

کتابخانه
مکتب
۱۰۲

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

رد المحتار علی الدر المختار

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه

کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه



کتابخانه
کتابخانه
کتابخانه





الموضوع: الفقه الحنفي

العنوان: حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار

التأليف: محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين

التحقيق: الدكتور حسام الدين بن محمد صالح الفرقور

الإخراج: خلدون موفق التشة

الإشراف الطباعي: مكتب دار الثقافة والتراث للتحقيق

التنفيذ: مؤسسة الرازي للطباعة والتجليد

عدد الصفحات: ٦٧٦ صفحة

قياس الصفحة: ٢١ x ٢٨

عدد النسخ: ١٠٠٠ نسخة

موافقة وزارة الإعلام رقم: ٤٩٠٧٥ بتاريخ ١٠/٩/٢٠٠٠م

جميع الحقوق محفوظة للمحقق الدكتور حسام الدين فرفور
يمنع طبع هذا الكتاب أو جزء منه بكل طرق الطبع والتصوير والنقل
والترجمة، والنسخ والتسجيل الميكانيكي أو الإلكتروني أو الحاسوبي
إلا بإذن خطي من:

دار الثقافة والتراث - دمشق - سورية ص. ب. ٨٢٣٥

هاتف ٢٢٤٠٧٣٩ - ٤٤٢٤٠٨٦ - فاكس: ٣٧٣٧٣٨٩

الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

يطلب من: دار الثقافة والتراث بدمشق للطباعة والنشر والتوزيع ص. ب. ٨٢٣٥

هاتف ٢٢٤٠٧٣٩ - ٤٤٢٤٠٨٦ - فاكس: ٣٧٣٧٣٨٩

الموزعون:



لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

دمشق - حلبوني - ص. ب. ٣٥٣٩ - ٢٢٣٦٩١
Damascus - Halboni - P.O.Box 3539 - Tel. 2233691



دَارُ التَّشْرِيحِ

للطباعة والنشر والتوزيع
بغداد - ص. ب. ١١٢١ - هاتف: ٢٢٦٦١٨/٩

الشبكة المتحدة للتوزيع

دمشق - ص. ب. ٢٦٦٥ - هاتف: ٢٢١٢٧٧٧ - ٢٢٤٨٩٦ - فاكس: ٢٢٢٢٠٥
e-mail: mail@mzd @ net.sy
بيروت - ص. ب. ١١٧٤٠ - هاتف: ٨٢٥١١٢ - ٣١٩٠٣٩ - فاكس: ٨١٨٩١٥
عمان - ص. ب. ١٨٢٠٧٧ - هاتف: ٤٦٥٩٨٩١ - ٤٦٥٩٨٩٢ - فاكس: ٤٦٥٩٨٩٣
القاهرة - ص. ب. ٦٣٢ رقم: ١١٥١١ - هاتف: ٣٩٠١٧٢٧ - فاكس: ٣٩٥٦٨٠٤
الرياض - ص. ب. ٥٦٥٧٩ رقم: ١١٦٥٤ - هاتف: ٤٠٢٥١٩٧ - فاكس: ٤٠٢٢٦١٥
العين - صنعاء - ص. ب. ٥٤٤ - هاتف: ٢٧٥٣٢٢

حاشية ابن عابد

رد المحتار على الدر المختار

المحرر أمين بن عيسى الشيرازي حابدين

المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ

حَقَّقَ نَصْرَهُ وَعَلَّقَ عَلَيْهِ ثَلَاثَةَ مِنْ الْبَاحِثِينَ بِإِشْرَافِ

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد جمعية الفتح الإسلامي

قَدَّمَ لَهُ

فخيلة الأستاذ الدكتور
محمد سعيد رمضان البوطي

فخيلة الأستاذ الدكتور
عبد الزق الجبلي

طَبَعَتْهُ مُقَابَلَةً عَلَى نَائِلِ نَشْرِ حَيْثِيَّةٍ مَسْئُولَةٌ عَنِ أَصْلِ الْمُؤَلِّفِ
مَعَ تَوْشِيحِ النُّصُوصِ فِي مَصَادِرِهَا الْمَخْطُوطَةِ وَالطَّبُوعَةِ
« مُصَافًا إِلَيْهَا تَقْرِيرَاتُ الرَّافِعِيِّ فِي مَوَاضِعٍ مِنْ الْأَجْحَاثِ »

معهد جمعية الفتح الإسلامي بدمشق

شعبة البحوث والدراسات

الجزء الثامن

قسم الأحوال الشخصية

الكلح

دار الثقافة والعلوم
دمشق - سورية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

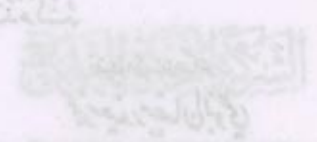
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

ليس لنا هبة

المشرف على التحقيق

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور
رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد الفتح الإسلامي

شارك في التحقيق

أحمد سامر القباني	أيمن شعباني	خضر شحرور	برهان الدين السقرق
أحمد السيد أحمد	رامز القباني	عبد القادر علي بلمو	عبد الهادي محمد منصور
عبد الرحمن ناصر	سميح إبراهيم صالح		

ساعد في بعض الأعمال العلمية :

محمد عماد قلب اللوز	محمد شحرور	عمر ذي النون	بهاء القباني
نوري الجمل	عبد السلام شاكر	محمد القباني	رضوان محفوظ

كتاب النكاح

﴿كتاب النكاح﴾

ليس لنا عبادة.....

﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾

﴿كتاب النكاح﴾

ذَكَرَهُ عَقِبَ الْعِبَادَاتِ الْأَرْبَعِ أَرْكَانِ الدِّينِ لِأَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا كَالْبَسِيطِ إِلَى الْمَرْكَبِ؛ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ مِنْ وَجْهِ مَعَامَلَةٍ مِنْ وَجْهِهِ. وَقَدَّمَهُ عَلَى الْجِهَادِ وَإِنْ اشْتَرَكَا فِي أَنَّ كِلَيْهِمَا سَبَبٌ لَوْجُودِ الْمُسْلِمِ وَالْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ مَا يَحْصُلُ بِأَنْكِحَةِ أَفْرَادِ الْمُسْلِمِينَ أَضْعَافُ مَا يَحْصُلُ بِالْقِتَالِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ فِي الْجِهَادِ حَصُولُ الْقَتْلِ وَالذَّمَّةِ، عَلَى أَنَّ فِي كَوْنِهِ سَبَبًا لَوْجُودِ الْمُسْلِمِ تَسَاعُحًا، نَظَرًا إِلَى أَنَّ تَجَدُّدَ الصِّفَةِ بِمَنْزِلَةِ تَجَدُّدِ الذَّاتِ، وَكَذَا عَلَى الْعَتَقِ وَالْوَقْفِ وَالْأَضْحِيَّةِ وَإِنْ كَانَتْ عِبَادَاتٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْأَرْكَانِ الْأَرْبَعِ، حَتَّى قَالُوا: إِنَّ الْأَشْتَغَالَ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلُّصِ لِنَوَافِلِ الْعِبَادَاتِ، أَيْ: الْأَشْتَغَالَ بِهِ وَمَا يَشْتَمَلُ عَلَيْهِ مِنَ الْقِيَامِ بِمَصَالِحِهِ وَإِعْفَافِ النَّفْسِ عَنِ الْحَرَامِ وَتَرْبِيَةِ الْوَلَدِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

(١١٠٩٤) (قوله: ليس لنا عبادة إلخ) كذا في "الأشباه" (١)، وفيه نظر:

أما أولاً: فإن كونه عبادة في الدنيا إنما هو لكونه سبباً لكثرة المسلمين، ولما فيه من الإغفاف

﴿كتاب النكاح﴾

(قوله: وفيه نظر إلخ) قد يقال: ليس في الكلام ما يدل على دعوى استمرار النكاح في الجنة على وجه العبادة، بل العبارة صادقة بوجوده فيها وإن كان لا على وجهها، وحيث أنه فلا يراد الوجه الأول، فيكفي لصدق هذا وجوده في الجنة على أي وجه، أو يقال بوجوده فيها على وجه العبادة أيضاً باعتبار أنه من إحساناته تعالى لعبيده وقبولها مما يتعبده به؛ فإن الكريم يرغب قبول إحسانه، فالعبادة فيه حيث لا عبادة شكر وإن كانت عبادة تكليف بالنسبة للدنيا، كما أن الإيمان عبادة بطريق المشاهدة والعيان لا بطريق التكليف كما في حال الدنيا.

ونحوه مما ذكرناه^(١)، وهذا مفقود في الجنة، بل ورد: ((أن أهل الجنة لا يكون لهم فيها ولد))^(٢)، لكن ورد في حديث آخر: ((المؤمن إذا اشتبه الولد في الجنة كان حملُهُ ووضعُهُ وسنتُهُ في ساعة واحدة كما يشتهي))، وهذا أولى؛ لقول "الترمذي": ((إنه حديث حسن غريب))^(٣).

وأما ما أورده ثانياً فغير وارد؛ فإن موضوع القضية فيما شرع من عهد آدم، وهما من المشروع قبله، تأمل. وعلى هذا يقال: عدَّ الإيمان مع النكاح مع أنه مشروع قبل آدم، وقد يظهر الجواب بالتأمل، بأن يُراد بالإيمان الإيمان بما جاءت به الرُّسُلُ، وهو لم يُشرع إلا من عهد آدم، بخلاف الذكر والشكر لشُرعيتهما قبله. ولك أن تقول: المراد بالنكاح الأثر المترتب على العقد، وهذا كالإيمان مُستعبر في الجنة، بخلاف الذكر والشكر الموجودين فيها؛ فإنهما حادثان غير الموجودين في الدنيا.

(١) أي: أول الباب.

(٢) أخرجه عبد الله بن أحمد ١٣/٤ - ١٤، وابن أبي عاصم في "السنة" (٦٣٦)، والطبراني ٢١١/١٩ وصححه الحاكم ٥٦٠/٤ كتاب الأحوال، وأبو نعيم في "صفة الجنة" ٢٠٧/٣، كلهم عن ذهم بن الأسود عن أبيه وقيل جده عن عمه لقيط بن عامر أبي رزين العقيلي مرفوعاً، ثم قال ذهم: وحديثه أبي عن عاصم بن لقيط أن لقيطاً - مرسل - والحديث طويل وفيه: ((تلتونهم غير أن لا تولد)).

وهذا الحديث استغربه ابن كثير وابن حجر، وقال ابن القيم في "زاد المعاد" ٦٧٧/٣: لم ينكره أئمة الحديث بل تلقوه بالقبول.

(٣) أخرجه أحمد ٩/٣ - ٨١، والترمذي (٢٥٦٣) كتاب صفة الجنة - باب ما جاء ما لأدنى أهل الجنة من الكرامة، وابن ماجه (٤٣٣٨) كتاب الزهد - باب صفة الجنة، والدارمي ٧٩٤/٢ كتاب الرقاق - باب في ولد أهل الجنة، وابن حبان (٧٤٠٤) كتاب إخباره رضي الله عنه عن مناقب الصحابة - باب وصف الجنة وأهلها، وأبو يعلى (١٠٥١) كلهم من طريق عامر الأحول عن أبي الصديق الناجي عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً، قال الترمذي: حسن غريب، وقال ابن القيم في "حادي الأرواح" ص-٣١٢: إسناد حديث أبي سعيد على شرط الصحيح، فرجاله محتج بهم فيه، ولكنه غريب جداً.

وقال الترمذي: وقد اختلف أهل العلم في هذا، فقال بعضهم: في الجنة جماع ولا يكون ولد، هكذا روي عن طاووس، ومجاهد، وإبراهيم النخعي، وقال محمد - يعني البخاري - قال إسحاق بن إبراهيم في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: ((إذا اشتبه المؤمن الولد في الجنة كان في ساعة واحدة كما يشتهي، ولكن لا يشتهي)). قال محمد: وقد روي عن أبي رزين العقيلي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((إن أهل الجنة لا يكون لهم فيها ولد)). وقال المناوي في "فيض القدير" ٢٥٨/٦: والمراد أن ذلك يكون إن اشتبه كونه، لكنه لا يشتهي ذلك فلا يولد له، فلا تعارض بينه وبين خير العقيلي بسند صحيح: ((إن الجنة لا يكون فيها ولد))، وانظر "حادي الأرواح" لابن القيم ص-٣١٢ - ٣٢١.

شُرِعَتْ^(١) من عهدِ آدمَ إلى الآن، ثمَّ تستمرُّ في الجنةِ إلا النكاحُ والإيمانُ.

(هو) عند الفقهاء (عَقْدٌ يقيدُ مِلْكَ المتعة).....

وأما ثانياً: فلأنَّ الذَّكَرَ والشُّكْرَ في الجنةِ أكثرُ منهما في الدُّنيا؛ لأنَّ حالَ العبدِ يصيرُ كحالِ الملائكة الذين يُسَبِّحون اللَّيْلَ والنَّهَارَ لا يَفْتُرُونَ، غايتهُ أنَّ هذه العبادة ليست بتكليفٍ، بل هي مقتضى الطَّبِيعِ؛ لأنَّ خدمةَ الملوكِ لذَّةٌ وشرفٌ، وتزدادُ بالقُربِ، وتماهية في "حاشية الحموي"^(٢) على "الأشباه".

(١١٠٩٥) (قوله: عَقْدٌ) مجموعُ إيجابِ أحدِ المتكلمين مع قبولِ الآخرِ، أو كلامٌ

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ليس لنا عبادة شرعت إلخ، أقول: الظاهر أنَّ المراد بالنكاح هنا الوطء لا العقد، وإن كان حقيقةً في العقد عندنا. قال "البغوي" في تفسير قوله عز وجل: ﴿وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ أي: قرناهم بهن، ليس من عقد التزويج؛ لأنه لا يقال: زوجته بامرأة. وقال أبو عبيدة: جعلناهم أزواجاً كما يزوج النعل بالنعل أي: جعلناهم اثنين اثنين، انتهى. بقي أن يقال: النكاح بمعنى الوطء إنما كان عبادةً في الدنيا باعتبار قصد الناس المطلوب شرعاً، وذلك مفقود في الآخرة، فليحرر.

هذا وقد وقع سؤالُ للعلامة "محمد بن أبي شريف" الشافعي صورته: هل في الجنة تزوجٌ وولادةٌ كحال الدنيا؟ أم حال الآخرة بخلاف حال الدنيا؟ فأجاب: قد وقع خلافٌ من السلف في الولد، فقال بعضهم: يكون الحمل والوضع والسُنُّ في ساعة واحدة، واستدلوا في ذلك إلى ما رواه الترمذي من حديث أبي سعيد الخدري: ((المؤمن إذا اشتهى الولد في الجنة كان حمله ووضعهُ وسنُّهُ في ساعةٍ واحدةٍ كما يشتهي)) قال "الترمذي": حديث حسن غريب.

وقال بعضهم: يكون جماعٌ ولا يكون ولدٌ، واستدلوا إلى حديث في "التذكرة" أورده عن أبي رزين العقيلي عن النبي ﷺ قال: ((إنَّ أهل الجنة لا يكون لهم فيها ولدٌ))، والحديث الأولُ أولى لتحسين الترمذي له.

وأما التزويج فلم أرَ حين هذه الكتابة حديثاً مصرحاً بعقد النكاح في الجنة كهيئة الدنيا، نعم روى الطبراني في "الكبير" و"الأوسط" عن أم سلمة، ولفظهُ: ((قلت: يا رسول الله المرأة تزوج زوجين والثلاث والأربع في الدنيا، ثمَّ تموت فتدخل الجنة ويدخلون معها، مَنْ يكون معها؟ قال: يا أم سلمة إنها تخير فتختار أحسنهم خلقاً، فتقول: أي رب، إن هذا كان أحسنهم معي خلقاً فزوجني، يا أم سلمة ذهب حُسنُ الخلق بخير الدنيا والآخرة))، ففي قول المرأة المخيرة بين أزواجها في خطابها لربها: فزوجني، أي: اجعل لي زوجاً ليس مصرحاً بالعقد، انتهى. عزاه الباقاني إلى "السراجية"، وتبعه في "منية المفتي" و"الفيض" و"التاترعانية". ((١٤٩/ب.

(٢) "غمر عيون البصائر": كتاب النكاح ١٠٢/٢ بتصرف، نقلًا عن ابن الخطيب في تفسير سورة السجدة.

أي: حِلُّ استمتاع الرَّجُلِ.....

الواحد القائم مقامهما، أعني: متولّي الطرفين، "بحر"^(١)، وفيه كلامٌ يأتي^(٢).
[١١٠٩٦] (قولُه: أي: حِلُّ استمتاع الرَّجُلِ) أي: المرادُ أَنه عَقْدٌ يفيدُ حكمه بحسب
وضع الشَّرْع، وفي "البدائع"^(٣): ((أَنَّ مِنْ أَحْكَامِهِ مِلْكُ الْمُتَعَةِ، وَهُوَ اخْتِصَاصُ الزَّوْجِ بِمَنَافِعِ
بُضْعِهَا وَسَائِرِ أَعْضَائِهَا [٣/١٤١/ب] استمتاعاً، أَوْ مِلْكُ الذَّاتِ وَالنَّفْسِ فِي حَقِّ التَّمَتُّعِ
عَلَى اخْتِلَافٍ مَشَابِهُنَا فِي ذَلِكَ)) اهـ "بحر"^(٤).

وعزا "الدَّبُوسِي" المعنى الأوَّلَ إِلَى "الشَّافِعِي"، لَكِنْ كَلَامُ "المُصَنِّفِ" كـ "الكَنْز"^(٥)
صَرِيحٌ فِي اخْتِيَارِهِ، عَلَيَّ أَنَّ الظَّاهِرَ - كَمَا فِي "النَّهْر"^(٦) - ((أَنَّ الخُلْفَ لَفْظِيٌّ؛ لِقَوْلِ
"الدَّبُوسِي": إِنَّ هَذَا المَلِكَ لَيْسَ حَقِيقِيًّا، بَلْ فِي حَكْمِهِ فِي حَقِّ تَحْلِيلِ الوَطْءِ دُونَ مَا سِوَاهُ
مِنَ الأحْكَامِ الَّتِي لَا تُتَّصِلُ بِحَقِّ الزَّوْجِيَّةِ)) اهـ.

فعلى القول الذي عزاؤه الدَّبُوسِيُّ إِلَى أصحابنا من أَنه مِلْكُ الذَّاتِ لَيْسَ مِلْكاً لِلذَّاتِ
حَقِيقَةً، بَلْ مِلْكُ التَّمَتُّعِ بِهَا، أَي: اخْتِصَاصُ الزَّوْجِ بِهَا كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي "البدائع"^(٧)، وَهُوَ المَرَادُ
مِنَ القَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكُ المُتَعَةِ.

وبه ظَهَرَ أَنَّ تَفْسِيرَ المَلِكِ هُنَا بِالاختِصَاصِ - كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي "البدائع" - أَوْلَى مِنْ تَفْسِيرِهِ
بِالحِلِّ تَبَعاً لـ "البحر"؛ لِأَنَّ الاختِصَاصَ أَقْرَبُ إِلَى مَعْنَى المَلِكِ؛ لِأَنَّ المَلِكَ نَوْعٌ مِنْه بِخِلَافِ الحِلِّ؛

٢٥٨/٢

(قولُه: أَوْلَى مِنْ تَفْسِيرِهِ بِالحِلِّ تَبَعاً لـ "البحر" إلخ) قال "ط" - بعد نَقْلِ كَلَامِ "البحر" و"النَّهْر" -
((وَمَأَلُ كَلَامِهِمَا إِلَى أَنَّ المَرَادَ الحِلُّ، وَلِهَذَا اقْتَصَرَ "ح" عَلَيَّ مَا فِي "البحر").

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣ بتصرف.

(٢) "در" ص ٣٢٩ - وما بعدها.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان حكم النكاح - فصل: ومنها ملك المتعة ٣٣١/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣.

(٥) انظر "رمز الحقائق": كتاب النكاح ص ١٣٨ -.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦١/ب.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان حكم النكاح - فصل: ومنها ملك المتعة ٣٣١/٢.

لأنه لازمٌ لملك المتعة، وهو لازمٌ لاختصاصها بالزوج شرعاً أيضاً. على أن ملك كل شيء بحسبه، فملك الزوج المتعة بالعقد ملك شرعي كملك المستاجر المنفعة بمن استأجره للخدمة مثلاً، ولا يردُّ عليه قوله في "البحر"^(١): ((إن المراد بالملك الحل لا الملك الشرعي؛ لأن المنكوحه لو وطئت بشبهة فمهرها لها، ولو ملك الانتفاع يوضعها حقيقة^(٢) لكان بدلُه له)) اهـ؛ لأن ملكة الانتفاع بالبيع حقيقة لا يستلزم ملكة البدل، وإنما يستلزم ملك نفس البضع كما لو وطئت أمته، فإن العقر له لملكه نفس البضع بخلاف الزوج، فافهم.

(تنبيه)

كلام "الشَّارح" و"البدائع" يشيرُ إلى أن الحقَّ في التمتع للرجل لا للمرأة كما ذكره

(قوله: لأن ملكة الانتفاع بالبضع حقيقة إلخ) جعل "قاضيخان" علة عدم ملك الزوج البدل كون

ملك النكاح للزوج ملكاً ضرورياً لا يظهر في ملك البدل، وهو أولى بما قاله "المحشي"؛ إذ من ملك

شيئاً ملكَ بَدَلَهُ سواء كان هذا الشيء ذاتاً أو منفعةً، وعبارته في "شرح الزيارات" من باب ما يجب فيه

القيصاص: ((فَيَنْطَلُ بِحَقِّ أَوْ بغيرِهِ، وَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْقَاطِعِ ظُلْمًا عَمْدًا أَوْ حَطًّا بَطَلِ الْقِيَّاصِ لِفَوَاتِهِ

مَحَلِّهِ، وَلَا يَصِيرُ مَالًا؛ لِأَنَّهُ مَا قَضَى بَطْرَفَهُ حَقًّا عَلَيْهِ، وَلَهُ الْقِيَّاصُ عَلَى الْقَاطِعِ الثَّانِي إِنْ كَانَ عَمْدًا،

وَأَرْضُ الْبِدِّ عَلَى عَاقِلِيهِ إِنْ كَانَ حَطًّا؛ لِأَنَّ يَدَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِيَّاصُ مَعْصُومَةٌ فِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ فَيَجِبُ فِيهَا

مَا يَجِبُ فِي سَائِرِ الْأَيْدِي، وَلَا حَقٌّ لِلْمَقْطُوعِ يَدُهُ فِي هَذَا الْأَرْضِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ كَانَ فِي الْقِيَّاصِ فَلَا يَنْقَلِبُ

مَالًا لِمَا قُلْنَا، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَرْضَ بَدَلُ الْبِدِّ الثَّانِيَةِ وَلَا حَقٌّ لِمَنْ لَهُ الْقِيَّاصُ فِي بَدَلِ الْبِدِّ، وَمِلْكُ الْقِيَّاصِ

مِلْكٌ ضَرُورِيٌّ يَظْهَرُ فِي الْاسْتِيفَاءِ، وَمَا كَانَ مِنْ تَوَابِعِهِ، كَالْعَقْرِ وَالصَّلْحِ لَا فِي مِلْكِ الْبِدْلِ كَمِلْكِ النِّكَاحِ

لِلزَّوْجِ، لَا يَظْهَرُ فِي مِلْكِ الْبِدْلِ حَتَّى لَوْ وَطِئَتِ الْمُنْكَوْحَةُ بِشَبْهَةٍ وَوَجَبَ الْعَقْرُ لَا يَكُونُ لِلزَّوْجِ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣.

(٢) ((حقيقة)) ساقطة من "الأصل".

بمجرداً عن القرائن يُرادُ به الوطء كما في ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ
النِّسَاءِ﴾ [النساء - ٢٢]، فتحريمُ مَزْنِيَّةِ الأبِ على الابنِ بخلافِ ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا
غَيْرَهُ﴾^(١) [البقرة - ٢٣٠]؛ لإسنادهِ إليها، والمتصورُ منها العَقْدُ لا الوطءُ.....

[١١١٠٧] (قوله: بمجرداً عن القرائن) أي: محتملاً للمعنى الحقيقي والمجازي بلا مرجح خارج، وقوله: ((يُرادُ الوطءُ)) أي: لأنَّ الجواز خَلَفَ عن الحقيقة، فترجَّح عليه في نفسها.
[١١١٠٨] (قوله: فتحريمُ مَزْنِيَّةِ الأبِ على الابنِ) أي: على فروعه، فتكونُ حرمتها عليهم ثابتةً بالنصِّ، وأمَّا حرمةُ التي عَقَدَ عليها عَقْدًا صحيحاً عليهم فبالإجماع، ولو قال لزوجه: إن نكحتك فأنت طالق تعلق بالوطء، وكذا لو أبانها قبل الوطء ثم تزوجها تطلُّقُ به لا بالعقد بخلاف الأجنبية، فيتعلق بالعقد؛ لأنَّ وطئها لَمَّا حَرَّمَ عليه شرعاً كانت الحقيقة مهجورة، فتعين الجواز، كذا في "البحر"^(٢) و"التحرير"^(٣) و"شرح"^(٤).

[١١١٠٩] (قوله: بخلاف) حالٌ من ((ما)) الموصولة في قوله: ((كما))، وقال "ح"^(٥): ((من^(٦) ﴿وَلَا تَنْكِحُوا﴾))، أي: حال كونه مخالفاً لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا﴾^(٧)، حيث لم يُردَّ به الوطء، بل أُريدَ العَقْدُ لعدم تجرُّده عن القرائن، بل وُجِدَتْ فيه قرينة، وهي استحالة الوطء منها؛ لأنَّ الوطء فعلٌ، وهي مُنْفَعَلَةٌ لا فاعلةٌ، وهو معنى قوله: ((والتصورُ الخ)).

[١١١١٠] (قوله: لإسنادهِ إليها) علةٌ لما استُفيدَ من المقام من أنَّ المراد العَقْدُ، وأمَّا اشتراطُ

(١) ﴿غَيْرَهُ﴾ ليست في "و".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٢/٣.

(٣) "التحرير": الفصل الخامس في تقسيم الفرد إلى حقيقة ومجاز - مسألة بتعين على خليفة الجواز عن الحقيقة ص ١٨٠-١٨١ - ١٨٢.

(٤) "التحرير والتجوير": ٣٢/٢ - ٣٣. يتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب، وهي ساقطة من "الأصل".

(٦) أي: حالٌ من ﴿وَلَا تَنْكِحُوا﴾.

(٧) ((زوجاً)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

إلا بجازاً.....

وطء المحلل فمأخوذ من حديث العسيلة^(١)، "ط"^(٢).

[١١١١١] (قوله: إلا بجازاً) قد يقال: إذا كان لا انفكاك عن الجواز على التقديرين فما المرجح لأحدهما على الآخر؟ اهـ "ح"^(٣)، يعني: أنه إن أريد بالنكاح في الآية الوطاء كان بجازاً عقلياً لعدم تصوّر الفعل منها، وإن أريد به العقد كان بجازاً لغوياً؛ لأنه حقيقة الوطاء، فحمل الآية على أحدهما ترجيح بلا مرجح، بل قد يقال: إن حملها على الوطاء أنسب بالواقع، فإن المطلقة ثلاثاً لا تحل بدون وطء المحلل، اللهم إلا أن يقال: المرجح كثرة الاستعمال، "ط"^(٤).

أقول: الظاهر أنه لا مانع هنا من إرادة كل منهما، لكن لما كان النزاع في أن النكاح حقيقة في الوطاء أو في العقد، وكان الرأى عندنا الأول قالوا: إنه في هذه الآية بجاز لغوي بمعنى العقد؛ لكونه أصرح في الرد على القائل بأنه حقيقة فيه، ولو قيل: إنه بجاز عقلي

(١) أخرجه أحمد ٣٤/٦ - ٣٧ - ٣٨، والبخاري (٢٦٣٩) كتاب الشهادات - باب شهادة المحبسي، و(٥٢٦٠) و(٥٢٦١) كتاب الطلاق - باب من جوز الطلاق الثلاث، و(٥٢٦٥) باب من قال لامرأته: أنت علي حرام، و(٥٣١٧) باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يحسبها، ومسلم (١٤٣٣) كتاب النكاح - باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، وأبو داود (٢٣٠٩) كتاب الطلاق - باب المبتوتة لا يرجع إليها زوجها حتى تنكح غيره، والترمذي (١١١٨) كتاب النكاح - باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند عامة أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، والنسائي ٩٣/٦ كتاب النكاح - باب النكاح الذي تحل به المطلقة ثلاثاً لمطلقها، و٤٦/٦ - ٤٧ - ٤٨، وابن ماجه (١٩٣٢) كتاب النكاح - باب الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فتتزوج فيطلقها قبل أن يدخل بها، أترجع إلى الأول؟ والدارمي ٦٠٢/٢ كتاب الطلاق - باب ما يحل المرأة لزوجها الذي طلقها فبنت طلاقها. كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، وفي الباب عن ابن عمر، وأنس، وأبي هريرة، والرّميثاء. وسنأتي ص ٤٠٦.

(٢) "ط": كتاب النكاح ٤/٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٤/٢.

(ويكون واجباً عند التوقان).....

في الإسناد لصح أيضاً كما يصح في قولك: جَرَى النهرُ أن تجعلهُ من المجازِ في الإسناد، ولكن المشهور أنه مجازٌ لغويٌ بعلاقة الحالِية [ب/٣/٣] والمحلية، على أنه ليس في كلام "الشارح" ما يمنع ذلك؛ لأن قوله: ((والتصورُ منها العقدُ لا الوطءُ إلا مجازاً)) يمكنُ حملهُ أيضاً على أنه مجازٌ في الإسناد بقرينة قوله: ((إسناده إليها))، أي: أنه من إسنادِ الشيء إلى غيرِ مَنْ هو له، وقوله: ((والتصورُ إلخ)) بيانٌ لكونِ إسنادهِ إليها غيرِ حقيقيٍّ، فافهم.

[١١١١٢] (قوله: عند التوقان) مصدرٌ تأقتُ نفسهُ إلى كذا إذا اشتاقت، من بابِ طلب، "بجر" (١) عن "المغرب" (٢). وهو بالفتحاتِ الثلاثِ كالميلانِ والسَّيلانِ، والمرادُ شدَّةُ الاشتياقِ كما في "الزَّيلعي" (٣)، أي: بحيثُ يخافُ الوقوعَ في الزنا لو لم يتزوج؛ إذ لا يلزمُ من الاشتياقِ إلى الجماعِ الخوفُ المذكور، "بجر" (٤).

قلت: وكذا - فيما يظهر - لو كان لا يمكنهُ منعُ نفسه عن النَّظرِ المحرمِ أو عن الاستمناء (٥)

(قوله: على أنه ليس في كلام "الشارح" ما يمنع ذلك إلخ) فيما قاله تأمل؛ وذلك أن "الشارح" حَزَمَ بأن المرادَ به في الآية الأولى الوطءُ، وقال: إنها مخالفةٌ لِمَا في الآية الثانية أي: حيثُ أريدَ به العقدُ للقرينة المذكورة فهو حازمٌ بأنه فيها معنى العقدِ وإلا لم يكن بين الآيتين مخالفةٌ. وعلى تقدير أن المرادَ به فيهما الوطءُ لا يكون بينهما مخالفةٌ بل غايةٌ ما في الباب أنه تجوزُ في الآية الثانية في إسناده إليها، فهو في كلِّ منهما مستعملٌ في حقيقته، وإسنادهُ إليها في الثانية مجازٌ.

(قوله: وكذا فيما يظهر لو كان لا يمكنهُ منعُ نفسه إلخ) الظاهرُ أنه في هذه الصورة يكون فرضاً، وصورةُ الوجوب ما لو خاف الوقوعَ في النَّظرِ المحرمِ إلخ، تأمل.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٢) "المغرب": مادة (توق).

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٥/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٥) في "٣": ((الاستمناء)).

فَإِنْ تَبَيَّنَ الزَّوْنُ إِلَّا بِهِ فُرِضَ، "نهاية". وهذا إن مَلَكَ المَهْرَ وَالنَّفَقَةَ، وَإِلَّا فَلَا إِثْمَ بِتَرْكِهِ، "بدائع"^(١).....

بالكف، فيجبُ التزوُّجُ وإن لم يَخَفِ الوقوعُ في الزَّنا.

[١١١١٣] (قوله: فَإِنْ تَبَيَّنَ الزَّوْنُ إِلَّا بِهِ فُرِضَ) أي: بأن كان لا يمكنه الاحترازُ عن الزَّنا إلا به؛ لأن ما لا يُتوصَّلُ إلى ترك الحرام إلا به يكونُ فرضاً، "بحر"^(٢). وفيه نظراً؛ إذ التَّركُ قد يكونُ بغير النكاح وهو التَّسرِّي، وحينئذٍ فلا يلزمُ وجوبُهُ إلا لو فرضنا المسألةَ بأنه ليس قادراً عليه، "نهر"^(٣). لكنَّ قوله: ((لا يمكنه الاحترازُ عنه إلا به)) ظاهرٌ في فرض المسألةَ في عدم قدرته على التَّسرِّي، وكذا في عدم قدرته على الصَّوم المانع من الوقوع في الزَّنا، فلو قدرَ على شيءٍ من ذلك لم يَبْقَ النكاحُ فرضاً أو واجباً عيناً؛ بل هو أو غيره مما يَمْنَعُهُ من الوقوع في المحرَّم.

[١١١١٤] (قوله: وهذا إن مَلَكَ المَهْرَ وَالنَّفَقَةَ) هذا الشرطُ راجعٌ إلى القسمين، أعني: الواجب

(قول "الشارح": وإلا فلا إثم بتركه إلخ) ذكر "السُّنْدِيُّ" - بعد قوله: وإلا فلا إثم بتركه - ما نصَّه: ((وأما ما ورد: «حَقٌّ عَلَى اللَّهِ عَوْنُ النَّائِكِ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَافَ»))، وورد أيضاً: «التَّيَسُّو الرُّزْقَ بِالنَّكَاحِ» فإنما ذلك في حقِّ المتوكِّلين لا يُخاطَبُ به عامَّةُ النَّاسِ؛ لأنَّهُ قد يَحْتَلُّ معه شرطٌ فلا يَحْصُلُ له المطلوبُ، ألا ترى أنَّ الصَّحَابَةَ كانوا يَتَضَرَّرُونَ مِنَ الْعَزُوبَةِ، وَكَانُوا يَسْتَأْذِنُونَ فِي الْإِحْتِصَاءِ فَلَمْ يُؤْذَنَ لَهُمْ، وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَأْمُرْهُمُ بِالتَّزْوُجِ مَعَ الْعَجْزِ عَنِ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ بَلْ مَا زَالَ يَأْمُرُهُمُ بِالصَّبْرِ وَجِهَادِ أَنْفُسِهِمْ. وَأَمَّا قَوْلُ "الشَّارِحِ" - فيما سيأتي -: ((إِنَّهُ يُنْدَبُ لَهُ الْإِسْتِدَانَةُ)) فلا يُرَادُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ يَسْتَدِينُ مَعَ الْفَقْرِ بَلِ الْمَقْصُودُ أَنْ يَسْتَدِينُ مَعَ الْإِقْتِدَارِ لِيَفُوزَ بِالْإِعَانَةِ مِنْهُ تَعَالَى، وَيَكُونُ طَلَباً بِالْفِعْلِ فَلَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ أَوْ يُفْتَرَضُ مَعَ الْعَجْزِ، ثُمَّ قَالَ بَعْضُهُمْ: إِذَا كَانَتْ الْإِسْتِدَانَةُ مَدْبُوبَةً عِنْدَ أَمْنِهِ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الزَّوْنِ يَنْبَغِي وَجُوبُهَا عِنْدَ تَبَيَّنِ الزَّوْنِ بَلْ يَنْبَغِي وَجُوبُهَا حِينَئِذٍ وَإِنْ لَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّهِ قُدْرَةُ الْوَفَاءِ (هـ)).

(١) "البدائع": كتاب النكاح ٢/٢٢٨.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦١/ب، ١/١٦٢.

والفرض، وزاد في "البحر"^(١) شرطاً آخرَ فيهما، وهو عدمُ خوف الجور، أي: الظلم، قال: ((فإن تعارضَ خوفُ الوقوع في الزنا لو لم يتزوج وخوفُ الجور لو تزوجَ قَدَمَ الثاني، فلا افتراض، بل يكره، أفاده "الكamal" في "الفتح"^(٢)، ولعله لأنَّ الجورَ معصيةٌ متعلِّقةٌ بالعباد، والمنعُ من الزنا من حقوقِ الله تعالى، وحقُّ العبدِ مقدَّمٌ عند التعارض؛ لاحتياجهِ وغنى المولى تعالى)) اهـ.

٢٦٠/٦

قلت: ومقتضاهُ الكراهةُ أيضاً عند عدمِ ملكِ المهرِ والنفقة؛ لأنهما حقُّ عبدٍ أيضاً وإن خافَ الزنا، لكن يأتي أنه يُندبُ الاستدانةُ له، قال في "البحر"^(٣): ((فإنَّ اللهَ ضامنٌ له الأداء، فلا يخافُ الفقرَ إذا كان من نَيْتِهِ التَّحْصِينُ والتَّعْفُفُ)) اهـ.

ومقتضاهُ أنه يجبُ إذا خافَ الزنا وإن لم يملكِ المهرَ إذا قدرَ على استدانيته، وهذا منافيٌ للاشتراط المذكور، [٣/٤١/١] إلا أن يقال: الشرطُ ملكُ كلِّ من^(٤) المهرِ والنفقة ولو بالاستدانة، أو يقال: هذا في العاجزِ عن الكسبِ ومن ليس له جهةٌ وفاءٍ، وقَدَمَ "الشارح"^(٥) في أوَّلِ الحجِّ: ((أنه لو لم يحجَّ حتى أتلفَ مالهَ وَسِعَهُ أن يستقرضَ وَيَحجَّ ولو غيرَ قادرٍ على وفائه، ويرجى أن لا يُؤاخِذَهُ اللهُ تعالى بذلك، أي: لو ناوياً وفاءً لو قدرَ كما قيدهُ في "الظهيرية"^(٦)) اهـ.

وقدَّمنا^(٧) أن المراد عدمُ قدرتهِ على الوفاء في الحال مع غلبةِ ظنه أنه لو اجتهدَ قدرَ، وإلا فالأفضلُ عدمه، وينبغي حملُ ما ذُكِرَ من نَدْبِ الاستدانةِ على ما ذكرنا من ظنه القدرةَ

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٠/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ نقلاً عن "فتاوى العلامى".

(٤) ((كل من)) ليست في "٣".

(٥) "در" ٤٦١/٦.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الأول فيمن يجبُ عليه الحجُّ ومن لا يجبُ ق ١/٦٣.

(٧) المقولة [٩٥٦٩] قوله: ((وسعه أن يستقرض الخ)).

(و) يكون (سنة) مؤكدة في الأصح،.....

على الوفاء، وحينئذٍ فإذا كانت مندوبة عند أمّيه من الوقوع في الزنا ينبغي وجوبها عند تيقن الزنا، بل ينبغي وجوبها حينئذٍ وإن لم يغلب على ظنه قدرة الوفاء، تأمل:

مطلب: كثيراً ما يُتساهل في إطلاق المستحب على السنة

[١١١١٥] (قوله: سنة مؤكدة في الأصح) وهو محمل القول بالاستحباب، وكثيراً ما يُتساهل في إطلاق المستحب على السنة، وقيل: فرض كفاية، وقيل: واجب كفاية، وتأممه في "الفتح"^(١)، وقيل: واجب عيناً، ورجّحه في "النهر"^(٢) كما يأتي^(٣)، قال في "البحر"^(٤): ((دليل السنة حالة الاعتدال الاقتداء بحاله ﷺ في نفسه، وردّه على من أراد من أمّيه التخلّي للعبادة كما في "الصّحيحين"^(٥) ردّاً بليغاً بقوله: «فمن رغب عن سنتي فليس مني»))

(قوله: ودليل السنة حالة الاعتدال الاقتداء بحاله ﷺ إلخ) ودليل كونه فرض كفاية قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ﴾ الآية. وقوله عليه السلام: «تَنَاحُوا تَنَاسَلُوا» الحديث، فإن المطلوب يحصل بفعل البعض؛ وذلك أن المقصود تكثر المسلمين وعدم انقطاعهم، ولذا صرح في الحديث بالعلة بقوله: ((فإنّي مكاتِبٌ بكم الأمم)) وهذا يحصل بفعل البعض.

والقائل بكونه واجب كفاية يقول: إن الآية لم تُسَقِّ إلا لبيان العدد المحل فلم يبق إلا سبب الواحد، وهو إنما يفيد الوجوب كفاية لما عُلِمَت من حصول المقصود بفعل البعض.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠١/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٦/ب.

(٣) "در" ص ٢٢-.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٥) أخرجه البخاري (٥٠٦٣) كتاب النكاح - باب الرغيب في النكاح، ومسلم (١٤٠١) كتاب النكاح - باب

استحباب النكاح لمن تأقت نفسه إليه، وأحمد ٢٤١/٣، والنسائي ٦٠/٦ كتاب النكاح باب النهي عن التبتل، -

فيأثم بتركه، ويثاب إن نوى تحصيئاً وولداً (حال الاعتدال) أي: القدرة على وطءٍ ومهزٍ ونفقة، ورجح في "النهر"^(١) وجوبه.....

كما أوضحه في "الفتح"^(٢) اهـ. وهو أفضل من الاشتغال بتعلمٍ وتعليم كما في "درر البحار"^(٣)، وقدمنا^(٤) أنه أفضل من التحلي للتوافل.

[١١١١٦] (قوله: فيأثم بتركه) لأن الصحيح أن ترك المؤكدة مؤثم كما علم في الصلاة، "بجر"^(٥). وقدمنا^(٦) في سنن الصلاة: أن اللاحق بتركها إن لم يسر، وأن المراد الترك مع الإصرار، وبهذا فارتقت المؤكدة الواجب وإن كان مقتضى كلام "البدائع"^(٧) في الإمامة أنه لا فرق بينهما إلا في العبارة.

[١١١١٧] (قوله: ويثاب إن نوى تحصيئاً) أي: منع نفسه ونفسها عن الحرام، وكذا لو نوى مجرد الاتباع وامثال الأمر، بخلاف ما لو نوى مجرد قضاء الشهوة واللذة.

[١١١١٨] (قوله: أي: القدرة على وطء) أي: الاعتدال في التوقان أن لا يكون بالمعنى

- وابن حبان (١٤) المقدمة - باب الاعتصام بالسنة، و(٣١٧) كتاب البر والإحسان - باب ما جاء في الطاعات وثوابها، والبخاري في "شرح السنة" (٩٦)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٧٧/٧ كتاب النكاح - باب الرغبة في النكاح.

كلهم من حديث أنس مرفوعاً، وهو جزء من حديث طويل أوله: ((ما بال أقوام قالوا: كذا وكذا لكنني أصوم وأفطر...)) وقال الحافظ ابن حجر في "الفتح" ١٠٥/٩: المراد بالسنة الطريقة، لا التي تقابل الفرض، والمراد: من ترك طريقي وأخذ بطريقة غيري فليس مني، ولمح بذلك إلى طريق الرهبانية، فإنهم الذين ابتدعوا التشديد كما وصفهم الله تعالى، وقد عابهم بأنهم ما قوا بما التزموه، وطريقة النبي ﷺ الحنيفة السمحة، فيفطر ليتقوى على الصوم، وينام ليتقوى على القيام، ويتزوج لكسر الشهوة وإعفاف النفس وتكثير النسل.

(١) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٦/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠١/٣.

(٣) انظر "غرر الأذكار": كتاب النكاح ق ١٨٩/ب.

(٤) بداية الكتاب ص ٥٠.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٦) المقولة [٤٠٣٧] قوله: ((وقالوا [ح])).

(٧) "البدائع": كتاب الصلاة - فصل: وأما بيان ما يجب على السامعين عند الأذان ١٥٥/١.

للمواظبة عليه والإنكار على مَنْ رَغِبَ عنه.

(ومكروهاً لخوفِ الجَوْرِ) فَإِنْ تَيَقَّنَهُ حَرْمٌ ذَلِكَ^(١).....

المار^(٢) في الواجب والفرض، وهو شدَّةُ الاشتياق، وأن لا يكونَ في غايةِ الفتور كالعنين، ولذا فسَّرَهُ في "شرحه" على "الملتقى"^(٣): ((بأن يكونَ بينَ الفتورِ والشُّوقِ))، وزادَ المهرَ والنَّفقةَ لأنَّ العجزَ عنهما يُسْقِطُ الفرضَ، فَيُسْقِطُ السُّنَّةَ بالأولى، وفي "البحر"^(٤): ((والمرادُ حالةُ القدرة [٣/٤٠٤/ب] على الوطءِ والمهرِ والنَّفقةِ مع عدم الخوفِ من الزنا والجورِ وتركِ الفرائضِ والسُّننِ، فلو لم يَقْدِرْ على واحدٍ من الثلاثِ، أو خافَ واحداً من الثلاثِ - أي: الأخيرة - فليس معتدلاً، فلا يكونُ سنَّةً في حقِّه كما أفادَهُ في "البدائع"^(٥)) اهـ.

[١١١١٩] (قوله: للمواظبة عليه والإنكار إلخ) فَإِنَّ المواظبةَ المقرَّنةَ بالإنكارِ على التَّركِ دليلُ الوجوب، وأجاب "الرَّحْمَنِيُّ": ((بأنَّ الحديثَ ليس فيه الإنكارُ على التَّاركِ بل على الرَّاغِبِ عنه، ولا شكَّ أنَّ الرَّاغِبَ عن السُّنَّةِ محلُّ الإنكارِ)).

[١١١٢٠] (قوله: ومكروهاً) أي: تحريماً، "بحر"^(٦).

[١١١٢١] (قوله: فَإِنْ تَيَقَّنَهُ) أي: تيقنَ الجَوْرَ ((حَرْمٌ))؛ لأنَّ النكاحَ إنما شَرِعَ لمصلحةٍ تحصيلِ النَّفسِ وتحصيلِ الثَّوابِ، وبالْجَوْرِ يَأْتُمُ ويرتكبُ المحرِّماتِ، فتتعدَّمُ المصالحُ لرُجْحانِ هذهِ المفسادِ، "بحر"^(٧). وترك "الشَّارِحُ" قسمًا سادساً ذكرَهُ في "البحر"^(٨) عن "المجتبى"،

(١) ((ذلك)) ليست في "د" و "و".

(٢) المقولة [١١١١٢] قوله: ((عند التَّوقُّان)) وما بعدها.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ٣١٦/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ بنوَضِح من ابن عابدين رحمه الله.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ٢٢٨/٢ - ٢٢٩.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣، وعبارته: ((لمصلحةٍ مِنْ تحصيلِ)).

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣ - ٨٥ بتصرف يسير.

وهو ((الإباحة إن خاف العجز عن الإيفاء بموجبه^(١))) اهـ. أي: خوفاً غير راجح، وإلا كان مكروهاً تحريماً؛ لأنَّ عدم الجور من موجبه.

والظاهر: أنه إذا لم يقصد إقامة السنة، بل قصد مجرد التوصل إلى قضاء الشهوة ولم يخف شيئاً لم يثب عليه؛ إذ لا ثواب إلا بالنية، فيكون مباحاً أيضاً كالوطء لقضاء الشهوة، لكن لما قيل له عليه السلام: إنَّ أحدنا يقضي شهوته فكيف يُثاب؟! فقال عليه السلام: ما معناه: «أرأيت لو وضعها في محرّم أما كان يُعاقب؟»^(٢) فيفيد^(٣) الثواب مطلقاً، إلا أن يُقال: المراد في الحديث قضاء الشهوة لأجل تحصيل النفس، وقد صرح في "الأشباه"^(٤): ((بأنَّ النكاح سنة مؤكدة، فيحتاج إلى النية))،

قوله: لأنَّ عدم الجور من موجبه^(٥) (الح) أي وقد قلنا: إنه إذا خاف الجور يُكره فيكون باقياً للمراجبة كذلك، لكن قد يقال: لا يُحكم على الأعمّ بحكم الفرد الخاص لاحتمال وجود فرقي بينه وبين باقي الأفراد خصوصاً إذا كانت حقوقه تعالى، تأمل.

(١) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((مواجبه))، وكذا نسختنا "البحر" المخطوطة والمطبوعة، وما أثبتناه من "م" هو الصواب الموافق لقواعد العربية.

(٢) أخرجه أحمد ١٦٧/٥-١٧٨، ومسلم (١٠٠٦) كتاب الزكاة - باب الصدقة في كل معروف، والبخاري في "الأدب" (٢٢٧)، وأبو داود (١٢٨٦) كتاب الصلاة - باب الضحى، والنسائي في "الكبرى" (٩٠٢٨) كتاب عشرة النساء، وصححه ابن حبان (٨٣٨) كلهم من طريق يحيى بن يعمر عن أبي الأسود عن أبي ذر مرفوعاً، وقد أخرج أصل الحديث غيرهم من الطريق نفسها، وأخرجه أحمد ١٥٤/٥، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٨٠/٦ من طريق أبي البخري عن أبي ذر مرفوعاً، ولم يسمع منه.

وأخرجه أحمد ١٦٩/٥، والنسائي في "الكبرى" (٩٠٢٧) عن أبي سلام مملو عن أبي ذر مرفوعاً، وفي هذه الرواية تعليل إثابة الرجل في مباحة أهله فلترجع، وبقيّة الروايات عن أبي ذر ليس فيها ذكر هذه الزيادة.

(٣) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((يفيد)).

(٤) "الأشباه والنظائر": الفن الأول - القواعد الكلية - القاعدة الأولى: لا ثواب إلا بالنية ص ١٨ - بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله.

(٥) انظر التعليق (١) من هذه الصحيفة.

وَيُنْدَبُ إِعْلَانُهُ، وَتَقْدِيمُ خُطْبَتِهِ،.....

وأشار بالفاء إلى توقُّفِ كونه سنَّةً على النِّيَّةِ، ثمَّ قال: ((وأما المباحاتُ فتختلفُ صفتُها باعتبار ما قُصِدَتْ لأجلِهِ، فإذا قُصِدَ بها التَّقْوِيُّ عَلَى الطَّاعَاتِ أَوْ التَّوَصُّلُ إِلَيْهَا كَانَتْ عِبَادَةً كَالْأَكْلِ وَالنُّوْمِ وَاِكْتِسَابِ الْمَالِ وَالْوَطْءِ)) اهـ.

ثمَّ رَأَيْتُ فِي "الْفَتْحِ"^(١) قَالَ: ((وقد ذكرنا أنه إذا لم يَقْرَنْ بِنِيَّةٍ كَانَ مَبَاحًا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ حِينَئِذٍ مَجْرَدُ قَضَاءِ الشَّهْوَةِ، وَمَبْنَى الْعِبَادَةِ عَلَى خِلَافِهِ، وَأَقُولُ: بَلْ فِيهِ فَضْلٌ مِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ كَانَ مَتَمَكِّنًا مِنْ قَضَائِهَا بِغَيْرِ^(٢) الطَّرِيقِ الْمَشْرُوعِ، فَالْعَدُولُ إِلَيْهِ مَعَ مَا يَعْلَمُهُ مِنْ أَنَّهُ قَدْ يَسْتَلْزِمُ أَثْقَالًا فِيهِ قُصِدَ تَرْكُ الْمَعْصِيَةِ)) اهـ.

[١١١٢٢] (قوله: وَيُنْدَبُ إِعْلَانُهُ) أَي: إِظْهَارُهُ، وَالضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى النِّكَاحِ بِمَعْنَى الْعَقْدِ؛

لِحَدِيثِ "التِّرْمِذِيِّ"^(٣): ((أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ^(٤) فِي الْمَسَاجِدِ، وَاضْرِبُوا [٣/٥٠٥] عَلَيْهِ بِالذُّفُوفِ))، "فَتْح"^(٥).

٢٦١/٢

[١١١٢٣] (قوله: وَتَقْدِيمُ خُطْبَتِهِ) بِضَمِّ الْخَاءِ: مَا يُدْكَرُ قَبْلَ إِجْرَاءِ الْعَقْدِ مِنَ الْحَمْدِ

وَالشَّهَادَةِ، وَأَمَّا بِكسْرِهَا فَهِيَ طَلْبُ التَّرْجُوحِ، وَأَطْلَقَ الْخُطْبَةَ فَأَفَادَ أَنَّهَا لَا تَعِينُ بِالْفَاضِلِ مَخْصُوصَةً،

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠١/٣-١٠٢.

(٢) ((كان متمكناً من قضائها بغير)) ساقط من "٣".

(٣) أخرجه الترمذي (١٠٨٩) كتاب النكاح - باب إعلان النكاح، والبيهقي ٢٩٠/٥ من طريق عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة مرفوعاً، وقال الترمذي: غريب حسن، وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث. وقد أنكر الحفاظ على عيسى هذا الحديث، قال البخاري: منكر الحديث.

وأخرجه ابن ماجه (١٨٩٥) كتاب النكاح - باب إعلان النكاح، وسعيد بن منصور (٦٣٥) نكاح السر، وأبو نعيم في "الحلية" ٢٦٥/٣ وغيرهم. كلهم من طريق خالد بن إلياس - مزوك - عن ربيعة الرأي عن القاسم عن عائشة نحوه، وأخرجه ابن أبي حاتم في "العلل" ٤٢٥/٢ عن القعني عن خالد عن القاسم، به، وقال: الصحيح هذا. وخالد اتفقوا على تضعيفه.

أما الأمر بإعلان النكاح فقد أخرجه أحمد ٥/٤، وصححه ابن حبان (٤٠٦٦)، وغيرهم عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه مرفوعاً، وله شاهد من حديث محمد بن حاطب سيأتي ص ٣٠، وآخر عند الطبراني عن السائب بن يزيد وهب بن الأسود فراجع.

(٤) في "م": ((واجلوه))، وهو تحريف.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

وكونه في مسجد يوم الجمعة.....

وإن خطب بما ورد فهو أحسن، ومنه ما ذكره "ط" (١) عن صاحب "الحصن الحصين" (٢)
من لفظه عليه الصلاة والسلام (٣)، وهو: «الحمد لله نحمده، ونستعين به ونستغفره، ونعوذ
بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهدي الله فلا مضيل له، ومن يضلل فلا
هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده
ورسوله. ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِلْدٍ﴾ إلى ﴿رَقِيبًا﴾ [النساء- ١]، ﴿يَا أَيُّهَا
الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ، وَلَا تَمُونُوا بِالْأَنْفُسِ الَّتِي أَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران- ١٠٢]، ﴿يَا أَيُّهَا
الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ إلى قوله: ﴿عَظِيمًا﴾ [الأحزاب- ٧٠، ٧١] اهـ.

[١١١٢٤] (قوله: في مسجد) للأمر به في الحديث (٤)، "ط" (٥).

[١١١٢٥] (قوله: يوم الجمعة) أي: وكونه يوم الجمعة، "فتح" (٦).

(نبيه)

قال في "البرزانية" (٧): ((والبناء) (٨) والنكاح بين العيدين جائز، وكرة الزفاف، والمختار

(١) "ط": كتاب النكاح ٥/٢.

(٢) "الحصن الحصين من كلام سيد المرسلين": ص ٢٠، لأبي محمد محمد بن محمد بن علي، شمس الدين، الشهر بنان
الجزريّ الدمشقي، ثم الشيرازي الشافعي (ت ٨٣٣هـ). ("كشف الظنون" ١/٦٦٩، "غاية النهاية" ٢/٢٤٧، "الضوء
اللامع" ٩/٢٥٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١١٨) كتاب النكاح - باب خطبة النكاح، والزمذي (١١٠٥) كتاب النكاح - باب ما جاء
في خطبة النكاح، وقال: حديث عبد الله حديث حسن، وابن ماجه (١٨٩٢) كتاب النكاح - باب خطبة النكاح،
والنسائي ٨٩/٦ كتاب النكاح - باب ما يستحب من الكلام عند النكاح، وفي "عمل اليوم والليلة" (٤٨٨) و (٤٨٩)
و (٤٩٣). كلهم من حديث أبي إسحاق وأبي عبيدة وأبي الأحوص عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً.
وأخرجه أبو داود (٢١١٩) عن أبي عياض - مجهول - عن ابن مسعود فذكره مرفوعاً.

(٤) تقدم تخريجه ص ٢٥..

(٥) "ط": كتاب النكاح ٥/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٢.

(٧) "البرزانية": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في الخطر والإباحة - (نوع آخر) ٤/١٥٥ يتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) ((البناء)) ساقطة من "الأصل" و"٣"، وفي "ب": ((البنى)).

بعاقِدِ رَشِيدٍ، وَشُهُودِ عُذُولٍ، وَالِاسْتِدَانَةَ لَهُ،.....

أَنَّهُ لَا يَكْرَهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَزَوَّجَ بِهِ "الصَّدِيقَةَ" فِي سُؤَالٍ وَبَنَى بِهَا فِيهِ^(١)، وَتَأْوِيلُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «(لَا نِكَاحَ بَيْنَ الْعِيدَيْنِ)»^(٢) - إِنْ صَحَّ - أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ^(٣) كَانَ رَجَعَ عَنْ صَلَاةِ الْعِيدِ فِي أَقْصَرِ أَيَّامِ الشِّتَاءِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فَقَالَ حَتَّى لَا يَفُوتَهُ الرِّوَاخُ فِي الْوَقْتِ الْأَفْضَلِ إِلَى الْجُمُعَةِ) اهـ.

[١١١٢٦] (قَوْلُهُ: بَعَاقِدِ رَشِيدٍ وَشُهُودِ عُذُولٍ) فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَعْقِدَ مَعَ الْمَرْأَةِ بِلَا أَحَدٍ مِنْ عَصَبَاتِهَا^(٤)، وَلَا مَعَ عَصْبَةِ فَاسِقٍ، وَلَا عِنْدَ شُهُودٍ غَيْرِ عُذُولٍ خُرُوجًا مِنْ خِلَافِ الْإِمَامِ "الشَّافِعِيِّ".

[١١١٢٧] (قَوْلُهُ: وَالِاسْتِدَانَةَ لَهُ) لِأَنَّ ضَمَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى، فَقَدْ رَوَى "الترمذي" و"النسائي" و"ابن ماجه": «(ثَلَاثُ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى عَوْنُهُمْ: الْمَكَاتِبُ الَّتِي يَرِيدُ الْأَدَاءَ، وَالنَّكَاحُ الَّتِي يَرِيدُ^(٥) الْعِفَافَ، وَالْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى)»،^(٦) ذِكْرُهُ بَعْضُ الْمُحَشِّنِينَ،

(قَوْلُهُ: فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَعْقِدَ مَعَ الْمَرْأَةِ بِلَا أَحَدٍ إلخ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِمَّا ثَلَّةَ لِمَا ذَكَرَهُ "الشارح" فِي الْحُكْمِ غَيْرُ دَاخِلَةٍ فِيهِ.

(١) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ ٥٤/٦، ٢٠٦، وَمُسْلِمٌ (١٤٢٣) كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ التَّزْوُجِ فِي سُؤَالٍ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٠٩٣) كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ مَا جَاءَ فِي الْأَوْقَاتِ الَّتِي يَسْتَحَبُّ فِيهَا النِّكَاحُ، وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَالنَّسَائِيُّ ٧٠/٦ كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ التَّزْوِيجِ فِي سُؤَالٍ ١٣١/٦ بَابُ الْبِنَاءِ فِي سُؤَالٍ، وَابْنُ مَاجَهَ (١٩٩٠) كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ مَتَى يَسْتَحَبُّ الْبِنَاءُ بِالنِّسَاءِ؟ وَالدَّرِمِيُّ (٢٢١٧) كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْبِنَاءِ فِي سُؤَالٍ، وَعَبْدُ بْنُ حُمَيْدٍ (١٥٠٨) وَغَيْرُهُمْ. كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) لَمْ نَعثرْ عَلَى تَفْرِيغِهِ فِيمَا بَيْنَ أَيْدِينَا مِنَ الْمَصَادِرِ الْحَدِيثِيَّةِ.

(٣) مِنْ «(لَا نِكَاحَ)» إِلَى «(السَّلَامِ)» سَاقَطَ مِنْ "الأَصْلِ".

(٤) فِي "ب" وَ"م": «(عَصَابَتِهَا)».

(٥) «(الأَدَاءُ وَالنَّكَاحُ الَّتِي يَرِيدُ)» سَاقَطَ مِنْ "ب".

(٦) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ ٢٥١/٢، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٦٥٥) كِتَابُ الْجِهَادِ - بَابُ مَا جَاءَ فِي الْمُجَاهِدِ وَالنَّكَاحِ، وَحَسَنَهُ، وَالنَّسَائِيُّ -

وَالنَّظْرُ إِلَيْهَا قَبْلَهُ، وَكُونُهَا دُونَهُ سَيْنًا وَحَسْبًا وَعِزًّا وَمَالًا، وَفَوْقَهُ خُلُقًا وَأَدْبًا وَوَرَعًا وَجَمَالًا،...

وتقدّم^(١) تمام الكلام على ذلك.

[١١١٢٨] (قوله: وَالنَّظْرُ إِلَيْهَا قَبْلَهُ) أي: وإن خاف الشهوة كما صرّحوا به في الخطر والإباحة، وهذا إذا عَلم أنه يُجاب في نكاحها.

[١١١٢٩] (قوله: دُونَهُ سَيْنًا) لئلا يُسرِعَ عَقْمُهَا فلا تَلِدَ.

[١١١٣٠] (قوله: وَحَسْبًا) هو ما تعدّه من مفاخر آباءك، "ح"^(٢) عن "القاموس"^(٣)، أي: بأن يكون الأصول أصحاب شرفٍ وكرمٍ وديانة؛ لأنها إذا كانت دونه في ذلك - وكذا في العِزِّ، أي: الجاهِ والرّفعةِ وفي المالِ - تنفّذ له ولا تحقّره، وإلا ترقّعت عليه، وفي "الفتح"^(٤): ((رَوَى "الطبراني" [٣/٥٠٥] عن "أنس" عنه ﷺ: «مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لِعِزِّهَا لَمْ يَزِدْهُ اللهُ إِلَّا ذُلًّا، وَمَنْ تَزَوَّجَهَا لِمَالِهَا لَمْ يَزِدْهُ اللهُ إِلَّا فَقْرًا، وَمَنْ تَزَوَّجَهَا لِحَسْبِهَا لَمْ يَزِدْهُ اللهُ إِلَّا دِنَاءَةً، وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَمْ يَزِدْ بِهَا إِلَّا أَنْ يَغُضَّ بَصَرَهُ وَيُحْصِنَ فَرْجَهُ أَوْ يَصِلَ رَحِمَهُ بَارَكَ اللهُ لَهُ فِيهَا وَبَارَكَ لَهَا فِيهِ»^(٥))).

- ٦١/٦ كتاب الجهاد - باب معونة الله التّامح يريد العفاف، وفي "الكبرى" (٤٣٢٨)، وابن ماجه (٢٥٨١) كتاب العتق - باب المكاتب، وابن أبي عاصم في الجهاد (٨٣)، وعبد الرزاق (٩٥٤٢)، وأبو يعلى (٦٥٣٥) وصححه ابن حبان (٤٠٣٠) والحاكم ٢/١٦٠، ٢١٧، وقال على شرط مسلم، والبيهقي ٧/٧٨ كتاب النكاح - باب الرغبة فيه كلهم من طريق محمد بن عجلان عن سعيد المقرئ عن أبي هريرة مرفوعاً، وقد صرح ابن عجلان بسماعه من سعيد في رواية يحيى القطان، وراه أبو معشر نجيح - ضعف - عن سعيد به موقوفاً عند عبد الرزاق وقال الدارقطني في "العلل" ١٠/٣٥١: وقته خالد عن ابن عجلان ورفعه صحيح.

(١) المقولة [١١١١٤] قوله: ((وهذا إن ملك المهر والنفقة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٣) "القاموس": مادة ((حسب)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

(٥) أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٢٣٦٣)، وابن حبان في "الضعفاء" ٢/١٥١، وأبو نعيم في "الحلية" ٥/٢٤٥، وابن الجوزي في "الموضوعات" ٢/٢٥٨، وذكره ابن طولون في "الشذرة في الأحاديث المشتهرة" (٩٣٨)، كلهم من حديث عبد السلام ابن عبد القدوس عن إبراهيم بن أبي عبلة عن أنس مرفوعاً، قال أبو نعيم: غريب من حديث إبراهيم تفرد به عبد السلام، قال ابن عدي: عامة ما يرويه غير محفوظ، وقال ابن حبان: يروي للموضوعات.

(تتمّة)

زاد في "البحر"^(١): ((ويختارُ أيسرَ النساءِ حِطْبِيَّةً ومُؤنَّةً، ونكاحُ البكرِ أحسنُ للحديث: «عليكم بالأبكار، فإنَّهنَّ أعذبُ أفواهاً وأنقى أرحاماً وأرضى باليسير»^(٢)، ولا يتزوجُ طويلةً مهزولةً، ولا قصيرةً دميمةً، ولا مكثرةً، ولا سيئةَ الخلق، ولا ذاتَ الولد، ولا مُسِنَّةً؛ للحديث: «سوداءُ ولؤدٌ خيرٌ من حسناءٍ عقيم»^(٣)، ولا يتزوجُ الأمةَ مع طولِ الحرَّة، ولا زانيةً، والمرأةُ تختارُ الزَّوجَ الدِّينَ، الحَسَنَ الخَلْقَ، الجوادَ، المُوسِرَ، ولا تتزوجُ فاسقاً، ولا يُزوجُ ابنتَهُ الشَّابَّةَ شيئاً كبيراً، ولا رجلاً دميماً، ويُزوجُها كُفْتاً، فإنَّ حَظَّها الكُفءُ لا يُؤخرُها، وهو كلُّ مسلمٍ تقيٍّ، وتحليةُ البناتِ بالحليِّ والحللِ ليرغبَ فيهنَّ الرجالُ سنَّةً، ولا يخطبُ مخطوبةً غيره؛ لأنَّه جفَاءٌ وخيانةٌ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ - ٨٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٨٦١) كتاب النكاح - باب تزويج الأبكار، والطبراني في "المعجم الكبير" ١٤٠/١٧ - ١٤١ و"الأوسط" (٤٥٨)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٨٠/٧ كتاب النكاح - باب استحباب التزويج بالأبكار، عن عبد الرحمن بن سالم بن عبد الرحمن بن عويم بن عتبة بن عويم، عن أبيه، عن جده. وقد رجح ابن حجر في "التهذيب" ٣٤٠/٣ عود ضمير (أبيه) (جده) على سالم لا عبد الرحمن، والصحيح أنه من مسند عويم بن ساعدة. وأخرج الطبراني (١٠٢٤٤) من طريق أبي بلال الأشعري عن حماد عن عاصم عن زر عن عبد الله مرفوعاً، فذكره، والأشعري ضعفه الدارقطني والصحيح ما رواه ابن أبي شيبة ٤٦٥/٣ عن أبي أسلمة عن حماد عن عاصم قال عمر فذكره. ثم أخرج حديث ابن مسعود موقوفاً، وفيه بهم، وله طرق وإليه غيرها أعرضنا عنها، وقد أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٤١)، وابن أبي شيبة عن مكحول مرسلًا، وسعيد بن منصور (٥١٢) عن عمرو بن عثمان مرسلًا، وفي الصحيحين عن جابر: ((فها بكرةً تلاحبها وتلاحبك)).

(٣) أخرجه الطبراني في "الكبير" ٤١٦/١٩، وابن حبان في "الصعفاء" ١١١/٢، ومما في "الفوائد" (٧٥٤) روض، من طريق علي بن الربيع عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده مرفوعاً، وقال ابن حبان: وهذا حديث منكر لا أصل له عن بهز، وعلي يروي المناكير، قال العراقي في "تخريج الإحياء" ٤٢/٢: لا يصح.

وأخرجه ابن عدي ٣٧٢/٢، وأبو يعلى كما في "إتحاف اللهرة" ق/٤٧ من طريق حسان بن سياه ثنا عاصم عن زر عن عبد الله مرفوعاً ((دعوا الحسنة)) فذكر نحوه، قال ابن عدي: وحسان الضعف على زواياته، وعامتها لا يتابع عليه، ورواه مبارك بن فضالة عن عاصم عن حدثه عن أبي موسى نحوه بمعناه، والصحيح ما رواه معمر عن عبد الملك بن عمير وعاصم مرسلًا.

أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٤٤) وعن محمد بن سيرين مرسلًا (١٠٣٤٣) وله شاهد من حديث معقل بن يسار مرفوعاً ((تزوجوا الولود الودود)) وفيه قصة أخرجه أبو داود (٢٠٥٠)، والنسائي ٦٥/٦، والبيهقي ٨١/٧ كلهم في كتاب النكاح - باب كراهة تزوج العقيم، وروى البيهقي من طريق حفص عن أنس نحوه مرفوعاً.

وهل يكره الزَّفَافُ؟ المختارُ لا إذا لم يشتمل على مفسدة دينية.....

(١١١٣١) (قوله: وهل يُكرهُ الزَّفَافُ؟) هو بالكسر ككتاب: إهداء المرأة إلى زوجها، "قاموس" (١). والمرادُ به هنا اجتماعُ النساءِ لذلك؛ لأنه لازمٌ له عرفاً، أفاده "الرحمني".

(١١١٣٢) (قوله: المختارُ لا إلخ) كذا في "الفتح" (٢) مُستدلاً له بما مرَّ (٣) من حديثِ "الترمذي" وما رواه "البخاري" عن "عائشة" رضي الله تعالى عنها قالت: زَفَفْنَا امرأةً إلى رجلٍ من الأنصار، فقال النبي ﷺ: «أَمَا يَكُونُ مَعَهُمْ لَهْوٌ؟ فَإِنَّ الْأَنْصَارَ يُعْجِبُهُمُ اللَّهْوُ» (٤)، وروى "الترمذي" و"النسائي" عنه ﷺ: «فَصُلُّ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الدُّفُّ وَالصَّوْتُ» (٥)، وقال الفقهاء: المرادُ بالدفِّ ما لا جَلَجَلَ له اهـ.

وفي "البحر" (٦) عن "الدَّخِيرَةِ": ((ضَرَبُ الدُّفِّ فِي الْعُرْسِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَكَذَا اخْتَلَفُوا

(١) "القاموس": مادة (زفف) بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

(٣) المقولة [١١١٢٢] قوله: ((ويندب إعلانه)).

(٤) أخرجه البخاري (٥١٦٢) كتاب النكاح - باب النِّسوة يُهْدَيْنَ المرأةَ إلى زوجها، والبيهقي ٢٨٨/٧ كتاب الصداق - باب إظهار النكاح، والحاكم ١٨٤/٢، كلهم من حديث محمد بن سابق عن إسرائيل عن هشام عن أبيه عن عائشة، به، قال الحاكم: على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ومع أن البخاري أخرجه لم يتعبه الذهبي وكان سبب توهم الحاكم أن الحديث فرد، وتابعه شريك عن هشام، به، وأخرجه الطبراني في "الأوسط" (٣٢٧٧) بإسناد مسلسل بالضعفاء.

وأخرجه أحمد ٢٦٩/٦، وابن حبان في صحيحه (٥٨٧٥) عن سهل بن أبي حنمة عن عائشة نحوه مرفوعاً، وله شاهد أخرجه أحمد ٣٩١/٣ وغيره من طرق عن الأجلح عن أبي الزبير عن جابر ومع تفرد الأجلح به فقد تردد فيه فرواه ابن ماجه (١٩٠٠) في النكاح باب الغناء، عنه، عن أبي الزبير عن ابن عباس ولعل الوهم منه.

(٥) أخرجه أحمد ٤١٨/٣، والترمذي (١٠٨٨)، والنسائي ١٢٨/٦، وفي "الكبرى" (٥٥٦٢)، وابن ماجه (١٨٩٦) وصححه الحاكم ١٨٤/٢ كلهم في كتاب النكاح - باب إعلان النكاح، وسعيد بن منصور (٦٢٩) باب نكاح السر، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٨٩/٧ وغيرهم.

من طرق عن أبي بلج يحيى بن سليم عن محمد بن حاطب الجمحي مرفوعاً، قال الترمذي: هذا حديث حسن، وأخرجه ابن أبي شيبة ٣٢١/٣٣ موقوفاً.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ بتصرف.

(وَيَنْعَقِدُ) مُتَلَبِّسًا (بِإِيجَابٍ).....

في الغناء في العرس والوليمة، فمنهم من قال بعدم كراهيته كضربِ الدَّفِّ)).
 [١١١٣٣] (قوله: وَيَنْعَقِدُ) قال في "شرح الوقاية"^(١): ((العَقْدُ: ربطُ أجزاءِ التَّصَرُّفِ، أي: الإِيجَابِ والقَبُولِ شرعاً، لكن هنا أريدُ بالعَقْدِ الحاصلُ بالمصدر، وهو الارتباطُ، لكنَّ النُّكاحَ الإِيجَابُ والقَبُولُ مع [١/٦٣/٣] ذلك الارتباط، وإنما قلنا هذا لأنَّ الشَّرْعَ يَعْتَبِرُ الإِيجَابَ والقَبُولَ أركانَ عَقْدِ النُّكاحِ، لا أموراً خارجيّةً كالشُّرَايِطِ، وقد ذكرتُ في "شرح التَّنْقِيحِ"^(٢) في فصلِ النِّهْيِ: أنَّ الشَّرْعَ يَحْكُمُ بأنَّ الإِيجَابَ والقَبُولَ الموجودين حِسّاً يَرْتَبِطَانِ ارتباطاً حَكَمِيّاً، فيحصلُ معنى شرعيٌّ يَكُونُ مِلْكُ المشتري أثرًا له، فذلك المعنى هو البيعُ، فالمرادُ بذلك المعنى المجموعُ المركَّبُ من الإِيجَابِ والقَبُولِ مع ذلك الارتباطِ للشَّيْءِ، لا أنَّ البيعَ مجردُ ذلك المعنى الشرعيِّ والإِيجَابِ والقَبُولِ آله كما توهمَ البعضُ؛ لأنَّ كونهما أركاناً يُنَافِي (ذلك)) اهـ، أي: يُنَافِي^(٣) كونهما آله.

وأشار "الشارح" إلى ذلك، حيث جعلَ البَاءَ للملابسة كما في: بَنَيْتُ البَيْتَ بالحَجَرِ، لا للاستعانة كما في: كَتَبْتُ بالقَلَمِ.

(قوله: فَذَلِكَ المعنى هو البيعُ) لا يناسبُ التفرُّيعُ بل المناسبُ الإتيانُ بالواو.

(قوله: لأنَّ كونهما أركاناً يُنَافِي إلخ) قد يقال: إنَّ جَعْلَهُمَا آله لا يُنَافِي جَعْلَهُمَا من الأركانِ؛ لأنَّ المرادَ منها الأركانُ المُجَازِيَّةُ، وذلك كما في "الدُّرَرُ": ((أَنَّهُ لَمَّا كَانَ بَيْنَ اللَّفْظِ الإِنْشَائِيِّ وَمَعْنَاهُ عِلَاقَةٌ قَوِيَّةٌ بِمِحِثْ لا يَتَحَلَّفُ عَنْهُ المعنى؛ لأنَّ الإِنْشَاءَ إِيجَادَ معنَى بِلَفْظٍ يُقَارَنُهُ فِي الوجودِ، سَمِيَ الألفاظُ الإِنْشَائِيَّةُ بِأَسَامِي المعاني؛ حيثُ ذَكَرَ النُّكاحَ وأريدَ به الإِيجَابُ والقَبُولُ مع أَنَّهُ المعنى الحاصلُ منهما، وحيثُ يُكُونُ العَقْدُ وارداً ومُقيداً لهذا المعنى المرتبِ عليه جِلُّ المُتَعَدِّ))، تأمل.

(١) "النقاية شرح مختصر الوقاية": كتاب النكاح ٥٤٦/١ بتصرف.

(٢) "شرح التوضيح على التنقيح": الباب الثاني في إفادة اللفظ الحكم الشرعي - فصل: النهي إنما عن الحسيات وإنما عن

الشرعيات ٢١٥/١.

(٣) في "٣": ((لا يُنَافِي))، وهو خطأ.

من أحدهما (وقبول) من الآخر (ووضعاً للمضي) لأن الماضي أدل على التحقيق....

والحاصل: أن النكاح والبيع ونحوهما وإن كانت توجد حسناً بالإيجاب والقبول، لكن وصفها بكونها عقوداً مخصوصة بأركان وشروط يترتب عليها أحكام وتنتفي تلك العقود بانتفائها وجود شرعي زائد على الحسي، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول ولا الارتباط وحده، بل هو مجموع الثلاثة، وعليه فقوله: ((وينعقد)) أي: النكاح، أي: يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول.

[١١١٣٤] (قوله: من أحدهما) أشار إلى أن المتقدم من كلام العاقدين إيجاب - سواء كان المتقدم كلام الزوج أو كلام الزوجة - والمتأخر قبول، "ح" ^(١) عن "المنح" ^(٢). فلا يُصور تقديم القبول، فقوله: تزوجت ابنتك إيجاب، وقول الآخر: زوجتك قبول خلافاً لمن قال: إنه من تقديم القبول على الإيجاب، وتمام تحقيقه في "الفتح" ^(٣).

[١١١٣٥] (قوله: لأن الماضي إلخ) قال في "البحر" ^(٤): ((وإنما اختير لفظ الماضي لأن واضع اللغة لم يضع للإنشاء لفظاً خاصاً، وإنما عرّف الإنشاء بالشرع، واختيار لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت دون المستقبل)) اهـ. وقوله: ((على التحقيق)) أي: تحقيق وقوع الحدث.

(قوله: فلا يُصور تقديم القبول إلخ) مُشكّل بما لو قال: قبلت نكاحك، فقالت: زوجتك نفسي فهل ينعقد بذلك أم يحتاج إلى إعادة قوله: قبلت مرة أخرى؟ يراجع. اهـ "سندي". وقال "المقدسي": ((الإيجاب: اللفظ الصادر أولاً ولو كان لفظه يُشعرُ بالتأخير، ك: قبلت نكاحك بكذا، فقالت: تزوجتك به اهـ)).

(١) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٢) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١١٢/ب بصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣ معزياً إلى "الدراية" و"النهاية".

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٧/٣.

(ك: زَوَّجْتُ) نَفْسِي أَوْ بِنْتِي أَوْ مُوَكَّلْتِي مِنْكَ (و) يَقُولُ الْآخَرُ (تَزَوَّجْتُ).
 (و) يَنْعَقِدُ أَيْضاً (١٤) أَي: بِلَفْظَيْنِ (وُضِعَ أَحَدُهُمَا لَهُ) لِلْمُضِيِّ (وَالْآخَرُ لِلْإِسْتِقْبَالِ)
 أَوْ لِلْحَالِ، فَالْأَوَّلُ الْأَمْرُ^(١) (ك: زَوَّجْتِي) أَوْ زَوَّجْتِي نَفْسَكَ،.....

[١١١٣٦] (قوله: ك: زَوَّجْتُ نَفْسِي إلخ) أشار إلى عدم الفرق بين أن يكون الموجب أصيلاً أو ولياً أو وكيلاً، وقوله: ((مِنْكَ)) بفتح الكاف، وليس مرادُه استقصاء الألفاظ التي تصلح للإيجاب حتى يرد عليه أن مثل بنتي ابني، ومثل موكلتي موكلتي، وأنه [٣/٦٣ق/ب] كان عليه أن يقول بعد قوله: ((مِنْكَ)): بفتح الكاف وكسرها، أو ((مِنْ مَوْلَيْتِكَ أَوْ مِنْ مَوْكَلْتِكَ)) بفتح الكاف وكسرها أيضاً ليُعمَّ الاحتمالات، فافهم.

[١١١٣٧] (قوله: ويقول الآخر: تَزَوَّجْتُ) أي: أَوْ قَبِلْتُ لِنَفْسِي، أَوْ لِمَوْكَلْتِي، أَوْ لِبِنْتِي، أَوْ مَوْكَلْتِي، "ط"^(٢).

[١١١٣٨] (قوله: فالأول) أي: الموضوع للاستقبال.

[١١١٣٩] (قوله: نَفْسَكَ) بكسر الكاف مفعول ((زَوَّجْتِي))، أَوْ بفتحها مفعول ((زَوَّجْتِي))، ففيه حذف مفعول أحد الفعلين، ولو حذفه لشمل الولي والوكيل أيضاً، أفاده "ح"^(٣).

(قوله: ولو حذفه لشمل الولي والوكيل إلخ) أي: إذا خاطبته أو خاطب الوكيل، وكذا يشمل حينئذ ما إذا خاطبت المرأة ولي الزوج أو وكيله.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: فالأول الأمر، أي: الاستقبال: أقول: وفيه كلام، وهو الأولى أن يُقال، والمراد بالمستقبل أعم من الأمر؛ لأنه صرح في النهاية بأن النكاح ينعقد بأن يقول الرجل للمرأة: أتزوجك على كذا، فتقول المرأة: قبلت. وذكر الأمر للتمثيل ليس يحصر كما لا يخفى. يعقوب باشا، "ط")). ق. ١٥٠/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح ٦/٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

أو كَوْنِي امْرَأَتِي، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِإِجَابٍ، بَلْ هُوَ تَوْكِيلٌ ضَمْنِيٌّ.....

[١١١٤٠] (قوله: أو كَوْنِي امْرَأَتِي) ومثله: كَوْنِي امْرَأَةَ ابْنِي أو امْرَأَةَ مُوَكَّلِي، وكذا:

كُنْ زَوْجِي، أو كُنْ زَوْجَ بَنِي، أو زَوْجَ مُوَكَّلِي، أفادته "ح" (١).

[١١١٤١] (قوله: فإنه ليس بإيجاب) الفاء فصيحة، أي: إذا عرفت أن قوله: ((بما وُضِعَ))

معطوف على قوله: ((بإيجاب وقبول))، وعرفت أيضاً أن العطف يقتضي المغايرة عرفت أن

لفظ الأمر ليس بإيجاب، لكن هذا يقتضي أن قول الآخر: زَوَّجْتُ في هذه الصورة ليس

بقبول، وهو كذلك، أي: ليس بقبول محض، بل هو لفظ قام مقام الإيجاب والقبول كما ذكره

"الشارح"، ويرد عليه أن عطف الحال على الاستقبال يقتضي أن نحو قوله: أَنْزَلْتُكَ لَيْسَ

بإيجاب، وأن قولها: قَبِلْتُ مُحْيِيَةً لَهُ لَيْسَ بقبول مع أنهما إيجاب وقبول قطعاً، "ح" (٢).

[١١١٤٢] (قوله: بل هو توكيلٌ ضمنيٌّ) أي: أن قوله: زَوَّجْتِي توكيلٌ بالنكاح للمأمور

معنى، ولو صرح بالتوكيل وقال: وَكَلْتُكَ بِأَنْ تَزُوجِي نَفْسَكَ مِنِّي، فقالت: زَوَّجْتُ صَحَّ

النكاح، فكذا هنا، "غاية البيان". وأشار بقوله: ((ضمني)) إلى الجواب عما أورد عليه من

أنه لو كان توكيلاً لما اقتصر على المجلس مع أنه يقتصر، وتوضيح الجواب - كما أفادته

"الرحماني" -: ((أن المتضمن بالفتح لا تعتبر شروطه، بل شروط المتضمن بالكسر، والأمر

طلب للنكاح، فيشترط فيه شروط النكاح من اتحاد المجلس في ركنيه، لا شروط ما في ضمنه من

الوكالة كما في: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي بِالْفِ، لما كان البيع فيه ضمناً لم يشترط فيه الإيجاب والقبول

(قوله: وتوضيح الجواب كما أفاده "الرحماني" أن المتضمن الخ) يعني: أن الأمر بظاهاه إيجاب؛ لأنه ليس

إلا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى أو لا، وهو صادق على الأمر، إلا أنه لما كان متضمناً للتوكيل اشترط شروط

المتضمن بالكسر، وهو الأمر الذي بظاهاه إيجاب لا شروط للمتضمن بالفتح، وهو الوكالة التي في ضمنه.

(١) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٢) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب - ١٥٢/أ.

(فإذا قال) في المجلس: (زَوَّجْتُ) أو قَبِلْتُ أو بِالسَّمْعِ والطَّاعَةِ - "بزازية" - قَامَ مَقَامَ الطَّرْفَيْنِ،

لعدم اشتراطهما في العتق؛ لأنَّ المِلْكَ في الإعتاق شَرْطٌ، وهو تَبَعٌ للمقتضى، وهو العتق؛ إذ الشُّرُوطُ أَتْبَاعٌ، فلذا ثَبَتَ البَيْعُ المقتضى [٣/٧٧] بالفتح بشروط المقتضى بالكسر - وهو العِتْقُ - لا بشروط نفسه إظهاراً للتَّبعية، فسَقَطَ القَبُولُ الذي هو ركنُ البَيْعِ، ولا يَثْبُتُ فيه خيارُ الرُّؤية والعيبِ، ولا يُشترَطُ كونه مقدورَ التَّسليمِ كما ذَكَرَهُ في "المنح"^(١) في آخرِ نكاح الرقيق.

[١١١٤٣] (قوله: فإذا قال) أي: المأمور بالتزويج.

[١١١٤٤] (قوله: أو بالسَّمْعِ والطَّاعَةِ) متعلقٌ بمحذوفٍ ذَلَّ عليه المذكورُ، أي: زَوَّجْتُ أو قَبِلْتُ مُتَّبِعاً بالسَّمْعِ والطَّاعَةِ لأمرِك، ولا يحصلُ السَّمْعُ والطَّاعَةُ لأمرِهِ إلا بتقديرِ الجوابِ ماضياً مُراداً به الإنشاء؛ لِيَتِمَّ شرطُ العَقْدِ بكونِ أحدهما للمُضِيِّ.

[١١١٤٥] (قوله: "بزازية"^(٢)) نصُّ عبارتهما: ((قال: زَوَّجِي نَفْسَكَ مِنِّي، فقالت:

بالسَّمْعِ والطَّاعَةِ صَحَّ)) اهـ.

(قوله: لعدم اشتراطهما في العتق لأنَّ المِلْكَ في الإعتاق شرطٌ إلخ) عبارة "السُّنْدِي": ((إلا أنَّ إلخ فانظر "المنح")). ثم رأيتُ "المنح" ذَكَرَ ما نصُّه: ((ولنا أنه أمكنَ تصحيحُهُ بتقديمِ المِلْكَ بطريقِ الاقتضاء؛ إذ المِلْكَ شَرْطٌ لصحة العتق عنه فيصيرُ قوله: أَعْتَقْتُ طلبَ التمليكِ منه بالألفِ، ثم أمرَهُ بإعتاقِ عبدِ الأميرِ عنه وقوله: أَعْتَقْتُ تمليكاً منه، ثم الإعتاقُ عنه فإذا ثَبَتَ للأميرِ فسدَ النكاحُ للثنائي بين المِلْكَينِ. فالخاسلُ: أنَّ هذا من بابِ الاقتضاء وهو: دلالةُ اللَّفْظِ على مسكوتٍ عنه يتوقفُ صدقُه عليه أو صحته، فالقِتْضَى بالفتح: ما استدعاه صدقُ الكلامِ، كرفعِ الخطأ والنسيانِ، أو: حكمٌ لزمه شرعاً، كمسألة الكتابِ، فالملكُ فيه شرطٌ وهو تبعٌ للمقتضى وهو العتق؛ إذ الشُّرُوطُ إلخ)).

(١) "المنح": كتاب النكاح ١/١٣٠ ب.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الآلة ١٠٩/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وقيل: هو إيجابٌ، ورَجَّحَهُ في "البحر".....

ونقلَ هذا الفرعَ في "البحر"^(١) عن "النوازل"، ونقلَهُ^(٢) في موضعٍ آخرَ عن "الخلاصة"^(٣)، فافهم.

[١١١٤٦] (قولُهُ: وقيل: هو إيجابٌ) مقابلُ القولِ الأوَّلِ بأنَّه توكيلٌ، ومَشَى على-الأوَّلِ في "الهداية"^(٤) و"المجمع"، ونسَبَهُ في "الفتح"^(٥) إلى المحققين، وعلى الثاني ظاهرُ "الكنز"^(٦)، واعتراضُهُ في "الدُّرر"^(٧): ((بأنَّه مخالفٌ لكلامهم))، وأجاب في "البحر"^(٨) و"النهر"^(٩): ((بأنَّه صرَّحَ به في "الخلاصة"^(١٠) و"الحانية"^(١١)))، قال في "الحانية"^(١٢): ((ولفظُهُ^(١٣) الأمرُ في النِّكاحِ إيجابٌ، وكذا في الخُلْعِ والطلاقِ والكفالةِ والهبة)) اهـ.

قال في "الفتح"^(١٣): ((وهو أحسنٌ؛ لأنَّ الإيجابَ ليس إلاَّ اللَّفْظَ المبيدَ، فُصِدَ تحقُّقُ المعنى أو لا، وهو صادقٌ على لفظِ الأمرِ))، ثمَّ قال: ((والظاهرُ أنَّه لا بدَّ من اعتبارِ كونهِ توكيلًا،

٢٦٣/٢

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الأول في جواز النكاح ق ٧٤/ب معزيا إلى "النوازل".

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ١٨٩/١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ١٣٨/١.

(٧) "الدُّرر": كتاب النكاح ٣٢٧/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٧/٣.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ق ١/١٦٢.

(١٠) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة في النكاح ق ٨١/أ.

(١١) "الحانية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقد بها النكاح ٣٢٥/١ - ٣٢٦ باختصار (هامش

"الفتاوى الهندية").

(١٢) في "م": ((ولفظ)).

(١٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

وإلا بقي طلب الفرق بين النكاح والبيع، حيث لا يتم بقوله: بعنيه بكذا، فيقول: بعثت بلا جواب))، لكن ذكر في "البحر"^(١) عن يسوع "الفتح"^(٢) الفرق: ((بأن النكاح لا يدخله المساومة؛ لأنه لا يكون إلا بعد مقدمات ومراجعات، فكان للتحقيق بخلاف البيع))، وأورد في "البحر"^(٣) على كونه إيجاباً ما في "الخلاصة"^(٤): ((لو قال الوكيل بالنكاح: هب ابتك لفلان، فقال الأب: وهبت لا ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل بعده: قبلت؛ لأن الوكيل لا يملك التوكيل))، وما في "الظهيرية"^(٥): ((لو قال: هب ابتك لابني، فقال: وهبت لم يصح ما لم يقل أبو الصبي: قبلت))، ثم أجاب^(٦) بقوله: ((إلا أن يقال بأنه مفرغ على القول بأنه توكيل لا إيجاب، وحيثما تظهر ثمره الاختلاف بين القولين، لكنه متوقف على النقل، وصرح في "الفتح"^(٧): بأنه على القول بأن الأمر توكيل يكون تمام العقد بالمجيب، وعلى [٣/٧٠١/ب] القول بأنه إيجاب يكون تمام العقد قائماً بهما)) اهـ، أي: فلا يلزم على القول بأنه توكيل قول الأمير: قبلت، فهذا مخالف للحواب المذكور، وكذا يخالفه تعليق "الخلاصة":

(قوله: فهذا مخالف للحواب المذكور الخ) يظهر أنه لا يخالف الحواب المذكور؛ لأن الاحتياج إلى القبول إنما كان بسبب عدم صحة توكيل الوكيل، فخرجت المسألة من باب كون تمام العقد بالمجيب،

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب البيوع ٤٥٨/٥ - ٤٥٩.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة في النكاح ق ٨١/أ بتصرف.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق ٧٤/أ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣ بتصرف.

((بأنه ليس للوكيل أن يُوكَّل))، نَعَمْ ما في "الظهيرية" مؤيّد للحواب، لكن قال في "النهر"^(١):
 ((إنّ ما في "الظهيرية" مشكل؛ إذ لا يصحُّ تفرّعه على أنّ الأمر إيجابٌ كما هو ظاهر،
 ولا على أنّه توكيلٌ لما أنّه يجوز للأب أن يُوكَّل بنكاح ابنه الصّغير؛ إذ بتقديره يكون تمام
 العقد بالهيب غير متوقّف على قبول الأب، وبه اندفع ما في "البحر"^(٢) من أنّه مُفْرَعٌ على أنّه
 توكيلٌ)) اهـ. لكن قال العلامة "المقدسي" في "شرحه": ((إنما توقّف الانعقاد على القبول
 في قول الأب أو الوكيل: هَبِ ابنتك لفلان أو لابني، أو أعطها مثلاً لأنّه ظاهرٌ في الطلب،
 وأنّه مستقبلٌ لم يُردّ به الحال والتحقّق، فلم يتمّ به العقد بخلاف: زوّجني بنتك بكذا بعد الخطبة
 ونحوها، فإنّه ظاهرٌ في التحقّق والإثبات الذي هو معنى الإيجاب)) اهـ، فتأمّل.
 هذا، وفي "البحر"^(٣): ((أنّه يتّني على القول بأنّه توكيلٌ أنّه لا يشترط سماع الشاهدين للأمر؛

بل هو قائم باثنين ولا يخالفه أيضاً تعليل "الخلاصة"، بل كاد أن يكون صريحاً فيه؛ إذ قد بنى عدم
 الصّحة على أنّ الوكيل ليس له أن يُوكَّل وما هذا إلاّ لاعتباره أنّ الأمر توكيلٌ، وما أجاب به "المقدسي"
 صحيحٌ بالنسبة لعبارة "الظهيرية" لا لفرع "الخلاصة"؛ لبنائه على التوكيل.

وفي "المقدسي": ((يشكّل عليه أنّه لو كان الوكيل حاضراً عند مباشرة وكيله صحّ فعله وهو هنا حاضر)).
 وفي "السندي": ((أنّ مباشرة وكيل الوكيل بحضرة الوكيل في النكاح لا تكون كمباشرة الوكيل
 بنفسه، بخلافه في البيع، كما في "الأصل")).

ونقل "عصام" في "مختصره": ((أنّه جعله كالبيع فلا يحتاج لقبوله))، تأمّل. وقد يدفّع إشكال "النهر" -
 لما في "الظهيرية": بأنّه جارٍ على أنّ الأمر توكيلٌ، ويحمل الابن على البالغ فساوت ما في "الخلاصة" -
 أنّ ما قاله "المقدسي" يُعيدّه تعليل "الخلاصة": بأنّ الوكيل لا يملك التوكيل.

(١) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

والثاني المضارع^(١)

لأنه لا يُشترطُ الإشهادُ على التوكيل، وعلى القول الآخر يُشترطُ،)) ثم ذكر^(٢) عن "المعراج" ما يفيدُ الاشتراطَ مطلقاً، وهو: ((أَنْ زَوْجِي وَإِنْ كَانَ توكيلاً لَكِنْ لَمَّا لَمْ يَعْمَلْ زَوْجَتْ بِدُونِهِ نَزَلَ مِنْزَلَةَ شَطْرِ^(٣) الْعَقْدِ))، ثم ذكر^(٤) عن "الظهيرية"^(٥) ما يدلُّ على خلافه، وهو ما يذكره^(٦) "الشارح" قريباً من مسألة العَقْدِ بالكتابة، ويأتي^(٧) بيانه.

[١١١٤٧] (قوله: والثاني) أي: ما وُضِعَ للحال المضارع، وهو الأصحُّ عندنا، ففي قوله: كلُّ مملوكٍ أملكُهُ فهو حرٌّ يعتقُ ما في ملكه في الحال لا ما يملكه بعدُ إلا بالنية، وعلى القولِ بأنه حقيقة في الاستقبال فقوله: أَنْزَوْجُكَ يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ أيضاً؛ لأنه يَحْتَمِلُ الحالَ كما في كلمة الشهادة، وقد أرادَ به التحقيق^(٨) لا المساومة بدلالة الخطبة والمقدمات بخلاف البيع كما في "البحر"^(٩) عن "المحيط".

والحاصل: أنه إذا كان حقيقة في الحال فلا كلام في صحّة الانعقاد به، وكذا إذا كان

(١) في "د" زيادة: (قوله: والثاني مضارع إلخ، أقول: قال الإسوي في الكوكب السري: مسألة المضارع فيه خمسة مذاهب: أحدها: أنه حقيقة في الحال مجازاً في الاستقبال، والثاني: عكسه، والثالث: أنه في الحال حقيقة، ولا يُستعمل في الاستقبال أصلاً لا حقيقة ولا مجازاً، والرابع: عكسه، والخامس: قال في الارتشاف: وهو المشهور، وظاهر كلام سيويه أنه مشترك بينهما، إذا علمت ذلك فمن فروع المسألة: ما إذا قال لزوجته: طلقني نفسك، فقالت: أطلق، فلا يقع في الحال شيء؛ لأنها مطلقة للاستقبال، وإن قال: أردتُ الإنشاء وقع حالاً، وعمامة فيه. "خير الدين الرملي"). ق. ١٥٠/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ - ٨٩ بتصرف.

(٣) في "الأصل": ((شطر)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق ٧٣ ب.

(٦) "در" ص ٤٣ - وما بعدها.

(٧) للمقولة [١١١٦٢] قوله: ((فتح)).

(٨) عبارة "البحر": ((وقد أراد به التحقيق والحال)).

(٩) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ بتصرف.

المبدوء بهمزة أو نون أو تاء كتزوجيني نفسك؟ إذا لم ينو الاستقبال،.....

حقيقة في الاستقبال لقيام القرينة على إرادة الحال، ومقتضاه أنه لو ادعى إرادة الاستقبال والوعد لا يصدق بعد تمام العقد بالقبول، ويأتي قريباً^(١) ما يؤيده.

[١١١٤٨] (قوله: المبدوء بهمزة) ك: أَنْزَوْجَكَ بفتح الكاف وكسرهما، "ح"^(٢).

[١١١٤٩] (قوله: أو نون) ذكره في [٨/٣] "النهر"^(٣) بحثاً حيث قال: ((ولم يذكروا

المضارع المبدوء بالنون ك: نَزَّوَجُكَ أو نَزَّوَجُكَ من ابني، وينبغي أن يكون كالمبدوء بالهمزة)) اهـ.

[١١١٥٠] (قوله: ك: تَزَّوَجِيْنِي) بضم التاء، و((نفسك)) بكسر الكاف، ومثله: تَزَّوَجِيْنِي نَفْسَكَ بضم التاء خطاباً للمذكر، فالكاف مفتوحة.

[١١١٥١] (قوله: إذا لم ينو الاستقبال) أي: الاستيعاد، أي: طلب الوعد، وهذا قيد

في الأخير فقط كما في "البحر"^(٤) وغيره، وعبارة "الفتح"^(٥): ((لَمَّا عَلِمْنَا أَنَّ الْمَلَا حِظَةَ

من جهة الشرع^(٦) في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا عدينا^(٧) حكمه إلى كل

لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر، فقلنا: لو قال بالمضارع ذي الهمزة:

أَنْزَوْجُكَ، فقالت: زَوَّجْتُ نَفْسِي أَنْعَقَدَ، وفي المبدوء بالتاء: تَزَّوَجِيْنِي بِنَتِّكَ، فقال: فعلت عند

عدم قصد الاستيعاد؛ لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول؛ لأنه لا يستحبر نفسه عن

الوعد، وإذا كان كذلك - والنكاح مما لا يجري فيه المساومة - كان للتحقيق في الحال، فانعقد

به لا باعتبار وضعه للإشياء، بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه، حتى قلنا:

(١) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم ينو الاستقبال)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣ بتصرف.

(٦) في "الأصل": ((الشروع)).

(٧) عبارة "الفتح": ((عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل...)).

وكذا: أنا مُتْرُوجُكَ أو جِئْتُكَ خاطباً؛

لو صرَّح بالاستفهام اعتبرَ فهمُ الحال، قال في "شرح الطحاوي": لو قال: هل أعطيتنيها؟ فقال: أعطيتُ إن كان المجلسُ للوعد فوعدتُ، وإن كان للتعقد فنكحتُ)) اهـ.

قال "الرحمي": ((فعلِمنا أنَّ العبرة لما يظهرُ من كلامهما لا لنيتهما، ألا ترى أنه ينعقد مع الهزل والهزل لم ينو النكاح؟ وإنما صحَّت نية الاستقبال في المبدوء بالنساء؛ لأنَّ تقدير حرفِ الاستفهام فيه شائعٌ كثيرٌ في العربية)) اهـ.

وبه علِم أنَّ المبدوء بالهمزة كما لا يصحُّ فيه الاستيعاد لا يصحُّ فيه الوعد بالتزويج في المستقبل عند قيام القرينة على قصد التحقيق والرِّضا كما قلناه آنفاً، فافهم.

(١١١٥٢) (قوله: وكذا: أنا مُتْرُوجُكَ) ذكره في "الفتح" (١) بحثاً حيث قال: ((والانعقادُ

بقوله: أنا مُتْرُوجُكَ ينبغي أن يكونَ كالمضارع المبدوء بالهمزة سواءً)) اهـ.

قال "ح" (٢): ((لأنَّ مُتْرُوجَ اسمُ فاعلٍ، وهو موضوعٌ لذاتٍ قامَ بها الحدثُ وتحقَّقَ

في وقتِ التكلُّم، فكان دالاً على الحالِ وإن كانت دلالتُهُ عليه التزاميةً)).

(١١١٥٣) (قوله: أو جِئْتُكَ خاطباً) قال في "الفتح" (٣): ((ولو قال باسمِ الفاعلِ

ك: جِئْتُكَ خاطباً ابتسك أو لتزويجني ابتسك، فقال الأب: زوّجْتُكَ فالنكاحُ لازمٌ، وليس

للخاطب أن لا يقبل؛ لعدم [٣/٨٠ب] جريانِ المساومةِ فيه)) اهـ.

قال "ح" (٤): ((فإن قلت (٥): إنَّ الإيجابَ والقبولَ في هذا ماضيان، فلا معنى لذكره هنا.

قلت: المعتبرُ قوله: خاطباً، لا قوله: جِئْتُكَ؛ لأنه لا ينعقد به النكاحُ، ولا دَخَلَ له فيه)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح ١٥٢/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣، وعزاه إلى أبي حنيفة رضي الله عنه.

(٤) "ح": كتاب النكاح ١٥٢/أ.

(٥) ((فإن قلت)) ساقط من "ح".

لعدم جريان المساومة في النكاح، أو: هل أعطيتنيها؟ إن المجلس للنكاح، وإن للوعد فوعد، ولو قال لها: يا عروسي، فقالت: لبيك انعقد على المذهب.
(فلا ينعقد) بقبول بالفعل كقبض مهر،.....

- [١١١٥٤] (قوله: لعدم جريان المساومة في النكاح) احتززه به عن البيع، فلو قال: أنا مُشترٍ أو جئتكَ مشترياً لا ينعقد البيع لجريان المساومة فيه، "ط"^(١).
- [١١١٥٥] (قوله: إن المجلس للنكاح) أي: لإنشاء عقد؛ لأنه يفهم منه التحقيق في الحال، فإذا قال الآخر: أعطيتكها أو فعلت لزم، وليس للأول أن لا يقبل.
- [١١١٥٦] (قوله: انعقد على المذهب) صوابه: لم ينعقد، فقد صرح في "البحر"^(٢) عن "الصيرفية": ((بأن الانعقاد خلاف ظاهر الرواية))، ومثله في "النهر"^(٣)، وكذا في "شرح المقدسي" عن "فوائد تاج الشريعة"^(٤)، وفي "التاترخانية"^(٥): ((قال لامرأة محضرة من الرجال: يا عروسي، فقالت: لبيك فنكح، قال القاضي "بديع الدين"^(٦): إنه خلاف ظاهر الرواية)).
- [١١١٥٧] (قوله: فلا ينعقد إلخ) تفرغ على ما تقدم من انعقاده بلفظين إلخ، "ح"^(٧).
- [١١١٥٨] (قوله: كقبض مهر) قال في "البحر"^(٨): ((وهل يكون القبول بالفعل كالقبول

(١) "ط": كتاب النكاح ٧/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٤) انظر تعليقنا على ترجمة الكتاب ٢٣٧/٥.

(٥) "التاترخانية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقد بها النكاح والتي لا يتعقد بها ٥٨٢/٢ نقلًا عن "فتاوى آمو" (الصيرفية).

(٦) لم نهدأ لمعرفة.

(٧) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٧/٣ معرّفياً إلى "البرزازية".

ولا بتعاطٍ ولا بكتابةٍ حاضرٍ

باللفظ كما في البيع؟ قال في "البرازية"^(١): أجاب صاحب "الهداية"^(٢) - في امرأة زوجت نفسها بألفٍ من رجلٍ عند الشهود، فلم يقل الزوج شيئاً، لكن أعطاها المهر في المجلس - أنه يكون قبولاً، وأنكره صاحب "المحيط"، وقال: لا، ما لم يقل بلسانه: قبلت، بخلاف البيع - لأنه يتعقد بالتعاطي، والنكاح لخطره لا يتعقد، حتى يتوقف على الشهود - وبخلاف إجازة نكاح الفضولي بالفعل لوجود القول نمة)) اهـ "ح"^(٣).

[١١١٥٩] (قوله: ولا بتعاطٍ) تكرر مع قوله: ((بالفعل كقبضٍ مهراً))، وكل منهما تكرر مع قول المتن الآتي: ((ولا بتعاطٍ))، فإن مسألة قبض المهر التي قدمنا نقلها عن "البحر" بعينها شرح بها المصنف قوله: ((ولا بتعاطٍ))، "ح"^(٤).

[١١١٦٠] (قوله: ولا بكتابةٍ حاضرٍ) فلو كتب: تزوجتلك، فكتبت: قبلت لم يتعقد، "بحر"^(٥). والأظهر أن يقول: فقالت: قبلت الخ؛ إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفي ولو في الغيبة، تأمل.

(قوله: تكرر مع قوله: بالفعل كقبض الخ) سيذكر في البيوع: أن القبول قد يكون بالفعل، وأنه ليس من صور التعاطي، وأن بيع التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن، ففي جعل الصورة الأخيرة من صور التعاطي نظراً اهـ. ونقل ذلك عن "الفتح" بعبارة طويلة فانظره. والظاهر أن ذكر التعاطي هنا مع ذكر المصنف له لقصد الإشارة أن المناسب ذكره هنا لتفريعه على ما سبق، بخلاف ما فعله المصنف؛ فإنه لطول الفصل لا يعلم من كلامه أنه مفرغ عليه، ففي كلامه قصد الإشارة إلى أن المناسب ذكره هنا.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الآلة ١١١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "الأصل" و"٣": ((الهداية)) بدل "البداية"، وعبارة "البحر": ((البداية))، وعبارة "ح" و"البرازية" و"ط": ((الهداية)).

(٣) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

بل غائب بشرط إعلام الشهود بما في الكتاب ما لم يكن بلفظ الأمر، فيتولى^(١) الطرفين، "فتح"

[١١١٦١] (قوله: بل غائب) الظاهر أن المراد به الغائب عن المجلس وإن كان حاضراً في البلد، "ط"^(٢).

مطلب: التزوج بإرسال كتاب

[١١١٦٢] (قوله: "فتح"^(٣)) فإنه قال: ((يُنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْكِتَابِ كَمَا يُنْعَقَدُ بِالْخُطَابِ، وَصُورَتُهُ: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهَا يَخْطُبُهَا، فَإِذَا بَلَغَهَا الْكِتَابُ أَحْضَرَتِ الشُّهُودَ وَقَرَأَتْهُ عَلَيْهِمْ، وَقَالَتْ: زَوَّجْتُ نَفْسِي مِنْهُ، أَوْ تَقُولُ: إِنَّ فَلَانًا كَتَبَ إِلَيَّ يَخْطُبُنِي، فَاشْهَدُوا أَنِّي زَوَّجْتُ نَفْسِي [٣/٩٠ق/١] مِنْهُ، أَمَا لَوْ لَمْ تَقُلْ بِمُحْضَرَتِهِمْ سَوَى: زَوَّجْتُ نَفْسِي مِنْ فَلَانٍ لَا يُنْعَقِدُ؛ لِأَنَّ سَمَاعَ الشُّطْرَيْنِ شَرْطُ صِحَّةِ النِّكَاحِ، وَيَسْمَعُهُمُ الْكِتَابُ أَوْ التَّعْبِيرَ عَنْهُ مِنْهَا قَدْ سَمِعُوا الشُّطْرَيْنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اتَّفَقَا، قَالَ فِي "الْمَنْصُفِ": هَذَا - أَي: الْخِلَافُ - إِذَا كَانَ الْكِتَابُ بِلَفْظِ التَّزْوِجِ^(٤)، أَمَا إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الْأَمْرِ - كَقَوْلِهِ: زَوَّجِي نَفْسَكَ مِنِّي - لَا يُشْتَرَطُ إِعْلَامُهَا الشُّهُودَ بِمَا فِي الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهَا تَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ، وَنَقَلَهُ^(٥) عَنْ "الْكَامِلِ"^(٦)، وَمَا نَقَلَهُ مِنْ نَفْسِي الْخِلَافُ فِي صُورَةِ الْأَمْرِ لَا شَبَهَةَ فِيهِ عَلَى قَوْلِ "الْمَنْصَفِ" وَالْمُحَقِّقِينَ، أَمَا عَلَى قَوْلِ مَنْ جَعَلَ لَفْظَةَ الْأَمْرِ إِجْبَاباً كـ "قَاضِي خَانَ" - عَلَى مَا نَقَلْنَاهُ^(٧) عَنْهُ - فَيَجِبُ إِعْلَامُهَا لِإِيَّاهُمْ مَا فِي الْكِتَابِ)) اهـ.

(١) في "د" و"و": ((فتولى)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ٧/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٩/٣ بتصرف.

(٤) في هامش "٣" زيادة: ((قوله: هذا الخلاف إذا كان بلفظ التزوج) أي: مثل قوله: تزوّجتك أو تزوّجك ثم كان من باب التفعّل ماضياً أو مضارعاً، بخلاف ما إذا كان أمراً من باب التفعّل مثل: زوّجي، فالمراد بقوله: بلفظ التزوج ما ليس أمراً بقرينة المقابلة، وقد خفي هذا على الحموي، فاعترض بأن: زوّجيني نفسك مثل: زوّجي نفسك مني، فكأنه فهم أن المراد بالتزوج: زوّجيني نفسك، وهو فهم بعيد. اهـ منه))، وهذه الزيادة مقحمة في صلب "الأصل" من قبل الناسخ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٩/٣ بتصرف.

(٦) لم نهند لمعرفته.

(٧) المقولة [١١١٤٦] قوله: ((وقيل: هو إيجاب)).

ولا (بالإقرار على المختار) "خلاصة"^(١)، كقوله: هي امرأتي؛ لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت، وليس بإنشاء (وقيل: إن) كان (مخضراً من الشهود صح).....

وقوله: ((لا شبهة فيه إلخ)) قال "الرحمني": ((فيه مناقشة لما تقدم أن من قال: إنه توكيل يقول: توكيل ضمني، فيثبت بشروط ما تضمنه، وهو الإيجاب كما قدمناه، ومن شروطه سماع الشهود، فينبغي اشتراط السماع هنا على القولين، إلا أن يقال: قد وجد النص هنا على أنه لا يجب، فيرجع إليه)) اهـ.

(تنبيه)

لو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوماً، فقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول "أبي حنيفة" حتى يعلم الشهود ما فيه، وعند "أبي يوسف" يجوز، وفائدة هذا الخلاف فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعد العقد، فشهدوا بأنه كتابه، ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل ولا يقضى بالنكاح، وعند "أبي يوسف" تقبل ويقضى به، أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد، وإنما الإشهاد لتمكين المرأة من إثبات الكتاب إذا جحدته الزوج كما في "الفتح"^(٢) عن "مبسوط شيخ الإسلام".

[١١١٦٣] (قوله: ولا بالإقرار) لا ينافيه ما صرحوا به من أن النكاح يثبت بالتصادق؛ لأن المراد هنا أن الإقرار لا يكون من صبيح العقد، والمراد من قولهم: إنه يثبت بالتصادق أن

(قوله: إلا أن يقال: قد وجد النص هنا على أنه إلخ) علمت مما نقله أولاً أن المسألة خلافية فيكون صاحب "الفتح" هنا جارياً على أحد قولين، وحزمه به يفيد ترجيحاً.

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الأول في جواز النكاح ق ٧٤/ب.

وفي "د" زيادة: ((عبارة "الخلاصة": رجل وامرأة أقرأ بالنكاح بين يدي الشهود، وقالا بالفارسية: (مازن وشوهر) أي: نحن امرأة ورجل لا ينعد النكاح بينهما؛ لأنه ليس من ألفاظ النكاح)). ق ١٥٠/أ

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٥/٣.

كما يصحُّ بلفظِ الجعلِ (وجعل) الإقرارُ (إنشاءً وهو الأصحُّ) "ذخيرة".
 (ولا ينعقدُ بـ: تزوّجتُ نصفك على الأصحُّ^(١)).....

القاضي [٣/٩٠ب] يُشبهه به - أي: بالتصادق - ويحكمُ به، "أبو السُّعود"^(٢) عن "الحانوتي".
 [١١١٦٤] (قوله: كما يصحُّ بلفظِ الجعلِ) أي: بأن قال الشُّهود: جعلتُما هذا نكاحاً؟ فقالا:
 نعم، فينعقدُ؛ لأنَّ النكاحَ ينعقدُ بالجعلِ، حتّى لو قالت: جعلتُ نفسي زوجةً لك، فقبلَ تمّ،
 "فتح"^(٣). ومقتضى التشبيه في عبارة "الشارح" أن هذا صحيحٌ على القولين، وهو ظاهرٌ.
 [١١١٦٥] (قوله: وجعل) ماضٍ مبنيٌّ للمجهول معطوفٌ على ((صح)).

[١١١٦٦] (قوله: "ذخيرة") فإنه قال: ((ذكرَ في صلح "الأصل": ادّعى رجلٌ قِبَلَ امرأةٍ
 نكاحاً فجدّدت، فصالحها على مائةٍ على أن تُقرَّ بذلك فأقرّت فهذا الإقرارُ منها جائزٌ،
 والمالُ لازمٌ، وهذا الإقرارُ بمنزلة إنشاءِ النكاح؛ لأنه مقرونٌ بالِعوض، فهو عبارةٌ عن تمليكِ

٢٦٥/٢

(قوله: أي بأن قال الشُّهود: جعلتُما هذا نكاحاً؟ فقالا: نعم فينعقدُ؛ لأنَّ النكاحَ ينعقدُ بالجعلِ
 إلخ) قال "المقدسي"^(٤): ((قياسٌ مع الفارق، فالجعلُ إنما يكونُ إنشاءً عقدياً لو أُضيفَ للذات، أمّا لو أُضيفَ
 إلى عقديٍّ غيرِ صحيحٍ وجعلٌ صحيحاً فهو بمنزلة ما لو وقّع النكاحَ بلفظِ الإعارة ونحوها ممّا لا يصحُّ، ثم
 قال عند الشُّهود: جعلناه نكاحاً، وجعلٌ ما ليس بشرعيٍّ شرعياً غيرٌ صحيحٍ اه)). وذكر في "الحاشية":
 ((قال لامرأةٍ: هذه امرأتِي، فقالت: هذا زوجي لا يكونُ نكاحاً، فإن قال لهما الشُّهود: رضيتُما
 أو أجزمتُما، فقالا: رضينا أو أجزنا لم يكن نكاحاً؛ لأنَّ الإجازةَ تنفيذُ العقدِ وليس بإنشاءٍ، ولو قال
 الشُّهود: جعلتُما هذا نكاحاً، فقالا: نعم كان نكاحاً؛ لأنَّ الجعلَ عبارةٌ عن الإنشاءِ اه)).

(قوله: وهذا الإقرارُ بمنزلة إنشاءِ النكاح؛ لأنه مقرونٌ بالِعوض إلخ) يؤخذُ منه أنَّ جعله إنشاءً
 إذا كان مقرونًا بالِعوض، ويدلُّ لذلك أيضاً ما في "الفتح" - على ما نقله "السُّندي"^(٥) -: ((لو أقرَّ بالنكاح

(١) في "د" و"و": ((في الأصح)).

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح ٥/٢ بتصرف، وفيه: ((شيعتنا عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي معزياً للحانوتي)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣ بتصرف.

احتياطاً، "خانية". بل لا بد أن يضيفه إلى كلها.....

مبتدئاً في الحال، فإن كان بمحض من الشهود صحَّ النكاح، وإلا فلا في الأصحَّ)) اهـ ملخصاً.
وقال في "الفتح"^(١): ((قال "قاضي خان"^(٢)): وينبغي أن يكون الجوابُ على التفصيل:
إن أقرَّ بعقدٍ ماضٍ ولم يكن بينهما عقدٌ لا يكون نكاحاً، وإن أقرَّ^(٣) الرجلُ أنه زوجها وهي
أنها زوجته يكون نكاحاً، ويتضمن إقرارهما الإنشاء بخلاف إقرارهما بماضٍ؛ لأنه كذب،
وهو - كما قال "أبو حنيفة" - إذا قال لامرأته: لست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع، كأنه
قال: لأنني طلقتك، ولو قال: لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لا يقع؛ لأنه كذب محض اهـ،
يعني: إذا لم تقل الشهود: جعلتما هذا نكاحاً، فالحقُّ هذا التفصيل)) اهـ.

[١١١٦٧] (قوله: احتياطاً) قال في "البحر"^(٤): ((وقولهم: إن ذكرَ بعض ما لا يتجزئ
كذكرِ كلِّه كطلاقِ نصفها يقتضي الصحَّة، وقد ذكرَ في "المبسوط"^(٥) في موضع جوازِهِ: إلا أن
يقال: إن الفروج يُحتاطُ فيها، فلا يكفي ذكرُ البعض لاجتماع ما يُوجبُ الحلَّ والحرمة في ذات
واحدة، فترجَّحُ الحرمة، كذا في "الخانية"^(٦)) اهـ.

وما صحَّحه في "الخانية" صحَّحه في "الظهيرية"^(٧) أيضاً، ونصه: ((ولو أضافَ النكاحَ إلى نصفِ

محضٍ من الشهود وكان تزوجها بغير شهودٍ اختلفوا فيه، والأصحُّ أنهما إن سَميا المهرَ يتعقدُ نكاحاً
مبتدئاً كذا في "الدرية" اهـ، والمتبادرُ من كلام "المصنف" أن المدارَّ في جعله إنشاءً على مُجردِ حضور
الشهود اهـ)).

(قوله: قال في "البحر": وقولهم إلخ) عبارته: ((ولو قال: تزوجتُ نصفك فالأصحُّ عدمُ الصحَّة

كما في "الخانية"، وقولهم إلخ)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ٣٢٢/١ بتصريف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) ((أقر)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب الطلاق - باب من الطلاق ٩٠/٦.

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ٣٢٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الظهيرية": كتاب النكاح ٧٤/١.

أو ما يُعبرُ به عن الكلِّ، ومنه الظَّهْرُ والبَطْنُ على الأشبه، "ذخيرة" ورجحوا
في الطَّلَاقِ خلافَه،.....

المرأة فيه روايتان، والصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ)) اهـ.

ثم راجعتُ نسخةً أخرى من "الظَّهيريَّة" فرأيْتُها كذلك، فَمَنْ قال: إِنَّه في "الظَّهيريَّة"
صَحَّحَ الصَّحَّةَ فَكَانَهُ سَقَطَ من نَسَخَتِهِ ((لا)) النَّافِيَةُ، فافهم.

[١١١٦٨] (قوله: أو ما يُعبرُ به عن الكلِّ) كالرَّأْسِ والرَّقْبَةِ، "بجر"^(١).

[١١١٦٩] (قوله: ورجحوا في الطَّلَاقِ خلافَه) قال في "البحر"^(٢): ((وقالوا: الأصحُّ أَنَّهُ

لو أضافَ الطَّلَاقَ إلى ظَهْرِها وبَطْنِها لا يَقَعُ، وكذا العتقُ، فلو أضافَ النِّكَاحَ إلى ظَهْرِها وبَطْنِها
ذَكَرَ "الخلواتي"^٣: قال مشايخنا: الأشبهُ من مذهبِ أصحابنا أَنَّهُ يَنعَقِدُ النِّكَاحُ، وَذَكَرَ "زَكَرَ"
الإسلام" و"السَّرْحَسِي"^(٤) ما يدلُّ [١٠/٣] على أَنَّهُ لا يَنعَقِدُ النِّكَاحُ^(٥)، كذا في "الذخيرة") اهـ.

