

[1]

(الجزء الخامس من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالاصول أيضا سميت صنفا محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم * (باب نكاح البكر) * (قال) * رضي الله عنه وإذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهي بكر فبلغها فسكتت فهو رضاها والنكاح جائز عليها وإذا أبت وردت لم يجز العقد عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يجوز العقد وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى احتج بقوله صلى الله عليه وسلم ليس للولي مع الثيب أمر فتخصيص الثيب بالذكر عند نفي ولاية الاستبداد للولي بالتصرف دليل على أنه يستبد بتزويج البكر ولأن هذه بكر فيملك أبوها تزويجها كما لو كانت صغيرة وهذا لما بينا أن بالبلوغ لا يحدث لها رأي في باب النكاح فان طريق معرفة ذلك التجربة فكان بلوغها مع صفة البكاره كبلوغها مجنونة بخلاف المال والغلام فان الرأي هناك يحدث بالبلوغ عن عقل والدليل عليه أن للاب أن يقبض صداقها بغير أمرها إذا كانت بكرًا فإذا جعل في حق قبض الصداق كأنها صغيرة حتى يستبد الاب يقبض صداقها فكذا في تزويجها وحجتنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة وفي حديث آخر قال في البكر يزوجه وليها فان سكتت فقد رضيت وان أبت لم تكره وفي رواية فلا جواز عليها والدليل عليه حديث الخنساء فانها جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة فقال صلى الله عليه وسلم أجزت ما صنع أبوك فقالت مالي رغبة فيما صنع أبي فقال صلى الله عليه وسلم أجزت ما صنع أبي ولكني أردت ان يعلم النساء ان ليس للأب من أمور بناتهم شيء ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب فدل ان الحكم لا يختلف وفي الحديث المعروف البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها فدل ان أصل الرضا منها معتبر والشافعي رحمه الله تعالى لا يعمل بهذا الحديث أصلا فانه يقول في حق الاب والجد لا يشترط رضاها

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

سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة إلى الرجال وكذلك إذا بلغها العقد فلها جوابان أجزت أو رددت فيجعل السكوت دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو الاجازة (قال) وكذلك لو ضحكت لان الضحك أدل على الرضا بالتصرف من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط والكرهية وقد قال بعض المتأخرين هذا إذا كان لبكائها صوت كالويل فأما إذا خرج الدمع من عينها من غير صوت البكاء لم يكن هذا ردا بل هي تحزن على مفارقة بيت أبويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وكذلك قالوا ان ضحكت

كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضا والضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء
معروف بين الناس (قال) فان قال قبل النكاح ان فلانا يخطبك وأنا مزوجك
اياه فسكنت ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روى أن النبي صلى الله عليه
وسلم كان إذا خطب إليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب
فلانة ثم ذهب فزوجها ان سكنت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها وفي
رواية أن كان يقول ان فلانا يخطب فلانة فان كرهته قولى لا فانما طلب
منها جواب الرد لا جواب الرضا فدل ان السكوت يكفى للرضا وفى الكتاب
لم يشترط تسمية الصداق فى الاستثمار وانما اشترط تسمية الزوج لان
الظاهر ان اختلاف رغبته يكون باختلاف الزوج وان الاب لا يقف على
مرادها فى حق الزوج فاما فى حق الصداق فالاب يعلم بمرادها فى ذلك
وهو صداق مثلها فلا حاجة إلى تسمية ذلك مع ان فى أصل النكاح الشرط
تسمية الزوجين لا المهر ففى الاستثمار أولى وبعض المتأخرين يقولون
لا بد من تسمية المهر فى الاستثمار لان رغبته تختلف باختلاف الصداق
والقلة والكثرة والذي بيناه فى الاب هو الحكم فى سائر الاولياء فهذا دليل
على ان الاستثمار انما يكون معتبرا من الولي الذي يملك مباشرة العقد
فاما الاجنبى إذا استأمرها فسكنت لم يكن له أن يزوجها لان سكوتها لعدم
الالتفات إلى استثمار الاجنبى فكأنها قالت مالك وللإستثمار حين لم تكن
بسبيل من العقد الا أن يكون الذي استأمرها رسول الولي فحينئذ الرسول
قائم مقام المرسل وحكى عن الكرخي رحمه الله تعالى ان سكوتها عند
استثمار الاجنبى يكون رضا لانها تستحي من الاجنبى أكثر مما تستحي من
الولي (قال) وإذا قالت البكر لم أرض حين بلغني وادعى الزوج رضاها
فالقول قولها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى القول قول الزوج لانه
متمسك بما هو الاصل

[5]

وهو السكوت والمرأة تدعى عارضا وهو الرد فيكون القول قول من
بتمسك بالاصل كالمشروط له الخيار مع صاحبه إذا اختلفا بعد مضي المدة
فادعى المشروط له الخيار الرد وأنكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه
بالاصل وهو السكوت وكذلك الشفيع مع المشتري إذا اختلفا فقال الشفيع
علمت بالبيع أمس فطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت فالقول قول
المشتري لتمسكه بما هو الاصل ولكننا نقول الزوج يدعى ملك بضعها وهذا
ملك حادث وهي تنكر ثبوت ملكه عليها فكانت هي المتمسكة بالاصل فكان
القول قولها كما لو ادعى أصل العقد وأنكرت هي وهذا لان ما قاله زفر
رحمه الله تعالى نوع ظاهر والظاهر يكفى لدفع الاستحقاق لا لاثبات
الاستحقاق وحاجة الزوج هنا إلى اثبات الاستحقاق وفى الحقيقة المسألة
تنبنى على مسألة أخرى وهو انه إذا قال لعبد ان لم تدخل الدار اليوم
فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وقال المولى قد دخلت عند
زفر رحمه الله تعالى القول قول العبد لتمسكه بما هو الاصل وعندنا القول
قول المولى لان حاجة العبد إلى اثبات الاستحقاق والظاهر لهذا لا يكفى
ولان عدم الدخول شرط للعتق ولا يكتفى بثبوت الشرط بطريق الظاهر
فكذا هنا رضاها شرط لثبوت النكاح والظاهر لا يكفى لذلك فاما الشفيع إذا
قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله وان قال علمت أمس وطلبت
الآن فالقول قول المشتري لان حاجة المشتري إلى دفع استحقاق الشفيع
والظاهر يكفى للدفع وكذلك فى باب البيع فان سبب لزوم العقد وهو
مضى مدة الخيار قد طهر فحاجة الآخر إلى دفع استحقاق مدعى الفسخ
والظاهر يكفى لذلك فان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح والا

فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تستحلف فان نكلت قضى عليها بالنكاح وأصل المسألة ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف في ستة أشياء في النكاح والرجعة والفئ في الابلاء والرق والنسب والولاء وعندهما يستحلف في ذلك كله فيقضي بالنكول وقد ذكر في الدعوى فصلا شائعا إذا ادعت الامة على مولاها انها أسقطت سقطا مستبين الخلق وصارت أم ولد له بذلك وحجتها في ذلك ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز القضاء فيها بالنكول كالاموال وهذا لان النكول قائم مقام الاقرار ولكن فيه نوع شبهة لانه سكوت والسكوت محتمل فانما يثبت به ما يثبت مع الشبهات ولهذا لا يثبت القصاص

[6]

بالنكول لانه يندرى بالشبهات وانما يثبت بالنكول ما يثبت بالابدال من الحج نحو كتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة وهذه الحقوق تثبت بذلك فكذلك بالنكول لانه بدل عن الاقرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الحقوق لا يجزي فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وبيان الوصف ظاهر فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها وكذلك لو قال لست بأبن لك ولا مولى ولكن أبذل لك نفسي أو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل لك نفسي لتسترقني لا يعمل بذله أصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن أبذله لك لاتخلص من خصومتك كان بذله صحيحا وتأثيره ان النكول بمنزلة البذل لا بمنزلة الاقرار فانا لو جعلناه بذلا يتوصل المدعى إلى حقه مع بقاء المدعى عليه محقا في انكاره وإذا جعلناه اقرارا يجعل المدعى عليه مبطلا في انكاره وذلك لا يجوز الابحجة ولان النكول سكوت فهو إلى ترك المنازعة أقرب منه إلى الاقرار فانما يثبت به أدنى ما يثبت بترك المنازعة وهو البذل فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين القصاص في النفس فان هناك يستحلف وان كان لا يقضى بالنكول لان اليمين في النفس مقصودة لعظم أمر الدم الا ترى ان الايمان في القسامة شرعت مكررة وفي هذه المسائل اليمين ليست بحق له مقصودا وانما المقصود منه القضاء بالنكول فإذا لم يجر القضاء بالنكول لا حاجة إلى الاستحلاف لكونه غير مفيد وبان كان يثبت بالابدال من الحج فذلك لا يدل على انه يستحلف فيه كتصديق المقذوف القاذف يثبت بالابدال من الحج ولا يجري فيه الاستحلاف (قال) وان كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم أرض لم تصدق على ذلك لان تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها وهي مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل السخط منها دون دليل الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك للزوج واقارره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق وهذا لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزوم العقد عليها أيضا (قال) وإذا زوج ابنه الكبير فبلغه فسكت لم يكن رضا حتى يرضى بالكلام أو بفعل يكون دليل الرضا لان في حق الانثى السكوت جعل رضا لعله الحياء وذلك لا يوجد في الغلام فانه لا يستحي من الرغبة في النساء ولان السكوت من البكر محبوب في الناس عادة وفي حق الغلام السكوت مذموم لانه دليل على التخثت فلهذا لا يقام سكوته مقام رضاه

(قال) وإذا مات زوج البكر قبل أن يدخل بها بعد ما خلا بها زوجها أبوها بعد انقضاء العدة كما تزوج البكر لان صفة البكارة قائمة والحياء الذي هو علة قائم فان بوجوب العدة والمهر لا يزول الحياء فلهذا يكتفى بسكوتها وان جومعت بشبهة أو نكاح فاسد لم يجر تزويجها بعد ذلك برضاها ولا يكتفى بسكوتها في هذا الموضع لانها ثبت لقوله صلى الله عليه وسلم والثيب تشاور فاما إذا زنت يكتفى بسكوتها عند التزويج عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى لا يكتفى بسكوتها لانها ثبت لان الثيب اسم لامرأة يكون مصيبها عائدا إليها مشتق من قولهم تاب أي رجع والبكر اسم لامرأة مصيبها يكون أول مصيب لها لان البكارة عبارة عن أولية الشئ ومنه يقال لأول النهار بكرة وأول الثمار باكورة والدليل عليه انها تستحق من الوصية للثيب دون الوصية للابكار وإذا كانت ثيبا وجب مشورتها بالنص ولا يجوز الاشتغال بالتعليل مع هذا لانه يكون تعليلا لابطال حكم ثابت بالنص ولان الحياء بعد هذا يكون رعونة منها فانها لما لم تستح من اظهار الرغبة في الرجال على أفحش الوجوه كيف تستحي من اظهار الرغبة على أحسن الوجوه بخلاف حياء البكر لانه حياء كرم الطبيعة وذلك أمر محمود وهذه لو كان فيها حياء إنما هو استحياء من ظهور الفاحشة وذلك غير ما ورد فيه النص ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول صاحب الشرع إنما يجعل سكوتها رضا لا للبكارة بل لعله الحياء فان عائشة رضی الله تعالى عنها لما اخبرت أنها تستحي فحينئذ قال سكوتها رضاها وغلبة الحياء هنا موجودة فانها وان أبتليت بالزنا مرة لفرط الشيق أو أكرهت على الزنا لا ينعدم حياؤها بل يزداد لان في الاستنطاق ظهور فاحشتها وهي تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء محمود منها لانها سترت ما على نفسها وقد أمرت بذلك قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القادورات شيئا فليستتر بستر الله وقبل هذا الفعل إنما كانت لا تستنطق لان الاستنطاق دليل ظهور رغبته في الرجال فإذا سقط نطقها في موضع يكون النطق دليل رغبته في الرجال على أحسن الوجوه فلان يسقط نطقها في موضع يكون النطق دليل الرغبة في الرجال على أفحش الوجوه كان أولى بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين ألزم المهر والعدة وأثبت النسب بذلك الفعل وهنا الشرع ما أظهر ذلك عليها إذ لم يعلق به شيئا من الاحكام وأمرها بالستر على نفسها فان

أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح أنه لا يكتفى بسكوتها أيضا بعد ذلك وكذلك إذا صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يقول في هذين الفصلين يكتفى بسكوتها أيضا لانها بكر شرعا. ألا ترى أنها تدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ولا يكتفى بسكوتها فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء ولو زالت بكارتها بالوثبة أو الطفرة أو بطول التعنيس يكتفى بسكوتها عندنا وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى هي بمنزلة الثب استدلالا بالبيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشتري بهذه الصفة كان له ان يردها فدل انها ليست ببكر بعدما أصابها ما أصابها ولكننا نقول هي بكر لان مصيبها

أول مصيب لها الا انها ليست بعذراء والعادة بين الناس انهم باشتراط
البيكاره في السرائر يريدون صفة العذرة فلهذا ثبت حق الرد فأما هذا
الحكم تعلق بالحياء أو بصفة البكاره وهما قائمان الا ترى ان عائشه رضي
الله عنها لما افتخرت بالبكاره بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
اشارت إلى هذا المعنى فقال رأيت لو وردت وادبين احدهما رعاها أحد
قبلك والاخرى لم يرعها أحد قبلك إلى ابهما تميل فقال صلى الله عليه
وسلم إلى التي لم يرعها أحد قبلي فقالت انا ذاك فعرفنا انها ما لم توطأ
فهي بكر (قال) وإذا زوج البكر أبوها من رجل وأخوها من رجل آخر بعده
فأجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجر نكاح الاب وهو بناء على أصلنا ان
العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر ابا أو أخا فانما وجد شرط نفوذ
نكاح الاخ وهو رضاها بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب
فلهذا يبطل نكاح الاب (قال) وإذا زوجها وليها بغير أمرها فلم يبلغها حتى
ماتت هي أو مات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لا ينفذ عليها الا برضاها
والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة
النكاح الفاسد إذا مات فيه أحدهما لم يتوارثا (قال) وان زوجها أبوها وهو
عبد أو كافر ورضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها
لو أدت في الابتداء نفذ عقده باذنها فكذلك إذا أجازت في الانتهاء ولكن لا
نقول سكوتها رضا منها لان العاقد لم يكن وليا لها والحاجة في عقد غير
الولي إلى توكيلها لا إلى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل اناة
والرضا اسقاط حق الرد فلهذا لا يثبت التوكيل بالسكوت وهذا بين لك ما
قلنا ان الصحيح في استثمار الاجنبي انه لا يكتفي بسكوتها (قال) وإذا زوج
البكر

[9]

وليها بأمرها وزوجت هي نفسها فان قالت هو الاول فالقول قولها وهو
الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان
قالت لا أدري أيهما أول ولا يعلم ذلك فرق بينهما لانه لا يمكن تصحيح
نكاحهما فان المرأة لا تحل لرجلين بالنكاح وليس أحدهما بأولى من الآخر
فيفرق بينها وبينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليان بأمرها والثيب والبكر في
هذا سواء لما بينا (قال) وإذا زوج البكر وليها فاخبرها بذلك فقالت لا ارضى
ثم قالت قد رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قد بطل بينهما بردها فانما
رضيت بعد ذلك بالعقد المفسوخ وذلك باطل ولهذا جرى الرسم بتجديد
العقد عند الزفاف لانها في المرة الاولى تظهر الرد وغير ذلك لا يحمد منها
ثم لا يزال بها أولياؤها يرغبونها حتى رضيت فلو لم يتجدد العقد كانت تزف
إلى اجنبي فلهذا استحسنا تجديد العقد عند الزفاف (قال) وإذا استؤمرت
في نكاح رجل خطبها فابت ثم زوجها الولي منه فسكنت فهو رضاها لانها
لما أبت بطل استثمارها فكأنه زوجها من غير استثمار فيكون سكوتها
رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول هنا لا يجوز ولا يكون
سكوتها رضا لانها قد صرحت بالسخط فكيف يكون سكوتها بعد ذلك دليل
رضاها ولكنها نقول قد يسخط المرء الشيء في وقت ويرضى به في وقت
آخر فسخطها قبل العقد لا يمنعنا ان نجعل سكوتها رضا بعد العقد والله
أعلم بالصواب * (باب نكاح الثيب) * (قال) قد بلغنا رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة وهي تريد عم صبياتها ففرق
رسول صلى الله عليه وسلم بينها وبين الذي زوجها منه أبوها ثم زوجها
عم ولدها وهذه المرأة كانت نبيا لان الراوي قال وهي تريد عم صبياتها
فهذا دليل على ان نكاح الاب الثيب لا ينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ولا

يكون للشافعي في هذا الحديث حجة علينا في البكر لان ضد هذا الحكم في حق البكر مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة ولانه خص الثيب بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لا يدل على أن الحكم في غيرها بخلافه ثم في هذا الحديث دليل على أن الولي إذا امتنع عن تزويج زوجها الامام فان الاب هنا امتنع من تزويجها ممن ارادت فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بولاية الامامة وفيه دليل على ان اختيار الأزواج إليها لا إلى الولي لانها هي التي تعاشر الأزواج فانما تحسن

[10]

العشرة مع من تختاره دون من يختاره الولي (قال) وإذا زوج الثيب أبوها فبلغها فسكنت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لان الاصل في السكوت أن لا يكون رضا لكونه محتملا في نفسه وانما أقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفي بسكوتها عند الاستئثار ولا إذا بلغها العقد والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب النكاح بغير ولي) * (قال) رضي الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها ف جاء أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز النكاح وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكرا أو ثيبا إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء فالنكاح صحيح الا أنه إذا لم يكن كفؤا لها فللاولياء حق الاعتراض وفي رواية الحسن رضي الله عنه ان كان الزوج كفؤا لها جاز النكاح وان لم يكن كفؤا لها لا يجوز وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفؤا جاز النكاح والا فلا ثم رجع فقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء لها وذكر الطحاوي قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى ان الزوج ان كان كفؤا أمر القاضي الولي باجازه العقد فان أجازته جاز وان أبى أن يجيزه لم يفسخ ولكن القاضي يجيزه فيجوز وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتوقف نكاحها على اجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فان أجازته الولي جاز وان أبطله بطل الا أنه إذا كان الزوج كفؤا لها ينبغي للقاضي أن يحدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجه منه وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تزويجها نفسها منه باطل على كل حال ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت بالنكاح عن الغير ومن العلماء رحمهم الله تعالى من يقول إذا كانت غنية شريفة لم يحز تزويجها نفسها بغير رضا الولي وان كانت فقيرة خسيصة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير رضا الولي ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم أصحاب الطواهر اما من شرط الولي استدلال بقوله

[11]

تعالى ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن. وقال الشافعي رحمه الله تعالى وهذه آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي

لانه نهى الولي عن المنع وانما يتحقق المنع منه إذا كان الممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وإذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها لا وكس ولا شطط فان تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له وفي الحديث المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وانما الزانية هي التي تنكح نفسها وان عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فان النساء لا يعقدن والمعنى فيه أنها ناقصة بنقصان الانوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة وهذا لان النكاح عقد عظيم خطره كبير ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات فلاظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة إلى أولى الرأي الكامل من الرجال لان النساء ناقصات العقل والدين فكان نقصان عقلها بصفة الانوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى ان عقدها يتوقف على اجازة الولي كما ان عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على اجازة الولي وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد العقد بعبارتها أصلا كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغيرة عنده والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للاولياء إذا وضعت نفسها في غير كفء ولو ثبتت لها ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للاولياء حق الاعتراض كالرجل وكذلك تملك مطالبة الولي بالتزويج ولو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها ان تطالب الولي به والدليل على اعتبار نقصان عقلها انه لم يجعل إليها من جانب رفع العقد شيئ بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق واما من جوز النكاح بغير ولي استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن وبقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى ان ينكحن أزواجهن اضافة العقد إليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعصل المنع حسا بأن يحبسها في بيت ويمنعها من ان تتزوج وهذا خطاب للازواج فانه قال في أول الآية وإذا طلقتم

[12]

النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزواج آخر واما الاخبار فقوله صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى قال الايم من النساء كالأعزب من الرجال بخلاف ما ذكر محمد رحمه الله تعالى ان الايم اسم للثيب وقد بينا هذا في شرح الجامع وقال صلى الله عليه وسلم ليس للولي مع الثيب أمر وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكني أردت ان تعلم النساء ان ليس إلى الآباء من أمور بناتهم شيئ ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضي الله عنها اعتذرت باعذار من جملتها ان اولياءها غيب فقال صلى الله عليه وسلم ليس في اوليائك من لا يرضي بي قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم جواز النكاح بغير ولي وان عائشة رضي الله تعالى عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد

الرحمن من المنذر ابن الزبير وهو غائب فلما رجع قال أو مثلي يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها أو ترغب عن المنذر والله لتملكته أمرها وبهذا تبين أن ما رووا من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها غير صحيح فان فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ومدار ذلك الحديث على الزهري وأنكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي ثم هو محمول على الامة إذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة وكذلك سائر الاخبار التي رووا على هذا تحمل أو على بيان النذب ان المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها والمعنى فيه أنها تصرفت في خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينعتد تصرفها كما لو تصرفت في مالها وبيان الوصف أن النكاح من الكف ء بمهر المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولي به ويجبر الولي على الايفاء عند طلبها وهى من أهل استيفاء حقوق نفسها فانما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولي مؤنة الايفاء فهو نظير صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاؤه صحيحا فكذلك هنا والدليل عليه ان اختيار الأزواج إليها بالاتفاق والتفاوت في حق الاغراض والمقاصد انما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صح

[13]

اقرارها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الايفاء بطلبها وانما يثبت لها حق مطالبة الولي لنوع من المروءة وهو أنها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها وبعد هذا رعونة منها ووقاحة ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لان هذا النهي لنوع من المروءة فلا يمنع جواز المنهي عنه وإذا زوجت نفسها من غير كف ء فقد ألحقت الضرر بالاولياء فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم كما أن الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ولان طلب الكفاءة لحق الاولياء فلا تقدر على اسقاط حقهم وهذا لا يمنع وجود أصل عقدها في حق نفسها كأحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر أن يفسخ دفعا للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى قال إذا زوجت نفسها من غير كف ء لم يجر النكاح أصلا وهو أقرب إلى الاحتياط فليس كل ولي يحتسب في المرافعة إلى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كف ء عليها وبهذا الطريق قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الاحوط أن يجعل عقدها موقوفا على اجازة الولي ليندفع الضرر عن الولي الا أن الولي إذ قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفؤا لها صح فسخه وان قصد الاضرار بها بأن كان الزوج كفؤا لها لم يصح فسخه ولكن القاضي يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم مقامه في العقد إذا عضلها ومحمد رحمه الله تعالى يقول لما توقف العقد على اجازة الولي لتمام الاحتياط فكما ينعتد باجازه يفسخ بفسخه وبعدهما يفسخ فليس للقاضي أن يجيزه ولكن يستقبل العقد إذا تحقق العضل من الولي وعلى هذا الاصل يقول إذا زوجت نفسها من كف ء ثم مات أحدهما قبل المرافعة إلى القاضي توارثا اما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر وأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فلان تصرفها في حق نفهسا صحيح ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولي ولهذا

لا يفسخ بفسخ الولي وانما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجري التوارث بينهما وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يتوارثان لان أصل العقد كان موقوفا وفي العقد الموقوف لا يجري التوارث وعلى هذا لو ظاهر منها أو ألى منها صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى وان كانت قصرت في مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للاولياء والاعتراض حتى

[14]

يلغ بها مهر مثلها أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت للاولياء حق الاعتراض الا أن قول محمد رحمه الله تعالى لا يتحقق في تزويجها نفسها وانما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه وإذا أكرهت المرأة الولي على أن يزوجه بأقل من مهر مثلها فزوجها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وأبي الولي أن يرضى فليس له ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان المهر من خالص حقها فانه بدل ما هو مملوك لها الا ترى أن الاستيفاء والابراء إليها والتصرف فيه كيف شاءت وتصرفها فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للاولياء حق الاعتراض وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انها ألحقت الضرر بالاولياء فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها من غير كفء وبيان ذلك أن الاولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويعبرون بنقصان مهرها فان ذلك مهر المومسات الزانيات عادة وفيه يقول القائل وما علي أن تكون جاريه ++++ تمشط رأسي وتكون فإليه حتى ما إذا بلغت ثمانيه ++++ زوجتها مروان أو معاويه أختان صدق ومهور غاليه ومع لحوق العار بالاولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة أيضا فان من تزوج منهن بعد هذا بغير مهر فانما يقدر مهرها بمهر هذه فعرفنا أن في ذلك ضررا عليهن وانما يذب عن نساء العشيرة رجالها فكان لهم حق الاعتراض فأما بعد تسمية الصداق كاملا صار حق العشيرة مستوفي وبقاء المهر يخلص لها فان شاءت استوفت وان شاءت أبرأت وهو نظير حق الشرع في تسمية أصل المهر في الابتداء وان كان البقاء يخلص لها وان طلقها قبل أن يدخل بها كان لها نصف ما سمي لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا فان المعقود عليه يعود إليها كما خرج عن ملكها وذلك سبب لسقوط البدل الا انا أوجبنا لها نصف المسمى بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم فلا تجب الزيادة على ذلك وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شئ عليه لانه فسح أصل النكاح بهذا التفريق فلا يجب لها شئ وان ولت المرأة أمرها رجلا فزوجها كفؤا فهو بمنزلة تزويجها نفسها وفي قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز ذلك كما لا يجوز تزويجها نفسها زاد في نسخ أبي حفص رضي الله عنه فقال الا ان يكون لها ولي فحينئذ يجوز وهذا شئ رواه أبو رجاء بن أبي رجاء عن محمد

[15]

رحمهما الله تعالى أنه قال سألته عن النكاح بغير ولي فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولي قال يرفع أمرها إلى الحاكم ليزوجهها قلت فان كانت

في موضع لا حاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفيان رحمه الله تعالى قلت وما فعل سفيان قال تولى أمرها رجلا ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد إلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في النكاح بغير ولي وعلى ذلك تنبئ مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلاثا قبل ان يجيز الحاكم أو الولي عقدها يكون هذا ردا للنكاح وهو قول محمد رحمه الله تعالى فاما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى تصح التطبيقات الثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعند محمد رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق ولكن هذا رد للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها ثانيا قبل ان تتزوج بزواج آخر لاختلاف العلماء واشتباه الاخبار في جواز النكاح بغير ولي ولان ترك نكاح امرأة تحل له خير من ان يتزوج امرأة لا تحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقعا عليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب الوكالة في النكاح) * (قال) وإذا خطب الرجل امرأة على رجل غائب لم يأمره فزوجت نفسها أو زوجها أبوها برضاها فقدم الغائب أو بلغه ذلك فأجاز النكاح فهو جائز عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو باطل بناء على أصله ان العقود لا تتوقف على الاجازة وهي مسألة في البيوع معروفة وعندنا تتوقف العقود على الاجازة وكل عقد لو سبق الاذن به ممن يقع له كان صحيحا فانه يتوقف على اجازته فإذا أجازته في الانتهاء جعل ذلك كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنه في الابتداء كان صحيحا فكذلك باجازه في الانتهاء وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد أضافه إلى محل قابل للعقد فيتم به الانعقاد إذ لا ضرر على الغائب في انعقاد العقد وانما الضرر عليه في التزام العقد وقد يتراخي الالتزام عن أصل العقد فتثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين ويتوقف تمامه وثبوت حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه ولو ان الغائب وكل هذا الحاضر بكتاب كتبه إليه حتى زوجها منه كان صحيحا وكذلك لو كتب إليها يخطبها فزوجت نفسها منه كان صحيحا والاصل فيه ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة رضي الله عنها فزوجها

[16]

النجاشي منه وكان هو وليها بالسلطنة وروى انه زوجها منه قبل ان يكتب به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابه وكلاهما حجة لنا على أن النكاح تلحقه الاجازة وان الخطبة بالكتاب تصح وهذا لان الكتاب ممن نأي كالخطاب ممن دنى فان الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر وكان الحسن بن حي رحمه الله تعالى يقول لا ينعقد النكاح بالكتاب لعظم خطر أمر النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأمورا بتبليغ الرسالة بقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب إلى ملوك الافاق يدعوهم إلى الدين وكان ذلك تبليغا تاما فكذلك في عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه إذا كتب إليها فبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي منه بغير محضر من الشهود لا ينعقد النكاح كما في حق الحاضر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بشهود ولو قالت بين يدي الشهود زوجت نفسي منه لا ينعقد النكاح أيضا لان سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط لجواز النكاح وانما سمعوا كلامها هنا لا كلامه ولو كانت حين بلغها الكتاب قرأته على الشهود وقالت ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا اني قد زوجت نفسي منه فهذا صحيح لانهم

سمعوا كلام الخاطب باسماعها اياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلهذا تم النكاح وهذا بخلاف البيع فان المكتوب إليه إذا قال هناك بعت هذه العين من فلان بكذا جاز وان لم يكن بحضرة الشهود أو كان بحضرتهم ولم يقرأ الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما في الحاضر الا أنه ذكر في الكتاب في البيع أنه إذا كتب إليه أن يعنى كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا في هذا فقالوا أن البيع لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فان من قال لغيره بع عبدك منى بكذا فقال بعت لا ينعقد ما لم يقل الثاني اشتريت لانه لا بد في البيع من لفظين هما عبارة عن الماضي بخلاف النكاح فان النكاح ينعقد بلفظين أحدهما عبارة عن الماضي والآخر عن المستقبل والشافعي ومحمد رحمهما الله تعالى سويا بينهما والفرق لعلمائنا رحمهم الله تعالى أن البيع يقع بغتة وقلته فقلته يعني يكون استياما عادة فلا بد من الايجاب والقبول بعده فأما النكاح يتقدمه خطبة ومراودة فقلما يقع بغتة فقلته زوجني يكون أحد شطري العقد توضيح الفرق أن قوله زوجيني نفسك تفويض للعقد إليها وكلام الواحد في باب النكاح يصلح لاتمام العقد إذا كان الامر مفوضا

[17]

إليه من الجانبين فيمكن أن يجعل قولها زوجت نفسي عقدا تاما وفي باب البيع كلام الواحد لا يصلح لاتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضا إليه من الجانبين فكان قوله بعت منك شطر العقد فلا بد من أن ينضم إليه الشطر الثاني ليصح إذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد رحمه الله تعالى هنا بيان الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود دون اللفظ الذي ينعقد به البيع أو نقول يعنى قوله من الحاضر يكون استياما عادة فأما من الغائب إذا كتب إليه فقلته يعني يكو أحد شطري العقد فإذا انضم إليه الشطر الثاني تم البيع فان جاء الزوج بالكتاب مختوما إلى الشهود وقال هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعلم الشهود ما في الكتاب وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال يجوز ولا يشترط اعلام الشهود بما في الكتاب وأصل الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز الشهادة على الكتاب والختم وان كان لا يعلم الشهود ما في الكتاب وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تجوز لان المشهود به ما في الكتاب لا نفس الكتاب ولكن استحسّن أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال قد يشتمل الكتاب على شرط لا يعجبهم اعلام الشهود بذلك وإذا كان مختوما يؤمن من الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحا ثم في هذا الكتاب قال يجوز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى مختوما كان أو غير مختوم وذكر في الامالي أن الكتاب إذا كان غير مختوم لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أصلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز الا أن يعلم الشهود ما فيه وإذا كان مختوما فحينئذ هل يشترط اعلام الشهود ما فيه فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات للمعنى الذي قلنا (قال) ويجوز للواحد أن ينفرد بالعقد عند الشهود على الاثنين إذا كان وليا لهما أو كيلا عنهما وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان كان وليهما جاز وان كان كيلا لا يجوز أما زفر رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد معاوضة فلا يباشره الواحد من الجانبين كعقد البيع وهو قياس يوافق الاثر وهو ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب

وولي وشاهدا عدل والشافعي رحمه الله تعالى بنحوه يستدل في الوكيل من الجانبين أنه لا يتم العقد بعبارة لأنه لا ضرورة في توكيل الواحد من الجانبين بخلاف ما إذا كان وليا من الجانبين لان في تنفيذ العقد بعبارة ضرورة

[18]

لان أكثر ما في الباب أن يأمر غير من أحد الجانبين فيكون مأموره قائما مقامه وهو الولي من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد وهو نظير ما قلم في الاب إذا باع مال ولده من نفسه بمثل قيمته يجوز ولا يجوز بيعه من غيره ووجه قول علمائنا قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى أي في نكاح اليتامى فهو دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه وكذا قوله تعالى وترغبون أن تنكحوهن دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه وفي الحديث أن شرط علي رضي الله تعالى عنه أتوه بشيخ من جارية فسأله عن قصتها فقال انها ابنة عمي وأني خشيت أنها إذ بلغت ترغب عني فتزوجتها فقال خذ بيد امرأتك والمعنى فيه أن العاقد في باب النكاح سفير ومعبر والواحد كما يصلح أن يكون معبرا عن الواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين ودليل الوصف أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الزوجين وبه يظهر الفرق بينه وبين البيع فإنه يستغنى عن إضافة العقد إلى غيره فكان مباشرا للعقد لا معبرا توضيحه ان حقوق العقد في باب البيع تتعلق بالعاقد فإذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الاحكام لانه يكون مطالباً مطالباً مسلماً مستلماً مخاصماً مخاصماً وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعقد فلا يؤدي إلى تضاد الاحكام ولهذا قلنا بيع الاب مال ولده من نصيبه لانه في جانب الصغير يكون ملزماً آياه حقوق العقد بولايته عليه حتى إذا بلغ كانت الخصومة في ذلك إليه دون الاب بخلاف بيعه من غيره فلا يؤدي إلى تضاد الاحكام توضيحه ان البيع لا يصح الا بتسمية الثمن فإذا تلاوه من الجانبين كان مستزيداً مستنقصاً وذلك لا يجوز والنكاح يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدي إلى هذا المعنى إذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا روى ابن سماعه عن محمد رحمهما الله تعالى في الكتابة أن الواحد لا يباشره من الجانبين لانه لا يصح الا بتسمية البدل فأما على ظاهر الرواية يجوز لان حقوق العقد في الكتابة لا تتعلق بالعاقد بل هو معتبر كما في النكاح ولا حجة لهم في هذا الحديث لان هذا النكاح قد حضره أربعة معنى فإنه إذا اجتمع وصفان في واحد كان بمنزلة المثني من حيث المعنى لاعتبار كل صفة على حدة فان هذا الواحد إذا كان ولياً أو وكيلاً من أحد الجانبين دون الآخر وفضولياً من الجانب الآخر أو لم يكن ولياً ولا وكيلاً من الجانبين ولكنه فضولي باشر النكاح بمحضر من الشهود فبلغ الزوجين فاجازاه لم يحز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وجاز في قوله الآخر وكذلك لو قال الزوج بين يدي الشهود

[19]

أشهدوا أنني تزوجت فلانة ولم يخاطب عنها أحداً فبلغها فاجازت أو قالت المرأة أشهدوا أنني قد زوجت نفسي من فلان ولم يخاطب عنه أحداً فبلغه

فاجاز فهو على هذا الخلاف ولو قبل فضولي من جهة الغائب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو أجاز يجوز. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وإذا كان كلام الواحد في باب النكاح عقدا تاما باعتبار الاذن في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة في الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق والعناق بمال فان كلام الواحد فيه لما كان عقدا تاما عند الاذن كان عقدا موقوفا على اجازة الغائب عند عدم الاذن وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا النكاح عقد معاوضة محتمل للفسخ فكلام الواحد فيه يكون شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف الطلاق والعناق فانه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه أصلا وتحقيقه ان قول الرجل طلقت فلانة بكذا أو أعتقت عبدي فلانا بكذا يكون تعليقا للطلاق والعناق بالقبول لان تعليقهما بالشروط صحيح فإذا بلغهما فقبلا وقع لوجود الشرط وفي النكاح قوله زوجت فلانة لا يمكن ان يجعل تعليقا لان النكاح لا يحتمل التعليق بالشروط فكان هذا شطر العقد ولا يدخل على هذا ما لو قال الزوج بمحضرها منها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ذلك ولو كان تعليقا بالشروط لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات ما يقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله لها أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس فهذا مثله وهذا بخلاف ما إذا كان مأمورا من الجانبين لان هناك عبارته تنتقل اليهما فيصير قائما مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالمشيئة من حيث المعنى وهنا لا تنتقل عبارته إلى الغير لانه غير مأمور به فإذا بقى مقصورا عليه كان شطر العقد والدليل عليه انه لو قال لها تزوجتك وهي حاضرة كان هذا شطر العقد حتى لا يتوقف على اجازتها بعد قيامها من ذلك المجلس فكذا إذا قال ذلك وهي غائبة يكون هذا شطر العقد ولو كان عقد النكاح بين فضولين خاطب أحدهما عن الرجل والآخر عن المرأة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه جرى بين اثنين ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقدا تاما فكذلك إذا كانا فضولين يكون كلامهما عقدا موقوفا * (قال) * وليس على العاقد في باب النكاح وليا كان أو وكيلاً حق قبض مهرها بدون أمرها لما بينا انه معبر لا يتعلق به شئ من حقوق العقد وكما لا يتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لا يكون إليه قبض البذل وكذلك الوكيل من جانب الزوج لا يكون عليه

[20]

من المهر شئ كما لا يكون إليه قبض المعقود عليه واليه أشار علي رضي الله عنه في قوله الصداق على من أخذ الساق الا الاب في حق ابنته البالغة فانه يقبض مهرها فيجوز ذلك استحسانا وقد بيناه (قال) وإذا أرسل إلى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فهو سواء لان الرسالة تبليغ عبارة المرسل إلى المرسل إليه ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصلح ان يكون رسولا الا ترى ان سليمان عليه السلام جعل الهدهد رسولا في تبليغ كتابه إلى بلقيس فالآدمي المميز أولى ان يصلح لذلك فإذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا سالك ان تزوجه نفسك فاشهدت انها قد تزوجته كان ذلك جائزا إذا أقر الزوج بالرسالة أو أقامت عليه البينة لان الرسول بلغها رسالة المرسل فكانه حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها أيضا فكان نكاحا بسماعهما كلام المتعاقدين وإذا أنكر الرسالة ولم تقم عليه البينة لها فالقول قوله ولا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان المخاطب فضوليا ولم يرص الزوج بما صنع فلا نكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها وضمن لها المهر وزوجها إياه

وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر أو قامت عليه البينة بالامر والضمان لازم للرسول ان كان من أهل الضمان لانه جعل نفسه زعيما بالمهر والزعيم غارم وان جحد الزوج ولم يكن عليه بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلنا وللمرأة على الرسول نصف الصداق من قبل أنه مقر بانه قد أمره وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واققراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم الضمان فقل ما ذكر هنا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقول أبي يوسف الاول وما ذكر هناك قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول فنقد قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول وسقط نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل أيضا وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا ينفذ قضاؤه باطنا فيبقى جميع المهر واجبا على الزوج ويكون الكفيل مطالبا به لاققراره وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره أصل النكاح لا يكون طلاقا فلا يسقط به شيء من الصداق بزعم الكفيل ووجه هذه الرواية أنه أنكر وجوب الصداق عليه وهو مالك لاسقاط نصف الصداق عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه اسقاطه ومن ضرورة سقوط نصف

[21]

الصداق عن الاصيل سقوطه عن الكفيل فلهذا كان الكفيل ضامنا لنصف الصداق (قال) فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكن أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج جاز عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء وان أبى الزوج أن يجيز النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان لان أصل السبب انتهى برد الزوج النكاح فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق وبرائة الاصيل حقيقة توجب براءة الكفيل (قال) وان أمره أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر فان شاء الزوج أجازته وان شاء رده لانه أتى بخلاف ما أمر به فكان مبتدئا فيتوقف عقده على اجازته وان لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضا لان دخوله بها كان باعتبار أنه امثل الوكيل أمره فلا يصير به راضيا بما خالف فيه الوكيل فان الرضا بالشئ لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره ان شاء أقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقتها وكان لها الاقل من المسمى ومن مهر مثلها لان الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الوطئ في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة (قال) فان كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر فعلى الرسول نصف المسمى لاققراره على نفسه انه أمره به وهذا لان انكار الزوج الامر بالزيادة بمنزلة انكاره الامر بالعقد أصلا كما بيناه في الفصل الاول (قال) فان قال الرسول أنا أغرم المهر وألزمك النكاح لم يكن له ذلك الا أن يشاء الزوج لانه فيما باشر من العقد غير ممثّل أمره فكان بمنزلة الفضولي والفضولي ولا يملك أن يلزم عليه حكم العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع باداء الزيادة فلايد من أن يجب على الزوج أولا لان المسمى في العقد صداق والصداق مطلقا يجب على الزوج وقد تعذر الزام الزوج بذلك وانعدم منها الرضا بدونه (قال) وإذا وكل الرجل الرجل أن يزوجه امرأة فزوجها اياه وضمن لها عنه المهر جاز ذلك ولم يرجع به الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير أمره فان أمره اياه بالنكاح لا يكون

أمرا بالتزام الصداق لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبر لا ملتزم ومن ضمن
عن غيره دينه بغير أمره لم يرجع به عليه لان تبرعه بالضمان كتبرعه بالاداء
فان كان أمره بذلك رجع عليه كما لو أمره بالاداء (قال) وإذا كان العقد من
الوكيل بشهود جاز وان لم يكن على التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح
ليس بنكاح والشهود من خصائص شرائط

[22]

النكاح وانما شرط الشهود في النكاح لانه يتملك به البضع فلاظهار خطره
اختص بشهود وذلك لا يوجد في التوكيل فان البضع لا يتملك بالتوكيل فهو
بمنزلة التوكيل بسائر العقود (قال) وإذا أدخل على الرجل غير امرأته
فدخل بها فعلى الزوج مهر التي دخل بها لانه دخل بها بشبهة النكاح بخبر
المخبر انها امرأته وخبر الواحد في المعاملات حجة فيصير شبهة في
اسقاط الحد فإذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة ويثبت نسب ولدها
منه ولا تتقى في عدتها ما تتقى المعتدة وينحوه قضى على رضي الله عنه
في الوطئ بالشبهة والحداد اظهار التحزن على فوات نعمة النكاح وذلك لا
يوجد في الوطئ بالشبهة وليس لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة
باعتبار ملك اليد الثابت بالنكاح وذلك غير موجود في الوطئ بالشبهة ولانه
يبقى بالعدة ما كان ثابتا من النفقة باصل النكاح ولم يكن لها نفقة
مستحقة هنا ليبقى ذلك ببقاء العدة ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه
لانه وجب عليه عوضا عما استوفى وهو الذي نال اللذة بالاستيفاء فلا يرجع
بالعوض على غيره ولان المخبر أخبر بكذب من غير ان ضمن له شيئا وهذا
العقد من الغرور لا يثبت له الرجوع عليه كمن أخبره بأمن الطريق فسلك
فيه حتى أخذ اللصوص متاعه (قال) فان كانت هذه أم امرأته حرمت عليه
امراته بالمصاهرة ولها عليه نصف الصداق لوقوع الفرقة قبل الدخول
بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به على أحد أيضا لما قلنا وان كانت بنت
امراته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة وله أن يتزوج التي دخل بها لان مجرد
العقد على الام لا يوجب حرمة الربيبة وليس له أن يتزوج أم التي دخل بها
لان بالدخول بالبنت تحرم الام على التأييد بخلاف الفصل الاول فان هناك
لا يتزوج واحدة منهما لوجود العقد الصحيح على البنت والدخول بالام ولو
كانت هذه أخت امرأته أو ذات رحم محرر منها لم يقرب امرأته حتى
تنقضي عدتها لان أختها معتدة منه فلو قربها كان جامعا ماءه في رحم
أختين وذلك لا يجوز والله أعلم بالصواب * (باب الكفاءة) * (قال) * أعلم ان
الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب الا على قول سفيان الثوري
رحمه الله تعالى فانه كان يقول لا معتبر في الكفاءة من حيث النسب
وقيل إنه كان من العرب فتواضع ورأي الموالي اكفاء له وأبو حنيفة رحمه
الله تعالى كان من الموالي فتواضع

[23]

ولم ير نفسه كفوًا للعرب وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل
بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال
صلى الله عليه وسلم كلكم بنو آدم طف للصاع لم يملا وقال الناس كابل

مائة لا تكاد تجد فيها راحلة واحدة فهذه الآثار تدل على المساواة وان
التفاضل بالعمل ومن أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه وخطب أبو طيبة
امراً من بني بياضة فابوا ان يزوجه فقال صلى الله عليه وسلم زوجوا ابا
طيبة الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير فقالوا نعم وكرامة
وخطب بلال رضي الله عنه إلى قوم من العرب فقال له رسول الله صلى
الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان
تزوجوني وان سلمان خطب بنت عمر رضي الله عنه فهم ان يزوها منه
ثم لم يتفق ذلك وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم
أكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي
بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل وفي حديث جابر رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من
الأكفاء وما زالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال بيانه
في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج
إليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا أبناء
قوم كرام ولكننا نريد أكفاءنا من قريش فرجعوا إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا وأمر حمزة
وعليا وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم أجمعين بأن يخرجوا إليهم فلما
لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح أولى وهذا لان النكاح
يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد من الصحة والالفة والعشرة
وتأسيس القرابات وذلك لا يتم الا بين الأكفاء وفي أصل الملك على المرأة
نوع ذلة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النكاح رق
فلينظر أحدكم أين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال صلى الله عليه
وسلم ليس للمؤمن ان يذل نفسه وانما جوز ما جوز منه لاجل الضرورة
وفي استغراش من لا يكافئها زيادة الذل ولا ضرورة في هذه الزيادة فلهذا
اعتبرت الكفاءة والمراد من الآثار التي رواها في أحكام الآخرة وبه نقول
ان التفاضل في الآخرة بالتقوى وتأويل الحديث الآخر النذب إلى التواضع
وترك طلب الكفاءة لا الالتزام وبه نقول ان عند الرضا يجوز العقد ويحكي
عن

[24]

الكرخي رحمه الله تعالى انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة في
النكاح أصلاً لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء
فلان لا تعتبر في النكاح أولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة غير
معتبرة في الدين في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر ولا يدل ذلك
على انه غير معتبر في النكاح إذا عرفنا هذا فنقول الكفاءة في خمسة
أشياء (أحدها) النسب وهو على ما قال قريش أكفاء بعضها لبعض فأنهم
فيما بينهم يتفاضلون وأفضلهم بنو هاشم ومع التفاضل هم أكفاء ألا ترى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله تعالى عنها
وكانت تيمية وتزوج حفصة رضي الله تعالى عنها وكانت عدوية وزوج ابنته
من عثمان رضي الله تعالى عنه وكان عيشميا فعرفنا ان بعضهم أكفاء
لبعض. وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال الا أن يكون نسباً مشهوراً
نحو أهل بيت الخلافة فان غيرهم لا يكافئهم وكأنه قال ذلك لتسكين الفتنة
وتعظيم الخلافة لا لانعدام أصل الكفاءة والعرب بعضهم أكفاء لبعض فان
فضيلة العرب بكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ونزول القرآن
بلغتهم وقال صلى الله عليه وسلم حب العرب من الايمان وقال صلى الله
عليه وسلم لسلمان رضي الله تعالى عنه لا تبغضني قال وكيف أبغضك وقد

هداني الله بك قال تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب كفوًا لقريش
والموالي لا يكونون كفوًا للعرب كما قال صلى الله عليه وسلم والموالي
بعضهم أكفاء لبعض وهذا لان الموالي ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر
بينهم بالنسب بل بالدين كما أشار إليه سلمان رضي الله تعالى عنه حين
تفاخر جماعة من الصحابة بذكر الانساب فلما انتهى إلى سلمان رضي الله
تعالى عنه قالوا سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك عمر
رضي الله تعالى عنه فبكى وقال وعمر ابن الاسلام فمن كان من الموالى
له أبوان في الاسلام فهو كفو لمن له عشرة آباء لان النسبة تتم بالانتساب
إلى الأب والجد فمن كان له أبوان مسلمان فله في الاسلام نسب صحيح
ومن أسلم بنفسه لا يكون كفوًا لمن له أب في الاسلام ومن أسلم أبوه لا
يكون كفوًا لمن له أبوان في الاسلام لان هذا يحتاج في النسبة إلى الأب
الكافر وذلك منهى عنه لما روى أن رجلا انتسب إلى تسعة آباء في الجاهلية
فقال صلى الله عليه وسلم هو عاشرهم في النار ولكن هذا إذا كان على
سبيل التفاخر دون التعريف (والثاني) الكفاءة في الحرية فان العبد لا يكون
كفوًا لامرأة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفوًا لحره الاصل والمعتق
أبوه لا يكون كفوًا لامرأة

[25]

لها أبوان في الحرية وهذا لان الرق أثر من آثار الكفر وفيه معنى الذل
فكان هو بمنزلة أصل الدين من الوجه الذي قلنا وقد روى عن أبي يوسف
رحمه الله تعالى ان الذي أسلم بنفسه أو اعتق لو أحرز من الفضائل ما
يقابل نسب الآخر كان كفوًا له (والثالث) الكفاءة من حيث المال فان من لا
يقدر على مهر امرأة ونفقتها لا يكون كفوًا لها لان المهر عوض بضعها
والنفقة تندفع بها حاجتها وهي إلى ذلك أحوج منها إلى نسب الزوج فإذا
كانت تنعدم الكفاءة بضعه نسب الزوج فيعجزه عن المهر والنفقة أولى
وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال إذا كان يقدر على ما يعجله ويكتسب
فينفق عليها يوما بيوم كان كفوًا لها وأما إذا كان قادرًا على المهر والنفقة
كان كفوًا لها وان كانت المرأة صاحبة مال عظيم وبعض المتأخرين اعتبروا
الكفاءة في كثرة المال لحديث عائشة رضي الله عنها رأيت ذا المال مهيبًا
ورأيت ذا الفقر مهينًا وقالت ان احساب ذوى الدنيا المال والاصح أن ذلك لا
يعتبر لان كثرة المال في الاصل مذموم قال صلى الله عليه وسلم هلك
المكثرون الا من قال بماله هكذا وهكذا يعني تصدق به (والرابع) الكفاءة
في الحرف والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ذلك غير معتبر
أصلاً وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه معتبر حتى أن الدباغ والحجام
والحائك والكناس لا يكون كفوًا لبنت البزاز والعطار وكأنه اعتبر العادة في
ذلك وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الناس أكفاء
الا الحائك والحجام ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الحديث شاذ لا
يؤخذ به فيما تعم به البلوى والحرفة ليست بشئ لازم فالمرء تارة يحترف
بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيصة بخلاف صفة النسب لانه لازم له وذل
الفقر كذلك فان لا يفارقه (والخامس) الكفاءة في الحسب وهو مروى عن
محمد رحمه الله تعالى قال هو معتبر حتى أن الذي يسكر فيخرج فيستهزئ
به الصبيان لا يكون كفوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات وكذلك أعوان
الظلمة من يستخف به منهم لا يكون كفوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات
الا أن يكون مهيبًا يعظم في الناس وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال
الذي يشرب المسكر فان كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفوًا وان كان
يعلن ذلك لم يكن كفوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات ولم ينقل عن أبي

حنيفة رحمه الله تعالى شئ من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه (قال) وإذا وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلاولياء أن يفرقوا بينهما لانها

[26]

ألحقت العار بالاولياء فانهم يتعبرون بأن ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضي لانه فسخ للعقد بسبب نقص فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء القاضي ولانه مختلف فيه بين العلماء فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق الا بالقضاء وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث قائم بينهما لان أصل النكاح انعقد صحيحا في ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الاولياء في صحة العقد وانما الضرر عليهم في اللزوم فتتوفر عليه أحكام العقد الصحيح فإذا فرق القاضي بينهما كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لاصل النكاح والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخا لاصل النكاح عندنا لا يكون تصرفا فيه ولان الطلاق إلى الزوج فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقا وهذا التفريق ليس على وجه النيابة عنه فإذا لم يكن طلاقا قلنا لا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها أو خلا بها فلها ما سمي من المهر وعليها العدة لان أصل النكاح كان صحيحا فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول أو بالخلوة والمكاتب والمدير نظير العبد في انه لا يكون كفؤا للحره لان الرق فيهما قائم قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم (قال) وإذا تزوجت المرأة غير كفء فرضى به أحد الاولياء جاز ذلك ولا يكون لمن هو مثله في الولاية أو أبعد منه ان ينقضه الا ان يكون أقرب منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في نوادر هشام إذا رضى أحد الوليين بغير كفء فللولي الذي هو مثله ان لا يرضى به وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان هذا الولي الراضي هو الذي زوجها والخلاف مع الشافعي انما يتحقق هنا وجه قولهم ان طلب الكفاءة حق جميع الاولياء فإذا رضى منهم واحد فقد أسقط حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه في حق نفسه دون غيره كالدين المشترك إذا أبرأ أحدهم أو ارتهن رجلان عينا ثم رده أحدهما أو سلم أحد الشفيعين الشفعة أو عفى أحد الوليين عن القصاص يصح في حقه دون غيره وكذلك لو قذف أم جماعة وصدق أحدهم كان للباقيين المطالبة بالحد والدليل عليه انها لو زوجت نفسها من غير كفء كان للاولياء أن يفرقوا ولم يكن رضاها بعدم الكفاءة مبطلا حق الاولياء فكذلك هنا وحجتنا ان الحق واحد وهو غير محتمل للتجزئ لانه ثبت بسبب

[27]

لا يحتمل التجزي فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به كما في الامان فان فيه ابطال حق الاستغنام والاسترقاق ثم صح من واحد من المسلمين في حق جماعتهم للمعنى الذي قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح في حق المسقط بالاتفاق فإذا كان الحق واحدا وقد سقط في حق المسقط فمن ضرورته

سقوطه في حق غيره لانه لو لم يسقط في حق غيره لكان إذا استوفاه يصير حق الغير مستوفى أيضا وذلك لا يجوز ولانه لما لم يبق بعد السقوط لا يتمكن الآخر من المطالبة به بخلاف الدين فانه متجزئ في نفسه وبخلاف الرهن فانا لو نفينا حق الآخر لا يصير حق المسقط مستوفى وبه تبين ان الحق يتعدد هناك وكذلك في الشفعة وفي القصاص مالا يحتمل التجزئ لا يبقى بعد عفو أحدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزئ وهو الدية وبخلاف حد القذف فان ذلك لا يحتمل السقوط ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهو احصان المقدوف وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له فوزانه مما نحن فيه ان لو ادعى أحد الاولياء ان الزوج كفؤ وأثبت الآخر انه ليس بكفء فيكون له ان يطلب التفريق واما إذا رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للاولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن دل الاستغراش وللاولياء صيانة نسبهم عن ان ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وأحدهما غير الآخر فلم يكن اسقاط أحدهما موجبا لسقوط الآخر الا ترى انه قد ثبت الخيار لها في موضع لا يثبت للاولياء على ما نبينه في آخر الباب ان شاء الله تعالى ومتى فرق القاضي بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة حتى وجبت عليها العدة فلها نفقة العدة على الزوج لانها كانت تستحق النفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة وسكوت الولي عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة ان شاء لان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التأكد ولانه يحتاج إلى الخصومة في المطالبة وقد لا يرغب الانسان بالخصومة في كل وقت فتأخيره إلى أن يتمكن منه لا يكون مبطلا حقه (قال) وإذا زوجها الولي غير كفء ثم فارقتها ثم تزوجت به بغير ولي كان للولي ان يفرق بينهما لان العقد الثاني غير الاول ورضاه بالعقد الاول بينهما لا يكون رضا بالعقد الآخر كما ان رضاه برجل لا يكافئها لا يكون رضا برجل آخر إذا زوجت نفسها منه بعد ذلك (قال) وإذا تزوجت المرأة غير كفء ثم جاء الولي فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضا بالنكاح لان قبض المهر تقرير لحكم العقد فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة

[28]

ومباشرة الفعل الذي هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا ألا ترى ان مثل هذا الفعل يكون اجازة للعقد فلان يكون رضا بالعقد النافذ كان أولى وان لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها في نفقتها أو في بقية مهرها عليه بوكالة منها ففي القياس هذا لا يكون رضا لانه انما خاصم في ذلك ليظهر عجز الزوج عنه وهو احد أسباب عدم الكفاءة واشتعاله باظهار سبب عدم الكفاءة يكون تقريرا لحقه لا اسقاطا وفي الاستحسان يكون هذا رضا بالنكاح لانه انما يخاصم في المهر والنفقة ليستوفى والاستيفاء يبنى على تمام العقد فتكون خصومته في ذلك رضا منه بتمام النكاح بينهما (قال) وإذا تزوجت المرأة غير كفء ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي وألزمه المهر وألزمها العدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولي وفرق القاضي بينهما قبل الدخول بها كان لها عليه المهر الثاني كاملا وعليها عدة مستقبلية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها عليه وعليها بقية العدة الاولى وعند زفر رحمه الله تعالى لا عدة عليها وعلى هذا الخلاف لو طلقها تطليقة ثانية في النكاح الاول ثم تزوجها في العدة فطلقها قبل الدخول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يجب المهر الثاني كاملا وعليها العدة وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يجب نصف المهر الثاني ولا عدة عليها الا

أن عند محمد يلزمها بقية العدة الاولى لظاهر قوله تعالى فان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية وقال ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وفي النكاح الثاني الطلاق حصل قبل المسيس لان العقد الثاني غير مبنى على الاول والدخول في النكاح الاول لم يجعل دخولا في النكاح الثاني. ألا ترى أن صريح الطلاق بينها فصار في حق العقد الثاني كأن الاول لم يوجد أصلا إلا أن محمدا رحمه الله تعالى يوجب بقية العدة الاولى احتياطا لان تلك العدة كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثاني كالمعدوم وزفر رحمه الله تعالى يقول العدة الاولى سقطت بالنكاح الثاني والساقط من العدة لا يعود وتجدد وجوب العدة يستدعي تجدد السبب وهما قالا العقد الثاني يتأكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعد تأكد العقد يجب كمال العدة والمهر وبيان التأكد ان اليد والفراس يبقى ببقاء العدة فانما تزوجها والمعقود عليه في يده حكما فيصير قابضا بنفس العقد كالمغاصب إذا اشترى من المغصوب منه المغصوب وبه يتأكد حكم النكاح سواء وجد الدخول أو لم يوجد كما يتأكد بالخلوة وبه يبطل اعتمادهم على حصول البينونة بصريح الطلاق فان بعد الخلوة صريح الطلاق بينها

[29]

ويكون النكاح متأكدا في حكم المهر والعدة ولان وجوب العدة لتوهم اشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لانه لا تأثير في تجديد العقد في براءة الرحم وقد كان توهم الشغل ثابتا حتى أوجبنا العدة عند الفرقة لاولى وهذا على قول محمد رحمه الله تعالى الزم لانه يلزمها بقية العدة الاولى باعتبار توهم الشغل والعدة لا تنجز في الوجوب وعلى هذا الاصل لو كانت الفرقة بسبب اللعان أو بخيار البلوغ أو بخيار العتق كله على الاصل الذي بيناه وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا أو كان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا في العدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق لان صيرورته قابضا باعتبار تمكنه من القبض شرعا وذلك بالعقد الفاسد لا يكون ألا ترى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الاولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد فبقيت معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه إذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كان العقد الثاني صحيحا فارتدت ووقعت الفرقة بينهما فهو على هذا الخلاف الذي قلنا لها كمال المهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فلو كان تزوجها في جميع هذه الوجوه بعد انقضاء العدة كان الجواب عندهم كما هو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى في الفصول المتقدمة لانه لم يبق له عليها تلك اليد بعد انقضاء العدة فالتزوج بها وباجنبية أخرى سواء (قال) وإذا تزوجت المرأة رجلا خيرا منها فليس للولى أن يفرق بينهما لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان الولي لا يعتبر بان يكون تحت الرجل من لا تكافئه ولان نسب الولد يكون إلى أبيه لا إلى أمه ألا ترى ان اسمعيل عليه السلام كان من قوم ابراهيم صلوات الله عليه لا من قوم هاجر وكذلك ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبطيا وأولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة (قال) وإذا تسمى الرجل لامرأة بغير اسمه وانتسب لها إلى غير نسبه فتزوجته فالمسألة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهره بأن أخبرها أنه من العرب ثم تبين أنه من قريش وفي هذا لا خيار لها ولا

للاولياء لانها وجدته خيرا مما شرط لها فهو كمن اشترى شيئا على أنه معيب فإذا هو سليم (والثاني) إذا كان نسبه المكتوم دون ما أظهره ولكنه في النسب المكتوم غير كفء لها بأن تزوج قرشية على أنه من قريش ثم تبين أنه من

[30]

العرب أو من الموالي وفي هذا لها الخيار وان رضيت هي فللاولياء أن يفرقوا بينهما لعدم الكفاءة (والثالث) ان كان النسب المكتوم دون ما أظهر ولكنه في النسب المكتوم كفؤ لها بأن تزوج عربية على أنه من قريش ثم تبين أنه من العرب وفي هذا ليس للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار عن أنفسهم حتى لا ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق في المطالبة بالكفاءة وهي موجودة ولكننا نقول شرط لها زيادة منفعة وهو أن يكون ولدها منه صالحا للخلافة فإذا لم تنل هذا الشرط كان لها الخيار كمن اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسنه وهذا لان في الاستفراش ذلا في جانبها والمرأة قد ترضى استفراش من هو أفضل منها ولا ترضى استفراش من هو مثلها فإذا ظهر أنه غيرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها فلهذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم الكفاءة فقط وللشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسألة ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر رحمه الله تعالى وقول آخر أن النكاح باطل لانها زوجت نفسها من رجل هو قرشي ولم يوجد ذلك الرجل ولكننا نقول الاشارة مع التسمية إذا اجتمعا فالعبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة ابلغ وبهذا ونحوه نستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا يعجز عنه غير الفقيه ومن سئل عن طريق فقال اما من هذا الجانب واما من هذا الجانب فيشير إلى الجوانب الاربعة علم أنه لا علم له بالطريق أصلا (قال) وان كانت المرأة هي التي غرت الزوج وانتسبت إلى غير نسبها فلا خيار له فيه إذا علم وهي امرأته ان شاء طلقها وان شاء أمسكها لما بينا أنه لا يقوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها لا في حق نفسه ولا في ولده ولانه يتمكن من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة إلى اثبات الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب النكاح بغير شهود) * (قال) بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان مالك وابن أبي ليلى وعثمان البتي رحمهم الله تعالى يقولون

[31]

الشهود ليس بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو أعلنوا بحضرة الصبيان والمجانين صح النكاح ولو أمر الشاهدين بان لا يظهر العقد لا يصح وحتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح ولو بالدف وحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم املاك رجل من الانصار فقال أين شاهدكم فأتى بالدف فأمر بان يضرب على رأس الرجل وكان لعائشة رضي

الله عنها دف تعيره للانكحة وهذا لان حرام هذا الفعل لا يكون الا سرا
فالحلال لا يكون الا ضده وذلك بالاعلان لنتفي التهم وحتنا في ذلك
الحديث الذي رويناه ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي
وشاهدان وقال عمر رضي الله عنه لا أوتي برجل تزوج امرأة بشهادة رجل
واحد الا رجمته ولان الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق
الظهور شرعا وذلك شهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا قال
القائل وسرك ما كان عند امرئ +++ وسر الثلاثة غير الخفى ولان اشتراط
زيادة شئ في هذا العقد لاظهار خطر البضع فهو نظير اشتراط زيادة شئ
في اثبات إتلاف ما يملك بالنكاح وانما اختص ذلك من بين سائر نظائره
بزيادة شاهدين فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة
شاهدين ثم الاصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعقد
النكاح بشهادته وكل من يصلح ان يكون وليا في نكاح يصلح ان يكون شاهدا
في ذلك النكاح وعلى هذا الاصل قلنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين ولا
ينعقد عند الشافعي رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا
بولي وشاهدي عدل ولكننا نقول ذكر العدالة في هذا الحديث والشهادة
مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعا مع انه نكر ذكر
العدالة في موضع الاثبات فيقتضى عدالة ما وذلك من حيث الاعتقاد وفي
الحقيقة المسألة تنبني على ان الفاسق من أهل الشهادة عندنا وانما لا
تقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب وفي الحضور والسماع لا تمكن هذه
التهمة فكان بمنزلة العدل وعند الشافعي رحمه الله تعالى الفاسق ليس
من أهل الشهادة أصلا لنقصان حاله بسبب الفسق وهو يبنى أيضا على
أصل ان الفسق لا ينقص من ايمانه عندنا فان الايمان لا يزيد ولا ينقص
والاعمال من شرائع الايمان لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان
ويزداد الايمان بالطاعة وينتقص بالمعصية بجعل نقصان الدين بسبب
الفسق

[32]

كنقصان الحال بسبب الرق والصغر واعتبر بطرف الاداء فان المقصود
ظهار النكاح عند الحاجة إليه والصيانة عن خلل يقع بسبب التواجد ولا
يحصل ذلك بشهادة الفاسق ولكننا نقول الفسق لا يخرج من أن يكون أهلا
للامامة والسلطنة فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم
قل ما يخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من أن يكون إماما
بالفسق يؤدي إلى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلا للامامة كونه أهلا
للقضاء لان تقلد القضاء يكون من الامام ومن ضرورة كون أهلا لولاية
القضاء ان يكون أهلا للشهادة وبه ظهر الفرق بينه وبين نقصان الحال
بسبب الرق والاداء ثمرة من ثمرات الشهادة وفوت الثمرة لا يدل على
انعدام الشئ من أصله الا ترى ان بشهادة المستور الذي ظاهر حاله العدالة
ينعقد النكاح ولا يظهر بمقالته وكذلك بشهادة ابنته منها وكذلك ينعقد
بشهادة الاعميين بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمى انما لا تقبل شهادته لانه
لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بدليل مشتبه وهو النعمة
والصوت وذلك لا يكون في حالة الحضور والسماع وعند الشافعي رحمه
الله تعالى لان الاعمى من أهل أداء الشهادة ولهذا قال لو تحمل وهو بصير
ثم عمى تقبل شهادته فاما بشهادة المحدودين في القذف فان لم تظهر
توبتهما فهما فاسقان وان ظهرت توبتهما ينعقد النكاح بشهادتهما
بالاتفاق عند الشافعي رحمه الله تعالى لجواز الاداء منهما بعد التوبة

وعندنا انما لا تقبل شهادة المحدود في القذف لكونه محكوما بكذبه فانما يؤثر ذلك فيما يتصور فيه تهمة الكذب أو فيما يستدعي قولا من جهتهما وذلك لا يكون في الحضور والسمع فأما بشهادة العبدین والصبيين لا ينعقد النكاح لانهما لا يقبلان هذا العقد بأنفسهما ولانهما لا يصلحان للولاية في هذا العقد وهذا لان النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون إلى محافل الرجال عادة فلهذا جعل حضورهما كلا حضورهما وعلى هذا الاصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد بناء على أصله أن شهادة النساء مع الرجال انما تكون حجة في الاموال وفيما يكون تبعاً للاموال باعتبار أن المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الحرج بأشهاد رجلين في كل حادثة فكانت حجة ضرورية في هذا المعنى ولا ضرورة في النكاح والطلاق وما ليس بمال لان المعاملة فيها لا تكثر فكانت كالأحدود والقصاص وكذلك هذا ينبنى على أصله أن المرأة لا تصلح أن تكون موجهة للنكاح ولا قابلة فكذلك لا تصلح

[33]

شاهدة في النكاح وعندنا هي تصلح لذلك وللنساء مع الرجال شهادة أصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث أنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله أن تصل أحدهما الأخرى فتذكر أحدهما الأخرى وبانضمام إحدى المرأتين إلى الأخرى تقل تهمة النسيان ولا تنعدم لبقاء سببها وهي الأئونة فلا تجعل حجة فيما يندري بالشبهات كأحدود والقصاص فأما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجل ولا أشكال أن تهمة الضلال والنسيان في شهادة الحضور لا تتحقق فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة ولكننا نقول قد ثبت بالنص أن المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد وينصف الشاهد لا يثبت شيء ولهذا لو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً وسنقرر هذه الأصول في موضعها من كتاب الشهادات أن شاء الله تعالى واعتمادنا على حديث عمر رضي الله تعالى عنه حيث أجاز شهادة رجل وامرأتين في النكاح والفرقة (قال) ولو تزوجها بشهادة ابنته أو ابنتها أو بنته منها ينعقد النكاح بالاتفاق لحضور من هو أهل للشهادة فإن امتناع قبول شهادة الولد لوالده لا لنقصان حاله بل لتهمة ميل كل واحد منهما إلى صاحبه ولا تتمكن هذه التهمة في انعقاد العقد بشهادتهما (قال) ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين جاز النكاح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ولم يجز في قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لأن هذا نكاح لا يصح إلا بشهود فلا يصح بشهادة الكافرين كالعقد بين المسلمين بخلاف أنكحة الكفار فإنها تنعقد بغير شهود وحقيقة المعنى أن هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط الانعقاد سماع البينة كلا شطري العقد ولم يوجد فكان هذا بمنزلة ما لو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ولهما طريقان (أحدهما) ما بينا أن الكافر يصلح أن يكون ولياً في العقد ويصلح أن يكون قابلاً لهذا العقد بنفسه فيصلح أن يكون شاهداً فيه أيضاً كالمسلم وهذا استدلال بطريق الأولى فإن الإيجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فإذا كان يصلح الكافر للقيام بركن هذا العقد بنفسه فلان يقوم بشرطه كان أولى بخلاف ما جرى بين المسلمين ولأن المخاطب بالأشهاد هو الرجل لانه يملك البضع ولا يملك إلا بشهادة الشهود فاما المرأة تملك المال

[34]

