

كتاب النكاح

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
وسلم.

الباب الأول في معناه وحكمه

وفيه مسائل . . والنكاح لغة: الوطء وقد يطلق على الزواج ولم يرد في القرآن بمعنى الوطء إلا في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرًا﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٠] قال في الصحاح: النكاح الوطء وقد يكون بمعنى العقد وبابه ضرب ونكح نكاحاً أيضاً تقول نكحها ونكحت هي تزوجت وهي ناكح في بني فلان أي ذات زوج منهم واستنكحها أي نكحها وأنكحها زوجها ورجل نكحة بوزن هَمْزَة أي كثير النكاح والأصل في مشروعيته قوله تعالى جل ذكره: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء، الآية: ٣] وقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [سورة النور، الآية: ٣٢]. وقوله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج» الحديث وقوله: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» واتفق الأئمة على تأكده لمن تافت نفسه إليه وخاف على نفسه العنت أي الزنى ويكون أفضل له من حج التطوع والجهاد وصلاة التطوع وصدقة التطوع

وصوم التطوع لأن النبي ﷺ قدّم الأمر به ثم أمر من لم يقدر عليه بالصوم ولأن صيانة دينه وعرضه من الوقوع في الحرام مقدّم على العبادات التطوعية .

واختلفوا في حكمه فذهب أحمد وداود إلى وجوبه وذهب مالك والشافعي إلى استحبابه لمن لم يخف على نفسه الوقوع فيما حرم الله وذهب أبو حنيفة إلى استحبابه مطلقاً لكنه أفضل من الانقطاع للعبادة عنده . وعند الشافعي الانقطاع للعبادة أفضل له .

وسبب الخلاف: أن من رأى وجوبه حمل الأوامر الواردة فيه على الوجوب لأنه هو الأصل حتى يصرفها دليل آخر عن أصلها ومن رأى أن الأوامر الواردة فيه لا تدل على الوجوب إنما تدل على الندب والاستحباب والإباحة مثل غيرها من الأوامر الواردة التي فيها الأمر بالأكل والشرب واللبس . حملها على الندب والاستحباب إلا عند مخافة الوقوع في المحرم فيجب بسبب ذلك . ومن قال بالاستحباب مطلقاً رأى أن الأوامر لا تحمل معنى الوجوب بدليل إمكان الاستغناء عن الزواج بملك اليمين وبالصوم لأن النبي ﷺ أحال إليه أي الصوم وقال: «إن له وجاء» وهو إضعاف الشهوة وأصله في اللغة رض الخصيتين لإضعاف الشهوة واستدل القائلون بالوجوب بالنصوص المتقدمة في أصل مشروعيته . . واستدل القائلون بالاستحباب إلا عند مخافة الوقوع في المحرم بما ذكرنا أنهم حملوا النصوص الواردة في الأمر على الاستحباب والجواز وبما رواه إبراهيم بن ميسرة عن عبد الله بن سعد يبلغ به النبي ﷺ: «من أحب فطرني فليستن بستني ومن ستي النكاح» ولأنه من الملاذ التي يمكن للنفوس أن تصبر عنها ولما ورد من مدح يحيى عليه السلام بكونه سيّداً وحضوراً . وقال المتأخرون من المالكية والحنابلة هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مستحب ومندوب وفي حق بعضهم جائز وزاد بعض العلماء قسماً رابعاً وهو من كان في حقه مكروه وذلك إذا علم من نفسه عدم الاستطاعة بالقيام على حقوق الزوجية كالجماع والنفقة .

مسألة: اتفق الفقهاء على استحباب الخطبة المروية عن النبي ﷺ في عقد

النكاح وذهب داود إلى وجوبها والأظهر عندي استحبابها لأن النبي ﷺ ما بين أنها واجبة ولا أمر بها .

مسألة: واتفق جمهور العلماء على تحريم الخطبة على خطبة أخيه المسلم للنهي الوارد عن ذلك واختلفوا إذا حصل ذلك هل النكاح فاسد أم لا . . فذهب داود الظاهري ومالك في رواية إلى فساده لقوله ﷺ: «ولا يخطب المسلم على خطبة أخيه» وذهب مالك في رواية والشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلى عدم فساده إذا توفرت شروط النكاح فيه إلا أنه آثم ولمالك قول أنه فاسد إذا علم به قبل الدخول ويفسخ ولا يفسخ بعده وقال ابن القاسم من أصحابه إن كان الخاطب الأول رجلاً صالحاً يفسخ وإن كان غير صالح فلا . .

وسبب الخلاف: هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أم لا . . ويترجح عندي أن النهي لا يقتضي فساد المنهي عنه إلا إذا كانت علة النهي داخلة في المنهي عنه أو سببه وفي مسألتنا هذه ليست داخلة في المنهي عنه لأن الغرض بالنهي في الحديث تقوية روابط الأخوة والمحبة والإلفة بين المسلمين وتجنب ما يكون سبباً لانفكاكها . . والله أعلم بالصواب .

وهذا إذا حصل التوافق والتقارب بين الخطيب والمخطوبة إن كانت ثيباً أو بين أوليائها إن كانت بكرأ . . وأما إذا لم يحصل التوافق والتقارب بين الخطيب والمخطوبة فلا مانع من أن يخطبها كل من أراد ذلك كالسلة المعروضة للمزايدة وخاصة إذا لم يدر كل واحد بالثاني من الخطاب كما في حديث فاطمة بنت أبي حبيش لما خرجت من عدتها بعد زوجها تزينت للخطاب: فأخبرت النبي ﷺ أن معاوية وأبا جهم وأسامة خطبوها وأمرها أن تتزوج بأسامة . وذكر لها أن معاوية صعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يرفع عصاه عن عاتقه . ولم يبين أنها لأولهم خطبة ولا بين أن خطبة الاثنين أو الثلاثة محرمة . وترك البيان عند الحاجة مستحيل في حقه ﷺ .

مسألة: واتفق الفقهاء على جواز النظر إلى المخطوبة . وإنما اختلفوا في الحد الذي يجوز للخاطب أن ينظره من بدنها . فذهب مالك والشافعي وأحمد

إلى جواز النظر إلى الوجه والكفين وفي رواية عن أحمد بجواز النظر إلى كل ما يظهر من بدنهما عادة كالعنق والساقين. وذهب أبو حنيفة إلى جواز النظر إلى الوجه والكفين والقدمين. وذهب داود إلى جوازه إلى بدنهما كله ما عدا السوءتين. وذهب جماعة إلى تحريمه مطلقاً ومنهم القاضي عياض من أصحاب مالك.

وسبب الخلاف: أن من أجازه إلى جميع بدنهما غير السوءتين تمسك بعموم قوله ﷺ: «من أراد أن يتزوج امرأة فلينظر إليها» وفي رواية: أن رجلاً تزوج بامرأة من الأنصار فأخبر النبي ﷺ بذلك فقال له: «هل نظرت إليها فإن في عيون الأنصار شيئاً». وأما من خصص الوجه والكفين فقد خصص الأحاديث المطلقة بالمقيدة لأن في بعض رواياتها «فلينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها».

وقياساً على ما يظهر منها في الإحرام والصلاة. وأما من زاد القدمين فهو يرى أن القدمين من الزينة الظاهرة في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [سورة النور، الآية: ٣١]. وأما من منعه مطلقاً فقد تمسك بالأصل وهو الحرمة لأنها موجودة قبل إرادة العقد بها ولا تزال في حكم الأجنبية اللاتي حرم الشرع النظر إليهن إلا أنه ينبغي أن يستثنى من ذلك ما استثناه الشارع. والراجع عندي جوازه إلى الزينة الظاهرة، والله أعلم.

فرع: وذهب جمهور العلماء إلى جواز النظر إلى جميع جسم الزوجة والمملوكة حتى فرجها فمنهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد.

والعبد في القول الراجع ليس بمحرم لسيدته ولا ينظر منها إلا ما بدا له منها بدليل جواز زواجه بها بعد عتقه عند أكثر العلماء.

و بعض العلماء لا يجوز لأحد الزوجين أن ينظر إلى سوء الآخر لقوله تعالى: ﴿لِيُرِيَهُمَا سَوْآتِهِمَا﴾ [سورة الأعراف، الآية: ٢٧] ولقول أم المؤمنين عائشة: مات النبي ﷺ ما رآه مني ولا رأيته منه. . أو كما قالت.

والراجع عندي الجواز كما ذكرنا عن الأئمة الأربعة لقوله تعالى: ﴿هُنَّ

لِيَأْسَ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسَ لَهُنَّ ﴿ [سورة البقرة، الآية: ١٨٧]. وقوله: ﴿فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَنِّي شِئْتُ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٢٣]. ولما ثبت من اغتسال رسول الله مع أزواجه في إناء واحد وسترهن له في غسله وغسل علي لفاطمة إلا أن الأفضل عدم تعمّد أحدهما النظر إلى سوء الآخر، والله أعلم.

وورد عن النبي ﷺ «أن النظر إلى الفرج يورث الطمس» كما ورد قوله: «لعن الله الناظر والمنظور» والمرأة مثل الرجل في هذه المسائل.

الباب الثاني

في موجبات صحة النكاح

وهو على ثلاثة أقسام: القسم الأول: في معرفة صحته. الثاني: في معرفة محل العقد. الثالث: في معرفة شروط هذا العقد.

القسم الأول في كيفية الإذن ومن المعتبر رضاه في لزومه وهل يجوز عقده على الخيار أم لا. . وهل تشترط فيه الفورية أم يجوز التراخي فيه من طرف أحد المتعاقدين.

فصل

في القسم الأول من هذه الأقسام الثلاثة وهو الإذن. والإذن على قسمين: إذن بالكلام، وإذن بالسكوت الدال على الرضا، والأول خاص بالرجال والثيب من النساء والثاني خاص بالأبكار من النساء. وأما الرد فلا يكون إلا بالكلام في الجميع. وعلى هذا اتفق جمهور الفقهاء إلا ما روي عن بعض أصحاب الشافعي أن البكر إذا زوجها غير الأب والجد لا بد من نطقها بالرضى واستدل الجمهور بما ثبت أن رسول الله ﷺ قال: «الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها ضّماتها».

وقالوا إن هذا الحديث ليس فيه تخصيص لبعض الأولياء دون البعض وإن العادة جرت على أن الإنسان لا يسكت عما لا يقبله بل يتكلم ويصرّح بعدم رضاه إذا استؤمر.

فرع: واتفق الفقهاء على انعقاده بلفظ النكاح أو التزويج واختلفوا في انعقاده بلفظ التملك والهبة والعطية والبيع والصدقة فذهب مالك وأبو ثور والثوري وداود وأبو حنيفة وأحمد في رواية إلى انعقاده بهذه الألفاظ إذا نوى بها العقد وذهب الشافعي وأحمد في رواية إلى أنه لا ينعقد إلا باللفظين الخاصين به «التزويج والنكاح».

وسبب الخلاف: هل المعتبر في هذا العقد لفظ خاص به لا ينعقد إلا به أو المعتبر فيه جميع الألفاظ التي تدل عليه إذا كانت مع النية.

ويرجح عندي انعقاده بكل لفظ يدل على النكاح وخاصة إذا كان مصطلحاً عليه عند الناس وقصد به النكاح لحديث الواهبة نفسها للنبي ﷺ فقد استعملت لفظ الهبة فيه واستعمل النبي ﷺ حين ملكها الرجل بما معه من القرآن لفظ التملك وقال: «ملكتهما بما معك من القرآن». والله أعلم بالصواب.

فصل

وأما القسم الثاني من هذه الأقسام فهو من الذي يعتبر قبوله في صحة النكاح وهم ثلاثة: الزوج والزوجة والولي. فاتفق الفقهاء على اعتبار رضى الأزواج الأحرار البالغين كما اتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغة. لقوله ﷺ: «الأيام تعرب عن نفسها» إلا ما ذكر عن الحسن البصري.

واختلفوا هل للسيد أن يجبر مملوكه على النكاح أم لا وهل للوصي إجبار مجبوره البالغ أم لا؟ فذهب مالك والشافعي في القديم وأبو حنيفة وأحمد في رواية إلى أن لهما ذلك وذهب الشافعي وأحمد في رواية إلى أنه ليس لهما ذلك إلا برضى المملوك والمجبور.

وسبب الخلاف: هل النكاح داخل في حقوق السيد أم هو من حقوق العبد الخاصة به؟ وهل قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمُ وَالصَّالِحِينَ مِن عِبَادِكُمْ﴾ [سورة النور، الآية: ٣٢] المقصود به تزويجهم من الأموال فقط؟

أو المقصود به إعطاء الأسياد حق التصرف في الأمرين؟ وقوله ﷺ: «أيما

عبد تزوج من غير إذن مواليه فنكاحه باطل» صريح على أن للسيد الولاية على مملوكه إذا رأى المصلحة في تزويجه وله أن يجبره على الزواج. وأما إجبار الوصي من تحت وصيته من الأحرار البالغين على النكاح فضعيف لأن الوصي لا يكون أحق من الأب وقد تقدم اتفاقهم على أن الأحرار البالغين العقلاء لا ينعقد نكاحهم إلا برضاهم وأنه لما كان الخلاف موجوداً في إجبار غير الأب للحررة البالغة فمن باب أولى أن لا يجبر الحر البالغ وأما الأب فيجبره عند الشافعي وأحمد في المشهور، وعند مالك وأبي حنيفة فلا.

واختلفوا في البكر البالغة فقال مالك والشافعي وأحمد في المشهور عنه وابن أبي ليلى للأب فقط أن يجبرها وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وأحمد في رواية ليس للأب أن يجبرها بل هي تختار لنفسها لأنها صارت بمثابة الثيب الكبيرة وعرفت من يصلح لها ومن لا يصلح لها وبه قال مالك في المعنسة التي تجاوز عمرها ثلاثين سنة من غير زواج.

وسبب الخلاف: معارضة عموم النصوص لدليل الخطاب، وهو قوله ﷺ: «لا تنكح البتيمة إلا بإذنها». فمفهومه أن ذات الأب تخالفها في الحكم واليتم يزول بالبلوغ وأما عموم النصوص المعارضة لمفهوم الخطاب قوله ﷺ: «الأئيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر» فأعطى الأحقية للثيب ولم يعطها البكر ولو كانت كبيرة ومن قال لا تجبر استدل بقوله في نفس الحديث: «والبكر تستأمر» فقالوا: ما دامت البكر الصغيرة تستأمر فكذلك الكبيرة لا تنكح بعدما تستأمر إلا بإذنها لأن الصغيرة قد يمنعها الحياء من النطق برضاها وجعل سكوتها دليلاً على رضاها بخلاف الكبيرة تعرب عن نفسها.

واختلفوا في الثيب الصغيرة التي لم تصل سن البلوغ فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه إلى أنها تجبر كالبكر الصغيرة وذهب الشافعي وأحمد في رواية إلى أنها لا تجبر وقال أشهب من أصحاب مالك تجبر حتى تبلغ وقال سحنون تجبر ولو بلغت وقال أبو تمام لا تجبر مطلقاً.

وسبب الخلاف: تردها بين صفتين معتبرتين في الشرع وهما الصغر

والثبوت. ومن العلماء من رجع صفة الصغر وقال لا عبرة بالثبوت إلا مع العقل والتمييز ومنهم من رجع ما دل عليه عموم قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها» ولم يلتفت إلى الصغر والذي يترجح عندي كون وليها له أن يجبرها كالبكر الصغيرة لأن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالعقل في جميع التصرفات وقد ربط الشرع العقل بالبلوغ وغير البالغة لا تصرف لها في مالها فضلاً عن نفسها وقد تكون سبباً لضياعها لأنها لا تعرف مصالحها، والله أعلم.

فرع: واختلف العلماء في الثبوت المعنية بقوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها» وذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها هي التي حصلت بنكاح شرعي معتبر وذهب الشافعي وأحمد إلى أنها الثبوت اللغوي حتى ولو كانت بالزنا. والراجح عندي أن المعتبرة هي التي حصلت بنكاح شرعي أو شبهة لأنهما هما اللذان ثبت بهما الأحكام المتعلقة بهما كالنسب وحرمة الرضاع والمصاهرة والمهر ورفع الحد في أرجح الأقوال، والله أعلم.

فرع: واختلف الفقهاء في إجبار البكر الصغيرة هل هو عام في جميع الأولياء أو هو خاص بالأب فقط أو بالأب ووصيه أو بالأب والجد فذهب مالك وأحمد في المشهور من مذهبهما إلى أنها لا يجبرها إلا الأب ووصيه فقط. وذهب الشافعي إلى أنها يجبرها أبوها وجدها وذهب أبو حنيفة إلى أنها يجبرها كل من له ولاية عليها شرعاً.

وسبب الخلاف: معارضة العموم الوارد في قوله ﷺ: «البكر تستأمر وإذنها صُمتها» لقياس الأولياء بعضهم على بعض لأن الشرع أعطاهم الولاية لأجل النظر في مصلحة من أعطاهم الولاية عليهن.

