

الجزء الأول: في الأحكام المختصة بذات الإنسان
 الكتاب الأول: في النكاح
 الباب الأول: في مقدمات النكاح

قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ﴾ أشار سبحانه وتعالى إلى نعمة الزواج الجليلة، وأنه داعية التواد والتراحم ومجلبة الألفة والوفاق لا داعية الخلاف والشقاق، كما أشار إلى أن المرأة ليست كالمتاع تقصد لمجرد قضاء الشهوة وتطلب لغرض قضاء اللذة، وإنما جعلت لتتسكن إليها الرجل ويستأنس بها، ويجد منها مسلياً لكروبه ومفرجاً لهُمومه ومعيناً على تدبير منزله ومسكنه، فيقوم لها بما تطلبه المعاشرة وتفرضه المؤازرة وتحتمه الصداقة والمودة، ثم مع ذلك يستمتع بها ويقضي منها طوره.

على أن الاستمتاع بالزوجة لا ينبغي أن يقصد منه مجرد قضاء تلك الشهوة البهيمية؛ فإن ذلك من مقاصد العجاوات، بل يقصد منه ما قصده الشارع وهو الولد والنسل. قال تعالى: ﴿فَالَّذِينَ بَشِيرُهُنَّ وَآبَتْغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ۚ﴾. وقال عليه الصلاة والسلام: «تناكحوا تناسلوا» وذلك أن الله سبحانه وتعالى خلق هذا العالم وقدر بقاءه إلى أجل مسمى، ولكن بقاءه إلى ذلك الأجل الذي سباه وقدره يتوقف على بقاء النوع الإنساني المتوقف على التناسل، وذلك التناسل لا يتم ولا يفي بالغرض المقصود منه إلا بعقد الزواج الشرعي، وذلك أمر بديهي الثبوت لا يحتاج إلى البرهان.

نعم ربما يقول قائل: لو لم يكن هناك عقد زواج لحصل الازدواج بين الذكور والإناث بمقتضى الجلبة الخلقية، إذ كل منهما تدعوه شهوته إلى ذلك فيحصل التناسل بدون عقد الزواج، ولكن بالتأمل نعلم صواب ما قلناه، وهو أن التناسل

متوقف على عقد الزواج، إذ لو تركت الناس عبيد شهواتهم تسوقهم إلى ما تشاء لكان الغرض قضاءها للرجال وللنساء، فضلا عن جلب المنافع لمن أيضا، فيعملن كل ما في وسعهن للحصول على الفائدة التي يقصدنها، فيمنعن الحبل ليرغبن الرجال فيهن، بخلاف ما إذا حصل الازدواج بعقد، وصار كل منهما مرتبطا بقوانين هذا العقد قاصرا على صاحبه لا يتعداه إلى غيره، فلا يكون الغرض حينئذ مجرد قضاء الشهوة، بل النسل الذي يبقى للإنسان ذكرا في هذه الحياة الدنيا، وأي عاقل لا يرغب ذلك؟! فلذا ترى المتزوج يتكدر إذا لم يولد له، ولهذا لما قلّ النسل في بعض الأمم المتمدنية بحثوا عن السبب فوجدوه ناشئا عن ازدواج الذكور والإناث بلا عقد.

وبما أنه قد ثبت لك أن التناسل لا يتم إلا بالزواج الشرعي، فها نحن نبين لك ما هو الزواج فنقول:

الزواج شرعا: هو عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من العقد عليها مانع شرعي، فإذا لم يفد العقد حل الاستمتاع فلا يكون عقدا شرعيا، فالعقد على المحارم كالأخت وعلى معتدة الغير مثلا لا يوصف بذلك، فلا يفيد حل الاستمتاع.

وحينئذ فإذا أراد الرجل أن يتزوج فلا يباح له أن يخاطب أي امرأة كانت، بل لا بد من النظر إلى من يريد خطبتها، فإن كانت متصفة بما يمنع العقد عليها امتنع لأن الخطبة مقدمة للعقد، فإذا كان العقد غير جائز تكون الخطبة عبثا، ويلزم العاقل صون أفعاله عن العبث، وإن لم يكن هناك مانع من العقد أقدم على الخطبة؛ لأنها والحالة هذه تكون وسيلة إلى ما هو جائز فتفيد فائدتها، وحينئذ تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة - انظر مادة ١^(١).

(١) (مادة ١) تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة

فإن كانت المرأة متزوجة فلا تجوز خطبتها لعدم الفائدة، وكذا إذا كانت معتدة وهي الموجودة في الزمن الذي يعقب الفرقة بينها وبين زوجها بأي سبب كان، فمتى كانت المرأة موجودة في هذا الزمن المقدّر شرعاً يقال لها معتدة، فإن كانت الفرقة بسبب الطلاق يقال لها معتدة لطلاق، سواء كان الطلاق رجعيًا أم بائنًا وسواء كان البائن بائنًا بينونة صغرى أو كبرى، وإن كانت معتدة لموت الزوج يقال لها معتدة لوفاة، فالرجعي كأن يقول الرجل لزوجته المدخول بها: أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك، والبائن بينونة صغرى كأن يقول لها: أنت عليّ حرام أو أنت بائن، والبائن بينونة كبرى هو ما كان بالثلاث بأي لفظ كان.

وحكم الطلاق الرجعي أنه لا يزيل الملك ولا الحل، فيجوز للزوج مراجعتها مستقلة ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين، رضيت أم لم ترض.

وحكم الطلاق البائن بينونة صغرى زوال الملك لا الحل، فلا يجوز للزوج أن يعيدها إليه إلا بعقد ومهر جديدين، وسواء كانت في العدة أو بعد انقضائها بشرط رضاها بذلك، ولكن لا يشترط أن تتزوج بغيره قبل عودها إليه. وحكم الطلاق البائن بينونة كبرى زوال الملك والحل فلا يجوز للزوج أن يردها إلى عصمته إلا بعد أن تتزوج بغيره، ويدخل بها دخولًا حقيقيًا، وتحصل الفرقة بينهما وتنقضي عدتها، وسيأتي كل ذلك مفصلاً في محله.

فالمعتدة لطلاق مطلقاً تحرم خطبتها تصريحًا وتعريضًا، فالتصريح كأن يقول رجل مخاطبًا لها: أريد أن أتزوجك، والتعريض مثل أن يقول لها: أريد التزوج بامرأة دينة، وهو يقصدها، والمعتدة لوفاة تحرم خطبتها تصريحًا لا تعريضًا، وإذا لم تجز الخطبة التي هي طلب التزوج فلا يجوز العقد الذي هو التزوج فعلاً من باب أولى.

وكما لا تجوز خطبة المعتدة لا تجوز خطبة مخطوبة الغير لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» لأن هذا يعد خيانة وهي منهي عنها شرعاً، والزمن الذي يلزم المرأة انتظاره بعد حصول الفرقة بينها وبين زوجها، فلا يجوز تزوجها إلا بعد انقضائه يختلف باختلاف سبب الفرقة وحال الزوجة، وبيانه أن الزوجة إما أن تكون مدخولاً بها أو لا، وعلى كل فإما أن يكون سبب الفرقة وفاة الزوج أو غيرها، وإن كانت الفرقة بعد الدخول فإما أن تكون المرأة حاملاً أو غير حامل، فإن لم تكن المرأة مدخولاً بها وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير وفاته فلا عدة عليها، وإن كانت بالوفاة كان الزمن المقدر شرعاً أربعة أشهر وعشرة أيام.

وإن كانت مدخولاً بها فإن كنت حاملاً تنقض عدتها بوضع الحمل، قصر زمنه أو طال، سواء كان سبب الفرقة موت الزوج أو غيره.

وإن لم تكن حاملاً فإن كانت الفرقة بالوفاة تنقض عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام أيضاً، وإن كانت الفرقة بغير الوفاة فإما أن تكون من ذوات الحيض أو لا؛ فإن كانت من ذوات الحيض تنقض عدتها بثلاث حيض كوامل، وإن لم تكن من ذوات الحيض لصغر أو كبر أو غيرهما تنقض عدتها بثلاثة أشهر، وستأتي أدلة ذلك وحكمته في باب العدة.

والسبب في تحريم خطبة المعتدة أن العلاقات والروابط التي بينها وبين زوجها لم تزل بالكلية، فهو أولى بها من غيره، إن أراد فله مراجعتها إن كان الطلاق رجعيًا، أو العقد عليها إذا كان بائناً بينونة صغرى، والطلاق إنما كان للذنوب اقترفته أو حصل منه من غير تفكير في العاقبة، وبعد التبصر أراد أن يصلح خطأه فرغب في امرأته ومال إلى عودتها إليه، فإذا أجيئت لغيره خطبتها وهي في العدة يكون تعدياً على حقوقه، ولا بد أن يظن زوجها الظنون وتأخذه الغيرة والحمية فيحصل بين الزوج

والخاطب من جهة، وبين الزوج والمعتدة من جهة أخرى ما لا تحمد عقباه.

ولما كان الشخص لا يتأثر لغيره مثل تأثره لنفسه مهما كانت قوة الاتصال بينهما منعت خطبة المعتدة لطلاق مطلقاً، أي سواء كانت تصريحاً أو تعريضاً لوجود الزوج الذي يتأثر لنفسه، ومنعت خطبة المعتدة لوفاة تصريحاً لا تعريضاً؛ إذ الأقارب لا يتأثرون مثل تأثره مهما بلغت الدرجة - انظر مادة (٢)^(١).

ولما كان الغرض من عقد الزواج التناسل، وتعاون الزوجين على مصالحهما داخل البيت وخارجه، وذلك لا يكون إلا بدوام العشرة بينهما ما عاشا، ووجود الألفة والمحبة بينهما ما دامت العشرة - أباح الشارع للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها؛ لأنه إذا تزوجها ولم يرها قبله فعند رؤيته لها ربما لا تحسن في عينه، فإما أن يمسكها على كره منه وحينئذ تفوت مصالح الزواج، وإما أن يفارقها وحينئذ تتضرر بذلك؛ إذ الناس يذهبون في سبب الفراق مذاهب شتى، وكل منها يكون منفراً عنها، فيمتنعون عن تزوجها، ويتضرر هو أيضاً بغرمه المهر، بخلاف ما إذا رآها قبل الزواج، فإن حسنت في عينه أقدم على الزواج، وإلا امتنع، وهذا يحس به كل إنسان رأى آخر أول نظرة، فإن إحدى المنزلتين تقع في قلبه، وليس هناك ضرر فيما لو امتنع؛ لأن مسألة الخطبة لم تشتهر مثل الزواج، وسبب الامتناع هنا واحد، فلا يساء الظن بها ولا يلحقها ضرر؛ لأنها إذا لم تحسن في عينه قد تحسن في عين الآخر كما هو معلوم.

وكما يجوز للخاطب نظر المخطوبة يجوز للمخطوبة نظر الخاطب أيضاً لما ذكر،

(١) (مادة ٢) تحرم خطبة المعتدة تصريحاً سواء كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن أو وفاة، ويصح إظهار الرغبة تعريضاً لمعتدة الوفاة دون غيرها من المعتدات، ولا يجوز العقد على واحدة منهن قبل انقضاء عدتها.

بل هي أولى منه بالحكم لأنها إذا لم تحسن في عينه يمكنه طلاقها، وإذا لم يحسن هو في عينها فلا يمكنها مفارقتها، وإلى هذا كله يشير الحديث الشريف، وهو قوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة: «أنظرت إليها؟» قال: لا، فقال عليه الصلاة والسلام: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما».

ولا تجوز الخلوة بالمخطوبة إلا إذا كان معها محرم لها كأبيها أو أخيها أو عمها، وإنما خصص النظر بهذين العضوين لاشتغال الوجه على المحاسن، ولدلالة اليدين على خصوبة البدن، فلا حاجة للنظر إلى غيرهما.

ولعظم هذه الحكمة اتفقت كل المذاهب على هذا الحكم، حتى إن بعضهم يميز النظر إلى القدمين أيضاً وترديد النظر وتكراره إلى المخطوبة، وإنما لم تبح الشريعة معاشرتها قبل الزواج لمعرفة أخلاقها؛ لأن هذا يمكن معرفته من غيره ممن يجوز له معاشرتها ويثق الخاطب به، بخلاف محبتها والميل إليها فإنه لا يمكن قيام غيره مقامه، ومن هنا تعلم فساد ما يرمي به بعضهم الشريعة الإسلامية من عدم تجويزها ذلك للخاطب مع جوازه في الشرائع الأخرى كما هو الجاري، ولو راجع هذا الشريعة الغراء كما يفرضه عليه الانتماء إليها لعلم بطلان ما يقول بالنصوص الواضحة، ولو اتبع الناس أمر شريعتهم لنجوا مما يحل بهم، فالعيب كل العيب إنما هو على من يدعي أنه منتم إلى الشريعة الإسلامية ولا يدري ما فيها، أو يدري ولا يعمل به، اللهم ألهمنا الصواب - انظر مادة ٣^(١).

ومتى حصلت الخطبة وأعقبها العقد الشرعي - وهو الإيجاب والقبول مستوفياً شرائطه - فليس لكل منهما الرجوع عنه، أما إذا وعد بتزويجها له في المستقبل ولو مع قراءة الفاتحة ولم يحصل العقد فهذا الوعد لا يكون زواجاً شرعياً، وحينئذ فلكخاطب

(١) (مادة ٣) يجوز للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها.

الرجوع عن المخطوبة، ولها أيضا العدول عن خطبتها، ولو بعد دفع الزوج المهر كله أو بعضه أو بعد إرسال هدية لها وقبولها منه إن كانت مكلفة أو قبول وليها إن كانت قاصرة، ويسترد ما دفعه من المهر إن كان موجودًا، فإن هلك أو استهلك رجع بقيمته إن كان قيمًا، وبمثله إن كان مثليًا، وأما الهدايا فله استردادها إن كانت موجودة، وإن هلك أو استهلك فلا رجوع له بعوضها، وستأتي مسألة الرجوع موضحة في مادة (١١٠) ومع هذا فالأحسن لكل منهما أن يتم ما حصل الوعد به - وهو عقد الزواج - إذا لم يكن هناك مانع قوي؛ لأن الوفاء بالوعد يمدح عليه، ويترتب على عدمه عدم وثوق الناس بعضهم ببعض، وفي ذلك من الإخلال بالمصالح وفوات الفرص ما لا يخفى على اللبيب - انظر مادة ٤^(١).

(١) (مادة ٤) الوعد بالنكاح في المستقبل وبمجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعي بإيجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحًا.

وللخاطب العدول عن خطبتها وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعد بتزويجها منه، ولو بعد قبولها أو قبول وليها إن كانت قاصرة هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه.

الباب الثاني في شرائط النكاح وأركانها وأحكامها

اعلم أن الزواج له تعريف وسبب وصفة وركن وشرط وحكم.

أما تعريفه وسببه فتقدما أول الكتاب.

وأما صفته فهي الفرضية والوجوب والسنية والحرمة والكراهة، وهذه هي الأحكام التي تعتريه باختلاف الأحوال كما ستعرفه.

فيكون فرضا إن تحقق الرجل أنه لو لم يتزوج لزنى؛ لأن الزنا حرام قطعا، ولا يتوصل إلى تركه في هذه الحالة إلا بالزواج، والقاعدة: أن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضا.

ويكون واجبا (والوجوب أقل من الفرض) عند شدة الاشتياق إلى التزوج، بحيث يخاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج من غير تحقق.

ويكون سنة حال الاعتدال، أي: لا يكون في شدة الاشتياق إلى التزوج ولا في غاية الفتور عنه.

ويكون حراما إذا تيقن عدم القيام بأمور الزوجية؛ لأن الزواج إنما شرع لمصلحة، وبالجور تنعدم هذه المصالح فضلا عن أنه يأتى ويرتكب المحرمات.

ويكون مكروها إذا خاف الجور، وكل هذه الأقسام مفروضة فيمن يملك المهر والنفقة، فإن كان لا يملكهما وخشي الزنا فعليه أن يتكسب حتى يحصل عليهما؛ إذ الإنسان مأمور بالسعي ليتكسب ما يلزمه، فإن اشتد الخوف ولم يكن عنده الآن ما

يجعله مهرًا يستدين ويسعى لقضاء ذلك الدين، ومتى علم المؤمنون أنه يستدين لتحسين النفس - وليس عنده ما هو محتاج إليه ولم يقصر في طلبه - فلا ييخلون بإعطائه ما يكفيه، والله سبحانه وتعالى يعينه على قضائه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم: المكاتب الذي يريد الأداء، والمتزوج الذي يريد العفاف، والمجاهد في سبيل الله».

فلو فرض بعد كل ما تقدم قلنا إنه لم يجد من يعطيه فعليه بالصوم فإنه قاطع للشهوة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ ومن لم يستطيع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» ومع ذلك فمن ذا الذي لا يجد المهر، والنبي عليه الصلاة والسلام يقول: «التمس ولو خاتماً من حديد» فالغرض من هذا الحديث التنبيه على أن المهر ليس مقصوداً في عقد الزواج، بل الغرض شيء أسمى وأعظم منه، فلا تمتنعوا عن الزواج بحجة أن لا شيء معكم للمهر؛ لأن الزواج يصح ولو كان المهر قليلاً.

بقي ما لو تعارضت الفرضية والحرمة بأن فرضنا أن هناك رجلاً تحقق أنه لو لم يتزوج لزنى، تحقق أيضاً أنه لو تزوج أساء العشرة، وقد تكلم بعض الكتب هنا بما لا ينبغي أن يذكر، فالأحسن ارتكاب أخف الأمرين بقدر الإمكان، بأن نقول له تزوج ولا تأمره بالزنا أبداً، وعاشر من يذكرك بحقوق الزوجية حتى تكون دائماً على ذكر منها، واسكن بين جيران صالحين لتتعلم منهم، ويمنعوا التعدي بقدر ما يمكنهم، وهذا موافق لمذهب الإمام مالك، وكل هذا لم يتعرض له الكتاب.

أركان الزواج

وأما أركان الزواج فاثنتان؛ أحدهما: الإيجاب، وثانيهما: القبول، فالإيجاب: هو

ما صدر أولاً من كلام أحد العاقدين، والقبول: هو ما صدر ثانياً من كلام العاقد الآخر، والعاقدان إما أن يكونا الزوجين، إن كان كل منهما عاقلاً بالغاً، أو وكيلهما إن كان كل من الزوجين متصفاً بالبلوغ والعقل أيضاً؛ لأن الشخص ليس له أن يوكل غيره في شيء إلا إذا كان هو يملكه، أو وليهما إن كان كل منهما ليس أهلاً للعقد، أو أحد الزوجين مع ولي الآخر أو وكيله أو ولي أحدهما مع وكيل الآخر، بلا فرق في كل هذه الصور بين ما إذا كان الموجب واحداً منهما والقابل هو الآخر، فإذا جرى العقد بين الزوجين وكان الموجب هو الرجل يقول مخاطباً لمن يريد تزوجها: تزوجتك، فتقول: قبلت، وإذا كانت هي الموجبة تقول له: تزوجتك أو زوجتك نفسي، فيقول لها: رضيت أو قبلت أو أجزت.

وإذا جرى بين الوكيلين وكان الموجب وكيل الزوجة يقول مخاطباً لوكيل الزوج: زوجت موكلتي فلانة لموكلك فلان، فيقول: قبلت زواجها لموكلي، وإذا كان الموجب وكيل الزوج يقول: زوجت موكلتك فلانة لموكلي فلان، فيقول الآخر: قبلت أو رضيت مثلاً، وإذا جرى بين الوليين يقول ولي الزوجة مخاطباً لولي الزوج: زوجت بنتي فلانة من ابنك فلان، فيقول: قبلت هذا الزواج. وقس على هذه الأمثلة ما إذا جرى العقد بين أحد الزوجين ووكيل الآخر، أو ولي أحدهما ونفس الآخر، أو ولي أحدهما ووكيل الآخر.

والإيجاب في الزواج يصح بلفظ التزويج والنكاح بالاتفاق؛ لأن كلا منهما صريح فيه، والقبول لا يشترط فيه لفظ مخصوص، بل الشرط رضا الآخر بهذا الإيجاب، فإذا قال رجل لآخر: زوجت ابنتي فلانة لابنك فلان، وقال الآخر: قبلت أو رضيت أو أجزت أو أطعت أو ما صنعت في محله، صح، ولكن انعقاده بغير هذين اللفظين فيه خلاف؛ فمذهب أبي حنيفة أنه ينعقد بكل لفظ وضع لتمليك العين في

الحال، كالهبة والصدقة، البيع، لا الوصية والإجارة والإعارة. وقال الشافعي وأحمد رضي الله تعالى عنهما: لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والنكاح، واستدلا بأدلة:

الأول: أن التملك ليس حقيقة في الزواج ولا مجازاً عنه؛ لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم، ولذا يراعى فيه مصالح الزوجين، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلاً، وإذا لا يراعى فيه إلا مصالح المالك.

والثاني: أن الإشهاد فيه شرط، والكناية يحتاج فيها إلى النية، ولا اطلاع للشهود على النيات.

والثالث: أن التملك مفسد للزواج، حتى لو ملك الرجل زوجته بأن كانت أمته فسد الزواج، وكذا الهبة من ألفاظ الطلاق، ولذا وقع الطلاق بقول الرجل لامرأته: وهبتك لأهلك، فلا يكون موجبا لضده.

واستدل الحنفية بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مِّنْهُ إِنَّ وَهَبْتَ نَفْسًا لِلَّيْنِ﴾ الآية، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «ملكتهك يا معك من القرآن» وكل من هذين وارد في عقد الزواج.

وليس لقائل أن يقول: الانعقاد بلفظ الهبة خاص به عليه الصلاة والسلام بدليل قوله تعالى: ﴿لَكَ مِنَ الدُّنْيَا مِمَّا دُونَ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ﴾ لأننا نقول له: الاختصاص والخلوص في سقوط المهر؛ بدليل أنها مقابلة بمن أعطى مهرها في قوله تعالى: ﴿أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي ءَاتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مِّنْهُ﴾ وبدليل قوله تعالى: ﴿لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ﴾ والخرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج، وبنفى المهر تحصل المنة التي سبق الكلام لأجلها لا بإقامة لفظ دون لفظ.

والجواب عن الدليل الأول للشافعية أنا لا نسلم أن التملك ليس مجازاً في الزواج؛ لأن التملك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة في محل يقبلها، والسببية طريق من طرق المجاز.

والجواب عن الثاني أن حل اشتراط التعيين إذا كان هناك لبس، بخلاف ما نحن فيه فلا لبس يعتريه، إذ كلامنا فيما إذا قامت القرائن والأدلة على أن هذا يراد به الزواج فحينئذ ينتفي الاحتمال فلا لبس فيصح الزواج.

والجواب عن الثالث أن التملك لا يُفسد الزواج من حيث إنه محرم عليه أمته حتى يصح الاستدلال، وإنما يفسده من حيث إنه أبطل مالكية المرأة، إذ المرأة يثبت لها بالزواج ما يترتب عليه من القسم وتقدير النفقة والسكنى وغير ذلك، وبالتملك بطل ذلك وصارت مملوكة محضة.

وقولهم: إن الهبة من ألفاظ الطلاق فلا يصح أن يكون اللفظ موجبا لضده، يردّه أن الطلاق يقع بلفظ التزويج الذي قالوا بانعقاد الزواج به، فإن الرجل إذا قال لزوجته: تزوجي، ناويا الطلاق وقع، فما كان جوابا له فهو جوابنا.

ولا بد أن يكون لفظ الإيجاب والقبول بصيغة الماضي كزوجت أو وهبت أو ملكت مثلا، أو أحدهما للماضي والآخر للمستقبل؛ لأن الزواج عقد وليس له لفظ يختص به بحسب الوضع، فاستعمل فيه لفظ ينبئ عن الثبوت -وهو الماضي- دفعا للحاجة، والإنشاء يعرف بالشرع لا باللغة، فكان ما ينبئ عن الثبوت أولى من غيره؛ لأن غرضهما الثبوت دون الوعد، وهذا المعنى موجود أيضا فيما إذا كان أحدهما ماضيا والآخر للمستقبل. مثل أن يقول رجل لآخر: زوج بنتك فلانة لابني، فيقول الآخر: زوجت، فالأول إيجاب والثاني قبول.

وقال بعضهم زوج توكيل وإنابة وقول الآخر امتثال لأمره، فينعقد به الزواج؛ لأن الواحد قد يتولى طرفي الزواج، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى في شرح مادة (١٣٧) وكذلك إذا كان الإيجاب مضارعاً مبدوءاً بهمزة أو نون أو تاء إذا لم ينو الاستقبال، فإذا قال رجل لامرأة: تزوجيني نفسك، أو قالت امرأة لرجل: تزوجني نفسك، ناويا كل منهما الحال، فقال الآخر: زوجت، انعقد الزواج باعتبار استعماله في غرض تحقيق واستفادة الرضا منه؛ لأننا لما علمنا أن الملاحظة من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا عدنا حكمه إلى كل لفظ يفيد ذلك، ولو كان مصرحاً فيه بالاستفهام، حتى لو قال رجل لآخر: هل أعطيتني بنتك لابني؟ فقال: أعطيت، إن كان المجلس للوعد فوعد، وإن كان للعقد فزواج - انظر مادة (١١) هـ.

وأما شروط الزواج فتتنقسم إلى قسمين: شروط انعقاد وشروط صحة، فشروط الانعقاد ثلاثة:

الأول: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، بأن يكون المجلس الذي صدر فيه الإيجاب هو بعينه الذي صدر فيه القبول، ومحل اشتراط هذا إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد، فإن كان أحدهما في بلد وكتب إلى الآخر في بلد آخر موجبا الزواج، فقبل المكتوب إليه بالشروط الآتية في مادة (٩) انعقد الزواج.

فإذا لم يطل المجلس بأن صدر القبول عقب الإيجاب من غير تراخ فيها، وإذا تأخر القبول عن الإيجاب؛ فإن كان الاشتغال مدة الفصل بينهما متعلقا بشيء من عقد الزواج صح، وإن كان أجنبيا عنه فلا يصح؛ لأنه في هذه الحالة يكون القابل قد

(١) (مادة ٥) ينعقد النكاح بإيجاب من أحد العاقلين وقبول من الآخر، ولا فرق بين أن يكون الموجب هو الزوج أو وليه أو وكيله، والقابل هو الزوجة أو وليها أو وكيلها إن كانت مكلفة أو بالعكس.

أعرض عن الإيجاب فيبطله، فلا يتعلق به القبول، بخلاف الحالة الأولى فإن الإيجاب لم يزل موجوداً، إذ الفاصل متعلق به، فكان من تمامه، فيتعلق به القبول فيصح.

الثاني: سماع كل من العاقلين كلام الآخر، فإن فهم كل منهما ما يقوله الآخر فيها، وإن لم يفهم؛ فإن كان يعلم أنه يريد عقد الزواج بهذه العبارة صح أيضاً، وإن لم يعلم فلا يصح، فإذا لقن رجل امرأة معنى زوجتك نفسي بالفارسية مثلاً، وهي لا تفهمها وقالت اللفظ الذي لقنَه لها فقبل؛ فإن كانت عالمة بأن الغرض مما تقول عقد الزواج صح وإلا فلا.

الثالث: عدم مخالفة القبول للإيجاب سواء كانت تلك المخالفة في كل الإيجاب أو في بعضه، فإذا قال رجل لآخر: زوجت ابنتي فلانة لابنك فلان بمائة جنيه، فقبل زواجها لابنه المعين بالمهر المسمى صح العقد لعدم المخالفة، وأما إذا قبل زواج غير المسماة بأقل من المهر لغير ابنه المعين فلا يصح؛ لمخالفة القبول لكل أجزاء الإيجاب، فإذا قبل زواجها لابنه بمهر أقل من المسمى فلا يصح أيضاً للمخالفة في بعض الإيجاب.

ومثل هذا ما إذا قال رجل لامرأة: تزوجتك بمائة جنيه، فقالت: قبلت بمائة وخمسين، أو أوجبت الزوجة بمائة وخمسين وقبل الزوج بمائة للمخالفة في المهر، إلا إذا قبل الآخر بعد ذلك، فإن الثاني يعتبر موجباً والأول قابلاً لرضاء بالزيادة أو النقص الذي حصلت فيه المخالفة، ومحل تأثير المخالفة على العقد إذا كانت لشر بالنسبة للموجب كما علم من الأمثلة المتقدمة، إذ يريد من يدفع المهر النقص ويريد من يأخذه الزيادة، فإن كانت لخير - كما إذا قبلت الزوجة في المثال المذكور بثمانين جنيهاً أو قبل الزوج في المثال المذكور بمائتين - فلا تؤثر هذه المخالفة؛ إذ يريد من يأخذ المهر النقص فيه ومن يدفعه الزيادة، وهذا فيه منفعة للآخر، وهذه الشروط في

الحقيقة للإيجاب والقبول كما هو ظاهر. انظر مادة ٦^(١).

وأما شروط الصحة فاثنتان:

الأول: أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج، أي: غير محرمة على من يريد تزوجها، وهذا آت في مادة (٢٠).

الثاني: حضور شاهدين، بخلاف سائر العقود فإنها تصح بغير الإشهاد، ولكن الأحسن الإشهاد على كل عقد خوفاً من إنكار أحد العاقدين، وخُصَّ عقد الزواج بالإشهاد لصحته لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بشهود» ولأن المعقود عليه فيه خطر لما فيه من إثبات ملك المنفعة للزوج على الزوجة فيعظم جزء الآدمي.

ويشترط في الشاهدين الحرية والعقل والبلوغ؛ لأن كلا من العبد والصبي والمجنون ليس من أهل الولاية، والشهادة من الولاية لأن فيها نفوذ قول الإنسان على الغير رضي أو لم يرض، وكل منهما لا ولاية له على نفسه، فعلى غيره من باب أولى.

ويشترط أيضاً إسلام الشاهدين في حالة ما إذا كان كل من الزوجين مسلماً، فإذا كانا غير مسلمين أو كانت الزوجة غير مسلمة والزوج مسلماً فلا يشترط إسلام الشاهدين، ولا يشترط وصف الذكورة عند الحنيفة، فيصح بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي رضي الله عنه، ويشترط في الشاهدين سماع كل قول العاقدين معاً، فإن سمعا متفرقين، بأن حضر أحدهما العقد ثم غاب وأعيد بحضرة الآخر، أو سمع

(١) (مادة ٦) يشترط لعقد النكاح اتحاد مجلس الإيجاب والقبول إذا كان العاقدان حاضرين وإن طال من غير اشتغال بما يدل على الإعراض وسماع كل منهما كلام الآخر، وإن لم يفهما معناه، مع علمهما أنه مقصود به عقد النكاح وعدم مخالفة القبول للإيجاب.

أحدهما فقط العقد فأعيد فسمعه الآخر دون الأول، أو سمع أحدهما الإيجاب والآخر القبول ثم أعيد فسمع كل واحد ما لم يسمعه أولا فلا يصح؛ لأنه في هذه الصور وجد عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان.

ويشترط أيضًا أن يفهم الشاهد أن الغرض من هذا الكلام عقد الزواج، وحينئذ لا يصح الزواج بحضور الأصم ولا النائم لعدم سماع كل منهما، ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره بعد إفاقته، فإن وعاه حال سكره وتذكره بعد إفاقته صح بحضوره.

ومتى وجدت هذه الشروط في الشاهدين صح العقد ولو كانا أعميين أو فاسقين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما، وقال بعضهم: لا تجوز شهادة الأعمى لأنه لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والإشارة إليهما، فلا يكون كلامه شهادة، فلا يصح الزواج بحضرته، لكن المعول عليه صحة العقد بحضوره؛ لأن الغرض التمييز ولو بالاسم وهو حاصل، فيمكن أن يعرف أن فلانة بنت فلان تزوجت فلان بن فلان، ولا يلزم معرفة شخصهما بل المعرفة بالاسم غير شرط إذا انتفت الجهالة، فإذا قال رجل لآخر: زوجتك بنتي، ولم يسمها وله بنتان لا يصح للجهالة، بخلاف ما إذا كان له بنت واحدة فإنه يصح، وكذا إذا قال رجل لآخر: زوجت بنتي لابنتك، وليس له إلا بنت واحدة وللآخر ابنتان فلا يصح، إلا إذا عين أحدهما باسمه، فإن كان له ابن واحد صح، وقس على هذا جميع الأمثلة.

وقال الشافعي: تشترط العدالة، فلا ينعقد بحضور فاسقين؛ لأن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة، ولأن الشهادة في العدل معقولة المعنى وهو صون العقد عن الجحود، والعقد لا يثبت بشهادتهما فلا يصح بشهادتهما أيضا، وهو حسن.

ردت شهادته عند الأداء للتهمة، ولا تهمة هنا للتيقن.

والزواج له حكمان: حكم الصحة وحكم الإظهار، والكلام إنما هو في الأول لا الثاني؛ إذ الثاني إنما يكون عند التجاحد، وهذا لا يقبل فيه إلا شهادة من تقبل شهادته في سائر الأحكام، بخلاف الأول فإنه لا يشترط فيه ذلك بدليل اتفاقهم على صحة العقد بحضور ابني الزوجين أو ابني أحدهما، مع أنه لا يثبت بشهادتهما عند التجاحد لأن فيه شهادة الفرع لأصله وهي غير مقبولة، وبدليل صحته بحضور عدوهما، ولا تقبل شهادتهما عليهما عند التجاحد.

فإذا كان لرجل من امرأة ابنان وحصلت الفرقة بينهما، وأراد تزوجها ثانيا فعقد عليها بحضور ذينك الابنين صح العقد اتفاقا، مع أنه لو أنكر أحدهما العقد وادعاه الآخر وشهدا له لم يثبت بشهادتهما؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة، وإذا كان لرجل ابنان من امرأة وتزوج غيرها بحضور ابنيه من غيرها صح العقد اتفاقا، مع أن المرأة لو أنكرت هذا العقد وادعاه الرجل وشهد له ابنه لم تقبل شهادتهما له، ولكن لو كانت هي المدعية وهو المنكر وشهد ابنه عليه تقبل؛ لأن شهادة الفرع على أصله مقبولة لانتفاء التهمة.

ومثل الأول ما إذا كان أحد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة، بأن كان رجل متزوجا بامرأة وله منها ابن، وامرأة متزوجة برجل ولها منه ابن، وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها، فعقد عليها الرجل الأول بحضور ابنه من غيرها وابنها من غيره صح العقد، ولكن إذا أنكر هذا العقد أحدهما وادعاه الآخر فلا يثبت بشهادة هذين الابنين؛ لأنه وإن كان في كل منهما شهادة الفرع على أصله، إلا أن نصاب الشهادة - وهو اثنان - لم يتم؛ لأن واحدا منهما شاهد لأصله فلا تقبل شهادته، والكلام الآن إنما هو في صحة العقد لا في إثباته، فيصح بحضور الفاسقين

وإن لم يثبت شهادتهما عند التجاحد، كما صح بحضور من ذكر وإن لم يثبت بشهادتهم، ولو قيل: إن العقد لا يصح إلا إذا ثبت عند التجاحد بشهادة شهود العقد لكان حسناً - انظر مادة ٧^(١).

فقد علمت مما تقدم أنه لا بد لصحة الزواج من حضور شاهدين، فما يظهر في بعض الصور من صحته بحضور شاهد واحد مخالف للحقيقة؛ إذ بإمعان النظر يتبين وجود شاهدين، فإذا كان لرجل بنت بالغة عاقلة وزوجها بأمرها ورضاها بمحضر شاهد واحد، سواء كان رجلاً أو امرأتين، وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح الزواج فيتوهم بادئ بدء أنه ليس هناك إلا شاهد واحد، ولكن بالتأمل نجد أن هناك شاهدين؛ لأن البنت متى كانت متصفة بالبلوغ والعقل فالحق في زواجها لنفسها لا لأبيها، فالأب في هذه الحالة وكيل، فتجعل البنت مباشرة للعقد؛ لأن المجلس متحد فيبقى الأب - الذي هو الوكيل - سفيراً ومعبراً، فيكون شاهداً مع الرجل فوجد شاهدان في هذه المسألة.

فإن كانت غائبة عن مجلس العقد فلا يصح؛ لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن تجعل مباشرة، فلا ينتقل كلامه إليها فيبقى الرجل وحده شاهداً، وبه لا ينعقد الزواج.

والأصل في جنس هذه المسائل أنه متى أمكن مباشرة الموكل حقيقة يجعل مباشراً

(١) (مادة ٧) لا يصح عقد النكاح إلا بحضور شاهدين حرين أو حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم مسلمة، سامعين قول العاقلين معاً، فاهمين أنه عقد نكاح، ولو كانا أعميين أو فاسقين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما.

والأصم لا يصلح شاهداً في النكاح ولا النائم ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره، فلا ينعقد النكاح صحيحاً بحضورهم.

حكما وإلا فلا، ولذا لو كان لرجل بنت صغيرة، ووكل رجلا في زواجها فزوجه لرجل بحضور شاهد واحد؛ فإن كان الأب حاضرا في هذا المجلس صح الزواج، وإن لم يكن حاضرا فلا يصح؛ لأن الوكيل في الزواج - كما عرفت - سفير ومعبّر ينقل عبارة الموكل، فإذا كان الموكل حاضرا كان مباشرا؛ لأن العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس، وليس المباشر سوى هذا، بخلاف ما إذا كان غائبا لأن المباشر مأخوذ في مفهومه الحضور.

ولو زوجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضور رجل وامرأة جاز إن كانت البنت حاضرة؛ لأن البنت تجعل مباشرة للعقد، وتعتبر الأم مع المرأة شاهدا والرجل شاهدا، فقد وجد شاهدان، وإن كانت البنت غائبة فلا يصح لما ذكر. وإن كانت البنت صغيرة في هذه المسألة لم يجوز مطلقا، أي: سواء كانت حاضرة أو غائبة؛ لأن الانتقال إليها غير ممكن لأنها لا تصلح لمباشرة العقد، ومثلها الأب إذا زوج ابنته الصغيرة بحضور رجل واحد؛ فإنه لا يجوز مطلقا.

ومن هذا الجنس ما لو وكل رجلا في أن يزوجه امرأة، فعقد الوكيل بحضور رجل واحد أو امرأتين، فإن كان الموكل حاضرا جاز العقد وإلا فلا، ومثله ما إذا وكلت امرأة رجلا في زواجها، فعقد عليها بحضور رجل أو امرأتين، صح العقد إن كانت حاضرة، وقس على هذا ما أشبهه - انظر مادة ٨^(١).

وقد عرفت من شرح مادة (٦) أن من شروط انعقاد الزواج اتحاد مجلس

(١) (مادة ٨) إذا زوج الأب بته البالغة العاقلة بأمرها ورضاها، وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد، صح النكاح بمحضر شاهد واحد رجل أو امرأتين.

وكذلك إذا أمر الأب غيره أن يزوج بته الصغيرة فزوجه بمحضر رجل أو امرأتين والأب حاضر بالمجلس، صح النكاح.

الإيجاب والقبول إذا كان العاقدان حاضرين، أي: في مجلس واحد، فإن كان أحدهما غائبًا عن الآخر، سواء كان في بلد آخر أو في البلد الذي هو فيه ولكن في محل آخر صح عقد الزواج بالكتابة، وإن اختلف مجلس الإيجاب والقبول، فإذا كتب رجل لامرأة موجبًا زواجها، فعندما وصلها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه، أو أمرت غيرها بقراءته وبعدها قالت: زوجت نفسي منه، أو بعدما أحضرت الشهود قالت لهم: فلان بعث إليّ يتزوجني فاشهدوا أني زوجت نفسي منه، صح الزواج، وإن كان مجلس الإيجاب والقبول مختلفًا لأنها ليسا في مجلس واحد.

فإذا لم تقل بحضرتهم سوى: زوجت نفسي من فلان، لا يتعقد؛ لأن سماع الشطرين شرط لصحة الزواج وبإسماعهم الكتاب، أو التعبير عنه منها قد سمعها الشطرين، بخلاف ما إذا لم يوجد واحد منهما.

ولذا قال بعض المحققين: إن هذا الشرط الذي هو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لا استثناء منه أصلاً، حتى في مسألة الزواج بالكتابة؛ لأن سماع الشهود الكتاب سواء كان منها أو من غيرها أو التعبير عنه منها إيجاب، فكان الكاتب أوجب في هذا المجلس وقولها: زوجت نفسي منه في هذا المجلس، قبول، وحينئذ فمجلسهما متحد فلا استثناء. وهو حسن - انظر مادة ٩^(١).

وبما أن اللفظ أدلُّ على مقصود كل شخص من غيره، والمعقود عليه في الزواج أمر خطير، فلا يعدل عن اللفظ إلى غيره إلا لضرورة، فإذا كان أحد المتعاقدين

(١) (مادة ٩) لا يتعقد النكاح بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين، ويتعقد بكتابة الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ أو تقرأ الكتاب على الشاهدين وتسمعها عبارته، أو تقول لها: فلان بعث إلي بخطبني، وتشهدهما في المجلس أنها زوجت نفسها منه.

أخرس فلا يشترط اللفظ لأنه غير ممكن منه، وحينئذ يصح زواجه بإشارته إذا كانت معلومة مؤدية إلى فهم مقصوده - انظر مادة ١٠^(١).

فإذا وجد عقد الزواج مستوفياً شرائطه المتقدمة صح ولا يحتاج إلى الخطبة ولا إلى تسمية المهر؛ لأن الخطبة سنة فلا تتوقف صحة الزواج عليها، ولا يتعين فيها لفظ مخصوص، ولكن الأحسن الخطبة بها ورد، ومنه: الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ۝﴾ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ۝﴾ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ۝ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۚ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ۝﴾.

وكما أن الخطبة ليست بشرط فكذا تسمية المهر ليست بشرط في صحة العقد، فيصح بدون تسمية المهر اتفاقاً ومع نفيه أصلاً عند الحنفية، كما إذا قال لها: تزوجتك بدون مهر، وقبلت، فإن العقد يصح، ولكن يجب للزوجة مهر المثل الآتي بيانه في مادة (٧٧).

وقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه: لا يصح الزواج مع نفي المهر. وقال بعض الشافعية: إن تزوجها بلا مهر في الحال ولا في المستقبل لا يصح.

ووجه قولهما أن الزواج عقد معاوضة كالبيع، والمهر كالثمن، والبيع بشرط أن

(١) (مادة ١٠) ينقذ نكاح الآخرس بإشارته إذا كانت معلومة مؤدية إلى فهم مقصوده.

لا ثمن لا يصح، فكذا الزواج بشرط أن لا مهر، وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضاً، إلا أنه ترك بحديث ابن مسعود في المقوضة.

وقالت الحنفية: إن الزواج عقد انضمام وازدواج فليس المال جزءاً في مفهومه فيتم بدونه، خصوصاً وأن المقصود منه التوالد والتناسل، والازدواج دون المال فلا يشترط فيه ذكره، بخلاف البيع، بل المهر حكم من أحكامه، والحكم لا يشترط ذكره في العقد، كملك المشتري المبيع في عقد البيع، فإن ذكر الحكم في العقد فيها، ويجب على الزوج أدائه، وإن لم يذكر فالواجب مهر المثل؛ لأن العادة أن المرأة لا تتزوج إلا بمهر مثلها، فرجعنا إليه عند تعذر إيجاب المسمى.

والأحسن أن يتزوج امرأة صالحة معروفة بالنسب والحسب والديانة؛ فإن العرق نزاع، ولا يتزوج امرأة لحسبها وعزها ومالها وجهالها بل لدينها، فإن تزوجها لذلك فلا يزداد به إلا ذلاً وفقراً ودناءة، والأحسن أيضاً أن يتزوج من هي فوقه في الخلق والأدب والورع والجمال، ودونه في العز والحرفة والحسب والمال والسن؛ فإن ذلك أبعد من احتقارها له وافتتانها بغيره، ويختار أيسر الناس خطبة ومؤنة. وتزوج البكر أحسن للحديث: «عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواها وأنقى أرحاماً وأرضى باليسير» انظر مادة ١١^(١).

وعقد الزواج إما أن يكون منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقروناً بشرط أو مضافاً إلى زمن المستقبل، فالمنجز هو ما صدر بصيغة مطلقة غير مقيدة بشيء ما، كما إذا قال رجل لامرأة: تزوجتك، فقالت: قبلت، وهذا لا كلام في صحته بعد استيفائه الشروط المتقدمة.

(١) (مادة ١١) ينعقد النكاح صحيحاً بدون تسمية المهر ومع نفيه أصلاً، وبالعقد يجب مهر المثل للمرأة.

والمعلق على شرط هو ما علق فيه مضمون جملة على مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات التعليق، ك: إن حضر ابني من سفره فقد زوجتك له، فقد علق فيه مضمون جملة الجزاء وهو التزويج على مضمون جملة الشرط وهو حضور ابنه من السفر، وهذا فيه تفصيل؛ وبيانه أن مضمون فعل الشرط إما أن يكون كائنا -أي محققا- وقت التكلم، أو مستقبلا محققا، أو معدوما يتوقع وجوده، فإن كان محققا وقت التكلم كأن خطب رجل بنتا لابنه فقال أبوها: إني زوجتها من فلان، فكذبه فقال أبوها: إن لم أكن زوجتها لفلان فقد زوجتها لابنك، فقبل أبو الولد ثم علم كذبه، ففي هذا المثال مضمون فعل الشرط -وهو عدم تزويج البنت لفلان الذي ادعاه أبوها- محقق في الماضي، وحكم هذا هو الصحة، مثل هذا ما إذا قال رجل لآخر: إن كان ابنك حضر من سفره الآن زوجته ابنتي، فقبل أبو الابن، وكان الابن وقت التكلم بهذه العبارة حضر من سفره، فإن الزواج ينعقد صحيحا لأن مدلول فعل الشرط فيه محقق.

وإن كان مستقبلا محققا كما إذا قال رجل لامرأة: إن جاء الغد فقد تزوجتك، فإن مجيء الغد -وهو اليوم التالي ليومك الذي أنت فيه- محقق، وحكم هذا عدم الصحة.

وإن كان معدوما يتوقع وجوده كما إذا قال: إن رضي أبي تزوجتك وقبلت، فإن رضا الأب وقت هذا التكلم معدوم، ويجوز رضاه وعدمه، وحكم هذا أن العقد لا يصح، وصاحب الدرر يقول: إن العقد صحيح والتعليق لاغ. وقال بعضهم: إن وجد الشرط في المجلس صح العقد.

والمقرون بالشرط هو ما صدر فيه الإيجاب غير مقيد بشيء أو لا ثم أعقب بشرط زائد عليه، كما إذا قال رجل لامرأة: تزوجتك بشرط أن لا أدفع لك مهرًا، فقبلت،

ففي هذا المثال صدر الإيجاب - وهو قوله: تزوجتك - منجزاً في أول الأمر، ولكن أتى بعده الشرط وهو عدم المهر، وهذا فيه تفصيل؛ لأن الشرط إما أن يكون من مقتضيات العقد كما إذا قال رجل لامرأة: تزوجتك بشرط أن أنفق عليك، وإما أن لا يكون من مقتضياته، كما إذا شرط في العقد عدم المهر، ففي الأول يصح العقد والشرط، وفي الثاني يصح العقد ويلغو الشرط، ويجب مهر المثل، وستأتي هذه المسألة مفصلة إن شاء الله تعالى في الباب الرابع في شروط المهر.

والمضاف إلى زمن مستقبل هو ما لم يقصد حصوله الآن، بل قصد حصوله بعد زمن معين، كما إذا قال رجل لامرأة: تزوجتك غداً أو بعد شهر، فإن غرضه أن التزوج لا يحصل في هذا الوقت، وإنما يحصل في الغد أو بعد شهر من تاريخه، وهذا لا ينعقد، ولو جاء الزمن المضاف إليه - انظر مادة ١٢^(١).

وزواج المتعة غير منعقد، وصورته أن يقول: أمتع بك كذا مدةً بكذا من المال، أو يقول: خذي مني هذه العشرة لأستمتع بك أياماً، أو متعيني نفسك أياماً أو عشرة أيام، أو لم يقل أياماً، وهذا العقد باطل وإن حضره الشهود، ويترتب على بطلانه أنه إذا مات أحدهما فلا يرثه الآخر؛ لأن التوارث إنما يكون بالعقد الصحيح.

وقال بعضهم: إنه جائز لأنه كان مشروعاً، فيبقى إلى أن يظهر ناسخ له. ويستدلون على قولهم بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ ويقول عطاء: سمعت جابراً يقول: تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وأبي بكر ونصف من خلافة عمر ثم نهى الناس عنه، وإلى هذا القول ذهب

(١) (مادة ١٢) لا ينعقد النكاح المعلق بشرط غير كائن أو حادثة غير محققة الحصول، ولا يبطل النكاح المقرون بالشرط الفاسد، بل يبطل الشرط دونه، كما إذا اشترط الزوج عدم المهر فشرطه فاسد والعقد صحيح.

الشيعة وخالفوا سيدنا علياً كرم الله وجهه، وأكثر الصحابة.

والحجة على هؤلاء ما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان قائماً بين الركن والمقام وهو يقول: «إني كنت أذنت لكم في المتعة فمن كان عنده شيء فليفارقه، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً، فإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة» وقال: «كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وقد حرم الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة». وروي عن ابن عباس أنه أمسك عن الفتوى بها، فقال له سيدنا علي: إنك تائه؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن متعة النساء. وقال بعضهم: ثلاثة أشياء نسخت مرتين: المتعة، ولحوم الجمر، والأهلية، والتوجه إلى بيت المقدس.

ولا دليل لهم إلا في الآية المتقدمة؛ لأن الاستمتاع معناه الزوج، والمهر يسمى أجرة، بدليل قوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ أي مهورهن. والجواب عن حديث جابر أن الذين كانوا يفعلون ذلك لم يبلغهم النسخ، ثم بلغهم فتركوه، وهو ظاهر من كلامه غير خفي، وأيضاً العقل يقتضي بطلانه؛ لأن النكاح ما شرع لقضاء الشهوة، بل لأغراض ومقاصد يتوسل بها إليها، وقضاء الشهوة بالمتعة لا يقع وسيلة إلى المقاصد فلا يشرع.

ومثل زواج المتعة الزواج المؤقت بوقت كما إذا قال رجل لامرأة: تزوجتك شهراً أو سنة، سواء قصر الوقت أو طال. وقال زفر: هو صحيح لازم لأن التوقيت شرط مخالف لمقتضى عقد الزواج، والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الشرط. وغيره يقول: إن الزواج المؤقت في معنى زواج المتعة؛ لأن المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد الزواج، وهو موجود فيما نحن فيه لأنها لا تحصل في مدة قليلة، والعبرة للمعاني دون الألفاظ، ألا ترى أنه لو قال شخص لآخر: جعلتك وكيلاً بعد موتي، يكون وصياً، ولو قال: جعلتك وصياً في حياتي، يكون

وكيلا، والكفالة بشرط براءة الأصل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصل كفالة، وما ذاك إلا لاعتبار المعنى دون اللفظ، وإذا اعتبر المعنى صار متعة، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المدة التي عينت في العقد إن كان الزوجان لا يعيشان إليها في الغالب - كمائة سنة مثلاً - صح العقد لأنه في معنى المؤبد، وهو حسن.

وجه الأول أن التأقيت معين لجهة المتعة، فإن قوله: تزوجتك للنكاح، ومقتضاه التأييد لأنه لم يوضع شرعا إلا لذلك، ولكنه يحتمل المتعة، فإذا قال: إلى عشرة أيام، عين التوقيت جهة كونه متعة، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء.

ويرد على هذا اشتراط الطلاق بعد شهر مثلاً وقت العقد، فإن العقد صحيح والشرط باطل، ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه، وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر؛ لأن الطلاق قاطع للنكاح، فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً، ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح، فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً، وأما صورة النزاع فالشرط إنما هو في النكاح لا في قاطعه، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الإجارة.

والفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت أن المؤقت يكون بلفظ التزويج، وفي المتعة بلفظ: أتمتع أو أستمتع. وقال صاحب الفتح: الذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة، وفي المؤقت الشهود وتعيينها - انظر مادتي ١٣ و ١٤^(١).

(١) (مادة ١٣) لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة.

(مادة ١٤) نكاح المتعة هو أن يعقد الرجل عقداً على امرأة بلفظ المتعة وهو باطل لا ينعقد أصلاً وإن حضره الشهود، ولا يتوارث به الزوجان.

وزواج الشغار صحيح وهو أن يزوج رجل موليته على أن يزوجه الآخر موليته، ليكون بُضْعُ كل من المرأتين مهراً للأخرى، سواء كانت المولية بنتاً أو أختاً أو غيرهما، وصورته أن يقول رجل لآخر: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، ليكون بضع كل منهما مهراً للأخرى، فإن قبل الثاني على هذا الشرط كان هذا زواج الشغار، وهو صحيح، ولكن يجب لكل من البنتين مهر مثلها على زوجها؛ لأنها سميا ما لا تصلح تسميته مهراً؛ إذ المسمى ليس بمال، فوجب مهر المثل.

وقال الشافعي رحمه الله تعالى والإمام أحمد: يفسد الزواج بهذا الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا شغار في الإسلام» والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. واستدل الحنفية بأن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة، وهذا شرط فيه، فلا يفسده، بل يفسد الشرط، ألا ترى أنه لا يفسد بتسمية ما ليس بمال ولا بترك التسمية بالكلية، والنهي الوارد فيه إنما كان من أجل إخلائه عن تسمية المهر، واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال، على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية، ونحن لا نخليه من المهر بل نوجب مهر المثل فكان صحيحاً.

فإن لم يقولوا في العقد: إن بضع كل واحدة مهر الأخرى ولا معناه، بل قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، ولم يزد عليه فقبل، جاز الزواج اتفاقاً ولا يكون شغارا، ولو زاد قوله: على أن يكون بضع بنتي صداق لبنتك، فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان الزواج الثاني صحيحا اتفاقا، والأول على الخلاف، وأصل الشغور الخلو، يقال: بلدة شاغرة، إذا خلت عن السلطان، والمراد هنا الخلو عن المهر؛ لأنها بهذا الشرط كأنهما أخليا البضع عنه - انظر مادة ١٥^(١).

(١) (مادة ١٥) نكاح الشغار وهو أن يجعل بضع كل من المرأتين مهراً للأخرى يتعقد صحيحاً، ويجب بالعقد مهر المثل لكل منهما.