مخصوصا بالنكاح بغير شهود ثم كان المرأة لا تحتاج إلى الاشهاد عليه إذا ثبت هذا فنقول الرجل قد اشهد عليها من يصلح ان يكون شاهدا عليها بخلاف ما إذا كانت مسلمة وبخلاف ما إذا سمعوا كلامها لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد والعقد لا يكون الا بكلام المتعاقدين وسماعهما كلام المسلم صحيح ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ثم وقعت الحاجة إلى أداء هذه الشهادة تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها إذا جحدت وعلى الزوج لو كانا اسلما بعد ذلك فظهر ان سماعهما كلام المسلم صحيح فيحصل به الاشهاد عليها بالعقد وهذا بخلاف ما إذا تزوجها بغير شهود فانه لا يجوز ذلك وان كان في دينهم حلالا لان صاحب العقد هو الزوج وهو مسلم مخاطب بالاشهاد فلا يعتبر اعتقادها في حقه (قال) وإذا زوج ابنته بشهادة ابنه ثم جحد الزوج النكاح وادعاه الاب والمرأة فشهد الابن بذلك فشهادتهما لا تقبل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل ولو كان الزوج هو المدعى وجحد الاب والمرأة لذلك فشهادة الابن فيه تكون مقبولة على ابئهما والحاصل ان شهادتهما لاختهما وعلى اختهما تكون مقبولة وشهادتهما على ابئهما فيما يجحده الاب مقبولة فأما إذا شهدا لابيئهما فيما يدعيه ان كان الاب فيه منفعة نحو ان يشهدا بعقد تتعلق الحقوق به لا تقبل شهادتهما وان لم يكن للاب فيه منفعة لا تقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضا وعند محمد تقبل واصل المسألة فيما إذا قال لعبيده ان كلمك فلان فانت حر فشهدا بنا فلان ان أباهما كلم العبد فان كان الاب يجحد ذلك فشهادتهما مقبولة وان كان الاب يدعى ذلك لا تقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل قال لان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لتمكن تهمة الميل إليه وإيثاره بالمنفعة على غيره وهذا لا يتحقق فيما لا منفعة للاب فيه فقبلت الشهادة جحدها أو ادعاها وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شهادة الولد لوالده لا تكون مقبولة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده وانما تكون شهادة له إذا كان مدعيا بشهادته ولا معتبر بالمنفعة فان جحوده الشهادة يقبل وان كان له فيه منفعة بأن شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة درهم بألف درهم مع أن المنفعة هنا تتحقق فان ظهور صدقه عند القاضي والناس من جملة المنفعة والعاقل يؤثر هذا على كثير من المنافع الدنيوية ثم ذكر في الكتاب وقال محمد رحمه الله تعالى كل شئ للاب فيه منفعة جحد أو ادعى فشهادة ابنه فيه باطل

[35]

وكذلك كل شئ تولاه مما يكون فيه خصما كالبيع وما أشبهه والمراد بهذا أن عند دعوى الاب لا تقبل شهادة الابن للتهمة وعند جحد الاب ان كان الآخر جاحدا أيضا لا تقبل الشهادة لعدم الدعوى فأما إذا كان الآخر مدعيا كانت الشهادة مقبولة وان كان للاب فيها منفعة كما إذا شهدوا عليه ببيع

ما يساوي مائة درهم بألف درهم والمشتري يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة من جهة الاب والمنفعة التي هي غير مطلوبة لا تؤثر في المنع من قبول الشهادة (قال) وأما شهادة الشاهد على فعل تولاه لنفسه أو لغيره مما يكون فيه خصما ومما لا يكون خصما فساقطة بالاتفاق وبهذا يستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال الابن جزء من أبيه فشهادته كشهادة الاب لنفسه فكما أن شهادة الاب فيما باشره لا تكون مقبولة وان لم يكن له فيه منفعة فكذلك شهادة الابن للاب ولكننا نقول فيما باشره يكون مدعيا لا شاهدا فأما الابن فيما باشره أبوه يكون شاهدا فبعد تحقق الشهادة المانع من القبول هو التهمة ففي كل موضع لا تتحقق التهمة تكون الشهادة مقبولة (قال) وإذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أخوها وأبوها بالرضا لم تقبل لان الاب يريد تميم ما باشره ولو شهد عليها أخوها بالرضا كانت مقبولة لانه لا تهمة في شهادتهما عليها (قال) ولو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجرز النكاح لان الشرط هو الاشهاد على العقد ولم يوجد وانما وجد الاشهاد على الاقرار بالعقد الفاسد والاقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد وبالاشهاد عليه لا ينقلب الفاسد صحيحا (قال) ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة عبيدين أو كافرين أو صبيين أو معتوهين أو نساء ليس معهن رجل لما قلنا فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح لوجود شرطه فان ادرك الصبيان وعتق العبدان وأسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم لان شرائط أداء الشهادة انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعتق والاسلام والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهما كان صحيحا حين تحملا لان التحمل ليس بشهادة والحربة والاسلام والبلوغ تعتبر في الشهادة فلهذا جازت شهادتهما * (قال) * وإذا شهد شاهد أنه تزوجها أمس وشهد شاهد أنه تزوجها اليوم فشهادتهما باطلة لان النكاح وان كان قولاً الا ان من شرائطه ما هو فعل وهو حضور الشهود فكان بمنزلة الافعال واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة توضيحه ان كل واحد منهما شهد بعقد

[36]

عقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد (قال) وإذا جحد الزوج النكاح فأقامت المرأة البينة جاز ولم يكن جحوده طلاقاً ولا فرقة لان للطلاق تصرف في النكاح وهو منكر لاصل النكاح فلا يكون إنكاره تصرفاً فيه بالرفع والقطع. ألا ترى أن بالطلاق ينتقص العدد وبانتفاء أصل النكاح لا ينتقص فان أقامت البينة على اقراره بالنكاح جاز أيضاً لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة (قال) ولو زوج عبده أمته بغير شهود لم يجرز لانه نكاح بين مسلمين واشتراط الشهود في نكاح المسلمين لاطهار خطر البضع وذلك المعنى لا يختلف في الاحرار والعبيد وهذا بخلاف المهر لانه على طريق بعض مشايخنا يجب المهر بهذا العقد لاطهار خطر البضع حقا للشرع ثم يسقط بعد ذلك لانه لو بقى كان للمولى ولا دين للمولى على عبده وان قلنا لا يجب فانما امتنع وجوبه لوجود المنافي له ولكونه غير مفيد لان فائدة الوجوب الاستيفاء وهذا لا يوجد في الشهود فان ملكه رقبتهما لا ينافي الاشهاد على النكاح ويحصل به ما هو مقصود الاشهاد * (قال) * وان طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليها ولكنه متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يستدعي ملكاً له على المحل اما ملك العين أو ملك اليد وذلك لا يحصل بالنكاح الفاسد فان العدة وان وجبت بالدخول لا تثبت ملك اليد باعتباره ولهذا الا تستوجب النفقة ولكنه يكون متاركة فان الطلاق في

النكاح الصحيح يكون رافعا للعقد موجبا نقصان العدد لكن امتنع ثبوت أحد الحكمين هنا فيبقى عاملا في الآخر وهو رفع الشبهة لان رفع الشبهة دون رفع العقد ثم بين حكم الدخول في النكاح الفاسد وما لو تزوجها في العدة ثانيه بشهود ثم طلقها قبل الدخول وقد بينا الخلاف فيه فيما سبق (قال) وإذا قال تزوجتك بغير شهود وقالت هي تزوجتني بشهود فالقول قولها لانهما اتفقا على أصل العقد فيكون ذلك كالاتفاق بينهما على شرائطه لان شرط الشيء يتبعه بالاتفاق على الاصل يكون اتفقا على الشرط ثم المنكر منهما للشرط في معنى الراجع فان كانت هي التي أنكرت الشهود فالنكاح بينهما صحيح وان كان الزوج هو المنكر يفرق بينهما لاقتراره بالحرمة عليه لانه متمكن من تحريمها على نفسه فجعل اقراره مقبولا في اثبات الحرمة ويكون هذا بمنزلة الفرقة من جهته فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ونفقة العدة ان كان بعد الدخول وهذا بخلاف ما إذا أنكر الزوج أصل النكاح لان القاضي كذبه في انكاره بالحجة والمكذب في زعمه بقضاء القاضي لا يبقى لزعمه عبرة وهنا القاضي ما كذبه في زعمه بالحجة ولكنه رجح قولها

[37]

للمعنى الذي قلنا فيبقى زعمه معتبرا في حقه فلهذا فرق بينهما (قال) وكذلك لو قال تزوجتها ولها زوج أو هي معتدة من غيري أو هي مجوسية أو أختها عندي أو هي أمة تزوجتها بغير إذن مولاهما لان هذه الموانع كلها معني في محل العقد والمحال في حكم الشروط فكان هذا واختلافهما في الشهود سواء على ما بينا وهذا بخلاف ما إذا ادعى أحدهما ان النكاح كان في صغره بمباشرة لانه ينكر أصل العقد هنا فان الصغير ليس بأهل لمباشرة النكاح بنفسه فإضافة العقد إلى حالة معهودة تنافي الاهلية يكون انكارا لأصل العقد كما لو قال تزوجتك قبل ان تخلفي أو قبل ان أخلق وإذا كان القول قول المنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل الادراك وان كان دخل بها قبل الادراك فلها الاقل من المسمى ومن مهر المثل لوجود الدخول بحكم النكاح الموقوف فان عقد الصغير يتوقف على اجازة وليه إذا كان الولي يملك مباشرته وان كان الدخول بعد الادراك فهذا رضى بذلك النكاح وبعد الادراك لو أجاز العقد الذي عقده في حالة الصغير جاز كما لو أجاز وليه قبل ادراكه فكذلك بدخوله بها يصير مجيزا (قال) وإذا زوج الرجل امرأة بامرته ثم اختلفا فقال الوكيل أشهدت فيه على النكاح وقال الزوج لم تشهد فيه فانه يفرق بينهما لاقتراره وعليه نصف الصداق لما قلنا ان اقراره باصل عقد الوكيل اقرار بشرطه وان اختلفت المرأة ووكيلها في مثل ذلك فالقول قول الزوج لانها أقرت بالوكالة والنكاح فيكون ذلك اقرارا منها بشرط النكاح (قال) وكذلك لو قالت لو تزوجني لا يلزمها اقرار الوكيل وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما لان اقرار الوكيل بالنكاح في حال بقاء الوكالة صحيح وقد بيناه وكذلك وكيل الزوج إذا أقر بالنكاح وجد الزوج فهو على الخلاف الذي بينا هكذا ذكر المسألة هنا وأعاد المسألة في كتاب الطلاق وذكر ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال سواء النكاح والخلع والبيع والشراء في ان اقرار الوكيل بفعله جائز إذا كان الأمر مقرا انه أمره بفعله ففي رواية كتاب الطلاق الخلاف في اقرار الولي على الصغير في النكاح لا في اقرار الوكيل على الموكل لان الوكيل مسلط من جهة الموكل باختياره فاقرار الوكيل به كاققرار الموكل بنفسه فأما الولي مسلط شرعا والشرع اعتبر الشهود في النكاح

فلا يصح اقرار الولي بغير شهود والاصح أن الخلاف في الكل كما ذكر هنا
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

[38]

باب نكاح أهل الذمة (قال) رضى الله تعالى عنه اعلم أن كل نكاح يجوز فيما
بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة لانهم يعتقدون جوازه ونحن
نعتمد ذلك في حقهم أيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعثت الي
الاحمر والاسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا في اعتقاده
يكون ثابتا في حقهم فاما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح
بغير شهود فانه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه إذا أسلموا عندنا. وقال
زفر رحمه الله تعالى لا يتعرض لهم في ذلك الا أن يسلموا أو يترافعوا الينا
فحينئذ يفرق القاضى بينهم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا
تتبع أهواءهم ولانهم بعقد الذمة صاروا منا دارا والتزموا أحكام الاسلام
فيما يرجع إلى المعاملات فيثبت في حقهم ما هو ثابت في حقنا الا ترى ان
حرمة الربا ثابتة في حقهم بهذا الطريق فكذلك حرمة النكاح بغير شهود
ولكننا نقول نعرض عنهم لمكان عقد الذمة لا لانا نقرهم على ذلك كما
نتركهم وعبادة النار والاثوان على سبيل الاعراض لا على سبيل التقرير
والحكم بصحة ما يفعلون ولا نعرض عنهم في عقد الربا لان ذلك مستثنى
عن عقد الذمة قال صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه
عقد ويروى عهد وكتب إلى بنى نجران اما ان تدعوا الربا أو فآدنوا بحرب
من الله ورسوله وحثنا في ذلك ان الاشهاد على النكاح من حق الشرع
وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا ولان النكاح بغير شهود
يجوزه بعض المسلمين ونحن نعلم انهم لم يلتزموا أحكام الاسلام بجميع
الاختلاف ثم من المنزل ان يترك أهل الكتاب وما يعتقدون الا ما استثني
عليهم وان حكم خطاب الشرع في حقهم كانه غير نازل لاعتقادهم خلاف
ذلك الا ترى ان الخمر والخنزير يكون مالا متقوما في حقهم ينفذ تصرفهم
فيهما بهذا الطريق فكذا ما نحن فيه بخلاف الشرك فان ذلك لم يحل قط
ولن يحل قط وإذا انعقد انعقد فيما بينهم صحيحا بهذا الطريق فما بعد
المرافعة والاسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لا شرط
البقاء فاما إذا تزوج ذمية في عدة ذمي جاز النكاح في قول أبي حنيفة
رحمه الله تعالى حتى لا يفرق بينهما وان أسلما أو ترافعا وعند أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى يفرق لان النكاح في العدة مجمع على بطلانه
فيما بين المسلمين فكان باطلا في حقهم أيضا ولكن لا نتعرض لهم لمكان
عقد

[39]

الذمة فإذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام كما
في نكاح المحارم فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أصحابنا من
يقول العدة لا تجب من الذمي لان وجوبها لحق الشرع أو لحق الزوج ولا
يمكن ايجابها لحق الشرع هنا لانهم لا يخاطبون بذلك ولا لحق الزوج لانه لا
يعتقد ذلك فإذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة
واجبة ولكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين

المسلمين فكان النكاح صحيحا وبعد المرافعة أو الاسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لا تمنع بقاء النكاح كالمكوحه إذا وطئت بشبهة وهذا بخلاف ما إذا كانت معتدة من مسلم لان تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج فاما إذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا يتعرض له في ذلك وان علمه القاضي ما لم يترافعوا إليه الا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وذكر في كتاب الطلاق انه يفرق بينهما إذا علم بذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم من ؟ الرمومة ؟ إذا أكلوا ولكننا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري رضى الله تعالى عنهما ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمر والخنزير فكتب إليه انما بذلوا الجزية لتركوا وما يعتقدون وانما أنت منبع وليس بمبتدع والسلام ولان الولاية والقضاء من ذلك الوقت إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم انهم يباشرون ذلك ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضى لها نفقة النكاح إذا طلبت ولا يسقط احصانه إذا دخل بها حتى إذا أسلم يحد قاذفه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو باطل في حقهم ولكننا لا نتعرض لهم في ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائع في دار الاسلام وهم من أهل دار الاسلام فيكون الخطاب ثابتا في حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ إلى كل واحد وانما في وسعه جعل الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة البلوغ إليهم ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة ألا ترى انهم لا يتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها وأما الخمر والخنزير فقد قيل الحرمة بكتاب خاص في حق المسلمين وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر إلى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما وقد يكون

[40]

حلالا وانما تنبني المالية على التمول وهم يتمولون ذلك فأما من ضرورة حرمة المحل بطلان النكاح وقد ثبتت الحرمة في حقهم كما بينا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لو تزوج مجوسية صح بالانفاق والمجوسية محرمة النكاح بكتاب الشرع كذوات المحارم وانما حكمنا بجوازه بينهم لان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل فانهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه لم يكن رسولا وقد انقطعت ولاية الالزام بالسيف أو بالمحاجة لمكان عقد الذمة فصار حكم الخطاب قاصرا عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فإذا اعتقدوا ذلك بأن أسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم فأما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقى حكم المنسوخ في حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقى حكم جواز الصلاة إلى بيت المقدس في حق أهل قباء لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه إلى الكعبة فإذا ثبت حكم صحة الانكحة بهذا الطريق يثبت به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الاحصان وأما الميراث فليس استحقاق الميراث من ضرورة صحة النكاح فقد يمتنع التوارث بأسباب كالرق واختلاف الدين مع أن التوارث انما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط اعتباره بالموت لعلمنا أنه قد يتقن بذلك ولما أشار الله تعالى إليه في قوله وان من أهل الكتاب الا ليؤمنن به قبل موته فلا يكون اعتقاد الوارث معتبرا في الاستحقاق عليه فلهذا لا يرثه بخلاف النفقة في حال

الحياة وبقاء الاحصان إذا ثبتت هذه القاعدة فنقول عند أبي حنيفة ان رفع أحدهما الامر إلى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما إذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان أصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة فإذا رفع أحدهما الامر وانقاد لحكم الاسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما ولو أسلم أحدهما فرق القاضي بينهما فكان اسلام أحدهما كاسلامهما فكذلك رفع أحدهما إليه كمرافعتهما وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح كان صحيحا فرفع أحدهما إلى القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر في ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضا لاعتقاد الآخر فبقى حكم الصحة على ما كان بخلاف ما إذا أسلم أحدهما فان الاسلام يعلو ولا يعلو فلا يكون اعتقاد الآخر معارضا لاسلام المسلم منهما وبخلاف ما إذا رفعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فيثبت حكم الخطاب في حقها بانقيادهما له واليه أشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم فتكون مرافعتهما كاسلامهما وبعد

[41]

اسلامهما يفرق بينهما لان المحرمية كما تنافى ابتداء النكاح تنافى البقاء بعدما انعقد صحيحا كما لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة (قال) وإذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمي لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا منقوما والخمر والخنزير مال منقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاء في حقنا وأن تزوجها على ميتة أو دم أو غير شئ فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانهم لا يتمولون الميتة والدم كما لا يتمولهما المسلمون ولو كان المسلم هو الذي تزوج امرأة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذمي وقيل هذا قولهما اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا شئ لها إذا كانوا يدينون بالنكاح بغير مهر إلى هذا يشير في الجامع الصغير والخلاف مشهور فيما إذا تزوجها على ان لا مهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجب المهر وان أسلما وعندهما لها مهر مثلها وهو بناء على ما ذكرنا من الاصل فان تقييد الابتغاء بالمال ثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتا في حق أهل الذمة لشبوع الخطاب في دار الاسلام وكونهم من أهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل الا انه لا يتعرض لهم ما لم يسلموا أو يرفع أحدهم الامر إلى القاضي بخلاف أهل الحرب فان الخطاب غير شائع في دار الحرب ولان الحربية محل للتملك بالقهر فيتمكن من اثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذي قلنا فصح الشرط ووجب الوفاء به ما لم يسلموا وبعد الاسلام أو المرافعة الحال حال بقاء النكاح والمهر ليس بشرط بقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سواء فاما إذا سكتا عن ذكر المهر فكذا في احدي الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض الا بالشرط وفي الرواية الاخرى يجب لان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقا لها وكذا عند تسمية الميتة والدم لان ذلك لغو باعتبار أنه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سواء (قال) وإذا طلق الذمي امراته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته إلى السلطان فرق بينهما لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد

فامسأكه أآهآ بعد التطلآقآآ الثلآث ظلم منه ومآ اعطآنآهم الذمة لنقرهم
على الظلم أرىآ لو آخلت بمل أكنآ نده لآقوم علفهآ وقد استوفى
منهآ فآمآ إذآ

[42]

تزوجهآ بعد التطلآقآآ الثلآث برضآهآ فالآن هذآ ونكآح المحآرم سولآ لآن
الثلآث آوجب حرمة المحل بآطآب الشرع كالمحرمة وهم لآآعتقدون ذك
وحرمة المحل بهذا السبب تمنع بقاء النكآح كمآ تمنع الآبتدآء فكن
كالمحرمة فمآ ذكرنآ من التفرآعآآ (قآل) واذآ تزوج الذمى ذمة على آمر
بعفنهآ أو آنزفر ثم أسلمآ أو أسلم آدهمآ فلفس لهآ عفر ذك المعفن فف
قول أبى آنفقة رحمه الله تعالى فآن كآنت آمر بفر عفنهآ فلهآ قفمنهآ
وفف آنزفر بفر عفنه فف القفآس كذلك ولكنه استآحسن فقآل لهآ مهر
مثلهآ وفف قول محمد لهآ القفمة على كل آآل وفف قول أبى آوسف الآآر
لهآ مهر مثلهآ على كل آآل ولم فذكر قوله الآول وقفل هو كقول محمد
رحمه الله آمآ آآنهآ فف العفن أن الآسلام ورد وآلآرم مملوك بآعقد
عفر مقبوض ففمنع الآسلام قبضه كمآ فف آمر المشترآة إذ أسلم آدهمآ
قبل القبض وهذآ لآن القبض فؤكد الملك الثآبت بآعقد الآ ترى أن الصدآق
تنصف بنفس الطلآق قبل الدآول إذآ لم فكن مقبوضآ وبعد القبض لآ عود
شئ إلى ملك الزوج الآ بقضآء أو رضآء وكذلك الزوآئذ تنصف قبل القبض
ولآ تنصف بعده وكذلك لو مر فوم الفطر والصدآق عفر عند الزوج ثم
طلقهآ قبل الدآول لآ آآب صدقة الفطر علفهآ بآلاف مآ بعد القبض إذآ
آبت هذآ فنقول الآسلام كمآ فمنع تملك آمر بآعقد آبتدآء فمنع نآكد الملك
ففهآ بالقبض وبه فآرق آمر المعصوبة فآنه لفس فف الآسآردآد نآكد
الملك أنمآ ففه مجرد النقل من فذ إلى فذ وآبو آنفقة رحمه الله تعالى فقول
الآسلام ورد وعفن المسمى مملوك لهآ مضمون بنفسه فف فذ الزوج فلا
فمنع الآسلام قبضه كآمر المعصوبة لآ فمنع الآسلام آسآردآهآ وهذآ لآن
ملكهآ فف الصدآق فتم بنفس العقد آآى تملك آآصرف ففه كفف شآء
ومع من شآءآ ببدل وففر بدل فلفس القبض هنآ بملوك آآصرف ولآ
تملك العفن بآلاف المفع فآن بالقبض هنآك فسآفآد ملك آآصرف
والآسلام المآنع منه ولآن ضمان المفع فف فذ البآع ضمان ملك آآى لو
هلك فهلك على ملكه فكن قبض المشترفى نآقلآ لضمان الملك فآمآ ضمان
المسمى فف فذ الزوج فلفس بضمن ملك آآى لو هلك فهلك على ملكهآ
ولهذآ آجب لهآ القفمة فلا فكون الآسلام مآنعآ من القبض النآقل للضمن
إذآ لم فكن ضمان ملك كآسآردآد المعصوب وهذآ بآلاف مآ إذآ كآن المسمى
بفر عفنه لآن القبض هنآك مآجب ملك العفن والآسلام فمنع من ذك واذآ
عرفنآ هذآ فمحمد رحمه الله تعالى فقول فف الفصول كلهآ تعذر بآلآسلام
آسلفم المسمى

[43]

بعد صحة التسمية وذلك مآجب للقفمة على كل آآل كمآ لو تزوجهآ على
عفر فآسآق أو هلك قبل آسلفم وآبو آوسف رحمه الله تعالى فقول
الآسلام الطآرى بعد العقد قبل القبض فآعل فف آآكم كآلمقآرن للعقد

كما في البيع ولو اقترن الاسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على كل حال فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله محمد رحمه الله تعالى لان التسمية صحيحة وبطريان الاسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما إذا اقترن الاسلام بالعقد فان التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لان أصل السبب هناك يفسد بالاسلام الطارئ وهنا أصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فإذا تعذر تسليم المسمى كان لها القيمة غير أنى استقبح إيجاب قيمة الخنزير فأوجب لها مهر مثلها قيل إنما استقبح ذلك لبعده الخنزير عن المالية في حق المسلمين ولان المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع إلى أهل الذمة في معرفة قيمة الخنزير ليقضى به مستقبح ولكن هذا ضعيف فان المسلم إذا أتلف خنزير الذمي يضمن قيمته كما إذا أتلف خمره والصحيح ان يقال قيمة الخنزير كعينه الا ترى ان قيل الاسلام لو اتاها بالقيمة أجبرت على القبول كما إذا اتاها بالعين فكما تعذر قبض عين الخنزير بالاسلام فكذلك القيمة بخلاف الخمر يقرره ان قيمة الخنزير من موجبات صحة التسمية وبالاسلام قد تغير حكم التسمية فانما يجوز ان يستوفى بعد الاسلام ما ليس من موجبات صحة التسمية وذلك مهر المثل فاما قيمة الخمر ليس من موجبات صحة التسمية لان الخمر من ذوات الامثال فلهذا يصار إلى قيمة الخمر ثم ان طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما ذكره في باب المهور ان شاء الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها المتعة على كل حال (قال) مسلم تزوج مسلمة على خمر أو خنزير أو شئ مما لا يحل كان النكاح جائزا لان صحة التسمية ليس من شرائط أصل النكاح فالنكاح صحيح بغير تسمية المهر فكذلك مع فساد التسمية لان ما كان فاسدا شرعا فذكره كالكسوت عنه في حكم الاستحقاق وتقدم اشراطه غير مبطل للنكاح فان النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به هكذا قال ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع وإذا صح النكاح فلها مهر

[44]

مثلها لان البضع لا يتملك الا بعوض وقد تعذر إيجاب المسمى فيصار إلى العوض الاصل وهو قيمة البضع على ما نبينه في باب المهور ان شاء الله تعالى (قال) وتجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس وقد دللنا على جواز أصل المناكحة فيما بينهم ثم هم أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم لانه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى الله عليه وسلم فتجوز المناكحة فيما بينهم كأهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا جوزنا شهادة بعضهم على بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابي من الابوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين ولا يحل ذلك عند الشافعي رحمه الله تعالى لان المعارضة تتحقق بينهما واحدهما يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما إذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام على ما بينا ولكننا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه الحديث فقد جعل اتفاق الابوين علة نافذة عن أصل الفطرة فيثبت ذلك فيما إذا اتفق عليه الابوان وفيما اختلفا فيه يبقى على أصل

الفطرة ولان حل الذبيحة والمناكحة من حكم الاسلام فإذا كان ذلك اعتقاد أحد الابوين يجعل الولد تبعاً له في ذلك كما في نفس الاسلام وهذا لان اليهودية إذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فلا تقع المعارضة بينهما ولكن يترجح جانب التبعية للكتابي لانه يعتقد التوحيد أو يظهره فكان في جعل الولد تبعاً له نوع نظر للولد وذلك واجب (قال) وإذا زوج صبية من صبي وهما من أهل الذمة جاز ذلك كما يجوز بين المسلمين لان الولاية تثبت للأولياء فيما بينهم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ثم ان كان المزوج هو الاب والجد فلا خيار لهما إذا أدركا لشفقة الابوة فان ذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحباري وان كان المزوج غير الاب والجد فلهما الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد على ما بينا فيما بين المسلمين (قال) وإذا تزوجت الذمية ذمياً فقال وليها هذا ليس بكفء لم يلتفت إلى قوله لان ذل الشرك وصغار الجزية يجمعهم فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب بل هم اكفاء بعضهم لبعض ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا اكفاء ولو اعتقوا كذلك ولو أسلموا كانوا اكفاء فعرّفنا أنه لا يظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولي ان يخاصم (قال) الا ان يكون شيئاً مشهوراً يعنى كائنة ملك منهم خدعها حائك أو سايس ونحوه فهنا يفرق

[45]

بينهما لا لانعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة لان هذا يهيج الفتنة والقاضي مأمور بتسكين الفتنة بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين (قال) وإذا تزوج الذمي مسلمة حرة فرق بينهما لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى فاستنقر الحكم في الشرع على ان المسلمة لا تحل للكافر وان كان ذلك حلالاً في الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة ان كان قد دخل بها ولا يبلغ به أربعين سوطاً وتعذر المرأة والذي سعى فيما بينهما وفي حق الذمي لم يذكر لفظ التعذير لانه ينهى عن معنى التطهير والتوقير قال الله تعالى وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة وأصيلاً فلماذا قال يوجع عقوبة وهذا لانه أساء الأدب فيما صنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعاً منه فيؤدب على ذلك وكان مالك بن أنس رحمه الله تعالى يقول يقتل لانه يصير بهذا ناقضاً للعهد حين باشر ما ضمن في العهد أن لا يفعله فهو نظير الذمي إذا جعل نفسه طليعة للمشركين على قوله ولكننا نقول كما ان المسلم بارتكاب مثله لا يصير ناقضاً لآمانه فالذمي لا يصير ناقضاً لآمانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبة وكذلك يعذر الذي سعى بينهما لانه أعان على ما لا يحل والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وهو الذي يسعى بينهما وان أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لان أصل النكاح كان باطلاً فبالاسلام لا ينقلب صحيحاً (قال) ولو أسلم الزوج وامراته من أهل الكتاب بقى النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لان ابتداء النكاح صحيح بعد اسلام الرجل فلان يبقى أولى وان كانت من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا فرق بينهما وكذلك ان كانت المرأة هي التي أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليه الاسلام فان أسلم والا فرق بينهما ويستوى ان كان دخل بها أو لم يدخل بها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الاسلام على الآخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم في الاجبار على الاسلام وذلك يقطع ولاية الاجبار والتفريق

عندنا بالاسلام ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين إذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح وبعد الدخول النكاح متأكد فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم إليه ما يؤثر

[46]

في الفرقة وهو انقضاء وقاس بالطلاق فان بنفس الطلاق قبل الدخول يرتفع النكاح وبعد الدخول لا يرتفع الا بانقضاء العدة وحجتنا في ذلك ما روى ان دهقانه بهز الملك أسلمت فأمر عمر رضى الله تعالى عنه ان يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم والا فرق بينهما وان دهقانا أسلم في عهد علي رضى الله عنه فعرض الاسلام على امرأته فابت ففرق بينهما وكان المعنى فيه ان النكاح كان صحيحا بينهما فلا يرتفع الا بعد وجود السبب الموجب له واسلام المسلم منهما لا يصلح سببا لذلك لانه سبب لاثبات العصمة وتأكيد الملك له وكذلك كفر من أصر منها على الكفر لانه كان موجودا قبل هذا وما كان مانعا لابتداء النكاح ولا بقاءه وكذلك اختلاف الدين فان عينه ليس بسبب كما لو كان الزوج مسلما والمرأة كتابية فلا بد من أن يتقرر السبب الموجب للفرقة لما تعذر استدامة النكاح بينهما وذلك السبب عرض الاسلام على الكافر منهما لا بطريق الاجبار عليه ولكن لان بالنكاح وجب عليه الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فالامساك بالمعروف في ان يساعدها على الاسلام فإذا أبى ذلك تعين التسريح بالاحسان فإذا امتنع من ذلك ناب القاضى منابه في التفريق بينهما ثم ان كانت المرأة هي التي أبى الاسلام حتى فرق القاضى بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فليس لها نفقة العدة لان الفرقة جاءت من قبلها وتكون الفرقة بغير طلاق بالاتفاق لانه ليس إليها من الطلاق شئ وإنما فرق القاضى بينهما باصرارها على الخبث والخبث لا تصلح للتليب فاما إذا كان الزوج هو الذي أبى الاسلام فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان كان بعد الدخول فلها نفقة العدة وتكون الفرقة بطلاق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تكون فرقة بغير طلاق واما الفرقة برودة المرأة تكون بغير طلاق ورودة الزوج كذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى تكون بطلاق وحجة أبي يوسف رحمه الله تعالى في الفصلين ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمة وملك أحد الزوجين صاحبه وهذا لانه ليس إليها من الطلاق شئ فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم انه ليس بسبب للطلاق وحجة محمد رحمه الله تعالى في الفصلين ان سبب الفرقة قول من جهة الزوج اما إباء أو ردة فيكون بمنزلة ايقاع

[47]

الطلاق وهذا لانه يفوت الامساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق الا ترى ان الفرقة بين العنين وامرأته تجعل طلاقا بهذا الطريق وأبو حنيفة يفرق بينهما والفرق من وجهين احدهما ان

الفرقة بالردة كانت لغوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح الا ترى ان الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضى فانه ينافى النكاح ابتداء وبقاء فيكون نظير المحرمية والملك فأما إباء الاسلام فانه غير مناف للنكاح الا ترى ان الفرقة به لا تقع الا بقضاء القاضى والفرقة بسبب غير مناف للنكاح إذا كان مضافا إلى الزوج يكون طلاقا توضيح الفرق ان في فصل الإباء لما كانت الفرقة لا تقع الا بقضاء القاضى أشبه الفرقة بسبب العنة من حيث ان القاضى ينوب فيه عن الزوج وفي مسألة الردة لما لم تتوقف الفرقة على القضاء أشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك الا ترى انه يتم بالمرأة وليس إليها من الطلاق شئ ثم في الفصلين يقع طلاقه عليها ما دامت في العدة اما في الإباء فظاهر لان الفرقة كانت بالطلاق واما في الردة فلان حرمة المحل بهذا السبب غير متأبدة الا ترى أنه يرتفع بالاسلام فيتوفر على الطلاق ما هو موجه وهو حرمة المحل إلى غاية إصابة الزوج الثاني فلهذا يقع طلاقه عليها في العدة بخلاف ما بعد المحرمية فان حرمة المحل هناك مؤبدة فلا يظهر معها ما هو موجب الطلاق (قال) وإذا عقد النكاح على صبيين من أهل الذمة ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الاسلام صح اسلامه عندنا استحسانا ويعرض على الآخر الاسلام ان كان قعل فان أسلم فهما على نكاحهما وان أبى أن يسلم فان كان الزوج هو الذي أسلم والمرأة كتابية لم يفرق بينهما كما لو كانا بالغين وان كان بخلاف ذلك ففي القياس لا يفرق بينهما أيضا لان الإباء انما يتحقق موجبا للفرقة ممن يكون مخاطبا بالاداء والذي لم يبلغ وان كان عاقلا فهو غير مخاطب بذلك ولكنه استحسَن فقال كل من صح منه الاسلام إذا أتى به صح منه الإباء إذا عرض عليه وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوى بالبالغ كما لو وجدته امرأته مجنونا وقيل هذا علي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فأما أبو يوسف رحمه الله فانه يأخذ بالقياس وهو نظير اختلافهم في ردة الصبي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تجب الفرقة خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى والاصح أنه قولهم جميعا والفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى أن الإباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا منه فأما الردة انشاء لما لم يكن موجودا وهو بضره فلا يصح منه الا ترى أن رده الهبة بعدما قبض لا يصح وامتناعه من القبول في الابتداء

[48]

صحيح ثم إذا فرق باباء الزوج وكان صغيرا فبعض مشايخنا يقولون هذا لا يكون طلاقا لان الصبي ليس من أهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح انه طلاق لان السبب قد نقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهذا لان الصبي ليس بأهل لايقاع الطلاق والعناق ثم العتق ينغذ من جهته إذا تقرر سببه بأن ورث قربه فكذلك الطلاق (قال) نصراني تزوج نصرانية ثم انها تمجست فهما على نكاحهما لانها لو كانت مجوسية في الابتداء صح النكاح بينهما فكذلك إذا تمجست وهو بناء على أصلنا أنه إذا تحول من دين إلى دين يترك على ما اعتقد لان الكفر كله ملة واحدة وللشافعي فيه ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول آخر أنه يقتل ان لم يسلم لان الامان له كان على ما اعتقده فإذا بدله بغيره لم يبق له امان فيقتل ان لم يسلم وهذا فاسد فان الامان بسبب الذمة كان له مع كفره وما ترك الكفر وإذا كان ما اعتقد لا ينافى ابتداء عقد الذمة لا يكون منافيا للبقاء أيضا وفي قول آخر يقول يجبر على العود إلى ما كان عليه كالمسلم إذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد أيضا فان ما كان عليه كان كفرا فكيف يجبر على العود إليه والنصراني إذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهرا فكيف يجبر على العود إلى التثليث

بعدها اعتقد التوحيد فان أسلم الزوج بعدما تمجست عرض عليها الاسلام كما لو كانت مجوسية في الاصل فان أسلمت والا فرق بينهما وان تهودت أو تنصرت كانا على النكاح كما لو كانت يهودية أو نصرانية في الابتداء وان تمجست بعدما أسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لان تمجسها بعد الاسلام كردة المسلمة فكما يتعجل الفرقة بنفس ردة المرأة فكذا بتمجسها بعد إسلام الزوج (قال) نصراني تزوج نصرانية بشهادة عبيدين كان جائزا إذا كان ذلك في دينهم نكاحا لانه لو تزوجها بغير شهود جاز في شهادة العبيدين أولى والله أعلم بالصواب * (باب نكاح المرتد) * (قال) ولا يجوز للمرتد ان يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة أصلية لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقرر علي ما اعتقده وحقيقة المعنى فيه من وجهين أحدهما ان النكاح مشروع لمعنى البقاء فان بقاء النسل به يكون وكذلك بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة والمرد مستحق للقتل فما كان سبب البقاء لا يكون مشروعاً

[49]

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

يجعل كأنهما وقعا معا وفقه هذا الكلام ان وقوع الفرقة عند ردة أحدهما
لظهور خبثه عند المقابلة

[50]

بطيب المسلم فإذا ارتدا معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه تقابل
الخبث بالخبث والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فيبقى ما كان
بينهما على ما كان كما إذا أسلم الكافران معا واعتبار البقاء بالابتداء فاسد
فان العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء ولا فرق لان كل واحد منهما
يوجب حرمة المحل ولكنها غير متأبدة فان أسلم أحدهما وقعت الفرقة
بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر
حتى لو كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان
كان الزوج هو الذي أسلم فلا شئ لها لان الفرقة من جانب من أصر على
الردة فان اصراره بعد اسلام الآخر كانشاء الردة (قال) وان أسلم النصراني
وامراته نصرانية ثم تحولت إلى اليهودية فهي امرأته كما لو كانت يهودية
في الابتداء وان أسلم وهي مجوسية ثم ارتد عن الاسلام بانته منه لان
النكاح بعد اسلامه باق ما لم يفرق القاضي بينهما ألا ترى أنها لو أسلمت
كانا على نكاحهما فتفرده بالردة في حال بقاء النكاح موجب للفرقة وكذلك
إذا أسلمت المرأة المجوسية ثم ارتدت بانته منه وكذلك لو ارتد الزوج بانته
منه وان لم يرتد الزوج ولم تسلم هي حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا
دخل بها أو لم يدخل بها لان النكاح ينتهي بالموت حين لم يفرق القاضي
بينهما فينقرر به جميع المهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه
المرجع والمآب * (باب نكاح أهل الحرب) * (قال) رضى الله عنه بلغنا عن
علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه سئل عن مناكحة أهل الحرب من أهل
الكتاب فكره ذلك وبه نأخذ فنقول يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية في دار
الحرب ولكنه يكره لانه إذا تزوجها ثمة ربما يختار المقام فيهم وقال صلى
الله عليه وسلم أنا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراى ناراهما ولان فيه
تعريض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبى فيصير ما في بطنها رقيقا وان
كان مسلما وإذا ولدت تخلق الولد باخلاق الكفار وفيه بعض الفتنة فيكره
لهذا فان خرج وتركها في دار الحرب وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين
حقيقة وحكما قانها من أهل دار الحرب والزوج من أهل دار الاسلام وتباين
الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى
لا يكون موجبا للفرقة حتى إذا أسلم أحد الزوجين وخرج إلى دارنا فان
كانت المرأة هي التي خرجت مراغمة وقعت

[51]

الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد إلى المراغمة
والاستيلاء على حق الزوج فان خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج
مسلما أو ذميا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمه
الله تعالى واستدل بحديث أبي سفيان رضى الله عنه فانه أسلم بمر
الظهران في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يجد رسول
الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينه وبين امرأته هند ولما فتح رسول الله
صلى الله عليه وسلم مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام رضى

الله عنهما حتى أسلمت امرأة كل واحد منهما وأخذت الامان لزوجها
وذهبت فجاءت بزوجها ولم يجد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح
بينهما وان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت إلى المدينة
ثم تبعها زوجها أبو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الاول والمعنى فيه
ان اختلاف الدار عبارة عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح
كاختلاف الولاياتين في دار الاسلام الا ترى ان الحربى لو خرج الينا مستأمناً
أو المسلم دخل دار الحرب بامان لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وكذلك
الخارج من مصر أهل العدل إلى منعة أهل البغي لا تقع الفرقة بينه وبين
امرأته وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات إلى قوله فلا ترجعوهن إلى الكفار الآية
وليس في هذه الآية بيان قصد المراغمة فاشتراطه يكون زيادة على النص
وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والكوافر جمع كافرة معناه لا
تعدوا من خلفتموه في دار الحرب من نسائكم ولما أراد عمر رضى الله عنه
ان يهاجر إلى المدينة نادى بمكة الا من أراد ان تقيم امرأته منه أو تبين
فليتحق بى أي فليصحبنى في الهجرة والمعنى فيه ان من بقى في دار
الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت قال الله تعالى أو من كان
ميتاً فاحييناه أي كافر فرزقناه الهدى الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب
يجعل كالميت حتى يقسم ماله بين ورثته فكما لا تتحقق عصمة النكاح بين
الحي والميت فكذلك لا تتحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما فاما إذا
خرج الينا بامان فتباين الدارين لم يوجد حكماً لانه من أهل دار الحرب
متمكن من الرجوع إليها وكذلك إذا دخل المسلم دار الحرب بامان فهو من
أهل دار الاسلام حكماً ومنعة أهل البغي من جملة دار الاسلام ومن فيها لا
يجعل بمنزلة الميت حكماً والدليل عليه انه ما خرج الا قاصداً احراز نفسه
من المشركين فلا يعتبر مع ذلك القصد إلى المراغمة ولو كان خروجها
على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة

[52]

بالاتفاق فاما حديث زينب رضى الله عنها فالصحيح انه ردها عليه بالنكاح
الجديد وما روى انه ردها عليه بالنكاح الاول أي بحرمة النكاح الاول الا ترى
انه ردها عليه بعد سنين والعدة تنقضي في مثل هذه المدة عادة وقد روى
ان الكفار تتبعوها وضربوها حتى أسقطت فانقضت عدتها بذلك وعند
الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لا تقع الفرقة بتباين الدارين تقع
بانقضاء العدة واما اسلام أبي سفيان فالصحيح انه لم يحسن اسلامه يومئذ
وانما أجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشفاعة عمه العباس رضى
الله عنه وعكرمة وحكيم بن حزام انما هربا إلى الساحل وكانت من حدود
مكة فلم يوجد تباين الدارين وقال الزهري ان دار الاسلام انما تميزت من
دار الحرب بعد فتح مكة فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلماذا لم يجدد النكاح
بينهما فاما إذا سبى احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق فعندنا لتباين
الدارين وعند الشافعي رضى الله عنه للسبى حتى إذا سبى ما لم تقع
الفرقة بينهما لقوله تعالى والمحصنات من النساء الآية معناه ذوات
الازواج من النساء الا ما ملكت أيانكم فانها محللة لكم وانما نزلت الآية
في سبايا أوطاس وقد نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤمئذ
الا لا توطأ الحبالى من الفئ حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة
وانما سبى أزواجهن معهن والمعنى فيه ان السبى يقتضى صفاء المسبى
للسباي ولهذا لا يبقى الدين الذى كان واجبا على المسبى وانما يصفو إذا
لم يبق ملك النكاح وهذا لان السبى سبب لملك ما يحتمل التملك ومحل

النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسببي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بذى حق محترم ألا ترى أنه تسقط به مالكيته عن نفسه وعن ماله ولهذا قلنا لو كانت المسيبة منكوحه لمسلم أو لذمي لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم ولا يدخل عليه القصاص أنه لا يسقط بالسببي لان المستحق بالقصاص الدم وهو ليس بمحتمل للتملك ولان القصاص لا يجب الا لمحترم وحتنا في ذلك أن السببي سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشراء وهذا لان المملوك في النكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسببي مقصودا لان تملك البضع مقصودا بسببه يختص بشرائط من الشهود والولي وذلك لا يوجد في السببي فانما يثبت الملك هنا تبعا لملك الرقبة وذلك لا يثبت الا عند فراغ المحل عن حق الغير ونفس السببي ليس بمناف للنكاح ألا ترى أن ملك النكاح لو كان محترما لا يبطل النكاح مع تقرر السببي والمنافي إذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما إذا تقرر بالمحرمة والرضاع ولان السببي لا ينافى ابتداء النكاح فلان

[53]

لا ينافى البقاء أولى وأما الدين فان كان على عبد فسبى لم يسقط الدين منصوص عليه في المأذون وان كان على حر فسبى فانه يسقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته فكذلك لا يبقى الا شاغلا للمالية وحين كان واجبا على الحر لم يكن شاغلا لمالية الرقبة إذ لا مالية في رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السببي ألا ترى أنه لو كان الدين لمحترم لا يبقى كذلك وبه يبطل قولهم ان السببي يقتضى صفاء المسيبي للسببي فان ملك النكاح إذا كان محترما بقى النكاح ولا صفاء وكذلك إذا سبى الزوج وقعت الفرقة وهنا الملك له لا عليه فاما الحديث فالمروي أن الرجل هربوا إلى حصونهم وانما سبى النساء وحدهن فقد وقعت الفرقة بتباين الدارين والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الأزواج فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السببي بهذا النص إذا عرفنا هذا فنقول إذا خرج لزوج مسلما وتركها في دار الحرب حتى وقعت الفرقة بينهما لم يقع عليها طلاقه بعد ذلك لان النكاح قد انقطع لا إلى عدة فان بقاءها في دار الحرب كما ينافى أصل النكاح بينها وبين الزوج ينافى العدة فلماذا لا يقع طلاقه عليها وان خرجت المرأة قبل الزوج مسلمة أو ذمية فهما على نكاحهما لان الزوج مسلم من أهل دار الاسلام أيضا فلم تتباين بهم الدار (قال) حربية كتابية دخلت دار الاسلام بأمان فتزوجت مسلما أو ذميا جاز ذلك وصارت ذمية لانها تابعة لزوجها في المقام فتزوجها نفسها ممن هو من أهل دار الاسلام يكون رضى منها بالمقام في دارنا على التأييد فتصير ذمية وان كانت غير كتابية فان تزوجها ذمي فكذلك الجواب وان تزوجها مسلم لم يجرى النكاح وصيرورتها ذمية تكون ضمنا لصحة النكاح ولم يصح النكاح هنا وهذا بخلاف المستأمن في دارنا إذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذميا لان الرجل ليس يتبع للمرأة في المقام ألا ترى أنه لا يصير مقيما باقامة المرأة والمرأة تصير مقيمة باقامة الزوج ومسافرة بسفره فلماذا افترقا (قال) حربى أسلم وتحتة خمس نسوة وأسلمن معه فان كان تزوجهن في عقدة واحدة يفرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقود متفرقة فنكاح الاربع الاول جائز ونكاح الخامسة فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقود متفرقة يخير فيختار أي أربع منهن شاء ويفارق الخامسة وهو

[54]

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

[55]

الجمع بين ما زاد على الاربع فانما حصل ذلك بنكاح الخامسة فصرف
الفساد إليه أولى وان كان تزوجهن في عقد واحد فالجمع حصل بهن
جميعاً وهذا بخلاف ما لو ماتت أحدهن أو بانت لان الاعتراض بسبب الجمع
بعد الاسلام فلا بد من بقاء الجمع المحرم بعد الاسلام حتى يجب الاعتراض
ولم يبقى ذلك إذا ماتت أحدهما أو بانت وهو نظير ما لو تزوج رضيعتين

فجاءت امرأة فأرضعتها بانثا منه ولو أرضعت احدهما فماتت ثم أرضعت
الآخري لم يبطل نكاح الثانية لان الجمع إنما يتحقق عند ارضاع الثانية فإذا
كانت الاولى في نكاحه تحقق الجمع بين الاختين وان ماتت أو بانثت لم
يتحقق الجمع بين الاختين وهذا بخلاف المسبيات فان نكاح الاربع هناك
وقع صحيحا بحكم الاسلام على الاطلاق لانه حين تزوجهن كان حرا وللحر
أن يتزوج أربع نسوة ثم وجب الاعتراض بسبب الرق الحادث فيه وعند
حدوث الرق هن مجتمعات مستويات فلهذا استوى العقد الواحد والعقود
المتفرقة بمنزلة الرضيعتين إذا أرضعتها امرأة بانثا منه وأن تزوجهما في
عقدين لان الاعتراض وجب بعد صحة النكاح بالاختية العارضة فيهما وهما
مستويان في ذلك بخلاف ما تقدم على ما بينا والاحاديث التي رويت فقد
قال مكحول أن تلك كانت قبل نزول الفرائض معناه قبل نزول حرمة الجمع
فوقعت الانكحة صحيحة مطلقا ثم أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم
باختيار الاربع لتجديد العقد عليهن أو لما كانت الانكحة صحيحة في الاصل
جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مستثنى من تحريم الجمع إلا
تري أنه قال في بعض الروايات وطلق سائرهن فهذا دليل على أنه لم
يحكم بالفرقة بينه وبين ما زاد على الاربع وعلى هذا لو أسلم وتحتت بنت
وأم فأسلمتا معه فان كان تزوجهما في عقد واحد بطل نكاحهما ثم ان كان
لم يدخل بهما فله أن يتزوج البنت دون الام وان كان دخل بهما لم يكن له
أن يتزوج واحدة منهما لان الدخول بكل واحدة منهما يوجب حرمة الآخري
بالمصاهرة على التأيد وان كان دخل بالام فليس له أن يتزوج واحدة منهما
لان الام حرمت بعقد البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وإن كان دخل
بالبنت دون الام فله أن يتزوج البنت دون الام لان بمجرد العقد على الام لا
يوجب حرمة البنت وان كان تزوجهما في عقدين فنكاح الاولى جائز ونكاح
الثانية فاسد ان لم يدخل بهما وكذلك ان دخل بالاولى فان كان دخل
بالثانية فان كانت الاولى بنتا فسد نكاحهما لان الام حرمت بالعقد على
البنت

[56]

والبنت حرمت بالدخول بالام وان كانت الاولى اما فنكاح البنت صحيح لان
الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام لا يحرم البنت فاما على قول
محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهما في عقدة أو في عقدين فنكاح
البنت صحيح لان العقد على الام لا يوجب حرمة البنت والعقد على البنت
يوجب حرمة الام الا ان يكون دخل بالام فحينئذ يفرق بينه وبينهما وهذا إذا
كان دخوله بالام بعدما تزوج بالبنت فان كان قبل أن يتزوج البنت فنكاح
الام صحيح لان الدخول بها يحرم البنت فإذا لم يصح نكاح البنت لا تحرم الام
بذلك الا أن يكون دخل بالبنت أيضا فحينئذ تقع الفرقة بينه وبينهما
بالمصاهرة وليس له أن يتزوج واحدة منهما (قال) وان أسلم الحربي
وامراته وقد كان نكاحهما بعد ان طلقها ثلاثا قبل ان تنكح زوجا آخر فرق
بينهما لان التطليقات الثلاث تقع في دار الحرب كما في دار الاسلام فانهم
يعتقدون ذلك وهى سبب حرمة المحل إلى وقت إصابة الزوج الثاني بمنزلة
الحرمة بالقرابة والرضاع فكما ان ذلك يوجب التفريق بعد الاسلام فكذلك
هنا وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها أو قبل واحدة منهما بشهوة لان الحرمة
بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع وذلك يتحقق في دار الحرب
كما يتحقق في دار الاسلام فهذا مثله (قال) وإذا أسلم أحد الزوجين في دار
الحرب ولم يكونا من أهل الكتاب أو كانا والمرأة هي التي أسلمت فانه
يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض عندنا سواء دخل بها

أو لم يدخل بها وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع
الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء العدة
وعنده لا يختلف هذا الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه يبنى على تأكيد
النكاح بالدخول وعدم تأكده كما ذكرنا فاما عندنا نفس اسلام أحدهما غير
موجب للفرقة ولا كفر من أصر منهما على الكفر ولا اختلاف الدين نفسه
كما بينا في دار الاسلام الا ان في دار الاسلام يمكن تقرير سبب الفرقة
بعرض الاسلام على الآخر منهما حتى إذا أبى يصير مفوتا الامساك
بالمعروف وفي دار الحرب لا يتأتى ذلك لان يد امام المسلمين لا تصل إلى
المصر منهما ليعرض عليه الاسلام ويحكم بالفرقة عند إبانته فيقام ثلاث
حيضات مقام ثلاث عرضات في تقرر سبب الفرقة لانه صار غير مرید لها
حين لم يساعدها على الاسلام وبعد ما صار غير مرید لها تقع الفرقة
بانقضاء ثلاث حيض كما لو طلقها الا أن هناك إذا كان الطلاق قبل الدخول
يمكن اثبات الفرقة بنفسه لمباشرة الزوج سبب الفرقة

[57]

وهنا لا يمكن اثبات الفرقة قبل الدخول بدون انقضاء ثلاث حيض لان الزوج
ما باشر شيئاً بل هو مستديم لما كان عليه فلماذا يتوقف انقطاع النكاح
على انقضاء ثلاث حيض في الوجهين جميعاً وإذا وقعت الفرقة بذلك فان
كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك
الجواب لان حكم الشرع لا يثبت في حقها فان كانت المرأة هي المسلمة
فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يوجب العدة على المسلمة
من الحربي وأصل المسألة في المهاجرة فانها إذا خرجت إلى دار الاسلام
مسلمة أو ذمية لم تلزمها العدة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا أن
تكون حاملاً فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها وان كانت حاملاً فلها أن تتزوج
في الحال وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تلزمها العدة
وحجتها في ذلك حديث نسبية أنها لما هاجرت أمرها رسول الله صلى الله
عليه وسلم أن تعتد والمعنى فيه أن هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة
فتلزمها العدة كالمطلقة في دارنا وهذا لان وجوب العدة عليها لحق الشرع
كيلا يجتمع ماء رجلين في رحمها وهي مسلمة مخاطبة بحق الشرع وهذا
بخلاف المسيبة فانها ليست بحرة وتأثيره أنها حلت للسابي ومن ضرورة
الحكم بحلها للسابي الحكم بفراغ رحمها من ماء الزوج بخلاف ما نحن فيه
ولا يقال لماذا يجب الاستبراء على السابي لانا نقول كما يجب الاستبراء
على السابي إذا كانت ثيباً أو منكوبة فكذلك إذا كانت بكرًا أو لم تكن
منكوبة فكذا هذا مع ان هذا دليلنا لان بالاستبراء هناك يحصل المقصود فلا
حاجة إلى ايجاب العدة عليها بخلاف المهاجرة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى
استدل بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن إذا أتيتموهن أجورهن
فالله تعالى اباح نكاح المهاجرة مطلقاً فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة
يكون زيادة وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وفي ايجاب العدة
تمسك بعصمة الكافرة والمعنى فيه ان هذه الفرقة وقعت بتباين الدارين
فلا توجب العدة عليها وكالمسيبة هذا لان تباين الدارين حقيقة وحكما
مناف للنكاح فيكون منافياً لاثر النكاح فلا تجب العدة لحق الشرع مع وجود
المنافى ولا لحق الزوج لانه حربي غير محترم وهو نظير من اشترى امرأته
لا تجب العدة لحقه لان الحل الثابت بالملك حقه ولا تجب لحق الشرع لوجود
المنافى فاما إذا كانت حاملاً فلا نقول تجب العدة عليها ولكنها لا تتزوج ما
لم تضع حملها لان في بطنها ولد ثابت النسب من الغير وذلك مانع من
النكاح كام الولد إذا حبلت من مولاها ليس له ان يزوجه

حتى تضع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها إذا تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة لماء الحربى كماء الزانى فهو بمنزلة ماء الزانى والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عندنا ولكن الاول أصح لان الحبل من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت من الحربى وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول فلهذا لا يصح النكاح ما لم يفرغ المحل عن حق الغير ويستوى في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج أحدهما مسلما أو ذميا أو خرج مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا لانه صار من أهل دارنا حقيقة وحكما في الفصلين وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج أربعا سواها أو أختها ان كانت في دار الاسلام لانه لا عدة على التي بقيت في دار الحرب عندهم جميعا فكان هذا بمنزلة الفرقة قبل الدخول وإذا أسلمت المرأة ثم خرج الزوج مستأمنا فهما على النكاح ما لم تحص ثلاث حيض لان المستأمن وان كان في دارنا صورة فهو من أهل دار الحرب حكما فكأنه باق في دار الحرب حتى إذا أسلم الزوج قبل ان تحيض فهما على النكاح وان صار الزوج من أهل الذمة قبل ان تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح أيضا حتى إذا خرجت المرأة فهي امرأته حتى يعرض السلطان عليه الاسلام بمنزلة مالهو كان الزوج في الاصل ذميا وكذلك لو كان الزوج هو الذي أسلم في دار الحرب ثم خرجت اليها ذمية قبل أن تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح حتى يعرض السلطان عليها الاسلام فأما إذا خرجا مستأمنين ثم أسلمت المرأة ففي رواية هذا الكتاب يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض لان الزوج من أهل دار الحرب فهو بمنزلة ما لو كان في دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يقول ان عرض السلطان الاسلام على الزوج فأبى أن يسلم فرق بينهما وان لم يعرض حتى مضى ثلاث حيض تقع الفرقة أيضا ففي حق الذمي يتعين عرض الاسلام وفي حق الحربى في دار الحرب يتعين انقضاء ثلاث حيض وفي حق المستأمن أي الامرين يوجد تقع به الفرقة لان المستأمن من وجه يشبه الذمي لانه تحت يد الامام يتمكن من عرض الاسلام عليه ومن وجه يشبه الحربى لانه متمكن من الرجوع إلى دار الحرب فيوفر حظه على الشبهين فليشبهه بالذمي إذا وجد عرض الاسلام عليه تقع به الفرقة ولشبهه بالحربى إذا وجد انقضاء ثلاث حيض أو لا تقع به الفرقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

* (باب الهبة في النكاح) * (قال) رضى الله عنه النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتملك صح في قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح الا بلفظة النكاح والتزويج واستدل بقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية فقد جعل النكاح بلفظة الهبة خالصا للرسول صلوات الله عليه دون غيره من المؤمنين وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التي أمرنا بالاستحلال بها الانكاح والتزويج وفي قوله اتخذتموهن بأمانة الله اشارة الا ان هذا العقد غير معقود لمقصود اثبات الملك ولهذا انعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهما

لابد لان على الملك الا ترى انه لا ينعقد بهما شئ من عقود التمليكات ولكن المقصود بالنكاح ما لا يحصى من مصالح الدين والدنيا وألفاظ التمليك لا تدل على شئ من ذلك فلا ينعقد بها هذا العقد وهو معنى قولهم هذا عقد خاص فلا ينعقد بغيره الا ترى ان الشهادة لما شرعت بلفظ خاص لمعنى وهو انها موجبة بنفسها كما أشار الله تعالى إليه في قوله شهد الله انه لا إله الا هو لم يقم لفظ آخر مقام هذا اللفظ حتى لو قال الشاهد احلف لا يصح أداء الشهادة به والدليل عليه ان التزويج هو التعليق والنكاح هو الضم وليس فيهما ما يدل على الملك وليس في التمليك معنى التلغيق والضم فلا ينعقد هذا اللفظ بألفاظ التمليك وكيف ينعقد النكاح بهذا اللفظ والفرقة تقع به إذا قال لامرأته وهبت نفسك منك كان بمنزلة لفظ الطلاق مع ان النكاح لا يصح الا بشهود وعند ذكر لفظ الهبة الشهود لا يعرفون انهما أرادا النكاح وحثنا في ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم الآية معناه ان أراد النبي ان يستنكحها فوهبت نفسها منه فقد جعل الله تعالى الهبة جوابا للاستنكاح والاستنكاح طلب النكاح وأما قوله خالصة لك فقد قيل المراد به المرأة يعنى انها خالصة لك فلا تحل لاحد بعدك حتى يكون شريكك في الفراش من حيث الزمان كما قال الله تعالى في آية أخرى وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا والاصح ان المراد هبة خالصة لان قوله ان وهبت يقتضى هبة والكناية تنصرف إلى الثابت بمقتضى الكلام فيكون المعنى هبة خالصة لا يلزمك مهر لها وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال

[60]

قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم يعنى من الابتغاء بالمال والدليل عليه أنه قابل الموهوبة نفسها بالمؤتى مهرها بقوله انا أحللتنا لك أزواجك الآية وكذلك قال في آخر الآية لكي لا يكون عليك حرج وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه وذلك ليس في اللفظ إذ لا حرج عليه في ذكر لفظ النكاح انما الحرج في ابقاء المهر من ان المذكور لفظة الهبة في جانب المرأة لا في جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا ان المراد الخصوصية بجواز نكاحه بغير مهر وإمامنا في المسألة علي رضوان الله عليه فان رجلا وهب ابنته لعبيد الله بن الحر بشهادة شاهدين فأجاز ذلك علي رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه ان هذا ملك يستباح به الوطن فينعقد بلفظ الهبة والتمليك كملك اليمين وهذا كلام على سبيل الاستدلال لا على سبيل المقايسة لان صلاحية اللفظ كناية عن غيره وليس بحكم شرعى ليعرف بالقياس بل طريق معرفة ذلك النظر في كلام أهل اللغة وهذه اشارة إلى مذهبهم في الاستعارة لانهم يستعيرون اللفظ لغيره لاتصال بينهما من حيث السببية كما قال الله تعالى انى أراني أعصر خمرا أي عنيا بالعصر بصير خمرا ويسمى المطر سماء لانه ينزل من السماء وما يكون من علو فالعرب تسميه سماء وكذلك النبات يسمى سماء لانه ينبت بسبب المطر فانهم يقولون ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم وإذا ثبت هذا فنقول هذه الالفاظ سبب لملك الرقبة وملك الرقبة في محل ملك المتعة موجب لملك المتعة فللاتصال بينهما سببا يصلح هذا اللفظ كناية عن ملك المتعة والمقصود من النكاح ملك المتعة دون ما سواه من المقاصد الا ترى أنه يختص به الزوج حتى يجب البذل عليه وسائر المقاصد يحصل لهما وان ملك الطلاق الرافع لهذا الملك يختص به الزوج فعرفنا أن المقصود هو الملك دون ما توهمه الخصم وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما

لفظان جعلاً عاماً لهذا العقد بالنص واعتبار المعنى في غير المنصوص عليه فأما في المنصوص لا يعتبر المعنى مع أنهما لفظان لا يجاب ملك ما ليس بمال فلماذا لا تأثير لهما في اثبات ملك المال ومتى صار اللفظ كناية عن غيره سقط اعتبار حقيقته وقام مقام اللفظ الذي جعل كناية عنه والشروط سماع الشاهدين اللفظ الذي ينعقد به النكاح فأما وقوفهما على مقصود المتعاقدين ليس بشرط مع أنه إذا قال وهبت ابنتي منك بصدق كذا فالشهود يعلمون أنه أراد النكاح وكما أن الفرقة تحصل بلفظ الهبة تحصل بلفظ الزوجية إذا قال لامرأته تزوجي ونوى به الطلاق يقع ولم يدل ذلك على أنه لا ينعقد به

[61]

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

يحتاج إلى ان يقول الزوج قبلت بخلاف البيع على ما بيناه فيما سبق وذكر في النوادر انه إذا قال جئتكم خاطبا فقالت قد فعلت أو زوجتك نفسي كان نكاحا تاما وفي الكتاب يقول إذا قال خطبتك إلى نفسك بكذا فقالت زوجتك نفسي فهو نكاح جائز إذا كان بمحضر من الشهود لان هذا كلام الناس وليس بقياس معناه انه بلفظ الخطبة لا ينعقد النكاح في القياس لان الخطبة غير العقد ولكنه استحسّن فقال المراد به في عادة الناس العقد فلاجل الفرق الظاهر جعلنا ذلك بمنزلة النكاح استحسانا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب المهوور) * (قال) وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط ان دخل بها أو مات عنها وهذا مذهبننا ان مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى وفي القول الآخر لا يجب المهر بنفس العقد وانما يجب بالتراضى أو بقضاء القاضى حتى إذا مات أحدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايعهم رحمهم الله تعالى مختلفون فيما إذا دخل بها وأكثرهم على انه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لا يجب بالدخول أيضا واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد رضى الله عنهم أنهم قالوا حسيها الميراث ولا مهر لها والمعنى فيه أنها جادت بحقها وهي من أهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئا من مالها وهذا لان المستوفى بالنكاح اما أن يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبي أو في حكم العين كما هو مذهبكم فان كان في حكم العين فبدله بمنزلة أورش الطرف يخلص حقا لها ويسقط باسقاطها وان كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه انها يملك الابراء عن المهر والشراء به شيئا وبهذا الطريق قال بعضهم انه وان دخل بها لا يجب المهر لانها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض وأكثرهم على أن فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع ألا ترى أن ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذي يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض والى هذا أشار الله تعالى في قوله فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن ولان المعاوضة في النكاح بين الزوجين حتى لا ينعقد النكاح الا بذكرهما فأما المهر ليس بعوض أصلى ولكنه زائد وجب لها

بازاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة ومثل هذا يحتمل التعجيل والتأجيل ولكن النكاح كما لا ينعقد الا موجبا لهذا الملك عليها لا ينعقد الا بشرط التعويض فتارة يتعجل العوض بالتسمية وتارة يتأخر إلى التأكد بالدخول أو الفرض بالتراضى أو بالقضاء ألا ترى أن ملك اليمين تارة يثبت بعوض واجب بنفس العقد وتارة بشرط التعويض وان لم يكن واجبا بنفس السبب والدليل عليه أن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وما كان واجبا بنفس العقد يتنصف كالمسمى وحجتنا في ذلك ما روى أن سائلا سأل ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عن هذا فجعل يردده شهرا ثم قال أقول فيه بنفسى فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمن ابن أم عبد. وفي رواية فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان أو معقل بن يسار وأبو الجراح صاحب الاشجعين رضوان الله عليهم فقال

نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية يمثل قضيتك هذه فسر ابن مسعود رضى الله تعالى عنه بذلك سرورا لم يسر قط مثله بعد اسلامه لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي روى أن عليا رضى الله تعالى عنه رد هذا الحديث وقال ماذا نضنع بقول اعرابي بوال على عقبيه انما رده لمذهب تفرد به وهو أنه كان يحلف الراوي ولم يرد هذا الرجل حتى يحلفه ولسنا نأخذ بذلك والمعنى فيه ان النكاح عقد معاوضة بالمهر فإذا انعقد صحيحا كان موجبا للعوض كالبيع وكما لو زوج الاب ابنته بغير مهر وبيان الوصف قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يعني تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض فدل أن العوض الاصلى هو المهر والدليل عليه أنه ثبت لها حق المطالبة بالفرض والغرض عبارة عن التقدير والمطالبة بالتقدير تنبنى على وجوب الاصل ففى كل موضع لم يجب الاصل بالعقد لا تثبت المطالبة بالتقدير كما في ملك اليمين بطريق الهبة فعرفنا أن أصل الوجوب بالعقد شرعا واليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم أضاف إلى نفسه وبين خصوصية النبي صلى الله عليه وسلم بالنكاح بغير مهر فذلك دليل على انه في غيره لا ينعقد الا موجبا للمهر واليه أشار أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه بقوله لا نكاح الا بمهر وشهود الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم والدليل عليه انها تحبس نفسها لاستيفاء المهر ولا تحبس المبدل الا ببدل واجب

[64]

وان بعد الدخول بها يجب ولا وجه لانكاره لانه منصوص عليه في القرآن والدخول تصرف في الملك فإذا ثبت الملك بغير عوض لا يجب العوض بالتصرف فيه بعد ذلك ولا معنى لما يقول ان الملك يثبت بشرط التعويض لان هذا العقد لا ينعقد الا بمعاوضة المال اظهارا لخطر هذا الملك وهنا اظهار الخطر انما يظهر إذا وجب البديل بنفس الملك فكما ان الملك لا يحتمل التأخر عن حالة العقد فكذلك وجوب البديل الا في حق من قصر عنه حكم هذا الخطاب وهم أهل الذمة كما بينا والطلاق قبل الدخول مسقط لانه رفع للعقد من الاصل فيكون مسقطا للعوض وسقوط العوض عند وجود المسقط لا يكون دليلا على أنه لم يكن واجبا بالعقد وتنصف المسمى بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس وكان المعنى فيه أن المسمى تأكد بالتسمية والعقد جميعا فلتأكده لا يسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت والنفقة ضعيفة من كل وجه لانها لا تجب بالتسمية ولا بنفس العقد وتسقط بالطلاق والموت جميعا ومهر المثل ضعيف من كل وجه لانه غير مسمى في العقد وقوي من وجه لانه واجب بنفس العقد فلقوته من وجه لا يسقط بالموت ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول إذا عرفنا هذا فنقول نساؤها اللاتي يعتبر مهرها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات عماتها عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى أمها وقوم أمها كالأخالات ونحو ذلك لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتهن من النساء ولكننا نقول قيمة الشئ انما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الام قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لابيها فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها الا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها لا لانها أمها بل لانها بنت عم أبيها وانما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والجمال والسن والمال

والبكاة لان المهور تختلف باختلاف هذه الاوصاف قال صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لمالها وجمالها الحديث وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة من بلدتها ولا يعتبر مهرها بمهر عشيرتها في بلدة أخرى لان المهور تختلف باختلاف البلدان عادة وفي الحاصل مهر المثل قيمه البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته قال فان فرض لها الزوج بعد العقد مهرا فرضيت به أو رافعته إلى القاضى ففرض لها مهرا فهو سواء ولها ذلك ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل أن يدخل

[65]

بها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول لها نصف المهر المفروض بعد العقد وهذا والمسمى في العقد سواء ثم رجع فقال لها المتعة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان الفرض بعد العقد يقدر بمهر المثل وقد بينا ان مهر المثل لان لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان تنصف المسمى في العقد بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس والمفروض بعد العقد ليس في معناه لانه وان استند حكمه إلى وقت العقد لا يصير كالمسمى في العقد وعلى هذا لو تزوجها على مهر مسمى ثم زادها في المهر بعد العقد ففي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول تنصف الزيادة والاصل بالطلاق لان الزيادة بعد العقد مثل المسمى في العقد قال الله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة أي من فريضة بعد الفريضة وفي قوله الآخر لا يتنصف بالطلاق الا المسمى في العقد خاصة لقوله تعالى فنصف ما فرضتم أي سميتن في العقد فاما الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قال) وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف وقالت المرأة ألفان ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها وفي قول أبي يسوف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج الا ان يأتي بشئ مستنكر جدا وجه قولهما انهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة كما لو اختلفا في بدل الخلع والعتق بمال ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل لان وجود مهر المثل عند عدم التسمية وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى وذلك مانع وجوب مهر المثل ولا معنى للتحالف بينهما لان التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ والدليل عليه انه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد لان المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه الا بتسمية صحيحة فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الاصلى كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في الاجر فانه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الاجر لانه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسليم فيشبه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف

