

يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يطلى جميع كفايته ويبنى عن السؤال فإن قيل فقد قال النبي ﷺ « ليس المسكين بالطواف الذي ترده الأئمة والقهتان ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يظن له فيتصدق عليه » قلنا هذا تجرؤ وإنما في المسكنة عنه مع وجودها فيه حثينة مبالغة في إثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام « ليس الشديد بانصرعة وإنما الشديد الذي يقلب نفسه عند الغضب » وقال « مانعون الرقاب فيكم ؟ » قالوا الذي لا يعيش له ولد نال « لا ولكن الرقاب الذي لم يقدم من ولده شيئاً » وقال « مانعون الفس فيكم ؟ » قالوا الذي لا درهم له ولا متاع قال « لا ولكن الفس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى إذا نذت حسناته أخذ من حيثاً بهم فطرحت عليه ثم يصدك له صك إلى النار »

(فضل) ومن كان ذا مكسب يفني به نفسه وعباله أن كُن له عيال أو كان له قدر كفايته في كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غني لاحق له في الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعي وقال أبو حنيفة إن لم يملك نصيباً فله الأخذ بها لقول النبي ﷺ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولأن هذا لا يملك نصيباً ولا قيمته فجاز له الأخذ كالغني لا كفاية له

ولنا ما روي عن عبد الله بن عدي بن الحيار أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ وهو يقسم الصدقة فسأله شيئاً منها فصعد بهرمة فبها وقال لها « إن شئنا أعطيتكها منها ولا حظ فيها لغني ولا حمي مكتسب » رواه أبو داود ورواه الإمام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله وقال هذا أجودها إن شاء الله ما أجود من حديث ما أعلم روي في هذا أجود من هذا قبله فالحديث عن النبي ﷺ « لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي » قال لا أعلم فيه شيئاً يصح قبله برواية سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال سالم أم يسمع من أبي هريرة . والغني يختلف فنه غني يوجب

ولنا أنهم أحقان وجبا في ذمته نفسه أو باكالدين وسواء وجد في تركته من جنس الودعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع أن عندي وديعة أو على وديعة فلان أم ثبت بيته أنه مات وعنده وديعة فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ فقيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لأن الودعة يجب ردها الآن ثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولأن الجهل بينها كالجهل بها وذلك لا يستقط الرد (وإناني) لضمان عليه لأن الودعة أمانة والأصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى وأحد الوجهين لصحاب الشافعي والأول ظاهر المذهب لأن الأصل وجود الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من رد أو تلف أو اذن في

الزكاة وغنى بمنع أخذها وغنى بمنع المسئلة وبخالف ما قاموا عليه هذا فإنه محتاج إليها والصدقة أوساخ الناس فلان يباح الاعتد الحاجة إليها وهذا المختلف فيه لاحاجة به ليها فلان يباح له (فصل) وان كان الرجل صحيحاً جلدراً وذكر أنه لا كسب له أعطي منها وقيل قوله بغير يمين إذا لم يعلم يقين كذبه ولا بجمانه لان النبي ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يمنعهما ، وفي بعض رواياته أنه قال أنبأ النبي ﷺ فسألناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه فرآنا جلدتين فقال « ان شئتما أعطيتكما » وذكر الحديث

(فصل) فان ادعى ان له عيالا فقال القاضي وأبو الخطاب يقبل ويهبط لهم كما يقبل في دعوى حاجته ، قال ابن عقيل عندي لا يقبل قوله إلا بيينة لان الاصل عدم العيول ولا تنذر إقامة البينة عليه وفارق ما إذا ادعى انه لا كسب له فإنه يدعي ما يوافق الاصل لان الاصل عدم الكسب والمال وتنعذر عليه إقامة البينة عليه . ولو ادعى الفقر من عرف بالفق لم يقبل قوله الا بيينة تشهد بأن ماله تلف أو نفذ للاروي أن النبي ﷺ قال لا تحمل المسئلة إلا لثلاثة رجل أصابته فاقفة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه انما أصابت فلاناً فاقفة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو - سداداً من عيش ، وهل يعتبر في البينة على الفقر ثلاثة أو يكفي باثنين ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفي الا ثلاثة لظاهر الخبر ، والثاني) يقبل قول اثنين لان قولها يقبل في الفقر بالنسبة الى حقوق الآديبين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر إنما ورد في حل المسئلة فيقتصر عليه وان لم يعرف له مال قبل قوله ولم يستعلم لان النبي ﷺ لم يستعلم الرجلين اللذين رأهما جلدتين ، فان رآه متجسلاً قبل قوله أيضاً لانه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى (يحسبهم الجاهل أذنياً . من التمتع) لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لا يكون ممن لا يحل له الزكاة . وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولأن ما بدفعه اليه زكاة

دفعها الى انسان اذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان المودع اذا احرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت ان القول قوله وقال اكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه وبه قال الثوري والشافعي واصحاب الرأي واسحاق وبه قال مالك ان كان دفعها اليه بغير بيينة وان كان أودعه اياها بيينة لم يقبل قوله في الرد الا بيينة وحكاها القاضي ابو الحسين رواية عن احمد

وثنا انه امين لامتعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بيينة كما لو اودع بغير بيينة وان قال دفعها الى فلان بامرئ فانكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن ابي ليلى وقال مالك والثوري والشعبي واصحاب الرأي القول قول المالك لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته إلى رجل هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فأكفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه
(فصل) وإذا كان الرجل بضاعة يتجر بها أو ضيقة يستغلها تكفيه غلتها له ولعياله فهو غني لا يعطى من الصدقة شيئاً وإن لم تكفه جاز له الأخذ منها قدر ما يتم به الكفاية وإن كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها)

يعني العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف زكاة وهم السعاة الذين يعينهم الامام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويربهاها وجمعها وكذلك الحاسب والكتائب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج إليه فيها فإنه يعطى أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعائنها وقد كان النبي ﷺ يعث على الصدقة سعاة ويعطيهم مما أنهم فبث عمر ومعاذاً وأبا موسى ورحلا من بني مخزوم وابن التبية وغيرهم وطلب منه ابنه الفاضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يعثها فقال يا رسول الله لو عثنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصبب الناس ونؤدي اليك ما يؤدي الناس فأبى أن يعثها وقال «إن هذه الصدقة أوساخ الناس» وهذه قصص اشهرت فصارت كالتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً لأن ذلك ضرب من الولاية والولاية تشترط فيها هذه الخصال ولأن العبي والمجنون لا قبض لها والحائض يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط اسلامه واختار هذا الفاضل وذكر أبو الخطاب وغيره انه لا يشترط اسلامه لانه اجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجباة الخراج . وقيل عن أحمد في ذلك روايتان

ولنا انه ادعى دفناً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردعاً على مالكها ولو اعترف المالك بالأذن ولكن قال لم يدعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ينظر في المدفوع اليه فان أقربا لقبض وكان الدفع في دين فقد بريء الكل وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وقد ذكر اصحابنا ان الدافع يضمن لسكوته قضي الدين بغير يذنة ولا يجب اليقين على صاحب الوديعة لان المودع مفرط لكونه اذن له في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى يذنة لان المودع يقبل قوله في التلق والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فقل هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها وان ادعى عليه خيانة أو تعريضاً فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم ذلك اشبه الوكيل

ولنا أنه بشرط له الامانة فاشترط له الاسلام كاشهاده ، ولانه ولاية على المسلمين فلم يجز أن يتولاها الكافر كائنا الولايات ولان من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ولان الكافر ليس بأمين ولهذا قال عمر لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى وقد أنكر عمر على أبي موسى تولى الصدقة الكتابية فامر انما فالزكاة التي هي ركن الاسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذوي القربى الا أن يقدم اليه أجرته من غير الزكاة ، وقال أصحابنا يجوز له الأخذ منها لانها أجرة على حمل نجومز للفني فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحفاظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

ولنا حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب قالوا يا رسول الله ان يبعثنا على الصدقة فأي أن يبعثها وقال « اتما هذه الصدقة أو ساخ الناس وانها لا تحمل لمحمد ولا لآل محمد » وحديث أبي رافع أيضاً وهذا ظاهر في تحريم أخذ العمالة فلا يجوز مخالفته ، ويفارق النقال والحال والزاهي فانه يأخذ أجره لعله لا لهاته ، ولا بشرط كونه حراً لان العبد يحصل منه المقصود كالحرف فجاز أن يكون عاملاً كالحرف ، ولا كونه فقيراً إذا كتب له ما يأخذه وحده كما كتب النبي ﷺ لهاته فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لهاله أو بث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه فقيراً لان الله تعالى جعل العامل صنفاً غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجوده معها فيه كما لا يشترط مدها فيها وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا تحمل الصدقة لفني إلا لحمة: فإما في سبيل الله أو عامل عليها ورجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين الى الفني » رواه أبو داود . وذكر أصحاب الشافعي انه تشترط الحربة لان العمالة ولاية فنافها الرق كالتفاهة ، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته

ولنا ما ذكرناه ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية فانه يجوز أن يكون إماماً في الصلاة ومفتياً وراوياً للحديث وشاهداً ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فانه يحتاج اليه لمعرفة ما يأخذ ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم

مسئلة (وان قال لم تودعني ثم اقر بها او ثبتت بينة ثم ادعى الرد او اتلف لم يقبل قواه وان اقام بينة ويحتمل ان يقبل بينته)

اذا ادعى على رجل ودية فأنكر ثم ثبت انه أودعه فقال أودعني وهلك من حرزي لم يقبل قوله وعليه ضمانها وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لانه مكذب لانكاره الاول ومعترف على نفسه بالكذب المتأني الامانة وان أقر صاحبها له تلفها من حرزه قبل جحدتها فلا ضمان عليه وان أقرها تلفت بعد ججوده لم يسقط عنه الضمان لانه خرج بججوده عن الامانة فصار ضمانا كمن طوئب بالوديعة فامتنع من ردها وكذلك إن اقام بينة بتلفها بعد الجحود لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته فيه وجهان (احدهما) لا تسمع لانه مكذب لما بانكاره الا بداع (والثاني) تسمع

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر التعامل اجارة صحيحة بأجر معلوم اما على مدة معلومة واما على عمل معلوم وبين أن يعمل له جملا معلوما على عمله فاذا عمله استحق المشروط وان شاء بعته من غير تسمية ثم اعطاه فان هو رضي اذنه عنه قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت عساني فقلت اعطه من هو أحوج مني وذكر الحديث فان تلفت الصدقة في يده قبل وصولها الى أربابها من غير تفریط فلا ضمان عليه ويستحق أجره من بيت المال وان لم تلف أعطي أجر عمله منها وان كان أكثر من ثمنها أو أقل ثم قسم الباقي على أربابه لان ذلك من مؤنتها فخرى محررى علفها ومداواتها. وان رأى الامام اعطاه أجره من بيت المال أو يجعل له رزقا في بيت المال ولا يعطيه منها شيئا فعمل وان تولي الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها شيئا لانه يأخذ رزقه من بيت المال »

(فصل) ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها ويجوز أن يولي جبايتها وتفرقتها فان النبي ﷺ ولى ابن ابيية تقدم بصدقة على النبي ﷺ فقال هذا لكم وهذا أمدي إلي وقال قبيصة « أتم باقيصة حتى تأتينا الصدقة فأمرك بها » وأمر مصاداً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم. وبروي أن زيادا ولى عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قيل له أين المال قال أو لئال بعثني أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ رواه أبو داود، وعن أبي جهمينة قال أتانا مصدق النبي ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاما يتيم فأعطاني منها قلوفا. أخرجه الترمذي

« مسألة » قال (والمؤلفات قلوبهم ومع المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها، وقال أبو حنيفة انقطع عنهم وهو أحد أقوال الشافعي لما روي أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئا من ذلك، ولان الله تعالى أظهر الاسلام

لان صاحبها لو اقر بذلك سقط عنه فتسمع البيعة به فان شهدت بالثلف من الحوز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا يتغير بامر متردد

« مسألة » (وان قال مالك عندي شيء بلى قوله في الرد والتائب) اذا قامت بينة بالابلاع او اقربه المودع بعد قوله مالك عندي شيء. او لاحق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع بينة ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البيعة ولا يكذبها فان تلفت الوديعة من حرزه بشيء تفریطه لاشيء لما نكها عنده ولا يستحق عليه شيئا

(فصل) فان نوى الحيانة في الوديعة بالجحود أو الاستيصال ولم يفعل ذلك لم يضر ضماناً لانه لم

وقم المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف . وحكى حنبل عن أحمد أنه قال المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ما حكاه حنبل ولعل معنى قول احمد انقطع حكمهم أي لا يحتاج اليهم في الغالب أو أراد أن الائمة لا يعطونهم اليوم شيئاً ، فأما ان احتاج اليهم جاز الدفع اليهم فلا يجوز الدفع اليهم إلا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة وهي آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وتد قدم عليه بثلاثمائة جمل من ابل الصدقة ثلاثين جيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله والارواحها بلا حجة لا يجوز ولا يثبت التسخير بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلفة ولعلم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لاسقوطه

(فصل) والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون وهم جميعا السادة المطاعون في قلوبهم وعشائرهم فالكفار ضربان (أحدهما) من يرجى اسلامه فيعطى لتقوى نيته في الاسلام وقيل ندمه اليه فيسلم فان النبي ﷺ يوم فتح مكة أعطى صفوان بن أمية الامان وامتنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره وخرج معه الى حنين فلما أعطى النبي ﷺ العطايا قل صفوان مالي ؟ فأوما النبي ﷺ الى واد فيه ابل بمحلة فقال ذلك فقال صفوان ان هذا عطاء ، من لا يخشى الفقر

(والضرب الثاني) من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غير معه ، وروي عن ابن عباس ان قوما كانوا يأتون النبي ﷺ فان اعطاهم مدحوا الاسلام وقالوا هذا دين حسن وإن منهم ذوا وعابوا ، واما المسلمون فأربعة اضرب (قوم) من سادات المسلمين هم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الاسلام فاذا اعطوا رجي اسلام نظر اثمهم وحسن نياتهم فيجزوا عطاؤهم لان ابا بكر اعطى عدي بن حاتم والزبيرتان بن بدر مع حسن نياتهما واملأهما

(الضرب الثاني) سادات مطاعون في قلوبهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم وبناصحتهم في الجهاد

يحدث في الودعة قولاً ولا قتلاً فلم يضمن كالولم يئو وقال ابن شريح يضمن بنية الحيانة فضمنها كاللقطة بقصد التملك

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها ما لم تسكنم به أو تسلم به» ولأنه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالتدي لم يئو وفارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل بها باخذها نائياً لاخيانة فيها فوجب الضمان بفعله النووي لا بمجرد التية ولو التقطها قاصداً لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كسثلتنا وان اخرجها بنية الاستعمال فلم يستعماها ضمنها وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو اخرجها لتعاقبها لم يضمنها ولأنه تعدى باخراجها اشبه ما لو استعملها بخلاف ما اذا تغلبها

قاتهم يعطون لان النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن والافرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة وقال للانصار « يا معشر الانصار علام تأسون على لعاة من الدنيا تألفت بها قوما لا إيمان لهم وركبتكم الى إيمانكم »

وردى البخاري بإسناده عن عمرو بن تغلب أن رسول الله ﷺ أعطى ناسا وترك ناسا فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبا فصدع المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أني أعطيت ناسا وأدع ناسا والذين أدع أحب إلي من الذي أعطيت ، أعطيت ناسا لما في قلوبهم من الجزع والملم وأكل ناسا الى ما في قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب ، وعن أنس قال حين أتاه الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجلا من قريش مائة من الإبل فقل ناس من الانصار يشفرون الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشا ويمنعنا وسيرفنا فقل من دناهم فقال رسول الله ﷺ « أني أعطيت رجلا حدثا عهد بكفر أنا اللهم » متفق عليه

(الضرب الثالث) قوم في طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دنوا عن يايهم من المسلمين

(الضرب الرابع) قوم اذا أعطوا أجبوا زكاة عن لا يعطوا إلا أن يخاف وكل هؤلاء يجرز الدفم

اليهم من الزكاة لانهم من المؤلفات فلوهم فيدخلون في عموم الآية

مسئلة قال (وفي الرقاب وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف للذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ولا يجزي ان يمان منها مكاتب وخالف أيضا ظاهر الآيات لان المكاتب من الرقاب لانه عبد واللفظ عام فيدخل في عمره إذا ثبت هذا فإنه يدفع الى المكاتب جسيم ما يحتاج اليه لوقا . كتابته فان لم يكن معه شيء . جاز أن يدفع اليه جميعها وإن كان معه شيء . له يتم ما يتخلص به لان حاجته لا تندفع إلا بذلك ولا يدفع إلى من معه وقاه كتابته شيء . لانه مستغن عنه في وقاه الكتابة قيل ولا يدفع اليه بحكم الفقر شيء . لانه عبد ويجوز أن يدفع اليه في كتابته قيل حلول النجم لتلا يجل النجم ولا شيء . معه فتفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء . لانه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب إنه مكاتب إلا بيينة لان الاصل عدمها فان صدقه السيد ففيه وجهان :

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات المودع قادم وارثه التسليم لم يقبل الا بيينة) لان صاحبها لم يآتمه عليها فلا

يقبل قوله عليه بخلاف المودع فانه ائتمنه فقبل قوله بغير بيينة

﴿ مسئلة ﴾ (فان تلفت عنده قبل امكان ردها لم يضمها)

(الجزء السابع)

(٤١)

(المغني والشرح الكبير)

(أحدهما) : يقبل لان الحق في العبد لسيد له فاذا أقر بانتقال حقه عنه قبل . و (اثناني) : لا يقبل لانه منهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

(فصل) ويجوز لسيد دفع زكاته الى مكاتبه لانه قد صار له في باب المعاملة كلاجني حتى يجري بينها الربا فصار كالقرم يدفع زكاته الى غيره ويجوز للمكاتب ردها الى سيده بحكم الوفاء لأنها رجعت اليه بحكم الايفاء أشبه ايفاء القريم دينه بها قال ابن عقيل ويجوز دفع الزكاة الى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الاولى لانه أعجل لعنته وأوصل الى المقصد القوي كان الدفع من أجله فانه اذا أخذ المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

ونقل حنبل انه قال قال سفيان لا تطي مكاتبك من الزكاة قال وسمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل : أيطي المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يطى ؟ ومعناه والله أعلم لا يطى مكاتبه من الزكاة لانه عبده وماله يرجع اليه ان عجز وان عتق فله ولاؤه ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له

﴿مسئلة﴾ قال (وقد روي عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في جواز الاعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس والحنبل والزهري ومالك واصلح وأبي عبيد والنعيري وأبي ثور لموم قول الله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول لقن بل هو ظاهر فيه فن الرقبة اذا أطلقت انصرفت اليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية وفي اعتاق الرقاب ولانه اعتاق لرقبة تجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في الكتابة والرواية الأخرى لا يجوز وهو قول ابراهيم والشافعي لان الآية تقتضي صرف الزكاة الى الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع الى المجاهدين كذلك هنا والعبد القن لا يدفع اليه شي . قال احمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن اعابه اليوم ولانه يجر الولاء وفي موضع آخر قبل له فما يجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم

وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فانها قالا : لا يبتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يطى منها في رقبة ويعين مكاتباً ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه لانه اذا اعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة الى نفسه

لانه لا تفرط منه ولا تمد وان كان بعد الامكان فتلفت فيه وجهان (أحدهما) بضمها متأخر ردها مع امكانه والآخر لا بضمها لانه غير متعد في اثبات يده عليها انما حصلت في يده بغير فعله (فصل) اذا مات المودع وعنده ودية معلومة يجبها فعلى وارثه تسكين صاحبها من أخذها فان لم

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحد رجم عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من أحد أنما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعاً لأن العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع إذا باعتاقه من الزكاة

(فصل) ولا يجوز أن يشترى من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم فإن فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لأن دفع الزكاة لم يحصل اليه وإنما دفع الثمن اليه بانه ولنا أن نعم زكاته ما دنا اليه فلم يجوز كالمو دفعها اليه ولأن عتقه حصل بنفس الشراء بمجازة وصلة بالرحم فلم يجوز أن ينسب له به عن الزكاة كنفقة أقاربه ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجوز لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما يجب الزكاة فيه ولو أعتق عبداً من عبده بالتجارة لم يجوز لأن الواجب في تيميم لا في عينهم

(فصل) ويجوز أن يشترى من زكاته أميراً مسلماً من أيدي المشركين لأنه فك رقبة من الأسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ولأن فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه الي المؤمنين فله ولأنه يدفعه الي الأسير لفك رقبة فأشبه ما يدفعه الي الأخرم لفك رقبة من الدين .

(مسئلة) (قال فما رجع من الولاء رد في مثله)

يبني يعتق به أيضاً ، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال أبو عبيد الولاء له معتق لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين لأنه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له ، وقال الصيرفي يجعله في بيت المال للصدقات لأن عتقه من الصدقة فولاؤه يرجع اليها ، ولأن عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كالمو توكل في الاعتاق وكالساقي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولأن الولاء أثر الرق ، وقائدة من المعتق فلم يجوز أن يرجع الي المزكي لافضائه إلى أن ينتفع بزكاته ، وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الولاء له وقد سبق ذلك في باب الولاء .

(فصل) ولا يعقل عنه اختاره الخلال وعن أحد رواية أخرى أنه يعقل عنه اختارها أبو بكر لأنه معتق فيعقل عنه كالذي أعتقه من ماله وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لثلاثا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانتفاع فيبقى على الأصل

يفعل ضمن كالمودع فإن لم يعلم صاحبها بموت المودع فعلى الورثة اعلامه وليس لهم امساكها قبل ان يعلم بها ربهما لأنه لا يأتهم عليها وإنما حصل مال غيرهم بأيديهم بمنزلة من اطارت الريح الي دياره توباً وعلم به فعليه اعلام صاحبه به فإن احرز ذلك مع الامكان ضمن كذا جاهنا

ولنا أنه لا ولاء عليه فلم يمتل منه كالأول وكان ديكلا في العتق ولأنه لا يرثه فلم يمتل عنه كالأول باختلاف دينها
وما ذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا اعتق من الزكاة
﴿مسئلة﴾ قال (والفارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفا ديونهم هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة ولا خلاف في
استحقاقهم وأبوت سهمهم وان المدينين العاجزين عن وفا ديونهم منهم لكن ان غرم في معصية مثل
أن يشترى خمرأ أو يهرقه في زنا أو قمار أو غنا، ونحوه لم يدفع اليه قبل التوبة شيء. لأنه أعانه على
المعصية وان ثاب فقال القاضي يدفع اليه واختاره ابن عثيل لأن ابقاء الدين القدي في القصة ليس من
المعصية بل يجب تفريرها والاعانة على الواجب قرينة للمعصية فأشبهه من أنلف ماله في المعاصي حتى
افتقر فأنه يدفع اليه من سهم الفقراء، وفيه وجه آخر لا يدفع اليه لأنه استدان للمعصية فلم يدفع اليه
كما لو لم يبق ولأنه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بان دينه يقضى بخلاف من أنلف
ماله في المعاصي فإنه يعطى لفقراء للمعصية

(فصل) ولا يدفع إلى غارم كافر لانه ليس من أهل الزكاة وقدك لا يدفع اليه تقبرهم ولا مكاتبهم
وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا يجوز الدفع اليه لان علة منعه من الاخذ منها لفقراء صيانة عن
أكلها السكونها أو سائح الناس وإذا أخذها لقرمه صرفها إلى الفقراء، فلا يناله دناءة وسخا، ويحتمل
أن لا يجوز للمعصوم التصرف في منحهم من أخذها وكونها لا تحمل لهم، ولأن دناءة أخذها تحصل
سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع من الغارم له ما يقضي به غرمه لان الدفع اليه لما جتبه وهو مستغن عنها
(فصل) ومن الفارمين صنف يعطون مع الفقي وهو غرم لاصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحدين
وأهل القريتين عداوة وضاغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيسمى
انسان في الاصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والأموال فيسمى ذلك حاملة يتبع الحاء وكانت
العرب تعرف ذلك وكان الرجل منهم يتحمل الحاملة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤدبها فوردا الشرع
باباحة المسئلة فيها وجعل له نصيبا من الصدقة فروى قبيصة بن الحارث قال تحملت حاملة فأبنت النبي
ﷺ وسألته فيها فقال وأقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فتأمر لك بها - ثم قال - يا قبيصة ان المسئلة لا تحمل
إلا ثلاثة رجل تحمل حاملة فيسأل فيها حتى يؤدبها ثم يمك، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله
فخلت له المسئلة حتى يصيب سدادا من عيش - أو - قواما من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة

(فصل) ولا تثبت الوديعة الا باقرار من الميت أو ورثته أو بيته وان وجد عليها مكتوب وديعة
ام يكن حجة عليهم لجواز ان يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه او كان وديعة لوروثهم عند غيره
او كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج ابيه ان لفلان عندي وديعة كذا لم يلزمه بذلك
لجواز ان يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك وهذا قول أصحاب الشافعي وحكي القاضي

من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فآفة فآتت له المسئلة حتى يصيب سداداً من عيش - أو - قوماً من عيش وما سوى ذلك فهو صحت يأكلها صاحبها صحتنا يوم القيامة » أخرجه مسلم ، وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال « لا تحمل الصدقة لغني إلا لحسة » ذكر منها الفارم ولأنه إنما يقبل ضمانه وتممه إذا كان ملياً وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لأنه قد سقط الفرم ، وإن استدان وأداها جاز له الأخذ لأن الفرم باق والمطالبة قائمة والفرق بين هذا الفرم والفرم لمصلحة نفسه أن هذا الفرم يأخذ لحاجة إليه لا طفاً ، والثائرة وانحدار الفتنة فجاز له الأخذ مع الغنى كالغنازي والمؤانف والمامل والفارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحة لا يطبق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى فإذا قلنا الغنى يحصل بخمسين درهماً وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه قال أحمد لا يعطى من عنده خمسون درهماً أو حاسبها من الذهب إلا مديناً فيعطى دينه وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من القضاء لم يعط شيئاً .

(فصل) وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الفارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غيره وإن أحب أن يدفعها إلى غيره قضاءً عن دينه فمن أحد في روايتان (إحداهما) يجوز ذلك نقل أبو الحلوث قال قلت لأحد رجل عليه الف وكان على رجل زكاة ماله الف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بأساً وذلك لأنه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها إليه يقضي بها دينه والثانية لا يجوز دفعها إلى الفريم قال أحمد أحب إلي أن يدفعه إليه حتى يقضي هو عن نفسه قيل هو محتاج بخلاف أن يدفعه إليه فيأكله ولا يقضي دينه قال قتل له يوكله حتى يقضيه فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الفريم إلا بوكالة الفارم لأن الدين إنما هو على الفارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله وبمقتضى أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزاً وإن كان دافع الزكاة الإمام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله لأن للإمام ولاية عليه في إبقاء الدين ولحقا بحجبه عليه إذا امتنع منه وإذا ادعى الرجل أن عليه ديناً فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فلا بأس فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفي ذلك لم يقبل منه إلا بينة وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفع إليه إلا بينة أيضاً لأن الأصل عدم الفرم وبرادة القصة فإن صدقه الفريم فلي وجهين كالمكاتب إذا صدقه سيده

أبو الحسين أن المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه أو ما إليه أحد كما لو وجد في رزنامج إليه ديناً على غيره بخط أبيه كان له أن يعمل على خطه ويختلف على استحقاقه بالخط فإذا وجد ديناً عليه كان أولى واحوط

(مسألة) (وإن ادعى الودعة اتمان فآقرها لأحد هاتين له مع يمينه) لأن يده دليل على ملكه بدل

مسئلة قال (وسهم في سبيل الله وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء)

هذا المصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وبما حكمهم ولا خلاف في أهم الغزاة في سبيل الله لان سبيل الله عند الاطلاق هو الغزو قال الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله) وقال (ومجاهدون في سبيله) وقال (إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا) وذكر ذلك في غير موضع من كتابه فاذا تقرر هذا فاتهم بدعوى وان كانوا أغنياء وبهذا قال مالك وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحبا لا تدفع الا الى فقير وكذلك قالوا في الغارم لاملاح ذات اليبين لان من يجب عليه الزكاة لا تحمل له كسائر أصحاب السهم ولان النبي ﷺ قال لمعاذ «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصيبا

وانا قول النبي ﷺ «لا تحمل الصدقة لفي الا حصة انما في سبيل الله أو لدارم» وذكر بيتهم ولان الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بهما سنة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الاصناف كالا يلزم وجود صفة الاصناف فيها ولان هذا يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فأشبه العامل والمؤلف فأما أهل سائر السهمان فأما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فاذا تقرر هذا فن قال إنه يريد الغزو قبل قوله لانه لا يمكن اقامة البيعة على بيئته ويدفع اليه قدر كفايته مؤثته وشراء السلاح والفرس ان كان فارسا وحمولته ودرعه ونائبه وسائر ما يحتاج اليه لغزوه وان كثر ذلك ويدفع اليه دفعا سراعى فان لم يفر رده لانه أخذه كذلك وان غرا وعاد فقد ملك ما أخذه لاننا دفعنا اليه قدر الكفاية واما ضيق على نفسه وان مضى الى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو والقي دفع اليه من أجله رد ما فضل معه لان القدي أخذ لاجله لم يفعله كله (فصل) واما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لاحق لهم في الدابوان واما يتطوعون بالغزوا اذا نشطوا قال احمد ويعطى ممن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لان الواجب ايتاء الزكاة فاذا اشتراها بنفسه فما أعطى الا فرسا وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة ، وقال في موضع آخر ان دفع ممن الفرس ومن السيف فهو أعجب إلي ، وان اشتراه هو رجوت أن يجزئه ، وقال أيضا

انه لو ادعاها لنفسه كان القول قوله فكذلك اذا اترها لغيره ويلزمه ان يحلف للأخر لانه منكر لحقه فان حلف بريء وان نكل لزمه ان يقر له قيمتها لانه فونها عليه وكذلك لو اقر له بها بعد ان اقر بها للاول فأما تسلم الى الاول ويعرم قيمتها للتاني نص عليه احمد

﴿مسئلة﴾ (وان اقر بها لها جميعا فهي بينهما) ويلزمه اليقين لكل واحد منهما في نصفها وان قال لا اعرف

شترى الرجل من زكاته الفرس ويجعل عليه والقناة ويجوز الرجل وذلك لانه قد صرف الزكاة في سبيل الله تجاز كما لو دفعها الى الغازي فاشترى بها قال ولا يشترى من الزكاة فرسا يصير حبيسا في سبيل الله ولا دارا ولا ضيمة يصيرها في سبيل الله بالطول ولا ينفقها على المجاهدين لانه لم يثبت الزكاة لاحد وهو أمور باتيانها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لانه لا يجوز أن يحمل نفسه صرفا لركابه كما لا يجوز أن يقضي بها دينه ، ومنى أخذ الفرس التي اشترى به له صار مصرفا لركابه (مسئلة) قال (ويطلى أيضا في الحج وهو من سبيل الله)

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج في سبيل الله وهو قول اصحاب لماري أن رجلا جعل قلة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقالت لها النبي ﷺ «أركيها فان الحج في سبيل الله» وعن حمد رحمه الله رواية أخرى لا يعرف منها في الحج وبه قال مالك وابراهيم حنيفة والثوري والشافعي ابو ثور وابن المنذر وهذا أصح لان سبيل الله عند الاطلاق إنما ينصرف الى الجهاد فان كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد لا الإسير فيجب أن يحمل ما في هذه الآية على ذلك لان الظاهر ارادته به ولان الزكاة إنما تصرف الى أحد رجاين محتاج اليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لفضاء ديونهم او من يحتاج له المسلمون كالعامل والغازي والمؤان والغارم لاصلاح ذات البين والحج من الفقير لانفع المسلمين فيه ولا حاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضا اليه لان الفقير لا فرض عليه فسقطه ولا مصلحة له في إيماجه عليه وتكليفه مشقة قد رفعه الله منها وخفف عنه إيماجا وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الاصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا ، وقال الشافعي يجوز الدفع الى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لان ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج الى السفر ولا حاجة بهذا الى هذا السفر فان لما يدفع في الحج منها فلا يطلى الا بشرطين (أحدهما) أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها لتول النبي ﷺ «لا تحمل صدقة لفتي ولا فتى مرة سوى - وقال - لا تحمل الصدقة لفتي الا لحسة» ولم يذكر الحاج منهم ولانه يأخذ حاجته لالحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كن يأخذ لفتى (والثاني) أن يأخذ لحبة الفرض ذكره ابو الخطاب لانه يحتاج الى اسقاط فرضه وإبراء ذمته اما التطوع فله مندوحة عنه ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معا وهو ظاهر قول الحرقى لان السكك من سبيل الله ولان الفقير لا فرض عليه فالحجة منه

ساحبا فاعتزنا له بحجه بين المستحق لما فلا يبين عليه وان ادعى معرفته لزمته بين واحدة انه لا يحل ذلك وقال ابو حنيفة يحلف بميتين كما لو انكرها

ولنا ان الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بين المالك فكفناه بين واحدة كماو ادعيها فأقرها لاحدها ويخارق ما اذا انكرها لان كل واحد منها يدعي عليها له فيها دعويان فان حلف

كالتلوم فهل هذا يجوز أن يدفع اليه ما يبيع به حجة كاملة وما يفنيه في حجة ولا يجوز أن يبيع من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يمزو بها

﴿مسئلة﴾ قال (وابن السبيل وهو المنتقطع به وله اليسار في بلده فيعطى من الصدقة ما يبلغه)

ابن السبيل هو العصف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في امتداده وبقاء ذممه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له ما يرجع به الى بلده وله اليسار في بلده فيعطى ما يرجع به ، وهذا قول قتادة ونعمه قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي هو المختار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أضافه اليهما ما يحتاجان اليه لهما بما وعمودهما لانه يريد السفر اغير معصية فأشبهه المختار

ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال وقد قيل للذي يكثر الخروج فيه والقائل في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر به به دون فعله ولانه لا ينهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وان انتهت بالحاجة متبها ، فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره ، وإنما يعطى وله اليسار في بلده لانه خارج عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمدرم في حقه ، فان كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطى لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الاصرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده لان الدفع اليه الحاجة الى ذلك فتقدر بدمه ، وتدفع اليه وان كان مومراً في بلده اذا كان محتاجاً في الحال لانه عاجز عن الوصول الى ماله فصار كالمدرم ، وان فضل به شيء بعد رجوعه الى بلده رده لانه أخذه للحاجة وقد حصل اغنى بدونه فأشبه ما لو أخذه لغزو فلم يمز وان كان فقيراً أو انصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لانه ان فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بحجة أخرى ، وان كان غارماً أخذ الفضل لفرمه

(فصل) وان كان ابن السبيل محتاراً يريد بدأ غير بلده فقال أصحابنا يجوز أن يدفع اليه ما يكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لان فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحاً اما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحاً كطلب المعاش والتجارات ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لانه اعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعالها فان وشيلة الشيء جارية

افرع بينهما وسلمت الى من تقع له الفرعة وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهذا قول ابن أبي ليلى لانه لا يعلم المالك منهما وللشافعي قول آخر انها تقسم بينهما كما لو أقرها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيها حكمي عنهم قالوا ويضمن المودع لصفا لكل واحد منهما لانه فوت ما استودع بمجهله

مجره ، وان كان السفر ففرضه فيه وجهان (أحدهما) يدفع إليه لأنه غير معصية (والثاني) لا يدفع إليه لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر . ويقوى عندي أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده لأنه أو جاز ذلك لجواز المنشيء السفر من بلده ولأن هذا السفر إن كان لجراد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وإن كان حجاً فغيره أهم منه ، وإذا لم يجوز الدفع في هذين فني غيرها أولى وإنما ورد الشرع بالدفع إليه الرجوع إلى بلده لأنه أمر ندع حاجته إليه ولا غنى به عنه فلا يجوز الحاق غيره به لأنه ليس في معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس

(فصل) وإذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة ، وإن ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بينة لأن الأصل عدمه معه وإن عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه لفقره إلا ببينة كما لو ادعى إنسان المسكنة

(فصل) وجملة من يأخذ مع الفنى خمسة: العامل والمؤلف قلبه والغازي والغارم لاصلاح ذات البين وابن السبيل الذي له اليسار في بلده . وخمسة لا يعطون إلا من الحاجة: الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل . وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال: الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ، وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر: المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل (فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع إلى بلده لم يدفع إليه ما لم يقب فإن تاب احتمل جواز الدفع إليه لأن رجوعه ليس بمعصية فأشبهه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركاً للمعصية وإقلاعا عنها كالعاق يريد الرجوع إلى أبويه والفلان من غريمه أو امرأته يريد الرجوع إليها ويحتمل أن لا يدفع إليه لأن سبب ذلك المعصية فأشبهه الغارم في المعصية

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس عليه أن يعطي لكل هؤلاء الاصناف وإن كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك لأن الآية إنما سقت لبيان من يجوز الصرف إليه لا لإيجاب الصرف إلى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفاً إلى صنف واحد فقال سبحانه (إن تبدوا الصدقات فنعما هي ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وقال النبي ﷺ لما ذهبن بيته إلى اليمن «أعلمهم أزعلهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه فلم يذكر في الآية ولا في الخبر الا صنفاً واحداً وقال النبي ﷺ لقبیصة حين تحمل حمالة «أقم

ولنا أنها تساويان في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالمدين إذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث الا أحدهما أو كما لو أراد السفر بأحدى نسائه، وقول أبي حنيفة لا يصح فإن (المفني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء السابع)

ياقينة حتى تأتينا الصدقة فنأمرك بها، فذكر دفعها الى صنف وهو من الفارمين وأمر بني زريق بدفع صدقتهم الى سلمة بن صخر وهو شخص واحد رواه أبو داود، وبث اليه علي رضي الله عنه بذهبية في تربتها فقسمها بين المؤلفات لولدهم وهم صنف واحد، والآثار في هذا كثيرة تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها الى جميع الاصناف ولا نعيمهم بها بل كان يدفعها الى من تيسر من أهلها وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها الى ثمانية عشر نفساً أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفساً من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم منها والغالب تعذر وجودهم في الاقليم العظيم وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرة اليوم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم واعطاهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) وأثن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه انما يقوله بلسانه ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقة من الصدقات ولا أحد من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه، ولو فعلوه مع مشنته ونقل وما أهل اذ لا يجوز على أهل التواضع إهمال نقل ما ندهو الحاجة الى نقله سيما مع كثرة من يجب عليه الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل عصر وبلد وهذا أمر ظاهر وقد سبقت هذه المسئلة والكلام فيها بما تقدم

(فصل) وبسبب تقديمها على ما أمكن من الاصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف فان كان المتولي لتفريقها الساعي استحب إحصاء أهل السهام من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تنافي أسماهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقة عقيب جهم الصدقة، ويبدأ باعطاء العامل لأنه يأخذ على طريق الماء ارضة فكان استحقاقه أقوى وتلك اذا عجزت الصدقة عن أجره تم له من بيت المال ولأن ما يأخذ اجرا وقد قال النبي ﷺ اعطوا الاجير أجره قبل أن يحفر عرقه، ثم يلام فلاهم وأهملهم أشد حاجة، فان كانت الصدقة تفي بحاجة جميعهم أعطي كل إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته، فيعطي الفقير ما يفتيه وهو ما تحصل له بالكفاية في عامه ذلك، ولأهله، ويعطي المسكين ما تم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق فقيراً وإتان احداها يعطيه ما تم به الكفاية والثانية لا يزيد على خمسين درهما أو قيمتها من الذهب إلا أن يكون له عيال فيدفع اليه لكل واحد منهم خمسين درهما ويدفع الى العامل قدر أجره وإلى الفارم ما يقضي به غرمه وإلى المكتاتب ما يوفي به كتابته والتزوي يعطى ما يحتاج اليه اؤونة غزوه، وابن السبيل ما ياتيه إلى بلده وان قصت

العين لم تناف ولو تلف بغير تقريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تقريط اذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل.

الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا يتقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لأنهم أقل الجمل إلا العامل فإنه يكون واحداً، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفائض إلى أقرب البلاد إليه، وإن كان المتولي لتفريقها ربهما فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها في الأمم فالأم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبة ويعطى من أمكنه

(فصل) وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير الأرم أعطي بهما جيماً فيعطي ما يضي غرمه ثم يعطى ما يغيبه لأن الشخص الذي فيه المعنيان كخصمين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لقرابته وفقراء استحق القريب الفقير صميم

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يعطى من الصدقة لبني هاشم)

ولا لمواليهم ولا لوالديهم وإن علوا ولا لولاة وإن سفلا ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلتزم مؤنته ولا لسكان ولا لملوك إلا أن يكونوا من العلماء عليها فيعطون بحق ما عملوا ولا لشيء وهو الذي يملك خسين درهما أو قيمتها من الذهب . هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها في باب الزكاة بما أغنى عن اعادته هنا

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تولى الرجل إخراج زكاته سقط الماملون)

وذلك لأن العامل إنما يأخذ أجر عمله فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً فيقطع سهمه والله أعلم

(فصل في جوائز السلطان)

كان الامام أبو عبد الله رحمه الله عليه يتورع عنها ويمنع بنيه وهم من أخذها وهجرهم حين قبلوها وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئاً ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه ، وأما فعل ذلك لأن أمواهم مختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة وقد قال النبي ﷺ «الخلال بين الحرام بين» وبين ذلك أمور مشبهات لا يهلها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات أهدى إلى الله وعرضه ، ومن وافق الشبهات أوشك أن يقع في الحرام

﴿مسئلة﴾ (وان أودعه اثنان مكبلاً أو موزوناً فطلب احدهما نصيبه سلمه إليه) لأن قسمته ممكنة

بغير غبن ولا ضرر اختاره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه لا يجوز في غيبة الشريك إلا أن يحكم بها الحاكم قاله القاضي

﴿مسئلة﴾ (وان عصبت الوديمة فهل للمودع المطالبة بها ؟ على وجهين) (احدهما) له المطالبة بها لانه

كلرا تم حول الحى يوشك أن يقع فيها ، وقال النبي ﷺ « دع ما يريك الى ما لا يريك » واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر ، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراما فإنه سئل فقيل له مال السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب إلي أن ينزه عنه ، وفي رواية قال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه القدر حرام حتى فكيف أقول انها صحت وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يتلون جوائز معاوية

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان ما يعطىكم من الحلال أكثر مما يعطىكم من الحرام ، وقال لا نسأل السلطان شيئا فان أعطاك فخذ فان ساقى المال من الحلال أكثر مما يقدم الحرام وروي عمر بن شبة البهتري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبي دخلوا على عمر ابن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم وأمر لعن بن أبي درهم قبض الحسن جائزته وأبي ابن سيرين أن يقبض فقال لابن سيرين مالك لا تقبض ؟ قال حتى يعم الناس فقال الحسن الله لو عرض لك ولي اص فأخذ ردائي ورداك ثم بداله أن يرد علي ردائي كنت أقبل لأقبل ردائي حتى ترد علي ابن سيرين رداه ؟ كنت أحب أن تكون أفعه مما أنت يا ابن سيرين ولأن جوائز السلطان لها وجه في الإيابة والتحليل فان له جهات كثيرة من التبرع والصدقة وغيرها

(فصل) قال أحمد جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة يعني أن الصدقة أوساخ الناس حين عنها النبي ﷺ وآله لنداءتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فرج أنا وآخر اجازة السلطان بألف أيهما أحب إليك ؟ قال الجائزة وذلك لان القوي يرجع عليه أنفا لا يرجعها في الغالب الا بنوع من التدليس والغبين الفاحش والجائزة عطاء من الامام رضاه لا تدليس فيها ولا غبن ، وقال أحمد اذا كان بينك وبين السلطان رجل يعني فهو أحب إلي من أخذه منه وذلك لان الوسائط كلما كثرت قربت الى المل لانها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب سيئة والله أعلم

مأمور بحفظها وذلك من حفظها (والثاني) ليس له ذلك لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهرا أو اكره على تسليمها فسلها بنفسه لان الاكراه عذر له يبيع دفعها فلم يضمنها كالمودع من يده قهرا والله سبحانه وتعالى اعلم



بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع هو عقد الزوج فسد اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل ، وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوط ، جيماً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوط ، مجازي في العقد تقول العرب أنكحنا الفرى فسترى أي اضربنا فحل حرم الوط من أمه فسترى ما يتولد منها يضرب مثلاً للامر مجتمعون عليه ثم يفرقون عنه . وقال الشاعر

ومن أم قد أنكحنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلف

والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بأزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوط ، الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه يصح نكحه عن الوط فيقال هذا سفاح وليس نكاح وبروى عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لأم سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولأن النكاح أحد اللفظين الذين يعتقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كلفظ الآخر وما ذكره القاضي بفضي الى كون اللفظ مشتركاً وهو على خلاف الأصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد امكن اما مرفياً يجب صرف اللفظ عند الاطلاق اليه لشهرته كسائر الاسماء العرفية

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع عقد الزوج فسد اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوط ، جيماً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج استدلالاً بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوط ، مجازي في العقد تقول العرب أنكحنا الفرى فسترى أي اضربنا فحل حرم الوط من أمه فسترى ما يتولد منها يضرب مثلاً للامر مجتمعون عليه ثم يفرقون عنه قال الشاعر :

ومن أم قد أنكحنا رماحها وأخرى على خال وعم تلف

قال شيخنا والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بأزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف وقد قيل ليس في الكتاب لفظة نكاح بمعنى الوط الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه

(فصل) والاصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا) ما طاب لكم من النساء مني وثلاث ورباع) الآية وقوله (وانكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) وأما السنة فقوله النبي ﷺ « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء » متفق عليه في أي وأخبار سوى ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ، واختلف أصحابنا في وجوبه فالشهور في المذهب أنه ليس بواجب الا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وقال ابو بكر بن عبدالعزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكى عن داود أنه يجب في ائمه مرة واحدة للآية والخبر

ولنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يتق على الاستطابة وقال (مني وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فيدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وأبي بكر في إيجاب النكاح

(فصل) والناس في النكاح على ثلاثة أضرب : منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور أن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء ، لانه يلزمه اعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح (اثناي) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لنوازل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم

يصح نفيه عن الوطء لانه يقال هذا سفاح وليس بنكاح ودروي عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحه ولان النكاح أحد اللفظين اللذين يتعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي يفتي الى كون اللفظ مشتركا وهو على خلاف الاصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ اليه عند الاطلاق لعهرته كسائر الاسماء العرفية

(فصل) والاصل في مشروعية الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وقوله (وانكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم) وأما السنة فقوله النبي صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم يستطع فليصم بالصوم فإنه له وجاء » متفق عليه وقال عليه السلام « اني تزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاحتصينا متفق عليه والتبتل ترك النكاح ، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع

وفعلهم . قال ابن مسعود لولم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوماً ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة .

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء . وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتتكنن أو لا تقولن لك ما قال عمر لأبي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور . قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء . وقال من دعاك الى غير الزوج فقد دعاك الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره .

وقال الثاني التخلي لعبادة الله تعالى أنضل لان الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله (وسيداً وحسبوا) والمصور الذي لا يأتي النساء . فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه . وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض القم . ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع .

ولما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله رحمتها عليه ، وقال ﷺ « ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد انكرد النبي ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله لاختصينا . متفق عليها . وعن أنس قال كان النبي ﷺ يأمرنا باليسأة ويبغى عن التبتل شيئاً شديداً ويقول « تزوجوا الولود فاني مكاتبكم يوم الام يوم القيامة » رواه سعيد . وهذا حث على النكاح شديد ورعيه على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الامر ؛ ولان النبي ﷺ تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك

﴿مسئلة﴾ (والنكاح سنة لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة وأدناها الاستحباب)

﴿مسئلة﴾ (والاشتغال به أفضل من التخلي لتوافل العبادة الا أن يخاف على نفسه موازنة

المحظور بتركه فيجب)

الناس في النكاح على ثلاثة أضرب (أحدها) من يخاف على نفسه موازنة المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصرافها من الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محظور فهذا الاشتغال به أفضل من التخلي لتوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وظاهر أقوال الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوماً في فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة ، قال ابن عباس لسعيد بن جبير تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء ، وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس تتكنن أو لا تقولن لك ما قال عمر لابي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء . ومن دعا الى غير الزوج فقد دعا الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره . وقال الثاني التخلي لعبادة الله أفضل لان الله تعالى مدح

أصحابه ولا يشغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالافضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى . ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل بالادنى ، ولأن مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وخصميين للمرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباحة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى

وقد روينا في أخبار المتقدمين أن قوما ذكروا لنبي لهم فضل عابدهم فقال أما انه لثارك لشيء من السنة فبأن العابد قاتى النبي فدأه عن ذلك فقال أنك تركت التزويج فقال يا نبي الله وما هو إلا هذا فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرايت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وبغني العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده؟ وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربا

(القسم الثالث) من لاشهوة له إما لانه لم يخلق له شهوة كالعينين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) يستحب له النكاح لعدم ما ذكرنا (والثاني) التخلي له أفضل لانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها على نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق له لا يتمكن من القيام بها ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها . وظاهر كلام أحمد انه لا فرق بين القادر على الاتفاق والعاجز عنه وقال ويذا في الرجل أن يتزوج فان كان عنده ما يتفق أفتق وان لم يكن عنده صبر

يحيى عليه السلام بقوله تعالى (سيداً وحسوراً) والحسور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم ولانه هاد مماوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

وثما ما تقدم من أمر الله ورسوله به وحثهما عليه وقوله عليه الصلاة والسلام « لكنى أصوم وأفطر وأزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقول سعد : لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصنا متفق عليهما وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالبائة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « زوجوا الودود الودود قاتني مكائر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانتمكت الاحكام ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج وبالغ في المدد وفعل ذلك أصحابه ولا يشغل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الا بالافضل ولا يجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى ، ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوا في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل

ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي ﷺ كان يصبح وما عنده شيء، ويمسي وما عنده شيء، وإن النبي ﷺ زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء . أخرجه البخاري : قال أحمد في رجل قليل الكسب يضمف قلبه عن العيال : الله يرزقهم، التزويج أحسن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه . وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (واستمف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنهم الله من فضله)

(مسألة) قال (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) ان النكاح لا يصح الا بولي ولا تلك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فان فعلت لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وهو بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله النخعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد . وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفا على اجازته

وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لان الله تعالى قال [ولا تضلوهن أن ينكحن أزواجهن] أضاف للنكاح البين ونهى عن منعهن منه ولانه خالص حقها وهي من أهل

بالاولى ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين واحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباحة النبي صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من المصالح الراجحة احدها على نقل العبادة فتجودها اولى وقد روينا في اخبار المتقدمين ان قوما ذكروا لنبي لهم فضل عابد لهم فقال اما انه تارك شيء من السنة فبلغ العابد فأتى فسأله عن ذلك فقال إنك تركت التزويج فقال يابني الله وما هو الا هذا ؟ فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهد وينقي المدو أو يقوم بفرائض الله وحدوده وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعا بخلافه فهو اولى والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقار بها (القسم الثالث) من لاشهوة له اما لانه لاشهوة له كالمغنين او ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه ففيه وجهان (احدهما) يستحب له النكاح لما ذكرنا (والثاني) التخلي انه افضل فانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضرها بحبسها عن نفسه ومرض نفسه لو اجبات وحقوق ولعله لا يقوم بها ويشتمل عن العام والعبادة بما لا فائدة فيه والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها

(فصل) وظاهر كلام احد انه لا فرق بين القادر على الاتفاق والماجزعته فانه قال ينبغي للرجل

المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وما أثر منافعها في النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى

ولنا أن النبي ﷺ قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة و ابو موسى وابن عباس ، قال المروزي سألت احمد وبجبي عن حديث ولا نكاح الا بولي ، فقال صحيح

وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال « إنما امرأة نكحت نفسها بشير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحلت من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام احمد وابو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكروه ، قال ابن خديج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن عتبة كذلك قال الامام احمد وبجبي ولو ثبت هذا لم يكن حجة لانه قد نقله ثمانية عنه فلو نسب الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان . قال النبي ﷺ « نسي آدم فنسبت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا تلبه كالأصغرة وأما الآية فان أعضائها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وبطل عليه أنها تزمت في شأن معقل بن يسار حين استتم من تزويج أمته فدعاها النبي ﷺ فزوجها وأضاف إليها لانها محل له . اذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن احمد لها تزويج أمتها وهذا يدل على صحة عيارتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن ويظني أن يكون قول ابن سيرين ومن معه لقول النبي ﷺ « إنما امرأة زوجت نفسها بغير اذن

ان يتزوج فان كان عنده ما يتفق وان لم يكن عنده صبر ولو تزوج بشركان قد تم امره واحتج بان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عندهم شيء وبمعي وما عندهم شيء ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء اخرجه البخاري قال احمد في رجل قليل السكب يضيف قبه عن اليال الله يرزقهم ، التزويج احسن له ربما أتى عليه وقت لا يمكن قلبه الصبر وهذا في حق من يمكنه التزويج قلما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستغف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يفهم الله من فضله)

﴿ مسألة ﴾ (وعن احمد ان النكاح واجب على الاطلاق) اختاره ابو بكر عبد العزيز وحكاه عن احمد وحكي عن احمد انه يجب في السر مرة للآية والخبر والمشهور في المذهب انه ليس بواجب الا ان يخاف على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه أعفاف نفسه وهو قول أكثر الفقهاء لان الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة (وقال مني وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فدل على أن المراد بالامرائدب وكذلك الخبر يحمل على الندب او على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وابي بكر في إيجاب النكاح والله أعلم

ولها فنكاحها باطل ، ففهو به صحة باذنه ، ولأن المرأة إنما تمت الاستقلال بالنكاح لتصور عقلم فلا يؤمن انعقادها ووقوعه ، نهياً على وجه المفسدة وهذا مأثور فيما إذا أذن فيه وليها والصحيح الأول لعدم قوله « لانكاح الابولي » وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص ، هنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لا تزوج نفسها الا بقهر اذن وليها والعدة في نفسها صيانها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ودعوتها وببطلانها الى الرجال وذلك ينافي حال أهل العيافة والمروءة والله أعلم

(اصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقد حاكم لم يميز تقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة ، وخرج الثاني في هذا وجهاً خاصة أنه يناقض ، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصاً والأول أولى ، لأنها مسألة مختلفة فيها وبسوغ فيها الاجتهاد فلم يميز تقض الحكم كما لو حكم بالشفعة فجبار وهذا النص تناول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر (الفصل الثاني) أن النكاح لا يعتمد إلا بشاهدين ، هذا المشهور عن احمد ، وروي ذلك من عمر ربه وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والزهري وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن احمد أنه يصح بغير شهود وقوله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحزرة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي وبزيد بن هارون والزهري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر قد روي عن النبي ﷺ « لانكاح الابولي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعفاً فلم يذكره

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب نكح ذات الدين الولود البكر الحسية الاجنبية)

لقول النبي ﷺ تكح المرأة لملها ولحسها ولجلها ولديها فانظر بذات الدين تربت يداك متفق عليه والأولى أن لا يزيد على امرأة واحدة ذكره في المحرر لقول الله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة) ولقوله سبحانه (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) ويختار الولود لما روى أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول تزوجوا الولود الودود فأنى مكاتبكم يوم القيامة رواه سعيد . وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال انى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا أنها لا تلد أفأزويها؟ فنهاه ثم اناء اثنانية فنهاه ثم اناء الثالثة فقال « تزوجوا الولود الودود فأنى مكاتبكم » رواه النسائي وعن علي بن الحسين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا بني هاتم عليكم بنساء الا طاحم فالتمسوا اولادهم فان في ارحامهم البركة » قال ويختار البكر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أزوجت باجابر؟ » قال قلت نعم قال « بكر أم ثيباء » قال قلت بل ثيباء قال « فملا بكر اناءها وتلاعبك » متفق عليه وعن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عليكم بالابكار فانهم اعذب افواها وانتم ارحاماً وارضى باليسير »

قال ابن المنذر: وقد أعتق النبي ﷺ صفية ابنة حي فتزوجها بغير شهود. قال أنس ابن مالك رضي الله عنه: اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش، فقال الناس ما ندري تزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد؟ فلما أن أراد أن يركب حجها فعلوا أنه تزوجها متفق عليه، قال فاستدلوا على تزوجها بالحجاب؛ وقال يزيد بن هارون: أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة بالنكاح ولم يشترطها للبيع، ووجه الأولى أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل» رواه الخلال بإسناده وروي الدارقطني عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدان ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجهده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره.

(الفصل الثالث) أنه لا يعتمد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك منياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض ولنا قوله عليه السلام لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولأنه نكاح مسلم فلم يعتمد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين.

وفي رواية «واتع ارحاما» رواه الامام احمد ويختار الحسبية ليكون ولدها نجيباً فإنه ربما شبه اهلها ونزع اليهم وكان يقال إذا أردت ان تزوج امرأة فانظر الى ابيها واخيها وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تخيروا نطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم» ويختار الاجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال أغربوا لاتضوا يعني انكحوا الغراب كي لا تضف اولادكم وقيل الغراب أنجب وبنات العم أصبر ولأنه لا يؤمن المداوة في النكاح وانضاه الى الطلاق واذا كان في قرابة أفضى الى قطيعة الرحم للمأمور بصحتها ويختار الجميلة لانه اسكن نفسه واغض لبصره واكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وروي عن محمد بن ابي بكر بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «انما النساء لب فاذن اتخذ أحدكم لبة فليست حسنها» وعن أبي هريرة قال قيل يا رسول الله أي النساء خير؟ قال «التي تسره اذا نظر وتطيه اذا أمر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره» رواه الامام احمد والنسائي وعن يحيى بن جمدة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «خير فائدة افادها المرء المسلم بعد اسلامه امرأة جميلة تسره اذا نظر اليها وتطيه اذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها» رواه سعيد ويختار ذات العقل ويحبب الحفاء لان النكاح براد للشرية ولا تصالح العشرة مع الحفاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدي منها ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتبوا الحفاء فان ولدها صباغ وصحبها بلاه.

(فصل) فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان [إحداهما] لا ينعقد وهو مذهب الشافعي لخبره ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس من لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يطر فسهه فان تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد لأن الشرط العدالة ظاهرا وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل فتبين أن النكاح كان فاسدا لعدم الشرط وليس بصحيح لأنه لو كانت العدالة في الباطن شرطا لوجب الكشف عنها لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكا في صحة النكاح فلا ينعقد ولا نحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها وإن حدث الفسق فيها لم يؤثر في صحة النكاح لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحاه بولي وشاهدي عدل قبل قولها وثبت النكاح بأقرارها

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد أنه قال إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز وإن كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده وهو قول أصحاب الرأي وبروي عن الشعبي لأنه عقد معاوضة فانهقد بشهادتهم مع الرجال كالبيع

وإنما أن الزهري قال مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود

﴿مستة﴾ (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها)

وعنه أنه النظر إلى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين قال شيخنا لا نعلم بين أهل العلم في الإباحة النظر إلى المرأة من أراد نكاحها خلافا لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » فخطبت امرأة فكنت أنجباً لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فزوجتها رواء أبو داود وفيه أحاديث كثيرة سوى هذا ولأن النكاح عقد يقضي التمليك فكان للعاقدة النظر إلى المعتبر عليه كالامة المستامة ولا بأس بالنظر إليها بأذنها وغير أذنها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر وأطلق ومن حديث جابر فكنت أنجباً لها وفي حديث المغيرة ابن شعبة أنه استأذن أبوها في النظر إليها فكرهها فأذنت له المرأة رواء سيد ولا يجوز الخلوة بها لأنها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقة المحظور فإن النبي ﷺ قال « لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان » ولا ينظر إليها نظر تاذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا تكون على طريق لذة وله تكرار النظر إليها وتأمل محاسنها لأن المقصود إنما يحصل بذلك

ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الاموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ولأنه عقد ليس به مال ولا المقصود منه المال وبمحضرة الرجال في غالب الاحوال فلا يثبت بشهادتهم كالمحدود وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية

(فصل) ولا يتعقد بشهادة صبيين لأهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن يتعقد بشهادة صرافتين عاقلين ولا يتعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لأن وجوده كالعدم ولا يتعقد بشهادة أصميين لأنهما لا يسمعان ولا أخرسين لعدم امكان الاداء منهما وفي انعقاده بحضور أهل العناتم الزرية كالحجاء ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان (أحدهما) يتعقد اختياره أبو عبد الله بن بطة له وم قوله «الابن يشاهدني عدل» ولأنه يتعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانه قد بهما نكاحه كباثر المدول (والثاني) لا يتعقد بشهادتهما لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده

(فصل) ويتعقد بشهادة عيدين، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يتعقد، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى، ويتعقد بشهادة ضريرين والشافعية وجهان في ذلك.

ولنا أنها شهادة على قول فصحت من الاهی كالشهادة بالاستفاضة وإنما يتعقد بشهادتهما اذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من برأهما وإلا فلا (فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يجز تزويجها لغيره من تزويجها حتى يطلقها أو يفسخ

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة النظر إلى وجهها لانه ليس بعورة وهو جمع الحسن وموضع النظر ولا يباح له النظر الى ما يظهر عادة وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر اليها» ولنا قوله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها) روى عن ابن عباس أنه قال هو الوجه وباطن الكف ولأن النظر أيسر للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه والحديث مطلق ومن نظر الى وجه انسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه ثيابه سمي راياً له قال الله تعالى (ولإذا رأيتهم تهجك أجسامهم) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه والكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها فيه روايتان إحداهما لا يباح النظر اليه لأنه عورة فلم يباح النظر اليه كالذي لا يظهر فان عبداً روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولأن الحاجة تدفع بالنظر الى الوجه قبلي ماعداً على التحريم والثانيه له النظر الى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاضرة وقال الشافعي ينظر الى الوجه والكفين ووجه جواز النظر الى ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر غالباً إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولأنه يظهر غالباً

نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه ، نص عليه أحمد ، وقال الشافعي : لاجابة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة .

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه الى ايقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير تفريق بغضه إلى تسليط زوجين عليهما ، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويضارق النكاح الباطل من هذين الوجهين واذا زوجت بأخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضا ولم يميز تزويجها الثالث حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحها ، ومتى فرق بينهما قبل المدخول فلا مهر لها لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد المدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام «لها مهر بما استحل من فرجها وان تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث ولانه اصابة في عقد فاسد أشبه الاصابة في عقد صحيح .

(فصل) والواجب لها مهر مثلها ، أرأى اليه أحمد فإنه قال في العبد : يتزوج بغير إذن سيده يسطي شيئاً . قال القاضي يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الحنفي قوله : اذا زوج الوايان فالنكاح للأول منها فان دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي . والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان في بعض الفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاهما بما أصاب منها»

قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الحلال باسناديهما وقل أبو حنيفة الواجب لأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وإن كان المسمى أكثر لم يجب زائد لانه ذكر عقد صحيح

فأيسح النظر اليه كالوجه ولانها امرأة ايسح له النظر اليها من الشارع فأيسح النظر منها الى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صئراً فقالوا له إنما ردك فمأوده فقال أرسل بها اليك تنظر اليها فرضيها فكشف عن ساقها فنالت أرسل لولا انك أمير المؤمنين لطلعت عينك

﴿ مسألة ﴾ (وله النظر الى ذلك وإلى الرأس والساقين من الامة المستامة ومن ذوات محارمه وعنه لا ينظر من ذوات محارمه الا الى الوجه والكفين) يجوز له النظر الى ذلك من الامة المستامة كما يجوز الى من يريد خطبتها قياساً عليها بل الامة المستامة أولى لأنها تواد للاستمتاع وغيره من التجارة فيها وحسنها يزيد في ثمنها فأما ذوات المحارم فيجوز النظر منهن الى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما لا يظهر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر الى شعر امرأة أياه وصدرها قال لا ما يجيني ثم قال انا أكره أن ينظر من امه واخته إلى مثل هذا والى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع المرأة والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد ان ينظر الى ساق امه وصدرها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المميز بالاصابة والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وانه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء واذا لم يكن موجبا كان وجوده كقدمه وبقي الوطء موجبا بفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولان النسبية لو فسدت لوجب مهر المثل فاذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة انها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه انما يجب بالاصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها، والمنصرم عن أحد أن المهر يستقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ولاحد في الوطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمة، وعن أحد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلاولي اذا اعتقد حرمة، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روي الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ان الزانية هي التي تزوج نفسها» وبإسناده عن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه. وروى الشافعي بإسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها

على التوقي لانه يدعو الى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات الحارم وهو إحدى الروايتين عن أحد، بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط اخنه أو الى عنقه قال لا ولا كرامة وقال لودخلت على امي فقلت أينها المعجوز غطي شعرك والصحيح اباحة النظر الى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ليعولن) الآية وقالت سهلة بن مهيل يارضول الله اما كنا نرى سالماً ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أرضعيه» فأرضته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواء مسلم بمناه وأبو دواد وهذا دليل على انه كان ينظر منها الى ما يظهر غالباً قلنا قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها قال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها لدى الستر إلا لبسة المنفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر وكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولدا ثم دلم النبي صلى الله عليه وسلم هل ما يستدبون به ما كانوا يستفدون به ويفعلونه وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي مسلمة انها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أباً وكان يدخل علي وأنا امشط رأسي فيأخذ بعض قرون رأسي ويقول أقبلني علي ولان التحرز من هذا لا يمكن فأصبح كالوجه وما لا يظهر غالباً

رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع اليه أمرها ففرق بينها وجلد الناكح والمنكح

ولنا أن هذا مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات ونسبها زانية يجوز بدليل أنه مماها بذلك بمجرد العقد وهر جلد هما أدبا وتمزجراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله وكذلك حديث علي على أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فإن علياً أشد الناس فيه وقد انتهى الأمر إلى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلدأ ، فإن قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه فإنا هو مفارق لسئلتنا بدليل أنا نجد من اعتقد حله ولأن يسير التبيذ يدعو إلى كثيره المنقوع على تحريمه وهذا المختلف فيه يعني عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا . فإذا ثبت هذا فإن من اعتقد حله ليس عليه أثم ولا أدب لانه من مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمة ثم وأدب وإن أنت بولده منه لانه نسبة في الحالين

(فصل) فأما الانكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا علما الحل والتحريم فها زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه

(فصل) ويساوي الفاسد الصحيح في اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقاً به فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحابسة اليه وتجب العدة بالحلوة فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطاً لها . ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا يحصل به الإباحة للمزوج ولا يحل للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ولا يحصل الاحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الايلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض

لا يباح لان الحاجة لا تدعو اليه ولا تؤمن معه الشهوة ومواضة المحظور فحرم النظر اليه كما تحت السرة (فصل) وذوات محارمه كل من حرم نكاحها على التأييد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ «أيدني» له قاله عمك تربت يمينك» وقد ذكر الله آباء بهولتهن كما ذكر آباءهن وبناتهن في ابداء الزينة لهم ، وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم المرأة وبناتها لانها غير مذكورتين في الآية قال القاضي اما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به وقد صرح في رواية المروزي أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب ساعة بعقد عقدة النكاح يحرم عليه أم امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي سرى بها لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم الزنى بها وبناتها فلا يحل له النظر اليهن وإن حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب

(مسئلة) قال (وأحق الناس بشكاح المرأة الحرة أبوها)

أما قيد المرأة بالحرة فهنا لأن الامة لا ولاية لابيها عليها وإنما وليها صيدها بغير خلاف علمناه ، وأما المرأة الحرة فأولى الناس بزواجها أربها ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة ، وقال مالك والذهيري وأبو يوسف وإسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه أولى منه بالميراث وأقربى تعصبا ولهذا برث بـبلاء أبيه دون جده ولنا أن الولد موهوب لآبيه قال الله تعالى (ووهبنا له بحمي) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال (هب لي من لدنك وليا) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر أماعيل وإسحاق) وقال ﷺ « أنت وماك لايبك » وأثبت ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولأن الابن أكل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولأن الابن يلى ولده في صفه وصفه وجنونه فليده في سائر مايقبض الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اقتص برولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها إذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولأن الولاية احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس ، وفارق الميراث فإنه لا يعتبره النظر ولهذا برث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) قال (تم أبوه وإن علا)

يعنى أن الجد أب الاب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم

محرم فلم يقد أباحة النظر كالمحرمه باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأما ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس محرم لقربته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لايسافر بها ليس هو محرماً لها في السفر اما النظر فلا يجب عليها الحجاب ، منه لأن أبا سفيان أنى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ ثلاثاً يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها به رسول الله صلى الله عليه وسلم

(مسئلة) (وللعبد النظر اليها من مولاه)

يعني إلى الوجه والكفين لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيما نهن) ولما روت أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال إذا كان لاحدا كن مكانك فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعد قد وجه لها وعلى فاطمة ثوب إذا قمت به رأسها لم يبلغ رجلها وإذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها فلما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تلقى قال « انه ليس عليك بأس إنما هو أبوك ورواه أبو داود وأما النظر إلى شعرها فكرهه أبو غلامك »

وعن أحد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد وهو قول مالك لان الجد يدلي بأبوة الاب والاخ يدلي ببوة والبنوة مقدمة، وعن أحد ان الجد والاخ سواء لاستوائهما في الميراث بالنصيب فاستويا في القرابة فوجب أن يدتويا في الولاية كالاخوين ولانهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية كالاخوين

ولما أن الجد له ايلاد وتصيب فيقدم عليهما كالأب ولان الابن والاخ بقادان بها ويتطامان بسرة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالأب والاخ يسقط به وبالأب وابنه، وإذا خاق للمال وفي المسئلة جد وأخ سقط الاخ وحده فوجب تقدمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات، إذا ثبت هذا فالجد وان علا أولى من جميع العصبات غير الاب وأولى الاجداد أقرهم وأحقهم في الميراث.

﴿ مسألة ﴾ قال (ثم ابنها وابنه وان سفل)

وجعله أنه متى عدم الاب رآبؤه فأولى الناس بزوجه المرأة إنها ثم ابنه بعده وان نزات درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال أصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكما فيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها فلا يلي نكاحها كخالتها ولان طبعه ينفر من تزيجها فلا ينظر لها ولما ماروت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما اتقضت عدتها أرسل اليها رسول الله ﷺ بخطبها فقالت يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهد قال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب بكره ذلك » فقالت

عبد الله وسعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن، واباحه ابن عباس لما ذكرنا من الآية والخبرين ولان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ولانه يشق التحريم منه فايصح له ذلك كذوى المحارم وجملة بعض أصعابنا كالأجنبي، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(مسألة) (ولغير أولى الاربة من الرجال كالكبير والعين ونحوها النظر الى ذلك وعنه لا يباح) من لا شهوة له من الرجال كالخنت ومن ذهبت شهوته لكبير أو عنة أو مرض لا يرجي برؤه والشيخ الحصي فحكاه حكم ذي الحرم في النظر لقول الله تعالى (والتائبين غير أولى الاربة من الرجال) أي غير أولى الحاجة الى النساء قاله ابن عباس وعنه هو الخنت الذي لا يقوم اربه ومن مجاهد وقناة الذي لا ارب له في النساء، فان كان الخنت ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكاه حكم غيره، لان عائشة قالت دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فحنت فكانوا بعدونه من غير أولى الاربة فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو يمت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع وأذا أدبرت أدبرت بثان فقال « لا أرى هذا يعل ما ههنا لا يدخلن عليكم هذا » فصجوه رواه أبو داود

ثم يأمرو فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواء النساء في قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحدث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها ثبت له ولاية تزويجها كأخيها وقولهم ليس بمناسب لها يطل بالحكم والمولى وقولهم ان طبعه يفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له اصل ، ثم يطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكماً . إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الاخ ومن بعده . بغير خلاف فعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصياً وقد استويا في عدم الابلاذ

(مسئلة) قال (ثم أخوها لأبيها وأُمها)

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدم فإنه ابن الاب وأقوام تعصياً وأحقهم بالميراث

(مسئلة) قال (والاخ للاب مثله)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للابين والاخ للاب إذا اجتمعا فالشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد منها العسوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كالمو كانا من أب وإنما يرجح الاخ في الميراث بجهة الام ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجح بها كالمعين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم ، والرواية الثانية الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو

وغيره قال ابن عبد البر ليس الخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما الخنث شدة اتانث في الحلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والتسمة والنظر والمقل ، فإذا كان كذلك لم يكن له في النساء أرب وكان لا يفتن لامور النساء فهو من غير أولي الاربة الذين لم يبيح لهم الدخول على النساء الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبيح ذلك الخنث من الدخول على النساء فلما سمعه يصف ائمة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه، وعنه لا يباح لانه ذكر بالغ أجنبي فلم يبيح له ذلك كالذي له ارب (مسئلة) (ولاشاهد النظر الى وجه المشهود عليها)

تكون الشهادة واقمة على عينها قال أحمد لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بينها وكذلك من يقابل المرأة في بيع أو إجارة فله النظر الى وجهها ليعرفها بينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون المعجوز ولعله كرهه من يخاف الفتنة أو يستغنى عن الماملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

(مسئلة) (وللطبيب النظر الى ما تدعو الحاجة الى نظره اليه من بدنها من المورة وغيرها فإنه موضع حاجة وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لمسا حكم سعداً في بني قريظة كان يكشف عن

الصحيح إن شاء الله ولأنه حق يستفاد بالتهذيب فقدم فيه الاخ من الابوين كليراث وكاستحقاق
 للميراث بالولاء، فإنه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ من الابوين فيه وهذا يبطل ما ذكرناه للرواية
 الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخرة والاعمام وبنيهم، فأما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ
 لام فهما سواء لانهما استوبا في التهذيب والارث به وقال القاضي فيهما من الخلاف، مثل ما في ابن
 عم من أبوين وابن عم من أب لانه يرجح بجهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة
 وما ورث به منفرداً لم يرجح به وذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره، فلي هذا إذا اجتمع
 ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى
 تقديم ولد الابوين .

(مسألة) قال (ثم اولادهم وان سفلوا ثم الممومة ثم اولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب)

وجله أن الولاية بعد من ذكرنا تتروى على ترتيب الارث بالتهذيب فأحتم بالميراث احتم
 بالولاية فأرلام بعد الآباء بنو للمرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو أبيها وهم الاخرة ثم بنوهم وان سفلوا
 ثم بنو جدها وهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الاب وهم اعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا
 ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بنو أب أقرب منه وان نزات درجاتهم، وأولى
 وقد كل أب اقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم
 أشقهم، ولأنهم في هذا خلافاً بين أهل العلم

مؤثرهم وعن عثمان أنه أتى بسلام قد سرق فقال « انظروا الى مؤثره » فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطع
 (مسألة) (ولصبي المبرز غير ذي الشهوة النظر الى المرأة الى ما فوق السرة وتحت الركبة في
 احدى الروايتين)

لان الله تعالى قال (ليس عليكم ولا عليهم جناح بدهن طوائفون عليكم بعضكم على بعض) وقال
 (اذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قباهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره
 قال أبو عبد الله . حججهم أبو طيبة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، والرواية الاخرى حكمه
 حكم ذي المحرم في النظر إذا كان ذا شهوة لقول الله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات
 النساء) قيل لابي عبد الله متى تنطى المرأة رأسها من الغلام قال : إذا بلغ عشر سنين
 (مسألة) (فان كان ذا شهوة فهو كذي المحرم)

لقوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم) الآية وعنه أنه كالأجنبي لانه في معنى البالغ في الشهوة
 وهو المعنى المتقضي للحجاب وتحريم النظر ولقوله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات
 النساء) فأما الغلام الطفل غير المبرز فلا يجب الاستئذان منه في شيء .

(فصل) ولا ولاية لقبير العصباء من الاقارب كالاخ من الام والحال وعم الام والجد أب الام ونحرم نص عليه أحد في مواضع وهو قول الشافعي وأحمدى الروائين عن أبي حنيفة (والثانية) ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها ولنا ما روي عن علي انه قال اذا بلغ النساء نص الحقاتي فالعصبة أولى اذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولانه ليس من عصباتها فأشبهه الاجنبي

(مسألة) قال (ثم المولى المنتم ثم أقرب عصبته به)

لاخلاف نعله في أن المرأة اذا لم يكن لها عصبية من نسبها أن مولاهما يزوجها ، ولا في أن عصبية المناسب أولى منه وذلك لانه عصبية مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فلذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصبته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصبته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب وانما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا ممدوم في أبي المعتق فرجع به الى الاصل

(مسألة) قال (ثم السلطان)

لانظم خلافا بين أهل العلم في أن لسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه

(مسألة) (وللرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي)

يجوز للرجل مع الرجل النظر من صاحبه الى ما ليس بعورة وفيها روايتان (احدهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناها في باب ستر العورة ولا فرق بين الامرد وذوي اللحية الا أن الامرد إذا كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجوز تمديد النظر اليه ، فقد روي عن الشعبي قال قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضوء فأجلسه النبي صلى الله عليه وسلم وراء ظهره رواه أبو حفص ، قال المروزي سمعت أبا بكر الأعمش يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فضى الى أبي عبد الله فخذته فمما فتنا جاء إلى الرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي قال : إذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمضي معك في طريق . فأما الغلام قبل السبع فلا عورة له بحرم انظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى قال كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فرجع مقدم فيصه أراه قال فقبل استه « رواه أبو حفص

يقول مالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، والأصل فيه قول النبي ﷺ « قال السلطان ولي من لا ولي له » وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده ولان السلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كلاب (فصل) والسلطان هنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحد في والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرضا في يكون فيه الوالي وليس فيه قاض يزوج إذا احتاط لها في المهر والكفء أرجو أن لا يكون به بأس لانه فوسلطان فيدخل في صوم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الادب والجنابة . وقال مالك والي ولاية إنما هو القاضي . وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج . ويحتمل انه جعل ذلك اذا لم يكن في موضع ولايته قاض نكاحه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) واذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلاطنتهم وقاضيتهم في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات والجزية والحراج والاحكام فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فاشبه الاجنبي ، وقال في رواية أخرى في امرأة أسلت على يد رجل يزوجها هو وهو قول إسحاق ، وروى عن ابن مسعود أنه لا يفصل ذلك حتى يأتي السلطان ، وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا أن يزوجها نفسه ، ولما روى أبو داود بإسناده

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع الرجل سواء ولا فرق بين المسلمين وبين المسلمة والكافرة كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذي في النظر ، وقال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن أبي موسى لقوله تعالى (أو لسانهن) والاول أولى لان النساء من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي صلى الله عليه وسلم فلم يكن يحجبن ولا أمرن بحجاب وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أهاذك الله من عذاب القبر فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقالت اسماء قدمت على أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأصلاها قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كما سلم مع الذي ولان الحجاب اما أن يجب بنس أوقياس ولم يوجد واحد منهما وأما قوله (أو لسانهن) فيحتمل أن يكون أراد جملة النساء

(مسئلة) (ويباح للمرأة النظر من الرجل الى غير العورة وعنه لا يباح)

عن تميم الداري انه قال : يا رسول الله ما السنة في الرجل يدلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال : هو أولى للناس بحبائه وممانته ، إلا أن هذا الحديث ضمه احد وقال رواية عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والاتقان

(فصل) فان لم يوجد المرأة ولي ولا ذوم سلطان فمن احد ما يدل على انه يزوجه رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرينة بزواج من ولي لها اذا احتاط لها في الكف، والمهر اذا لم يكن في الرستاق قاض ، قال ابن عميل أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية أن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي منصور احد بنعم من ذلك، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولي والماطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض، ووجه ذلك أن اشتراط الولي ههنا بمنع النكاح بالكفاية فلم يجوز كاشتراط انساب في حق من لا مناب لها ، وروي أنه لا يجوز النكاح إلا بولي لعموم الاخبار فيه

﴿مسئلة﴾ قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا)

وجملة ذلك أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائبا مجبراً أو غير مجبر لانه روي عن النبي ﷺ أنه وكل أبارئح في تزويجه بمبونة ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ولا صحاب الشاهي في توكيل غير الاب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يلي بالأذن فلم يجوز التوكيل له كالوكيل ولنا انه يلي شرعا فكان له التوكيل كالاب ولا يصح قولهم انه يلي بالأذن فان ولايته ثابتة قبل

وهذه احدى الروايتين والاخرى لا يباح لها النظر من الرجل الا الى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نهبان عن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم وأنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « احتجبت منه » فقالت يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعيا وان أنها لا تبصرانه ؟ » رواه أبو داود وغيره ولان الله تعالى أمر النساء بنض أبصارهن كما أمر الرجال به ولأنهن أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياساً على الرجال بحققه أن المنع المحرم على الرجال خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ لأنها أشد شهوة وأقل عقلاً فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لقاطمة بنت عيسى « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضمن ثيابك فلا يرالك » وقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستمني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلبون في المسجد متفق عليها ، ولما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن وسمه بلال فأمرهن بالصدقة، ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرون اليهم فأما حديث نهبان فقال أحمد نهبان روي حديثين عجيبيين هذا

اذنها وانما اذنها شرط لصحة تصرفه فأتية ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في ان الحاكم أن يستدب في التزويج من غير اذن المرأة ولان المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لنا انهما من قبلها ؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقا مقبداً فالقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من برضاه أو من يشاء ، قال احمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولى على أخته وابنته يقول اذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفوفاً فزوجها اياها ولو بشرائك نعلها فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضي الله عنه فهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه إذن في النكاح فجاز مطلقا كاذن المرأة أو عقد تجز التوكيل فيه مطلقا والله أعلم

(فصل) ولا يعتبر في صحة الوقالة اذن المرأة في التوكيل سواء كان للموكل أبا أو غيره ولا يقتصر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لقبير المجهير التوكيل الا باذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل وحكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بمحضرة شاهدين لانه براد لحل الوطء فانفتقر الى الشهادة كالنكاح

ولنا انه إذن من الولي في التزويج فلم يقتصر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البعض فلم يقتصر الى اشهاد بخلاف النكاح ويطلب ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري

الحديث والآخر « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلتحتجب منه » كأنه أشار الى ضعف حديثه إذ لم يرو الا هذين الحديثين المخالفين للاصول وقال ابن عبد البر . نيهان مجهول لا يعرف لإبروابة الزهري عنه هذا الحديث وحديث فاطمة صبيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نيهان خاص لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأرم قلت لابي عبد الله كان حديث نيهان لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس ؟ قال نعم وان قدر التعارض فتقدم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في اسناده مقال

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة)

فأما النظر اليه لشهوة فلا يباح لأنها تدعو الى الفتنة وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز النظر الى أحد من ذكرنا لشهوة لما ذكرنا من خوف الفتنة)

ومعنى الشهوة انه يتلذذ بالنظر اليه والله اعلم

(مسألة) (ولكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن الآخر ولمسه وكذلك اليد مع امته)

لما روي بهزبن حكيم قال قلت لرسول الله عورتا ما تأتي منها وما ندع ؟ قال « احفظ عورتك الامن

(فصل) وبُثِّتَ الْوَكِيلُ مَا يَثْبُتُ لِلْمَوْكَلِّ وَإِنْ كَانَ لِلرَّوِيِّ الْأَجْبَارُ ثَبَتَ ذَلِكَ لَوَكِيلِهِ وَإِنْ كَانَتْ
وَلَايَتُهُ وَلَا يَتَمَرَّضُ إِلَّا بِمَرَضِهِ وَرَأَى فِيهَا مَا يَتَمَرَّضُ فِيهَا لِأَنَّهَا تَمَرَّضَتْ لَهَا وَإِنْ تَمَرَّضَتْ لَهَا
عِنْدَ ذَلِكَ الْحُكْمِ فِي السُّلْطَانِ وَالْحَاكِمِ بِإِذْنِ أَمِيرِهِ فِي التَّزْوِيجِ فَيَكُونُ الْمَأْذُونُ لَهُ قَائِمًا مَقَامَهُ
(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروى أنها
تستفاد بها وهو اختيار الحنفية لقوله أو وصى ناظرا له في التزويج وهو قول الحسن وحماد بن أبي سلمان
ومالك ومنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي والحارث العكلي وأبو حنيفة والشافعي
وابن المنذر لأنها ولاية تنقل إلى غيره شرعا فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة ولأنه لا ضرر على
الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يملكها فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز
الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط
حقوقهم بوصيته وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك .

ولما أنها ولاية ثابتة للاب فجازت وصيته بها كولاية المال ولأنه يجوز أن يتسبب فيها في حياته
فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته فجاز أن يتسبب فيها كولاية المال وما ذكره يطال بولاية المال ، فعلى
هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية إليه في المال لأنها إحدى الولاياتين فلم يملكها بالوصية كالوصية
الأخرى قياسا على وصية المال لأنك بالوصية في النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا أو كلابا أو غير مجبر
كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الاجبار فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى أذن

زوجتك أو مملكتك بينك « رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَقَالَ حَدِيثٌ حَسَنٌ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْفَرَجِ وَغَيْرِهِ لِمَعْنَى الْحَدِيثِ
وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْفَرَجِ يَبَاحُ الْاسْتِمْنَاعُ بِهِ فَبَاحُ النَّظَرِ إِلَيْهِ وَلَسَهُ كَيْفِيَّةُ الْبَدَنِ وَقِيلَ يَكْرَهُ النَّظَرَ إِلَى الْفَرَجِ لِقَوْلِ
عَائِشَةَ مَا رَأَيْتُ فَرَجَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَطُّ رَوَاهُ أَبُو مَالِكٍ وَفِي لَفْظِهَا قَالَتْ مَا رَأَيْتُهُ مِنْ
رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا رَأَى مِنْهُ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ جَمْعٍ بَيْنَ مُحَمَّدٍ فِي الْمَرْأَةِ تَقَعُدُ بَيْنَ يَدَيْ
زَوْجِهَا وَفِي بَيْتِهَا مَكْشُوفَةٌ فِي ثِيَابِ رِقَاقٍ . فَلَا بَأْسَ بِهِ قَلَّتْ تَخْرُجُ مِنَ الدَّارِ إِلَى بَيْتِ مَكْشُوفَةَ الرَّأْسِ
وَلَيْسَ فِي الدَّارِ إِلَّا هِيَ وَزَوْجُهَا مَرْحُومٌ فِي ذَلِكَ

(فصل) وحكم السيد حكم الزوج فيما ذكرنا وسواء في ذلك مربيته وغيرها لأنه يباح له الاستمتاع
بجميع بدنها فأباح له النظر إليه فأما إن زوج أمته حرم عليه الاستمتاع بها والنظر منها إلى ما بين السرة
والركبة لما روى عمر بن شبيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا زوج
أحدكم خادمه عبده أو أحريره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ
وَمَعْنَاهُ إِبَاحَةُ النَّظَرِ إِلَى مَا عَدَاهُ وَأَمَّا نَهْيُهُمُ الْاسْتِمْنَاعُ بِهَا فَلَا خِلَافَ فِيهِ فَإِنَّهَا قَدْ صَارَتْ مَبَاحَةً لِلزَّوْجِ
وَلَا تَعْمَلُ امْرَأَةٌ لِرَجُلَيْنِ فَإِنْ وَطَّئَهَا أُمٌّ وَعَلَيْهِ التَّمْزِيرُ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَعَهَا فَمَنْ أَوْلَدَهَا فَقَالَ أَحْمَدُ لَا يَنْصَحُهُ

فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل . وقال مالك إن عين الأب الزوج ملك الوصي إيجابها صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر أذنهما وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجهما بأذنها

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل وصي زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الوصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

« مسألة » قال (وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو كافراً أو عبداً زوجها

الأبعد من عصبتها) .

وجه ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم تثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو مانوا وتعتبر ثبوت الولاية لمن سميها ستة شروط : العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف تذكره فأما العقل فلا اختلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظراً لدولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه غيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل . ومن ذهب عقله يجنون أو كبير كالشيخ إذا أبلد .

قال القاضي والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف ، وضع الحفظ لها لا ولاية له فأما الإغناء فلا يزيل الولاية لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء

نسبها لأنها قرأت لغيره فلم يلحقه ولدها كالأجنبية قلت وقد ذكر في باب حكم إماء الأولاد أنه يلحقه النسب لأنه وطء سقط فيه الحد لشبهة الملك أشبه وطء الجارية المرهونة

(فصل) وأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فيحرم عليه النظر إلى جميعها في ظاهر كلام أحمد فإنه قال لا يأكل مع مطلقته هو أجنبي لا يحل له أن ينظر إليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها؟ لا يحل له ذلك وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين لأنه عورة ويباح له النظر إليها مع الكراهة إذا أمن الفتنة ونظر بغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يدين زينهن إلا ما ظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفان وروت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رفاق فأعرض عنها وقال يا أسماء « ان المرأة إذا بلغت المحيض لم تصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار إلى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولأنه ليس بعورة فأم يحرم النظر إليه من غير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (وإذا سألتهم عن متاعا فسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا كان لاحد أكن مكانك فلك ما يؤدي فتحتجب منه » وكان الفضل ابن عباس وديف رسول الله

عليهم السلام ومن كان يحن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يستديم زوال عقله فهو كالانثى.
(الشرط الثاني) الحرية ، فلا ولاية لغيره في قول جماعة اهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه
فلى غيره اولى . وقال اصحاب الرأي يجوز أن يزوجه العبد باذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها
قد مضى الكلام في هذه المسئلة

(الشرط الثالث) الاسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة اهل العلم أيضاً ،
قال ابن المنذر أجمع عامة من تحفظ عنه من اهل العلم على هذا قال أحمد بلقنا أن علياً أجاز نكاح الاثني
ورد نكاح الاب وكان نصرانياً

(الشرط الرابع) الكورية شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة
قاصرة تثبت الولاية عاينها لتصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها اولى
(الشرط الخامس) البلوغ شرط في ظاهر المذهب قال احمد لا يزوج الغلام حتى يحتمل ليس له
أمر وهذا قول أكثر اهل العلم منهم الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد
رواية أخرى انه اذا بلغ عشرأ زوج وتزوج وطلق وأجهزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام
الحرفي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلاً ووجه ذلك انه يصح بيعة ووصيته في طلاقه فثبت له الولاية
كالبائن والاول اختصار أبي بكر وهو الصحيح لان الولاية يصير لها كمال الحال لانها تنقيد بالتصرف
في حق غيره اعتبرت نظراً له والاصح مولى عليه لتصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة

(الشرط السادس) العدالة في كونها شرطاً رواه ابنان (احدهما) هي شرط قال احمد اذا كان

صلى الله عليه وسلم فجاءته الختمية تستغيبه وتظن اليه فصرف رسول الله صلى الله وسلم وجهه عنها وعن
جبر بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر النجاة فأمرني أن أصرف بصري
حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تتبع النظرة النظرة
فإنما لك الاولى وليس لك الآخرة» رواها ابو داود وفي إباحة النظر الى المرأة اذا أراد تزويجها
دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحاً على الاطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال وأما
حديث أسماء ان صح فيحتمل انه كان قبل زوال الحجاب فيحمل عليه

(فصل) فأما العجوز التي لا تستغيب فلا بأس بالنظر اليها ما يظهر منها غالباً لقول الله تعالى (والقواعد
من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين بغضوا من أبصارهم
وقل للمؤمنات بغضن من أبصارهن) نسخ واستثنى من ذلك (القواعد من النساء اللاتي لا يرجون
نكاحاً) الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تستغيب

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي
الله عنه رأى أمة متكئة فصرها بالدرة وقال بالكاع تشبهين بالحرائر وروى ابو حفص اسناده ان

القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح فظاهر هذا انه افسد النكاح لاتعنا عدالة المولي له وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، قال ابن عباس قال احمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح الا بولي وشاهدي عدل ، وأما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل ، ولاها ولاية نظرية فلا يستبدتها الفاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مشي بن جامع أنه سأل احمد اذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء . وهذا ظاهر كلام الحرفي لانه ذكر الطفل والعد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قول الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فنثبت له الولاية على غيره كالعدل ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعادل

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أمي ولان المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا ينتقل الى النظر ولا يشترط كونه ناطقاً بل يجوز أن يلي الاخرس اذا كان مفهوم الاشارة لانت اشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك في النكاح

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله لان وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله

عمر كان لا يدع امة تتعم في خلقاته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل امر به وقد روى انس ان انبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفة قال الناس أجعلها ام للمؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حجبتها فهي أم للمؤمنين وان لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطناً لما خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وان الحجب لغيرهن كان معلوماً وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بهورة وهو مافوق السرة وتحت الركبة وسوى بعض اصحاب الشافعي بين الحرية والامة نقول الله تعالى (ولا يدين زينتهن الا ما ظهر منها) الآية ولان الامة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة الخوفة يستوي فيها الحرية والامة فان الحرية لا تؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وان لم يفرقا فيها ذكره افتراقا في الحرمة ومشقة السير لكن ان كانت المرأة جبهة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم الى الغلام الذي لم تحش الفتنة بالنظر اليه قال احمد في الامة اذا كانت جبهة تقبل ولا ينظر الى الدولوكة كم من نظرة الفت في قلب صاحبها البلايل

(فصل) والطفلة التي لانصالح لتكاح لا بأس بالنظر اليها قال احمد في رواية الاثرم في الرجل

الوالي في تزويج موليته لم يجز لانها ولاية وليس هو من أهلها ، ولانه لما لم يملك تزويج مناسبه بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناسبه غيره بالتوكيل أولى ، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاقد والعبي المميز في العقد لانهم من أهل اللفظ بال عقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لانفسهم وانما سلبوا الولاية نفسها لانه يعتبر لها الكمال ولا حاجة اليه في اللفظ به ، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الأب في قبول النكاح لا يند الصغير فقال أصحابنا لا يصح لانه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالأب ويحتمل جواز توكيل من ذكر نافذ لانهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لانفسهم فجاز أن يتوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة

﴿ مسألة ﴾ قال (وزواج أمة المرأة باذنها من بزواجها)

اخذلت الرواية عن أحمد فيمن بزواج أمة المرأة فروي عنه أنه يلى نكاحها والى سيادتها قال القاضي هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتعت في حقها تصورها تثبت لا وليا لها كولاية نفسها ولانهم يلوونها لو عتقت في حال رقها أولى ثم إن كانت سيدها رشيدة لم يجز تزويج أمها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ويعتبر نقلها بذلك وان كانت بكر ألان صانها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحياتها ولا تستحي من تزويج أمها ، وان كانت صغيرة أو مجنوننة أو سفية ولو ابها ولاية على مالها فله تزويج أمها إن كان المخط في تزويجها وبالا فلا يملك تزويجها وكذلك الحسك في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه تقربا بمال الصغيرة لأنها ربه امتعت فتانت

ولنا أن له التصرف بما فيه الخط والتزويج ها هنا فيه الخط لان الكلام فيه فجاز كما اثر التصرفات

بأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فان كان يجد شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدني ان الزبير بن العوام أرسل باينة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مع كل جرس شيطان » فأما اذا بلغت حدا يصلح للنكاح فان عورتها مخالفة لمورة البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » يدل على صحة صلاة من لم تحض مكشوفة فيحتدل ان يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقوتنا في الغلام المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت نبي ابنة أخي فدخل نبي النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض فقلت يا رسول الله انها ابنة أخي وجارية فقال « اذا عركت المرأة لم يجز لها ان تظهر الا وجهها ومادون هذا » وقضى على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى او نحوها احتج أحمد بهذا الحديث ونخصيص الحائض بهذا التعديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(مسئلة) (ولا يجوز التصريح بخطبة المنة ولا التعريض بخطبة الرجعية)

الجائزة واحتمال الحظ مرحوح لما فيه من تحصيل مرها وولدها وكفاية مؤتمرا وصياتها عن الزنا للوجوب
 للحد في حقها وبعض قيمتها وللزوج كالمدوم وان كان ولها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية
 تزويجها لولي في المال دون ولي التزويج لانه هو المتصرف في المال وهي مال (الرواية الثانية) أن للمرأة
 أن تولي امرأتها رجلا يزوجها قبلها عن أحد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة
 وامتنعت المناشرة لنقص الاثوثة فلست التوكيل كالرجل المريض والقائب ونقل عن أحد كلام
 يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها فانه قيل له تزوج أمها! قال قد قيل ذلك في مالها، وهذا
 يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول أبي حنيفة لأنها مالكة لها وولايتهامة عليها فلست تزويجها كالسيد
 ولأنها ملك يدها وإجارتها فلست تزويجها كسيدها ولان الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية
 وصيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق
 للاولياء فيها ويحتمل أن أحد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب إلي أن تأمر
 زوجها لان النساء لا يقدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « لا تنكح المرأة
 المرأة » وقالت عائشة رضي الله عنها زوجها فان النساء لا يزوجن واعدوا فان النساء لا يقدن ولان المرأة
 لا ملك أن تزوج نفسها بغيرها أولى .

﴿ مسألة ﴾ قال (ويزوج مولاتها من يزوج أمها)

يعني عتيقتها وهذه فيها الروايتان (أحدهما) أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلا لانه عصبها

أما التصريح بخطبة المتهمة فلا يجوز لان قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة
 النساء) دليل على تحريم التصريح لان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن ان يحملها الحرص عليه
 على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعرض بخلافه

﴿ مسألة ﴾ فأما الرجعية فلا يجوز لاحد التعرض لخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات
 فهي كالنبي في صلب نكاحه

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز في عدة الوفاة وفي البائن بطلاق ثلاث)

المدت على ثلاثة اضرب وحكمها حكم من هي في صلب النكاح وقد ذكرناها (الثاني) المتهمة
 من وفاة او طلاق ثلاث أو فسح لنحرها على زوجها كالفسخ برضاع أو لمان ونحوه مما لا يحل بسدة
 لزوجها فهذه يجوز التعرض بخطبتها الآية ولما روت فاطمة بنت قيس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها
 لما طلقها زوجها ثلاثاً « اذا حلت فأذيني » وفي لفظ « لا تسبقين بنفسك » وهذا تعرض لخطبتها في عدتها

﴿ مسألة ﴾ (وهل يجوز في عدة البائن بغير الثلاث؟ على وجهين)

هذا الضرب الثالث كالخثعة والبائن بفسخ لميب أو اعسار أو نحوه فلزوجها التصريح بخطبتها

وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق (والثانية) ولي سيدتها وليها وهي الأصح لأن هذه ولاية لذكر كاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أوليائها كما لو تمذر على المعتق تزويج معتقته لمث أو جنون وقد ذكرنا أنه إذا اقترض العصبية من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته من بعده الاقرب فالأقرب كذا هاهنا إلا أن ظاهر كلام الحرقى هنا تقديم أبي حنيفة المعتقة على ابنها لأنه الذي يزوجهما وذكرنا ثم خلاف هذا ويعتبر في ولايته شرطان (أحدهما) عدم العصبية من النسب لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) إذن الزوجة لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فإنه أبعد العصبية ولا يفترق إلى إذن مولانها لأنها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد

(فصل) وإذا كان للأمة مولى فهو وليها وإن كان لها مولى فإن ولاية لها وليس لواحد منها الاستقلال بالولاية بقدر إذن صاحبه لأنه لا يملك إلا نصفها وإن اشترجا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما لأن تزويجهما تصرف في المال بخلاف الحرة فإن نكاحها حق لها ونفسه عائد إليها ونكاح الأمة حق لسيدتها ونفسه عائد إليه فلم يثبت للسلطان عنه فيه فإن أعتقها ولها عصبية مناسبة فهو أولى منهما وإن لم يكن لها عصبية فعما وليها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على نصفها فإن اشترجا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام المتنع منها لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وإن كان المعتق أو المعتقة واحدا وله عصبية في درجة واحدة كالابن أو الأخوين فلا حدتهما الاستقلال بتزويجهما كما يملك تزويج سيدتها (مسألة) قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وإيها جعل أمرها إلى رجل يزوجهما منه بأذنها)

والتعريض لأنه مباح له نكاحها في عدتها فهو كثير المتدة وهل يجوز لغيره التعريض بتخطيتها؟ فيه وجهان والثاني فيه قولان (أحدهما) يجوز لسبب الآية ولأنها بائن أشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستيحبها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة مما يحل ومحرم لأن الخطبة للمقد فلا يختلفان في حله وحرمة

(مسألة) (والتعريض قوله أني في ذلك لراض ولا توثيني بنفسك وما أزوجني إلى ذلك) وقال الزهري أنت مرغوب فيك وأنت جميلة وإذا حملت فأذنيني ونحو ذلك قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تشيع الجبازة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك (مسألة) (وتحبيبه المرأة ما يرضى منك وإن قنني شيء كان وما أشبهه)

(فصل) فأما التصريح فهو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو قوله زوجيني نفسك فإذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرا) فإن النكاح يسمى سرا قال الشاعر :

فلم تطلبوا سرها للثني ولن تسلموها إلا زهادها

وجعلت ان ولي للمرأة التي يحمل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها
 فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان [أحدها] له ذلك وهو قول الحسن وابن
 سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي يور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال
 عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة فارط أنجولين أمرك إلي؟ قالت نعم . قال فذتزوجتك . ولأنه مالك الإيجاب
 والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت
 الولاية والقبول من زوج هو أهل القبول فصح كالموعدا من رجلين . وقد روي عن النبي ﷺ أنه أعتق
 صبية وجعل عتقها صداقها . فان قيل فذروي أن النبي ﷺ قال « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح :
 زوج وولي وشاهدان » قلنا هذا لا نعلم صحته وان صح فهو مخصوص من زوج أمته عبده الصغير فيخص
 منه محل النزاع أيضاً ، وهل ينتقل إلى ذكر الإيجاب والقبول أم يكفي بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان
 (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلائذ وقيلت هذا النكاح لان ما ينتقل إلى الإيجاب ينتقل إلى
 القبول كما في العقود (والثاني) يكفي أن يقول زوجت نفسي فلائذ أو تزوجت فلائذ وهو قول مالك
 وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولان إيجابه يتضمن القبول فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا
 قلنا إذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينتقل النكاح بمجرد هذا القول

[والرواية الثانية] لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلاً يزوجه أياها بأذنها . قال أحد رده أنه
 في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يوكل رجلاً على حديث المغيرة بن شعبه وهو ما روى أبو داود
 بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبه أمر رجلاً يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولأنه عقد

وقال الشافعي السر الجماع وأنشد لامرئ القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أنني كبرت وأن لا يحسن أسراً مثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك فتبني عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف
 (فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه
 وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها ولا يصح هذا لان هذا المحرم لم يفارن العقد فلم يؤثر فيه كافي النكاح
 الثاني أو كما لو رآها منجردة ثم تزوجها

(مسئلة) (ولا يجوز للرجل أن يخاطب على خطبة أخيه ان أوجب وان رد حل وان لم يلم
 الحال فعلي وجهين)

الخطبة بالسر خطبة الرجل للمرأة ليتزوجها وبالضم حمد الله والتشهد ولا يخلو حال الخطوبة من
 ثلاثة أقسام (أحدها) أن تسكن إلى الخاطب لها تجيبه أو تأذن لوليها في إجابته فهذه يحرم على غيره
 خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخاطب أحدكم على خطبة أخيه » وعن أبي
 (المغني والشرح الكبير) (٤٦) (الجزء السابع)

ملكه بالاذن فلم يجوز أن يتولى طرفه كالبيع . وبهذا فارق . إذا تزوج أمته عبده الصغير ، وعلى هذه الرواية ان وكل من يقبل له العقد وتولى هو الايجاب جاز وقال الشافعي في ابن العم وللولي لا يزوجها الا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لان وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الاولياء لانه لا ولاية لهم مع وجوده

وانا ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولان وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره نصح أن يابه عليها له اذا كانت تحمل له كالامام اذا أراد أن يزوج موليته ، ولان هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كالواراد أن يزوجها غيره ومفهوم قوله عليه السلام « السلطان ولي من لا ولي له » انه لا ولاية له على هذه (فصل) واذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجوز أن يزوجها نفسه لان اطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لانه غيره ، فان زوجها لابنه الكبير قبل نفسه ، وان زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فان قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر الى اذنها للوكيل على ما قدمنا من ان الوكيل لا يزوجها إلا باذنها وان وكل رجلا يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتاج الى اذنها لانه قد أذنت له

(فصل) واذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لانه مالك ذلك بحكم الملك لا يحكم الاذن في قولهم جميعا ، وان كان مالكا لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه

هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يتحدث أحدكم على خطبة أخيه حتى يشكح أو يترك » متفق عليها ولان في ذلك افساداً على الخاطب الاول وإيقاع العداوة بين الناس ولا تعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم الا أن قوماً حلوا التهي على الكراهة ، والاول أولى (القسم الثاني) أن رده لا تركز اليه فتجوز خطبتها لما روت قاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبي جهم خطباها فقال النبي ﷺ « أما معاوية فصلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن طائفة ، انكحني أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بمد اخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ولان تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرارها فانه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة الا منعها بخطبة إياها وكذلك لو عرض لها في عندها بالخطبة فقال لا تقويتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لان في قصة قاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تقويتينا بنفسك » ولم يذكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سميد عن أبي رثاب أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر : ان جرير بن عبد الله خطب وهو سيد أهل المشرق ومروان يخطب وهو سيد شباب قریش وعبد الله بن عمر وهو من قد علم وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الست

أو وكله الولي في الأيجاب والزواج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالأذن وإن زوج بنته الكبيرة^(١) عبده الكبير لم يجر ذلك إلا برضاها لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان ، وإن زوج ابنته الصغيرة لم يجر لأنه لا يجوز له تزويجها عن لا يكافئها عنه يجوز وستذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(١) في نسخة
الصغيرة

(مسئلة) قال (ولا يزوج كافر مسلمة محال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم

سلطاناً أو سيد أمة)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة محال بإجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم وقال أبو الخطاب في القمي إذا أسلمت أم ولده هل يبي نكاحها؟ على وجهين (أحدهما) يليه لأنها مملوكة فيبي نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فيبي كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولأنها مسلمة فلا يبي نكاحها كابنته ، فلي هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يبل عليه كما لو كان أحدهما ديناً وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكفر لكونها لا تعمل للمسلمين وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يبي تزويجها لكفر لأنها ولاية بالمال فلم ينصها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً

فقلت أجاد أمير المؤمنين؟ فقال نعم فقالت قد انكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بيد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول (القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم الأول لا تحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الحنفي وظاهر كلام أحمد فإنه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتمريض نارة وياتصريح أخرى قال القاضي ظاهر كلام أحد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضي بخطبته لما قبل سؤالها هل وجد منها ما يدل على الرضى أو لا

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منها ما يدل على الرضى فحرمت خطبتها كما لو صرحت ، بذلك وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا يسبقني بنفسك » وفي رواية « إذا حلت فأذنيني » فلم تكن تنصّب بالإجابة قبل أذنه (الثاني)

كسائر الولايات ولأن هذه تحتاج إلى التوزيع ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل القعدة لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فنثبت له الولاية عليها كالمسئلة ، وأما الكافر فنثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين

(فصل) إذا تزوج المسلم ذمياً فزوجه الكافر بزوجه إياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه لأنه وليها فصيح تزويجها كما لو تزوجها كافراً ، ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجوز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمياً ، وقال القاضي لا يزوجه إلا الحاكم لأن أحد قال لا يعتد به ردي ولا نصراني يعتد بنكاح مسلم ولا مسلمة ، ووجهه أنه عقيدة تترتب على شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والأول أصح والشهود يرادون لأنبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

(مسئلة) قال (وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالتكاح قاسد)

هذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة (أحدها) أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فاجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لأن هذا ولي لها أن يزوجه باذنها كالأقرب ولنا أن هذا مستحق بالتمصيب فلم يثبت الأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

أما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشبهة له فيها أو في العدول عنها وليس في الاستشارة دليل على أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أمّا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكر من عيبها فخرى ذلك مجرى ردها لها وتصريحها ببنعها ، ومن وجه آخر وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقها بخطبتها تبرئاً بقوله ما ذكرنا فكانت خطبته لها مبنية على الخطبة السابقة بخلاف ما نحن فيه ، فإن لم يعلم الحال فعلى وجهين (أحدهما) لا يجوز لعموم النهي (والثاني) يجوز لأن الأصل عدم الإجابة المحرمة

(مسئلة) (والتمويل في الإجابة والرد عليها إن لم تكن مجبرة وإن كانت مجبرة فعلى الولي) أما إذا لم تكن مجبرة فلا تم ويلحق بنفسها من وليها فإن أجاب هو وزعت عن النكاح كان الأمر أمرها فإن أجاب وليها فرضيت فهو كاجابته وإن سخطت فلا حكم لاجابته لأن الحق لها ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المحاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لكون اختيارها مقدماً على اختياره وإن كرهته ولم تختار سواه فيبني أن يسقط حكم الإجابة أيضاً لأنه قد امر باستشارتها فلا ينبغي له أن يكرهها على من لا رضاه ، وإن أجابت ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة لأن

(الحكم الثاني) ان هذا العقديع قاسد لا يقف على الاجازة ولا بصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم اذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالكناح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص احد عليه في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحد رواية أخرى انه يقف على الاجازة فان اجازته جاز وإن لم يحزه فسد . قال احد في صغير زوجه عنه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ ، واذا زوجت البتيمة فلها الخيار اذا بلغت ، وقال اذا زوج العبد بغير اذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فاطلاق يبد السيد ، فان اذن في الزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول لأصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن ابن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكرأ أنت النبي ﷺ فذكرت له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه

وروي ان فتاة أنت النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي ذممه قال فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع أبي ولاكنني أردت أن أعلم أن النساء من الامر شيئاً ، رواه ابن ماجه والنسائي ، وفي رواية ابن ماجه أردت ان أعلم النساء أن ليس الى الآباء من الامر شيء . ولانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالتوصية

ولنا قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال انه موقوف

لما الرجوع وكذلك اذا رجح الولي المخير عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد ، وان لم يرجح هي ولا وليها لكن ترك الحاطب الخطبة وأذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن أو يتوك رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة غيره في موضع التعمي محرمة قال أحد : لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال وقال أبو حفص المكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهي تأديب

ولنا ظاهر التعمي فان مقتضاه التحريم ولانه نهي عن الاضرار بالأدعي المصوم فكان على التحريم كالتعمي عن أكل ماله فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا تفرق بينهما وهذا مذهب الشافعي وروي عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في مناه لانه نكاح منهى عنه فكان باطلا كتنكاح الشفار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع اذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها

على ابن عمر . ولأنه عقد لا ثبت فيه أحكامه من الطلاق والحلم والامان والتوارث وغيرها فلم ينقذ كسكاح المعتدة . فأما حديث المرأة التي غيرها النبي ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكر ابن عباس . قاله أبو داود . ثم يحتمل ان هذه المرأة هي التي قالت زوجني من ابن أخيه ليرفع في حسيه فتخيرها لتزوجها من غير كفنها وهذا يؤيد الخبر ولا يبطل النكاح . والوصية بتراخي فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريم على هذه الرواية لوضوحها . فأما على الرواية الأخرى فإن الإنيادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد ولأنها إذا وجدت استند المالك الى حالة العقد حتى لو كان في العقد نكاح من حين العقد لأن حين الإجازة ، وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم ير أنه الآخر لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفي وجه آخر أن كل ما لورفع الى الحاكم إجازته ورثه الآخر لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح وإن كان مما يفسخه لم ير أنه

(فصل) ومضى تزوجت المرأة بغير اذن وإيها أو الامة بغير اذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من جهة الصور التي فيها الروايتان ، والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها التصريح النبي ﷺ فيه بإبطلان ولأن الإجازة إنما تكون لمقتصد من أهله في محله فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الاذن المقارن فلأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريم على هذا ، فأما على القول الآخر فمضى تزوجت المرأة بغير اذن الوالي فرغم الى الحاكم لم يملك إجازته والامر فيه الى الوالي

في النظر لها فلم يكره له الرجوع إذا رأى المصلحة كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في ركنها ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها وإن رجعا عن ذلك لغير عرض كرهه لما فيه من اختلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها كمن ساوم بساتنه ثم بدا له أن لا يبيها

(فصل) فإن كان الخاطب الاوّل ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين ، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو ساوم على سومهم لم يكن داخلًا في ذلك لأنهم ليسوا بإخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضاً لأن هذا أخرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

وتنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحق غيره به إنما يصح إذا كان مثله وليس الذي كالمسلم ولا حرمة كحرمة ولذلك لم يجب إجابته في دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في الخصوص معنى يصلح أن يعتبر في الحكم لم يحز حذفه ولا تنفيذ الحكم بدونه والأخوة الإسلامية لها تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستيفاء مودته فلا يجوز حذف ذلك

فتى رده بطل لان من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرة إذا زوجت بنير اذنها وفيه وجه آخر انه اذا كان الزوج كنفوا أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل اجازته الحاكم لانه لما استتم من الاجازة صار عاضلا فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما في ابتداء العقد ، ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم ابيز قائم واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لان الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والمالك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ، ولذلك لم يجب الحد ، ومتى تزوجت الامة بنير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة إلى من نحل له انفسخ النكاح لانه قد طارت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولانها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه ، وان خرجت الى من لا نحل له كالمرة أو المين فكذلك أيضا لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجر باجازة غيره كالبواغ أمة غيره ثم باع المالك فأجاز المشتري الثاني بيع الاجنبي وفيه وجه آخر انه يجوز باجازة المالك الثاني لان يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول . ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو يرث أو هبة أو غيره فأما ان أعتبها اليد احتمل أن يجوز النكاح لانه انا وقف لحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح العقد واحتمل أن لا يجوز لان إبطال حق المولى ليس باجازة ولان حق المولى ان يطل من الملك فلم يطل من ولاية التزويج فانه يابها بالولا .

(فصل) وإذا زوجت التي يثبر اذنها بنير اذنها قلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالناطق أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء أو المطالبة بالمهر والنفقة ، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي ﷺ « بريرة » ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل

(مسئلة) (ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة)

لان جماعة من السلف استحبهوا ذلك منهم ضمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن غنبة ولانه يوم شريف ويوم عيد وفيه خلق آدم عليه السلام ، والساء اولى فان ابا حفص روى باسناده عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة » ولانه أقرب الى مقصوده وأقل لانتظاره
(مسئلة) (ويستحب ان يخاطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود)

خطبة العاقد أو غيره قبل الايجاب والقبول مستحبة ثم يكون العقد بمذلك لقول النبي ﷺ « كل امر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كالبهائم » رواها ابن المنذر ، ويجزيه من ذلك ان يحمد الله تعالى ويتشهد ويصلي على النبي ﷺ ويستحب ان يخاطب بخطبة ابن مسعود التي قال علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد الحمد لله محمده ولستعينه ونوذ بالله من شرور انفسنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (انقوا انقوا) ثم تلاه ولا تخفون الا وانتم مسلمون * واتقوا الله الذي تساءلون به والارواح ان الله كان عليكم رقيباً اتقوا

تمكينها دليلاً على امقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتمكين، من الوطء دليل على الرضى لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاهما به

(الحكم الثالث) اذا عضلها الولي الاقرب انتقلت الولاية إلى الابعد نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن مهران بن عوف رضي الله عنه وشرح به قال الشافعي لقول النبي ﷺ فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له «ولان ذلك حق ابيه اعتم من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضاءه

ولنا أنه تعدد التزويج من جهة الاقرب فلكه الأبعد كما لو جن ولانه يسق بالعضل فننتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق لولي والدين حق عليه (الثاني) أن الدين لا ينتقل منه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته

(الثالث) ان الدين لا يعتبر في بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا فان قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه قلنا فسقه بامتائه فاذا أجاب فقد نزع عن العصية وراجع الحق فزال فسقه فذلك صح تزويجه والله أعلم

(فصل) ومعنى العضل منع المرأه من التزويج بكفتها اذا طلبت ذلك ودرغ كل واحد منها في صاحب قال معقل بن يسار زوجت أختاً لي من رجل فطافها حتى اذا انقضت عدتها جاء

الله وقولوا قولاً سديداً يصلح) الآية رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، قال الخلال ثنا ابو سليمان امام طرسوس قال كان احمد بن حنبل اذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة باستحبابها لاعلى الايجاب لها فان حرب بن اسماعيل قال فأت لا أحمد فيجب ان تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه كان اذا دعي لتزويج قال لا تصصوا علينا التام الحمد لله وصلى الله على محمد ان فلانا يخطب اليكم فان انكحتموه فالحمد لله وان رددتموه فسبحان الله، والمستحب خطبة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرهما فقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنتقول عن النبي صلى الله وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما أتبع

(فصل) وليست الخطبة واجبة عند احد من أهل العلم الا داود فانه اوجبها لما ذكرناه ولنا ان رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم زوجنيها فقال رسول الله صلى الله عليه زوجكها بما معك من القرآن متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الي ابن عمر مولاة له لما زاد على ان قال قد

نخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمك فطلقتهما ثم جئت نخطبها لا والله لا نعرد اليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأُنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت الآن انفل يارسول الله قال فزوجها أباه رواء البخاري وسوا. طلبت التزويج بهر مثلها أو دونه وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا وفيه ضررأ على نساها لتقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعرض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كضمن عبدها وأجرة دارها ولانها لو أسقطناه بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولأن النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه « التمس ولو خائنا من حديد » وقال لامرأة تزوجت بتعطين « أرضيت بتعطين من نفسك ؟ » قالت نعم فأجازها النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فإن مهر قال لو كان مكرمة في الدنيا أو تقرى عند الله كان أولا كرمها رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فإن رغبت في كفه بمينه وأراد تزويجها لتبهره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فأما ان طلبت التزويج بغير كفتها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها بهذا لانها لو زوجت من غير كفتها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى .

« مسألة » قال واذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فإن لم يكن فالسلطان

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أولهما) ان الاقرب اذا غاب غيبة متقطعة فللابعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم وبهذا قال

انكحتك على ما أمر الله على امسالك بمروف او تسريح باحسان وقال جعفر بن محمد عن ابيه ان كان الحسين يزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر وروى ابو داود بإسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم امامة بنت عبد المطلب فانكحني من غير ان ينشئها، ولانه عقد معاوضة فلم يجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لاعلى الوجوب

«مسئلة» (يستحب ان يقال للزوج بارك الله اكبا وعليكما وجمع ينسكما في خير وطافية)

وقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن ابن عوف صفرة فقال « ما هذا؟ » قال اني تزوجت على وزن نواة قال « بارك الله لك أو لم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل اللوزن نواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مناقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند أهل العربية ان يقال نواة تحسب فان النواة (المغني والشرح الكبير) (٤٧) (الجزء السابع)

أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجها الحاكم لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولأن الأب بعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولانها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأب بعد كالأصل وإذا عضلها الأقرب فهو كاستثنائها

(والفصل الثاني) في الضية المتعامة التي يجوز للأب بعد التزويج في مثلها نفي قول الحرقي هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه لأن مثل هذا تعذر مراجعته بالسكينة فتكون متعامة أي ينقطع من إمكان تزويجها، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسألة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة لأن الكف ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بتزويجها

وقد قال أحمد في مرضع: إذا كان الأب بهيمة لم يزوج إلا مع الإخ، قال أبو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البهيماء تنصرف في الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي عانت عليه الأحكام، وذهب أبو بكر إلى أن حد هاملا يقع إلا بكلمة ومشقة، لأن أحمد قال إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة متقطعة لا تدرك إلا بكلمة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم يجر العادة بالانتظار

عندم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهما والنش عشرون (مسئلة) ويقول إذا زفت إليه اللهم أني أسألك خيرا وخيرا ما جيلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جيلتها عليه) لما روى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه حماد بن داود عن أبي نصر عن أبي أسيد قال تزوج حفصه عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ رأس أهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا تزوج امرأة واشترى خادما فليقل اللهم أني أسألك خيرا وخيرا ما جيلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جيلتها عليه وإذا اشترى بيرا فليأخذ بذرورة سنامه وليقل مثل ذلك

(باب أركان النكاح وشروطه)

أركانه الإيجاب والقبول فلا يتمد إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها وبمناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنها

فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من الزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالعدم والتعديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكانته والتوسط أولى والله أعلم واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المتقطعة فقال بعضهم كقول القاضي بعضهم قال من الرعي إلى بغداد وبهم قال من البصرة الى الرقة وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وإن كان الولي قريبا وهو ظاهر نص الشافعي وظاهر كلام احمد انه اذا كانت الغيبة متقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وان كان القريب محبوباً أو أسيراً في مسافة قرية لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هنا ولذلك ان كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

(مسئلة) قال (واذا زوجت من غير كف فالنكاح باطل)

اخانت الرواية عن احمد في اشتراط الكفاة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط له قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب ما هو

وجملته ان النكاح يتم بلفظ النكاح والتزويج والجواب عنها اجماعاً وهما اللذان ورد بها نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكما) وقوله (ولا تكفوا ما تكفوا باؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل ان يقول زوجتك ابنتي فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج ولا يتم بغير هذين اللفظين وبه قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهري وربيعة والشافعي وقال الثوري والحسن ابن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد يتم بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتملك وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان وقال مالك يتم بذلك اذا ذكر المهر واحتجوا بان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً امرأة فقال «ملكتمكما بما معكم من القرآن» رواه البخاري ولانه لفظ يتم به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فانتمد به نكاح امنه كلفظ الانكاح والتزويج ولانه يمكن تصحيحه بمجازة فوجب تصحيحه كابقاع الطلاق بالكنايات

ولذا قوله تعالى (وامرأتهم مؤمنة) وان حبت نفسها النبي -الي قوله -خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولانه لفظ يتم به غير النكاح فلم يتم به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال ولانه ليس بصريح في النكاح فلا يتم به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية أما

بكف، لما يفرق بينهما وقال لو كان للزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا تمنع فروج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء، رواه الحلال بأسناده

وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجبرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جبرير لسلمان تقدم أنت قال سلمان بل أنت تقدم فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلواتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم ، ولأن التزويج مع فقد الكفاة تصرف في حق من يحدث من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها

وقدرروي انه النبي ﷺ قال : « لا تنكحوا النساء إلا من الاكفاء ، ولا تزوجوهن إلا الاولياء ، »
رواه الدرر قطني إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتاج به

والرواية الثانية عن أحمد أنها ليست شرطاً في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضي الله عنها إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بنى عالماً وأدبها ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار أخرجه البخاري وأمر النبي ﷺ قاطبة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج اباه زيد بن حارثة ابنة عمت زينب بنت جحش الاسدية وقال ابن مسعود لا تخنه انشدك الله أن تزوجي الامسلا وان كان أحر روميا أو اسود حبشيا ولان الكفاة لا تخرج عن كونها حننا للمرأة أو الاولياء أو لها فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب

تصل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ان لا يتعقد وبهذا فارق بقية العقود والطلاق واما الخبر فقد روي «زوجكم او انكحتمكم او زوجنا كما» من طرق صحيحة والقصة واحدة فالظاهر ان الراوي روى بالمعنى ظنانه ان معناها واحد فلا يكون حجة وان كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد باحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها وهذا أحد أقوال الشافعي وعند أبي حنيفة يتعقد لانه أنى بلفظه الخاص فانعقد به كما يتعقد بالعربية

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة عليه فلم يصح كلفظ الاحلال ولان الشهادة شرط في النكاح وهي واقعة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع للنكاح وإنما يصرف اليه بالنية ولا شهادة عليها فيخلو النكاح عن الشهادة وماتاله أبو حنيفة أقيس قياساً على سائر العقود وما ذكره من تعذر الشهادة على غير العربية ملغي بما إذا لم يحسن العربية

(فصل) فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه

وقد روي أن أبا هند حرم النبي ﷺ في الياض فقال النبي ﷺ « يا بني نباضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه » رواه أبو داود إلا أن أحد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشترطة وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لان الزوجة وكل واحد من الاولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فه الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرقم بها خديسته جعل لها النبي ﷺ الخيار فأجازت ما صنع أباها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار فإذا قلنا باشتراطها قائماً تعتبر وجودها حال العقد فان عدت بعده لم يبطل النكاح لان شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد وان كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى فان قلنا ليست شرطاً فرضيت للرأه والاولياء كما هم صحح النكاح وإن لم يرض بعضهم قبل يقع العقد باطلاً من أصله أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن احمد وقولان للشافعي .

(أحدهما) أنه باطل ، لان الكفاية حق لجميعهم والمائل متصرف فيها بخير رضام فلم يصح كتصرف الفضولي .

و (الثانية) هو الصحيح بدليل أن المرأة التي رقت إلى النبي ﷺ أن أباها زوجها من غير كفتها خبرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنكاح الموجود فيه لا ينجم صحته وإنما يثبت الخيار كالمصيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الاولياء لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد أمقط بعض الشركاء حقه فمقط جميعه كالتقصاص

كالاخرس ويحتاج الى ان يأتي بمخاها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي

(مسألة) (فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه ذلك)

وفيه وجه ذكره ابو الخطاب انه يلزمه لان ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه ان يتعلمها مع القدرة كالتكبير

ولنا ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم اركانه بالعربية فاليق بخلاف التكبير

(مسألة) (والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح او ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن)

فان كان احد المتماقدين يحسن العربية دون الاخرأتي الذي يحسن العربية بها والاخر يأتي بلسانه فان كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج ان يعلم ان اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظه الانكاح بان يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً

(فصل) وأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد الا من جهته فصيح بإشارته كيمه وطلاقه ولما انه وفي اشارة القادر على التطق وجهاً ذكرهما في الجرد اولها عدم الصحة للاعتناء عنها وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لا يصح غيره من التصرفات القولية ولان النكاح عقد

ولنا أن كل واحد من الأوليا. يعتبر رضا فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي فأما القصاص فلا يثبت لسكل واحد كاملا فإذا سقط بعضه تعذر استيفاءه وهما بخلافه ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ، ملك الباقي عند عدم الاعتراض مع أنه خالص حقا فهنا مع أنه حق لمم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الأقرب مثل أن يزوج الأب بغير كفء ، فإن للاخوة الفسخ وقال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب لأنه لاحق للاجد معه فرضاؤده لا يعتبر ولأنه ولي في حال ياحته المار يفقد الكفاءة فذلك الفسخ كالتساوين

﴿ مسألة ﴾ قال (والكفء ، والدين والمنصب)

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة فعضدها شرطان الدين والمنصب ، وعنده أنها خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار وذكر القاضي في المبرد ان فقدت هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وإنما الروايتان في ان شرطين الأولين قال ويتوجه ان المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لانه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يعتدى نقصه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط . وذكره أبو الخطاب أيضا ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي إلا في الصناعة والسلامة من العيوب الأربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر ، مع الصبيان فلا يكون كفواً لأن الغالب على الجند الفسق وبعد ذلك نقصا

بين شخصين فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه اعاقده مع لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم قال أحمد لا يزوج به وليه يضي اذا كان باناً لأن الحرس لا يوجب الحجر كالمصم

﴿ مسألة ﴾ (فان اقتصر على قوله فبطلت بأن يقول الولي زوجتك ابنتي فيقول قبلت صح وانفقد النكاح) وقال الشافعي في أحد قولي لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزوج لانه كناية في التناكح يفترق إلى التية والاضهار فلم ينعقد به كلفظ الحية والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفترق إلى التية ممنوع فانه جواب لا ينصرف إلا إلى الذكور وكذلك ان قال الحاطب الولي أزوجت قال نعم والمزوج أقبلت قال نعم صح . ذكره الحارثي ويحتمل أن لا يصح لان النكاح إنما يصح بلفظ الانكاح والتزوج ولا نطق الولي بواحد منهما ولا نطق المتزوج بالقبول وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك

والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يسنون) ولأن الفاسق مردود
مردود الشهادة والرواية غير مأثور على النفس ولئلا يسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل
الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفوفاً لعفيفة ولا مساوياً لها لكن يكون كفوفاً لله .
فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمرآت

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع فروع ذوات الاحساب إلا من الاكفاء .
قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الاحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب بعدون
الكفاءة في النسب ويأفنون من نكاح الموالي وبرون ذلك تقصاوعاراً فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على
المتعارف ولأن في تعدد ذلك عاراً وتقصا فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فروي عنه ان غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم
لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله اصطفى
كناية من ولد اسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني
هاشم ولأن العرب فضلت على الامم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم
أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواننا من بني هاشم لا تنكر فضاهم علينا
لمسكانك النبي وضعت الله به منهم

وقال أبو حنيفة لا تكافي الحجم العرب ولا العرب قريشا ، وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس
قال قريش بعضهم أكفاء [والرواية الثانية] عن أحمد ان العرب بعضهم لبعض أكفاء والمعجم

بنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد فلا يتمد بروحهما
ولنا أن نعم جواب لقوله زوجتك وقبات والسؤال مضمرة في الجواب معاد فيه فيكون معنى نعم
من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينقده به
ولذلك لما قاله الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) كان إقراراً منهم بوجدان ذلك
أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً ، ولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان إقراراً صريحاً
لا يفتقر الى نية ولا يرجع في ذلك إلى تزييره وبهته تقطع اليد في السرقة وهو حد يدرأ بالكهات
فوجب أن ينقده به التزويج كما لو لفظ بذلك

(مسألة) (فان تقدم القبول الايجاب لم يصح)

سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت البنت فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني
ابنتك فيقول زوجتكما وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لانه قد وجد الايجاب والقبول
فصح كما لو تقدم الايجاب

ولنا أن القبول انما يكون الايجاب فتي وجد قبله لم يكن قبولا لعدم رضاه فلم يصح كما لو تقدم

بعضهم لبعض أكفاء لان النبي ﷺ زوج ابنته عيمان وزوج أبا العاصم بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس ، وزوج علي صر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عيمان فاطمة بنت الحسين ابن علي وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينه وتزوجها أيضا عبد الله بن عيمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاعود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ وتزوج أبو بكر أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أصامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب

(فصل) فأما الحرية فالصحيح انها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كذا لحرية لان النبي ﷺ خير بركة حين عمقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرة في الحرية المقارنة أولى لان قص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرائه بمقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمدرم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح لان النبي ﷺ قال لبريرة « لو راجتني » قالت يا رسول الله أنا امرئي ؟ قال « إنما أنا شفيق » قالت فلا حاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فانه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشتم الجاهل النبي ﷺ في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

(فصل) فأما اليسار ففيه روايتان [إحداهما] « هو شرط في الكفاءة لقول النبي ﷺ « الحساب المال » وقال « ان احساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته ان معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولان على الموسرة ضررا في اعسار زوجها لاخلاله ينفقها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك اذا كان مقارنا ولان ذلك معدود بلنظ الاستفهام ولانه لو تأخر عن الايجاب بلنظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى لصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبالت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى فان قالوا يصح كإيهم والخام قلنا البيع لا يشترط فيه صيغة الايجاب بل يصح بالمعاملة ولا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان اذا أدى المعنى ولا يلزم الخاتم لانه يصح تعليقه على الشروط ويحتمل أن يصح اذا تقدم بلنظ الطلب لان في حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ قامت طويلا فقال رجل يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن «ك» بها حاجة فقال النبي ﷺ « زوجتكما بما معك من القرآن » وهو حديث صحيح رواه البخاري ولم ينقل أن قال قبالت ولا ما يؤدى معناه والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل وعلى قياس ذلك اذا تقدم بلنظ الماضي

(فصل) اذا عقد النكاح هزلا او تلجئة صح لان النبي ﷺ قال « ثلاث هزلن جد وجد من جد الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذي ، وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا او طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » وقال عمر أربع جائزات اذا تكلم من الطلاق والعتاق والنكاح والنذر وقال علي أربع لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

قصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كثة اضاهم في النسب وأبلغ، قال نبيه بن الحجاج السهمي

سألتني الطلاق ان رأاني قل مالي قد جثمتاني بنكر

ويكأن من له نسب محبب ومن يفتقر يمش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والرواية الثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ «هم احبني مسكينا وأشتى مسكينا» وليس «وأرأ لازما فأشبه العافية من

المرض، واليسار المتعبر ما يتندر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه اداؤها

(فصل) تأما الصناعة ففيها روايتان أيضا (احدهما) أنها شرط. فن كان من أهل الصنائع المدنية

كالمناك والحجام والحارس والكساح والديباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكف، لذات قوي

المروآت أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبنائة لان ذلك قص في عرف الناس فأشبهه قص النسب

وقد جاء في الحديث «العرب بعضهم لبعض أكفأ الاحائك أو حجاما» قيل لاحد رحمه الله :

وكيف تأخذ به وأنت ضمه؟ قال العمل عليه، إمتى انه ورد، وانقا لاهل العرف، وروي أن ذلك

ليس بقص وروي نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بقص في الدين ولا هو لازم فأشبه

الضعف والمرض، قال بعضهم

ألا إنما القوي هي العز والكرم وحبك للدينا هو القل والسقم

وليس على عبد نقي تقيصة اذا حقق القوي وان حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة؛ فانه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدها

(مسئلة) (وان تراخى القبول عن الايجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغله بغيره)

لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار

في عقود المعاوضات

(مسئلة) (فان تفرقا قبله بطل الايجاب)

لانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك إذا تشاغلا

بما قطعاه لانه معرض عن العقد بالاشتغال عن قبوله، وعنه لا يبطل فان أبا طالب نقل عن احمد في رجل

مشى اليه قوم فقاراه له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت

هل يكون هذا نكاحا؟ قال نعم. قال القاضي : هذا محمول على أنه وكل من قبل التزويج

في المجلس، وقال ابو بكر مسئلة أبي طالب تتوجه على قولين، واختار أنه لا بد من القبول في المجلس

وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بمنون أو إغاء بطل حكم الايجاب ولم يعتقد

(الجزء السابع)

(٤٨)

(المفني والشرح الكبير)

ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الإرياء لأن ضرره مختص بها ، ولوليها منها من فكاح المجدوم والابصر والجنون وما عدا هذا فليس يعتبر في الكفاة

(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفؤ لمن له أبوان في الاسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة ليس بكفء وليس بصحيح فان الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء فتابعين

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفؤاً لقات نسب فان أحد رحمه الله ذكر له أنه يتكح ويتكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعبر به هي ووليها ويصدق ذلك الي ولدها ، وأما كونه ليس بكفء له رية فلا إشكال فيه لانه أدنى حالاً من المولى

(فصل) والموالى بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم ، قال أحد رحمه الله في رجل من بني هاشم له ولادة يزوجه الخراساني وقول النبي ﷺ « موالى القوم من أنفسهم » هو في الصدقة فأما النكاح فلينكح ، وذكر القاسمي رواية عن أحمد ان مولى القوم ككافئهم لهذا الخبر ولان النبي ﷺ زوج زينب وأسامة عريتين ولان والي بني هاشم ساورهم في حرمان الصدقة فيساوهم في الكفاة وليس هذا بصحيح فانه يوجب أن يكون المولى أكفاء العرب فان المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤاً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ، وقد قال أحد هذا الحديث في الصدقة لاني النكاح ، ولهذا لا يساووهم في استحقاق الحسن ولا في الامامة ولا في الشرف ، وأما زيد وأسامة فقد استدل

بالتبول بعده لانه عالم بضامه القبول لم يكن عقداً يبطل بزوال العقل كالمقود الجائزة يبطل بالوت والجنون وهذا مذهب الشافعي ، وان نام لم يبطل حكم الابجاب لانه لا يبطل المقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا يعلم أحدآ خالف في هذا لان الحاجة غير داعية اليه فانه لا يقع في الغالب الا بعد روية وفكرة ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقف في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعارضة محضاً ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمقود عليه برؤية ولا حفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه ينفي إلى فسخه بعدا بتزال المرأة وفي فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل المدخول نصف الصداق

(فصل) قال رضي الله عنه (وشروطه خمسة) (أحدها) تعيين الزوجين (لان كل عاقد ومقود عليه يجب تعيينهما كالشعري والبيع فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الاشارة تكفي في التعيين فان زاد على ذلك بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأ كيداً

(مسئلة) (فان قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يشير اليها أو يسميها أو يصفها بما تتميز

بنكاحها امر يتبين على أن فقد الكفاة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأمة ما عريان فان ما من كلب
وانما طرأ عليه مارق ، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربي الاصل

(فصل) فأما أهل البدع فان أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينها وكذلك اذا زوج
الوافي اذا كان يخاصم ويدعو واذا زوج أخته من هؤلاء القطة وقد كتب الحديث فهذا شر من
جهمي يفرق بينهما ، وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الهين ولا من الرافضوي ولا من القندي
فاذا كان لا يدعو فلا بأس ، وقال من لم يربح بعل في الخلافة فلا تناكوه ولا تكلموه ، قال القاضي
والفقيه منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) والكفاة معتبرة في الرجل دون المرأة فان النبي ﷺ لا مكافي له وقد تزوج من
أبياء العرب وتزوج صفية بنت حيي ونسرى بالاماء وقال من كانت عنده جارية فعلها وأحسن تعليمها
وأحسن إليها تم أعتقها وتزوجها فله أجران ، متفق عليه ولان الولد يشرف بأبيه لا بأمه فلم
يعتبر ذلك في الام .

﴿ مسألة ﴾ قال (وانما زوج الرجل ابنته البكر فوضعا في كفاية فالنكاح ثابت وان
كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح
الاب ابنت البكر الصغيرة جائز اذا زوجها من كنفه ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وانتاعها وقد دل على

به ، وان لم يكن له الابنة واحدة صح)

اذا كانت المقود عليها غاية فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جزا فان سماها كان تأكيدا
فان كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ما تتميز به من اسم
او صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى او الوسطى او الصغرى فان سماها مع ذلك كان تأكيدا ،
وان قال زوجتك ابنتي عائشة او فاطمة صح فان كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة
لم يصح ولان هذا الاسم مشترك بينهما وبين سائر المراتم حتى يقول مع ذلك بنتي ، وقال بعض الشافعية
يصح اذا نويها جميعا ، ولا يصح هذا لان النكاح يعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أدائها أداء
يثبت به العقد وهذا متعذر في النية ، ولذلك لو قال زوجتك بنتي وله بنت لم يصح حتى يميزها بالفظه
ولو قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يرفع ما تتميز به عن النساء

(فصل) فان كانت له ابنتان كبيرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي
عائشة وقيل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره ابو حنص ، وقال القاضي يصح في التي
نويها وهذا غير صحيح لوجهين (أحدهما) أنها لم يلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبهه ما لو

جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللاتي يئسن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاتي لم يحضن) فجعل للاتي لم يحضن عدة ثلاثة اشهر ولا تكون العدة ثلاثة اشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر وقالت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنو بي وأنا ابنة تسع . متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها وروى الاثرم أن قدامة بن مظهر بن مظهر تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال ابنة الزبير إن ست وورثتي وإن عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كثرهم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنها . وأما البكر البالغة العاقلة فمن أحد روايتان أحدهما له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب .

(والثانية) ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي نور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا تنكح الام حتى تستأمر » ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها قال « أن تسكت » متفق عليه وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكر أ أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التعريف في مالها فلم يجز إجبارها ككاتب والرجل ووجه الرواية الاولى ماروي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « الام أحق بنفسها من وليها » والبكر تستأذن واذنها صحتها . رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق

قال زوجتك عائشة فقط أو مالو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها وإذا لم يصح فيها إذا لم يسمها ففيها إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح (الثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تنبئ به ولو لم يوجد ذلك فإن اسم اختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كما إذا خطب امرأة وتزوج غيرها لأن القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بانقضاء تناول الكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو فويهاه ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيهما هي فعلى الاول لا يصح للتزويج لعدم النية منهما في التي تناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرنا

(فصل) فإن كان له ابنة واحدة فقال الرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول اصحاب الشافعي لان قوله بنتي أكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بغير اسمها صح على هذا التعاليل (مسألة) (وان قال ان وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتها لم يصح لانه تابع للنكاح على

لاحدھا دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئذان
 ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ
 « أمروا النساء في بنائهن » رواه أبو داود ، وحديث النبي خيره رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنها
 التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خبيسه فتخيرها ذلك ، ولأن مالا يشترط في نكاح الصغيرة
 لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنكاح ، وقول الحرقي فوضها في كفاية يدل على أنه إذا زوجها من غير
 كف : فنكاحها باطل وهو إحدى الروايتين عن أحمد واحد قول الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير
 كف ، فلم يصح كسائر النكحة المحرمة ولأنه عند ملوئته عقداً لاحظ لها فيه بنهر إذنها فلم يصح كيمه عقلاها
 من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون من مثله ، ولأنه نائب عنها شرعاً فلم يصح تصرفها شرعاً بما
 لاحظ لها فيه كالوكيل

(وإثباتية) يصح لأنه عيب في المفقود عليه فلم يمنع الصحة كسواء المعبى الذي لا يعلم عيبه
 ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكف ، ويصح إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه
 العقد فبطل تحريره بخلاف ما لم يعلمه كالواشترى لها عيباً يعلم عيبه ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة
 لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لما قد نسخ إن كرهت وإن لم تنسخ كان كإجازتها وإذنها
 بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته فإن كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لزوجها إذا كان طالماً
 لأنه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه النسخ ولا يسقط برضاه لأنه ينسخ لخطبها وحقتها
 لا يسقط برضاه ويحتمل أن لا يكون له النسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار فإن كان لها

شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينقذ به عقد وكذلك لو قال زوجتك
 حمل هذه المرأة لم يصح لأنها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولأنه لا
 يشعق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يطلان ما فيها

(فصل) فإن خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب
 له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل ولا يهتم بالنكاح لأن القبول انصرف إلى
 غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو سلمه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو
 علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح قال أحمد رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما
 ويكون الصداق على وإبائها لأنه غره ويجهز إليه أختها التي خطبها بالصداق الأول فإن كانت تلك قد
 ولدت منه لحق به الولد

قال شيخنا وقوله يجهز إليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها
 لأن العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منها لأن الايجاب صدر في إحداها أيهما كان جاز ، وقال
 أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران

ولي غير الاب فانها الفسخ على ما مضى وعلى كاتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كف، ولا من
 يجب لان الله تعالى آفاه، تمام، انظر آ لها فيما فيه الخط ومصرفها لما لعجزها عن التصرف في نفسها فلا يجوز
 له فعل مالا حظ لها فيه كما في مالها ولانه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه في نفسها أولى

(مسئلة) قال (وايس هذا لتبر الاب)

يعني ليس لتبر الاب اجبار كبيرة ولا تزويج صديرة جداً كان او غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد
 والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي إلا في الحد فانه جعله كلاب لان ولايته ولايته ايلاد فله
 إجبارها كلاب، وقال الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو
 حنيفة لتبر الاب تزويج الصديرة ولها الخيار اذا بلغت وقال هؤلاء غير أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين
 غير الاب فلها الخيار اذا بلما. قال أبو الخطاب وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لان
 الله تعالى قال (وان ختم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) فهو انه
 اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ لقول النبي ﷺ «لا يتم بعد احتلام» قال عروة
 سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان ختم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أخي هذه اليتيمة
 تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويمنجه مالها ويحالفها فيريد أن يزوجهها بخير ان يتسط في
 صداقها فيعطيا مثلما يعطيا غيره فهو ان نكحهن الا أن يتسطرا فيهن ويلغوا أعلى صنتن في
 الصداق متفق عليه ولانه ولي في النكاح فلهك التزويج كلاب.

قال نعم ويرجع على وليها، هذه مثل التي بها يرص أو جذام علي بقول ليس عليه غرم، وهذا ينبغي أن
 يكون في امرأة جاهلة بالحلال أو بالتحريم أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته
 من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية مطاوعة فأما ان جعل الحلال فلها المهر ويرجع به على
 من غره وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزنت كل امرأة إلى الزوج الاخرى
 لها الصداق ويمتزل كل واحد منها امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي
 (فصل) قال رضي الله عنه (اثنان رضتا الزوجين فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح)

وضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لان العقد لما فاعتبر تراضيهما به كاليصح
 فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد لغوات شرطه

(مسئلة) (إلا الاب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الا بكاتبين غير إذهنهم)

وأما التلام الماقل فلا علم من أهل العلم في أن لا يبه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهذا قول الحسن
 والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ولما روي أن ابن عمر
 زوج ابنة وهو صديرة فاختصوا إلى زيد فأجازاه جميعاً رواه الاثرم وأما التلام المعتوه فلا يبه تزويجه وقل

ولنا قول النبي ﷺ « تسامر اليتيمة في نفسها وان سكنت فهو اذنها وان أبت فلا جواز عليها »
رواه أبو داود والنسائي وروى عن ابن عمر ان قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرغم
ذلك الى النبي ﷺ فقال « انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها
ولان غير الاب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد
بنكاحها كالأجنبي ولان الجد يلي بولاية غيره فأشبهه سائر العصبات ، وفارق الاب فانه يدلي بغير
واسطة ويسقط الاخوة والجد وبحسب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة
وأبوين، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (تؤنوهن ما كتب لهن) وأما يدفع الى
السكيرة أو نعمها على بنت تسم

(فصل) وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان (إحداهما) انها كن لم تبلغ تسعا نص عليه
في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء. قالوا حكم بنت تسع سنين حكم
بنت ثمان لانها غير بالغة، ولان اذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح
(والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور المفهوم الآية ودلالة الخبر
بعومها على أن اليتيمة تنكح باذنها وإن أبت فلا جواز عليها وقد اتفق به الاذن فيمن دونها فيجب حملها
على من بلغت تسعا

وقد روى الامام احمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت اذا بلغت الجارية تسع سنين
فهي امرأة . ورواه القاضي باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمعناه في حكم المرأة ولانها بلغت
سنا يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة، فلي هذا اذا زوجت ثم

الشافعي لا يجوز لانه يلزمه بالتزويج حقوق من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له كثيره من الاولياء
ولنا أنه غير بالغ فملك الاب تزويجه كالمأقل ولانه إذا جاز تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه
الى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلان يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، ووصي الاب يتقوم مقامه
في ذلك وكجه إذا قلنا بصحة الوصية في النكاح وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه، وقال القاضي في المبرد للحاكم
تزويجه لانه يلي ماله وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس
بسيده فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى، وفارق لاب ووصيه فان لها تزويج
الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن لانه لا اذن له

(فصل) وللأب تزويج البالغ المشتهر في ظاهر كلام أحمد والحرق مع ظهور امارات الشهوة
وعندها، وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه امارات الشهوة بتباعد النساء ونحوه وهو مذهب
الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضراؤه به بالزامة حقوقا لا مصلحة له في الزاها وقال أبو بكر

بلنت لم يكن لها خيار كالبانئة اذا زوجت . وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته الى عائشة فأجابته وهي لدون عشر لانها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية عمر عشر أفكره - البخارية فزوجها طلحة بن عبيد الله ولم يذكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

(مسألة) قال (ولو استأذن البكر البانئة والدها كان حسنا)

لانتم خلافا في استحباب استئذنها فان النبي ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولان فيه تطيب قلبها وخروجها من الخلاف . وقلت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن البخارية ينكحها أهلها أنستأمر أم لا ؟ قال لها رسول الله ﷺ « نعم نستأمر » وقال « استأسروا النساء في أوضاعهن فان البكر تستحي فتسكت . فهو أذنها » متفق عليها
وروي عن عطاء قال : كان النبي ﷺ يذم أمر بناته اذا أنكحن قال كان يجلس عند خدر المحاطوبة فيقول ان فلانا يذكر فلانة فان حركت الحدر لم يزوجها وإن سكتت زوجها
(فصل) ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي ﷺ « أمروا النساء في بناتهن » لانها تشارك في النظر لابنتها وتحصل المصلحة لها بشهواتها عليها وفي استئذنها تطيب قلبها وارضاء لها فتكون أولى .

ليس للاب بحال لانه رجل فلم يميز اجباره على النكاح كالعاقل وقال زفران طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يميز وان كان مستداما جاز

ولنا أنه غير مكاف فجاز لايه تزويجه كالتخبر فانه إذا جاز تزويج الصبي مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فعند الحاجة أولى

ولنا على التسوية بين الطارىء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارثه ومستدامه كالرق ولانه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في نكاحه كالمستدام ، فلما اعتبار الحاجة فلا بد منها فانه لا يجوز اوليه تزويجه الا اذا رأى مصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة بل قد تكون حاجته الى الايواء والحفظ وربما كان دواء له يترجم به شذوذه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة

(فصل) ومن يمين في الاحيان لا يجوز تزويجه الا باذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله يبرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله قبل نفسه أولى وان لم يرجع زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(فصل) وليس تمير الاب ووصيه تزويج المعتوم البالغ وبه قال مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه اذا ظهر منه شهوة للنساء . بأن يتبين وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس

(مسألة) قال (واذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وان رضيت بعد)

وجهة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها الا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها . قال اسماعيل بن اسحاق لأعلم أحداً قال في البنت يقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة فإن الحسناء ابنة حذام الانصارية روت أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحه . رواه البخاري والائمة كلهم . قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفاً له الا الحسن ، وكانت الحسناء من أهل قبا ، وكانت تحت أنيس بن قنادة فقتل عنها يرم أحد فزوجها أبو هريرة بن جابر بن عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لباة بن عبد المنذر . وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه . وقال « الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « ليس لولي مع الثيب أمر » رواهما النسائي وأبو داود ولانها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مخبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل (القسم الثاني) الثيب الصغيرة ونميتها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحرقي واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ، والمذهب الثاني لعدم الاخبار ولأن الاجبار يختلف بالكارة والثبوة لا بالصف والكلير وهذه ثيب ولان في تأخيرها فائدة وهو أن تبلى فتختار لنفسها ويعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر

(الوجه الثاني) أن لا يبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي

في حال يتنظر فيها اذنه وسند ذكر ذلك في تزويج المجنون وينبغي أن يجوز تزويجها اذا قال أهل الطب إن في ذلك ذهاب عاينه لانه من أعظم مصالحه

(فصل) واذا زوج الصغير والمجنون فإنه يقبل لها النكاح ولا يأذن لها في قبوله لانها ليس من أهل التصرفات فان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تزويجها حتى يدولاه بنفسه كما يرض أمر المبيع اليه وان تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يتناع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع ملاقاه فان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يزوج لها بأكثر من مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي واذا قلنا إن للاب تزويج أمته بدون صدق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز هاهنا أولى فان الغالب أن المرأة لا ترضى تزويج المجنون الا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتصذر الوصول بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المهردان قياس المذهب أنه لا يزوج

حنيفة لانها صغيرة فجاز اجبارها كالبكر ، والكلام يحقق ذلك انها لا تزيد بالثبوت على ما حصل للكلام
بالذكورية ثم الكلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه والاخبار محمولة على الكبيرة فانه جعلها أحق بنفسها
من وليها والصغيرة لاحق لها .

ويخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع سنين بزواجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من
الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم

(مسئلة) قال (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصامت)

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن اذنها الكلام للخبر ولأن اللسان هو المعبر عما
في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعراض
فأما البكر فاذنها صامتة في قول عامة أهل العلم منهم شرح والشعبي واسحاق والنخعي والثوري
والاوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صمتها
في حق غير الاب وجهاً (أحدهما) لا يكون اذنان الصامت عدم الاذن فلا يكون اذنان ولا نه محتمل
الرضى والحياء وغيرها فلا يكون اذنانا كما في حق الثيب وإنما اكتفي به في حق الاب لان رضا هافير
معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك السنة الصحيحة الصريحة بصران الشافعي عن اضافته اليه ،
وجعله مذهبا له مع كونه من أتباع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يبرج منصف على هذا القول وقد

بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلك ما لا حاجة به إليه وذكر في
الجامع أنه له تزويج ابنه الصغير بأربع لانه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه معية عبياً برد
به النكاح فان فيه ضرراً به وتفويت ماله فيما لا مصلحة له فيه فان فعل خرج في صحة النكاح
وجهاً نان قلنا يصح فهل قال في الفسخ في الحال؟ على وجهين يذكر توجيههما في تزويج الصغيرة بمصيب
فان لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بانه لان اباها مشروطة
بغرف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معلوم في حق المجنون

(فصل) أما الاناث فللاب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف
اذا وضعت في كفاة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الاب ابنته الصغيرة
جائز اذا زوجها من كفاة يجوز له ذلك مع كراهتها واستنابها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة
قول الله تعالى (واللاتي يبدسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم
يحيضن) فجعل للاتي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر الا من طلاق في نكاح أو
فسخ فدل ذلك على تزويج ونطاق ولا اذن لها يعتبر وقالت عائشة تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة
ست وبناتي وأنا ابنة تسع متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال من يعتبر اذنها وروي الاثر
أن قدامة ابن مظهر تزوج ابنة الزبير حين ندمت فقيل له ابنة الزبير قتال ان مت وورثتني وان

تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تنكح الاعم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال ان تسكت .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت يا رسول الله ان البكر تستحي قال « رضاها صانها » متفق عليه . وفي رواية « واليتيمة تستأمر فصمتها اقرارها » رواه النسائي . وفي رواية « تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكنت فهو اذنها » وهذا صريح في غير ذات الالب

وروى الاثرم عن عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه قال « الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صانها » والاخبار في هذا كثيرة ، ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولانسحي من ابائها وامتناعها فاذا سكنت غلب على الفطن أنه رضاها فاكتفي به وما ذكره يفضي الى أن لا يكون صانها اذنا في حق الالب أيضا لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون اذا ردا على النبي ﷺ بالكلية والطراحا الاخبار الصريحة الجليلة وخرقا لاجماع الامة المرضية

(فصل) فان نطقت بالاذن فهو أبان وآم في الاذن من صمتها وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها ، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهية وايض بصمت فيدخل في عموم الحديث

ولنا ما روى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « تستأمر اليتيمة فان بكت أو سكنت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عايبها » ولانها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمت والضحك ، والبكاء يدل على فرط الحياء لامل الكرامة ولو كرهت لامتعت

عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما

(فصل) وفي البكر البالغة العائلة روايتان (إحداهما) له إجبارها على النكاح وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لا تنكح الاعم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن « فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه وروى ابو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كاشيب والرجل ووجه الاولى ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الاعم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر واذنها صانها » رواه ابو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وإياها أحق منها بها وحل الحديث على أن الاستئثار ههنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أمرت النساء في بناتهن » رواه ابو داود وحديث النبي ﷺ التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل

فإنها لا تستحي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكا ، وكذلك أمنا الضحك مقامه

(فصل) والثيب المعتبر نطقها هي للموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالا أو حراما ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لأن علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرة وهذه لم تباشر بالأذن في النكاح فيبقى حيائها منه بحاله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تعرب عن نفسها ، ولأن قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن نسكت ، يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنا لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فإن الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك ، ولأنه لو أوصى ثيب النساء دخلت في الوصية ولو أوصى للبكر لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرأ فوجدتها مصابة بالزنا ملك الفسخ ولأنها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير صحيح فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفتي إلى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه ، ولا فرق بين المكرهة والمطوعة وهي هذا ليس لنا إجبارها إذا كانت بالغة وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان وقولهم أنها لم تباشر الأذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة

(فصل) وان ذهبت عذرتها بغير جهام كالوثية أو شدة حيضة أو أصبح أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكر ، ذكره ابن حامد لأنها لم تختبر للتصريح ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تنزل عذرتها ولو ولنت في الدر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمين لأنها غير موطوءة في القبل

أنها التي زوجها ابوها من ابن أخيه ليرفع بها خيسه فتخيرها لذلك ولأنه مما لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، ومن أحد لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين بغير إذنها اختلعت الرواية عن أحمد بن الجارية إذا بلغت تسع سنين فالشهر عنه أنها من لم يبلغ تسعا نص عليه في رواية الأثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسع حكم بنت ثمان لأنها غير بالغة ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح (والرواية الثانية) حكمها حكم البائة نص عليه في رواية ابن منصور المنصور الآتية وللدلالة الخبرين بمومهما على أن البتية تنكح بإذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها ، وقد اتفق الأذن فيما دونها فيجب حملها على من بلغت تسعا فصل هذه الرواية يجوز تغير الاب تزويجها بإذنها وحكمها حكم البائة في جواز إجبارها للاب فيه الروايتان ، وقد روى الامام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ومعناه والله أعلم في حكم المرأة ولأنها بلغت سننا يمكن فيه حيضا وتحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة إذا زوجت وقد خطب عمر أم كلثوم

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في اذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء، وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج لأن الأصل السكرت والكلام حادث فالزوج يدعي الأصل فالقول قوله

ولنا انها منكرة الاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي انها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله وإن اختلفنا بعد الدخول فقال القاضي القول قول الزوج ولأن التمسكين من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه، وهل نستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي قياس المذهب انه لا يمين عليها كالمواضع ادعى أنه زوجها فأنكرته به قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فإن نكحت فقال أبو يوسف ومحمد يثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح ولنا انه اختلاف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعي معه كالمواضع ادعى الزوج أصل الزوج فأنكرته فإن كانت المرأة ادعت انها أذنت فأنكرت الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كالمواضع ادعى أنها تزوجت فيه ولأنها تدعي صحة العقد وهم يدعون فسادها فالظاهر معها

(فصل في المهنونة) أنت كانت من نهب لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لانه إذا ملك إجبارها مع عقابها وانتمائها فمع عدمه أولى، وإن كانت ممن لا يجبر اقتصت ثلاثة أقسام [أحدها] أن يكون وليها الاب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لو ابها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحنفي لانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة أولى. وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لأنها ولاية اجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والاول أصح فإن ولاية الاجبار إنما انتفت عن العاقلة لأبها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك، وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بدم الاجبار في حياها إذا كانت عاقلة

بنت أبي بكر بعد دونه إلى عائشة فأجابته وهي فدرن عشر ولأنها تماولت بهدموت أبيها وإنما كانت ولاية امر عشرةا فكرهت الجارية تزويجها طالعة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها

(مسئلة) (وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين)

أما الثيب الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها إلا باذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه قال له تزويجها وإن كرهت، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها قال اسماعيل بن إسحاق لا أعلم أحداً قال في الثيب يقول الحسن وهو قول شاذ يخالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فإن الحنساء ابنة حذام الانصارية روت ان أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحه رواه البخاري وغيره. قال ابن عبد البر هذا الحديث

[القسم الثاني] أن يكون وليها الحاكم فبها وجهان (أحدهما) ليس له تزويجها بحال لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلمها (والثاني) له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور ونحصيل المهر والنفقة والنفقة وصيانة العرض ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها كاتيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها ، إن قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها لأن ذلك من أعظم مصالحها ، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ، وملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها

ولنا إن المعنى المبيح لا تزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصالحها ودفع حاجتها فأشبهه ما لو قال أهل الطب إنه يزول علتها ، وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتنبهها الرجال وميلها إليهم وأشبهه ذلك [القسم الثالث] من وليها غير الأب والحاكم فقال القاضي لا يزويجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه

وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج ، وليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون والياً دونهم كتزويج أمتها ، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري ، فإن كان لها وصي في مالها لم يملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا

مهم على صحته والقول به ولا نعلم مخالفاً له إلا الحسن وكانت الحنساء من أهل قباه نمت أنيس بن قذافة فقتل عنها يوم أحد فزويجها أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فذكره فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبيبة بن عبد المنذر ، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه وقال الأئمة أحق بنفسها من وليها ، وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « ليس لأولي مع النيب أمر » رواها النسائي وأبو داود ولأنها رشيدة عالة بالقصود من النكاح مخيرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

(فصل) نأما النيب الصغيرة فبها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحرفي واختيار ابن حامد وابن بطه والقاضي ومذهب الشافعي لعدم الأخبار ولأن الإجبار يختلف بالكثرة والشيوة لا بالصغر والكبر كما اختلف في صفة الأذن ولأن في تأخيرها فائدة وهي أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر إذنها بخلاف البكر (الوجه الثاني) أن لا يبيح تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر عبد العزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لأنها صغيرة فيجاز إجبارها كالبكر والقلام يحق ذلك أنها لا تزيد بالثبوت على ما حصل القلام بالذكورية . ثم القلام يجبر إذا كان صغيراً فكذلك هذه ،

«مسئلة» قال (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الاب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجملة ذلك أن للأب تزوج ابنته بدون صداق مثلها، بكرأ كانت أو ثيباء صغيرة كانت أو كبيرة ، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فان فصل فلها مهر مثلها لانه عقد معاوضة فلم يجز أن يتمس فيه من قيمة الم عوض كالبيع ولانه تفریط في مالها وليس له ذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا تغفلوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد ابن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفا وعلما ودينا ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولانه ليس المقصود من النكاح العرض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفها في منصب ويصونها بحسن عشرتها والظاهر من الاب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره أنه لا يتقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينفى أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويخارق سائر عقود المعارضات فان المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته فأما غير الاب فليس له أن يتقصها من مهر مثلها فان زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لانه قيمة بضمها وليس لولي تقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

والاخبار مرموقة على الكبيرة فانه جعلها أحق من وليها ، والصغيرة لاحق لها ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة زوج يزوجها وليها بأخيه ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرناه في البكر والله أعلم

«مسئلة» (وللسيد تزوج اماته الثيبات والابكار وعيده الصغار بغير إذنه)

لا نعلم خلافاً في السيد إذا زوج أمته بغير إذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكرأ صغيرة أو كبيرة وذلك لان منافها مملوكة له والنكاح عقد على منفعة فأشبهه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستماع بها ولهذا فارقت البعد ولانه ينتفع بذلك لما يحصل له من مهرها وولدها وتسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف البعد والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة في اجبارها على النكاح وقال مالك في آخر أمره ليس له تزوج أم ولده بغير إذنها وكرهه ويومه وللشافعي قولان وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولنا أنها مملوكة يملك الاستماع بها واجارها فملك تزويجها كالقن اذا ملك أخته من الرضاع أو بحوسية فله تزويجها وان كانتا محرمتين عليه لان منافهما مملوكة وإنما حرمتا عليه لمرض قانا التي بعضها حر فلا يملك اجبارها لانه لا يملك اجبار المسكينة لاتها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك اجبارها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل اليه مهرها

(فصل) إذا اشترى عبده المأذون له وركبته بدون ملك سيده تزويجها ويحها واعتاقها نص عليه

(فصل) ونعم المهر على الزوج لان الذميمة ههنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كالمثل لو زوجها بمحرم وعلى الولي ضمانه لانه المفروض فكان عليه الضمان كولو باع ماله بدون من مثله .