أقول: وقال في "الذخيرة" أيضاً في كتاب الطَّلَاقِ: ((وإن قال: ظَهْرُكَ طالقٌ أو بَطْنُكَ

قال "السَّرْحَسِي"^٦ في "شرحه"^(٧): الأصحُّ أَنَّهُ لا يَقَعُ، واستدلَّ بمسألةٍ ذَكَرَها في "الأصل": إذا
قال: ظَهْرُكَ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي، أو بَطْنُكَ عليَّ كَبَطْنِ أُمِّي أَنَّهُ لا يَصيرُ مُظَاهِراً، وَذَكَرَ
"الخلواتي"^٨ في "شرحه": الأشبهُ بمذهبِ أصحابنا أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، قال: وهو نظيرُ ما قال

مشايخنا - فيما إذا أُضِيفَ عَقْدُ النِّكَاحِ إلى ظَهْرِ المَرَأَةِ أو إلى بَطْنِها - : إِنَّ الأشبهَ بمذهبِ
أصحابنا أَنَّهُ يَنعَقِدُ النِّكَاحُ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب الطلاق - باب من الطلاق ٩٠/٦ بتصرف.

(٤) من ((وذكر)) إلى ((النكاح)) ساقط من "٣".

(٥) "المبسوط": كتاب الطلاق - باب من الطلاق ٩٠/٦ بتصرف.

فيحتاج^(١) للفرق (وإذا وُصِلَ الإيجابُ بالتسمية) للمهر (كان من تمامه) أي:
الإيجاب (فلو قَبِلَ الآخرُ قبلَهُ لم يصحَّ) لتوقّفِ أوّلِ الكلامِ على آخرِهِ لو فيه ما يُغَيِّرُ
أوّلَهُ، ومن شرائطِ الإيجابِ والقبولِ.....

[١١١٧٠] (قوله: فيحتاج للفرق) كذا قال في "النهر"^(٢)، لكن قد علمت مما نقلناه

عن "الذخيرة" أولاً وثانياً أنّ "الحلواني" الذي صحّ انعقاد النكاح صحّ وقوع الطلاق،
وأنّ "السرخسي" الذي لم يصحّ الانعقاد لم يصحّ الوقوع، بل صحّ عدمه، وعلى هذا
فلا حاجة للفرق، وبه ظهر أنّ ما ذكره في "البحر" وتبعه "الشارح" قول ثالث مُلْفَقٌ
من القولين، ولا يظهر وجهه.

[١١١٧١] (قوله: كان) أي: التسمية، وكذا ضمير ((قبله))، "ح"^(٣)، أي: وتذكير

الضمير باعتبار المذكور، أو لأن المراد بالتسمية المسمّى، أي: المهر.

[١١١٧٢] (قوله: فلو قَبِلَ إلخ) قال في "الفتح"^(٤): ((كامرأة قالت لرجل: زوّجت نفسي

منك بمائة دينار، فقبل أن تقول: بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد؛ لأن أوّل الكلام يتوقّف
على آخره إذا كان في آخره ما يُغَيِّرُ أوّلَهُ، وهنا كذلك، فإن مجرد زوّجت ينعقد بمهر المثل،
وذكر المسمّى معه يُغَيِّرُ ذلك إلى تعيين المذكور، فلا يعمل قول الزوج قبله)).

(١) في "د" زيادة: (قوله: فيحتاج إلخ، قال في زواهر الجواهر: وقد يُقال: إن الفروج يُخطأ فيها، فلا يكفي ذكر
البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرم في ذات واحدة فترجح الحرم، وهو مقتضى ما في "الأشباه": إذا اجتمع
الحلال والحرام غلب الحرام، وقد علل قاضيهان بما ذكرنا حيث قال: ولو أضاف النكاح إلى نصف المرأة فيه
روايتان، والأصح أنه لا يصح لاجتماع ما يوجب الحل والحرم في ذات واحدة فترجح الحرم، أقول: وقد صحّ
في "الظهيرية" أنه ينعقد، فيكون على هذا من فروع قاعدة: ذكّر بعض ما لا يتجزأ كذا ذكر كلي، ومثله في حاشية
الحموي، "أبو السعود"). ق ١٥٠/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١١٠/٣.

اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ.....

(١١١٧٣) (قَوْلُهُ: اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(١): ((فَلَوْ اخْتَلَفَ الْمَجْلِسُ لَمْ يَتَعَقَّدْ، فَلَوْ أَوْجَبَ أَحَدُهُمَا، فَقَامَ الْآخَرُ أَوْ اشْتَغَلَ بِعَمَلٍ آخَرَ بَطَلَ الْإِجَابُ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْارْتِبَاطِ اتِّحَادُ الزَّمَانِ، فَجُعِلَ الْمَجْلِسُ جَامِعاً تَسِيرًا، وَأَمَّا الْفَوْرُ فَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ، وَلَوْ عَقَدَا وَهَمَا بِمَشِيَانٍ أَوْ يَسِيرَانٍ عَلَى الدَّابَّةِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ عَلَى سَفِينَةٍ سَائِرَةٍ جَانِ)) اهـ، أَي: لِأَنَّ السَّفِينَةَ فِي حَكْمِ مَكَانٍ وَاحِدٍ.

(فَرَعٌ)

قَالَ فِي "الْمَنِيَةِ": ((قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي، فَسَكَتَ الْخَاطِبُ، فَقَالَ الصَّهْرُ - أَي: أَبُو الْبِنْتِ - : ادْفَعِ الْمَهْرَ، فَقَالَ: نَعَمْ فَهُوَ قَبُولٌ، وَقِيلَ: لَا)) اهـ.

وَهَذَا يُؤْهِمُ أَنَّ عِنْدَنَا قَوْلًا بِاشْتِرَاطِ الْفَوْرِ، وَأَنَّ الْمَخْتَارَ عَدَمُهُ، وَأَجَابَ فِي "الْفَتْحِ"^(٢): ((بِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مَنشَأُ هَذَا الْقَوْلِ مِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ كَانَ مُتَّصِفًا بِكَوْنِهِ خَاطِبًا، فَحِثَّ سَكَتُ

(قَوْلُهُ: فَرَعٌ: قَالَ فِي "الْمَنِيَةِ": قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي فَسَكَتَ الْخَاطِبُ الظَّاهِرُ أَنَّ وَجْهَ عَدَمِ الْإِنْعَادِ -: ((نَعَمْ)) فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ حُلُّو الْعَقْدِ عَنِ الْقَبُولِ؛ إِذْ لَفْظَةُ ((نَعَمْ)) لَمَّا ذُكِرَتْ عَقِبَ قَوْلِهِ: ((ادْفَعِ الْمَهْرَ)) فَهِيَ رَاجِعَةٌ إِلَيْهِ لَا إِلَى الْإِجَابِ، وَذَكَرَ "السَّنْدِيُّ" عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَعَمَّا وُضِعَ أَحَدُهُمَا لَهُ)) عَنِ "الدَّخِيرَةِ": ((لَوْ قَالَ لَامْرَأَةٍ: كُونِي امْرَأَتِي بِكَذَا، فَقَبِلَتْ ائْتَقَدَ، أَمَّا لَوْ قَالَتْ: إِنِّي أَكُونُ امْرَأَةً لَكَ، فَقَالَ: نَعَمْ لَا يَصِحُّ كَمَا فِي "الظَّهْرِيَّةِ" اهـ.))

قُلْتُ: وَذَلِكَ لِأَنَّ ((نَعَمْ)) لَا يَفِيدُ مَعْنَى الْمَاضِي اهـ.

وَفِي "الْمَنْدِيَّةِ" عَنِ "الدَّخِيرَةِ": ((لَوْ قَالَ لَامْرَأَةٍ: كُنْتُ لِي أَوْ صِرْتُ لِي، فَقَالَتْ: نَعَمْ أَوْ صِرْتُ لَكَ كَانَ نِكَاحًا)).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣، وفيه: ((وإن كانا على سفينة سائرة)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

لو حاضرين وإن طال كمخيرة، وأن لا يخالف الإيجابُ القبولَ كقبَلتُ النكاحَ لا المهرَ..

ولم يُجبْ على الفورِ كان ظاهراً [١٠٣/٣/ب] في رجوعه، فقوله: نَعَمْ بعده لا يفيدُ بمفرده؛ لا^(١) لأنَّ الفورَ شرطٌ مطلقاً، والله سبحانه أعلم)) اهـ.

[١١١٧٤] (قوله: لو حاضرين) احتزَرَ به عن كتابِ الغائب؛ لما في "البحر"^(٢) عن "المحيط": ((الفرقُ بين الكتابِ والخطابِ أن في الخطابِ لو قال: قَبِلْتُ في مجلسٍ آخرَ لم يَحْزُرْ، وفي الكتابِ يجوزُ؛ لأنَّ الكلامَ كما وُجِدَ تَلاشَى، فلم يتَّصِلِ الإيجابُ بالقبولِ في مجلسٍ آخرَ، فأما الكتابُ فقائمٌ في مجلسٍ آخرَ، وقراءتهُ بمنزلةِ خطابِ الحاضر^(٣)، فاتَّصَلَ الإيجابُ بالقبولِ فصَحَّ)) اهـ.

ومقتضاه: أن قراءة الكتابِ في المجلسِ الآخرِ لا بدَّ منها ليحصلَ الاتصالُ بين الإيجابِ والقبولِ، وحينئذٍ فاتَّحَدَ المجلسُ شرطٌ في الكتابِ أيضاً، وإنما الفرقُ هو قيامُ الكتابِ وإمكانُ قراءتهِ ثانياً، فلو حذَفَ قوله: ((حاضرين)) كـ "النهر"^(٤) لكان أولى.

والظاهر: أنه لو كان مكانَ الكتابِ رسولٌ بالإيجابِ فلم تقبلِ المرأةُ، ثم أعادَ الرسولُ الإيجابَ في مجلسٍ آخرَ فقَبِلْتُ لم يصحَّ؛ لأنَّ رسالتهُ انتهت أولاً بخلافِ الكتابةِ لبقائها، أفادَهُ "الرحمي".

٢٦٦/٢

[١١١٧٥] (قوله: كـ: قَبِلْتُ النكاحَ لا المهرَ) تمثيلٌ للمنفى، أي: إذا قال: تزوجتُك

(قوله: فلو حذف قوله: ((حاضرين)) كـ "النهر" لكان أولى إلخ) المتبادرُ من اشتراطِ اتِّحادِ المجلسِ أن المرادُ به مجلسُ المتعاقدينِ لا مجلسُ الإيجابِ والقبولِ، فلذا احتاجَ لذكرِ قوله: ((لو حاضرين)) فلا يكون حلقه أولى.

(١) ((لا)) ساقطة من "الأصل" ومن عبارة "الفتح"، والصواب إثباتها كما في بقية النسخ، وبدلُ عليه قوله في "الفتح"

قبله: ((وعرف من هذا أن شرط القبول في النكاح المجلس كالباع، لا الفور خلافاً للشافعي رحمه الله)). (١٠/١٧٠)

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

(٣) في "٣": ((الحاضرين)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

نعم يصحُّ الحطُّ كزيادةِ قَبَلَتِها في المجلسِ،.....

بألفٍ، فقالت: قَبَلْتُ النِّكَاحَ ولا أَقْبَلُ المَهْرَ لا يصحُّ وإن كانت التسمية ليست من شروطِ صحَّةِ النِّكَاحِ؛ لأنه إنما أوجبَ النِّكَاحَ بذلك القَدْرَ المسمَّى، فلو صحَّحنا قبولها يلزمه مهرُ المثل، ولم يَرْضَ به بل بما سَمَّى، فيلزمه ما لم يلتزمه، بخلاف ما إذا لم يُسمَّ من الأصل؛ لأنَّ غرضه النِّكَاحَ بمهر المثل حيث سَكَتَ عنه، ولو قالت: قَبَلْتُ ولم تزدِ على ذلك صحَّ النِّكَاحُ بما سَمَّى، وتمامه في "الفتح" (١).

[١١١٧٦] (قوله: نَعَمْ يصحُّ الحطُّ إلخ) أي: إذا قال: تزوّجتُك بألفٍ، فقالت: قَبَلْتُ بخمسائةٍ يصحُّ، ويُجعلُ كأنها قَبَلتْ الألفَ وحطَّتْ عنه خمسائةٍ، "بهر" (٢). ولا يحتاجُ إلى القبولِ منه؛ لأنَّ هذا إسقاطُ وإبراءٌ بخلاف الزيادة، كما لو قالت: زوّجتُ نفسي منك بألفٍ، فقال الزوجُ: قَبَلْتُ بألفين صحَّ النِّكَاحُ بألفٍ إلا إن قَبَلتْ الزيادةَ في المجلس فيصحُّ بألفين على المفتي به كما في "البحر" (٣)، فصوره الحطُّ من المرأة والزيادة من الزوج كما علمت، وهو كذلك في "الذخيرة" و"الخلاصة" (٤)، وقال في "النهر" (٥): ((بخلاف ما إذا زوّجتُ نفسها منه بألفٍ فقبَله بألفين أو بخمسمائةٍ صحَّ، وتوقف قبولُ الزيادة على قبولها في المجلس على ما عليه الفتوى)) اهـ.

وظاهره أنها أوجبتْ بألفٍ وقَبِلَ الزوجُ بخمسمائةٍ، وهو [٣/١١١] مُشكِلٌ، فإنَّ الحطُّ

(قوله: فلو صحَّحنا قبولها يلزمه مهرُ المثل إلخ) يظهر من هذا أنه إذا كان مهرُ المثل أقلَّ يصحُّ العقدُ، وتكونُ المسألة حَيثُ من أفراد مسألة الحطِّ.

(قوله: وهو مُشكِلٌ؛ فإنَّ الحطُّ مَن له الحقُّ إلخ) يندفعُ الإشكالُ بعطفِ قوله: ((أو بخمسمائة)) على قوله: ((بألفٍ المفرد لا على ألفين المتثنى)) وهذا هو المتعَيَّن في هذه العبارة لتوافق كلامهم.

(١) "الفتح": كتاب النِّكَاح ١٠٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النِّكَاح ٨٩/٣ معزياً إلى "الذخيرة".

(٣) "البحر": كتاب النِّكَاح ٨٩/٣ معزياً إلى "التحسيس".

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النِّكَاح - الفصل الأول في جواز النِّكَاح ق ٧٤/١.

(٥) "النهر": كتاب النِّكَاح ق ١٦٢/ب، وفيه: ((لزوم)) بدل ((قبول)).

وأن لا يكون مضافاً ولا معلقاً كما سيحيء^(١)، ولا المنكوحة مجهولة.....

من له الحق - وهو المرأة - لا من عليه، فالظاهر أنه مما خالف فيه القبول الإيجاب فلا يصح،
يحرر، أفادته "الرحمى".

[١١١٧٧] (قوله: وأن لا يكون مضافاً) ك: تزوجتك غداً، ((ولا معلقاً)) أي: على غير
كائن ك: تزوجتك إن قديم زيد، وقوله: ((كما سيحيء)) أي: الكلام على المضاف والمعلق
قبيل باب الولي.

[١١١٧٨] (قوله: ولا المنكوحة مجهولة) فلو زوج بنته منه وله بنتان لا يصح إلا إذا
كانت إحداهما متزوجة فينصرف إلى الفارغة كما في "البرازية"^(٢)، "نهر"^(٣). وفي معناه ما
إذا كانت إحداهما محرمة عليه، فليراجع، "رحمى". وإطلاق قوله: ((لا يصح)) دال
على عدم الصحة ولو جرت مقدمات الخطبة على واحدة منهما بعينها^(٤) لتتميز المنكوحة
عند الشهود، فإنه لا بد منه، "رملي".

قلت: وظاهره أنها لو جرت المقدمات على معينة وتميزت عند الشهود أيضاً يصح
العقد، وهي واقعة الفتوى؛ لأن المقصود نفي الجهالة، وذلك حاصل بتعيينها عند العاقدتين
والشهود وإن لم^(٥) يصرح باسمها كما إذا كانت إحداهما متزوجة، ويؤيده ما سيأتي^(٦)
من أنها لو كانت غائبة وزوجها وكيلها فإن عرفها الشهود وعلموا أنه أرادها كفى ذكر
اسمها، وإلا لا بد من ذكر الأب والجد أيضاً. ولا يخفى أن قوله: زوجت بنتي وله بنتان أقل

(١) "در" ص ١٧٧.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الآلة ١١١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "نهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٤) ((بعينها)): ساقطة من "٣".

(٥) ((لم)): ساقطة من "الأصل".

(٦) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

ولا يُشترطُ العِلْمُ بمعنى الإيجابِ والقبولِ فيما يَسْتَوِي فيه الجِدُّ والهزلُ؛

إيهاماً من قولِ الوكيل: زَوَّجْتُ فاطمةَ، ويأتي تمام^(١) ذلك عند قوله: ((وحضور شاهدين حرّين))، وعند قوله: ((غَلِطَ وكيَلها إلخ)).

(تنبيه)

لم يَدْكُرْ اشتراطَ تمييزِ الرَّجُلِ من المرأةِ وقتَ العَقْدِ للخلافِ؛ لِمَا في "النَّوْازِل" - في صغيرين قال أبو أحدهما: زَوَّجْتُ بِنْتِي هذه من اينك هذا وقَبِلَ، ثمَّ ظَهَرَ الجاريةُ غلاماً والغلامُ جاريةً: ((جازَ ذلك))، وقال "العنابي": ((لا يجوزُ))، "بجر"^(٢). قال "الرَّمْلِي": ((والأكثرُ على الأوَّل)).

قلتُ: وبه عِلْمٌ أن: زَوَّجْتُ وتَزَوَّجْتُ يصلُحُ من الجانيين، وبه صرَّحَ في "الفتح"^(٣) عن "المنية"، ومثلهُ في "البحر"^(٤).

[١١١٧٩] قوله: ولا يُشترطُ إلخ) أي: فيما كان بلفظِ تزويجٍ ونكاحٍ بخلافِ ما كان

قوله: قال "الرَّمْلِي": والأكثرُ على الأوَّل) لكن مُقتضى القاعدة المتفقِ عليها - وهي: أنه إذا وُجِدَت الإشارةُ والتسميةُ واختلفَ الجنسُ أن العبرةَ للتسمية، وأن الذَّكَرَ والأنثى من بني آدم جنسان - عدمُ الاعتقادِ هنا. قوله: وبه صرَّحَ في "الفتح" عن "المنية" إلخ) عبارةُ "الفتح": ((حَتَّى مُشْكَلُ زَوْجٍ من حَتَّى مُشْكَلٍ برضا الوليِّ، فلَمَّا كَبِرا إذا الزَّوْجُ امرأةٌ والزَّوْجَةُ رجلٌ جازَ نكاحُهُما عندي؛ لأنَّ قولَهُ: تزَوَّجْتُكَ يَسْتَوِي من الجانيين، وفي صغيرين قال أبو أحدهما: زَوَّجْتُ بِنْتِي هذه إلخ، وقال "العنابي": لا يجوزُ، وفي "المنية": زَوَّجْتُ وتَزَوَّجْتُ يصلُحُ من الجانيين اه)).

(١) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين))، والمقولة [١١٢٣٩] قوله: ((لم يصح)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ معرباً إلى "القنية".

كناية؛ لما يأتي^(١) من أنه لا بد فيه من نية أو قرينة وفهم الشهود، لكن قيد في "الدرر"^(٢) عدم الاشتراط بما إذا عُلِمَا أن هذا اللفظ ينعقد به النكاح، أي: وإن لم يعلم حقيقة معناه، قال في "الفتح"^(٣): ((لو لقنت المرأة: زوّجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه، وقيل [٣/١١١/ب] والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق، وقيل: لا^(٤) كالبيع، كذا في "الخلاصة"^(٥)). ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقنته ولا يعلم معناه، وهذه من جملة مسائل الطلاق والعناق والتدبير والنكاح والخلع، فالثلاثة الأولى واقعة في الحكم، ذكره في عناق "الأصل" في باب التدبير، وإذا عُرِفَ الجواب قال "قاضي خان"^(٦): ينبغي أن يكون النكاح كذلك؛ لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يُعتبر لأجل القصد، فلا يشترط فيما يستوي^(٧) فيه الجِدُّ والهزل بخلاف البيع ونحوه، وأما في الخلع إذا لقنت: اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عِدَّتِي،

قوله: لكن قيد في "الدرر" عدم الاشتراط الخ وقال "الفتاوى": ((ولا يشترط العلم بالمعنى، سواء كان عربياً أو عجمياً، وسواء عُلِمَا أنه ينعقد به النكاح أو لا، وهذا قضاء، وأما ديانة فيلزم العلم)). وفي "العمادية": ((لا يصح عقد من العقود إذا لم يعلم معناه، وقيل: يصح الجميع، وقيل: إن كان مما يستوي جده وهزله يصح وإلا فلا، كالبيع. وقد اختار "الشارح" هذا القول اه))، من "السنيدي".

(١) "در" ص ٦٣.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح ٣٢٨/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٩/٣.

(٤) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الأول في جواز النكاح ق ٧٤/ب.

(٦) "الخانبة": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها

النكاح ٣٢٧/١ (هامش "الفتاوى الهندية") بتصريف.

(٧) ((فيما يستوي)) ساقطة من "٣".

إذ لم يَحْتَجْ لِنِيَّةٍ، به يُفْتَى.

(وإنما يصحُّ بَلْفَظٍ تزويجٍ ونكاحٍ) لأنهما صريحٌ.....

فقائتُهُ ولا تَعَلَّمُ معناه ولا أَنه لَفْظٌ خُلِعَ اِخْتَلَفُوا فِيهِ، قِيلَ: لا يَصِحُّ، وهو الصَّحِيحُ، قال "القاضي": وينبغي أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة، وكذا لو لُقِّنت أن تُبرِّئَهُ، وكذا المديون إذا لُقِّنَ ربُّ الدَّيْنِ لَفْظَ الإبراء لا يبرأ)) اهـ.

قلت: وفي فَهْمِ الشُّهُودِ اِخْتِلَافٌ تصحيحٌ كما سيأتي بيانه^(١).

[١١١٨٠] (قوله: إذ لم يَحْتَجْ لِنِيَّةٍ) بسكونِ ذالٍ ((إذ))، فالجملة تعليلٌ لما قبلها،

وضميرٌ ((يَحْتَجُّ)) لِـ((ما)).

[١١١٨١] (قوله: به يُفْتَى) صرَّحَ به في "البزازیة"^(٢)، وفي "البحر"^(٣): ((أَنْ ظاهِرُ كِلامِ

"التَّحْنِيسِ" يَفِيدُ تَرْجِيحَهُ)).

قلت^(٤): وهو مقتضى كلام "الفتح" المار^(٥)، وبه جزمٌ في معن "الملتقى"^(٦) و"الدرر"^(٧)

و"الوقاية"^(٨)، وذكرَ الشَّارِحُ في "شرحه"^(٩) على "الملتقى": ((أَنَّهُ اِخْتَلَفَ التَّصْحِيحُ فِيهِ)).

[١١١٨٢] (قوله: وإنما يصحُّ إلخ) اعلم أن الصَّريحَ يَتَعَقَّدُ به النِّكَاحُ بلا خِلافٍ، وغيره

على أربعة أقسامٍ: قسمٌ لا خِلافَ في الانعقادِ به عندنا بل الخِلافُ في خارجِ المذهب، وقسمٌ

(١) المقولة [١١١٩٢] قوله: ((بشرط نية أو قرينة إلخ)).

(٢) "البزازیة": كتاب النكاح - الفصل الأول في الآلة ١٠٩/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣.

(٤) ((قلت)) ساقطة من "الأصل".

(٥) المقولة [١١١٧٩] قوله: ((ولا بشرط إلخ)).

(٦) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ص ٢٣٨...

(٧) "الدرر": كتاب النكاح ٣٢٨/١.

(٨) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ١٦٢/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٩) "الدرر الملتقى": كتاب النكاح ٣١٨/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(وما) عداهما كنايةً،.....

فيه خلافٌ عندنا والصَّحِيحُ الانعقادُ، وقسمٌ فيه خلافٌ والصَّحِيحُ عدمُهُ، وقسمٌ لا خلافَ في عدمِ الانعقادِ به. فالأوَّلُ ما سيوى لفظي النكاح والتزويج من لفظِ الهبةِ والصَّدَقَةِ والتَّمْلِيكِ والجَعْلِ نحو: جَعَلْتُ بِنْتِي لَكَ بِالْفِءِ. والثاني نحو: بَعْتُ نَفْسِي مِنْكَ بِكَذَا أَوْ بِنْتِي، أَوْ اشْتَرَيْتُكَ بِكَذَا، فقالت: نعم، ونحو السَّلَمِ والصَّرْفِ والقَرْضِ والصِّلْحِ. والثالثُ كالإجازةِ والوصِيَّةِ. والرابعُ كالإباحةِ، والإحلالِ، والإعارةِ، والرهنِ، والتَّمَتُّعِ، والإقالةِ، والخُلْعِ، أفادَهُ في "الفتح" (١).

[١١١٨٣] (قوله: وما عداهما كناية الخ) في هذا التركيب إخراج المتن عن مدلوله من التصريح بجوازه بهذه الألفاظ، وأورد عليه: كيف [٣/١٢٣/١] صَحَّ بالكناية مع اشتراط الشهادة فيه، والكناية لا بدَّ فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها؟! قال "الزيلعي" (٢): ((قلنا: ليست بشرطٍ مع ذِكْرِ المهرِ، وذكر "السرخسي": أنها ليست بشرطٍ مطلقاً لعدم اللبس، ولأنَّ كلامنا فيما إذا صرَّحاً به ولم يبق احتمالاً)) اهـ. وللمحقق "ابن الهمام" فيه بحثٌ طويلٌ يأتي بعضُهُ قريباً (٣).

(قوله: والرهن الخ) جعله الرهن مما لا ينعقد به من غير خلافٍ يُعَالَفُهُ ما في "النهر" حيث حكى فيه قولين اهـ "سندي". ولعله لم يعتبر القول بالانعقاد فيه لعدم ظهور وجهه كما يأتي. (قوله: في هذا التركيب إخراج المتن عن مدلوله الخ) قد يقال: غير تركيب المتن للإشارة إلى أنه لا بُدَّ من أمرٍ زائدٍ عن هذه الألفاظ للانعقاد، كما هو الشأن في الكناية؛ فإنَّ إفادتها المعنى الكينائي تتوقف على أمرٍ زائدٍ على اللفظ. ومن الحكم عليها بأنها كناية يُستفادُ الانعقاد؛ فإنه لا معنى لكون اللفظ كنايةً عن شيءٍ إلا إفادته له، ففي كلامه فائدتان، وهذا أولى من الاختصار على فائدةٍ واحدةٍ وهي الانعقاد، فما سلكه "الشارح" أولى ممَّا فعله "المصنف"، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٥/٣ - ١٠٨.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٧/٢ بتصريف.

(٣) المقولة [١١١٩٢] قوله: ((بشرط نية أو قرينة الخ)).

وهو كلُّ لفظٍ (وُضِعَ لتَمْلِكُ عَيْنٍ) كاملةً، فلا يصحُّ بالشَّرِكَةِ (في الحَالِ) خَرَجَ الوصِيَّةُ غيرُ المقيِّدَةِ بالحَالِ.....

[١١١٨٤] (قوله: وهو كلُّ لفظٍ إلخ) أوردَ عليه في "البحر"^(١): ((أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالْفِظَائِرِ غَيْرِ مَا ذَكَرَ مِثْلَ: كَوْنِي امْرَأَتِي، وَقَوْلِهَا: عَرَّسْتُكَ نَفْسِي، وَقَوْلِهِ لِمَبَانِيَتِهِ: رَاجَعْتُكَ بِكَذَا، وَقَوْلِهَا لَهُ: رَدَدْتُ نَفْسِي عَلَيْكَ، وَقَوْلِهِ: صِرْتُ لِي أَوْ صِرْتُ لَكَ، وَقَوْلِهِ: تَبَّتْ حَقَنِي فِي مَنَافِعِ بُضْعِكَ))، وَذَكَرَ الْفِظَائِرَ أُخْرَى، وَ((أَنَّهُ يَنْعَقِدُ فِي الْكَلِّ مَعَ الْقَبُولِ))، ثُمَّ أَجَابَ: ((بِأَنَّ الْعَبْرَةَ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعْنَانِي حَتَّى^(٢) فِي النِّكَاحِ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ، وَهَذِهِ الْفِظَائِرُ تُؤَدِّي مَعْنَى النِّكَاحِ)). وَحَاصِلُهُ أَنَّ هَذِهِ الْفِظَائِرَ دَاخِلَةٌ فِي النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ لَفْظُهُ أَوْ مَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، تَأْمَلْ.

[١١١٨٥] (قوله: وُضِعَ لتَمْلِكُ عَيْنٍ) خَرَجَ مَا لَا يُفِيدُ التَّمْلِكَ أَصْلًا كَالرَّهْنِ وَالْوَدِيعَةِ، وَمَا يُفِيدُ تَمْلِكَ الْمَنْفَعَةِ كَالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةَ كَمَا يَأْتِي^(٣).

[١١١٨٦] (قوله: كاملةً) صرَّحَ بمفهومه بقوله: ((فَلا يَصِحُّ بِالشَّرِكَةِ))، قَالَ فِي "غَايَةِ الْبَيَانِ": ((وَكَذَا - أَي: لَا يَنْعَقِدُ - بِلَفْظِ الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ يُفِيدُ التَّمْلِكَ فِي الْبَعْضِ دُونَ الْكَلِّ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ إِذَا قَالَ: زَوَّجْتُكَ نِصْفَ حَارِبِي)).

[١١١٨٧] (قوله: خَرَجَ الوصِيَّةُ غيرُ المقيِّدَةِ بالحَالِ) بِأَنَّ كَانَتْ مُطْلَقَةً أَوْ مُضَافَةً إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، أَمَّا الْمَقْيِدَةُ بِالْحَالِ نَحْوُ: أَوْصَيْتُ لَكَ بِبُضْعِ ابْنَتِي لِلْحَالِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَجَائِزٌ كَمَا حَقَّقَهُ

(قوله: ثُمَّ أَجَابَ بِأَنَّ الْعَبْرَةَ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعْنَانِي إلخ) نَعَمْ وَإِنْ كَانَ الْعَبْرَةَ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعْنَانِي، وَهَذِهِ الْفِظَائِرُ تُؤَدِّي مَعْنَى النِّكَاحِ إِلَّا أَنَّهَا لَيْسَتْ صَرِيحَةً فِيهِ، كَلْفِظِهِ، وَلَيْسَتْ كِتَابَةً عَنْهُ بِالْمَعْنَى الَّذِي قَالَهُ وَهُوَ: ((مَا وَضِعَ لتَمْلِكُ إلخ)) فَلَمْ يَتِمَّ الْجَوَابُ.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٩٣/٣ - ٩٤ بتصرف.

(٢) ((حتى)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "در" ص ٦٤ وما بعدها.

في "الفتح"^(١)، وتبعه في "النهر"^(٢) قائلاً: ((وارتضاه غير واحد))، ومخالفهم في "البحر"^(٣): ((بأن المتمد ما أطلقه الشارحون من عدم الجواز؛ لأن الوصية مجاز عن التملك، فلو انعقد بها لكان مجازاً عن النكاح، والمجاز لا مجاز له كما في بيوع "العناية"^(٤)) اهـ. ونقل "الرملی" عن "المقدسي": ((أن قوله: إن المجاز لا مجاز له مردود، يعرف ذلك من طالع "أساس البلاغة"^(٥)) اهـ، أي: كما قرره في: رأيت مشفر زید من أنه مجاز بمرتبتين، وكذا في ﴿فَأَذْفَهَا اللَّهُ لِيَأْسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ﴾ [النحل- ١١٢].

قلت: لكن قول "المصنف" كغيره: ((وما وضع لتمليك العين في الحال)) لا يشمل الوصية؛ لأنها موضوعة لتمليك العين^(٦) بعد الموت، فإذا استعملت في تملك العين في الحال

قوله: ونقل "الرملی" عن "المقدسي" أن قوله: وأن المجاز لا مجاز له مردود (إخ) الرد صحيح إذا كان الفقهاء يقولون بصحة بناء المجاز على المجاز، كأهل البيان فيرد عليه بما قاله البيهقيون لموافقته لهم، وإلا فلا يتم الرد بكلامهم على الفقهاء خصوصاً والمسألة خلافية عند أهل البيان، تأمل. على أن ما نقله عن "العناية" دال على مخالفتهم لأهل البيان.

قوله: كما قرره في: رأيت مشفر زید (إخ) فإن المشفر اسم لشفة البعير فأريد به مطلق شفة، ثم أطلق على شفة زید، وشبه ما أصابهم بالشيء المر الشيع بقرينة الإذاعة، ثم شبهه باعتبار اشتماله عليهم بالثوب السابغ المشتعل على لابس، وأشار إلى التشبيه بلفظ لباس.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٨/٣ معزياً إلى الكرخي.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣.

(٤) لم نعر عليها في "العناية" بعد بحث طويل، ولعلها محرقة عن "النهاية"؛ إذ أصل المسألة في "النهاية" كما ذكر في "الفتاوى الهندية" ٢٧٢/١.

(٥) "أساس البلاغة": مادة ((شفر)) وهو لأبي القاسم محمود بن عمر، جار الله الخوارزمي الهمداني (ت ٥٣٨هـ).
(كشف الظنون ٧٤/١، بغية الوعاة ٢٧٩/٢، "الفوائد البهية" ص ٢٠٩-).

(٦) من ((في الحال)) إلى ((العين)) ساقط من "الأصل".

السيد "أبو السُّعود" في "حواشي مسكين"^(١)، قال: ((ويتفرَّغُ عليه ما ذكره "الأبياري"^٢ شارح "الكنز" في "شرحِه" لـ "الجامع الصَّغير"^(٣)) في شرح قوله عليه الصلاة والسلام: «احفظْ عورتكَ إلا من زوجكَ أو ما ملكتَ يمينك»^(٤)): ((مِن أنْ لِلزَّوْجِ أنْ يَنْظُرَ إلى فَرْجِ زوجتهِ وحَلْقَةِ ذُبْرِها بِخلافها، حيث لا تنظرُ إليه إذا منعها من النَّظَر)) اهـ، ونقله "ط"^(٥) وأقره.

والظاهر أن المراد: ليس لها إجبارُهُ على ذلك لا بمعنى أنه لا يَجِلُّ لها إذا منعها منه؛ لأنَّ من أحكام النِّكاح حلُّ استمتاع كلِّ منهما بالآخر، نَعَم له وطؤها جبراً إذا امتنعت بلا مانع شرعي، وليس لها إجبارُهُ على [١/٢٣/٣] الوطء بعدما وطئها مرَّةً وإنَّ وجبَ عليه ديانةٌ أحياناً على ما سيأتي^(٥)، تأمل.

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٣/٢.

(٢) المسمى "مواهب القدير" لفاقد بن مبارك الأبياري المصري (ت ١٠٦٦هـ) شرح "الجامع الصغير" للسيوطي ("إيضاح المكنون" ٦٠٢/٢، "مخلاصة الأثر" ٢٥٤/٣، "هدية العارفين" ٨١٤/١، "الأعلام" ١٢٥/٥ ووفاته فيه بعد ١٠٦٣هـ).

(٣) أخرجه أحمد ٣/٥ - ٤، وأبو داود (٤٠١٧) كتاب الحُمَام - باب ما جاء في التعرِّي، والترمذي (٢٧٦٩) كتاب الأدب - باب ما جاء في حفظ العورة، وقال: هذا حديث حسن، والنسائي في "الكبرى" (٨٩٧٢) كتاب عِشْرَةَ النساء - باب نظر المرأة إلى عورة زوجها، وابن ماجه (١٩٢٠) كتاب النكاح - باب التستر عند الجماع، والحاكم ١٨٠-١٧٩/٤ كتاب اللباس، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والطحاوي في "شرح مشكل الآثار" (١٣٨١) باب ستر العورة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٩/١ كتاب الطهارة - باب كون الستر أفضل إن كان خالياً و٢٢٥/٢ كتاب الصلاة - باب وجوب ستر العورة للصلاة وغيرها، وقد علق البخاري في "صحيحه" أصله بصيغة الجزم كتاب الغسل - باب من اغتسل عرياناً "الفتح": ٣٨٥/١. كلُّهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جدِّه مرفوعاً، وجدُّ بهز سمه: معاوية بن حيدة القشيري رضي الله عنه.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) المقولة [١٢٦٩٨] قوله: ((ويسقط حلقها مرة)).

من امرأة لم يَمْنَعُ من نكاحها مانع شرعي، فخرَجَ الذَّكَرُ والخِثْيُ المشكَلُ.....

[١١٠٩٧] (قوله: من امرأة إلخ) ((من)) ابتدائية، والأولى أن يقول: بامرأة، والمرادُ بها المحققة أنوثتها بقرينة الاحتراز بها عن الخِثْيِ، وهذا بيانٌ لمحلية العقد، قال في "البحر" (١) - بعد نقله عن "الفتح" (٢): "أَنَّ مَحَلِّيَّتَهُ الْأُنْثَى" (٣): ((والأولى أن يقال: إِنَّ مَحَلِّيَّتَهُ أَنْثَى محققة من بنات آدم ليست من المحرمات، وفي "العناية" (٤): محلة امرأة لم يَمْنَعُ من نكاحها مانع شرعي، فخرَجَ الذَّكَرُ للذَّكَرِ، والخِثْيُ مطلقاً، والجِئِيَّةُ للإنسي، وما كان من النساء محرماً على التأييد كالمحارم)) اهـ.

وبه ظهر أن المراد بالنكاح في قوله: ((لم يَمْنَعُ من نكاحها)) العقد لا الوطء؛ لأن المراد بيانُ محلية العقد، ولذا احتراز بالمانع الشرعي عن المحارم، فالمرادُ به المحرمية بنسب أو سبب كالمصاهرة والرضاع، وأما نحو الحيض والنفاس والإحرام والظهار قبل التكفير فهو مانع من حل الوطء لا من محلية العقد، فافهم.

[١١٠٩٨] (قوله: فخرَجَ الذَّكَرُ والخِثْيُ المشكَلُ) أي: أن إيراد العقد عليهما لا يُفيدُ ملك استمتاع الرجل بهما لعدم محليتهما له، وكذا على الخِثْيِ لامرأة أو لثليها، ففي "البحر" (٥) عن "الزَيْلَعِي" (٦): ((لو زَوَّجَهُ أبوه أو مولاه امرأة أو رجلاً لا يُحْكَمُ بصحِّهِ حتى يتبين حاله أنه رجل أو امرأة، فإذا ظهر أنه خلاف ما زُوِّجَ به تبين أن العقد كان صحيحاً، وإلا فباطل؛ لعدم مصادفة المحل، وكذا إذا زُوِّجَ خِثْيِ من خِثْيِ آخر لا يُحْكَمُ بصحِّهِ النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذَكَرٌ والآخر أنثى)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٠/٣.

(٣) في مطبوعة "البحر": ((إن كلية الأنثى))، وهو تحريف.

(٤) "العناية": كتاب النكاح ٩٩/٣ (هامش "فتح القدير").

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(٦) "تبيين الحقائق": ٢١٧/٦ - ٢١٨.

والوثنية^(١) لجواز ذكوريته^(٢)، والمحارم والجنينة وإنسان الماء لاختلاف الجنس،.....

فلو قال "الشارح": ((والخنثى المشكل مطلقاً)) لشمل الصور الثلاث، لكنه اقتصر على إفادة بعض أحكامه، وليس فيه إجمال، فافهم.

[١١٠٩٩] (قوله: والوثنية) ساقط من بعض النسخ، ووجد في بعضها قبل قوله: ((والخنثى))، والأولى ذكرها بعده لخروجها بالمانع الشرعي، وعبر بها تبعاً لتعبير "المصنف" في فصل المحرمات^(٣)، والأولى التعبير بالمشركة كما عبر به "الشارح" هناك^(٤).

[١١١٠٠] (قوله: والمحارم) هذا خارج بالمانع الشرعي أيضاً، وكذا قوله: ((والجنينة وإنسان الماء)) بقرينة التعليل باختلاف الجنس؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾ [النحل-٧٢] بين المراد من قوله: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء-٣]، وهو الأنثى من بنات آدم، فلا يثبت حل غيرها بلا دليل، ولأن الجن يتشكلون بصور شتى، فقد يكون ذكراً [٣/٢٠٣ب] تشكل بشكل أنثى، وما قيل - من أن من سأل عن جواز التزوج بها يصفح لجهله وحماقته؛ لعدم تصور ذلك - بعيد؛ لأن التصور ممكن؛ لأن تشكلهم ثابت

(قوله: لأن قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾ بين المراد من قوله: ﴿فَأَنْكِحُوا﴾ (الخ) قلت: لكنه - أي: الاستدلال بالآية الأولى وحدها - استدلال بمفهوم الصفة، وهو ليس بحجة عندنا كما تقرر في الأصول، وحينئذ يحتاج للدليل. وقد يقال: الأصل في الفروج الحرمة إلا أن الشارع أذن في نكاح الإناث من بني آدم بقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ الآية، والنساء اسم للإناث من بني آدم خاصة، كما في "أكام المرجان" اهـ "سندي".

(١) عبارة "د" و "و": ((والوثنية والخنثى المشكل))، وهي الأصح كما يدل عليه سياق "الدر".

(٢) في "د" و "و": ((ذكوريته)).

(٣) "در" ص ١٤٩ -.

(٤) "در" ص ٩٦ -.

وأجاز "الحسن" نكاح الجنية بشهود، "قنية"^(١).....

بالأحاديث^(٢) والآثار والحكايات الكثيرة، ولذا ثبت النهي^(٣) عن قتل بعض الحيات كما مر^(٤) في مكروهات الصلاة، على أن عدم تصور ذلك لا يدل على حماقة السائل كما قاله في "الأشباه"^(٥)، وقال: ((ألا ترى أن "أبا الليث" ذكر في "فتاويه": أن الكفار لو ترسوا بنبي من الأنبياء هل يُرمى؟ فقال: يُسأل ذلك النبي؟ ولا يُصور ذلك بعد رسولنا ﷺ، ولكن أجاب على تقدير التصور، كذا هذا)) اهـ، ومما ذلك في رسالتنا^(٦) المسماة "سلّ الحسام الهندي لنصرة سيدنا خالد النقشبندي"^(٧).

(تنبيه)

في "الأشباه"^(٨) عن "السراجية"^(٩): ((لا تجوز المناكحة بين بني آدم والجن وإنسان الماء لاختلاف الجنس)) اهـ.

ومفاد المفاعلة أنه لا يجوز للجن أن يتزوج إنسية أيضاً، وهو مفاد التعليل أيضاً.
[١١١٠١] (قوله: وأجاز "الحسن") أي: البصري ﷺ كما في "البحر"^(١٠)، والأولى التقييد به لإخراج "الحسن بن زياد" تلميذ "الإمام" ﷺ؛ لأنه يُتهم من إطلاقه هنا أنه رواية في المذهب،

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يجوز من الأنكحة ق ٣٤/ب معزياً إلى الشيخ أبي حامد رحمه الله تعالى.

(٢) تقدم تخريجه ٢٤٦/٦.

(٣) تقدم تخريجه ١٧٩/٤.

(٤) المقولة [٥٤٩٢] قوله: ((فالأولى الخ)).

(٥) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث - أحكام الجنان ص ٣٨٩.

(٦) انظر "مجموعة رسائل ابن عابدين": ٢٩٦/٢.

(٧) هو أبو البهاء خالد بن أحمد بن حسين، ضياء الدين النقشبندي الشهرزوري الشافعي (ت ١٢٤٢هـ). ("حلية البشر" ٥٨٧/١، "منتخبات التواريخ" ٦٥٢/٢، "أعيان دمشق" ص ٩٨).

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث - أحكام الجنان ص ٣٨٩.

(٩) "الفتاوى السراجية": كتاب النكاح - باب نكاح المحارم ٢٠٨/٢ (هامش "فتاوى قاضيخان").

(١٠) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(قصدًا) خَرَجَ مَا يُفِيدُ الْحِلَّ ضِمْنًا كَشْرَاءِ أَمَةٍ لِلتَّسْرِي.....

وليس كذلك، "ط" (١). لكنه نقل بعده عن "شرح المتقنى" (٢) عن "زواهر الجواهر" (٣):

((الأصحُّ أنه لا يصحُّ نكاحُ أدميٍّ جنيبةً كعكسِهِ لاختلاف الجنس، فكانوا كبقية

الحيوانات)) اهـ. ويُحتملُ أن يكونَ مقابلُ الأصحِّ قولُ "الحسن" المذكور، تأمل.

٢٥٩/٢

[١١١٠٢] (قوله: قصدًا) حالٌّ من ضميرِ ((يفيدُ))، ووقوعُ المصدرِ حالاً - وإنْ كَثُرَ -

سماعيٌّ، "ط" (٤).

[١١١٠٣] (قوله: كِشْرَاءِ أَمَةٍ) فإنَّ المقصودَ فيه مِلْكُ الرِّقْبَةِ، وجِلُّ الاستمتاعِ ضمينيٌّ،

ولذا تخلفَ في شراءِ المحرِّمةِ نسباً أو رضاعاً أو اشتراكاً، "ح" (٥).

[١١١٠٤] (قوله: لِلتَّسْرِي) خصَّصَهُ بالذكرَ لأنَّهُ لو اشترَّها لا لِلتَّسْرِي كانَ جِلُّ

الاستمتاعِ ضمينيّاً بالأولى، ولو قال: ولو لِلتَّسْرِي لكانَ أظهرَ، وكلامُ "البحر" يدلُّ عليه

حيث قال (٦): ((ومِلْكُ المتعةِ ثابتٌ ضمناً وإنْ قصَّدهُ المشتري))، "ح" (٧).

(قوله: حالٌّ من ضميرِ يفيدُ إلخ) الأظهرُ جعلُهُ حالاً من مِلْكِ المتعةِ.

(قولُ "الشارح": كِشْرَاءِ أَمَةٍ لِلتَّسْرِي) فإنَّ المقصودَ فيه مِلْكُ الرِّقْبَةِ، ومِلْكُ المتعةِ ثبتَ ضمناً، وإنْ

قصَّدهُ المشتري فقصَّدهُ لا يُخْرِجُ اللَّفْظَ عن موضوعه.

(١) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٢) "الدر المتقنى": كتاب النكاح - باب المحرمات ١/٣٢٢ (هامش "جمع الأنهر").

(٣) تقدمت ترجمته ٦١٩/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٥.

(٧) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(و) عند أهل الأصول واللغة^(١) (هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد) فحيث جاء في الكتاب أو السنة.....

[١١١٠٥] (قوله: وعند أهل الأصول واللغة إلخ) حاصله: أن ما قدمه^(٢) "المصنف" معنى عربيًا للفقهاء، وما ذكره هنا معناه شرعاً ولغة؛ لأن أهل الأصول يبحثون عن معنى النصوص الشرعية، فلا تنافي بين كلامي "المصنف"، قال في "البحر"^(٣): ((قد تساوى في هذا المعنى اللغة والشرع))، أفاده "ط"^(٤).

[١١١٠٦] (قوله: مجاز في العقد) وقيل بالعكس، ونسب الأصوليون إلى "الشافعي" رحمه الله [٣/٣]، وقيل: مشترك لفظي فيهما، وقيل: موضوع للضم الصادق بالعقد والوطء، فهو مشترك معنوي، وبه صرح مشايخنا أيضاً، "بجر"^(٥). اهـ "ح"^(٦).
والصحيح أنه حقيقة في الوطء كما في "شرح التحرير"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وعند أهل الأصول واللغة إلخ، قال الشرنبلالي: اختلف في معناه لغة على أربعة أقوال: الأول: ما ذكره المصنف وعليه أكثر المشايخ، وقيل: مشترك بين الوطء والعقد اشتراكاً لفظياً، وقيل: حقيقة في اللفظ مجاز في الوطء، ونسب الأصوليون إلى الشافعي، وقيل: حقيقة في الضم، صرح به مشايخنا أيضاً، وقال الكمال: لا منافاة بين كلامهم؛ لأن الوطء من أفراد الضم به، والموضوع للأعم حقيقة في كل فرد من أفراد كإنسان في [زيد] فهو من قبيل المشترك المعنوي، انتهى. وعارضه صاحب البحر بما لم يرضه شيخنا رحمه الله تعالى انتهى)). ق ١٤٩/ب.
(٢) "در" ص٧..

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٨٢/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٧) "التقرير والتحبير": المقالة الأولى - الفصل الخامس: المفرد باعتبار استعماله ينقسم إلى حقيقة ومجاز - مسألة: يتعين

على الخلفية تعين الحقيقة والمجاز إذا أمكننا بلا مرجح ٣٢/٢.

(كَهْبِيَّةٌ وَتَمْلِيكٌ وَصَدَقَةٌ) وَعَطِيَّةٌ، وَقَرْضٌ،

كانت مجازاً، فلم يصحَّ بها النِّكاحُ بناءً على أنها لم توضع للتَّمليكِ في الحال، لا بناءً على أنها [٣/١٢٠ب] مجازُ الجِازِ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَجَابَ بِأَنَّ قَوْلَهُمْ: وَضِعَ بِمَعْنَى اسْتُعْمِلَ، فَيَشْمَلُ الْحَقِيقَةَ وَالْجِازَ، أَوْ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْجِازَ مَوْضِعٌ بِالْوَضْعِ النَّوْعِيِّ كَمَا أَوْضَحَهُ شَارِحُ "التَّحْرِيرِ"^(١) فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ الْخَامِسِ، فَتَأَمَّلْ.

[١١١٨٨] (قَوْلُهُ: كَهْبِيَّةٌ) أَي: إِذَا كَانَتْ عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْمَنْكُوحَةَ إِمَّا أَمَةٌ أَوْ حُرَّةٌ: فَإِذَا أُضِيفَ إِلَيْهَا إِلَى الْأُمَّةِ - بِأَنَّ قَوْلَ الرَّجُلِ: وَهَبْتُ أُمَّتِي هَذِهِ مِنْكَ - فَإِنْ كَانَ الْحَالُ يَدُلُّ عَلَى النِّكَاحِ مِنْ إِحْضَارِ شَهْوَدٍ وَتَسْمِيَةِ الْمَهْرِ مُعْجَلًا وَمُؤَجَّلًا وَنَحْوِ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْحَالُ دَلِيلًا عَلَى النِّكَاحِ فَإِنْ نَوَى النِّكَاحَ وَصَدَّقَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ فَكَذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى النِّكَاحِ بِقَرِينَةِ النِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ يَنْصَرِفُ إِلَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ.

وَإِنْ أُضِيفَتْ إِلَى الْحُرَّةِ فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ مِنْ غَيْرِ هَذِهِ الْقَرِينَةِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ قَبُولِ الْحَمْلِ لِلْمَعْنَى الْحَقِيقِيِّ - وَهُوَ الْمِلْكُ لِلْحُرَّةِ - يُوجِبُ الْحَمْلَ عَلَى الْجِازِ، فَهُوَ الْقَرِينَةُ، فَإِنْ قَامَتِ الْقَرِينَةُ عَلَى عَدَمِهِ لَا يَنْعَقِدُ، فَلَوْ طَلَبَ مِنْ امْرَأَةِ الزَّانَا، فَقَالَتْ: وَهَبْتُ نَفْسِي مِنْكَ، فَقَالَ الرَّجُلُ: قَبِلْتُ لَا يَكُونُ نِكَاحًا كَقَوْلِ أَبِي الْبَنْتِ: وَهَبْتُهَا لَكَ لِتَعْدِمَكَ فَقَالَ: قَبِلْتُ، إِلَّا إِذَا أَرَادَ بِهِ النِّكَاحَ، كَذَا فِي "الْبَحْرِ"^(٢)، "ط"^(٣).

[١١١٨٩] (قَوْلُهُ: وَقَرْضٌ إِخ) قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((وَفِي الصَّرْفِ وَالْقَرْضِ وَالصُّلْحِ وَالرَّهْنِ

(١) "التفريز والتجيز": المقالة الأولى - الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة ومجاز - مسألة: واعلم أن الوضع يكون لقاعدة كلية إخ ٤/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣ معزياً إلى "الخانية".

(٣) "ط": كتاب النكاح ٩/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/١.

قولان، وينبغي ترجيح انعقاده بالصرف عملاً بالكيفية؛ لما أنه يُفيد^(١) ملك العين في الجملة، وبه يترجح ما في "الصيرفية" من تصحيح انعقاده بالقرض وإن رجح في "الكشف"^(٢) وغيره عدمه، وجزم "السرخسي"^(٣) بانعقاده بالصلح والعطية، ولم يحك "الإتقاني" (غيره) اهـ، وسيأتي^(٤) الكلام على الرهن.

لكن قوله: ((و لم يحك "الإتقاني" غيره)) سبق قلم، فإن الذي ذكره "الإتقاني" في "غاية البيان": ((أنه لا ينعقد بالصلح))، وهكذا نقله عنه في "البحر"^(٥)، وعزاه في "الفتح"^(٦) إلى "الأجناس"، ثم نقل كلام "السرخسي".

قلت: وينبغي التفصيل والتوفيق بأن يقال: إن جعلت المرأة بدل الصلح يصح، مثل أن يقول أبو البنت لدائيه مثلاً: صالحتك عن ألفك التي لك علي بنيتي هذه، وإن جعلت مُصالحاً عنها - بأن قال: صالحتك عن بنتي بالف - لا يصح، وعليه يحمل كلام "غاية البيان"، بدليل أنه علله بقوله: ((لأن الصلح حطيطة وإسقاط للحق)) اهـ.

ولا يخفى أن الإسقاط إنما هو بالنسبة [١٣/٣] للمصالح عنه، والمقصود ملك المتعة

(قوله: لما أنه يُفيد ملك العين في الجملة، وبه يترجح إلخ) وسيذكر "المصنف" في فصل في القرض: أن المستقرض يملك القرض بنفس القبض عندهما خلافاً للثاني؛ حيث قال: ((لا يملكه ما دام قائماً)) اهـ. فانعقاد النكاح به وعدمه مبني على هذا الخلاف.

(قوله: ولا يخفى أن الإسقاط إنما هو بالنسبة إلخ) هو وإن أفاد الإسقاط للمصالح عنه إلا أنه بالنسبة لاخذ البذل لا لدافعه؛ فإنه يُفيد الملك في المصالح عنه له فيظهر من هذا ترجيح الانعقاد به وإن جعلت مُصالحاً عنه.

(١) في "ب": ((بفيدة)).

(٢) "كشف الأسرار": لعبد العزيز البخاري، باب أحكام الحقيقة والمجاز والصريح والكناية ١٢١/٢.

(٣) "المسوط": كتاب الصلح - باب الصلح في العقار ١٦٠/٢٠ بتصرف.

(٤) المقولة [١١١٩٥] قوله: ((ورهن)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٨/٣.

وسَلِّم، واستسحار، وصلح، وصرف^(١)،

من المرأة لا إسقاطه، فلذا لم يصح، أما بدل الصلح فالمقصود ملكه أيضاً، فيصح به ملك المتعة. هذا، ولم أر من تعرض للخلاف في العطيّة مثل قوله: هي لك عطيةً بكذا؛ لأنه بمنزلة الهبة، وقد أفنى به في "الخيرية"^(٢)، وأما لفظ: أعطيتك بنتي بكذا - كما هو الشائع عند الأعراب^(٣) والفلاحين - فيصح به العقد كما قدمناه^(٤) عن "الفتح" عن "شرح الطحاوي"، ويقع كثيراً أنه يقول: جئتك خاطباً ابنتك لنفسي، فيقول أبوها: هي جارية في مطبخك، فيبغى أن يصح إذا قصد العقد دون الوعد أخذاً مما قدمناه آنفاً^(٥) عن "البحر" في: وهبتها لك لتخدمك، ويؤيده ما في "الذخيرة": ((إذا قال: جعلت ابنتي هذه لك بالف صرح؛ لأنه أتى بمعنى النكاح، والعيرة في العقود للمعاني دون الألفاظ)) اهـ.

(١١١٩٠) (قوله: وسَلِّم واستسحار) هذا إذا جعلت المرأة رأس مال السَلِّم أو جعلت أجرة، فيتعقد إجماعاً، أما إن جعلت مسلماً فيها فقيل: لا يتعقد؛ لأن السَلِّم في الحيوان لا يصح، وقيل: يتعقد؛ لأنه لو اتصل به القبض يفيد ملك الرقبة ملكاً فاسداً، وليس كل ما يفسد الحقيقي يفسد مجازيه، ورجحه في "الفتح"^(٦)، وهو مقتضى ما في المتون، وإن لم تجعل

(قوله: وهو مقتضى ما في المتون إلخ) فيه أن المتون ناطقة بالانقضاء بما وُضِع لتمليك العين، والسَلِّم موضوع لتعليك الدين بالنسبة للمسلم فيه لا العين.

(١) عبارة "د": ((وقرض وصلح وصرف وعطية وسلم واستسحار))، وعبارة "و": ((وعطية وسلم واستسحار وقرض وصلح وصرف)).

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢٠/١.

(٣) في "الأصل": ((العرب)).

(٤) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم ينو الاستقبال)).

(٥) المقولة [١١١٨٨] قوله: ((كهبة)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٧/٣ تصرف.

وكل ما تملك به الرقاب بشرط نية أو قرينة، وفهم الشهود المقصود.....

أجرة كقوله: أجزتكم^(١) ابنتي بكذا فالصحيح أنه لا ينعقد؛ لأنها لا تفيد ملك العين، أفاده في "البحر"^(٢).

(قوله: وكل ما تملك به الرقاب) كالجعل والبيع والشراء، فإنه ينعقد بها كما مر^(٣).

(قوله: بشرط نية أو قرينة إلخ) هذا ما حققه في "الفتح" ردًا على ما قدمناه^(٤) عن "الزيلعي" - حيث لم يجعل النية شرطاً عند ذكر المهر - وعلى "السرخسي" حيث لم يجعلها شرطاً مطلقاً.

وحاصل الرد: ((أن المختار أنه لا بد من فهم الشهود المراد، فإن حكم السامع بأن المتكلم أراد من اللفظ ما لم يوضع له لا بد له من قرينة على إرادته ذلك، فإن لم تكن فلا بد من إعلام الشهود بمراجه، ولذا قال في "الدراية" - في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجزؤه - : أن يقول: أجزت بنتي ونوى به النكاح وأعلم الشهود اه، بخلاف قوله: بعثت بنتي، فإن عدم قبول المحل للبيع يوجب الحمل على المجازي، فهو قرينة يكتفي بها الشهود، حتى لو كانت المعقود عليها أمة لا بد من قرينة [١٣٣/ب] زائدة تدل على النكاح من إحصار الشهود وذكر المهر مؤجلاً أو معجلاً، وإلا فإن نوى وصدقه الموهوب له صح، وإن لم ينو

(قوله: وحاصل الرد أن المختار أنه لا بد من فهم الشهود إلخ) هذا الحاصل شيء آخر؛ فإنه إنما يفيد أنه لا بد من فهم الشهود المراد على وجه ما ذكره، ولا دلالة فيه على الرد عليهما؛ إذ فهمهم شيء آخر غير النية.

(١) ((أجزتكم)) ساقط من "٣".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ - ٩٢، وعزا النقل وتصحيحه في مسألة الأجرة إلى "الفتاوى الظهيرية".

(٣) المقولة [١١١٨٢] قوله: ((وإنما يصح إلخ)).

(٤) المقولة [١١١٨٣] قوله: ((وما عداهما كناية إلخ)).

(لا) يصحُّ (بَلْفَظِ إِجَارَةٍ) ^(١) براءٍ أو بزايٍ (وَإِعَارَةٍ وَوَصِيَّةٍ) ^(٢)

انصرفَ إلى مِلْكِ الرَّقْبَةِ كما في "البدائع" ^(٤). والظاهرُ أنه لا بدُّ مع النية من إعلامِ الشهود، وقد رجَعَ "شمس الأئمة" إلى التحقيق حيث قال: ولأنَّ كَلَامَنَا فيما إذا صرَّحاً به ولم يبقَ احتمالٌ)) اهـ، هذا حاصلُ ما في "الفتح" ^(٥).

وملخصه: أنه لا بدُّ في كُنَايَاتِ النِّكَاحِ من النية مع قرينة أو تصديق القابل للموجب وفهم الشهود المراد أو إعلامهم به.

[١١١٩٣] (قوله: بَلْفَظِ إِجَارَةٍ) أي: في الأصحُّ كذا: أحرَّتكَ نفسي بكذا بخلاف لفظ الاستحجار، بأن جعلت المرأة بدلاً مثل: استأجرتُ داركُ بنفسي أو بينتي عند قصد النكاح كما مرَّ بيانه ^(٦)، وغيرَ هناك بالاستحجار وهنا بالإجارة إشارة للفرق المذكور، فلا تكرر، فافهم.

[١١١٩٤] (قوله: وَوَصِيَّةٍ) أي: غير مقيَّدة بالحال كما مرَّ ^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولا يصحُّ بلفظ الإجارة، أقول: حكى عن الكرخي أنه قال: ينعقد بلفظ الإجارة؛ لأنَّ المملوك بالنكاح منفعة البضع، والإجارة وضعت لتمليك المنفعة، والأصحُّ أنه لا ينعقد لأنَّ الإجارة ما وضعت لتمليك البضع، وإنما وضعت لتمليك المنفعة وقتاً، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبداً. قال الإمام السرخسي في شرح الكافي - في صوره -: الانعقاد بلفظ الإجارة أن يقول إنسانٌ لآخر: أحررتُ ابنتي منك، ونوى به الكناية، وأثلمَ الشهود الذين حضروا ذلك، وأما إذا جعل الحرَّة أجرةً في الإجارة بأن قال إنسانٌ لآخر: استأجرتُ داركُ منك بابنتي هذه، وقيل الآخر، ينبغي أن ينعقد النكاح؛ لأنه روي عن محمد أنه قال: كلُّ لفظٍ تملك الرقاب به ينعقد به النكاح، وهذا كذلك، انتهى. كذا ذكره ابن كمال ويعقوب باشا في شرحه وحاشيته)). ق. ١٥٠/ب.

(٢) في "و": ((إجارة)).

(٣) في "د" زيادة: ((قوله: ووصية، أقول: هذا إذا أطلق أو أضاف إلى ما بعد الموت، أمَّا لو قال: أوصيت لك بابنتي في الحال وذلك بحضور من الشهود، ويقول الرجل: قبلت، ينعقد النكاح، كذا في النهاية وغيرها.))

ولا يخفى أنه على هذا في لفظ المحصر كلام، وهو أنه ينعقد النكاح في الصورة المذكورة مع عدم ما وضع لتمليك العين حالاً، لأنَّ التمليك في الحال لهما مجاز بقرينة الحال إلا أن يثنى الكلام على ثبوت الوضع في الجاز، ويُراد من الوضع هنا أعمُّ منها، لكنه في غاية البعد، فليتأمل. كذا ذكره يعقوب باشا في حاشيته على أصل الشرعة)). ق. ١٥٠/ب.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ٢/٢٣١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٢/١٠٦.

(٦) المقولة [١١١٩٠] قوله: ((وسلم واستحجار)).

(٧) "در" ص ٥٨.

ورهنٍ ووديعَةٍ ونحوها مما لا يُفيدُ المِلْكَ، لكنْ تُثبِتُ به الشُّبْهَةُ فلا يُحَدُّ، ولها الأقلُّ من المسمَّى ومهرِ المثلِّ، وكذا تُثبِتُ بكلِّ لفظٍ لا ينعقدُ به النكاحُ، فليحفظ.....

[١١١٩٥] (قوله: ورهن) فيه اختلافُ المشايخ كما في "البنية"^(١)، ورجَّحَ في "الولوالجية"^(٢) ما هنا من عدم الصَّحَّة، ولعلَّ ابنَ الممام" لم يعتبرِ القولَ الآخرَ لعدم ظُهورِ وجهِهِ، فعَدَّ الرهنَ مِن قسمٍ ما لا خلافَ في عدم الصَّحَّةِ به؛ لأنَّهُ لا يُفيدُ المِلْكَ أصلاً.

[١١١٩٦] (قوله: ونحوها) كإباحةٍ وإحلالٍ وتمتعٍ وإقالةٍ وخلعٍ كما قدَّمناه^(٣) عن "الفتح"، لكنْ ذَكَرَ في "النهر"^(٤): ((أنه ينبغي أن يُفيدَ الأخيرُ بما إذا لم تُجْعَلْ بدلَ الخلعِ، فإنْ جُعِلَتْ - كما إذا قال أجنبيٌّ: اخلعْ زوجتكَ بيني هذه قبيلَ - صحَّ أخذًا من مسألةِ الإجارة)).

[١١١٩٧] (قوله: لكنْ تُثبِتُ به) أي: بنحوِ المذكوراتِ.

[١١١٩٨] (قوله: وكذا تُثبِتُ بكلِّ لفظٍ لا ينعقدُ به النكاحُ) هذا ساقطٌ من بعضِ النسخِ، وهو الأحسنُ، ولذا قال "ح"^(٥): ((إنه مكرَّرٌ مع قوله: لكنْ تُثبِتُ به الشُّبْهَةُ، مع أنَّ قوله: بكلِّ لفظٍ لا ينعقدُ به النكاحُ شاملٌ للفظِ لا دخلَ له أصلاً كقوله لها: أنتِ صديقتي، فقالت: نعم، فإنه يصدُقُ عليه أنه لفظٌ لا ينعقدُ به النكاحُ، ومع ذلك لا تُثبِتُ به الشُّبْهَةُ^(٦)) بخلافِ العبارةِ الأولى، فإنها وَقَعَتْ بياناً لنحوِ المذكوراتِ في "المتن"، فتخصَّصُ بكلِّ لفظٍ يفيدُ المِلْكَ ولا ينعقدُ به النكاحُ)) اهـ.

(قوله: فتخصَّصُ بكلِّ لفظٍ يفيدُ المِلْكَ إلخ) فيه حذفُ ((لا)) النافية، وهي ثابتةٌ في "ط"، والظَّاهرُ أنَّ الأصوبَ ما فعلهُ "المُحسِّي"، وأنَّ المرادَ ما يفيدُ المِلْكَ في الجملةِ، وعلى إثباتها يدخلُ: أنتِ صديقتي، تأمل.

(١) "البنية": كتاب النكاح ٤/٤٨٦.

(٢) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في الخلوة وحرمة المصاهرة والنسب، والألفاظ التي ينعقد بها النكاح ١/٥٥ ب.

(٣) المقولة [١١١٨٢] قوله: ((وإنما يصحُّ إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/١ بتصريف، وذكر: أنَّ هذا هو الأصح.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٣ ب.

(٦) عبارة "ح": ((ومع ذلك لا تُثبِتُ به الشُّبْهَةُ ولا يندري به الحدُّ عنه)).

(والفاظٍ مصحفةٍ ك: تَجَوَّزْتُ) لصدوره لا عن قصدٍ صحيح، بل عن تحريفٍ وتصحيفٍ، فلم تكن^(١) حقيقةً ولا مجازاً لعدم العلاقة بل غلطاً، فلا اعتبار به أصلاً،

مطلب: هل ينعقد النكاح بالألفاظ المصحفة نحو: تَجَوَّزْتُ؟

[١١١٩٩] (قوله: وألفاظٍ مُصحفةٍ) من التصحيف، وهو تغيير اللفظ حتى يتغير المعنى المقصود من الوضع كما في "المصباح"^(٢)، وفي "المغرب"^(٣): ((التصحيف أن يُقرأ الشيء على خلاف [١٤٣/٣] ما أراده كاتبه، أو على غير ما اصطَلَحُوا عليه)).

[١١٢٠٠] (قوله: ك: تَجَوَّزْتُ) أي: بتقديم الجيم على الزاي، قال في "المغرب"^(٤): ((جازَ المكانَ وأجازَه وجاوَزَه^(٥)) وتجاوزَه إذا سارَ فيه وخلفه، وحققته: قطعَ جَوَزه، أي: وَسَطَه، ومنه: جازَ البيعُ أو النكاحُ إذا نفذَ، وأجازَه القاضي إذا نفذَه وحكمَ به، ومنه الهجيزُ: الوكيلُ أو^(٦) الوصيُّ؛ لتنفيذِه ما أمرَ به، وجوزَ الحكم: رآه جائزاً، وتجويزُ الضرابِ الدرهم: أن يجعلها رائحةً جائزةً، وأجازَه بمجازةٍ سنيةٍ إذا أعطاه عطيةً، ومنها جوائزُ الوفودِ للتحفِ واللطفِ، وتجاوزَ عن المسيءِ وتجوَّزَ عنه: أغضى عنه وعفا، وتجوَّزَ في الصلاة: ترخَّصَ فيها وتساهلَ، ومنه: تجوَّزَ في أخذِ الدرهم)) اهـ ملخصاً.

[١١٢٠١] (قوله: لصدوره لا عن قصدٍ صحيح) أشار به إلى الفرق بينه وبين انعقاده

(قوله: من التصحيف وهو: تغيير اللفظ إلخ) والمراد هنا الخطأ مطلقاً، أعم من أن يكون تحريفاً أو تصحيفاً؛ وذلك أن ما كان من الغلط في النقط يُسمى تصحيفاً، ك: خبيرٍ بمعنى عليم، وخبيرٍ بالمهملة بمعنى الحرير، وما كان في الشكل يُسمى تحريفاً، ك: سليمٍ مكبراً، أو سليمٍ مُصغراً اهـ "سندي".

(١) في "د" و "و": ((يكن)).

(٢) "المصباح": مادة ((صحف)) بتصرف يسير.

(٣) "المغرب": مادة ((صحف)).

(٤) "المغرب": مادة ((جوز)).

(٥) ((وجاوزه)) ساقطة من "ج".

(٦) في "م" بالواو بدل ((أو)).

"تلويح"

بلفظٍ أعجميٍّ بأنَّ اللُّغةَ الأعجميَّةَ تصدرُ عمَّن تكلمَ بها عن قصدٍ صحيحٍ بخلافِ لفظِ التَّجويزِ، فإنَّه يصدرُ لا عن قصدٍ صحيحٍ، بل عن تحريفٍ وتصحيفٍ، فلا يكونُ حقيقةً ولا مجازاً، "منح" (١) ملخصاً. والتَّحريفُ: التَّغييرُ، وهو المرادُ بالتَّصحيفِ كما مرَّ (٢).

[١١٢٠٢] (قوله: "تلويح") ليس مرادُه عزوُّ المسألةِ إلى "التلويح"، بل عزوُّ مضمونِ التعليلِ؛ لأنها غيرُ مذكورةٍ فيه ولا في غيرهٍ من الكتبِ المتقدمة، وإنما ذكرها "المصنّف" في "متنه"، وذكرَ في شرحه "المنح" (٣): ((أنه كثر الاستفتاءُ عنها في عامَّةِ الأمصار))، وأنه كتبَ فيها رسالةً حاصلها: ((اعتمادُ عدمِ الانعقادِ بهذا اللفظِ؛ لأنه لم يُوضَعْ لتمليكِ العينِ للحال، وليس لفظُ نكاحٍ ولا تزويجٍ، وليس بينه وبين ألفاظِ النكاحِ علاقةٌ مُصححةٌ للمجازيةِ عنها كما استُعيرَ لفظُ الهبةِ والبيعِ للنكاحِ، ومن ثمَّ صرَّحوا بأنه لا ينعقدُ بلفظِ الإحلالِ والإجارةِ والوصيةِ؛ لعدمِ صحَّةِ الاستعارة، ولا يصحُّ قياسُ ذلك على اللُّغةِ الأعجميَّةِ لعدمِ القصدِ الصَّحيحِ)) كما مرَّ (٤)، ثمَّ استشهدَ لذلك بما ذكره المحقِّقُ "السَّعدُ التفتازانيُّ" في بحثِ الحقيقةِ والمجازِ من "التلويح" (٥)، وهو: ((أنَّ اللفظَ المستعملَ استعمالاً صحيحاً جارياً على القانونِ إمَّا حقيقةً أو مجازاً؛ لأنه إن استعملَ فيما وُضِعَ له فحقيقةً، وإن استعملَ في غيرهٍ فإنَّ كان لعلاقةً بينه وبين الموضوعِ له فمجازاً، وإلا فمُرتجلاً، وهو أيضاً من قسمِ [٣/١٤ب] الحقيقةِ؛ لأنَّ الاستعمالَ الصَّحيحَ في الغيرِ بلا علاقةٍ وضعَّ جديدٌ، فيكونُ اللفظُ مُستعملاً فيما وُضِعَ له، فيكونُ حقيقةً، وقيدنا الاستعمالَ بالصَّحيحِ احترازاً عن الغلطِ مثل: استعمالِ لفظِ الأرضِ في السَّماءِ من غيرِ قصدٍ إلى وضعِ جديدٍ)) اهـ.

(١) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١١٣/ب.

(٢) المقولة [١١١٩٩] قوله: ((والفاظ مصحفة)).

(٣) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١١٣/أ بتصرف يسير.

(٤) المقولة [١١٢٠١] قوله: ((لصدوره لا عن قصدٍ صحيح)).

(٥) "شرح التلويح على التوضيح": الباب الأول - التقسيم الثاني: في استعمال اللفظ في المعنى في الحقيقة والمجاز والمرجّل

والمقول ٦٩/١ بتصرف.

نعم لو اتَّفَقَ قومٌ على النُّطقِ بهذه الغلطةِ وصَدَرَتْ عن قَصدٍ كان ذلكَ وضِعاً جديداً فيصحُّ، به أفتى "أبو السُّعود"^(١).....

[١١٢٠٣] (قوله: نَعَمْ إلخ) هذا ذكره "المصنّف" أيضاً، حيث قال^(٢) عقب عبارة "التلويح" المذكورة: ((نَعَمْ لو اتَّفَقَ قومٌ على النُّطقِ بهذه الغلطةِ بحيث إنهم يَطْلُبُون بها الدلالة على حِلِّ الاستمتاع، وتصدُرُ عن قَصدٍ واختيارٍ منهم فللقولِ بانعقادِ النكاحِ بها وجهٌ ظاهرٌ؛ لأنه - والحالة هذه - يكونُ وضِعاً جديداً منهم، وبانعقادِهِ بين قومٍ اتَّفَقَتْ كلمتهم على هذه الغلطةِ أفتى شيخ الإسلام "أبو السُّعود" مُفسي الديارِ الرُّومِيَّة، وأما صُدُورُها لا عن قَصدٍ إلى وضعٍ جديدٍ - كما يقعُ من بعضِ الجهلةِ الأعمارِ - فلا اعتبارُ به، فقد قال في "التلويح"^(٣): إنَّ استعمالَ اللَّفظِ في الموضوعِ له أو غيره طلبُ دلالتِهِ عليه وإرادتِهِ منه، فمجردُ الذِّكْرِ لا يكونُ استعمالاً صحيحاً، فلا يكونُ وضِعاً جديداً)) اهـ.

وحاصلُ كلامِ "المصنّف": أنه إن اتَّفَقُوا على استعمالِ التَّحْوِيزِ في النكاحِ بوضعٍ جديدٍ قَصدًا يكونُ حقيقةً عَرُفِيَّةً مثل الحقائقِ المَرْتَجَلَةِ، ومثل الألفاظِ الأعمِميَّةِ الموضوعَةِ للنكاحِ، فيصحُّ به العَقْدُ لوجودِ طلبِ الدلالةِ على المعنى المرادِ وإرادتِهِ من اللَّفظِ قَصدًا، وإلا فذِكْرُ هذا اللَّفظِ بدونِ ما ذُكِرَ لا يكونُ حقيقةً لعدمِ الوَضْعِ، ولا مجازاً لعدمِ العلاقةِ، فلا يصحُّ به العَقْدُ لكونِهِ غَلَطًا كما أفتى به "المصنّف" تبعاً لشيخِهِ العلامة "ابن نجيم" ومُعاصِرِيهِ، لكنْ أفتى بخلافِهِ العلامة "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" في "الفتاوى الخيرية"^(٤)، ونازَعَ "المصنّف" فيما استشهدَ به،

(قوله: الأعمار) في "القاموس": ((العَمْرُ من النَّاسِ: جماعتُهُمْ ولَفِيهِمْ، وَمَنْ لَمْ يُحَرِّبِ الأُمُورَ اه)).

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٨/٢ نقلًا عن المفتي "أبي السُّعود".

(٢) "المنح": كتاب النكاح ١/١١٣ ب.

(٣) "شرح التلويح على التوضيح": الباب الأول - التقسيم الثاني في استعمال اللفظ في المعنى في الحقيقة والجاز والمرتل.

والمُنقول ٧١/١ بتصرف.

(٤) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢٠/١.

وكذا نازعه في "حاشيته" على "المنح": ((بأنه لا دخل لبحث الحقيقة والمجاز المرتب على عدم العلاقة))، وقد أقر "المصنف": ((بأنه تصحيف))، فكيف يتحججه ذكر نفي العلاقة؟! بل نسلم كونه تصحيفاً بإبدال حرف مكان حرف، فلو صدر من عارف لا يتعقد به، وهو محل فتوى الشيخ "زين بن نجيم" ومُعاصريه، فيقع الدليل في محله حينئذ. والمسألة [٣/١٥١هـ] لم يوجد فيها نقل بخصوصها عن المشايخ، فصارت حادثة الفتوى، وقد صرح الشافعية^(١) بأنه لا يضر من عامي إبدال الزاي جيماً وعكسه مع تشديدهم في النكاح، بحيث لم يحوزوه إلا بلفظ الإنكاح والترويح، والإفتاء بحسب الإنهاء، فإذا سئل المفتي: هل يتعقد بلفظ التحويز؟ يجيب ب: لا؛ لعدم التعرض لذكر التصحيف، والأصل عدمه، وإذا سئل في عامي قدم الجيم على الزاي بلا قصد استعارة لعدم علمه بها، بل قصد جل الاستمتاع باللفظ الوارد شرعاً، فوقع له ما ذكر ينبغي فيه موافقة الشافعية، وبالأولى فيما إذا اتفقت كلمتهم على هذه الغلطة كما قطع به "أبو السعود"^(٢). وقد صرحوا بعدم اعتبار الغلط والتصحيف في مواضع، فأوقعوا الطلاق بالألفاظ المصحفة مع اشتراك الطلاق والنكاح في أن جدهما جد وهزلهما جد وخطر الفروج، وأفتوا بالوقوع في: علي الطلاق، وأنه تعليق يقع به الطلاق عند وقوع

(قوله: وكذا نازعه في حاشيته على "المنح" بأنه لا دخل لبحث الحقيقة والمجاز إلخ) عبارته في "الفتاوى": ((ولا^(٣) شك أن الصادر من الجهلة الأغمار تصحيف لا دخل لبحث الحقيقة والمجاز، ولا لنفي الاستعارة المرتب على عدم العلاقة فيه المصرح به في كلام "الغزالي"؛ إذ معناه الأصلي وهو التسويغ، أو جعله ماراً غير ملاحظ لهم أصلاً إلخ)).

(١) انظر "تحفة المحتاج": كتاب النكاح ٢١٩/٧ (هامش "حواشي الشرواني وابن قاسم)، و"نهاية المحتاج": كتاب

النكاح ٢١١/٦.

(٢) مرت ترجمته ٥٥/١.

(٣) في المطبوعة ((لأن))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لما في "الفتاوى الحيرية".

وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَيَقَعُ بِهَا قَضَاءٌ^(١) كَمَا فِي أَوَائِلِ "الْأَشْبَاهِ"^(٢) (و) لَا (بِتَعَاطٍ).....

الشَّرْطُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِمَنْزِلَةِ: إِنْ فَعَلْتَ فَانْتِ كَذَا، وَمِثْلُهُ: الطَّلَاقُ يَلْزِمُنِي لَا أَفْعَلُ^(٣) كَذَا مَعَ كَوْنِهِ غَلَطًا ظَاهِرًا لُغَةً وَشَرْعًا؛ لِعَدَمِ وَجُودِ رَكْبِهِ وَعَدَمِ مَحَلِّيَةِ الرَّجُلِ لِلطَّلَاقِ، وَقَوْلُ "أَبِي السُّعُودِ": ((إِنَّهُ -أَي: هَذَا الطَّلَاقُ- لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَلَا كِنَايَةٍ)) نَظَرًا بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ لَا إِلَى اسْتِعْمَالِ الْفَاشِي؛ لِعَدَمِ وَجُودِهِ فِي بِلَادِهِ، فَإِذَا لَمْ نَعْتَبِرْ هَذَا الْغَلَطَ الْفَاحِشَ لَزِمْنَا أَنْ لَا نَعْتَبِرَهُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مَعَ قُشُوءِ اسْتِعْمَالِهِ وَكَثْرَةِ دَوْرَانِهِ فِي أَلْسِنَةِ أَهْلِ الْقُرَى وَالْأَمْصَارِ، بِحَيْثُ لَوْ لُقِّنَ أَحَدُهُمُ التَّزْوِيجَ لَعَسَرَ عَلَيْهِ النَّطْقُ بِهِ، فَلَا شَكَّ أَنَّهُمْ لَا يَلْمَحُونُ اسْتِعَارَةَ لَرَدِّ مَلْمَحَتِهِمْ بِعَدَمِ الْعِلَاقَةِ، بَلْ هُوَ تَصْحِيفٌ عَلَيْهِمْ فَشًّا فِي لِسَانِهِمْ، وَقَدْ اسْتَحْسَنَ بَعْضُ الْمَشَايخِ عَدَمَ فِسَادِ الصَّلَاةِ بِإِبْدَالِ بَعْضِ الْحُرُوفِ وَإِنْ لَمْ يَتَقَارَبِ الْمَخْرَجُ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَلْوَى الْعَامَّةِ، فَكَيْفَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؟ اهـ مَلْخَصًا.

٢٧٠/٢

[١١٢٠٤] (قَوْلُهُ: وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَيَقَعُ بِهَا إِخْرَاجُ) أَي: بِالْأَلْفَاظِ الْمَصْحُفَةِ كِبَالِاقٍ وَتَلَاكٍ وَطَلَاكٍ وَطَلَاغٍ وَتَلَاغٍ. قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤): ((فَيَقَعُ قَضَاءً، وَلَا يُصَدِّقُ إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ قَبْلَ التَّكَلُّمِ، بَأَنَّ قَالَ: امْرَأَتِي تَطْلُبُ مِنِّي الطَّلَاقَ وَأَنَا لَا أَطْلُقُ فَأَقُولُ هَذَا، وَلَا فَرَّقَ بَيْنَ الْعَالِمِ [١٥٣/٣] وَالْجَاهِلِ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)) اهـ.

ثُمَّ إِنَّهُ لَا فَرَّقَ يَظْهَرُ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ، وَقَدْ اسْتَدَلَّ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" عَلَى ذَلِكَ بِمَا قَدَّمَاهُ^(٥) مِنْ قَوْلِ "قَاضِي خَانَ": ((إِنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ كَالطَّلَاقِ وَالْعِيقَاقُ فِي أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِمَحْضَمُونَ اللَّفْظِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ لِأَجْلِ الْقَصْدِ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيمَا يَسْتَوِي فِيهِ الْجِدُّ وَالْهَزْلُ)) اهـ.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: مَقْتَضَى مَا مَرَّ عَنْ أَبِي السُّعُودِ وَقَوْعُهُ دِيَانَةٌ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِذَا وَقَعَ قَضَاءٌ بِقَعِ دِيَانَةٌ بِالْأُولَى؛ لِأَنَّهُ قَاصِدُ الْإِبْقَاعِ. ق ١٥١/أ).

(٢) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْقَاعِدَةُ الْأُولَى: لَا ثَوَابَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ، بَيَانُ مَا تَكُونُ النِّيَّةُ فِيهِ شَرْطًا، وَمَا لَا تَكُونُ صَدْرًا ١٩٩.

(٣) ((لَا أَفْعَلُ)) سَاقِطٌ مِنْ "الْأَصْلِ".

(٤) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الطَّلَاقِ ٣/٢٧١.

(٥) الْمَقُولَةُ [١١١٧٩] قَوْلُهُ: ((وَلَا يُشْتَرَطُ...)).

قال: ((إذا عَلِمْنَا أَنَّ الطَّلَاقَ وَقَعَ مَعَ التَّصْحِيفِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ نَافِذًا مَعَهُ أَيْضًا)) اهـ.

قلت: وأما الجوابُ بأنَّ وقوعَ الطَّلَاقِ للاحتياطِ في الفُرُوجِ فهو مشتركُ الإلزامِ، على أنه لا احتياطُ في التَّفْرِيقِ بعدَ تَحَقُّقِ الزَّوْجِيَّةِ بِمَجْرَدِ التَّلْفِظِ بِلَفْظِ مُصَحَّفٍ أَوْ مَهْمَلٍ لا معنى له، بل الاحتياطُ في بقاءِ الزَّوْجِيَّةِ حَتَّى يَتَحَقَّقَ الْمَزِيلُ، فَلَوْلَا أَنَّهُمْ اعْتَبَرُوا الْقَصْدَ بِهَذَا اللَّفْظِ الْمَصْحُوفِ بَدُونَ وَضْعِ جَدِيدٍ وَلَا عِلَاقَةٍ لَمْ يُوقِعُوا بِهِ الطَّلَاقَ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ^(١) الْخَارِجَ عَنِ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجازَ لا معنى له، فَعَلِمَ أَنَّهُمْ اعْتَبَرُوا الْمَعْنَى الْحَقِيقِيَّ الْمَرَادَ، وَلَمْ يَعتَبِرُوا تَحْرِيفَ اللَّفْظِ، بل قولهم: يقعُ بها قضاءٌ يَفِيدُ أَنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ بِالْوُقُوعِ وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَرِدْ بِهَا الطَّلَاقَ حَمَلًا عَلَى أَنَّهَا مِنْ أَقْسَامِ الصَّرِيحِ، وَلِذَا قَيَّدَ تَصَدِيقَهُ بِالْإِشْهَادِ، فَبِالْأُولَى إِذَا قَالَ الْعَامِّيُّ: ((حَوَّزْتُ)) بِتَقْدِيمِ الْجِيمِ، أَوْ ((زَوَّزْتُ)) بِالزَّيِّ بِدَلِّ الْجِيمِ قَاصِدًا بِهِ مَعْنَى النِّكَاحِ يَصْلُحُ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَيْضًا مَا قَدَّمَاهُ^(٢) عَنِ "الذَّخِيرَةِ": ((مَنْ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ بِنْتِي هَذِهِ لَكَ بِالْفَرْصِ صَحٌّ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَعْنَى النِّكَاحِ، وَالْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي دُونَ الْأَلْفَاظِ))، فَهَذَا التَّعْلِيلُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ كُلَّ مَا أَفَادَ مَعْنَى النِّكَاحِ يُعْطَى حِكْمَتُهُ، لَكِنْ إِذَا كَانَ بِلَفْظِ نِكَاحٍ أَوْ تَرْوِيجٍ أَوْ مَا وَضِعَ لِتَمْلِيكِ الْعَيْنِ لِلْحَالِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ لَفْظَ ((حَوَّزْتُ)) أَوْ ((زَوَّزْتُ)) لَا يَفْهَمُ مِنْهُ الْعَاقِدَانِ وَالشُّهُودُ إِلَّا أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ التَّرْوِيجِ، وَلَا يُقْصَدُ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ الْمَعْنَى بِحَسَبِ الْعُرْفِ، وَقَدْ صَرَّحُوا بِأَنَّهُ يُحْمَلُ كَلَامُ كُلِّ عَاقِدٍ وَحَالِفٍ وَوَاقِفٍ عَلَى عُرْفِهِ، وَإِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ بِالْأَلْفَاظِ الْمَصْحُوفَةِ - وَلَوْ مِنْ عَالِمٍ كَمَا مَرَّ^(٣) وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَعَارَفَةً كَمَا هُوَ ظَاهِرُ إِطْلَاقِهِمْ فِيهَا - يَصِحُّ النِّكَاحُ مِنَ الْعَوَامِّ بِالْمَصْحُوفَةِ [١/١٦٣/٣] الْمُتَعَارَفَةَ بِالْأُولَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) في "ب" و"م": ((الغلط)).

(٢) المقولة [١١١٨٩] قوله: ((وقرض الخ)).

(٣) المقولة [١١١٩٩] قوله: ((والفاظ مصحفة)).

احتراماً للفُرُوج^(١).

(وشرط سماع كل من العاقدَيْن لفظ الآخر) ليتحقق رضاهما.....

(تنبيه)

عَلِمَ مما قرَّرناه جوازُ العَقْدِ بلفظِ ((أزَوَجْتُ)) بالهمزة في أوَّلِهِ خلافاً لما ذكرَهُ السَّيِّدُ "محمَّد أبو السُّعُود"^(٢) في "حاشية مسكين" عن "شيخه" من عدمِ الجوازِ معللاً: ((بأنه لم يَجِدْهُ في كتب اللُّغَةِ، فكان تحريفًا وغلطًا)).

[١١٢٠٥] (قوله: احتراماً للفُرُوج) أي: لِحَظَرِ أمرِها وشِدَّةِ حُرْمَتِها، فلا يَصِحُّ العَقْدُ

عليها إلا بلفظٍ صريحٍ أو كناية.

[١١٢٠٦] (قوله: سَمَاعُ كُلِّ) أي: ولو حكماً كالكتابِ إلى غائِبَةٍ؛ لأنَّ قراءتَهُ قائمةٌ بمَقَامِ

الخطابِ كما مرَّ^(٣)، وفي "الفتح"^(٤): ((يَعْقَدُ النِّكَاحُ مِنَ الأَخْرَسِ إِذَا كَانَتْ لَهُ إِشَارَةٌ مَعْلُومَةٌ)).

[١١٢٠٧] (قوله: ليتحقق رضاهما) أي: لِيَصْدُرَ مِنْهُمَا ما مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى الرِّضَا^(٥)؛

(قولُ "الشَّارِحِ" ليتحقَّقَ رضاهُما) هذه العِلَّةُ قاصِرةٌ؛ فَإِنَّهُ إِذَا أَوْجَبَ الرَّجُلُ مُسْمِعاً لَهَا، وَقَبِلَتْ

غَيْرَ مُسْمِعَةٍ لَهُ قَبُولَهَا فَقَدْ صَدَرَ مِنْهُمَا ما مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى الرِّضَا، وَمَعَ هَذَا لَا يَنْعَقَدُ النِّكَاحُ، تَأْمُلُ.

(قوله: لأنَّ قراءتَهُ قائمةٌ بمَقَامِ الخطابِ إلخ) الظاهرُ أَنَّ مَسْأَلَةَ الكِتَابَةِ مُسْتَثْنَاةٌ مِنْ اشْتِراطِ سَمَاعِ

كُلِّ مِنَ العاقِدَيْنِ لفظَ الأخر؛ لأنَّ القِراءةَ وَإِنْ أَقِيمَتْ مَقَامَ الخطابِ لَمْ يُوجَدِ مِنَ الكاتِبِ سَمَاعُ القَبُولِ

مِنَ الأخرِ لا حَقِيقَةً ولا حُكْماً، وَإِنْ وُجِدَ مِنَ المَكْتُوبِ إِلَيْهِ السَّمَاعُ حُكْماً بالقِراءةِ.

(١) في "ب": ((للفرج)).

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح ٨/٢ معرباً إلى "التلويح" نقلًا عن والده.

(٣) المقلو [١١١٦٢] قوله: ((فتح)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٥) في "ب": ((الرضاء)).

إذ حقيقة الرضا غير مشروطة في النكاح؛ لصحّته مع الإكراه والهزل، "رحمته". وذكر السيد "أبو السعود"^(١): ((أَنَّ الرضا^(٢) شرطٌ من جانبها لا من جانب الرجل))، واستدل لذلك بما صرح به "القهستاني"^(٣) في المهر من فساد العقد إذا كان الإكراه من جهتها. وأقول: فيه نظر، فإنه ذكر في "النقاية"^(٤): ((أَنَّ فِي النكاحِ الفاسدِ لا يَجِبُ شَيْءٌ إِنْ لَمْ يَطَّأها، وَإِنْ وَطَّأها وَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ))، فقال "القهستاني"^(٥) - عند قوله: ((في النكاح الفاسد)) - : ((أَي: الباطلِ كالنكاحِ للمَحَارِمِ المُوَبَّدَةِ أو الموقَّتَةِ، أو بِإِكْرَاهٍ مِنْ جِهَتِهَا إِنْ لَمْ يَطَّأها))، فقوله: ((مِنْ جِهَتِهَا)) معناه: أنها إذا أكرهت الزوج على التزوج بها لا يجب لها عليه شيء؛ لأن الإكراه جاء من جهتها، فكان في حكم الباطل لا باطلاً حقيقةً، وليس معناه أن أحداً أكرهها على التزوج، ونظير هذه المسألة ما قاله في كتاب الإكراه من أنه لو أكره على طلاق زوجته قبل الدخول بها لزمه نصف المهر، ويرجع به على المكره إن كان المكره له^(٦) أجنبيًا، فلو كانت الزوجة هي التي أكرهته على الطلاق لم يجب لها شيء، نص عليه "القهستاني"^(٧) هناك أيضاً. وأما ما ذكر من: ((أَنَّ نكاحَ المُكْرَهِ صحیحٌ إِنْ كان هو الرَّجُلُ، وَإِنْ كان هو المرأةُ فهو فاسدٌ)) فلم أر من ذكره وإن أوهم كلام "القهستاني" السابق^(٨)

(قوله: لا يجب لها عليه شيء إلخ) أي: فيما لو طلقت قبل الدخول، أو لم يطأها.

(١) فتح المعين: كتاب النكاح ٧/٢.

(٢) في "٣" و"ب": ((الرضا)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٨٨/١.

(٤) انظر "شرح النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح - فصل: أقل المهر عشرة دراهم ص ٥٨٦-٥٨٧.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٨٨/١.

(٦) ((له)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "جامع الرموز": كتاب الإكراه ٣٧١/٢ معرباً إلى "الظهيرية".

(٨) في المقولة نفسها.

(و) شَرِطَ (حضور) شاهدين.....

ذلك، بل عباراتهم مُطلَقة في أن نكاح المكره صحيح كطلاقه وعتقه مما يصح مع الهزل، ولفظ المكره شامل للرجل والمرأة، فمن ادعى التخصيص فعليه إثباته بالنقل الصريح، نعم فرقوا بين الرجل والمرأة في الإكراه على الزنا في إحدى الروايتين، [٣/١٦٦ق/ب] ثم رأيتُ في إكراه "الكافي" (١) لـ "الحاكم الشهيد" ما هو صريح في الجواز، فإنه قال: ((ولو أكرهتُ على أن تزوجته بالف ومهرٌ مثلها عشرة آلاف فزوجها (٢) أولياؤها مُكرهين فالنكاح جائز، ويقول القاضي للزوج: إن شئت أتممت لها مهرٌ مثلها وهي امرأتك إن كان كففاً لها، وإلاً فرقٌ بينهما ولا شيء لها إلخ))، فافهم.

٢٧١/٢

[١١٢٠٨] (قوله): وشَرِطَ حُضُورَ شاهدين أي: يشهدان على العقد، أما الشهادة على التوكيل بالنكاح فليست بشرطٍ لصحته كما قدمناه (٣) عن "البحر"، وإنما فائدتها الإثبات عند جُحُودِ التوكيل. وفي "البحر" (٤): ((قيدنا الإشهاد بأنه خاصٌ بالنكاح لقبول "الإسبيجاني": وأما سائر العقود فتتفدُ بغيرِ شهودٍ، ولكنَّ الإشهاد عليه مستحبٌ لآيةِ اهـ. وفي "الواقعات": أنه واجبٌ في المداينات، وأما الكتابة ففي عتقٍ "المحيط": يُستحبُّ أن يكتبَ للعتق كتاباً ويُشهدَ عليه صيانةً عن التجاحد كما في المداينة بخلاف سائر التجارات للحرَج؛ لأنها مما يكثر وقوعها اهـ. ويتبغي أن يكون النكاح كالعتق؛ لأنه لا حرَج فيه)) اهـ.

(تنبية)

أشارَ بقوله فيما مرَّ (٥): ((ولا المنكوحه مجهولة)) إلى ما ذكره في "البحر" (٦) هنا بقوله:

(قوله: زَوَّجَهَا أولياؤها إلخ) لعلَّ فيه حذفٌ ((أو)) (٧) العاطفة.

- (١) انظر "المبسوط": كتاب الإكراه - باب الإكراه على العتق والطلاق والنكاح ٦٤/٢٤ بتصرف.
- (٢) في النسخ جميعها: ((زوجها))، وما أثبتناه من عبارة "المبسوط".
- (٣) المقولة [١١١٤٦] قوله: ((وقيل: هو إيجاب)).
- (٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٦/٣.
- (٥) "در" ص ٥٣.
- (٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.
- (٧) انظر التعليق (٢) من هذه الصحيفة.

((ولا بدَّ من تمييز المنكوحَةِ عند الشَّاهِدَيْنِ لتتفَي الجِهَالَةُ، فإنَّ كانت حاضرة مُتَقِيَةً كَفَتِي الإِشَارَةُ إِلَيْهَا، وَالاحْتِيَاظُ كَشَفُ وَجْهِهَا، فَإِنْ لَمْ يَرَوْا شَخْصَهَا وَسَمِعُوا كَلَامَهَا مِنَ الْبَيْتِ إِنْ كَانَتْ وَحْدَهَا فِيهِ حَازَ، وَلَوْ مَعَهَا أُخْرَى فَلَا؛ لِعَدَمِ زَوَالِ الْجِهَالَةِ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ بِالتَّرْوِيحِ فَهُوَ عَلَى هَذَا)) اهـ، أي: إِنْ رَأَوْهَا أَوْ كَانَتْ وَحْدَهَا فِي الْبَيْتِ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَيْهَا بِالتَّوَكُّلِ إِذَا جَحَدَتْهُ، وَإِلَّا فَلَا؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّ الْمُوَكَّلَ الْمَرْأَةَ الْأُخْرَى، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّوَكُّلُ بِدُونِ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ يَصِيرُ الْعَقْدُ عَقْدَ فُضُولِيٍّ فَيَصِحُّ بِالْإِجَازَةِ بَعْدَهُ قَوْلًا أَوْ فِعْلًا؛ لِمَا عَلِمْتَهُ أَنْفَاءً، فَافْهَم.

مطلب: "الخصَّاف" كبيرٌ في العِلْمِ يَجُوزُ الاِقتِدَاءُ بِهِ

ثمَّ قال في "البحر"^(١): ((وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً وَلَمْ يَسْمَعُوا كَلَامَهَا - بِأَنْ عَقَدَ لَهَا وَكَيْلَهَا فَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ يَعْرِفُونَهَا كَفَتِي ذِكْرُ اسْمِهَا إِذَا عَلِمُوا أَنَّهُ أَرَادَهَا، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفُوهَا لَا بَدَّ مِنْ ذِكْرِ اسْمِهَا وَاسْمِ أَبِيهَا وَجَدَّهَا، وَجَوَزَ "الْخِصَّافُ" النِّكَاحَ^(٢) مطلقاً، حَتَّى لَوْ وَكَلَّتْهُ فَقَالَ بِحَضْرَتَيْهِمَا: زَوَّجْتُ نَفْسِي مِنْ مُوَكَّلَتِي أَوْ مِنْ امْرَأَةٍ جَعَلْتُ امْرَأَهَا يَبْدِي فَإِنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَهُ، قَالَ "قَاضِي خَانَ"^(٣): [١٧٣/٣] و"الْخِصَّافُ" كَانَ كَبِيرًا فِي الْعِلْمِ يَجُوزُ الاِقتِدَاءُ بِهِ، وَذَكَرَ "الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ" فِي "الْمُنْتَقَى" كَمَا قَالَ "الْخِصَّافُ"^(٤)) اهـ.

قلت: وفي "التَّارِخَانِيَّة"^(٥) عَنِ "الْمُضْمَرَاتِ": ((أَنَّ الْأَوَّلَ هُوَ الصَّحِيحُ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى))، وَكَذَا قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦) فِي فَصْلِ الْوَكِيلِ وَالْفُضُولِيِّ: ((إِنَّ الْمَخْتَارَ فِي الْمَذْهَبِ خِلَافُ مَا قَالَهُ

(١) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٢) عبارة "الأصل": ((في النكاح)).

(٣) "الحانية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقد بها النكاح ٣٢٣/١ معزياً إلى شمس الأئمة السرخسي (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "التارخانية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في تعريف المرأة والزواج في العقد بالتسمية أو الإشارة

٦٠٤/٢ - ٦٠٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ١٤٧/٣ بتصرف.

"الخصاف" وإن كان "الخصاف"^(١) كبيراً)) اهـ.

وما ذكروه في المرأة يجري مثله في الرجل، ففي "الخاتبة"^(٢): ((قال الإمام "ابن الفضل": إن كان الزوج حاضراً مُشاراً إليه جاز، ولو غائباً فلا ما لم يُذكر اسمُه واسمُ أبيه وجدّه، قال: والاحتياط أن يُنسب إلى المحلّة أيضاً، قيل له: فإن كان الغائبُ معروفاً عند الشهود؟ قال: وإن كان معروفاً لا بدّ من إضافة العقد إليه. وقد ذكرنا عن غيره في الغائبة: إذا ذُكر اسمها لا غيرُ وهي معروفة عند الشهود، وعلم الشهود أنه أراد تلك المرأة يجوزُ النكاح)) اهـ.

والحاصل: أن الغائبة لا بدّ من ذكر اسمها واسم أبيها وجدّها وإن كانت معروفة عند الشهود على قول "ابن الفضل"، وعلى قول غيره يكفي ذكر اسمها إن كانت معروفة^(٣) عندهم، وإلا فلا، وبه جزم صاحب "الهداية" في "التجنيس"، وقال: ((لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل))، وأقرّه في "الفتح"^(٤) و"البحر"^(٥)، وعلى قول "الخصاف" يكفي مطلقاً، ولا يخفى أنه إذا كان الشهود كثيرين لا يلزم معرفة الكل، بل إذا ذُكر اسمها وعرفها اثنان منهم كفى.

والظاهر: أن المراد بالمعرفة أن يعرفها أن المعقود عليها هي فلانة بنت فلان الفلاني لا معرفة شخصيتها، وأن ذُكر الاسم غير شرط، بل المراد الاسم أو ما يُعنيها مما يقوم مقامه؛ إما في "البحر"^(٦): ((لو زوجته بنته ولم يُسمها وله بنتان لم يصح للجهالة، بخلاف ما إذا كانت له بنت واحدة، إلا إذا سماها بغير اسمها ولم يُشير إليها فإنه لا يصحُّ كما في "التجنيس")) اهـ.

(١) ((وإن كان الخصاف)) ساقط من "الأصل".

(٢) "الخاتبة": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقد بها النكاح ٣٢٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) من ((عند الشهود)) إلى ((معروفة)) ساقط من "٣".

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٧/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٠-٩١/٣.

(حُرَيْن) أو حرٌّ وحرَّتَيْن (مكلفَيْن سامعَيْن قولهما معاً^(١)).....

وفيه^(٢) عن "الدخيرة": ((إذا كان للمزوّج ابنة واحدة وللقابل ابن واحد، فقال: زوّجتُ ابنتي من ابنك يجوزُ النكاح، وإن كان للقابل ابنان فإن سَمِيَ أحدهما باسمِهِ صَحَّ إلخ))، وفيه^(٣) عن "الخلاصة"^(٤): ((إذا زوّجها أخوها فقال: زوّجتُ أختي ولم يُسمّها جاز إن كانت له أختٌ واحدة))، وانظر ما قدّمناه^(٥) [٣/١٧٧ق/ب] عند قوله: ((ولا المنكوحه مجهولة)).

[١١٢٠٩] (قوله: حُرَيْن إلخ) قال في "البحر"^(٦): ((وشرطُ في الشُّهُودِ الحرِّيَّةُ، والعقلُ، والبلوغُ، والإسلامُ، فلا ينعقدُ بحضرة العبيد والمجانين والصيَّان والكفار في نكاح المسلمين؛ لأنّه لا ولاية لهؤلاء، ولا فرقُ في العبد بين القنِّ والمدبّر والمكاتب، فلو عتقَ العبيدُ أو بلغَ الصيَّان بعد التَّحْمُلِ، ثمَّ شهِدوا إن كان معهم غيرُهم^(٧) وقتَ العَقْدِ ممن ينعقدُ بحضورهم جازتْ شهادتهم؛ لأنهم أهلٌ للتَّحْمُلِ وقد انعقدَ العَقْدُ بغيرهم، وإلا فلا كما في "الخلاصة"^(٨) وغيرها)).

[١١٢١٠] (قوله: أو حرٌّ وحرَّتَيْن) كذا في "الكنز"^(٩)، وقد نسبته "المصنّف"، فذكره

"الشَّارح" لدفع إبهام اختصاصِ المذكور في شهادة النكاح كما نبّه عليه "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ".

[١١٢١١] (قوله: سامعَيْن قولهما معاً) فلا ينعقدُ بحضرة النَّائِمِينَ والأَصْمِيَّين، وهو قولُ

العامةِ، وتصحيحُ "الزَّيْلَعِيِّ"^(١٠) الانعقادَ بحضرة النَّائِمِينَ دونَ الأصْمِيَّين ضعيفٌ رَدٌّ ٢٧٢/٢

(١) في "د" و"و": ((معاً قولهما)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق٧٧/ب معرباً إلى "فتاوى البقالي".

(٥) المقولة [١١١٧٨] قوله: ((ولا المنكوحه مجهولة)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٧) في "م": ((غير)).

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق٧٧/أ.

(٩) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ١٣٩/١.

(١٠) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٩/٢.

في "الفتح" (١) و"البحر" (٢)، وأجاب في "النهر" (٣) بِجَمَلِ النَّائِمِينَ عَلَى الْوَسْنَانِينَ السَّامِعِينَ، وَاَعْتَرَضَ بِأَنَّهُ خَيْبٌ يَكُونُ مَحَلًّا وَفَاقَ لَا خِلَافَ، ثُمَّ قَالَ فِي "النهر" (٤): ((ويُنْبَغِي أَنْ لَا يُخْتَلَفَ فِي انْعِقَادِهِ بِالْأَصْمِيِّينَ إِذَا كَانَ كُلُّ مَنْ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَحْرَسَ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهُ - كَمَا قَالُوا - يَنْعَقِدُ بِالْإِشَارَةِ حَيْثُ كَانَتْ مَعْلُومَةً)) اهـ.

قال في "الفتح" (٥): ((ومن اشتراط السَّماع ما قدَّمناه في التَّزْوِجِ (٦) بِالْكِتَابِ مِنْ أَنَّهُ لَا بَدَأَ مِنْ سَمَاعِ الشُّهُودِ مَا فِي الْكِتَابِ الْمَشْتَمَلِ عَلَى الْخِطْبَةِ - بِأَنْ تَقْرَأَ الْمَرْأَةُ عَلَيْهِمْ - أَوْ سَمَاعِهِمْ الْعِبَارَةَ عَنْهُ بِأَنْ تَقُولَ: إِنَّ فَلَانًا كَتَبَ إِلَيَّ يَخْطُبُنِي، ثُمَّ تُشْهَدُهُمْ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ نَفْسَهَا)) اهـ.

لكن إذا كان الكتابُ بِلَفْظِ الْأَمْرِ - بِأَنْ كَتَبَ: زَوْجِي نَفْسِكَ مِنِّي - لَا يُشْتَرَطُ سَمَاعُ الشَّاهِدِينَ لِمَا فِيهِ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ صِيغَةَ الْأَمْرِ تَوَكِيلٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى التَّوَكِيلِ، أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ إِجْبَابٌ فَيُشْتَرَطُ كَمَا فِي "البحر" (٧)، وَقَدَّمْنَا بَيَانَهُ فِيمَا مَرَّ (٨).

وخرَجَ بِقَوْلِهِ: ((معاً)) مَا لَوْ سَمِعَا مُتَّفَرِّقِينَ، بِأَنْ حَضَرَ أَحَدُهُمَا الْعَقْدَ، ثُمَّ غَابَ وَأُعِيدَ بِحَضْرَةِ الْآخَرِ، أَوْ سَمِعَ أَحَدُهُمَا فَقَطَّ الْعَقْدَ، فَأُعِيدَ فَسَمِعَهُ الْآخَرُ دُونَ الْأَوَّلِ، أَوْ سَمِعَ أَحَدُهُمَا الْإِجْبَابَ وَالْآخَرَ الْقَبُولَ، ثُمَّ أُعِيدَ فَسَمِعَ كُلُّ وَحْدَهُ مَا لَمْ يَسْمَعَهُ أُوَّلًا؛ لِأَنَّ فِي هَذِهِ الصُّورِ وَجِدَ عَقْدَانِ لَمْ يَحْضُرْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَانِ كَمَا فِي "شرح النقاية" (٩). [١٨٣/٣]

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣، وقال: ((ولقد أبعث عن الفقه والحكمة الشرعية من زاد النائمين)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣ معزياً إلى "التحنيس" نقلاً عن "شرح قاضيخان".

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣.

(٦) في "الأصل": ((التزويج)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٨) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

(٩) انظر "شرح النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح ص ٥٤٨ - بتصرف.

على الأصح^(١) (فاهمين) أنه نكاح على المذهب، "بجر" (مسلمين).....

[١١٢١٢] (قوله: على الأصح) راجع لقوله: ((سامعين)) وقوله: ((معاً))، ومقابل الأول القول بالاكتفاء بمجرد حضورهما، ومقابل الثاني ما عن "أبي يوسف" من أنه إن اتحد المجلس جاز استحساناً كما في "الفتح"^(٢).

[١١٢١٣] (قوله: فاهمين إلخ) قال في "البحر"^(٣): ((جزم في التبيين^(٤)) بأنه لو عقدا بحضرة هندیين لم يفهما كلامهما لم يجر، وصححه في "الجوهرة"^(٥))، وقال في "الظهيرية"^(٦): والظاهر أنه يشترط فهم أنه نكاح، واختاره في "الحانية"^(٧)، فكان هو المذهب، لكن في "الخلاصة"^(٨): لو يحسنان العربية فعقداً بها والشهود لا يعرفونها اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه يتعقد اهـ. فقد اختلف التصحيح في اشتراط الفهم)) اهـ.

وحمل في "النهر"^(٩) ما في "الخلاصة" على القول باشتراط الحضور بلا سماع ولا فهم، أي: وهو خلاف الأصح كما مر^(١٠)، ووفق "الرحمي" بحمل القول بالاشتراط على اشتراط

(قوله: ووفق "الرحمي" بحمل القول بالاشتراط إلخ) لكن في "البرازية"^(١): ((تلفظت المرأة بالعربية: زوجت نفسي من فلان، ولا تعرف ذلك، وقال فلان: قبلت، والشهود يعلمون أو لا يعلمون صحح النكاح، قال في "النصاب": ((وعليه الفتوى))، "منح" اهـ "سندي").

(١) في "ب": ((لأصح)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٩/٢.

(٥) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٧/٢ بتصرف.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في معرفة الشهود والوكالة ونكاح الفضولي ق ٧٧/أ.

(٧) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/ب.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(١٠) في المقولة نفسها.

لنكاح مسلمة ولو فاسقين^(١)

فَهُمْ أَنَّهُ عَقَدُ نِكَاحٍ، وَالْقَوْلُ بَعْدِيهِ عَلَى عَدَمِ اشْتِرَاطِ فَهْمٍ^(٢) مَعَانِي الْأَلْفَاظِ بَعْدَ فَهْمِ أَنَّ الْمُرَادَ عَقْدُ النِّكَاحِ.

(١١٢١٤) (قَوْلُهُ: لِنِكَاحِ مُسْلِمَةٍ) قِيدَ لِقَوْلِهِ: ((مُسْلِمِينَ)) احْتِرَازًا عَنِ نِكَاحِ الذَّمِّيَّةِ، فَإِنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهَا مُسْلِمٌ عِنْدَ ذِمِّيِّينَ صَحَّ كَمَا يَأْتِي^(٣)، لَكِنَّهُ يُؤْهِمُ أَنَّ مَا قَبْلَهُ مِنَ الشُّرُوطِ يُشْتَرَطُ فِي أَنْكِحَةِ الْكُفَّارِ أَيْضًا، مَعَ أَنَّهَا تَصَحُّ بِغَيْرِ شَهْوِدٍ إِذَا كَانُوا يَدِينُونَ ذَلِكَ كَمَا سَيَأْتِي^(٤) فِي بَابِهِ، وَلَدَفَعَ ذَلِكَ قَالَ فِي "الهِدَايَةِ"^(٥): ((وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ حُرَّيْنِ لِح))، وَقَدْ يَجَابُ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ سَيَعْقِدُ لِنِكَاحِ الْكَافِرِ بَابًا عَلَى حِدَةٍ، وَلَمَّا كَانَ تَزْوُجُ الْمُسْلِمِ ذِمِّيَّةً لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ إِسْلَامُ الشَّاهِدَيْنِ احْتَرَزَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ: ((لِنِكَاحِ مُسْلِمَةٍ)).

(١١٢١٥) (قَوْلُهُ: وَلَوْ فَاسِقَيْنِ لِح) اعْلَمْ أَنَّ النِّكَاحَ لَهُ حُكْمَانِ: حُكْمُ الْإِنْعِقَادِ، وَحُكْمُ الْإِظْهَارِ، فَالْأَوَّلُ مَا ذَكَرَهُ، وَالثَّانِي إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ التَّجَاحُدِ، فَلَا يُقْبَلُ فِي الْإِظْهَارِ إِلَّا شَهَادَةُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ كَمَا فِي "شرح الطحاوي"، فَلِذَا انْعَقَدَ بِحُضُورِ الْفَاسِقَيْنِ، وَالْأَعْمِيَّيْنِ، وَالْمَحْدُودِيَّيْنِ فِي قَذْفٍ وَإِنْ لَمْ يَتُوبَا، وَابْنِي الْعَاقِدَيْنِ وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ أَدَاؤُهُمْ عِنْدَ الْقَاضِي كَانْعِقَادِهِ بِحُضْرَةِ الْعَدُوَّيْنِ، "بِحَرْ"^(٦).

- (١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو فاسقين لِح، قال الشمني: لأن الفاسقين أهل الولاية القاصرة بلا خلاف؛ لأن له أن يزوج نفسه وعبدته وأمه، فيكون من أهل التحمل للشهادة وإن لم يكن من أهل أدائها؛ لأن كلاً من التحمل والأداء ولاية قاصرة لا إلزام فيه، ولا يظهر شهادتهما عند الدعوى لا أداء الفاسق [فإنه] مردود، والنكاح موقوف على تحمل الشهادة لا على قبولها، فصار العقد بحضور الفاسقين كالعقد بحضور الأعميين حيث يصح ولا تقييد شهادتهما عند الدعوى، انتهى)). ق ١٥١/١.
- (٢) من ((على اشتراط)) إلى ((فهم)) ساقط من "الأصل".
- (٣) "در" ص ٨٢.
- (٤) "در" ص ٦١٨ وما بعدها.
- (٥) "الهداية": كتاب النكاح ١/١٩٠.
- (٦) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٥-٩٦.

أو محدودَّينِ في قذفٍ، أو أعمَّيينِ أو ابني الزَّوجينِ أو ابني أحدهما.....

مطلبٌ في عطف الخاصِّ على العامِّ

[١١٢١٦] (قوله: أو محدودَّينِ في قذفٍ) أي: وقد تابا، قال في "النهر"^(١): ((وهذا القييدُ

لا بدُّ منه، وإلا لزم التكرار)) اهـ.

واعترضَ بأنَّ المقصودَ من إطلاقِ "المصنّف" الإشارةُ إلى خلافِ "الشَّافعي" [١٨٣/ب]

في الفاسقِ المُعلِنِ والمحدودِ قبل التوبة، أمَّا المستورُّ والمحدودُ التائبُ فلا خلافَ له فيهما كما في "شرح الجمع" و"الحقائق"، وأيضاً فالمحدودُ أخصُّ مطلقاً من الفاسقِ، وذكرُ الأخصِّ بعدَ الأعمِّ واقعٌ في أفصح الكلام.

على أنَّهم صرَّحوا بأنَّه إذا قُوبِلَ الخاصُّ بالعامِّ يُرادُ به ما عدا الخاصَّ، لكنَّ في "المغني"^(٢): ((أنَّ

عطف الخاصِّ على العامِّ مما تفرَّدتْ به الواوُ وحتى، لكنَّ الفقهاء يتسامحون في عطفيه: أو)).

قلت: وصرَّحَ بعضهم بجوازِهِ ب: ثُمَّ وب: أو، كما في حديث: ((ومَن كانتْ هجرتهُ

إلى دنيا يُصيبيها أو امرأةً يَنكِحها))^(٣).

[١١٢١٧] (قوله: أو أعمَّيينِ) كذا في "الهداية"^(٤)، و"الكنز"^(٥)، و"الوقاية"^(٦)، و"المختار"^(٧)،

و"الإصلاح"، و"الجوهرة"^(٨)، و"شرح النقاية"^(٩)، و"الفتح"^(١٠)، و"الخلاصة"^(١١)، وهو مخالفٌ

(١) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٤/أ.

(٢) "مغني اللبيب عن كتب الأعراب": الباب الأول في تفسير المفردات وذكر أحكامها - حرف الواو ص ٤٦٦..

(٣) تقدم تخريجه ٥٠/٣ و ٢٧٩/٤.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ١٩٠/١ بتصرف.

(٥) انظر "شرح العميني على الكنز": كتاب النكاح ١٣٩/١.

(٦) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ١٦٣/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٧) انظر "الاختيار لتعليل المختار": كتاب النكاح ٨٤/٣.

(٨) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٧/٢.

(٩) انظر "شرح النقاية لملا علي القاري" ص ٥٤٨، فإنه قد ساق ما جرى عليه الشافعي رحمه الله في شهادة الأعمى

وعدم إجازته لها، ولكنه لم يصرح بجوازها عندنا، والله أعلم.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.

(١١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/أ.

وإن لم يثبت النكاحُ بهما) بالابنين (إن ادعى القريبُ، كما صحَّ نكاحُ مسلمٍ ذميمةً عند ذميين).....

لقوله في "الحائية"^(١): ((ولا تُقبلُ شهادةُ الأعمى عندنا؛ لأنه لا يقدرُ على التمييزِ بين المدعى والمدعى عليه والإشارةُ إليهما، فلا يكونُ كلامُهُ شهادةً، ولا ينعقدُ النكاحُ بحضرتيه)) اهـ. والمختارُ ما عليه الأكثرون، "نوح".

[١١٢١٨] (قوله: وإن لم يثبت النكاحُ بهما) أي: بالابنين، أي: بشهادتهما، فقوله: ((بالابنين)) بدلٌ من الضميرِ المجرور، وفي نسخة: ((لهما))، أي: للزوجين، وقد أشارَ إلى ما قدَّمناه^(٢) من الفرقِ بين حكم الانعقاد وحكم الإظهار، أي: ينعقدُ النكاحُ بشهادتهما وإن لم يثبت بها عند التَّحاضُّد، وليس هذا خاصاً بالابنين كما قدَّمناه^(٣).

[١١٢١٩] (قوله: إن ادعى القريبُ) أي: لو كانا ابنيه وحده أو ابنيها وحدها، فادعى أحدهما النكاحَ وحده الآخرُ لا تُقبلُ شهادةُ ابني المدعى له بل تُقبلُ عليه، ولو كانا ابنيهما لا تُقبلُ شهادتهما للمدعى ولا عليه؛ لأنها لا تخلو عن شهادتهما لأصلهما، وكذا لو كان أحدهما ابناً والآخرُ ابنةً لا تُقبلُ أصلاً كما في "البحر"^(٤).

٢٧٣/٢

[١١٢٢٠] (قوله: كما صحَّ إلخ) لأنَّ الشَّهادةَ إنَّما شُرِطتْ في النكاحِ لما فيه من إثباتِ ملكِ المتعة له عليها تعظيماً لجزءِ الآدميِّ لا لثبوتِ ملكِ المهرِ لها عليه؛ لأنَّ وجوبَ المالِ لا تُشترطُ فيه الشَّهادةُ كالبيعِ وغيره، وللذمِّيِّ شهادةٌ على مثله لولايته عليه، وهذا عندهما، وقال "محمدٌ" و"زفرٌ": لا يصحُّ، وتمامه في "الفتح"^(٥) وغيره.