بخلاف الطلاق بمال والعق بمال وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع ووضع المسألة فيما إذا كان الاختلاف بينهما في المائة والمائتين فأما في كتاب النكاح فإنه وضع المسألة فيما إذا كان الاختلاف في الالف والالفين والمتعة لا تزيد على خمسمائة فلماذا قال لها نصف ما يقوله الزوج على أنه يجوز أن يصار إلى مهر المثل قبل الطلاق ولا يصار إلى المتعة بعد الطلاق كما إذا تزوجها على ألف وكرامة يكون لها نصف الالف بعد الطلاق ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق إذا لم يف بما شرط لها من الكرامة وفي معنى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إلا أن يأتي بشئ مستنكر جدا قولان لمشايعنا أحدهما أن يدعى ما دون العشرة فإنه مستنكر شرعا لأنه لا مهر أقل من عشرة دراهم والاصح أن مراده أن يدعى شيئا قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فإنه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضا فيما إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشتري إلا أن يأتي بشئ مستنكر جدا وليس في الثمن تقدير شرعا وأما بيان قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فقد كان الكرخي يقول يتحالفان في الابتداء ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك وكان أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى يقول يحكم مهر المثل أولا فإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر يشهد لها وإن كان ألف درهم أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الظاهر يشهد للزوج وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة فحينئذ يتحالفان ثم يقضى لها بمقدار مهر مثلها لأن المصير إلى التحالف إذا لم يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وذلك في هذا الموضوع والاصح ما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك إنما يكون بعد التحالف فإن ما يدعى كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجه مهر المثل فعرفنا أنه لا بد من المصير إلى التحالف في الابتداء وأصل النكاح وإن كان لا يحتمل الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الانتفاء فإذا تحالفا نظر إلى مهر مثلها فإن كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وإن كان ألفا أو أقل فلها الالف لاقرار الزوج به وإن كان ألفا وخمسمائة فلها مهر المثل وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته لأنه نور دعواه بالحجة فإن أقام البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للآثبات وكذلك لو مات أحدهما قبل أن يتفقا ثم وقع الاختلاف

بين الحي وورثة الميت فهو وورثة الميت على ما ذكرنا لأن الوارث يقوم مقام المورث فأما إذا ماتا معا فهنا فصلان (أحدهما) أن يتفق الورثة أنه لم يكن في العقد تسمية (والثاني) أن يختلف الورثة في المسمى أما في الأول فإنه يقضى لورثتها في تركة الزوج بمهر المثل في القياس وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لأن مهر المثل وجب بنفس العقد كالمسمى فكما لا يسقط المسمى بعد موتها فكذلك مهر المثل ألا ترى أن بعد موت أحدهما لا يسقط مهر المثل وورثة الميت يقومون مقامه في ذلك فكذلك بعد موتها واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال لا يقضى بشئ واستدل في الكتاب فقال رأيت لو ادعى ورثة علي رضى الله

عنه على ورثة عثمان رضي الله عنه مهر أم كلثوم اكنت تقضى فيه بشئ وهذا اشارة إلى انه انما يفوت هذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يخلف باختلاف الاوقات فإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر بتعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق إذا لم يكن العهد متقادما يقضى بمهر مثلها والطريق الآخر ان المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل وهو متوسط على ما قررنا فالمسمى لقوته لا يسقط بموتهما وموت أحدهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما لان ما تردد بين يوفى حظه عليهما ألا ترى أن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم على أنه يسقط بموتهما فاما إذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتها فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يصار إلى تحكيم مهر المثل لان من أصله ان مهر المثل لا يسقط بموتهما فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج إلا أن يأتوا بشئ مستنكر جدا كما لو وقع الاختلاف في حياتهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج أيضا لان مهر المثل عنده لا يبقى بعد موتها فلا يمكن المصير إلى التحالف وتحكيم مهر المثل فيبقى ظاهر الدعوى والانكار فيكون القول قول ورثة الزوج إلا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ما ادعوا من المسمى فحينئذ يقضى بذلك ويستوى في هذا كله ان دخل بها أو لم يدخل بها لان ما قبل الدخول انما يفارق ما بعد الدخول عند الطلاق أما عند الموت لا فرق لان النكاح ينتهى بالموت (قال) وإذا تزوجها على بيت وخادم فلها من ذلك خادم وسط

[68]

وبيت وسط والكلام هنا في فصول أحدها أن تسمية الخادم في النكاح صحيح عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح وكذلك لو تزوجها على عبد مطلق أو على أمة فلها عبد وسط أو أمة وسط فان اتاه بالعين أجبرت على القبول وان اتاه بالقيمة أجبرت على القبول وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا تصح التسمية لان النكاح عقد معاوضة فيكون قياس البيع والعبد المطلق لا يستحق بعقد البيع عوضا فكذلك بالنكاح وهذا أصل للشافعي رحمه الله تعالى ان كل مالا يصح مسمى عوضا في البيع لا يستحق في النكاح لان المقصود بالمسمى مهرا المالية وبمجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة فلا يصح التزامه بعقد المعاوضة لبقاء الجهالة والغرر فيه. ألا ترى أنه لو سمي ثوبا أو دابة أو دارا لم تصح التسمية فكذلك إذا سمي عبدا وحثنا في ذلك أن المهر انما يستحق عوضا عما ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة مطلقا في مبادلة ما ليس بمال. ألا ترى أن الشرع أوجب في الدية مائة من الابل وأوجب في الجنين غرة عبدا أو أمة فإذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقا دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا فكذلك يثبت شرطا وهذا لان في معنى المالية هذا مال ملتزم ابتداء والجهالة المستدركة في التزام المال ابتداء لا تمنع صحته كما في الاقرار فان من أقر لانسان بعبد صح اقراره الا أن هناك لا ينصرف إلى الوسط عند محمد رحمه الله تعالى لان المقر به عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وان كان باعتبار صفة المالية هذا التزام مبتدأ فلكونه عوضا صرفناه عند اطلاق التسمية إلى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين كما أوجب الشرع في الزكوات الوسط نظرا إلى

الفقراء وأرباب الاموال وبكونه ما لا يلتزم ابتداء لا تمنع جهالة الصفة صحة الالتزام ولهذا لو أنها بالقيمة أجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين وللاعتبار بما أوجبه الشرع من الدية فان ذلك يتردد بين الابل والدرهم والدنانير ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول لو لم تصح التسمية احتجنا إلى ايجاب مهر المثل لان بفساد التسمية لا يبطل النكاح كما لا يبطل بترك التسمية وكل جهالة في المسمى إذا كانت دون جهالة مهر المثل فذلك لا يمنع صحة التسمية لان بعض الجهالة يرتفع بهذه التسمية وكل جهالة هي مثل جهالة مهر المثل أو فوق جهالة مهر المثل تمنع صحة التسمية لانه لا يحصل به شئ من الاعلام فجهالة العبد المسمى جهالة الصفة دون الجنس فأما جهالة مهر المثل جهالة جنس فصحنا فيه التسمية ليحصل بها التحرز

[69]

عن بعض الجهالة فأما جهالة الثوب فوق جهالة مهر المثل لان اسم الثوب يتناول أجناسا مختلفة من القطن والكتان والابرسم وغير ذلك وكذلك جهالة الدابة لانها تتناول أجناسا مختلفة وكذلك جهالة الدار لانها تختلف باختلاف البلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقتها فكانت تلك الجهالة فوق جهالة مهر المثل فلهذا لم تصح التسمية ووجب المصير إلى مهر المثل وبه فارق البيع فانا لو لم نصح التسمية مع جهالة الوصف هناك لا نحتاج إلى ايجاب جهالة أخرى لانه يفسد البيع ويعود إليه عوضه وهو معلوم فاما إذا سمى في المهر بينا فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المسمى وهذا معروف بالعراق يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت مما تجهز به تلك المرأة وينصرف إلى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعاوضة على ما قلنا ثم قال أبو حنيفة رضى الله عنه قيمة البيت أربعون درهما وقيمة الخادم أربعون دينارا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على قدر الغلاء والرخص وليس هذا باختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قصر فتواه على ما شاهده في زمانه وهما زادا على ذلك وبيننا الفتوى في الاوقات والامكنة كلها والامر على ما قالا فان القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص (قال) والوسط من الخادم السندي وهذا لان أرفع الخدم الاتراك وأدنى الخدم الهنود فالسندي هو الوسط فيما بين ذلك ولكنه في بلادنا قلما يوجد السندي فالوسط أدنى الاتراك واعلى الهنود (قال) وان كان تزوجها على وصيف أبيض فلها خمسون دينارا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا أيضا بناء على ما شاهد في زمانه من التفاوت بين قيمة الوسط والجيد وذلك يختلف باختلاف الغلاء والرخص ولكن في زمانه كان هذا التفاوت بقدر عشرة دنانير فلهذا قدره به وان اعطاها وصيفا أبيض لا يساوى ذلك فهو جائز لانه وفي لها بما شرط واعتبار القيمة عند اختياره اداء القيمة فاما إذا اختار اداء العين فلا معتبر بالقيمة (قال) وان كانا من أهل البادية وقد تزوجها على بيت فلها بيت من شعر من بيوت أهل البادية وان تزوجها على خادم فلها خادم وسط مما يعرف هناك لان المعتبر في التسمية العرف ألا ترى أنه لو اشترى بدرهم مطلقا ينصرف إلى نقد البلد للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف أيضا والمتعارف من تسمية البيت مطلقا فيما بين أهل البادية البيت من الشعر وفيما بين أهل الامصار متاع البيت فصرفنا التسمية إلى ذلك في كل موضع (قال) وان تزوجها على شئ بعينه ولم تره فليس لها في ذلك خيار الرؤية لان عدم الرؤية

لما لم يمنع ثبوت صفة اللزوم فيما هو المقصود بهذا العقد وهي المنكوحة فكذلك في عوضه وكان المعنى فيه ان الفائدة في اثبات خيار الرؤية أن يتمكن به من إعادة العوض الذي خرج منه إليه وهذا في البيع يحصل لانه يفسخ بالرد وفي النكاح لا يحصل لانه لا يفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولكن تجب القيمة والقيمة غير مرئية كالعين فعرفنا أنه لا يستدرك بالرد فائدة وكذلك لا ترد الصداق بالعيب الا أن يكون فاحشا عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى كل عيب يرد به في البيع يرد به في الصداق وهو بناء على أصل بيننا وبينه ان عنده بالرد بالعيب تبطل التسمية فيجب مهر المثل وعندنا لا تبطل التسمية ولكن تجب قيمة المسمى فان كان العيب يسيرا لا تستدرك بالرد فائدة إذ لا فرق بين عين الشيء وبه عيب يسير وبين قيمته وإذا كان العيب فاحشا فتستدرك بالرد فائدة لانها ترجع بقيمته صحيحا وهذا هو حد الفرق بين اليسير والفاحش ان كل عيب ينقص من المالية مقدار ما لا يدخل تحت تقويم المقومين في الاسواق فهو عيب فاحش وإذا كان ينقص بقدر ما يدخل بين تقويم المقومين فهو عيب يسير وحقه لاثبات أصله ان الصداق مال مملوك بعقد معاوضة وهو مما ينفصل عن أصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالباع ولكن بطلان التسمية في النكاح لا يبطل النكاح كانهدام التسمية في الابتداء ولكننا نقول السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فتجب قيمته كالمغضوب إذا أبق وعلى هذا الأصل إذا هلك الصداق قبل التسليم عندنا لا تبطل التسمية ولكن يجب على الزوج مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وعند الشافعي رحمه الله تعالى تبطل التسمية كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض فيكون لها مهر مثلها وبعض أصحابه يقول لا تبطل التسمية بالهلاك عندنا ولكن تجب قيمة المسمى لتعذر تسليم العين فأما الرد بالعيب لا يكون الا لرفع تلك التسمية فتبطل به التسمية وعلى هذا لو استحق المسمى بعينه لا تبطل التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وبالاستحقاق لا تنعدم المالية ولكن يتعذر التسليم فيكون بمنزلة الهلاك في انه يجب قيمته على الزوج (قال) وان كان الزوج أجر الصداق فالاجر له لان الصداق في يده مضمون بنفسه كالمغضوب والغاصب إذا أجر المغضوب فالاجر له ولكن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث فكذلك الزوج وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه

الله تعالى الاجر لها بناء على أصله ان المنافع عنده مال والاجر بدل ما هو مال لها فيكون بمنزلة العقر وأرش الطرف وعندنا المنافع ليست بمال متقوم وانما تتقوم بالعقد والعاقده هو الزوج فكان الاجر له لانه بعقده صير ما ليس بمتقوم من ملك الغير متقوما فهو كمن صنع كوزا من تراب غيره وباعه يكون الثمن له (قال) فان ولدت أو أكتسبت مالا قبل التسليم فذلك كله للمرأة معها والحاصل أن الزيادة في الصداق قبل القبض نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة كالسمن في الجارية وانجلاء البياض عن العين

والزيادة المنفصلة اما متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وإما غير متولدة من العين كالكسب والغلة وذلك كله يسلم للمرأة إذا دخل بها الزوج أو مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة وأما إذا طلقها قبل الدخول بها فالزيادة المتولدة منفصلة كانت أو متصلة تنتصف بالطلاق مع الاصل لانها في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شئ من الثمن عند القبض فاما الكسب والغلة لا تنتصف بالطلاق قبل الدخول بل يسلم الكل لها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تنتصف مع الاصل وكذلك لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى يبطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذلك المبيع قبل القبض إذا اكتسب كسبا ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يسلم الكسب للمشتري وعندهما هو للبائع وحجتهم في ذلك ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون قياس الولد فكما لا يسلم ذلك لها بعد ما بطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت أو غير متولدة فبعدها انفسخ سبب الملك لها في الاصل لا يبقى سببا لملك الزيادة لها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول السبب الذي به ملكت الكسب لم ينفسخ فيبقى ملك الكسب لها كما قبل الطلاق وبيان ذلك أن سبب ملك الكسب إما قبول العبد الهبة أو اجارته نفسه أو اكتسابه من حيث الاحتطاب والاحتشاش وشئ من هذه الاسباب لا ينفسخ بالطلاق وتأثيره أن الاكتساب يوجب الملك للمكتسب ولكن إذا لم يكن

[72]

المكتسب من أهل الملك فمن يخلفه وهو مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب لوصله الملك بينهما وقت الاكتساب ثم يبطلان ملكه في الاصل بعد ذلك لا يتبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب بمنزلة الزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسرى إليه ملك الاصل الا ان يكون مملوكا بسبب حادث ألا ترى ان ولد المكاتبه يكون مكاتباً وكسبها لا يكون مكاتباً وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسب المبيع لا يكون مبيعا فلا يقابله شئ من الثمن وان قبض مع الاصل فظهر الفرق بينهما وكذلك لو قبضت المرأة الاصل مع لزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنتصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة حادثة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت الزيادة في يدها ثم طلقها قبل الدخول فان كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان لزمها رد الاصل أو بعضه كالمبيع إذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بالعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فمنفعته تسلم لها والكسب بدل المنفعة فاما إذا كانت الزيادة متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار يمنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل إليه إذا جاءت الفرقة من قبلها ولكن

للزوج عليها نصف قيمة الاصل أو جميع قيمته يوم دفع إليها وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ينتصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل إلى الزوج إذا جاءت الفرقة من قبلها لان قبضتها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف إلى الزوج بالطلاق أو الكل إذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق إلى الزيادة بمنزلة المشتراة بشراء فاسدا إذا قبضها المشتري وازدادت زيادة منفصلة فان البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعند ردها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب مع الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بسبب فساد البيع وهناك حكم الرد بثبت في الاصل والزيادة فاما الطلاق حل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر

[73]

تنصف الزيادة يتعذر تنصف الاصل ووجه ظاهر الرواية انها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها بالقبض فالزيادة حدثت على ملك تام لها وحكم التنصف عند الطلاق انما ثبت في المفروض في العقد والزيادة ما كانت مسماة في العقد لا حقيقة ولا حكما إذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصفها بتعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة في المبيع تمنع رد الاصل بالعيب إذا كان حادثا بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فانه لا يمنع الواهب من الرجوع في الاصل لان الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الاصل سالما له بغير عوض فيجوز ان تسلم الزيادة له أيضا بغير عوض فاما البيع والنكاح معاوضة فيعذر رد الزيادة لو أثبتنا حكم الرد في الاصل بقيت الزيادة سالمة بغير عوض وهو جزء من الاصل فلا يجوز ان يسلم الملك بغير عوض بعد رفع عقد المعاوضة بينهما فإذا تعذر تنصيف الاصل وجب عليها نصف القيمة للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر السبب الموجب له وانما دخل الصداق في ضمانها بالقبض فلهذا كان المعتبر القيمة وقت القبض فاما إذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل أن يدخل بها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى هذا والزيادة المنفصلة سواء وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى ينتصف الاصل بزيادته وحجتها في ذلك أن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما في البيع لو اشترى جارية بعبد وقبض الجارية فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة الشعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة الشعر فكذلك في الصداق وهذا بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى تسرى إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الاصل لان الاصل لا ينفصل عن الزيادة فاما قبضها الصداق قبض ضمان وثبوت الضمان لحق الزوج فيه يتبين بقاء حق الزوج في الاصل فيسرى إلى الزيادة كما في البيع وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالوا هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها

فيكون سالما لها بكل حال كالزيادة المنفصلة وإذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الاصل لما قال محمد رحمه الله تعالى والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لانها تملكه لا عوضا عن مال يستحق عليها والزيادة المتصلة في الصلوات تمنع رد الاصل كالموهوب وتأثير الزيادة المتصلة في الصلوات أكثر من تأثير الزيادة المنفصلة حتى أن الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل فالمتصلة أولى فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى كالزيادة المنفصلة ولو كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها الزوج قبل الدخول ينتصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد نصف الاصل مستحقا عليها فيسرى ذلك إلى الزيادة كالمشترى شراء فاسدا يرد بزيادته المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق فأما حكم النقصان فان تعيب الصداق في يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة لان العيب اليسير لو كان موجودا وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه فكذا إذا حدث بعد العقد قبل القبض وعن زفر رحمه الله تعالى انه يثبت لها الخيار أيضا لانه تغير عليها شرط العقد فانها استحققت الصداق بصفة السلامة وبالتعيب قد تغير ولكن هذا ينبغي على قوله في العيب الموجود وقت العقد ان يثبت لها الخيار أيضا إذ لا فرق بينهما فاما إذا حدث بالصداق عيب فاحش في يد الزوج فهو على خمسة أوجه (أحدها) ان يكون العيب بأفة سماوية فيثبت لها الخيار ان شاءت رجعت بقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج وان شاءت أخذت المعيب ولا شيء لها من ضمان النقصان لان الزوج عجز عن تسليم الصداق سليما كما أوجبه العقد فيثبت لها الخيار وإذا أرادت رجعت بالقيمة لانه تعذر تسليم العين مع بقاء السبب الموجب له فان اختارت الاخذ فلا شيء لها من ضمان النقصان على الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد والاصناف لا تكون مضمونة بالعقد وعن زفر رحمه الله تعالى ان لها ان تضمن الزوج النقصان لان الصداق مضمون في يد الزوج بنفسه كالمغصوب إذا تعيب في يد الغاصب كان للمغصوب منه ان يضمه النقصان مع استرداد العين ولكننا نقول للمغصوب مضمون بالقبض والاصناف تضمن بالقبض (والثاني) ان يكون التعيب بفعل

الزوج فيكون لها الخيار للتغير وان اختارت الاخذ ضمنت الزوج النقصان وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه ليس لها حق تضمين النقصان لانه مضمون على الزوج بالعقد فكان بمنزلة المبيع والبائع إذا عيب المبيع قبل القبض لا يلزمه ضمان النقصان للمشترى فهذا مثله ووجه ظاهر الرواية ان الزوج أتلف جزء من الصداق ولو أتلف الكل ضمن قيمة الكل فكذلك إذا أتلف جزء منه وبه فارق البيع فان البائع هناك لو أتلف الكل لم يضمه فكذا إذا أتلف الجزء ثم المعنى فيه ان المبيع مضمون بالثمن وفيما هو مضمون به فصلنا بين العيب بفعل البائع وبأفة

سماوية حتى أنه إذا تعيب بفعل البائع سقطت حصته من الثمن عن المشتري بخلاف ما إذا تعيب بأفة سماوية فهذا أيضا يفصل بينهما فيما إذا كان الصداق مضمونا به وهو القيمة وهذا لان الاتلاف من الزوج يتحقق في الاوصاف كما يتحقق في الاصل بخلاف ما إذا تعيب بغير فعله فان الضمان هناك بالعقد والعقد لا يتناول الاوصاف مقصودا (الثالث) ان يكون التعيب بفعل الصداق بنفسه ففي ظاهر الرواية هذا كالتعيب بأفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا بمنزلة تعيب الزوج لانه مضمون عليه وفعل المضمون كفعل الضامن في استحقاق موجه عليه كما في المغصوب (الرابع) ان حصل التعيب بفعل الأجنبي يجب عليه ضمان النقصان ويكون ضمان النقصان بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير فإذا اختارت الاخذ رجعت على الجاني بضمن النقصان وان اختارت تضمين الزوج القيمة رجع الزوج على الجاني بضمن النقصان ولو أرادت أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لم يكن لها ذلك لانعدام الصنع من الزوج في التعيب (الخامس) ان يكون التعيب بفعل المرأة فتصير به قابضة للصداق لانها أتلفت جزء منه فتكون قابضة لذلك الجزء بالاتلاف ولما وراء ذلك بالتخلي ولا خيار لها في ذلك والذي بينا في هذه الفصول فيما إذا دخل بها الزوج أو مات عنها فأما إذا لم يدخل بها فهي في حق النصف إذا طلقها قبل الدخول كما في الكل إذا طلقها بعد الدخول فأما إذا تعيب في يد المرأة بعدما قبضت الصداق فهو على خمسة أوجه أيضا أما إذا تعيب بأفة سماوية ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها فهو بالخيار ان شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر رد النصف كما قبضت وان شاء أخذ النصف ناقصا وليس عليها من ضمان النقصان شئ لان الصداق كان مملوكا لها ملكا تاما فتعيبه في يدها

[76]

لا يلزمها شيئا من ضمان النقصان وكذلك لو كان التعيب بفعل الصداق بنفسه فهو كالتعيب بأفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وكذلك لو كان التعيب بفعل المرأة لان فعلها صادف ملكا صحيحا لها فلا يكون موجبا ضمان النقصان عليها بخلاف فعل الزوج قبل القبض فانه صادف ملكها فيصلح أن يكون موجبا للضمان عليه فأما إذا كان التعيب في يدها بفعل أجنبي فان الأجنبي ضامن للنقصان وذلك بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة لانه بدل جزء من عينها فيمنع تنصف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان كان التعيب بفعل الزوج لان الزوج بمنزلة الأجنبي في جنائته على الصداق بعد التسليم إليها فكان فعله كفعل أجنبي آخر في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصف الصداق بالطلاق وان كان التعيب في يدها بعد الطلاق كان للزوج أن يأخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة بمنزلة المقبوض بحكم شراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان إذا تعيب بأفة سماوية أو بفعله بنفسه أو بفعلها لانه مضمون عليها بالقبض والوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان التعيب بفعل الأجنبي فالارش بمنزلة الزيادة المنفصلة وقد بينا حكمه ووقع في المختصر ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء وهو غلط بل الصحيح من الجواب في كل فصل ما ذكرنا (قال) وان كان المهر جارية فلم تقبضها المرأة حتى وطئها الزوج فولدت فادعى ولدها لم يصدق على ذلك لانها مملوكة للمرأة والاستيلاء في ملكها غير صحيح الا ان الحد سقط عن الزوج لان الصداق

مضمون عليه بالعقد بمنزلة المبيع في يد البائع فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد وإذا سقط الحد لزمه العقر فكان العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين والعقر بدل عن ذلك فإذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فتكون الجارية بينهما ولا تصير ام ولد للزوج لان حق أمومية الولد يثبت لها باعتبار ثبوت نسب الولد ونسب الولد غير ثابت هنا فكذلك لا يثبت لها حق أمومية الولد ولكن نصف الولد يعتق على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه باعتبار الجزئية ويسعى للمرأة في نصف القيمة لان نصيبها احتبس عند الولد ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع في الولد شيئا انما صنعه في الطلاق وذلك ليس بمباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف إلى الزوج ثم يعتق عليه حكما

[77]

لملكه ولكنها ترجع عليه بنصف العقر لان العقر تنصف بينهما فان قتلت الخادم أو ماتت عند المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله ما لاقى ملك الزوج فانه حين قتلها كانت الخادم ملكا للمرأة فلهذا لم يكن للزوج ان يضمن القاتل شيئا (قال) وان كانت ازدادت في يدها زيادة متصلة فهلكت ثم طلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان استهلكتها لانها اتلفت ملك نفسها فلا يلزمها بالاتلاف شيء ولكنها بالقبض تصير ضامنة للزوج نصف قيمتها حين قبضت (قال) ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فهلكت في يدها ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل لان المانع من تنصيف الاصل هو الزيادة فحين مات ولم يخلف بدلا صار كان لم يكن فيتنصف الاصل الا أنه ان كانت الزيادة ولدا وقد نقصتها الولادة ثبت للزوج الخيار للنقصان الحادث في يدها في الصداق وان لم يتمكن نقصان بسبب الولادة فلا خيار له الا أن تكون المرأة هي التي استهلكت الولد فحينئذ يكون له الخيار بمنزلة الجارية المباعة إذا ولدت فاتفق المشتري ولدها ثم أراد رد الاصل بالعيب ولو كانت الولادة في يد الزوج فهلك الولد لم يضمن الزوج شيئا لان الولد حدث بغير صنعه وهلك بغير صنعه بمنزلة ولد المغصوبة ولكن ان تمكن نقصان بسبب الولادة يثبت لها الخيار لاجل النقصان وان كان الزوج هو الذي أتلف الاصل والزيادة ضمن قيمتها للمرأة لان الزيادة امانة في يده فيضمنها بالاتلاف كالمغصوبة وان طلقها قبل الدخول ضمن لها نصف الاصل والزيادة (قال) وان كانت الجارية قائمة عند الزوج فاعتقها الزوج لم يجر عتقه لانه أعتق مالا يملك وكذلك لو طلقها قبل الدخول لم ينفذ ذلك العتق لانه سبق ملكه ولو كانت المرأة هي التي أعتقتها نفذ عتقها في الكل لمصادفته ملكها ثم إذا طلقها الزوج ضمنها نصف قيمتها يوم أعتقتها لانها بالاعتاق تصير قابضة متلفة (قال) وان كانت المرأة قبضت الصداق وهو جارية ثم طلقها قبل ان يدخل بها ثم أعتقها الزوج لم ينفذ عتقه في شيء منها وعند زفر رحمه الله تعالى ينفذ عتقه في نصفها لان من أصله ان حكم التنصيف يثبت بنفس الطلاق ويعود نصفها إلى ملك الزوج كما لو كان قبل القبض فينفذ عتقه في نصيبه ولكننا نقول سبب ملكها في النصف يفسد بالطلاق حتى يستحق عليها رد النصف ولكن لا يبطل ملكها في شيء الا بالرد بقضاء أو رضاء

لان فساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض فلان لا يمنع بقاء الملك أولى فإذا لم يعد شيء من العين إلى الزوج لا ينفذ عتقه (قال) ولو قضى القاضى له بنصفها بعد ذلك لا ينفذ ذلك العتق السابق لانه سبق ملكه بمنزلة المشتراة شراء فاسدا وقد قبضها المشتري وأعتقها البائع ثم ردت عليه لم ينفذ العتق وان كان أعتقها بعد ما قضى له القاضى بنصفها أو ردت المرأة عليه النصف بالتراضى نفذ عتقه فيكون حكمه كحكم جارية بين رجلين أعتقها أحدهما ولو كانت هي التي أعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها في الكل وكذلك إن باعت أو وهبت لان الملك في الكل باق لها قبل قضاء القاضى وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بالشبهة حتى غرم الواطئ عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل وكحكم الارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفي بالوطئ في حكم العين دون المنفعة (قال) ولا شفعة في الدار التي تتزوج عليها المرأة وهو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى أيضا لان الشفعة في الدار لو وجبت إنما تجب للحار وهو لا يجوب الشفعة للحار أصلا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى تجب الشفعة (قال) ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا وعند ابن أبي ليلى والشافعي رحمهما الله تعالى تجب لان النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمه مهر المثل وهو كمن اشترى دارا بعبد يأخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال بمطلق والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لان الشفيع إنما يتملك بمثل السبب الذي به تملك المشتري فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لانه لو أخذه بعوض فكان سببا آخر غير السبب الذي تملك به المتملك فكذلك هنا المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سببا آخر بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فان الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لان الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق (قال) وإذا تزوجها على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم لم يجب للشفيع الشفعة في شيء من الدار في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقسم الدار على الألف

وعلى مهر مثلها فما يخص الألف تجب الشفعة فيه للشفيع لان العقد فيما يخص الألف شراء وفيما يخص البضع نكاح. ألا ترى أنه ثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش وغيره من أحكام البيع وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على أن ترد عليه ألف درهم يجب التقابض في حصة الصرف ويجوز أن تستحق الشفعة في بعض ما تتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى دارا وعبدا صفقة واحدة فانه تجب الشفعة في الدار دون العبد ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى ان البيع هنا تبع للنكاح لان البيع لم يكن مقصودا بهذه الصفقة وانما كان المقصود

النكاح. ألا ترى أنه تتوقف حصة البيع على قبول المرأة إذا حصل العقد من فضولي والشراء مقصودا لا يتوقف وكذلك ينعقد بلفظة الرد ولا يحتاج فيه إلى القبول حتى إذا قال زوجيني نفسك على هذه الدار على أن تردى علي ألفا فقالت فعلت يتم بدون قبول الزوج وانها لو قبلت حصة النكاح دون البيع صح ولو قبلت حصة البيع دون النكاح لم يصح وإذا ثبت أن الشراء تبع للنكاح فنقول إذا لم تجب الشفعة باعتبار الاصل لا تجب باعتبار التبع كالعرضة الموقوفة إذا كان عليها بناء لم تجب الشفعة في ذلك البناء وهذا لان المقصود بالاخذ بالشفعة دفع ضرر الجار الحادث ولا يحصل هذا المقصود إذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت باعتبار البيع لان العيب في الاصل فوات وصف هو تبع وكذلك حكم الصرف يثبت فيما هو تبع كالصفائح من الذهب في الدار المشتراة بالفضة يثبت فيها حكم الصرف (قال) ولو تزوج امرأة على كذا من الابل أو البقر أو الغنم فلها العدة المسمى من الوسط من ذلك الجنس وان أتى بقيمة ذلك أجبرت على القبول بمنزلة ما لو تزوجها على عبد وقد بيناه (قال) والا ثواب الهروبة وغيرها من أجناس الثياب كذلك وهذه المسألة على ثلاثة أوجه أحدها ان يتزوجها على ثوب هروي بعينه فلها ذلك الثوب ان كان هرويا وان لم يكن هرويا وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها الخيار ان شاءت أخذت الثوب بعينه وان شاءت طالبت الزوج بقيمة ثوب هروي وسط لان العقد أضيف إلى عين ذلك الثوب ولكنها وجدته على خلاف شرطها فلها الخيار كما لو وجدته معييا ولكننا نقول المشار إليه ليس من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى دون المشار إليه وهو أصل معروف نقررره في موضعه ان شاء الله

[80]

تعالى ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه ولم يبين الصفة فان أتاها بالثوب أجبرت على القبول وان أتاها بالقيمة أجبرت أيضا بمنزلة العبد المطلق لان الثوب الذي هو غير موصوف لا تثبت عينه في الذمة ثبوتا صحيحا وانما صحت هذه التسمية باعتبار المالية والثوب في ذلك وقيمه سواء وان بين صفة هذا الثوب قول زفر رحمه الله تعالى تجبر على قبول القيمة إذا أتاها بها وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ذكر الاجل مع ذلك لم تجبر على قبول القيمة وان لم يذكر الاجل أجبرت عليه لان الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا مؤجلا الا ترى انه لا يجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لان القرض لا يكون الا حالا والسلم لا يكون الا مؤجلا فعند ذكر الاجل يثبت الثوب ديننا ثبوتا صحيحا فلا تجبر على قبول القيمة وعند عدم ذكر الاجل لا يثبت ثبوتا صحيحا وزفر رحمه الله تعالى يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لان بالمبالغة في ذكر وصفه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشترط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب ديننا في الذمة فيستوى في هذا ان ذكر الاجل أو لم يذكر ولكننا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت ديننا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا (قال) فان تزوجها على مكيل أو موزون فان سمي جنسه وصفته ومقداره لم تجبر على قبول القيمة إذا أتاها بها لان المكيل والموزون يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا حالا كان أو مؤجلا بدليل جواز استقراضها والسلم فيها فان لم يذكر الصفة ففي ظاهر الرواية إذا أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لانها بتسمية الجنس بدون الصفة لا تثبت

في الذمة ثبوتاً صحيحاً وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنها لا تجبر على قبول القيمة لان التسمية متى صحت بذكر الجنس تعين الوسط من ذلك الجنس كما في العبد والثوب الهروي فما تعين من الوصف شرعاً يكون كالمذكور نصاً فلا تجبر على قبول القيمة (قال) فان تزوجها على دراهم أو شيء من العروض لا تبلغ قيمته عشرة دراهم فانه يكمل لها عشرة دراهم عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لها ما سمي والاصل عنده أن كل ما يصلح ثمناً في البيع يصلح صداقاً في النكاح وعندنا أدنى المهر عشرة دراهم من الفضة أو مما تكون الفضة فيه غالبية على الغش واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المهر جائز قليله وكثيره وفي رواية المهر ما تراضى عليه الاهلون وفي رواية من استحل بدرهم فقد استحل وروي أن امرأة

[81]

عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ير فيها رغبة فقال مالي حاجة إلى النساء فقالت زوجني ممن شئت فقام رجل فقال زوجها مني فقال ماذا تصدقها فقال أزارى هذه فقال إذا قعدت ولا أزار لك التمس ولو بفلس التمس ولو خاتماً من حديد فقال لا أحد فقال هل تحسن شيئاً من القرآن فقال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما عندك من القرآن فهذه الآثار تدل على أن المهر لا يتقدر بشئ وكذلك في الكتاب الشرط هو المال المطلق قال الله تعالى ان تبتغوا بأموالكم فتقييد ذلك المال بالعشرة يكون زيادة على النص وحجتنا في ذلك حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي الكتاب قال بلغنا ذلك عن علي وابن عمر وعائشة وعامر وابراهيم رضوان الله عليهم أجمعين والمعنى فيه أنه بدل في عقد لم يجعل ايجاب أصله إلى المتعاقدين فيكون مقدرًا شرعاً كالدية وبيان ذلك أن النكاح لا ينعقد صحيحاً الا موجبا للعوض اما في الحال أو في الثاني على ما بينا وانما كان اشتراط العوض فيه شرعاً لظهور خطر البضع ولا يحصل هذا المقصود بأصل المالية فاسم المال يتناول الخطير والحقير وانما يحصل اظهار الخطر بمال مقدر واليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزاجهم والبضع من وجه في حكم النفوس حتى لا يسقط حكم الفعل فيه بالبدل ولان الوطئ سبب لاعلاق النفس وإذا كان بغير ملك يضيع لانعدام من ينفق عليه فكان الخطر هنا في معنى الخطر في النفوس والمال الذي هو بدل عن النفوس مقدر شرعاً وهو الدية وهذا لان كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها فكذا الصداق مما أوجبه الشرع فيكون مقدرًا شرعاً واليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم الآية معناه ما قدرنا فان الفرض عبارة عن التقدير وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق لانه يستباح به ما لا يستباح بالبدل فكذلك الصداق وتأويل الآثار المروية فيما يعجله لها باليد ألا ترى أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس والصداق يمكن اثباته في الذمة فعرفنا أن المراد ما يعجله لها باليد وذلك غير مقدر شرعاً عندنا وإذا ثبت هذا فنقول إذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحساناً في قول علمائنا الثلاثة ان دخل بها أو مات

عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها خمسة وفي القياس لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وهو قول زفر رحمه الله تعالى وجه القياس انه سمي مالا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة ما لو سمي لها خمرا أو خنزيرا وللإستحسان وجهان (أحدهما) أن العشرة في كونها صداقا لا تتجزى وذكر بعض مالا يتجزى كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا (والثاني) أن الامهار إلى تمام العشرة حق الشرع وما زاد على ذلك حقها فإذا رضيت بالخمسة فقد أسقطت ما هو حقها وبعض ما هو حق الشرع فيعمل إسقاطها فيما هو حقها وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل في حق الشرع وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما تعتبر قيمة الثوب يوم تزوجها عليه وكذلك ان سمي لها مكبلا أو موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد. ووروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا يعتبر قيمته وقت القبض (قال) وإذا تزوجها على غير مهر مسمى ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء إلى قوله ومتعهن وأدنى المتعة درع وخمار وملحفة هكذا روى عن ابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهما أن المتعة ثلاثة أثواب لان المرأة تصلى في ثلاثة أثواب وتخرج في ثلاثة أثواب عادة فيكون ذلك متعة لها تذكرة من الزوج إذا فارقتها قبل أن يدخل بها وعند الشافعي رحمه الله تعالى المتعة شيء نفيس من ثوب أو خادم أو فرس أو نحو ذلك إلا أن يكون مهر مثلها أقل من قيمة المتعة فحينئذ يكون لها نصف مهر مثلها لا ينقص من خمسة دراهم عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لها المتعة ولا معتبر بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك ولكننا نقول النكاح الذي فيه تسمية في حكم الصداق أقوى مما لا تسمية فيه فإذا كان في العقد الذي فيه التسمية لا يجب لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزداد المتعة على نصف مهر المثل وان كانا سواء فالواجب هو المتعة لانها فريضة في كتاب الله تعالى فعند المساواة تترجح المتعة (قال) ولو تزوجها على ما في بطن جاريته أو على ما في

بطن أغنامه لم تصح التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وما في البطن ليس بمال متقوم وهذا بخلاف الخلع فانه لو خالعهما على ما في بطن جاريتهما صحت التسمية لان ما في البطن يعرض أن يصير مالا بالانفصال واحد العوضين في الخلع يحتمل الاضافة وهو الطلاق فالعوض الآخر كذلك يحتمل الاضافة فإذا سمي ما في البطن فكأنه اضاف التسمية إلى ما بعد الانفصال وفي النكاح أحد العوضين لا يحتمل الاضافة فالعوض الآخر كذلك والمسمى في الحال ليس بمال فكان لها مهر مثلها وكذلك لو

تزوجها على ما تحمل نخله أو تخرج أرضه العام أو على ما يكتسب غلامه لان المسمى معدوم وتأثير العدم أبلغ من تأثير الجهالة فإذا كان لا يصح تسمية مجهول الجنس كالثوب والداية فتسمية المعدوم أولى ان لا تصح (قال) ولو تزوجها على عبد بعينه فوجدته حراً فلها مهر مثلها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وفي قوله الآخر قيمة ذلك الشخص أن لو كان عبداً وكذلك لو تزوجها على هذه الشاة المذبوحة فإذا هي ميتة أو تزوجها على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها مثل ذلك الدن من خل وسط أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول سمي لها في العقد مالا وهو العبد والذكية والخل فصحت التسمية ثم تعذر تسليم المسمى بما ظهر فتجب القيمة فيما لس من ذوات الامثال والمثل فيما هو من ذوات الامثال كما لو تعذر تسليم المسمى بالهلاك في يد الزوج وهذا لانه حين ظهر حراً فقد استحق نفسه فيجعل كاستحقاق الغير اياه ولو تزوجها على عبد فاستحق كان لها قيمته فكذلك إذا استحق نفسه بالحرية وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا الاصل ان الاشارة والتسمية إذا اجتمعتا فان كان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه وان كان من غير جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى الا ترى انه لو اشترى فصا على انه ياقوت فإذا هو زجاج كان البيع باطلا لان المشار إليه من غير جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى فصا على انه ياقوت أحمر فإذا هو ياقوت أصفر جاز البيع لان المشار إليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار إليه لان الاشارة أبلغ في التعريف لانها تقطع الشركة من كلا وجه إذا عرفنا هذا فنقول الحر والعبد جنس واحد فان الأدمي باعتبار الاصل حر ثم يعترض الرق فيه والاعتاق اتلاف لذلك الرق العارض

[84]

فلا يوجب تبديل الجنس واختلاف الجنس اما باختلاف الاصل أو الهيئة أو المقصود وذلك لا يوجد بين الاحرار والعبيد فإذا اتحد الجنس تعلق العقد بالمشار إليه وهو الحر دون المسمى والمشار إليه ليس بمال فلا يصح تسميته بخلاف عبد الغير فانه مال متقوم وان كان لا يقدر على تسليمه وعلى هذه الذكية والميتة فان الجنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه فاما محمد رحمه الله تعالى في الخمر والخل قال هما جنسان مختلفان لان المقصود منهما يختلف وكذلك الخل قط لا يصير في مثل حال الخمر والخمر اسم لعين حرام والخل اسم لمطعموم خلال فكانا جنسين فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى هو الخل فلماذا كان لها مثل ذلك الدن من الخل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الخل والخمر جنس واحد فان الاصل واحد والهيئة واحدة وهذه أوصاف تعترض على العين فلا توجب تبديل الجنس كالصغر والكبر في الأدمي فان الحلاوة في العصير بمنزلة الحلاوة التي تكون في الصغر ثم الشدة في الخمر بمنزلة الحدة والقوة التي تكون في الشباب في الحموضة في الخل بمنزلة حال الشيخوخة فكما ان يتبدل الاحوال لا يختلف جنس الأدمي فكذلك يتبدل الاحوال في العصير فإذا كان الجنس واحدا تعلق العقد بالمشار إليه والمشار إليه ليس بمال فلماذا كان لها مثلها (قال) فان تزوجها على أمة فولدت عنده ثم مات ولدها فليس على الزوج في الولد ضمان لانه لم يصنع في الولد شيئاً ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان

نقصان الولادة يسيرا كما لو تعبت في يد الزوج بعيب يسير سوى نقصان الولادة وان كان النقصان فاحشا فلها الخيار ان شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا من النقصان وان شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فأما إذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة وان كان الزوج قتل الولد ضمن لها قيمته لانه كان أمانة في يده فيضمنه بالاتلاف فان كان في قيمته وفاء نقصان الولادة لم يضمن نقصان الولادة لان قيمة الولد قائمة مقام الولد فيكون جابرا للنقصان وان لم يكن فيها وفاء فعليه تمام ذلك به أجاب في الكتاب وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لا يضمن ما زاد على قيمة الولد من قدر النقصان ولكنه إذا كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما بينا (قال) وإذا أخذت المرأة

[85]

رهننا بصداقها وقيمتها مثل الصداق فهلك عندها فهو كما فيه لان دين الصداق يستوفي كسائر الديون والرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم الاستيفاء به عند هلاك الرهن قال صلى الله عليه وسلم الرهن بما فيه فصارت عند هلاك الرهن مستوفية لصداقها بمنزلة ما لو استوفت حقيقة فان طلقها قبل أن يدخل بها ضمنها نصف الصداق كما لو كانت استوفت حقيقة وان كان هلاك الرهن بعد الطلاق فلا ضمان عليها في ذلك لان بالطلاق قبل الدخول سقط نصف الصداق من غير عوض غرمه الزوج ولو سقط الكل ببراءتها خرج الرهن من أن يكون مضمونا في الكل فكذلك إذا سقط النصف فانما يبقى ضمان الرهن بما بقى وعند هلاكه انما صارت مستوفية لما بقى فلهذا لا تعرم له شيئا بخلاف الاول فان عند هلاك الرهن كان جميع الصداق واجبا هناك فصارت مستوفية للكل فلهذا لزمها رد النصف بعد الطلاق (قال) ولو لم يكن في النكاح تسمية ورهن عندها بمهر المثل رهن صح الرهن لان مهر المثل كالمسمى في كونه ديننا واجب الاستيفاء فان هلك الرهن وفي قيمته وفاء بمهر المثل صارت مستوفية وان طلقها قبل أن يدخل بها فعليها أن ترد ما زاد على قدر المتعة لان قدر المتعة هنا كنصف المسمى هناك فعليها أن ترد ما زاد على ذلك وان طلقها قبل الدخول بها والرهن قائم فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وهو القياس وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد رحمه الله تعالى لها أن تحبس الرهن بالمتعة لوجهين (أحدهما) أن المتعة بمنزلة جزء من أجزاء مهر المثل ألا ترى أن في النكاح الذي فيه التسمية ما يجب بعد الطلاق جزء مما كان فيه فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وهذا لان الطلاق مسقط فلا يصلح أن يكون موجبا فعرفنا أن ما بقى بعض ما كان واجبا قبل الطلاق والرهن بالدين يكون محبوسا بكل جزء منه (والثاني) أن المتعة خلف عن مهر المثل لانه يجب عند سقوط مهر المثل بالسبب الذي كان يجب به مهر المثل وهو النكاح وهذا هو حد الاصل والخلف ثم الرهن بالشئ يكون محبوسا بما هو خلف عنه كالرهن بالعين المغصوبة يكون محبوسا بقيمتها ووجه قوله الآخر ان المتعة دين حادث سوى مهر المثل والمحبوس بدين لا يكون محبوسا بدين اخر سواء والدليل على أنه من خلاف جنس مهر المثل فان المتعة ثياب ومهر المثل من النقود ولان مهر المثل قيمة بضعها والمتعة

تذكرة لها ولا يلتقيان بحال فان مهر المثل يجب في حال قيام النكاح
والمتعة تجب بعد

[86]

ارتفاع النكاح والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة
فإذا ثبت انهما دينان مختلفان لم يكن الرهن بأحدهما محبوسا بالآخر فإذا
هلك الرهن في يدها قبل أن تمنعه لم يكن عليها ضمان ولكنها في قوله
الاول تصير متسوفية للمتعة وفي قوله الآخر لا تصير مستوفية فلها أن
تطالب الزوج بالمتعة وان منعت الرهن على الزوج بعد مطالبته حتى هلك
ففي قوله الاول لا ضمان عليها لانها حبسته لحق وفي قوله الآخر هي
ضامنة للزوج قيمة المرهون لانها حبسته بغير حق فصارت غاصبة ضامنة
(قال) فان تزوجها على غير مهر مسمى ثم فرض لها بعد العقد دارا فلا
شفعة للشفيع فيها لان الفرض بعد العقد تقدير مهر المثل ومهر المثل
بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن
ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة وان كان سمي في العقد مهرا ثم باعها
داره به كان للشفيع فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر ولو طلقها
قبل ان يدخل بها كانت الدار سالمة لها لان الشراء لا يبطل بالطلاق ولكنها
ترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء
(قال) ولو تزوجها على أن يشتري لها هذه الدار ويعطيها ابها مهرا أو قال
أتزوجك على هذه الدار عل أن أشتريها فاسلمها اليك كان لها ان تأخذه
بذلك لانه شرط لها ذلك والوفاء بالشرط واجب فان عجز عن ذلك فعليه
قيمة الدار لها وان طلقها قبل الدخول فلها نصف القيمة لان التسمية
صحيحة فان المسمى مال وان كان الزوج عاجزا عن تسليمه وقت العقد
لان القدرة على تسليم الصداق لا تشترط لصحة التسمية فان القدرة على
التسليم فيما يقابل الصداق ليس بشرط لصحة العقد ولكن شرط صحة
العقد فيه صفة الحل فكذا في الصداق شرط صحة التسمية صفة المالية
وقد وجد فإذا تحقق عجزه عن تسليم المسمى تلزمه قيمته وهذا بخلاف
الكتابة فانه لو كاتب عبده على عبد الغير فانه لا يجوز على الرواية التي
تجوز الكتابة على العين لان عقد الكتابة كالبيع من حيث أنه يحتمل الفسخ
ولا يصح الا بتسمية البدل فكما أن العجز عن التسليم في البيع يمنع صحة
العقد فكذا في الكتابة (قال) وان تزوجها على دار فاستحق نصفها خبرت
في النصف الباقي لان التشقيص في الاملاك المجتمعة عيب فاحش فان
نصف الدار لا يشتري بنصف ما يشتري به جميع الدار عادة وقد بينا أن ما لا
يدخل تحت تقويم المقومين فهو عيب فاحش فان شاءت ردت النصف
الباقى بالعيب ورجعت بجميع قيمة الدار وان شاءت أمسكت ورجعت بنصف
قيمة الدار وان طلقها قبل الدخول

[87]

كان لها النصف الذي في يدها لان حقها بعد الطلاق في نصف الدار ونصف
الدار وسالم لها فلا ترجع بشئ آخر عليه (قال) ولو تزوجها على مهر
مسمى ثم زاد فيه جازت الزيادة ان دخل بها أو مات عنها الا على قول زفر
رحمه الله تعالى أصله الزيادة في الثمن بعد العقد وهي مسألة البيوع

ودليلنا لجواز الزيادة هنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة معناه من فريضة بعد الفريضة ولو طلقها قبل الدخول بها بطلت الزيادة الا في قول أبي يوسف الاول وقد بيناه (قال) وإذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية وهذا على وجهين ان كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدنا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية لان تلك المواضعة ما كانت لازمة وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها الا ان يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه ان المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة فحينئذ المهر ما سمي لها في السر لانهما في الاشهاد أظهران مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب الا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فانه يقول كما لا يعمل الهزل في جانب المنكوحه فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية فاما إذا تعاقدنا في السر بألف وأشهدنا انهما يحددان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا انهما قصدا الهزل بما سمعا فيه وان لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب ان المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضا يلغو وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أصل العقد الثاني وان صار لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبد وهو أكبر سنا منه هذا ابني فانه لما لغى صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان لغى صريح كلامه في حكم النسب بقى معتبرا في حق العتق (قال) وإذا تزوجها على ألف درهم على ان ردت عليه عبدا فهو جائز لانها بذلت شئين بآراء الالف البضع والعبد فيقسم الالف على قيمة العبد ومهر مثلها فما أصاب العبد يكون شراء حتى إذا مات العبد قبل التسليم أو وجد الزوج به عيبا فرده بطل ذلك القدر وما أصاب مهر المثل فهو صداق لها حتى إذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف ذلك (قال) وان تزوجها على أبيها وقيمتها ألف درهم على ان ردت عليه أمة

[88]

قيمتها الفان جاز ذلك وعتق الاب قبضته أو لم تقبضه لان الاب مقسوم على مهر مثلها وعلى قيمة الامه فما يخص قيمة الامه تكون مشترية له بالامه وما يخص مهر المثل يكون صداقا لها وكلا السببين يوجب الملك بنفسه فإذا ملكت الاب عتق عليها ثم إذا طلقها قبل الدخول فعليها رد نصف ما يخص مهر المثل من قيمة أبيها لانها صارت قابضة للاب بالعتق وحصه الصداق منه تنتصف بالطلاق وقد عجزت عن رده فعليها رد نصف قيمة ذلك (قال) وإذا تزوجها على ألف درهم على ان ترد عليه ألف درهم فلها مهر مثلها بمنزلة مالو لم يسم لها مهران لان الالف المذكورة بمقابلة الالف المشروطة عليها فان الاموال الربوية متى قوبلت بجنسها يكون الجنس بمقابلة المثل لان المقابلة باعتبار المالية والمالية مع القدرة لا تتفاوت فإذا صارت الالف بمقابلة الالف بقى النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها (قال) وان تزوجها على ألف على ان ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار وعلى مهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفا فيشترط فيه التقابض في المجلس وما يخص مهر المثل يكون صداقا فإذا طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف وهذا لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس المقابلة

باعتبار القيمة لان الجودة لها قيمة في هذه الحالة والدنانير في حكم
المقابلة كالعروض ولو تفرقا قبل التقابض بطلت حصة الدنانير من
الدرهم لوجود الافتراق قبل القبض في عقد الصرف وفي هذه الوجوه ان
كانت حصة مهر المثل من الالف اقل من عشرة يكمل لها عشرة كما لو
تزوجها على ذلك القدر ولو تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته
فلانة وعلى أن ردت عليه عبدا فنقول المرأة بذلت شيئين البضع والعبد
والزوج بذل الالف وشرط الطلاق في ضررتها فيقسم الالف على مهر مثلها
وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمنا للعبد ونصف الالف
صداق لها فإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل نظر فان
كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها الا ذلك وان كان مهر مثلها
مثلها أكثر من ذلك فان وفي بالشرط بأن طلق امرأته فلانة فليس لها الا
الخمسائة وان أبى أن يطلق لم يجبر على ذلك لانه شرط الطلاق وايقاع
الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولكن لها كمال
مهر مثلها لان لها في طلاق ضررتها منفعة فانما رضيت بدون مهر مثلها
بشرط أن تسلم لها هذه المنفعة فإذا لم تسلم كان لها كمال مهر مثلها
(قال) ولو كان تزوجها على ألف درهم

[89]

وعلى طلاق فلانة على أن ردت عليه عبدا فهنا يقع الطلاق بنفس العقد
بخلاف الاول لان هناك شرط أن يطلق فما لم يطلق لم يقع وهنا أوجب
الطلاق بالعقد عوضا والعوض يثبت بنفس العقد فلهذا يقع الطلاق هنا
والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة بذلت شيئين البضع والعبد
والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الاخرين فإذا كان
مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق بمقابلة العبد
ثمنا ونصف الالف ونصف الطلاق صداق لها فإذا طلقها قبل الدخول بها
كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلة
الطلاق نصف العبد ونصف البضع فكان الطلاق يجعل فيكون بائنا وان لم
يكن الجعل مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع
بمقابلة الطلاق لان المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات
دون القيمة وان استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بحصة خمسمائة
حصة العبد لما قلنا وتتنصف قيمة العبد أيضا لان نصف العبد بمقابلة نصف
الطلاق واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان
ملتزما تسلميه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف (قال) ولو تزوجها على ألف
درهم وعلى أن يطلق فلانة فأبى أن يطلقها فلها كمال مهر مثلها عندنا
لانه انما رضيت بالالف باعتبار منفعة طلاق الضرة فإذا لم يسلم لها ذلك
فلها كمال مهر مثلها كما لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدى إليها هدية
وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية
والكرامة فكذلك الجواب وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها
الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك يمنع التسليم إذا شرط لها في
العقد فأما الطلاق ونحوه لا يتقوم بالاتلاف فكذا لا يتقوم بمنع التسليم
ولكننا نقول لا نوجب الزيادة باعتبار تقوم ما شرط لها ولكن لانعدام رضاها
بالالف بدون المنفعة المشروطة (قال) ولو تزوجها على خمر أو خنزير
وهما مسلمان كان لها مهر مثلها عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى
النكاح فاسد لان تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن
ايجاب الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلا كما لو باع عبدا بخمر ولكنها
نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا أن النكاح لا يبطل

بالشروط الفاسدة وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا فإذا لم يكن بطلت التسمية فكأنه لم يسم لها عوضا فلهذا كان لها مهر مثلها وهكذا نقول في البيع أنه يصير كأنه لم يسم ثمنًا والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن (قال) ولو تزوجها على ألف وعلى أرطال

[90]

معلومة من خمر فليس لها سوى الالف لان تسمية الخمر والسكوت عنها سواء كما قلنا وذكر ابن سماعه عن محمد رحمهما الله تعالى أنه إذا تزوجها على هذا الدين من الخمر وقيمة الدين عشرة دراهم فلها الدين دون الخمر لان الدين متقوم فيصير كأنه سمى لها الخمر مع العشرة وفي رواية أخرى أن لها مهر مثلها لان المقصود بهذه التسمية المظروف دون الطرف والمظروف ليس بمال (قال) ولو تزوجها على هذا الخمر فإذا هو خل أو على هذا الحر فإذا هو عبد فعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لها المشار إليه وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن لها مهر مثلها لانه صرح بتسمية ما ليس بمال والاصح رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى لما بينا فيما سبق ان عنده إذا كان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمشار إليه والمشار إليه مال متقوم (قال) ولو تزوجها على ألف درهم ان لم يكن له امرأة وعلى ألفي درهم ان كانت له امرأة أو على ألف درهم ان لم يخرجها من الكوفة وعلى ألفين ان أخرجها أو قدم شرط الالفين في الفصلين فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى المذكور أولا صحيح في الوجهين والثاني فاسد حتى إذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المذكور أولا وان دخل بها فان وفى بالشرط فلها الالف وان لم يوف لها بالشرط فلها مهر مثلها لا يجاوز بها ألفي درهم لانها رضيت بالالف باعتبار منفعة مشروطة فإذا لم تنل ذلك كان لها مهر مثلها ولكنها رضيت بالالفين بيقين فلهذا لا يجاوز به ألفين وانما جوز الشرط الاول دون الثاني لان موجب العقد مع بقائه قد تم بذكر الشرط الاول واستقر بذلك فيذكر الشرط الثاني قصد تغير موجب العقد مع بقائه فلا يكون ذلك صحيحا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشرطان جائزان على ما اشترطا وعند زفر رحمه الله تعالى الشرطان فاسدان فيكون لها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزداد عن الالفين وأصل المسألة في كتاب الاجارات إذا دفع إلى خياط ثوبا وقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنينها ثمة مع نظائرها ان شاء الله تعالى (قال) وان تزوجها على ألف وكرامتها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول واشترط الزيادة المجهولة انما كان معتبرا في حال قيام العقد لا يجاب مهر المثل بقوله وقد سقط مهر المثل بالطلاق فكان لها نصف الالف كما لو لم يشترط تلك الزيادة أصلا (قال) وإذا تزوجها على ألف درهم أو ألفين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها ألفا أو أقل فلها الالف وان

[91]

كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان أكثر من ألف وأقل من ألفين فلها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها الألف في الوجوه كلها وحجتها ذلك أن تسمية المال في النكاح منفصل عن العقد بدليل أنه لا يتوقف العقد على ذكره فكان ذلك بمنزلة التزام المال من غير عقد فانما يجب القدر المتيقن به كمن أقر لانسان بألف أو ألفين ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه والتخير بين الألف والألفين فيه لا يمنع صحة العقد فكان قياس الطلاق بمال والعتق بمال وهناك إذا سمى الألف أو الألفين يجب القدر المتيقن به ولا وجه إلى الرجوع إلى مهر المثل لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخير لا تنعدم التسمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد يستحق فيه التسليم والتسلم فالتخير في المسمى فيه بين الأقل والأكثر يمنع صحة التسمية كالبيع بخلاف الطلاق والعناق فانه لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم الا أن في البيع انعدام التسمية يمنع صحة البيع فكذا جهالة المسمى بخلاف النكاح وهذا لان هذه الجهالة كجهالة مهر المثل أو أقوى منها فانه متردد بين أجناس مختلفة تارة وبين المقادير المختلفة تارة ومثل هذه الجهالة يمنع صحة التسمية فإذا لم تصح التسمية يصار إلى الموجب الاصلى وهو مهر المثل وبه فارق الطلاق والعناق لانه لا موجب لذلك العقد في الاصل حتى لا يجب شئ عند عدم ذكر البديل فلهذا أوجبنا الأقل وبخلاف الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض فلو عينا الأقل لا يكون فيه بخس لحق المقر له وهنا الصداق عوض عما يستحق عليها وفي تعيين الأقل بخس لحقها والنظر واجب من الجانبين فحكمنا مهر المثل لهذا (قال) وكذا إذا تزوجها على هذا العبد الحبشى أو على هذا العبد الابيض فهو على ما بينا من تحكيم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ووجوب الاوكس لها عندها الا أن يعطى الزوج الافضل فحينئذ يجوز ذلك لانه تبرع عليها وهذا عندهما بمنزلة ما لو قال على أن أعطيك أيهما شئت ولو صرح بهذا كان له أن يعطيها أيهما شاء ان شرط المشيئة لنفسه وكان لها أن تأخذ أيهما شاءت ان شرط المشيئة لها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول باشتراط الخيار لاحدهما تنعدم المنازعة بينها ويستبد من له الخيار بالتعيين فلهذا صحت التسمية وعند عدم شرط الخيار نتحقق المنازعة وليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر فكانت التسمية فاسدة كما في البيع إذا باع أحد العبدين لا يجوز ولو سمي لكل

[92]

واحد منهما ثمننا وشرط الخيار فيه لاحدهما جاز ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس وفي الفصل الاول لها نصف الألف لان الزيادة على ذلك كان باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل بالطلاق فلهذا كان لها نصف الأقل (قال) وان تزوجها على حكمه أو على حكمها أو على حكم رجل أجنبي فهذه التسمية فاسدة للجهالة وهذه الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا أنه أضاف الحكم إلى نفسه فان حكم لها بمهر المثل أو أكثر جاز حكمه لانه يحكم بالزيادة على نفسه وله هذه الولاية وان حكم بأقل من مهر مثلها لم يجز بدون رضاها لانه حكم عليها باسقاط بعض حقها وليس له هذه الولاية عليها وان أضاف الحكم إليها فان حكمت بمهر المثل أو أقل فلها ذلك لانها تحكم على نفسها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها بم يجز حكمها بدون رضا الزوج لانها تحكم على الزوج بالزيادة وليس لها عليه هذه الولاية وان أضاف الحكم إلى الأجنبي فان حكم بمهر المثل جاز ذلك وان حكم بأقل من مهر المثل لم يجز بدون رضاها وان حكم بأكثر من مهر المثل لم

يجز بدون رضا الزوج (قال) ولا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة أو ولاية على صغيره أو على عبده أو على مكاتبه ما لم يضمنه ولها المهر على الزوج لحديث علي رضي الله عنه الصداق على من أخذ الساق ولان تسليم المعقود عليه إلى الزوج فوجب البذل عليه أيضا والعاقد معبر عنه حتى لا يستغنى عن اضافة العقد إليه فلا يكون ملتزما للبذل الا ان يضمنه فيؤاخذ بالضمان حينئذ (قال) وإذا تزوج الحرى الحربية من غير مهر أو على ميتة ثم أسلما فلا مهر لها اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر كما في الذميين على ما بينا وعندهما في الذميين انما يجب المهر لان الخطاب بالابتغاء بالمال شائع في دار الاسلام وأهل الذمة ملتزمون لاحكامنا في المعاملات فاما في دار الحرب الخطاب به غير شائع وهم غير ملتزمين لاحكامنا فلهذا لا شئ لها وإذا أسلما بعد ذلك فالحال حال بقاء النكاح والصداق ليس بشرط في حال بقاء النكاح (قال) ولو تزوجها على مهر مسمى ثم أسلما أو صارا ذمة فلها ذلك المسمى لانه صار ديننا لها عليه بالتسمية في عقد صحيح فلا يزيده الاسلام الا وكادة وان طلقها قبل ان يدخل بها ثم أسلما فلها ان تأخذه بنصف المسمى لان الطلاق قبل الدخول لا يسقط عنه الا النصف فيبقى مطالبا بما زاد على ذلك ولو لم يكن سمي لها شيئا فلا متعة لها عليه لان في حال قيام النكاح ما كان لها عليه شئ وان أسلما فبعد الطلاق أولى (قال) رجل تزوج امرأتين على ألف درهم فالألف بينهما على قدر

[93]

مهر كل واحدة منهما لان المال الواحد إذا قوبل بشئتين مختلفين بعقد المعاوضة ينقسم على مقدار قيمتهما كما لو اشترى عبدين بألف درهم وقيمة البضع مهر المثل فان طلق احدهما قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الألف فان طلقهما كان لهما نصف الألف بينهما على قدر مهرهما فان كانت احدهما ممن لا يحل له بان كانت ذات زوج أو معتدة من زوج أو محرمة عليه برضاع أو صهرية فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الألف كلها مهر التي تحل له وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقسم الألف على قدر مهرهما فمهر التي تحل له حصتها من ذلك وحتتهما ان الألف مسمى بمقابلة البضعين وانما التزمها الزوج عند سلامة البضعين له فإذا لم يسلم له الا احدهما لا يلزمه الا حصتها من الألف كما لو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت احدهما دون الاخرى وكما لو اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر والدليل عليه أن الانقسام جعل معتبرا في حق التي لا تحل له حتى لو دخل بها يلزمه مهر مثلها لا يحاوز به حصتها من الألف عليه نص في الزيادات وادعى المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله تعالى بهذا وكذلك يدخل في العقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يلزمه الحد بوطئها مع العلم ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البذل المسمى وعندهما انما يجب الحد لانتفاء شبهة الحل فان العقد لا ينعقد في غير محل الحل وسقوط الحد من حكم انعقاد العقد فأما الانقسام من حكم التسمية لا من حكم انعقاد العقد كما لو أجابته احدى المرأتين دون الاخرى واحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك وقال ضم التي لا تحل له إلى التي تحل له في عقد النكاح لغو فهو بمنزلة ضم جدار أو اسطوانة إلى المرأة في النكاح وهناك البذل المسمى كله بمقابلتها دون ما ضمه إليها فكذا هنا وبيان ذلك أن النكاح يختص بمحل الحل لان موجه ملك الحل وبين الحل والحرمه في المحل منافاة ففي حق المحرمه العقد مضاف إلى غير محله وانقسام البذل من حكم المعاوضة والمساواة في الدخول في العقد

فإذا انعدم ذلك لا يثبت الانقسام ألا ترى أنه لو طلق امرأته ثلاثا بالف درهم كان بازاء كل تطليقة ثلث الالف ولو كانت عنده بتطليقة واحدة فطلقها ثلاثا بالف درهم كانت الالف كلها بمقابلة الواحدة وهذا بخلاف ما إذا خاطبهما بالنكاح لانهما استويا في الايجاب حتى لو أجابته صح نكاحهما جميعا فيثبت حكم انقسام البذل بالمساواة في الايجاب وكذلك المدبر مع العبد فانه مال مملوك فيدخل تحت العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز فأما إذا دخل

[94]

بالتى لا تحل له ففي هذا الكتاب يقول لها مهر مثلها مطلقا وهو الاصح على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وما ذكر في الزيادات فهو قولهما وبعد التسليم يقول المنع من المجاوزة بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لانعقاد العقد وذلك موجود في حق التى لا تحل له فاما الانقسام للاستحقاق باعتبار الدخول في العقد فالتى تحل له هي المختصة بذلك فكان جميع البذل لها وكذلك سقوط الحد على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى من حكم صورة العقد لا من حكم انعقاده وقد وجد ذلك في حق التى لا تحل له فاما انقسام البذل من حكم انعقاد العقد (قال) رجل تزوج امرأة على عبد ودفعه إليها ثم طلقها قبل الدخول وقد جنى العبد عندها جناية فالزوج بالخيار لان تعلق الجناية برقبته من أفحش العيوب فانه يشبهه باستحقاق نفسه وذلك مثبت الخيار للزوج فان أخذ نصفه دفعاه أو فدياه لانه لا يتملكه ابتداء بالطلاق ولكن يعود إليه هذا النصف إلى قديم ملكه ولم يوجد من المرأة صنع يكون اختيارا أو استهلاكا فلماذا تبقى الجناية متعلقة برقبته فيخاطب كل واحد منهما بدفع النصف أو الفداء بنصف الدية ثم لا يرجع عليها من قبل الجناية بشئ لانه رضى بأخذ النصف مشغولا بالجناية وقد وصل إليه ذلك وان شاء تركه واخذ منها نصف قيمته يوم دفعه إليها لانه تعذر عليها الرد كما قبضت وكذلك ان كانت الجناية في يد الزوج قبل القبض ثم طلقها قبل أن يدخل بها كان لها الخيار بين أن تأخذ نصف قيمته يوم تزوجها عليه وبين أخذ نصفه ثم يخاطبان بالدفع أو الفداء كما بينا وان دخل بها الزوج والعبد في يده فان شاءت أخذت قيمته صحيحا يوم تزوجها عليه وان شاءت أخذت العبد ثم تخاطب بالدفع أو الفداء ولا ترجع على الزوج بشئ لما قلنا والله أعلم بالصواب * (باب الخيار في النكاح) * (قال) وإذا تزوج الرجل امرأة واشتراط فيه لاحدهما أو لهما خيار فالنكاح جائز والخيار باطل عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى النكاح باطل فمنهم من جعل هذا بناء على مسألة نكاح المكروه فان اشتراط الخيار يعدم الرضا كالاكراه ومن أصلنا ان انعدام الرضا بسبب الاكراه لا يمنع صحة النكاح ولزومه وعنده يمنع فكذلك اشتراط الخيار ولكن هذا البناء على أصله غير صحيح فان الاكراه عنده يفسد العقد والعبارة وخيار الشرط لا يفسد ولهذا لم يصح الطلاق

[95]

والعناق من المكروه وصححهما مع اشتراط الخيار وحجته في المسألة ان اشتراط الخيار في معنى التوقيت الا ترى ان ما يثبت فيه الخيار وهو البيع

يتأخر حكم العقد وهو الملك إلى ما بعد مضي المدة وبصير العقد في حق ملكه كالمضاف فكذلك هنا باشتراط الخيار يصير النكاح مضافا وإضافة النكاح إلى وقت في المستقبل لا يجوز والتوقيت في النكاح يمنع صحة النكاح كما لو تزوجها شهرا وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعناق والهزل واشتراط الخيار سواء لان الهازل قاصد إلى مباشرة السبب غير راض بحكمه بل أولى فان الهازل غير راض بالحكم أبدا وشارط الخيار غير راض بالحكم في وقت مخصوص فإذا لم يمنع الهزل تمامه فاشتراط الخيار أولى والمعنى فيه انه هقد لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولا يقبل خيار الشرط فاشتراط الخيار فيه لا يمنع تمامه كالطلاق والعناق بمال وهذا لان اشتراط الخيار لا يمنع انعقاد أصل السبب مطلقا وانما يعدم الرضا بلزومه كما في البيع ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحا للزوم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا الا ترى ان تمام الرضا انما يكون بعد الرؤية كما في البيع ثم عدم الرؤية لا يمنع صحة النكاح ولزومه حتى لا يثبت فيه خيار الرؤية بخلاف الاضافة إلى وقت فانه يمنع انعقاد السبب في الحال الا ترى ان مثله لا يصح في البيع بخلاف التوقيت فانه يمنع انعقاد السبب فيما وراء الوقت المنصوص عليه والنكاح لا يحتمل الانعقاد في وقت دون وقت فلهذا بطل بالتوقيت (قال) ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وان فحش عندنا ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وعند الشافعي رحمه الله تعالى يثبت له حق الرد بالعيوب الخمسة وهي الرتق والقرن والجنون والجذام والبرص فإذا ردها انفسخ العقد ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها قبل العلم بالعيوب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها منه وحجته في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فلما خلا بها وجد في كشحها بياضا فردها وقال دلستموني أو قال دلستم علي والرد متى ذكر عقيب العيب يكون بطريق الفسخ وقال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد وعن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار للزوج بهذه العيوب والمعنى فيه أن النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ بأسباب فيثبت فيه حق الرد بعيب يخل بالمقصود كالبيع والمقصود بالنكاح طبعاً قضاء الشهوة