إلا أن مدلول قوله ﷺ: «لا تنكح اليئمة إلا بإذنها» يعطي الأب الخصوصية من بين الأولياء لأن حكم اليتيم باق عليها وتسميتها يئمة ثابت ولو كان جدّها موجوداً.

فرع: واختلفوا في تزويج الصغير فذهب مالك وأحمد إلى أن للأب أو وصيه أن يزوجه ولو كان من غير رضاه وذهب الشافعي إلى أنه لا يزوجه إلا

أبوه فقط وذهب أبو حنيفة إلى أن لجميع الأولياء أن يزوجه في صغره وله الخيار إذا بلغ. وذكر ابن قدامة في المغني أن الشافعي قال للولي غير الأب تزويج الصغير ليألف حفظ فرجه وذلك كله إذا دعت المصلحة إلى تزويجه وإلا ترك حتى يبلغ. والله أعلم.

مسألة: هل يجوز عقد النكاح على الخيار أم لا فذهب جمهور الفقهاء إلى منعه وشذ الثوري فقال بجوازه فمن أجازاه قاسه على البيوع التي يجوز فيها الخيار ومن منعه قاسه على العقود التي لا يجوز الخيار فيها.

فرع: واختلف الفقهاء في جواز تراخي القبول في النكاح فأجاز مالك اليسير منه وأجازه أبو حنيفة مطلقاً ومنعه الشافعي وأحمد مطلقاً.

القسم الثالث

في شروط عقد النكاح

وهو مشتمل على ثلاث مسائل . .

الأولى: في اشتراط الولي . **والثاني:** في الشهود . **والثالث:** في الصداق .
وأما المسألة الأولى: فيما يتعلق بالأولياء فهي مشتملة على أربعة فروع .
الفرع الأول: في اشتراط الولي **والثاني:** في صفات الأولياء . **والثالث:** في أصنافهم وترتيبهم . **والرابع:** في حكم تعضيل الأولياء لمن كان تحت ولايتهم وحكم اختلاف الولي مع من تحت ولايته .

الفرع الأول: اتفق الفقهاء على مشروعية الولاية في النكاح واختلفوا في اشتراطها فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن الولي شرط في صحة النكاح وذهب أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري إلى عدم اشتراطه وبه قال محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة إلا أنه يشترط رضى الولي وخالفهم أبو يوسف في آخر أمره وفرق داود الظاهري بين الثيب والبكر فاشتراطه في البكر ولم يشترطه في الثيب . وقال ابن رشد يتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك أنه يرى

اشتراط الولي سنة لأنه روي عنه أنه يرى التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما في عقد نكاح بلا ولي وأنه أباح للمرأة الدنيئة أن تقدم من يعقد لها النكاح من المسلمين من غير تعيين ولي وأن الثيب يستحب لها أن تقدم وليها ليتولى عقد النكاح لها قال فكانه من شروط التمام عنده لا من شروط الصحة .

وسبب الخلاف: أن من قال باشتراط الولي وهم الجمهور استدلوا بعموم

الآيات المتوجهة إلى الأولياء ومنها قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٢]. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٢١]. وقالوا الخطاب في الآيتين موجه إلى الأولياء ومثله قوله تعالى في خطاب الأسياء ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [سورة النور، الآية: ٣٢] وبما رواه الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» قاله ثلاث مرات وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له . رواه أبو داود والترمذي وحسنه أحمد وصححه الحاكم . وأما من لم يشترط الولي في صحة النكاح فقد استدل بمفهوم قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٤]. وقالوا: قد أضاف الله إليهن الفعل في أمر النكاح في عدة آيات من كتابه منها قوله تعالى في آخر الآية المتقدمة ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٢] وقوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٠] واستدلوا أيضاً بمفهوم قوله ﷺ: «الأيام أحق بنفسها من وليها» وهو حجة داود في التفرقة بين الثيب والبكر والحديث عند الجمهور لا يصلح دليلاً في عدم اشتراط الولي للثيب لأن المراد به أن الثيب أحق من وليها في اختيار الزوج لنفسها لأنها قد جربت الرجال وعرفت من يصلح لها منهم ومن لا يصلح لها وأما الآية الأولى أيضاً فلا تصلح لهم دليلاً لأن المقصود من قوله: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٤] أي من التعرض للزواج وطلبه . وأما الآية الثانية أيضاً فسبب نزولها بين الغرض منها: وهو ما رواه البخاري أن رجلاً من الأنصار زوّج أخته برجل من المهاجرين ثم طلقها

وغاظه ذلك فلما خرجت من العدة أراد أن يسترجعها وخطبها ومنع أخوها أن يرجع إليه مع كونها راضية برجوعه. فأنزل تعالى: ﴿فَلَا تَقْضُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٢] أي أن يرجعن إلى أزواجهن إذا تراضوا بينهم وأما أجوبة القائلين بعدم اشتراطه فضعيفة منها قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْضُوهُنَّ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٢] قالوا: هي محتملة أن تكون في الأولياء وغيرهم وأنها نزلت في النهي عن الإعضال لا تدل على معنى زائد عليه. وأجابوا أيضاً عن الآية الثانية التي فيها النهي عن تزويج الكفار والمشركين بالمسلمات أنها محتملة أيضاً أن يكون الخطاب فيها عاماً في الأولياء وغيرهم من المسلمين وأما الحديث فأعلوه بعدم الصحة. وقد تقدم ذكر من رواه ومن صححه من علماء الحديث فالمثبت مقدم على النافي وممن رواه من الصحابة عائشة وأبو موسى وابن عباس. وقال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث: «لا نكاح إلا بولي» فقال: صحيح. قلت: والذي يترجح عندي اشتراط الولي لما ذكرنا ولعموم قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [سورة النساء، الآية: ٣٤]. ولأن غالب النساء لا ينظرن في مستقبل مصالحهن وإنما ينظرن في شهواتهن فقط وقد تختار من ليس بكفيء لها لغلبة شهوتها عليها. والله أعلم.

الفرع الثاني: في صفة الولاية المشترطة فقد اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام والبلوغ إلا ما روي عن أحمد أنه يجيز ولاية الصغير المميز البالغ تسع سنوات والذكورية إلا ما سبق عن أبي حنيفة أنه لا يشترط الولي في صحة النكاح.

واختلفوا في ولاية العبد فذكر ابن رشد عن أبي حنيفة أنه يرى جواز ولايته والذي رأته في كتبهم خلاف ما ذكره قال في القدر «لا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة».

واختلفوا في ولاية الفاسق والسفيه فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أن العدالة ليست بشرط في ولاية النكاح وذهب الشافعي وأحمد في المشهور عنه إلى

اشترطها وقال بعض أصحاب أحمد إن كان الولي أباً أو جداً فلا ولاية لهما مع الفسق وإن كان غيرهما من العصابات جازت ولايته هذا ما ذكره صاحب كتاب «رحمة الأمة» ويقول الشافعي وأحمد قال أشهب وأبو مصعب من أصحاب مالك .

وسبب الخلاف: قياسها على ولاية الأموال ومن شبهها بها قال العدالة شرط في ولاية النكاح وممن لم ير قياسها عليها قال ليست بشرط قلت قد تكون عدالة النكاح مخالفة للعدالة العامة في الأموال وغيرها وقد يكون الشخص غير عادل في دينه وفي الأموال ولكن لا يمنعه ذلك من مراعاة مصالح من تحت ولايته من بناته وأخواته، والله أعلم.

الفرع الثاني: في أصناف الولاية وهي ثلاثة: نسب وسلطان وولاء. وقد تقدم عن مالك أن الإسلام يكفي في ولاية الدنيئة وهي التي ليس لها شرف نسب ولا حسب ولا دين ولا مال. وروي عن أحمد مثله.

مسألة: اختلفوا في الوصية هل تكتسب بها الولاية العامة أم لا؟ فذهب مالك وأحمد إلى أنها تكتسب بها. وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أنها لا تكتسب بها ولذلك قال مالك الوصي كالأب في الإيجاب وعدمه إلا أنه يشترط في إجباره أن يعين له من وصاه أنه الزوج إن كانت امرأة والمرأة إن كان ابناً. وقال هو كالوكيل وقال أحمد هو كالولي مطلقاً.

وسبب الخلاف: هل الولاية من الأمور التي تجوز الاستنابة فيها أم هي لا تنقل إلى غير صاحبها الأول ولذلك خالف أبو ثور جمهور العلماء في جواز الوكالة في النكاح فأجازها الجمهور لثبوت ذلك عن النبي ﷺ في زواجه لأم حبيبة وزواجه لميمونة والراجح عندي جواز الوصية كالوكالة.

فرع: اختلفوا في ترتيب الأولياء فقال مالك أولى الناس بالولاية الابن ثم الأب ثم الإخوة ثم الجد ثم الأعمام ثم أبناءهم ثم الموالى ثم السلطان. وقال الشافعي أولاهم الأب ثم الجد ثم الأعمام ثم بنوهم ثم الموالى ثم السلطان. وقال أبو حنيفة: أولاهم الابن ثم الأب ثم الأخوة ثم الأعمام ثم بنوهم. وقال أحمد أولاهم الأب ثم الابن ثم الجد ثم الإخوة ثم الأعمام وبنوهم ثم الموالى

ثم السلطان، وروى المغيرة عن مالك تقديم الأب على الابن مثل أحمد وقال الشافعي لا ولاية لابن على أمه بالبنة. قلت: وإذا ثبت ما روي أن سلمة تولى العقد بين النبي ﷺ وأمه يكون حجة على من منعه كما أن من جهة المعنى الابن أولى الناس بمصالح أمه وكل حقوقها وخاصة إذا كان بالغاً عادلاً باراً بأمه. وهو أنصح لها من غيره.

فصل

ويتعلق بترتيب الأولياء ثلاث مسائل: الأولى: إذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب. والثانية: إذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أم لا. والثالث: إذا غاب الأب عن ابنته البكر هل لغيره من الأولياء حق إجبارها أم لا.

المسألة الأولى: فقد اختلف قول مالك فمرة قال إن زوجها الأبعد مع وجود الأقرب فالنكاح باطل يفسخ ومرة قال جائز ومرة قال للأقرب الخيار في إمضاء العقد وعدمه. وصحيح مذهبه أنه جائز إن كان الأقرب غير الأب في ابنته البكر أو وصيه وإن كان الأقرب أباً أو وصيه يفسخ. وقال الشافعي وأحمد لا ولاية للأبعد مع حضور الأقرب مطلقاً وأما أبو حنيفة فلا يرى الولي شرطاً في النكاح كما سبق.

وسبب الخلاف: هل ترتيب الولاية حكم شرعي توقيفي أم لا. وهل هي من حقوق الولي الأقرب الخاصة به أم هي من حقوق الله المتوقفة على وجود الولي كائناً من كان من الأولياء. والذي يترجح عندي عدم جواز عقد الأبعد مع وجود الأقرب إلا إذا علم أن الأبعد أنصح لها من الأقرب لقول الله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [سورة الأنفال، الآية: ٧٥].

وأما المسألة الثانية: فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه إلى أن الأقرب إذا غاب غيبة لا يدري مكانه ولا يمكن الاتصال به ولا يرجى إتيانه انتقلت الولاية إلى الأبعد. وقال الشافعي وأحمد في الرواية الأخرى تنتقل إلى السلطان.

وسبب الخلاف: هل غيبة الأقرب مثل موته أم لا . لأنهم متفقون على انتقالها بالموت . وأما من قال تنتقل إلى السلطان فضعيف لمخالفته قول النبي ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له» وجعل انتقالها إلى السلطان لمن لا ولي له فلا ولاية للسلطان مع وجود الأبعد من الأولياء كما سبق في ترتيب الأولياء وقد اتفقوا على جعله آخر الأولياء . في ترتيبهم كما سبق .

المسألة الثالثة: وهي إذا غاب الأب عن ابنته البكر . اتفق الفقهاء على أنها إذا كانت في صون وحفظ ولم تنقص لها النفقة ولم تطلب الزواج على أنها لا تزوج ولو كانت الغيبة طويلة والمسافة بعيدة ولو لم يعرف مكانه ولو كان أسيراً في يد العدو .

واختلفوا إذا كانت في غير صون والغيبة طويلة والمسافة بعيدة لا تعرف وطلبت الزواج فالجمهور على أنها تزوج بولاية أقرب الأولياء بعد الأب ومنهم مالك وقال عبد الملك وابن وهب من أصحابه لا تزوج وأما إذا كانت الغيبة قصيرة والمسافة قريبة ويمكن الاتصال به فهم متفقون على أنها لا تزوج حتى يحضر أو يوكل أو يأذن لغيره من الأولياء أن يزوجه . قلت : هذا كله راجع إلى مصلحتها ورفع الضرر عنها ولذلك لا يستبعد أنها إذا تضررت ولم يكن لها ولي غير أبيها الغائب أنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها لأن وجوده في قيد الحياة مع عدم قيامه بمصالحها ودفع الضرر عنها كعدمه كما ترفع أمرها إلى الحاكم إذا عضلها لمصلحته هو ولو كان حاضراً لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

فرع: إذا جعلت المرأة أمرها إلى وليين متساويين في ولايتها فزوجها كل واحد برجل غير الذي زوجها به الآخر فما الحكم؟ فجمهور العلماء على أنها للأول بل الإجماع عليه لما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة زوجها وليان برجلين فهي للأول منهما» .

واختلفوا إذا دخل بها الثاني قبل معرفة الأول فقال مالك تكون لمن دخل بها وفات حق الأول بدخول المتأخر بها . وقال الشافعي وأحمد: هي للأول ويفسخ عقد الثاني ولو دخل بها لأنها حق لغيره وتمسكاً بالحديث المتقدم . وأما

مالك رحمه الله لعله نظر إلى قاعدة درء المفاسد وسد الذرائع وقاسها بالسلعة الفاتئة في البيع المكروه. . . وأما إن عقد لها برجلين في آن واحد ولم يعرف المتقدم منهما فاتفقوا على أنه يفسخ عقداهما معاً ما لم يدخل بها أحدهما فتكون له عند مالك وعند الجمهور يفسخ، وقال شريح تختار أحدهما وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز ويشبه قواعد مذهب أبي حنيفة لأنه لا يشترط ولياً في النكاح.

القسم الرابع: في عضل الأولياء. فاتفق الفقهاء على تحريم عضل الولي لموليته إذا طلبت الزواج بكفيء إذا أعطاها صداق المثل وأنها إن عضلها ترفع أمرها إلى الحاكم فيزوجها. واتفقوا على أن للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق المثل مع خلاف في ذلك. واتفق الفقهاء على أن للمرأة أن تنزع ولايتها من وليها وتمتنع من الزواج إذا لم يختار لها كفؤاً. كما اتفقوا على أن الدين من الكفاءة المعتبرة وأنها إذا زوجها وليها بترك الصلاة وشارب الخمر أو أكل الربا أو المكثّر من أيمان الطلاق لها أن تمتنع ولو كانت بكرّاً والولي أبوها. وروي عن محمد بن الحسن أن الدين ليس من الكفاءة المعتبرة وهو شذوذ منه رحمه الله إن صح ذلك عنه.

واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة المعتبرة أم لا فذهب مالك رحمه الله إلى أنه ليس من الكفاءة المعتبرة والحجة معه بأدلة كثيرة قولية وفعلية منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَمُ﴾ [سورة الحجرات، الآية: ١٣] ومنها زواج زيد بن حارثة بزینب وقوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيب: «إنكحي أسامة بن زيد» وتزويجه لبنت الأنصاري للرجل اليمني الذي استشهد في غزوة خيبر.

وقال سفيان الثوري وأحمد لا تزوج عربية لمولى وقال أبو حنيفة والشافعي لا تزوج قرشية إلا بقرشي ولا عربية إلا بعربي واستدلوا بحديث: «تنكح المرأة لأربع: لدينها وجمالها وحسبها ومالها فاظفر بذات الدين تربت يمينك» والحديث لا حجة فيه لاشتراط النسب لأنه إنما ذكر فيه الأسباب التي

ترغب الرجال في زواج المرأة ثم أمر باختيار السبب الذي ينبغي أن يعتني به وهو الدين ولو عدم غيره من الأسباب المذكورة في الحديث معه ولا شك أن اجتماع هذه الشروط أفضل وهو نادر في النساء كما اتفقوا على أن الحسن والجمال ليسا من الكفاءة المعتمدة.

واختلفوا في اعتبار السلامة من العيوب فاعتبرها مالك والشافعي وأبو حنيفة ولم يعتبرها أحمد إلا أنها إن لم تعلم بالعيوب قبل العقد لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ويرفع عنها الضرر.

واختلفوا في الفقر الذي لا يقدر معه على النفقة فاعتبره مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ولم يعتبره أبو حنيفة واستدل من اعتبره بقول النبي ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش: «وأما معاوية فصعلوك لا مال له».

واختلفوا في الحرية فاعتبرها مالك في المشهور من مذهبه والشافعي وأحمد ولم يعتبرها مالك في رواية وقد سبق مذهب أبي حنيفة في النسب والحسب واستدل الجمهور بحديث بريرة حين عتقت. خيّرهما الرسول ﷺ بين البقاء عند زوجها قبل عتقها وبين أن تفارقه فاختارت فراقه فدل ذلك على أن العبد ليس بكفو للحرّة. كما لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة إلا عند خوفه العنت على نفسه.