وبعض العقود يثبت فيه خيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب مثل البيع، فإذا اشترى شخص من آخر شيئاً وصف له ولم يكن رآه قبل الشراء فعند رؤيته له يخير بين إمضاء عقد البيع وفسخه، وإذا اشترى شيئاً وجعل لنفسه الخيار مدة ثلاثة أيام صح العقد والشرط، وهو في المدة التي عينها بخير بين إمضاء البيع وفسخه، وإذا اشترى شيئاً ووجد به عيباً لم يكن عالماً به قبل الشراء ولم تحصل البراءة منه، فله رده على البائع وأخذ ما دفعه من الثمن، وكل من خيار الرؤية والعيب يثبت وإن لم يشترط في العقد؛ لأن السبب في ثبوتها الرؤية والعيب، فمتى وجد السبب وجد المسبب بخلاف خيار الشرط فإنه لا يثبت إلا باشتراطه في العقد، إذ لا يتأتى وجود المسبب الذي هو الخيار إلا إذا وجد السبب وهو الشرط.

وبعض العقود لا تثبت فيه هذه الخيارات ومنها عقد الزواج، فإذا تزوج رجل امرأة ولم ير أحدهما صاحبه قبل الزواج، فليس لواحد منهما فسخ العقد مدعياً أن له خيار الرؤية؛ لأن الشارع أباح لكل منهما نظر صاحبه قبل العقد كما عرفته في شرح مادة (٣) فإذا لم يحصل كان التقصير من جهة كل منهما، فلا يثبت له الخيار، ولأنه يترتب على الفسخ ضرر لكل منهما، وإذا تزوج بها واشترط أحدهما الخيار لنفسه في مدة ثلاثة أيام صح العقد وبطل الشرط، فليس للمشرط له الخيار أن يفسخ العقد في المدة؛ لأن فائدة هذا الشرط أن الإنسان يختار ما هو الصالح له من الأمرين ويمضيه، فكان عليه أن يبحث قبل إقدامه على العقد؛ لأن الفسخ هنا يترتب عليه ضرر بخلاف البيع.

وإذا تزوجها واشترط الزوج في العقد شفاهاً أو بالكتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب، أو اشترطت المرأة سلامتها من الأمراض والعاهات، فالعقد صحيح والشرط فاسد، حتى إذا وجد أحدهما صاحبه على خلاف ما اشترط فليس

له الخيار في فسخ الزواج، وإنما يثبت الخيار للمرأة إذا وجدت زوجها مجبواً أو خصياً أو عنيماً، فالمجبوب هو مقطوع الأعضاء المعلومه، والخصي منزوع الخصيتين لا العضو المعلوم، والعنين هو من لا يمكنه أن يصل إلى النساء عجزاً أو لا يريدهن، فمتى وجدت المرأة زوجها متصفاً بإحدى هذه الصفات ثبت لها الخيار في فسخ النكاح، فإن شاءت أقامت معه وإن شاءت رفعت الأمر للقاضي ليفرق بينهما، كما سيأتي بيانه في مادة (٢٩٨).

وقال محمد: لا يخير الزوج بعيب في الزوجة أصلاً، وتخير هي إذا وجدت زوجها معيباً: بعيب فاحش بحيث لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص؛ لأنه يتعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيها، فكان كالجلب والعنة، بخلاف ما إذا كان بها عيب؛ لأن الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ويمكنه أن يستمتع بغيرها، وهذا حسن. وغيره يقول: إن المستحق بالعقد هو الوطاء وهذه العيوب لا تفوته، بل توجب خللاً فيه فلا يثبت الرد، والجذام هو داء يشق الجلد ويقطع اللحم فيتساقط منه، والفعل جذم على ما لم يسم فاعله، بمعنى أصابه بالجذام، وهو مجذوم ويقال: أجذم، والبرص هو بياض شديد مبقع، وجن الرجل على ما يسم فاعله فهو مجنون، وأجنه الله تعالى فهو مجنون، ولا يقال: مجن، ولا: جنه الله تعالى، وإنما يقال: أجنه الله تعالى، فهو مجنون.

وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا اتصف صاحبه بالجنون أو الجذام أو البرص، سواء كانت هذه العيوب موجودة قبل العقد أو وجدت بعده، وهذا الخيار ثابت لكل منهما، وإن كان هو معيباً بالعيب الذي قام بصاحبه؛ لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه؛ ولأن هذه الأشياء تعاف طبعاً، وأيد بالشرع فقال عليه الصلاة والسلام: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد»

وقيس عليه غيره بجامع النفرة في كل، ويثبت الخيار لوليها بكل من العيوب المتقدمة إن قارن العيب العقد وإن رضيت هي؛ لأنه يعير بذلك، بخلاف ما إذا وجدت بعد العقد فإنه لا يعير به، ويثبت الخيار للزوج إذا وجد بزوجه رتقاً أو قرناً، وهما عبارة عن وجود لحم أو عظم في المحل المعلوم.

ويثبت الخيار للزوجة إذا وجدت زوجها مجبوبةً أو عنيّةً قبل وطء، فالعيوب ثلاثة أقسام: قسم مشترك وهو الجنون والجذام والبرص، وقسم خاص بالنساء وهو الرتق والقرن، وقسم خاص بالرجال وهو الجب والعنة، ولا خيار لهما بغير ذلك كخنوثة واستحاضة وقروح سيالة.

وكل هذا عند عدم الشرط، فلو شرط في أحدهما وصف لا يمنع صحة الزواج، سواء كان هذا الشرط كمالاً كالجمال والبكارة والحرية، أو نقصاً كضدها، أو لا كمالاً ولا نقصاً كالبياض والسمرة، فإن وجد المشروط فيها وإن لم يوجد فالعقد صحيح، ويثبت الخيار لمن شرطه من الزوجين إن ظهر الموصوف أقل مما شرط، فإن ظهر مثله أو فوّقه فلا خيار، وكذا لا يثبت الخيار لكل من الزوجين إن ظن أن صاحبه متصف بوصف فإن خلافه كان ظنته عدلاً كنفوّاء، فظهر فسقه أو دناءة نسبه أو حرفته، أو ظنها مسلمة أو حرة فتبين أنها كاتبة أو رقيقة؛ لأن كلاً منهما مقصر بترك البحث أو الشرط.

وقال الإمام مالك رحمه الله تعالى: يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا كان صاحبه معيّباً بشرط أن لا يسبق علم بالعيب قبل العقد، ولم يرض بالعيب حال اطلاعه عليه. والظاهر أن هذا ليس خاصاً بمذهب الإمام مالك، بل يقول به كل من يثبت الخيار بالعيوب، فإن علم العيب قبل العقد فلا خيار له، وكذا إن رضي بالعيب حال اطلاعه عليه، سواء كان رضاه صريحاً أو ضمناً بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب فلا خيار له، وهذا الخيار ثابت لكل منهما، ولو كان هو معيّباً بنفس

العيب الذي عند صا- به لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه.

وبعضهم -وهو اللخمي- يقول: إن كان معيياً بغير عيب صاحبه فله الخيار، وإن تماثلا في العيب ثبت الخيار له لا لها؛ لأنه بذل الصداق لسأمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل، وظاهر كلامهم ترجيح الأول.

وقسم العيوب إلى ثلاثة أقسام: قسم مشترك بين الرجال والنساء، وهو أربعة: الجنون وإن وقع مرة في الشهر، والجذام والبرص والعذيمة. وقسم يختص بالرجال وهو أربعة: الخشاء والجب والعنة والاعتراض. وقسم يختص بالنساء وهو خمسة: الرق والقرن والعفل والإفضاء والبخر.

ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة إن كانت موجودة وقت العقد ولم يعلم بها كما تقدم، فإن حدثت بعد العقد فإما أن تكون بالزوجة أو بالزوج، فإن كانت بالزوج فلها رده برص وجذام وجنون لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها، وليست العصمة بيدها حتى تفارقه، وإن كانت بالزوجة فليس له ردها لأن العصمة بيده، فإما أن يطلق أو يرضى.

ولا يثبت الخيار لكل من الزوجين في غير هذه العيوب كالعمى والعمور والعرج مما يعد في العرف عيباً، وكل هذا عند عدم الشرط، فإن وجد اتبع وله الرد أو لها بكل عيب اشترطت البراءة منه، وإذا وصفها وليها عند الخطبة بقوله: هي سليمة العينين طويلة الشعر لا عيب بها، فوجدت بخلافه فله الرد؛ لأن وصفه لها منزل منزلة الشرط وكذا وصف غيره كأمها بحضوره وهو ساكت، ولا يثبت الخيار لكل منهما بخلف الظن، فإذا ظن أحدهما صاحبه متصفاً بوصف مخصوص وتبين خلوه منه فليس له رده؛ لأن التقصير حاصل من جهته بترك البحث أو الشرط.

وقال الإمام أحمد بن حنبل: يثبت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب في صاحبه، وقسم العيوب إلى ثلاثة أقسام أيضاً؛ فالمختص بالرجل: الجب والشلل والخصاء والعنة، ففي الأولين لها طلب الفسخ ومتى ثبت ذلك يجاب للحال؛ لأنه لا فائدة في التأجيل، وفي الآخرين يؤجل سنة هلالية فإن حصل المقصود فيها، وإلا يفسخ القاضي بالطلب.

والمختص بالأنثى انسداد المحل بأي شيء كان أو بخره أو تقرحه بقروح سيالة أو كانت مفضاة أو مستحاضة في الأصح، والمشارك بينهما الجنون ولو أحياناً والجدام والبرص وبخر الفم والباسور والناصور واستطلاق البول والغائط، فيفسخ بكل عيب تقدم سواء كان مختصاً أو مشتركاً.

ولا يثبت الخيار بغير ما ذكر من العيوب كالعرج والعمى والخرس والطرش والقرع إذا لم تكن له رائحة؛ لأن ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديده بخلاف العيوب المتقدمة، ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة إذا لم يعلم به وقت العقد ولم يزل بعده ولم يرض به حال اطلاعه عليه، فإن علم به وقت العقد أو زال العيب بعده فلا خيار، وكذا لو رضي به حال اطلاعه عليه سواء كان رضاه صريحاً كقول من له الخيار: أسقطت الفسخ، أو دلالة كالوطء بعد العلم إن كان الخيار له وتمكينها منه إن كان الخيار لها؛ لأن كلا منهما يدل على الرغبة في صاحبه، وما ذهب إليه غير الحنفية في باب الرد بالعيوب هو الأوجه - انظر مادة ١٦^(١).

(١) (مادة ١٦) لا يثبت في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب سواء جعل الخيار للزوج أو للزوجة. فإذا اشترط الزوج في العقد شفاهاً أو بالكتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب، أو اشترطت المرأة سلامته من الأمراض والعايات فالعقد صحيح والشرط باطل، حتى إذا وجد أحدهما صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار في فسخ النكاح، وإنما يكون الخيار بشروطه للمرأة إذا وجدت زوجها عنيماً أو نحوه.

وأما أحكامه فهي المترتبة عليه عند حصوله إذ حكم كل عقد هو ما يترتب عليه، فمتى انعقد الزواج مستوفيا كل الشرائط المتقدمة ترتبت عليه الأحكام التي تناسبه، وحينئذ تثبت الزوجية بين الرجل والمرأة، ويلزم كلا منهما أحكامه سواء زفت إليه الزوجة أو لم تزف، فيترتب عليه المهر بالعقد ولو كان مجردا عن الزفاف، فإن سميا مهرا وقت العقد وكانت التسمية صحيحة فهو الواجب، وإن لم يسميا أو سميا ما لا تصلح تسميته مهرا فالواجب عليه مهر المثل، وتلزمه نفقتها بأنواعها الثلاثة؛ وهي: الكسوة والسكنى والأكل، على حسب حال الزوجين إلا إذا كانت ناشزة، أي: خارجة عن طاعته بغير حق أو كانت صغيرة بحيث تكون غير صالحة للوطء، ولألا يستناس بها في بيته فلا تلزمه النفقة.

ويترتب عليه أيضا حل استمتاع كل منهما بالآخر بعد أن لم يكن جائزا قبل العقد، وتثبت له هو ولاية التأديب عليها وتحب عليها طاعته فيما هو مباح شرعا، فإن أمرها بما ليس كذلك كشرب الخمر أو ترك الصلاة أو الصوم مثلا فلا تحب عليها الطاعة، بل الواجب مخالفته فيما ذكر، وتقيد بملازمة بيته فلا تخرج بغير حق شرعي إلا بإذنه، ولها الخروج بحق شرعي ولو أبي كالخروج لزيارة أبويها في كل أسبوع مرة وباقي المحارم في كل سنة مرة.

ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي فمعه يجب عليها المنع إذا كانت حائضا أو نفساء، وكذا إذا لم يوفها معجل مهرها فلها منعه من ذلك؛ لأنه إذا لم يقيم بحقوقها فلها منعه من حقوقه. ويترتب عليه أيضا ثبوت حرمة المصاهرة، وهي حرمة الزوجة على أصول الزوج وفروعه سواء دخل بها أو لم يدخل، وحرمة أصول الزوجة على الزوج دخل أو لم يدخل، وحرمة فروعها عليه إن دخل بها، ويترتب عليه أيضا ثبوت الإرث من الجانين، فإذا مات الرجل بعد العقد على المرأة أو ماتت

هي ولو قبل الدخول ورث الحي منها المتوفى - انظر مادة ١٧^(١).

ومتى انعقد الزواج غير صحيح - بأن فقد شرطاً من الشروط التي عرفت بها مما تقدم - فلا تثبت الزوجية ولا تترتب عليه الأحكام، فيلزمهما أن يفترقا لأن كلاً من المتعاقدين يجب عليه عدم الإمضاء في العقد الفاسد، فإذا لم يفترقا وجب على القاضي التفريق بينهما لأنه نصب ناظرًا للمصالح الدينية والدنيوية.

ولا تثبت به حرمة المصاهرة فلا تحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه ولا تحرم عليه أصولها وفروعها، ولكن محل عدم حرمة المصاهرة إن تركها أو فرق القاضي بينهما قبل الوطء، أو ما يقوم مقامه وهو اللمس والنظرة بشهوة، فإن حصل ما ذكر بعد واحد من هذه الأشياء تثبت حرمة المصاهرة المتقدمة كما ستعرفه في مادة (٢٤).

ولا يتوارث به الزوجان فإذا مات أحدهما ولو بعد الدخول فلا يرثه الآخر؛ لأن التوارث إنما يكون بعد العقد الصحيح لا الفاسد، ولا يلزم الزوج المهر المسمى في العقد ولا مهر المثل إن لم تكن هناك تسمية إن حصل التفريق قبل الوطء أو فض البكارة إن كانت بكرًا، فإن كان بعد واحد منهما لزمه مهر المثل؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقر - بالضم - وهو المهر أو - عقر - بالفتح وهو الحد، وقد

(١) (مادة ١٧) متى انعقد النكاح صحيحاً ثبتت الزوجية ولزم الزوج والزوجة أحكامه من حين العقد ولو لم يدخل بالمرأة، فيجب عليه بمجرد العقد مهر مثلها إن لم يكن سمي لها مهرًا، وتلزمه نفقتها بأنواعها ما لم تكن ناشزة أو صغيرة لا تطيق الوطء ولا يستأنس بها في بيته، ويحل استمتاع كل منهما بالآخر ويثبت له ولاية التأديب عليها، وتجب عليها طاعته فيما كان مباحًا شرعًا، وتتقيد بملازمة بيته ولا تخرج بغير حق شرعي إلا بإذنه، ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي بعد إيفائها معجل مهرها، وتثبت حرمة المصاهرة ويثبت الإرث من الجانبين، إلى غير ذلك من أحكام النكاح.

انتفى الثاني لوجود الشبهة - وهو العقد - فيجب الأول - انظر مادة ١٨^(١).

(١) (مادة ١٨) كل عقد نكاح لم تحضره الشهود أو فقد شرطاً آخر من شروط الصحة فهو فاسد لا ترتب عليه أحكام النكاح، ويجب التفريق بين الزوجين إن لم يترقا، ولا تثبت به حرمة المصاهرة إذا وقع التفريق أو المشاركة قبل الوطء أو ما يقوم مقامه، ولا يتوارث فيه الزوجان، وإذا لم يسم الزوج مهراً للمرأة وقت العقد فلا يلزمه مهر مثلها إلا بعد إثباتها في القبل أو فض بكارتها إن كانت بكرًا.

الباب الثالث

في موانع النكاح الشرعية وبيان المحللات والمحرمات من النساء

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله تعالى عن محمية الزواج بالنسبة إلى بعض بني آدم، سواء كان هذا الإخراج دائماً أو مؤقتاً بوقت مخصوص، أفرد الفقهاء له باباً على حدته وبينوا فيه أسباب التحريم، فمتى وجد سبب منها حرم الزوج ومتى انتفى السبب حل، ولكن لا يجوز للرجل أن يجمع في عصمته من المحللات ما شاء من العدد بل يقتصر على أربع نسوة في عصمته، سواء كان تزوجهن في عقود متفرقة، كما إذا تزوج كل شهر مثلاً واحدة، أو في عقد واحد بأن وكل أربع نسوة رجلاً في أن يزوجهن لفلان، فقال هذا الوكيل للرجل: زوجتك موكلاقي فلانة وفلانة... إلخ، فقبل الرجل، صح هذا العقد بالنسبة إلى الجميع إذا لم يكن متزوجاً بغيرهن، فقد حصل في هذا المثال تزوج أربع في عقد واحد، ويمكنك الإتيان بعدة أمثلة.

والدليل على أن الرجل لا يجوز له إلا تزوج أربع قوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ والنص على العدد يمنع الزيادة عليه. وقال القاسم بن إبراهيم: يجوز التزوج بالتسع لأن الله تعالى أباح نكاح ثنتين بقوله: ﴿مَثْنَى﴾ ثم عطف عليه ثلاث ورباع بالواو وهو للجمع فيكون المجموع تسعاً، ومثله عن النخعي وابن أبي ليلى. وقال بعض الشيعة والخوارج: يجوز ثمان عشرة امرأة لأن قوله: ﴿مَثْنَى﴾ يفيد التكرار لكونه معدولاً به عن اثنين اثنين مكرراً، وكذلك ثلاث ورباع، وأقل التكرار مرتان فيكون ثمان عشرة، وبعض الناس يقول: إن للرجل أن يتزوج ما شاء من العدد؛ لأن مثنى وثلاث ورباع يفيد التكرار من غير حصر.

وهؤلاء خرقوا الإجماع لأن الأمة أجمعت على أنه لا يجوز أكثر من أربع؛ ولا

حجة لهم فيم ذكر لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي القسمة آحادًا كما تقول: ركب القوم دوابهم، والواو بمعنى أو، وحجة الإجماع ما صح أن النبي عليه الصلاة والسلام فرق بين غيلان الثقفي وبين ما زاد على الأربع من النسوة، حين أسلم وتحتة عشر نسوة، وغيره ممن أسلم وهو متزوج بأكثر من أربع، ولم ينقل عن أحد في زمن النبي عليه الصلاة والسلام ولا بعده إلى زمننا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة بالزواج، ولو كان المعنى كما زعموا لما كان لذكر ثلاث ورباع معنى؛ لأن مثني يفيد التكرار لا إلى نهاية وحصر، وكلام الله سبحانه وتعالى منزّه عن التكرار وعدم المعنى.

وهذا إذا كان الرجل حرًا فلو كان رقيقًا فلا يجوز له إلا تزوج اثنتين، وهو قول سيدنا عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف؛ لأن الرق منصف للنعمة فينتصف العدد المباح للحر بالنسبة للزواج، ومع هذا فالأحسن لمن خاف عدم العدل بين الزوجات أن لا يتزوج إلا واحدة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ انظر مادة ١٩^(١).

فمتى كان هذا العدد بالنسبة للحر والعبد محلاً للعقد صح الزواج، وإن كان غير محل له بأن كانت المرأة محرمة على من يريد الزواج بها لأي سبب، كان العقد فاسدًا. انظر مادة ٢٠^(٢).

وأسباب تحريم المرأة على الرجل تنقسم إلى قسمين: مؤبدة ومؤقتة، فالمؤبدة تنحصر في ثلاثة أنواع؛ الأول: المحرمات بسبب النسب. الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة. الثالث: المحرمات بسبب الرضاع، والمؤقتة تنحصر في خمسة أنواع؛ النوع الأول: حرمة الجمع بين المحارم. الثاني: حرمة الجمع بين الأجنيات زيادة على أربع.

(١) (مادة ١٩) يجوز للحر أن يتزوج أربع نسوة في عقد واحد أو في عقود متفرقة.

(٢) (مادة ٢٠) يشترط لصحة النكاح أن تكون المرأة محلاً له غير محرمة على من يريد الزواج بها.

الثالث: عدم الدين السماوي. الرابع: التطليق ثلاثاً. الخامس: تعلق حق الغير بزواج أو عدة.

والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ ﴿٢١﴾ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتِ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ ﴿٢٢﴾ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴿٢٣﴾ وآيات أخرى سترد عليك. انظر مادة ٢١^(١).

ولنذكر لك كلا منها على حدته فنقول:

المحرمات بسبب النسب

يحرم بالنسب أنواع أربعة؛ الأول: أصول الشخص. الثاني: فروعه ولو بعدت الوسائط. الثالث: فروع أبويه وإن نزلوا. الرابع: فروع أجداده وجداته إذا انفصلوا بدرجة واحدة، فيحرم عليه بالأول والثاني أمه وجدته وإن علت، سواء كانت من جهة الأم أو من جهة الأب، وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن نزلت كل منهما؛ لقوله

(١) (مادة ٢١) أسباب التحريم قسماً: مؤبدة ومؤقتة؛ فالمؤبدة: هي القرابة والمصاهرة والرضاع، والمؤقتة: هي الجمع بين محرمين، والجمع بين الأجنيات زيادة على أربع، وعدم الدين السماوي، والتطليق ثلاثاً، وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة.

تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ ﴾.

ولا يقال: إن النص قاصر على الأم والبنت فلا يتناول الجدة ولا بنت البنت ولا بنت الابن فلا تحرم كل منهن؛ لأننا نقول: إن الجدات أمهات؛ إذ الأم معناها في اللغة: الأصل، والبنت: الفرع. قال الله تعالى: ﴿ هُنَّ أُمَّ الْكِتَابِ ﴾ أي: أصله، وقال عليه الصلاة والسلام: «الخمر أم الخبائث» أي: أصلها، وعلى هذا تكون حرمة ما ذكر ثابتة بهذه الآية.

أو نقول: ثبتت حرمة الجدات وبنات الأولاد بالإجماع، أو نقول: ثبتت حرمتهم بدلالة النص لأن الله تعالى حرم العمات والخالات -وهن أولاد الجدات- فهن أقرب من أولادهن فيحرم من باب أولى، وكذا حرم بنات الأخ وبنات الأخت، ولا شك أن بنات الأولاد أقرب منهن فكن أولى بالتحريم؛ لأن الحكمة في تحريم هؤلاء تعظيم القريب وصونه عن الاستخفاف؛ لأن في الاستفراش استخفافاً به وتعظيمه واجب شرعاً؛ ولأن تزوجهن يفضي إلى قطع الرحم لأن التزوج لا يخلو من مبادطات تجري بين الزوجين، فيكون ذلك سبب جريان الخشونة بينهما فيفضي إلى قطع الرحم فيمنع منه أصلاً، فكل من كان أقرب فهو أولى بالمنع.

ويحرم عليه بالثالث والرابع أخته وبناتها وبنات أخيه وإن نزلت درجتها، وعمته وعم أصوله وخالته وخالة أصوله؛ لقوله تعالى في الآية السابقة: ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبنَاتُ الْأَخِ وَبنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ ويشمل النص الأخت لأبوين أو لأب أو لأم وبنت كل منهن، ويشمل أيضاً بنت الأخ الشقيق أو لأب أو لأم، وكذلك يشمل العمات والخالات المتفرقات لأن الاسم يشمل الجميع.

وكذا يدخل في العمات والخالات بطريق الحقيقة عمه الأب والجد وإن علا،

وخالة كل منهما وعمة الأم والجدة وإن علت وخالة كل منهما.

فإذا علمت ما تقدم تعلم أن بنت الأعمام والعلمات وبنات الأخوال والخالات تحل، وليست الحرمة والحل المتقدمان قاصرين على المذكر بل يشملان المذكر والمؤنث، فكما يحرم على الرجل أن يتزوج بأصوله وفروعه من الإناث يحرم كذلك على المرأة التزوج بأصولها وفروعها من الذكور، وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بنات أخواته وإخوته يحرم على المرأة التزوج بأبناء أخواتها وإخوتها وهكذا، وكما يحل للرجل بنات الأعمام والعلمات والأخوال والخالات يحل للمرأة أبناء الأعمام والعلمات... إلخ. انظر مادة ٢٢^(١).

المحرمات بسبب المصاهرة

ويحرم بالمصاهرة أنواع أربعة أيضاً؛ الأول: فرع زوجته المدخول بها. الثاني: أصول زوجته. الثالث: زوجة فروعه وإن سفلوا. الرابع: زوجة أصوله وإن علوا.

فبالأول يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها لقوله تعالى في الآية السالفة: ﴿وَرَبِّيبُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ لثبوت قيد الدخول فيها سواء كانت في حجره أو حجر غيره؛ لأن ذكر الحجور في الآية خرج مخرج العادة لا الشرط، إذ العادة أن المرأة إذا تزوجت وكان لها بنت تأخذها معها إلى منزل زوجها، وحينئذ

(١) (مادة ٢٢) يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب أمه وجدته وإن علت، وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن سفلت، وأخته وبنت أخته وبنت أخيه وإن سفلت، وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة أصوله، وتحل له بنات العلمات والأعمام وبنات الخالات والأخوال، وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال، ويحل للمرأة أبناء الأعمام والعلمات وأبناء الأخوال والخالات.

تكون في حجره، ويجوز أن يكون ذكر الحجر للتشنيع عليهم بذكر قبيح فعلهم لا لتعلق الحكم به، كما في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا﴾ وقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِسْرَافًا وَبِدَارًا﴾.

وبذلك على هذا أنه اكتفى في الإحلال بنفي الدخول في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ ولو كان الحجر شرطاً لما اكتفى بنفي الدخول بل كان يقول: فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجبكم فلا جناح عليكم.

وبعضهم يقول: لا تحرم بنت الزوجة إلا إذا دخل الزوج بأمرها وكانت في حجره، مستدلاً بظاهر هذه الآية، وقد عرفت الجواب عنه.

ويشترط في التحريم بالدخول أن يكون هو مشتهي وهي مشتهاة أيضاً، بأن كانا بالغين أو مراهقين، فإن كان كل منهما غير مشتهي وقته أو كان هو مشتهي وهي غير مشتهاة أو بالعكس، وحصلت الفرقة بينهما فلا يثبت التحريم ولو بعد الدخول، فإذا تزوج صغيرة لا تشتهي فدخل بها وطلقها وانقضت عدتها فتزوجت بغيره وأتت منه بينت جاز للأول الزوج بينتها لعدم الاشتهاة، ومثله ما إذا تزوج صغير امرأة مشتهاة ودخل بها وافترقا قبل وكان لها بنت جاز له الزوج بها.

وبنت خمس لا تكون مشتهاة اتفاقاً، وبنت تسع فصاعداً مشتهاة اتفاقاً، وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ والأصح أنها لا تثبت الحرمة، والذي حققه ابن عابدين في الغلام أنه يكون مراهقاً إذا بلغ سنه اثنتي عشرة سنة، ومثل هذا ما إذا وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول بأن ماتت المرأة، أو طلقها قبله فلا تحرم عليه بنتها؛ لاشتراط الدخول في الآية ولم يوجد.

وبالثاني يحرم على الرجل أن يتزوج أم زوجته وجدتها من أي جهة كانت، سواء دخل بزوجه أو لم يدخل بها لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ ولم يشترط الدخول كما اشترطه في البنت، ولفظ الأمهات يشمل الجدات كما عرف ذلك مما تقدم.

وبالثالث والرابع تحرم زوجة أبيه وزوجة ابنه وإن بعد الأب والابن، بأن كان أبا الأب أو أبا الأم أو أبا أم الأب وإن علا، أو كان ابن الابن وإن سفل، أما حرمة زوجة الأصل فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ ولفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد، وأما حرمة زوجة الفرع فلقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع، ولفظ الأبناء يتناول أبناء الأولاد وإن سفّلوا.

ولا يشترط في التحريم دخول الفرع والأصل بالزوجة لإطلاق النص، ولكن محل الإطلاق إذا كان العقد صحيحاً، فلو فاسداً لم يثبت التحريم إلا بالدخول أو ما يقوم مقامه، فالذي علم مما تقدم أن الزوجة تحرم على أصول الزوج وعلى فروعها، ويحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها فقط، وأما فروع الزوجة وأصولها فلا تحرم على أصول الزوج وفروعها، فيجوز أن يتزوج رجل امرأة ويتزوج ابنه أو أبوه أمها أو بنتها من غيره. انظر مادة ٢٣^(١).

وأبو حنيفة يقول: من زنى بامرأة أو لمسها أو نظر إلى العضو المخصوص منها

(١) (مادة ٢٣) يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وهو مشتبه وهي مشتبهة، سواء كان في نكاح صحيح أو فاسد، فإن دخل بها وهو غير مشتبه أو هي غير مشتبهة أو ماتت قبل الدخول أو طلقها ولم يكن دخل بها فلا تحرم عليها بنتها، وتحرم عليه أم زوجته بمجرد العقد الصحيح عليها، وإن لم يدخل بها، وزوجة فرعه وإن سفل وأصله وإن علا ولو لم يدخل بها في النكاح الصحيح.

بشهوة ترتبت حرمان المصاهرة، فيحرم على الزاني التزوج بفروع المزني بها وأصولها، وتحرم المزني بها على أصول الزاني وفروعه، ولا تحرم على أصول الزاني وفروعه أصول المزني بها ولا فروعها، فيجوز لابن الزاني أن يتزوج أم مزنية أبيه وبنتها، ويجوز لأبي الزاني أن يتزوج بأم المزني بها وبنتها، متبعا في ذلك سيدنا عمر وعمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وأبي بن كعب وعائشة وابن مسعود وابن عباس وجهور التابعين.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ بناء على أن النكاح هو الوطء حقيقة، ولهذا حرم على الابن ما وطئ أبيه بملك اليمين، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وبنتها» وبقوله صلى الله عليه وسلم: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها». وقال الشافعي رحمه الله تعالى: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة، واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحرم الحرام الحلال» ولأنها نعمة فلا يكون المحذور سببا في زوالها، ولأن الزنا لو كان مؤثرا لحلل المزني بها للمطلق ثلاثا، ومذهب الإمام الشافعي هو الظاهر. انظر مادة ٢٤^(١).

المحرمات بسبب الرضاع

يحرم بالرضاع كل من يحرم بالنسب والمصاهرة، وهن أمه وبنته وأخته وبنات أخواته وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها وامرأة أبيه وامرأة ابنه، كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب والمصاهرة لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ

(١) (مادة ٢٤) يحرم على الرجل أن يتزوج أصل مزنيته وفروعها، وتحرم المزني بها على أصوله وفروعه، ولا تحرم عليهم أصولها وفروعها.

وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضْعَةِ ﴿ وهذه الآية وإن لم ينص فيها إلا على الأم والأخوات من الرضاعة، ولكن ثبتت حرمة الباقي بقوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فلو أرضعت امرأة صبيًا حرم عليه زوجة زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه لأنها امرأة أبيه من الرضاعة، ويحرم على زوج المرضعة امرأة هذا الصبي لأنها امرأة ابنه من الرضاعة، وحرم على هذا الصبي أيضًا بنات المرضعة وبناتهن لأنهن أخواته وبنات أخواته وهكذا الباقي، وهناك مسائل مستثناة من عموم هذا الحديث، ووجه الاستثناء أن المعنى الذي لأجله حرم في النسب ليس موجودًا فيها.

فمن هذه المسائل أم أخيه رضاعًا، فإذا أرضعت امرأة صبيًا وكان لها ابن من النسب يجوز لابنها أن يتزوج بأم الصبي الذي رضع من أمه، مع أنها أم أخيه رضاعًا؛ لأن أم الأخ من النسب إنما حرمت لكونها أمه إن كانا شقيقين، أو زوجة أبيه إن كان لأب، وهذا المعنى منتف في الرضاع.

ومنها أخت ابنه رضاعًا، فإذا أرضعت امرأة ولدًا، ولهذا الولد أخت لم ترضع من تلك المرأة، يجوز لزوج المرأة أن يتزوج أخت ذلك الولد الذي هو ابنه من الرضاع؛ لأن أخت الابن من النسب إنما حرمت لأنها أما بنته أو بنت زوجته المدخول بها، وهذا المعنى منتف في الرضاع. وأما أخت الأخ فإنها تحل نسبًا فرضاعًا من باب أولى، فإذا كانت لامرأة بنت وتزوجت هذه المرأة بغير أبي البنت ورزقت منه بابن، وكان لهذا الرجل ابن من غير تلك المرأة، جاز لهذا الابن أن يتزوج تلك البنت، مع أنها أخت أخيه من النسب، وسيأتي لك زيادة إيضاح في باب الرضاع.

وإنما كانت حرمة من ذكر مؤبدة -أي لا تحل أصلاً- لأن سبب الحرمة موجود على الدوام، فمتى ثبتت الأمومة أو زوجية الأصل أو الفرع فلا تنفك مادام

موجودين، بخلاف ما يأتي لأن سبب الحرمة قد يزول، فالحرمة ثابتة ما دام السبب موجودا، فإن زال زالت الحرمة وثبت الحل كزوجة للغير مثلا، فإنها تحرم ما دامت هذه الزوجية قائمة، فإن زالت الزوجية زالت الحرمة بعد انقضاء العدة وثبت الحل. انظر مادة ٢٥^(١).

الجمع بين محرمين

يحرم على الرجل أن يجمع بين الأختين، فإذا كانت امرأة في عصمته فلا يجوز له أن يتزوج أختها، كذلك إذا طلقها ولم تنقض عدتها سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا لأن آثار الزواج باقية مادامت العدة، فإذا انقضت العدة جاز له التزوج بأختها، ومثل أخت الزوجة عمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها، فلا يجوز له أن يتزوج على من في عصمته أو في عدته عمتها ولا خالتها ولا بنت أخيها ولا بنت أختها لقوله تعالى في الآية السالفة: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ وسرى حكمهما إلى كل امرأتين أيتهما فرضت مذكراً حرمت الأخرى عليه بعلقة قطيعة الرحم، سواء كان في النسب أو الرضاع كالجمع بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها أو بنت أخيها أو بنت أختها؛ لأننا إذا قدرنا المرأة مذكراً حرمت عليه عمته، ولو قدرنا العمة مذكراً حرم عليه تزوج بنت أخيه، ولو قدرنا المرأة في الثاني مذكراً حرم عليه تزوج خالته، ولو قدرنا الخالة مذكراً حرم التزوج ببنت أخته، ولو قدرنا المرأة مذكراً في الثالث حرم عليه التزوج ببنت أخيه، ولو قدرنا بنت الأخ مذكراً حرم عليه تزوج عمته وهكذا.

وقد ثبت هذا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا

(١) (مادة ٢٥) كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا ما استثنى من ذلك في باب الرضاع.

على خالتها، ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها؛ فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم» وهذا الحديث فيه تكرار الحكم الواحد بصفتين مختلفتين في موضعين؛ لأن المراد من قوله: «لا تنكح المرأة على عمتها» هو أن لا يجمع بينهما في النكاح، ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين الجمع بينها وبين بنت أخيها، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها، وفائدته إزالة الإشكال؛ لأنه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز، ونكاح العمة على ابنة الأخ يجوز لتفضيل العمة.

كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة، ويجوز نكاح الحرة على الأمة، فبين النبي عليه الصلاة والسلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لإزالة الإشكال، وينشأ عن الأصل الذي عرفته حرمة الجمع بين العمتين أو الخالتين؛ لأنه إذا فرضت واحدة منهما مذكراً حرمت الأخرى عليه، وذلك أن يتزوج كل من الرجلين أم الآخر، فيولد لكل منهما بنت، فتكون كل من البنتين عمة للأخرى، أو يتزوج كل من الرجلين بنت الآخر فيولد لكل منهما بنت، فتكون كل من البنتين خالة للأخرى.

وإنما قالوا في القاعدة المتقدمة: أيتها فرضت مذكراً حرمت عليه الأخرى؛ لأنه لو جاز تزوج إحداها على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها فإنه يجوز الجمع بينهما عند الأئمة الأربعة؛ وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه أحد.

وبيان ذلك أنه لو فرضت بنت الزوج مذكراً بأن كان ابن الزوج لم يجر له أن يتزوج بها لأنها زوجة أبيه، ولو فرضت المرأة مذكراً لجاز له أن يتزوج ببنت الزوج؛ لأنها بنت رجل أجنبي، وكذلك بين المرأة وامرأة ابنها؛ فإن المرأة لو فرضت مذكراً لحرم عليه التزوج بامرأة ابنه، ولو فرضت امرأة الابن مذكراً لجاز له التزوج بالمرأة؛

لأنه أجنبي عنها، ومن باب أولى ما إذا انتفت الحرمة من الجانبين، كالجمع بين بنتي العم أو امرأتين لا علاقة بينهما أصلاً، فإنك لو قدرت أيتها مذكراً لم يحرم عليه التزوج بالأخرى فيجوز الجمع بينهما.

وبما أن المحرم إنما هو الجمع بينهما فإذا وقعت الفرقة بين الرجل والمرأة المانعة بأي سبب كان، جاز له أن يتزوج بأختها أو غيرها من المحارم اللاتي لا يجوز له الجمع بينهما؛ لأنه والحالة هذه لا يصدق عليه أنه جمع بين محرمين لأنه ليس في عصمته إلا واحدة، فلو كانت الفرقة بموتها جاز له في الحال التزوج بالأخرى لعدم العدة، وإن كانت بطلاق فإن كان رجعيًا فلا يجوز له التزوج بالثانية إلا بعد انقضاء العدة بالاتفاق، وإن كان بائناً فعند أبي حنيفة هو كالرجعي، وقال الشافعي: له التزوج بالثانية ولو في العدة.

واستدل الشافعي بأن القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال، إذ ليس فيه شائبة الرجوع كما في الرجعي، فلا بد من إعماله، وإعمال القاطع وهو الطلاق الكامل يقتضي القطع بالكلية، فيثبت الحكم بقدر دليله.

وقال أبو حنيفة: لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية؛ لأن النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش، وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه، وهذه كذلك ما دامت في العدة، ولا خلاف في أن هذه الأشياء مترتبة على النكاح، فلو لم يكن النكاح قائماً حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل، وإذا كان النكاح قائماً كان عمل القاطع متأخراً كما في الطلاق الرجعي، ولهذا بقي القيد، فلو جاز نكاح الأخت في العدة لزم الجمع بين الأختين وهو حرام.

ومثل البائن الخلع فإنه طلاق بائن وإن كان مختصاً ببعض أحكام ستأتي في

كتابه، فإذا قال رجل لامرأته: خالعتك في نظير عشرين جنيتها مثلاً، وقبلت، وقع الطلاق البائن ولزمها المال المسمى، وحصلت الفرقة بينهما بالخلع، فإذا أراد أن يتزوج بأختها مثلاً في العدة فهو على الخلاف المتقدم بين أبي حنيفة والشافعي.

ومثله ما إذا وقعت الفرقة بينهما بالفسخ لا بالطلاق، كأن زوج رجل أخته لآخر وهي صغيرة، وكان الزوج كفؤاً ودفع لها مهر المثل، فإن هذا الزوج صحيح نافذ غير لازم، فلها أن تفسخ هذا العقد عند بلوغها، فإذا حصل هذا بعد الدخول فقد وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب الفسخ وعليها العدة، فإذا أراد زوجها العقد على عمتها مثلاً فلا يجوز له ذلك ما دامت امرأته في العدة. ويشترك الطلاق والفسخ في حصول الفرقة بين الزوجين، ولكن الطلاق ينقص العدد بخلاف الفسخ، فإذا فرض في المثال المذكور أنها تزوجته ثانياً ولم يكن طلقها أصلاً ملك عليها ثلاث طلاقات، بخلاف ما إذا وقع على زوجته طلاقاً وردها إلى عصمته بعده، ولم يكن وقع عليها سوى هذا الطلاق فلا يملك عليها إلا طلقتين. انظر مادة ٢٦^(١).

تعلق حق الغير بزواج أو عدة

يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة غيره حفظاً للأنساب ولعدم الفائدة ولسبق حقوق الزوج؛ لأننا لو جوزناه فيما أن نقول: يختص بها الأول أو الثاني أو تكون مشتركة؛ فإن كان الأول فلا فائدة في الزواج، وإن كان الثاني يكون تعدياً على حقوق الزوج الأول فلا تهضم، وإن كان الثالث اختلطت الأنساب وهو لا يجوز، وهذا هو

(١) (مادة ٢٦) لا يحل للرجل أن يتزوج أخت امرأته التي في عصمته ولا أخت معتدته ولا عمة أحد منهما ولا خالتها ولا بنت أخيها ولا بنت أختها، فإذا ماتت المرأة المانعة أو وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق أو خلع أو فسخ زال المانع، وجاز له بعد انقضاء عدتها أن يتزوج أختها أو غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن.

السّر في أن الرجل يتزوج أكثر من واحدة بخلاف المرأة.

وكما لا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة غيره كذلك لا يجوز له أن يتزوج معتدته، سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة؛ لأن من فوائد العدة تعرف براءة الرحم، فمن الجائز أن تكون المعتدة حاملا والحمل غير معروف، فلو جاز تزوجها وأتت بولد فلا يدري أهو من الأول أو الثاني، فتختلط الأنساب وهو غير جائز لما يترتب عليه من الخلل في النظام، ولذا لو انقضت العدة جاز لغيره التزوج بها لانتفاء ما ذكر.

ولما كانت الحكمة ما ذكر عموما عدم تزوج المعتدة، ولو كانت العدة بعد فرقة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة، كما إذا تزوجها بعقد لم يستوف جميع شروطه، أو زفت إليه امرأة وقيل له هي زوجتك، فدخل بها وتبينت الحقيقة بعد ذلك ففرق بينهما، لأن كلا من هاتين لو أتت بولد وادعاه الرجل يثبت نسبه منه، فمنع التزوج لحقه وعدم اختلاف الأنساب. انظر مادة ٢٧^(١).

ومن تعلق حق الغير ما إذا كانت المرأة حاملا وكان الحمل ثابت النسب بأن كان أبوه معروفاً، فإنه لا يجوز تزوجها؛ لأنها والحالة هذه تكون في العدة، وقد عرفت أنه لا يجوز تزوج المعتدة، فإن كان الحمل غير ثابت النسب - بأن كان من الزنا - يجوز تزوجها ولا يواقعها الزوج حتى تلد، إلا إذا كان الذي تزوجها هو الذي زنى بها، ففي هذه الحالة يجوز له وقاعها. وقال أبو يوسف ومالك وأحمد بن حنبل وزفر: لا يجوز تزوج الحبل من الزنا بغير الزاني أيضاً؛ لأن هذا الحمل محترم لذاته لا لصاحب الماء، ولذا لا يجوز إسقاطه، ولو أذن الزاني للزوج في وقاعها فلا يجوز ولأن الزواج شرع لحكمة، فإذا لم تترتب عليه حكمته لم يشرع أصلاً، بخلاف

(١) (مادة ٢٧) يحرم نكاح زوجة الغير ومعتدته قبل انقضاء عدتها سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة أو فرقة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة.

ما إذا تزوجت بالزاني الذي حبلى منه؛ لأن الأحكام مترتبة عليه من حل الوطء ووجوب النفقة والسكنى وغير ذلك.

واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن امتناع النكاح لحمة صاحب الماء لا للحمل؛ بدليل جواز الزوج بها لصاحب الماء في ثابت النسب وغيره، ولا حرمة للزاني، وامتناع الوطء كي لا يسقى ماؤها زرع غيره لأن به يزداد سمعه وبصره حدة لقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره؛ لأن به يزداد سمعه وبصره حدة» وليس من ضرورة الحرمة بعارض على شرف الزوال فساد النكاح كحرمة بالحيض والنفاس، وإنها لا تجب النفقة لعدم التمكن من الوطء، ففات الاحتباس. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يحل وطؤها لأنها زوجته ولا حرمة لماء الزنا. انظر مادة ٢٨^(١).

التطليق ثلاثاً

إذا طلق رجل زوجته طلاقاً رجعيًا أو بائنًا، سواء كان واحدة أو اثنتين جاز له مراجعتها في الطلاق الرجعي بدون عقد ومهر جديدين ما دامت في العدة، فإن خرجت من العدة فلا بد من العقد والمهر، وجاز له ردها في البائن بعقد ومهر جديدين، سواء كان في العدة أو بعدها لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَأَلْتُمُ الْمَرْءَ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ فإن طلقها ثلاثاً سواء كان وقوع الثلاث مرة واحدة أو متفرقا فلا يحل له التزوج بها، إلا إذا انقضت عدتها منه وزوجت بغيره ودخل بها هذا الغير دخولا حقيقيا، وحصلت الفرقة بينهما بأي سبب كان، سواء كان بالطلاق أو

(١) (مادة ٢٨) يحرم نكاح الحامل الثابت نسب حملها ويصح نكاح الحامل من الزنا ولا يواقعها الزوج حتى تضع حملها ما لم يكن الحمل منه.

بالموت، وانقضت عدتها من هذه الفرقة؛ لقوله تعالى بعد الآية السابقة -وهي: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾-: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

ومعلوم أن غيره لا يتزوجها ما دامت في عدته، والزواج الأول لا يتزوجها ما دامت متزوجة بالثاني ولا في عدته، وإنما اشترط دخول الثاني دخولا حقيقيا لأنه ورد عن ابن عمر أنه قال: سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها آخر، فيغلق الباب ويرخي السر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل للأول؟ قال: «لا تحل للأول حتى يجامعها» وسيأتي لك في شرح مادة (٢٤٨) زيادة الاستدلال على هذا. انظر مادة ٢٩^(١).

الجمع بين الأجنبيةات زيادةً على أربع

قد علمت في شرح مادة (١٩) أن الحر لا يجوز له أن يجمع بين أكثر من أربع بالدليل، فإذا تزوج أربعاً بعقود صحيحة فليس له أن يتزوج خامسة حتى يطلق إحدى الأربع، وينتظر حتى تنقضي عدتها، سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً. وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: إذا كان الطلاق بائناً فله أن يتزوج خامسة ولو قبل انقضاء العدة. والدليل ما تقدم في شرح مادة (٢٦) فإن طلق الأربع فلا يجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدتهن، فإن انقضت عدة الكل معاً جاز له تزوج أربع وإن واحدة فواحدة وهكذا.

فلو كان عقد واحدة أو اثنتين منهن غير صحيح جاز له التزوج حتى يكمل في عصمته أربع نسوة بعقود صحيحة، ومع هذا فالأحسن أن لا يتزوج أكثر من واحدة

(١) (مادة ٢٩) يحرم على الرجل أن يتزوج حرة طلقها ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها حقيقة ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها.

متى خاف الجور؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ ﴾ انظر مادة ٣٠^(١).

عدم الدين السماوي

يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية؛ وهي التي تعتقد ديناً سماًوياً، ولها كتاب منزل كصطف إبراهيم وشيث، وزبور داود، والتوراة لموسى، والإنجيل لعيسى؛ لقوله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ أي: وأحل لكم المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم.

وقيد بعضهم حل التزوج بها إذا لم تعتقد أن المسيح إله أو أن العزيز إله، فلو اعتقدت ذلك لم يجوز، ولكن بالنظر إلى الأدلة ينبغي أن يجوز الأكل من ذبائحهم، والتزوج بنسائهم، ومتى أقرت بنبي وآمنت به يجوز التزوج بها ذمية كانت أو مستأمنة أو حربية، فالذمية هي المقيمة في ديار الإسلام تدفع الجزية وليس من نيتها العود إلى بلادها، والمستأمنة هي من دخلت دار الإسلام، بأمان والواجب على المسلمين معاملة الذميين والمستأمنين معاملة حسنة كما يعاملون به بعضهم، فلا يتعرضون لأموالهم ولا لدمائهم ولا لأعراضهم قولاً أو فعلاً.

والحربية هي المقيمة في غير ديار الإسلام، وهذه يكره تزوجها لانفتاح باب الفتنة من التعلق بها، المستدعي للمقام معها في دار الحرب، وتعريض الولد للتخلق

(١) (مادة ٣٠) من له أربع نسوة بنكاح صحيح فلا يجوز له أن ينكح خامسة حتى يطلق إحدى الأربع ويتربص حتى تنقضي عدتها.

بأخلاق أهل الكفر. انظر مادة ٣١^(١).

ولا يجوز للمسلم أن يتزوج غير الكتابية وهي التي لا تقر بنبي ولا تؤمن بكتاب منزل كالوثنية، وهي التي تعبد الصنم، والمجوسية وهي التي تعبد النار، والصابئة وهي التي تعبد النجوم، إذ كل الرسل عليهم الصلاة والسلام أتوا بعبادة الخالق جل وعلا، وإن اختلفت الشرائع في كيفية العبادة، ولم يأت رسول قط بعبادة غيره.

وحرمة تزوج الصابئة هو قول الصحاحين وقال أبو حنيفة: يجوز تزوجها. وهذا الخلاف مبني على أنهم عبدة أوثان أم لا، فعندهما هم عبدة أوثان لأنهم يعبدون النجوم، وعند أبي حنيفة ليسوا بعبدة أوثان، وإنما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم للكعبة، فإن كان كما فسره أبو حنيفة يجوز بالإجماع لأنهم أهل كتاب، وإن كان كما فسره لا يجوز بالإجماع، فلا خلاف في الحقيقة وإنما الخلاف مبني على الاشتباه في مذاهبيهم، فكل أجاب بما عنده من أحوالهم.

والدليل على عدم حل التزوج بغير الكتابية قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَآئِمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام: «سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» انظر مادة ٣٢^(٢).

(١) (مادة ٣١) يحل نكاح الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل سواء كن ذميات أو غير ذميات مستأمنات أو غير مستأمنات مع الكراهة.

(٢) (مادة ٣٢) لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب ولا يؤمن بكتاب منزل.

الباب الرابع في الولاية على النكاح وفيه فصلان الفصل الأول في بيان الولي وشروطه

اعلم أن الولاية بفتح الواو معناها النصرة، وعند الفقهاء هي حق تنفيذ القول على الغير رضي أو لم يرض، وهي نوعان: عامة وخاصة، والخاصة قسمان: ولاية على النفس، وولاية على المال، والولاية على النفس قسمان: ولاية ندب (استحباب) وهي الولاية على البالغة العاقلة بكرًا كانت أو ثيبًا، وولاية إجبار وهي الولاية على الصغير والصغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا، ومن يلتحق بهما من الكبار غير المكلفين، والولاية على النفس هي المقصودة هنا، وتثبت الولاية بأسباب أربعة: القرابة والملك والولاء والإمامة.

والولي في اللغة خلاف العدو أي الناصر، وفي أصول الدين هو العارف بالله تعالى وبأسمائه وبصفاته حسبما يمكن، المواظب على الطاعات المجتنب للمعاصي، وعند الفقهاء وهو المقصود هنا: الحر البالغ العاقل، فيشترط فيه عندهم أن يكون حراً عاقلاً بالغاً، فلا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون؛ لأن الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة، فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تكون له ولاية على غيره، ولأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء؛ لعجز كل منهم عن تحصيل الكفاء لاشتغال العبد بخدمة مولاه، ولعدم العقل عند المجنون وقصره عند الصبي.

وهذه الشروط الثلاثة يلزم اتصاف الولي بها سواء كانت المولية مسلمة أو غير مسلمة، ويشترط في الولي أيضاً الإسلام إذا كان من يراد تزويجه مسلماً، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً، ومتى وجدت هذه الشروط في الشخص ثبتت له الولاية على غيره

ولو كان فاسقا، فالفسق لا يسلب أهلية التزويج، لكن إذا كان متهتكا -وهو الذي لا يبالي بهتك ستره- لا ينعقد تزويجه إلا بشرط المصلحة كما سيظهر لك قريبا. انظر مادة ٣٣^(١).

وليس كل عقد زواج تتوقف صحته على الولي، بل بعض العقود، وبيان ذلك أن مريد التزوج إما أن يكون صغيرا أو كبيرا، والكبير إما أن يكون عاقلا أو غير عاقل، والعاقل إما أن يكون حرا أو رقيقا، فالشخص الكبير العاقل إن كان حرا مذكرا يصح تزوجه وينفذ لازما بلا ولي، ولا حق لأحد من الأقارب في الاعتراض عليه، ولو كانت الزوجة أقل منه شرفا، ودفع لها أكثر من مهر مثلها، وإن كان حرا مؤنثا يصح تزوجها وينفذ لازما إذا كان الزوج كفتا والمهر مهر المثل.

فإن كان الزوج كفتا والمهر أقل من مهر المثل صح العقد نافذا غير لازم، فللولي إذا كان عصبة حق الاعتراض حتى يتم مهر المثل، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، وإن كان غير كفء فلا يصح العقد أصلا، كما سيظهر لك كل ذلك في المواد الآتية، والولاية هنا ولاية استحباب، وإن كان الشخص الكبير رقيقا سواء كان مذكرا أو مؤنثا صح تزوجه، موقوفا على إجازة سيده، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل، وإن كان صغيرا غير مميز أو كبيرا غير عاقل فلا يصح عقد الزواج إلا بالولي، والولاية هنا ولاية إجبار. انظر مادة ٣٤^(٢).

وتثبت هذه الولاية بواحد من أربعة؛ الأول: الملك. الثاني: القرابة. الثالث: الولاء. الرابع: الإمامة. فالأول لم يتعرض له الكتاب، وإن كان أشار إليه في المادة

(١) (مادة ٣٣) يجب أن يكون الولي حرا عاقلا بالغا مسلما في حق مسلم ومسلمة ولو فاسقا.

(٢) (مادة ٣٤) الولي شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين، وليس الولي شرطا لصحة نكاح الحر والحررة العاقلين البالغين، بل ينفذ نكاحها بلا ولي.

السابقة، فثبت الولاية للمالك على مملوكه في الزواج وغيره بسبب الملك، وتثبت الولاية أيضا بسبب من الأسباب الثلاثة الأخرى بالترتيب الذي يلقي عليك.