[96]

وشرعا النسل وهذه العيوب تخل بهذا المقصود أما الرتق والقرن يفوته أصلا وأما الجنون والجذام والبرص يخل به من حيث أن الطبع ينفر من صحة مثلها وربما تعدى إلى الولد بخلاف سائر العيوب من العمى والشلل فانه لا يخل بالمقصود واحد العوضين في هذا العقد وهو المهر عندكم يرد بالعيب الفاحش دون اليسير فكذلك العوض الآخر وكذلك المرأة إذا وجدت زوجها عينا أو مجبوا يثبت لها الخيار ولا يثبت في سائر العيوب فكذا في حق الزوج لانهما في حكم هذا العقد سواء وإذا كان العيب الذي يخل بالمقصود في جانب الزوج يثبت له الخيار دون الذي لا يخل بالمقصود فكذلك في جانبها والزوج وان كان متمكنا من الطلاق فهو محتاج إلى اثبات الخيار له ليسقط به المهر عن نفسه كما قلتم في الصغير إذا بلغ وقد روجه عمه يثبت له الخيار وان كان متمكنا من الطلاق وحجتنا في ذلك قول ابن مسعود رضى الله عنه لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رضى الله عنه قال إذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء أمسك وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار فالمراد خيار

الطلاق وكذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه ردها أي ردها بالطلاق
ألا ترى أنه قال الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق والذي قال فر من
المجذوم فرارك من الاسد قلنا نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق
والمعنى فيه أن الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل في ولاية المحل
والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ ألا ترى أنه لا يحتمل الفسخ بالاقالة
وهذا لان ملك النكاح ملك ضروري لا يظهر في حق النقل إلى الغير ولا في
حق الانتقال إلى الورثة وإنما أظهره الشرع في حق الطلاق للتفصي عن
عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وهذا لا يقتضي ظهوره في حق
الفسخ بعد تمامه لانه لا ضرورة فيه فكان في هذا الفسخ بمنزلة
الاسقاطات كالطلاق والعتاق بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ
فانه فسخ قبل تمامه لخلل في ولاية المحل فيكون في معنى الامتناع من
تمامه وكذلك الفسخ بخيار العتق فانه امتناع من التزام زيادة الملك على ما
نبيته في موضعه ان شاء الله تعالى ولان هذه العيوب لا تخل بموجب العقد
وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعوى والشلل والزمانة فاما الاستيفاء
ثمرة وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح الا ترى ان الاستيفاء يفوت
بموت أحد الزوجين ولا يوجب ذلك انفساخ النكاح حتى لا يسقط شئ من
المهر وعيب الجنون والجدام فيما هو المقصود دون الموت

[97]

لان الاستيفاء هنا يتأتى ومقصود النسل يحصل وبه فارق البيع فان هناك
فوات التسليم قبل القبض يوجب انفساخ البيع فكذلك وجود العيب وكذلك
أيضا هلاك المهر قبل التسليم يثبت الرجوع بقيمته فوجود العيب الفاحش
به كذلك بخلاف المنكوحة ولان وجود العيب تأثيره في انعدام تمام الرضا به
والنكاح لزومه لا يعتمد تمام الرضا كما بينا في الهزل وعدم الرؤية بخلاف
البيع وهذا بخلاف ما إذا وجدت المرأة زوجها محبوبا أو عينا لان هناك لا
يثبت لها خيار الفسخ عندنا وإنما يثبت لها حق المطالبة بالامساك
بالمعروف وذلك في ان يوفىها حقها في الجماع فإذا عجز عن ذلك تعين
التسريح بالاحسان والتسريح طلاق وعندنا هنا له أن يطلقها ثم المعنى فيه
ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل المقصود لانها لا تتوصل إلى ذلك من
جهة غيره ما دامت تحته وهو غير محتاج إليها فلو لم يثبت لها الخيار بقيت
معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فأثبتنا لها الخيار لازالة ظلم التعليق وهذا لا
يوجد في جانبه لانه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها اما بملك
اليمين أو بملك النكاح ومتمكن من التخلص منها بالطلاق ولا معتبر بحاجته
إلى التخلص من المهر كما لو ماتت قبل الدخول لا يفسخ العقد مع قيام
حاجته إلى التخلص من المهر يوضح الفرق ان الزوج لو منع حقها في
الجماع قصد إلى الاضرار بها بالايلاء كان موجبا للفرقة فكذلك إذا تعذر
عليه ايفاء حقها بالحب والعنة والمرأة لو منعت حقه على قصد الاضرار لم
يكن له به الخيار بذلك السبب فكذلك إذا تعذر عليه الاستيفاء بالرتق أو
القرن فأما المرأة إذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجدام أو البرص فليس
لها أن ترده به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى
قول محمد لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه لانه تعذر عليها
الوصول إلى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدت محبوبا أو عينا
ولكننا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود انما تقل
رغبتها فيه أو تتأذى بالصحة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما
لو وجدت سئ الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين بخلاف الحب والعنة على
ما قررنا يوضح الفرق ان الزوج هناك ظالم في امساكها من غير حاجة

إليها وللقاضي ولاية ازالة الظلم بالطلاق وهنا الزوج غير ظالم في
امساكها مع صدق حاجته إليها وذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك ان اشتراط
أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك
لا يثبت له الخيار وكذلك لو شرط الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا
يثبت له الخيار لان فوت

[98]

زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين أنه
لا معتبر لتمام الرضا في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة
جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاة لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل
فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة (قال) وإذا قال
الرجل للمرأة بحضرة الشهود زوجيني نفسك فقالت قد فعلت جاز النكاح
ولو قال بعنى هذا الثوب بكذا فقال فعلت لا يتم البيع ما لم يقل المشتري
اشتريت أو قبلت وقد بينا هذا فيما سبق وانما أعاده هنا لايضاح الفرق بين
البيع والنكاح وقد استكثر من الشواهد لذلك ثم قال وهما في القياس
سواء وهكذا ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالى في الامالى قال انما تركنا
القياس في النكاح للسنة وهو ما حدثني أبو إسحاق الشيباني عن الحكم أن
بلا لا رضي الله عنه خطب إلى قوم فأبوا أن يزوجه فقال لولا أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أمرنى أن أخطب اليكم ما فعلت فقالوا قد ملكت
فدل أن بهذه اللفظة بعد الخطبة ينعقد النكاح ثم ذكر بعد حكم توقف
النكاح على الاجازة ليبين أن ذلك لا يشبه حكم الرد بالعيب لان من توقف
العقد على حقه غير راض بأصل السبب فكان أصل السبب في حقه
كالمعدوم ما لم يجز واما عند اشتراط الخيار أو وجود العيب فقد ظهر
السبب في حقه وهو راض بأصل السبب حين باشره فلهذا تم العقد ثم بين
في العقد الموقوف ان الزوج إذا كان هو الولي ففي حق الزوج يتوقف
على قبوله أو رده بكلام أو فعل يدل عليه وفي حق المرأة إذا كانت ثيبا
كذلك وإذا كانت بكرا فسكوتها رضاها لعله الحياء وقد بيناه وذكر ابن
سماعة في نوادره عن محمد رحمهما الله تعالى أن البكر إذا زوجها وليان
كل واحد منهما من رجل فبلغها العقدان فان أجازت أحدهما جاز ذلك وان
أجازتهما معا بطلا للمنافاة بينهما ولو سكتت لم يكن سكوتها رضا منها
بواحد منهما وروى علي بن صالح عن محمد رحمهما الله تعالى ان سكوتها
بمنزلة رضاها بالعقدين فيبطل العقدان جميعا والاصح رواية ابن سماعة
لانه لا يمكن أن يجعل سكوتها رضا بأحد العقدين إذ ليس أحدهما بأولى من
الآخر ولا رضي بهما لان السكوت انما يقام مقام الرضا لتصحيح العقد وفي
الرضا هنا بهما أبطالهما فلهذا لا يعتبر سكوتها هنا رضي (قال) وإذا اعتقت
الامة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته باذن الولي فلها
الخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقت لما روى ان عائشة رضي
الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت
بضعك

[99]

فاختارى وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تأباه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه رضى الله عنهم الا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له ثم قال لها اتقى الله فانه زوجك وأب ولدك فقالت أنا أمرني فقال لا انما أنا شافع فقالت إذا لا حاجة بي إليه فاختارت نفسها وكان المعنى فيه ان ملك الزوج يزداد عليها بالعتق فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيصتان وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتوصل إلى رفع هذه الزيادة الا برفع أصل العقد فأنبت الشرع لها الخيار لهذا ولهذا لو اختارت نفسها كان فسحا لا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد وفي حق من توقف على اجازته لا يكون طلاقا ولان سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقا ويستوى ان كان الزوج حرا أو عبدا عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ان كان زوجها عبدا فلها الخيار وان كان زوجها حرا فلا خيار لها والرواة اختلفوا في زوج بريرة رضى الله تعالى عنها فروى أنه كان عبدا وروى أنه كان حرا فأصحابنا رحمهم الله تعالى أولوا ما روى أنه كان عبدا أي عند أصل العقد ولكنه كان حرا عند عتقها ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كانه لم ينقل في ذلك شئ فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختارى وفي هذا التعليل لا فرق بين ان يكون الزوج حرا أو عبدا والشافعي رحمه الله تعالى استدل بما روى أنه كان لعائشة رضى الله عنها زوجان مملوكان فأرادت عتقهما وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداء بالغلام قال وانما أمرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولكننا نقول أمرها بذلك لاطهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو اعتقتهم معا عنده لا يثبت لها الخيار أيضا ومن طريق المعنى يقول بما اعترض تحقق المساواة بينهما فلا معنى لاثبات الخيار كالكتابية تحت مسلم إذا أسلمت أو المعسرة إذا أسيرت والزوج موسر والمنفية إذا أثبتت نسبها وللزوج نسب ثابت فلا خيار لها بخلاف ما إذا كان الزوج عبدا فان بما اعترض هناك من حريتها يظهر التفاوت وتعدم الكفاءة ولكننا نقول ثبوت الخيار لها ليس لانعدام الكفاءة فان الكفاءة شرط لابتداء النكاح لا في البقاء ألا ترى أنه لو أعسر الزوج أو انتفى نسبه لا يثبت الخيار ولكن ثبوت الخيار لزيادة ملك الزوج عليها وفي هذا لا فرق عندنا بين أن يكون الزوج حرا أو عبدا وهذا لان الملك انما يثبت بحسب الحل والحل

[100]

في جانبها يتنصف بالرق كما يتنصف الحل في جانبه بالرق فتزوج العبد امرأتين والحر أربعاً وإذا انتصف الحل برقها فإذا أعتقت ازداد الحل وبحسبه يزداد الملك على ما نبينه في باب ان شاء الله تعالى وعلى هذا لو كانت مكاتبه زوجت نفسها باذن مولاهم ثم أدت فعتقت يثبت لها الخيار لزيادة الملك عليها عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا يثبت الخيار هنا لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها وسلامة المهر لمولاهم وهذا غير موجود هنا فان المهر لها والنكاح ما انعقد الا برضاها وكان ابن أبى ليلى يقول ان أعانها على أداء بدل الكتابة لا خيار لها وان لم يعنها فلها الخيار ولكن الصحيح الموافق لتعليل صاحب الشرع ما بيناه (قال) ولو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة ثم عتقت بان ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا والعياذ بالله ثم سببا معا فاعتقت الامة فلها الخيار عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ولا خيار لها عند محمد رضى الله تعالى عنه لان بأصل العقد يثبت عليها ملك كامل برضاها ثم

انتقض الملك فإذا أعتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول بالعتق ملكت أمر نفسها وازداد ملك الزوج عليها وذلك مثبت الخيار لها شرعا ولما صارت أمة حقيقة التحقت بالتي كانت أمة في الاصل في حكم النكاح فثبت لها الخيار بالعتق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب العنين) * (قال) رضى الله عنه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال يؤجل العنين سنة فان وصل إلى امرأته فهي امرأته وان لم يصل إليها فرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة وجعل لها المهر كاملا وعليها العدة وبهذا أخذ علماؤنا بخلاف ما يقوله بعض الناس انه لا خيار لامرأة العنين أصلا لحديث امرأة رفاعه فانها تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير رضى الله عنه فلم يصل إليها فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعه طلقني فابت طلاقى وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فلم أجد منه الا مثل هدية ثوبي تحكى ضعف حاله في باب النساء فلم يخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وجاءت امرأة إلى علي رضى الله عنه فذكرت ان زوجها لا يصل إليها فقال ولا وقت السحر فقالت ولا وقت السحر فقال هلكت وأهلكت

[101]

ما انا بمفرق بينكما ولانه عاجز معذور فيكون منظرا بانظار الله تعالى ولكننا نستدل بحديث عمر رضى عنه وقد روى مثله عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعن علي رضى الله عنه انه فرق بين العنين وبين امرأته وأوجب عليه المهر كاملا والصحيح من الحديث الذى رووا عن علي رضى الله عنه ان تلك المرأة قالت لم يكن ذلك منه الامرة وفي هذا لا يفرق بينهما عندنا وامرأة رفاعه بما ذكرت حكى صغر متاعه لا العنة وفي مثل هذا عندنا لا تخير ثم هو معذور ولكنه في امساكها ظالم لانه ينسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه ولا حاجة به إليها فوجب رفع الظلم عنها ولان مقصودها بالعقد قد فات لان مقصودها ان تستعف به وتحصل به صفة الاحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد أصلا يثبت للعاقد حق رفع العقد وهي تحتاج إلى تقرير مهرها أيضا وتام ذلك بالاتفاق يحصل بالدخول فإذا انسدت عليها الباب يثبت لها الخيار الا أن العجز قد يكون لآفة في أصل الخلقة وقد يكون لعارض وانما يتبين أحدهما عن الآخر بالمدة فلهذا يؤجل والاجل في هذا سنة كما اتفق الصحابة رضى الله عنهم الاسى (1) وقد روى عن عبد الله بن نوفل رضى الله عنه قال الاجل عشرة أشهر وانما قدرنا بالسنة لان التأجيل لابلء العذر والحول حسن في ذلك قال قائلهم * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر * ولان العجز عن الوصول قد يكون بعلة الرطوبة وانما يعالج ذلك في فصل الحر واليبوسة من السنة وقد يكون لغلبة الحرارة وانما يعالج ذلك في فصل البرد وقد يكون لغلبة اليبوسة وانما يعالج في فصل الرطوبة فقدرنا الاجل بحول حتى يعالج نفسه فيوافق العالج في فصل من فصول السنة فيبرأ فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أن الآفة في أصل الخلقة ولهذا قالوا يقدر بسنة شمسية أخذا بالاحتياط فربما تكون موافقة العالج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين القمرية والشمسية وابتداء التأجيل من وقت الخصومة حتى إذا صبرت مدة ثم خاضت فان ادعى الزوج أنه قد وصل إليها سألها القاضى أبكر هي أم تيب فان قالت تيب فالقول قول الزوج لان الظاهر من حال الفحل انه إذا خلا بأثنى نرى عليها وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وان كانت بكرا أراها القاضى النساء فان البكارة لا يطلع عليها الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك والمثنى أحوط لان طمأنينة القلب إلى

قول المثني أكثر فان قلن انها بكر فالقول قولها وكذلك ان أقر الزوج أنه لم يصل إليها ويؤجله القاضى سنة فيأمره أن

[102]

يعالج نفسه في هذه المدة هكذا قال علي رضي الله عنه أفيضوا عليه الدح والعسل ليراجع نفسه فان مضت السنة وادعى الزوج أنه وصل إليها فهو على ما بينا من البكارة والثبابة فان أراها النساء فقلن هي بكر خيرها القاضى لان البكارة لا تبقى مع الوصول إليها فإذا خيرها القاضى فاخترت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فإذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت يسقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ وان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها فان أبى فرق القاضى بينهما وكانت تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعي يكون فسحا بمنزلة الرد بالعيب كما هو مذهبه فأما عندنا لمستحق على الزوج أحد الشئيين اما الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فإذا عجز عن أحدهما تعين الآخر فإذا امتنع منه ناب القاضى منابه في التسريح والتسريح طلاق وقد روينا عن عمر رضي الله تعالى عنه انه جعلها تطليقة بائنة وهذا لان المقصود بالرجعي لا يحصل فالمقصود ازالة ظلم التعليق وفي الرجعي يستبد الزوج بالمراجعة مع ان حكم الرجعة مختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول وذلك غير موجود هنا وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في غير الاصول انها كما اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما اعتبارا بالمخيرة بتخير الزوج أو بتخير الشرع كالمعتقة ثم لها المهر كاملا عليه لوجود التسليم المستحق بالعقد منها وعليها العدة لما استوفت كمال المهر به قضى عمر وعلي رضي الله عنهم وقالوا ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم وكما لا يسقط حقها بترك المرافعة زمانا فكذلك لا يسقط حقها بتأخير الخصومة بعد مضي الاجل فان ذلك للاختبار منها لا للرضا به والانسان لا يتمكن من الخصومة في كل وقت خصوصا في هذه الحالة الا أنه لا يحتسب على الزوج بما مضى من المدة قبل المرافعة لان الامر لم يكن مضيقا عليه قبل التأجيل وربما كان امتناعه من صحبتها لغرض له في ذلك سوى العجز ولكن بعد التأجيل يترك ذلك الغرض بما يلحقه من العار وضرر زوال ملكه فلهذا لا يحتسب بالمدة قبل التأجيل ويحتسب عليه بزمان حيضها وشهر رمضان لان الصحابة رضى الله عنهم قدروا الاجل بسنة مع علمهم انه لا يخلو عن ذلك عادة فان مرض الزوج في المدة أو مرضت مرضا لا يستطاع جماعها فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان في احدي الروايتين إذا كان

[103]

المرض أكثر من نصف الشهر لا يحتسب بمدة المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على أيام شهر رمضان فانه في النهار يمتنع عليه غشيانها ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفي الرواية الاخرى قال إذا كانا صحيحين في شئ من السنة ولو في

يوم واحد يحتسب عليه بزمان المرض وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض وان أحرمت بحجة الاسلام لا يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر ان يحللها الا تري انها لو كانت محرمة حين خاصمت لم يؤجله القاضي حتى تفرغ من الحج ولو خاصمت والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق أجله وان كان عاجزا عن ذلك أمهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها ما لم يكفر والعاجز عن العتق كفارته بالصوم شهران فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضي إلى ذلك واحتسب عليه تلك المدة لانه كان متمكنا من ان لا يظاهر منها وكذلك ان كان يصل إلى غيرها من النساء أو جواربه ولا يصل إليها خبرها القاضي لان التخيير لرفع الضرر عنها ولا يحصل ذلك بوصوله إلى غيرها بل تزداد به غيظا ولو كان غشيتها مرة واحدة ثم انقطع بعد ذلك فلا خيار لها لان ما هو مقصودها من تأكد البذل أو ثبوت صفة الاحصان قد حصل لها بالمرة (قال) ولو وجدته محبوبا خبرها القاضي في الحال لان التأجيل في العين لرجاء الوصول إليها وذلك في المحبوب لا يوجد فالمقطوع من الآلة لا يثبت فلهذا فرق بينهما في الحال وان كان قد خلا بها فلها المهر كاملا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولها نصف المهر في قولهما لان التيقن بعدم الوصول إليها موجود هنا وعذر الجب في الزوج أبين من عذر المرض فإذا كان مرضه يمنع صحة الخلوة فكونه محبوبا أولى بخلاف العين فان ذلك باطن لا يوقف على حقيقته وهذا ظاهر يشاهد فيجب اعتباره في الحكم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هي أتت بالتسليم المستحق عليها بالعقد وحققها في البذل يتقرر بذلك وهذا لان العقد ما انعقد لاستحقاق المجامعة به فانه لا كون له وانما انعقد لما وراء ذلك وقد أتت به فيتقرر حقها ثم يجب عليها العدة اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يشكل لانه قد تقرر جميع المهر واما عندهما تجب العدة استحسانا وأشار في كتاب الطلاق الا أنه لا تجب العدة عندهما وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال لا تجب العدة أراد في محبوب قد جف ماؤه فيكون هذا

[104]

بمنزلة الصبي لا تعتبر خلوته في ايجاب العدة وحيث قال تجب العدة أراد في محبوب له ماء يسحق فينزل فتجب العدة احتياطا وان لم يكن دخل بها أو خلا بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها ثم بعد ما فرق القاضي بينهما في الموضوع الذي وجبت عليها العدة إذا جاءت بولد إلى سنتين يثبت النسب منه ولا تبطل تلك الفرقة لان ثبوت النسب باعتبار الانزال بالسحق وذلك غير مبطل حقها بخلاف العين إذا فرق القاضي بينهما وهو يدعى الوصول إليها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب ويبطل التفريق لانا حين حكمنا بثبوت النسب فقد حكمنا بوصوله إليها وكذلك لو شهد شاهدان بعد التفريق على اقرارها بالوصول إليها قبل التفريق بطل تفريق القاضي بينهما كما لو عرف القاضي اقرارها في ذلك الوقت بخلاف ما إذا أقرت بعد التفريق أنه كان وصل إليها فان قولها في إبطال التفريق ورفع الطلاق الواقع غير مقبول لكونها متهمة في ذلك والخصي بمنزلة العين لان رجاء الوصول في حقه موجود لبقاء الآلة ولو تزوجت واحدا من هؤلاء وهي تعلم بحاله فلا خيار لها فيه لانه صارت راضية به حين أقدمت على العقد مع علمها بحاله ولو رضيت به بعد العقد بأن قالت رضيت سقط خيارها فكذلك إذا كان عالمة به ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه بين أن يكون عند السلطان أو غيره لانه اسقاط لحقها (قال) وليس يكون أجل العين الا عند

قاضي مصر أو مدينة يجوز قضاؤه ولا يجوز عند من هو دون هؤلاء ومراده بهذا الاشارة إلى الفرق بين خيار المعتقة والعين فان ذلك لا يختص بمجلس الحكم وهو من جهتها فلم يكن طلاقاً وهذا يختص بمجلس الحكم وهو لمعنى من الزوج فلهذا كان طلاقاً وقد تبين بهذا اللفظ ان المصر شرط لجواز القضاء فانه لا يجوز القضاء في غير المصر بمنزلة اقامة الجمعة انه يختص بالمصر (قال) ولو تزوج امرأة فوصل إليها ثم فارقتها ثم تزوجها بنكاح جديد ولم يصل إليها يؤجل كما يؤجل العين لان النكاح الثاني غير النكاح الاول فلا يعتبر الوصول في النكاح الاول فيما يستحق في النكاح الثاني (قال) والخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له ان يتزوج امرأة فان لم يصل إليها أجل كما يؤجل العين لان رجاء الوصول قائم فان كان يبول من مبال النساء فهو امرأة فإذا تزوجت رجلاً لم يعلم بحالها ثم علم بذلك بعده فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء وقد بيناه (قال) ولو كانت المرأة رتقاء والزوج عينا لم يكن لها ان تخاصمه لانه لا حق لها في المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها وذكر

[105]

في اختلاف زفر ويعقوب إذا زوج أمته فوجدته عينا ان الخصومة في ذلك إلى المولى في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان المهر واجب له فهو محتاج إلى أن يؤكد حقه ولان النسل يكون ملكاً له ويكونه عينا يفوت ذلك وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الخيار لها لان المقصود بالوطئ قضاء الشهوة وذلك يحصل لها دون المولى فكان حق المرافعة إليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب نكاح الشغار) * (قال) رضى الله عنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن نكاح الشغار وأصل الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام والشغار أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجني أختك على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى أو قالاً ذلك في ابنتيهما أو أمتيهما ثم النكح بهذه الصفة يجوز عندنا ولكل واحدة منهما مهر مثلها وعند الشافعي رضى الله عنه النكاح باطل لنهيه صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ولانه شرط الاشراف في بضع كل واحدة منهما حين جعل النصف منه صداقاً والنصف منكوحه وملك النكاح لا يحتمل الاشراف فالاشتراف به يكون مبطلاً كما إذا زوجت المرأة نفسها من رجلين وحجتنا في ذلك أنه سمي بمقابلة بضع كل واحدة منهما ما لا يصلح أن يكون صداقاً فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير وهذا لانه لما لم يكن في البضع صلاحية كونه صداقاً لم يتحقق الاشراف فبقى هذا شرطاً فاسداً والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو شرط أن يهبها لغيره أو نحوه بخلاف ما إذا زوجت المرأة نفسها من رجلين لانها تصلح منكوحه لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشراف واستدلاله بالنهي باطل لان النهي للخلو عن المهر هكذا قال ابن عمر رضى الله عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تزوج المرأة بالمرأة من غير مهر لكل واحدة منهما وهذا لان الشغار هو الخلو في اللغة يقال شغار الكلب إذا رفع احدى رجله لبيول وبلدة شاعرة إذا كانت خالية من السلطان وانما أراد به ان لا تخلو المرأة بالنكاح عن المهر وبه نقول وان سمي لكل واحدة من المرأتين مهراً فلكل واحدة منهما ما سمي من المهر واشتراف أحد العقدين في الآخر غير مؤثر هنا لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله * (قال) * وإذا جعل

مهر امرأته طلاق أخرى كان النكاح جائزا بمهر مثلها ولم يكن الطلاق مهرا وكذلك ان جعل القصاص مهرا فقد وقع العفو ولها مهر مثلها عندنا. وقال الشافعي رحمه الله تعالى كلما يجوز أخذ العوض عنه بالشرط يصلح أن يكون مهرا لان المقصود تحقق المعاوضة وأصل المسألة في تعليم القرآن فان عنده تعليم القرآن يصلح أن يكون صداقا للحديث الذي روينا في قوله زوجتكها بما معك من القرآن ولكننا نقول اشتراط صفة المالية في الصداق ثابت بالنص وهو قوله تعالى ان تبتغوا بأموالكم وطلاق الضرة والعفو عن القصاص ليس بمال وكذلك تعليم القرآن وتأويل الحديث بحرمة ما معك من القرآن وعلى هذا الاصل قلنا إذا اعتق أمته على أن يتزوجها ويكون العتق صداقا لها فزوجت نفسها منه فلها مثلها لان الاعناق ابطال للرق فلا يصلح ان يكون صداقا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه جوز ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حي رضى الله عنها وتزوجها وجعل عتقها صداقا لها ولكننا نقول قد روى انه تزوجها بمهر جديد ولو ثبت ذلك فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر وعلى هذا لو تزوجها على أن يخدمها سنة فان كان الزوج عبدا صحت التسمية لتضمنها تسليم المال إليها فان رقبة العبد مال وان كان الزوج حرا لم تصح التسمية هكذا ذكر في الجامع الصغير ونحوه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه إذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة يجوز استدلالا بقصة موسى مع شعيب عليهما السلام فمن أصحابنا من فرق بينهما فقال هي مأمورة بان تعظمه وتراعى حقه وذلك ينعدم باستخدامها اياه فلهذا لم يجر ان يكون خدمتها صداقا وذلك لا يوجد في عمل الرعى الا ترى ان الابن لا يستأجر اياه للخدمة ويستأجره لعمل آخر والاصح ان في الفصلين روايتين في احدى الروايتين لا تصح التسمية لان المنفعة ليست بمال واشتراطها من الحر لا يتضمن تسليم المال إليها وفي الرواية الاخرى تصح التسمية لان المنفعة تأخذ حكم المالية عند العقد ولهذا لا يثبت الحيوان دينا في الذمة بمقابلتها فإذا لم تصح تسمية الخدمة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لها مهر مثلها لانه سمي مالا يصلح ان يكون صداقا لها فهو كتسمية الخمر وعند محمد رحمه الله تعالى لها قيمة خدمته لان الخدمة متقومة عند العقد وان لم تكن مالا فإذا تعذر سلامتها لها تجب قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق ثم قد بينا الفرق بينهما إذا تزوج المرأة على طلاق ضررتها

وبين ما إذا تزوجها على ان يطلق ضررتها في حكم وقوع الطلاق على الضرة فكذا إذا تزوجها على القصاص حصل العفو بنفس العقد وإذا تزوجها على ان يعفو عن القصاص لم يسقط القصاص الا بمباشرة العفو ولا يجبر على ذلك وكذلك إذا تزوجها على عتق ابيها عتق الاب بنفس العقد بخلاف ما إذا تزوجها على ان يعتق اباها ولها مهر مثلها لان ما سمي صداقا من عتق الاب ليس بمال بخلاف ما إذا تزوجها على عتق ابيها عنها لانه يتضمن تملك رقبة الاب منها فان العتق عنها لا يكون الا بهذا الشرط ورقبة الاب

مال يصلح أن يكون صداقاً لها وإذا زوج ابنته من رجل على مهر مسمى على أنه يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى فإن زوجه فلكل واحدة منهما ما سمي لها من المهر وإن لم يزوجه الآخر كان للمزوجة تمام مهر مثلها لأن رضاها بدون مهر المثل باعتبار منفعة مشروطة لابنيها ومنفعة أبيها كمنفعتيها ولو شرط لها من المسمى منفعة كان لها مهر مثلها كذا هنا والله أعلم بالصواب * (باب نكاح الكفاءة) * (قال) رضى الله عنه قد قدمنا بيان ما هو مقصود هذا الباب وهو اعتبار الكفاءة في النكاح وصحة عقد النكاح من كفاة بمهر مثلها بمباشرتها أو بمباشرة غيرها برضاها بغير ولى واستدل على ذلك بأثر رويته فمنه حديث جعفر رضى الله عنه أن النبي صلى الله وسلم تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكان الذى ولى عقد النكاح النجاشي ومهرها عنه اربعمائة دينار ومنه حديث عائشة رضى الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر من المنذر بن الزبير رضى الله عنه وعبد الرحمن غائب فقال امثلى يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضى الله عنها أو ترغب عن المنذر لتملكن امرها عبد الرحمن فملكها فقال ما بى رغبة عنه ومنه حديث عبد الرحمن بن مروان رضى الله عنه قال زوجت امرأة معنا في الدار ابنتيها فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علي رضى الله عنه فأجاز النكاح ومنه حديث بحرية بنت هانئ قالت زوجت نفسي من القعقاع ابن شور فخاصم أبى إلى علي رضى الله عنه فأجاز النكاح ولكن الحجة بهذه الآثار على الشافعي رضى الله عنه حيث يقول لا ينعد النكاح بعبارة النساء فأما على قول محمد رحمه الله تعالى لا تقوى الحجة ببعض هذه الآثار فإنه يقول في حديث النجاشي أنه كان هو الولى لأنها كانت مسلمة في ولايته فإن أم حبيبة رضى الله تعالى

[108]

عنها من جملة من هاجر إلى الحبشة ولان عقد عائشة رضى الله تعالى عنها كان موقوفاً على إجازة عبد الرحمن وكذلك ما أجازته علي رضى الله تعالى عنه إنما أجازته بولاية السلطنة ثم استكثر من الشواهد في جواز تزوج المرأة نفسها من كفاة فمن ذلك أن الولى لو عضلها فخاصمته إلى السلطان فإنه يحق على السلطان أن يأمر الولى بذلك وإن أبى أن يزوجه السلطان فإذا صنعت هي بنفسها كيف تحكم ببطلان ما صنعت وكذلك لو أن رجلاً اعتق أم ولده ولها ولد ثم تزوجها من غير أن يعلم ولدها منه أما كان يجوز هذا النكاح باعتبار أن الولى هذا الولد أرايت لو أن امرأة اعتقت أباه وهو معتوه فزوجته أما كان يجوز هذا فإذا كانت تملك أن تزوج أباه فكيف لا تملك أن تزوج نفسها واستكثر من هذا الجنس من الشواهد وقد ذكر في اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى أن ابن أبى ليلى قال لا يجوز ذلك وإن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا لا يجوز ذلك حتى يجيزه القاضى أو الولى وقد تقدم بيان ما فيه من اختلاف الروايات عنهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب نكاح الاماء والعبيد) * (قال) رضى الله عنه وللرجل الحر إذا لم يكن تحته حرة أن يتزوج أربعا من الاماء عندنا وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه ليس للحر أن يتزوج الا أمة واحدة والخلاف بيننا وبينه في فصول (أحدها) أن الحر إذا لم يكن تحته حرة ولكنه قادر على طول الحرية عندنا له أن يتزوج الا أمة والأولى أن لا يفعل وعنده ليس له أن يتزوج أمة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية إلى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فالله تعالى شرط لجواز نكاح الامة عدم طول الحرية والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم ثم بين أن نكاح الامة للحر لضرورة خوف الزنا على نفسه

وذلك انما يكون عند عدم طول الحرية والمعنى فيه أن في تزوج الحر الامة تعريض ولده للرق لان الولد جزء منه وهو تابع للام في الرق وكما لا يجوز له أن يعرض نفسه للرق لا يجوز له أن يعرض ولده للرق من غير ضرورة ولهذا المعنى لا يجوز نكاح الامة إذا كان تحت حرة فكذلك إذا كان قادرا على طول الحرية ولا يبعد أن يمنع النكاح عليه لحق الولد ألا ترى أنه لا يتزوج المعتدة من الغير لما فيه من اشتباه نسب

[109]

الولد ولان نكاح الامة بدل في حق الحر لان عقد النكاح عقد ازدواج وهو يبنى على المساواة في الاصل ولا مساواة بين الحر والامة فكان نكاح الامة في معنى البذل فكما أن وجود الاصل يمنع العدول إلى البذل فكذلك القدرة على تحصيله كالتيتم فان وجود الماء كما يمنع التيمم فالقدرة على تحصيله بالشراء تمنع وحجتنا في ذلك قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فإذا استطاب نكاح الامة جاز له ذلك بظاهر الآية والمعنى فيه ان النكاح يختص بمحل الحل والامة من جملة المحلات في حق الحر كالحر فيكون جواز نكاحها أصلا لا بدلا ولا ضرورة والدليل على أنها محللة له أنها بملك اليمين ؟ محللة ؟ له ولا يحل بملك اليمين الا ما يحل بملك النكاح وانها محللة للعبد أصلا بالاتفاق فكذلك ؟ للحر ؟ أولى لان الحل في حق الحر أوسع منه في حق العبد حتى لا يثبت الحل للعبد بملك اليمين ويثبت للحر وهذا لان الانثى من بنات آدم في أصل الخلقة تحل للذكور لان المقصود حصول النسل وذلك يتحقق بين الذكور والاناث ثم الحرمة بعد ذلك بمعاني نص عليها الشرع من الامية والاختية ونحوهما فإذا انعدمت هذه المعاني كان الحل ثابتا باعتبار الاصل ولا معنى لاعتبار تعريض الولد للرق أيضا فان نكاح العقيم والعجوز يجوز وفيه تضييع النسل أصلا فلان يجوز نكاح الامة وان كان فيه تضييع صفة الحرية للنسل أولى وكذلك ان تزوج أمة ثم قدر على طول الحرية أو تزوج حرة كان له ان يطأ الامة بالنكاح بعد ذلك وفي هذا تعريض ولده للرق فبهذا تبين ان اعتماده على هذا المعنى لا يصح وكذلك دعواه ان الامة في حكم البذل فاسد فانها لو كانت بدلا لم يبق النكاح بينه وبينها بعد وجود الاصل كما لا يبقى حكم التيمم بعد وجود الماء فاما إذا كانت تحت حرة فمن أصحابنا من يقول حرمة نكاح الامة في هذه الحالة بالنص بخلاف القياس على ما قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرية الا ترى ان الحرية لو كانت صغيرة أو غائبة لم يجز له ان يتزوج الامة وان كان هو لا يستغنى بنكاحها عن الامة ويخاف الوقوع في الزنا فعرفنا ان المانع هناك عين نكاح الحرية لا الاستغناء بنكاحها وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول بنكاح الحرية يثبت لنسله حق الحرية فهو يتزوج الامة يبطل الحق الثابت وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بطول الحرية لا يثبت حق الحرية لولده ومنهم من يقول ان الامة ليست من جملة المحلات بالنكاح مضمومة إلى الحرية وهى من جملة المحلات منفردة عن الحرية لان الحل الذى يبنى عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال

[110]

والنساء فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد اثنتين والحر أربعا فكذلك يتنصف برق المرأة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فاما ان يقول الاحوال ثلاثة حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرية أو متأخرة عنها أو في الحقيقة حالتان حالة الانضمام إلى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن الحرة ومحرمة مضمونة إلى الحرة فإذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها إلى الحرة فهذا لا يصح فاما مع طول الحرة فهو بنكاح الامة لا يضمها إلى الحرة فهذا جاز نكاحها فاما الآية فقد نقل عن ابن عباس رضى الله عنه إلى المراد حال وجود نكاح الحرة وبه نقول على ان من أصلنا ان التعليق بالشرط يقتضى وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لا يوجب انعدام الحكم عند انعدام الشرط لجواز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط لعله أخرى وعلى هذا الاصل قال علماءنا رحمهم الله تعالى يجوز للحر ان يتزوج أربعا من الاماء كما يجوز له أن يتزوج أربعا من الحرائر وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ليس للحر ان يتزوج الامة واحدة لان جواز نكاح الامة للحر عنده لاجل الضرورة وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة فلا يجوز له أن يتزوج أكثر منها كتناول الميتة لما كان حلها لاجل الضرورة لم يجز الا بقدر ما يسد به رمقه وعندنا نكاح الامة للحر مباح مطلقا كنكاح الحرة فيجوز له ان يتزوج أربعا من الحرائر وعلى هذا يستوى عندنا ان كن مسلمات أو كتابيات وعند الشافعي رضى الله عنه لا يجوز نكاح الامة الكتابية للمسلمين لان الضرورة ترتفع عنه بنكاح الامة المسلمة فلا يجوز له نكاح الامة الكتابية أصلا فان الكتابية تكون في ملك الكافر عادة وتعريض ولده لرق المسلم أهون من تعريضه لرق الكافر واستدل بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب معناه من الحرائر فلما جوز نكاح الكتابية بشرط ان تكون حرة فإذا كانت أمة لم تدخل تحت النص وإنما دخلت تحت قوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولان كفرها يغلط ببعض آثاره وهو الرق فلا يجوز نكاحها أصلا كالمجوسية وحجتنا في ذلك ما بينا ان الامة الكتابية محللة للمسلم بملك اليمين فكذلك بملك النكاح كالمسلمة وهذا لان ما لا يحل بملك النكاح لا يحل بملك اليمين

[111]

كالمجوسية والدليل عليه أن الشرع سوى بين حكم النكاح والذبيحة ثم في حق حل الذبيحة الكتابية كالمسلمة أمة كانت أو حرة فكذلك في حكم النكاح وأما الآية فقد قيل ان المراد من قوله والمحصنات العفاف من أهل الكتاب فتناول الامة كالحرة ولئن كان المراد الحرائر فاباحة نكاح الحرائر من أهل الكتاب لا يكون دليلا على حرمة نكاح الاماء ولكن هذا لبيان الاولى واسم المشركة لا يتناول الكتابية لاختصاصها باسم آخر ألا ترى أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب بقوله لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين الآية (قال) ولو تزوج أمة بغير اذن مولاهما ثم تزوج حرة ثم أجاز مولى الامة لم يجز لان ثبوت ملك الحل عند الاجازة وعند الاجازة الحرة تحته في هذه الاجازة يحصل ضم الامة إلى الحرة وهي ليست من المحللات مضمومة إلى الحرة ولانه اعترض بعد العقد قبل الاجازة ما يمنع ابتداء العقد فيمنع الاجازة كما لو تزوج امرأة نكاحا موقوفا ثم تزوج أختها ثم ان الاولى أجازت لم يجز أرايت لو تزوج أم هذه الامة أو ابنتها وهي حرة قبل اجازة مولاهما ثم أجاز المولى أكان يجوز قال لا يجوز بشئ

من ذلك لما ذكرنا (قال) وإذا تزوج أمة بغير إذن مولاهما ثم أعتقها المولى ولم يعلم بالنكاح فإن هذا العتق أمضاء للنكاح وإجازة له لأن الأمة مخاطبة وإنما امتنع نفوذ عقدها لحق المولى فإذا سقط حق المولى نفذ العقد وكان نفوذ هذا العقد من جهتها لا من جهة المولى وما قال أنه أمضاء وإجازة توسع في الكلام فأما نفوذ العقد من جهتها ولهذا لا يثبت لها خيار العتق كما لو زوجت نفسها بعد العتق لأن خيار العتق إنما يثبت إذا ازداد الملك عليها بالعتق ولا يتحقق ذلك إذا كان نفوذ العقد ابتداء بعد العتق ولهذا كان المهر لها أن لم يكن دخل بها قبل العتق لأن الملك إنما يثبت عليها فما يقابله من البديل يكون لها وعن زفر رحمه الله تعالى أنه قال يبطل النكاح لأن توقعه كان على إجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن إبقاؤه موقوفاً على إجازته لسقوط حقه بالعتق فتعين فيه جهة البطلان كما لو باع مال الغير ثم أن المالك باعه من إنسان آخر بطل به البيع الأول ولكننا نقول ما توقف هذا العقد على إجازة المولى وإنما امتنع نفوذه لقيام حق المولى وقد سقط حق المولى بالعتق بعد العقد لزوال المانع من النفوذ وهذا بخلاف ما إذا أذن لها المولى في النكاح فإنه لا ينفذ ذلك العقد ما لم يجر لأن بالأذن لم يسقط حق المولى فلا بد من إجازة المولى أو إجازة من قام مقامه فأما بالعتق هنا سقط حق المولى وهذا بخلاف

[112]

ما إذا اشترت شيئاً ثم أعتقها المولى فإنه يبطل الشراء لأن ذلك الشراء انعقد موجبا للملك للمولى فلو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها وذلك لا يجوز فأما هنا النكاح انعقد موجب الحل لها وبعد العتق إنما ينفذ بهذه الصفة ولو لم يعتقها ولكنه مات فورثها ابنه فإن كانت تحل للابن بأن لم يمسه الأب يبطل النكاح وليس للابن أن يجيزه لأنه طراً حل نافذ على الحل الموقوف فيكون مبطلاً لذلك الموقوف كما إذا طراً ملك نافذ على ملك موقوف بأن باع ملك الغير ثم اشتراه من المالك بطل ذلك العقد ولا يملك الإجازة بعد وهذا لأن بين المالكين والحلين في المحل منافاة فنفوذ أحدهما في المحل يكون مبطلاً للآخر وإن كانت ممن لا يحل للابن فأجاز الابن ذلك النكاح جاز عندنا لأنه قائم مقام الأب في هذه الإجازة ولم يوجد المناقاة وهو طريان الحل النافذ على الحل الموقوف ولا يجوز عند زفر لأنه إنما توقف على إجازة الأب فلا ينفذ بإجازة غيره وكذلك لو باعها المولى أو وهبها أو سلمها فإن كانت تحل للمشتري والموهوب له لم ينفذ ذلك العقد بإجازتهما وإن كانت لا تحل لهما نفذ العقد بإجازتهما عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى ولو كانت تحل لمن ملكها فدخل بها الزوج بعد ما ملكها وقد أجاز ما ملكها النكاح أو لم يجرز كان عليه الأقل من مهر مثلها ومما سمي لها في النكاح قبل انتقال المالك لأن الدخول حصل بشبهة النكاح فسقط الحد ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ويكون ذلك لمالكها يوم وطئها لأنه إنما وجب بدلاً عن المستوفى بالوطئ والمستوفى بالوطئ مملوك للثاني فكان البديل له ولو كان قد جامعها في ملك الأول ثم أجاز النكاح الآخر فإنه يجعل عليه مهر واحد للأول لأن الدخول بها في الملك الأول حصل بشبهة النكاح فيجب المهر بمقابلة المستوفى منها وذلك المستوفى مملوك للأول فكان المهر له ثم ذكر أن النكاح لا ينفذ بإجازة الثاني هنا لأنه قد فسد حين ملكها ومن أصحابنا من يقول هذا غلط لأنه لما دخل بها الزوج في ملك الأول وجب عليها العدة والمعتدة لا تحل لغير المعتد منه فهي لم تصر محللة للمالك الثاني فلا يفسد النكاح الموقوف

فإذا أجازته كان صحيحا ولكننا نقول ما ذكره في الكتاب صحيح لان وجوب العدة انما يكون بعد التفريق بينهما فأما قبل التفريق فهي ليست بمعنودة فاعتراض الملك الثاني يبطل المالك الموقوف وان كان هو ممنوعا من غشيانها وجعل هذا قياس المنع بسبب الاستبراء وذلك لا يمنع بطلان النكاح الموقوف فهذا مثله (قال) ولو كان دخل بها في ملك الاول ثم

[113]

أعتقها جاز النكاح وفي القياس عليه مهران مهر للمولى بالدخول بشبهة النكاح قبل العتق ومهر لها لنفوذ العقد لان ملك الحل انما يثبت بعد العتق فلا يجوز اثباته بغير مهر ولكنه استحسن فقال لا يجب الا مهر واحد للمولى لان وجوب المهر بالدخول انما يكون باعتبار العقد ألا ترى أنه لو لم يسبق لا يجب المهر والعقد الواحد لا يوجب الا مهرا واحدا وإذا وجب به المهر للمولى لا يجب لها به مهرا آخر توضيحه أن الاجازة وان كانت بعد العتق فحكمها يستند إلى أصل العقد ألا ترى أن الشهود يشترط عند العقد لا عند الاجازة ويشترط الشهود اختص بملك الحل كشرط المهر فكما أن وجود الشهود عند العقد يغني عن اعتباره عند الاجازة فكذا وجوب المهر للمولى عند العقد يغني عن اعتبار مهر آخر لها عند الاجازة ولو لم يعتقها ولكنه أجاز النكاح جعل اجازته في الانتهاء كالإذن في الابتداء ولو كان أذن لها في النكاح جاز عقدها ويشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الإذن فكذلك إذا أجازته في الانتهاء انما يشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاجازة (قال) وللمولى أن يكره أمته أو عبده على النكاح أما الأمة فلان بضعها مملوك للمولى فهو انما يعقد على ملك نفسه بتزويجها وله ولاية العقد على ملك نفسه بغير رضاها كما لو باعها والدليل عليه أن البذل يجب للمولى والنفقة تسقط عن المولى فهو فيما صنع عمل لنفسه وأما العبد فللمولى أن يزوجه من غير رضاه عندنا وليس له ذلك عند الشافعي رحمه الله تعالى لان ما تناوله النكاح من العبد غير مملوك للمولى عليه فهو في تزويجه متصرف فيما لا يملكه فلا يستبد به وهذا لان المولى فيما لا يملكه من عبده كأجنبي آخر ألا ترى أنه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص لان دمه غير مملوك له ولا يملك أن يطلق امرأة العبد لانها غير مملوكة للمولى فكذلك لا يملك تزويجه لان محل هذا العقد غير مملوك له توضيحه أن تزويجه بغير رضاه لا يفيد مقصود النكاح لان الطلاق بيد العبد فيطلقها من ساعته ولكننا نستدل بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ فانما عقد المولى على شئ لا يقدر العبد عليه ولانه مملوكه على الاطلاق فيملك نكاحه بغير رضاه كالأمة وهذا لان في الأمة انما يملك المولى العقد عليها لملكه رقبته لا لملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعي ملك ما يملك بالنكاح ولا يثبت باعتباره الا ترى ان الولي يزوج الصغيرة وهو لا يملك عليها ما يملك بالنكاح فثبت ان في حق الأمة انما

[114]

يملك تزويجها بملكه رقبته لا بملكه عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد بل أولى لان في تزويج الأمة ينظر لنفسه وفي تزويج العبد انما

ينظر للعبد ولان الامهار أحد شطري العقد فيملكه المولى بملك الرقبة كتمليك البضع في جانب الامة وما قال انه غير مملوك للمولى فاسد من الكلام فان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على أصل الحرية يستبد به كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته وهنا العبد لما كان لا يستبد به عرفنا انه مملوك للمولى عليه وموجب النكاح الحل وذلك يحصل بالنكاح إلى ان يرتفع بالطلاق والظاهر ان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق (قال) ولو أقر المولى بالنكاح على عبده لم يصح اقراره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف ما لو أقر على أمته بالنكاح وقد بينا هذا فيما سبق وذكر شعيب بن أبي القاسم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى على عكس هذا ان اقرار المولى بالنكاح على عبده صحيح وعلى أمته لا يصح لانها فرج فلا تحل للزوج بمجرد قول المولى بغير شهود (قال) وإذا عتقت الامة المنكوحة فلها الخيار كما بينا فان اختارت نفسها وقد دخل الزوج بها فالمهر المسمى واجب لسيدها لان الدخول حصل بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا لسيدها لان اختيارها نفسها فسخ للنكاح من أصله فيسقط به جميع المهر كما إذا فرق بينهما لانعدام الكفاءة فان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل بها أو لم يدخل بها لان المسمى وجب بنفس العقد بمقابلة ما ملكه الزوج وانما ملك ذلك على المولى فكان البذل للمولى ولو لم يعتقها كان للسيد ان يستوفى الصداق من زوجها وليس للزوج ان يمتنع من ذلك حتى يسلمها إليه لان المولى في استحقاق صداق الامة كالحره في استحقاق صداق نفسها وهناك لها ان تحبس نفسها لاستيفاء صداقها فهنا أيضا للمولى ان يحبسها إذا كان الصداق حالا وان كان الصداق مؤجلا لم يكن له ان يحبسها ولا للحره ان تحبس نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على قياس المبيع لا يحبس بالثمن المؤجل وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وان كان الصداق مؤجلا فللمرأة ان تحبس نفسها لاستيفائه بخلاف البيع لان تسليم النفس عليها في جميع العمر والمطالبة بالصداق ثابت لها في العمر وفي البيع استحقاق التسليم عقب العقد وليس له حق المطالبة بالثمن في ذلك الوقت إذا كان مؤجلا فان كان

[115]

استوفى المولى صداقها أمر المولى أن يدخلها على زوجها ولكن لا يلزمه ان يبوأها معه بيتا لان خدمتها حق المولى فلا تقع الحيلولة بينه وبين استيفاء حقه ولكنها تخدم المولى في بيته كما كانت تفعله من قبل ومضى ما وجد الزوج منها خلوة أو فراغا قضى حاجته فان لم يدخل بها حتى قتلها مولاه فاعليه رد جميع الصداق على الزوج في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان كان لم يقبض الصداق سقط جميع حقه عن الزوج وعندهما لا يسقط شئ منه وكذلك لو باعها المولى في مكان لا يقدر الزوج عليها وجه قولهما ان القتل موت بأجل فيتقرر به جميع الصداق كما لو قتلها غير المولى وهذا لان بالموت تنتهي مدة النكاح فان النكاح يعقد للعمر فيمضي مدته ينتهي العقد وانتهاء العقد موجب تقرير البذل والدليل عليه ان كل واحد منهما يرث من صاحبه حتى لو جرحها المولى ثم أعتقها فاكتمت مالا ثم ماتت من تلك الجراحة فان الزوج يرثها ولو مات الزوج قبلها ورثته أيضا والتوريث انما يكون عند انتهاء النكاح بالموت وبهذا يتبين انه لم يفسخ النكاح بينهما وسقوط المهر من حكم انفساخ النكاح وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول من له الحق في البذل اكتسب سبب فوات المعقود

عليه قبل التسليم فيسقط حقه في المطالبة بالبذل كما لو أعتقها
فاختارت نفسها قبل الدخول وهذا لان القتل موت كما قال ولكن يتضمن
فوات المعقود عليه فان كان المولى هو الذي اكتسب سببه يجعل التفويت
محالاً به إليه الا ترى ان البائع لو أتلف جزء من المبيع قبل القبض يسقط
حقه في حصته من الثمن ولو قتل العبد المبيع يسقط جميع الثمن وهذا
لان القتل في الحقيقة موت باجل ولكن في حق القاتل جعل في احكام
الدنيا كانه غير الموت حتى يجب على القاتل القصاص والكفارة ولدية ان
كان خطأ ومن ذبح شاة انسان بغير امره يكون ضامناً له وباعتبار موته هو
محسن إلى صاحب الشاة فيما صنعه غير متلف عليه شيئاً توضيحه ان
المولى لو غيب أمته لم يكن له أن يطالب الزوج بصداقها فإذا أتلفها
أولى أن لا يكون له أن يطالب بصداقها وهذا الكلام يتضح فيما إذا باعها في
مكان لا يقدر عليه الزوج فانه لا فرق بين هذا وبينما إذا غيبها من غير بيع
اما الميراث فنقول هذا في الحقيقة موت ولكن جعلناه اتلافاً في حق
القاتل والميراث ليس للقاتل بل ذلك شئ بينهما وبين الزوج وفيما بينهما
هذا موت منه للنكاح ولو قتلت الحرة المنكوحة نفسها قبل أن يدخل بها
الزوج لم يسقط مهرها عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يسقط لان

[116]

الحق في المهر وقد فوتت العقود عليه قبل الدخول والتسليم فصار كما لو
ارتدت قبل الدخول أو قتل المولى أمته ولكننا نقول قتلها نفسها في
الاحكام كموتها ولو كانت ماتت لم يسقط مهرها وانما قلنا ذلك لان قتلها
نفسها هدر في احكام الدنيا انما تؤاخذ به في الآخرة فاما في الدنيا لا
يتعلق به شئ من الاحكام فهو كموتها بخلاف قتل المولى أمته فانه معتبر
في الاحكام حتى يتعلق به الكفارة ان كان خطأ والضمان ان كان عليها دين
توضيحه ان بعد قتلها نفسها المهر لورثتها لا لها ولم يوجد من الورثة ما
كان تفويتاً للمعقود عليه وقد بينا ان القتل موت في حق غير القاتل فاما
المهر للمولى بعد قتل الامة والتفويت وجد من جهته فان قيل ما تقول
فيما إذا كان الوارث هو الذي قتلها قلنا الوارث إذا قتلها صار محروماً عن
الميراث ولا حق له في الميراث هنا فلماذا لا يعتبر فعله في اسقاط مهرها
وهذا بخلاف ردتها لانه معتبر في احكام الدنيا ولان المهر لها بعد الردة
وتفويت المعقود عليه كان منها فاما الامة إذا قتلت نفسها فعنه روايتان
عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في احدي الروايتين لا يسقط مهرها
كالحرّة إذا قتلت نفسها بل أولى لان المهر هنا لمولاها لا لها وفي الاخرى
يسقط مهرها كما لو ارتدت وهذا لان فعل المملوك مضاف إلى المالك في
موجبه الا ترى أنها لو قتلت غيرها كان المولى هو المخاطب بدفعها أو
فدائها فإذا قتلت نفسها جعل في الحكم كان المولى قتلها فلماذا يسقط
مهرها (قال) وإذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم
يزوجها اياه ولكن الرجل تزوجها على أنها حرة فإذا هي أمة وقد ولدت له
ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور وولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر
وعلي رضى الله تعالى عنهما وهذا لانه لم يرص برق مائه ولكن كما يعتبر
حقه يعتبر حق المستحق فيكون الولد حراً بالقيمة نظراً من الجانبين ولا
يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم له شيئاً وانما أخبره بخبر كان
كاذباً فيه وذلك لا يثبت حق الرجوع عليه كما لو أخبره ان الطريق آمن
فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه ولكنه يرجع بقيمة الولد على الامة إذا
أعتقت لانها غرتة حين زوجته نفسها على أنها حرة وضمان الغرر كضمان
الكفالة فانها ضمنت له سلامة الولد بما ذكرت من الحرية في العقد

وضمان الكفالة يجب على الامة بعد العتق ويضمن الزوج العقر للمولى ولا يرجع به على أحد لانه عوض ما استوفى منها والمستوفى كان مملوكا للمولى وهو الذى نال اللذة باستيفائه (قال) وإذا تزوجت المستسعاة في بعض قيمتها ثم

[117]

أدت السعاية فعنتت خيرت في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان المستسعاة كالمكاتبة عنده وقد بينا أن المكاتبة إذا أعتقت وقد كانت زوجت نفسها خيرت (قال) ولا يجوز نكاح الامة في عدة حرة من فرقة أو طلاق بائن أو ثلاث في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز في قول أبى يوسف ومحمد وابن أبى ليلى رحمهم الله تعالى ولو كانت معتدة من طلاق رجعي لم يجر نكاح الامة في عدتها بالاتفاق فهم يقولون المحرم نكاح الامة على الحرية كما قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرية والتزوج عليها انما يتحقق إذا كان ملكه باقيا عليها وذلك بعد الطلاق الرجعي أو قبل الطلاق فأما بعد الفرقة لم يبق بينه وبينها نكاح فلا يكون متزوجا عليها كما لو كانت الحرية تعتد منه من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة فتزوج أمة يجوز والدليل على صحة هذا لو قال لامرأته ان تزوجت عليك امرأة فهي طالق فتزوج امرأة بعدما أبانها لم تطلق بخلاف ما لو تزوجها بعد الطلاق الرجعي أو قبله فثبت أنه غير متزوج عليها بعدما أبانها وهذا بخلاف المنع من نكاح الاخت في عدة الاخت لان المحرم هناك الجمع فإذا تزوجها في عدتها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح وهذا المنع ليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرية صح نكاحها ولكن المنع من تزوج الامة على الحرية لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البيونة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المنع من نكاح الامة ثبت بنكاح الحرية وكل منع ثبت بسبب النكاح يبقى ببقاء العدة كالمنع من نكاح الاخت والاربع وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح وحق الشئ كنفس ذلك الشئ في ابقاء الحرمة ونكاح الامة انما لا يجوز بعد الحرية لانها محرمة في هذه الحالة فبقى تلك الحرمة ببقاء عدتها فانها محرمة مضمومة إلى الحرية وفي هذا نوع ضم في فراش النكاح فاما إذا كانت الحرية تعتد من نكاح فاسد فقد قيل ان ذلك قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز وبعد التسليم يقول هناك المنع لم يكن ثابتا بالنكاح الفاسد حتى يقال يبقى ذلك ببقاء العدة وأما مسألة اليمين قلنا في الايمان المعتبر العرف وفي العرف لا يسمى متزوجا عليها بعد البيونة فلماذا لا تطلق فاما في الفاظ الشرع المعتبر المعنى ومعنى الحرمة باق ببقاء العدة وكذلك لو تزوج مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد في عدة حرة لان الرق في هؤلاء باق وحكمهن في النكاح حكم الامة القنة (قال) رجل تزوج خمس حرائر وأربع اماء في عقدة واحدة

[118]

جاز نكاح الاماء دون الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد عن نكاح الاماء لم يصح هنا فانهن خمس لا يمكن تصحيح نكاحهن وليس بعضهن بأولى من البعض فيلغو ضمنهن إلى الاماء ويبقى المعتبر نكاح الاماء وهن أربع يجوز

نكاحهن للحر عندنا فلهذا جاز نكاح الاماء وكذلك ان تزوج حرة وأمة في عقدة واحدة وللحرة زوج لان نكاح المنكوحة باطل وهذا هو الاصل انه متى كان لا يصح نكاح الحرة وحدها فضمها إلى الامة وجودا وعدما سواء فاما إذا كان يصح نكاح الحرة وحدها يتحقق ضم الحرة إلى الامة فيبطل نكاح الامة ويجوز نكاح الحرة عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى لا يجوز لان العقد واحد فإذا بطل بعضه بطل كله كما لو جمع بين اختين ولكننا نقول نكاح الحرة أقوى من نكاح الامة الا ترى انه يصح تقدم أو تأخر والضعيف لا يدفع القوى ولكنه يندفع به بخلاف الاختين فانهما مستويتان فيندفع نكاح كل واحدة منهما بالاخري توضيحه ان الامة من المحرمات مضمومة إلى الحرة والحرة من المحللات فصار هو جامعا بين محرمة ومحللة فيجوز العقد في المحللة دون المحرمة (قال) وإذا زوج مدبرته أو أمته أو أم ولده وبوأها مع الزوج بيتا ثم بدا له أن يردها إلى خدمته كان له ذلك لان خدمتها حق المولى وهو بالتبوة يصير كالمعير لها من زوجها فكان له أن يستردها متى شاء وكذلك لو كان شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لا يمنعه من أن يستخدم أمته لان المستحق للزوج بالنكاح ملك الحل لا غير فاشترطه شيئا آخر غير ملزم اياه لانه لا يمكن الزامه بطريق الاستخبار فان المدة غير معلومة ولا بطريق الاعارة فان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم (قال) ولو تزوجها على أنها حرة ثم علم بعد ذلك أنها أمة قد أذن المولى لها في النكاح فهي امرأته ان شاء أمسك وان شاء طلق لان ظهور رقها نوع عيب وقد بينا أن العيب لا يثبت الخيار للزوج غير أن ما ولد له من ولد فيما مضى وما كان في بطنها فهو حر لاجل الغرور وعلى الاب قيمة الولد بوم يختصمون لان الولد في يده بصفة الامانة ما لم يخاصم فانه لا يكون أعلى حالا من ولد المغصوبة وولد المغصوبة أمانة ما لم يطالب بالرد فكذلك ولد المغرور حتى إذا مات قبل الخصومة فلا ضمان على الاب فيه ولكنه انما يصير مانعا للولد بعد الطلب وذلك عند الخصومة فلهذا تعتبر قيمته وقت الخصومة وهذا إذا تبين أنها أمة أو مدبرة وكذلك إذا تبين أنها أم ولد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى

[119]

لا تجب قيمة الولد هنا لان ولد أم الولد كامه لا قيمة لرقه حتى لا يضمن بالعصب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فكذلك بالمنع بعد الطلب وجه ظاهر الرواية أن الولد انما يصير كامه إذا ثبت فيه حق أمية الولد وذلك بعد ثبوت الرق فيه وهنا علق الولد حر الاصل فلم يثبت فيه حق أمية الولد ولو تبين أنها مكاتبه ففي ظاهر الرواية الجواب كذلك وروى الحسن عن ابي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى أنه لا يضمن قيمة الولد هنا لانه لو ضمن انما يضمن لها وهي انما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها ففي حرية ولدها يحصل بعض مقصودها فلا يجب الضمان ولانه لو رجع لرجع عليها بما ضمن لان الغرور كان منها فلا يكون مغيذا شيئا وجه ظاهر الرواية أن السبب الموجب لضمان قيمة ولد الغرور وقد تقرر هنا ورجوعه عليها يكون بعد العتق وهي تستوجب الضمان عليه للحال فكان مغيذا وانما يرجع على الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبه بقيمة الولد يعد العتق لما بينا ان ضمان الغرور كضمان الكفالة وضمان الكفالة في حق هؤلاء مؤخر إلى ما بعد العتق (قال) ولو مات الولد وترك مالا فماله لابييه بحكم الارث ولا ضمان على الاب فيه لما بينا أن المنع بعد الطلب لم يتحقق منه ولو قتل الولد يأخذ الاب ديته وكان عليه قيمته لانه سلم له بدل نفسه وحكم البديل كحكم المبدل فيتحقق به المنع بعد الطلب فلهذا كان عليه قيمته وكذلك لو

ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتا كان على الضارب خمسمائة درهم بدل الجنين الحر لانه علق حر الاصل وعلى الاب نصف عشر قيمته للمولى ان كان ذكر أو عشر قيمتها ان كانت أنثى لان حق المستحق في جنين الامة فلا يعرم له الاب الا بدل جنين الامة وان سلم له بدل جنين الحر كما لو قتل بعد الانفصال (قال) ولو مات الاب وبقي الولد أخذ المولى قيمته من تركه الاب ولا يرجع بها بقية الورثة في حصة الولد لان المنع قد تحقق وذلك موجب ضمان القيمة على الاب فيستوفى من تركته بعد موته وقضاء دين الاب لا يكون على بعض الورثة دون البعض فلهذا لا يرجعون في حصته وان لم يترك الاب شيئا لم يؤخذ الولد بشئ كما لا يؤخذ بسائر ديون الاب وكذلك الجواب ان كان مولى الجارية عما للولد لان عتق الغلام هنا ليس باعتبار القرابة بل بالغرور فانه علق حر الاصل والعتق بالقرابة انما يكون بعد ثبوت الملك للعم فيه فلهذا كان العم فيه وغيره في هذا سواء (قال) وان كانت تزوجت بغير اذن المولى أخذها المولى وعقرها والجواب في قيمة الولد على ما بينا وان كان الذي غره غير الامة

[120]

بان زوجها منه حر على انها حرة فهذا وما تقدم سواء الا ان الاب يرجع بقيمة الولد على المزوج في الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والحر يؤخذ بضمان الكفالة في الحال وان كان الذي غره فيها عبدا أو مدبرا أو مكاتبا فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا سواء كان العبد مأذونا أو لم يكن لان المأذون انما يؤخذ بضمان التجارة في الحال لا بضمان الكفالة فيتأخر إلى عتقهم الا ان يكون المولى أمر العبد أو المدبر بذلك فحينئذ يؤخذ به في الحال لان كفالة العبد باذن المولى موجب للضمان عليه في الحال فاما المكاتب لا يؤخذ به حتى يعتق سواء فعله باذن المولى أو بغير اذنه لان المولى ليس له حق التصرف في كسبه فلا يعتبر اذنه فيه وان كان المتزوج المغرور عبدا أو مدبرا أو مكاتبا بأن تزوج أحد من هؤلاء باذن المولى امرأة على انها حرة فولدت له ثم ظهر انها أمة فالولد رقيق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله تعالى نص على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الدعوى وفي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى الولد حر بقيمته على الاب إذا عتق ويرجع بذلك على الذي غره وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن السبب الموجب للحرية الغرور واشتراط الحرية فيها عند النكاح وهذا يتحقق من الرقيق كما يتحقق من الحر وكما يحتاج الحر إلى حرية الولد فالمملوك محتاج إلى ذلك بل حاجته أظهر لانه ربما يتطرق به إلى حرية نفسه توضيحه أنه لا معتبر برق الزوج وحرية في رق الولد بل المعتبر فيه جانب الام ألا ترى أن الحر إذا تزوج أمة وهو يعلم بحالها كان ولده رقيقا فإذا كان المعتبر رق الام وقد سقط اعتبار رقتها في حق الولد عند اشتراط الحرية إذا كان الزوج حرا فكذلك إذا كان الزوج عبدا لان ما شرط من الحرية يجعل كالمحقق في حرية الولد فأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله تعالى قالا هذا الولد مخلوق من ماء رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الولد متفرع من الاصل فانما يتفرع بصفة الاصل وإذا كان الاصلان رقيقين لا تثبت الحرية للولد من غير عتق وأما إذا كان الزوج حرا فقد ثبت حرية الولد هناك باتفاق الصحابة رضى الله عنهم بخلاف القياس وهذا ليس في معنى ذلك لان ماء الرجل هناك بصفته حر فانه جزء منه وانما يصير رقيقا باتصاله برحم الامة فتأثير الغرور في المنع من ثبوت الرق في مائه بالاتصال برحم الامة وهنا ماء العبد رقيق كنعفسه

فالحاجة إلى إثبات الحرية لمائه وما يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا يصلح لايجاب ما لم يكن يوضحه ان

[121]

الحاجة هناك إلى الترجيح عند التعارض لان اعتبار جانب مائه يوجب حرية الولد واعتبار جانب مائه يوجب رق الولد فجعلنا الغرور دليلا مرجحا وهنا الحاجة إلى اثبات الحرية دون الترجيح وما يصلح مرجحا لا يصلح موجبا توضيحه أن هناك ثبت حرية الولد بضممان قيمته على الاب في الحال فيندفع الضرر به عنه وهنا لو ثبتت حرية الولد انما تثبت بضممان قيمته بعد العتق فيتضرر به المستحق في الحال فإذا ثبت أن هذا ليس في معنى المنصوص وجب الرجوع فيه إلى الاصل فكان الولد رقيقا بمنزلة أمه ثم على قول محمد رحمه الله تعالى ان كان الزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على المملوك بسبب ما دون من جهة المولى يؤخذ به في الحال وكل دين وجب عليه بسبب غير ما دون فيه فانما يؤخذ به بعد العتق (قال) وإذا تزوجها وهو يعلم أنها أمة أو تزوجها وهو يحسب أنها حرة ولم يغرر فيها أحد فأولاده أرقاء لان هذا ظن منه والظن لا يغنى من الحق شيئا ولان الموجب لحرية الولد الغرور ولم يتحقق الغرور هنا ولو كانت أمة بين رجلين زوجها أحدهما من رجل ودخل الزوج بها فلأخر أن يبطل النكاح لان المزوج لا يملك الا نصفها وملك نصف الامة ليس بسبب لولاية التزويج فلم ينفذ عقده عليها وقد تناول عقده نصيب الشريك فكان له أن يفسخ عقده دفعا للضرر عن نفسه وقد سقط الحد عن الزوج لشبهة النكاح فيجب المهر عليه الا أن في نصيب المزوج يجب الاقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لانه راض بالمسمى ورضاه صحيح في نصيب نفسه فاما في نصيب الشريك يجب نصف مهر المثل بالغا ما بلغ لان لم يرض بسقوط شيء من حقه وان كان ابطال النكاح قبل الدخول فلا مهر لواحد منهما سواء خلا بها الزوج أو لم يخل لان الخلوة انما تعتبر في النكاح الصحيح وهذا العقد لم يكن صحيحا فلا تعتبر الخلوة فيه (قال) وإذا زوج أمة ابنه الصغير فذلك جائز وكذلك الوصي إذا زوج أمة اليتيم وكذلك المكاتب إذا زوج أمته وكذلك المفاوض إذا زوج أمة من الشركة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب أما المكاتب فهو منكف الحجر عنه في اكتساب المال وأما الاب والوصي فممنهما أمر بالنظر للصغير وعقد اكتساب المال من النظر وأما المفاوض فان المتفاوضين انما عقدا المفاوضة لاكتساب المال ولا يملك هؤلاء تزويج العبد لانه ليس فيه

[122]