مسألة: واختلفوا في مهر المثل فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أنه ليس من الكفاءة وأن للأب أن يتنازل عن بعض مهر المثل لابنته البكر الصغيرة دون الثيب والبكر الكبيرة. وقال أبو حنيفة هو من الكفاءة وليس للأب التصرف في نقصه. والراجح عندي كونه له التصرف في نقصه إذا رأى مصلحة في ذلك لأنه هو وليها الشرعي ولا يهتم على مصالحها وله الولاية عليها في نفسها فضلاً عن مالها. وقد ورد في الأثر: «أنت ومالك لأبيك» هذا في حق الذكر الذي هو ولي نفسه إذا بلغ فمن باب أولى البنت، والله أعلم.

مسألة: اختلف الأئمة في جواز عقد الولي الزواج لنفسه على موليته

فأجازه مالك وأبو حنيفة وأحمد ومنعه الشافعي قياساً على الحاكم لا يحكم لنفسه والشهود لا يشهدون لأنفسهم. واستدل من أجازه بقصة زواج النبي ﷺ بأم سلمة على قول من قال هو الذي عقد لنفسه بها وزواجه بصفية فقالوا هذا ولي خاطب فما المانع أن يعقد لنفسه والشافعي رحمه الله يرى أن الحديثين من خصوصياته ﷺ. والراجح عندي الجواز للدليل الذي ذكرناه وعدم وجود الدليل للمانع إلا قياسه على الحاكم والشاهد مع وجود الفارق بين مسألتنا وبين القضاء والشهادة لوجود الخصماء في القضاء والشهادة وعدم وجودهم هنا وأن الخصوصية تحتاج إلى النص يدل عليها. واختلف قوله في السلطان فتارة قال له أن يتولى العقد لنفسه وتارة قال لا.

باب

الشهادة والشهود

اتفق الفقهاء على مشروعية الشهادة في النكاح لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٢] وإنما اختلفوا في كونها شرطاً في صحة العقد أم لا. . . وروي عن مالك وعن أحمد في رواية أنها ليست بشرط إذا أعلن النكاح وقال الشافعي وأبو حنيفة هي شرط في صحته وقال أبو ثور ليست بشرط سواء أعلن أم لم يعلن.

وسبب الخلاف: أن من اشترط الشهادة تمسك بظاهر الأمر في الآية المتقدمة واعتبرها شرطاً لصحته ومن لم يشترطها اعتبر الأمر للندب والاستحباب وجعلها من شروط التمام لا من شروط الصحة كما روي عن مالك. . .

فرع: واختلف الفقهاء إذا عقد النكاح بشاهدين وطلب منهما كتم الشهادة فذهب مالك إلى أنه نكاح سر يفسخ إذ تواطأ الزوج والولي على ذلك أو للزوج فيه تدخل. وكان الاستكتام قبل العقد وإن كان بعده فلا تأثير له في العقد وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لا تأثير للاستكتام بعد حضورهما وشهادتهما ودليل القائلين بوجوب الإشهاد على النكاح ما روي عن ابن عباس موقوفاً عليه: «لا

نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» وروي عنه مرفوعاً إلا أن الدارقطني قال في سنده مجاهيل وإنما استدل الجمهور بالموقوف لأنهم قالوا هو قول صحابي لم يعرف له مخالف من الصحابة فصار إجماعاً سكوتياً وبذلك يكون حجة كما أنه حجة في اشتراط الولي. وأما الاستكتام فحجة مالك فيه ما رواه في موطأه أن عمر فسخ نكاحاً شهد فيه رجل وامرأة وسمّاه نكاح سر وقال لو قدمت فيه لرجمت «أي بالدخول قبل أن يفسخه» وقال هو سنة أحد الخلفاء الراشدين الذين أمرنا بالتمسك بسنتهم وخاصة الشيخين أبو بكر وعمر. ودليله في وجوب إعلان النكاح قوله ﷺ: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» وأما أبو ثور فاستدل لعدم وجوب الشهود في النكاح بفعل الحسن فقال عقد النكاح من غير شهود وأعلنه والراجح عندي وجوب الإشهاد عليه للآية ولأثر عمر المتقدم وأثر ابن عباس.

واختلفوا في العدالة في الشاهدين فاشتراطها مالك والشافعي وأحمد ولم يشترطها أبو حنيفة ولذلك أجاز شهادة الفاسق والعبد ورجل وامرأتين لأن المقصود بالشهادة عنده مجرد إعلان النكاح فقط وعند غيره من الأئمة تتضمن الإعلان والقبول والراجح عندي اشتراط الشهادة للآية المتقدمة وأثر ابن عباس وأثر عمر المتقدمين واشتراط العدالة والذكورية والعقل فيها لقوله تعالى في الآية المتقدمة: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٢] والله أعلم بالصواب.

باب

الصداق

وفيه مسائل . . الأولى في حكمه وأركانه. الثانية: في قدره. الثالثة: في تنصيفه بين الزوجين. الرابعة: في تفويضه وحكم ذلك. الخامسة: في أنواع الصداق الفاسد وحكمه. السادسة: في اختلاف الزوجين في الصداق.

المسألة الأولى: وهي تشتمل على أربعة فروع: الأول في حكمه. الثاني في مقداره. الثالث في جنسه. الرابع في تأجيله.

الفرع الأول

في حكمه

أجمع الفقهاء على أنه شرط في صحة النكاح لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [سورة النساء، الآية: ٤] وقوله ﷺ للرجل الذي طلب منه أن يزوجه الواهبة نفسها للنبي إن لم تكن لك حاجة فيها «أطلب شيئاً تصدقها به ولو خاتماً من حديد».

الفرع الثاني

في مقداره

اتفق الفقهاء على أنه لا حد لأكثره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَاتٍ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُمْ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٠] إلا أنه لا ينبغي الغلو فيه والإسراف والتبذير والمغالاة فيه لما يترتب على ذلك من المفساد الاجتماعية والدينية والدنيوية وخير الأمور أوسطها وأبرك الزواج أيسره وأقله مؤونة.

فرع: واختلفوا في أقله فذهب الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأكثر أهل المدينة من التابعين إلى أنه لا حد لأقله وأن كل ما جاز تمويله وجاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون مهراً قل أو كثر وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك. وذهب مالك إلى تحديد أقله بربع دينار أو ثلاثة دراهم قياساً على نصاب ما تقطع به يد السارق. وذهب أبو حنيفة إلى تحديده بعشرة دراهم لأنها هي النصاب الذي تقطع به يد السارق عنده. وروي عن ابن شبرمة أنه حدده بخمسة دراهم وروي عن بعض أهل العلم أنه حدده بأربعين درهماً.

وسبب الخلاف: راجع إلى تردده بين أن يكون عوضاً من الأعواض التي يعتبر فيها التراضي بالقليل والكثير كالبيع وبين أن يكون عبادة محدودة من جهة الشارع لأنه من جهة كونه تملك به منافع المرأة يشبه العوض ومن جهة كونه لا يجوز التراضي بإسقاطه يشبه العبادات. والأمر الثاني معارضة القياس المقتضي

التحديد للحديث الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد وهو حديث سهل بن سعد الساعدي المتفق عليه وفيه أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة. فقال رسول الله ﷺ: «هل معك من شيء تصدقها إياه؟» فقال: ما عندي إلا إزار. فقال رسول الله ﷺ: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً» فقال: لا أجد شيئاً. فقال رسول الله ﷺ: «هل معك شيء من القرآن؟» قال: نعم معي سورة كذا وسورة كذا لسور سمّاها فقال رسول الله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن» واستدل القائلون بعدم التحديد بقوله ﷺ للرجل: «التمس ولو خاتماً من حديد» وقالوا: هذا دليل قاطع على عدم التحديد وقالوا ولو كان محدداً لبيته النبي ﷺ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز وبما رواه الترمذي وحسنه وصححه أن امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله ﷺ: «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟» فقالت: نعم. وأجاز نكاحها. وأما القائلون بالقياس والتحديد قاسوا استباحة بضع المرأة باستباحة قطع يد السارق وكل واحد حدده بما يراه هو نصاب القطع في السرقة واستدل أبو حنيفة وأصحابه بما رواه جابر أن النبي ﷺ قال: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» وأجابوا عنه بأنه حديث ضعيف لأن مداره على مبشر بن عبد عن الحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان لا يعارض به حديث سهل المتفق عليه وحديث الترمذي الذي قال فيه حسن صحيح. وأجاب القائلون بالتحديد عن حديث سهل أنه لا يصلح دليلاً لعدم التحديد لاحتماله الخصوصية بدليل أن النبي ﷺ ﴿أَوَّلَ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ [سورة الأحزاب، الآية: ٦] وبدليل قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ [سورة الأحزاب، الآية: ٣٦] ولذلك غيره لا يجوز له أن يزوج ثيباً إلا برضاها ومهر ترضاه ويرضاه وليها وهذه زوجها من غير إذنها ولا إذن وليها فدل ذلك على الخصوصية وأما حديث الترمذي أيضاً فيحتمل أن النعلين يبلغ قيمتهما ما حددنا به لأن النعال تختلف وخاصة نعال النساء. والذي يترجح عندي قول

من قال بعدم التحديد إذا حصل التراضي بين الزوجين وولي المرأة كما أن للمرأة أن تعطي زوجها ما شاءت من مهرها إذا ملكته لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا﴾ [سورة النساء، الآية: ٤] وروى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعي وأحمد ذكره ابن هبيرة في الإفصاح، والله أعلم.

الفرع الثالث

في جنسه

واتفق الفقهاء على أن كل ما جاز تملكه ويمكن قبضه يجوز أن يكون صداقاً واختلفوا في الصداق بالإجارة يعني بالمنافع الدينية غير المقبوضة. وروى عن مالك في ذلك ثلاثة أقوال: قول بالجواز وقول بالمنع وقول بالكراهة وهو المشهور عنه. ولذلك يرى فسحه قبل الدخول ولا يراه بعده وبالجواز قال أصبغ وسحنون. وبالمنع قال ابن القاسم. وذهب الشافعي وأحمد في رواية إلى جوازه وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية إلى عدم جوازه.

وسبب الخلاف: أن من قال بالجواز استدل بقوله تعالى في قصة زواج موسى في مدين ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَٰئِلَتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَابٍ﴾ [سورة القصص، الآية: ٢٧]. فقالوا: هذا عقد نكاح بالإجارة. والمانعون قالوا هذه الآية واردة في شرع ما قبلنا ولا يلزمنا العمل بها في شرعنا لأنه ناسخ لما قبله. والسبب الثاني أن القائلين بالجواز قاسوا عقد النكاح بالمنافع البدنية على الإجارة لأنها مستثناة من البيوع الغررية المنهي عنها.

الفرع الرابع

وهو جواز كون عتق الأمة صداقاً لها

فذهب جمهور الفقهاء إلى منع ذلك وأجازه أحمد وداود الظاهري.

وسبب الخلاف: أن من منعه قاس الزواج على غيره من المنافع وقالوا: إذا أعتقت ملكت نفسها ولا يلزمها شيء إلا ما يلزم غيرها من الحرائر ولها ما لهن من الحقوق ومن ذلك مهرها. . لقول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَتِهِنَّ

نَحْلَةً ﴿[سورة النساء، الآية: ٤] وهي ليست بمملوكة حتى يملك سيدها بضعها من غير صداق مثلها. واستدل القائلون بالجواز بما ثبت أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها وقالوا أقوال رسول الله ﷺ وأفعاله وتقريراته كلها دالة على التشريع وأجابوا عن قول المانعين باحتمال الخصوصية بأنها لا تثبت إلا بالنص ولا نص هنا على الخصوصية. والله أعلم.

الفرع الخامس

وأما وصف الصداق فقد اتفق الفقهاء على انعقاد النكاح على الصداق المعين المنضبط إما بالقيمة وإما بالوصف أو العدد واختلفوا في غير المنضبط فأجازه مالك وأبو حنيفة وقال مالك لها الوسط مما سمي لها وقال أبو حنيفة لها قيمته ومنعه الشافعي. . وفيما أعتقد أن أحمد يجوز ذلك إلا أنه قال لها مهر أمثالها من قريباتها ومن أجازه قال النكاح مبني على المكارمة. ومن منع ذلك قال النكاح كالبيع على التشاحي كما لا يجوز بيع المجهول الوصف والقيمة كذلك لا يجوز في الصداق.

الفرع السادس

واختلفوا: في جواز كون تعليم القرآن صداقاً فأجازه مالك والشافعي ومنعه أبو حنيفة وأحمد في المشهور عنهما واستدل الموجزون بحديث الواهة نفسها وفيه أن النبي ﷺ زوجها الرجل بما معه من القرآن يعلمها إياه وبقوله ﷺ: «أحق ما أخذتم عليه الأجر كتاب الله» والمانعون فيما اعتقد يرون أن أخذ الأجرة على تعليم القرآن غير جائز وغير الجائز لا يكون صداقاً وكأنهم يرون الخصوصية في تزويج الرجل المذكور بالواهة نفسها للنبي ﷺ.

الفرع السابع

اختلف العلماء في جواز تأجيل الصداق فمنهم من أجاز تأجيله كغيره من العقود غير الربوية وأعتقد أنهم الجمهور ومنهم من منع تأجيله ومن الموجزين

من استحب تقديم شيء منه قبل الدخول كمالك ومنهم من أجاز له لزم من محدود وروي عن الأوزاعي أنه أجاز له لموت أو فراق ولها ما سمي لها كاملاً إن دخل بها وإلا فلها نصفه .

الموضوع الثاني

في ثبوت الصداق وتقريره

فقد أجمع الفقهاء على إثباته بالدخول أو الموت لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْتَبِّدَآلَ زَوْجَ مَكَاتٍ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٠] إلى قوله : ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢١] وأما بالموت فلا إجماع الأمة على ذلك .

واختلفوا في جنس الدخول الموجب لها الصداق فذهب مالك والشافعي وفي الأظهر عنده إلى أنه لا يستقر إلا بالوطء وذهب داود إلى أنه لا بد من الخلوة بها مع الدخول والمسيس وقالوا لا يجب بمجرد إرخاء الستور إلا النصف فقط وقال أبو حنيفة وأحمد يجب المهر كله بالخلوة بها إلا أن يكون محرماً أو مريضاً أو صائماً في نهار رمضان أو كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب كله بمجرد الدخول فقط بدون أي شرط .

وسبب الخلاف: أنه جاء النص من القرآن الكريم على وجوب الصداق كله بالمسيس في الآية المتقدمة وجاء أيضاً بتنصيفه للمطلقة بعد فرضه قبل المسيس وهو قوله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٧] وورد عن الصحابة رضوان الله عنهم أنهم أوجبوا الصداق كاملاً على من أغلق الباب وأرخى الستار ولا يظن بهم مخالفة ما دل عليه كتاب الله ولذلك فرّق مالك بين الخلوة القليلة والخلوة الكثيرة فحددها ابن القاسم بسنة وقال مالك إن العنين إذا أجل سنة مع زوجته وجب عليه الصداق كاملاً إذا فرّق بينهما بالعيب . . والذي يترجح عندي وجوبه كله بالدخول لأنه استحل منها ما لا يحل لغيره بالدخول إلا أن يكون الفراق بسببها .

فرع: إذا اختلف الزوجان في الميسر مثل أن تدعيه هي وينكره هو فالمشهور من مذهب مالك أن القول قولها وعنه التفريق بين أن يكون الدخول بناء بها فتصدق وبين أن يكون زيارة لبيتها أو بيت أهلها لم تصدق وبين أن تكون بكرًا فتعرض على النساء فينظرنها وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله لأنه مدعى عليه. وبه قال أبو حنيفة وإن اختلفا في قبض الصداق فقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد فالقول قول الزوجة مطلقاً وقال مالك إن كان العقد في بلد عاداته تقديم المهر كالمدينة مثلاً فادعى أنه قدّمه فالقول قوله وإلا فلا.

الموضوع الثالث

في تنصيف الصداق

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته قبل الدخول بها وبعد فرض الصداق لها أنها لا تستحق إلا نصف الصداق ويسترجعه إن كان سلمه لها كاملاً قبل الطلاق والطلاق الذي يوجب تنصيف الصداق هو الطلاق الواقع قبل الدخول في النكاح الصحيح وأما النكاح الفاسد فهو إذا طلق فيه قبل الدخول بعد تحديد الصداق ففي مذهب مالك قولان قول بتنصيفه وقول بعدمه وأما إذا كان هناك فسخ فلا تنصيف بينهما.