فثبت الولاية أولا للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث والحجب. والعصبة تنقسم انقساما أوليا إلى قسمين: عصبة نسبية؛ وهي الآتية من جهة القرابة، وعصبة سببية؛ وهي الآتية من العتق، والعصبة النسبية تنقسم إلى ثلاثة أقسام: عاصب بنفسه وعاصب بغيره وعاصب مع غيره، وكلامنا الآن إنما هو في العاصب بنفسه وهو ينحصر في أربع جهات: بنوة وأبوة وأخوة وعمومة.

فالبنوة تشمل الابن وابن الابن وإن نزل، والأبوة تشمل الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا، والإخوة تشمل الأخ الشقيق والأخ لأب وابن الأخ الشقيق وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما، والعمومة تشمل العم الشقيق والعم لأب وابن العم الشقيق وابن العم لأب وإن نزل كل منهما.

فإن وجد واحد فقط من هؤلاء ثبتت له الولاية إذ لا مزاحم له، وإن وجد اثنان أو أكثر فإن كان هناك مرجح في أحدهما قدم صاحبه، وإن لم يكن هناك مرجح استويا، والترجيح يكون أولا بالجهة، فتقدم جهة البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، فمتى وجد واحد من جهة من هذه الجهات - وإن بعدت درجته - قدم على من بعده وإن قربت درجته، فابن ابن الابن مقدم على الأب، ويسمى هذا تقديمًا بالجهة وثانيًا بالدرجة، فإن وجد شخصان من جهة واحدة كالابن وابن الابن أو الأخ وابن الأخ ترجح الأقرب درجة، فيقدم الابن على ابن الابن والأخ على ابن الأخ؛ لأنه أقرب درجة، ويسمى هذا تقديمًا بالدرجة.

وثالثًا بالقوة فإن وجد شخصان من جهة واحدة ودرجة واحدة أيضا كأخ

شقيق وأخ لأب، ترجح الأخ الشقيق لأنه أقوى من الأخ لأب؛ إذ الأول يتسبب بجهتين والثاني بجهة واحدة، ويسمى هذا تقديماً بالقوة، فإن لم يوجد مرجح بأن كانت الجهة والدرجة والقوة واحدة كابنين وأخوين شقيقين أو لأب، استويا؛ لأننا لو قدمنا أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح، فقد علمت مما تقدم أن التقديم يكون أولاً بالجهة، فإن اتحدوا فيها يكون بالدرجة، فإن اتحدوا فيها أيضاً يكون بالقوة، فإن اتحدوا فيها أيضاً استوا في الولاية، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء أصلاً تنتقل ولاية التزويج إلى العصبة السببية وهي الآتية من ولاء العتاقة، فتثبت للمعتق أولاً، ولو أنثى ثم لبنوته ثم لأبوته ثم لأخوته ثم لعمومته، على الترتيب والترجيح والاستواء الذي عرفته في العصبات النسبية.

إذا عرفت كل ما تقدم تعرف بداهة أنه إذا اجتمع ابن المجنونة وأبوها قدم ابنها ومثله المجنون. وقال محمد: يقدم الأب لأنه أوفر شفقة من الابن، ودليل أبي حنيفة وأبي يوسف أن الابن هو المقدم في العصوبة، وهذه الولاية مبنية عليها، ولا عبرة بزيادة الشفقة كأبي الأم مع بعض العصبات، والأحسن أن يأمر الابن الأب بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف؛ لأن في الابن قوة العصوبة، وفي الأب زيادة الشفقة فيجتمعان. انظر مادة ٣٥^(١).

فإذا لم توجد عصبة نسبية ولا سببية تنتقل ولاية الإجماع بالنسبة للصغار ومن يلحق بهم إلى الأصول غير العصبات، ما عدا أبا الأم، مع ملاحظة الدرجة والقوة، فحيث تقدم الأم على أم الأم وأم الأب لقوتها، وتقدم أم الأب على أم الأم لقوتها؛ إذ

(١) (مادة ٣٥) الولي في النكاح العصبة بنفسه على ترتيب الإرث والحجب فيقدم الابن ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم ابن العم لأب، ثم ولاء العتاقة، فولي المجنونة في النكاح ابنها وإن سفل دون أبيها عند الاجتماع.

هي منتسبة بالعاصب وهو الأب، بخلاف أم الأب على أم الأم لقوتها، إذ هي منتسبة بالعاصب وهو الأب، بخلاف أم الأم، فإن لم يوجد واحد من الأصول انتقلت الولاية إلى الفروع مع الملاحظة المذكورة، وحيث تقدم بنت على ابن بنت البنت لقربها، وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوتها إذ هي منتسبة بعاصب وهو الابن، بخلاف بنت البنت، وهكذا الترتيب.

فإن لم يوجد أحد من الفروع انتقلت الولاية إلى الجد الغير الصحيح وهو أبو الأم، فإذا لم يوجد انتقلت إلى طبقة الأخوات مطلقاً والأخوة لأم، مع الملاحظة المذكورة أيضاً، وحيث تقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأب والأخت لأم، وتقدم الأخت لأب على الأخت والأخ لأم لما تقدم، فإذا لم يوجد من هذه الطبقة أحد انتقلت الولاية إلى أولادهم حسب ترتيبهم المتقدم، فإن لم يوجد أحد من هذه الطبقة ولا أولادها انتقلت الولاية إلى طبقة العمات والأعمام لأم مع الملاحظة المذكورة، فإن لم يوجد أحد منهم انتقلت إلى الأخوال والخالات، فإن لم يوجد أحد منهم انتقلت الولاية إلى أولادهم حسب الترتيب المذكور.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ولاية لغير العصابات لقوله عليه الصلاة والسلام: «الإنكاح إلى العصابات» ففي هذا الحديث عرف الإنكاح باللام في غير معهود فيكون معناه هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس، أي: جنس الإنكاح مفوض إلى جنس العصابات، فلا يكون لغيره فيه مدخل، ولأن الولاية إنما تثبت صوتاً للقرابة عن نسبة من لا يكافئهم، وذلك يحصل من العصابة لأنهم يعبرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثاً لهم على صيانة القريب من غير الكفاء.

واستدل أبو حنيفة بأن ثبوت الولاية للنظر إلى المولى عليه، والنظر يحصل بالشفقة الباعثة إليه وهي موجودة في الأم وغيرها من الأقارب، فثبت لهم ولاية

التزويج، إلا أن أقارب الأب يقدمون باعتبار العصوبة، وهذا لا ينفي ثبوتها لهم عند عدمه، والمعول عليه مذهب الإمام. انظر مادة ٣٦^(١).

فإذا عدت جميع الأقارب من العصبات وغيرهم فالذي يزوج الشخص الصغير ومن يلحق به مولى الموالاة إن وجد، وهو الذي أسلم أبو الصغير على يده ووالاه بأن قال له: أنت مولاي ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت؛ فإن لم يوجد انتقلت الولاية إلى السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له».

ولكن لما كان السلطان لا يتولى مثل هذه العقود فيتولاها القاضي الذي كتب له ذلك في منشوره، ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد فيتولاه نوابه إن أذن لهم بذلك. انظر مادة ٣٧^(٢).

وليس لغير من ذكروا ولاية التزويج ولو كان وصيًا؛ لأن ولايته على المال لا على النفس، فليس للوصي أن يزوج اليتيم واليتيمة سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا، وفي رواية عن أبي حنيفة أن الأب أن أوصى إليه بذلك ثبتت له الولاية في التزويج أيضًا، وهذا حسن. والوصي لا تثبت له الولاية على الصغير والصغيرة من جهة كونه وصيًا، فلو كان قريباً لهم بأن أقام رجل أحد أولاده وصيًا على باقي أولاده وفيهم صغير، فهذا الوصي له أن يزوج الصغيرة إذا لم يكن هناك من هو مقدم عليه

(١) (مادة ٣٦) إذا لم يكن عصبه تنتقل ولاية النكاح لأُم ثم لأم الأب ثم للبنت ثم لبنت الابن ثم لبنت البنت ثم لبنت ابن الابن ثم لبنت بنت البنت وهكذا، ثم للجد الفاسد ثم للأخت الشقيقة ثم للأخت لأب ثم لولد الأم ثم لأولادهم، ثم لباقي ذوي الأرحام العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم أولادهم بهذا الترتيب.

(٢) (مادة ٣٧) السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له، ثم القاضي الذي كتب له بذلك في منشوره.

في الولاية، فإن وجد من يقدم عليه كأبي الأب، أو كان هذا الوصي أخا لأب للصغير وله أخ شقيق، فليس للوصي ولاية التزويج، بل تثبت لمن هو أقرب منه.

ولو كان الوصي حاكما بأن أقام رجل الحاكم الذي له ولاية التزويج وصيا على أولاده وفيهم صغير، فلهذا الحاكم أن يزوج الصغير، لكن لا من جهة كونه وصيا، بل من جهة كونه حاكما، ومحل كونه يملك التزويج إذا لم يكن هناك من هو أولى منه، فإن وجد كأن كان للصغير أخ أو أم فليس للحاكم ولاية التزويج. وقال الإمام مالك: للوصي ولاية الإجبار إن عين له الأب الزوج أو أمره بالجبر صراحة أو ضمنا، كما إذا قال له: زوجها قبل البلوغ أو بعده أو على أي حالة شئت، أو أمره بالنكاح ولم يعين له الزوج ولا الإجبار بأن قال زوجها. انظر مادة ٣٨^(١).

ويشترط في الولاية الخاصة اتحاد الدين، وحيث فلا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي، كما أنه لا ولاية للذمي على المسلم أصلا، ولا يشترط اتحاد الدين في الولاية العامة، فللسلطان أو نائبه الولاية على المسلمين والذميين في المال وفي الزواج، وللذمي الولاية في الزواج وفي المال على ذمي مثله لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَصُفِهِمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضُهُمْ﴾ فإذا فرضنا ثلاثة أخوة: أحدهم مسلم والآخران ذميان وأحدهما صغير، فالولاية على نفسه وماله لأخيه الذمي، ولو كان مسلما فالولاية لأخيه المسلم. انظر مادة ٣٩^(٢).

فقد علم لك من ترتيب الأولياء فيما تقدم أنه لا يجوز للولي البعيد أن يزوج

(١) (مادة ٣٨) ليس للوصي أن يزوج اليتيم واليتيمة مطلقا وإن أوصى إليه الأب بذلك، ما لم يكن قريبا لها أو حاكما يملك التزويج، ولم يكن ثمة من هو أولى منه.

(٢) (مادة ٣٩) لا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي إلا إذا كان سلطانا أو نائبا عنه، وللذمي الولاية في النكاح والمال على ذمي مثله.

الصغير والصغيرة مع وجود الولي القريب، فإذا كانت بنت لها أخان أحدهما شقيق والآخر لأب، فليس للأخ لأب أن يزوج الصغيرة والشقيق موجود، وإلا لما كانت هناك فائدة في الترتيب، ولكن محل ذلك إذا كان الأخ الشقيق مستوفيا شرائط الولي، فإن فقد شرط من الشروط التي عرفت بها بأن كان الأخ الشقيق صغيراً أو مجنوناً فالولاية تنتقل إلى الأخ لأب؛ لأن الشقيق في هذه الحالة كأنه غير موجود لعدم صلاحيته للولاية، وتنتقل الولاية للولي البعيد أيضاً إذا غاب الولي القريب.

واختلفوا في الغيبة التي بسببها تنتقل الولاية للبعيد على أقوال كثيرة، ولكن المعول عليه، أنها بحيث لا ينتظر الخاطب الكفاءة أخذ رأي الولي الغائب القريب، ولو كان مختفياً في البلد الذي يحصل فيه العقد، ولا يبطل تزويج الولي البعيد بعود القريب لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يبطل. وقال زفر رحمه الله تعالى: لا يزوجه أحد. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يزوجه الحاكم في هذه الحالة اعتباراً لها بحالة ما إذا امتنع الولي القريب عن تزويجها، فإن الولاية تنتقل إلى الحاكم بالاتفاق.

واستدل زفر بأن ولاية الأقرب قائمة، ولهذا لو زوجه حيث هو جاز، ولا ولاية للبعيد ولا للسلطان مع ولايته فصار كما إذا كان حاضراً، واستدل الباقر بأن هذه الولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى البعيد؛ لأنه مقدم على السلطان، فصار كما إذا كان الأقرب مجنوناً أو رقيقاً أو صغيراً. وقول زفر: لو زوجه الأقرب حيث هو جاز لا رواية فيه، فلنا أن نمنع؛ لأنه لو جاز أدى إلى مفسدة، بيانه أن الحاضر لو زوجه بعد تزويج الغائب لعدم علمه بذلك لدخل عليها الزوج وهي في عصمة غيره، وفساد هذا لا يخفى، فلم يبق إلا ولاية البعيد، ولئن سلمنا ما قاله - كما هو رأي الكثيرين - فنقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب بعد التدبير وقرب القرابة، فنزلاً منزلة وليين متساويين، فأيهما عقد

أولا نفذ ولا يرد. انظر مادة ٤٠^(١).

فإذا كان الولي القريب موجودًا ومتوفرة فيه شروط الولاية فليس للبعيد التزويج، فإن زوجها والحالة هذه يكون هذا العقد موقوفًا على إجازة القريب، فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل، ولا تكون الإجازة في هذه الحالة إلا برضاه صراحةً أو دلالة، فسكوته لا يعتبر إجازة لهذا العقد، ولو كان حاضرًا مجلسه لأنه لا يدل قطعياً على الرضا؛ إذ يحتمل أن يكون لعدم المبالاة بهذا العمل الذي صدر من غير ولاية معتبرة.

فلو امتنع القريب من تزويج الصغيرة فإما أن يكون امتناعه بحق أو بغير حق؛ فإن كان الأول بأن أبدى سبباً مقبولاً كأن كان الخاطب لا يدفع مهر مثلها ولو كان كفؤاً، فلا حق لأحد في تزويجها، وإن كان الثاني بأن لم يبد سبباً مقبولاً في عدم الزواج كأن كان الخاطب كفؤاً ويدفع مهر مثلها، فلا يزوجه البعيد أيضاً، بل الذي يزوجه في هذه الحالة هو القاضي أو نائبه، سواء كان التزويج منصوصاً له في منشوره أو لا، ولو كان الممتنع هو الأب.

والفرق بين العاضل والغائب أن العاضل ظالم فتنتقل الولاية إلى الحاكم؛ لأن رفع الظلم إليه، والغائب غير ظالم لا سيما إذا كان سفره للحج والجهاد، فافترقا فأشبه النفقة والحضانة فإنها تنتقل إلى البعيد.

فإن كان امتناع الأب من تزويجها للخاطب الكفء الذي يدفع مهر مثلها لتعلق

(١) (مادة ٤٠) لا ولاية للولي إلا بعد مع وجود الولي الأقرب المتوفرة فيه شروط الأهلية، فإذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه جاز لمن يليه في القرب أن يزوجه الصغيرة، ولا يبطل تزويجه بعود الأقرب، وكذا إذا كان الأقرب غير أهل للولاية جاز للأبعد أن يتولى تزويج الصغيرة.

إرادته بتزويجها لكفء آخر؛ فإن كان حاضرا فلا يكون ممتنعا بغير حق فليس لأحد تزويجها؛ لأن شفقته دليل على أنه اختار لها الأنفع، أما إذا كان الكفء الذي يريد تزويجها له غائبا وامتنع من تزويجها للحاضر، فهو عاضل لأنه متى حضر الكفء فلا ينتظر غيره خوفا من فواته، ولذا تنتقل الولاية إلى البعيد إذا غاب القريب.

وبعضهم يقول تنتقل الولاية للبعيد عند امتناع القريب بغير حق كما في حال غيبته، ولكن الصحيح ما تقدم لك من انتقالها للقاضي في هذه الحالة. انظر مادة ٤١^(١).

وكل هذه الأحكام فيما إذا اختلف الأولياء جهة أو درجة أو قوة، فإذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين مثلا، وكل منهما مستوف لشروط الولاية، فأيهما تولى الزواج وكان مستوفيا كل الشرائط جاز هذا العقد، سواء أجازاه الآخر أو لم يجزه؛ لأن الولاية ليست متجزئة، وفي كل منهما جزء منها حتى يلزم اجتماعهما، بل هي ثابتة لكل منهما على انفراد، فله أن يتولى العقد بمقتضى هذه الولاية ومتى باشر شخص أي عقد مستوف لجميع شرائطه بولاية تامة نفذ ولا ينقض.

ومن العلماء من قال: لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل، فإن زوجها كل منهما فالصحة للسابق، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معًا بطلا؛ لعدم الأولوية بالتصحيح، ولو زوجها أبوها وهي بكر بالغة بأمها، وزوجت هي نفسها من آخر

(١) (مادة ٤١) إذا عضل الأقرب وامتنع من تزويج الصغيرة فليس للابعد ولاية تزويجها، بل يزوجه القاضي أو نائبه بطريق النيابة عن العاضل، ولو كان أبا الصغيرة إذا تحقق القاضي أن امتناعه كان بغير سبب مقبول وأن الزوج كفء لها والمهر مهر مثلها، وليس لأحد نقض النكاح الذي عقده القاضي أو نائبه، ولو لم يكن التزويج منصوفاً عليه في منشوره، فإن كان امتناع الأقرب من تزويجها لكون الزوج غير كفء لها، أو لكون المهر دون مهر المثل فلا يعد عاضلا، ولا يجوز للقاضي أن يزوجه.

فأيها قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج؛ لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها، وإقرارها حجة تامة عليها، وإن قالت: لا أدري الأول، ولا يعلم من غيرها، فرق بينها وبينهما لعدم أولوية واحد منهما على الآخر، فلو قدمنا واحداً منهما لزم الترجيح بلا مرجح، ومثل هذا إذا زوجها وليان بأمرها. انظر مادة ٤٢^(١).

ومتى ثبتت الولاية للحاكم فله أن يزوجهما عن شاء، واستثنوا من ذلك تزويجها لنفسه ولأصوله كأبيه وفروعه كابنه وابن ابنه وإن سفل، فإنه لا يجوز كما إذا باع مال اليتيم لنفسه أو لأحد من هؤلاء، فإنه غير جائز، والسبب في ذلك أن فعل القاضي حكم، وحكمه لنفسه أو لأحد من هؤلاء غير جائز.

ومن هنا يعلم أن فعل القاضي حكم وإن عرا عن الدعوى، ولا منافاة بين هذا وقولهم: شرط نفاذ القضاء في المجتهدات أن يصير الحكم في حادثة تجري فيها خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم؛ لأن ما هنا محمول على الحكم الفعلي، وما قالوه محمول على الحكم القولي، ومثل ما هنا القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة، كما إذا شهدا على خصم بحق وذكرنا اسمه واسم أبيه واسم جده، وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً، وإن لم يكن في حادثة النسب وكذا لو شهد بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا على خصم منكر، وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما، ونظيره الحكم بثبوت الرضائية في ضمن دعوى الوكالة أو بثبوت الدين وأمثله كثيرة. انظر مادة ٤٣^(٢).

(١) (مادة ٤٢) إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى النكاح بشروطه جاز سواء أجازاه الآخر أو لم يجزه.

(٢) (مادة ٤٣) لا يجوز للحاكم الذي له ولاية الإنكاح أن يزوجه اليتيمة التي لا ولي لها من نفسه ولا من أصوله وفروعه.

الفصل الثاني

في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين

قد علمت مما تقدم أن الولاية في الزواج قسمان: ولاية إجبار وولاية استحباب، فالأولى تكون بالنسبة للصغير والصغيرة ومن يلحق بهما، والثانية بالنسبة للكبيرة المكلفة، فمتى ثبتت الولاية لواحد من الأولياء المتقدمين، سواء أكان أباً أو جداً أو غيرهما، وسواء كان عصبة أو غير عصبة، وسواء كان قريباً أو غير قريب، جاز له أن يزوج الصغير والصغيرة بكراً كانت أو ثيباً، والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة جبراً، يعني: رضي كل واحد منهما بهذا الزواج أو لم يرض؛ لأن كلا ممن ذكر ناقص العقل أو فاقده، فلا يهتدي إلى الصالح له.

فجعل الشارع الولي ناظراً لمصالحهم، فمتى رأى المصلحة في شيء فعله، ولا فرق بين أن يكون الجنون أو العته أصلياً، كأن بلغ كل من الصغير والصغيرة مجنوناً أو معتوهاً، أو طارئاً كأن بلغ كل منهما عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد ذلك، غير أنه في الحالة الأولى لم تنقطع الولاية لأنها كانت موجودة في حالة الصغير، واستمرت ببلوغ كل منهما غير صالح لتوليته شئون نفسه.

وفي الحالة الثانية تنقطع الولاية بالبلوغ عاقلاً لزوال السبب الموجب لها، وهو قصر العقل ثم تعود بطرو ما يوجبها، ولكن لا تعود إلا إذا استمر شهراً على ما هو المعتبر، واختلفوا في المعتوه على أقوال كثيرة، والمرضى أنه سيء التدبير قليل الفهم مختلط الكلام، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون. انظر مادة ٤٤ (١).

(١) (مادة ٤٤) للأب والجد وغيرهما من الأولياء ولاية إنكاح الصغير والصغيرة بشروطه جبراً ولو كانت ثيباً، وحكم المعتوه والمعتوهة والمجنون والمجنونة شهراً كاملاً كالصغير والصغيرة.

والأولياء ليسوا في حكم واحد بالنسبة لتزويج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما، بل هم منقسمون إلى قسمين:

الأول: الأصل المذكر العصبه، وهو الأب والجد الصحيح وإن علا، والفرع المذكر أيضا وهو الابن وابن الابن وإن سفل.

الثاني: غير من ذكر، ولو كان الحاكم وكل من القسمين له حكم يخصه، وبيانه أنه إذا وَلِيَ واحد من القسم الأول عقد الزواج، بأن ولي الأب أو الجد عقد زواج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما، أو ولي الابن عند وجوده عقد زواج من يلحق بهما، فهناك حالتان لكل منهما:

الأولى: أن يكون كل منهما غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقا.

الثانية: أن يعرف بسوء الاختيار سواء كان آتيا من جهة المجانة أو الفسق، والماجن هو الذي لا يبالي بما يصنع وبها قيل له، ومصدره: المجون، والمجانة: اسم منه، والفعل من باب طلب.

ففي الحالة الأولى يصح الزواج وينفذ ويلزم، يعني أنه لا يثبت خيار فسخ هذا العقد عند البلوغ في حالة الصغر، والإفاقة في حالة الجنون والعتة في جميع الصور التي تتأتى هنا، وهي أربع؛ الأولى: أن يكون الزوج كفؤا والمهر مهر المثل. الثانية: أن يكون الزوج كفؤا والمهر أقل من مهر المثل. الثالثة: أن يكون الزوج غير كفء والمهر أكثر من مهر المثل. الرابعة: أن يكون الزوج غير كفء والمهر أقل من مهر المثل أو مساويا له.

وكل من النفاذ واللزوم ظاهر في الصورة الأولى لظهور المصلحة، حيث كان

الزوج كفؤًا والمهر مهر المثل، وأما في باقي الصور فكان الظاهر في أول الأمر الجواب عدم الصحة لعدم الصحة، ولكن بإمعان النظر نجد ما قالوه موافقًا للصواب، لأن وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه، ولطافة العشرة وغلظها، وكرم الصحة ولؤمها، وتوسيع النفقة وتقديرها.

وهذه المقاصد أهم من الكفاءة والمهر في نظر العقلاء، فكل من الأصل والفرع المتقدمين يجدر جدًا بليغا وينظر نظرًا صائبًا بما عنده من وفور الشفقة في اختيار الأهم، وتقديمه على المهم، خصوصًا وأنه لم يعرف بسوء الاختيار، بل يحسن النظر في العواقب الخوف من اللوم في المستقبل، فهو لا يقدم على عمل من الأعمال إلا بعد التدبر والتفكير فيما يترتب عليه، فهذا كله يدل على أنه ما زوج لغير كفء أو بأقل من مهر المثل إلا لترجيحه المصالح الأخرى على الكفاءة والمهر، فصححنا عقده نافذًا لازمًا.

وقال صاحبان: لا يجوز الخط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر، فعند فواته يبطل العقد؛ وهذا لأن الخط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء، كما في البيع، ولهذا لا يملك ذلك غيرهما، ولأبي حنيفة أن الحكمة تدار على دليل النظر وهو قرب القرابة، وفي النكاح المقاصد تربو على المهر، أما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي، والدليل في غيرهما غير موجود، والمعول عليه مذهب الإمام؛

ومثل الزوجة في هذه الصور الزوج؛ لأنه كما يجوز للأب والجد والابن أن يزوج الأنثى التي له الولاية عليها لغير كفء، أو بأقل من مهر المثل، يجوز له أيضا أن يزوج المذكر بامرأة أقل منه أو بأكثر من مهر مثلها، ولا فرق في النقص الذي يحصل في مهر المثل بالنسبة للأنثى، والزيادة التي تحصل فيه بالنسبة للمذكر بين ما إذا كان

الغبن يسيراً أو فاحشاً، فالغبن اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقومين، والغبن الفاحش هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين. انظر مادة ٤٥^(١).

وأما في الحالة الثانية وهي التي عرف كل منهم بسوء الاختيار قبل العقد مجانة أو فسقا، فلا يصح العقد إلا في الصورة الأولى، وهي ما إذا كان الزوج كفواً والمهر مهر المثل؛ لأن المصلحة ظاهرة، بخلاف الصور الباقية فإنه لا يمكننا تصحيح العقد فيها، لأن الأسباب التي بنيت عليها صحة العقد في الحالة الأولى - وهي ما إذا لم يعرف كل منهم بسوء الاختيار قبل العقد - متتفية، ولذا لو كان سكران وزوج بنته من فاسق أو شرير أو فقير أو العقد أصلاً؛ لأنه حال السكر لا يهتدي إلى ما قلناه. انظر مادة ٤٦^(٢).

وإن ولي واحد من القسم الثاني عقد الزواج، وهو غير الأب أو الجد وإن علا، والابن وإن سفل، ولو كان الأم أو القاضي بأن زوج الأخ أخته، أو زوجت المرأة بنتها، أو القاضي اليتيم التي لا ولي لها من الأقارب، فلا يصح العقد أصلاً إذا كان الزوج غير كفء، سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له أو أكثر، أو كان الزوج كفئاً والمهر أقل من مهر المثل، وكان الغبن فاحشاً، إذ اليسير مغتفر.

ويصح الزواج وينفذ غير لازم إذا كان الزوج كفواً والمهر مهر المثل، ويترتب

(١) (مادة ٤٥) إذا ولي الأب أو الجد بنفسه نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من غير المكلفين، وكان غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقا لزم النكاح بلا خيار لها بعد البلوغ، ولو كان النكاح بغبن فاحش زيادة في المهر الذي دفعه الصغير ونقصاً في مهر الصغيرة، أو كان الزوج غير كفء لها، والمجنونة إذا زوجها ابنها الذي هو وليها بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء، لزمها النكاح ولا خيار لها بعد إفاقتها.

(٢) (مادة ٤٦) لو كان الأب أو الجد مشهوراً قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقا، وزوج صغيره أو صغيرته بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء فلا يصح النكاح أصلاً.

على كون العقد غير لازم في هذه الصورة ثبوت الخيار في إمضاء هذا العقد وفسخه لكل من الصغير والصغيرة عند البلوغ، أو الإفاقة، ولو بعد الدخول، فإن كان كل من الصغير والصغيرة يعلم بهذا الزوج قبل البلوغ ثبت له الخيار عند البلوغ، وإن لم يعلم به قبل البلوغ ثبت له الخيار وقت العلم به؛ لأنه لا يتصور ثبوت الخيار في شيء قبل العلم به فأثبتناه عند تصوره وهو وقت العلم، وكذلك إذا تولاه أحد من القسم الأول، وكان معروفاً قبل العقد بسوء الاختيار، فقد علم من هذا أنه عندما يتولى أحد من القسم الثاني الزواج يصح وينفذ، ولا يلزم في الحالة الأولى المتقدمة، وهي ما إذا كان الزوج كفواً والمهر مهر المثل، ولا يصح أصلاً في باقي الصور.

وبعضهم روى عن أبي حنيفة أن الزوج إذا كان القاضي أو الأم يكون العقد لازماً، فلا يثبت الخيار في الفسخ، واستدل على هذا بأن ولاية القاضي تامة؛ لأنها تجمع المال والنفس وشفقة الأم فوق شفقة الأب، فكانا كالأب، ولكن الصحيح عدم الفرق بين الأم والقاضي وغيرهما؛ لأن ولاية الإلزام تبنى على الرأي الكامل والشفقة الوافرة، والموجود في كل واحد منهما أحدهما، ولأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم، فإذا ثبت الخيار في الحاجب ففي المحجوب من باب أولى.

وقال أبو يوسف: لا يثبت الخيار للصغير والصغيرة بالبلوغ، ولو كان الزوج غير الأب والجد؛ لأن النكاح عقد لازم، وقد صدر من الولي فلا يفسخ، قياساً على الأب والجد، ولأن الولاية لم تشرع في غير موضع النظر صيانة عن الإفضاء إلى الضرر، وإذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقده هو بعد بلوغه، فلا يجوز له فسخه أصلاً.

ولأبي حنيفة ومحمد ما روي من أنه عليه الصلاة والسلام زوج أمانة بنت حمزة وهي صغيرة لسلمة بن أبي سلمة وهي بنت عمه وقال: «لها الخيار إذا بلغت».

وإنما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بدليل إثبات الخيار لها إذا بلغت، ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يزوج أحدا بالنبوة، ولو كان زوج بها لما تقدم عليه أحد، ولم ينقل إلينا أنه عليه الصلاة والسلام منع الأولياء من التزويج وزوج هو، ولأن العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة؛ لأن أصل الشفقة موجود لكنها قاصرة عند المقابلة بشفقة الأب والجد، فيتطرق الخلل إلى المقاصد فيثبت لهما الخيار.

فلوجود أصل الشفقة نفذناه في الحال، ولقصورهما أثبتنا لهما الخيار في المآل ليزال الضرر لو كان فيه ضرر، ويضاف اختيارهما إلى نفسيهما، إذ الشخص ينظر في شئون نفسه أكثر من غيره، فيبرأ الأولياء عن عهدة اليتامى بخلاف الأب والجد؛ لأنها وافرا الشفقة تاما الولاية، فلا نحتاج إلى إثبات الخيار، وعلى هذا من يلحق بالصغير والصغيرة إذا زوجه الأب أو الجد أو الابن فلا خيار له بعد الإفاقة، وإن زوجه غيرهم ثبت له الخيار بعدها.

وقال الإمام مالك: لا تثبت ولاية الإيجاب لأحد من الأقارب على الصغير والصغيرة إلا للأب، حتى لو زوجها الجد عند عدم الأب لا يجوز. وقال الشافعي: وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرا، وإن كانت ثيبا فلا ولاية عليها، حتى لو زوجها الأخ أو العم، أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها لا ينفذ النكاح.

واستدل الإمام مالك بأن القياس يأبى أن يكون للشخص على الغير ولاية إذا كان حرا إلا لحاجة، ولا حاجة عند انعدام الشهوة، غير أن ولاية الأب تثبت نصا على خلاف القياس، فإن سيدنا أبا بكر زوج عائشة من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين، وصحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك، فلا يقاس عليه غيره، وهو الجد، ولا يلحق به دلالة لأنه ليس في معناه؛ لأن الولد جزء الأب

فكانت الولاية للأب عليه، كالولاية على نفسه، والجزئية قد ضعفت في الجد وشفقته قد نقصت فلا يكون في معناه.

قلنا: لا نسلم أن ثبوت الولاية على الحر على خلاف القياس، بل هو موافق له لأن النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة، ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة، ولا يتفق الكفء في كل وقت، فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازًا للكفء لكل من يتأتى منه الإحراز أبا كان أو غيره.

واستدل الشافعي بأن الولاية للنظر، والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد؛ لقصور شفقته وبعد قرابته، ولذلك لا يملك غيرهما التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة لكونه وقاية للنفس، فلأن لا يملك غيرهما التصرف في النفس، وهو أعلى من باب أولى.

ودليلنا أن الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب؛ لأن القرابة داعية إليه كما في الأب والجد، فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة، غاية ما في الباب أنه متفاوت كما لا وقصورًا بقرب القرابة وبعدها، لكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك فأظهرناه في سلب ولاية الإلزام، فجعلنا لهما خيار البلوغ، فإذا بلغا ووجدا الأمر على ما ينبغي مضيا على النكاح، وإن وجدا خللاً بقصور الشفقة والنظر فسحا النكاح، بخلاف التصرف في المال، لأن الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك؛ لأنه يتكرر بتداول الأيدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم... وثم.

وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ، فلا تفيد الولاية إلا ملزمة، ولا إلزام مع القصور، بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالبًا، فكان التدارك بالتوقف إلى البلوغ ممكنًا، ويؤيد كلام الحنفية قوله صلى الله

تعالى عليه وسلم: «الإنكاح إلى العصبات» كما تقدم لك شرحه في مادة ٣٦. انظر مادة ٤٧^(١).

فقد علمت مما تقدم أنه متى زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد من كفاء، وبمهر تام، صح العقد، ولكن لكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ العقد، فإن اختار كل منهما بقاء العقد فلا كلام، وإن اختار الفسخ فلا يفسخ العقد بمجرد اختياره له، بل لا بد من أن يرفع الأمر للقاضي ليفسخ العقد إذا لم يوجد مسقط للخيار، بأن صدر منه ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة.

ويترتب على عدم فسخ العقد إلا بحكم القاضي أنه إذا مات أحد الزوجين بعد البلوغ، واختيار الفسخ، ولكن قبل تفريق القاضي، ورثه الآخر؛ لأن أصل العقد صحيح والزوجية قائمة لم تزل؛ لعدم القضاء الذي هو شرط في إزالتها.

ويترتب عليها أيضا لزوم كل المهر في هذه الحالة إذا مات أحد الزوجين؛ لأن الزوجية ما دامت قائمة ومات أحد الزوجين -ولو قبل الدخول بها- يتأكد لزوم كل المهر، والزوجية هنا قائمة ما دام القاضي لم يفرق بينهما، فيتأكد لزوم كل المهر، فإذا مات الزوج أخذت المرأة كل المهر من تركته، وإذا ماتت الزوجة أخذت ورثتها المهر من الزوج بعد إسقاط ما يخصه منه؛ لأنه من ضمن الورثة.

أما إذا مات أحد الزوجين بعد حكم القاضي بالفرقة بينهما؛ فإن كانت هذه

(١) (مادة ٤٧) إذا كان الزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد ولو القاضي فلا يصح النكاح أصلا بغير كفاء أو بغبن فاحش في المهر، ويصح بالكفاء وبمهر المثل، ولكل منهما إذا لم يرض بالنكاح ولو بعد الدخول خيار فسخه بالبلوغ، أو العلم به بعده.

الفرقة بعد الدخول لزم كل المهر أيضا؛ لأن المهر كما يتأكد بموت أحد الزوجين يتأكد أيضا بالدخول وقد حصل، وإن كانت قبل الدخول فلا يلزم كل المهر؛ لأن الزوجية قد انقطعت بحكم القاضي بفسخ العقد، فصارا أجنبيين.

فإذا اختار أحدهما فسخ العقد ورفع الأمر إلى القاضي وحكم بالفرقة، ولم يمت أحد الزوجين، فللزوجة كل المهر إن كانت الفرقة بعد الدخول، وإن كانت قبل الدخول فلا يجب المهر ولا شيء منه، سواء كان الخيار منه أو منها؛ لأن الفرقة بالخيار فسخ للعقد، والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن، فلا يجب على الزوج شيء.

وإنما اشترط القضاء في فسخ النكاح بخيار البلوغ لأن في أصله ضعفا؛ إذ هو مختلف فيه؛ لأن أبا يوسف يقول بعدم ثبوته، ولأنه لدفع ضرر خفي، وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة الزوج، ولذا يشمل الذكر والمؤنث؛ لأن قصور الشفقة موجود بالنسبة إليهما، وإذا كان الضرر خفيا يتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة.

وإذا اختار أحدهما فسخ النكاح ورفع الأمر للقاضي، وكان الآخر صالحا للدعوى عليه، بأن كان بالغاً عاقلاً أحضره، وحكم بالفرقة بعد استيفاء شروط الدعوى، وإن كان غير صالح بأن كان صغيراً أو مجنوناً مثلاً، فإن كان له أب أو جد أو وصي من قبلهما أحضره، وإن لم يكن نصب القاضي وصياً فيحضره، ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة، من بينة على الرضا بالنكاح بعد البلوغ، أو تأخيرها طلب الفرقة بعد البلوغ إن كان الزوج هو الصغير، إن لم تكن بينة يحلفها القاضي على أنه لم يصدر منها ما يدل على الرضا بعد البلوغ، فإن حلفت يفرق القاضي بينهما بحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغ الصبي ولا إفاقة المجنون، ومثل

الصغير والصغيرة من يلحق بهما، فإن له الخيار بعد إفاقة. انظر مادة ٤٨^(١).

والشخص الذي له الخيار بالبلوغ إما أن يكون مذكراً أو أنثى، والأنثى إما أن تكون وقت البلوغ بكراً أو ثيباً، فإن كانت بكراً واختارت فسخ النكاح فلا بد من الإشهاد على ذلك فوراً، بأن تحضر شاهدين إن لم يكونا موجودين، وتقول لهما: بلغت الآن فاشهدا أنني فسخت عقد زواجي لفلان الذي باشره أخي أو عمي، مثلاً، ولكن محل ذلك إذا كانت عالة بالزواج قبل البلوغ، أو علمت به وقته؛ لأن ثبوت الخيار لها لا يتصور إلا إذا كانت عالة بالزواج.

فإن لم تكن عالة بالزواج قبل البلوغ ولا وقته يثبت لها الخيار وقت علمها به، ولو كان بعد البلوغ، فإذا فرضنا أن بنتاً زوجها أخوها وهي صغيرة، ولم تعلم بهذا الزواج إلا بعد بلوغها بزمن ولو طويلاً، يثبت لها الخيار وقت علمها؛ لأن وقت علمها ينزل منزلة وقت البلوغ لعدم تمكنها من الخيار قبل العلم، والولي ينفرد به فعذرت، فإن لم تختبر نفسها وقت البلوغ أو وقت العلم بالزواج وتشهد، بل سكنت عن اختيار نفسها مختارة بطل خيارها، فليس لها أن تختار بعد ذلك.

فإن كان سكوتها قهراً عنها كما إذا هدها أخوها بإيقاع أذى بها إذا اختارت نفسها، فلا يكون سكوتها رضا، بل لها أن تختار نفسها عند زوال هذا الإكراه، فإن لم تختبر نفسها وقت البلوغ وكانت عالة بالزواج، أو عند العلم بالزواج بعد البلوغ، بل سكنت وبعد ذلك اختارت نفسها وفسخت العقد مدعية أنها كانت جاهلة بثبوت هذا الخيار لها، وعندما علمت اختارت نفسها، أو ادعت أنها تعلم بثبوتها، ولكن

(١) (مادة ٤٨) إذا بلغ الصغير والصغيرة واختار فسخ النكاح الذي باشره غير الأب والجد لزمهما أن يرفعا الأمر إلى الحاكم ليفسخ النكاح إذا لم يوجد مسقط للخيار، فإذا مات أحد الزوجين قبل أن يفسخ الحاكم النكاح يرثه الآخر، ويلزم كل المهر للمرأة أو لورثتها.

قالت: لا أعلم أنه يشترط على الفور، بل هو ثابت لي متى أردت، بطل خيارها بالسكوت، ولا يقبل عذرهما بجهلها الخيار، أو الوقت الذي يثبت لها فيه؛ لأنها مطالبة بمعرفة أحكام الشرع، والدار دار العلم، فلم تعذر بالجهل؛ لأن الجهل بالأحكام الشرعية في دار الإسلام لا يعد عذراً، إلا إذا كان المعتذر قريب عهد بالإسلام، أو نشأ في قرية بعيدة عن العلماء.

ويلزم كل شخص أن يعرف أحكام شريعته التي هو متم إليها، بلا فرق بين المذكر والمؤنث، خصوصاً ما يخصه منها، وقبيح بالمرء أن يتسبب لدين من الأديان ولا يدري ما فيه من الأحكام (تأمل). انظر مادة ٤٩^(١).

وإن كانت ثيباً وقت البلوغ ولم تختبر نفسها، بل سكنت ساعة البلوغ أو ساعة علمها بالزواج إن كانت غير عالمة به قبل البلوغ، فلا يبطل خيارها بالسكوت، وإنما يبطل بالرضا صراحة أو دلالة، فالصريح كأن تقول: اخترت البقاء مع زوجي الذي زوجنيه أخي أو عمي مثلاً، أو رضيت بهذا العقد، والرضا دلالة كطلب مهرها إذا كان قبل الدخول، أو نفقتها، أو دخول الزوج بها وهي راضية لا مكرهة، ومثل الثيب فيما ذكرناه الغلام فلا يبطل خياره بسكوته وقت بلوغه، أو وقت العلم ولو بعد البلوغ، وإنما يبطل خياره بإفصاحه بالرضا، أو بوقوع ما يدل عليه كدخوله بالزوجة إن بلغ قبل الدخول، أو وطئها إن كان بعد الدخول، أو دفعه المهر إن كان

(١) (مادة ٤٩) الزوجة التي لها خيار الفسخ بالبلوغ إذا بلغت وهي بكر واختارت فسخ النكاح ينبغي لها أن تبادر باختيار نفسها، وتشهد على ذلك فوراً حال البلوغ إن كانت عالمة بالنكاح قبله أو عنده أو حال علمها إن لم تكن عالمة به وقت البلوغ، فإن سكنت عن اختيار نفسها مختارة عالمة بأصل النكاح يبطل خيارها بالسكوت، ولا يقبل عذرهما إذا اعتذرت بجهلها بالخيار، أو للوقت الذي يكون لها الخيار، ومتى أشهدت على اختيار نفسها ساعة البلوغ أو ساعة علمها بالنكاح فلا يضر تأخيرها رفع أمرها إلى الحاكم، بل تبقى على خيارها وإن طال الزمن، ما لم يوجد منها ما يدل على الرضا.

قبل الدخول.

وإنما كان السكوت دليلاً على الرضا في حق البكر لا الثيب والغلام؛ لأن البكر تستحي من إظهار الرغبة في الزواج، ولكنها لا تستحي من الرد، فيكون سكوتها دليلاً على ما يحول الحياء بينها وبينه، والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة، فلا مانع من النطق في حقها، فلا يكتفى بغيره، ومثلها الغلام، وهو غير خاف على أحد. انظر مادة ٥٠^(١).

وكل هذه الأحكام خاصة بالصغير والصغيرة ومن يلحق بهما، أما الكبير والكبيرة الحران المكلفان فلهما أحكام تخصهما، فالحر البالغ العاقل له أن يتزوج بنفسه ولو كان سفيهاً - أي مبذراً - لماله على خلاف مقتضى الشرع والعقل، فلا يشترط في صحة العقد الولي، بل عقده صحيح نافذ لازم.

ولو كانت الزوجة التي تزوجها أقل منه شرفاً، أو كان المهر الذي دفعه إليها أكثر من مهر مثلها، فلا اعتراض لأحد من الأولياء عليها؛ لأن العار لا يلحقهم بهذا العمل، وأما الحرية المكلفة فلا بد فيها من التفصيل بالنسبة للولي والمهر والزواج الذي تزوجت به.

وبيان ذلك أن الحرية المكلفة إما إن يكون لها ولي أم لا، فإن كان لها ولي فإما أن يكون عصبة أو غير عصبة، ولا يخفى عليك أن الولاية هنا ولاية استحباب لا ولاية إجبار.

(١) (مادة ٥٠) إذا بلغت الزوجة التي لها الخيار وهي ثيب وسكتت عن اختيار نفسها ساعة البلوغ أو ساعة علمها بالنكاح إن كانت غير عالة به قبل البلوغ فلا يبطل خيارها بالسكوت، وإنما يبطل بالرضا صراحة أو دلالة، وكذلك الغلام لا يبطل خياره بسكوته، بل بإفصاحه بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه.

وعلى كل فيما أن تزوج نفسها بكفء وبمهر المثل، أو بكفء والمهر أقل من مهر المثل، أو غير كفء مطلقاً، أو سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له، أو من غير كفء مطلقاً، أو سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له أو أكثر.

فإن زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل صح العقد نافذا لازماً، سواء كان لها ولي أو لم يكن، وسواء كان الولي عصبه أو غير عصبه؛ لأنه إذا لم يكن لها ولي فالأمر ظاهر، وإن كان فلا وجه للاعتراض عليها فيما فعلت؛ لأن الاعتراض إنما يكون عند حقوق العار لهم بفعلها، وفعلها هذا حسن؛ إذ الموضوع أن الزوج كفء والمهر مهر المثل. انظر مادة ٥١^(١).

وإن زوجت نفسها بكفء ولكن المهر أقل من مهر المثل، فإن كان لها ولي عاصب ورضي بذلك قبل العقد أو بعده، صح نافذا لازماً أيضاً كما في الصورة الأولى؛ لأن المهر في الابتداء حق الولي والمرأة، وقد أسقط كل منهما حقه، فلا اعتراض عليه، وإن لم يرض بذلك صح العقد نافذاً غير لازم، إذ له الاعتراض على الزوج قائلاً له: إما أن تتم لها مهر المثل، وإما أن أرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، فإن تم الزوج المهر فيها، وإلا فللولي العصبه.

الأمر الثاني وهو رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد وهذا عند أبي حنيفة، وقال الصحابان: ليس له ذلك؛ لأن ما زاد عن العشرة حقها، ومن أسقط حقه لا يعترض عليه، كما إذا أبرأته من المهر بعد التسمية فلا اعتراض عليها بالاتفاق، ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويعيرون بنقصها، فأشبه الكفاءة بل هو أولى منها؛

(١) (مادة ٥١) للحر البالغ العاقل الزوج ولو كان سفيهاً بلا توسط ولي، وللحرة المكلفة أيضاً أن تزوج نفسها بلا ولي بكراً كانت أو ثيباً، وينفذ نكاحها، ويلزم إذا كان الزوج الذي تزوجت به كفواً لها، وكان المهر مهر مثلها.

لأن ضرره أشد من ضرر عدم الكفاءة؛ لأنه عند تقادم العهد يعتبر مهر قبيلتها بمهرها، فيرجع الضرر إلى القبيلة كلها، فكان لهم دفعه بخلاف الإبراء بعد التسمية، فإنه لا يعبر به.

وحاصله أن في المهر حقوقا ثلاثة؛ أحدها: حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة دراهم؛ أو ما يساويها؛ والثاني: حق الأولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر المثل؛ والثالث: حق المرأة وهو كونه ملكا لها، ثم حق الشرع والأولياء مراعي وقت الثبوت فقط فلا حق لهما حالة البقاء.

وإذا كان لها ولي غير عاصب أو لم يكن لها ولي أصلا صح العقد نافذا لازما أيضا؛ لأنه إذا لم يكن لها ولي فالمهر حقها، فلها أن تسقط منه ما شاءت، وإن كان لها ولي غير عاصب فلا يلحقه عار بنقصان المهر، فلا يثبت له حق الاعتراض (تأمل).

وإن زوجت نفسها بغير كفء ولو كان المهر أكثر من مهر المثل، إن لم يكن لها ولي أصلا أو كان لها ولي غير عصبية صح العقد بلا اعتراض أحد؛ لأنه عند عدم الولي تكون الكفاءة حقها فقط، وقد أسقطتها فتسقط، والولي غير العاصب لا يلحقه العار بتزويجها بغير الكفء مثل ما يلحق العاصب، فلا حق له في الكفاءة (تأمل). وإن كان لها ولي عاصب فإن رضي قبل العقد بتزويجها بغير الكفء صح أيضا؛ لأن الكفاءة حقها وقد أسقط كل منهما حقه فيسقط، وإن لم يرض قبل العقد فلا يصح الزواج أصلا، وإن رضي بعده؛ لأن العقد وقع باطلا، والباطل لا تلحقه الإجازة وإنما تلحق الصحيح الموقوف، وبعضهم يقول: العقد في هذه الحالة يكون موقوفاً على إجازة الولي.

وقال الإمام الشافعي والإمام مالك: لا ينقذ النكاح بعبارة النساء أصلا لقوله

عليه الصلاة والسلام: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» وقوله أيضاً: «لا نكاح إلا بولي».

ودليلنا أنها تصرفت فيما يصير حقها وهي من أهلها لكونها عاقلة بالغة، ولهذا كان لها التصرف في المال، ولها اختيار الأزواج، لكن على وجه لا يلحق العار بالأولياء كما تقدم لك، وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنتسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه، والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه، ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: «الأيمن أحق بنفسها من وليها» وهي من لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، فإن ذلك فيه حقان؛ حقه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها، وحقها، وقد جعلها أحق منه، ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، وهذا الحديث متفق عليه، والحديثان المتقدمان ضعيفان أو مختلف في صحتها فلا يعارضانه.

فإن كان كل من الكبير والكبيرة رقيقاً ثبتت الولاية لمالكهما بالاتفاق. انظر مادة ٥٢^(١).

ويترتب على كون تزويج الكبيرة المكلفة خالص حقها أنها هي التي تبشر عقد زواجها بنفسها، أو تأمر من يقوم مقامها في ذلك، وحيث لا تجبر على النكاح سواء

(١) (مادة ٥٢) إذا تزوجت الحرة المكلفة بلا رضا وليها بأقل من مهر المثل صح العقد، وللولي إذا كان عصبه حق الاعتراض على الزوج حتى يتم مهر المثل إن رضي أو يفسخ الحاكم النكاح، وإذا تزوجت بغير كفاء لها بلا رضا وليها العاصب صراحة قبل العقد فالتكاح غير جائز أصلاً، ولا ينفع رضا الولي بعد العقد، وإذا لم يكن لها ولي عاصب، وزوجت نفسها من غير كفاء، أو كان لها ولي ورضي بزواجها بغير الكفاء فالتكاح صحيح.

كانت بكراً أو ثيباً، بل إذا أراد الولي تزويجها فلا بد لنفاذ هذا العقد عليها من استئذانها، أي: طلب الإذن منها وحصول الرضا منها بذلك، وإن زوجها بالفعل قبل الاستئذان فلا ينفذ هذا العقد عليها أيضاً إلا إذا رضيت به وأجازته، ولكن الرضا يختلف بحسب البكارة والثبوتية والمستأذن.

وبيانه أنها إن كانت بكراً فيما أن يكون الذي استأذنها الولي القريب أو من يقوم مقامه أو الولي البعيد؛ فإن استأذنها الولي القريب قبل العقد بأن كان لها أب وجد، والذي استأذنها هو الأب، أو وكل شخصاً بالنيابة عنه في استئذانها، أو أرسل شخصاً يستأذنها وأخبرها كل منهم بالزوج وبالمهر، فرضيت صريحاً بأن قال لها الأب: أريد أن أزوجه لك فلان بمهر كذا فقالت: في محله؛ أو نعم الزوج الذي اخترته مثلاً، أو لم تصرح ولكن وجد منها ما يدل على الرضا سواء كان تبساً أو ضحكاً أو بكاء أو غيرها، والمعول عليه في الضحك والبكاء قرائن الأحوال، فإن الضحك قد يكون سروراً، وقد يكون استهزاء، والبكاء قد يكون للسخط وقد يكون أسفاً على فرقة الأهل.

ومما يدل على الرضا في جانب البكر سكوتها عن الاستئذان مختارة، فإن كان سكوتها بإكراه كما إذا أرادت أن تقول: لا أتزوجه؛ فقال لها أبوها: إن تكلمت قتلتك، مثلاً، فسكتت، لا يكون هذا السكوت رضا، كان كل هذا توكيلاً له بالزواج فله أن يزوجه من الزوج الذي عينه لها، بالمهر الذي سماه أيضاً، ويتفرع على كونه توكيلاً أن الولي لو استأذنها في رجل معين فقالت: يصلح أو سكتت، ثم لما خرج قالت: لا أَرْضِي، ولم يعلم الولي بعدم رضاها، فزوجه منه فهو صحيح؛ لأن الوكيل لا ينزل حتى يعلم، وهو قد زوجها قبل علمه بالعزل، فوقت العقد كان وكيلاً فيصح.

وإن زوجها الولي القريب بالفعل ثم أخبرها هو بهذا العقد، وبالزوج والمهر أيضاً، أو وكل أو أرسل شخصاً ليخبرها، أو كان شخص حاضر العقد فتوجه إليها وأخبرها بدون وكالة ولا إرسال من الولي القريب، وكان هذا الشخص عدلاً، وهذا هو المسمى بالفضولي، فرضيت صريحاً، أو وجد منها ما يدل على الرضا والسكوت، كان إجازة للعقد الذي حصل.

ولو اختلفا في السكوت بأن قال الزوج: بلغك النكاح، فسكتت وقالت: رددت، فأبيها أقام بينة قبلت، فإن لم تكن لأحدهما بينة ولمن يكن دخل بها، فالقول قولها بيمينها؛ لأنه يدعي عليها لزوم العقد وملك البضع، وهي تنكره، والقول للمنكر بيمينه، ولا يكون سكوتها عند الاستئذان رضا إلا إذا كان الاستئذان كاملاً، بأن يسمي لها الزوج على وجه تقع لها به المعرفة، ويسمي لها المهر.

أما الأول فلا بد منه لتظهر رغبتها فيها أو رغبتها عنه، فلو قال: أزوجك من رجل، فسكتت، لا يكون إذناً لو سمي فلاناً أو فلانة فسكتت، فله أن يزوجه من أيها شاء، وهذا كله إذا لم تفوض الأمر إليه، أما إذا قالت له: أنا راضية بما تفعله أنت، بعد قوله: إن أقواماً يخطبونك، أو قالت: زوجني ممن تختاره، ونحوه، فهو إذن صحيح، فله أن يزوجه ممن شاء، ولكن ليس له بهذه المقالة أن يزوجه لرجل ردت نكاحه أولاً؛ لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة مطلقة، فليس للتوكيل أن يزوجه مطلقة إذا كان الزوج قد شكاً للتوكيل وأعلمه بطلاقها.