اكتساب المال بل فيه تعيب العبد وشغل ذمته بالمهر والنفقة من غير منفعة لهم في ذلك (قال) ولو زوج الاب أو الوصي أمة الصبي من عبده لا يجوز ذلك أيضا نص عليه في المادون وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز لانه لا ضرر فيه على الصبي فان المهر لا يجب بهذا العقد ونفقتها

عليه بعد النكاح كما كانا قبله وفيه منفعة للصبي من حيث النسل فيجوز ذلك من الاب والوصي كائنا الفحل من مال الصبي على ؟ ابانه ؟ ووجه ظاهر الرواية أن في هذا تعيينا لهما لان النكاح عيب في العبد والاماء جميعا ومنفعة النسل موهومة والمنفعة الموهومة لا تكون جائزة للضرر المتحقق فلهذا لا يصح هذا العقد منهما وأما العبد المأذون أو المضارب أو الشريك شركة عنان إذا زوج واحد منهما الامة لم يجر ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز لانه عقد اكتساب المال وهؤلاء يملكون ذلك ولان المستوفي بالوطن في الحقيقة منفعة ولهذا سمي الله تعالى المهر اجرا وهؤلاء يملكون الاجارة فكذلك يملكون التزويج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا المأذون انما كان منك الحجر عنه في التجارة والتزويج ليس من جملة التجاره فان التجار لا يعتادون اكتساب المال بتزويج الاماء والدليل عليه أن المرأة لو زوجت نفسها من رجل بعبد ونوت التجارة عند العقد لا يصير العبد به للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لصار العبد به للتجارة فان نية التجارة متى اقترنت بعمل التجارة يصير للتجارة وإذا لم يكن النكاح من التجارة فلا يملكه هؤلاء كالكتابة وبه فارق الاربعة التي تقدمت فان أولئك يملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم غير مقصور على التجارة وهؤلاء الثلاثة لا يملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم مقصور على التجارة ولا شك أن هؤلاء الثلاثة لا يزوجون العبد لان تزويج العبد ليس من الاكتساب ولا من التجاره (قال) وإذا تزوج الحر أمة ابنه جاز النكاح عندنا ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى وقيل هذا بناء على الاصل الذي تقدم أن عنده لا يجوز للحر نكاح الامة الا عند عدم طول الحره وعلى الابن أن يعف اباه فيستغنى به عن نكاح الامة ولكن هذا ليس بصحيح فانه لو تزوج أمة غيره صح النكاح إذا لم يكن في ملكه ما يتزوج به الحره والاصح أن هذه مسألة مبتدأة فوجه قوله ان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها لا يلزمه الحد فلا يجوز له أن يتزوجها كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه بل أولى لان حق الملك في مال ولده أظهر ألا ترى أن استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاذ

[123]

المولى أمة مكاتبه لا يصح توضيحه أن الولد كسبه قال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فجارية الابن كسب كسبه فلا يملك التزويج كأمة عبده ولكننا نقول ليس له في جارية ولده ملك ولا حق ملك فيجوز له ان يتزوجها كأمة أبيه وأخيه وانما قلنا ذلك لانه يحل للابن ان يطأ جاريته بالاتفاق ولو كان لابيه فيها حق الملك لم يحل له وطئها كالمكاتب فانه لا يحل له ان يطأ أمته لما كان للمولى فيها حق الملك فاما سقوط الحد فليس لقيام حق الملك له في الجارية ولكن لظاهر الاضافة في قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لانيك وهذا الظاهر وان كان لم يكن معمولا به في ايجاب ملك أو حق ملك له فيها يصير شبهة في اسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار لا يوجب الملك ولا حق الملك للمشتري ثم يسقط الحد به وكذلك العقد الفاسد من نكاح أو بيع قبل القبض والولد وان كان كسبا له فهو كسب حر فلا يثبت له حق الملك في كسبه بمنزلة مال المعتق لا حق للمعتق فيه وان كان المعتق كسبا له لانه كسب حر فاما صحة الاستيلاذ ليس باعتبار حق الملك له فيها بل بولاية التملك عند الحاجة وتقرر حاجته إلى صيانة مائة كيلا يضيع نسله فان تزوجها فولدت له ولدا كان الولد حرا لان الولد يتبع الام في الملك فمولى

الجارية هنا ملك أخاه فيعتق عليه بالقرابة ولا تصير الجارية أم ولد له عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى تصير أم ولد له وكذا إذا استولدها بنكاح فاسد أو وطئ بشبهة عندنا لا تصير أم ولد له خلافا فالزفر رحمه الله تعالى وحجته أنه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له فإذا استولدها بنكاح أو بشبهة نكاح أولى أن تصير أم ولد له ولكننا نقول إذا استولدها بغير شبهة فهناك يصير متملكا لحاجته إلى ذلك كيلا يضيع ماؤه فإن أثبات النسب غير ممكن بدون التملك لأنه ليس له فيها ملك ولا حق ملك فإذا تملك سابقا على الاستيلاء كان الاستيلاء في ملك نفسه فلماذا صارت أم ولد له وهنا غير محتاج إلى تملكها لإثبات النسب بل النكاح أو شبهة النكاح يكفي لذلك فلم يصر متملكا لها فلماذا لا تصير أم ولد له (قال) ولو كان الابن هو الذي تزوج أمة أبيه بتزويج الابن أياها منه جاز النكاح فإذا ولدت فالولد حر لان الابن ملك الابن أمته ولا تصير الجارية أم ولد له لأنه لا ملك له فيها وان كان الابن وطئها بغير نكاح أو شبهة نكاح لم يثبت نسبه منه وان ادعاه لأنه ليس له حق التملك في جارية أبيه ولكن لا حد عليه ان قال ظننت انها تحل لي وان قال علمت انها على حرام فعليه الحد لان

[124]

عند الظن اشتبه عليه ما يشتهبه فيسقط الحد به وعند العلم بالحرمة لا شبهة له في المحل حقيقة ولا صورة ولم يشتهبه عليه أمرها فلزمه الحد وان صدقه الابن في انه وطئها وان الولد منه عتق الولد باقراره لأنه إذا ملك ابنه من الزنا عتق عليه فكذلك إذا ملك ابن ابنه من الزنا ولكن لا يثبت النسب لما بينا بخلاف الابن إذا كان هو الذي استولد جارية ابنه فانه لا حاجة إلى تصديق الولد لان الابن له ولاية تملك جارية الابن فانما يكون مستولدا لها في ملك نفسه ولهذا ضمن قيمتها لابنه وليس للابن هذه الولاية في جارية أبيه فلماذا لا يعتق الولد الا إذا صدقه الابن فيه (قال) ولا يتزوج العبد أكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله تعالى له أن يتزوج أربعاً لان الرق لا يؤثر في مالكية النكاح حتى لا يخرج من أن يكون أهلاً لملك النكاح وما لا يؤثر فيه الرق فالعبد والحر فيه سواء كملك الطلاق وملك الدم في الاقرار بالعقود ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله عنه قال لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين ولان الرق مؤثر في تنصيف ما كان متعدداً في نفسه كالجلدات في الحدود وعدد الطلاق واقراء العدة وهذا لان ملك النكاح مبنى على الحل الذي يصير به أهلاً للنكاح وذلك الحل يتسع بزيادة الفضيلة ويتضيق بنقصان الحال ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كان مخصوصاً باباحة تسع نسوة لفضيلة النبوة التي اختص بها فكان الحل في حقه متسعاً لتسع نسوة ولا يجوز لاحد غيره أكثر من أربع نسوة فكذلك يتسع الحل لفضيلة الحرية فيتزوج الحر أربعاً ولا يتزوج العبد الا اثنتين يوضحه أن الرق ينصف الحل ألا ترى أن في جانب الأمة يتنصف حلها بالرق حتى ان ما يبنى على الحل وهو القسم يكون حالها فيه على النصف من حال الحرة وكذلك ما يجب على المستوفى لهذا الحل بغير طريقه وهو الحل يتنصف بالرق حتى يجب على العبد بالزنا خمسون جلدة وعلى الحر مائة جلدة وإذا ثبت أن الحل يتنصف بالرق وعليه يبنى عدد المنكوحات فقلنا حال العبد فيه على النصف من حال الحر فيتزوج ثنتان الحرتان والامتان في ذلك سواء والشافعي رحمه الله تعالى هنا لا يخالفنا لان في حق العبد نكاح الأمة أصل وليس يبدل إذ ليس فيه تعريض شئ للرق فانه رقيق بجميع أجزائه فلماذا جوز له نكاح الامتين وعلى هذا الاصل يقول الشافعي رضى الله تعالى عنه للعبد أن يتزوج أمة على حرة ولكننا نقول لا يجوز لان الأمة

ليست من المحللات مضمومة إلى الحرة في حق الحر فكذلك في حق العبد
والمدير والمكاتب وابن أم الولد في هذا كالعبد

[125]

لان الرق المنصف للحل فيهم قائم (قال) ولا يجوز للعبد أن يتزوج بغير اذن مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يجوز لان الرق لم يؤثر في مالكية النكاح فيستبد العبد به كالطلاق وأصحابنا رحمهم اله تعالى استدلوا بظاهر قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والنكاح شئ فلا يملكه العبد بنفسه ومذهبا مروى عن عمر رضى الله تعالى عنه قال ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمعنى فيه ان في النكاح تعيينه وفيه شغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك مولاه فلا يملك شغل ذلك بتصرفه بغير اذن المولى يوضحه أنه لو باع رقبته أو رهنه بمال لم يجز وان كان منفعة ذلك ترجع إلى المولى فإذا تزوج ولا منفعة في عقده للمولى أولى أن لا يجوز وكذلك المدير وابن أم الولد والمكاتب لا يتزوج أحد من هؤلاء بغير اذن المولى لان الرق الموجب للحجر فيهم فان اذن المولى لهم في ذلك جاز العقد فان المولى لو باشر تزويجهم جاز فكذلك إذا اذن لهم فيه الا أن في المكاتب يحتاج إلى رضاه إذا باشره المولى فان اذن له المولى فباشره المكاتب يجوز أيضا وهذا بخلاف تزويج الامة فان المكاتب يزوج أمته بغير رضا المولى لان أمته غير مملوكة للمولى وتزويجها من عقود الاكتساب فيملكه المكاتب فاما تزويجه لنفسه ليس من عقود الاكتساب ورقبته مملوكة للمولى وعلى هذا لو أن المكاتبه زوجت أمتها جاز ذلك ولو تزوجت بنفسها لم يجز الا باذن المولى لقيام ملك المولى في رقبته (قال) ولو تزوج العبد بغير اذن مولاه فأجازه جاز لان الاجازة في الانتهاء كادنه في الابتداء فان طلقها العبد ثلاثا بعد اجازة لمولى طلقت ثلاثا ولم يجز للعبد أن يتزوج حتى تنكح زوجا غيره لان النكاح لما صح كان العبد في ايقاع الطلاق عليها كالحر ولو طلقها ثلاثا قبل اجازة المولى النكاح لم يقع النكاح ولكن يكون هذا متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح ونكاحه بغير اذن المولى لم يكن صحيحا فلا يقع الطلاق ولكن ايقاع الطلاق يؤثر في ازالة الحل عن المحل وايقاع الفرقة إذا كان صحيحا فإذا لم يكن النكاح نكاحا صحيحا فلا يؤثر في هذين الحكمين ولكن يؤثر في رفع الشبهة حتى لو وطئها قبل الطلاق لا يلزمه الحد ولو وطئها بعد الطلاق يلزمه الحد وان لم يجز المولى ذلك العقد ولكن اذن له أن يتزوجها ابتداء فلا بأس بأن يتزوجها لان حرمة المحل بوقوع التطليقات على المحل ولم يقع هنا فلا بأس بأن يتزوجها كالصبي والمجنون إذا طلق أمراته ثلاثا لا يثبت به حرمة المحل ولان النكاح لما لم يصح كان

[126]

هذا طلاقا قبل النكاح وقال عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح ولو أجاز المولى ذلك النكاح فأجازه باطله لان الاجازة انما تعمل في حال توقف العقد وقد ارتفع العقد بما أوقعه العبد لانه يستبد بالطلاق لو أوقعه في نكاح صحيح ارتفع النكاح فإذا أوقعه في العقد الموقوف أولى أن يرتفع العقد به فان اذن له أن يتزوجها بعد هذا كرهت له أن يتزوجها ولو

فعل لم يفرق بينهما في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكره ذلك وجه قوله ظاهر فان الطلاق غير واقع على المحل وحرمة المحل باعتبار وقوع الطلاق ولان اجازة المولى للعقد باطل فوجوده كعدمه ولو لم يجز العقد كان له أن يتزوجها باذنه فكذلك بعد اجازته وجه قولهما ان الطلاق تصرف يبني على النكاح واجازة العقود يتضمن اجازة ما يبني عليه فاعتبار هذا المعنى يوجب نفوذ الطلاق وحرمة المحل فجعلناه معتبرا في الكراهة وان لم يكن معتبرا في حقيقة حرمة المحل ولكن هذا على أصل محمد رحمه الله تعالى غير صحيح فان عنده المشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المولى لا ينفذ عتقه وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنما يصح هذا ان لو كان الطلاق يتوقف على اجازة المولى وقد بينا ان طلاق العبد لا يتوقف على اجازة المولى لكن الوجه فيه أن نقول الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء والاذن في الابتداء لو كان موجودا ثبت به حرمة المحل حقيقة فكذلك بوجود صورة الاجازة في الانتهاء تثبت الكراهة توضيحه أن العبد أهل للنكاح في حق نفسه ولهذا لو أعتق قبل اجازة المولى نفذ نكاحه فاعتبار هذا الجانب يوجب نفوذ طلاقه واعتبار جانب حق المولى يمنع نفوذ طلاقه فلتعارض الأدلة قلنا لا تثبت الحرمة حقيقة ولكن تثبت صفة الكراهة احتياطاً لانه ان ترك نكاح امرأة تحل له كان خيراً له من أن يتزوج امرأة لا تحل له (قال) وإذا تزوج العبد حرة بغير اذن مولاه ثم أعتقه المولى جاز النكاح لانه مخاطب له قول ملزم وانما امتنع نفوذ نكاحه لحق مولاه فإذا أسقط المولى حقه بالعتق فينفذ النكاح لزوال المانع وكذلك لو باعه فجاز المشتري لان المشتري قام مقام البائع في ملكه رقبته فكذلك في اجازة عقده وهذا لانه ما طرأ بالبائع حل نافذ على الحل الموقوف فان العبد لا يحل للمشتري فلهذا كانت اجازته كاجازة البائع وعند زفر رحمه الله تعالى لا ينفذ باجازه المشتري وقد بينا هذا وكذلك لو أجاز وارثه بعد موته (قال) ولو أذن لعبد في النكاح لم يملك ان يتزوج الا امرأة واحدة عندنا وعند الشافعي رحمه الله

[127]

تعالى له أن يتزوج اثنتين وهذا بناء على الاصل الذي تقدم بيانه ان النكاح مملوك للمولى على عبده عندنا حتى يزوجه غير رضاه فيكون العبد فيه نائباً عن مولاه فهو كالحر بأمر غيره ان يزوجه فلا يزوجه بمطلق الوكالة الا امرأة واحدة وعندهما النكاح غير مملوك للمولى على عبده ولكن العبد هو المالك له الا انه لا ينفذ منه بدون اذن المولى لان ضرره يتعدى إلى حق المولى فإذا أذن المولى له في ذلك فقد رضى بالتزام هذا الضرر وأسقط حق نفسه فكان للعبد أن يتزوج اثنتين ولو تزوج امرأتين في عقدة لا يجوز نكاح واحدة منهما الا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول فانه يقول يجوز نكاح إحداهما والبيان فيه إلى العبد بمنزلة من وكل وكيلاً ان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين عنده يصح نكاح إحداهما والخيار إلى الزوج وقد تقدم بيان هذه المسألة فان قال المولى عنيت نكاح امرأتين جاز نكاحهما لانه لو أجاز نكاح امرأتين جاز فكذلك إذا قال نويت ذلك عند الاذن لان المنوي من احتمالات لفظه وهو غير منهم في هذا البيان (قال) وإذا أذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها أخذ بالمهر في حالة الرق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يؤخذ به حتى يعتق وأصل المسألة ان عندهما اذن المولى لعبده في النكاح ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد لان مقصوده تحصيل

العفة به للعبد وذلك انما يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد واستدلالا بما لو حلف أن لا يتزوج ينصرف يمينه إلى العقد الصحيح دون الفاسد فعرفنا به ان الفاسد ليس بنكاح فلا يتناولهُ اذن المولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الفساد والصحة صفة العقد والاذن من المولى في أصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن في البيع والشراء للوكيل أو للعبد يتناول الفساد والصحيح جميعا وهذا لان بعض المقاصد يثبت بالعقد الفاسد نحو النسب والمهر والعدة عند الدخول وهذا لو حلف أنه ما تزوج في الماضي وقد كان تزوج فاسدا أو صحيحا كان؟ حائتا؟ في يمينه وفي المستقبل انما حملناه على العقد الصحيح لدلالة العرف فان الايمان تنبني على العرف فأما هنا اعتبار اذن المولى لدفع الضرر عنه وذلك يعم العقد الصحيح والفساد إذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا دخل بها بالنكاح الفاسد فقد لزمه المهر بسبب كان مأذونا فيه من جهة المولى فيؤاخذ به في الحال وعندهما اذن المولى لا يتناول العقد الفاسد فانما لزمه المهر بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فيتأخر إلى ما بعد العتق

[128]

وعلى هذا لو تزوجها نكاحا صحيحا بعد هذا يجوز عندهما لان حكم اذن المولى ما انتهى بالعقد الفاسد فيكون مباشرا العقد الثاني باذنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح العقد الثاني لان حكم اذن المولى انتهى بالعقد الاول فيحتاج في العقد الثاني إلى اذن جديد (قال) وإذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها ثم أجاز المولى ذلك النكاح فعليه مهر واحد وهو الذي سماه لها استحسانا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وفي القياس عليه مهرا من مهر المثل بالدخول والمسمى بنفوذ العقد بالاجازة وقد بينا نظير هذا في جانب الامة فهو كذلك في العبد وعلى هذا لو أعتقه المولى حتى نفذ العقد بعد عتقه (قال) وإذا تزوج المكاتب بغير اذن السيد أو العبد أو المدبر ودخل بها ثم فرق بينهما السيد فلا مهر عليه حتى يعتق لان النكاح في حق المكاتب ليس من عقود التجارة ولا من اكتساب المال والمهر عند الدخول انما يجب بسبب ذلك العقد فإذا لم يكن عقد الكتابة متنا ولا لذلك العقد يتأخر المال الواجب بسببه إلى ما بعد العتق وهذا بخلاف جنابة المكاتب فان موجهه في كسبه يثبت في الحال لان وجوب ذلك باعتبار الفعل والرق لا يؤثر في الحجر عن الافعال وأما وجوب المهر هنا باعتبار العقد لان الدخول بدون العقد غير موجب للمهر ولانها راضية بهذا الدخول فلهذا يتأخر الواجب إلى ما بعد العتق بمنزلة المال الواجب عليه بسبب الكفالة (قال) وإذا زوج الرجل عبده أمته بشهود فهو جائز ولا مهر لها عليه لان المهر لو وجب كان للمولى وانما يجب في مالية العبد وماليتة مملوكة للمولى فلا فائدة في وجوبه أصلا وقد بينا ان على طريق بعض أصحابنا يجب ابتداء لحق الشرع ثم يسقط لقيام ملك المولى في رقبة الزوج فان كان العبد نصرانيا اذن له مولاه في التزوج فأقامت عليه امرأة نصرانية شاهدين من النصراني انه تزوجها وهو جاحد أجزت ذلك عليه لان الخصم هو العبد الا ترى انه لو أقر بهذا النكاح ثبت باقراره فكذلك يثبت بشهادة النصراني عليه لانه نصراني الا ترى انهم لو شهدوا عليه ببيع أو شراء وهو مأذون له في التجارة كانت الشهادة مقبولة فكذلك بالنكاح فان قيل النكاح مملوك للمولى على العبد فهذه الشهادة انما تقوم على المولى وهو مسلم قلنا أصل العقد مملوك للمولى عليه ولكن حكمه وهو ملك الحل يثبت للعبد والشهود انما يشهدون لها بذلك على العبد فلهذا

اعتبرنا فيه دين العبد وقلنا لو كان المولى كافرا والعبد مسلما لم تجز شهادتهما لانها تقوم على العبد وهو مسلم وشهادة الكافر ليس بحجة على المسلم (قال)

[129]

ولا يحل للعبد ان يتسرى وان اذن له مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يحل لان ملك المتعة يثبت بطريقتين اما عقد النكاح أو التسرى فإذا كان العبد أهلا لملك المتعة بأحد الطريقتين وهو النكاح فكذلك بالطريق الآخر بل أولى لان ملك المتعة الذي يثبت بالنكاح أقوى مما يثبت بملك اليمين ووجبتنا في ذلك قوله تعالى والذين هم لغرولهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم وهذه ليست بزوجة له ولا مملوكة له وعن ابن عمر رضى الله عنه قال لا يحل فرج مملوكة الا لمن إذا أعتق أو وهب جاز والعبد لا يجوز عتقه ولا هبته فلا يحل الفرج له بملك اليمين وهذا لان العبد مملوك مالا فلا يجوز ان يكون مالكا للمال لما بين المالكية والمملوكية من المناقاة وملك المتعة لا يثبت الا بثبوت سببه فإذا كان سببه وهو ملك الرقبة لا يثبت في حق العبد فكذلك حكمه بخلاف النكاح ولان العبد ليس بأهل لملك المال قبل اذن المولى ولا تأثير للاذن في جعل من ليس بأهل أهلا وانما تأثير اذن المولى في اسقاط حقه عند قيام أهلية العبد فكان ينبغي ان لا يجعل العبد أهلا لملك المتعة أصلا لان بين المالكية والمملوكية مناقاة ولكن الشرع جعله أهلا لملك المتعة بسبب النكاح لضرورة حاجته إلى قضاء الشهوة وابقاء النسل وهذه الضرورة ترتفع بثبوت الحل له بالنكاح فلا حاجة هنا إلى ان نجعله أهلا لملك المتعة بسبب ملك الرقبة وكذلك المدير والمكاتب والمستسعي في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب (قال) ولو ان عبدا بين رجلين زوجه أحدهما بغير اذن الآخر لم يجر لما بينا ان ولاية النكاح انما تستفاد بملك رقبة العبد وكل واحد منهما غير مالك لما يسمى عبدا (قال) ولا يحل للعبد ان يتزوج مولاته ولا امرأة لها في رقبته شقص عندنا وعلى قول نفاة القياس رضى اله عنهم يجوز وكذلك الحر إذا تزوج أمته أو أمة له فيها شقص فهو على هذا الخلاف واستدلوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ويقوله فمما ملكت أيماكم من فتياتكم المؤمنات ووجبتنا في ذلك قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم الآية فانما خاطب الله تعالى الموالى بانكاح الاماء لا بنكاحهن ولان العبد إذا تزوج بمولاته فهي تستوجب عليه النفقة بالنكاح وهو يستوجب عليها النفقة بملك اليمين فيتقاصان ويموتان جوعا وفي هذا من الفساد مالا يخفى والحر إذا تزوج أمته فهذا العقد غير مفيد لان موجب النكاح ملك الحل ومحل الحل ثابت له تبعاً لملك الرقبة ولان النكاح انما شرع في الاصل لضرورة الحاجة إليه وعند ملكه رقبته لا حاجة فلم يكن

[130]

مشروعاً أصلاً ثم قيام الملك في شقص منها ينزل منزلة قيام الملك في جميعها في حرمة النكاح احتياطاً وان كان لا ينزل منزلة ذلك في حل الوطنى وعلى هذا لو تزوج مكاتبته فالنكاح باطل لقيام الملك له في رقبته وان كان هو ممنوعاً من وطنها بسبب الكتابة فان وطنها كان لها المهر

بمنزلة ما لو وطئها قبل النكاح وهذا لان الحد يسقط للشبهة فيجب المهر وهي بعقد الكتابة صارت أحق بنفسها ومكاسبها والمستوفي بالوطئ في حكم جزء من عينها ولو قطع المولى يدها كان الارش لها فكذلك إذا وطئها ألا ترى أن الواطئ لو كان غير المولى كان المهر لها فان عتقت بعد هذا النكاح لم يجز ذلك النكاح لانه تعين فيه جهة البطلان لملكه رقبته فلا ينقلب صحيحا وان زال الملك وكذلك ان تزوج المكاتب مولاته ودخل بها فعليه المهر لسقوط الحد بشبهة النكاح ولا يجوز النكاح وان عتق لما قلنا وان تزوج المكاتب أو العبد بنت مولاه باذنه جاز النكاح لانه لا ملك لها في رقبته ولا حق ملك مادام الاب حيا فان مات المولى فسد نكاح العبد لانها ملكت رقبة زوجها ارثا وملكها رقبة الزوج لو اقترن بالنكاح منع صحة النكاح فإذا طرأ على النكاح يرفع النكاح أيضا لان المنافى يؤثر سواء كان طارئا أو مقارنا فأما نكاح المكاتب لا يفسد بموت المولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يفسد وهو بناء على أن رقبة المكاتب لا تورث عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى تورث وأصل المسألة ان المشغول بحاجة المورث لا يملكه الوارث عندنا كالتركة المستغرقة بالدين والمكاتب أيضا مشغول بحاجته وعند الشافعي رحمه الله تعالى كل ما كان مملوكا للمورث فإذا لم يخرج بموته من أن يكون مملوكا للمورث يصير مملوكا لوارثه وحجته على سبيل الابتداء في هذه المسألة انها لو تزوجت به ابتداء بعد موت المولى لا يصح النكاح فكذا لا يبقى النكاح كما في العبد وتقريره أن الوارث خلافة ورقبة المكاتب كانت مملوكة للمولى فيخلفه وارثه فيه بعد الموت ألا ترى أنه لو عجز كان مملوكا للوارث وعجزه ليس بموجب ملك الرقبة للوارث ابتداء فعرفنا أنه كان مالكا قبل ذلك وحجتنا في ذلك أن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذلك لا يملك بالارث كالمدير والدليل عليه انه لو أدى بدل الكتابة كان ولاؤه للمولى وانما يثبت الولاء لمن يعتق على ملكه فتبين بهذا أنه باق على ملك المولى لحاجته إلى ذلك واستحقاقه ولاءه بعقد الكتابة ولهذا يملك بعد العجز لان المانع حق المولى وقد زال فيكون ذلك السبب عاملا في ايجاب الملك بعد زوال المانع وأما إذا تزوجت

[131]

به ابتداء بعد موت المولى انما لا يجوز لانه ثبت لها حق أن تمتلك رقبته عند زوال المانع وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاءه ولهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاه لا يفسد النكاح ولو تزوج أمة مكاتبه لا يجوز وكذلك لو اشترى المكاتب امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوجها ابتداء لم يصح وكذلك لو كفل رجل عن المكاتب بمال لابن مولاه فهو جائز فان مات أبوه كانت الكفالة على حالها ولو كفل له بمال مستقبل عنه بعد موت أبيه لم يجز من غير هذا الباب العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع البقاء فالقياس في هذا كثير وإذا ثبت بقاء النكاح قلنا ان أعتق المكتب فهي امرأته لانه بالعتق ازداد بعدا عنها وان عجز ورد في الرق بطل النكاح ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها لان بطلان النكاح يقرر المنافى وذلك إذا وجد قبل الدخول أبطل النكاح من الاصل فلا يوجب شيئا من المهر كالمحرمية وان كان قد دخل بها فلها المهر في رقبته يبطل منه بقدر حصتها لانها ملكت بعض رقبته والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً (قال) رجل تزوج أمة رجل ثم اشترى بعضها قبل ان يدخل بها أو ملكها بوجه من الوجوه فسد النكاح لتقرر المنافى وهو ملكه جزء من رقبته ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وان كان قد دخل بها فعليه المهر

لمولاها وقد انتقض النكاح لملكه جزء من رقبته وان أتى العبد المرأة الحرة فاخبرها انه حر فتزوجها علي ذلك ثم علمت انه عبد قد أذن له مولاه في التزوج فهي بالخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لانه غرها ولانها ما رضيت ان يستغرشها مملوك ولانه ليس بكف ء لها وقد بينا انه إذا كتم نسبه ثم ظهر ان نسبه المكتوم دون ما أظهره يكون لها الخيار فإذا أظهر الحرية وتبين الرق لان يثبت لها الخيار كان أولى فان اختارت الفرقة لا تكون هذه الفرقة الا عند القاضى بمنزلة الرد بالعب والفسخ بعدم الكفاءة لا يثبت الا بقضاء القاضى ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها لانه فسخ لاصل النكاح بينهما (قال) عبد تزوج امرأة بأذن مولاه ولم يخبرها انه حر أو عبد ثم علمت انه عبد فان كان أولياء المرأة زوجها منه برضاها فلا خيار لهم ولا لها لان مباشرة الاولياء العقد يكون مسقطا حقهم في طلب الكفاءة والزوج ما شرط لها من نفسه شيئا فات عليها ذلك انما ظنت انه حر وطنها لا يلزم الزوج شيئا فلهذا لا خيار لها وان كانت فعلته بدون الاولياء فلهم ان يفرقوا بينهما لانه غير كف ء والمرأة إذا زوجت نفسها من غير كف ء فللاولياء

[132]

حق الاعتراض دفعا للعار عن أنفسهم والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب الرضاع) * (قال) بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وذكر عروة عن عائشة رضي الله عنهما هذا الحديث قال يحرم بالرضاع ما يحرم بالولادة وفيه دليل على ان الرضاع من أسباب التحريم وانه بمنزلة النسب في ثبوت الحرمة لان ثبوت الحرمة بالنسب لحقيقة البعضية أو شبهة البعضية وفي الرضاع شبهة البعضية بما يحصل باللبن الذي هو جزء الأدمية في انبات اللحم وانتشار العظم واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرضاع ما أنبت اللحم وانتشر العظم وفيه دليل على أن الحرمة بالرضاع كما تثبت من جانب الامهات تثبت من جانب الآباء وهو الزوج الذي نزل لبنها بوطئه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم شبهه بالنسب في التحريم والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع بخلاف ما يقوله بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان لبن الفحل لا يحرم وهو أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى احتجوا بان الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال وأمها تكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب ولان الحرمة في حق الرجل لا تثبت بحقيقة فعل الارضاع فانه لو نزل اللبن في ثدوة الرجل فأرضع به صبيا لا تثبت الحرمة فلان لا تثبت في جانبه بأرضاع زوجته أولى وحجتنا ذلك حديث عمرة عن عائشة رضي الله عنهما قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيتي فسمعت صوت رجل يستأذن على حفصة رضي الله عنها فقلت هذا رجل يستأذن في بيتك يا رسول الله فقال صلوات الله عليه ما أراه الا فلانا عما لحفصة من الرضاع فقلت لو كان فلان عمى من الرضاع جيا أكان يدخل على فقال نعم الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وفي حديث آخر عن عائشة رضي الله عنها قالت يا رسول الله ان أفلح بن أبي قعيس يدخل على وأنا في ثياب فضل فقال صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة فقلت انما أرضعنتي المرأة لا الرجل فقال صلوات الله عليه ليلج عليك فانه عمك والعم من الرضاعة لا يكون الا باعتبار لبن الفحل والمعنى فيه ان سبب هذا اللبن

فعل الواطئ فالحرمة التي تنبى عليه تثبت من الجانبين كالولادة فاما ما
قالوا ان الله تعالى بين حرمة

[133]

الرضاع في جانب النساء قلنا من الاحكام ما يثبت بالقرآن ومنها ما يثبت
بالسنة فحرمة الرضاع في جانب الرجل مما يثبت بالسنة والمعنى الذي
لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما نزل في
تندوته لا يغذى الصبي فلا يحصل به انبات اللحم فهذا نظير وطئ الميتة في
انه لا يوجب الحرمة (قال) ولا ينبغي للرجل أن يتزوج امرأة ابنه من
الرضاعة ولا امرأة أبيه من الرضاعة وكذلك أجداده ونوافله وهو نظير
الحرمة الثابتة بالنسب وعلى هذا الاخوات من الرضاعة اما إذا أرضعت
امرأة واحدة ثنتان فهما اختان فان كان زوجها واحدا فهما اختان لآب وأم
من الرضاعة وان كان زوجها مختلفا عند الارضاعين فهما اختان لام وان
كان تحت الرجل امرأتان لكل واحدة لبن منه فأرضعت كل واحدة منهما
صبية فهما اختان لآب من الرضاعة لان لبنهما من رجل واحد وعموم قوله
تعالى وأخواتكم من الرضاعة يتناول ذلك كله وكذلك بنات الاخ من الرضاع
كبنات لآخ من النسب ألا ترى أنه لما عرض على رسول الله صلى الله عليه
وسلم زينب بنت أبي سلمة رضى الله تعالى عنها قال لو لم تكن ربيتي
في حجرى ما كانت تحل لى أرضعتني وأباها ثوبية فقال علي رضى الله
تعالى عنه يا رسول الله انك ترغب في قريش وترغب عنا فقال هل فيكم
شئ قال نعم ابنة حمزة رضى الله تعالى عنه فقال صلى الله عليه وسلم
انها ابنة أختى من الرضاعة (قال) وإذا كان للمرأة لبن وطلقها زوجها
وتزوجت آخر فحبلت من الآخر ونزل لها اللبن فاللبن من الاول حتى تلد
في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإذا ولدت فاللبن بعد ذلك يكون من
الثاني وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى إذا عرف أن هذا اللبن من الحبل
الثاني فهو من الآخر وقد انقطع اللبن الاول وعنه في رواية إذا حبلت من
الثاني انقطع حكم لبن الاول وقال محمد رحمه الله تعالى أستحسن أن
يكون منهما جميعا حتى تضع من الآخر وجه قوله ان ما كان بها من اللبن
فهو من الاول وما ازداد بسبب الحبل فهو من الثاني وباب الحرمة مبنى
على الاحتياط فتثبت الحرمة منهما جميعا كما إذا حلب لبن امرأتين في
قارورة وأوجر صبيا فإذا وضعت من الثاني فقد انتسخ سبب لبن الاول
باعتراض مثله عليه فلهذا كان اللبن من الثاني بعده وأبو يوسف يقول
اللبن ينزل تارة بعد الولادة وتارة بعد الحبل قبل الولادة فإذا عرف نزول
اللبن من الثاني انتسخ به حكم اللبن من الاول كما ينتسخ بالولادة من
الثاني وعلى الرواية الاخرى يقول لما كان الحبل سببا لنزول اللبن
وحقيقة نزول اللبن من الثاني باطل فيقام السبب

[134]

الظاهر مقام المعنى الباطن تيسيرا فينتسخ به حكم لبن الاول وأبو حنيفة
رحمه الله تعالى يقول كون اللبن من الاول ثابت بيقين واللبن يزداد تارة
وينقص أخرى باعتبار الغذاء فهذه الزيادة تحتل أن تكون من قوة الغذاء لا
من الحبل الثاني فلا ينتسخ به حكم اللبن من الاول حتى يتعرض مثل ذلك

السبب من الثاني وذلك يكون بالولادة (قال) ولا يجتمع حكم الرضاع لرجلين على امرأة واحدة في حالة واحدة لان سببهما لا يجتمع خلاا شرعا فكذلك ما بينى على ذلك السبب ولكن ما بقي الاول لا يثبت الثاني وإذا ثبت الثاني انتفى الاول (قال) ولا يجوز له أن يتزوج امرأة أرضعته رضاعا قليلا أو كثيرا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفى الصبي بكل واحدة منها ومن أصحاب الطواهر من اعتبر ثلاث رضعات لايجاب الحرمة واستدل من شرط العدد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصاة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاحتان. وفي حديث عمرة عن عائشة رضي الله تعالى عنهما قالت كان فيما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من فتنسح بخمس رضعات معلومات يحرم من وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعد ذلك وحدثنا قوله تعالى وأمها تكم اللاتي أرضعنكم أثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد. وفي حديث علي رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرضاع قليله وكثيره سواء يعنى في ايحاب الحرمة ولان هذا سبب من أسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطئ أما حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فضعيف جدا لانه إذا كان متلوا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وينسخ التلاوة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز فلماذا لا يتلى الآن وذكر في الحديث فدخل داجن البيت فأكله وهذا يقوى قول الروافض الذين يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يثبت الصحابة رضي الله تعالى عنهم في المصحف وهو قول باطل بالاجماع ولو ثبت أن هذا كان في وقت من الاوقات فانما كان في الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا وعليه يحمل الحديث الثاني فان انبات اللحم وانشاز العظم في حق الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساح حكم ارضاع الكبير على ما بينه ان شاء الله تعالى (قال) والسعوط والوجور يثبت الحرمة لانه مما يتغذى به الصبي فان السعوط يصل إلى الدماغ فيتقوى به والوجور يصل إلى الجوف

[135]

فيحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فاما الاقطار في الاذن لا يوجب الحرمة لان الظاهر انه لا يصل إلى الدماغ لصيق ذلك الثقب وكذلك الاقطار في الاحليل فان أكثر ما فيه انه يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي عادة وكذلك الحقنة في ظاهر الرواية الا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى قال إذا احتقن صبي بلبن امرأة تثبت به الحرمة لان ذلك يصل إلى الجوف الا ترى انه يفسد به الصوم ولكننا نقول ليس الموجب للحرمة عين الوصول إلى الجوف بل حصول معني الغذاء ليثبت به شبهة البعضية وذلك انما يحصل من الاعالى لا من الاسافل ثم بين من يحرم بسبب الرضاعة والحاصل فيه ما بينا انه بمنزلة النسب فكما ان الحرمة الثابتة بالنسب في حق الامهات والبنات تتعدى إلى الجدات والنوافل والعمات والخالات فكذلك بسبب الرضاع (قال) ولا رضاع بعد الفصال بلغنا ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وهكذا رواه جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا رضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوم إلى الليل ولا وصال في صيام ولا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا وفاء في نذر في معصية ولا يمين في قطيعة رحم ولا تغرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح والكلام هنا في فصول أحدها ان الحرمة لا تثبت بارضاع الكبير عندنا وعلى قول بعض الناس تثبت الحرمة لحديث سهلة امرأة أبي

حذيفة رضى الله عنهما فانها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما انتسخ حكم التبني بقوله تعالى ادعوهم لأبائهم فقالت يا رسول الله ان أبا حذيفة تبنى سالما فكنا نعهه ولدا له وان لنا بيتا واحدا فماذا ترى في شأنه وفي رواية وانه يدخل علي وأنا أرى الكراهة في وجه أبي حذيفة رضى الله عنه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعي سالما خمسا تحرمين بها عليه وبهذا الحديث أخذت عائشة رضى الله عنها حتى كان إذا أراد ان يدخل عليها أحد من الرجال أمرت اختها أم كلثوم رضى الله عنها أو بعض بنات أختها ان ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا أن غيرها من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يابين ذلك ويقلن لا ترى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهولة خاصة ثم هذا الحكم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ما أثبت اللحم وانشر العظم وذلك في الكبير لا يحصل وقال صلى الله عليه وسلم الرضاعة من المجاعة يعنى ما يرد الجوع وذلك بارضاع الكبير لا يحصل وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه قال الرضاع ما فتق الامعاء وكان قبل الطعام والصحابة رضى الله

[136]

عنهم اتفقوا على هذا فقد ذكر في الكتاب عن علي وابن مسعود رضى الله عنهم قالا لا رضاع بعد الفصال وروى ان اعرابيا ولدت امرأته ومات الولد فانفتح ثديها من اللبن فجعل يمصه ويمج فدخل بعض اللبن في حلقه فجاء إلى أبي موسى الأشعري رضى الله عنه وسأله عن ذلك فقال حرمت عليك فجاء إلى ابن مسعود رضى الله عنه وسأله عن ذلك فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى أبي موسى فقام معه إلى أبي موسى ثم أخذ بأذنه وهو يقول أرضع فيكم هذا للحيانى فقال أبو موسى رضى الله عنه لا تسألونى عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم وجاء رجل إلى عمر رضى الله عنه فقال ان لى جارية فارضعتها امرأتى فدخلت البيت فقالت خذها دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضى الله عنه عزمت عليك ان تأتى امرأتك فتضربها ثم تأتى جاريتك فتطأها وروى نحو هذا عن ابن عمر رضى الله عنهما فنبت بهذه الآثار انتساح حكم إرضاع الكبير ثم اختلف العلماء في المدة التى تثبت فيها حرمة الرضاع فقدر أبو حنيفة رحمه الله تعالى بثلاثين شهرا وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قدرا ذلك بحولين وزفر قدر ذلك بثلاث سنين فإذا وجد الارضاع في هذه المدة تثبت الحرمة والا فلا واستدلا بظاهر قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ولا زيادة بعد التمام والكمال وقال الله تعالى وفصاله في عاملين ولا رضاع بعد الفصال ولان الظاهر أن الصبى في مدة الحولين يكتفى باللبن وبعد الحولين لا يكتفى به فكان هو بعد الحولين بمنزلة الكبير في حكم الرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وظاهر هذه الاضافة يقتضى أن يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما الا أن الدليل قد قام على أن مدة الحبل لا تكون أكثر من سنتين فيبقى مدة الفصال على ظاهره وقال الله تعالى فان أراد افضالا عن تراض منهما وتشاور الآية فاعتبر التراضي والتشاور في الفصلين بعد الحولين فذلك دليل على جواز الارضاع بعد الحولين وقال الله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم قيل بعد الحولين إذا أبت الامهات ولان اللبن كما يغذى الصبى قبل الحولين يغذيه بعده والعظام لا يحصل في ساعة واحدة لكن يقطم درجة فدرجة حتى ينسى اللبن ويتعود الطعام فلا بد من زيادة على الحولين بمدة وإذا

وجبت الزيادة قدرنا تلك الزيادة بأدنى مدة الحبل وذلك ستة أشهر اعتبارا
للانتهاء بالابتداء وبهذا يحتج زفر رحمه الله تعالى

[137]

أيضا إلا أنه يقول لما وجب اعتبار بعض الحول وجب اعتبار كله وتقدر مدة
القطام بحول لأنه حسن للاختبار والتحول به من حال إلى حال (قال) فإن
قطم الصبي قبل الحولين ثم أرضع في مدة ثلاثين شهرا عند أبي حنيفة
رحمه الله تعالى أو في مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو
قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ثبت به الحرمة لوجود الارضاع في
المدة فصار القطام كان لم يكن وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله
تعالى قال هذا إذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفى به بعد هذا
القطام فاما إذا صار بحيث يكتفى بالطعام لا تثبت الحرمة برضاعه بعد ذلك
لأنه بعد ما صار بحيث يكتفى بالطعام فاللبن بعده لا يغذبه فلا يحصل به
معنى العضية بيانه في حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال وكان قبل
الطعام أي قبل أن يكتفى بالطعام (قال) ولا بأس بان يتزوج الرجل أم ابنه
التي أرضعته لأنه لا بأس بذلك من النسب فكذلك من الرضاعة وكذلك لا
بأس بان يتزوج ابنتها وهذا من النسب لا يحل ان يتزوج أخت ابنه لا لاجل
النسب ولكن لانها ربيته لأنه وطئ أمها وهذا لا يوجد في الرضاع فلهذا
جاز له ان يتزوجها وكذلك يتزوج أخت أخته من الرضاع ومثله من النسب
يحل لأنه إذا تزوج أخت أخته من النسب يحل ذلك بان كان له أخ لآب وأخت
لام فإخيه لآبيه ان يتزوج أخته لأمه لأنه لا نسب بينهما موجب للحرمة
فكذلك في الرضاع وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنة عمه من الرضاعة أو ابنة
عمته أو ابنة خاله أو ابنة خالته كما لا بأس من النسب وكذلك لا بأس بان
يتزوج التي رضعت أخاه أو ما بدا له من ولدها لأنه لا رضاع بينه وبينهم
(قال) ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين المرأة وابنة أختها أو
ابنة أخيها وكذلك كل امرأة ذات رحم محرم منها من الرضاعة للأصل الذي
بيننا في النسب ان كل امرأتين لو كانت احدهما ذكرا والاخرى أنثى لم يجر
للذكر ان يتزوج الانثى فانه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع
بين الاختين فكذلك من الرضاعة وتبين بهذا ان حرمة هذا الجمع ليس
لقطعية الرحم فانه ليس بين الرضيعتين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة
(قال) وإذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت
بلبن الاول ولدا وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الاول دون
الثاني لان المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ونزول هذا اللبن
كان من الاول (قال) ولا يجوز شهادة امرأة واحدة على الرضاع أجنبية كانت
أو أم أحد الزوجين ولا

[138]

يفرق بينهما بقولها ويسعه المقام معها حتى يشهد على ذلك رجلان أو
رجل وامرأتان عدول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ثبت
الرضاع بشهادة أربع نسوة بناء على مذهبه ان فيما لا يطلع عليه الرجل
يعتبر فيه أربع نسوة لتقوم كل امرأتين مقام رجل وزعم أن الرضاع مما لا
يطلع عليه الرجال لأنه يكون بالثدي ولا تحل مطالعته للاجانب ولكننا نقول

الرضاع مما يطلع عليه الرجال لان ذا الرحم المحرم ينظر إلى الثدي وهو مقبول الشهادة في ذلك ولان الحرمة كما تحصل بالارضاع من الثدي تحصل بالايجار من القارورة وذلك يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء وحدث مالك رحمه الله تعالى يقول تثبت حرمة الرضاع بشهادة امرأة واحدة إذا كانت عدلا وهكذا روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه واستدل بحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى أنه تزوج ابنة أبي هانئ فجاءت امرأة سوداء وأخبرت أنها أرضعتها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عنه ثم ذكر ثانيا فأعرض عنه ثم ثالثا فقال فارقها اذن فقال انها سوداء يارسول الله قال كيف وقد قيل وحجتنا في ذلك حديث عمر رضى الله تعالى عنه قال لا يقبل في الرضاع الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولان سبب نزول هذه الحرمة مما يطلع عليه الرجال فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كالحرمة بالطلاق وحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى دليلنا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرض عنه في المرة الاولى والثانية فلو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لما رأى منه طمأنينة القلب إلى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطا والدليل عليه أن تلك الشهادة كانت عن صغن فانه قال جاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع وبالاجماع يمثل هذه الشهادة لا تثبت الحرمة فعرفنا أن ذلك كان احتياطا على وجه التنزه واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله كيف وقد قيل وعندنا إذا وقع في قلبه أنها صادقة فالاحوط أن يتنزه عنها وبأخذ بالثقة سواء أخبرت بذلك قبل عقد النكاح أو بعد عقد النكاح وسواء شهد به رجل أو امرأة فأما القاضى لا يفرق بينهما ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان لان خبر الواحد إذا كان كان ثقة حجة في أمور الدين وليس بحجة في الحكم والقاضى لا يفرق بينهما الا بالحجة الحكمية فأما إذا قامت عنده حجة دينية يفتى له بأن يأخذ بالاحتياط لانه إن ترك نكاح امرأة تحل له خير من أن يتزوج امرأة لا تحل له (قال) وإذا نزل للمرأة لبن وهي بكر لم تتزوج فارضعت

[139]

شخصا صغيرا فهو رضاع لان المعنى الذى يثبت به حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية بينهما والذى نزل لها من اللبن جزء منها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن ولبنها يغذى الرضيع فتثبت به شبهة الجزئية (قال) وإذا حلب اللبن من ثدى المرأة ثم ماتت فشربه صبي يثبت به الحرمة لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن ولا معتبر بفعلها في الارضاع ألا ترى انها لو كانت نائمة فارتضع من ثديها الصبي تثبت الحرمة وكذلك الايجار لو حصل في حياتها تثبت الحرمة فكذلك بعد موتها (قال) وكذلك لو حلب اللبن من ثديها بعد موتها فأوجر الصبي يثبت به الحرمة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا تثبت وهو بناء على أصليين أحدهما أن اللبن لا يموت عندنا لانه لا حياة فيه ألا ترى أنه يحلب في حالة الحياة من الحيوان فيكون ظاهرا وما فيه الحياة إذا بان من الحى يكون ميتا فإذا لم يكن في اللبن حياة لا يتنجس بالموت بل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يبقى ظاهرا وعندهما يتنجس بنجاسة الوعاء كما في أنفحة الميتة فكأنه حلب لبن امرأة في قارورة نجسة فأوجر الصبي به فيثبت به الحرمة وعند الشافعي رحمه الله تعالى اللبن يموت فيكون نجس العين وثبوت حرمة الرضاع باعتبار معنى الكرامة فلا تثبت بما هو نجس العين والاصل الثاني أن عنده الفعل الذى هو حرام بعينه وهو الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لان ثبوتها بطريق الكرامة فكذلك

ايحار لبن الميتة حرام فلا تثبت به الحرمة ثم قاس لبن الميتة بوطئ الميتة ولكن عندنا وان كان الفعل حراما تثبت به الحرمة إذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة ولهذا أثبتنا الحرمة بالزنا لان معنى البعوضة لا ينعدم به حقيقة فكذا هنا ثبوت الحرمة باعتبار ان اللبن يغذى الصبي فيتقوى به ولو سلمنا له حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لا يخرج من أن يكون مغذيا ألا ترى ان لحم الميتة مغذ فكذلك لبنها وبه فارق وطئ الميتة لان معنى البعوضة ينعدم منه أصلا وهو معنى ما قال في الكتاب الجماع بعد الموت ليس بجماع وايحار لبن الميتة رضاع وشبه اللبن بالبيضة فان بالموت لا تخرج البيضة أن تكون مغذية فكذا اللبن (قال) ولو أرضع الصبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعا وكان بمنزلة طعام أكلاه من اناء واحد ومحمد بن اسماعيل صاحب الاخبار رحمه الله تعالى يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى في زمن الشيخ الامام أبى حفص رحمه الله تعالى وجعل يفتى فقال له الشيخ رحمه الله تعالى لا تفعل فلست هنالك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسألة إذا أرضع صبيان بلبن شاة

[140]

فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى بسبب هذه الفتوى وهذا لان ثبوت الحرمة بسبب الكرامة وذلك يختص بلبن الأدمية دون لبن الانعام وشبهة الجزئية لا يثبت بين الأدمى والانعام بشرب لبنها فكذلك لا تثبت بين الأدميين بشرب لبن بهيمة وهذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطئ ولا تثبت بوطئ البهائم فكذلك هنا (قال) ولو صنع لبن امرأة في طعام فأكله الصبي فان كانت النار قد مست اللبن وأنضجت الطعام حتى تغير فليس ذلك برضاع ولا يحرم لان النار غيرته فانعدم بها معنى التغذي باللبن وانبات اللحم وانشاز العظم وان كانت النار لم تمسه فان كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة أيضا لان المغلوب في حكم المستهلك ولان هذا أكل والموجب للحرمة شرب اللبن دون الاكل وان كان اللبن هو الغالب فكذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا تثبت به الحرمة وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تثبت به الحرمة لان الحكم للغالب والغالب هو اللبن ولم يغيره شئ عن حاله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القاء الطعام في اللبن يغيره ألا ترى أنه برق به وربما يتغير به لونه فكان بمنزلة ما لو غيرته النار وقيل هذا إذا كان لا يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة وأما إذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح أنه لا تثبت علي كل حال عنده لان التغذي كان بالطعام دون اللبن (قال) وإذا جعل لبن امرأة في دواء فأوجر منه صبيا أو اسعط منه واللبن غالب فهذا رضاع لانه انما يجعل في الدواء ليصل بقوة الدواء إلى ما لا يصل إليه وحدة فكان هذا أبلغ في حصول معنى التغذي به فلهذا تثبت به الحرمة (قال) وان جعل اللبن في ماء فشربه الصبي فان كان اللبن هو الغالب تثبت به الحرمة وان كان الماء غالبا لا تثبت به الحرمة وكذلك ان خلط لبن الأدمية بلبن الانعام وعند الشافعي رحمه الله تعالى قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن إذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة فأما إذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ثم أوجر منه صبيا فعلى قول محمد رحمه الله تعالى تثبت الحرمة منهما جميعا لان الشئ يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى تثبت به الحرمة بينه وبين من يكون لبنها غالبا لان المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان في

احدهما اعتبر الاغلب كما هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وفى
الآخرى قال

[141]

ثبت الحرمة منهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى وأصل المسألة فيما إذا
حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه
فهو على هذا الخلاف * (قال) * الرضاع بمنزلة النسب والوطئ في اثبات
حرمة المصاهرة لا فرق بين أن يوجد في دار الحرب أو في دار الاسلام
(قال) وإذا جامع الرجل المرأة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة
لم تحل لابنه ولا لآبيه من الرضاعة ولا تحل له أمها ولا ابنتها من الرضاعة
كما لا تحل لابنه وأبيه نسبا فان هذه الحرمة تعلقت بأسام ثبتت تلك
الاسامي بالرضاعة وهي الابوة والامومة وكذلك لا يتزوج على المعتدة منه
أختها من الرضاعة ولا ذات رحم محرم منها لان حرمة الجمع متعلقة باسم
الاختية وذلك يتحقق بالرضاع كما يتحقق بالنسب والعدة تعمل عمل صلب
النكاح في المنع من النكاح (قال) وإذا تزوج الرجل الصبية فارضعتها أمه
من الرضاعة أو أمه التي ولدتها أو أخته من نسب أو رضاع أو امرأة ابنه بلبن
ابنه من نسب أو رضاع حرمت عليه لان المحرمية تمنع النكاح بعله المناقاة
فان بين الحل والحرمة في المحل مناقاة والمنافي كما يؤثر إذا افترن
بالنسب ينافى البقاء إذا طرأ عليه فإذا حرمت عليه لزمه بذلك نصف المهر
لها لان الفرقة قبل الدخول حصلت لا بمعنى من جهتها أو حصلت بمعنى
من جهة الزوج وهي المحرمية فيجب نصف الصداق لها ويرجع بذلك على
التي أرضعتها ان كانت أرادت الفساد أو عمدت ذلك وان كانت أخطأت أو
أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها
والقول فيه قولها ان لم يظهر منها تعدد الفساد لانه شئ في باطنها لا
يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه وانما يختلف الجواب في نيتها
إذا أرادت الفساد أو لم ترد لانها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة فانها
مباشرة للارضاع وهو ليس بسبب موضوع للفرقة والمسبب إذا كان متعديا
في تسببه يكون ضامنا وان لم يكن متعديا لا يضمن كحافر البئر في ملك
نفسه لا يضمن ما يسقط فيه بخلاف الحافر في ملك الغير فإذا أرادت
الفساد كانت متعدية في السبب وإذا لم ترد الفساد لم يكن متعدية في
السبب وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى انه يرجع عليها بنصف الصداق
على كل حال فان من أصله ان المتسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب
القفس والاصطبل وحل قيد الأبق موجبا للضمان وفي المباشرة المتعدى
وغير المتعدى سواء فكذلك في التسبب على قوله وعلى قول الشافعي
رحمه الله تعالى يرجع عليها بمهر مثل المنكوحه لانها أتلفت ملك نكاحه
فيها وملك

[142]

النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدي الطلاق بعد الدخول إذا
رجعا ضمنا مهر المثل وهذا لان ملك البضع يتقوم عند دخوله في ملك
الزوج بمهر المثل فكذلك عند خروجه عن ملكه ولكننا نقول ان ملك النكاح
ليس بمتقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة انما هو ملك

ضروري لا يظهر الا في حق الاستيفاء. ألا ترى أنه لا يظهر في حق النقل إلى الغير والانتقال إلى الورثة فكذلك في حق التقوم بالمال ولانه ليس بمال في نفسه فلا يكون مضمونا بالمال لان ضمان الاتلاف مقدر بالمثل بالنص وتقوم البضع عند دخوله في ملك الزوج للضرورة لانه تملك للبضع وهو محترم فلا يثبت الا بعوض وهذه الضرورة لا توجد عند الخروج من ملكه لانه ابطال للملك لا تملك منها وابطال الملك لا يستدعى التقوم والدليل على الفرق أن الاب يزوج ابنه الصغير بمال الصغير وليس له أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فإذا ثبت أنه غير متقوم عند خروجه من ملكه لم يجب الضمان عليها باتلاف البضع ولكنها قررت عليه ما كان على شرف السقوط فان الصداق وان وجب بالعقد فهو بعرض السقوط ما لم يدخل بها إذا جاءت الفرقة من قبلها فهي قررت النصف عليه بما فعلته وهي متسببة في ذلك متعديّة إذا تعدت الفساد فلماذا رجع عليها بذلك (قال) وإذا تزوج الرجل الصبية ثم تزوج عمتها فنكاح العمة باطل للنهي فان أرضعت أم العمة الصبية لم يفرق بينه وبينها لان الصبية وان صارت أختا للعمة بالرضاعة ولكن لم يصح نكاح العمة فلم يتحقق الجمع الحرام فلماذا بقي نكاح الصبية (قال) وإذا تزوج صبيتين رضيعتين فأرضعتهم امرأة معا أو احدهما بعد الاخرى باننا جميعا لانهما صارتا أختين حين أرضعت الثانية منهما فتقرر الجمع المنافى وليست احدهما ببطلان نكاحها بأولى من الاخرى فإذا باننا فلكل واحدة منهما نصف الصداق يرجع بذلك على المرضعة ان تعدت الفساد لما قلنا ولو كن ثلاثا فأرضعتن معا بأن حلبت لبنها في قارورة والقمت احدى تديبها احدهن والاخرى للاخرى واوجرت الثلاثة معابن جميعا منه لانهن صرن أخوات معا وان أرضعتن واحدة بعد الاخرى باننا الاوليان والثالثة امرأته لانها حين أرضعت الثانية فقد تحققت الاختية بينها وبين الاولى فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثالثة وليس في نكاحه غيرها ففي نكاحها وان كن أربعا فأرضعتن معا أو واحدة ثم الثلاث معابن جميعا وكذلك أن أرضعتن جميعا واحدة بعد الاخرى لانه حين أرضعت الثانية باننا الاوليان للاختية وحين أرضعت الثالثة والرابعة باننا الاخرى ايضا

[143]

للاختية وان أرضعت الثلاث أولا معا ثم الرابعة باننا الثلاثة الاول دون الرابعة لانها حين أرضعتها فليس في نكاحه غيرها (قال) وان تزوج امرأة وصبيتين فأرضعتن المرأة احدهما قبل الاخرى ولم يدخل بالمرأة حرمت المرأة والصبية الاولى لانها حين أرضعت احدهما فقد صارتا اما وابنتا فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فبقي نكاحها لان السابق مجرد العقد على الام وذلك لا يوجب حرمة البنت ثم لا مهر للكبيرة لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة ليست من قبلها انما كانت من جهة الكبيرة حين أرضعتها فان اللبن يصل إلى جوفها من غير فعل منها في الارتضاع ويرجع بذلك على الكبيرة ان كانت تعدت الفساد لما قلنا ولا تحل له هذه الكبيرة أبدا لان مجرد العقد على البنت يوجب حرمة الام وأما الصبية فانها تحل له إذا فارقت النى عنده لان العقد على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان بعدما دخل بالكبيرة حرمن عليه لانهما صارتا ابنتها من الرضاعة والدخول بالام يحرم البنت ثم للكبيرة مهرها ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ولا يحل له واحدة منهن أبدا لوجود الدخول بالام وصحة العقد على البنت (قال) وإذا تزوج كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين صغيرة

وقعت الفرقة بينه وبينهن لان كل صغيرة بنتا لمن أرضعتها والجمع بين الام والبنت في النكاح حرام فان كانت أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فاما الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فقد باننا لما قلنا والصغيرة الثانية لم تبني منه بارضاع الكبيرة الاولى فاما بارضاع الكبيرة الثانية فان بدأت بارضاعها بانته منه وان بدأت بارضاع الاولى فالصغيرة الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغيرة الاولى فيما سبق ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فلهذا لا تقع الفرقة بينه وبينها (قال) وإذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته أو أمه أو ابنته من الرضاة ثم أراد بعد ذلك أن يتزوجها وقال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك وله أن يتزوجها وان ثبت على قوله الاول وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وهذا استحسان وفي القياس الجواب في الفصلين سواء لانه أقر بأنها محرمة عليه على التأيد والمقر به يجعل في حق المقر كالثابت بالبينة أو بالمعينة والرجوع عن الاقرار

[144]

باطل لانه ملزم بنفسه فسواء رجع أو ثبت كان النكاح باطلا بزعمه فيفرق بينهما ولا مهر لها عليه ولكنه استحسان فقال هذا شئ يقع فيه الاشتباه فقد يقع عند الرجل ؟ أن ؟ بينه وبين امرأته رضاع فيخبر بذلك ثم يتفحص عن حقيقة الحال فينتبين له أنه قد غلط في ذلك وفيما يقع الاشتباه إذا أخبر أنه غلط فيه يجب قبول قوله شرعا لوجهين (أحدهما) أن الحل والحرمية من حق الشرع فإذا تصادقا على أنهما قد غلطا فليس هنا من يكذبهما في خبرهما (والثاني) أن اقراره في الابتداء لم يكن على نفسه إنما كان عليها بحرمتها عليه والحل والحرمية صفة المحل واقرار الانسان على الغير لا يكون لازما فإذا ذكر أنه غلط فيه فهو لا يريد بهذا ابطال شئ لزمه فلماذا قبل قوله في ذلك وان أقرت المرأة بذلك وأنكر الزوج ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت أخطأت فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها فالنكاح جائز ولا تصدق المرأة على قولها لان حقيقة المحرمية لا تثبت بالاقرار فانه خبر محتمل متمثل بين الصدق والكذب ولكن الثابت على الاقرار كالمجدد له بعد العقد واقرارها بالمحرمية بعد العقد باطل فكذلك اقرارها به قبل العقد واما اقراره بالحرمية بعد العقد صحيح موجب للفرقة وكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت على ذلك حتى تزوجها فان قيل كان ينبغي أن يجب لها نصف المهر كما لو ابتدأ بعد النكاح قلنا انما لا يجب لوجود التصديق منها على بطلان أصل النكاح أو لانه غير متهم بالقصد إلى اسقاط المهر إذ سبق الاقرار منه بوجوب المهر بالنكاح يوضح الفرق بينهما ان الاقرار انما يصح إذا كان مؤثرا في الملك اما بالمنافاة أو بالازالة واقرار الرجل مؤثر في ذلك فكان معتبرا في المنع من صحة النكاح إذا ثبت عليه واقرار المرأة غير مؤثر في ذلك فلا يمنع صحة النكاح (قال) وإذا أقر الزوج بهذه المقالة وثبت عليها وأشهد الشهود ثم تزوجته المرأة ولم يعلم بذلك ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرق بينهما ولا ينفعه جحوده لانه لما ثبت على مقالته في الابتداء وزعم أنه حق لا غلط فيه فقد لزمه حكم اقراره وصار كالمجدد لذلك الاقرار بعد النكاح فيفرق بينهما ولا ينفعه الجحود ولو أقر بذلك جميعا ثم كذبا أنفسهما وقالوا أخطأنا ثم تزوجها فالنكاح جائز وكذلك هذا الباب في النسب ليس يلزم من هذا الا ما بينا عليه لان الغلط والاشتباه فيه أظهر فان سبب النسب أخفى

من سبب الرضاع فكما ان هناك الاقرار بدون الثبات عليه لا يوجب الحرمة
فكذلك هنا (قال) ولو تزوج امرأة ثم قال لها بعد

[145]

النكاح هي أختى أو ابنتى أو أمى من الرضاة ثم قال أخطأت أو أوهمت
فالنكاح باق استحسانا ولو ثبت على هذا النطق وقال هو حق فشهدت عليه
الشهود بذلك فرق بينهما ولو جحد ذلك لم ينفعه جحوده لان اقراره انما
كان موجبا للفرقة بشرط الثبات عليه فان قال أوهمت فقد انعدم ما هو
شرطه فلا يوجب الفرقة وإذا ثبت على ذلك وجد ما هو شرط الاقرار فثبت
حكمه وهو الفرقة ثم لا ينفعه جحوده بعد ذلك وكذلك لو قال هذه أختى أو
هذه ابنتى وليس لها نسب معروف ثم قال أوهمت يصدق في ذلك بخلاف
ما إذا قال لعبد أو أمته هذا ابني أو هذه ابنتى ثم قال أوهمت فانه يعتق
عليه ولا يصدق في ذلك والفرق من وجهين أحدهما ان اقراره بالنسب في
عبد وأمته ملزم بنفسه لان لما أقربه موجبا في ملكه وهو زوال الملك
فان من اشترى ابنه يصح الشراء ويعتق عليه فإذا كان لما أقرب به موجب في
ملكه كان هو مقرا به في ملك نفسه واقرار الانسان في ملك نفسه ملزم
فلهذا يتم بنفسه ثبت عليه أو لم يثبت فاما اقراره بنسب زوجته لا موجب
له في ملكه لان من تزوج ابنته لا يصح النكاح أصلا لا ان يثبت النكاح ثم
يزول وانما لا يصح النكاح بحرمة المحل فموجب اقراره هنا لا يظهر في
ملكه وانما يظهر في المحل ولا حق له في المحل لان المحل والحل والحرمة صفة
المحل فلم يكن اقراره متناولا لملكه ابتداء فلا يكون ملزما الا إذا ثبت عليه
فحينئذ بحكم الثبات عليه يتعدى ضرره إلى ملكه فيلزمه من هذا الوجه
والثانى ان الاشتباه لا يقع بين العبد والابن بل عبده في الغالب مابين لابنه
في المطعم والملبس والمجلس فإذا كان الاشتباه يندر فيه لا يعتبر فاما
الاشتباه قد يقع بين زوجته وابنته لتقاربهما في المطعم والملبس
والمجلس فلهذا يعذر إذا قال أوهمت (قال) ولو قال لامرأته هذه ابنتى
وثبت على ذلك ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذلك لو قال هي أمى
وله أم معروفة لانه مكذب شرعا فيما أقرب به وتكذيب الشرع اياه أقوى من
تكذيبه نفسه ولو كذب نفسه وقال أوهمت لم يفرق بينهما فكذا إذا أكذبه
الشارع وبه فارق العبد لان هناك لو أكذب نفسه كان حرا فكذلك إذا أكذبه
الشرع بان كان ثابت النسب من غيره والمعنى ما قلنا ان اقراره بنسب
العبد مصادف ملكه وهو مصادق فيما يقربه في ملك نفسه فيثبت به العتق
وان امتنع بثبوت النسب لكونه معروف النسب من الغير فاما اقراره بنسب
امرأته لا يصادف ملكه ابتداء وانما يصادف المحل فيثبت به حرمة المحل ثم
ينبنى عليه انتفاء الملك

[146]

وهنا حرمة المحل لم تثبت حين كانت معروفة النسب من الغير فلهذا لا
يبطل النكاح وان لم تكن معروفة النسب من الغير ومثلها يولد لمثله وثبت
على ذلك فرق بينهما ولكنه لا يثبت النسب حقيقة الا بتصديق المرأة اياه
بذلك لان المقر يعامل في حقه وكان ما أقرب به حق ولكن لا يصدق في حق
الغير فيجعل النسب في حقه كالثابت حتى ينتفى ملكه عنها ولكنه لا يثبت

في حقها الا بتصديقها فلا يلزمها الانتساب إليه الا أن تصدقه في ذلك وإذا كان مثلها لا يولد لمثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما لان تكذيب الحقيقة اياه أقوى من تكذيبه نفسه والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين العتق ما قلنا ان لاقرارته بالنسب في ملكه موجبا فيجعل ذلك الاقرار كناية عن موجه مجازا وليس لاقرارته بالنسب في ملك النكاح موجب من حيث الازالة فلا يمكن اعماله بطريق المجاز وأكثر ما في الباب أن يقال موجه نفي أصل النكاح فيجعل كأنه صرح بذلك وجوده لأصل النكاح لا يكون موجبا للفرقة فكذلك اقراره بذلك وكذلك لو قال أرضعتني ومثلها لا يرضع ولا لبن لها فانه مكذب في ذلك حقيقة فينزل في ذلك منزلة تكذيبه نفسه فلهذا لا يفرق بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب الاحصان) * قال لا يحسن الرجل المسلم الا المرأة الحرة المسلمة إذا دخل بها هكذا نقل عن الشعبي والنخعي رحمهما الله تعالى ومعنى هذا انه إذا تزوج أمة ودخل بها لا يصير محصنا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحسن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر ولا الحرة العبد وكان المعنى فيه ان ثبوت الاحصان يختص بالوطئ بالنكاح حتى لا يثبت بملك اليمين وفي معنى قضاء الشهوة لا فرق بينهما فعرفنا ان الموجب للفرق ان الاحصان انما يثبت بوجود الوطئ بين مستوى الحال في صفة الكمال فان النكاح في العادة يكون بين مستوى الحال ولا مساواة بين الملك والمملوك فلا يتحقق هذا المعنى إذا وجد الدخول بالامة بالنكاح لانه لا مساواة بين الامة والحر فاما إذا دخل بالكتابية بالنكاح لم يصير محصنا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يصير محصنا قيل هذا بناء على الرواية

[147]

التي تروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الكتابية محصنة وانها ترجم إذا زنت وقيل بل هي مسألة مبتدأة فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ملك النكاح على الكتابية وعلى المسلمة بصفة الكمال بدليل جواز نكاح كل واحدة منهما على الاخرى والمساواة بينهما في القسم وولاية المباشرة لكل واحدة منهما بنفسها فكما يصير محصنا بالدخول بالمسلمة فكذلك بالكتابية بخلاف الامة فانه لا مساواة بينها وبين الحرة في حكم النكاح بل حالها على النصف من حال الحرة وبخلاف الصغيرة والمجنونة فانه لا مساواة بينهما وبين البالغة العاقلة في ولاية المباشرة وفي معنى قضاء الشهوة لما في طبعه من النفرة عن المجنونة وحجتها ما روينا وكذلك لما أراد حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ان يتزوج يهودية قال له النبي صلى الله عليه وسلم دعها فانها لا تحصنك ولما أراد كعب بن مالك رحمه الله تعالى ان يتزوج يهودية قال له عمر رضى الله عنه دعها فانها لا تحصنك ولان الرق أثر من آثار الكفر فإذا كان الاحصان لا يثبت بوطئ الامة بالنكاح لما فيه من الرق فلان لا يثبت بوطئ الكافرة أولى وهذا لان معنى الازدواج لا يتم مع الاختلاف في الدين فقل ما يركن كل واحد منهما إلى صاحبه فكانت بمنزلة الصغيرة والمجنونة توضيحه ان الزوجين إذا كانا كافرين لا يصيرا محصنين بالدخول ومعنى المساواة فيما بينهما أظهر فإذا لم يثبت الاحصان بالوطئ هناك فلان لا يثبت هنا كان أولى وكذلك المسلمة لا يحصنها الزوج إذا كان كافرا بأن أسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما لم تصر هي بهذا الدخول محصنة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على ما قلنا وكذلك لا يحصنها العبد والمجنون