وأن الطلاق الذي يوجب تنصيف المهر هو الطلاق الذي وقع من جهة الزوج لا من قبلها هي فهو لا خلاف في كونه لا يوجب التنصيف مثل رفعها للعب وعدم قدرته على القيام بالنفقة وإذا كان السبب طارئاً بعد العقد مثل ردة الزوج، فهو من قبله فلها نصف المهر وإن كان من قبلها هي فلا حق لها مثل علمه برضاها معه وعند الظاهرية أن الطلاق الذي حصل قبل الدخول فهو موجب للتنصيف مطلقاً سواء من قبله أو من قبلها هي.

فرع: وأما ما يعرض للصداق من التلف والنقصان والزيادة فقال مالك: فهما شريكان في ذلك كله وعند الشافعي يرجع عليها في النقصان والتلف ولا حق له في نصف الزيادة هذا إذا كان ذلك بسببها هي والظاهر أنه إذا كان بسببه

هو يضمه وقال أبو حنيفة الزيادة ثابتة لها إن مات قبل أن يدخل بها أو ماتت قبله . وقال أحمد حكم الزيادة حكم الأصل .

وسبب الخلاف: هل نصف الصداق تملكه المرأة ملكاً تاماً قبل الدخول بها أو الموت أم لا . ومن قال تملكه ملكاً تاماً قال يرجع عليها بكل ما حصل له من التلف والنقصان إذا طلقها قبل أن يدخل بها وقد سلمه لها قبله ولا يرجع عليها بالزيادة والنمو : ومن قال لا تملكه ملكاً تاماً قال وهما شريكان في كل ما حصل له من الزيادة والنقصان .

واختلفوا إذا شرت بنصفه جهازها هل يرجع إليها بنصف الصداق نفسه أو بنصف ما اشترته فقال مالك يرجع بنصف قيمة الجهاز وقال الشافعي وأبو حنيفة يرجع عليها بنصف الصداق نفسه واتفقوا على أنها ضامنة له إذا أتلفته وأنها لا ترجع إليه بشيء إذا طلقها قبل الدخول وبعد موته على ورثته .

فرع: اختلف الأئمة هل للأب أن يزوج ابنته البكر بأقل من مهر مثلها فأجازه مالك وأحمد ومنعه الشافعي وأبو حنيفة .

وسبب الخلاف: الاحتمال الموجود في قوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ يَعْقُوبَ أَوْ يُعْقُوتَ﴾ [سورة البقرة، الآية : ٢٣٧] هل المراد به الولي أم المراد به الزوج وقد اختلفوا في الذي بيده عقدة النكاح فقال مالك والشافعي في القديم ورواية عن أحمد هو الولي وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد الراجح وأحمد في المشهور هو الزوج واستدل القائلون بالجواز بالآية على أن المراد بالذي بيده عقدة النكاح هو الولي وخاصة الأب وبما ورد من تحديد عمر المهور بمهور أزواج النبي ﷺ وبناته وهي اثنا عشر أوقية وما روي عن سعيد بن المسيب أنه زوج ابنته بدرهمين والمسألة قد تقدمت في باب الأولياء بأدلتها والراجح عندي فيها .

فرع: واختلفوا فيما إذا وهبت المرأة صداقها لزوجها قبل أن يدخل بها ثم طلقها قبل الدخول فهل له أن يرجع عليها بشيء أم لا .

فقال مالك لا يرجع عليها بشيء وقال الشافعي له أن يرجع إليها بنصفه .

وسبب الخلاف: هل نصف الصداق ثابت للزوج في نفس الصداق أم هو في ذمة المرأة ومالك يراه في نفس الصداق وهو الظاهر والشافعي يراه في ذمتها . . وقال أبو حنيفة إن كانت قد قبضته قبل أن يطلقها يرجع عليها وإن لم تقبضه فلا يرجع عليها بشيء فاعتبره في نفس الصداق مثل مالك في عدم القبض ومثل الشافعي في حالة القبض .

الموضوع الرابع

في تفويض الصداق

فقد أجمع الفقهاء على جواز تفويضه لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا كُنْتُمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّصُوهُنَّ لِهِنَّ فَرِيضَةً﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٦] .

واختلفوا في هذا الموضوع في موضعين وهما إذا طلبت المرأة أن يفرض لها أو مات الزوج قبل الفرض لها . فقال مالك في الموضوع الأول فالزوج مخير في ثلاثة أمور الأول أن يطلقها قبل أن يفرض لها ولا شيء لها وإما أن يفرض لها ما تطلبه وإما أن يفرض لها مهر مثلها وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه إذا طلقها قبل أن يفرض لها سقط حقها لأنها طلقت قبل أن يفرض لها فليس لها إلا المتعة .

وسبب الخلاف: إن كان هناك خلاف لأن الأقوال متقاربة اختلافهم في مفهوم الآية المتقدمة هل هو عام في كل مطلقة قبل الفرض لها أو هو خاص في الطلاق الذي ليس سببه الخلاف في الصداق . واتفقوا على سقوطه للمطلقة قبل الفرض إذا لم يكن سببه الخلاف في الصداق .

وأما الموضوع الثاني: فهو إذا مات الزوج قبل أن يفرض لها وقبل الدخول فما الحكم فقال مالك وأصحابه والأوزاعي لها ميراث ومتعة وليس لها صداق وبه قال الشافعي في المشهور عنه وقال أبو حنيفة وأحمد وداود ورواية عن الشافعي لها صداق وميراث . .

وسبب الخلاف: هو معارضة القياس لظاهر الحديث وهو ما رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسألة فقال: أقول فيها برأيي فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأً فمني «أرى أن لها صداق امرأة من نساؤها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث». فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال: أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق» والقياس المعارض له فهو أن الصداق عوض فلما مات قبل قبض المعوض لم يجب العوض قياساً على البيع . . قلت إن هذه المسألة تخالف البيع لأنها ما منعت من استلام المعوض وإنما حال بينه وبين استلامه الموت وأن البيع عوض مالي يقبض وهذه منفعة لا تقبض وإنما ينتفع بها إذا أمكن الانتفاع بها ولم يمكن بسبب خارج عن إرادتها.

وروى المزني عن الشافعي أنه قال: إذا صح حديث بروع فلا حاجة إلى قول أحد ولعل مالكا ومن وافقه لم يبلغهم الحديث أو لم يصح عندهم والراجح عندي ما دل عليه الحديث لما قدمنا، والله أعلم.

الموضوع الخامس

في الصداق الفاسد

والفساد يكون من جهتين إما أن يكون فاسداً بعينه كالخنزير والميتة والخمر وما لا يجوز ملكه أو ثمنه كالكلب . وإما أن يكون فاسداً بسبب تعذر تسليمه كالطير في الهواء والسماك في الماء أو جهالته فقال الشافعي وأبو حنيفة ورواية عن مالك وأحمد لا يفسد العقد ولها مهر مثلها وقال مالك في المشهور عنه إن كان قد دخل بها فلها مهر المثل وإن لم يدخل بها فالعقد فاسد ويفسخ وبه قال أبو عبيد وقال أحمد في رواية العقد فاسد ويفسخ قبل الدخول وبعده .

وسبب الخلاف: أن من شبهه بالبيع قال يفسد بفساد الصداق كالبيع يفسد بفساد الثمن ومن لم يشبهه بالبيع في جميع الأحوال بدليل جهل الصداق في نكاح التفويض قال العقد صحيح ولها مهر المثل .

المسألة الثانية: اختلف الفقهاء في جواز اجتماع البيع مع الصداق مثل أن

يطلب منها عبداً أو بعبيراً ويعطيها ألفاً بعضه صداقاً وبعضه ثمن العبد أو البعير من غير أن يحدد أحدهما عن الآخر فذهب مالك وابن القاسم وأبو ثور إلى منعه وأجازاه أبو حنيفة وأشهب من أصحاب مالك وعن الشافعي قولان أحدهما صحيح وفيه مهر المثل والثاني غير صحيح وقال أحمد العقد صحيح وينصف الألف بين الصداق وقيمة العبد أو البعير .

المسألة الثالثة: اختلفوا فيما يحابي به الزوج الأب من الصداق مثل أن يشترط لنفسه ألفاً ولمهر ابنته ألفاً فقال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق بجوازه وقالوا قد فعله مسروق لما زوج ابنته وهو مروي عن علي بن الحسن وقال مالك إن كان الشرط عند العقد فالتكاح صحيح وجميع المال لابنته فليس له منه شيء وإن كان بعده فالألف لأبيها إن قبل الزوج وبالقول الأول لمالك قال عطاء وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد . . وقال الشافعي العقد صحيح والتسمية باطلة ولها مهر المثل واستدل القائلون بالجواز بقصة زواج موسى عليه السلام بابنة شعيب لأن شعيباً اشترط رعي غنمه وجعله مهراً لابنته وبما روي أن النبي ﷺ قال للرجل الذي شكاه إليه أباه: «أنت ومالك لأبيك» وبما رواه أبو داود والترمذي عن النبي ﷺ أنه قال: «أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» وقال المانعون إن الشرط فاسد لأن الأب لولا صداق ابنته لما اشترط شيئاً وبه صار شرطاً في حق الغير وأنه لم يعتبره من جملة الصداق وأصبح الصداق مجهولاً بذلك وأن الولي كالوكيل لا يشترط لنفسه شيئاً في البيع وإن اشترطه لا يملكه . وأما مالك فإنه يرى أن اشتراطه ذلك عند العقد يتهم فيه أنه يريد نقصان مهر المثل عن ابنته وإذا كان بعد تحديد الصداق وتقريره فلا مانع من ذلك لأنه لا يتهم عند ذلك ويكون ما يأخذه مجاملة ونحلة له من زوج ابنته برضاء وهو خارج من الصداق .

المسألة الرابعة: اختلف الفقهاء إذا وجد العيب في الصداق فالجمهور على أن العقد صحيح وإنما اختلفوا فيما ترجع به الزوجة على الزوج فقال مالك في رواية ترجع بالقيمة وبه قال أحمد وفي رواية عن مالك بمثله خال من العيب

وقال الشافعي مرة ترجع بالقيمة ومرة ترجع بمثله ومرة بمهر المثل وشذ سحنون فأبطل النكاح.

المسألة الخامسة: اختلف الفقهاء في الرجل يتزوج امرأة على ألف إن لم تكن له زوجة وعلى ألفين إن كانت له زوجة فقال أحمد التسمية صحيحة وقال القاضي أبو بكر في الجميع روايتان إحداهما لا يصح واختاره أبو بكر لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع وقال الشافعي لها مهر المثل وبه قال أبو ثور . . إلا أنه قال إن طلقها قبل الدخول ليس لها إلا المتعة . وقال أبو حنيفة إن كانت له امرأة فلها ألف درهم وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من ألفين أو أقل من ألف .

فرع: واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل فقال مالك يعتبر في جمالها ومنصبها ومالها . . » لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها» وقال الشافعي يعتبر بأقربائها من عصباتها دون غيرهن وقال أبو حنيفة هو يعتبر بقرباتها من العصباء خاصة . وقال أحمد هو معتبر بقرباتها من العصباء وغيرهن من ذوي أرحامها مثل أمهاتها وخالاتها . .

وسبب الخلاف: هل المماثلة ترجع إلى النسب فقط أو المنصب فقط أو ترجع إليهما مع الجمال والدين والحسب كما جاء في الحديث المتقدم ذكره .

الموضوع السادس

اختلف الفقهاء في اختلاف الزوجين في قبض الصداق أو في مقداره أو في جنسه أو في وقته أي وقت وجوبه وأما في قبضه . فذكر صاحب كتاب «رحمة الأمة» أن الشافعي وأحمد وأبا حنيفة قالوا القول قول الزوجة مطلقاً وفرق مالك بينهما إذا كان عرف أهل البلد تقديم الصداق عند العقد مثل أهل المدينة فقال القول للزوج وإلا فالقول قول الزوجة وذكر ابن رشد عن مالك أنه قال إذا كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه فيتخالفان ويتفاسخان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما وإن

نكلا جميعاً يتفاسخان ومن أتى بما يشبه منهما فالقول قوله.. وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة القول قول الزوج بيمينه..

وقالت طائفة أخرى القول قول الزوجة بمهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة إذا اختلفا بعد الدخول تحالفا ورجعا إلى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة ومنهم من قال ترد إلى مهر المثل من غير يمين ما لم يكن أكثر مما تدعيه وأقل مما يدعيه هو وأما إذا كان اختلافهما في قبض الصداق وعدمه فالزوج يثبت والزوجة تنفي فالجمهور على أن القول قول المرأة ومنهم الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول وبعده القول قول الزوج لأن العرف في المدينة عدم دخول الزوج على الزوجة حتى يدفع الصداق وعند بعض أصحابه إذا طالت مدة الدخول القول للزوج بيمينه وقال البعض الآخر من غير يمين.

وأما إذا اختلفا في جنس الصداق فقال الزوج مثلاً: زوجتك على هذا العبد وقالت زوجتك على هذه الأمة أو بثوب فالمشهور من مذهب مالك أنهما يتحالفاً ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل الدخول وإن كان بعد الدخول ثبت النكاح ولها مهر مثلها ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال الشافعي وأحمد يتحالفاً ويتراجعان إلى مهر المثل.

وأما اختلافهم في الوقت الذي يحق لها فالأئمة الثلاثة الشافعي وأبو حنيفة وأحمد على أنها تستحق الصداق كاملاً بالعقد عليها لأنها ترثه ويرثها وتعتد على القول الراجح وقال مالك لا تستحقه كاملاً إلا بالدخول أو بموت الزوج وإنما تستحق نصفه بدليل.. إذا طلقها قبل الدخول وبعد الفرض..

وسبب الخلاف: أن من رأى أنها تستحقه بالعقد جعل الصداق عبادة تتوقف على عقد النكاح ومن رأى أنها لا تستحقه إلا بالدخول قاسه على البيع لأن الثمن لا يجب على المشتري إلا بعد تسليمه السلعة وهي تشبه السلعة والصداق يشبه الثمن.

الركن الثالث

في معرفة من يجوز نكاحه ومن لا يجوز نكاحه

والنكاح لا يجوز في الشرع الإسلامي إلا بوجهين إما بالزواج بشروطه وإما بملك اليمين. . لقوله تعالى بعد ذكره لهذين الوجهين اللذين تباح بهما النساء ﴿فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَٰدُونَ﴾ (سورة المؤمنون، الآية: ٧) وموانع الزواج في الشرع تنقسم أولاً إلى قسمين: مؤبدة وغير مؤبدة والمتفق عليها ثلاثة: نسب ورضاع وصهر. والمختلف فيها تسعة الأول مانع التطليق ثلاثاً والثاني مانع العدد والثالث مانع الجمع والرابع مانع الرق والخامس مانع الكفر والسادس مانع الإحرام والسابع مانع المرض والثامن مانع العدة والتاسع مانع الزوجية.

فصل

في مانع النسب

اتفق المسلمون على تحريم السبع المذكورات في سورة النساء بنسب وهن «الأمهات والبنات والأخوات والعَمَّات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت».

واتفقوا على أن النسب كما يمنع النكاح يمنع الوطاء بملك اليمين والآية التي ذكرت فيها هذه المحرمات بالنسب قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٣].

الفصل الثاني

في المحرمات بالمصاهرة

فهن أربع «زوجات الآباء» لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٢] وزوجات البنين لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٣] وأمهات نساء الأزواج. .

لقوله تعالى: ﴿وَأَمْهَكُنَّ نِسَائِكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٣] والربائب بنات الزوجات لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٣].

واتفق علماء المسلمين على تحريم زوجات الآباء بالعقد وزوجات البنين وكذلك ابنة الزوجة تحرم بالدخول على أمها.

واختلفوا هل من شرط تحريمها كونها في حجر الزوج وهل تحرم بمباشرة أمها أم لا تحرم إلاً بوطئها وكما اختلفوا في أم الزوجة هل تحرم بالعقد أم لا تحرم إلاً بالوطء واختلفوا أيضاً في الزنا والنكاح الفاسد من هذا التحريم.

المسألة الأولى: من هذه المسائل التي اختلفوا فيها وهي خمسة اتفق جمهور العلماء على تحريم بنت الزوجة المدخول بها سواء كانت في حجر الزوج وحضانتها أم لم تكن في ذلك. وذهب داود الظاهري وأتباعه إلى اشتراط كونها في حجر الزوج وهو مروي عن عمر وعلي والخلاف مبني على الخلاف الموجود في مفهوم قوله تعالى: ﴿اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٣] هل الوصف له تأثير في التحريم أم ليس له تأثير فيه إنما خرج مخرج الغالب والأكثر لأن عادة البنات أن يكثرن في زيارة أمهاتهن ولو كن كبيرات بل ولو كن متزوجات ومن هذه الناحية فهن في حجور أزواج أمهاتهن لإكثارهن من دخول بيوتهن ولو كانوا غير محارم لهن لما جاز لهم ولا لهن الاختلاط معهم والشرع المطهر يراعي جميع ما يرفع الحرج عن الأمة.