(١) "الحائية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [١١٢١٥] قوله: ((ولو فاسقين إلخ)).

(٣) المقولة [١١٢١٥] قوله: ((ولو فاسقين إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٦/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣.

ولو مخالفتين لدينها (وإن لم يثبت) النكاح (بهما مع إنكاره) والأصل عندنا أن كل من ملك قبول النكاح بولاية نفسه انعقد بحضرتيه.....

وأراد بالذميمة الكتابية كما في "القهستاني"^(١)، قال "ح"^(٢): ((فخرَجَ غيرَ الكتابية كما سيأتي في فصل المحرمات، ودخلَ [١/١٩ق/٣] الحريَّة الكتابية وإن كرهَ نكاحها في دار الحرب كما ذكره "الشارح" في محرمات "شرح الملتقى"^(٣)) اهـ.

[١١٢٢١] (قوله: ولو مخالفتين لدينها) كما لو كانا نصرانيتين وهي يهودية، وشمل إطلاقه الذميين غير الكتابيين كمجوسيين، والظاهر أنه احتزَّزَ بهما عن الحريتين لقول "الزيلعي"^(٤): ((وللذمِّيِّ شهادةٌ على مثله))، فأفادَ أنَّ شهادة الحربي على الذمِّي لا تقبل، والمستأمن حربي، أفادته السيّد "أبو السعود"^(٥).

[١١٢٢٢] (قوله: مع إنكاره) أي: إنكار المسلم العقد على الذميمة، أما عند إنكارها فمقبول عندهما مطلقاً، وقال "محمد": إن قالوا: كان معنا مسلمان وقت العقد قبل، وإلا لا، وعلى هذا الخلاف لو أسلما وأديا، "نهر"^(٦).

[١١٢٢٣] (قوله: والأصل عندنا إلخ) عبارة "النهر"^(٧): ((قال "الإسبيجاني": والأصل أن كل من صلح أن يكون ولياً فيه بولاية نفسه صلح أن يكون شاهداً فيه، وقولنا: بولاية نفسه لإخراج المكاتب، فإنه وإن ملك تزويج أمته لكن لا بولاية نفسه، بل بما استفادته

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/٢٦٧.

(٢) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٣/ب.

(٣) "الدر الملتقى": كتاب النكاح - باب المحرمات ١/٣٢٨ (هامش "جمع الأنهر").

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٢/١٠٠.

(٥) "فتح المعين": كتاب النكاح ٢/١٠١-١١٠.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٤/١ بتصريف.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٤/١.

(أمر الأب) (رجلاً أن يزوج صغيرته، فزوجهها عند رجلٍ أو امرأتين و الحال أن الأب حاضر صح) لأنه يجعل عاقداً حكماً.....

من المولى اهـ. وهذا يقتضي عدم انعقاده بالمحجور عليه، ولم أره^(١) اهـ.

[١١٢٢٤] (قوله: أمر الأب رجلاً أي: وكله، والضَّميرُ البارزُ في ((صغيرته)) للأب، والمستترُ في ((زوجهها)) للرجل المأمور، وكونه رجلاً مثلاً، فلو كان امرأةً صح، لكن اشترط أن يكون معها رجلان أو رجلٌ وامرأة^(٢) كما أفادته في "البحر"^(٣).

[١١٢٢٥] (قوله: لأنه يجعل عاقداً حكماً) لأن الوكيل في النكاح سفيرٌ ومُعبرٌ ينقلُ عبارةَ الموكل، فإذا كان الموكلُ حاضرًا كان مُباشراً؛ لأنَّ العبارةَ تنتقلُ إليه وهو في المجلس، وليس المُباشِرُ سوى هذا، بخلاف ما إذا كان غائباً؛ لأنَّ المُباشِرَ مأخوذٌ في مفهومه الحضور، فظهر أن إنزال الحاضر مُباشراً جبري^(٤)، فاندفع ما أورده في "النهاية": ((من أنه تكلف غير محتاج إليه، فإن الأب يصلح شاهداً، فلا حاجة إلى اعتباره مُباشراً إلا في مسألة البنت البالغة))،

(قوله: وهذا يقتضي عدم انعقاده بالمحجور عليه إلخ) سيأتي في الحخر: أن المحجور عليه بالسفَه والغفلة والدين في أحكامه كصغير في تصرفاتٍ تحملُ الفسخ، ويُطلها الهزل، أمّا ما لا يحتمله ولا يُطله فلا يحجر عليه بالإجماع، كالنكاح، والطلاق، والعِتاق اهـ.

ومقتضى عموم ما ذكر أنه لا تزول ولايته بالحخر فيكون أهلاً لتزويج بنته فينقذ النكاح بحضرتها، تأمل. وسيأتي في باب الولي عن "شرح المجمع" ما نصّه: ((حتى لو عُرف من الأب سوء الاختيار لسفَهه أو لطمعه لا يجوز عقده إجماعاً اهـ)). وهذا لا يُنافي ما قلناه؛ فإن موضوعه فيما إذا زوج الصغيرة بأقل من مهر المثل، أو بغير كُفء.

(١) ((أره)) ساقطة من "الأصل".

(٢) في "أ": ((وامرأتان))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٧/٣ - ٩٨.

(٤) ((جبري)) ساقطة من "الأصل".

(وإلا لا، ولو زوّج بنته^(١) البالغة العاقلة بمحضّرٍ شاهدٍ واحدٍ جاز إن) كانت ابنته (حاضرة) لأنها تجعل عاقدة (وإلا لا) الأصل أن الأمر متى حضر.....

"فتح"^(٢) ملخصاً، وتامته في "البحر"^(٣).

[١١٢٢٦] (قوله: وإلا لا) أي: وإن لم يكن حاضراً لا يصح؛ لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشراً.

[١١٢٢٧] (قوله: ولو زوّج بنته البالغة العاقلة) كونها بنته غير قيد، فإنها لو وكلت رجلاً غيره فذلك كما في "الهندية"^(٤). وقيدت بالبالغة لأنها لو كانت صغيرة لا يكون الويُّ شاهداً؛ لأن العقد لا يمكن نقله إليها، "بحر"^(٥). وبالعاقلة لأن المجنونة كالصغيرة، أفاده "ط"^(٦). [١٩٣/٣ب]

[١١٢٢٨] (قوله: لأنها تجعل عاقدة) لانتقال عبارة الوكيل إليها وهي في المجلس، فكانت مباشرة ضرورة، ولأنه لا يمكن جعلها شاهدة على نفسها.

[١١٢٢٩] (قوله: وإلا لا) أي: وإن لم تكن حاضرة لا يكون العقد نافذاً بل موقوفاً

(قوله: لا يكون العقد نافذاً بل موقوفاً على إجازتها) فيه أنه باطل لا موقوف؛ إذ لم يوجد إلا شاهد واحد، والأب هو الوكيل المباشر تأمل. ثم رأيت "السندي" ذكر ما نصّه - بعد عبارة "ط" المنقولة -: ((وهذا كلامٌ أجنبيٌّ لا تعلق له بما نحن فيه، ولا يتأتى إلا فيما إذا زوّج الأب بنته البالغة بلا توكيلٍ منها، وإلا فلو وكلت أباهاً وزوّجها في غيبتها محضور شاهدٍ واحدٍ لا ينعقد النكاح إلخ اه)).

(١) في "و": ((ابنته)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٧/٣ - ٩٨.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الأول في تفسيره شرعاً وصفته وركنه وشرطه وحكمه ٢٦٨/١ معزياً إلى

"محيط السرخسي".

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٨/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح ١٢/٢.

جُعِلَ مباشراً، ثمَّ إنَّما تُقبَلُ شهادةُ المأمور إذا لم يذْكرُ^(١) أنه عقدهُ لئلا يشهدَ على
فِعْلٍ نَفْسِيهِ،.....

على إجازتها كما في "الحموي"؛ لأنه لا يكونُ أدنى حالاً من الفضوليِّ، وعَقْدُ الفضوليِّ ليس
بباطلٍ، "ط"^(٢) عن "أبي السُّعود"^(٣).

[١١٢٣٠] (قوله: جُعِلَ مباشراً) لأنه إذا كان في المجلس تنتقلُ العبارةُ إليه كما قدَّمناه^(٤).

[١١٢٣١] (قوله: ثمَّ إنَّما تُقبَلُ شهادةُ المأمور) يعني: عند التَّجَاوُزِ وإرادة الإظهار، أمَّا من
حيث الانعقاد الذي الكلامُ فيه فهي مقبولةٌ مطلقاً كما لا يخفى. وأشار إلى أنه يجوزُ له أنْ يشهدَ
إذا تولَّى العَقْدَ ومات الزَّوْجُ وأنكرتْ ورثتهُ كما حكى عن "الصَّفَّار"، قال: ((وينبغي أنْ يذْكرَ
العَقْدَ لا غيرَ فيقول: هذه منكوحتهُ))، وكذلك قالوا في الأخوين إذا زوَّجا أختهما، ثمَّ أرادا أنْ
يشهدا على النِّكاح: ينبغي أنْ يقولوا: هذه منكوحتهُ، "بحر"^(٥) عن "الذَّخيرة".

[١١٢٣٢] (قوله: لئلا يشهدَ على فِعْلٍ نَفْسِيهِ) يرِدُ عليه شهادةُ نحو القَبَّانيِّ والقاسمِ؛ لأنه
يُقبَلُ مع بيانهِ أنه فعله، "شربلالية"^(٦).

أقول: لا يخفى أنَّ العَقْدَ إنَّما لَزِمَ بِفِعْلِ العاقد، فشهادتهُ على فِعْلٍ نَفْسِيهِ شهادةٌ على أنه
هو الذي لَزِمَ مُوجِبَاتِ العَقْدِ، فتلغو بخلافِ القَبَّانيِّ والقاسمِ، فإنَّ فِعْلَهُمَا غيرُ مُلْزِمٍ، أمَّا
القَبَّانيُّ فظاهراً، وأمَّا القاسمُ فلما في شهادتهِ "البزازیة"^(٧): ((من أنَّ وَجْهَ القبولِ أنَّ المَلِكُ
لا يثبُتُ بالقسمة، بل بالتراضي أو باستعمالِ القرعةِ ثمَّ التراضي عليه)) اه، فافهم.

(١) في "ب": ((تذكر)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ١٢/٢.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ١١/٢.

(٤) المقولة [١١٢٢٥] قوله: ((لأنه يجعل عقداً حكماً)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٨/٣.

(٦) "الشربلالية": كتاب النكاح ٣٢٩/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٧) "البزازیة": كتاب الشهادات - الجنس الثاني فيما يقبل وفيما لا يقبل - نوع في الشهادة على فعل نفسه ٢٥٨/٥

معزياً إلى الخصاص (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو زَوَّجَ المولى عبده البالغ بحضرتيه وواحدٍ لم يَحْزُ عَلَى الظَّاهِرِ، ولو أَذِنَ لَهُ
فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ المولى وَرَجُلٍ صَحَّ، وَالفَرْقُ لَا يَخْفَى.
(ولو قَالَ) رَجُلٌ لِآخَرَ: (زَوَّجْتَنِي ابْنَتَكَ، فَقَالَ) الآخَرُ: (زَوَّجْتُ أَوْ) قَالَ:
(نَعَمْ) مُجِيباً لَهُ (لَمْ يَكُنْ نِكَاحاً).....

[١١٢٣٣] (قوله: ولو زَوَّجَ المولى عبده) أي: أو أُمَّتُهُ كَمَا فِي "الْفَتْحِ" (١)، وَقَوْلُهُ:
(بِحَضْرَتَيْهِ)) أَي: الْعَبْدِ، وَقَوْلُهُ: ((وَوَاحِدٍ)) بِالْجُرِّ عَطْفًا عَلَى هَذَا الضَّمِيرِ، وَقَوْلُهُ: ((لَمْ يَحْزُ عَلَى
الظَّاهِرِ)) ذِكْرُهُ فِي "النَّهْرِ" (٢)، وَنَقَلَهُ السَّيِّدُ "أَبُو السُّعُودِ" (٣) عَنِ "الدَّرَايَةِ" فِيمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ،
وَلَا فَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعَبْدِ، وَذَكَرَ فِي "الْبَحْرِ" (٤): ((أَنَّهُ رَجَّحَهُ فِي "الْفَتْحِ" (٥) بِأَنَّ مَبَاشِرَةَ السَّيِّدِ
لَيْسَ فَكًّا لِلْحَجْرِ عَنْهُمَا فِي التَّرْوُجِ مَطْلَقًا، وَإِلَّا لَصَحَّ فِي مَسْأَلَةِ وَكَيْلِهِ))، أَي: فِيمَا لَوْ زَوَّجَ
وَكَيْلُ السَّيِّدِ الْعَبْدَ بِحَضْرَتِهِ مَعَ آخَرَ، فَإِنَّهُ لَا يَصَحُّ.

٢٧٤/٢

[١١٢٣٤] (قوله: صحَّ) وقيل: لا يصح؛ لانتقاله إلى السيد؛ لأنَّ العبد وكيل عنه، قال
في "الفتح" (٦): ((وَالْأَصْحُ الْجَوَازُ بِنَاءٍ عَلَى مَنْعِ كَوْنِهِمَا - أَي: الْعَبْدُ وَالْأُمَّةُ - وَكَيْلَيْنِ؛ لِأَنَّ
الْإِذْنَ فَلِكُ الْحَجْرِ عَنْهُمَا، فَيَنْصَرَفَانِ [٣/٢٠٠] بَعْدَهُ بِأَهْلِيَّتَيْهِمَا لَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ)).

[١١٢٣٥] (قوله: والفرق لا يخفى) هو ما ذكرناه عن "الفتح": ((مَنْ أَنْ مَبَاشِرَةَ السَّيِّدِ
الْعَقْدَ لَيْسَ فَكًّا لِلْحَجْرِ عَنِ الْعَبْدِ فِي التَّرْوُجِ، فَلَا يَنْتَقِلُ الْعَقْدُ إِلَيْهِ، بَلْ يَبْقَى السَّيِّدُ هُوَ الْعَاقِدُ،
وَلَا يَصْلُحُ شَاهِدًا بِخِلَافِ إِذْنِهِ لَهُ بِهِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ مَمْنُوعٌ عَنِ النِّكَاحِ لِحَقِّ السَّيِّدِ لَا لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهِ،
فَبِالْإِذْنِ يَصِيرُ أَصِيلًا لَا نَائِبًا، فَلَا يَنْتَقِلُ الْعَقْدُ إِلَى السَّيِّدِ، وَيَصْلُحُ شَاهِدًا، فَيَصِحُّ بِحَضْرَتَيْهِ)).

(١) ((...))

(٢) ((...))

(٣) ((...))

(٤) ((...))

(٥) ((...))

(٦) ((...))

(٧) ((...))

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٤/ب.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ١١/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣ - ١١٧ بتصرف.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣.

ما لم يُقَلِّ المَوْجِبُ^(١) بعده: (قَبِلْتُ) لَأَنَّ زَوْجَتِي اسْتَحْبَارٌ وَلَيْسَ بَعْقَدٌ، بِخِلَافِ زَوْجِي؛ لِأَنَّهُ^(٢) تَوَكَّلَ.
(عَلِطَ وَكَيْلُهَا بِالنِّكَاحِ فِي اسْمِ أَبِيهَا بِغَيْرِ حُضُورِهَا لَمْ يَصِحَّ) لِلْجَهَالَةِ، وَكَذَا لَوْ عَطَطَ فِي اسْمِ بَنَتِهِ،.....

[١١٢٣٦] (قوله: ما لم يُقَلِّ المَوْجِبُ بعده) أي: بعدَ قول الآخر: زَوَّجْتُ أَوْ نَعَمْتُ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْآخِرِ ذَلِكَ يَكُونُ إِجْبَابًا، فَيَحْتَاجُ إِلَى قَوْلِ الْأَوَّلِ: قَبِلْتُ، وَسَمَاءٌ مُوجِبًا نَظْرًا إِلَى الصُّورَةِ.
[١١٢٣٧] (قوله: لَأَنَّ زَوْجَتِي اسْتَحْبَارٌ) الْمَسْأَلَةُ مِنْ "الْحَانِيَّة"^(٣)، وَتَقَدَّمَ^(٤) أَنَّهُ لَوْ صَرَخَ بِالِاسْتِفْهَامِ فَقَالَ: هَلْ أَعْطَيْتَنِيهَا؟ فَقَالَ: أَعْطَيْتُكَهَا، وَكَانَ الْمَجْلِسُ لِلنِّكَاحِ يَنْعَقِدُ، فَهَذَا أَوَّلُ بِالِانْتِقَادِ، فَيَأْتِي أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ أَوْ يُحْمَلُ هَذَا عَلَى أَنَّ الْمَجْلِسَ لَيْسَ لِعَقْدِ النِّكَاحِ، وَقَالَ فِي "كَافِي الْحَاكِمِ": ((وَإِذَا قَالَ رَجُلٌ لَامْرَأَةٍ: أَنْزَوْجُكَ بِكَذَا أَمْ كَذَا؟ فَقَالَتْ: قَدْ فَعَلْتُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: قَدْ تَزَوَّجْتُكَ، وَلَيْسَ يَحْتَاجُ فِي هَذَا إِلَى أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: قَدْ قَبِلْتُ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: قَدْ حَطَبْتُكَ إِلَى نَفْسِي بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ، فَقَالَتْ: قَدْ زَوَّجْتُكَ نَفْسِي، هَذَا كُلُّهُ جَائِزٌ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ شَهَادَةٌ؛ لِأَنَّ هَذَا كَلَامُ النَّاسِ، وَلَيْسَ بِقِيَاسٍ)) اهـ "رَحْمَتِي".
[١١٢٣٨] (قوله: لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ) أَي: فَيَكُونُ كَلَامُ الثَّانِي قَائِمًا مَقَامَ الطَّرْفَيْنِ، وَقِيلَ: لِأَنَّهُ إِجْبَابٌ، وَمَرَّ مَا فِيهِ، "ط"^(٥).

[١١٢٣٩] (قوله: لَمْ يَصِحَّ) لِأَنَّ الْغَائِبَةَ يُشْرَطُ ذِكْرُ اسْمِهَا وَاسْمِ أَبِيهَا وَجَدِّهَا، وَتَقَدَّمَ^(٦)

(١) فِي "و": ((الْمُجِيبُ)).

(٢) فِي "و": ((فِيهِ)).

(٣) "الْحَانِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ اتِّعَادُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي الْأَلْفَاظِ الَّتِي يَنْعَقِدُ بِهَا النِّكَاحُ ٣٢١/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْمَهْنَدِيَّة").

(٤) الْمَقُولَةُ [١١١٥١] قَوْلُهُ: ((إِذَا لَمْ يَبْنِ الْاسْتِقْبَالَ)).

(٥) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ ١٢/٢.

(٦) الْمَقُولَةُ [١١٢٠٨] قَوْلُهُ: ((وَشَرَطُ حُضُورِ شَاهِدَيْنِ)).

إلا إذا كانت حاضرة وأشار إليها فيصح، ولو له بنتان أراد تزويج الكبرى، فغَلِطَ
فسمّاها باسم الصُّغرى.....

أنه إذا عرفها الشهودُ يكفي ذكرُ اسمها فقط خلافاً لـ "ابن الفضل"، وعند "الخصاف" يكفي مطلقاً.
والظاهر: أنه في مسألتنا لا يصحُّ عند الكل؛ لأنَّ ذِكْرَ الاسم وحده لا يَصْرِفُهَا
عن المرادِ إلى غيره بخلاف ذِكْرِ الاسم منسوباً إلى أبٍ آخر، فإنَّ فاطمة بنتَ أحمد لا تصدِّقُ
على فاطمة بنتِ محمدٍ، تأمَّل، وكذا يقالُ فيما لو غَلِطَ في اسمها.

[١١٢٤٠] (قوله: إلا إذا كانت حاضرة إلخ) راجعٌ إلى المسألتين، أي: فإنها لو كانت
مُشاراً إليها وغَلِطَ في اسمِ أبيها أو اسمها لا يضرُّ؛ لأنَّ تعريفَ الإشارةِ الحسِّيَّةِ أقوى
من التسمية؛ لما في التسمية من الاشتراكِ العارضِ، فتلغو التسمية عندها، كما لو قال:
اقتديتُ بزيدٍ هذا فإذا هو عمرو فإنه يصحُّ.

[١١٢٤١] (قوله: ولو له بنتان إلخ) أي: بأن كان اسمُ الكبرى مثلاً عائشة [٣/ق/٢٠ب] و
الصُّغرى فاطمة، فقال: زَوَّجْتُكَ بنِي فاطمة، وَقَبَلَ صَحَّ العَقْدُ عليها وإن كانت عائشة هي
المرادة، وهذا إذا لم يَصْرِفُهَا بالكبرى، أمّا لو قال: زَوَّجْتُكَ بنِي الكبرى فاطمة ففسي
"الولوالحِية"^(١): ((يجب أن لا ينعقدَ العَقْدُ^(٢) على إحداهما؛ لأنه ليس له ابنةٌ كبرى بهذا
الاسم)) اهـ. ونحوه في "الفتح"^(٣) عن "الحائِية"^(٤).

ولا تنفعُ النيَّةُ هنا ولا معرفةُ الشهود بعد صَرَفِ اللَّفْظِ عن المراد كما قلنا^(٥)، ونظيرُ هذا

(١) "الولوالحِية": كتاب النكاح ق/٤٦/١.

(٢) ((العَقْدُ)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فروع ١٠٤/٣.

(٤) "الحائِية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلّق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها

النكاح ٣٢٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) المقولة [١١٢٣٩] قوله: ((لم يصح)).

ما في "البحر"^(١) عن "الظهريّة"^(٢): ((لو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير: زوّجتُ ابنتي ولم يزدْ عليه شيئاً، فقال أبو الصغير: قَبِلْتُ يَقَعُ النِّكَاحُ لِلأَبِ، هو الصَّحِيحُ، وَيَجِبُ أَنْ يَحْتَاطَ فِيهِ، فيقول: قَبِلْتُ لابني)) اهـ.

وقال في "الفتح"^(٣) - بعد أن ذَكَرَ المسألة بالفارسيّة - : ((يجوزُ النِّكَاحُ عَلَى الأبِ^(٤) وإن جرى بينهما مُقَدِّماتُ النِّكَاحِ للابن، هو المختار؛ لأنَّ الأبَ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ، بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة: زوّجتُ بِنْتِي مِنْ ابْنِكَ، فقال أبو الابن: قَبِلْتُ ولم يَقُلْ: لابني، يجوزُ النِّكَاحُ للابن لإضافةِ المَزْوَجِ النِّكَاحِ إِلَى الابنِ يَاقِينِ، وقولُ القابل: قَبِلْتُ حَواِبَ لَهُ، والجوابُ يَتَقَيَّدُ بالأوَّلِ، فَصَارَ كما لو قال: قَبِلْتُ لابني)) اهـ.

قلت: وبه يُعَلَمُ بالأوَّلِ حَكْمُ ما يَكْتُرُ وَقوعُهُ، حيث يقول: زوّج ابنتك لابني، فيقول له: زوّجتك، فيقول الأوَّل: قَبِلْتُ، فيقعُ العَقْدُ للأبِ، والناسُ عنه غافلون، وقد سُمِلْتُ عنه فَأَجَبْتُ بذلك، وبأنه لا يمكنُ للأبِ تَطْلِيْقُها وَعَقْدُها للابنِ ثانياً؛ لِحَرْمَتِها عَلَى الابنِ مُؤَبِّداً، ومثله^(٥) ما يقعُ كثيراً أيضاً، حيث يقول: زوّجتني بنتك لابني؟ فيقول: زوّجتك، فإن قال

(قوله: لو قال لأبي الصغير: زوّجتُ ابنتي، ولم يزدْ عليه شيئاً إلخ) قال في "البحر": ((وهذه المسألة تدلُّ على أن مَنْ قال لآخر بعدما جرى بينهما مُقَدِّماتُ البيع: بعْتُ هذا العبدَ، وقال الآخر: اشتريتُ بصحِّ وإن لم يقل: بعْتُ منك، والخُلُوعُ على هذا اهـ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٢) "الظهريّة": كتاب النكاح - الفصل الأول فيما ينعقد به النكاح ق ٧٣/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٤) من ((هو الصحيح)) إلى ((على الأب)) ساقط من "٣".

(٥) من ((ومثله)) إلى نهاية هذه المقولة ساقط من "الأصل".

الأول: قَبِلْتُ انْعَقَدَ النِّكَاحُ لِنَفْسِهِ، وَإِلَّا لَمْ يَنْعَقِدْ أَصْلًا لِأَنَّ لَهَا وَلِابْنِهِ كَمَا أَفْتَى بِهِ فِي "الْخَيْرِيَّة"^(١).

وَبَقِيَ مَا إِذَا قَالَ: زَوَّجْتُ ابْنَتَكَ مِنْ ابْنِي، فَقَالَ: وَهَبْتُهَا لَكَ، أَوْ زَوَّجْتُهَا لَكَ، فَيَصِحُّ لِلابْنِ بِخِلَافِ مَا مَرَّ^(٢) عَنْ "الظَّهْرِيَّة"؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلَّا الْخِطْبَةُ، أَمَا هُنَا فَقَوْلُهُ: زَوَّجْتُ ابْنَتَكَ مِنْ ابْنِي تَوَكِيلٌ، حَتَّى لَمْ يَحْتَجْ بَعْدَهُ إِلَى قَبُولِ، فَيَصِيرُ قَوْلُ الْآخِرِ: وَهَبْتُهَا لَكَ مَعْنَاهُ: زَوَّجْتُهَا لِابْنِكَ لِأَجْلِكَ، وَلَا فَرْقَ فِي الْعُرْفِ بَيْنَ: زَوَّجْتُهَا لَكَ وَوَهَبْتُهَا لَكَ، كَذَا حَرَّرَهُ فِي "الْفَتَاوَى الْخَيْرِيَّة"^(٣). وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ لَا يَصِحُّ لِأَحَدٍ، إِلَّا إِذَا قَالَ الْآخِرُ: قَبِلْتُ فَيَصِحُّ لَهُ.

وَبَقِيَ أَيْضًا قَوْلُهُمْ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ، فَيَقُولُ: قَبِلْتُ، وَيُظْهِرُ لِي أَنَّهُ يَنْعَقِدُ لِلأَبِ لِإِسْنَادِ التَّرْوِيجِ، وَقَوْلُ أَبِي الْبَيْتِ: لِابْنِكَ مَعْنَاهُ: لِأَجْلِ ابْنِكَ فَلَا يُفِيدُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الْآخِرُ: قَبِلْتُ لِابْنِي لَا يُفِيدُ أَيْضًا، نَعَمْ لَوْ قَالَ: أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ، فَيَقُولُ: قَبِلْتُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ لِلابْنِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ مَعْنَاهُ فِي الْعُرْفِ: أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي زَوْجَةً لِابْنِكَ، وَهَذَا الْمَعْنَى وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرَادُ عُرْفًا مِنْ قَوْلِهِمْ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ لَكِنَّهُ لَا يَسَاعِدُهُ اللَّفْظُ كَمَا عَلِمْتَ، وَالنِّيَّةُ وَحْدَهَا لَا تَنْفَعُ كَمَا مَرَّ^(٤)، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

٢٧٥/١

(قَوْلُهُ: وَإِلَّا لَمْ يَنْعَقِدْ أَصْلًا لِأَنَّ لَهَا وَلِابْنِهِ إِخْرَجَ) أَمَا لِلأَبِ فَلَا حَتِيحَاجَهُ إِلَى الْقَبُولِ، وَأَمَا لِلابْنِ فَلَأَنَّ الْمُحِبَّ حَصَّ الأَبَ بِقَوْلِهِ: زَوَّجْتُكَ، وَإِنَّمَا سَمِّيَتْهُ مُحِبًّا لِأَنَّ الإِجْبَابَ حَصَلَ بِقَوْلِهِ: زَوَّجْتُكَ، وَلِذَلِكَ يَحْتَجُّ إِلَى الْقَبُولِ (اهـ))، "خَيْرِيَّة". وَكَلَامُهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ زَوَّجْتَنِي اسْتِحْبَابٌ لَا إِجْبَابٌ، وَعَلَى أَنَّهُ إِجْبَابٌ انْعَقَدَ لِنَفْسِهِ بِمُحَرَّدٍ قَوْلُهُ: زَوَّجْتُكَ.

(١) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح ٢١/١-٢٢.

(٢) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح ٢١/١.

(٣) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح ٢١/١.

(٤) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح ٢١/١.

(٥) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح ٢١/١.

(٦) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح ٢١/١.

(٧) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح ٢١/١.

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢١/١-٢٢.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢١/١.

(٤) في المقولة نفسها.

صحَّ للصُّغرى، "حائِية"^(١).

(ولو بعث) مُريدُ النِّكاحِ (أقواماً للخطبة فزَوَّجَهَا الأبُ) أو الواليُّ (محضرتهم صحَّ) فيجعلُ المتكلمُ فقط مخاطباً والباقي شهوداً، به يُفتَى، "فتح".
(فروع) قال: زَوَّجني ابتنكَ على أن أمرها بيدك.....

وأما ما في "الخيرية"^(٢) فيمن خطبَ لايته بنتَ أخيه، فقال أبوها: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي فلانة لايته، وقال الآخرُ: تَزَوَّجْتُ أجباب: ((لا ينعقد؛ لأنَّ التزوُّجَ غيرُ التزوُّجِ)) اهـ ففيه نظرٌ، بل لم ينعقد للابنِ لقولِ أبي البنتِ: زَوَّجْتُكَ بكافِ الخطاب، ولا لايته لكونه عمَّ البنتِ، حتى لو كان أجنبيّاً عنها انعقدَ النِّكاحُ له، بل هو أولى بالانعقاد له من^(٣) المسألة المارة^(٤) عن "الظهيرية"؛ لحصولِ الإضافة له في الإيجاب والقبول بخلاف ما في "الظهيرية"، وكونُ مصدرِ: زَوَّجْتُكَ التزوُّجَ، ومصدرِ: تَزَوَّجْتُ التزوُّجَ لا يظهرُ وجهاً؛ إذ لا يلزمُ اتِّحادُ المادَّةِ في الإيجاب والقبول فضلاً عن اتِّحادِ الصيغة، فلو قال: زَوَّجْتُكَ، فقال: قَبِلْتُ أو رَضِيْتُ حازَ، فتأمل.

(١١٢٤٢) (قوله: صحَّ إلخ) في "الفتح"^(٥) عن "الفتاوى": ((قبل: لا يصحُّ وإن قيلَ عن الزَّوْجِ إنسانٌ واحدٌ؛ لأنه نكاحٌ بغيرِ شهودٍ؛ لأنَّ القومَ كلَّهم مخاطبون من تكلمَ ومن لا؛ لأنَّ التعارفَ هكذا: أن يتكلمَ واحدٌ ويسكتَ الباقون، والمخاطب لا يصيرُ شاهداً، وقيل: يصحُّ، وهو الصحيحُ، وعليه الفتوى؛ لأنه لا ضرورةَ في جعلِ الكلِّ مخاطباً، فيجعلُ المتكلمُ فقط والباقي شهوداً)) اهـ.
ونقلَ بعدهُ في "البحر"^(٦) عن "الخلاصة"^(٧): ((أنَّ المختارَ عدمُ الجواز)) اهـ.

(١) "الحائية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ٣٢٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢١/١.

(٣) في "ب": ((عن)).

(٤) في المقولة نفسها.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٨/٣.

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/ب معزياً إلى "الفتاوى".

لم يكن له الأمر؛ لأنه تفويض قبل النكاح. وكَلَهُ بَأَنْ يُزَوِّجَهُ فَلَانَةٌ بِكَذَا، فزَادَ الْوَكِيلُ فِي الْمَهْرِ لَمْ يَنْفُذْ، فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى دَخَلَ بَقِيَ الْخِيَارُ بَيْنَ إِجَازَتِهِ وَفَسْخِخِهِ، وَلَهَا الْأَقْلُ مِنَ الْمَسْمُومِ وَمَهْرِ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّ الْمَوْقُوفَ كَالْفَاسِدِ. تَزَوَّجَ بِشَهَادَةِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ لَمْ يَجْزُءُ.....

ولا يخفى أن لفظ الفتوى أكد ألفاظ التصحيح، ووفق بعضهم بحمل ما في "الخلاصة" على ما إذا قبلوا جميعاً.

وأقول: يُنَافِيهِ قَوْلُ "الْخِلَاصَةِ"^(١): ((وَقَبِلَ وَاحِدٌ مِنَ الْقَوْمِ))، وَمِثْلُهُ مَا مَرَّ^(٢) عَنْ "الْفَتْحِ": ((وَإِنْ قَبِلَ عَنِ الزَّوْجِ إِنْسَانٌ وَاحِدٌ))، فَافْهَم.

[١١٢٤٣] (قوله: لم يكن له الأمر إلخ) ذَكَرَ "الشَّارِحُ"^(٣) فِي آخِرِ بَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ: ((نَكَحَهَا عَلَى أَنْ أَمَرَهَا بِيَدِهَا صَحَّ)) اهـ.

لَكِنْ ذَكَرَ [٣/٢١ق/٣] فِي "الْبَحْرِ"^(٤) هُنَاكَ: ((أَنَّ هَذَا لَوْ ابْتَدَأَتِ الْمَرْأَةُ فَقَالَتْ: زَوَّجْتُ نَفْسِي عَلَى أَنْ أَمْرِي بِيَدِي أَطْلُقُ نَفْسِي كَلَّمَا أُرِيدُ، أَوْ عَلَى أَنْي طَالِقٌ، فَقَالَ: قَبِلْتُ وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَصَارَ الْأَمْرُ بِيَدِهَا، أَمَا لَوْ بَدَأَ هُوَ لَا تَطْلُقُ وَلَا يَصِيرُ الْأَمْرُ بِيَدِهَا)) اهـ.

[١١٢٤٤] (قوله: بقي الخيار أي: للموكل).

[١١٢٤٥] (قوله: ولها الأقل أي: إذا اختار الفسخ، فإن كان المسموم أقل من مهر مثلها فهو لها؛ لأنها رَضِيَتْ بِهِ^(٥))، فَكَانَتْ مُسْقِطَةً مَا زَادَ عَنْهُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ^(٦) أَقْلًا فَهُوَ لَهَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ لَمْ تَلْزَمْ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ، فَإِذَا فَسَدَ الْعَقْدُ فَسَدَ مَا فِي ضِمْنِهِ، وَلَمَّا كَانَ الْعَقْدُ هُنَا مَوْقُوفًا لَا فَاسِدًا أَحَابَ بِقَوْلِهِ: ((لَأَنَّ الْمَوْقُوفَ كَالْفَاسِدِ))، أَفَادَهُ "الرَّحْمَنِيُّ".

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/ب معزياً إلى "الفتاوى".

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [١٣٧١٧] قوله: ((صح)).

(٤) "البحر": كتاب الطلاق - فصل الأمر باليد ٣/٤٣ بتصرف.

(٥) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((بها)).

(٦) ((وإن كان مهر المثل)) ساقط من "الأصل".

بل قيل: يُكْفَرُ، والله أعلم.

وبه ظهر أن المراد بالمسمى ما سمّاه الوكيل لها لا ما سمّاه الموكل للوكيل، فإنه

لا وَجْهَ له، فافهم.

[١١٢٤٦] (قوله: قيل: يُكْفَرُ) لأنه اعتقد أن رسول الله ﷺ عالم الغيب، قال في

"التارخانية"^(١): ((وفي "الحجة": ذكر في "الملتقط": أنه لا يُكْفَرُ؛ لأن الأشياء تُعرضُ على

روح النبي ﷺ، وأن الرُّسُلَ يَعْرِفُونَ بعضَ الغيب، قال تعالى: ﴿عَلِمَ الْغَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَىٰ

غَيْبِهِ أَحَدًا ۝ إِلَّا مَنِ ارْتَضَىٰ مِنْ رَسُولٍ﴾ [الجن-٢٦، ٢٧]] اهـ.

قلت: بل ذكروا في كتب العقائد: أن من جملة كرامات الأولياء الإطلاع على بعض

المعيات، وردوا على المعتزلة المستدلين بهذه الآية على نفيها بأن المراد الإظهار بلا واسطة، والمراد

من الرسول الملك، أي: لا يُظهِرُ على غيبه بلا واسطة إلا الملك، أمّا النبي والأولياء فيُظهِرُهم عليه

بواسطة الملك أو غيره. وقد بسطنا الكلام على هذه المسألة في رسالتنا المسماة "سلّ الحسام الهندي

لنصرة سيدنا خالد النقشبدي"^(٢)، فراجعها فإن فيها فوائد نفيسة، والله تعالى أعلم.

(١) "التارخانية": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهادة في النكاح ٢/٦١٠.

(٢) انظر "رسائل ابن عابدين" ٢/٣١١، وعرا المسألة فيها إلى "جامع الفصولين".

﴿فصل في المحرمات﴾

أسباب التحريم أنواع: قرابة، مصاهرة، رضاع،.....

﴿فصل في المحرمات﴾

شروع في بيان شرط النكاح أيضاً، فإن منه كون المرأة مُحَلَّةً لتصير محلاً له، وأُفِرِدَ
بفصل على حِدَّةٍ لكثرة شُعْبِهِ، "بجر" (١).

[١١٢٤٧] (قوله: قرابة) كفروعِهِ - وهم بناتُهُ وبناتُ أولادِهِ وإن سَفَلْنَ - وأصولِهِ - وهم
أُمَّهَاتُهُ وَأُمَّهَاتُ أُمَّهَاتِهِ وَأَبَائِهِ وَإِنْ عَلَوْنَ - وفروعُ أبويه وإن نَزَلْنَ - فتحرمُ بناتُ الإخوةِ
والأخواتِ، وبناتُ أولادِ الإخوةِ والأخواتِ [ب/٢١٣/٣] وإن نَزَلْنَ - وفروعُ أجدادِهِ وجدَّاتِهِ
بيطنٍ واحدٍ، فلهذا تحرمُ العَمَّاتُ والخَالَاتُ، وتَحِلُّ بناتُ العَمَّاتِ والأعمامِ والخَالَاتِ
والأخوالِ، "فتح" (٢).

[١١٢٤٨] (قوله: مُصَاهِرَةٌ) كفروعِ نَسَائِهِ المدخولِ بهنَّ وإن نَزَلْنَ، وأُمَّهَاتِ الزَّوْجَاتِ
وَجَدَّاتِهِنَّ بَعْقِدٍ صَحِيحٍ وَإِنْ عَلَوْنَ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالزَّوْجَاتِ، وتحرمُ موطوءاتُ آبَائِهِ وأجدادِهِ وَإِنْ
عَلَوْا ولو بَزْنًا، والمعقوداتُ لهم عليهنَّ بَعْقِدٍ صَحِيحٍ، وموطوءاتُ أَبْنَائِهِ وَأَبْنَاءِ أولادِهِ وَإِنْ سَفَلُوا ولو
بَزْنًا، والمعقوداتُ لهم عليهنَّ بَعْقِدٍ صَحِيحٍ، "فتح" (٣). وكذا المُقْبَلَاتُ أو الملموساتُ بشهوةٍ لأصولِهِ
أو فروعِهِ، أو مَنْ قَبِلَ أو لَمَسَ أصولَهُنَّ أو فروعَهُنَّ.

[١١٢٤٩] (قوله: رِضَاعٌ) فيحرمُ به ما يحرمُ من النَسَبِ إِلَّا ما اسْتَسْنَى كَمَا سَيَأْتِي (٤)

في بابِهِ، وهذه الثلاثةُ مُحَرَّمَةٌ على التَّأْيِيدِ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٩٨/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٧/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٧/٣.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [١٢٧٩٥] قوله: ((يفارق النسب الإرضاع)).

جَمَعٌ، مِلْكٌ، شِرْكٌ، إِدْخَالُ أُمَّةٍ عَلَى حُرَّةٍ، فَهِيَ سَبْعَةٌ ذَكَرَهَا "المصنّف" ^(١) بهذا الترتيب،.....

[١١٢٥٠] (قوله: جَمَعٌ) أي: بين المحارم كأختين ونحوهما، أو بين الأجنبيات زيادة

على أربع.

[١١٢٥١] (قوله: مِلْكٌ) كنكاح السيد أمتة والسيدة عبدها، "فتح" ^(٢). وعبرَ بدلَ المِلْكِ بالتنافي، أي: لأنَّ المِلْكِيَّةَ تُنافي المملوكِيَّةَ كما سيأتي بيانه ^(٣)، وشمل ملكة لبعضها أو ملكها لبعضه.

٢٧٦/٢

[١١٢٥٢] (قوله: شِرْكٌ) عبارة "الفتح" ^(٤): ((عَدَمُ الدِّينِ السَّمَاوِيِّ كَالْجَوْسِيَّةِ وَالْمَشْرُكَةِ))

اهـ. وتشملُ أيضاً المرتدة ونافية الصانع تعالى.

[١١٢٥٣] (قوله: إِدْخَالُ أُمَّةٍ عَلَى حُرَّةٍ) أَدْخَلَهُ "الزَّيْلَعِيُّ" فِي حُرْمَةِ الْجَمْعِ فَقَالَ ^(٥):

((وَحُرْمَةُ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأُمَّةِ وَالْحُرَّةُ مُتَقَدِّمَةٌ))، وَهُوَ الْأَنْسَبُ، "بِحُر" ^(٦). أي: للضَّبْطِ وتقليل الأقسام، وكذا فَعَلَ فِي "الفتح" ^(٧)، لَكِنَّ الْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: وَالْحُرَّةُ غَيْرُ مُتَأَخِّرَةٍ لِشَمْلِ مَا لَوْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فَفِي "الزَّيْلَعِيُّ" ^(٨): ((صَحَّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَبَطَلَ نِكَاحُ الْأُمَّةِ)).

(١) ذكر المصنّف الأربعة الأولى مرتبة كما ذكرها الشارح، واحتلف الدوتيب في الباقي عن ترتيب الشارح، انظر

"المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/ق ١١٤/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٨.

(٣) المقولة [١١٣٨٣] قوله: ((لأن المملوكية الخ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٨.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢/١١٢ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/٩٨.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٨.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢/١١٢.

وبقي التّطليق ثلاثاً، وتعلّق حقّ الغير بنكاح أو عدّة، ذكرهما في الرّجعة.

(حَرْمٌ) على المتزوِّج ذكراً كان أو أنثى نكاح (أصله وفرعيه).....

[١١٢٥٤] (قوله: وبقي إلخ) زاد في "شرحه" على "الملتقى" ^(١) اثنين آخرين أيضاً، حيث قال:

((قلت: وبقي من المحرمات الخشي المشكل لجواز ذكوريته، والجنية وإنسان الماء لاختلاف الجنس)) اهـ.

قلت: وكأنه استغنى هنا عن ذكرهما بما قدّمه ^(٢) أول النكاح، ويؤاد خامس سيدكروه

في بابيه، وهو حرمة اللعان، وقد نظمت السبعة مع الخمسة المزيّدة بقولي:

أنواع تحريم النكاح سبّع قرابة ملك رضاع جمع

كذلك شريك نسبة ^(٣) المصاهرة وأمة عن حرة مؤخره

وزيد خمسة أتتك بالبيان تطيقه لها ثلاثاً واللعان

تعلّق بحق غير من نكاح أو عدّة بخنوثه بلا اتّصاح [١/٢٢٣]

وآخر الكل اختلاف الجنس كالجن والمائي لنوع الإنس

[١١٢٥٥] (قوله: حرم على المتزوِّج) أي: مُريد التزوِّج، وقوله: ((ذَكَرًا كان أو أنثى))

﴿فصل في المحرمات﴾

(قوله: زاد في "شرحه" على "الملتقى": ((اثنين)) إلخ) قد يُقال: لا حاجة لما زاده؛ لأنّ القصد بيان

أسباب التحريم مع كون المحل أهلاً للنكاح وهو: المحقّق أنوثته من بنات آدم، فلا تدخل حينئذ الخشي،

ولا الجنية، ولا إنسانة الماء حتى يحتاج إلى إخراجها بإثبات أسباب التحريم فيها من الخنوثه واختلاف الجنس.

(١) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - باب المحرمات ١/٣٢٢ (هامش "جمع الأنهر").

(٢) المقولة [١١١٠٠] قوله: ((والمحرم)).

(٣) في "٣": ((حرمة)).

علا أو نزلَ (وبنتِ أخيه وأختِهِ وبنتِها) ولو من زنا (وعمتهِ وحالتهِ).....

بيانٌ لفائدة إرجاع الضمير إلى المتزوج الشامل لهما لا إلى الرجل، فإن ما يحرم على الرجل يحرم على الأنثى إلا ما يختص بأحد الفريقين بدليله، فالمراد هنا أن الرجل كما يحرم عليه تزوج أصله أو فرعه كذلك يحرم على المرأة تزوج أصلها أو فرعها، وكما يحرم عليه تزوج بنت أخيه يحرم عليها تزوج ابن أخيها وهكذا، فيؤخذ في جانب المرأة نظير ما يؤخذ في جانب الرجل لا عينه، وهذا معنى قوله في "المنح"^(١): ((كما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكِرَ يحرم على المرأة أن تتزوج بنظير من ذكِر)) اهـ.

فلا يقال: إنه يلزم أن يصير المعنى: يحرم على المرأة أن تتزوج بنت أخيها؛ لأن نظير بنت الأخ في جانب الرجل ابن الأخ في جانب المرأة، ولا يراد أيضاً أنه يلزم من حرمة تزوج الرجل بأصله كأمه حرمة تزوجها بفرعها؛ لأن التصريح باللازم غير معيب، فافهم.

[١١٢٥٦] (قوله: علا أو نزل) نشر على ترتيب اللف، وتفكيك الضمائر إذا ظهر المراد

يقع في الكلام الفصيح، فافهم.

[١١٢٥٧] (قوله: وأختِهِ) عطف على ((بنت)) لا على ((أخيه)) بقرينة قوله:

((وبنتِها))، لكنّه^(٢) مجرور بالنظر للشرح مرفوع بالنظر للمتن، "ح"^(٣)؛ لأن المضاف - وهو

((نكاح)) - الداخِل على قوله: ((أصله)) من كلام "الشارح".

[١١٢٥٨] (قوله: ولو من زنا) أي: بأن يزني الزاني بيكرٍ ويمسكها حتى تلد بنتاً، "بحر"^(٤)

عن "الفتح"^(٥). قال "الحانوتي"^(٥): ((ولا يتصور كونها ابنته من الزنا إلا بذلك؛ إذ لا يعلم كون

(١) "المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/ق ١١٤/ب.

(٢) ((لكنه)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/٩٩.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٢٧.

الولد منه إلا به)) اهـ، أي: لأنه لو لم يُمسيكها يُحتملُ أن غيره زنى بها لعدم الفرائض الثاني لذلك الاحتمال.

قال "ح" (١): ((قوله: ولو من زنا تعميم بالنظر إلى كل ما قبله، أي: لا فرق في أصله أو فرعه أو أخته أن يكون من الزنا أو لا، وكذا إذا كان له أخ من الزنا له بنت من النكاح، أو من النكاح له بنت من الزنا، وعلى قياسه قوله: وبنتها وعمته وخالتها، أي: أخته من النكاح لها بنت من الزنا^(٢)، أو من الزنا لها بنت من النكاح، أو من الزنا لها بنت من الزنا، وكذا أبوه من النكاح له أخت من الزنا، أو من الزنا له أخت من النكاح، أو من الزنا له أخت من النكاح، وكذا أمه من النكاح [ب/٢٢٣/٣] لها أخت من الزنا، أو من الزنا لها أخت من النكاح، أو من الزنا لها أخت من الزنا. إذا عرفت هذا فكان ينبغي أن يُؤخر التعميم عن قوله: وخالتها)) اهـ.

قلت: لكن ما ذكره "الشارح" أحوط؛ لأنه اقتصر على ما رآه منقولاً في "البحر"^(٤) عن "الفتح"^(٥)، حيث قال: ((ودخل في البنت بنته من الزنا، فتحرم عليه بصريح النص؛ لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه، فيصير منقولاً شرعياً،

قوله: لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل إلخ) ولا يقال: بل ثبت شرعاً حيث لم يثبت النسب من الزاني؛ لأننا نقول: ثبوت النسب أمر فوق تسميتها بنتاً، ولم يثبت في اللغة العربية أن المخلوقة من مائه لا تُسمى بنتاً، ولا ورد نقل مُفيد لذلك اهـ، من "السندي".

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/١.

(٢) من ((وعلى قياسه)) إلى ((من الزنا)) ساقط من "الأصل".

(٣) من ((من النكاح له أخت)) إلى ((من الزنا)) ساقط من "٣".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٩٩/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٨/٣.

دلالة إن كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي^(١) قبل مخاطبته، وإلا لم يكن رضاً..

[١١٥١٦] (قوله: إن كان) كذا ذكره في "الذخيرة"، وأقره في "البحر"^(٢) و"النهر"^(٣)

(قوله: كذا ذكره في "الذخيرة" وأقره الخ) نص ما فيها: ((وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاءة بغير رضا الولي قبض الولي مهرها وجهازها فهذا منه رضا وتسليم، ولو قبض ولم يُجهزها فقد اختلف للمشايع فيه، والصحيح أنه يكون رضا وتسليماً، وإذا لم يقبض مهرها ولكن خصص زوجها في نفقتها وتقدير مهرها عليه بوكالة منها كان ذلك منه رضا وتسليماً للعقد استحساناً، وهذا إذا كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مخاطبة الولي إياه، وأما إذا لم يكن عدم الكفاءة ثابتاً قبل ذلك عند القاضي فلا يكون رضا بالنكاح قياساً واستحساناً)) اهـ. وكذا ذكرها في "المحيط البرهاني" ونصه: ((وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاءة بغير رضا الولي قبض الولي مهرها وجهازها فهذا منه رضا وتسليم، ولو قبضه ولم يُجهزها فقد اختلف للمشايع فيه، والصحيح أنه يكون رضا وتسليماً؛ لأن العقد توقف على إجازة الولي، وقبض البديل ممن توقف العقد على إجازته يكون رضا منه بالعقد دلالة كما في البيع للوقوف، وأما إذا لم يقبض مهرها ولكن خصص زوجها في نفقتها وتقدير مهرها عليه بوكالة منها كان ذلك منه رضا وتسليماً للعقد استحساناً؛ لأن طلب المهر لم يكن لإثبات عدم الكفاءة عند القاضي؛ لأن عدم الكفاءة ثابت عند القاضي؛ لأن وضع المسألة فيما إذا زوجت نفسها من غير كفاءة فمعين أن يكون طلب المهر للاستيفاء وذلك دلالة الرضا من غير احتمال، حتى لو لم يكن عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي لا يكون ذلك رضا بالنكاح قياساً واستحساناً)) اهـ. فانت ترى أن هذا الشرط إنما هو فيما إذا لم يقبض المهر وخصص الزوج في نفقتها وتقدير مهرها عليه بوكالة عنها لا في أنواع الرضا دلالة. و"الشرح" إنما جعله قيداً في الجميع أحياناً من العلة المذكورة في "المحيط"؛ فإنها تفيده أن الحكم كذلك في غير مسألة المخاصمة المذكورة، ويكون المراد الاحتراز عما إذا لم يثبت عدم الكفاءة، ولم يعلم الولي بعدمها أيضاً؛ فإن علمه بعدمها كالثبوت عند القاضي في الدلالة على الرضا فيما ذكر، وهذا ظاهر الوجه لا يخالف كلامهم.

(١) في "د" زيادة: ((فرع: في "فتاوى النسفي": للقاضي أن يعث إلى شافعي ليطلب العقد إذا كان بشهادة الفاسق، وللحنفي أن يفعل ذلك، وكذا لو كان بغير ولي فطلبها ثلاثاً، فبعث إلى شافعي زوجها من غير محلل، ثم يقضي بالصحة وعلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب إليه شيئاً، ولا يظهر بهنا حرمة الوطء السابق، ولا شبهة ولا حث في الولد، كما في "الخلاصة". ثم قال: قال ظهير الدين للرغيباني: لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا في اليمين للضافة، أما لو فعلوا فقضى ينفذ، انتهى. كذا في "الفتح" و"البحر" عند قوله في شروط النكاح: ((ولو فاسقين)) ق ١٥٥/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٩/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٤/أ.

كما (لا) يكون (سكوتُهُ) رضا ما لم تَلِدْ^(١)، وأما تصديقُهُ بأنه كفاء فلا يُسْقِطُ حقَّ
الباقيين، "مبسوط".....

و"الشرنبلالية"^(٢) و"شرح المقدسي"، وظاهرة أنَّ هذا شرطٌ في الرِّضَاءِ دلالةً فقط، وأنَّ مجردَ العِلْمِ
بعدم الكفاءة لا يكفي هنا بخلاف الرِّضَا الصَّرِيحِ، حيث يكفي فيه العِلْمُ فقط، لكنَّ هذا مخالفٌ
لإطلاق المتون، ولم يذكُرْه في "الفتح" ولا في "كافي الحاكم" الذي جَمَعَ كسبَ "ظاهر الرواية"،
وأيضاً فوجهُهُ غيرُ ظاهرٍ، إلاَّ أنَّ يكونَ الفرقُ انحطاطَ رتبةِ الدلالةِ عن الصَّرِيحِ، فليتأمل.
وصورةُ المسألة: أنَّ تكونَ هذه المرأةُ تزوجتَ غيرَ كفاءٍ، فخاصمَ الوليُّ وأثبتَ عند
القاضي عدمَ الكفاءة، فقبضَ الوليُّ المهرَ قبلَ التفريقِ، أو فرَّقَ القاضي بينهما ثمَّ تزوجتَهُ ثانياً
بلا إذنَ الوليِّ فقبضَ المهرَ.

[١١٥١٧] (قوله: كما لا يكون إلخ) مُكرَّرٌ بقوله المار^(٣): ((ما لم يسكت حتى تلد)).
[١١٥١٨] (قوله: وأما تصديقُهُ إلخ) قال في "البحر"^(٤): ((قيَّدَ بالرِّضَا؛ لأنَّ التصديقَ بأنه
كفاءٌ من البعض لا يسقطُ حقَّ مَنْ أنكرها، قال في "المبسوط"^(٥): لو ادَّعى أحدُ الأولياء أنَّ
الزوجَ كفاءٌ، وأثبتَ الآخرُ أنه ليس بكفاءٍ يكون^(٦) له أن يطالبهُ بالتفريق؛ لأنَّ المصدقَ يُنكرُ
سببَ الوجوب، وإنكارُ سببِ الشيء لا يكونُ إسقاطاً [٣/٤٦ق/ب] له اهـ. وفي "الفوائد
التأجبية": أقامَ وليُّها شاهدينِ بعدمِ الكفاءة، أو أقامَ زوجها بالكفاءة لا يشترطُ لفظَ الشهادة؛
لأنَّه إيجابٌ)) اهـ.

(١) في "د" زيادة: ((هو المعتمد، وفي "الدرية" عن "المبسوط": وإن ولدت)). ق ١٥٥/ب

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ١/٣٣٥ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "در" ص ١٩٠ -

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٨.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الأكفاء ٥/٢٧.

(٦) ((يكون)) ليست في "٣".

(ولا تُجْبِرُ البالغةُ البكرُ على النكاحِ) لانقطاع الولاية بالبلوغ (فإن استأذنها هو) أي: الولي، وهو السنة (أو وكيله أو رسوله، أو زوجها) وليها وأخبرها رسوله....

[١١٥١٩] (قوله: ولا تُجْبِرُ البالغةُ) ولا الحرُّ البالغُ والمكاتبُ والمكاتبَةُ ولو صغيرين، "ح" (١)

عن "القهستاني" (٢).

[١١٥٢٠] (قوله: البكرُ) أطلقها فشمل ما إذا كانت تزوجت قبل ذلك وطلقت قبل زوال

البكارة، فتزوج كما تزوج الأباكر، نص عليه في "الأصل" (٣)، "بحر" (٤) (٥).

[١١٥٢١] (قوله: وهو السنة) بأن يقول لها قبل النكاح: فلان يخطبك أو يذكرك فسكت،

وإن زوجها بغير استعمار فقد أخطأ السنة وتوقف على رضاها، "بحر" (٦) عن "المحيط". ٢٩٨/٢

واستحسن "الرحمي" ما ذكره الشافعية: ((من أن السنة في الاستئذان أن يرسل إليها نسوة ثقات

ينظرن ما في نفسها، والأثم بذلك أولى؛ لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها)) اهـ.

[١١٥٢٢] (قوله: أو وكيله أو رسوله) الأول أن يقول: وسكتك تستأذن لي فلانة في كذا،

والثاني أن يقول: اذهب إلى فلانة وقل لها: إن أخاك فلانا يستأذنك في كذا.

[١١٥٢٣] (قوله: وأخبرها رسوله إلخ) أفاد أن قول "المصنف": ((أو زوجها)) محمول على

ما إذا زوجها في غيبتها، وهذا وإن كان بخلاف المتبادر منه لكن يرجح دفع التكرار مع قوله

الآتي (٧): ((وكذا إذا زوجها عندها فسكت))، وفي "البحر" (٨): ((واختلف فيما إذا زوجها

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/١ - ب بتصرف.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٧٧/١ نقلاً عن "النظم".

(٣) "الأصل": كتاب نكاح البكر ٧/٥.

(٤) في "د" زيادة: ((وشمل ما إذا عاصمت الزوج في المهر، وفيه خلاف، ومماه في "البحر"))، ق ١٥٥/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

(٧) "در" ٢٠٩ -.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

أو فضوليَّ عَدْلٌ (فَسَكَّتْ) عن (١) رَدِّهِ مَخْتَارَةً (أو ضَحِكَتْ).....

غير كفاء فَبَلَّغَهَا فَسَكَّتْ، فقالا: لا يكون رِضًا، وقيل في قول "أبي حنيفة": يكون رِضًا إن كان المَرْجُوعُ أبًا أو جَدًّا، وإن كان غيرهما فلا كما في "الْحَانِيَّة" (٢) أَخَذًا من مَسْأَلَةِ الصَّغِيرَةِ لِلْمَرْجُوعَةِ من غير كفاء)) اهـ.

قال في "النهر" (٣): ((وَجَزَمَ (٤) في "الدَّرَايَةِ" بالأوَّلِ بلفظ: قالوا)).

[١١٥٢٤] (قوله: أو فضوليَّ عَدْلٌ) الشَّرْطُ في الفُضُولِيِّ العَدَالَةُ أو العَدْدُ، فيكفي إخبارُ واحدٍ عَدْلٌ أو مَسْتُورَيْنِ عند "أبي حنيفة"، ولا يكفي إخبارُ واحدٍ غيرِ عَدْلٍ، ولها نظائرُ ستأتي (٥) في مُتَفَرِّقَاتِ القِضَاءِ.

[١١٥٢٥] (قوله: فَسَكَّتْ) أي: البِكْرُ البَالِغَةُ بخلاف الابن الكبير، فلا يكونُ سَكُوتُهُ رِضًا حتَّى يرضى بالكلام، "كافي الحاكم".

[١١٥٢٦] (قوله: عن رَدِّهِ) قَيَّدَ به إذ ليس المرادُ مُطْلَقَ السُّكُوتِ؛ لأنها لو بَلَّغَهَا الخَيْرُ فَتَكَلَّمَتْ بأجنبي فهو سَكُوتٌ هنا، فيكونُ إجازةً، فلو قالت: الحمدُ لله اختَرْتُ نفسي، أو قالت: هو دَبَّاعٌ لا أريدُهُ فهذا كلامٌ واحدٌ، فهو رَدٌّ (٦)، "بجر" (٧).

[١١٥٢٧] (قوله: مُخْتَارَةً) أمَّا لو أَخَذَهَا [١/٤٧ق/٣] عَطَاسٌ أو سَعَالٌ حينَ أُخْبِرَتْ، فلمَّا ذَهَبَ قالت: لا أرضى، أو أَخَذَ فَمَهَا ثُمَّ تَرَكَ فقالت ذلك صَحَّ رَدُّهَا؛ لأنَّ سَكُوتَهَا كان عن اضطرارٍ، "بجر" (٨) (٩).

(١) في "ط": ((عند)).

(٢) "الْحَانِيَّة": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٦٩/ب.

(٤) في "م": ((وَجَزَمَ (٤)).

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٧٢٥] قوله: ((أو فاسق)).

(٦) في "د" زيادة: ((كذا في "الظهيرية"). ق ١٥٥/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

(٨) في "د" زيادة: ((عن "الْحَانِيَّة"). ق ١٥٥/أ.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

غير مُستهزئة، أو تبسّمت أو بكت بلا صوت^(١) فلم بصوت لم يكن إذناً ولا ردّاً، حتى لو رضيت بعده انعقد، "معراج" وغيره. فما في "الوقاية" و"الملتقى" فيه نظر..

[١١٥٢٨] (قوله: غير مُستهزئة) وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره؛ لأن الضحك إنما جعل إذناً لدلالته على الرضا، فإذا لم يدل على الرضا لم يكن إذناً، "بحر"^(٢) وغيره.
[١١٥٢٩] (قوله: أو بكت بلا صوت) هو المختار للفتوى؛ لأنه حيز على مفارقة أهلها، "بحر"^(٣)، أي: وإنما يكون ذلك عند الإجازة، "معراج".
[١١٥٣٠] (قوله: فما في "الوقاية"^(٤) و"الملتقى"^(٥)) أي: ((من أنه هو والبكاء بلا صوت إذن، ومعه رد)).

[١١٥٣١] (قوله: فيه نظر) أي: لمخالفته لما في "المعراج"، ولا يخفى ما فيه، فإن ما في "الوقاية" و"الملتقى" ذكر مثله في "النقاية"^(٦) و"الإصلاح"، والمنون مقدمة على الشروح، وفي "شرح الجامع الصغير" لـ "قاضي خان"^(٧): ((وإن بكت كان ردّاً في إحدى الروايتين

(قوله: وفي "شرح الجامع الصغير" لـ "قاضي خان": ((وإن بكت كان ردّاً في إحدى الروايتين إحد)) ما فيه لا يخالف ما في "المعراج"؛ إذ موضوع ما في "الجامع" البكاء عن الصوت والويل، وهذا لا يتوهم

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو بكت بلا صوت إحد، أقول: فلو اختلفا، فقال الزوج: بكت بلا صوت، وقالت: بصوت،

ولم أرض، فالقول قولها؛ لأنها منكرة وهو المدعي رافقه الحال، تأمل. خير الدين الرملي)). ق ١٥٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

(٤) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ١٦٨/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢٤٣/١.

(٦) انظر شرح "النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٥٦٧/٨.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب تزويج البكر والصغير والصغيرة ١/٧٤ أ.

(فهو إذن) أي: توكيل في الأول إن اتحد الولي.....

عن "أبي يوسف"، وعنه في رواية يكون رضا، قالوا: إن كان البكاء عن صوتٍ وويلٍ لا يكون رضا، وإن كان عن سكوتٍ فهو رضا)) اهـ.

وبه ظهر أن أصل الخلاف في أن البكاء هل هو ردٌّ أو لا؟ وقوله: ((قالوا إلخ)) توفيق بين الروایتين، فمعنى: لا يكون رضا أنه يكون ردًّا كما فهمه صاحب "الوقاية"^(١) وغيره، وصرح به أيضاً في "الذخيرة"، حيث قال بعد حكاية الروایتين: ((وبعضهم قالوا: إن كان مع الصياح والصوت فهو ردٌّ، وإلا فهو رضا، وهو^(٢) الأوجه، وعليه الفتوى)) اهـ.

كيف والبكاء بالصوت والويل قرينة على الردِّ وعدم الرضا؟ وعن هذا قال في "الفتح"^(٣) بعد حكاية الروایتين: ((والمعول اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن تعارضت أو أشكل احتيط)) اهـ، فقد ظهر لك أن ما في "المعراج" ضعيف لا يعول عليه.

(قوله: فهو إذن) أي: وإن لم تعلم أنه إذن كما في "الفتح"^(٤).

(قوله: أي: توكيل في الأول) أي: فيما إذا استأذنها قبل العقد، حتى لو قالت

بعد ذلك: لا أرضى، ولم يعلم به الولي فزوجها صحَّ كما في "الظهيرية"^(٥)؛ لأن الوكيل لا يعزّل

أحد أنه رضا، وموضوع ما في "المعراج" بكاء عن صوتٍ أي: مجرد عن الويل، ولا يعلم من عبارة "الجامع" حكم البكاء عن صوتٍ بدون ويل، ويعلم مما ذكره في "الذخيرة" أنه رضا، وأنه الأوجه وعليه الفتوى، فقد اختلفت عباراتهم في البكاء عن الصوت؛ فعلى ما في "المعراج" ليس إذناً ولا ردًّا، وعلى ما في "الوقاية" هو ردٌّ، وعلى ما في "الذخيرة" هو رضا.

(١) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ١٦٨/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) من ((الصوت)) إلى ((وهو)) ساقط من "٣".

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٤/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٤/٣.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبهكار والتيب ومعرفة الأكفاء ق٧٦/ب.

- فلو تعدّد المزوج لم يكن سكوّتها إذناً - وإجازة في الثاني إن بقي النكاح، لا لو بطل بموته، ولو قالت بعد موته: زوجني أبي بأمرى، وأنكرت الورثة.....

حتى يعلم، "بحر"^(١).

[١١٥٣٤] (قوله: فلو تعدّد المزوج إلخ) عبارة "البحر"^(٢): ((ولو زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل، فأجازتهما معاً بطلا لعدم الأولوية، وإن سكّنت بقيا موقوفين حتى تُجيز أحدهما بالقول أو بالفعل، [٤٧٣/ب] وهو ظاهر الجواب كما في "البدائع"^(٣)) اهـ.
ولا يخفى أنّ هذا في الإجازة والكلام الآن في التوكيل، أي: الإذن قبل العقد، لكنّ الظاهر أنّ الحكم لا يختلف في الموضوعين إن زوجها معاً بعد الاستئذان، أمّا لو استأذناها فسكّنت، فزوجها متعاقباً من رجلين ينبغي أن يصحّ السابق منهما لعدم المزاجم، فافهم.
[١١٥٣٥] (قوله: وإجازة) عطف على ((توكيل))، وقوله: ((في الثاني)) أي: فيما إذا استأذنها بعد العقد، وهذا هو الأصحّ، وفي رواية: لا يكون السكوت بعد العقد رضا كما بسطه في "الفتح"^(٤)، وقدّمنا^(٥) الخلاف أيضاً فيما إذا زوجها غير كفء قبلها فسكّنت.
[١١٥٣٦] (قوله: لا لو بطل بموته) لأنّ الإجازة شرطها قيام العقد، "بحر"^(٦).

(قوله: أمّا لو استأذناها فسكّنت، فزوجها متعاقباً من رجلين، ينبغي أن يصحّ السابق إلخ) فيه أنّ سكوّتها بعد الاستئذان توكيلٌ لهما بالزواج، وليس لأحد الوكيلين الانفراد فلا ينفذ عليها السابق من العقدتين بل يكون كلٌّ منهما موقوفاً على إجازتها فأياً أجازته نفذ. نعم لو استأذناها على التعاقب يصحّ السابق منهما.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى المولى عليه ٢٤٣/٢.

(٤) ((إذا)) ساقطة من "م".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٧/٣.

(٦) المقولة [١١٥٣٣] قوله: ((وأخبرها رسوله إلخ)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

فالقولُ لها، ففَرِثُ وتعتدُّ، ولو قالت: بغيرِ أمري لكنه بلغني فَرَضِيْتُ فالقولُ لهم، وقولُها: ((غيرُهُ أولى منه)) رَدُّ قَبْلِ العَقْدِ لا بعَدَهُ،.....

[١١٥٣٧] (قوله: فالقولُ لها) لأنَّ الأصلَ أنَّ المسلمَ المكلفَ لا يَعْقِدُ إِلَّا العَقْدَ الصَّحِيحَ النَّافِذَ.

[١١٥٣٨] (قوله: فالقولُ لهم) لأنها أَقْرَبُ أَنَّ العَقْدَ وَقَعَ غَيْرَ تَامٍ، ثُمَّ ادَّعَتْ النِّفَازَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا لِمَكَانِ التُّهْمَةِ، "بِحِرِّ"^(١). وَحِينَئِذٍ فَلَا تَرِثُ، وَهَلْ تَعْتَدُ؟ فَإِنْ كَانَتْ صَادِقَةً فِي نَفْسِ الْأَمْرِ فَلَا شَكَّ فِي وَجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا دِيَانَةً، وَإِلَّا فَلَا، نَعَمْ لَوْ أَرَادَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَ تَمْنَعُ مُوَاخَذَةً لَهَا بِقَوْلِهَا، وَأَمَّا لَوْ تَزَوَّجَتْ فِي "الذَّخِيرَةِ": ((لَوْ تَزَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ ثُمَّ ادَّعَتْ الْعِدَّةَ^(٢)، فَقَالَ الزَّوْجُ: تَزَوَّجْتُكَ بَعْدَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي الصَّحَّةَ)) اهـ. فَلَعَلَّهُ يُقَالُ هُنَا كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا السَّابِقَ لَمْ يَثْبُتْ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي.

٢٩٩/٢

[١١٥٣٩] (قوله: وقولُها: غيرُهُ) أي: غيرُ هذا الزَّوْجِ.

[١١٥٤٠] (قوله: رَدُّ قَبْلِ العَقْدِ لا بعَدَهُ) فَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِذْنَ وَعَدَمَهُ، فَقَبْلُ النِّكَاحِ لَمْ يَكُنِ النِّكَاحَ، فَلَا يَجُوزُ بِالشَّكِّ، وَبَعْدَهُ كَانَ فَلَا يَطْلُ بِالشَّكِّ، كَذَا فِي "الظَّهْرِيَّةِ"^(٣)، وَهُوَ مُشْكِلٌ بِأَنَّهُ لَا يَكُونُ نِكَاحًا إِلَّا بَعْدَ الصَّحَّةِ وَهِيَ بَعْدَ الْإِذْنِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِإِذْنٍ فِيهِمَا، "بِحِرِّ"^(٤). وَأَصْلُ الْإِشْكَالِ لِصَاحِبِ "الْفَتْحِ"^(٥)، وَأَجَابَ عَنْهُ "المَقْدِسِيُّ":

(قوله: وَأَصْلُ الْإِشْكَالِ لِصَاحِبِ "الْفَتْحِ"، وَأَجَابَ عَنْهُ "المَقْدِسِيُّ": بِأَنَّ العَقْدَ الْخَالَئَ الْأَظْهَرَ فِي تَوْجِيهِ الفَّرْقِ أَنْ يُقَالَ: ((لَمَّا كَانَ قَوْلُهَا: ((غَيْرُهُ أَوْلَى مِنْهُ))؛ مُحْتَمِلًا لِلْإِذْنِ، عَلِمَهُ لَا يَكُونُ إِذْنًا أَيْ: تَوْكِيلًا

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٢) من ((نعم)) إلى ((العدة)) ساقط من "أ".

(٣) "الفتاوى الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبيكار والتيب ومعرفة الأكفاء ق ٧٦/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣.

ولو زَوَّجَهَا لِنَفْسِهِ فَسَكَوتُهَا رَدٌّ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا قَبْلَهُ، وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا فِي مَعْيِنٍ فَرَدَّتْ..

((بأنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَعَ، ثُمَّ وَرَدَ بَعْدَهُ مَا يَحْتَمِلُ كَوْنَهُ تَقْرِيراً لَهُ وَكَوْنَهُ رَدًّا تَرَجَّحَ بِوُقُوعِهِ
احْتِمَالُ التَّقْرِيرِ، وَإِذَا وَرَدَ قَبْلَهُ مَا يَحْتَمِلُ الْإِذْنَ وَعَدَمُهُ تَرَجَّحَ الرُّدُّ لِعَدَمِ وَقُوعِهِ، فَيَمْنَعُ مِنْ
إِقْطَاعِهِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الْإِذْنِ فِيهِ)).

[١١٥٤١] (قوله: ولو زَوَّجَهَا لِنَفْسِهِ إلخ) محترز قول "المصنف" ^(١): ((أو [٤٨٣/٣] زَوَّجَهَا))،

أي: أن الولي لو تزوجها - كإبْنِ الْعَمِّ إِذَا تَزَوَّجَ بِنْتَ عَمِّهِ الْبِكْرَ الْبَالِغَ - بِغَيْرِ إِذْنِهَا، قَبْلَ عَهْدِ الْخَيْرِ ^(٢)
فَسَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًا؛ لِأَنَّهُ كَانَ أَصِيلاً فِي نَفْسِهِ فَضُولِيًّا فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ، فَلَمْ يَسْمَعْ الْعَقْدُ فِي قَوْلِ
"أَبِي حَنِيفَةَ" وَ"مُحَمَّدٍ"، فَلَا يَعْمَلُ الرِّضَا، وَلَوْ اسْتَأْمَرَهَا فِي التَّزْوِيجِ مِنْ نَفْسِهِ فَسَكَتَ حَازَ إِجْمَاعًا،
بِحَرْفِ "عَنْ" ^(٣) عَنِ "الْحَنَافِيَّةِ" ^(٤).

والحاصل: أن الفضولي ولو من جانب إذا تولى طرفي العقد لا يتوقف عقده على الإجازة
عندهما بل يقع باطلاً، بخلاف ما لو باشر العقد مع غيره من أصيل أو ولي أو وكيل ^(٥) أو
فضولي آخر، فإنه يتوقف اتفاقاً كما سيأتي ^(٦) آخر باب الكفاءة ^(٧).

قبله؛ لعدم ثبوت التوكيل بالشك، ولو قالته بعده لا يكون رداً وإبطالاً له، للاحتمال أيضاً فلا يثبت
بالشك، والنكاح الموقوف صحيح، وله وجود في ذاته، وإن كان لا يرتب عليه أحكامه إلا بالنفاذ؛ فإذا
وجد منها ما يحتمل الرد وعدمه لا يكون رداً؛ لعدم ثبوته به كالتوكيل.

(١) "در" ص ١٩٨ -.

(٢) ((الخبر)) ليست في "ب" و"م".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٤) "الحنافية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) ((وكيل)) ساقطة من "الأصل".

(٦) المقولة رقم [١١٨٥٢] قوله: ((كنكاح الفضولي)).

(٧) من ((والحاصل)) إلى ((الكفاءة)) ساقط من "ت".

ثُمَّ زَوَّجَهَا مِنْهُ فَسَكَّتْ^(١) صَحَّ فِي الْأَصْحَحْ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَلَغَهَا فَرَدَّتْ، ثُمَّ قَالَتْ: رَضِيَتْ لَمْ يَحْزُ لِبَطْلَانِهِ بِالرَّدِّ، وَلِذَا اسْتَحْسِنُوا التَّجْدِيدَ عِنْدَ الرِّفَافِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ إِظْهَارُ النَّفْرَةِ عِنْدَ فِجَاءِ السَّمَاعِ، وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَّتْ، فَوَكَّلَ مَنْ يُزَوِّجُهَا مِنْ سَمَاءَ حَازَ....

[١١٥٤٢] (قوله: فسكَّت) أمَّا لو قالت حين بلَّغها: قد كنتُ قلتُ: إني لا أريدُ فلاناً، ولم تزدِ علي هذا لم يحزْ النكاحُ؛ لأنها أخبرت أنها على إبانها الأول، "ذخيرة".

[١١٥٤٣] (قوله: بخلاف ما لو بلَّغها إلخ) لأن نفاذ التزويج كان موقوفاً على الإجازة وقد بطلَ بالرَّدِّ، والرَّدُّ في الأول كان للاستئذان لا للتزويج^(٢) العارضِ بعده، لكن قال في "الفتح"^(٣): ((الأوجهُ عدمُ الصَّحَّة؛ لأنَّ ذلك الرَّدُّ الصَّريحُ يُضْعِفُ كَوْنَ ذلك السُّكُوتِ دلالةً الرِّضَا)) اهـ، وأقره في "البحر"^(٤).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو استأذنها في معيَّن فردت، ثم زوَّجها منه فسكَّت إلخ، وفي "الأشباه": ادعت بعد الرِّفَاف أنها تزوجت بغير رضاها فالقولُ لها إذا طاعته في الرِّفَاف. انتهى. قال الحموي: وإذا برهنت أنها كانت ردته قبل الرِّفَاف، هل يقبل برهانها أو لا؟ فيه خلاف، واختلاف تصحيح، فقيل: يقبل برهانها، والصحيح: أنه لا يقبل؛ لأنَّ التمكين من الوطء كالإقرار كما في "الولولجية"، وفي "منية المفتي": أنه المختار، وفي "البيزانية": الأب إذا زوَّج البالغة، وتسلمها الزوج، ودخل بها الزوج، ثم برهنت على أنها كانت ردت النكاح قبل إجازتها فالذكورُ في الكذب أنها تقبل، قال صاحب "الوقائع": الصحيح عدم القبول؛ لأنها متناقضة في الدعوى، والبينة ترتب على الصحيحة، والصحيحُ القبول كما ذكر في الكتب، وإن بطلت الدعوى فالبينة لا تبطل؛ لأنها قامت على تحريم الفرج، والبرهان عليه مقبول بلا دعوى.

غاية الأمر: أنَّ الشهود شهدوا على ردِّها العقد كما سمعت، وتصادق الزوج والمرأة على الإجازة فإنه يحكم بانفساخ العقد لتضمنه حرمة الفرج، والمفسوخ لا تلحقه الإجازة. انتهى. وقد ألف شيخ مشايخنا العلامة نور الدين عليُّ المقدسيُّ في هذه المسألة رسالةً اعتمد فيها على تصحيح القبول، والمختار: أن الرِّفَاف لا يكره إذا لم يشتمل على مفسدة كما في "الفتح".

قلت: هو حرام في زماننا فضلاً عن الكراهة؛ لأمرٍ لا تخفى عليك، منها: اختلاط النساء بالرجال، وفي الذخيرة: ضربُ الدُّفِّ في العرسِ مختلفٌ فيه، ومحلّه: ما لا جلاجل له، أمَّا ما له جلاجل فمكروهة، وقد اختلفوا في العشاء في العرس والوليمة، فمنهم من قال بعدم الكراهة كضرب الدُّفِّ، انتهى)). ق ١٥٥/ب.

(٢) في "ب" و"م": ((التزوج)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٦٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢١/٣.

إِنْ عُرِفَ^(١) الزَّوْجُ وَالْمَهْرُ كَمَا فِي "الْقَنِيَّةِ"^(٢)، وَاسْتَشْكَلَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣):

وقد يقال: إنه قد تكون عِلِمَتْ بعد ذلك بحسن حاله، وقد يكون رُدُّهَا الْأَوَّلُ حِيَاءً؛ لِمَا عَلِمَتْهُ من أَنَّ الْغَالِبَ إِظْهَارُ النَّفَرَةِ عِنْدَ فَجَاءَةِ السَّمَاعِ، وَلَوْ كَانَتْ عَلَى امْتِنَاعِهَا الْأَوَّلِ لَصَرَّحَتْ بِالرُّدِّ كَمَا صَرَّحَتْ بِهِ أَوَّلًا وَلَمْ تَسْتَحْ مِنْهُ.

[١١٥٤٤] (قوله: إِنْ عُرِفَ) بالبناء للمجهول، ونائبُ الفاعل ضميرُ المرأة، والذي في "البحر"^(٤): ((إِنْ عُرِفَتْ)).

[١١٥٤٥] (قوله: وَالْمَهْرُ يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ عَلَى الْخِلَافِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْمُتَنِ الْآتِيَةِ^(٥))، "ح"^(٦).

[١١٥٤٦] (قوله: وَاسْتَشْكَلَهُ فِي "الْبَحْرِ" إِنْجِ) يُؤَيِّدُهُ مَا قَدَّمَاهُ^(٧) أَوَّلَ النِّكَاحِ فِي أَنَّ قَوْلَهُ: زَوْجِي تَوَكَّلْ أَوْ إِجَابٌ، عَنِ "الْخِلَاصَةِ"^(٨): ((لَوْ قَالَ الْوَكِيلُ^(٩)): هَبِ ابْتَسَكَ لِفُلَانٍ، فَقَالَ: وَهَيْتُ، لَا يَنْعَقِدُ مَا لَمْ يَقُلِ الْوَكِيلُ بَعْدَهُ: قَبِلْتُ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَمْلِكُ التَّوَكَّلَ)) اهـ. فهذا يدلُّ على أَنَّ الْوَكِيلَ لَيْسَ لَهُ التَّوَكَّلُ فِي النِّكَاحِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْمَسْأَلِ الَّتِي اسْتَنْوَاهَا

(قوله: وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّهُ قَدْ تَكُونُ عِلِمَتْ بعد ذلك إِنْجِ) مَا قَالَهُ يَدُلُّ عَلَى تَصْحِيحِ الْقَوْلِ بِالصَّحَّةِ، لَكِنَّهُ لَا يَنْفِي الْإِحْتِمَالَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي "الْفَتْحِ"، فَمَا زَالَ السُّكُوتُ مُحْتَمِلًا وَالْإِذْنُ لَا يَثْبِتُ بِالشُّكِّ. (قوله: فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَكِيلَ إِنْجِ) مَا قَدَّمَهُ عَنِ "الْخِلَاصَةِ" لَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ صِحَّةِ تَوَكَّلِ

(١) في "ب": ((عرفت)).

(٢) "القنية": كتاب النكاح - باب في نكاح الأبهكار ق ٣٣/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٤.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٤.

(٥) "در" ص ٢٠٨.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

(٧) المقولة [١١١٤٢] قوله: ((بل هو توكيل ضمن)).

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة ق ٨١/أ.

(٩) في "م": ((لوكيل))، وهو خطأ.

((بأنه ليس للوكيل أن يوكلَ بلا إذن))، فمقتضاه عدمُ الجوازِ أو أنها مستثناة (إن عَلِمْتَ بالزَّوج) أنه مَنْ هو؟ لتُظهِرَ الرَّغْبَةَ فيه أو عنه، ولو في ضِمْنِ العامِّ كحيراني أو بِنِي عَمِّي لو يُحْصَوْنَ،.....

من هذه القاعدة، وقال "الرحمِيُّ" هناك: ((وفي "حاشية الحموي" على "الأشباه"^(١)) عن كلام "محمد" في "الأصل": أن مباشرة وكيل الوكيل بحضرة الوكيل في النكاح لا تكونُ كمباشرة الوكيل بنفسه بخلافه في البيع، وفي "مختصر عصام": أنه جعله [٣/٤٨٣/ب] كالبيع، فمباشرةً بحضرةً كمباشرةً بنفسه)) اهـ.

فيمكن أن يكون ما في "القنية"^(٢) مُفْرَعاً على رواية "عصام"، لكن "الأصل" - وهو "المبسوط" - من كتب ظاهر الرواية، فالظاهرُ عدمُ الجواز، فافهم.

(١١٥٤٧) (قوله: ولو في ضمن العام) وكذا لو سَمِيَ لها فلاناً أو فلاناً، فسكَّتْ فله أن يُزَوِّجَهَا من أيهما شاء، "بجر"^(٣).

(١١٥٤٨) (قوله: لو يُحْصَوْنَ) عبارة "الفتح"^(٤): ((وهي محصورون معروفون لها)) اهـ.

ومقتضاها أنها لو لم تعرفهم لم يصحَّ وإن كانوا محصورين.

الوكيل في النكاح مع معرفة المرأة الزوج والمهر، والموافق لما يأتي في الوكالة - من أن له التوكيل عند تقدير الثمن لحصول المقصود - أن يُقالَ هنا كذلك، فحيث كان الزوج والمهر معلومين يصحُّ توكيلُ الوكيل، ويُزَوَّلُ تعيينُ المهر منزلة تعيين الثمن فزال الإشكال، وتبين أنه لا حاجة لحمل ما في "القنية" على ما إذا باشر الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاريةً على رواية "عصام"، وتبين أيضاً أن معرفة المهر لا بُدَّ منها وليس فيها الخلاف كما في مسألة "المتن".

(١) "عزم عيون البصائر": كتاب الوكالة ٢٥/٣ بتصرف.

(٢) "القنية": كتاب النكاح - باب في نكاح الأبيكار ٣/٣٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ٣/١٢٠.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ٣/١٦٦.

وإلا لا ما لم تُفَوِّضْ له^(١) الأمرَ (لا) العلمَ (بالمهر) وقيل: يُشْتَرَطُ، وهو قول المتأخرين، "بحر" عن "الذخيرة"، وأقره "المصنف"^(٢)،

[١١٥٤٩] (قوله: وإلا لا) كقوله: أزوَّجك من رجلٍ أو من بني تميم، "بحر"^(٣).

[١١٥٥٠] (قوله: ما لم تُفَوِّضْ له الأمر) أما إذا قالت: أنا راضية بما فعله أنت، بعد قوله: إن أقواماً يخطبونك، أو: زوجني ممن تختاره ونحوه فهو استئذان صحيح كما في "الظهيرية"^(٤)، وليس له بهذه المقالة أن يزوجه من رجلٍ ردت نكاحه أولاً؛ لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة، ليس للتوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج قد شكها للتوكيل وأعلمه بطلاقها كما في "الظهيرية"^(٥)، "بحر"^(٦).

[١١٥٥١] (قوله: لا العلم بالمهر) أشار بتقدير العلم إلى أن "المصنف" راعى المعنى في عطفه

((المهر)) على ((الزوج))^(٧)، وأصل التركيب: بشرط العلم بالزوج لا المهر، "ح"^(٨).

[١١٥٥٢] (قوله: وقيل: يُشْتَرَطُ) أشار إلى ضعفه وإن قال في "الفتح"^(٩): ((إنه الأوجه))؛

لأن صاحب "الهداية"^(١٠) صحح الأول، وقال في "البحر"^(١١): ((إنه المذهب؛ لقول "الذخيرة": إن إشارات كتب "محمد" تدل عليه)) اهـ.

(١) ((له)) ساقطة من "د".

(٢) أي: "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/١١٩ق/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣ بتصرف.

(٤) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار والصغائر ١/٧٦ق/١.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار والصغائر ١/٧٦ق/١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٧) في "ب" و"م": ((التزوج))، وما أثبتته من "الأصل" و"أ" هو الموافق لعبارة المتن.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ١/٥٩ق/ب.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٦/٣.

(١٠) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/١٩٧.

(١١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣ بتصرف.

وما صحَّحَهُ في "الدُّرر" عن "الكافي" رَدَّهُ "الكمال" (و كذا إذا زَوَّجَهَا الوليُّ
عندها) أي: بحضرتها (فسكَّنت) صحَّح (في الأصح).....

قلت: وعلى القولِ باشتراط تسميته يُشترطُ كونه مهرَ المثل، فلا يكونُ السُّكوتُ رضا
بدونه كما في "البحر"^(١) عن "الزَّيْلَعِي"^(٢)، وبقي على القولِ بعدم الاشتراط فهل يُشترطُ
أن يُزَوَّجَهَا بمهرِ المثل، حتَّى لو نقصَ عنه لم يصحَّ العَقْدُ إلَّا برضاها؟ صارت حادثة الفتوى،
ورأيت في الحادي عشر من "البرازية"^(٣): ((وإن لم يُذكر المهرُ، فزَوَّج الوكيلُ بأكثرَ من مهرِ
المثل بما لا يتغابنُ النَّاسُ فيه، أو بأقلُّ من المثل بما لا يتغابنُ فيه النَّاسُ صحَّ عنده خلافاً لهما؛ لكن
للأولياءِ حقُّ الاعتراضِ في جانبِ المرأةِ دفعاً للعارِ عنهم)) اهـ، أي: إذا رَضِيَتْ بذلك.
ومقتضاه: أنه إذا كان الوكيلُ هو الوليُّ - كما في حادثتنا - ورَضِيَتْ به صحَّ، وإلَّا فلا،
تأمل.

[١١٥٥٣] (قوله: وما صحَّحَهُ في "الدُّرر"^(٤)) أي: من التَّفصيلِ، وهو: ((أنَّ الوليَّ إن
كان أباً أو جدًّا فذِكْرُ الزَّوْجِ [١/٤٩ق/٣] يكفي؛ لأنَّ الأب لو نقصَ عن مهرِ المثل لا يكونُ
إلَّا لمصلحةٍ تزيدُ عليه، وإن كان غيرَهما فلا بدُّ من تسميةِ الزَّوْجِ والمهرِ)).
[١١٥٥٤] (قوله: عن "الكافي"^(٥)) أي: ناقلاً تصحيحَهُ عن "الكافي"، فافهم.
[١١٥٥٥] (قوله: رَدَّهُ "الكمال"^(٦)) بقوله: ((وما ذُكِرَ من التَّفصيلِ ليس بشيءٍ؛ لأنَّ
ذلك في تزويجِ الصَّغيرةِ بحكمِ الحجرِ، والكلامُ في الكبيرةِ التي وجبَ مشاورتُها، والأبُّ في
ذلك كالأجنبيِّ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣ بتصرف.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٢ بتصرف.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة ١٣٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدُّرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٣٦/١ بتصرف نقلاً عن "الكافي".

(٥) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٠٦/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٦/٣.

إِنْ عَلِمْتَهُ كَمَا مَرَّ^(١)، وَالسُّكُوتُ كَالنُّطْقِ فِي سَبْعٍ وَثَلَاثِينَ مَسْأَلَةً مَذْكُورَةً فِي "الْأَشْبَاهِ" (فَإِنْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْأَقْرَبِ) كَأَحْنِيٍّ أَوْ وَلِيِّ بَعِيدٍ.....

[١١٥٥٦] (قَوْلُهُ: إِنْ عَلِمْتَهُ) أَي: الزَّوْجَ، وَأَمَّا الْمَهْرُ فَفِيهِ مَا مَرَّ^(٢) أَنْفَاءً كَمَا ثَبَّهَ عَلَيْهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٣).

[١١٥٥٧] (قَوْلُهُ: فِي سَبْعٍ وَثَلَاثِينَ مَسْأَلَةً^(٤)) مَذْكُورَةً فِي "الْأَشْبَاهِ"^(٥) أَي: فِي قَاعِدَةٍ لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِنِ قَوْلٍ، وَذَكَرَ "الْمَحْشِيُّ"^(٦) عِبَارَتَهُ بِتَمَامِهَا، وَزَادَ عَلَيْهَا "ط"^(٧) عَنْ "الْحَمَوِيِّ" مَسَائِلَ أُخَرَ سَيَذَكُرُهَا^(٨) "الشَّارِحُ" فِي الْفَوَائِدِ الَّتِي ذَكَرَهَا بَيْنَ كِتَابِ الْوَقْفِ وَكِتَابِ الْبَيُوعِ، وَسَيَأْتِي^(٩) الْكَلَامُ عَلَيْهَا كُلِّهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

[١١٥٥٨] (قَوْلُهُ: كَأَحْنِيٍّ) الْمُرَادُ بِهِ مَنْ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةٌ، فَتَسْوِلُ الْأَبَ إِذَا كَانَ كَافِرًا أَوْ عَبْدًا أَوْ مَكَاتِبًا، لَكِنَّ رَسُولَ الْوَلِيِّ قَائِمٌ مَقَامَهُ، فَيَكُونُ سَكُوتُهَا رِضًا عِنْدَ اسْتِذْنَائِهِ كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(١٠)، وَالْوَكِيلُ كَذَلِكَ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١١) عَنْ "الْقَنِيَّةِ"^(١٢).

[١١٥٥٩] (قَوْلُهُ: أَوْ وَلِيِّ بَعِيدٍ) كَالْأَخِ مَعَ الْأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْأَبُ غَائِبًا غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً

(١) "در" ص ٢٠٥.

(٢) المقولة [١١٥٥٢] قوله: ((وقيل: بشرط)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣ بتصرف.

(٤) ((مسألة)) ليست في "الأصل" و"ب".

(٥) "الأشياء والنظائر": القاعدة الثانية عشرة ص ١٧٨ - وما بعدها.

(٦) أي: "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب وما بعدها.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٠/٢.

(٨) انظر "الدر" عند المقولة [٢٢٠١٢] قوله: ((عَدَّ مِنْهَا سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ)).

(٩) المقولة [٢٢٠١٢] قوله: ((عَدَّ مِنْهَا سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ)).

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣ بتصرف.

(١١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(١٢) "القنية": كتاب النكاح - باب في نكاح الأبهكار ق ٣٣/ب.

(فلا) عبرة لسكوتها (بل لا بد من القول كالثيب) البالغة لا فرّق بينهما إلا في السكوت؛ لأن رضاهما يكون بالدلالة كما ذكره بقوله: (أو ما هو في معناه) من فعل يدل على الرضا (كطلب مهرها) ونفقتها (وتمكينها من الوطاء).....

كما في "الحانية" (١).

[١١٥٦٠] (قوله: فلا عبرة لسكوتها) وعن "الكرخي": يكفي سكوتها، "فتح" (٢).

[١١٥٦١] (قوله: كالثيب البالغة) أمّا الصغيرة فلا استئذان في حقها كالبكر الصغيرة،

"فتح" (٣).

[١١٥٦٢] (قوله: إلا في السكوت) حيث يكون سكوت البكر البالغة إذناً في حق الولي

الأقرب، ولا يكون إذناً في الثيب البالغة مطلقاً، والاستثناء منقطع؛ لأن قول "المصنف": ((كالثيب)) تشبيهة بالبكر التي استأذنها غير الأقرب، وهذه لا فرّق بينها وبين الثيب البالغة في السكوت.

[١١٥٦٣] (قوله: لأن رضاهما يكون بالدلالة إلخ) أشار إلى ما أورده "الزليعي" (٤) على

"الكنز" وغيره: ((من أن رضاهما لا يقتصر على القول))، فإنه لا فرّق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا، وفي أن رضاهما قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة، غير أن سكوت البكر رضاء دلالة لحياتها دون الثيب؛ لأنّ حياتها قد قلّت بالممارسة، فتخلص "المصنف"

(قوله: لأن قول "المصنف": ((كالثيب)) تشبيهة بالبكر إلخ) لعلّ الباء بمعنى اللأم، ويظهر أن الاستثناء

متصل؛ إذ هو استثناء مما قبله أعني قوله: ((لا فرّق بينهما)) أي: لا فرّق بينهما في شيء إلا في السكوت.

(١) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الأولياء ٣٥٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٥/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء ١١٩/٢.

عن ذلك بزيادة قوله: ((أو ما هو في معناه إلخ))، لكن أجاب في "الفتح"^(١): ((بأن الحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين، فيثبت دلالة؛ لأنه فوق القول))، أي: لأنه إذا ثبت الرضا بالقول يثبت [٣/٤٩ق/ب] بالتمكين من الوطاء بالأولى؛ لأنه أدل على الرضا، واعترضه في "البحر"^(٢): ((بأن قبول التهنئة ليس بقول بل سكوت))، زاد في "النهر"^(٣): ((ولهذا عدوه في مسائل السكوت)).

قلت: وفيه نظر؛ لأن مقتضى كلام "الفتح" أن المراد بقبول التهنئة ما يكون قولاً باللسان لا مجرد السكوت؛ لأن مراده إدخال الجميع تحت القول، ولذا لم يستثن إلا التمكين، ولا ينافيه قوله: ((من قبيل القول))؛ لأن مراده أنه من قبيل القول الصريح بالرضا مثل قولها: رضيت ونحوه، بدليل أنه قال قبله: ((إنه يكون إما بالقول ك: نعم، ورضيت، وبارك الله لنا، وأحسن، أو بالدلالة كطلب المهر أو النفقة إلخ))، ثم قال: ((والحق أن الكل من قبيل القول))، أي: من قبيل القول الذي ذكره، وأما قوله في "النهر": ((ولهذا إلخ)) ففيه أن المذكور في مسائل السكوت قولهم: إذا سكّت الأب ولم ينف الولد مدة التهنئة لزيمته، ومعناه: سكّت عن نفي الولد لا عن جواب التهنئة، وأما الجواب عن اعتراض "البحر"^(٤): ((بأن قول "الفتح": إنه من قبيل القول أي: لا من القول حقيقة، بل هو منزلة منزلة، فلا يرد السكوت عند التهنئة)) ففيه أنه لو كان مراده ذلك لم يحتج إلى استثناء التمكين، ولم يكن فيه دفع لما أورده "الزيلي"^(٥)؛ لأن "الزيلي"^(٥) يقول: ((إن الدلالة بمنزلة القول في الإلزام))، فافهم.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٠/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٥) "مبين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٢.

ودخوله بها برضاها، "ظهيرية" (وقبول التهنئة) والضحك سروراً.....

نعم الذي يظهر ما قاله "الزليعي"؛ لأن الظاهر أن طلب المهر ونحوه لا يلزم أن يكون بالقول، ولذا عبر "الشَّارح" بقوله: ((من فعل يدلُّ على الرِّضا))، ومقتضاه أن قبض المهر ونحوه رِضَاءٌ كما مرَّ^(١) من جعله رِضَاءً دَلَالَةً في حقِّ الوليِّ، وبه صرَّح في "الخانية"^(٢) بقوله: ((الوليُّ إذا زَوَّجَ الثَّيْبَ، فَرَضِيَّتْ بِقَلْبِهَا ولم تُظْهِرِ الرِّضَا بلسانها كان لها أن تَرُدَّ؛ لأنَّ المعتبرَ فيها الرِّضَا باللسانِ أو الفعلِ الذي يدلُّ على الرِّضَا نحو التَّمَكُّينِ مِنَ الوَطْءِ وطلبِ المهرِ وقبولِ المهرِ دون قبولِ الهديةِ، وكذا في حقِّ الغلام)) اهـ.

[١١٥٦٤] (قوله: ودخوله بها إلخ) هذا مُكْرَرٌ، والظاهرُ أنه تحريفٌ، والأصلُ: وخلوتهِ بها، فإنَّ الذي في "البحر"^(٣) عن "الظهيرية"^(٤): ((ولو خلا بها برضاها هل يكونُ إجازةً؟ لا روايةٌ لهذه المسألةِ، وعندني أنَّ هذا إجازةٌ)) اهـ، وفي "البرازية"^(٥): ((الظاهرُ أنه إجازةٌ)).

[١١٥٦٥] (قوله: والضحك سروراً) احترازٌ عن الضحك استهزاءً، قال في "البحر"^(٦): ((وأما الضحك فذكر في "فتح القدير"^(٧) أولاً: أنه كالسُّكوتِ لا يكفي، وسلَّم [٣/٥٠ ق/١]

هنا أنه يكفي، وجعله من قبيل القول؛ لأنه حروفٌ)) اهـ.

قلت: وما هنا هو الموافق لما صرَّح به "الزليعي"^(٨) وغيره.

(١) "در" ص ١٩٥.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٤٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٤/٣.

(٤) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيب ق ٧٦/ب.

(٥) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل التاسع في نكاح البكر ١٢٧/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٤/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٦٨، ١٦٤/٣.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١١٨/٢.

ونحو ذلك، بخلاف خدمته أو قبول هديته. (من زالت بكارتها بوثة أي: نطفة (أو) ذرور (حيض أو) حصول (جراحة أو تعيس) أي: كبر (بكر حقيقة).....

[١١٥٦٦] (قوله: ونحو ذلك) كقبول المهر كما مر^(١) عن "الخائبة"، والظاهر أن مثله قبول النفقة.

[١١٥٦٧] (قوله: بخلاف خدمته) أي: إن كانت تخدمه من قبل، ففي "البحر"^(٢) عن المحيط و"الظهريه"^(٣): ((ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضا دلالة)).

[١١٥٦٨] (قوله: أي: نطفة) هي من فوق إلى أسفل، والطفرة عكسها. [١١٥٦٩] (قوله: أي: كبر) أي: بلا تزويج، في "النهر"^(٤) عن "الصحاح"^(٥): ((يقال: عئست الجارية تعس بضم النون عنوساً وعناساً فهي عائس: إذا طال مكثها بعد إدراكها في منزل أهلها حتى خرجت عن عداد الأبكار)).

[١١٥٧٠] (قوله: بكر حقيقة) خير ((من))، وفي "الظهريه"^(٦): ((البكر: اسم لامرأة

(قوله: عن "الصحاح": ((يقال: عئست الجارية تعس الخ)) وفي "القاموس": عئست الجارية كسمع ونصر وضرب عنوساً وعناساً: طال مكثها في أهلها بعد إدراكها حتى خرجت من عداد الأبكار ولم تزوج قط، كأعست وعئست وعئست. وعئسها أهلها تعيساً، وهي عائس)) اهـ.

- (١) المقولة [١١٥٦٣] قوله: ((لأن رضاعها يكون بالدلالة الخ)).
 (٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٤/٣.
 (٣) "الظهريه": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبكار واليب ق ٧٦/ب.
 (٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٧٠/ب.
 (٥) "الصحاح": مادة ((عئس)) بتصرف.
 (٦) "الظهريه": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبكار واليب ق ٧٦/ب.

كتفريقٍ بِحَبٍّ أو عِنَةٍ أو طلاقٍ أو موتٍ بعدَ خلوةٍ قبلِ وطءٍ (أو زنا).....

لم تُجمَعِ بِنكاحٍ ولا غيرِهِ)) اه؛ لأنَّ مُصَيَّبَهَا أوَّلُ مُصَيَّبٍ لَهَا، ومنه الباكورةُ لأوَّلِ الثَمَارِ، والبُكْرَةُ بضمِّ الباءِ لأوَّلِ النَّهَارِ.

وحاصلُ كلامهم: أنَّ الزَّائِلَ في هذه المسائلِ العُدْرَةُ - أي: الجِلْدَةُ الَّتِي عَلَى المَحَلِّ - لا البِكَارَةُ، فَكَانَتْ بِكْرًا حَقِيقَةً وَحَكْمًا، وَلِذَا تَدخُلُ فِي الوَصِيَّةِ لِأبكارِ بَنِي فلانٍ، ولا يَرِدُ الجاريةُ لو شَرِيَتْ عَلَى أَنِهَا بِكْرٌ فَوُجِدَتْ زائِلَةٌ العُدْرَةَ بِشَيْءٍ من ذلكَ لَه رُدُّهَا؛ لأنَّ المُتعارَفَ من اشتراطِ البِكارةِ صِفَةُ العُدْرَةِ، أَفادَهُ في "البحر" (١).

[١١٥٧١] (قوله: كَتْفَرِيقٍ بِحَبٍّ) أي: كَذاتِ تَفْرِيقٍ لِخ، "ط" (٢). وَهُوَ تَنْظِيرٌ فِي كَوْنِهَا بِكْرًا حَقِيقَةً وَحَكْمًا لا تَمثِيلٌ، فلا يَرِدُ أَنَّ هذِهِ ما زالتْ عُدْرَتُها، فَكَيْفَ يُشَبِّهُها بِمَنْ زالتْ عُدْرَتُها؟! "ح" (٣).

[١١٥٧٢] (قوله: أو طلاقٍ) عَطَفَ عَلَى ((تَفْرِيقٍ)) لا عَلَى ((حَبٍّ))، "ح" (٤).
[١١٥٧٣] (قوله: بعدَ خلوةٍ) يَصْلُحُ ظَرَفًا لِلتَّفْرِيقِ وَالطَّلَاقِ وَالْمَوْتِ، لَكِنْ لَمَّا كانَ قَوْلُهُ: ((قَبْلَ الوَطْءِ)) ظَرَفًا لِلأخِرِينَ فَقَطْ لِعَدَمِ إِمكانِ الوَطْءِ فِي الأوَّلِ، أَمَّا فِي الجَبِّ فَظاهِرٌ، وَأَمَّا فِي العُنَّةِ فَلأنَّ الوَطْءَ يَمْنَعُ التَّفْرِيقَ كانَ الأَنسَبُ تَعَلُّقُهُ بِالأخِرِينَ فَقَطْ، وَفُهْمَ من قَوْلِهِ: ((بعدَ خلوةٍ)) أَنَّهُ لو وَقَعَ الطَّلَاقُ أو المَوْتُ قَبْلَ الخُلوةِ كانَتْ بِكْرًا حَقِيقَةً وَحَكْمًا بالأوَّلِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ: ((قَبْلَ وَطْءٍ)) لِأَنَّها بَعْدَ الوَطْءِ تُبَيِّنُ حَقِيقَةً وَحَكْمًا. اه "ح" (٥).

(قوله: فلا يَرِدُ أَنَّ هذِهِ ما زالتْ عُدْرَتُها لِخ) المَمْتَنِعُ جَعَلَ الكافَ لِلتَّمثِيلِ لا لِلتَّنظِيرِ ولا لِلتَّشْبِيهِ كما هُوَ ظاهِرٌ، وَفي عِبارَةِ "الحَلِيِّ" قَلْبٌ، وَحَقِيقًا: فَكَيْفَ يُشَبِّهُ من زالتْ عُدْرَتُها بِمَنْ لَمْ تَزَلْ عُدْرَتُها عَلَى ما فِيها.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٢/٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

وهذه فقط (بكرٌ حكماً) إن لم يتكرر ولم تحدَّ به، وإلا فثيبٌ كمطوعةٍ بشبهةٍ أو نكاحٍ فاسدٍ.

(قال) الزَّوْجُ للبكرِ البالغةِ: (بَلَّغَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَ^(١))،

[١١٥٧٤] (قوله): وهذه فقط بكرٌ حكماً) أرادَ بالحكميِّ ما ليس بحقيقيٍّ بدلالةِ المقابلةِ كما هو المتبادرُ، ولذا حاولَ "الشارحُ" في عبارةِ "المصنّف"، فقدّرَ خيراً لـ ((مَنْ)) ومبتدأً لـ ((بكرٌ))، وإلا فعبارةُ "المصنّف" في نفسها صحيحةٌ؛ لأنَّ الحقيقيَّ حكميٌّ أيضاً، والحكميُّ أعمُّ؛ لأنَّه قد يكونُ غيرَ حقيقيٍّ، ولكنَّ لما كان [٣/٥٠٠ق/ب] المتبادرُ من إطلاقِ الحكميِّ إرادةً ما ليس بحقيقيٍّ أوَّلَ عبارةِ "المصنّف"، ولم يُقل: بكرٌ حكماً فقط لما قلنا، فافهم.

[١١٥٧٥] (قوله): إن لم يتكرر ولم تحدَّ به) هذا معنى قولهم: إن لم يُشتهرَ زناها يُكتفى بسكوتهَا؛ لأنَّ النَّاسَ عَرَفُوهَا بكرًا، فَيُعَيَّبُونَهَا بالنُّطقِ، فَيُكْتَفَى بسكوتهَا كيلاً تتعطلَ عليها مصالحُهَا، وقد ندبَ الشَّارِعُ إلى سِتْرِ الزَّنا، فكانتِ بكرًا شرعاً بخلافِ ما إذا اشتهرَ زناها. [١١٥٧٦] (قوله): وإلا صادقٌ بثلاثِ صورٍ: ما إذا تكرَّرَ منها الزَّنا ولم تحدَّ، أو حَدَّتْ ولم يتكرَّرْ، أو تكرَّرَ وحَدَّتْ، "ح"^(٢).

[١١٥٧٧] (قوله): كمطوعةٍ بشبهةٍ) أي: فإنها تُيبُّ حقيقةً وحكماً، "ح"^(٣).

[١١٥٧٨] (قوله): أو نكاحٍ فاسدٍ) عطفٌ على ((بشبهةٍ))، أي: وكمطوعةٍ بنكاحٍ فاسدٍ، فافهم. أمَّا إذا لم تُوطأ فيه فهي بكرٌ حقيقةً وحكماً كما في النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، "ط"^(٤).

(قول "المصنّف": بَلَّغَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَ^(٥))، وقالت: رَدَدْتُ (إلخ) قال في "البحر": ((يُؤَدِّدُ الصُّورَةَ بِأَنْ تَقُولَ: بَلَّغَنِي النِّكَاحَ فَرَدَدْتُ؛ لِأَنَّهَا لَوْ قَالَتْ: بَلَّغَنِي يَوْمَ كَذَا فَرَدَدْتُ، وَقَالَ الزَّوْجُ: بَلْ سَكَتَ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ)).

(١) في "ب": ((فسكت)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب بتصرف.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٢٢٢/ب بتصرف.

(٥) لفظه ((فسكت)) موافقةً لسمعة "ب".

وقالت: بل رَدَدْتُ^(١) النكاحَ (ولا يَبِينَةُ لهما) على ذلك (و لم يكنْ دَخَلَ بها طَوْعاً) في الأصحَّ

[١١٥٧٩] (قوله: وقالت: رَدَدْتُ) أي: ولم يوجدْ منها ما يدلُّ على الرِّضَاءِ كما في "الشرنبلالية"^(٢)، "ط"^(٣).

[١١٥٨٠] (قوله: ولا يَبِينَةُ لهما) قَيَّدَ به لأنَّ أَيْهَمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قَبْلَتْ بَيْتَهُ، "بجر"^(٤). وإنْ أقامها فيأتي في قوله: ((ولو برهننا)).

[١١٥٨١] (قوله: ولم يكنْ دَخَلَ بها طَوْعاً) بأنْ لم يَدْخُلْ أو دَخَلَ كَرْهاً، واحْتَرَزَ به عمَّا إذا دَخَلَ بها طَوْعاً، حيث لا تُصَدِّقُ في دعوى الرَّدِّ في الأصحَّ؛ لأنَّ التَّمَكِينَ من الوطءِ كالإقرار، وعن هذا صحَّحَ في "الولوالجية"^(٥): ((أنها لو أقامتْ بعد الدُّخُولِ الْبَيِّنَةَ على الرَّدِّ لم تُقْبَلْ))، لكنْ في "حاشية الغزِّيِّ على الأشباه": ((أنه وَقَعَ اخْتِلافُ التَّصْحِيحِ في قبولِ بَيِّنَتِهَا بعد الدُّخُولِ على أنها كانت رَدَّتْ النكاحَ قبل الإجازة، ففي "البرازية"^(٦): أنْ المذكورُ في الكتب أنها تُقْبَلُ، وصحَّحَ في "الواقعات" عدمه لتناقضها في الدعوى، والصَّحِيحُ القبولُ؛ لأنه وإنْ بطلَّتِ الدَّعوى فالبَيِّنَةُ لا تَبْطُلُ لقيامها على تحريمِ الفرج، والبرهانُ عليه مقبولٌ بلا دعوى))، قال "الغزِّيُّ": ((وقد أَلْفَ شَيْخُنَا الْعَلَامَةَ "عليُّ المقدسيُّ" فيها رسالةً^(٧) اعْتَمَدَ فيها تصحيحَ القبولِ)).

(قول "الشَّارِح" في الأصحَّ) مقابله ما قاله "الفضليُّ" من أنَّ القَوْلَ لها وإنْ دَخَلَ بها طَوْعاً، كما ذكره "السَّنْدِيُّ".

(١) عبارة "ب" و "ط": ((وقالت: رددت)).

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٣٦/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٢٢/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٥) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الأول في إذن الولي وإجازته النكاح ١/٤٦ بتصرف.

(٦) "البرازية": كتاب الدعوى - الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح ٣٧٠/٥ (هامش "الفتاوى المنديّة").

(٧) لم نهتد إلى معرفتها.

(فالقول قولها) يمينها.....

[١١٥٨٢] (قوله: فالقول قولها) لأنه يدعى لزوم العقد وملك البضع، والمرأة تدفعه، فكانت منكراً، ولا يقبل قول وليها عليها بالرضا؛ لأنه يُقرُّ عليها بثبوت الملك، وإقراره عليها بالنكاح بعد^(١) بلوغها غير صحيح، كذا في "الفتح"^(٢). وينبغي أن لا تقبل شهادته لو شهد مع آخر بالرضا لكونه ساعياً في إتمام ما صدر منه، فهو مُتهم، ولم أره منقولاً، "بحر"^(٣).

قلت: وفي "الكافي" لـ "الحاكم الشهيد": ((وإذا زوّج الرجل ابنته فأنكرت [١/٥١٣/٣] الرضا، فشهد عليها أبوها وأخوها لم يحز)) اهـ، فتأمل.

ثم أعلم أنه ذكر في "البحر"^(٤) في باب المهر عند الكلام على النكاح الفاسد ما نصه: ((وإذا ادعت فساداً وهو صحته فalcول له، وعلى عكسه فرق بينهما، وعليها العدة، ولها نصف المهر إن لم يدخل، والكل إن دخل، كذا في "الحاشية"^(٥)، وينبغي أن نستثنى منه ما ذكره "الحاكم الشهيد" في "الكافي": من أنه لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في ضغره فalcول قوله، ولا نكاح بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك)) اهـ ما في "البحر"^(٦).

٣٠٢/٢

قلت: وقد علل الأخرى في "البرزانية"^(٧) عن "المحيط"^(٨) بقوله: ((لاختلافهما في وجود

(قوله: فتأمل) لعله أشار به إلى ما في "حاشية البحر" من أن في هذا مانعاً آخر وهو أن شهادة الأخ عليها شهادة لأبيه اهـ. قلت: إذا كان الأب معها تقبل شهادة الأخ لأنها شهادة الفرع على أصله، "سيندي".

(١) في "الأصل": ((قبل))، وهو خطأ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧١/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ١٨٢/٣.

(٥) "الحاشية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٢/٣.

(٧) "البرزانية": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين ١٤٧/٤. (هامش "الفتاوى

الهندية")، فيها ((العقل)) بدل ((العقد))، وهو تحريف.

(٨) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل العشرون في الخصومات الواقعة بين الزوجين ١/٢٢٢.

على المفتي به، وتُقبَلُ بَيِّنَتُهُ على سكوّتها؛ لأنّه وجوديّ بضمّ الشفّتين، ولو برّهنا..

العقديّ))، وعلّلهما في "الذخيرة" بقوله: ((لأنّ النكاح^(١)) في حالة الصغر قبل إجازة الوليّ ليس بنكاح معنيّ إلخ))، وذكر قبله: ((أنّ الاختلاف لو في الصّحة والفساد فالقول المدعيّ الصّحة بشهادة الظاهر، ولو في أصل وجود العقد فالقول لمنكر الوجود)).

قلت: وعلى هذا فلا استثناء؛ لأنّ ما في "الخانئة"^(٢) من الأوّل وما في "الكافي" من الثاني، ولعلّ وجه قوله في "الخانئة": ((وعلى عكسه فرّق بينهما إلخ)) كونه مؤاخداً بإقراره فيسري عليه، ولذا كان لها المهر.

ثم إنّ الظاهر أنّ ما نحن فيه من قبيل الاختلاف في أصل وجود العقد؛ لأنّ الردّ صير الإيجاب بلا قبول، وكذا المسألة الآتية^(٣)، هذا ما ظهر لي.

[١١٥٨٣] (قوله: على المفتي به)^(٤) وهو قولهما، وعنده لا يمين عليها كما سيأتي في الدعوى في الأشياء الستة، "بجر"^(٥).

[١١٥٨٤] (قوله: لأنّه وجوديّ إلخ) جوابٌ عمّا يقال: إنّ بَيِّنَتُهُ على سكوّتها بيّنة على النفي، وهي غير مقبولة، فأجاب: بأنّ السكوت وجوديّ؛ لأنّه عبارة عن ضمّ الشفّتين،

(قوله: لأنّ الردّ صير الإيجاب بلا قبول إلخ) فيه أنّ الردّ صير كلاً من الإيجاب والقبول لغواً غير معتد به؛ فقد أبطلهما معاً، والأظهر في توجيه المسألة ما قدّمه عن "البرازية" و"الذخيرة" في التعليل.

(١) في "الأصل": ((النكاح الفاسد))، وهو خطأ.

(٢) "الخانئة": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "در" ص ٢٢٣.

(٤) هذه المقولة ساقطة من "٣".

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

ويُلزَمُ منه عدمُ الكلامِ كما في "المعراج"، زاد في "البحر"^(١): ((أو هو نفى يُحيطُ به علمُ الشَّاهدِ فيقبَلُ، كما لو ادَّعتُ أنَّ زَوْجَهَا تكلمَ بما هو رِدَّةٌ في مجلسٍ، فبِهَرَمَنَ على عدمِ التَّكَلُّمِ فيه تُقبَلُ، وكذا إذا قال الشُّهود: كُنَّا عندها ولم نَسْمَعْهَا تتكلمُ بَتَّ سَكوتِهَا كما في "الجوامع"^(٢))) اهـ.

ولا يخفى أنَّ الجوابَ الأوَّلَ مبنيٌّ على المنعِ والثَّاني على التَّسليمِ، وبِحَثِّ في الأوَّلِ في "السَّعدية"^(٣) بما في "شرح العقائد"^(٤): ((من أنَّ السُّكوتَ تَرَكَّ الكلامَ))، وأقرُّه عليه في "النهر"^(٥).

قلت: ويمكنُ الجوابُ بأنَّ هذا تفسيرٌ باللَّازمِ، وبِحَثِّ في الثَّاني أيضاً: ((بأنَّه مخالفٌ لما في إيمان "الهداية"^(٦)) من بابِ اليمينِ في الحجِّ والصَّلَاةِ: من [٣/٥١ق/ب] أنَّ الشَّهادةَ على النَّفْيِ غيرُ مقبولةٍ مطلقاً، أحاطَ به عِلْمُ الشَّاهدِ أو لا)) اهـ.

وكذا قال في "البحر"^(٧) هناك: ((الحاصلُ: أنَّ الشَّهادةَ على النَّفْيِ المقصودِ لا تُقبَلُ سواءَ كان نفيّاً صورةً أو معنًى، وسواءَ أحاطَ به عِلْمُ الشَّاهدِ أو لا)) اهـ.

قلت: وهذا في غيرِ الشُّروطِ، فلو قال: إنَّ لم أدخلِ الدَّارَ اليومَ فكذا، فشَهِدَا أَنَّهُ دَخَلَهَا تُقبَلُ.

(قوله: ويمكنُ الجوابُ بأنَّ هذا تفسيرٌ باللَّازمِ إلخ) أو هو تفسيرُ المتكلمين، وتفسيرُ الفقهاء: ضمُّ الشُّفَّتين، وقد يُجابُ عن الثَّاني بأنَّ النَّفْيَ هنا غيرُ مقصودٍ بل المقصودُ الشَّهادةُ بلزومِ النِّكاحِ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣

(٢) عبارة "البحر": ((كما في "الجوامع"))، هو - والله أعلم - "جامع" أو "جوامع الفقه" المعروف بـ "الفتاوى العتبية"، وقد تقدَّمت ترجمته في ٤٧٠/١.

(٣) "الحواشي السعدية": كتاب الإيمان - باب اليمين في الحج والصلاة والصوم ٤٥٣/٤ (هامش "فتح القدير").

(٤) "شرح العقائد النسفية": صفة الكلام ص ١٠٩ -

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٠/١.

(٦) "الهداية": كتاب الإيمان ٩١/٢ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب الإيمان - باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصلاة ٣٨٧/٤.

فبَيَّنَّتْهَا أُولَى، إِلَّا أَنْ يُبْرَهِنَ عَلَى رِضَاهَا أَوْ إِجَازَتِهَا (كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا أَبُوهَا) مِثْلًا زَاعِمًا عَدَمَ بَلُوغِهَا (فَقَالَتْ: أَنَا بِالغَةِ وَالنِّكَاحِ لَمْ يَصِحَّ وَهِيَ مُرَاهِقَةٌ، وَقَالَ الْأَبُ) أَوْ الزَّوْجُ (بَلْ هِيَ صَغِيرَةٌ) فَإِنَّ الْقَوْلَ لَهَا.....