وغير البالغ اعتبارا لجانبها بجانبه فان الاحصان عبارة عن كمال الحال فلا يثبت الا بوطئ موصوف بكونه نعمة كاملة من الجانبين (قال) وجماع هؤلاء يحلها للزوج الذي قد طلقها ثلاثا قبل ذلك حتى ان المطلقة ثلاثا اذا كانت ذمية فتزوجت ذميا ثم أسلمت فدخل بها زوجها قبل ان يفرق بينهما حلت للزوج الاول بهذا الدخول لان النكاح صحيح بينهما قبل تفريق القاضى حتى لو أسلم فهما على نكاحهما والدخول بالنكاح الصحيح يحلها للزوج الاول وكذلك ان كان الزوج عبدا تزوجها باذن المولى ودخل بها حلت للزوج الاول لان اصابة الزوج الثاني انما كان مشروعا لرفع الطلاقات معاينة للزوج الاول وذلك يحصل بدخول العبد والكافر بها كما يحصل بدخول الحر المسلم بل معنى المعاينة في هذا أكثر بخلاف الاحصان فانه

[148]

انما يثبت بالوطئ بالنكاح لاعتبار معنى كمال النعمة والعبد والكافر في هذا ليس نظير الحر المسلم وعلى هذا دخول الصبي الذي يجامع مثله بالمرأة يحلها للزوج الاول عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يحلها للزوج الاول لان ثبوت الحل للاول يستدعى كمال الفعل ألا ترى أنه لا يحصل بالجماع فيما دون الفرج وفعل الصبي دون فعل البالغ فلانعدام صفة الكمال لا يثبت به الحل للزوج الاول ولكننا نستدل بقوله تعالى حق تنكح زوجا غيره واسم الزوج يتناول الصبي كما يتناول البالغ ثم هذا حكم مختص بالوطئ بالنكاح فيتعلق بوطئ الصبي كتقرير المسمى والعدة وما هو المعنى فيه وهو معاينة الزوج الاول حاصل أيضا فان استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقى من عسيلته قلنا ليس المراد بذوق العسيلة الانزال بل هي اللذة وهى تنال ذلك بوطئ الصبي الذي يجامع ولهذا يلزمها الاغتسال بنفس الايلاج وبه يتبين كمال فعل الصبي في الوطئ (قال) وكذلك فعل هؤلاء يوجب من التحريم ما يوجب جماع البالغ المحصن حتى أن الصبي الذي يجامع مثله يتعلق بوطئه حرمة المصاهرة وكذا الصبية التى يجامع مثلها ثبت حرمة المصاهرة بوطئها وانما يختلفون فيما إذا وطئ صغيرة لا يجامع مثلها فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت به حرمة المصاهرة وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يثبت لوجود فعل الوطئ حقيقة وهو كامل في نفسه حتى يتعلق به الاغتسال بالايلاج من غير انزال ويثبت به سائر أحكام الوطئ أيضا واعتبر الوطئ بالعقد فكما أن العقد على الصغيرة كالعقد على البالغة في ايجاب الحرمة فكذلك الوطئ وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا ثبوت حرمة المصاهرة ليس لعين الوطئ. ألا ترى أنه لا يثبت بالوطئ في غير المأتى ولكن ثبوته باعتبار معنى البعضية ولا تصور لذلك إذا كانت لا يجامع مثلها بخلاف ما إذا كانت يجامع مثلها لان حقيقة البعضية وان كانت باعتبار الماء فهو باطن لا يمكن الوقوف عليه فيقام السبب الظاهر مقامه وهو بلوغها حد الشهوة فإذا كانت ممن يشتهي أنزلت منزلة البالغة في ثبوت الحرمة بوطئها بخلاف ما إذا كانت لا تشتهي. ألا ترى أن اباحة هذا الفعل شرعا لمقصود النسل ثم جعل بلوغها حد الشهوة في حكم اباحة هذا الفعل قائما مقام حقيقة البلوغ فكذلك هنا بخلاف وجوب الاغتسال فانه متعلق باستطلاق وكاء المنى وذلك بمعنى الحرارة واللين في المحل فلماذا يستوى فيه التى يجامع مثلها والتى لا يجامع كما يستوى فيه الفعل في المأتى وغير المأتى (قال) والخلوة بين الزوجين البالغين

المسلمين وراء ستر أو باب مغلق بوجوب المهر والعدة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يوجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية والمراد بالمسيس الجماع هكذا قال ابن عباس رضى الله عنه أن الله تعالى يكنى القبيح بالحسن كما كنى بالمس عن الجماع ولان هذه خلوة خلت عن الاصابة فلا توجب المهر والعدة كالخلوة الفاسدة وهذا لان تقرر البديل في عقود المعاوضات بقيض المعقود عليه والمعقود عليه معنى في باطنها لا يصير مستوفى الا بالآلة التى تصل إلى ذلك الموضع فلا تكون الخلوة فيها قبضا كالقصاص فان حق من له القصاص في الباطن لا يصير مستوفى إلا بالآلة الجارحة فلم تكن الخلوة فيه قبضا والدليل عليه حكم الرجعة وبقاء المطالبة بالوطئ فان الخلوة في هذين الحكمين لا تجعل كاستيفاء المعقود عليه فكذلك في حكم المهر والعدة وحجتنا في ذلك قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض نهى عن استرداد شئ من الصداق بعد الخلوة فان الافضاء عبارة عن الخلوة ومنه يسمى المكان الخالى قضاء ومنه قول القائل أفضيت إليه بشعري أي خلوت به وذكرت له سرى وتبين بهذا ان المراد بما تلى المسيس أو ما يقوم مقامه وهي الخلوة وعن عبد الرحمن بن ثوبان رضى الله عن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف قناع امرأته وقبلها فلها المهر كاملا دخل بها ولم يدخل ولما فرق عمر وعلي رضى الله عنهما بين العنين وامراته الزماه كمال المهر وقال ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم وعن زرارة بن أبى أوفى أنه قال مضت السنة من الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم ان من أغلق على امرأته بابا أو أرخى حجابا كان عليه المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل بها ولانها أنت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها في البديل كما إذا وطئها الزوج وهذا لان البديل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البديل لا باستيفاء من عليه كما في البيع والاجارة إذا خلى البائع بين المبيع والمشتري أو خلى الأجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البديل وان لم يستوف وهذا لانا لو علقنا بقرار البديل بالاستيفاء امتنع من ذلك قصدا منه إلى الاضرار بمن له البديل وإذا ثبت أن المعتبر التسليم فالمستحق بالعقد عليها ما في وسعها وفي وسعها تسليم النفس في حال زوال المانع لا حقيقة استيفاء الوطئ فإذا أنت بما هو المستحق بقرار حقها في البديل على أن تقام نفسها مقام حقيقة المعقود عليه كما أنها في جواز العقد اقيمت نفسها مقام المعقود عليه فكذلك في حكم التسليم لان تقرر البديل بتسليم ما باعتباره يجوز العقد وهذا

بخلاف حق الرجعة فان ذلك من حق الزوج وهو متمكن من حقيقة الاستيفاء فإذا لم يفعل فهو الذى أبطل حق نفسه وليس من ضرورة وجوب العدة ثبوت الرجعة الا ترى ان بالموت يتقرر المهر والعدة وليس فيه تصور الرجعة ومطالبتها بالوطئ ليستعف به ويحصل لنفسها صفة الاحصان بسببه وذلك لا يحصل بالخلوة إذا ثبت هذا فنقول حد الخلوة الصحيحة أن لا يكون هناك مانع يمنع من وطئها طبعيا ولا شرعا حتى إذا كان أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع أو صائما في رمضان أو محرما أو كانت هي حائضا لا تصح الخلوة لقيام المانع طبعيا أو شرعا وفي صوم القضاء روايتان في أصح الروايتين تصح الخلوة لان الذى يجب بالفطر

قضاء يوم وهو يسير كما في صوم النفل وفي الرواية الاخرى لا تصح الخلوة اعتبارا للقضاء بالاداء وفي صوم النفل رواية شاذة أيضا انه يمنح صحة الخلوة بمنزلة حج النفل وكذلك ان كانت رتقاء أو قرناء لا يحصل التسليم لقيام المانع حسا بخلاف ما إذا كان الزوج محبوبا أو عينا وقد بيناه ولو كان بينهما ثالث لا تصح الخلوة لقيام المانع الا أن يكون الثالث ممن لا يشعر بذلك كصغير لا يعقل أو مغمى عليه أو نحو ذلك وان خلا بزوجته وهناك أمته وكان محمد رحمه الله تعالى يقول أولا تصح الخلوة بخلاف ما إذا كان هناك أمته لانه يحل له وطئ أمته دون أمته ثم رجع وقال لا تصح الخلوة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لانه يمتنع من غشيانها بين يدي أمته طبعاً وعلى هذا لو خلا بزوجته لم تصح الخلوة لما قلنا والمكان الذي لا تصح الخلوة فيه ان يأمن فيه اطلاق غيرهما عليهما بغير اذن كالدار والبيت وما أشبه ذلك ولهذا لا تصح الخلوة في المسجد والطريق الاعظم والسطح الذي ليس على جوانبه سترة وبعد صحة الخلوة إذا تصادقا على أنه لم يدخل بها لا يكونا محصنين لان الخلوة انما تجعل كالاستيفاء فيما هو من حكم العقد والاحصان ليس من ذلك في شئ فان أقر بالجماع لزمهما حكم الاحصان وان أقر به أحدهما صدق على نفسه دون صاحبه ولا يحصن الخصى إذا كان لا يجمع وكذلك المحبوب والعين فان جاءت بولد حتى ثبت به النسب من الزوج ففي الخصى والعين يكونا محصنين لان الحكم بثبوت النسب حكم بالدخول وفي المحبوب ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان على قول زفر رحمه الله تعالى هي تصير محصنة لما حكمنا بثبوت النسب من الزوج وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تصير هي محصنة لانه لا تصور للجماع بدون الآلة والحكم بثبوت النسب بطريق الانزال بالسحق وليس

[151]

ذلك من الجماع في شئ وثبوت حكم الاحصان يتعلق بعين الجماع والرتقاء لا تحصن الرجل لانعدام الجماع مع الرتق ولا احصان بالجماع في النكاح الفاسد لان الاحصان عبارة عن كمال الحال فانما يحصل بوطن هو نعمة بل نهاية في النعمة حتى لا يحصل بالوطئ بملك اليمين والوطئ بالنكاح الفاسد حرام فلا يوجب الاحصان (قال) وإذا دخل الخثني بامرأته أو دخل بالخثني زوجها فهما محصنان لانه لما حكم بكونه رجلا أو امرأة فالجماع بالنكاح الصحيح تحقق بينهما فيثبت به حكم الاحصان (قال) ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا والعياد بالله تعالى بطل احصانها لان الردة تحبط العمل ويلحق المرتد بمن لم يزل كافرا فكما ان الكافر الاصل لا يكون محصنا فالمرتد كذلك فان أسلما جميعا لم يكونا محصنين الا بجماع جديد بمنزلة زوجين حربيين أو ذميين أسلما وكذلك العبد مع امرأته الامة إذا أعتقا لم يكونا محصنين حتى يجامعها بعد العتق فان جامعها فهما محصنان علما بالعتق أو لم يعلما علمت المرأة ان لها الخيار أو لم تعلم فإذا جامعها قبل ان تختار نفسها فقد جامعها بنكاح صحيح بعدما كمل حالهما بالعتق فكانا محصنين (قال) وإذا ولدت المرأة من الرجل وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على الدخول بينهما وهو أقوى من شهادة شاهدين فإذا كان الاحصان يثبت بشهادة شاهدين فثبوت النسب أولى وهذا لانهما مكذبان في انكارهما الدخول شرعا والمكذب شرعا لا يعتبر انكاره (قال) وإذا أقرت المرأة ان زوجها قد جامعها وأنكر الزوج ثم فارقتها وانقضت عدتها حل لزوجها الاول الذي كان طلقها ثلاثا ان يصدقها ويتزوجها لانها أخبرت عن أمر بينها وبين ربها وهو حلها للزوج الاول ولا

حق للزوج الثاني في ذلك فانكاره في ذلك الحكم وجودا وعدما بمنزلة وكذلك ان اخبره بذلك ثقة ولو أنكرت الدخول بعد اقرارها وقد تزوجها الزوج الاول لم تصدق في ذلك لانها مناقضة ولو كان زوجها الذي فارقتها هو الذي اقر بالجماع ولم تقر هي لم يحل للزوج الاول ان يتزوجها ولا يصدق الزوج الثاني عليها لانه لا حق له في حلها وحرمتها للزوج الاول ولا قول له في ذلك أصلا ويستوى ان كان خلا بها أو لم يخل بها ألا ترى أنها لا تصير محصنة باقرار الزوج الثاني أنه قد جامعها إذا أنكرت هي فكذلك لا تصير محللة للزوج الاول (قال) وإذا قالت طلقني زوجي أو مات عني وانقضت عدتي حل لخاطبتها ان يتزوجها ويصدقها لان الحل والحرمة من حق الشرع وكل مسلم أمين مقبول القول فيما هو من حق الشرع انما

[152]

لا يقبل قوله في حق الغير إذا أكذبه من له الحق ولا حق لاحد هنا فيما أخبرت به فلهذا جاز قبول خبرها في ذلك والله أعلم بالصواب * (باب نكاح المتعة) * (قال) بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وتفسير المتعة أن يقول لامرأته اتمتع بك كذا من المدة بكذا من البذل وهذا باطل عندنا جائز عند مالك بن أنس وهو الظاهر من قول ابن عباس رضى الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن ولانا اتفقنا على انه كان مباحا والحكم الثابت بيقى حتى يظهر نسخه ولكن قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالأنار المشهورة فمن ذلك ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضى الله عنهم أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنه حديث الربيع بن سبرة رضى الله عنه قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام فجننت مع عم لى إلى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكان بردة عمي أحسن من بردتي فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر إلي شبابى والى بردته وقالت هلا بردة كبردة هذا أو شباب كشياب هذا ثم أثرت شبابى على بردته فبت عندهما فلما أصبحت إذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادى الا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت في المتعة قط انما تثبت الاباحة مؤقتة بثلاثة أيام فلا يبقى ذلك بعد مضي الايام الثلاثة حتى يحتاج إلى دليل النسخ وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول نسختها آية الطلاق والعدة والميراث وكان عمر رضى الله عنه يقول لو كنت تقدمت في المتعة لرحمت وقال جابر بن يزيد رضى الله عنه ما خرج ابن عباس رضى الله عنهما من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فثبت النسخ باتفاق الصحابة رضى الله عنهم ولما سئلت عائشة رضى الله عنها عن ذلك فقالت بينى وبينكم كتاب الله تعالى وتلت قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الآية وهذه ليست بزوجة له ولا ملك بمين له وبيان أنها ليست بزوجة ما قال في الكتاب أنه لا يرث أحدهما من صاحبه بالزوجة ولا يقع عليها الطلاق والظهار والايلاء واستكثر من الشواهد لذلك في الكتاب والمراد بقوله

[153]

فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا بأموالكم محصنين والمحصن الناكح (قال) وان قال تزوجتك شهرا فقالت زوجت نفسي منك فهذا متعة وليس بنكاح عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى هو نكاح صحيح لان التوقيت شرط فاسد فان النكاح لا يحتمل التوقيت والشرط الفاسد لا يبطل النكاح بل يصح النكاح ويبطل الشرط كاشتراط الخمر وغيرها توضيحه أنه لو شرط أن يطلقها بعد شهر صح النكاح ويبطل الشرط فكذا إذا تزوجها شهرا وحجتنا في ذلك ما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال لا أوتى برجل تزوج امرأة إلى أجل الا رحمته ولو أدركته ميتا لرحمت قبره والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل التوقيت انما التوقيت في المتعة فإذا وقتا فقد وجد منهما التنصيص على المتعة فلا ينعقد به النكاح وان ذكر لفظ النكاح وهذا لانه لا يخلو أما أن ينعقد العقد مؤبدا أو في مدة الاول باطل فانهما لم يعقدا العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد الحكم في زمان لم يعقدا فيه العقد ألا ترى أنهما لو أضافا النكاح إلى ما بعد شهر لم ينعقد في الحال لانهما لم يعقدا في الحال فكذلك هنا ولا يجوز أن ينعقد في المدة لان النكاح لا يحتمل ذلك وهذا يبين أن التوقيت ليس بمنزلة الشرط ولكن يندم بالتوقيت أصل العقد في الزمان الذي لم يعقده فيه وهذا بخلاف ما إذا شرط أن يطلقها بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط القاطع بعد شهر لينقطع به دليل على أنهما عقدا العقد مؤبدا ألا ترى أنه لو صح الشرط هناك لا يبطل النكاح بعد مضي شهر وهنا لو صح التوقيت لم يكن بينهما عقد بعد مضي الوقت كما في الاجارة. وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى ان ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان أكثر من ذلك كمائة سنة أو أكثر يكون النكاح صحيحا لان في هذا تأكيد معنى التأييد فان النكاح يعقد للعمر بخلاف ما إذا ذكرنا مدة قد يعيشان أكثر من تلك المدة وعندنا الكل سواء لان التأييد من شرط النكاح فالتوقيت يبطله طالت المدة أو قصرت والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب الدعوى في النكاح) * (قال) رضى الله عنه وإذا ادعى الرجل نكاح امرأة وأقام عليها البينة وأقامت أختها

[154]

عليه البينة انها امرأته وانه أتاها بزواج فالقول قول الرجل والبينة بينته صدقته أو لم تصدقه لان ملك النكاح على المرأة للزوج ولهذا كان البذل عليه لها فالزوج يثبت بينته ما هو حقه والاخرى تثبت بينتها حق لزوج وهو ملك النكاح له عليها وبينه المرء على حق نفسه أولى بالقبول ولان عند تعارض البينتين لا وجه للعمل ببينة الاخرى في اثبات نكاحها فلو قبلناها انما نقبلها في نفي النكاح على امرأة أثبت الزوج نكاحها والبينات للاثبات لا للنفي ومعنى هذا ان دعوى الزوج نكاح احدى الاختين اقرار منه بحرمة الاخرى عليه في الحال واقاراره موجب للفرقة فعرفنا انه لا وجه للقضاء بنكاح الاخرى فيثبت تلك البينة قائمة على النفي ولا مهر للاخرى ان لم يكن دخل بها لان أصل نكاحها لم يثبت ولو كان الزوج أقام البينة أنه تزوج أحدهما ولا تعرف بعينها غير ان الزوج قال هي هذه فان صدقته فهي امرأته لتصادقهما فان تصادقهما في حقهما أقوى من البينة فان جحدت ذلك فلا نكاح بينه وبين واحدة منهما لان الشهود لم يشهدوا على شيء بعينه والشهادة بالمجهول لا تكون حجة ولانه اما ان تزوج احدهما بغير عينها فيكون ذلك باطلا أو تزوج احدهما بعينها ثم نسيها الشهود فقد ضيعوا شهادتهم فإذا بطلت الشهادة بقى دعوى الزوج ولا يثبت النكاح

بدعوته ولا يمين له على التي يدعي النكاح عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يرى الاستخلاف في النكاح ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وكذلك لو قامت البينة لامرأة بعينها ان أحد هذين الرجلين تزوجها ولا يعرفون أيهما هو والرجلان ينكران ذلك فهو باطل ولا مهر على واحد منهما فان ادعت المرأة ذلك على أحدهما فلا يمين عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان دعواها دعوى النكاح وان ادعت أنه طلقها قبل الدخول وان لها عليه نصف المهر استحلته على نصف المهر لان دعواها الآن دعوى المال والاستخلاف مشروع في دعوى المال فان نكل عن اليمين لزمه ذلك ولا يثبت النكاح لان الاستخلاف كان في المال لا في النكاح وانما يقضى عند النكول بما استحل في خاصة كما في دعوى السرقة إذا استحل فنكل يقضى بالمال دون القلع (قال) وان ادعت أختان أنه تزوجهما بيعا وكل واحدة منهما تقيم البينة أنه تزوجها أولا كان ذلك إلى الزوج فايهما قال هي الاولى فهي الاولى وهي امراته لان المعارضة بين البينتين قد تحققت والعمل بهما غير ممكن لحرمة الجمع بين الاختين نكاحا وقد علمنا أن الثابت أحدهما وهو السابق

[155]

منهما فاما أن يكون بيان السابق منهما إلى الزوج لانه أعرف الناس بها ولانه صاحب الملك واما أن يقال تصديقه احدهما يرجح بينتها فإذا ظهر الرجحان في بينة احدهما قضى بنكاحها واندفعت بينة الاخرى ولا مهر لها عليه ان لم يدخل بها فان جحد الزوج ذلك كله وقال لم أتزوج واحدة منهما أو قال تزوجتهما جميعا ولا أدري أيتهما الاولى فهو سواء ويفرق بينه وبينهما لان العمل بالبينتين غير ممكن فلا ترجيح لاحدهما فتعين التفريق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما ان كان لم يدخل بهما من قبل انه كان يقدر على أن يبين فإذا تجاهل في ذلك لم يبرأ من المهر ومعنى هذا الكلام أن نكاح احدهما صحيح بدليل أنه لو بين الزوج أن هذه هي الاولى حكمنا بصحة نكاحها فإذا أبي أن يبين كان ذلك منه بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بينه وبين التي صح نكاحها قبل الدخول فيلزمه نصف المهر وليست احدهما بأولى من الاخرى فلهذا كان نصف المهر بينهما ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال جمع في السؤال بين فصلين وأجاب عن احدهما فان هذا الجواب عما إذا قال تزوجتهما جميعا ولا أدري أيتهما الاولى أما إذا قال لم أتزوج واحدة منهما ينبغي أن لا يجب عليه شيء من المهر لان العمل بالبينتين تعذر للتعارض وهو منكر ولا يجب المهر الابحة والاصح ان هذا جواب الفصلين لان المعارضة بين البينتين في حكم الحل دون المهر ألا ترى ان البينتين لو قامتا بعد موت الزوج عمل بهما في حق المهر والميراث فإذا لم يكن تعذر العمل والمعارضة في حكم المهر وجب نصف المهر في حق الزوج وليست احدهما بأولى من الاخرى فكان بينهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الامالى قال لا شيء عليه لان المقضى له بالمهر منهما مجهول وجهالة المقضى له تمنع صحة القضاء وعند محمد رحمه الله تعالى أنه قال يقضى بجميع المهر لان النكاح لم يرتفع بحجوده فيقضى بمهر كامل للتي صح نكاحها (قال) وان كان دخل بأحدهما كان لها المهر وهي امراته لترجح جانبها بالدخول فان البينتين إذا تعارضتا على العقد تترجح احدهما بالقبض كما لو ادعى رجلا نكاح الملك في عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت هنا بان يجعل نكاح التي دخل بها سابقا فان قال الزوج هي الاخرة

وتلك الاولى فرق بينه وبينها لاقرارها بحرمتها عليه وكان ذلك بمنزلة
اكتساب سبب الغرفة بعد الدخول

[156]

بالنكاح الصحيح حتى يلزمه المهر المسمى لها ولا يصدق على أن ينقصها
عن ذلك وكانت الاخرى امرأته أيضا لتصادقهما على النكاح باقرار الزوج
انها هي الاولى (قال) ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى انها
امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما وكان قد دخل بها فهي
امرأته لما ان الترحيح يحصل باليد عند تعارض البينتين في العقد ولان
تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ
كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فحينئذ يسقط
اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق فان لم تكن في يد احدهما
فايهما اقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ
في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة أو باقرار الخصم وان لم يكن
لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انها تزوجته قبل الآخر فهي امرأته
اما لان بينته تترجح باقرارها له كما بينا في جانب الزوج أو لان البينتين لما
تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح
فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما وان لم تقر بشئ من ذلك فرق بينهما
وبينها لان المعارضة والمساواة قد تحققت والعمل بالبينتين غير ممكن
لان ملك الحل لا يحتمل الشركة وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل
نكاحهما بخلاف ملك اليمين فان الملك يحتمل الشركة فيجب العمل
البينتين هناك بحسب الامكان وهذا لان مقصود الملك هو التصرف وذلك
يثبت مع الشركة وهنا المقصود استباحة الوطئ والنسل وهذا يفوت
بالشركة فإذا تعذر العمل بهما وليس أحدهما بأولى من الآخر يتعين
البطلان فيهما فان كانا لم يدخلها فلا مهر لها لان نكاح واحد منهما لم
يثبت ولان الفرقة بمعنى من جهتها فلا مهر لها قبل الدخول وان كانا قد
دخلها جميعا ولا يدري أيهما أول فعلى كل واحد منهما الاقل مما سمي
ومن مهر المثل لان كل واحد منهما إن تقدم نكاحه تأكد المسمى بالدخول
وان تأخر فلها مهر المثل بالدخول لسقوط الحد بشبهة العقد غير أن المال
بالشك لا يجب وانما يجب القدر المتيقن والمتيقن هو الاقل فلهذا كان
على كل واحد منهما الاقل من المسمى ومن مهر المثل (قال) فان جاءت
بولد لزمهما جميعا وكان ولدهما يعقلان عنه بناء على قولنا أن النسب يثبت
من رجلين خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وهي مسألة كتاب الدعوى
ويرثانه ميراث أب واحد بينهما نصفان لان الاب في الحقيقة أحدهما وهو
من حق الولد من مائه فيجب ميراث أب واحد وليس أحدهما بأولى من الآخر

[157]

فيكون بينهما نصفين ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا
وقال زفر رحمه الله تعالى يرث من كل واحد منهما نصف ميراث ابن لانه
ابن أحدهما فكما أن في جانبهما يرثانه ميراث أب واحد فكذلك في جانبه
يرث منهما ميراث ابن واحد ولكننا نقول هو ابن لكل واحد منهما كما قال
عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما هو أبنتهما ويرثهما وهذا لان البنوة لا

تحتمل التجزى الا أن في جانبهما تحققت المزاحمة فثبتت المناصفة وفي جانبه لا مزاحمة فيرت من كل واحد منهما ميراث ابن كامل حتى لو انعدمت المزاحمة في جانبهما بأن مات أحدهما قبل الغلام أحرز الثاني من مال الغلام ميراث أب كامل وهو معنى قول عمر وعلي رضى الله تعالى عنهما وهو للباقي منهما ولو كانت المرأة أقرت أن أحد الرجلين هو الزوج لزمه الولد خاصة لان نكاح المقر له قد ثبت باقرارهما وثبوت نسب الولد منه باعتبار الفراش ولا معارضة بين الفراش الصحيح والفاسد فلهذا ثبت نسب الولد منه فان لم تقر بذلك حتى ماتت كان على كل واحد منهما نصف ما سمي لها من المهر وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفين لان نكاح أحدهما صحيح منته بالموت فيكون له الميراث وعليه المسمى لها وليس أحدهما بأولى من الآخر فلذلك تنصف بينهما الميراث والمهر المسمى وهذا لان تعذر العمل بالبينتين ووجوب التوقف لمعنى الحل وذلك يزول بموتها الا ترى انه لو كان إقامة البينة من الرجلين بعد الموت وجب العمل بهذه الصفة فكذلك إذا ماتت بعد إقامة البينتين وهذا لان المقصود من النكاح بعد الموت الميراث وهو مال يحتمل الشركة وفي حال الحياة المقصود هو الحل وهو غير محتمل للشركة (قال) ولو لم تمت هي ولكن مات أحد الرجلين فان قالت المرأة هذا الميت هو الاول فلها في ماله المهر والميراث فان تصديقها بعد موت الزوج كتصديقها في حياته فيثبت النكاح بينهما فينتهي بالموت الا ترى ان رجلا لو أقر بنكاح امرأة فصدفته بعد الموت كان تصديقها صحيحا لان النكاح بموت الزوج يرتفع إلى خلف وهو العدة (قال) وإذا تزوجت المرأة زوجين في عقدة واحدة كان النكاح باطلا لان النكاح لا يحتمل الاشتراك وليس أحدهما بأولى من الآخر ولا خيار لها في ذلك لان ثبوت الخيار ينبنى على صحة السبب ولم يصح السبب في حق كل واحد منهما لاقتران المناقضى به وكذلك لو كانت ذمية أو حربية ثم أسلموا لان هذا لا يتجه عند أحد ممن يعتقد مله فحكم أهل الملل في ذلك سواء (قال) ولو كان أحد الزوجين له

[158]

أربع نسوة كان نكاح الذى ليس له نسوة منهما جائز لانه لو انفرد نكاح الذى له أربع نسوة لم يصح ولو انفرد نكاح الآخر كان صحيحا فإذا اجتمعا صح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وهذا لان المعارضة لا تتحقق بين ماله صحة وبين ما لا صحة له وإذا صح نكاح أحدهما فعليه جميع ما سمي لها ان كانا سميا ألف درهم وهذا على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر بمنزلة ما لو تزوج امرأتين واحدهما لا تحل له بمهر واحد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين هذه وبين تلك فيقولان الألف هنا بمقابلة بضعها وقد سلم ذلك للذى صح نكاحه بكماله فاما هناك الألف مسمى بمقابلة بضعين فإذا لم يسلم له الا أحدهما لا يلزمه الا مقدار حصته من المهر وان كان سمي كل واحد منهما لنفسه خمسمائة لم يلزم هذا الزوج الا خمسمائة لانه ما التزم الا هذا المقدار ولا يلزم من المهر لا قدر ما التزمه بخلاف الاول فان هناك كل واحد منهما قد سمي جميع الألف بمقابلة بضعها فإذا سلم ذلك لاحدهما لزمه جميع المهر (قال) والنكاح الفاسد إذا لم يكن فيه مسيس أو نظر لا يثبت حرمة المصاهرة لان النكاح انما يقام مقام الوطئ في اثبات حرمة المصاهرة لانه يتوصل به إلى الوطئ شرعا وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد فلهذا لا يثبت به الحرمة ولان النكاح الفاسد أصله غير منعقد فالسبب الفاسد لا يثبت الا الملك الحرام وموجب النكاح ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فإذا انعدم اثبات

الملك الحلال بالسبب الفاسد والملك الحرام بالنكاح لا يكون خلا السبب عن الحكم والاسباب الشرعية انما تعتبر لاحكامها فكل سبب خلا عن الحكم كان لغوا وإذا أقامت المرأة البينة على النكاح والزوج جاحد يثبت نكاحها ولم يفسد بحجوده لان النكاح الثابت لا يرتفع الا بالطلاق وحجوده ليس بطلاق فان الطلاق قطع للنكاح والجحود نفى للنكاح أصلا فلا يصير به قاطعا فلهذا قضى بالنكاح بينهما والله أعلم بالصدق والصواب * (باب الغرور في المملوكة) * (قال) رجل تزوج امرأة على أنها حرة فولدت له أولادا فإذا هي مكاتبه قد أذن لها مولاهما في التزوج أخذت عقرها وقيمة ولدها الا في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال لا تجب قيمة الولد أصلا لأنها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها وفي هذا تحصيل بعض مقصودها وفي ظاهر الرواية يقول هذا ان لو دخل الولد في كتابتها ولم يدخل لانه علق حرا

[159]

فوجب العقر وقيمة الولد لها كما هو الحكم في المغرور وهي بالكتابة صارت أحق باجزائها ومنافعها فما هو بدل جزء منها فهو لها ثم يرجع الاب بقيمة الولد على الذي غره ان كان رجل حر غره بأن زوجها منه على أنها حرة فان كانت المكاتبه هي التي غرته بأن زوجت نفسها منه على أنها حرة فلا شئ لها عليه من قيمة الولد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول لانها لو رجعت عليه بقيمة الولد رجع هو عليها بذلك بسبب الغرور فلا يكون مفيدا ثم رجع فقال لها أن تأخذ قيمة الولد وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان رجوعه عليها بعد العتق فان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة فيتأخر إلى ما بعد عتقها والقيمة لها عليه في الحال فكان الرجوع مفيدا وان مات مولاهما وهي مكاتبه على حالها فورثه أب الولد خبرت بين أن تبطل الكتابة وبين أن تمضى عليها لانها ان أبطلت الكتابة صارت مملوكة لاب الولد بالميراث ولها منه ولد ثابت النسب فتصير أم ولد له فقد تلقاها جهتا حرة احدهما مؤجلة بغير بدل وهو الاستيلاد والاخرى معجلة ببدل وهو الكتابة فان مضت على الكتابة فعتقت بالاداء فانما عتقت على ملك المولى الاول وكان ولاؤها له وان مات أب الولد قبل أن تؤدي عتقت وبطلت عنها المكاتبه لانها بمنزلة أم الولد فتعتق بموت السيد فان قبل هو لم يملك رقبتها إذا اختارت المضى على الكتابة (قلنا) نعم ولكنه صار أحق الناس بها حتى لو أعتقها نفذ عتقه فكذلك إذا مات لان عتق أم الولد متعلق بموت المولى شرعا على أن يصير المولى كالمعتق لها ولانها انما اختارت الكتابة لما في في العتق بجهة الاستيلاد من التأخير فإذا تعجل ذلك بموت المولى فالظاهر أنها تختار هذه الجهة فإذا عتقت سقط عنها بدل الكتابة إما لانفساخ العقد برضاها أو لوقوع الاستغناء لها عن أداء البدل وهو بمنزلة ما لو وهب لها المكاتبه ومعنى هذا أن حق المستولد فيها إلى موته فبالموت يصير مسقطا حقه فكأنه ابرأها عن بدل الكتابة والوارث إذا كان واحدا فابراء المكاتب عن المكاتبه يصح ابرأؤه ويعتق ولهذا لو كان معه شريك في الميراث سعت في مكاتبتها على حالها لان ابراء أحد الوارثين عن نصيبه من بدل الكتابة لا يوجب عتق شئ منها وانما جعلناه كالمبرئ لتعتق فإذا كانت لا تعتق هنا لم يكن مبرئا ولانه لم يسلم لها العتق مجانا في الحال فبقيت على اختيارها الاول وهو المضى على الكتابة فلهذا سعت في مكاتبتها وكان الولاء للاول إذا أدت ألا ترى ان المكاتب إذا ورثه رجلان فاعتقه أحدهما كان عتقه باطلا ولو كانت

المكاتبة حين ورثها رجلان اختارت ان تكون أم ولد بطلت الكتابة ويضمن أب الولد نصف قيمتها لشريكه لان حكم الاستيلاء كما ثبت في نصيبه ثبت في نصيب الشريك أيضا لانه لا يحتمل التجزى فصار هو ممتلكا نصيب شريكه بضمنان القيمة وضمنان التملك لا يختلف باليسار والاعسار (قال) أمة عرت رجلين من نفسها فتزوجاها على انها حرة فولدت لهما أولادا ثم ملكاها بوجه من الوجوه كانت أم ولد لهما لانهما ملكاها ولكل واحد منهما ولد ثابت النسب منها وان ملكها أحدهما فهي أم ولد لهذا المعنى وهذا لان نسب الولد لما ثبت بشبهة النكاح كان هذا بمنزلة الاستيلاء بعد الملك في ثبوت حق الولد في حقيقة الحرية فكذلك في ثبوت حقها في أمية الولد لان حقها تبع لحق الولد فان كانت قد ولدت عند المولى أولادا بعد ذلك فملكها أحدهما مع أولادها كان أولادها من غيره ارقاء لان ثبوت حق أمية الولد فيها بعدما تملكها المستولد فان حق الحرية كحقيقة الحرية في استدعائه ملك الحل وقد انفصل الاولاد قبل ثبوت الحق فيها فلا يسرى ذلك الحق إليهم (قال) وإذا عرت الأمة رجلا من نفسها وأخبرته انها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه فولدت له أولادا ثم استحقتها رجل أخذها وعقرها وقيمة ولدها كان لاب الولد ان يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذى باعه لان سبب الغرور مباشرة البيع وانما كان ذلك من البائع ومضى ملكها المغرور بعد ذلك فهي أم ولد لثبوت نسب الولد منه والله أعلم بالصواب * (باب النكاح في العقود المتفرقة) * (قال) رضى الله عنه ولا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح الا على قول الروافض فانهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والواو للجمع فإذا جمعت بين هذه الاعداد كان تسعا ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع نسوة وهو قدوة الامه صلى الله عليه وسلم فما يجوز له يجوز لامنه وحجتنا في ذلك قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداء قال الفراء رحمه الله تعالى لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى في الكلام والدليل عليه قوله تعالى أولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد وقد بينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بسبب اباحة تسع نسوة له وهو اتساع حله

بفضيلة النبوة فان بزيادة الفضيلة يزداد الحل كما بين الاحرار والمماليك ولم ينقل عن أحد في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا وفى قوله صلى الله عليه وسلم يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطليقتين ما يدل على أن الحر لا يتزوج أكثر من أربع لان حال المملوك على النصف من حال الحر وله أن يتسرى على الاربع ما بدا له من السرارى ما خلا امرأة ذات رحم محرم منها من نسب أو رضاع لحديث عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه ما حرم الله تعالى من الحرائر شيئا الا وقد حرم من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به العدد إذ التسرى غير محصور بعدد لان النكاح انما كان محصورا بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهما في القسم وعند كثرة العدد يعجز عن ذلك وفي

الاماء لا يلزمه التسوية بينهما في القسم فهذا لا يكون محصورا بالعدد واليه أشار الله تعالى في قوله تعالى فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم فاما سائر أسباب الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمحرمية لا تختلف بالمنكوحه والمملوكه (قال) رجل تزوج أربع نسوة بالكوفة ثم طلق احداهن بغير عينها بمكة ثم تزوج مكية ثم طلق احدي نساءه ثم تزوج بالطائف أخرى ثم مات ولم يدخل بواحدة منهن فنقول العقود كلها قد صحت منه لانه انما تزوج المكية بعد ما طلق احدي الكوفيات قبل الدخول فحين تزوجها لم يكن في نكاحه الا ثلاث نسوة فان قيل أليس ان الطلاق المبهم يجعل كالمتعلق بخطر البيان فينبغي ان لا يصح نكاح المكية (قلنا) هذا في حق المحل لوجود النكير في المحل فاما في جانب المطلق لا ابهام لانه متعين في نفسه وحكم العدد ينبنى على العدد في جانبه وهو يعلم انه تزوج المكية وليس في نكاحه الا ثلاث نسوة ثم تزوج الطائفية وليس في نكاحه الا ثلاث نسوة ثم المسألة تشتمل على حكم المهر والميراث والعدة أما بيان حكم المهر أن للطائفية مهرا كاملا لان نكاحها قد صح ولم يحدث بعد نكاحها طلاق فيتقرر مهرها بالموت وللمكية سبعة أثمان المهر لانه بعدما تزوجها طلق احدي نساءه الاربع قبل الدخول وذلك مسقط نصف مهر المثل متردد بينها وبين ثلاث من الكوفيات فيتوزع النقصان عليهن أرباعا فيصيبها نقصان نصف ربع صداق وذلك ثمن صداق يبقى لها سبعة أثمان صداق وأما الكوفيات فلهن ثلاثة أصدقة وثمان صداق بينهما سواء لانه حين طلق احداهن أولا فقد سقط بهذا الطلاق نصف مهر ومن الطلاق الثاني أصابهن أيضا نقصان ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك

[162]

ثلاثة أثمان مهر وفي الاصل لهن أربعة أصدقة فإذا نقصت من ذلك مرة نصف صداق ومرة ثلاثة أثمان صداق يبقى ثلاثة أصدقة وثمان صداق وحالهن في ذلك سواء فيقسم بينهما بالسوية أربعا وأما الميراث فللطاائفية ربع ميراث النساء ثمانا كان أو ربعا لانها احدي نساءه بيقين وللمكية ربع ما يبقى لان الباقي وهو ثلاثة أرباع ميراث النساء لا يراحمها فيه الا ثلاث من الكوفيات وحالهن فيه سواء فلها ربع ذلك والباقي بين الكوفيات بالسوية لاستواء حالهن في ذلك وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها أما في حق الطائفية فللتيقن بانتهاء نكاحها بالموت وفي حق البواقي لاحتمال ذلك والعدة يحتاط لايجابها (قال) ولو كان بعد ما تزوج الطائفية طلق احدي نساءه ثم مات فنقول أما بيان حكم المهر ان للطائفية هنا سبعة أثمان مهرها لانه طلق احدي نساءه بعدما تزوجها فانتقص به نصف صداق وانما يصيبها من ذلك النقصان الربع فيبقى لها سبعة أثمان صداق وللمكية ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر لان من النقصان الحاصل بالتطليقة الاخيرة انما يصيبها ربع ثلاثة أرباع نصف صداق فان هذا النقصان يدور بينها وبين ثلاث من الكوفيات وربع ثلاثة أرباع النصف يكون ثلاثة أرباع ثمن الصداق فقد أصابها بالتطليقة الثانية نقصان ثمن صداق كما قلنا والتطليقة الثالثة ثلاثة أرباع ثمن فيبقى لها ستة أثمان وربع ثمن فإذا جمعت ذلك كان مهرا وثمان مهر وربع ثمن مهر صداق وللكوفيات مهرا وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن صداق لانه انتقص من مهورهن بالطلاق الاول نصف صداق وبالطلاق الثاني ثلاثة أثمان صداق وبالطلاق الثالث ثمان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهرا وثمان مهر وربع ثمن مهر فاذا نقصت ذلك من أربعة مهور يبقى مهرا وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن وفي حكم الميراث والعدة هذا والاول في الترخيص سواء (قال) وإذا تزوج امرأة

في عقدة وامرأتين في عقدة وثلاثا في عقدة ولا يعلم أيتهن الاولى فأما
الواحدة فنكاحها صحيح بيقين لان الصحيح من العقدين الاخيرين أحدهما
ونكاح الواحدة صحيح تقدم أو تأخر والقول قول الزوج في الثلاث والثنتين
أيتهن قال هي الاولى لان نكاح أحد الفريقين صحيح وهو السابق والزوج
هو الذي يعرف ذلك لانه باشر العقود فيعرف السابق من المتأخر ولانه
صاحب ملك فأليه بيان محل ملكه ولان حقوق النكاح تجب عليه فأليه بيان
من يستوجب الحق عليه وأى الفريقين مات والزوج حي فقال هن الاولى
ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الاواخر لان حق البيان الثابت له
لا يبطل بموتهن

[163]

فان الموت منه للنكاح مقرر لاحكامه وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في
صحته أو عند موته لاحد الفريقين هؤلاء الاول فهو الاول ويفرق بينه وبين
الواحد ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها لدخوله بها بحكم
نكاح فاسد ومراده بهذا الفصل ان دخوله بهن لا يؤثر في البيان إذا لم يعلم
من دخل بها أولا لان حال الفريقين في ذلك سواء وان قال الزوج لا أدري
أيتهن الاولى حب عنهن الا عن الواحدة لانه انما يخلى بينه وبين من صح
نكاحها منهن ونكاح الواحدة صحيح فيخلى بينه وبينها ولم يتيقن من صح
نكاحه من الفريقين الآخرين فيكون محجوبا عنهن مخيرا على ان يبين
الاول من الآخر فان مات قبل ان يبين فغى المسألة بين حكم الميراث
والمهر والعدة أما بيان حكم المهر ان للواحدة ما سمى لها من المهر
بكمالها لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف بينهن وللثنتين مهر
واحد بينهما على اختلاف الاصلين فان أصل أبى يوسف رحمه الله تعالى
في جنس هذه المسائل اعتبار الجملة والتخريج على ذلك فنقول أكثر
مالهن ثلاثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلاث وأقل مالهن مهرا بان
يكون السابق نكاح المثني فالتردد في مهر واحد يثبت في حال دون حال
فيتنصف فكان لهن مهرا ونصف ثم لا خصومة للثنتين في الزيادة على
مهرين فيسلم ذلك للثلاث وهو نصف مهر يبقى مهرا استوت فيه منازعة
الفريقين فكان بينهما نصفين فيحصل للثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر
واحد وأصل محمد رحمه الله تعالى في ذلك اعتبار الاحوال في حق كل
فريق على حدة فيقول أما الثلاث فان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان
لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وأما المثني فان
صح نكاحهما فلهما مهرا وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك
ونكاحهما يصح في حال دون حال فلهما مهر واحد وأما حكم الميراث
فنقول للواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين من ميراث النساء ربعا كان
أو ثمنا لان نكاحها صحيح على كل حال فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ربع
ميراث النساء وان صح مع الثنتين فلها ثلث والربع بيقين وما زاد عليه إلى
تمام الثلث يثبت في حال دون حال فيتنصف فنحتاج إلى حساب له ثلث
وربع وذلك اثنا عشر ثم يتنصف السهم الزائد على الربع إلى تمام الثلث
فيتكسر بالانصاف فيضعف الحساب فيكون أربعة وعشرين فان صح نكاحها
مع الثلاث فلها ستة من أربعة وعشرين وان صح نكاحها مع المثني فلها
ثمانية فالتردد في سهمين فيثبت أحدهما ويسقط الآخر فكان لها سبعة
من أربعة

وعشرين وما بقى وهو سبعة عشر سهما بين الفريقين الآخرين نصيفين في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى للمثنى من ذلك ثمانية أسهم وللثلاث تسعة أسهم وجه قولهما أن السهم لزيد على ستة عشر لا منازعة فيه للمثنى لانه ان صح نكاحهما فلهما ثلثا الميراث ستة عشر من أربعة وعشرين فيسلم ذلك السهم للثلاث وقد استوت منازعة الفريقين في ستة عشر فكان بينهما نصيفين أو يعتبر حال كل فريق فنقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة وان صح نكاح المثنى فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك ثمانية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما بقى من ميراث النساء بعد ما أخذت الواحدة نصيبها بمنزلة جميع ميراث النساء أن لو لم تكن الواحدة أصلا ولو لم تكن الواحدة أصلا كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصيفين فكذلك ما بقى وهذا لان علة الاستحقاق في حق الفريقين سواء فان كل واحد منهما مستحق إذا كان سابقا محروم إذا كان مسبوqa وقولهما ان المثنى لا يدعيان السهم الواحد فانما لا يدعيان ذلك باعتبار استحقاق الواحدة لذلك السهم فاما بدون استحقاقهما فهما يدعيان جميع الميراث وقد خرج ذلك السهم من أن يكون مستحقا للواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء فلهذا قسم بين الفريقين نصيفين (قال) وعليهن عدة المتوفى عنهن أزواجهن احتياطا لما قلنا وان كان قد دخل بهن كلهن ولا يعرف الاول والآخر فعلى الثلاث والثنتين عدة الوفاة والحيض جميعا على معنى ان كل واحدة تعد أربعة أشهر وعشرا تستكمل في ذلك ثلاث حيض لان من وجه عليهن عدة الوفاة وهو ما إذا صح نكاحهن ومن وجه الحيض وهو ما إذا فسد نكاحهن فتجب العدة بالحيض لاجل الدخول فيجمع بينهما احتياطا فاما على الواحدة عدة المتوفى عنها زوجها لا حيض في ذلك لان نكاحها صحيح بيقين ثم ان كان مهر مثل كل واحدة من الثلاث والثنتين أقل من المسمى فلها مهر مثلها ونصف الفضل إلى تمام المسمى لان في وجوب الاقل وهو مهر المثل اما بالعقد أو بالدخول يقين وما زاد إلى تمام المسمى تستحقه كل واحدة ان صح نكاحها ونكاحها يصح في حال دون حال فلهذا كان لكل واحدة نصف ذلك فان كان الزوج حيا فجامع امرأة منهن أو طلقها أو ظاهر منها كان هذا اقرارا منه بانها ومن معها الاولى لان البيان تارة يحصل

بالتصريح وتارة بالدليل فاقدامه على الظهار والطلاق في احدهن بيان منه ان نكاحها صحيح لان ما باشره من التصرف مختص بالنكاح الصحيح وكذلك ان جامع لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن وانما يكون وطؤه اياها حلالا إذا كان صح نكاحها فلهذا كان هذا بمنزلة البيان منه ان السابق عقدها (قال) وان كانت إحدى الثلاث أم إحدى الثنتين ولم يدخل بشئ منهن فالجواب على ما تقدم أيضا لان الصحيح نكاح أحد الفريقين وهو السابق منهما وفى هذا لا يفترق الحال بين ان يكون بينهما محرمة أو لم يكن (قال) ولو كان مع الثلاث أمة كان نكاح الامة فاسدا على كل حال لانه ان تقدم هذا العقد فنكاح الحرائر بهذا العقد صحيح ومتى صح نكاح

الحرائر بطل نكاح الامة المضمومة اليهن وان تأخر نكاحهن فهو فاسد ولهذا كان نكاح الامة فاسدا على كل حال (قال) وكذلك لو كانت احدى الثنتين أمة فنكاحها فاسد بيقين لما قلنا فان مات الزوج قبل ان يدخل بهن وقبل ان يبين الاولى منهن واحدى الثلاث أمة واحدى الثنتين أمة فنكاح الامتين فاسد ونكاح الحرائر كلهن جائز أما فساد نكاح الامتين لما قلنا وعند فساد نكاحهما الحرائر أربع فيجوز نكاحهن المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وان كانت احدى الثلاث أمة والثنتان حرتان وقد تزوج الواحدة الحرة قبلهن يعلم ذلك فنكاح الامة فاسد لعلمنا أنه تزوجها على حرة ونكاح الامة على الحرة فاسد وللحرة المنفردة المهر وثلث ميراث النساء لان نكاحها صحيح بيقين وانما يزاحمها في الميراث امرأتان اما المنفردتان أو اللتان كانتا مع الامة فلها ثلث ميراث النساء ولكل حرتين نصف ما بقى من الميراث لاستواء حال الفريقين في ذلك فان كل فريق ان تقدم نكاحها استحق ذلك وان تأخر لا ويكون للفريقين مهران بينهما سواء لاستواء حال الفريقين في استحقاق المهرين على ما قلنا (قال) وان كانت احدى الثنتين أمة والثلاث حرائر ولا يلزم أي النساء تزوج أولا فنكاح الامة فاسد للتيقن بضمها إلى الحرة والميراث بين الحرائر الخمس على أربعة أسهم للثلاث من ذلك سهم ونصف وللمنفردتين سهمان ونصف وهذا في الحكم كرجل تزوج ثلاثا في عقدة وواحدة في عقدة وواحدة في عقدة ولا يدري أيتهن أول بل هي تلك المسألة بعينها ووجه التخرج ان الثلاث ان صح نكاحهن بان تقدم أو كان بعد الواحدة من المنفردتين فلهن ثلاثة ارباع ميراث النساء لان الصحيح معهن نكاح الواحدة من المنفردتين سابقا أو متأخرا

[166]

وان لم يصح فلا شئ لهن بان كان نكاحهن بعد نكاح المنفردتين فلهن نصف ثلاثة ارباع الميراث وذلك سهم ونصف من أربعة وما بقى بين المنفردتين لاستواء حالهما ولانهما يستحقان جميع الميراث في حال وهو ان يكون نكاحهما سابقا والربع في حال وهو ان يكون نكاح الثلاث سابقا فالربع لهما بيقين وهو سهم من أربعة وثلاثة تثبت في حال دون حال فيتصرف فلها كان لهما سهمان ونصف من أربعة وحالهما في استحقاق ذلك سواء فيكون بينهما نصفين وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهرون لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وللمنفردتين مهر ونصف لان نكاح إحداهما صحيح بيقين تقدم أو تأخر فيتيقن لها بمهر والاخرى ان صح نكاحها فلها مهر وان لم يصح فلا شئ لها فيتصرف مهرها وليست احدهما بأولى من الاخرى بشئ فما اجتمع لهما وهو مهر ونصف بينهما نصفان (قال) وإذا تزوج واحدة في عقدة وثنتين في عقدة وثلاثا في عقدة وأربعاً في عقدة ثم مات ولا يعرف أيتهن أول فنقول ميراث النساء ربعاً كان أو ثماناً بين الثنتين والثلاث والاربع أثلاثاً لان الميراث انما يتوزع على الاحوال والاحوال ثلاثة بيقين إما أن يصح نكاح الاربع أو نكاح الثلاث مع الواحدة أو نكاح الثنتين مع الواحدة وليس هنا حالة رابعة وباعتبار الاحوال كل فريق في استحقاق الميراث مساو للفريقين الآخرين على معنى أنه ان تقدم نكاحه استحق الميراث والا فلا فلها كان الميراث بينهن أثلاث لا مزاحمة للواحدة مع الاربع في الثلث الذي صار لهن لان نكاحها لا يجوز معهن وانما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ولكنها تدخل مع الثلاث فتأخذ ثمن ما أصابهن لانهن انما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ونكاح الواحدة يجوز معهن الا أن في نكاح الواحدة ترددا فانه

اما أن يجوز مع الثلاث أو مع الثنتين فإن جاز مع الثلاث كان لها ربع ما في
يدى الثلاث وان جاز مع الثنتين لم يكن لها شيء مما في يدى الثلاث فتأخذ
مما في يدى الثلاث نصف الربع وهو الثمن والباقي بين الثلاث أثلاثا ثم
تدخل مع الثنتين فتأخذ سدس ما في يديهما لأنهما أخذتا باعتبار جواز
نكاحها ونكاح الواحدة يجوز مع نكاحهما فإن كان جواز نكاحها معهما كان
لها ثلث ما في أيديهما وان كان مع الثلاث لم يكن لها شيء مما في أيديهما
فلهذا تأخذ منهما نصف الثلث وهو سدس ما في أيديهما والباقي بينهما
نصفان وأما حكم المهر فنقول على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لهن
ثلاثة مهور

[167]

ونصف مهر لانه ان جاز نكاح الاربع فلهن أربعة مهور وان جاز نكاح الثلاث
مع الواحدة فكذلك وان كان جاز نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور
فتلاثة مهور لهن بيقين والمهر الرابع يثبت في حالين ولا يثبت في حال
ولكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكأنه ثبت في حال دون حال فيتصرف
فلهذا كان لهن ثلاثة مهور ونصف مهر فاما نصف مهر من ذلك فللاربع
ثلاثة أرباعه وللثلاث ربعه لانه لا منازعة للثنتين في هذا النصف والاربع
يدعين ذلك لانفسهن والثلاث يدعين ذلك بانضمام الواحدة اليهن وانضمام
الواحدة اليهن في حال دون حال فباعتبار الحالين يكون للثلاث نصف نصف
هذا وهو الربع وللاربع ثلاثة أرباع فاما مهر واحد فللاربع منه سدسان
ونصف سدس وللثلاث سدسان ونصف سدس وللثنتين سدس لان الثلاث
والاربع يدعين هذا المهر لانفسهن والثنتان لا يدعيان ذلك الا بانضمام
الواحدة اليهما وانضمام الواحدة اليهما في حال دون حال ففي حالة
الانضمام لهما ثلث ذلك وفي غير حالة الانضمام لا شيء لهما فلهما نصف
الثلث وهو السدس والباقي وهو خمسة أسداس استوت فيه منازعة الثلاث
والاربع فكان بينهما نصفين لكل فريق سدسان ونصف سدس وأما
المهران فقد استوت في ذلك منازعة الفرق الثلاث فكان بينهما أثلاثا لكل
فريق ثلثا مهر فاما الاربع فقد أصابهن مرة ثلثا مهر ومرة سدسان ونصف
سدس ومرة ثلاثة أرباع النصف فيجمع ذلك كله ويقسم بينهما بالسوية إذ لا
مزاومة للواحدة معهن واما الثلاث فقد أصابهن مرة ثمن مهر ومرة
سدسان ونصف سدس ومرة ثلثا مهر فيجمع ذلك كله ثم الواحدة تأخذ ثمن
جميع ذلك لانه ان صح نكاحها معهن فلها ربع ذلك وان لم يصح فلا شيء لها
فتأخذ ثمن ذلك والباقي بين الثلاث بالسوية واما الثنتان فانهما أصابهما
مرة ثلثا مهر ومرة سدس مهر فتدخل الواحدة معهما وتأخذ سدس ما في
أيديهما لانه ان جاز نكاحها معهما فلها ثلث ذلك والا فلا شيء لها فتأخذ
نصف الثلث وهو السدس ثم الباقي بينهما نصفان وإذا أردت تصحيح
الحساب فالطريق فيه ضرب هذا المخارج بعضها في بعض وهو واضح لا
يشتغل به للتحرز عن التطويل وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للاربع
مهر وثلث مهر وللثلاث مهر وللثنتين ثلثا مهر وللواحدة نصف مهر فجملة
ذلك أيضا ثلاثة مهور ونصف كما هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ووجه
التخريج أن الاحوال ثلاثة فيجب اعتبار كل حالة فيقول نكاح الاربع يصح في
حال ولا يصح في حالين فان صح

نكاحهن فلهن أربعة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن وأحوال الحرمان أحوال فلهن ثلث ذلك وهو مهر وثلث مهر بينهما بالسوية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن ونكاحهن يصح في حال ولا يصح في حالين فلهن ثلث ذلك وهو مهر واحد والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهرا ونكاحهما صحيح في حال دون حالين فلهما ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر والواحدة يصح نكاحها في حالين اما مع الثلاث أو مع الثنتين ولا يصح نكاحها في حال وهو ما إذا تقدم نكاح الاربع لكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكان نكاحها يصح في حال دون حال فكان لها نصف المهر وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطا (قال) فان كان احدى الاربع أمة والمسألة بحالها فنكاح الامة فاسد بيقين لانضمامها إلى الحرائر ولاحظ لها من المهر ولا من الميراث ونكاح المنفردة هنا صحيح على كل حال لان الباقي في الحاصل ثلاث وثلاث واثنان وواحدة فيتبقن بصحة نكاح الواحدة اما مع الثنتين أو مع احد الفريقين من الثلاث ثم بيان حكم المهران على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور ونصف لما بينا ان أكثر مالهن أربعة مهور وأقل مالهن ثلاثة مهور فيتوزع المهر الرابع نصفين ثم للمنفردة من هذه الجملة مهر كامل لانا تيقنا بصحة نكاحها بقى مهرا ونصف فأما نصف مهر من ذلك لا منازعة فيه للثنتين وكل فريق من الثلاث يدعين ذلك فيكون بين الفريقين نصفين بقى مهرا استوت فيهما منازعة الفرق الثلاثة فكان بينهما اثلاثا لكل فريق ثلثا مهر فأما على قول محمد فللواحدة مهر كامل لما قلنا ولكل فريق من الثلاث مهر واحد لان نكاح كل فريق يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهن ثلاثة مهور وأحوال الحرمان أحوال فكان لكل فريق ثلث ذلك وهو مهر واحد ونكاح الثنتين يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهما مهرا فلهما ثلث ذلك وهو ثلثا مهر وميراث النساء بينهما للواحدة من ذلك سبعة من أربعة وعشرين لان نكاحها صحيح بيقين فان صح مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية من أربعة وعشرين وان صح مع الثلاث فلها ربع الميراث ستة من أربعة وعشرين فقدر ستة يقين وما زاد على ذلك يثبت في حال دون حال فلهذا كان لها سبعة ولا يقال ستة لها في حالين بأن يصح نكاحها مع هؤلاء الثلاث أو مع الفريق الآخر فكان ينبغي أن تعتبر الحالتان في حقها لانهما حالتا حرمان الزيادة وهذا لانه لا فرق في حقها بين أن يكون صحة نكاحها مع هذا

الفريق أو مع الفريق الآخر واعتبار الاحوال لا يتفاوت وإذا لم يكن في حقها تفاوت في هاتين الحالتين فهما حالة واحدة (قال) ولهم واحد من الباقي وهو سبعة عشر بين الثلاث نصفان لان الثنتين لا يدعيان أكثر من ثلثى الميراث وما بقى وهو ستة عشر بينهما اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق ذلك ولكن هذا الجواب على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الباقي بعد نصيب الواحدة كله مقسوم بين الفرق اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق ما يفرغ من حق الواحدة وقد تقدم بيان نظائره (قال) ولو كان طلق اثنتين من نسائه ثم مات قبل ان يبين والمسألة بحالها كان لهن مهرا ونصف لانه قد سقط بطلاق الثنتين قبل الدخول مهر واحد وقد كان الثابت لهن قبل

الطلاق ثلاثة مهور ونصفا فإذا سقط مهر كان الباقي مهرين ونصفا فاما الواحدة فأكثر ما يكون لها ربع ثلاثة مهور بان كان صح نكاحها مع الثلاث ووجب أربعة مهور ثم سقط مهر بالطلاق بقى ثلاثة مهور لها ربع ذلك وأقل ما يكون لها ثلث مهرين بان يكون نكاحها صح مع الثنتين فكان الواجب ثلاثة مهور سقط مهر بالطلاق وبقى مهرا ن فلها ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر فقدر ثلثي مهر لها بيقين وما زاد على ذلك إلى تمام ثلاثة ارباع مهر وذلك نصف سدس مهر يثبت في حال دون حال فيتتصف فيكون لها ثلثا مهر وربع سدس مهر وما بقى يكون بين الفرق الثلاثة أثلاثا لاستواء حالهن في دعوى ذلك والميراث على ما وصفنا في المسألة الاولى قال الحاكم رحمه الله تعالى هذا الجواب ليس بسديد في حكم المهر على مذهب ابي يوسف رحمه الله تعالى ولم يبين الجواب الصواب على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بيان ذلك على مذهبه ان نقول لما كان الواجب لهن مهرين ونصفا فاما نصف مهر من ذلك تأخذه الواحدة لان الثنتين لا يدعيان ذلك أصلا والثلاث انما يدعيان ذلك بالواحدة فاما بدون الواحدة فلا يدعيان شيئا من ذلك فكانت الواحدة بذلك أولى ممن يدعي الاستحقاق بها فلهذا تأخذ الواحدة نصف مهر بقى مهرا ن فاما نصف مهر من ذلك فالثلاث يدعيان ذلك بأنفسهن والمثنى يدعيان ذلك بالواحدة والواحدة مضمومة اليهن في حال دون حال فكان سدس هذا النصف للمثنى ولكل فريق من الثلاث سدسان ونصف سدس بقى مهر ونصف استوت منازعة الفرق الثلاث فيه فكان بينهما اثلاثا فقد أصاب الثنتين مرة نصف مهر ومرة سدس النصف فذلك سبعة من اثني عشر وأصاب كل فريق من الثلاث مرة

[170]

نصف مهر ومرة سهما ن ونصف سدس من ستة من النصف الآخر فذلك ثمانية ونصف ثم الواحدة ان كان يصح نكاحها مع الثنتين فلها ثلثا مهر وقد وصل إليها نصف مهر بقى إلى تمام حقها سدس مهر ونكاحها مع الثنتين صحيح في حال دون حالين فتأخذ منهما ثلث سدس مهر ثم تجئ إلى كل فريق من الثلاث فان صح نكاحها مع كل فريق من الثلاث فلها ثلاثة ارباع مهر وقد وصل إليها نصف مهر بقى إلى تمام حقها سدس ونصف سدس فتأخذ من كل فريق ثلث ذلك فيجتمع لها ثلثا مهر وثلث سدس مهر وما بقى في يد كل فريق مقسوم بينهم بالسوية (قال) وإذا تزوج الرجل امرأة وابنتيها في عقد متفرقة ثم مات ولا يعلم أيتهن أول فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح الواحدة وهي السابقة منهن أيتهن كانت ثم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى نصف هذا المهر للام ونصفه للبنتين بينهما نصفان وكذلك الميراث نصفه للام ونصفه للبنتين بينهما نصفان وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر والميراث بينهما أثلاثا فطريقهما واضح فان حجة كل واحدة مثل حجة صاحبتها على معنى أنه ان تقدم نكاحها استحققت ذلك وان تأخر فلا شئ لها والمساواة في سبب الاستحقاق يوجب المساواة في الاستحقاق ألا ترى أنه لو كن امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان الميراث والمهر بينهما أثلاثا فاما أبو حنيفة رحمه الله له في المسألة طريقان أشار في الكتاب إلى أحدهما فقال من قبل أنه لا يثبت نكاح احدى البنتين بيقين ومعنى هذا أنا تيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين وان الام لا يزاحمها الا احدى البنتين فلهذا كان لها نصف المهر ونصف الميراث وقد استوى في النصف الآخر حال البنتين لانه ليست احدهما بتعيين جهة البطلان في نكاحها بأولى من الاخرى فلهذا كان

بينهما نصفين وطريق آخر أن سبب بطلان النكاح في حق الام واحد وهو المصاهرة لانه سواء تزوج الكبرى من البنيتين أولا أو الصغرى فقد حرمت الام بالمصاهرة فأما السبب في حق كل واحد من البنيتين مختلف لان فساد نكاحها مرة في الجمع بين الاختين ومرة بالجمع بين الام والبنيت واحدهما غير الآخر فوجب اعتبار البنيتين في حق كل واحدة منهما والتوزع على أسباب الحرمة فإذا كان سبب الحرمة في حق الام واحدا وفي حق البنيتين متعددا لم يكن بينها وبين كل واحدة منهما مساواة في الحرمان بل حالها أحسن فكان لها ضعف ما لكل واحدة منهما فأما ما استشهدا به فقد قيل الكل

[171]

على الاختلاف وقد يستشهد محمد رحمه الله تعالى بالمختلف على المختلف والصحيح الفرق من قبل انه لا يقين في بطلان نكاح واحدة بل حال الام والجدة والنافلة في ذلك سواء وكذلك السبب المتعدد في حرمة كل واحدة منهن باعتبار اختلاف الاسم كالام والجدة والام والخالة أو الام والبنيت فلما استوى حالهن كان الواجب بينهما أثلاثا بالسوية وان متن جميعا والزوج حي فالقول في الاولى قوله لان الملك حقه فكذلك بعد موتهن القول في بيان الاولى قوله وان مات الزوج بعدهن قبل أن يبين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن وعليه ثلث ما سمي لكل واحدة منهن من المهر باعتبار الاحوال لان نكاح كل واحدة صحيح في حال دون حالين فلها ثلث ما سمي لها وباعتبار صحة نكاحها له ميراث زوج منها والصحة في حال دون حالين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن (قال) فان كان تزوج البنيتين في عقدة واحدة فنكاحهما باطل لانا نتيقن ببطلان نكاحهما بسبب الجمع بين الاختين سواء تقدم أو تأخر وعند التيقن ببطلان نكاحهما نتيقن بصحة نكاح الام فهي امرأته تقدم نكاحها أو تأخر (قال) وان كان قد دخل بهن جميعا ثم مات ولا يدري أيتهن دخل بها أولا فنقول اما لكل واحدة من البنيتين الاقل مما سمي لها ومن مهر المثل لانه دخل بهما بحكم نكاح فاسد ولا ميراث لهما لفساد نكاحهما وكذلك لا ميراث للام لان نكاحها قد بطل في حال حياته بالدخول بالبنيتين سابقا أو متأخرا فان الدخول بالبنيت يحرم الام على التأبيد وأما المهر ففي القياس للام مهر وربيع مهر وفي الاستحسان لها مهر واحد وجه القياس ان نكاح الام صحيح بيقين فان كان دخل باحدى البنيتين قبل الام فقد حرمت الام بذلك ووجب لها نصف المهر لان الفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ثم دخل بالام بعد ذلك فيجب لها بالدخول مهر فكان لها من هذا الوجه مهر ونصف وان كان دخل بالام أولا فلها مهر واحد وهو المسمى ثم حرمت عليه بالدخول بالبنيت بعد ذلك فان كان لها في وجه مهر ونصف وفي وجه مهر فلها مهر بيقين والنصف يثبت في حال دون حال فيتنصف ولكنه استحسان فقال لها مهر واحد لانه يجعل كانه دخل بالام أولا فان فعله محمول على الحل ما أمكن وأول فعله يمكن أن يحمل على الوطئ الحلال ثم لا امكان بعد ذلك فلهذا جعلنا كانه وطئ الام أولا حتى يعلم غير ذلك والثاني ان المهر والنصف وجوبهما باعتبار

[172]

سببين أحدهما العقد الصحيح والآخر الوطئ بالشبهة ولم يظهر السببان إنما الظاهر سبب واحد وهو العقد الصحيح فاما الوطئ تصرف في الملك بعده وباعتبار العقد الصحيح لا يجب الا مهر واحد فلهذا كان لها مهر واحد وعلى كل واحدة منهن ثلاث حيض لدخوله بهن ولو لم يكن دخل بالام ودخل بالبنيتين أو احدهما فلام نصف المسمى لوقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج بعد صحة نكاحها ولا عدة عليها وللمدخول بها من البنيتين الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة بثلاث حيض (قال) وان كان تزوجهن في عقد متفرقة ولم يدخل بشئ منهن حتى قال احداكن طالق فهذا الكلام لغو منه لان السابق منهن امراته والاخريان أجنبيتان ومن جمع بين امراته وأجنبيتين وقال احداكن طالق لم يقع شئ (قال) وان قال احدي نسائه طالق وقع على امراته منهن لانه أضاف الطلاق إلى امراته فان في نكاحه امرأة واحدة ومن كان في نكاحه امرأة واحدة إذا قال احدي نسائي طالق وقع الطلاق بذلك اللفظ على امراته بخلاف الاول فان هناك أوقع الطلاق على احدي المعينات بغير عينها وفيهن من ليست بمنكوحة له فلا تتعين امراته لذلك الطلاق وإذا وقع الطلاق على امراته فلها نصف المهر ثم الخلاف في نصف المهر هنا كالخلاف في جميع المهر في المسألة الاولى ولا ميراث لواحدة منهن لوقوع الفرقة بالطلاق قبل الدخول (قال) وان كان تزوج البنيتين في عقدة ثم قال احدي نسائي طالق طلقت الام بذلك لان الصحيح نكاح الام وهو بهذا اللفظ موقع الطلاق على من صح النكاح بينه وبينها فلماذا طلقت الام ولها نصف المهر ولا عدة عليها ولا ميراث لها وان قال احداكن طالق لم يقع الطلاق على الام الا ان ينويها لانه جمع بين امراته واجنبيتين وأوقع الطلاق على احدهن فلا يتعين لذلك امراته الا ان ينويها بقلبه ولو كان تزوجهن في عقدة واحدة فنكاحهن فاسد بعله الجمع فان كان فيهن أمة جاز نكاح الامه لان نكاح الحرتين منهن باطل بيقين فان الحرتين ان كانتا ابنتين بطل نكاحهما للجمع بين الاختين وان كانتا أما وبنتا بطل نكاحهما للجمع أيضا ومتى كان نكاح الحرتين باطلا بيقين لا يبطل به نكاح الامه لان بطلان نكاح الامه بضمها إلى الحرية وذلك عند صحة نكاح الحرية لا عند بطلان نكاحها (قال) وان كان فيهن أمتان جاز نكاح الحرية لان نكاح الامتين باطل بيقين فانهما اما أختان أو أم وبنات وإذا بطل نكاحهما كان ضمهما إلى الحرية لغوا فجاز نكاح الحرية

[173]