وأما الثاني وهو تسمية المهر ففيه ثلاثة أقوال مصححة:

الأول: أنه لا تشترط تسميته في الاستئذان؛ لأن للنكاح صحة بدونه، وصححه في الهداية.

الثاني: يشترط تسميته؛ لأن رغبته تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة؛ وقال في فتح القدير: إنه الأوجه.

الثالث: إن كان الزوج أبا أو جدًا فلا يشترط ذكر المهر عند الاستئذان، وإن كان غيرهما يشترط، والظاهر هو الثاني.

وإن كان الذي استأذنها هو الولي البعيد، بأن كان لها أخ شقيق وأخ لأب، فاستأذنها الأخ لأب، وعين لها الزوج والمهر أو استأذنها أجنبي فلا بد من إفصاحها بالرضا، أو بوقوع ما يدل عليه منهما كطلبها المهر مثلاً، ولا يعد سكوتها في هذه الحالة رضا؛ لأن هذا السكوت قد يكون لقلة الالتفات إلى كلامه، إذ هناك من هو أولى منه، فلم يقع دلالة على الرضا؛ لأنه يحتمل الإذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة، ولا حاجة في حق غير الأولياء؛ لأنه فضولي، ولا في حق ولي غيره أحق منه لعدم الالتفات إلى كلامه، بخلاف ما إذا كان المستأذن رسول الولي القريب لأنه قائم مقامه. انظر مادة ٥٣^(١).

وإن كانت ثيباً فلا يكتفى منها بالسكوت أو الضحك أو التبسّم، سواء كان المستأذن أو المخبر هو الولي القريب أو البعيد، بل لا بد أن تُعرب عن نفسها مفصحة برضاها، أو يقع منها ما يدل عليه، وإنها كان السكوت دليلاً على الرضا بالنسبة للبكر لا للثيب لقوله عليه الصلاة والسلام: «البكر تستأمر في نفسها، فإن سكنت

(١) (مادة ٥٣) لا تجبر الحرة البالغة على النكاح بكرة كانت أو ثيباً، بل لا بد من استئذانها واستئثارها، فإن كانت بكرة واستأذنها الولي القريب أو وكيله أو رسوله قبل تزويجها، أو زوجها الولي وأخبرها هو أو وكيله أو رسوله أو فضولي عدل، وعلمت بالزوج وبالمهر فسكت عن رده مختارة لا مكروهة، أو تبسّمت أو ضحكت غير مستهزئة أو بكت بلا صوت، فذلك إذن في صورة استئذانها قبل العقد وإجازة بعده، وإن استأذنها غير القريب من الأولياء، وعين لها الزوج والمهر فسكت أو تبسّمت أو ضحكت أو بكت، فلا يعد ذلك منها رضا، بل من الإفصاح بالرضا، أو من وقوع ما يدل عليه منها.

فقد رضيت، والثيب تشاور».

والمشاورة من باب المفاعلة وهي تقتضي الفعل من الجانبين، وقد وجد النطق من الولي بالسؤال، فلا بد من النطق منها في الجواب، أو لأن المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالإشارة إلى الصواب، وذلك لا يكون إلا بالنطق، ولأن السكوت صار رضا بالنسبة للبكر لتوفر الحياء؛ لأن لها عند الاستئثار جوابين: لا ونعم، فيكون سكوتها دليلاً على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه، وهو نعم، لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال، والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة، فلا مانع من النطق في حقها، أو وجود ما يدل على الرضا غير السكوت.

فقد علم من هذا أن البكر والثيب العاقلتين البالغتين لا بد من استئذانها لنفاذ العقد، وأن الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب، بل رضاها يتحقق تارة بالقول كقولها: رضيت وقبلت وأحسن وأصبت، أو بارك الله لك أو لنا، ونحوها، وتارة يكون بالدلالة كطلب مهرها أو نفقتها أو تمكينها من الوطء، وقبول التهئة والضحك بالسرور من غير استهزاء، فلا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا، وأن رضاهما قد يكون صراحة، وقد يكون دلالة، غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحيائها دون الثيب؛ لأن حياءها قد قلّ بالممارسة فلا يدل سكوتها على الرضا.

وقال الإمام الشافعي: يجبر الأب والجد البالغة إذا كانت بكراً على النكاح مثل الصغيرة، والجامع بينهما عنده الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة، ولكونها جاهلة بأمر النكاح يملك الأب قبض صداقها بغير أمرها.

وللحنفية أنها حرة عاقلة بالغة، وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية، وقياسها على الصغيرة قياس مع الفارق؛ لأن الولاية إنما ثبتت على الصغيرة

لقصور عقلها، فلا يمكنها أن تنظر في شئونها نفسها بما هو صالح لها، وفيما نحن فيه ليس بموجود لأنه قد كمل بالبلوغ توجه الخطاب، فصار الإيجاب عليها كالإيجاب على الغلام، فإن كان صغيراً جاز لقصور العقل، وإن كان بالغاً فلا يجوز وصار كالتصرف في مال البكر البالغة، فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه بالاتفاق، فكذا ما نحن فيه، وإنما يملك الأب قبض صداقها برضاها دلالة لأن الظاهر أن البكر تستحي من قبض صداقها، وأن الأب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها به مع مال نفسه ليعث بها إلى زوجها، فكان ذلك إذنا دلالة، ولهذا لو نهته عن قبضه فلا يملكه؛ لأن الدلالة تبطل بصريح يخالفها. انظر مادة ٥٤^(١).

وما دامت الجلدة الرقيقة موجودة في المحل المعلوم فهي بكر تسري عليها أحكام الأبكار بالنسبة للزواج وغيره، فإن زالت هذه الجلدة الرقيقة التي يسمونها عذرة، فإن كان زوالها بتعئيس وهو طول المكث من غير تزويج، أو بوثة، أي: نطة، وهو الوثوب من فوق، أو بحيضة بأن نزل عليها دم الحيض بكثرة فأزال عذرتها، أو بجراحة في المحل المعلوم لداع من الدواعي - فهي بكر حقيقة وحكما، إذ البكر هي التي يكون مصابها أول مصيب.

وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي أول الثمار، أو من البكرة وهي أول النهار، ورد هذا بأن زائلة العذرة بالوثبة لو كانت بكرًا حقيقة لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بكر، فوجدها زائلة العذرة، مع أن له أن يردها، وأجيب بأن الرد هنا باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة، لا لكونها غير بكر حقيقة، ولأن النطق سقط بالحياء وهو موجودها هنا؛ لأنها تستحي لعدم الممارسة.

(١) (مادة ٥٤) البالغ الثيب إذا استأذنها الولي بعيداً كان أو قريباً فسكت فلا يكون سكوتها رضا، بل لا بد أن تعرب عن نفسها مفصحة برضاها، أو يقع منها ما يدل عليه.

ومثل من زالت بكارتها بهذه العوارض المرأة التي فرق بينها وبين زوجها بعنة، فإذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنيّاً، ورفعت أمرها إلى القاضي، وفرق بينهما بعد إجراء ما يلزم، اعتبرت بكراً لما تقدم، وكذلك المرأة التي تزوجت برجل وفسخ العقد بينهما قبل الدخول، أو طلقها، أو مات عنها قبل الدخول أيضاً، ولو كانت بعد الخلوة الصحيحة، فكل هؤلاء أبكار حقيقة وحكما، حتى لو قال رجل: أوصيت لأبكار بني فلان بثلاث مالي استحق جميع من ذكر لأنهن أبكار حقيقة، والزائل إنما هو العذرة لا البكارة.

وإذا زالت عذرتها بالزنا فقال الإمام الشافعي وأبو يوسف ومحمد: إنها ثيب حقيقة، ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان لا تدخل في الوصية، ولثيبات بني فلان تدخل فيهن وتستحق، ويردها المشتري الشارط بكارتها فهي ثيب حقيقة؛ لأن مصيبتها عائد إليها، ومنه المثابة للبيت الذي يعود الناس إليه في كل عام، والثوب: العود إلى الأعلام مرة بعد أخرى، فجروا على هذا الأصل في تزويجها، وقالوا: لا بد من القول ولا يكتفى بسكوتهما لأنها ثيب، وخرج الإمام عن هذا الأصل فقال: إن اشتهر حالها بأن خرجت وأقيم عليها الحد، أو صار الزنا عادة لها بأن تكرر فلا بد من القول.

فإن لم تحد أو لم يتكرر فهي بكر حكماً لأن الناس عرفوها بكراً، والشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء، وإذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها، وها هنا قد وجدت لمعرفة الناس لها بالبكارة فيعييونها بالنطق، فتستحي فتمتنع من النطق، فكانت العلة موجودة، فيكتفى بسكوتهما كي لا تتعطل مصالحها.

واتفقوا على أنه لو زالت بكارتها بوطء بشبهة، كما إذا زفت امرأة لرجل وقيل له: هي زوجتك، فدخل بها وتبين الحال بعد ذلك، ففرق بينهما، أو بنكاح فاسد

تكون ثبياً حقيقة، فلا يكون سكوتها إذناً، بل لا بد من النطق، أو ما يدل على الرضا غير السكوت لعدم الحياء هنا، ولأن الشرع أظهر هذا الوطاء حيث علق به أحكاماً من لزوم العدة والمهر وثبوت النسب. انظر مادة ٥٥^(١).

وقد علمت مما تقدم أن الغرض من الزواج التناسل، وهذا لا يكون إلا بالوطء، فإذا كانت الزوجة مطيقة سلمت إلى الزوج عند طلبه، فإن كانت صغيرة لا تطبق الوطاء وطلبها الزوج فلا يجبر عليها على تسليمها له، سواء كان أباً أو غيره، ومع ذلك فله طلب ما استحق من مهرها من الزوج؛ لأنه وجب بالعقد، فإن اتفقا على أنها لا تطبق الوطاء فيها، وإن اختلفا بأن قال الزوج: إنها تطيقه، وأنكر الأب ذلك، فلا بد من حَكَم بينهما وهو القاضي، وحينئذ يعين القاضي من يثق بهن من النساء، ويأمرهن بالكشف عليها، ويأخذ بها قلن، فإن وافقن الولي فلا يأمره بتسليمها، وإن وافقن الزوج أمر الولي بالتسليم، ولا يعتبر السن لأنه من الجائز أن تكون بنت تسع تطبق الوطاء؛ لسلامة بنيتها من كل الأمراض، وأخرى في هذا السن وهي نحيفة لا تطيقه. انظر مادة ٥٦^(٢).

(١) (مادة ٥٥) من زالت بكارتها بعارض أو تعيس فهي بكر حقيقة، كمن فرق بينها وبين زوجها بعنة أو فسخ أو طلاق أو موت، بعد خلوة قبل وطاء، ومن زالت بكارتها بزنا فهي بكر حكماً، ما لم يتكرر منها أو تحد، فإن تكرر منها أو لم يتكرر وحدث فهي ثيب، كالموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد.

(٢) (مادة ٥٦) لا تسلم الزوجة الصغيرة للزوج حتى تطبق الوطاء، ولا يجبر الأب على تسليمها، وله طلب ما استحق من مهرها من الزوج، فإن زعم الزوج أنها تطيقه وأنكر الأب ذلك فعلى الحاكم أن يأمر بمن يثق بهن من النساء بالكشف عليها، فإن قلن بصلاحيتهما للرجال يأمر أباهما بتسليمها وإلا فلا، ولا عبرة بالسن.

الباب الخامس في الوكالة بالنكاح

لما كانت الوكالة نوعاً من الولاية من حيث إن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل، كتصرف الولي ينفذ على المولي عليه، ناسب أن تذكر الوكالة بالنكاح عقب الولي، والتوكيل: هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه، فيؤخذ من هذا التعريف أن كل شخص يملك تصرفاً من التصرفات له أن يتولاه بنفسه، وله أن يوكل غيره فيه، وكل شخص لا يملك تصرفاً ليس له أن يوكل غيره فيه؛ لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة.

فإذا كانت الأولى غير موجودة فلا يتأتى وجود الثانية، ويترتب على هذا أن الشخص متى كان عاقلاً بالغاً، سواء كان مذكراً أو أنثى يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه؛ لأن له أن يتولاه بنفسه، وكذلك الولي سواء كان أباً أو جداً أو غيرهما، فإن له أن يوكل غيره بتزويج من له الولاية عليه، سواء كان صغيراً أو ملحقاً به؛ لأن له أن يتولى العقد بنفسه، وأن الشخص متى كان صغيراً أو ملحقاً به فلا يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه لأنه ليس له أن يزوج نفسه، فلا يوكل غيره؛ إذ الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة، وهذه غير موجودة، فلا يتأتى وجود الثانية. انظر مادة ٥٧^(١).

ولا يشترط أن يكون التوكيل بالكتابة، بل يصح أن يكون كتابة وأن يكون

(١) (مادة ٥٧) يجوز للزوج والزوجة أن يتوليا عقد نكاحهما بأنفسهما وأن يوكلأ به من شاء، إذا كانا حرين عاقلين بالغين، وللولي أباً كان أو غيره أن يوكل بنكاح من له الولاية عليه من الصغار ومن يلحق بهما.

مشافهة، ولا يشترط لصحة التوكيل الإشهاد عليه، فإذا وكل شخص غيره في التزويج أو في غيره، ولم يشهدا على هذا التوكيل، ففعل الوكيل الموكل فيه جاز على الموكل، وإنما يستحب الإشهاد عليه خوفاً من جحود التوكيل، فيحصل النزاع، فإذا كانت هناك شهود أمكن المدعي إثبات التوكيل بها، بخلاف ما إذا لم يشهدا، فإنه لا يتأتى إثبات التوكيل بالبينة. انظر المادة ٥٨^(١).

ولا يجوز للوكيل بالزواج أن يوكل غيره، بل هو الذي يتولى العقد بنفسه سواء كان الموكل له هو الزوج أو الزوجة، لا الموكل رضي برأيه لا برأي غيره، فليس له أن يقيم غيره مقامه، حتى إذا وجد من الموكل رضا بغير رأي الوكيل جاز للوكيل أن يوكل، سواء كان هذا الرضا صراحة أو دلالة، فالصریح كما إذا قال رجل لآخر: وكلتك في أن تزوجني فلانة، ولك أن توكل فلاناً، أو لك أن توكل من شئت، ففي الحالة الأولى ليس له أن يوكل غير فلان المعين لعدم رضاه برأي غيره، وفي الحالة الثانية له أن يوكل من شاء لتفويض الأمر إلى مشيئته، فكل شخص وكله فقد شاء توكيله فيصح، والدلالة كأن يقول له: وكلتك في أن تزوجني فلانة، وفوضت الأمر إلى رأيك في كل ما تفعله، فتوكيله غيره في هذه الحالة صحيح أيضاً؛ لأنه من ضمن أفعاله التي رضي بها الموكل فيصح. انظر مادة ٥٩^(٢).

فإذا ولي الوكيل عقد الزواج فقد انتهت مأموريته، فلا يطالب بالحقوق المترتبة عليه؛ لأنه سفير ومعبّر فقط، بخلاف الوكيل في البيع، فإن كان وكيلاً في جهة البائع يطالب بتسليم المبيع، وإن كان من جهة المشتري يطالب بالثمن، ومثلها جميع

(١) (مادة ٥٨) يصح التوكيل بالنكاح شفاهاً وبالكتابة، ولا يشترط الإشهاد عليه لصحته بل لخشية الجحود والنزاع.

(٢) (مادة ٥٩) لا يجوز للوكيل بالنكاح أن يوكل غيره بلا إذن موكله أو موكلته أو بلا تفويض الأمر إلى رأيه.

الحقوق المترتبة على عقد البيع، كما يأتي لك في محله.

وحينئذ فلا يطالب الزوج الوكيل بتسليمه الزوجة، ولا تطالب الزوجة الوكيل بمهرها بمجرد هذا العقد، فإن حصل ما يوجب مطالبتة بالمهر غير العقد طوّل به، فإن التزم الوكيل للزوجة أو لوليها بدفع المهر، سواء كان هذا الالتزام في العقد أو بعده وجب عليه أدائه، لكن وجوب هذا الأداء لم يكن بالعقد بل بالضمان، فإن دفع الوكيل المهر وأراد أن يأخذه من الزوج، فإن أعطاه من غير نزاع فيها، وإن تأخر عن الدفع إليه فإن كان إذنه بإعطائه للزوجة أجبر على الدفع للوكيل؛ لأن الوكيل في هذه الحالة صابر قاضيًا دينه بإذنه، فلا يكون متبرعًا، وإن كان الزوج لم يأذن له بالإعطاء فلا يجبر على دفعه؛ لأنه والحالة هذه يكون متبرعًا، حيث دفع الدين بلا إذن المدين. انظر مادة ٦٠^(١).

فإن ولي الوكيل العقد الذي وكل فيه وكان موافقًا لكل ما أمره به الموكل لزمه، وليس له أن يرده أصلاً، فإذا وكل رجل رجلاً آخر في أن يزوجه بنت فلان الفلانية بمائة جنيه مثلاً، فزوجهها له بهذا المبلغ، لزمه هذا العقد، وليس له نقضه، فإن خالف بأن زوجه غير المسماة، أو زوج المسماة له بمائة وخمسين جنيهًا مثلاً، فلا ينفذ هذا العقد، بل يكون موقوفًا على مشيئة الموكل، فإن لم يرض به أبطله، وإن رضي أجازته، وسيأتي لك إيضاح بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى لهذا المقام في مادة ١٤٠ وما بعدها. انظر مادة ٦١^(٢).

(١) (مادة ٦٠) لا يطالب الوكيل بتسليم الزوجة للزوج ولا بمهرها إلا إذا ضمنه لها، فإن ضمنه وجب

عليه أدائه، وليس له الرجوع به على الزوج إلا إذا كان الضمان بإذنه.

(٢) (مادة ٦١) يشترط للزوم عقد الوكيل ونفوذه على من وكله موافقته لما أمره به، فإن خالف فلا ينفذ عليه النكاح إلا إذا أجازته.

الباب السادس في الكفاءة

الكفاءة في اللغة: النظير، يقال: كافأه، أي: ساواه، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم» وإنما اعتبرت الكفاءة بين الزوجين لأن النكاح يعقد للعمر، ويشتمل على أغراض ومقاصد كالازدواج والصحبة والألفة وتأسيس القربات، ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين الأكفاء، ولأنهم يتعرون بعدم الكفاءة فيتضرر الأولياء به، والكفاءة تعتبر من جانب الرجل لا من جانب المرأة؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها؛ لأن الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة المرأة.

والكفاءة حق الولي وحق المرأة، فلو أسقط كل منهما حقه فالأمر ظاهر، ولو أسقط واحد منهما حقه بقي حق الآخر، ويترتب على كون الكفاءة حقها أنه إذا تزوجت المكلفة بغير كفاء برضا وليها العاصب قبل العقد صح؛ لأن كلا منهما أسقط حقه في الكفاءة فيسقط.

ولو زوجت نفسها من غير كفاء بلا رضاه لم يصح العقد؛ لأنها وإن أسقطت حقها فحقه باق، ولو كانت الكفاءة حقها وحدها لصح هذا العقد.

ولو زوج الأب أو الجد، وكل منهما معروف قبل العقد بسوء الاختيار، أو غيرهما من الأولياء، موليته بغير كفاء لم يصح هذا العقد أيضاً؛ لأن الولي وإن أسقط حقه في الكفاءة إلا أن حقها باق، ولو كانت الكفاءة حق الولي وحده لصح هذا العقد، واعتبار الكفاءة عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده.

فإذا كان الرجل وقت التزوج كفواً للمرأة التي تزوجها، ثم زالت الكفاءة بأي

سبب من الأسباب الآتية، فلا يفسخ العقد بانعدام الكفاءة؛ لأنها من الشروط التي يلزم وجودها في أول الأمر، ولا يشترط استمرارها؛ لما يترتب على اشتراط الاستمرار من الحرج؛ لأن بقاء الشخص على حالة واحدة نادر، فيلزم على اعتبار استمرارها فسخ عقود كثيرة، ولا يخفى ما فيه من الضرر. انظر مادة ٦٢^(١).

وقد علمت مما تقدم أنه إذا زوجت المكلفة نفسها، بلا رضا وليها العاصب قبل العقد، أو زوج الصغيرة غير الأب والجد من الأولياء، أو زوجها الأب أو الجد، وهو مشهور بسوء الاختيار قبل العقد، يشترط لصحة النكاح أن يكون الزوج كفؤاً للمرأة، فإن كان الزوج غير كفء فلا يصح العقد.

والكفاءة معتبرة في ستة أشياء؛ وهي: النسب إن كانا عربيين أصلاً، والإسلام، والحرية، والمال، والديانة، والحرفة، سواء كانا عربيين أو غير عربيين، وقد نظم بعضهم هذه الأشياء الستة تسهيلاً لحفظها فقال:

إن الكفاءة في النكاح تكون في ست لهايت بديع قد ضبط
نسب وإسلام كذلك حرفة حرية وديانة مال فقط

ولإنما اعتبرت في هذه الأشياء لأن التفاخر يقع بها فيما بين الناس، فلا بد من اعتبارها، فالنسب معروف، والعربي عند الفقهاء هو من يعرف اتصال نسبه إلى قبيلة من القبائل، والعجمي بخلافه، فقريش بعضهم أكفاء لبعض فلا يعتبر التفاضل فيما بين قريش، وعن محمد: إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة، وكأنه قال ذلك تعظيماً للخلافة، وتسكيناً للفتنة.

(١) (مادة ٦٢) تعتبر الكفاءة من جانب الزوج لا من جانب المرأة، فيجوز أن تكون أدنى منه في الشروط المذكورة في المادة الآتية، والكفاءة حق الولي وحق المرأة، واعتبارها عند ابتداء العقد، فلا يضر زوالها بعده.

ويدل على عدم اعتبار التفاضل بين قريش أن النبي عليه الصلاة والسلام زوج بنته من عثمان، وهو عدوي لا هاشمي، وزوج عليّ كرم الله وجهه بنته أم كلثوم من عمر، وهو عدوي لا هاشمي، وهي هاشمية، ويجمعهما قريش، وكذا العرب غير قريش بعضهم أكفاء لبعض، ولا يكون سائر العرب أكفاء لقريش، والعجم ليسوا بكفاء للعرب، والأصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام: «قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل رجل» وإنما قال في الموالي: «رجل برجل» لأنهم ضيعوا أنسابهم، فلا يفتخرون بها لجهلها عندهم، وإنما يفتخرون بالإسلام والحرية والحرفة... إلخ.

وإنما سمي العجم موالي لأن بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب، وكان للعرب استرقاقهم فإذا تركوهم فكأنهم أعتقوهم، والموالي هم المعتقون. وأفضل الناس نسباً بنو هاشم ثم قريش ثم سائر العرب لما روي عنه عليه الصلاة والسلام: «إن الله أختار من الناس العرب، ومن العرب قريشاً، واختار منهم بني هاشم، واختارني من بني هاشم ولا فخر».

والقُرَشيّان من جمعها أب هو النضر بن كنانة فمن دونه، ومن لم ينسب إلا لأب فوَقه فهو عربي غير قرشي، والنضر هو الجد الثاني عشر للنبي عليه الصلاة والسلام، فإنه سيدنا محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قُصَيّ بن كِلَاب بن مُرَّة بن كَعْب بن لُؤَيّ بن غالب بن فِهْر بن مَالِك بن النُّضْر بن كِنَانَة بن حُزَيْمَة بن مُدْرِكَة بن إِيَّاس بن مُضَر بن نِزَار بن مَعَدّ بن عَدْنَان، واقتصر البخاري في نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عدنان.

والخلفاء الأربعة رضي الله عنهم كلهم من قريش لانتسابهم إلى النضر فمن دونه، وليس فيهم هاشمي إلا علي كرم الله وجهه، فإن الجد الأول للنبي صلى الله

تعالى عليه وسلم جدّه. فإنه علي بن أبي طالب بن عبد المطلب فهو من أولاد هاشم. وأما أبو بكر الصديق رضي الله تعالى عنه فإنه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السادس وهو مُرّة، فإنه عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة. وأما عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فإنه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السابع وهو كعب، فإنه عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزّى بن رياح بن عبد الله بن قُرط بن رزاح بن عدي بن كعب، ورياح بكسر الراء وبالياء تحتها نقطتان.

وأما عثمان رضي الله تعالى عنه فيجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد الثالث وهو عبد مناف، فإنه عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف. انظر مادة ٦٣^(١).

وإسلام الأصول معتبر في العجم وأما في العرب فهو غير معتبر، فمن لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن لها آباء في الإسلام؛ لأن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفؤاً لنسب آخر، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فمفاخرتهم بالإسلام، فمن كان له أب في الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعده كفؤاً، وحيث لا يكون من أسلم بنفسه من العجم كفؤاً لمن لها أب في الإسلام، ومن له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤاً لمن لها أبوان فيه، أما من له أبوان في الإسلام فكفء لمن لها آباء فيه؛ لأن أصل التعريف بالأب وتماه بالجد، فلا

(١) (مادة ٦٣) إذا زوجت الحرة المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد، أو زوج الصغيرة غير الأب والجد من الأولياء، أو زوجها الأب أو الجد وهو ماجن سيء الاختيار مشهور بذلك قبل العقد، يشترط لصحة النكاح أن يكون الزوج كفؤاً للمرأة نسباً إن كانا عربيين أصلاً وإسلاماً ومالاً وصلاً وحرفة، سواء كانا عربيين أو غير عربيين، فإن كان الزوج غير كفء للمرأة في شرط من الشروط المذكورة فالنكاح غير صحيح في الصور المتقدمة.

يشترط أكثر من ذلك، فتيين من هذا أن الإسلام معتبر في حق العرب بالنسبة إلى الزوج وحده لا إلى أبيه وجده، وفي حق العجم بالنسبة للزوج وأبيه وجده.

والحرية نظير الإسلام فيما ذكرناه بالنسبة للعجم، وأما بالنسبة للعرب فهي لازمة لهم لأنه لا يجوز استرقاقهم، ولا يباع من يكون من أسلم بنفسه كفوًا لمن اعتق بنفسه، ولا يكون معتق الوضيع كفوًا لمعتقة الشريف. انظر مادة ٦٤^(١).

فالعجمي لا يكون كفوًا للعربية ولو كان ذا جاه بأن كان سلطانًا أو عالمًا، وقال البعض: إن كان الحسب والجاه آتين من جهة السلطة فلا يكون كفوًا لها، وإن من جهة العلم كان كفوًا؛ لأن شرف العلم فوق شرف النسب، ولذا قيل: إن عائشة أفضل من فاطمة رضي الله تعالى عنهما لكثرة علمها، وفوق شرف المال أيضًا، ولذا يكون العالم الفقير كفوًا لبنت الغني الجاهل. انظر مادة ٦٥^(٢).

وأما الكفاءة في المال فقال بعضهم: لا بد من التساوي فيه، وعلى هذا لو تزوج رجل ثروته خمسة آلاف درهم بامرأة ولها عشرة آلاف، ولها أخ لا يرضى بذلك، فله حق الاعتراض؛ لأن الكفاءة غير موجودة من جهة الزوج، فالفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعرون بالفقر. وقال أبو يوسف: لا يعتبر لأنه لا ثبات له؛ إذ المال غاد ورائح وهو المعول عليه، وحيث لا يكون معنى الكفاءة في المال أن يكون الزوج مالكا للمهر والنفقة، حتى إن

(١) (مادة ٦٤) يعتبر الإسلام بالنظر للزوج وأبيه وجده لا غير، فمسلم بنفسه ليس كفوًا لمسلمة أبوها مسلم، ومن له أب واحد مسلم ليس كفوًا لمن لها أبوان مسلمان، ومن له أبوان في الإسلام كفو لمن لها آباء.

(٢) (مادة ٦٥) شرف العلم فوق شرف النسب، فغير العربي كفء للعربية ولو كانت قرشية، والعالم الفقير كفء لبنت الغني الجاهل.

من لا يملكها أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤاً؛ لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه، وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه، فلا بد منها أيضاً.

والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً، والمراد بملكه النفقة أن يكون مالكا لنفقة شهر إن كان غير محترف، أو يتكسب كل يوم ما يكفيه إن كان محترفاً، ومتى وجد هذان الأمران عند الزوج فهو كفء، ولو كانت المرأة ذات أموال جسيمة وثروة عظيمة، ويعد الزوج قادراً على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته، ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب؛ لأن الآباء في العادات يتحملون المهر عن الأولاد، ولا يتحملون النفقة الدائرة، فلو كانت العادة أنهم يتحملونها عنهم أيضاً عد قادراً بذلك. انظر مادة ٦٦^(١).

وأما الديانة فالغرض منها التقوى والزهد والصلاح، واعتبار التقوى في الكفاءة قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الصحيح؛ لأنها من أعلى المفاخر، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه، فلما كان النسب معتبراً كانت الديانة أولى. وقال محمد: لا تعتبر لأنها من الأمور الأخرى، فلا تبنى أحكام الدنيا عليها، إلا إذا كان يصفع ويسخر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان، فلا يكون الفاسق كفؤاً لصالحة بنت صالح، سواء كان معلناً بالفسق أم لا، وإنما يكون كفؤاً لفاسقة بنت فاسق أو فاسقة بنت صالح. انظر مادة ٦٧^(٢).

(١) (مادة ٦٦) لا عبرة بكثرة المال في النكاح، فمن قدر على المهر المتعارف تعجيله ونفقة شهر إن كان غير محترف، أو قدر على كفاية المرأة بتكسبه كل يوم إن كان محترفاً فهو كفء لها، ولو كانت ذات أموال جسيمة وثروة عظيمة.

(٢) (مادة ٦٧) لا يكون الفاسق كفؤاً لصالحة بنت صالح، وإنما يكون كفؤاً لفاسقة بنت فاسق أو بنت صالح.

وأما الحرفة فعند أبي حنيفة أن الكفاءة لا تعتبر فيها أصلاً لأنها ليست بلازمة، ويمكن التحول إلى أنفس منها، وعن أبي يوسف مثله إلا أن تفحش كالحائك والحجام والدباغ والكناس، ولكن المعول عليه اعتبارها؛ لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعرون بدناءتها، وهي وإن أمكن تركها يبقى عارها، وحيث أن يكون المدار فيها على التفاخر والتعير، ولذلك كانت معتبرة في العجم؛ لأن افتخارهم بها لا بالنسب بخلاف العرب، فإن افتخارهم به لا بها، إلا إذا كان العربي محترفاً بنفسه بحرفة دنيئة فإنها تعتبر، فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفواً لبنت صاحب الحرفة الشريفة، ولا يمكن في هذا المقام حصر الحرف وبيان الشريفة والخسيسة لكثرتها وتشعبها.

فإن اتفقت الحرف فالأمر ظاهر، وإن اختلفت - ولكنها متقاربة كالحائك والحجام - فلا يعتبر التفاوت وتثبت الكفاءة، فالحائك يكون كفواً للدباغ، والدباغ يكون كفواً للكناس، والصفار يكون كفواً للحداد، وهؤلاء ليسوا كفواً لبنت العطار، والجوهري والعطار يكون كفواً للبراز، وحيث أن فيترك الحكم فيها إلى العرف؛ لأن بعض البلاد يعد بعض الحرف شريفة في حالة عد البعض لها دنيئة، فكل بحسب عرفه.

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

واقصصارهم على الأشياء الستة المتقدمة يفيد أنه لا يعتبر غيرها في الكفاءة، فلا عبرة بالجمال ولا العقل، فالمجنون كفء للعاقلة، وفيه خلاف بين المشايخ، ولا عبرة بالبلد أيضاً، فالقروي كفء للمدني، وعلى هذا يكون التاجر في القرى كفواً لبنت التاجر في مصر للتقارب، ولا بالسن أيضاً، فإذا زوج أخته الصغيرة لرجل طاعن في السن صح العقد وهكذا، ومع كل ما تقدم فالأحسن للأولياء أن يراعوا الأشياء

المتناسبة بين الزوجين كي تحصل الألفة والمحبة بينهما، بخلاف ما إذا لم تراعى فينجم من الضرر ما لا تحمد عقباه. انظر مادة ٦٨^(١).

ومما ترتب على كون الكفاءة حق الولي وحق المرأة أنه لو زوجت امرأة نفسها من رجل، ولم تشترط الكفاءة، ولم تعلم أنه كفء أو غير كفء، ثم تبين أنه غير كفء فلا خيار لها؛ لأنها أسقطت حقها في الكفاءة بعدم البحث، أو الاشتراط، ولكن الأولياء لم يحصل منهم ذلك، فلهم الخيار، أو يكون العقد لاغياً على حسب الروايتين في مثل هذه المسألة، وكذلك الأولياء لو زوجوها برضاها، ولم يعلموا بعدم الكفاءة، ولم يشترطوا، ولم يخبرهم الزوج بها فليس لهم خيار الفسخ ولا لها، أما إذا اشترطوا أو أخبرهم الزوج بها فليس لهم خيار الفسخ ولا لها.

أما إذا اشترطوا أو أخبرهم الزوج بالكفاءة فزوجوها على ذلك، ثم ظهر أنه غير كفء كان لهم الخيار؛ لأنه إذا لم يشترطوا الكفاءة ولم يخبرهم الزوج بها كان الرضا بعدم الكفاءة من الولي ومنها ثابتاً من وجه دون وجه؛ لأن حال الزوج محتمل بين أن يكون كفواً وأن لا يكون، والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة من كل وجه، فلا يثبت حل وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه، ولأنه عند عدم الاشتراط يكون التقصير حاصلًا منهم بترك البحث مع إمكانه، فكأنهم راضون به على كل حال، فلا يثبت لهم حق الفسخ، بخلاف ما إذا اشترطوا، فلا يثبت رضاهم إلا إذا كان كفواً، فإن ظهر غير كفء ثبت لهم حق الفسخ.

ولو أخبرها الزوج بنسب غير نسبه فظهر أنه دونه وهو ليس بكفء فحق

(١) (مادة ٦٨) تعتبر الكفاءة حرفة في غير العرب وفيمن يحترف بنفسه من العرب، فإذا تقاربت الحرف فلا يعتبر التفاوت فيها وتثبت الكفاءة، وإذا تباعدت فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفواً لبيت صاحب الحرفة الشريفة، والعبرة في ذلك بعرف أهل البلد في شرف الحرفة وخستها.

الفسخ ثابت للكل، وإذا كان كفؤاً فحق الفسخ ثابت لها لا للأولياء، وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر به فلا فسخ لأحد، وعن أبي يوسف أن لها الفسخ؛ لأنها عسى أن تعجز عن القيام معه، وإذا تزوجها على أنه فلان بن فلان، فإذا هو أخوه أو عمه فلها الخيار، وهذا في غاية الظهور. انظر مادة ٦٩^(١).

(١) (مادة ٦٩) إذا زوج الولي موليته الكبيرة برضاها جاهلاً قبل العقد كفاءة الزوج لها، ثم علم بعده أنه غير كفء فلها، فليس له خيار فسخ النكاح ولا لها ما لم يكن اشترط الكفاءة على الزوج، أو أخبره الزوج أنه كفء، فإذا هو غير كفء، فلها ولوليها الخيار في الصورتين.

الباب السابع في المهر الفصل الأول في بيان مقدار المهر وما يصلح تسميته مهرا وما لا يصلح

المهر هو المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد، وله أسماء: المهر والصدّاق والنّحلة والأجر والفريضة والعقر.

والعقد يصح وإن لم يسم فيه مهر أو نفى، بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها؛ لأن النكاح لغة: عقد انضمام وازدواج فيتم بالزوجين، وهو واجب شرعا لإظهار شرف المحل لا لصحة النكاح.

والدليل على أن عقد الزواج يصح وإن لم يسم مهر في العقد قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح. وأقل المهر شرعا عشرة دراهم فضة، وتكون هذه العشرة وزن سبعة مثاقيل، سواء كانت مضروبة أو غير مضروبة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا مهر أقل من عشرة دراهم». وعن سيدنا علي كرم الله وجهه: أقل ما تستحل به المرأة عشرة دراهم، ولأنه حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى: ﴿عَلِمْنَا مَا فَارَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا﴾

وكان ذلك لإظهار شرف المحل فيتقدر بها له شأن وهو العشرة؛ استدلالا بنصاب السرقة؛ لأنه يتلف به عضو محترم، فلأن تملك به منافع البضع من باب أولى، ولا يشترط أن تكون الدراهم مسكوكة، فلو سمي عشرة تبرا أو عرضا قيمته عشرة تبرا لا مضروبة صح.

وقال الإمام مالك: أقل المهر ربع دينار. وقال الإمام الشافعي والإمام أحمد: ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع يجوز تسميته مهرًا؛ لأن المهر حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا، فيكون التقدير إليها.

ولنا ما تقدم، وكل ما استدلوا به كقوله عليه الصلاة والسلام: «التمس ولو خاتما من حديد» محمول على المعجل حتى يمكن الجمع بين كل الروايات.

والمعتبر في هذه الدراهم العشرة أن تكون وزن سبعة مثاقيل لا عشرة أو ستة أو خمسة؛ وذلك أن الدراهم المستعملة في زمن سيدنا عمر كانت على ثلاثة أنواع؛ النوع الأول: عشرة دراهم وزن عشرة مثاقيل. الثاني: عشرة دراهم وزن ستة مثاقيل. الثالث: عشرة دراهم وزن خمسة مثاقيل، فأراد أرباب الأموال إخراج زكاتها على حسب النوع الثالث، وعمل بيت المال أرادوا الأخذ حسب الأول، فرفع الأمر إلى سيدنا عمر، فجمع الأنواع الثلاثة وأخذ ثلثها وهو سبعة، فصار المعول عليه من ذاك الوقت عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل في كل المقدرات الشرعية.

ولا يقبل من الزوجين تسمية أقل من هذا المقدار، فإن سميا أقل منها كملت العشرة مراعاة لحق الشرع، وإن سميا أكثر منها فلا يعارضهما أحد؛ إذ للزوج أن يسمي لزوجته ما شاء على حسب قدرته واتفاقهما. انظر مادة ٧٠^(١).

ولا يشترط أن يكون المهر من الذهب أو الفضة، بل ما كان مقومًا بهال يصلح تسميته مهرًا، سواء كان هذا الشيء من العقار كقطعة من الأرض، أو بيت، أو من العروض كقطعة من الحرير، أو الصوف مثلاً، أو من المجوهرات كخاتم من الماس،

(١) (مادة ٧٠) أقل المهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل مضروبة أو غير مضروبة، ولا حد لأكثره، بل للزوج أن يسمي لزوجته مهرًا أكثر من ذلك على حسب ميسرته.

أو من الأنعام كجمل، أو حصان، أو المكيلات كعشرين أردبًا من الحنطة، أو من الموزونات كخمسة قناطير من القطن، أو منافع الأعيان التي يستحق المال في مقابلتها، كما إذا أعطاها عربة لتركبها مدة معينة، أو بيتًا لتؤجره وتأخذ الأجرة.

ويصح أيضا أن يكون المهر دينا، فلو تزوجها على عشرة دين له على فلان صحت التسمية؛ لأن الدين مال، فإن شئت أخذته من الزوج وإن شئت ممن عليه الدين، فظهر من هذا أنه ليس الغرض عشرة دراهم، بل هي أو ما يقوم مقامها، بأن تكون قيمته مساوية لها.

واختلف في وقت القيمة هل هو وقت العقد أو وقت القبض؟ والظاهر الأول، فلو كانت قيمته يوم العقد عشرة، وصارت يوم التسليم ثمانية، فليس لها غيره، ولو كان على عكسه فلها العرض المسمى ودرهمان، ولا فرق في ذلك بين الملبوس والمكيل والموزون؛ لأن ما جعل مهرا لم يتغير في نفسه، وإنما التغير في رغبات الناس.

ولو تزوجها على ثوب وقيمته يوم العقد عشرة، فقبضته وقيمته عشرون، وطلقها قبل الدخول والخلوة، والثوب مستهلك، ردت إليه عشرة؛ لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض، فتعتبر قيمته يوم القبض، فيعتبر يوم العقد في حق التسمية، ويوم القبض في حق دخوله في ضمانها. انظر مادة ٧١^(١).

وكل ما ليس مقوما بهال في ذاته أو في حق المسلم لا يصح تسميته مهرا، فالأول كالدم المسفوح ولحم الميتة التي ماتت حتف أنفها، والثاني كالخمر والخنزير، فإن كلا منهما ليس بهال في حق المسلم، وإن كان مالا في حق غيره، فإن سمي شيئا مما ذكر فلا

(١) (مادة ٧١) كل ما كان مقوماً بهال من العقارات والعروض والمجوهرات والأنعام والمكيلات والموزونات ومنافع الأعيان التي يستحق بمقابلها المال يصلح تسميته مهرا.

تؤثر تسميته على العقد، بل هو صحيح، والتسمية فاسدة، فيجب على الزوج مهر المثل. انظر مادة ٧٢^(١).

ويصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل، سواء كان الأجل قريباً كعشرة أيام أو عشرين يوماً، أو بعيداً كشهر وسنة، أو أكثر، وكما أنه يصح تعجيل الكل وتأجيل الكل يجوز تعجيل بعضها أو تأجيل البعض الآخر، على حسب اتفاق الزوجين إن كان هناك اتفاق على ذلك، فإن لم يكن يتبع عرف البلد الذي وقع فيه العقد؛ لأن بعض البلاد يعجل أهلها النصف ويؤجلون الباقي، والبعض الثلثين والثلث وهكذا.

فلا يلزم دفع المهر أو بعضه معجلاً قبل الدخول، وبعضهم يقول: لا بد من ذلك؛ لأن سيدنا علياً لما تزوج فاطمة بنت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أراد أن يدخل، منعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً، فقال: يا رسول الله، ليس لي شيء، فقال: «أعطها درعك» فأعطها درعه، ثم دخل بها.

لكن المختار جواز الدخول قبل الدفع؛ لما روي عن عائشة قالت: أمرني رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً، وحينئذ يحمل المنع المذكور على الندب، أي: يستحب تقديم شيء إدخالاً للمسرة عليها وتأليفاً لقلبها. انظر مادة ٧٣^(٢).

(١) (مادة ٧٢) كل ما ليس مقوماً بهال في ذاته أو في حق المسلم لا يصلح تسميته مهراً، وإن سمي فالعقد صحيح والتسمية فاسدة.

(٢) (مادة ٧٣) يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل قريب أو بعيد تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب عرف أهل البلد.

الفصل الثاني في وجوب المهر

اعلم أن المهر يجب على الزوج للزوجة شرعاً بمجرد العقد الصحيح عليها، سواء دخل بها أو لم يدخل، وسواء اختل بها خلوة صحيحة أو لم يختل، وسواء سمى الزوج أو الولي مهراً عند العقد أو لم يسم أو نفاه أصلاً، ولكن هذا الوجوب ليس متأكداً؛ لأنه على شرف سقوط النصف، أو الكل، فيسقط نصفه بالفرقة التي أتت من قبله قبل الدخول، وكله بالفرقة التي أتت من قبلها قبل الدخول، ويتأكد هذا الوجوب بالدخول بها، أو بالخلوة الصحيحة، أو موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى في الفصل الآتي. انظر مادة ٧٤^(١).

والمهر الذي وجب بمجرد العقد يختلف على حسب الأحوال الآتية؛ فإن سمى الزوج عشرة دراهم، أو أقل منها مهراً لامرأته وقت العقد، وجبت لها العشرة بتمامها في صورتين، أما الأولى فبالاتفاق؛ لأنها اتفقا على ما يصلح تسميته مهراً شرعاً، وقد رضيت به فيجب، وأما الثانية فخالف فيها زفر، وقال: يجب لها مهر المثل؛ لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كإعدامها، كما في تسميته الخمر والخنزير، ووجه قول غير زفر أن فساد هذه التسمية لحق الشرع، فقد صار مقضياً بالعشرة، وأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بها دونها.

ولا عبرة بإعدام التسمية لأنها قد رضيت بالتملك من غير عوض تكراً، ولم ترض فيه بالعوض اليسير، فلا يكون عدم التسمية دليلاً على رضاها بالعشرة، فلذلك لم تجب العشرة وإنما يجب مهر المثل، بخلاف الرضا بما دون العشرة، فإنه

(١) (مادة ٧٤) يجب للزوجة المهر شرعاً بمجرد العقد الصحيح عليها، سواء سمى الزوج أو الولي مهراً عند العقد، أو لم يسم، أو نفاه أصلاً.

رضا بها لا محالة، وإن سمي أكثر منها وجب ما سمي بالغاً قدره ما بلغ، إذ للزوج أن يسمي لزوجته ما شاء على حسب مقدرته. انظر مادة ٧٥^(١).

فإذا لم يسم الزوج إن كان هو المباشر لعقد الزواج، بأن كان بالغاً عاقلاً، أو وليه بأن كان صغيراً أو ملحقاً به، مهراً وقت العقد، فالواجب بالعقد هو مهر المثل، ويجب أيضاً مهر المثل إن كان هناك تسمية ولكنها فاسدة، سواء كان فساد التسمية آتياً من جهة كون المسمى ليس بهال أصلاً، كلحم الميتة التي ماتت حتف أنفها، أو من جهة كونه ليس بهال في حق المسلمين، كالخمر والخنزير، أو من جهة جهالة جنس المسمى.

وإن كان مالا في حق الكل كبيت أو دار أو حيوان أو دابة أو ثوب ولم يبين نوعها؛ لأن الأثواب أجناس شتى كالحيوان والدابة، فليس البعض أولى من البعض بالإرادة، فصارت الجهالة فاحشة، وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار والجمال وغيرها، وكذلك الدار فإنها تختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقلتها، فتكون هذه الجهالة أفحش من جهة مهر المثل، فمهر المثل أولى.

ويجب مهر المثل أيضاً إذا نفى الزوج المهر أصلاً، بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها، وقال الشافعي: لا يجب لها شيء، واستدل بأن المهر خالص حقها، فتمكن من نفيه ابتداءً، كما تتمكن من إسقاطه انتهاءً.

ولنا أن المهر حق الشرع من حيث الوجوب كما عرفت مما تقدم، وإنما يصير حقاً

(١) (مادة ٧٥) إذا سمي الزوج عشرة دراهم أو دونها مهراً لامرأته وجبت لها العشرة بتمامها، وإن سمي أكثر منها وجب لها ما سمي، بالغاً قدره ما بلغ.

في حالة البقاء، فتملك الإبراء دون النفي؛ لأن الأصل أن يلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه. ويجب أيضا مهر المثل في الشغار، فإذا زوج كل من الولين موليته للآخر، على أن يكون بضع كل منهما مهرا للآخرى، صح العقد، ووجب لكل منهما مهر مثلها بالعقد، كما تقدم لك تفصيله في شرح مادة (١٥).

ويجب أيضا مهر المثل في تعليم القرآن للأمهارة، يعني: إذا تزوج رجل امرأة، وجعل مهرها أن يعلمها شيئا من القرآن، فالعقد صحيح والتسمية غير صحيحة، وحينئذ يجب عليه مهر المثل، وقال الشافعي: التسمية صحيحة ويعلمها القدر المتفق عليه بينهما؛ لأن ما يصح أخذ العوض في مقابله بالشرط يصح تسميته مهرا، وهنا يصح أخذ الأجرة في مقابلة تعليم القرآن، فيصح تسميته مهرا، وينبغي أن يكون مذهبا مثل مذهبه؛ لأن المتأخرين أفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والفقه، فينبغي أن يصح تسميته مهرا؛ لأن ما جاز أخذ الأجر في مقابله من المنافع جاز تسميته صداقا، ولهذا ذكر في فتح القدير في هذا الموضع أنه لما جوز الشافعي أخذ الأجر على تعليم القرآن، صح تسميته صداقا، فكذا نقول: يلزم على المفتي به صحة تسميته صداقا، ولم أر من تعرض له والله الموفق، وهو حسن ووجيه. انظر مادة ٧٦^(١).

ومهر المثل يعتبر بعشيرتها من قبيلة أبيها كالأخوات والعلمات وبنات الأعمام. وقال بعضهم: يعتبر بأمتها وقوم أمها؛ لأن المهر قيمة لبضع النساء، فيعتبر بالقربات من جهة النساء، وليس بشيء، وإنما اعتبر بقوم الأب لقول ابن مسعود رضي الله

(١) (مادة ٧٦) إذا لم يسم الزوج أو وليه مهرا وقت العقد وجب عليه مهر المثل، وكذا لو سمي تسمية فاسدة، أو حيوانا مجهول النوع، أو مكبلا، أو موزونا، كذلك، أو نفى المهر أصلا، ويجب أيضا مهر المثل في الشغار وفي تعليم القرآن للأمهارة.

تعالى عنه فيمن تزوجت بلا مهر: لها مهر مثل نساءها، وهن أقارب الأب؛ لأنه أضاف إليها، وإنما يضاف إلى أقارب الأب لأن النسب إليه، ولأن قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه، والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه، ألا ترى أن الأم قد تكون جارية، والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها، ولا تمثل بأُمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلة أبيها، فإن كانتا كذلك مثلت بهما، بأن يكون أبوها قد تزوج بنت عمه، فإن أمها وخالتها تكونان من قبيلتها.

ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان -وهي المقيسة والمقيس عليها- وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصرًا وصلاً وعقلاً، وعفة وبكارة وثبوبة وعلمًا وأدباً وعدم ولد؛ لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف لاختلاف الرغبات فيها، ويعتبر أيضاً حال الزوج بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساءها؛ أي: في المال والحسب وعدمهما؛ لأن لهما مدخلا في غلو المهر ورخصه، وكذا للجمال والعقل والتقوى والسن مدخل من جهة الزوج أيضاً، فينبغي اعتبارها في حقه؛ لأن الشاب يتزوج بأرخص من الطاعن في السن، وكذا التقى بأرخص من الفاسق، فإذا لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها، ينظر إلى امرأة تماثلها في هذه الأوصاف من قبيلة تماثل قبيلة أبيها في الشرف والرفعة، ويفرض لها مهرها الذي تزوجت به لأنه هو مهر مثلها.

وعندما يراد إثبات مهر مثل امرأة يشترط أخبار رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول، بأن يقولوا: نشهد أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً؛ لأن فلانة التي هي من قبيلة أبيها تساويها في الأوصاف المعتبرة من كذا وكذا، وقد تزوجت بهذا المبلغ، ولما كانت هذه الأوصاف قلما تتحد في امرأتين، سواء كانت من قبيلة واحدة أو من قبيلتين، فإن اتفق الزوجان على أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً، فلا كلام؛ لأن الزوج

قد رضي بدفع هذا المبلغ لها، وهي رضيت بأخذه، وإن اختلفا فمن البديهي أن الزوجة لا بد أن تدعي الأكثر، بأن تدعي أن مهر مثلها مائتا جنيه، والزوج يقول: إنه مائة وخمسون، وحيث أن يكون القول للزوج يمينه؛ لأنه ينكر الزيادة، والقول لمن ينكرها، فإن حلف لزمه ما يدعيه فقط، وإن امتنع عن اليمين لزمه ما تدعيه هي، وأيهما أقام البينة على ما يدعيه قبلت بيته.

وهذا كله بالنسبة للحر، وأما في الجواني فإنه ينظر إلى مثل تلك الجارية، جمالا وسيدا، بكم تزوج، ويعتبر مهر مثلها بذلك. انظر مادة ٧٧^(١).

وقد علمت مما تقدم أن المهر إما أن يسمى في العقد أو لا، فإن سمي في العقد فإما أن تكون التسمية صحيحة أو غير صحيحة، وإذا لم يسم في العقد فإما أن يكون مسكوتا عنه أو منفيًا، فإن سمي وكانت التسمية صحيحة فهو الواجب، وإن سمي وكانت التسمية غير صحيحة، لأي سبب من الأسباب المتقدمة، أو كان مسكوتا عنه، أو منفيًا في العقد، وجب مهر المثل.

فالمهر على العموم يجب بمجرد العقد، وينبغي عليه أنه إذا تزوجت امرأة بلا مهر، وتسمى المفوضة؛ بكسر الواو لأنها فوضت نفسها إلى الزوج بلا مهر، وجب لها مهر المثل في هذه الحالة؛ لأن المهر في الابتداء ليس خالص حقها، بل فيه حق الله تعالى إلى العشرة، وفيه حق الأولياء إلى مهر المثل، وفيه حقها ابتداء وبقاء، فليس لها

(١) (مادة ٧٧) مهر المثل للحر هو مهر امرأة تماثلها من قوم أبيها، كاختها أو عمتها أو بنت عمها أو عمتها، ولا تغثل بأبها أو خالتها؛ إذ لم تكونا من قوم أبيها، وتعتبر المائلة وقت العقد سنًا وجمالا ومالا وبلدًا وعصرًا وعقلا وصلاحا وعفة وبكارة وثوبة وعلمًا وأدبا وعدم ولد، ويعتبر أيضا حال الزوج فإن لم يوجد من يماثلها من قبيلة أبيها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها فمن قبيلة أخرى تماثل قبيلة أبيها، ويشترط في ثبوت مهر المثل أخبار رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول، ولفظ الشهادة، فإن لم يوجد ذلك فالقول للزوج يمينه.

أن تسقطه.

ويترتب على ذلك أن لها أن تطلب من الزوج فرض مهر لها ولو قبل الدخول، ومتى طلبت منه ذلك يجب عليه أن يفرض لها، فإن قام بهذا الواجب واتفق معها على شيء فيها، ولو كان أقل من مهر المثل، إلا إذا كان هناك ولي عصبه فله حق الاعتراض في هذه الحالة، كما عرفت مما تقدم.

وإن امتنع فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم؛ لأن ولايته عامة، ونصب ناظرًا لشئون الناس، والحاكم يحضره ويأمره بفرض شيء لها، فإن امتثل ورضيت بما فرضه فيها، وإن لم يمتثل ناب منابه، وفرض لها مهر مثلها بالطريقة التي عرفتها مما تقدم، وحينئذ يلزم الزوج بما فرض لها في هذه الحالة، سواء كان المفروض بالتراضي أو بقضاء القاضي. انظر مادة ٧٨^(١).