[١١٥٨٥] (قَوْلُهُ: فَبَيَّنَّتْهَا أُولَى) لِإِثْبَاتِ الزِّيَادَةِ، أَعْنَى: الرَّدَّ، فَإِنَّهُ زَائِدٌ عَلَى السُّكُوتِ، "بِحَرْ" (١).
[١١٥٨٦] (قَوْلُهُ: إِلَّا أَنْ يُبْرَهِنَ عَلَى رِضَاهَا أَوْ إِجَازَتِهَا) أَي: فَتَرَجَّحَ بَيِّنَتُهُ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الْإِثْبَاتِ، وَزِيَادَةُ بَيِّنَتِهِ بِإِثْبَاتِ الزُّرُومِ، كَذَا فِي الشُّرُوحِ، وَعِزَاهُ فِي "النَّهْيَةِ" لـ "التَّمَرُّتَاشِيِّ"، وَكَذَا هُوَ فِي غَيْرِ كِتَابٍ مِنَ الْفُقَهَاءِ، لَكِنْ فِي "الْخُلَاصَةِ" (٢) عَنْ "أَدَبِ الْقَاضِي" لـ "الْخِصَّافِ" (٣): ((أَنَّ بَيِّنَتَهَا أُولَى))، فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ اخْتِلَافُ الْمَشَايخِ، وَلَعَلَّ وَجْهَهُ أَنَّ السُّكُوتَ لَمَّا كَانَ مِمَّا تَتَحَقَّقُ الْإِجَازَةُ بِهِ لَمْ يَلْزَمَ مِنَ الشَّهَادَةِ بِالْإِجَازَةِ كَوْنُهَا بِأَمْرِ زَائِدٍ عَلَى السُّكُوتِ مَا لَمْ يُصْرِّحُوا بِذَلِكَ، كَذَا فِي "الْفَتْحِ" (٤)، وَتَبَعَهُ فِي "الْبَحْرِ" (٥)، وَاسْتَفِيدَ مِنْهُ التَّوْفِيقُ بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ بِحَمْلِ الْأَوَّلِ عَلَى مَا إِذَا صَرَّحَ الشُّهُودُ بِأَنَّهَا قَالَتْ: أَجَزْتُ أَوْ رَضِيْتُ، وَحَمْلِ الثَّانِي عَلَى مَا إِذَا شَهِدُوا بِأَنَّهَا أَجَازَتْ أَوْ رَضِيَتْ؛ لِاحْتِمَالِ إِجَازَتِهَا بِالسُّكُوتِ، فَافْهَمُ.

[١١٥٨٧] (قَوْلُهُ: كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا إِخ) أَي: أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الْبَلُوغِ كَالْاِخْتِلَافِ فِي السُّكُوتِ كَمَا فِي "النَّهْرِ" (٦).

[١١٥٨٨] (قَوْلُهُ: مِثْلًا) فَلِمَا رَأَى الْوَلِيُّ الْمُحْبِرُ.

[١١٥٨٩] (قَوْلُهُ: فَإِنَّ الْقَوْلَ لَهَا) لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مُرَاهِقَةً كَانَ الْمُحْبِرُ بِهِ يَحْتَمِلُ الثَّبُوتَ،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٢) "حلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر في دعوى النكاح ق ٨٤/ب.

(٣) انظر "شرح أدب القاضي": الباب الحادي والثمانون في نكاح الصغيرة ١٤٠/٤ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٢/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧١/أ.

إِنْ ثَبِتَ أَنَّ سِنَّهَا تَسَعُ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى الْمَرَاهِقُ بَلُوغَهُ، وَلَوْ بَرَهْنَا فَبَيِّنَةُ الْبَلُوغِ أُولَى
 (على الأصح).....

فَيُقْبَلُ خَيْرُهَا؛ لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ وَقَوَعَ الْمَلِكُ عَلَيْهَا، "ح" (١) عن "البحر" (٢).

[١١٥٩٠] (قوله: إِنْ ثَبِتَ أَنَّ سِنَّهَا تَسَعُ) تفسيراً للمراهقة كما يدلُّ عليه كلامُ "المنح" (٣)،

"ح" (٤).

[١١٥٩١] (قوله: وَكَذَا لَوْ ادَّعَى الْمَرَاهِقُ بَلُوغَهُ) بَأَنْ بَاعَ أَبُوهُ مَالَهُ فَقَالَ الْابْنُ: أَنَا بِالْبَيْعِ

وَلَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي وَالْأَبُ: إِنَّهُ صَغِيرٌ فَالْقَوْلُ لِلابْنِ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ زَوَالَ مِلْكِهِ، وَقَدْ قِيلَ بِمُخْلَافِهِ، وَالْأَوْلَى أَصْحُ، "بحر" (٥) عن "الذخيرة".

[١١٥٩٢] (قوله: وَلَوْ بَرَهْنَا إلخ) ذَكَرَهُ فِي "الْبِرَازِيَّة" (٦) عَقِبَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَكَأَنَّ

"الشَّارِحَ" أَخْرَجَهُ لِيُفِيدَ أَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، فَافْهَم. وَاسْتَشْكَلَ بَعْضُ الْمُحَشِّنِينَ تَصَوُّرَ الْبِرْهَانِ عَلَى الْبَلُوغِ.

قلت: وهو ممكنٌ بالحَبْلِ، أو الإِحْبَالِ، أو سِنِّ الْبَلُوغِ، أو رُؤْيَةِ الدَّمِ أو المنيِّ كما في

الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّوْنَا.

[١١٥٩٣] (قوله: على الأصح) رَاجِعٌ لِمَسْأَلَةِ الْمَرَاهِقَةِ وَالْمَرَاهِقِ، فَقَدْ نَقَلَ التَّصْحِيحَ فِيهِمَا

فِي "الْبَحْرِ" (٧) عَنْ "الذَّخِيرَةِ".

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين ١٤٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

بخلاف قول الصغيرة: ((رَدَدْتُ حِينَ بَلَغْتُ)) وكذبها الزَّوْجُ فالقول له؛ لإنكاره زوال مَلِكِهِ، هذا^(١) لو اختلفا^(٢) بعد زمان البلوغ، ولو حالة^(٣) البلوغ فالقول لها، "شرح وهبانية"^(٤)، فليحفظ.

(وللولي الآتي بيانه.....)

[١١٥٩٤] (قوله: بخلاف قول الصغيرة) أي: التي زَوَّجَهَا غَيْرُ الأبِ والجَدِّ، أَمَا مَنْ [١/٥٢٣/٣] زَوَّجَهَا فَلَاحِيَارَ لَهَا، "ط"^(٥).

[١١٥٩٥] (قوله: رَدَدْتُ حِينَ بَلَغْتُ إلخ) أي: قالت بعدما بَلَغَتْ: رَدَدْتُ النِّكَاحَ واحْتَرَّتْ نَفْسِي حِينَ أَدْرَكْتُ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ ثَابِتٌ عَلَيْهَا، وَتُرِيدُ بِذَلِكَ إِبْطَالَ الثَّابِتِ عَلَيْهَا كَمَا فِي "الدَّخِيرَةِ"، فَافْهَم.

وبهذا عُلِمَ أَنَّ قَوْلَهَا ذَلِكَ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَكَأَنَّهُ سَمَّاها صَغِيرَةً بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ زَمَنَ الْعَقْدِ، أَي: الْمُتَحَقِّقِ صِغَرُهَا وَقْتَهُ بِخِلَافِ الْمَرَاهِقَةِ الْمُحْتَمَلِ بُلُوغُهَا وَقْتَهُ.

[١١٥٩٦] (قوله: ولو حالة البلوغ) بأن قالت عند القاضي أو الشهود: أَدْرَكْتُ الْآنَ وَفَسَخْتُ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ كَمَا بَأْتِي^(٦) بِيَانُهُ. ٣٠٣/٢

[١١٥٩٧] (قوله: وللولي الآتي بيانه) أي: فِي قَوْلِهِ: ((الوليُّ فِي النِّكَاحِ الْعَصْبَةُ بِنَفْسِهِ إلخ))، وَاحْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْوَلِيِّ الَّذِي لَهُ حَقٌّ^(٧) الْإِعْتِرَاضِ، فَإِنَّهُ يَخْصُ الْعَصْبَةَ كَمَا مَرَّ^(٨)، وَعَنِ الْوَصِيِّ

(١) ((هنا)) ليست في "ب" و"و".

(٢) في "ب": ((اختلف)).

(٣) عبارة "و": ((ولو هذا حالة)).

(٤) لم نعر عليها في مظانها من مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا ولعلها في شرح آخر لـ"الوهبانية".

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٣/٢.

(٦) المقولة [١١٦٦٦] قوله: ((وتشهد إلخ)).

(٧) ((حق)) ليست في "الأصل".

(٨) المقولة [١١٥١١] قوله: ((وإن لم يكن لها ولي إلخ)).

(إنكاح الصَّغِيرِ والصَّغِيرَةِ) جَبْرًا (ولو تَبَيَّنَ) كَمَعْتُوهُ وَمَجْنُونٍ شَهْرًا.....

غير القريب كما مرَّ^(١) ويأتي^(٢) أيضاً.

[١١٥٩٨] (قوله: إنكاح الصَّغِيرِ والصَّغِيرَةِ) قَيَّدَ بِالنِّكَاحِ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِهِ عَلَيْهِمَا لَا يَصِحُّ

إِلَّا بِشَهْوٍ أَوْ بِتَصَدِيقِهِمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ كَمَا سَيَذْكَرُهُ^(٣) "المصنّف" آخِرَ الْبَابِ، وَلَوْ قَالَ: وَلِلْوَلِيِّ

إِنكاح غير المكلف والرقيق لَشَمِلَ الْمُعْتَوَةَ وَنَحْوَهُ.

(تَمَّة)

ليس لغير الأب والجدِّ أَنْ يُسَلِّمَ الصَّغِيرَةَ قَبْلَ قَبْضِ مَا تُعَوِّرِفَ قَبْضَهُ مِنَ الْمَهْرِ، وَلَوْ سَلَّمَهَا

الْأَبُ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا، أَفَادَهُ "ط"^(٤). وَمَمَامُهُ فِي "البحر"^(٥).

قلت: وليس له تسليمها للدُّخُولِ بِهَا قَبْلَ إِطَاقَةِ الْوَطْءِ، وَلَا عِبْرَةَ لِلْسِّنِّ^(٦) كَمَا سَيَذْكَرُهُ^(٧)

"الشَّارِح" فِي آخِرِ بَابِ الْمَهْرِ.

[١١٥٩٩] (قوله: ولو تَبَيَّنَ) صرَّحَ بِهِ لِخِلَافِ "الشَّافِعِيِّ"، فَإِنَّ عِلَّةَ الْإِجْبَارِ عِنْدَهُ الْبِكَارَةُ،

وَعِنْدَنَا الْعَجْزُ بِعَدَمِ الْعَقْلِ أَوْ نَقْصَانِهِ، وَتَوْضِيحُهُ فِي كِتَابِ الْأَصُولِ.

[١١٦٠٠] (قوله: كَمَعْتُوهُ وَمَجْنُونٍ) أَي: وَلَوْ كَبِيرِينَ، وَالْمَرَادُ: كَشَخْصٍ مَعْتَوٍ إِخ، فَيَشْمَلُ

الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٨): ((فَلِلْوَلِيِّ إِنكاحُهُمَا إِذَا كَانَ الْجُنُونُ مُطَبِّقًا، وَهُوَ شَهْرٌ عَلَى

مَا عَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَفِي "مَنِيَةِ الْمُفْتِي": بَلَغَ مَجْنُونًا أَوْ مَعْتَوًا تَبَقَّى وَلا يَةُ الْأَبِ كَمَا كَانَتْ، فَلَوْ جُنَّ

(١) المقولة [١١٤٧٤] قوله: ((ووصي)).

(٢) "در" ص ٢٦٩-٢٧٠.

(٣) "در" ص ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٣/٢ بتصرف.

(٥) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣.

(٦) ((للسن)) ساقطة من "٣".

(٧) "در" ص ٥٣٦ وما بعدها.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧١/١.

(وَلَزِمَ النِّكَاحُ وَلَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ) بِنَقْصِ مَهْرِهَا وَزِيَادَةِ مَهْرِهِ (أَوْ زَوْجَهَا) (بِغَيْرِ كَفَاءٍ إِنْ كَانَ الْوَلِيُّ).....

أَوْ عَتَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ تَعَوُّدٌ فِي الْأَصْحَحِ، وَفِي "الْحَانِيَّة" (١): زَوَّجَ ابْنَهُ الْبَالِغَ بِإِذْنِهِ فَحَسُنَ قَالُوا: يَنْبَغِي لِلأَبِّ أَنْ يَقُولَ: أَحْزَمْتُ النِّكَاحَ عَلَى ابْنِي؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِشْأَاءَهُ بَعْدَ الْجُنُونِ)).

[١١٦٠١] (قَوْلُهُ: وَلَزِمَ النِّكَاحُ) أَي: بَلَا تَوْقُفٍ عَلَى إِجَازَةِ أَحَدٍ، وَبَلَا تَبْتُوتِ خِيَارٍ فِي تَرْوِيحِ الأَبِّ وَالْجَدِّ وَالْمَوْلَى، وَكَذَا الابْنُ عَلَى مَا يَأْتِي (٢).

[١١٦٠٢] (قَوْلُهُ: وَلَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ) هُوَ مَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، أَي: لَا يَتَحَمَّلُونَ الْعُبْنُ فِيهِ أَحْزَازًا عَنِ الْعُبْنِ الْيَسِيرِ، وَهُوَ مَا يَتَغَابَنُونَ فِيهِ، أَي: يَتَحَمَّلُونَهُ، قَالَ [٣/٣/٥٢ب] فِي "الْجَوْهَرَةِ" (٣): ((وَالَّذِي يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ مَا دُونَ نَصْفِ الْمَهْرِ، كَذَا قَالَهُ شَيْخُنَا "مَوْفَّقُ الدِّينِ"، وَقِيلَ: مَا دُونَ الْعُشْرِ)) اهـ. فَعَلَى الأَوَّلِ الْعُبْنُ الْفَاحِشُ هُوَ النِّصْفُ فَمَا فَوْقَهُ، وَعَلَى الثَّانِي الْعُشْرُ فَمَا فَوْقَهُ، تَأَمَّلْ.

[١١٦٠٣] (قَوْلُهُ: بِنَقْصِ) الْبَاءُ لِتَصْوِيرِ الْعُبْنِ، أَي: أَنَّ الْعُبْنَ يُتَصَوَّرُ فِي جَانِبِ الصَّغِيرَةِ بِالنَّقْصِ عَنِ مَهْرِ الْمَثَلِ وَفِي جَانِبِ الصَّغِيرِ بِالزِّيَادَةِ.

[١١٦٠٤] (قَوْلُهُ: أَوْ زَوْجَهَا بِغَيْرِ كَفَاءٍ) بِأَنَّ زَوْجَ ابْنِهِ أُمَّةٌ أَوْ بِنْتُهُ عَبْدًا، وَهَذَا عِنْدَ "الإِمَامِ"، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَهَا بِغَيْرِ كَفَاءٍ، وَلَا يَجُوزُ الْحَطُّ وَلَا الزِّيَادَةُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ، "ح" (٤)

(١) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٤٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [١١٦٠٨] قوله: ((وابن المجنونة)).

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٩/٢ بتصرف.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

المزوّجُ بنفسِهِ بغيرِ (أباً أو جدّاً).....

عن "المنح"^(١) ولا ينبغي ذكرُ المشالِ الأوّلِ؛ لأنّ الكفّاءةَ غيرُ مُعتبرةٍ في جانبِ المرأةِ للرجُلِ، أفادتهُ في "الشّرنبلاية"^(٢)، ونحوه في "ط"^(٣).

قلت: وعن هذا قال "الشّارح": ((أو زوّجها)) مضافاً إلى ضميرِ المؤنثة مع تعميمِهِ في الغُبنِ الفاحش بقوله: ((ينقصُ مهرها وزيادة مهره))، فلهِ دُرّةٌ ما أمهره^(٤)! فافهم. لكنّ في هذا كلامٌ نذكّره^(٥) قريباً.

[١١٦٠٥] (قوله: المزوّجُ بنفسِهِ) احتزّزَ به عمّاً إذا وكلّ وكيلاً بتزويجها، وسيأتي بيّانه قريباً، "ح"^(٦).

[١١٦٠٦] (قوله: بغيرِ) كان عليه أن يقول: أو بغيرِ كفاء، ولو قال: المزوّجُ بنفسِهِ على الوجهِ المذكور - كما قال في "المنح"^(٧) - لسَلِمَ من هذا، "ح"^(٨).

(١) في "د" زيادة: ((وهذا موافقٌ لما سيأتي في باب الكفّاءة عن "الظهيرية" وغيرها من اعتبارها في جانبها، مخالفٌ لما يأتي عن "الخبّازية"، ومشى عليه المصنّف هناك من عدم اعتبارها عند الكلّ، قال في "الحواشي السعدية": ولعلهما يعتبران الكفّاءة بالحرّية من جانبها دون غيرها؛ لأنّ ربةَ الزوجة تستتبع ربةَ أولادها، انتهى. قال في "النهر": وهذا يرشد إليه تصويرُهُم المسألة بما إذا زوّجه أمةً إلا أنّ الظاهرَ اعتبارها في جانبها عندهما مطلقاً)). ق ١٥٦/ب.

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٣) "الشّرنبلاية": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٣٦/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٤/٢.

(٥) ((ما أمهره)) ساقط من "الأصل".

(٦) المقولة [١١٦١٥] قوله: ((ولو عيّن لو كيّله القدر)).

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٥٩.

(٨) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٩) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٥٩/ب.

وكذا المولى وابنُ المجنونة (لم يُعرفَ منهما سوءُ الاختيارِ مَجَانَةً وفسقاً) (وإنْ عُرِفَ
لا) يصحُّ النِّكاحُ اتِّفَاقاً، وكذا لو كان سكراناً.....

[١١٦٠٧] (قوله: وكذا المولى) أي: إذا زَوَّجَ الصَّغِيرَ أو الصَّغِيرَةَ المَرْقُوقِينَ، ثُمَّ أعتَقَهُمَا ثُمَّ بَلَغَا
فإنَّ نِكَاحَهُمَا لَازِمٌ ولو من غيرِ كَفَاءٍ أو بغيرِ مَهْرٍ المثل، ولا يَثْبُتُ لهما خيارُ البلوغِ لِكَمَالِ ولايةِ
المولى، فهو أقوى من الأبِّ والجَدِّ، ولأنَّ خيارَ العتقِ يُعْنِي عنه، "ط"^(١). وهذا هو الصَّوابُ في
التصوير، وأمَّا تصويرُ المسألةِ بما إذا كان الإعتاقُ قبلَ التزويجِ فغيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه في هذه الصُّورَةِ
يَثْبُتُ لهما خيارُ البلوغِ كما سنذكره^(٢)، والكلامُ في اللزومِ بلا خيارٍ كما في الأبِّ والجَدِّ، فافهم.
[١١٦٠٨] (قوله: وابنُ المجنونة) ومثلها المجنون، قال في "البحر"^(٣): ((المجنونُ والمجنونة إذا
زَوَّجَهُمَا الابنُ ثُمَّ أفاقا لا خيارَ لهما)).

[١١٦٠٩] (قوله: لم يُعرفَ منهما إلخ) أي: من الأبِّ والجَدِّ، وينبغي أن يكون الابنُ
كذلك بخلاف المولى، فإنه يتصرفُ في مِلْكِهِ، فينبغي نُفُوزُ تصرفِهِ مطلقاً كتصرفِهِ في سائرِ
أموالِهِ، "رحمته"، فافهم.

[١١٦١٠] (قوله: مَجَانَةً وفسقاً) نصبٌ على التَّمْيِيزِ، وفي "المغرب"^(٤): ((الماجنُ: السذي
لا يُبالي ما يصنعُ وما قيل له، ومصدرُهُ المَجُونُ، والمجانةُ اسمٌ منه، [١/٥٣ق/٣] والفعلُ من بابِ
طَلَبَ)) اهـ.

وفي "شرح الجمع": ((حتَّى لو عُرِفَ من الأبِّ سوءُ الاختيارِ لسَقَهَهُ أو لَطَمَعِهِ لا يجوزُ
عَقْدُهُ إجماعاً)) اهـ.

[١١٦١١] (قوله: وإنْ عُرِفَ لا يصحُّ النِّكاحُ) استشكلَ ذلك في "فتح القدير"^(٥) بما

(١) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٤/٢.

(٢) المقولة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتق)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٤) "المغرب": مادة ((مجن)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٥/٣.

في "النوازل": ((لو زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ مِمَّنْ يُنْكِرُ أَنَّهُ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ فَإِذَا هُوَ مُدْمِنٌ لَهُ، وَقَالَتْ: لَا أَرْضَى بِالنِّكَاحِ، أَيْ: بَعْدَمَا كَبُرَتْ إِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْرِفُهُ الْأَبُ بِشُرْبِهِ، وَكَانَ غَلْبَةً أَهْلَ بَيْتِهِ صَالِحِينَ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا زَوَّجَ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ كَفَاءٌ)) اهـ.

قال^(١): ((إِذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ عَرَفَهُ الْأَبُ بِشُرْبِهِ فَالنِّكَاحُ نَافِذٌ، مَعَ أَنَّ مَنْ زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ الْقَابِلَةَ لِلتَّحْلُقِ بِالْخَيْرِ وَالشَّرِّ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ شَرِيْبٌ فَاسِقٌ فَسَوْءُ اخْتِيَارِهِ ظَاهِرٌ))، ثُمَّ أَجَابَ: ((بَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مَنْ تَحَقَّقَ سَوْءُ اخْتِيَارِهِ بِذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفاً بِهِ، فَلَا يَلْزَمُ بَطْلَانُ النِّكَاحِ عِنْدَ تَحَقُّقِ سَوْءِ الْاِخْتِيَارِ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ لِلنَّاسِ كَوْنُهُ مَعْرُوفاً بِمِثْلِ ذَلِكَ)) اهـ.

والحاصل: أَنَّ الْمَانِعَ هُوَ كَوْنُ الْأَبِ مَشْهُوراً بِسَوْءِ الْاِخْتِيَارِ قَبْلَ الْعَقْدِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْهُوراً بِذَلِكَ، ثُمَّ زَوَّجَ بِنْتَهُ مِنْ فَاسِقٍ صَحَّ وَإِنْ تَحَقَّقَ بِذَلِكَ أَنَّهُ سَيِّئُ الْاِخْتِيَارِ وَاشْتَهَرَ بِهِ عِنْدَ النَّاسِ، فَلَوْ زَوَّجَ بِنْتاً أُخْرَى مِنْ فَاسِقٍ لَمْ يَصِحَّ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَشْهُوراً بِسَوْءِ الْاِخْتِيَارِ قَبْلَهُ بِخِلَافِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ؛ لِعَدَمِ وَجُودِ الْمَانِعِ قَبْلَهُ، وَلَوْ كَانَ الْمَانِعُ بِمَجْرَدِ تَحَقُّقِ سَوْءِ الْاِخْتِيَارِ بِدُونِ الْاِشْتِهَارِ لَزِمَ إِحَالَةُ الْمَسْأَلَةِ، أَعْنَى قَوْلِهِمْ: وَلَزِمَ النِّكَاحُ وَلَوْ بَغْيِ فَاخِشٍ أَوْ بَغْيِ كَفَاءٍ إِنْ كَانَ الْوَالِيُّ أَباً أَوْ جَدًّا.

ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ مَا مَرَّ^(٢) عَنِ "النَّوَاذِلِ": ((مَنْ أَنْ النِّكَاحَ بَاطِلًا)) مَعْنَاهُ: أَنَّهُ سَيَبْطُلُ كَمَا فِي "الذَّخِيرَةِ"؛ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ فِيمَا إِذَا لَمْ تَرْضَ الْبِنْتُ بَعْدَمَا كَبُرَتْ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي "الْحَانِيَّةِ"^(٣) وَ"الذَّخِيرَةِ" وَغَيْرَهُمَا، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ مَا فِي "الْقَنِيَّةِ"^(٤): ((زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ مِنْ رَجُلٍ ظَنَّهُ حُرًّا الْأَصْلَ وَكَانَ مُعْتَقًا فَهُوَ بَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ)) اهـ.

(١) أي صاحب "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٥/٣.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٤ - ٣٥٣/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب النكاح - باب في نكاح الصغار والصغار ق ٣٣/ب.

فَزَوَّجَهَا مِنْ فَاسِقٍ أَوْ شَرِيرٍ أَوْ فَقِيرٍ أَوْ ذِي حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ؛ لظُهُورِ سُوءِ اخْتِيَارِهِ،
فَلَا تُعَارِضُهُ شَفَقَتُهُ الْمُظَنُّونَةُ، "بِحَرْ".....

وعُلِمَ من عبارة "القنية" أنه لا فَرْقَ في عدمِ الكفَاءةِ بين كونهِ بسببِ الفسقِ أو غيره، حتَّى لو زَوَّجَهَا مِنْ فَقِيرٍ أَوْ ذِي حِرْفَةٍ دَنِيَّةٍ وَلَمْ يَكُنْ كَفَاءً لَهَا لَمْ يَصِحَّ، فَقَصَّرُ "ابنِ الهمام" (١) كَلَامَهُمْ عَلَى الْفَاسِقِ مِمَّا لَا يَنْبَغِي كَمَا أَفَادَهُ فِي "البحر" (٢)، وَمَا ذَكَرْنَا مِنْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لِلْبِنْتِ إِذَا بَلَغَتْ إِنَّمَا هُوَ فِي الصَّغِيرَةِ، أَمَّا لَوْ زَوَّجَ الْأَوْلِيَاءُ الْكَبِيرَةَ يَأْذِنُهَا وَلَمْ يَعْلَمُوا عَدَمَ الْكِفَاءَةِ، ثُمَّ ظَهَرَ عَدَمُهَا فَلَا خِيَارَ لِأَحَدٍ كَمَا سَيَذْكَرُهُ (٣) "الشَّارِح" أَوَّلَ الْبَابِ [٣/٥٣ب] الْآتِي، وَيَأْتِي (٤) تَمَامُ الْكَلَامِ عَلَيْهِ هُنَاكَ.

[١١٦١٢] (قوله: فَزَوَّجَهَا مِنْ فَاسِقٍ إلخ) وكذا لو زَوَّجَهَا بَغْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ لَا يَجُوزُ إِجْمَاعًا، وَالصَّاحِي يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ السَّكَرَانِ أَنَّهُ لَا يَتَأَمَّلُ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ رَأْيٌ كَامِلٌ، فَبَقِيَ النُّقْصَانُ ضَرَرًا مُحْضًا، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الصَّاحِي أَنَّهُ يَتَأَمَّلُ، "بِحَرْ" (٥) عَنِ "الذَّخِيرَةِ". ثُمَّ قَالَ: ((وَكَذَا السَّكَرَانُ لَوْ زَوَّجَ مِنْ غَيْرِ الْكَفَاءَةِ كَمَا فِي "الْحَانِيَّة" (٦)، وَبِهِ عُلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَبِ مَنْ لَيْسَ بِسَكَرَانٍ وَلَا عَرِفَ بِسُوءِ الْاِخْتِيَارِ)) اهـ.

قلت: ومقتضى التعليل أن السَّكَرَانِ أَوْ الْمَعْرُوفَ بِسُوءِ الْاِخْتِيَارِ لَوْ زَوَّجَهَا مِنْ كَفَاءَةٍ بِمَهْرٍ الْمَثَلِ صَحَّ لِعَدَمِ الضَّرْرِ الْمُحْضِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: ((وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الصَّاحِي أَنَّهُ يَتَأَمَّلُ)) أَي: أَنَّهُ لَوْ فُورِ شَفَقَتِهِ بِالْأَبْوَةِ لَا يُزَوَّجُ بِنْتَهُ مِنْ غَيْرِ كَفَاءَةٍ أَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ إِلَّا لِلْمُصْلِحَةِ تَزِيدُ عَلَى هَذَا الضَّرْرِ كَعَلْمِهِ بِحُسْنِ الْعِشْرَةِ مَعَهَا وَقِلَّةِ الْأَذَى وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَهَذَا مَفْقُودٌ فِي السَّكَرَانِ وَسَيُّءِ الْاِخْتِيَارِ إِذَا خَالَفَ لظُهُورِ عَدَمِ رَأْيِهِ وَسُوءِ اخْتِيَارِهِ فِي ذَلِكَ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣/١٩٤.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ٣/١٤٥، وفيه: ((الفاسد)) بدل ((الفاسق))، وهو خطأ.

(٣) "در" ص ٢٩٠.

(٤) المقولة [١١٧٥٣] قوله: ((لا خيار لأحد)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ٣/١٤٦.

(٦) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١/٣٥٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(وإن كان المزوج غيرهما) أي: غير الأب وأبيه ولو الأم أو القاضي أو وكيل الأب، لكن في "النهر"^(١) بحثاً: ((لو عيّن لوكيله القدر صح)).....

[١١٦١٣] (قوله: أي: غير الأب وأبيه) الأولى أن يزيد: والابن والمولى لما مر^(٢).

[١١٦١٤] (قوله: ولو الأم أو القاضي) هو الأصح؛ لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم، فإذا ثبت الخيار في الحاجب ففي المحجوب أولى، "بحر"^(٣). ولقصور الرأي في الأم ونقصان الشفقة في القاضي، "ذخيرة". لكن سنذكر في مسألة عَضَلِ الأقرب أن تزويج القاضي نيابة عنه، فليس لها الخيار، ويأتي^(٤) تمامه هناك.

[١١٦١٥] (قوله: لو عيّن لوكيله القدر) أي: الذي هو غيب فاحش، "نهر"^(٥). وكذا لو عيّن له رجلاً غير كفٍ كما بحثه العلامة "المقدسي".

(قوله: لكن سنذكر في مسألة عَضَلِ الأقرب أن تزويج القاضي نيابة عنه، فليس لها الخيار الخ) الذي يظهر أن عدم ثبوت الخيار مبني على رواية أن القاضي كالأب، وإلا فالوكيل من قبل الأب ليس كالأب. والقاضي في مسألة العَضَلِ إنما يُزوّج بطريق النيابة عنه فكأنه وكله، وذكر "السندي" ما نصّه: ((وعن الإمام: لا يثبت لها الخيار لأن ولاية القاضي تامة؛ لأنها تعم المال والنفس، وشفقة الأم فوق شفقة الأب فكأنها كالأب، والأول هو الصحيح "زيلعي"، وعليه الفتوى، "هندية" اهـ. وسيأتي في كلام "المحشي" حمل عدم الخيار لها على ما إذا كان العاضل الأب ونحوه؛ لثبوت الخيار إذا كان المزوج غيرهما فكذا عند تزويج القاضي نيابة عنه.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧١/ب - ق ١٧٢/أ.

(٢) "در" ص ٢٢٧.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٤) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "المهستاني" الخ)).

(٥) "النهر": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ق ١٧٦/أ.

(لا يصحُّ النكاحُ (من غيرِ كفءٍ أو بغينٍ فاحشٍ).....)

(تنبيه)

ذَكَرَ فِي "شرح المجمع": ((أَنَّ تزويج الأبِ الصَّغِيرِ والصَّغِيرَةِ من غيرِ كفءٍ أو بغينٍ فاحشٍ جائزٌ عنده لا عندهما))، ثمَّ قال: ((وفي "المحيط"^(١)): الوكيلُ بالنكاحِ إذا زادَ أو نقصَ عن مهرِ المثلِ فعلى هذا الاختلافِ)) اهـ.

وهذا خلافُ ما ذكره "الشَّارح" تبعاً لما في "البحر"^(٢) عن "القنية"^(٣)، وقد يجابُ بأنَّ الوكيلِ في عبارة "شرح المجمع" ليس المرادُ به وكيلُ الأبِ، بل وكيلُ السَّوَجِ أو الزَّوْجَةِ البالغينِ بقريظةٍ ما في "البدائع"^(٤)، حيثُ ذَكَرَ الخِلافَ السَّابِقَ ثمَّ قال: ((وعلى هذا الخِلافِ التَّوكيلُ بأنَّ وكلَّ رجلٍ رجلاً بأنَّ يُزَوِّجَهُ امرأةً، فزَوَّجَهُ بِأَكْثَرِ من مهرِ مثلِها مقدارُ [٣/٥٤٤] ما لا يتغابنُ النَّاسُ في مثله، أو وكَّلتِ امرأةٌ رجلاً بأنَّ يُزَوِّجَهَا من رجلٍ فزَوَّجَهَا بدونِ صِدَاقِ مثلِها أو من غيرِ كفءٍ)) اهـ. وقدَّمناه^(٥) أيضاً عن "البرازية"^(٦)، وعليه فلا منافاة، فتدبر.

مطلب مهم: هل للعصبة تزويج الصَّغِيرِ امرأةً غيرِ كفءٍ له؟

[١١٦١٦] (قوله: لا يصحُّ النكاحُ من غيرِ كفءٍ) مثله قول "الكنز"^(٧): ((ولو زَوَّجَ طفلهُ غيرِ كفءٍ أو بغينٍ فاحشٍ صحَّ، ولم يَحْزُ ذلكَ لغيرِ الأبِ والجدِّ))، ومقتضاهُ أنَّ الأخَ لو زَوَّجَ أخاه الصَّغِيرَ امرأةً أدنى منه لا يصحُّ، وفيه ما مرَّ^(٨) عن "الشَّرْئِليَّة"^(٩): ((من أنَّ

(١) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل الثامن في الوكالة بالنكاح ١/١٩٣ ق ١/١٩٣ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ١٤٦/٣.

(٣) "القنية": كتاب النكاح - باب في الأولياء ق ٣٤٤/١.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢٤٦/٢.

(٥) المقولة [١١٥٥٢] قوله: ((وقيل: يشترط)).

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة ٤/١٣٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل في بيان أحكام الأكفاء ١/١٤٨.

(٨) المقولة [١١٦٠٤] قوله: ((أو زوجها بغير كفاء)).

(٩) "الشَّرْئِليَّة": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ١/٣٣٦ (هامش "الدرر والغرر").

أصلاً) وما في "صدر الشريعة":

الكفاءة لا تُعتبر للزوج)) كما سيأتي^(١) في بابها أيضاً، وقدّمنا^(٢) أنّ "الشّارح" أشار إلى ذلك أيضاً، وقد راجعت كثيراً فلم أر شيئاً صريحاً في ذلك، نعم رأيت في "البدائع"^(٣) مثل ما في "الكنز"^(٤) حيث قال: ((وأما إنكاح الأب والجدّ الصّغير والصّغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط عند أبي حنيفة؛ لصُدوره من له كمال النظر لكمال^(٥) الشّفقة، بخلاف إنكاح الأخ والعم من غير كفاء، فإنه لا يجوز بالإجماع؛ لأنه ضرر محض)) اهـ.

فقوله: ((بخلاف إلخ)) ظاهر في رجوعه إلى كل من الصّغير والصّغيرة، وعلى هذا فمعنى عدم اعتبار الكفاءة للزوج أنّ الرّجل لو زوّج نفسه من امرأة أدنى منه ليس لعصباته حق الاعتراض بخلاف الزّوجة وبخلاف الصّغيرين إذا زوّجهما غير الأب والجدّ، هذا ما ظهر لي، وسنذكر^(٦) في أوّل باب الكفاءة ما يؤيّد^(٧)، والله أعلم.

[١١٦١٧] (قوله: أصلاً) أي: لا لازماً ولا موقوفاً على الرّضا بعد البلوغ، قال في "فتح القدير"^(٨): ((وعلى هذا ابتني الفرع المعروف: لو زوّج العمّ الصّغيرة حرّة الجدّ من معتق الجدّ، فكبرت وأجازت لا يصح؛ لأنه لم يكن عقداً موقوفاً؛ إذ لا مُحيّز له، فإنّ العمّ ونحوه لم يصحّ منهم التزويج بغير الكفاء)) اهـ.

٣٠٥/٢

(١) للمقولة [١١٧٤٨] قوله: ((من جانب)).

(٢) للمقولة [١١٦٠٤] قوله: ((أو زوجها بغير كفاء)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط حواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الثاني فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه ٣١٨/٢.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل في بيان أحكام الأكفاء ١٤٩/١.

(٥) ((النظر لكمال)) ساقط من "الأصل".

(٦) للمقولة [١١٧٤٩] قوله: ((ولذا لا يعتبر)).

(٧) ((وسنذكر في أوّل باب الكفاءة ما يؤيّد)) ساقط من "الأصل".

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٦/٣.

((صَحَّ، ولهما فسخه)) وَهَمْ (وإن كان من كفاءٍ وبمهرٍ المثلِ صَحَّ،.....)

قال في "البحر"^(١): ((ولذا ذَكَرَ في "الحانية"^(٢)) وغيرها: أَنَّ غيرَ الأبِ والجدَّ إذا زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ فالأحوطُ أَنْ يُزَوِّجَهَا مرَّتَيْنِ: مرَّةً بمهرٍ مُسمًى ومرَّةً بغيرِ التَّسمية؛ لأنَّه لو كان في التَّسميةِ نقصانٌ فاحشٌ ولم يصحَّ النِّكاحُ الأوَّلُ يصحُّ الثاني^(٣)) اهـ. وليس للتزويج من غيرِ كفاءٍ حيلةٌ كما لا يخفى اهـ.

[١١٦١٨] (قوله: صَحَّ ولهما فسخه) أي: بعدَ بلوغهما، والجملةُ قُصِدَ بها لفظُها مرفوعةٌ المحلُّ على أنها بدلٌ من ((ما))، أو محكيَّةٌ بقولٍ محذوفٍ، أي: قائلاً، وقوله: ((وَهَمْ)) خبرٌ عن ((ما))، وعبارَةُ [٣/٥٤٤ب] "صدرُ الشريعة" في متبِّه^(٤): ((وصحَّ إنكاحُ الأبِ والجدِّ الصَّغِيرِ والصَّغِيرَةَ بغيرِ فاحشٍ ومن غيرِ كفاءٍ لا غيرهما))، وقال في "شرحِه"^(٥): ((أي: لو فعَلَ الأبُ أو الجدُّ عندَ عدمِ الأبِ لا يكونُ للصَّغِيرِ والصَّغِيرَةَ حقُّ الفسخِ بعدَ البلوغِ، وإنَّ فعَلَ غيرُهما فلهما أَنْ يفسخا بعدَ البلوغِ)) اهـ.

ولا يخفى أَنَّ الوَهْمَ في عبارةِ الشَّرْحِ، وقد نَبَّهَ على وَهْمِهِ "ابنُ الكمال"، وكذا المحقِّقُ "التفتازاني" في "التلويح"^(٦) في بحثِ العوارضِ، وذكر: ((أنَّه لا يوجدُ له روايةٌ أصلاً))، وأجاب "القهستاني"^(٧): ((بأنَّ صحَّتهُ بالغبينِ الفاحشِ نقلُها في "الجواهر" عن بعضهم، وبغيرِ كفاءٍ نقلُها في "الجامع" عن بعضهم))، قال: ((وهذا يدلُّ على وجودِ الروايةِ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣ بتصرف. وفيه: ((عن "المحيط" وغيره)) بدل ((الحانية" وغيرها)).

(٢) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الأولياء ٣٥٩/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) عبارة "الحانية": ((يصح الثاني بمهر المثل)).

(٤) انظر شرح "الوقاية": كتاب النكاح - فصل: لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ١٧٢/١ (هامش "كشف الحقائق")؛

(٥) "شرح الوقاية": كتاب النكاح - فصل: لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ١٧٢/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٦) "التلويح على التوضيح": العوارض المكتسبة ١٨٥/٢.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفاء ٢٧٩/١.

و) لكن (لهما) أي: لصغير وصغيرة ومُلْحَقِ بهما (خيارُ الفسخ) ولو بعد
الدخول^(١) (بالبلوغ أو العلم بالنكاح)^(٢) بعده.....

قلت: وفيه نظر، فإن ما كان قولاً لبعض المشايخ لا يلزم أن يكون فيه رواية عن أئمة
المذهب، ولا سيما إذا كان قولاً ضعيفاً مخالفاً لما في مشاهير كتب المذهب المعتمدة.

[١١٦١٩] (قوله: ولكن لهما خيارُ البلوغ) دفع به توهم لزوم المتبادر من الصحة، "ط"^(٣).
وأطلق فشعل الدمين والمسلمين، وما إذا زوّجت الصغيرة نفسها فأجاز الولي؛ لأن الجواز ثبت
بإجازة الولي، فالتحق بنكاح بائنه، "بهر"^(٤) عن "المحيط".

[١١٦٢٠] (قوله: ومُلْحَقِ بهما) كالمجنون والمجنونة إذا كان المزوج لهما غير الأب والجد
والابن، بأن كان أجنباً أو عمّاً مثلاً، قال في "الفتح"^(٥) بعد أن ذكر العصبات: ((وكل هؤلاء
يثبت لهم ولاية الإجماع على البنت والذكر في حال صغرهما أو كبرهما إذا اجتمعنا، مثلاً: غلام
بلغ عاقلاً ثم جن، فزوجه أبوه وهو رجل حاز إذا كان مطبقاً، فإذا أفاق فلا خيار له،
وإن زوجه أخوه فأفاق فله الخيار)) اهـ.

[١١٦٢١] (قوله: بالبلوغ) أي: إذا علما قبله أو عنده، "قهستاني"^(٦).

[١١٦٢٢] (قوله: أو العلم بالنكاح بعده) أي: بعد البلوغ، بأن بلغا ولم يعلما به ثم

علما بعده.

(١) ((ولو بعد الدخول)) ساقط من "ب".

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: أو العلم بالنكاح، أي: إذا زوج الولي البكر البالغة ولم تعلم بالنكاح يُعقل جهلها عُذراً،
ويكون لها خيار الفسخ، وإن سكنت قبله، كما أفاده الحموي، وإن فسح بخيار البلوغ فلا مهر لها قبل الدخول،
وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً، "منح"). ق ١٥٦/ب.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٤/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٥/٣ بتصرف.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ٢٧٩/١ بتصرف.

لِقُصُورِ الشَّفَقَةِ، وَيُعْنِي عَنْهُ خِيَارُ الْعَتَقِ^(١)، وَلَوْ بَلَغَتْ وَهُوَ صَغِيرٌ فَرَّقَ.....

(١١٦٢٣) (قوله: لِقُصُورِ الشَّفَقَةِ) أي: ولِقُصُورِ الرَّأْيِ فِي الْأُمِّ، وَهَذَا جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ: "إِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا مَاعْتَبَارًا بِمَا لَوْ زَوَّجَهَا الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ."

(١١٦٢٤) (قوله: وَيُعْنِي عَنْهُ خِيَارُ الْعَتَقِ) اعْلَمْ أَنَّ خِيَارَ الْعَتَقِ لَا يَثْبُتُ لِلذَّكَرِ بَلْ لِلأُنثَى فَقَطْ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً، فَإِذَا زَوَّجَهَا مَوْلَاهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا فَلَهَا الْخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَزُولُ مِلْكُ الزَّوْجِ عَلَيْهَا بِطَلْقَتَيْنِ، فَصَارَ لَا يَزُولُ إِلَّا بِثَلَاثٍ، [١/٥٥ق/٣] لَكِنْ لَوْ صَغِيرَةً لَا تُخَيَّرُ مَا لَمْ تَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَيَّرَهَا الْقَاضِي خِيَارَ الْعَتَقِ لَا خِيَارَ الْبُلُوغِ وَإِنْ ثَبَتَ لَهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَعْمٌ، فَيَنْتَظِمُ الثَّانِي تَحْتَهُ، وَقِيلَ: لَا يَثْبُتُ لَهَا خِيَارُ الْبُلُوغِ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ، وَهَكَذَا ذَكَرَهُ "مُحَمَّدٌ" فِي "الْجَامِعِ"^(٢)؛ لِأَنَّ وَايَةَ الْمَوْلَى وَوَايَةَ كَامِلَةً؛ لِأَنَّهَا بِسَبَبِ الْمَلِكِ، فَلَا يَثْبُتُ خِيَارُ الْبُلُوغِ كَمَا فِي الْأَبِ وَالْجَدِّ. وَلَوْ زَوَّجَ عَبْدُهُ الصَّغِيرَ حُرَّةً ثُمَّ أَعْتَقَهُ ثُمَّ بَلَغَ فَلَيْسَ لَهُ خِيَارُ بُلُوغٍ وَلَا خِيَارُ عَتَقٍ؛ لِأَنَّ زَوَّاجَ الْمَوْلَى بِاعْتِبَارِ الْمَلِكِ لَا بِطَرِيقِ النَّظَرِ لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا زَوَّجَهُ بَعْدَ الْعَتَقِ وَهُوَ صَغِيرٌ؛ لِأَنَّهُ بِطَرِيقِ النَّظَرِ. هَذَا خِلَاصَةٌ مَا فِي "الذَّخِيرَةِ" مِنَ الْفَصْلِ السَّابِعِ عَشَرَ، وَنَحْوُهُ فِي "جَامِعِ الصَّغَارِ"^(٣) لِلْإِمَامِ "الْأَسْتُرُوشَنِيِّ". وَفِي "الْبَحْرِ"^(٤) عَنْ "الْإِسْبِيحَائِيِّ": ((لَوْ أَعْتَقَ أُمَّتَهُ الصَّغِيرَةَ أَوْلًا ثُمَّ زَوَّجَهَا ثُمَّ بَلَغَتْ فَإِنَّ لَهَا خِيَارَ الْبُلُوغِ)) اهـ، أَي: لِمَا مَرَّ^(٥) مِنْ أَنَّ وَايَتَهُ عَلَيْهَا بِطَرِيقِ النَّظَرِ، وَلِأَنَّهَا وَوَايَةَ

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَيُعْنِي عَنْهُ خِيَارَ الْعَتَقِ، أَي: وَيُعْنِي عَنْ خِيَارِ الْبُلُوغِ خِيَارَ الْعَتَقِ، قَالَ فِي "الْجَوَاهِرِ": ثُمَّ خِيَارَ الْعَتَقِ يَفَارِقُ خِيَارَ الْبُلُوغِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَوْجِهٍ: يَقَعُ بِاخْتِيَارِهَا مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ، وَلَا يَبْطُلُ بِالسُّكُوتِ، وَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، وَلَا يَبْطُلُ بِالْجَهْلِ بِهِ، كَذَا فِي "الْوَجِيزِ".

ثُمَّ الْفَرْقَةُ بَيْنَ الْبُلُوغِ لَيْسَتْ بِطَلَقٍ لَا يَصِحُّ مِنَ الْأُنثَى، وَلَا طَلَقٍ إِلَيْهَا، وَكَذَا بَيْنَ الْعَتَقِ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْمَحِيرَةِ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ هُوَ الَّذِي مَلَكَهَا، وَهُوَ مَالِكُ الطَّلَاقِ، انْتَهَى)). ق ١٥٦ب.

(٢) "الْجَامِعُ الْكَبِيرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ مِنَ النِّكَاحِ أَيْضًا بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْأُمَّةِ الْخِيَارُ طَا ص ١٠٤ -

(٣) "جَامِعُ أَحْكَامِ الصَّغَارِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ فِي مَسَائِلِ الْأَوْلِيَاءِ ٧٨/١.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٢٩/٣.

(٥) فِي الْمَقُولَةِ نَفْسَهَا.

بحضرة أبيه أو وصيه (بشرط القضاء).....

إعتاق، وهي متأخرة عن جميع العصبات، فلها خيار البلوغ كما في ولاية الأخ والعم بل أولى، بخلاف ما لو زوجهها قبل الإعتاق ثم بلغت فإنه ليس لها خيار بلوغ كما مر^(١)؛ لأن ولاية الملك أقوى من ولاية الأب والجد.

والحاصل: أن خيار العتق لا يثبت للذكر الرقيق صغيراً أو كبيراً، ويثبت للأنتى مطلقاً إذا زوجهها حالة الرق، وأن خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوجهما بعد العتق، وأنه لا يثبت لهما إذا زوجهما قبله لا استقلالاً ولا تبعاً لخيار العتق للصغيرة على الصحيح، فقولته: ((ويغني عنه خيار العتق)) مبني على الضعيف.

[١١٦٢٥] (قوله: بحضرة أبيه أو وصيه) فإن لم يوجد أحدهما ينصب القاضي وصياً يخاصم، فيحضره ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة من بينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة، وإلا يحلفها الخصم، فإن حلفت يفرق بينهما الحاكم بحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغ الصبي، "أدب الأوصياء"^(٢) عن "جامع الفصولين"^(٣).

قلت: والظاهر أن وصي الأب مقدم على الجد كما صرحوا به في بابه، ثم رأيت هنا في "جامع الصغار"^(٤) قال في امرأة الصبي: ((لو وجدته [٣/٥٥٥ب] محبوباً فالقاضي يفرق بينهما بخصومتها، ولو وجدته عينياً ينتظر بلوغه))، ثم قال: ((فإن لم يكن له أب ولا وصي فالجد أو وصيه خصم فيه، فإن لم يكن نصّب القاضي عنه خصماً إلخ))، فافهم.

[١١٦٢٦] (قوله: بشرط القضاء) أي: لأن في أصله ضعفاً، فيتوقف عليه كالرجوع في الهبة، وفيه إيماء إلى أن الزوج لو كان غائباً لم يفرق بينهما ما لم يحضر للزوم القضاء على الغائب، "نهر"^(٥).

٣٠٦/٢

(١) المقولة [١١٦٠٧] قوله: ((وكنز المولى)).

(٢) "أدب الأوصياء": فصل في النكاح ١١٤/٢ يتصرف (هامش "جامع الفصولين")، وهو: لعلي بن محمد الجمالي الرومي، (ت ٨٩٣هـ). ("كشف الظنون" ٤٥/١، "فهرس للمخطوطات الظاهرية" - الفقه الحنفي ٢٣٨/١، "معجم المؤلفين" ٤٩٩/٢).

(٣) لم نثر عليها في نسخة "جامع الفصولين" التي بين أيدينا.

(٤) "جامع أحكام الصغار": كتاب النكاح - في مسائل المهر ١٠٨/١ يتصرف.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١/١٧١ ب.

للفسخ (فيتوارثان فيه) ويلزم كلُّ المهر. ثمَّ الفرقة إنَّ من قبيلها ففسخ لا ينقُصُ
عددَ طلاقٍ،

قلت: وبه صرَّح "الأستروشي" في "جامعه" (١).

[١١٦٢٧] (قوله: للفسخ) أي: هذا الشرط إنما هو للفسخ لا لثبوت الاختيار.

وحاصله: أنه إذا كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجدَّ فلهما الخيار بالبلوغ
أو العلم به، فإن اختار الفسخ لا يثبت الفسخ إلا بشرط القضاء، فلذا فرغ عليه بقوله:
(فيتوارثان فيه))، أي (٢): في هذا النكاح قبل ثبوت فسخيه.

[١١٦٢٨] (قوله: ويلزم كلُّ المهر) لأنَّ المهر كما يلزم جميعه بالدخول ولو حكماً كالخلوة
الصحيحة كذلك يلزم بموت أحدهما قبل الدخول، أمَّا بدون ذلك فيسقط ولو الخيار منه؛ لأنَّ
الفرقة بالخيار فسخ للعقد، والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن كما في "النهر" (٣).

[١١٦٢٩] (قوله: إنَّ من قبيلها) أي: وليست بسبب من الزوج، كذا في "النهر" (٤). واحترز
به عن التخيير والأمر باليد، فإنَّ الفرقة فيهما وإن كانت من قبيلها لكنَّ كما كانت بسبب من
الزوج كانت طلاقاً، "ح" (٥).

[١١٦٣٠] (قوله: لا ينقُصُ عددَ طلاقٍ) فلو جدَّد العقد بعده ملك الثلاث كما في "الفتح" (٦).

(قوله: وليست بسبب من الزوج إلخ) لا حاجة لهذه الزيادة ولا لِمَا احترز بها عنه؛ فإنَّ موضوع

الكلام في فرقة ليست بصريح ولا كناية اهـ "سيندي".

(١) "جامع أحكام الصغار": فصل في مسائل الأولياء ٧٦/١.

(٢) من (غير الأب) إلى (فيه أي) ساقط من "الأصل".

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣ - ١٨٠.

ولا يلحقها طلاق إلا في الردّة.....

[١١٦٣١] (قوله: ولا يلحقها طلاق) أي: لا يلحق المعتدة بعدة الفسخ في العدة طلاق ولو

صريحاً، "ح" (١). وإنما تزلّمها العدة إذا كان الفسخ بعد الدخول، وما ذكره "الشارح" نقله في "البحر" (٢) عن "النهاية" على خلاف ما بحثه في "الفتح" (٣). وقيد بعدة الفسخ لما في "الفتح" (٤): ((من أن كل فرقة بطلاق يلحقها الطلاق في العدة إلا في اللعان؛ لأنه لووجب حرمة مؤبدة)) اهـ. وسيأتي (٥) بيان ذلك مستوفى إن شاء الله تعالى قبيل باب تفويض الطلاق.

[١١٦٣٢] (قوله: إلا في الردّة) يعني: أن الطلاق الصريح يلحق المرتدة في عدتها وإن كانت

فرقتها فسحاً؛ لأن الحرمة بالردّة غير متبادلة لارتفاعها بالإسلام، فيقع طلاقه عليها في العدة مستتباً فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغيبة بوطء زوج آخر، كذا في "الفتح" (٦)، واعترضه في "النهر" (٧): ((بأنه يقتضي قصر عدم الوقوع في العدة على ما إذا كانت الفرقة بما يوجب حرمة

قوله: وما ذكره "الشارح" نقله في "البحر" (الح) عبارته: ((وفي "الفتح": وهل يقع الطلاق في العدة

إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول أو لا؟ لكل وجه، والأوجه الوقوع)) اهـ. والظاهر عدم الوقوع؛ لما في "النهاية" معزياً إلى "المحيط": ((الأصل أن المعتدة بعدة الطلاق يلحقها طلاق آخر في العدة، والمعتدة بعدة الفسخ لا يلحقها طلاق آخر في العدة))، وذكر في خصوص مسألتنا: ((أنه لا يقع)) اهـ. وقال في "النهر": ((أقول: هذا الأصل منقوض بما إذا أتت عن الإسلام وفرق بينهما ثم طلقها في العدة وقع مع أنه فسخ، ويوقوع طلاق المرتدة مع أن الفرقة بردته فسخ، ولا خلاف في أنها بردتها فسخ ومع هذا يقع طلاقه عليها)).

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣ بتصرف.

(٥) المقولة [١٣٥٥٣] قوله: ((وكل فرقة هي طلاق)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

[٣/٥٦ق/١] مُؤَبَّدَةٌ كَالْتَقْبِيلِ وَالْإِرْضَاعِ، وَفِيهِ مَخَالَفَةٌ ظَاهِرَةٌ لظَاهِرِ كَلَامِهِمْ، عَرَفَ ذَلِكَ مَنْ تَصَفَّحَهُ)) اهـ: أي: لتصریحهم بعدم اللِّحَاقِ فِي عِدَّةِ خِيَارِ الْعِتْقِ، وَالْبُلُوغِ، وَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ، وَنَقْصَانِ الْمَهْرِ، وَالسَّبْبِيِّ، وَالْمُهَاجِرَةِ، وَالْإِبَاءِ، وَالْإِرْتِدَادِ، وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْ "الْفَتْحِ" ^(١) بِأَنَّ مَرَادَهُ بِالتَّأْيِيدِ مَا كَانَ مِنْ جِهَةِ الْفَسْخِ، وَذَكَرَ فِي أَوَّلِ طُلَاقِ "الْبَحْرِ" ^(٢): ((أَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ فِي عِدَّةِ الْفَسْخِ إِلَّا فِي إِرْتِدَادِ أَحَدِهِمَا وَتَفْرِيقِ الْقَاضِي بِيَابِ أَحَدِهِمَا عَنِ الْإِسْلَامِ))، لَكِنَّ "الشَّارْحَ" قَبِيلَ بَابِ تَفْوِيضِ الطَّلَاقِ ^(٣) قَالَ تَبَعًا لـ "الْمَنْحِ" ^(٤): ((لَا يَلْحَقُ الطَّلَاقُ عِدَّةَ الرَّدِّ مَعَ اللَّحَاقِ))، فَيُقَيَّدُ كَلَامُ "الْبَحْرِ" هُنَا بِعَدَمِ اللَّحَاقِ كَمَا لَا يَخْفَى، وَقَدْ نَظَّمْتُ ذَلِكَ بِقَوْلِي: [رجز]

وَيَلْحَقُ الطَّلَاقُ فُرْقَةَ الطَّلَاقِ
أَوْ الْإِبَاءِ أَوْ رِدَّةً بِلا لِحَاقٍ

قال "ح" ^(٥): ((وسياتي هناك أيضاً أنَّ الفُرْقَةَ بِالْإِسْلَامِ لَا يَلْحَقُ الطَّلَاقُ عِدَّتَهَا، فَتَأَمَّلْ وَرَاجِعْ)) اهـ.

قلت: ما ذكره آخرًا قال "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((إنه في طلاق أهل الحرب))، أي: فيما

قوله: وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْ "الْفَتْحِ" بِأَنَّ مَرَادَهُ بِالتَّأْيِيدِ إِنْجِازَ هَذَا الْجَوَابِ غَيْرُ نَافِعٍ؛ فَإِنَّهُ لَا شَكَّ فِي التَّأْيِيدِ مِنْ جِهَةِ الْفَسْخِ فِي الْفُرْقِ الْمَذْكُورَةِ، وَمَعَ ذَلِكَ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي عِدَّتِهَا، وَأَيْضًا إِنَّمَا عَبَّرَ فِي التَّعْلِيلِ بِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِالرِّدَّةِ غَيْرُ مُتَأَبَّدَةٍ، وَهَذَا هُوَ الْمَوْفِقُ لِتَنْظِيرِ "النَّهْرِ".

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٢) "البحر": ٢٥٥/٣ بتصرف.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [١٣٥٥٠] قوله: ((وزدة مع لحاق)).

(٤) "المنح": كتاب الطلاق - باب في بيان أحكام الكتابات ١/١٤٢ق/١.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق/١٥٩ب.

وإن من قبيله فطلاقاً إلا بمملك أو ردّة.....

لو هاجر أحدهما مسلماً؛ لأنه لا عدّة عليها، وسيأتي^(١) تمامه هناك وفي باب نكاح الكافر^(٢) إن شاء الله تعالى.

[١١٦٣٣] (قوله: وإن من قبيله فطلاق) فيه نظر، فإنه يقتضي أن يكون التباين، والتقبيل، والسبي، والإسلام، وخيار البلوغ، والردّة، والمملك طلاقاً وإن كانت من قبيله، وليس كذلك كما ستره، واستثناءه المملك والردّة وخيار العتق لا يُجدي نفعاً؛ لبقاء الأربعة الأخر، فالصواب أن يقال: وإن كانت الفرقة من قبيله ولا يمكن أن تكون من قبيلها فطلاق، كما أفادته شيخنا طيب الله تعالى ثراه، وإليه أشار في "البحر"^(٣) حيث قال: ((وإنما عبّر بالفسخ ليفيد أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق، فلا تنقص عدده؛ لأنه يصح من الأنتى ولا طلاق إليها)) اهـ.

ومثله في "الفتاوى الهندية"^(٤)، وعبارته: ((ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق؛ لأنها فرقة يشترك في سببها الرجل والمرأة^(٥)))، وحينئذ يقال في الأول: ثم إن كانت الفرقة من قبيلها لا بسبب منه، أو من قبيله ويمكن أن تكون منها ففسخ، فاشدّد يدك عليه، فإنه أجدى من تفريق العصا. اهـ "ح"^(٦).

(قوله: أجدى من تفريق العصا) مثل، قالوا: هو من قول "غنية" الأعرابية لا يبيها: ((إنك أجدى من تفريق العصا))، وإنما قالت ذلك؛ لأنه كان عارماً كثيراً الإساءة إلى الناس مع ضعف بدنه ودقة عظمه،

(١) المقولة [١٣٥٤٩] قوله: ((كإسلام)).

(٢) المقولة [١٢٥٩٠] قوله: ((طلاق ينقص العدد)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٦/١ نقلًا عن "السراج الوهاج".

(٥) في "م": ((المرأة والرجل)). وفي "ب": ((والمرأة الرجل))، وهو خطأ.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

أو خيار عتق،

قلت: لكن يرد عليه إباء الزوج عن الإسلام، فإنه طلاق مع أنه يمكن أن يكون منها، وكذا اللعان، [٣/٥٦٦هـ/ب] فإنه من كل منهما وهو طلاق، وقد يجاب عن الأول بأنه على قول "أبي يوسف" أن الإباء فسخ ولو كان من الزوج، وعن الثاني بأن اللعان لما كان ابتداءه منه صار كأنه من قبله وحده، فليتامل.

[١١٦٣٤] (قوله: أو خيار عتق) يقتضي أن للبعد خيار عتق، وهو سهو منه، فإننا قدمنا^(١) عن "البحر" و"فتح القدير": ((أن خيار العتق يختص بالأثني))، وسيصرح^(٢) به "الشارح"

فوأب يوماً فتى فقطع الفتى أنفه فأخذت أمه دية أنفه فحسنت حالها بعد فقر منقي، ثم وأب آخر فقطع أذنه، ثم وأب آخر فقطع شفته فأخذت ديتهم، فلما رأته حسنت حالها وما صار عندها من إبل وغنم ومتاع حسنت رأيها فيه ومدحته وذكرته في أرجوزتها فقالت: [الرجز]

أقسم بالمرؤة حقاً والصفاء أنك أجدى من تفاريق العصا

وقيل لأعرابي: ما تفاريق العصا، قال: العصا تقطع ساجوراً، والسواجير تكون للكلاب والأسرى من الناس، ثم تقطع عصا الساجور فتصير أوتاداً، ويفرق الوتد ثم تصير كل قطعة شظيلاً، فإذا جعل لرأس الشظيلا كالفلكة صار عيراناً للبخاتي، ومهاراً وهو: العود الذي يدخل في أنف البخيتي، ثم إذا فرق المهارة يؤخذ منها توادي وهي: الخشبة التي تصر بها الأخلاف، هذا إذا كانت عصاً، فإذا كانت العصا قناً فكل شيق منها قوس بندق، فإن فرق الشقة صارت سيهاماً، ثم إذا فرق السهام صارت حظاءً، ثم صارت مغازل، ثم يشعب به الشعاب أقداحه المصدوعة وقصاعه المشقوقة على أنه لا يجد لها أصلح منها وأليق بها، ويضرب فيمن نفعه أعم من نفع غيره اهـ. من "القاموس" و"شرحه".

(قوله: وقد يجاب عن الأول بأنه على قول "أبي يوسف" أن الإباء فسخ إلخ) نعم هو غير وارد على قوله، لكنه وارد على قول من يقول: إنه فسخ.

(١) المقولة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتق))، لكن لم نجد نقل "البحر" و"الفتح" عنه.

(٢) "در" ص ٥٩٤.

وليس لنا فرقة منه، ولا مهر عليه إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق، وشُرِّطَ للكلِّ القضاء..

في باب نكاح الرقيق حيث يقول: ((ولا يثبتُ لِعَلَامٍ))، "ح" (١).

[١١٦٣٥] (قوله: وليس لنا فرقة منه) أي: قبل الدخول، "ح" (٢).

[١١٦٣٦] (قوله: إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق) صوابه: بخيار بلوغ، ويدلُّ عليه قول "البحر" (٣): ((وليس لنا فرقة جاءت من قبْلِ الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ، ولا مهرَ عليه إلا هذه))، فإنه راجعٌ إلى خيار البلوغ؛ لأنَّ كلامه فيه لا في خيار العتق كما تعلمه بمراجعتِهِ، ثمَّ قال: ((وهذا الحصرُ غيرُ صحيحٍ؛ لما في "الدُّخيرة" قبيل كتاب النفقات: حرُّ تزوِّجِ مكاتبَةٍ بإذن سيِّدِها على جاريةٍ بعينها، فلم تقبض المكاتبَةَ الجاريةَ حتَّى زَوَّجَها مِن زَوْجِها على مائةِ درهمٍ جاز النكاحان، فإن طلقَ الزَّوْجُ المكاتبَةَ أوْلاً ثمَّ طلقَ الأُمَّةَ وَقَعَ الطَّلَاقُ على المكاتبَةِ، ولا يقنعُ على الأُمَّةِ؛ لأنَّ بطلاقِ المكاتبَةِ (٤) تنتصفُ الأُمَّةُ، وعاد نصفُها إلى الزَّوْجِ بنفسِ الطَّلَاقِ، فيفسدُ نكاحُ الأُمَّةِ قَبْلَ وُرُودِ الطَّلَاقِ عليها، فلم يعملْ طلاقُها، ويطلُّ جميعُ مهرِ الأُمَّةِ عن الزَّوْجِ مع أنها فرقةٌ جاءت من قبْلِ الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ بها؛ لأنَّ الفرقة إذا كانت من قبْلِ الزَّوْجِ إنما لا تسقطُ كلُّ المهر إذا كانت طلاقاً، وأمَّا إذا كانت من قبْلِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ وكانت فسحاً من كلِّ وجهٍ توجبُ سقوطَ كلِّ الصِّدَاقِ كالصَّغِيرِ إذا بلَغَ، وأيضاً لو اشترى منكوحته قبل الدُّخُولِ بها فإنه يسقطُ كلُّ الصِّدَاقِ مع أنَّ الفرقة جاءت من قبْلِهِ؛ لأنَّ فساد النكاح حكمٌ مُعلَّقٌ بالملك، وكلُّ حكمٍ تعلقَ بالملك فإنه يُحالُّ به على قبولِ المشتري لا على إيجابِ البائع، وإنما سقطَ كلُّ الصِّدَاقِ؛ لأنَّه فسحٌ من كلِّ وجهٍ. اهـ بلفظه.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي في ١٦٠/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب الولي في ١٦٠/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٠/٣.

(٤) من (أولاً) إلى ((المكاتبَةِ)) ساقط من "٣".

إلا ثمانية، ونظم صاحب "النهر" (١) فقال (٢): [بسيط].....

ويُرَدُّ على صاحب "الذخيرة": إذا ارتدَّ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ فَإِنَّهَا فُرْقَةٌ هِيَ فَسَخٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَسْقُطْ كُلُّ الْمَهْرِ، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ نِصْفُهُ، فَالْحَقُّ أَنْ لَا يُجْعَلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ ضَابِطًا، بَلْ يُحْكَمَ فِي كُلِّ فَرْذٍ بِمَا أَفَادَهُ الدَّلِيلُ)) اهـ كلام "البحر".

قال في "النهر" (٣): ((أقول: في [٥٧ق/٣] دعوى كون الفرقة من قبيله فيما إذا ملكها أو بعضها نظراً، ففي "البدائع" (٤): الفرقة الواقعة بملكه إياها أو شقفاً منها فرقة بغير طلاق؛ لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج، فلا يمكن أن تجعل طلاقاً، فتجعل فسخاً اهـ. وسيأتي إيضاحه في محله)) اهـ كلام "النهر"، "ح" (٥).

[١١٦٣٧] (قوله: إلا ثمانية) لأنها تبني (٦) على سبب حلي، بخلاف غيرها فإنه يبني على سبب خفي؛ لأن الكفاءة شيء لا يعرف بالحس، وأسبابها مختلفة، وكذا بنقصان مهر المثل، وخيار البلوغ مبني على قصور الشفقة، وهو أمر باطني، والإباء ربما يوجد وربما لا يوجد (٧)، كذا في "البحر" (٨)، "ح" (٩).

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب في الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/ب بتصرف.

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: ونظمه في "النهر" فقال، ثم قال بعده: إنما لم أذكر خيار المخيرة، والأمر باليد، والخلع؛ لأنها من الكتابات، وإذا كان الأمر باليد والتخير من كتابات التفويض فالكلام في الفرقة التي ليست بصريح ولا كتابة.

والضابط: أن كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من الزوج فهي فسخ كخيار العتق والبلوغ، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالإباء والحب والعتق، وإنما كانت رده فسخاً مع أنها من قبله. لأن بها يتنفي الملك فيتنفي الحل، والفرقة إنما جاءت بالتناهي لا بوجود المباشرة من الزوج، وإنما شرط القضاء في الفرقة بالحب وما عطف عليه؛ لأن أصلها ضعفاً فيتوقف عليه كالرجوع في المحبة، انتهى)). ق ١٥٧/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/أ.

(٦) عبارة "ح": ((لا تبني)).

(٧) ((وربما لا يوجد)) ليس في عبارة "ح".

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٠/٣.

(٩) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦١/أ.

فُرِّقَ النِّكَاحُ أَتَتْكَ جَمْعًا نَافِعًا
فَسَخَّ طَلَاقٌ وَهَذَا الدُّرُّ يَحْكِيهَا
تَبَأَيْنِ الدَّارِ مَعَ نَقْصَانِ مَهْرٍ.....

مطلب في فُرْقِ النِّكَاحِ

[١١٦٣٨] (قوله: فُرِّقَ النِّكَاحُ) هذا الشُّطْرُ الأوَّلُ من بحر الكامل، وما عداه من البسيط، وهو لا يجوز، وقد عُبِّرَتْهُ إِلَى قَوْلِي: إِنَّ النِّكَاحَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ فُرْقٌ، "ح" (١).
[١١٦٣٩] (قوله: فَسَخَّ طَلَاقٌ) بدلٌ من ((فُرْقٌ)) بدلٌ مُفَصَّلٍ، والخيرُ قوله: ((أَتَتْكَ))، أو خيرٌ بعدَ خيرٍ، "ط" (٢).

[١١٦٤٠] (قوله: وَهَذَا الدُّرُّ) اسمُ الإِشَارَةِ مُبْتَدَأٌ، و((الدُّرُّ)) بدلٌ منه أو عطفٌ بيانٍ، والمرادُ به النِّظْمُ المذكورُ، شَبَّهَهُ بِالدُّرِّ لِنَفَاسَتِهِ، وَجَمَلَهُ ((يَحْكِيهَا)) - أي: يَذْكُرُهَا - خيرٌ.

[١١٦٤١] (قوله: تَبَأَيْنِ الدَّارِ) حَقِيقَةٌ وَحَكْمًا، كما إذا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الحَرَبِيِّنِ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ غَيْرَ مُسْتَأْمِنٍ، بَأَن خَرَجَ إِلَيْنَا مُسْلِمًا أَوْ ذَمِيًّا، أَوْ أَسْلَمَ، أَوْ صَارَ ذِمَّةً فِي دَارِنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مُسْتَأْمِنًا لِتَبَأَيْنِ الدَّارِ حَقِيقَةً فَقَطْ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ أَوْ ذَمِيٌّ حَرِيَّةً نَمَّةً لِتَبَأَيْنِ الدَّارِ حَكْمًا فَقَطْ، "ح" (٣) بِزِيَادَةٍ.

[١١٦٤٢] (قوله: مَعَ نَقْصَانِ مَهْرٍ) بِتَسْكِينِ عَيْنِ ((مَعَ)) وَهُوَ لُغَةٌ، وَكَسْرِ رَاءِ ((مَهْرٍ)) بِلا تَنْوِينٍ لِلضَّرُورَةِ (٤)، يَعْنِي: إِذَا نَكَحَتْ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِهَا وَفُرِّقَ الوَلِيُّ بَيْنَهُمَا فَهِيَ فَسَخٌ، لَكِنْ إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا الْمُسَمَّى كَمَا يَأْتِي، "ط" (٥).

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب بتصرف.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

(٤) نقول: لا مانع من تنوينه، والله أعلم.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢ بتصرف.

فسادُ عَقْدٍ وَقَدْ الكَفءِ^(١) يَنْعِيها كذا.....

تَقْبِيلُ سَبِيٍّ وَإِسْلَامُ الْمُحَارِبِ ...

[١١٦٤٣] (قوله: كذا فسادُ عَقْدٍ) كَانَ نَكَحَ أُمَّةً عَلَى حُرِّقٍ، "ط"^(٢). أو تَزَوَّجَ بِغَيْرِ شَهْوِدٍ.

[١١٦٤٤] (قوله: وَقَدْ الكَفءِ) أَي: إِذَا نَكَحَتْ غَيْرَ الكَفءِ فَلِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الْفَسْخِ، وَهَذَا

عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، أَمَّا عَلَى رَوَايَةِ "الْحَسَنِ" فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ، "ط"^(٣). وَتَقَدَّمَ^(٤) أَنَّهَا الْمَفْتَى بِهَا.

[١١٦٤٥] (قوله: يَنْعِيها) النَّعْيُ هُوَ الْإِخْبَارُ بِالمَوْتِ، وَهُوَ تَكْمِلَةٌ أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّ مَنْ

نَكَحَتْ غَيْرَ كَفءٍ فَكَأَنَّهَا مَاتَتْ، "ط"^(٥).

[١١٦٤٦] (قوله: تَقْبِيلٌ) بِالرَّفْعِ مِنْ غَيْرِ تَنْوِينٍ لِلضَّرُورَةِ، أَي: فِعْلُهُ مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ

المَصَاهِرَةِ بِفِرْعِهَا الْإِنَاثِ وَأَصُولِهَا، أَوْ فِعْلُهَا ذَلِكَ بِفِرْعِ الدُّكُورِ وَأَصُولِهِ،

"ط"^(٦).

[١١٦٤٧] (قوله: سَبِيٍّ) فِيهِ نَظَرٌ؛ لِمَا فِي بَابِ نِكَاحِ الْكَافِرِ: ((وَالْمَرْأَةُ تَبِينُ بِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ

لَا بِالسَّبِيِّ))، وَلِئِنْ كَانَ الْمَرَادُ السَّبِيَّ مَعَ التَّبَايُنِ فَالتَّبَايُنُ مُغْنٍ عَنْهُ، "ح"^(٧).

[١١٦٤٨] (قوله: وَإِسْلَامُ الْمُحَارِبِ) أَي: لَوْ أَسْلَمَ أَحَدُ الْمُجُوسِيِّينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ بَانَتْ مِنْهُ

بِمَضِيِّ ثَلَاثِ حِيضٍ أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ إِقَامَةً لِشَرْطِ الْفِرْقَةِ - وَهُوَ مُضِيُّ الْحِيضِ

أَوْ الْأَشْهُرِ - مُقَامَ السَّبَبِ وَهُوَ الْإِبَاءُ؛ لِتَعَذُّرِ الْعَرَضِ بِانْعِدَامِ الْوَلَايَةِ، فَيَصِيرُ مُضِيُّ ذَلِكَ عَمْتَزَلَةً تَفْرِيقُ

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قوله: وَقَدْ الكَفءِ يَنْعِيها، أَقُولُ: يَعْنِي عَلَى قَوْل مَنْ قَالَ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْل مَنْ يَقُولُ

بِطِلَانِهِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ فَلَا يَخْتَاجُ إِلَى حُكْمِ الْفِرْقَةِ. حَمَوِي)). ق ١٥٧/أ.

(٢) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٣٦٠/٢.

(٣) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٣٦٠/٢.

(٤) الْمَقُولَةُ [١١٥٠٢] قَوْلُهُ: ((وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِلْمَفْتَوَى)).

(٥) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٣٦٠/٢.

(٦) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٣٦٠/٢.

(٧) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ق ١٦٠/ب.

إرضاعُ ضَرَّتِها قد عُدَّ ذَا فيها أو.....
مِلْكٌ لِبَعْضٍ..... خيارُ عِتْقٍ بِلَوْغِ رِدَّةٍ وَكَذَا

القاضي، وهذه الفرقة طلاقٌ عندهما فسخٌ عند "أبي يوسف"، قال في "البحر"^(١) في باب نكاح الكافر: ((ينبغي أن يقال: إنها طلاقٌ في إسلامها - لأنه هو الآبي حكماً - فسخٌ في إسلامه)).
[١١٦٤٩] (قوله: أو إرضاعُ ضَرَّتِها) أي: إذا أرضعتِ الكبيرةُ ضَرَّتِها الصَّغيرةَ في أثناءِ الحولينِ يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ كما يأتي^(٢) في باب الرِّضَاعِ؛ لكونه يصيرُ جامعاً بين الأمِّ وبنيتها، "ط"^(٣). والضَّرَةُ غيرُ قيدٍ، فإنَّ منه ما مثَّلَ به في "البدائع"^(٤): ((لو أرضعتِ الصَّغيرةَ أمَّ زَوْجِها، أو أرضعتِ زوجتِها الصَّغيرةَ أمراً أجنبيَّةً)).

[١١٦٥٠] (قوله: خيارُ عِتْقٍ) قد علمتَ أنه لا يكون إلا من جهتها بخلاف ما بعده،

"ح"^(٥)

[١١٦٥١] (قوله: بُلُوغٌ بِالْجُرِّ عَطْفاً عَلَى ((عِتْقٍ)) بِاسْقَاطِ الْعَاطِفِ، "ط"^(٦)).

[١١٦٥٢] (قوله: رِدَّةٌ بِالرَّفْعِ عَطْفاً عَلَى ((تَبَأْنِ)) بِحَذْفِ الْعَاطِفِ، "ط"^(٧)). والمرادُ

٣٠٨/٢

رِدَّةٌ أَحَدِهِمَا فَقَطْ، بخلاف ما لو ارتدَّا معاً فإنَّهما لو أسلَمَا معاً يَبْقَى النِّكَاحُ.

[١١٦٥٣] (قوله: مِلْكٌ لِبَعْضٍ) أفادَ أنَّ مِلْكَ الكَلِّ كذلك بدلالةِ الأولى، "ح"^(٨).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٢٢٨/٣ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٨٥٦] قوله: ((ضرتها الصغيرة)).

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢ بتصرف.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٤٠/٢ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب بتصرف يسير.

..... وتلك الفسخُ يُحصيها
 أمَّا الطَّلَاقُ فَجَبُّ عُنَّةٍ وَكَذَا
 إِيْلَاؤُهُ وَلِعَانٌ ذَاكَ يَتْلُوهَا
 قِضَاءُ قَاضٍ أَتَى شَرْطَ الْجَمِيعِ

[١١٦٥٤] (قوله: وتلك الفسخُ يُحصيها) أي: يجمعها ويتحقق في كل منها، والإشارة إلى الاثني عشر المتقدمه، وقد علمت سقوط السبي، وكان ينبغي أن يذكر بدله ما في "البدائع"^(١): ((تزوج مسلم كنايةً يهوديةً أو نصرانيةً فتمجست تثبت الفرقة بينهما؛ لأن الجوسية لا تصلح لنكاح المسلم، ثم لو كانت قبل الدخول فلا مهر لها ولا نفقة؛ لأنها فرقة بغير طلاق، فكانت فسخاً، ولو بعد الدخول فلها المهر دون النفقة؛ لأنها جاءت من قبلها)) اهـ.

وقد غيرت البيت^(٢) الذي قبل هذا، وأسقطت منه السبي، وزدت هذه المسألة قلت: [بسيط] إرضاعُ اسلامٍ حربياً تمجسُ نصاً
 رأيتهُ قبلةً قد عدُّ ذا فيها

وقد علمت أن كون إسلام [١/٥٨ق/٣] الحربى فسخاً مفرغ على قول "الثاني" أو على ما بحثه في "البحر"^(٣).

[١١٦٥٥] (قوله: أمَّا الطَّلَاقُ إلخ) أي: أمَّا الفرقة التي هي طلاق فهي الفرقة بالجَبِّ والعُنَّةِ والإيلاءِ واللعانِ، وبقي خامس ذكره في "الفتح"^(٤)، وهو إباء الزوج عن الإسلام، أي: لو أسلمت زوجة الذمي وأبى عن الإسلام فإنه طلاق بخلاف عكسه، فإنها لو أبنت يبقى النكاح. وقد غيرت البيت إلى قولي: [بسيط]

أمَّا الطَّلَاقُ فَجَبُّ عُنَّةٍ وَإِبَاءُ
 الزَّوْجِ إِيْلَاؤُهُ وَاللَّعْنُ يَتْلُوهَا

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٢/٣٢٨.

(٢) في "ب": ((لبيت))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٧٦.

.....خلا
 مِلْكٍ وَعَتَقٍ وَإِسْلَامٍ أَتَى فِيهَا
 تَقْبِيلُ سَبِيٍّ مَعَ الْإِيْلَاءِ يَا أَمَلِي
 تَبَأَيْنَ مَعَ فِسَادِ الْعَقْدِ يُذْنِبُهَا
 (وَبَطَّلَ خِيَارُ الْبِكْرِ بِالسُّكُوتِ) لَوْ مَخْتَارَةً.....

وكذا إسلام أحد الحريين فرقة بطلاق على قولهما، لكن لَمَّا مشى على كونه فسحاً لم نذكره.

(تتممة)

قدمنا^(١) عن "الفتح": ((أَنْ كُلَّ فُرْقَةٍ بَطْلَانٍ يَلْحَقُ الطَّلَاقُ عِدَّتَهَا إِلَّا اللَّعَانَ؛ لِأَنَّهُ حَرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ)).

[١١٦٥٦] (قوله: خلا مِلْكٍ إلخ) أرَادَ بِالْمِلْكِ مِلْكَ أَحَدِهِمَا لِلآخِرِ أَوْ لِبَعْضِهِ، وَبِالْعَتَقِ خِيَارَ الْأُمَّةِ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا بَعْدَمَا زَوَّجَهَا بِخِلَافِ الْعَبْدِ، وَبِالْإِسْلَامِ إِسْلَامَ أَحَدِ الْحَرِيِّينَ، وَبِالتَّقْبِيلِ فَعْلٌ مَا يُوجِبُ حَرْمَةَ الْمَصَاهَرَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ النِّكَاحُ بِمَجْرَدِ ذَلِكَ، بَلْ بَعْدَ الْمَتَارَكَةِ أَوْ تَفْرِيقِ الْقَاضِي كَمَا مَرَّ^(٢) فِي الْحَرَمَاتِ، فَلَمْ يَتَّعِنِ التَّفْرِيقُ، وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ ذِكْرَ السَّبِيِّ لَا مَحَلَّ لَهُ.

وحاصل ما ذكره مما لا يحتاج إلى القضاء ثمانية، ويرد عليه الفرقة بالردة، فسيأتي^(٣) أنَّ ارتداد أحدهما فسح في الحال. وقد غيرت البيت الأخير إلى قولي: [بسيط]

إِيْلَاؤُهُ رِدَّةٌ أَيْضاً مُصَاهَرَةٌ تَبَأَيْنَ مَعَ فِسَادِ الْعَقْدِ يُذْنِبُهَا

[١١٦٥٧] (قوله: وبطل خيار البكر) أي: مَنْ بَلَغَتْ وَهِيَ بِكْرٌ.

[١١٦٥٨] (قوله: لو مختارة) أمَّا لَوْ بَلَغَهَا الْخَيْرُ فَأَخَذَهَا الْعَطَاسُ أَوْ السُّعَالُ، فَلَمَّا ذَهَبَ عَنْهَا قَالَتْ: لَا أَرْضِي جَارَ الرِّدِّ إِذَا قَالَتْهُ مُتَّصِلاً، وَكَذَا إِذَا أَخَذَ فَمَهَا فَتَرَكَ فَقَالَتْ: لَا أَرْضِي جَارَ الرِّدِّ، "ط"^(٤) عن "الهندية"^(٥).

(١) المقولة [١١٦٣١] قوله: ((ولا يلحقها طلاق)).

(٢) المقولة [١١٣٣٢] قوله: ((لا بعد المتاركة)).

(٣) "در" ص-٦٤٤.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الرولي ٣٦/٢.

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٨/١.

(عَالِمَةٌ ب) أَصْلُ (النِّكَاحِ) فَلَوْ سَأَلْتُ عَنْ قَدْرِ الْمَهْرِ قَبْلَ الْخُلُوعِ أَوْ عَنِ الزَّوْجِ، أَوْ سَلَّمْتُ عَلَى الشُّهُودِ لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهَا، "نَهْرٌ" بِحَثًّا^(١).....

[١١٦٥٩] (قَوْلُهُ: عَالِمَةٌ بِأَصْلِ النِّكَاحِ) فَلَا يُشْرَطُ عِلْمُهَا بِبُتُورِ الْخِيَارِ لَهَا، أَوْ أَنَّهُ لَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ كَمَا فِي "شَرْحِ الْمُتَّقَى"^(٢)، وَفِي "جَامِعِ الْفُصُولِ"^(٣): ((لَوْ بَلَغَتْ وَقَالَتْ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، اخْتَرْتُ نَفْسِي فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا، وَيَنْبَغِي أَنْ تَقُولَ فِي فَوْرِ الْبُلُوغِ: اخْتَرْتُ نَفْسِي وَنَقَضْتُ النِّكَاحَ، فَبَعْدَهُ لَا يَبْطُلُ حَقُّهَا بِالتَّأخِيرِ حَتَّى يَوْجَدَ التَّمَكِينُ)) اهـ.

[١١٦٦٠] (قَوْلُهُ: فَلَوْ سَأَلْتُ إِنْ لَمْ يَحُلْ لِهَذَا التَّفْرِيعِ، بَلِ الْمَقَامُ مَقَامُ الْاسْتِدْرَاكِ؛ لِأَنَّ بَطْلَانَ الْخِيَارِ يَعْلَمُهَا بِأَصْلِ النِّكَاحِ يَقْتَضِي بَطْلَانَهُ بِالأُولَى فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ لَا عَدَمَ بَطْلَانِهِ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِأَصْلِ النِّكَاحِ، وَلَوْ فُرِضَ وَجُودُهَا قَبْلَهُ لَمْ يَحْصُلْ [ب/٥٨ق/٣] نِزَاعٌ فِي عَدَمِ بَطْلَانِ الْخِيَارِ بِهَا مَعَ أَنَّ النِّزَاعَ قَائِمٌ كَمَا تَرَاهُ^(٤) قَرِيبًا.

[١١٦٦١] (قَوْلُهُ: "نَهْرٌ" بِحَثًّا) أَي: عَلَى خِلَافِ مَا هُوَ الْمَنْقُولُ فِي "الزَّيْلَعِيِّ"^(٥) وَ"الْمَحِيطِ"^(٦)

(قَوْلُهُ: لَا حُلَّ لِهَذَا التَّفْرِيعِ إِنْ لَمْ يَحُلْ لِهَذَا التَّفْرِيعِ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ((وَبَطْلُ الْخ)) يَفِيدُ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهَا السُّكُوتَ، وَلَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بَعْدَ عِلْمِهَا بِأَصْلِ النِّكَاحِ، نَظِيرُ مَا لَوْ قَالَتْ: الْحَمْدُ لِلَّهِ اخْتَرْتُ نَفْسِي.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: (قَوْلُهُ: نَهْرٌ بِحَثًّا، تَبِعَ فِي "النَّهْرِ" صَاحِبَ "الْفَتْحِ" فِي ذَلِكَ، وَمَا كَانَ يَنْبَغِي لِلشَّارِحِ الْاِقْتِصَارُ عَلَيْهِ؛

لِإِبْهَامِهِ أَنَّ الْمَسْأَلَةَ لَمْ تَذَكَرْ فِي كِتَابِ أَصْحَابِنَا فَيَكُونُ الْبَحْثُ مَقْبُولًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الزَّيْلَعِيَّ نَقَلَ بَطْلَانَ الْخِيَارِ

فِي ذَلِكَ، وَمِثْلُهُ فِي "النَّاتِرْحَانِيَّةِ" عَنِ "الْمَحِيطِ"، وَكُنَّا فِي "الذَّخِيرَةِ" فَكَانَ بِحَثًّا غَالِقًا لِلْمَنْقُولِ. تَأْمَلْ)). ق ١٥٧/أ.

(٢) "الدَّرُ الْمُنْتَقَى": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ٣٣٦/١ (هَامِشٌ "يَجْمَعُ الأَنْهَرَ").

(٣) "جَامِعُ الْفُصُولِ": الْفَصْلُ الْخَامِسُ وَالْعِشْرُونَ فِي الْخِيَارَاتِ ٣٢٨/١ بِتَصْرِفٍ.

(٤) فِي الْمَقُولَةِ الأَتِيَةِ.

(٥) "تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٢٥/٢.

(٦) "الْمَحِيطُ الْبَرْهَانِي": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ التَّاسِعُ فِي مَعْرِفَةِ الأَوْلِيَاءِ ١/١ ق ١٩٥/ب.

و"الذخيرة"، وأصلُ البحث للمحقق "ابن الهمام"، حيث قال^(١): ((وما قيل: لو سألتُ عن اسمِ الزَّوجِ أو عن المهرِ، أو سلَّمتُ على الشَّهودِ بطلَ خيارُها تعسُّفٌ لا دليلَ عليه، وغايةُ الأمرِ كونُ هذه الحالةِ كحالةِ ابتداءِ النِّكاحِ، ولو سألتُ البِكرُ عن اسمِ الزَّوجِ لا ينفذُ عليها، وكذا عن المهرِ، وكذا السَّلَامُ على القادمِ لا يدلُّ على الرِّضاءِ، كيف وإنما أرسَلتُ لغرضِ الإشهادِ على الفسخِ؟!)) اهـ ملخصاً.

ونازعهُ في "البحر"^(٢) في السَّلَامِ: ((بأنَّ خيارَ البِكرِ يَطلُبُ بمجرَّدِ السُّكوتِ، ولا شكُّ أنَّ الاشتغالَ بالسَّلَامِ فوقَ السُّكوتِ))، قال في "النهر"^(٣): ((وأقولُ: ممنوعٌ، فقد نقلوا في الشُّفعةِ أنَّ سلامتهُ على المشتري لا يُبطلُها؛ لأنَّهُ ﷺ قال: «السَّلَامُ قِبَلِ الكَلَامِ»^(٤)، ولا شكُّ أنَّ طلبَ المؤاتبةِ بعدَ العِلْمِ بالبيعِ يَطلُبُ بالسُّكوتِ كخيارِ البلوغِ، ولو كان السَّلَامُ^(٥) فوقه لَبطلتُ، وقالوا: لو قال: مَنْ اشترأها؟ وبكم اشترأها؟ لا يَبطلُ شُفعتَهُ كما في "البرازية"^(٦)، وهذا يُؤيِّدُ ما في "فتح القدير"^(٧)، نعم ما وَجَّهَ به في المهرِ إنما يَتِمُّ إذا لم يَخْلُ بها، أمَّا إذا خلا بها خلوةً صحيحةً

(١) أي: في "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/ب.

(٤) أخرجه الترمذي (٢٦٩٩) كتاب الاستئذان - باب ما جاء في السلام قبل الكلام، وقال: ((هذا حديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وفي إسناده عنبسة بن عبد الرحمن ومحمد بن زاذان وسمعت محمدًا - يعني البخاري - يقول: عنبسة بن عبد الرحمن ضعيف في الحديث ذاهب، ومحمد بن زاذان منكر الحديث)). وأبو يعلى في "مسنده" (٢٠٥٩)، والشهاب في "مسنده" ٥٦/١، والديلمي في "الفرحوس" ٣٤٠/٢، والمتاوي في "فيض القدير" ١٤٩/٤ - ١٥٠ وقال: حكّم بوضعه ابن الجوزي، وأقره عليه ابن حجر، ومن العجيب أنه ورد بسند حسن رواه ابن عدي في "كامله" من حديث ابن عمر باللفظ المذكور، وقال الحافظ ابن حجر: هذا إسناد لا بأس به، وأورده النووي في "الأذكار" ص ٣١٦ - وقال: هذا حديث ضعيف، ويشهد له حديث ابن عمر عند أبي نعيم في "الحلية" ١٩٩/٨: ((مَنْ بدأ الكلام قبل السَّلَامِ فلا تُحيوه)).

(٥) لفظة ((السلام)) ليست في "النهر".

(٦) "البرازية": كتاب الشفعة - الفصل الثالث في الطلب ١٦٣/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(ولا يمتدُّ إلى آخرِ المجلس).....

فالوقوفُ على كميّته اشتغالٌ بما لا يُفيدُ لوجوبه بها، فإطلاقُ عدمِ سقوطِهِ مما لا ينبغي)) اهـ
كلامُ "النهر". وعن هذا الأخيرِ قال "الشارح": ((قبلَ الخلوّة)).

والحاصلُ: أنَّ المنقولَ في هذه المسائلِ الثلاثِ بطلانُ الخيارِ، وبجَمْعِ "الفتح" ^(١) عدمُهُ فيها، ونازَعَهُ في "البحر" في مسألةِ السَّلامِ فقط، وانتصرَ في "النهر" لـ "الفتح" في الكلِّ، وكذا المحقِّقُ "المقدسي" و"الشرنبلالي" ^(٢)، وكانَ أصلُ الحكمِ المذكورَ بطريقِ التَّخريجِ والاستنباطِ من بعضِ مشايخِ المذهبِ، فنازَعَهُم في "الفتح" ^(٣) في صحَّةِ هذا التَّخريجِ، فإنَّه وإن كان من أهلِ التَّخريجِ - كما ذكرَهُ في قضاءِ "البحر" ^(٤)، بل بَلَغَ رتبةَ الاجتهادِ كما ذكرَهُ "المقدسي" في بابِ نكاحِ العبدِ - لكنَّهُ لا يُتَابَعُ فيما يُخالفُ المذهبَ، فلو كان هذا الحكمُ منقولاً عن أحدِ أئمَّتنا الثلاثةِ لَمَا ساغَ هُؤلاءِ اتِّباعُ بَحيثِ المخالفِ لمنقولِ المذهبِ، ومما يُؤيِّدُ أَنَّهُ قولٌ لبعضِ المشايخِ - لا نصُّ مذهبيٍّ - قولُ "المحقِّق": ((وما قيل إلخ))، فافهم.

٣٠٩/٢

[١١٦٦٢] (قوله: ولا يمتدُّ إلى آخرِ المجلس) أي: مجلسِ بُلُوغِها أو عليها بالنِّكاحِ كما في "الفتح" ^(٥)، [٣/٥٩ق/١] أي: إذا بَلَغَتْ وهي عالِمَةٌ بالنِّكاحِ، أو عَلِمَتْ به بعد بُلُوغِها فلا بدَّ من الفسخِ في حالِ البلوغِ أو العلمِ، فلو سَكَتْ - ولو قليلاً - بَطَلَ خيارُها ولو قبلَ تبدُّلِ المجلسِ.
[١١٦٦٣] (قوله: لأنَّهُ كالشُّفَعَةِ) أي: في أَنَّهُ يُشَرِّطُ لثبوتِها أَن يَطْلُبَها الشُّفيعُ فَوَزَّ عليه في ظاهرِ الروايةِ، حتَّى لو سَكَتَ لحظةً أو تكلمَ بكلامٍ لغوٍ بَطَلَتْ، وما صحَّحَهُ "الشارح"

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ٢٣٧/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٤) "البحر": فصل في التقليد ٢٩٣/٦.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٨/٣.

لأنه كالشُّفَعَةِ، ولو اجتمعت معه تقول: أطلبُ الحَقَّينِ، ثمَّ تبدأ بخيارِ البلوغِ؛
لأنه دِينِي،.....

في بابها^(١): ((من أنها تمتدُّ إلى آخرِ المجلس)) ضعيفٌ كما سيأتي^(٢) إن شاء الله تعالى.

[١١٦٦٤] (قوله: ولو اجتمعت معه) أي: الشُّفَعَةُ مع خيارِ البلوغِ، "ح"^(٣).

[١١٦٦٥] (قوله: ثمَّ تبدأ بخيارِ البلوغِ) هذا قولٌ، وقيل: بالشُّفَعَةِ، وفي شُفَعَةِ
"البرازية"^(٤): ((له حقُّ خيارِ البلوغِ والشُّفَعَةِ، فقال: طلبتها واخترتُ نفسي يَطلُّ المُوَحَّرُ
ويثبتُ المُقدَّمُ؛ لأنه يمكنه أن يقول: طلبتهما، أو أجزَّتهما، أو اخترتُهما جميعاً: نفسي
والشُّفَعَةَ، قال القاضي "أبو جعفر": يُقدِّمُ خيارَ البلوغِ؛ لأنَّ في خيارِ الشُّفَعَةِ ضَرْبَ سَعَةٍ؛
لِما مرَّ^(٥) أنه لو قال: مَنْ اشترى؟ وبكم اشترى؟ لا تبطلُ، وقيل: يقول: طلبتُ الحَقَّينِ
اللَّذينِ تَبَتَا لي: الشُّفَعَةَ وَرَدَّ النِّكَاحَ)) اهـ.

وتوقفَ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" في وجهِ التَّعْيِينِ، واستبعدَ الخِلافَ فيه؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ بعضَ المُتقدِّمِينَ
قال على سبيلِ التَّمثِيلِ: طلبتهما نفسي والشُّفَعَةَ^(٦)، وبعضهم قال: الشُّفَعَةَ ونفسي، فَظَنَّ بعضُ
المُتأخِّرِينَ أنَّ ذلك حَتْمٌ، وليس كذلك؛ لأنَّ طلبَ الحَقَّينِ جملةٌ هو المانعُ من السَّقُوطِ، فحيثُ تَبَتَ
ذلك بالإجمالِ المُتقدِّمِ لا يضرُّ في البيانِ تَقْدِيمُ أحدهما على الآخرِ، بل لو قيل: لا حاجةٌ إلى التَّفْسيرِ
لكانَ له وجهٌ وجيهٌ)) اهـ ملخصاً، فتأمَّل.

قلت: وأما الثَّيْبُ فتبدأ بالشُّفَعَةَ بلا خِلافٍ؛ لأنَّ خيارها يمتدُّ كما يأتي^(٧).

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣١٦٣٧] قوله: ((هو الأصح)).

(٢) المقولة [٣١٦٣٩] قوله: ((خلافاً لما في "جواهر الفتاوى" [ج])).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

(٤) "البرازية": الفصل الثالث في الطلب ١٦٥/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) المقولة [١١٦٦١] قوله: ((نهرٌ بحتاً)).

(٦) ((والشُّفَعَةُ)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "در" ص ٢٥٥-٢٥٦ - وما بعدها.

وتشهدُ قائلة: بَلَّغْتُ الْآنَ؛ ضرورةُ إحياءِ الحقِّ.....

[١١٦٦٦] (قوله: وتشهدُ إلخ) قال في "البرازية"^(١): ((وإن أدركتُ بالحيزِ تختارُ عند رؤيةِ الدَّمِ، ولو في اللَّيْلِ تختارُ في تلكِ السَّاعَةِ، ثمَّ تُشهدُ في الصُّبْحِ وتقولُ: رأيتُ الدَّمَّ الْآنَ؛ لأنَّها لو أسندتُ أفسدتُ، وليس هذا بكذبٍ محضٍ، بل من قبيلِ المعارِضِ المُسوِّغَةِ لإحياءِ الحقِّ؛ لأنَّ الفعلَ الممتدَّ لدوامِهِ حكمُ الابتداءِ، والضرورةُ داعيةٌ إلى هذا لا إلى غيره)) اهـ. وحاصله: أنَّها تعني بقولها: بَلَّغْتُ الْآنَ أَنِّي الْآنَ بِالغَةِ لئلاَّ يكونَ كذباً صريحاً؛ لأنَّه حيثُ أمكنَ إحياءُ الحقِّ بالتعريضِ - وهو أن يريده المتكلمُ ما هو خلافُ [٣/٥٩٣/ب] المتبادرِ من كلامِهِ - كان أولى من الكذبِ الصَّريحِ، فافهم. وفي "جامع الفصولين"^(٢): ((فبانَ قالوا: متى بَلَّغْتِ؟ تقول: كما بَلَّغْتُ نَقَضْتُهُ لا تَريدينَ على هذا، فإنَّها لو قالت: بَلَّغْتُ قَبْلَ هذا ونَقَضْتُهُ حينَ بَلَّغْتُ لا تُصدِّقُ، والإشهادُ لا يُشترطُ لاختيارِها نفسَها، لكنَّ شرطَ لإثباتِهِ بيِّنَةٌ ليسقطَ اليمينَ عنها، وتحليفُها على اختيارِها نفسَها كتحليفِ الشَّفيعِ على الشُّفْعَةِ، فإنَّ قالتَ للقاضي: اخترتُ نفسي حينَ بَلَّغْتُ صُدِّقْتِ مع اليمينِ، ولو قالت: بَلَّغْتُ أمسٍ وطلَّبتُ الفرقةَ لا يُقبَلُ، وتحتاجُ إلى البيِّنَةِ، وكذا الشَّفيعُ لو قال: طلَّبتُ حينَ عِلِمْتِ فالقولُ له، ولو قال: عِلِمْتِ أمسٍ وطلَّبتُ لا يُقبَلُ بلا بيِّنَةٍ)) اهـ.

قلت: وتحصلُ من مجموع ذلك أنَّها لو قالت: بَلَّغْتُ الْآنَ وَفَسَخْتُ تُصدِّقُ بلا بيِّنَةٍ

(قوله: والضرورةُ داعيةٌ إلى هذا لا إلى غيره، انتهى) وقال "الرحمِيُّ": ((وفي كلام "حمدي" إشارةً إلى أنَّ لها أن تُكذِّبَ إذا لم يُمكنَ التعريضُ بأنَّ لم تجدِ الشُّهُودَ إلاَّ بعد انقطاعِ الدَّمِ)) اهـ. (قوله: وتحصلُ من مجموع ذلك أنَّها لو قالت: بَلَّغْتُ الْآنَ وَفَسَخْتُ تُصدِّقُ إلخ) لم يُستفدَ ممَّا نقلَهُ عن "الفصولين" أنَّه في هذه الصُّورة تُصدِّقُ بلا يمينٍ، نعم ذكر "السَّنْدِيُّ" عن "الفصولين": ((أنَّها لو قالت: بَلَّغْتُ الْآنَ وَفَسَخْتُ صُدِّقْتِ بلا بيِّنَةٍ ولا يمينٍ)) اهـ. فكان المناسبُ لـ"المحشي" نقلَ هذه الصُّورة أيضاً، ثمَّ ذكَّرَ المتحصِّلَ من كلامه.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - نوعٌ في خيار البلوغ ١٢٥/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون ٣٢٨/١ بتصرف.

(وإن جهلت به) لتفرغها للعلم (بخلاف) خيار (المعتقة) فإنه يمتد لشغلها بالمولى.....

ولا يمين، ولو قالت: فسححت حين بلغت تصدق بالبينة أو اليمين، ولو قالت: بلغت أمس فسححت فلا بد من البينة؛ لأنها لا تملك إنشاء الفسخ في الحال بخلاف الصورة الثانية، حيث لم تسنده إلى الماضي، فقد حكمت ما تملك استئنافه، فقد ظهر الفرق بين الصورتين وإن خفي على صاحب "الفصولين"^(١) كما أفاده في "نور العين"^(٢).

[١١٦٦٧] (قوله: وإن جهلت به) أي: بأن لها خيار البلوغ أو بأنه لا يمتد، قال "القهستاني"^(٣): ((وهذا عند "الشيخين"، وقال "محمد": إن خيارها يمتد إلى أن تعلم أن لها خياراً كما في "التنف"^(٤))).

[١١٦٦٨] (قوله: لتفرغها للعلم) أي: لأنها تفرغ لمعرفة أحكام الشرع، والدأر دار العلم، فلم تعذر بالجهل، "بحر"^(٥)، أي: أنها يمكنها التفرغ للتعلم لفقدها ما يمنعها منه وإن لم تكلف به قبل بلوغها.

[١١٦٦٩] (قوله: بخلاف خيار المعتقة فإنه يمتد) أي: يمتد إلى آخر المجلس، ويطل بالقيام عنه

(قوله: أي: يمتد إلى آخر المجلس، ويطل بالقيام عنه إلخ) وقال "ط": ((أي: يمتد إلى أن تعلم به)) اهـ. وهذا مقتضى التعليل بأنها مشغولة بخدمة المولى، وقال في "الفتح": ((أي: يمتد إلى آخر المجلس،

(١) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون ٣٢٨/١ بتصرف.

(٢) "نور العين في إصلاح جامع الفصولين": لمحمد بن أحمد محيي الدين نيشانجي زاده (ت ١٣٠١هـ)، اختصر به "جامع الفصولين": ليدر الدين محمود بن إسرائيل الشهر باين قاضي سماونه (ت ٨٢٣هـ). ("كشف الظنون" ٥٦٦/١، "هدية العارفين" ٢٧٢/٦، "الأعلام" ٨/٦).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في الولي والكفء ٢٨٠/١.

(٤) "التنف": كتاب النكاح - نكاح الصغير ٢٨٣/١ بتصرف يسير.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٠/٣.

(وخيارُ الصَّغِيرِ وَالثَّيِّبِ^(١) إِذَا بَلَغَا لَا يَبْطُلُ) بِالسُّكُوتِ (بِلا صرِيح) رِضَاهُ
(أَوْ دَلَالَةٍ) عَلَيْهِ (كَقُبْلَةٍ وَلَمْسٍ).....

كما في "الفتح"^(٢)، فافهم. وكذا لا يحتاجُ إلى القضاء بخلاف خيارِ البكرِ على ما مرَّ^(٣).
والحاصلُ - كما في "النهر"^(٤) - : ((أَنَّ خِيَارَ الْعَتَقِ خَالَفَ خِيَارَ الْبُلُوغِ فِي حَمْسَةِ بُيُوتِهِ
لِلأُنثَى فَقَطْ، وَعَدِمَ بُطْلَانِيهِ بِالسُّكُوتِ فِي الْمَجْلِسِ، وَعَدِمَ اشْتِرَاطَ الْقَضَاءِ فِيهِ، وَكُونَ الْجَهْلِ عِذْرًا،
وَفِي بُطْلَانِيهِ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الْإِعْرَاضِ، وَهَذَا الْأَخِيرُ بِخِلَافِ خِيَارِ الثَّيِّبِ وَالغُلَامِ عَلَى مَا يَأْتِي)) اهـ.
وأراد بالمُعْتَقَةِ الَّتِي زَوَّجَهَا مَوْلَاهَا قَبْلَ الْعَتَقِ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً، فَيُبْتِئُهَا خِيَارَ الْعَتَقِ لَا خِيَارَ
الْبُلُوغِ لَوْ صَغِيرَةً، إِلَّا إِذَا زَوَّجَهَا بَعْدَ الْعَتَقِ [١٠٣/٦٠ق] فَيُبْتِئُهَا وَلِلْعَبْدِ الصَّغِيرِ أَيْضًا بِخِلَافِ خِيَارِ
الْعَتَقِ، فَإِنَّهُ لَا يُبْتِئُ لَهُ لَوْ زَوَّجَهُ قَبْلَ الْعَتَقِ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا كَمَا حَرَّرْنَاهُ^(٥) سَابِقًا.
[١١٦٧٠] (قَوْلُهُ: وَالثَّيِّبِ) شَعِلَ مَا لَوْ كَانَتْ ثَيِّبًا فِي الْأَصْلِ، أَوْ كَانَتْ بَكْرًا ثُمَّ دَخَلَ بِهَا
ثُمَّ بَلَغَتْ كَمَا فِي "البحر"^(٦) وَغَيْرِهِ.

[١١٦٧١] (قَوْلُهُ: أَوْ دَلَالَةٍ) عَطَفَ عَلَى ((صَرِيحٍ)) وَضَمِيرُ ((عَلَيْهِ)) لِلرِّضَاءِ، "ط"^(٧).

ويبطلُ بالقيام، وَوَجْهُ الْفَرَقِ أَنَّ خِيَارَ الْعَتَقِ يُبْتِئُ بِإِثْبَاتِ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ الْعَتَقُ الثَّابِتُ بِإِثْبَاتِهِ؛ فَاقْتَضَى
جَوَابًا فِي الْمَجْلِسِ، كَذَلِكَ التَّمْلِيكِ فِي الْمُحَيَّرَةِ)) اهـ. وَالظَّاهِرُ عَدَمُ التَّنَافِي بَيْنَ هَاتَيْنِ الْعِبَارَتَيْنِ، وَأَنَّ الْخِيَارَ يَمْتَدُّ
إِلَى أَنْ تَعْلَمَ بِالْعَتَقِ، وَإِذَا عَلِمَتْ بِهِ يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ، كَمَا يَفِيدُ ذَلِكَ كُلُّ مَنْ الْعِلْمَيْنِ.

(١) في "د" زيادة: ((وإن كانت ثيباً في الأصل، أو كانت بكراً إلا أن الزوج قد بنى بها، ثم بلغت عند الزوج لا يبطل

خيارها بالسكوت إلخ. "جامع الصغار" ومثله في "الاختيار". [١٠٧ق].

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٠/٣.

(٣) "در" ص ٢٣٥-٢٣٦.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

(٥) المقولة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتق)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣١/٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٧/٢.

وَدَفَعَ مَهْرٍ (وَلَا) يَطْلُ (بِقِيَامِهِمَا عَنِ الْمَجْلِسِ) لِأَنَّ وَقْتَهُ الْعَمْرُ، فَيَبْقَى حَتَّى يُوَجِدَ الرِّضَاءَ، وَلَوْ ادَّعَتِ التَّمَكِينَ كَرَهَا.....

[١١٦٧٢] (قوله: وَدَفَعَ مَهْرٍ حَمَلَهُ فِي "الفتح"^(١) عَلَى مَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، أَمَا لَوْ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ بُلُوغِهِ يَبْغِي أَنْ لَا يَكُونَ دَفْعُ الْمَهْرِ بَعْدَ بُلُوغِهِ رِضَاءً؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَأَ مِنْهُ أَقَامَ أَوْ فَسَخَ. أَهـ "بِحـ"^(٢). وَمِثْلُهُ يُقَالُ فِي قَبُولِهَا الْمَهْرَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ الْجُلُوءِ، أَفَادَهُ "ط"^(٣). وَمِنَ الرِّضَاءِ دَلَالَةٌ فِي جَانِبِهَا تَمَكِينُهُ مِنَ الْوَطْءِ^(٤)، وَطَلَبُ الْوَاجِبِ مِنَ النَّفَقَةِ بِخِلَافِ الْأَكْلِ مِنْ طَعَامِهِ وَخِدْمَتِهِ، "نَهْر"^(٥) عَنِ "الخلاصة"^(٦). وَتَقَدَّمَ^(٧) فِي اسْتِثْنَاءِ الْبَالِغَةِ تَقْيِيدُ الْخِدْمَةِ بِمَا إِذَا كَانَتْ تَخْدِمُهُ مِنْ قَبْلُ، وَالظَّاهِرُ جَرِيَانُهُ هُنَا.

[١١٦٧٣] (قوله: لِأَنَّ وَقْتَهُ الْعَمْرُ إلخ) عَلَى هَذَا تَطَاوَرَتْ كَلِمَتُهُمْ كَمَا فِي "غَايَةِ الْبَيَانِ"، فَمَا نُقِلَ عَنِ "الطَّحَاوِيِّ": ((مَنْ أَنَّهُ يَطْلُ بِصَرِيحِ الْإِبْطَالِ أَوْ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا اسْتَعْلَتْ بِشَيْءٍ آخَرَ)) مُشْكِلٌ؛ إِذْ يَقْتَضِي تَقْيِيدَهُ بِالْمَجْلِسِ، "فَتْح"^(٨). وَالْجَوَابُ أَنَّ مَرَادَهُ بِالشَّيْءِ الْآخَرِ عَمَلٌ يَدُلُّ

(قوله: وَطَلَبُ الْوَاجِبِ مِنَ النَّفَقَةِ إلخ) فِيهِ أَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ، وَالنَّفَقَةَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ حَتَّى يُفْرَقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوْ إِلَى أَنْ تَنْقُضِيَ الْعِدَّةُ إِنْ وَجِدَ الدُّخُولَ؛ فَقَدْ طَلَبْتُ مِنْهُ أَمْرًا وَاجِبًا عَلَيْهِ فَأَنَّى يَكُونُ رِضًا دَلَالَةً.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٨/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٧/٢.

(٤) عبارة "النهر": ((وتمكينه من المهر)) يدل ((الوطء)) وهو تحريف.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/ب بتصرف.

(٦) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق ٨٠/أ.

(٧) المقولة [١١٥٦٧] قوله: ((بمخلاف خدمته)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣ بتصرف.

صُدِّقَتْ، ومُفَادَةٌ أَنْ الْقَوْلَ لِمُدَّعِي الْإِكْرَاهِ لَوْ فِي حِسِّ الْوَالِي، فليحفظ.

(الوليُّ في النِّكَاحِ) لَا الْمَالِ (العَصْبَةُ بِنَفْسِهَا).....

على الرِّضَاءِ كَالْتَمَكِينِ وَنَحْوِهِ؛ لِتَصْرِيحِهِ بِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِالْقِيَامِ عَنِ الْمَجْلِسِ، "بِح" (١).

[١١٦٧٤] (قَوْلُهُ: صُدِّقَتْ) أَي: لِأَنَّ الظَّاهَرَ يُصَلِّقُهَا، "ففتح" (٢).

[١١٦٧٥] (قَوْلُهُ: وَمُفَادَةٌ لِخ) قَالَ فِي "الْمَنْحِ" (٣): ((وَهَذَا الْفَرْعُ يَدُلُّ عَلَيَّ مَا نَقَلَهُ

"الْبِرْزَازِيُّ" (٤) وَأَفْتَى بِهِ مَوْلَانَا صَاحِبُ "الْبَحْرِ" (٥): مِنْ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مُدَّعِي الْإِكْرَاهِ إِذَا كَانَ فِي حِسِّ الْوَالِي))، "ح" (٦).

[١١٦٧٦] (قَوْلُهُ: لَا الْمَالِ) فَإِنَّ الْوَالِيَّ فِيهِ الْأَبُ وَوَصِيُّهُ، وَالْجَدُّ وَوَصِيُّهُ، وَالْقَاضِي وَنَائِبُهُ

فَقَطْ، "ح" (٧). ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ قَوْلَهُ: ((لَا الْمَالِ)) عَلَى مَعْنَى فَقَطْ، أَي: الْمُرَادُ بِالْوَالِيِّ هُنَا التَّوَلَّى فِي النِّكَاحِ سِوَاءَ كَانَ لَهُ وَلايَةٌ فِي الْمَالِ أَيْضاً كَالْأَبِّ وَالْجَدِّ وَالْقَاضِي أَوْ لَا كَالْآخِ، لَا الْوَالِيَّ فِي الْمَالِ فَقَطْ، وَبِهِ انْدَفَعَ مَا فِي "الشَّرْئِبِلَالِيَّةِ" (٨): ((مَنْ أَنَّ فِيهِ تَدَاوُعاً بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْأَبِّ وَالْجَدِّ؛ لِأَنَّ لهُمَا وَلايَةَ فِي الْمَالِ أَيْضاً)).

[١١٦٧٧] (قَوْلُهُ: الْعَصْبَةُ بِنَفْسِهَا) خَرَجَ بِهِ الْعَصْبَةُ بِالْغَيْرِ كَالْبَنْتِ، تَصِيرُ عَصْبَةً بِالْإِبْنِ وَلا وَلايَةَ

لِهَا عَلَى أُمَّهَا الْمَجْنُونَةِ، وَكَذَا الْعَصْبَةُ مَعَ الْغَيْرِ كَالْأَخْوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ وَلا وَلايَةَ لِلْأَخْتِ عَلَى أُخْتِهَا

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٧٩/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/١٢٠.

(٤) لم نعر على المسألة في نسخة "البرزازية" التي بين أيدينا.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٦١.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٦١، وليس في عبارته لفظ: ((والجد)).

(٨) "الشربلالية": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ١/٣٣٨ (هامش "الدرر والغرر").

وهو مَنْ يَتَّصِلُ بِالْمَيْتِ حَتَّى الْمَعْتَقَةِ (بِلا تَوَسُّطِ أَتْنَى).....

المجنونة [٣/٦٠٠/ب] كما في "المنح"^(١) و"البحر"^(٢)، والمرادُ خروجُهما من رتبة التَّقْدِيمِ، وإلاَّ فلهما ولايةٌ في الجملة، يدلُّ عليه قولُ "المصنّف" بعدُ: ((فإن لم يكن عَصَبَةٌ (لِخ)).

والحاصل: أنَّ ولايةَ مَنْ ذُكِرَ بِالرَّجْمِ لا بالتَّعْصِيبِ وإن كانت في حالِ عَصُوبَتِها كالبنْتِ مع الابنِ الصَّغِيرِ، فإنَّها تُرَوِّجُ أُمَّها المَجْنُونَةَ بِالرَّجْمِ لا بكونِها عَصَبَةٌ مع الابنِ.

[١١٦٧٨] (قوله: وهو مَنْ يَتَّصِلُ بِالْمَيْتِ) الضَّمِيرُ لِلْعَصَبَةِ الْمَذْكُورِ الْمُرَادِ بِهِ الْمَعْهُودُ فِي بَابِ الْإِرْثِ بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ: ((على تَرْتِيبِ^(٣) الْإِرْثِ وَالْحَجْبِ))، فيكونُ تَعْرِيفُهُ ما عَرَّفُوهُ بِهِ فِي بَابِ الْإِرْثِ، فلا يَرِدُ ما قِيلَ: إِنَّهُ لا مَيْتَ هُنَا، فَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: وَهُوَ مَنْ يَتَّصِلُ بِغَيْرِ الْمَكْلُفِ، فَافْهَمْ، هَذَا، وَفِي "النَّهْرِ"^(٤): ((هُوَ مَنْ يَأْخُذُ كُلَّ الْمَالِ إِذَا انْفَرَدَ وَالباقِي مَعَ ذِي سَهْمٍ، وَهَذَا أَوْلَى مِنْ تَعْرِيفِهِ بِ: ذَكَرَ يَتَّصِلُ بِلا واسِطَةٍ أَتْنَى^(٥)؛ إِذِ الْمَعْتَقَةُ لَهَا وَلايَةُ الْإِنْكَاحِ عَلَى مُعْتَقِهَا الصَّغِيرِ حَيْثُ لا أَقْرَبَ مِنْهَا)) اهـ.

فَعَبَّرَ "الشَّارِحُ" بِ- ((مَنْ)) بَدَلَ ذَكَرٍ لِإِدْخَالِ الْمَعْتَقَةِ، فَيَنْدَفِعُ اعْتِرَاضُ "النَّهْرِ"، لَكِنْ يَرِدُ عَلَيْهِ - كَمَا قَالَ "الرَّحْمَنِيُّ"^(٦) - ((عَصَبَاتُ الْمَعْتَقَةِ، فَإِنَّ لَهُمْ وَلايَةَ بَعْدَها مَعَ أَنَّهُمْ مُتَّصِلُونَ بِواسِطَةِ أَتْنَى)) اهـ، فَالْأَوْلَى تَعْرِيفُ "النَّهْرِ". وَلا يَرِدُ عَلَيْهِ أَنَّ الْعَصَبَةَ هُنَا لا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَالِ وَلا شَيْئاً

(قوله: لكن يَرِدُ عَلَيْهِ - كما قال "الرحماني" - عَصَبَاتُ الْمَعْتَقَةِ (لِخ) وكذا يَرِدُ عَلَيْهِ: أَنَّهُ يَشْمَلُ الْأَتْنَى التي لم تتوسط بأتني؛ فإنها داخلَةٌ في هذا التَّعْرِيفِ، فحيثُ لا يكونُ غيرَ جَامِعٍ وَغَيْرِ مانِعٍ، لَكِنْ يَنْدَفِعُ إِبْرَادُ "الرحماني" بِ- "العناية" التي سيذكرها "المحشي" بعد هذا.

(١) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١٢٠/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٧.

(٣) في "ب": ((ترتيب))، وهو تحريف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧١/ب.

(٥) من قوله: ((هو من يأخذ)) إلى قوله: ((بلا واسطة أتني)) نقلها صاحب "النهر" عن "البحر".

بيان لما قبله (على ترتيب الإرث والحجب) فيقدم ابن المجنونة على أبيها؛

منه لما قلنا آنفاً^(١)، ونظيره قولهم في نفقة الأرحام: تجب النفقة على الوارث بقدر إرثه، مع أن الكلام في النفقة على الحي، أو يقال: المراد من يُسمى عَصْبَةً لو فرض المقصود تزويجه ميتاً، وعلى كل فتكلف التأويل عند ظهور المعنى غير لازم، والاعتراض بما لا يخطئ بالبال غير وارد، بل ربما يُعاب على فاعله كما عيب على من أورد على تعريفهم الماء الجاري بأنه ما يذهب يتبنة أنه يصدق على الحمار مثلاً أنه يذهب بها.

[١١٦٧٩] قوله: بيان لما قبله أي: لقوله: ((العصبة بنفسه))؛ لأنه لا يكون إلا بلا توسيط

أنثى، يعني: إذا كان من جهة النسب، أما من السبب فقد يكون كعصبة المعتقة، ولا يخفى أنه بيان بالنسبة لكلام المتن، أما في كلام "الشارح" فهو جزء من التعريف؛ لأنه أفاد إخراج من يتصل بالميت [٣/٦١١] بواسطة أنثى كالجدة لأم مثلاً.

[١١٦٨٠] قوله: فيقدم ابن المجنونة على أبيها) هنا عندهما خلافاً لـ "محمد" حيث قدم

الأب، وفي "الهندية"^(٢) عن "الطحاوي": ((أن الأفضل أن يأمر الأب الابن بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف)) اهـ.