بمنزلة ما لو كانت اثنتان منهما ذواتي زوج أو في عدة من زوج ولما بطل نكاحهما صح نكاح الفارغة منهن (قال) وان تزوج خمس حرائر وأربع اماء في عقدة واحدة جاز نكاح الاماء وبطل نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد كان باطلا ولو انفرد نكاح الاماء كان صحيحا فعند الجمع يصح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد ويمثله لو تزوج أربع اماء وأربع حرائر في عقدة جاز نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد هنا كان صحيحا فيندفع بنكاحهن نكاح الاماء كما لو تزوج حره وأمة في عقدة واحدة والاصل الذي تدور عليه المسائل انه متى جمع في العقد بين الحرائر والاماء نظر فان كان نكاح الحرية يجوز عند الانفراد يبطل نكاح الامه لانه تحقق ضمها إلى الحرية في النكاح وان كان نكاح الحرية لا يجوز عند الانفراد يصح نكاح الامه لانه لم يتحقق انضمامها إلى الحرية في النكاح ألا ترى أن الحرية لو كانت ذات رحم محرم منه فجمع بينها وبين أمة في النكاح جاز نكاح الامه لانه لم يتحقق ضمها إلى نكاح الحرية حين لا وجه لتصحيح نكاح الحرية (قال) وان تزوج حره وأمة في عقدة واحدة واحدهما بنت الاخرى جاز نكاح الحرية لان

كل واحدة لو انفرد نكاحها هنا يصح فيتحقق ضم الامة إلى الحرة فلهذا جاز نكاح الحرة دون الامة (قال) وإذا كان للرجل أربع نسوة فتزوج خامسة ودخل بها فرق بينه وبينها لبطلان نكاحها وعليه لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة ولم يقرب الاربع حتى تنقضي عدة الخامسة لانه لو قربهن كان جامعا ماءه في رحم خمس نسوة بالنكاح ولان عدة تلك الواحدة يمنع ابتداء نكاح الاربع إذا اقترن بنكاحهن فيمنع الوطئ إذا طرأ على نكاحهن كعدة الاخت لما منعت نكاح الاخت إذا اقترنت به منعت الوطئ إذا طرأت عليه حتى إذا وطئ أخت امرأته بشبهة فليس له أن يطأ امرأته حتى تنقضي عدة أختها (قال) ولا بأس أن يتزوج الرجل أخت أم ولده لان فراش أم الولد ضعيف ألا ترى أنه مجوز للنسب غير ملزم حق لو نفى المولى ولده انتفى بمجرد نفية والنكاح قوى ملزم بنفسه والضعيف لا يكون دافعا للقوى والدليل عليه أن المولى لو زوج أم ولده كان النكاح صحيحا فكما أن فراشها لضعفه لا يمنع تزويجها فكذلك لا يمنع المولى نكاح أختها اعتبارا للمنع في احد الجانبين بالمنع في الجانب الآخر وكذلك لو تزوج أخت مدبرته أو أخت أمة له قد كان يطأها وهذا أظهر فانه لا فراش لهما غير أنه لا ينبغي أن يطأ التي تزوج حتى يملك فرج الامة غيره لانه لو وطأها صار جامعا ماءه في رحم

[174]

أختين ولان الجمع بين الاختين في الاستفراش الحقيقي حرام وقد تحقق منه استفراش الاولى فلا يحل له أن يستفرش الثانية ما لم ينقطع حكم ذلك الاستفراش وانقطاعه بالتزويج أو البيع في محل البيع فان لم يكن وطئ أمة ولا مدبرته فلا بأس بأن يطأ امرأته وليس له أن يطأ الامة والمدبرة بعد النكاح لان المنكوحة بالعقد صارت فراشا فليس له أن يستفرش الامة بعد ذلك وله أن يطأ المنكوحة لانه لا فراش له على المملوكة حقيقة وحكما (قال) ولو زوج أم ولده ثم وطئ امرأته ثم مات زوج أم الولد أو فارقها فله أن يطأ امرأته ما دامت أم ولده تعتد من زوجها لان فرجها حرام عليه في حال عدتها كما هو حرام عليه في حال نكاحها فإذا انقضت عدتها فلا ينبغي له ان يطأ امرأته حتى يملك فرج أم الولد من غيره لان النكاح قد ارتفع بآثاره فعاد الحكم الذي كان قبله وكذلك الامة والمدبرة إذا كان وطئها قبل ان يتزوج الاخت فحكمها وحكم أم الولد سواء (قال) فان أعتق أم ولده فعليها ان تعتد بثلاث حيض عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى عليها حيضة واحدة ومذهبنا مروى عن عمر وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم ومذهبهم مروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ويستوى ان أعتقها أو مات عنها الا على قول عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما فانه كان يقول لا تلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة أم الولد إذا مات عنها سيدها أربعة أشهر وعشرا وهذا دليلنا فانه الزمها عدة الحرائر الا انا نوجب الحيض لان هذه العدة لا تجب الا باعتبار الدخول وتوهم اشتغال الرحم فيفقد بالحيض في الحياة والوفاة كالعدة من نكاح فاسد ووطئ شبهة احتج الشافعي فقال عدتها أثر ملك اليمين فتقدر بحيضة واحدة كالاستبراء ودليل صحة اعتباره بالاستبراء أنه لا يختلف بالحياة والوفاة وتأثيره ان المقصود تبين فراغ الرحم لا غير وذلك يحصل بالقرء الواحد ولكننا نقول هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفي فيها بحيضة واحدة كعدة النكاح بل أولى فان عدة النكاح قد تجب على الامة وهذه العدة لا يجب الا على الحرة وتأثيره ان الحرة كاملة الحال فالوظيفة التي لا تجب الا على الحرة تجب بصفة الكمال لان المعبر حال وجوب العدة

لا ما كان قبله وبه يتبين الفرق بينه وبين الاستبراء فان الاستبراء لا يجب عليها ولكن على المولى أن يستبرئها قال صلى الله عليه وسلم ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للمولى دون الامة فان قول القائل لا تضرب فلانا خطاب للضارب دون المضروب توضيحه

[175]

أن سبب وجوب الاستبراء حدوث ملك الحل بسبب ملك اليمين ألا ترى أنه لو اشتراها من صبي أو امرأة يجب وهنا سبب وجوب العدة زوال الفراش والعدة التي تجب بزوال الفراش لا يكتفي فيها بحيضة واحدة فان تزوج المولى أختها في عدتها لم يجز عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى غير أنه لا يقربها حتى تنقضي عدة أختها ولو تزوج أربعا سواها في عدتها جاز عندنا وله أن يقربهن وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك زفر رحمه الله تعالى يقول أنها معتدة فلا يتزوج أختها ولا أربعا سواها كالمعتدة من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة بل أولى لأن أصل فراشه في النكاح الفاسد والوطئ بالشبهة ما كان موجبا للحل له وأصل الفراش هنا موجب الحل ثم العدة التى هي أثر الفراش هناك تمنع نكاح الاخت والاربع فهنا أولى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا عدة أم الولد أثر فراشها وأثر الشئ لا يربو على أثر أصله في المنع فإذا كان أصل فراشها لا يمنع المولى من نكاح أختها وأربع سواها فكذلك أثر فراشها وأصل الفراش بالنكاح الصحيح أو الفاسد بعد الدخول يمنع نكاح الاخت والاربع فكذلك أثره وهذا لأنه يبقى ببقاء العدة من المنع ما كان ثابتا لا أن يثبت ما لم يكن ثابتا وهذا بخلاف تزويجها من الغير فان أصل فراشها مانع ن التزويج من الغير إذا بقي حتى لو كانت حاملا ليس له أن يزوجه من غيره فكذلك أثر فراشها يمنع إلا انها إذا كانت حاملا فله أن يقطع فراشها بالتزويج وليس له أن يقطع عدتها لحق الشرع والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما من وجهين (أحدهما) أن بسبب بقاء العدة يبقى الفراش حتى إذا جاءت بالولد يثبت النسب منه ولا يثبت النسب منه إلا باعتبار الفراش فلو تزوج أختها صار جامعا بين الاختين في الفراش وذلك حرام وإذا تزوج أربعا سواها صار جامعا بين خمس نسوة في الفراش ولكن بسببين مختلفين وذلك جائز ألا ترى أن من عنده أربع نسوة له أن يستولد من الجوارى ما شاء والثانى أن فراشها بالعتق يتقوى حتى يثبت النسب بعد العتق على وجه لا يملك نفية بخلاف ما قبل العتق وكذلك بعد العتق لا يملك تزويجها وان كان قبل العتق يجوز تزويجها فكل منع كان ثابتا في أصل فراشها يتقوى ذلك بعنقها والمنع من استفراس الاخت كان ثابتا في أصل فراشها حتى لا يحل له أن يوطأ أختها بملك اليمين ولا بملك النكاح فيتقوى ذلك المنع بالعتق فيمنع عقد النكاح أصلا ولم يكن هو في أصل فراشها

[176]

ممنوعا من استفراس الاربع بالنكاح فلو صار ممنوعا بعد العتق كان هذا اثبات منع مبتدأ لا اظهار قوة فيما كان ثابتا توضيحه أن المقصود بالنكاح

الوطئ ولما لم يكن هو باعتبار عدتها ممنوعا من وطئ الاربع بالنكاح بأن يعتقها وتحتة أربع نسوة كان له أن يطأهن فكذلك لا يكون ممنوعا من العقد عليها أيضا بمنزلة المعتدة بالنكاح (قال) وإذا تزوج الرجل أربع نسوة في عقدة وثلاثا في عقدة ثم طلق إحدى نسائه ثم مات قبل أن يبين فلهن ثلاثة مهور أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف مهر بان صح نكاح الاربع وقد سقط بطلاق احدها نصف مهر وأقل مالهن مهرا ونصف مهر بان صح نكاح الثلاث وقد سقط نصف مهر بطلاق احدها فقدر مهريين ونصف يقين ومهر آخر يثبت في حال دون حال فيتتصف فكان لهن ثلاثة مهور نصف مهر من ذلك للاربع خاصة لان الثلاث لا يدعين ذلك واستتوت منازعة الفريقين في المهريين والنصف فكان بينهما نصفان لكل فريق مهر وربيع والميراث بين الفريقين نصفان لاستنواء حالهما في استحقاقه وعند محمد رحمه الله تعالى كذلك لان الاربع ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور ونصف مهر لانه طلق احدها قبل الدخول وان لم يصح نكاحهن فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وثلاثة ارباع والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهرا ونصف وان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وربيع مهر (قال) ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة فدخل بواحدة منهن ولم يدخل بالثنتين ثم طلق إحدى نسائه واحدة والاخرى ثلاثا ثم مات قبل أن يبين فللمدخول بها مهر تام لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربيع مهر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان أكثر ما يكون لهما مهر ونصف بأن يكون احد الطلاقين واقعا على المدخول بها والآخر على احدهما وأقل مالهما مهر واحد بأن يكون الطلاق واقعا عليهما فمهر واحد لهما بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتتصف فيكون لهما مهر وربيع مهر بينهما نصفان وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للتين لم يدخل بهما مهر وثلاث مهر هكذا ذكر في هذا الكتاب وفي الزيادات يقول لهما مهر وربيع مهر كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بطريق آخر وهو ان احدهما مطلقة بيقين فيعزلها بنصف مهر والاخرى ان وقع الطلاق عليها فلها نصف مهر وان لم يقع فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت

[177]

في حال دون حال فيتتصف فكان لها ثلاثة ارباع مهر فإذا ضمنت ذلك إلى نصف مهر يكون مهرا وربيع مهر بينهما ووجه رواية هذا الكتاب انه لو لم يدخل بشيء منهن لكان الواجب عليه مهريين بينهما اثلاثا لكل واحدة منهن ثلثا مهر لانه قد سقط بالطلاق مهر واحد وبان دخل باحدها حتى لم ينقص من مهرها شيء لم يؤثر ذلك في حق الاخرين بل يجعل في حقهما كأنه لم يدخل بشيء منهن فيكون لهما مهر وثلاث مهر بينهما نصفان لكل واحدة منهما ثلثا مهر وأما الميراث فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى للمدخول بها خمسة أسهم من اثني عشر سهما من ميراث النساء وللآخرين سبعة أسهم لانه يلغى التطليقات الثلاث فان حالهن فيها على السواء على معنى انه على أبتهن وقعت حرمتها بقيت التطليقة الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها ثلث ميراث النساء أربعة من اثني عشر سهما وان وقعت على إحدى اللتين لم يدخل بهما فلها نصف الميراث ستة فمقدار أربعة لها بيقين وما زاد على ذلك وهو سهمان يثبت في حال دون حال فيتتصف فيكون لها خمسة من اثني عشر والباقي للتين لم يدخل بهما وان وقع الطلاق على إحدى اللتين لم يدخل بهما فلها نصف الميراث وان وقع على المدخول بها فلها ثلثا الميراث فمقدار ستة لها بيقين

وسهمان يثبت في حال دون حال فيتتصف فكان لهما سبعة وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب ان قول محمد رحمه الله تعالى في الميراث كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفي بعض النسخ قال عنده للمدخول بها خمسة أثمان ميراث النساء وللتين لم يدخل بهما ثلاثة أثمان ميراث النساء ووجه ذلك ان احدي اللتين لم يدخل بهما مطلقة محرومة عن الميراث بيقين فعزلها للحرمان وان كانت معزولة بوقوع الواحدة عليها بقي الثلث على أيتها وقعت حرمتها فيكون الميراث في هذه الحالة نصفين نصفه للتي دخل بها ونصفه للتي لم يدخل بهما وان كانت المعزولة للحرمان معزولة بوقوع الثلث عليها فان وقعت الواحدة على غير المدخول بها فالميراث كله للمدخول بها وان وقعت على المدخول بها فالميراث بينهما نصفان فيثبت للمدخول بها في هذه الحالة ثلاثة ارباع الميراث ستة من ثمانية باعتبار انها لها النصف في حال والكل في حال وقد كان لها في الحالة الاولى أربعة فأربعة لها بيقين وما زاد على ذلك إلى تمام ستة يثبت في حال دون حال فيتتصف فلهذا كان لها خمسة من ثمانية وما بقى للتي لم يدخل بهما أو لان لهما في الحالة الثانية الربع وفي الحالة الاولى النصف فيتتصف الربع باعتبار الاحوال

[178]

فلهذا كان لهما ثلاثة أثمان الميراث وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ووجه ذلك أن احدي اللتين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث فيعزلها بايقاع الثلث عليها لانا نتيقن أن ايقاع الثلث موجب حرمان الميراث ولا يتيقن بذلك في الواحدة فجعلنا المعزولة للحرمان كان الثلث وقعت عليها بقيت الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها نصف الميراث وان وقعت على غير المدخول بها فللمدخول بها جميع الميراث فكان لها باعتبار الاحوال ثلاثة ارباع الميراث والباقي وهو ربع الميراث للتي لم يدخل بهما ولو كان دخل بأنتين منهن والمسألة بحالها فلكل واحدة من اللتين دخل بهما مهر كامل لتأكد مهرهما بالدخول بالنكاح الصحيح وللتين لم يدخل بها ثلاثة ارباع المهر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فانها ان كانت مطلقة فلها نصف مهر وان لم يقع عليها شئ فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت في حال دون حال فيتتصف قال وكذلك الجواب عند محمد رحمه الله تعالى وينبغي على قول محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثلثا مهر بالطريق الذي قلنا أنه لو لم يدخل بشئ منهن كان لكل واحدة منهن ثلثا مهر فيجعل في حق التي لم يدخل بها كأنه لم يدخل بشئ منهن لان الدخول بغيرها لا يزيد في حقها سببا فأما الميراث فعلى قول أبي يوسف للتي لم يدخل بها سدس الميراث لانه ان لم يقع عليها شئ فلها ثلث الميراث وان وقع عليها الطلاق فلا شئ لها فلها سدس الميراث به علل محمد رحمه الله تعالى في الكتاب وهو غلط فانه ان لم يقع عليها شئ كان لها نصف الميراث لانه لا يراحمها في الميراث الا واحدة فان من وقع عليها الطلاق الثلث من المدخولتين محرومة عن الميراث ولكن الطريق في التخريج أن التي لم يدخل بها لها ثلاثة أحوال ان وقع عليها واحدة فلا شئ لها وان وقع عليها الثلث فلا شئ لها وان لم يقع عليها شئ فلها نصف الميراث فلها حالنا حرمان وحالة اصابة فلهذا جعل لها ثلث النصف وهو السدس قال وكذلك الجواب في الميراث عند محمد رحمه الله تعالى قال الحاكم رحمه الله وليس ذلك بسديد بل الصواب عند محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثمن الميراث وهكذا ذكر في بعض الروايات لان احدي المدخولتين وارثة فيعزلها

للاستحقاق فان كانت معزولة بأن لم يقع عليها شئ فلا شئ للتي لم يدخل بها في هذه الحالة لان احد الطلاقين وقع عليها لا محالة وان كانت المعزولة للاستحقاق معزولة بوقوع الواحدة عليها فان وقع الثلاث على الاخرى فللتي لم يدخل بها نصف الميراث وان وقع الثلاث على التي لم

[179]

يدخل بها فلا شئ لها من الميراث فإذا كان لها النصف في حالة وفي حالة لا شئ لها كان لها الربع ثم هذا الربع لها في هذه الحالة ولا شئ لها في الحالة الاولى فلها نصف الربع وهو الثمن والباقي للتيين دخل بهما (قال) وإذا تزوج امرأتين في عقدة وثلاثا في عقدة ثم قال قد دخلت باحد الفريقين ثم مات قبل أن يبين فللثنتين مهر واحد وللثالث مهر ونصف لان الثلاث ان صح نكاحهن بالسبق وقد دخل بهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن مهر ونصف مهر والثنتان ان صح نكاحهما فان دخل بهما فلهما مهرا وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما مهر واحد والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فيه وفقه هذه المسألة أنه جعل اقراره بالدخول باحد الفريقين اقرارا بالدخول بمن صح نكاحه حملا لفعله وقوله على الصحة فان دينه وعقله يدعوانه إلى الاقدام على الوطئ الحلال ويمنعانه من الاقدام على الوطئ الحرام وكذلك لو طلق احدى نسائه ثلاثا لان الايقاع بهذا اللفظ يتناول من صح نكاحها فان من لم يصح نكاحها ليست من نسائه وايقاع الثلاث بعد الدخول لا يسقط شيئا من الصداق فكان هذا والاوول سواء وان لم يدخل بشئ منهن وطلق احدى نسائه ثلاثا فللثلاث مهر وربع مهر لانه ان صح نكاحهن فلهن مهرا ونصف مهر فانه قد طلق احدهن قبل الدخول وذلك يسقط نصف مهر وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهذا كان لهن مهر وربع مهر وللثنتين ثلاثة ارباع مهر لانه ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف مهر لوقوع الطلاق على احدهما قبل الدخول وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما فكان لهما ثلاثة ارباع مهر بينهما نصفان (قال) ولو تزوج ثلاث نسوة فدخل باحدهن ولا تعرف بعينها ثم طلق احدى نسائه ثلاثا والاخرى واحدة ثم مات قبل ان يبين فلهن مهرا وربع مهر لانه ان أوقع احد الطلاقين على المدخول بها فلهن مهرا ونصف مهر وان أوقع الطلاقين على اللتين لم يدخل بهما فلهن مهرا لسقوط مهر بايقاع الطلاقين على غير المدخولتين فقدر المهرين لهن بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن مهرا وربع مهر بينهما اثلاثا لان المدخولة منهن غير معينة فحالهن في استحقاق ذلك سواء والميراث بينهما اثلاثا لهذا المعنى وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها تستكمل في ذلك ثلاث حيض لان كل واحدة منهن يجوز ان تكون هي التي دخل بها ثم أوقع الثلاث عليها فليزما عدة بالحيض أو لم يقع عليها شئ

[180]

فليزما عدة الوفاة والعدة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا كان على كل واحدة منهن هذه الطلاق والوفاة جميعا فان عرفت المدخول بها فلها المهر كاملا لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر في قول أبي

يوسف وفى قول محمد رحمه الله تعالى لهما مهر وثلاث مهر وقد بينا
تخرج القولين وبيننا حكم تخريج الميراث أيضا على القولين وأن عرفت
المدخول بها وقد أوقع تطلقه ثانية على أحدهن فالميراث بينهما اثلاثا
لان حالهن فى استحقاق الميراث سواء فان الطلقة الثانية على ابنتهن
وقعت حرمتها المدخول بها وغير المدخول بها سواء فى ذلك (قال) وإذا
تزوج العبد امرأتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة ثم مات فنكاح الثلاث باطلا
لان العبد لا يتزوج أكثر من اثنتين فقد تبينا بطلان نكاح الثلاث تقدم
نكاحهن أو تأخر ونكاح الاثنتين صحيح تقدم أو تأخر فان كانت إحدى الثلاث
أمة فنكاح الأمة فاسد لانضمام نكاحها إلى نكاح الحرة ولا مهر لها لبطلان
عقدها وللحرتين اللتين معها مهر واحد لانه ان سبق نكاحهما فلهما مهران
وان تأخر نكاحهما فلا شئ لهما وللآخرين مهر واحد أيضا لهذا المعنى وان
كان المولى قد أعتق العبد ثم مات العبد فالميراث بين الفريقين نصفان
لاستواء حالهما فى استحقاق الميراث ويستوى ان كان تزوج العبد باذن
مولاه أو بغير اذن مولاه لان عقده بغير اذن المولى يتم بالعتق فان المانع
حق المولى وقد زال ذلك بالعتق (قال) ولو أن رجلا أمر رجلا أن يزوجه
امراة فزوجه امرأتين فى عقدة نكاحهما باطل وقد بينا هذه المسألة وقول
أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول فيها أن نكاح أحدهما بغير عينها صحيح
والبيان إلى الزوج ولو كان امره ان يزوجه امراة بعينها فزوجها اياه واخرى
فى عقدة جاز نكاح التى امره بها لانه فى العقد عليها ممثّل لامر الزوج
وفى العقد على الاخرى مبتدئ غير ممثّل لامر سبق من الزوج فينفذ
عقده على التى امثّل بها أمر الزوج فى العقد عليها ويتوقف فى الاخرى
على اجازة الزوج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
* (باب النفقة) * (قال) رضى الله عنه اعلم بأن الغير تجب بأسباب منها
الزوجية ومنها الملك ومنها النسب وهذا الباب لبيان نفقة الزوجات
والاصل فيه قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن

[181]

وكسوتهن بالمعروف وقال الله تعالى وبما أنفقوا من أموالهم وقال الله
تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم معناه أسكنوهن من حيث
سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم
بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم
فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن
فى بيوتكم لاحد تكرهونه فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان
لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف وقال صلى الله عليه وسلم لهند
خذى من مال أبى سفيان رضى الله عنه ما يكفيك وولدك بالمعروف ولانها
محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه فى ماله
كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته
فى مالهم والقاضى لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية فى
مالهم إذا عرفنا هذا فنقول طريق ايصال النفقة إليها شيان التمكين أو
التملك حتى إذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من تناول
مقدار كفايتها فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة فان لم يكن بهذه
الصفة فخاصمته فى النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر ما يكفيها
بالمعروف لان النفقة مشروعة للكفاية فانما يفرض بمقدار ما يعلم أنه
تقع به الكفاية ويعبر بالمعروف فى ذلك وهو فوق التقدير ودون الاسراف
لانه مأمور بالنظر من الجانبين وذلك فى المعروف وكذلك يفرض لها من
الكسوة ما يصلح لها للشتاء والصيف فان بقاء النفس بهما وكما لا تبقى

النفس بدون المأكل عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة إلى ذلك تختلف باختلاف الاوقات والامكنة فيعتبر المعروف في ذلك فان كان لها خدم فرض القاضى لخدم واحد لان الزوج محتاج إلى القيام بحوائجها وأقرب ذلك اصلاح الطعام لها وخدمها بنوب عنه في ذلك فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف ولا تبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخدمها أدنى ما يفرض لها على الزوج المعسر ولا يفرض إلا لخدم واحد في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يفرض لخدمين لانها قد تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت والآخر ياتيها من خارج البيت بما تحتاج إليه وهما قالا حاجتها ترتفع بالخدم الواحد عادة وما زاد على الواحد فلتحمل والزينة ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا يزيد على قدر الكفاية في نفقتها فكذلك في نفقة خادمها ولو فرض لخدمين لفرض لاكثر من ذلك فيؤدي الامالا

[182]

يتناهى ثم في ظاهر الرواية المعتبر في ذلك حال الزوج في اليسار والاعسار في ذلك قال الله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الآية بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على الرجال بحسب حالهم وذكر الخصاص رحمه الله تعالى في كتابه ان المعتبر حالهما جميعا حتى إذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وان كانت هي معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ما تستوجب إذا كانت موسرة لان الظاهر ان دون ذلك يكفيها وان كانت موسرة والزوج معسرا تستوجب عليه فوق ما تستوجب إذا كانت معسرة لتحصل كفايتها بذلك وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسر فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله ثم ليس في النفقة تقدير عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقدر كل يوم بمدين على الموسر ومد ونصف على وسط الحال ومد على المعسر وهذا ليس بقوى فان المقصود الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس واحوالهم من الشباب والهرم ويختلف باختلاف الاوقات أيضا ففي التقدير بمقدار اضرار بأحدهما والذي قال في الكتاب ان كان معسرا فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة ولخدمها عليه ثلاثة دراهم أو أقل من ذلك أو أكثر فليس هذا بتقدير لازم لان هذا يختلف باختلاف الاسعار في الغلاء والرخص واختلاف المواضع واختلاف الاوقات فلا معتبر بالتقدير بالدراهم في ذلك وانما ذكر هذا بناء على ما شاهد في ذلك الوقت والذي يحق على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض في كل وقت ومكان وكما يفرض لها من قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لا يتناول الا مادوما عادة وجاء في تأويل قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم ان أعلى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط ما يطعم الرجل أهله الخبز والزيت وأدنى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللبن وأما الدهن فلانه لا يستغنى عنه خصوصا في ديار الحر فهو من أصل الحوائج كالخبز (قال) فان لم يكن لها خادم لم تفرض نفقة الخادم عليه وعن زفر رحمه الله تعالى أنه يفرض لخدم واحد لان على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها فإذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ثم تقوم هي بذلك بنفسها أو تتخذ خادما فاما في ظاهر الرواية استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فإذا لم يكن لها خادم لا تستوجب نفقة الخادم كالغازي إذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس وان أظهر غنا الفارس في القتال (قال) والكسوة على المعسر في

الشتاء درع وملحفة زطية وخمار سابورى وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما يدفئها ولخادمها قميص كرابيس وازار وكساء كأرخص ما يكون وللخادم في الصيف قميص مثل ذلك وازار وللمرأة درع وملحفة وخمار وان كان موسرا فالنفقة عليه للمرأة ثمانية دراهم أو تسعة ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة والكسوة للمرأة في الشتاء درع يهودى أو هروى وملحفة دينوريه وخمار ابريسم وكساء ادريجانى ولخادمها قميص زطى وازار كرابيس وكساء رخيص وفي الصيف للمرأة درع سابورى وملحفة كتان وخمار ابريسم ولخادمها قميص مثل ذلك وازار والحاصل ان ما ذكر من التقدير بالدراهم لا معتبر به لما قلنا وما ذكر من الثياب فهو بناء على عاداتهم أيضا وذلك يختلف باختلاف الامكنة في شدة الحر والبرد وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس في كل وقت فيعتبر المعروف من ذلك فيما يفرض ولم يذكر في كسوة المرأة الازار والخف في شئ من المواضع وذكر الازار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف فان كانت تخرج للحوائج فلها الخف أو المكعب بحسب ما يكفيها فاما المرأة فمأمورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب الازار لانها مأمورة بان تكون مهياة نفسها لبساط الزوج فليس على الزوج ان يتخذ لها ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار في كسوتها ثم النفقة للكفاية في كل يوم فاما الكسوة فانما تفرض في السنة مرتين في كل ستة أشهر مرة فان فعل ذلك لم يحدد لها الكسوة حتى يبلغ ذلك الوقت الا أن تكون لبست لبسا معتادا فتخرق قبل مجئ ذلك الوقت فحينئذ تبين ان ذلك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة ولكن ان أخذت الكسوة ورمت بها حتى جاء الوقت وقد بقيت تلك الكسوة عندها يفرض لها كسوة أخرى لانها لو لبست لتخرق ذلك فبان لم تلبس لا يسقط حقا ويجعل تجدد الوقت كتجدد الحاجة وهذا بخلاف كسوة الاقارب فالمعتبر هناك حقيقة الحاجة وإذا بقيت تلك الكسوة فلا حاجة وهنا لا معتبر بحقيقة الحاجة فانها وان كانت صاحبة ثياب تستوجب كسوتها على الزوج فلهذا فرقنا بينهما (قال) وان كان الرجل من أهل الغنى المشهورين بذلك فلأمراهه خمسة عشر درهما على كل شهر ولخادمها خمسة ولها من الكسوة في الشتاء درع يهودى وملحفة هروى وجبة فرو أو درع خز وخمار ابريسم ولخادمها قميص يهودى وازار وجبة وكساء وخفين ثم قال محمد رحمه الله تعالى لا ينبغي أن توقيت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص لكن تجعل النفقة على الكفاية

في كل زمان فينظر إلى قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهرا شهرا وقد بينا هذا الفصل والذي قال تفرض شهرا شهرا انما بناء على عاداتهم أيضا وبعض المتأخرين من مشايخنا يعتبر في ذلك حال الرجل أيضا فان كان محترفا تفرض عليه النفقة يوما يوما لانه يتعذر عليه أداء النفقة شهرا دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض الاداء شهرا شهرا وان كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة سنة لان تيسر الاداء عليه عند ادراك الغلات في كل سنة وتيسر الاداء على التاجر عند اتخاذ أجر غلات الحوانيت

وغيرها في كل شهر وتيسر الاداء على المحترف بالاكتساب في كل يوم ولا يؤخذ من الزوج كفيل بشئ من النفقة أما نفقة المستقبل فلم تجب بعد والانسان لا يجبر على اعطاء الكفيل ما لم يجب عليه وأما الماضي فلانه بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها ولا يجبر على اعطاء الكفيل ولو خاصمته امرأته في نفقة ما مضى من الزمان قبل ان يفرض القاضى عليه لها النفقة لم يكن لها شئ من ذلك عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى يقضى لها بما لم تستوف من النفقة الماضية وأصل المسألة أن النفقة لا تصير دينا الا بقضاء القاضى أو التراضي عندنا وعند الشافعي تصير دينا لان وجوبها بالعقد فلا تحتاج إلى القضاء أو إلى الرضاء في صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر ولان وجوب النفقة باعتبار قيام الزوج عليها بعد العقد وقد تقرر ذلك فيصير دينا بدون القضاء كالأجرة يصير دينا باستيفاء المنفعة بعد العقد وحثنا في ذلك أن النفقة صلة والصلوات لا تتأكد بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكد كالهبة والصدقة من حيث انها لا تتم الا بالقبض وبيان الوصف ان النفقة ليست بعوض عن البضع فان المهر عوض عن البضع ولا تستوجب عوضين عن شئ واحد بعقد واحد ولان ما يكون عوضا عن البضع يجب جملة لان ملك البضع يحصل للزوج جملة ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لان ذلك تصرف منه في ملكه فلا يوجب عليه عوضا فعرفنا ان طريقه طريق الصلة وتأكدنا اما بالقضاء أو التراضي ولان هذه نفقة مشروعة للكفاية فلا تصير دينا بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لا تصير دينا بمجرد مضى الزمان فكذا هنا وكذلك لو استدانته عليه قبل قضاء القاضى أو التراضي لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وانما ولايتها على نفسها فما استدانته يكون في ذمتها واتفاقها مما استدانته كانفاقها من سائر أملاكها فلا ترجع بشئ من ذلك على الزوج الا ان يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم

[185]

غاب أو حبس للنفقة عليها فاستدانته عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ما مضى لان حقها تأكد بقضاء القاضى أو بالصلح عن تراض فان ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضى في الالتزام وذكر عن شريح قال أيما امرأة استدانته على زوجها وهو غائب فانما استدانته على نفسها وانما أراد به إذا لم يفرض القاضى لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج لان للقاضى عليه ولاية فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه (قال) وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أجز الفرض عليه إذا كان غائبا لان الفرض عليه إذا كان غائبا الزام وليس للقاضى ولاية الالتزام على الغائب وان كان لها منه ولد فطلبت أن يفرض للولد معها نفقة فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمنى فأما الذين لا زمانة بهم من الرجال فلا نفقة لهم عليه بل يؤمرون بالاكتساب والانفاق على أنفسهم فأما من كان زمنا منهم فهو عاجز عن الاكتساب وبالنساء عجز ظاهر عن الاكتساب وفي أمرها بالاكتساب فتنة فان المرأة إذا امرت بالاكتساب اكتسبت بفرجها فإذا لم يكن لها زوج فهي بمنزلة الصغيرة ونفقتها في صغرها على الوالد لحاجتها فكذلك بعد بلوغها ما لم تتزوج لان بلوغها تزداد الحاجة والاصل في ذلك ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان مؤنة الرضاع على الوالد بالنص قال الله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن إلى قوله وان تعاسرتم فسترضع له أخرى

وذلك حاجة الولد ما دام رضيعا فيكون هذا دليلا على أن كفاية الولد على ما بقيت حاجته ثم يدفع نفقة الكبار من الولد إليهم لان النفقة حقهم ولهم أهلية استيفاء حقوقهم ولا ولاية لاحد عليهم ويدفع نفقة الصغار إلى المرأة لان الصغير في حجرها وهي التي تصلح له طعامه فيدفع نفقته إليها ثم بين نفقة الصغير على المعسر بالدراهم وكسوته بالثياب وهذا نظير ما ذكرنا في نفقة الزوجة ان المعسر ما تقع به الكفاية وهذا أظهر هنا فان الحاجة تختلف باختلاف سن الصغير فلا عبرة بالتقدير اللازم فيه ولكنه ان كان موسرا امر بأن يوسع عليه في النفقة والكسوة على حسب ما يرى الحاكم فيه ويعتبر فيه المعروف في ذلك كما يعتبر في نفقة الزوجة (قال) وإذا صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها ان ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية لان النفقة انما تجب شيئا فشيئا فرضاها بدون الكفاية اسقاط منها لحقها قبل

[186]

الوجوب وذلك لا يجوز ألا ترى أنها لو ابرأته عن النفقة لم تسقط بذلك نفقتها وهذا بخلاف الاجرة فان البراء عن بعض الاجرة بعد العقد قبل استيفاء المنفعة يجوز بلا خلاف لان سبب الوجوب هنا وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب في صحة الاسقاط وهناك السبب ليس هو العقد ولكن تغريغها نفسها بالخدمة لزوج وذلك يتجدد حالا فحالا فاسقاطها قبل وجود السبب باطل توضيحه ان النفقة مشروعة للكفاية وفي التراضي على ما لا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا وكذلك ان كان القاضى قضى بذلك لانه تبين أنه أخطأ في قضائه حين قضى بما لا يكفيها فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها (قال) وإذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين لما بينا ان النفقة تجب شيئا فشيئا فيعتبر حاله في كل وقت فكما لا يستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار فكذلك لا يستديم ذلك القضاء وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر لعذر العسرة فإذا زال العذر بطل ذلك كمن شرع في صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال (قال) وإذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت ان تتحول معه إلى منزله أو إلى حيث يريد من البلدان وقد أوفاهها مهرها فلا نفقة لها لانها ناشزة ولا نفقة للناشزة فان الله تعالى أمر في حق الناشزة يمنع حظها في الصحبة بقوله تعالى واهجروهن في المضاجع فذلك دليل على انه تمنع كفايتها في النفقة بطريق الاولى لان الحظ في الصحبة لهما وفي النفقة لها خاصة ولانها انما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها إلى الزوج وتغريغها نفسها لمصالحه فإذا امتنعت من ذلك صارت طالمة وقد فوتت ما كان يجب النفقة لها باعتباره فلا نفقة لها وقيل لشريح رحمه الله تعالى هل للناشزة نفقة فقال نعم فليل كم قال جراب من تراب معناه لا نفقة لها وان كان لم يوفها مهرها فابت عليه ذلك حتى يوفها فلها النفقة لانها حبست نفسها بحق فلا تكون مفوتة ما به تستوجب النفقة حكما بل الزوج هو المفوت بمنعها حقها ولان النفقة حقها والمهر حقها فمطالبتها باحد الحقين لا يسقط حقها الآخر وكذلك لو لم يدخل بها في ظاهر الرواية الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انها قبل الدخول إذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقة لها وكأنه على هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها إلى بيت الزوج فإذا لم يوجد لا تستوجب النفقة ابتداء فاما بعد ما انتقلت إلى بيته ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك الا بمنعها نفسها بغير

حق وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل إلى بيت زوجها الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة فكذلك إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان رجعت الناشئة إلى بيت الزوج فنفتها عليه لان المسقط لنفتها نشوزها وقد زال ذلك والاصل فيه قوله تعالى فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا (قال) ولا نفقة للصغيرة التي لا يجمع مثلها عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة لانها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا لان الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة إلى ذلك كالكبيرة الا ترى ان بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير فكذلك بسبب النكاح وحجتها في ذلك أنها غير مسلمة نفسها إلى زوجها في منزله فلا تستوجب النفقة عليه كالناشئة وهذا لان الصغيرة جدا لا تنتقل إلى بيت الزوج بل تنقل إليه ولا تنتقل إليه للقرار في بيته أيضا فتكون كالمكرهة إذا حملت إلى بيت الزوج ولان نفقتها عليه باعتبار تفرغها نفسها لمصالحه فإذا كانت لا تصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج بخلاف المملوكة فان نفقتها لاجل الملك فقط وذلك لا يختلف بالصغر والكبر وان كانت قد بلغت مبلغا يجمع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيرا كان زوجها أو كبيرا لانها مسلمة نفسها في منزله مفرغة نفسها لحاجته وانما الزوج هو الممتنع من الاستيفاء لمعنى فيه فلا يسقط به حقها في النفقة وان كان الزوج صغيرا لا مال له لم يؤخذ الاب بنفقة زوجته الا أن يكون ضمنها لان استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر فكما لا يؤخذ أبوه بشئ من المهر إذا لم يضمن ذلك فكذلك لا يؤخذ بالنفقة (قال) وكل امرأة قضى لها بالنفقة على زوجها وهو صغير أو كبير معسر لا يقدر على شئ فانها تؤمر بأن تستدين ثم ترجع عليه ولا يحبس القاضى إذا علم عجزه وعسرتة لان الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه فلا يحبس ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فإذا استدانته بأمر القاضى كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك إذا أيسر وان كان القاضى لا يعلم من الزوج عسره فسألت المرأة حبسه بالنفقة لم يحبس القاضى في أول مرة لان الحبس عقوبة لا يستوجبها الا الظالم ولم يظهر حيفه وظلمه في أول مرة فلا يحبس ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره أنه يحبس ان لم يفعل فان عادت إليه مرتين أو ثلاثا حبسه

لظهور ظلمه بالامتناع من ايفاء ما هو مستحق عليه فان علم أنه محتاج خلى سبيله لانه مستحق للنظرة إلى ميسرة بالنص وليس بظالم في الامتناع من ايفاء مع العجز (قال) وينبغي للقاضي إذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة في نفقة أو دين أن يسأل عنه وفي بعض المواضع ذكر أربعة أشهر وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قدر ذلك بستة أشهر وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان أدنى المدة فيه شهر والحاصل أنه ليس فيه تقدير لازم لان الحبس للاضجار

وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه إلى القاضى حتى إذا وقع في أكبر رأيه أنه يضجر بهذه المدة ويظهر مالا ان كان له أن يسأل عن حاله بعد ذلك وذكر هشام في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى ان له أن يسأل عن حاله بعد ما حبسه ولم يعتبر في ذلك مدة فإذا سأل عنه فاخبر أنه معسر خلى سبيله لان ما صار معلوما بخبر العدول فهو بمنزلة الثابت باقرار الخصم ولا يحول بين الطالب وبين ملازمته عندنا وكان اسماعيل بن حماد رحمه الله تعالى يقول ليس للطالب أن يلازمه وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى لانه منظر بانظار الله تعالى فهو بمنزلة ما لو أجله الخصم أو أبراه منه فكما لا يلازمه هناك فكذلك لا يلازمه هنا ولكننا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من أعرابي بعيرا بثمن مؤجل فلما حل الأجل طالبه الأعرابي فقال ليس عندنا شئ فقال الأعرابي واغدراه فهم به الصحابة رضوان الله عليهم فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فان لصاحب الحق اليد واللسان والمراد باللسان التقاضى وباليد الملازمة ولان قضاء الدين مستحق على المديون من كسبه وماله فكما أنه إذا كان له مال كان للطالب ان يطالبه بقضاء الدين منه فكذلك إذا كان له كسب كان له ان يطالبه بقضاء الدين من كسبه وذلك انما يتحقق بالملازمة حتى إذا فضل من كسبه شئ عن نفقته أخذه بدينه ولسنا نعني بهذه الملازمة ان يقعه في موضع فان ذلك حبس ولكن لا يمنعه من التصرف بل يدور معه حيثما دار وان كان غنيا لم يخرج من السجن أبدا حتى يؤدى النفقة والدين لقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته ولانه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على ابقائه فيجازى بمثله وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه حتى يوفي ما عليه وان كان له مال حاضر أخذ القاضى الدراهم والدنانير من ماله وأدى منها النفقة والدين لان صاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه فللقاضى ان يعينه على

[189]

ذلك أيضا وكذلك إذا ظفر بطعامه في النفقة لانه عين ما عليه من الحق والمرأة تتمكن من أخذه إذا قدرت عليه فيعينها القاضى على ذلك ولا يبيع القاضى عروضه في النفقة والدين في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيع ذلك كله وهو بناء على مسألة الحجر فان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى القاضى لا يحجر على المديون بسبب الدين وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضى وعندهما القاضى يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضى الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص وقال عمر رضى الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب وان أسيف جهينة قد رضى من دينه وامانته ان يقال له قد سبق الحاج فادان مقرضا أصبح وقد ربدته الا انى بائع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليعد والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لاجله فإذا امتنع من ذلك وهو مما تجرى النيابة فيه ناب القاضى منابه كالتفريق بين العنين وامراته وبالاتفاق يبادل أحد النقيدين بالآخر بهذا الطريق فكذلك يبيع العروض ولا يبي حنيفة ما روى أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان علم بيساره حين ألزمه ضمان العتق ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزا لاشتغل به لان فيه نظرا من

الجانبين والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين ألا ترى أنه لا تزوج المديونة لتقضى الدين من صداقها ولا يؤجر المديون ليقضى الدين من أجرته لأنه تعين قضاء الدين عليه فكذلك لا يبيع ماله لأنه تعين طريق قضاء الدين عليه ومبادلة أحد التقدين بالآخر لا يفعله في القياس أيضا ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جعلها كجنس واحد فان المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق لان له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه وأما حديث معاذ رضى الله تعالى عنه فانما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله برضاه وسؤاله لأنه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله

[190]

صلى الله عليه وسلم ماله فيصير فيه وفاء بدينه والمشهور من حديث عمر رضى الله تعالى عنه إلى قاسم ماله بين غرمائه فانما يحمل ذلك على أن ماله كان من النقود والدليل عليه أن عندهما ليس للقاضي أن يبيع المال إلا بطلب من الخصم ولم يكن منهم طلب فعرفنا أنه كان ذلك من جنس الحق أو كان فيه نوع مصلحة رآها لاسيغ جهينة (قال) وإذا كان لرجل نسوة فرضت النفقة لهن عليه بحسب الكفاية على ما قلنا فان كانت احداهن كتابية أو أمة قد بوأها مولاها معه بينا فرض عليه لكل واحدة منهن ما يكفيها ولا تتراد الحرة المسلمة على الأمة والذمية شيئا لان النفقة مشروعة للكفاية وهذا لا يختلف باختلاف الدين ولا باختلاف الحال في الرق والحرية فان فرض ذلك وهو معسر وعلم القاضي ذلك منه أمرهن بالاستدانة عليه ففي هذا يعتدل النظر من الجانبين وان كان الزوج غائبا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يأمرهن بالاستدانة عليه إذا كان يعلم النكاح بينه وبينهن وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفعل ذلك عند حضرته ثم رجع فقال لا يأمر بذلك وهو قولهما لان فيه قضاء على الغائب وليس له ذلك وان أمرهن بالاستدانة فلم يجدن ذلك لم يفرق بينه وبينهن ولم يجبره على طلاقهن عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يفرق بينه وبينهن إذا طلبن ذلك لقوله تعالى فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان والمعروف في الامسك أن يوفيهما حقه من المهر والنفقة فإذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان وهو المعنى في ذلك فان المستحق عليه أحد الشئتين فإذا تعذر احدهما تعين الآخر ألا ترى أنه إذا عجز عن الوصول إليها بسبب الحب والعنة فرق بينهما لقوات الامسك بالمعروف بل أولى لان حاجتها إلى النفقة أظهر من حاجتها إلى قضاء الشهوة ولكن لما تعين التفريق لا يصالها إلى حقه من جهة عسره فرق القاضي بينهما فكذلك هنا تعين التفريق لا يصالها إلى حقه من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة عليه فان التفريق ليس بطريق لا يصالها إلى ذلك الحق من جهة غيره فاما نفقة الوقت تصل إليها بعد التفريق من جهة زوج آخر وقاس بنفقة العبد والأمة فانه يستحق عليه بسبب الملك فإذا تعذر عليه أجبره القاضي على ازالة الملك بالبيع فهنا كذلك واستدل بحديث عمر وعلي رضى الله عنهما كتبا إلى أمراء الاجناد ان مروا من قبلكم ان تبعثوا بنفقة أهليكم أو بطلاقهن وقيل لسعيد بن المسيب رضى الله عنه أتفرق بين العاجز عن النفقة وبين امرأته فقال نعم فقيل له سنة فقال نعم والسنة

إذا أطلقت يفهم منها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فهذا تنصيص على ان المعسر منظر ولو أجلته في ذلك لم يكن لها ان تطالب بالفرقة فكذلك إذا استحق النظرة شرعا الا ان المستحق بالنص التأخير فلا يلحق به ما يكون ابطالا لان ذلك فوق المنصوص وفي حق المملوك يكون ابطالا لانه لا يثبت للمملوك على مولاه دين فاما في حق الزوجية يكون تأخيرا لا ابطالا وبهذا يتبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام في الذمة فان المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهو الالتزام في الذمة مع أن التسريح طلاق وعند الشافعي المستحق هنا هو الفسخ بسبب العيب حتى إذا فرق بينهما لم يكن طلاقا وبه نجيب عن حديث عمر وعلي رضي الله عنهما مع أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة فان نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والامام هو الذي يوصل ذلك إليهم ولكنهما خافا عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن فأمرهم ان يبعثوا اليهن ما تطيب به قلوبهن والمعنى فيه ان النفقة مال فالعجز عنه لا يكون موجبا للفرقة كالمهر والنفقات المجتمعة بل أولى لان ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم تستقر ديننا بعد وهذا لان المقصود بالنكاح غير المال فكان المال زائدا والعجز عن التبع لا يكون سببا لرفع الاصل وكما ان بالفرقة لا تتوصل إلى مهرها الذي على الزوج الاول وانما تتوصل إلى مثله من جهة أخرى فكذلك النفقة وبه فارق الحب والعنة فان هناك تحقق فوات ما هو المقصود مع ان عندنا هناك لا يفسخ العقد ولكن يفرق بينهما بطريق التسريح بالاحسان حتى يكون ذلك طلاقا لازالة ظلم التعليق عنها وهذا ليس في معنى ذلك من وجوه احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق بينهما وهنا لم ينسد عليها وصول النفقة بدون التفريق بأن تستدين فتنفق والثاني ان هناك الزوج يمسكها من غير حاجة به إليها فيما هو المقصود فكان ظلما وهنا يمسكها مع حاجته إليها فيما هو المقصود فلا يكون ظلما ولان هناك في ترك التفريق ابطال حقها لان وظيفة الجماع لا تصير ديننا على الزوج بمضي المدة ولو فرقنا كان فيه ابطال ملك الزوج فاستوى الجانبان في ضرر الابطال وفي جانبها رجحان لصدق حاجتها وهنا في ترك التفريق تأخير حقها لان النفقة تصير ديننا على الزوج وفي التفريق ابطال الملك على الزوج وضرر التأخير دون ضرر الابطال وبه يفرق بينه وبين العبد فالضرر هناك ضرر الابطال لان النفقة هناك لا تصير ديننا للمملوك على المالك ثم فيه

ابطال حقه بغير بدل وفي البيع ابطال ملك المولى ببدل فكان هذا الضرر أهون حتى ان في الموضع الذي يكون ابطالا بغير بدل لا يفعل ذلك وهو أنه إذا عجز عن نفقة أم ولده لم يعتقها القاضى عليه (قال) والتبوة في الامة ان يخلى بين الامة وزوجها ولا يستخدمها لما بينا ان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها لقيام مصالح الزوج وانما يحصل ذلك بهذا النوع من التبوة فان استخدمها بعد ذلك ولم يخل بينه وبينها فلا نفقة لها لانه ازال

ما به كانت تجب نفقتها عليه فهي كالحررة الناشرة فان قيل المولى انما ازال ذلك بحق له فلماذا لا يجعل هذا كالحرة إذا احتبست نفسها لصداقها قلنا كما في الابتداء فان الحررة إذا احتبست نفسها بالصداق كان لها ان تطلب النفقة والمولى إذا لم يبوئها بيتا في الابتداء لم يكن لها النفقة والمعنى فيه ان الحررة إذا احتبست نفسها بصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه لتنتقل إلى بيته فأما هنا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله اياها بخدمة نفسه فلماذا لم يكن لها نفقة عليه فان كانت هي تجئ فتخدمه من غير أن يستخدمها فلها النفقة لان الحق للمولى ولم يوجد من جهته تفويت بل الموجود من جهته التسليم فان جاءت في وقت والزوج ليس في البيت فاستخدموها ومنعوها من الرجوع إلى بيتها فلا نفقة لها لان استخدام أهل المولى اياها كاستخدام المولى وقد بينا أن فيه تفويت التبوئة والتبوئة شرط لاستحقاق النفقة وبعد التفويت ممن له الحق لا يكون لها نفقة (قال) ونفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت من قبل أنها مسلمة نفسها إلى الزوج في بيته ولا فعل منها في المرض لتصير به مفوتة مع أنه لا يفوت ما هو المقصود من الاستثناس وغيره ولا معتبر بمقصود الجماع في حق النفقة فان الرتقاء تستحق النفقة على زوجها مع فوات مقصود الجماع وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الرتقاء لا تستوجب النفقة على الزوج إذا لم يرض الزوج بها ويكون له أن يردّها إلى أهلها ولا ينفق عليها وفي المريضة ان تحولت إلى بيته وهي مريضة فله أن يردّها إلى ان تبرأ وان مرضت في بيته بعدما تحولت إليه فليس له أن يردّها بل ينفق عليها الا أن يتناول مرضها (قال) وهذا استحسان لان النكاح يعقد للصحة والالفة وليس من الالفة أن يمتنع عن الانفاق أو يردّها لقليل مرض فإذا تناول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة وانما يلزمه نفقتها لقيامه عليها وقد فات ذلك بمعنى من جهتها فتسقط نفقتها كما إذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها ولكن قد بينا الفرق

[193]

بينهما من حيث أن الصغر يزول فلا يندم به استحقاق الجماع بسبب العقد بخلاف الرتق والقرن وكذلك لو جنت أو أصابها بلاء يمنعه من الجماع أو هرمت حتى لا يستطيع جماعها وذكر في الكتاب أنه لو أصابتها هذه العوارض من بعد ما دخل بها وليس مراده حقيقة الوطئ بل المراد انتقالها إلى منزله وسواء انتقلت أو لم تنتقل إذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة للنفقة على ما قلنا (قال) ولا نفقة في النكاح الفاسد والوطئ بالشبهة ولا في العدة منه لان ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها إلى الزوج للقيام بمصالحه فان فساد النكاح يمنعه من ذلك شرعا ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليما في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد (قال) وإذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج أنا فقير وقالت المرأة هو غني فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البينة لان الفقر في الناس أصل واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة أي سترة ثم يرزقه الله تعالى من فضله فالزوج يتمسك بما هو الاصل والمرأة تدعى غني عارضا فعلبها البينة وعليه اليمين لانكاره وبه أحاب في كتاب العتاق إذا ادعى المعتق أنه معسر فالقول قوله فأما ما أشار في سائر الديون أن كان وجوب الدين عليه ببيع أو قرض لم يقبل قوله انه معسر لانه صار غنيا بما دخل في ملكه في المال فلا قول له في

دعوى الفقر بعد تيقنا بزوال ذلك الاصل وكذلك قالوا في كل دين التزمه
بالعقد اختيارا كالمهر ودين الكفالة فاقدمه على الالتزام بمنزلة اقرار منه
انه قادر على الاداء فان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر على أدائه اختيارا فاما
فيما سوى ذلك فالقول قوله في دعوى العسرة وبعض المتأخرين من
مشايخنا يقولون بحكم في ذلك زيه فان كان عليه زى الاغنياء لم يقبل
قوله انه معسر لان الزى دليل على غناه قال الله تعالى تعرفهم بسماهم
وقال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقال جل وعلا وان كان
قميصه قد من قبل ففي هذا دليل على ان الظاهر من العلامة يجعل حكما
الا في الفقهاء والعلوية فانهم يتكلفون الزى مع العسرة ليعظمهم الناس
فلا يجعل الزى حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه (قال) فان لم يكن لها
بينة على يساره وسألت القاضى ان يسأل عن يساره في السر فليس ذلك
على القاضى لانه وجد دليلا يعتمده لفصل الحكم وهو التمسك بالاصل
فليس عليه ان يطلب دليلا آخر وان فعله فاتاه من أخبر عنه انه موسر لا
يعتمد ذلك أيضا الا ان يخبره بذلك رجلان عدلان

[194]

ويكونا بمنزلة الشاهدين يخبران انهما قد علما ذلك فحينئذ لو شهدا عنده
في مجلس الحكم يثبت يساره بشهادتهما وكذلك ان أخبراه بذلك لان
المعتبر علم القاضى ويحصل له علم بخبرهما كما يحصل بشهادتهما وان
أخبرا انهما علما ذلك من رواية راو لم يؤخذ بقولهما لانهما ما أخبراه عن
علم وانما أخبراه عن ظن أو عن خبر من لا يعتمد خبره والخبر إذا تداولته
الالسنه تتمكن فيه الزيادة والنقصان عادة فلهذا لا يعتمد مثل هذا الخبر
(قال) وان أقامت المرأة البينة انه موسر وأقام الزوج البينة انه محتاج أخذ
بينة المرأة لانها قامت على الاثبات ولان شهود الزوج اعتمدوا في
شهادتهم ما هو الاصل وشهود المرأة عرفوا الغنى العارض فلهذا يفرض
لها عليه نفقة الموسرين (قال) وإذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها
نفقتها منه كان له ذلك لان أكثر ما في الباب ان تكون النفقة لها دينا عليه
فإذا التقى الدينان تساويا قصاصا الا ترى ان له ان يقاص بمهرها فالنفقة
أولى (قال) وإذا فرضت النفقة لها على زوجها ولها عليه شئ من مهرها
فاعطاها شيئا من ذلك فقال الزوج هو من المهر وقالت المرأة بل هو من
النفقة فالقول قول الزوج انه من المهر وكذلك هذا في جميع قضاء
الديون إذا كان من وجوه مختلفة لانه هو المملك فالقول قوله في بيان
جهة التملك وهو المحتاج إلى تفريغ ذمته فالقول قوله في انه تفرغ ذمته
بهذا الاداء من كذا دون كذا (قال) وإذا اختلفا فيما وقع الصلح عليه أو الحكم
به من النفقة في الجنس أو القدر فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة
لانها مدعية الزيادة فتحتاج إلى الاثبات بالبينة والزوج منكر لذلك فالقول
قوله مع يمينه فان كان الذي أقر به الزوج وحلف عليه لا يكفيها بل بها
الكفاية في المؤتلف لان النفقة للكفاية وقد بينا أن ما قضى به القاضى أو
وقع الصلح عليه ان كان لا يكفيها فلها أن تطالب بما يكفيها في المستقبل
فكذلك ما أقر به الزوج (قال) ولو أخذت المرأة من زوجها كفيلا بالنفقة كل
شهر لم يكن على الكفيل الا شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الا ما لا يعرف
منتهاه فيتناول الادنى كمن يقول لفلان على كل درهم وأصله في الاجارة
إذا استأجر دارا لكل شهر كان لزوم العقد في شهر واحد وعن أبي يوسف
رحمه الله تعالى انه كفيل بنفقتها ما عاشت وبقي النكاح بينهما استحسانا
لما فيه من العرف الظاهر ولان قصد المرأة التوثق بهذا الجنس من حقها

فكان الكفيل صرح لها بما هو مقصودها فقال في كفاله أبدا أو ما عاشت
وهناك ثبت حكم الكفالة بهذا الجنس من حقها عليه

[195]

عاما فكذا هنا ولو ضمن لها نفقة سنة كان جائزا وان لم يكن واجبا ولكن
إضافة الكفالة إلى سبب الوجوب صحيح وقد حصل ذلك بتسمية المدة ولم
يبين أن الزوج هل يجبر على إعطاء الكفيل بالنفقة أم لا فظاهر المذهب
أنه لا يجبر على ذلك كما لا يجبر على إعطاء الكفيل بدين آخر وعن أبي
يوسف رحمه الله تعالى أنه قال إذا قالت المرأة إنه يريد أن يغيب ولا يترك
لها نفقة أمره القاضي أن يعجل لها نفقة شهر أو يعطيها كفيلة بنفقة
شهر استحسانا لأنها طلبت من القاضي أن ينظر لها فيجبها على ذلك لأن
الحال حال النظر (قال) وإذا فرض القاضي لها على الزوج نفقة معلومة
كل شهر فمضت أشهر لم يعطها حتى مات أو ماتت لم يؤخذ بشئ منها لأن
النفقة تستحق استحقاق الصلوات لا استحقاق المعاوضات على ما قررناه
والصلوات لا تتم إلا بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وشبهه في الكتاب
بمن وجبت عليه الجزية إذا مات لم تستوف من تركته لهذا ولأن السبب
قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفاء
فيسقط حقها كما إذا زال العيب قبل رد المشتري لم يكن له أن يرد بعد
ذلك (قال) ولو كانت المرأة استعجلت النفقة مدة ثم ماتت قبل مضي تلك
المدة لم يكن للزوج أن يسترد من تركتها شيئا من ذلك في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا أنها صلة وحق الاسترداد في
الصلوات ينقطع بالموت كالرجوع في الهبة وعند محمد رحمه الله تعالى
يترك من ذلك حصة المدة الماضية قبل موتها ويسترد ما وراء ذلك لأنها
أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل ذلك المقصود له فكان له أن يسترد
منها كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها وروي ابن
رستم عن محمد رحمه الله تعالى قال إن كان الباقي من المدة شهرا أو
دونه لم يرجع بشئ في تركتها وإن كان فوق ذلك ترك لها مقدار نفقة
شهر استحسانا ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك لأنه إنما يعطيها النفقة
شهرا فشهر عادة ففي مقدار نفقة شهر هي مستوفية حقها وفيما زاد
على ذلك مستعجلة (قال) ولو كانا حين فاختلغا فيما مضى من المدة من
وقت قضاء القاضي فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وانكاره سبق
التاريخ في القضاء والبينة بينة المرأة لاثباتها ذلك (قال) وإذا بعث إليها
بثوب فقال هو هدية وقال الزوج هو من الكسوة فالقول قول الزوج مع
يمينه لأنه هو المملك للثوب منها فالقول قوله في بيان جهته إلا أن تقيم
المرأة البينة أنه بعث به هدية وإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لأنه ثبت
ببينته فراغ ذمته عن

[196]

حقها من الكسوة أو المهر وكذلك إن أقام كل واحد منهما البينة على إقرار
الآخر بما ادعاه لأن الزوج هو المدعى للقضاء فيما عليه من الحق فمعنى
الاثبات في بينته أظهر وكذلك إن بعث بدراهم فقال هي نفقة وقالت
المرأة هي هدية فالقول قوله لما بينا (قال) وإذا أعطاها كسوة فعجلت

تمزيقها أو هلكت منها لم يكن عليه أن يكسوها حتى يأتي الوقت لما بينا أن أحوال الناس تختلف في صيانة الثياب وتمزيقها فيتعذر تعليق الحكم بحقيقة تجدد الحاجة فيقام الوقت مقامه تيسيرا فما لم يأت الوقت لا تتجدد الحاجة فلا يتجدد سبب الوجوب لها فلم يكن لها أن تطالبه بشئ (قال) وكذلك ان صانتها ولبست غيرها فإذا جاء الوقت المعلوم لها ان تطالب بالكسوة والقاضى في الابتداء يوقت من المدة ما يتمزق فيه الثوب باللبس المعتاد فما لم يتبين خطأه في ذلك التوقيت يجب بناء الحكم عليه ولا ينظر إلى تعجيلها التمزيق ولا إلى صيانتها فوق المعتاد (قال) وكذلك ان أخذت نفقة شهر فلم تنفق حتى جاء الشهر الثاني وهى معها فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثاني بخلاف نفقة ذى الرحم المحرم فان هناك المعتبر تحقق الحاجة ألا ترى أنه لو كان له مال لم يستوجب النفقة على غيره والحاجة مرتفعة ببقاء المأخوذ معه بخلاف نفقة الزوجة (قال) وإذا فرض القاضى لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تأخذ منه شيئا فلها أن تأخذه بما مضى من ذلك لان نفقة الزوجة تصير دينا بقضاء القاضى أو الصلح عن التراضى وقد بيناه (قال) وان كان هذا في ذى الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضى لم يكن له أن يرجع على الذى فرض له عليه بشئ لما مضى لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمعنى ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينا وأورد في باب الزكاة من الجامع ان نفقة ذى الرحم المحرم تصير دينا بقضاء القاضى وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسألة هناك فيما إذا استدان المنفق عليه وانفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه وهنا وضع المسألة فيما إذا أنفق من مال له أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لا تبقى بعد مضى المدة قررنا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع (قال) وان كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة فان كان القاضى يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة في ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له الا ترى ان من أقر بدين ثم غاب قضى القاضى عليه بذلك لعلمه به فكذلك النفقة ولكن يشترط ان ينظر للغائب وذلك في ان يحلفها انه لم يعطها

[197]

النفقة لجواز ان يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهى تلبس على القاضى لتأخذ ثانيا وإذا حلفت فأعطاها النفقة أخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة انه قد كان أوفى نفقتها وهذا لان القاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (قال) وإذا حضر الزوج وأثبت بالبينة انه كان قد أوفاهها أو أرسل إليها بشئ في حال غيبته أمرها برد ما أخذت لانه ظهر عند القاضى انها أخذت بغير حق وللزوج الخيار ان شاء أخذها بذلك وان شاء أخذ الكفيل وان لم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضى فأرادت اقامة البينة على الزوجية لم يقبل القاضى ذلك منها عندنا لما فيه من القضاء على الغائب بالبينة وعن زفر رحمه الله تعالى انه يسمع منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال يأمرها بالاستدانة فان حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين وان أنكر ذلك كلفها اعادة البينة فان لم تعد أمرها برد ما أخذت ولم يقض لها بشئ مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة بهذه الصفة نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فيجيبها القاضى إلى ذلك ولكننا نقول فيه قضاء على الغائب لان دفع ماله إليها لتنفق على نفسها لا يكون الا بعد القضاء عليه بالزوجية (قال) وان أحضرت غريما للزوج أو مودعا في يده مال للزوج وهو

مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فإن صاحب الدين إذا حضر غريما أو مودعا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه وإن كان مقرا بالمال ودينه لأن القاضي إنما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرا له وحفظا لملكه عليه وفي الانفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه بل فيه قضاء عليه بقول الغير فلهذا المعنى تقع الفرقة بينهما (قال) وإن جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما أو كون المال في يده لم تقبل بينتها على شيء من ذلك أما على الدين والوديعة فلانها تثبت الملك للغائب حتى إذا ثبت ملكه ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في اثبات الملك للزوج في أمواله وأما إذا جحد الزوجية فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعى حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد إنسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم

[198]

بالزوجة فإذا لم يكن ذلك معلوما له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم وإن لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافا لرفر رحمه الله تعالى لأن في هذا قضاء على الغائب وقد بيناه وإن كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانا (قال) ولا يبيع العروس في نفقتها أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر لأن الزوج لو كان حاضرا لم يبيع القاضي عروضة في ذلك فإذا كان غائبا أولى وأما على قولهما إنما يبيع على الحاضر عروضة بعد ما يحجر عليه وليس له ولاية الحجر والزام القضاء على الغائب (قال) وينفق عليها من غلة الدار والعبد لأن ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب إن كانت له والنفقة من طعامه إن كان له لأنه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فلان يقضى لها القاضي بذلك كان أولى ويأخذ منها كفيلا بجميع ذلك نظرا منه للغائب فإذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة إليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت لأنه التزم بالكفالة وإن لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شيء على الكفيل وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك أو يأخذ الكفيل لأنه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب نفقة العبد) * (قال) رضي الله عنه وإذا كان للعبد أو المدير أو المكاتب امرأة حرة أو أمة قد بوئت معه بيتا فإنه يفرض عليه نفقتها بقدر ما يكفيها لأن سبب وجوب النفقة الزوجية وهي تحقق في حق المملوك كما تتحقق في حق الحر وهو تسليمها إلى الزوج في منزله والحكم يبنى على السبب ألا ترى أن المهر بالنكاح يجب على العبد كما يجب على الحر ثم ما يجب على العبد من الديون إذا ظهر في حق المولى تعلق بمالية رقبته حتى يباع فيه إلا أن يقضيه المولى ودين النفقة ظهر في حق المولى لأن سببه وهو النكاح كان برضاه فإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن أدائه يباع فيه ثم إذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع فيه أيضا وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة إلا النفقة لأن النفقة يتجدد

وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث وأما المدبر لا يمكن بيعه في النفقة ولكن يؤمر فيه بالسعاية وكذلك المكاتب لا يمكن بيعه مع قيام عقد الكتابة وإنما يقضى بالنفقة في كسبه كما يقضى بسائر ديونه في كسبه فإن كان للعبد أو المدبر ولد من امرأته لم يكن عليها نفقة الولد لأنها إن كانت أمة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الأب وإن كانت حرة فولدها يكون حراً ولا تجب نفقة الحر على المملوك بحال لأن كسب العبد والمدبر لمولاه ونفقة الولد الحر ليست على المولى وكذلك لا يكون في كسبهما وكذلك المكاتب لا يجب في كسبه نفقة ولد حر ولا نفقة ولد هو مملوك للغير وإن كانت امرأته مكاتبه معه لمولى واحد كاتبتها كتابة واحدة فنفقة الولد على الام دون الأب لأن الولد تابع للام في كتابتها إلا ترى أن كسب الولد يكون لها ولو جنى عليه كان ارش الجناية لها وإن مات الولد وترك مالا فذلك كله لها فكذلك نفقة الولد تكون عليها وهذا بخلاف ما إذا وطئ المكاتب أمته فولدت فإن نفقة ذلك الولد على المكاتب لأنه داخل في كتابته حتى كان كسبه له وارش الجناية عليه له أيضاً ليس للام من ذلك شيء لأنها أمة ولو كان للام فالام أمة له أيضاً فلهذا كانت نفقته عليه ولأنه جزء منه فإذا تبعه في العقد كانت نفقته بمنزلة نفقة نفسه (قال) ولو تزوج العبد أو المدبر أو المكاتب بغير إذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر لأن وجوب النفقة والمهر يكون بعد صحة العقد ونكاحهم بغير إذن المولى غير صحيح وإن عتق واحد منهم جاز نكاحه حين يعتق لسقوط حق المولى ويجب على المهر والنفقة في المستقبل والمستسعى في بعض القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب (قال) وإن كانت المدبرة أو الأمة أو أم الولد تحت حر أو عبد فلا نفقة عليهما ما لم يبوئها معه بيتاً لانعدام التسليم قبل التبوئة ويستوى إن كان دخل بها أو لم يدخل بها لأن بالدخول إنما يوجد تسليم المعقود عليه ولا معتبر به في النفقة فإن تسليم المعقود عليه مقرر للبدل والنفقة ليست ببدل إلا ترى أن الرتقاء تستحق النفقة وقد انعدم منها تسليم المعقود عليه فعرفنا أن المعتبر في النفقة تغريغها نفسها لحق الزوج وذلك يكون بالتبوئة فإن بوأها معه بيتاً فعليه النفقة وإن انتزعتها منه واحتاج إلى خدمتها فلا نفقة على الزوج ما دامت عند مولاه وإن أعادها إليه وبوأها معه بيتاً فعليه النفقة كالحررة إذا هربت من زوجها ثم عادت إلى بيته توضيحه أن الأمة محبوسة عند مولاه لحق المولى في خدمتها فكانت كالمحبوسة في الدين ولا نفقة للمحبوسة بالدين إذا

كان الزوج ممنوعاً منها فإذا قضت الدين وعادت إلى بيت الزوج كان لها النفقة وإن كان لها منه ولد فلا نفقة عليه للولد لأن ولد الأمة مملوك لمولاها فنفقته تكون على مالكه وإن كانت المرأة مكاتبه وقد بوأها معه بيتاً أو لم يبوئها منه فهو سواء ولها النفقة ولأن المكاتبه في يد نفسها كالحررة وليس لمولاها أن يستخدمها فكانت هي كالحررة في استحقاق النفقة على الزوج إذا لم تحبس نفسها عنه طالمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب نفقة أهل الذمة) * (قال) رضی