فإن سمي المهر في العقد وكانت التسمية صحيحة يلزم الزوج بدفع المسمى فقط، إلا إذا حصلت زيادة على المهر بعد العقد، بأن سمي مائة جنيه، وزيد بعد العقد خمسون، فإنه يطالب بالمسمى والزيادة، أي: بمائة وخمسين، ولا يملك هذه الزيادة كل من ولي العقد، وإنما يملكها الزوج إن كان بالغًا عاقلًا؛ لأنه والحالة هذه تكون له الولاية على ماله، فله أن يتصرف بما أراد، فإن كان صغيرًا أو ملحقة به ملكها الأب والجد فقط؛ لأن كلا منهما لو فور شفقتة يكون ناظرًا لمصلحة تربو على هذه الزيادة، فلا يملك غير الزوج والأب والجد هذه الزيادة، ولو كان القاضي أو

(١) (مادة ٧٨) المفوضة التي زوجت بلا مهر إذا طلبت من الزوج أن يفرض لها مهرًا بعد العقد وقبل الدخول فلها ذلك، ويجب عليه أن يفرض لها، فإذا امتنع ورفعت المرأة أمرها إلى الحاكم يأمره بالفرض، فإن لم يفعل ناب منابه وفرض لها مهر مثلها بالنظر إلى من يئثلها من قوم أبيها، بناء على شهادة الشهود، ويلزم الزوج ما فرض لها سواء كان بالتراضي أو بأمر القاضي.

الأم، وإنما جازت الزيادة لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَايْتُمْ بَيْنَهُ مِنْ بَعْدِ
الْفَرِيضَةِ﴾ ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر، ولهذا جاز فرضه فيه إذا لم يفرض
عند العقد، فكانت حالة الزيادة كحالة العقد فتستند إلى حالة العقد.

ويشترط في صحتها ثلاثة شروط:

الأول: معرفة قدرها، فلو قال: زدتك في مهرك، ولم يعين الزيادة لم تصح الزيادة
للهالة.

الثاني: قبول الزوجة إن كانت مكلفة أو قبول وليها إن كانت قاصرة للزيادة في
المجلس الذي حصلت فيه؛ لاشتراط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

الثالث: بقاء الزوجية بأن حصلت الزيادة وعقد الزواج باق بأن لم يقع منه
طلاق أصلاً، أو وقع منه طلاق رجعي، ولكن العدة لم تنقض، فإن انقضت العدة في
الطلاق الرجعي، أو حصلت الزيادة بعد الطلاق البائن، وإن لم تنقض العدة، فلا
تصح؛ لأن عقد الزوجية قد انتهى، ومن باب أولى ما إذا حصلت الزيادة بعد موت
الزوجة فقبلت الورثة، فإنه لا يصح لانتهاء عقد الزوجية بالموت، وتصح الزيادة
على المهر ولو كانت بعد هبته، أو الإبراء منه سواء كانت من جنس المهر أو من غير
جنسه.

ومن فروع الزيادة على المهر ما لو راجع المطلقة رجعيًا على ألف، فإن قبلت
لزمته وإلا فلا، ومن فروعها أيضاً أنها لو وهبت مهرًا لزوجها، ثم إن الزوج أشهد
أن لها عليه كذا من مهرها، فإن قبلت جاز، ووجهه أنه يجب تصحيح التصرف ما

أمكن، وقد أمكن بأن يجعل كأنه زاد على المهر. انظر مادة ٧٩^(١).

وكما يجوز للزوج الزيادة في المهر للزوجة كذلك يجوز للزوجة أن تحط كل المهر أو بعضه عن زوجها إن كان من النقدين، بأن تقول له: أبرأتك من كل المهر أو من نصفه؛ لأن المهر حالة البقاء حقها، والحط يلاقيه حالة البقاء، والحط في اللغة الإسقاط، فيصح سواء قبل الزوج أو سكت؛ لأن الإسقاط لا يحتاج فيه إلى القبول، بل ينفرد به المسقط بخلاف الزيادة، فإنه لا بد من قبولها في المجلس، ولكن الإسقاط يرتد برد المسقط عنه كهبة الدين للمدين.

ويشترط في صحة هذا الحط شروط:

الأول: أن تكون بالغة؛ لأنها والحالة هذه تكون لها الولاية في مالها، فلها أن تتصرف بما شاءت، فلو كانت صغيرة فليس لها ذلك لعدم ولايتها على مالها، وليس لأحد من الأولياء ذلك أيضاً، ولو كان أباً أو جدًّا؛ لأن تصرف كل منهما في مال الصغيرة مقيد بالمصلحة، ولا مصلحة في ترك شيء من مال الصغيرة بعد ثبوته بالعقد - تأمل - وكذا لو كانت كبيرة لأنها هي ولية مالها لا الأب والجد، فإذا حط كل منهما شيئاً من مهرها، فإن كان بإذنها صح لأنه وكيل، وإن كان بغير إذنها توقف على إجازتها، فإن أجازته نفذ وإن ردته بطل.

الشرط الثاني: أن تكون راضية مختارة حتى لو كانت مكرهة لم يصح، فلو خوفها بالضرب حتى وهبت له مهرها لم تصح هذه الهبة.

الثالث: أن تكون في حالة صحتها، فلو كانت مريضة مرض الموت فلا يصح

(١) (مادة ٧٩) يجوز للزوج أو أبيه أو جده الزيادة في المهر بعد العقد، وتلزمه الزيادة، بشرط معرفة قدرها وقبول الزوجة أو وليها في المجلس وبقاء الزوجية.

إبرائها زوجها من المهر ولا شيء منه، إلا إذا جاز هذا الإبراء بقية الورثة؛ لأن جميع التصرفات الإنشائية في مرض الموت وصية، ولا تنفذ الوصية لو ارث ولو كانت بأقل من الثلث إلا إذا أجازها بقية الورثة.

الشرط الرابع: أن يكون المهر من النقدين، فلو كان من الأعيان لم يصح؛ لأن الخط لا يصح في الأعيان، ومعنى عدم صحته فيها أنه لا يفيد التملك، ولكنه يكون ودیعة عند الزوج، فإذا أبرأته من المهر وكان حصانًا مثلاً فلها أن تطالبه ما دام موجودًا في يده، فإن هلك بدون تعديه فلا يضمن لها شيئًا، وإن استهلكه هو ضمن قيمته. انظر مادة ٨٠^(١).

(١) مادة (٨٠) كما يجوز للزوج الزيادة في المهر يجوز للمرأة البالغة أن تحط برضاها في حال صحتها كل المهر أو بعضه عن زوجها، إن كان من النقدين، ولا يجوز لها حط شيء من الأعيان، وليس لأبي الصغيرة أن يحط شيئًا من مهرها ولا من مهر بنته الكبيرة إلا برضاها.

الفصل الثالث

في الأسباب التي تؤكد وجوب المهر بتمامه للمرأة،
والأحوال التي يجب لها فيها نصف المهر،
والتي لا تستحق فيها شيئاً منها

اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد على شرف السقوط كلا أو بعضاً، وإنما يتأكد هذا الوجوب، ويلزم كل المهر بأحد أمور ثلاثة:

الأول: الوطء، سواء كان في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة، فمتى حصل الوطء وجب كل المهر، ولا يبالي بما إذا كان هذا الوطء حصل بعد عقد صحيح أو فاسد، أو لم يحصل بعد عقد أصلاً كالوطء بشبهة، فإذا زفت امرأة إلى رجل وقيل له: هي زوجتك، فدخل بها، وتبين بعد ذلك أنها غير زوجته، ففرق بينهما وجب عليه المهر.

الثاني: الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح، فلا يتأكد لزوم كل المهر إلا إذا كانت الخلوة صحيحة وكان النكاح صحيحاً، فلو كانت الخلوة غير صحيحة ولو كان العقد صحيحاً، أو كانت الخلوة صحيحة ولكن العقد غير صحيح، لم يتأكد لزوم كل المهر، ومن باب أولى ما إذا كان كل من الخلوة والعقد غير صحيح، فإن المهر لا يتأكد لزومه.

الثالث: موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة، فإذا تزوج رجل امرأة، ولم يدخل بها، ولم يختل بها خلوة صحيحة، ومات أحدهما استحققت المرأة جميع المهر، فإذا مات هو أخذت كل المهر من تركته، وإن ماتت هي أخذ ورثتها المهر من الزوج بعد إسقاط نصيبه منه لأنه وارث.

والمهر المتأكد بأحد هذه الأمور الثلاثة يختلف باختلاف الأحوال، وبيانه أن المهر إن كان مسمى في العقد، وكانت التسمية صحيحة والعقد صحيح فهو الواجب، وإن حصلت زيادة على المهر، وكانت مستوفية للشروط المتقدمة في شرح مادة (٧٩) وجبت مع المسمى إن لم يسم المهر في العقد، وفرض بعده، فالواجب هذا المفروض، سواء كان فرضه بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي.

ويتأكد مهر المثل كله في ثلاثة أحوال:

الأولى: إذا كان النكاح فاسدًا، وحصل الدخول بالفعل، ولم يسم المهر، أو كانت التسمية غير صحيحة، فإن كانت صحيحة وجب أقل الشئين؛ وهما: المسمى ومهر المثل.

الثانية: عند حصول وطء بشبهة.

الثالثة: إذا كانت التسمية غير صحيحة.

ومتى حصل واحد من الأمور الثلاثة التي تؤكد لزوم المهر بتمامه فلا يسقط منه شيء، ولو حصلت الفرقة من جهة الزوجة، كما إذا كانت صغيرة زوجها غير الأب والجد، ودخل بها الزوج، واختارت نفسها عند البلوغ، إلا إذا أبرأته الزوجة منه فإنه يسقط؛ لأن المهر في حالة البقاء حقها كما تقدم، فلها أن تنازل عنه بالشروط المتقدمة في المادة التي قبل هذه.

وإنما تأكد كل المهر بحصول واحد من هذه الأمور الثلاثة؛ لأن الدخول يتحقق به تسليم المبدل، وهو منافع البضع، وتسليم المبدل يتأكد البذل وهو المهر، كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب الثمن، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم

يكن متأكدًا لكونه على عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع، فينفسخ العقد، وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري.

وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بحصول الفرقة من جهتها، وبالدخول تأكد هذا بالنسبة للدخول، وأما الموت فلأن الزواج ينتهي به حيث لم يبق قابلاً للرفع، والشيء بانتهاه يتقرر ويتأكد، فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه التي يمكن تقريرها لوجود ما يقتضي ذلك، وليس هناك ما يمنع منه، وتلك المواجب هي: الإرث والعدة والمهر والنسب.

وروى علقمة أن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه سئل عن رجل تزوج المرأة، ولم يفرض ولم يمسه حتى مات، فرددهم ثم قال: أقول فيها رأيي، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان، أرى لها مهر امرأة من نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث، فقام ناس من أشجع فيهم الجراح وأبو سنان فقالوا: يا بن مسعود نحن نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاها فينا في بروع بنت واشق، وإن زوجها هلال بن مرة الأشجعي، كما قضيت، ففرح ابن مسعود فرحاً شديداً حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وأما الخلوة الصحيحة فإنها تؤكد لزوم المهر عندنا، مثل موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول. وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه: لا يتأكد لزوم كل المهر إلا بالدخول الحقيقي؛ لأن المعقود عليه - وهو منافع البضع - إنها يصير مستوفى بالوطء، فلا يتأكد المهر بدونه؛ لأن التأكد إنما يكون بتسليم المبدل، وتسليمه بالوطء، ولم يوجد، ونحن نوافق على أنه لا يجب البديل إلا بعد تسليم المبدل، ولكن نقول: إن التسليم وجد منها، وبيانه أن الواجب لا يكون إلا مقدوراً، والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع، وقد وجد منها ذلك، فيتأكد حقها في البديل كما في

البيع، فإن التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب على المشتري به تسليم الثمن.

وأما ما قاله من أن المعقود عليها إنما يصير مستوفى بالوطء فصحيح، لكنه تسليم ليس في قدرة المرأة، فلا تكون مكلفة به، وقال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ فإنه أوجب جميع المهر بعد الإفضاء وهو الخلوة؛ لأنه من الدخول في الفضاء، وقال عليه الصلاة والسلام: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل». انظر مادة ٨١^(١).

والخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطء وتؤكد لزوم المهر بتامه هي أن يجتمع الزوجان في مكان، آمنين من اطلاع الغير عليهما بلا إذهنها، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسي أو طبعي أو شرعي.

فالشرط في الخلوة أن تكون بلا مانع من الوطء؛ لأنه لا يتمكن من الوطء مع المانع، والخلوة إنما جعلت كالدخول للتمكن منه، ومع المانع لا يتمكن فلا تكون صحيحة.

والموانع ثلاثة أنواع؛ حسي: كالمرض، وطبعي: كوجود ثالث، وشرعي: كحيض وصوم فرض، فمتى كان أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر لا تصح الخلوة، وقيل هذا التفصيل في مرضها، وأما مرضه فمانع من صحتها مطلقاً؛ لأنه لا يخلو عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح.

(١) مادة (٨١) بالوطء في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة وبالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح، وبموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول يتأكد لزوم كل المهر المسمى، والزيادة التي زيدت فيه بعد العقد في النكاح الصحيح، وكل مهر المثل في الفاسد والوطء بشبهة وعدم صحة التسمية، وما فرض للمفوضة بعد العقد بالتراضي، أو بفرض القاضي ولا يسقط المهر بعد تأكد لزومه بأحد هذه المعاني الثلاثة، ولو كانت الفرقة من قبل الزوجة ما لم تبرئه.

والحيض مانع طبعاً وشرعاً وكذا النفاس، والإحرام بالحج فرضاً أو نفلاً مانع شرعاً؛ لما يلزمه بالجماع من الدم والقضاء لفساد الإحرام، وصوم رمضان مانع بالاتفاق؛ لما يلزمهما بالجماع من القضاء والكفارة.

وأما صوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء فالصحيح أنه لا يمنع صحة الخلوة لعدم وجوب الكفارة بالإفساد، والصلاة كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله.

ومن الموانع من صحة الخلوة أن تكون الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع، أو يكون الزوج صغيراً لا يقدر على الجماع.

ومن الموانع وجود ثالث معهما، سواء كان الثالث بصيراً أو أعمى، يقظان أو نائماً، بالغاً أو صبيّاً يعقل؛ لأن الأعمى محس، والنائم يستيقظ أو يتناوم، وإن كان صغيراً لا يعقل، أو مجنوناً، أو مغمى عليه، فلا يمنع صحة الخلوة، وقيل: المجنون والمغمى عليه يمنعان.

ومتى كان العقد صحيحاً وجبت بالخلوة العدة على المرأة، سواء كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة احتياطاً واستحساناً لتوهم الشغل، ولكل من الشرع والولد حق في العدة، فلا يصدق الزوجان في نفيها بإقرار كل منهما أنه لم يحصل وطء.

والدليل على أن للشرع حقاً فيها أن الزوجين لا يملكان إسقاطها، والدليل على أن الولد له حق فيها قوله عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره».

والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه، بخلاف المهر فإنه لا يجب إلا

بالخلوة الصحيحة لأنه مال لا يحتاج في إيجابه.

وذكر القدوري في شرحه أن المانع إن كان شرعياً كالصوم والحيض تجب العدة؛ لثبوت التمكن من الوطء حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر فلا تجب العدة لانعدام التمكن حقيقة، وهو واضح. انظر مادة ٨٢^(١).

والخلوة الصحيحة ليست كالوطء في جميع الأحكام بل في البعض، فمن الأحكام التي أقاموها فيها مقام الوطء تأكد لزوم كل المهر ولو كان الزوج عنيئاً بالاتفاق، فلو كان مجبوراً فقال أبو حنيفة: يجب كمال المهر أيضاً. وقال الصحابان: لا يتأكد كل المهر بخلوته لأنه أعجز من المريض بوجود آلة الجماع في المريض، وقد يجامع بخلاف المجهوب، والمريض مانع من صحة الخلوة، فالجب أولى بخلاف العنين، فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر، وسلامة الآلة وجود لسبب للوطء، إذ الأصل السلامة في الوصف أيضاً، فيدار الحكم عليها، ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق لأنه وسع مثلها في هذه الحالة، وقد أتت بها وجب عليها، وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها لما عرف في الخلوة.

ومن المسائل التي أقاموا الخلوة الصحيحة فيها مقام الوطء ثبوت النسب، فإذا أتت بولد بعد الخلوة الصحيحة ثبت نسبه من الزوج، كما إذا أتت به بعد الدخول الحقيقي، ومنها النفقة الشاملة للسكنى، فإذا طلق رجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة وجبت عليه نفقتها ما دامت في العدة، كما إذا طلقها بعد الدخول الحقيقي.

(١) (مادة ٨٢) الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطء، وتؤكد لزوم كل المهر هي أن يجتمع الزوجان في مكان، آمنين من اطلاع الغير عليها بغير إذنها، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع، حسي أو طبعي أو شرعي.

ومنها حرمة نكاح أخت الزوجة في العدة، فإذا تزوج رجل المرأة، واختلى بها خلوة صحيحة، ثم طلقها يحرم عليه ما دامت في العدة أن يتزوج أختها، ومثل أختها غيرها من محارمها كما تقدم لك في أسباب تحريم المرأة على الرجل، كما إذا كان هذا الطلاق بعد الدخول الحقيقي. ومنها حرمة تزوج أربع غير مطلقة في عدة الخلوة، فإذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها، فلا يجوز له ما دامت في عدة الخلوة أن يتزوج بأربع سواها، كما إذا كانت في العدة من الدخول الحقيقي.

وبالتأمل نرى أنه لا لزوم إلى ذكر كل هذه المسائل، وجعلها من قيام الخلوة الصحيحة مقام الوطء؛ لأن ثبوت النسب ليس من أحكام الخلوة القائمة مقام الوطء لأنها من أحكام العقد، ألا ترى أن النسب يترتب على العقد سواء حصل دخول أم لا، وسواء حصلت خلوة أم لا، ولأن كلا من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وأربع سواها في العدة ليس من أحكام الخلوة الصحيحة القائمة مقام الوطء، بل هي من أحكام العدة، فذكر العدة يغني عن كل هذه المسائل، ولذلك قال بعضهم: إن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي إلا في حق تكميل المهر ووجوب العدة، ولم تقم مقامه في بقية الأحكام، وهذا هو التحقيق.

ولا تكون الخلوة الصحيحة مثل الوطء في مسائل منها الإحصان، فلو زنى رجل بامرأة بعد الخلوة بزوجه لا يرجم لفقد شرط الإحصان وهو الوطء، بخلاف ما إذا دخل بزوجه دخولا حقيقيا ثم زنى بامرأة فإنه يرجم، والمرأة مثل الرجل فيما ذكر، ومحل ذلك أن تصادقا على عدم الدخول الحقيقي، فإن أقرا به لزمها حكم الإحصان، وإن أقر به أحدهما صدق في حق نفسه دون صاحبه؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره.

ومنها حرمة البنات، أي: لم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حرمة

البنات، فلو خلا بزوجه بدون وطء ولا مس بشهوة لم تحرم عليه بنتها بخلاف الوطء.

ومنها حل المطلقة ثلاثا للزوج الأول، فإذا تزوجت بغيره واختلى بها خلوة صحيحة فلا تحل للأول، وإذا دخل بها دخولا حقيقيا حلت له.

ومنها الرجعة، يعني أنه لو طلق رجل امرأته طلاقا رجعيًا، واختلى بها في العدة لم تكن هذه الخلوة رجعة، مع أن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل، ولكن لو وطئها في العدة يصير مراجعًا، أو نقول: إن الرجل لو اختلى بزوجه خلوة صحيحة ثم طلقها لم تثبت له الرجعة عليها، مع أنه لو دخل بها دخولا حقيقيًا، وطلقها طلاقا رجعيًا ثبتت له الرجعة، ما دامت في العدة، فلم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في الرجعة.

ومنها الميراث، فإذا طلقها طلاقا رجعيًا بعدما اختلى بها، ومات أحدهما وهي في عدة الخلوة فلا يرثه الآخر، ولكن لو دخل بها دخولا حقيقيا وطلقها رجعيًا، ومات أحدهما في عدة الدخول الحقيقي ورثه الآخر، وهذا ليس متفقًا عليه؛ إذ هناك رأي يقول بالميراث في عدة الخلوة. انظر مادة ٨٣^(١).

فقد علمت مما تقدم أنه يتأكد لزوم كل المهر بالوطء وبالخلوة الصحيحة وبموت أحد الزوجين، فإذا طلق الزوج امرأته قبل واحد من المذكورات فلا يجب عليه كل المهر، وإنما الواجب النصف إن كان قد سمى لها مهرًا وقت العقد، وكانت

(١) (مادة ٨٣) حكم الخلوة الصحيحة كحكم الوطء في تأكد لزوم المهر كله في النكاح الصحيح، ولو كان الزوج عنيًا، وفي ثبوت النسب والنفقة والسكنى وحرمة نكاح أخت الزوجة وأربع سواها في عدتها، ولا تكون الخلوة الصحيحة كالوطء في الإحصان وحرمة البنات، وحل المرأة للزوج الأول، والرجعة والميراث من الزوج إذا مات والمرأة في عدة الخلوة.

التسمية صحيحة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ وهو نص صريح في الباب، فيجب العمل به.

وإنما وجب النصف لأن معنا قياسين متعارضين؛ أحدهما يقتضي ثبوت كل المهر والآخر يقتضي عدم ثبوت شيء منه، فإننا لو نظرنا إلى أن المعقود عليه عاد لها سالما أسقطنا كل البدل، ولو نظرنا إلى أن الزوج فوت ما ملكه باختياره أوجبنا كل المهر، فوجب النصف لتعارض الأقيسة، فإذا تزوج رجل امرأة بمهر معلوم فإنها تستحقه بمجرد العقد كما عرفته أول الفصل المتقدم، وإن كان هذا الاستحقاق غير متأكد، إذ بالطلاق قبل الدخول يتنصف هذا المسمى، فكل من الزوجين يستحق النصف وهذا لا كلام فيه، وإنما الكلام في أنه هل يعود النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق، أو يتوقف عوده إلى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف، أو تراضي الزوجين على ذلك؟ وإن كانت حصلت زيادة في المهر فهل تكون للزوجة وحدها أو للزوج وحده، أو تتنصف بينهما؟

يلزمنا قبل الجواب أن نعرف أولا أنواع الزيادة، وما إذا كان المهر مقبوضا للزوجة أو غير مقبوض؛ لأن الحكم يختلف باختلاف هذه الأحوال، فلا يمكن الجواب إلا بعد التفصيل.

فالزيادة أربعة أنواع؛ الأول: زيادة متصلة متولدة من الأصل كسمن الجارية وجمالها، والثمر قبل قطعه. الثاني: زيادة متصلة غير متولدة كصنع الثوب والبناء والزرع في الأرض. الثالث: زيادة منفصلة متولدة، كالثمر بعد قطعه وكالولد، كما إذا كان المهر بقرة مثلا فولدت، فولدها زيادة منفصلة متولدة من الأصل. الرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، وهي بدل المنافع كالكسب والغلة والموهوب للمهر، وكل من هذه الأقسام إما أن يحصل والمهر غير مقبوض، بأن كان في يد

الزوج، أو يحصل وهو مقبوض بأن كان في يد الزوجة.

فإن كان المهر غير مقبوض بأن لم يكن سلمه إليها، عاد النصف الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول إلى ملكه بمجرد الطلاق، ولا يتوقف عوده إلى ملكه على القضاء أو الرضا؛ لأن الزوجة وإن استحققت المهر بمجرد العقد إلا أن هذا الاستحقاق ليس متأكداً وهو على شرف السقوط كلا أو بعضاً، ولم يتصل بهذا الاستحقاق ما يؤكد من قبل الزوج وهو تسليمه لها، فيعود إلى ملكه ما تبين أنه مستحق له بمجرد الطلاق.

وإن كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة؛ فإن كانت متولدة من الأصل سواء كانت متصلة أو منفصلة تنتصف بين الزوجين؛ لأنها نساء ملكهما، فكل يأخذ منها بقدر استحقاقه في الأصل وهو النصف، سواء كان حصول هذه الزيادة قبل الطلاق أو بعده، وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل، بأن لم تكن بدلا عن جزء من الشيء نفسه، بل كانت بدل منافع كالكسب والغلة فقال أبو حنيفة: إنها للمرأة وليست بمهر، وقال الصحابيان: تنتصف مع الأصل، وهذا هو الظاهر لأنها نساء ملكهما أيضا.

وعلى هذا الخلاف كَسْبُ المبيع قبل القبض، فعند أبي حنيفة هو للمشتري، وعندهما ينتصف، وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل - مثل الصبغ والبناء مثلا - فلا تنتصف بالاتفاق، وهي للزوج في هذه الحالة لأن الموضوع أن المهر باق في يده لم يسلمه للزوجة، فالظاهر أنه هو الذي أوجدها فهي له.

وإن كان المهر مقبوضا بأن كان قد سلم المهر كله إليها فلا يعود النصف إلى ملكه بمجرد الطلاق، بل يتوقف عوده إلى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف، أو

تراضي الزوجين على ذلك؛ لأن المهر يجب للزوجة بالعقد فهي تملكه به.

وهذا الملك وإن لم يكن متأكداً إلا أنه قد تقوى نوعاً بالقبض الحاصل بتسليم الزوج لها المهر، ولكن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض كما في البيع الفاسد، فأولى أن لا يمنع بقاءه، فلم يزل في ملكها إلى أن يقضي القاضي له بالنصف أو ترضى بذلك.

ويترتب على كون النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالقضاء أو الرضا، أن الزوج لو تصرف في النصف قبل ذلك بأي تصرف كان لم يكن تصرفه نافذاً، بل يكون موقوفاً على إجازة الزوجة، فإن أجازته نفذ وإن ردته بطل، وأن الزوجة لو تصرفت في المهر قبل حصول أحدهما بجميع التصرفات الشرعية نفذ تصرفها لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء أو الرضا، وإذا نفذ تصرفها وقضى للزوج بالنصف أو حصل التراضي على ذلك يلزمها أن تعطي الزوج نصف قيمته يوم قبضه؛ لأنه تعذر رد النصف بعد وجوبه، فتضمن نصف قيمته للزوج.

وإنما اعتبرت القيمة يوم القبض لا يوم العقد لأنه لم يصر مضموناً عليها إلا بالقبض، وإن كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة وهي حصولها بعد التسليم، فإما أن يكون حصولها قبل الطلاق أو بعده، فإن كانت بعده فإما أن يكون قبل القضاء، أو الرضا له بالنصف، أو بعد أحدهما.

فإن كان حصولها قبل الطلاق أو بعده ولكن قبل القضاء أو الرضا بنصفه للزوج كانت الزيادة كلها للزوجة، سواء كانت متصلة أو منفصلة، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة؛ لأن الكل نماء ملكها، إلا الزيادة المتصلة الغير المتولدة فإنها وإن لم تكن ملكها لكن الظاهر أنها هي التي أوجدتها، إذ الموضوع أن المهر في يدها،

وحيثئذ يلزمها أن تعطي للزوج نصف قيمة المهر يوم قبضه كما تقدم، وإن كان حصولها بعد الطلاق وبعد القضاء أو الرضا تنتصف بينهما لأنها نساء ملكهما، إلا المتصلة الغير المتولدة فهي لها؛ لأن الظاهر أنها هي التي أوجدتها، إذ المهر مقبوض في يدها.

والذي ينتصف بالطلاق قبل الدخول هو المهر المسمى في العقد للآية المتقدمة، وحيثئذ لا تنتصف الزيادة التي زیدت بعد العقد على المهر المسمى في العقد، بل تسقط بالطلاق قبل الدخول، فصار حاصل وجوه الزيادة ثمانية؛ لأنه إما أن تكون متصلة متولدة، أو غير متولدة، أو منفصلة متولدة، أو غير متولدة، وكل منها إما أن يكون في يده، أو في يدها، كذا قالوا، ولكن بالتأمل نرى أن الأقسام تزيد على ذلك؛ لأن المهر إن كان في يدها فإما أن تكون الزيادة حصلت قبل الطلاق أو بعده، وإن كانت بعده فإما أن تكون قبل القضاء، أو الرضا، أو بعد واحد منهما، وقد علمت أحكام الكل. انظر مادة ٨٤^(١).

وليس الطلاق شرطاً في تصنيف المهر قبل الوطء حقيقة أو حكماً، بل كل فرقة

(١) (مادة ٨٤) إذا طلق الزوج امرأته قبل الوطء والخلوة الصحيحة من نكاح صحيح، وكان قد سمي لها مهراً وقت العقد فلا يجب عليه إلا نصفه، وإن لم يكن سلمه إليها عاد النصف الآخر إلى ملكه بالطلاق مجرداً عن القضاء، أو الرضا، وإن كانت حصلت زيادة في المهر قبل قبضه، وكانت متولدة من الأصل تنتصف بين الزوجين، سواء كان حصولها قبل الطلاق أو بعده، فإن كان قد سلم المهر كله إليها فلا يعود النصف إلى ملكه بالطلاق، بل يتوقف عوده إلى ملكه على الرضا، أو القضاء، فلا ينفذ تصرفه فيه قبلهما، وينفذ تصرفها في الكل قبل ذلك بجميع التصرفات الشرعية.

وإذا تراضيا على النصف أو قضي للزوج به، وكانت قد حصلت زيادة في المهر قبل الطلاق أو بعده، وقبل القضاء بنصفه للزوج فلا يلزمها إلا نصف قيمة الأصل يوم قبضه، والزيادة التي زیدت فيه، متصلة كانت أو منفصلة، متولدة أو غير متولدة، تكون لها خاصة، ولا ينتصف ما زيد بعد العقد على المهر المسمى، بل يسقط بالطلاق قبل الدخول.

أتت من قبل الزوج قبل الدخول يترتب عليها تنصيف المهر، سواء كانت الفرقة طلاقاً أو فسخاً، والفرق بينهما أن الفرقة -التي هي طلاق- تنقص عدد الطلاق والفرقة التي هي فسخ، لا تنقص عدده، وحينئذ تشمل هذه الفرقة الفرق الآتية:

أولاً: الفرقة بالطلاق بأن يقول الرجل لزوجته قبل أن يدخل بها: أنت طالق أو أنت بائن.

ثانياً: الفرقة بالإيلاء وهو في اللغة: الحلف، وفي اصطلاح الفقهاء: هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر، فإذا تزوج رجل امرأة وقبل أن يدخل بها قال لها: والله لا أقربك أربعة أشهر، فإن قربها في المدة يلزمه ما حلف به، ففي هذا المثال يقع عليه اليمين بالله، وتلزمه كفارة اليمين، وإن مضت المدة ولم يقربها طلقت منه طلاقاً بائناً، فإن كان لها مهر مسمى في العقد وجب عليه نصفه لها، وهذه الفرقة طلاق، فإذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً.

ثالثاً: الفرقة باللعان، وهو في اللغة مصدر لاعن، كقاتل، من اللعن وهو الطرد والإبعاد، وفي الشرع: هو شهادات مؤكدة بالأيان مقرونة شهادة الزوج باللعن، وشهادتها بالغضب، قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه، وشهاداتها مقام حد الزنا في حقها، فإذا تزوج رجل امرأة وقبل أن يدخل بها رماها بصريح الزنا، ورفعت الأمر إلى القاضي، فإن القاضي يحضره، فإن أثبت دعواه بالبينة حدثت الزوجة حد الزنا.

وإن عجز لاعن بأن يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، أربع مرات، ويقول في الخامسة: عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وبعد لعانه تلاعن هي بأن تقول: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من

الزنا، أربع مرات، وفي الخامسة تقول: عليها غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا، وإنما اختير الغضب في حقهن لأنهن يكثرن اللعن، فكان الغضب أرفع لهن، ومتى حصلت الملائعة فرق القاضي بينهما، وهذه الفرقة طلاق لا فسخ، فإذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً، وسيأتي لك تفصيل هذا المقام في مادة (٣٢٤) وما بعدها.

رابعاً: الفرقة بالعنة، فإذا تزوج رجل امرأة ووجدته عتيماً، ورفعت أمرها إلى الحاكم، وأجله سنة ولم يصل إليها في هذه المدة، وعادت إلى القاضي وثبت لديه ذلك فرق بينهما، وهذه الفرقة طلاق أيضاً، وهي آتية من قبله، فإذا كانت قبل الدخول تنصف المسمى (تأمل).

خامساً: الفرقة بالردة وهي الخروج عن الإسلام والعياذ بالله تعالى، فإذا ارتد الزوج قبل أن يدخل بزوجه انفسخ عقد الزواج، وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، وقد أتت من قبله، فإذا كانت قبل الدخول وكان لها مهر مسمى في العقد وجب عليه نصفه.

سادساً: الفرقة بإباء الزوج الإسلام، فإذا كان الزوجان غير مسلمين، وأسلمت الزوجة قبل الدخول، يعرض الإسلام على الزوج فإن أسلم فيها، وإن امتنع فرق القاضي بينهما؛ لأن غير المسلم لا يجوز له أن يتزوج مسلمة، فهذه فرقة أتت من قبله قبل الدخول فيت نصف المسمى في العقد.

سابعاً: الفرقة بفعله بأصول الزوجة وفروعها ما يوجب حرمة المصاهرة، فإذا زنى بأم امرأته قبل أن يدخل بها أو قبلها بشهوة، أو فعل بيئتها ذلك حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة كما عرفته في مادة (٢٤)، فيجب عليه نصف المهر في العقد لأنها

فرقة أتت من قبله قبل الدخول، فهذه هي الأحوال التي يجب فيها نصف المهر للزوجة.

وأما الأحوال التي يسقط فيها المهر بتمامه فتتضمن في كل فرقة أتت من قبل الزوجة قبل الدخول، فتشمل الفرق الآتية:

أولاً: الفرقة بارتدادها، فإن ارتد أحد الزوجين فسخ في الحال، وقد عرفت الردة مما تقدم.

ثانياً: الفرقة بامتناعها عن الإسلام إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية، فإذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلم الزوج، فإن كانت زوجته كتابية لا يعرض عليها الإسلام، بل الزوجية باقية لأن المسلم له أن يتزوج كتابية ابتداء، فبقاء من باب أولى، وإن كانت غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت أو دخلت في دين سماوي بقيت الزوجية، وإلا فرق القاضي بينهما ولا يجب لها شيء.

ثالثاً: الفرقة بفعلها بأصوله وفروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، فإذا طأعت الزوجة قبل الدخول أبا الزوج أو ابنه فزنى بها أو قبلها بشهوة حرمت على زوجها حرمة مؤبدة، كما عرفته في مادة (٢٤)، فلا يجب لها شيء من المسمى؛ لأن هذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول.

رابعاً: الفرقة بخيار البلوغ، فإذا بلغت الصغيرة التي زوّجها غير الأب والجد بزواج كفاء وبمهر المثل، واختارت نفسها وفسخت العقد عند البلوغ قبل الدخول حقيقة أو حكماً، فهذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول فتسقط جميع المهر، فإن كانت المرأة لم تقبض المهر فلا يلزم الزوج إعطاؤها شيئاً، فإن قبضت منه شيئاً يلزمها رده

إلى الزوج. انظر مادتي ٨٥ و ٨٦^(١).

وقد علمت مما تقدم أن الذي يتنصف بالفرقة قبل الدخول هو المهر المسمى في العقد لقوله تعالى: ﴿وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ وحينئذ فلا يتنصف مهر المثل؛ لأنه إنما وجب عند عدم التسمية في العقد أو عند فسادها، فلا يكون هناك شيء مفروض في العقد، فوجب مهر المثل فلا يتنصف، ومثل مهر المثل في عدم التنصيف ما فرض للمفوضة بعد العقد، سواء كان فرضه بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: ما فرض بعد العقد يتنصف لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ولنا أن هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل، وهو لا يتنصف، فكذا ما نزل منزلته. والمراد بقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ المفروض في العقد لأنه هو المتعارف، والظاهر مذهب الشافعي.

فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين في الأحوال التي وجب فيها مهر المثل، أو المهر المفروض بعد العقد، فإن كانت بموت أحدهما، أو بعد الوطء، أو الخلوة الصحيحة

(١) (مادة ٨٥) الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطء حقيقة أو حكماً هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج، سواء كانت طلاقاً أو فسحاً، كالفرقة بالإيلاء واللعان والعنة والردة، وإبائه الإسلام إذا أسلمت زوجته، وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة بأصولها وفروعها، فإن جاءت الفرقة من قبلها كردتها وإبائها الإسلام إذا أسلم زوجها، وكانت غير كتابية وفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله، فلا يجب لها نصف المسمى بل يسقط، وإن كانت قبضت شيئاً منه ترد ما قبضت.

(مادة ٨٦) إذا بلغت الصبية التي زوجها غير الأب والجد من الأولياء زوجاً كفواً لها، وبمهر المثل، واختارت نفسها بالبلوغ قبل الدخول بها حقيقة أو حكماً، فلا مهر لها على زوجها ولا متعة، كما تقدم في المادة الخامسة والثمانين.

لزم مهر المثل، وما فرض بعد العقد، وإن كانت قبلهما، وكانت بغير الموت، فإن كانت من قبلها فلا تستحق شيئاً، وإن كانت من قبله فلا يتنصف كل منهما، بل تجب لها عليه المتعة لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ﴾ أي: على الغني بقدر حاله، وعلى الفقير المقل بقدر حاله. انظر مادة ٨٧^(١).

والخلوة الصحيحة إنما تقوم مقام الوطاء في النكاح الصحيح كما عرفته من الأسباب التي تؤكد لزوم المهر، فلو كان النكاح فاسداً فلا تقوم مقامه، فإن حصل التفريق فيه بين الزوجين من القاضي، أو كانت المتاركة من الزوجين، فإن كان قبل الدخول الحقيقي فلا مهر للمرأة أصلاً ولو كان بعد الخلوة الصحيحة، وأما إذا كانت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول، فإما أن يكون هناك مهر مسمى في العقد أو لا؛ فإن كان فإما أن تكون التسمية صحيحة أو لا، فإن كانت هناك تسمية في العقد وكانت صحيحة وجب على الزوج الأقل من المسمى ومهر المثل، إذا فرضنا أن المسمى ثمانون جنيهاً، ومهر المثل مائة وجب المسمى لأنه الأقل، ولو كان بالعكس بأن كان مهر المثل ثمانين والمسمى مائة، وجب مهر المثل، وإن لم تكن هناك تسمية أصلاً، أو كانت ولكنها فاسدة وجب مهر المثل بالغاً قدره ما بلغ. انظر مادة ٨٨^(٢).

(١) (مادة ٨٧) مهر المثل وما فرض للمفوضة بعد العقد بالقضاء أو الرضا لا يتنصف بالطلاق قبل الوطاء والخلوة الصحيحة، فمن طلق زوجته قبلهما، ولم يكن سمي لها مهراً وقت العقد، أو سمي تسمية فاسدة من كل الوجوه حتى وجب لها مهر المثل، أو فرض لها فرضاً بعد العقد، سقط عنه مهر المثل كله، وما فرضه بعد العقد ووجب لها عليه المتعة إن لم تكن الفرقة من قبلها.

(٢) (مادة ٨٨) الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطاء في النكاح الفاسد، فإن كان النكاح فاسداً ووقع التفريق أو المتاركة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة فلا مهر للمرأة، ولو خلا الزوج بها خلوة صحيحة، وإن تفرقا بعد الدخول وكان قد سمي لها الزوج مهراً فلها الأقل من المسمى ومهر المثل، وإن لم يكن سمي لها مهراً، أو سمي ما لا يصلح مهراً فلها مهر المثل بالغاً قدره ما بلغ.

ومحل كون المهر يتأكد وجوبه بالدخول إذا كان الزوج يملك مباشرة عقد الزواج، فإن كان لا يملك ذلك فلا يتأكد المهر ولو حصل الدخول، فإذا تزوج صبي مميز غير مأذون له من قبل الولي بالتزوج، فهذا العقد يكون موقوفاً على إجازة الولي، فإن أجازه نفذ وإن رده بطل، فإذا دخل هذا الصبي بزوجه قبل إجازة الولي العقد وبعد الدخول رده، فلا يلزم الولي ولا الصبي بمهر ولا متعة؛ لأن هذا الفعل غير مأذون فيه، فكان اللازم البحث عن حالة الصبي إن كان يملك ذلك أو لا، فإذا لم يحصل يكون التقصير حاصلًا من جهة الزوجة فلا تستحق شيئاً. انظر مادة ٨٩^(١) (تأمل).

وعندما يراد إعطاء المتعة للزوجة سواء كانت واجبة أو مستحبة فلا تنقيد بشيء مخصوص، بل المعتبر فيها عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج، فإن الملابس تختلف في القرى والأصوار، فينظر إلى البلدة التي حصل فيها العقد، وتعطى بما يناسبها من أنواع الملابس، وبعد مراعاة عرف البلد.

يقول بعضهم: يعتبر حال الزوجين فإن كانا غنيين فمتعة الأغنياء، وإن كانا فقيرين فمتعة الفقراء، وإن كانا متوسطي الحال أو مختلفيه فمتعة الوسط، ومع كل فهذا أمر لا ينضبط لأن كلاً من الأحوال الثلاثة له درجات، وبعضهم يقول: يعتبر حال الزوج اتباعاً للنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَمِمَّا كَسَبَ عَلَىٰ الْوَسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَىٰ الْمَقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ أي: على الغني بقدر حاله وعلى الفقير المقل بقدر حاله، وهذا هو الظاهر.

ويخير الزوج بين إعطائها الأثواب التي تليق بحاله وما تساويه من النقود، فإن

(١) (مادة ٨٩) إذا تزوج صبي محجور عليه امرأة بلا إذن وليه، ودخل بها فرد الولي نكاحها فلا مهر لها عليه ولا متعة.

امتنعت من أخذ النقود تجبر على القبول؛ لأن الأثواب ما وجبت لعينها بل من حيث إنها مال، ولكن هذا ليس على الإطلاق، بل بشرط أن لا تزيد على نصف مهر المثل إن كان الزوج غنياً؛ لأن الحق عند التسمية أكد وأثبت منه عند عدم التسمية، وعند التسمية لا يزداد على نصف المسمى في المتعة الواجبة، فلأن لا يزداد عند عدمها على نصف مهر المثل أولى، وأن لا تنقص المتعة عن خمسة دراهم إن كان فقيراً؛ لأنها تجب على طريق العوض، وأقل عوض ثبت في النكاح نصف عشرة، فلا بد في المتعة من ملاحظة هذين الأمرين.

والمتعة على ثلاثة أقسام: واجبة ومستحبة وغير مستحبة؛ لأن المطلقة إما أن تكون مدخولاً بها أو لا، فإن لم تكن مدخولاً بها فإما أن تكون مهرها مسمى أو لا، فإن لم يكن مهرها مسمى فهي التي وجبت لها المتعة، وإن كان لها مهر مسمى فلا تستحب لها المتعة، وإن كانت مدخولاً بها تستحب لها المتعة سواء كان لها مهر مسمى أو لا.

ومثل المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى المتوفى عنها زوجها، فلا تستحب لها المتعة، وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه: تجب المتعة لكل مطلقة إلا للمطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى؛ لأنها وجبت لإيجاش الزوجة بالفراق، فتجب كل من أوحشت به، إلا أنه في المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى يجب نصف المهر بطريق المتعة؛ لأن الطلاق أزال العقد، ففي هذه الحالة يعود بضعها إليها سالماً، وذلك يقتضي سقوط المهر كله، لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة، وهي لا تتكرر، فلا تجب المتعة لهذه وتجب لغيرها.

ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة؛ لأنه سقط مهر المثل، فوجبت المتعة، والعقد يوجب العوض وهو مهر المثل، فكانت المتعة خلفاً عنه، والخلف لا

يجتمع مع الأصل وجربا، وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية، ولا يجمع شيئا متصلا بالأصل، وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله. انظر مادة ٩٠^(١).

(١) (مادة ٩٠) المعتبر في المتعة عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج، واعتبارها على حسب حال الزوجين، ويجوز دفع بدل المتعة نقدا، ولا تزيد على نصف مهر المثل إن كان الزوج غنيا، ولا تنقص عن خمسة دراهم إن كان فقيرا، فلا تجب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولها مهر مسمى، ولا للمتوفى عنها زوجها، وتستحب للمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهرا أم لا.

الفصل الرابع في شروط المهر

إذا تزوج رجل امرأة وجعل لها مهرًا أقل من مهر مثلها، ولكنه اشترط شيئًا لها فيه منفعة في مقابلة النقص الذي حصل من مهر المثل، فلا يخلو الحال من أحد أمرين؛ إما أن يكون ما اشترط لها يباح الانتفاع به، وإما أن لا يباح.

فإن كان الأول كما إذا كان مهر مثلها ألف وخمسمائة، وتزوجها على ألف بشرط أن لا يخرجها من بلدها، أو بشرط أن لا يتزوج عليها، أو بشرط أن يطلق ضرتها، أو بشرط أن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة، أو بشرط أن يهدي لها الثياب الفاخرة مع الألف، أو بشرط أن لا يخرجها من منزل أبيها، فلا يخلو الحال من أحد أمرين؛ إما أن يفي بالشرط وإما أن لا يفي به، فإن كان الأول بأن وفى بما شرط فلها المهر المسمى لأنه سمي ما صلح مهرًا، وقد تم رضاها به، وإن كان الثاني بأن لم يَفِ بالشرط فلها مهر مثلها؛ لأنه سمي ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف، فيكمل مهر مثلها.

ولا بد أن تكون هذه الشروط بصيغة المضارع، بأن يقول لها: تزوجتك على أن لا أخرجك من منزل أبويك مثلاً؛ ليكون وعدًا إن وفى به فيها، وإلا فلا يلزمه ويكمل لها مهر المثل. أما إذا اشترط بالمصدر، كما إذا تزوجها على ألف وطلاق ضرتها، أو عتق أخيها عتق الأخ وطلقت المرأة بنفس العقد، ولا يتوقف على أن يوقعهما، وللمرأة المسمى فقط وولاء الأخ يكون لها إن قال الزوج: وعتق أخيها عنها؛ لأنها والحالة هذه هي المعتقة لتقدم الملك لها، ويصير العبد من جملة المهر المسمى.

وإن لم يقل للزوج عنها فهو المعتق والولاء له، والطلاق الواقع رجعي لأنه قبل بالبضع، وهو ليس بمتقوم، وتقومه بالعقد لضرورة التملك فلا يتجاوزها، فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضرورة فبقي طلاقاً بغير بدل فكان رجعيًا، ولا يخفى أن حكم ما إذا اشترط مع المسمى ما يضرها كالزوج عليها أنه ليس لها إلا المسمى مطلقًا بالأولى، أي: سواء وفي بالشرط أو لم يف، وكذلك لو كان المسمى مساويًا لمهر مثلها، أو أكثر، ولم يف بها وعد فليس لها إلا المسمى.

وإن كان الثاني وهو أن يكون المشروط لها مع المسمى لا يباح الانتفاع به شرعًا كالخبر والخنزير، فإن كان المسمى عشرة فصاعدًا وجب لها وبطل الحرام، ولا يكمل مهر المثل؛ لأن المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض بفواته.

وقال الإمام أحمد: إذا فات الشرط فلها الخيار في الفسخ، فإذا تزوجها على أن يطلق ضررتها في أسبوع، أو بشرط أن لا يخرجها من منزل أبيها، فإن وفي فيها، وإن لم يوف فلها فسخ العقد لأنها لم تتزوج به إلى على شيء مرغوب فيه، فصار كما إذا باع حصانًا على أنه للسبق وهو بخلافه، فللمشتري رده لفوات الوصف المرغوب فيه.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «أحق الشرط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» وهو ظاهر، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل». وليست هذه الشروط فيه، وقال عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا».

وهذه الشروط تحرم الحلال كالزوج عليها والمسافرة بها ونحو ذلك، فكانت

مردودة. انظر مادة ٩١^(١).

ومثل اشتراط الزوج شيئاً لها فيه منفعة في نظير النقص عن مهر المثل اشتراطه وصفا مرغوباً فيه عند الزوجة، في نظير الزيادة على مهر المثل، فإذا تزوج رجل امرأة بأزيد من مهر مثلها، واشترط في مقابلة الزيادة وصفا يرغب فيه كالبكارة والجمال، فإن وجد ما اشترطه لزمه كل المسمى، وإن لم يوجد فلا يلزمه إلا مهر المثل وتسقط عنه الزيادة؛ لأنه ما أتى بها إلا في مقابلة وصف ولم يوجد فلا تستحق.

فإذا لم يقابل الوصف المرغوب فيه بشيء من المهر، بل اشترط كما إذا تزوج امرأة بشرط أنها بكر أو جميلة مثلاً، فوجدها بخلاف ما اشترط، فإن كان هناك مهر مسمى في العقد لزمه، وإن لم يكن هناك مسمى وجب مهر المثل، ولا ينقص منه شيء لأن النكاح لا يثبت فيه خيار العيب كما عرفت في مادة (١٦) فارجع إليها تجد شرح هذه المشكلة وأقوال الأئمة فيها بما لا مزيد عليه. انظر مادتي ٩٢ و ٩٣^(٢).

فيؤخذ مما تقدم أنه ليس هناك إلا تسمية واحدة سواء كانت أقل من مهر المثل أو مساوية له أو أكثر منه، على حسب الأحوال المتقدمة، أما إذا سمي لها مهر على تقدير وآخر على تقدير آخر، كما إذا تزوجها على ألف إن أقام بها في هذا البلد، وعلى ألفين إن أخرجها منه، أو على ألف إن طلق ضرتها، وعلى ألفين إن أبقاها على ذمته،

(١) (مادة ٩١) إذا سمي الزوج للمرأة مهراً أقل من مهر مثلها، واشترط في نظير ذلك منفعة، فإن كانت مباحة الانتفاع ووفى بالشرط فلها المسمى، وإن لم يوف به وجب عليه تكميل مهر المثل، وإن كانت المنفعة التي شرطها غير مباحة الانتفاع بطل الشرط ووجب المسمى، ولا يكمل مهر المثل.

(٢) (مادة ٩٢) إذا تزوج الرجل امرأة بأكثر من مهر مثلها على أنها بكر فإذا هي ثيب وجب عليه مهر المثل لا الزيادة.

(مادة ٩٣) إذا اشترط الزوج بكارة المرأة فوجدها ثيباً يلزمه كل المهر المسمى، وإن لم يكن مسمى يلزمه مهر المثل ولا ينقص لثوبتها.

أو على ألف إن كانت قبيحة، وعلى ألفين إن كانت جميلة، صح الشرطان ووجب المسمى في أي شرط وجد، فإن أقام بها في المثال الأول فلها الألف، وإن أخرجها فلها الألفان.

وهكذا في كل مثال من هذا القبيل لرضا كل منهما بمهر مخصوص في حالة مخصوصة فيسري عليهما هذا الرضا، وهو مذهب الصاحبين وهو في غاية الظهور، وقال أبو حنيفة: إن وفي فلها الألف وإلا فمهر المثل، ولكن لا يزيد عن الألفين لرضاها. انظر مادة ٩٤^(١). وفي هذا المقام خبط وتشويش في بعض الكتب، ولكن هذا أحسن ما قيل.

(١) مادة (٩٤) إذا تردد الزوج في المهر كثرة وقلة بين صباحة المرأة وقباحتها صح الشرطان، ووجب المسمى في أي شرط وجد.

الفصل الخامس

في قبض المهر، وما للمرأة من التصرف فيه

قد علمت مما تقدم أن الولاية تنقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال، وأن الشخص متى كان مكلفاً ثبتت له الولاية على نفسه، فإن كان غير مكلف ثبتت الولاية لغيره، وقد عرفت ذلك الغير من ترتيب الأولياء في عقد الزواج. وأما الولاية على المال فتثبت لصاحبه، فكل شخص سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ثبتت له الولاية على ماله إذا لم يكن هناك سبب من أسباب الحجر، فإن وجد واحد منها ثبتت لغيره الولاية على ماله، وذلك الغير ينحصر في ستة، وليس لغيرهم ولاية على المال أصلاً، وهم مرتبون على هذا الترتيب: الأب، ثم وصيه، ثم الجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا، ثم وصيه، ثم القاضي، ثم وصيه.

ومن ضمن أسباب الحجر الصغر، فمتى كان الشخص صغيراً سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ثبتت الولاية على ماله للأب، فإن لم يكن الأب موجوداً فوصيه، فإن مات الأب ولم يوص إلى أحد، أو كان الأب موجوداً ولكن ليس أهلاً للولاية، فالولي هو الجد الصحيح، فإن لم يكن موجوداً فوصيه، فإن مات ولم يوص إلى أحد فالولي هو القاضي لما له من النظر العام، فإن شاء القاضي تولى بنفسه، وإن شاء أقام وصياً يتصرف في أموال الصغار بما فيه المصلحة لهم.

وبما أن المهر ملك للزوجة ومن ضمن أموالها، والصغر من أسباب الحجر، فإن كانت الزوجة صغيرة سواء كانت بكراً أو ثيباً فولاية قبض مهرها تكون لمن ذكروا على الترتيب الذي عرفته، ومتى قبضه واحد منهم برئت ذمة الزوج، فليس للزوجة مطالبته به ولو بعد البلوغ، بل تأخذه ممن قبضه من الزوج؛ لأن الزوج قد دفعه لمن

له الولاية شرعاً، فيكرن هذا الدفع معتبراً تبرأ منه ذمته، ومتى برئت ذمة شخص من دين فلا يعود هذا الدين إليه، فليس للزوجة إذن حق في مطالبته.

وإن كانت بالغة عاقلة غير سفيهة فلها أن تقبض مهرها بنفسها بدون معارضة لها من أحد، ولو كان الأب؛ لأن ولاية أموالها لها في هذه الحالة، فإن شاءت تولت هي قبض المهر بنفسها، وإن شاءت وكلت من تختاره في قبض مهرها، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، إلا أنه لا يجوز لواحد من هؤلاء قبض مهر الثيب إلا بتوكيل صريح منها، وأما البكر فلهم قبضه إذا لم يحصل منها نهي صريح عن قبضه، والفرق بينهما أن العادة جارية بأن الأب يقبض مهر البكر ليضم إليه شيئاً من ماله ويجهزها به، بخلاف الثيب، فإن كانت في العادة الثيب كذلك كانت مثل البكر. انظر مادة ٩٥^(١).

فيؤخذ مما تقدم أنه ليس لغير الأب والجد والقاضي ووصيهم ولاية قبض المهر أصلاً، وإن ثبتت له الولاية في التزويج كالأخ والعم والأم فكل منهم ليس له ولاية قبض المهر من حيث كونه أخاً أو عمًا أو أمًا، فإذا اتصف واحد منهم بصفة تثبت له الولاية على المال ملك ذلك من هذه الجهة، كما إذا أقيم واحد منهم وصياً، سواء كانت أقامته من قبل الأب أو الجد أو القاضي.