المسألة الثانية: اتفق العلماء على تحريم البنت بوطء أمها. واختلفوا فيما دون الوطء من المباشرة فذهب مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث إلى أن اللمس بشهوة يحرم كالوطء وبه قال الخرقي من أصحاب أحمد وبه قال الشافعي في رواية عنه وقال داود والمزني لا يحرمها إلاً الوطء وبه قال الشافعي في المختار وابن قدامة في المغني. وقال مالك النظر بأمرها بشهوة يحرمها كاللمس وقال أبو حنيفة النظر إلى الفرج فقط كاللمس وقال الثوري النظر إليها كاللمس مطلقاً. وقال الشافعي وابن أبي ليلى لا يوجب النظر شيئاً سواء كان

بشهوة أو بدونها والخلاف مبني على مفهوم قوله تعالى: ﴿الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ هل المراد به مجرد الوطء فقط أو شامل لجميع الاستمتاع التي تحصل بالخلوة وهو الأظهر عندي لأنه قد يكون هناك موانع تمنع الوطء ولا تمنع ما دونه وأنه قد استحل منها ما يحرم لغيره فوجب أن يكون له تأثير فيما يتعلق به من الأحكام المتوقعة على الدخول والله أعلم.

المسألة الثالثة: وهي هل الأم تحرم بمجرد العقد بالبنت أم لا تحرم إلا بالدخول بها فجمهور فقهاء الأمصار يقولون بتحريمها بمجرد العقد بها ومنهم الأئمة الأربعة وروي عن ابن عباس وعلي بطرق لا تقوم بها الحجة أنهما يقولان لا تحرم إلا بالدخول على ابنتها.

وسبب الخلاف: أن من قال تحرم بالعقد أخذ بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَمَهْتُمْ نِسَائِكُمْ﴾. ومن قال لا تحرم بالعقد أخذ بعموم قوله تعالى: ﴿الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ وأرجع الضمير إلى «أمهات نسائكم أو ربائبكم» والجمهور لا يرون رجوعه إلا إلى أقرب مذكور وهو الربائب وهو الراجح عندي. والله أعلم.

المسألة الرابعة: واختلفوا في تأثير الزنا فقال مالك في القول الراجح من مذهبه الذي ذكره في موطأه لا يحرم ولا يحلل لأن التأثير لا يكون إلا فيما أذن الشرع فيه وما لا فلا. وروى عنه ابن القاسم القول بالتحريم به وخالفه جميع أصحابه وقال الشافعي فيما ذكره صاحب «رحمة الأمة» الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها مثل المشهور عن مالك وقال أبو حنيفة وأحمد والثوري والأوزاعي يحرم الزنا ما يحرم النكاح واتفقوا على تأثير الوطء بملك اليمين.

واختلفوا في المباشرة مثل ما مر من اختلافهم في الزواج ومن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ولا نكاح أمها ولا بنتها عند مالك والشافعي ويحرم نكاح أمها وبنتها عند أبي حنيفة وأحمد وزاد عليه أحمد أنه يرى حصول التحريم باللواط وقال إذا لاط رجل بغلام حرمت عليه أمه وبنتها. واتفقوا على أن المرأة لا تحرم على زوجها إذا زنت وروي عن علي والحسن البصري القول بفسخ النكاح. وقال مالك وأحمد لا يفسخ ولا يطأها زوجها حتى تعتد وتخرج من

العدة وقال الشافعي وأبو حنيفة له أن يطأها من غير عدة إلا إذا حملت فمكروه حتى تضع وقال أبو يوسف يحرم وطؤها حتى تضع وإن لم تكن حاملة جاز له وطؤها.

الفصل الثالث

في مانع الرضاع

اتفق الفقهاء على أن الرضاع يحرم به ما يحرم من النسب لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٣] وقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» واختلفوا من ذلك في عدة مسائل..

الأولى: اختلف العلماء في مقدار ما يحرم من الرضاع سلفاً وخلفاً فذهب ابن عمر وابن عباس وعلي وابن مسعود ومالك وأصحابه إلى أن الرضاع كله يحرم قليله وكثيره لعموم النصوص الواردة من الكتاب في ذلك وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي. وقال أبو عبيد وأبو ثور بتحديد بثلاث رضعات فما فوق. وقال الشافعي وأحمد بتحديد بخمس فما فوق. وقالت جماعة بتحديد بعشر رضعات.

وسبب الخلاف: ما يفهم من معارضة عموم الآيات الواردة فيه للأحاديث الدالة على التحديد ومعارضة بعض الأحاديث الواردة في التحديد بعضها لبعض فمن قال بعدم التحديد تمسك بعموم قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ ومن قال بالتحديد اختلفوا في التحديد على حسب اختلاف الأحاديث الواردة في ذلك وهي في المعنى راجعة إلى حديثين: أحدهما ما رواه مسلم عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تحرم المصاة ولا المصتان أو الرضعة ولا الرضعتان» وخرج من طريق أم الفضل أيضاً في رواية لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان. والحديث المعارض للروايات المتقدمة حديث سهلة في سالم وفيه أنه ﷺ قال لها: «أرضعيه خمس رضعات» وحديث عائشة وفيه قالت: «كان فيما نزل من

القرآن عشر رضعات معلومات، ثم نسخت بخمس رضعات معلومات فتوفي الرسول ﷺ وهن مما يقرأ من القرآن» فمنهم من رجح عموم الآيات ومنهم من رجح مفهوم حديث المصة والمصتين لأن مفهومه يدل على أن ما فوق المصتين يحرم ومن رجح مفهوم حديث سهلة على مفهوم حديث عائشة الأول وأم الفضل قال: لا يحرم إلا خمس رضعات وأيد ذلك بحديث عائشة المتفق على صحته أنها نزلت عشر ونسخن بخمس إلا أن القائلين بعدم التحديد علّلوا حديث عائشة مع صحته بقولها: . ما أنزل من القرآن والقرآن لا يثبت إلا بالتواتر وأنه ما عرف أحد الناس من ذلك من المنسوخ من القرآن وأما من حدّده بعشر فلا أعلم له دليلاً إلا المنسوخ من حديث عائشة والمنسوخ لا يصلح دليلاً.

المسألة الثانية: اتفق الفقهاء على أن الرضاع يحرم في الحولين واختلفوا فيما فوق مدة الرضاع المحدودة بقوله تعالى: ﴿وَالْوَلَدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣] وذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلى أن إرضاع الكبير لا يحرم وبه قال ابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وابن عباس وجميع أمهات المؤمنين ما عدا عائشة رضي الله عنهن وذهب داود وأصحابه من الظاهرية إلى أنه يحرم وبه قالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها.

وسبب الخلاف: أن الجمهور استدل بتحديد القرآن لمدة الرضاع في الآية المتقدمة وبحديث عائشة المتفق عليه أن النبي ﷺ دخل وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت: يا رسول الله هذا أخي من الرضاعة فقال ﷺ: «انظرون من إخوانكن من الرضاعة فإن الرضاعة من المجاعة». وبما روي عنه ﷺ أنه قال: «إنما يحرم من الرضاعة ما فتق الأمعاء وأنبت اللحم» واستدل القائلون بالتحريم بحديث سالم مولى حذيفة أن سهلة شكت إلى رسول الله ﷺ «أنه يدخل عليها وقد بلغ مبلغ الرجال فأمرها أن ترضعه خمس رضعات» لتحرم عليه إلا أن هذا الحديث عند الجمهور إما منسوخ بالأحاديث المتقدمة وإما خاص بسالم لأنه مولى والضرورة تدعو إلى دخوله على أهل مولاه

وأنها نازلة عين لا تكون حجة على النصوص الواردة في عدم التحريم وإلى ذلك أميل، والله أعلم.

المسألة الثالثة: اختلف الفقهاء إذا استغنى الطفل بالطعام عن الرضاع قبل الحولين وفطمته أمه فأرضعته امرأة أخرى فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع وقال الشافعي وأبو حنيفة يحرم.

وسبب الخلاف: اختلفهم في مفهوم قوله ﷺ: «فإنما الرضاع من المجاعة» فمن رأى أنه إذا استغنى عن الرضاع وفطم أصبح رضاعه من غير مجاعة لاستغنائه عنه بالطعام قال لا تأثير لرضاعه لأنه لا مجاعة عنده ومن قال بتأثير رضاعه رأى أنه ما دام السن الذي حدّده الشارع للرضاع باقياً منه شيء «فالمجاعة لا تزال موجودة».

والجمهور على أن سن الرضاع حولان لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣] وأجاز مالك الزيادة اليسيرة على الحولين كالشهر وفي رواية ثلاثة إذا كان الطفل محتاجاً إلى ذلك ورأى أن الرضاع في هذه المدة يحرم لحاجته إليه وقال أبو حنيفة بجواز زيادة ستة أشهر وخالفه أبو يوسف ومحمد بن الحسن في جواز الزيادة على الحولين ومن أجاز الزيادة على الحولين استدل بمفهوم قوله ﷺ: «فإنما الرضاع من المجاعة» فقالوا ما دامت المجاعة موجودة فالزيادة جائزة ومن لم ير جواز الزيادة تمسك بعموم قوله تعالى في الآية المتقدمة ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣] فقالوا إن الله تبارك وتعالى حدد إتمام الرضاعة بالحولين فليس لأحد الزيادة من عنده. والله أعلم.

المسألة الرابعة: اختلف الفقهاء في تحريم الرضاع بالوجور واللدود والسعوط وبكل ما يصل إلى البطن من غير طريق الفم كالمغذيات في زمننا الحاضر إذا كانت باللبن فذهب مالك إلى أن ذلك مثل الرضاع بالفم في التحريم وهو قول الجمهور ومنهم الشافعي وأحمد في رواية اختارها الخرقى وقال عطاء وداود لا يحرم إلا الرضاع وهو رواية عن أحمد.

وسبب الخلاف: أن من قال يحرم قد راعى الوصول والمنفعة ومن قال لا يحرم راعى اللفظ فقط . وقال : لا يحرم إلا الرضاع المعروف لغة وعرفاً والذي يرجح عندي التحريم لأن الكل ينبت اللحم ويذهب المجاعة وذكر ابن هبيرة في الإفصاح أنهم اتفقوا على أن الحقنة لا توجب الحرمة كالرضاع ثم ذكر رواية عن الشافعي في القديم أنها تحرم وقال وقد روي عن مالك نحوه من رواية أشهب وبه قال ابن القاسم إن وقع الغذاء بها وصار ذلك خلافاً لما قدّمه من الاتفاق فليفتن له .

المسألة الخامسة: اختلف الفقهاء في حصول التحريم باللبن المخلوط بغيره فذهب ابن القاسم وأبو حنيفة وأصحابه إلى أن اللبن إذا أخلط بماء أو طعام ثم سقيه الطفل لا يؤثر في التحريم إذا كان مستهلكاً فيه وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون، من أصحاب مالك يحرم وهو المشهور عن مالك وأحمد إلا أن الشافعي وأحمد يشترطان خمس رضعات منه أو شربات . وفرق أبو حنيفة بين الطعام والماء فيرى التحريم إذا كان اللبن أغلب من الماء ولا يرى ذلك في الطعام ومثل قوله في الماء قال في الدواء ولبن الشاة .

وسبب الخلاف: هل العبرة بالانتفاع باللبن فقط أو به مع غيره . أم العبرة بصفائه وعدم اختلاطه بغيره أو أنه لا يستحق اسم اللبن إطلاقاً مع التغير بغيره مثل الماء إذا تغيرت بشيء طاهر منع استعمالها في الطهارة؟
وأما المسألة السادسة : فقد تقدم الكلام عنها في المسألة الرابعة .

المسألة السابعة: اختلف الفقهاء في لبن الفحل أي الزوج . فذهب علي وابن عباس ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد والأوزاعي والثوري إلى أنه يحرم كالمرأة تماماً وأن أبناء صاحب اللبن يصيرون إخوة لمن رضع من لبنه ذكوراً وإناثاً وروي عن عائشة وابن الزبير وابن عمر أنهم يقولون ما يحرم . واستدل من قال إنه يحرم بحديث عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعدما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له وسألت النبي ﷺ فقال : «إنه عمك فأذني له» ، فقلت : يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال : «إنه

عمك فليج عليك» متفق عليه ورواه مالك والغريب أنها أي عائشة من القائلين بعدم التحريم مع رواية هذا الحديث عنها ومن قال لا يخرم تمسك بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَمْتُهُنَّ كُنَّ أَلَتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ . ومما استدل به الجمهور قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ولأن اللبن مشترك بين الزوجين . وهو الراجح إن شاء الله .

المسألة الثامنة: فيما ثبت به الرضاع من الشهود فقد اتفقوا على ثبوتها برجلين عدلين أو برجل وامرأتين واختلفوا في عدد النساء التي تقبل شهادتهن فذهب مالك وابن القاسم إلى أنها تثبت بامرأتين إذا فشا ذلك تقبل شهادتهما . وقال مطرف وابن الماجشون تثبت من غير فشو ذلك . وذهب الشافعي وعطاء إلى أنها لا تثبت إلا بأربع نسوة . وذهب أبو حنيفة وأحمد إلى ثبوتها بامرأة واحدة سواء فشا ذلك أم لا . .

وسبب الخلاف: أن من قال تثبت بامرأتين جعلهما كالرجلين في الأمور التي لا يعلمها غالباً إلا النساء ومن قال لا تثبت إلا بأربع رأى أن شهادة الأربع هي التي تعدل رجلين واستدل بقوله تعالى في الوصية: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٢] وأما من قال تثبت بامرأة واحدة فقد استدل بحديث عقبة بن الحارث قال: يا رسول الله «إني تزوجت بامرأة فأتت امرأة فقالت: «أرضعتكما» فقال النبي ﷺ: «كيف وقد قيل دعها عنك» وحمل مالك هذا الحديث على الكراهة . قلت: ينبغي أن يفرق بين المرضعة نفسها وغيرها من النساء بأن تقبل شهادة الواحدة إذا كانت هي المرضعة ولا يقبل غيرها لأن النص وارد فيها ولا يتعدها إلى غيرها ولأنه قد تشهد إحداهن بغير الواقع لأغراضهن وتحاسدهن في أمر الزواج . والله أعلم .

التاسعة: في صفة المرضعة فقد اتفق الفقهاء على حصول التحريم بلبن أي امرأة سواء كانت بالغة أو غير بالغة أو يائسة أو غير يائسة لها زوج أو ليس لها زوج حائلاً أو غير حائل وشذ بعض العلماء فأثبت التحريم بلبن الرجل إذا در منه اللبن وهو محال .

واختلفوا في لبن الميتة قلت والأحكام الشرعية لا تتعلق بالنوادر وإنما تتعلق بالغالب والأكثر. والله أعلم.

الفصل الرابع

في مانع الزنا

هل يجوز زواج بنت الزنا أو الزانية نفسها للحر المسلم أم يكره له ذلك، فذهب مالك والشافعي إلى جوازه مع الكراهة وذهب أحمد وأبو حنيفة إلى عدم جوازه حتى تتوب أي الزانية.

وسبب الخلاف: أن من أجاز ذلك مع الكراهة حمل قوله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ [سورة النور، الآية: ٣] على الذم والكراهة. . وكذلك حملوا قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [سورة النور، الآية: ٣] على الزنا نفسه لا على الزواج بالزانية ومن لم يجز ذلك حمل الآية على التحريم ومنع الزواج بها. قلت والذي يترجح عندي أنه لا ينبغي للمسلم أن يتزوج من لا يعرف له نسب ومن لا يصونه في عرضه ودينه إلا عند الضرورة القصوى وهي مخافة العنة على نفسه ولم يجد غيرها. والله أعلم.

الفصل الخامس

في مانع العدد

فقد اتفق الفقهاء على جواز أربع نسوة لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنٍ وَتِلْكَ وَرِثَةُ اللَّهِ﴾ [سورة النساء، الآية: ٣] ولقوله ﷺ لغيلان لما أسلم وتحتة عشر نسوة: «أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن» وذكر ابن رشد عن فرقة لم يذكر من هم أنهم أجازوا تسعة ولا داعي للبحث عنهم.

واختلفوا في العبد فقال مالك متمسكاً بعموم الآية المتقدمة يجوز له أن ينكح أربعاً ووافقه أهل الظاهر في ذلك. وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلى أنه لا يجمع إلا بين اثنتين فقط فقاوسوا ذلك على الحد لأنهم اتفقوا على أن حد العبد على نصف حد الحر في الزنا لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَحْصَيْتَ فَإِنَّ أَتَيْتَ بِفَحْشَةٍ

فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴿ [سورة النساء، الآية: ٢٥] والعبد في ذلك مثل الأمة.

الفصل السادس

في مانع الجمع

اتفق الفقهاء على تحريم الجمع بين الأختين لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ سواء في ذلك الجمع بالزواج أو بملك يمين وشذت الظاهرية وأباحته بملك يمين واستدلوا بقوله تعالى بعد ذكره المحرمات بالزواج ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فقالوا: الاستثناء راجع إلى أقرب مذكور في الآية وهو الجمع بين الأختين وذكر صاحب «رحمة الأمة» أن ذلك رواية عن أحمد يعني جوازه بملك يمين وقال أبو حنيفة يجوز زواج الأخت على أختها إلا أنه لا يحل له وطؤها حتى يحرم أختها على نفسه واختلف القائلون بمنع الجمع بملك يمين فيما إذا كانت إحدهما زوجة والأخرى بملك يمين فمنع مالك وأبو حنيفة ذلك وهو رواية عن أحمد وأجازه الشافعي والظاهرية ورواية عن أحمد.