وابن الابن كالابن، ثم يقدم الأب، ثم أبوه، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب - وذكر "الكرخي":

((أن تقديم الجد على الأخ قول "الإمام"، وعنهما يشتركان))، والأصح أنه قول الكل - ثم ابن

الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم العم الشقيق، ثم لأب، ثم ابنة كذلك، ثم عم الأب كذلك، ثم ابنة

كذلك، ثم عم الجد كذلك، ثم ابنة كذلك - كل هؤلاء لهم إخبار الصغيرين وكذا الكبيرين

إذا جئا - ثم المعتق ولو أنثى، ثم ابنة وإن سفل، ثم عصبتها من النسب على ترتيبهم، "بجر"^(٣)

(١) في المقولة نفسها.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٣/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣ بتصرف..

لأنه يحجبُه حجب نقصانٍ (بشرطِ حُرِّيَّةٍ وتكليفٍ وإسلامٍ.....)

عن "الفتح"^(١) وغيره.

(تنبيه)

يُشْرَطُ فِي الْمُعْتَقِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُ؛ لِيُخْرَجَ مَنْ كَانَتْ أُمُّهَا حُرَّةً الْأَصْلَ وَأَبُوهَا مُعْتَقًا، فَإِنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِمُعْتَقِ الْأَبِ عَلَيْهَا، وَلَا يَرْتُهَا، فَلَا يَلِي إِنْكَاحَهَا كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ صَاحِبُ "الدَّرَر"^(٢) فِي كِتَابِ الْوَلَاءِ، فَلَوْ لَمْ يَوْجَدْ لَهَا سِوَى الْأُمِّ وَمُعْتَقِ الْأَبِ فَالْوِلَايَةُ لِلْأُمِّ دُونَهُ، وَلَمْ أَرْ مَنْ نَبَّهَ عَلَيْهِ هُنَا، أَفَادَهُ السَّيِّدُ أَبُو السُّعُودِ^(٣) عَنْ "شَيْخِهِ".

[١١٦٨١] (قوله: لأنه يحجبُه حجب نقصانٍ) فيه أن الأب لا يرث بالفرضية أكثر من السُّلَمِ، وذلك مع الابن وابنِهِ، ومع البنت يرثُهُ بالفرض والباقى بالتعصيب، وعند عدم الولد بالتعصيب فقط، وليس ما يرثُهُ بالتعصيب مُقَدَّرًا حَتَّى يُنْقَضَ مِنْهُ، فَالْأَوْلَى التَّعْلِيلُ بِأَنَّهُ لَا يَكُونُ عَصَبَةً مَعَ الْإِبْنِ، تَأَمَّلْ.

٣١١/٢

[١١٦٨٢] (قوله: بشرطِ حُرِّيَّةٍ إلخ) قلت: وبشرطِ عَدَمِ ظُهُورِ كَوْنِ الْأَبِ أَوْ الْجَدِّ سَيِّئِ الْإِخْتِيَارِ مَحَانَةً وَفَسْقًا إِذَا زَوَّجَ الصَّغِيرَ أَوْ الصَّغِيرَةَ بِغَيْرِ كِفَاءٍ أَوْ بَغْيٍ فَاحِشٍ، وَكَوْنِهِ غَيْرَ سَكْرَانَ أَيْضًا كَمَا مَرَّ^(٤) بِيَانُهُ. وَاحْتَرَزَ بِالْحُرِّيَّةِ عَنِ الْعِبْدِ، فَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى وَلَدِهِ وَلَوْ مُكَاتَبًا إِلَّا عَلَى أُمِّهِ دُونَ عِبْدِهِ لِنَقْصِهِ بِالْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ كَمَا سَيَأْتِي^(٥) فِي بَابِهِ، وَبِالتَّكْلِيفِ عَنِ الصَّغِيرِ وَالْمُخْنُونِ، فَلَا يُزَوَّجُ فِي حَالِ جُنُونِهِ مُطَبِّقًا أَوْ غَيْرَ مُطَبِّقٍ، وَيُزَوَّجُ حَالَ إِفَاقَتِهِ عَنِ الْجُنُونِ بِقَسْمِيهِ، لَكِنْ إِنْ كَانَ مُطَبِّقًا تُسَلَّبُ وِلَايَتُهُ، فَلَا تُنْتَظَرُ إِفَاقَتُهُ، وَغَيْرُ الْمُطَبِّقِ الْوِلَايَةُ ثَابِتَةٌ لَهُ، فَتُنْتَظَرُ إِفَاقَتُهُ كَالنَّائِمِ،

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٥/٣ بتصرف.

(٢) "الدرر": ٣٥/٢.

(٣) "فتح العين": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣٤/٢.

(٤) "در" ص ٢٢٥ - وما بعدها.

(٥) المقولة [١٢٣٤٤] قوله: ((ومكاتب)).

[٣/٦١ب] ومقتضى النظر أن الكفاءة الخاطبة إذا فات بانتظار إفاقة تزوج مؤلّيته وإن لم يكن مطبقاً، وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب على ما سنذكره، "فتح" (١)، وتبعه في "البحر" (٢) و"النهر" (٣). والمطبق شهر، وعليه الفتوى، "بجر" (٤).

مطلب: لا يصح تولية الصغير شيخاً على خيرات

(تنبيه)

علل "الزيلعي" (٥) عدم الولاية لمن ذكر: ((بأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم، فأولى أن لا يكون لهم ولاية على غيره؛ لأن الولاية على الغير فرع الولاية على النفس))، وذكر السيد "أبو السعود" (٦) عن "شيخه": ((أن هذا نص في جواب حادثة سئل عنها، هي أن الحاكم

(قوله: ومقتضى النظر أن الكفاءة الخاطبة إذا فات بانتظار إفاقة تزوج مؤلّيته وإن لم يكن مطبقاً،

وإلا انتظر إلخ) الظاهر أن هذا التفصيل إنما هو في غير المطبق؛ إذ بالمطبق (٧) تنقل الولاية للبعيد فلا حاجة للتفصيل بين انتظار الكفاءة وعدمه، على أن ما ذكره في "الفتح" من مقتضى النظر مخالف لما أطبقوا عليه من أنه لا ولاية بخنون؛ لأنه لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت له على غيره اهـ. فمقتضى هذا سلبها عنه في حال جنونه وانتقالها لغيره مطبقاً أو لا، ولا نظر لانتظار الكفاءة.

(قوله: لأن الولاية على الغير فرع الولاية على النفس إلخ) مقتضى هذه العلة عدم صحة تقرير

الصغير في الوظائف مطلقاً ولو يعقل التصرف، مع أنه سيأتي في كتاب الوقف: ((أن الصغير الذي لا يعقل أو لا يقدر على الحفظ لا تصح توليته بخلاف العاقل القادر عليه فتصح، وتكون من القاضي إذناً له في التصرف، وللقاضي أن يأذن للصغير وإن لم يأذن له وليه إلى آخر ما هناك.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٢.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣٦/٢ بتصرف.

(٧) في مطبوعة الراعي الميمنية: ((إذ المطبق)) وزيادة الباء يقتضيها السياق.

في حق مسلمة) تريدُ التَّزْوِجَ (وولدٍ مسلمٍ) لعدمِ الوِلايَةِ (وكذا لا وِلايَةِ) في نكاحِ
ولا في مالٍ.....

قرَّرَ طفلاً في مَشِيخَةٍ على خيراتٍ بقبضٍ^(١) غَلَّابِهِم وتوزيعِ الحُبْزِ عليهم والنَّظَرِ في مصالحِهِم،
فأجابَ يُبطلانِ التَّوْلِيَةِ آخِذاً مما ذُكِرَ).

[١١٦٨٣] (قوله: في حق مسلمة) قَيَّدَ في قوله: ((وإسلام)).

[١١٦٨٤] (قوله: تريدُ التَّزْوِجَ) أشار إلى أنَّ المراد بالمسلمة البالغة، حيث أسندَ التَّزْوِجَ إليها؛

لثَلَا يَتَكَرَّرُ مع قوله: ((وولدٍ مسلمٍ))، فإنَّ الولدَ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنثى، وحيثُذُ فليس في كلامِهِ
ما يقتضي أنَّ للكافر التَّصَرُّفَ في مالِ بِنْتِهِ الصَّغِيرَةِ المسلمة، فافهم.

وعلى ما قلنا فإذا زَوَّجَت المسلمة نفسها، وكان لها أخٌ أو عمٌّ كافرٌ فليس له حقُّ الاعتراضِ؛
لأنَّه لا وِلايَةَ له، وقد مرَّ^(٢) أوَّلُ البابِ أنَّ من لا وليَّ لها فنكاحُها صحيحٌ نافذٌ مطلقاً، أي: ولو من
غيرِ كفاءٍ أو بدون مهرٍ المثل، وإذا سَقَطَت وِلايَةُ الأبِ الكافرِ على ولده المسلمِ فبالأولى سقوطُ
حقِّ الاعتراضِ على أُخْتِهِ المسلمة أو بنتِ أخيهِ، ويُؤخَذُ من هذا أيضاً أنه لو كان لها عَصْبَةٌ رقيقٌ
أو صغيرٌ فهي بمنزلة من لا عصبَةَ لها؛ لأنه لا وِلايَةَ لهما كما عَلِمْتُهُ، وقدمنا^(٣) ذلك أوَّلَ البابِ.

[١١٦٨٥] (قوله: لعدمِ الوِلايَةِ) تعليلٌ للمفهوم، يعني: أنَّ الكافر لا يَليُّ على المسلمة وولدهِ

المسلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء- ١٤١]، "ح"^(٤).

[١١٦٨٦] (قوله: وكذا إلخ) عطفٌ على المفهوم الذي قلناه، والمسألةُ مذكورةٌ في "الفتح"^(٥)

و"البحر"^(٦).

(١) في "ب": ((يقبض)).

(٢) "در" ص ١٩٤-١٩٥.

(٣) المقولة [١١٥١١] قوله: ((وإن لم يكن لها ولي إلخ)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي في ١٦١/أ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣.

(لمسلم على كافرٍ إلا) بالسبب العام (بأن يكون) المسلم (سيداً أمة كافرٍ أو سلطاناً).....

[١١٦٨٧] (قوله: لمسلم على كافرٍ) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾

[الأنفال- ٧٣].

[١١٦٨٨] (قوله: إلا بالسبب العام إلخ) قالوا: وينبغي أن يقال: إلا أن يكون المسلم سيداً أمة

كافرٍ أو سلطاناً، قال "السروجي": ((لم أر هذا الاستثناء في كتب أصحابنا، وإنما هو منسوبٌ

إلى "الشافعي" و"مالك")، قال في "المعراج": ((وينبغي أن يكون [١/٦٢ق/٣] مُراداً، ورأيتُ في

موضعٍ معزواً إلى "المبسوط"^(١): الولاية بالسبب العام تثبتُ للمسلم على الكافر كولاية السلطنة

والشهادة، فقد ذكّر معنى ذلك الاستثناء)) اهـ "بجر"^(٢) و"فتح"^(٣) و"مقدسي"، وذكره

"الزيلعي"^(٤) أيضاً بصيغة ((وينبغي))، وتبعه في "الدرر"^(٥) و"العين"^(٦) وغيره، فحيث عبروا كلهم

عنه بصيغة ((ينبغي)) كان المناسب لـ "المصنف" أن يتابعهم؛ لئلا يُوهِم أنه منقول في كتب المذهب

صريحاً، وقول "المعراج": ((ورأيتُ في موضعٍ إلخ)) لا يكفي في النقل لجهالتيه، فافهم.

(قول "الشارح": بأن يكون المسلم سيداً أمة كافرٍ إلخ) وكذا عكسه بأن كان السيد كافرًا والرفيقُ

مسليماً فله ولاية تزويجه؛ فإن له ولاية على المسلم في الجملة، وهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً فإنه يصحُّ

شراؤه، ويثبتُ له الملكُ فيه، والولاية عليه إلا أنه يُجبرُ على البيع، والجبرُ عليه لا يُشعرُ بعدم الولاية، اهـ

"كفاية" من باب الوصي.

(١) "المبسوط": كتاب الفرائض - باب موارث أهل الكفر ٣/٣٠.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٢-١٣٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨١.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢/١٢٦.

(٥) "الدرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ١/٣٣٨.

(٦) "رمز الحقائق": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الأولياء ١/١٤٧.

أو نائبة أو شاهداً (وللكافر ولاية على) كافرٍ (مثله) اتفاقاً (فإن لم يكن عصبة فالولاية للأُم) ثمَّ للأُم الأب، وفي "القنية" عكسه،.....

[١١٦٨٩] (قوله: أو نائبة) أي: كالقاضي، فله تزويجُ اليتيمة الكافرة حيث لا ولي لها وكان ذلك في منشوره، "نهر"^(١).

[١١٦٩٠] (قوله: فإن لم يكن عصبة) أي: لا نسبه ولا سبيته كالمعتق، ولو أنشى وعصباته كما مر^(٢)، فيقدمان على الأُم، "بحر"^(٣).

[١١٦٩١] (قوله: فالولاية للأُم إلخ) أي: عند "الإمام"، ومعه "أبو يوسف" في الأصح، وقال "محمد": ليس لغير العصابات ولاية، وإنما هي للحاكم، والأول الاستحسان، والعمل عليه إلا في مسائل ليست هذه منها، فما قيل من أن الفتوى على الثاني غريب؛ لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى، من "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥).

[١١٦٩٢] (قوله: وفي "القنية" عكسه) أي: حيث قال فيها: ((أُم الأب أولى في الترجيح من الأُم))، قال في "النهر"^(٦): ((وحكي عن "خواهر زاده" و"عمر النسفي" تقديم الأخت على الأُم؛ لأنها من قوم الأب، وينبغي أن يُخرج ما في "القنية" على هذا القول))، اهـ، أي: فيكون من اعتبر ترجيح قوم الأب يُرجحُ الجدَّة لأبٍ والأخت على الأُم، لكن المتون على ذكر الأُم عقب العصابات وعلى ترجيحها على الأخت، وصرح في "الجوهره"^(٨) بتقديم الجدَّة على الأخت

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/١.

(٢) المقولة [١١٦٧٩] قوله: ((بيان لما قبله)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/١.

(٦) "القنية": كتاب النكاح - باب في الأولياء ق ٣٤/١.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/١.

(٨) "الجوهره النيرة": كتاب النكاح ٧٦/٢.

ثم للبت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم لبنت بنت البنت

فقال: ((وأولاهم الأم ثم الجدَّة ثم الأخت لأب وأم))، ونقل ذلك "الشُّرُنْبَلَايُ" في رسالة^(١) عن "شرح النقاية" للعلامة "قاسم"^(٢) وقال: ((ولم يُفَيِّدِ الجَدَّةُ بكونها لأم أو لأب، غير أنَّ السِّيَاقَ يقتضي أنها الجدَّةُ لأم، وهل تُقدِّمُ أمُّ الأبِ عليها أو تتأخَّرُ عنها أو تزاحمُها؟ كلامُ "القنية" يدلُّ على الأوَّل، وسياتُ كلامُ الشَّيخِ "قاسمٍ" يدلُّ على الثاني، وقد يقال بالمزاحمة لعدم المرجح، وقد يقال: قرابة الأب لها حكمُ العصبية، فتُقدِّمُ أمُّ الأبِ، فليُتأمَّل)) اهـ ملخصاً.

٣١٢/٢

قلت: وحزَمَ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" بهذا الأخير فقال: ((قَيَّدَ في "القنية" بالأمَّ لأنَّ الجَدَّةَ لأبٍ أولى من الجَدَّةِ لأمٍّ قولاً واحداً، فتحصَّلَ بعد الأمِّ أمُّ الأبِ، ثمَّ أمُّ الأمِّ، ثمَّ الجدُّ الفاسد، تأمَّل)) اهـ. وما جزَمَ به "الرَّمْلِيُّ" أفنى به في "الحامدية"^(٣).

ثمَّ هذا [٣/٦٢ق/ب] في الجَدَّةِ الصَّحِيحَةِ، أمَّا الفاسدةُ فهي كالجدِّ الفاسد كما يأتي^(٤) قريباً. [١١٦٩٣] (قوله: ثم للبت) إلى قوله: ((وهكذا)) ذَكَرَ ذلك في "أحكام الصغار"^(٥) عقب الأمِّ، وكذا في "فتح القدير"^(٦) و"البحر"^(٧)، وقول "الكنز"^(٨): ((وإن لم تكن عَصَبَةٌ فالولايةُ للأمِّ

(١) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "قهستاني" إلخ)).

(٢) "شرح النقاية": لأبي العدل القاسم بن قطلوبغا بن عبد الله، زين الدين السوداني المصري (ت ٨٧٩هـ) ولم يُكْمَلْ هذا الشرح، و"النقاية": لعبيد الله بن مسعود، صدر الشريعة الثاني (ت ٧٤٥هـ). ("كشف الظنون" ١٩٧١/٢، "الضوء اللامع" ١٨٤٦/٦، "الفوائد البهية" ص ٩٩-١٠٩، "هدية العارفين" ١/٦٤٩ و ٨٣٠).

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب النكاح - باب الولي ٢٠/١.

(٤) للمقولة [١١٦٩٥] قوله: ((ثم للجدِّ الفاسد)).

(٥) "جامع أحكام الصغار": ترتيب ذوي الأرحام في تزويج الصغير ٦٨/١.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٨) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب في أحكام الأولياء ١٤٧/١.

وهكذا، ثم للجدِّ الفاسدِ (ثم للأختِ لأبٍ وأم، ثم للأختِ (لأبٍ، ثم لولدِ
الأم).....

ثم للأختِ (إخ)) بخالفه، لكن اعتذر عنه في "البحر"^(١): ((بأنه لم يذكره في "الكنز" بعد الأم؛ لأنه خاصٌّ بالمجنون والمجنونة)).

[١١٦٩٤] (قوله: وهكذا) أي: إلى آخرِ الفروع وإن سفلوا، "ط"^(٢).

[١١٦٩٥] (قوله: ثم للجدِّ الفاسدِ) قال في "البحر"^(٣): ((وظاهرُ كلامِ "المصنف" أنَّ الجدَّ

الفاسد مؤخرٌ عن الأختِ؛ لأنه من ذوي الأرحام، وذكر "المصنف" في "المستصفى": أنه أولى منها عند "أبي حنيفة"، وعند "أبي يوسف" الولايةُ لهما كما في الميراث، وفي "فتح القدير"^(٤):

وقياسُ ما صحَّح في الجدِّ والأخ من تقدُّمِ الجدِّ تقدُّمِ الجدِّ الفاسدِ على الأختِ اهـ. فثبتَ بهذا أنَّ المذهب أنَّ الجدَّ الفاسدِ بعدَ الأمِّ قبلَ الأختِ)) اهـ كلامُ "البحر"، أي: بعدَ الأمِّ في غيرِ المجنون والمجنونة، وإلا فالنبتُ مقدَّمةٌ عليه كما علمت.

قلت: ووجهُ القياسِ أنهم ذكروا أنَّ الأصحَّ أنَّ الجدَّ أبا الأبِ مُقدِّمٌ على الأخ عند الكُلِّ

وإن اشترَكَ مع الأخ في الميراثِ عندهما؛ لأنَّ الولايةَ تبتني على الشَّفقةِ، وشفقةُ الجدِّ فوق شفقة

الأخ، وحينئذٍ يقاسُ عليه الجدُّ الفاسدُ مع الأختِ، فإنَّ شفقتَهُ أقوى منها، ومقتضى هذا أنَّ

الجدَّةَ الفاسدةَ كذلك، ويُؤيِّدُ هذا أنَّ من آخرَ الجدِّ الفاسدِ عن الأختِ ذكرَ معه الجدَّةَ الفاسدةَ،

وهو ما مشى عليه في "شرح درر البحار"^(٥) حيث قال: ((وعند "أبي حنيفة" الأمُّ، ثمَّ الجدَّةُ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٩/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٥) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - ذكر الولي والكفء والوكالة في النكاح ق ١٩٣/ب.

الذَكَرُ والأُنثَى سِوَاءً، ثُمَّ لِأَوْلَادِهِمْ (ثُمَّ لِذَوِي الأَرْحَامِ) العَمَّاتِ، ثُمَّ لِالأَحْوَالِ، ثُمَّ لِالخَالَاتِ، ثُمَّ بَنَاتِ الأَعْمَامِ، وَبِهَذَا التَّرْتِيبِ أَوْلَادُهُمْ، "شُمْنِي". ثُمَّ مَوْلَى المُوَالَاةِ^(١) (ثُمَّ لِلسُّلْطَانِ).....

الصَّحِيحَةُ، ثُمَّ الأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ، ثُمَّ لِأَبٍ، ثُمَّ لِأَخٍ أَوْ لِأَخْتٍ لِأُمٍّ، وَبَعْدَ هِوَالَاءِ ذَوِي الأَرْحَامِ كَجَدٍّ وَجَدَّةٍ فَاسِدِينَ، ثُمَّ وَلَدُ أختٍ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ، ثُمَّ وَلَدُ أَخٍ لِأُمٍّ، ثُمَّ العَمَّةُ، ثُمَّ الخَالُ، ثُمَّ الخَالَةُ، ثُمَّ بِنْتُ العَمِّ، وَهَكَذَا الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ)) اهـ.

[١١٦٩٦] (قَوْلُهُ: الذَكَرُ والأُنثَى سِوَاءً) لِأَنَّ لَفْظَ ((الوَلَدِ)) يَشْمَلُهُمَا، وَمَقْتَضَاهُ أَنَّهُمَا فِي

رَتْبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَمَقْتَضَى تَقْدِيمِ الأَحْوَالِ عَلَى الخَالَاتِ - كَمَا يَأْتِي^(٢) - أَنْ يُقَدَّمَ الذَكَرُ هُنَا، تَأْمَلْ.

[١١٦٩٧] (قَوْلُهُ: ثُمَّ لِأَوْلَادِهِمْ) أَي: أَوْلَادِ الأَخْتِ الشَّقِيقَةِ وَمَا عُطِفَ عَلَيْهَا عَلَى هَذَا

التَّرْتِيبِ كَمَا عَلِمْتَهُ مِمَّا نَقَلْنَاهُ^(٣) عَنْ "شَرْحِ دَرَرِ البَحَارِ"، وَهَذَا يُغْنِي عَنْهُ مَا [١/٦٣ق/٣] بَعْدَهُ.

[١١٦٩٨] (قَوْلُهُ: وَبِهَذَا التَّرْتِيبِ أَوْلَادُهُمْ) فَيُقَدَّمُ أَوْلَادُ العَمَّاتِ، ثُمَّ أَوْلَادُ الأَحْوَالِ، ثُمَّ

أَوْلَادُ الخَالَاتِ، ثُمَّ أَوْلَادُ بَنَاتِ الأَعْمَامِ، "ط"^(٤).

[١١٦٩٩] (قَوْلُهُ: ثُمَّ مَوْلَى المُوَالَاةِ) هُوَ الَّذِي أَسْلَمَ عَلَى يَدِهِ أَبُو الصَّغِيرَةِ وَوَالَاهُ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُ،

فَتَبَّتْ لَهُ وَلايَةُ التَّرْوِيجِ، "فَتْح"^(٥)، أَي: إِذَا كَانَ الأَبُ بِمَجْهولِ النَّسَبِ، وَوَالَاهُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَنَى

يَعْقِلُ عَنْهُ وَإِنْ مَاتَ يَرِثُهُ، وَقَدْ تَكُونُ المُوَالَاةُ مِنَ الطَّرْفَيْنِ كَمَا سَيَأْتِي^(٦) فِي بَابِهَا، وَشَمِيلَ المَوْلَى

(١) فِي "و": ((المُوَالَاةِ)).

(٢) المَقُولَةُ [١١٦٩٨] قَوْلُهُ: ((وَبِهَذَا التَّرْتِيبِ أَوْلَادُهُمْ)).

(٣) المَقُولَةُ [١١٦٩٥] قَوْلُهُ: ((ثُمَّ لِلْحَدِّ فَالْوَاسِدِ)).

(٤) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الوَلِيِّ ٣٩/٢.

(٥) "الْفَتْح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الأَوْلِيَاءِ وَالأَكْفَاءِ ١٨١/٣ وَفِيهِ: ((وَهُوَ الَّذِي أَسْلَمَ عَلَى يَدِ أَبِي الصَّغِيرَةِ)).

(٦) انظُرْ "الدَّر" عِنْدَ المَقُولَةِ [٣٠٥٩٠] قَوْلُهُ: ((عَلَى أَنْ يَرِثَهُ)).

ثُمَّ لِقَاضِي نَصَّ لَهُ عَلَيْهِ فِي مَنْشُورِهِ) ثُمَّ لِنُؤَابِهِ إِنْ فُوضَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا لَا.....

الأنتى كما في "شرح الملتقى"^(١).

[١١٧٠٠] (قوله: ثُمَّ لِقَاضِي) نَقَلَ "القَهْستَانِي"^(٢) عَنِ "النَّظْمِ": ((أَنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأُمِّ)).

قلت: وهو خلاف ما في المتون وغيرها.

[١١٧٠١] (قوله: نَصَّ لَهُ عَلَيْهِ فِي مَنْشُورِهِ) أَي: عَلَى تَرْوِيجِ الصَّغَارِ. وَالْمَنْشُورُ: مَا كَتَبَ فِيهِ

السُّلْطَانُ أَنِّي جَعَلْتُ فَلَانًا قَاضِيًا لِبَلَدَةِ كَذَا، وَإِنَّمَا سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ يَنْشُرُهُ وَقَدْ قَرَأْتَهُ عَلَى النَّاسِ، "قَهْستَانِي"^(٣). وَسَدَّكَرُ^(٤) فِي مَسْأَلَةِ عَضَلِ الْأَقْرَبِ أَنَّهُ تَبَيَّنَتْ الْوَلَايَةُ فِيهَا لِلْقَاضِي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَنْشُورِهِ، أَي: لِأَنَّ ثُبُوتَ الْوَلَايَةِ لَهُ فِيهَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْأَبِ أَوْ الْجَدِّ الْعَاضِلِ دَفْعًا لظُلْمِهِ، فَيُحْمَلُ مَا هُنَا عَلَى مَا إِذَا تَبَيَّنَتْ لَهُ الْوَلَايَةُ لَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ، تَأْمَلْ.

[١١٧٠٢] (قوله: إِنْ فُوضَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا) أَي: وَإِنْ لَمْ يُفَوِّضْ لِلْقَاضِي التَّرْوِيجَ فَلَيْسَ

لِنَائِبِهِ ذَلِكَ؛ لِمَا فِي "الْمَجْتَبَى": ((ثُمَّ لِلْقَاضِي وَنُؤَابِهِ إِذَا شَرَطَ فِي عَهْدِهِ تَرْوِيجَ الصَّغَارِ وَالصَّغَائِرِ، وَإِلَّا فَلَا)) اهـ.

قال في "البحر"^(٥): ((هَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ إِنَّمَا هُوَ فِي حَقِّ الْقَاضِي دُونَ نُؤَابِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا فِيهِمَا، فَإِذَا كُتِبَ فِي مَنْشُورِ قَاضِي الْقَضَاةِ فَإِنَّ كَانَ ذَلِكَ فِي عَهْدِ نَائِبِهِ مِنْهُ مَلَكَةُ النَّائِبِ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَمْ أَرِ فِيهِ مَنْقُولًا صَرِيحًا)) اهـ.

وحاصله: أَنَّ الْقَاضِيَّ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا بِالتَّرْوِيجِ فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ لِنَائِبِهِ أَمْ لَا بَدَأَ أَنْ يُنْصَّ

الْقَاضِي لِنَائِبِهِ عَلَى الْإِذْنِ؟ وَعِبَارَةٌ "الْمَجْتَبَى" مُحْتَمَلَةٌ، وَالتَّبَادُرُ مِنْهَا الْأَوَّلُ، وَمَا فِي "النَّهْرِ"^(٦):

(١) انظر "جمع الأنهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣٣٨/١.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكف ٢٨١/١.

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكف ٢٨١/١.

(٤) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القَهْستَانِي" [إخ])).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٤/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١/١٧٣.

(وليس للوصي) من حيث هو وصي (أن يُزَوِّج) اليتيمَ (مطلقاً) وإن أوصى إليه الأبُ بذلك.....

((من أن ما في "المختبى" لا يُفيدُ عدمَ اشتراطِ تفويضِ الأصيلِ للنائبِ كما توهمَهُ في "البحر" (١)) رَدَّهُ "الرَّمليُّ": ((بأنه كيف لا يُفيدُ مع إطلاقِهِ في نوابِهِ والمطلقُ يجرى على إطلاقِهِ؟! ووجهُهُ أنه لَمَّا فوَّضَ لهم ما له ولايتهُ التي من جملتها التزوُّجُ صار ذلك من جملة ما فوَّضَ إليهم، وقد تقررَ أنهم نوابُ السُّلطان، حيث أُذِنَ له بالاستنابة عنه فيما فوَّضَهُ إليه)) اهـ، فافهم.

قلت: لكن قال في "أنفع الوسائل": ((الظاهرُ أنَّ النائبَ الذي لم يُنصَّ له القاضي [ب/٦٣ق/٣] على تزويجِ الصَّغارِ لا يملكُهُ؛ لأنه إن كان فوَّضَ إليه الحكمَ بين الناسِ فهذا مخصوصٌ بالمُرافعاتِ، فلا يتعدى إلى التزوُّجِ، وكذا لو قال: استتبتك في الحكم، أمّا لو قال له: استتبتك في جميع ما فوَّضَ إليَّ السُّلطانُ فيملكُهُ؛ حيث عممَ له)) اهـ.

٣١٣/٢

ثمَّ استظهرَ في "أنفع الوسائل": ((أنه إذا ملكَ التزوُّجَ ليس له أن يأذنَ به لغيرِهِ؛ لأنه بمنزلةِ الوكيلِ عن القاضي، وليس للوكيلِ أن يوكلَ إلا بإذن)) اهـ.

[١١٧٠٣] (قوله: وليس للوصي) أي: وصيِّ الصَّغيرِ والصَّغيرة، "بحر" (٢). واليتيمُ بوزنِ فَعِيلٍ يَشْمَلُهُما.

[١١٧٠٤] (قوله: من حيث هو وصي) احتزَّزَ به عن قوله الآتي (٣): ((نعم لو كان قريباً أو حاكماً يملكُهُ إلخ)).

(قوله: ثمَّ استظهرَ في "أنفع الوسائل": أنه إذا ملكَ إلخ) الظاهرُ أنَّ النائبَ من قبَلِ القاضي المأذونِ له بالتفويضِ له أن يأذنَ لغيرِهِ بتزوُّجِ يَتِيمِهِ؛ لأنه بالإذنِ صار وكيلاً عن السُّلطانِ لا القاضي، وليس هذا من بابِ التوكيلِ عنه حتَّى يتوقَّفَ على الإذنِ بل من بابِ الإنابةِ عن السُّلطانِ، وللقاضي أن يأذنَ لغيرِهِ بذلكِ فكذا نائِبُهُ المذكورُ، وذكر "ط" عند قول "المُصنِّف": ((ولا يُستخلفُ قاضٍ من كُتَّابِ القضاء)) قيَّدَ بالاستخلافِ ليخرجَ التوكيلُ والإيصاءُ؛ فإنَّ له ذلكِ إلخ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٤/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

(٣) "در" ص ٢٧٠.

على المذهب، نعم لو كان قريباً أو حاكماً يملكه بالولاية كما لا يخفى.

(فروع) ليس للقاضي تزويج الصغيرة من نفسه، ولا ممن لا تقبل شهادته

له كما في "معين الحكام"، وأقره "المصنف"^(١)، وبه عليم أن فعله حكم.....

[١١٧٠٥] (قوله: على المذهب) لأنه المذكور في "كافي الحاكم" مطلقاً حيث قال: ((والوصي

ليس بولي))، وزاد في "الذخيرة": ((سواء أوصى إليه الأب بالنكاح أولاً))، نعم في "الخاتبة"^(٢)

وغيرها: ((أنه روى هشام في نوادره^(٣) عن أبي حنيفة: أنه له ذلك إن أوصى إليه به))، وعليه

مشى "الزليعي"^(٤)، قال في "البحر"^(٥): ((وهي رواية ضعيفة))، واستثنى في "الفتح"^(٦) ((ما لو عين له

الموصي في حياته رجلاً))، واعترضه في "البحر"^(٧): ((بأنه إن زوجها من المعين في حياة الموصي

فهو وكيل لا وصي، وإن بعد موته فقد بطلت الوكالة وانتقلت الولاية للحاكم عند عدم قريب)).

[١١٧٠٦] (قوله: يملكه) أي: التزويج إن لم يكن أحد أولى منه.

[١١٧٠٧] (قوله: ولا ممن لا تقبل شهادته له) كأصوله وإن علوا وفروعهم وإن سفلوا، "ط"^(٨).

[١١٧٠٨] (قوله: عليم أن فعله حكم) أي: وليس له أن يحكم لنفسه؛ لأنه في حق نفسه

(قول "الشارح": وبه عليم أن فعله حكم الخ) قال "ابن الهمام": ((والإحراق بالتوكيل يكفي

للحكم مستغنياً عن جعل فعله حكماً)) اهـ. لكن ذكر في "النهر" ما يؤيد أن فعله حكم.

(١) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ ق ١٢٠/ب وفيه: ((اليتيمة)) بدل ((الصغيرة)).

(٢) "الخاتبة": كتاب النكاح - فصل في الأولياء ٣٥٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) تقدمت ترجمتها ٤٩٣/١.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣ بتصرف.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٩/٢.

وإن عَرِيَ عن الدَّعوى.....

رعيَّة، وكذا السُّلطان، "ح" (١) عن "الهنديَّة" (٢).

(تنبيه)

أفتى "ابن نجيم" (٣): ((بأنَّ القاضيَ إذا زَوَّجَ يتيمةً ارتفعَ الخلافُ، فليسَ لغيرِهِ نقضُهُ))، أي: لما علمتَ من أنَّ ذلكَ حكمٌ منه، ثمَّ رأيتُ ما أفتى به في "أنفع الوسائل".

[١١٧٠٩] (قوله: وإن عَرِيَ عن الدَّعوى) أمَّا قولُهُم: شَرَطُ نفاذِ القضاءِ في المُحتهداتِ أنْ يصيرَ الحكمُ حادثةً تجرِي فيه خصومةٌ صحيحةٌ عندَ القاضي من خصمٍ (٤) على خصمٍ، فالظَّاهرُ أنَّه محمولٌ على الحكمِ القوليِّ، أمَّا الفعليُّ فلا يُشترطُ فيه ذلكَ توفيقاً بينَ كلامِهِم، "نهر" (٥).

قلت: وكذا القضاءُ الضَّمَنِيُّ لا تُشترطُ له الدَّعوى والخصومةُ، كما إذا شَهِدَ على خصمٍ بحقٍّ وذَكَرَ اسمَهُ واسمَ أبيه وجدَّه وقَضَى بذلكَ الحقُّ كانَ قضاءً بنسبِهِ ضمناً وإن لم يكن في حادثةِ النَّسبِ، وكذا لو شَهِدَ بأنَّ فلانةَ زوجةَ فلانٍ وكَلَّتْ زَوْجَهَا [٣/٦٤ق/١] فلاناً في كذا على خصمٍ مُنكِرٍ وقَضَى بتوكيلِها كانَ قضاءً بالزَّوجيَّةِ بينهما، ونظيرُهُ الحكمُ بُبُوتِ الرَّمضانيَّةِ

(قول "الشَّارح": وإن عَرِيَ إلخ) بكسر الرَّاءِ وفتحِ الباءِ. معنَى: خلا وتحرَّد، وعراً يَعْرُو. معنَى: الحُلُولُ، وبنو عامرٍ في الفعلِ الثَّلَاثِيَّ يَقْلِبُونَ الباءَ أَلْفاً في نحو: بَقِيَّ ونَسِيَّ وهَدِيَّ ونَبِيَّ فيقول: بَقِيَ ونَسِيَ وهَدَى ونَبَى البيتَ، ذَكَرَهُ بعضُ الأَشْيَاخِ، اهـ "سيندي".

(قوله: وكذا لو شَهِدَ بأنَّ فلانةَ زوجةَ فلانٍ وكَلَّتْ زَوْجَهَا فلاناً إلخ) ذَكَرَ هذِهِ المَسْأَلَةَ في "الأشباه" تفرعاً على مسألةِ النَّسبِ المَقُولِ فيها: إنَّ القضاءَ الضَّمَنِيُّ لا يُشترطُ له الدَّعوى ولا الخصومةُ، لكن اعترض

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/٦٦ أ.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٤/١ بتصرف.

(٣) لم نعر عليها في "فتاوى ابن نجيم".

(٤) ((من خصم)) ساقط من "٣".

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب بتصرف.

صغيرة زوّجت نفسها ولا ولي ولا^(١) حاكم ثمة توقف، ونفذ بإجازتها بعد بلوغها؛ لأن له مُحيزاً وهو السلطان^(٢). ولو زوّجها.....

في ضمن دعوى الوكالة، وتمامه في قضاء "الأشباه"^(٣).

[١١٧١٠] (قوله: صغيرة زوّجت نفسها) أي: من كفاء بمهر المثل، وإلا لم يتوقف؛ لأن الحاكم لا يملك العقد عليها بذلك فلا يملك إجازته، فكان عقداً بلا مُحيز، نعم لو كان لها أب أو جدّ وزوّجت نفسها كذلك توقف؛ لأن له مُحيزاً وقت العقد؛ لأن الأب والجدّ يملكان العقد بذلك، والصغير كالصغيرة؛ لما في "الحانية"^(٤): ((من أن الصغير لو تزوّج بالغة، ثم غاب فتزوّجت آخر، وكان الصبي أجاز بعد بلوغه العقد الذي باشره في صغره فإن كانت الإجازة بعد العقد الثاني جاز الثاني؛ لأنها تملك الفسخ قبل إجازته، وإن كانت قبله فإن كان الأول بمهر المثل أو بغبن فاحش وللصغير أب أو جدّ نفذ بإجازة الصبي بعد بلوغه، وإلا فيجوز الثاني)).

[١١٧١١] (قوله: ولا حاكم ثمة) أي: في موضع العقد.

[١١٧١٢] (قوله: توقف إلخ) هذا قول بعض المتأخرين، ففي "أحكام الصغار"^(٥): ((فإن

ما ذكره في "الأشباه" من تفرغ هذه المسألة على مسألة النسب العلامة "البيري" على ما نقله عنه "هبة الله" بقوله: ((هذا التفرغ مخالف للمنفول فلا يعول عليه)) أهـ. لكن قد يقال: إن موضوع ما في "الأشباه" ما إذا عرفها بزواجها عوضاً عن أبيها وجدها بأن كانت معروفة به، فالقضاء بتوكيلها قضاءً بالزوجة أيضاً، كما لزّ شهداً على خصم غائب بحق وذكرنا نسبه وقضيه بذلك كان قضاءً بالنسب أيضاً، لا لو كان حاضراً؛ إذ الإشارة كافية عن ذكر النسب فلا اعتبار بذكره؛ إذ المراد بالقضاء الضمني كل ما تضمنه وتوقف صحته عليه.

(١) ((ولا)) ساقطة من "ط".

(٢) في "ب": ((السلطان)) وهو خطأ طباعي.

(٣) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٦.

(٤) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ١/٣٤٠ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "جامع أحكام الصغار": مسائل النكاح ١/٦٦.

وليّان مستويان قُدِّمَ السَّابِقُ،.....

كانت في موضع لم يكن فيه قاضٍ إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد، ويتوقَّفُ على إجازة ذلك القاضي، وإلا فلا ينعقد، وقال بعض المتأخرين: ينعقد ويتوقَّفُ على إجازتها بعد البلوغ)) اهـ.

واستشكله في "البحر"^(١): ((بأنهم قالوا: كلُّ عَقْدٍ لا مُحَيِّزَ له حالٌ صُدُورِهِ فهو باطلٌ لا يتوقَّفُ))، ثم قال: ((التَّوَقُّفُ فِيهِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ مُحَيِّزَهُ السُّلْطَانُ كَمَا لَا يَخْفَى)) اهـ.

وهذا مبنيٌّ على كفاية كون ذلك المكان تحت ولاية السُّلْطَانِ وإن لم يكن تحت ولاية قاضٍ، وعليه فبطلانُ العَقْدِ يُتَصَوَّرُ فيما إذا كان في دار الحرب أو البحر أو المفازة ونحو ذلك بخلاف القرى والأمصار، ويدلُّ عليه ما في "الفتح"^(٢) في فصل الوكالة بالنكاح، حيث قال: ((وما لا مُحَيِّزَ له - أي: ما ليس له مَنْ يَقْدِرُ على الإجازة - يَطْلُ، كما إذا كانت تحت حُرَّةٍ فزَوْجَهُ الفِضُولِيُّ أُمَّةٌ أو أخت امرأته أو خامسة، أو زَوْجَهُ مُعْتَدَّةٌ أو مَجْنُونَةٌ أو صَغِيرَةٌ يَتِيمَةٌ في دار الحرب، أو إذا لم يكن سلطانٌ ولا قاضٍ^(٣)؛ لعدم مَنْ يَقْدِرُ على الإمضاء حالة العَقْدِ، فوقع باطلاً)) اهـ. وسيأتي^(٤) تمامه في آخر الباب الآتي، وقد أطلنا الكلام في تحرير هذه المسألة في "تنقيح الفتاوى الحامدية"^(٥) من كتاب المأذون. [٣/٦٤٤ب]

[١١٧١٣] (قوله: وليّان مُستويان) كأخوين شقيقين، فلو أحدُ الوليّين أقربَ من الآخر فلا ولاية للأبعد مع الأقرب، إلا إذا غابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً فنكاح الأبعد يجوزُ إذا وقع قبل عَقْدِ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٣٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٩٩/٣ بتصريف.

(٣) عبارة "الفتح": ((أو إذا لم يكن سلطان ولا قاضٍ لا يتوقَّفُ؛ لعدم...)).

(٤) المقولة [١١٨٥٣] قوله: ((إن لها محيِّزًا)).

(٥) "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحجر والمأذون ١٥٣/٢.

فإن لم يُدْرَ أو وَقَعَا مَعَا بَطْلًا.

(وللولي الأبعد الترويجُ بغيبة الأقرب) فلو زَوَّجَ الأبعدُ.....

الأقرب، "بحر"^(١)، أي: يجوزُ على أحدِ القولين، وفيه كلامٌ يأتي^(٢) قريباً.

[١١٧١٤] (قوله: فإن لم يُدْرَ) ينبغي أنها لو بَلَغَتْ وأدَعَتْ أَنْ أَحْتَمَا هو الأولُ يُقْبَلُ؛ لِمَا

في "الفتح"^(٣): ((ولو زَوَّجَهَا أبوها وهي بَكْرٌ بالغةُ بأمرها، وزَوَّجَتْ هي نفسها من آخرٍ فأَيُّهُمَا قالت:

هو الأولُ فالقولُ لها، وهو الزوجُ؛ لأنها أقرتْ بِمِلْكِ النِّكَاحِ له على نفسها، وإقرارها حُجَّةٌ تامةٌ عليها،

وإن قالت: لأدري الأولُ ولايَعْلَمُ من غيرها فَرَّقَ بينهما، وكذا لو زَوَّجَهَا وَلِيَّانَ بِأَمْرِهَا)) اهـ. ٣١٤/٢

[١١٧١٥] (قوله: وللولي الأبعد إلخ) المرادُ بالأبعدِ مَنْ يَلِي الغائبَ في القربِ كما عبَّرَ به في

"كافي الحاكم"، وعليه فلو كان الغائبُ أبهاً ولها جَدٌّ وعمٌّ فالولايةُ للجدِّ للعلم، قال في

"الاختيار"^(٤): ((ولا تنتقلُ إلى السُّلْطَانِ؛ لأنَّ السُّلْطَانَ وليُّ مَنْ لا وليَّ له، وهذه لها أولياء؛ إذ

الكلامُ فيه)) اهـ. ومثلهُ في "الفتح"^(٥) وغيره.

وبه عُلِمَ أنه ليس المرادُ بالأبعدِ هنا القاضي، وما في "الشَّرْئِيعَةُ"^(٦): ((من أن المراد به

القاضي دون غيره؛ لأنَّ هذا من بابِ دَفْعِ الظُّلْمِ)) اهـ إنما قاله في المسألة الآتية، أي: مسألة

(قوله: أي يجوزُ على أحدِ القولين إلخ) فيه أن الذي ذكره في "البحر" إنما هو تزويجُ الأبعدِ الحاضرِ،

وهذا لا كلامَ في صحته، والقولانُ بالصَّحَّةِ وعديهما فيما لو زَوَّجَهَا الأقربُ حيثُ هو، لا فيما إذا زَوَّجَهَا

الأبعدُ، فإنَّ زواجَهُ صحيحٌ قولاً واحداً، إلا أنه عند "زُفَرٍ": الولايةُ باقيةٌ للأقربِ بدونِ بُيُوتِ للأبعدِ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣.

(٢) المقولة [١١٧١٥] قوله: ((وللولي الأبعد إلخ)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٤/٣.

(٤) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: عبارة النساء ٩٧/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٤/٣.

(٦) "الشَّرْئِيعَةُ": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ٣٣٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

حَالَ قِيَامِ الْأَقْرَبِ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَلَوْ تَحَوَّلَتِ الْوَلَايَةُ إِلَيْهِ لَمْ يَحْزُرْ إِلَّا بِإِجَازَتِهِ
بَعْدَ التَّحَوُّلِ، "قَهْستَانِي"^(١) و"ظَهْرِيَّة"^(٢) (مَسَافَةَ الْقَصْرِ) وَاخْتَارَ فِي "الْمُلْتَقَى"^(٣):
(مَا لَمْ يَنْتَظِرِ الْكُفَّاءَ الْخَاطِبُ جَوَابَهُ))، وَاعْتَمَدَهُ "الْبَاقَانِي"^(٤)، وَنَقَلَ "ابْنُ الْكَمَالِ":
(أَنَّ عَلَيْهِ الْفَتْوَى))، وَثَمَرَةُ الْخِلَافِ فِيْمَنْ اخْتَفَى فِي الْمَدِينَةِ.....

عَضَلَ الْأَقْرَبِ كَمَا يَأْتِي^(٥) بِيَانُهُ، وَيَدُلُّ^(٥) عَلَيْهِ التَّعْلِيلُ بِنَفْعِ الظُّلْمِ، فَإِنَّهُ لَا ظُلْمَ فِي الْغَيْبَةِ بِخِلَافِ
الْعَضْلِ، فَالاعتراضُ عَلَى "الشَّرْنِبَلَاءِيَّة"^(٦) بِمُخَالَفَتِهَا لِإِطْلَاقِ الْمُتَوَنِّشِ عَنْ اشْتِبَاهِ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ
بِالْأُخْرَى، فَافْهَم.

[١١٧١٦] (قَوْلُهُ: حَالَ قِيَامِ الْأَقْرَبِ) أَي: حُضُورِهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ، أَمَا لَوْ كَانَ صَغِيرًا
أَوْ بِمَجْنُونًا جَازَ نِكَاحُ الْأَبْعَدِ، "ذَخِيرَةٌ".

[١١٧١٧] (قَوْلُهُ: تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ) تَقَدَّمَ^(٧) أَنَّ الْبَالِغَةَ لَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا غَيْرَ كُفَّاءٍ فَلِلْوَلِيِّ
الاعتراضُ مَا لَمْ يُرْضَ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً كَقَبْضِ الْمَهْرِ وَنَحْوِهِ، فَلَمْ يَجْعَلُوا سَكَوتَهُ إِجَازَةً، وَالظَّاهِرُ أَنَّ
سَكَوتَهُ هُنَا كَذَلِكَ، فَلَا يَكُونُ سَكَوتُهُ إِجَازَةً لِنِكَاحِ الْأَبْعَدِ وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ مَا
لَمْ يُرْضَ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً، تَأَمَّلْ.

[١١٧١٨] (قَوْلُهُ: وَلَوْ تَحَوَّلَتِ الْوَلَايَةُ إِلَيْهِ) أَي: إِلَى الْأَبْعَدِ بِمَوْتِ الْأَقْرَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً
مُنْقَطِعَةً، "ط"^(٨).

[١١٧١٩] (قَوْلُهُ: مَسَافَةَ الْقَصْرِ إلخ) اخْتَلَفَ فِي حَدِّ الْغَيْبَةِ، فَاخْتَارَ "الْمُصَنِّفُ" تَبَعًا

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفاءة ٢٨١/١ بتصرف.

(٢) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار ق ٧٥/أ بتصرف.

(٣) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢٤٥/١.

(٤) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) من ((قوله)) إلى ((ويدل)) ساقط من "٣".

(٦) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٣٣٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٧) "در" ١٨٦- وما بعدها.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤٠/٢.

لـ "الكنز"^(١): ((أنها مسافة القصر))، ونسبهُ في "الهداية"^(٢) لبعض المتأخرين [٦٥ق/٣] و"الزليعي"^(٣) لأكثرهم، قال: ((وعليه الفتوى)) اهـ.
 وقال في "الذخيرة": ((الأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذي حضر فالغيبه منقطعة، وإليه أشار في "الكتاب")) اهـ.
 وفي "البحر"^(٤) عن "المجتبى" و"المبسوط"^(٥): ((أنه الأصح، وفي "النهاية": واختاره أكثر المشايخ، وصححه "ابن الفضل"، وفي "الهداية"^(٦): أنه أقرب إلى الفقه، وفي "الفتح"^(٧): أنه الأشبه بالفقه، وأنه لا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ))، أي: لأن المراد من المشايخ المتقدمون، وفي "شرح الملتقى"^(٨) عن "الحقائق"^(٩): ((أنه أصح الأقاويل، وعليه الفتوى)) اهـ.
 وعليه مشى في "الاختيار"^(١٠) و"النقاية"^(١١)، ويشير كلام "النهر"^(١٢) إلى اختياره، وفي "البحر"^(١٣): ((والأحسن الإفتاء بما عليه أكثر المشايخ)).

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الأولياء ١/١٤٧.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/٢٠٠.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢/١٢٧.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٥.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغير والصغيرة ٤/٢٢٢.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/٢٠٠.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٥.

(٨) انظر "جمع الأنهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/٣٣٩.

(٩) لم نثر على المسألة في مخطوطة "حقائق المنظومة النسبية" التي بين أيدينا بعد طول بحث.

(١٠) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: عبارة النساء ٣/٩٦.

(١١) انظر "شرح النقاية": كتاب النكاح - فصل في الأولياء والأكفاء ١/٥٧٢.

(١٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/ب.

(١٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٥.

هل تكون غيبة منقطعة؟

(ولو زوجها الأقرب حيث هو جاز) النكاح (على) القول^(١) (الظاهر) "ظهيرية"^(٢)..

[١١٧٢٠] (قوله: هل تكون غيبة منقطعة؟) أي: فعلى الأول لا، وعلى الثاني نعم؛ لأنه

لم يعتبر مسافة السفر.

قلت: لكن فيه أن الثاني اعتبر فوات الكفء الذي حضر، فينبغي أن يُنظر هنا إلى الكفء: إن رضي بالانتظار مدة يُرجى فيها ظهور الأقرب المحتفي لم يحز نكاح الأبعد، وإلا جاز، ولعله بناء على أن الغالب عدم الانتظار، تأمل.

[١١٧٢١] (قوله: جاز على الظاهر) أي: بناء على أن ولاية الأقرب باقية مع الغيبة، وذكر

في "البدائع"^(٣) اختلاف المشايخ فيه، وذكر: ((أن الأصح القول بزوالها وانتقالها للأبعد))، قال في "المعراج": ((وفي "المحيط": لا رواية فيه، وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته، وفي "المبسوط"^(٤): لا يجوز، ولئن سئل فلأنها انتفعت برأيه، ولكن هذه منفعة حصلت لها اتفاقاً، فلا يبنى الحكم عليها)) اهـ.

وكذا ذكر في "الهداية"^(٥) المنع ثم التسليم بقوله^(٦): ((ولو سئل))، قال في "الفتح"^(٧):

(قوله: وكذا ذكر في "الهداية" المنع ثم التسليم إلخ) وذلك أنه ذكر في "الهداية": ((أن "زفر" قال: لا يجوز

يعني تزويج الأبعد؛ لأن ولاية الأقرب قائمة؛ لأنها تثبت حقاً له صيانة للقراءة فلا تبطل بغيثته، ولهذا لو

(١) ((القول)) ليست في "د".

(٢) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار ق ٢٥/٧٥ بتصرف.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما شرط التقدم فمشيخان ٢/٢٥٠.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغير والصغيرة ٤/٢٢١.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/٢٠٠.

(٦) من ((فلا يبنى)) إلى ((بقوله)) ساقط من "٣".

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٤.

(ويثبتُ للأبعد) من أولياء النسب، "شرح وهبانية"^(١). لكن في "القهستاني" عن
"الغياث"^(٢): ((لو لم يُزوّج الأقربُ زوّجَ القاضي.....

((وهذا تنزلُ))، وأيدَ "الزَيْلعي"^(٣) المنعَ من حيث الرواية والمعقول، وكذا في "البدائع"^(٤).
وبه عِلْمٌ أنّ قوله: ((على الظاهر)) ليس المرادُ به ظاهر الرواية؛ لما علمت من أنه لا رواية
فيه، وإنما هو استظهارٌ لأحد القولين، وقد علمت ما فيه من تصحيح خلافه ومنعه في أكثر الكتب.
أقول: ويُؤخذُ من هذا بالأولى أنّ الوليين لو كانا في درجة واحدة كأخوين غاب
أحدهما، فزوّجَ في مكانه لا يصح؛ لأنه إذا لم يصحّ تزويج الأقرب الغائب مع حضور الأبعد
فعدمُ صحّة العقد من الغائب مع حضور المساوي له في الدرجة بالأولى^(٥)، فتأمل.
[١١٧٢٢] (قوله: من أولياء النسب) احترازٌ عن القاضي.

[١١٧٢٣] (قوله: لكن في "القهستاني"^(٦)) (إلخ) استدراكٌ [ب/٦٥/٣] على ما في "شرح
الوهبانية"^(٧)، فإنه لم يستند فيه إلى نقلٍ صريح، وهذا منقول، وقد أيدَهُ أيضاً العلامة "الشربلاني"

زوّجها حيث هو جازر، ولا ولاية للأبعد مع ولايته، ولنا أنّ هذه ولاية نظريّة، وليس من النظر التفويض لمن
لا يتنفعُ برأيه فقوضناه إلى الأبعد وهو مُقدّم على السلطان، كما إذا مات الأقرب، ولو زوّجها حيث هو فيه
منعٌ يعني: يمنع صحّة تزويجه، وبعد التسليم نقول: للأبعد بُعد القرابة وقرب التدبير، وللأقرب عكسه، فنزلاً
منزلةً وليناً مُتساويين فأيهما عقدَ نفذَ، ولا يُردُّ) اهـ. وبهذا تتضحُ عبارة "المبسوط".

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ق ٧٥/أ.

(٢) في "ط" و"ب": ((الغياثي)).

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٢.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢٥١/٢.

(٥) في "ب": ((الأولى)) بلا باء.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٨١/١ نقلًا عن "غياث المفتين".

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق ٧٤/ب.

(٨) ٦١٨٨١ - ٦١٨٨٢ - ٦١٨٨٣ - ٦١٨٨٤ - ٦١٨٨٥ - ٦١٨٨٦ - ٦١٨٨٧ - ٦١٨٨٨ - ٦١٨٨٩ - ٦١٨٩٠ - ٦١٨٩١ - ٦١٨٩٢ - ٦١٨٩٣ - ٦١٨٩٤ - ٦١٨٩٥ - ٦١٨٩٦ - ٦١٨٩٧ - ٦١٨٩٨ - ٦١٨٩٩ - ٦١٩٠٠ - ٦١٩٠١ - ٦١٩٠٢ - ٦١٩٠٣ - ٦١٩٠٤ - ٦١٩٠٥ - ٦١٩٠٦ - ٦١٩٠٧ - ٦١٩٠٨ - ٦١٩٠٩ - ٦١٩١٠ - ٦١٩١١ - ٦١٩١٢ - ٦١٩١٣ - ٦١٩١٤ - ٦١٩١٥ - ٦١٩١٦ - ٦١٩١٧ - ٦١٩١٨ - ٦١٩١٩ - ٦١٩٢٠ - ٦١٩٢١ - ٦١٩٢٢ - ٦١٩٢٣ - ٦١٩٢٤ - ٦١٩٢٥ - ٦١٩٢٦ - ٦١٩٢٧ - ٦١٩٢٨ - ٦١٩٢٩ - ٦١٩٣٠ - ٦١٩٣١ - ٦١٩٣٢ - ٦١٩٣٣ - ٦١٩٣٤ - ٦١٩٣٥ - ٦١٩٣٦ - ٦١٩٣٧ - ٦١٩٣٨ - ٦١٩٣٩ - ٦١٩٤٠ - ٦١٩٤١ - ٦١٩٤٢ - ٦١٩٤٣ - ٦١٩٤٤ - ٦١٩٤٥ - ٦١٩٤٦ - ٦١٩٤٧ - ٦١٩٤٨ - ٦١٩٤٩ - ٦١٩٥٠ - ٦١٩٥١ - ٦١٩٥٢ - ٦١٩٥٣ - ٦١٩٥٤ - ٦١٩٥٥ - ٦١٩٥٦ - ٦١٩٥٧ - ٦١٩٥٨ - ٦١٩٥٩ - ٦١٩٦٠ - ٦١٩٦١ - ٦١٩٦٢ - ٦١٩٦٣ - ٦١٩٦٤ - ٦١٩٦٥ - ٦١٩٦٦ - ٦١٩٦٧ - ٦١٩٦٨ - ٦١٩٦٩ - ٦١٩٧٠ - ٦١٩٧١ - ٦١٩٧٢ - ٦١٩٧٣ - ٦١٩٧٤ - ٦١٩٧٥ - ٦١٩٧٦ - ٦١٩٧٧ - ٦١٩٧٨ - ٦١٩٧٩ - ٦١٩٨٠ - ٦١٩٨١ - ٦١٩٨٢ - ٦١٩٨٣ - ٦١٩٨٤ - ٦١٩٨٥ - ٦١٩٨٦ - ٦١٩٨٧ - ٦١٩٨٨ - ٦١٩٨٩ - ٦١٩٩٠ - ٦١٩٩١ - ٦١٩٩٢ - ٦١٩٩٣ - ٦١٩٩٤ - ٦١٩٩٥ - ٦١٩٩٦ - ٦١٩٩٧ - ٦١٩٩٨ - ٦١٩٩٩ - ٦٢٠٠٠ - ٦٢٠٠١ - ٦٢٠٠٢ - ٦٢٠٠٣ - ٦٢٠٠٤ - ٦٢٠٠٥ - ٦٢٠٠٦ - ٦٢٠٠٧ - ٦٢٠٠٨ - ٦٢٠٠٩ - ٦٢٠١٠ - ٦٢٠١١ - ٦٢٠١٢ - ٦٢٠١٣ - ٦٢٠١٤ - ٦٢٠١٥ - ٦٢٠١٦ - ٦٢٠١٧ - ٦٢٠١٨ - ٦٢٠١٩ - ٦٢٠٢٠ - ٦٢٠٢١ - ٦٢٠٢٢ - ٦٢٠٢٣ - ٦٢٠٢٤ - ٦٢٠٢٥ - ٦٢٠٢٦ - ٦٢٠٢٧ - ٦٢٠٢٨ - ٦٢٠٢٩ - ٦٢٠٣٠ - ٦٢٠٣١ - ٦٢٠٣٢ - ٦٢٠٣٣ - ٦٢٠٣٤ - ٦٢٠٣٥ - ٦٢٠٣٦ - ٦٢٠٣٧ - ٦٢٠٣٨ - ٦٢٠٣٩ - ٦٢٠٤٠ - ٦٢٠٤١ - ٦٢٠٤٢ - ٦٢٠٤٣ - ٦٢٠٤٤ - ٦٢٠٤٥ - ٦٢٠٤٦ - ٦٢٠٤٧ - ٦٢٠٤٨ - ٦٢٠٤٩ - ٦٢٠٥٠ - ٦٢٠٥١ - ٦٢٠٥٢ - ٦٢٠٥٣ - ٦٢٠٥٤ - ٦٢٠٥٥ - ٦٢٠٥٦ - ٦٢٠٥٧ - ٦٢٠٥٨ - ٦٢٠٥٩ - ٦٢٠٦٠ - ٦٢٠٦١ - ٦٢٠٦٢ - ٦٢٠٦٣ - ٦٢٠٦٤ - ٦٢٠٦٥ - ٦٢٠٦٦ - ٦٢٠٦٧ - ٦٢٠٦٨ - ٦٢٠٦٩ - ٦٢٠٧٠ - ٦٢٠٧١ - ٦٢٠٧٢ - ٦٢٠٧٣ - ٦٢٠٧٤ - ٦٢٠٧٥ - ٦٢٠٧٦ - ٦٢٠٧٧ - ٦٢٠٧٨ - ٦٢٠٧٩ - ٦٢٠٨٠ - ٦٢٠٨١ - ٦٢٠٨٢ - ٦٢٠٨٣ - ٦٢٠٨٤ - ٦٢٠٨٥ - ٦٢٠٨٦ - ٦٢٠٨٧ - ٦٢٠٨٨ - ٦٢٠٨٩ - ٦٢٠٩٠ - ٦٢٠٩١ - ٦٢٠٩٢ - ٦٢٠٩٣ - ٦٢٠٩٤ - ٦٢٠٩٥ - ٦٢٠٩٦ - ٦٢٠٩٧ - ٦٢٠٩٨ - ٦٢٠٩٩ - ٦٢١٠٠ - ٦٢١٠١ - ٦٢١٠٢ - ٦٢١٠٣ - ٦٢١٠٤ - ٦٢١٠٥ - ٦٢١٠٦ - ٦٢١٠٧ - ٦٢١٠٨ - ٦٢١٠٩ - ٦٢١١٠ - ٦٢١١١ - ٦٢١١٢ - ٦٢١١٣ - ٦٢١١٤ - ٦٢١١٥ - ٦٢١١٦ - ٦٢١١٧ - ٦٢١١٨ - ٦٢١١٩ - ٦٢١٢٠ - ٦٢١٢١ - ٦٢١٢٢ - ٦٢١٢٣ - ٦٢١٢٤ - ٦٢١٢٥ - ٦٢١٢٦ - ٦٢١٢٧ - ٦٢١٢٨ - ٦٢١٢٩ - ٦٢١٣٠ - ٦٢١٣١ - ٦٢١٣٢ - ٦٢١٣٣ - ٦٢١٣٤ - ٦٢١٣٥ - ٦٢١٣٦ - ٦٢١٣٧ - ٦٢١٣٨ - ٦٢١٣٩ - ٦٢١٤٠ - ٦٢١٤١ - ٦٢١٤٢ - ٦٢١٤٣ - ٦٢١٤٤ - ٦٢١٤٥ - ٦٢١٤٦ - ٦٢١٤٧ - ٦٢١٤٨ - ٦٢١٤٩ - ٦٢١٥٠ - ٦٢١٥١ - ٦٢١٥٢ - ٦٢١٥٣ - ٦٢١٥٤ - ٦٢١٥٥ - ٦٢١٥٦ - ٦٢١٥٧ - ٦٢١٥٨ - ٦٢١٥٩ - ٦٢١٦٠ - ٦٢١٦١ - ٦٢١٦٢ - ٦٢١٦٣ - ٦٢١٦٤ - ٦٢١٦٥ - ٦٢١٦٦ - ٦٢١٦٧ - ٦٢١٦٨ - ٦٢١٦٩ - ٦٢١٧٠ - ٦٢١٧١ - ٦٢١٧٢ - ٦٢١٧٣ - ٦٢١٧٤ - ٦٢١٧٥ - ٦٢١٧٦ - ٦٢١٧٧ - ٦٢١٧٨ - ٦٢١٧٩ - ٦٢١٨٠ - ٦٢١٨١ - ٦٢١٨٢ - ٦٢١٨٣ - ٦٢١٨٤ - ٦٢١٨٥ - ٦٢١٨٦ - ٦٢١٨٧ - ٦٢١٨٨ - ٦٢١٨٩ - ٦٢١٩٠ - ٦٢١٩١ - ٦٢١٩٢ - ٦٢١٩٣ - ٦٢١٩٤ - ٦٢١٩٥ - ٦٢١٩٦ - ٦٢١٩٧ - ٦٢١٩٨ - ٦٢١٩٩ - ٦٢٢٠٠ - ٦٢٢٠١ - ٦٢٢٠٢ - ٦٢٢٠٣ - ٦٢٢٠٤ - ٦٢٢٠٥ - ٦٢٢٠٦ - ٦٢٢٠٧ - ٦٢٢٠٨ - ٦٢٢٠٩ - ٦٢٢١٠ - ٦٢٢١١ - ٦٢٢١٢ - ٦٢٢١٣ - ٦٢٢١٤ - ٦٢٢١٥ - ٦٢٢١٦ - ٦٢٢١٧ - ٦٢٢١٨ - ٦٢٢١٩ - ٦٢٢٢٠ - ٦٢٢٢١ - ٦٢٢٢٢ - ٦٢٢٢٣ - ٦٢٢٢٤ - ٦٢٢٢٥ - ٦٢٢٢٦ - ٦٢٢٢٧ - ٦٢٢٢٨ - ٦٢٢٢٩ - ٦٢٢٣٠ - ٦٢٢٣١ - ٦٢٢٣٢ - ٦٢٢٣٣ - ٦٢٢٣٤ - ٦٢٢٣٥ - ٦٢٢٣٦ - ٦٢٢٣٧ - ٦٢٢٣٨ - ٦٢٢٣٩ - ٦٢٢٤٠ - ٦٢٢٤١ - ٦٢٢٤٢ - ٦٢٢٤٣ - ٦٢٢٤٤ - ٦٢٢٤٥ - ٦٢٢٤٦ - ٦٢٢٤٧ - ٦٢٢٤٨ - ٦٢٢٤٩ - ٦٢٢٥٠ - ٦٢٢٥١ - ٦٢٢٥٢ - ٦٢٢٥٣ - ٦٢٢٥٤ - ٦٢٢٥٥ - ٦٢٢٥٦ - ٦٢٢٥٧ - ٦٢٢٥٨ - ٦٢٢٥٩ - ٦٢٢٦٠ - ٦٢٢٦١ - ٦٢٢٦٢ - ٦٢٢٦٣ - ٦٢٢٦٤ - ٦٢٢٦٥ - ٦٢٢٦٦ - ٦٢٢٦٧ - ٦٢٢٦٨ - ٦٢٢٦٩ - ٦٢٢٧٠ - ٦٢٢٧١ - ٦٢٢٧٢ - ٦٢٢٧٣ - ٦٢٢٧٤ - ٦٢٢٧٥ - ٦٢٢٧٦ - ٦٢٢٧٧ - ٦٢٢٧٨ - ٦٢٢٧٩ - ٦٢٢٨٠ - ٦٢٢٨١ - ٦٢٢٨٢ - ٦٢٢٨٣ - ٦٢٢٨٤ - ٦٢٢٨٥ - ٦٢٢٨٦ - ٦٢٢٨٧ - ٦٢٢٨٨ - ٦٢٢٨٩ - ٦٢٢٩٠ - ٦٢٢٩١ - ٦٢٢٩٢ - ٦٢٢٩٣ - ٦٢٢٩٤ - ٦٢٢٩٥ - ٦٢٢٩٦ - ٦٢٢٩٧ - ٦٢٢٩٨ - ٦٢٢٩٩ - ٦٢٣٠٠ - ٦٢٣٠١ - ٦٢٣٠٢ - ٦٢٣٠٣ - ٦٢٣٠٤ - ٦٢٣٠٥ - ٦٢٣٠٦ - ٦٢٣٠٧ - ٦٢٣٠٨ - ٦٢٣٠٩ - ٦٢٣١٠ - ٦٢٣١١ - ٦٢٣١٢ - ٦٢٣١٣ - ٦٢٣١٤ - ٦٢٣١٥ - ٦٢٣١٦ - ٦٢٣١٧ - ٦٢٣١٨ - ٦٢٣١٩ - ٦٢٣٢٠ - ٦٢٣٢١ - ٦٢٣٢٢ - ٦٢٣٢٣ - ٦٢٣٢٤ - ٦٢٣٢٥ - ٦٢٣٢٦ - ٦٢٣٢٧ - ٦٢٣٢٨ - ٦٢٣٢٩ - ٦٢٣٣٠ - ٦٢٣٣١ - ٦٢٣٣٢ - ٦٢٣٣٣ - ٦٢٣٣٤ - ٦٢٣٣٥ - ٦٢٣٣٦ - ٦٢٣٣٧ - ٦٢٣٣٨ - ٦٢٣٣٩ - ٦٢٣٤٠ - ٦٢٣٤١ - ٦٢٣٤٢ - ٦٢٣٤٣ - ٦٢٣٤٤ - ٦٢٣٤٥ - ٦٢٣٤٦ - ٦٢٣٤٧ - ٦٢٣٤٨ - ٦٢٣٤٩ - ٦٢٣٥٠ - ٦٢٣٥١ - ٦٢٣٥٢ - ٦٢٣٥٣ - ٦٢٣٥٤ - ٦٢٣٥٥ - ٦٢٣٥٦ - ٦٢٣٥٧ - ٦٢٣٥٨ - ٦٢٣٥٩ - ٦٢٣٦٠ - ٦٢٣٦١ - ٦٢٣٦٢ - ٦٢٣٦٣ - ٦٢٣٦٤ - ٦٢٣٦٥ - ٦٢٣٦٦ - ٦٢٣٦٧ - ٦٢٣٦٨ - ٦٢٣٦٩ - ٦٢٣٧٠ - ٦٢٣٧١ - ٦٢٣٧٢ - ٦٢٣٧٣ - ٦٢٣٧٤ - ٦٢٣٧٥ - ٦٢٣٧٦ - ٦٢٣٧٧ - ٦٢٣٧٨ - ٦٢٣٧٩ - ٦٢٣٨٠ - ٦٢٣٨١ - ٦٢٣٨٢ - ٦٢٣٨٣ - ٦٢٣٨٤ - ٦٢٣٨٥ - ٦٢٣٨٦ - ٦٢٣٨٧ - ٦٢٣٨٨ - ٦٢٣٨٩ - ٦٢٣٩٠ - ٦٢٣٩١ - ٦٢٣٩٢ - ٦٢٣٩٣ - ٦٢٣٩٤ - ٦٢٣٩٥ - ٦٢٣٩٦ - ٦٢٣٩٧ - ٦٢٣٩٨ - ٦٢٣٩٩ - ٦٢٤٠٠ - ٦٢٤٠١ - ٦٢٤٠٢ - ٦٢٤٠٣ - ٦٢٤٠٤ - ٦٢٤٠٥ - ٦٢٤٠٦ - ٦٢٤٠٧ - ٦٢٤٠٨ - ٦٢٤٠٩ - ٦٢٤١٠ - ٦٢٤١١ - ٦٢٤١٢ - ٦٢٤١٣ - ٦٢٤١٤ - ٦٢٤١٥ - ٦٢٤١٦ - ٦٢٤١٧ - ٦٢٤١٨ - ٦٢٤١٩ - ٦٢٤٢٠ - ٦٢٤٢١ - ٦٢٤٢٢ - ٦٢٤٢٣ - ٦٢٤٢٤ - ٦٢٤٢٥ - ٦٢٤٢٦ - ٦٢٤٢٧ - ٦٢٤٢٨ - ٦٢٤٢٩ - ٦٢٤٣٠ - ٦٢٤٣١ - ٦٢٤٣٢ - ٦٢٤٣٣ - ٦٢٤٣٤ - ٦٢٤٣٥ - ٦٢٤٣٦ - ٦٢٤٣٧ - ٦٢٤٣٨ - ٦٢٤٣٩ - ٦٢٤٤٠ - ٦٢٤٤١ - ٦٢٤٤٢ - ٦٢٤٤٣ - ٦٢٤٤٤ - ٦٢٤٤٥ - ٦٢٤٤٦ - ٦٢٤٤٧ - ٦٢٤٤٨ - ٦٢٤٤٩ - ٦٢٤٥٠ - ٦٢٤٥١ - ٦٢٤٥٢ - ٦٢٤٥٣ - ٦٢٤٥٤ - ٦٢٤٥٥ - ٦٢٤٥٦ - ٦٢٤٥٧ - ٦٢٤٥٨ - ٦٢٤٥٩ - ٦٢٤٦٠ - ٦٢٤٦١ - ٦٢٤٦٢ - ٦٢٤٦٣ - ٦٢٤٦٤ - ٦٢٤٦٥ - ٦٢٤٦٦ - ٦٢٤٦٧ - ٦٢٤٦٨ - ٦٢٤٦٩ - ٦٢٤٧٠ - ٦٢٤٧١ - ٦٢٤٧٢ - ٦٢٤٧٣ - ٦٢٤٧٤ - ٦٢٤٧٥ - ٦٢٤٧٦ - ٦٢٤٧٧ - ٦٢٤٧٨ - ٦٢٤٧٩ - ٦٢٤٨٠ - ٦٢٤٨١ - ٦٢٤٨٢ - ٦٢٤٨٣ - ٦٢٤٨٤ - ٦٢٤٨٥ - ٦٢٤٨٦ - ٦٢٤٨٧ - ٦٢٤٨٨ - ٦٢٤٨٩ - ٦٢٤٩٠ - ٦٢٤٩١ - ٦٢٤٩٢ - ٦٢٤٩٣ - ٦٢٤٩٤ - ٦٢٤٩٥ - ٦٢٤٩٦ - ٦٢٤٩٧ - ٦٢٤٩٨ - ٦٢٤٩٩ - ٦٢٥٠٠ - ٦٢٥٠١ - ٦٢٥٠٢ - ٦٢٥٠٣ - ٦٢٥٠٤ - ٦٢٥٠٥ - ٦٢٥٠٦ - ٦٢٥٠٧ - ٦٢٥٠٨ - ٦٢٥٠٩ - ٦٢٥١٠ - ٦٢٥١١ - ٦٢٥١٢ - ٦٢٥١٣ - ٦٢٥١٤ - ٦٢٥١٥ - ٦٢٥١٦ - ٦٢٥١٧ - ٦٢٥١٨ - ٦٢٥١٩ - ٦٢٥٢٠ - ٦٢٥٢١ - ٦٢٥٢٢ - ٦٢٥٢٣ - ٦٢٥٢٤ - ٦٢٥٢٥ - ٦٢٥٢٦ - ٦٢٥٢٧ - ٦٢٥٢٨ - ٦٢٥٢٩ - ٦٢٥٣٠ - ٦٢٥٣١ - ٦٢٥٣٢ - ٦٢٥٣٣ - ٦٢٥٣٤ - ٦٢٥٣٥ - ٦٢٥٣٦ - ٦٢٥٣٧ - ٦٢٥٣٨ - ٦٢٥٣٩ - ٦٢٥٤٠ - ٦٢٥٤١ - ٦٢٥٤٢ - ٦٢٥٤٣ - ٦٢٥٤٤ - ٦٢٥٤٥ - ٦٢٥٤٦ - ٦٢٥٤٧ - ٦٢٥٤٨ - ٦٢٥٤٩ - ٦٢٥٥٠ - ٦٢٥٥١ - ٦٢٥٥٢ - ٦٢٥٥٣ - ٦٢٥٥٤ - ٦٢٥٥٥ - ٦٢٥٥٦ - ٦٢٥٥٧ - ٦٢٥٥٨ - ٦٢٥٥٩ - ٦٢٥٦٠ - ٦٢٥٦١ - ٦٢٥٦٢ - ٦٢٥٦٣ - ٦٢٥٦٤ - ٦٢٥٦٥ - ٦٢٥٦٦ - ٦٢٥٦٧ - ٦٢٥٦٨ - ٦٢٥٦٩ - ٦٢٥٧٠ - ٦٢٥٧١ - ٦٢٥٧٢ - ٦٢٥٧٣ - ٦٢٥٧٤ - ٦٢٥٧٥ - ٦٢٥٧٦ - ٦٢٥٧٧ - ٦٢٥٧٨ - ٦٢٥٧٩ - ٦٢٥٨٠ - ٦٢٥٨١ - ٦٢٥٨٢ - ٦٢٥٨٣ - ٦٢٥٨٤ - ٦٢٥٨٥ - ٦٢٥٨٦ - ٦٢٥٨٧ - ٦٢٥٨٨ - ٦٢٥٨٩ - ٦٢٥٩٠ - ٦٢٥٩١ - ٦٢٥٩٢ - ٦٢٥٩٣ - ٦٢٥٩٤ - ٦٢٥٩٥ - ٦٢٥٩٦ - ٦٢٥٩٧ - ٦٢٥٩٨ - ٦٢٥٩٩ - ٦٢٦٠٠ - ٦٢٦٠١ - ٦٢٦٠٢ - ٦٢٦٠٣ - ٦٢٦٠٤ - ٦٢٦٠٥ - ٦٢٦٠٦ - ٦٢٦٠٧ - ٦٢٦٠٨ - ٦٢٦٠٩ - ٦٢٦١٠ - ٦٢٦١١ - ٦٢٦١٢ - ٦٢٦١٣ - ٦٢٦١٤ - ٦٢٦١٥ - ٦٢٦١٦ - ٦٢٦١٧ - ٦٢٦١٨ - ٦٢٦١٩ - ٦٢٦٢٠ - ٦٢٦٢١ - ٦٢٦٢٢ - ٦٢٦٢٣ - ٦٢٦٢٤ - ٦٢٦٢٥ - ٦٢٦٢٦ - ٦٢٦٢٧ - ٦٢٦٢٨ - ٦٢٦٢٩ - ٦٢٦٣٠ - ٦٢٦٣١ - ٦٢٦٣٢ - ٦٢٦٣٣ - ٦٢٦٣٤ - ٦٢٦٣٥ - ٦٢٦٣٦ - ٦٢٦٣٧ - ٦٢٦٣٨ - ٦٢٦٣٩ - ٦٢٦٤٠ - ٦٢٦٤١ - ٦٢٦٤٢ - ٦٢٦٤٣ - ٦٢٦٤٤ - ٦٢٦٤٥ - ٦٢٦٤٦ - ٦٢٦٤٧ - ٦٢٦٤٨ - ٦٢٦٤٩ - ٦٢٦٥٠ - ٦٢٦٥١ - ٦٢٦٥٢ - ٦٢٦٥٣ - ٦٢٦٥٤ - ٦٢٦٥٥ - ٦٢٦٥٦ - ٦٢٦٥٧ - ٦٢٦٥٨ - ٦٢٦٥٩ - ٦٢٦٦٠ - ٦٢٦٦١ - ٦٢٦٦٢ - ٦٢٦٦٣ - ٦٢٦٦٤ - ٦٢٦٦٥ - ٦٢٦٦٦ - ٦٢٦٦٧ - ٦٢٦٦٨ - ٦٢٦٦٩ - ٦٢٦٧٠ - ٦٢٦٧١ - ٦٢٦٧٢ - ٦٢٦٧٣ - ٦٢٦٧٤ - ٦٢٦٧٥ - ٦٢٦٧٦ - ٦٢٦٧٧ - ٦٢٦٧٨ - ٦٢٦٧٩ - ٦٢٦٨٠ - ٦٢٦٨١ - ٦٢٦٨٢ - ٦٢٦٨٣ - ٦٢٦٨٤ - ٦٢٦٨٥ - ٦٢٦٨٦ - ٦٢٦٨٧ - ٦٢٦٨٨ - ٦٢٦٨٩ - ٦٢٦٩٠ - ٦٢٦٩١ - ٦٢٦٩٢ - ٦٢٦٩٣ - ٦٢٦٩٤ - ٦٢٦٩٥ - ٦٢٦٩٦ - ٦٢٦٩٧ - ٦٢٦٩٨ - ٦٢٦٩٩ - ٦٢٧٠٠ - ٦٢٧٠١ - ٦٢٧٠٢ - ٦٢٧٠٣ - ٦٢٧٠٤ - ٦٢٧٠٥ - ٦٢٧٠٦ - ٦٢٧٠٧ - ٦٢٧٠٨ - ٦٢٧٠٩ - ٦٢٧١٠ - ٦٢٧١١ - ٦٢٧١٢ - ٦٢٧١٣ - ٦٢٧١٤ - ٦٢٧١٥ - ٦٢٧١٦ - ٦٢٧١٧ - ٦٢٧١٨ - ٦٢٧١٩ - ٦٢٧٢٠ - ٦٢٧٢١ - ٦٢٧٢٢ - ٦٢٧٢٣ - ٦٢٧٢٤ - ٦٢٧٢٥ - ٦٢٧٢٦ - ٦٢٧٢٧ - ٦٢٧٢٨ - ٦٢٧٢٩ - ٦٢٧٣٠ - ٦٢٧٣١ - ٦٢٧٣٢ - ٦٢٧٣٣ - ٦٢٧٣٤ - ٦٢٧٣٥ - ٦٢٧٣٦ - ٦٢٧٣٧ - ٦٢٧٣٨ - ٦٢٧٣٩ - ٦٢٧٤٠ - ٦٢٧٤١ - ٦٢٧٤٢ - ٦٢٧٤٣ - ٦٢٧٤٤ - ٦٢٧٤٥ - ٦٢٧٤٦ - ٦٢٧٤٧ - ٦٢٧٤٨ - ٦٢٧٤٩ - ٦٢٧٥٠ - ٦٢٧٥١ - ٦٢٧٥٢ - ٦٢٧٥٣ - ٦٢٧٥٤ - ٦٢٧٥٥ - ٦٢٧٥٦ - ٦٢٧٥٧ - ٦٢٧٥٨ - ٦٢٧٥٩ - ٦٢٧٦٠ - ٦٢٧٦١ - ٦٢٧٦٢ - ٦٢٧٦٣ - ٦٢٧٦٤ - ٦٢٧٦٥ - ٦٢٧٦٦ - ٦٢٧٦٧ - ٦٢٧٦٨ - ٦٢٧٦٩ - ٦٢٧٧٠ - ٦٢٧٧١ - ٦٢٧٧٢ - ٦٢٧٧٣ - ٦٢٧٧٤ - ٦٢٧٧٥ - ٦٢٧٧٦ - ٦٢٧٧٧ - ٦٢٧٧٨ - ٦٢٧٧٩ - ٦٢٧٨٠ - ٦٢٧٨١ - ٦٢٧٨٢ - ٦٢٧٨٣ - ٦٢٧٨٤ - ٦٢٧٨٥ - ٦٢٧٨٦ - ٦٢٧٨٧ - ٦٢٧٨٨ - ٦٢٧٨٩ - ٦٢٧٩٠ - ٦٢٧٩١ - ٦٢٧٩٢ - ٦٢٧٩٣ - ٦٢٧٩٤ - ٦٢٧٩٥ - ٦٢٧٩٦ - ٦٢٧٩٧ - ٦٢٧٩٨ - ٦٢٧٩٩ - ٦٢٨٠٠ - ٦٢٨٠١ - ٦٢٨٠٢ - ٦٢٨٠٣ - ٦٢٨٠٤ - ٦٢٨٠٥ -

في رسالة سَمَّاهَا "كشف المعضيل فيمن عُضِل" ^(١): ((بأنه ذَكَرَ في "أنفع الوسائل" عن "المنتقى": إذا كان للصغيرة أبٌ امتنع عن تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجدِّ، بل يُزوَّجها القاضي، ونقل مثله "ابن الشَّحْنَة" ^(٢) عن "الغاية" عن "روضة الناطقي"، وكذا "المقدسي" عن "الغاية"، و"النهر" ^(٣) عن "المحيط"، و"الفيض" عن "المنتقى"، وأشار إليه "الزَّيْلَعِي" ^(٤)، حيث قال في مسألة تزويج الأبعد بغيبة الأقرب: وقال "الشَّافِعِي": بل يُزوَّجها الحاكم اعتباراً بعضله، وكذا قال في "البدائع" ^(٥): إنَّ نقل الولاية إلى السُّلْطَان - أي: حال غيبة الأقرب - باطل؛ لأنه وليٌّ مَنْ لا وليَّ له، وههنا لها وليٌّ أو وليَّان، فلا تَبْتُّ الولاية للسُّلْطَان إلاَّ عند العَضْلِ من الوليِّ ولم يُوجَدْ، وكذا فَرَّقَ في "التَّسْهِيل" ^(٦) بين الغيبة والعَضْلِ: بأنَّ العاضلَ ظالمٌ بالامتناع، فقام السُّلْطَانُ مقامه في دفع الظُّلم، بخلاف الغائب خصوصاً للحجِّ، ونحوه في "شرح الجمع الملكسي"، وبه أفتى العلامة "ابن الشَّيْبَانِي"، فهذه النُّقُولُ تفيدُ الاتِّفَاقَ عندنا على ثبوتها بعَضْلِ الأقرب للقاضي فقط، وأمَّا ما في "الخلاصة" ^(٧) و"البرازية" ^(٨): من أنها تنتقل إلى الأبعد بعَضْلِ الأقرب إجماعاً فالمرادُ بالأبعد القاضي؛ لأنه آخرُ الأولياء، فالتفضيل على بابه. وحمله في "البحر" ^(٩) على الأبعد من الأولياء،

٣١٥/٢

(١) لأبي الإخلاق حسن بن عمار الوفايي الشرنبلالي المصري، (ت ١٠٦٩هـ). ("خلاصة الأثر" ٣٨/٢، التعليقات

السنية" ص ٥٨، "هدية العارفين" ٢٩٢/١، ووقع فيه: ((كشف المعضيل فيمن عقل))، وهو تحريف).

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق ٧٤/ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٢.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط حواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢٥١/٢ بتصرف.

(٦) لعله "تسهيل مرقاة الوصول إلى علم الأصول": للمولى عثمان بن عبد الله الكليوبوي الرومي الحنفي،

(ت ١٠٣٦هـ)، والله أعلم. ("إيضاح المكنون" ٢٨٨/١).

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق ٧٨/ب.

(٨) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغار ١٢١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٦/٣.

عند فوت الكفاء)) (التزويج بعَضَلِ الأقرب) أي: بامتناعه عن التزويج إجماعاً،
"خلاصة"^(١).....

ثم ناقض نفسه بعد سطرين بقوله: قالوا: وإذا خطبها كفاء وعَضَلَهَا الوليُ تَبَّتْ الْوَلَايَةُ لِلْقَاضِي نيابة عن العاضل، فله التزويج وإن لم يكن في منشوره)) اهـ. هذا خلاصة ما في الرسالة.
ثم ذكرَ فيها عن "شرح المنظومة الوهبائية"^(٢) عن "المتقى" ثبوت الخيار لها بالبلوغ إذا زَوَّجَهَا الْقَاضِي بَعْضَلِ الْأَقْرَبِ، وعن "المجرد" عدم ثبوته، والأولُ على أن تزويجه بطريق الولاية، والثاني على أنه بطريق النيابة عن العاضل، ورجحهُ "الشُّرَيْبِلِيُّ"^(٣) دفعاً للتعارض في كلامهم.
قلت: ويؤيده ما مرَّ^(٤) عن "التسهيل"، وكذا قولهم: فله التزويج وإن لم يكن في منشوره، ويجب حَمْلُ ما في "المجرد" على ما إذا كان العاضل الأب أو الجدُّ؛ لثبوت الخيار لها عند تزويج غيرهما، فكذا عند تزويج القاضي نيابة عنه.

[١١٧٢٤] (قوله: عند فوت الكفاء) [١/٦٦ق/٣] أي: خوف فوته.

[١١٧٢٥] (قوله: أي: بامتناعه عن التزويج) أي: من كفاء بمهر المثل، أما لو امتنع عن غير الكفاء أو لكون المهر أقل من مهر المثل فليس بعاضل^(٥)، "ط"^(٥). وإذا امتنع عن تزويجها من هذا الخاطب الكفاء ليزويجها من كفاء غيره استظهر في "البحر"^(٦): ((أنه يكون عاضلاً))،

(قوله: والثاني على أنه بطريق النيابة عن العاضل إلخ) انظر ما تقدّم كتابته عند قول "المحشي":

((إن تزويج القاضي نيابة عنه فليس لها الخيار))

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق ٧٨/ب.

(٢) "تفصيل عقد الفراقد": كتاب النكاح ق ٧٤/ب.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) عبارة "ط": ((فإنها لا تنتقل)) بدل ((ليس بعاضل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٢/٤٠ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٦.

(ولا يبطل تزويجه) السابق (بعود الأقرب) لحصوله بولاية تامة.
 (ولي المجنونة) والمجنون ولو عارضاً (في النكاح) أما التصرف في المال فلا ب
 اتفاقاً (إنها) وإن سفل.....

قال: ((ولم أره))، وتبعه "المقدسي" و"الشرنبلالي"، واعترضه "الرملّي": ((بأن الولاية بالعقل تنتقل إلى القاضي نيابة لدفع الإضرار بها، ولا يوجد مع إرادة التزويج بكف غير)) اهـ.
 قلت: وفيه نظر؛ لأنه متى حضر الكفء الخاطب لا ينتظر غيره خوفاً من فوته، ولذا تنتقل الولاية إلى الأبعد عند غيبة الأقرب كما مر^(١)، نعم لو كان الكفء الآخر حاضراً أيضاً، وامتنع الولي الأقرب من تزويجها من الكفء الأول لا يكون عارضاً؛ لأن الظاهر من شفقتي على الصغيرة أنه اختار لها الأنفع لتفاوت الأكفاء أخلاقاً وأوصافاً، فيتعين العمل بهذا التفصيل، والله أعلم.
 [١١٧٢٦] (قوله: ولا يبطل تزويجه) يعني: تزويج الأبعد حال غيبة الأقرب. وكان الأولى ذكر هذه الجملة بعد قوله: ((للولي الأبعد التزويج بغيبة الأقرب))، "ط"^(٢).

[١١٧٢٧] (قوله: السابق) أي: المتحقق سبقه احترازاً عما لو زوجها الغائب الأقرب قبل الحاضر الأبعد، فإنه يلغو المتأخر، وعما لو جهل التاريخ، فإنه يبطل كل منهما بناء على بقاء ولاية الغائب، أما على ما قدمناه^(٣) من انقطاع ولايته فالعبرة لعقد الحاضر مطلقاً.
 [١١٧٢٨] (قوله: ولي المجنونة والمجنون) أي: جنوناً مطبقاً، وهو شهر كما مر^(٤)، وتقدم^(٥) أيضاً أن المعتوة كذلك.

[١١٧٢٩] (قوله: ولو عارضاً) أي: ولو كان جنونهما عارضاً بعد البلوغ خلافاً لـ "زفر".
 [١١٧٣٠] (قوله: اتفاقاً) أي: بخلاف الولاية في النكاح، ففيها خلاف "محمد"، فهي عنده

(١) "در" ص ٢٧٤.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤٠/٢.

(٣) المقولة [١١٧٢١] قوله: ((جاز على الظاهر)).

(٤) "در" ص ٢٢٤.

(٥) "در" ص ٢٢٤.

(دون أبيها) كما مر^(١)، والأولى أن يأمر الأب^(٢) به ليصح اتفاقاً.
(ولو أقر ولي صغير أو صغيرة أو أقر (وكيل رجل أو امرأة أو مولى العبد
بالنكاح لم ينفذ) لأنه إقرار على الغير.....

للأب أيضاً، وعندهما للابن.

[١١٧٣١] (قوله: دون أبيها) أي: أو جدّها، والمراد أنه إذا اجتمع في المجنونة أبوها أو جدّها
مع ابنها فالولاية للابن عندهما دون الأب أو الجد كما في "الفتح"^(٣)، وكذا لباقي العصبان
تزيوجها على الترتيب المارّ فيهم كما قدّمناه^(٤) عن "الفتح".

[١١٧٣٢] (قوله: ولو أقر الخ) قال "الحاكم الشهيد" في "الكافي" الجامع لكسب "ظاهر
الرواية": ((وإذا أقر الأب أو غيره من الأولياء على الصغير أو الصغيرة بالنكاح أمس لم يصدق على
ذلك إلا بشهود أو تصديق منهما بعد الإدراك [٣/٦٦ق/ب] في قول "أبي حنيفة"، وكذلك إقرار
المولى على عبده، وأما إقراره على أمته يمثل ذلك فجائز مقبول، وقال "أبو يوسف" و"محمد": الإقرار
من هؤلاء في جميع ذلك جائز، وكذلك إقرار الوكيل على موكله على هذا الاختلاف)) اهـ.

ونقل في "الفتح"^(٥) عن "المصنف" عن أستاذه الشيخ "حميد الدين": ((أن الخلاف فيما
إذا أقر الولي في صغيرهما^(٦)))، وإليه أشار في "المبسوط" وغيره، قال^(٧): ((وهو الصحيح))،

(١) "در" ص ٢٥٩.

(٢) قال "ط" ٤١/٢: قوله: ((والأولى أن يأمر الأب الخ، أي: يأمر الابن الأب، وذلك رعاية لتعظيم الأب لا للاحتراز
عن أن يأمر الأب الابن؛ فإنه صحيح أيضاً اتفاقاً، أفاده العلامة "أبو السعود").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٥/٣.

(٤) المقولة [١١٦٨٠] قوله: ((فيقدم ابن المجنونة على أبيها)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٦) في "د" زيادة: ((فإن إقراره موقوف على بلوغهما، فإذا بلغا وصدّقا، ينفذ إقراره وإلا يبطل، وعندهما ينفذ في
الحال)). ق ١٥١/١.

(٧) أي: في "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغير والصغيرة ٢٢٥/٤.

بِخِلَافِ مَوْلَى الْأُمَّةِ، حَيْثُ يَنْفُذُ إِجْمَاعًا؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِهَا مِلْكُهُ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ الشُّهُودُ عَلَى النِّكَاحِ) بِأَنْ يَنْصِبَ الْقَاضِي خَصْمًا عَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يُنْكِرَ فُتُقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ (أَوْ يُدْرِكَ الصَّغِيرُ أَوْ الصَّغِيرَةُ فَيُصَدِّقُهُ) أَي: الْوَلِيُّ الْمُقَرَّرُ (أَوْ يُصَدِّقَ الْمَوْكَلُّ أَوْ الْعَبْدُ) عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ"، وَقَالَا: يُصَدِّقُ فِي ذَلِكَ،

وقيل: فيما إذا بلغا وأنكرا فأقرَّ الوليُّ، أمَّا لو أقرَّ في صغرهما يصحُّ اتفاقًا، واستظهره في "الفتح" (١)، وقد علمت أنَّ الأوَّلَ ظاهرُ الروايةِ وأنه الصَّحيحُ.

[١١٧٣٣] (قوله: بِخِلَافِ مَوْلَى الْأُمَّةِ) أَي: إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَهَا، فَأَقْرَّ لَهُ مَوْلَاهَا يُقْضَى

به بلا بَيِّنَةٍ وَتَصْدِيقٍ، "دَرَر" (٢)، أَي: لَوْ عَتَقْتَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَصْدِيقِهَا، وَمَقْتَضَى تَعْلِيلَ "الشَّارِحِ" أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ عَلَيْهَا بَعْدَ الْعِتْقِ.

[١١٧٣٤] (قوله: بِأَنْ يَنْصِبَ الْقَاضِي إِخ) أَي: لِأَنَّ الْأَبَ مُقَرَّرٌ، وَالصَّغِيرُ لَا يَصِحُّ إِنْكَارُهُ،

وَلَا بَدَأَ فِي الدَّعْوَى مِنْ خَصْمٍ، فَيَنْصِبُ عَنْهُ خَصْمًا حَتَّى يُنْكِرَ فُتُقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، فَيُبَيِّنُ النِّكَاحَ عَلَى الصَّغِيرِ، أَفَادَهُ فِي "الْفَتْحِ" (٣).

[١١٧٣٥] (قوله: أَي: الْوَلِيُّ الْمُقَرَّرُ) بِالنَّصْبِ تَفْسِيرًا لِلضَّمِيرِ الْمَنْصُوبِ.

[١١٧٣٦] (قوله: أَوْ يُصَدِّقُ) بِالنَّصْبِ عَطْفًا عَلَى ((يُدْرِكُ))، وَقَوْلُهُ: ((الْمَوْكَلُّ أَوْ الْعَبْدُ))

مَرْفُوعَانِ عَلَى الْفَاعِلِيَّةِ وَالْمَفْعُولُ مَحْذُوفٌ، أَي: يُصَدِّقُ الْمَوْكَلُّ الْوَكِيلَ أَوْ الْعَبْدُ الْمَوْلَى.

[١١٧٣٧] (قوله: وَقَالَا: يُصَدِّقُ فِي ذَلِكَ) أَي: يُصَدِّقُ الْمُقَرَّرُ فِي جَمِيعِ فُرُوعِ هَذِهِ

الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ مِثْلَ إِقْرَارِ الْمَوْلَى عَلَى أُمَّتِهِ كَمَا سَمِعْتَ التَّصْرِيحَ بِهِ فِي عِبَارَةِ "الْكَافِي"، وَمِثْلُهُ

(قَوْلُ "الْمُنْصَفِ": "إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ الشُّهُودُ إِخ) لَكِنْ سَيَأْتِي فِي الْوَكَالَةِ عَنِ "الْغَايَةِ": ((أَنَّ الْوَكِيلَ بِالنِّكَاحِ

إِذَا أقرَّ بِهِ بِخِصْرَةِ الشُّهُودِ نَفَذَ إِقْرَارَهُ، لَا بِغَيْرِ حَضْرَتِهِمْ، وَكَذَلِكَ فِي وَلِيِّ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَوْلَى الْعَبْدِ)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح - باب الولي والذكف ٣٣٩/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

وهذه المسألة مُخرجة من قولهم: مَنْ مَلَكَ الْإِنشَاءَ مَلَكَ الْإِقْرَارَ به، ولها نظائر....

في "البدائع"^(١)، فافهم.

[١١٧٣٨] (قوله: وهذه المسألة) أي: مسألة عدم قبول الإقرار من ولي الصغير أو الصغيرة ومن الوكيل ومولى العبد (مُخرجة) - أي: مُستثناة - على قول "الإمام" من قاعدة: مَنْ مَلَكَ الْإِنشَاءَ عَقَدَ مَلَكَ الْإِقْرَارَ به، كالمولى^(٢) إذا أقر بالفيء في مدة الإيلاء وزوج المعتدة إذا قال في العدة: راجعتك، وهو وجه قولهما بالقبول هنا كما في إقراره بتزويج أمته، ووجه قول "الإمام" حديث: «لا نكاح إلا بشهود»^(٣)، وأنه إقرار على الغير فيما لا يملكه، وتامه في "البدائع"^(٤). وعلى ما استظهره في "الفتح"^(٥) في مسألة الصغيرين فهي داخلية في مفهوم القاعدة على قول "الإمام"؛ لأنه لا يملك الإنشاء حال بلوغهما، فلا يملك الإقرار، وعلى [١١٧٣/٣] قولهما تكون خارجة عن القاعدة.

٣١٦/٢

[١١٧٣٩] (قوله: مَلَكَ الْإِقْرَارَ به) الأولى حذف (به) لعدم مرجع الضمير وإن عَلِمَ من المقام؛ لأنَّ المعنى: مَنْ مَلَكَ الْإِنشَاءَ شَيْءٍ مَلَكَ الْإِقْرَارَ به، "ط"^(٦).

[١١٧٤٠] (قوله: ولها نظائر) كإقرار الوصي بالاستئذان على التيمم، لا يصح وإن مَلَكَ الْإِنشَاءَ الاستئذان، "بحر"^(٧) عن "المبسوط"^(٨). وكما لو وكله بعقد عبد بعينه، فقال الوكيل: أعتقته أمس وقد وكله

(١) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢٤٦/٢.

(٢) في "ذ" زيادة: ((كالوصي والرَّاجِعِ والوكيل بالبيع، كذا في "الجامع الصغير" للصدر الشهيد)). ق ١٥٨/١.

(٣) أورده "الزبلي" في "نصب الراية" ١٦٧/٣، وقال: غريب بهذا اللفظ.

وأخرج الدارقطني ٢٢٠/٣ من حديث ابن عباس بنحوه، ولفظه: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل))، والطبراني

في "الأوسط" ٤٧٣/٤ ولفظه: ((لا يجوز نكاح إلا بولي وشاهدين))، وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٢٨٦/٤

كتاب النكاح - باب ما جاء في الولي والشهود، وعزاه إلى الطبراني في "الكبير". وفي الباب عن أبي موسى، وجابر،

وأبي هريرة، وعائشة، وعمران بن الحصين رضي الله عنهم.

(٤) انظر "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢٤٦/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤١/٢.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣ بتصرف.

(٨) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغير والصغيرة ٢٢٦/٤ بتصرف.

(فرغ) هل لوليّ مجنونٍ ومعتوهٍ تزويجُهُ أكثرُ من واحدةٍ؟ لم أرهُ، ومنعهُ
"الشافعيُّ"، وجوزَهُ في الصبيِّ للحاجة.

قبل الأمس لا يصدّق بلا بينة، وتمامهُ في "حواشي الأشباه" لـ "الحموي" (١) من الإقرار.
[١١٧٤١] (قوله: هل لوليّ مجنونٍ إلخ) البحثُ لصاحب "النهر" (٢)، والظاهرُ أنّ الصبيّ في
حكم من ذكِر، "ط" (٣).
[١١٧٤٢] (قوله: ومنعهُ "الشافعيُّ") لاندفاع الضرورة بالواحدة، "نهر" (٤).
[١١٧٤٣] (قوله: وجوزَهُ) أي: تزويج أكثر من واحدة.

(١) انظر "غمر عيون البصائر": كتاب الإقرار ٤٥/٣ بتصرف يسير.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤١/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب.

﴿بابُ الكفاءة﴾

مِنْ كَافَأَهُ إِذَا سَاوَاهُ، وَالْمَرَادُ هُنَا مَسَاوَاةٌ مَخْصُوصَةٌ، أَوْ كَوْنُ الْمَرْأَةِ أَدْنَى.

(الكفاءة معتبرة).....

﴿بابُ الكفاءة﴾

لَمَّا كَانَتْ شَرْطَ الزُّورِ عَلَى الْوَلِيِّ إِذَا عَقَدَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسِهَا - حَتَّى كَانَ لَهُ الْفَسْخُ عِنْدَ عَدَمِهَا - كَانَتْ فَرَعٌ وَجُودِ الْوَلِيِّ، وَهُوَ ^(١) بَيُوتِ الْوِلَايَةِ، فَقَدَّمَ بَيَانَ الْأَوْلِيَاءِ وَمَنْ تَبَيَّنَ لَهُ، ثُمَّ أَعَقَبَهُ فَصَلَ الْكِفَاءَةَ، "فَتَح" ^(٢).

[١١٧٤٤] (قوله: أَوْ كَوْنُ الْمَرْأَةِ أَدْنَى) اعْتَرَضَهُ "الْخَيْرُ الرَّمَلِيُّ" بِمَا مُلْخَصُهُ: ((أَنَّ كَوْنَ الْمَرْأَةِ أَدْنَى لَيْسَ بِكِفَاءَةٍ، غَيْرَ أَنَّ الْكِفَاءَةَ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ)).

[١١٧٤٥] (قوله: الْكِفَاءَةُ مُعْتَبَرَةٌ) قَالُوا: مَعْنَاهُ: مُعْتَبَرَةٌ فِي الزُّورِ عَلَى الْأَوْلِيَاءِ، حَتَّى إِنْ عِنْدَ عَدَمِهَا جَازَ لِلْوَلِيِّ الْفَسْخُ. اهـ "فَتَح" ^(٣).

وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ مِنْ أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ وَلِلْوَلِيِّ الْإِعْتِرَاضُ، أَمَّا عَلَى رَوَايَةِ "الْحَسَنِ" الْمُخْتَارَةِ لِلْفَتَاوَى مِنْ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فَالْمَعْنَى: مُعْتَبَرَةٌ فِي الصَّحَّةِ، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً وَالْعَاقِدُ غَيْرَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ، فَقَدْ مَرَّ ^(٤) أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَصِحُّ.

﴿بابُ الكفاءة﴾

(قوله: اعْتَرَضَهُ "الْخَيْرُ الرَّمَلِيُّ" بِمَا مُلْخَصُهُ إلخ) فِيهِ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ "الشَّارِحُ" هُوَ مَعْنَى الْكِفَاءَةِ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ، وَكَوْنُهَا لَا تُعْتَبَرُ فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ - بِمَعْنَى: أَنَّهُ لَا يُشْرَطُ لِلزُّورِ النِّكَاحُ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ كَفْوًا لَهُ فِي الْأَشْيَاءِ الْمَخْصُوصَةِ - لَا يَنَاقِي أَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهَا أَنَّهَا كَفَاءَةٌ لَهُ فِي اصْطِلَاحِهِمْ حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَوْلِيَائِهِ طَلَبُ التَّفْرِيقِ.

(١) فِي "٣": ((وَمِ)).

(٢) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصَلٌ فِي الْكِفَاءَةِ ١٨٥/٣.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصَلٌ فِي الْكِفَاءَةِ ١٨٥/٣.

(٤) الْمَقُولَةُ [١١٦١٦] قَوْلُهُ: ((لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ مِنْ غَيْرِ كَفْوٍ)).

في ابتداء النكاح لِلزُّومِهِ أَوْ لِصَحِّهِ (مِنْ جَانِبِهِ) أَي: الرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِيفَةَ تَأْبَى أَنْ تَكُونَ فَرَاشًا لِلدُّنْيَى، وَلِذَا (لَا) تُعْتَبَرُ (مِنْ جَانِبِهَا). لِأَنَّ الزَّوْجَ مُسْتَفْرِشًا، فَلَا تُغَطِّيهِ دِنَاءَةُ الْفِرَاشِ، وَهَذَا عِنْدَ الْكُلِّ فِي الصَّحِيحِ كَمَا فِي "الْحَبَازِيَّةِ"،

[١١٧٤٦] (قَوْلُهُ: فِي ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ) يُغْنِي عَنْهُ قَوْلُ "الْمُصَنَّفِ" الْآتِي "الآتِي" (١): ((واعتبارها عند ابتداء العقد إلخ))، وَكَأَنَّهُ أَشَارَ إِلَى أَنَّ الْأُولَى ذَكَرَهُ هُنَا.

[١١٧٤٧] (قَوْلُهُ: لِلزُّومِهِ أَوْ لِصَحِّهِ) الْأَوَّلُ بِنَاءً عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَالثَّانِي عَلَى رَوَايَةِ "الْحَسَنِ"، وَقَدْ مَنَّا (٢) أَوَّلَ الْبَابِ السَّابِقِ اخْتِلَافَ الْإِفْتَاءِ فِيهِمَا وَأَنَّ رَوَايَةَ "الْحَسَنِ" أَحْوَجُ.

[١١٧٤٨] (قَوْلُهُ: مِنْ جَانِبِهِ إلخ) أَي: يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مُكَافِئًا لَهَا فِي الْأَوْصَافِ الْآتِيَةِ، بِأَنَّ لَا يَكُونُ دُونَهَا فِيهَا، وَلَا تُعْتَبَرُ مِنْ جَانِبِهَا بِأَنَّ تَكُونَ مُكَافِئَةً لَهَا فِيهَا، بَلْ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ دُونَهُ فِيهَا.

[١١٧٤٩] (قَوْلُهُ: وَلِذَا لَا تُعْتَبَرُ تَعْلِيلٌ لِلْمَفْهُومِ، وَهُوَ أَنَّ الشَّرِيفَ [٣/٦٧ق/ب] لَا يَأْبَى أَنْ يَكُونَ مُسْتَفْرِشًا لِلدُّنْيَى كَالْأَمَةِ وَالْكَتَابِيَّةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُعَدُّ عَارًا فِي حَقِّهِ بَلْ فِي حَقِّهَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ رِقٌّ لِلْمَرْأَةِ وَالزَّوْجُ مَالِكٌ (٣)).

(تَنْبِيْهٌ)

تَقَدَّمَ (٤) أَنَّ غَيْرَ الْأَبِ وَالْجَدِّ لَوْ زَوَّجَ الصَّغِيرَ أَوْ الصَّغِيرَةَ غَيْرَ كَفِّهِ لَا يَصِحُّ، وَمَقْتَضَاهُ

(قَوْلُهُ: تَعْلِيلٌ لِلْمَفْهُومِ إلخ) الْأَوَّلَى التَّعْبِيرُ بِالْبَاءِ؛ فَإِنَّ مَدْحَوْلَ اللَّامِ هُوَ الْعِلَّةُ، وَإِرْجَاعُهُ لِمَا تَقَدَّمَ لَا يَصِحُّ فَيَكُونُ رَاجِعًا لِمَفْهُومِهِ، وَالْمَعْلَلُ هُوَ عَدَمُ الْإِعْتِبَارِ مِنْ جَانِبِهَا، تَأَمَّلْ. وَحِينَئِذٍ يَكُونُ قَوْلُهُ: ((لِأَنَّ الزَّوْجَ إلخ)) تَعْلِيلًا لِلْعِلَّةِ.

(١) "در" ص ٣١٢.

(٢) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً))، والمقولة [١١٥٠٢] قوله: ((وهو المختار للفتوى)).

(٣) ليس المقصود - بكلام ابن عابدين رحمه الله: ((لأن النكاح رِقٌّ للمرأة)) - الاستبعاد؛ فليس هنا من تعاليم الإسلام في شيء، بل المقصود أن الزوج هو الذي يملك البضع والاستمتاع بدليل قوله بعده: ((والزوج مالك))، والله أعلم.

(٤) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفؤ)).

لكن في "الظهيرية"^(١) وغيرها: ((هذا عنده، وعندهما تُعتبر في جانبها أيضاً))....

أن الكفاءة للزوج مُعتبرة أيضاً، وقدّمنا^(٢) أن هذا في الزوج الصَّغير؛ لأن ذلك ضررٌ عليه، فما هنا محمولٌ على الكبير^(٣)، ويشير إليه ما قدّمناه^(٤) أنفاً عن "الفتح": ((من أن معنى اعتبار الكفاءة اعتبارها في اللزوم على الأولياء إلخ))، فإنَّ حاصله أن المرأة إذا زوّجت نفسها من كفاء لزم على الأولياء، وإن زوّجت من غير كفاء لا يلزم أو لا يصح بخلاف جانب الرُّجل، فإنه إذا تزوّج بنفسه مكافئة له أو لا فإنه صحيح لازم، وقال "القهستاني"^(٥): ((الكفاءة لغة: المساواة. وشرعاً: مساواة الرُّجل للمرأة في الأمور الآتية، وفيه إشعار بأن نكاح الشريف الوضيعة لازم، فلا اعتراض للولي بخلاف العكس)) اهـ.

فقد أفاد أن لزومه في جانب الزوج إذا زوّج نفسه كبيراً لا إذا زوّجه الولي صغيراً، كما أن الكلام في الزوجة إذا زوّجت نفسها كبيرة، فثبت اعتبار الكفاءة من الجانبين في الصَّغيرين عند عدم الأب والجد كما حرّراه فيما تقدّم^(٦)، والله تعالى أعلم.

[١١٧٥٠] قوله: لكن في "الظهيرية" إلخ لا وجه للاستدراك بعد ذكره الصحيح، فإنه حيث ذكر القولين كان حق التركيب تقديم الضعيف والاستدراك عليه بالصحيح كما فعل

(قوله: ويشير إليه ما قدّمناه أنفاً عن "الفتح" إلخ) الإشارة في عبارة "الفتح" لما قاله في غاية الخفاء إلا بانضمام شيء آخر إليها ممّا ذكره في "الفتح" زيادة عن عبارته السابقة.

(١) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأباكار والنَّيب ومعرفة الأكفاء ق ٧٧/١.

(٢) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفاء)).

(٣) ((محمول على الكبير)) ساقط من "الأصل".

(٤) المقولة [١١٧٤٥] قوله: ((الكفاءة معتبرة)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفاء ٢٨٢/١.

(٦) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفاء)).

(و) الكفاءة (هي حق الولي لا حقها).....

في "البحر"^(١)، وذكر: ((أن ما في "الظهيرية" غريب)) وردّه أيضاً في "البدائع"^(٢) كما بسطه في "النهر"^(٣).

[١١٧٥١] (قوله: هي حق الولي لا حقها) كذا قال في "البحر"^(٤)، واستشهد له بما ذكره^(٥) "الشّارح" عن "الولولجية"^(٦)، وفيه نظر، بل هي حق لها أيضاً، بدليل أن الولي لو زوّج الصّغيرة غير كفاء لا يصح ما لم يكن أباً أو جدّاً غير ظاهر الفسق، ولما في "الذخيرة" قبيل الفصل السادس: ((من أن الحق في إتمام مهر المثل عند "أبي حنيفة" للمرأة وللأولياء كحق الكفاءة، وعندهما للمرأة لا غير)) اهـ.

وظاهر قوله: ((كحق الكفاءة)) الاتفاق على أنه حق لكل منهما، وكذا ما في "البحر"^(٧) عن "الظهيرية"^(٨): ((لو انتسب الزوج لها نسباً غير نسبه فإن ظهر دونه وهو ليس بكفاء فحق الفسخ ثابت للكل، [٣/٦٨ق] وإن كان كفوفاً فحق الفسخ لها دون الأولياء، وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر فلا فسخ لأحد، وعن "الثاني" أن لها الفسخ؛ لأنها عسى تعجز عن المقام معه)) اهـ. ومن هذا القبيل ما سيذكره^(٩) "الشّارح" قبيل باب العدة: ((لو تزوّجته على أنه حرّ أو سنيّ أو قادر على المهر والنّفقة فإنّ بخلافه، أو على أنه فلان ابن فلان فإذا هو لقيط أو ابن زنا

٣١٧/

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان من تعتبر له الكفاءة ٣٢١-٣٢٠/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٣/ب و ١٧٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٥) "در" ص ٢٩٠-٢٩١.

(٦) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ق ٤٧/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٨) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبيكار واليئب ومعرفة الأكفاء ق ٧٧/أ.

(٩) انظر "الدر" عند المقولة [١٥١٨٤] قوله: ((لها الخيار)).

فلو نَكَحَتْ رجلاً ولم تَعْلَمْ حالَهُ، فإذا هو عبيدٌ لا خيارَ لها بل للأولياءِ، ولو زَوَّجُوهَا برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة، ثم علموا لا خيارَ لأحدٍ، إلا إذا شَرَطُوا الكفاءةَ، أو أُخْبِرَهُمْ بها وقتَ العقدِ فزَوَّجُوهَا على ذلك، ثم ظَهَرَ أَنَّهُ غيرُ كَفءٍ..

لها الخيارُ)) اهـ. ويأتي تمامُ الكلامِ على ذلك هناك^(١).

راد في "البدائع"^(٢) على ما مرَّ^(٣) عن "الظهريَّة": ((وإن فَعَلَتْ المرأةُ ذلكَ فزَوَّجَهَا، ثمَّ ظَهَرَ بخلافِ ما أَظْهَرَتْ فلا خيارَ للزوجِ، سواءً تَبَيَّنَ أَنها حُرَّةٌ أو أمةٌ؛ لأنَّ الكفاءةَ في جانبِ النساءِ غيرُ مُعْتَبَرَةٌ)) اهـ.

وقد يجابُ بأنَّ الكلامَ كما مرَّ^(٤) فيما إذا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بلا إذنِ الوليِّ، وحيثُ لم يَبْقَ لها حقُّ في الكفاءةِ لرضاها بإسقاطِها، فبقي الحقُّ للوليِّ فقط، فله الفسخُ.

[١١٧٥٢] (قوله: فلو نَكَحَتْ إلخ) تفرِيعٌ على قوله: ((لا حقَّها))، وفيه أنَّ التَّقْصِيرَ جاءَ من قِبَلِها حيثُ لم تَبَحْثْ عن حالِهِ، كما جاءَ من قِبَلِها وقِبَلِ الأولياءِ فيما لو زَوَّجُوهَا برضاها^(٥) ولم يَعْلَمُوا بعدم الكفاءةِ ثمَّ عَلِمُوا، "رحمته": وفي كلامِ "الولوالجِية"^(٦) ما يُفِيدُهُ كما يأتي^(٧) قريباً، وعلى ما ذكرناه^(٨) من الجوابِ فالتفرِيعُ صحيحٌ؛ لأنَّ سقوطَ حقَّها إذا رَضِيَتْ ولو من وجهٍ، وهنا كذلك، ولذا لو شَرَطَتْ الكفاءةَ بقي حقَّها.

[١١٧٥٣] (قوله: لا خيارَ لأحدٍ) هذا في الكبيرة كما هو فرضُ المسألة، بدليلِ قوله:

(١) المقولة [١٥١٨٤] قوله: ((لها الخيار)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان من تعتبر له الكفاءة ٣٢١/٢ باختصار.

(٣) في هذه المقولة.

(٤) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازِهِ أصلاً)).

(٥) من ((كما جاء)) إلى ((برضاها)) ساقط من "أ".

(٦) "الولوالجِية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل في النكاح ٤٧/ب.

(٧) "در" ص ٢٨٦.

(٨) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصحُّ النكاح)).

كان لهم الخيار، "ولوالجية"^(١)، فليحفظ.

(وتعتبر الكفاءة.....)

((نَكَحَتْ رَجُلًا))، وقوله: ((برضاها))، فلا يُخَالِفُ ما قَدَّمناه^(٢) في الباب المارَّ عن "النوازل": ((لو زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ مَنْ يُنْكِرُ أَنَّهُ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ فإِذَا هُوَ مُدْمِنٌ لَهُ، وَقَالَتْ بَعْدَ مَا كَبُرَتْ: لَا أَرْضَى بِالنِّكَاحِ إِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْرِفُهُ الْأَبُ بِشُرْبِهِ، وَكَانَ غَلْبَةُ أَهْلِ بَيْتِهِ صَالِحِينَ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْما زَوَّجَ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ كَفَاءٌ)) اهـ، خلافاً لِمَا ظَنَّهُ "المقدسي" من إثبات المخالفة بينهما كما تَبَّه عليه "الخير الرَّملي".

قلت: ولعلَّ وجهَ الفَرَقِ أَنَّ الأبَّ يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ الصَّغِيرَةَ مِنْ غَيْرِ الكَفَاءِ لِمَزِيدِ شَفَقَتِهِ، وَأَنَّهُ إِنْما فَوَّتَ الكَفَاءَةَ لِمَصْلَحَةِ تَزْيِيدِ عَلَيْهَا، وَهَذَا إِنْما يَصِحُّ إِذَا عِلِمَهُ غَيْرَ كَفَاءٍ، أَمَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْهُ فَلَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ أَنَّهُ زَوَّجَهَا لِمَصْلَحَةِ الْمَذْكُورَةِ كَمَا إِذَا كَانَ الْأَبُ مَاجِنًا أَوْ سَكِرَانًا، لَكِنْ كَانَ الظَّاهِرُ أَنَّ يُقَالُ: لَا يَصِحُّ العَقْدُ أَصْلًا كَمَا فِي الْأَبِ [ب/٦٨٣/٣] المَاجِنِ وَالسَّكِرَانِ، مَعَ أَنَّ الْمَرْحُوحَ بِهِ أَنَّ هَا إِبْطَالُهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَهُوَ فَرَعٌ صَحِيحٌ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(١١٧٥٤) (قوله: كان لهم الخيار) لأنه إذا لم يشترط الكفاءة كان عدم الرضاء بعدم الكفاءة من الولي ومنها ثابتاً من وجهٍ دون وجهٍ^(٣)؛ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ حَالَ الزَّوْجِ مَحْتَمِلٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ

(قوله: ولعلَّ وجهَ الفَرَقِ أَنَّ الأبَّ يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ إلخ) لا يَظْهَرُ؛ فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ أَنَّ مَحَلَّ نَفَازِ عَقْدِ الْأَبِ مِنْ غَيْرِ كَفَاءٍ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِعَدَمِ الكَفَاءَةِ، مَعَ أَنَّهُمْ لَمْ يَشْرَطُوهُ، وَبَنَوْا كَلَامَهُمْ عَلَى أَنَّ الشَّانَ فِي الْأَبِ مَا ذَكَرَ، وَالظَّاهِرُ فِي الفَرَقِ أَنَّ يُقَالُ: إِنَّهَا فِي مَسْأَلَةِ "النوازل" لَمْ تَرَضْ بِإِسْقَاطِ الكَفَاءَةِ، وَلَمْ يَوْجَدْ مَا يَدُلُّ عَلَى رِضَا الْأَبِ صَرِيحًا حَتَّى يَسْرِي فِي حَقِّهَا فَيَبْقَى هَا الْخِيَارُ بَعْدَ بُلُوغِهَا لَا الْأَبُ؛ لِرِضَا فِي الْحَمْلَةِ، بِخِلَافِ مَا فِي "الولوالجية" فَإِنَّ مَنْ بَاشَرَ العَقْدَ أَوْ رَضِيَ بِهِ سَقَطَ حَقُّ لِرِضَا لَوْ مِنْ وَجْهِ.