قال أحد أخاف أن يكون ضمانا وليس الاب مثل الولي ولا يملك المرأة الفسخ لانه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

«مسئلة» قال (ومن زوج غلاما غير بالغ أو معتوها لم يجز الا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة :

(أحدها) أنه ليس انغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال الشافعي في المبرد للحاكم تزويجه لانه يلي ماله ، وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظه فريته عند بلوغه وليس بمسئد فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ونارق الاب ووصيه فان لهما تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فانه لا إذن له

(الفصل الثاني) في المعتوه وهو الزائل العقل يجنون مطابق ليس لغير الاب ووصيه تزويجه ، وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد قلحا كم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبين

أحمد وذكره أبو بكر وقال والسيد وطؤها وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالمرء وأصل الخلاف ينسب على دين المأذون له في التجارة فمندنا يلزم السيد فلا يلحق المرء ضرر ويتصرف السيد في الامة فان الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين تعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا المذكور في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بحسب عيبا يرد به في النكاح لانه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والمنة والامتناع من الفينة دون السيد وقارق يعيب لمسيب لانه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة عليه ولم يملك الفسخ لسيبه ولنته ولا ايلانه فان زوجها من مسيب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ فان كانت صغيرة فهل لها الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

(فصل) والسيد تزويج عبده الصغير بغير اذنه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ما ذكرناه وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده للصغير المجنون

ويريد من وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب ان في تزويجه ذهاب عنه لانه من أعظم مصالحه والله أعلم

(الفصل الثالث) أن للاب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً وسواء كان المجنون مستديماً أو طارثاً فأما الغلام السليم من المجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن لا يه تزويجه كذلك قال ابن المنذر ومن هذا مذهبه الحسن والزهرى وقناة ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصنا إلى زيد فأجازاه جميعاً رواء الأثرم بإسناده فأما الغلام المعتوه فلا يه تزويجه وقال الشافعي لا يجوز لانه يلزمه التزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجر له ذلك كغيره من الأولياء

ولنا أنه غير بالغ فلذلك أبوه تزويجه كالعاقل ولانه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه إلى التزويج رأياً ونظر لنفسه فلا يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الاب فانه لا يملك تزويج العاقل، وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحد والحرق أن للاب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدها وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضراراً به بانزاه حقوقاً لا مصلحة له في الزناها وقال أبو بكر ليس للاب تزويجه بحال لانه رجل فلم يجر إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجر تزويجه وان كان مستديماً جاز

ولنا أنه غير مكلف فجاز لابه تزويجه كاصغير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فهنا أولى

(مسئلة) (ولا يملك اجبار عبده الكبير إذا كان عاقلاً)

وبهذا قال الشافعي في أحد قوليّه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وأنتكحوا الإيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) ولانه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة ولانه يملك اجارته فأشبه الامة

ولنا أنه مكلف بملك الطلاق فلا يجر على النكاح كالحرة ولان النكاح خالص حقه ونفقة له فأشبه الحر والامر بانكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوج عند الطلب ولان مقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه واما الامة فانه يملك منافع بعضها والاستمتاع بها بخلاف البتة ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً قياساً على الكبير ويقوى الاحتمال في حق المميز اذا قلنا بصحة طلاقه لانه عاقل يميز بملك الطلاق أشبه البالغ (فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنها اولاً وسواء باشر العقد بنفسه أو اذن لعبده فتعده مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه ما يبدل على ان ذلك يتعلق بكسبه فانه قل

ولنا على التسوية بين الطاريء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئة ومستدامه كلرق ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام ، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليّه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنصرف في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الأيواء والحفظ وربما كان دواءه ويتبرجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم .

(فصل) ومن يفتق في الاحيان لا يجوز تزويجه إلا بأذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالمأقل ولو زال عقله ببرصام أو مرض مر جو الزوال فهو كالمأقل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيها ذكرناه

(الفصل الرابع) أن وصي الاب في النكاح بمنزلة على ما ذكرنا في ثبوت الولاية لوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الاب في التزويج خاصة فان كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج لانه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به اليه ووصي غير الاب لا ولاية له على صبي أو مجنون لان الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى

(فصل) وان تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لها النكاح ولا يجوز أن يأذن لها في قبوله لانهما ليسا من أهل التصرف وان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز نفوض القبول اليه حتى يتولاه لنفسه كما نفوض أسرا البيع اليه ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه وان تزوج له الولي جاز كما يجوز

نفقة من ضربته وقيل ان كان بقيمة ضربته انفق عليها ولا يطبي المولى وان لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي ، وقائدة الخلاف ان من ازم السيد المهر والنفقة او جهما اليه وان لم يكن للمهر كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استخدامه ومنه الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من التكب

ولنا انه حق تعلق بالمقد برضا سيده فتعلق بسيدة وجاز يمه فيه كما لورهنه بدين ، فلي هذا لو باعه سيده أو اعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص غايه ، لانه حق تعلق بذمته لم يسقط بيده وعنفه كإرض جنائنه فاما النفقة فأنها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد اذا عتق

(فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لبده بأذنه وان يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لانه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة العقد كالحرة ويجوز ان يأذن له مطلقاً ومعيماً فان عين له امرأة او نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فيتزوج غيرها لم يصح لانه متصرف بالأذن فينفذ تصرفه فيما اذن له فيه كالوكيل، وان اذن له مطلقاً فله ان يتزوج من شاء لكن ان تزوج امرأة من بلدة أخرى فليس له منعه من الخروج اليها، وان كانت في البلد فلي سيده ارساله ليلا للاستمتاع وان أحب سيده ان يسكنها في مسكن من داره فله ذلك اذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه ارساله نهراً لانه يحتاج الى استخدامه وليس

أن يتناع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعها ووقوع طلاقه وان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .
 (فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لها بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي، وقد ذكرنا أن للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المثل فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز هنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج محزون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المبرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذل الماله فيها حاجة به إليه وذكر في الجاسم أن له تزويج ابنته الصغيرة بأربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمصيبة عيباً يرد به في النكاح لأن فيه ضرراً به وتقويتاً لماله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في حمة النكاح وجبان فإن قلنا يصح فهل قولنا الفسخ في الحال؟ على وجهين مضي توجيههما في تزويج الصغيرة، صيب ومضى لم يفسخ حتى بلغ العصبي أو عقل المحزون فلها الفسخ وليس له تزويجه بأمة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق العصبي غير معدوم في المحزون

(فصل) وإذا زوج ابنته تعاق الصداق بذمة الابن موصراً كان أو مرسراً لأنه عقد للابن فكان عليه بذله كسنة المبيع وهل يضمنه الاب؟ فيه روايتان (أحدهما) يضمنه نص عليه فقال تزويج الاب لابنته الطملى جائز ويضمن الاب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضان (والأخرى) لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عرضه كسنة مبيعه أو كالموكيل قال القاضي هذا

التهار عملاً للاستمتاع غالباً وليسيد السفر به فان حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك السفر وان كرهت امرأته كذا هنا

(فصل) والسيد ان يدين له المهر وله ان يطلق فان تزوج بما عينه او دونه او بمهر المثل عند الاطلاق او دونه لزم المسمى وان تزوج اكثر من ذلك لم تلزم الزيادة وهل يتلق برقية العبد او ذمته يتبع بها بعد العتق؟ على روايتين على استئانة العبد المحجور عليه وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحجر

(فصل) واذا تزوج امة ثم اشتراها باذن سيده لسيدته لم يؤثر ذلك في نكاحها وان اشتراها لنفسه وقلنا انه لا يملك بالتبنيك انفسح النكاح كما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك اليمين باذن سيده فان كان بعضه حراً فاشترى في ذمته او بما يخص بملكه انفسح نكاحه لانه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسح نكاحه ولم تحل له لأنه لا يملك جميعها وان اشترىها بيمين مال مشتركة بينه وبين سيده بغير اذنه وقلنا انه لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بماله وان قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسح النكاح لملكه بعضها

أصح وقال إنما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما للموسر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة فإن طلق قبل المدخول مقطوع نصف الصداق، فإن كان ذلك بعد دفن الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لأن الابن ملزم بالطلاق عن غير أبيه فأشبهه ما لو وهبه الأب أجنبياً وهبه الأجنبي للابن، وبمقتضى أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل المدخول وإن ارتدت قبل المدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق

(فصل) في المحجور عليه لفسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال (أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح لأنه نصب لمصلحته وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه فإنه ربما تعرض بتزويج اللأم بأزنا والحد وهتك العرض وسراة، ولم بحاجته بقوله أو بغير قوله، وصوابه كانت حاجته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لأنه يحتاج إلى الخلوة بها وإن لم يكن به حاجة إليه لم يجز تزويجه لأنه يلزمه بالنكاح حقوقاً من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً له ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتثبير ماله وإذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه، فإن زوجه بغير إذنه فقال أصحابنا يصح لأنه عقيد معارضة فإذنه لولي في حق المولي عليه كالبيع، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون، وبمقتضى أن لا يملك تزويجه بغير إذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجز على النكاح كالشيد والعبد الكبير، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضطرار فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى

(فصل) وليس لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها إلا المجنونة لهم تزويجها إذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال وليس لسائر الأولياء غير الأب تزويج كبيرة بغير إذنها جداً كان أو غيره. وبه قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي إلا في الجبد فإنه جعله كالأب فإن ولايته ولاية أبلاد فملك الإيجار كالأب

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال « أن نسكت » متفق عليه ولأن الجبد قاصر عن الأب فلم يملك الإيجار كالم ولأنه يدلي بغيره فأشبهه سائر العصباء، وفارق الأب فإنه يدلي بغيره واسطة ويسقط الجبد وبموجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فأما المجنونة فلم تزويجها إذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يزويجها إلا الحاكم لأنه الناظر لها في مالها دونهم فيجب أن يختص بالولاية ووجه الأول أن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم لو كانت عاقلة فكذلك إذا كانت مجنونة وقال الشافعي لا يجوز تزويجها إلا أن يقول أهل الطب إن علتها تزول بذلك

فإذا أجبر على من يكرها لم يحصل له المصلحة منها وقات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وأما جاز ذلك في حق المجنون والبلبل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولهما ولم يتعذر ذلك هنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالزبيد

(الحال الثاني) أن قولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي قولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكاف ولذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض إليه ذلك ثم هو غير بين أن يميز له المرأة أو يأذن له مطلقا . وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التمييز لئلا يتزوج شريفة بكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكره ولا يتزوج إلا بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لانها محاباة بماله ولا يملكها ، وإن نقص عن مهر المثل جاز لأنه ربح من غير خسران

(الحال الثالث) إذا تزوج بغير إذن قال أبو بكر يصح النكاح أو ما إليه أحد ، قال القاضي يصح إذا كان محتاجا فإن عدت الحاجة لم يجز لأنه اتلاف لماله في غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بأذنه لأنه محجور عليه لم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد ، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه إذا احتاج إلى النكاح حققه متعين فيه فصح استيفائه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال مند امتناع وليه من استيفائه ، فاما أن تزوج من غير حاجة لم يصح فإن وطئ الزوجة فعليه مهر المثل لأنه أتلف بعضها بشبهة فزومه عوض ما أتلف كما لو أتلف مالها

ولنا أنها محتاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل التفقة والمهر فجاز تزويجها تحصيل هذه المصالح كغيرها

(فصل) في زويج الجنونة ان كانت ممن يجير او كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لأنه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتاعها فمع عدمه أولى ، وان كانت ممن لا يجير فهي ثلاثة أقسام (أحدها) ان يكون وليها الأب أو وصيه كالبنت الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحنفي ولأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لأنها ولاية اجبار وليس على البنت ولاية اجبار والاول اصح فإن ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة بحصول المباشرة منها والخيرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في البنت الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقلة (القسم الثاني) ان يكون وليها الحاكم وفيها وجهان احدهما ليس له مجال لان هذه ولاية اجبار فلا يثبت لغير الأب مجال عضلها والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت او صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لان لها حاجة إليه لدفع

(فصل) وليس لغير الاب تطليق امرأة المولى عليه سواء كان عن يملك التزويج كرمي الاب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لانهم في هذا خلافاً ، فأما الاب اذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال احمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بآية الآخر وهما صغيران ثم ان الابون كرها هل لها أن يفسخا فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال ابو بكر لم يبلغني عن ابي عبد الله في هذه المسئلة إلا هذه الرواية فتخرج على قولين

(أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لأنها ولاية يستفيد بها عليك البضع تجاز أن يملك بها إذاته اذا لم يكن منهما كلهما كم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار (والقول الثاني) لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كرمي الاب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير، وبهذه الاصول يبطل دليل القول الاول

(فصل) واذا ادعت امرأة المجنون عنه لم تضرب له مدة لانها لا تثبت إلا باقرار الزوج ولا حكم لاقراره ، وان أقر بالعتة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وعالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ لانها إن كانت ثيباً فاقول قوله ، وإن كانت بكرأ فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطنها فصادت عذرتها فله استعلانها فاذا كان لا يبر عن نفسه لم يستعطف ولا يثبت ما فاته فلم يفسخ عليه (مسئلة) قال (واذا زوج أمته بنير اذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والغفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كالتيب مع ايها وكذلك ينبغي ان يملك تزويجها ان قال أهل الطب عنها تزول بزويجها لان ذلك من أعظم مصالحها وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علتها تزول بزويجها

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة اذا أظهرت شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها ، وتعرف شهوتها من كلامها من قرائن أحوالها كتبها الرجال وميلها اليهم وأشياء ذلك (القسم الثالث) من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزويجها إلا الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بينا وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج مولته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر في ما لها دونهم فكان وليا دونهم كتزويج أمته ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والبرى فان كان وصياً في مالها لم يملك تزويجها لانه لا ولاية له والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم كما ذكرناه

لا يمل في هذا خلافاً وذلك لان منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الاجارة
وقدك ملك الاستمتاع بها وهذا فارقت العبد ولانه ينفع بتزويجها لما حصل له من مهرها ورفدها
ويستقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد

(فصل) والمدبرة والملق عقبا بصفة وأم الولد كالامة القن في اجبارها على النكاح ، وقال
مالك آخر أمره ايسر له تزويج أم ولده بغير اذنها وكرهه ربيعة ، ولشاذلي فيه قولان لانه لا يملك
التصرف في رقبتهافكذلك لا يملك تزويجها بغير اذنها كالخته

ولنا انها مملوكة يملك الاستمتاع بها واجارتها فملك تزويجها كالقن ولانها إحدى منفعتها فملك أحد
عوضها كسائر منافعها ، وما ذكره يطل بابن الصغيرة لا يملك رقبته ويملك تزويجها ، وإذا ملك
أخته من الرضاع او محبوسية فله تزويجها ، وان كانتا محرمتين عليه لان منافعهما ملكه وأما حرمتا
عليه لعارض ، فأما التي بمضا حر فلا يملك سيدها إجبارها لانه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكتوبة
لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه وقدك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تزومه نفقتها ولا يصل اليه مهرها فهي كالعبد
(فصل) فان طابت الامة من سيدها تزويجها فان كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لان عليه
ضردا في تزويجها ووطؤها لما يدفع حاجتها فان كان لا يطؤها لسكونها محرمة عليه كالمحوسية وأخته من
الرضاع او محملة له لسكن لا يرغب في وطنها أجبر على تزويجها او وطنها ان كانت محملة له وازالة
ملكه عنها لانه وليها فأجبر على تزويجها كالحرمة ، ولان حاجتها قد نشدت الى ذلك فأجبر على دفعها
كالا طعام والكسوة واذا امتنع أجبره الحاكم ، وان طابت منه من نصفها حر أو المكتوبة أو أم الولد
التزويج أجبر عليه لانه وبين فأجبر على تزويجها كالحرائر

(مسألة) (وليس لهم تزويج صغيرة بحال)

لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرجع ذلك الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال «أبها يتيمة ولا تتكح الا باذنها» لا اذن هؤلاء وعن احمد ان لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت
وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبي حنيفة
وقال هؤلاء عن ابي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلها الخيار إذا بلغا لقول الله تعالى (وان
حقتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ،
واليتيمة التي لم تبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » قال هريرة سألت عائشة
عن قول الله تعالى (وان حقتم الا تقسطوا في اليتامى) قالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر
وليها يصعب ما لها وجعلها يريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيمطبها مثل ما يسطبها غيره فهو عن نكاحهن
الا ان يقسطوا فيهن ويبلغوا أهل سنتهن في الصداق ، متفق عليه وروى عائشة ان جارية بكرت زوجها
أبوها وهي كلوحة فغيرها النبي صلى الله عليه وسلم الحديث مرسل (والثالثة) لم تزويجها إذا بلغت تسع سنين

(فصل) واذا اشترى عبده المأذون أمة ورأته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال للسيد ولوطها ، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالترماء ، وأصل الخلاف بيني على دين المأذون له في التجارة فعسدا يلزم السيد فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد في الامة فان الدين مائعق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبها في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذا كمدت الفسخ بالجلب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة ولم تملك الامة الفسخ ليه ولا عته ولا إيلائه، وأنزوجه من معيب فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا يصح فلها الفسخ وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كما

(مسئلة) قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز الا ان يكون صغيرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن السيد لا يملك اجبار عبده البائع العاقل على النكاح وهذا قال الشافعي في أحد قوله وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) ولأنه يملك رقبة فملك اجباره على النكاح كالأمة ولأنه يملك اجارته فأشبهه الامة .

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « تستأمر البيعة في نفسها فان سكنت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود وقد اتفق الأذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

(فصل) ويستحب للاب استئذان ابنه البكر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن الانكاح بدونه ، واصل أحوال ذلك الاستعجاب ولأن فيه تطيب قلبها وخروجها من الخلاف ، وقالت عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها تستأمر أم لا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لم تستأمر » وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « استأمروا النساء في ابضاعهن فان البكر تستحي فتسكت فهو إذنها » متفق عليها وروي عن عطاء قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته إذا نكحن قال كان يجلس عند صدر المخطوبة فيقول « إن فلانا يذكر فلانة » فان حركت الحدر لم يزوجه وان سكنت تزوجه . ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت النساء في بناتهن » ولأنها تشاركه في انظر لبنتها وتحصيل المصلحة لها لشفتها عليها وفي استئذانها تطيب قلبها وارضائها فيكون أولى

ولنا أنه مكاف يملك العتاق فلا يجبر على النكاح كالمزول لأن النكاح خاص حقه ونفعه له فأشبه المهر والامر بالنكاحه مخص بحال طلبة بدل عطفه على الأيامي وانما يزوجن عند الطلب ومنتهى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه، وأما لامة فإنه يملك منافع بضمه أو الاستمتاع بها بخلاف العبد، وبفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنها وهو يملك استيفاءها .

(الفصل الثاني) في العبد الصغير الذي لم يبلغ المايد تزويجه في قول أكثر أهل العلم إلا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب بمقتضى أن لا يملك تزويجه .

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبدته مع ملكه له ونعمان ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون .

(فصل) والمهر والنفقة على السيد . وإن ضمنها أو لم يضمها وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فقده وسواء كان مأذونا له في التجارة أو مجبورا عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فإنه قال نفقته من ضربته وقال إن كان بقية ضربته انفق عليها ولا يطلى المولى وإن لم يكن عنده ما ينفق بفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من أزم السيد المهر والنفقة أوجبها عليه وإن لم يكن للعبد كسب وإس المرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استخداه ومنه من لا كتاب ومن عقه بكسبه لم يكن له كسب للمرأة الفسخ وليس للعبد نفعه من الكسب

ولنا أنه حق تعاق بالعبد رضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين . فعلى هذا لو باعه سيده أو عتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه

﴿مسئلة﴾ (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن أذنها الكلام لاخير وإن اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعبر في كل موضع يعتبر فيه الأذن غير أشياء يسيرة أقيم الصمت فيها مقامه لعارض ، وأما البكر فاذنها صماتها في قول عامة أهل العلم منهم شريح والشعبي والتخمي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الأب وجهان (أحدهما) لا يكون إذنا لأن الصمات عدم الأذن فلا يكون أذنا ولأنه محتمل للرضا وغيره فلا يكون أذنا كما في حق الثيب وإنما اكتفى به في حق الأب لأن رضاها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك السنة الصحيحة الصريحة يمان الشافعي عن إضافته إليه وجعله مذهبا له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يبرح منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تشكح الأيم حتى تستأمر ولا تكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يا رسول الله فكيف أذنها؟ قال «ان تسكت» وفي رواية عن عائشة أنها قالت يا رسول الله إن

كأرض جنائنه فأما النفقة فأنها تنجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا اعتق
 (فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بأذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكلف
 يصح ملاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً، فإن عين له امرأة
 أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالأذن فتصرفه بما أذن
 له فيه كالوكيل وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء، لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فلا سيد
 منعه من الخروج إليها وإن كانت في البلد فعل السيد إرساله ليلاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن
 يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهاراً لأنه يحتاج إلى استخدامه
 وليس النهار محلاً للاستمتاع وأسيده المسافرة به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر
 والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأته كذا ههنا

(فصل) والسيد أن يمين له المهر وإن يطلق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بهر المثل عند الإطلاق
 أو دونه لزم المسمى وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل يتعلق بركة العبد أو بذمته يقبح
 بها بعد الفتح؟ على روايتين بناء على استئانة العبد المحجور عليه وقد ذكر في باب المضرة

(فصل) وإن تزوج أمة ثم اشتراها بأذن سيده لسببه لم يؤثر ذلك في نكاحه وإن اشتراها
 لنفسه وقتلنا أن العبد لا يملك بالتبليغ فكذلك وإن قلنا يملك بالتبليغ انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر
 امرأته وله وطؤها بملك العبد إذا أذن له السيد فإن كان نصفه حراً فاشترى في ذمته أو بما يختص
 بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكه ولو حملت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحمل له لأنه
 لا يملك جميعها وإن اشتراها بيمين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه وقتلنا لا تفرق الصفقة لم
 يصح البيع والنكاح به إلا وإن قلنا بتبليغها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لذلك بعضها
 (فصل) وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهية أو غيرها انفسخ النكاح لأن ملك النكاح

البركتستحي قال «رضاؤها صحتها» متفق عليه، وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فهو إذنها»
 وهذا صريح في غير ذات الأب والأخبار في هذا كثيرة ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنحها النطق بالأذن
 ولا تستحي من أبها وامتاعها فإذا سكنت غلب على الظن أنه كرضاها فاكنتي به وما ذكره بغضى إلى
 أن لا يكون صحتها إذناً في حق الأب أيضاً لأنهم جعلوا وجوده كدمه فيكون إذا ردأ على النبي صلى الله
 عليه وسلم بالكلية والطراحا للأخبار الصريحة الجلية وخرقا لاجماع الأمة

(فصل) فإن أذنت بالنطق فهو البلغ وأتم، وإن ضحكت أو بكيت فهو بمنزلة سكوتها، وقال أبو يوسف
 ومحمدان بكيت فليس بأذن لأنه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث .
 ولنا ما روى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تستأمر

واليمين يتفانيان لاستحالة كون الشخص مالكا لملكه ولأن المرأة تقول أنفق علي لاتي امرأتك وأنا أسافر بك لانك عبيد ويقول هو أنفتي علي لاتي عبدك وأنا أسافر بك لانك امرأتي فيتفاني ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينسخ النكاح لانه أضعف ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فان كانا دينين من جنس تقاصا ونساقطا وإن كانا متساويين وإن تقاضلا سقط الاقل منها بثله وبقي الفاضل ، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه . وقال الشافعي في أحد قولي به يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو ألتف لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في إسقاطه

وذكر القاضي فيه وجهاً أنه يسقط لأن ثبوت الدين في ذمة السيد تبع ثبوته في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذي على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ، ولانه ثبت في الدينين جميعاً احدهما تبعاً للآخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لان زوال الملك إنما هو بنقل البائع فانسخ اذا من جهته فلم يسقط جميع المهر كالحلم (والثاني) يسقط لان النسخ إنما تم بشراء المرأة فأشبهه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لاعتساره وشراء الرجل لامرأته

(فصل) فان ابتاعته بصدقتها صح نص عليه أحمد وذكره ابو بكر والقاضي وبرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصه أو بجميعة إن قلنا يسقط جميعة ، ويجوز أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعي

القيمة فان بكت أو سكنت فهو رضاها وان أبت فلا جواز عليها ، ولانها غير ناطقة بالامتاع مع سماعها للاستئذان فكان أذنا منها كالصوت والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت فانها لا تستحي من الامتاع والحديث يدل بصراحة على أن السمعت اذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ولذلك اتنا الضحك مقامه

﴿مسئلة﴾ (ولا فرق بين الثبوتية بوطء مباح او محرم)

وجلته ان الثيب المتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء مباحا او محرما وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وابو حنيفة في المصابة بالفجور حكها حكم البكر في لذنها وتزوجها لان علة الاكتفاء بصات البكر الحياء من الشيء ولا يزول الا بمباشرة وهذه لم تبشر الاذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولنا قوله عليه السلام «البكر تمر ب عن نفسها» ولان قوله عليه السلام «لا تنكح الأيم حتى تستأمر

لان ثبوته يقتضي نفيه فان صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عرض ولا يصح بغير عرض ولنا انه يجوز أن يكون مما لغير هذا العبد فجواز أن يكون مما له كغيره من الديون وما سقط منه يرجع عليه به .

(مسألة) قال (فاذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)

وجملة ذلك أنه ان كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أريد فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وبه قال عطاء، ومالك ما لم يدخل بها الثاني فإن دخل بها الثاني صار أولى أقول صرح إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني ولان الثاني اتصل بعقد القرض فكان أحق

ولنا ما روى حمزة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال « أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول » أخرج حديث حمزة ابوداود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة . وروي نحو ذلك عن علي وشرح ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم أن لها زوجاً ، ولانه نكاح باطل لو عرى عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة والمرئد وكالو علم ، فأما حديث صرح رضي الله عنه لم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي ﷺ وما ذكروه من النبض لامتني له فان النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقالس عليه ثم يبطل بسائر الانكحة الفاسدة

ولا تنكح البكر حتى تستأذن واذها ان نسكت ، يدل على انه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذناً لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب الموطوءة في القبل وهذه كذلك ولانه لو وصى ثيب النساء دخلت في الوصية ولو وصى للابكار لم تدخل ولو شرطها في التزويج أو الشراء فوجدتها مصابة بالزنا ملك التسخ، ولانها موطوءة في القبل اشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء لا يصح فانه امر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يقتضي إلى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه، ولا فرق بين المكره والمطوعة، وعلى هذا ليس لايها إخبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان قولهم انها لم تبانتر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة وبملك بين والمزوجة وهي صغيرة .

(مسألة) (فأما زوال البكارة بأصبع أو وثبة فلا يغير صفة الاذن)

(فصل) إذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة وبنهم والاعمام وبنهم فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم لأن النبي ﷺ لما تقدم إليه بحبسة وحبوسة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الأكبر قدم الأكبر فتكلم حبوسة ، وإن تشاحوا ولم يقدموا الأكبر أفرح بينهم لأن حكمهم استوى في القرابة وقد كان النبي ﷺ إذا أراد السفر أفرح بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هنا ، فإن بدر واحد منهم فزوجه كفؤاً بإذن المرأة صح وإن كان هو الأصغر المفضل الذي وقعت القرعة لغيره لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بإذن موليته فصح كما لو انفرد وأما القرعة لازمة المشاحة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبرها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بمد آخر وقت وطئها الثاني)

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فأنما تدفع إلى الأول ولا شيء على الثاني لأن عقده عقد فاسد لا يوجب شيئاً ، وإن وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد إلى الأول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل ، نص عليه أحمد وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر وقال أحمد رحمه الله لها صدق بالمسيس وصدق من هذا ولا يرد الصدق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت إليه وذلك لأن الصدق في قبالة الاستمتاع بها فصحان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ، ولا يحتاج هذا النكاح الثاني إلى فسخ لأنه

إذا ذهبت بكاريتها بغير الوطء كالوثبة أو شدة حيضة أو أصبح أو عود فحكها حكم الأبكار ذكره ابن حامد لأنها لم يجر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فاشبهت من لم تزل عذرتها وكذلك لو وطئت في الدبر لأنها غير موطوءة في القبل .

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء وقال زفر في النيب كقول الجماعة وفي البكر القول قول الزوج لأن الأصل السكوت والكلام حادث والزوج يدعى الأصل والقول قوله .

ولنا أنها منكرة للأذن والقول قول المنكر ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصحت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله ، وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي قول الزوج لأن الحكمين من الوطء دليل على الأذن وصحة البكارة فكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فانكرته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فإن نكحت فقال أبو يوسف ومحمد ثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح .

باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لا حكم له ،
ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر ان الواجب المسمى ، قال القاضي هو
قياس المذهب والاول اصح لما قلناه والله اعلم

(مسئلة) قال (فان جبل الاول منها فسخ النكاحان)

وجه ذلك انه اذا جبل الاول منها فلا فرق بين ان لا يعلم كيفية وقوعها او يعلم ان احدهما قبل
الآخر لا يبينه او يعلم بينه ثم يشك فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا
نص عليه احمد في رواية الجماعة ثم تزوج من شات منهما او من غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك
وعن أحمد رواية أخرى انه يفرق بينهما فن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يحدد انفارح
نكاحه ، فان كانت زوجته لم بضره تجرد النكاح شيئا وان كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه
وصارت زوجة هذا بعقد اثنائي لان القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند الفسار كالمسافر باحدى نسائه
والبداءة بالميت عند إحداهن وتعيين الانصاء في القسمة

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقا فان أبا فرق بينهما ،
وهذا قريب من قولنا الاول لانه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال
القاضي وابن المنذر : النكاح مفسوخ لانه تعذر أمضاؤه ، وهذا لا يصح فان العقد الصحيح لا يطل
بجرد إشكاله كالمختلف المتباينان في قدر الثمن فان العقد لا يزول إلا بفسخه كذا هنا . وقد

ولنا أنه اختلاف في زوجته فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل الزوج فأنكرته ، فان
كانت المرأة ادعت أنها اذنت وأنكرته ورتة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر يختص بها
صادر من جنبها فكان القول قولها فيه كما لو اختلفوا في بنتها فيما تعتبر فيه بينها ولانها تدعي صحة العقد
وهم يدعون فسادا فالظاهر معها

(فصل) في المحجور عليه لسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصلحه وهذا من مصالحه
لانه يصون به دينه وخرضه ونفسه . فانه ربما تعرض بترك الزوج للأنثى بالزنا
الموجب الحد وهناك المرض ، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله وسواء كانت حاجته الى
الاستمتاع أو الى الخدمة فيزوج امرأه لتحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم
يجز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوق من المهر والنفقة والعشرة والميت والسكنى فيكون نصيباً ماله
ونفسه في غير فائدة فلم يجز كبتذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه فان زوجه بغير اذنه
فقال أصحابنا بصح لانه عقد معاوضة فللك الولي في حق الولي عليه كالمبيع ولانه محجور عليه أشبه

روي عن شرح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سلمان أنها تخبر فأبها اختارته فهو زوجها وهذا غير صحيح فإن أحدهما ليس بزواج لها فلم تخبر بينهما كما لو لم يعتقد إلا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأة في النساء أو على المرأة زوجها، إلا أن يريدوا بقولهم أنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينها جميعا وبفسخ أحد النكاحين عن فسخها، فإن أتت أن تختار لم تخبر وكذلك ينبغي أنه إذا أقرع بينهما فوعدت القرعة لأحدهما لم تخبر على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فيتبين إذا فسخ النكاحين ولما أن تزوج من شات منهما أو من غيرها في الحال أن كان قبل الدخول وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عندها من وطئه

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما اتى السابق بألقد ولا بينة لهما لم يقبل قولهما، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء ولنا أن الخصم في ذلك هو الزوج الأخير فلم يقبل إقرارها في إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول، فإن فرق بينها وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لانهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبهه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العتدين وقعا معا لم يسبق أحدهما الآخر فهما بإطلاق لا حاجة إلى فسخهما

الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضراء فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع قوات النكاح ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فإذا أُجبر على من يكرها لم يحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولها ولا يشتر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد (الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف وكذلك يملك الطلاق والحلم فجاز أن يفوض إليه ذلك وهو مخير بين أن يعين له امرأة أو يأذن له مطلقاً وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التعيين له لئلا يتزوج شريفة بكثرة مهرها ونفقها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للسبد وبهذا يبطل ما ذكره، ولا يتزوج إلا بمهر المتل فإن زاد على مهر المتل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله وهو لا يملكها وإن نقص عن مهر المتل جاز لأنه تزوج من غير خسران (الحال الثالث) إذا تزوج بغير إذن فقال أبو بكر يصح النكاح

لأنهما باعلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منها ولا يرثها واحد منهما كذلك وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروى عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالها ، وقال أبو بكر لا مهر لها لأنها مجبران على الطلاق فلم يلزمها مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عتته ، وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فوقف الأمر حتى يصطلحا عليه ويحتمل أن يفرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث ، وإن ماتت لزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له ، فإن كان قداد في ذلك أيضا دفع اليها ربع ميراثه ، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فإن نكحوا قضى عليهم ، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منها وبمرا ، واحتمل أن يفرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيهن زوج يفرع بينهما فأيتهن أصابها القرعة فهي زوجته ، وإن مات الزوج فهي التي ترثه والله أعلم

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقتلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لا قراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه ، وإن ماتت المقر له دون صاحبه كذلك ، وإن ماتت هي قبلها احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم يقبله في نفسها ، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة

أوماً إليه أحد قال القاضي يعني إذا كان محتاجاً فإن عدت الحاجة لم يجوز لأنه اتلاف ماله في غير فائدة وقال أصحاب الشافعي أن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذنه كالمبدوان طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه فقيه وجهاً

ولنا أنه إذا احتاج إلى النكاح لحقه متعين فيه فصح استيقاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فأما أن تزوج من غير حاجة لم يصح وإن وطئ ، فعليه مهر المثل للزوجة لأنه أتلف بعضها بشبهة فلزمت عوض ما أتلف كاتلاف مالها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الثالث الولي فلا نكاح إلا بولي)

فإن زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها فإن فعلت لم يصح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العمري وأسحاق وأبو عبيد، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن قضت كان موقوفاً على إجازته وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لأن الله تعالى قال (ولا تتحلون أن يكنن أزواجين) أضاف

كل واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع يدها وكان لها يرث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها فان كان هو المقر له او كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وإن كانت مقررة للأخر فهي تدعي مهر انثى وهو يقر لها بالمسمى او اصطلاحا فلا كلام وان كان مهر انثى أكثر حلف على الزائد وسقط فان كان المسمى أكثر فهو مقر لها بلزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم (فصل) وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان والصحيح أنه مقبول لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل اقرارها لو أقرت أن وليها باع أمها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل انكاره لان الحق على غيره وقد أقر به وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم بلغت الى انكارهما لان الشهادة إنما يحتاج اليها مع الانكار ويحتمل أن لا يتقبل اقرارها مع انكار ايها لان تزويجها اليه دونها فان ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وان مات قبلها فاعتبرت بما قال ورثته اسكول الاقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونها فمات قبل أن يصدقها لم يرثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا .

(مسئلة) قال (واذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل)

اجم أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير اذن سيده فان نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم

النكاح اليهن ونهى عن منعهن ولانه خالص حقا وهي من أهل المباشرة فصح منها كيم أمها ولأنها إذا ملكت بيع أمها وهو تصرف في رتبها وسائر مناقبها فني النكاح الذي هو عقد على بعض نفعها أولى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح الا بولي » رويته عائشة وأبو موسى وابن عباس قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح وروي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فله المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره قال ابن جريح سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم ينقل هذا عن ابن جريح غير ابن عليه كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو لم يثبت هذا لم يكن فيه حجة لانه قد نقله ثقات عنه فلو نسب الزهري لم يضره لان النسيان لم يصم منه انسان قال النبي صلى الله عليه وسلم « نسي آدم فنسيت ذريته » ولأنها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة فأما (المغني والشرح الكبير) (٥٢) (الجزء السابع)

جميعاً ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ما قلنا إرشاد الله فأنهم اختلفوا في صحته فمن أحد في ذلك روايتان أظهرهما أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح وهو مذهب الشافعي وعن أحد أنه موقوف على اجازة السيد فان اجازته جاز وان رده بطل وهو قول أصحاب الرأي لأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » رواه الاثرم وابن ماجه ، وروى الحلال باسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو زان » قال حنبل ذكرت هذا الحديث لابن عبد الله قال هذا حديث منكر ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه بن قوله ولأنه نكاح قد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

(مسئلة) قال (فان دخل بها فملى سيده خمسا المهر كما قال عثمان رضي الله عنه الا أن يجارز الحسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسله)

في هذه المسئلة خمسة فصول . (الاول) في وجوب المهر وله حالان (أحدهما) أن لا يدخل بها فلا مهر لها لأنه عقد باطل فلا توجب به جرده شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لا توجب به جردها شيئاً (الحال الثاني) أن يعيدها فاصحیح من المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده وهذا يمكن عمله على ما قبل المدخول فيكون

الآية فان تضاعف الاستناع من زواجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وهذا يدل على أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين استنع من الزوج فدهاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه اليها لأنها تحمل له إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز لها تزويج

(مسئلة) (وعن أحد أن لها تزويج أمها ومنقنها)

وهذا يدل على أنه يصح اعتبارها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وغيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن ويذهب أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لان قول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » يدل بمفهومه على صحته باذنه ولأنها إنما تمت الاستقلال بالنكاح لفصور عقلها فلا يؤمن اتخاذاها ووقوعه منها على وجه المقسدة وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها والمذهب الاول لم يعم قوله « لا نكاح الا بولي » وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص هنا خرج مخرج القالب فان القالب أنها لا تزوج نفسها الا بغير اذن وليها والعملة في منعها صياتها عن مباشرة ما يشمر بوقاحتها وروعيتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة

موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومته في عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير اذنه جلدته الحد وقال للمرأة انك أصبحت فرجك وأبطل صدافها ووجهه أنه وطئ امرأة مطارعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطارعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا عاقلين بالتحريم فالما ان جهات المرأة ذلك فلها المهر لانه لا يتقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تنتفع به بدالعق وهو قول الشافعي الجديد لان هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام « ايمان المرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان أصابها فلها المهر بما استحلت من فرجها » وهذا قد استحلت فرجها فيكون مهرها عليه ولانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كما في الانكحة الفاسدة

(الفصل الثاني) أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الا يفديه السيد ، وقد ذكرنا احتمالاً آخر أنه يتعلق بذمة العبد والاول أظهر الا أن الوطء أجري مجرى الجنابة الموجبة للضمان بغير اذن المولى وتعلقت وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم يجز مجراها ما وجب شيء لانه يرضى المستحق وانما علم (الفصل الثالث) أن الواجب من المهر خمسة وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وحمل به أبو موسى ، وعن احمد أنها ان علمت أنه عبد فلها خمسا المهر واذا لم تعلم فلها المهر في رقية العبد وعنه أن الواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكاله كالوطء في النكاح بلا ريب وفي سائر الانكحة الفاسدة ووجه الاول ما روى الامام احمد بإسناده عن حلاس

(فصل) فان حكم بصحة هذا المقدم حكم أو كان المتولي لبقده حاكماً لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة وخرج القاضي وجهاً في هذا خاصة أنه ينقض وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصاً والاول أولى لأنها مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم به كما لو حكم بالشفعة للعجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد طارسته ظواهر

﴿مسئلة﴾ (وأحق الناس نكاح المرأة الحرة أبوها)

أما قيد المرأة بالحرة لان الامة لا ولاية لايها عليها بغير خلاف علمناه وأولى الناس بتزوجها أبوها لأنه لا ولاية لاحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة وقال مالك والشعبي وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهي رواية عن أبي حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى تصحيحاً لانه يسقط تصويب جده

ولنا أن الولد موهوب لايه قال الله تعالى (ووهبنا له بحمى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لايك » وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولان الاب

ان غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيجان التبيسي، فمهر بإذن أبي موسى فكتب في ذلك إلى عثمان فكتب إليه عثمان ان فرق بينهما وخذ لها الحسين من صداقها وكان صداقها خمسة ابعرة ولان المهر أحد موجبي الوطء، فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالمجد فيه أو أحد العرضين في النكاح فينقص العبد كهدد المنكوحات (الفصل الرابع) أنه يجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان رضي الله عنه وظاهره أنه أوجب خمسي المسمى ولهذا قال وكان صداقها خمسة ابعرة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولا وجب القيمة وهي الأمان دون الأبعرة وبمحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جنابة فمكان المرجع فيه الى قيمة المثل كسائر أرواش الجنابات وقيمة المثل مهر المثل (الفصل الخامس) أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء، فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه ارض الجنابة فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وندائه الى السيد، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضوع باين من هذا.

(فصل) اذا أذن السيد لعبد في تزويجه بعبية، أو من بلد معين، أو من جنس معين، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحا فاسدا فنكاحه لانه غير مأذون له فيه وان أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسدا احتمال أن يكون كذلك لان الأذن في النكاح لا يتناول الفاسد، واحتمل أن يتناوله اذنه لان اللفظ بطلاقه يتناوله، وان أذن له في نكاح فاسد وحصصت الاصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لانه باذنه والله أعلم.

أكل نظراً وأشد شفقة فوجب تقدمه في الولاية كتقدمه على الجد ولان الاب يقوم على ولده في صرفه وسفوه وجنونه فبإيه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن ولذلك احتص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ولان الولاية احتكام واحكام الاصل على فرعه أولى من المكس وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث المصبي والجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿مسئلة﴾ (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أبا الاب وإن علت درجته أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم وعن احمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد لان الجد يدلي بابوة الاب والاخ يدلي بالبنوة والبنوة مقدمة وعنه رواية رابعة ان الاخ والجد سواء لاستوائهما في الميراث بالتصيب واستوائهما في القرابة بوجوب استوائهما في الولاية كالاخوين ولانها عصبتان لا يسقط أحدهما الآخر فاستويا

« مسألة » قال واذا تزوج الامة على أنها حرة فأصابتها وولدت منه فالولد حر وعليه ان يغديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الاماء ، وان كان ممن يجوز له أن ينكح فرضى بالمقام فالولدت بعد الرضي فهو رقيق (في هذه المسئلة فصول ستة (أحدها) أن النكاح لا يفسد بالفرور، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قولييه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبهه ما لو قال يمتك هذا الفرس فاذا هو حمار . ولنا أن الموقوف عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمه في صحته كما لو قال زوجتك هذه البيضاء فاذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فاذا هي شوهاء . وكذا يقول في الاصل الذي ذكره ان التمرد الذي ذكره صحيح لان الموقوف عليه العين المشار اليها وان سلفناه فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم فانت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار وهما مختلفتان في الصفات . و (الثاني) أن البيع يؤثر فيه قوات الصفات بدليل أنه يرد بقوات أي شيء . كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه . (الفصل الثاني) ان أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حريتها فكان أولاده أحرار لاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى أمة يعتقد انها ملكا لبانها فبانت مفسورة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) أن علي الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحد رواة أخرى ليس

في الولاية كالاخرين

ولنا ان الجد له ايلاد وتمصيب فبقدم عليها كالأب ولان الابن والاخ يقادان بها والاخ يقطع بسرقه ما لها بخلاف الجد والجد لا يسقط في الميراث الا بالأب والاخ يسقط به وبالأبن وابنه، واذا خاق المال وفي المسئلة جد واخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليها كالأب وكتقدمه على النعم وسائر النسب اذا ثبت هذا فالجد وان علا اولى من جميع النسب غير الأب واولى الاجداد اقربهم كالجد مع الأب

﴿ مسألة ﴾ (ثم ابنتها ثم ابنته وإن سفل متى عدم الأب وأبأوه)

واولى الناس بزواج المرأة ابنتها ثم ابنته بعده وإن تزوجت درجة الاقرب فالاقرب منهم وبه قال اصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للأبن إلا ان يكون ابن عم او مولى أو حاكما كقولي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها ولا يلي نكاحها لحالها ولان طبعه يفر من تزويجها فلا ينظر لها ولنا ما روت أم سلمة انها لما انتقضت عدتها ارسل اليها رسول الله ﷺ بخطبها فقالت يا رسول الله ليس احد من أوليائي شاهد أقال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب بكره » ذلك فقالت قم يا عمر تزوج

عليه فداؤهم لان الولد يتقد حر الاصل فلم يضمه لسيد الامة لانه لم يملكه وعنه انه يقال له اند
 اولادك والافهم يتبعون اهم فظاهر هذا انه خيره بين فدايتهم وبين تركهم رقيقا لانهم رقيق بحكم
 الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقتها . وقال الخلال اتفق عن ابي عبد الله انه يندى
 وقده وقال اسحاق عنه في موضع ان الولد له وليس عليه ان يندبهم واحسبه قولاً اول لابي عبد الله
 والصحيح ان عليه فداءهم لفضاء الصحابة به ولانه عند الامة المملوكة فسيبه ان يكون مملوكا للملكها
 وقد فوت رقه باعتماد الحرية فلزمه ضمهاهم كما لو فوق رقيم بنعله وفي فدايتهم ثلاث مسائل

(الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم
 وهو قول الشافعي وقال ابو ثور والثوري واصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم بدم الخصومة لانه انما
 يضمهم بالدم ولم يضمهم الا حال الخصومة

ولنا انه محكوم بجرمته عند الوضع فوجب ان يضمه لانه قات رقه من حينئذ ولان القيمة التي
 تزيد بعد الوضع لم تكن عملة لماك الامة فلم يضمها كما بعد الخصومة فان قبل فقد كان محكوماً بجرمته
 وهو حين قلنا الا انه لم يكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمها في اول حال
 يمكن تضمينه وهو حال الوضع

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء . رفيها ثلاث روايات احدها من يديه وهم وهو قول اكثر الفقهاء
 لقول النبي ﷺ من اعتق شقياً من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولان الحيوان من المنقومات
 لامن ذوات الامثال فيجب ضمها بقيمتها كولو اتافه

فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائي قال الاثرم قلت لابي عبد الله فحدث عمر بن ابي سلمة
 حين زوج النبي ﷺ أمه أم سلمة اليس كان صغيراً قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان عدل من
 عصبها فيبيت له ولاية تزويجها كأخها وقولهم ليس بمناسب لها ممنوع وان سلم فهو يبطل بالحاكم والمولى
 قولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما اذا كان ابن عم
 أو مولى أو حاكماً اذا ثبت هذا فانه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايتيه
 لانه أقوى منه نصباً وقد استويا في عدم الابلاء

﴿ مسألة ﴾ (ثم أخوها لايها)

لاخلاف في تقديم الاخ بدعمودي النسب لكونه أقرب العصبات بدعم فان ابن الاب اقوام
 تنصيباً واحقهم بالميراث واختلفت الرواية عن أحد في الاخ للاب اذا اجتمعا فنه انهما سواء اختارها
 الحرفي وبه قال ابو ثور والشافعي في التقديم لانها استويا في الادلاء بالجملة التي تستفادها المصوبة وهي
 جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنا رجح في الميراث جهة الام ولامدخل لها في الولاية
 لم يرجح بها كالميراث أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم (والرواية الثانية) الاخ من

(والثانية) بعضهم بثلمهم عبداً قد ذكره بذكر والاثني بأشئ لما روى سعيد بن المسيب قال أتت جارية لرجل من العرب وأتته إلى بعض العرب فزوجه رجل من بني عذرة ثم إن سبها دب فاستاقها واستاق ولداً ما فاختصموا إلى هر رضي الله عنه ففضى للعدري بغداء ولده بفرقة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجمارية وكان هر يقوم للفرقة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المفروق حر فلا يضمن قيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى ثلمهم في الصفات تقريباً لان الميوان ليس من ذوات الالئال ويحتمل أن يجب مثلهم في التهمة وهو قول أبي بكر

(الثالثة) هو مخبرين فدائهم بثلمهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية لليموني إما القيمة أو رأس رأس لانها جميعاً يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الاسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المنع الغدية غرة بفرقة بقدرا القيمة أو القيمة وأبها أعلى أجزاء ووجه ذلك أنه تردد بين الجتين التي يضمن بفرقة وبين الحاقه بغيره من المضمونات فاتفقوا التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم وهو من ولد حيا لركت بعيش أئد سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبنى على وقت الضمان وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لركت لا بعيش في شئ وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لانه لا قيمة له :

الابوين أولى اختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وهو الصحيح لإنشاء الله تعالى لانه حق يستفاد بالتصيب فيقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ للابوين فيه وبهذا يبطل ما ذكر في الرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنينهم واما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فهما سواء لانها استويان في التصيب والارث به وقال القاضي فيهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من الابوين وابن عم من أب لانه يرجع من جهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث بها منفرداً لم يرجع به وكذلك لم يرجع به في الميراث بالولاء ولا في غيره فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين

(مسئلة) (وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخوة وبين الاخ للابوين والاخ للاب وقد ذكرناه)

(مسئلة) (ثم بنوا الاخوة ولمن سفلوا ثم العم ثم ابنته ثم الاقرب فالاقرب من العصبان

على ترتيب الميراث)

(الفصل الرابع) في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولاً فان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وقد نكحها نكاحاً صحيحاً فلها المسمى وان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ تعذر من جهتها فهي كالعقوبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز له نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على زوايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الخامس) أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الاولاد وهذا اختاره الحنفى ورواية من أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافى في القديم والرواية الاخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافى في الجديد لانه واجب عليه في مقابلة نعم وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كالأشترى مضمواً فأكله بخلاف قيمة الولد فانما لم تحصل في مقابلة عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الوالد لا لانه لا ييه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كآني هبته وكآني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الرطء كما ضمن له سلامة الوالد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع بأجرة الخدمة اذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينها فرقا وقال اذا ثبت هذا فان كان الغرور من السيد فقال هي حرة عقت وإن كان بالنظر غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ، وإن كان

وجهة ذلك أن الولاية بعد الاخوة ترتب على ترتيب الميراث بالتصويب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية وبعد الاخوة بنوم وان سفلوا ثم بنوا التجد وهم أعمام الاب ثم بنوم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوم وعلى هذا لا يبي بنو أب أعلي من بنى أب أقرب منه وان نزلت درجاتهم وأولى ولد كل أب أقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك مشعر بمنظنه وهي القرابة فأقربهم اشقهم ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والحال وعم الام وأبي الام ونحوهم نص عليه الامام أحمد في مواضع وهو قول الشافى وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة والثانية ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلى لانه يرثها فولياً كما مصابها

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه اذا بلغ النساء نص الحفائق فالعصبة أولى يعني إذا أدركن وراه أبو عبيد في الترتيب ولانه ليس من عصباتها اشبه الاجنبي

(مسئلة) (ثم المولى المنعم من بعده الاقرب فالاقرب)

ثم السلطان اذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فولياً مولياً بزوجها ولا نعلم خلافاً في ان العصبة

الغرور من وكيله رجع عليه في الحال ، وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتمخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يبيع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الخرقى أنه يتعلق بذمته لانه قال في الامة اذا خالمت زوجها بغير إذن سيدها يتيمها : اذا عتقت كذا ههنا ويتيمها بجميعه

وظاهر كلام أحمد أن الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جادت الامة فقالت اني حرة فوات أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاهما قال فكذلك ولده على الاب لانه لم يفره أحد ، وأما اذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالنساء على من غره . يروى هذا عن علي و ابراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي ، وإن قلنا يتعلق برقبتهما فالسيد مخير بين فدائها بتميمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فإن اختار فدائها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في أن نوجهه عليه ثم نرده اليه ، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ماوجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب الرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً لامتد فيقول زوجته كما على أنها حرة فان لم تكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال لان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستنصروا والظاهر أن المقدر لم يقع هكذا ولم يجر العادة به في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة تادرة لم تنقل ولان الغرور قد يكون من المرأة ولا انظر لها في المقدر ولانه متى أخبره بجميتها أو أوجه ذلك بقرائن تطلب على غلظ حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صدق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استنصر بناء على قول المخبر له وانما يوجب إزالة الضرر

المناسبة أولى منه وذلك لانه عصبه مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فكذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصبته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصبته من يده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المتفق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى بالتعصيب وإنما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أب المتفق فيرجع فيه الى الاصل ثم السلطان لانهم خلافا بين أهل العلم في أن السلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضايمهم وبه يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والاصل فيه قول النبي ﷺ « قال السلطان ولي من لا ولي له » وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة ان النجاشي تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ولان للسلطان ولاية عامة بدليل انه يولي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالأب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك واختافت الرواية عن أحمد في

عنه باثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كان الفرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الفرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منها نصفه والله أعلم

(الفصل السادس) أن الزوج إن كان ممن يجرم عليه نكاح الاماء وهو ممن يحدد الطول أو لا يحدى العنت فإنه يفرق بينها لانا بيننا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا، وإن كان ممن يجرز له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فاعتقد صحيح والزوج الحيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الحرفي ترضي بالمقام معها وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لا خيار له لان الكفاة غير معتبرة في جانب المرأة لانه يملك الطلاق

والا انه قد عرفه أحد الزوجين بجرية الآخر فثبت له الخيار كالاخر فان الكفاة وإن لم تعتبر فان عليه ضررا في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاة، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها، وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقيم في الفرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم، ولو وطئها قبل علمه فعلقته منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها باعتقاد حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعنة بصفة كالامة اتقن لانها ناقصة بالرق إلا أن وفد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من اعتق بغيرها إلا أنه اذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ماقيه من الرق لان قيمته حر بجرية أمه لا باعتقاد الولي. فان كانت مكاتبه فكذلك إلا أن

والي البلد فقال في موضع بزواج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض قال بزواج اذا احتاط لها في المهر والسكف أرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلم على القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الادب والجنابة وقال ما للوالي وذا ما هو الي القاضي وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن في موضعه ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها (نصل) إذا استولى أهل النبي على بلد جرى حكم سلطانهم بقاضيه في ذلك مجرى الامام وقاضيه

لانه أجري مجراه في قبض الصدقات في الجزية والخراج فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا بزواج حتى يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبهه الاجنبي وقال في رواية حرب في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجه هو وهو قول اسحاق وروي عن ابن سيرين أنه

مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها ونجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال ابو بكر ويكون ذلك لها تستمين به في كتابتها ، فان كان الفرور منها فلا شيء لها إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الفرور عن غيرها غرمه لها ويرجع به على من غرمه

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فان قام بفلك بينة ثبت ، وان أقرت أنها أمة فقال احمد في رواية أبي الخارث لا يستحقها باقرارها وذلك لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل لا شيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والاولى أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لانها أقرت بما يتعلق به حتى اتفق تعالى

(فصل) اذا حملت الفرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لان هذا الجنين محكوم بحريته وبرئها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد لسبب لانه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لان الواطئ فوت ذلك عليه بامتناع الحرية ولولاه لوجب له ذلك

(فصل) اذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح وهذا قول أبي حنيفة وأحمد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا اذا كانت شروط النكاح وكان ذلك باذن سيده ، وأن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو ان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح والمرأة الحيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت امضاء فلا وليا لها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة ، وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الحيار أيضاً لانه لما ثبت

لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان وعن الحسن أنه كان لا يرى بأساً في أن يزوجها نفسه وذلك لما روى أبو داود بإسناده عن نعيم الداري أنه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم تلى يد الرجل من المسلمين؟ قال «هو أولى الناس بحياء وعماته» الآن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية ابن عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من اهل الحفظ والاتقان .

(فصل) وإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان من أحد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بذاتها فانه قال في دهقان قرية يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفء والاهل إذا لم يكن في الرستاق فاض قال ابن عقيل أحد قوم من اصحابنا من هذه الرواية إن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي نصوص أحمد تمنع من ذلك قال شيخنا والصحيح أن هذا من القول حال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق فاض ، وجهه أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجوز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها وروي عنه أنه لا يجوز النكاح الا بولي لعموم الاخبار فيه

الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبت للامة اذا غرت جيد وكل موضع حكنا به ساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل او المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وان تكن بعده فلها المسمى لانه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق

(فصل) فان غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك محلاً بالكفاة وقتنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلا ولياتها الاعتراض عليها وان لم يخل بالكفاة فلا خيارها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبهه ما لو شرطه فقها فبان بخلافه وكذلك إن شرطت غير الذب فان كان مما يعتبر في الكفاة فهو كما لو تبين أنه غير مكافي لها في النسب ، وان لم يعتبر في الكفاة كالفقه والجمال وأشبه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه ، وذ كر فيها اذا بان نسبه دون ما ذكر وجه في ثبوت الخيار لها ان لم يخل بالكفاة والاولى ما ذكرناه والله أعلم

(مسئلة) قال (واذا كان المرور عبداً فولده احرار ويفديهم اذا عتق ويرجع به

على من غره)

وجهة ذلك أن المرور اذا كان عبداً فولده احرار ، وقال ابو حنيفة يكون رقيقاً لان أبو بكر يرقى وليس ذلك بصحيح فانه وطأها معتقداً حرينها فكان ولده حراً كولد الحر فان هذا هو العلة المتقدمة

(مسئلة) (وولي الامة سيدها إذا كان من اهل ولاية التزويج) لانهم فيه خلافاً لانه مالكا

وله التصرف في رقيتها بالبيع ففي التزويج أولى ولا يزوجه الا باذنها

(مسئلة) (فان كانت لامرأة فوليتها ولي سيدها وقد ذكرنا ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يبي نكاحها وولي سيدها قال القاضي هذا هو الصحيح اختاره الحنفي وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتدت في حقها لقصورها ثبتت لا ولياتها كولاية نفسها ولانهم يلونها لوعتقت ففي حال رقيها أولى فان كانت سيدها رشيدة لم يجز تزويج أمها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير اذنه وبغير نطقها بذلك وان كانت بكراً لان صانها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحياتها ولا تستحي من تزويج غيرها وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية فوليها ولاية على مالها فله تزويج أمها ان كان الحظ في تزويجها والا لم يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال به من الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة وأعمال الحظر مرجوح بما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصياتها عن الزنا الموجب للحد في حقها ونقص قيمتها

الحرية في محل الرفاق واولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رقي الولد رقي الام خاصة ولا عبارة بحال الاب بدليل ولد الحر من الامة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤم لانه فوت رقبته باعتقاده وفضله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان

[أحدهما] يتعلق برقبته بمنزلة جنائته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الامة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجنابة لانه إذا استدان أنف مال القرم فكان جنابة منه وهما لم يكن في الاولاد جنابة وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجم به حين يفرمه فانه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتتبع في الحال، وان قلنا ان الذم يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجم به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار إذا علم كما ثبت للحر لمن يحمل له نكاح الامة لان عليه ضرراً في رقي ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تبين معه ايلاً ونهاراً ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه فقد صفة لا يتقص بها عن رتبته فأشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانة بخلافه لأنها مساوية لنسبه بخلاف تقرير الحر

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولاً واحداً . وقال بعضهم فيه قولان والاولى ما ذكرناه . وإذا اختار الامة فالهر واجب لا يرجع به على أحد ، وان اختار الفسخ قبل الدخول فلاهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالهر واجب عليه وفي الرجوع بخلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان [أحدهما] مهر المثل (والثاني) الحسنان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين

(فصل) فان شرط انها مسلمة فبانة كافرة فه الخيار لانه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبهه مالو شرطها حرة فبانة أمة

والمرجوح كالمردوم فان كان وليها في مالها غير ولي تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لانه المتصرف في المال وهي مال وروي عن احمد رواية ثانية أن المرأة أن تولي أمر أمتها رجلاً تزويجها نفلها عن احمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثة فلذلك التوكيل كالرجل والمرضى والغائب ونقل عن احمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدها يزويجها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل أنه ذهب إليه وهو قول امي حنيفة لانها ملككم وولايتهما تامة عليها فلذلك تزويجها كالسيد ولانها تملك معها وأجارها فلذلك تزويجها كسيدها ولان الولاية انما تثبت على المرأة لتحميل الكفاة صيانة لحظ الاولياء في محصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاة وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن احمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب الي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة

(فصل) فان شرطها بكرا فبانت ثيبا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لاخبار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى غمانية عيوب فلا يرد منه بخالفة الشرط والثاني) له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فثبت له الخيار كما لو شرط الحرية وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسنا فبانت شوها، خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي

وقال أبو ثور: القياس ان له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فلا اجماع أولى من النظر قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مخالفته، ومن أزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي. وروى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجد لها عذرا. كانت الحبيضة خرقت عذرتها فأرسلت إليه عائشة ان الحبيضة تذهب العذرة بقينا. وعن الحسن والشعبي وأبراهيم في الرجل اذا لم يجد امرأة عذراء ليس عليه شيء العذرة نذهبها الوثبة وكثرة الحبيض والتبش والحلل الثقيل والله أعلم

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبدا تظنه حرا فاهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا فلها الخيار، وقال الشافعي في الامة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار، وقال بعضهم فيها جميعا قولان ولنا أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر في رقبته ولده ويمنع كل استنساخه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة (فصل) وان شرطها أمة فبانت حرة أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينية فبانت خيرا من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له في ذلك لانه زيادة، وقال أبو بكر له الخيار إذا بان مسلمة لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العيادات والاول أولى

زوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك تزويج نفسها فغيرها أولى.

(فصل) ويزوج عتيقتها من بزوج أمها ذكره الحرقى وفيها روايتان (أحدهما) لمولاتها أن توكل رجلا في تزويجها لانها عصبتها وترها فاشبهت المعتق (والثانية) بزوجها ولي سيدتها وهي أصح لان هذه ولاية لنكاح والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون الى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتمصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تذر على المعتق تزويج عتيقته، وقد ذكرنا أنه اذا انقضت العصبية من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباه الاقرب فالاقرب كذا ههنا الا ان الظاهر من كلام الحرقى ههنا تقديم أبي المعتقة على ابنها لانه أولى بتزويجها وقد يزوج معتقتها من بزوج أمها ويزوج أمها من بزوجها، وقد ذكرنا ان ابن المعتقة أولى بتزويج عتيقتها من أبيها ويصبر في ولايتها شرطان (أحدهما) عدم العصبية من النسب لان المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) اذن المروجة

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه وان فسخ بعده وكان التفرير ممن له المهر فلا شيء عليه أيضا ، وان كان من غيره فعليه المهر بدفعه ثم يرجع به على الغار فان كان التفرير من أوليائها رجع عليهم وان علم بعضهم احتمال أن يرجع عليه وحده لانه الغار واحتمل أن يرجع على جميعهم لان حقوق الأدميين في العمد والسهو سواء .

(مسئلة) قال (واذا قال قد جملت عتق أمي صداقها بمحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح واذا قال أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضا ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخر اذا لم يكن بينهما فصل فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، في هذه المسئلة خمس فصول .

(الاول) أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحد في رواية جماعة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وقوله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهرى واسحاق وقال الاوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المرزوقي عن أحد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح وقال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم إركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزيل ملكه عن الاحتجاج بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الرطبة بالمسئ فانها لو قال بعتك هذه الامة على أن تزوجنيها بالئن لم يصح

ولنا مروي أن رسول الله ﷺ أعتق صفة وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقتها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة ما أصدقتها قال نفسها عتقتها وروي الاثرم باسناده عن صفية قالت أعتقتني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وبأسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول اذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم

لانها حرة وليست له ولاية اجبار فانه أجد العصباء ولا يشتر اذن مولاهم لانه لا ولاية لها ولا ملك فاشبهت القريب الطفل اذا زوج البعيد

(فصل) فان كان للامة مولى فهو وليها وان كان لها مولىان اشتركا في الولاية وليس لواحد منها الاستقلال بها بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا بعضها وان اشترجا لم يكن للسلطان ولاية لان تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فان نكاحها حق لها ونقمة عائدتها ونكاح الامة حق لسيدها نقسه عائد اليه فلم ينب السلطان عنه فيه فان أعتقها ولها عصبية مناسب فهو أولى منها وان لم يكن لها عصبية وليها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لان ولايته على بعضها فان اشترجا أقام الحاكم مقام المتع منها لانها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وان كان العتق أو المتعة واحدا وله عصبان كالابن والاخوين

النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه امتأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يزوجهها كالإمام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يبدل عليه وهو جعل العتق صدقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وإياها وكما لو قال الخاطب لولي أزوجت ؟ فقال نعم وقال الزوج أقبات ؟ قال نعم عند أصحابنا وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(الفصل الثاني) أن النكاح انعقد بقوله أعتقتك وجعلت عتقك صدائقك وتزوجتك، وبذلك خاليا عن قوله: وتزوجتك وهذا لفظ الحرفي وهو الذي جاء في حديث أنس، وبقوله جعلت عتقك صدائقك وجعلت صدائقك عتقك وهذا معنى قول الحرفي سواء تقدم العتق أو تأخر وانص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال جهات عتقك صدائقك أو صدائقك عتقك كل ذلك جائز (النصل الثالث) أن لا يكون بينهما فصل ولو قال أعتقتك وسكت سكونا يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قل جعلت عتقك صدائقك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصدائق جديد

(الفصل الرابع) أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا بأشراط الشهادة في النكاح نص عليه أحمد في رواية الجماعة وذلك لقوله « لا نكاح إلا بولي وشاهدين »

(الفصل الخامس) أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقل الأوزاعي برجع بربع قيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لأنها حالة الانلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسحق فيها أو تكون ديننا تنظر به إلى حال القدرة؟ على روايتين وإن قلنا إن النكاح لا انعقد بهذا القول فليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بوض لم يملك له فرجع إلى قيمة المفقوت كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل

فلا حدما الاستقلال بزوجه كما يملك تزويج سيدها .

(مسئلة) (ويشترط في الولي الحرية والذكورية وانفاق الدين والنقل)

وجله أنه يستبر ثبوت الولاية ستة شروط العقل والحرية والاسلام إذا كانت المرأة مسلمة والذكورية والبلوغ، والعدالة على اختلاف نذكره فاما العقل فهو شرط بغير خلاف لأن الولاية إنما ثبت نظراً للولي عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له نصروه أو من ذهب عقله بمجنون أو كبير كالشيخ إذا أفند قال

الدخول أو فعلت ما يفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك أفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(فصل) وإن قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك صداقك فقبالت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لانه - لما في نكاح فلم يلزمها كالمو كان أسلف حرة الفأ على أن يتزوجها ولانها أسقطت حتها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كاشفيع يسقط شفيعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أوما إليه أحد في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لانه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته كاليوم الفاسد اذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما اذا قال لصدده أعتقتك على أن تعطيني أبا وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبهه مالو قال أعتقتك وزوجيني نفسك وتعتبر القيمة حالة العتق وبطلانها بهائي الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تظر الى الميسرة أو تجبر الى الكسب ؟ على روايتين أصلهما في المظن هل يجبر على الكسب على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد وأمه على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال ابر حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقا لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلنان القيمة صح الصداق

القاضي والشيخ الذي قد كبر فلا يعرف موضع الخط لها لا ولاية له، فالما لاغناء فلا يزال للولاية لانه يزول عن قريب فهو كالنوم، وكذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء ومن كان يحسن في الاحيان لم تزول ولايته لانه لا يدوم زوال عقله فهو كالانعام .

(الشرط الثاني) الحرية فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، وقال أصحاب الرأي يجوز ان يزوجه العبد باذنها بناء منهم على أن المرأة تزوجه نفسها وقد مضى الكلام في هذه المسئلة .

(الشرط الثالث) الاسلام فلا يثبت للكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع عامة من يحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وفيه وجه ان الكافر يزوجه أم ولده المسلمة وسوف نذكره ان شاء الله تعالى، قال أحمد بلنا ان علما أجاز نكاح أخ ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

(الشرط الرابع) الذكورية وهو شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة نافسة قاصرة تثبت الولاية عليها لتصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى، وعن أحمد أنها تلي نكاح أمتها ومستقتها وقد ذكرناه .

ولنا أن العتق صالح صدقا في حق النبي ﷺ فيجوز في حق أمته كالدرهم ولأنه يصلح عرضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلان يكون عرضاً في النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العرض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله . إذا ثبت هذا فإن العتق بصبر صدقا كالمصدق دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فاستمع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويج نفسها لم يجبر هو على قبولها، وحكم المدبرة والعتقة بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرناه

(فصل) فإن أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء . عليه لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن يملك داراً ، ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها ، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى قال الأثرم قالت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها فقال نعم قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها ولنا ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت عنده جارية ففعلها وأحدن إليها

(الشرط الخامس) البلوغ وهو شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتمل ليس له أمر هذا قول الثوري والشافعي وأصحاب ابن المنذر وابن ثور وروى عن أحمد أنه إذا بلغ عشرة أزواج وتزوج وطلق وأجرت وكان في الطلاق ويحتمل كلام الحرق لتخصيصه المألوف الولاية بكونه طفلاً، ووجه ذلك أنه يصبح بيعة وطلاقاً ووصيته فثبت له الولاية كالباغ ، والأول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الولاية يعتبر لها كمال المال لأنها تفيد التصرف في حق غيره واعتبرت نظراً له والصبي مولى عليه لتصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة والأصول المقيس عليها ممنوعة .

(السادس) العدالة وفي كونها شرطاً روايتان (أحدهما) هي شرط قال أحمد إذا كان القاضي مثل ابن الخليل وابن الجعد استقبل النكاح ، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لا تقام عدالة المتولي له وهذا قول الشافعي لما روى عن ابن عباس أنه قال لا نكح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد . قال أحمد أصبح شيء . في هذا قول ابن عباس يعني وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا نكح إلا بولي وشاهدي عدل وإما امرأة أنكحها وولي مسخوط عليه فأنكحها باطل » وروى البرقاني بإسناده عن جابر قال قال رسول الله ﷺ « لا نكح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولأنها ولاية نظر فلا يبدلها القاضي كولاية المال

ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران ، متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن اليها بأعفائها وصيانتها فلم يكره كما لو تزوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل الله فانه إنما يتزوجها بصدقتها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

(فصل) وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتاج إلى أن استبراء . سوا . كان بطؤها أو لم يكن لان الاستبراء اصابة الماء . ولا يمان ذلك عنه فان اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يتبرئها حتى يستبرئها لانه كان واجباً فلا يسقط باعتقائه لها ، قال أحد في الرجل تكون له الامتلاء بطؤها فيعتقها لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فان كان بطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لانها في مائه ، قال القاضي معنى قوله ان كان بطؤها أن يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها

وقوله إن كان لا بطؤها أي لا يحل له وطؤها وهي التي لم يمس عاينها زمان الاستبراء . فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها ، وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أخته بعده ولا يلزمها استئناف الاستبراء لان الاستبراء واجب بالشرع لا بالعق فيجب ابتداءه من حين وجد سببه

(فصل) وان قال اعتق عبدك على أن أزوجهك ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لانه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد ، وقال الثاني في أحد قوايه لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق ولذا أنه أزال منك عن عبده بعض شرطه فزومه ، ووجه كما لو قال اعتق عبدك عنى وعلي ثمنه وكالو قال طاق زوجتك وعلي الف فطابقها أو قال اني متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(والرواية الاخرى) ليست شرطا ، نقل مثنى ابن جامع أنه سأل أحمد اذا تزوج بولي وشهود غير عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الحنفية لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وأحد قولي الثاني لانه يلي نكاح نفسه فنثبت له الولاية على غيره كالعبد ولانه يثبت الولاية لقربة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلبي كالعبد .

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يقتصر الى النظر ولا يشترط النطق بل يجوز أن يلي الأخرس اذا فهمت اشارته لانها تنوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك النكاح

(مسألة) (فان كان الاقرب طفلاً أو كافراً أو عبداً زوج الأبد) لان الولاية لا تثبت لاطفل ولا عبداً ولا كافراً على مسلمة نه ذلك يكون وجودهم كعدمهم فنثبت الولاية لمن أهد منهم إذا كملت فيه الشروط كما لو ماتوا .

(مسألة) (وإن عضل الاقرب زوج الأبد وعنه بزواج الحاكم) العضل منع المرأة من التزويج بكفنها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منها في صاحبه ،

(مسئلة) قال (واذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبأت قال نعم فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان)

وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقبل الزوج قبلة هذا التزويج لأن هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبلة والسؤال بكون مضراً في الجواب، ما إذا فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المزوج قبلة هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به وقدك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً أفلؤا نعم) كان أفراداً منهم يرعدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم بهم، مما لو قيل (رجل لي عليك ألف درهم قال نعم كان أقرار صحيحاً لا يفتر إلى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبشئ تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لاحظ بذلك (فصل) ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبلة انعقد النكاح، وقال الشافعي في أحد أقواله لا ينعقد حتى يقول قبلة هذا النكاح وهذا التزويج لأنه كناية في النكاح يفتر إلى النية، والاضمار فلم ينعقد به كأنه الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانهقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتر إلى النية ممنوع فإنه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور

(فصل) وينعقد النكاح بلفظ الانكاح والتزويج، والجواب عنهما إجماعاً وهما الاذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجنا كما) وقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو الخائنات مثل أن يقول زوجتك ابنتي هذه فيقول قبلة هذا النكاح أو هذا فتى وجد ذلك انتقلت الولاية إلى الأبد نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ «فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من قضاائه

ولنا أنه نعتذر التزويج من جهة الأقراب فمما لا يبعد كما لو جن ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية منه كما لو شرب الخمر، فان عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله السلطان ولي من لا ولي له، وهذه لها ولي ويمكن جعله على ما إذا عضل الكل فان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل. والولاية تخلف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق قولي والدين عليه. (الثاني) أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل عنه لمرض من جنون الولي ونسقه: الثالث) أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرناه فان قيل لو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه قلنا فسقه بامتناعه فإذا أجاب فقد نزع عن المصيبة وراجع الحق

التزوج، ولا ينعقد به غير لفظ الانكاح والتزويج وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة والشافعي، وقال الثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأصحابهم أبو ثور و أبو عبيد وداود ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتعليك، وفي لفظ الأجاراة عن أبي حنيفة روايتان، وقال مالك ينعقد بذلك إذا ذكر المهر، واحتجوا بأن النبي ﷺ زوج رجلا امرأة فقال « قدما سكتكما بما معك من القرآن » رواه البخاري ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانهقد به نكاح أمته كاللفظ الانكاح والتزويج ولأنه أسكن تصحيحه، مجازة فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصا لرسول الله ﷺ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الأجاراة والاباحة والاحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالقدي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح، الكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق، وأما الخبر بقدره في تزويجها وأنتكحها وزوجنا كما من طرق صحيحة، والقصة واحدة والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد فلا تكون حجة وان كان النبي ﷺ جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة (فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصبح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أي بلفظه الخاص فانهقد به كما ينعقد بلفظ العربية

فزال فسقه فكذلك صح تزويجه، وقد روى عن معقل بن يسار قال : زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء بخطبها فقات له زوجها وأقرشك وأكرمك فطلقها ثم جئت تخبطها لا والله لا تعرد إليك أبداً وكان رجلا لا بأس به فكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية (اللاته ضلوهن) فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال « فزوجها إياه » رواه البخاري

(فصل) وسواء طلبت التزويج بهر مثلها أو دونه، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة له تبعها من التزويج بدون مهر مثلها لان عليهم في ذلك عار أو فيه ضرر على نساءها لتخص مهر مثلين ولنا أن المهر خالص حقها وعرض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كمن عبدتها وأجر دأوها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد ان يزوجها « النفس ولو خلتا من حديد » وقال لارأة زوجت بثلثين « أرضيت من نفسك بثلثين ؟ » قالت نعم : فأجازه النبي ﷺ وقوله في عار عليهم نيس كذلك فان عار قال لو كان مكرومة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في دجل بينه وهو كف، فأراد تزويجها لتبهره من اكنائنها وامتنع من تزويجها من الذي أرادت ان كان عاضلا لها فان طلبت التزويج بغير كف، فله منعها منه ولا يكون عاضلا بذلك لأنها لو زوجت بغير كفتها كلف له فسخ النكاح فلأن يمنع منه ابتداء أولى

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح كلفظ الاحلال ، فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه كالأخرس ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي ، وليس على من لا يحسن العربية فلم ألفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتصغير ووجه الأول ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلمه أو كانه بل العربية كما يبيح بخلاف التكبير ، فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أي الذي يحسن العربية هو الآخر يأتي بلسانه ، فان كان احدهما لا يحسن اسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يفهمه بذلك فانه يعرف اللسانين جميعاً (فصل) فأما الآخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كيبه وطلاقه وامائه ، وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولان النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يهدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه العقاد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ، قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالان الحرس لا يوجب الحجر فهو كالصم

(فصل) إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بانظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فقبول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكما . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيها جميعاً لأن قد وجد الإيجاب والقول فيصح كولو تقدم الإيجاب ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

(مسئلة) (وان غاب غيبة منقطة زوج الأبعد وهي مالا تقطع الا بكافة وشقة في ظاهر كلام احمد وقال الحرفي مالا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه ، وقال القاضي مالا تقطع الاقالة في السنة الا مرة ، وقد قال احمد اذا كان الاب بعيداً سفر زوج الأبعد . قال أبو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة)
الكلام في هذه المسئلة من أمرين (أحدهما) أن الاقرب اذا غاب غيبة منقطة زوج الأبعد دون الحاكم بهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجه الحاكم لانه تندر الوصول الى النكاح من الاقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كالأبعد ولان الأبعد محجوب بولاية الاقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي لها» وهذا هو ولي فلا يكون السلطان وإياها ولان الاقرب تندر حصول التزويج منه فنثبت الولاية لمن يليه من العصباء كما لو جن او مات ولاها حالة يجوز فيها التزويج لغير الاقرب فكان ذلك الأبعد كالأصل واذا عضلها فهي كسئلتنا
(الفصل الثاني) في الغيبة للمقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها في قول الحرفي هي مالا

بانظ الاستنهام ، ولانه لو تأخر عن الايجاب بانظ الطاب لم يصح فاذا تقدم كان أولى كصيغة الاستنهام
ولاه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح
فلأنت لا يصح إذا أتى بغيرها أولى ، وأما اليم فلا يشترط فيه صيغة الايجاب والقبول بل
يصح بالمعاطاة . ولانه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلع
لانه يصح تعليقه على الشروط

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح لان النبي ﷺ قال ثلاث هن من جد وجدهن
جد: الطلاق والنكاح والرجعة ، رواه الترمذي . وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ من نكح
لاعبا أو مطلقا لعبا أو أعتق لاعبا جاز ، قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح
والعتاق والنذر . وقال علي أربع لا أحب فيهن : الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

(فصل) إذا تراخي القبول عن الايجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشغلا عنه بغيره لان حكم
المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعارضات فان
تفرقا قبل القبول بطل الايجاب فانه لا يوجد . اما فان لاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا
يكون قبولا وكذلك ان تشغلا عنه بما يقطعه لانه معرض عن العقد أيضا بالاشغال عن قبوله . وقد
قل أبو طالب عن أحد في رجل مشى إليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجوا
الى الزوج فأخبروه فقال قد قبالت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضي هذا محمول على انه
وكل من قبل العقد في المجلس . وقال أبو بكر مسألة أبي طالب ترجه على قولين واختار انه لا بد من
القبول في المجلس وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لان مثل هذا يتعذر مراجعته بالسكابة فتكون منقطعة أي
تقطع عن امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب ان يكون حد المسافة أن لا يردد الزواجل فيه في السنة
الامرة لان الكف ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فليحق الضرر بتزويجها ، وقد قال احد
في موضع اذا كان الأب بعيد السفر زوج الاخ . يجهل أنه أراد ما قصر فيه الصلاة لان ذلك هو السفر
البعيد الذي علفت عليه الاحكام . وذكر أبو بكر وجرها (أحدها) . الا يقطع الا بكلفة ومشقة لان احد قال
اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لاندك الا بكافة
ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له ، قال شيخنا وهذا القول ان شاء الله أقربها إلى الصواب فان التحديدات
بها التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فتورد إلى ما يعارفه الناس بينهم مما لم تجر المادة بالانتظار فيه
ويلحق المرأة الضرر بمنهما من التزويج في مشه فانه يتعذر في ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الاقرب
فيكون كالمعدوم ، والتحديد بالعام كثير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ،
ومن لا يصل منه كتاب أبعد ومن هو على مسافة لا تلحق المشقة بمكانته فكان التوسط أولى ، واختلف

(فصل) فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بمجرد أو اغما، بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد بالقبول بعده ما لم يضامه القبول لم يكن عقداً فيبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا (فصل) ولا يثبت في النكاح خيار وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا يعلم أحدًا خالف في هذا وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يتم في الغالب إلا بعد نرو وفكر ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا روية ولأن النكاح ليس بمعارضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعتود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير نسبة العوض ومع فساده ولأن ثبوت الخيار فيه ينفي إلى فدخه بعد ابتدال المرأة فإن في فسخته بعد العقد ضرراً بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

(فصل) ويستحب أن يخاطب المأند أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحد لله فهو أقطع» وقال «كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليهد الجذما» رواها ابن المنذر وبجريء من ذلك أن يحمده الله ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخاطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قل عندنا رسول الله ﷺ «النشهد في الصلاة والنشهد في الحاجة قال النشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ونشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تؤمنوا إلا وأنتم مسلمون) آتوا الله الذي تسالون به والارحام إن الله

أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الرعي إلى بقاد وقال بعضهم من الرقة إلى البصرة، وهذا قولان بشبهان قول أبي بكر، واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مساندة القعر، وقال بعضهم يزوجها الحاكم، وإن كان الولي قريباً وهو منصوص الشافعي، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة غير منقطعة أنه ينتظر ويراصل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) فإن كان القريب أسيراً أو محبوساً في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هنا وكذلك إن كان غائباً لا يعلم أقرب هو أم بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد ﴿مسئلة﴾ (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال إلا إذا أسلمت أم ولده في وجه)

أما الكافر فليس له ولاية على مسلمة بحال وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم، وذكر شيخنا هنا أن فيه وجهان أن الكافر يلي نكاح أم ولده إذا أسلمت وذكره أبو الخطاب لأنها مملوكة فبلى نكاحها كالمسلم، ولأنه عقد

كان عليكم رقباً - اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم) الآية رواه أبو داود
 وأترمذي وقال حديث حسن قال الحلال ثنا أبو سليمان امام طرسوس قال كان الامام أحمد بن حنبل
 إذا حضر عند نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبدالله بن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبدالله من
 للباينة في استحبابها لا على الايجاب فان حرب بن اسماعيل قال قلت لاحد فيجب أن تكون خطبة النكاح
 مثل قول ابن مسعود فوسم في ذلك وقد روي عن عمر أنه كان إذا دعى ليزوج قال لا تفصروا علينا
 الناس الحديث وصل الله على محمد إن فلانا يخطب إليكم قال أن كتموه فالحد لله وإن رددنوه فسيجان الله
 والمستحب خطبة واحدة بخطبها الولي أو الزوج أو غيرها وقال الشافعي المسنون خطبة ان هذه التي ذكرناها
 في أوله وخطبة من زوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة
 واحدة وهو أولى ما أتيم .