فرع: وأجمع فقهاء الإسلام على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ «نهى أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها» والعمة هي كل أنثى أختاً لرجل له ولادة عليك إما بنفسه وإما بواسطة ذكر آخر. والخالة هي أخت كل أنثى لها ولادة عليك إما بنفسها وإما بواسطة أنثى غيرها.

الفصل السابع

في موانع الرق

اتفق الفقهاء على جواز نكاح العبد للأمة وجواز نكاح الحرة للعبد برضاها ورضا أوليائها.

واختلفوا في جواز نكاح الحر للأمة فأجازه ابن القاسم من أصحاب مالك

ومنعه مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلا إذا لم يجد طولاً وخاف على نفسه العنت فيجوز له ذلك لدرء المفسدة عن نفسه واستدلوا بقوله تعالى ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَانِكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٥] إلى قوله: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ حَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٥] وأن في ذلك سبباً لرق ولده.

وذلك لا يحل له إلا بالشرطين المتقدمين المنصوص عليهما في كتاب الله. وذكر صاحب «رحمة الأمة» عن أبي حنيفة الجواز وأن المانع عنده زواج الأمة على الحرية سواء كانت الحرية تحت عصمته أو في عدة منه لأن وجودها عنده يعتبر طولاً. واستدل القائلون بالجواز بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَّامَ مِنْكُمْ﴾ [سورة النور، الآية: ٣٢].

واختلفوا في جواز الجمع بين أكثر من أمة واحدة فأجازه مالك وأبو حنيفة قالا يجوز الجمع بين أربع كالحرائر وقال الشافعي وأحمد على ما ذكره صاحب «رحمة الأمة» لا يجوز له إلا واحدة. وذكر ابن هبيرة في الإفصاح عن مالك وأحمد الجواز إذا كان الشرطان قائمين وعن أبي حنيفة الجواز مطلقاً إلا إذا كانت تحته حرة.

واختلفوا في العبد تحته حرة هل يتزوج عليها بأمة أم لا؟ فقال مالك والشافعي وأحمد في رواية بالجواز. وقال أبو حنيفة وأحمد في الرواية الأخرى بعدم الجواز ولا يجوز للحر أن تنكح عبداً عندهم وإن ملكته بعد النكاح بطل. والله أعلم.

الفصل الثامن

في مانع الكفر

اتفق فقهاء الإسلام على تحريم زواج المشركات لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَئِنْ مُؤْمِنَةً حَيْرَ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ [سورة البقرة، الآية: ١٠] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَئِنْ مُؤْمِنَةً حَيْرَ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ [سورة البقرة، الآية: ١٠].

٢٢١] واختلفوا في ملك اليمين ومنعه الجمهور وأجازه الثوري وطاوس ومجاهد.

واتفق الفقهاء على جواز الكتابيات الحرائر بالنكاح إلا ما روي عن ابن عمر أنه يمنعه رضي الله عنهما. واختلفوا في جواز الإماء منهن بالزواج وقال مالك والشافعي وأحمد: لا يجوز لمسلم أن يتزوج أمة كتابية. وأجازه أبو حنيفة واتفقوا على جواز وطء الكتابيات بملك اليمين..

وسبب الخلاف: في جواز المشركات بملك اليمين أن الجمهور تمسكوا بعموم الآيتين المتقدمتين في تحريم المشركات والموجزون تمسكوا بظاهر الاستثناء في قوله تعالى بعد ذكر المحرمات من النساء ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٤] قالوا ظاهره العموم في إباحة جميع المملوكات سواء كن مشركات أو كتابيات أو مسلمات وأما من رأى عدم جواز الحرائر من الكتابيات فلعله رأى أن عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا عِبْصَ الْكُوفَرِ﴾ ناسخ أو روجه على خصوص الكتابيات من جملة الكوافر في قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [سورة المائدة، الآية: ٥] والجمهور خصص عموم الآية الأولى بالآية الثانية.

وأما سبب اختلافهم في إباحة الإماء الكتابيات بالنكاح فهو أن الجمهور خصصوا الإباحة فيما دل عليه عموم قوله تعالى: ﴿مَنْ فِتْنَتْكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٥] ولم يروا قياس الإماء الكتابيات على الحرائر منهن وأنهن من جملة الكوافر فلا يحل منهن إلا ما خصصه الشرع من حرائر أهل الكتاب دون إماءهم قلت: ولأن الحرائر أولادهن أحرار يلحقون بأبائهم والإماء أولادهن أرقاء لأسيادهن ويتأكد المنع إذا كن مملوكات لأهل الكتاب لأن المسلم لا يجوز له أن يسبب في استرقاق ابنائه حتى للمسلمين إلا عند الخوف على نفسه من الوقوع في الزنا وكيف يجوز له أن يسترقهم للكفار ويجب عليه تحريرهم من

ماله وأن الله ما أباح للحر الأمة المسلمة بالزواج إلا عند مخافة العنة والأمة الكافرة أولى بالمنع . وأما اتفاقهم على إباحتها بملك اليمين فلعموم قوله تعالى : ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وللنصوص الواردة في إباحة المسيبات ولإجماعهم على ذلك ولأن أولادهن أحرار مثل آبائهم وإنما اختلفوا في ذوات الأزواج منهن وقال أبو حنيفة إن سبي الزوجان معاً بقي زواجهما وإن سبي أحدهما قبل الآخر بطل زواجهما وقال الشافعي السبي يبطل زواجهما مطلقاً سواء سبياً معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر وعن مالك روايتان إحداهما السبي لا يبطل النكاح مطلقاً والثاني يهدمه مطلقاً . ومن قال إن السبي يهدم النكاح مطلقاً رأى أن سبب هدم النكاح الرق ومن رأى أن سببه اختلاف الدار قال إن سبي أحدهما دون الآخر هدم النكاح وإن سبياً معاً بقي النكاح مستمراً على ما كان عليه ، والله أعلم .

الفصل التاسع

في مانع الإحرام

فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن المحرم لا ينكح ولا ينكح فإن فعل فنكاحه باطل وبه قال عمر بن الخطاب وابنه عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت والليث والأوزاعي وقال أبو حنيفة بجواز ذلك .

وسبب الخلاف: تعارض الأحاديث في ذلك منها حديث ابن عباس وفيه أن رسول الله ﷺ «تزوج بميمونة خالته وهو محرم» وهو حديث صحيح رواه أئمة الحديث في كتبهم وبه استدل أبو حنيفة وأما القائلون بالمنع فقد استدلوا بروايات كثيرة لهذا الحديث عن ميمونة نفسها صاحبة القضية وعن أبي رافع وهو الساعي بينها وبين رسول الله ﷺ وسليمان بن يسار مولاها أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال ورجحوا هذه الروايات على رواية حديث ابن عباس لأن ابن عباس يحتمل أن يكون أخبر على غالب ظنه والواقع خلافه ويحتمل أن يقصد بقوله محرم داخل في الحرم وصاحب القضية والساعي فيها أدرى من غيره واستدلوا أيضاً بما رواه مالك عن عثمان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال :

«لا ينكح المحرم ولا ينكح» وهو الراجح إن شاء الله لأنه موافق بمفهومه قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوكَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [سورة البقرة، الآية: ١٩٧] وعقد النكاح من دواعي الرفث ومؤثر للشهوة.

الفصل العاشر في مانع المرض والخوف

واختلف الأئمة في صحة زواج المريض أي المرض المخوف فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى جوازه وذهب مالك في المشهور عنه إلى عدم جوازه قياساً على هبة المريض المرض المخوف فيما زاد على الثلث لأنه متهم في إدخاله على الورثة من ليس منهم.

الفصل الحادي عشر في مانع العدة

اتفق الفقهاء على تحريم عقد النكاح في العدة بأنواعها الثلاثة سواء كانت بالحیضات أو بالأشهر أو بوضع الحمل وسواء كانت رجعية من زوجها أو بائة أو بالموت وأولاهها بالتحريم الرجعية لأنها في عصمة زوجها حتى تخرج من العدة وتجري أحكام الزوجة عليها إلا الوطء يكون بعد الارتجاع عند من منعه قبله.

واختلفوا فيمن عقد بالمرأة في العدة فقال مالك والليث والأوزاعي يفرق بينهما ولا تحل له أبداً. وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري يفرق بينهما إن كان قد دخل عليها تعتد منه فإذا انقضت عدتها منه فلا بأس أن يتزوجها بعقد جديد وبصدق جديد.

وسبب الخلاف: أن المانعين احتجوا بما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرّق بين طليحة الأسدية وبين زوجها رشد الثقفي، لما تزوجها في عدتها من زوجها قبله وقال عمر رضي الله عنه «أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي

تزوجها لم يدخل بها فَرَقَ بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فَرَقَ بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً. . والموجزون قالوا هذه القصة اجتهد صحابي لا يثبت به التحريم إلا إذا أئده نص من الكتاب والسنة أو إجماع ولم يخالفه غيره من الصحابة. وقد روي عن علي وابن مسعود خلاف ما قاله عمر والذي أميل إليه ترجيح ما حكم به عمر لأنه بعيد عنه أن يظن به أنه يحرم ويحلل برأيه وأنه ثاني الشيخين اللذين أمرنا باتباع سنتيهما وأنه كثير ما وافق الوحي اجتهداه وأن هذه المسألة من قاعدة من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه كالقاتل ليرث وأن الله نهى عن العقد قبل بلوغ الكتاب أجله والنهي يقتضي الفساد حتى يصرفه دليل عن معناه الحقيقي وأنه متعذ على حقوق غيره لأن العدة إما أن تكون حقاً لله أو حقاً للزوج الأول أو حقاً لأهل الميت وقد نهى الرسول ﷺ «أن يسقي الرجل ماءه زرع غيره». ويُحرم من زواجها مرة ثانية لانتهاكه هذه المحظورات وخاصة إذا كان عالماً بالتحريم وقد جعل الشرع معرفة براءة الرحم بانتهاء العدة، والله أعلم بالصواب.

فرع: وأجمع العلماء على تحريم وطء المسبية الحاملة حتى تضع حملها للأحاديث الواردة في النهي عن ذلك ومنها الحديث المتقدم من قريب.

واختلفوا إن وطئها فالجمهور على أنه لا يعتق عليه الولد الذي في بطنها قبل أن يطأها وقال قوم يعتق عليه لما ورد أن النبي ﷺ قال: «كيف يستعبده وقد غزاه في سمعه وبصره» وسيأتي الكلام عن المطلقة ثلاثاً في محله إن شاء الله.

الفصل الثاني عشر

في مانع الزوجية

فقد اتفق الفقهاء على تحريم زواج ذوات الأزواج سواء في ذلك زوجات الأحرار والعبيد والذميين وقد سبق الخلاف في السبايا واختلفوا في بيع الأمة هل يعتبر طلاقاً أم لا. . .

فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يعتبر طلاقاً. وروى عن ابن عباس وابن مسعود وجابر وأبي بن كعب أنهم قالوا يعتبر طلاقاً واستدل الجمهور بحديث بريرة حين عتقت خيَّرها الرسول ﷺ بين البقاء عند زوجها وبين مفارقتها وقالوا لو كان البيع طلاقاً لَبَيَّنَ لها الرسول ﷺ أنك طلقت عنه وقت شرتك عائشة. وترك البيان في مثل هذه المسألة مستحيل عنه ﷺ وبما رواه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين سرية فأصابوا حياً من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا لهم نساء لهن أزواج. وكان ناس من الصحابة تأثموا من غشيتهن من أجل أزواجهن فأنزل الله ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٤]. وأما القائلون بأن بيعها وأسرها طلاق فاستدلوا بعموم قوله تعالى ذكره ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٤] فقالوا كل ما ملكناه سواء بالبيع أو الأسر فهو مباح لنا بملك إلا ما حصل الاتفاق على تحريره من ذوات الأزواج في دار الإسلام، والله أعلم.

فرع: اتفق الفقهاء على أن الزوجين إذا أسلما معاً فنكاحهما قبل الإسلام صحيح باق ويمضي على ما كان عليه قبل إسلامهما.

واختلفوا إذا كان العقد الأول على أكثر من أربع نسوة أو على من لا يجوز الجمع بينهما. وكذلك إذا أسلم أحدهما قبل الثاني.

المسألة الأولى: إذا أسلم الكافر وتحتته أكثر من أربع نسوة أو عنده أختان فقال مالك والشافعي وأحمد وداود يختار أربعاً منهن ومن الأختين أيهما شاء ويفارق الباقي. وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى يختار الأوائل منهن في العقد وإن عقد بهن مرة واحدة فرَّق بينه وبينهن جميعاً وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك إذا أسلم وتحتته أختان فارقهما جميعاً ويستأنف عقداً جديداً بأيتهما شاء.

وسبب الخلاف: أن من قال يختار من شاء منهن في المسألتين استدل بحديث غيلان بن سلامة وفيه أنه أسلم وتحتته عشر نسوة أسلمن معه فأمره

النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً ويفارق الزائد عنهن . وأما الأختان فاستدلوا أيضاً بما ورد أن قيس بن الحارث أسلم وتحتة أختان فأمره النبي ﷺ أن يختار أيهما شاء . وأما المانعون فاستدلوا بقياس العقد قبل الإسلام بالعقد بعده فقالوا كما أنه باطل بعد دخوله في الإسلام فكذلك فهو باطل قبله ولا قياس مع النص .

وأما المسألة الثانية: وهي إذا أسلم أحدهما قبل الآخر فذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلى أنه إذا أسلمت المرأة قبل زوجها ثم أسلم بعدها وهي في عدتها فهو أحق بها ويمضيان على عقدهما الأول وأنه إذا أسلم الكافر وتحتة كتابية فنكاحهما صحيح . وقالت جماعة بعدم صحته إذا أسلمت امرأته قبله . واستدل الجمهور بما ورد أن صفوان بن أمية أسلمت امرأته قبله ثم أسلم هو فأقره النبي ﷺ على نكاحه وقالوا بين إسلامهما نحواً من شهر قال ابن رشد قال ابن شهاب ما بلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله ﷺ وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلاً فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلاً أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها .

واختلفوا إذا أسلم زوج قبل زوجته فقال مالك إذا عرض عليهما الإسلام فامتنعت وقعت الفرقة بينهما وقال الشافعي لا فرق بين تقدم إسلام المرأة وبين تقدم إسلام زوجها أيهما أسلم بعد الآخر قبل انقضاء العدة فنكاحهما باق على ما كان عليه .

وسبب الخلاف: أن من قال تحصل الفرقة بإسلامه قبلها تمسك بعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا بَعْضَ الْكَافِرِ﴾ ومن قال لا يحصل إلاً بخروجها من العدة سواء أسلم قبلها أو أسلمت قبله تمسك بما ورد أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل زوجته هند بنت عتبة . فلما رجع أخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بأيام فبقيا على نكاحهما الأول وقد يقال قصة إسلام أهل مكة بعد الفتح لا تصلح دليلاً لأنهم لم يقبل منهم غير الإسلام وحكم بإسلامهم جميعاً .

الباب الثالث

في موجبات الخيار في النكاح

وهي منحصرة في أربعة فصول: الأول: في العيوب. الثاني: في الإعسار بالصداق أو بالنفقة. الثالث: فقد الزوج. الرابع: عتق الأمة المتزوجة بالعبد.

الفصل الأول

في العيوب التي توجب الخيار لأحد الزوجين

وهي تسعة ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي الجنون والجذام والبرص واثنان تختص بالرجال دون النساء وهما الجب والعتة. وأربعة منها تختص بها النساء وهي القرن والرتق والفتق والعفل.

فالجب هو قطع الذكر والعتة العجز عن الجماع لعدم الانتشار. والقرن عظم يكون في فرج المرأة فيمنع وطأها والرتق انسداد الفرج والفتق وانخراق ما بين طريق الجماع وطريق البول. والعفل لحم يكون في فرج المرأة وقيل رطوبة تمنع لذة الجماع وزاد بعض أصحاب مالك السواد وبخورة الفم والفرج.

واختلف الفقهاء في الخيار من هذه العيوب المتقدمة فذهب مالك والشافعي إلى إثبات الخيار بهذه العيوب من الطرفين إلا الفتق وذهب أحمد إلى إثباته في الجميع وذهب أبو حنيفة إلى إثباته للمرأة في الجب والعتة فقط ولم ير الخيار مطلقاً. على ما قاله صاحب «رحمة الأمة». هذا إذا كان العيب قبل العقد وأما إذا حدث في الزوج بعد العقد وقبل الدخول فللمرأة الخيار بين البقاء والفسخ عند مالك والشافعي وأحمد وكذلك بعد الدخول إلا العنة عند الشافعي. وأما إن حدث في المرأة فالراجح من مذهب الشافعي وأحمد أن له الفسخ. وقال مالك والشافعي في رواية ليس له الخيار في الفسخ. وقالت الظاهرية وعمر بن عبد العزيز العيوب لا توجب الخيار. وذكر ابن رشد عن أبي حنيفة وأصحابه والثوري أنهم يقولون لا ترد المرأة إلاً بعيين فقط القرن والرتق.