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح والرسالة والكتابة والكفاءة والمهر والثففة ق٤٧/ب بتصرف.

(٢) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصح النكاح)).

(٣) ((وجه)) ساقطة من "الأصل".

لِلزُّومِ النِّكَاحِ خِلَافًا لـ "مَالِكٍ" (نَسْبًا).....

كففاً وأن لا يكون، والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضاء بعدم الكفاءة من كل وجه، فلا يثبت حال وجود الرضاء بعدم الكفاءة من وجه، "بحر"^(١) عن "الولولجية"^(٢).

[١١٧٥٥] (قوله: لِلزُّومِ النِّكَاحِ) أي: على ظاهر الرواية، ولصحة على رواية "الحسن" المختارة للفتوى.

[١١٧٥٦] (قوله: خِلَافًا لـ "مَالِكٍ") في اعتبار الكفاءة خلاف "مَالِكٍ" و"الثوري" و"الكرخي" من مشايخنا، كذا في "فتح القدير"^(٣)، فكان الأولى ذكر "الكرخي"، وفي "حاشية الدرر" للعلامة "نوح": ((أن الإمام "أبا الحسن" الكرخي والإمام "أبا بكر" الجصاص - وهما من كبار علماء العراق - ومن تبعهما من مشايخ العراق لم يعتبروا الكفاءة في النكاح، ولو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن "أبي حنيفة" لما اختاروها، وذهب جمهور مشايخنا إلى أنها معتبرة فيه، ولقاضي القضاة "سراج الدين" الهندي^(٤) مؤلف مستقل في الكفاءة، ذكر فيه القولين على التفصيل، وبين ما لكل منهما من السند والدليل)) اهـ.

[١١٧٥٧] (قوله: نَسْبًا) أي: من جهة النسب، ونظّم العلامة "الحموي" ما تعتبر فيه الكفاءة

فقال: [كامل]

إِنَّ الكِفَاءَةَ فِي النِّكَاحِ تَكُونُ فِي
نَسْبٍ وَإِسْلَامٍ كَذَلِكَ حِرْفَةٌ
سَتْ لَهَا يَتَّ بَدِيعٌ قَدْ ضُبِطَ
حُرِّيَّةً وَدِيَانَةً مَالٌ فَقَطْ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٢) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ق٤٧/ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٨٧/٣.

(٤) هو أبو حفص عمر بن إسحاق بن أحمد، سراج الدين الهندي الغزنوي (٧٧٣هـ). ("الدرر الكامنة" ١٥٤/٣،

و"الفتاوى البهية" ص٤٨٨-١). ولم نعر في كتب التراجم على نسبة هذا المؤلف له.

فقريش) بعضهم (أكفاء) بعض.....

قلت: وفي "الفتاوى الحامدية"^(١) عن "واقعاتٍ قَدري أفندي"^(٢) عن "القاعدية"^(٣): ((غيرُ الأبِّ والجدِّ من الأولياء لو زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ من عَيْنٍ معروفٍ لم يَحْزَ؛ لأنَّ القُدْرَةَ على الجماع شرطُ الكفاءة كالقُدْرَةَ على المهرِ والنَّفَقَةِ، بل أولى)) اهـ.
وأما الكبيرةُ فسنذكرُ عن "البحر": ((أنه لو زَوَّجَهَا الوكيلُ غَنِيًّا محبوباً حاز وإن كان لها التفريقُ بعدُ)).

[١١٧٥٨] (قوله: فقريش الخ) القرشيان: من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه، ومن لم ينتسب إلا لأبٍ فوقه فهو عربيٌّ غيرُ قرشيٍّ، والنضرُ هو الجدُّ الثاني عشرَ للنبي ﷺ، فإنه حمَّدُ بنُ عبدِ الله بنِ عبدِ المطلبِ بنِ هاشمِ بنِ عبدِ منافِ بنِ قصيٍّ [١/٦٩ق/٣] بنِ كلابِ بنِ مرةَ بنِ كعبِ بنِ لؤيِّ بنِ غالبِ بنِ فهرِ بنِ مالكِ بنِ النضرِ بنِ كنانةَ بنِ خزيمَةَ بنِ مُدْرِكَةَ بنِ إلياسِ بنِ مضرَ بنِ نزارِ بنِ معدِّ بنِ عدنان. على هذا اقتصرَ "البخاري"^(٤)، والخلفاءُ الأربعةُ كلُّهم من قريشٍ، وتأمُّه في "البحر"^(٥).

[١١٧٥٩] (قوله: بعضهم أكفاء بعض) أشارَ به إلى أنه لا تفاضلُ فيما بينهم من الهاشميِّ والنوفليِّ والتيميِّ والعدويِّ وغيرِهِم، ولهذا زَوَّجَ "علي" - وهو هاشميٌّ - "أم كلثوم" بنتَ "فاطمة"

(١) لم نثر عليها في "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية".

(٢) واقعات قَدري أفندي: هو "الجمع والتدوين" المعروف "بواقعات المفتين": لعبد القادر بن يوسف المشهور بقَدري أفندي والمعروف أيضاً ب: نقيب زاده، القاضي بمسكروم إيلي (ت ١٠٨٣هـ). ("خلاصة الأثر" ٤٧٣/٢، "هدية العارفين" ٦٠٢/١ وفيه: نقيب زاده، "الأعلام" ٤٨/٤).

(٣) "الفتاوى القاعدية": للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن أبي القاسم، شمس الدين القاعدي الحنفي. ("كشف الظنون" ١٢٢٨/٢).

(٤) "البخاري": كتاب المناقب - باب مبعث النبي ﷺ.

(٥) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٩٣/٣.

(و) بَقِيَّةُ (العرب) بعضهم (أكفاء) بعض، واستثنى في "الملتقى" ^(١) تبعاً لـ "الهداية" ^(٢) بني باهلة لِحَسَنَتِهِمْ،

وَالنُّوْفَلِيُّ وَالتَّيْمِيُّ وَالعَدَوِيُّ وَغَيْرِهِمْ، وَهَذَا زَوْجٌ "عَلِيٌّ" - وَهُوَ هَاشِمِيٌّ - أُمُّ كَلْتُومٌ بِنْتُ فَاطِمَةَ لـ "عَمْرٍ" وَهُوَ عَدَوِيٌّ، "فَهَسْتَانِي" ^(٣). فَلَوْ تَزَوَّجَتْ هَاشِمِيَّةٌ قُرَشِيًّا غَيْرَ هَاشِمِيٍّ لَمْ يُرَدَّ عَقْدُهَا، وَإِنْ تَزَوَّجَتْ عَرَبِيًّا غَيْرَ قُرَشِيٍّ لَمْ يَرُدَّهُ كِتَابَةُ العَرَبِيَّةِ عَجَمِيًّا، "بِحَرِّ" ^(٤). وَقَوْلُهُ: ((لَمْ يُرَدَّ عَقْدُهَا)) ذَكَرَ مِثْلَهُ فِي "التَّبَيِّنِ" ^(٥) وَكَثِيرٍ مِنْ شُرُوحِ "الْكَنْزِ" ^(٦) وَ"الْهُدَايَةِ" ^(٧) وَغَالِبِ المَعْتَبَرَاتِ، فَقَوْلُهُ فِي "الفَيْضِ": ((القُرَشِيُّ لَا يَكُونُ كَفْتًا لِلْهَاشِمِيِّ)) كَلِمَةٌ ((لَا)) فِيهِ مِنْ تَحْرِيفِ النُّسَاخِ، "رَمَلِي".

٣١٨/٢

[١١٧٦٠] (قَوْلُهُ: وَبَقِيَّةُ العَرَبِ أَكْفَاءُ) العَرَبُ صَنَفَانِ: عَرَبٌ عَرَابِيَّةٌ وَهِيَ أَوْلَادُ قَحْطَانَ، وَمُتَعَرَّبَةٌ وَهِيَ أَوْلَادُ إِسْمَاعِيلَ، وَالعَجَمُ أَوْلَادُ فَرُوحِ أَخِي إِسْمَاعِيلَ، وَهِيَ المَوَالِي وَالعُنْتَاءُ وَالمَرَادُ بِهِمْ غَيْرُ العَرَبِ وَإِنْ لَمْ يَمَسَّهُمْ رِقٌّ، سُمُّوا بِذَلِكَ إِمَّا لِأَنَّ العَرَبَ لَمَّا افْتَتَحَتْ بِلَادَهُمْ وَتَرَكْتَهُمْ أَحْرَارًا بَعْدَ أَنْ كَانَ لِهَوْلَاءِ الاسْتِرْقَاقِ فَكَأَنَّهُمْ اعْتَقَوْهُمْ، أَوْ لِأَنَّهُمْ نَصَرُوا العَرَبَ عَلَى قَتْلِ الكُفَّارِ، وَالنَّاصِرُ يُسَمَّى مَوْلَى، "نَهْر" ^(٨).

[١١٧٦١] (قَوْلُهُ: بَنِي بَاهِلَةَ) قَالَ فِي "الْفَتْحِ" ^(٩): ((بَاهِلَةُ فِي الْأَصْلِ: اسْمُ امْرَأَةٍ مِنْ هَمْدَانَ،

(قَوْلُهُ: وَهَذَا زَوْجٌ عَلِيٌّ - وَهُوَ هَاشِمِيٌّ - أُمُّ كَلْتُومٌ بِنْتُ فَاطِمَةَ لِعَمْرٍ - وَهُوَ عَدَوِيٌّ - إلخ) فِيهِ نَظَرٌ؛ إِذْ يَجُوزُ أَنَّهُ زَوْجُهَا لِهَ لِسَقَاطِ حَقِّهِ فِي الكِفَاةِ نَظَرًا لِمَصْلَحَةِ أُخْرَى.

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل تعتبر الكفاءة ٢٤٦/١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفاء ٢٨٢/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٠/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٢٨/٢-١٢٩.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب الأولياء - فصل في بيان أحكام الأكفاء ١٤٨/١.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٤/ب بتصرف.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

والحقُّ الإِطلاقُ، قاله "المصنّف" (١) كـ "البحر" (٢) و"النهر" (٣) و"الفتح" و"الشُرنبلاية" (٤)،
ويعضدُهُ إطلاقُ المصنِّفين كـ "الكنز" (٥) و"الدرر" (٦)،

كانت تحتَ معنَى بنِ أعصرَ بنِ سعدِ بنِ قيسِ غيلان، فُنسِبَ ولدُهُ إليها، وهم معروفون
بالخُسارة، قيل: كانوا يأكلون بقيَّةَ الطَّعامِ مرَّةً ثانيةً، وكانوا يأخذون عظامَ الميتةِ يطبخونها (٧)
ويأخذون دُسوماتِها، ولذا قيل: [مقارب]

ولا يَنفَعُ الأصلُ من هاشمٍ إذا كانت النفسُ من باهلة (٨)

وقيل: [مقارب]

إذا قيلَ للكلبِ يا باهلي عوى الكلبُ من شؤمِ هذا النَّسبِ (٩)

[١١٧٦٢] (قوله: والحقُّ الإِطلاقُ) فإنَّ النَّصَّ لم يُفصَّلْ مع أنَّه ﷺ كانَ أعلمَ بقبائلِ العربِ
وأخلاقِهِم، وقد أُطلقَ، وليس كلُّ باهليٍّ كذلك، بل فيهم الأجرادُ، وكونُ فصيلةٍ منهم أو يطنِ
صعاليكُ فَعَلُوا ذلكَ لا يَسِرِي في حقِّ الكلِّ، "فتح" (١٠).
[١١٧٦٣] (قوله: وَيعضدُهُ) أي: يُقويه.

قلت: يعضدُهُ أيضاً إطلاقُ "محمدٍ"، ففي "كافي الحاكم": ((قريشٌ بعضُها أكفاءٌ لبعضٍ،

(١) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الكفاءة ١/١٢١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٧٤/ب.

(٤) "الشُرنبلاية": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٣٣٩/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب الأولياء - فصل في بيان أحكام الأكفاء ١٤٨/١.

(٦) "الدرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٣٣٩/١.

(٧) في هامش "ب": ((قوله: (يطبخونها) كذا بخط المؤلف، والذي في كتب اللُغة: يطبخونها، قاله نصر)).

(٨) البيت بلا نسبة في "ثمار القلوب" ١/٢٢٠، و"وفيات الأعيان" ٩٠/٤، "شرح أبيات المغني" ٢١٧/٢.

(٩) البيت لرجل من عبد القيس، انظر "الكامل": ٨٩٦/٢.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩١/٣ بتصرف.

وهذا في العَرَبِ (و) أَمَّا فِي الْعَجَمِ فَتُعْتَبَرُ (حُرِّيَّةً وَإِسْلَامًا) فَمَسَلَمٌ بِنَفْسِهِ أَوْ مُعْتَقٌ
غَيْرُ كَفَاءٍ.....

وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ [٣/٦٩ق/ب] لِبَعْضٍ، وَلَيْسُوا بِأَكْفَاءٍ لِقَرِيشٍ، وَمَنْ كَانَ لَهُ مِنَ الْمَوَالِي أَبُوَانِ
أَوْ ثَلَاثَةٌ فِي الْإِسْلَامِ فَبَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ، وَلَيْسُوا بِأَكْفَاءٍ لِلْعَرَبِ)) اهـ.
وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ كَمَا لَا يُعْتَبَرُ التَّفَاوْتُ فِي قَرِيشٍ - حَتَّىٰ إِنْ أَفْضَلَهُمْ بَنِي هَاشِمٍ أَكْفَاءً
لِغَيْرِهِمْ مِنْهُمْ - فَكَذَلِكَ فِي بَقِيَّةِ الْعَرَبِ بِلَا اسْتِثْنَاءٍ، وَيُؤْخَذُ مِنْ هَذَا أَنَّ مَنْ كَانَتْ أُمُّهَا عَلَوِيَّةً
مِثْلًا وَأَبُوهَا عَجَمِيٌّ يَكُونُ الْعَجَمِيُّ كَفَاءً لَهَا وَإِنْ كَانَ لَهَا شَرَفٌ مَا؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لِلآبَاءِ،
وَلِهَذَا جَازَ دَفْعَ الزَّكَاةِ إِلَيْهَا، فَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاوْتُ بَيْنَهُمَا مِنْ جِهَةِ شَرَفِ الْأُمِّ، وَلَمْ أَرِ مَنْ صَرَّحَ
بِهَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

[١١٧٦٤] (قَوْلُهُ: وَهَذَا فِي الْعَرَبِ) أَي: اعْتِبَارُ النَّسَبِ إِنْمَا يَكُونُ فِي الْعَرَبِ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِمْ
الْإِسْلَامُ كَمَا فِي "الْمَحِيْطُ" وَ"النَّهْيَةُ" وَغَيْرَهُمَا، وَلَا الدِّيَانَةُ كَمَا فِي "النَّظْمُ"، وَلَا الْحِرْفَةُ كَمَا
فِي "الْمَضْمَرَاتِ"؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ لَا يَتَّخِذُونَ هَذِهِ الصَّنَائِعَ حِرْفًا، وَأَمَّا الْبَاقِي - أَي: الْحُرِّيَّةُ وَالْمَالُ -
فَالظَّاهِرُ مِنْ عِبَارَاتِهِمْ أَنَّهُ مُعْتَبَرٌ، "فَهَسْتَانِي"^(١)، لَكِنْ فِيهِ كَلَامٌ سَتَعْرِفُهُ فِي مَوَاضِعِهِ.

[١١٧٦٥] (قَوْلُهُ: وَأَمَّا فِي الْعَجَمِ) الْمُرَادُ بِهِمْ مَنْ لَمْ يَنْتَسِبْ إِلَى إِحْدَى قِبَائِلِ الْعَرَبِ،
وَيُسَمَّوْنَ الْمَوَالِيَّ وَالْعَتَقَاءَ كَمَا مَرَّ^(٢)، وَعَامَّةُ أَهْلِ الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى فِي زَمَانِنَا مِنْهُمْ، سِوَاءَ تَكَلَّمُوا
بِالْعَرَبِيَّةِ أَوْ غَيْرِهَا، إِلَّا مَنْ كَانَ لَهُ مِنْهُمْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ كَالْمُنْتَسِبِينَ إِلَى أَحَدِ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ أَوْ إِلَى
الْأَنْصَارِ وَنَحْوِهِمْ.

[١١٧٦٦] (قَوْلُهُ: فَتُعْتَبَرُ حُرِّيَّةً وَإِسْلَامًا) أَفَادَ أَنَّ الْإِسْلَامَ لَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الْعَرَبِ كَمَا
اتَّفَقَ عَلَيْهِ "أَبُو حَنِيفَةَ" وَصَاحِبَاهُ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَّفَاحِرُونَ بِهِ، وَإِنَّمَا يَتَّفَاحِرُونَ بِالنَّسَبِ، فَعَرَبِيٌّ لَهُ أَبٌ

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٨٣/١ بتصرف.

(٢) المقولة [١١٧٦٠] قوله: ((وبقية العرب أكفاء)).

كافرٌ يكونُ كفناً لعربيةٍ لها آباءٌ في الإسلام، وأمّا الحرّيةُ فهي لازمةٌ للعرب؛ لأنه لا يجوزُ استرقاقهم، نعم الإسلامُ معتبرٌ في العَرَبِ بالنظرِ إلى نفسِ الزَّوجِ لا إلى أبيه وجمده، فعلى هذا فالتَّسَبُّبُ مُعْتَبَرٌ

(قوله: وأمّا الحرّيةُ فهي لازمةٌ للعرب إلخ) قد يُتصوّرُ فيهم الرِّقُّ، كما لو تزوّج العربيُّ أمةً الغيرِ وجاءت بأولادٍ فإنهم أرقاءٌ تبعاً لأمتهم مع كونهم من العرب، أو ارتدّت العربيةُ ولجّقتُ ثمَّ استرقتُ فجاءت بأولادٍ من زوجٍ عربيٍّ لم يُشترطَ حرّيتهم، أو نحو ذلك. وفي "الشُّرْبُلَانِيَّة" من فصل الجزية، عند قوله: ((لا على وتني عربيٍّ، أي: لا يُوضَعُ عليه الجزيةُ)) ما نصّه: ((فإنَّ ظهَرَ عليهم فرعُهم وطفله فيء، كذا في "التبيين"؛ لأنَّ النبيَّ عليه السَّلام: ((كان يَسْتَرِقُ ذَرَارِيَّ مُشْرِكِي الْعَرَبِ))، وأبو بكرٍ: ((استرقَّ نساءَ بني حنيفةَ وصبيانَهُمْ)). وإذا ظهر على عبدةِ الأوثان من العربِ المرتدِّين فمساؤهم وصبيانهم فيء إلا أن نساءَ المرتدِّين وذَراريهم يُحْبِرُونَ على الإسلامِ دون ذَراري عبدةِ الأوثان ونسائهم)) اهـ. ثم رأيتُ في "شرح المنتقى" لـ"الشُّوكَانِي" من باب جوازِ استرقاقِ العربِ من الجزء السابع ما يُؤيِّدُ هذا البحثَ، ((وأن بني ناجيةً^(١) ذكورُهُم وإناتُهُم استرقوا وصار يبيعهم كما هو مشهورٌ في كُتُب السِّيرِ، وبني ناجيةً من قريشٍ فكيف ساغت لهم مخالفتُهُ)) اهـ. ثم رأيتُ في "البيزانية" من الفصل الرابع من القضاء ما نصّه - معزواً لآخرِ "السِّيرِ الكبير": ((ولو رأى الإمامُ أن يُسَيِّ مُشْرِكُو الْعَرَبِ فسبوا حجازاً؛ لأنَّ مذهبَ الإمامِ "الشَّافِعِي" جوازُ سبيهم)) اهـ. وقال "أبو السُّعود" في "حاشية الأَشْبَاه" من كتاب السِّيرِ، عند قوله: ((المرتدُّ أقبَحُ كُفْراً من الأصليِّ)) - نقلاً عن "الوَلَوَالِجِيَّة": ((الكُفْرُ^(٢)) من المرتدِّ أغْلَطُ من كُفْرِ مُشْرِكِي الْعَرَبِ، ومُشْرِكُو الْعَرَبِ لا يُقْبَلُ منهم الصُّلْحُ والذَّمَّةُ لكن ندعوهم إلى الإسلامِ؛ فإنَّ أسلموا وإلا قُتِلوا، وكذا عبدةُ الأوثان منهم، أمّا أهلُ الكتابِ منهم فهم كغيرهم يجوزُ تركُهُم بالذَّمَّةِ أو بالاسترقاق، وفي "المبسوط": ((وأهلُ الكتابِ من العربِ حُكْمُهُمْ حُكْمُ غَيْرِهِمْ من أهلِ الكتابِ، حتّى يجوزُ استرقاقُهُم وأخذُ الجزيةِ منهم؛ لأنَّهُمْ ليسوا من العربِ في الأصلِ وإن توطَّنوا أرضَ العربِ بل هم في الأصلِ من بني إسرائيل)) اهـ.

(١) يُسبَوْنَ إلى أمهم ناجيةً، وهي امرأةُ سامةِ بنِ لُؤي. ("الأنساب" ١٠/١٢).

(٢) الذي في "التقريرات": ((لكُفْرٍ))، وما أثبتناه هو الموافق لعبارةِ "الوَلَوَالِجِيَّة": كتاب السِّيرِ - الفصل التاسع: فيما

لِمَنْ أبوها مسلمٌ، أو حرٌّ، أو مُعتَقٌ وأُمُّها حرَّةُ الأصلِ، ومَنْ أبوه مسلمٌ أو حرٌّ غيرُ
كفءٍ لذاتِ أبوين.

(وأبوانِ فيهما كالأبَاءِ) لتمامِ النسبِ بالجدِّ، وفي "الفتح":

في العَرَبِ فقط، وإسلامُ الأبِ والجدِّ في العَجَمِ فقط، والحرِّيَّةُ في العَرَبِ والعَجَمِ، وكذا إسلامُ
نفسِ الزَّوْجِ، هذا حاصلُ ما في "البحر"^(١).

(١١٧٦٧) (قوله: لِمَنْ أبوها مسلمٌ) راجعٌ إلى قوله: ((مسلمٌ بنفسه))، "ح"^(٢).

(١١٧٦٨) (قوله: أو حرٌّ أو مُعتَقٌ) كلُّ منهما راجعٌ لقوله: ((أو مُعتَقٌ))، "ح"^(٣).

(١١٧٦٩) (قوله: وأُمُّها حرَّةُ الأصلِ) لأنَّ الزَّوْجَ المُعتَقَ فيه أثرُ الرِّقِّ وهو الولاءُ، والمرأةُ لَمَّا
كانت أُمُّها حرَّةُ الأصلِ كانت هي حرَّةُ الأصلِ، "بحر"^(٤) عن "التجنيس". أمَّا لو كانت أُمُّها
رقيقَةً فهي تَبَعٌ لأُمِّها في الرِّقِّ، فيكونُ المُعتَقُ [٣/٧٠] كَفُفًا لها، بخلافِ ما لو كانت أُمُّها
مُعتَقَةً؛ لأنَّ لها أبا في الحرِّيَّةِ لقوله في "البحر"^(٥): ((والحرِّيَّةُ نظيرُ الإسلامِ))، أفادته "ط"^(٦).

(١١٧٧٠) (قوله: لذاتِ أبوين) أي: في الإسلامِ والحرِّيَّةِ، "ط"^(٧).

(١١٧٧١) (قوله: وأبوانِ فيهما كالأبَاءِ) أي: فَمَنْ له أبٌ وجدٌّ في الإسلامِ أو الحرِّيَّةِ كفءٌ
لِمَنْ له آباءٌ، قال في "فتح القدير"^(٨): ((وَأَلْحَقَ "أبو يوسف" الواحدَ بالمتنَّى كما هو مذهبهُ
في التعريفِ، أي: في الشَّهادَاتِ والدَّعاوى، قيل: كأنَّ "أبا يوسف"^(٩) إنما قال ذلك في موضعِ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفائة ١٤١/٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب الكفائة ق ١٦٢/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الكفائة ق ١٦٢/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفائة ١٤١/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفائة ١٤١/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب الكفائة ٤٣/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الكفائة ٤٣/٢.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفائة ١٩١/٣.

(٩) الذي في "النسخ": ((وكان أبا يوسف)) وما أثبتناه من عبارة "الفتح".

((ولا يُعَدُّ مكافأةً مسلمٌ بنفسِهِ لمعتقٍ بنفسِهِ))، وأما مُعتقُ الوضيعِ فلا يكافئُ مُعتقَةَ الشَّرِيفِ،

لا يُعَدُّ كُفْرُ الجَدِّ عِيًّا بَعْدَ أَنْ كَانَ الأبُ مُسْلِمًا، وهما قالا في موضعِ يُعَدُّ عِيًّا، والدَّلِيلُ على ذلك أَنَّهُمْ قالوا جميعًا: إِنَّ ذلكَ ليسَ عِيًّا في حقِّ العَرَبِ؛ لأنَّهُمْ لا يُعَيِّرُونَ في ذلكَ، وهذا حَسَنٌ، وبه يَنْتَفِي الخِلافُ)) اهـ وَتَبِعَهُ في "النهر" (١).

[١١٧٧٢] (قَوْلُهُ: وَلَا يُعَدُّ الخ) ظاهِرُهُ أَنَّهُ قالَهُ تَقَقُّهَا، وقد رأيتُهُ في "الذَّخِيرَةِ"، ونصُّهُ:

((ذَكَرَ "ابنُ سَمَاعَةَ" في الرَّجُلِ يُسَلِّمُ والمرأةُ مُعْتَقَةٌ: أَنَّهُ كَفَاءٌ لها)) اهـ.

ووجهُهُ أَنَّهُ إِذَا أسْلَمَ وهو حُرٌّ وَعَتَقَتْ وهي مُسَلِّمَةٌ يكونُ فيه أثرُ الكُفْرِ وفيها أثرُ الرِّقِّ وهما مُتَقِصان، وفيه شرفُ حُرِّيَّةِ الأَصْلِ وفيها شرفُ إِسلامِ الأَصْلِ وهما مُكَمَّلان، فتساويا. بقي ما لو كان بالعكسِ بأن أسَلَمَتِ المرأةُ وَعَتَقَ الرَّجُلُ، فالظاهرُ أَنَّ الحُكْمَ كذلكَ بشرطِ أَنْ لا (٢) يكونَ إِسلامُهُ طارئًا، وإلا فَيُفِيهِ أثرُ الكُفْرِ وأثرُ الرِّقِّ معًا، فلا يكونُ كَفَاءً لِمَنْ فيها أثرُ الكُفْرِ فقط، تأمَّل.

٣١٩/٢

[١١٧٧٣] (قَوْلُهُ: وَأما مُعتقُ الوضيعِ الخ) عَزَّاهُ في "البحر" (٣) إلى "المجتبى"، ومثلهُ في

"البدائع" (٤)، قال: ((حَتَّى لا يكونَ مولىَ العَرَبِ كَفَاءً لمولاةِ بني هاشمٍ، حَتَّى لو زَوَّجَتْ مولاةُ بني هاشمٍ نَفْسَها من مولى العَرَبِ كانَ لِمُعْتَقِها حقُّ الاعتراضِ؛ لأنَّ الولاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ، قالَ النبيُّ ﷺ: «الوَلَاءُ لِحُكْمَةِ كُلِّ حُكْمَةِ النَّسَبِ»)) (٥) اهـ، ومثلهُ في "الذَّخِيرَةِ".

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٢) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٤١٣/١.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: ومنها الحرية ٣١٩/٢.

(٥) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" (٤٩٥٠) كتاب البيوع - باب البيع المنهي عنه، والحاكم في "المستدرک"

٣٤١/٤ وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٩٢/١٠

كتاب الولاء - باب مَنْ أعتق مملوكاً له. والشافعي كما في "مسنده" ص ٣٣٨، وأبو نعيم في "مسند أبي حنيفة"

ص ١٧٤، وابن عبد البر في "التمهيد" ٦٩/٣، وأورده ابن ححرر في "التلخيص الجبير" ٢١٣/٤. كلهم من

حديث ابن عمر مرفوعاً.

وأما مرتدُّ أسلمَ فكفءٌ لمن لم يرتدَّ، وأما الكفاءةُ بين الذميين فلا تُعتبرُ.....

وذكرَ "الشارح"^(١) في كتاب الولاء: ((الكفاءةُ تُعتبرُ في ولاءِ العتاقةِ، فمُعْتَقَةُ التاجرِ كفءٌ لمُعْتَقِ العَطَّارِ دونِ الدَّبَّاعِ)) اهـ.

ويُشكِلُ عليه ما ذكره في "البدائع"^(٢) أيضاً قبلَ ما قدَّمناه^(٣) حيث قال: ((وموالي العربِ أكفاءٌ لموالي قريشٍ؛ لعمومِ قولِهِ ﷺ: ((وموالي بعضهم أكفاءٌ لبعضٍ))^(٤)) اهـ، فتأمل.

(تنبية)

مولى الموالاة لا يكافئُ مولاةَ العتاقةِ، قال في "الذخيرة": ((رَوَى "المُعَلَّى" عن "أبي يوسف": أن من أسلمَ على يدي إنسان لا يكونُ كفناً لموالي العتاقةِ، وفي "شرح الطحاوي": مُعْتَقَةُ أشرفِ القومِ تكونُ كفناً للموالي؛ لأنَّ لها شرفَ الولاءِ، وللموالي [٣/٧٠٠ب] شرفُ إسلامِ الآباءِ)) اهـ.

[١١٧٧٤] (قوله: وأما مُرتدُّ أسلمَ إلخ) نقلَهُ في "البحر"^(٥) عن "القنية"^(٦) وسكَّتَ عليه، وكأنه محمولٌ على مُرتدِّ لم يَظُلْ زمنُ رِدَّتِهِ، ولذا لم يُقَيِّدْهُ باللحاقِ بدارِ الحربِ؛ لأنَّ المُرتدَّ في دارِ الإسلامِ يُقتلُ إن لم يُسَلِّمْ، أما من ارتدَّ وطالَ زمنُ رِدَّتِهِ حتى اشتهرَ بذلك، ولحقَّ أولاً؛

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٥٧٨] قوله: ((في ولاء العتاقة)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما الثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة ٣١٩/٢.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) أخرجه البيهقي في "السنن الكبرى" ١٣٤/٧ كتاب النكاح - باب اعتبار الصنعة في الكفاءة بأسانيد عديدة، وكلها ضعيفة، عن عدد من الصحابة، وفي "معرفة السنن والآثار" (١٣٦٧٩) كتاب النكاح - باب اعتبار الكفاءة، والبرار في مستنده ١١٢/٧ رقم (٢٦٧٧)، وأورده الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٢٧٥/٤ من حديث معاذ بن جبل، وقال: ((وفيه سليمان بن أبي الجون، ولم أجد من ذكره، وبقية رجاله رجال الصحيح)) وانظر بقية الطرق عند البيهقي وفي "فتح القدير" ١٨٨/٣ - ١٨٩.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٦) "القنية": كتاب النكاح - باب في الكفاءة ق ٣٤/أ.

إلا لفتنة.

(و) تُعْتَبَرُ فِي الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ (ديانة) أي: تقوى،

ثُمَّ أَسْلَمَ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ كَفْتًا لِمَنْ لَمْ تَرْتَدَّ، فَإِنَّ الْعَارَ الَّذِي يَلْحَقُهَا بِهَذَا أَعْظَمُ مِنَ الْعَارِ بِكَافِرٍ أَصْلِيٍّ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

[١١٧٧٥] (قوله: «إلا لفتنة» أي: للفتنة)، قال في «الفتح»^(١) عن «الأصل»: «(إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبنيت ملكٍ من ملوكهم خدعها حائكٌ أو سائسٌ، فإنه يُفَرِّقُ بينهم لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة، والقاضي مأمورٌ بتسكينها بينهم كما بين المسلمون^(٢))» اهـ.

[١١٧٧٦] (قوله: «وتعتبر في العرب والعجم إلخ») قال في «البحر»^(٣): «(وظاهر كلامهم أن التقوى معتبرة في حق العرب والعجم، فلا يكون العربي الفاسق كفوًا لصاحبة عريئة كانت أو عجمية)» اهـ.

قال في «النهر»^(٤): «(وصرح بهذا في «إيضاح الإصلاح» على أنه المذهب)» اهـ.

وذكر في «البحر»^(٥) أيضاً: «(أن ظاهر كلامهم اعتبار الكفاءة مالا فيها أيضاً)».

قلت: وكذا حرفة كما يظهر مما نذكره^(٦) عن «البدائع».

[١١٧٧٧] (قوله: «ديانة» أي: عندهما، وهو الصحيح، وقال «محمد»: «لا تعتبر إلا إذا كان

يُصَفَّقُ وَيُسَخَّرُ مِنْهُ، أَوْ يَخْرُجُ إِلَى الْأَسْوَاقِ سَكَرَانًا وَيَلْعَبُ بِهِ الصَّبِيَّانُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحْفٌ بِهِ،

(١) «الفتح»: كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩١/٣.

(٢) في «د» زيادة: «(كلنا في «البحر»)». ١٥٩/أ.

(٣) «البحر»: كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٤) «النهر»: كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٧٥/أ.

(٥) «البحر»: كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٦) المقولة [١١٧٨٦] قوله: «(وحرفة)».

فليس فاسقٌ كفتناً لصالحية أو فاسقة.....

"هداية"^(١). ونَقَلَ في "الفتح"^(٢) عن "المحيط": ((أَنَّ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ "مُحَمَّدٍ"))، لَكِنَّ الَّذِي فِي "التَّارِخَانِيَّةِ"^(٣) عَنْ "المحيط"^(٤): ((قِيلَ: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى))، وَكُنَّا فِي "المَقْدِسِيِّ" عَنْ "المحيطِ الرَّهْمَانِيِّ"^(٥)، وَمِثْلُهُ فِي "الدُّخَيْرَةِ"، قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا صَحَّحَهُ فِي "المَبْسُوطِ"^(٧)، وَتَصْحِيحُ "الْهُدَايَةِ"^(٨) مُعَارِضٌ لَهُ، فَالِإِفْتَاءُ بِمَا فِي التُّونِ أَوْلَى)) اهـ.

[١١٧٧٨] (قوله: فليس فاسقٌ إلخ) اعلم أنه قال في "البحر"^(٩): ((وَوَقَعَ لِي تَرَدُّدٌ فِيمَا إِذَا كَانَتْ صَالِحَةً دُونَ أَبِيهَا، أَوْ كَانَ أَبُوهَا صَالِحاً دُونَهَا هَلْ يَكُونُ الْفَاسِقُ كَفْتَاناً لَهَا أَوْ لَا؟ فَظَاهِرٌ

(قوله: فالإفتاء بما في التُّونِ أَوْلَى) هذا ظاهرٌ إذا تساوى كِلَا التَّصْحِيحَيْنِ، كَأَنَّ عِبْرَ عَنْ كُلِّ بِلْفِظِ الصَّحِيحِ، وَإِلَّا بَانَ عِبْرَ عَمَّا فِي "المَبْسُوطِ" بِالْأَصْحَحِ، أَوْ نَحْوَهُ ثَمَّ هُوَ أَقْوَى مِنَ الصَّحِيحِ، فَالِإِفْتَاءُ ثَمَّ فِي "المَبْسُوطِ" أَوْلَى إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ تَصْحِيحَ مَا فِيهِ قَدْ ضَعُفَ بِمَا فِي "المحيطِ" وَ"الدُّخَيْرَةِ"؛ حَيْثُ عِبْرَ عَنْهُ بِقَيْلِ اهـ. (قوله: وتصحيحُ "الهداية" مُعَارِضٌ لِخ) فِيهِ أَنْ مَا فِيهَا لَيْسَ تَصْحِيحاً لِاعْتِبَارِ الدِّيَانَةِ فِي الْكِفَاءَةِ، بَلْ مَعْنَاهُ، كَمَا فِي شُرَاحِهَا: أَنَّ اقْتِرَانَ "أَبِي حَنِيفَةَ" مَعَ "أَبِي يُوسُفَ" حَتَّى تَكُونَ الْكِفَاءَةُ فِي الدِّينِ قَوْلَهُمَا جَمِيعاً هُوَ الصَّحِيحُ، وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ رَوَايَةِ أُخْرَى عَنْ "أَبِي حَنِيفَةَ" مُوَافِقَةً لِمَا قَالَ "مُحَمَّدٌ"، أَوْ عَمَّا رُوِيَ عَنْ "أَبِي يُوسُفَ": أَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا كَانَ ذَا مَرْوَعَةٍ يَكُونُ كُفْتَاناً.

(١) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٢/٣.

(٣) "التارخانية": كتاب النكاح - الفصل الخامس عشر في الكفاءة ٦٢٣-٦٢٢.

(٤) "المحيط الرهاني": كتاب النكاح - الفصل السادس في الكفاءة ق ١٩١/ب.

(٥) انظر النقل السابق. وقد سبق وذكرنا ١٤٧/١ أَنَّ "الفتح" إِنَّمَا يَنْقُلُ عَنْ "المحيطِ" لِلرَّخِيسِيِّ، بَيْنَمَا تَنْقُلُ "التارخانية" عَنْ "المحيطِ الرَّهْمَانِيِّ"، وَعَلَيْهِ فَلَيْسَ هَذَا اخْتِلافاً فِي النِّقْلِ عَنْ "المحيطِ"، بَلْ هُمَا عِبَارَتَانِ لِمَوْلَفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فَلَيْتَبَهُ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢-١٤١/٣ باختصار.

(٧) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الأكفاء ٢٥/٥.

(٨) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

كلام الشارحين أن العبرة لصالح أبيها وجدّها، فإنهم قالوا: لا يكون الفاسق كفوًا لبنت الصالحين^(١)، واعتبر في "الجمع" صلاحها فقال: فلا يكون الفاسق كفوًا للصالحة، وفي "الخانية"^(٢): لا يكون الفاسق كفوًا للصالحة بنت الصالحين، فاعتبر صلاح الكل، والظاهر أن الصلاح منها أو من آباؤها كافٍ؛ لعدم كون الفاسق كفوًا لها، ولم أره صريحاً) اهـ.

ونازعه في "النهر"^(٣): ((بأن قول "الخانية"^(٤) أيضاً: [٣/٧١ق/١] إذا كان الفاسق محترماً معظماً عند الناس كأعوان السلطان يكون كفوًا لبنت الصالحين، وقال بعض مشايخ بلخ: لا يكون معلناً كان أو لا، وهو اختيار "ابن الفضل" اهـ يقتضي اعتبار الصلاح من حيث الآباء فقط، وهذا هو الظاهر، وحينئذٍ فلا اعتبار بفسقها)) اهـ. أي: إذا كانت فاسقة بنت صالح لا يكون الفاسق كفوًا لها؛ لأن العبرة لصالح الأب، فلا يُعتبر فسقها، ويُؤيده أن الكفاءة حق الأولياء إذا أسقطتها هي؛ لأن الصالح يُعبر بمصاهرة الفاسق، لكن ما نقله في "البحر" عن "الخانية" يقتضي اعتبار صلاحها أيضاً كما مر^(٥)، وحينئذٍ فيمكن حمل كلام "الخانية" الثاني عليه بناءً على أن بنت الصالح صالحة غالباً، قال في "الحواشي يعقوبية"^(٦): ((قوله: فليس فاسق كفوًا بنت صالح فيه

(قوله: يقتضي اعتبار الصلاح من حيث الآباء إلخ) فيه أن عبارة "الخانية" هذه لا تدلُّ على أن العبرة لصالح الآباء فقط بل ما فيها دالٌّ على أنه لا يكون كفوًا لبنت الصالحين، وهو لا يدلُّ على أنه لا عبرة بمجرّد صلاحها.

(١) عبارة "البحر": ((للصالحة بنت الصالحين))، وعلق ابن عابدين على زيادة هذه الكلمة ((للصالحة)) في "حاشيته" على "البحر الرائق" بقوله: ((لفظ الصالحة زائد من الكاتب، فإن الذي في شروح "الهداية" كـ "الفتح" و"المعراج" و"غاية البيان": لو نكحت امرأة من بنات الصالحين فاسقاً كان للأولياء حق الرد)) اهـ.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١/٣٥٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/١ بتصرف.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١/٣٥٠.

(٥) في المقالة نفسها.

(٦) مرت ترجمتها في ١/٥٧٤.

كلام، وهو أن بنت الصالح يُحتمل أن تكون فاسقةً فيكون كفتاً كما صرّحوا به، والأولى ما في "المجموع"، وهو أن الفاسق ليس كفتاً للصالحة، إلا أن يُقال: الغالب أن بنت الصالح صالحة، وكلام "المصنف" بناءً على الغالب اه، ومثله قول "القهستاني"^(١)، أي: ((وهي صالحة))، وإنما لم يُذكر لأن الغالب أن تكون البنتُ صالحةً بصلاحيه اه، وكذا قال "المقدسي".

قلت: اقتصارهم بناءً على أن صلاحها يُعرفُ بصلاجهم لخفاءِ حالِ المرأةِ غالباً، لا سيما الأبكارُ والصغائرُ)) اه.

٣٢٠/٢

وفي "الذخيرة": ((ذكر "شيخ الإسلام": أن الفاسق لا يكون كفتاً للعدل عند "أبي حنيفة"، وعن "أبي يوسف" و"محمد": أن الذي يسكر إن كان يسيراً ذلك ولا يخرج سكران كان كفتاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وإن كان يُعلن ذلك فلا، قيل: وعليه الفتوى)) اه.

قلت: والحاصل أن المفهوم من كلامهم اعتبارُ صلاح الكل، وأن من اقتصر على صلاحها أو صلاح آبائها نظر إلى الغالب من أن صلاح الولد والوالد متلازمان، فعلى هذا فالفاسق لا يكون كفتاً لصالحة بنت صالح، بل يكون كفتاً لفاسقة بنت فاسق، وكذا لفاسقة بنت صالح كما نقله في "اليعقوبية"، فليس لأبيها حق الاعتراض؛ لأن ما يلحقه من العارِ بينته أكثر من العارِ بصهره، وأما إذا كانت صالحة بنت فاسق، فزوجت نفسها من فاسق فليس لأبيها حق الاعتراض؛ لأنه مثله، وهي قد رضيت به، وأما إذا كانت صغيرةً فزوجها أبوها من فاسق فإن كان عالماً بفسقه صحَّ العقد، ولا خيار لها إذا كبرت؛ لأن الأب [٣/٧١ب] له ذلك ما لم يكن ماجناً كما مر^(٢) في الباب السابق، وأما إذا كان الأب صالحاً وظنَّ الزوج صالحاً فلا يصح، قال في "البرازية"^(٣): ((زوج بنته من رجل ظنه مُصلحاً لا يشرب مُسكراً فإذا هو مُدبر،

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٨٣/١.

(٢) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصح النكاح)).

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

بنت صالح، مُعِينًا كَانَ أَوْ لَا عَلَى الظَّاهِرِ، "نهر"^(١). (ومالاً).....

فَقَالَتْ بَعْدَ الْكِبَرِ: لَا أَرْضِي بِالنِّكَاحِ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَبُوهَا يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ وَلَا عُرِفَ بِهِ وَعَلِبَهُ أَهْلُ بَيْتِهَا مُصْلِحُونَ^(٢) فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ)) اهـ، فَاغْتَمَّ هَذَا التَّحْرِيرَ، فَإِنَّهُ مَفْرُودٌ.

[١١٧٧٩] (قَوْلُهُ: بِنْتُ صَالِحٍ) نَعَتْ لِكُلِّ مَنْ قَوْلُهُ: ((صَالِحَةٌ)) و((فَاسِقَةٌ))، وَأَفْرَدَهُ لِلْعَطْفِ بِ((أَوْ))، فَرَجَعَ إِلَى أَنَّ الْمَعْتَبَرَ صِلَاحُ الْأَبَاءِ فَقَطْ، وَأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ بِفَسْقِهَا بَعْدَ كَوْنِهَا مِنْ بَنَاتِ الصَّالِحِينَ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي نَقَلْنَاهُ عَنِ "النَّهْرِ"^(٣)، فَافْتَمَّ. نَعَمْ هُوَ خِلَافُ مَا نَقَلْنَاهُ عَنِ "الْيَعْقُوبِيَّةِ".

[١١٧٨٠] (قَوْلُهُ: مُعِينًا كَانَ أَوْ لَا) أَمَّا إِذَا كَانَ مُعِينًا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا غَيْرُ الْمُعِينِ فَهُوَ بَأَنَّ يُشْهَدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ فَعَلَ كَذَا مِنَ الْمُنْسِقَاتِ وَهُوَ لَا يَجْهَرُ بِهِ، فَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِطَلْبِ الْأَوْلِيَاءِ، "ط"^(٤).

[١١٧٨١] (قَوْلُهُ: عَلَى الظَّاهِرِ) هَذَا اسْتَظْهَرَ مِنْ صَاحِبِ "النَّهْرِ"^(٥)، لَا كَمَا يُتَوَهَّمُ مِنْ أَنَّهُ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ، فَإِنَّهُ قَدْ صَرَّحَ فِي "الْحَاثِيَّةِ"^(٦) عَنِ "السَّرْحَسِيِّ"^(٧): ((بَأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ عَنِ "أَبِي حَنِيفَةَ" فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ فِي هَذَا شَيْءٍ، وَالصَّحِيحُ عِنْدَهُ أَنَّ الْفَسْقَ لَا يَمْنَعُ الْكِفَاءَةَ)) اهـ.

وَقَدَّمْنَا^(٨): ((أَنَّ تَصْحِيحَ "الْهُدَايَةِ" مُعَارِضٌ لِهَذَا التَّصْحِيحِ)).

[١١٧٨٢] (قَوْلُهُ: وَمَالًا) أَي: فِي حَقِّ الْعَرَبِيِّ وَالْعَجَمِيِّ كَمَا مَرَّ^(٩) عَنِ "الْبَحْرِ"؛ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالْمَالِ أَكْثَرُ مِنَ التَّفَاخُرِ بِغَيْرِهِ عَادَةً، وَخُصُوصًا فِي زَمَانِنَا هَذَا، "بِدَائِعِ"^(١٠).

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ بتصرف.

(٢) الذي في "البيزانية": ((صالحون)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٣/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٦) "الحاثية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الأكفاء ٢٥/٥.

(٨) المقولة [١١٧٧٧] قوله: ((ديانة)).

(٩) المقولة [١١٧٧٦] قوله: ((وتتخير في العرب والعجم الخ)).

(١٠) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: ومنها المال ٣١٩/٢.

بأن يقدر على المعجل ونفقة شهر^(١) لو غير محترف، وإلا فإن كان يكسب كل يوم كفايتها.....

[١١٧٨٣] (قوله: بأن يقدر على المعجل إلخ) أي: على ما تعارفوا تعجيله من المهر وإن كان كله حالاً، "فتح"^(٢). فلا تُشترط القدرة على الكل، ولا أن يساويها في الغنى في ظاهر الرواية، وهو الصحيح، "زيلعي"^(٣). ولو صبياً فهو غني بغنى أبيه أو أمه أو جدّه كما يأتي^(٤). وشمل ما لو كان عليه دين بقدر المهر، فإنه كفاء؛ لأن له أن يقضي أيّ الدين شاء كما في "اللولوجية"^(٥)، وما لو كانت فقيرة بنت فقراء كما صرح به في "الوقعات" معللاً: ((بأن المهر والنفقة عليه، فيعتبر هذا الوصف في حقها))، وما لو كان ذا جاه كالسلطان والعالم، قال "الزيلعي"^(٦): ((وقيل: يكون كفواً وإن لم يملك إلا النفقة؛ لأن الخلل ينجر به، ومن ثم قالوا: الفقيه العمري كفاء للعربي الجاهل)).

[١١٧٨٤] (قوله: ونفقة شهر) صححه في "التحسيس"، وصحح في "المجتبى" الاكتفاء بالقدرة

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ونفقة شهر، وقيل: سنة، وفي "البحر": واحتلوا في قدر النفقة، فقيل: يعتبر نفقة ستة أشهر، وقيل: نفقة شهر)). ق ١٥٩/١.

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: بأن يقدر على المعجل ونفقة شهر إلخ، وروى الحسن عن أبي يوسف: يكون كفواً، ولا تعتبر القدرة على المهر والنفقة، وفي بعض الروايات تعتبر القدرة على النفقة دون المهر، كذا في "الحانية". قال بعض الفضلاء: العاجز عن المعجل والنفقة لا يكون كفواً للفقيرة، وإنما القادر عليهما هل يكون كفواً للغنية التي لها أموال كثيرة؟ في قول "أبي يوسف": يكون كفواً؛ لأن المال غادر ورائح، وعندهما لا يكون كفواً؛ لأن الناس يفتخرون به ويعبرون بعده، انتهى. والفقير ما هنا هو الذي لا يملك المهر لنفسه، لا ألا يساويها في الغنى على المعتمد خلافاً لمن عيّن مقدراً. وإن كان يقدر على نفقتها بالكسب ولا يقدر على المهر؟ اختلف المشايخ فيه، وأكثرهم لا يكون كفواً، كما في "المضمرات"). ق ١٥٩/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٢/٣ بتصرف يسير.

(٤) ((زيلعي)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٠/٢ بتوضيح من ابن عابدين.

(٦) "در" ص ٣١٨-٣١٩.

(٧) "اللولوجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح والرسالة ق ٤٧/ب.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٠/٢.

لو تطيقُ الجماعَ (وحرفة) فمثلُ حائكٍ غيرُ كفاءٍ لمثلِ خياطٍ، ولا خياطٍ.....

عليها بالكسب، فقد اختلف التصحيحُ، واستظهرَ في "البحر"^(١) الثاني، ووفقَ في "النهر"^(٢) بينهما بما ذكره [١/٧٢٣/٣] "الشَّارح"، وقال: ((إنه أشار إليه في "الخانية"^(٣))).

[١١٧٨٥] (قوله: لو تطيقُ الجماعَ) فلو صغيرة لا تطيقُهُ فهو كفاءٌ وإن لم يقدر على النفقة؛ لأنه لا نفقة لها. "فتح"^(٤)، ومثله في "الذخيرة"^(٥).

[١١٧٨٦] (قوله: وحرفة) ذكرَ "الكرخي": أن الكفاءة فيها معتبرة عند "أبي يوسف"، وأن

"أبا حنيفة" بنى الأمرَ فيها على عادة العرب أن مواليتهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحِرْفَ فلا يُعَيرون بها، وأجاب "أبو يوسف" على عادة أهل البلاد، وأنهم يتخذون ذلك حِرْفَةً، فيُعَيرون بالدنْيِ منها، فلا يكونُ بينهما خلافٌ في الحقيقة، "بدائع"^(٦). فعلى هذا لو كان من العرب^(٧) من أهل البلاد من يحترفُ بنفسه تُعتبرُ فيهم الكفاءة فيها، وحينئذٍ فتكونُ معتبرةً بين العرب والعجم.

[١١٧٨٧] (قوله: فمثلُ حائكٍ إلخ) قال في "المنتقى" و"شرحه"^(٨): ((فحائكٌ، أو حجَّامٌ،

أو كُنَّاسٌ، أو دَبَّاعٌ، أو حلاقٌ، أو بيطارٌ، أو حدَّادٌ، أو صقَّارٌ^(٩) غيرُ كفاءٍ لسائر الحِرْفِ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١/١٧٥.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٢/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((و"شربلية")). ق ١/١٥٩.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما الحرفة ٣٢٠/٢ بتصرف.

(٧) ((من العرب)) ساقط من "أ".

(٨) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٩) الذي في "الدر المنتقى": ((أو خفاف)).

كعطار، أو بزاز، أو صراف^(١)، وفيه إشارة إلى أن الحِرْفَ جنسان ليس أحدهما كفتاً للآخر، لكن أفراد كلٍّ منها كفاءً بلنسيها، وبه يُقْتَى، "زاهدي" اهـ، أي: أن الحِرْفَ إذا تباعدت لا يكون أفراداً إحداها كفتاً لأفراد الأخرى، بل أفراد كلٍّ واحدة أكفاء بعضهم لبعض، وأفاد - كما في "البحر"^(٢) - : ((أنه لا يلزم اتحادهما في الحِرْفَة، بل التقارب كافي، فالحائِكُ كفاءٌ لحجّام، والدبّاغُ كفاءٌ لكنّاس، والصّفّارُ كفاءٌ لحدّاد، والعطارُ كفاءٌ لبزاز، قال "الحلواني": وعليه الفتوى، وفي "الفتح"^(٣): أن الموجب هو استنقاص أهل العُرفِ، فيدور معه، وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائِكُ كفتاً للعطارِ بالإسكندرية لما هناك من حُسن اعتبارها وعدم عدّها نقصاً ألبتّة، اللهم إلا أن يقرّن بها نجاسة غيرها)) اهـ. فأفاد أن الحِرْفَ إذا تقاربت أو اتحدت يجب اعتبار التكافؤ من بقية الجهات، فالعطارُ العجميُّ غيرُ كفاءٍ لعطارٍ أو بزازٍ عربيٍّ أو عالمٍ.

٣٢١/٢

سبقي النظر في نحو دبّاغ أو حلاقٍ عربيٍّ، هل يكون كفتاً لعطارٍ^(٤) أو بزازٍ عجميٍّ؟ والذي يظهر لي أن شرف النسب أو العلم يحبرُّ نقض الحِرْفَة، بل يفوق سائر الحِرْفِ: فلا يكون نحو العطارِ العجميِّ الجاهلِ كفتاً لنحو حلاقٍ عربيٍّ أو عالمٍ، ويؤيده ما في "الفتح"^(٥): ((أنه روي عن "أبي يوسف" أن الذي أسلم بنفسه أو عتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفتاً له)) اهـ، فليتأه

(١) في النسخ جميعها: ((أو صراف))، وما أنبتناه من "الدر المنتقى شرح الملتنقى" من

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٤٣/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٣/٣.

(٤) من ((أو بزاز)) إلى ((لعطار)) ساقط من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

لبزازٍ وتاجرٍ، ولا هما لعالمٍ وقاضٍ، وأما أتباعُ الظلمةِ.....

[١١٧٨٨] (قوله: لبزازٍ) قال في "القاموس" ^(١): ((البزُّ: الثيابُ أو متاعُ البيت من الثيابِ ونحوها، وبائعهُ البزَّازُ، وحِرْفَتُهُ البزَّازَةُ)) اهـ "ط" ^(٢).

[١١٧٨٩] (قوله: ولا هما لعالمٍ وقاضٍ) [٣/٧٢ق/ب] قال في "النهر" ^(٣): ((وفي "البنية" ^(٤)) عن "الغاية": الكناسُ، والحمامُ، والدبَّاعُ، والحارسُ، والسائسُ، والرَّاعي، والقيِّمُ - أي: البلائُ في الحمام ^(٥) - ليس كفنًا لبنتِ الخياطِ، ولا الخياطُ لبنتِ البزَّازِ والتاجرِ، ولاهما لبنتِ عالمٍ وقاضٍ، والحائكُ ليس كفنًا لبنتِ الدهقانِ وإن كانت فقيرةً، وقيل: هو كفاءٌ اهـ. وقد غلبَ اسمُ الدهقانِ على ذي العقارِ الكثيرِ كما في "المغرب" ^(٦)) اهـ.

قلت: والظاهرُ أنَّ نحوَ الخياطِ إذا كان أستاذًا يتقبَّلُ الأعمالَ وله أُجْرَاءُ يَعْمَلُونَ له يكونُ كفنًا لبنتِ البزَّازِ والتاجرِ في زماننا كما يُعلَمُ من كلامِ "الفتح" المار ^(٧)؛ إذ لا يُعدُّ في العُرفِ ذلكَ نقصاً، تأمل. وما في "شرح المنتقى" ^(٨) عن "الكافي": ((من أنَّ الحُفَّافَ ليس بكفاءٍ للبزَّازِ والعطَّارِ)) فالظاهرُ أنَّ المراد به مَنْ يَعْمَلُ الأُخْفَافَ أو النَّعَالَ بيدهِ، أمَّا لو كان أستاذًا له أُجْرَاءُ أو يشتريها مَحِيطةً ويبيعُها في حانوتِهِ فليس في زماننا أنقصَ من البزَّازِ والعطَّارِ. قال "ط" ^(٩):

(١) "القاموس": مادة (بزز).

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٤) "البنية": كتاب النكاح - باب في الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٤/٦٢٩-٦٣٠.

(٥) ها هنا تحريف في مطبوعة "البنية"، فليتنبه.

(٦) "المغرب": مادة ((دهقن))، وعبارته: ((وقد غلب على أهل الرساتيق من كفار العجم، ثم قيل لكلِّ مَنْ له عقار كثير)).

(٧) المقولة [١١٧٨٧] قوله: ((فمثل حالك [ح])).

(٨) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ١/٣٤٢ (هامش "جمع الأنهر").

(٩) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢.

فأخس من الكل،

((وأطلقوا في العالم والقاضي، ولم يُقيدوا العالم بذي العمل ولا القاضي بمن لا يقبل الرشوة، والظاهر التقييد؛ لأن القاضي حيثن ظالم، ونحوه العالم غير العامل، وليحرر)) اهـ.
قلت: ولعلمهم أطلقوا ذلك لعلمهم من ذكرهم الكفاءة^(١) في الديانة، فالظاهر حيثن أن العالم والقاضي الفاسقين لا يكونان كفتين لصالح بن صالحين؛ لأن شرف الصلاح فوق شرف العلم والقضاء مع الفسق.

[١١٧٩٠] (قوله: فأخس من الكل) أي: وإن كان ذا مروءة وأموال كثيرة؛ لأنه من آكلي دماء الناس وأموالهم كما في "المحيط"^(٢)، نعم بعضهم أكفاء بعض، "شرح المنتقى"^(٣). وفي "النهر"^(٤) عن "البنابة"^(٥): ((في مصر جنس هو أخس من كل جنس، وهم الطائفة الذين يُسمون بالسرابانية^(٦))) اهـ.

قلت: مفهوم التقييد بالاتباع أن المتبوع كأمير وسلطان ليس كذلك؛ لأنه أشرف من التاجر عرفاً كما يفيد ما يأتي^(٧) في "الشارح" عن "البحر"، وقد علمت أن الموجب هو استنقاص

(قوله: قلت: مفهوم التقييد بالاتباع أن المتبوع، كأمير وسلطان ليس كذلك إلخ) بل يقال: يفهم أن الأمر كذلك بالأولى، تأمل.

(قوله: وقد علمت أن الموجب هو استنقاص أهل العرف إلخ) الظاهر أن المدار على استنقاص أهل العرف ممن يُعتد بهم من أصحاب الرأي السديد الموافق لما جاء به الشرع، وإلا لزم هدم كثير من مسائل الكفاءة المذكورة في كتب الفقه، ولزم عدم اعتبار الديانة والنسب بل يلزم أن البعير كثرة المال والجاه، تأمل.

(١) من (العالم غير العامل) إلى ((الكفاءة)) ساقط من "٣".

(٢) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل السادس في الكفاءة ١/١٩١ ب.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "بمع الأنهر").

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥ ب.

(٥) "البنابة": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٤/٦٣.

(٦) الذي في مخطوطة "النهر": ((السرابانية))، وفي مطبوعة "البنابة": ((السرابانية)).

(٧) "در" ٢/٣١١ - ٣١٢.

وأما الوظائفُ فَمِنْ الحِرْفِ، فصاحبُها كفاءٌ للتاجرِ لو غيرَ دنيئةٍ كِبَوَابَةٍ، وذو تدريسٍ

أهل العُرفِ فيدورُ معه، فعلى هذا من كان أميراً أو تابعاً له، وكان ذا مالٍ ومروعةٍ وحشمةٍ بين الناس لا شكَّ أنَّ المرأةَ لا تُعتبرُ به في العُرفِ كغيرِها بدبَّاغٍ وحائكٍ ونحوهما فضلاً عن سراياتي ينزلُ كلَّ يومٍ إلى الكَيْيْفِ وينقلُ نجاسته في بيتِ مسلمٍ وكافرٍ وإن كان قاصداً بذلك تنظيفَ الناسِ أو المساجدِ من النجاساتِ وكان الأميرُ أو تابعه أكلاً أموالِ الناسِ؛ لأنَّ المدار هنا على النقصِ والرِّفعةِ [٣/٧٣٣] في الدنيا، ولهذا لما قال "محمدٌ": لا تُعتبرُ الكفاءةُ في الدِّيانةِ؛ لأنها من أحكامِ الآخرةِ، فلا تُبنى عليها أحكامُ الدنيا قالوا في الجوابِ عنه: إنَّ المُعتبرَ في كلِّ موضعٍ ما اقتضاهُ الدليلُ من البناءِ على أحكامِ الآخرةِ وعديهِ، بل^(١) اعتبارُ الدِّيانةِ مبنيٌّ على أمرٍ دنيويٍّ، وهو تعبيرُ بنتِ الصَّالحينِ بفسقِ الزَّوجِ.

قلت: ولعلَّ ما تقدَّم^(٢) عن "المحيط": ((من أنَّ تابعَ الظَّالمِ أحسُّ من الكلِّ)) كان في زمنهم الذي الغالبُ فيه التَّفَاخُرُ بالدِّينِ والتَّقْوَى، دونَ زماننا الغالبِ فيه التَّفَاخُرُ بالدُّنيا، فافهم، والله أعلم.

[١١٧٩١] (قوله: وأما الوظائفُ) أي: في الأوقافِ، "بجر"^(٣).

[١١٧٩٢] (قوله: فَمِنْ الحِرْفِ) لأنها صارتَ طريقاً للاكتسابِ في مصرَ كالصَّنائعِ،

"بجر"^(٤).

[١١٧٩٣] (قوله: لو غيرَ دنيئةٍ) أي: عُرفاً كِبَوَابَةٍ، وسِوَابَةٍ، وفِراشَةٍ، ووقادَةٍ، "بجر"^(٥).

[١١٧٩٤] (قوله: فذو تدريسٍ) أي: في علمٍ شرعيٍّ.

(١) في "٣": ((بلا))، وهو خطأ.

(٢) في هذه المقولة.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣ بتصرف.

أو نظير كفاء بنت الأمير بمصر، "بحر"^(١).
 (و) الكفاءة (اعتبارها عند) ابتداء (العقد، فلا يضُرُّ زوالها بعده) فلو كان
 وقتُه كفاءً، ثمَّ فحَرَ لم يُفسَخْ.....

[١١٧٩٥] (قوله: أو نظير) هو بحث لصاحب "البحر"^(٢)، لكنه الآن ليس بشريف، بل هو
 كآحاد الناس، وقد يكون عتيقاً زنجياً، وربما أكل مال الوقف وصرقه في المنكرات، فكيف يكون
 كفاء لمن ذكره الله إلا أن يُقيدَ بالناظر ذي المروعة وبناطر نحو مسجد، بخلاف ناظر وقف
 أهلي بشرط الواقف، فإنه لا يزداد رفعة بذلك، ط^(٣).

[١١٧٩٦] (قوله: كفاء بنت الأمير بمصر) لا يخفى أن تخصيص بنت الأمير بالذكر
 للمبالغة، أي: فيكون كفاءً لبنت التاجر بالأولى، فيفيد أن الأمير أشرف من التاجر كما هو
 العرف، وهذا مؤيدٌ لبحثنا السابق كما نبهنا^(٤) عليه.

[١١٧٩٧] (قوله: اعتبارها عند ابتداء العقد) قلت: يردُّ عليه ما في "الذخيرة": ((حجَّام
 تزوج امرأةً مجهولة النسب، ثمَّ ادَّعاهَا قُرشيًّا وأثبت أنها بنته له أن يُفرَّقَ بينهما، وأما لو أقرت
 بالرقِّ لرجلٍ لم يكن له إبطال النكاح)) اهـ.

وقد يجاب بأن ثبوت النسب لَمَّا وَقَعَ مُستنداً إلى وقت العلوق كان عدم الكفاءة
 موجوداً وقت العقد، لا أنها كانت موجودة ثمَّ زالت حتى ينافي كون العبرة لوقت العقد،
 وأما مسألة الإقرار فلأن إقرارها يقتصر عليها، فلا يلزم الزوج بموجبها؛ لما تقرر أن الإقرار
 حجة قاصرة على المقرِّ.

[١١٧٩٨] (قوله: ثمَّ فحَرَ الأولى أن يقول: ثمَّ زالت كفاءتُه؛ لأنَّ الفُجُورَ يُقابلُ الديانة،
 وهي إحدى ما يُعتبرُ في الكفاءة، "ط"^(٥)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢ بتصرف.

(٤) المقولة [١١٧٩٠] قوله: ((فأحس من الكل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢.

وأما لو كان دَبَاغًا فصار تاجراً فإن بقي عارها لم يكن كفتاً، وإلا لا، "نهر"^(١) بحثاً.
 (العجمي لا يكون كفتاً للعربية ولو) كان العجمي (عالماً) أو سلطاناً (وهو
 الأصح) "فتح" عن "الينابيع". وادّعى في "البحر"^(٢): ((أنه ظاهر الرواية))، وأقره
 "المصنف"، لكن في "النهر"^(٣): ((إن فُسِّرَ الحسيبُ بذِي المنصبِ والجاهِ فغيرُ كفاءٍ
 للعلويةِ كما في "الينابيع"، وإن بالعالمِ فكفاءٌ؛ لأنَّ شرفَ العلمِ فوق شرفِ النسبِ

[١١٧٩٩] (قوله: وأما لو كان دَبَاغًا إلخ) هذا فرعه [٣/٧٣ق/ب] صاحب "البحر"^(٤) على ما
 تقدّم^(٥): ((بأنه يتبغى أن يكون كفتاً))، ثم استدرك عليه بمخالفته لقولهم: إن الصنعة - وإن أمكن
 تركها - يبقى عارها، ووفق في "النهر"^(٦) بقوله: ((ولو قيل: إنه إن بقي عارها لم يكن كفتاً، وإن
 تناسى أمرها لتقدم زمانها كان كفتاً لكان حسناً)) اهـ.

[١١٨٠٠] (قوله: لكن في "النهر"^(٧) إلخ) حيث قال: ((ودلّ كلامه على أن غير العربيّ

(قول "المصنف": وهو الأصحُّ إلخ) نحوه في "القهستاني" عن "المضمرات"، وفي "البرجندي": ((الأصحُّ
 أن ذا الجاه كالسلطان والعالم لا يكون كفتاً للعلوية)) اهـ "سيندي". وعبارة "القهستاني": ((فلا يكون العالمُ
 ولا الرجح كسلطان كفتاً للعلوية وهو الأصحُّ كما في "المضمرات"))، لكن في "المحيط" وغيره: ((أن العالم
 كفتاً للعلوية؛ إذ شرف العلم فوق شرف النسب)) اهـ. وعبارة "الفتح": ((وفي "المحيط" عن "صدر الإسلام":
 الحسيب هو الذي له جاهٌ وحشمةٌ ومنصبٌ، وفي "الينابيع": والأصحُّ أنه ليس كفتاً للعلوية)) اهـ.
 (قوله: هذا فرعه صاحب "البحر" على ما تقدّم إلخ) أي من اعتبارها وقت العقد.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٤٠/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٤٣/٣.

(٥) "در" ص ٣١١ - وما بعدها.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

لا يُكافئُ العربيَّ وإن كان حَسِيْبًا، لكنَّ في "جامع قاضي حنَّان" (١): قالوا: الحَسِيْبُ يَكُونُ كَفَاءً لِلنَّسِيْبِ، فَالْعَالِمُ الْعَجْمِيُّ يَكُونُ كَفَاءً لِلجَاهِلِ الْعَرَبِيِّ وَالْعُلُوِيَّةُ؛ لِأَنَّ شَرَفَ الْعِلْمِ فَوْقَ شَرَفِ النَّسَبِ. وَارْتِضَاهُ فِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ" (٢)، وَحَزْمُ بِهِ "الْبِرَازِيَّةُ" (٣)، وَزَادَ: وَالْعَالِمُ الْفَقِيرُ يَكُونُ كَفَاءً لِلغَنِيِّ الْجَاهِلِ. وَالوَجْهُ فِيهِ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ شَرَفَ الْعِلْمِ فَوْقَ شَرَفِ النَّسَبِ، فَشَرَفُ الْمَالِ أَوَّلِي، نَعَمْ الْحَسَبُ قَدْ يُرَادُ بِهِ الْمَنْصِبُ وَالجَاهُ كَمَا فَسَّرَهُ بِهِ فِي "الْمَحِيْطِ" عَنْ "صَلْرِ الْإِسْلَامِ"، وَهَذَا لَيْسَ كَفَاءً لِلْعَرِيَّةِ كَمَا فِي "الْيَنَابِيْعِ" ((أهـ كَلَامُ "النَّهْرِ" مَلَخَصًا.

أقول: حيث كان ما في "الينابيع" من تصحيح عدم كفاءة الحسب للعريَّة مبنياً على تفسير الحسب بذي المنصب والجاه لم يصح ما ذكره "المصنف" من تصحيح عدم الكفاءة في العالم وعزوه في "شرحه" (٤) إلى "الينابيع"، وذكر "الخبر الرملي" عن "مجمع الفتاوى": ((العالم يكون كفاءاً للعلوية؛ لأنَّ شرف الحسب أقوى من شرف النسب، وعن هذا قيل: إنَّ "عائشة" أفضل من "فاطمة"؛ لأنَّ لـ "عائشة" شرف العلم، كذا في "المحيط" (٥))، وذكر أيضاً: ((أنه حزم به في "المحيط"، و"البرازية" (٦)، و"الفيض"، و"جامع الفتاوى"، وصاحب "الدرر" (٧))، ثم نقل عبارة "المصنف" هنا، ثم قال: ((فتحرَّرَ أنَّ فيه اختلافاً، ولكن حيث صحَّ أنَّ ظاهر الرواية أنه لا يُكافئُها فهو المذهب، خصوصاً وقد نصَّ في "الينابيع" أنه الأصحُّ)) أهـ.

أقول: قد علمت أنَّ ما صحَّحه في "الينابيع" غير ما مشى عليه "المصنف"، وأما ما ذكره من ظاهر الرواية فقد تبع فيه "البحر" (٨)، وقول "الشارح": ((وادعى في "البحر" إلخ)) يفيد

(١) شرح الجامع الصغير: كتاب النكاح - باب في الأكفاء ق ٨٦/ب.

(٢) الفتح: كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

(٣) البرازية: كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية")

(٤) المنع: كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الكفاءة ق ١/١٢٢/أ.

(٥) المحيط البرهاني: كتاب النكاح - الفصل السادس في الكفاءة ق ١/١٩١/أ.

(٦) البرازية: كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية")

(٧) الدرر: كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٤٠/١.

(٨) البحر: كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٠/٣.

والمال، كما جزمَ به "البزازي"^(١)، وارتضاهُ "الكمال" (وغيره)، والوجهُ فيه ظاهرٌ، ولذا قيل: إنَّ "عائشة" أفضلُ من "فاطمة" رضي الله عنهما، ذكره "القهستاني"، ..

أنَّ كونهُ ظاهرَ الرواية مجردُ دعوى لا دليلَ عليها سوى قولهم في المتون وغيرها: والعربُ أكفأ، أي: فلا يُكافئهم غيرُهم، ولا يخفى أنَّ هذا وإن كان ظاهره الإطلاقَ ولكن قيدهُ المشايخُ بغير العالم، وكن له من نظير، فإنَّ شأنَ مشايخِ المذهب إفادة قيودٍ وشرائطٍ لعبارةٍ مُطلقةٍ [٣/٧٤ق/٣] استنباطاً من قواعدٍ كليَّةٍ أو مسائلٍ فرعيَّةٍ أو أدلَّةٍ نقليةٍ، وهنا كذلك، فقد ذكَّر في آخر "الفتاوى الخيرية"^(٢) - في قرشيٍّ جاهلٍ تقدَّم في المجلسِ على عالمٍ -: ((أنه يحرمُّ عليه؛ إذ كُتِبُ العلماء طافحةً بتقدُّمِ العالمِ على القرشيِّ، ولم يُفرَّق - سبحانه - بين القرشيِّ وغيره في قوله: ﴿هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر - ٩]) إلخ ما أطالَ به))، فراجع. فحيث كان شرفُ العلمِ أقوى من شرفِ النَّسبِ بدلالةِ الآيةِ وتصريحهم بذلك اقتضى تقييدَ ما أطلقوه هنا اعتماداً على فهمه من محلِّ آخر، فلم يكن ما ذكره المشايخُ مخالفاً لظاهرِ الرواية، وكيف يصحُّ لأحدٍ أن يقول: إن مثلَ "أبي حنيفة" أو "الحسن البصري" وغيرهما ممن ليس بعربيٍّ إنَّه لا يكونُ كفتنا لبنتِ قرشيٍّ جاهلٍ أو لبنتِ عربيٍّ بوالٍ على عقيبه؟! فلا جرمَ أنه جزمَ بما قاله المشايخُ صاحبُ "المحيط" وغيره كما علمت، وارتضاهُ المحقِّقُ "ابنُ الهمام" وصاحبُ "النهر"، وتبعهم "الشارح"، فافهم، والله سبحانه أعلم.

(١١٨٠١) (قوله: ولذا قيل إلخ) أي: لكونِ شرفِ العلمِ أقوى قيل: إنَّ "عائشة" أفضلُ لكثرةِ علمها، وظاهره أنه لا يقال: إنَّ "فاطمة" أفضلُ من جهةِ النَّسبِ؛ لأنَّ الكلامَ مَسْئُوقٌ لبيانِ أنَّ شرفِ العلمِ أقوى من شرفِ النَّسبِ، لكن قد يقال بإخراجِ "فاطمة" رضي الله عنها من ذلك لتحقُّقِ البُضعيةِ فيها بلا واسطةٍ، ولذا قال الإمامُ "مالك": "إنَّها بُضعةٌ منه ﷺ، ولا أفضلُ على بُضعةٍ منه أحداً، ولا يُلزَمُ من هذا إطلاقُ أنَّها أفضلُ، وإلا لزمَ تفضيلُ سائرِ بناتِهِ ﷺ".

(١) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى الخيرية": مسائل شتى ٢٣٤/٢.

والحنفي كفاء لبنت الشافعي، ومتى سُئِلْنَا عن مذهبه أَجَبْنَا بمذهبنَا، كما بسَطَهُ
"المصنّف" معزياً لـ "جواهر الفتاوى" (١).....

على "عائشة" بل على الخلفاء الأربعة، وهو خلاف الإجماع كما بسَطَهُ "ابن حجر" في "الفتاوى
الحديثية" (٢)، وحيثُ ذُكِرَ بما نُقِلَ عن أَكْثَرِ العلماء من تفضيل "عائشة" محمولٌ على بعض الجهات
كالعلم وكونها في الجنة مع النبي ﷺ، و"فاطمة" مع "علي" رضي الله عنهما، ولهذا قال في "بدء
الأمالي" (٣): [وافر]

وللصديقة الرُّجْحَانُ فاعلمْ على الزُّهراءِ في بعضِ الخِلالِ

وقيل: إن "فاطمة" أفضل، ويمكن إرجاعه إلى الأول، وقيل بالتوقف لتعارض الأدلة،
واختارهُ "الأستروشي" (٤) من الحنفية وبعض الشافعية كما أوضحه "منلا على القاري" في "شرح
الفقه الأكبر" (٥) و"شرح بدء الأمالي" (٦).

[١١٨٠٢] (قوله: والحنفي كفاء لبنت الشافعي) إلخ [٣/٧٤ب] المراد بالكفاءة هنا

(قوله: المراد بالكفاءة هنا صحة العقد إلخ) الأظهر ما قاله "ط" من أن الأول لـ "الشارح" أن
يقول: والشافعي كفو لبنت الحنفي؛ فإن الأول لا وهم فيه، وإنما نصر على الثاني لأنهم ينسبون إلى
الشافعية أقوالاً ضعيفةً إلخ.

(١) ((معزياً لجواهر الفتاوى)) ساقط من "د".

(٢) لم نثر عليهما في نسخة "الفتاوى الحديثية" التي بين أيدينا.

(٣) انظر "ضوء المعالي شرح بدء الأمالي": ص ١٢١-.

(٤) تقدمت ترجمته ٤٦٦/٢.

(٥) "منح الروض الأزهر في شرح الفقه الأكبر": مسألة في بيان أفضلية النساء وبيان مراتبهن ص ٢١٠- وهو للسلا على

ابن سلطان محمد، نور الدين القاري الهروي (ت ١٠١٤هـ). ("كشف الظنون" ١٨٥٩/٢، "مخلاصة الأثر" ١٨٥٠/٣،

"البدر الطالع" ٤٤٥/١، "هدية العارفين" ٧٥١/١).

(٦) "ضوء المعالي شرح بدء الأمالي": ص ١٢١-.

(الْقَرَوِيُّ كَفَاءٌ لِلْمَدَنِيِّ) فَلَا عِبْرَةَ بِالْبَلَدِ كَمَا لَا عِبْرَةَ بِالْجَمَالِ، "خَانِيَّة" (١).....

صِحَّةُ الْعَقْدِ، يَعْنِي: لَوْ تَزَوَّجَ حَنْفِيُّ بِنْتِ شَافِعِيٍّ نَحْكُمُ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ فِي مَذْهَبِ أَبِيهَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ إِذَا كَانَتْ بَكْرًا إِلَّا بِمُبَاشَرَةٍ وَلِيَّهَا؛ لِأَنَّا نَحْكُمُ بِمَا نَعْتَقِدُ صِحَّتَهُ فِي مَذْهَبِنَا، قَالَ فِي "الْبِرَازِيَّة" (٢): ((وَسُئِلَ - أَيْ: "شَيْخُ الْإِسْلَامِ" - عَنِ بَيْكِرٍ بِالْغَةِ شَافِعِيٌّ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ حَنْفِيٍّ أَوْ شَافِعِيٍّ بَلَاضِيٍّ هَلْ يَصِحُّ؟ أَجَابَ: نَعَمْ وَإِنْ كَانَا يَعْتَقِدَانِ عَدَمَ الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّا نَجِيبُ بِمَذْهَبِنَا لَا بِمَذْهَبِ الْخَصْمِ؛ لِاعْتِقَادِنَا أَنَّهُ خَطَأٌ يَحْتَمِلُ الصَّوَابَ، وَإِنْ سُئِلْنَا كَيْفَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ؟ لَا نَجِيبُ بِمَذْهَبِهِ)) اهـ.

٣٢٣/٢

وَقَوْلُهُ: ((لِاعْتِقَادِنَا الْإِخْلَاقِ)) مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْقَلْدَ يَلْزُمُهُ تَقْلِيدُ الْأَفْضَلِ لِيَعْتَقِدَ أَرْجَحِيَّةَ مَذْهَبِهِ، وَالْمُعْتَمَدُ عِنْدَ الْأُصُولِيِّينَ خِلَافُهُ كَمَا بَسَطْنَاهُ فِي صَدْرِ الْكِتَابِ (٣). ثُمَّ لَا يَخْفَى مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا مَنَاسِبَةَ لِذِكْرِ هَذَا الْفِرْعِ فِي الْكِفَاءَةِ، تَأَمَّلْ.

[١١٨٠٣] (قَوْلُهُ: الْقَرَوِيُّ) بَفَتْحِ الْقَافِ نِسْبَةً إِلَى الْقَرْيَةِ.

[١١٨٠٤] (قَوْلُهُ: فَلَا عِبْرَةَ بِالْبَلَدِ) أَيْ: بَعْدَ وُجُودِ مَا مَرَّ (٤) مِنْ أَنْوَاعِ الْكِفَاءَةِ، قَالَ فِي "الْبَحْرِ" (٥): ((فَالتَّاجِرُ فِي الْقَرْيَةِ كَفَاءٌ لِبِنْتِ التَّاجِرِ فِي الْمَصْرِ لِلتَّقَارُبِ)).

[١١٨٠٥] (قَوْلُهُ: كَمَا لَا عِبْرَةَ بِالْجَمَالِ) لَكِنَّ النَّصِيحَةَ أَنَّ يُرَاعَى الْأَوْلِيَاءَ الْمَجَانِسَةَ فِي الْحُسْنِ وَالْجَمَالِ، "هِنْدِيَّة" (٦) عَنِ "التَّارِخَانِيَّة" (٧)، "ط" (٨).

(١) "الخانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٨/٤ يتصرف يسير (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) للمقولة [٣٢٢٣] قوله: ((قلنا إخل)) وما بعدها.

(٤) انظر الصحف السابقة بدءاً من صحيفة رقم ٢٩٠.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الخامس عشر في الأكفاء ٢٩٢/١.

(٧) "التارخانية": كتاب النكاح - الفصل الخامس عشر في الكفاءة ٦٣/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٥/٢.

ولا بالعقل ولا بعيوب يُفسخُ بها البيعُ بخلافه "الشافعي"، لكن في "النهر"^(١) عن "المرغيناني": ((الجنون ليس بكفء للعاقلة)).

(وكذا الصبي كفءٌ بعنى أبيه).....

[١١٨٠٦] (قوله: ولا بالعقل) قال "قاضي خان" في "شرح الجامع"^(٢): ((وأما العقل فلا رواية فيه عن أصحابنا المتقدمين، واختلف فيه المتأخرون)) اهـ أي: في أنه هل يُعتبر في الكفاءة أم لا؟

[١١٨٠٧] (قوله: ولا بعيوب إلخ) أي: ولا يُعتبر في الكفاءة السلامة من العيوب التي يُفسخُ بها البيع كالجذام، والجنون، والبرص، والبخر، والذقر، "بجر"^(٣).

[١١٨٠٨] (قوله: بخلافه "الشافعي") وكذا في "محمد" في الثلاثة الأول إذا كان بحال لا تطيق المقام معه، إلا أن التفريق أو الفسخ للزوجة لا للولي كما في "الفتح"^(٤).

[١١٨٠٩] (قوله: ليس بكفء للعاقلة) قال في "النهر"^(٥): ((لأنه يفتوت مقاصد النكاح، فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة، ويتبغى اعتمادُهُ؛ لأن الناس يُعيرون بترؤيع الجنون أكثر من

(قوله: وأما العقلُ فلا رواية فيه عن أصحابنا إلخ) وما في "النهر" عن "المرغيناني" من تحريجات المشايخ فلا يُنابي ما هنا من أنه لا رواية فيه عن أصحابنا، ولا يُنابي هذا ما قاله "محمد" من أن لها الفسخ بالعيوب الثلاثة؛ لأن الفسخ فيها ليس باعتبار عدم الكفاءة بل باعتبار أن النكاح يُفسخ بهذه العيوب كالبيع، ولذا كان لها لا للولي.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٢) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في الأكفاء ق ٨٦/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٨٨/١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٦) قوله: "بجر" أي: بجر.

أو أمّه أو جدّه، "نهر"^(١) عن "المحيط" (بالنسبة إلى المهر) يعني: المعجّل كما مرّ (لا) بالنسبة إلى (النفقة) لأنّ العادة أنّ الآباء يتحمّلون عن الأبناء المهر لا النفقة، "ذخيرة".

ذي الحرفة الدنيئة)).

[١١٨١٠] (قوله: أو أمّه أو جدّه) عزاه في "النهر"^(٢) إلى "المحيط"، وزاد في "الفتح"^(٣) الجدة، لكنّ فيه أنّ اعتبارَهُ كفوّاً يعني أبيه مبنيّاً على ما ذكر من العادة بتحمّل المهر، وهذا مُسلمٌ في الأمّ والجدّ، أمّا الجدة فلم تحرّ العادة بتحمّلها وإنّ وُجدت في بعض الأوقات، تأمل. [٣/٧٥ق/١١٨١١] (قوله: كما مرّ^(٤)) أي: عند قول "المصنّف": ((ومالاً)).

[١١٨١٢] (قوله: لأنّ العادة إلخ) مقتضاه أنّه لو حرّت العادة بتحمّل النفقة أيضاً عن الابن الصّغير كما في زماننا أنّه يكون كفوّاً، بل في زماننا يتحمّلها عن ابنه الكبير الذي في حجره. والظاهر أنّه يكون كفوّاً بذلك؛ لأنّ المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب أو غيره، ويُؤيّدُهُ أنّ المتبادر من كلام "الهداية"^(٥) وغيرها أنّ الكلام في مطلق الزوج

(قوله: أمّا الجدة فلم تحرّ العادة بتحمّلها إلخ) يُحمل ما في "الفتح" على أنّ العادة في زمنه تحمّل الجدة وهو كذلك في زماننا عند فقد الأب والأمّ، خصوصاً إذا كان الصّغير في حجرها، وقال "السندي": ((الظاهر أنّ المراد الجدّ والجدة من قبل الأب لجرّيان التوارث بينهما)). (قوله: ويُؤيّدُهُ أنّ المتبادر من كلام "الهداية" وغيرها أنّ الكلام إلخ) فيه أنّ حاصل ما استظهره إلحاق النفقة بالمهر إذا حرّت العادة بتحمّلها، وإلحاق الابن الكبير بالصّغير إذا حرّت العادة بتحمّلها عنه، ومقتضى إطلاق "الهداية" الزوج شموله للكبير في الحكم الذي ذكره وهو أنّه يُعدُّ غنياً يعني أبيه بالنسبة للمهر لا النفقة، وليس فيه ما يُؤيّد ما بحثه من إلحاق النفقة بالمهر وإلحاق الكبير بالصّغير فيها، تأمل.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/١.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١/١٩٢.

(٤) "در" ص ٣٠٦-٣٠٥.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١/٢٠١.

(ولو نَكَحَتْ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِهَا^(١) فَلِلْوَالِيِ الْعَصْبَةِ.....)

صغيراً أو كبيراً، فإنه قال: ((وعن "أبي يوسف" أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر؛ لأنه تحري المساهلة في المهر، ويُعدُّ المرء قادراً عليه بيسار أبيه)) اهـ.

نعم زاد في "البدائع"^(٢): ((أن ظاهر الرواية عدم الفرق بين النفقة والمهر))، لكن ما مشى عليه "المصنف" نقل في "البحر"^(٣) تصحيحه عن "المجتبى"، ومقتضى تخصيصه بالصبي أن الكبير ليس كذلك، ووجهه أن الصغير غني بغني أبيه في باب الزكاة بخلاف الكبير، لكن إذا كان المناط جريان العادة بتحمل الأب لا يظهر الفرق بينهما ولا بين المهر والنفقة فيهما حيث تُعورف ذلك، والله تعالى أعلم.

[١١٨١٣] (قوله: بأقل إلخ) أي: بحيث لا يُتغابن فيه، وقدمنا^(٤) تفسيره في الباب السابق.

[١١٨١٤] (قوله: فللولي العصبه) أي: لا غيره من الأقارب، ولا القاضي لو كانت سفهية

كما في "الذخيرة"، "نهر"^(٥). والذي في "الذخيرة" من الحخر: ((المحجور عليها إذا تزوجت بأقل

(قوله: لكن إذا كان المناط جريان العادة بتحمل الأب إلخ) لا يُسلم له ما بحثه في هذه المسألة،

فإنه لا يلزم من عدم وجود العلة عدم وجود المعلول؛ لاحتمال علة أخرى، ولا يلزم من وجودها في غير المنصوص أن يكون الحكم كذلك فيه؛ لاحتمال وجود مانع، ويقال: إنه لَمَّا كان أمر النفقة ضرورياً ولا يمكن تأخيرها قلنا بعدم المساهلة، وأنه لأبدي من القدرة بالملك أو الكسب، بخلاف المهر، فأمكن القول بالمساهلة فيه لا فيها، وربما أفاد ذلك قوله: ((لأنه تجري المساهلة في المهر، تأمل)).

(١) في "د": ((من مهر مثلها)).

(٢) انظر "البدائع": كتاب النكاح - بيان ما يحتو فيه الكفاءة - فصل: ومنها المال ٣١٩/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٤) للمقولة [١١٦٠٢] قوله: ((ولو بغين فاحش)).

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(الاعتراض حتى يُتِمَّ) مهر مثلها (أو يُفَرَّق) القاضي بينهما.....

من مهر مثلها ليس للقاضي الاعتراض عليها؛ لأنَّ الحَجْرَ في المال لا في النفس)) اهـ "بحر"^(١).
قلت: لكن في حَجْر "الظهيرية"^(٢): ((إن لم يدخل بها الزوج قيل له: أتمَّ مهر مثلها، فإن رَضِيَ، وإلا فَرَّقَ بينهما، وإن دخل فعليه إتمامه، ولا يُفَرَّقُ بينهما؛ لأنَّ التفریق كان للنقصان عن مهر المثل، وقد انعدم حين قُضِيَ لها بمهر مثلها^(٣) بالدخول)) اهـ.

[١١٨١٥] (قوله: الاعتراض) أفادَ أنَّ العَقْدَ صحيح، وتقدَّم^(٤) أنها لو تزوجت غير كفاء فالمختار للفتوى رواية "الحسن": أنه لا يصحُّ العَقْدُ، ولم أرَ من ذكرَ مثل هذه الرواية هنا، ومقتضاه أنه لا خلاف في صحَّة العَقْدِ، ولعلَّ وجهه أنه يمكن الاستدراك هنا بإتمام مهر المثل بخلاف عدم الكفاءة، والله تعالى أعلم.

[١١٨١٦] (قوله: أو يُفَرَّق القاضي) في "الهندية"^(٥) عن "السراج": ((ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضي، وما لم يقض القاضي بالفرقة بينهما فحكم الطلاق والظهار والإبلاء والميراث باق)) اهـ.

(قوله: لكن في حَجْر "الظهيرية": إن لم يدخل بها الزوج إلخ) ما في "الظهيرية" يُمكن تقييدهُ بعبارة "الذخيرة" فيحمل على غير القاضي من العصبات فلا منافاة بينهما، وقد أفادت عبارة "الظهيرية" فائدة جديدة وهي: تقييد التفریق بما قبل الدخول، تأمل.
(قوله: ومقتضاه أنه لا خلاف إلخ) تقدَّم أنَّ مقتضى العلة أنه لا فرق بين المسألتين.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٣/١٤٤.

(٢) "الظهيرية": كتاب المحرق ٤١٤/١.

(٣) ((بمهر مثلها)) ساقط من "الأصل".

(٤) المفردة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً)).

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الخامس في الأكفاء ١/٢٩٤.

دَفْعاً لِلْعَارِ (ولو طَلَّقَهَا) الزَّوْجُ قَبْلَ تَفْرِيقِ الْوَلِيِّ قَبْلَ الدُّخُولِ (فلها نصف المسمى) فلو فَرَّقَ الْوَلِيُّ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ فلا مَهْرَ لَهَا، وإنْ بَعَدَهُ فَلَهَا الْمُسَمَّى، وكذا لو مات أحدهما قَبْلَ التَّفْرِيقِ فليس للوَلِيِّ الْمَطَالِبَةُ بِالْإِنْتِمَاءِ لِانْتِهَاءِ النِّكَاحِ بِالْمَوْتِ، "جواهر الفتاوى". (أمره بتزويج.....)

[١١٨١٧] (قوله: دفعا للعار) أشار إلى الجواب عن قولهما: ليس للولي الاعتراض؛ لأن [٣/٧٥ق/ب] ما زاد على عشرة دراهم حقه، ومن أسقط حقه لا يعترض عليه، ولـ "أبي حنيفة" أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور، ويتعبرون بنقصائها، فأشبه الكفائة، بـ "بحر" (١). والمتون على قول "الإمام".

[١١٨١٨] (قوله: فلها نصف المسمى) أي: وليس لهم طلب التكميل؛ لأنه عند بقاء النكاح وقد زال.

[١١٨١٩] (قوله: فلا مهر لها) لأن الفرقاء جاءت من قبل من له الحق، وهي فسخ، "ط" (٢) عن "شرح المنتقى" (٣).

[١١٨٢٠] (قوله: فلها المسمى) هذا في غير السفهية، وفيها لا تفرق بعد الدخول، ولزم مهر المثل كما علمته.

[١١٨٢١] (قوله: لانتهاى النكاح بالموت) فلا يمكن الولى طلب الفسخ، فلا يلزم الإتمام؛ لأنه إنما يلتزمه الزوج لحوف الفسخ، وقد زال النكاح بالموت، "ط" (٤).

مطلب في الوكيل والفضولي في النكاح

[١١٨٢٢] (قوله: أمره بتزويج الخ) شروع في بعض مسائل الوكيل والفضولي، وذكرها

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفائة ٣/١٤٤.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الكفائة ٢/٤٥.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - فصل في الكفائة ١/٣٤٣ (هامش "مجمع الأنهر").

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الكفائة ٢/٤٥.

امراً فزوجه أمةً حازاً وقالوا: لا يصح،.....

في باب الولي لأن الوكالة نوع من الولاية؛ لنفاذ تصرفه على الموكل، ونفاذ عقد الفضولي بالإجازة يجعله في حكم الوكيل، وعقد لذلك في "الكنز"^(١) وغيره فصلاً على حدة.

واعلم أنه لا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل، وإنما ينبغي أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها، "فتح"^(٢).

[١١٨٢٣] (قوله: بتزويج امرأة) أي: منكورة، ويأتي^(٣) محترزة. وأطلق في الأمة فبشمل المكاتبه وأم الولد بشرط أن لا تكون للوكيل للتهمة، وما لو كانت عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو مفلوجة، أو مجنونة خلافاً لهما، أو صغيرة لا تجامع اتفاقاً، وقيل: على الخلاف، "فتح"^(٤). زاد في "البحر"^(٥): ((أو كناية، أو من حلف بطلانها، أو آلى منها، أو في عدة الموكل، أو بغين فاحش في المهر)).

[١١٨٢٤] (قوله: حاز) في بعض النسخ: ((نفذ))، وهي أنسب؛ لأن الكلام في النفاذ لا في الجواز، "ح"^(٦).

[١١٨٢٥] (قوله: وقالوا: لا يصح) أي: إذا رده الأمر، والأولى التعبير ب: لا ينفذ؛ ليفيد أنه موقوف، ووجه قول "الإمام" أن هذا رجوع إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة، ووجه قولهما أن المطلق ينصرف إلى المتعارف، وهو التزوج بالكفاءة، وجوابه أن العرف مشترك في تزوج

(قوله: وجوابه أن العرف مشترك إلخ) نعم وإن كان العرف مشتركاً إلا أن ما يأتي في توجيه الاستحسان يدل على اعتماد قولهما.

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل: لابن العم ١٤٩/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠١/٣ - ٢٠٢.

(٣) المقولة [١١٨٢٩] قوله: ((كما لو أمره بمعينة)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/٣. بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥١/٣. بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الكفاءة في ١٦٢/أ باختصار.

وهو استحسان، "ملتقى" (١) تبعاً لـ "الهداية" (٢) وفي "شرح الطحاوي": ((قولهما أحسن للفتوى))، واختاره "أبو الليث"، وأقره "المصنف"، وأجمعوا أنه لو زوجَهُ بنته الصَّغيرة.....

المكافئات وغيرهن، وتمامه في "الفتح" (٣).

[١١٨٢٦] (قوله: وهو استحسان) قال في "الهداية": ((وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما؛ لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة (٤)، فكانت الاستعانة [١/٧٦ق/٣] في التزوج بالكفاءة)) اهـ.

قال في "الفتح" (٥): ((وفيه إشارة إلى اختيار قولهما؛ لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا في المسائل المعلومة، والحق أن قول "الإمام" ليس قياساً؛ لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص، فكان النظر في: أي الاستحسانين أولى؟)) اهـ. والمراد باللفظ المنصوص لفظ المؤكل.
[١١٨٢٧] (قوله: بنته الصغيرة) فلو كبيرة برضاها لا يجوز عنده خلافاً لهما، ولو زوجَهُ أخته الكبيرة برضاها (٦) جاز اتفاقاً، "بمحر" (٧)، ومثله في "الذخيرة".

(قول "الشَّارح": وأجمعوا أنه لو زوجَهُ بنته الصغيرة أو مؤلَّيته لم يجز إلخ) بناءً على أن الوكيل لا يعتقد مؤكله مع نفسه.

(قوله: والحق أن قول الإمام ليس قياساً إلخ) فيه أن القياس ما كان دليلاً حقيقياً، والاستحسان ما كان دليلاً حقيقياً، وهنا لا شك في ظهور دليله وخفاء دليلهما، تأمل على أن "الطحاوي" قال: ((قولهما أحسن للفتوى)).

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ١/٢٤١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١/٢٠٤.

(٣) انظر "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/٢٠٢ - ٢٠٣.

(٤) في "الهداية": ((الزوج)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/٢٠٣.

(٦) (برضاها) ليست في عبارة "البحر".

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ٣/١٥١.

أَوْ مَوْلِيَّتَهُ لَمْ يَجْزُ، كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِمَعِينَةٍ أَوْ بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ فَخَالَفَ، أَوْ أَمَرْتَهُ بِتَرْوِيجِهَا
وَلَمْ تُعَيَّنْ فَرْوَجُهَا غَيْرَ كَفَاءٍ.....

[١١٨٢٨] (قوله: أَوْ مَوْلِيَّتَهُ) بتشديد الياء كَمَرْمِيَّةٍ: اسمٌ مفعول، أي: التي هي مَوْلى عليها من جهته، أي: له عليها الولاية، وهذا عطفٌ عامٌ على خاص، وذلك كنبت أخيه الصغيرة.

[١١٨٢٩] (قوله: كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِمَعِينَةٍ) محترزٌ قولِ المتن: ((أمرأة)) بالتنكير، ومثله ما لو عيّن المهرَ كالفِ فَرْوَجَهُ بِأَكْثَرٍ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا غَيْرَ عَالِمٍ فَهُوَ عَلَى خِيَارِهِ، فَإِنْ فَارَقَهَا فَلَهَا الْأَقْلُ مِنَ الْمَسْمُومِ وَمَهْرِ الْمَثَلِ، وَلَوْ هِيَ الْمُوَكَّلَةُ وَسَمَّتْ لَهُ أَلْفًا فَرْوَجَهَا، ثُمَّ قَالَ الزَّوْجُ - وَلَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ -: تَزَوَّجْتُكَ بِدَيْنَارٍ، وَصَدَّقَهُ الْوَكِيلُ إِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ أَنَّهَا لَمْ تُوَكَّلْ بِدَيْنَارٍ فَهِيَ بِالْخِيَارِ، فَإِنْ رَدَّتْ فَلَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ، وَلَا نَفَقَةَ عِدَّةٍ لَهَا؛ لِأَنَّ بِالرَّدِّ تَبَيَّنَ أَنَّ الدُّخُولَ حَصَلَ فِي نِكَاحٍ مَوْقُوفٍ، فَيُوجِبُ مَهْرَ الْمَثَلِ دُونَ نَفَقَةِ الْعِدَّةِ^(١)، وَإِنْ كَذَّبَهَا الزَّوْجُ فَالْقَوْلُ لَهَا مَعَ عَمِيْنِهَا، فَإِنْ رَدَّتْ فَبَاقِي الْجَوَابِ بِحَالِهِ^(٢)، وَيَجِبُ الْإِحْتِيَاظُ فِي هَذَا، فَإِنَّهُ رِمَا يَحْصُلُ لَهَا مِنْهُ أَوْلَادٌ ثُمَّ تُنْكَرُ قَدْرًا مَا زَوَّجَهَا بِهِ الْوَكِيلُ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فَتَرُدُّ النِّكَاحَ، "فتح"^(٣) ملخصاً. قال في "البرازية"^(٤): ((وهذا إنْ ذُكِرَ الْمَهْرُ، وَإِنْ لَمْ يُذْكَرْ فَرْوَجَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ، أَوْ زَوَّجَهَا بِأَقْلٍ مِنْهُ كَذَلِكَ صَحَّ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا^(٥)، لَكِنْ لِلأَوْلِيَاءِ حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ دَفْعًا لِلْعَارِ عَنْهُمْ)) اهـ.

(قوله: فَإِنْ رُدَّتْ فَلَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ الْخ) الفرقُ بين هذه والتي قبلها - حيثُ وَجِبَ فِيهَا الْأَقْلُ، وَهَذِهِ وَجِبَ فِيهَا مَهْرُ الْمَثَلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ - مَا فِي "البحر" عن "الخاتبة" حيثُ قال: ((لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا بِالْغَا مَا بَلَغَ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ نَمَّةَ الْمَرْأَةِ رَضِيَتْ بِالْمَسْمُومِ، فَإِذَا بَطَلَ النِّكَاحُ وَوَجِبَ الْعُقْرُ لَا يُزَادُ عَلَى مَا رَضِيَتْ بِهِ، أَمَا هُنَا مَا رَضِيَتْ بِالْمَسْمُومِ فِي الْعَقْدِ فَكَانَ لَهَا بِالْغَا مَا بَلَغَ الْخ)) اهـ.

(١) ((نفقة)) ساقطة من "٦".

(٢) في "د" زيادة: ((قال في "التحسيس": ويجب الاحتياط)). ق ١٥٩/ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/٣-٢٠٤.

(٤) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة فيه ١٣٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) الذي في مطبوعة "البرازية": ((خلافهما))، وهو تحريفٌ كما يدلُّ عليه السياق.

لم يَجْزِ اتِّفَاقًا.
(ولو) زَوَّجَهُ المأمورُ بِنكاحِ امرأةٍ (امرأتين في عَقْدٍ واحدٍ لا) ينفِذُ للمخالفة،
وله أن يُجيزَهما أو إحداهما، ولو في عَقْدَيْنِ لَزِمَ الأوَّلُ.....

وانظر ما قدّمناه^(١) في باب الوليِّ.

[١١٨٣٠] (قوله: لم يَجْزِ اتِّفَاقًا) لأنَّ الكفَاءةَ مُعْتَبِرَةٌ في حَقِّها، فلو كان كَفْتًا إِلَّا أَنَّهُ أَعْمَى أو مُقَعَّدٌ أو صَبِيٌّ أو مَعْتَوَةٌ فهو جَائِزٌ، وكذا لو كان حَصِيًّا أو عَيْنِيًّا وإن كان لها التَّفْرِيقُ بعدَ ذلك، "بجر"^(٢). ثمَّ قال: ((ولو زَوَّجَهَا من أبيه أو ابْنِهِ لم يَجْزِ عنده، وفي كلِّ موضعٍ لا ينفِذُ فعلُ الوكيلِ فالعَقْدُ موقوفٌ على إجازةِ المُوكَّلِ، وحكمُ الرِّسُولِ كحكمِ الوكيلِ في جميعِ ما ذكرنا، وتوكيلُ المرأةِ المُتزوِّجةِ بالتزويجِ إذا طَلَّقَتْ [٣/٧٦٦ب] وانقَضَتْ عِدَّتُها صحیحٌ، كوكيلِهِ أن يُزَوِّجَهُ المُتزوِّجةَ، فطَلَّقَتْ وَحَلَّتْ فزَوَّجَهَا فَإِنَّهُ صحیحٌ)).

[١١٨٣١] (قوله: بِنكاحِ امرأةٍ) نَكَرَها دَلَالَةٌ على أَنَّهُ لو عَيَّنَّها فزَوَّجَهَا مع أُخْرَى لا يَكُونُ مَخَالَفَةً، بل ينفِذُ عليه في المَعِينَةِ، وفي "الحَنَافِيَّةِ"^(٣): ((وَكَلَّهُ بِأَن يُزَوِّجَهُ فَلانَةٌ أو فَلانَةٌ فَأَيُّهُمَا زَوَّجَهُ جاز، ولا يَبْطُلُ التَّوَكُّيلُ بِهِذِهِ الجُهَالَةِ))، "نهر"^(٤).

[١١٨٣٢] (قوله: للمخالفة) تعليلٌ قاصِرٌ، وعبارةُ "الهُدَايَةِ"^(٥): ((لأنَّهُ لا وَجْهَ إلى تَنْفِيذِهِمَا للمخالفة، ولا إلى التَّنْفِيذِ في إِحْدَاهُمَا غيرَ عَيْنٍ للجُهَالَةِ، ولا إلى التَّعْيِينِ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، فَتَعْيِنَ التَّفْرِيقُ)) اهـ.

[١١٨٣٣] (قوله: وله أن يُجيزَهما أو إحداهما) اعترضَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٦) بهذا على قولِ

(١) المقولة رقم [١١٥٥٢] قوله: ((قبل: بشرط))، و ص ٢٣١ - (تبيينه).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥١/٣.

(٣) "الحنافية": كتاب النكاح - فصل في الوكالة ٣٤٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح ق ١٧٧/أ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/١.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيره ١٣٤/٢.

وتوقف الثاني، ولو أمره بامرأتين في عُقْدَةٍ، فزوجه واحدة أو اثنتين في عُقْدَتَيْنِ جاز، إلا إذا قال: لا تزوجني إلا امرأتين في عُقْدَةٍ أو في عُقْدَتَيْنِ لم تجز المخالفة...

"الهداية"^(١): ((فتعين التفريق))، وأجاب في "البحر"^(٢): ((بأن مرادُه عند عدم الإجازة، فإن أجاز نكاحهما أو إحداهما نفلاً)).

[١١٨٣٤] (قوله: وتوقف الثاني) لأنه فضولي فيه، "ط"^(٣).

[١١٨٣٥] (قوله: إلا إذا قال إلخ) في "غاية البيان": ((أمره بامرأتين في عُقْدَةٍ فزوجه واحدة جاز، إلا إذا قال: لا تزوجني إلا امرأتين في عُقْدَةٍ فلا يجوز)) اهـ، أي: لا يجوز أن يزوجه واحدة، فلو زوجه اثنتين في عُقْدَتَيْنِ فالظاهر عدم الجواز؛ لأن قوله: ((في عُقْدَةٍ)) داخل تحت الحصر، وهو المفهوم من كلام "الشارح".

٣٢٥/٢

وفي "المحيط": ((أمره بامرأتين في عُقْدَةٍ، فزوجهما في عُقْدَتَيْنِ جاز، وفي: لا تزوجني امرأتين إلا في عُقْدَتَيْنِ^(٤) فزوجهما في عُقْدَةٍ لا يجوز، والفرق: أنه في الأول أثبت الوكالة حالة الجمع ولم ينفها حالة التفرد نضاً بل سكّيت، والتتصيص على الجمع لا ينفي ما عداه، وفي الثاني نفاها حالة التفرد، والنفي مفيد لما في الجمع من تعجيل مقصوده^(٥)، فلم يصير وكلاً حالة الانفراد^(٦))) اهـ. والظاهر: أن في صورة النفي هذه لو زوجه امرأة يصح، ولا يتوقف على تزويج الثانية

(قوله: وفي: لا تزوجني امرأتين إلا في عُقْدَتَيْنِ فزوجهما في عُقْدَةٍ لا يجوز إلخ) هكذا عبارة "البحر" عن "المحيط"، ولعل أصلها: إلا في عُقْدَةٍ فزوجهما في عُقْدَتَيْنِ؛ بدليل ما ذكره من الفرق:

(١) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥٠/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٤) ((إلا في عقّاتين)) ساقط من "ط".

(٥) في "د" زيادة: ((فلا بد من مراعاة النفي فلم يصير...)). ق ١٥٩/ب.

(٦) في "د" زيادة: ((بمجر "عن المحيط")).

(ولا يتوقف الإيجاب على قبول غائب عن المجلس في سائر العقود) من نكاح وبيع وغيرهما، بل يبطل الإيجاب،.....

في عقد آخر، وكذا في صورة النفي في كلام "الشارح"، وهي: لا تزوجني إلا امرأتين في عقدتين، وهو خلاف المفهوم من كلامه، فتأمل.

[١١٨٣٦] (قوله: على قبول غائب) أي: شخص غائب، فإذا أوجب الحاضر وهو فضولي من جانب أو من الجانبين لا يتوقف على قبول الغائب، بل يبطل وإن قبل العاقد الحاضر بأن تكلم بكلامين كما يأتي^(١). وقيد بالغائب لأنه لو كان حاضراً فتارة يتوقف كالفصوليين، وتارة ينفذ بأن لم يكن فضولياً ولو من جانب كما في الصور الخمس الآتية^(٢).

[١١٨٣٧] (قوله: في سائر العقود) قال "المصنف" في "المنح"^(٣): ((هو أولى مما وقع في "الكثر"^(٤) من قوله: على قبول [٣/٧٧] نكاح غائب؛ لأنه ربما أفهم الاختصاص بالنكاح وليس كذلك)).

[١١٨٣٨] (قوله: بل يبطل) لما كان يُتوهم من عدم التوقف أنه تام اكتفاءً بالإيجاب وحده

(قوله: وهو خلاف المفهوم من كلامه الخ) فيه أنه في الصورة الأولى من "الشارح" أثبت له ولاية جمع المرأتين في عقد واحد ونفى التفريق، فإذا جمعتهما في عقد نفذ، وإذا فرّق لا ينفذ، وفي الثانية أثبتت حالة الانفرد ونفاها حالة الجمع فيمجرد وجود العقد على واحدة ينفذ لعدم المخالفة لوجود التفريق فلا يتوقف على تزويج الثانية، فليس في كلامه ما يدل على أنه إذا زوجه واحدة لا ينفذ إلا إذا زوجه الأخرى، غاية ما أفاده أنه ليس له ولاية الجمع فيها.

(١) المقولة [١١٨٤٦] قوله: ((وإن تكلم بكلامين)).

(٢) "در" ص ٣٢٩-٣٣٠.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الكفاءة ١/١٢٢ ب.

(٤) انظر "شرح العيني على الكثر": كتاب النكاح - باب الأولياء - فصل في بيان الوكالة بالنكاح وغيرها ١٥٠/١.

ولا تلحقه الإجازة اتفاقاً.

(ويتولى طرفي النكاح واحد) بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور: كأن كان ولياً، أو وكيلاً من الجانبين^(١)، أو أصيلاً من جانب ووكيلاً أو ولياً من آخر،

دفع هذا الإيهام بالإضراب، ومحل البطلان إذا لم يقبل فصولي عن الغائب، أما إذا قبل عنه توقف على الإجازة، "ط"^(٢).

[١١٨٣٩] (قوله: ولا تلحقه الإجازة) يعني: أنه إذا بلغ الآخر الإيجاب قبل لا يصح العقد؛ لأن الباطل لا يجاز، "ط"^(٣).

[١١٨٤٠] (قوله: يقوم مقام القبول) كقوله مثلاً: زوّجت فلانة من نفسي، فإنه يتضمن الشطرين، فلا يحتاج إلى القبول بعده، وقيل: يشترط ذكر لفظ هو أصيل فيه ك: تزوّجت فلانة، بخلاف ما هو نائب فيه ك: زوّجتها من نفسي، وكلام "الهداية"^(٤) صريح في خلافه كما في "البحر"^(٥) عن "الفتح"^(٦).

[١١٨٤١] (قوله: ولياً أو وكيلاً من الجانبين) ك: زوّجت ابني بنت أخي، أو زوّجت مؤكلي فلاناً مؤكلي فلانة، قال "ط"^(٧): ((ويكفي شاهدان على وكالته ووكاليتها وعلى العقد؛ لأن الشاهد يتحمل الشهادات العديدة)) اهـ. وقدّمنا^(٨) أن الشهادة على الوكالة لا تلزم إلا عند الجحود. [١١٨٤٢] (قوله: ووكيلاً أو ولياً من آخر) كما لو وكلته امرأة أن تزوّجها من نفسه^(٩).

(١) في "د" زيادة: (قوله: كأن كان ولياً أو وكيلاً من الجانبين إلخ، قال: القهستاني: "كأن يزوّج ابنته من ابن أخيه، أو بنت أخيه من ابنه، وهما صغيران. انتهى)). ق ١٦٠/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥٠/٣ بتصرف.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٧/٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٨) المقولة [١١٨٢٢] قوله: ((أمره بتزويج إلخ)).

(٩) في "د" زيادة: ((نزع: وكلته أن يزوّجها منه غداً بعد الظهر فزوّجه قبل الظهر أو بعد الغد لا يجوز، كذا في "الهدية" -

أو ولياً من جانبٍ وكيلاً من آخر ك: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْ مُوَكَّلِي (ليس) ذلك الواحد (بفضولي) ولو (من جانب) وإن تكلم بكلامين على الرَّاجِح؛

أو كانت له بنتٌ عمٌ صغيرة لا ولي لها أقرب منه فقال: تَزَوَّجْتُ مُوَكَّلِي أَوْ بِنْتَ عَمِّي.
[١١٨٤٣] (قوله: ك: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْ ^(١) مُوَكَّلِي) مثال للصورة الخامسة، ولا بد من التعريف بالاسم والنسب، وإنما لم يذكره لأنه مرَّ بيانه ^(٢).

[١١٨٤٤] (قوله: ليس ذلك الواحد) أي: المتولَّى للطرفين ((بفضولي)) كما في الخمس المارة ^(٣).
[١١٨٤٥] (قوله: ولو من جانب) أي: سواء كان فضولياً من جانبٍ واحدٍ أو من جانبين، أي: جانب الزوج والزوجة، فإذا كان فضولياً منهما أو كان فضولياً من أحدهما، وكان من الآخر أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً ففي هذه الأربع لا يتوقف، بل يطلُّ عندهما خلافاً لـ "الثاني" حيث قال: إنه يتوقف على قبول الغائب كما يتوقف اتفاقاً لو قبل عنه فضولي آخر، والخمسة السابقة ^(٤) نافذة اتفاقاً، وبقي صورة عشرة عقلية، وهي الأصيل من الجانبين لم يذكرها لاستحالتها.

[١١٨٤٦] (قوله: وإن تكلم بكلامين) أي: بإيجاب وقبول ك: زَوَّجْتُ فَلَانًا وَقَبِلْتُ عَنْهُ ^(٥)، وهذه مبالغة على المفهوم، وهو أن الواحد لا يتولَّى طرفي النكاح عندهما إذا كان فضولياً

- قلت: ولكن في وكالة "البرازية": الشركة في الأظهر تتوقف، والوكالة لا، حتى لو قال: وكلتك ببيع عبدي اليوم فباعه غداً يجوز. قال: ومثله في "شرح الطحاوي": أنت وكيل غداً في بيع عبدي هذا صار وكيلاً في الغد وبعده، لا قبله. اه فتأمل.)) ق ١٦٠/أ.

(١) ((من)) ساقطة من "الأصل" و"ب" و"ب".

(٢) "در" ص ٣٢٩-٣٣٠.

(٣) "در" ص ٣٢٩- وما بعدها.

(٤) "در" ص ٣٢٩- وما بعدها.

(٥) في "د" زيادة: ((لم يكن متوقفاً على قولهما، وعند أبي يوسف: يتوقف، لأنه لو كان مأموراً من الجانبين ينعقد، فإذا كان فضولياً يتوقف، ولهما أن الموجود شرط العقد، وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس، وهو الحق لاتفاق أهل المذهب في نقل قولهما على أن الفضولي لا يتولَّى الطرفين. من "البحر" ملخصاً.)) ق ١٦٠/أ.

لأن^(١) قبوله غير معتبر شرعاً؛ لما تقرّر أن الإيجاب لا يتوقف على قبول غائب.
(ونكاح عبدٍ وأمّةٍ بغير إذن السيّد موقوف) على الإجازة.....

ولو من جانب، سواء تكلم بكلام واحدٍ أو بكلامين خلافاً لما في حواشي "الهداية" و"شرح الكافي": ((من أنه إنما يبطلُ عندهما إذا تكلم بكلام واحدٍ، أمّا [٣/٧٧٧ب] لو تكلم بكلامين فإنه لا يبطلُ، بل يتوقفُ على قبول الغائب اتفاقاً))، وردّه في "الفتح"^(٢): ((بأن الحقّ خلافه، وأنه لا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب، وإنما المنقول أن الفضوليّ الواحد لا يتولّى الطرفين عندهما، وهو مطلق)).

[١١٨٤٧] (قوله: لأن قبوله) أي: الفضوليّ المتولّي الطرفين.

[١١٨٤٨] (قوله: لما تقرّر إلخ) حاصله أن الإيجاب لما صدر من الفضوليّ، وليس له قابل في المجلس - ولو فضولياً آخر - صدر باطلاً غير متوقفٍ على قبول الغائب، فلا يفيد قبول العاقد بعده، ولم يخرج بذلك عن كونه فضولياً من الجانبين، قال في "الفتح"^(٣): ((إن كون كلامي الواحد عقداً تاماً هو أثر كونه مأموراً من الطرفين، أو من طرفٍ وله ولاية الطرف الآخر)).

[١١٨٤٩] (قوله: ونكاح عبدٍ) أي: ولو مُدبراً أو مكاتباً، "نهر"^(٤).

[١١٨٥٠] (قوله: وأمّة) أي: ولو أمّ ولدٍ، "نهر"^(٥).

[١١٨٥١] (قوله: على الإجازة) أي: إجازة السيّد، أو إجازة العبد بعد الإذن المتأخر عن العقد؛ لما في "البحر"^(٦) عن "التحنيص": ((لو تزوّج بغير إذن السيّد ثمّ أذن لا ينفذ؛ لأنّ الإذن

(١) في "د" و"و": ((اذ)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٠/٣ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٠/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح ق ١٧٦/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح ق ١٧٦/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٨/٣.

(كنكاح الفضولي) سيحى في البيوع توقف عقودِه كلها إن لها مُجيزاً حالة العَقْدِ،
والأ^(١) تبطل.....

ليس بإجازة، فلا بد^(٢) من إجازة العبدِ العاقِدِ وإن صدرَ العَقْدُ منه)) اهـ.

[١١٨٥٢] (قوله: كنكاح الفضولي) أي: الذي باشره مع آخر أصيل أو ولي أو وكيل أو فضولي، أما لو تولى طرفي العَقْدِ وهو فضولي من الجانبين أو أحدهما فإنه لا يتوقف خلافاً لـ "أبي يوسف" كما مر^(٣)، قال في "البحر"^(٤): ((الفضولي: من يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة، أو لنفسه وليس أهلاً. وإنما زناه - أي: قوله: أو لنفسه - ليدخل نكاح العبد بلا إذن إن قلنا: إنه فضولي، وإلا فهو ملحق به في أحكامه)) اهـ.

٣٢٦/٢

والصبي كالعبد، وإنما قال: ((من يتصرف)) لا: مَنْ يَعْقِدُ لِيَدْخُلَ اليمين، كما لو علق طلاق زوجة غيره على دخول الدار مثلاً، فإنه يتوقف على إجازة الزوج، فإن أجاز تعلق، فتطلق^(٥) بالدخول بعد الإجازة لا قبلها ما لم يقل الزوج: أجزت الطلاق علي، ولو قال: أجزت هذا اليمين علي لزمته اليمين، ولا يقع الطلاق ما لم تدخل بعد الإجازة كما في "الفتح"^(٦) عن "الجامع"^(٧) و"المتقى".

[١١٨٥٣] (قوله: إن لها مُجيزاً إلخ) فسّر المجيز في "النهاية" بـ: ((قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً أو وكيلاً أو أصيلاً))، وقال فيها في فصل بيع الفضولي: ((لو باع الصبي ماله،

(١) في "ط": ((ولا تبطل)).

(٢) في "أ": ((فلا يعد)) وهو تحريف.

(٣) المقولة [١١٨٤٥] قوله: ((ولو من جانب)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٧/٣.

(٥) ((فتطلق)) ساقطة من "أ".

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٨/٣.

(٧) "الجامع الكبير": كتاب الطلاق - باب الطلاق يكون من غير زوج فيجيزه ص ١٨٣ -.

أو اشترى، أو تزوج، أو زوج أمته، أو كاتب عبده ونحوه توقّف على إجازة الولي، [٣/٧٨٤] فلو بلغ هو فأجاز نفذ. ولو طلق، أو خلع، أو اعتق عبده على مال أو بدونه، أو وهب، أو تصدق، أو زوج عبده، أو باع ماله بمحاباة فاحشة، أو اشترى بعين فاحش أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كان باطلاً لعدم المحيز وقت العقد، إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد، فيصح على وجه الإنشاء، كأن يقول بعد البلوغ: أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق)) اهـ.