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه الا دارد فانه أوجبها لما ذكرناه
 ولنا أن رجلاً قال للنبي ﷺ يا رسول الله زوجنيها فقال رسول الله ﷺ «زوجتكما بما ملك
 من القرآن» متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى عمر مولاه له فما زاد على أن قال أنكحناك على
 ما أمر الله على امساك بمعروف أو نهي عن باعسان وقال جعفر بن محمد عن أبيه ان كان الحسين
 ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتمرق العرق رواها ابن المنذر وروى أبو داود بإسناده عن رجل
 من بني سليم قال خطبت الى رسول الله ﷺ امانة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يشهد

عليها قبله كاجارها (والثاني) لا يله لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة
 فلا يلي نكاحها كابنته فعلى هذا بزوجه الحاكم وهذا الوجه أولى لما ذكرنا من الاجماع
 (مسئلة) (ولا يلي مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة وولي سيدها أو السلطان لقول الله تعالى
 (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لا يرت أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم
 يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً فأما سيد الامة الكافرة فنه تزويجها الكافر لكونها لا تحمل للمسلمين
 وكذلك سيد الامة الكافرة يلي تزويجها لكافر لأنها ولاية بالملك فلم يتمها كون سيد الامة الكافرة
 مسلماً كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية
 على من لا ولي لها من أهل الذمة لان ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فثبت له
 الولاية عليها كالسنة

وتثبت الولاية للكافر على أهل دينه على حسب ما ذكرنا في المسلمين وتعتبر فيهم الشروط
 المعتبرة في المسلمين

(مسئلة) (ويلى الذي نكاح مولته الذمية من الذمي لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم
 (الجزء السابع) (٥٥) (المغني والشرح الكبير)

ولأنه عقد معاوضة فلم يجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب .

(فصل) ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف وقيل له ما بالدف ؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالنزول في العرس بمثل قول النبي ﷺ للانصار « آتيناكم نحيونا نحيكم لولا الذهب الأحمر ما امت بواديك ولولا الخنطة السوداء ما سرت عذاريك » لاعلى ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه « ولولا الخنطة الحمراء ما سمنت عذاريك »

وقال أحد أيضا يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك ثقيل لهما الصوت ؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ « فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح » رواه النسائي . وقال عليه السلام « أعلنوا النكاح — وفي لفظ — أعلنوا النكاح » وكان يجب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ « واضربوا عليه بالقريل »

وعن عائشة أنها زوجت بنية رجلا من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجنا قال لار رسول الله ﷺ « ما قلم باعائشة » قالت لمناودة ونابا البركة ثم انصر فناقال ان الانصار قوم فيهم غزل الاقلم باعائشة آتيناكم آتيناكم نحيانا وحياكم ؟ » روى هذا كنه ابو عبد الله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والحضان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى النبي ﷺ (فصل) فان عقده يولي وشاهد من أمره أو تواصوا بكفانه كره ذلك وصح النكاح وبه يقول

أولياءه بعض (وهل يليه من مسلم ؟ على وجهين)

(أحدهما) يليه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه وليها فصح تزويجه لها كولو زوجها كافرا ولأنها امرأة لها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كولو زوجها ذمي (والثاني) لا يزوجه الا الحاكم قاله القاضي لان أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجه أنه عقد يفترق الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشاهدان يرادان لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿مسئلة﴾ (وإذا زوج الأبعد من غير تذر للأقرب أو زوج الاجنبي لم يصح وعنه يصح ويقف على إجازة الولي)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه اذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب واجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي فصح أن يزوجه باذنها كالأقرب ولنا أن هذا مستحق بالتصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد

أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ومن كره نكاح السر هر رضي الله عنه وعمرو بن عبد الله بن عبيد الله ابن عتبة والشعبي ونافم مولى ابن عمر . وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لأن أحمد قال إذا تزوج بولي وشاهدين؛ لا حتى يملك وهذا مذهب مالك والحجة لما ماتقدم في الفصل الذي قبل هذا ولنا قوله « لا نكاح إلا بولي » مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الاظهار ، ولأنه عقد معارضة فلم يشترط اظهاره كالبيع وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بإيجاب فكذلك ما عطف عليه ، وقول أحمد ؛ لا نهى كراهة فانه قد صرح فيها حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولأن اعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده ولو كان شرطاً لا اعتبر حالة العقد كسائر الشروط

(فصل) ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « مساوا بالاملاك فانه أعظم للبركة » ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره

(فصل) ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير وعافية وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صخرة فقال « ما هذا ؟ » فقال إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند

(الفصل الثاني) أن هذا العقد يقع فاسداً لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم إذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالتكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الاجازة فان أجازته جاز وان لم يجزه فسد قال أحمد في صخير زوجه عمه كان رضي به في وقت من الاوقات جاز وان لم يرض فسخ وإذا زوجت البتيمة فلها الخبار إذا بلغت وقال إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فالطلاق يد السيد فان أذن في التزويج فالطلاق يد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد والحسن بن صالح واهماق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكرت أم النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كراهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه وروي أن ثناء جاءت الى النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرقع بي خسيسته قال فجعل الامر اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم أن لانه من الامر شيئاً ولأنه عقد يقف على الفسخ

أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة فحسب فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهما والنش عشرون رافه أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول إذا زدت إليه ماروي صالح بن أحمد في مسأله عن أبيه حدثنا داود عن أبي نصره عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال تزوج فخره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة قدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أمك فصل ركعتين ثم خذ برأس أمك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أمك. وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تزوج أحدكم امرأة واشترى خادما فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليها وإذا اشترى بهيرا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك »

(مسئلة) قال (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحدا خالفه الا شيئا يجهل عن القاسم بن ابراهيم أنه أبح تسعا نقول الله تعالى [فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع] والواو اجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لانه خرق للإجماع وترك السنة فان رسول الله ﷺ قال : ليلان بن سلة حين ألى ونحوه عشر نسوة « امسك أربعا وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية

فوقف على الاجازة كالوصية ووجه الاولى قول النبي ﷺ « أما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل - وقال - إذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر ولانه عقد لا ثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع والقمان والنوارث فلم ينقد ككناح المعتدة فأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود ثم يحتدل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني أبي من ابن أخيه ارفع به خبيثته فتخيرها لتزوجها من غير كفتها وهذا ثبت الخبر ولا يبطل النكاح والوصية يتراخى فيها القبول ونحوه بعد الموت فهي مدلول بها عن سائر التصرفات ولا تخرج على هذه الرواية لوضوحها فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لأنها ليست بعقد ولأنها اذا وجدت أسند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في الصداق بما ملك من حين العقد لا من حين الاجازة وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وان كان مما لا يجزئه لم يرثه (فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير اذن وليها والامة بغير اذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من

اسلمت ونحى خمس نسوة فقال النبي ﷺ « قارق واحدة منهن » رواها الشافعي في مسنده
 واذا منع من استدامة زيادة عن أربع فلا بداء أولى فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع
 كما قال (أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك اتى
 تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير هذا فقد جبل اللغة العربية، وأما النبي ﷺ فمخصوص
 بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للعبد أن يجمع الاثنتين)

أجمع أهل العلم على أن لعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الأربع فذهب أحد أنه لا يباح
 له إلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وبه قال عطاء
 والحسن والشعبي وقنادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله
 وطارس ومجاهد والزهري وربيعة ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذه
 طريقه العفة والشهوة فساوى العبد الحر فيه كالأول.

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعاً، وقد روى
 ليث بن أبي سليم عن الحكم بن قتيبة قال - أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح
 أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضي الله عنه سأله
 الناس: كم يتزوج العبد؟ قال عبد الرحمن بن عوف باثنتين وطلان باثنتين فدل هذا على أن ذلك

الروايتين قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصریح النبي صلى الله عليه وسلم فيه
 بالطلاق ولأن الاجازة إنما تكون لمقد صدر من أهله في محله فأما ما لا يصدر من الأهل كالذي
 عقده المجنون أو الطفال فلم يقف على الاجازة وهذا عقد لم يصدر من أهله فان المرأة ليست أهله له
 بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح مع الأذن المقارن فان لا يصح بالاجازة التأخره أولى ولا تبريع
 على هذا القول وأما على القول الآخر فتى تزوجت بنير اذن الولي فيرفع الى الحاكم لم يملك لإجازته
 والامر فيه الى الولي فتى رده بطل لان من وقف بالحكم على اجازته بطل برده كالرأة اذا زوجت
 بنير اذنها وفيه وجه آخر أنه إذا كان الزوج كقفاً أمر الحاكم الولي بإجازته فان لم يفعل أجازته
 الحاكم لانه لو امتنع صار حاضلاً فاتقلت الولاية عنه الى الحاكم في ابتداء العقد ومتى حصلت الاصابة
 قبل الاجازة ثم أجزى فالمر واحد اما المسمى واما مهر المتل ان لم يكن مسمى فان الاجازة
 مستندة الى حالة العقد فيثبت الحلل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيم ولذلك لم يجب الحد ومتى
 تزوجت الامة بنير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة الى من نحل لها ففسخ النكاح ولانه
 قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلها لانها أقوى فأزالت الاضغ كما لو طرأ ملك اليمين

كان يحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله (أو ما ملكت أيمانكم) ويفارق النكاح المأكول فإنه مبني على التفضل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أنت ولأن فيه ملكاً والعبد ينقص في الملك عن الحر

﴿مسئلة﴾ قال (وله أن يتسرى بأذن سيده)

هذا هو المنصوص عن أحد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والأوزاعي والثوري وأبي ثور وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي، والشافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بمالك بن مالك بن عبد أولي؟ وقال القاضي أبو يعلى يجب أن يكون في مذهب أحد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بشايب سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك بين لقول الله تعالى (الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأساً أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ولأن العبد يملك في النكاح فملك التسري كالمحر وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فإن النبي ﷺ قال «من اشتري عبداً وله مال فاجعل المال له ولأنه آدمي فملك المال كالمحر وذلك لأنه بأدبته يشهد لأهلية الملك إذ كان الله تعالى

على ملك النكاح وإن خرجت إلى من نحل له كالرأة أو اتتبت فكذلك أيضاً لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجوز بإجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجازها المشتري الثاني مع الاجتهاد وفيه وجه آخر أنه يجوز بإجازة المالك الثاني لأنه بذلك ابتداء العقد فملك إجازته كالأول ولا فرق بين أن يخرج يبيع أو هبة أو ارت أو غيره فأما أن أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح لأنه إنما وقف المولى فإذا أعتق سقط حقه فصح واحتمل أن لا يجوز لأن أبطال حق المولى ليس بإجازة ولأن حق المولى أن يطل من الملك لم يطل من ولاية الزويج فإنه يابها بالولاية

(فصل) وإذا تزوجت التي بشر أذنها بشر أذنها وقتلنا يفت على إجازتها فأجازتها بائطت أو ما يدل على الرضا من التمسكين من الوطء والمطالبة بالهر أو النفقة ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لأن أدلة الرضا تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة «إن وطئت زوجك فلا خيار لك» جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالهر أو النفقة والتمسكين من الوطء دليل على الرضا لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

﴿مسئلة﴾ (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً ووصيه في النكاح بمنزلة)

خلق الأموال للآدميين ليستخدموها على القيام بوظائف التكليف وإداء العبادات قال الله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلاً للملك ولذلك ملك في النكاح وإذا ثبت للملك لجنين مع كونه نطانة لا حياة فيها باعتبار ما له إلى الأدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

إذا ثبت هذا فلا يجوز له التمرى إلا بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبيع له ولوها حتى يأذن له فيه لأن ملكه ناقص وسيده نزع منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده فإن أذن له فقال تسربها أو أذنت لك في وطنها أو مادل عليه أبيع له وما ولد له من التمرى فملكه حكم ملكه لأن الجارية مملوكة له فكذلك ولدها وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده (فصل) وله التمرى بما شاء إذا أذن له السيد في ذلك نص عليه أحمد لأن من جاز له التمرى جاز من غير حصر كالمهر فإن أذن له وأطلق التمرى تسرى بإحداً وكذلك إذا أذن له في التزويج لم يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة وهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور، وإذا أذن له في التزويج فقد على اثنتين في عقد جاز. ولنا أن الأذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة، ولأن الزائد على الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا

(فصل) والمكاتب كالعبد الثمن لا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده لأن في ذلك إنلاقاً للمال الذي في يديه وقد قال عليه السلام «المكاتب بيد ما بقي عليه درهم» وأما المعتق بمضه فإذا ملك

يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر لأنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهاً (أحدهما) لا يجوز لأنه يلي بالأذن فلم يجوز له التوكيل كالتوكيل

ولنا أنه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم إنه يلي بالأذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها وإنما إذنه شرط لصحة تصرفه فأشبهه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في أن للحاكم أن يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ولأن للمرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف ثبتت الإثابة من قبلها؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالعقد التوكيل في تزويج رجل بينه والمطلق التوكيل في تزويج من برضاء أو من شاء قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته تقول إذا وجدت من أَرْضَاء فزوجه فتزوجته جائز ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فإنه روي أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال إذا وجدت لها كفواً فزوجها ولو بشراك منه فزوجها عمر عثمان بن عفان فهي أم عمر بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولأنه أذن في النكاح فجاز مطلقاً

بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء. بغير اذن سيده لقوله سبحانه (أو ما ملكت أيمانكم) ولان ملكه بايمانهم لا يتصرف فيها بما شاء. بغير اذن سيده فكذلك الوطء. وما فيه من الرق لا يمنع من استيفاء ما يملكه كانه ان يتصرف ويأكل ما يملكه بنصفه الحر. وقال القاضي حكه حكم القن وهو منصوص الشافعي، وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء. بنصفه الحر وحده وكذلك منعه التزوج حتى بأذن له سيده

ولنا انه لاحق لسيدته فيها ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها فلم يعتبر اذنه فيها كما تستخدمها وأما التزوج فانه يلزمه به حقوق تتعلق بمملكته فاعتبر رضي السيد ليكون راضيا بملك الحق بملكه بخلاف مستثنى فان الحق له لاعليه فأما ان اذن له سيده فيه جاز الا عند من منعه السيد التسري لانه كالتقن في قولهم (فصل) نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للسيد ان يسرى اذا اذن له سيده فان رجع السيد فليس له أن يرجع اذا اذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه ابراهيم بن هاني. ويعقوب بن يحنان ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا انه اذا تسرى بأذن السيد لم يملك السيد الرجوع لانه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح

وقال القاضي يحتمل انه اراد بالتسري ههنا التزوج ومما تسريا مجازاً ويكون السيد الرجوع فيما ملك عبده. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا. وذلك لانه يملك بضعاً أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كالزوج

كأذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقاً كالبيع

(فصل) ولا يعتبر في الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أباً أو غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المجر التوكيل إلا بأذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غيرا إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بحضور شاهدين لانه يراد بهل الوطء. فافتقر الى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه إذن من الولي في التزوج فلم يفتقر الى إذن المرأة ولا لإشهاد كاذن الحاكم وقد رتبنا أن الولي ليس بوكيل المرأة ولو كان وكيلها لتكثرت من عزله وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر الى إشهاد بخلاف النكاح ويطلب ما ذكره الحسن بن صالح بالتوكيل في شراء الاما. للتسري

(فصل) ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل فان كان للموكل الاجبار ثبت ذلك لو كيله ان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى مراجعة المرأة لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبتت للنوب عنه وكذلك الحاكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزوج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها اختارها الحرقي وهذا قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك وروى عنه لاستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشمسي والنخعي والحارث انكفي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ولأنها ولاية تنتقل الى

(مسئلة) قال (ومتى طلق المرأ أو العبد طلاقاً يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه)

وجملة ذلك أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد وتحرم عليه أختها ومهنتا وخالتها وبنات أختها وبنات أختها تحريم جمع وكذلك أن تزوج المرأ أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وأن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجبياً فلا تحريم باقي بجماله في قولهم جميعاً. وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند إمامنا حتى تنقضي عدتها، وروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبقول سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو نور وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سميتا في تحريم الجمع وروى ذلك عن زيد بن ثابت لأن المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نسكاهن ثم قال (وإن تجمعوا بين الاختين إلا ما قد ساف) مطوفاً عليه والبائن أينست في نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه قال ما أجمعت الصحابة على شيء كاجتماعهم

غيره شرعاً فلم يجز أن يوصى بها كالخصانة ولأنه لا ضرر على الوصي في نضيها ووضعها عند من لا يكافئها فلا تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبية جاز له دم ذلك

ولنا أنها ولاية للاب فجازت وصيته بها كولاية المال وما ذكره يبطل بولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً بمقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالأب أو غير مجبر كالأخ ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإختيار فكذلك الوصية وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه قائم مقامه فهو كالوكيل وقال مالك إن عين الأب الزوج ملك إختيارها صغيرة كانت أو كبيرة وإن لم يبين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية فاعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجه بأذنها

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وصي الأب الصغيرة قبلت فلا إختيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه إختيار كالوكيل

على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح امرأة في عدة أختها وروى عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماؤه في رحم أختين » وروى عن أبي الزناد قال كان الوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحمل فصاب ذلك عليه كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأبي شيء بقي؟ ولأنها مجبوزة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعياً ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل المدخول بها .

(فصل) ولو أسلم زوج اليهودية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بمخام أو رضاع أو فسخ بعب أو إفسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلمت في عدة الأولى اختار منها واحدة كما لو تزوجها معا وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانث وثبت نكاح الثانية (فصل) إذا اعتق أم الولد أو أمة كان يصحبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبراءها نص عليه أحمد في أم الولد وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست زوجة ولا في مدة من نكاح ولنا أنها معتدة منه فلم يجوز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلها في حرمة من جمع ماؤه في رحم أختين ولا ينتم من نكاح أربع سواها

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لا يصح توكله لأن وكيه قائم مقامه فإن وكاه الولي في تزويج موليته لم يصح لأنها ولاية ليس هو من أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبتة بولاية القرب فلان لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل أن يصح توكل العبد والفسق والعبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم التكااح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ وأن وكاه الزوج في قبول التكااح صح وكذلك إن وكاه الأب في قبول التكااح لابنه الصغير لأنه يصح قبولهم لأنفسهم فجاز أن يتوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وقال بعض أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد أشبهه بالإيجاب والأول أولى

﴿ مسألة ﴾ (وإذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة والأعمام وبنيهم صح التزويج من كل واحد منهم لأن سبب الولاية موجود في واحد منهم)

﴿ مسألة ﴾ (والأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم)

لأن النبي ﷺ لما تقدم بحبسة وحويسة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أسنرم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الأكبر فتكلم حويصة ولأنه أحوط للمقد فيها اجتماع شروطه والنظر في الحفظ فإن تشاحوا أقرع بينهم لأنهم تساوا في الحق وتمنر الجمع فيقرع

ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى
(فصل) ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة بما يحرم عليه أن يتزوجها
في صلب نكاحها .

ولنا أنه عادم للطول خائف لئلا يبيح له نكاحها لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً)
الآية ولا نعلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان
(فصل) وان زنا بامرأة فليس له أن يزج باختها حتى تنقض عدها وحكم العدة من الزنا
والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فان زنا بانت امرأته فقال أحد يملك من وطء
امرأته حتى يبيض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المازني بها أنها تستبرئ بحيضه لأنه وطء من غير
نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح ويحتدل أن لا نكح بذلك أختها ولا أربع سواها لأنها ليست منكحة
ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك الميمن لا يمنع لوبعاً سواها

(فصل) وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضائه عدها في مدة يجوز انقضائها فيها
وكذبت أبيض له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر فأما في الباطن فينبى على صدق في ذلك
لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب لأنه
حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لأنه قول

ينهم كالمراش وقد كانت النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أفرع بين نسائه لتساوي
حقوقهن كذا هذا

﴿مسئلة﴾ (فان سبق غير من وقت له القرعة فزوج صح تزويجه في أقوى الوجوه إذا زوج
كفراً باذن المرأة)

لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بأذن موليته فصح كما لو انفرد وإيضا القرعة
لازالة المشاحنة وفيه وجه آخر انه لا يصح ذكره أبو الخطاب فلم يصح تزويجه كالأبد مع الاقرب
﴿مسئلة﴾ (وإذا زوج الوليان اثنين ولم يعلم السابق منها فسخ النكاحان)

وجه ذلك ان المرأة إذا كان لها وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في
رجل معين أو مطلقاً فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منها فالتكاح له سواء دخل بها الثاني
أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقناة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد
وأصحاب الرأي وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر
رضي الله عنه إذا أنكح الوليان فالاول أحق ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى ولان
الثاني اتصل بصدقه الفبض فكان أحق

ولنا ما روي بمررة وعقبه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة زوجها وليان فهي للاول

واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياسا لاحدهما على الآخر وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقا كذبا ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقا له لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبدا ثم أقر أن البائع كان أعتقه صدق في حرته ولم يصدق في الرجوع بثمنه وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في يئوتها وتحررها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن خطب امرأة فزوج بنيرها لم ينقذ النكاح)

معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة حينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينقذ النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح ، قال احمد في رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد بفرق بينها ويكون الصداق على وليها لانه غره ويجوز اليه أختها التي خطبها باصداق الاول فان كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد وقوله يجوز اليه أختها يعني والله أعلم يعتقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لان العقد الذي

أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبه وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني زوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كالمعلم الحال ولانه نكاح باطل لوعري عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة وأما حديث عمر فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي وجاء على خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه من القبض لا معنى له فان النكاح يصح بنير قبض مع أنه لأصل له فيقاس عليه ثم يبطل كسائر الأنكحة الفاسدة

(فصل) فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر من لها ولم يصحبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد وطئها من الثاني فأما ان علم الحال قبل وطئ الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد باطل لا يوجب شيئا فان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطئ بشبهة يجب لها به المهر وترد الى الاول ولا يحمل له وطئها حتى تنقضي عدتها وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر قال أحد لها صداق بالمسيب وسداق من هذا ولا ترد الصداق الذي يوجد من الداخل بها على من دفعت إليه لان الصداق في مقابلة الاستمتاع فكان لها دون زوجها كالموطئ وبشبهة أو مكروه ولا يحتاج النكاح الثاني الى فسخ لانه باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لاحق له ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة بالسمية وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى قال القاضي هو قياس المذهب والاول هو الصحيح لما قلنا

عنده لم يصح في واحدة منها لان الايجاب صدر في احدهما والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فان انتقوا على تجديد عقد في احدهما أبتها كان جاز ،

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران ؟ قال نعم ويرجع على وليها هذه مثل التي بها يرص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحلال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأسكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية تطاوعه ، فأما إن جهلت الحلال فلها المهر ويرجع به على من غره . وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الأخرى لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقض عدها ربه قال النخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب أي

(فصل) من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لان كل عاقد ومعهود عليه يجب تعيينهما كالشترعي والميم ثم ينظر فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الاشارة تكفي في التعيين ، فان زاد على ذلك فقال بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتي وليس له سواها جاز فان ساءما باسمها مع ذلك كان تأكيداً فان كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى

(مسألة) (فان جهل الاول منها فسخ النكاحان)

ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعها أو يعلم أن احدها قبل الآخر لا يمينه أو يمينه بيمينه ثم بشكل والحكم في جميعها واحد وهو ان يفسخ الحاكم النكاحين جميعا ليس عليه أحد في رواية الجماعة ثم يتزوج من شاء منها أو من غيرها وعن أحمد رواية أخرى أنه يفرق بينهما فن وقت له الفرقة أمر صاحبه بالطلاق ثم يحدد القارع نكاحه لانه ان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح وان كانت زوجة الآخر بانت بالطلاق وصارت زوجة هذا بعقد الثاني لان الفرقة تدخل لتميز الحقوق عند التساري كالسفر بإحدى نسائه والبدابة بالميت عند احدهن وتعتبر الانصاء في القسمة وقال الثوري وأبو نوري يخبرها السلطان على أن يطلق كل واحد منها طلقة فان أيا فرق بينهما وهو قريب من القول الاول لانه منذ امضاء العقد الصحيح توجب ازالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر النكاح مفسوخ لانه تعدد امثاله ولا يصح هذا فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد اشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول الا بفسخه كذا هنا ، وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سليمان أنها تخبر فأبها اختارته فهو زوجها وهذا فاسد فان أحدهما ليس بزوجه لها فلم تخبر بينهما كما لو لم يعقد الا أحدها أو كولو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها إلا أن يريدوا يتولم إنها إذا اختارت أحدها فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه

أو الصغرى فان سماها مع ذلك كان تأييداً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح لان هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي

وقال بعض الشافعية يصح اذا نويها جميعاً وليس بصحيح لان النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن اداؤها اذا ثبت به العقد وهذا متمدر في النية لذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وإن قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبان ما تتميز به عن النساء

(فصل) فان كان له ابنتان كبيرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة قال الزوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما يتويان الصغرى لم يصح ذكره ابو حنيس ، وقال القاضي يصح في التي نويها وهذا غير صحيح لوجهين :

(أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه ما لو قال زوجتك عائشة فقط أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها ، واذا لم يصح فيما اذا لم يسمها فنيا اذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح .

(والثاني) أنه لا يصح الكناح حتى تذكر المرأة بما تدبّر به ولم يوجد ذلك فان اسم أختها

فإن يستثنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينها جميعاً ويصح أحد النكاحين عن فسخها فان أبت ان تختار لم تخير وكذلك ينبغي إذا قرع بينهما فوفقت القرعة لأحدهما لم تخير على نكاحه لأنه لا يعلم فيتعين إذا فسخ النكاحين ولها ان تزوج من شاءت منهما أو من غيرها في الحال ان كان قبل الدخول وبعد انقضاء العدة ان كان دخل بها أحدهما

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قولها فان أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل اقرارها نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقبل كولو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم الزوج الآخر في ذلك لم يقبل في ابطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق فان ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك . وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن اقرارها مقبول فان فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي ان يقبل اقرارها لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وان علم أن المقدين وقما لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لاجابة إلى فسخهما لانهما باطلان من أصلها ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما لذلك وان لم يعلم

لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولي يريد الرجعي والزوج بقصد الصغير لم يصح كسئلة الحرقى فيها إذا خطب امرأة وزوج غيرها لأن القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه وبمحمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغير من خطبة ونحوها فان العقد بلفظه مناول للكبيرة ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كإلواها ولو نوى الولي الصغير والزوج الكبيرة أو نوى الولي الكبيرة ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم للنية منها في التي يتناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرناه

(فصل) فان كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لأن قوله بنتي أكد من التسمية لأنها لا مشاركتها والاسم مشترك وار قال زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل

(فصل) ولو قال زوجتك حل هذه المرأة لم يصح لأنه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولأنه لم يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلنان ما فيها ولو قال اذا ولدت امرأتي بنتاً زوجتكها لم يصح لأنه تعلق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد

ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحد أنه يجب لها نصف المهر ويفترقان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ بنكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كإلوا خالفها وقال أبو بكر لا مهر لها لأنها مجبران على الصداق فلم يلزمها مهر كإلوا فسخ الحاكم نكاح رجل لسرته أو غيبته وان مات قبل الفسخ أو العلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى يسطرحا عليه وقيل يقرع بينهما فمن خرجت له الفرعة حلف أنه المستحق وورث وان مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فان كانت قد أفرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعى ميراث من أفرت له فان كان أحدهما قد ادعى ذلك أيضاً دفع إليها ربع ميراثه وان لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فانقول قولهم مع إيمانهم فان نكلوا قضى عليهم وان لم تكن المرأة أفرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحد أنه سئل عن رجل له ثلاث بنات زوج إحدها من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيهن زوج يقرع بينهما فأبتهن أصابتهن الفرعة فهي زوجته وان مات الزوج فهي التي تورثه

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأفرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقتنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه وان ماتا ورثت المقر له دون صاحبه لذلك وان ماتت هي قبلها احتمل أن يرثها المقر له كما تورثه واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم يقبله في نفسها وإن لم تقر لأحدهما الا بعد موته فهو كما لو أفرت في حياته وليس لورثة

(مسئلة) قال (واذا تزوجها وشرط لها ان لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما روي عن النبي ﷺ انه قال « احق ماؤفيم به من الشرط ما استحلتم به الفروج » وان تزوجها وشرط لها ان لا يتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها)

وجلة ذلك أن الشرط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة (أحدها) ما يلزم الوفاء به وهو ما يوجد اليها نفعه وفائدته مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أولا يسافر بها أولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فان لم يفعل فلها فسخ النكاح بروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر ابن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاذريعي واسحاق ، وأبطل هذه الشروط زهري وقنادة وهشام بن عروة ومالك والبيهقي والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابو حنيفة والشافعي ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يمتنسه وقال النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسرارة فكان فاسدا كما لو شرطت أن لا تنسل نفسها

ولنا قول النبي ﷺ « وان أحق ماؤفيم به من الشرط ما استحلتم به الفروج » رواه سعيدوني

واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وان لم تقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه وان كان أحدهما قد أصابها وكان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فاما المسمى لأنه مقر لها به وهي لا تدعي سواء ، وان كانت مقررة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو مقر له بالمسمى . فان استويا أو اصطلاحا فلا كلام ، وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط وان كان المسمى لها أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها

(مسئلة) (واذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد لأنه ملك بحكم الملك لا يحكم الاذن في قولهم جميعاً)

فان كان مالكا لاحد طرفي العقد فملكه ملك الطرف الآخر فيه أو وكله المولى في الابحاث والزواج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين نذكرهما في المسئلة التي ثلها لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يميز ذلك إلا برضاها لأنه يكافئها ويخرج فيه أيضا وجهان وان زوج ابنته الصغيرة لم يميز لأنه لا يجوز له تزويجها عن لا يكافئها وعنه يجوز

فإن أحق الشروط أن توفرا بهما ما استعملتم به الزوج، متفق عليه، وأيضاً قول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فتحان إجماعاً وروى الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشروطها دارها ثم أراد نقلها فخاصمها إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل إذا تطقتنا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط لها فيه منعة ومقصود لا يمنع المنصود من النكاح فكان لازماً كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد وقوله عليه السلام «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفي ذلك الدليل، وقولهم إن هذا يحرم الحلال قالوا لا يحرم حلالاً وإنما ثبتت امرأة خبار الفسخ إن لم يف لها، وقولهم ليس من مصلحته قلنا لأننا لم نعلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل بشرط غير نقد البلد

إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال النبي ﷺ عليه عمر بلزوم الشرط إذ تطلقنا فلم يلتفت عمر إلى ذلك وقال مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بتوك الوفاة به كالرهن والضمين في البيع

(فصل) فإن شرطت عليه أن يطلق ضرتهما لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشتراط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال «لا نسأل المرأة طلاق أختها لتكبح»

(مسئلة) وكذلك ولي المرأة مثل ابن النعم والمولى والحاكم إذا أذنت له في تزوجها وعنه لا يجوز حتى توكل في أحد الطرفين

وجلة ذلك أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه؟ فيه روايتان (إحداهما) له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال: قال عبد الرحمن بن عوف لام حكيم امرأة قارض أتجملين أمرك إلي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك لأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدوا من رجلين، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صدقتها، فإن قيل فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح» زوج وولي وشاهدان قلنا هذا لا ينفرد صحته ولو صح كان مخصوصاً بما إذا زوج السيد عبده الصغير أمته فيتمدى التخصص إلى محل النزاع وهو يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول، وهل يكفي مجرد

والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولانها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرائه فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه. وقال أبو الخطاب هو شرط لازم لانه لا ينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبهه بالو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساده ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته

(القسم الثاني) ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا يمر لها أو أن لا يتفق عليها أو أن أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبته أو أكثر أو لا يكون عندها في الليلة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً ، فمذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق يجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فصحيح لان هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً ، ولان التكاح يصح مع الجهل بأموض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كاشاق فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل ليلة ليلة ثم رجعت وقالت لأرضي إلا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها فان ذلك جائز وان قالت لأرضي إلا بالمقاسمة كان ذلك حقاً لها تطالبه ان شئت

ونقل عنه الأثرم في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأنيها في الايام يجوز الشرط فان شئت رجعت . وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

الإيجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا التكاح لان ما افتقر إلى الإيجاب افتقر إلى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفي أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولان إيجابه يتضمن القبول فاشبهه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قال لامته أعتقتك وجعلت عتقتك صدائقك انعقد التكاح ، مجرد هذا القول (والرواية الثانية) لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلاً بزوجه إياها بانها ذكرها الحرقي قال أحد في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يوكل رجلاً على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود وبأسناده عن عبد الملك بن عمير ان المغيرة بن شعبة أمر رجلاً بزوجه امرأة المغيرة أولى بهامنه ولانه عقد ملكة بالأذن فلم يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل التكاح له وتولى هو الإيجاب جاز وقال الشافعي في ابن المم والمولى لا يزوجهما إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولأن يوكل من يزوجه لان وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكة بالأذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من أولياها لانه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرنا من فضل الصحابة ولم يظهر خلافه ولان وكيله يجوز أن يبي العقد عليها لغيره

النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا للشرط . وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط . ويحتمل إبطال العقد نقل عن الروذي في النهاريات والبلديات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، ومن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة .

وقال اشعري : الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سأته أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لابن بك بنكاح النهاريات بأسا . وكان الحسن لا يرى بأسا أن يزوجهما على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازته راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم مبنية على صحة النكاح وإبطال الشرط كقولنا والله أعلم .

وقال القاضي إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوط . احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك أن شرط عليه أن لا يسلم إليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا على أن لا يقبضه . وإن شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد لأن الوط . حقه عايبا وهي لا تأكله عليه ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقا ولذلك تلك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة .

(القسم الثالث) ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المنعة أو أن يطلقها في وقت بيئته أو يطلقه على شرط . مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو بشرط الخيار في النكاح لها أو لاحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقتها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى .

فصح أن يليه عليها له إذا كانت نخل له كالإمام إذا أراد أن يزوجه موليته ولأن هذه امرأة لها ولي حاضر غير حاضر فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجه غيره ، ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فإن الوكيل يجوز أن يشتري ما وكل في بيعه باذن الموكل (فصل) فأما إن أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجوز أن يزوجه نفسه لأن اطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره فإن زوجها لابنه الكبير قبل نفسه وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا زوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى إذن الوكيل على ما قدمنا في أن الوكيل لا يزوجه إلا بإذنها وإن وكل رجلا يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتاج إلى إذن لها قد أذنت له .

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال السيد لامته أنتقتك وجعلت عتقك صداقتك صح فإن طلقها قبل الدخول رجح عليها بنصف قيمتها وكذلك أن قال جعات عتق أمي صداقتها)

ظاهر المذهب أن الرجل إذا عتق أمته وجعل عتقها صداقتها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة روي ذلك عن علي رضي الله عنه وفضل أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو

وذكر ابر الخطاب فيما إذا شرط الخيار ان رضيت أمها أو ان جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما رواه ابن (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار ، وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أنه لا خلاف فيها ، وقال ابن المنذر قال أحمد وأسحاق إذا تزوجها على أنه ان جاء بالمهر في وقت كذا وكذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والنوري وأبي حنيفة والأوزاعي وروى ذلك عن الزهري ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان لقوله عليه السلام «المتعون على شروطهم»

(والرواية الأخرى) يبطل العقد من أصله في هذا كله لان النكاح لا يكون إلا لازماً وهذا يوجب جوازه ، ولأنه إذا قال ان رضيت أمها أو إن جئتني في وقت كذا فقد وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهذا قول الأشعري رحمه الله عن مالك وأبي مبيد

(فصل) وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لان النكاح يفرد عن ذكر الصداق ولو كان الصداق حراماً أو فاسداً لم يفسد النكاح فلان لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى وبخلاف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فيه فسد الآخر. فإذا ثبت هذا في الصداق ثلاثة أوجه

(أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد مفرد بمجرد مجرى الأمان ثبت فيه الخيار كإبائعات (والثالث) يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كالمهر لم يوافقته على شيء

سفة بن عبد الرحمن والحسن والزهري وأسحاق

(فصل) وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها بذاتها فإن أبت فعلها قيمتها قال الأوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المروزي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها بولك رجلاً وزوجه ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح قال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانها كما أو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالتق بملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما أو فصل بينهما ولان المتق يزيل ملكه عن الاستماع بحكم الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى فإنه لو قال بعتك هذه الأمة على أن تزوجني بالثمن لم يصح ولنا ما روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفة وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة وما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروى الأثرم بإسناده عن صفة قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك. متى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقداً ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جازله تزويج امرأة

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر اليها من غير أن يخالجها)

لاعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها وقد روى جابر قال قال رسول الله ﷺ « إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » قال فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها . رواه أبو داود وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا ، ولأن النكاح عند مقتضى التملك فكان للعائد النظر إلى المقترده عليه كالنظر إلى الأمة المستامة ولا بأس بالنظر إليها بأذنها وغير أذنها لأن النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق وفي حديث جابر فكنت أتخبأ لها ، وفي حديث عن المغيرة بن شعبه أنه استأذن أبا ريبا في النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد . ولا يجوز له الخلوة بها لأنها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواءمة المحظور فإن النبي ﷺ قال « لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان » ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها وذلك لأنه ليس بعورة وهو محرم الحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة ، وحتى عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم ، وعن داود أنه ينظر إلى جميعها اظاهر قوله عليه السلام « انظر إليها »

لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالامام وقولهم لم يوجد ايجاب ولا قبول عدم الاثر فانه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إذا لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل المتق صداقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ولو قال الخاطب للولي ازوجت قال نعم صح عند أصحابنا وكلاؤني بالاكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(فصل) ولا فرق بين أن يقول أعنتك وجمعت صدقتك وتزوجتك أو لا يقول وتزوجتك وكذلك قوله وجمعت صدقتك وجمعت صدقتك كذلك ذكره الحارثي ونص أحمد في رواية صالح إذا قال جمعت صدقتك صدقتك أو صدقتك صدقتك كان ذلك جائزا ، وبشرط لصحة النكاح أن لا يكون بينهما فصل فلو قال، أعنتك وسكت سكوتاً ينكته الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي لم يصح النكاح لأنها صارت بالمتق حرة فتحتاج إلى أن يتزوجها برضاها بمقد وصادق جديد ولا بد من حضور شاهدين إذا قلنا باشرط الشهادة في النكاح نص على ذلك في رواية الجماعة لقوله لانكاح إلا بولي وشاهدين .

(فصل) وإذا قلنا بصحة النكاح فطابقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل

ولنا قول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها) وروى عن ابن عباس أنه قال الوجه ويطن الكف ولا ينظر محرماً أبيض للحاجة فيه تنص بما تدعو الحاجة اليه وهو ما ذكرنا والحديث مطلق ومن ينظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعياه أثوابه سمي راياً له كما قال الله تعالى (وإذا رأيتم تصفحكم أجسامهم) وإذا رأيتم الذين كفروا فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالسكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان.

[أحدهما] لا يباح النظر اليه لانه عودة فلم يبح النظر اليه كالذي لا يظهر فإن عباده روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولأن الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه بقي ما عداه على التحريم [والثانية] له النظر إلى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك قال أبو بكر لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاضرة وقيل الشافعي ينظر إلى الوجه والسكدين ووجه جواز النظر ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علم علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن أفراد الوجوه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولأنه يظهر غالباً فأبىح النظر اليه كالوجوه ولأنها امرأة أبيض له النظر إليها بأمر الشارع فأبىح النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد بن صفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له إنما رذك فصار دمه فقال أرسل بها إليك تنظر إليها فرضيها فكشف عن ساقها فقالت أرسل لولا أنك أمير المؤمنين لأطعت عينك (فصل) ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والسكفين

الدخول يوجب الرجوع في نصف ما قرض لها وقد قرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقال الاوزاعي يرجع بقيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع بالنصف كسائر الطلاق ونحو القيمة حالة الاعتاق لأنها حالة الائتلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسمى فيها أو يكون ديناً تنظر به إلى حالة القدرة على روايتين، وإن قلنا إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بهوض لم يسلم له فرجع إلى قيمة المفقوت كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا إن النكاح الفاسد به فارتدت قبله أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها.

﴿مسئلة﴾ (وان قال لانه اعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون شفتك صدافتك أو لم يقل ويكون شفتك قبيلت عقتك ولم يلزمها أن تزوجه نفسها) لانه ساف في نكاح فلم يلزمها كما لو أسلف حرة لنا على أن يتزوجها ولانه أسقط حقه من الخليل قبل وجود سببه فلم يسقط كالشبيع يسقط شفته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أو ما إليه أحمد

والقدمين ونحو ذلك وايس له النظر الى ما يستتر غائبا كالصدر والظهر ونحوها قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه فقال هذا في القرآن (ولا يبدن زينتهن) إلا الكذا وكذا قلت ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها قال لا يعجبني ثم قال أما أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على الترتي لأن ذلك يدعو إلى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم فروي عن هند ابنة المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل إلى قمر أخته وإلى عنتها؟ قال لا ولا كرامة وقال الضحاك لو دخلت على أبي لندت أيها العجوز غطي شعرك . والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غائبا لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ليعرفنهن) الآية وقالت سهلة بنت سبيل بارسول الله إنا كنا نرى سائلا ولدا وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد وبرائي فضلا وقد أنزل فيهم ما علمت فكيف ترى فيه؟ فقال لما النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه أبو داود وغيره وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً فانها قالت برائي فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها

وقال امرؤ القيس

فجئت وقد فضت لثوم ثيابها ولم يبق إلا لبنة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر فمكان براها كذلك إذا اعتدته ولذا ثم دلم النبي

في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لأنه أزال ملكة منها بشرط عوض لم يسلم فاستحق الرجوع بقيمة كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لبعده اعتقتك على أن تعطيني الفأ وهذا قول مالك وزفر لأن هذا ليس بلفظ شرط فأشبهه ما لو قال اعتقتك وزوجيني نفسك . وتعتبر القيمة حال العتق ويطلبها في الحال أن كانت قادرة عليها وأن كانت معسرة فهل تنظر إلى اليسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهين أصلها في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد والامة على أن يتقما وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقا لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يملكان القيمة صح الصداق

ولنا أن العتق صداقا في حق النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز في حق أمته كاللذرام ولأنه يصلح عوضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضاً في النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العوض، وعلى هذا لو تزوجها على أن يتق أباهما صح لص عليه أحمد في رواية عبد الله

ﷺ على ما يستدعون به ما كانوا يستقدونه ويفعلونه

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة أنها ارتضعت من أمعاء امرأة الزبير قالت فكننت أراء أبا وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض فرون رأسي ويقول أقبل علي ، ولان التعرض من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً لا يباح لان الحاجة لا تدعو إلى نظره ولا تؤمن معه الشهوة ومواقفة المحظور فحرم النظر اليه كما تمت السرة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعد ما أنزل المحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ « ايذني له فإنه عمك تربت بيمينك » وقد ذكر الله تعالى آباء، بھولتهن وآبنا، بھولتهن كما ذكر آباءهن وآبناهن في إيداء، الزينة لهم، وترقأ أحد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبناتها لأنها غير مذكورتين في الآية ، قال القاضي إنما حكي قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروزي انه محرم يجوز له المسافرة بها ، وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عمدة النكاح محرم عليه أم امرأته، فله أن يرى شعرها ومحاها ليست من التي يزني بها لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من حسنها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم المزني بها وأبنتها فلا يحل له النظر اليهن وان حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب محرم فلم يند إباحة النظر كالمحرمة بالامان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأما ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس محرم إفراده المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها

إذا ثبت هذا فان العتق بصير صدقاً كما لو دفع اليها مالاً ثم تزوجها عليه فان بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها اذا لم تجبر على تزويجها نفسها لم يجبر هو على قبولها وحكم المدبرة والمداني عتقها بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرنا

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها وكره أنس تزويج من أعتقها لوجه الله تعالى قال الاثرم قات لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها قال نعم ذلك اذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء

ولما روى أبو موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » متفق عليه ولانه اذا تزوجها فقد أحسن اليها باعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما حيل لله فانه إنما يتزوجها بصدقها فهو بمنزلة من اشتري منها شيئاً

(فصل) واذا قال اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فاعتقه لم يلزمه ان يزوجه ابنته لانه سلف في نكاح وعليه قيمة عبد وقال الشافعي في احد القولين لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق

ليس هو محرما لها ، والظاهر انه اراد ليس محرما لها في السفر أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لان أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطرت فراش رسول الله ﷺ لتلا مجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها بذلك النبي ﷺ

(فصل) وعبد المرأة له النظر الى وجهها وكفها اقوال الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم) وروى ام سلمة أن رسول الله ﷺ قال « إذا كان لاحداكن مكاتب فلك ما يؤدي فان تحتجب منه قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وعن أبي قلابة قال كان أزواج النبي ﷺ لا تحتجن من مكاتب ما بقي عليه دينار ، ورواه سعيد في سننه ، وعن أنس أن النبي ﷺ أنى فاطمة ببعد قدوه بها وعلى فاطمة ثوب اذا قعت به رأسها لم يبلغ رجلها واذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها ، فلما رأى رسول الله ﷺ ما تلقى قال « أنه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك » رواه أبو دارود ، وكره أبو عبد الله له أن يظن الى شعر مولاته وهو قول سعيد بن المسيب وطارس ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ولأن الله تعالى قال (لا تتأذنكم الايمانكم والدين لم يأنفوا الخ لم ينكح أزواته - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح) ولانه يشق التحرز منه فأبىح له ذلك كذوي المحارم ، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الاقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولانه محرم عليها فكان محرما كالاقارب

ولما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » رواه سعيد ولاها لا محرم عليه على التأيد ولا يحل له استمتاعها لم يكن محرما كزوج أختها ولانه غير مأمون عليها

ولما انه أزال ملكه عن عبده بعبوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعنق عبدك عنى وعلى ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك على الف فطلقها أوالق مناعك في البحر وعلى ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العنق

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع الشهادة فلا يتعد الا بشاهدين عدلين بالدين عاقلين وان كانا ضريبن) المشهور عن أحمد ان الشهادة شرط لصحة النكاح روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والتخمي وقنادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فمله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحزرة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والغنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك اذا أعلنوه قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقال ابن عبد البر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر الا ان في نكحة ذلك ضيقاً فلم أذكره قال ابن المنذر وقد

اذ ليست بينهما نفرة المحرمية والملاحة لا يقتضي النفرة الطبيعية بدليل السبب مع أمته وانما أبيض له من النظر ما تدعو الحاجة اليه كالتشاهد والمبتاع ونحوهما وجهه بعض أصحابنا كلاجبي لما ذكرناه ، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما الغلام فمادام طملاً غير مميز لا يجب الاستتار منه في شيء ، وان عقل فقيه روايتان (إحداهما) حكمه حكم ذي المحرم في النظر (الثانية) له النظر إلى ما فوق السرة ونحو الركة لان الله تعالى قال لا يفتأ ذنوبكم الذين ملكت أيانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم - الى قوله - لبس عليكم ولا عليهم جناح بدمع من طوافون عليكم بهضمكم على بهضم - الى قوله - واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فايستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم (فدل على التفريق بين البالغ وغيره ، وقال ابو عبد الله: ابوطيبة حجه نساء النبي ﷺ وهو غلام (ووجه الرواية الاولى) قوله او الطفل الذين لم يظهر وا على عورات النساء ، وقيل لابي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام قال اذا بلغ عشر سنين

(فصل) ومباح لكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لاروى بهزبن حكيم عن أبيه عن جده قال قلت يا رسول الله عورائنا ما تأتي منها وما تذر؟ فقال لي: احفظ عورتك الامر زوجتك أو ما ملكت بينك؛ رواه الترمذي وقال حديث حسن ولان الفرج محل الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه كبقية البدن، ويكره النظر الى الفرج فان عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت فرج رسول الله ﷺ قط رواه ابن ماجه، وفي لفظ قالت ما رأيت من رسول الله ﷺ ولا رآه

أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية بنت حبي وزوجها بغير شهود قال أنس بن مالك اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس قال الناس ما ندرى أزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ام جعلها ام ولد فلما أراد ان يركب حجها فعلوا انه تزوجها متفق عليه قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون امر الله بالاشهاد في البيع ذون النكاح فاشترط اصحاب الرأي الشهادة في النكاح ولم يشترطوها في البيع ، ووجه الاولى انه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لانكاح الابوي مرشد وشاهدي عدل» رواه الخلال بإسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لابد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين» ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو لولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجهده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وشهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره

(فصل) ويشترط في الشهود الذكورية والعدالة والعقل والبلوغ والاسلام، فأما الذكورية فقال احمد اذا تزوج بشهادة نسوة لم يحز ذلك لما روى أبو عبيد في الاموال عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يثبت بشهادتهن

مي وقال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تتعددين يدي زوجها وفي يديها مكشوفة في ثياب رقاق لا بأس به
 قالت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها فرخص في ذلك
 (فصل) ويباح للسيد النظر الى جميع بدن امته حتى فرجها لما ذكرنا في الزوجين وسواء في ذلك
 سرية وغيرها لانه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها فأبيح له النظر اليه فان زوج أمته حرم عليه
 الاستمتاع والنظر منها الى ما بين السرة والركبة لان عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال :
 قال رسول الله ﷺ إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجهره فلا ينظر الى ما دون السرة وفوق
 الركبة فإنه عورة ، رواه ابو داود ومقبوه ، إباحة النظر إلى ماعده ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك
 فيه ولا اختلاف فانهم اقتصروا بمباحة الزوج ، ولا تحمل امرأة لرجلين فان وطنها لزمه الأثم والتعزير وان
 ولدت فقال احمد لا يلحقه الولد لأنها فراش انيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية

(فصل) فيمن يباح له النظر من الاجانب . يباح لطبيب النظر الى ما تدعو اليه الحاجة من بدنها
 من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة وقد روي أن النبي ﷺ للمحكم سعد في أبي قريظة كان يكشف عن
 مؤثر رم وعن عثمان أنه أتى بفلام قد مرق فقال انظروا الى مؤثره فلم يجدوه اثبت الشعر فلم يقطعه
 ولشاهد النظر الى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها قال احمد لا يشهد على امرأة إلا
 أن يكون قد عرفها بعينها وان تامل امرأة في بيع أو اجارة فله النظر الى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع
 عليها بالذكور وقد روي عن احمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه ان يخاف الفتنة أو يستغنى
 عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

كالحدود (والثاني المدالة) في انعقاد النكاح بشهادة الفاسقين روايتان (احدهما) لا ينعقد وهو مذهب الشافعي
 للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتها فلم ينعقد بحضورهما كالجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتها وهو
 قول أبي حنيفة لانه محتمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا تعتبر حقيقة
 المدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس مما
 لا يعرف حقيقة المدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه
 فان تبين بعد العقد انه كان فاسقا لم يؤثر في العقد لان الشرط المدالة ظاهراً وهو ان لا يكون ظاهر
 الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تبين ان النكاح كان فاسداً لعدم الشرط ولا يصح لانه لو كانت
 المدالة الباطنة شرطاً لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكاً فيه فلا ينعقد النكاح
 ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها ، وان حدث الفسق فيها لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط
 انما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة انها نكحتا بولي وشاهدي عدل قبل نكاحها وثبت النكاح
 بشهادتها (الثالث العقل) فلا ينعقد بشهادة مجنونين ولا طفلين لانها ليسا من أهل الشهادة ولا لها قول
 يعتبر (الرابع البلوغ) فلا ينعقد بشهادة صبيين لانها ليسا من أهل الشهادة اشبهها الطفل وعنه انه ينعقد

(فصل) فأما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فانه محرم الى جميعها في ظاهر كلام احمد قال أحد لاياً كل مع مطلقته هو أجنبي لايجل له أن ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها لايجل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ما عدا الوجه والكفين لانه عورة ، ويباح له النظر اليها مع السكرانة إذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفين وروت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال «يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ، ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير رية كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (وإذا سألنهم أمتا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي ﷺ « إذا كان لاحداكن مكتاب فلك ما يؤدي تلتحجب منه » وعن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي ﷺ وأنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبين منه » رواه أبو داود وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستنبيه فجعل الفضل ينظر اليها وت نظر اليه فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها ، وعن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجاة فأمرني أن أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال لي رسول الله ﷺ « لا تتبع النظرة النظرة فاما لك الاولى وليست لك الاخرة » رواها أبو داود وفي اباحة لنظر الى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحا على الاطلاق فما وجه التخصيص

بشهادة مراهقين عاقلين بناء على انها من أهل الشهادة (الخامس الاسلام) فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج مسلما وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين وينخرج لتأمل ذلك بناء على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض الاول أصح مما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لا نكح الا بولي وشاهدي عدل» ولانه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

(فصل) وينعقد بشهادة ضميرين ولاشافية في ذلك وجهان

ولنا أنها شهادة على قول فقيلت من الضمير كالشهادة بالاستفاضة ، ويعبر ان يتيقن الصوت على وجه لايشك فيها كما يسم ذلك من رأها وينعقد بشهادة عديدين وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد والخلاف في ذلك مبنى على الخلاف في قبول شهادتهما في سائر الحقوق وسنذكر ذلك في موضعه ان شاء الله ، (وعنه ينعقد بحضور فاسقين) وقد ذكرنا ذلك (ورجل وامرأتين) ظاهر الذهاب ان النكاح لا ينعقد برجل وامرأتين وهو قول التيمي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد انه قال اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فان كان معهن رجل فهو اهون فيحصل ان هذا رواية اخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب

لهذه وأما حديث أسماء ان صح فيحتمل أنه كان قبل زول الحجاب فنحمله عليه
 (فصل) والعجوز التي لا يشتهي مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (والتواعد
 من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من
 أبصارهم) وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) الآية قال فسنسخ واستثنى من ذلك القواعد من
 النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تشتهي
 (فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر
 رضي الله عنه رأى امرأة متلثة فضرها بالدرة وقال يا لكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حفص
 بإسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقم في خلافته وقال أما القناع لحرائر ولو كان نظر ذلك منها
 محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس أن النبي ﷺ لما أخذ صنية قال الناس لاندري
 أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد فقالوا إن حجبتها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب
 وطأها خلفه ومد الحجاب بيده وبين الناس متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الامة كان
 مستتباً بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً، وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى
 ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحابنا بين الحرمة والامة لقوله تعالى
 (ولا يبدن زينتهن) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المحرقة تستوي فيها الحرمة
 والامة فان الحرمة حكم لا يؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق
 بينهما وإن لم يفرقاً فيما ذكرناه افرقاً في الحرمة وفي مشقة السر الكف ان كانت الامة جميلة يخاف

الرأي وروى عن الشعبي لانه عقد معاوضة فاعتقد بشهادتهن بالرجال كالبيع
 ولنا الخبر المذكور ولانه عقد ليس المقصود منه المال ويحضره الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء
 كالحودود ولهذا فارق البيع

﴿مسئلة﴾ (وعنه يعتقد بحضور مراهقين عاقلين) وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (ولا يعتقد نكاح المسلم بشهادة ذميين ويخرج ان يعتقد اذا كانت المرأة

ذمية وقد ذكرنا ذلك)

﴿مسئلة﴾ (ولا يعتقد بحضور اصميين ولا أخرسين)

لان الاصميين لا يسمعون والأخرسين يتعذر الاداء منها، وفي انقاده بشهادة أهل الصنائع الرديئة

كاللحجاء ونحوه وجهاً بناء على قبول شهادتهم

﴿مسئلة﴾ (وهل يعتقد بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما؟ على وجهين)

أحدهما يعتقد اختاره أبو عبدالله بن بطة لعموم قوله «وشاهدي عدل» ولأنه يعتقد بها نكاح غيره هذا الزوج

فانعتقد بها نكاحه كسائر المدول (والثاني) لا يعتقد لان المدول لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل

الفئة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى السلام الذي تخشى الفتنة بالنظر اليه قال أحمد في الامة إذا كانت جميلة تنقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة التفت في قلب صاحبها اللابل.

(فصل) فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبها فان كان يجد شهوة فلا وان كان لا يجد شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر باسناده عن عمر بن حفص المدني أن الزبير بن العوام أرسل بابتة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقامها وقال قال رسول الله ﷺ «مع كل جرم شيطان» فاما اذا بلغت حداً تصلح للنكاح كابتة نسم فان عورتها مخالفة لهورة البالغة بدليل قوله عليه السلام « لا يقبل الله صلاة حائض الا بحمار فدل على صحة الصلاة عن لم تحض مكشوفة الرأس فيجوز أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي مزينة فدخل علي النبي ﷺ فعرض ففأت يارسول الله أنها ابنة أخي وجارية فقال « اذا عركت المرأة لم يجوز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا مادون هذا » وقضى على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها وذكر حديث امهات « اذا بلغت المبيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار إلى وجهه وكفيه واحتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على اباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(فصل) ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عتة أو مرض لا يرجى برؤه والخصي والشيخ

شهادته لوأله وعنه ان الشهادة ليست من شروط النكاح وقد ذكرنا الخلاف في ذلك والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (الخامس) كون الرجل كفؤاً لها في احدي الروايتين فلورضيت المرأة والاولياء بنيره لم يصح) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط فانه قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال احمد في الرجل يشرب النمراب ماهو يسكفه لها يفرق بينهما وقال لو كان المزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الا كفاء رواء الخلال باسناده وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجريز في سفر فأقيمت الصلاة فقال جريز لسلمان تقدم فقال سلمان بل انت تقدم فانكم معشر العرب لا تقدم في صلواتكم ولا تنكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث في الاولياء بنير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بنير اذنها وقد روى الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكحوهن إلا الا كفاء ولا يزوجهن إلا الا اولياء » إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضيف لا أصل له ولا يحتج بمثله ، ولو رضيت المرأة والاولياء بنير كفه لم يصح النكاح لغوات شرطه وهذا اختيار الحنفي وإذا قلنا باشتراطها قلنا يعتبر

والخنث الذي لاشهورة له فحكمه حكم ذوي المهرم في النظر لقول الله تعالى (أو اتابعين غير أولي الاربة) أي غير أولي الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس هو الذي لا تستحي منه النساء ، وعنه هو الخنث الذي لا يقوم زبه . وعن مجاهد وقادة القتي لا ارب له في النساء فان كان الخنث ذاشهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره لان عائشة قالت : دخل على أزواج النبي ﷺ فخنث فكانوا يعدونه من غير أولي الاربة من الرجال فدخل علينا النبي ﷺ وهو بنت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع ، واذا أدبرت أدبرت بنجان فقال النبي ﷺ « ألا أرى هذا يعلم ما هو هذا لا يدخلن عليكم هذا » فحجبه رواه ابو داود وغيره ، قال ابن عبد البر ليس الخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنيث بشدة التأنيت في الخانة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والنعمة والعقل فاذا كان كذلك لم يكن له في النساء إرب وكان لا يفتن لامور النساء وهو من غير أولي الاربة الذين ابيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنع ذلك الخنث من الدخول على نسائه فلما معه يصف ابنة غيلان وقوم أمر النساء أمر بحجبه (فصل) فأما الرجل مع الرجل فلكل واحد منها النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة . وفي حدها رواية ان (احدهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ولا فرق بين الامرد وذوي العجبة إلا ان الامرد إن كان جبلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجوز تصد النظر اليه . وقد روي عن الشعبي قال : قدم وفد عبد القيس على النبي ﷺ وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضأة فأجابه النبي ﷺ وراه ظهره رواه أبو حفص . قال المروزي سمعت أبا بكر الاعين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جبلا ففضى إلى أبي عبد الله

وجودها حال العقد فان عدمت بعده لم يبطل النكاح فان كانت معدومة حال العقد فهو فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما ذكره إن شاء الله تعالى

(والثانية) ليست شرطاً في النكاح وهي أصح ، وهو قول أكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحامد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة ان أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة بنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار ، أخرجه البخاري وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تتكح أسامة بن زيد هولاء فتكحها بأمره متفق عليه وزوج زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الاسدية ، وقال ابن مسعود لاخيه أشدك الله أن لا تزوج إلا مسلماً وإن كان أحمر رومياً أو أسود حبشياً ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو للاولياء أو لها فلم يشترط وجودها كالتسليم من العيوب .

وروي أن أبا هند حجج النبي صلى الله عليه وسلم في الياقوخ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « يا بني ياضة انكحوا أبا هند وانكحوا اليه » رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً .

فقدته فلما قنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أخي قال اذا جئني لا يكون معك والقي أدى لك أن لا يمتي معك في طريق ، فأما الغلام القدي لم يباغ نسعا فلا عوة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليل عن أبيه قال : كنا جلوساً عند النبي ﷺ قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فوق مقدم قيصة أراه قال فقبل زبيته . رواه ابو حنص

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والقدمية كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والقدي في النظر قال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع فخارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فأذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبها حين تزد وعن أحد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند القدمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى قوله تعالى (أو نسائهن) والاول أولى لان النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر ، فسأت عائشة رسول الله ﷺ وذكر الحديث وقالت أسماء قدمت علي أمي وهي رانبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ أصلها ؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والقدمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع القدي ولان المجاب إنما يجب بهن أو قياس وام يوجد واحدمهما ، فأما قولها (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء .

قال شيخنا والصحيح أنها غير مشروطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها (مسئلة) (لكن إن لم ترض المرأة والاولياء جيمهم فلن لم يرض الفسخ) لان للزوجة ولكل واحد من الاولياء فيها حقاً ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما تزاج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خنيسه جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فاختارت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار .

(فصل) وإذا قلنا ليست شرطاً فرضيت المرأة والاولياء جيمهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فقد روي عن احمد أن المقدم يقع باطلاً من أصله لان الكفاءة حق لجميعهم والماعد منصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كنصرف الفضولي وهذا أحد قولي الشافعي وظاهر المذهب أن المقدم يقع صحيحاً ويثبت لمن لم يرض الفسخ لما ذكرنا من حديث المرأة التي رفضت الى النبي صلى الله عليه وسلم أن أباه زوجها بغير كفء خيرا ولم يعط النكاح من أصله ولان المقدم وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وأما يثبت الخيار كالطيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية يثبت الفسخ لمن لم يرض ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا رفضت المرأة وبعض الأولياء

(فصل) فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايات (أحدها) لها النظر إلى ما ليس بعورة (والأخرى) لا يجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها اختاره أبو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نهبان عن أم سلمة قالت : كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فأتناذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ «احتجبين منه» فقالت يلرسول الله انه ضرب لايصر قال «أنعم ياوان أنا لا تبصرانه» رواء أبو دارد وغيره ، ولان الله تعالى أمر النساء بقض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولان النساء أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر إلى الذوخ الآخر قياسا على الرجال بحجة أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ فاتها أشد شهوة وأقل عقلا ففسارح الفتنة إليها أكثر

ولنا قول النبي ﷺ «ما طمة بنت قيس» اعندي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أهى نضمين ثيابك فلا براك» متفق عليه ، وقالت عائمة كان رسول الله ﷺ يترني بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلبون في المسجد متفق عليه ، ويوم فرغ النبي ﷺ من خطبة العيد مضى إلى النساء فذكرهن وعه بلال فأمرهن بالصدقة ، ولأن لو ممن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء . لئلا ينظرن إليهم ، فأما حديث نهبان فقال أحمد نهبان روى حديثين عجيبين يعني هذا الحديث ، وحديث «إذا كان لاحداكن مكاتب فلتحتجب منه» وكأنه أشار إلى ضعف حديثه اذ ليرى الاهدبن الحديثين

لم يكن لباقي الاولياء نسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد اسقط بعض الشركاء بعضه فسقط جميعه كالفصاح .

ولنا أن كل واحد من الاولياء يعتبر براءه فلا يسقط ببراءة غيره كالرأة مع الولي . فأما الفصاح فلا يثبت لكل واحد كاملا فاذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه وهنا بخلافه ولانه لو زوجها بدوت مهر منها ملك الباقون عند غيرهم الاعراض مع أنه خالص حقها فهنا مع أنه حق لهم أولى .

﴿مسئلة﴾ (فلو زوج الاب بغير كفه براضا ففلاخوة الفسخ)

نص عليه أحمد وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ اذا زوج الاقرب لانه لا حق للأبعد معه فراضا لا يعتبر كالأجنبي ولنا أنه ولي في حال يلحقه العار بدم الكفاءة فملك الفسخ كالتساوين

﴿مسئلة﴾ (والكفاءة الدين والمنصب يعني بالمنصب النسب)

اختلفت الرواية عن أحمد في شرط الكفاءة فتمه أنها شرطان الدين والمنصب لاغير وعنه خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار، وذكر القاضي في المجردان فقد هذه الثلاثة لا يبطل انكاح رواية واحدة أما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه أن يبطل عدم الكفاءة في النسب لاغير لانه

المخالفين للاصول ، وقال ابن عبد البر نيهان مجهول لا يعرف الا برواية الزهري عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح فالمصلحة به لازمة ثم يحتصل أن حديث نيهان خاص لأزواج النبي ﷺ كذلك قال احمد وابو داود قال الأرم قلت لابي عبد الله كان حديث نيهان لأزواج النبي ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم : وان قدر التعارض فتقدم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في إسناده مقال

(مسئلة) قال (واذا زوج امة وشرط عليه ان تكون عندهم بالنهار ويبحث بها اليه بالليل فالعقد والشروط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)

أما الشرط فصحيح لانه لا يخل به تصود النكاح فان الاستمتاع انما يكون ليلا ، واذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل لأنها ملتبسة اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال واذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لأنها في خدمته حينئذ ولائها باقية على الاصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكوفة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ليس على الزوج شيء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شيء كالحرة اذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض

نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه الى الولد وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط وذكره أبو الخطاب أيضاً وقال مالك الكفاءة في الدين لا غير قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر انها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن صالح إلا في الصنعة والسلامة من العيوب ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا ان يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفواً لان الغالب على الخنث الفسق ولا بعد ذلك نقصاً ، والدليل على اعتبار الدين قول الله تعالى (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستويون) ولان الفاسق مردود الشهادة والرواية غير مأون على النفس والمال مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحفظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز ان يكون كفواً لعقبة ولا مساويها لكان يكون كفواً لله. فأما الفاسق من الخنث فهو ناقص عند أهل الدين والمرءات. والدليل على اعتبار التسبب في الكفاءة قول عمر لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الحسب رواء أبو بكر عبد المطلب بإسناده ولان العرب يعدون الكفاءة في النسب بأقرب من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصاً وعاراً فاذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولان في فقد ذلك نقصاً وعاراً فوجب أن تشر في الكفاءة

ولنا أن النفقة عرض في مقابلة المنفعة فوجب معها بقدر ما يستوفيه كالأجرة في الاجارة وفارقت الحرة لان التسليم عليها واجب في جميع الزمان فاذا امتنعت في البعض فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه وهما قد سلم السيد جميع ما وجب عليه

(فصل) فان زوجها من غير شرط فقال القاضي الحكم فيه كما لو شرط وله استخداما نهاراً ويايه ارسالها ليلا الاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام والاستمتاع فاذا عقد على احدهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها كما لو أجزها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندها ، وان تبرع السيد بارسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وان تبرع الزوج بتبركها عند السيد ليلا ونهاراً لم تنسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتبركها عند الآخر وندافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لان الزوجية تقتضي وجوبها مالم يتم من استمتاعها عدوانا أو بشرط أو نحوه ولذلك نجب بنتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فاذا لم يكن من السيد همتانم فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المتضمنة لها وعدم المنافع منها

(فصل) فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لأنه يفوت خدتها للخدمة لسيدها وان أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك وقال بما أدري فيحتمل للمنع منه لانه يفوت حق الزوج منها فنع منه قياسا على ما لو منعته من مع الإقامة رلاه مالك لأحدى منفعتيها فلم يملك منع الآخر من السفر بها

كالدين، فعلى هذا لا تزوج البغيقة بفاجر لما ذكرنا ولا عربية بمعجمي فلا يكون المولى ولا العجمي كقولاً لعربية لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه وقال سلمان الجبري معشر العرب لا تقدم في صلاتك ولا تتكح نسائك ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجمته فيكم

﴿مسئلة﴾ (والعرب بعضهم لبعض أكفاء وسائر الناس بعضهم لبعض أكفاء وعنه لا زوج قرشية

غير قرشي ولا هاشمية لغير هاشمي)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان غير قرشي لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى قريشاً من كنانة واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم» ولان العرب فضلت الامم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم أخص به من قريش ولذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواتنا من بني هاشم لا تكفر فضاهم علينا لمكانك الذي وضعت الله به منهم ، وقال أبو حنيفة لا يكافئ العجم العرب ولا العرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم لبعض أكفاء (والرواية الثانية) ان العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم بعضهم لبعض أكفاء لان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة ابنة الحسين

كالسيد وكألو أجرها ثم أراد الفر بها . ومتمثل ان له السفر بها لأنه مالك رقبها كسيد العبد اذا زوجه ، وان شرط الزوج أن تسلم إليه الامة ليلا ونهاراً جاز وعليه ففتمها كلها وليس لسيد السفر بها لأنه لا حق له في بعضها

(فصل) ويستحب لمن أراد الزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي ﷺ « تتكح المرأة لماذا ولحسبها وجمالها ودينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك » متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله ﷺ « أتزوجت يا جابر؟ » قال قلت نعم قال « بكر أم يبا؟ » قال قلت بل ثيبا قال « قبلها يكرأ تلاءمها وتلاءمك؟ » متفق عليه ، وعن عطاء عن النبي ﷺ أنه قال « عليكم بالابكار فأنهن أهدب أفواها وأتقى أرحاما » رواه : لإمام أحمد في رواية « وأتقى أرحاما وأرضى باليسير » ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يأمر بالباة وينهى عن التبتل بها شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فأنى مكأثر بكم الائم يوم القيامة » رواه سعيد ، وروي معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال « اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لا تلد أفأتزوجها؟ » فنهاه ثم أناه الثانية فنهاه ثم أناه الثالثة فقال « تزوجوا الودود الولود فأنى مكأثر بكم » رواه النسائي

وعن علي بن الحسين ان النبي ﷺ قال « يا بني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتسوا أولادهم فان في أرحامن البركة » ويختار الجيلة لأنها أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكل لمودته ولذلك شرع

ابن علي وزوج مصعب بن الزبير اختها سكبنة وزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر رضي الله عنه أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس الفهرية القرشية ، ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاه وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض فكذلك العرب وهذه الرواية الصحيحة ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وعنه ان الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة فلا تزوج حرة بعد ولا بنت بزاز بحجام ولا بنت بان مجانك ولا موسرة بمسرة)

أما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كقوة الحرة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى ولان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرأته بمحقوق سيده ولا يتفق نفقة المومنين ولا يتفق على ولده وهو كالمندوم بالنسبة إلى نفسه ولا يمنع صحة النكاح فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لو راجعتني » قالت يا رسول الله أتأمرني؟ قال « انما أنا شفيح » قالت : فلاحاجة لي فيه رواه البخاري ومراجعتهم إياه ابتداء نكاح فان نكاحها قد انقسخ باختيارها ولا يشفع اليها النبي

النظر قبل النكاح . وقد روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال « إنما النساء لعب فإذا اتخذكم أهبة فليست بحسبها »

وعن أبي هريرة قال قيل لرسول الله ﷺ أي النساء خير ؟ قال « التي تسره إذا نظر ونطبعه إذا امر ولا تخالنه في نفسه ولا في ماله بما يكره » رواه النسائي . وعن يحيى بن جهمه أن رسول الله ﷺ قال « خير فائدة أقادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها ونطبعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد

وبخار ذات العقل ويحجب الحياء . لأن النكاح يراد به عشرة ولا تصاح العشرة مع الحياء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتمعوا الحياء فإن ولدعنا ضياع ، صحبتها بلاء ، وبخار الحسية ليكون ولدها نجيباً فإنه ربما أشبه أهله بزعم الهميم . وكان يقال : إذا أردت أن تزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ : نخبروا نطفكم وانكحوا الأتقاء وانكحوا الهميم »

وبخار الأجنبية فإن ولدها أنجب ولم يذم إلا أن يغربوا لا نضورا ، يعني انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات الهم أصبر . ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق فإذا كان في قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم والأمور بصلتها والله أعلم

صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا وانكح صحيح

فأما اليسار ففيه روايتان (أحدهما) هو شرط لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال » وقال « إن أحساب الناس بينهم هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولأن على الموسرة ضرراً في أعمار زوجها لاخلاقه بنفقها ومؤونة أولاده ولهذا ملكت القسح باخلاقه بالنفقة فكذلك إذا كان مقارنا ولأن ذلك معدود نقصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كنفاضهم في نسب وأبناح قال نبيه بن الحجاج السهمي

سائلي الطلاق أنت وأنا في قل مالي قد جفاني ينكر

ويكأن من له نسب يحجب ومن يشتر بعش بعش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والثانية) ليس بشرط لأن الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أحييني مسكيناً وأميتي مسكيناً » وليس هو لازماً فأشبهه العاقبة من المرض ، واليسار المعتبر ما يقدر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه إدامتها

وأما الصناعة ففيها أيضاً روايتان (أحدهما) أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدينية كالخائف والحجام والحارس والكساح والديباغ والقيم والحامى والزبال فليس بكف ، لبتات ذوي المروءات كأصحاب

﴿ باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك ﴾

التحريم بالنكاح ضربان: تحريم عين وتحريم جمع ، ويتنوع أيضا نوعين تحريم نسب وتحريم سبب والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم والآية التي قبلها والتي بعدها ، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها » ، متفق عليه . وعن عائشة رضي الله عنها قالت ، قال رسول الله ﷺ « ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » ، أخرجه مسلم ، وأجمعت الامة على تحريم مانص الله تعالى على تحريمه

(مسألة) قال (والمحرمات نكاحهن بالانساب : الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت ، والمحرمات بالاسباب : الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين)

وجهة ذلك أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب واثنان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فأما اللواتي بالنسب فأولاهن الامهات وهن كل من انتسبت اليها بالولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن عات من

الصنائع الجليلة كاللجارة والنبابة لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبهه نقص النسب وقد جاء في حديث « العرب بعضهم لبعض أ كفاء الاثائك أو حجاما . »

قيل لاحد وكيف تأخذه وأنت تضعفه ؟ قال العمل عليه . يعني أنه ورد موافقاً لاهل العرف . وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازماً فأشبهه الضعف والمرض . قال بعضهم :

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك - للدنيا هو النذل والسقم

وليس على عبد تقى تقيصة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجيم

وأما السلامة من العيوب فليست من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف أنه لا يبطل النكاح بها ، واكتنفا ثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره يخص بها ولوليا منها من نكاح الجنون والابصر والمجنون وما عدا هذا فليس يعتبر في الكفاءة .

(فصل) ومن أسلم أو اعتق من العبيد فهو كفاء لمن له أيوان في الاسلام والحزبية وقال أبو حنيفة ليس بكفاء ، ولا يصح ذلك لان الصحابة أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال لهم غير أ كفاء للتابعين .

ذلك جدتك أم أمك وأم أبيك وجدنا أمك وجدنا أبيك وجدات جدتك وجدات أجدادك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات

ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء . وفي الدعاء اللهم صل على أئمتنا آدم وأمنحوها . والبنات ومن كل أنثى انتسبت إليك بولادتك كآبنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتين وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فإن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم) والاختوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقوله تعالى (وأخوانكم) ولا تفرق عليهن . والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث واخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام فربما كان الجد أو بهيداً وارثاً أو غير وارث لقوله تعالى (وعمانكم) والحالات أخوات الام من الجهات الثلاث واخوات الجدات وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقوله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخ كذلك أيضاً محرمات لقوله سبحانه (وبنات الاخ) فهو لاء المحرمات بالانساب

(النوع الثاني) المحرمات محرم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالنصوص على التحريم فيه اثنتان الامهات المرضعات ومن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجتين على حسب

(فصل) وولد الزنا قد قيل انه كفء لذات نسب ومن أحد أنه ذكر له أنه يشكح ويتكبح إليه فكانه لم يجب ذلك لان المرأة تعبر به هي وأولياؤها ويتمدى ذلك إلى ولدها وليس هو كفواً للربية بغير اشكال فيه لانه أدنى حالاً من المولى .