فإذا توفي شخص وله أخ وأولاد صغار، وأقام أخاه وصياً على أولاده كانت له الولاية على نفس الأولاد من جهة كونه عمًا، وعلى ماله من جهة كونه وصياً، وإذا كان لهذا الرجل المتوفى ابن كبير وأقامه وصياً ثبتت له ولاية النفس والمال على

(١) (مادة ٩٥) للأب والجد والوصي والقاضي ولاية قبض المهر للقاصرة بكرًا كانت أو ثيبًا، وقبضهم معتبراً ببرأ به الزوج، فلا تطالب المرأة بعد بلوغها، والمرأة البالغة تقبض مهرها بنفسها، فلا يجوز لأحد من هؤلاء قبض مهر الثيب البالغة إلا بتوكيل منها، ولا قبض مهر البكر البالغة إذا نعت عن قبضه، فلو لم تنه فلهم قبضه.

الصغار وهم إخوته، وإذا أقام زوجته التي هي أم الأطفال وصية ثبت لها عليهم الولایتان، فإذا أعطى الزوج المهر إلى واحد من هؤلاء أو غيرهم وكان وصيا برئت ذمة الزوج من المهر، فإذا بلغت البنت فليس لها أن تطالبه به وإنما تطالب من أخذها؛ لأن الزوج أعطاه إلى من يستحق أخذه فتبرأ ذمته فلا يدفعه.

أما إذا أعطاه إلى واحد من هؤلاء ولم يكن وصيا فالبنت بعد البلوغ تخير في أخذ المهر ممن استلمه أو من الزوج، وهو ظاهر؛ لأنه قصر في هذه الحالة إذ أعطاه إلى من ليست له الولاية عليه، فلا تبرأ ذمته أمام الزوجة فتطالبه به، فإن أخذته من غير الزوج فيها لأنه أعطاه ما استلمه من الزوج، وإن أخذته من الزوج فله أن يرجع على من دفعه إليه سواء كان الأم أو غيرها؛ لأنه حيثئذ يكون دفع المهر مرتين، الأولى لغير المستحق، والثانية للمستحق وهي الزوجة، فيرجع على غير المستحق بما أعطاه له. انظر مادة ٩٦^(١).

وبما أن المهر ملك الزوجة فلها أن تتصرف فيه، ولا يكون للزوج حق في معارضتها أصلاً؛ لأنه لا ولاية له على أموالها ولا على نفسها إلا بما يحفظ شرفها ونسبها، فلها أن تتصرف بغير إذنه، سواء كانت رشيدة أو غير رشيدة، وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيها إن كانت رشيدة.

فإن لم تكن رشيدة بأن كانت صغيرة أو بالغة غير عاقلة أو عاقلة ولكنها مبذرة في أموالها، فالولاية تكون للأب ووصيه إلى آخر من عرفتهم، وحيثئذ فهو الذي

(١) (مادة ٩٦) ليس لأحد من الأولياء غير من ذكر في المادة السابقة ولا للأم قبض صداق القاصرة إلا إذا كان وصيا عليها، فإذا كانت الأم وصية ابتها وقبضت مهرها وهي صغيرة ثم أدركت فلها أن تطالب أمها به دون زوجها، وإن لم تكن الأم وصية وقبضته عن بنتها القاصرة فللبنت بعد الإدراك أن تطالب زوجها وهو يرجع على الأم، وكذلك الحكم في سائر الأولياء غير من ذكر قبل.

يتصرف، فإن أرادت التصرف بنفسها وكانت صغيرة مميزة أو كبيرة معتوهة أو سفيهة فلا ينفذ تصرفها إلا إذا أذن لها صاحب الولاية، فإن تصرفت بغير إذنه كان تصرفها موقوفا على إجازته، فإن أجازته نفذ وإن رده بطل.

فلها إن كانت رشيدة أن تتصرف في المهر بما شاءت وكيف شاءت، ولها أن تملك نفس الشيء أو منفعته لغيرها، سواء كان زوجها أو أباه أو أمها أو غيرهم، وسواء كان هذا التملك بعوض أو بغير عوض سمي بيعا، وإذا ملكته إلى غيرها بغير عوض كان هبة، وإن ملكت منفعته إلى الغير بعوض فهو إجازة، وإن ملكتها بغير عوض فهو إعارة؛ لأن الإعارة هي تملك المنفعة بغير عوض، وإذا كانت مدينة لشخص في مبلغ، وأعطت له المهر مشترطة عليه أنها متى دفعت له مبلغ الدين يعطيه لها كان هذا رهنا؛ لأن الرهن هو حبس شيء مالي بحق مالي، يمكن استيفاء الحق من هذا الشيء كلاً أو بعضاً. انظر مادة ٩٧^(١).

فقد بان لك أن المرأة متى كانت رشيدة فلها أن تتصرف في مهرها بما أرادت، فيجوز لها هبة المهر لزوجها، فإن وهبته له وطلقها بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فلا يرجع واحد منهما على الآخر بشيء؛ لأنها قبضت كل ما تستحقه وتصرفت فيه، وقد تأكد بعد الاستحقاق بالدخول فلا رجوع لواحد منهما على الآخر.

وأما إذا وهبته له وطلقها قبل الدخول فللمسألة صور وأحكام مخصوصة؛ لأنه إما أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود، أو على ما يتعين بالتعيين كالبيت والفرس وقطعة من الأرض، والمهر في كل إما أن يكون كله مقبوضاً أو غير

(١) (مادة ٩٧) المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا أمر زوجها مطلقاً، وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه، أو وصيها إن كانت رشيدة، فيجوز لها بيعه أو رهنه وإجارته وإعارته وهبته بلا عوض من زوجها، ومن والديها ومن غيرهم.

مقبوض، أو بعضه مقبوضا والبعض غير مقبوض، وكل واحد على وجهين؛ لأن المرأة إما أن تهب الكل أو البعض، وإليك الأحكام.

فإن تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين، بأن تزوجها على ألف جنيه مثلا وقبضته، ثم وهبته للزوج، ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة جنيه؛ لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت بالطلاق قبل الدخول، فإنه ينصف الصداق بالنص، ولم يصل إليه عين ما يستوجبه بالهبة؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ؛ لأن الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد، ولهذا لو سمى لها دراهم وأشار إليها كان له أن يحبسها ويدفع مثلها جنسًا ونوعًا وقدرًا وصفة، ولا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول، فكانت هبة هذا الألف كهبة ألف آخر، وهي إذا وهبت له ألف جنيه غير الألف الذي قبضته مهرًا، وطلقها قبل الدخول، فلا شك في أن يرجع عليها بنصف ما قبضت، فكذا هنا، وإذا لم يصل إليه عين ما استوجبه ثبت له الرجوع.

فلو لم تقبض الزوجة الألف وهو المهر في الصورة المتقدمة، ثم وهبته كله له فطلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء؛ لحصول المقصود وهو براءة ذمته، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر؛ لأن المهر سلم له بالإبراء، وما سلم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق، وهو براءة ذمته مما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، فالزوج سلم له غير ما يستحق، فلا تبرأ المرأة عما يستحقه.

وجه الاستحسان أن ما يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول هو براءة ذمته عن نصف المهر، وقد وصل إليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الإبراء.

ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود لأنه غير مقصود بنفسه، كمن

يقول لغيره: لك علي ألف جنيه ثمن هذا البيت الذي اشتريته منك، فقال له الآخر: البيت بيتك ولي عليك ألف جنيه قرصًا، لزمه المال لحصول المقصود، وإن كذبه في السبب وهو بيع البيت.

ولو قبضت النصف وهو خمسمائة ثم وهبته الألف كله -أي المقبوض وغيره- ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة. وقال صاحبان: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارًا للبعض بالكل؛ لأنها لو قبضت الكل ووهبته للزوج، ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ما قبضت، فيكون الأمر كذلك. إذا قبضت البعض، ولأن هبة البعض الذي لم تقبضه حط، والخط يلتحق بأصل العقد، فكأنه تزوجها ابتداءً على الخمسمائة المقبوضة.

ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض، وقد حصل له فلا يستوجب أخذ شيء منها، والخط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح، ألا ترى أنه يجوز عقد الزواج وإن بقي بعد الخط أقل من عشرة دراهم، ولو كان يلتحق بأصل العقد لما جاز، كما لا يجوز الإنشاء على أقل من عشرة دراهم، ولهذا لا تنتصف الزيادة على المهر بعد العقد إذا طلقها قبل الدخول بها، ولو كانت تلتحق لتنتصف، وعقد الزواج مخالف لعقد البيع، إذ الخط والزيادة يلتحقان بعقد البيع لا بعقد النكاح، والسبب في ذلك أن النكاح ليس عقد مبادلة ومغابنة، فلا تمس الحاجة إلى رفع الغبن، والبيع عقد مغابنة ومرابحة، فتقع الحاجة إلى رفع الغبن، ولا يمكن ذلك إلا بالالتحاق بأصل العقد، والظاهر مذهب الإمام.

وعلى هذا الخلاف لو وهبت النصف الباقي في ذمته ولم تهب من المقبوض شيئًا، ووجه كل ما تقدم، فإن قبضت أكثر من النصف ووهبت الباقي فإنها ترد عليه ما زاد على النصف عنده، كما لو قبضت ستمائة ووهبت أربعمائة فإنه يرجع بهائة، وعندهما

يأخذ منها نصف المقبوض فترد ثلاثمائة، ولو وهبت مائتين يرجع عليها بثلاثمائة تتميماً للنصف، وأما إذا قبضت أقل من النصف ووهبت الباقي فهو معلوم بالأولى.

ولو كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر غير الدراهم والدنانير في الذمة فحكمه في جميع ما ذكرناه كحكمها لعدم تعيينه، ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت، وهذا كله إذا وهبت للزوج، فإذا وهبت لغير الزوج وسلطته على قبضه منه فأعطاه الزوج له، أو استلمه ممن كان ضامناً للزوج في دفعه، ثم طلقها الزوج قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه أيضاً؛ لأن الزوج أو ضامنه سلم المهر إلى من ملكته الزوجة له بالهبة، فكان كلاً منهما أعطاه لها، فيرجع الزوج عليها بالنصف بالطلاق قبل الدخول؛ لأنه تبين أنها لا تستحق إلا النصف وهو قد سلمها الكل.

فإن كان المهر مما يتعين بالتعيين كالبيت مثلاً فوهبت لزوجها الكل ثم طلقها قبل الدخول، فلا يرجع عليها بشيء، سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده، والقياس أنه يرجع عليها بنصف قيمته وهو قول زفر؛ لأن استحقاقه لجهة الطلاق كما مر، ولم يحصل له من تلك الجهة. وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعيينه في الفسخ كما تعين في العقد، ولهذا لم يكن لكل واحد منهما دفع شيء آخر مكانه، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً وكانت الهبة بعد القبض، حيث يرجع عليها بالنصف لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين، ولهذا لو دفعت شيئاً آخر مكانه جاز.

بخلاف ما إذا باعت الصداق الذي يتعين بالتعيين من زوجها فطلقها قبل الدخول فإنه يرجع عليها بالنصف؛ لأنه وإن كان وصل إليه عين ما يستحقه إلا أنه وصل إليه ببدل، وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل، فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، فلذلك يرجع عليها بنصف المهر.

فإذا وهبت له أكثره أو النصف فلا يرجع عليها بشيء، ولو وهبته لأجنبي ثم وهبه هذا الأجنبي للزوج، ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق مطلقاً، أي: سواء كان المهر مما يتعين بالتعيين أو لا يتعين؛ لأنه لم يسلم إليه النصف من جهتها.

هذا كله إن كانت رشيدة كما عرفت، فإن كانت غير رشيدة بأن كانت صغيرة أو بالغة غير رشيدة فلا يجوز لها أن تهب شيئاً من مالها؛ لأن تصرفات الصغير المميز إن كانت ضارة له ضرراً محضاً تقع باطلة مثل الهبة، فإن فيها إخراج الشيء عن الملك بلا عوض أصلاً، وأي ضرر أشد من ذلك، ولا يجوز لأبيها أن يهب شيئاً من مهرها لا للزوج ولا غيره؛ لأن تصرفات الولي مقيدة بالمصلحة ولا مصلحة هنا، ومثل الأب غيره من أولياء المال بالطريق الأولى. انظر مادة ٩٨^(١).

والشخص لا يجبر على تركه ملكه لغيره أصلاً إلا إذا كان لمصلحة عامة كالطريق العام مثلاً، فإنه يؤخذ منه ملكه بقيمته ولو جبراً عليها، وحيث لا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لأحد ما، سواء كان زوجها أو أباً أو أمّاً أو غيرهم، فإن استلمت جميع المهر من زوجها فيها، وإلا فلها الحق في طلبه منه في أي وقت شاءت دون سواها، إلا إذا كانت غير رشيدة، فإن الطلب يكون لوليها لا لها، وإذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها فحيث يكون للورثة الحق في مطالبة الزوج بالمهر

(١) (مادة ٩٨) إذا وهبت المرأة مهرها كله أو بعضه لزوجها بعد قبضة بتمامه ثم طلقها قبل الدخول بها فله الرجوع عليها بنصفه إن كان من التقدين، أو من المكيلات، أو الموزونات، فلو لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبت الكل في الأولى، أو ما بقي وهو النصف في الثانية لا رجوع، ولو وهبت لأجنبي وسلطته على قبضه فقبضه من زوجها أو من ضامنه، ثم طلقها الزوج قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه أيضاً، فإن كان المهر مما يتعين بالتعيين كالعروض، وهبت زوجها النصف أو الكل، ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء مطلقاً، وليس لأبي الصغيرة أن يهب شيئاً من مهرها.

إن كان الزوج حيًا موجودًا، فإن مات طالبت ورثتها ورثته بما يكون باقيا ذمته من مهرها، ولكن بعد إسقاط نصيب الزوج الآيل له من إرثها لأنه من ضمن الورثة.

فإذا فرضنا أن المهر كان مائتي جنيه، وماتت الزوجة قبل أن تستوفي شيئًا منه، وتركت زوجها وأمها وبنتها وأختها الشقيقة، فللورثة الحق في أن يطلبوا الزوج بالمهر بعد إسقاط نصيبه وهو هنا خمسون جنيهًا؛ لأن الزوج له الربع عند وجود الفرع الوارث للمتوفى وهي البنت هنا، ولو كانت الزوجة استوفت نصف المهر قبل وفاتها طالبت الورثة الزوج إن كان حيًا أو ورثته بالباقي، بعد إسقاط نصيبه، وهو هنا خمس وعشرون جنيهًا، والأم تأخذ السدس لوجود الفرع الوارث، والبنت لها النصف، والأخت لها الباقي بطريق التعصيب؛ لأنها صارت عصبة مع البنت.

ومحل إسقاط نصيب الزوج من المهر أو ما بقي منه إن كان وارثًا لها بأن علم موتها قبله؛ لأن شرط التوريث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، أو إلحاقه بالأحياء تقديرًا، فإن لم يعلم ذلك بأن سقط بيت على الزوجين، أو غرقا في سفينة فأخرجوا ميتين من تحت الردم أو من البحر، ولم يدر من الذي مات منهما أولاً، فلا نورث أحدهما من الآخر، وحينئذ لا نسقط له شيئًا من المهر، بل يؤخذ بتمامه إن لم تكن قبضت منه شيئًا، أو ما بقي منه، ويعطى لغيره من ورثتها. انظر مادة ٩٩^(١).

(١) (مادة ٩٩) لا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لا لزوجها ولا لأحد من أوليائها ولا لوالديها، وإذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقيا بذمته من مهرها، بعد إسقاط نصيب الزوج الآيل له من إرثها إن علم موتها قبله.

الفصل السادس في ضمان المهر وهلاكه واستهلاكه واستحقاقه

اعلم أن الضمان هو الكفالة التي هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالدين أو بغيره، فإذا كان شخص مدينًا لآخر في خمسين جنيهًا مثلاً، وكفل المدين شخص آخر بهذا المبلغ، وقبل الدائن ذلك كله كان هذا كفالة؛ لأن الشخص الذي ضمن الدين ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بالدين، فبعد أن كان الدائن ليس له إلا مطالبة مدينه صار بهذا الضمان له الحق في مطالبة الضامن أيضاً الأول بطريق الأصلية، والثاني بطريق الكفالة.

فالمدين الأصلي يسمى مكفولاً عنه، والدائن يسمى مكفولاً له، والدين يسمى مكفولاً به، والشخص الذي ضمن المدين يسمى كفيلاً، وهذا العقد يسمى كفالة، فمتى كان شخص مدينًا لغيره وكفل هذا الدين ثالث، وكان من أهل الالتزام، وقبل الكفالة الدائن، صح هذا، ويطلب الدائن من شاء منهما بالدين، فإن أخذه من المدين الأصلي فلا رجوع له على أحد لأنه دفع ما عليه، وإن أخذه من الكفيل يرجع به على المكفول عنه ويأخذه منه إن كان أمره بالضمان؛ لأنه صار قاضياً دين غيره بإذنه، فيأخذه منه وإن لم يأمره بالضمان، فلا يأخذ منه شيئاً بغير رضاه؛ لأنه قضى دين غيره بغير إذنه، فهو متبرع فلا يأخذ منه شيئاً جبراً عنه.

ولا يخفى أن الزوج مدين لزوجته في المهر إذ هو الملزم بدفعه، فإذا ضمنه شخص صح هذا الضمان، سواء كان الضامن أجنبياً من الزوجين أو ولياً لأحدهما أو لهما، فإن كان أجنبياً وضمن المهر وأداه للزوجة يرجع به على الزوج إذا كان الضمان بأمره، فإن لم يكن بإذنه فلا يأخذ منه شيئاً جبراً لما عرفته مما تقدم، وإن كان

ولي أحدهما أو وليهما، وضمن المهر للزوجة فإذا أن يكون الضمان في حال صحته، وإما أن يكون في حال مرضه مرض الموت، وعلى كل فيما أن يكون المكفول له - وهو الزوجة - أو عنه - وهو الزوج - وارثا للضامن أو غير وارث له.

فإن كان الضمان في حال الصحة فلا كلام في صحته، سواء كان المكفول له وارثا أو غير وارث، وسواء كان الزوج كبيرًا أو صغيرًا؛ لأن الولي من أهل الالتزام، وقد أضافه إلى ما قبله فيصح؛ إلا أنه إن كان الضامن ولي الزوج يشترط لصحته قبول الزوجة في مجلس الضمان إن كانت مكلفة، فإن كانت غير مكلفة يشترط قبول وليها في المجلس أيضًا، فإن كان الضمان ولي الزوجة فلا يشترط قبول أحد في المجلس؛ لأن إيجابه يقوم مقام القبول عنها، وينفذ الضمان في هذه الحالة - التي هي حالة الصحة - من كل مال الضامن.

فإذا فرضنا أن المهر مائة جنيه وضمنه الولي، وماله لا يساوي إلا هذا المبلغ، فللزوجة أخذه، ولو كان أكثر أخذ منه بقدر المهر، فلو كان ماله أقل من المضمون أخذت الكل، ورجعت بما بقي على الزوج، ولا حق لأحد من الورثة في المعارضة؛ لأن الشخص متى كان صحيحًا فله أن يتصرف في جميع أمواله بكل ما أراد لمن أراد، ما لم يكن محجورًا عليه بسبب من أسباب الحجر.

وإن كان ضمان الولي المهر في حال مرضه مرض الموت، فإن كان المكفول عنه وارثًا فلا ينفذ هذا الضمان إلا بإجازة بقية الورثة، فإذا زوج رجل ابنه وهو مريض وكان له أولاد سواه، وضمن عنه المهر فلا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة؛ لأن الضمان في مرض الموت يعتبر وصية، ولا وصية لوارث، وحيث فلا حق للزوجة في أخذ المهر من مال أبي الصغير إذا لم تجز الورثة؛ لأن الضمان غير صحيح، فإن أجازته فلها هذا الحق لأن المنع لحقهم وقد أسقطوه، وهكذا الحكم فيما إذا كان المكفول له وارثًا، فإذا

زوج رجل بنته وهو مريض وضمن لها فهو كما تقدم، ولا يخفى أنه لو انحصر إرث الضامن في المكفول له أو عنه صح؛ لأن المنع كان لحق الورثة ولم يوجد سواه.

ومثل هذا ما إذا كان كل من المكفول له والمكفول عنه وارثا، كما إذا زوج رجل بنته لابن أخيه الذي هو وليه، وضمن عنه المهر، وليس له وارث يحجب ابن الأخ، فإن الضمان لا يصح إلا بإجازة بقية الورثة، فإن كان كل من المكفول له والمكفول عنه غير وارث للضامن نفذ الضمان من كل المال إن أجازته الورثة، وإن لم يميزوه نفذ من الثلث فقط.

فإذا تزوج رجل له ابن ابن أخيه الذي هو وليه وهو مريض بنت رجل آخر بهائة جنية مثلا، وضمن المهر عنه، فإن أجاز ابنه هذا الضمان نفذ من كل المال، وللمرأة أخذ هذا المهر من كل ماله؛ لأن الابن الذي هو مستحق أسقط حقه، وإن لم يجزه نفذ من ثلث مال الضامن؛ لأن ابن الأخ في هذه الحالة غير وارث، إذ هو محجوب بالابن، وحينئذ ينظر إلى أموال الضامن، فإن كانت المائة المضمونة تخرج من ثلثه بأن كان ماله ثلاثمائة جنية أو أكثر، أخذت كل المهر، وإن كانت لا تخرج من الثلث، بأن كانت جميع أمواله مائة وخمسين جنيها مثلا، أخذت خمسين، وترجع بالباقي على الزوج. انظر مادة ١٠٠^(١).

والمكفول له مخير في أخذ دينه ممن أراد من الكفيل أو الأصيل، فالمرأة إن كانت بالغة فهي مخيرة في هذا، فلها أن تطالب زوجها بعد بلوغه أو الضامن، سواء كان وليه أو وليها، متى كان الضمان صحيحا، سواء كان صغيرا أو كبيرا، ومثله الزوجة،

(١) (مادة ١٠٠) ولي الزوج أو الزوجة يصح ضمانه مهرها في حال صحته صغيرة كانت الزوجة أو كبيرة، بشرط قبولها الضمان في المجلس إن كانت كبيرة، أو قبول وليها إن كانت صغيرة، ولا تصح ضمانه في مرض موته إن كان المكفول له أو عنه وارثا له، فإن لم يكن وارثا صح ضمانه بقدر ثلث ماله.

فإن كان الضامن هو ولي الزوج وكان كبيرا صح الضمان؛ لأنه وكيل فهو كالأجنبي وولايته عليه ولاية استحباب، فحكم ضمانه مهرها كحكم ضمان الأجنبي، فإن ضمن عنه بإذنه رجع وإلا فلا.

وأما إن كان الزوج صغيرا والضامن هو وليه أيضا، بأن زرج ابنه وضمن للمرأة مهرها فإن الضمان يصح أيضا؛ لأن الولي سفير ومعبر فيه، فلا ترجع حقوق العقد إليه، وإن كان مباشرا بخلاف ما إذا اشترى له شيئا ثم ضمن عنه الثمن للبايع، حيث لا يصح ضمانه لأنه أصيل فيه، فيلزمه الثمن، ضمن أو لم يضمن، وأما إذا كان الضمان ولي الزوجة وكانت كبيرة، فصحة الضمان ظاهرة؛ لأنه كالأجنبي إذا ضمن لها المهر، ويثبت لها الخيار إن شاءت طالبت زوجها إن كان كبيرا وهي أهل للمطالبة، أو الولي، ويرجع الولي بعد الأداء على الزوج إن ضمن بأمره، سواء كانت الكبيرة عاقلة أو مجنونة.

وأما إذا كانت صغيرة وزوجها الأب وضمن لها مهرها صح في هذه الحالة؛ لأنه سفير ومعبر فلا ترجع إليه الحقوق، وإنما ملك قبض مهر الصغيرة بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد، ولهذا لا يملكه بعد بلوغها إلا برضاها صريحا أو دلالة، بأن تسكت وهي بكر، بخلاف ما إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري فإنه لا يصح لأنه أصيل فيه، ولذا ترجع حقوق العقد إليه، فيصح تأجيله الثمن وإبرائه المشتري عندهما، خلافا لأبي يوسف، لكنه يضمن للولد لتعديه بالتأجيل والإبراء، ويملك قبض الثمن بعد بلوغه، فلو صح الضمان لصار ضامنا لنفسه. انظر مادة ١٠١^(١).

(١) (مادة ١٠١) للمرأة المكفول مهرها أن تطالب به أيا شاءت من الزوج بعد بلوغه أو الضامن، سواء كان وليها أو وليه، وإذا أدى الضامن رجع على الزوج إن أمره بالضمان عنه، وإلا فلا رجوع له عليه.

فقد بان لك مما تقدم أن الأب إذا زوج ابنه الكبير وضمن مهر امرأته، أو ضمن المهر أجنبي طوّل كل منهما بالمهر بحكم الكفالة، فإن أداه رجع على الزوج، سواء أشهد كل منهما عند الأداء أنه أداه ليرجع، أو لم يشهد إذا كان الضمان بإذن الزوج، وأما إذا زوج الأب ابنه الصغير فإما أن يكون له مال أو لا، فإن كان له مال طوّل الأب بدفع المهر منه سواء ضمن أو لم يضمن؛ لأنه له الولاية في مال أولاده الصغار، وما دام له مال فلا يلزمه شيء لهم، حتى النفقة عليهم فإنها تكون في مالهم، وإن لم يكن له مال بأن كان فقيراً، فإن لم يضمن المهر عنه فلا يطالب به؛ لأن النكاح وإن لم ينفك عن لزوم المال ينفك عن إيفاء المهر في الحال، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه، فإن ضمن المهر صح ضمانه لما عرفته مما تقدم، ويطالب به بحكم الضمان.

فإن سكنت الزوجة حتى بلغ الزوج وطالبته بالمهر ودفعه لها فلا يرجع به على أحد لأنه قضى ديناً واجباً عليه، وأما إن طالبت الأب به وأعطاه لها وأراد الرجوع به على ابنه فالقياس أنه يرجع؛ لأن غير الأب لو ضمن بإذن الأب وأدى، يرجع في مال الصغير فكذا الأب؛ لأن قيام ولاية الأب عليه في الصغير بمنزلة أمره بعد البلوغ، وفي الاستحسان لا رجوع له؛ لأن الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة، ولا يطمعون في الرجوع، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان أو عن التأدية، فحينئذ يرجع لأن الصريح يفوق الدلالة، أعني: دلالة العرف، بخلاف الوصي إذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان فإنه يرجع؛ لأن التبرع من الوصي لا يوجد عادة، فصار كبقية الأولياء غير الأب، فإن لهم حق الرجوع على الصغير إذا ضمنوا عنه المهر.

ومحل اشتراط الإشهاد في الرجوع إذا لم يكن على الأب دين لابنه، فلو كان على

الأب دين للصغير فأدى مهر امرأته ولم يشهد، ثم قال بعد ذلك: إنها أدت مهره من دينه الذي علي صدق، هذا إذا أدى الأب بعد الضمان، أما إذا مات قبل الأداء فللمرأة الخيار إن شاءت أخذت المهر من الزوج، وإن شاءت استوفت ذلك من تركة الأب؛ لأن الكفالة كانت صحيحة، فلا تبطل بالموت، ثم إذا استوفت من التركة رجع باقي الورثة بذلك في نصيب الابن إن لم يكن استلمه، فإن كان قبضه رجعوا عليه.

وقال زفر: ليس لباقي الورثة حق الرجوع على الابن في نصيبه، وعن أبي يوسف مثله؛ لأن الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير؛ لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه، إذ لا يفيد إذنه، ولو أذن فلا تنقلب موجبة له، ولهذا لو أدى الأب حال حياته وصحته لم يرجع إلا إذا شهد، فكذا لا رجوع بعد الموت. قلنا هذه الكفالة صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه، فإذا الأب إذن منه معتبر، وانعدامه وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته.

بخلاف ما إذا أدى عنه في حال حياته لأن تبرع الآباء بالمهر معتاد، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون، وكذا يرجعون إذا أدى في مرض موته ولو كان الضمان في حال الصحة، فإن كان الضمان في مرض الموت فهو غير نافذ لأنه وصية، ولا وصية لو ارث إلا بإجازة باقي الورثة، والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك لأنه مولى عليه كالصغير، سواء كان المجنون أصليا أو طارئا. انظر مادة ١٠٢^(١).

(١) (مادة ١٠٢) إذا زوج الأب ابنه الصغير الفقير امرأة فلا يطالب بمهرها إلا إذا ضمنه، فإن ضمنه وأداه عنه فلا يرجع به عليه، إلا إذا شهد على نفسه عند التأدية أنه أداه ليرجع به، ولو مات أبو الصغير الفقير قبل أداء المهر الذي ضمنه عنه، فللمرأة أخذه من تركته، ولباقي الورثة حق الرجوع به في نصيب الصغير من ميراث أبيه، ولو كان للصغير مال يطالب أبوه ولو لم يضمن المهر عنه يدفعه عن مال ابنه، لا من مال نفسه لما له من ولاية التصرف في مال أولاده الصغار.

ثم إن الشيء المجعول مهرًا إن سلم للمرأة فيها، وإن لم يسلم لها بأن هلك أو استهلك أو استحق فله أحكام ستلقى عليك، وهلاك الشيء زواله من غير أن يكون لأحد من الخلق مدخل في ذلك، والاستهلاك زواله أيضا، ولكن بسبب التعدي عليه، والاستحقاق ظهور الشيء مملوكا لغير من ملكه، فالمهر إن كان غير متعين فلا يتأتى فيه أن نرتب أحكاما على كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة؛ لعدم تأنيها في المهر بالنسبة للمرأة؛ لأنه إذا تزوجها على مائتي جنيه مثلا، أو على عشرين قنطارا من القطن الفلاني، وفرضنا أن الزوج عنده ألف جنيه، أو خمسمائة قنطار من القطن الموصوف في تسمية المهر، فاحترق القطن قضاء وقدرًا، أو أحرق بالتعدي، أو سرقت النقاد، أو ادعى شخص أن هذا القطن ملكه، وأثبت استحقاقه له، فلا يمكننا أن نقول: إن المهر هلك أو استهلك أو استحق، ونرتب على هذه الأشياء أحكاما بالنسبة للزوجة؛ لأن حقها لم يتعين في شيء مخصوص، وإنما هو قائم بذمة الزوج فهو ملزم بتسليمه لها.

فإن كان المهر متعينا في العقد بأن تزوجها وأمهرها هذا البيت، أو هذه القناطير من القطن، أو هذا الحصان مثلا، وهلك أو استهلك أو استحق، يمكننا أن نرتب على هذه الأشياء أحكاما فنقول: إن هلك بعد ما استلمته الزوجة فلا ترجع على أحد بشيء ما لأنه سلمها، وقد هلك تحت يدها، وإن استهلك بعده أيضا، فإن كانت هي المستهلكة له فكذا، وإن كان غيرها ترجع على ذلك الغير بمثله إن كان مثليا، وبقيمته إن كان قيميا، سواء كان هو الزوج أو غيره؛ لأنه تعدى على ملكها، وإن استحق ترجع إلى الزوج بالمثل أو بالقيمة.

وأما إن كان هلاكه قبل أن تقبضه من الزوج بأن هلك تحت يده تأخذ منه مثله أو قيمته؛ لأنه مضمون عليه ما لم يسلمه لها، ولا تبرأ ذمته من ضمانه إلا بالتسليم،

وإن استهلك في هذه الحالة فإما أن يكون المستهلك له هو الزوجة أو الزوج أو المهر أو أجنيا، فإن كان الزوجة بأن قتلت الحصان الذي جعل مهرا مثلاً، فقد صارت مستوفية حقها، فلا ترجع على أحد، وإن كان الزوج أو المهر بأن كان عبداً فقتل نفسه، رجعت على الزوج بالمثل أو القيمة، وإن كان أجنيا خیرت بين أمرين؛ الأول: أن تُصنَّ الزوج مثله أو قيمته، وهو يرجع بها على المستهلك الثاني أن تأخذ ما ذكر من المستهلك، وحينئذ تبرأ ذمة الزوج، وإن استحق في هذه الحالة رجعت على الزوج ببذله، فقد علم مما ذكر أن الاستحقاق لا يختلف حكمه بالنسبة إلى ما قبل القبض أو بعده، بخلاف الهلاك والاستهلاك.

هذا إن استحق كل المهر، فإن استحق النصف مثلاً فإما أن يكون المهر مثلياً أو قيمياً، فإن كان مثلياً فلا حق لها إلا في أخذ نفسه، والرجوع على الزوج بمثل النصف المستحق، وإن كان قيمياً خیرت بين أمرين؛ الأول: أخذ قيمة نصفه من الزوج وتصير شريكة للمستحق. الثاني: أخذ قيمة الكل من الزوج، وهو يشارك المستحق لأن الشركة عيب في القيمي لا المثلي، وهي استحققت الشيء وحدها، فإذا طرأت الشركة بالاستحقاق تضررت فتخير، إذ الخيار ينفي الضرر، ويمكنك أن تستخرج من هذا حكم استحقاق الأقل والأكثر من النصف.

ومحل تخييرها في القيمي بين الأمرين المتقدمين إذا لم يطلقها قبل الدخول، فإن حصل ذلك فلا حق لها إلا في أخذ النصف؛ لأن الشركة حاصلة، سواء استحق النصف أو لم يستحق، إذ الزوج مستحق للنصف بالطلاق قبل الدخول، فهو مشترك على كل حال، سواء كان الشريك هو الزوج أو المستحق، فلا يثبت لها التخيير. انظر

(١) (مادة ١٠٣) إذا كان المهر معيناً فهلك في يد الزوج، أو استهلك قبل التسليم، أو استحق بعده، فللمرأة الرجوع عليه بمثله إن كان من ذوات الأمثال، أو بقيمته إن كان قيمياً، ولو استحق نصف العين المجعلولة مهرًا، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت الباقي ونصف القيمة، وإن شاءت ردتّه وأخذت كل القيمة، فإن طلقها زوجها قبل الدخول بها فلها النصف الباقي.

الفصل السابع في قضايا المهر

اعلم أن الاختلاف بسبب المهر لا يخلو حاله من أحد أمور ثلاثة؛ الأول: أن يكون هناك اتفاق على أصل التسمية في العقد، وعلى القدر المسمى، ولكن يحصل الاختلاف في قبض شيء منه. الثاني: أن يحصل الاختلاف في أصل تسمية المهر. الثالث: أن يكون الاختلاف في القدر المسمى، وكل له حكم يخصه، وإليك البيان.

فإن كان الأول وسلمت المرأة نفسها لزوجها، وادعت بعد ذلك أنها لم تأخذ شيئاً من مهرها أصلاً، وهو ينكر ذلك، لا تسمع دعواها؛ لأن العادة تكذبها، إذ العادة الجارية أن الزوجة لا تسلم نفسها للزوج إلا بعد أن تأخذ شيئاً من المهر، فإذا فرض أن البلد الذي حصل فيه التزوج تخالف عادته العادة المتقدمة، تسمع دعواها بلا نزاع، ولذلك لو ادعت ببعض المعجل تسمع الدعوى؛ لأن العادة أنه بعد اشتراط تعجيل الثلثين مثلاً يدفع النصف، وتزف المرأة إلى الزوج، وتطالب بالسدس بعد ذلك، مع أنه من ضمن المعجل.

وكل ما عرفته بالنسبة للزوجة يقال بالنسبة لورثتها، فإذا ماتت بعد تسليمها نفسها، وادعت الورثة أنها لم تأخذ شيئاً في حياتها لم تسمع دعواهم للعادة الجارية، فلو اختلفت العادة تسمع، فمبنى سماع الدعوى وعدم سماعها على العادة الجارية، إذ العرف له اعتبار ويعول عليه في بعض الأحكام، تأمل واحكم. انظر مادة ١٠٤^(١).

(١) (مادة ١٠٤) بعد تسليم المرأة نفسها للزوج لا تقبل دعواها عليه بعدم قبضها كل معجل مهرها، إلا إذا كان التعجيل غير متعارف عند أهل البلد، فإن ادعت ببعض المعجل تسمع دعواها، وما يمنع المرأة من الدعوى يمنع ورثتها.

وإن كان الثاني - وهو ما إذا كان الاختلاف في أصل تسمية المهر - فإما أن يكون بين الزوجين بأن كان في حياتهما، وإما أن يكون بين أحد الزوجين وورثة الآخر، بأن كان بعد موت أحدهما، وإما أن يكون بين ورثتهما بأن كان بعد موت الزوجين.

فإن كان الاختلاف بين الزوجين بأن ادعى أحدهما تسمية قدر معلوم كإثارة جنيته مثلاً، وأنكر الآخر التسمية بالكلية بأن قال: لم نسّم شيئاً في العقد، فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة؛ الأول: أن يكون الاختلاف بينهما قبل الطلاق وقبل الدخول. الثاني: أن يكون قبل الطلاق وبعد الدخول. الثالث: أن يكون بعد الطلاق وبعد الدخول. الرابع: أن يكون بعد الطلاق وقبل الدخول.

فالقائل بأن هناك تسمية يكون مدعيًا، والنافي لها يكون منكراً، والقاعدة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإن أقام المدعي بينة على دعواه لزم صاحبه ما يدعيه؛ لأنه نورّ دعواه بالحجة، وإن عجز عن إقامة البينة فله تحليف الآخر لأنه منكر، فاليمين عليه، فإن وجهت اليمين إليه فإما أن يمتنع عنها، وإما أن يحلف، فإن امتنع ثبتت دعوى صاحبه؛ لأن الامتناع عن اليمين بذل أو إقرار، وإن حلف أنه لم تحصل تسمية أصلاً يقضى بمهر المثل؛ لأن مدعي التسمية عجز عن إثباتها، ومنكرها حلف على نفيها، فلم تثبت، فنرجع إلى الأصل وهو مهر المثل؛ لأن العادة أن النساء يتزوجن بمهور أمثالهن، فيحكم به، ولكن لا يحكم به بالغاً ما بلغ، بل يشترط أن لا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية للتسمية، ولا ينقص عما ادعاه الزوج إن كان هو المدعي لها.

فإذا فرضنا أن المرأة هي المدعية لها بأن قالت: سمينا المهر مائة وعشرين جنيهاً، فإن كان مهر مثلها مساوياً لما ادعته حكم به، وإن كان أقل منه بأن كان مائة حكم بها، وهو ظاهر، وإن كان زائداً عليه بأن كان مائة وخمسين جنيهاً حكم بما ادعته

أيضاً؛ لأنها رضىت بهذا المبلغ فلا يزداد عليه. وإذا فرضنا أن الزوج هو المدعي لها وهي المنكرة بأن قال: سمينا المهر ثمانين جنيهاً، وحصل ما أوجب الرجوع إلى مهر المثل، فإن كان مهر مثلها مساوياً لهذا المقدار حكم به، وإن كان زائداً بأن كان مائة جنية مثلاً حكم بها، وإن كان أقل بأن كان ستين حكم بثمانين؛ لأن الزوج قد اعترف بأن هذا هو الواجب لها، فيحكم به بدون نقص.

وهذا الحكم في الأحوال الثلاثة الأولى، وأما في الحالة الرابعة - وهي ما إذا كان الاختلاف بعد الطلاق، وقبل الدخول حقيقة أو حكماً - فالحكم فيها أنه إذا لم تثبت التسمية، لا بينة المدعي، ولا بامتناع المنكر عن اليمين، لا يقضى بمهر المثل، بل تجب المتعة لأن الغرض أنها مطلقة قبل الدخول، والتسمية لم تثبت، ومن كانت هذه حالتها تجب لها المتعة.

وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو كان بين ورثة كل منهما، فسيأتي حكمه في شرح مادة (١٠٧) انظر مادة ١٠٥^(١).

وإن كان الثالث - وهو ما إذا كان الاختلاف في القدر المسمى - فإما أن يكون بين الزوجين بأن كان في حياتهما، وإما أن يكون بين أحد الزوجين وورثة الآخر، بأن كان بعد موت أحدهما، وإما أن يكون بين ورثتهما بأن كان بعد موت الزوجين، فإن كان الاختلاف بين الزوجين، بأن ادعى الزوج أن المهر المسمى مائة جنية مثلاً،

(١) (مادة ١٠٥) إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر، فادعى أحدهما تسمية قدر معلوم، وأنكر الآخر التسمية بالكلية، وليس للمدعي بينة، يحلف منكر التسمية، فإن نكل ثبت ما ادعاه الآخر، وإن حلف يقضى بمهر المثل بشرط أن لا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية، ولا ينقص عما ادعاه الزوج إن كان هو المدعي لها، وإذا وقع الاختلاف بينهما بعد الطلاق قبل الدخول - حقيقة أو حكماً - تجب لها المتعة.

وادعت الزوجة أنه مئتان، فلا يخلو الحال من إحدى الصور الأربعة المتقدمة عند الاختلاف في أصل التسمية، إذ الاختلاف إما أن يكون حال قيام الزوجية، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وإما أن يكون بعد الطلاق والدخول حقيقة أو حكماً، وإما أن يكون بعد الطلاق قبل الدخول، ففي الأحوال الثلاثة الأولى لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة:

الأول: أن يقيم أحدهما بينة. الثاني: أن يعجز كل منهما عن إقامة البينة. الثالث: أن يقيم كل منهما بينة، فإن كان الأول - وهو ما إذا أقام أحدهما بينة - قبلت بينته وقضى لها بما ادعاه، سواء كان هو الزوج أو الزوجة، وسواء كان مهر المثل شاهداً لها أو له، أو لم يكن شاهداً لواحد منهما؛ لأن البينة قامت على أمر جائز الوجود، ولا معارض لها فتقبل، ولا يُحكّم مهر المثل لأن تحكيمه ضروري، ولا ضرورة عند قيام البينة.

وإن كان الثاني - وهو ما إذا عجز كل منهما عن إقامة البينة - قال أبو حنيفة ومحمد: نجعل مهر المثل حكماً بينهما، فإما أن يكون المهر شاهداً لها، وإما أن يكون شاهداً له، وإما أن يكون مشتركاً بينهما.

فإن كان مهر المثل شاهداً لها، بأن كان مائتين كما ادعت أو أكثر، كان القول قولها بيمينها؛ لأن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، فإن حلفت لزم الزوج ما ادعته، وإن امتنعت عن اليمين وجب لها ما ادعاه الزوج؛ لأن امتناعها إقرار بما ادعاه.

وإن كان مهر المثل شاهداً له، بأن كان مائة كما ادعى أو أقل، صدق قوله مع يمينه، فإن حلف لزمه ما أقر به، وإن امتنع لزمه ما ادعته المرأة؛ لأن امتناعه عن

اليمين بذل أو إقرار.

وإن كان مهر المثل مشتركاً بين ما تدعيه هي وما يدعيه هو، أي: لا يكون شاهداً لها ولا له، بأن كان مائة وخمسين تحالفاً، أي: حلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات دعواه؛ لأن كلا منهما مدع من وجه ومنكر من وجه، أما الزوج فلأن المرأة تدعي عليه زيادة مائة وهو ينكر، وأما المرأة فلأن الزوج يدعي عليها تسليم النفس عند تسليم المائة إليها، وهي تنكر، فكان كل واحد منهما منكراً من وجه فيتحالفاً.

وعند التحالف إن حلف واحد وامتنع الآخر حكم على الممتنع بقول من حلف؛ لأن امتناعه عن اليمين إقرار بدعوى صاحبه، وإن حلف كل منهما حكمنا بمهر المثل؛ لأننا لو حكمنا بقول واحد منهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح، وهذا لا يجوز، ويبدأ القاضي بيمين الزوج؛ لأن أول التسليمين واجب عليه، أي: أنه يجب عليه تسليم المهر أولاً، وبعد ذلك يجب على الزوجة تسليم نفسها، وقيل: يبدأ القاضي بمن شاء منهما.

ولا يفسخ عقد الزواج بعد التحالف لأن ترك التسمية أصلاً فيه لا يوجب فساداً، فسقوط اعتباره بجهالة السعي بالتعارض أولى، فلا حاجة إلى الفسخ.

وقال أبو يوسف: لا نجعل مهر المثل حكماً، بل القول قول الزوج مع يمينه، إلا أن يأتي بشيء لا يتعارف مهرها؛ لأن المرأة مدعية للزيادة وهو ينكرها، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ولهما أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأن العادة أن المرأة تزوج بمهر مثلها.

وقد ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في ٢٧ ذي القعدة سنة

١٣٢٧ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ مادة ٢٨٠ أن العمل يكون بمذهب أبي يوسف في هذه المسألة ونصها:

يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، وبما دون هذه اللائحة، وبمذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر، وهذه المادة عدلت بالقانون نمرة ٢٥ الذي صدر به المرسوم السلطاني في سنة ١٩٢٠ وهو يقضي بأن تكون بعض الأحكام -وهي قليلة- على مذهب الإمام مالك والإمام الشافعي.

وفي الحالة الرابعة وهي ما إذا كان الاختلاف بين الزوجين في مقدار المهر قبل الدخول وبعد الطلاق، ولم تثبت دعوى واحد منهما ببينة، أو امتناع عن اليمين، لا يحكم مهر المثل بل المتعة، وحيث تجعل متعة المثل حكما بينهما على التفصيل المتقدم، فإن شهدت لها بأن كانت متعة المثل كنصف ما قالته أو أكثر كان القول قولها مع يمينها، وإن كانت شاهدة له بأن كانت كنصف ما قال أو أقل، فالقول قوله مع يمينها، وإن كانت شاهدة له بأن كانت كنصف ما قال أو أقل فالقول قوله مع يمينه، وإن كانت المتعة بينهما بأن كانت بين نصف ما يدعيه ونصف ما تدعيه تحالفا، فإن حلفا وجبت متعة المثل، وأيهما أقام بينة قبلت، فإن أقامها فببينة أولى إن شهدت له المتعة وببينة إن شهدت لها؛ لأن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر.

وعند أبي يوسف لا تحكم المتعة بل يكون القول قول الزوج مع يمينه، إلا أن يأتي بشيء لا يصلح مهرا لمثلها، وصحح كثير ممن يعتمد على آرائهم -كصاحب البدائع والفتح- أن يتصرف ما ادعاه الزوج، واستدل صاحب الفتح بأن المتعة إنما تجب إذا لم تكن هناك تسمية، وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه، وهو نصف ما أقر به الزوج، ويحلف على نفي دعواها الزائد.

وإن كان الثالث - وهو ما إذا أقام كل منهما بينة - فإما أن يكون مهر المثل شاهدا للزوج، وأما أن يكون شاهدا للزوجة، وإما أن يكون مشتركا بينهما.

فإن كان الأول قبلت بينة الزوجة؛ لأن الظاهر يشهد للزوج، فبينه المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى بالقبول (تأمل).

وإن كان مهر المثل شاهدا للزوجة قدمت بينة الزوج لأنها تثبت الخط وهو خلاف الظاهر، تأمل، وإن كان مهر المثل مشتركا بينهما فالصحيح تهاثر البيتين للتعارض؛ لأن مهر المثل لا يشهد لأحدهما، فكانت كل واحدة منهما مظهرة، وليس القضاء بإحدهما أولى من الأخرى فبطل كل منهما، فبقي مهر المثل فيحكم به. وقيل: تقدم بينة الزوج لأنها تظهر الخط من مهر المثل. وقال بعضهم: تقدم بينة المرأة في جميع الصور؛ لأنها تثبت الزيادة، وجميع الفروع في ترجيح البيئات تشهد لهذا، فهو وجيه. انظر مادة ١٠٦^(١).

وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، بأن مات أحدهما، وحصل الاختلاف بين الحي منهما وورثة المتوفى، فالحكم في هذا كالحكم فيما إذا كان الاختلاف بين الزوجين، سواء كان الاختلاف في أصل تسمية المهر أو في قدر المسمى، فما عليك إلا مراجعة المادتين المتقدمتين، ومعرفة الأحكام التي فيها بالنسبة

(١) (مادة ١٠٦) إذا اختلف الزوجان في قدر المهر حال قيام النكاح قبل الدخول أو بعده أو بعد الطلاق والدخول يجعل مهر المثل حكما بينهما، فإن شهد لها بأن كان كما قالت أو أكثر يقبل قولها بيمينها، ما لم يقيم الزوج بينة على دعواه، وإن شهد له بأن كان كما ادعى أو أقل يصدق بيمينه ما لم تقم عليه البينة، وإن كان مهر المثل مشتركا بينهما لا شاهداً له ولا لها تحالفاً، فإن حلفا أو أقاما البينة وتهاثرت البيتان يقضى بمهر المثل، ومن نكل منها عن اليمين في الصورتين حكم عليه بما ادعاه صاحبه، ومن أقام البينة منها قبلت بيته وقضي لها بها، وإن اختلفا في قدره بعد الطلاق قبل الدخول تحكم متعة المثل على التفصيل المتقدم.

لاختلاف الزوجين، وأجرها على الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر.

ولو كان الاختلاف بين ورثتها بأن مات الزوجان واختلفت الورثة، فعند أبي حنيفة القول لورثة الزوج سواء كان الاختلاف في القدر أو في أصل المهر، فإن كان في القدر لزمه ما اعترفوا به، وإن كان في الأصل بأن ادعى ورثتها المهر وأنكره ورثته فلا شيء عليهم، وعندهما الاختلاف بعد موتها كالاختلاف في حياتها، فإن اختلفا في القدر قال محمد: يحكم مهر المثل، وقال أبو يوسف: القول لورثة الزوج، إلا أن يأتوا بشيء قليل لا يصلح مهر المثلها.

وحينئذ يكون الفرق بين قوله، وقول الإمام في هذه الحالة أن الإمام لم يستثن القليل، وإن اختلفا في الأصل يقضى بمهر المثل إذا كان النكاح ظاهراً، إلا إذا أقامت ورثته البينة على إيفاء المهر، أو على إقرارها أو إقرار ورثتها به لأنه كان ديناً في ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى، فإن علم أن الزوجة ماتت أولاً سقط نصيب الزوج من المهر؛ لأنه والحالة هذه من ضمن الورثة، فيسقط من المهر ما يستحقه بطريق الميراث، ويدفع الباقي لورثة الزوجة، وإن علم أنها ماتت معاً، أو لم يعلم أيها مات أولاً، أو علم أن الزوج مات أولاً، فلا يسقط شيء من المهر، بل يقضى كله من تركته؛ لأن الزوج في هذه الأحوال لا يرث الزوجة فلا يسقط شيء من المهر.

واستدل الإمام على قوله بأن موت الزوجين يدل على انقراض أقرانها ظاهراً، فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل، وهذا لأن مهر المثل يقدر كحالتها وكحال نساء عشيرتها، وموتها يدل على موت نساء عشيرتها وموت نساء زمانها ظاهراً، فلا يمكن تقدير مهرها، ولأنه لو سمعت الدعوى في ذلك لسمعت من وارث وارث وارث من ماتت في العصر الأول، إن كان نكاحها ظاهراً مشهوراً في زماننا.

ولهذا احتج أبو حنيفة قائلًا: أرأيت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت علي رضي الله تعالى عنهما على ورثة عمر رضي الله تعالى عنه، أكنت أسمع البينة في ذلك وأقضي فيه بشيء؛ وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقادم العهد وانقضى أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل؛ ولأن القضاء به يؤدي إلى استيفاء مهر المثل مرارًا؛ لأن النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة، فيقضى بمهر المثل، ثم يأتي قوم آخرون فيدعون ذلك فيقضى بمهر المثل، ثم وثم فيتسلسل إلى آخر الدهر.

وهذا يدل على أن المسألة مصورة في التقادم فلو كان العهد قريبًا قضى به، ويدل أيضًا على أنه لو أقيمت البينة على المهر قضى به على ورثة الزوج وهو مسلم، فقد نقل عن أبي حنيفة أنه قال: لا أقضي بشيء حتى يثبت بالبينة أصل التسمية، وبهذا اندفع ما علل به بعضهم مذهب الإمام، من أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى، ومن حيث إنه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة باعتبار الشبه الأول لم يسقط بموت أحدهما، وباعتبار الشبه الثاني يسقط، فسقط بموتهما، فإنه يقتضي أنه لا تسمع البينة عليه بعد موتها لسقوطه أصلاً، والمنصوص عن الإمام خلافه كما علمت، والفتوى في هذا المقام على قول الصاحبين. انظر مادة ١٠٧^(١).

فقد بان لك مما تقدم أن الاختلاف سواء كان بين الزوجين أو بين الورثة، تارة يكون قبل تسليم المرأة نفسها للزوج، وتارة يكون بعد التسليم، وأنه يقضي بجميع

(١) (مادة ١٠٧) موت أحد الزوجين كحياتها في الحكم أصلاً وقدرًا، فإذا مات أحدهما ووقع الاختلاف بين ورثته وبين الحي في أصل المهر أو في قدره يحكم على الوجه المتقدم في المادة السابقة، فإذا مات الزوجان واختلفت ورثتهما في قدر المهر المسمى فالقول لورثة الزوج، ويلزمهم ما يعترفون به، وإن اختلفوا في أصل التسمية يقضى بمهر المثل على ورثة الزوج إن جحدوا التسمية، ونكلوا عن اليمين، وكذلك إذا اتفقوا على عدم التسمية في العقد.

مهر المثل في كل الأحوال التي يكون المهر فيها مستحقاً، ولكن هل تأخذ المرأة أو ورثتها جميع المقتضى به أو بعضه، إن كان الاختلاف قبل تسليم المرأة نفسها للزوج استحق كل المقتضى به، وإن كان بعد التسليم سواء كان وقوعه في حياتها أو بعد موتها أو موت أحدهما.

فإن لم يدع الزوج أو ورثته إيصال شيء من المهر إلى الزوجة أو ورثتها استحق كل المقتضى به أيضاً، وإن ادعى الزوج أو ورثته ذلك، وقد جرت عادة أهل البلد أن المرأة لا تسلم نفسها إلا بعد قبضها شيئاً من مهرها، فحيث يقال لها: لا بد أن تقري بها وصليكِ، معجلاً، وإلا قضينا عليك بالمتعارف، فإن أقرت بأنها قبضت شيئاً معلوماً وصادقها الزوج أو الورثة على ذلك سقط هذا المقدار من مهر المثل، واستحق الباقي منه، وإن لم تقر بها وصلها معجلاً يقضى عليها بإسقاط قدر ما يتعارف تعجيله لثلثها، ويعطى لها الباقي، فإن كان هناك اتفاق على القدر المسمى، وإنما الخلاف في أنه هل وصل إليها شيء أو لم يصل، فهذا ظاهر إذ يقضى بإسقاط النصف أو الثلثين مثلاً على حسب ما يتعارف تعجيله لثلثها، ويعطى لها الباقي منه.