وسبب الخلاف: أن من قال بالخيار في عيوب الزوجين معاً استدل بما

ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أيما رجل تزوج بامرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملاً وذلك غرم لزوجها على وليها» واستدلوا أيضاً بقياس النكاح على البيع وأما من قال لا يوجب الخيار فهم لا يرون أثر عمر دليلاً يثبت به الحكم كما لا يرون داس النكاح على البيع مطلقاً لأنه يخالفه في بعض الأحكام.

واختلفوا إذا لم يكن الزوج يعلم بالعيب إلا بعد الدخول فقال مالك: إن كان الذي زوجها ممن يعرف بعيبها مثل أبيها وابنها وأخيها فهو غار للزوج فيرجع إليه بالصداق وإلا يرجع على المرأة نفسها بالصداق كله إلا ربع دينار لأنه هو أقل الصداق عنده كما سبق لأنها هي الغارة له وقال الشافعي لا يرجع عليها بشيء بعد الدخول بها ولا على وليها. فمالك قاسه على البيوع الفاسدة والشافعي قاسه على الأنكحة الفاسدة التي حصل فيها الدخول والمسيب لأنهم متفقون على ثبوت المهر كاملاً بالدخول في النكاح الفاسد لقول أبو بكر: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها».

الفصل الثاني

في خيار الإعسار بالصداق والنفقة

اختلف الفقهاء في الإعسار بالصداق فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنها تخير بين البقاء حتى يحصل على الصداق وبين أن تفارقه بالفسخ وذهب أبو حنيفة إلى أنها تكون غريباً من الغرماء فلا خيار لها في فراقه لكن لها أن تمنعه من جماعها حتى يعطيها مهرها. وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم يفرق بينهما وبه قال أبو هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري والظاهرية لا يفرق بينهما..

وسبب الخلاف: أن من قال يفرق بينهما شبه الضرر بعدم النفقة بالضرر بالعنة وهم قد اتفقوا على أنه يفرق بينهما في العنة وقالوا كذلك في الإعسار إذا اشتكت ذلك وأنهم يرون أن الاستمتاع بها في مقابلة النفقة عليها ولذلك لا يرى

الجمهور وجوب النفقة للناشزة. وأما الذين لا يرون الفراق فقالوا إن العصمة إذا ثبتت لا تنحل إلاً بدليل شرعي من الكتاب أو السنة قلت والذي يترجح عندي أن الإعسار يختلف باختلاف الناس فقد يكون الإنسان معسراً بالمال وموسراً بالقدرة على التكتسب وقد يكون الرجل معسراً بهما معاً، فإن كان معسراً بالمال وموسراً بالقدرة أجبر على التكتسب حتى ينفق عليها وإن أبى فزق بينهما وإن كان معسراً بالمال والقدرة معاً فرفعت أمرها إلى الحاكم فزق بينهما لدفع الضرر عنها. . وقال تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهِنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٦] وقال: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ اللَّذَى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٢٨] والله أعلم.

الفصل الثالث

في خيار الفقد

واختلف الفقهاء في خيار امرأة المفقود وفي الفقد الذي يوجب لها الخيار في الفراق وعدمه. والمفقود إما أن يعرف خبره ويأتي جوابه وهذا ليس لامرأته أن تتزوج ولها نفقتها من ماله فإن لم يكن له مال ينفق عليها فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ويفسخ نكاحها وهذا قول جمهور العلماء وأما إذا فقد وانقطع خبره فلم يدر أين هو في طلب العلم والسياسة أو إباق العبد فقال مالك والشافعي في القديم يضرب لها الحاكم أربعة سنين من يوم رفعت أمرها إليه فإذا انتهت تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج من بعد ذلك وأما ماله فلا يورث حتى يمر من الزمن ما يغلب على الظن أنه لا يعيش مثله. وبه قال عمر وعثمان والليث وذهب الشافعي في الجديد وأبو حنيفة وأحمد والثوري وأبو قلابة والنخعي وابن أبي ليلى وابن شبرمة إلى أنها لا تحل لأحد حتى تتحقق موت زوجها وهو مروي عن علي وأما المفقود في أرض الحرب والأسير فاتفق الفقهاء على أنها لا تتزوج زوجته حتى يعلم موته وبه قال الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد وهو قول الزهري والنخعي ويحيى الأنصاري ومكحول وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق وكذلك قولهم في العبد الآبق وخالفهم فيه الحسن إلا أنهم قالوا إذا رفعت أمرها إلى الحاكم لعدم النفقة له أن يفسخ نكاحها.

وسبب الخلاف: أن من قال: لها الفسخ قاس الضرر الذي يلحقها في هذه المسألة بالإيلاء والعنة ومن قال بعدم الفسخ قال العصمة لا تنحل إلا بالموت أو الطلاق أو الخلع أو دليل على حلها من الكتاب أو السنة. وأما إذا كان المفقود في غالب الظن في غيبته الهلاك كالمفقود في المعركة وفي أرض العدو وقطاع الطرق فالجمهور على أن زوجته تتربص أربع سنوات فإذا انتهت ولم يعرف خبره تعتد عدة الوفاة وتحل لمن شئت وبه قال عمر وابن عباس وعثمان وعلي في الراجح عنه وابن الزبير وعطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري والزهري وقتادة والليث وعلي بن المديني وابن أبي سلمة ومالك والشافعي في القديم وأحمد في المشهور من مذهبه واستدلوا بما رواه الجوزجاني والأثرم عن عبيد بن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر رضي الله عنه فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال لها: انطلقتي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال نطلقتي فاعتدي أربعة أشهر وعشرأ ففعلت ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل فقال طلقها ففعل فقال لها عمر انطلقتي وتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فخيّر عمر بين امرأته والصدّاق فاختر الصدّاق».

وقالوا هذا حكم عمر من بين الصحابة ولم يعرف منهم من خالفه فصار إجماعاً منهم ومثله حكم علي وعثمان وابن الزبير. وقال أبو قلابة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في الجديد لا تتزوج حتى يتبين موته أو طلاقه لها. واستدلوا بما روي عن المغيرة أن النبي ﷺ قال: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها» وروى الحكم وحماد عن علي لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه. وروى عنه الجرجاني خلاف ذلك كما سبق من قوله مع الجمهور وأما القائلون بالقول الأول فأعلوا حديث المغيرة بالإرسال وكذلك ما رواه الحكم وحماد عن علي فقالوا قد روي عنه خلافه مسنداً إليه وأن قولنا هو قول عمر وغيره من الصحابة وبمقتضى حكم عمر في هذا الرجل ذهب الجمهور إلى أنه إذا قدم قبل دخول الثاني بها فهو أحق بها والعقد باق على حاله الأول وإن دخل بها الثاني خيّر الأول بين المرأة على عقده

الأول وبين أن يرجع إليه ما دفعه من الصداق لها. ورواه معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا بذلك وقال ابن قدامة في المغني وبه قال مالك لإجماع الصحابة عليه، والله أعلم بالصواب.

الفصل الرابع في خيار العتق وأصله

حديث بريرة حين أعتقتها عائشة وخيرها الرسول ﷺ بين البقاء عند زوجها وبين فراقه فاخترت فراقه واتفق الفقهاء على أن الأمة إذا أعتقت وكانت تحت عبد على أن لها الخيار للحديث المتقدم.

واختلفوا إذا كانت تحت حر فقال مالك والشافعي وجميع أهل المدينة والأوزاعي وأحمد والليث ليس لها الخيار. وقال أبو حنيفة والثوري لها الخيار سواء كانت تحت عبد أو حر.

وسبب الخلاف: راجع إلى أمرين أحدهما تعارض الروايات في زوج بريرة هل هو حرام عبد وروى ابن عباس أنه كان عبداً أسود وإلى ذلك ذهب الجمهور وروى عن عائشة أنه كان حراً. والأمر الثاني احتمال أن علة الخيار أن تكون مجبورة في نكاحها الأول مطلقاً سواء كان الزوج حراً أم عبداً فمن رأى أن العلة الجبر مطلقاً جعل لها الخيار في الحاليتين. ومن رأى أن العلة إجبارها على تزويج العبد فقط لم يجعل لها الخيار.

واختلفوا إلى متى لها الخيار. فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن لها الخيار ما لم تمكنه من نفسها بعد عتقها فإن مكنته فلا خيار لها لأن ذلك دليل على رضاها له زوجاً. وقال أبو حنيفة لها الخيار ما دامت في المجلس الذي عتقت فيه وقال الأوزاعي إذا لم تدر أن الميسس يسقط حقها في الخيار لها الخيار بعده وإذا درت فمكنته من نفسها سقط حقها في الخيار.

الباب الرابع في حقوق الزوجية

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وكسوتها وسكنائها لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣] وقال ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وقوله ﷺ لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولديك» وأما المسكن فلقوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٦].

واختلفوا في ذلك في أربع مسائل . . الأولى في وقت وجوبها . الثانية في مقدارها . الثالثة لمن تجب . والرابعة على من تجب .

المسألة الأولى: في وقت وجوب النفقة على الزوجة: فذهب مالك إلى أن الزوج لا تجب عليه نفقة زوجته حتى يدخل بها أو يطلب منه الدخول بها وهي بالغة سن الوطاء وقال الشافعي وأبو حنيفة عليه نفقتها وإن لم يدخل بها أو يطلب منه الدخول إذا كانت بالغة . وأما إذا كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى أنها لا نفقة لها على الزوج حتى ينقلها من أهلها إلى حوزته وعن الشافعي قولان أحدهما تجب والثاني لا . وأما إذا كانت الزوجة بالغة والزوج صغير لا يقدر على الجماع فقال مالك لا تجب عليه نفقتها وقال أبو حنيفة وأحمد تجب عليه وعن الشافعي روايتان كالمذهبين .

وسبب الخلاف: أن من قال لا تجب لها النفقة حتى يجامعها رأى أن النفقة في مقابلة الاستمتاع بها ومن رأى أنها واجبة لها رأى أن النفقة في مقابلة كونها محبوسة به ليس لها تصرف في نفسها وهي في عصمته . ومن فرق بين صغرها وكبرها رأى أن الكبيرة يمكن الاستمتاع بها بخلاف الصغيرة ولذلك أوجب للبالغة النفقة مطلقاً .

المسألة الثانية: في مقدار النفقة: فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى أنها غير محدودة ولا مقدرة وأن ذلك يختلف باختلاف حال الزوجين وباختلاف

الأزمنة والأماكن. وذهب الشافعي إلى كونها محددة ومقدرة على الموسر مدان وعلى المتوسط مدّ ونصف وعلى المعسر مدّ واحد.

وسبب الخلاف: هل النفقة تقاس على الإطعام في الكفارة أم تقاس على الكسوة فيها فإنها غير مقدرة والدليل مع من قال غير مقدرة لقوله تعالى: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣] وقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُسْتَعِيزِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٦].

فرع: إذا كانت الزوجة ممن لا تخدم لنفسها هل على الزوج نفقة خادمتها أم لا. . فذهب مالك وأبو ثور إلى أن عليه نفقة خادمتها وإن لم يكفها إلا خادمان أو ثلاثة فعليه نفقتهم جميعاً.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلى أن عليه نفقة خادم واحد وليس عليه غيره ولو احتاجت إليه. .

وذكر صاحب الإفصاح عن مالك رواية مثل قول الثلاثة قال حكاهما الطحاوي عنه وهذه المسألة من مسائل الاجتهاد والقياس ولم يمر عليّ فيها دليل يرجع إليه. والله أعلم.

المسألة الثالثة: لمن تجب لها النفقة: فاتفق الفقهاء على وجوبها للحرّة البالغة المطاوعة لزوجها. واختلفوا في الناشزة والأمة. واتفق الفقهاء المعتبر اتفاقهم على أن الناشز لا نفقة لها ذكره ابن هبيرة في الإفصاح وقال ابن رشد في البداية وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة.

وسبب الخلاف: أن من قال لا نفقة لها رأى أن النفقة في مقابلة مطاوعتها له الواجبة والاستمتاع بها حينما أراد ذلك لأن الله تعالى قال: ﴿فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنْتُمْ شَتْمٌ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣]. ومن قال تجب لها استدلّ بعموم الأمر بالنفقة في الآية المتقدمة والحديث المتقدم فيها.

وأما الأمة فاختلف فيها قول مالك وأصحابه فالمشهور من مذهبه وجوب النفقة لها كالحرّة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة إذا بوأها سيدها منزل

الزوج وإلا فلا نفقة لها. وروي عن مالك لا نفقة لها. وقيل إن كانت تأتيه في منزله فلها النفقة وإن كان يأتيها في بيت سيدها فلا نفقة لها وقيل إن كانت تأتيه أحياناً وتغيب عنه أحياناً لها النفقة في الأيام التي تأتيه فيها ولا نفقة لها في الأيام التي تغيب عنه وقيل إن كان عبداً فلا نفقة لها وإن كان حراً فلها النفقة.

وسبب الخلاف: أن من قال لها النفقة مطلقاً استدل بعموم الأمر بالنفقة المتقدم ومن قال لا نفقة لها قال النفقة على سيدها مقابل خدمتها. ومن فرق بين أن تكون في حوزة زوجها وبين أن تكون في حوزة سيدها أوجب النفقة على من كانت في خدمته وحوزته وهذا يعتبر وسطاً بين القولين الأولين.

المسألة الرابعة: فيمن تجب عليه: فاتفق الفقهاء على وجوبها على الحر البالغ الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فأما العبد فذكر ابن رشد في البداية عن ابن المنذر أنه قال أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن العبد عليه نفقة زوجته وقال أبو مصعب من أصحاب مالك لا نفقة لها عليه.

وسبب الخلاف: أن عموم أمر الأزواج بالإنفاق يقتضي وجوبها عليه ومن جهة كونه ليس بحر في نفسه وماله يقتضي كونه لا واجب عليه في ماله. وأما الغائب فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب النفقة عليه كالحاضر. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا نفقة عليه إلا إذا حكم الحاكم بها عليه هذا ما قاله ابن رشد في بداية المجتهد وفي كتاب متن القدوري وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وأولاده الصغار والديه ويأخذ منها كفيلاً.

وقال في كتاب المفقود: إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعرف أحى هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقوقه وينفق على زوجته وأولاده من ماله ولا يفرق بينه وبين امرأته. انتهى منه.

وسبب الخلاف في اختلاف الزوجين في النفقة في كتاب الأحكام إن شاء الله.

فرع: واتفق الفقهاء على وجوب العدالة في القسم بين الزوجات في المبيت والنفقة لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَحْسِبُوا كُلَّ الْيَمْلِ فَنَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [سورة النساء، الآية: ١٢٩]. وقوله ﷺ: «أبما رجل كانت له امرأتان فمال إلى إحدهما جاء يوم القيامة وأحد شقيقه مائل». ولما ثبت من فعله ﷺ في القسم بين أزواجه وقد ثبت عنه أنه إذا أراد السفر أقرع بين أزواجه فمن خرجت لها القرعة منهن خرج معها. وأنه إذا دعت الحاجة إلى تغيير القسمة بينهن طاف عليهن كلهن».

واختلف الفقهاء في حكم مقام الزوج عند البكر والثيب إذا كان عنده زوجة أخرى وفي العدد الذي يقيمه عند كل واحدة منهما في العرس فذهب ابن القاسم من أصحاب مالك إلى وجوب المقام عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً وذهب ابن عبد الحكم إلى استحباب ذلك. وقد حمل ابن القاسم فعل النبي ﷺ على الوجوب وحمله ابن عبد الحكم على الندب وأما في عدد الأيام التي يقيمها عند البكر والثيب فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً وذهب أبو حنيفة إلى استحباب المقام عند المتزوجة منهما إلا أنه يقول المقام عندهما سواء لا فرق بين البكر والثيب في ذلك.

وسبب الخلاف: أن من قال يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً استدل بحديث أنس عند أبي داود قال «كان النبي ﷺ إذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً».

ومن قال لا فرق بين البكر والثيب في ذلك استدل بحديث أم سلمة رضي الله عنها وفيه «أن النبي ﷺ قال لها لما تزوجها وأصبحت عنده: «ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وإن شئت ثلثت عندك» ودرت فقالت ثلث» متفق عليه والجمهور جمعوا بين الحديثين بأن حملوا حديث أنس على الندب وحملوا حديث أم سلمة على الجواز وهو الذي يترجح عندي، والله أعلم.

فرع: واتفق الفقهاء على جواز السفر ببعض الزوجات دون البعض

برضاهم واختلفوا هل له ذلك من غير رضاهم بدون قرعة بينهم فذهب مالك في الراجح من مذهبه والشافعي وأحمد إلى أنه ليس له ذلك إلا بالقرعة بينهم وذهب أبو حنيفة ورواية عن مالك إلى أنه له ذلك من غير قرعة بينهم .