(فصل) والموالي اكفاء بعضهم لبعض وكذلك العجم قال أحمد في رجل من بني هاشم له مولاة تزوجها الخراساني وقول النبي صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » هو في الصدقة فأما في النكاح فلا وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم بكافتهم لهذا الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيداً وأسامة عربيتين ولأن موالى بني هاشم ساووم في حرمان الصدقة فساووم في الكفافة ، وهذا لا يصح فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاءً لأمر بقاء المولى إذا كان كفواً لسيدته كان كفواً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخس ولا في الامامة ولا في اشرف ، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفافة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأنهما من كلب فهما عربيان وإنما طرأ عليهما رق فعلى هذا يكون حكم كل عربي الاصل كذلك .

(فصل) فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي بفرق بينها وكذلك إذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء القظية وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي بفرق بينها وقال لا يزوج بنته من حروري سرق من الدين ولا من الرافضي ولا من الندي فإذا

ما ذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من ابن رجل واحد كرجل له امرأتان فلما منه ابن أرضعتك أحدها وأرضعتهم الأخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه (وأخواتكم من الرضاعة)

(القسم الثاني) تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك والثاني وأصحاب الرأي ، وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول .

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليهما من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية . قال ابن عباس أبهوا ما بهم القرآن يعني عموا حكمها في كل حال ولا انفصلا بين المدخول بها وبين غيرها . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من زوج امرأة فطلة قبل أن يدخل بها لا بأس أن يزوج ريبتها ولا يحل له أن يزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده ، وقال زيد تحرم بالدخول أو بالوطء لأنه يقوم مقام الدخول وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقا وادخلنا بالدخول

كان لا يدعوا فلا بأس وقال من لم يربع بهي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تنكحوه قال القاضي المقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) وأما تعتبر الكفاءة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء ، وقال « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران » متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فله يشتر ذلك في الام .

(باب المحرمات في النكاح)

وهن ضربان محرمات على الأبد وهن أربعة أقسام :

(أحدها) المحرمات بالنسب وهن سبع ذكرهن الله سبحانه في قوله (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت) فأما الأمهات فهن كل من انتسبت إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازا وهي التي ولدت من ولدتك وإن علت ومن ذلك جدتا أم أمك وأم أبوك وجدتا أمك وجدتا أبوك وجدات جداتك وجدات جداتك وإن علون وارتثت كن أو غير وارتثت كلهن أمهات محرمات ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء

أو الموت أولاً ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فخرت بنفس انعقد كحليلة الابن والاب
(الثانية) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الزائرات فلا يحرمن إلا بالدخول بأهانهن وهن
كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات
إذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء، إلا أنه روي عن عمر
وعلي رضي الله عنهما أنها رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى (وربائبكم
اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا وقال النبي ﷺ لأم حبيبة «لا تعرضن علي بناتكن
ولا اخواتكن» ولأن التريبة لا تأثير لها في التحريم كاثار المحرمات، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط
وإنما رخصتها بذلك تعريفاً لها بذال حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمضمومه، وأن لم
يدخل بالمرأة لم يحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار إذا بان من نسكاحه إلا أن يموت قبل
الدخول ففيه روايتان [أحدهما] تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر لأن الموت
أقيم مقام الدخول في تكبيل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الريبة (والثانية) لا تحرم وهو قول
علي ومذهب عامة العلماء قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم
طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جازله أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي

وفي الدعاء للأنثور اللهم صل على أينا آدم وأمنا حواء - والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك
كابنة الصلب - وبنات البنين والبنات وان تزات درجتين وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات
لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم)
والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقول الله تعالى (وأخواتكم)
ولانفرج عليهم - والعات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن
قبل الام قريباً كان الجداً أو بعيداً وارثاً أو غير وارث لقول الله تعالى (وعمانكم) والحالات أخوات
الام من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وان تلون وقد ذكرنا ان كل جدة أم فكذلك كل أخت
لجدة حالة محرمة لقول الله تعالى (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادته فهي بنت
أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقول الله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخت كذلك أيضاً محرمات لقوله
تعالى (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بانتسب

(فصل) ولا فرق بين النسب الحاصل بنكاح أو ملك يمين أو وطء شبهة أو حرام فتحرم عليه
ابنته من الزنا لدخولها في عموم النكاح ولأنها مخلوقة من مائة فخرت كتحريم الزانية على ولدها وتحريم
المنفية بالعمان لأنها منفية ولا احتمال أن تكون ابنته وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى
(المغني والشرح الكبير) (٦٠) (الجزء السابع)

والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف وحديث عبدالله ابن عمرو قد ذكرناه، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربية كفرقة الطلاق والوث لا بحري بحري الدخول في الاحصان والاحلال وعدة الاقراء، وقبامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقه إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله انياس ولا غيره . إذا ثبت هذا فان الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لانها غير مدخول بها، وظاهر قول الحنفي تحريمها لقوله فان خلاها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا فلم يجلدان ولا يرجان وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (الثالثة) حلائل الابناء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأمها محل إزار زوجها وهي محالة له، فيحرم على الرجل أزواج ابنته وابناء بناته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً، بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل ابناؤكم) ولا نعلم في هذا خلافاً (الرابعة) زوجات الاب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وادنا كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد صاف) وقال البراء بن عازب انبت خالي ومعه الراية فقلت أين تريد؟ قال أرسلني

(القسم الثاني) المحرمات بالرضاع فيحرم به ما يحرم من النسب سواء والذي ذكره الله تعالى اثنتان بقوله الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة) فالأمهات اللاتي أرضعنكم وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجتهم على حسب ما ذكرناه في النسب محرمات بالآية، وأما الاخوات فهي كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو أرضعت أنت وهي من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لها منه ابن أرضعتك إحداها وأرضعتها الاخرى فهي أختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك حرم مثلها من الرضاع كالعمة والحالة والبنت وبنت الاخ وبنت الاخنت على ما ذكرنا لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية لمسلم « الرضاع يحرم ما تحرم الولادة » ولان الأمهات والاخوات منصوص عليهن والبقيات يفسن عليهن ولا نعلم في هذا خلافاً

(القسم الثالث) تحريم المصاهرة وهن أربع : أمهات النساء فن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم الا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها الا بالدخول بها ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل زوجه امرأة أبيه من بعده إن ضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية قال لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية فذكر الخبر كذلك رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأنه قرب أم بعده وليس في هذا بين أهل العلم خلافاً علناه والحدثة ، وبحرم عليه من وطنها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطنها في عقد نكاح قال ابن المنذر الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب ، وعن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثوري والاوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا يلاحظ عن أحد خلافاً لهم (الضرب الثاني) تحريم الجعم والمذكور في الكتاب الجعم بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعدم الآية فإن تزوجها في عقد واحد فسد لأنه لا مزية لإحداها على الآخرة وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداها بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح لأنه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لأن به يحصل الجعم وليس في هذا محمد الله اختلاف وإيس عليه تبريع

﴿مسئلة﴾ (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثاها من الرضاع وهن الإهات والبنيات والأخوات والنعات

ابن عباس أهبوا ما أهب القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده وقال زيد تحرم بالدخول أو بالوطء لأنه يقوم مقام الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً سواء وجد الدخول أو الموت أو لم يوجد ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فخرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب (الثانية) حلائل الآباء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهي محللة له فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية قال أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل زوجه امرأة أبيه من بعده إن ضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية وذكر الخبر رواه كذلك سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأنه قرب أم بعده وليس في هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علناه وتحرم من وطنها أبوه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطنها في عقد نكاح قال ابن المنذر الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب وعن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة

والحالات وبنات الاخ وبنات الاخوت على الوجه الذي شرحناه في النسب نقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية مسلم « الرضاع يحرم ما يحرم الولادة » وقال النبي ﷺ في ذرة بنت أبي سلمة « أنها لو لم تكن ربيتي في حجري ما حلت لي ، أنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وإياها ثوبية ، متفق عليه ، لأن الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم في هذا خلافاً

﴿ مسألة ﴾ قال (ولين الفعل محرم)

معناه ان المرأة اذا أرضعت طفلاً باين نسب^(١) من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لأن الابن من رجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه ، وأولاد الرجل إخوة سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها ، واخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته ، وآبؤه وأمهاته ، أجداده وجداته ، قال احمد بن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فنرضع هذه صبية وهذه صبية لأبزوج هذا من هذا ، وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والاخرى غلاماً فقال لا ، الفلاح واحد قال الترمذي هذا تفسير لبن الفعل وعن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطارس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والاوزاعي

(١) كذا في الاصول

والثوري والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي ولا تحفظ عن أحد خلافتهم (الثالثة) حلل الابطناء فتحرم على الرجل زوجة ابنته وابن ابنته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل أبنائكم) ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيبة ابنته وأبيه لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (الرابعة) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن الا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات فإذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره وهو قول داود لقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار علي خلاف هذا انقول وذكرنا حديث عمرو بن شعيب في هذا وقال النبي ﷺ « لا تعرضن علي بناتكن ولا أخواتكن » ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وإنما وصفها بذلك تعريضاً لها بنائب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمنومه ، وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار اذا بانث من نكاحه

﴿ مسألة ﴾ (فان ما قيل الدخول فهل يحرم بناتهن علي روايتين)

(احدها) تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ولأن الموت أقيم مقام الدخول

في تكميل العدة والصدقات فيقوم مقامه في تحريم الربيبة

والشافعي واسحاق وابو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر وإليه ذهب فقهاء الامصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث، وورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو ثابة وبروي ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسلمين لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل وبروي عن زينب بنت أبي سلمة أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير قالت وكان الزبير يدخل علي وأنا امتشط فيأخذ يترن من قرون رأسي فيقول اقبلي علي فحدثيني أراه والذأ وما ولد فمهم إخوتي ثم إن عبداً لله بن الزبير أرسل بخطب إلي أم كلثوم ابنتي على حمزة بن الزبير وكان حمزة ملكية فقلت لرسوله وحل محل له وإنما هي ابنة أخيه فقال عبداً لله إنما أردت بهذا المم لما قبلت أما ما ولدت أسماء فمهم إخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك بأخوة فارسلني فلي عن هذا فأرسلت فأسألت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لما إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تنزل عنده حتى هلك عنها

وأنا ما روت عائشة رضي الله عنها أن أفلح أخا أبي القيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا أذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني

(والثانية) لا تحرم وهو قول علي وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو مات قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال (فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك بقياس ضعيف وقد ذكرنا حديث عمرو بن شعيب ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك نص الله تعالى ولا نص رسوله لقياس ولا غيره، إذا ثبت هذا فإن الدخول بها وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها

(مسئلة) (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام)

فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حللاً ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد علي هذا في رواية جماعة وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشامي والنخعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي وروي عن ابن عباس أن وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويعقوب بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا يحرم الحرام

ولكن أَرْضَعْتَنِي امرأته قال «الذي له فانه عمك تربت بك» قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول «حرما» من الرضاع ما يحرم من النسب متفق عليه وهذا نص قاطع في محل النزاع فلا بد من قول على ما خالفه فأما حديث زينب فان صح فهو حجة لنا فان الزبير كان يمتد بها ابنته وتمتد بها أباها والظاهر ان هذا كان مشهوراً عندهم وقوله مع اقرار أهل عصره أولى من قول ابنته وقول قوم لا يعرفون

(مسئلة) قال (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها متفق عليه وفي رواية أبي داود «لا نكح المرأة على عمها ولا أمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا أمة على بنت أخيها» لا نكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى» ولأن أمة في تحريم الجم بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاءه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرناه فان احتجوا بعدم قوله سبحانه (وأهل أسكنكم ما ورا) ذلكم خصصناه بما روينا، وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان مما أنكر عليه رجم

الجلال «ولانه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً كوطء الصغيرة

ولنا قوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحاً قال الشاعر * اذا زينت فاجد نكاحاً * فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه (انه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً) وهذا التعليل انما يكون في الوطء وروي عن النبي ﷺ انه قال «لا ينظر الله عز وجل الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها» وروي الجوزجاني باسناده عن وهب بن منبه قال ملعون من نظر امرأة وابنتها فذكرته لمعيد بن المسيب فأعجبه، ولان ما تعلق من التحريم بالوطء تعلق بالمحظور كوطء الخائض ولان النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالأحرام وحديثهم لا تعرف صحته وانما هو من كلام ابن اشوع بعض قضاة العراق كذلك قال احمد وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع لم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة ضرب: مباح وهو الوطء من نكاح صحيح او ملك بين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع وبصير محرماً لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأيد بسبب مباح شبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد او شراء فاسد او وطء امرأة ظنها امرأته أو أمة او وطء الامة التي فيها شرك واشباه ذلك فيتعلق به التحريم كمتعلقه بالوطء المباح اجماعاً قال ابن المنذر اجمع كل من نحظ عنه من أهل العلم على ان الرجل اذا وطئ امرأة بنكاح فاسد

الزاني وتحريم الجم بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها وقال ليس هذا في كتاب الله تعالى فقال لها: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا خمس صلوات في اليوم واليلة وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألها عن مقدار الزكاة ونصبتها فأخبراه فقال فهل تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا لا نجده في كتاب الله قال فمن أين صرنا إلى ذلك؟ قالا فله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده قال فكذلك هذا. ثم لا فرق بين الحالة والدة حقة أو مجازاً كعمات آباؤها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهم من نسب كان ذلك أو من رضاع، وكل شخصين لا يجوز ل أحدهما أن يزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لاجل القرابة لا يجوز الجم بينها لأدوية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجم بين المرأة وأما في العقد لما ذكرناه ولأن الام إلى ابنتها أقرب من الاخنتين فإذا لم يجمع بين الاخنتين فالمرأة وابنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجم بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيها بالتحريم ودخولها في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأن أحدهما تحمل لها الأخرى لو كانت ذكراً، وفي كراهة ذلك رواه ابن ماجه (أحدهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد ومطاه والحسن وسعيد بن عبدالعزيز وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة، ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم

أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وإبي ثور وأصحاب الرأي لأنه وطه يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطه المباح ولا بصير به الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له النظر إليها بذلك والوطه ليس بمباح والمحرمة تتعلق بكمال حرمة الوطه لأنها أباحة ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستباح النظر إلى غيرها أولى (الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمة ولا إباحة النظر لأنها إذا لم تثبت بوطه النسبة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به النسب ولا يجب به المهر بالمطوعة إذا كانت حرة

(فصل) ويستوى في ذلك الوطه في القبل والدبر لأنه يتعلق به التحريم إذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا

﴿مسئلة﴾ (فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فعل وجوباً)

أحدهما إن وطه الميتة ينشر الحرمة لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع والثاني لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بسبب للبضية ولأن التحريم مطلق باستيفاء منفعة الوطه والموت يبطل المنافع وأما الرضاع فيحرم ما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة، وفي وطه الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشر وهو قول أبي يوسف

المأثور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والأخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والأوزاعي والشاذلي وإسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهته كسائر الأقارب .

(مسئلة) قال (وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجدة وان علا فيما نلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وان سفلت بمنزلة الابن)

وجهه ذلك أن المرأة إذا عقد الرجل عقداً للنكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها أقول الله تعالى (وحلائل ابنائكم) وهذه من حلائل ابنائهم وتحرم على أبيه لقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمه عليه لقوله سبحانه (وأمهات نسائكم) وهذه منهن وليس في هذا اختلاف بحمد الله الأشيء ذكرناه فيما تقدم ، والجدة كالأب في هذا وابن الابن كالابن فيه لأنهم يدخلون في اسم الآباء والأبناء وسواء في هذا الأقرب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والأم ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك

لأنه وطء لآدمية حبة في القبل أشبه وطء الكبير (والثاني) لا ينتشرها وهو قول أبي حنيفة لأنه ليس بسبب للبضية أشبه وطء الميتة

(مسئلة) (وان باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلاها لشهوة فعلى روايتين)

إذا باشر فيها دون الفرج لغير شهوة لم ينتشر الحرمة بهير خلاف نعلمه وان كان لشهوة وكان في أجنبية لم ينتشر الحرمة أيضاً قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته من شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرم شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور وان كانت المباشرة لمرأة محملة له كما مر أنه ومملوكته لم تحرم عليه ابنتها قال ابن عباس لا يحرم الربيبة إلا الجماع وبه قال طاوس وعمرو بن دينار لأن الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يترك التص الصريح من أجله . وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي الرجل المباشر لها وابنه قلنا في النكاح تحريم مجرد العقد قبل المباشرة ولا يظن المباشرة أثر ، وأما الامة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان (احدهما) ينتشرها روي ذلك عن ابن عمر وابن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والأوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولنا الشافعي لأنه نوع استمتاع فينتقل به تحريم المصاهرة كالوطء (والثانية) لا يثبت بها التحريم لأنها بلائسة ولا توجب الفسئل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم تكن شهوة ولأن ثبوت التحريم إما ان يكون بنص أو قياس على النصوص ولا يصح في هذا ولا

(مسئلة) قال (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والحالات وبنات من نسكهن الآباء والابناء فبنات محلات وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)

وجملة ذلك أن كل محرمة تحرم ابتها تناول التحريم لها فالامهات تحرم بناتهن لانهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لانهن بنات ويحرم بنات الاخوات وبناتهن لانهن بنات الاخوات وكذلك بنات بنات الاخ الا بنات العمات والحالات فلا يحرم بالاجماع قول الله تعالى (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) فأهلن الله لنيه عليه السلام ، ولانهن لم يذكرن في التحريم فدخلن في قول الله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والابناء لانهن حرمن لكونهن حلال الآباء والابناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محلات لقوله سبحانه (فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهن الربائب وليس هؤلاء من حرمت أمهن وأنا ذكرها لانها محومة في شتيه حكمها ، فان قيل : فلم حرمت ابنة الزبية ولم تحرم ابنة حليمة الابن ؟ قلنا لان ابنة الزبية ربية وابنة الحليمة ليست حليمة . ولان علة تحريم الزبية

هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاعتسار والمدة وافساد الاحرام والصيام بخلاف اللبس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل قال شيخنا وهذا الذي ذكرنا أقرب للصواب ان شاء الله تعالى

(فصل) ومن نظر الى فرج امرأة لشهوة ثم وكسها الشهوة فيه أبيضاروايتان (إحداهما) ينشر المحرمة في موضع ينشرها المس روي عن عمر وابن عمر وطامرين زمة وكان بدر بن عبد الله بن عمرو قيسن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لايجل لايه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحامد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ انه قال «من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها وبناتها» وفي رواية — لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وبناتها والثانية لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه والخبر ضعيف قال الدار قطني :وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل انه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة وقال بعض اصحابنا لافرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فان غير الفرج لا يقاس عليه لما بينها من الفرق ولاخلاف نعله في ان النظر الى الوجه لا يثبت المحرمة فكذلك غيره ولاخلاف أيضا (المغني والشرح الكبير) (٦١) (الجزء السابع)

انه يشق التحرز من النظر اليها والحلوة بها بكونها في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في بنتها وان سفلت والحليلة حُرمت بنكاح الاب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها

﴿ مسألة ﴾ قال (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)

بمعني انه يثبت به تحريم المصاهرة فاذا زنا بامرأة حُرمت على ابيه وابنه وحُرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حللاً ، ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حُرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروي نحو ذلك عن هران بن حصين وبه قال الحسن وعطاء وطارس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب وبجزي بن بهمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام الحلال » ولانه وطء لا نصيره الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة

وثنا قوله تعالى (ولا تكحوا ما نكح آؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحاً ، قال الشاعر
 • إذا زويت فأجد نكاحاً • فعمل في محرم الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى (انه كان فاحشة ومقارناً سبيلاً) وهذا التناظر انما يكون في الوطء ، وروي عن

في ان النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً ان النظر اذا وقع من غير شهوة لا ينشر الحرمة لان اللبس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا لم يكن لشهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في اللبس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فإزاد فاما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت سبع اذا قبلها حُرمت امها قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فخكمه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع وكذلك ينبغي ان يكون حكم لمسهاه وقبلها اياه لشهوة ما ذكرنا

(فصل) والصحيح ان الحلوة بالمرأة لا تنشر الحرمة وقد روي عن أحمد : اذا خلا بالمرأة وجب الصداق والمدة ولا يجل له ان يتزوج امها وابنتها قال القاضي هذا محمول على انه حصل مع الحلوة مباشرة فيخرج كلامه على احدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وأما الحلوة بأجنبية أو أمته فلا ينشر تحريمها لانعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسألة ﴾ (ومن يوطئ بفلام حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابنته)

قاله بعض أصحابنا قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة

النبي ﷺ انه قال « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » وروى الجوزجاني باسناده عن وهب بن عتبة قال « ما عاون من نظر الى فرج امرأة وابنتها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولان ما تعلق من التحريم بالوطء المباح نعلق بالمحظور كوطء الخائض ولان النكاح عند فسد الوطء بالشبهة فأفسده الوطء المحرام كالأحرام ، وحديثهم لا يعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أسوع بعض قصة العراق كذلك قول الامام أحمد . وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصميرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة (فصل) ولوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويعتبر محرما لمن حرمت عايه لانها حرمت عليه على التأيد . بسبب مباح أشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء لامة المشتركة بينه وبين غيره وأشياء هذا فهذا يتعلق به التحريم كقطعته بالوطء المباح إجماعا ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأئصار على أن الرجل اذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشرقي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرما ان حرمت عليه ولا يباح له بالنظر اليها لان الوطء ليس بمباح ولان المحرمة تعلق بكال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلان لا يستبيح النظر الى غيرها أولى

كوطء المرأة ولائها بنت من وطئ او أمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة انثى وقال ابو الخطاب يكون كالباشرة فيما دون الفرج فيكون فيه الروايتان والصحيح ان هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخل في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهن غير منصوص عليهن ولا هو في معنى النصوص عليه فوجب ان لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلال الالباء ومن نكحهن الآباء وامهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء ممن ولا في مناهن ولان الوطء في المرأة يكون سببا للبضعية وبوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا وثبت احكاما لا يثبتها اللواط فلا يجوز الحاقه بهن لعدم اللمة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى وان قدر بينهما شبه من وجه ضيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بتمه

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه واخته من الزنا في قول عامة الفقهاء وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز له لانها اجنبية منه ولا تنسب اليه شرطا ولا يجرى التوارث بينهما ولا تمتق عليه اذا ملكها ولا يلزمه نفقتها فلم يحرم عليه كسائر الاجانب

(الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به الحرمة ولا إباحة بالنظر لانه اذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر اذا طأعته فيه .

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدمبر لانه يتعلق به التحريم فيما اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا فان توطء بسلام فقال بعض أصحابنا يتعلق به التحريم أيضا فحرم على اللانط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللانط وابنته قال ونص عليه أحد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة توطء المرأة ولانها بنت من وطئها ولم يخرمنا عليه كما لو كانت المودوة أثنى . وقل ابو الخطاب يكون ذلك كالتبصرة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح ان هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منه وص عليهن في التحريم فيدستان في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهم غير منه وص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلال الابناء ومن تكلمن الاباء وأمهات النساء وبناتهن ونيس هؤلاء منهن ولا في معناه لان الوطء في المرأة يكون حيا للبهنية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لا يثبتها الاوطء فلا يجوز إسقاطه من عدم العلة وانقطع الشبه لذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى ، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجرز تخصيص عموم الكتاب به والطراح النص به .

ولما قوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فلها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تخلف بالحل والحرمة وما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة حلال بن ابيه انظروه « يعني ولدها فان جاءت به علي ذمة كذا فهو لشريك بن سحماه « يعني الزاني ولانها مخلوقة من مائه فاشبهت المخلوقة من وطءه الشبهة ولانها بضعة منه فلم يحل له كبتته من التنكاح وتختلف بعض الاحكام لا ينبغي كونها بنتا كما لو تخلف لرق او اختلاف دين اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل ان يطأ امرأة في طهر لم يصحها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو يشرك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فانه يحرم على جميعهم لو جهن احدهما انها بنت موطوءهم الثاني انانعلم انها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوايان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على اولادهم لانها ابنة بعضهم غير معلوم فان الحقها العاقبة بأحدهم حلت لاولاد الباقين

(القسم الرابع) الملاعبة تحرم على الملا عن على التأييد أما اذا لم يكذب نفسه فلا نعلم أحدا قال بخلاف ذلك الا فولا شاذا فان كذب نفسه فالمشهور في المذهب انها باقية على التحريم انوبد وعن أحمد رواية شاذة انها تحل له وتعود فراشا له إذا لم يكن وجد منه ما يثبتها لانه وجع عن المعنى المحرم فزال التحريم ولذلك يحد ويلحقه نسب الولد وهذه الرواية شذ بها حبل عن أصحابه وتفرديها

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كإلتحاقها بأجنبية منه ولا تنسب إليه شرعاً ولا يجزي التوارث بينها ولا تمتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم يحرم عليه كسائر الأجنبيات .

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) وهذه بنت فانها أنثى مخلوقة من مائه هذه حقيقة لا تختلف بالحمل والحرمه ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية « انظروه يعني ولدها فان جاءت به على صفة كذا فهو لثريك بن سحمان » وهو الزاني ، لانها مخلوقة من مائه ، هذه حقيقة لا تختلف بالحمل والحرمه فأشبهت المخلوقة من وطء . بشبهة ولانها نضمة منه فلم تحل له كذته من النكاح وتختلف بعض الاحكام لا يفتى كونها بنتاً كالوخت لرق أو اختلاف دين . اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يمتطها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي فولد لا يعلم دل هو منه أو من غيره ؟ فانها محرمة لجميعهم لوجوب

(أحدهما) انها بنت موطنهم (والثاني) أننا نعلم انها بنت بعضهم فنحرم على الجميع كالزوج الوليان ولم يعلم السابق منها وتحرم على أولادهم لانها أخت بعضهم غير معلوم فان أحققتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ولم تحل لأحد من وطئ . أمها لانها في معنى ربيته

والعمل على الرواية الأولى وهذا يذكر في باب القعان مبسوطاً إن شاء الله تعالى .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني الحرامات إلى أمه وبناتهن)

(أحدهما) الحرامات لأجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أميتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعدم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين)

(مسألة) (ويحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفتهم خلافاً وهم الرافضة ، والحوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجمعوا بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه ، وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمها ولا النسة على بنت أختها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أخيها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الاقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم ، فان احتجوا بعدم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما رويناه وبأننا أن رجلين من الحوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان بما أنكر عليه وجه الزانيين والجمع

(فصل) ووطء الميتة يحتمل وجهين (أحدهما) ينشر الحرمة لانه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب قبضعية ولان التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع ، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم وانتشار العظم وهذا يحصل من ابن الميتة وفي وطء الصميرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشرها وهو قول أبي يوسف لانه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب قبضعية أشبه وطء الميتة

(فصل) فأما المباشرة فيما دون الفرج فان كانت غير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف فعله ، وان كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور ، وان كانت المباشرة لاسرأة محبلة له كاسرأته أو مملوكة لم تحرم عليه إنباتها . قال ابن عباس لا يحرم الزبية إلا الجماع أمها وبه قال طاوس وعمر بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما محرم أمها ونحوها إلى أبي المباشرة لها وابنه فانها في النكاح تحرم ، مجردة قبل المباشرة فلا يظهر للمباشرة أثر ، وأما الامة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة فيه

بين المرأة وعمتها وبناتها وبين خالتها ، وقالوا ليس هذا في كتاب الله تعالى ، فقال لها : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالا : خمس صلوات في اليوم والليلة . وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك . وسألها عن مقدار الزكاة ونصها فأخبراه . فقال وأين تجدان ذلك في كتاب الله ؟ قالا لأنجده في كتاب الله . قال فن ابن صرتما ؟ فقالا فله رسوله الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون بعده . قال فكذلك هذا ولا فرق بين الحالة والعمه حقيقة أو مجازاً كعمات آبائنا وخالاتهم ، وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهم من نسب كان ذلك أو رضاع وكل شخصين لا يجوز لاحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لاجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القرابية لما في الطباع من التنافس والغيرة من الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام إلى بنتها أقرب من الاختين فاذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وبنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيها بالتحريم ودخولها في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احدهما عمل لها الاخرى لو كانت ذكراً وفي كراهة ذلك روايتان (احدهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر ابن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ، وروي أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال : هي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذي قرابتها مخافة القطيعة ولانه مفضى الى قطيعة

روايتان (إحداهما) ينشرها روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لأنه نوح استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولأنه تلذذ بمباشرة يتعاق به التحريم كما لو وطئ. (والثانية) لا يثبت به التحريم لأنها ملامسة لأنوجب الفسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم يكن بشهوة لأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنفس أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجموع عليه فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر والاحصان والغتسال والمدة وفساد الأحرام والعيام بخلاف القمس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تنصيص وهذا الذي ذكرناه أقرب إلى الصواب إن شاء الله سبحانه

(فصل) ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فهو كالمصاهرة فيه أيضاً روايتان (إحداهما) ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها القمس روي عن عمرو بن عمر وعاصم بن ربيعة وكان يدرى وعبد الله ابن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لايجل لا يذموطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحاد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « من نظر إلى فرج امرأة لم يحل له أمها وابنتها » وفي لفظ « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » (والثانية) لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم أن قوله تعالى (وأحل

الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والآخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنها ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهة كسائر الأقارب .

﴿ مسألة ﴾ (فإن جمع بينهما في عقد واحد لم يصح)

إذا جمع بين الاختين في عقد واحد أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد عليهما لم يصح العقد في واحدة منها لأنه لا يمكن تصحيحه فيها ولا مزيجة لأحدهما على الأخرى فيبطل فيهما كالزوجت المرأة لرجلين وكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد بطل في الجميع لذلك .

﴿ مسألة ﴾ (وإن تزوجها في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى سواء كانت باتناً أو رجبية فنكاح الثانية باطل . أما إذا تزوجها في عقدين وعلم الأولى فنكاحه صحيح لأنه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لأن الجمع يحصل به وبالعقد على الأولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى وتتقضى عدتها .

(فصل) (فإن لم يعلم أولاهما فله فرقتهما مآ)

قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدرى أيهما تزوج أولاً يفرق بينهما لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا يعرف المحللة له فقد اشتبه عليه ونكاح إحداهما صحيح ولا يتيقن ينو تهما منه

لحكم ما ورا، ذلكم) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والخبر ضعيف
 قاله الدارقطني وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كني بذلك عن الوطء، وأما النظر إلى
 سائر البدن فلا ينشر حرمة، وقال بعض أصحابنا لافرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة
 والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يتأس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف فعله في أن النظر إلى
 الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة
 لأن المس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان نعيم شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في المس والنظر
 قيمته بانت سنا يمكن الاستمتاع منها كإبنة نسع فإذا ما الطامة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت
 صبيح إذا قبلها حرمت عليه أمها. قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فخسكه في التحريم حكم نظره إليها نص عليه
 أحمد لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع، وكذلك ينبغي أن يكون حكم
 لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) فأما الخلو بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة، وقد روي عن أحمد إذا خلا بالمرأة
 وجب الصدق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها. قال القاضي هذا محمول على أنه حصل مع
 الخلو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين التين ذكرناهما فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر

لا بطلاقها جميعاً أو فسخ نكاحها فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منها وإن أحب
 أن يفارق إحداها ثم يجدد عقد الأخرى وبمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بنهرها ولا
 يخلو من ثلاثة أقسام:

(أحدها) أن لا يكون دخل بواحدة منها فله أن يعقد على إحداها في الحال بعد فراق الأخرى
 (الثاني) إذا دخل بإحداها فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي
 عدتها ثم نكحها لانا لأننا من ان تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فهذا اعتبرنا انقضاء
 عدتها ويحتمل جواز العقد عليها في الحال لأن النسب لاحق به فلا يمان ذلك عن مائه فإن أحب نكاح
 الأخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها

(القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منها حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدتها
 من حين فارقها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها، وإن ولدت إحداها أو هما جميعاً فالتسبب
 لاختونه لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق التسبب فيه وإن لم يرد نكاح واحدة
 منها فارقهما بطلقة

(فصل) فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منها فلا إحداها نصف المهر ولا نفع من يسحقه منها
 فيصطلحان عليه فإن لم يمهلا أفرع بينها فكان لمن خرجت فرعتها مع بينها وقال أبو بكر اختياري

في تحريم الربية لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وقوله (وأحل لكم ما وراء ذلك) وأما الخلو بأجنبية أو أمت فلا تنشر تحريماً لانتم في ذلك خلافاً وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بذلك العيين لانه اذا حرم العقد المراد لوطاً فالوطء أولى

(مسألة) قال (وان تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد وان تزوجهما في عقدين فالاولى زوجته والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة واختها أو عمتها أو خالتها محرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معاً لم يصح العقد في واحدة منهما لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لاحدهما على الأخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وان تزوجها في عقدين فنكاح الاول صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به فبالعقد على الاولى تحرم الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الاولى منه وبزول نكاحها وعقدتها (فصل) فان تزوجها في عقدين ولم يدبر أولاً ما فعله فرقتما معاً قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولاً؛ ففرق بينه وبينهما وذلك لان احدهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشبهتها عليه ونكاح احدهما يصح ولا تتيقن بنتواتها منه إلا بطلاقها جميعاً

أن يسقط المهر اذا كان مجزاً على الطلاق قبل الدخول فان دخل بواحدة منها أفرغ بينهما فان وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابها فلاحدهما المسمى وللأخرى مهر المثل بقرع بينهما فيه ان قلنا الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجود المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما .

(فصل) قال أحمد اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها انزل زوجته حتى تقضي عدة الثانية انما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تقضي عدة الموطوءة فلذلك لا يجوز له وطء امرأته حتى تقضي عدة أختها التي أصابها (مسألة) (وان اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح)

لان الشراء يراد الاستمتاع وتبنيه وكذلك صح شراء من لأهل له كالحيوسية وأخته من الرضاع ولا يهل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتقضي عدتها لكلا يكون جامعاً بينهما في الفراش أو جامعاً مائة في رحم أختين وذلك لا يهل لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائة في رحم أختين .

أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كالزوج الويان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق أحدهما ثم يحدد عقد الاخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) ان لا يكون دخل بواحدة منهما فإنه يعقد على أحدهما في الحال بدفراق الاخرى (الثاني) إذا دخل بأحدهما فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لاننا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا اقتضاء عدتها ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال لان النسب لاحق به ولا يمان ذلك عن مائه وان أحب نكاح الاخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم زوج أختها (القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منها حتى يفارق الاخرى وتنقضي عدتها من حين فرقتها وتنقضي عدة الاخرى من حين أصابها وان ولدت منه إحداهما أو هما جميعاً فالنسب لاحق به لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق بالنسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منها فارقها بطلقة

(فصل) فأما المهر فان لم يدخل بواحدة منها فلا حد لها نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وان لم ينفلا أفرع بينهما فكان لمن خرجت قوعتها مع بينهما وقال أبو بكر اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول وان دخل بواحدة منهما أفرع بينهما فان وقعت

﴿مسئلة﴾ (وان اشتراهن في عقد واحد صح لما ذكرنا)

ولا نعلم خلافاً في ذلك ولو اشترى جارية ووطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها وقد ذكرناه كما لا يخل له شراء المعتدة والمزوجة مع أنها لا يخل له

﴿مسئلة﴾ (وله وطء إحداهما لان الاخرى لم تصر فراشاً)

وهذا قول اكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لاحد .

ولنا أنه لم يجمع بينهما في الفراش فلم يجز كما لو كان في مذكة أحدهما وحدها

(فصل) وليس له الجمع بين الاختين من إمانته في الوطء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود ومن قال بتحريمه عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وروي عن ابن عباس أنه قال أحدهما آية وحرمتها آية ولم أكن لافعله وروي ذلك عن علي أيضاً يريد بالحرمة قوله تعالى (وأن يجتمعوا بين الأختين) وبالجملة قوله تعالى (الا على أزواجهن او ما ملكت أيمانهم) وروي ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو؟ قال لا أقول حرام ولكن ينهى عنه وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالاً بالآية المحللة لان حكم الحرار في الوطء يخالف لحكم الاماء ولهذا يحرم الزيادة على أربع في الحرار وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريره للآية

غير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للآخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابها ما فلاحدها المسمى وللآخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا ان الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجود المسمى فيه وجب هنا لكل واحد منهما

(فصل) قال أحمد إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

(مسئلة) قال (وان تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الاجنبية)

وجملة ذلك أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم احدهما رضية المتزوج فيقول له زوجتكما مما يقبل ذلك فالمتصوص هنا صفة نكاح الاجنبية ونص فيمن زوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الامة وقيل فيه روايتان (احدهما) يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر لانها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراما فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

الحرمه فانه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤها والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالحرمات جميعهن وهذامن ولأنها امرأة صارت فرائشا حُرمت أختها كالزوجة .
(مسئلة) (وإن وطئ احدهما فليس له وطء الاخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج)

هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له باذن المرتهن فيه ولانه يقدر على فسكها متى شاء واسترجاعها اليه ، وقال قتادة ان استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فقاه بدعوى الاستبراء اتفق فأشبهه ما لو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا أحلها له فأشبهه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنعه وطئها فلا بأس من عوده اليها فيكون ذريعة الى الجمع بينهما وان حرم احدهما فظاهر كلام الحرقى أنه لا تحل له الاخرى وهو متفق كلام شيخنا في الكتاب المشروح وقال أصحاب الشافعي تحل له الاخرى لأنها حُرمت عليه بسبب لا يقدر على رقعته فأشبهه التزويج ولأنه نشأ من إباحتها بما لا يقف على غيرها

(فصل) وإذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يسبريها المخرجة وتعلم برامتها من الحل

(والثانية) يصح في الحرمة وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل للنكاح أصيب إليها عقد صادر عن أهل لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انفردت به وفارق العقد على الاختين لأنه لا لزوم لاحداهما على الأخرى وههنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بترط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين بجزء له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين على وجهين يأتي ذكرهما إن شاء الله

(فصل) ولو تزوج مربية ومجوسية ومحللة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان ، وإن نكح أربم حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لأن الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالاختين

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى أختين فأصاب أحدهما لم يصب الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى) الكلام في هذه المسئلة في فصول سنة :

(الفصل الأول) أنه بجزء الجمع بين الاختين في المالك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك فيها

فإن كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لأنه يكون جامعاً في رحم أختين فهو بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها

(مسئلة) (فإن عادت إلى ملكه لم يبطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى)

مق زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبهه مالك ووطئ أمة ثم اشترى أختها ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً فحرمت كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً كما لو انفردت به فأما إذا وطئ أمة ثم اشترى أختها فإن المشتراة لم تكن فراشاً له لكن هي محرمة عليه باستفراش أختها وأخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهي حلال وأختها محرمة عليه لأن أختها فراشه وقد روي عن أحمد أن الجمع بين الاختين في الوطء يملك اليقين لا يحرم بل ينهي عنه فيكون مكروهاً وقد ذكرناه والمذهب أن ذلك حرام والله أعلم (فصل) فإن وطئ أمة الاثنين مما فوطه الثانية محرم ولا حد فيه لأنها ملكه ولأن في حلها

وبين عمتها وخالتها ، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها لان الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء الجوسية والوثنية والمعدنة والمزوجة والمهرمات عليه بالرضاع والمصاهرة

(الفصل الثاني) أنه لا يجوز الجمع بين الاختين من امانة في الوطء نص عليه احمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وعمن قال بتحريره عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والثاقفي ، وروي عن ابن عباس انه قال أحلتها آية وحزمتها آية ولم أكن لأفعله ، وروي ذلك عن علي أيضا يريد بالمحرمة قوله (وإن تجمعوا بين الاختين) وبالجملة قوله تعالى (إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم)

وقد روى ابن منصور عن احمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لا أقول حرام ولكن تنهى عنه وظاهر هذا انه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب بتحريره للآية المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعا بدليل أن سائر المذكورات في الآية محرم وطؤها والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمهرمات جسيمن وهذه منهن ولانها امرأة صارت فراشا تحرمت أختها كالزوجة

حلها اختلافا وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء واحدة حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال لا يطؤها حتى يستبرئ الثانية

ولنا ان الثانية قد صارت فراشا له يلحقه نسب ولدها تحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئها الاولى في حيض أو نفاس أو احرام فان أختها تحرم عليه ويحرم عليه أمها وابنتها على التأيد وكذلك لو وطئها بشبهة في هذه الحال ولو وطئها امرأته حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج والنظر الى الفرج لشهوة فيما يرجع الى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الزبيدة والصحيح أنها لا تحرم ولان الحل ثابت بقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك إنما ثبت بقوله (وإن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا في مناهما .

(مسئلة) (وإن وطئها أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر)

وقد سئل احمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الامتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهو إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام احمد لان النكاح يصير به المرأة فراشا

(الفصل الثالث) أنه اذا كان في ملكه أختان فله وطء احدهما في قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما، وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لـ أحمد. ولنا أنه ليس يجمع بينهما في الفرائض فلم يجرم كالأول كان في ملكه احدهما فقط

(الفصل الرابع) أنه اذا وطئ احدهما فليس له وطء الاخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي، فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المرتين لان تحريمها ولهذا يحل له باذن المرتين في وطئها ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه، وقال فتادة إن استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد ففناه بدهوى الاستبراء اتقى فأشبهه بالزوجها

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكاً عنها ولا حلها له فأشبهه بالوطء وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنع وطئها فلا يأمن عودها اليها فيكون ذلك ذريعة الى الجمع بينهما وإن حرم احدهما على نفسه لم تبح الاخرى لان هذا لا يجردها عنها هو بين بكفر ولو كان يجرمها إلا انه لعارض متى شاء. ازاله بالكفارة فهو كالخبيث والنفاس والاحرام والصيام، وإن كاتب احدهما فظاهر كلام الحنفي انه لا تحل له الاخرى، وقال اصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبهه بالتزويج

ولنا أنه بسبب من استباحتها بما لا يقف على غيرها فلم تبح له أختها كالمرهونة

فلم يجر ان ترد على فراش الاخت كالوطء ولانه قبل في الاخت ما ينافي اباحة أختها فلم يجر كالوطء وظاهر كلام أحمد أنه يصح ذكره أبو الخطاب ولا يطؤها حتى يجرم الموطوءة وهو مذهب أبي حنيفة لانه سبب يستباح به الوطء فجاز ان يرد على وطء ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المتكوجة وتحرم أختها لان النكاح أقوى من الوطء بذلك العيين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى ووجه الاولى ما ذكرناه ولان وطء مملوكه مسمى يجرم أختها لعل الطبع فتح صحة النكاح كالزوجة ويفارق الشراء فانه لا يتحصر في الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا تحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وان سلم فالوطء أسبق فيقدم وعمه صحة ما طرأ عليه مما ينافيه كالمدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامه يجرم نكاح ابنتها وأما ولان هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لسكونه لم يشتر الموطوءة فان طادت الى ملكه لم يبطأ واحدة منها حتى يجرم الاخرى إذا قلنا بصحة النكاح لان الاولى عادت الى الفرائض فاجتمعا فيه فلم يستباح واحدة منها قبل اخراج الاخرى عن الفرائض .

(فصل) فان زوج الامه الموطوءة أو اخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامه الى ملكه فالزوجة بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل الامه وعنه أنه ينبغي أن يجرم احدهما لان أمته التي كانت فراشاً قد عادت اليه والمتكوجة مستفرشة فأشبهه أمته التي وطئ احدهما

(الفصل الخامس) انه اذا أخرجها من ملكه لم تحل له أخذها حتى يستبرئ، المحرجة ، وبعلم برأتها من الحمل ومتى كانت حاملاً لم تحل له أخذها حتى تضع حملها لانه يكون جامعاً مائة في رحم اختين ينزله نكاح الاخت في عدة أخذها .

(فصل) فان وطئ أمية الاختين ما فرطه الثانية محرم ولاحد فيه ولان وطأه في ملكه ولانها مختلف في حكمها وله سبيل الى استبائها بخلاف أخته من الرضا المملوكة له ولايجل له وطأ إحداهما حتى يحرم الأخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الأولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال : لا يطؤها حتى يستبرئ. اثنائية

ولنا أن اثنائية قد صارت فراشا له باحقه نسب ولدها فحرمت عليه أخذها قالو وطئها ابتداء ، وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك في الوطئ. الأولى في حيض أو نفاس أو احرام حرمت عليه أخذها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأيد وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراماً أو حلالاً

(الفصل السادس) أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أخذها فوطئها ثم عادت الأولى الى ملكه فليس له وطئ إحداهما حتى يحرم الأخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لان الأولى لم تبق فراشاً فأشبهه ما لو وطئ أمة ثم اشترى أختها

بعد تزويج الأخرى ثم يطلق الزوج أخذها فان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح النكاح ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبهه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فان وطئ أمية حرمتا عليه حتى يستبرئ. الأمة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى واسبق وأنا وجب الاستبراء لثلاثين يوماً جامعاً مائة في رحم أختين ويحتمل ان نحرم عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالامتنين وحكم عمه المرأة وخالتها كاختها في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكر

(مسئلة) (ولا بأس ان يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

هذا قول أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وبينها في النكاح فعلى عبدالله بن جعفر وعبدالله ابن صفوان بن أمية وهو قول سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى فانهم كرهوه لان إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الأخرى فأشبهه للمرأة وعمها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم) ما وراء ذلكم ولان ما لا قرابة بينهما فأشبهها الاجنيتين ولان الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القرابية بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين ، وهذا يخافى ما ذكره (فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج

ولنا أن هذه صارت فراشا وتدرجت اليه التي كانت فراشا فحرمت عايه كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به فاما ان استفرش أمة واشترى أختها فان المشتراة لم تكن فراشا له بل هي محرمة عليه بافراش أختها ، ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لان أختها فراشه

(فصل) وحكم المباشرة من الاما. فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم للاخت كحكمه في تحريم الربية ، والصحيح أنه لا يحرم لان الحلل ثابت بقوله (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما ثبتت بقوله (وأن نجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد والوطء ولم يوجد واحد منها ولا ما في معناها

(فصل) وان وطئ. أمته ثم أراد تنكاح أختها فقد سئل احمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الامتين فيعتدل أنه أراد ان التنكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام احمد لان التنكاح تصير به المرأة فراشا فلم يجوز أن ترد على فراش الاخت كالوطء. ولانه فعل في الاخت ما ينافي اباحة أختها المفترشة فلم يجوز كالوطء ، ويحتمل أن يصح التنكاح ولا نباح المنكحة حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة . قال ابو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد لانه سبب بستباح به الوطء. فجاز أن يرد على وطء الاخت ولا يبيح كالشراء ، وقال الشافعي يصح التنكاح وتحلل له المنكحة وتحرم

أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء وحكي عن طائوس كراهيته إذا كان ما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعدم الآبة والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينها قرابة ولا سبب يقتضي التحريم وكونه أختا لا يرد الشرع بانه سبب للتحريم فيبقى على الاباحة لعدم الآبة ومعنى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدا صار عمًا لولدهما وخالا

(فصل) إذا تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه فتزوج امرأة وزوج أباه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد اكل واحد ولد كان ولدا لاب عم ولد الام وولد الابن خال ولد الاب ويروي أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني أمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتني بقرابة ولدك من ولد أهلك أخبرتك فقال الرجل : يا أمير المؤمنين هذا العريان ابن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله .

(فصل) إذا تزوج رجل امرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لأنها صارت بالوطء حليلة أبيه أو ابنه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ من قبلها بتسكينها من وطئها ومطاعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطئ. لانه لا يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة

أختها لان النكاح أقوى من الوطء، ملك الميمن فاذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى، ووجه الاول ما ذكرنا ولان وطء مملوكه معنى يحرم أختها لعله الجمل فمع صحة نكاحها كالزوجية وبفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء، ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وان لم قالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامه يحرم نكاح ابنتها وأنها ولان هذا بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها لكونه لم يستبرئ الموطوءة

(فصل) فالزوج لامه الموطوءة أو أخرجه عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامه إلى ملكه فالزوجية بحالها وحالها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الامه ومنه أنه ينبغي أن نحرّم احدهما لان امته التي كانت فراسا قد عادت اليه والمنكوحه مستفرشة فأشبه أمته التي وطئها إحداها بعد تزويج الاخرى ثم طلق الزوج أختها وان تزوج امرأه ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فان وطئ أمته حرمت عليه حتى يستبرئ الامه ثم جعل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى وأسبق وأما وجب الاستبراء لئلا يكون جاءه ما لماته في رحم أختين، يستعمل أن يحرم ما يليه جميعاً حتى تحرم احدهما كالامنين

(مسألة) قال رحمه الله (ومعه الامه وخالتها في ذلك كأختها)

يعنى في تحريم الجمع بينهما في الوطء، والنفصيل فيها كما تفصيل في الاختين على ما ذكرنا

في افساد نكاحها بالمطووعة فلم يحجب على زوجها نفيه كما لو انفردت به ويحتمل أن يجب عليه تزويجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع وينفسخ نكاح الواطئ أيضاً لان امرأته صارت اما للموطوءة أو بتأهلها وطء نصف المسمى فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فان اشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك

(مسألة) (ولا يحل للحران أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للبدان أن يزوج أكثر من اثنتين فان طلق احدهن لم يزوج أخرى حتى تقضي عدتها)

أجمع أهل العلم على ان الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات لا فعل احداً منهم خالف في ذلك الاشيثا يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه اباح تسماً لقول الله تعالى (منقث وثلاث ورباع) والواو للجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا خرق الاجماع وترك لسنة فان النبي ﷺ قال لفيلان بن سلمة حين أسلم ونحوه عشرة نسوة « أمسك أربعاً وقارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية اسلمت ونحوي خمس نسوة فقال لي النبي ﷺ « قارق واحدة منهن » رواها الشافعي في مسنده واذا

(مسئلة) قال (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

أذخر أهل العلم برون الجمع بين المرأة ووربيتها جائزا لا بأس به فله عبد الله بن جعفر وصفوان بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته لان احدهما او كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبهه للمرأة وعهتها

ولما قول الله تعالى (وأهل لكم ماوراء ذلكم) ولائهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الاجنبتين، ولان الجمع حرم خوفا من قطعية الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكره

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره او كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء، وحكي عن طاوس كراهيته اذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول اولى العموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينهما نسب ولا حجب يقتضي التحريم، وكونه أشد لاختها لم يرد الشرع بانه سبب فتحريم فتبي على الاباحة للعموم الآية ومعنى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدا صار مما ولد ولديهما وخالا

(فصل) وان تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فتبي تزوج امرأة وزوج ابنتها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد منها ولدا كان ولد الابن خال ولد الاب ولدا

منع من استدامة زيادة على اربع فلا بداء اولى والآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (اولى أجنبية مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد ان لكل ملك تسعة اجنحة ولو اراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير ذلك فقد جهل الامة العربية وأما النبي ﷺ فحوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أكثر من تسع

(فصل) وليس للعبد أن يزيد على اثنتين ولا خلاف في جواز الجمع بين اثنتين له واختلفوا في اباحة الاربع له فذهب أحمد أنه لا يباح له الاثنتان وهذا قول عمر بن الخطاب وعلي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهم وبه قال مطاء والحسن والشعبي وقناة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولان هذا طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد فيه الحر كلنا قول

ولما أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يحرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجاما وقد روى ليث ابن ابي سليم عن الحكم بن عتيبة قال أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر سأل الناس كم يزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف اثنتين وطاولة اثنتين فدل هذا على أن ذلك كان يحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا محض عموم الآية على أن فيها ما يدل على ارادة الاحرار وهو قوله تعالى (أوما

الاب عم ولد الابن . وروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين أتني تزوجت امرأة وزوجت ابني فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرني بقرابة ولك من ولد ابنتك أخبرتك ، فقال الرجل يا أمير المؤمنين هذا العريان بن المهيم الذي ولته قائم سبائك ان علم ذلك فلا تخبرني فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله

(فصل) وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها فإن وطئ الأول بوجوب عليه مهر مثلها لأنه وطئ شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لأنها صارت بالوطئ حليلة ابنه أو أبيه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لأن الفسخ جاء من قبلها بتسكينها من وطئها ومطأوتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطئ . لأنه لم يلزمه شيء يرجع به ولأن المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالوطئ فلم يجب على زوجها شيء . كما لو انفردت به ، ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة نفسها فنكاحه بالرضاع . ويفسخ نكاح الواطئ . أيضاً لأن امرأة صارت أمًا لموطوءته أو بنتًا لها ، ولها نصف المسمى ، فأما وطئ الثاني فيوجب مهر مثل الموطوءة خاصة فإن أشكل الأول افسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالاشك

ملكك أيمانكم ويفارق النكاح المأكول فإنه مبني على التفضيل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولأن فيه ملكاً والعبد ينقص في الملك عن الحر

(فصل) إذا تزوج الرجل امرأة حرمت عليه أختها وعمتها وخالها وبنت أختها وكذلك إذا تزوج الحر امرأة حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجبياً فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعاً وان كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والتميمي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمي في تحريم وروى ذلك عن ثابت لأن الحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن وقال (وأن تجمعوا بين الاختين) معطوفاً عليه والبائن ليست في نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول بها

ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه ما اجتمعت الصحابة على شيء كاجتماعهم على أربع قبل الظهر وان لا تنكح المرأة في عدة أختها وروى عن النبي ﷺ انه قال لا من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين ، وروى عن أبي الزناد قال كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل ان تحل فتاب ذلك كثير من الفقهاء وليس كلهم تابة

(مسئلة) قال (وحرائر نساء أهل الكتاب وذياتهم حلائل للمسلمين)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب وعن روي عن ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم ، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الأرائل أنه حرم ذلك ، وروي الحلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلل وأذينة العبدي تزوجوا نساء من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم وحرمت الامامية تسكاً بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن - ولا تنكحوا بهن الكوافر)

ولنا قول الله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات (الى قوله) والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجراً (من) واجماع الصحابة بأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لانهما متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخاً فان لفظ المشركين باطلانه لا ينافي أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وقال (تنجس أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يورد الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وسائر أي

قال سعيد بن منصور إذا طاب عليه سعيد بن المسيب فأبي شيء يبقى ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجياً وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج الجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بنخلع أو رضاع أو فسخ بيب أو اعسار أو غيره لم يكره له ان يزوج احداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا تتجمل الفرقة أو لم نقل فان اسلمت زوجته فزوج اختها في عدتها ثم أسلمت اختار منها واحدة كما لو زوجها مما وان اسلم بعد انقضاء عدت الأولى بانث وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا اعتنق ام ولده أو امة كان يصيبها فليس له ان يزوج اختها حتى ينقضي استبواؤها نص عليه أحمد في ام الولد وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لانهما ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا انها معتدة منه فلم يجوز له نكاح اختها كالمعتدة من نكاح أو وطء يشبهه ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلاً في عموم من جمع ماءه في رحم اختين ولا يمنع من نكاح اربع سواها ومنه زفر وهو غلط لأن ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده أولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح امة في عدة حرة بائن ومنه ابو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا انه طامد لا طول خائف للعتق فأبيح له نكاحها لقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولاً ان

القرآن يوصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين بأحلامها غير متناوئة لأهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كائنة وآتينا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يزوج كتابية لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرية طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرية قال قد علمت أنها خمرية ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقها حين أمرك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أنني ركبت أمراً لا ينبغي لي ولأنه ربما مال إليها قلبه فذنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم من أهل التوراة والإنجيل قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الإنجيل النصارى ومن اتقهم في أصل دينهم من الأفرنج والارمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في وضع آخر وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يسيئون قولاً لا إذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يراقبون النصارى أو اليهود في أصل دينهم وبخالفهم في فروعه فهم ممن واقوه وان خالفهم في أصل الدين فليس من منهم والله أعلم وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل الممساك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا نعمل بناكحتهم ولا ذباكتهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيهم وجهاً آخر

يضكح المحضات المؤمنات) الآية ولا يسلم انه لا يجوز في طلب نكاح الحرمة بل يجوز اذا تحقق الشرطان (فصل) وان زنى بامرأة فليس له ان يزوج اختها حتى تقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة حكم العدة من النكاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان زنى بأخت امرأته فقال احمد يسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيضات وعنه حيضة ويحتمل ان لا تحرم بذلك اختها ولا اربم سواها لانها ليست منكوحه بمجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين فانه لا يمنع اربم سواها (فصل) إذا ادعى رجل ان امرأته اخته بانقضاء عدتها مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبه ابيع له نكاح اختها واربع سواها في الظاهر وأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك لانه حق فيها بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في قبي نكاحها وسكنها وتبين النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً للبعض على البعض وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً

ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاله لا ضرر على غيره فيه فوجب ان يصدق في احدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر ان البائع كان اختقه صدق في حرته ولم يصدق في الرجوع

أنهم من أهل الكتاب وتحمل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهود والنصارى

وناقول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لأحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتبهة على الأحكام (فصل) وأيس للمجوس كتاب ولا تحمل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبي ﷺ « سنوهم سنة أهل الكتاب » ولأنه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولأهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى

وناقول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بهن السكائر) فخص من ذلك في أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتابا ومثل أحد أئمة الصحاح عن علي أن الجورس كتابا؟ فقال هذا باطل واستعظمه جداً ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام « سنوهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي ﷺ في حق دنائهم وأقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غالب ذلك في تحريم دنائهم فيجب أن يذاب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فاننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فتدلب الدلائل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن

بشئ وكذلك لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينونها وتحريمها عليه ولم يسقط مهرها إذا كذبت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (النوع الثاني) محرمات لعراض بزول فيحرم عليه نكاح زوجة غيره بغير خلاف لقول الله تعالى (ولا تمزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) وتحرم المستبرئة منه لذلك ولأن تزويجها يفضي إلى اختلاط المياه واشتباة الأنساب وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرّم أو من غير وطء لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا فلو أبحنا تزويجها لاختلط نسب المزوج بنسب الواطيء الأول ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحل لذلك

﴿ مسألة ﴾ (وتحرم الزانية حتى تتوب وتتقضي عدتها)

إذا زنت المرأة لا يحل نكاحها لمن لم يعلم ذلك إلا بشرطين (أحدهما) انقضاء عدتها بوضع الحمل من الزنا ولا يحل نكاحها قبل الوضوء وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وقال في الأخرى يحل نكاحها وبصح وهو مذهب الشافعي لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل وناقول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماء زرع غيره » يعني وطء الحامل وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » حديث صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبل فرجع ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق

حذيفة تزوج مجوسية وضمف أحد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو اوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن الا بترجيح على انه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء وأما اقرارهم بالمجزية فلاننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب ان يغلب حكم التحريم في ذنوبهم ونسائهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحس من الاصنام والاحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذوائبهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لها ، والمرتبة يحرم نكاحها على أي دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه في إقرارها عليه ففي حلالها أولى

(مسئلة) قال (واذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم)

وجعلته أنه إذا كان أحد أبوي الكنبائية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتدأ ، وبهذا قال الشافعي في ما اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه وبشرف بشرته وينسب إلى قبيلته ، وان كانت الام غير كنبائية فله فيه قولان وثناؤها غير مشحضة من أهل الكتاب فلم

وجعلها مائة رواء سعيد ورأى النبي ﷺ امرأة على باب فسقاط فقال لعله يريد ان يلبيها قالوا نعم قال لقد سمت ان الفه لفته تدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ ام كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ اخرجه مسلم ولانها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل واذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لانها في الاصل لمعرفة براءة الرحم ولانها قبل العدة يحتمل ان تكون حاملا فلم يصح نكاحها كالوطء بشبهة وقال أبو حنيفة والشافعي لاعددة عايم الا انه وطء لانصير به فراسا شبه وطء الصغير ولنا ما ذكرناه واذا لم يصح نكاح الحامل فقبرها اولي ولان وطء الحامل لا يقضي الى اشتباه

النسب وغيرها يحتمل ان يكون ولدها من الاول ويحتمل ان يكون من الثاني فيقضي الى اشتباه الانساب فكان التحريم أولى ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا يسلم وطء الصغير الذي يمكنه الوطء (والشرط اثاني) ان تتوب من الزنا وبه قال قتادة واسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفة وماك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي ان عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرس ان يجمع بينهما فأبى الرجل وروى ان رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال يجوز أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه اكان يجوز

ولنا قول الله عز وجل وحرم ذلك على المؤمنين وهي قبل التوبة في حكم الزنا فاذا تابت زال

يجز للمسلم نكاحها كلو كان أبوها وثنيار لأنها ولودة بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسمع والبقل وبمحتمل أن نحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كناية تقرر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيا فلان تحرم إذا كانا وثنيين أولى والاحتمال الذي ذكرناه ثم نتحقق هنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

(مسئلة) قال (وإذا تزوج كناية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل

الكتاب اجبرت على الاسلام فان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها)
الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (الاول) أن الكنايا إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه لانعلم في هذا خلافاً فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالاصلي منهم لا يقر على دينه فلينتقل إليه أولى، وان انتقل إلى اليهودية لم يقر أيضاً لأنه انتقل إلى أقص من دينه فلم يقر عليه كالم لم إذا ارتد فاما ان انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي بنهر أو النعماني يهود فبها روايتان (إحداهما) لا يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه لم يقر عليه كالم ترد (والثانية) يقر عليه نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الحنفي واختيار الحلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبهه

ذلك لقول النبي ﷺ «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقوله -التوبة تمحو الحوبة؟ وروي ان مرثد الغنوي دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجيبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له أنكح عناق؟ فلم يجبه فنزل قوله تعالى الزاني لا ينكح الزانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك فدعاه رسول الله ﷺ فبها الآية وقال لا تنكحها ولأنها لو كانت مقبلة على الزنا لا يأمن ان تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه وأما حديث عمر فالظاهر انه استأبها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له بحمل الزنا إذا ثبت هذا فصد الزانية كمدة المطلقة لأنه استبراء لحره أشبه عدة المرطومة بشبهة وحكى ابن أبي مريم عن أحمد انها تستبرأ بمحضة لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبهه استبراء أم الولد إذا عتقت وأما التوبة فهي الاستغفار والتدم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر انه قول له كيف تعرف توبتها؟ قال يبردها على ذلك فان طوعته فلم تقب وان أبى فقد تابت فصار احمد إلى قول ابن عمر اتباعه

قال شيخنا والصحيح الاول فإنه لا يبنى لسام ان يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها فان طلبه منها إنما يكون في خلوة ولا يحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تمليلها القرآن فكيف في مرادها على الزنا؟ ثم لا يأمن ان أجابه إلى ذلك ان يعود إلى المنصبة فلا يحل التعريض لمثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب في حق سائر الناس بالنسبة إلى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فكذلك هذا

المنتقل ولشاهي قولان كالروايتين فلما المومسي إذا انتقل الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كاهل ذلك الدين وان انتقل الى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعدم قوله عليه السلام « من بدل دينه قاتلوه » ولعموم المعنى القدي ذكرناه فيما جئنا

(الفصل الثاني) أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام نص عليه أحمد واختاره الخلال وصاحبه وهو أحد أقوال الشاهي لان غير الإسلام أديان باطلة قد أفر بطلانها فلم يقر عليها كارتد ، وعن أحمد أنه لا يقبل إلا الإسلام أو الدين القدي كان عليه لان دينه الاول قد أقرناه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنقره عليه ان رجع اليه ولانه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فقبل منه الرجوع اليه كارتد إذا رجع إلى الإسلام ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء . الإسلام أو الرجوع إلى دينه الاول ، أو دين يقر أهله عليه لعموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان انتقل الى دين أهل الكتاب وقانا لا يقر فيه الروايتان (احدهما) لا يقبل منه إلا الإسلام ، والآخري لا يقبل منه إلا الاملام أو الدين القدي كان عليه (الفصل الثالث) في صفة إجباره على ترك ما انتقل اليه وفيه روايتان (احدهما) أنه يقتل ان لم يرجع رجلا كان أو امرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه قاتلوه » ولانه ذمي تقض المهد فأشبهه ما لو تقضه بترك التزام القدمة وهل يستتاب ؟ بمقتضى وجهين

(فصل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وأبوه وابن عباس وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقد روي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني مجال قالوا لا يزال الزاني ما اجتتمعا لعموم الآية والخبر فيحتمل أنهم ارادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كفولنا، فلما تحريمها على الاطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلك) ولأنها محلة تغير الزاني فحلت له كثيرها

(فصل) فان زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم يفسخ انكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم منهم عطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله ان المرأة اذا زنت يفرق بينها وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وروي عن علي رضي الله عنه انه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل أن يدخل بها ، واحتج لهم بأنه لو غذفها ولاصنها بانت منه لتحققه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينها

ولتا ان دعوى الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولانها

(أحدهما) يستأنب لانه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستأنب كالمرتد (والثاني) لا يستأنب لانه كافر أصلي أبيع قتله فأشبهه الحربي ، فعلى هذا إن يادر وأعلم أو رجع إلى ما يقر عليه ، نعم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) عن أحمد قال إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيها انتقل إليه فقتل له أقتله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس قال وإن كان نصرانياً أو يهودياً فدخل في المجوسية كان أغلظ لانه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد إليها فقتل له أقتله إذا لم يرجع ؟ قال انه لاهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس

(الفصل الرابع) ان امرأة المسلم الذميمة اذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير دين أهل الكتاب لا يجعل نكاح نساءهم فحى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والاخرى ينفسخ في الحال أيضا

(مسئلة) قال (وأمنه الكتابية حلال له دون أمنه المجوسية)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أمنه الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لان الامة الكتابية بحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية

معصية لا تخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فان يقتضي الفسخ بدون الزني بدليل انها اذا لأمنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولو كن احمد استحسب للزوج مفارقة امرأته اذا زنت وقال لا أرى ان يمسك مثل هذه لانه لا يؤمن ان تصد فراشه وتباحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة انما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول احمد ولا يطؤها حتى يسبها بثلاث حيض لما روى رويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسمي ماءه زرع غيره» يعني اتيان الجبالى ولانها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه ، والاولى انه يكفي ان يسبى بمحيضة واحدة لانها تكفي في استبراء الاماء وفي ام الولد اذا عتقت بموت سيدها أو باعثاقه فكفى هنا ولان المقصود مجرد الاستبراء وقد حصل بمحيضة فاكتفى بها

(فصل) اذا علم الرجل من امته الفجور فقال احمد لا يطؤها لعلها ان تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره ان أطأ أمتي وقد بنت ، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخس في وطء الامة الفاجرة وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء اذا لم يحصنها ويمنعها من الفجور ومن أباحه أباحه بعدها فيكون القولان متفقين والله أعلم .

ولنا قول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فأنهم غير ملومين) ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسنة ، فأما نكاحها فيحرم لأن فيه ارفاق ولله وإبقاء مع كافرة بخلاف التسري

(انفصل الثاني) أن من حرم نكاح حرائرهم من اليهوديات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهن بذلك النبي في قول أكثر أهل العلم منهم صرة الهذلي والزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وابو حنيفة ومالك والشامي قال ابن عبد البر على هذا جماعة قضاها الامصار وجهود العلماء ، وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافا ولم يأتنا اباحة ذلك الا عن طاوس ، ووجه قوله عموم قوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) والآية الاخرى . روى ابو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بمناقبيل أو طاس فأصابوا منهم سبايا وكان ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ يخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهم من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) قال فون لهم حلال اذا اقتضت عدتهن ، وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أو طاس « لا تؤمأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تميض حياضة » رواها ابو داود وهو حديث صحيح وم عبادة أو ثمان وهذا ظاهر في اباحتهم ولأن الصحابة في عصر النبي ﷺ

(مسألة) (ونحرم مطلقة ثلاثاً حتى تنكح زوجا غيره)

لقول الله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) بعد قوله (الطلاق مرتان) وسنذكر هذا في باب الرجمة بأبسط من هذا ان شاء الله تعالى

(مسألة) (ونحرم المحرمة حتى تحل)

يحرم نكاح المحرمة ويحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال احرامه فان عقد أحد نكاحا لمحرم أو على محرمة أو عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره لم يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النكاح لغيره صحيح لأنه حرم عليه لكونه من دواعي الوطء ولا يحصل ذلك بكونه وليا والاوّل أولى لعدم الخبر وقد ذكرنا هذه المسئلة في الحج وذكرنا الاختلاف فيها

(مسألة) (ولا يجعل لمسنة نكاح كافر بحال) لقول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) ولقوله سبحانه (لاهن حل لهم) ولأنهم خلافاً في ذلك

(مسألة) (ولا يجعل لمسلم نكاح كافرة بحال الا حرائر أهل الكتاب)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل نساء أهل الكتاب للمسلم ومن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم قال ابن المنذر لا يصح عن احد من الاوائل أنه حرم ذلك ، وروى الحلال بإسناده ان حذيفة وطلحة والحارود بن الحل واذينة العبدي تزوجوا نساء

كان أكثر شبابهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحرمة من ذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحرمة ولا أمر الصحابة باجتنابهم. وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي فلما آياه، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة والخنفية أم محمد بن الخنفية من سبي بني حنيفة وقد أخذ الصحابة سبأيا فارس وهم بجوس فلم يبالوا أنهم اجتبوهن وهذا ظاهر في اجتنابهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد باجوبة منها انه يتمثل أنهم آمنوا كذلك. روي عن احمد أنه سأله محمد بن الحكم قال: قلت لابي عبد الله هوازن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لأدرى كانوا أسلموا أو لا وقال ابن عبد البر اباحة وطهين منسوخة بقوله تعالى (ولا تتكفروا بالشر كلت حتى يؤمن)

﴿مسئلة﴾ قال (وليس المسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية)

لان الله تعالى قال (من فبائنكم المؤمنات) هذا ظاهر مذهب أحد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والبيهقي واسحاق. وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد، وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحمل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة.

من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم ولم ينقل تحرمة الاعن الامامية تمسكا بقوله تعالى (ولا تتكفروا بالمشركات) ولا تتكفروا بصم الكوافر)

ولنا قول الله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات - إلى قوله - والمحصات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتوهن اجورهن) وإجماع الصحابة. فأما قوله سبحانه (ولا تتكفروا بالمشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي ان يكون ذلك في الآية الاخرى لانها متقدمتان والآية التي في المائدة متأخرة عنها، وقال آخرون ليس هذا نسخاً فان لفظة المشركين باطلاؤها لا تتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب) وقال (تجدن اشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين) وسائر آي القرآن تفصل بينهما فدل على ان لفظة المشركين باطلاؤها لا تتناول أهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وتادة ولان ما احتجوا به عام في كل كافر وماينا خاص في حل نساء أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه. اذا ثبت هذا فالاولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا الاحذيفة فقال له عمر طلقها قال أنشهد أنها حرام؟ قال هي حرة طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي حرة قال قد علمت أنها حرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له

ونقل ذلك عن أحد قال لا بأس بتزويجها الا أن الخلال رد هذه الرواية وقال إنما توقف أحد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) بشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد ، وتعارض المسئلة لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر وقدها لان الكافر لا يقر ملكه على مسئلة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها ووادها مملوك لسيدها ولأنه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فإذا اجتمعنا معا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل ولأن ما حرم على الحر تزويجه لاجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسئلة الا أن لا يجحد طولاً لحررة مسئلة ويخاف العنت)

الكلام في هذه المسئلة في شيئين (أحدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ، وهذا قول عامة العلماء لا نقل بينهم اختلافا فيه ، والاصل فيه قول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولاً) الآية ، واليه عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم) [راثاني] إذ عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر ، روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والأزهري ومحمد وبن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق

الا طلقها حين أمرك عمر قال كرهت ان يرى الناس اني ركبت امرأ لا ينبغي لي ، ولأنه ربما مال اليها قابه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (ان تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فان أهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم من الارمن وغيرهم ، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروى عن أحد أنهم جنس من النصارى وأنس عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحد قال بلضي أنهم يسبتون هؤلاء اذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون اليهود أو النصارى في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوهم وان خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم ، فأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المنسك بصحف ابراهيم وشيث وذبور داود فليسوا بأهل كتاب لا تحل منا كحتمهم ولا ذبائحتهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجه آخر أنهم من أهل الكتاب تحل ذبائحتهم ونكاح نسائهم ويقرون بالحزبية لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواظداً وامثالاً فيها أحكام فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) فأما المجوس فليس لهم كتاب ولا تحل ذبائحتهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحد وهو قول

وقال مجاهد مما وسم الله على هذه الامة فكأن الامة وان كان مومراً وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحت حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما بعته وجود النكاح كمنكاح الاخت والخامسة وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبهه عدم الطول

وانا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيانكم من نياتكم المؤمنات - الى قوله - ذلك أن خشي العنت منكم) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يميز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الاعتاق ولان في تزويج الامة إرفاق ولده مع الفتي عنه فلم يميز كما لو كان تحت حرة، وقياسهم ليس بصحيح فان نكاح الخامسة والاخت اما حرم لاجل الجم وبالقدره على الجمع لا يصير جاعاً والطفه ههنا هو الفتي عن إرفاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة لانه عاجز عن حرة توفيه، وان كانت الحرة في حباله غيره فله نكاح أمة نص عليه أحد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول ولنا انه غير مستطعم الطول الى حرة توفيه فأشبه من لا يجد شيئاً، ألا ترى ان الله سبحانه جعل ابن

عامة العلماء الا أبو ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ «سواءهم سنة أهل الكتاب» ولانه يروى أن جذيفة تزوج مجوسية ولانهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولا تتكفروا المشركين) وقوله (ولا تتكفروا بهم الكافرين) فخص ذلك أهل الكتاب فمن عدم بقي على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتاباً وسئل أحد أصحابنا أن للمجوس كتاباً فقال هذا باطل واستعظمه جدا ولو ثبت أن لهم كتاباً فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت بغير أهل الكتابين، وقوله عليه الصلاة والسلام «سواءهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه كتاب لهم وإنما أراد النبي ﷺ في حقن دماهم وقرانهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دماهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبايحهم فانا اذا غلبنا الشبهة في التحريم فنطلب الدليل الذي طارضه الشبهة في التحريم أولى، ولم يثبت أن جذيفة تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة جذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ولو ثبت عن جذيفة لم يميز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء، وأما اقرارهم بالجزية فلاننا غلبنا حكم التحريم لدماهم فيجب ان نطلب حكم التحريم في ذبايحهم ونسائهم .

السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ، فان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) وان قدر على تزوج كناية منه لم يجمل له نكاح الامة وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجهاً آخر انه يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطیع لقوله

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ولانه قدر على صيانة ولده عن الرق فلم يجز له إرقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكته أن يستعب بها لم يجز له نكاح أمة لانعم في هذا خلافاً ولا فرق بين الكناية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) فان لم يجد طراً لسكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضرراً في بناء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته به في الحال وكذلك ان رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بعضها لان لها مطالبة بوضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه او يهبه إياه لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الامة ، وان لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة وقال أصحاب الشافعي له ذلك كقولهم يجد الماء إلا بزيادة

﴿مسئلة﴾ (فان كان أحد أبوها غير كتابي أو كانت من نساء بني تغلب فهل نحل له ؟ على روايتين)

إذا كان أحد أبوي الكافرة كنايةً والآخر غير كتابي لم يجمل نكاحها في إحدى الروايتين اختارها الحنفي سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعي فيما اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب إلى قبياته وان كانت الام فله فيه قولان

ولنا أنها غير متحصنة من أهل الكتاب أشبه ما لو كان أبوها وثنياً ولانها متولدة بين من يجمل ومن لا يجمل فلم يجمل كالسمع والبعل وفيه رواية ثانية أنها نحل بكل حال لدخولها في عموم الآية الميحة ولانها كناية فأشبهت من أبواها كتابيان وعلى هذا فالحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبوها غير كتابي لانها اذا حرمت يكون أحد أبوها وثنياً فلا تنحرم إذا كانا وثنيين أولى وعلى الرواية التي تقول لا تحرم فهو متحقق وان كان أبواها وثنيين اختاراً بحال نفسها دون أبوها

(فصل) فان كانت من نساء بني تغلب ففيها أيضاً روايتان (أحدهما) نحل وهي أصح لدخولها في قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهم اليهود والنصارى) والثانية تحرم لساها بني تغلب لاننا لانعلم دخولهم في دينهم قبل تبديل كتابهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر

عن عن انثله فله التيمم . ولنا قول الله تعالى [فمن لم يستطع منكم طولا] وهذا مستطعم ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له ارتاق ولده كما لو كان بهر مثابا ولا نسلم ما ذكره في التيمم ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيض للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (والثاني) أن التيمم يتكرر فاجاب بشرائنا بزيادة على عن المثل يذضي الى الاجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) وإن كان في يده مال فذكر انه مسر وان المال لغيره فاقول قوله لانه حكم بينه وبين الله تعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الامة ثم أقر أنه كان مومرا أحال النكاح فرق بينهما لانه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن بخشى العنت فان كان قبل المدخول وصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه ، وإن كان بعد المدخول فعليه المسمى جميعه الا أن يكون مهر المثل أكثر فلي قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر انثله لافراجه به فان كان المسمى أكثر وجب ولا سيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل اعلى رواه ابن

(مسألة) قال (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر

لم ينسخ النكاح)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وفي المذهب وجه آخر انه يفسد النكاح وهو قول المزني

والحيوان فلا خلاف بين اهل العلم في تحريم نسائهم وذبايحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتبة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه باقرارها عليه ففي حلها أولى

(مسألة) (وليس للعلم وان كان عبدا نكاح أمة كناية وعنه يجوز)

ظاهر مذهب احمد ان ذلك لا يجوز رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للعلم نكاحها لأنها تحل بملك العيين فحلت بالنكاح كالمسلمة ونقل ذلك عن احمد قال لا بأس بزواجها الا ان الحلال رد هذه الرواية وقول أما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول ، ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت ايمانكم من قياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد ، وتفرق المسلمة لانه لا يؤدي الى استراق الكافر ولدها لان الكافر لا يقر ملكة على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكة عليها وولدها مملوك لسيدها ولانه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فاذا اجتمعا معا كالجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والبدن في تحريم نكاحها لنسوم ما ذكرنا

لأنه إنما أبيع للحاجة فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته كمن أبيع له أكل الميتة للضرورة فإذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة فإن أكلها بعد القدرة ابتداء فلاكل وهذا لا يبتدي . النكاح إنما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يعنون ابتداءه دون استدامته .