وإن لم يكن بينهما اتفاق على ذلك فإن كان الاختلاف في أصل التسمية والمنكر هم ورثة الزوج، قلها بقية مهر المثل، وإن كان الاختلاف في القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل، وهذا إذا كان حال حياة الزوجين أو بعد موت أحدهما، فإن كان بعد موتها، فإن كان الاختلاف في القدر فالقول لورثة الزوج، ويلزمهم ما يعترفون به، وإن كان في الأصل بأن ادعى ورثتها المسمى وأنكره ورثته، فلا شيء عليهم، ولا يخفى عليك أن هذا مذهب الإمام، والصاحبان يخالفانه، والفتوى على قولهما، فراجع

ذلك واعرفه من شرح المادة السابقة. انظر مادة ١٠٨^(١).

وكل هذه الأحكام بعد حصول العقد، فإن كان قبله فالأحكام هي الآتية:

فإذا طلق رجل امرأته وأنفق عليها غيره وهي في العدة، على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها، فإما أن تتزوجه بعد انقضاء العدة وإما أن تمتنع عن ذلك، فإن تزوجته فلا يأخذ منها شيئاً من المصاريف التي صرفها، سواء كانت نقوداً أو أطعمة؛ لأنه أنفق لغرض مخصوص وقد حصل على مقصوده، فلا يرجع بشيء.

وإن امتنعت عن تزويجه بعد انقضاء عدتها فإما أن يشترط عليها الزوج أو لا يشترطه، فإن اشترط عليها فإما أن يكون أرسل إليها أشياء لتنفق على نفسها منها، وإما أن يكون أرسل إليها طعاماً مهياً للأكل، أو أكلت معه مما يأكل، فإن كان الأول رجع به لأنه ما أعطاهما هذا الشيء إلا لغرض مخصوص، فإذا لم يحصل على غرضه استرد ما أعطاه، فكأنها هبة في مقابلة عوض ولم يحصل، فله حق الرجوع فيها.

وإن كان الثاني فلا يرجع لأنه ليس بتمليك وإنما هو إباحة، إذ الشخص المقدم له طعام من عند غيره يستهلكه على ملك صاحبه، لا على ملك نفسه، وأيضاً لا يعلم قدره، وإن لم يشترط عليها الزوج بها بعد انقضاء عدتها فلا يأخذ منها شيئاً؛ لأنه إنما

(١) (مادة ١٠٨) إنها يقضى بجميع مهر المثل للمرأة في الصور المتقدمة إذا وقع الاختلاف قبل تسليمها نفسها، فإن وقع الاختلاف بعد التسليم سواء كان وقوعه في حياتها أو بعد موتها أو أحدهما، وادعى الزوج أو ورثته إيصال شيء من المهر إليها، وقد جرت عادة أهل البلد بأن المرأة لا تسلم نفسها إلا بعد قبض شيء من مهرها، تقرر بما وصلها معجلاً، فإن لم تقر به يقضى عليها بإسقاط قدر ما يتعارف تعجيله لثلثها، ويعطي لها الباقي منه إن حصل اتفاق على قدر المسمى، وإلا فإن أنكر ورثة الزوج أصل التسمية فلها بقية مهر المثل، وإن أنكروا القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل، وبعد موتها القول في قدره لورثة الزوج.

أنفق على قصده لا على شرطه، وبعضهم يقول: يرجع في هذه الحالة لأن المعروف كالمشروط، وهذا هو الظاهر. انظر مادة^(١).

وإذا خطب الرجل امرأة غير معتدة لغيره، وبعث إليها بهدية أو دفع إليها كل المهر أو بعضه، وامتنعت عن تزوجه إن كانت كبيرة، أو امتنع وليها من ذلك، أو ماتت هي قبل عقد الزواج، فأراد الزوج أن يسترد ما أعطاه وامتنعت هي أو وليها من ذلك يحكم للزوج باسترداد ما دفعه على أنه من المهر، سواء كان موجوداً أو غير موجود، فإن كان قائماً أخذه نفسه، ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال وإن كان هالكاً أو مستهلكاً أخذ عوضه وهو مثله إن كان مثلياً، وقيمه إن كان قيميّاً، وإنها رجع بالمهر مطلقاً لأنه معاوضة، ولم تتم، فجاز الاسترداد، وأما إن كان هدية فله استرداد قيمتها؛ لأنها كالهبة المشروطة بالعوض وهو الزوج، فإذا لم يحصل العوض يرجع الواهب في هبته إن لم يكن هناك مانع من الرجوع، وهلاك الشيء واستهلاكه من ضمن الموانع من الرجوع في الهبة.

ومن هذا تعلم حكم ما يقع كثيراً في زماننا، من أن الرجل يخطف امرأة، ثم يأخذ يكسوها ويهدي إليها في الأعياد، أو يعطيها دراهم للنفقة أو المهر، إلى أن يكمله لها؛ طمعاً في العقد عليها ليلة الزفاف، فإنها إن أبت أن تتزوجه يرجع عليها بغير الهدية الهالكة؛ لأن ذلك مشروط بالتزوج، ولو كان هناك قول يقول بالرجوع مطلقاً، إذا كان سبب العدول غير قهري لكان وجيهاً أيضاً؛ لأن المعطي ليس هبة حقيقة بدليل قولهم كالهبة، فلا يأخذ حكمها من كل وجه.

(١) (مادة ١٠٩) إذا أنفق الخاطب على معتدة الغير وأبت أن تتزوجه بعد انقضاء عدتها، فإن اشترط عليها التزوج بها فله حق الرجوع بما دفعه إليها من التقدين للإنفاق على نفسها، وإن لم يشترط التزوج بها فلا رجوع له بشيء، وكذلك إذا تزوجته، وأما الأطعمة التي أطعمها فلا يرجع بقيمتها ولو اشترط عليها تزويج نفسها منه.

وقال ابن عابدين: لم أر حكماً ما لو مات هو أو أبى فليراجع. وبعد المراجعة في عدة كتب لم أجد نصاً في ذلك فلا أدري أي كتاب أتى المؤلف بالحكم فيها لأنه قال: أو عدل هو، مع أن الظاهر أنه لا يرجع في الهدايا مطلقاً؛ لأنها وإن كانت كالهبة بشرط العوض ولم يحصل إلا أن عدم حصوله آت من جهته هو، بل لو قيل في المهر كذلك لما عدم نصيباً من التوجيه إذا لم يكن مضطراً في الامتناع؛ لأن المنع ليس من المخطوبة أو وليها بل المنع من جهته، وإن فرق بين موته وإيائه كان حسناً، ومع كل ذلك فراجع لعلك تظفر بالنص.

وفي البحر ما يؤيد هذا البحث، فإن فيه في الجزء الثالث في صحيفة (١٩٩) ما نصه: الثاني لو خطب ابنة رجل فقال أبوها: إن نقدت إلي المهر كذا أزوجه منك، ثم بعد ذلك بعث بهدايا إلى بيت الأب، ولم يقدر على أن ينقد المهر فلم يزوجه فأراد الرجوع قالوا: ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك يسترده، وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم، فأما الهالك والمستهلك فلا شيء فيه. اهـ فهذا يفيد أن المنع آت من قبل الزوج بلا اختياره بدليل قوله: ولم يقدر على أن ينقد المهر، فإنه ربما يفهم منه أنه لو كان قادراً على دفع المهر وامتنع لم يثبت له الرجوع، وبالجمله فإنني لم أر نصاً صريحاً في ذلك. انظر مادة ١١٠^(١).

وإذا تزوج رجل امرأة وبعث إليها شيئاً، سواء كان هذا الشيء من الذهب والفضة، أو من العروض كالحرير والصوف والكستور، أو خاتماً من الماس، أو كان مما يؤكل سواء كان مهياً للأكل كخبز ولحم مشوي، أو غير مهياً للأكل كالخنطة

(١) (مادة ١١٠) إذا خطب رجل امرأة وبعث إليها هدية أو دفع إليها المهر كله أو بعضه ولم تزوجه أو لم يزوجه وليها منه، أو ماتت أو عدل هو عنها قبل عقد النكاح، فله استرداد ما دفعه من المهر عيناً إن كان قائماً، ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال، أو عوضه إن كان قد هلك أو استهلك، وأما الهدايا فله استردادها إن كانت قائمة أعيانها، فإن كانت قد هلكت أو استهلكت فليس له استرداد قيمتها.

واللوز والدقيق والسكر والبن، لم يذكر الزوج وقت إرساله أنه من المهر ولا من غيره، سواء كان هذا الإرسال قبل أن تزف إليه الزوجة أو بعد الزفاف، ثم حصل خلاف بين الزوجين فقال الزوج: أرسلته على أنه من المهر، وقالت الزوجة: لا بل هو هدية، فينظر إلى العرف.

فإن كان عرف أهل البلد جارياً بإرسال الشيء المتنازع فيه على أنه من المهر فالقول قول الزوج بيمينه؛ لأن الظاهر يشهد له، وهو يسعى في إسقاط ما في ذمته، ولأنه هو المملك فهو أعرف بجهة التملك، كما إذا قال رجل لآخر: أودعت عندك هذا الشيء، وقال الآخر: لا بل وهبته لي، كان القول قول من يدعي الوديعة. وإن كان العرف جارياً بإرسال مثل الشيء المتنازع فيه هدية فالقول قول المرأة بيمينها؛ لأن الظاهر يشهد لها.

وبما أننا بنينا الحكم على العرف فلا يمكننا أن نقول: إن القول قولها فيما إذا كان المرسل فواكه مثلاً، والقول قوله فيما إذا كان ثياباً؛ لأن ذلك يختلف باختلاف البلاد والأزمان، فالحكم يختلف بالنسبة للبلد والزمن والزوج، فلا بد من أن القاضي ينظر ويحكم حسب العرف الجاري.

فإن حلف الزوج أن ما أرسله إليها من المهر فلما أن يكون المبعوث موجوداً، أو غير موجود، بأن كان هالكا أو مستهلكاً، فإن كان موجوداً خُيرت الزوجة بين أمرين؛ الأول: أن تبقية محسوباً من المهر وترجع على الزوج بالباقي إن لم يف بالمهر، فإن وفى به فلا رجوع. الثاني: أن ترده على الزوج وترجع بباقي المهر إن كانت أخذت منه شيئاً غيره، أو ترجع ب كله إن لم تكن أخذت منه شيئاً؛ لأنه عوض عن المهر فلا ينفرد به الزوج، فلا بد من رضاها، وهي لم تأخذه على أنه من المهر، بل على أنه هدية كما ادعت ذلك.

وإن كان هالكا أو مستهلكا فلا يمكنها أن ترده على الزوج، لكن إن كان مثليا فلها أن ترد مثله على الزوج وتأخذ المهر، وإن كان قيميا تحتسب قيمته من المهر، فإن بقي لأحدهما بعد ذلك شيء يرجع به على الآخر، وهذا كله إذا لم يكن المبعوث من جنس المهر، فإن كان من جنسه وقع التقاص كما لا يخفى. فإن أقام أحدهما بينة قبلت بينته لأنه نور دعواه بالحجة، وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينتها؛ لأن البيّنات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر يشهد له إذ هو يسعى في إسقاط ما في ذمته.

فإن ذكر وقت الدفع جهة أخرى غير المهر بأن قال: اصرفوا بعض هذه الدنانير إلى الشمع وبعضها إلى الخناء، فلا يقبل قوله: إنه من المهر؛ لأنه صرف إلى الجهة التي عينها فلا يتأتى صرفه لغيرها؛ لأن الظاهر يشهد لها.

ولو ادعت المرأة أن المبعوث من المهر وقال: هو وديعة، فإن كان من جنس المهر فالقول لها، وإن لم يكن من جنس المهر فالقول له بشهادة الظاهر.

ولو بعث إلى امرأته شيئا وبعث إليه أبوها شيئا ثم قال: هو من المهر، فلا يبيها أن يرجع بما بعث إن كان من مال نفسه، وكان قائما، وإن كان من مال البنت بإذنها فلها الرجوع أيضا لأنه عوض عن الهبة، وهذا ظاهر إذا كان ما بعث إلى الزوج بعد بعثه، فإن كان قبل إرساله فلا رجوع لأنه هبة من الزوجة للزوج.

وإذا تزوج رجل امرأة وبعث إليها بهدايا، وأعطته المرأة في مقابلتها عوضا، ثم زفت إليه ثم فارقتها وقال: إن ما بعثته إليك عارية، وأراد أن يسترد ذلك، وأرادت المرأة أن تسترد العوض، فالقول له في الحكم؛ لأنه أنكر التملك، فإذا استرد ذلك منها كان لها أن تسترد ما عوضته، فإذا ادعى الزوج أن المرسل من الكسوة وقالت:

هو هدية، فالقول قوله والبينة بيئتها. انظر مادة ١١١^(١).

(١) (مادة ١١١) إذا بعث الزوج إلى امرأته شيئاً من النقدين أو العروض، أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد البناء بها، ولم يذكر وقت بعثه أنه من المهر ولا غيره، ثم اختلفا فقال الزوج: هو من المهر، وقالت: هو هدية، فالقول له يمينه فيما لم يمر عرف أهل البلد بإرساله هدية للمرأة، ولها فيما جرى به. فإن حلف الزوج والمبعوث قائم فهي بالخيار إن شاءت أبقتة محسوبا من مهرها، وإن شاءت ردتته ورجعت بباقي المهر أو كله إن لم يكن دفع لها شيئاً منه، وإن هلك أو استهلك تحتسب قيمته من المهر، وإن بقي لأحدهما بعد ذلك شيء يرجع به على الآخر، وإن أقام البينة فيبيئتها مقدمة.

الفصل الثامن

في الجهاز وممتع البيت، والمنازعات التي تقع بشأنهما

اعلم أن المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا معارض لها إن كانت رشيدة، فليس للزوج معارضتها في التصرفات التي تتصرفها في المهر، وليس له أن ينتفع بشيء مما اشترى به إلا برضاها، وحينئذ فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من المهر ولا غيره إن كانت رشيدة، ولا يجبر أبوها على ذلك إن كانت غير رشيدة؛ لأن الغرض من الزواج التناسل لا المال، ويترتب على ذلك أن الزوجة إذا زفت إلى زوجها بلا جهاز أصلا، أو بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه، فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء من المهر، ولا تنقيص شيء منه بعد الانفاق، بل يلزم بدفع المتفق عليه وإن بالغ في المهر رغبة في كثرة الجهاز.

وبعضهم يقول: إذا زفت إليه بلا جهاز أصلا فله مطالبة الأب أو مطالبتها بما بعث من الدنانير والدراهم، وإن كان الجهاز قليلا فله المطالبة بما لا يليق بالمبعوث، يعني: إذا لم تجهز بما يليق بالمبعوث فله استرداد ما بعث، والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها، إلا إذا سكت بعد الزفاف زمانًا يدل على رضاه فليس له أن يخاصم بعد ذلك، وإن لم يتخذ له شيء، والمعتبر في طول الزمن وقصره العرف، ويظهر من كلامهم ترجيح الأول. انظر مادة ١١٢^(١).

فإن اشترى الأب بالمهر جهازا لابنته - كما هي العادة الجارية - فلا كلام في أنها

(١) (مادة ١١٢) ليس المال بمقصود في النكاح، فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله، فلو زفت بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه الزوج، أو بلا جهاز أصلا فليس له مطالبتها، ولا مطالبة أبيها بشيء منه، ولا تنقيص شيء من مقدار المهر الذي تراضيا عليه، وإن بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز.

تملكه بمجرد الشراء؛ إذ هو بدل ما تملكه وهو المهر، وأما إن اشترى شيئاً من مال نفسه لجهازها أيضاً فإما أن يصرح وقت الشراء بأنه يشتريه على ذمتها أو لا يصرح، فإن صرح بذلك فإما أن تكون البنت كبيرة أو صغيرة.

فإن كانت كبيرة فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة؛ الأول: أن يكون الشراء والتسليم حصلاً في حال صحته. الثاني: أن يكون الشراء حال الصحة والتسليم حال المرض. الثالث: أن يكون كل منهما حال المرض. فإن كان الأول ملكته بالقبض فليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته بعد موته استرداد شيء منه أصلاً إلا برضاها؛ لأنه صار ملكاً لها، ولا يجبر أحد على إعطاء ملكه لغيره، فلو فرض أن الأب مات في هذه الحالة قبل أن يدفع ثمن الجهاز، فالدائن يأخذ ثمنه من التركة، ويقسم ما بقي منها بعد قضاء هذا الدين بين الورثة، ومنهم البنت، بدون أن يسقط من نصيبها شيء في مقابلة ثمن الجهاز.

وإن كان الثاني أو الثالث فإما أن تميز الورثة هذا التملك أو لا، فإن أجازته ملكته أيضاً لأن هذا حقهم، وقد أسقطوه فلا اعتراض عليهم متى كان كل منهم أهلاً للتمليك، وإن لم يميزوه فلا تملكه، بل يكون من ضمن التركة فيأخذ كل من الورثة حقه فيه؛ لأن التملك والحالة هذه هبة للوارث حال المرض، فتعتبر وصية، ولا وصية لوارث إلا بإجازة بقية الورثة.

ولا يقال: إن هناك صورة رابعة وهي ما إذا كان الشراء حال المرض والتسليم في حال الصحة؛ لأننا نقول: الغرض من المرض هو مرض الموت؛ أي: المرض الذي يعقبه الموت، فإذا صح من المرض الذي حصل فيه الشراء فلا يقال: إنه مريض مرض الموت، وحيثئذ فلو حصلت هذه الصورة ملكته بالتسليم، فنكون كالصورة

الأولى. انظر مادة ١١٣^(١).

وإن كانت البنت صغيرة ملكته بمجرد الشراء في الصورة الأولى والثانية، سواء قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته، أو في مرض موته، أو لم تقبضه في حياته، فليس له ما دام حيًا، ولا لورثته بعد موته أخذ شيء منه والحالة هذه؛ لأنه صار مملوكًا لها بمجرد الشراء، فلو مات الأب قبل أن يدفع الثمن فللبائع أخذ ثمنه من التركة، ويقسم الباقي منها على الورثة، وليس لهم أن يسقطوا من نصيب البنت شيئًا في مقابلة ثمن هذا الجهاز.

وفي الصورة الثالثة إن أجازت الورثة ملكته لأن كلا منهم أسقط حقه فيه، فيسقط متى كان أهلاً للإسقاط، وإن لم تجز فلا تملكه، وحينئذ يكون من ضمن التركة فيأخذ كل من الورثة نصيبه منه.

فظهر مما تقدم أنه متى كان الشراء والتسليم حال الصحة ملكته البنت، سواء كانت كبيرة أو صغيرة، ومتى كان كل منهما حال المرض فلا تملكه مطلقًا، وأما لو كان الشراء في حال الصحة والتسليم في حال المرض ملكته الصغيرة لا الكبيرة، والفرق بينهما أن الأب له الولاية على أموال بنته الصغيرة، فیده قائمة مقام يدها، فبمجرد الشراء على ذمتها انتقل الملك لها، وصار تحت يد الأب كباقي أموالها، بخلاف الكبيرة فإن لها الولاية على مال نفسها، فليست يد أبيها كيدها، فلا تملك ما تبرع به الأب إليها إلا بوضع يدها عليه، ومثل الجهاز في كل الأحوال المتقدمة غيره.

(١) (مادة ١١٣) إذا تبرع الأب وجهاز بنته الكبيرة من ماله، فإن سلمها الجهاز في حال صحته ملكته بالقبض، وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه، وإن لم يسلم إليها فلا حق لها فيه، ولو سلمه إليها في مرض موته فلا تملكه إلا بإجازة الورثة.

انظر مادة ١١٤^(١).

وبما أنك قد علمت مما تقدم أن المهر ملك للمرأة، وليس لأحد فيه حق، فإذا جهزها أبوها به كله فلا كلام، وأما إن جهزها ببعضه فلها الحق في مطالبتها بما بقي منه، سواء كان قليلا أو كثيرا، ويجبر على دفعه لها. انظر مادة ١١٥^(٢).

وإذا ثبت أن المهر ملك للمرأة، فالجهاز الذي اشترى به ملكها أيضا وحدها؛ لأنه مقابل ملكها، وحيث أن حق الزوج في أخذ شيء منه ولا الانتفاع به إلا برضاها، فليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها في بيته، سواء كان له أو لغيره، فلو رضيت بذلك ثبت له هذا الحق؛ لأن الشخص له أن يملك غيره عين ما يملكه أو منفعتة، سواء كان بعوض أو بغير عوض.

فلو فرض أن الزوج طلب من زوجته فرش أمتعتها في بيته وامتنعت، فأخذها قهرا واستعملها كان غاصبا، أي: واضعا يده على ملك غيره بلا حق شرعي، ويترتب على غصبه لها أن الزوجة لها الحق في استردادها ما دامت موجودة، فإن هلكت بنفسها أو استهلكها أحد وهي عنده، فلها الحق في مطالبتها بقيمتها، سواء كان حال قيام الزوجية أو بعدها؛ لأن يد الغاصب يد ضمان؛ أي: أن المغصوب

(١) (مادة ١١٤) إذا اشترى الأب من ماله في صحته جهازا لبنته القاصرة ملكته بمجرد شرائه، سواء كانت قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته، أو في مرض موته، أو لم تقبضه في حياته، وليس له ولا لورثته أخذ شيء منه، ولو مات قبل دفع ثمنه يرجع البائع على تركته، ولا سبيل للورثة على القاصرة.

(٢) (مادة ١١٥) إذا جهز الأب بنته من مهرها، وقد بقي عنده شيء منه فاضلا عن تجهيزها، فلها مطالبة به.

يكون مضمونا عليه، ما لم يرده إلى يد المغضوب منه سالما. انظر مادة ١١٦^(١).

هذا إذا صرح الأب وقت شراء الجهاز بأنه مملوك لبنته، وأما إذا لم يصرح وقت شرائه الجهاز من مال نفسه لبنته، بأنه ملك لها، أو كان هذا الشيء موجودا عنده قبل تزوجها، وسلمها إلى الزوج بهذا الجهاز، ثم بعد ذلك أراد استرداده منها، مدعيا أنه أعطاه لها على سبيل الانتفاع لا التملك، وحينئذ يكون عارية، فله الحق في أخذه منها متى أراد، وهي تنكر ذلك وتدعي أن الإعطاء كان على سبيل تملك نفس الجهاز، لا الانتفاع به فقط، فليس لك حق في استرداده.

فإن أقام أحدهما بينة على دعواه حكم له لأنه نَوَّرَ دعواه بالحجة، وإن لم يقم أحدهما بينة نرجع إلى المتعارف بين الناس؛ إذ هو الذي يرجح دعوى أحدهما، فإن غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل هذا جهازا لا عارية فالقول لها بيمينها لأن الظاهر يشهد لها، وإن غلب العرف أن الأب يدفعه عارية فالقول للأب بيمينه، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب لأنه المعطي، فجهة الإعطاء لا تعلم إلا منه فكان القول له بيمينه، وليس هناك ما يكذب دعواه قطعا، إذ الموضوع أن العرف مشترك، ومثل هذا ما إذا كان الجهاز الذي يدعي أنه عارية أكثر مما يجهز به مثلها، فإن القول لها بيمينه.

ولو مات الأب وادعت الورثة أن هذا الجهاز عارية، ويقصدون بذلك أنه من ضمن التركة لأنه لم يخرج عن ملك مورثنا، فيأخذ كل منا حقه فيه، ولا تختص به البنت، وأنكرت البنت ذلك قائلة: إنه ملكي لا يزاحمني فيه غيري، فأستوفي نصيبي

(١) (مادة ١١٦) الجهاز ملك المرأة وحدها، فلا حق للزوج في شيء منه، وليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها له ولأضيافه، وإنما له الانتفاع بها بإذنها ورضاها، ولو اغتصب شيئا منه حال قيام الزوجية، أو بعدها، فلها مطالبة به أو بقيمته إن هلك أو استهلك عنده.

من التركة بدون أن يسقط شيء منه، في مقابلة هذا الجهاز لأن أبي ملكه لي حال حياته، كان الحكم كما لو كان الأب موجودًا وادعى أنه عارية.

ولو ماتت الزوجة وادعى الأب ما تقدم، يقصد أن هذا ليس ملكا لبنتي فلا حق للزوج في الإرث منه، والزوج يدعي أنه ملكه لها حال حياتها، فيكون تركة، فلي الحق في أخذ نصيبه منه، كان الحكم كما تقدم أيضًا، ومثل هذا ما إذا ماتت البنت والأب، واختلفت الورثة والزوج في التملك والعارية.

وكل ما تقدم مقيد بغير ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية، فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للزوج أن يدعي أنه لها فيرث منه، بل القول فيه للأب أنه أعارها لها أو استعاره، ولكن بالتأمل نرى أن هذا خارج من أول الأمر؛ لأن هذا ليس من الجهاز عرفا. والأم والجد في جميع الأحكام المتقدمة كالأب، بخلاف الولي غير الأب والجد؛ لعدم جريان العرف بذلك، فإن جرى العرف بأنه يجهز الصغيرة كان الحكم كما تقدم أيضا.

ولو دفعت الأم في تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرته وعلمه، وهو ساكت، وزفت إلى الزوج فليس للأب أن يسترد ذلك من البنت لجريان العرف، وكذا لو أنفقت الأم في جهاز ابنتها ما هو معتاد والأب ساكت، لا تضمن الأم؛ لأن السكوت هنا كالنطق. انظر مادة ١١٧^(١).

(١) (مادة ١١٧) إذا جهز الأب بنته وسلمها إلى الزوج بجهازها، ثم ادعى هو أو ورثته أن ما سلمته إليها أو بعضه عارية، وادعت هي أو زوجها بعد موتها أنه تملك لها، فإن غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل هذا جهازا لا عارية فالقول لها ولزوجها، ما لم يقيم الأب أو ورثته البينة على ما ادعوه، وإن كان العرف مشتركا بين ذلك، أو كان الجهاز أكثر مما يجهز به مثلها، فالقول قول الأب، وورثته والأم في ذلك كالأب.

وكل ما تقدم إنما هو بالنسبة للاختلاف في المهر، فإن وقع الاختلاف في المتاع الموضوع في البيت، فإما أن يكون الاختلاف بين الزوجين سواء كان حال قيام الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما، أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثة كل منهما، وعلى كل من هذه الأحوال الثلاثة فإما أن يكون المتاع المتنازع فيه صالحاً للزوج، أو صالحاً للزوجة، أو صالحاً لهما.

فإن كان الاختلاف بين الزوجين في المتاع الموجود في البيت الذي يسكنانه، سواء كان البيت ملكاً للزوج أو للزوجة أو ملكاً لغيرهما، والزوج مستأجره من المالك، بأن ادعى كل منهما أن المتاع ملك له، فإن أقام أحدهما بينة على دعواه قبلت وحكم له به، ولو كان الشيء المتنازع فيه مما يصلح للآخر لأنه نورّ دعواه بالحجة.

وإن لم يقم أحدهما بينة ينظر إلى الشيء المتنازع فيه هل هو صالح للرجل، أو صالح للمرأة، أو صالح لكل منهما، فإن كان صالحاً للرجل وحده كالثياب الخاصة به حكم له بيمينه؛ لأن الظاهر يشهد له، وإن كان صالحاً للمرأة فقط كالثياب الخاصة بها والأساور والحلي حكم لها بيمينها؛ لأن الظاهر يشهد لها.

وإن كان صالحاً للثنين كالأسيرة والأواني حكم للزوج به؛ لأنه صاحب اليد، إذ المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول لصاحب اليد في الدعاوى، بخلاف ما يختص بالمرأة؛ لأن ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها، فيتعارضان فيترجح الاستعمال من جهتها.

وهذا إذا لم يكن الشيء المتنازع فيه من البضائع التجارية، فإن كان منها فهو لم

يتعاطى التجارة منهما، سواء كان هو الزوج أو الزوجة. انظر مادة ١١٨^(١).

وإن مات أحد الزوجين ووقع النزاع بين الحي منهما وورثة الآخر، بأن كان كل منهما يدعي ملكية هذا الشيء، فأيهما أقام البينة حكم له بها لأنه أثبت دعواه، فإن لم يقم أحدهما بينة فما يصلح للرجل وحده حكم له به، أو لورثته إن كان هو المتوفى، وما يصلح للمرأة حكم لها به أو لورثتها إن كانت هي المتوفاة، وما هو صالح للرجال والنساء قال أبو حنيفة: يحكم به للحي منهما سواء كان هو الزوج أو الزوجة.

وقال أبو يوسف: يدفع للمرأة في المشكل ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته. وقال محمد: ما يصلح لأحدهما فهو له، وما يصلح لهما فهو للزوج، وقوله هذا لا يختلف بين أن يكون في حياتها أو بعد موت أحدهما.

فحاصله أنهم اتفقوا على أن ما يصلح لأحدهما فهو له في الحياة والموت، حتى تقوم ورثته مقامه، واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة جعله للزوج في حالة حياتها، وللحي منهما في حال موت أحدهما، ومحمد جعله للزوج في الحالتين، وأبو يوسف جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين؛ لأنها تأتي بجهاز عادة، فكان الظاهر شاهدا لها، وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيظل به ظاهره، لا معارضة في الباقي، فيعتبر لهما في الاستواء بين الحالتين، إلا أن الورثة يقومون مقام الميت لأنهم

(١) (مادة ١١٨) إذا اختلف الزوجان حال قيام التكاح أو بعد الفرقة في متاع موضوع في البيت الذي يسكنان فيه، سواء كان ملك الزوج أو الزوجة، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة، إلا أن يقيم الزوج البينة، وما يصلح للرجال أو يكون صالحا لهما فهو للزوج، ما لم تقم المرأة البينة، وأيهما أقامها قبلت منه وقضي له بها، ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه، وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما.

خلفاؤه، فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل.

ولأبي حنيفة رحمه الله: إن يد الحي منهما أسبق إلى المتاع؛ لأن الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح، كما يقع بالصلاحية للاستعمال، بل هو أولى؛ لأن لليد رجحانا مطلقا، ولذا يرجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية، ولأن يد الحي منهما يد نفسه، ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الأصل، وإن حصل الاختلاف بين ورثة الزوجين، فالظاهر أنه كالاختلاف بين الزوجين؛ لأن ورثة كل منهما يقومون مقامه ولم أره، فإن وجدت نصا فاعمل به، وقد وجد النص موافقا للاستظهار.

وهذا الموضوع يحتاج إلى فطنة القاضي وذكاؤه والتحري بقدر الإمكان؛ لأنه مشكل والفصل فيه صعب جدا، ولذا تشعبت فيه الآراء وكثرت المذاهب. انظر مادة ١١٩^(١).

(١) (مادة ١١٩) إذا مات أحد الزوجين، ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت فالمشكل الذي يصلح للرجل والمرأة يكون للحي منهما عند عدم البينة.

الباب الثامن

في نكاح الكتابيات، وحكم الزوجية بعد إسلام الزوجين أو أحدهما
الفصل الأول في نكاح المسلم الكتابيات

اعلم أنه يجوز للمسلم أن يتزوج من هي مقرة بدين سماوي، سواء كانت نصرانية أو يهودية وسواء كانت ذمية أو مستأمنة أو حرة، وإن كان يُكره تزوج الحرة، فإن لم تكن مقرة بدين سماوي كالمجوسية والوثنية فلا يجوز للمسلم تزوجها، وقد تقدم لك شرح هذا المقام في مادة (٣١ و ٣٢) بما لا مزيد عليه فارجع إليه إن شئت، وقد علمت من مادة (٣٩) أنه لا ولاية للمسلم على غير المسلم، إلا إذا كان صاحب ولاية عامة كالسلطان.

وحينئذ فإن كانت الكتابية بالغة عاقلة فهي التي تزوج نفسها بلا توسط ولي، وإن كانت صغيرة أو كبيرة غير عاقلة فالذي يتولى عقد زواجها هو وليها الكتابي، فلو كان لبنت صغيرة أخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي وهي كتابية كانت الولاية عليها في مالها وفي تزويجها لأخيها الذمي لا للمسلم، فليس لأخيها المسلم تزويجها لأنه لا ولاية له عليها، ولكن عندما يتزوج مسلم كتابية لا يشترط أن يكون الشاهدان مسلمين، بل يصح أن يكونا كتابيين سواء كان دينهما موافقاً لدينها أو مخالفاً له.

فإن تزوج مسلم بغير مسلمة واستمر الزوجان على هذا العقد بلا نزاع فبها، وأما إذا حصل النزاع في أصل العقد بأن ادعى عليها الزواج وهي تنكر، وأقام عليها البينة، وهما الكتابيان اللذان حضرا العقد، قبلت شهادتهما عليها، وحكم بثبوت الزوجية لقبول شهادة الكتابي على مثله، وإن كانت هي المدعية وهو المنكر فلا تثبت الزوجية بشهادة الكتابيين؛ لأن شهادة الكتابي على المسلم غير مقبولة، ولا تنافي بين

صحة العقد بحضورهما وعدم ثبوته بشهادتهما؛ إذ الصحة غير الثبوت عند النزاع، وإنما جاز تزوج الكتابية لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ انظر مادة ١٢٠^(١).

وتزوج الكتابية جائز ولو كان من تزوجها متزوجا بمسلمة، كما أنه يجوز للمتزوج كتابية التزوج بمسلمة، فإذا حصل الجمع بينهما فلا يفضل المسلمة على الكتابية بشيء ما؛ لأن كلا منهما زوجته، فيعدل بينهما في كل ما يقدر عليه. انظر مادة ١٢١^(٢).

ولا يتوهم من صحة زواج المسلم الكتابية أن الكتابي يجوز له تزوج المسلمة، فإن المسلمة لا تتزوج إلا مسلماً، فلا يجوز تزوجها بمشرك، وهو من أشرك مع الله غيره ولا كتابياً، سواء كان يهودياً أو نصرانياً، ولو فرض أن المسلمة تزوجت بغير المسلم كان العقد باطلاً، فلا يترتب عليه أحكامه من الإرث وغيره، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُدْخِلُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا^١ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ^٢ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ﴾.

لأن الرجل مستفرش للمرأة فلا يجوز أن يكون أقل منها في الاعتقاد، إذ المسلمة تعتقد ما يعتقد الكتابي وزيادة؛ لأنها تقر بالرسول الذي يقر به وبما جاء به من عند الله تعالى، وبسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وهو لا يقر إلا بالرسول الذي هو متبعه، فلو اعتقد ما تعتقده هي جاز التزوج، قال في البدائع: والنص وإن ورد في

(١) (مادة ١٢٠) يصح للمسلم أن يتزوج كتابية، نصرانية كانت أو يهودية ذمية أو غير ذمية وإن كره، ويصح عقد نكاحها مباشرة ولها الكتابي وشهادة كتابيين ولو كانا مخالفين لدينها، ولا يثبت النكاح بشهادتهما إذا جحدته المسلم، ويثبت بها إذا أنكرته الكتابية.

(٢) (مادة ١٢١) يصح نكاح الكتابية على المسلمة والمسلمة على الكتابية وهما في القسم سياتن.

المشركين لكن العلة -وهي الدعاء إلى النار- يعم الكفرة أجمع، فيتعمم الحكم بعموم العلة، فلا يجوز إنكاح المسلمة الكتابي، كما لا يجوز إنكاحها الوثني والمجوسي. انظر مادة ١٢٢^(١).

فإن استمرت الكتابية التي تزوجها المسلم على دينها فيها، وإن خرجت عن هذا الدين إلى غيره، فإن كان الدين الذي انتقلت إليه سماويا أيضا استمر العقد صحيحا؛ لأنه يجوز للمسلم أن يتزوجها ابتداء لو كانت متدينة بالدين الذي انتقلت إليه، فمن باب أولى استمرار العقد على الصحة، فإذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت فلا يفسد النكاح؛ لأنه يجوز أن يتزوج يهودية أو نصرانية ابتداء، فبقاء من باب أولى. وإن كان الدين الذي انتقلت إليه غير سماوي، بأن كانت يهودية أو نصرانية فتمجست انفسخ النكاح؛ لأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج ابتداء بمجوسية، فلا يستمر العقد إذا حدثت صفة تمنع من العقد عليها ابتداء. انظر مادة ١٢٣^(٢).

والأولاد الذين يولدون بين المسلم والكتابية يحكم عليهم بالإسلام تبعا لدين أبيهم، سواء كانت الأولاد ذكورا أو إناثا، بخلاف ما هو مشهور عند العامة من أن الذكور يتبعون دينه والإناث دينها؛ لأن الأصل أن الولد -سواء كان مذكرا أو مؤنثا- يتبع خير الأبوين ديناً، ولذلك لو تزوج وثني كتابية أو كتابي مجوسية كان الولد كتابيا؛ لأن المجوسي أو الوثني شر من الكتابي. انظر مادة ١٢٤^(٣).

وليست كل الأحكام المترتبة على زواج المسلم بالمسلمة مترتبة على تزوج المسلم

(١) (مادة ١٢٢) لا تتزوج المسلمة إلا مسلما، فلا يجوز تزوجها مشركا ولا كتابيا يهوديا كان أو نصرانيا ولا ينعد النكاح أصلا.

(٢) (مادة ١٢٣) إذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت فلا يفسد النكاح.

(٣) (مادة ١٢٤) الأولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية ذكورا كانوا أو إناثا يتبعون دينه.

بالكتابية، إذ من أحكام الزوجية الميراث، فإذا مات أحد الزوجين المسلمين -ولو قبل الدخول- ورثه الآخر، ولكن لو مات أحدهما وكانت الزوجة كتابية فلا يرثه الآخر؛ لأن سبب الميراث -وإن كان موجودا وهو الزوجية- إلا أنه منع منه مانع وهو اختلاف الدين، وبناء عليه فإن كل أولاد المسلم من الكتابية يرثون أباهم لأنهم تابعون له في الدين لا لها، وبما أن اختلاف الدين مانع من الإرث فلا يرث غير المسلم من المسلم، ولا المسلم من غير المسلم، وبعضهم يقول بتوريث المسلم من غير المسلم ولا عكس، ولكن الصحيح هو الأول، كما ستأتي لك الأدلة في الموارد إن شاء الله تعالى. انظر مادة ١٢٥^(١).

(١) (مادة ١٢٥) اختلاف الدين من موانع الميراث، فلا يرث المسلم زوجته الكتابية إذا ماتت قبل أن تسلم، وهي لا ترثه إذا مات وهي على دينها.

الفصل الثاني في حكم الزوجية بعد إسلام الزوجين أو أحدهما

إذا كان الزوجان غير مسلمين فإما أن يسلم أحدهما أو يسلم معاً، وإذا أسلم أحدهما فإما أن يكون هو الزوج أو الزوجة، فإن أسلمت الزوجة فإما أن يكون الزوج مميزاً أو غير مميز، فإن كان مميزاً ولو صغيراً أو معتوها يعرض عليه الإسلام، سواء كان كتابياً أو غير كتابي، فإن امتنع فرق القاضي بينهما لأن زوجته صارت مسلمة، فلا بد من أن يكون زوجها مسلماً، وإن أسلم فإما أن تكون زوجته محرماً له بالنظر إلى الدين الإسلامي أو غير محرم.

فإن كانت محرماً له فرق بينهما أيضاً لالتزامهما أحكام الدين الذين انتقلا إليه، وهو لا يجوز ذلك لعدم المحلية، وإن كانت غير محرم له يقران على نكاحهما، ولا حاجة لتجديد العقد على حسب الدين الإسلامي؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون، ولأن حالة الإسلام حالة البقاء، والشهادة مثلاً ليست شرطاً فيها، وإنما هي شرط في حالة الابتداء؛ لأن الأصل أن كل نكاح صحيح بين المسلمين صحيح إذا تحقق بين غيرهم؛ لتضافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة، فحيث وقع من غيرهم على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته.

وإن كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح بغير شهود، أو في العدة، يجوز في حقهم إذا اعتقدوه، ويقران عليه بعد الإسلام، وإن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم، اختلف فيه على قولين، فقال بعضهم: يقع فاسداً، وقال البعض الآخر: يقع جائزاً، ولكن إذا أسلم أحدهما يفرق بينهما.

وإن كان غير مميز فإما أن يكون عدم تمييزه لصغره، وإما أن يكون لجنونه، فإن

كان لصغره ينتظر تمييزه، فإن ميز عرض عليه الإسلام كما تقدم؛ لأن التمييز له وقت معلوم فينتظر، وإن كان لجنونه فلا ينتظر شفاؤه لأنه ليس له وقت معلوم، وربما طال سنين كثيرة، فتتضرر الزوجة التي أسلمت، وحينئذ فيما أن يكون له أب أو لا يكون، فإن كان عرض عليه الإسلام، فإن أسلم تبعه ابنه واستمرت الزوجية، إلا إذا كانت الزوجة محرماً له، وإن امتنع فرق بينهما القاضي.

وإن كان له أبوان عرض عليهما الإسلام؛ لأنه يصير مسلماً تبعاً لأحدهما، فإذا أبى أحدهما فلا بد من عرضه على الآخر، وإن لم يكن له أب ولا أم يقيم له القاضي وصياً ليقضي عليه بالفرقة؛ لأنه لا يجوز عرض الإسلام على المجنون لعدم صحته منه، ولا يجوز انتظار الشفاء لعدم علم الوقت الذي يحصل فيه، وربما بقي زمناً طويلاً، فتتضرر الزوجة التي أسلمت، ولا يجوز القضاء على المجنون، فأقيم له الوصي للقضاء عليه بالفرقة.

وليس المراد من عرض الإسلام على والده أنه يعرض عليه بطريق الإلزام، بل على سبيل الشفقة المعلومة من الآباء على الأولاد عادة، فلعل ذلك يحمله على أن يسلم، ألا ترى أنه إذا لم يكن له والدان جعل القاضي له وصياً وفرق بينهما، فالآباء يسقط هنا للتعذر، ففائدة نصب الوصي الحكم بالتفريق بلا عرض، بل يسقط العرض للضرورة؛ لأنه لا يصير مسلماً بتبعيته غير الأبوين، وتستمر الزوجية إلى أن يقضي القاضي بالفرقة، وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية، ويترتب عليه أنه لو ماتت الزوجة قبل الحكم بالفرقة وجب لها كمال المهر، وإن لم يدخل بها؛ لأن النكاح قائم، والمهر يقرر بالموت، ولكن لا يتوارثان لقيام المانع وهو اختلاف الدين.

وفي حال ماذا امتنع الزوج عن الإسلام بعد عرضه عليه فيما إذا كان مميزاً، أو امتنع أحد أبويه عن الإسلام فيما إذا كان مجنوناً، وفرق القاضي بين الزوجين يكون

التفريق طلاقاً بائناً لا فسخاً، ويترتب على ذلك أنه لو أسلم بعد ذلك وتزوجها ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً، وقال أبو يوسف: هذا التفريق فسخ لا طلاق، واستغرب بعضهم هذا الحكم قائلاً: هذا من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون.

وفي هذا الاستغراب نظر؛ إذ الطلاق من القاضي وهو عليها لا منها، فليسا بأهل للإيقاع بل للوقوع، أي: أنها ليسا أهلاً لإيقاع الطلاق منهما، بل هما أهل للوقوع، أي: حكم الشرع بوقوعه عليهما، وفي شرح التحرير قال صاحب الكشف وغيره: المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق في حق الصغير عدمها عند الحاجة، فأما عند تحققها فمشروع.

قال شمس الأئمة السرخسي: يزعم بعض مشايخنا أن هذا الحكم غير مشروع أصلاً في حق الصبي، حتى إن امرأته لا تكون أهلاً للطلاق، وهذا وهم عندي، فإن الطلاق يملك بملك النكاح، إذ لا ضرر في إثبات أصل الملك، بل الضرر في الإيقاع، حتى إذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحاً، فإذا أسلمت زوجته وأبى فَرَّقَ بينهما، وكان طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد، وإذا ارتد -والعياذ بالله تعالى- وقعت البينة وكان طلاقاً عند البعض، ولل كلام تنمة في رد المختار في الجزء الثاني صفحة ٥٣٦، انظر مادة ١٢٦^(١).

(١) (مادة ١٢٦) إذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلمت المرأة تعرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم يقران على نكاحهما ما لم تكن المرأة محرماً له، وإن أبى الإسلام أو أسلم وهي محرم له يفرق الحاكم بينهما في الحال، ولو كان صغيراً مميزاً أو معتوماً، فإن كان غير مميز ينتظر تمييزه، وإن كان مجنوناً فلا ينتظر شفاؤه، بل تعرض الإسلام على أبويه لا بطريق الإلزام، فإن أسلم أحدهما تبعه الولد وبقي النكاح على حاله، وإن أباه كل منهما يفرق بينه وبين زوجته، وإن لم يكن له أب ولا أم يقيم القاضي عليه وصياً ليقضي عليه بالفرقة، وتفريق القاضي لأبائه الصبي المميز وأحد أبوي المجنون طلاق لا فسخ، وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجة باقية.

وإذا أسلم الزوج فإما أن تكون امرأته كتابية أو غير كتابية، فإن كانت كتابية فلا يعرض عليها الإسلام، بل النكاح باق على حاله؛ لأن المسلم يجوز له ابتداء أن يتزوج كتابية، فبقاء من باب أولى.

وإن كانت غير كتابية فإن كانت مجوسية أو وثنية يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت أو دخلت في دين سماوي، فإما أن تكون محرماً له أو غير محرّم، فإن كانت غير محرّم له فالزوجية باقية، وإن كانت محرماً فرق بينهما، وكذلك إن امتنعت عن الدخول في دين سماوي، فإنه يفرق بينهما لعدم جواز تزوج المسلم غير الكتابية لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾.

وتفريق القاضي لإبائها فسخ لا طلاق، فلو أسلمت بعد ذلك وتزوجها ولم يكن أوقع عليها طلاقاً ملك عليها ثلاث طلاقات، وإنها كان فسخاً لا طلاقاً لأن الطلاق لا يكون من النساء، بل الذي يكون من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعاً هو الفسخ، فينوب القاضي منابها فيما تملكه. وما دام القاضي لم يفرق بينهما فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق، وأحكام الزوجية موجودة إلا الميراث لوجود المانع منه وهو اختلاف الدين. انظر مادة ١٢٧^(١).

وإذا أسلم الزوجان معاً فإما أن تكون الزوجة محرماً للزوج أو غير محرّم، فإن كانت محرماً فرق بينهما، وإن كانت غير محرّم له بقي النكاح على حاله فيقران عليه، ومحل ذلك إذا كان أصل العقد جائزاً عندهم، فلو تزوج غير مسلم بلا شهود أو في عدة غيره مثلاً، وكان هذا جائزاً عندهم، ثم أسلما أقرأ عليه، فإن لم يكن جائزاً

(١) (مادة ١٢٧) إذا أسلم الزوج وكانت امرأته كتابية فالنكاح باق على حاله، وإن كانت غير كتابية يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي زوجته، وإن أبت الإسلام أو أسلمت وكانت محرماً له يفرق بينهما، والتفريق بإبائها فسخ لا طلاق، ما لم يفرق الحاكم، فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق.

عندهم جدد العقد على حسب الدين الإسلامي الذي انتقلا إليه.

وكل هذه الأحكام إنما هي بعد إسلام الزوجين، فإذا لم يسلمها فلا يتعرض القاضي لهما، ولو كانت الزوجة محرما له؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون، إلا في حالتين؛ الحالة الأولى: أن يترافعا إلينا راضين بحكم القاضي، فإنه ينظر في شكواهما بحسب الشريعة الإسلامية ويحكم عليها بمقتضاها؛ لأنها راضيا بها، فإن ترفع أحدهما فليس للقاضي الشرعي النظر في الدعوى، فلا يجبر الآخر على الحضور أمامه لسماع الدعوى؛ لأن حق أحدهما لا يبطل بمعرفة صاحبه، إذ لا يتغير به اعتقاده.

الثانية: أن يكون هناك حق مسلم، فإن القاضي ينظر في المسألة، وإن لم تحصل مرافعة أصلا، كما إذا كانت كتابية متزوجة بمسلم، فطلقها فتزوجها كتابيا قبل انقضاء عدة المسلم، فللقاضي في هذه الحالة أن يفرق بينهما وإن لم يترافعا ولا أحدهما للمحافظة على حق المسلم.

ومثل هذا ما إذا تزوج الذمي مسلمة، فإن القاضي يفرق بينهما وإن لم تحصل مرافعة، ويوجعه عقوبة إن دخل بها، ويعزر من زوجها وتعزر المرأة أيضا، وإن أسلم بعد النكاح لا يترك على نكاحه بل يحدد العقد بينهما، وهذا هو مذهب الإمام، وقال الصاحبان: إذا كانت الزوجة محرما له فإن القاضي يفرق بينهما بمرافعة أحدهما، فلا يشترط عندهما مرافعة الاثنين، وعلى هذا الخلاف ما لو طلق غير المسلم امرأته ثلاثا وتزوجها قبل أن تتزوج بغيره، أو جمع بين المحارم، كما إذا تزوج أختين مثلا، أو تزوج أكثر من أربع نسوة، فعنده لا تفريق، إلا إذا ترافعا، وعندهما يفرق بمرافعة

أحدهما. انظر مادة ١٢٨^(١).

ولا يحكم على شخص بالإسلام بالتبعية لشخص آخر إلا الولد بالنسبة للوالدين، فإن أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير قبل إسلامه، أو ولد لها ولد بعد إسلامه، سواء كان قبل عرض الإسلام على الآخر أو بعد عرضه، فإنه يحكم بإسلامه تبعا لمن أسلم من أبويه، ولكن في بعض الصور؛ لأن الولد إما أن يكون مقيما في دار الإسلام أو في دار الحرب، فالصور أربع:

الأولى: أن يكون كل منهما مقيما في دار الإسلام. الثانية: أن يكون الولد مقيما في دار الإسلام، ومن أسلم من أبويه مقيما في دار الحرب. الثالثة: أن يكون كل منهما مقيما في دار الحرب. الرابعة: أن يكون الولد مقيما في دار الحرب، ومن أسلم من أبويه مقيما في دار الإسلام.

فيحكم على الولد بالإسلام بالتبعية في الصورة الأولى والثانية، أي: متى كان الولد مقيما في دار الإسلام، سواء كان من أسلم من أبويه مقيما بها أو لا، ولا يحكم بإسلامه في الصورتين الأخيرتين؛ لأن دار الحرب لا تدخل تحت حكم المسلمين، فلا يحكم على من هو مقيم فيها بحكم يخصهم. انظر مادة ١٢٩^(٢).

ولا يحكم بإسلام الولد بالتبع لغير الوالدين، ولو كان ذلك الغير جدا، سواء

(١) (مادة ١٢٨) إذا أسلم الزوجان معا بقي النكاح على حاله ما لم تكن المرأة محرما له، فإن كانت كذلك يفرق الحاكم بينهما، وليس له أن يفرق بين الزوجين المحرمين غير المسلمين إلا إذا توافعا إليه معا، وله أن يفرق من غير مرافعة بين الزوجين إذا كانت كتابية معتدة لمسلم، وتزوجت قبل انقضاء العدة.

(٢) (مادة ١٢٩) إذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير، أو ولد لها ولد قبل عرض الإسلام على الآخر، أو بعده، فإنه يتبع من أسلم منهما إن كان الولد مقيما في دار الإسلام، سواء كان من أسلم من أبويه مقيما بها أو في غيرها، فإن لم يكن الولد مقيما بدار الإسلام فلا يتبع من أسلم من أبويه.

كان أبو الولد موجوداً أو غير موجود؛ لأن الحكم بإسلامه إنما هو بالتبعية، فتضعف إذا كان هناك واسطة، ولأن الولد لو تبع الجد في الإسلام لكن تابعا لجد الجد، وهكذا، فيؤدي إلى كون كل الناس مسلمين تبعاً لإسلام آدم عليه السلام، وتستمر هذه التبعية ما دام الولد صغيراً، سواء كان عاقلاً أو غير عاقل، فإذا بلغ فلما أن يبلغ عاقلاً أو غير عاقل، فإن كان الأول انقطعت التبعية، وإن كان الثاني فلا تنقطع التبعية، بل تستمر إلى أن يعقل.

والأصل في هذا أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً لأنه أصلح له، فإذا تزوج مسلم كتابية كإني كل الأولاد على دينه، وإن أسلم أحد الأبوين تبعه الولد. ولو كان كتابي متزوجاً مجوسية أو مجوسي بكتابية تبع ولدهما الكتابي؛ لأن المجوسي شر من الكتابي، لأن الكتابي يتبع ديناً سماوياً أتى به رسول من الرسل عليهم الصلاة والسلام. انظر مادة ١٣٠^(١).

(١) (مادة ١٣٠) لا يتبع الولد جده ولا يصير مسلماً بإسلامه ولو كان أبوه ميتاً، وتستمر تبعية الولد لمن أسلم من أبويه مدة صغره، سواء كان عاقلاً أو غير عاقل، ولا تنقطع إلا ببلوغه عاقلاً، فلو بلغ مجنوناً أو معتوها فلا تزال تبعية مستمرة.

الباب التاسع في النكاح غير الصحيح والموقوف الفصل الأول في النكاح غير الصحيح

قد علمت مما تقدم أن النكاح الغير صحيح هو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة، بأن كانت المرأة غير محل له، أو كانت محلاً له ولكن حصل العقد بغير شهود، وعدم محلية المرأة للزواج أن تكون محرمة على من يريد التزوج بها، سواء كانت حرمتها مؤبدة، أي: لا تحل له في وقت من الأوقات، أو مؤقتة بأن كانت تحرم عليه في وقت لوجود ما يمنع العقد عليها، وتحل له في وقت آخر بأن زال المانع.

فإذا فرض أن رجلاً تزوج من تحرم عليه حرمة مؤبدة، سواء كان سبب التحريم النسب، أو تزوج أخته مثلاً، أو كان الرضاع كما إذا تزوج أمه من الرضاع مثلاً، أو كان المصاهرة كأن تزوج امرأة أبيه، فلا شك في عدم صحة هذا العقد، وحينئذ تجب عليها مفارقة بعضهما؛ لأنه يجب على المتعاقدين رفع العقد الغير الصحيح خصوصاً مثل هذا.