الله عنه ويفرض علي الذمي نفقة امرأته بالمعروف كما يفرض على المسلم لانها كفاية مشروعة للحاجة وسببها وهو الزوجية يتحقق فيما بين أهل الذمة كما يتحقق فيما بين المسلمين فان كانت ذات رحم محرم منه وذلك في دينهم نكاح فطلبت نفقتها منه من قبل النكاح فرض لها من ذلك عليه كما يفرض في النكاح الصحيح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لما بينا من أصله أن لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة وان رفع أحدهما الامر إلى القاضي لا يفرق القاضي بينهما فيقضى لها بالنفقة وعندهما ليس لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ويرفع أحدهما لامر القاضي يفرق القاضي بينهما فلا يقضى لها بالنفقة ولا خلاف في النكاح بغير شهود ان القاضي يقضى لها بالنفقة لان النكاح بغير شهود صحيح فيما بينهم فان الاشهاد من حق الشرع وهم لا يخاطبون بذلك الا ترى انهم يقرون عليه بعد الاسلام (قال) وإذا أسلم الذمي وامرأته من غير أهل الكتاب فأبى الاسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها في العدة لان الفرقة جاءت من قبلها بسبب هي عاصية في ذلك وهو إباء الاسلام بعد ما عرض عليها ولهذا لا مهر لها إذا كان قبل الدخول فليس لها نفقة العدة وان كان بعد الدخول أيضا الا ان في المهر إذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر عنه سواء كان بحق أو بغير حق لان سقوط المهر بتفويتها المعقود عليه على الزوج وذلك موجود في الحالين فاما سقوط النفقة باعتبار حبسها نفسها فيكون بمنزلة النفقة حال قيام النكاح وهناك ان حبست نفسها ظلما كالناشرة لم يكن لها النفقة وان حبست نفسها بحق لم تسقط نفقتها كما لو حبست نفسها لاستيفاء صداقها فكذلك في نفقة العدة ان كانت الفرقة من جهتها بسبب هي عاصية في ذلك فليس لها نفقة العدة وان لم تكن عاصية في ذلك فلها نفقة العدة (قال) وان كانت

[201]

المرأة هي التي أسلمت فأبى الزوج ان يسلم ففرق بينهما كان عليه النفقة والسكنى ما دامت في العدة لان الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج وهو أبأؤه عن الاسلام وذلك منه تفويت الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان والاحسان في التسريح ان يوفيقها مهرها ونفقة عدتها (قال) وإذا خرج أحد الحربين مسلما ثم خرج الآخر بعده فلا نفقة عليه لها قال لان العصمة انقطعت فيما بينهما بخروج أولهما ومعنى هذا ان وجوب نفقة العدة باعتبار ملك اليد الثابت للزوج عليها في حالة العدة ولهذا لا تجب النفقة في العدة من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة ولا في عدة أم الولد من المولى وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع ملك اليد الثابت بالنكاح ثم ان كان الزوج هو الخارج فلا عدة عليها لانها حربية وان كانت المرأة هي التي خرجت فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما عليها العدة لحق الشرع لا لحق الزوج فلا تكون نفقة العدة عليه والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب النفقة في الطلاق والفرقة والزوجية) * (قال) ولكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة ما دامت في العدة أما المطلقة الرجعية فلانها في بيته منكوحة له كما كانت من قبل وانما أشرف الناح على الزوال عند انقضاء العدة وذلك غير مسقط للنفقة كما لو ألى منها أو علق طلاقها بمضي شهر فاما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت في العدة عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها السكنى ولا نفقة لها الا ان تكون حاملا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا نفقة للمبتوتة في العدة واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضی الله تعالى عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول

الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى الا أن في صحة هذا الحديث كلاما فانه روى أن زوج فاطمة اسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شئ في يده وعن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت تلك المرأة فتنت العالم أي بروايتها هذا الحديث وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وتأويله ان ثبت من وجهين (أحدهما) أن زوجها كان غائبا فانه خرج إلى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق

[202]

عليها خبز الشعير فأبت هي ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضى عليه بشئ آخر (والثاني) أنها كانت بذيئة اللسان على ما روى أنها كانت تؤذى أحماء زوجها حتى أخرجوها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضى الله تعالى عنه فطنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم لا خلاف في استحقاتها السكنى فانه منصوص عليه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم فعلمناؤنا قالوا النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح وهذه العدة حق من حقوق النكاح فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ما دامت في العدة وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لماله فيه من ملك اليد ولا يدخل عليه نفقة المرهون فانه لا يكون على المرتهن مع ملك اليد له لان ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين فان يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين فأما إذا كانت حاملا فلها النفقة بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومن أصل الشافعي رحمه الله تعالى أن تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط وعند تعليق الحكم بالشرط لا يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط لان مفهوم النص ليس بحجة ولانه يجوز أن يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط بعله أخرى ألا ترى أن من قال لعبدك أنت حر إذا جاء رأس الشهر ثم قال أنت حر غدا يبقى ذلك التعليق صحيحا حتى لو أزاله من ملكه اليوم فمضى الغد ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر يعتق ولو بقي في ملكه حتى الغد يعتق أيضا كيف وقد قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفى قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لا بد أن تكون مسموعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة وان قوله وان كن أولات حمل لازالة إشكال كان عسى ان يقع فان مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وان طالت فأزال الله تعالى هذا الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن ثم النفقة إذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل أنه لا تجب في مال الولد وان كان له مال أوصى له به وانها لا تتعدد بتعدد الولد وانها إذا كانت أمة

فنفقتها على زوجها ونفقة الولد تكون على مولاه كما بعد الانفصال وأن المنكوحة إذا حبلت لا تتضاعف نفقتها ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعف نفقة المنكوحة إذا حبلت فإذا ثبت أن النفقة لها فقلنا لا بد من سبب لاستحقاق النفقة بينهما وبين الزوج ولا سبب لذلك سوى العدة والحامل والحائل في هذا السبب سواء ولا تخرج من بيتها ليلا ولا نهارا لقوله تعالى ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة قال إبراهيم رضي الله عنه خروجها من بيتها فاحشة ولأنها مكفية المؤنة لا حاجة لها إلى الخروج ليلا ولا نهارا بخلاف المتوفى عنها زوجها فإنه لا نفقة لها في تركة الزوج فهي تحتاج إلى أن تخرج بالنهار في حوايجها والبائنة بالخلع والايلاء واللعان وردة الزوج ومجامة أمها سواء في ذلك لأن هذه الفرقة كلها بسبب من جهة الزوج بعد أن كانت مستحقة للنفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك الحق ببقاء العدة فإن اشترط الزوج في الخلع أن لا سكنى في العدة ولا نفقة فعليه السكنى ولا نفقة عليه لأن خروجها من بيتها معصية واشترط المعصية في الخلع باطل ولأن النفقة حقها واسقاطها حق نفسها صحيح فأما السكنى من حق الشرع واسقاط ما هو حق الشرع باطل ألا ترى أن اسقاطها لما زاد على العشرة من المهر عند العقد صحيح بخلاف العشرة حتى لو أبرأت زوجها من مؤنة السكنى ورضيت أن تكون في بيت نفسها أو تلتزم مؤنة السكنى من مالها كان صحيحا لأن ذلك حقها (قال) وإذا طلق امرأته طلاقا بائنا وهي أمة وقد بوأها معه بيتا فعلى الزوج النفقة لأنها كانت مستحقة للنفقة حال قيام النكاح فيبقى ذلك بقاء العدة فإن أخرجها المولى إليه لخدمته بطلت النفقة عن الزوج كما في حال قيام النكاح إذا شغلها بخدمته فإن أعادها إلى بيت الزوج وترك استخدامها فلها النفقة كما في حال قيام النكاح فاما إذا كانت عند الطلاق في بيت المولى يستخدمها ثم عادت إلى بيت الزوج بعد الطلاق فلا نفقة لها عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها النفقة كما لو كان استخدامها أياها بعد الطلاق وهذا لأن سقوط النفقة بعارض فإذا زال ذلك العارض صار كان لم يكن إلا ترى أن الحرة إذا كانت ناشرة هاربة من الزوج حين طلقها ثم عادت إلى بيته كان لها نفقة العدة لهذا المعنى وحجتنا في ذلك أن باعتبار العدة يبقى ما كان ثابتا ولا يثبت ما لم يكن ثابتا لأن الثبوت ابتداء يستدعى قيام الملك مطلقا فاما ثبوت نفقة العدة عند الفرقة فإن كانت في بيت الزوج عند ذلك كانت مستحقة للنفقة فيبقى ذلك بقاء العدة فإن اعترض بعد ذلك

مسقط ثم زال صار كان لم يكن وإذا لم تكن مستحقة للنفقة عند الفرقة فلو جعلنا لها النفقة في العدة كان هذا إثبات النفقة لها ابتداء في العدة وذلك لا يكون وهذا المعنى وهو أن المقصود من الثبوت أن تتفرغ للقيام بمصالح الزوج وذلك في حال قيام النكاح فإذا بوأها بيتا في حال قيام النكاح استحققت النفقة فيبقى ذلك بقاء العدة فاما إذا كان ابتداء الثبوت في العدة لا يحصل به هذا المقصود لأنها لا تقوم بمصالح الزوج والقياس في الناشرة هكذا ولكننا استحسنا فيها لأن الحرة مستحقة في أصل النكاح والعارض المسقط عند الفرقة وبعدها في حقها سواء إذا زال صار كان لم يكن بخلاف الأمة وإن جاءت الفرقة من قبل المرأة بالمعصية كالردة

ومطلوغة ابن الزوج على الجماع وما أشبه ذلك فلا نفقة لها ان أصرت على ذلك أو رجعت وتابت من لردة اما السكنى فواجبة لها لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط بمجئ الفرقة من قبلها بالمعصية (قال) وان كانت أمة قد بوأها المولى بيتا فعنقت واختارت نفسها فلها النفقة في العدة لان اختيارها كان بسبب حق مستحق لها وقد بينا ان النفقة لا تسقط في حال قيام النكاح إذا حبست نفسها بحق فكذلك إذا وقعت الفرقة بسبب حق مستحق لها (قال) وإذا لم تخاصم المعتقة في نفقتها حتى انقضت عدتها فلا نفقة لها وكذلك التي طلقها زوجها لان نفقة العدة لا تكون أوجب من نفقة النكاح وقد بينا ان نفقة النكاح لا تصير ديناً بمضي المدة قبل الفرض ولا يكون لها ان تطالب بها بعد زوال النكاح فنفقة العدة أولى وهذا لان السبب ملك اليد والمستحق بهذا السبب في حكم الصلة فلا بد من قيام السبب لثبوت حق المطالبة الا ترى ان الذمي إذا أسلم وعليه خراج رأسه يطالب بشئ منه لزوال السبب قبل الاستيفاء فهذا مثله (قال) وان كان الزوج غائبا فاستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء العدة فهذا ونفقة النكاح سواء وقد بينا هناك ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول استدانتها على الزوج صحيح وعلى قوله الآخر انما استدانت على نفسها وليس على الزوج من ذلك شئ فكذلك في حكم نفقة العدة (قال) وإذا تطاولت العدة بالمرأة فالنفقة لها واجبة حتى تنقضي العدة بالحيز أو بالشهور عند الاياس لان سبب الاستحقاق قائم فيبقى الاستحقاق ببقاء السبب طالبت المدة أو قصرت الا ترى ان في الطلاق الرجعي يسوى بين ان تطول مدة الحيز أو تقصر والاصل فيه حديث علقمة رضى الله عنه فانه طلق امرأته

[205]

فارتفع حيزها سبعة عشر شهرا ثم ماتت فورثه منها عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال ان لله تعالى حبس ميراثها عليك (قال) وان اختلفا في انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها لان ما في رحمها لا يعلمه غيرها فتكون أمينة فيه مقبولة القول هكذا قال أبي بن كعب رضى الله عنه من الامانة ان تؤمن المرأة على ما في رحمها ولانها متمسكة بالاصل والاصل بقاء العدة واستحقاق النفقة كان ثابتا لها فيبقى ما لم يظهر انقضاء العدة ويقول الزوج ذلك لا يظهر في حقها لان قوله ليس بحجة عليها فان أقام الزوج البينة على اقرارها بانقضاء العدة برئ من النفقة لان ثبوت اقرارها بالبينة كثبوتها بالمعينة (قال) وإذا جامع ابن زوجها مطاوعة في عدتها لم تبطل بذلك نفقتها الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول النفقة تجب شيئا فشيئا فكما أنها لو طاولت ابن الزوج في حال قيام النكاح لم يكن لها النفقة فكذلك إذا فعلت ذلك في العدة ولكننا نقول لا تأثير لفعالها هنا هي الفرقة فان الفرقة بينهما قد وقعت قبل فعلها ولا تأثير لهذا الفعل في اسقاط العدة فتبقى النفقة مستحقة لها بخلاف ما إذا فعلت حال قيام النكاح لان الفرقة هناك وقعت بفعلها وهي عاصية في ذلك فأما إذا ارتدت في العدة سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب النفقة في حال قيام النكاح فكذلك لا تستوجب النفقة في العدة وان تابت ورجعت إلى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بردتها فان هناك لا نفقة لها وان تابت لان أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولو لحقت بدار الحرب مرتدة فقد انقطعت العصمة بينهما حتى إذا جاءت مسلمة أو تائبة أو سببت فأعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان

استحقاق النفقة باعتبار بقاء العصمة وتباين الدارين قاطع للعصمة (قال) ولو أن مستأمننا في دارنا تزوج ذمية ودخل بها وطلقها فلها النفقة في قول من يوجب على الذمية العدة وقد بينا فيه شبه الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فمن أوجب عليها يقول النفقة لما كانت مستحقة في حال قيام النكاح لها يبقى بقاء العدة ولا يشبه هذا لذمي الذي له أبوان حربيان دخلا بأمان فانه لا نفقة لهما عليه لانهما وان كانا في دارنا صورته فهما من أهل الحرب متمكنان من الرجوع إلى دار الحرب ونفقة الاقارب بمنزلة الصلة ولا يثبت استحقاق الصلة للحربي على من هو من أهل دارنا وهذا لان هذه الصلة لابقائه وهو أهل الحرب

[206]

فهو به مستوجب للقتل غير مستوجب للابقاء وكما لا تجب نفقتهما على الذمي لا تجب على المسلم بطريق الاولى (قال) وان كان للمسلم أب ذمي معسر ففي القياس لا نفقة له عليه لاختلاف الدينين ألا ترى أن التوارث بينهما منقطع فكذلك استحقاق النفقة وهو نظير سائر الاقارب حتى لا يستوجبون النفقة مع اختلاف الدين ولكننا نستحسن في حق الاب الذمي والام لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الابوين الكافرين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بي وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركهما يموتان جوعا ثم استحقاق النفقة فيما بين الوالد والولد بسبب الولادة وذلك متحقق مع اختلاف الدين بخلاف سائر الاقارب فان الاستحقاق هنا بسبب الوراثه قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وباختلاف الدين ينقطع التوارث وبمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن الفقه ألا ترى أن حكم العتق عند دخوله في ملكه وحرمة الرجوع في الهبة لما تعلق بالمحرمة شرعا لم يختلف باختلاف الدين (قال) رجل أعتق أم ولده فلا نفقة لها في العدة لان استحقاق النفقة كان لها بملك اليمين والعتق مناف للملك وما عليها من العدة نظير العدة من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة ألا ترى أنه لا يختلف بالحياة والوفاة ويمثل هذه العدة لا تستحق النفقة (قال) وإذا أقر الرجل ان نكاح امرأته عليه حرام وقد دخل بها ففرق بينهما فلها المسمى من المهر ونفقة العدة لان أصل النكاح كان صحيحا باعتبار الظاهر وهو غير مصدق في اقراره بالحرمة في حقها وانما يصدق في حق نفسه بابطال ملكه عنها فيجعل هذا في حقها كالطلاق فلها جميع المسمى ونفقة العدة (قال) والتي زوجها عمها إذا اختارت نفسها بعد البلوغ وقد دخل بها الزوج فلها النفقة ما دامت في العدة لان الفرقة من جهتها بسبب حق مستحق لها وكذلك إذا فرق القاضي بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة لان أصل النكاح كان صحيحا يتوارثان به إذا مات أحدهما والفرقة إذا جاءت بسبب حق مستحق لا تسقط به نفقتها (قال) وإذا فرض القاضي للمرأة على زوجها النفقة فأعطاه فسرقت منها لم يكن على الزوج ان يعطيها مرة أخرى ما لم يمض الوقت لانها قد استوفت حق نفسها فدخل المستوفي في ضمانها كما إذا استوفت المهر ويكون الهلاك بعد ذلك عليها دون الزوج ولو أرسل بها إليها رسولا فقال الرسول قد أعطيتها اياها وحدثت هي كان القول قولها مع يمينها لان رسول الزوج نائبه فدعواه انه أعطاها كدعوى الزوج ذلك

عليها ولو قال الزوج أعطيتها نفقتها وأنكرت هي الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها فكذلك إذا ادعى الرسول أنه أعطها ولو أقرت بالاستيفاء ثم ماتت قبل مضي المدة ففي حق الزوج في الاسترداد من التركة خلاف كما بينا فيما سبق ولا فرق بين أن يكون المقبوض بعينه قائما أو يكون مستهلكا على القولين جميعا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب حكم الولد عند افتراق الزوجين) * أعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعى قوة الرأي وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن مى ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت والظاهر أن الأم أحق وأشفق من الأب على الولد فتتحمل في ذلك المشقة ما لا يتحمله الأب وفي تفويض ذلك إليها زيادة منفعة للولد والأصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت إن ولدى هذا قد كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثديي له سقاء وأن هذا يريد أن ينتزعه منى فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجى ولما خاصم عمر أم عاصم بين يدي أبي بكر رضى الله تعالى عنه لينزع عاصما منها قال له أبو بكر رضى الله تعالى عنه ربحها خير له من سمن وعسل عندك وفي رواية ربحها خير له يا عمر فدعه عندها حتى يشب وفي رواية دعه فربح لفاعها خير له من سمن وعسل عندك إذا عرفنا هذا فنقول إذا فارق الرجل امرأته ولهما ولد فالأم أحق بالولد أن يكون عندها حتى يستغنى عنها فان كان غلاما فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي نوادر داود بن رشيد ويستنجى وحده وإن كانت جارية فهي أحق بها حتى تحيض وكان القياس أن يستوى الغلام والجارية في ذلك وإذا استغنيا يكون الأب أحق بهما لأن للام حق الحضانة وذلك ينتهى إذا استغنى عن ذلك والحاجة إلى الحفظ بعد ذلك والأب أقدر على الحفظ فان المرأة تعجز عن حفظ نفسها وتحتاج إلى من يحفظها على ما قيل النساء لحم على وضم إلا ما ذب عنهن فكيف تقدر على حفظ غيرها ولكننا تركنا القياس فقلنا الجارية وإن استغنت عن التريبة فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والام على ذلك

أقدر وإذا دفعت إلى الأب اختلطت بالرجل فيقل حياؤها والحياء على النساء زينة وإنما يبقى ذلك إذا كانت تحت ذيل أمها فكانت أحق بها حتى تحيض فإذا بلغت احتاجت إلى التزويج وولاية التزويج إلى الأب وصارت عرضة للفتنة ومطمعة للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق بها للمعنى الذى أشرنا إليه وهو قوة غيرة الرجال فان الأم ربما تخذع فتقع في فتنة ولا تشعر الأم بذلك ويؤمن ذلك على الأب فأما الغلام إذا استغنى فقد احتاج إلى تعلم أعمال الرجال والأب على ذلك أقدر واحتاج إلى من يتقفه ويؤدبه والأب هو الذى يقوى على ذلك ولأن صحبة النساء مفسدة للرجال فإذا ترك عندها ينكسر لسانه ويميل طبعه إلى طبع النساء فرما يجرى مخنثا فلهذا يدفع إلى الأب بعد ذلك وهذا مذهبا فأما عند الشافعي رحمه الله تعالى

يخير بين الابوين فيدفع إلى من اختار الغلام صحبتته لحديث أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين ولكننا نقول في هذا بناء الالتزام والحكم على قول الصبي وذلك لا يجوز ولان الصبي في العادة يختار ما يضره لانه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه شهوته والذي روى من الاثر فقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك الغلام فقال اللهم سدده فيبركة دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اختار ما هو أنفع له ولا يوجد مثله في حق غيره والرضاع والنفقة على الوالد لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن يعنى مؤنة الرضاع وهذا بخلاف حال قيام النكاح بينهما فانها لا تستوجب الاجر على ارضاع الولد وان استأجرها عندنا لان في حال بقاء النكاح الرضاع من الاعمال المستحقة عليها دينا وبعد الفرقة ليس ذلك بمستحق عليها دينا ولا دينا وكما أن النفقة بعد الفطام على الاب لا يشاركه أحد في ذلك باعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه فكذلك قيل الفطام مؤنة الرضاع عليه فان كان يجد من يرضعه بأقل مما ترضعه المرأة ولم تأخذه المرأة بذلك استأجر الطئر لترضعه قال الله تعالى وان تعاسرتن فسترضعن له أخرى ولانها قصدت الاضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة الا أن الطئر تأتي فترضعه عند أمه وليس للاب أن يأخذ الولد منها لان حق الحضانة لها فلا يملك الاب ابطال حقها وان اخذته الام بمثل ذلك فهي أحق به لانها أشفق على الولد من الطئر ولبنها أوفق له

[209]

والاب في هذا الموضع قاصد إلى الاضرار والتعنت حين رضى بدفع مقدار إلى الطئر ولا رضى بدفع مثل ذلك إلى الام فان لم يكن وقع بينهما فرقة فلا أجر لها على الرضاع وان أبت أن ترضع لم تكره على ذلك لان المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس إلى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الاعمال تؤمر به تدبنا ولا تجبر عليه في الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز فكذلك ارضاع الولد (قال) وان لم يكن للصبي أب وكان له أم وعم فالرضاع عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما ان كانا موسرين لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فقد اعتبر صفة الوراثه في حق غير الاب فدل ذلك على أنه يكون على الورثة بحسب الميراث ولكن بعد أن يكون ذا رحم محرم ثبت ذلك بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فان قراءته لا تتخلف عن روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه ما كان هذا الاسماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا وكذلك فيما يحتاج إليه من النفقة قبل الفطام فاما الرضاع فانه كله على الام لانها موسرة باللبن والعم معسر في ذلك ولكن في ظاهر الرواية قال قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسرا فيه فلهذا كان عليهما اثلاثا والام أحق ان يكون عندها حتى يبلغ ما وصفنا فان كان العم فقيرا والام غنية فالرضاع والنفقة على الام لان النفقة على العم مستحقة في ماله لا في كسبه على ما نبينه في نفقة ذوى الارحام ان شاء الله تعالى والمعسر ليس له مال فلا يلزمه شئ من النفقة بل هو كالمعدوم فكانت النفقة على الام فان كان له أم وأخ لآب وأم وعم وهم أغنياء فالرضاع على الام والاخ اثلاثا بحسب الميراث ولا شئ من ذلك على العم لانه ليس بوارث مع الاخ والغرم مقابل بالغنم وانما يستحق على من يكون الغنم له إذا مات الولد والحاصل ان بعد الاب النفقة على كل ذى رحم محرم إذا كانوا أغنياء على حسب الميراث ومن كان منهم

فقيرا لم يجبر على النفقة فان تطوع يشئ فهو أفضل فان كانت الام فقيرة وللولد عمه وخالة غنيتان فالنفقة عليهما أثلاثا على العمه الثلثان وعلى الخالة الثلث لان الام الفقيرة كالمعدومة وبعدها الميراث بين العمه والخالة أثلاثا فكذا النفقة عليهما وعلى هذا لو كان له ابن عم هو وارثه فان ابن العم ليس بذى رحم محرم فلا شئ عليه من النفقة بل يجعل هو في حق النفقة كالمعدوم وتكون النفقة على العمه والخالة أثلاثا

[210]

وان كان الميراث لابن العم وكذلك كل عصبة ليس بذى رحم محرم فلا نفقة عليه وان كان الميراث له الا ترى ان مولى العتاقة عصبة في حق الميراث ولا نفقة عليه فكذلك من ليس بمحرم من الاقارب (قال) ويؤمر الموسر والوسط لولده إذا كانوا أكثر من واحد بخادم فان لم يكفهم فخدامان يقومان عليهم في خدمتهم لان هذا من جملة كفايتهم فتكون على الاب كالنفقة والكسوة الا أن المعسر عاجز عن ذلك والتكليف بحسب الوسع فأما الموسر ووسط الحال يقدر على ذلك فيؤمر من ذلك بما تقع به الكفاية (قال) فان تزوجت الام فلاب أن يأخذ الولد منها لقوله صلى الله عليه وسلم ما لم تزوجي فانما جعل الحق لها الي أن تتزوج وحكم ما بعد الغاية مخالف لما قبل ذلك ولانها لما تزوجت فقد اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد والولد في العادة يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الام فكان للاب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها (قال) وأم الام في ذلك سواء بمنزلة الام بعدها لان حق الحضانة بسبب الامومة وهي أم تدلى بأم فهي أولى من أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب (قال) ويستوى ان كانت الام مسلمة أو كتابية أو مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى ومن مشايخنا من يقول إذا كانت كافرة فعقل الولد فانه يؤخذ منها جارية كانت أو غلاما لانه مسلم باسلام الاب وانها تعلمها الكفر فلا تؤمن من الفتنة إذا تركت عندها فلهذا تؤخذ منها فان كان لام الام زوج نظرنا فان كان زوجها جد الولد فهي أحق به لان جد الولد يكون مشفقا عليه ولا يلحقه الاذى والجفاء من جهته وان كان أجنبيا فلا حق لها في الولد كالام إذا تزوجت أجنبيا (قال) وأم الاب بعدها أحق بهم عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الاخت من الاب والام أو من الام أو الخالة أحق من الجدة أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب ومن سميها بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولكننا نقول هذه أم في نفسها كأم الام والام مقدمة على غيرها في الحضانة ثم أصل الشفقة باعتبار الولاد وذلك للجندات دون الاخوات والخالات فلهذا كانت أم الاب أحق وان كان لها زوج فان كان زوجها جد الولد فكذلك وان كان زوجها أجنبيا أو كانت هي ميته فحق الحضانة إلى الاخوات والاخت لاب وأم أولى من الاخت لام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء في ذلك

[211]

ولكننا نقول قرابة الاخت لاب وأم من جهتين والشفقة بالقرابة فذو
القرابتين يكون أشفق فكان بالحضنة أحق ويجوز أن يقع الترجيح بما لا
يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لاب وأم مقدم في العصوبة على الاخ
لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها ثم
الاخت لام تقدم على الاخت لاب لان استحقاق الحضنة بقرابة الام وهي
تدلى بقرابة الام والاخرى انما تدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخت لام قال في
كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة وفي كتاب الطلاق قال الخالة أولى
من الاخت لاب ففي رواية كتاب النكاح اعتبر قرب القرابة والاخت لاب
أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وفي كتاب الطلاق اعتبر المدلى به
فقال الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام في حق الحضنة
مقدمة على الاب فكذلك من يدلى بقرابة الام يكون مقدما على من يدلى
بقرابة الاب ثم بعد الاخوات بناتهن على الترتيب الذي ذكرنا في الاخوات
وبنات الاخوات في الحضنة أحق من بنات الاخوة لان المدلى به في بنات
الاخوة لم يكن له حق في الحضنة بخلاف بنات الاخوات ثم بعدهن الخالة
لاب وأم ثم بعدها الخالة لاب والدليل على ثبوت حق الحضنة للخالات ما
روى أن علي بن أبي طالب وجعفر بن يزيد بن حارثة رضى الله عنهم
اختصموا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابنة حمزة رضى
الله عنه فقال علي رضى الله عنه بنت عمى فأنا أحق بها وقال جعفر
رضى الله عنه ابنة عمى وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة رضى الله عنه
ابنة أخي أخت بينى وبينه يارسول الله فقضى بها رسول الله صلى الله
عليه وسلم لجعفر رضى الله عنه فقال الخالة أم والترتيب في الخالات
على قياس الترتيب في الاخوات وهن أحق بالحضنة من العمات لان الخالة
تدلى بالام والعمة تدلى بالاب واستحقاق الحضنة بقرابة الام فلهذا قدمت
الخالة في ذلك على العمة ثم بعد الخالات العمات فالتى من الاب والام
تقدم ثم بعدها التى من الام ثم التى من الاب على قياس الخالات وبنت
الاخ أولى من العمات لان كل واحدة منهما تدلى بمن لا حق له في الحضنة
ولكن بنت الاخ أقرب والخالة أولى من بنت الاخ لان الخالة تدلى بمن لها
حق في الحضنة وهي الام وابنة الاخ تدلى بمن ليس له حق في الحضنة
فلهذا كانت الخالة أحق (قال) وليس لمن سوى الام والجدين حق في الولد
إذا أكل وشرب وليس وحده جارية كانت أو غلاما لان ترك الجارية عند الام
والجدتين لتعليم أعمال داخل البيت وانما يتأتى

[212]

ذلك بالاستخدام وللأم والجدين حق الاستخدام وليس لغيرهن ممن سمينا
حق الاستخدام ولا يحصل مقصود تعليم الاعمال الا بذلك فلهذا أخذ منهن
ثم بعدما استغنى الغلام أو حاضت الجارية عند الام والجدين أو استغنت
عند غيرهن فالاب أحق بالولد ثم بعده الجدات لاب ثم الاخ من الاب والام ثم
الاخ من الاب لان ولاية الضم إلى نفسه بعد هذا باعتبار العصوبة فمن يكون
مقدما في العصوبة من ذى الرحم المحرم أولى بذلك وقد بينا ترتيب
العصبات في أول الكتاب ولا حق لابن العم ذلك لانه رحم غير محرم فلا
يؤمن منه أن يطمع فيها فلهذا لا يكون له ان يضمها وان كانت ولاية
النزوح له باعتبار العصوبة (قال) وإذا اجتمع أخوة لاب وأم فأفضلهم صلاحا
وورعا أحق به لان ضمه إلى أقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم
الأقرب وضمه إلى أبينهم صلاحا أنفع للود لانه يتخلق بأخلاقه فان كانوا
في ذلك سواء فأكبرهم أحق لقوله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ولان
حق أكبرهم أسرع ثبوتا فعند التعارض يترجح ذلك وكذلك الاعمام بعد

الاخوة ثم الغلام إذا بلغ رشيدا فله ان يتفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه إلى نفسه الا ان يكون مفسدا مخوفا عليه فحينئذ له ان يضمه إلى نفسه اعتبارا لنفسه بماله فانه بعد ما بلغ رشيدا لا يبقى للاب يد في ماله فكذلك في نفسه وإذا بلغ مبذرا كان للاب ولاية حفظ ماله فكذلك له ان يضمه إلى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه فانه يعبر بفساد ولده فاما الجارية إذا كانت بكرا فلاب ان يضمها إلى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال فتكون سريعة الانخداع فاما إذا كانت ثيبا فلها ان تتفرد بالسكنى لانها قد اختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم فليس للاب ان يضمها إلى نفسه بعد البلوغ لان ولايته قد زالت بالبلوغ وانما بقى حق الضم في البكر لانها عرضة للفتنة وللانخداع وذلك غير موجود في حق الثيب والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للولى مع الثيب أمر وقال صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها يعنى في التفرد بالسكنى ولكن هذا إذا كانت مأمونة على نفسها وذكر في كتاب الطلاق أن الثيب إذا كانت مخوفة على نفسها لا يوثق بها فلاب ان يضمها إلى نفسه لبقاء الخوف وقد بينا أن ولاية الضم في البكر لكونها مخوفا عليها فإذا وجد ذلك في حق الثيب كان له أن يضمها إلى نفسه واما البكر فان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها إليه أيضا لانه مشفق عليها فيقوم بحفظها وان كانت لا تبغ شفقته

[213]

شفقة الاب بمنزلة ولاية التزويج يثبت للعم والاح بعد الاب والجد فان كان أخوها أو عمها مفسدا مخوفا لم يخل بينه وبينها لان ضمها إليه لدفع الفتنة فإذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها إليه بل يجعل هو كالمعدوم فتكون ولاية النظر بعد ذلك إلى القاضى ينظر امرأة من المسلمين ثقة فيضعها عندها وكما يثبت للقاضى ولاية النظر في مالها عند عجزها عن ذلك فكذلك في حق نفسها فان كانت البكر قد دخلت في السن فاجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها أو عمها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يخاف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشيق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها (قال) وأم الولد إذا أعتقها مولاها في الولد بمنزلة الحرة المطلقة لان ثبوت هذا الحق للام باعتبار شفقتها على الولد وذلك موجود في حق أم الولد بل شفقتهم على أولادهم أظهر من شفقة الحرائر لان الولد كان سبب عتقها الا أن قبل العتق ليس لها حق الحضانة لاشتغالها بخدمة مولاها ولانها مملوكة لا تلى نفسها وحق الحضانة نوع ولاية فكما لا يثبت سائر الولايات للرقيق فكذلك في الحضانة وهذا المعنى يزول بالعتق فكانت في الحضانة بعد العتق كالحرة الاصبلة (قال) والامة إذا فارقها زوجها فان الولد رقيق لمولى الامة يأخذهم المولى وهو أولى بهم من الاب لان الولد تبع الام في الملك والمملوك مالكة أحق من غيره وكذلك إذا كان الزوج حرا لم يفارق أمه فالمولى أولى بالولد لكونه مملوكا له ولكن لا ينبغي أن يفرق بين الولد الصغير وبين امه لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم القيامة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب متاع البيت) * (قال) رضى الله عنه وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار والمغازل وما أشبه ذلك فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقباء والقلنسوة والمنطقة والطيلسان والسراويل والغرس فهو للرجل وما كان للرجال والنساء كالخادم والعبد والشاة والغرس فهو للرجال في قول

أبى حنيفة رحمه الله تعالى أو كانا حينئذ وان مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي منهما وورثة الميت فهو للباقي منهما أيهما كان وقال محمد رحمه الله تعالى

[214]

ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل استحس ذلك وقال ابن أبي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجل الا ما على المرأة من ثياب بدنها وقال زفر رحمه الله تعالى المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما بيعة وهو قول مالك رحمه الله تعالى وأحد أقاويل الشافعي رضى الله تعالى عنه وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له لان يد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره ولان المرأة ساكنة البيت الا ترى انها تسمى قعيبة فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد ومن يقول المتاع كله للزوج قال لان المرأة في يد الزوج فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضا الا ترى انه صاحب البيت وان المنزل يضاف إليه ولهذا لو تنازع رجلان في امرأة وهى في بيت أحدهما فأقاما البيعة كانت بيعة صاحب اليد أولى ويكون هذا بمنزلة الاجير مع المستأجر إذا اختلفا في متاع الحانوت فالقول قول المستأجر وليس للاجير الا ما عليه من ثياب بدنه فهذا مثله ومن يقول الكل بينهما نصفان يقول استويا في سبب الاستحقاق لانهما ساكنان في البيت فالبيت مع ما فيه يكون في يدهما ولا معتبر في الدعوى والخصومات بالشبه الا ترى ان اسكافا وعطارا لو تنازعا في آلات الاسكافة أو آلات العطارين وهو في أيديهما قضى بينهما نصفان ولا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما وهذا لان الانسان قد يتخذ الشيء لاستعماله وقد يتخذه ليتجر فيه فكذلك هذا ومن يقول ان المشكل بينهما يقول لكل واحد منهما فيما يصلح له نوع ترجيح من حيث ان الظاهر انه هو الذى اتخذه لاستعماله فيترجح به كما لو تنازع صاحب الدار مع سكانها في لوح موضوع في الدار ونقشه يشبه نقش اللوح التى في السقف وموضعه من السقف ظاهر فان القول قول صاحب الدار لاجل شهادة الظاهر له وان لم يكن بهذه الصفة فالقول قول الساكن كسائر الامتعة فاما في المشكل لا ترجيح لواحد منهما فيعتبر فيه المساواة في سبب الاستحقاق فيكون بينهما نصفان وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول القياس ان يكون الكل للزوج لان المرأة مع ما في يدها في يد الزوج الا أن الظاهر انها لا تزف إلى

[215]

بيت زوجها الا مع جهاز مثلها ففي مقدار جهاز مثلها يترك القياس للعرف الظاهر ويجعل ذلك لها وفيما زاد على ذلك القول قول الزوج بطريق القياس الذى قلنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما يصلح للرجال فهو

قريب من استعمال الرجل وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق لانه صاحب البيت فقد كانت هي مع المتاع في يده فأما بعد موت أحدهما قال محمد رحمه الله تعالى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد موته القول قول ورثته وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد لصلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث قائمة مقام يد مورثه فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل للباقي منهما أيهما كان وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة فهو للرجل والحبية المحشوة وحبية القز والخز والبرود فهو للرجل إذا كانت ذات لبة لان هذا مما يستعمله الرجال دون النساء والمستقة والبر كان المعلم مما يكون للرجال والنساء جميعا وان كان أحد الزوجين حرا والآخر مملوكا أو مكاتبا فالمتاع للحر منهما أيهما كان في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هذا وما لو كانا حرين سواء على ما بينا في الفصل الاول من قول كل واحد منهما وانما نص على هذا الخلاف في الجامع الصغير وجه قولهما أن المملوك بمنزلة الحر في الاستحقاق باليد لان له يدا معتبرة ألا ترى أنه لو تنازع حر ومملوك في متاع في يدهما كان بينهما نصفان ولا تترجح يد الحر بحريته فكذلك هذا ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول يد الحر أقوى فانها يد ملك ويد العبد ليست بيد ملك فكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد يقع بالقرب من الاستعمال بخلاف سائر الدعاوى والخصومات فكذلك يقع الترجيح هنا بقوة اليد بالحرية توضيحه أن يد الحر يد نفسه ويد العبد من وجه كأنها يد مولاه وقد بينا أن الترجيح هنا باعتبار أن يده يد نفسه كما بعد موت أحدهما وان كان أحدهما كافرا والآخر مسلما فالمسلم والكافر في

[216]

ذلك سواء لانهما في قوة اليد يستويان فان يد كل واحد منهما يد نفسه وهي يد ملك فيستويان في الاستحقاق ويستوى ان وقعت المنازعة بينهما في حال قيام النكاح أو بعد وقوع الفرقة بأي وجه وقعت الفرقة بينهما سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل المرأة وان كانت أمة فأعتقت فاختارت نفسها فما عرف أنه كان في البيت قبل أن تعتق فهو للرجل عند أبي حنيفة بمنزلة ما لو وقعت المنازعة في ذلك قبل عتقها وما أحدثا بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما بينا في الطلاق لان يدها بالعتق تنقوي فتستوي بيد الرجل فيما أحدث بعد العتق (قال) فان كان له نسوة فوقع الاختلاف بينه وبينهن فان كن في بيت واحد فمتاع النسوة بينهن سواء للمساواة بينهن في سبب الاستحقاق وهو القرب من الاستعمال وقوة اليد بسببه وان كانت كل واحدة منهن في بيت واحد فما في بيت كل واحدة منهن بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشارك بعضهن بعضا لانه لا يد لكل واحدة منهن فيما في بيت ضررتها فلا تستحق شيئا من ذلك الا بحجة (قال) وإذا أقرت المرأة بمتاع أن الرجل اشتراه فهو للرجل لان الشراء سبب موجب للملك وقد أقرت له بمباشرة هذا السبب ولان ما أقرت به كالمعائن ولو عايناه اشترى شيئا كان ذلك مملوكا له

فكذلك إذا أقرت هي بشرائه (قال) وإذا مات الرجل فقالت الورثة للمرأة
قد كان طلقك في حياته ثلاثا وأرادوا أن يأخذوا منها المشكل لم يصدقوا
على ذلك وهذا التفريع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإنه يقول إذا
وقعت الفرقة بالطلاق فعلى المشكل القول قول الزوج وإذا وقعت
بالموت فعلى المشكل القول قول الباقي منهما ثم هنا الورثة يدعون
طلاقا لم يظهر سببه فلا يقبل قولهم في ذلك إلا بحجة إلا ترى أنهم لو
أرادوا منع ميراثها بهذه الدعوى لم يقبل قولهم في ذلك ولأن القول قولها
بعد ما تحلف بالله أنها ما تعلم أنه طلقها لأنها لو أقرت بالطلاق لزمها فإذا
أنكرت حلفت عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فإن
علم أنه طلقها في صحته ثلاثا ثم مات أو طلقها في مرضه ثلاثا ثم مات بعد
انقضاء العدة فعلى المشكل القول قول ورثة الزوج لأنها صارت أجنبية
بهذا الطلاق ولو وقعت المنازعة بينهما في المشكل بعد الطلاق كان
القول فيه قول الزوج فكذلك بعد موته القول فيه قول ورثته وإن مات
قبل أن تنقضي العدة فهو للمرأة لأن الطلاق في المرض لا يجعلها أجنبية
ما لم تنقضي عدتها إلا ترى أنها ترثه بالزوجية إذا مات فكان هذا وما لو
وقعت الفرقة بينهما

[217]

بالموت سواء فلماذا كان القول في المشكل قولها وإن كانا مملوكين أو
مكاتبين أو كافرين فالقول في المتاع على ما وصفنا في الحرين
المسلمين لأن هذا من باب الدعوى والخصومة والكفار والمماليك في ذلك
يستوون بالاحرار المسلمين كما في سائر الخصومات والله أعلم بالصواب
واليه المرجع والمآب * (باب القسمة بين النساء) * اعلم بان الزوج مأمور
بالعدل في القسمة بين النساء وذلك ثابت بالكتاب والسنة أما الكتاب
فقوله تعالى فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة إلى قوله ذلك أدنى أن لا تعولوا
معناه ان لا تجوروا وذكر الشافعي رحمه الله تعالى في أحكام القرآن ان
معناه ان لا تكثر عيالكم وهذا مخالف لقول السلف فالمنقول عنهم أن لا
تميلوا ومع ذلك فهو خطأ من حيث اللغة فإنه لو كان المراد كثرة العيال
لكان يقول ان لا تعيلوا يقال عال إذا مال وأعال إذا صار معيلا ومن حيث
المعنى كذلك أيضا غلطا فإنه أمر بالاكْتفاء بالواحدة واتخاذ ما بينا من ملك
اليمن عند هذا الجور ومعنى كثرة العيال ووجوب النفقة يحصل في ملك
اليمن كما يحصل في ملك النكاح وإنما ينعدم في ملك اليمن استحقاق
التسوية في القسمة وأما السنة فما روى عن عائشة رضي الله عنها ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسمة بين نسائه وكان يقول
اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من زيادة
المحبة لبعضهن وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال من كانت له زوجتان فمال إلى احدهما في القسم جاء
يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولأن النساء رعاياه إلا ترى انه يحفظهن
وينفق عليهن وكل راع مأمور بالعدل في رعيته واليه أشار النبي صلى الله
عليه وسلم في قوله كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته إذا عرفنا هذا
فنقول ان كان للرجل الحر أو المملوك امرأتان حرتان فإنه يكون عند كل
واحدة منهما يوما وليلة وإن شاء ان يجعل لكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل
لأن المستحق عليه التسوية فاما في مقدار الدور فالاختيار إليه وهذه
التسوية في البيوتة عندها للصحة والمؤانسة لا في المجامعة لأن ذلك
ينبغي على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه فهو نظير المحبة

في القلب وروى عن الاشعث بن الحكم رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لام سلمة رضى الله عنها حين دخل

[218]

بها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن زاد في بعض الروايات ان شئت ثلث لك وثلث لهن وفي روايه وان شئت ثلثت لك ثم درت وبهذا الحديث أخذ علماؤنا فقالوا الجديدة والقديمة في حكم القسم سواء بكرا كانت الجديدة أو ثيبا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كانت بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فنلاث ليال ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث ولان القديمة قد ألفت صحبته وأنست به والجديدة ما ألفت ذلك بل فيها نوع نفرة ووحشة فينبغي أن يزيل ذلك عنها ببعض الصحبة لتستوي بالقديمة في الالف ثم المساواة بعد ذلك فإذا كانت بكرا ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال وإذا كانت ثيبا فهي قد صحبت الرجال وانما لم تصحبه خاصة فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحبته وحثنا في ذلك أن سبب وجوب التسوية اجتماعها في نكاحه وقد تحقق ذلك بنفس العقد ولو وجب تفضيل إحداهما كانت القديمة أولى بذلك لان الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها فان ذلك يغطيها عادة ولان للقديمة زيادة حرمة سبب الخدمة كما يقال لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة وأما الحديث فالمراد التفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة رضى الله تعالى عنها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وقوله ان شئت ثلثت لك ثم درت أي أخبرت بمثل ذلك على كل واحدة منهن ونحن نقول به ان للزوج أن يبدأ بالجديدة لما له في ذلك من اللذة ولكن بعد أن يسوى بينهما (قال) والمسلمة والكافرة والمراهقة والمجنونة والبالغة في استحقاق القسم سواء للمساواة بينهما في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح فلا ينبغي أن يقيم عند أحدهن أكثر مما يقيم عند الأخرى الا أن تأذن له فيه لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه في مرضه أن يكون في بيت عائشة رضى الله تعالى عنها فأذن له في ذلك فكان في بيتها حتى قبض صلى الله عليه وسلم ففي هذا دليل على أن الصحيح والمريض في القسم سواء لان النبي صلى الله عليه وسلم في أول مرضه كان يكون عند كل واحدة منهم ثم لما شق ذلك عليه استأذنه في أن يكون عند عائشة رضى الله تعالى عنها فدل ذلك على أن الصحيح والمريض سواء وأن عند الأذن له أن يقيم عند أحدهن فأما الامة والمكاتب والمديرة وأم الولد تكون زوجة الرجل فيتزوج عليها حرة فللحرة يومان وللامة يوم واحد لحديث علي رضى الله تعالى عنه على ما روينا

[219]

قال وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولان حل الامة على النصف من حل الحرة واستحقاق القسم باعتبار ذلك والرق في المكاتب والمديرة وأم الولد قائم (قال) وان سافر الرجل مع احدى امرأته لحج أو غيره فلما قدم طالبته الثانية أن يقيم عندها مثل المدة التي كان فيها مع الأخرى في السفر لم يكن لها ذلك ولم يحتسب عليه بأيام سفره مع التي كانت معه

ولكنه يستقبل العدل بينهن والكلام هنا في فصلين أحدهما ان له أن يسافر بأيتها شاء من غير اقرار بينهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك الا أن يقرع بينهما لحديث عائشة رضی الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نساءه قالت عائشة رضی الله عنها وأصابتنى القرعة في السفرة التي ؟ أصابني ؟ فيها ما أصابني وحجتنا في ذلك أنه لا حق للمرأة في القسم عند سفر الزوج ألا ترى ان له أن يسافر ولا يستصحب واحدة منهن فليس عليه التسوية بينهن في حالة السفر وانما كان يفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم تطيبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبه نقول ان ذلك مستحب للزوج ثم إذا سافر ببعضهن ليس للباقيين بعد الرجوع الاحتساب عليه بتلك المدة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان سافر ببعضهن بغير اقتراع فذلك محسوب عليه في حق الاخرى بناء على أصله أن الاقرار مستحق عليه فإذا لم يفعل ذلك كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي أن يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكننا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وقد بينا أنه لا حق للمرأة في القسم في حال سفر الزوج فلا يلزمه مراعاة التسوية باعتبار تلك المدة كما إذا سافر بها بالقرعة الا ترى انه في حالة الحضر لا فرق بين ان تكون البداية باقرار أو بغير اقرار فكذلك في السفر (قال) ولو أقام عند إحداها شهرا ثم خاصمته الاخرى في ذلك قضى عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو هدر غير أنه هو فيه أثم لان القسمة تكون بعد الطلب من كل واحدة منهما فما مضى قبل الطلب ليس من القسمة في شئ والواجب عليه العدل في القسمة الا ترى أن ما مضى قبل نكاح احدهما لا يعتبر في حق التي جدد نكاحها فكذلك ما مضى قبل طلبها (قال) فان عاد إلى الجور بعد ما نهاه القاضي أو جعه عقوبة وأمره بالعدل لانه أساء الادب فيما صنع وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعذر في ذلك ويؤمر بالعدل (قال) ولو كان عند الرجل امرأة فدخلت في سنها أي كبرت

[220]

فأراد ان يستبدل بها شابة فطلبت ان يمسكها ويتزوج بالآخرى ويقيم عند التي تزوج أباها ويقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزا لا بأس به لقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما الآية قال علي رضی الله عنه انما نزلت هذه الآية في هذا وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة رضی الله عنها حين طعنت في السن اعتدى فسألته لوجه الله تعالى ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضی الله عنه لكي تحشر يوم القيامة مع أزواجه صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن ففعل (قال) ولا بأس بأن يقيم الرجل عند احدي امرأته أكثر مما يقيم عند الاخرى إذا أدنت له لما روينا من الحديث في مقامه صلى الله عليه وسلم في بيت عائشة رضی الله عنها بأذنهن رضی الله عنهن ولقول ابن عباس رضی الله عنه في قوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء الآية قال هذا في الحب فاما في القسم فينبغي ان يعدل ولا يفضل احدهما الا باذن الاخرى وعن ابن عباس رضی الله عنه في قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا مثل قول علي رضی الله تعالى عنه وكان المعنى فيه أن التي رضيت أسقطت حق نفسها وهي من أهل أن تسقط حقها الا أن هذا الرضا ليسا يلزمها شيئا حتى إذا أردت أن ترجع وتطالب بالعدل في القسم فلها ذلك (قال) وإذا أقام عند امرأته الامة يوما ثم اعتقت لم يقرع عند الحرة الاخرى الا يوما واحدا لان

المعتقة استوت بالحره في السبب فعليه مراعاة التسوية بينهما في القسم وتجعل حريتها عند انتهاء النوبة إليها بمنزلة حريتها عند ابتداء النوبة ولو أقام عند الحره يوما ثم أعتقت تحول عنها إلى المعتقة لأنها قد استوت بها فليس له أن يفضل الحره بشئ بعدما استوت المعتقة بها (قال) وإذا كان للرجل امرأة واحدة فكان يقوم الليل ويصوم النهار فاستعدت عليه امرأته فإنه يؤمر بأن يبيت معها ويفطر لها وبلغنا عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال لكعب بن سور اقض بينهما فقال أراها احدي نسائه الاربع لهن ثلاثة أيام ولياليها ولها يوم وليلة وقصة هذا الحديث أن امرأة جاءت إلى عمر رضي الله تعالى عنه وقالت ان زوجي يصوم النهار ويقوم الليل فقال نعم الرجل زوجك فأعدت كلامها مرارا في كل ذلك مجيها عمر رضي الله عنه بهذا فقال كعب بن سور يا أمير المؤمنين انها تشكو من زوجها في أنه هجر من صحبتها فتعجب عمر رضي الله تعالى عنه من فطنته وقال اقض بينهما فقضى كعب رضي الله تعالى عنه بما ذكر فولاه عمر رضي الله تعالى

[221]

عنه قضاء البصرة ثم في ظاهر الرواية لا يتعين حقها في يوم وليلة من كل أربع ليال ولكن يؤمر الزوج بأن يراعى قلبها ويبيت معها أحيانا. وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال إذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام أو بصحبة الاماء فخاصمته في ذلك قضى القاضى لها بليلة من كل أربع ليال لحديث كعب بن سور ولان للزوج أن يسقط حقها عن ثلاث ليال بأن يتزوج ثلاثا سواها وليس له أن يسقط حقها أكثر من ذلك وجه ظاهر الرواية أن القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن في نكاحه الا واحدة أرايت لو كان تحته أربع نسوة أكان يستحق عليه يوم وليلة من أربعة لكل واحدة منهن فلا يشتغل بالصيام والقيام أبدا حتى لا يصوم لا رمضان ولا غيره هذا ليس بشئ والصحيح أنه يؤمر بأن يؤنسها بصحبته أحيانا من غير أن يكون في ذلك شئ مؤقت وهذا لان عند المزاحمة تلحق كل واحدة منهما المغاظة لمقامه عند الاخرى فيستحق عليه التسوية ولا يوجد ذلك عند عدم المزاحمة (قال) وإذا تزوج امرأتين على أن يقيم عند احدهما يوما والاخرى يومين ثم طلبت التي لها اليوم أن يعدل بينهما فلها ذلك لما بينا أنها رضيت بترك العدل فيما مضى من المدة فلا يلزمها ذلك في المستقبل شيئا ولان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع وهو باطل لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل (قال) والمحبوب والخصى والعين في القسمة سواء بين النساء لما بينا أن وجوب القسم والعدل للصحبة والمؤانسة دون المجامعة وحال هؤلاء في هذا كحال الفحل وكذلك الغلام الذي لم يحتلم إذا دخل بامرأتين فانه يسوى بينهما في القسم لان وجوب التسوية لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب كما يتوجه على البالغين (قال) وإذا جعلت المرأة لزوجها جعلا على أن يزيدا في القسم يوما ففعل لم يجر وترجع في ماله لانها رشته على أن يجور والرشوة حرام وهذا بمنزلة الرشوة في الحكم وهو من السحت فلهذا تسترد ما أعطت وعليه التسوية في القسم وكذلك لو حطت له شيئا من المهر على هذا الشرط أو زادها الزوج في مهرها أو جعل لها جعلا على أن تجعل نوبتها لفلانة فهذا كله باطل لانها بهذا لا يملك الزوج شيئا فلا تستوجب عليه المال بمقابلته ولانها أخذت الرشوة على أن

ترضى بالجور وذلك حرام فكان جعل مردودا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (باب نفقة ذوي الارحام) * (قال) رضى الله عنه ويجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه إذا كانا محتاجين لقوله تعالى ولا تقل لهما أف نهى عن التأفيف لمعنى الاذى ومعنى الاذى في منع النفقة عند حاجتهما أكثر ولهذا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى في الكد والتعب أكثر منه في التأفيف وقال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده لمن كسبه فكلوا مما كسب أولادكم وإذا كان الاولاد ذكورا وإناثا موسرين فنفقة الابوين عليهم بالسوية في أظهر الروايتين وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة بين الذكور والإناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الرواية الاخرى أن استحقاق الابوين النفقة باعتبار التأويل وحق الملك لهما في مال الولد كما قال صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابیك وفي هذا الذكور والإناث سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة (قال) وان كان الولد معسرا وهما معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا في الحال لم يكن أحدهما بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر الا انه روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال إذا كان الاب زنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الاب إلى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الاب ولو فعل ذلك لا يخشى الهلاك على الولد والانسان لا يهلك على نصف بطنه (قال) وكذلك الجد أب الاب والجدة أم الام وأم الاب لانهم من الوالدين وحالهم في استحقاق النفقة كحال الابوين الا ترى ان التأويل في مال النافلة يثبت للجد عند عدم الاب كما يثبت للاب (قال) ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار لقوله عز وجل فان أرضعن لكم فاتهم أجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك ولان الولد جزء من الاب فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه ثم في ظاهر الرواية لا يشارك الاب في النفقة أحد وقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد فأما في ظاهر الرواية كما لا يشارك

الاب في مؤنة الرضاع أحد فكذلك في النفقة وهذا إذا كان الاب موسرا فان كان معسرا والام موسرة أمرت بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الاب إذا أيسر وكذلك الاب إذا كان معسرا وله أخ موسر فان الاخ وهو عم الولد يعطى نفقة الولد ويكون ذلك دينا على الاب له إذا أيسر لان استحقاق النفقة على الاب ولكن الانفاق لا يحتمل التأخير في مقام مال الغير مقام ماله في أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه إذا أيسر والذي قلنا في الصغار من الاولاد كذلك في الكبار إذا كن إناثا لان النساء عاجزات عن الكسب واستحقاق النفقة لعجز المنفق عليه عن كسبه وان كانوا ذكورا بالغين لم يجبر الاب على الانفاق عليهم لقدرتهم على الكسب الا من كان منهم زنا أو أعمى أو مقعدا أو أشل اليدين لا ينتفع بهما أو مفلوجا أو معتوها فحينئذ تجب النفقة على الوالد لعجز المنفق

عليه عن الكسب وهذا إذا لم يكن للولد مال فإذا كان للولد مال فنفقته في ماله لانه موسر غير محتاج واستحقاق النفقة على الغنى للمعسر باعتبار الحاجة إذ ليس أحد الموسرين بإيجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر بخلاف نفقة الزوجة فان استحقاق ذلك باعتبار العقد لتفريغها نفسها له فتستحق موسرة كانت أو معسرة فاما الاستحقاق هنا باعتبار الحاجة فلا تثبت عند عدم الحاجة (قال) فان كان مال الولد غائباً أمر الاب بان ينفق عليه من ماله على ان يرجع في مال الولد إذا حضر ماله لكنه ان أشهد فله ان يرجع في الحكم وان أنفق بغير اشهاد لكن على نية الرجوع فله ان يرجع فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحكم ليس له ذلك لان الظاهر انه يقصد التبرع بمثل هذا والقاضى يتبع الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى فله ان يرجع لان الله تعالى عالم بما في ضميره (قال) وكذلك يجبر على نفقة كل ذى رحم محرم منه الصغار والنساء وأهل الزمانة من الرجال إذا كانوا ذوى حاجة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين وقال ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى تجب النفقة على كل وارث محرم كان أو غير محرم واستدل بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولكننا نقول قد بينا ان في قراءة ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك والشافعي رحمه الله تعالى يبنى على أصله فان عنده استحقاق الصلة باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق أحد على أحد الا الوالدين والمولودين عنده وجعل قرابة الاخوة في ذلك كقرابة بني الاعمام فكذلك في حق استحقاق

[224]

النفقة وفيما بين الآباء والاولاد الاستحقاق بعله الجزئية دون القرابة وحمل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك على نفى المضارة دون النفقة وذلك مروى عن ابن عباس رضى الله عنه ولكننا نستدل بقول عمر وزيد رضى الله عنهما فانهما قالا وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة ثم نفى المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث على ان الكناية في قوله ذلك تكون عن الابدع وإذا أريد به الاقرب يقال هذا فلما قال ذلك عرفنا أنه منصرف إلى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعنى فيه أن القرابة القريبة يفترض وصلها ويحرم قطعها قال صلى الله عليه وسلم ثلاث معلقات بالعرش النعمة والامانة ولرحم تقول النعمة كفرت ولم أشكر وتقول الامانة خونت ولم أرد ويقول الرحم قطعت ولم أوصل وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى أولئك الذين لعنهم الله ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى قطيعة الرحم ولهذا اختص به ذو الرحم المحرم لان القرابة إذا بعدت لا يفرض وصلها ولهذا لا تثبت المحرمية بها وكذلك المرأة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الاقارب لان هذا الاستحقاق بطريق الصلة فيستوى فيه الرجال والنساء كالعنت عند الدخول في الملك (قال) ولا يجبر المعسر على نفقة أحد الا على نفقة الزوجة والولد الصغير أما استحقاق نفقة الزوجة باعتبار العقد وأما الاولاد الصغار فلانهم اجزاؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرتة فكذلك نفقة اولاده والاصل فيه قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فاما نفقة الاقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين دون العسرين كالزكاة وعلى هذا قال ابو يوسف رحمه الله تعالى من لم يكن له فضل على حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة لا تلزمه نفقة الاقارب الا أنه يروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال إذا كان

كسبه كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل إلى أقاربه لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدى لتيسير الاداء وتيسر الاداء موجود إذا كان كسبه يفضل عن نفقته (قال) وإذا امتنع الاب من الانفاق على أولاده الصغار يحبس في ذلك بخلاف سائر الديون فان الوالد غير محبوس فيه لوجهين أحدهما أن النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصدا إلى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصده إلى اتلاف ولده كما لو عدى عليه بالسيف كان له أن يقتله دفعا له بخلاف سائر الديون

[225]

لا تسقط بتأخير الاداء والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضي الوقت فيستوجب الحبس إذا امتنع من الاداء وهو نظير ما قلنا أن من جار في القسم بوجع عقوبة وإذا امتنع من ايفاء حق آخر لا يحبس لان ذلك الحق لا يسقط بتأخير الاداء وما جار فيه من الزمان لا يصير دينا فيوجع عقوبة ليمتنع من الجور (قال) ومن كان له مسكن أو خادم ليس له غيره وهو محتاج تحل له الصدقة فعلى الموسر من ذى الرحم المحرم نفقته وقال الخصاص في كتابه بعد ما روى هذا عن محمد رحمه الله تعالى وقال غيره ليس عليه نفقته ولكن يقال له بع مسكنك وخادمك وأنفق على نفسك لانه يمكنه أن يكتفى بمنزل يكرى فأما في ظاهر الرواية المنزل والخادم من أصول حوائجه فانه لا بد له من ذلك فلا ينعدم بملكها حاجته (قال) ولا يقضى بالنفقة في مال أحد ممن ذكرنا إذا كان رب المال غائبا أو مفقودا ما خلا الوالدين والزوجة فانى أقضى لهم من مال الغائب والحاصل ان ما كان مختلفا فيه فلا يتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى أن يوجد القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده فيأخذ ذلك من غير قضاء القاضى وللقاضى ان يعينه على ذلك إذا كان صاحب المال حاضرا أو غائبا والسبب معلوما للقاضى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند رضى الله عنها خذى من مال أبى سفيان رضى الله عنه ما يكفيك وولدك بالمعروف وهو كان غائبا وقال في كتاب المفقود وان استوثق منه بكفيل فحسن لجواز ان يكون أخذ النفقة أو بعث الغائب بنفقته فيقصد الاخذ ثانيا والقاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فإذا كان الغائب عاجزا عن النظر لنفسه نظر القاضى له بأخذ الكفيل ان شاء وان شاء ضمنهم ذلك ولم يأخذ منهم كفिला فهو مستقيم أيضا لانه ليس هنا خصم يطلب من القاضى أخذ الكفيل وانما يجب ذلك على القاضى عند طلب الخصم (قال) فان كان له عند هؤلاء مال فأنفقه على نفسه أجرته ولم أضمنه لانه ظفر بجنس حقه فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عند غيره فاعطاهم بغير أمر القاضى حتى أنفقوا كان ضامنا له لانه مأمور بالحفظ ودفعه إلى غيره لينفق ليس من الحفظ فيصير به مخالفا ضامنا وهو نظير مالو أراد المودع أن يقضى بالوديعة دين المودع ليس له ذلك ويصير ضامنا ان فعله وان كان صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه (قال) وان باع أحد منهم متاع الغائب للنفقة أبطلت بيعه ما خلا الاب المحتاج فانى أجزى ببعه على ولده الغائب فيما سوى العقار استحسانا لما ينفقه على

نفسه ولا يجوز في العقار الا ان يكون الولد صغيرا وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في كتاب المفقود (قال) وكذلك قياس قوله في المفقود وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز بيع الاب أيضا على ابنه الكبير الغائب في العقار كما لا يجوز بيع غيره والقياس ما قال لان ولاية الاب قد زالت ببلوغ الصبي عن عقل فيكون هو في بيع أمواله كغيره يدل عليه ان النفقة لا تكون أوجب من سائر الديون وليس للاب بيع شيء من متاع ولده في دين له عليه ولا يقضى القاضى بذلك أيضا لما فيه من القضاء على الغائب فكذلك في النفقة واستحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لا تتبع عروض الولد في نفقتها فكذلك الاب واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ ولكن بقى أثرها ولهذا صح منه الاستيلاء في جارية الابن فليقاء أثر ولايته كان له ان يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العروض يخشى عليه من الهلاك وحفظ الثمن أيسر وولاية الحفظ تثبت لمن يثبت له ولاية التصرف كالوصي في حق الوارث الكبير الغائب له ولاية الحفظ وبيع العروض فكذلك للاب ذلك وبعد البيع الثمن من جنس حقه فله ان يأخذ منه مقدار النفقة فاما بيع العقار ليس من الحفظ لانه محصن بنفسه فلا يملك ذلك الا بمطلق الولاية وهو عند صغر الولد أو جنونه وإذا باع عند ذلك أخذ من الثمن نفقته لانه من جنس حقه وبخلاف الام وسائر الاقارب لانه لم تكن لهم ولاية التصرف في حالة الصغر ليبقى أثر تلك الولاية بعد البلوغ وكذلك ليس لهم ولاية حفظ المال فلماذا لا يجوز منهم بيع العروض (قال) ولا يجبر المسلم على نفقة الكفار من قرابته ولا الكفار على نفقة المسلمين من قرابتهم لان هذا الاستحقاق بعله ولاية الوراثة شرعا وبسبب اختلاف الدين ينعقد التوارث الا للوالدين والولد والزوجة أما استحقاق الزوجة للنفقة بسبب العقد وذلك متحقق مع اختلاف الدين أما في حق الوالدين والولد القياس أن لا يثبت استحقاق النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن فقال يجب على الولد المسلم نفقة أبويه الذميين لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وليس من المصاحبة بالمعروف أن ينقلب في نعم الله ويدعها يموتان جوعا والنوافل والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين في ذلك لان استحقاقهم باعتبار الولاد بمنزلة استحقاق الابوين (قال) وإذا مات الاب وللولد الصغير أم وجد أب الاب فنفقته

عليهما على قدر ميراثهما أثلاثا بخلاف الاب في ظاهر الرواية فانه لا يشاركه في النفقة أحد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد وذلك لا يوجد في حق الجد فان اتصال النافلة بواسطة الاب كاتصال الاخ فكما أن في الاخ والام النفقة عليهما بحسب الميراث إذا كانا موسرين فكذلك في الجد والام النفقة عليهما بحسب الميراث (قال) وان كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وان كان الميراث لابن العم لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فتكون النفقة عليه إذا كان موسرا (قال) وإذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقين أهل يسار فنفقة الرجل تكون على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لام اسداسا

بحسب ميراثهما منه وأما نفقة الاولاد فعلي الاخ لاب وأم خاصة لان له ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم فلا يرث منه العم لاب ولا العم لام والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل في حكم المعدوم فتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب ميراثه وإذا كان الولد بنتا كانت نفقة الاب والبنت على لآخ لاب وأم خاصة أما نفقة البنت فلما بينا وأما نفقة الاب فلان الوارث هنا هو الاخ لاب وأم خاصة لان الاخ لاب وأم يرث مع البنت والاخ لام لا يرث مع البنت فلا حاجة إلى أن تجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثه مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد أن يجعل كالمعدوم وإذا جعل كذلك فميراث الاب بين الاخ لاب وأم والاخ لام أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك (قال) وان كان مكان الاخوة أخوات متفرقات فان كان الولد ذكرا فنفقة الاب على أخواته أخماسا لان أحدا من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد من أن يجعل الابن كالمعدوم وبعد ذلك الميراث بينهن أخماسا ثلاثة أخماسه للاخت لاب وأم وخمسه للاخت لاب وخمسه للاخت لام بطريق الفرض والرد فالنفقة عليهم بحسب ذلك ونفقة الولد على الاخت من الاب والام خاصة في قول علمائنا لان ميراثه إذا مات عند عدم الوالد للعمه لاب وأم خاصة دون العمه لاب أو لام أما في قول من يورث العمات المتفرقات كما يورث الاخوات وهو قول أهل التنزيل فنفقة الولد عليهن أيضا أخماسا بحسب الميراث ومن قال بقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في الميراث قال نفقة الاب تكون على الاخت لاب

[228]

السدس من ذلك والباقي أرباع على الاخت لاب وأم ثلاثة أرباعه وعلى الاخت لام ربه بحسب الميراث فانه لا يرى الرد على الاخت لاب مع الاخت لاب وأم فان كان الولد بنتا فنفقة الاب على الاخت لاب وأم خاصة لانها وارثه مع البنات فان الاخوات مع البنات عصبة فلا تجعل البنت كالمعدوم هنا ولكن لو مات الاب كان نصف ميراثه للبنت والباقي للاخت لاب وأم وكذلك نفقته على الاخت لاب وأم وكذلك نفقة البنت في قولهم جميعا الا في قول أهل التنزيل فانهم يجعلون الميراث بين العمات أخماسا فنفقة البنت عليهن أخماسا أيضا وأما عندنا ميراث البنت عند عدم الاب كله للعمه لاب وأم فالنفقة عليها أيضا ثم أشار إلى الاصل الذي قلنا انه ينظر إلى وارث الاب فان كان يحرز الميراث كله وهو معسر جعلته كالميت ثم نظرت إلى من يرثه فجعلت النفقة عليهم على قدر ميراثهم فان كان الذي يرثه لا يحرز الميراث كله جعلت النفقة على من يرث معه (قال) امرأة معسرة ولها ولد موسر وأم موسرة فنققتها على الولد دون الام وكذلك الاب نفقته على ابنه دون أبيه للتأويل الثابت له في مال ولده بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولا يوجد ذلك في حق الوالد ولا في حق الام وكما لا يشارك الوالد في النفقة على الولد أحد فكذلك لا يشارك الولد في النفقة على الوالدين أحد من أم ولا أب ولا جد (قال) ويجبر أهل الذمة فيما بينهم على النفقة كما يجبر أهل الاسلام وان اختلفت مللهم في الكفر لانهم أهل ملة واحدة يتوارثون مع اختلاف النحل فيثبت حكم استحقاق النفقة فيما بينهم أيضا ولا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته إذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب لان الصحيح الذي لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة وبناء الحكم على العادة الظاهرة دون النادر الا في الوالدين خاصة وفي الجد أب الاب إذا مات أب الولد فانه يجبر الولد على نفقته وان الذي لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة وبناء الحكم

على العادة الظاهرة دون النادر الا في الوالدين خاصة وفي الجد أب الاب
إذا مات أب الولد فانه يجبر الولد على نفقته وان كان صحيحا لدفع الاذى
الذي يلحقه للكدر والتعب على ما بينا (قال) ولا يجبر المملوك والمكاتب على
نفقة أحد من قرابته لان كسب المملوك لمولاه والمكاتب ليس له في
كسبه ملك في الحقيقة بل هو دائر بينه وبين مولاه فلا يلزمه نفقة أحد من
قرابته الا ولده المولد في الكتابة من أمته فانه داخل في كتابته وكسبه له
لتكون نفقته عليه (قال) * ولا يجبر المسلم ولا الذمي على النفقة لوالديه
وولده من أهل الحرب وان كانوا مستأمنين في دار الاسلام لان الاستحقاق
بطريق الصلة ولا يثبت للحربي استحقاق الصلة على من هو

[229]

أهل دار الاسلام الا ترى انهما لا يتوارثان وان كانا على ملة واحدة من
الكفر فكذلك استحقاق النفقة لبعضهم على البعض (قال) ونفقة المعتوه
على ابنه دون أبيه لتأويل الملك له في مال ابنه دون مال أبيه الا ترى انه لو
كان صحيحا معسرا كانت نفقته على الابن دون الاب فكذلك إذا كان معتوها
والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب قال رحمه الله تعالى هذا آخر
شرح كتاب النكاح * بالمأثور من المعاني والآثار الصحاح * أملاه المنتظر
للفرج والفلاح * مصليا على المبعوث بالحق بالسيوف والرماح * وعلى آله
وأصحابه أهل التقى والصلاح * الذين مهدوا قواعد الحق وسلكوا طريق
النجاح تم الجزء الخامس ويليهِ الجزء السادس (وأوله كتاب الطلاق)

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الالكترونية