(فصل) وإن تزوج على الأمة حرة صح وفي بطلان نكاح الأمة روايتان (إحداهما) لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه (والرواية الثانية) يفسخ نكاح الأمة وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة ، وقال النخعي إن كان له من الأمة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لأن ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كإبطلانه ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونفقت عليه وقد استدل على بطلان النكاح بما روي عن علي أنه قال : إذا تزوج الحرّة على الأمة قسم للحرّة إثنين والمائة ثلثة فإنه لو بطل نكاح الحرّة لبطل بالقدرة عليه فإن القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

من الدليل ولأن ما حرم على الحر ذبحه من أجل دينه حرم على العبد كالجوسية
 ﴿مسئلة﴾ (ولا يحل لحر نكاح أمة مسلمة إلا أن يخاف العنت ولا يجرد طولاً لنكاح حرّة ولا آمن أمة)
 الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان : خوف العنت وعدم الطول وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم فيه اختلافاً نقول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طويلاً) الآية والصبر عنهما ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم)

(الفصل الثاني) إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال مجاهد بما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة وإن كان مومراً وبه قال أبو حنيفة إلا أن يكون نكاحه حرة لأن القدرة على النكاح لا تمنع من النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الأخت والحامسة ، وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة وإن وجد الطول لأن إباحتها للضرورة لخوف العنت وقد وجدت ولا يندفع إلا بنكاح الأمة فأشبهه عدم الطول

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما مملكت أيمانكم من فتيانكم المؤمنات — إلى قوله — ذلك لمن خشي العنت) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول

(مسئلة) قال (وله أن ينكح من الاماء أربما اذا كان الشرطان فيه قائمين)

اختلفت الرواية عن احمد في إباحة أكثر من أمة اذا لم تنفقه فنه انه قال اذا خشي العنت تزوج أربما اذا لم يصبر كيف يصنع وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي (والرواية الثانية) قال احمد لا يجزي أن يتزوج الا أمة واحدة يذهب إلى حديث ابن عباس وهو ماروي عن ابن عباس أن الحر لا يتزوج من الاماء إلا واحدة وقرأ ذلك لمن خشي العنت منكم) وقال قتادة والشافعي وابن المنذر لان من لزوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت ووجه الأولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً) والآية وهذا داخل في صومها ولانه عادم للطول خائف للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى، وقوله لا يخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا يبيعه الا له، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت فكذلك الرواية الأخرى عن احمد، وأن زوج حرمة فلم تنفقه فذكر فيها ابو الخطاب روايتين مثل نكاح الأمة في حق من تحت أمة لم تنفقه لما ذكرناه، وأن كانت الحرمة تنفقه فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة، وأن نكح أمة تنفقه لم يكن له أن ينكح أخرى فإن نكحها فنكاحها باطل لانه يبطل في احدها وبطلت احدها باطولى من الأخرى فبطل كما لو جمع بين أختين

(فصل) ولا يجب أن ينكح الأمة وأن فقد فيه الشرطان لانه مسار لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كلهم مع الحرمة، وله نكاح أمين معا وواحدة بعد واحدة لان خشية العنت غير مشروطة فيه،

فلم يجوز مع الاستطاعة لغوات شرطه وكالصوم في كفارة الظهار مع استطاعة الاعتاق، ولأن في تزويج الأمة ارفاق ولده مع الفنى عنه فلم يجوز كما لو كان تحت حرمة، وقيل لا يصح لان نكاح الخامسة والأخت إنما حرم لاجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يجبر جامعاً، والعلة هنا هو الفنى عن ارفاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرمة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فإن كان ذلك لكونه لا يجد الحرمة صعبة أو غالبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يزوج لقصور نسبه فله نكاح الأمة نص عليه أحمد في الغالبة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا أنه غير مستطيع للطول الى حرمة تنفقه فأنشبه من لا يجد شيئاً ألا ترى أن الله سبحانه نزل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لمدم قدرته عليه في الحال وإن كانت له حرمة يتمكن من وطئها والنفقة بها فليس يخاف العنت

(فصل) فإن قدر على شراء أمة تنفقه فهو كما لو وجد طول الحرمة لا يحل له نكاح الأمة لانه أمكنه صيانة ولده عن الرق فأشبهه القادر على طول الحرمة وكذلك ان قدر على تزويج كناية تنفقه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكروا وجهاً آخر أنه لا يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطيع لذلك

وان تزوج حرة وقتنا ليست الحرة شرطا في نكاح الحرة فما له أن ينكح أمة ؟ فيه روايتان (احدها) ذلك وهو قول مالك والشافعي لانها ساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحمل مع الحرة ولأنه اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كافي حتى الحرة (والثانية) لا يجزى وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لانه بروي عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة على الحرة ، ولانه مالك ليضم حرة لم يكن له أن يتزوج أمة كالحرة وان عقد النكاح عليها جرمها صح فيها لان كل واحدة يجزى افرادها بالعتد فجاز بالجلم بينهما كالامتين

(فصل) واذا زنت المرأة لم يحل لربها ذلك نكاحها الا بشرطين [أحدهما] انقضائه ثم انزل حملت من الزنا نقضا، عدتها برضه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وهذا قال مالك وابويوسف وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ، وفي الاخرى قد يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لانه وطء لا يلحق به النسب فلم يجرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسمي ماءه زرع غيره » يعني وطء الحوامل ، وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فلما أحبالها رجدها جلى فرفم ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينها وجعل لها الصداق وجعلها مائة ورواه سعيد ، ورأى النبي ﷺ امرأة مجنونة^(١) على باب فسطاط فقال « له ، يريد

(١) مجنون ثم جاء
بهمة هي الحامل
قريبة الولادة

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي السنت منكم) وهذا غير خائف له لانه قدر على صيانة ولده من الرق فلم يجز له ارقائه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكن أن يستغف بها لم يجز له نكاح أمة لا تعلم في هذا خلافا ولا فرق بين المسلمة والكتابية في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) ومن لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضررا في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته بقرضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه لما عليه من ضرر المنة في نكاح الامة ، فان لم يجد من يزوجه الا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء الا بزيادة على ثمن المثل فله التيمم .

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) وهذا مستطعم ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له ارقاق ولده كما لو كان بهر مثله، وما ذكره ممنوع ثم ان هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أيسر للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (الثاني) أن التيمم يتكرر فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يقضي الى اجعاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) فان كان في يده مال فذكر أنه مسر وان المال لتيره فالقول قوله لانه حكم بينه وبين

أن يلزم بها ، قالوا نعم قال « لقد همت أن ألغته لئلا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحمل له أم كيف يورثه وهو لا يحمل له » أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة براة الرحم ولأنها قبل العدة بمحتمل أن تكون حاملاً فيكون نكاحها باطلاً فلم يصح كالموطوءة بشبهة ، قال أبو حنيفة والشافعي لاعدة عليها لأنه وطء ، لانصير به المرأة فرأشأ فأشبهه وطء العذراء

ولنا ما ذكرناه لأنه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الأنساب فكان بالتحريم أولى ، ولأنه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولأنه وطء العذراء الذي يمكن منه الوطء (والشرط الثاني) أن تترب من الزنا قاله قتادة وإبراهيم وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلاً وإمرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل . وروي أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز أدباً لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

ولنا قول الله تعالى (الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك - إلى قوله -) وحرم ذلك على المؤمنين) وهي قبل التوبة في حكم زنا فإذا تابت زال ذلك قول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لا ذنب

الله سبحانه وتعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الأمة ثم ذكر أنه كان مومراً حال النكاح فرق بينهما لأنه أقر بفساد نكاحه وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فإن كان قبل الدخول فصدقه السيد فلا مهر وان كذبه فله نصف المهر لأنه يدعي صحة النكاح والأصل معه وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، فإن كان مهر المثل أكثر من المسمى فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر لاقراره به وإن كان المسمى أكثر وجب وللمهر أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (فإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة ؟ على روايتين) أما إذا أيسر فظاهر المذهب أنه لا ينسخ نكاح الأمة وهو الذي ذكره الحنفي وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أنه يفسد نكاح الأمة وهو قول المزي لأنه أيسر للحاجة فإن زالت الحاجة لم يجوز استدামته كمن أيسر له أكل الميتة للضرورة فإذا وجد الحلال لم يستدمه

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة فلم يعتبر استدامته لحوف العنت ، وينارق أكل الميتة فإن أكلها بعد القدرة ابتداء الأكل وهذا لا ينتديء النكاح إنما يستديءه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمتنع ابتداءه دون استدامته (فصل) فإن تزوج على الأمة حرة صح وفي بطلان نكاح الأمة روايتان

له « وقوله « التوبة نحو الحوبة » وروى أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاحمرا يقال لها عناق فدعته الى نفسها فلم يجها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال أنكح عنانا؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى (الزاني لا ينكح إلا زانية او مشركة و لزانية لا ينكحها الا زان او مشرك) فدعا رسول الله ﷺ فتلا عليه الآية وقال « لا ينكحها » ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن ان تلحق به ولقد غيره وتفسد فواشيه ، فاما حديث عمر فالظاهر انه استبانها وحدث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لحل النزاع ، إذا ثبت هذا فان عدة الزانية كعدة للطائفة لانه استبراء الحرة أشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن ابي موسى انها تستبرأ بحيضه لانه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح أشبه استبراء أم الولد اذا عنت . واما التوبة فهي لاستغفار والندم ولافلاخ عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروى عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يريد على ذلك فان طالعته فلم تسب وان أبت فقد تابت فصار أحمد الى قول ابن عمر تماعاه ، والصحيح الاول فانه لا يذهب لمسلم أن يدع امرأة إلى الزنا ويطلب منها ولان طبعه ذلك منها إنما يكون في خوة لا محل الخوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في سراوتها على الزنا؟ ثم لا يأمن ان اجابته الى ذلك أن تعود الى المعصية فلا يحل التعرض لثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالذنب الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فذلك يكون هذا .

(احداها) لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء وتشافعي وأصحاب الرأي وروى معنى ذلك عن علي رضي الله عنه .

(والثانية) يفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة قبلها وقال النخعي ان كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد ابطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولان ولده منها لمولود لسيدتها ونفقته عليه ، وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ليتين وللامة ليلة ولانه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على البطل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج حرة وامة فلم تعفه ولم يجد طولاً لحرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في إباحة أكثر من أمة اذا لم تعفه منه أنه قال اذا خشي العنت تزوج أربعاً اذا لم يصبر كيف يصنع؟ وهذا قول الزهري والحارث السكلي ومالك وأصحاب الرأي وعنه أنه قال لا يعجبني ان يتزوج الامة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس قال الحر لا يتزوج من الامة الا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال فنادة والشافعي وابن المنذر كان من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخاف

(فضل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وصهر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري واثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانين ما اجتماعا لعموم الآية والخبر ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبائهم فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح أنقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأنها محالة لغير زاني فحلت له بتبويتها

(فصل) وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينسخ النكاح مواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت ينزق بينها وإيس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قذفها ولا عنها بانت منه لتعتقه الزنا عليها فدل على أن الزنا بينهما

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لا يفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولأنها معصية لا تخرج عن الامتثال فأشبهت السرقة فالما العمان فإنه يقتضي الفسخ بدون زنا بدليل أنها إذا لاعته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها الفسخ واقع

العتق، ووجه الأولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طويلاً) الآية وهذا داخل في عمومها ولأنه عدم الطول خائف للعتق فجاز له نكاح أمة كالأولى، وقولهم لا يحنى العنت قلنا الكلام قيد بحشاه وقول ابن عباس يحمل على من لم يحنى العنت وكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، فإن كان تحت حرة لم تنفقه فيها الروايتان أيضاً مثل نكاح الأمة ذكرهما أبو الخطاب إذا لم تنفقه الأمة لما ذكرناه، فإن كانت الحرة تنفقه فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة الأخرى، فإن نكح أمتهن في عتق وهو يستغفب بواحدة فنكاحها باطل لأنه يبطل في أحدهما وليست بأولى من الأخرى فيبطل كما لو جمع بين أختين

﴿مسئلة﴾ (قال الحرقى وله أن يتزوج من الاماء اربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين) لما ذكرنا
 ﴿مسئلة﴾ (وللعبد نكاح الأمة وان فقد فيه الشرطان) لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة وله نكاح أمتهن مساو واحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه
 ﴿مسئلة﴾ (وهل له ان ينكحها على حرة على روايتين؟)

(أحدهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة كالحر مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحر (والثانية) لا يجوز وهو قول أصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة ولأنه مالك لبضع حرة فلم يكن له ان يتزوج أمة كالحر

ولكن احد احتسب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال لا أرى أن يمك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به وهذا ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحد هذا ، قال أحد ولا يطؤها حتى يستبرأها بثلاث حيض وذلك لما روى وروى بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين « لا يحمل لامريء يؤمن بالله واليوم الآخر يدعي ماءه زرع غيره » يعني اتيان الحياتي ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه والاولى أنه يكتفي استبرأؤها بالمحضة الواحدة لأنها تكتفي في استبرأء الاماء وفي أم الولد إذا احتقت بمرت سيدها أو باعتاق سيدها فيكتفي ههنا والآخر من ههنا مجرد الاستبرء وقد حصل بمحضة فيكتفي بها (فصل) وإذا علم الرجل من جاريت الفجور فقال أحد لا يطؤها لعلها تلحق به ولذا ليس من قال ابن مسعود أكره أن أمأ أمي وقد بنت وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ، قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخس في وطء الامة الفاجرة وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وأصل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو ينعمها من الفجور ومن أباحه بعدها فيكون القولان متفقين والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾ (وان جمع بينهما في العقد جاز)

لان كل واحدة منهما يجوز انرادها في العقد فجاز الجمع بينهما كالأمتين هذا اذا قلنا ليست حربة الزوج شرطاً في نكاح الحرمة، ويتخرج ان لا يجوز بناء على قوله لا يجوز نكاح الامة على حرمة ولأنه لا يجوز نكاح الامة على الحرمة فحرم عليه الجمع بينهما كالأختين

﴿ مسألة ﴾ (وليس للعبد نكاح سيده)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان نكاح المرأة عبداً باطل لان أحكام الملك والنكاح تتناقض اذ ملكها اياه يقتضي وجوب نفقته عليها وسفره بسفرها وطاعته إياها، ونكاحه إياها يوجب عكس ذلك فيتناقضان ولما روى الاثرم بإسناده عن أبي الزبير عن جابر انه سأله عن العبد ينكح سيده فقال جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب ونحن بالحجاسة وقد نكحت عبداً فاتهرها عمر وهم ان يرجعوا وقال لا يحمل لك

﴿ مسألة ﴾ (وليس للعهر أن يزوج امته)

لان ملك الرقية يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أصف منه ولا يجوز ان يزوج امة له فيها ملك ولا يزوج مكاتبته لأنها مملوكة

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز للعهر أن يزوج امة ابنه لان له فيها شبهة ملك)

وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تنشق باغتائه إياها

(مسئلة) قال (ومن خطب امرأة فلم تسكن اليه فلغيره خطبتها)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها والخطبة بالضم هي حمد الله والشهد ولا يخلو حال
المخطوبة من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن تسكن الى الخطيب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في اجابته أو تزوجه فهذه بحرم على
غير خاطبها خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه . وعن أبي
هريرة عن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليها ،
ولان في ذلك انسدادا على الخطيب الاول وإيقاع العداوة بين الناس وقد قال النبي صلى الله عليه
وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا تعلم في هذا خلافا بين أهل العلم إلا أن قوما حلوا النبي على
الكراهة والظاهر أولى .

(القسم الثاني) أن ترده أو لا تركن اليه فهذه بجزء خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت
النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له
وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها
إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولان نكح خطبتها على هذا الوجه اضرارها فان لا يشاء أحد أن

ولنا قول النبي ﷺ « انت ومالك لا يملك » ولانه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحها فانه
مضافة بجماعتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمة سيده أو سيدهته مع ما ذكرنا من الخلاف
(فصل) ويجوز للعبد نكاح أمة ابته لان الرق قطع ولايته عن ابته وماله وهذا لا يلي ماله ولا
نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لانه لا يملك له فيها ولا شبهة ملك فاشبه الأجنبي وكذلك سائر
الفرقات ويجوز للرجل أن يزوجه ابنته لمملوكه ، وإذا مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءه أمنه
انفسخ النكاح وكذلك أن ملكه أو جزءه أمنه بغير الارث لانعلم فيه خلافاً الا ان الحسن قال اذا اشترى
امرأته لعتق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأهلهما متافيان فلا يجتمعان قبلاً ولا كثيراً
بمجرد الملك لها انفسخ نكاحها سابقاً على عتقها

(فصل) وان اشترى الحر زوجته أو جزءاً منها ملكه بغير الشراء انفسخ نكاحها وكذلك ان
ملك المرأة زوجها أو جزءه أمنه ولا تعلم في ذلك اختلافاً لما ذكرناه ، وان اشترى ابنته فعلى وجهين
(أحدهما) ينفسخ النكاح لان ملك الابن كذلك في اسقاط الحدود وحرمة الاستيلاء فكان كذلك في
ابطال النكاح (والثاني) لا يبطل لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كالأجنبي

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك طلاقاً فني اعتقته ثم

عن المرأة النكاح الا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لانفوتيني بنفسك
وأشياء هذا لم تحرم خطبتها لان في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « لانفوتينا بنفسك » ولم ينكر
خطبة أبي جهم ومعاوية لها

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان أن عمر بن
الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر فدخل على
المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر ان جرير بن عبد الله بخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان بخطب
وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمت ، وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الستر
فقال أجد أمير المؤمنين ، فقال نعم ؟ فقالت فقد أنكحت أمير المؤمنين فأبكره فهذا عمر قد خطب
على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الاول

(القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والاكون تبرضا لانصر بها كقولها ماأنت
الارضى وما عنك رغبة فهذه في حكم القسم الاول لايجل غيره خطبتها هذا ظاهر كلام الحرفي وظاهر
كلام احمد فانه قال اذا ركن بعضهم الى بعض فلايجل لاحد أن يخطب والركون يستدل عليه بانصر
تارة وانصرح أخرى . وقال القاضي ظاهر كلام احمد اباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد
لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها الى احدهما واستدل
القاضي بخطبته لما قبل سؤاها هل وجد منها ما دل على الرضى أولا ؟

زوجها لم تحسب بتطبيقه وبهذا قال الحكم وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر واسحاق وقال الحسن
والزهري وقادة والاوزاعي تحسب هي بتطبيقه ولا يصح لانه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية
وانما نسخ النكاح بوجود ما يتأنيه فأشبهه انقاسه باسلام أحدهما

(فصل) ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى
يستخلصها فيحل له وطؤها بملك اليقين وروي عن قادة انه لم يزد ملكه فيها الاقربا وليس بصحيح
لان النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه
﴿ مسألة ﴾ (ومن جمع بين محالة ومحرمة في عقد واحد فهل يصح فيمن تحل ؟ على روايتين)

وإذا عقد النكاح على أجنبية مما بان يكون لرجل أخت وابنة عم احدهما رضية للعزواج
فيقول له زوجتكما فيقبل ذلك فالمصوص صحة نكاح الاجنبية فيها ذكره الحرفي ونص فيمن زوج
حرة وامة أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الامة وذكر شيخنا في روايتين احدهما يفسد فيهما وهو أحد
قولي الشافعي واختاره ابو بكر لانه تعدد واحد جمع حلالا وحراما فلم يصح كما لو جمع بين اختين
والتانية يصح في الحرة وهو أظهر الروايتين وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل

ولنا محوم قوله عليه السلام : لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به وسكونها اليه فخرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك وأما حديث فاطمة للاحبة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تترك الواصلين من وجهين

(أحدهما) ان النبي ﷺ قد كان قال لها لا نسبقيني بنفسك - في انظر - لا نفوتيني بنفسك - وفي رواية - اذا حلت فأذنيني ، فلم تكن لتفنت بالاجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ -
و (الثاني) أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمنشيرة له فيها أو في العدول عنهما لمغيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل الى أحدهما على أنها اذا ذكرت ذلك للنبي ﷺ ترجع الى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكرنا من عيبها فخرى ذلك بحجج ردها لها وتصريحها بهما ، ومن وجه آخر أن النبي ﷺ قد سبقها بخطبتها تعريضا بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبت بهدهما مبنية على الخطبة السابقة لها بخلاف ما نحن فيه .

(فصل) والتعويل في الرد والاجابة على الولي إن كانت مجبرة وعليها ان لم تكن مجبرة لاسها أحق بنفسها من وليها ولو أباها هو وردت عن النكاح كمن الأمر أمرها ، وإن إجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وإن سقطت فلا حكم لاجابته لان الحق لها ، ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت الجواب واختارت غيره سقط حكم اجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وان كرهته ولم تجز سواه

للنكاح وأضيف اليها عقد صادر من أهله لم يجمع معها فيه مثلها فصح كالواحد فردت به وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحدهما على الأخرى وهاهنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فبلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر ان لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقتهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما انشاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج يهودية ومجوسية أو محلاة أو محرمة في عقد واحد فسدت في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجبان وان نكح أربع حرائر وأمة فسدت في الأمة وفي الحرائر وجبان وان نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع وان تزوج امرأة وابنتها فسدت فيهما لان الجمع بينهما محرم فلا يصح فيها كالاختين

(مسئلة) (وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك العين الا إمام أهل الكتاب)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) ان أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم الا الحسن فانه كرهه لان الأمة الكناوية يحرم نكاحها فخرم التسري بها كالمجوسية ولنا قول الله تعالى (الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فلهن غير ملومين) ولانها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة فأما نكاحها فيحرم لانه فيه ارفاق ولده وابقاؤه مع كافر بخلاف

فيذني أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد أمر باستمرارها فلا يذني له أن يكرها على مالا رضاه ، وإن أجايبته ثم رجعت عن الاجابة برسخته زال حكم الاجابة لانها الرجوع ، وكذلك اذا رجع الولي المجر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في امر موليته ما لم يقع العقد ، وإن لم يرجع هي ولا ولها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث بن عمر عن النبي ﷺ انه نهى ان يخاطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك . رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة . قال احمد لا يحمل لاحد أن يخاطب في هذه الحال ، وقال ابو جعفر العكبري هي مكرومة غير محرمة وهذا نهى تأديب لا تحريم ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالأدي المصوم فكان على التحريم كما هي عن كل ماله وسفك دمه فان فعل فكأنه صحيح نص عليه احمد فقال لا يفرق بينهما وهو مذهب الشافعي ، وروي عن مالك ودارد انه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يفرق العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة (فصل) ولا يكره للولي الرجوع عن الاجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو سارم في بيع دارها ثم تبين

التسري (الفصل الثاني) ان من حرم نكاح حرأرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهن بملك العيين في قول أكثر أهل العلم منهم الزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجهه ور العلماء وما خالفه فمشذوذ لا يحد خلافاً ولم يبلنا بإباحة ذلك الا عن طاوس لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيانكم) وقوله (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيانهم) الآية وروى أبو سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر بعثا قبل أو طاس فأصابواهم سبايا فكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتخرجون من غشياتهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزله الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيانكم) قال فهن لم حلال إذا انقضت عدتهن وعنه ان رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لا تورطاً حامل حتى تضم ولا ذات حليل حتى تحيض حيضة ، رواها أبو داود وهذا صحيح وهم عبدة الاوثان وهذا ظاهر في إباحتهن ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة الاوثان فلم يكونوا يرون تحريم ذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمه ولا أمر الصحابة باجتنابهم وقد دفع أبو بكر إلى صلوة بن الاكوع امرأة من بعض السبي فله إياها وأخذ مهر وابنه من سبي هوازن وكذلك غيرها من الصحابة وأم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وأخذ الصحابة سبايا فارس وهم

له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرمت الخطاب لانه عند عمري بدوم الضر فيه وكان لها الاحتياط بنفسها والنظر في حقاها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لمفقيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمها كمن سام سلامة ثم بداله لا يبعها

(فصل) فان كان الخطاب الاول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه احد فقال لا يخاطب على خطبة أخيا ولا يسام على يوم أخيه أما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو استام على سومه لم يكن دخلا في ذلك لأنهم ايسوا باخرة المسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضا لان هذا خرج مخرج الغالب لا يتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ النبي خاص في المسلمين والطاق غيره به انما يصح اذا كان مثله وليس الذي كالمسلم ولا حرمة كحرمة ، ولذلك لم تجب اجاباتهم في دعوة الولية ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المخصص بالذكر معنى يصح أن يمتد في الحكم لم يميز حذفه ولا تعدي الحكم بدونه ، والاخرة الاسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه ومقتضاه واستيفاء مودته فلا يجوز خلاف ذلك والله أعلم

مسئلة قال (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول أي في منلك لراغب ، وان قضى شيء كان وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس اذا لم يصرح)

وجملة ذلك أن المتمدات على ثلاثة أصرب معدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لتحرهما على

مجوس فلم يلقنا أنهم اجتنابوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه وقد أجمت عن حديث أبي سعيد بأجوبة منها أنه يحتمل أنهم أسلمن كذلك روي عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم قال قالت لأبي عبد الله اليس كانوا عبدة أو ثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أولا وقال ابن عبد البر إبادة وطهين منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركت حتى يؤمن)

(فصل) قال رحمه الله ولا يجعل نكاح خشي مشكل حتى يتدين أمره نص عليه في رواية الميوني وذكره أبو اسحاق مذهبا للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كالموا اشتبهت عليه أخته بنسوة ولأنه قد اشتهه المباح بالمحظور في حقه فحرم ما ذكرنا وقال الحارثي إذا فان أنما رجل لم ينم من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وان قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا وذلك لانه لا يخلو من أن يكون رجلا أو امرأة قال الله تعالى (وانه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبثنهما رجلا كثيرا ، نساء) وليس ثم خلق ثالث فإذا كان مشكلا لم يظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فقد اختلف فيه أصحابنا واختلف الحارثي أنه يرجع الى قوله قال ذكر انه رجل وانه يميل لطبعه الى نكاح النساء فله نكاحهن وان ذكر أنه امرأة يميل الى طبعه الى

زوجها ٥- نسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا يجل بعده لزومها فهدى يجوز التعريض بخطبتها في عدتها أتول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) ولما روت قاطبة بنت قيس أرأنتي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً إذا حالت ما أذيتي - في لفظ - لانسقيني بنفسك - في - لفظ لا نفوتها بنفسك ٤- وعدا تعريض خطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح لأن الله تعالى لما خص التعريض بالامانة دل على تحريم التصريح ولأن التصريح لا يمتثل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها لخص عليه على الاخبار باتقضا. عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(القسم الثاني) الرجعية فلا يجل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتالي في صلب نكاحه

(القسم الثاني) بأن يجل زوجها نكاحها كالخطامة والباثن بنسخ لغيره أو اعسار ونحوه لزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لانها اصابة له نكاحها في عدتها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها فيه وجهان ولشأنه فيه أيضاً قولان (أحدهما) يجوز اعموم الآية ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لأن الزوج بذلك أن يستبجها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة في ما يجل ويحرم لأن الخطبة لا تعد فلا يختلفان في حله وحرمة اذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول اني في مثلك لراغب ورب راغب فيك

الرجال زوج رجلا لانه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق إلى غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها وقد يعرف نفسه بيل طبعه الى أحد الصنفين وشهرته له فان الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بجل الذكر الى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة ولا يطلع عليه غيره وقد تضررت علينا معرفة علاماته الظاهرة فيرجع فيه الى الامور الباطنة بما يختص هو بحكمه وأما الميراث والهدية فان أقر على نفسه بما يقابل ميراثه أو دينه قيل منه وان ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متمم فيه فلا يقبل قوله على غيره وما كان من عباداته وسننه وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره واذا زوج امرأة رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل قوله في التزويج بغير الجنس الذي زوجه اولاً لانه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجرم بين تزويج الرجال والنساء .

(مسألة) (فان تزوج امرأة فقال أنا امرأة انسخ نكاحه) لاقراره بطلانه ولزمه نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميعه ان كان بعده ولا يجل له بعد ذلك أن ينكح لانه أقر بقوله أنا رجل بتحريم الرجال وأقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء

(مسألة) (وان تزوج رجلاً ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في نسخ نكاحه) لانه لا حق عليه

وقال القاسم بن محمد: التعريض أن يقول أنك علي كريمة وأني فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً، وقال الزهري أنت جبهة وأنت مرغوب فيك، وإن قال لانسبينا بنفسك أو لانفوتينا بنفسك أو إذا قلت قاذبني ونحو ذلك جاز، قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنائز فقال رجل لانسبينا بنفسك فقالت سبقك غيرك، ونجيبه للمرأة أن تضي شيء كان وما ترغب عنك وما أشبهه، والتصریح هو المنظر الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول زوجيني نفسك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تأمروا منكم أن يسخطوا) فإن النكاح يسمى سراً قال الشاعر

فلن تطلبوا سرها لأنني وإن تسلموها لأزهاها

وقال الشافعي السر الجماع، وأنشد لأحمري القيس

ألا زهمت بسبابة القوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومراعاة السر أن يقول عندي جماع برضيك ونحوه وكذلك أن قال رب جماع برضيك، فهي

عنه لما فيه من الحجر والتمش والقدارة والسخف

(فصل) فإن صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صرح نكاحه

وقال مالك يطأها تطلقه ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لأن هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كافي

النكاح الثاني أو كانوا رآها متجردة ثم تزوجها

فإذا أزال نكاحه فلا مهر له لأنه يقر أنه لا يستعته وسراً، دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح

بعد ذلك لما ذكرنا.

باب اشروط في النكاح

وهي قيمان صحيح وقائد فالصحيح نوعان (أحدهما) يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتأييده

من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر في العقد وجوده كعدمه (الثاني) اشروط ما تقتضيه المرأة كزيادة مهرها

أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالتن في المبيع

(مسئلة) (فإن شرط أن لا يخرجها من دارها أو ولدها أو لا يتزوج عليها أو لا يسرى

فهو صحيح لازم فإن وفي به إلا فلها الفسخ)

يروى ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم

وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي وإسحاق وأبطل هذه الشروط

الزهري وقادة وهشام بن عمرو ومالك والشافعي والثوري والثاني وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال

أبو حنيفة والثاهي يفسد المهر ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ «كل شرط ليس في كتاب

الله فهو باطل وإن كان مائة شرط» وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه ويقول النبي

(فصل) ويحرم على العبد نكاح سيده . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدا باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزبير قال سألت جابرا عن العبد بنكح سيده فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجباية وقد نكحت عبدا فانتهرها عمر وم أن برجها وقال لا يجل لك . ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يشافيان فإن كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفروه ويقبى باقامته وينفق عليه فيتشافيان

(فصل) وليس للسيد أن يتزوج أمته لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ، ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نكح في هذا خلافا ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكة (فصل) ولا يجوز للعمر أن يتزوج أمة ابنته لأن له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل

العراق لذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقها

وناقول النبي ﷺ «أنت ومالك لأبيك» ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فإما هي مضافة إليه بجماعتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيده مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنته لأن الرق يقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبي وكذلك

المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، وهذا يحرم الحلال وهو الزوج والنسري والسفر ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسرية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

وناقول النبي ﷺ «إن أحق ما وقعتم به الشروط ما استحللتم به الفروج» رواه سعيد - وفي لفظ - «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» متفق عليه وقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً وروى الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل إذا بطلت فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط له فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً كما لو اشترطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد وأما قوله صلى الله عليه وسلم «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع قد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من قبي ذلك الدليل وقولهم أن هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالاً وإنما ثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يق لها به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة الماقد كان من مصلحة عقد كاشتراط الرهن والضمين ثم يبطل بالزيادة على مهر

سائر القربات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرة شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لا فعل فيه خلافاً الا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته لعتق فأعتقها حين ملكها فبها على نكاحها . ولا يصح لانها متنافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحها سابقاً على عتقها . وحكم المكاتب يزوج بنت سيده أو سيده حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأي النكاح بجماله لانها لا تملكه إنما لها عليه دين وليس بصحيح فإن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولأنه لو زال الملك عنه لما عاد بجزءه كما لو أعتق

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق فبني أعتقته ثم تزوجها لم تحسب عليه بتطليقة وهذا قال الحنفي وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر وإسحاق وقال الحسن والزهري والشافعي والاوزاعي هي تطليقة وليس بصحيح لانه لم ينظر بطلاق صريح ولا كناية وإنما انفسخ النكاح وجود ما ينافيه فأشبهه افساخه بإسلام أحدهما أو رده ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بذلك اليون روي عن قتادة أنه قال لم يزد ما ملك فيها الا قرباً وليس بصحيح لان النكاح لا يبقى في بعضها وما ملك لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيها لا بملكه ولا نكاحه

المثل وإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف به قلنا الفسخ ولهذا قال عمر للذي قضى عليه بزوم الشرط حين قال إذا يطلقنا . مقاطع الحقوق عند الشروط ولم يلتفت الى قوله ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ في ترك الوفاء به كالرهن في البيع

﴿مسئلة﴾ (وان شرط لها طلاق ضربها فقال أبو الخطاب هو صحيح)

لانه شرط لا ينافي المقدم ولما فيه فائدة فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يزوج عليها قال شيخنا ولم أو هذا لغيره . ويحتمل أنه باطل وهو الصحيح لما روى أبو هريرة قال سئى النبي ﷺ أن تشرط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها تكفأ ما في صفحتها ولنكح فان لها ما قدر لها » رواها البخاري والتهمي يقتضي فساد المنهي عنه لأنها شرطت عليه فسخ عقده وابطال حقه وحق امرأته فلا يصح كما لو شرطت فسخ بيعة وعلى قياس هذا ما لو شرطت عليه بيع

﴿مسئلة﴾ قال رضي الله عنه (المغمم الثاني قاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء (أحدها) نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما) قبل إنما سمي هذا النكاح شغاراً لقبه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في المتع يقال شفر الكلب إذا رفع رجله ليبول وحكي عن الاصمعي أنه قال الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر

(فصل) ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لان الله تعالى قال [إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم] وليست هذه زوجة له ولا مملوكة ولأنه يحمل لابنه وماؤها ولا تحل المرأة لرجلين فان وطئها فلا حد عليه، نص عليه أحمد، وقال داود: يحد. وقال بعض الشافعية: ان كان ابنه وطئها حد لانها محرمة عليه على التأيد

ولنا أن له فيها شبهة لقول النبي ﷺ «أنت ومالك لأبيك» والحد يدرك بالشبهات ولان الاب لا يقتل يقتل ابنه والقصاص حتى آدمي فاذا سقط بشبهة المالك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الاولى ولأنه لا يقطع بمرأته ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته، فاذا ثبت هذا فانها تحرم على الابن على التأيد وان كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأيد، واذا لم تعلق من الاب لم يرز ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها، وقال أبو حنيفة: يلزمه ضمانها لانه أتلفها عليه وحرمه وطأها فأنشبه ماله قبلها

ولنا انه لم يخرجها عن ملكه ولم تنته قيمتها فأشبهه بالمرأة امرأته فانها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وان عاتت منه فالولد حر يباح به النسب لانه من وطء لا يجب به الحد لاجل الشبهة فأشبهه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للاب. وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصير أم ولد لانها غير مملوكة فأشبهه ماله وطئ جارية أجنبي بشبهة

عما يريد ولا يختلف الرواية عن أحد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والثاني واسحاق وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لان الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كالمزوج على خرا أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم وروى الاثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال «لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام» ولانه جعل كل واحد من المقدين مطلقاً في الآخر فلم يصح كما لو قال بني ثوبك على ان أبيعك ثوبي قولهم ان فساد من قبل التسمية قلنا بل فساد من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ولانه شرط تملك البضع لغير الزوج فانه جعل تزويجه إياها مهراً للاخرى فكانت ملكة إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يقول على أن صدق كل واحدة منها بضع الاخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقاً لا روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منها مهراً في الاخرى

ولما علمت من بحر لاجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان مومراً ، قال أصحابنا ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وقال الشافعي يلزم ذلك كله إذا حكم بأنها أم لولد هذا يعني على أصل وهو أن الاب أن يتولد من مال ولده ما شاء . وأنه ليس للاب مطالبة ابيه بدين له عليه ولا قيمة ، تلف وعندهم بخلاف ذلك وهذا يذكر في موضع آخر ان شاء الله تعالى

(فصل) وان وطئ الابن جارية ابيه عالماً بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا نصيب به الجارية أم ولد لانه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبهه وطئ الاجنبية وكذلك سائر الاقارب

(فصل) وان وطئ الاب وابنه جارية الابن في مهر واحد فأنت يولد اربي القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كالأفراد بوطئها وان ألحقته بهما لحق بهما وان أولدها أحدهما يمد الآخر فهي ام ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له ام ولد لاقرانه بإبلاها فلا تنقل بعد ذلك الى غيره لان ام الوالد لا ينتقل الملك فيها الى غير مالكا

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه فان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبها الاب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شيء . قال القاضي ظاهر هذا ان الابن ان كان وطئها لم تصر أم ولد للاب لانه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكرن قد عنقت بمالك وان كان الاب قبضها ولم يكن الابن وطئها مالكا لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم يتعلق به حاجته فيتملكه

ولما روى ابن عمر ان رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه وفي حديث أبي هريرة والشغار ان يقول الرجل للرجل زوجني بنتك وأزوجك ابنتي وزوجني أختك وأزوجك أختي رواء مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجمع ويفسد النكاح باي ذلك كان ولانه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الاخرى فقد جعل بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ

(فصل) فان سميا مع ذلك مومراً فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالنصوص عن أحمد صحته وهو قول الشافعي لا تقدم من حديث ابن عمر وكانه قد سمى صداقاً فصح كما لو لم بشرط ذلك وقال الحارثي لا يصح لحديث أبي هريرة ولا روى أبو داود عن الاعرج أن العباس بن عبد الله ابن العباس أتى عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جملاً صداقاً فكتب معاوية الى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولانه شرط نكاح إحداهما نكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً يحقته أن عدم التسمية ليس بفسد للقعد بدليل

﴿ باب نكاح أهل الشرك ﴾

أنكحة الكفار صحيحة يرون عليها إذا سلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة من مجوز ابتداء نكاحها في الحال ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشياء ذلك بإختلاف بين المسلمين

قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب لإرضاع، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم وأقربا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يتينا ولكن ينظر في الحال فإذا كانت المرأة على صفة مجوز له ابتداء نكاحها أقر، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المهرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطالقة ثلاثا لم يقر، وإن تزوجها في العدة وأسلمها بعد انتصائها أقر لانها مجوز ابتداء نكاحها

نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه متلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعثك ثوبتي بمشرة على أن تبيعي ثوبك بمشرين وهذا لا اختلاف فيه إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح قاسد لانه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سما صداقاً فقيه وجهان (أحدهما) تفسد التسمية ويجب مهر المثل، وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج مولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجعولا فبطل (والوجه الثاني) ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لانه ذكر قدرأ معلوما يصح ان يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك على الف على ان لي منها مائة

(فصل) فان سمي لاحدهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لانه فسد في إحداهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمي لها صداقاً روايتان لأن فيه تسمية وشرطاً فاشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا

(فصل) فان قال زوجتك جاريتي هذه على ان تزوجني ابنتك ويكون عتقها صداقاً لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لانه لم يجعل لها صداقاً سوى تزويج ابنته وإذا زوج ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقاً لها صح لان الجارية تصلح أن تكون صداقاً وإذا زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقاً لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها منع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح

٥٣٢ إذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثلاثين ولم يدخل بين بن منه (الثاني والثمراح الكبير)

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثلاثين ولم يدخل بين بن منه وكان لكل واحدة نصف ماسعى لها ان كان حلالا أو نصف صداق مثلها إن كان ماسعى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضا ولا شيء عليه لو واحدة منهن فإن كان اسلامه واسلامهن قبل الدخول مما فتن زوجات ، فإن كان دخل بين ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضائه عدتها حرمت عليه منذ اختلاف الدينان) في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين اسلامه ويكوز ذلك فسخا لا مطلقا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تعجل الفرقة بل إن كانا في دار الاملام عرض الاسلام على الآخر فإن أبي وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فإن كان الايا من الزوج كان مطلقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان مطلقا كما لو انظر به ، وإن كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق ، وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فإن أسلم والا وقعت الفرقة ، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

انكاح وبمهر المثل (الثاني) نكاح المحلل وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ، نكاح المحلل باطل حرام في قول طامة اهل العلم منهم الحسن والنخعي وقنادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكما الى ان تطأها أو شرط أنه اذا أحلها فلا نكاح بينهما او اذا احلها للأول طلقها وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط وقال الشافعي في العورتين الاولتين لا يصح (وفي الثالثة) على قولين :

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لعن الله المحلل والحلل له » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي قال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند اهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر ابن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وقال ابن مسعود المحلل والحلل له مملونون على لسان محمد ﷺ وروى ابن ماجه عن عقبه بن عامر ان النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالثيس المنسار » قالوا بلى يا رسول الله قال « هو المحلل لعن الله المحلل والحلل له » رواه الاثرم بإسناده عن قبيصة عن جابر قال سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول والله لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجعتما ولأنه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاء فاشبه نكاح التمة .

﴿مسئلة﴾ (فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في ظاهر المذهب وقيل يكره ويصح)

ولما أنه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فاذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك كاسلام الزوج أو كالتوابع الآخر الاسلام ، ولانه ان كان هو المسلم فليس له امساك ككفره اقوله تعالى (ولا تمسكوا بهم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها على نكاح شرك ولنا على أنها فرقة فسخ انها فرقة باختلاف الدين فكانت فسخا قالوا أسلم الزوج وأبت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(الفصل الثاني) أن الفرقة اذا حصلت قبل الدخول باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى ان كانت القسمية صحيحة أو نصف مهر مثابا ان كانت فاسدة مثل ان يصدقها خمرا أو خنزيرا لان الفرقة حصلت بفعه ، وإن كانت باسلام المرأة فلا شيء . لما لان الفرقة من جهتها وهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة واختارها ابو بكر ، وبه قال قتادة والثوري ويتنصبه قول أبي حنيفة لان الفرقة حصلت من قبله بابائه الاسلام وانتاعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كالوعلق طلائها على الصلاة فصلت .

وقتل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لاشيء لها من الصداق ووجها ما ذكرناه ووجه الاول أن الفرقة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل باسلامها فكانت الفرقة حاصلة

إذا توطأ عليه قبل العقد ولم يذكر هل نواه أو نوى المحلل من غير شرط ؟ قالتكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يزوج المرأة في نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال وهو مملون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم فروى نافع عن ابن عمر ان رجلا قال له امرأة تزوجها أهلها لزوجها لم تأمرني ولم تعلم قال لا ، نكاح رغبة ان أعجبتك أسكنها وان كرهتها فارقها قال وان كنا نعلمه على عهد رسول الله ﷺ سفاحا وقال لا يزالا زانين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها ، وهذا قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وجاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه ، وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقاتادة وبكر المزني وألبث ومالك والثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولها لانه خلا عن شرط يفسده فأشبهه مالونوى طلاقها لغير الاحلال أو ما لوتوت المرأة ذلك ولان العقد إنما يبطل بعاشرت لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبدا بشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولانه قد روي عن عمر ما يدل على اجازته فروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل معه اخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يسطه شيئا فينأ هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا

بفعلها فلم يجب لها شيء ، كما لو ارتدت وبتارقت تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت بوقت الفرقة ولها نصف المهر

(الفصل الثالث) أن الزوجين إذا أسلما معا فاعيا على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر انه إجماع من أهل العلم وذلك لانه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى ابو داود عن ابن عباس أن رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال يا رسول الله إنها كانت أسلمت وهي فردها عليه ويصير تناظهما بالإسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كأنه يرض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولانه يعد اتفاقهما على النكاح بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اشترى ذلك لوقت الفرقة بين كل مسلمين قبيل الدخول الا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع .

(الفصل الرابع) انه اذا كان اسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن احمد روايتان (إحداهما) يقف على انقضاء العدة فان أسلم الآخر قبل انقضائها فاعيا على النكاح ، وان لم يلم حتى انقضت العدة وقفت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج الى اذعان العدة وهذا قول الزهري والاشعري والحسن بن صالح والارزاعي والشافعي وإسحاق ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن ، والرواية

الرقميتين شيئا ويحك لي ؟ قالت نعم ان شئت فاخبروه بذلك قال نعم فزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت آخرته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلبتني امرأتي فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتي قال من غلبك ؟ قال ذو الرقمتين قال أرسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف وضعك من قومك ؟ قال ليس بموضع بأمن قالت ان أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل له لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك فانيسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقمتين فدخل عليه فقال أطلق امرأتك ؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقها لا وحجت رأسك بالسوط ورواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحوه من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأساً

ولنا قول النبي ﷺ «من الله المحلل والمحلل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا يخاف لهم فيكون إجماعاً ولانه قصد به التحليل فلم يصح كولو شرطه أما حديث ذي الرقمتين فقال أحمد ليس له استناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر اسناده الى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فإن هو من الذي سمعوه بخطبه به على المنبر لا أوتي بحلل ولا محلل له الا رجعتما ؟ ولانه ليس فيه ان ذا الرقمتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد تنوى بالمقدنبر ما شرطوا عليه وقصد نكاح وربة

الاشائية تصعب الفرقة وهو اختيار الحلال وصاحبه ، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز وناصره ابن المنذر، وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيها قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانتقضت عدتها وحصنت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك ان أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الاسلام فإن أسلمت والا وقمت الفرقة وان كانت غائبة تصعبت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة واحتج من قال بتصعب الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولان ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبمده كالرضاع ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب قال كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واحتقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن عبدالبر وشبهة هذا الحديث أقوى من اسناده ، وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى ابن فارس حتى قدمت عليه اليمن فدمتته الى الاسلام فأسلم وقدم قبائع النبي ﷺ فبينما على نكاحها ، وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأبهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وان أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . ولان أبا سفيان خرج أسلم عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي

صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يجعل حديث ذي الرقعتين فان قصدت المرأة أو ابها التحليل دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن و ابراهيم اذا هم أحد اثلاثة فسد النكاح قال أحمد كان الحسن و ابراهيم والتابعون يشددون قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ «أريدن ان ترجي الى رفاة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء . أما قال النبي ﷺ « لمن الله الحلل والحلل له » ولان العقد انما يبطل بنية الزوج لانه الذي اليه الفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء . وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رده فهو أجني كسائر الاجانب فان قيل فكيف لعنه النبي ﷺ ؟ قيل انما لعنه اذا رجع اليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) وان اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها العبد أو بعهده لينفسخ النكاح بملكها . لم يصح قال أحمد في رواية حنبل اذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر بن الخطاب بان جينا وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبه الحلل وعلل أحمد فساد بشيئين (أحدهما) أنه شبه الحلل لانه انما زوجها إياه لتحل له (والثاني) كونه ليس بكفء لها ويحتمل أن يصح النكاح اذا لم يقصد العبد التحليل لان المنبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره

(فصل) ونكاح الحلل فاسد ثبت فيه أحكام العقود الفاسدة فانه قن ولا يحصل به الاحصان

عن مكة ثبتنا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل أسرته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبدالله بن أمية فلقيا النبي ﷺ عام الفتح بالابواء فأسلما قبل نساها ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد من أسلم وبين أسرته ويعد أن يتفق إسلامها دفعة واحدة ، وفارق ما قبل الدخول فانه لاعدة لها فتعجل البيونة كالمطلقة واحدة ، وهما لها عدة . فإذا انقضت تبينا وهو ع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج إلى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق (الفصل الخامس) أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتختلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذا إلا شي روي عن النبي ﷺ في عن جماعة العلماء فلم يثبت عليه أحد زعم أنها ترد إلى زوجها ، وإن طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بن كاهن الأول رواه أبو داود واحتج به أحمد قبله ليس بروي أنه ردها بنكاح مستأنف قال ليس له أصل ، وقيل كان بين إسلامها وردها إلى ثمان سنين ولنا قول الله تعالى (لا من حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله سبحانه (ولأنكوا بهم الكوافر) والاجماع المنقذ على تحريم زوج المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها وتكون حاملا استمرار حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضه لم تحضر ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روي ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بن كاهن

ولا الإباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة قيل فقد سماه النبي ﷺ محللا وسمى الزوج محللا له ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا ولا محللا له قلنا سماه محللا لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى (يحلونه تاما ويحرمونه تاما) ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له لم يكونا ملعونين (الثالث) نكاح المتعة وهو أن يزوجه إلى مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو إلى انقضاء الموسم وقدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهو باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال تجنبها أحب الي قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول المستلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء وعن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن مسعود وابن الزبير قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة ثلاث وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والقيث في أهل مصر والشامي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر وإليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أفذن فيها وروي أن عمر قال

جديد ، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود استناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب

(فصل) وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء. فان كان مسمى صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة وان كان محرماً ما وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لاننا لا نعرض للمضي من أحكامهم ، وان لم تقبضه وهو حر أم فلها مهر مثلها لان الحر والخير لا يجوز أن يكون صداقاً لمدة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين ، فأما نفقة العدة فان كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لانه يتمكن من ابقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ، وان كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لانه لا سبيل له الى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم ، فان قيل اذا لم تسلم تبين أن نكاحها انفسخ باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لانه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها اذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية ، فان قيل الرجعية جرت الى الذنوة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا لا أنه كان فرضا عليها مضيقاً وبكفه تلافيه بخلاف ما اذا أسلمت قبل الدخول فانه يسقط مهرها جيبه لانه ما يمكنه تلافيه

(فصل في اختلاف الزوجين) لا يخلو اختلافهما من حالين (أحدهما) أن يكون قبل الدخول ففيه مستلذان (أحدهما) أن يقول الزوج أسلمنا معاً فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم أحدنا قبل

مستلذان كانتا على عهد رسول الله ﷺ انا أمي عنها واعاقب عليها : متعة النساء ومثمة الحج ولا يبعد على منعمة فجاز مؤقناً كالأجارة

ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال اشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود وفي لفظ رواد ابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال «يا أيها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة» وروى سبرة أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة فلم نخرج حتى نهانا عنها رواه مسلم وروى علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الاهلية متفق عليه رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة النسائي وغيره . واختلف أهل العلم في الجمع بين حديثي الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر نيات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الامام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعي لأعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا لثمة، فحمل الامر على ظاهره وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أحلها في

صاحبه فانفسخ النكاح فقال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها وكذلك إذ يتصور اتفاق الاسلام منها دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وذلك كان القول قول صاحب البعد ، وذكر أبو الخطاب فيها رجها آخر ان القول قول الزوج لان الاصل بقا النكاح وانفسخ طاري عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالنكر ، وقشاني قولان ككذبين الزوجين

(المذيلة اثناوية) أن يقول الزوج أسلمت قبلي فلا صدق لك وتقول هي أسلمت قبلي فلي نصف الصداق قال قول قولها لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يستحقه والاصل يتأوه ولمعارضه ظاهر فيقي فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يطلان عينه نالها نصف الصداق كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها نشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لأنه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزال بالشك وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة ينسحب على اليقين ، وهذه قد كان صدقها واجبا لها وشكها في سقوطه فيبقى على الوجوب . وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضا مسئين (إحدهما) أن يقولوا أسلمنا معا أو أسلم اثناوية منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه رجها (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقا النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم إسلام الثاني

حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرها ولانه يتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر النكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع فروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبيرة قال قال لابن عباس لقد أكره الناس في المنعة حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال التواء بنسا ماً يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس

هل لك في رخصة الاطراف آتية تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيباً فقال ان المنعة كالنكحة والدم ولحم الخنزير وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال انما كانت المنعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس فيها معرفة فيزوج المرأة بقدر ما يدري أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى زلت هذه الآية (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) قال ابن عباس فكل فرج سواها حرام رواه الترمذي قالما أذن النبي صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت لسخره واما حديث عمر إن صح عنه فالظاهر أنه انما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونسبها عنها اذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبني على اباحته

(فصل) فان زوجها من غير شرط الا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الأوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا ضرر بنيه وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته ان وافقته والا طلقها

(المسئلة الثانية) أن تقول أسلمت قبلك في نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك قال قول قولها لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها ، وإن قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت بعد شهر فاقول قوله لأن الأصل عدم إسلامها في الشهر الثاني ، فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكره ففسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبهه ما لو ادعى أنها أخذت من الرضاع فكذبته

(فصل) وسواء فيها ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والاوزاعي واليه والشافعي وقال أبو حنيفة إن أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الإسلام ففسخ النكاح ولو تزوج حربى حربية ثم دخل دار الإسلام وعقد القعدة ففسخ نكاحه لا اختلاف الدارين ويقضي مذهبه أن أحد الزوجين القديمين إذا دخل دار الحرب ناقضا لعهد الفسخ نكاحه لأن الدار اختلفت بهما فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الإسلام قبل الدخول .

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمز الظهران وامراته بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن وامراته صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها أم أسلموا وأقروا على أن يكفهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولأنه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ما قبل الدخول فإن تقاطع النكاح باختلاف الدين إذانتم من الأقرار على النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه وعقد م لا يصح

﴿مسئلة﴾ (وكذلك أن شرط أن يطلقها في وقت بعينه)

فلا يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها ويتخرج أن يصح النكاح ويبطل الشرط وهو قول أبي حنيفة وأظهر قول الشافعي قاله في مائة كتبه لأن النكاح وقع معلقا وأما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كالمشروط أن لا يزوج عليها ولا يسافر بها .

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح النعة ولأنه شرط انتفاء النكاح في وقت بعينه أشبه نكاح النعة ويفارق ما قاموا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح

﴿مسئلة﴾ (وإن علق ابتداءه على شرط كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو إن رضيت

أما فهذا كله باطل من أصله)

لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولأنه وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهو قول الشافعي وعن مالك نحوه ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط أن رضيت أمها رواية إن النكاح صحيح لأنه يصح في الجهل بالمعوض فلم يبطل بالشرط الفاسد كالمعق ويبطل للشرط والأول أصح لما ذكرنا (النوع الثاني) أن شرط أنه لا مهر لها ولا نفقة أو يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل فالشرط باطل ويصح النكاح وكذلك أن شرط أنه إن اصدقها رجع عليها

ولنا عموم قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسئلة

(مسئلة) قال (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلمت كل واحدة منهن في عتدها اختار أربعاً متبين وفارق ماسواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن)

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عتدهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكهن كهن بشهر خلاف فعله ولا بهلك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن في عقد أو في عقود وسواء اختار الأرائل أو الأواخر . نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجن في عقد انفخ نكاح جديهن ، وإن كثر في عقود فنكاح الأرائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فخرجه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت ومعتني ثمان نسوة فأبیت النبي ﷺ فقلت له ذلك

أو تشرط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو لا يكون عندها في الجمعة الالية أو شرط لها التها دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضاء وتضمن إسقاط حقوق يجب بال عقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فهو صحيح لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد في العقد لا بشرط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً ولأن النكاح يصح مع الجهل بالهوض فجاز أن ينقذ مع الشرط الفاسد كالساق وقد نص أحمد فيمن زوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى الالية والية فقال : لها أن تنزل الأبطيب نفس منها فإن ذلك جائز وإن قالت لا أرضى الا بالقاسمة كان ذلك حقاً لها تطالبه إن شاءت ، ونقل عنه الأثرم في الرجل يزوج المرأة ويشرط عليها أن يأتيها في الايام يجوز الشرط وإن شاءت رجعت ، وقال في الرجل يزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا الشرط ونقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل ! بطل العقد ونقل عنه المروزي في النهاريات والليليات ليس هذا من نكاح أهل الاسلام وعن كره تزيج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة ، وقال الثوري الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحضر وعطاء لا يمان بنكاح النهاريات بأساً وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها ويجعل لها من الشهر أياماً معلومة . قال شيخنا ولعل كراهة من

فقال « اختر منهن أربعا » رواه احمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحمته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعا . رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرصلا ، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن عتبة عن مصر . عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الامام احمد والترمذي وغيرهما ، ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له امساكه بنكاح مطابق في حال الشرك كما لو تزوج من غير شهود ، وأما إذا تزوجت بزوجة فنكاح الثاني باطل لانها ملكته ملك غيرها ، وإن جدمت بينهما لم يصح لانها لم تملكه جميعا بل بعضها ولأن ذلك ليس بشائم عند أحد من أهل الاديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه أن يختار أربعا فما دوز وبخارق سائرهن أو يفرق الجيم لأن النبي ﷺ أمر غيلان وقبسا بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ، ولأن المسلم لا يجوز اقراره على نكاح أكثر من أربع فإن أبي أجبر بالحبس والتزير الى أن يختار لأن هذا حق عليه يمكنه ايضاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كايضاؤه الدين ، وليس للمحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لأن الحق ههنا لغير معين وإنما تمنع الزوجات باختياره وشهوته وذلك لا يعرفه المحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولي فإن الحق لمعين يمكن الحاكم ايضاؤه والنيابة عن المستعق فيه فان جن خلي حتى يعود غفله ثم يجبر على

كره ذلك راجعة إلى ابطال الشرط وإجازة من أجازته راجعة إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وابطال الشرط كما قلنا والله أعلم . وقال القاضي إذا كره أحد هذا النكاح لأنه يقع على السر وهو منهي عنه فإن شرطه عليه ترك الوطء احتسب أن يفسد العقد لأنه شرط ما ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك إن شرط عليه أن لا نسلم إليه فهو بمنزلة من اشترى شيئا على أن لا يقبضه ، وإن شرط عليها أن لا يوطئ لم يفسد لأن الوطء حقه عليها ، ويحتمل أن يفسد لان لها فيه حقا ولذلك تلك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بلجب والعنة

(الثالث) أن يشرط الخيار إن جأها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح روايتان (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أن لا خلاف فيه ، وقال ابن المنذر قال أحد وإسحاق إذا تزوجها على انه إن جأها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروى ذلك عن الزهري ولأن النكاح عقد لازم لا يدخله خيار لما في ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر لكونها ترد بعد ابتدائها بعقد النكاح والشناعة عليها بأنها ردت رغبة عنها لدفناتها والشرط الآخر تعليق النكاح على شرط فهو معنى الخيار ويصح النكاح لان النكاح يصح في المجهول فلم يفسد بالشرط الفاسد كالمعتق ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا ان الشرط

الاختيار وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار لهن محبوسات عليهن ولاهن في حكم الزوجات أئتمن اختار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فإنه لا حكم لقوله وليس لآبيه الاختيار عنه لأن ذلك حق يتعلق بالشرة فلا يقوم غيره مقامه فيه فإذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار

(فصل) فإن مات قبل أن يختار لم يقر وارثه مقامه لما ذكرنا في المداكم وعلى جميعهن العدة لأن الزوجات لم يتبين منهن فن كانت منهن حاملاً فعدتها بوضعها ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة أشهر وعشر لأنها أطول المديتين في حقها، وإن كانت من ذوات القروء عدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتنضي العدة يتبين لأن كل واحدة منهن بمحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما لتنضي العدة يتبين كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم حينها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي، فأما الميراث فإن اصطلمن عليه فهو جائز كإنما اصطلمن لأن الحق لهن لا يخرج عنهن وأن أين الصلح بقياس المذهب أن يقرع بنهن فنكون الأربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطلمن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أسكنتهن أو اخترت

والعقد جائز إن نزل النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» وذكر القاضى في كتابه الروابيتين والوجهين، أما صحة العقد فلأن اللفظ الذي ينتهي القوام قد وجد وإنما حصل الشرط في المهر فلم يؤثر في العقد، وأما المهر فإنها لما لم تكن نسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المعنى في العقد ولا يؤثر فيه، والرواية الأخرى يعطل العقد في هذا كله لأن النكاح لا يكون إلا لازماً وهذا بوجوب جوازه ولأنه وقفه على شرط ولا يجوز وقفه على شرط كالبيع وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) فإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لأن النكاح منفرد عن ذكر الصداق لا يفسد النكاح بفساده فلأن لا يفسد بشرط الخيار أولى بخلاف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فسد الآخر، إذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه (أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الإيمان ويثبت فيه الخيار كإبياعات (والثالث) يعطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم توافقته على شيء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (فإن تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية لله الخيار) لأنه قص وضرد بتعدي اللفظ فأشبهه ما لو شرطها حرة فبانت أمة

حسبهن أو امسكنهن أو نكحهن أو أمسكت نكحهن أو ثبتت نكحهن أو اثبتن، وإن قال لما زاد على الأربع فسخت نكحهن كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة وإن قال قد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لبلان «اختر منهن أربعا وفارق سائرهن» وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحا فيه كما كان لفظ الطلاق صريحا فيه وكذا في حديث فيروز الدبلي قال فصدت إلى أقدمهن صحبة ففارتها وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لمن دون غيرهن وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين

[أحدهما] أنه يكون اختياراً للمفارقات لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق والأولى ما ذكرناه وإن وطئ، إحداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب لأنه لا يجوز إلا في ذلك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبينة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضا اختيار لها، وإن آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها لأنه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين وفي الآخر يكون اختياراً لها لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة وإن قدّمها لم يكن اختياراً لها لأنه يتم في غير زوجة

(فصل) وإذا اختار منهن أربعا وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لأنهن بن منه باختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لأنهن بن باسلا وإنا بشين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرقن فسبح لأنها ثبتت

(مسألة) (فإن شرطها كناية فيبانت مسلمة فلا خيار له) لأنها زيادة، وقال أبو بكر له ذلك

لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات عليها والاول أولى

(فصل) فإن شرطها أمة فيبانت حرة وكان له نكاح الاماء فلا خيار له لأن ولده يسلم من الرق ويمكن من الاستمتاع بها لبلا ونهاراً، وإذا لو شرطها ذات نسب فيبانت أشرف منه أو على صفة دينه فيبانت خيراً من شرطه لأنها زيادة

(فصل) وإن شرطها بكرأ فيبانت ثيبا فمن أحد كلامي يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بسبب سرى العيوب الثمانية ولا يثبت فيه الخيار إلا يرد بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار كما لو شرط الحرية، وكذلك لو شرطها حسناء فيبانت شوهاء أو ذات نسب فيبانت حرة أو بيضاء فيبانت سوداء، أو طويلة فيبانت قصيرة خرج في ذلك كله رجحان ونحو هذا مذهب الشافعي وكذلك لو شرط نفي العيوب التي لا يفسخ بها النكاح كالصم والحرس والصمم ونحوه فيبانت بخلاف ذلك فيه وجهان. وعن أزم لزوج من هذه صفتها اشروي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي حكاه ابن المنذر، وروى الأزهرى أن رجلا تزوج امرأة فلم يجد لها عذراء، ولما كانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت إليه عائشة أن الحيضة تذهب بالعذرة، وعن الحسن والشعبي وأبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء، ليس عليه شيء. للعذرة أن الحيضة تذهب بالعذرة والثوبية والتعيس والحمل الثقيل

باسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كعدة المطلقات لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك وان ماتت احدى المختارات أو بانتهت منة وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لأنه لم يطلقها قبل ذلك، وان اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لازماً، فالربع الزوجات لا بين منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فلذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بين وانفسخ نكاح الباقيات لاختباره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلاق وعدة الباقيات على الوجهين وان طاق الجميع أفرح بينهما فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بين وانفسخ نكاح البواقي فإن كان الطلاق ثلاثاً فبني انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فإذا اختارهن تبين أن طلاقه وقع بين لهن زوجات ويستدندن من حين طلاقه وبأن البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بين طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان مؤلاً غير مطلقات، والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ في التي قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقف في الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرنا إلى القرعة لتساوي الحقوق (فصل) وإذا أسلم قبلهن وقلنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام، وان قلنا بتف على

(فصل) اذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار وهذا قول الشافعي كما اذا شرط ذلك (مسئلة) (وإن تزوج أمة يظنها حرة أو على أنها حرة ورثت منه فالولد حر ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الاماء وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء فله الخيار فان رضي المقام معها فما وهدت بعد ذلك فهو رقيق)
الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) ان النكاح لا يفسد بالفرود وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوايه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قال بعنك هذا الفرس فاذا هو حمار ولنا ان المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما لو قال زوجتك هذه الحسناء فاذا هي سوداء وكذا نقول في الاصل الذي ذكرناه ان العقد صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم الفئات اقدت فان ذات الفرس غير ذات الحمار وهما مختلفان في الصفات [والثاني] ان البيع يؤثر فيه فوات الصفات به دليل انه يرد بفوات أي شيء، كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه

(الفصل الثاني) أن أولاده منها أحرار بغير خلاف لعله لأنه اعتمد حريةها فكان ولده أحراراً كما عقده ما يقتضي حريةهم كما لو اشترى جارية بظنها مالكة لبانها فبانت موصوبة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول

اقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن ، يينا أمن بين منذ اختلف الدينان فان كان قد طلقهن قبل اقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بين وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن ، وان كان وطئن تبينا أنه وطئ غير نساءه وان لاعتن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان في غير زوجته وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بهضهن في العدة تبينا أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤها وطئا المطلقة وان كانت المطلقة غيرها فوطؤها لها وطء لامرأته وكذلك ان كان وطؤها لها قبل طلاقها ، وان طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تحببت لزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بين فاذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن لأنه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) واذا أسلم ونحوه ثمان نسوة فألم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم البقيات فله اختيار الميتات وله اختيار البقيات وله اختيار بهض هؤلاء وبهض هؤلاء. لان الاختيار ليس بهتم وأما هو تصحيح العقد الاول فهين والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كني أحياء ، وان أسلمت واحدة منهن فدل اختارتها جاز فاذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال لامرأة اخترت فسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع الا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقها اختياريها ، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس

مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداؤم لان الولد ينفذ حر الاصل فلم يضمته لبيده لانه لم يملكه وعنه انه يقال له انقضاء أولاده وإلا فهم يتبعون الام ، فظاهر هذا انه خير بين فداؤمهم وبين تركهم رقيقاً لأنهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤم كما لو وطئها وهو يعلم رتقها ، قل الحلال اتفق عن أبي عبد الله انه يفتي ولده وقاله إسحاق عنه في مرضع ان الولد له وليس عليه أن يذهبهم ، وأحسبه قولاً لأبي عبد الله والصحيح ان عليه فداؤمهم لقضاء الصحابة به ولانه نكح الامة المملوكة فبيد أن يكون مملوكاً لما أحبا وتمد فوث رقه باعتقاد الجارية فلزمنا ضمانهم كما لو فوت رقه بفعله وفي فداؤمهم ثلاث مسائل (الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد قضى بذلك عمر وهلي وابن عباس وهو قول الشافعي ، وقال أبو بكر والثوري وأصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه إنما يضمهم بالمع ولم يضمهم الا بحال الخصومة

ولنا انه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمته حينئذ لانه فاق رقه من حينئذ ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الامة فلم يضمها كما بعد الخصومة فان قبل فقد كان محكوماً بحريته وهو جنين قلنا انه لم يكن تضمته حينئذ بدم قيمته والاطلاع علي فأوجبتنا ضمانه في أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضع

بوقت للاختبار لأنها جارية الى بنوة فلا يصح اسمها كها وان فسخ نكاحها لم يفسخ لانه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو وقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

(فصل) وان قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم تصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معنى وان قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الاربعة ، وان أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها فكما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتعلق بطلانه والثاني لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) واذا أسلم ثم أحرم بمحج أو عمرة ثم أسلمن فيه لا اختيار لان الاختيار استدانة النكاح وتعيين المنكحة فليس ابتداء له ، وقال افاضي ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ونسأ أنه استدانة نكاح لا يشترط له رضا المرأة ، ولا ولي ولا شهود ولا بتجدد به بهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) واذا أسلمن معه ثم تبين قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا فيكون له ميراثهن ولا يرث

(المسئلة الثابتة) في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات (إحداهن) بقيتهم وهو أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ « من أعتق شقة صام من عبد قوم عليه نصيب شربكه » ولان الحيوان من المتقومات لان ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتفه (والثانية) بقيتهم بمثلهم عبيداً المذكور بالاشي بأشي ما روى سعيد بن المسيب قال : بنت جارية لرجل من العرب وانتمت الى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم ان سيدها دب واستاقها واستاق ولها فأنصموا الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ففوضهم لهدري بفداء ولهم يعني غرة مكان كل غلام بغلام ومكان كل جارية بجارية وكان هر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المفرد حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي ان ينظر الى مثلهم في الصفات تقريبا لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل ان يجب مثاهم في القيمة وهو قول أبي بكر (والثالثة) هو خير بين فدائهم بمثلهم أو بقيتهم قال أحمد في رواية الميموني اما القيمة أو رأس برأس لانها جيماً برويان عن عمر ولكن لأدري أي الاسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر قال في المقنع الفدية غرة بقدر القيمة أو القيمة وايها اعطى أجزاء ووجه ذلك انه تردد بين الجنين الذي يضمن بكرة وبين الحاقه بكرة من المضمونات فاقضى التحخير بينها والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه بقيتهم مثل قول عمر فاذا تمارضت الروايات عنه وجب الرجوع الى القياس

الباقيات لانهن ليس زوجات له ، وان مات بهن فله الاختيار من الاحياء . وله الاختيار من الميتات وكذلك لو أسلم بعضهن فتن ثم أسلم الباقي فله الاختيار من الجيم ، فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متبن وهن نساء ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن اجنبيات وان لم يرسل البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن ، وان وطئ الجيم قبل اسلامه ثم أسلمن فاختار اربعا منهن فليس لهن الا المسمى لانهن زوجات واساترهن المسمى بال عقد الاول ومهر المثل . والثاني لانهن اجنبيات وان وطنهن بعد اسلامهن فالموطوات اولاهن المختارات والبواقي اجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو أسلم ونحوه أختار منها واحدة)

هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وابي عبيد ، وقال ابو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نوبة .

ولنا ماروي الضحاك بن فروز عن ابيه قال : قلت يارسول الله اني أسلمت ونحوه أختار اقل « طلق أيما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولان أنكحة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق احدها قبل اسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وهكذا الحكم في المرأتين أو خاتمتها لان المغني في الجيم واحد

(المسئلة الثالثة) فيمن ضمن منهم ومن ولد حيا في وقت يبيع لثته سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور واصحاب الرأي لاضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا يثنى على علي وتمت وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يبيع لثته وهو دون سنة اشهر فلا ضمان له لانه لا قيمة له

(فصل) في المهر ولا يخلوان يكون عن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له ذلك وقد نكحها نكاحا صحيحا فاما المسمى فان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ لعذر من جهتها فهي كالغيبية يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز لهم نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه ان كان قبل الدخول فان دخل بها قبله مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين يذكر ان في الواجب في النكاح الفاسد ان شاء الله تعالى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير اذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الرابع) انه يرجع بما غرمه على من غره من المهر وقبلة الاولاد وهو اختيار الحنفي ورواية عن أحمد قال ابن المتذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم وقبه رواية أخرى لا يرجع بالمهر اختاره أبو بكر قال وهو قول علي وبه قال اشوري وأبو ثور واصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نفع وصل اليه وهو الموطأ فيرجع به كالأشعري

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركة أختها ثم أسلمت في عدة الاولى فنه أن يختار بينهما لانه أسلم ونحوه أختان مسلمتان وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني واذا أسلمت الاولى في عدتها فتكاحها لازم لانها انفردت به (فصل) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمنا به فاختار احدهما لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها لثلا بكونه والمثل لأحد لاختين في عدة الاخرى ، وكذلك اذا أسلم ونحوه أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثانيا فاختار أربعا سنين وفارق أربعا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لثلا بكونه والمثل لأكثر من أربع ، فان كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، فان كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات ، فان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلا اقتضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب .

(فصل) واذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمنا معا قبل الفحول فاختار احدهما فلا مهر للاخرى لاننا تبينا أن الفرية وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهرأ كما لو فسخ النكاح ليهب في احدها ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يوجب به مهر اذا لم يدخل بها كالتزوج المهرسي أخته

منصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانه لم يحصل في مقابلته عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الولد له لا لايه وقال القاضي الاظهر انه لم يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت اذهب الى حديث علي ثم اني هبته وكأني اميل الى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع باجرة الخدمة اذا غرمها قال شيخنا ولا أعرف عن أصحابنا ينهها فرقا اذا ثبت هذا وكان الفرور من السيدتهمت وان كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في ان يجب له ما يرجع به عليه وان كان الفرور من وكيله رجح عليه في الحال وكذلك ان كان من اجنبي وان كان منها فليس لها في الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد يغير اذن سيده هل يتعلق بربقته او بدمته يتبع به بعد المتق؟ قال القاضي قياس قول الحرقي انه يتعلق بدمتها لانه قال في الامة اذا خالمت زوجها باذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا وبقيها بجميعه وظاهر كلام احمد ان الفرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فقلت امرها رجلا فزوجها على انها حرة فالفداء علي من غره يروي هذا عن علي وابراهيم وحاد وكذلك قال الشعبي وان قلنا يتعلق بها فالسيد مخير بين فداها بقيمتها ان كانت اقل مما يرجع به عليها أو تسليمها فان اختار فداها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في ان يوجه عليه ثم يرده اليه وان اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب

ثم أسلمنا قبل الدخول وهكذا الحكم بما زاد على الاربع إذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا وانفسخ نكاح ابويها فلا مهر لمن لما ذكرنا والله أعلم

(مسألة) قال (وان كانتا أما وبنتا فأسلم وأسلمنا معا قبل الدخول فسد نكاح الام

وان كان دخل بالام فسد نكاحهما)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) إذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار الزني ، وقال في الآخر يختار أيهما شاء لان عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم اليه الاختيار ، فإذا اختار الام فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى (وأهبات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ، ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركة ، ولأنه لو تزوج البنت وحدها لم يطلقها حرمت عليه أيها إذا أسلم فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى ، وقولهم إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه غير صحيح فإن أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فرض إليه الاختيار هنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وإنما اختصت الام بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأيد فلم يمكن اختيارها والبنت لأنحرم قبل الدخول بأبها فتمين النكاح فيها بخلاف الاختين

له وقال القاضي ان الضرر الموجب للرجوع ان يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجته كما على أنها حرة وان لم يكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا فان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الضرر ولم يستفصلوا الظاهر ان العقد لم يقع هكذا ولم يجر به العادة في العقود ولا يجوز فضاؤهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الضرر قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوعمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حرمتها فنكحها على ذلك ورغب فيها وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الفرم فقد استضربتا على قول المخير له والعار فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأخبره فعلى هذا ان كان الضرر من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وان كان الضرر منها ومن الوكيل فصل كل واحد منهما نصفه

(الفصل الخامس) أنه ان كان الزوج ممن يحرم عليه نكاح الاماء فإنه يفرق بينها لانا نينا ان النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا ان كان زوجها بنير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينها والحكم في الرجوع على ما ذكرنا وان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت للشرائط مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا

(الفصل الثاني) إذا دخل بها حرمتا على التأييد الام لانيها أم زوجته والبنت لانها ربيته من زوجته التي دخل بها، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم وهذا قول الحسن ومحمد بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشامي ومن تبعهم، وان دخل بالام وحدها فكذلك ان البنت تكون ربيته مدخولا بأبها والام حرمت بمجرد العقد على ابنتها وان دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وقد نكح أمها كما لو لم يدخل بها، ولو لم نسلم معه إلا إحداها كان الحكم كما لو أسلمت معه معا فان كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال، وان كانت البنت ولم يكن دخل بأبها ثبت نكاحها وان كان دخل بأبها فهي محرمة على التأييد، ولو أسلم وله جاريتان إحداها أم الاخرى وقد وطئها جميعا حرمتا عليه على التأييد وان كان قد وطئ احدهما حرمت الاخرى على التأييد ولم تحرم الموطوءة وان كان لم يطأ واحدة فله وطئ أيتها شاء، فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأييد والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو أسلم عبد وتحمته زوجتان قد دخل بهما فأسلمت في العدة فهما زوجتان ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجه ذلك ان حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على اربع فاذا أسلم وتحمته زوجتان فأسلمت معه أو في عدتها لزم نكاحهما حرتين كانتا أو أعتن أو حرة وأما لانه له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره، وان كن أكثر اختار منهن اثنتين أيهن شاء، على ما مضى في الحر

معنى قول الخرافي وظاهر مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لا خيار له لان الكفاءة غير متبررة في جانب المرأة ولانه يملك الطلاق فيستغنى به عن الفسخ

وثنا انه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فيثبت له الخيار كالأخر ولان الفكاهة وازم تعتبر فان عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك اعظم من فقد الكفاءة فاما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه يسقط نصف المسمى والفسخ بسقطه جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلامر لها وان رضي بالتمام معها فله ذلك لانه يحمل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المنع من زحم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالتم ولو وطئها قبل العلم فعلق منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها معتقدا حريتها

(فصل) والحكم في التدبيرة وام الولد والمعتق نصفها كالامة القن لانها ناقصة بالرق الا ان ولد ام الولد يقوم كانه عبده حكم امه وكذلك من اعتق بعضها الا انه اذا قدى الولد لم يلزمه الافداء ما فيه من الرق لان بقية حر بحرية امه لا باعتقاد الواطئ فان كانت كاتبة فكذلك الا ان مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها ونجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر ويكون ذلك تستعين

فلو كان تحته حرتان وأمتان فه أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة وأمة وليس لحررة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضية بنكاحها وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حررتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معيبتا تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضي وجها ان لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكانه عيب حادث والاول اصح فان الرق لم يزل عيبا وانما عند العقلا ولم يتجدد قصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصل) وان أسلم ونحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لأنه ممن يجرؤ له الأربع في وقت اجتماع اسلامهم فانه حرء فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبدا حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كن أسلم ونحته اما فأسلمن معه ثم أسير ولو أسلم معه اثنان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجر الا اثنتين لانه ثبت له الخيار بالاسلام الاولين

(فصل) وان تزوج أربعة فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلنفسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وانما ملكن الفسخ وان كن جاريات الى بيتوته لانه قد يسلم فيقطع جريانهن الى البيوتونة فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن وان أسلم في الغدة بن لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضوعين لأنهن هنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة به في كتابتها فان كان الفرور منها فلا شيء لها اذ لا فائدة في ايجاب لها يرجع به عليها وان كان الفرور من غيرها غرمة لها ورجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينه فان أقرت أنها أمة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كاقرارها بحال على غيرها وقال في رواية حنبل لاشيء حتى تثبت له أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا انه يقبل اقرارها لأنها مقررة على نفسها بالرق اشبه غير المذوجة والاول أولى ولا نسلم انه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) فان حملت الفرور بها فضررها ضارب قالقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لانه محكوم بحرثته وبرها وورثته فان كان الضارب اباه لم يرثه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لانه انما يستحق بذل حي وهذا ميت ويحتمل ان يجب له عشر قيمة امة لان الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولا لوجب ذلك له

(فصل) ويثبت له الخيار اذا ظنها حرة فباتت أمة كما اذا شرط ذلك وقال الشافعي لا خيار له ووافقه فيها اذا ظن انها مسلمة فباتت كافرة انه يثبت له الخيار وقال بعضهم قبيحا قولان ولنا ان نقص الرق اعظم ضررا فانه يؤثر في رقبته ومنع كمال استمتاعه فكيف له الخيار كما لو كانت كافرة

التي يمكن الزوج تلاهي النكاح فيها وأشبهن الرجعية فان أخرج الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لان تركهن الفسخ اعتماد على جريانهن لبيذونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية اذا عنت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم اعتقت فأخترن الفسخ صح لانهن اما عنت تحت عبد ؛ وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم لا خيار لمن لانه لا حاجة بين الى الفسخ لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس يصحیح فان السب متحقق وقد يبدو لمن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ وقتلك ملكن الفسخ فيها اذا أسلمن وعنتن قبله

فاما ان اخترن المنام وقتلن قد رضينا بالزوج نذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الاقامة كحالة اجتهادهم على الاسلام ، وقال أصحاب الشافعي لا يسقط خيارهن لان اختيارهن الاقامة ضد للحالة التي هن عليها وهي جريانهن إلى البيذونة فلم يصح كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشم فأنت طالق ثم عنتت فأخترت زوجها

(فصل) وإذا أسلم الحر ونحوه اما فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه مالك لعصمة حرة حين اجتهادها على الاسلام ؛ وان أسلمت إحداهن مع ثم اعتقت

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار ويفديهم إذا أعتق ويرجع به على من غره) وذلك أن حكم العبد المغرور حكم الحر في حرية أولاده ، وقال أبو حنيفة ولده رقيق لان أبويه رقيق ولا يصح ذلك لانه وطئها معتقداً حريراً فأشبه الحر فان هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً ظناً علة رقى الولد رقى الام خاصة ولا عبرة بالاب بدليل ولد الحر من الامة ، وولد الحرة من العبد ، وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقبته باعتقاده وقوله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يتعلق برقبته كجنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق وهو قول الحرقي فيكون بمنزلة الخلع من الامة إذا بذلته بغير اذن سيدها وتعارق الاستدانة والجناية لانه اذا استدان أنف مال الفرم فكان جناية منه وهنأ لم يحسن في الاولاد جناية وأما عتقوا من طريق الحكم وما حصل لهم منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرره فانه لا ينبغي ان يجب له بذل مالم يثبت عليه وأما الحرة فتعجل في الحال وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار كسبوته للحر الذي جعل له نكاح الاماء لان عليه ضرراً في رقى ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تكون عنده ليلاً ونهاراً ولم ترض به ويحتمل ان لا يثبت له خيار لانه نقص صفة لا ينقص بها عن رتبته فاشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تحرير الحر وقال بعض الشافعية لا خيار له وقال بعضهم

ثم أسلم البرقي فيه أذ يختار من الائمة، لان العبرة بحال الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

(فصل) ولو أسلم بنحوه أربع اماء، وهو عادم لاطول خائف العنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة فان كانت لا تمنعه فله أن يختار منهن من تمنعه في إحدى الروايتين، والآخرى لا يختار إلا واحدة وهذا مذهب الثاني وتوجيهها قدمي في ابتداء نكاح الائمة، وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولا يمكن له خيار وبهذا قال الثاني وقال ابو ثور له أن يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد فأشبهه بترجمة

ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه، وأما الترجمة فهي قطع جريان النكاح إلى اليتيمة وهذا اثبات النكاح في امرأة وان كان دخل من ثم ألم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك، وقال ابو بكر لا يجوز له هذا الاختيار بل بين بمجرد اسلامه انلا يفضي إلى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة بمنزلة اسلامهن معه وهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كالاسلامن معه وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن سواء كن كنيات أو غير كنيات لا، لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كفاية

فيه قولان والاولى ما ذكرناه واذا اختار الإقامة فالمرء واجب لا يرجع به على أحد وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمرء واجب عليه وفي الرجوع اختلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بنهر إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب به وجهان (أحدهما) مهر المثل (والثاني) الحسنان وهل يرجع به؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجت المرأة عبداً على أنه حر أو ظنته حراً فإن عبداً فلها الخيار)

اما النكاح فهو صحيح وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كانت شروط النكاح وكان باذن سيده وان كانت المرأة حرة وقتنا الحرة ليست من شروط الكفاءة وان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح ولان للمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت فلا ولياتها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي ان يكون لها الخيار أيضا لانه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمتا بفساد العقد به ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف، وكل موضع فسخ انكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق.