واختلفوا إذا فعله ماذا عليه فقال مالك وأبو حنيفة ليس عليه شيء وقال الشافعي وأحمد عليه المدة للباقيات ولم يسافر معهن .

وإنما تجب التسوية في النفقة والمبيت وأما الجماع فلا تجب فيه التسوية لأن قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ الْنِسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ١٢٩] راجع إلى التسوية فيما لا يملكه الإنسان من التسوية في الشهوة والمحبة وقد ثبت عنه ﷺ أنه كان يقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تُوَاخِذْنِي فيما لا أملك» وقد أجمع الفقهاء على عدم وجوب التسوية في الشهوة والمحبة لأن الإنسان قد يكون له نشاط إلى بعض زوجاته ولا يكون له إلى البعض الآخر وكذلك في بعض الليالي دون بعضها ولا عليه أن يغضب نفسه، والله أعلم .

وأما حقوق الأزواج على الزوجات: فالأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٢٨] وقوله ﷺ: «ولو كنت أمر أحداً أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» أو كما قال ﷺ: «أيا امرأة خرجت من بيتها من غير إذن زوجها لعنتها الملائكة» ومثله «إذا امتنعت من فراش زوجها وبات غضبان عليها» والنصوص من الكتاب والسنة في ذلك كثيرة جداً .

واختلف الفقهاء هل من حقوق الزوج على الزوجة أن ترضع ولدها وأن تخدم بيتها فقال بعضهم من حقه عليها إرضاع ولدها وقال بعضهم ليس عليها إرضاعه إلا أن تطوع وفرق بعضهم بين الشريفة والدينئة فأوجب على الدينئة ولم يوجب على الشريفة . فالجمهور على أنها لا تجبر على إرضاعه إلا إذا لم يقبل ثدي غيرها واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣] فأوجب على المولود له كسوة ونفقة المطلقات إذا قبلن

إرضاع أولادهن فدل ذلك على أن الإرضاع ليس بواجب على الزوجة إنما هو من واجب الأب واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٦]. ومن قال بوجوب إرضاعه عليها استدلت بقوله تعالى: ﴿وَالْوِلَدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٣٣] وقالوا هذه الصبيغة تحمل معنى الأمر ومن فرق بين الشريفة والدنيئة مثل مالك رجع إلى العرف فقال إن كانت ممن لا يرضع مثلها لشرفها ومنصبها وغناها أو لمرضها أو لقلة لبنها فليس عليها إرضاع ولدها وإنما على أبيه أن يرضعه من غيرها إن منعت ولا تجبر على إرضاعه. وإن كانت دنيئة أو من أوساط النساء في المراتب المتقدمة وجب عليها إرضاعه وله أن يجبرها عليه.

وأجمعوا على أن الأم المطلقة الباتنة ليس عليها إرضاع ولدها إلا إذا لم يقبل ثدي غيرها ويجب عليها ولها أجرتها على أبيه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٦]. واختلف الفقهاء إذا طلبت الأم المطلقة من أبي الولد أن يعطيها الأجرة على إرضاع ولدها ووجد الأب من يرضع له مجاناً أو وجد من يرضع له بأقل مما تطالبه الأم فذهب أبو حنيفة ورواية عن مالك ورواية عن الشافعي إلى أن للأب أن يعطيه من ترضعه له مجاناً أو من هي أقل من أمه أجرة بشرط أن يكون الظئر عند الأم.

وذهب مالك والشافعي في روايتهما الآخرين وأحمد إلى أن الأم أحق به ما دامت راضية على إرضاعه فلا يعطى غيرها ولو زادت عليه في الأجرة.

واستدل القائلون بالجواز بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَايَرْتُمْ فَسَرَّضْ لَهُ أُخْرَى﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٦] وقوله: «لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده» واستدل القائلون بعدم الجواز بالنصوص الواردة في النهي عن التفرقة بين الأم ولدها وأحقيتها بحضانتها إلا إذا كانت هي السبب في التفرقة مثل أن تتزوج ويمتنع زوجها أن ترضع ولد غيره.

وكذلك أجمعوا على وجوب النفقة على المطلقة الحامل لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق، الآية: ٦].

مسألة في الحضانة: أجمع الفقهاء على أن الأم أحق بكفالة الطفل سواء كان ذكراً أو أنثى إذا طلقت من الأب وبذلك قال الزهري ويحيى الأنصاري والثوري ومالك والشافعي وأبو ثور وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه لما رواه أبو داود عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني وعاء له وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني . فقال رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» ولما رواه سعيد في سننه أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب رضي الله عنهما بعاصم لأمه أم عاصم وقال: ريحها وشمها لطفلها خير له منك . ولقوله ﷺ: «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ولنبيه ﷺ: «أن يفرق بين المسبيات وأولادهن» ولأن الأم أشفق على ولدها من غيرها، واختلفوا إذا بلغ الطفل أو الجارية سن التمييز فقال أبو حنيفة في إحدى روايته الأم أحق بالغلام حتى يستقل بنفسه في مطعمه ومشربه وملبسه ثم الأب أحق به وزاد في الرواية الأخرى ووضوئه واستنجائه ولبس سرواله، والأم أحق بالأنثى ولا يخير واحد بينهما وقال مالك الأم أحق بالجارية إلى أن تزوج ويدخل بها الزوج وبالغلام حتى يثغر . وفي رواية حتى يبلغ وهو المشهور عنه وقال الشافعي الأم أحق بهما إلى سبع سنين ثم يخيران ولم يفرق بين الغلام والجارية وعن أحمد روايتان إحداهما الأم أحق بالغلام إلى سبع سنين فيكون لمن اختاره الغلام وهو الأحق به وتجعل الجارية مع الأب بعد سبع سنين بغير تخيير والرواية الأخرى مثل مذهب أبي حنيفة .

واختلفوا في الأخت من الأب هل هي أولى بالحضانة من الأخت للأم أو من الخالة فقال أبو حنيفة الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ومن الخالة . والخالة أولى من الأخت من الأب في أرجح الروايتين عنه وقال في الرواية الأخرى الأخت من الأب أولى من الخالة وقال مالك: الخالة أولى من الأخت من الأم، والأخت من الأم أولى من الأخت من الأب . وقال الشافعي وأحمد الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت من الأم ومن الخالة .

واختلفوا إذا افترق الزوجان وبينهما ولد صغير وأراد الزوج أن يسافر بولده إلى بلد آخر ليستوطنه فقال أبو حنيفة ليس للأب أن يأخذ الولد منها وينتقل به فقال مالك والشافعي وأحمد له ذلك . وعن أحمد رواية بأن الأم أحق به ما لم تتزوج فإذا كانت الأم هي المنتقلة بولدها فقال أبو حنيفة يجوز لها ذلك بشرطين وهما أن يكون انتقالها إلى بلدها وأن يكون العقد وقع ببلدها الذي تنتقل إليه إلا أن يكون بلدها دار حرب فليس لها ذلك وقال مالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين الأب أحق بولده سواء كان هو المنتقل أو هي . وعن أحمد رواية الأم أحق به ما لم تتزوج .

باب

نفقة الحيوان

اختلف الأئمة هل للإمام أن يجبر الإنسان على نفقة بهائم أم لا؟ فقال أبو حنيفة يأمره الحاكم على طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من غير إجبار وقال مالك والشافعي وأحمد له أن يجبره على نفقتها أو بيعها وزاد مالك وأحمد أنه يمنعه من حملها ما لا تقدر عليه . والله أعلم .

الباب الخامس

في الأنكحة الفاسدة

للنهي عنها وهي أربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة ونكاح المحلل والخطبة على خطبة أخيه .

الأول منها: نكاح الشغار: اختلف الفقهاء في نكاح الشغار فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى فساده سواء ذكر فيه الصداق أم لم يذكر فيه وبه قال عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وحكما فيه على البطلان وقال أبو حنيفة العقد صحيح ويجب فيه مهر المثل وبه قال عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري لأن فساد التسمية لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير . هذا ما ذكره ابن قدامة في المغني وذكر ابن رشد في بداية المجتهد عن

الشافعي أنه قال إذا سمي لأحدهما أو لهما صداقاً فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر المذكور في العقد فاسد ثم ذكر عن الليث وأبي حنيفة وأحمد وإسحاق وأبي ثور والطبري أنهم يقولون بصحته بصداق المثل وصورته أن يزوج الرجل موليته رجلاً آخر على أن يزوجه موليته وليس بينهما صداق .

واستدل القائلون بفساده مطلقاً كمالك . والراجح عن أحمد بما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نهى عن الشغار» وقالوا النهي يقتضي الفساد . وبما رواه مسلم عن أبي هريرة أن النبي نهى عن الشغار وبما رواه الأثرم عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال : «لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام» .

وقالوا فساد من جهة كونه منهيّاً عنه وكونه جعل كل واحد من العقدين سلفاً للآخر كأنه يقول بعني غلامك وأبيع لك غلامي ويكون متوقفاً على شرط فاسد وأما القائلون بصحته وأن الفساد جاءه من قبل التسمية فيرون أنه إذا ذكر فيه صداق المثل صح به . والذي يترجح عندي عدم صحته لما ذكرنا من أدلة القائلين بفسخه قبل الدخول وبعده ولما فيه من المعاوضة والمبادلة بين البضعين وما يترتب عليه من هضم حقهما في الكفاءة وغيرها ، والله أعلم بالصواب .

الثاني : نكاح المتعة : وهو أن يتزوج المرأة لمدة معلومة أو مجهولة مثل أن يقول زوجني ابنتك شهراً أو سنة أو إلى الموسم فذهب جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى تحريمه وأنه يفسخ قبل الدخول وبعده وممن قال بذلك عمر وابنه وعلي وابن مسعود وابن الزبير ومالك وجميع أهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة والليثي والأوزاعي وأحمد في الراجح عنه وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط . والمشهور عن ابن عباس القول بجوازه . وروي عنه أنه رجع عنه كما سيأتي وبه أي الجواز قال أصحابه طاوس وعطاء وابن جريج وهو مروي عن أبي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله . وهو قول الشيعة واستدل القائلون بالتحريم بما رواه أبو داود عن الربيع بن سبرة أنه قال : «أشهد على أبي أنه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع» وفي لفظ أن رسول الله ﷺ

«حرم متعة النساء» وفي لفظ لابن ماجه أن رسول الله ﷺ حرم المتعة . فقال :
«يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم
القيامة» .

وبما رواه مالك في الموطأ وغيره عن علي رضي الله عنه أن
رسول الله ﷺ «نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية» وقالوا
في الجمع بين الحديثين إن في حديث علي تقديماً وتأخيراً ، وتقدير ذلك أن
النبي ﷺ نهى عن لحوم حمر الأهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر
ميقات النهي عنها وبينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه في حجة الوداع حكاة
الإمام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر وقال بعضهم أبيحت ثم حرمت كما
قال الشافعي لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرّمه ثم أحله ثم حرّمه إلا المتعة وقالوا
ولأن الأحكام التي تتعلق بالنكاح الصحيح لا تتعلق به كالطلاق والظهار واللعان
والميراث .

وروي عن ابن عباس أنه رجع عن قوله في صحته وروي عن سعيد بن
جبير قال : قلت لابن عباس لقد كثرت القالة في المتعة حتى قال فيها الشاعر ثم
ذكرت الأبيات التي قال فيها الشاعر فقام خطيباً يعني ابن عباس فقال : «إن المتعة
كالميتة والدم ولحم الخنزير» وقالوا وأما ما روي أنها كانت جائزة في عهد
رسول الله ﷺ وأبي بكر ونهى عنها عمر فمستحيل عن أمير المؤمنين أن يتجرأ
بتحريم ما أحل الله ورسوله مع ما عرف منه من التوقف مع كتاب الله ، والله أعلم .

وأما إذا نوى في نفسه أنه إذا استغنى عنها فارقها أو سافر من بلدها بدون
أن يذكر ذلك عند العقد فالظاهر أن العقد صحيح وبه قال أكثر الفقهاء إلا
الأوزاعي فجعله من المنهي عنه وأما إذا شرط عليها عند العقد أنه سيطلقها في
وقت معين مثل قدوم المسافر فالراجح بطلانه وقال أبو حنيفة العقد صحيح
والشرط باطل وهو ظاهر أحد قولي الشافعي ، والله أعلم .

الثالث : اتفق جمهور الفقهاء على تحريم نكاح المحلل وأنه باطل ولا
يحرم الحلال ولا يحلل حراماً وبذلك قال الحسن والنخعي وقتادة والليث

ومالك والشافعي وأحمد وابن المبارك والثوري هذا ما ذكره ابن قدامة في المغني وذكر ابن رشد عن الشافعي وأبي حنيفة أنهما يقولان العقد صحيح والشرط فاسد إذا اشترط أو نوى أن يطلقها إذا أحلها لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً وبانت منه .

وذكر صاحب كتاب «رحمة الأمة» في ذلك عن أبي حنيفة روايتين في حلها للأول وعن الشافعي قولين أرجحهما فساد النكاح .

وسبب الخلاف: أن القائلين بالفساد مطلقاً استدلوا بما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وقال فيه الترمذي حديث حسن صحيح أن النبي ﷺ قال: «لعن الله المحلل والمحلل له» وبه قال غمر وعثمان وابن عمر وهو مروي عن علي وابن عباس وابن مسعود وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعونان على لسان رسول الله ﷺ .

وبما رواه ابن ماجه عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار»، قالوا: بلى يا رسول الله قال: «هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له» .

وروى الأثرم عن قبيصة بن جابر قال سمعت عمر وهو يخطب وهو يقول: «والله لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما» وأما القائلون بصحة العقد فإنهم يرون أن هذه النصوص ما تدل على الفساد وإنما تدل على التأثيم فقط وقالوا ليس كل ما دل على التأثيم يحكم عليه بالفساد .

واختلف الفقهاء هل يهدم الزواج بغير الزوج الأول ما دون الثلاث من التطبيقات أم هو خاص بالثلاث فذهب مالك والشافعي إلى أنه لا يهدم إلا الثلاث فقط ولا يهدم واحدة ولا اثنتين وذهب أبو حنيفة إلى كونه يهدم الكل وأصحاب القول الأول يرون أن الهدم بالنكاح بزواج غيره خاص بما جاء الشرع بتخصيصه به وهو الثلاث . وأبو حنيفة يرى أنه ما دام يبطل الثلاث التي تحرمها على زوجها الأول فمن باب أولى أنه يهدم ما دونها لأنه ما يحصل به تحريمها على الأول والله أعلم .

والرابع: في فساد النكاح بالخطبة على خطبة أخيه المنهي عنه وقد سبق الكلام عليه وأنه فيه ثلاثة مذاهب: الأول: قول بفسخه مطلقاً. والثاني: قول بعدم فسخه مطلقاً. والثالث: فسخه قبل الدخول وعدمه بعده.

فرع: اختلف العلماء فيما تشترطه المرأة على الزوج أو وليها قبل العقد من الشروط الزائدة عن شروط النكاح مثل أن تشترط عليه أن لا يتسرى عليها ولا يتزوج أو لا ينقلها من بلدها إلى آخر فقال مالك لا يلزمه ذلك إلا أن يحلف عليه أو يعتق أو يطلق إن فعله. وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يلزمه ذلك الوفاء بالشرط إلا أن الشافعي يفسد المهر بهذا الشرط ولها مهر مثلها وقال أحمد ورواية عن مالك يلزمه الوفاء بالشرط وإن لم يوف به فلها الخيار في الفسخ وعدمه.

وسبب الخلاف: أن القائلين بعدم وجوب الوفاء بهذه الشروط يرون أن هذه الشروط فيها تضيق على من وسع الله عليه وتحريم ما أحل الله ولذلك فهي لاغية ولو التزم به وحلف عليها إلا أن يكفر عن يمينه إن فعل ما حلف أنه ما يفعله واستدل هؤلاء بحديث عائشة المتفق عليه أن النبي ﷺ قال لما خطب في قصة عتق بريرة: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط». وأما القائلون بوجوب الوفاء بهذه الشروط فقالوا هذا الحديث عام يقدم عليه الخاص الذي تمسكنا به وهو ما رواه الشيخان عن عقبه بن عامر أن النبي ﷺ قال: «أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج» قلت: والذي يترجح عندي قول من قال بعدم الوجوب لما تقدم من الأدلة وأن الجمع بين الحديثين ممكن وهو أن يحمل قوله ﷺ: «إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج» على الحقوق الواجبة في الزواج نفسه مثل المهر المسمى لها والنفقة والمسكن والعدالة في القسمة لأنها هي التي تستحل بها الفروج وأما الشروط الزائدة عليها فلا تحل ولا تحرم مثل أن تشترط عليه أن يطلق زوجته فلا يجب عليه أن يطلقها لأجل هذا الشرط بل لا يجوز للنهي الوارد في ذلك. والله أعلم بالصواب.