قال في "الفتح"^(١): ((وهذا يوجب أن يُفسر المحيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد، لا بالقابل مطلقاً، ولا بالولي؛ إذ لا يتوقف في هذه الصور وإن قبل فضولي آخر أو ولي؛ لعدم قدرة الولي على إمضاها، فعلى هذا فما لا يحيز له - أي: ما ليس له من يقدر على الإجازة - يبطل، كما إذا كان تحت حرة فزوجه الفضولي أمه، أو أخت امرأته، أو خامسة، أو معتدة، أو مجنونة، أو صغيرة يتيمه في دار الحرب، أو إذا لم يكن سلطاناً ولا قاضٍ لعدم من يقدر على الإمضاء في حالة العقد، فوقع باطلاً، حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عده المعتدة فأجاز لا ينفذ، وأما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء)) اهـ ملخصاً.

وقوله: ((وأما إذا كان)) أي: وجد سلطاناً أو قاضٍ في مكان عقد الفضولي على المجنونة أو اليتيم، فيتوقف، أي: وينفذ بإجازتها بعد عقلها أو بلوغها؛ لأن وجود المحيز حالة العقد لا يلزم كونه من أولياء النسب كما تقدم^(٢) في الباب السابق قبيل قوله: ((ولولي الأبعد التزويج بغيبة الأقرب)).

قوله: إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء إلخ) سيأتي في أول الطلاق أنه لو قال بعد بلوغه: أوقعت وقع لأنه ابتداء إيقاع؛ لأن الضمير راجع إلى جنس الطلاق، ومثله لو قال: أوقعت ذلك الطلاق، بخلاف قوله: أوقعت الذي تلفظته فإنه إشارة إلى المعنى الذي حكم ببطلانه إلخ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٨/٣-١٩٩.

(٢) "در" ص ٢٧٢- وما بعدها.

(ولابن العم أن يزوج بنت عمه الصغيرة) فلو كبيرة فلا بد من الاستئذان، حتى لو تزوجها بلا استئذان، فسكتت أو أفصحت بالرضا لا يجوز عندهما، وقال "أبو يوسف": يجوز، وكذا المولى المعتق والحاكم والسلطان، "جوهرة".....

[١١٨٥٤] (قوله: ولابن العم الخ) هذه من فروع قوله: ((ويتولى طربي النكاح واحد ليس بفضولي من جانب))، فيتولاه هنا بالأصالة من جانب والولاية^(١) من جانبها، ومثل الصغيرة المعتوهة والمجنونة، ولا يخفى أن المراد: حيث لا ولي أقرب منه.

[١١٨٥٥] (قوله: فلا بد من الاستئذان) أي: إذا زوجها لنفسه لا بد من استئذانها قبل العقد. [١١٨٥٦] (قوله: لا يجوز عندهما) لأنه تولى طربي النكاح وهو فضولي من جانبها، فلم يتوقف عندهما بل بطل كما مر^(٢)، وإذا لم يتوقف لا ينفذ بالإجازة بعده بالسكوت أو الإفصاح، وهذا إذا زوجها لنفسه كما قلنا^(٣)، أما لو زوجها لغيره بلا استئذان سابق فسكتت بكراً، أو أفصحت بالرضا تيباً يكون إجازة؛ لأنه انعقد موقفاً؛ لكونه لم يتول الطرفین بنفسه، [٣/٧٨٤ب] بل باشر العقد مع غيره من أصيل أو ولي أو وكيل أو فضولي، فتكون المسألة حيثئذ من فروع قوله: ((كنكاح فضولي)).

[١١٨٥٧] (قوله: "جوهرة"^(٤)) جميع ما تقدم من قوله: ((ولابن العم)) إلى قوله: ((السلطان)).

(قول "الشارح": وكذا المولى المعتق والحاكم الخ) قال "الرحمني": ((أي: كما أن ابن العم لا يزوج الكبيرة من نفسه إلا بعد الاستئذان كذا سائر الأولياء، ومنهم المولى المعتق والحاكم والسلطان؛ لأنهم لا ولاية لهم مجبرة على الحرّة البالغة العاقلة، ولم تعرض للصغيرة، وحكمها: أنه يزوجها من نفسه إذا لم يوجد مانع، كما في القاضي والسلطان)) اهـ. وعلى هذا تكون عبارة "الجوهرة" محررة.

(١) في "٣": ((الوكالة)) وهو تحريف.

(٢) المقولة [١١٨٤٥] قوله: ((ولو من جانب)).

(٣) المقولة [١١٥٤١] قوله: ((ولو زوجها لنفسه)).

(٤) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧/٢٨٧.

يعني: بخلاف الصَّغِيرَةِ كما مرَّ، فليحرَّرْ.....

عبارة "الجوهرة"، "ح" (١).

[١١٨٥٨] (قوله: يعني: بخلاف الصَّغِيرَةِ إلخ) توضيحُه: أن قول "الجوهرة" (٢): ((وَكذا المولى إلخ)) إشارة إلى أن ذكر ابن العمِّ أولاً غير قيدٍ، بل المرادُ به مَنْ له ولاية التَّزْوِجِ والتَّزْوِيجِ، وظاهرُه أن هذا التعميم جارٍ في الصَّغِيرَةِ والكبيرة، أي: يُزَوِّجُ المولى الصَّغِيرَةَ من نفسه، وكذا الكبيرة لكن بالاستئذان، وهذا صحيحٌ في الكبيرة، أمَّا الصَّغِيرَةُ فلا؛ لأنه ليس للحاكم والسُّلْطَانِ أن يتزوَّجا (٣) صغيرةً لا وليَّ لها غيرهما؛ لأنَّ فعلهما حكمٌ، فيتعيَّن أن يكون قول "الجوهرة": ((وَكذا إلخ)) راجعاً إلى قوله: ((فلو كبيرة)) لبيان تعميم الوليِّ فيها فقط، وهذا معنى قول "الشَّارح": ((بخلاف الصَّغِيرَةِ كما مرَّ (٤))، أي: في الفروع من الباب السَّابِقِ في قوله: ((ليس للقاضي تزويج الصَّغِيرَةِ من نفسه إلخ))، لكن بعد حمل كلام "الجوهرة" على هذا يبقى فيه إشكالٌ آخرٌ، وهو أن الحاكم والسُّلْطَانِ لا يُزَوِّجان الصَّغِيرَةَ لأنفسهما (٥)؛ لأنَّ فعلهما حكمٌ كما مرَّ (٦)، وهذا لا يظهُرُ في المولى المُعْتَقِ، فقراءتهُ معهما في الذَّكْرِ وإنَّ ظهَرَ بالنسبة إلى الكبيرة لكنَّه لا يظهُرُ بالنسبة إلى الصَّغِيرَةِ المفهومة من التقييد بالكبيرة، فلذا قال: ((فليحرَّرْ))، فافهم.

والذي يظهُرُ: أنه لا مانعٌ من تزويج المولى المُعْتَقِ مُعْتَقَتَهُ الصَّغِيرَةَ لنفسه حيث لا وليَّ أقربَ منه؛ لأنه حينئذٍ هو الوليُّ المُجِبُّ، فيكونُ أصيلاً من جانبِهِ وليّاً من جانبِها كابن العمِّ، فيكونُ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الكفاءة ق ١٦٢/أ.

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٣) في "الأصل": ((يزوجا))، وهو خطأ.

(٤) "در" ص ٢٧٠.

(٥) في "م": ((لنفسهما)).

(٦) "در" ص ٢٧٠.

(من نفسه) فيكون أصيلاً من جانبٍ ولياً من آخر (كما للوكيل) الذي وكلته أن يُزوّجها من نفسه^(١)،

داخلاً تحت قولهم: ويتولى طرفي النكاح واحد ليس بفضولي من جانب، ولا يعارض ذلك عبارة "الجوهرة" التي هي غير محررة؛ إذ لولا وجود المانع في الحاكم - وهو أن فعله حكم - لكان داخلاً تحت هذه القاعدة، ولا مانع في المولى، فيبقى داخلاً تحتها، وأيضاً لو كان المولى كالحاكم يلزم أن لا يملك تزويجها من ابنه ونحوه ممن لا تقبل شهادته له، وبخالفه ما في "الفتح"^(٢) عن "التجنيس": ((لو زوّج القاضي الصغيرة التي هو وليها من ابنه لا يجوز كالكوكيل بخلاف سائر الأولياء؛ لأن تصرف القاضي حكم، وحكمه لا يبيح ولا يحرم بخلاف تصرف الولي)) اهـ.

٣٢٧/٢

فقوله: ((بخلاف سائر الأولياء)) يشمل المولى المعتق، فهذا صريح في أنه ليس كالقاضي.

(تبيين)

[٣/٧٩ق] تقدم^(٣) أن المعتق أحر العصبات، وأن له ولاية التزويج ولو كان امرأة، ثم بنوه وإن سفلوا، ثم عصبته من النسب على ترتيبهم كما في "الفتح"^(٤)، وحيث علمت أن له تزويج الصغيرة لنفسه فكذا بنوه وعصبته، وكذا لو كان امرأة تزوّج معتقها الصغير لنفسها، والله تعالى أعلم.

[١١٨٥٩] (قوله: من نفسه) في "المغرب"^(٥): ((زوّجته امرأة، وتزوّجت امرأة، وليس في

كلامهم: تزوّجت بامرأة، ولا تزوّجت منه امرأة^(٦))).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: من نفسه، صوابه: نفسه بإسقاط [من])). ق ١٦٠/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣ باختصار.

(٣) المقولة [١١٦٨٠] قوله: ((فيقدم ابن المخطونة على أبيها)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٥) "المغرب": مادة (زوّج).

(٦) في "د" زيادة: ((أبو السعود عن الحموي، وفي "القاموس": زوجته امرأة، وتزوّجت امرأة، وبها، أو هذه قليلة

﴿وَزَوَّجَتْهُمْ بِمُحْرِمِينَ﴾ قرناهم)) ق ١٦٠/أ.

فإنَّ له (ذلك) فيكونُ أصيلاً من جانبٍ وكيلاً من آخرٍ (بخلافِ ما لو وكتَّهُ بتزويجها

[١١٨٦٠] (قوله: فإنَّ له ذلك) أي: تزويجها لنفسه بشرطٍ أن يعرفها الشهود، أو يُذكرَ اسمها واسمُ أبيها وجدها، أو تكونَ حاضرةً مُتَّقِبةً، فتكفي الإشارةُ إليها، وعند "الخصاف" لا يشترطُ كلُّ ذلك، بل يكفي قوله: زَوَّجْتُ نَفْسِي مِنْ مُوَكَّلَتِي كَمَا بَسَطَهُ فِي "الفتح" (١) و"البحر" (٢)، وقدمنا (٣) الكلامَ عليه عند قوله: ((ويشترطُ حضورُ شاهدين)).

ثمَّ إنَّ قول "الشارح": ((فإنَّ له)) أخرجَ إعرابَ المتنِ عن أصله، ولا يضرُّ ذلك؛ لأنَّه لم يُغيِّرِ اللَّفْظَ، وإنما زاده لإصلاحِ المتن، فإنَّ قول "المصنِّف": ((كما للوكيل)) الكافُ فيه للتشبيهِ بمسألةِ ابنِ العمِّ، و((ما)) مصدريةٌ أو كافيةٌ، و((للكيل)) خبرٌ مُقَدِّمٌ، والمصدرُ المُنسَبُكُ من ((أن)) وصلَّتها مبتدأً مُؤخَّرٌ، واسمُ الإشارةِ بدلٌ منه، وفيه أمران:

الأوَّلُ: إطلاقُ الوكيلِ مع أنَّ المراد منه وكيلٌ مُقَيَّدٌ، بأنَّ زَوَّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ.

والثاني: أنَّه لا حاجةٌ إلى زيادةِ اسمِ الإشارةِ، فأصلُ "الشارح" الأوَّلُ زيادةُ قوله: ((الذي وكتَّهُ)) والثاني زيادةُ قوله: ((فإنَّ له))، وحيثُ قدِّمَ قوله: ((للكيل)) خبرٌ لمبتدأٍ محذوفٍ تقديره: أنَّ زَوَّجَ مِنْ نَفْسِهِ، ولم يُصرِّحْ به لدلالةِ التشبيهِ عليه، وقوله: ((الذي وكتَّهُ إلخ)) نعتٌ للوكيلِ،

(قوله: الكافُ فيه للتشبيهِ بمسألةِ ابنِ العمِّ وما مصدريةٌ إلخ) حقُّه بمسألةِ الوكيلِ؛ فإنَّها هي التي دخلتْها الكافُ، وجعلُ (ما) مصدريةً - على ما قرَّره - لا يظهرُ صحتهُ لعدمِ وجودِ فعلٍ بعدها. سابقةٌ هي له، نعم يجوزُ أن تكونَ مصدريةً فعلٌ يتعلَّقُ به قوله: ((للكيل)) أي: يجوزُ، وفاعلهُ المصدرُ المُنسَبُكُ بعده، لكن على هذا لا يندفعُ الأمرُ الأوَّلُ إلا بإعادةِ الوكيلِ الخاصِّ، كما ذكره "الشارح".

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٦/٣-١٩٧.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٦/٣-١٤٧.

(٣) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

(٤) ((أن يزوج)) ساقط من "الأصل".

مِنْ رَجُلٍ فَرَّوَجَهَا مِنْ نَفْسِهِ) لَأَنَّهَا نَصَبَتْهُ مُزَوَّجًا لَا مُتَزَوَّجًا (أَوْ وَكَلَّتُهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي أَمْرِهَا، أَوْ قَالَتْ لَهُ: زَوْجٌ نَفْسِي مِمَّنْ شِئْتُ).....

ولا يخفى حسنُ هذا السَّببِ، نعم يمكنُ إصلاحُ كلامِ المتنِ بدوْنِهِ بجَعْلِ اسْمِ الإِشَارَةِ مَبْتَدَأً و((لِلوَكِيلِ)) خَبْرَهُ، وَقَوْلُهُ: ((أَنْ يُزَوِّجَهَا)) عَلَى تَقْدِيرِ الْبَاءِ الْجَارَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالوَكِيلِ، وَهَذَا وَإِنْ صَحَّ لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَبَادِرٍ مِنْ هَذَا اللَّفْظِ، وَعَلَى كُلِّ فَلَا خَلَلَ فِي كَلَامِ "الشَّارِحِ"، فَافْهَم.

[١١٨٦١] (قَوْلُهُ: مِنْ رَجُلٍ) أَي: غَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَكَذَا الْمُعَيَّنُ بِالْأَوَّلَى، وَفِي "الْمُهَنْدِيَّةِ"^(١) عَنْ "الْمُهَيْطِ": ((رَجُلٌ وَكَلَّ امْرَأَةً أَنْ تُزَوِّجَهُ، فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ لَا يَجُوزُ)) اهـ.

[١١٨٦٢] (قَوْلُهُ: فَرَّوَجَهَا مِنْ نَفْسِهِ) وَكَذَا لَوْ زَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" كَمَا قَدَّمَاهُ^(٢) عَنْ "الْبَحْرِ"؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَعْقِدُ مَعَ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ لِلتُّهْمَةِ.

[١١٨٦٣] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهَا إِخْرَجَتْهُمُ الْجَوَازَ لَوْ زَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ، وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ.) [٣/٧٩ب]

[١١٨٦٤] (قَوْلُهُ: أَوْ وَكَلَّتُهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي أَمْرِهَا) لِأَنَّهُ لَوْ أَمَرَتْهُ بِتَزْوِيجِهَا لَا يَمْلِكُ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ، فَهَذَا أَوَّلَى، "مُهَنْدِيَّةً"^(٣) عَنْ "التَّحْنِيسِ".

قلت: ومقتضى التعليل صحة تزويجها من غيره، وينبغي تقييده بالقرينة، وينبغي أنه لو قامت قرينة على إرادة تزويجها منه أنه يصح، كما لو خطبها لنفسه فقالت: أنت وكيل في أموري.

[١١٨٦٥] (قَوْلُهُ: أَوْ قَالَتْ لَهُ) فِي غَالِبِ النُّسَخِ بـ ((أَوْ))، وَفِي بَعْضِهَا بِالْوَاوِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٤) وَغَيْرِهِ، فَهِيَ مَسْأَلَةٌ ثَانِيَةٌ، وَنَقَلَ "المُصَنِّفُ"^(٥) فِي "الْمَنْحِ"^(٥) عَنْ "جَوَاهِرِ

(١) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب السادس في الوكالة وغيرها ٢٩٥/١.

(٢) المقولة [١١٨٣٠] قوله: ((لم يجز اتفاقاً)).

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب السادس في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٩٥/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٦/٣.

(٥) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الكفاءة ١/١٢٣ باختصار.

لم يصح تزويجها من نفسه كما في "الخائفة"، والأصل أن الوكيل معرفةً بالخطاب، فلا يدخل تحت التكررة.

(ولو أجاز) مَنْ له الإجازة^(١) (نكاح الفضولي بعد موته صح) لأن الشرط قيام المعقود له وأحد العاقدين لنفسه فقط (بخلاف إجازة بيعه) فإنه يشترط قيام..

الفتاوى: ((أنه يصح))، قال "البيدوي"^(٢): ((لعل هذا القائل ذهب إلى أنها علمت من الوكيل أنه يريد تزويجها، فحينئذ يجوز)).

[١١٨٦٦] (قوله: لم يصح) أي: لم ينفذ، بل يتوقف على إجازتها؛ لأنه صار فضولياً من جانبها.
[١١٨٦٧] (قوله: والأصل إلخ) بيانه أن قولها: وكلتك أن تزوجني من رجل الكاف فيه للخطاب، فصار الوكيل معرفة، وقد ذكرت رجلاً منكراً، والمعرف غيره، وكذا قولها: ممن شئت، فإنه بمعنى: أي رجل شئت.

[١١٨٦٨] (قوله: وأحد العاقدين) هو العاقد لنفسه كما في "البحر"^(٣)، أي: سواء كان

(قول "الشارح": لم يصح تزويجها إلخ) وذلك بخلاف ما لو قال في الوصية: ضغ ثلث مالي حيث شئت كان له أن يضعه عند نفسه كما في "اللولوالية" والفرق فيها.

(قوله: لم ينفذ بل يتوقف إلخ) الظاهر أنه يقع باطلاً لكونه من أحد الجانبين فضولياً، تأمل.

(قول "الشارح": وأحد العاقدين لنفسه إلخ) عبارة "البحر": ((وأحد العاقدين لنفسه))، وقال^(٤) في "حاشيته": ((في العبارة تسامح، والأولى: وأحد العاقدين وهو العاقد لنفسه فقط)) اهـ. ونسخ الخط من "الدر" ليس فيها زيادة قوله: ((لنفسه)) وحينئذ يظهر قول "المحشي": ((هو العاقد لنفسه)).

(قوله: هو العاقد لنفسه إلخ) الذي يظهر أن العقد لا يطل بموت الوكيل أو الولي، وعليه يكون المراد بالعاقد لنفسه ما يشمل العاقد لنفسه حقيقة وهو الأصيل، أو حكماً وهو الموكل والصغير ونحوهما؛ فإنهم

(١) في "د" زيادة: ((ولو مات أحد الزوجين قبل الإجازة لا يرت الأخر؛ لأن النكاح موقوف فيطل بالموت، كما في "الهداية"))، ق ١٦٠/أ.

(٢) جلال الدين البيدوي: كذا في "المنح".

(٣) وعبارته كما في نسختنا: ((وأحد العاقدين لنفسه)) كما ذكر الرافعي.

(٤) أي: ابن عابدين في "منحة للخالق" ١٤٩/٣ (هامش "البحر الرائق").

أربعة أشياء كما سيحيء.

(فروع) الفضولي قبل الإجازة لا يملك نقض النكاح.....

أصيلاً أو ولياً أو وكيلاً، فإنه عاقد لنفسه. بمعنى أنه غير فضولي، تأمل. وانظر ما لو كان فضولياً، بأن كان كل من العاقدتين فضوليين، والظاهر أن الشرط قيام المعقود لهما^(١) فقط.

(قوله: أربعة أشياء) وهم العاقدان والمبيع وصاحبه، ويؤاخذ الثمن إن كان عرضاً

كما في "البحر"^(٢)، فافهم.

(١١٨٧٠) (قوله: كما سيحيء)^(٣) أي: في البيوع.

(١١٨٧١) (قوله: لا يملك نقض النكاح) أي: لا قولاً ولا فعلاً، قال في "الحانية"^(٤):

((العاقدون في الفسخ أربعة:

باعتبار قيام الغير عنهم صاروا كأنهم عاقدون لأنفسهم بأنفسهم، تأمل وراجع. ويدل ذلك ما ذكره "السندي" بقوله: ((وإنما لم يشترط بقاء العاقدتين؛ لأن العاقد في النكاح غير الأصيل سفيراً لا قيام للعقد به)) اهـ. ثم رأيت في "الولولجية" في الفصل الأول من كتاب النكاح ما نصه: ((رجل زوج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير أمره خاطب عنه أبوه ثم مات أبو الصغيرة قبل أن يُحيز الابن بطل النكاح؛ لأن لأبي الصغيرة أن يفسخ هذا النكاح؛ لأنه في هذا النكاح قائم مقام الصغيرة، والصغيرة لو كانت كبيرة فزوجت نفسها من ابن كبير لرجل بغير إذنه خاطب عنه أبوه كان لها أن تفسخ^(٥) النكاح قبل أن يُحيز الابن فكذا الأب، فإذا مات كان موته بمنزلة رجوعه، ويمثله لو كان مكان الصغيرة كبيرة فزوجها بغير إذنها وباقي المسألة بحالها لا يبطل بموت الأب؛ لأن الأب إن أراد أن ينقض النكاح لا يملك لأنه بمنزلة الفضولي)) اهـ. وبهذا تتضح المسألة، ومعلوم أن الوكيل كالولي توقف صحة الإجازة على حياة كل منهما.

(١) ((هما)) ساقط من "٣".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٨/٣.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٣٨١٣] قوله: ((قبول الإجازة)).

(٤) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في فسخ عقد الفضولي ٣٤٤/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) نقول: عبارة الرافعي: ((كان له أن يفسخ النكاح)) وما أثبتناه من "الولولجية"، انظر "الولولجية": كتاب النكاح -

الفصل الأول في إذن المولى وإجازته النكاح ق ٤٦/أ.

بمخلاف البيع. يُشترطُ لِلزُّومِ عقدِ الوكيلِ موافقتهُ في المهرِ المسمَّى. وحكمُ رسولِ كوكيلٍ.

عاقداً لا يملكُ الفسخَ قولاً وفعلاً، وهو الفضوليُّ، حتَّى لو زَوَّجَ رجلاً امرأةً بلا إذنيه، ثمَّ قال قبل إجازته: فسختُ لا يفسخُ، وكذا لو زَوَّجَهُ أختها يتوقَّفُ الثاني، ولا يكونُ فسخاً للأوَّلِ.

وعاقداً يفسخُ بالقولِ فقط، وهو الوكيلُ بنكاحِ مُعيَّنةٍ إذا خاطَبَ عنها فضوليُّ، فهذا الوكيلُ يملكُ الفسخَ بالقول، ولو زَوَّجَهُ أختها لا يفسخُ الأوَّلُ.

وعاقداً يفسخُ بالفعلِ فقط، وهو الفضوليُّ إذا زَوَّجَ رجلاً امرأةً بلا إذنيه، ثمَّ وكَّلَهُ الرَّجُلُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امرأةً غيرَ مُعيَّنةٍ، فزَوَّجَهُ أختَ الأوَّلِ يفسخُ نكاحُ الأوَّلِ، ولو فسَخَهُ بالقولِ لا يصحُّ.

وعاقداً يفسخُ بهما، وهو الوكيلُ بتزويجِ امرأةٍ بغيرِ عينها^(١) إذا زَوَّجَهُ امرأةً [و]^(٢) خاطَبَ عنها فضوليُّ، فإنَّ فسَخَهُ الوكيلُ أو زَوَّجَهُ [١/٨٠ق/٣] أختها انفسخَ.

[١١٨٧٢] (قوله: بمخلاف البيع) والفرقُ أنَّه بالبيعِ تلحقُهُ العُهدةُ، فله الرجوعُ كيلاً يتضرَّرَ بمخلافِ النكاحِ، فإنَّ الحقوقَ ترجعُ إلى المعقودِ له، "عماديَّة".

[١١٨٧٣] (قوله: موافقتهُ في المهرِ المسمَّى) قدَّمتنا^(٣) الكلامَ عليه عند قوله: ((بمُعيَّنة)).

[١١٨٧٤] (قوله: وحكمُ رسولِ كوكيلٍ) قال في "الفتح"^(٤): ((ذَكَرَ في الرَّسُولِ من مسائلِ أصلِ "المبسوط"^(٥)) قال: إذا أرسلَ إلى المرأةِ رسولاً، حُرّاً أو عبداً، صغيراً أو كبيراً، فقال:

(قوله: وهو الوكيلُ بتزويجِ امرأةٍ بعينها إلخ) الظاهرُ أنَّ فيه إسقاطَ ((لا)) النافية، وتراجعُ عبارة "الحائِنة"، ثمَّ رأيتُ عبارة "الحائِنة"، ونصُّها: ((وعاقداً يملكُ الفسخَ بالقولِ والفعلِ جميعاً، وصورته: رجلٌ وكلُّ رجلاً ليزوِّجَهُ امرأةً بغيرِ عينها فزَوَّجَهُ امرأةً وخاطَبَ عنها فضوليُّ، فإنَّ فسَخَ هذا الوكيلُ العقدَ صحَّ فسَخُهُ، ولو زَوَّجَهُ أختَ تلكِ المرأةِ يفسخُ العقدَ الأوَّلَ)) انتهى.

(١) في النسخ جميعها ((بعينها))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لـ "الحائِنة". وانظر تقارير الرافعي.

(٢) الذي في النسخ جميعها: ((امرأةً خاطب))، دون (وار)، وما أثبتناه من "الحائِنة".

(٣) للمقولة [١١٨٢٩] قوله: ((كما لو أمره بمعينة)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٦/٣-١٩٧.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الوكالة في النكاح ٢٠/٥ بتصرف.

إِنَّ فُلَانًا يَسْأَلُكَ أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَكَ، فَأَشْهَدَتْ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ، وَسَمِعَ الشُّهُودُ كَلَامَهُمَا - أَي: كَلَامَهُمَا وَكَلَامَ الرَّسُولِ - فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ بِالرَّسَالَةِ أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَبِإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الرِّسَالَةَ لَمَّا لَمْ تَثْبُتْ كَانَ الْآخِرُ فَضُولِيًّا، وَلَمْ يُرْضَ الزَّوْجُ بِصُنْعِهِ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ مِثْلَ هَذَا بَعِيْنِهِ فِي الْوَكِيلِ. ثُمَّ ذَكَرَ فُرُوعًا كُلَّهَا تَحْرِي فِي الْوَكِيلِ)) اهـ. وَقَدَّمْنَا^(١) أَوَّلَ النِّكَاحِ أَحْكَامَ التَّزْوِجِ بِإِرْسَالِ الْكِتَابِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) المقولة [١١٦٦] قوله: ((ضح)).

﴿باب المهر﴾

وَمِنْ أَسْمَائِهِ الصَّدَاقُ^(١)، وَالصَّدَقَةُ، وَالنَّحْلَةُ، وَالْعَطِيَّةُ، وَالْعَقْرُ،.....

﴿باب المهر﴾

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ رُكْنِ النِّكَاحِ وَشَرْطِهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ حُكْمِهِ وَهُوَ الْمَهْرُ، فَإِنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ يَجِبُ بِالْعَقْدِ، فَكَانَ حُكْمًا، كَذَا فِي "الْعِنَايَةِ"^(٢). وَاعْتَرَضَهُ فِي "السَّعْدِيَّةِ"^(٣): ((بَأَنَّ الْمُسَمَّى مِنْ أَحْكَامِهِ أَيْضًا))، وَأَجَابَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((بَأَنَّهُ إِنَّمَا خُصَّ مَهْرُ الْمَثَلِ لِأَنَّ حُكْمَ الشَّيْءِ هُوَ أَثَرُهُ الثَّابِتُ بِهِ، وَالْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ إِنَّمَا هُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَلِذَا قَالُوا: إِنَّهُ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَأَمَّا الْمُسَمَّى فَإِنَّمَا قَامَ مَقَامَهُ لِلتَّرَاضِي بِهِ)).

ثُمَّ عَرَّفَ الْمَهْرَ فِي "الْعِنَايَةِ"^(٥): ((بَأَنَّهُ اسْمٌ لِلْمَالِ الَّذِي يَجِبُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ فِي مُقَابَلَةِ الْبُضْعِ إِمَّا بِالتَّسْمِيَةِ أَوْ بِالْعَقْدِ))، وَاعْتَرَضَ بَعْدَ شُكُوهُ لِلْوَاجِبِ بِالْوَطْءِ بِشُبُهَةِ، وَمَنْ نَمَّ عَرَفَهُ بَعْضُهُمْ: بَأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا تَسْتَحِقُّهُ الْمَرْأَةُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ أَوْ الْوَطْءِ، وَأَجَابَ فِي "النَّهْرِ"^(٦): ((بَأَنَّ الْمَعْرُوفَ مَهْرٌ هُوَ حُكْمُ النِّكَاحِ بِالْعَقْدِ))، تَأَمَّلْ.

[١١٨٧٥] (قوله: وَمِنْ أَسْمَائِهِ الْإِخ) أَفَادَ أَنَّ لَهُ أَسْمَاءَ غَيْرَهَا كَالْأَجْرِ وَالْعَلَّاقِ وَالْحِبَاءِ، قَالَ فِي

"النَّهْرِ"^(٧): ((وَقَدْ جَمَعَهَا بَعْضُهُمْ فِي قَوْلِهِ: [طويل]

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَمِنْ أَسْمَائِهِ الصَّدَاقُ الْإِخ، وَفِي الصَّدَاقِ سَبْعُ لُغَاتٍ: أَفْصَحُهَا عِنْدَ ثَعْلَبٍ فَتَحَ الصَّادَ، وَعِنْدَ

الْأَخْفَشِ كَسَرُهَا انْتَهَى. وَبَيَانُ السَّبْعِ: صَدَاقٌ، صَدَقَهُ، صَدَّقَهُ، صَدَّقَهُ، صَدَّقَهُ، صَدَّقَهُ. اهـ)). ق ١٦٠/ب.

(٢) "الْعِنَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠٤/٣ (هَامِشُ "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٣) "حَاشِيَةُ سَعْدِي جَلِي": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠٤/٣ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٧٧/١ بِتَصْرِفٍ وَفِيهِ: ((إِنَّمَا هُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي "الْعِنَايَةِ" بِعَدِّ)).

(٥) "الْعِنَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠٤/٣ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٧٧/١ بِتَصْرِفٍ.

(٧) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٧٧/١ بِتَصْرِفٍ.

كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٧٧/١ بِتَصْرِفٍ وَفِيهِ: ((إِنَّمَا هُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي "الْعِنَايَةِ" بِعَدِّ)).

وفي استيلاذ "الجوهرة": ((العقرُ في الحرائرِ مهرُ المثلِ، وفي الإمامِ عشرُ قيمةِ البكرِ
ونصفُ عشرِ قيمةِ الثيبِ)).....

صداق ومهرٌ نحلةٌ وفريضة^(١) جِءَ وأجرٌ ثمَّ عقرٌ علائقُ

لكنه لم يذكر العطيّة والصدقة)).

[١١٨٧٦] (قوله: وفي استيلاذ "الجوهرة"^(٢)) أي: في باب الاستيلاذ من "الجوهرة" نقلاً عن
الإمام "السرخسي".

[١١٨٧٧] (قوله: في الحرائرِ مهرُ المثلِ) سيأتي^(٣) تفسيره وتفصيله.

[١١٨٧٨] (قوله: وفي الإمامِ الخ) أي: عشرُ قيمةِ الأمةِ إن كانتِ بكراً، [٣/٨٠ق/ب] ونصفُ
عشرِ قيمتها إن كانتِ ثيباً.

والظاهر: أنه يشترط عدم نقصان العشرِ أو نصفه عن عشرةِ دراهم، فإن نقص وجب
تكميله إلى العشرة؛ لأنَّ المهر لا ينقص عن عشرةٍ سواء كان مهر المثل أو مسمى، "ح"^(٤).

قلت^(٥): وقال في "الفيض" بعد نقله ما ذكره "الشراح" عن بعض المحققين: ((وقيل في
الجواري: يُنظرُ إلى مثل تلك الجارية جَمالاً ومولًى بكم تزوج؟ فيعتبر بذلك، وهو المختار)) اهـ.

والظاهر: أن هذا هو المراد من قوله الآتي^(٦) عند ذكر مهر المثل: ((إنَّ مهر الأمةِ بقدرِ الرغبةِ
فيها))، وفي باب نكاح الرقيق من "الفتح"^(٧): ((العقرُ هو مهرٌ مثلها في الجمال، أي: ما يُرغَّبُ

(١) في "٣": ((وفريضة)).

(٢) "الجوهرة النيرة": ١٩٢/٢.

(٣) المقولة [١٢١٥٠] قوله: ((مهر مثلها)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٢/ب.

(٥) من ((والظاهر)) إلى ((قلت)) ساقط من "٣".

(٦) "در" ص ٤٦٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

(أقله عشرة دراهم) لحديث "البیهقي" وغيره: ((لا مهر أقل من عشرة دراهم))،
ورواية الأقل تُحملُ على المعجل.....

به في مثلها جملاً فقط، وأما ما قيل: ما يُستأجرُ به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه، بل العادة أن ما يُعطى لذلك أقل مما يُعطى مهراً؛ لأنَّ الثاني للبقاء بخلاف الأول)) اهـ.

(١١٨٧٩) (قوله: لحديث "البیهقي" وغيره) رواه "البیهقي" بسندٍ ضعيف^(١)، ورواه "ابن أبي حاتم"، وقال الحافظ "ابن حجر": ((إنه بهذا الإسناد حسن)) كما في "فتح القدير"^(٢) في باب الكفاءة.

(١١٨٨٠) (قوله: ورواية الأقل إلخ) أي: ما يدلُّ بحسب الظاهر من الأحاديث المروية على جواز التقدير بأقل من عشرة دراهم^(٣) - وكلها مُضعفة إلا حديث: «التمس ولو خاتماً من حديد»^(٤) - يجب حملها على أنه المعجل، وذلك لأنَّ العادة عندهم تعجيلُ بعضِ المهر قبل الدخول،

(١) أخرجه البیهقي ١٣٣/٧، ٢٤٠، والدارقطني ٢٤٥/٣، وابن عدي ٤١٧/٦، وأبو يعلى (٢٠٩٠)، والعقيلي ٢٣٥/٤، والطبراني في "الأوسط" (٣) وابن الجوزي في "الموضوعات" ٢٦٣/٢ من طريق مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء وعمرو بن دينار عن جابر مرفوعاً، وعن مبشر عن أبي الزبير عن جابر، وأخرجه ابن خزيمة وقال: أنا أبرأ من عهدة مبشر كما في "اللائلي" ١٦٤/٢، قال ابن عدي: وهذا إسناد باطل لا يرويه إلا مبشر؛ قال الدارقطني: متروك، وهذا منكر لم يتابع عليه وكذبه أحمد، وأخرجه الدارقطني ٢٠٠/٣ عن جوير - متروك - عن الضحاک عن التزالي بن سيرة عن علي قوله، وتابعه محمد بن مروان لا يعرف، وأخرجه عبد الرزاق (١٠٤١٦)، و"الدارقطني" ٢٤٥/٣، والبیهقي ٢٤٠/٧ من طرق عن داود بن يزيد الأودي عن الشعبي قال: قال علي فذكره، قال الشافعي في "الأم": لا يثبت مثله ١٦٠/٥، قال أحمد: لقن غياث بن إبراهيم - كتاب - داود الأودي هذا فصار حديثاً وقد أنكره عليه حفاظ الحديث، قال سفيان ما زال يُنكر عليه كما أنكره شعبة أيضاً، وانظر "التمهيد" ١١٦/٢١، و"ظفر الأمانى" للكسوي ص ١٧٤، وسيأتي نقل ابن الهمام في "فتح القدير" تحسين ابن حجر له من طريق أخرى. انظر "النكت الطريفة" للكوثري ص ٧٤-٧٦.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٨٦/٣.

(٣) ((دراهم)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٤) أخرجه مالك ٤١٦/١ كتاب النكاح - باب ما جاء في الصداق والحياة، والبحاري (٥١٤١) كتاب النكاح - باب إذا قال الخاطب للولي زوجني فلانة، و(٥١٤٩) باب التزويج على القرآن وبغير صداق، و(٥١٥٠) باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، وأبو داود (٢١١١) كتاب النكاح - باب في التزويج على العمل يعمل، والترمذي (١١١٤) كتاب النكاح - باب ما جاء في مهور النساء، وقال: هذا حديث حسن، والنسائي ١٢٣/٦ كتاب النكاح - باب -

حَتَّى ذَهَبَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يُقَدِّمَ شَيْئاً لَهَا تَمْسُكاً بِمَنْعِهِ ﷺ "عَلِيّاً" أَنْ يَدْخُلَ بِهَا "فَاطِمَةَ" رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا حَتَّى يُعْطِيَهَا شَيْئاً، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَيْسَ لِي شَيْءٌ، فَقَالَ: «أَعْطِيهَا دِرْعَكَ»، فَأَعْطَاهَا دِرْعَةً^(١). رَوَاهُ "أَبُو دَاوُدَ" وَ"النَّسَائِيُّ"، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الصَّدَاقَ كَانَ أَرْبَعَمِائَةِ دِرْهَمٍ وَهِيَ فَضَّةٌ، لَكِنَّ الْمَخْتَارَ الْجَوَازَ قَبْلَهُ؛ لِإِمَّا رَوَتْ "عَائِشَةُ" رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا قَالَتْ: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَدْخِلَ امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهَا شَيْئاً»، رَوَاهُ "أَبُو دَاوُدَ"^(٢)، فَيُحْمَلُ الْمَنْعُ الْمَذْكُورُ عَلَى النَّدْبِ، أَيْ: نَدْبِ تَقْدِيمِ شَيْءٍ إِدْخَالاً لِلْمَسْرُوعِ عَلَيْهَا تَأَلُّفاً لِقَلْبِهَا،

- هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق. وأما رواية: ((زوجتكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجها البخاري (٥١٣٢) كتاب النكاح - باب إذا كان الولي هو المخاطب، و(٥١٣٥) باب السلطان ولي لقول النبي ﷺ زوجتكها بما معك من القرآن، ومسلم (١٤٢٥) (٧٧) كتاب النكاح - باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وأبو داود (٢١١١) كتاب النكاح - باب في التزويج على العمل يعمل، والترمذي (١١١٤) كتاب النكاح - باب ما جاء في مهر النساء، والنسائي ١٢٣/٦ كتاب النكاح - باب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق، وابن ماجه (١٨٨٩) كتاب النكاح - باب صداق النساء، والدارمي ٥٨٠/٢ كتاب النكاح - باب ما يجوز أن يكون مهراً.

وأما رواية: ((أنكحتكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجها أحمد ٣٣٠/٥، والبخاري (٥١٤٩) كتاب النكاح باب التزويج على القرآن وبغير صداق.

وأما رواية: ((فقد ملكتكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجها البخاري (٥١٤١) باب إذا قال المخاطب للولي: زوجني، ومسلم (١٤٢٥) كتاب النكاح - باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، والنسائي ١١٣/٦ كتاب النكاح - باب التزويج على سور من القرآن، كلهم من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه مرفوعاً.

(١) أخرجها أبو داود (٢١٢٦) كتاب النكاح - باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، والنسائي ١٢٩/٦ - ١٣٠ كتاب النكاح - باب تحله الخلوة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٥٢/٧ كتاب الصداق - باب لا يدخل فيها حتى يعطيها صداقها أو ما رضيت به، والطبراني في "المعجم الكبير" ١٠٦/١ (١٧٥)، وعند النسائي والبيهقي والطبراني: ((درعك الحطمية)).

(٢) أخرجها أبو داود (٢١٢٨) كتاب النكاح - باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، من طريق حيشمة عن عائشة، قال أبو داود: وحيشمة لم يسمع من عائشة، وابن ماجه (١٩٩٢) كتاب النكاح - باب الرجل يدخل بأهله قبل أن يعطيها شيئاً، وأبو يعلى (٤٦٢٢) وقال محققه: إسناده ضعيف، والطبراني في "الأوسط" (١٨٦٥).

(فِضَّةٌ وَزَنْ سَبْعَةً) مِثْقَالٍ كَمَا فِي الزَّكَاةِ (مَضْرُوبَةٌ كَانَتْ أَوْ لَا) وَلَوْ دَيْنًا.....

وإذا كان ذلك معهوداً وَجِبَ حَمْلُ مَا خَالَفَ مَا رَوِيَاهُ عَلَيْهِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَحَادِيثِ، وَهَذَا وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فِي حَدِيثِ: «التَّمِيسُ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ» لَكِنْ يُجِبُ [٣/٨١ق/١] المَصِيرُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهِ بَعْدَهُ: «زَوَّجْتُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، فَإِنْ حُوِّلَ عَلَى تَعْلِيلِهِ إِيَّاهَا مَا مَعَهُ أَوْ نَفْسِي المَهْرَ بِالكَلْبِيَّةِ عَارِضَ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَنْ تَسْتَفْعُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النِّسَاء- ٢٤]، فَمَقِيدُ الإِحْلَالِ بِالابتِغَاءِ بِالمَالِ، فَوَجِبَ كَوْنُ الخَيْرِ غَيْرَ مُخَالَفٍ لَهُ، وَإِلَّا لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ خَيْرٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ لَا يَنْسَخُ القَطْعِيَّ فِي الدَّلَالَةِ، وَتَمَامُ ذَلِكَ مَبْسُوطٌ فِي "الْفَتْح" (١).

[١١٨٨١] (قَوْلُهُ: فِضَّةٌ) تَمَيِّزٌ مَنْصُوبٌ أَوْ مَجْرُورٌ، فَـ ((دِرَاهِمٌ)) تَمَيِّزٌ لـ ((عِشْرَةٌ))، وَوَضْعٌ ((فِضَّةٌ))

تَمَيِّزٌ لـ ((دِرَاهِمٌ)) عَلَى أَنَّ المَرَادَ بِهَا آلَةُ الوِزْنِ.

٣٢٩/٢

[١١٨٨٢] (قَوْلُهُ: وَزَنْ) بِالرَّفْعِ صِفَةٌ ((عِشْرَةٌ))، وَبِالنَّصْبِ حَالٌ عَلَى تَقْدِيرِ: ذَاتِ وَزْنٍ،

"ط" (٢).

[١١٨٨٣] (قَوْلُهُ: سَبْعَةٌ مِثْقَالٍ) هُوَ أَنْ يَكُونَ كُلُّ دِرْهَمٍ أَرْبَعَةَ عَشَرَ قِيرَاطًا، "شَرْنِبَلَالِيَّةٌ" (٣).

[١١٨٨٤] (قَوْلُهُ: مَضْرُوبَةٌ كَانَتْ أَوْ لَا) فَلَوْ سَمِيَ عِشْرَةٌ تَبْرًا أَوْ عَرْضًا قِيمَتُهُ عِشْرَةُ تَبْرًا (٤)

لَا مَضْرُوبَةٌ صَحَّ، وَإِنَّمَا تُشْتَرَطُ المَصْكُوكَةُ فِي نِصَابِ السَّرْقَةِ لِلقَطْعِ تَقْلِيلًا لَوْجُودِ الحَدِّ، بِمَجْرٍ (٥).

[١١٨٨٥] (قَوْلُهُ: وَلَوْ دَيْنًا) أَي: فِي ذِمَّتِهَا أَوْ فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهَا، أَمَّا الأَوَّلُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الثَّانِي

فَكَمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى عِشْرَةٍ لَهُ عَلَى زَيْدٍ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ، وَتَأْخُذُهَا مِنْ أَيِّمَا شَاءَتْ، فَإِنْ اتَّبَعَتْ

المَدْيُونُ أَجْبَرَ الزَّوْجَ عَلَى أَنْ يُوكَلِّهَا بِالقَبْضِ مِنْهُ كَمَا فِي "النَّهْرِ" (٦)، أَي: لِئَلَّا يُلْزَمَ تَمْلِيكُ الدَّيْنِ

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٥/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٤٨/٢.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤١/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) ((أَوْ عَرْضًا قِيمَتُهُ عِشْرَةُ تَبْرًا)) ساقط من "ط".

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٢/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق/١٧٧ - ب.

أو عَرْضاً قيمته عشرة وقت العقد، أما في ضمانها بطلاق قبل الوطاء فيوم القبض..

من غير من عليه الدين. اهـ "ح" (١)، لكن إذا أضيف النكاح إلى دراهم في ذمتها تعلق بالعين لا بالمثل، بخلاف ما إذا كان في ذمة غيرها، فإنه يتعلق بالمثل؛ لئلا يكون تملك الدين من غير من عليه الدين، ويأن ذلك في "الذخيرة".

[١١٨٨٦] (قوله: أو عَرْضاً) وكذا لو منفعة كسكنى داره، ورُكوب دابته، وزراعة أرضه حيث عَلِمَتِ المدة كما في "الهندية" (٢).

قلت: ولا بد من كونها مما يُستحق المال بمقابلتها ليخرج ما يأتي (٣) من عدم صحة التسمية في خلع الزوج الحر لها وتعليم القرآن.

[١١٨٨٧] (قوله: قيمته عشرة وقت العقد) أي: وإن صارت يوم التسليم ثمانية فليس لها إلا هو، ولو كان على عكسه لها العرض المسمى ودرهمان، ولا فرق في ذلك بين الثوب والمكيل والموزون؛ لأن ما جعل مهراً لم يتغير في نفسه، وإنما التغير في رغبات الناس، "بحر" (٤) عن "البدائع" (٥).

[١١٨٨٨] (قوله: أما في ضمانها إلخ) يعني: أما الحكم في ضمانها إلخ، وذلك كما لو تزوجها على ثوب وقيمته عشرة، فقبضته وقيمته عشرون، وطلقها قبل الدخول والثوب مستهلك ردت عشرة (٦)؛ لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض، فتعتبر قيمته يوم القبض، [٣/٨١ب] "بحر" (٧) عن "المحيط". والهلاك كالأستهلاك؛ لأنها إذا (٨) لم تؤخذ بما زاد في قيمته بعد القبض في الاستهلاك ففي الهلاك بالأولى. وأفاد أنه لو قائماً تعتبر قيمته يوم الطلاق

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٢/ب.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب السابع في المهر - الفصل الأول في بيان أدنى مقدار المهر ٣٠٣/١.

(٣) "در" ص ٣٦٢-٣٦٦.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٥٢.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان أدنى المقدار ٢٧٦/٢-٢٧٧ بتصرف.

(٦) في "د" زيادة: ((شرنبلالية عن "البحر"))، ق ١٦٠/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٥٢-١٥٣.

(٨) ((إذا)) ساقطة من "أ".

(وتجبُ) العشرة (إن سَمَّاهَا أو دونَهَا،.....)

لا يوم القبض، وأنه ليس له أخذه منها ليعطيها نصف قيمته، بل إن كان مما لا يتعيَّب بالقسمة كميَّيل وموزون أخذ نصفه، وإلا بقيَ مُشترَكاً بعدَ القضاء أو الرِّضاء؛ لما سيأتي^(١) من أنه لو كان مُسلماً لها لم يَطلِّ ملكها، ويتوقَّف عودُه إلى ملكه على القضاء أو الرِّضاء، حتَّى ينفذ تصرفها فيه قبل ذلك لا تصرفه، كذا أفادهُ السَّيِّدُ "حمَّد أبو السَّعود"^(٢)، وأفاد^(٣) أيضاً: ((أنها لو أرادت أن تُعطيَه نصفَ قيمته فالظاهرُ أنه يُجبرُ على القبول)).

قلت: وفيه نظر؛ لأنه قبلَ القضاء أو الرِّضاء لا وجهَ لإجباره؛ لأنَّ له تركَ المطالبة بالكلية، وكذا بعده إذا صار مُشترَكاً لا وجهَ لإجباره على قبولِ قيمةِ حصِّته، فافهم.

(١١٨٨٩) (قوله: وتجبُ العشرة إن سَمَّاهَا إلخ) هذا إن لم تكسُدِ الدرَّاهمُ المسماة، فلو كسَدتْ وصارَ النِّقْدُ غيرها فعليه قيمتها يومَ كسَدتْ على المختارِ بخلاف البيع، حيث يَطلُّ بكسادِ الثمن، "فتح"^(٤).

﴿بابُ المهر﴾

(قوله: إن لم تكسُدِ الدرَّاهمُ المسماة إلخ) هذا في الدرَّاهم الغالبة الغش، أمَّا الجيدة فلا يتحقَّقُ الكسادُ فيها كما يأتي في البيوع، فإنَّ النَّهبَ والفضة لا يتغيَّران، ونصُّ على ذلك في "الولولجية"، وعبارتها: ((رجلٌ تزوج امرأة على ألف درهم من الدرَّاهم التي هي نقدُ البلد فكسَدتْ وصارَ النِّقْدُ غيرها كان على الزوج قيمةُ تلك الدرَّاهم يومَ كسَدتْ هو المختار، ولو كان مكانَ النِّكاحِ بيعٌ فسَدَ البيعُ؛ لأنَّ الكسادَ بمنزلة الهلاك وهلاك البَدلِ يُوجبُ فسادَ البيع، وهلاك البَدلِ في باب النِّكاحِ لا يُوجبُ فسادَ النِّكاحِ فيوجبُ قيمتها، قال مشايخنا: عقدُ النِّكاحِ يُحارَى يجبُ أن يكونَ بالغُطْرِيْفِيِّ لا بالعَدْلِيِّ لأنَّ العَدْلِيَّ يَغيَّرُ والغُطْرِيْفِيُّ لا يَغيَّرُ، وهذا كان في زمانهم، أمَّا في زماننا يجبُ أن يكونَ العَقْدُ بالنَّهبِ والفضة لا بالغُطْرِيْفِيِّ؛ لأنه يَغيَّرُ)) اهـ.

(١) "در" ص ٣٥٨....

(٢) "حاشية أبي السَّعود": كتاب النِّكاح - باب المهر ٤٨/٢.

(٣) "حاشية أبي السَّعود": كتاب النِّكاح - باب المهر ٤٧/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النِّكاح - باب المهر ٢٠٩/٣ بتصرف.

(و) يجبُ (الأكثرُ منها إن سُمِّي) الأكثرَ، ويتأكدُ (عند وطءٍ أو خلوةٍ^(١) صحَّت) من الزَّوجِ (أو موتِ أحدهما).....

[١١٨٩٠] (قوله: ويجبُ الأكثرُ أي: بالغاً ما بلغَ، فالتقديرُ بالعشرة لمنع النقصان.

[١١٨٩١] (قوله: ويتأكدُ) أي: الواجبُ من العشرةِ أو الأكثرِ، وأفادَ أنَّ المهرَ وجبَ بنفسِ العقدِ، لكن مع احتمالِ سقوطِهِ بِرِدَّتِهَا أو تَقْيِيلِهَا ابنَهُ أو تَصْفِيهِ بِطَلَاقِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وإنما يتأكدُ لزومُ تمامِهِ بالوطءِ ونحوِهِ. وبه ظهرَ^(٢) أنَّ ما في "الدرر"^(٣): ((من أنَّ قوله: عند وطءٍ متعلقٌ بالوجوبِ)) غيرُ مُسلمٍ كما أفادَهُ في "الشُرنبلاية"^(٤)، قال في "البدائع"^(٥): ((وإذا تأكدَ المهرُ بما ذُكِرَ لا يسقطُ بعد ذلك وإن كانت الفرقةُ من قبَلِها؛ لأنَّ البدلَ بعد تأكيده لا يحتملُ السقوطَ إلا بالإبراء كالثمنِ إذا تأكدَ بقبضِ المبيعِ)) اهـ.

[١١٨٩٢] (قوله: صحَّت) احترازٌ عن الخلوةِ الفاسدةِ كما سيأتي^(٦) بيانها.

[١١٨٩٣] (قوله: من الزَّوجِ) متعلقٌ بقوله: ((وطءٍ أو خلوةٍ)) على التنازعِ لا بقوله:

((صحَّت)) حتى يردَّ أنَّ شروطَ الصحَّةِ ليست من جانبِهِ فقط، فافهم.

(١) في "د" زيادة: (قوله: عند وطءٍ أو خلوةٍ، وهي الخالية عن المانع الشرعي والحسي والطبيعي، فالمانع الحسي كالمرض في أيهما كان، لكن الأصح أن مرضها لا يمنع إلا إذا لحقها ضررٌ به، والمانع الطبيعي كالحيض والنفاس، لكنه إنما يكون كذلك عند درور الدَّم لا عند عدمه، مع أنه شرعي، فلو اكتفى بالشرعي لكان أولُ فيهما أيضاً، فالظاهر أنه لا يوجد طبيعي إلا وهو شرعي، فلو اكتفوا بالشرعي لكان أولُ، كذا في "البحر".
فيكون الشرعي أعم من الطبيعي بدليل أن الطهر المتعلل بين الدمين مانع شرعي، وليس بطبيعي، وحيث لا فائدة لذكر الخاص وهو الطبيعي. اهـ). ق ١٦٠/ب.

(٢) (ظهر) ساقطة من "الأصل".

(٣) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٢/١.

(٤) "الشُرنبلاية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٥/٢ بتصرف.

(٦) المقولة [١٢٠٤٥] قوله: ((فحلا بها)).

أو تزوج ثانياً في العدة^(١)، أو إزالة بكاريتها بنحو حَجَرٍ، بخلاف إزالتها بدفعة، فإنه يجب النصف بطلاق قبل وطء، ولو الدفَع من أجنبي.....

[١١٨٩٤] (قوله: أو تزوج ثانياً) هذا مؤكّد رابع زاده في "البحر"^(٢) بحثاً بقوله: ((وينبغي أن يُزاد رابع، وهو وجوب العدة عليها منه فيما لو طلقها بائناً بعد الدخول، ثم تزوجها في العدة وجب كمال [١/٨٢ق/٣] المهر الثاني بدون الخلوة والدخول؛ لأن وجوب العدة عليها فوق الخلوة)) اهـ، وأقره في "النهر"^(٣).

وفيه بحث، فإنه يمكن إدخاله فيما قبله وهو الوطء؛ لما سيأتي^(٤) في باب العدة: من أنه في هذه الصورة يجب عليه مهر تام وعليها عدة مبتدأة؛ لأنها مقبوضة في يده بالوطء الأول لبقاء أثره وهو العدة، وهذه إحدى المسائل العشر المبتنية على أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني.

[١١٨٩٥] (قوله: أو إزالة بكاريتها إلخ) هذا مؤكّد خامس زاده في "البحر"^(٥) أيضاً حيث قال: ((وينبغي أن يُزاد خامس، وهو ما لو أزال بكاريتها بحجر ونحوه، فإن لها كمال المهر كما صرحوا به بخلاف ما إذا أزالها بدفعة، فإنه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول، ولو دفعها أجنبي فزالت بكاريتها وطلقت قبل الدخول وجب نصف المسمى على الزوج، وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها)) اهـ، وأقره في "النهر"^(٦) أيضاً.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو تزوج ثانياً في العدة، صورته: أبان زوجته بما دون الثلاث، ثم تزوجها في العدة، فطلقها قبل الدخول، فعليه مهر كامل، وعليها عدة كاملة مستقلة، وهذا عند الأول والثاني. قال في "الكتز": ولو نكح معتدته وطلقها قبل الوطء وجب مهر تام وعدة مبتدأة. حموي)). ق ١٦٠/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٧/ب.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٣٩٦] قوله: ((ولو حكماً)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/٣-١٥٤.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٧/ب.

وفيه بحث أيضاً، فإن الذي يظهر لي دخول هذا فيما قبله وهو الخلوة؛ لأن العادة أن إزالة البكارة بحجر ونحوه كإصبع إنما تكون في الخلوة، فلذا وجب كل المهر بخلاف إزالتها بدفعة، فإن المراد حصولها في غير خلوة، ثم رأيت ما يفيد ذلك في جنيات "الفتاوى الهندية" (١) عن "المحيط" (٢) حيث قال: ((ولو دفع امرأته ولم يدخل بها، فذهبت عذرتها ثم طلقها فعليه نصف المهر، ولو دفع امرأة الغير وذهبت عذرتها ثم تزوجها ودخل وجب لها مهران)) اهـ، أي: مهر بالدخول بحكم النكاح ومهر بإزالة العذرة بالدفع كما في جنيات "الحاشية" (٣)، فقوله: ((ولو دفع امرأته

٣٣٠/٢

قوله: وفيه بحث إلخ) فيه أن المتبادر من قولهم: ((ويتأكد عند وطء)) الوطء الحاصل بعد العقد لا الوطء السابق عليه، فلذا احتيج للزيادة التي زادها في "البحر".

قوله: فإن الذي يظهر لي دخول هذا إلخ) والذي رأيت في "شرح" "عيون المسائل" لـ "أبي الليث السمرقندي" لـ "زين الدين عبد الحميد البخاري" من النكاح: ((ولو أن رجلاً تزوج صغيرة فدفعها دفعة فأذهبت عذرتها ثم طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق، ولا يجب بذهاب العذرة شيء وهو قول "أبي يوسف" في رواية "الحسن بن زيادة"، وفي قول "محمد" و"زفر" - وهو قول "أبي يوسف" الذي روى عنه محمد - لها المهر كاملاً، وجه قول "أبي حنيفة" وإحدى الروايتين عن "أبي يوسف": أن الطلاق قبل الدخول لا يوجب إلا نصف المهر، والعذرة زالت بغير الوطء وبغير الجناية من قبل الزوج فلا يجب المهر كاملاً، كما إذا زالت بوثبة أو طرفة، ووجه قولهم: أن العذرة زالت بفعل الزوج فيجب كمال المهر، كما إذا أزالها بالوطء أو بتخشب)) اهـ. وبهذا يعلم صحة ما ذكره في "البحر"، وأن وجوب كمال المهر فيما لو أزالها بحجر لا يتوقف على الخلوة بل هو لكونه بفعله، أو لكونه جنابة على اختلاف التعليلين للروايتين كما ذكر.

(١) "الفتاوى الهندية": الباب الثامن في الديات ٢٨/٦.

(٢) لم نعر عليها في مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

(٣) "الحاشية": فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولم يدخل بها)) ذكرَ مثلهُ في جنایات "الخانیة"^(١)، ومثلهُ في "الفتح"^(٢) هنا، وهو صریحٌ فيما قلناه في مسألةِ الدَّفْعِ، ومُشیرٌ إلى أنَّ مسألةَ الحَجَرِ في الخلوَّةِ؛ إذ لا یظْهَرُ الفَرْقُ بین مجردِ إزالتها بحَجَرٍ أو دَفْعَةٍ، ويدلُّ علیهِ أنَّ المفادَ من إيجابِ نصفِ المهرِ في مسألةِ الدَّفْعِ أنَّ الزَّوجَ لا ضَمَانٌ علیهِ في إزالةِ بكَارَةِ الزَّوْجَةِ بأيِّ سببٍ كان؛ لأنَّ وجوبَ نصفِ المهرِ علیهِ إنما هو بحکمِ الطَّلَاقِ قبلِ الدُّخُولِ، وإلا لوجبَ علیهِ مهرٌ آخرٌ؛ لإزالتها بالدَّفْعِ كما في مسألةِ امرأةِ الغیرِ.

وبه عِلْمٌ أنَّ لُزُومَ کمالِ المهرِ فیما لو أزالها بحَجَرٍ إنما هو بحکمِ الطَّلَاقِ بعدَ الخلوَّةِ لا بسببِ إزالتها بالحَجَرِ، وإلا لكانَ الواجبُ علیهِ مهرین^(٣)، [٣/٨٢ب] حتى لو كان قد ضربها بحَجَرٍ بدونِ خلوَّةٍ فأزال بكَارتها لا یلزمُهُ شيءٌ لإزالةِ البكَارةِ، فإذا طَلَّقها قبلَ الخلوَّةِ أيضاً فعلیهِ نصفُ المهرِ بحکمِ الطَّلَاقِ كما في مسألةِ الدَّفْعِ، ويدلُّ أيضاً علی ما قلنا من عدمِ الفَرْقِ بین إزالتها بحَجَرٍ أو دَفْعٍ أنه صرَّحَ في "الخانیة"^(٤): ((بأنه لو دَفَعَ بَكَراً أجنبيَّةً صغيرةً أو كبيرةً، فَذَهَبَتْ عُدْرَتُهَا لَزِمَهُ المهرُ))، وذكرَ مثلهُ^(٥) فیما لو أزالها بحَجَرٍ أو نحوهِ، فلم یفرقَ بین الدَّفْعِ والحَجَرِ في الأجنبيَّةِ، فعِلْمٌ أنَّ الفَرْقَ بینهما في الزَّوْجَةِ من حيثِ الخلوَّةِ وعدمها؛ إذ لا شيءٌ علی الزَّوجِ في مجردِ إزالتها بالدَّفْعِ لملكهِ ذلكَ بالعقدِ، فلا وجهَ لضمَانِهِ به بخلافِ الأجنبيِّ، وحيثَ لم یلزمُهُ شيءٌ بمجردِ الدَّفْعِ لا یلزمُهُ شيءٌ أيضاً بمجردِ إزالتها بالحَجَرِ ونحوهِ؛ إذ لا فرْقَ بین آلهِ وآلهِ في هذه الإزالةِ، فالدَّفْعُ غیرُ قیدٍ، ثم رأيتُ في جنایات "أحكامِ الصَّغار"^(٦)

(١) "الخانیة": فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/٣.

(٣) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((مهرا)).

(٤) "الخانیة": كتاب الجنایات - فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) أي: في "الخانیة": كتاب الجنایات - فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "جامع أحكام الصغار": في مسائل البرغ والقصد والختان ١٧٤/٢ بتصرف يسير، نقلًا عن "قوائد الشيخ برهان

فعلى الأجنبي أيضاً نصف مهرِ مثلها إن طُلِّقَتْ قبل الدُّخول، وإلا فكلُّه، "نهر" بحثاً...

صرَّح: ((بأنَّ الزَّوجَ لو أزالَ عُذْرَها بالأصبع لا يَضْمَنُ، ويُعزَّرُ^(١))) اهـ.

ومقتضاه أنه مكروه فقط، وهل تنفي الكراهة بسبب العجز عن الوصول إليها بكراً؟
الظاهر لا، فإنه يكون عتيباً بذلك، ويكون لها حق التفريق، ولو جاز ذلك لما ثبتت عنته
بذلك العجز، والله أعلم، فافهم.

(١١٨٩٦) [قوله: فعلى الأجنبي أيضاً] أي: كما أن على الزوج نصف المسمى كما مر^(٢)

عن "البحر".

(١١٨٩٧) [قوله: إن طُلِّقَتْ] أي: طُلِّقَتْ زوجها.

(١١٨٩٨) [قوله: "نهر"^(٣) بحثاً] راجع إلى قوله: ((وإلا فكلُّه))، وذلك حيث قال: ((وفي

"جامع الفصولين"^(٤): تدافعت جارية مع أخرى فرألت بكارتها وجبَ عليها مهرُ المثل اهـ. وهو
باطلاقه يعمُّ ما لو كانت المدفوعة متزوجة، فيستفاد منه وجوبه على الأجنبي كاملاً فيما إذا
لم يُطْلَقْها الزَّوجُ قبل الدُّخول، فتدبره)) انتهى كلام "النهر".

وفيه^(٥): أن عبارة "جامع الفصولين" تدلُّ على وجوب كمال مهر المثل مطلقاً من غير
تفصيل بين ما إذا طُلِّقَتْ قبل الدُّخول أو لم يُطْلَقْها كما لا يخفى، وحيث يُعارض إيجابهم نصف
مهر المثل على الأجنبي فيما إذا طُلِّقَتْ الزَّوجُ قبل الدُّخول. اهـ "ح"^(٦).

(قوله: راجع إلى قوله: وإلا فكلُّه إلخ) بل هو راجع لقوله: ((ولو الدَّعَى من أجنبي إلى آخر العبارة))،

فإن جميع ذلك المذكور في "النهر"، وعبارة: ((ولو الدَّعَى من أجنبي وجب بالطلاق قبل الدُّخول نصف
المسمى على الزوج، وعلى الأجنبي نصف صدق مثلها)). وفي "جامع الفصولين": ((تدافعت جارية إلخ)).

(١) في "ب" و"م" و"م" ((يعذر)) بالنال، وهو تحريف، وما أبتناه من "الأصل" و"أ" هو الموافق لـ "جامع أحكام الصغار".

(٢) للمقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها إلخ)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٧/ب.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والثلاثون في الأحكامات - أحكام الصبيان ٢٠٦/٢ تصرف نقلاً عن "فتاوى الصغرى".

(٥) هذا إيراد من "ح".

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/أ.

وما في "جامع الفصولين" هو المذكور في "الحنائية"^(١) و"البرزانية"^(٢) وغيرهما، وهو الوجه؛ لما علمت من أن إزالة البكارة من أجنبي غير الزوج توجب مهر المثل على الزيل، سواء كانت بدفع أو حجر، وذلك لا ينافي وجوب نصف المسمى على الزوج [١/٨٣ق/٣] بطلاقها قبل الدخول؛ لاختلاف السبب، فإن سبب إيجاب المهر كاملاً على الدافع الجناية، وسبب إيجاب النصف على الزوج الطلاق، ولو كان ما وجب على الزوج منقوصاً للجناية - حتى أوجب النصف على الجاني - لزم أن لا يجب على الجاني شيء إذا طلقها الزوج بعد الخلوة الصحيحة؛ لوجوب المهر كاملاً على الزوج.

هذا، وفي "المنح"^(٣) عن "جواهر الفتاوى": ((ولو افتضت بحنون بكارة امرأة بإصبع فقد أشار في "المبسوط" و"الجامع الصغير"^(٤): إذا افتضها كرهاً بإصبع أو حجر أو آلة مخصوصة حتى أفضاها فعليه المهر، ولكن مشايخنا يذكرون أن هذا وقع سهواً، فلا يجب إلا بالآلة الموضوعية لقضاء الشهوة والوطء، ويجب الأرش في ماله)) اهـ.^(٥)

قلت: وهذا مشكك، فإن الافتضاض إزالة البكارة، والإفضاء خلط مسلكي البول والغائط، والمشهور في الكتب المعتمدة المتأولة أن موجب الأول مهر المثل ولو بغير آلة الوطء كما علمته مما^(٦) قلمناه^(٧)، وموجب الثاني الدية كاملة إن لم تستمسك البول، وإلا فثلثها؛ لأنها جراحة جائفة،

(١) "الحنائية": كتاب الجنائيات - فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرزانية": كتاب الجنائيات - الفصل الثاني في الخطأ - نوع آخر في الجناية على الصبي ٣٨٨/٦ (هامش "الفتاوى

الهندية") وأصل المسألة عنده أن الصغيرة وقعت على أخرى لا دفعتهما، وعزا أصل المسألة إلى "الفتاوى الصغرى".

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/١٢٣ق/١.

(٤) لم نثر على المسألة في نسخة "الجامع الصغير" التي بين أيدينا.

(٥) في "د" زيادة: ((فلهذا لم يذكره المصنف. حموي))، ق ١٦٠/ب.

(٦) في "الأصل": ((على ما)).

(٧) المقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها إلخ)).

(و) يجبُ (نصفه)^(١) بطلاق.....

وهذا لو من أجنبي، فلو من الزوج لم يجب في الأول ضمان كما مر^(٢)، وكذا في الثاني^(٣) عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف"، حيث جعل الزوج فيه كالأجنبي، واعتمده "ابن وهبان"^(٤) لتصريحهم بأن الواجب في سلس البول الدية، وردة "الشربلائي" في "شرح الوهبانية": ((بأن هذا في غير الزوج))، وأطال في ذلك، والله تعالى أعلم.

[١١٨٩٩] (قوله: ويجب نصفه) أي: نصف المهر المذكور، وهو العشرة إن سمّاها أو دونها، أو الأكثر منها إن سمّاها، والمتبادر التسمية وقت العقد، فخرج ما فرض أو زيد بعد العقد، فإنه لا ينصف كالمعتة كما سيأتي^(٥)، وفي "البدائع"^(٦): ((ولو شرط مع المسمى ما ليس بمال - بأن تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته الأخرى، أو على أن لا يخرجها من بلدها - ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى، وسقط الشرط؛ لأنه إذا لم يف به يجب تمام مهر المثل، ومهر المثل لا يثبت بالطلاق قبل الدخول، فسقط اعتباره، فلم يبق إلا المسمى فيتنصف، وكذلك إن شرط مع المسمى شيئاً مجهولاً - كأن يهدي لها هدية - ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى؛ لأنه إذا لم يف بالهدية يجب مهر المثل، [٣/٨٣ب] ولا مدخل لمهر المثل في الطلاق قبل الدخول، فيسقط اعتبار هذا الشرط، وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين، حتى وجب مهر المثل)) انتهى.

٣٣١/٢

[١١٩٠٠] (قوله: بطلاق) الباء للمصاحبة لا للسببية؛ لما مر^(٧) من أن الوجوب بالعقد،

(١) في "د" زيادة: ((ليس لغير الأب والجد من الأولياء قبض المهر، إلا أن يكونوا أوصياء، فلأم ذلك إذا كانت وصية.

"حامدية" عن "التاريخانية")، ق ١٦٠/ب.

(٢) المقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها إلخ)).

(٣) ((في الثاني)) ساقط من "الأصل".

(٤) "الوهبانية" - فصل من كتاب الجنائيات ١٠٤ (هامش "المنظومة المحية").

(٥) "در" ص ٣٨٥ - وما بعدها.

(٦) "البدائع" - كتاب النكاح - فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٧/٢ بتصرف.

(٧) ص ٣٤٣ - أول باب المهر.

قَبْلَ وِطْءٍ أَوْ خُلُوعٍ) فَلَوْ كَانَ نَكَحَهَا عَلَى مَا قِيمَتُهُ خَمْسَةٌ كَانَ لَهَا نِصْفُهُ وَدِرْهَمَانِ وَنِصْفٌ (وَعَادَ النِّصْفُ إِلَى مِلْكِ الزَّوْجِ.....)

أَفَادَهُ فِي "الشَّرْئِيعَةِ" (١)، وَلَوْ قَالَ: بِكُلِّ فَرْقَةٍ مِنْ قَبْلِهِ لِشَمْلِ مِثْلِ رِدَّتِهِ، وَزِنَاهُ، وَتَقْيِيلِهِ، وَمَعَانِقَتِهِ لِأَمِّ امْرَأَتِهِ وَبَيْتِهَا قَبْلَ الْخُلُوعِ، "قَهْستَانِي" (٢) عَنْ "النَّظْمِ".

[١١٩٠١] (قَوْلُهُ: قَبْلَ وِطْءٍ أَوْ خُلُوعٍ) هُوَ مَعْنَى قَوْلِ "الْكَتْر" (٣): ((قَبْلَ الدُّخُولِ))، فَإِنَّ الدُّخُولَ يَشْمَلُ الْخُلُوعَ أَيْضًا؛ لِأَنَّهَا دَخُولٌ حَكْمًا كَمَا فِي "الْبَحْرِ" (٤) عَنْ "الْمَجْتَبِي"، وَسَيَأْتِي (٥) مِتْنًا: ((أَنَّ الْقَوْلَ لَهَا لَوْ ادَّعَتِ الدُّخُولَ وَأَنْكَرَهُ؛ لِأَنَّهَا تُنْكَرُ سَقُوطَ النِّصْفِ)).

[١١٩٠٢] (قَوْلُهُ: فَلَوْ كَانَ نَكَحَهَا لِخ) تَفْرِيعٌ عَلَى قَوْلِهِ: ((وَيَجِبُ نِصْفُهُ)) الشَّامِلِ لِلْعَشْرَةِ فِيمَا لَوْ سَمِيَ مَا دُونَهَا كَمَا قَرَّرْنَاهُ (٦)، فَافْهَم.

[١١٩٠٣] (قَوْلُهُ: وَدِرْهَمَانِ وَنِصْفٍ) لِأَنَّهُ لَمَّا سَمِيَ مَا قِيمَتُهُ دُونَ الْعَشْرَةِ لَزِمَ خَمْسَةٌ أُخْرَى تَكْمِلَةُ الْعَشْرَةِ، وَلَمَّا طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ كَانَ لَهَا نِصْفُ الْمَسْمِيِّ وَنِصْفُ التَّكْمِلَةِ.

[١١٩٠٤] (قَوْلُهُ: وَعَادَ النِّصْفُ إِلَى مِلْكِ الزَّوْجِ) أَي: وَلَوْ كَانَ تَبَرَّعَ بِهِ عَنْهُ آخِرُ، وَإِذَا كَانَتْ الْفَرْقَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ مِنْ قَبْلِهَا عَادَ إِلَيْهِ الْكُلُّ، قَالَ فِي "الْبَحْرِ" (٧) عَنْ "الْقَنِيَّة" (٨): ((لَوْ تَبَرَّعَ

(قَوْلُهُ: قَالَ فِي "الْبَحْرِ" عَنْ "الْقَنِيَّة": لَوْ تَبَرَّعَ بِالْمَهْرِ عَنِ الزَّوْجِ لِخ) عَزَا ذَلِكَ فِيهَا إِلَى "الْفَتَاوَى الصُّغْرَى"،

(١) "الشَّرْئِيعَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٣٤٢/١ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالغَرَرِ").

(٢) "جَامِعُ الرُّمُوزِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَهْرِ ٢٨٦/١ بِتَصْرِيفِ يَسِيرٍ.

(٣) انظُرْ "شَرْحَ الْعَيْنِ عَلَى الْكَتْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٥١/١.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٥٤/٣.

(٥) "دَرْ" ص ٤١١-.

(٦) الْمَقُولَةُ [١١٨٩٩] قَوْلُهُ: ((وَيَجِبُ نِصْفُهُ)).

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٥٦/٣.

(٨) "الْقَنِيَّةُ": كِتَابُ الْمَدَائِنَاتِ ق ١/١٦١.

بمجرد الطلاق إذا^(١) لم يكن مسلماً لها، وإن كان مسلماً لها لم يطل ملكها منه،

بالمهر عن الزوج، ثم طلقها قبل الدخول أو جاءت الفرقة من قبلها. يعود نصف المهر في الأول والكل في الثاني إلى ملك الزوج بخلاف المتبرع بقضاء الدين، إذا ارتفع السبب يعود إلى ملك القاضي إن كان غير أمره)).

[١١٩٠٥] (قوله: بمجرد الطلاق) أي: بالطلاق الجرد عن القضاء والرضاء.

[١١٩٠٦] (قوله: إذا لم يكن مسلماً لها) وكذا إذا كان ديناً لم تقبضه، فإنه يسقط نصف

المسمى بالطلاق ويبقى النصف كما في "البدائع"^(٢).

ونقله في "البحر" و"المقديسي" ولم يحكما خلافاً، وذكره في الفصل الرابع والثلاثين من "الفصولين"، وعبارته: ((ولو تبرع بدين ثم انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضي إذا تبرع بقضاء دينه، ولو قضاؤه بأمره يعود إلى ملك من عليه، ويضمن للقاضي مثله، ولو تبرع بمهر ثم خرج من المهرية بردها، أو خرج نصفه بطلاق قبل دخول يرجع إلى ملك المتبرع، وكذا المتبرع بالثمن إذا انفسخ البيع ورجع في الثمن)) اهـ. وفي "نور العين" - بعد ذكر مسألة الدين السابقة -: ((تبرع بمهر ابنه ثم ارتفع النكاح فالمهر للأب، وكذا التبرع بسائر الديون)) اهـ. وفي "الذخيرة": ((من قضى دين غيره بأمره أو بغير أمره يخرج المقتضى به عن ملك القاضي إلى ملك المقتضى له من غير أن يدخل في ملك المقتضى عنه، ألا ترى أن القضاء عن الميت صحيح مع أنه ليس من أهل الملك، ومن قضى دين غيره بسبب فعند ارتفاع ذلك السبب يعود المقتضى به إلى ملك القاضي إن قضاؤه بغير أمر، وإن بأمر يعود إلى ملك المقتضى عنه؛ لأن الأصل عند ارتفاع السبب أن يعود إلى ملك القاضي إلا أن القضاء إذا كان بأمر المقتضى عنه، فالقاضي استحقq البذل عليه، فلو قلنا بعوده إلى ملكه بعد ارتفاع السبب يجمع البذل والمبذل في ملك واحد وهو لا يجوز، وهذا المعنى معدوم فيما إذا قضى بغير أمره، وعلى ما ذكر تكون عبارة "القنية" محمولة على ما إذا تبرع عن الزوج بأمره، وإلا فلا يظهر فرق بين دين المهر وغيره، تأمل.

(١) في "ط": ((اذ)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢/٢٩٧.

بل (توقّف) عَوْدُهُ إِلَى مَلِكِهِ (على القضاء أو الرضا) فلهذا (لا نفاذَ لعتقه) أي: الزَّوْجِ (عبدَ المهرِ بعد طلاقها قبله) أي: قبلَ القضاءِ ونحوه؛ لعدم ملكه قبله (ونفذَ تصرفُ المرأةِ) قبله (في الكلِّ لبقاء ملكها) وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ يومَ القبضِ؛

[١١٩٠٧] (قوله: بل توقّف عودُهُ إلخ) أي: عَوْدُ النَّصْفِ إِلَى مَلِكِهِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَإِنْ انْفَسَخَ بِالطَّلَاقِ فَقَدْ بَقِيَ الْقَبْضُ بِالتَّسْلِيْطِ الْحَاصِلِ بِالْعَقْدِ، وَإِنَّهُ مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ، فَلَا يَزُولُ الْمَلِكُ إِلَّا بِالْفَسْخِ مِنَ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ لِسَبَبِ الْمَلِكِ، أَوْ بِتَسْلِيمِهَا؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ لِلْقَبْضِ حَقِيقَةً، "بِدائع"^(١). [١١٩٠٨] (قوله: عبدَ المهرِ) مفعولٌ ((العتق))، والمرادُ نصفُهُ، وكذا كُلُّهُ بِالْأَوَّلَى؛ إِذْ لَا حَقَّ لَهُ فِي النَّصْفِ الْآخَرِ.

[١١٩٠٩] (قوله: بعدَ طلاقها قبله) الظرفان مُتَعَلِّقان بِـ ((عنتي)).

[١١٩١٠] (قوله: ونحوه) المرادُ به الرضا. اهـ "ح"^(٢).

[١١٩١١] (قوله: لعدم ملكه قبله) أي: قبلَ القضاءِ ونحوه، حتّى لو قَضَى الْقَاضِي بَعْدَ الْعَتْقِ بِالنَّصْفِ لَهُ لَا يَنْفَعُ [١/٨٤ق/٣] ذَلِكَ الْعَتْقُ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ سَبْقَ مَلِكِهِ كَالْمَقْبُوضِ بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ، إِذَا أُعْتَقَهُ الْبَائِعُ ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ لَا يَنْفَعُ ذَلِكَ الْعَتْقُ الَّذِي كَانَ قَبْلَ الرُّدِّ، "فتح"^(٣).

[١١٩١٢] (قوله: ونفذَ تصرفُ المرأةِ) من جملَةِ المَفْرَعِ عَلَى قَوْلِهِ: ((بل توقّف إلخ))،

"ط"^(٤). وشيملَ التَّصَرُّفُ الْعَتْقَ وَالْبَيْعَ وَالْهَبَةَ، وَقَوْلُهُ: ((قبله)) أي: قبلَ القضاءِ ونحوه.

[١١٩١٣] (قوله: وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ إلخ) لأنَّهُ إِذَا نَفَذَ تَصَرُّفَهَا فَقَدْ تَعَدَّرَ عَلَيْهَا رَدُّ

النَّصْفِ بَعْدَ وَجُوبِهِ، فَتَضَمَّنَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ لِلزَّوْجِ يَوْمَ قَبْضَتِ، "بجر"^(٥)، أي: لأنَّهُ بِالْقَبْضِ دَخَلَ

فِي ضَمَانِهَا.

(١) البدائع: كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٨/٢ بتصرف. واللفظ: "بائع".

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/٣ بتصرف يسير.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٤٩/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٥/٣.

لأنَّ زيادةَ المهرِ المنفصلةَ تتنصَّفُ قبلَ القبضِ لا بعدَهُ.....

[١١٩١٤] (قوله: لأنَّ زيادةَ المهرِ) تعليلٌ لما استُفيدَ من التقييدِ بالأصلِ، وهو أنَّ المهرَ لو زادَ بعدَ القبضِ لا تَضُمَّنُ الزيادةَ، لكنَّ في المسألةِ تفصيلٌ؛ لأنَّ الزيادةَ في المهرِ إمَّا مُتَّصِلَةٌ مُتَوَلِّدَةٌ مِنَ الْأَصْلِ كَسِمَنِ الْجَارِيَةِ وَجَمَالِهَا وَأَمَارِ الشَّجَرِ، أَوْ غَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ كَصَبْغِ الثُّوبِ وَالْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، أَوْ مُنْفَصِلَةٌ مُتَوَلِّدَةٌ كَالْوَلَدِ وَالشَّمْرِ إِذَا جُدَّ، أَوْ غَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ كَالكَسْبِ وَالْعَلَّةِ. وَكُلٌّ إمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَتَنصَّفُ إِلَّا الْغَيْرَ الْمُتَوَلِّدَةَ بِقِسْمِيهَا، أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يَتَنصَّفُ، فَالْأَقْسَامُ ثَمَانِيَةٌ كَمَا فِي "النَّهْرِ"^(١) وَغَيْرِهِ. وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَتَنصَّفُ، بَلْ تَسَلِّمُ لِلزَّوْجَةِ إِذَا حَدَّثَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ مُطْلَقًا، أَوْ قَبْلَهُ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُتَوَلِّدَةٍ مُتَّصِلَةً أَوْ مُنْفَصِلَةً، فَكَانَ الْأَوَّلَى لـ "الشَّارِحِ" أَنْ يَقُولَ: ((لأنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَوَلِّدَةَ قَبْلَ الْقَبْضِ تَتَنصَّفُ دُونَ غَيْرِهَا)).

ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ هَذَا كُلُّهُ إِذَا حَدَّثَتْ الزِّيَادَةُ قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَلَوْ بَعْدَهُ: فَإِنْ كَانَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ تَنصَّفَتْ كَالأَصْلِ، وَإِنْ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَضَاءِ لِلزَّوْجِ بِالنِّصْفِ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا فَالْمَهْرُ فِي يَدِهَا كَالْمَقْبُوضِ بَعْدَ فِاسِدٍ؛ لِأَنَّهُ فَسَدَ مِلْكُهَا فِي النِّصْفِ^(٢) بِالطَّلَاقِ كَمَا فِي "الْبِدَائِعِ"^(٣)، وَبَقِيَ مَسَائِلُ نَقْصَانِ الْمَهْرِ، وَهِيَ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ صُورَةً مَذْكُورَةٌ فِي "الْبَحْرِ"^(٤) وَ"النَّهْرِ"^(٥).

[١١٩١٥] (قوله: قبلَ القبضِ) ظرفٌ لقوله: ((تتنصَّفُ))، وَالْوَاقِعُ فِي "النَّهْرِ"^(٦) وَغَيْرِهِ جَعَلَهُ ظَرْفًا لِلزِّيَادَةِ، فَإِنَّ الْمَوْدَى وَاحِدٌ، "ط"^(٧).

(قوله: لكن في المسألة تفصيلٌ إلخ) يُنظَرُ مَا فِي "الْفَتْحِ" وَ"الْبَحْرِ".

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٧ ب - ق ١٧٨ أ.

(٢) في "ب" و"م": ((ملكها النصف)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٠/٢ - ٣٠١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٥/٣ - ١٥٦.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨ أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨ أ.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٠/٢ بتصرف.

(وَوَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ فِي الشُّغَارِ) هُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ بِنْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرَ بِبِنْتِهِ
أَوْ أُخْتَهُ مَثَلًا مَعَاوِضَةً بِالْعَقْدَيْنِ،.....

قلت: ويصحُّ جعلُ الظرفِ مُتعلِّقاً بمَحذوفِ حالٍ من ((زيادة))، فتتجدُّ العبارتان.

مطلب: نكاحُ الشُّغارِ

[١١٩١٦] [قوله: في الشُّغارِ بكسرِ الشَّينِ: مصدرٌ ((شاغِرٌ)). اهـ "ح" (١)].

[١١٩١٧] [قوله: هُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرَ] قال في "النهر" (٢): ((وهو أن يُشاغِرَ الرَّجُلَ، أي: يُزَوِّجَهُ حَرَمَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرَ حَرَمَتَهُ وَلَا مَهْرَ إِلَّا هَذَا، كَذَا فِي "المغرب" (٣))، أي: عَلَى أَنْ يَكُونَ بُضْعُ كُلِّ صَدَاقًا [ب/٨٤ق/٣] عَنِ الْآخَرَ، وَهَذَا الْقَيْدُ لَا بَدَأَ مِنْهُ فِي مُسَمَّى الشُّغَارِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ وَلَا مَعْنَاهُ، بَلْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِبِنْتِكَ قَبْلَ، أَوْ عَلَى أَنْ يَكُونَ بُضْعُ بِنْتِي صَدَاقًا لِبِنْتِكَ فَلَمْ يَقْبَلِ الْآخَرُ، بَلْ زَوَّجَهُ بِنْتَهُ وَلَمْ يَجْعَلْهَا صَدَاقًا لَمْ يَكُنْ شِغَارًا بَلْ نِكَاحًا صَحِيحًا اتِّفَاقًا وَإِنْ وَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ (٤) فِي الْكَلِّ؛ لِأَنَّ سَمَى مَا لَا يَصْلُحُ صَدَاقًا. وَأَصْلُ الشُّغُورِ: الْخَلُّ، يُقَالُ: بَلَدَةٌ شَاغِرَةٌ إِذَا خَلَّتْ عَنِ السُّلْطَانِ، وَالْمَرَادُ هُنَا الْخَلُّ عَنِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُمَا بِهَذَا الشَّرْطِ كَأَنَّهُمَا أَحْلِيَا الْبُضْعَ عَنْهُ، "نهر" (٥)].

٣٣٢/٢

[١١٩١٨] [قوله: مُعَاوِضَةً بِالْعَقْدَيْنِ] المرادُ بِالْعَقْدَيْنِ الْمُعَقَّدِ الْمُعَقَّدُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْبُضْعُ كَمَا فِي "الخواشي السُّعْدِيَّة" (٦)، أي: عَلَى أَنْ يَكُونَ كُلُّ بُضْعٍ عِوَضَ الْآخَرَ مَعَ الْقَبُولِ مِنَ الْعَاقِدِ الْآخَرَ كَمَا يَشِيرُ إِلَيْهِ لَفْظُ الْمَفَاعَلَةِ، فَاحْتَرَزَ عَمَّا إِذَا لَمْ يُصْرِّحْ بِكَوْنِ كُلِّ بُضْعٍ عِوَضَ الْبُضْعِ الْآخَرَ، أَوْ صرَّحَ بِهِ أَحَدُهُمَا وَقَالَ الْآخَرُ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي، كَمَا مَرَّ (٧)].

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/١.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/١ - ب بتصرف يسير.

(٣) "المغرب": مادة ((شغِر)).

(٤) في "د" زيادة: ((لصحة العقد، كذا في "البحر"، "شربلاية")). ق ١٦١/١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/١ - ب.

(٦) "الخواشي السُّعْدِيَّة": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٢/٣ (هامش "فتح القدير").

(٧) في المقولة السابقة.

وهو منهيٌّ عنه لِخُلُوهٍ عن المهرِ، فأوجبنا فيه مهرَ المثل، فلم يَبْقَ شِغَاراً (و) في (خدمةِ زَوْجٍ حرٍّ).....

[١١٩١٩] (قوله: وهو منهيٌّ عنه لِخُلُوهٍ عن المهرِ إلخ) جوابٌ عمّا أوردَهُ "الشَّافِعِيُّ" من حديثِ "الكتبِ السَّتِيَّةِ" مرفوعاً من النَّهْيِ عن نِكَاحِ الشُّغَارِ^(١)، والنَّهْيُ يقتضي فسادَ النَّهْيِ عنه، والجوابُ: أنْ مُتَعَلَّقُ النَّهْيِ - مُسَمًّى الشُّغَارِ المأخُوذُ في مفهومِهِ - خُلُوهُ عن المهرِ وكونُ البُضْعِ صَدَاقاً، ونحن قائلون بنفي هذه الماهيةِ وما يَصْدُقُ عليها شرعاً، فلا تُبْتِغُ النِّكَاحَ كذلك بل نُبْطِلُهُ، فَيَبْقَى نِكَاحاً مُسَمًّى فيه ما لا يَصْلُحُ مهراً، فَيَتَعَدَّدُ مُوجِباً لمهرِ المثلِ كالمسَمًّى فيه حَمْرٌ أو خنزيرٌ، فما هو مُتَعَلَّقُ النَّهْيِ لم تُبْتِغُهُ، وما أُبْتِغَتْه لم يَتَعَلَّقْ به، بل اقْتَضَتْ العُيُومَاتُ صِحَّتَهُ، وتَمَامُهُ في "الفتح"^(٢). زادَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٣): ((أو هو - أي: النَّهْيُ - محمولٌ على الكراهيةِ)) اهـ، أي: والكراهيةُ لا تُوجِبُ الفسادَ.

وحاصلُهُ: أنه مع إيجابِ مهرِ المثلِ لم يَبْقَ شِغَاراً حقيقةً، وإن سَلِمَ فالنَّهْيُ على معنى الكراهيةِ، فيكونُ الشَّرْعُ أوجِبَ فيه أمرين: الكراهيةَ ومهرَ المثلِ، فالأوَّلُ مأخُوذٌ من النَّهْيِ، والثاني من الأدلَّةِ الدَّالَّةِ على أنْ ما سُمِّيَ فيه ما لا يَصْلُحُ مهراً يَتَعَدَّدُ مُوجِباً لمهرِ المثلِ، وهذا الثاني دليلٌ على حملِ النَّهْيِ على الكراهيةِ دونِ الفسادِ.

وبهذا التقريرِ اندفَع ما أوردَ من أنْ حملَهُ على الكراهيةِ يقتضي أنْ الشُّغَارَ الآنَ غيرُ منهيٍّ عنه لإيجابنا فيه مهرَ المثلِ، ووجهُ الدَّفْعِ: أنه إذا حُمِلَ النَّهْيُ على معنى الفسادِ فكونُهُ غيرَ منهيٍّ عنه^(٤) الآنَ - أي: بعدَ إيجابِ مهرِ المثلِ - مُسَلِّمٌ، وإن حُمِلَ على معنى الكراهيةِ فالنَّهْيُ [١/٨٥ق/٣] باقٍ، فافهم.

[١١٩٢٠] (قوله: وفي خدمةِ زَوْجٍ حرٍّ) أي: يَجِبُ مهرُ المثلِ عندهما في جعلِهِ المهرَ خدمتَهُ

(١) تقدم تحريمه في المقولة [١١٤٣٦].

(٢) انظر "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٢/٢ - ٢٢٣.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٥/٢ بتوضيح من ابن عابدين.

(٤) ((عنه)) ليست في "ب" و"م".

سَنَّة (للإمهار) حُرَّةٌ أَوْ أَمَةٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ قَلْبَ الْمَوْضُوعِ،.....

إِيَّاهَا سَنَةٌ، وَقَالَ "مُحَمَّدٌ": لَهَا قِيَمَةُ الْخِدْمَةِ. قَيَّدَ بِالْخِدْمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى سُكْنَى دَارِهِ أَوْ رُكُوبِ دَابَّتِهِ أَوْ الْحَمَلِ عَلَيْهَا، أَوْ عَلَى أَنْ تَرَعَ أَرْضَهُ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنْ مَنَافِعِ الْأَعْيَانِ مُلْتَمَّةٌ مَعْلُومَةٌ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَنَافِعَ ^(١) مَالٌ أَوْ أُلْحِقَتْ بِهِ لِلْحَاجَةِ، "نَهْرٌ" ^(٢) عَنْ "الْبِدَائِعِ" ^(٣). وَاحْتَرَزَ بِالْحُرَّةِ عَنِ الْعَبْدِ كَمَا يَأْتِي ^(٤) فِي قَوْلِهِ: ((وَلَهَا خِدْمَتُهُ لَوْ عَبْدًا))، وَزَادَ قَوْلُهُ: ((أَوْ أَمَةً)) لِقَوْلِ "النَّهْرِ" ^(٥): ((إِنَّ الظَّاهِرَ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْحُرَّةِ، بَلِ التَّنَافِي الْمَعْلُومُ بِهِ أَقْوَى فِي الْأَمَةِ مِنْهُ فِي الْحُرَّةِ)).

[١١٩٢١] (قَوْلُهُ: سَنَةٌ) إِنَّمَا ذَكَرَهُ لِتَوْهُمِ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ بِتَعْيِينِ الْمَلَّةِ، فإِذَا لَمْ تَصَحَّ فِي الْمَعْنِيَةِ فَمِنِ الْمَجْهُولَةِ بِالْأَوَّلَى، "ط" ^(٦).

[١١٩٢٢] (قَوْلُهُ: لِأَنَّ فِيهِ قَلْبَ الْمَوْضُوعِ) لِأَنَّ مَوْضُوعَ الزَّوْجِيَّةِ أَنْ تَكُونَ هِيَ خَادِمَةً لَهُ لَا بِالْعَكْسِ، فَإِنَّهُ حَرَامٌ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِهَانَةِ وَالْإِذْلَالِ كَمَا يَأْتِي ^(٧)، فَقَدْ سَمَّى مَا لَا يَصْلُحُ مَهْرًا، فَصَحَّ الْعَقْدُ وَوَجِبَ مَهْرُ الْمَثَلِ، قَالَ فِي "النَّهْرِ" ^(٨): ((وَاحْتَلَفَتِ الرَّوَايَاتُ فِي رَعْيِ غَنِيمِهَا وَزِرَاعَةِ أَرْضِهَا لِلتَّرَدُّدِ فِي تَمَحُّضِهَا خِدْمَةً وَعَدَمِهِ، فَعَلَى رَوَايَةِ "الأَصْلِ" وَ"الْجَامِعِ": لَا يَجُوزُ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ، وَرَوَى "ابن سَمَاعَةَ": أَنَّهُ يَجُوزُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْابْنَ لَوْ اسْتَأْجَرَ أَبَاهُ لِلْخِدْمَةِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِلرَّعْيِ وَالزَّرَاعَةِ يَصْحَحُ، كَذَا فِي "الدَّرَايَةِ"، وَهَذَا شَاهِدٌ قَوِيٌّ، وَمِنْ هُنَا قَالَ "المُصَنِّفُ" فِي "كَافِيهِ" ^(٩) - بَعْدَ ذِكْرِ رَوَايَةِ "الأَصْلِ": - الصَّوَابُ أَنْ يَسْلَمَ لَهَا إِجْمَاعًا)) اهـ.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((أَمْوَالٌ أَوْ التَّحَقُّقُ بِالْأَمْوَالِ شَرْعًا؛ إِذْ لَيْسَ فِيهِ اسْتِخْدَامُ زَوْجِهَا فَجَعَلَتْ أَمْوَالًا، وَالتَّحَقُّقُ بِالْأَعْيَانِ فَصَدَقَتْ تَسْمِيَتُهَا، "مَنْعُ"). ق ١٦١/أ.

(٢) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١/ب.

(٣) "الْبِدَائِعُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ: وَأَمَّا بَيَانُ مَا يَصْحَحُ تَسْمِيَتَهُ مَهْرًا ٢٧٩/٢ بَتَصْرَفِ.

(٤) "دَرْ" ص ٣٦٩ -.

(٥) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١/ب بَتَصْرَفِ، وَفِيهِ: ((بَلِ التَّنَافِي)) بَدَلُ: ((بَلِ التَّنَافِي)) -.

(٦) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥٠/٢ بَتَصْرَفِ.

(٧) "دَرْ" ص ٣٦٩ -.

(٨) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١/ب.

(٩) "كَافِي التَّسْفِي": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١١٣/أ.

كذا قالوا، ومفادُهُ صحَّةُ تزوُّجِها على أن يَخْدِمَ سَيِّدَها أو وليَّها كقصَّةِ "شعيب" مع "موسى" عليهما الصَّلَاةُ والسَّلَامُ^(١)، كصحَّتِهِ.....

[١١٩٢٣] (قوله: كذا قالوا) الأولى إسقاطه؛ لأنَّ عاداتهم في مثل هذه العبارة تضعيفُ المقولِ والتَّبَرُّيُّ عنه، وهو غيرُ مرادٍ هنا، تأمَّل.

[١١٩٢٤] (قوله: ومفادُهُ إلخ) البحثُ لصاحب "النهر"^(٢)، قال "الرحماني": ((والظاهرُ أنَّ وليَّها يضمنُ لها حينئذٍ قيمةَ الخدمةِ بخلافِ سيِّدِها؛ لأنَّه المُستحقُّ لمهرِ أمَّتِهِ، والظاهرُ هنا الاتِّفاقُ على صحَّةِ التزوُّجِ بخلافِ خدمتِهِ لها)) اهـ.

قلت: لكنَّ في "البحر"^(٣) عن "الظهيرية"^(٤): ((لو تزوَّجها على أن يهبَ لأبيها ألفَ درهمٍ لها مهرُ المثلِ وهبَ له أو لا، فإنَّ وهبَ كان له أن يرجعَ في هَيْتِهِ)) اهـ.

ومقتضاهُ وجوبُ مهرِ المثلِ في خدمةِ وليَّها وعدمُ لزومِ الخدمةِ، وكذا في مثلِ قصَّةِ "شعيب" عليه السَّلَامُ، ولو فعَلَ الزَّوْجُ ما سَمَى ينبغي أن [٣/٨٥ق/ب] يجبَ له أجرُ المثلِ على وليَّها كما قالوا فيما لو قال له: اعملْ معي في كَرَمِي لأزَّوجَكَ ابنتي، فَعَمِلَ ولم يُزَوِّجْهُ له أجرُ المثلِ، تأمَّل.

[١١٩٢٥] (قوله: كقصَّةِ "شعيب") فإنَّه زَوَّجَ "موسى" - عليهما السَّلَامُ - بنتَهُ على^(٥) أن يرعى

(قوله: ومقتضاهُ وجوبُ مهرِ المثلِ في خدمةِ وليَّها إلخ) فيه: أنَّ فرعَ "الشَّارح" جعلَ خِدمةَ الوليِّ مهراً، وفرعَ "الظهيرية" جعلَ الهبةَ للأب مهراً، والهبةُ لا تصلحُ مهراً؛ لعدمِ كونها مالا أو مُلحقاً به فلم يُسمَّ ما يصلحُ مهراً فلذا وجبَ مهرُ المثلِ، بخلافِ الخِدمةِ فإنَّها مالٌ أو مُلحقٌ به فصحتِ التسمية، والألفُ في مسألةِ "الظهيرية" إنما جعلتْ تبرُّعاً للأب لا دخلَ لها في المهرِ، والخدمةُ للأب جعلتْ مهراً.

(١) ((عليهما الصلاة والسلام)) ليست في "ب" و"و" و"د".

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٣ بتصرف.

(٤) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل السابع في المهور ق ٨٠/ب.

(٥) ((على)) ساقطة من "٦".

على خدمة عبده أو أمته أو عبد الغير برضا مولاه أو حر آخر برضاه.....

له غنم ثمانين سنين، وقد قصه الله تعالى علينا بلا إنكار، فكان شرعاً لنا، وقد استدل بهذه القصة على ترجيح ما مر^(١) من رواية الجواز في رعي غنمها، وردّه في "الفتح"^(٢): ((بأنه إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون "شعيب"، وهو متفرج)) اهـ. وتبعه في "البحر"^(٣).
ومفادُه صحّة الاستدلال بها على الجواز في رعي غنم الأب.

[١١٩٢٦] (قوله: على خدمة عبده) أي: عبد الزوج، أي: خدمة عبده إياها، فالمصدر مضافٌ لفاعلِه، وكذا ما بعده.

[١١٩٢٧] (قوله: أو حر آخر برضاه) في "الغاية" عن "المحيط": ((لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته، وترجع^(٤) على الزوج بقيمة خدمته)) اهـ.

قال في "الفتح"^(٥): ((وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها، فإما: لأنه أحسن لا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة، وإما أن يكون مرادُه إذا كان بغير أمر ذلك الحر))، ثم قال^(٦) - بعد كلام -: ((ويجب أن يُنظر: فإن لم يكن بأمره ولم يُجزه وجب قيمة الخدمة، وإن بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تُمنع وتُعطى هي قيمتها، أو لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وإن كانت غير^(٧) معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر، حتى تصير أحق بها؛ لأنه أجبر، وحينئذ^(٨) فإن صرفته في الأول فكالأول أو في الثاني فكالثاني)) اهـ.

(١) المقولة [١١٩٢٢] قوله: ((لأن فيه قلب الموضوع))، ص ٢٢٤/٣ - باب المهر ٢٢٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٧/٣.

(٤) ((وترجع)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٣/٣.

(٦) أي: في "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٣/٣ - بتصرف يشير.

(٧) ((غير)) ساقطة من "الأصل".

(٨) في "النسخ جميعها: ((وحد)) وما أثبتناه من "ط"، وقد نبه عليه مصحح "م".

(و) في (تعليم القرآن) للنصّ بالابتغاءِ بالمال، وبإءٍ ((زَوَّجْتُكَ بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ))
للسَّبِيَّةِ أو للتَّعْلِيلِ،.....

أي: إن صَرَفْتَهُ واستخدمْتَهُ في النوعِ الأوَّلِ - وهو ما يستدعي المخالطةَ - فكالأوَّلِ من المنع وإعطاءِ قيمةِ الخدمة، وإن استخدمْتَهُ بما لا يستدعي ذلك فحكمُهُ كالثَّاني من وجوب تسليم الخدمة.

[١١٩٢٨] (قوله: وفي تعليم القرآن) أي: يجبُ مهرُ المثل فيما لو تزوّجها على أن يُعلّمها القرآن أو نحوه من الطّاعات؛ لأنَّ المسمّى ليس بمالٍ، "بدائع"^(١)، أي: لعدم صحّة الاستحجار عليها عند أئمّتنا الثلاثة.

[١١٩٢٩] (قوله: وبإءٍ: زَوَّجْتُكَ بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ)^(٢) أي: النوارِد في حديث "سعد السّاعدي"^(٣) من قوله ﷺ [٣/٨٦١]: «التَّمِسْ ولو خائماً من حديدٍ»، فالتَّمَسَ فلم يجد شيئاً، فقال عليه الصّلاة والسّلام: «هل معك شيءٌ من القرآن؟» قال: نعم، سورة كذا وسورة كذا لسورٍ سمّاها، فقال عليه الصّلاة والسّلام: «قد ملككها بما معك من القرآن»^(٤)، ويروى: «أنكحتكها»، و«زَوَّجْتُكَهَا»، "ح"^(٥) عن "الزّيلعي"^(٦).

[١١٩٣٠] (قوله: للسَّبِيَّةِ أو للتَّعْلِيلِ) أي: بسببٍ أو لأجل أنك من أهل القرآن، فليست الباءُ مُتَعَبِّئَةً لِلْعَوْضِ.

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهرأ ٢٧٧/٢ بتصرف.

(٢) ((من القرآن)) ليست في الأصل "و" و"م".

(٣) في هامش "م" ((قوله: سعد الساعدي، في صحيح البخاري: عن سهل بن سعد الساعدي، فسقط هنا لفظ سهل ابن. اهـ مصححه)).

(٤) تقدّم تخريجه في المقولة [١١٨٨٠] قوله: ((ورواية الأقل إلح)).

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١/٦٣ أ.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٦/٢ بتصرف.

لكن في "النهر"^(١): ((ينبغي أن يصحَّ على قول المتأخرين)).....

[١١٩٣١] (قوله: لكن في "النهر"^(٢)) أصله لصاحب "البحر"^(٣) حيث قال: ((وسياتي إن شاء الله تعالى في كتاب الإجازات أن الفتوى على جواز الاستحجار لتعليم القرآن والفقهاء، فينبغي أن يصحَّ تسميته مهراً؛ لأن ما جاز أخذ الأجرة في مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقاً كما قدمنا^(٤) نقله عن "البدائع"^(٥))، ولهذا ذكر في "فتح القدير"^(٦) هنا: أنه لما جاز "الشافعي" أخذ الأجر على تعليم القرآن صحَّح تسميته مهراً، فكذا نقول: يلزم على المفتي به صحَّة تسميته صداقاً، ولم أر من تعرَّض له، والله الموفق للصواب)) اهـ.

واعترضه "المقدسي"^(٧): ((بأنه لا ضرورة تلجئ إلى صحَّة تسميته، بل تسمية غيره تُغني بخلاف الحاجة إلى تعليم القرآن، فإنها تحققت للتكاسل عن الخيرات في هذا الزمان)) اهـ.

وفيه: أن المتأخرين أفتوا بجواز الاستحجار على التعليم للضرورة كما صرحوا به، ولهذا لم يحز على ما لا ضرورة فيه كالتلاوة ونحوها. ثم الضرورة إنما هي علة لأصل جواز الاستحجار، ولا يلزم وجودها في كل فرد من أفرادها، وحيث جاز على التعليم للضرورة صحَّت تسميته

(قوله: وفيه: أن المتأخرين أفتوا بجواز الاستحجار على التعليم إلخ) يقال: إن الضرورة لا تعدى محلها بل تنقدر بقدرها وهي إنما اقتضت جواز الاستحجار، وأن هذه المنفعة تقابل بالمال في خصوص التعليم ولم يوجد ما يقتضي صحَّة المقابلة في البضع لعدم الداعي، والضرورة إنما تعتبر بالنسبة لغالب الأفراد لا لغيره.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٦٣/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/ب بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٨/٣ بتصرف يسير.

(٤) المقولة [١١٩٢٠] قوله: ((وفي خدمة زوج حر)).

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٧/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٤/٣ بتصرف.

مهراً؛ لأنه منفعة^(١) تقابلُ بالمال كسكنى الدار، ولم يشترط أحدٌ وجودَ الضَّرورةِ في المسعى؛ إذ يلزمُ أن يُقالَ مثلهُ في تسميةِ السُّكنى مثلاً: إنَّ تسميةَ غيرها تُغني عنها، مع أنَّ الزَّوجَةَ قد تكونُ محتاجةً إلى التَّعليمِ دونِ السُّكنى والمال، واعتَرَضَ أيضاً في "الشَّرْئِيَّةِ"^(٢): ((بأنه لا يصحُّ تسميةُ التَّعليمِ؛ لأنه خدمةٌ لها وليست من مُشْتَرِكِ مَصَالِحِهِمَا))، أي: بخلافِ رَغْيِ غَنَمِها وزراعةِ أرضِها، فإنه وإن كان خدمةً لها لكنَّه من المصالحِ المُشْتَرَكَةِ بينه وبينها، وأجاب تلميذُه الشَّيخُ "عبدُ الحَيِّ"^(٣): ((بأنَّ الظَّاهِرَ عدمُ تسليمِ كونِ التَّعليمِ [٣/٨٦٦ب] خدمةً لها، فليس كلُّ خدمةٍ لا تجوزُ، وإنما يمتنعُ لو كانت الخدمةُ للترذيلِ))، قال "ط"^(٤): ((وهو حسنٌ؛ لأنَّ مُعَلِّمَ القرآنِ لا يُعَدُّ خادماً للمُعْتَلِمِ شرعاً ولا عرفاً)) اهـ.

قلت: ويؤيدهُ أنهم لم يجعلوا استجارَ الابنِ أباه لرغْيِ الغنمِ والزَّراعةِ خدمةً، ولو كان رَغْيِ الغنمِ خدمةً و^(٥) رذيلةً لم يفعلْهُ^(٦) نبيُّنا و"موسى" عليهما الصَّلَاةُ والسَّلَامُ، بل هو حِرْفَةٌ كباقي الحِرْفِ الغَيْرِ المُسْتَرْدَلَةِ يُقصدُ بها الاكتسابُ، فكذا التَّعليمُ لا يُسمَّى خدمةً بالأولى.

(تنبيه)

قال في "النَّهر"^(٧): ((والظَّاهِرُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تَعْلِيمُ كُلِّ الْقُرْآنِ، إِلا إِذَا قَامَتْ^(٨) قَرِينَةٌ عَلَى إِرَادَةِ

قوله: بأنَّ الظَّاهِرَ عدمُ تسليمِ كونِ التَّعليمِ حِدْمَةً لها، فليس كلُّ حِدْمَةٍ (إخ) عبارةً "ط": ((وبفرض تسليمِ كونهِ حِدْمَةً لها فليس (إخ)).

(١) في "ب" و"م": ((لأنَّ منفعتَهُ)).

(٢) "الشَّرْئِيَّةِ": كتاب النِّكَاح - باب المهر ٣٤٢/١ بتصريف (هامش "الدرر والغرر").

(٣) عبد الحَيِّ: لم نهتد إلى ترجمته.

(٤) "ط": كتاب النِّكَاح - باب المهر ٥١/٢ باختصار.

(٥) في "م": ((أو)) بدل الواو.

(٦) (لم يفعلْهُ) ساقط من "الأصل".

(٧) "النَّهر": كتاب النِّكَاح - باب المهر ١٨١/ب.

(٨) في "م": ((أقامت)).

(ولها خدمته لو) كان الزوج (عبداً) مأذوناً في ذلك، أمّا الحرُّ فخدمته لها حرام؛ لما فيه من الإهانة والإذلال، وكذا استخدامُهُ، "نهر" عن "البدائع"^(١).....

البعض، والحفظ ليس من مفهومه كما لا يخفى)) اه، أي: فلا يلزمه تعليمه على وجه الحفظ عن ظهر قلبها.

[١١٩٣٢] (قوله: ولها خدمته) لأنَّ الخدمة إذا كانت بإذن المولى صار كأنه يخدم المولى حقيقة، "بحر"^(٢). فليس فيه قلب الموضوع. اهـ "ح"^(٣). ولأنَّ استخدام زوجته إياه ليس بحرام؛ لأنه عُرْضة للاستخدام والابتدال؛ لكونه مملوكاً ملحقاً بالبهائم، "بدائع"^(٤).

[١١٩٣٣] (قوله: مأذوناً في ذلك) أي: في التزوج على خدمته، فلو بلا إذن مولاه لم يصحَّ العقد.

[١١٩٣٤] (قوله: أمّا الحرُّ) أي: الزوج الحرُّ.

[١١٩٣٥] (قوله: فخدمته لها حرام) أي: إذا خدمها فيما يخصُّها على الظاهر ولو من غير استخدام، يدلُّ على^(٥) ذلك عطفُ الاستخدام عليه، "ط"^(٦).

[١١٩٣٦] (قوله: وكذا استخدامُهُ) صرَّح به في "البدائع"^(٧) أيضاً وقال: ((ولهذا لا يجوز للابن أن يستأجر أباه للخدمة))، قال في "البحر"^(٨): ((وحاصلُهُ أنه يحرمُّ عليها الاستخدام ويحرمُّ عليه الخدمة)).

(١) ((عن "البدائع")) ساقط من "د".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٩/٣ بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٩/٢.

(٥) في "أ": ((عليه)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥١/٢.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٨/٢.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٩/٣.

(وكذا يجب مهر المثل (فيما إذا لم يُسَمَّ مهراً) (أو نفى إن وطئ) الزوج (أو مات عنها)^(١))

[١١٩٣٧] (قوله: فيما إذا لم يُسَمَّ مهراً) أي: لم يُسَمَّ تسميةً صحيحةً أو سكتَ عنه، "نهر"^(٢). فدخلَ فيه ما لو سَمَى غيرَ مالٍ كخمرٍ ونحوه، أو مجهولِ الجنسِ كدابةٍ وثوبٍ، قال في "البحر"^(٣): ((ومن صور ذلك: ما إذا تزوجها على ألفٍ على أن تردَّ إليه ألفاً، أو تزوجها على عبدِها، أو قالت: زوجتك نفسي بخمسين ديناراً وأبرأتك منها قبلاً، أو تزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم رجلٍ آخر، أو على ما في بطنِ جاريتِهِ أو أغنامِهِ، أو على أن يهبَ لأبيها ألفَ درهمٍ، أو على تأخيرِ الدِّينِ عنها سنةً - والتأخيرُ باطلٌ - أو على إسرءِ فلانٍ من الدِّينِ، أو على عتقِ أخيها أو طلاقِ [١/٨٧ق/٣] ضرَّتها. وليس منه: ما لو تزوجها على عبدٍ الغيرِ لوجوبِ قيمتهِ إذا لم يُجزَ مالُكهُ، أو على حجةٍ لوجوبِ قيمةِ حجةٍ وسطٍ لا مهرٍ المثل - والوسطُ بر كوبِ الرَّاحلة - أو على عتقِ أخيها عنها لثبوتِ الملكِ لها في الأخِ اقتضاءً، أو تزوجته بمثلِ مهرِ أمِّها وهو لا يعلمُهُ؛ لأنه جائزٌ بمقداره، وله الخيارُ إذا عَلِمَ)) اهـ ملخصاً باختصار.

٣٣٤/٢

[١١٩٣٨] (قوله: أو نفى) بأن تزوجها على أن لا مهرَ لها، "ط"^(٤).

[١١٩٣٩] (قوله: إن وطئ الزوج) أي: ولو حكماً، "نهر"^(٥)، أي: بالخلوةِ الصحيحة، فإنها

كالوطءِ في تأكيدِ المهرِ كما سيأتي^(٦).

[١١٩٤٠] (قوله: أو مات عنها)^(٧) قال في "البحر"^(٨): ((لو قال: أو مات أحدهما لكان أولى؛

(١) عبارة "و": ((أو مات أحدهما)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٦/١٥٧، وقد نقل هذه المسائل عن مصادر عدة.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥١/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨/أ.

(٦) "در" ص ٤٠٣.

(٧) من (أي: بالخلوة) إلى قوله: ((أو مات عنها)) ساقط من "الأصل".

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٣ وعبارته: ((ولو قال في "المختصر": أو مات أحدهما)) وقصد بالمختصر "الكثير".

إذا لم يتراضيا على شيء) يصلحُ مهراً (وإلا فذلك) الشيء (هو الواجب،.....)

لأن موتها كموتيه كما في "التبيين" (١) اهـ.

واعلم أنه إذا ماتا جميعاً: فعنده لا يُقضى بشيء، وعندهما يُقضى بمهر المثل، قال "السرخسي" (٢): ((هذا إذا تقادم العهد بحيث يتعذر على القاضي الوقوف على مهر المثل، أما إذا لم يتقادم يُقضى بمهر المثل عنده أيضاً))، "حموي" عن "البرجندي"، "أبو السعود" (٣).

(تنبيه)

استفتى الشيخ "صالح" (٤) بن "المصنف" من "الخير الرملي": ((عماً لو طلبت المرأة مهر مثلها قبل الوطء أو الموت هل لها ذلك أم لا؟ - فأجابها بما في "الزيلعي" (٥) -: من أن مهر المثل يجب بالعقد، ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول، فيتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول على ما مر في المهر المسمى في العقد)) اهـ.

وبه صرح "الكمال" (٦) و"ابن ملك" وغيرهما، وقد بسط ذلك في "الخيرية" (٧)، فراجعها.

[١١٩٤١] (قوله: إذا لم يتراضيا) أي: بعد العقد.

[١١٩٤٢] (قوله: وإلا) بأن تراضيا على شيء فهو الواجب بالوطء أو الموت، أما لو طلقها

قبل الدخول فتحجب المتعة كما يأتي (٨) في قوله: ((وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف)).

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٣٩/٢.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٦٧/٥ بتصرف.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب المهر ٤٩/٢ بتصرف.

(٤) صالح بن محمد بن عبد الله التمرناشي الغزي (ت ١٠٥٥هـ)، "خلاصة الأثر" ٢٣٩/٢، "الأعلام" ١٩٥/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٣٩/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣ و ٢٢١ بتصرف.

(٧) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٣/١-٣٤.

(٨) "در" ص ٣٨١ - وما بعدها.

أو سَمِيَ خَمْرًا أو خَنْزِيرًا^(١)، أو هذا الخَلُّ وهو خمرٌ، أو هذا العبد وهو حرٌّ لتعذرِ التسليمِ

[١١٩٤٣] (قوله: أو سَمِيَ خَمْرًا أو خَنْزِيرًا) أي: سَمِيَ المسلمُ؛ لأنَّ الكلام فيه، أمَّا غيرُ المسلمِ فسيأتي^(٢) في بابه، وكذا الميتةُ والدَّمُّ بالأولى؛ لأنَّه ليس بمالٍ أصلاً. وسَجِلَ ما لو كانت الزَّوْجَةُ ذَمِيَّةً؛ لأنَّه لا يمكنُ إيجابُ الخمرِ على المسلمِ؛ لأنَّها ليست بمالٍ في حقِّه، وخرَجَ ما لو سَمِيَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ورَطَلَ خَمْرًا، فلها المسمَّى، ولا يُكْمَلُ مهرُ المثل، "بجر"^(٣) ملخصاً.

[١١٩٤٤] (قوله: أو هذا الخَلُّ وهو خمرٌ إلخ) أي: يجبُ مهرُ المثل إذا سَمِيَ حلالاً وأشار

(قول "المصنّف": أو هذا الخَلُّ وهو خمرٌ إلخ) الأصلُ عند الاختلاف في المسمَّى والمشارِ إليه أنَّهما إن كانا من جنسٍ واحدٍ فالمتعبرُ المشارُ إليه وإلا فالمسمَّى، وهذا الأصلُ لا خلافَ فيه إنَّما الخلافُ في التخرِيجِ؛ فـ"الإمام" يقول: الحرُّ مع العبدِ جنسٌ؛ لأنَّ الأصلُ في الآدميِّ الحرِّيَّةُ، وعارضُ الرِّقِّ لا يُؤثِّرُ في تبديلِ الجنسِ؛ لأنَّ العبدَ يصيرُ حرًّا والحرُّ يصيرُ عبداً، بأنَّ أسيرَ الحرِّيِّ من غيرِ تبديلِ العينِ وكذا الخَلُّ والخمْرُ، لاتِّحادِ الصُّورةِ والمعنى فيهما، فالعبرةُ للمُشارِ إليه وهو لا يصلحُ مهراً فوجبَ مهرُ المثل، و"أبو يوسف" يقول: جنسان؛ لاختلافِهما حكماً، فالعبرةُ للمسمَّى فعليه في الحرِّ قيمته لو كان عبداً، وفي الخمرِ مثله حلالاً، و"محمد" مع "الإمام" في الحرِّ، ومع "أبي يوسف" في الخمرِ، وإنَّما لم يُوجبِ الثاني القيمةَ أو عبداً وسَطاً؛ لاعتبارِ الإشارةِ من وجهِ اهـ. "زيلعي" وغيره، وفي "شرح البعلبي" من أحكامِ الإشارةِ: ((الجنسُ عند الفقهاء: الأمرُ العامُّ سواء كان جنساً عند الفلاسفة، أو نوعاً، وقد يُطلقُ على الخاصِّ كالرَّجلِ والمرأةِ))، وفي "النهر": ((الجنسُ عند "أبي حنيفة" هو: الكلِّيُّ المقولُ على كثيرين مُتحدِّي الصُّورةِ والمعنى، وعند "أبي يوسف": المقولُ على كثيرين مُختلفين بالأحكام، وعند "محمد": مُختلفين بالمقاصد، انتهى)) اهـ.

(١) في "د" زيادة: (قوله: أو سَمِيَ خَمْرًا أو خَنْزِيرًا، قال في "النهر": لم يقبِّدته بإسلام الزوج مع أنَّ فساد التسمية مشروط بذلك؛ لأنَّ المسمَّى ليس بمالٍ متقومٍ في حقِّ المسلم، حتى لو تزوَّج مسلم ذمياً على رطلٍ من خمرٍ وحبَّ مهرِ المثل؛ لأنَّ الكلام في نكاحه، وسيأتي بيان غيره)). ق ١٦٦/أ.

(٢) "در" ص ٥٣١...

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٢/٣.