(فصل) ولو أسلم وهو واجد لاطول فلم يسلمن حتى أسمر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار وهو وقت اجتماعهم على الاسلام وهو حينئذ عادم لاطول خائف لعلت فكان له الاختيار ، وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أسمر لم يكن له الاختيار لذلك وان أسلمت واحدة منهن وهو معسر ثم أسلم البواقي بعد اعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لان وقت الاختيار دخل بسلام الاولى الا ترى انه لو كان معسراً كان له اختيارها فاذا كان معسراً بطل اختياره وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أسمر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الاولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أسمر كان له أن يختار لان حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فبغير حاله لا يسقط ما ثبت له كالتزوج او اختيار ثم أسمر لم يحرم عليه استدامة النكاح

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كاهن فكذلك إذا أسلمت وحدها، وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضاً صحيحاً وهو أن يكون منهن من هي أير عنده من دمه فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً وان البواقي من ذلك يختلف لدينار، وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح ابائيات من حين الاختيار، وبعدهن من حين الاختيار وان أسلم

(فصل) فان غيرها ينسب قبان بدونه وكان ذلك خلا بالكفاءة وقتنا بصحة النكاح فانها الخبار فان اختارت الامضاء فلا وبائها الاعتراض عليها وان لم تخل بالكفاءة فلا خيار لها لان ذلك ليس يعتبر في النكاح فاشبه ما لو شرطته فقها قبان بخلافه وكذلك ان اشترطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير بمكافيء لها في النسب وان لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال واشباه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يؤثر في النكاح فلا يؤثر اشراطه وذلك انه اذا بان نسبه دون ما ذكره وجه في ثبوت الخيار لها وان لم تخل بالكفاءة والاولى ما ذكرناه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان عتقت الامة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب) هذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن دينار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق، وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد ابن ابي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بيرة وكان زوجها حراً رواء النساء ولانها كانت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً وروى عن أحمد ذلك .

ولنا انها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكفائية تحت المسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بيرة كان عبداً وهما أخص بها

بعضه دون بعض بان اللائي لم يسلن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختاره وان اختار التي أسلمت معها من أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها فان أسلم البواقي في العدة تبين أنهم بن منه باختياره وعتقهن من حينئذ وان لم يسلن بن باختلف الدين وعتقهن منه وان طلق التي أسلمت معه طلقه وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً لان إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها فاما ان اختار فسبح نكاحها لم يكن له لان البائيات لم يسلن معه فإزاد العدد على ما له اما في هذه الحال ولا يفسخ النكاح ثم نظر فان لم يسل البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي والأولى معنى وان اختار الأولى التي فسبح نكاحها صح اختياره لها لان فسوخه لنكاحها لم يصح وفيه وجه آخر ذكره القاضي أنه لا يصح اختياره لها لان فسوخه إن لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضي العدة لانتا ثبين أن نكاحها كان لازماً فاذا أسلمن لحقوا اسلامهن بذلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسبح نكاح احداهن صح الفسخ ولم يسكن له أن يختارها ومذا يطل بما لو فسبح نكاح احداهن قبل اسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود في الثاني كالوجود سابقاً كذلك ههنا

(فصل) فان أسلم ونحوه امام وحره ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلهن فإنه يلزم نكاح الحره وينسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحره فلا يختار أمة وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام به (الثانية) أسلمت الحره معه دون الاماء فقد ثبت نكاحها وانقضت عصمة الاماء

من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاسود عن ابراهيم عن عروة عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتاه ، وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له منيت رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالان في زوج بريرة انه عبد برواية علماء المدينة وعلمهم وإذاروى اهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وإنما يصح حرراً عن الاسود وحده فأمّا غيره فليس بذلك قال والمقد صحيح فلا يفسخ بالمتخلف فيه والحر فيه اختلاف والبدن لا اختلاف فيه ، وبخالف الحر العبد لان العبد ناقص فاذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(مسألة) (وان كان عبداً قلها الحيار في فسح النكاح)

أجمع اهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه حديث بريرة قالت عائشة كانت بريرة نغيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حرراً ما خيرها رواء مالك وأبو داود والنسائي ، ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فذان لها الحيار كما لو تزوج حره على أنه حر فبان عبداً فان اختارت الفسخ فلها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لانها استقطت حقها وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله

فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن من باخلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسلموا وان أسلمن في عددهن من حين أسلم الحرة وعددهن من حين أسلمها فإن ماتت الحرة بعد أسلمها لم يتغير الحكم بمرورها لأن موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن (الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو إمام أن تنقضي عدتها قبل أسلمها فتبين باخلاف الدين وله أن يختار من الاماء لأنه لم يقدر على الحرة أو يسلم في عدتها فثبت نكاحها ويطلق نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة وليس له أن يختار من الاماء قبل أسلمها وقضاء عدتها لانتقال نكاحها لا تسلم فإن طلق الحرة ثلاثا قبل أسلمها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق لأنها تبيننا أن النكاح انفسخ باخلاف الدين وله الاختيار من الاماء وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتا وان الطلاق وقع فيه والامام ابن بيبوت نكاحها قبل الطلاق .

(فصل) وان أسلم وتحتة إماما وحررة فأسلمن ثم عتقن قبل أسلمها لم يكن له أن يختار منهن لأن نكاح الاماء لا يجوز لفادرا على حررة وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه والامام ابن بيبوت نظر فان لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن فلا يختار الا واحدة اعتبارا لخلقة اجتماع اسلامه والامام ابن بيبوت وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقضت عدتهن فان كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لان الاختيار لا يكون موقوفا فأما إن

(مسئلة) (وطا الفسخ بنفسها من غير حاكم) لانه فسخ بحجم عليه غير مجتهد فيه فلا ينتهر إلى حكم حاكم كالرد باليوب في المبيع بخلاف خيار العيب في النكاح فانه مجتهد فيه فانقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار وروى الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن النبي ﷺ انه قال « إذا أعتقت الامة فعي بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارتقت فان وطئها فلا خيار لها » رواه الامام أحمد في المسند (فصل) فان اختارت الفراق كان فسخا ليس بطلاق وهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن صالح والشافعي وذهب مالك والاوزاعي واليه إلى انه طلاق بائن ، قال مالك إلا أن نطاق نفسها ثلاثا فطاق ثلاثا ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا لم يبلغنا ان أحدا من الصحابة أنكر ذلك ولانها تملك الفراق فلما طلق كالرجل

وانا قول النبي ﷺ « الطلاق ان أخذ بالساق » ولانها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينها أو أرضعت من يفسخ نكاحه برضاها ، وفعل زبراء ليس بمجبة ولم يثبت انشائه في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المناقاة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي معناه فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق (مسئلة) (فان أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها)

أما إذا أعتق الزوج قبل خيارها سقط لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع

اعتن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعة فما دون ثبت نكاهن وان كن زائدات على أربع فبه أن يختار منهن أربعة ويطلب عصمة الخامسة لانهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكالو اعتن قبل اسلامه واسلامهن ولو أسلمن قبله ثم اعتن ثم أسلم فكذلك وروى الحكم في هذا كالمعروف ونحوه خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيلاً

(فصل) ولو أسلم ونحوه خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منها فلامعنى لا تتظار البواقي فاذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع وان أسلم الجميع في العدة كاف أن يختار ثلاثاً مع التي اختارها أولاً وينسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن إذ لا معنى لا تتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا هنا والصحيح هنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى وأما الأمة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا

إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد واختاره الحرقى وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وناقم والزهرى وقنادة وحكام بعض أهل العلم عن فقهاء الشيعة وذكر القاضي ان لها الخيار إذا لم تعلم فان أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحاد واشوري والارزاعي والشافعي وإسحاق لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها لم يوجد منها ما يدل على الرضى فهو كالو لم تصب، ووجه الاول ما تقدم من حديث حمز بن أمية ، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة ان مولاة ابني عدي يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد فتعتت قالت فأرسلت الي حنيفة فدعتني فقالت إن أمرك بيدك ما لم يسك زوجك وإن يسك فليس لك من الامر شيء . فقالت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثاً ، وروى مالك عن ناقم عن عبد الله بن عمر أن لها الخيار ما لم يمسه ، ولأنه خيار عيب فيسقط بالنسبة فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول . فأما على القول الآخر فاذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك وإن كانت ممن لا يبنى عليها لسكونها في بلد واحد واشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها والشافعي في قبول قولها قولان .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وان كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها)

وجملة ذلك انه اذا أتم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو اسلمها معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي لان المسلم أن يتدىء نكاح كتابية فاستدامته اولي ولا خلاف في هذا بين القائلين باجازه نكاح الكتابية، فأما ان اسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي اذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عن من اهل العلم ، وان كان اسلامها بعد الدخول فالمحكم فيه كالمحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم فاذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها لان الفسخ منها وقد مضى الكلام في هذا ايضا بما فيه كفاية

(فصل) واذا تزوج المهرسي كتابية ثم تراءفا اليها قبل الاسلام فرق بينهما . قال احمد في مجوسي تزوج كتابية بحال يترافعا قبل من يحول بينه وبين ذلك فقال الامام ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وان لم يترافعا اليها اعلى دينها منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذي نكاح المسلمة . وان تزوج القمي وثنية او مجوسية ثم تراءفوا اليها فنيه وجهان [أحدهما] يقر على نكاحها لانها ليست اعلى دينها منه فيقر على

﴿مسئلة﴾ (وخيار المتقة على التراخي ما لم يوجد منها ما يدل على الرضى ولا يمنع الزوج وطأها)
ومن قال انه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال أظهرها كفتوتنا والثاني انه على الفور كخيار الشفعة، والثالث انه إلى ثلاثة أيام . ولنا ما روى الامام احمد بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يحدثون عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا أعتقت الأمة فهي بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقت وإن وطأها فلا خيار لها » ورواه الاثرم أيضا . وروى أبو داود أن بريرة عتقت وهي عند منيث عبد لآل نبي أحمد فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وقال لها « ان قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولان الحاجة داعية الى ذلك فثبت الخيار كخيار الفصاص أو خيار المدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا

﴿مسئلة﴾ (فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت أو عقلت)

ولا خيار لها في الحال لانه لا عقل لها ولا قول معتبر ولا يملك وليها الاختيار عنها ليس له هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلها الخيار حيثما اكونهما صادرا على صفة لكل منهما حكم وهكذا الحكم لو كان عند زوجتيهما عيب يوجب الفسخ

نكاحها كما يقرا المـ على نكاح الكناية [واذا نى] لا يقرا على نكاحها لانها ممن لا يقرا المسلم على نكاحها فلا يقرا القمي على نكاحها كالمردة

(مسألة) قال (وما سمي لها وهما كافران فتقبضته ثم أسلمها فليس لها غيره وان كان حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك)

وجله ان الكفار اذا أسلموا ونحاكروا الينا بمء العقد والقبض لم تعرض الى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ ونيس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى [يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بيني من الربا] فأمر بترك ما بيني دون ما قبض وقال تعالى [فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله] ولان التعرض للمقبوض باطلا له يشق لتناول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تغييرم عن الاسلام فعني عنه كما عني مما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنها تقابضاً بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا ببعاً فاسداً وتقابضاً وان لم يتقابضاً فان كان المسمى حلالاً وجب ما سمي له لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كنسبة المـ وان كان حراماً كالخنزير والخنزير بطل ولم يحكم به لان ما سمي له لا يجوز ايجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقاً مسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر انثل ان كان بمء الدخول ، ونصفه ان وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف

فان كان زوجها قد وطئها فظاهر كلام الحرقى أنه لا خيار لها فان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لها الخيار لانه لا رأي لها فلا يكون تمكينها من الوطء دليلاً على الرضى بخلاف الكيرة العاقلة ولا يمنع زوجها من وطئها .

(مسألة) (وان طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق وبطل خيارها)

لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فيقدم كما لو لم يتفق ، وقال القاضي طلاقه بوقوف فان اختارت الفسخ لم يقع لانه يتضمن إبطال حقها من الخيار وان لم تختَر وقع ، وللشافعي نولان كهذين الوجهين وبما عدم الوقوع على أن الفسخ أسند إلى حالة التلق فيكون الطلاق وانما في نكاح مفسوخ وكذلك إن طلق الصغيرة أو المجنونة بمء التلق

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم يختَر والفسخ انما يوجب الفرقة من حينه لانه سببها ولا يجوز تقديم الفرقة عليه اذ الحكم لا يتقدم سببه ولان المدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين التلق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح ثبت به الاحصان والاحلال للزوج الاول ، ولو كان الفسخ سابقاً لانكست الحال قول القاضي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع وجوب نصف المهر وتقصير المدة

وقال أبو حنيفة ان كان صداقها خيراً أو خبزيراً معينين فليس لها الا ذلك وإن كانا غير معينين فلها في الخبز القصة وفي الخبز مهر المثل استحسننا
ولنا ان الخبز لا قيمة لها في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو صدقها خبزيراً
ولانه محرم فأشبهه ما ذكرنا

(فصل) وإن قبضت بعض المهر دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبضت ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية قيمتها منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وان كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يأتي الكيل فيه

(والثاني) يقسم على عددها لانه لا قيمة لها فاستوى صدقيرها وكبيرها ، وإن صدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الخمر كأنه عبد ، وإن صدقها كلباً وخبزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندكم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فلكل سدس واحد من الخبزيرين ولزقاق سدس ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا

عليها فان ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع وان لم يفسخ الفسخ كما لا يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فان كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما نذكر فيما بعد ، فعلى قولهم اذا طلقت قبل الدخول ثم احتارت الفسخ سقط مهرها لأنها بائنة بالفسخ وان لم يفسخ فلها نصف الصداق لأنها بائنة بالطلاق **مسئلة** (وان اعتقت الامة الرجعية فلها الخيار)

لان نكاحها باق يمكن فسخه ولما في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجوعه اذا لم يفسخ ، فان قبيل ففسخ حينئذ قلنا اذا محتاج الى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا يتأفها فهو كما لو طلقها طليقة أخرى وتبني على عدة حرة لأنها عتقت في عدتها وهي رجعية **مسئلة** (فان احتارت المقام فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يبطل وهو قول الشافعي لانها جارية إلى بيوتته (والثاني) يبطل اختيارها لانها يصح فيها اختيار الفسخ نصح اختيار المقام أصاب النكاح وهو اختيار شيخنا ، وان لم يفسخ شيئاً لم يبطل خيارها لانه على التراخي ولان سكوتها لا يدل على رضاها لانه يحتمل أنه كان نحرماً بها إلى بيوتته اكتفاء منها بذلك فان ارتجمها لم يفسخ حينئذ وان فسخت ثم عدت فزوجها بقيت معه بطليقة واحدة لان طلاق العبد اثنتان وان تزوجها بعد ان عتق رجعت معه على طليقتين لانه صار حراً فلك ثلاث طلقات كسائر الاحرار .

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه اذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلما قبل الدخول أو ترافعا الينا فرق بينها ولا مهر لها ، قال احمد في الميوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلتها أو يموت عنها فترفع الى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها وذلك لانه نكاح باطل من أصله لا يقرب عليه في الا سلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول ، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل ؟ يخرج على الروايتين في لمسلم اذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذمي ذمية على أن لاصداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه ان كان قبل الدخول وإن كان بعده فإيا مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان تزوجها على أن لامهر لها فلا شيء لها وان سكت عن ذكره ففيه روايتان (احدهما) لامهر لها والاخرى لها مهر المثل واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحققها وقد أسقطت حقها والقمي لا يطلب بحق الله تعالى . ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب المرأة فيه مهر المثل كالمسنة وأما وجوب المهر في حق الفروضة لئلا نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق القمي

(فصل) اذا ارتفعوا الى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقوله (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولان الحاجة

(مسألة) (وتى اختارت المعتقة الفسخ بعد الدخول فالمرء لسيد)

وجملة ذلك أن المعتقة تى اختارت الفسخ مع زوجها قبل الدخول أو بعده فالمرء لسيد وكذلك إن اختارت الفسخ بعد الدخول لانه وجب بالعقد وان اختارت الفسخ ولم يوجد له سقط فانفسخت بعد الدخول فقد استمر المهر بالدخول فلم يسقط بشيء . وهو لسيد في المالاين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في المالاين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق فكذلك وان كان بعده فالواجب مهر المثل

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ وأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ولان لو وجب بالوطء بعد الفسخ لسكان المهر لها لأنها حرة حينئذ ، فوطئهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح لانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال الزوج الاول وكونه حلالاً .

(مسألة) (وان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها)

نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أن لسيد نصف المهر اختاره أبو بكر لانه وجب له فلا يسقط بفعل غيره .

الى عقده بخلاف ذلك ، وإن أسلموا وترافعوا اليها بعد العقد لم تنعزس لكيفية عقدهم ونظرنا في الحال فان كانت المرأة من يجوز عقدها نكاح عليها ابتداءً أقرها ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداءً نكاحها كذوات محرمة فرق بينهما فان تزوج معتدة وأسلم أو ترافعا في عدتها فرق بينهما لانه لا يجوز ابتداءً نكاحها وإن كان بعد انتقضائها أقر الجواز ابتداءً نكاحها وإن كان بينهما نكاح فما كان بينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه لانه ان كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فان كان في المدة فما لا يعتقدان تأييده والنكاح عقد مؤبد الا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه ، وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرأ عليه لانهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسما فيها لم يقرأ لذلك وإن كان بعدها أقر لانهما يعتقدان لزومه وكما اعتدوه فهو نكاح بقرون عليه ومالا فلا ، فلو مهر حربي حربية فوطنها أو طواعته ثم أسلمها فان كان ذلك في اعتقادهم نكاحاً أقر عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداءً نكاحها فأقرأ عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقدا نكاحاً لم يقرأ عليه

(فصل) وأنكحة الكفار تتعاقبها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ودرجوب المهر والتسم والاباحة الزوج الاول والاحصان وغير ذلك ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعي والنخعي والزهرري وحامد والثوري والاوزاعي والثاني وأصحاب الرأي ولم يجوزوه الحسن وقتاده وربيعة ومالك .

والا أن الفرقة جات من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها وقوله وجب لسيد قلنا لكن براءتها ولهذا سقط نصه بفسخها وجميعه بإسلامها وردتها (فصل) ولو كانت مفوضة ففرض مهر المثل فهو لسيد أيضاً لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ولذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد وان كان الفسخ قبل الدخول والفرض بلا شيء إلا على الرواية الاخرى يعني أن تجب المنة لانها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصه

(مسألة) (وان أعزق أحد الشريكين وهو مصر فلا خيار لها)

وقال أبو بكر لها الخيار لان عنق المصير لا يسري بل يعتق منها ما اعتق وباقيها رقيق فلا تنكح حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لانها أكل منه فلها ترث وترث ونحجب بتدر ما فيها من الحرية ، ووجه الرواية الاولى أنه لا نص في المعتق بمضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة لان الحرية كاملة لان العقد صحيح فلا يفسخ بالمتلف فيه وهذه مختلف فيها وعن أحمد رضي الله عنه اذا عتقت وزوجها حر بهذه العلة فأما ان كان المعتق مرسراً يسري إلى باقيها فعنتت كلها وثبت لها الخيار

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم، فإن قبل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف الذم إليهم فقال (وامرأته حالة الحطب) وقال (وامرأة فرعون) وحقيقة الإضافة تقتضي زوجية صحيحة، وقال النبي ﷺ «ولدت من نكاح لامن سفاح» وإذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين، فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلم لم يقرأ عليه، وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلمت فهي عنده على ما بقي من طلاقها، وإن نكحها كتابي وأصابها حلت لطلاقها ثلاثاً سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً، وإن ظاهر القمي من امرأته ثم أسلمت فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم)

(فصل) ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله إلا أنهم يترجون على الانكحة المحرمة بشرطين (أحدهما) أن لا يترافعا البتة (والثاني) أن يعتقدوا إباحتها ذلك في دينهم لأن الله تعالى قال (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجهشوا البتة ولأن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يتعرض عليهم في أحكامهم ولا في أنكحتهم مع علمهم باستتبعون نكاح محارمهم، وقد روي عن أحمد في المجوسي تزوج نصرانية قال: يحال بينه وبينها قول من يحول بينهما قال الإمام قال:

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بهائم مات ولم يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثالث وإن لم يكن قبضه عتق في الحال ثلثها وفي الخيار لها وجهان، كليهما اقتضى من مهرها شيئاً عتق منها بتدرج ذلك فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك، فإن كان زوجها وطئها قبل استيفاء مهرها بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطت بمكته من وطئها وعلى قول الحرقي لا يطل لأنها مكنته منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه ما لو مكنته قبل عتقها فأما أن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحرقي لأن دخها للنكاح سقط به صدقاتها فيعجز الثالث عن كمال قيمتها ورق الثلث وبسقط خيارها فيقتضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لها مهر يفتق ثلثها إذا استوفى. وعلى قول من أسقط يفتق ثلثها

(فصل) وإن أعتق زوج الأمة لم يثبت لها خيار لأن عدم المكال في الزوجة لا يؤثر في النكاح ولذلك لا تعتبر الكفارة إلا في الرجل دون المرأة، فلو تزوج امرأة مطلقاً فبانت أمة لم يكن له الخيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقاً فإن عبداً فلهما الخيار فكذلك في الاستدانة لكن إن أعتق ووجد طول المحرة فهل يطل نكاحه؟ على وجهين معنى ذكرهما

(فصل) إذا أعتقت الأمة فقالت تزوجها زدني في موري ففعلت فالزيادة لها دون سببها سواء كان

ابو بكر لان علينا ضرراً في ذلك يعني بتحريم اولاد النصرانية علينا وهكذا يجي على قوله في تزويج النصراني المجوسية ويجي على هذا القول أن مجال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر رضي الله عنه كتب ان فرقوا بين كل محرم من المجوس، وقال احمد في مجوسي، ذلك أمة نصرانية يحل بينه وبينها ويجوز على بيعها لان النصراني لهم دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها، وقال ابو بكر عبد العزيز لا يجوز له وطؤها أيضا لما ذكرناه من الضرر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها، وان كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك الا أن عليه نصف المهر)

وجهة ذلك أنه اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم إلا أنه حكى عن داود أنه لا يفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

وانا قول الله تعالى (ولا تأسكوا بعصم الكوافر) وقال تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لانهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) ولأنه اختلاف دين يمنع الاصابة فأوجب فسخ النكاح كالأصل تحت كفر، ثم ينظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها، وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف للمهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق، وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فبا إذا تزوج عبده أو أمته ثم اعتقها جماً فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للعبد فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة قال الامة وعنى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني، وقال القاضي الزيادة لسيد المتيق في الموضوعين على قياس المذهب لان من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالمقد الاول فيكون كالمذكور فيه، قال شيخنا والذي قلنا أصح لان الملك في الزيادة حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها، وقولنا ان الزيادة تلحق بالمقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها وبصير الجميع صداقاً وليس معناه أنا تبين ان الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها فان هذا محال لان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد المتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمتق فيه حين التزويج لزمته زكاته وكان له مأواه وهذا أظهر من ان نطيل فيه .

﴿مسئلة﴾ (وان عتق الزوجان معاً فلا خيار لها وعنه يفسخ نكاحها)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنه لا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقها واحد أو اثنان نص عليه أحمد وعنه لها الخيار لانها كلت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية

﴿مسئلة﴾ قال (وان كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد الى الاسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان)

اختلفت الرواية عن احد فيا إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيها إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين في احدهما تتجبل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك، وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لأن ما أوجب فسخ النكاح استمرى فيه ما قبل الدخول وبهه كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فما على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ نعم به الفرقة فاذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كالسلام الحرية نحره. الحرى، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فان قلنا بتجبل الفرقة فلا نفقة لها لانها بائن منه وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأن لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة وان كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية

فلكت الفسخ كما لو عتقت قبله، والاول أولى لان حرية العبد لو طرأت بعد عتقها منع فاذا قارنت كان أولى أن يمنع كالسلام الزوجين، وعنه رواية نائلة ان أعتقا انفسخ نكاحهما لان الضيق معنى يزيل الملك عنهما لا الى مالك فجاز ان تقع به الفرقة كاللوت ولأنه لا يتبع أن لا يحصل الفرقة بوجوده من أحدهما أو تحصل بوجوده منها كاللذان والاقالة في البيع. قال شيخنا: مناء والله أعلم أنه إذا وهب لعبده سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقها جميعاً صاراً حريين وخرجت عن ملكه فلم يكن له اصابتها الا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من اصحابه فيمن وهب عبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها الا بنكاح جديد، واحتج احمد بما روى عن نافع عن ابن عمر ان عبدالله كان له سريتان فأعتقها وأعتقه فنهاه ان يقربها الا بنكاح جديد ولانها باعناها خرجت عن ان تكون مملوكة فلم يبيع له التسري بها كالحرة الاصلية، وأما اذا كانت امرأة فتعاقب لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعناها وحدها فلان لا ينفسخ باعناها مائاً أولى ويحتمل ان أحد انما أراد بقوله أنفسخ نكاحهما أن لها فسخ النكاح ويخرج هذا على الرواية التي تقول لها الفسخ إذا كان زوجها حراً فصنعت عنه

(فصل) ويستحب لمن له عتيد وأمة مزوجان قراد عتقهما البداية بالرجل للتلايبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والاقرم بإسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فزوجها فقالت للذي صلى الله عليه وسلم إن أريد أن أعتقها؟ فقال لها «ابدئي بالرجل قبل المرأة»

(فصل) فإن ارتد الزوجان مما فتحكما حكم بالوارتد أحدهما إن كان قبل الدخول تجملت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي . قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا معا أو أحدهما ثم تابا أو تاب فمهر أحق بها ما لم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحسانا لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبهه ما لو أسلما ولما أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كاله ، وما ذكره يعطى بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحها يفسخ وقد انتقل إلى دين واحد وأما إذا أسلمت فقد انتقل إلى دين الحق وقرآن عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معا منع وطأها فإن وطئها في عدتها وقتلنا إن الفرقة تعدت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه بالنكاح لأنه وطئ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد منهما أو أسلمت جميعا في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ، لانا نبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ، لأنه وطئ في غير نكاح يشبه النكاح لانا نبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان ، وهكذا الحكم فيها إذا أسلم

وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل أي بدأت بتفكك ثلاثا يكون لها عليك خيار والله أعلم .

(باب حكم العيوب في النكاح)

(العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام (أحدها) ما يختص بالرجال وهو شيان (أحدهما) أن يكون الرجل مجبواً قد قطع ذكره ولم يبق منه ما يمكن الجماع به)
الكلام في العيوب المثبتة لفسخ النكاح للمرأة والرجل إذا اختار ذلك في أربعة فصول :
(أحدها) أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للميب مجده في الآخر في الجملة وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وأبوه وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد والشافعي وإسحاق وروى عن علي لا ترد الحرة بسبب ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل مجبواً أو غيباً فإن للمرأة الخيار فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخاً لأن وجود الميب لا يقتضي فسخ النكاح كالتمس والزمانة وسائر العيوب

ولنا أن الخلف فيه يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب والنسوة ولأن المرأة أحد الموضين في النكاح فجاز ردها بسبب كالصداق ، أو أحد الموضين في عقد النكاح فجاز رده بالميب أو أحد الزوجين فثبت

أحد الزوجين بعد الدخول فرطاً في المدة قبل اسلام الآخر . فالحكم فيه مثل الحكم هنا لما ذكرنا من التعليل فيه

(فصل) واذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان لم يسلم الآخر في المدة تبيننا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعندها من حين أسلم الم- لم منسما ، وان أسلم الآخر منهما في المدة قبل ارتداد الاول اعتبر ابتداء المدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين باسلام الاول زال باسلام الثاني في المدة ولو أسلم وتبعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لانه لا يجوز أن يتبدى . العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتدن دونه او معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك

(فصل) فاذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه في الاسلام مثل ان جمع بين الاختين او بين عشر نسوة او نكح معتدة او مرتدة ثم طلقها ثلاثاً ثم أسلم لم يكن له أن ينكحها لانا أجرينا أحكامهم على الصحة فيها بمقتدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الاختين والحاممة المقردة عليها آخراً

(مسئلة) قال (واذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وان سموا مع ذلك صداقاً أيضاً)

هذا النكاح يسمى الشغار قبيل انما سمي شغاراً لقبه تشبيها برفم الكلب رجه ليبول في القبح

له الخيار بالعب في الآخر كالمرأة ، كما العمى والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بمقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فان قيل فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فان ذلك يوجب قرة تنم من قربانه بانكليه ويخاف منه التعدي الى نفسه ولسله والجنون يخاف منه الجناية فصار كالماتم الحسي

(الثاني) العيوب المحوزة للفسخ وهي ثمانية: اثنان يختصان الرجل وهما الجب والنفة وثلاثة تخص المرأة وهي الفتق والقرن والغفل وثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص وهكذا ذكرها الحرقى ، وقال القاضي : هي سبعة جعل القرن والغفل شيئاً واحداً وهو الرتق وذلك لم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك أهل الادب وحكي نحوه عن أبي بكر وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء وقال عن غيره لا يكون في الفرج عظم انما هو لم ينبت فيه وحكي عن ابي حفص ان الغفل كالبرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، وقال أبو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه والقرن والغفل لم ينبت في الفرج فيسد بها في معنى الرتق الا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة وجعل القرن والغفل شيئاً

يقال شفر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وحكي عن الاصمعي أنه قال : الشغار الزنم فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر مما يريد ، ولا تختلف الرواية عن أحد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن حمير وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي ، وحكي عن عطاء وعمر بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على غير أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهي عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » ولأنه جعل كل واحد من العقدين سافها في الآخر فلم يصح كما لو قال يعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي ، وقولهم أن فساد من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لانه شرط عليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى فكان مسلماً إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك ، وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقاً لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهي عن الشغار والشغار أن يقول الرجل لرجل زوجته بنتي على أن تزوجني بذلك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى

واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه الصيغ لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يبران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تصديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجلب والرتق يتعذر معهما الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وقائده وكذلك الغفل على قول من فسره بالرغوة

(فصل) فإن اختلفا في وجود العيب كمن بجسده بياض يمكن أن يكون بهماً أو برصاً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فإن كانت للدهمي بيضة من أهل الخبرة وثيقة فيشهران بما قال ثبت قوله والاحلاف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ « ولكن العين على المدعى عليه » وإن اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج والاقول قول المرأة ، وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يحن في الاحيان لأن النفس لا تسكن الى من هذه حاله الا أن يكون مريضاً يقضى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ودام الاغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

﴿مسئلة﴾ (فإن اختلفا في إمكان الجماع بما بقي من ذكره فالقول قول المرأة)

لأنه يضاف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحمل ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق . هذا لفظ الحديث الصحيح المنق عليه ، وفي حديث أبي هريرة والشغار أن يقول الرجل لرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي رواد مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجرم بينهما بأن يعمل الجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان . ولأنه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى فقد كالم لو لفظ به ، فأما إن سوا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فللمصوح من أحد فيما وقفنا عليه صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمى صداقا فصح كالم لم يشترط ذلك وقال الحارثي لا يصح لحديث أبي هريرة وما روى أبو دارود عن الأعمش أن العباس بن عبد الله بن العباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكانا جملا صداقا فكاتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح كالم لم يسميا صداقا بحقه ان عدم التسمية ليس يفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه سلف في عقد فلم يصح كالم لو قال بعتك ثوبين بعشرة على أن تبعني ثوبك بمشربين ، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالشرط

المنة ولأن له ما يمكن الجماع بمنه فأشبهه من له ذكر قصير (الثاني) أن يكون غيبا العينين هو الحاجز عن ايلاج ذكره وهو مأخوذ من عن أي اعترض لأن ذكره عين إذا أراد ايلاجه أي يعترض قيل لأنه عين لقبل المرأة عن بينه وشماله فلا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به وتستحق به المرأة فسخ النكاح بعد أن يضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمنيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقادة وحامد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم وداود فقال لا يؤجل وهي امرأته وروى ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أمت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إن رقاعة طلقني فبنت طلاقتي فزوجت بسبب الرحمن بن الزبير وأماله مثل هدية الثوب فقال « تريدين أن أرجعي إلى رقاعة ؟ لا حتى تذوق عسلته » وذوق عسلتك ولم يضرب له مدة

ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه أجل العين سنة وروى ذلك الدار قطن عن عمرو بن مسعود والمنيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ورواه أبو حفص عن علي ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الحيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة فأما الحبر فلا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابتكده مهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالتكاح قاصداً لأنه صرح بالشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقاً فنيه وجهان [أحدهما] تفسد التسمية ويجب مهر المثل وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينتقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل، والوجه القوي ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قديماً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كالمهر قال زوجتك ابنتي على الف على أن لي منها مائة والله أعلم

(فصل) وإن سمي لأحدهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد الكاح فيهما لأنه فسدت في إحداهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمي لها صداقاً روايتان لأن فيه تسمية وشرطاً فأشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا

(فصل) فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابتك رقبته صداقاً لا ابتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقاً سوى تزويج ابنته، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقاً لها صح لأن الجارية تصلح أن تكون صداقاً، وإن زوجه عبده

وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما وقد روي أن الرجل أنكز ذلك وقال أنني لا عركها عرك الأديم وقال بن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك في قول النبي ﷺ «تريدن أن ترجعي إلى رقاعة» ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها وقيل أمه ذكرت صفته وشبهته بهدية الثوب مبالغة ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم «حق تدوفي عييلته» والمأجور عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿مسئلة﴾ (فإن ادعت ذلك أجل سنة منذ ترافعه)

وجه ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لئنه سئل عن ذلك فإن أنكز وهي عذراء فالقول قولها وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع بيينة في ظاهر المذهب لأن الأصل السلامة ولأن هذا أمر لا يعرف إلا من بيئته وقال القاضي هل يستحلف؟ علم وجهين بناء على دعوى الطلاق

﴿مسئلة﴾ (فإن اعترف بذلك أو قامت بيئته على إقراره به فإنكر قطايت بيئته فنكح ثبت عجزه)

ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلاً عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولأن هذا العجز قد يكون لئنه وقد يكون لمرض يضرب له سنة لئنه به الفصول الأربعة فإن كان من بيس زال في فصل الرطوبة وإن كان من رطوبة زال في فصل

امرأة وبطل رقبته صداقاً لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها بمنح صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح وبجوب مهر المثل

(مسئلة) قال رحمه الله تعالى (ولا يجوز نكاح المنة)

معنى نكاح المنة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول زوجها ابنتي شهراً أو سنة أو إلى انقضاء المرسوم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحد فقهاء نكاح المنة حرام . وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لأن ابن منصور سأل أحد عنها فقال يمتنيتها أحب إلي ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم ، وغير أبي بكر من أصحابنا بمنح هذا ويقول في المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ، وعن روي عنه نعيم بن حمير وعلي بن عمر وابن مسعود وابن الزبير ، قال ابن عبد البر وعلى تحريم المنة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والأوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويطل الشرط

وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابنا عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر وإليه ذهب الشبهة لأنه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها ، وروي

ليس وإن كان من برودة زال في فصل الحرارة وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فإذا مضت الفصول الأربعة واختافت عليه الأهوية فلم يزل علم أنه خلفه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء لا يستجني في البدن أكثر من سنة ثم يظهر وابتداء السنة من يوم توافسه قال ابن عبد البر على هذا جماعة الفاتنين بتأجيله قال مسمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم توافسه فإذا انقضت المدة فلم يبطأ فلها الخيار في نسخ النكاح

(مسئلة) (وإن اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عينا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئها مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن وبجي الانصاري والزهرى وعمرو بن دينار وقناة ومالك والأوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور إذا عجز عن وطئها أجل له لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها كما لو وجب بسد الوطء

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يكن لأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد ما أوجبه فانه يتحقق به العجز فافترا (فصل) وإن علمت أن عجزه عن الوطء لما مرض من صفر أو مرض رجوا لزوال لم تضرب له مدة لأن ذلك طرض يزول والمنة لا تزول لأنها حجة وخلفة وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى

أن هر قال : تمتنان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أفأهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء . ومتعة الحج ولأن عقد على متعة فيكون مؤقفا كالأجارة
ولنا ما روى الربيع بن صبرة أنه قال : أشهد على أبي أنه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع . وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء . رواه أبو داود . وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ حرم المتعة فقال « يا أيها الناس أتني كنت أذنت لكم في الاستمتاع إلا وإن الله قد حرمها اليوم القيامة » وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء . يوم خيبر وعن لحوم الأهلوية . رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة النسائي وغيره واختاف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلوية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهي عنها وقد بينه الربيع بن صبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكا . الإمام أحمد عن قوم وذكره بن عبد البر وقال الشافعي لأعلم شيئا أجله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة فحمل الأمر على ظاهره وإن النبي ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولأنه لا يتناق به أحكام النكاح من الطلاق والغطار والامان والتوارث فكان باطلا كسائر النكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه . وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبيرة قال : قالت لابن عباس . لقد كثرت في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

برؤه ضربت له المدة لأنه في معنى من خالق كذلك وإن كان لحب أو شلل ثبت الحيار في الحال لأن الوطء مأبوس منه فلا معنى لانتظاره وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به أو لا رجوع إلى أهل الخبرة في ذلك

(فصل) والوطء الذي يخرج به من العنة هو تضييب الحشفة في الفرج لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به فإن كان الذكر مقطوع الحشفة كغناء تضييب قدر الحشفة من الباقي في أحد الوجهين يكون ما يخرج من المقطوع مثل ما يخرج من الصحيح (والثاني) لا يخرج من العنة إلا بتضييب جميع الباقي لأنه لا أحد هنا يمكن اعتباره فاعتبر تضييب جميعه لأنه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء ولشافعي قولان كعدين .

﴿مستة﴾ (وإن وطئها في الدبر أو وطئ غيرها لم نزل العنة ويحتمل أن نزل)

لأن الدبر ليس محلا للوطء فأشبه الوطء فيها دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ولا الإحصان وإن وطئها في القبل حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة وذكر الفاضل أن قياس المذهب أن لا يخرج عن العنة نص أحد على أنه لا يحصل به الإباحة للزوج الأول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

أقول وقد طلل الثراء بنا معا بإصاح هل لك في فتيا ابن عباس
 هل لك في رخصة الاطراف آمنة تكون مثواك حتى مصدر الناس
 فقام خطيبا وقال ان المنة كالميتة والدم ولم الحزير فأما اذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت نسخته
 وأما حديث عمران صح عنه فالظاهر انه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ
 لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبني على اباحته
 (فصل) وان تزوجها بغير شرط الآن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا اقتضت حاجته في هذا
 البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الاوزاعي قل هو نكاح متعة والصحيح انه لا بأس
 به ولا نضر نيته وليس على الرجل أن يزوي حبس امرأته وحسب ان واقته والا طلقها

﴿مسئلة﴾ قال (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بينه لم ينقد النكاح)

يعني اذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا
 مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها، وقال أبو حنيفة يصح النكاح ويطل للشرط
 وهو أظهر قولنا الثاني قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وإنما شرط على نفسه شرطا وذلك
 لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يزوج عليها ولا يسافر بها

ولنا أنه وطئه في محل الوطء فخرج به عن السنة كالوطئها وهي مريضة بضرها الوطء ولان
 العنة العجز عن الوطء فلا يبقى مع وجود الوطء لان العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده
 وما ذكره غير صحيح لان تلك الاحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها مانع أو فوات شرط والمنة
 في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاءه مع انتفائه وأما الوطء في الدبر فليس وطئا في محله بخلاف
 مسئلتنا وفيه قول أن العنة يزول به اختاره ابن عقيل لأنه أصعب فن قدر عليه فهو على غيره أقدر
 (فصل) فان وطئ امرأة لم يخرج به من العنة في حق غيرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن
 العنة في حق جميع النساء فلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول
 من قال إنه يختبر بزواج امرأة أخرى وبمكى ذلك عن سمرة وعمر بن عبد العزيز قالوا لان العنة خلقة
 وجبة لا تغير بتغير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبقى في حق غيرها

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بضمن سقط حقا
 وحدها دون الباقيات ولان الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقا لا
 يزول بوطء غيرها وقوله كيف يصح العجز عن واحدة دون أخرى؟ قلنا قد تنهض شهوته في حق
 أحدها لقرط حبه إياها وبيله إليها واحتصاصها بكامله ولو وجه دون الأخرى فعل هذا لو تزوج امرأة
 فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها من أحد لها المطالبة لأنه إذا جاز أن ين عن امرأة دون أخرى ففي

ولنا أن هذا شرط مانع من بقا النكاح فأشبهه نكاح التمتع ويفارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح

(مسئلة) قال (وكذلك ان شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله)

وجلتة أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك واليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواهم. قال زوجتكها إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينها أو أنه إذا أحلها للأول طلقها، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط، وقال الشافعي في العررتين الأوتين لا يصح وفي الثالثة على قولين

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لئن الله المثل والمحلل له» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس، وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ

وروي ابن ماجه عن عقبه بن عامر أن النبي ﷺ قال «ألا أخبركم بالنبس المستعار؟» قالوا بلى يا رسول الله، قال «هو المحلل لئن الله المحلل والمحلل له» وروي الأثرم بإسناده عن قبيصة بن

نكاح دون نكاح أولى ومقتضى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ امرأة لم تثبت عنده أبداً.

(فصل) وان ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء فشهدت بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والافعال قول قوله. اذا ادعت المرأة عن زوجها فادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بذورها فالقول قولها ويقبل في بقاء عذرتها شهادة امرأة واحدة كالرضاع ويؤجل الرجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لان الوطء يزيل العذرة فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لان هذا يبيد جداً وان كان متصوراً وهل تستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله والآخر لا يستحلف لان ما يبعد جداً لا يفتات اليه كاحتمال كذب البيعة العادلة وكذب المقر في اقراره وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين (أحدهما) تقبل شهادة واحدة كالرضاع (وإثاني) لا يقبل فيه الا اثنتان لان ما يقبل فيه شهادة الرجال لا يقبل فيه الا اثنتان فالنساء أولى

(فصل) وان لم يشهد لها أحد فالقول قوله لان الاصل السلامة في الرجال وعدم العيوب ودعواه تتضمن سلامة العمد وصحته ويسقط حكم قولها لتبين كذبها فان ادعت ان عذرتها زالت بسبب أحد فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

جابر قال سمعت عمر وهو يخاطب الناس وهو يقول : والله لأوثق بحمل ولا حمل له إلا رجعتها ولأنه
 نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه نكاح المزمة
 (فصل) فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل
 من غير شرط فالنكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد - آت أحد من الرجل يزوج المرأة وفي نفسه أن
 يحلها تزوجها الأول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الإحلال فهو ملعون وهذا ظاهر
 قول الصحابة رضي الله عنهم وروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له امرأة تزوجتها أهلها تزوجها لم
 بأسني ولم يعلم قال لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقتها قال وإن كنا نعده على
 عهد رسول الله ﷺ سفاحا وقال لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها
 وهذا قول عثمان رضي الله عنه وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له إن عني طلاق امرأتين ثلاثا أحلها
 له رجل؟ قال من يخادع الله يخدعه وهذا قول الحسن والنخعي والشامي وقادة وبكر ثماني والبيهقي
 ومالك والثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح إذا ذكر القاضي في صحته وجهات
 قولها لأن خلا من شرط يفده فأشبه ما لو نوى طلائها لغير الإحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولأن
 العقد إنما يطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبدا فشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى
 ذلك لم يطل ولأنه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته وروى أبو حنيفة بإسناد عن

﴿مسئلة﴾ (وإن كانت ثيبا فالتقول قوله لا ذكرنا)

ولأن هذا يعتمد إقامة البينة عليه فقبل قوله فيه مع بيته وهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب
 الرأي وابن المنذر لأن هذا مما تتخذ إقامة البينة وبيته أقوى فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه
 من السيوب والأصل السلامة فكان القول قوله كالتكرار في سائر الدعاوى وعليه البين على صحة ما قال
 وهذا قول من سمينا هنا لأن قوله محتمل للكذب فقولنا قوله يبينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف
 فيها فإن نكل قضي عليه بنكوله وبدل على وجوب البين قول النبي ﷺ «وإن كان البين على المدعى عليه»
 قال القاضي ويتخرج أن لا يستحلف على إنكاره دعوى الطلوق فإن فيها روايتين كذا هنا والصحيح
 أنه يستحلف لدلالة الخبر والمضى عليه وروى عن أحمد أن القول قولها مع بينتها حكاهما القاضي في
 الجرد لأن الأصل عدم الإجابة فكان القول قولها لأنه موافق للأصل واليقين معها وقال الحرقي بخلو
 معها في بيت ويقال له أخرج ماءك علي شيء فإن ادعت أنه ليس يعني جعل على النار فإن ذاب
 فهو نفي وبطل قولها هكذا حكاه الحرقي عن أحمد فلي هذا أن أخرج ماءه فالتقول قوله لأن
 البين يضمن عن الأنزال فإذا أزل تبينا صدقه فيحكم به وهو مذهب عطاء فإن ادعت أنه ليس
 يعني جعل على النار فإن ذاب فهو مني لأنه يشبه بياض البيض وذلك إذا وضع على النار مجتمع
 ويس وهذا بذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به وعلى هذا متى عجز عن إخراج ماءه

عبد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يبطه شيئاً فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فقلتها فقال لها هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحك لي؟ قالت نعم ان شئت فأخبروه بذلك قال نعم وتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته المداير فجاء القرشي بحوم حول الدار ويقول ياويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت علي امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك؟ قال ليس بموضعني بأس قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك قتل لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك وألبسته حلة ملياً رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقل أنطق امرأتك اقل لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقها لأوجعت رأسك بالوسط رواه سعيد بن هشبر عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين

هو آمن هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على المقدم ولم يرب به عمر بأساً

ولنا قول النبي ﷺ «امن الله المحلل والمحل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم فكر إجماعاً، لانه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحد ليس له إسناد يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فأبى هو من الذي سمعه بخطاب به على المنبر لأمرني محلل ولا محلل له إلا رجعتها؟ ولانه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

قالقول قول المرأة لان الظاهر معها وفي كل موضع حكنا بوطه بطل حكم عنده فان كان في ابتداء الامر لم يضرب له مدة وان كان بعد ضرب المدة انقضت وان كان بعد انقضائها لم يثبت له خيار وكل موضع حكنا بدم الوطي منه حكنا بمنته كآلو اقربها واختار ابو بكر انه بزواج امرأة لها حظ من الجمل ويسطي صداقها من بيت المال ويخلى وتساءل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت بأنه يبط كذبت الاولى والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ وان كذبت به فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله وهذا لما روي ان امرأة جاءت الى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب الي معاوية فكتب اليه ان زوجة امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق اليها من بيت المال عنه فان أسأها فقد كذبت وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء فقرق بينها وقال الاوزاعي تشهده امرأتان ويترك بينها توب ويجماع امرأته فاذا قام عنها نظرنا الى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا وحكي عن مالك مثل ذلك الا انه اكنفى بواحدة والصحيح ان القول قوله لما فكرنا وكذا لو ادعى الوطء في الايلاء واعتبار خروج الماء ضعيف لانه قد يبطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فان ضعف الذكر لا يمنع سلامة الطهر ونزول الماء وقد يجزئ السليم القادر عن الوطء في بعض الاحوال وليس كل من عاجز عن الوطء في حال من الاحوال أو وقت من الاوقات

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فزوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح ونية صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين وان قصدت المرأة التحليل أو رليها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وإبراهيم إذا هم أحد اثلاثة فسد النكاح ، قال أحمد كان الحسن وإبراهيم وانما يصون يشددون في ذلك ، قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « أن تريدن أن ترجعي إلى الرفاعة » ونية المرأة ليس بشيء ، أما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج لانه الذي إليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تلك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الاول لا تلك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الاجانب ، فان قيل كيف لعنه النبي ﷺ ؟ قلنا إنما لعنه إذا رجع اليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانياً فاستحق لعنه لذلك

(فصل) فان اشترى عبداً فزوجهها إياه ثم وهبها إياه لينسخ النكاح بملكه لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجهها إياه فهذا الذي نهي عنه عمر يؤدبان جميعاً وهذا فاسد ليس بكف ، وهو شبه المحلل ، وعلى أحمد فساد بشيئين [أحدهما] شبه المحلل لانه إنما تزوجه إياها ليحلها له [والثاني] كونه ليس بكف ، لها وتزوجها لها في حال كونه عبداً أباغ في هذا المعنى لان العبد في عدم الكفاة أشد من المولى والسيد له سبيل الى ازالة نكاحه من

يكون عينا ولذلك جعلنا مدته سنة وتزوجها بأمرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ولانه قد بين عن امرأة دون أخرى ولان نكاح الثانية ان كان موقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحاً لازماً ففيه انحرار بالثانية ولا ينبغي ان يقبل قولها لانها تريد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق ان يقبل قولها من الاولى ولان الرجل لو أقر بالجزء عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنده بذلك وأكثر ما في الذي ذكره ان ثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي احتسروه فيه واذا لم يثبت حكم عنده بإقراره بعجزه فلان لا يثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(فصل) القسم الثاني يختص النساء وهو شيثان (الرقيق) وهو كونه الفرج مسدوداً لا مسلك للذكر فيه وكذلك القرن والعفل وهو لحم يحدث فيه يسده وقيل القرن عظم والعفل رغبة تحدث فيه تمنع لذة الوطء (الثاني) الفتنق وهو انخراق ما بين السيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمثني

(فصل) قال رضي الله عنه (القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجنام والبرص والجنون سواء كان مطبقاً او يحن في الاحيان فهذه الاقسام ثبتت بها خيار الفسخ رواية واحدة لما سبق وقد ذكرنا دليل ذلك والخلاف فيه (فصل) واختلف اصحابنا في البحر وهو نتن في الفم وقال ابن حامد نتن في الفرج يتور عند

غير ارادته بأن يبه للمرأة فيفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك ، ومحمّل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر في الفساد نية تزوج لانية غيره ولم ينو وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنية

(فصل) ونكح الحمل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الاحصان ولا الاباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة ، فان قيل فقد سماه النبي ﷺ محملاً وصي الزوج محملاً له ولو لم يحصل الحمل لم يكن محملاً ولا محملاً له قلنا إنما سماه محملاً لأنه قصد التحليل في مرضع لا يحصل فيه الحمل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحله محارمه » وقال الله تعالى [يحلونه عاماً ويحرمونه عاماً] ولو كان محملاً في الحقيقة والآخر محملاً له لم يكرنا مملوونين

(مسئلة) قال زعمه الله (وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره أو عقد نكاحاً لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد)

وجمته أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ككونه ولياً أو وكيلاً فإنه لا يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح » رواه مسلم . وان عقد الحلال نكاحاً لمحرم بأن يكون وكيلاً له أو ولياً عليه أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لأنه إذا تزوج له

الوطء واستطلاق البول والتجو والفروح السبالة في الفرج والحصاء وهو قطره الحصبين والسل هو سل البيضين والوجى وهو رضها وفي كونه حنثي وفيها إذا وجد أحدها بصاحبه عينا به مثله أو حدث به السب بعد المقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين (أحدهما) لا يثبت الخيار وهو المفهوم من كلام الحنفي ثم ذكر العيوب التي تبت الخيار في فسخ النكاح ولم يذكر شيئاً من هذه لأن ذلك لا يمنع من الاستناع ولا يخفى تعديه فلم يثبت به الخيار كالصبي والعرج ولأن ذلك إنما يثبت بنس أو اجماع أو قياس ولا نص فيها ولا اجماع ولا يصح قياسها على العيوب الثبته للخيار لما بينهما من الفرق فإن الوطء مع هذه العيوب يمكن بل قد قيل أن الحصى أقدر على اجماع لأنه لا يمتد بانزال الماء والحنثي فيه خلقة زائدة لأنهم اجماع أشبه اليد الزائدة وإذا وجد أحدها بصاحبه عينا به مثله فلا خيار لأنها متساويان فلازمية لاجدهما على صاحبه والوجه (الثاني) له الخيار وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستسك بوله ولا إخلاءه فلا يخير الخيار ويخرج على ذلك من به الباسور والفروح السبالة في الفرج ذكره أبو الخطاب لأنها تبر نفرة وتمدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها التبريم ومن لا يحبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الأفين وقال أبو حفص والنخساء عيب يرد به وهو أحد قولنا الشانمي لأن فيه نفصاً وطراً وينع الوطء أو يضعفه وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سنان تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها؟ قال لا قال أعلمتها ثم خيرها وفي البعز وكون أحد الزوجين حنثي

وكيله فقد نكح ، وحكى القاضى في كون المهرم وليا لغيره روايتين [إحداهما] لا تصح وهي اختيار الخرقى [والثانية] تصح وهي اختيار أبي بكر لان النكاح حرم على المهرم لانه في دوامى الوطء المنسد الحج ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره والاول اول لدخوله في مهر المهرم ولانه عقد لا يصح للمهرم فلا يصح منه كسراء العبد و قد مضت هذه المسئلة في الحج بأبسط من هذا الشرح

(مسئلة) قال رحمه الله (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو غنلاء أو فقهاء أو الرجل مجنونا فمن وجد ذلك منها بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة [الاول] ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لميب بمجده في صاحبه في الجملة روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال جابر والشافعى واسحاق وروي عن علي لا ترد الحرة بعيب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي ، وعن ابن مسعود لا يفسخ النكاح بعيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه الا أن يكون الرجل مجرورا أو مجنونا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطاعة ولا يكون فسخا لان وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالمسمى والزمانة وسائر العيوب

غير مشكل وجهان (أحدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقضا وعاراً والبحر تين وقال ابن حامد تين في الفرج يشور عند الوطء وهذا ان اراد به انه يسمى بخر أو يثبت الخيار والا فلامعنى له فان تين القم يسمى بخرأ ويمنع متارئة صاحبه الاعلى كره وماعدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحداً كالتفرع والمسمى والمرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا ينجسى تصديه ولا ينعلم في هذا بين أهل المل خلافا الا ان الحسن قال اذا وجد أحدهما الآخر عقبا ينجس واحب احمد ان يبين امره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في بدهاء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت لذلك ثبت في الآيسة ولان ضده يعلم فان رجلا لا يولد لأحدهم وهو شاب . ثم بولده وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منها وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله اعلم

وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيابه مثله ففيه وجه انه يثبت الخيار لوجود سببه كما لو غر عبد بامة ولان الانسان قد يألف من عيب غيره ولا يألف من عيب نفسه

(فصل) وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيابه عيب من غير جنسه كالابرص بجذ المرأة مجنونة أو مجنومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا ان يجد المحبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي ان يثبت لها خيار لان عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لميب نفسه

(فصل) وان حدث العيب بعد العقد فيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقى

ولنا أن المختلف فيه عيب بمنع الوطء، فأثبت الخيار كالجلب والعنة ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحدا الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة، وأما غير هذه العيوب فلا يتم المقصود بعقد النكاح وهو الوطء، بخلاف العيوب المختلف فيها، فإن قيل فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فإن ذلك يوجب نفرة بمنع قربانه بالكفاية ومنه وبخلاف منه التعدي إلى نفسه ونسبه والمجنون بخلاف منه الجذابة فصارت كالماتم الحمي

(الفصل الثاني في عدد العيوب المحرزة لفسخ)

وهي فيما ذكر الحنفي ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان الرجل وهما الجلب والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي العتق والقرن والعقل ، وقال القاضي هي سبعة جعل القرن والعقل شيئا واحداً وهو الرتق أيضاً وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك عن أهل الأدب ، وحكي نحوه عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج بمنع الوطء ، وقال غيره لا يكون في الفرج عظم وإنما هو لحم ينبت فيه ، وحكي عن أبي حفص أن العقل كالزغرة في الفرج بمنع لذة الوطء، فعلى هذا يكون عيباً تامياً ، وقال إمام الخطيب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعقل لحم ينبت في الفرج فيسده فهما

لأنه قال فإن حب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لأنه عيب في النكاح ثبت الخيار مقارناً فأثبتت كالأعمار والرق فإنه يثبت الخيار إذا فارق مثل أن نفر الأمة من عبد وبثته إذا طرأت الحرية إذا اعتقت الأمة تحت العبد ولأنه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالأجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالبيع والصحيح الأول وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الأجارة ، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج أثبت الخيار وإن حدث المرأة فكذلك في أحد الوضيين ولا يثبت في الآخر لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة . ولما أتت ما تساويها فيها إذا كان العيب سابقاً فتساويها فيه لاحقاً كالمثابرين (مسألة) (وإن علم بالعيب وقت العقد أو قال قد رضيت بها معيبة بعد العقد أو وجد منه

دلالة على الرضى من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له لأنه لم يعلم فيه خلافاً)

لأن رضى به فأشبهه بشترحي المذهب، وإن ظن العيب بسيراً فبان كثيراً كمن ظن البرص في قليل من جلدها فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لأنه من جنس مرضي به، وإن رضى بعيب فبان غيره فله الخيار لأنه وجد بها عيباً لم يرض به ولا يجنس فثبت له الخيار كالبيع إذا رضى بعيب فيها فوجد بغيره، وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد كأن كان قليل من البرص فأثبت طئي جلدها فلا خيار له لأن رضاه برضا بما يحدث منه

في معنى الرتق الا انها نوع آخر ، وأما الفتنق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المثني ، وقيل ما بين القبل والظهر ، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتنق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعقل شيئا واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فلان الجذام والبرص يشيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديده إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع والجنون يشير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتنق يمنع لذة الوطء ، وقائدهن وكذلك العقل على قول من فسره بالرغوة فان اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده ياض يمكن أن يكون بهما أو مراراً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فان كانت للمدعي بيته من أهل الخبرة والثقة بشهاده له بما قل ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ **واسكن البهيم على المدعي عليه** وان اختلفا في عيوب النساء أربت النساء الثمات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج وإلا فاقول قول المرأة وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يحين في الاحيان لأن النفس لا نسكن الى من هذا حاله إلا أن يكون مرضاً يرضى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فان زال المرض ودام به الاغيا فهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به فان بقي منه ما يمكن الجماع به وينيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لان الوطء

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع به من الزوج أو التمكين من المرأة ، هذا ظاهر كلام الخري في قوله فان علمت انه عيب فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فإنا ذلك وذكر القاضي انه على الفور وهو مذهب الشافعي فني آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكذلك على الفور كذا الميم الميب . ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق وكان على التراخي كخيار المصاص وخيار العيب في الميم ممنوع ثم الفرق بينهما ان ضرره في الميم غير متحقق لانه قد يكون المقصود ما يئته أو خدمته وبمحصل ذلك مع عيبه وهما المقصود الاستمتاع وذلك يفوت بعنته ، وأما خيار الشفحة والجلوس فهو لعدم ضرره غير متحقق (مسئلة) (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه فهو كمنسوخ لثقة والفسخ للاسار بالثقة وبخلاف خيار المتعة لانه متفق عليه)

(مسئلة) فان فسخ قبل الدخول فلا مهر وإن فسخ بعده فعليه مهر المسمى وقيل عنه مهر المثل أما إذا فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه سواء كان من الزوج أو من المرأة وهذا قول الشافعي لان الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها فيسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فاعا فسخ عيب بها دلسته بالاخفا ، فصار الفسخ كأنه منها فان قيل فإلا جعلتم فسخها لعنته كأنه منه لحصوله بتدليس؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعتها فإذا اختارت فسخ العقدم صلاحاً ما عقد

يمكن وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لانه يضمف بالقطع والاصل عدم الوطء. ويحتمل أن القول
وله كما لو ادعى الوطء في العنة ولأن له ما يمكن الجماع به فأنه فأنه من له ذكر قصير

(الفصل الثالث) أنه لا يثبت الخيار بغير ما ذكرناه لانه لا يندفع من الاستمتاع بالمعقود عليه
ولا ينجس تعديه فلم يفسخ به النكاح كالعمى والعرج ولأن الفسخ إنما يثبت بهن أو اجماع أو قياس
ولا نص في غير هذا ولا اجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق. وقال أبو بكر
وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فلا يفسخ الخيار، قال أبو الخطاب ويخرج
على ذلك من به الباسور والناصور والفروح السهالة في الفرج لانهما تثير نفرة وتعدى نجاستها وتسمى
من لا ينجس نجسها الشريف ومن لا ينجس بولها الماشو له ومنها من الرجال الاثني، وقال أبو حفص
والخصاء عيب برد به وهو أحد قولي الثاني لأن فيه قصصاً وعاراً ويمنع الوطء أو يضعفه

وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال
له مهر أعطتها قال لا، قال اعلمها ثم خيرها وفي الخبر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان
(أحدهما) يثبت الخيار لأن فيه نفرة وقصصاً وعاراً والخبر ثمن الفم، وقال ابن حامد هو ثمن في
الفرج يشور عند الوطء وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخرأ ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فان ثمن الفم
يسمى بخرأ ويمنع مقابلة صاحبه الا على كره وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجهاً واحداً كالفرج والعمى

عليه رجم العوض الى العائد مدها وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وإنما يثبت لما لاجل
ضرد باسقتها لا لثمذ ما استحققت عليه في مقابلة عوضاً فافترقا

(فصل) إن كان الفسخ بعد الدخول فإما المهر لانه يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلم يسقط
بمحدث بعده ولذلك لا يسقط بردها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في الميردنية
روايتين (إحداها) يجب المسمى (والاخرى) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد، وقال الشافعي
الواجب مهر المثل لأن الفسخ استند الى العقد الفاسد

وانما فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة
كالمثقة تحت عبد، والدايل على أن النكاح صحيح انه وجد بشرطه وأركانه فكان صحيحاً كما لو لم
يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك اذا فسخه كنكاح الامة اذا عتقت تحت عبد
ولانه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحضان والاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحيح
ولانه لو كان فاسداً لما جاز بقاءه وتبين منه ما ذكره لا يصح فان الفسخ يثبت حكمه من حيثه غير
سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقفاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يفسخ
العقد فاسداً ولا يكون الفناء لغير المشرعي، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح
(مسئلة) (ويرجع به على من غرد من المرأة الولي وعنه لا مرجع)

والعرج وقطم اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا ينجس تعديه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا الا أن الحسن قال اذا وجد الآخر عنها بغير وأحب احمد تبين أمره وقال عبي امزانه يزيد الوفاء وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآية ، ولأن ذلك لا يعلم فان رجلا لا يولد لاحد من وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منها ، وأما صائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندم والله أعلم

(الفصل الرابع) أنه اذا أصاب أحدهما بلاخر عيبا وبه عيب من غير جنسه كالبرص يجمد للمرأة مجنونة او مجذومة فللكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا أن يجمد العيوب المراد وقتها فلا ينبغي أن يثبت لها الخيار لان عيبه ليس هو للثانم لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه وان وجد أحدهما به صاحبه عيبا به مثله ففيه وجهان أحدهما لا خيار لهما لانهما متساويان ولازمية لاحدهما على صاحبه فأشبهها الصحيحين (والثاني) له الخيار لوجود سببه فأشبهه ما لو غر عيبا بآفة

(فصل) وان حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الحرقي لانه قال فان جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبت طارنا كلاءسار وكالرق فانه يثبت الخيار اذا قارن مثل أن تفر الامة من عبد ويثبته اذا طرأت الحرية مثل ان عتقت الامة تحت العبد ولانه عند على منفعة فحدث العيب بها يثبت الخيار

المذهب انه يرجع وهو الذي ذكره الحرقي ، وقال أبو بصير فيه رواية أخرى انه لا يرجع . قال شيخنا : والصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحد قال كنت أذهب الى قول علي فبينه قلت الى قول عمر ؛ اذا تزوجوا فرأى جذاما أو برصا فان لها صداقها بسببها إياها ووليها ضمن للصدوق وهذا يدل على انه يرجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم وروى عن علي انه لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما توفي بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره وكما لو كان المبيع معينا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن نسيب قال قال عمر بن الخطاب : أبا رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها . وذلك لزومها غرم على وليها ولانه غره في النكاح بما يثبت الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بجمرة أمة ، اذا ثبت هذا فان كان الولي يعلم غرم وإن لم يكن علم فالغريم من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وإن اختلفوا في علم الولي فشهدت عليه بيعة بالاقرار بالعلم وبالإفاقول قوله مع بينه وقال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم وإلا استحل بالثقة انه ما علم ثم هو على الزوج ، وقال القاضي إن كان أبا أو جدأ أو عن يجرزله أن يراها فالتغريم من جهته علم أولم يعلم ، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكروا ولم تتم البيعة باقراره فاقول قوله مع بينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك إلا انه قال اذا

كلاجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ، ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة ، وقال أصحاب الشافعي ان حدث بالزوج ثبت الخيار ، وان حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبت لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة

ولنا أنها تساوي فيما اذا كان العيب سابقا قد اوبا فيه لاحقا كالتبايعين

(فصل) ومن شرط بثبوت الخيار بهذه العيوب أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده فان علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له لانه لم يعلم فيه خلافا لانه رضي به فأشبهه مشري المبيع ، وان ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كان ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لانه من جنس ما رضي به ، وان رضي بسبب فبان به غيره فلا خيار لانه وجد به عيب لم يرض به ولا يجنسه ثبت الخيار كالمبيع اذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره وان رضي بعيب فزاد بعد العقد كان به قابل من البرص فان بسط في جلده فلا خيار له لان رضاه به رضي بما يحدث منه

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الحرقي لفعله فان علمت أنه عني فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضي أنه على الفور وهو مذهب الشافعي فتى آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالقهي في البيع

ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما انحلت به فلا نصير كالموعدة ، والشافعي قولان كقول مالك والقاضي وانما على ان الولي اذا لم يعلم لا يفرم أن التفرير من غيره فلم يفرم كما لو كان ابن عم وعلى أنه يرجع بكل الصداق لانه مفرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي ، وتوهمه لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في احتوائها فانه لا يحد بخفي على من يراها إلا أن يكون غالباً . وأما الرجوع بالمهر فانه بسبب آخر فيكون بمنزلة الوهبة ، إياه بخلاف الموهبة

(فصل) فان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتمامة فلم يرجع على أحد وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فالها الصداق كاملاً ولا يرجع به على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يجد وهناً استقر الصداق بالموت ولا يرجع به

افصل) ولا سكنى لها ولا نفقة لان ذلك إنما يجب لمن تزوجها عليها الرجعة وهذه تبين بالفسخ كما تبين بالثلاث وليس تزوجها عليها رجعة فلم يجب لها نفقة ولا سكنى لقول رسول الله ﷺ فان طلق بنت قيس « النفقة والسكنى للمرأة اذا كان زوجها عليها الرجعة » رواه النسائي ، وهذا اذا كانت حاتلاً فان كانت حاتلاً فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح وهي حامل فكانت لها النفقة كالمطلقة

وأما أنه خيار له لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار التماس، وخيار العيب في المبيع بمنه ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماله أو خدمته وبمحصل ذلك مع عيبه وهذا المقصود الاستمتاع وينت ذلك بعيبه، وأما خيار الحسرة والشفعة والمجانس فهو لدفع ضرر غير متحقق

(فصل) وبمحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالدفعة وبمخالف خيار العتقة فإنه متفق عليه

﴿ مسألة ﴾ (قال وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر وإن كان يمدد وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وتليه المهر يرجع به إلى من غره)

السلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (أحدها) أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو للزوجة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ إن كان منهما فالفرقة من حيثها فسقط مهرها كما لو فسخه برضاع زوجته أخرى، وإن كان منه فأما فسخ لعيب بها دلسته بالأختان فصار الفسخ كأنه منها، فإن قيل فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا الدوخ من لزوم في عقالة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع ملامة ما عقدت عليه رجع العوض إلى العاقدة معها وليس

ثلاثاً والخاتمة وفي السكنى، وإيتان، وقال القاضي لا نفقة لها وإن كانت حاملاً في أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لأن النفقة للعقل والحمل لاحق به وينبئ على النكاح الفاسد وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس لولي صغيرة ولا مجنونة ولا سيدة أمة تزويجها ميباً) لأنه ناظر لهم بما فيه الحفظ، ولا حظ لهم في هذا العقد فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح وكذلك الحكم في الصغير لأنه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم ميباً لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم لأن عليه النظر لهم فيما فيه الحفظ في الفسخ وبمحمّل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم عن لملك تزويجهم إياه فلم يصح كما لو زوجهم من يحرم عليهم .

﴿ مسألة ﴾ (وليس له تزويج كبيرة بميب بغير رضاها) بغير خلاف فلهذا لأنها تملك الفسخ إذا عدت به بعد العقد فالاستماع أولى .

﴿ مسألة ﴾ (فإن اختارت الكبيرة تزويج محبوب أو عنين لم يملك منها)

لأن الحق لها في أحد الوجهين . والوجه الثاني له أن يمنها

من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما ثبت لها الخيار لاجل ضرر ياحقها لا لتعذر ما استعقت عليه في مقابلته عوضاً فانفردا

[الفصل الثاني] ان الفسخ إذا كان بعد المدخول فإياها المهر لان المهر يجب بالعقد ويستقر بالمدخول فلا يسهط بمحادث بعده ولذلك لا يسهط بردها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرد نبروايتين (إحداهما) يجب المسمى (والآخر) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ امتد الى العقد فصار كالعقد الفاسد

وانما انها فرقة بعد المدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كبير المعبية وكذلك نكحت عبداً، والدليل على أن النكاح صحيح انه وجد بمروطه وأركانها فكان صحيحاً كما لو لم يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فذلك إذا فسخه كذلك الامة إذا عتقت نكحت عبداً، ولانه ترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحسان ولا باحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحة، ولانه لو كان فاسداً لما جاز إيقؤه وتعيين فسخه، وما ذكره غير صحيح فان الفسخ يثبت مكة في حينه غير سابق عليه وما وقع على رفة به تمحل أن يكون واقفاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بسبب لم يفسد العقد فاسداً ولا يكون التمام. لغير المشتري، ولو كان المبيع أمة فوطاها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح

قال احمد ما يعجبني أن يزوجها بسنين وان رضيت الساعة نكحها اذا أدخلت عليه، لان من شأنهن انكاح، ويعجبني من ذلك ما يعجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم، والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص اذا كانت طامة في ابتداء العقد وربما أنقض الى الشقاق والعداوة فيتضرر ولها وأهلها فلك الاول. منها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء

وقال القاضي: له منها من نكاح المجنون، وليس له منها من نكاح المجبوب والعين لان ضررها عليها خاصة، وفي الارص والمجنون وجهان (أحدهما) لا يملك منها لان الحق لها والضرر عليها أشبه المجبوب والعين، و (الثاني) له منها لان عليه ضرراً فيه فانه يتغير به ويختصي تمديه الى الولد فأشبه الزويج بغير كفء، وهذا مذهب الشافعي، والاولى أن له منها لان عليها فيه ضرراً دائماً وطراً عليها وعلى أهلها فلك منها منه كالزويج بغير الكفء، فاما ان اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لان الحق لها لا يخرج عنها وبكره لها ذلك لما ذكره أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن نكحها فبإمده ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنها من هذا الزويج لان المار يلحق بهم ويألم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كفء

﴿مسئلة﴾ (فأما إن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك اجبارها على الفسخ إذا رضيت لان حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا لو دعت ولها الى تزويجها بعد لم تلزمه اجابتها ولو أعتقت عبداً لم يملك اجبارها على الفسخ.

(الفصل الثالث) إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالمخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لأنه رضى بإسقاط حقه فقط كالو علم المشتري بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمه

(الفصل الرابع) أنه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر نيسه روايتان [أحدهما] يرجع به [والأخرى] لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وأنه يرجع به فان أحمد قال كنت أذهب إلى قول علي فبينته فثابت إلى قول عمر . إذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً فان لها المهر بمسئسه إياها ووليها ضامن للصداق ، وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول وبه قال الزهري وقنادة ومالك والشافعي في القديم ، وروي عن علي أنه قال لا يرجع به وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء . فلا يرجع به على غيره كالو كان المبيع معيباً فأكاه

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسا فلها صدانها وذلك لتزوجها غرم على وليها ، ولأنه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كالو غره بخرقة أمة ، فانما ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتفريق من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فان اختلفوا في علم الولي فشهدت بینه عليه بالافرار بالعلم والافتقار قوله مع بينته قال الزهري وقنادة ان علم الولي غرم والا استحلقت بالله العظيم انه ما لم ثم هو على الزوج

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب بدون تحريم المحرمات

وجهة ذلك ان أنكحتهم يتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والغلغار والابلاء ووجوب المهر والقسمة والاباحة للزوج الاول والاحسان وغير ذلك . ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحامد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقنادة وريمة ومالك .

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم فان قيل لانهم صحبة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حائلة الخطيب) وقال (امرأه فرعون) وحقبة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة ولدت من نكاح لا من سفاح ، وإذا ثبت صحبها ثبت أحكامها كأنت كة المسلمين فعل هذا اذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج وأصابته ثم أسلم لم يفرا عليه وان طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلمها فهي عنده على ما بقي من طلاقها وان نكحها كتابي وأصابها حلت لطلقها ثلاثاً سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً وان ظاهر الذي من امرأته

وقال القاضي ان كان أبيا أو جدا أو من يجوز له ان يراها فالنظر من جهته علم أو لم يعلم وان كان من لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرمه وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فالقول قوله ، ويرجع على المرأة بمجيب الصداق وهذا قول مالك الا انه قال اذا ردت المرأة أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة ولا شأنه بولان كقول مالك والقاضي

ولنا على أن الولي اذا لم يعلم لا يفرم ان للفرم من غيره فلم يفرم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق انه مفروض منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي ، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يجعل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها الا في الجنون فانه لا يكاد يخفى على من يراها الا أن يكون غائبا وأما الرجوع بالمهر فانه لسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبت اياه بخلاف الموهوبة

(فصل) اذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وهمنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به

ثم أسلفنا عليه كفارة الظهار لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) الآية . فان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) ويحرم عليهم ما يحرم في النكاح على المسلمين على ما ذكرنا في باب المحرمات في النكاح

﴿ مسألة ﴾ (ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقد واحلها ولم يرتضوا البنا)

أما يقرون بهذين الشرطين (أحدهما) أن لا يرتضوا البنا (الثاني) أن يتعدوا (باحة ذلك في دينهم لان ما لا يستقدون حله ليس من دينهم فلا يقرون عليه كالزنا والسرقه ، قال الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فيدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم اذا لم يحيثوا البنا ولان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعرض عليهم في أنسكحهم مع علمه أنهم يستيحيون نكاح محارمهم ولانه أسلم خلق كثير في زمن النبي ﷺ فأقرم على أنسكحهم ولم يكشف عن كيفيةها فاذا لم يرتضوا لم تعرض لهم لانا صالحناهم على الاقرار على دينهم . وعن احمد في مجوسي تزوج كناية أو اشترى نصرانية قال يحال بينه وبينها قيل من يحول بينها ؟ قال الامام قال أبو بكر لان علينا ضرراً في ذلك بتحريم اولاد النصرانية علينا وبجبي على قوله في تزوج النصراني المجوسية فيخرج من هذا أنهم لا يقيمون على نكاح محرم وان يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر كتب ان فرقوا بين كل ذي رحم من المجوس وقال احمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لها دين وله دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها وقال أبو بكر عبد العزيز لا يباح له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

﴿مسئلة﴾ قال (ولا سكنى لها ولا نفقة لان السكنى والنفقة انما تجب للمرأة زوجها له عليها الرجعة)

انما كان كذلك لانها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة انقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « انما السكنى والنفقة للمرأة اذا كان زوجها عليها الرجعة » ورواه النسائي وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كما نطقه ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان ، وقال القاضي لانفقة لها ان كانت حاملا في أحد الزوجين لانها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الزوجين وفي الآخر لها النفقة لان النفقة للعمل والحلل لاحق به وبنيوه على أن النكاح فاسد وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) وليس لولي الصغير والصغيرة وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لانه ناظر لهم بما فيه الحفظ ولا حظ لهم في هذا العقد فان زوجه مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لانه عقد لم يجهز عقده فلم يصح كولو باع عقاره بغير غبطة ولا حاجة وإن لم يعلم بالعيب صح كولو اشترى لهم مبيعا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لم بما فيه الحفظ والحفظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لانه زوجه ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كولو زوجه ممن يحرم عليهم

﴿مسئلة﴾ (وإن أسلموا أو تراضوا البنا في ابتداء العقد لم تنصه إلا على الوجه الصحيح مثل أنكحة المسلمين بالولي والشهود والايجاب والقبول)

لانه لا حاجة إلى عقد يخالف ذلك قال الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وإن كان في إثباته لا يتعرض في كيفية عقدهم ولا تعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الايجاب والقبول وأشياء ذلك بلا خلاف بين المسلمين قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة ان لها المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع وقد أسلم خلق كثير في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نسأوم فأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا

﴿مسئلة﴾ (لكن ان كانت المرأة في هذه الحال ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة أو المرتدة أو الوثنية والمجوسية والمطلة ثلاثا لم يقرا)

لحديث عمر وان زوجها في العدة واسلما بعد انقضائها أقرا لانها مما يجوز ابتداء نكاحها وان تراضوا البنا في العدة فسخ نكاحهما لانه لا يجوز ابتداء نكاحهما وان كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد العدة لم يبق بينهما نكاح وان كان في العدة فهما لا يستندان تأييده والنكاح عقد

(فصل) وليس له تزويج كبيرة بعيب بغير رضاها بغير خلاف تعلمه لأنها ذلك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالمتاع أولى وإن أرادت أن تزوج ميباً فله منها في أحد الوجوهين قال أحمد ما يجبني أن يزوجه بعين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنه النكاح ويحبب من ذلك ما يصحبنا وذلك لأن الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالة في ابتداء العقد وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فذلك الولي منها كالوآرادت نكاح من ليس بكف. (والثاني) ليس له منها لأن الحق لها وقال القاضي له منها من نكاح الجنون وليس له منها من نكاح المحبوب والعين لأن ضررها عليها خاصة وفي الأبرص والحذوم وجهان (أحدهما) لا يملك منها لأن الحق لها والضرر عليها فأشبه المحبوب والعين (والثاني) له منها لأن عليه ضرراً فانه يتغير به ويخشى تعديه إلى الولد فأشبه التزويج لن لا يكاتبها وهذا مذهب الشافعي والأولى أن له منها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائماً وعار عليها وعلى أهلها فذلك منها منه كالترويج بغير كف. فأما إذا اتفقا على ذلك ورضي به جاز وصح النكاح لأن الحق لها ولا يخرج منها ويكره لها ذلك لما ذكره الامام أو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليها ومنعها من هذا التزويج لأن العار يلحق بهم ويتألم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كف. فأما إن حدث العيب بزواج ورضيت المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لأن

مؤبد إلا أن يعتقد فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلم فيها ليرقرا لذلك وإن كان بعدها اقرا

لأنهما يتقدان لزومه وكل ما اعتقدوه نكاحاً فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا

﴿مسئلة﴾ (وإن قهر حربي حرية فوطئها أو طاعته أو اعتداه نكاحاً ثم أسلمها اقرا عليه)

لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتداه نكاحاً

لم يقرا عليه لأنه ليس من انكحتهم

﴿مسئلة﴾ (وإذا كان المهر مسمى صحيحاً أو فاسداً قبضته استقر وإن كان فاسداً لم يقبضه

فرض لها مهر المثل)

إذا أسلم الكفار وترافعوا اليها بعد العقد والقبض لم تعرض لما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس

لها غيره حلالاً كان أو حراماً بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا)

فأمر بترك ما بقى من دون ما قبض وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فاتمى فله ما سلف وأمره إلى

الله) ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام

ففي عنه كعفي عن ترك ما تركوه من الفرائض والواجبات ولا نهاتنا بقاضا يحكم التبرك لا تبرت ذمة من هو عليه

منه كما لو تبايعا فيما فاسداً أو تقاضا وإن لم يقبضا وكان المسمى حلالاً وجب ما سبباً لأنه مسمى صحيح في نكاح

صحيح فوجب كتحسية المسلم وإن كان حراماً كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لأن ما سبباً لا يجوز

حقه في ابتداء العقد لافي دوامه ولهذا لودعت ولها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت نعت
عبد لم يملك إجبارها على الفسخ

(مسئلة) قال (وإذا عتقت الامة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه خير بيرة قالت
عائشة كاثبت بيرة لخبرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عبدة ولو
كان حراماً ما خبرها رسول الله ﷺ رواه مالك وأبو داود والنسائي ولأن علياً ضرراً في كونها
حرة نعت العبد فكان لها الخيار كالمزوج حرة على أنه حر فيان عبداً فان اختارت الفسخ فإلها
فراقه وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أسقطت حتمها وهذا ما خلا في بحمد الله
(فصل) إن عتقت نعت حر فلا خيار لها وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن
وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي لى ومالك والاوزاعي والثانمي واسحاق وقال
طارس وابن سيرين ومجاهد والنخعي ومحمد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار
لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بيرة وكان زوجها حراً ربه الذناني ولأنها كملت
بالحرية فكان لها الخيار كالمزوج كان زوجها عبداً

إجابه في الحكم ولا يجوز ان يكون صداق المصلحة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل ان كان قبل
الدخول ونصفه ان وقت الفرقة قبل الدخول وهذا قال الشافعي وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ان كان
أصدقها خيراً أو خبزيراً معينين فليس لها الا ذلك وان كانا غير معينين فلها في الحر القيمة وفي
الخنزير مهر المثل استحصانا

ولنا ان الحر لقيمة له في الاسلام فكانت الواجب مهر المثل كالمزوج لو أصدقها خنزيراً
ولانه محرم اشبه الخنزير

(فصل) وإن قبضت بعض الحرم دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبضت ووجب بمحض ما قبضت
من مهر المثل فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبضت منها خمسة سقط نصف المهر ووجب
لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره
اعتبر ذلك بالكيل فيما له مثل يتأني الكيل فيه (والثاني) يقسم على عددها لانه لاقية لها فاستوى
كبيرها وصغيرها وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الرجحان (أحدها) يقسم على عددها لما ذكرنا
(والثاني) اعتبر قيمتها كأنها مما يجوز كما تقوم شجاج الحر كأنه عبدة وإن أصدقها كلباً وخنزيرين وثلاث
زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس
فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد فلكل واحد سدس المهر ولكل مد

ولنا أنها كانت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت السكتانية نعت معلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعمرو بن زويج وبريرة كان عبداً وهما أخض بها من الاسود لأنهما ابن أخيها وابن أختها وقد روي الاحمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعاضت روايته وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مفيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ورواية عليا المدينة وعلمهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعلموا به فهو أصح شيء وإنما يصح أنه حر عن الاسود وحده وأما غيره فليس بذلك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالختان فيه والحرفيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص فإذا قلت نعتي تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(فصل) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحد ولا أعلم فيه خلافاً قيل لأحد لم لا يكون طلاقاً؟ قال لأن الطلاق ما تسكلم به الرجل ولأنها فرقة لا خيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة أو عته .