فإن افترقا من نفسيهما فبها، وإلا فيجب على القاضي أن يفرق بينهما، ولا يكتفي بهذه الفرقة بل لا بد من العقاب لأنها أتيا أمراً منكراً فيعاقبان عليه، ولما كان هذا الأمر فظيلاً لم يقيد الشارع الحاكم بشيء مخصوص يستعمله، بل فوّض إليه النظر في التعزير لأن ذلك يختلف باختلاف حالهما، فالعالم بالحرمة لا يعاقب مثل الجاهل بها، بل يعاقب كلا منهما عقوبة تليق بحاله، ولو رأى أنه يزيد في تعزيره عن المقدّر شرعاً فلا مانع من ذلك، ويكون ذلك من باب السياسة الشرعية التي تميزها الشريعة الغراء عندما تدعو الحاجة إليها، وهذا مذهب أبي حنيفة.

وقال صاحبان والشافعي ومالك وأحمد: يحد حد الزنا إن كان عالماً بالحرمة؛

لأن هذا عقد لم يصادف محله، وكل عقد لم يصادف محله يكون لغوا، ووجهه أن محل التصرف هو ما يكون محلا لحكمه، وهذا المحل ليس محلا للحكم؛ لأن حكمه الحل وهي من المحرمات، ولأبي حنيفة أن العقد صادق محله؛ لأن محل التصرف هو ما يكون قابلا لمقصوده، وهو هنا التوالد، وبنات آدم قابلة لذلك، إلا أن هذا العقد تقاعد عن إفادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا فيورث الشبهة؛ لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر.

ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة فيسقط الحد أم لا، فعندهم لا لأنه وطء في فرج. مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة مالك، والواطئ أهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد، كما إذا لم يوجد العقد، وليس العقد شبهة لأنه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا، فلم تكن شبهة.

وعند أبي حنيفة نعم هو شبهة يوجب سقوط الحد، ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولا، فعندهم لا لأن محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل، وهذه من المحرمات في سائر الحالات، فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لأنه لا انعقاد في غير المحل، وعنده نعم لأن المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت، ولذا صح من غيره عليها، ويتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد، فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة لخصوص هذا العاقد، أي: ليست محلا لعقد هذا العاقد.

ولذا عللوه بعدم حلها، ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح، لا محليتها للعقد من حيث هو عقد، وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد، لا بالنظر إلى

عاقده مخصوص، ولذا علل بقبولها مقاصده. انظر مادة ١٣١^(١).

وإذا تزوج رجل من تحرم عليه حرمة مؤقتة، كما إذا تزوج امرأة الغير أو معتدته، فالنكاح غير صحيح أيضاً؛ لأن المرأة غير محل للعقد، فإن فارقتها من نفسه فيها، وإلا فالقاضي يجب عليه التفريق بينهما، فإن كان قبل الدخول بها عزره بما يليق بحاله لإقدامه على أمر غير جائز شرعاً، ومن باب أولى ما إذا كان التفريق بعد الدخول، ولكن التعزير يختلف لأنه إن فعل ذلك عالماً بالحرمة يعاقبه بأشد العقوبات التي يراها زاجرة له عن ارتكاب مثل هذا العمل، ورادعة لغيره عن الإقدام على مثل عمله، وإن فعله غير عالم بالحرمة يعاقبه بما يليق به؛ لأن الأشخاص تختلف بالنسبة للتأثر، فيستعمل مع كل ما يراه زاجراً له.

وإن حصل التفريق بعد الدخول فلا عدة على المرأة، فلا يحرم على زوجها وقاعها عقب التفريق إن كان عالماً بالحرمة؛ لأن دخوله بها في هذه الحالة يعتبر محض زنا، والزنا لا حرمة له.

وإن كان لا يعلم بالحرمة تجب عليها العدة بعد التفريق، فيحرم على زوجها الأول وقاعها قبل انقضاء عدتها، تأمل.

وبعضهم يقول: إن الخلاف الجاري بين الإمام أبي حنيفة وغيره فيما ذكر يأتي هنا أيضاً في كل من تحرم عليه حرمة مؤقتة، ولو لم تكن زوجة للغير ولا معتدته، ويقيده بعضهم بالعقد على من تحرم عليه حرمة مؤبدة، وهذا هو الذي ارتضاه ابن الكمال؛

(١) (مادة ١٣١) إذا تزوج أحد إحدى محارمه نسباً أو رضاعاً أو صهرية فالنكاح لا يصح أصلاً، ويفرق بينهما إن لم يفرقا، ويعاقب الزوج بأشد العقوبات التعزيرية سياسة إن فعل ذلك عالماً بالحرمة، أو بعقوبة تليق بحاله إن فعله جاهلاً بها.

للمصوص التي أوردها في ذلك. انظر مادة ١٣٢^(١).

ومن أسباب التحريم المؤقت الجمع بين الأختين، فمن تزوج امرأة حرم عليه أن يتزوج أختها ما دامت الأولى في عصمته، فإن ماتت أو طلقها وانقضت عدتها جاز له أن يتزوج أختها لزوال المانع وهو الجمع بينهما.

فإذا جمع الرجل بين أختين فلا يخلو الحال من أحد أمرين؛ الأول: أن يكون ذلك في عقد واحد. الثاني: أن يكون في عقدين، فإن كان في عقد واحد فلما أن يكون هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما دون الأخرى، أو ما يمنع العقد على كل منهما، أو ليس هناك ما يمنعه، فإن كان هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما، كما إذا كانت متزوجة أو معتدة لغيره، وليس هناك مانع في الأخرى صح العقد بالنسبة للخالية عن المانع، وبطل بالنسبة للأخرى لوجود مرجح؛ لصحة العقد في حق الأخرى، فلا يلزم عليه التراجع بلا مرجح، فلا يتحقق الجمع بينهما.

كما لو تزوجت امرأة رجلين في عقد واحد، وأحدهما متزوج بأربع نسوة، فإنها تكون زوجة للآخر لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لا تحمل لأحدهما، وإن كان هناك ما يمنع العقد على كل منهما، كما إذا كانت إحدهما متزوجة والأخرى معتدة لغيره مثلاً، فسد العقد بالنسبة لكل منهما لوجود المانع من صحته في هذه الحالة، كما لو كان العقد على واحدة منهما فقط.

وإن لم يكن هناك ما يمنع العقد على كل منهما، بأن كانتا خاليتين من موانع

(١) (مادة ١٣٢) إذا تزوج أحد امرأة الغير أو معتدته فلا يصح النكاح أصلاً، ويوجع عقوبة إن دخل بها عالماً بالحرمة، ويعاقب بما يليق به إن فعله غير عالم بها، وفي صورة العلم لا عدة على المرأة بعد التفريق فلا يحرم وقاعها على الزوج الأول لو متزوجة، وفي صورة عدم العلم تجب عليها العدة، ويحرم على زوجها الأول وقاعها قبل انقضائها.

النكاح الشرعية، فسد العقد بالنسبة إليهما أيضا؛ لأنه لا يجوز الجمع بينهما في آن واحد، فلا يمكن تصحيحه بالنسبة لهما معا، ولا بالنسبة لواحدة منهما، لأنه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح، وهذا لا يجوز، وحيث أن يلزمه مفارقتها؛ لأن كل عقد فاسد يجب على المتعاقدين عدم الإمضاء فيما يقتضيه لو كان صحيحا، خصوصا في مثل هذا العقد، فإن فارقهما فيها، وإلا فرق القاضي بينه وبينها دفعا للمعصية بقدر الإمكان.

وهذا التفريق إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبله فلا مهر لهما؛ لأن كل عقد فاسد حصلت فيه الفرقة قبل الدخول لا تستحق المرأة به شيئا من المهر، وكذا لا عدة عليهما؛ لأن الفرقة إذا حصلت بين الزوجين قبل الدخول فلا تجب العدة على الزوجة إلا إذا كانت بسبب موت الزوج، بشرط أن يكون العقد صحيحا.

وإن كان بعد الدخول بهما وجب لكل الأقل من المسمى، ومن مهر المثل، كما هو حكم النكاح الفاسد، وعليهما العدة، ويعلم حكم ما إذا دخل بواحدة منهما فقط مما تقدم.

وإن كان في عقدين فإما أن يعلم الأول منهما، أو لا يعلم، أو علم ونسي، فإن علم الأسبق منهما وكان مستوفيا لشروط الصحة حكم بصحته وبطلان الثاني؛ لأن العقد على الأولى وقت حصوله لم يكن هناك مانع من حصته بخلاف العقد على الثانية، فإن هناك ما يمنع من صحته وهو الجمع بين الأختين، فيبطل، وحيث أن يلزمه ترك الثانية، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما.

وهذا التفريق إما أن يكون قبل الدخول بها أو بعده، فإن كان قبله حل له وقاع الأولى، وإن كان بعده حرم عليه ذلك حتى تنقضي عدتها؛ لأنه يلزم عليه الجمع بين الأختين في العدة، وهو ممنوع، وأما إذا لم يعلم الأسبق منهما أو علم ونسي، فإما أن

يعلم أن أحدهما بعينه غير صحيح من الأصل أو لا يعلم، فإن علم بذلك صح الآخر؛ لأنه متى كان أحدهما غير صحيح حكم بصحة الآخر، سواء كان متقدماً أو متأخراً، وإن لم يعلم ذلك حكم ببطالان العقد؛ لأن العقد على واحدة منهما - وهي المتأخرة - باطل بيقين.

ولا يمكننا أن نحكم بصحة العقد على واحدة منهما معينة لثلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح، ولا يمكن أيضاً تصحيحه في إحداها غير معينة؛ لعدم الفائدة بالنسبة للزوج، وهي حل القربان لأنه لا يثبت معه الجهالة، وللضرر بالنسبة إلى الأختين؛ لأن كلا منهما تبقى معلقة، لا صاحبة زوج ولا مطلقة، وبالنسبة للزوج أيضاً بإلزامه بالنفقة والسكنى من غير فائدة تعود عليه، فتعين التفريق، والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلاقة.

فإن أراد أن يتزوج بإحداها بعد التفريق فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول، وإن كان بعده فليس له ذلك حتى تنقضي عدتها، فإن انقضت عدة إحداها دون الأخرى فله أن يتزوج بالمعتدة دون الأخرى؛ كيلا يكون جامعاً بينهما، وإن دخل بإحداها فله أن يتزوجها دون الأخرى ما لم تنقض عدتها؛ لأن عدتها تمنع الزواج بأختها، فإن انقضت عدتها جاز له أن يتزوج بأيها شاء لعدم المانع.

هذا بالنسبة للزوج، وأما بالنسبة للمهر فإما أن يكون التفريق قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول فلها معاً نصف المهر لأنه وجب للأولى منهما، وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية، فيصرف إليهما، وهذا مقيد بثلاثة قيود؛ الأول: أن يكون المهر مسمى في العقد، فلو لم يكن مسمى وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر. الثاني: أن يستوي المهران جنساً وقدرًا، كما إذا سمي لكل مائة جنيه مثلاً، فإن اختلفا قال بعضهم: يقضي لكل واحدة منهما ربع مهرها، وقال بعضهم:

يقضي لهما معا بالأقل من نصفي المهرين.

فإذا سمى لواحدة منهما مائة جنيه مثلا وللأخرى ثمانين، يتضى لكل منهما بربع مهرها على القول الأول، وعلى الثاني يقضى لهما بأربعين، فتأخذ كل نصفها، وهذا هو الظاهر لأنه هو المتيقن، سواء كان عقد من مهر ما أكثر متقدما أو متأخرا بخلاف الأول.

الثالث: أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى ولا بينة لهما، أما إذا قالتا: لا ندري أي العقدین أول، فلا يقضى لهما بشيء؛ لأن المقضي له مجهول وهو يمنع صحة القضاء، ونظيره من قال لرجلين: لأحدكما علي ألف، فإنه لا يقضى لواحد منهما بشيء، إلا إذا اصطلاحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر، وصورة هذا الاصطلاح أن يقولوا عند القاضي: لنا عليه نصف المهر، لا يتعدانا إلى غيرنا، فنصطلح على أخذه فيقضي القاضي لهما به.

وإن كان بعد الدخول يجب لكل واحدة المهر كاملا؛ لأنه استقر بالدخول فلا يسقط منه شيء. انظر مادة ١٣٣^(١).

(١) (مادة ١٣٣) إذا تزوج الرجل أختين خاليتين عن نكاح وعدة في عقد واحد فنكاحها غير صحيح ويجب التفريق بينه وبينهما إن لم يفارقهما، ولا مهر لهما إن وقع التفريق قبل الدخول، فإن كانت إحداهما متزوجة أو معتدة فنكاحها غير صحيح ونكاح الخالية صحيح. فإن تزوجهما في عقدین متعاقبين وعلم الأسبق منهما وكان صحيحا فنكاح الثانية غير صحيح، ويفرق بينهما عند عدم المشاركة، وإن كان واقعها يحرم عليه قبل مضي عدتها وقاع الأولى. فإن لم يعلم الأسبق منهما أو علم ونسي بطل العقدان معا ما لم يكن أحدهما بعينه غير صحيح من الأصل فيصح الآخر. وإن وقع التفريق بينه وبينهما قبل الدخول بهما فله أن يتزوج أيتهما شاء في الحال، ويكون لهما مَعًا نصف المهر في حالة التفريق قبل الدخول إن كان مهرهما مسميين في العقد، ومتساويين جنسا وقدرا، وادعت كل منهما أنها الأولى ولا بينة لهما، ولو أقامت إحداهما بينة على أسبقية عقدها، فنكاحها هو الصحيح ولها نصف المهر دون التي بطل نكاحها. فإن اختلف مهرهما جنسا أو قدرا فلها مَعًا الأقل من نصفي المهر المسميين، وإن لم يكن لهما مهر مسمى فالواجب لهما متعة واحدة. وإن كانت الفرقة بعد الدخول وجب لكل منهما مهر كامل.

ومن أسباب التحريم المؤقت التطليق ثلاثاً، وعدم الدين السماوي، والجمع بين الأجنبية زيادة على أربع، فإذا طلق رجل امرأته ثلاثاً فلا يجوز له أن يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج بغيره بالشروط المعلومة، فإذا تزوجها قبل ذلك فلا شك في فساد هذا العقد، ومثله ما إذا تزوج مسلم من ليست متدينة بدين سماوي كالوثنية مثلاً، أو كان متزوجاً أربعاً وتزوج خامسة قبل أن تحرم عليه إحدى الأربع، فإن العقد غير صحيح.

وكذلك الزوج بلا شهود، وحينئذ يجب على كل منهما فسخ العقد وترك صاحبه؛ إذ العقد الفاسد يجب رفعه، وبفسخ أحدهما هذا العقد انفسخ بلا توقف على رضا صاحبه، ولا على قضاء القاضي، سواء كان قبل الدخول أو بعده، فإن فعل أحدهما ذلك فيها، وإلا فرق القاضي بينهما؛ لأن هذا منكر فيزيله. انظر مادة ١٣٤^(١).

ولا تنس ما تقدم لك في شرح المادة السابعة عشرة والثامنة عشرة من أن أحكام الزواج لا تترتب على العقد إلا إذا كان صحيحاً، فإن كان غير صحيح فلا تترتب عليه الأحكام، فإذا تزوج رجل امرأة وكان العقد غير صحيح وحصلت الفرقة بينهما قبل الدخول، أو ما يقوم مقامه، فلا تترتب عليه حرمة المصاهرة، فيجوز له أن يتزوج بأصول وفروع من عقد عليها هذا العقد، وهي تحل لأصوله وفروعه، بخلاف ما إذا كان العقد صحيحاً فإنها لا تحل لأصول الزوج ولا لفروعه بمجرد العقد.

(١) (مادة ١٣٤) إذا تزوج مطلقته ثلاثاً قبل أن يصيها زوج غيره ويحلها له، أو تزوج مجوسية، أو خامسة قبل تطليق الرابعة وانقضاء عدتها، أو تزوج امرأة بلا شهود، فالنكاح غير صحيح أيضاً، والتفريق بينهما واجب، ولكل منهما فسخه، وترك صاحبه، وإخباره بذلك بلا توقف على القضاء قبل الدخول أو بعده.

ويحرم على الزوج التزوج بأصولها بمجرد العقد ولا تحرم عليه فروعها إلا بالدخول؛ لأن القاعدة أن العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات، ومثل المصاهرة الإرث فإنه يترتب على العقد الصحيح لا الفاسد، وكذلك غيره من الأحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين فراجعهما. انظر مادة ١٣٥^(١).

وقد علمت في شرح المادة الثانية والأربعين أنه إذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين أو لأب أو ابني عم كذلك، فأيهما تولى زواج الصغيرة صح وليس للآخر نقضه؛ لأن الولاية ثابتة لكل منهما على الكمال، فإن زوجها كل منهما فإما أن يكون لرجل أو لرجلين، فإن كان لرجل فلا كلام، وإن كان لرجلين فإن علم الأسبق منهما صح وبطل المتأخر؛ لأنه حصل وهي متزوجة فيكون هناك مانع من العقد عليها فيبطل، فإن جهل الأسبق منهما فهما باطلان؛ لأننا لو حكمنا بصحة أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح وهو لا يجوز، ومثله ما إذا وقعا معا فإنهما باطلان إذ لا يمكننا تصحيح واحد منهما؛ لثلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح. انظر مادة ١٣٦^(٢).

وقد علمت من الفصل الثاني في نكاح الصغيرة، والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين حكم ما إذا زوج الولي موليته لغيره، سواء كان الولي أبا أو جدا أو غيرهما، والصور التي يكون العقد فيها صحيحا نافذا لازما، والتي يكون فيها غير لازم، والتي يكون العقد فيها غير صحيح، وأما إذا تزوج الولي موليته

(١) (مادة ١٣٥) كل نكاح وقع غير صحيح لا يوجب حرمة المصاهرة إذا وقع التفريق قبل الوطاء ودواعيه، ولا يرث أحد منهما الآخر، ويثبت فيه النسب كما تقدم في المادة الثامنة عشرة.

(٢) (المادة ١٣٦) إذا استوى وليان في القرب وزوج كل منهما الصبية من رجل آخر صح الأسبق من العقدین وبطل الآخر، فإن جهل الأسبق منهما أو وقعا معها فهما باطلان.

لنفسه فإن كانت لا تحل له فلا يصح العقد مطلقاً، سواء أذنته أو لم تأذن، فإذا زوج الأخت لنفسه فلا يصح هذا التزوج لأنها محرمة عليه.

وإن كانت المولية يحل تزوجها للولي، كما إذا كان لرجل بنت عم وليس هناك من الأولياء من هو أقرب منه وزوجها لنفسه، فإما أن تكون البنت رشيدة أو غير رشيدة، فإن كانت رشيدة - أي بالغة عاقلة - فإما أن تأذن له في تزويجها لنفسه أو لا تأذن، فإن أذنته صح العقد لأنه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه ووكيلاً من جهتها.

ويصَحَّ للشخص أن يتولى طرفي العقد في هذه الصورة والإذن كما يثبت صريحاً يثبت دلالة، فلو قال ابن العم لبنت عمه الكبيرة: إني أريد أن أزوجك من نفسي، فسكتت فزوجها من نفسه جاز لوجود الإذن دلالة وهو السكوت سواء كانت بكراً أو ثيباً، وإن لم تأذن له وزوجها لنفسه فلا يصح لأنه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه فضولياً من جهتها، وليس للشخص أن يتولى طرفي العقد في هذه الحالة فيقع العقد فاسداً، ولذلك لو رضيت بعد وقوعه قبل إذنها - ولو كان رضاها صريحاً - لم يصح لأن العقد متى وقع فاسداً لا ينقلب صحيحاً بالإجازة.

ولأنها الإجازة تؤثر بالنسبة للعقد الموقوف فيصير نافذاً بها، وهذا مذهب الإمام ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يكون العقد فاسداً بل يتوقف على الإجازة. فإن كانت البنت صغيرة وزوجها الولي الذي تحل له لنفسه صح العقد؛ لأنه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه ولياً من جهتها، وللشخص في هذه الحالة أن يتولى طرفي العقد.

وحاصل المسائل التي يتولى الشخص فيها طرفي العقد - وهما الإيجاب

والقبول - بالقسمة العقلية عشرة:

واحد منها مستحيل وهو الأصيل من الجانبين؛ لأنه يستحيل أن يكون الشخص الواحد زوجاً وزوجة وخمسة نافذة باتفاق الإمام وصاحبيه، وهي الآتية:

الأولى: أن يكون متولي الطرفين وكيلاً من الجانبين، فإذا وكلت امرأة رجلاً في أن يزوجه لفلان ووكله فلان أيضاً في أن يزوجه هذه المرأة، وتولى هذا الوكيل الإيجاب والقبول وحده، بأن قال: زوجت موكلتي فلانة لموكلتي فلان، صح.

الثانية: أن يكون ولياً من الجانبين، فإذا كان لرجل بنت وله ابن أخ هو وليه، وزوج بنته لابن أخيه صح العقد.

الثالثة: أن يكون أصيلاً من جانب ووليّاً من جانب كما في مسألة ابن العم المتقدمة.

الرابعة: أن يكون أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر، فإذا وكلت امرأة رجلاً في أن يزوجه لنفسه وفعل، صح العقد، وهو في هذه الحالة أصيل من جانب نفسه وكيلاً من جانب الزوجة.

الخامسة: أن يكون وليّاً من جانب وكيلاً من جانب، فإذا كان لرجل ابن صغير وكلته امرأة في أن يزوجه لابنه وفعل صح العقد، وهو في هذه الحالة ولي من جانب ابنه وكيلاً من جانب الزوجة.

وأربعة مختلف فيها فقال الإمام ومحمد: لا يتوقف العقد فيها على الإجازة بل يقع فاسداً. وقال أبو يوسف: يتوقف على الإجازة، وهي الآتية:

الأولى: أن يكون متولي الطرفين فضوليا من الجانبين، يعني لم تثبت له الولاية بوجه من الوجوه، كما إذا قال شخص: زوجت فلانة من فلان، وهو ليس وليا ولا وكيلا لأحدهما، فهو فضولي من جهتها.

الثانية: أن يكون فضوليا من جانب وكيلا من جانب آخر، كما إذا وكل رجل شخصا في أن يزوجه فلانة فقال هذا الوكيل: زوجت فلانة موكلي، وليست له الولاية عليها أصلا، فهو في هذه الحالة وكيل من جانب الزوج فضولي من جانب الزوجة.

الثالثة: أن يكون فضوليا من جانب وليا من جانب آخر، فإذا كان لرجل ابن صغير وقال: زوجت فلانة لابني، بدون أن تكون له عليها ولاية شرعية فهو ولي من جانب الزوج فضولي من جانب الزوجة.

الرابعة: أن يكون أصيلا من جانب فضوليا من جانب آخر، فإذا تزوج رجل امرأة ليست له الولاية عليها كان أصيلا من جهة نفسه فضوليا من جهتها، ومن هذه مسألة ابن العم إذا زوج بنت عمه الكبيرة لنفسه بدون إذنها قبل العقد، فإنه أصيل من جهة نفسه فضولي من جهتها، ففي هذه المسائل الأربع يقع العقد فاسدا عندهما، فلا تلحقه الإجازة، وعند أبي يوسف يكون موقوفا على الإجازة.

واستدل أبو يوسف على قوله بأن الواحد إذا كان مأمورا من الجانبين نفذ، فإذا كان فضوليا من الجانبين أو من جانب توقف على الإجازة؛ لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء، فكذا باعتبار الإجازة انتهاء؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ولهما أن الوجود شرط العقد لأنه شرط حال الحضور، حتى ملك الرجوع قبل

قبول الآخر، وبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك، فكذا عند الغيبة يكون الوجود شطرا؛ لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف، وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف الأمور من الجانبين؛ لأنه ينتقل كلامه إلى المتعاقدين فيصير ككلامين.

وقال زفر: لا يجوز أن يتولى طرفي العقد واحدا أصلا، وكذا عند الإمام الشافعي رضي الله عنه إلا إذا كانت هناك الضرورة عنده، مثل الجد فإنه يزوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه؛ لأنه لا يوجد أحد في درجته حتى يزوجهما، بخلاف ابن العم إذا أراد أن يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز؛ لأنه لا ضرورة إليه إذ يمكن أن يزوجه ابن عمها غيره في درجته، وكذلك الوكيل لا حاجة إليه، واستدلا بأن الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد كما في البيع.

ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر، أما وجه كونه معبرا فلان عبارة العقد صدرت منه، والواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين، وأما وجه كونه سفيرا فباعتبار أن حقوق العقد ليست برابعة إليه، بل إلى الموكل، فلا يطالب بالمهر ولا بتسليم الزوجة، وكل من هو كذلك لا يمنع أن يكون مملكا ومتملكا؛ لأنه لا تمنع في التعبير بأن يقول: تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا، وإنما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء، وهي لا ترجع إليه؛ لأنه سفير لا مباشر بخلاف البيع لأنه مباشر.

ولذا ترجع الحقوق إليه فيطالب بتسليم الثمن والبيع، ويكون خصما في الرد بالعيب إلى غير ذلك من الأحكام، وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، قال: تزوجتك، فعقده بلفظ واحد. وعن عقبة بن عامر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل: «أترضى أن أزوجك

فلانة؟» قال: نعم، وقال للمرأة: «أترضين أن أزوجك فلانا؟» قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه.

ثم في كل موضع يجوز للشخص فيه أن يتولى طرفي العقد وهما الإيجاب والقبول يكفي فيه قوله: زوجت فلانة من فلان لأنه يتضمن شطري العقد وهما الإيجاب والقبول؛ لأن الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضا مقام عبارتين، فلا حاجة إلى القبول، وقول الإمام الأعظم هو المعول عليه. انظر مادة ١٣٧^(١).

(١) (مادة ١٣٧) إذا زوج الولي نفسه من موليته البالغة التي تحل له بغير إذنها قبل العقد فالنكاح صحيح، ولو سكنت حين بلغها النكاح أو أفصحت بالرضا.

الفصل الثاني في النكاح الموقوف

اعلم أن عقد الزواج كباقي العقود تارة يكون صحيحًا نافذًا لازمًا، كما إذا زوجت المكلفة نفسها بكفء وبمهر المثل، أو زوج الأب بنته وهو معروف بحسن الاختيار، ولو كان بغير كفء أو بأقل من مهر المثل، وتارة يكون صحيحًا نافذًا غير لازم، كما إذا زوج غير الأب والجد من الأولياء موليته بكفء وبمهر المثل، وتارة يكون غير صحيح وهو الذي فقد شرطًا من شروط الصحة، وقد عرفت كل هذه الأقسام مما تقدم.

وتارة يكون صحيحًا غير نافذ وهو الموقوف، فلا تترتب عليه الأحكام إلا إذا أجاز له الإجازة وكان العقد قابلاً لها. ومن هذا القسم ما إذا تزوج الصغير أو الصغيرة المميزان بدون إذن من الولي قبل العقد فإنه يكون موقوفًا على إجازة الولي؛ لأن الشارع أقامه لينظر في مصالحهما لقصور الرأي عندهما، فإذا رأى هذا أن العقد فيه منفعة لهما نفذه وإلا أبطله، وليس من المصلحة أن ينفذ الولي العقد الذي يكون فيه غبن فاحش بزيادة في المهر بالنسبة للصغير، أو نقص فيه بالنسبة إلى الصغيرة.

فإذا تزوج صبي مميز امرأة بهاتني جنيته بغير إذن وليه، وكان مهر مثلها مائة وخمسين جنيهاً، فلا ينفذ هذا العقد وإن أجاز له الوالي؛ لأنه ليس من المصلحة في شيء، ومثله الصغيرة المميزة لو تزوجت بأقل من مهر مثلها وكان الغبن فاحشاً، فلو كان الغبن يسيراً قبل العقد الإجازة، والغبن الفاحش هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين، واليسير هو الذي لا يدخل تحت التقويم، ومثل الصغير المميز في كل الأحكام المتقدمة المعتوه والمعتوهة، فإذا كان الصبي أو الصبية غير مميزين فلا يصح

تزوجها أصلاً، ومثلها المجنون والمجنونة. انظر مادة ١٣٨^(١).

ومن قسم الزواج ما إذا زوج الولي البعيد المولية مع وجود الولي القريب المتوفرة فيه شروط الأهلية، فإذا كان لبنت أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب، فالولاية للأخ الشقيق، فإذا زوجها الأخ لأب كان هذا الزواج موقوفاً على إجازة الأخ الشقيق، فإن أجازه نفذ وإن رده بطل، فإن كان الأقرب غير متوفرة فيه شروط الأهلية، كما إذا كان الأخ الشقيق صغيراً أو مجنوناً مثلاً، وزوج الأخ لأب نفذ بلا توقف على إجازة أحد لأنه هو الولي القريب في هذه الحالة. انظر مادة ١٣٩^(٢).

ومن قسم الموقوف عقد الوكيل، ولكن لا على الإطلاق بل في بعض الصور كما استعرفه من التفصيل الآتي، وبيان ذلك أن الموكل في الزواج إما أن يكون الرجل أو المرأة، فإن كان الرجل فإما أن يكون التوكيل بتزويج امرأة غير معينة، وإما أن يكون بتزويج امرأة معينة.

فإن كان الأول كما إذا قال رجل لآخر: وكلتك في أن تزوجني امرأة، فقال أبو حنيفة: إذا زوج الوكيل في هذه الحالة امرأة ولو كانت غير حرة، بأن كانت مملوكة لغيره أو حرة بها عاهة من العاهات، كأن تكون عمياء أو مقطوعة اليد أو الرجل أو معتوهة مجنونة، لزمه النكاح، فليس للموكل رده لأن لفظ امرأة مطلق فيتناول كل امرأة، ولو كانت غير حرة أو بها عاهة من العاهات، ولهذا لو حلف لا يتزوج فتزوج أمة أو حرة بها عاهة حث. وقال الصحابيان: لا يجوز للوكيل أن يزوجه إلا الأكفاء؛

(١) (مادة ١٣٨) إذا تزوج الصغير أو الصغيرة المميزان غير المأذونين أو الكبير أو الكبيرة المعتوهان بدون إذن وليهما توقف نفوذ العقد على إجازته، فإن أجازه وكان بغير غبن فاحش نقصاً في مهر الصغيرة وزيادة في مهر الصغير نفذ، وإن لم يجزه بطل، وكذلك إن كان بغير غبن فاحش في المهر وإن أجازه الولي.

(٢) (مادة ١٣٩) إذا زوج الولي الأبعد الصغيرة مع وجود الولي الأقرب المتوفرة فيه شروط الأهلية توقف نفاذ النكاح على إجازة الأقرب، فإن أجازه نفذ وإن نقضه انتقض وبطل.

لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالأكفاء، والكفاءة وإن لم تكن معتبرة من جهة النساء إلا أنها مستحسنة في الوكالة، والظاهر قول صاحبين.

واتفقوا على أن الوكيل لو كان متهما في العقد لم ينفذ على الموكل إلا إذا أجازته، فإذا زوجه أمته أو بنته الصغيرة أو موليته القاصرة كان العقد موقوفاً على إجازته تصريحاً أو دلالة، لأنه متهم في هذه العقود، ومثله ما إذا كان الوكيل امرأة فزوجت نفسها للموكل توقف على الإجازة لما ذكر، إلا إذا صرح له الموكل بذلك، فإن العقد يكون نافذاً بالاتفاق.

فإن زوجه امرأتين والموضوع أنه مأمور بتزويجه امرأة، فإما أن يكون التزويج في عقد واحد أو في عقدين، فإن كان الأول فلا تلزمه المرأتان ولا واحدة منهما لأنه فضولي فيهما لمخالفته أمر الموكل، فلا وجه لتنفيذ نكاحهما لمخالفة، ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير معينة للجهالة ولعدم الفائدة، إذ لا يفيد حل الوطء؛ لأن الوطء لا يقع إلا في معينة، والمنكرة ضدها، ولا وجه إلى التعيين أيضاً لثلاثاً يلزم عليه التزويج بلا مرجح، فانتفى الملزوم فيكون العقد موقوفاً على إجازته، فإن شاء أجاز نكاحهما أو أيتهما شاء.

وإن كان الثاني وهو ما إذا زوجهما له في عقدين لزمه الأول بحكم الوكالة، وتوقف الثاني على إجازته لأن الوكالة انتهت بالعقد الأول، فيكون فضولياً بالنسبة للعقد الثاني، فيتوقف على الإجازة. انظر مادة ١٤٠^(١).

(١) (مادة ١٤٠) إذا أمر الموكل الوكيل بتزويجه امرأة غير معينة، فزوجه امرأة ولو بها عيب أو عاهة من العاهات جاز عليه النكاح وليس له رده. فإن زوجه بنته الصغيرة أو موليته القاصرة فلا يلزمه النكاح إلا إذا أجازته صراحة أو دلالة، ولو أمره أن يزوجه امرأة فخالف أمره وزوجه امرأتين في عقد واحد، فلا يلزمه المرأتان ولا واحدة منهما، إلا إذا أجازهما. فلو زوجه إياهما في عقدين لزمه الأول وتوقف الثاني على إجازته.

وإن كانت المرأة التي وكله في تزويجها له معينة فإما أن يعين له المهر أيضًا أو لا يعينه، فإن لم يعين له المهر وزوجها له بغبن يسير فيه لزم العقد الموكل إجماعاً. وإن كان بغبن فاحش لزمه أيضاً عند الإمام للإطلاق، وقال الصاحبان: لا يلزمه إلا إذا أجازته لأن المطلق يتقيد بالعرف، والعرف تزوج المرأة بمهر مثلها أو بغبن يسير لا فاحش وهو الظاهر.

وإن عين المهر فزوجها له بالمهر المعين لزمه العقد للموافقة، وكذا إذا زوجها له بمهر أقل من المعين؛ لأن المخالفة هنا نافعة للموكل، فليس له أن يحتج بها، وأما إذا زوجه إياها بأكثر مما عينه كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل للمخالفة، فإن علم الموكل بالزيادة قبل الدخول ورضيها قولاً أو فعلاً لزمته، فإن دخل بها غير عالم بالزيادة فلا يسقط خياره، بل له أن ينفذه وله أن يردّه، فإن أجازته لزمه المسمى فقط، وإن رده بطل النكاح، فيجب مهر المثل إن كان أقل من المسمى وإلا يجب المسمى.

وإن لم يرض الزوج بالزيادة وقال الوكيل: أنا أغرم الزيادة وألزمك بالنكاح، لم يكن له ذلك لأن صاحب المروءة يأبى أن يتحمل منه الغير عليه، إذ يعير بذلك فلا يلزم به. انظر مادة ١٤١^(١).

وإن كانت الموكلة هي المرأة فإما أن توكله بمعين أو بغير معين، فإن كان الأول فلا ينفذ العقد عليها إلا إذا وافقها في كل ما أمرته به، سواء كان من جهة الزوج أو المهر، فإذا أمرته بأن يزوجه من فلان بمائة وخمسين جنيهاً مثلاً، فزوجها له بهذا

(١) (مادة ١٤١) إذا أمر الموكل وكيله أن يزوجه امرأة معينة فخالف وزوجه غيرها فلا يلزمه النكاح. وإن أمره أن يزوجه امرأة وعين له مقدار المهر فزوجه بأكثر مما عينه فلا ينفذ عليه النكاح أيضاً ما لم ينفذه، ولا يسقط خياره بدخوله بالمرأة غير عالم بالزيادة التي زادها عليه الوكيل في المهر، وليس للوكيل أن يلزمهم بالنكاح، ولو التزم بدفع الزيادة من ماله.

المبلغ لزم النكاح بالنسبة لها، وليس لها نقضه.

وأما بالنسبة للولي، فإن كان الزوج كفتاً والمهر مهر المثل لزم بالنسبة له أيضاً، وإن كان الزوج غير كفاء فلا يصح الزواج؛ لأنها لو تولت هي العقد في هذه الحالة لم يصح، فكذا إذا تولاه الوكيل لأنه قائم مقامها؛ لأن الكفاءة ليست حقها وحدها، بل حقها وحق وليها، فإذا أسقطت حقها بقي حق الولي، وأما إذا كان الزوج كفتاً، ولكن المبلغ الذي عينته أقل من مهر المثل، فللولي حق الاعتراض أيضاً حتى يتم مهر المثل، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، فإن الولي يعير بذلك، ومحل هذا إذا كان الولي عصبه، فإن كان غير عصبه أو لم يكن لها ولي أصلاً فالعقد نافذ لازم، فإن زوجها لغير المعين أو له ولكن بأقل من المبلغ الذي عينته له توقف نفاذه على إجازتها.

ويدخل في المعين ما إذا وكلته في أن يزوجه لنفسه فإنه يصح، ويتولى طرفي العقد في هذه الحالة؛ لأنه يكون أصيلاً من جهة نفسه وكيلاً من جهة الزوجة.

وهذه من المسائل المتفق على جوازها من الإمام وصاحبيه، وإن كان زفر والشافعي يقولان بعدم الصحة كما تقدم لك مستوفى في شرح مادة (١٣٧).

واختلف العلماء في كيفية تزويجها للوكيل من نفسه فقال الخصاص: لا يشترط معرفتها ولا ذكر اسمها ونسبها للشهود، حتى لو قال: تزوجت المرأة التي جعلت أمرها إلي على صداق كذا عندهم صح، والمختار في المذهب خلافه، وإن كان الخصاص كبيراً في العلم يقتدى به، فحينئذ لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها إن كانت غائبة؛ لأن الغائبة لا تعرف إلا بالنسبة، ألا ترى أنه لو قال: تزوجت امرأة وكلتني بالنكاح لم يجز، فإن كانت حاضرة متقبة ولا يعرفها الشهود

فقال: اشهدوا أنني تزوجت هذه المرأة التي وكلتني بتزويج نفسها، جاز على المختار؛ لأن الحاضرة تعرف بالإشارة.

فإذا أراد الاحتياط يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود، أو يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها حتى يكون العقد متفقاً عليه، فيقع الأمن من أن يرفع الأمر إلى قاض يرى قول من لا يجوز به فيبطل النكاح. وهذا كله إذا كان الشهود لا يعرفون المرأة، أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر اسمها لا غير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها؛ لأن المقصود بالنسبة للتعريف وقد حصل باسمها.

وإن كان الثاني وهو ما إذا أمرته بتزويجها بغير معين كما إذا قالت له: وكلتك في أن تزوجني رجلاً فزوجها من نفسه لم يجوز؛ لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة وهو معرفة بالخطاب، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة.

ومثل هذا ما إذا قالت له: زوجني ممن شئت. ولو وكلته في أن يتصرف في أمورها لم يملك تزويجها من نفسه أيضاً، وكما لا يجوز له أن يزوجه من نفسه في هذه الحالة لا يجوز له أن يزوجه لأبيه ولا لابنه للتهمة، فإن حصل ذلك توقف نفاذ العقد على إجازتها.

فإن زوجها بغير من ذكر - أي بأجنبي - فإما أن يكون الزوج كفتاً والمهر مهر المثل، أو يكون كفتاً والمهر أقل من مهر المثل، أو يكون غير كفء، سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له أو أكثر.

فإن كان الأول لزم النكاح فليس لها ولا لوليها رده، ولو كان الزوج أعمى أو مقعداً أو صيباً أو معتوهاً، وكذا لو كان عنيماً أو خصياً، وإن كان لها طلب التفريق

بعد ذلك.

ويظهر أن الخلاف الجاري بين الإمام وصاحبيه فيما إذا زوج الوكيل الموكل امرأة بها عيب أو عاهة يأتي هنا أيضا، وإن لم ينص عليه أحد لعدم الفرق، وإن كان الثاني وكان الغبن فاحشا فلا ينفذ العقد، بل يكون موقوفا على إجازتها وإجازة وليها؛ لأن كلاً منهما لها حق في ذلك إذا لم يتم الزوج مهر المثل، فإن أتمه نفذ لزوال السبب في توقف العقد.

وإن كان الثالث وهو ما إذا كان الزوج غير كفء مطلقا وقع العقد فاسدا فلا تلحقه الإجازة؛ لأن الإجازة لا تلحق الفاسد بل الموقوف. انظر مادة ١٤٢^(١).

ومن قسم الموقوف أيضا ما إذا غر الزوج المرأة بأن انتسب لها بغير نسبه الحقيقي، فتزوجته بناء على ذلك ثم ظهر أن نسبه غير المنتسب به وأنه ليس كفئا لها، فلها ولوليها الحق في إجازة النكاح أو نقضه للتغيير الحاصل من جهته، فإذا لم يحصل تغيير بأن زوجت نفسها منه أو زوجها الولي، وكل يظن أنه كفء ثم تبين بعد ذلك أنه غير كفء، فليس لواحد منهما نقض هذا العقد؛ لأن التقصير ما حصل إلا من جهتهما، إذ كان اللازم عليهما البحث قبل العقد.

وقد تقدم لك الخلاف فيما لو ظهر أن الزوج أعلى نسبا مما انتسب به أو مثله في

(١) (مادة ١٤٢) إذا أمرت المرأة وكيلا أن يزوجه ولم تعين أحداً فزوجه من نفسه أو من أبيه أو من ابنه، فلا يجوز عليها النكاح ولها رده، فإن زوجها بأجنبي منه وبغبن فاحش في المهر لها ولوليها فسخ النكاح إذا لم يتم الزوج لها مهر المثل. وإن زوجها بغير كفء لم يميز النكاح أصلا، ولو زوجها بكفء وبمهر المثل لزمها النكاح ولو كان بالزوج عيب أو مرض.

شرح المادة التاسعة والستين. انظر مادة ١٤٣^(١).

ومن الزواج الموقوف عقد الفضولي مع غيره، والفضولي هو الذي يتصرف في شئون غيره بلا ولاية شرعية، فإذا قال الفضولي: اشهدوا أنني زوجت فلانة لفلان، وقبل عنه فضولي آخر، أو قال الرجل: تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابه الفضولي وقال: زوجتها منك، أو قالت المرأة: زوجت نفسي من فلان الغائب، وقبل عن فلان فضولي، أو قال رجل لآخر: زوجت فلانة لك فقبل، وليست له عليها ولاية، أو قال رجل لامرأة: زوجتك لفلان فقبلت، وليس له عليها ولاية، توقف العقد على الإجازة.

والأصل في هذا أن كل عقد صادر من الفضولي وله مجيز - أي قابل - يقبل الإيجاب، سواء كان فضولياً آخر أو وكيلًا أو أصيلاً أو ولياً، انعقد موقوفاً على الإجازة، وكل عقد ليس له قابل يقبل الإيجاب وقت العقد يقع باطلاً.

وقال الشافعي رحمه الله تعالى: تصرفات الفضولي كله باطلة؛ لأن العقد وضع للحكمة، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم، وإلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس، وفيه من الفساد ما لا يخفى، وإذا لم يكن قادراً كان كلامه لغواً.

ولنا أن ركن التصرف وهو قوله: زوجت وتزوجت صدر من أهله وهو الحر العاقل البالغ مضافاً إلى محله، وهو الأنثى من بنات آدم عليه السلام، وليست من المحرمات، ولا ضرر في انعقاده موقوفاً على الإجازة لكونه غير لازم فينعقد موقوفاً، فإن رأى فيه مصلحة نفذه وإلا أبطله، ولا يلزم أن يأتي حكم العقد عقبه فوراً، بل

(١) (مادة ١٤٣) إذا غر الزوج المرأة بانتسابه لها نسباً غير نسبه الحقيقي ثم ظهر لها بعد العقد باطلاً الولي أنه دونها في الكفاءة، فلها ولوليها حق الخيار في إجازة النكاح ونقضه.

قد يتراخى عنه كما في البيع بشرط الخيار، فإن لزومه متأخر إلى سقوط الخيار، فكذا هنا لأن الحكم لم ينعدم بل تأخر إلى الإجازة، فأفاد الحكم متأخرًا فيصح موقوفًا. انظر مادة ١٤٤^(١).

(١) (مادة ١٤٤) الفضولي الذي يوجب النكاح أو يقبله بلا توكيل ولا ولاية ينعقد نكاحه موقوفًا على إجازة من له الإجازة، فإن أجازته نفذ، وإن أبطله بطل.

الباب العاشر في إثبات النكاح والإقرار به

اعلم أنه إذا ادعى شخص على آخر شيئاً فالمدعى عليه إما أن يقر أو ينكر، فإن أقر لزمته دعوى صاحبه، وإن أنكر يطالب المدعي بإثبات دعواه، فإن أثبتتها لزمته المدعي إليه، وإن عجز وطلب تحليف المدعى عليه فله ذلك، وعندما تتوجه اليمين عليه فإما أن يحلف أو يمتنع عن اليمين، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن امتنع لزمه المدعى، هذا هو السير في كل دعوى بقطع النظر عن موضوعها، فتدخل دعوى الزوجية تحت هذا السير.

فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته، فإما أن تقر، أي: تصدقه في دعواه، أو تنكر، أي: تكذبه في هذه الدعوى، فإن صدقته لزمها الزواج، وإن كذبت يطالب بإثبات دعواه، فإن أثبتتها بأن أقام بينة تشهد له كما يدعي ثبتت دعواه، ولزمها الزواج أيضاً، وإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمينها على نفي دعواه فله ذلك، على القول المعول عليه، فإن حلفت سقطت الدعوى، وإن امتنعت عن اليمين لزمها ما يدعي به؛ لأن امتناعها عن اليمين دليل على أنه محق في دعواه.

ومثله ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه زوجها، فتتبع هذه الإجراءات بلا فرق، إذ لا فرق بين أن يكون المدعي رجلاً أو امرأة، ويشترط في البينة أن تكون من الرجال أو منهم ومن النساء، لا من النساء فقط، فيجوز أن تكون رجلين أو رجلاً وامرأتين، ولا يجوز أن تكون أربع نسوة، ولا بد من العدالة في الشهود، فلو فاسقين

لم تقبل شهادتهما. انظر مادة ١٤٥^(١).

ولا يكتفى في الشاهدين هنا بالعدالة، بل لا بد من كل الشروط التي تشترط في الشاهد عند الأداء، ومن الشروط اللازمة أن لا يكون الشاهد ابناً للمشهدود له؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة، وشهادته عليه مقبولة لنفيها، ومثل الفرع الأصل، فإذا تزوج رجل امرأة ورزق منها أولاداً ثم طلقها، وادعى عليها بعد ذلك أنه تزوجها، وأنكرت، فأقام ابنه منها شاهدين، فلا تقبل هذه الشهادة، فلا يثبت النكاح بها؛ لأنها شهادة الفرع لأصله وهي غير مقبولة للتهمة، وهي وإن كان فيها شهادة الفرع على أصله لأنها ابنها أيضاً، وهي مقبولة إلا أن الأول يقدم؛ لأن القاعدة أنه إذا اجتمع المانع والمقتضي قدم المانع.

وكذا إذا ادعت المرأة عليه وهو ينكر، وأقامت ابنها منه شاهدين، فإن هذه الشهادة غير مقبولة لما تقدم، ومثله في الحكم ما إذا كان أحد الشاهدين ابناً للزوج، والآخر ابناً للزوجة، بأن تزوج رجل امرأة ورزق منها بابين، وتزوجت امرأة رجلاً ورزقت منه بابين، ثم طلقها وانقضت عدتها، فادعى عليها هذا الرجل أنه تزوجها وأنكرت، فأقام عليها البينة، وهي ابنه من غيرها وابنها من غيره، فلا يثبت الزواج بهذه الشهادة؛ لأنه لم يوجد اثنان مقبول شهادتهما؛ لأن ابنه لا تقبل شهادته له، فلم يبق إلا شاهد واحد وهو ابنها من غيره، فلم يتم نصاب الشهادة وهو اثنان، فلا يثبت الزواج، وكذا إذا كانت هي المدعية وأقامتهما شاهدين لما ذكر.

وأما إذا ادعى رجل على امرأة بأنها زوجته، وله ابنان من غيرها، وأنكرت المرأة

(١) (مادة ١٤٥) إذا وقع نزاع بين الزوجين في أمر النكاح يثبت بشهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول، فإن ادعى أحد على امرأة أنها زوجته، أو ادعت هي أنه زوجها، وجحد المدعى عليه، وعجز المدعي عن البينة، فله أن يستحلف الجاحد، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن نكل قضي عليه بنكوله.

هذه الدعوى، أو ادعت امرأة على رجل بأنه زوجها، ولها ابنان من غيره، وأنكر دعواها، فإن أقام ابنه من غيرها بينة على دعواه فلا تسمع هذه البينة، فلا يثبت الزواج لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة، وإن استشهد بابنيها من غيره فشهدا له قبلت البينة فيثبت الزواج؛ لأن شهادة الفرع على أصله مقبولة لنفي التهمة، ومثل ما قيل في دعوى الرجل يقال في دعوى المرأة. انظر مادة ١٤٦^(١).

واعلم أن الإقرار -وهو الإخبار بشيء حصل - حجة قاصرة على نفس المقر، فلا يتعداه إلى غيره إن تضمن الإقرار ذلك إلا بتصديق منه، فإن كان الإقرار غير متعدد لغير المقر لزمه ما أقر به، كما إذا قال شخص: لفلان عندي عشرون جنيها، لزمته إذا صدقه المقر له، وأما إذا قال: لفلان عند فلان كذا، فلا يلزم المقر عليه شيء إلا إذا اعترف بذلك فيلزمه بناء على إقراره هو لا على إقرار غيره، ولا يختص بالدين بل هو عام في كل شيء، إذ الإقرار إخبار، وهو ما حصل مدلوله في الخارج وكان اللفظ حكاية عنه، وحيث يدخل فيه إقرار الولي على الصغير بأنه زوجته فلانة، أو على الصغيرة بأنه زوجها لفلان، وهذا الإقرار غير نافذ عليهما لما علمت من أن إقرار شخص بشيء على آخر لا يلزم؛ لأنه حجة قاصرة عليه فلا يتعداه إلى غيره.

فإن أقام الولي بينة على هذه الدعوى قبلت ولزم الزواج؛ لأن البينة حجة متعددة، ومثله ما إذا بلغ الصغير أو الصغيرة وصدق كل منهما الولي في هذا الإقرار، فإن الزواج الذي أقر به الولي حال صغرهما يثبت لتصديقهما له، فإن كذبا بعد البلوغ فلا يثبت الزواج، وكذا لو صدق كل منهما حال صغره وأنكره بعد البلوغ؛

(١) (مادة ١٤٦) لا يثبت النكاح بشهادة ابني الزوجين لمن ادعاه منهما، وكذا لو كان أحد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة، فإن كانا ابني الزوج وحده أو ابني الزوجة وحدها، فادعى أحدهما النكاح وأنكره الآخر تقبل شهادتهما على أصلهما إذا استشهد بهما الآخر.

لأن إقرارهما حال الصغر غير معول عليه، ولينظر هذا الحكم مع قولهم: من ملك إنشاء شيء ملك الإقرار به، فإن الولي له أن ينشئ زواج الصغير والصغيرة، فكيف لا يملك الإقرار، اللهم إلا أن يكون هذا مستثنى من هذه القاعدة. انظر مادة ١٤٧^(١).

والذي يدل على أن الإقرار إخبار عن شيء حصل لا إنشاء شيء في الحال صحته بالزوجية من غير شهود؛ لأنه إخبار عن عقد سابق، ولو كان إنشاء لما صح الإقرار بها من غير شهود؛ لأن إنشاء عقد النكاح يشترط لصحته حضور شاهدين كما عرفت في موضعه.

فإذا أقر رجل لامرأة أنها زوجته سواء كان هذا الإقرار حال صحته أو في حال مرضه، فإن صدقته ثبت الزواج، ويحمل على أنه عقد عليها قبل هذا التاريخ، وإقراره بالزوجية إخبار عن هذا العقد، وإن لم تصدقه فلا تلزمها الزوجية إلا إذا أثبتها.

ومتى ثبتت الزوجية سواء كان بالتصادق أو بالإثبات ثبتت أحكامها، فتلزمه نفقتها وتحرم على أصوله وفروعه، ويحرم عليه التزوج بأصولها مطلقاً، وفروعها إن دخل بها، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر إلى غير ذلك من الأحكام.

ولا يشترط أن يكون تصديقها له حال حياته بل تثبت الزوجية، وإن صدقته بعد وفاته بالاتفاق لأن حكم النكاح باق في حقها وهي العدة، فإنها من آثار النكاح، ولهذا جاز لها غسله ميتاً كما في حال الحياة، ومحل ثبوت الزوجية بالتصادق إذا لم يكن

(١) (مادة ١٤٧) لا يعتبر إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالنكاح إلا أن يشهد الشهود على النكاح أو يبلغ الصغير والصغيرة ويصدقانه.

هناك مانع منها، فإن وجد كما إذا كان المقر متزوجا بمحرم لها كأختها أو عمتها مثلا، أو متزوجا بأربع سواها، أو هي مجوسية، أو متزوجة بغيره، أو في عدته فلا تثبت الزوجية لوجود المانع منها. انظر مادة ١٤٨^(١).

وإذا أقرت المرأة لرجل بأنها زوجته فإن صدقها وليس هناك مانع من الزوجية ثبتت لما تقدم، سواء كان إقرارها في حال صحتها أو مرضها، ومتى ثبتت الزوجية ترتبت أحكامها كما ذكر في المادة السابقة، ولكن يشترط في ثبوت الزوجية هنا تصديقه لها حال حياتها، فإن صدقها بعد موتها قال الإمام أبو حنيفة: لا تثبت الزوجية، وقال صاحبان: تثبت، فترتب أحكامها. واستدل أبو حنيفة بأنها لما ماتت زال النكاح بعلائقه، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربع سواها، ولا يحل له أن يغسلها، فبطل إقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الإقرار. انظر مادة ١٤٩^(٢).

(١) (مادة ١٤٨) إذا أقر أحد لامرأة أنها زوجته، ولم يكن تحته محرم لها ولا أربع سواها، وصدفته وكانت خالية عن زوج وعدة، تثبت زوجيتها بإقراره وتلزمه نفقتها وبتوارثان.

(٢) (مادة ١٤٩) إذا أقرت المرأة في حال صحتها أو في مرضها أنها تزوجت فلانا، فإن صدقها في حياتها ثبت النكاح وورثها، وإن صدقها بعد موتها فلا يثبت ولا يرثها.