ولكل واحد من الخنزيرين والزرق سدسه ومذهب الشافعي على نحو هذا

(فصل) فإن نكحها نكاحاً قاسداً وهو مالا يقرون عليه إذا أسلموا كمنكاح ذوات الرحم فأسما قبل الدخول أو ترافوا الإناء فرق بينهما ولا مهر لها ، قال أحد في المهرية تكون نعت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترفع إلى المسلمين لا مهر لها وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الاسلام وجدت فيه الفرقة قبل الدخول ، وأما إن دخل بها قبل مجب مهر المثل ؟ يخرج على روايتين في المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) إذا تزوج ذي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بنرضه إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين ومما قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن تزوجها على أنه لا مهر لها فلا شيء لها وإن سكت عن ذكره فعنه روايتان (إحداهما لا مهر لها) والأخرى مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذي يطالب به حق الله تعالى ولنا إن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسألة وإنما وجب المهر في حق المسلمة ثلاثاً نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يرجد في حق الذي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : إذا أسلم الزوجان معا أو أسلم زوج السكتانية فهما على نكاحهما سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله ، وذكر ابن التندر أنه اجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد النبي ﷺ ثم جاءت امرأته بعده فتدال يارسول الله أنها كانت أسلمت

(مسألة) قال (رحمه الله تعالى) فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم

وجلة ذلك أن خيار المعتقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطئها ولا يمنع الزوج من وطئها وعن قال إنه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله بن عمر واخوته حنيفة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقنادة وحكاه بعض أهل العلم عن القمام السبعة وقال أبو حنيفة وسائر الرائيين لها الخيار في مجلس العلم والشافعي ثلاثة أقوال (أظهرها) كقولنا (والثاني) أنه على الفور كخيار الشفعة (والثالث) أنه إلى ثلاثة أيام

ولنا ما روى الامام أحمد في المسند باسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال إذا عتقت الامة فهي بالخيار مالم يطأها ان شئت فارقت وان وطئها فلا خيار لها رواه الاثرم أيضا وروي أبو داود أن بيرة عتقت وهي عنده نبيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها النبي ﷺ فقال لها إن قربك فلا خيار لك ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحنيفة مخالفا من الصحابة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلناه إذا ثبت هذا فبنى عتق قبل أن تختار

معى فردها عليه ، ويشتر تغفهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح . ويحتمل أن يقف على المجلس كالمقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولأنه يعضد انقائها على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت افرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في النادر فيبطل الاجماع ، وإذا أتم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلمها معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لأن الإسلام ابتداء نكاح الكتابية فاستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بمجواز نكاح الكتابية للمسلم

(مسألة) (فان أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز نكاح المسلمة) قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من لم يحفظ عنه من أهل العلم (مسألة) (فان كانت هي المسلمة فلا مهر لها وإن كان مهر المسلم قبلها فإنها نصف المهر وعنه لا مهر لها) وجلة ذلك ان الفرقة اذا حصلت قبل الدخول بالاسلام المرأة فلا شيء لها لان الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهرى والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة اختارها أبو بكر وبه قال قنادة والثوري ويقضيه قول أبي حنيفة لان الفرقة حصلت من قبله بانتناعه من الاسلام وهي قطعت ما فرض الله عليها فكان لها نصفه افرض

سقط خيارها لأن الخيار لدفع الضرر بالزق وقد زال بعينه فسقط كالبيع إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد وهو قول من سمينا في صدر المسئلة وذكر القاضي وأصحابه أن لها الخيار وإن أصيبت ما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحاد والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحابهم لأنهم إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على رضا فهو كما لو أم تصب

ولنا ما تقدم من الحديث يروي مالك عن ابن شهاب عن عمرو أن مولاة لبني عدي يقال لها زيراء أخبرته أنها كانت تحت عبد ففتنت قالت فأرسلت إلي حفصة فدعني فقالت إن أمرك بيدك ما لم يسك زوجك فإن مسك فليس لك من الأمر شيء فقالت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر إن لها الخيار ما لم يسها ولأنه خيار عيب فيسقط بالتحصيف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول أما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتما سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم ذلك ، وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها الكون في بلد واحد وقد اشهر ذلك لم يقبل قولها لأنه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لأن ذلك لا يملك إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه والشافعي في قبول قولها في ذلك قولان

الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصارت ، وتقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بإمرأته فلا شيء لها من الصداق لما ذكرنا ، ووجه الأولى أن الفرقة حصات باختلاف الدين وقد حصل بإسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علمته على دخولها فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر ، فأما إن حصلت الفرقة بإسلام الزوج فالمرأة نصف المسمى إن كانت الذميمة صحيحة أو نصف مهر المثل إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيرا لأن الفرقة حصات بفعله وعنه لا مهر لها لأن الفرقة جات من قبلها لكونها استتمت من الدخول في الإسلام

(فصل) إذا انسخ التكاح بأحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين تمجلت الفرقة على ما ذكرنا ويكون ذلك فسحا لاطلاقا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تمجّل الفرقة بل إن كان في دار الإسلام عرض على الآخر فإن أبي وقعت الفرقة حينئذ وإن كان في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فإن كان الإباء من الزوج كان طلاقا لأن الفرقة حصات من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به وإن كان من المرأة كان فسحالا إن المرأة لا تملك الطلاق وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الإسلام فإن أسلم والاقصت الفرقة وإن كان هو المسلم تمجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تحسبوا جصم الكواثر)

(فصل) فان أعتق العبد والامة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد او رجلان نص عليه احمد وعنه لما الخيار والاول أولى لان الحرية الطارئة بمدعتها تمت الفسخ بالمقارنة أولى كاسلام الزوجين ، وعن احمد إذا عتقا معا انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد مربة وأذن له في انسري بها ثم أعتقها جميعا صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له اصابها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبد مربة أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقرها إلا بنكاح جديد واحتج احمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر أن عبداً له كان له سريتان فأعتقها فهما أن يقرهما إلا بنكاح جديد ولانها باءتاها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم ينح له انسري بها كالحرة الاصلية وأما إذا كانت امرأته فعنقاً لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعتقاقها وحدها فلان لا ينفسخ باعتقاقها مع أولى ويحتمل أن أحد المتأراد بقوله انفسخ نكاحها ان لها فسخ النكاح وهذا يخرج على الرواية التي تقول بان لها الفسخ إذا كان زوجها حراً

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة تزوجان فأراد عتقها البداية بالرجل اثلاً يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى ابو داود والاثرم باسنادها عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فترجعا فقالت لئنني ﷺ إني أريد أن أعتقهما فقال لها فابدئي بالرجل قبل المرأة ، وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت لرجل إني بدأت بمنك لئلا يكون لها عليك خيار

ونما انه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالزدة (١) وعلى مالك كاسلام الزوج او كما لو أتى الآخر للإسلام لانه ان كان هو المسلم فليس له إمساك كآفة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بصبم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها في نكاح مشرك ونما على انها فرقة فسخ أهما فرقة باختلاف الدين فكانت فسخاً كالواسم الزوج وابت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخاً كفرقة الرضاع

(مسئلة) (وان قالت اسلمت قبلي وأنكرها فالقول قولها)

لان المهر وجب بالقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاءه ولم يعارضه ظاهر قبلي وان اتفقا على ان احدهما قبل الآخر ولا يلحان عينه فلها نصف الصداق ذكره ابو الخطاب لما ذكرنا وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع فلا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزول بالشك وكذلك اذا نيفن الطهارة وشك في الحدث أو نيقن الحدث وشك في الطهارة بني على اليقين وهذه كان صداقها واجبا وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب

(مسئلة) (وإن قال الزوج أسلمنا معا فنعن على النكاح فانكرته فلي وجين)

(فصل) إذا عتقت المهنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال لانه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما لان هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاخصاص؛ فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المهنونة فلهما الخيار حينئذ اسكنهما عارنا على صفة لكل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزوجه ما يجب الفسخ فان كان زوجهما قد وطئاهما فظاهر كلام الحرقى أنه لا خيار لهما لان مدة الخيار انقضت، وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لانه لا رأي لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زواجهما من وطئهما

(مسئلة) قال رحمه الله (فان كانت لنفسين فاعتق أحدهما فلا خيار لهما اذا كان المعتق مصرا)

إنا شرط الاعسار في المعتق لان المومر يسري عنه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمسر لا يسري عنه بل يعتق منها ما اعتق وبقايا رقيق فلا نكح حرينها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الثاني، وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لأنهم كل منة فأن اثرث وتورث وتجب بقدر ما فيها من الحرية، ووجه قول الحرقى أنه لانص في المعتق بمضاهي ولاهي في معنى الحرمة الكاملة لأنها كلمة الاحكام وأيضاً ما دل به أحمد وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالتحلف فيه وهذه تختلف فيها (فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدق عشرين ثم اعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات

قال القاضي القبول قول المرأة لان الظاهر منها اذ يمد اتفاق الاسلام منها دفعة واحدة والقبول قول من الظاهر منه وكذلك كان القول قول صاحب اليد وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أن القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طأء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالنكاح والشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) فان اختلفا بعد الدخول فقال الزوج أسلمنا معا أو أسلم الثاني منافي المدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد المدة فانفسخ النكاح فقيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم اسلام الثاني

(مسئلة) (وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقب الامر على انقضاء المدة فان أسلم الثاني قبل انقضاءها فما على نكاحها والاثينا أن الفرقة وقعت من حين أسلم الاول)

روي عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة روايتان (أحدهما) أن الامر يقب على انقضاء المدة على أما ذكرنا وهذه الرواية التي ذكرها الحرقى فملى هذا اذا لم يسلم الثاني في المدة لا يحتاج الى استئناف المدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن عبد الله بن عمر ومجاهد ومحمد بن الحسن (والثانية) تجعل الفرقة كما قبل الدخول وهذا اختيار الحلال وصاحبه وقول الحسن وطائيس وعكرمة وقنادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر

ولا يملك غيرها غير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من التام لها الخيار وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان فكلما انقضى من مهرها شيء عتق منها بتسدر ثلثه فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الحرقي لا يبطل لأنها مكنته قبل ثبوت الخيار لها فأشبهه ما لو مكنته قبل عتقها ، فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحرقي لأن فسحها الزكاح يسقط به صداقها فيصير الثلث عن كمال قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي اثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فلي قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها وعلى قول من أسقطه يمتق ثلثها

﴿مسألة﴾ قال (فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمرء للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمرء للسيد)

وجملته أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمرء واجب لانه واجب بالعقد فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وإن فسخت بعد

وقول أبي حنيفة هنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانتضت عنها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة وقال مالك إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت والا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تمجلت الفرقة وإن أسلمت المرأة قبله وقبل الأمر على انقضاء العدة واحتج بتسجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بهم الكوافر) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطاقف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فأرتمت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فباع ثبناً على نكاحها وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأبها أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته فإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ولأن أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي ﷺ مكة فبعت على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن

المدخول فقد استقر بالمدخول فلم يسقط بشي، وهو لا يد في الحالين لانه وجب بالمعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان المدخول قبل العتق أو بعده، وقال أصحاب الشافعي إن كان المدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى خالة العتق فصار الوطء في نكاح قاصد.

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به المدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ، ولانه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لانها حرة حينئذ، وقولهم إن الوطء في نكاح قاصد غير صحيح فانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء، في النكاح الصحيح من الاحلال لزوج الاول والاحصان وكونه حلالاً، وأما إن اختارت الفسخ قبل المدخول فلا مهر لها نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي. وعن احمد رواية أخرى لا يد نصف المهر لانه وجب لسيد فلا يسقط بفعل غيره.

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت بن بفسخ نكاحها رضاعاً، وقوله وجب لسيد قلنا لكن يراسطها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه بأسلامها ورضعها (فصل) ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو لسيد أيضاً لانه وجب بالمعقد في ملكه لا بالفرض، وكذلك لو مات أحدهما وجب والمهر لا يوجب فدل على أنه وجب بالمعقد، وإن كان

أبي أمية عام الفتح فلحقا النبي صلى الله عليه وسلم بالابواء فأسلموا قبل نسايتها ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته ويعد أن يتفق اسلامها مما يظارق ما قبل المدخول فانه لا عدة لها فتعجل اليتونة كالملطقة واحدة وهما لها عدة فاذا انقضت تينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج الى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة تنحسب الفرقة منه كالطلاق فلي هذه الرواية لو وطئها الزوج في عدتها ولم يسلم الثاني فيها فلها عليه المهر ويؤدب لاتنا تينا أنه وطئها بعد اليتونة وانفساح النكاح فيكون واطئا في غير ملك وان أسلم فلا شيء لها لاتنا تينا أن النكاح لم يفسخ وانه وطئها في نكاحه فلم يكن عليه شيء.

(فصل) فان أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذه الاشياء روي عن التيمي شد فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد الى زوجها وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه أبو داود واحتج به أحد قائله أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال ليس لذلك أصل قيل كان بين اسلامها وردها اليه ثمان سنين ولنا قوله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بضم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم فروج المسلمات على الكفار وأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن

الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء. إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن نجيب المدعى لأنها نجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(فصل) فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم أعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا ، وإن كان رجعيًا فلها الخيار في العدة لأن نكاحها باق فيمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لأن من رجعت إذا لم يفسخ فإن قيل فيفسخ حينئذ قلنا إذا احتججنا إلى عدة أخرى وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ولم يمتنع إلى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلقاً آخرى وينبغي على عدة حرة لأنها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها ، وقال الشافعي لا يعطل لانها اختارت المقام مع جريانها إلى البيئونة وذلك ينافي اختيار المقام

ولما أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصاحب النكاح وإن لم يفتقر شيئاً لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجرأتها إلى بيئونة اكتفاء منها بذلك فإن ارتجحها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد فزوجها بقيت معه بطنقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طائفتين لأنه صار حراً فذلك ثلاث طلاقات كسائر الأحرار

عبد البر لا يخلو أما أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملاً استمر حملها حتى أسلم زوجها أو ربيضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي قتيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد رواه الترمذي وقال سمعت بهد بن حميد يقول سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود أسناد أو العمل على حديث عمرو بن شعيب

(مسألة) (فإن أسلمت قبلها نفقة العدة)

لأنه يمكن من الاستمتاع وإبقاء نكاحها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية وسواء أسلمت في عدتها أو لم يسلم فإن قيل إذا لم يسلم تبين أنها بائنة باختلاف الدين فكيف تجب النفقة لبائنة ؟ قلنا لأنه كان يمكن الزوج تلافى نكاحها بل يجب عليه فكانت في معنى الرجعية وإن كان هو المسلم فلا نفقة لها لأنه لا سبيل إلى تلافى نكاحها واستبقائها فأشبهت البائنة وسواء أسلمت معه أم لا

(مسألة) (فإن اختلفا في السابق منها فقال الزوج أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت المرأة بل أما المسلمة أولاً فلي النفقة فالقول قولها في أحد الوجهين)

لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدمى سقوطها (والثاني) أن القول قوله لأن النفقة إنما تجب بالنكاحين من الاستمتاع والأصل عدمه فإن قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت

(فصل) فان طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقم طلاقه وبطل خيارها لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنفذ كما لو لم يعتق. وقال القاضي طلاقه موقوف فان اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لان طلاقه يتضمن ابطال حقه من الخيار وان لم تختار وقع وللشافعي قولان كذبين الوجيزين ويتواعدم الوقوع على أن الفسخ استند الى حالة العتق فيكون الطلاق واقعا في نكاح مفسوخ

ولما انه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كالمطلقة قبل عتقها أو كالمولم مختار وقد ذكرنا أن الفسخ بوجوب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت الاحصان والاحلال للزوج الاول ولو كان الفسخ سابقاً عليه لانعكست الحال ، وقول القاضي انه يبطل حقه من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتبصر العدة عليها فان ابتداها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان بطلا لحقها لم يتم وإن لم تختار الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فان كان رجوعياً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل القدي قبل هذا ، فلي قولم إذا طلقه قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بائنت بالفسخ وان لم يفسخ فابا نصف الصداق لأنها بائنت بالطلاق

بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم اسلامها في الشهر الثاني فان ادعى هو يفسخ النكاح فأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(مسئلة) (وعنه أن الفرقة تسجل باسلام احدها كما قبل الدخول وقد ذكرناه)

(مسئلة) (فأما الصداق فواجب بكل حال)

يعني اذا وقعت الفرقة باسلام احدها بعد الدخول فانه يجب لها المهر كاملاً لانه استقر بالدخول فلم يسقط شيء فان كان مسمى صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكام الصحة وان كان محرماً قبضته فليس لها غيره لأنها لا تعرض الى ما مضى من أحكامهم وان لم يكن قبضته فلها مهر المثل لان الحر والخزير لا يكون صداقاً مسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين (فصل) وسواء مما ذكرنا اتفق الداران أو اختلفا وبه قال مالك والايث والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخلا دار الاسلام انفسخ النكاح ولو زوج حربياً ثم دخلا دار الاسلام وعقد المهر انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للمهر انفسخ نكاحه لان الدار انقضت بهما فعلا وجكاً فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول

(فصل) وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم ينتقل الى حاكم كالرد بالعيب في البيع بخلاف الفسخ في النكاح فإنه مجتهد فيه فانتقل الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار (فصل) فان اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق ومنها قال أبو حنيفة والثوري والحداد بن يحيى والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه مطلق بان قال مالك الا أن تطلق نفسها ثلاثاً فتطلق ثلاثاً واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثاً فلم يلغنا ان أحداً من الصحابة أنكروا ذلك ، ولأنها تلك الفراق فلكت الطلاق كالرجل

ولما قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «الطلاق لمن أخذ بالساق» ولأنها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخاً كما لو اختلف دينها أو أرضت من يتنسخ نكاحها برضاها ، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة ، فعل هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ، ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لأنه يؤدي الى معناه فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

(فصل) وإن عتق زوج الامة لم يثبت له خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح وكذلك لا تعتبر الكفاة الا في الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقاً فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقاً فبان عبداً كان لها الخيار وكذلك في الاستدانة لكن ان عتق ووجد الطارل الحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما

ولنا أن أبا سفيان أسلم بم الظهران وأمر أنه بمكة لم تسلم وهي دار حرب وأم حكيم أسلمت بمكة وحرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أن نكحتهم مع اختلاف الدين والدارهم ، ولأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع ، ويفارق ما قبل الدخول فان الفاطح للشراح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكروه ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حريصة من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح .

ولنا قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولأنها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبى نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر ان كانت المرادة وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر)

اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول طائفة أهل العلم الا انه حكى عن داود انه لا ينفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تحسبوا بضم الكوافر) وقوله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار، لانهن حل

(فصل) واذا عنتت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وسواء عنت معها أولم يعنت نص عليه أحمد فيها إذا زوج عبده من أمته ثم اعتقا جميعا فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للامة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم يابها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاسمي الزيادة للسيد المعتق في الموضوعين على قياس المذهب لان من أصلنا ان الزيادة في العداق تلحق بالعتد الاول فتكون كالذكورة فيه . والقي فناء أصح لان الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والمهررب لها ، وقولنا ان الزيادة تلحق بالمقد معناه أنها نازم وبثبت الملك فيها ويصير الجميع صدقا وليس معناه أنا نبيدنا ان الملك كان ثابتا فيها وكان لسيدها فان هذا محال ولان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العنت فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتا للعنتى فيه حين التزويج الزمته زكاته وكان له ثماؤه وهذا أظهر من أن تطيل فيه

﴿ باب أجل العنين والخصي غير المحجوب ﴾

العنين هو العاجز من الايلاج وهو مأخوذ من أي اغرض لان ذكره يعنى اذا أراد ايلاجه أي يضره

لهم ولا هم يحلون لهن) ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو استعت تحت كافر ثم تنظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبيلها وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبهه ما لو طلق وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت الردة بعد الدخول فهل تبطل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد فيها اذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيها اذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احدها تبطل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لان ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت باتت منذ اختلاف الدين وهذا مذهب الشافعي لان لفظه تقع به الفرقة فاذا وجد الدخول جازان يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو تقول اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كما في الحريمية تحت الحربي ، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ولان الرضاع محرم به المرأة على التأيد فلا فائدة في تأخير الفسخ الى بعد انقضاء العدة

﴿ مسألة ﴾ (فان كان هو المرتد فعليه نفقة العدة)

والعنين الاعتراض وقيل لأنه بمن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يتصدده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختير فيها وبهلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ومروان دينار والزهري وقتادة وحامد بن أبي سليمان وعلي بن ابي طالب والامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وشاذل الحسك بن عيينة وداود قتالا لا يؤجل وهي امرأته ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبنت طلاقتي فتزوجت بعد الرحمن بن الزبير وأنا له مثل هدية ثوب فقال « تريدن أن ترجعي إلى رفاعة ، لا حتى تذوق عييلته ويذوق عييلتك » ولم يضرب له مدة

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروي ذلك الدارقطني بإسناده عن عمرو بن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ، ورواه أبو حنيفة عن علي ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجذب في الرجل والرتق في المرأة ، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع إعرافه وطالب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منها ، وقد روي أن الرجل أنكرك ذلك وقال أنني لأعركما عرك الأديم ، وقال ابن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصرح ذلك قول النبي ﷺ « تريدن أن ترجعي إلى رفاعة » ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها ، وقيل أنها ذكرت

لأنه بسبيل إلى الاستمتاع بها بان يسلم ويمكنه تلاقى نكاحها فكانت لها النفقة كزوج الرجعية وإن كانت هي المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا نسيل للزوج إلى رجعتها وتلاقى نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة (فصل) فإن ارتد الزوجان ساء فحكها حكم ما لو ارتد أحدهما إن كان قبل الدخول تجعلت الفرقة وإن كان بعده فهل تجعل أو تقف على انقضاء العدة على روايتين وهذا مذهب الشافعي قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا ما أو أحدهما ثم قابا أو قاب المرتد منها فهو أحق بها ما لم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يختلف بهما الدين فاشبه ما لو أسلمنا ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما وإن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كاله وما ذكره يبطل بما إذا اتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحهما يفسخ وتد انتقالا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلمنا فقد انتقالا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معا منع من وطئها في عدتها فإن وطئها في عدتها وقلنا إن الفرقة تجعلت فيكون عليه مهرها وإن قلنا إن الفرقة تقف على انقضاء العدة فاسلم المرتد منها أو أسلمت جميعاً في عدتها وكانت الردة منها فلا مهر لها على هذا الوطء لانا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته وإن تبنا أو ثبت المرتد منها على الردة حتى انقضت العدة قلنا عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطئ

ضعفه وشبهته بهدية الثوب بالعنة ، ولذلك قال النبي ﷺ « حتى تدوق عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخا بلا طلاق)
وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكرت والمرأة عذراء فالقول قولها ، وإن كانت ثيبا فالقول قوله مع بيئته في ظاهر المذهب لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة ، وقال القاضي هل يختلف أولا ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق فإن أقر بالعجز أو ثبت بيعة على إقراره به أو أنكرت وطئته فتكفلت بيئته فثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحلوث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضررت له سنة ثم به الفصول الأربعة فإن كان من ييس زال في فصل الرطوبة ، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الماء

في غير نكاح بشبهة النكاح لانا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدين وقد ذكرنا مثل ذلك فيما إذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول فوطئها في العدة لأنه مثله

(فصل) إذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن أسلم الآخر تبينا أن الفرقة وقعت من حين اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منها ، وإن أسلم الآخر منها في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بالإسلام الأول زال بإسلام الثاني في العدة ولو أسلم ونحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لأنه لا يجوز أن يتتبع المقدم عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد دون دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن كذلك

(فصل) إذا زوج الكافر من لا يقر على نكاحها في الإسلام مثل أن جمع أختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم أسلم لم يكن له أن ينكحها لانا أجرنا أحكامهم على الصحة فيما يتفقون به في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له أساكتان من الاختين والخامسة المفقود عليهما آخرها

﴿ مسألة ﴾ (وإن انتقل أحد الكتابيين إلى دين لا يقر عليه فهو كرده)

إذا انتقل الكتابي إلى غير دين أهل الكتاب من الكفر لم يقر عليه لأنهم في هذا خلافاً لأنه انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها مما يستحسنه فلا صلى منهم لا يقر على دينه

(فصل) ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لأن ذلك عارض يزول والعنة خلفه وجبلة لا تزول وإن كان لسبب أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه في معنى من خاق كذلك، وإن كان لسبب أو شلل ثبت الخيار في الحال لأن الوطء ما يوس من ولا معنى لانتظاره، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة له لأنه في معنى العنين خلفه، وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء به أم لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

(فصل) فأما الخصى فإن الحر في ذكره في ترجمة الباب ولم يفرده بحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه متى لم يصل إليها أجل، وإن وصل إليها فلا خيار لها لأن الوطء ممكن والاحتتماع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطأه أكثر من وطء غيره لأنه لا يبزل فيقتل بالانزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والوجور وهو الذي رضت خصيتاه والمسبول الذي سلت خصيتاه فإن الحكم في الجميع واحد فإنه لا يبزل ولا يولد له.

ليكون موافقا لما ذكرناه أولا، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقتلنا لا يقر فغيره، إيدان إهداها لا يقبل إلا الإسلام والآخرى لا يقبل إلا الإسلام أو الذي كان عليه.

(فصل) وإن قلنا لا يقر في حنة إجباره روايتان [إهداها] أنه يقتل إن لم يرجع رجلا كان أو امرأة لسوم الحديث ولا نأذي تقض العهد فأشبهه ما لو تقضه بتركه أداء الجزية ويستتاب في أحد الوجهين لأنه يسترحم عن دين باطل أشبه المرتد والثاني لا يستتاب لأنه كافر أصلي أبيع قتله فأشبهه الحرابي، فقل هذا إن بدر فأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عهده وإلا قتل (والرواية الثانية) قال أحمد إذا دخل اليهودي في النصرانية رده إلى اليهودية ولم أده، فما انتقل إليه فقيل له أنته؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس، قال وإذا كان نصرانيا أو يهوديا أو نصرانيا دخل في الجوسية كان أعظ لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا تتركه حتى يرد إليها، فقيل له قتله إذا لم يرجع؟ قال إنه لأهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالحبس.

(فصل) فإن تزوج مسلم ذمية فانتقلت إلى غير دين أهل الكتاب فهي كالمزوجة لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فإن كان قبل الدخول انفسخ نكاحها ولا مهر لها وإن كان بعده فهل يقف على اقتضاء المدة أو ينفسخ في الحال على روايتين وكذلك إذا انتقلت إلى دين باطل أو إلى دين كانت تقر بطلانه فأشبهت المسلمة إذا أنهودت أو تنصرت والله أعلم.

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أسلم كافر ونحوه أكثر من أربع نوبة اختار منهن أربعا وفارق سائرهن)

﴿مسئلة﴾ قال (وإن قال قد علمت اني عنين قبل أن أنكحها فإن أقرت أو ثبت بيئته فلا يؤجل وهي امرأته)

وجملة ذلك أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن ينفقها بتمته أو تضرب له المدة وهي امرأته فيتمسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك / تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء، واشوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد يؤجل لأنه قد يكون مدينا في نكاح دون نكاح

ولنا أنها رضيت بأهيب ودخات في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمت محبوبة ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب، ولو أنها رضيت بالتمام معه ثم طلقها لم يرجعها لم يثبت لها المطالبة كذا هو هنا، وقواهم إنها تكون في

وجهة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكن كهن بغير خلاف نعله ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعة منهن وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد واحد أو عقود وسواء اختار الأرائل أو الأواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك واليث ولاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن في عقد انفسخ نكاح جميعهن وإن كان في عقود فنكاح الأرائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون خيرا فيه بعد الإسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت ونحيت ثمان نسوة فأبى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال « اختر منهن أربعاً » رواه الإمام أحمد وأبو داود، وروى محمد بن يزيد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحت عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً، رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرسلًا ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن ممر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه ممر وخالف فيه أصحاب الزهري. وكذلك قال الإمام أحمد والتزمذي وغيرهما ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بشكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود، وأما إذا تزوجت زوجين فنكاح الثاني باطل لأنها لم تكن ملك غيرها وإن جمت بينهما لم يصح لانها لم تملكه جميعاً وبطلان ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه إن يختار أربعاً ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لأن النبي ﷺ أمر قيساً وغيلان بالاختيار وأمره يقضي الوجوب ولأن المسلم لا يجوز إقراره على أكثر من أربع فإن أبي

نكاح دون نكاح احوال بعيد فان العدة جيلة وخلفية لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فان ادعى عليها العلم بجهته فأنكرته فالقول قولها مع بينها لان الاصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبتت بيينة ثبت نكاحها وبطل خيارها

(مسئلة) قال (وان عدلت انه عني بعد الدخول فسكنت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافقه)

لانعلم في هذا اخلاقاً وذلك لان سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لانه زمن لانك فيه الفسخ ولا الانتاع من استمتاعه فلم تكن سكوتها معةطاً لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضاءها ولو سكنت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه الى الحاكم وثبوت هجره فلا يضر السكوت قبله

أجبر بالحس والتعزير إلى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإفاه الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لان الحق هنا لتبر معين وإنما تعين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، فان جن خفي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار

(مسئلة) (وعليه تفقهن الى أن يختار) لأن من مجوسات عليه ولأنهن في حد الزوجات أيهن اختار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنة الصغير أكثر من أربع ثم أسلوا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لايه الاختيار لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حيثنذ وعليه النفقة الى أن يختار فان مات الزوج لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم .

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت هؤلاء أو امسكتن أو اخترت حبسهن أو امساكنهن أو نكاحهن ، أو أمسكت نكاحهن ، أو أثبت نكاحهن ، وإن قال لما زاد على الاربع : فسخت نكاحهن كان اختياراً للاربع .

(مسئلة) (وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها)

لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن قال فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختياراً لتبرهن لقول النبي ﷺ لثيلاق « اخترت منهن أربعاً وفارق سائرهن » وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعدت الى أفدمن صحبة ففارقتها ، وهذا الموضع اختص بهذه اللفظة فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ فان نوى به الطلاق كان اختياراً لمن دون غيرهن .

(مسئلة) قال (وان قالت في وقت من الاوقات قد رضيت به عينا لم يكن

لها المطالبة بعد)

وجملة الامر انها متى رضيت به عينا بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ولا نعلم في بطلان خيارها بتولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً لما قاله الشافعي قال في الجديد لا يبطل خيارها لان حتمها في الفسخ أما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح إسقاطه قبلها كالشبيع يسقط حقه قبل البيع

ولما أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة وما ذكره غير صحيح فان العنة التي هي سبب الفسخ موجودة وأما المدة ليعلم وجودها ويتحقق عليها فهي كالينة في سائر العيوب^(١) ويفارق الشذمة فان سبب البيع ولم يوجد بعد: فان قيل فلورضيت المرأة

(١) في نسخة العقود

وذكر القاضي فيه عند الطلاق وجهين (أحدهما) أن يكون اختياراً للمفارقات لان لفظ الفراق

صريح في الطلاق والاول أولى .

(مسئلة) (وان وطئ احداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب)

لانه لا يجوز إلا في ملك فبدل على الاختيار كوطئ الحاربية المباحة بشرط الخيار

(مسئلة) (وان طلق الجميع أفرع يمين فأخرج أربعاً منهن بالقرعة فسكن المختارات ووقع

طلاقهن وانفسخ نكاح البواقي وله نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فبقي انقضت عدتهن فله أن يتكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه ولا عمل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة ، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في المدة أمر أن يختار أربعاً منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن ، لأنهن زوجات ويستدندن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات، والفرق بينها وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ ، وفي التي قبلها اطلقهن وله اختيار ، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقفه في الجميع وليس بضمن أولى من بعض فصرن إلى القرعة لتساوي الحقوق .

(مسئلة) (وان ظاهر أو آلى من احداهن فهل يكون اختياراً لها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يكون اختياراً لانه يصح في غير زوجة (والثاني) يكون اختياراً لان حكمه

لا يثبت في غير زوجة وإن فذفها لم يكن اختياراً لها لانه يقع في غير زوجة

(فصل) (وان اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لأنهن ين منه بالاختيار

(الجزء السابع)

(٧٧)

(المغني والشرح الكبير)

بالاعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك ، قلنا الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فإذا رضيت باسقاط ما يجب لها في المستقبل لم ينقطع لانها أسقطته قبل وجوبه فأشبهه اسقاط الشفعة قبل اليوم بخلاف العيب ولأن الاعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجا ، ذلك وكذلك المولي يجوز أن يكفر عن عبده ويطلقا فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار فأما العنين إذا رضيت فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافتقرا

(مسئلة) قال (وان اعترفت أنه قد وصل اليها مرة بطل أن يكون عنيبا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطا ، وطارص والحسن ومحمبي الانصاري والزهرى وعمر بن دينار وقنادة وابن هاشم ومالك والاوزاعي والشافعي واصحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور ان عجز عن من وطئها أجل لها لانه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو عجز بعد الوطء

ويحتمل ان تكون عدتهن من حين اسلم لانهن بين باسلامه وأما بين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما اذا اسلم احد الزوجين فلم يسلم الآخر حتى انقضت عدتهن وقرقتهن فسخ لأنها ثبتت باسلامه من غير لفظ فيهن وعدتهن كمدة المطلقات لأنها عدة من فسخ نكاحها وان ماتت احدى المختارات وبانت منه وانقضت عدتها فله ان ينكح واحدة من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لأنه لم يطلقها قبل ذلك ، وان اختار اقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو عام الأربع لان الأربع زوجات لا يبن منه الا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعة منهن وقع طلاقه وانسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين

(مسئلة) (فان مات قتل الجميع عدة الوفاة)

هكذا ذكره في الكتاب المشروح والاولى ان من كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه لان ذلك تنقضي به المدة في كل حال ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها عدة الوفاة لأنها أطول المدتين في حقها ومن كانت من ذوات القروء اعتدت أطول الاجلين من ثلاثة قروء وأربعة اشهر وعشر لتنقضي المدة يقين لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأحيينا أطولها لتنقضي المدة يقين كما قلنا فيمن نسي صلاة لا يعلم عينا عليه خمس صلوات هذا الذي ذكره شيخنا في كتاب المفني والكافي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح

والقول الاول لا يصح

(مسئلة) (والميراث لأربع منهن بالقرعة في قياس المذهب)

وعند الشافعي يوقف حتى يسطلحن وسنذكر هذا في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى ، وان اخترن الصلح جاز كيفما اصطلحن لان الحق لهن

ولما أنه قد تحققت قدرته على الوطاء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يصحز ولأن حقوق الزوجية من استمرار المهر والعدة نثبت بوطء واحد وقد وجد وأما الجنب فإنه يتحقق به العجز فافتراقاً

(فصل) والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تميمب الحشفة في الفرج لأن الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتميبب الحشفة فكان وطأ صحيحاً فإن كان الذكر مقطوع الحشفة فيه وجبان (أحدهما) لا يخرج عن العنة الا بتميبب جميع الباقي لأنه لا أحد هنا يمكن اعتباره فاعتبر تميمب جميعه ولأنه للمغني الذي يتحقق به حصول حكم الوطاء. (والثاني) يعتبر تميمب ذكر الحشفة ليكون ما يجزي من المقطوع مثل ما يجزي من الصحيح وللشافعي قولان كذا بين

(فصل) ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدر لأنه ليس بحل للوطء فأشبه الوطاء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال لزواج الاول ولا الاحصان ، وان وطئ في القبل حائضاً أو نفساء

(فصل) وإذا أسلم قباهن وفلنا تمجبل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام وان قلنا نقف على انقضاء العدة فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تينا آهن بن منذاخناف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تينا ان طلاقه لم يقع بين وله نكاح أربع منهن اذا اسلمن وان كان وطئن تينا انه وطئ غير نسائه وان آلى منهن أو ظاهر أو قذف تينا ان ذلك كان في غير زوجة وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهم في العدة تينا أنها زوجة فوقع طلاقه بها وكان وطؤه لها وطأ لمطلقته وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لأمرائه وكذلك ان كان وطؤه قبل طلاقها، وان طلق الجيم فأسلم أربع منهن أو أقل في عدتهن ولم يسلم البواقي تبعت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بين فاذا أسلم البواقي فه ان يزوج منهن لأنه لم يقع طلاقه بين

(فصل) ولو أسلم وتحت ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فه اختيارهن وله الوقوف الى أن يسلم البواقي فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فه اختيار الميتات وله اختيار الباقيات واه اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بمقد وأما هو تصحيح للعقد الاول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال نبوته وحال نبوته كمن أحياء ، وان أسلمت واحدة منهن وقال اخترتها جاز فاذا اختار أرباً على هذا الوجه انسخ نكاح البواقي وان قال للمسلمة اخترت فسح نكاحها لم يصح لان النسخ إنما يكون فيما زاد على الاربع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالنسخ الطلاق فيقع لأنه كتابة ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لأنه ليس بوقت للاختيار لانها جارية إلى يئونة فلا يصح امساكها وان فسح نكاحها لم يفسح لأنه لم يجز الاختيار لم يجز النسخ وان نوى بالنسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة علي أربع أو أسلم زيادة فاختارها تينا وقوع الطلاق بها والا فلا

أو محرمة أو صائمة خرج من العنة ، وذکر القاضي أن قياس المذهب أن لا يخرج من العنة لنص أحد على أنه لا يحصل به الاحصان والاباحة للزوج الاول ولأنه وطء محرماً أشبه الوطء في الدبر ولذا آتاه وطء في محل الوطء يخرج به عن العنة كالموطء وهي مريضة بضرها الوطء ، ولأن العنة العجز عن الوطء ، ولا يتنى مع وجود الوطء فإن العجز ضد القدرة فلا يتنى مع وجود ضده ، وما ذكره غير صحيح لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها للمانع أو لفوات شرط . والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انقائه ، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في محله بخلاف مسئلتنا ، وقد اختار ابن عقيل أنه تنفي به العنة لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر

(فصل) وان وطئ امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنه يخرج من العنة في حق جميع النساء ولا نسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول كل من قال أنه يختبر بزوجه امرأة أخرى ويحكي ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك لأن العنة خلفه وجبلة لا تتغير بتغيير النساء فإذا اتعت في حق امرأة لم تنق في حق غيرها

(فصل) وان قال كلما أسلمت واحدة اختبرتها لم يصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معين ، وان قال كلما أسلمت واحدة اختبرت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا بملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، فإن أراد به الطلاق فهو كالموطء قال كلما أسلمت واحدة فهي طائفة وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيارها ، وكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقة (والثاني) لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) اذا أسلم ثم أحرم بجمع أو محرمة ثم أسلمن فله الاختيار لان الاختيار استدامة للنكاح وتعين المنكحة وليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له اختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضي للمرأة ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) فان أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات لأنهن لسن بزوجات له وان مات بهن فله الاختيار من الجميع فان اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نساؤه ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات ، وان لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن فان وطئ الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس من الا لاسمى لأنهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الاول ، ومهر انشئ فوطء الثاني لأنهن أجنبيات ، وان وطئن بعد اسلامهن فالوطءات أولا المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرنا

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنده في حقهن فرضي بعضهم مقطوعاً وحدها دون الباقيات ولأن النسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن مانها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها، وقوله كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى؟ فلنا قد تنقض شهوة في حق إحداهما لفرط حبه إياها وميله إليها والخصاص بها بجمال وجهها دون الأخرى، فبطل هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فمن عنها فلها المطالبة لأنه إذا جاز أن يمن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ مرة لم تثبت عنده أبداً

(مسئلة) (وان جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها)

كان الحرفي أراد إذا ضربت له المدة فلم يصحها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لانا فنظروا الحول لعلم عجزه، وقد علمناه هنا يتبين فلا حاجة إلى الانتظار. قال القاضي ويلزم على هذا أن سائر

(فصل) وان أسلم ونحته أختان اختار منهما واحدة. هذا قول الحسن والأوزاعي والشافعي

واسحاق وأبي عبيد، وقال أبو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة

ولنا ما روى الضعيف بن فيروز عن أبيه قال: قلت يا رسول الله إنني أسلمت ونحتي أختان. قال: «طلق أيهما شئت» رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ولأن أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجرم في الاسلام وقد أزاله فصيح كالمطلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى في حباله وكذلك الحكم في المرأة وعمتها وخالتها لان المعنى في الجميع واحد

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلمت في عدة الأولى فله أن يختار منها لانه أسلم ونحته أختان، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني فاذا أسلمت الأولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به (فصل) وإذا تزوج أختين فدخل بهما ثم أسلم وأسلمت معه فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضي عدة الأخرى لئلا يكون وأطناً لأحد الأختين في عدة الأخرى وكذلك إذا أسلم ونحته أكثر من أربع قد دخل بين فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعاً ممنهن وفارق أربعاً لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون وأطناً لأكثر من أربع، فان كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة، وان كن ستاً ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات وان كن سبعاً ففارق ثلاثاً فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب

العيوب الحادثة بعد العقد ثبت بها الخيار فان الخيار ههنا انما يثبت بالجلب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لاننا لم نتيقن عنته والجلب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه انما استحق بالعيوب الحادث، وفي بعض النسخ قبل الدخول ومعناها واحد ويحتمل أنه انما استحق الفسخ ههنا بالجلب الحادث لانه منضمين مقصود العنة في العجز عن الوطء، ويحتمق للمعنى الذي ادعته للمرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان زعم أنه قد وصل اليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بما قالت أجل سنة)

وجله أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطأها وقالت انها عذراء أريت النساء فان شهدن بعذرتها فاقول قولها ويؤجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك لان الوطء يزول عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى ان عذرتها عادت بعد الوطء فاقول

(فصل) وإن تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فاختر احداهما فلا مهر للأخرى لانا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهر أكا لو فسخ النكاح لبيب في احداهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كالمهر في زوج المومسي أخته ثم أسلما قبل الدخول وهذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا أسلما جميعا قبل الدخول فاختر أربعا وانفسخ نكاح الواقعي فلا مهر لمن فيما ذكرنا والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإن كانتا أما وبناتا ولم يدخل بالام انفسخ نكاحها ، وإن كان دخل بالام فسد نكاحهما)
 أما اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني ، وقال في الآخر يختار أمهما ماشاء لان عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا ضم اليه الاختيار فاذا اختار الام وكانه لم يعتد على البنت

ولنا قول الله تعالى (وأهيات نساءكم) وهذه أم زوجته فتدخل في محوم الآية ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فإذا لم يطلقها ويمسك بنكاحها أولى ، وقولهم انما يصح العقد بانقيام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأييد فلم يكن له اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأبها فتدين النكاح في أمها بخلاف الأختين

(فصل) فان كان دخل بالام أربهما حرم نكاحهما على التأييد الام لانها أم زوجته والبنت لانها ربيبة مدخول بأبها . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحمظ عنه من أهل العلم وهو قول الحسن

قولها لان هذا بعيد جداً ، وان كان متصوراً ، وهل تستحلف للمرأة ؟ بمحمل وجبين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله (والآخر) لا تستحلف لان ما يبعد جداً لا اتفقت اليه لاحتمال كذب البيعة العادلة وكذب المقر في إقراره ، وهل يتبل قوله امرأة واحدة؟ على روايتين ، وهذا الذي ذكره الحرفي فيها إذا اختلفا في ابتداء الاسر قبل ضرب الاجل فان اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بمفترها لم تنقطع المدة وان كان بعد انقضاء المدة فتحكم حكم من اعترف انه لم يطأها ، وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرهما فالقول قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها ، وان ادعت أن عذرهما زالت بسبب آخر فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

وهو بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز واشوري وأهل العراق والشامي ومن تبعهم قل دخل بالبت وحدها ثبت نكاحها وقد نكح أمها كما لو لم يدخل بهما ، فإن لم يسلم معه إلا احدها كان الحكم كما لو أسلنا معه ، فان كانت المسدة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها ، وإن كان دخل بها فهي محرمة على التأبيد ، وإن كان قد وطئ احدها حرمت الاخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة ، وإن لم يكن وطئ واحدة منهما فهو وطئ أيتها شاء ، فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

(فصل) واذا أسلم عبد ونحوه زوجتان قد دخل بهما وأسلنا في العدة فمما زوجتا ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين لانه حكم العبد فيما زاد على الاربع ، فاذا أسلم ونحوه زوجتان فأسلنا معه أو في مدتها ثم نكحه حرين كانا أو أمهين أو حرة وأمة لان له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين بناء على ما مضى في المرفوع كان نحوه حرتان وأمةان فه أن يختار الحرين أو الامهين أو حرة أو أمة وليس لحررة إذا أسلمت ، الخيار في فراقه لانها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن له اختيار كما لو تزوجت معها تعلم عيبه ثم أسلم . وذكر القاضي وجهاً أن لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكانه عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب .

(فصل) ولو أسلم ونحوه أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم اعتق ثم أسلم ثبت نكاح الاربع لانه بمن يجوز له الاربع في وقت اجتناع الاسلام لانه حر ، فأما ان أسلموا كلهم ثم اعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً - بين ثبت له الاختيار وهو حال اجتنابهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كمن أسلم ونحوه اما فأسلمن معه ثم أسلم ولو أسلم معه اثنتان ثم اعتق ثم أسلم الباقيتان لم يغير الا اثنتين لانه ثبت له الاختيار بالاسلام الاولين (فصل) فان تزوج أربعا من الاماء فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لانهن عتقن

﴿مسئلة﴾ قل (وان كانت ثيباً وادعى انه يصل اليها أخلي معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فان ادعت انه ليس بني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها ، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى ان القول قوله مع يمينه)

اختلفت الرواية عن أبي عبدالله رحمه الله في هذه المسئلة فحكى الحرقى فيها روايتين (إحداهما) انه يحل معها ويقال أخرج ماءك على شيء فان أخرجه فالقول قوله لان العين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فتحكم به وهذا مذهب عطاء ، فان ادعت انه ليس بني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه يشبه بياض البيض وذلك اذا وضع على النار نجح ويس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به ، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لان الظاهر معها (والرواية الثانية) القول قول الرجل مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب

نحو عبد وانما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لانه قد يلم فقطع جريانهن إلى بينونة ، فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باخلاف الدين من حين أسلم وتبين أن الفسخ لم يصح ، وإن أسلم في العدة بن بفسخ النكاح وعلمين عدة المرات في الموضوعين لانه هنا وجبت تليين العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة التي يكن تزوج ثلاثي النكاح فيها مأسهين الرجعية فان أخرج الفسخ حتى أسلم تزوج فهن كالرجعية اذا عتقت وأخرجت الفسخ لان تركن الفسخ اعتماد على جريانهن إلى بينونة فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، ولو أسلم قبلهن ثم عتقن فاخترن الفسخ صح لانه اماء عتقن نحو عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم لا خيار لمن لانه لا حاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل بإقائنهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لمن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولقد ملك الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله ، فأما إن اخترن المقام وقلن قد رضينا بزواج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لانها حالة صح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الإقامة كحال اجتماعهم على الاسلام . وقال أصحاب الشافعي لا يسقط اختيارهن لان اختيارهن الإقامة ضد الحالة التي هن عليها وعي جريانهن إلى البيوت ونافسه مالوا ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يطل بما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق ثم عتقت فاخترت زوجها

﴿نصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (فان أسلم ونحوه اماء فأسلمن معه ولكن في حال اجتماعهم على الاسلام من نحل له الاماء فله الاختيار منهن والافسد نكاحهن إذا كان في حال اجتماعهم على الاسلام عادما لطول خائفات فاعتت فه أن يختار منهن واحدة فان

الزأي وابن المنذر لان هذا مما يعتمد اقامة البينة عليه وجبته أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالنكر في سائر الدعاوي وعليه البين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل للكذب فقولنا قوله يمينه كافي في سائر الدعاوي التي يستحلف فيها فان نكل قضي عليه بنكوله ، ويدل على وجوب البين عليه قول النبي ﷺ « **واكن البين على المدعى عليه** »

قال القاضي ويشترج أن لا يستحلف به على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا ، والصحيح ما قال الحرقى لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروي عن أحد رواة ثالثة ان القول قول المرأة مع يمينها حكاهما القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لان قولها موافق الاصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكمتا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم تضرب له

كانت لانفسه فله أن يختار منهن من تعفى في احدي الروايتين والاخرى لا يختار الا واحدة وهو مذهب الشافعي وتوجيهها قدمي ذكره وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وهذا قال الشافعي وقال أبو ثور له أن يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل انه لا يشترط شروط العقد شبه الرجعة ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وذوات محارمها ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البينونة وهذا اثبات النكاح في امرأة فان كان دخل بين ثم أسلم ثم أسلم فيء : من فالمسك كذلك وقال أبو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل بين بمجرد اسلامه لئلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة ولنا أن اسلامه في العدة كاسلامه معه وان لم يسلمن الا بعد العدة انفسخ نكاحهن ان كن كتابيات لانه لا يجوز استدامة النكاح في أمة كتابية

(مسئلة) (فان أسلم وهو موصر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار)

وان أسلم وهو موصر فلم يسلمن حتى أسير فليس له الاختيار لذلك وان أسلمت احداهن وهو موصر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئا لان وقت الاختيار دخل باسلام الأولى ألا ترى أنه اذا كان موصر كان له اختيارها فاذا كان موصرا بطل اختياره وان أسلمت الأولى وهو موصر فلم يسلم البواقي حتى أسير لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الأولى اجتمعت معه في حال يجوز ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ، ولو أسلم وأسلمن معه وهو موصر فلم يختار حتى أسير كان له أن يختار لان ثبوت حال الاختيار كان لذلك فتغير حاله لا يسقط ما ثبت كالموت زوج أو اختار ثم أسير لم يحرم عليه استدامة النكاح

مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت لها خياره وكل موضع حكنا بعدم
الوطء منه ثبت حكم عتته كما لو أقر بها ، واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من المال وتعتل
صداقها من بيت المال ويخلى معها وتسل عنه ويؤخذ بما تقول فإن أخبرته أنه يطأ كذبت الاولى ، راسخانية
بالخيار بين الافاة والفسخ وصداقها من بيت المال وان كذبت فرق بينه وبينها وصداق الثانية من ماله ههنا
لما روي ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب إليه :
أن زوجة بأمرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وصق إليها للبر من بيت المال عنه فان أصابها فقد
كذبت وان لم يصحبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينها
وقال الاوزاعي : يشهد امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجماع امرأته فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها
فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا ، وحكي عن مالك مثل ذلك الا أنه اكتفى بواحدة
والصحيح ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في الايلاء ولما قدمنا واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد

(مسئلة) (وان أسلمت احداهن بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن لان العبرة
بمالة الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة وان عتقت
أحدهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يسكن له أن يختار من الاماء لانه ملك له صفة حرة حين
اجتماعها على الاسلام .

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من
أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك اذا أسلمت وحدها وان أحب انتظار البواقي
جواز لان له غرضا صحيحا وهو أن يكون عنده من هي أقر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يسكن
حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازما وبين البواقي منذ اختلف الدينان وان أسلمن في
المدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار وعدتهن من حين الاختياره وان
أسلم بعض دون بعض بن اللاتي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختياره ، وان
اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها ، فان أسلم البواقي في عدة
تبين أنهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ ، وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه . وان
طلق التي أسلمت معه طلق وكان اختيارها لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحا لان ايقاع دلائله
عليها يتضمن اختيارها ، فأما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه ف زاد
الهدد على ماله اسماكة في هذه الحال لا يفسخ نكاحها . ثم نظروا فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان
أسلمن واختار منهن واحدة انفسخ نكاح الاولى معهن . فان اختار الاولى التي فسخ نكاحها صح
اختياره لها لان فسخه لنكاحها ما صح

وفيه وجه آخر ذكره القاضي أنه لا يصح اختياره لها لان فسخه إنما لم يصح مع إقامة البواقي على

بطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وط فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يجوز
السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت
من الاوقات يكون عتينا، ولذلك جعلنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لك أيضا ولأنه
قد يسن عن امرأة دون أخرى، ولأن نكاح الثانية ان كان مؤقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل
والوطء فيه حرام وان كان صحيحا لازما ففيه إضرار بانثية ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تريد
بتلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وإيست بأحق أن يقبل قولها من الأولى، ولأن الرجل لو أقر
بالعسر عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنه بذلك، وأكثر ما في الذي ذكره ان ثبت عجزه عن الوطء
في اليوم الذي اختبره فيه فاذا لم تثبت عنه بإقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(مسئلة) قال (وإذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له

أن ينكح بغير ذلك بمد وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح (الأرجل)

والخنثى هو الذي في قلبه فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكرا أو أنثى،

قال الله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منها رجالا كثيرا ونساء)

انكفر حتى تنقضي العدة لأنها تبينا أن نكاحها كان لازما فاذا أسلمت لحق اسلامها بتلك الحال فصار
كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسح نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها .
وهذا يبطل بما لو فسح نكاح إحداهن قبل ائلامها فإنه لا يصح ولا يجعل اسلامها الموجود في
الثاني كالوجود سابقا كذلك هنا

(مسئلة) (وان أسلم ونمته حرة وإمامة أسلمت الحرة في عدتها قبلها أو بعد من افسح نكاحها)
إذا أسلم ونمته حرة وإمامة ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمت معه كالمه فانه يلزمه
نكاح الحرة وينسخ نكاح الاماء، لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور له أن يختار وقد
مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء، ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء
فان لم يسلمن حتى انقضت عددهن بن باختلف الدين وابتداء عددهن من حين أسلمه وان أسلمن في
معددهن بن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها فان ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم
بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في باحتمن

(الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو اما ان تنقضي عدتها قبل اسلامها فتبين
باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو تسلم في عدتها فثبت نكاحها ويبطل
نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وانقضت عدتها لأنها
لا نكحها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثا قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق ولانا تبينا أن النكاح

فليس ثم خاق ثالث، ولا يخلو الخش من أن يكون مشكلا أو غير مشكل فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن، وإن كان مشكلا لم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء، فاختلاف أصحابنا في نكاحه فذكر الحرقى أنه يرجع إلى قوله فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء، فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهة وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها، وقد يعرف نفسه يميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فإن الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات يميل الذكر إلى الأنثى ويميلها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيها يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو دينه قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لأنه منهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لأنه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الإمامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره، وإذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الأول لم يقبل في الزوجين بغير الجنس الذي زوجه أولا لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين زوج الرجل والنساء

انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء، وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتا ووقع فيه الطلاق وبان الاماء بثبوت نكاحها قبل الطلاق

(فصل) فإن أسلم ونحته إماما، وحرمة فأسلمن ثم عتقن قبل إسلامها لم يكن له أن يختار منهن لأن نكاح الأمة لا يجرز انقادر على حرمة وإنما يعتبر حاله حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ثم ينظر فإن لم تسل الحرة فله الاختيار منهن ولا يختار الا واحدة اعتبارا بحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن، وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحهن وانقطعت عصمتهم فإن كان قد اختار واحدة من العتقات في عدة الحرة ثم لم تسل فلا عبرة باختياره لأن الاختيار لا يكون موقوفا، فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر فإن كان جميع الزوجات أربعة فما دون ثبت نكاحهن وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعة ويبطل عصمة الخامسة لأنهن حرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الأصلية وكألو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن وإن أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كألو أسلم ونحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيلا

(فصل) ولو أسلم ونحته خمس حرائر فأسلم معهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداها لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منها فلا معنى لاعتبار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي

لكن ان تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لافتراره بطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لان الحق عليه وهذا قول الثاني ، وقال ابو بكر لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره وذكره نصاً عن أحد في رواية الميسوني وهذا الذي ذكره أبو اسحاق مذهبا لشافعي وذلك لانه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كالو اشتبهت عليه أخته بنسوة وكالو لم يقل أني رجل ولا امرأة ولان قوله لا يرجع اليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما في نكاحه ولانه لا يعرف نفسه كالأبيرة غيره ولانه قد اشتبه بالمخطور في حقه فحرم كما ذكرناه

(مسألة) قال (وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رجما إذا زنيا والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء) ذكر الحرقى رحمه الله في هذا الباب شرائط الاحسان ونحن نؤخره الى الحدود فانه أخص به والله أعلم

لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي الا اثنتان لزمه نكاح الرابع ، وان أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينفسخ نكاح الباقية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنين ، وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن اذ لامضى لا تتظار الخامسة ونكاح ثلاثة منهن لازم على كل حال ، ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لانه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك ، ولذلك لو أسلمت معه من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا هنا قال شيخنا والصحيح ههنا أنه يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المغني ، وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مستثنانا .

(مسألة) (وان أسلم عبد وتحتته اماً فأسلمن معه ثم اعتق فله أن يختار منهن لانه حاله اجتماعهم على الاسلام كان عبداً يجوز له الاختيار من الاماء)
(مسألة) (وان أسلم واعتق ثم أسلمن فحكاه حكم الحر) لا يجوز أن يختار الا بوجود الشرطين فيه لانه حاله اجتماعهم في الاسلام كان حراً فيشترط في حقه ما يشترط في حق الحر

تم بحمد الله وعونه الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير

وبليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الثامن منها وأوله (كتاب الصداق)

صفحة	صفحة
١٤٩	٧٥
اقرار الاكبر من الابن بأخويه وأصديق الاصغر	بيان المسألة الاكدرية وحكمها والمذاهب فيها
١٥١	٧٨
اقرار الابن بأخويه دفعة واحدة	بيان المسألة الحرقاء وحكمها واختلاف الصحابة فيها
١٥٢	٨٠
اقرار البنت والاخت لصغيرة	مسائل مختلفة في ميراث الجد مع الاخوة
١٥٤	٨٢
اقرار الابن بأخ ثم جده	باب ميراث ذوي الارحام وعددهم
١٥٧	٨٥
اقرار من أعيان المسألة بمن يصبه	كيفية توريث ذوي الارحام والمذاهب فيه
١٥٩	٨٨
اقرار الوارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه	اعطاء جميع التركة لمن انفرد من ذوي الارحام
١٦٠	٩٠
اقرار أجدنا الورثة بأن الوصي له اخو الميت	مسائل متنوعة في توريث ذوي الارحام
١٦١	٩٢
كون الفاعل لا يرث من المقتول شيئاً عمداً كان القتل أو خطأ	تقديم الرد والولى المقتول على ذوي الارحام
١٦٢	٩٣
كون المانع من الارث انما هو القتل بغير حق	توريث ذوي الارحام مع الزوج والزوجة
١٦٥	٩٤
الاجماع على ان الكافر لا يرث للمسلم ولا المسلم الكافر	المسألة التي تعول من مسائل ذوي الارحام
١٦٧	٩٥
توارث الكفار إذا كان دينهم واحداً	توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية
١٦٩	٩٦
توارث أهل الله الواحددة وإن اختلفت ديارهم	مسائل في النسوية بين الذكور والاناث من ذوي الارحام
١٧٠	١٠٥
الموتد لارث احداً إلا ان يرجع قبل قسمة التركة	بيان مذهب أهل النزول وأهل القرابة
١٧١	١١٣
كون من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له	أحكام ميراث الخنثى المشكل
١٧٤	١١٨
جعل مال المرء ميتاً إذا مات على رده	ميراث الخنثى في حال دون حال
١٧٦	١١٩
كون الزنديق كالموتد لا يرث ولا يورث	تعدد الخنثى الوارث وحكمه
١٧٧	١٢٠
فسخ النكاح وندم اتوارث بين الزوجين بارتدادهما معاً	حكم من لم يبين فيه علامة الذكورة ولا الأنوثة
١٧٨	١٢١
بيان ميراث الموسى ومن جرى مجراه	أحكام ميراث ابن الملاعنة
١٨٠	١٢٦
الميراث بجميع القرابات إذا أمكن	حكم ما إذا لم يترك ابن الملاعنة ذاً سهماً
١٨١	١٢٧
فروع في الميراث يجنيه القرابات	تكذيب الملاعن نفسه بعد قسم ميراث ابن الملاعنة
١٨٢	١٢٨
المسائل التي يجتمع فيها اربان يجمع الارث بهما	ميراث ابن ابن الملاعنة
١٨٥	١١٩
حكم ما إذا وطئ مسلم بعض محاربه بشبهة	حكم ميراث ولد الزنا
١٨٦	١٢٠
حكم ما إذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم	بيان ان البتد لا يرث ولا يورث
١٨٧	١٣١
حكم ما إذا دعى كل وارث أن موروثه مات آخراً	ميراث الاسير والمدبر والمكاتب
١٨٩	١٣٢
حكم ما إذا غرق اخوات أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو	فروع في ميراث المكاتب
١٩٠	١٣٣
حكم ما إذا غرق ثلاثة أخوة لابوين أو عفرقين	ميراث البعض والميراث، منه وحجبه
	١٤٤
	١٤٥
	١٤٦

صفحة	صفحة
٢٤٣	١٩٢ كون من لا يرث لا يحجب الرقيق والفانل
٢٤٥	١٩٣ كون المحجوب قد يحجب كالأخوة بحجج الام
٢٤٧	ويحججون بالاب
٢٤٩	١٩٤ بيان ميراث الحمل والمذاهب فيه وأحواله
٢٦١	١٩٧ الشروط التي تشتترط لميراث الحمل
٢٦٣	٢٠٠ مسائل في استهلال أحد التوأمن إذا لم يعلم ببعده
٢٦٥	٢٠٢ استهلال أحد التوأمن ثم استهلال الآخر
٢٦٩	٢٠٣ ميراث غرة الجنين الواجبة بالجناية على أمه
٢٧٣	٢٠٤ ميراث دية القتل والخلاف فيها
٢٧٤	٢٠٥ ميراث المفقود وأنواعه
٢٨٠	٢٠٦ فروع في ميراث المفقود وأحكامه
٢٨٢	٢١٠ مسائل مختلفة في ميراث المفقود
٢٩٠	٢١٢ استواء نكاح المرض والصحة في صحة العقد
٢٩٤	والميراث
٢٩٧	٢١٣ ميراث الزوجين قبل الدخول وعدم ثبوته في
٢٩٩	النكاح الفاسد
٣٠٢	٢١٤ فروع تتعلق بالميراث في النكاح الفاسد
٣٠٤	٢١٧ الطلاق واستوارث فيه
٣٠٧	٢٢٠ الطلاق الثلاث في المرض قبل الدخول
٣١١	٢٢١ تطليق المدخول بها رجياً ومرض الرجل
٣١٢	في العدة
٣٢١	٢٢٤ تعليق الطلاق في الصحة على شرط وجد
٣٢٢	في المرض
٣٢٣	٢٢٥ إكراه الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به
٣٢٤	نكاحها كوطئها
٣٢٥	٢٢٧ فعل الرضاة ما ينفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة
٣٢٧	٢٣٣ فروع في أحكام ميراث المطلقة
٣٢٨	٢٣٤ أحكام اشتراك الرجائين في وطء المرأة
٣٢٩	٢٣٨ كتاب الولاء
٣٣٠	٢٣٩ ثبوت الولاء للمعتق مع اختلاف الدين
	٢٤١ ثبوت الولاء للعربي على العربي

صفحة	صفحة
٣٦٦	٣٣١
حكم تزوج المرأة بغير اذن وليها	أحكام جوائز السلطان ومذاهب الأئمة فيها
٣٦٧	٣٣٣
حكم تزوج من يعتبر اذنها	كتاب النكاح
٣٦٨	٣٣٤
أحكام عضل الولي الاقرب ومعنى العضل	ثبوت النكاح بالكتاب والسنة والاجماع
٣٦٩	٣٣٥
إذا كان ولي المرأة غائبا زوجها من هو أبعد منه من عصبتها	المذاهب في استحباب النكاح وفي تركه
٣٧٠	٣٣٧
مقدار النية المنقطعة والتي لا يجوز للابعد التزويج فيها	لا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين
٣٧١	٣٣٨
إذا زوجت المرأة من غير كفء فالنكاح باطل	إذا نكحت المرأة نفسها فنكاحها باطل
٣٧٢	٣٣٩
الرواية الثانية عن أحمد ان الكفائة ليست شرطاً في النكاح	إذا حكم بصحة العقد حاكم لم يحجز تقضه
٣٧٣	٣٤٠
حكم ما إذا رضي بالعقد بعض الاولياء ولم يرض البعض	لا يتعد النكاح الا بشهادة مسلمين
٣٧٤	٣٤١
شروط الكفائة	لا يتعد النكاح بشهادة رجل وامرأتين
٣٧٥	٣٤٢
غير قریش من الرب لا يكافئها	يصح انعقاد النكاح بشهادة عيدين
٣٧٦	٣٤٣
خلاف في اليسار أشترط هو من شروط الكفائة	إذا نكح المرأة نكاحاً فاسداً فالواجب طهرها
٣٧٧	٣٤٤
فروع فيما تعتبر فيه الكفائة بين الزوجين	لاحد في وطء النكاح الفاسد
٣٧٨	٣٤٥
كفائة الموالى لبعضهم وحكم ولد الزنا	النكاح الفاسد والامور التي يساوي فيها الصحيح
٣٧٩	٣٤٦
تزويج الرجل ابنته البكر لمن هو كفوها	بيان أولى الناس بنكاح المرأة الحرة
٣٨٠	٣٥٠
حكم اجبار البكر البالغة العاقلة	ثبوت ولاية التزويج للسلطان
٣٨١	٣٥١
فروع في تزويج الاب ابنته البكر البالغة	أحكام ولاية السلطان للتزويج
٣٨٢	٣٥٢
كون الاجبار في النكاح أما يكون للاب فقط	قيام الوكيل مقام الولي في التزويج
٣٨٣	٣٥٣
حكم زواج الحاربة إذا بلغت تسع سنين	فصل في جواز التوكيل مطلقاً ومقيداً
٣٨٤	٣٥٤
استحباب استئذان البكر البالغة	يثبت للوكيل ما يثبت للموكل
٣٨٥	٣٥٥
إذا زوج ابنته الثيب بغير اذنها فالنكاح باطل	إذا كان الاقرب من عصبتها طفلاً زوجها الأبعد
٣٨٦	٣٥٦
اذن الثيب الكلام واذن البكر الصامت	التسروط المعبرة بثبوت الولاية
٣٨٧	٣٥٧
النطق بالاذن ابلغ من الصامت	لا يشترط في الولي أن يكون بصيراً
٣٨٨	٣٥٨
فصل في الثيب المعتبر نطقها	يزوج أمة المرأة باذنها من يزوجه
٣٨٩	٣٥٩
فصل في المجنونة	يزوج مولانها من يزوج أمتها
٣٩٠	٣٦٠
حكم ما إذا كان وليها الحاكم	إذا كان للامة مولى فهو وليها
٣٩١	٣٦١
حكم الزواج بدون صداق المثل	أحكام زواج موليته إذا أذنت له
	٣٦٢
	إذن المرأة لوليها في تزويجها من غير تعيين
	٣٦٣
	أحكام تزويج الكافر المسلمة والمسلم الكافرة
	٣٦٤
	تزويج الولي الأبعد مع حضور الاقرب

صفحة	صفحة
٤١٧	٣٩٢
فروع في الفروع	فروع في الزواج
٤١٨	٣٩٣
حكم المدبرة وأم الولد	توزيع الاب الصبي والبالغ المتوه
٤١٩	٣٩٤
لا يثبت أنها أمة بمجرد انهوى	كون وصي الاب بمنزله في نكاح الصبي
٤٢٠	٣٩٥
ان كان المتورر عبداً فولده أحرار	امتناع التوزيع للصبي والمتوه بزيادة على
٤٢١	٣٩٦
حكم مالو شرطها مسلمة فبانت كافرة	مهر المثل
٤٢٢	٣٩٧
حكم مالو تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة	نكاح المحجور عليه للسفه وأحواله
٤٢٣	٣٩٨
فصول في النكاح	امتناع تطليق امرأة المولي عليه على غير الاب
٤٢٥	٣٩٩
عق الامة وجعل عقها صدانها	اجبار المدبرة والمعلق عقها بصفة وأم الولد
٤٢٦	٤٠٠
عق المرأة عبداً بشرط أن يتزوجها	امتناع توزيع العبد وهو كاره الا أن يكون صغيراً
٤٢٧	٤٠١
زواج الرجل أمة بمدعتها لا يحتاج الى استبراء	توزيع السيد عبده الصغير وحكم مهر امرأته
٤٢٨	٤٠٣
الفاظ التي ينعقد بها النكاح	ونقته
٤٢٩	٤٠٤
كون عقد النكاح يجب أن يكون بالعوية	فروع في شراء الحرة زوجها أو ملكها له
٤٣٠	٤٠٥
للقادر عليها	توزيع الولين موليتهما من اثنين
٤٣١	٤٠٦
تقدم القبول على الإيجاب في النكاح	توزيع المرأة من اثنين وفسخ النكاح بمجهل
٤٣٢	٤٠٧
المزل والاكرام في النكاح وتراخي القبول	الاول منها
٤٣٣	٤٠٨
عن الإيجاب	بطالان النكاح بوقوع عقدين معاً على امرأة
٤٣٤	٤٠٩
امتناع زبوت الخيار في النكاح	واحدة
٤٣٥	٤١٠
الخطبة في النكاح غير واجبة عند أهل العلم	دعوى كل من الزوجين أنه السابق وانفراؤها
٤٣٦	٤١١
يستحب اعلان النكاح والضرب فيه بالدف	لواحد منها
٤٣٧	٤١٢
يستحب عقد النكاح يوم الجمعة	إذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل
٤٣٨	٤١٣
ليس للعبد أن يتزوجها	إذا دخل العبد بمن تزوجها فعلى سيدها
٤٣٩	٤١٤
ليس للعبد أن يتزوجها الا اثنين	خمساً المهر
٤٤٠	٤١٥
العبد ان يتسرى باذن سيده	تزوج العبد بغير اذن سيده بعلق المهر برقبته
٤٤١	٤١٦
العبد التسري بما شاء اذا اذن له سيده	يقديه به السيد
٤٤٢	٤١٧
اذا اذن السيد لعبده أن يتسرى فليس له	ان كان المهر الواجب على المبدزائداً على رقبته
٤٤٣	٤١٨
أن يرجع	لم تلزم السيد الزيادة
٤٤٤	٤١٩
حكم مالو طلق الحر أو العبد الخ	اذا تزوج أمة على أنها حرة فأصاها وولدت
٤٤٥	٤٢٠
حكم مالو أسلم زوج الجوسية والوثنية الخ	منه فالولد حر
٤٤٦	٤٢١
اذا زنى بامرأة فليس له أن يتزوج أختها حتى	مسائل في الفداء والضيان
٤٤٧	٤٢٢
تقضي عدتها	الفصل الرابع في المهر
٤٤٨	
من خطب امرأة تزوج بغيرها لم ينعقد النكاح	

صفحة	صفحة
٤٧٦	٤٤٥
ان تحريم باين الفحل	من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين
٤٧٨	٤٤٦
حرمة الجمع بين المرأة وعمتها وبيتها وبين خالتها	حكم ما لو كانت له ابنتان الخ
٤٧٩	٤٤٧
جواز الجمع بين بنتي العم وبين بنتي الخال	حكم ما لو كانت له ابنة واحدة فقال زوجته
٤٨٠	٤٤٨
ما ينتشر اليه التحريم بسبب العقد على المرأة	أبتي
٤٨١	٤٤٩
بنات المحرمات من الذهب والرضاع كهن	اشتراط المرأة تزويجها طلاق ضررها وبطلانه
٤٨٢	٤٥٠
وطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة	الشروط الباطلة التي يصح العقد بها
٤٨٣	٤٥١
الوطء على ثلاثة أضرب :	الشروط التي تبطل النكاح من أصله
٤٨٤	٤٥٢
لا فرق فيما ذكر بين الزنا في القبل والدير	اشتراط الخيار في الصداق خاصة لا يبطل النكاح
٤٨٥	٤٥٣
يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا الخ	جواز النظر الى الحرة لمن يريد تزويجها
٤٨٦	٤٥٤
حكم من باشر فيها دون الفرج	أحكام نظر الرجل الى المرأة
٤٨٧	٤٥٦
حكم ما لو نظر الى فرج امرأة بشهوة	مضى ذوات المحارم وحكم النظر اليهن
٤٨٨	٤٥٧
حكم ما لو نظرت المرأة الى فرج رجل بشهوة	جواز نظر العبد الى وجه سيده وكبها
٤٨٩	٤٥٨
حكم ما لو تزوج اختين في عقد واحد	حكم نظر الام الى المرأة ونظر كل من الزوجين
٤٩٠	الى الآخر
فصل في المهر	٤٥٩
٤٩١	٤٥٩
حكم ما لو تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد	إباحة نظر السيد الى جميع بدن أمته وحكم
٤٩٢	٤٦٠
حكم ما لو اشترى أختين فأصاب أحديهما	النظر للإجانب
٤٩٣	٤٦١
فصول في الجمع بين الاختين في الملك	تحريم نظر الرجل الى الأجنبية بدون سبب
٤٩٤	٤٦٢
حكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج	النظر الى العجوز التي لا تشبهى والى الامه
٤٩٥	٤٦٣
حكم ما لو تزوج الامه الموطوءة أو اخرجها	النظر الى العطفة التي تصلح للنكاح
٤٩٦	٤٦٤
عن ملكه	حكم نظر الرجل الى الرجل
٤٩٧	٤٦٥
لا بأس بالجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته	حكم نظر المرأة الى المرأة
٤٩٨	٤٦٦
من غيرها	أحكام نظر المرأة الى الرجل
٤٩٩	٤٦٧
حكم ما لو تزوج رجل بامرأة وزوج ابنته بنتها	الشروط التي تصح في عقد النكاح
٥٠٠	٤٦٨
حرائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم حلال	فروع في تزوج الامه من غير شرط
٥٠١	٤٦٩
للمسلمين	استحباب اختيار ذات الدين لمريد الزوج
٥٠٢	٤٧٠
أهل الكتاب هم أهل التوراة والانجيل	بيان ما ينبغي للمتزوج أن يتخيره من النساء
٥٠٣	٤٧١
لا تحل ذبايح الخوس ولا نكاح نسائهم	باب ما يحرم نكاحه والمحرمات بالانساب
٥٠٤	٤٧٢
حكم سائر الكفار غير أهل الكتاب	أنواع المحرمات بالانساب وتحريم السبب
٥٠٥	٤٧٣
حكم ما لو تزوج كنيانية فانتقلت الى دين آخر	ما يحرم بالمصاهرة وأقسامه
٥٠٦	٤٧٤
فروع في نكاح المنقل من دينه الى دين آخر	فروع في تحريم نكاح الربيبة
٥٠٧	٤٧٥
حل الامه الكنيانية لسيدتها دون المجوسية	بيان ما يحرم بالرضاع

صفحة	صفحة
٥٩٦	٥٧٢
إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لها	نهي النبي ﷺ عن متعة النساء
٥٩٧	٥٧٣
حكم ما لو اختارت المقام معه قبل الدخول	حكم ما إذا تزوج المرأة على أن يطلقها في وقت بيته
أو بعده	
٥٩٨	٥٧٤
حكم ما لو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل	بطلان نكاح المحلل
٥٩٩	٥٧٥
حكم ما لو طلقها طلاقاً بائناً ثم أعتقت	حكم ما إذا شرط عليه التحليل قبل المقدم
٦٠٠	٥٧٦
فصل في الطلاق بعد التلق وقيل الاختيار	يذكره في المقدم الخ
٦٠١	٥٧٦
فروع في ثبوت الخيار للمعتقة على زوجها	حكم عمر في قصة ذي الرقعتين
وازوجها عليها	٥٧٧
٦٠٢	٥٧٨
باب أجل العنين والحصي غير المحبوب	حكم ما لو عقد المحرم نكاحاً الخ
٦٠٣	٥٧٩
العنة وأحكامها وفسخ النكاح بها	حكم ما لو وجد أحد الزوجين بصاحبه جنوناً
٦٠٤	٥٨٠
أجل العنين وابتدأه وكيفيته ثبوت العنة	الفصل الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ
٦٠٥	٥٨١
رجعة العنين بعد الفسخ أما نكاحه بنكاح جديد	الاختلاف في عدد العيوب التي تجوز للفسخ
٦٠٦	٥٨٢
أحكام الحصي وكونه كالعنين	الخيار بغير ما ذكر من العيوب
٦٠٧	٥٨٣
دعوى العنين	حكم ما لو كان بكل من الزوجين عيب
٦٠٨	٥٨٤
علم المرأة بعنة زوجها بعد الدخول	اعتبار في شروط ثبوت الخيار
٦٠٩	٥٨٥
رضاء المرأة بعنة الرجل يبطل خيارها	إذا فسخ قبل السيس فلا مهر له
٦١٠	٥٨٦
بطلان دعوى العنة بعد اعتراف المرأة بوصوله إليها	حكم ما لو كان الفسخ بعد الدخول
٦١١	٥٨٧
بيان الوطء الذي يخرج به من العنة	حكم ما علم بالصيب وقت المقدم أو بعده
٦١٢	٥٨٨
كون وطء امرأة لا يخرجها عن العنة في حق غيرها	حكم ما لو طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب
٦١٣	٥٨٩
ثبوت الخيار للمرأة بحجب العنين قبل الحل	ليس لولي الصغير والصغيرة والامة تزويجهم بمسبب
٦١٤	٥٩٠
دعوى امرأة عنة زوجها وادعاؤه وطأها	لا يجوز تزويج كبيرة بمسبب بغير رضاها
٦١٦	٥٩١
دعوى الرجل وطء الثيب وانكارها	إذا عتقت الامة وزوجها عبد فإها الخيار
٦١٩	٥٩٢
دعوى العتق المشكل أنه رجل وأحكامه	فرقة الخيار فسخ لا ينقصها عدد الطلاق
٦٢٠	٥٩٣
أحكام الخشي المشكل وميراثه ودينه	حكم ما لو أعتق قبل أن تختار
٦٢١	٥٩٤
بيان شرائط الاحصان	أن وطئها يبطل خيارها
	٥٩٥
	حكم ما لو أعتق العبد والامة دفعة واحدة