إلى حرام عند "أبي حنيفة"، فلو بالعكس كهذا الحر فإذا هو عبد لها العبد [٣/٨٧ق/ب] المشار إليه في الأصح، وأشار إلى وجوب مهر المثل بالأولى لو كانا حرامين، ولو كانا حلالين وقد اختلفا جنساً - كما إذا قال: على هذا الدن من الخلل فإذا هو زيت، أو على هذا العبد فإذا هو جارية - كان لها مثل الدن خللاً، وعبد بقيمة الجارية كما في "الذخيرة"، إلا أن الذي في "الخانبة"^(١): ((أن لها مثل ذلك المسمى))، ومقتضاه وجوب عبدٍ وسطٍ أو قيمته، ولا يُنظرُ إلى قيمة الجارية، "بحر"^(٢) و"نهر"^(٣) ملخصاً.

قال في "البحر"^(٤): ((فصار الحاصل أن القسمة رباعية؛ لأنهما: إما أن يكونا حرامين أو حلالين أو مختلفين، فيجب مهر المثل فيما إذا كانا حرامين أو المشار إليه حراماً، وتصح التسمية

بقي ما لو سُمي شيئاً أو أشار إلى معدوم، كما لو قال: تزوجتُك بما في هذا الكيس، وهو ألفُ درهم، فوجدته فارغاً فلها المسمى كما يُعلم مما ذكره "فاضيحيان" في "شرح الزيادات" من الوكالة، وعبارته: ((رجلٌ قال لغيره: اشتر لي جارية بما في هذا الكيس وهو ألفُ درهم، أو قال: اشتر لي جارية بألفِ درهمٍ أتى في هذا الكيس ودفع إليه الكيس فاشترها بألفِ درهم فنظر فيه فإذا فيه ألفُ دينار، أو ألفُ فلس، أو تسعمائة درهم، أو وجدته فارغاً فالشراء على الأبر؛ لأنه سُمي الدرهم. وأشار إلى الدنانير أو الفلوس وهما جنسان، فيتعلق العقد بالمسمى، وأما إذا وجدته فارغاً فكذا؛ لأنه أشار إلى المعدوم، وأمر المعدوم في منع تعلق العقد به فوق اختلاف الجنس، وكذا لو كان فيه تسعمائة؛ لأن قدر المائة معلوم.

(قوله: ومقتضاه وجوب عبدٍ وسطٍ أو قيمته إلخ) يُمكن إرجاع ما في "الخانبة" إما في "الذخيرة": بأن يُراد بمثل ذلك ما لو حِظ في أيضاً قيمة الجارية؛ لأن الإشارة مُعتبرة من وجوه.

(١) "الخانبة": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٩/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٣/ب ١٨٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٩/٣ بتصرف.

(أو دأبة) أو ثوباً أو داراً و(لم يُبينَ جنسها) لفحش الجهالة.

(و) تجبُ (مُتعةً لمفوضيّة) وهي من زوّجت بلا مهر.....

في الباقيين))، قال^(١): ((وأشار "المصنف" بوجوب مهر المثل عينا إلى أن المشار إليه لو كان حراً حربياً، فاسترقّ وملكته الزوج لا يلزمه تسليمه، وفي "الأسرار": أنه مُتفق عليه، وكذا الخمر لو تخللت لم يجب تسليمها)).

(١١٩٤٥) (قوله: أو دأبة أو ثوباً) لأن الثياب أجناس كالحيوان والدأبة، فليس البعض أولى من البعض بالإرادة، فصارت الجهالة فاحشة، "بجر"^(٢). ثم ذكر تعريف الجنس عند الفقهاء، وسيأتي^(٣) الكلام عليه عند قول "المصنف": ((ولو تزوّجها على فرس فالواجب الوسط أو قيمته)).

مطلب: أحكام المتعة

(١١٩٤٦) (قوله: وتجب متعة لمفوضيّة) بكسر الواو: من فوّضت أمرها لوليها وزوّجها بلا

مهر، وبفتحها: من فوّضها وليها إلى الزوج بلا مهر. واعلم أن الطلاق الذي تجب فيه المتعة ما يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه، سواء فرض بعده أو لا أو كانت التسمية فيه فاسدة كما في "البدائع"^(٤)، قال في "البحر"^(٥): ((وإنما تجب فيما لم تصح فيه التسمية من كل وجه، فلو صححت من وجه دون وجه لا تجب المتعة وإن وجب مهر المثل بالدخول، كما إذا تزوّجها على ألف درهم وكرامتها، أو على ألف وأن يهدي لها هدية، فإذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف الألف لا المتعة، مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل لا ينقص عن الألف كما في "غاية البيان"؛ لأن المسمى لم يقصد من كل وجه؛ لأنه على تقدير كرامتها والإهداء يجب الألف لا مهر المثل)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٠/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٦/٣.

(٣) "در" ص ٤٢٩ - وما بعدها.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٢/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٣ بتصرف.

.....(طُلِّقَتْ قَبْلَ الْوَطْءِ،.....)

وقدّمنا^(١) عن "البدائع" في [١/٨٨٣/٣] تعليلاً لذلك: ((أنه لا مدخل لمهر المثل في الطلاق قبل الدخول)).

[١١٩٤٧] (قوله: طُلِّقَتْ قَبْلَ الْوَطْءِ) أي: والخلوة، "بجر"^(٢). وقد مرَّ^(٣) أنها وطءٌ حكماً، والمراد بالطلاق: فرقة جاءت من قبل الزوج ولم يُشاركه صاحب المهر في سببها طلاقاً كانت أو فسحاً كالطلاق، والفرقة بالإيلاء، واللعان، والجَبُّ، والعنة، والرِّدَّة، وإبائهِ الإسلام، وتقبيله ابتها أو أمها بشهوة، فلو جاءت من قبلها كَرِدَّتْهَا، وإبائهِ الإسلام، وتقبيله ابنه بشهوة، والرِّضَاع، وخيار البلوغ والعتيق، وعدم الكفاءة فإنه لا مُتعة لها لا^(٤) وجوباً ولا استحباباً. كما في "الفتح"^(٥)، كما لا يجبُ نصفُ المسمى لو كان. وخرَجَ ما لو اشترى هو أو وكيله منكوحته من المولى، فإن مالِك المهر يُشارك الزوج في السبب وهو الملك؛ فلذا لا تجبُ المتعة ولا نصفُ المسمى، بخلاف ما لو باعها المولى من رجلٍ ثم اشترى الزوج منه فإنها واجبة كما في "التبيين"^(٦)، "بجر"^(٧).

٣٣٥/٢

(قوله: والفرقة بالإيلاء، واللعان إلخ) فيه: أن اللعان منهما؛ فالفرقة بسبب منهما إلا أنه لما كانت مضطرة له لدفع العار عن نفسها جعل السبب منه، ولم يُنظر لها؛ لاضطرارها على ما سيحيء في طلاق المريض.

(١) المقولة [١١٨٩٩] قوله: ((ويجب نصفه)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٣.

(٣) المقولة [١١٩٣٩] قوله: ((إن وطئ الزوج)).

(٤) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤١/٢.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣ بتصريف، معرباً إلى "الفتح" و"التبيين".

وهي دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ.....

[١١٩٤٨] (قوله: وهي دِرْعٌ لِح) الدِرْعُ بكسر الميم: ما تلبسه المرأة فوق القميص كما في "المغرب"^(١)، ولم يذكره في "الذخيرة"، وإنما ذكر القميص، وهو الظاهر، في "بجر"^(٢). وأقول: دِرْعُ المرأة قميصها، والجمع أدْرُعٌ، وعليه جرى "العيني"، وغزاه في "البنية"^(٣) لـ ابن الأثير^(٤)، فكونه في "الذخيرة" لم يذكره مبني على تفسير "المغرب"، والخمار: ما تُغطّي به المرأة رأسها، والمِلْحَفَةُ بكسر الميم: ما تلتحف به المرأة من قرنها إلى قدميها، قال "فخر الإسلام": ((هذا في ديارهم، أما في ديارنا فيزاد على هذا إزارٌ ومكعبٌ))، كذا في "الدراية". ولا يخفى إغناء المِلْحَفَةَ عن الإزار؛ إذ هي بهذا التفسير إزارٌ، إلا أن يُتعارفَ تغايرهما كما في مكة المشرفة، ولو دفعَ قيمتها أُجبرت على القبول كما في "البدائع"^(٥)، "نهر"^(٦). وما ذُكرَ من الأثواب الثلاثة أدنى المتعة، "شربلاية"^(٧) عن "الكمال"^(٨). وفي "البدائع"^(٩): ((وأدنى ما تكتسب به المرأة وتستر به عند الخروج ثلاثة أثواب)) اهـ.

قلت: ومقتضى هذا مع ما مر^(١٠) عن "فخر الإسلام": ((من أن هذا في ديارهم لِح)) أن يُعتبرَ عُرْفُ كُلِّ بَلَدَةٍ لأهلها فيما تكتسب به المرأة عند الخروج، تأمل. ثم رأيتُ بعضَ المحشّين

(١) "المغرب": مادة (دِرْع).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣.

(٣) "البنية": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦٣/٤.

(٤) "النهاية في غريب الحديث والأثر": ١١٤/٢ مادة (دِرْع).

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٤/٢.

(٦) "نهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٨/ب.

(٧) "الشربلاية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٢/١.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٢/٣، معرباً إلى "المبسوط".

(٩) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٤/٢.

(١٠) في المقالة نفسها.

لا تَزِيدُ عَلَى نَصْفِهِ) أَي: نَصْفِ مَهْرِ الْمَثَلِ لَوْ الزَّوْجُ غَنِيًّا (وَلَا تَنْقُصُ عَنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمٍ) لَوْ فَقِيرًا (وَتُعْتَبَرُ الْمُتْعَةُ بِحَالِهِمَا) كَالنَّفَقَةِ، بِهِ يُفْتَى.
 (وَتُسْتَحَبُّ الْمُتْعَةُ لِمَنْ سِوَاهَا).....

قال: ((وفي "البرجندي": قالوا: [٣/٨٨ق/ب] هذا في ديارهم، أما في ديارنا فينبغي أن يجب أكثر من ذلك؛ لأن النساء في ديارنا تلبس أكثر من ثلاثة أثواب، فيزاد على ذلك إزار ومكعب)) اهـ. وفي "القاموس"^(١): ((المكعب: الموشى من البرود والأثواب)) اهـ، أي: المنقوش.

(١١٩٤٩) (قوله: لا تَزِيدُ عَلَى نَصْفِهِ إلخ) في "الفتح"^(٢) عن "الأصل" و"المبسوط"^(٣): ((المتعة لا تَزِيدُ عَلَى نَصْفِ مَهْرِ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّهَا خَلْفُهُ، فَإِنْ كَانَا سِوَاءً فَالْوَجِبُ الْمُتْعَةُ؛ لِأَنَّهَا الْفَرِيضَةُ بِالْكِتَابِ الْعَزِيزِ، وَإِنْ كَانَ النَّصْفُ أَقْلًا مِنْهَا فَالْوَجِبُ الْأَقْلُ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنْ خَمْسَةِ فَيُكْمَلُ لَهَا الْخَمْسَةُ)) اهـ. وقول "الشَّارِحِ" أَوْلًا: ((لَوْ الزَّوْجُ غَنِيًّا)) وثانياً: ((لَوْ فَقِيرًا)) لم يَظْهَرْ لِي وَجْهُهُ، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِاعْتِبَارِ حَالِ الزَّوْجِ فِي الْمُتْعَةِ، وَهُوَ خِلَافُ مَا بَعْدَهُ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(١١٩٥٠) (قوله: وَتُعْتَبَرُ الْمُتْعَةُ بِحَالِهِمَا) أَي: فَإِنْ كَانَا غَنِيَّيْنِ فَلَهَا الْأَعْلَى مِنَ الثِّيَابِ، أَوْ فَقِيرَيْنِ فَالْأَدْنَى، أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ فَالْوَسْطُ، وَمَا ذَكَرَهُ قَوْلُ "الْخِصَافِ"، وَفِي "الْفَتْحِ"^(٤): ((أَنَّهُ الْأَشْبَهُ بِالْفَقْرِ))، وَ"الْكَرْحِيُّ" عَتَبَرَ حَالَهَا، وَاخْتَارَهُ "الْقُدُورِيُّ"^(٥)، وَالإِمَامُ "السَّرْحَسِيُّ"^(٦) عَتَبَرَ حَالَهُ، وَصَحَّحَهُ فِي "الْهُدَايَةِ"^(٧)، قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٨): ((فَقَدْ اخْتَلَفَ التَّرْجِيحُ، وَالْأَرْجَحُ قَوْلُ "الْخِصَافِ"؛

(١) "القاموس": مادة ((كعب)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٨٢/٥ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٥) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب النكاح ١٥/٣.

(٦) "المبسوط": كتاب الطلاق - باب المتعة والمهر ٦٣/٦.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٥/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣ بتصرف يسير.

أي: المفوضيّة.....

لأنّ "الولوالجيه" صحّحه، وقال^(١): وعليه الفتوى، كما أفتوا به في النفقة، وظاهر كلامهم أنّ ملاحظة الأمرين - أي: أنها لا تُزاد على نصف مهر المثل، ولا تُنقص عن خمسة دراهم - مُعتبرة على جميع الأقوال كما هو صريح "الأصل" و"المبسوط" اهـ.

وذكر في "الذخيرة" اعتبار كون المتعة وسطاً لا بغاية الجوده ولا بغاية الرداءة، واعترضه في "الفتح"^(٢): ((بأنه لا يوافق رأياً من الثلاثة))، وأجاب في "البحر"^(٣): ((بأنه موافق للكل، فعلى القول باعتبار حالها لو فقيرة لها كِرْباسٌ وسط، ولو متوسطة فقزٌ وسط، ولو مرتفعة فإبريسمٌ وسط، وكذا يقال على القول باعتبار حاله، وكذا على قول من اعتبر حالهما، لو فقيرين فلها كِرْباسٌ وسط، أو غنّين فإبريسمٌ وسط، أو مختلفين فقزٌ وسط)) اهـ.

وفي "النهر"^(٤): ((أنّ حمل ما في "الذخيرة" على هذا ممكن، واعتراض "الفتح" عليه وارد من حيث الإطلاق، فإنه يفيد أنه يجب من القرّ أبداً)).

[١١٩٥١] (قوله: أي: المفوضيّة) تفسير للضمير المحرور في ((سواها))، وإنما أخرجها؛ لأنّ

متعتها واجبة كما علمت. [١/٨٩ق/٣]

(قوله: وفي "النهر" أنّ حمل ما في "الذخيرة" إلخ) عبارته: ((وعندي أنه ليس سهواً - أي: ما قاله في "الفتح" كما زعمه في "البحر" - بل هو السأهي؛ إذ ظاهر إطلاق "الذخيرة" يفيد أن يجب من القرّ أبداً؛ لأنه الوسط المطلق، وهو لا يوافق رأياً من الثلاثة، ولا نسلّم أنّ إيجاب الوسط من القرّ أو الكِرْباس إيجابٌ وسطٍ مطلق، بل إيجابٌ وسطٍ من الأعلى أو الأدنى، فظاهر أنّ المطلق خلاف المُقيد، نعم صرف الكلام عن ظاهره يحمل ما في "الذخيرة" على ما ادّعاه في "البحر" ممكن، واعتراضه في "الفتح" ليس إلا على الإطلاق.

(١) "الولوالجيه": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ٤٩/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣-١٥٩ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٨/ب بتصرف.

(إِلَّا مَنْ سُمِّيَ لَهَا مَهْرٌ وَطَلَّقَتْ قَبْلَ وَطْءٍ) فَلَا تُسْتَحَبُّ لَهَا،

(قوله: [١١٩٥٢] (إِلَّا مَنْ سُمِّيَ لَهَا مَهْرٌ) إلخ) هذا على ما في بعض نسخ "القدوري" (١)(٢)،

(قوله: هذا على ما في بعض نسخ "القدوري" إلخ) وذلك أن المذكور في "مختصر القدوري" على ما نقله في "شرح النفاية" لـ "مُتلا عليّ القاري": ((المتعة مستحبة لكل مطلقاً إلا لمطلقاً واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سُمِّيَ لها مهراً))، وفي بعض النسخ: ((ولم يُسمَّ لها مهراً))، قال في "الشارح" - أي: في الشرح للمذكور -: وَمَنْ حَكَمَ بِاسْتِحْبَابِهَا، كصاحب "المبسوط" و"المحيط" و"المختلف"، أرادوا به أنه إحسانٌ إلى مَنْ عَجَزَتْ عَنِ التَّكْسِبِ، وَذَا أَمْرٌ مَنْدُوبٌ)) اهـ. وفي "القَهْستاني": ((ذكر "الكِرْماني" وغيره: أنها لا تُسْتَحَبُّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ)) اهـ. فما مشى عليه "المُصنّف" موافقاً لِمَا ذَكَرَهُ "الكِرْماني" وغيره، وعلى ما ذكره "مُتلا علي" يَتِمُّ التَّوْفِيقُ بَيْنَ رِوَايَتِي الِاسْتِحْبَابِ وَعَدَمِهِ بِأَنْ يُقَالَ: مَنْ نَفَى الِاسْتِحْبَابَ أَرَادَ أَنَّ الشَّارِعَ لَمْ يَسْتَحِبَّهُ بِمُخْصَوصِهِ، وَمَنْ أَثْبَتَهُ أَرَادَ أَنَّهُ دَاخِلٌ فِي الإِحْسَانِ لِلْعَاجِزِ عَنِ التَّكْسِبِ الْمَنْدُوبِ إِلَيْهِ شَرْعاً.

(١) نقول: الذي في نسخة القدوري التي بين أيدينا: ((ولم يسم لها مهراً))، قال الشيخ عبد الغني الغنيمي في "اللباب شرح الكتاب": ((وفي بعض النسخ: وقد سُمِّيَ لها مهراً، قال في "التصحيح": هكذا وجد في كثير من النسخ ويتكلف في الجواب عنه، وقال "نجم الأئمة": المكتوب في النسخ: ولم يسم لها مهراً. قال في "الدراية": ضبطه كذلك غير واحد، وقد صححه ركن الأئمة "الصباغي" في شرحه لهذا الكتاب، وكتب فوقه وتحته وقدمه: ((صح)) ثلاث مرات، وأشار إلى أن هذا من النسخ. وقال في "النبايغ" المذكور في الكتاب [أي نسخة: ((وقد سُمِّيَ لها مهراً))]] غلطٌ من الناسخ. وقد زعم صححة هذه النسخة شيخ الإسلام ركن الأئمة "الدامغاني" ونجم الأئمة "الحفصي"، فكتب إليهما "أبو الرجاء": ((إن هذه بخلاف المذكورة في التفسير والأصول والشروح؛ فإنه ذكر في "الكشاف" وتفسير "الحاكم" وغيرهما أن المتعة مستحبة لتي طلقها قبل الدخول وقد سُمِّيَ لها مهراً؛ وذكر في "الأصل" و"الإسباجي" في موضعين و"زاد الفقهاء" وغيرها أنها يستحب لها المتعة، فلا يصح استنواؤها من الاستحباب بخلاف المفوضة؛ فإنها مستثناة من الاستحباب بالوجوب)). فاستصوبها ذلك، واتفقوا على أن المستثناة هي التي طلقها قبل الدخول، ولم يسم لها مهراً اهـ. (انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب النكاح ١٧/٣-١٨). نقول: وهذا موافق لما ذكره العلامة ابن عابدين رحمه الله فإنه قد رجح أن المفوضة التي طلقت قبل الوطء - ولم يسم لها مهراً - لها المتعة بطريق الوجوب وما غداها بطريق الاستحباب والله تعالى أعلم.

(٢) في "د" زيادة: ((حكماً للطلاق، ولو كانت مستحبة كانت لمعنى آخر كما في قوله: ((لا يكره في طريق المصلى في عيد الفطر عند "أبي حنيفة" أي: حكماً للعيد، ولو كبر جاز واستحب)). فليس المراد بنفي الاستحباب عدم النواب؛ بل هذا ليس حكماً من أحكام الطلاق)). ق ١٦٦/ب.

بل للموطوءة سُمِّي لها مهرٌ أو لا،.....

ومشى عليه صاحب "الدرر"^(١)، لكن مشى في "الكنز"^(٢) و"الملتقى"^(٣) على أنها تُستحبُّ لها، ومثله في "المبسوط"^(٤) و"المحيط"، وهو رواية "التأويلات" وصاحب "التيسير" و"الكشاف"^(٥) و"المختلف"^(٦) كما في "البحر"^(٧).

قلت: وصرَّح به أيضاً في "البدائع"^(٨)، وعزاه في "المعراج" إلى "زاد الفقهاء" و"جامع الإسيحاجي"، وعن هذا قال في "شرح الملتقى": ((إنه المشهور^(٩)))، وقال "الخير الرملي": ((إن ما في بعض نسخ "القدوري" لا يُصايدُ ما في "المبسوط" و"المحيط")).

قلت: فكيف مع ما ذُكِرَ في هذه الكتب، وعليه فكان ينبغي لـ "المصنّف" إسقاطُ هذا الاستثناء، وفي "البحر"^(١٠): ((وقدّمنا أن الفرقة إذا كانت من قبيلها قبل الدخول لا تُستحبُّ لها المتعة أيضاً؛ لأنها الجانية)).

[١١٩٥٣] (قوله: بل للموطوءة إلخ) أي: بل تُستحبُّ لها، قال في "البدائع"^(١١): ((وكلُّ فرقة

(١) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٣/١.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/١.

(٣) نقول: الذي في نسخة "الملتقى" التي بين أيدينا: ((وغير مستحبة لمطلقة قبله - أي: الدخول - سُمِّي لها مهر)) وهذا يخالف لما نقله ابن عابدين عن "الملتقى" وموافق لما في "الدرر". انظر "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر وأحكامه ٣٥١/١.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المتعة والمهر ٦٢/٦.

(٥) الكشاف: سورة البقرة ٢٨٥/١.

(٦) "المختلف" لأبي القاسم، أحمد بن عيسى الصفار البجلي، الملقب زلحم (ت ٣٢٦هـ). ("الجواهر المضية" ٢٠٠/١، "الطبقات السنية" ٣٩٣/١، "الفوائد البهية" ص ٢٦).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٧/٣ بتصرف، وعزا النقل فيه أيضاً إلى "المختصر".

(٨) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به كل المهر ٣٠٣/٢.

(٩) الذي في "الدرر" الملتقى شرح الملتقى: ((وغير مستحبة لمطلقة قبله - أي: الدخول - سُمِّي لها مهر - هو المشهور)). وهذا يخالف لما نصَّ عليه ابن عابدين من أن المشهور هو الاستحباب في المطلقة قبل الدخول وقد سُمِّي لها مهر.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٧/٣.

(١١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به كل المهر ٣٠٣/٢.

فالمطلقات أربع.

(وما فَرَضَ) بتراضيهما أو بفَرَضٍ قاضٍ مهرَ المثلِ (بعدَ العقْدِ) الخالي عن المهرِ (أو زِيدَ) على ما سَمَى، فإنها تَلْزِمُهُ بشرطِ قبولها في المجلسِ أو قبولِ وليِّ الصَّغِيرَةِ،

جاءت من قِبَلِ الزَّوْجِ بعدَ الدُّخُولِ تُسْتَحَبُّ فيها الْمُتَعَةُ، إِلَّا أَنْ يَرْتَدَّ أو يَأْبَى الإسلامَ؛ لأنَّ الاستحبابَ طلبُ الفِضِيلَةِ، والكافرُ ليس من أهلها).

[١١٩٥٤] (قوله: فالمطلقات أربع) أي: مُطَلَّقةٌ قَبْلَ الوطءِ أو بعده، سَمَى لها أو لا؛ فالمُطَلَّقةُ قَبْلَهُ إِنْ لَمْ يُسَمَّ لها فمُتَعَتُها واجبةٌ، وَإِنْ سَمَى فغيرُ واجبةٍ ولا مُسْتَحَبَّةٌ أيضاً على ما هنا، والمُطَلَّقةُ بعده مُتَعَتُها مُسْتَحَبَّةٌ سَمَى لها أو لا.

[١١٩٥٥] (قوله: أو بفرض قاضٍ مهر المثل) بنصب ((مهر)) مفعول ((فرض))، قال في "البدائع"^(١): ((لو تزوجها على أن لا مهر لها وجب مهر المثل بنفس العقد عندنا؛ بدليل أنها لو طلبت الفرض من الزوج يجب عليه الفرض، حتى لو امتنع يجبره القاضي عليه، ولو لم يفعل نابَ منابه في الفرض، وهذا دليل الوجوب قبل الفرض)).

[١١٩٥٦] (قوله: فإنها تلزمه) أي: الزيادة إن وطئ أو مات عنها، وهذا التفريع مُستفادٌ من مفهوم قوله: ((لا يُنصَفُ)) أي: بالطلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، فيُفِيدُ لزومه وتأكده بالدُّخُولِ، ومثله الموت.

[١١٩٥٧] (قوله: بشرط قبولها إلخ) أفاد أنها صحيحة ولو بلا شهود أو بعد هبة المهر والإبراء منه وهي من جنس المهر أو من غير جنسه، "بحر"^(٢). وسواء كانت من زوج^(٣) أو ولي، فقد صرَّحوا بأن الأب والجدَّ لو زَوَّجَ ابنَهُ ثمَّ زادَ في المهرِ صَحَّ، "نهر"^(٤). وفي "أنفع الوسائل":

(١) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: ومنها المهر ٢٧٤/٢ بتصرف يسير.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣ بتصرف، معرباً إلى "القنية" و"أنفع الوسائل".

(٣) في "ب" و"م": ((الزوج)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/أ.

ومعرفة قدرها، وبقاء الزوجية^(١) على الظاهر، "نهر"^(٢).....

((ولا يشترط فيها لفظ الزيادة، بل تصح بلفظها ويقولوه: راجعتك [٣/٨٩ق/ب] بكذا إن قبلت وإن لم يكن بلفظ: زدتك في مهرِك، وكذا بتحديد النكاح وإن لم يكن بلفظ الزيادة على خلاف فيه، وكذا لو أقر لزوجته بمهر وكانت قد وهبته له فإنه يصح إن قبلت في مجلس الإقرار وإن لم يكن بلفظ الزيادة)).

[١١٩٥٨] (قوله: ومعرفة قدرها) أي: الزيادة، فلو قال: زدتك في مهرِك ولم يُعَيِّن لم تصح الزيادة للجهالة كما في "الوقعات"، "بحر"^(٣).

[١١٩٥٩] (قوله: وبقاء الزوجية إلخ) الذي في "البحر"^(٤): ((أن الزيادة بعد موتها صحيحة إذا قبلت الورثة عند "أبي حنيفة" خلافاً لهما كما في "التبيين"^(٥) من البيوع)) اهـ.

وعزاه في "أنفع الوسائل" إلى "القدوري"، ثم قال: ((ولم يذكر الزيادة بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة في الرجعي، والظاهر أنه يجوز عنده بالأولى؛ لأنه بالموت انقطع النكاح وفات محل التملك، وبعد الطلاق المحل باق، وقد ثبت لها ذلك عنده في الموت فسي الطلاق أولى، وما ذكره في "البحر المحيط"^(٦) من رواية "بشر" عن "أبي يوسف": من أن الزيادة بعد الفرقة باطلة يُحمل على أنه قول "أبي يوسف" وحده؛ لأنه خالف "أبا حنيفة" في الزيادة بعد الموت، فيكون قد مشى على أصله، ولم يُنقل عن "الإمام" في الزيادة بعد البيونة شيء، فيُحمل الجواب فيه على ما نُقل عنه في الزيادة بعد الموت)) اهـ، وتبعه في "البحر"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((فإذا طلق امرأته قبل الدخول بها؛ أو بعده ثلاثاً؛ ثم زادها في المهر؛ لم تصح الزيادة عند أبي يوسف، ومقتضى ما ذهب إليه "أبو حنيفة" رحمه الله أن تصح. ملخصاً بجم)). ق ١٦١/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب البيوع - فصل: صح بيع العفار قبل قبضه ٨٤/٤.

(٦) "البحر المحيط": المسمى "منية الفقهاء": لبديع بن أبي منصور، فخر الدين العراقي (ت ٦٦٨هـ)، ("كشف الفنون" ١/٢٢٦، ١٨٨٦/٢، والقواعد البهية" ص ٥٤ - وفيها: بديع بن منصور القزويني).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣ بتصرف.

وفي "الكافي": ((جَدَّدَ النِّكَاحَ بِزِيَادَةِ أَلْفٍ لَزِمَهُ الْأَلْفَانُ^(١) عَلَى الظَّاهِرِ))،
وفي "الْحَانِيَّة"^(٢): ((وَلَوْ وَهَبْتُهُ مَهْرَهَا، ثُمَّ أَقْرَبْتُ بِكَذَا مِنَ الْمَهْرِ وَقَبِلْتُ صَحَّ،.....

قال في "النهر"^(٣): ((وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْجَوَازِ بَعْدَ الْمَوْتِ^(٤) وَالْبَيْنُونَةُ، وَإِلَيْهِ يُرْشِدُ تَقْيِيدُ
"الْمَحِيطِ" بِمَجَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ؛ إِذْ نَقَلُوا أَنَّ ظَاهِرَ الرَّوَايَةِ أَنَّ الزِّيَادَةَ بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ لَا تَصَحُّ، وَفِي
رَوَايَةِ "النُّوَادِرِ" تَصَحُّ، وَمِنْ ثُمَّ حَزَمَ فِي "المِعْرَاجِ" وَغَيْرِهِ بِأَنَّ شَرْطَهَا بِقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ، حَتَّى لَوْ
زَادَهَا بَعْدَ مَوْتِهَا لَمْ تَصَحَّ، وَالِاتِّحَاقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ يَقَعُ مُسْتَبَدًّا إِلَّا أَنَّهُ لَا بَدَأَ أَنْ يَثْبُتَ
أَوَّلًا فِي الْحَالِ ثُمَّ يَسْتَبْدِ، وَثَبُوتُهُ مُتَعَدِّرٌ لِاتِّفَاءِ الْحَلِّ، فَتَعَدَّرَ اسْتِنَادُهُ، وَمَا ذَكَرَهُ "الْقُدُورِيُّ"
مُوَافِقٌ لِرَوَايَةِ "النُّوَادِرِ" اهـ.

قال "ط"^(٥): ((وَالَّذِي يَظْهَرُ أَنَّ مَا فِي "الْمَحِيطِ" وَ"المِعْرَاجِ" مُخْرَجٌ عَلَى قَوْلِهِمَا، فَلَا يُنَافِي مَا
فِي "التَّبْيِينِ"، وَكَوْنُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ عَدَمَ صِحَّةِ الزِّيَادَةِ بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ لَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ ظَاهِرَ
الرَّوَايَةِ هُنَا؛ لَفَرَقِ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ قَامَ عِنْدَ الْمُجْتَهِدِ، فَإِنَّهُ فِي النِّكَاحِ أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِعَدَمِ نَسْيَانِ
الْفَضْلِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ [٣/٩٠ ق/١] مِنْ مَرَاعَاةِ الْفَضْلِ، يُؤَيِّدُهُ مَشْرُوعِيَّةُ الْمُتَعَةِ فِيهِ
بِخِلَافِ الْبَيْعِ)) اهـ.

[١١٩٦٠] (قَوْلُهُ: وَفِي "الكافي" إلخ) حَاصِلُ عِبَارَةِ "الكافي": ((تَزَوَّجَهَا فِي السَّرِّ بِالْفِءِ،

(قَوْلُ "النَّشْرِاحِ": جَدَّدَ النِّكَاحَ - بِزِيَادَةِ أَلْفٍ لَزِمَهُ الْأَلْفَانُ عَلَى الظَّاهِرِ) وَقَالَ "الْحَمَوِيُّ" فِي
"حَاشِيَةِ الْأَشْيَاءِ" - مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ نَقْلًا عَنْ "الْمُنْيَةِ" - : ((تَزَوَّجَ عَلَى مَهْرٍ مَعْلُومٍ ثُمَّ تَزَوَّجَ عَلَى أَلْفِ
آخَرَ ثَبَّتَ التَّسْمِيَتَانِ فِي الْأَصْحَحِّ)) اهـ.

(١) فِي "ط": ((أَلْفَانِ)).

(٢) "الْحَانِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي ذِكْرِ مَسَائِلِ الْمَهْرِ ١/٣٨٠ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق/١٧٩.

(٤) فِي "أ": ((بِالْمَوْتِ)).

(٥) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥٢/٢.

ثم في العلانية بألفين ظاهر المنصوص في "الأصل" أنه يلزمه عنده الألفان، ويكون زيادةً في المهر، وعند "أبي يوسف" المهر هو الأول؛ لأنَّ العقد الثاني لغوٌ فيلغو ما فيه، وعند "الإمام" أنَّ الثاني وإن لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة، كمن قال لعبدِهِ الأكبر سِنًا منه: هذا ابني، لَمَّا لغا عندهما لم يَعْتِق العبدُ، وعنده وإن لغا في حكم النَّسَب يُعْتَبَرُ في حقِّ العتقِ)) كذا في "المبسوط" (١) اهـ (٢).

وذكرَ في "الفتح" (٣): ((أنَّ هذا إذا لم يُشْهَدِ على أنَّ الثاني هزلٌ، وإلا فلا خلافَ في اعتبارِ الأولِ، فلو ادَّعى الهزلَ لم يُقْبَلْ بلا بُدِّ))، ثم ذكرَ: ((أنَّ بعضهم اعتبرَ ما في العقدِ الثاني فقط بناءً على أنَّ المقصودَ تغييرُ الأولِ إلى الثاني، وبعضهم أوجبَ كلا المهرين؛ لأنَّ الأولَ ثبتَ ثبوتاً لا مردُّ له والثاني زيادةً عليه، فيجبُ بكمالِهِ))، ثم ذكرَ (٤): ((أنَّ "قاضي خان" (٥) أفتى بأنَّ لا يجبُ بالعقدِ الثاني شيءٌ ما لم يقصدَ به الزيادةُ في المهرِ))، ثم وفقَ بينه وبين إطلاقِ الجمهورِ اللزومَ بحمْلِ كلامِهِ على أنه لا يلزمُ عندَ الله تعالى في نفسِ الأمرِ إلا بقصدِ الزيادةِ وإن لزمَ في حكمِ الحاكم؛ لأنَّه يُؤخَذُ بظاهرِ لفظِهِ، إلا أن يُشْهَدَ على الهزلِ، وأطال الكلامَ فراجعهُ.

أقول: بقي ما إذا جدَّدَ بمثلِ المهرِ الأولِ، ومقتضى ما مرَّ (٦) من القولِ باعتبارِ تغييرِ الأولِ إلى الثاني أن لا يجبَ بالثاني شيءٌ هنا؛ إذ لا زيادةً فيه، وعلى القولِ الثاني يجبُ المهران.

(تنبيه)

في "القنية" (٧): ((جدَّدَ للحلالِ نكاحاً بمهرٍ يلزمُ إنَّ جدَّدَهُ لأجلِ الزيادةِ لا احتياطاً)) اهـ، أي: لو جدَّدَهُ لأجلِ الاحتياطِ لا تلزمُهُ الزيادةُ بلا نزاعٍ كما في "البرزازية" (٨)، وينبغي

(١) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٨٧/٥ بتصرف.

(٢) أي: انتهى نقل ابن عابدين عن "المبسوط"، فليتبَّه.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٥/٣.

(٤) أي: في "الفتح": العرو السابق.

(٥) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٧٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في المقولة نفسها.

(٧) "القنية": كتاب النكاح، باب الزيادة في المهر ق ١/٣٥.

(٨) "البرزازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٣/٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

وَيُحْمَلُ عَلَى الزِّيَادَةِ))، وفي "الْبِرَازِيَّةُ"^(١): ((الْأَشْبَهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِلا قَصْدِ الزِّيَادَةِ))
 (لَا يُنْصَفُ)^(٢) لا خْتِصَاصِ التَّنْصِيفِ بِالْمَفْرُوضِ فِي الْعَقْدِ بِالنَّصِّ،.....

أَنْ يُحْمَلَ عَلَى مَا إِذَا صَلَّقَتْهُ الزَّوْجَةُ أَوْ أَشْهَدَتْ، وَإِلَّا فَلَا يُصَدَّقُ فِي إِرَادَتِهِ الْإِحْتِيَاطَ كَمَا مَرَّ^(٣)
 عَنِ الْجُمْهُورِ، أَوْ يُحْمَلَ عَلَى مَا عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى، وَسِيَّاتِي^(٤) تَمَامُ الْكَلَامِ عَلَى مَسْأَلَةِ مَهْرِ السَّرِّ
 وَالْعَلَانِيَةِ فِي آخِرِ هَذَا الْبَابِ.

[١١٩٦١] (قَوْلُهُ: وَيُحْمَلُ عَلَى الزِّيَادَةِ) لَوْجُوبُ تَصْحِيحِ التَّصْرُفِ مَا أَمَكْنَ، وَاشْتِرَاطُ
 الْقَبُولِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الْمَهْرِ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِهِ، "فَتَح"^(٥) عَنِ "التَّجْنِيسِ".

[١١٩٦٢] (قَوْلُهُ: فِي "الْبِرَازِيَّةِ") اسْتِدْرَاكٌ عَلَى مَا فِي "الْخَانِيَّةِ"، وَأَقْرَبُهُ فِي "النَّهْرِ"^(٦)، لَكِنْ
 [٣/٩٠ق/ب] ارْتَضَى فِي "الْفَتْحِ"^(٧) مَا فِي "الْخَانِيَّةِ"، وَهُوَ الْأَوْجَهُ؛ لِأَنَّهُ حَيْثُ بَيَّنَّتْ جَوَازُ الزِّيَادَةِ فِي
 الْمَهْرِ يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَيْهَا بِقَرِينَةِ الْهَبَةِ الدَّالَّةِ عَلَى إِرَادَةِ الزِّيَادَةِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ لِقَصْدِ التَّعْوِضِ
 عَنْهُ، فَلَا يُصَدَّقُ فِي أَنَّهُ لَمْ يُرِدِ الزِّيَادَةَ، تَأْمَلْ.

[١١٩٦٣] (قَوْلُهُ: لَا يُنْصَفُ) أَي: بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، "بِحَرْ"^(٨). وَهَذَا خَيْرُ قَوْلِهِ: ((وَمَا
 فَرِضَ لِخِ)).

[١١٩٦٤] (قَوْلُهُ: بِالْمَفْرُوضِ) مُتَعَلِّقٌ بِـ ((اِخْتِصَاصِ))، وَقَوْلُهُ: ((فِي الْعَقْدِ)) مُتَعَلِّقٌ
 بِـ ((الْمَفْرُوضِ))، وَقَوْلُهُ: ((بِالنَّصِّ)) أَي: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَنُصِّفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾ [البقرة-٢٣٧] مُتَعَلِّقٌ

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "و": ((يتنصف)).

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) المقولة [١٢٢٢٦] قوله: ((المهر مهر السر لخي)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٦/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٦/٣.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٩/٣.

بل تجبُّ المتعة في الأولِ ونصفُ الأصلِ في الثاني

(وصحَّ حطُّها).....

ب- ((اختصاص))، أي: وما فُرِضَ بعدَ العَقْدِ أو زِيدَ بعده ليس مفروضاً في العَقْدِ.

[١١٩٦٥] (قوله: بل تجبُّ المتعة في الأولِ) أي: فيما لو فُرِضَ بعدَ العَقْدِ؛ لأنَّ هذا الفرضُ

تعيينٌ للواجبِ بالعَقْدِ وهو مهرُ المثل، وذلك لا يَتَنَصَّفُ، فكذا ما نُزِلَ منزِلَتُهُ، "نهر"^(١). وعند

"أبي يوسف" لها نصفٌ ما فُرِضَ، والأوَّلُ أصحُّ كما في "شرح المتقَى"^(٢).

[١١٩٦٦] (قوله: ونصفُ الأصلِ في الثاني) أي: فيما لو زادَ بعدَ العَقْدِ.

مطلبٌ في حَطِّ المهرِ والإبراءِ منه

[١١٩٦٧] (قوله: وصحَّ حطُّها) الحَطُّ: الإسقاطُ كما في "المغرب"^(٣)، وقيدَ بحطُّها؛ لأنَّ

حَطَّ أيبها غيرُ صحيحٍ لو صغيرةً، ولو كبيرةً توقَّفَ على إجازتها، ولا بدُّ من رضاها، ففيه حَبْطٌ

"الخلاصة"^(٤): ((خَوْفُهَا بِضَرْبٍ حَتَّى وَهَبَتْ مَهْرَهَا لَمْ يَصَحَّ لَوْ قَادِرًا عَلَى الضَّرْبِ)) اهـ.

ولو اختلفا فالقولُ لِمُدَّعِي الإكراهِ، ولو بَرَهْنَا فَيَبُتُّ الطَّوْعُ أَوَّلِي، "قنية"^(٥)، وأن لا تكونَ مريضةً

(قوله: ولو بَرَهْنَا فَيَبُتُّ الطَّوْعُ أَوَّلِي) هذا خلافُ ما عليه الأكثرُ، كما سيذكرُه في الشَّهادَاتِ عن ابن

الشَّحْنَةَ، ونَقَلَ عن "الباقاني" و"الخائبة" و"ترجيح البيِّنَات": ((تعارضت بيِّنَةُ الطَّوْعِ والإكراهِ في البيعِ والصلحِ

والإقرارِ بيِّنَةُ الإكراهِ أَوَّلِي)) اهـ. والظاهرُ أنَّ ما ذكره في "القنية" من أنَّ القولَ لِمُدَّعِي الإكراهِ مبنيٌّ على القولِ

بأنَّ بيِّنَةَ الطَّوْعِ أَوَّلِي، وذكرَ "الشارح" فيما يأتي: ((أنَّ بيِّنَةَ الإكراهِ أَوَّلِي إن أَرَّخَا واتَّخَذَ تاريخَهُمَا، فإن اختلفا

أو لم يُؤرِّخَا فَيَبُتُّ الطَّوْعُ أَوَّلِي)) اهـ. غزاه لـ"الملتقط" وغيره، واعتمده "المُصنَّف" وابنه و"عزمي زاده".

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/أ.

(٢) "الدرر المتقَى": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٩/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٣) "المغرب": مادة ((حطط)).

(٤) "خلاصة الفتاوى": الفصل الأول في جواز الهبة ق ٣٢٠/ب.

(٥) "القنية": كتاب الشهادَاتِ ق ١٣٩/ب بتصرف.

لكلِّه أو بعضيه (عنه) قَبْلَ أو لا، ويرتدُّ بالرَّدِّ كما في "البحر".
(والخلوة) مبتدأ خبره قوله الآتي: ((كالوطء)) (بلا مانع حسي).....

مرض الموت، ولو اختلفَ مع ورثتها فالقولُ للزوج أنه كان في الصَّحَّة؛ لأنه يُنكِرُ المهرَ، "خلاصة"^(١). ولو وَهَبَتْهُ في مرضها فماتَ قبلها فلا دعوى لها بل لورثتها بعد موتها، وتمامُ الفروع في "البحر"^(٢).

[١١٩٦٨] (قوله: لكلِّه أو بعضيه) قِيَدُهُ في "البدائع"^(٣) بما إذا كان المهرُ دَيْنًا، أي: دراهمَ أو دنانيرَ؛ لأنَّ الحَطَّ في الأعيان لا يصحُّ، "بحر"^(٤). ومعنى عدم صحَّته: أنَّ لها أن تأخذه منه ما دام قائماً، فلو هَبَكَ في يده سقطَ المهرُ عنه، لما في "البرزازية"^(٥): ((أبرأتك عن هذا العبدِ يبقى العبدُ وديعةً عنده)) اهـ "نهر"^(٦).

[١١٩٦٩] (قوله: ويرتدُّ بالرَّدِّ) أي: كهيبة الدَّينِ مِمَّنْ عليه الدَّينُ، ذكره في "أنفع الوسائل" بحثاً، وقال: ((لم أره))، واستدلَّ له في "البحر"^(٧) بما في مُداينات "القنية"^(٨): ((قالت لزوجها:

(قوله: ولو اختلفَ مع ورثتها فالقولُ للزوج الخ) في مسائل شتى آخر الكتاب أن هذا خلافُ المختار، وعللوا لهذه الرواية؛ بأنَّ الزوج والورثة اتفقوا على سقوط المهرِ عن الزوج؛ لأنَّ الهبة في مرض الموت تُقيدُ الملكَ وإن كانت للوارث؛ ألا ترى أنَّ المريض إذا وَهَبَ لوارثه عبداً - مثلاً - فأعتقه الوارثُ أو باعه نفذَ تصرُّفه، ولكن يجبُ عليه الضَّمانُ إن مات المورثُ في ذلك المرض ردًّا للوصية بقدر الإمكان، فإذا سقط عنه المهرُ بالاتفاق فالوارثُ يدعي العودَ عليه والزوجُ يُنكرُ، والقولُ قولُ المنكر.

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨١/ب.

(٢) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به كل المهر ٢٩٥/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣.

(٥) "البرزازية": كتاب الدعوى - الفصل الرابع عشر في دعوى الإبراء والصلح ٣٨١/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣.

(٨) في مخطوطة "القنية" طمس وحذف في هذا الموضع ولم تظهر لنا المسألة.

كمرضٍ لأحدهما يَمْنَعُ الوطءَ (وطبَعِي) كوجودِ ثالثٍ عاقلٍ، ذكرَهُ "ابن الكمال"،
وجعلَهُ في "الأسرار" من الحسنيِّ،.....

أبرأتك ولم يقل: قَبِلْتُ، أو كان غائباً فقالت: أبرأتُ زواجي يَبْرَأُ (إلا إذا رَدَّه) اهـ.
قال في "النهر"^(١): ((ولا يخفى أن المدعى إنما هو رَدُّ الحطِّ))، وكأنه نظرَ إلى أن الحطَّ
إبراءٌ معنَى.

مطلب في أحكام الخلوَّة

[١١٩٧٠] (قوله: كمرضٍ لأحدهما يَمْنَعُ الوطءَ) أي: أو يَلْحَقُهُ به ضررٌ، قال "الزيلعي"^(٢):
((وقيل: هذا التفصيلُ في مرضها، وأما مرضه [١/٩١ق/٣] فمانعٌ مطلقاً؛ لأنه لا يعرَى عن تكسُّرٍ
وفتورٍ عادةً، وهو الصَّحيح)) اهـ. ومثلهُ في "الفتح"^(٣) و"البحر"^(٤) و"النهر"^(٥).
قلت: إن كان التَّكْسُّرُ والفتورُ منه مانعاً من الوطءِ أو مُضِرّاً له كان مثلُ المرأةِ في اشتراطِ
المنعِ أو الضَّررِ، وإلا فهو كالصَّحيح، فما وجهُ كونِ مرضه مانعاً من صحَّةِ الخلوَّةِ؟ إلا أن
يقال: المرادُ أن مرضه في العادة يكونُ مانعاً من وطئه، فلا فائدةَ في ذكرِ التفصيلِ فيه بخلافِ
مرضها، فتأمل.

[١١٩٧١] (قوله: وجعلَهُ في "الأسرار" من الحسنيِّ) قلت: وجعلَهُ في "البحر"^(٦) مانعاً لتحققِ

(قوله: وإلا فهو كالصَّحيح، فما وجهُ كونِ مرضه مانعاً الخ) فيه: أنه حيثُ صحَّح "الزيلعي" وغيره أن
مرضه مانعٌ بدون تفصيلِ فعلينا أتباعه؛ لأنه لا يعرَى عن تكسُّرٍ وفتورٍ، وإن لم يمنعِ من الوطءِ ولم يلحقِ به
ضررٌ فعلينا أتباعٌ ما صحَّحوه، والتفصيلُ إنما هو في مرضها.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٢/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٨/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٢/٣ وما بعدها.

وعليه فليس للطَّبْعِيِّ مثالٌ مُستقلٌّ (وشرعيٌّ) كإحرامٍ لفرضٍ أو نفلٍ.....

الخلوة، حيث ذَكَرَ: ((أَنَّ لإقامةِ الخلوةِ مُقامَ الوطءِ شروطاً أربعةَ: الخلوةُ الحقيقيَّةُ، وعدمُ المانعِ الحسِّيِّ، أو الطَّبْعِيِّ، أو الشرعيِّ، فالأوَّلُ للاحترازِ عمَّا إذا كان هناك ثالثٌ فليست بخلوةٍ، وعن مكانٍ لا يصلحُ للخلوةِ كالمسجدِ والطَّرِيقِ العامِّ والحمامِ إلخ))، ثمَّ ذَكَرَ عن "الأسرار": ((أَنَّ هذينِ من المانعِ الحسِّيِّ))، وعليه فالمانعُ الحسِّيُّ ما يَمْنَعُها من أصلِها، أو ما يَمْنَعُ صِحَّتَها بعدَ تحقُّقِها كالمرضِ، فافهم.

[١١٩٧٢] (قوله: فليس للطَّبْعِيِّ مثالٌ مُستقلٌّ) فإنَّهم مثَّلوا للطَّبْعِيِّ بوجودِ ثالثٍ وبالحيضِ أو النَّفاسِ، مع أنَّ الأوَّلَ منهيٌّ شرعاً وَيَنفِرُ الطَّبْعُ عنه، فهو مانعٌ حَسِّيٌّ طَّبْعِيُّ شرعيٌّ، والثَّاني طَّبْعِيُّ شرعيٌّ، نعم سيأتي^(١) عن "السَّرْحَسِيِّ": ((أَنَّ جاريةَ أحدهما تَمْنَعُ)) بناءً على أَنَّهُ يَمْتَنِعُ من وطءِ الزَّوْجَةِ بحضرتها طبعاً مع أَنَّهُ لا بأسَ به شرعاً، فهو مانعٌ طَّبْعِيُّ لا شرعيٌّ، لكنَّه حَسِّيٌّ أيضاً، فافهم.

[١١٩٧٣] (قوله: كإحرامٍ لفرضٍ أو نفلٍ) لحجٍّ أو عمرةٍ قبلَ وقوفِ عرفَةَ أو بعدهُ قبلَ طوافِ، وأُطلِقَ في إحرامِ النفلِ، فعَمَّ ما إذا كان بإذنيه أو بغيرِ إذنيه، وقد نصَّوا على أَنَّهُ له أنْ يُحلَّلهَا إذا كان بغيرِ إذنيه، "ط"^(٢).

(قوله: أو بعدهُ قبلَ طوافِ إلخ) قال في "البحر": ((أُطلِقَ فشمولَ الإحرامِ بحجٍّ فرضٍ أو نفلٍ، أو بعُمرةٍ، وعلَّه في "الهداية" وغيرها؛ بأنَّه يلزمُ من الوطءِ معه الدَّمُ، وفسادُ الحجِّ، والقضاءُ، فظاهره أَنَّهُ لو خلا بها بعد الوُقُوفِ بعرفَةَ فإنَّها صحيحةٌ للأمنِ من الفسادِ، مع أنَّ الجوابَ مُطلقٌ وهو الظَّاهرُ للحُرْمَةِ شرعاً)) اهـ، وقوَّاه في "النَّهر" حيث قال: ((يُمْكِنُ أنْ يُقالَ: المنظورُ إليه إنَّما هو لزومُ الدَّمِ، ولا شكَّ أنَّ البَدَنَةَ فوقه، وأمَّا لزومُ الفسادِ فمؤكدٌ للمانعِ فقط)) اهـ.

(١) المقولة [١١٩٨٤] قوله: ((به يفتى)).

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٣/٢.

(و) مِنَ الْحَسِّيِّ (رَتَّقَ) بفتح الحين: التَّلَاحُمُ^(١) (وَقَرَنَ) بِالسُّكُونِ: عَظَّمَ (وَعَقَلَ) بفتح الحين: غُدَّةٌ (وصغرت).....

قلت: فالظاهر أنَّ التعميمَ الأخيرَ غيرُ مرادٍ؛ لأنَّ العلةَ الحرمةَ وهي مفقودة.

[١١٩٧٤] (قوله): وَمِنَ الْحَسِّيِّ (لِخ) لَمَّا كَانَ ظَاهِرُ الْعَطْفِ يَقْتَضِي أَنَّ الرَّتَّقَ وَمَا عَطِفَ عَلَيْهِ يَخْرُجُ عَنِ الْمَوَانِعِ الثَّلَاثَةِ مَعَ أَنَّهَا مِنَ الْحَسِّيِّ قَدْرَهُ "الشَّارِحُ"، "ط"^(٢).
[١١٩٧٥] (قوله): بِالسُّكُونِ نَقَلَ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" عَنِ "شَرْحِ الرُّوْضِ" لِلْقَاضِي زَكَرِيَّا^(٣):
(أَنَّ الْقَرْنَ يَفْتَحُ رَائِهِ أَرْحُحُ مِنْ إِسْكَانِهَا)).

[١١٩٧٦] (قوله): عَظَّمْتُ فِي "الْبَحْرِ"^(٤) عَنِ "المَغْرِبِ"^(٥): ((الْقَرْنُ فِي الْفَرْجِ مَانِعٌ يَمْنَعُ مِنْ سُلُوكِ الذَّكَرِ فِيهِ، إِمَّا غُدَّةٌ غَلِيظَةٌ أَوْ لَحْمٌ أَوْ عَظْمٌ، وَامْرَأَةٌ رَتَقَتْ: بِهَا ذَلِكَ)) اهـ، وَمَقْتَضَاهُ [ب/٩١ق/٣] تَرَادُفُ الْقَرْنِ وَالرَّتْقِ.

[١١٩٧٧] (قوله): وَعَقَلَ بِالْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ وَالْفَاءِ، وَقَوْلُهُ: ((غُدَّةٌ)) بِالْعَيْنِ الْمَعْجَمَةِ، أَي: فِي خَارِجِ الْفَرْجِ، فِي "الْقَامُوسِ"^(٦): ((أَنَّهُ شَيْءٌ يَخْرُجُ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ شَبِيهٌ بِالْأُذْرَةِ^(٧) لِلرِّجَالِ^(٨))).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: التلاحم، أي: اتحام الفرج بحيث لا يمكن الإيلاج فيه، كما في "الإشارات"). ق ١٦١/ب.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٣/٢.

(٣) الشرح للقاضي زكريا بن محمد بن الأنصاري السنيكي المصري (ت ٩٢٥هـ، وقيل: ٩٢٨هـ). (والروض) لإسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله المعروف بابن المقرئ الشافعي (ت ٨٣٧هـ)، وهو مختصر من (الروضة) للإمام النووي (٦٧٦هـ). ("كشف الظنون" ٩١٩/١، و"النور السافر" ص ١٢٠، و"الكواكب السائرة" ١٩٦/١، و"هدية العارفين" ٢١٦/١).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٥) "المغرب": مادة ((قَرَن)).

(٦) "القاموس": مادة ((عَقَلَ)).

(٧) في "ب": ((الإذرة))، وهو خطأ. و"الأذرة" بالضم: نفحة في الخيشية، ويعرف بـ"الفتق"، "لسان العرب" مادة: ((أذر)).

(٨) في "د" زيادة: ((كلنا في "شرح النقاية" للشعبي، قال في "البحر": هو شيء مسنور يخرج بالفرج، ومنه صغرُها بحيث لا تطبق الجماع، انتهى. وفي أكثر النسخ: وعضل، قال في "القاموس": العَضَلَةُ: محرَّكة وكسفية: كلُّ عصبية معها لحمٌ غليظٌ، عَضَلٌ، كفرح، فهو عَضِلٌ، ككفت وننس: صار كثير العضل، أو ضحمت عضلة ساقه، وعَضَلَ عليه: ضَبَّقَ، وعَضَلَ به الأمر: اشتد. انتهى. وفي بعض النسخ عقل بالقاف، وهو غلط لما علمت، تأمل)). ق ١٦١/ب.

ولو بزواج (لا يُطاقُ معه الجماعُ، و) بلا (وجودِ ثالثٍ معهما).....

[١١٩٧٨] (قوله: ولو بزواج الباء للمصاحبة، أي: ولو كان الصَّغُرُ مُصَاحِبَ الزَّوْجِ، يعني: لا فَرَقَ بين أن يكون الزَّوْجُ أو الزَّوْجَةُ أو كلُّ منهما صغيراً. اهـ "ح" ^(١)).

قال في "البحر" ^(٢): ((وفي خلوة الصَّغِيرِ الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ قَوْلَانِ، وَحَزَمَ "قَاضِي خَانَ" ^(٣) بَعْدَ الصَّحَّةِ، فَكَانَ هُوَ الْمَعْتَمَدُ، وَلِذَا قَيَّدَ فِي "الذَّخِيرَةِ" بِالْمَرَاهِقِ)) اهـ.

وتجِبُ الْعِدَّةُ بِمَخْلُوتِهِ وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً؛ لِأَنَّ تَصْرِيحَهُمْ بِوَجُوبِهَا بِالْخَلْوَةِ الْفَاسِدَةِ شَامِلٌ لْخَلْوَةِ الصَّيِّ، كَذَا فِي "الْبَحْرِ" ^(٤) مِنْ بَابِ الْعِدَّةِ. ٣٣٨/٢

[١١٩٧٩] (قوله: لا يُطاقُ معه الجماعُ) وَقُدِّرَتْ الْإِطَاقَةُ بِالْبُلُوغِ، وَقِيلَ: بِالتَّسْعِ، وَالْأَوَّلَى عَدَمُ التَّقْدِيرِ كَمَا قَدَّمَاهُ ^(٥)، وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ: تَطْيِيقُهُ وَأَرَادَ الدُّخُولَ وَأَنْكَرَ الْأَبُ فَالْقَاضِي يُرِيهَا النِّسَاءَ وَلَمْ يَعتَبِرِ السِّنَّ، كَذَا فِي "الْخِلَاصَةِ" ^(٦)، "بِحَرْ" ^(٧).

[١١٩٨٠] (قوله: وبلا وجودِ ثالثٍ) قَدَّرَ قَوْلُهُ: ((بِلا)) لِيَكُونَ عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ: ((بِلا مَانِعٍ حَسِّيٍّ)) بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ طَبْعِيٌّ فَقَطْ، لَكِنْ عَلِمْتَ مَا فِيهِ، قَالَ "ط" ^(٨): ((وَلَا يَتَكَرَّرُ مَعَ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ ذَاكَ تَمَثِيلٌ مِنْ "الشَّارِحِ"، وَهَذَا مِنْ "المُصَنَّفِ" تَقْيِيدٌ)).

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٣) "الخانبة": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في الخلوة وتأكد المهر ٣٩٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "البحر": كتاب الطلاق - باب العدة ١٥٤/٤.

(٥) المقولة [١١٩٧٨] قوله: ((ولو بزواج)).

(٦) "الخلاصة": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨٢/أ معزياً إلى "أدب القاضي" للمصنف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢ بتصرف يسير.

ولو نائماً^(١) أو أعمى (إلا أن يكون) الثالث (صغيراً لا يعقل) بأن لا يُعبرَ عما يكون بينهما (أو مجنوناً أو مُغمى عليه) لكن في "البرازية"^(٢): ((إن في الليلِ صحَّت لا في النهار))،.....

[١١٩٨١] (قوله: ولو نائماً أو أعمى) لأن الأعمى يُجسُّ والنائمُ يستيقظُ ويتناوَمُ، "فتح"^(٣). ودخلَ فيه الزوجةُ الأخرى، وهو المذهبُ بناءً على كراهةِ وطئها بحضرةِ ضرَّتِها، "بحر"^(٤). قلت: وفي "البرازية" من الحظرِ والإباحة^(٥): ((ولا بأسَ بأن يُجامعَ زوجتهَ أو أمتهُ بحضرةِ النائمينِ إذا كانوا لا يعلمون به، فإن عَلِمُوا كرهه)) اهـ. ومقتضاهُ صحَّةُ الخلوةِ عند تحقُّقِ النومِ، تأمَّل.

وفي "البحر"^(٦): ((وفصلٌ في "المبتغى" في الأعمى، فإن لم يقفْ على حاله تصحُّ، وإن كان أصمَّ إن كان نهاراً لا تصحُّ، وإن كان ليلاً تصحُّ)) اهـ. قلت: الظاهرُ أنه أرادَ بالأصمِّ غيرَ الأعمى، أمّا لو كان أعمى أيضاً فلا فرقَ في حقِّه بين النهارِ والليلِ، تأمَّل.

[١١٩٨٢] (قوله: والمجنون والمغمى عليه)^(٨) وقيل: يُمنعان، "فتح"^(٩).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو نائماً، قال في "البحر": ((وفي "الخلاصة": لو دخلت عليه وهو نائم صحَّت، علم أو لم يعلم، انتهى. وهو مشكل؛ لأنه لم يتمكن مع النوم من وطئها، لكن أقاموه مقام البقطن هنا، انتهى. أقول: لكن لما كان مبنى اللزوم على التسليم، وهو رفع الموانع من جهتها، لم يُعتبر نومُه مانعاً؛ لأنه من جهته. حبر الدين الرملي)). ق ١٦٦/ب.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٤١/٤ بتصريف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٥) "البرازية": كتاب الكراهية - الفصل السادس في النكاح ٣٦٧/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في "الأصل" و"ب" و"م" و"البرازية": بالواو بدل ((أو)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٨) قوله: ((والمجنون والمغمى عليه)) كذا بخط "الحشي"، وهو غيرُ موافقٍ لقول "المصنّف": ((أو مجنوناً إلخ))، كتبه نصر.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

وكذا الأعمى في الأصح (أو جارية أحدهما) فلا تمنع، به يُفتَى، "مبتغى". (والكلب يمنع

قلت: يظهر لي المنع في المخنون؛ لأنه أقوى حالاً من الكلب العقور، تأمل.

[١١٩٨٣] (قوله: وكذا الأعمى) قد علمت ما فيه من أنه لا يظهر الفرق بين الليل والنهار

في حقه، تأمل.

[١١٩٨٤] (قوله: به يُفتَى) [٣/٩٢/١] زاد في "البحر"^(١) عن "الخلاصة"^(٢): ((أنه المختار))،

ثم قال: ((وجزم الإمام السرخسي^(٣) في "المبسوط"^(٤) بأن كلاً منهما يمنع، وهو قول "أبي حنيفة" و"صاحبيه"؛ لأنه يمتنع من غشيانها بين يدي أمته طبعاً)) اهـ، أي: وكذا بين يدي أمته بالأولى؛ لأنها أجنبيّة لا تجل له.

قلت: وجزم به أيضاً الإمام قاضي خان^(٥) في "شرح الجامع"^(٦)، وفي "البدائع"^(٧): ((لو كان

الثالث جارية له روي أن "محمدًا" كان يقول أولاً: تصح خلوته، ثم رجع وقال: لا تصح)) اهـ.

ولعل وجه الأول ما صرحوا به من أنه لا بأس بسوطه المنكوحه بمعاينة الأمة دون عكسيه،

لكن هذا يظهر في أمته دون أمته، على أن نفي البأس شرعاً لا يلزم منه عدم نفرة الطباع السليمة

عنه، وحيث كان هو المنقول عن أمتنا الثلاثة كما مر^(٨)، وعزاه أيضاً في "الفتاوى الهندية"^(٩)

إلى "الذخيرة" و"المحيط"^(١٠) و"الخاتية"^(١١) لا ينبغي العُدول عنه؛ لموافقتِهِ الدرية والرؤية، ولذا قال

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨٣/ب.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الإحصان ١٥٠/٥.

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ق ١٠٠/ب.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٣/٢.

(٦) في المقولة نفسها.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - باب المهر - الفصل الثاني فيما يتأكد به المهر والمصلحة ٣٠٥/١.

(٨) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل السادس عشر في المهور - مسائل الخلوة ق ٢٠٩/أ.

(٩) "الخاتية": كتاب النكاح - فصل في الخلوة وتأكيد المهر ٣٩٧/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

إن كان عقوراً مطلقاً، وفي "الفتح": وعندي أن كلبه لا يمنع مطلقاً (أو) كان للزوجة، وإلا) يكن عقوراً وكان له (لا) يمنع، وبقي منه.....

"الرحمى": ((العجب كيف يجعل المذهب المفتى به ما هو خلاف قول "الإمام" و"صاحبه" مع عدم اتجاهه في المعنى (١٢)).

[١١٩٨٥] (قوله: إن كان عقوراً مطلقاً) أي: سواء كان كلبه أو كلبها.

[١١٩٨٦] (قوله: لا يمنع مطلقاً) أي: عقوراً أو لا، وعلله في "الفتح" (١) بقوله: ((لأن الكلب قط لا يعتدي على سيده، ولا على من يمنعه سيده عنه)) اهـ.

وحينئذ فلورآه الكلب فوقها يكون سيده في صورة الغالب لها فلا يعتد عليه، وكذا لو أمرها الزوج أن تكون فوقه؛ لأنها وإن كانت في صورة الغالبة له وأمكن أن يعتد عليها الكلب لكن يمنعه سيده عنها، فتصح الخلوة، فافهم.

[١١٩٨٧] (قوله: أو كان للزوجة) أي: أو كان غير عقور وكان للزوجة، فإنه يكون مانعاً لكن مقتضى ما علل به في "الفتح" أنه لا فرق بين كلبه وكلبها؛ لأن كلبها - وإن رآها تحت الزوج - يمكن أن تمنعه عنه فلا يعتد عليه، فتصح الخلوة، تأمل.

[١١٩٨٨] (قوله: وكان له) بالواو، وفي بعض النسخ بـ ((أو))، وهو تحريف. اهـ "ح" (٧)، أي: لأن الصور أربع: عقور له أو لها، وغير عقور كذلك، فذكر أولاً أن المانع ثلاث صور: عقور مطلقاً، وغير عقور هو لها، وبقي غير مانع الصورة الرابعة هي أن يكون غير عقور وكان له.

[١١٩٨٩] (قوله: وبقي إلخ) وبقي أيضاً من المانع الشرعي أن يعلق طلاقها [٣/٩٢ب/]

(قوله: العجب كيف يجعل المذهب المفتى به ما هو خلاف قول "الإمام" وصاحبه إلخ) لا عجب في ذلك؛ إذ علينا اتباع ما صححوه واعتمدوه، وإن لم يظهر لنا وجهه مع إمكان توجيهه بأن هذه الجارية لما كانت كالمنازع ولا يستحيا منها لم تجعل مانعاً حسناً، ولا بد أنه قول لأحد أئمة المذهب. (قوله: وفي بعض النسخ بـ ((أو)) وهو تحريف إلخ) قال "الرحمى": ((من قال: إن)) تحريف فقد وهم؛ لأنها بناء على ما قدمه عن "الفتح" اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣ب/.

عدم صلاحية المكان.....

بخلوتها، فإذا خلا بها طَلَّقَتْ فَيَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ لِحَرَمَةِ وَطَنِهَا، "بِحْر" (١) عَنْ "الْوَاقِعَاتِ". قَالَ: ((وَزَادَ فِي "الْبِرَازِيَّةِ" (٢) وَ"الْخِلَاصَةَ" (٣): أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْعِدَّةُ فِي هَذَا الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ مِنَ الْوَطْءِ، وَسِيَّاتِي (٤) وَجُوبُهَا فِي الْخُلُوعِ الْفَاسِدَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَتَجِبُ الْعِدَّةُ هُنَا احْتِيَاظًا)) اهـ.

ومشى "الشَّارْحُ" فِيمَا سِيَّاتِي (٥) بَعْدَ صَفْحَةٍ عَلَى مَا فِي "الْبِرَازِيَّةِ"، وَيَأْتِي (٦) تَمَامُ الْكَلَامِ فِيهِ، وَسِيَّاتِي (٧) أَيْضًا عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَلَوْ افْتَرَقَا)) أَنْ (٨) امْتِنَاعُهَا مِنْ تَمَكِّيهِ فِي الْخُلُوعِ يَمْنَعُ صِحَّتَهَا لَوْ كَانَتْ نَيْبًا لَا لَوْ بَكْرًا (٩).

[١١٩٩٠] (قَوْلُهُ: عَدَمُ صِلَاحِيَةِ الْمَكَانِ أَيْ: لِلخُلُوعِ، وَصِلَاحِيَتُهُ بِأَنْ يَأْمَنَّا فِيهِ إِطْلَاعَ غَيْرِهِمَا عَلَيْهِمَا كَالدَّارِ وَالْبَيْتِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَقْفٌ، وَكَذَا الْمَحَلُّ الَّذِي عَلَيْهِ قُبَّةٌ مَضْرُوبَةٌ، وَالْبِسْتَانُ الَّذِي لَهُ بَابٌ مُغْلَقٌ، بِخِلَافِ مَا لَيْسَ لَهُ بَابٌ (١٠) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَحَدٌ، "بِحْر" (١١). وَلَوْ كَانَا فِي مَخْرَنٍ مِنْ خِيَانٍ يَسْكُنُهُ النَّاسُ، فَرُدُّ الْبَابِ وَلَمْ يُغْلَقْ وَالنَّاسُ قَعُودًا فِي وَسْطِهِ غَيْرَ مُتَرَصِّدِينَ لِنَظَرِهِمَا صِحَّتْ، وَإِنْ كَانُوا مُتَرَصِّدِينَ فَلَا، "فَتْح" (١٢).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/٣.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الخلوة ١٤٢/٤.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨٣/ب.

(٤) "در" ص ٤١٤-٤١٥.

(٥) "در" ص ٤١٢-٤١٣.

(٦) المقولة [١٢٠٤٥] قوله: ((فخلا بها)) وما بعدها.

(٧) "در" ص ٤١١-٤١٢.

(٨) ((أَنْ)) ساقطة من "الأصل".

(٩) في "د" زيادة: ((تنبيه: قال في "أنفع الوسائل": وخلوة النساء في زماننا فيها نظر، فإنها لا تعرى عن امرأة تكون معها في البيت، وهي تزهد وتطلع إلى ما يجري لها، فمتى ظهر ذلك عند الحاكم لا يسوغ له الحكم بشاكد المهر لفساد الخلوة، وهذا غالباً إنما يقع في حق الأوبار، فعلى الحاكم أن يمتدح ويتثبت في ذلك قبل الحكم، فإذا ظهر له أن الخلوة صحيحة حكم، وإلا فلا)). ق ١٦١/ب.

(١٠) في "ت": ((باب مغلق)).

(١١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣ بتصريف يسير.

(١٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

كمسجدٍ، وطريقٍ، وحمّامٍ، وصحراءٍ، وسطحٍ، وبيتٍ بأبّه مفتوحٌ،.....

[١١٩٩١] (قوله: كمسجدٍ وطريقٍ) لأنّ المسجدَ مَجْمَعُ النَّاسِ، فلا يَأْمَنُ الدُّخُولَ عَلَيْهِ ساعةً فساعةً، وكذا الوطءُ فيه حرامٌ، قال تعالى: ﴿وَلَا تَبْشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ﴾ [البقرة-١٨٧]، والطَّرِيقُ مَعْرُ النَّاسِ عَادَةً، وَذَلِكَ يُوجِبُ الانْقِضَاءَ فَيَمْنَعُ الْوَطْءَ، "بدائع"^(١).

قلت: وَيُؤْخَذُ مِنْ قَوْلِهِ: ((وَكَذَا الْوَطْءُ فِيهِ حَرَامٌ إِنْ كَانَ خَالِيًا وَبِأَبِهِ مُغْلَقًا، فَتَأْمَلُ. وَفِي "الْفَتْحِ"^(٢)): ((وَلَوْ سَافَرَ بِهَا فَعَدَلَ عَنِ الْجَادَةِ بِهَا إِلَى مَكَانٍ خَالٍ فِيهِ صَحِيحَةٌ)).

[١١٩٩٢] (قوله: وحمّامٍ أي: بأبّه مفتوحٌ، أمّا لو كان مقفولاً عليهما وحدثهما فلا مَنَعٌ مِنْ صَحَّتِيهَا كَمَا لَا يَخْفَى، فَافْهَمِ).

[١١٩٩٣] (قوله: وسطحٍ أي: ليس على جوانبِ سِتْرٍ، وكذا إذا كان السِتْرُ رَقِيقًا أَوْ قَصِيرًا بِحَيْثُ لَوْ قَامَ إِنْسَانٌ يَطْلُعُ عَلَيْهِمَا، "فَتْح"^(٣). وفيه: ((وَلَا تَصَحُّ فِي الْمَسْجِدِ وَالْحَمَّامِ، وَقَالَ "شَدَادٌ": إِنْ كَانَتْ ظِلْمَةٌ شَدِيدَةٌ صَحَّتْ؛ لِأَنَّهَا كَالسَّاتِرِ، وَعَلَى^(٤) قِيَاسِ قَوْلِهِ تَصَحُّ عَلَى سَطْحٍ لَا سَاتِرَ لَهُ إِذَا كَانَتْ ظِلْمَةٌ شَدِيدَةً، وَالْأَوْجُهُ أَنْ لَا تَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ الْإِحْسَاسُ، وَلَا يَخْتَصُّ بِالْبَصْرِ، أَلَّا يُرَى إِلَى الْاِمْتِنَاعِ لَوْ جُودِ الْأَعْمَى وَلَا إِبْصَارَ لِلْإِحْسَاسِ)) اهـ.

قلت: الْإِحْسَاسُ إِنَّمَا يُمْكِنُ إِذَا كَانَ مَعَهُمَا أَحَدٌ عَلَى السَّطْحِ، أَمَا لَوْ كَانَا فَوْقَهُ وَحَدَهُمَا، وَأَمِنَا مِنْ صُعُودِ أَحَدٍ إِلَيْهِمَا لَمْ يَتَّقِ الْإِحْسَاسُ إِلَّا بِالْبَصْرِ، وَالظُّلْمَةُ الشَّدِيدَةُ تَمْنَعُهُ كَمَا لَا يَخْفَى، تَأْمَلُ.

[١١٩٩٤] (قوله: وبيتٍ بأبّه مفتوحٌ) أي: بحيث لو نظرَ إنسانٌ رآهما، وفيه خلافٌ، ففي "مجموع التوازل": [١/٩٣/٣] ((إِنْ كَانَ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهِمَا أَحَدٌ إِلَّا بِإِذْنِ فِيهِ خَلْوَةٌ))، وَاخْتَارَ

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢/٢٩٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢١٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢١٧.

(٤) ((وعلى)) ساقطة من "الأصل".

وما إذا لم يعرفها^(١) (وصوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء غير مانع لصحتها) في الأصح؛ إذ لا كفارة بالإفساد، ومفادته أنه لو أكل ناسياً فأمسك، فخلا بها.....

في "الدخيرة" أنه مانع، وهو الظاهر، "بحر"^(٢). ووجهه: أن إمكان النظر مانع بلا توقف على الدخول، فلا فائدة في الإذن وعديمه.

[١١٩٩٥] (قوله: وما إذا لم يعرفها) لأن التمكن لا يحصل بدون المعرفة، بخلاف ما إذا لم تعرفه، والفرق أنه متمكن من وطئها إذا عرفها ولم تعرفه بخلاف عكسه، فإنه يحرم عليه، كذا في "البحر"^(٣)، وفيه: أنه إذا لم تعرفه يحرم عليها تمكينه منها، فالظاهر أنها تمنعه من وطئها بناءً على ذلك، فينبغي أن يكون مانعاً، فتأمل، "ح"^(٤).

قلت: إن هذا المانع بيده إزالته: بأن يُخبرها أنه زوجها، فلما جاء التقصير من جهته يُحكم بصحة الخلوة، فيلزم المهر، "ط"^(٥).

[١١٩٩٦] (قوله: في الأصح) أي: أصح الروايتين، لكن صرح شراح الهداية^(٦): ((بأن رواية المنع في التطوع شاذة^(٧)))، ويشير إليه قول "الحانية"^(٨): ((وفي صوم القضاء والكفارات

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وما إذا لم يعرفها، قال في "البحر": ومن المانع الشرعي أن لا يعرفها حين دخلت عليه أو حين دخل عليها على الأصح؛ لأنها إما تقام مقام الوطئ إذا تحقق بالخلوة التسليم والتمكين، وهذا لا يحصل إلا بالمعرفة، كذا في المحيط، ويصدق أنه لم يعرفها، كذا في "الحانية"، ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح الخلوة، كذا في "التيين". ولعل الفرق أنه متمكن من وطئها إذا عرفها ولم تعرفه، بخلاف عكسه؛ فإنه يحرم عليه وطؤها. وفي "الحانية": الكافر إذا حلا مع امرأته بعدما أسلمت صحت الخلوة، ولو أسلم الكافر وامرأته مشرقة فعلى بها لا تصح الخلوة، انتهى. ولعل الفرق مبني على أن الكافر غير مخاطب بالفروع، فكان متمكناً من وطئ المسلمة بخلاف وطئ المسلم المشتركة، انتهى)). ق ١/٦٦٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١/٦٦٣ ب.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٦) انظر "الفتح" و"العناية" و"الكفاية": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٨/٣ و"البنية": كتاب النكاح - باب المهر -

الخلوة قبل الدخول ٦٧٢/٤.

(٧) الذي في نسخة "العناية" التي بين أيدينا ((إشارة)) بدل ((شاذة)) وهو خطأ.

(٨) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الخلوة وتأكد المهر ٣٩٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

أَنْ تَصَحَّ، وَكَذَا كُلُّ مَا أَسْقَطَ الْكُفَّارَةَ، "نَهْر"^(١). (بل المانعُ صَوْمُ رَمَضَانَ) أَدَاءً
وَصَلَاةُ الْفَرَضِ فَقَطْ (كَالْوَطْءِ).....

والمُنذورات رَوَاتان، والأصحُّ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْخَلْوَةَ، وَصَوْمُ التَّطَوُّعِ لَا يَمْنَعُهَا فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ،
وَقِيلَ: (يَمْنَعُ)) اهـ، وَقَوْلُ "الْكَنْزِ"^(٢): ((وَصَوْمُ الْفَرَضِ يَدْخُلُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَاتُ
وَالْمُنذوراتُ))، فَيَكُونُ اخْتِيَاراً مِنْهُ لِرَوَايَةِ الْمَنَعِ فِي غَيْرِ التَّطَوُّعِ؛ لِأَنَّ الْإِفْطَارَ فِيهِ بَغَيْرِ عُدْرِ جَائِزٍ فِي
رَوَايَةٍ، وَيُؤَيِّدُ مَا فِي "الْكَنْزِ" تَعْبِيرُ "الْحَانِيَّةِ"^(٣) بِالْأَصْحِّ، فَإِنَّهُ يَفِيدُ أَنَّ مُقَابِلَهُ صَحِيحٌ، وَكَذَا قَوْلُ
"الْهُدَايَةِ"^(٤): ((وَصَوْمُ الْقَضَاءِ وَالْمُنذُورِ كَالْتَّطَوُّعِ فِي رَوَايَةٍ))، فَإِنَّهُ يَفِيدُ أَنَّ رَوَايَةَ كَوْنِهِمَا كَصَوْمِ
رَمَضَانَ أَقْوَى، وَبِهَذَا يَتَأَيَّدُ مَا بَحَثَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٥) بِقَوْلِهِ: ((وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ صَوْمُ الْفَرَضِ - وَلَوْ
مُنذُوراً - مَانِعاً اتِّفَاقاً؛ لِأَنَّهُ يَحْرُمُ إِفْسَادُهُ وَإِنْ كَانَ لَا^(٦) كُفَّارَةَ فِيهِ، فَهُوَ مَانِعٌ شَرْعِيٌّ)) اهـ.

[١١٩٩٧] (قَوْلُهُ: أَنْ تَصَحَّ) أَي: الْخَلْوَةُ؛ لِسُقُوطِ الْكُفَّارَةِ بِشِبْهِةِ خِلَافِ الْإِمَامِ "مَالِكٍ"
رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّهُ يَرَى فِطْرَةَ بَأْكُلِهِ نَاسِياً وَلَا كُفَّارَةَ، "ط"^(٧).

[١١٩٩٨] (قَوْلُهُ: وَكُلُّ مَا أَسْقَطَ الْكُفَّارَةَ) كَشْرَبِ، وَجِمَاعِ نَاسِياً، وَثَبَّةَ نَهَاراً، وَثَبَّةَ
نَفْلٍ، "ط"^(٨).

[١١٩٩٩] (قَوْلُهُ: وَصَلَاةُ الْفَرَضِ فَقَطْ) قَالَ فِي "الْهُدَايَةِ"^(٩): ((وَالصَّلَاةُ بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ، فَفَرْضُهَا

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/أ.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٢/١.

(٣) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الخلوة وتأكد المهر ٣٩٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٦/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/٣.

(٦) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٩) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٦/١، ومن: ((قال في "الهداية")) إلى: ((كفله)) ساقطة من "ب" و"م".

كفرضه ونفلها كنفلها))، وقال في "البحر"^(١): ((لا شك أن إفساد الصلاة لغير عذر حرام فرضاً كانت أو نفلاً، فينبغي أن تمنع مطلقاً مع أنهم قالوا: إن الصلاة الواجبة لا تمنع كالنفل^(٢)) مع أنه يائتم بتركها، وأغرب منه ما في "المحيط": أن صلاة التطوع لا تمنع إلا الأربع قبل الظهر؛ لأنها سنة مؤكدة، فلا يجوز تركها بمثل هذا العذر اهـ. فإنه يقتضي عدم [٣/٩٣ق/ب] الفرق بين السنن المؤكدة، وأن الواجبة تمنع بالأولى)) اهـ.

قلت: والحاصل أنهم لم يفرقوا في إحرام الحج بين فرضه ونفله؛ لاشتراكهما في لزوم القضاء والدم، وفرقوا بينهما في الصوم والصلاة، أما الصوم فظاهر؛ للزوم القضاء والكفارة في فرضه بخلاف نفله وما ألحق به؛ لأن الضرر فيه بالفطر يسير؛ لأنه لا يلزم إلا القضاء لا غير كما في "الجوهره"^(٣)، وأما في الصلاة فالفرق بينهما مشكّل؛ إذ ليس في فرضها ضرر زائد على الإثم ولزوم القضاء، وهذا موجود في نفلها وواجبها، نعم الإثم في الفرض أعظم، وفي كونه منطوقاً لمنع صحة الخلوة خفاءً، وإلا لزم أن لا يكون قضاء رمضان والكفارات كالنفل، ولعل هذا وجه اختيار "الكنز"^(٤) إطلاق فرض الصوم كما قدّمناه^(٥)، فكذا الصلاة ينبغي أن يكون فرضها ونفلها كفرض الصوم بخلاف نفله؛ لأنه أوسع بدليل أنه يجوز إفتارها بلا عذر في رواية، ونفل الصلاة لا يجوز قطعها بلا عذر في جميع الروايات، فكان كفرضها، ولعل المجتهد قام عنده فرق بينهما لم يظهر لنا، والله تعالى أعلم.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/٣.

(٢) ذكره في البحر نفلاً عن "شرح النقاية".

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح - أمجاث المهر ٨١/٢.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٢/١.

(٥) المقرولة [١١٩٩٦] قوله: ((في الأصح)).

وكذا أختُهُ من الزَّنا وَبِنْتُ أُخِيهِ وَبِنْتُ أُخْتِهِ أَوْ ابْنِهِ مِنْهُ)) اهـ. فلو أُخِرَ التَّعْمِيمَ عَنِ الْكُلِّ لَكَانَ^(١) غَيْرَ مُصِيبٍ فِي اتِّبَاعِ النَّقْلِ.

على أَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي "الْبَحْرِ" هُنَا مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ نَفْسُهُ فِي كِتَابِ الرِّضَاعِ^(٢): ((مَنْ أَنْ بِنْتُ مِنَ الزَّنا لَا تَحْرُمُ عَلَى عَمِّ الزَّانِي وَخَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهَا مِنَ الزَّانِي حَتَّى يَظْهَرَ فِيهَا حَكْمُ الْقِرَابَةِ، وَأَمَّا التَّحْرِيمُ عَلَى آبَاءِ الزَّانِي وَأَوْلَادِهِ فَلَا عِتْبَارَ الْجَزَائِيَّةِ، وَلَا جَزَائِيَّةَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعَمِّ وَالْخَالِ)) اهـ. ومثلهُ في "الْفَتْحِ"^(٣) هُنَاكَ عَنِ "التَّحْنِيسِ"، وَسُنْدُكَرُ^(٤) عِبَارَةَ "التَّحْنِيسِ"^(٥) قَرِيباً، فَافْهَم.

(تَبْيِيحٌ)

ذَكَرَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((أَنَّهُ دَخَلَ بِنْتُ الْمَلَاعِنَةِ أَيْضاً، فَلَهَا حَكْمُ الْبِنْتِ هُنَا؛ لِأَنَّهُ بِسَبِيلِ مَنْ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ وَيَدَّعِيَهَا فَيَثْبُتَ نَسَبُهَا مِنْهُ كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(٧)))، قَالَ: ((وَقَدَّمْنَا فِي بَابِ الْمَصْرَفِ عَنِ "المِعْرَاجِ": أَنَّ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ الَّذِي نَفَاهُ لَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ، وَمَقْتَضَاهُ ثُبُوتُ الْبِنْتِيَّةِ فِيمَا يُنْبَى عَلَى الْاِحْتِيَاظِ، فَلَا يَجُوزُ لَوْلَدِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؛ لِأَنَّهَا أُخْتُه اِحْتِيَاظاً، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى نَقْلِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ فِي بِنْتِ الْمَلَاعِنَةِ: إِنَّهَا تَحْرُمُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا رَيْبِيَّةٌ^(٨)، وَقَدْ دَخَلَ بِأُمِّهَا، لِأَنَّهَا تَكَلَّفَهُ فِي "الْفَتْحِ" كَمَا لَا يَخْفَى)) انْتَهَى، لَكِنَّ ثُبُوتَ اللَّعَانِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الدُّخُولِ بِأُمِّهَا، وَحَيْثُ فَلَا يَلَزَمُ أَنْ تَكُونَ رَيْبِيَّةً، "نَهْر"^(٩).

٢٧٧/٢

(١) فِي "الأصل" وَ"ب" وَ"م": ((كَانَ)).

(٢) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الرِّضَاعِ ٢٤٣/٣ - ٢٤٤ بِنَصْرِف.

(٣) "الْفَتْحِ": كِتَابُ الرِّضَاعِ ٣١٥/٣.

(٤) الْمَقُولَةُ [١١٢٧٤] قَوْلُهُ: ((نَسَباً)).

(٥) ((سُنْدُكَرُ عِبَارَةَ "التَّحْنِيسِ")) سَاقَطَ مِنْ "الأصل".

(٦) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَهْرَمَاتِ ٩٩/٣ بِاِحْتِصَارٍ.

(٧) "الْفَتْحِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَهْرَمَاتِ ١١٨/٣.

(٨) فِي "٣": ((رَيْبِيَّةً)).

(٩) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - أَسْبَابُ الْحَرَمَةِ ق ١٦٥/أ.

فهذه السبعة مذكورة في آية ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء - ٢٣]، ويدخلُ عمَّةُ جدِّهِ وجدَّتِهِ وخالتهما الأشقياءُ وغيرهنَّ، وأما عمَّةُ عمَّةِ أمِّهِ وخالَةُ خالَةِ أبيهِ فحلالٌ كَبِنْتُ عمِّهِ وعمَّتِهِ وخالِهِ وخالَتِهِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء - ٢٤].....

[١١٢٥٩] (قوله: فهذه السبعة إلخ) لكن اختلفَ في توجيهِ حرمةِ الجدَّاتِ وبناتِ البناتِ، فقيل بوضعِ اللَّفظِ وحقيقته؛ لأنَّ الأمَّ في اللُّغة الأصلُ والبنْتُ الفرعُ، فيكونُ الاسمُ حيثُذُ من قبيلِ المشكك، وقيل بعمومِ المحاز، وقيل بدلالةِ النصِّ، والكلُّ صحيحٌ، وتأمُّهُ في "البحر" (١). وأفادَ أنَّ حرمةِ البِنْتِ من الزَّنا بصريحِ النصِّ المذكور كما تقدَّم (٢).

[١١٢٦٠] (قوله: ويدخلُ عمَّةُ جدِّهِ وجدَّتِهِ أي: في قول المتن: ((وعمتي)) كما دخلتُ في قوله تعالى: ﴿وَعَمَّتُكُمْ﴾ [النساء - ٢٣]، ومثله قوله: ((وخالتهما)) كما في "الزَّيلعي" (٣)، "ح" (٤).

[١١٢٦١] (قوله: الأشقياءُ وغيرهنَّ) [٣/٢٣ق/٣] لا يختصُّ هذا التعميمُ بالعمَّةِ والخالَةِ، فإنَّ جميعَ ما تقدَّم سوى الأصلِ والفرعِ كذلك كما أفادَهُ الإطلاقُ، لكنَّ فائدةَ التصرُّيحِ به هنا التَّنبيةُ على مخالفتِهِ لما بعدهُ كما تعرَّفَهُ، فافهم.

[١١٢٦٢] (قوله: وأما عمَّةُ عمَّةِ أمِّهِ إلخ) قال في "النَّهر" (٥): ((وأما عمَّةُ العمَّةِ وخالَةُ الخالَةِ فإنَّ كانتِ العمَّةُ القُربى لأمِّهِ لا تحرُّمُ، وإلاَّ حرِّمَتْ، وإنَّ كانتِ الخالَةُ القُربى لأبيهِ لا تحرُّمُ، وإلاَّ حرِّمَتْ؛ لأنَّ أبا العمَّةِ حيثُذُ يكونُ زوجُ أمِّ أبيهِ، فعمَّتُها أختُ زوجِ الجِدَّةِ أمُّ الأبِ، وأختُ زوجِ الأمِّ لا تحرُّمُ، فأختُ زوجِ الجِدَّةِ بالأوَّلِ، وأمُّ الخالَةِ القُربى تكونُ (٦) امرأةُ الجدِّ أبي الأمِّ، فأختُها أختُ امرأةِ أبي الأمِّ، وأختُ امرأةِ الجدِّ لا تحرُّمُ)) اهـ.

(١) انظر "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٩٩/٣.

(٢) في المقولة السابقة.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٢.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/أ.

(٥) "النَّهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/أ.

(٦) في "أ": ((لا تكون)) وهو خطأ.

(و) حَرَمَ بالمصاهرة (بنتُ زوجتِه الموطوءة).....

والمراد من قوله: ((لأمه)) أن تكون العمّة أخت أبيه لأمّ احترازاً عما إذا كانت أخت أبيه لأبٍ أو لأبٍ وأمٍّ؛ فإنّ عمّة هذه العمّة لا تجلّ؛ لأنها تكون أخت الجدّ أبي الأب، والمراد من قوله: ((وإن كانت الخالة القُربى لأبيه)) أن تكون أخت أمّه لأبيها احترازاً عما إذا كانت أختها لأمّها أو شقيقةً، فإنّ خالة هذه الخالة تكون أخت جدّته أمّ أمّه، فلا تجلّ. وكانّ "الشارح" فهم من قول "النهر": ((لأمّ)) وقوله: ((لأبيه)) أنّ الضمير فيهما راجع إلى مُريد النكاح - كما هو المتبادر منه - فقال ما قال، وليس كذلك لما علمته، فكان عليه أن يقول: وأمّا عمّة العمّة لأمّ وخالة الخالة لأبٍ، ويمكنُ تصحيحُ كلامه بأن تُقيّد العمّة القُربى بكونها أخت الجدّ لأمّه والخالة القُربى بكونها أخت الجدّة لأبيها كما أوضحه "المحشي"، وأمّا على إطلاقه فغيرُ صحيح.

[١١٢٦٣] (قوله: بنتُ زوجتِه الموطوءة) أي: سواءً كانت في حجره - أي: كنفه ونفقته - أو لا، وذكرُ الحجرِ في الآيةِ خرَجَ مخرَجَ العادة، أو ذكِرَ للتشنيعِ عليهم كما في "البحر"^(١)، واحترازُ بالموطوءة عن غيرها، فلا تحرمُ بنتها بمجرّد العقد، وفي "ح"^(٢) عن "الهندية"^(٣): ((أنّ الخلوّة بالزوجة لا تقوم مقام الوطء في تحريم بنتها)) اهـ.

قلت: لكنّ في "التحنيص" عن "أجناس الناطقي": ((قال في "نوادير أبي يوسف"^(٤)): إذا خلا بها في صوم رمضان أو حال إحصائيه لم يحلّ له أن يتزوج بنتها، وقال "محمد": يحلّ، فإنّ الزوج لم يُجعل واطناً، حتّى كان لها نصف المهر)) اهـ.

وظاهره: أنّ الخلاف في الخلوّة الفاسدة، أمّا الصحيحة فلا خلاف في أنّها تحرمُ البنت، تأمل. [ب/٢٣٣/٣] وسيأتي^(٥) تمام الكلام عليه في باب المهر عند ذكر أحكام الخلوّة. ويُشرط وطؤها في حال كونها مُشتهة، أمّا لو دخل بها صغيرة لا تُشتهى، فطلقها فاعتدت

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٠٠/٣ بتصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ق/١٥٤/ب.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - القسم الثاني: الحرّات بالصهرية ٢٧٤/١ بتصرف.

(٤) "النوادير": للقاضي أبي يوسف، يعقوب بن إبراهيم، صاحب أبي حنيفة رحمهما الله. ("أسماء الكتب" ص ٥٤٠،

"الجواهر المضية" ٢٢٠/٢، "الفوائد البهية" ص ٢٢٥).

(٥) المقولة [١٢٠١٧] قوله: ((وحرمة البنات)).

وأُمُّ زَوْجَتِهِ) وَجَدَّتْهَا مَطْلَقًا بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ (وَإِنْ لَمْ تُوْطَأِ) الزَّوْجَةُ؛ لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ وَطْءَ الْأُمَّهَاتِ يُحْرِمُ الْبَنَاتِ، وَنِكَاحَ الْبَنَاتِ يُحْرِمُ الْأُمَّهَاتِ،.....

بِالْأَشْهَرِ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِهِ فَجَاءَتْ بِنْتِ حَلِّ لَوَاطِئِ أُمَّهَا قَبْلَ الْإِشْتِهَاءِ التَّزْوُجِ بِهَا كَمَا يَأْتِي^(١) مَتْنًا، وَكَذَا يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ الْوِطْءِ مُشْتَهَى كَمَا نَذَرُوهُ^(٢) هُنَاكَ.

[١١٢٦٤] (قَوْلُهُ: وَأُمُّ زَوْجَتِهِ) خَرَجَ أُمُّ أُمَّتَيْهِ، فَلَا تُحْرَمُ إِلَّا بِالْوِطْءِ أَوْ دَوَاعِيهِ؛ لِأَنَّ لَفْظَ النِّسَاءِ إِذَا أُضْيِفَ إِلَى الْأَزْوَاجِ كَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ الْحَرَائِرَ كَمَا فِي الظُّهَارِ وَالْإِيلَاءِ، "بِحَرْ" ^(٣). وَأَرَادَ بِالْحَرَائِرِ النِّسَاءَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِنَّ وَلَوْ أُمَّةً لغيرِهِ كَمَا أَفَادَهُ "الرَّحْمَنِيُّ" وَ"أَبُو السُّعُودِ" ^(٤).

[١١٢٦٥] (قَوْلُهُ: وَجَدَّتْهَا مَطْلَقًا) أَي: مِنْ قَبْلِ أَبِيهَا وَأُمَّهَا وَإِنْ عَلَوْنَ، "بِحَرْ" ^(٥).

[١١٢٦٦] (قَوْلُهُ: بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ) يُفَسِّرُهُ قَوْلُهُ: ((وَإِنْ لَمْ تُوْطَأِ))، "ح" ^(٦).

[١١٢٦٧] (قَوْلُهُ: الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ بِمَجْرَدِهِ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ، بَلْ بِالْوِطْءِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْمَسِّ بِشَهْوَةٍ وَالنَّظَرِ بِشَهْوَةٍ؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ، "بِحَرْ" ^(٧)، أَي: الْإِضَافَةَ إِلَى الضَّمِيرِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النِّسَاءُ - ٢٣]، أَوْ فِي قَوْلِهِ: ((وَأُمُّ زَوْجَتِهِ)). وَيُوجَدُ فِي بَعْضِ النُّسخِ زِيَادَةُ قَوْلِهِ: ((فَالفَاسِدُ لَا يُحْرِمُ إِلَّا بِمَسِّ شَهْوَةٍ وَنَحْوِهِ)).

[١١٢٦٨] (قَوْلُهُ: الزَّوْجَةُ) أَبَدَلَهُ فِي "الدَّرر" ^(٨) بِالْأُمِّ، وَهُوَ سَبَقُ قَلَمِ.

(قَوْلُ "الشَّارِحِ": لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ وَطْءَ الْأُمَّهَاتِ يُحْرِمُ الْبَنَاتِ إلخ) السَّرُّ فِي كِفَايَةِ النِّكَاحِ فِي تَحْرِيمِ

(١) "در" ص ١١٧-١١٨.

(٢) المقولة [١١٣١٦] قوله: ((فلو جامع غير مراهن)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

(٤) "فتح المعين": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢/٢، وفيه: ((وأراد بالحرائر المملوكة بعقد النكاح)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

(٨) "الدرر": كتاب النكاح ٣٣٠/١.

ويدخلُ بناتُ الرِّيبيةِ والرِّيبِ، وفي "الكشاف": ((وَاللَّمْسُ وَنَحْوُهُ كَالدُّخُولِ عِنْدَ "أبي حنيفة"))، وأقره "المصنف" (وزوجة أصله وفرعه مطلقاً).....

[١١٢٦٩] (قوله: ويدخلُ) أي: في قوله: ((وَبِنْتُ زَوْجَتِهِ)) بناتُ الرِّيبيةِ والرِّيبِ، وَبِنْتُ حُرْمَتُهُنَّ بِالْإِجْمَاعِ وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَرَبِّبْتُكُمْ﴾ [النساء - ٢٣]، "بحر" (١).

[١١٢٧٠] (قوله: وفي "الكشاف" (٢) إلخ) تبع في النقل عنه صاحب "البحر" (٣)، ولا يخفى أنَّ المتون طافحةٌ بأنَّ اللَّمسَ ونحوه كالوطءِ في إيجابِهِ حُرْمَةُ المصاهرةِ من غيرِ اختصاصٍ بموضعٍ دون موضعٍ، لكنَّ لَمَّا كانت الآيةُ مُصرِّحةً بجرمةِ الرِّبائبِ بقيدِ الدُّخُولِ وبعديها عند عديمه كان ذلك مَظِنَّةً أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ خصوص الدُّخُولِ هنا لا بدُّ منه، وأنَّ تصریحهم بأنَّ اللَّمسَ ونحوه يُوجبُ حُرْمَةَ المصاهرةِ مخصوصٌ بما عدا الرِّبائبَ لظاهر الآيةِ، فنقلُ التصريحِ عن "أبي حنيفة" بأنه قائمٌ مقامَ الوطءِ هنا لدفعِ ذلك الوهمِ ولبیانِ أنه ليس من تخريجاتِ المشايخِ، وكأنه لم يجدِ التصريحَ به هنا عن "أبي حنيفة" إلا في "الكشاف" فنقل ذلك عنه؛ لأنَّ "الزَّحْمَشْرِيَّ" من مشايخِ المذهبِ، وهو حُجَّةٌ في النقلِ، ولكونِ الموضعِ موضعَ خفاءٍ أكَّد ذلك بقوله: ((وَأقره "المصنف"))، فافهم.

٢٧٨/٢

[١١٢٧١] (قوله: وزوجة أصله وفرعه) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾

الأُمَّهاتِ دون تحريمِ البناتِ أنَّ تعلقَ الفرعِ بأصله أقوى من العكسِ، يعني: أنَّ سيرايةَ الحُرْمَةِ من نكاحِ البناتِ إلى الأُمَّهاتِ مبنيٌّ على شلَّةِ تعلقهنَّ، وعدمِ سيرايتهما في العكسِ بلونِ وطءِ مبنيٍّ على عدمِ شدتهِ اهـ.)) "حادي" عن "الواتي". وذكر "السَّنْدِيُّ" عن "السُّنْفِيِّ": ((أَنَّ السَّرَّ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْأُمَّ تَوَثَّرَتْ بِتَبْهَاتِهَا عَلَى نَفْسِهَا فِي الْعَادَةِ، فَلَمْ تَحْرُمْ الْبِنْتَ بِالْعَقْدِ عَلَى الْأُمِّ بِخِلَافِ الْعَكْسِ، فَكَانَتِ الْقَطِيعَةُ فِي تَرْوِيجِ الْأُمِّ بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى الْبِنْتِ أَشَدُّ اهـ.))

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الهرمات ١٠٠/٣.

(٢) "الكشاف": ٥٣/٢ سورة النساء - الآية (٢٣).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الهرمات ١٠٠/٣.

ولو بعيداً، دخلَ بها أو لا^(١)، وأما بنتُ زوجةِ أبيه أو ابنةِ فحلّالٍ.
(و) حَرَمٌ (الكلُّ) مما مرَّ^(٢) تحرُّمُهُ نسباً ومصاهرةً (رضاعاً) إلا ما استثنِيَ في بابِهِ..

[النساء- ٢٢]، وقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء- ٢٣]، والحليلةُ [٧٢٤ق/٣] الزوجةُ، وأما حرمةُ الموطوءةِ بغيرِ عقدٍ فبدليلٍ آخر، وذكرُ الأصلابِ لإسقاطِ حليلةِ الابنِ المتبني، لا لإحلالِ حليلةِ الابنِ رضاعاً، فإنها تحرُّمٌ كالنَّسبِ، "بحر"^(٣) وغيره.

[١١٢٧٢] (قوله: ولو بعيداً إلخ) بيانٌ للإطلاق، أي: ولو كان الأصلُ أو الفرعُ بعيداً كالجدِّ وإنَّ علا وابنِ الابنِ وإنَّ سفلاً، وتحرُّمُ زوجةِ الأصلِ والفرعِ بمجرّدِ العقدِ دخلَ بها أو لا.
[١١٢٧٣] (قوله: وأما بنتُ زوجةِ أبيه أو ابنةِ فحلّالٍ) وكذا بنتُ ابنتها، "بحر"^(٤). قال "الخير الرّملي": ((ولا تحرُّمُ بنتُ زوجِ الأمِّ، ولا أمُّه، ولا أمُّ زوجةِ الأب، ولا بنتها، ولا أمُّ زوجةِ الابنِ، ولا بنتها، ولا زوجةُ الرِّيبِ، ولا زوجةُ الرَّابِّ)) اهـ.

[١١٢٧٤] (قوله: نسباً) تمييزٌ عن نسبةِ ((تحرُّمِهِ^(٥))) للضميرِ المضافِ إليه، وكذا قوله: ((مُصَاهَرَةٌ))، وقوله: ((رضاعاً)) تمييزٌ عن نسبةِ ((تحرِّيمِ)) إلى الكلِّ، يعنى: يحرمُ من الرضاعِ أصولُهُ وفروعُهُ، وفروعُ أبويه وفروعهم، وكذا فروعُ أجدادِهِ وجدّاتِهِ الصُّلبِيون، وفروعُ زوجتِهِ وأصولها، وفروعُ زوجها وأصولها، وحلائلُ أصولِهِ وفروعِهِ، وقوله: ((إلا ما استثنِيَ))، أي: استثناءً منقطعاً، وهو تسعُ صورٍ تصلُّ بالبَسْطِ إلى مائةٍ وثمانيةٍ كما سنحقِّقُهُ، "ح"^(٦).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: دخل بها أو لا، أي: لو عقد الأب على امرأة ولم يدخل بها، تحرم على الابن، ولو عقد الابن على امرأة ولم يدخل، تحرم على الأب، كذا في حواشي حموي من أحكام المحارم)). ق ١٠٢/أ.

(٢) "در" ص ٩٥- وما بعدها.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠١/٣ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

(٥) في "م": ((تحرِّيم)).

(٦) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٠٤/ب.

(فروع) تقع^(١) مغلطة فيقال: طلق امرأته تطليقتين^(٢).....

(تنبيه)

مقتضى قوله: ((والكل رضاعاً)) مع قوله سابقاً: ((ولو من زناً)) حرمة فرع الزنية وأصلها رضاعاً، وفي "القهستاني"^(٣) عن "شرح الطحاوي" عدم الحرمة، ثم قال: ((لكن في النظم وغيره: أنه محرم كل من الزاني والمزنية على أصل الآخر وفرعه رضاعاً)) اهـ. ومقتضى تقييده بالفرع والأصل أنه لا خلاف في عدم الحرمة على غيرهما من الحواشي كالأخ والعَمِّ، وفي "التجنيس": ((زنى بامرأة، فولدت فأرضعت بهذا اللبن صبية لا يجوز لهذا الزاني تزوجها ولا لأصوله وفروعيه، ولعم الزاني التزوج بها كما لو كانت ولدت له من الزنا، والحال مثله؛ لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة، والتحریم على أبي الزاني وأولاده وأولادهم^(٤) لاعتبار الجزئية، ولا جزئية بينها وبين العم، وإذا ثبت ذلك في المتولدة من الزنا فكذا في المرزعة بلبن الزنا)) اهـ. قلت: وهذا مخالف لما مر^(٥) من التعميم في قول "الشارح": ((ولو من زناً)) كما تبيننا^(٦) عليه هناك.

[١١٢٧٥] (قوله: تقع مغلطة) كمفعلة: محل الغلط، أو بتشديد اللام المكسورة وضم الميم،

(قوله: مقتضى قوله: ((والكل رضاعاً)) مع قوله سابقاً: ((ولو من زناً حرمة فرع الزنية إلخ)) (أخذ ما قاله من قوله: ((ولو من زناً)) بعيداً، تأمل. (قوله: قلت: وهذا مخالف لما مر من التعميم إلخ) لا مخالفة؛ فإن ما تقدم في تعميم "المصنف" بقوله: ((ولو من زناً)) إنما يفيد الحرمة في بنت الأخ، وبنت الأخت، لا في عم الزاني وحاله، كما هو موضوع "التجنيس"، وإن كانت العلة موجودة في الشقين، تأمل.

(١) في "د" و"و": ((يقع)).

(٢) في "د": ((طليقتين)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٣/١.

(٤) ((وأولادهم)) ساقط من "أ".

(٥) "در" ص ٩٨.

(٦) للمقولة [١١٢٥٨] قوله: ((ولو من زناً)).

ولها منه لبنٌ، فاعتدَّتْ فنكحتْ صغيراً، فأرضعتهُ فحرمتُ عليه، فنكحتْ آخرَ
فدخلَ بها فأبانتها فهل تعودُ للأولِ بواحدةٍ أم بثلاثٍ؟ الجوابُ: لا تعودُ إليه أبداً
لصيرورتها حليلاً ابنه رضاعاً.

شَرَى أمةً أبيه لم تحلَّ له إن عليمَ أنه وطئها. تزوجَ بكراً.....

أي: مسألة تُغلطُ مَنْ يُحيبُ عنها بلا تأملٍ فيها.

[١١٢٧٦] (قوله: ولها منه لبنٌ) أي: نزل [٢٤٣/٣] منها بسببِ ولادتها منه.

[١١٢٧٧] (قوله: فحرمتُ عليه) لكونها صارتُ أمةً رضاعاً.

[١١٢٧٨] (قوله: فدخلَ بها) قيدٌ به ليُمكنَ توهُمُ إحلالها للأولِ، والصغيرُ لا يمكنُ منه الدخولُ.

[١١٢٧٩] (قوله: بواحدةٍ أم بثلاثٍ؟) الأولُ بناءٌ على القولِ بأنَّ الزوجَ الثاني لا يهدمُ ما دونَ

الثلاثِ، والثاني بناءٌ على القولِ بأنه يهدمُهُ كما سيأتي^(١) في بابهِ.

[١١٢٨٠] (قوله: لصيرورتها حليلاً ابنه رضاعاً) لأنَّ بُوتَ البُتوةِ بالإرضاعِ مُقارِنٌ للزُوجيةِ،

فيصحُّ وصفُها بكونها زوجةً ابنه وإينها رضاعاً، وكذا إن قلنا: إنَّ بُوتَ البُتوةِ عارضٌ على

الزُوجيةِ ومُعاقبٌ لها؛ لأنَّهُ لا يَلزَمُ اجتماعُ الوصفينِ في وقتٍ واحدٍ، ولذا تحرَّمُ عليه ربيتهُ المولودةُ

بعد طلاقِ أمِّها وزوجةِ أبيه من الرُّضاعِ المطلقةِ قبل ارتضاعِهِ، فافهم.

[١١٢٨١] (قوله: إن عليمَ أنه وطئها) فإن عليمَ عدمِ الوطءِ أو شكُّ تحلُّ. اهـ "ح"^(٢).

والمرادُ بالعلمِ ما يشملُ غلبةَ الظنِّ؛ إذ حصولُ العلمِ اليقينيِّ في ذلك نادرٌ، ومنه إخبارُ الأبِ

بأنه وطئها وهي في ملكِهِ، ففي "البحر"^(٣) عن "المحيط": ((رَجُلٌ له جارِيَةٌ، فقال: قد وطئها

لا تحلُّ لابنِهِ، وإن كانت في غيرِ ملكِهِ فقال: قد وطئها يحلُّ^(٤)) لاينهِ أن يكذبهُ ويظأها؛

لأنَّ الظاهرَ يشهدُ له)) اهـ أي: يشهدُ للابنِ.

(١) المقولة [١٣٧٧٧] قوله: ((وهي مسألة المدم الآتية)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠١/٣.

(٤) في "١": ((لا يحل))، وهو خطأ.

فوجدَها ثيباً، وقالت: أبوك فضني إن صدقها بانت بلا مهر، وإلا لا، "شمي".
(و) حرم أيضاً بالصهرية (أصل مزنيته) أراد بالزنا الوطء الحرام.....

والظاهر: أن المراد الإخبار بأن الوطء كان في غير ملكه، أما لو كانت في ملكه ثم باعها، ثم أخبر بأنه وطئها حين كانت في ملكه لا تجل لآئنه، تأمل.

[١١٢٨٢] (قوله: فوجدَها ثيباً) أي: حين أراد جماعها كما في "البحر" (١) و"المنح" (٢)

- وذلك بإخبارها - أو بأمر غير الجماع، أما لو جامعها فوجدَها ثيباً وجب عليه مهرٌ مثلها لوطء الشبهة، والوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقرٍ أو عُقرٍ، "رحمى".

[١١٢٨٣] (قوله: وحرم أيضاً بالصهرية أصل مزنيته) قال في "البحر" (٣): ((أراد بحرمه

المصاهرة الحرمات الأربع: حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعِهِ نسباً ورضاعاً، وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسباً ورضاعاً كما في الوطء الحلال، ويجل لأصول الزاني وفروعِهِ أصولُ المزني بها وفروعها)) اهـ. ومثله ما قدمناه (٤) قريباً عن "القهستاني" عن "النظم" وغيره.

٢٧٩/٢

وقوله: ((ويجل الخ)) أي: كما يجل ذلك بالوطء الحلال، وتقيده بالحرمات الأربع

مخرج لما عداها، وتقدم (٥) أنفاً الكلام عليه.

[١١٢٨٤] (قوله: أراد بالزنا الوطء الحرام) لأن الزنا وطءٌ مكلفٌ في فرجٍ مُشتهاةٍ - ولو

ماضياً - خالٍ عن الملك وشبهته، وكذا تثبت حرمة (٦) المصاهرة لو وطئ المنكوحه فاسداً،

(قوله: وكذا تثبت حرمة المصاهرة لو وطئ المنكوحه فاسداً الخ) التعبير به بقوله: ((وإنما قيد به))

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ١٠١/٣ بتصرف.

(٢) "المنح": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ١/١١٥ أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ١٠٨/٣.

(٤) المقولة [١١٢٧٤] قوله: ((نسباً)).

(٥) في المقولة نفسها.

(٦) (حرمة) ساقطة من "الأصل".

(و) أصلُ (مَسْوسِيَّةٍ^(١)) بشهوةٍ) ولو لشعْرٍ على الرأسِ.....

أو المشتراة فاسداً، أو الجارية المشتركة، [٢٥٣/٣] أو المكاتبه، أو المظاهر منها، أو الأمة الجوسية، أو زوجته الحائض أو النفساء، أو كان محرماً أو صائماً، وإنما قيّد بالزنا لأن فيه خلاف "الشافعي"، وليفيد أنها لا تثبت بالوطء بالدبر كما يأتي خلافاً لـ "الأوزاعي" و"أحمد"، قال في "الفتح"^(٢): ((وبقولنا قال "مالك" في رواية و"أحمد"، وهو قول "عمر"، و"ابن مسعود"، و"ابن عباس" في الأصح، و"عمران بن الحصين"، و"جابر"، و"أبي"، و"عائشة"، وجمهور التابعين كـ "البصري"، و"الشعبي"، و"النخعي"، و"الأوزاعي"، و"طاووس"، و"مجاهد"، و"عطاء"، و"ابن المسيب"، و"سليمان بن يسار"، و"حماد"، و"الثوري"، و"ابن راهوية"))، وتأمّمه مع بسط الدليل فيه. [١١٢٨٥] (قوله: وأصل ممسوسية الخ) لأن المس والنظر سبب داغ إلى الوطء، فيقام مقامه في موضع الاحتياط، "هداية"^(٣). واستدلّ لذلك في "الفتح"^(٤) بالأحاديث والآثار عن الصحابة والتابعين.

[١١٢٨٦] (قوله: بشهوة) أي: ولو من أحدهما كما سيأتي^(٥).

[١١٢٨٧] (قوله: ولو لشعْرٍ على الرأس) خرج به المسترسل، وظاهر ما في "الحنائية"^(٦)

لا يناسب إلا إبقاء الزنا على حقيقته، وهذا غير ما جرى عليه "الشارح" من حملِه على الوطء الحرام، وحينئذٍ فلك في حلّ كلام "المصنّف" طريقتان: ما جرى عليه، وإبقاء الزنا على معناه إشارة لموضع الخلاف لا احترازاً عن الوطء الحرام؛ لأنه معلوم بالأولى.

(١) في "و": ((مَسْوسِيَّةٍ)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٦/٣.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٣/١.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣.

(٥) المقولة [١١٣٢٧] قوله: ((وتكفي الشهوة من أحدهما)).

(٦) "الحنائية": كتاب النكاح - باب المحرمات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

بِحائلٍ لا يَمْنَعُ الحرارةَ (و) أصلُ (مَاسِيَةٍ وناظِرَةٍ إلى ذَكَرِهِ والمنظورِ إلى فَرَجِهَا).....

ترجيحُ: ((أَبُ مَسَّ الشَّعْرِ غَيْرُ مُحْرَمٍ))، وجزَمَ في "المحيط" بخلافِهِ، ورجَّحَهُ في "البحر"^(١)، وفَصَّلَ في "الخلاصة"^(٢)، فخصَّ التحريمَ بما على الرَّأسِ دونَ المسترسِلِ، وجزَمَ به في "الجوهرة"^(٣)، وجعلَهُ في "النهر"^(٤) مَحْمَلَ القولين، وهو ظاهرٌ، فلذا جزَمَ به "الشارح".

[١١٢٨٨] قوله: بحائلٍ لا يَمْنَعُ الحرارةَ) أي: ولو بحائلٍ إلخ، فلو كان مانعاً لا تثبتُ الحرمةُ، كذا في أكثرِ الكتب، وكذا لو جامعها بخرقَةٍ على ذَكَرِهِ، فما في "الذخيرة": ((من أن الإمام "ظهير الدين" يُفني بالحرمةِ في القُبْلَةِ على الفمِ والذَّقِنِ والخذِّ والرَّأسِ وإن كان على المِقْنَعَةِ)) محمولٌ على ما إذا كانت رقيقةً تصلُ الحرارةُ معها، "بجر"^(٥).

[١١٢٨٩] قوله: وأصلُ مَاسِيَةٍ) أي: بشهوةٍ، قال في "الفتح"^(٦): ((وثبوتُ الحرمةِ بلمسِها مشروطٌ بأن يُصدَّقَها ويقعَ في أكبرِ رأيهِ صدَّقَها، وعلى هذا ينبغي أن يقال في مَسِّه إياها: لا تحرمُّ على أبيه وابنه إلا أن يُصدِّقاه أو يَغْلِبَ على ظَنِّهما صدَّقَهُ، ثم رأيتُ عن "أبي يوسف" ما يُفيدُ ذلك)) اهـ.

[١١٢٩٠] قوله: وناظِرَةٍ) أي: بشهوةٍ.

[١١٢٩١] قوله: والمنظورِ إلى فَرَجِهَا) قيَّدَ بالفَرَجِ لأنَّ ظاهر "الذخيرة" وغيرها أنهم اتَّفَقُوا على أنَّ النَّظَرَ بشهوةٍ إلى سائرِ أعضائها لا عبرةَ به ما عدا الفَرَجَ، وحينئذٍ فإطلاقُ "الكنز"^(٧) في محلِّ التَّقْيِيدِ، "بجر"^(٨).

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - فصل فيما تثبت به حرمة المصاهرة ق ٧٦/أ.

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٩/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٦/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٤٢/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

المدور (الدَّاحِلِ ولو) نظَرَهُ (من زجاج أو ماء هي فيه وفروعهن) مطلقاً،.....

[١١٢٩٢] (قوله: المدور الدَّاحِلِ) اختارَهُ في "الهداية"^(١)، وصحَّحَهُ في "المحيط" و"الذخيرة"، وفي "الحانية"^(٢): ((وعليه الفتوى))، وفي "الفتح"^(٣) ((وهو ظاهرُ الرواية؛ لأنَّ هذا حُكْمٌ تعلقُ بالفرجِ، والدَّاحِلُ فرجٌ [ب/٢٥٣/٣] من كلِّ وجهٍ، والخارجُ فرجٌ من وجهٍ، والاحترازُ عن الخارجِ مُتَعَدِّرٌ فسقطَ اعتباره))، ولا يتحقَّقُ ذلك إلا إذا كانت مُتَكَمِّةً، "بمجر"^(٤). فلو كانت قائمةً أو جالسةً غيرَ مُسْتِنِدَةٍ لا تُثَبِّتُ الحرمةَ، "إسماعيل". وقيل: تُثَبِّتُ بالنظرِ إلى منَابِتِ الشَّعْرِ، وقيل: إلى الشَّقِّ، وصحَّحَهُ في "الخلاصة"^(٥)، "بمجر"^(٦).

[١١٢٩٣] (قوله: أو ماء هي فيه) احترازاً عاماً إذا كانت فوقَ الماءِ فرأه من الماءِ كما يأتي^(٧).

[١١٢٩٤] (قوله: وفروعهن) بالرَّفْعِ عطفاً على ((أصلُ مَزْنِيَّتِه))، وفيه تغليبُ المؤنثِ على المذكرِ بالنسبةِ إلى قوله: ((وناظرةً إلى ذكره)).

[١١٢٩٥] (قوله: مطلقاً) يرجعُ إلى الأصولِ والفروعِ، أي: وإنَّ علَوْنَ وإنَّ سفَلْنَ، "ط"^(٨).

(قوله: إلا إذا كانت مُتَكَمِّةً "بمجر") عبارتهُ: ((مُتَكَمِّةً^(٩))) بالياء.

(قوله: وفيه تغليبُ المؤنثِ على المذكرِ بالنسبةِ إلى قوله: ((وناظرةً إلى ذكره)) (فيه أنَّ المرادُ أنه كما حرَّمُ أصلُ المذكوراتِ حرَّمُ فروعهن، وليس فيما ذُكِرَ تغليبُ مؤنثٍ على مُذكرٍ، وليس فيما تقدَّم مؤنثٌ ومُذكرٌ حرَّمُ أصله حتَّى يدَّعي أنَّ الضَّميرَ فيه تغليبٌ.

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٣/١.

(٢) "الحانية": كتاب النكاح - باب في المحرمات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثالث فيما تثبت به حرمة المصاهرة ق ٧٥/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٧) المقولة [١١٣٠٦] قوله: ((لأن المرئي مثاله [الخ])).

(٨) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥/٢.

(٩) في مخطوطة "البحر" التي بين أيدينا ((متكمة))، فليتبته.

والعبرة للشهوة عند المسِّ والنظر لا بعدهما، وحَدُّها فيهما تحرُّك آلتِه أو زيادته،
به يُفتَى،.....

[١١٢٩٦] (قوله: والعبرة إلخ) قال في "الفتح"^(١): ((وقوله: بشهوة في موضع الحال،
فيغيدُ اشتراطَ الشهوةِ حالَ المسِّ، فلو مسَّ بغيرِ شهوةٍ ثمَّ اشتَهَى بعد^(٢) ذلكَ المسِّ لا تحرُّمُ
عليه)) اهـ.

وكذلك في النظر كما في "البحر"^(٣)، فلو اشتَهَى بعدما غَضَّ بصره لا تحرُّمُ.
قلت: ويشترطُ وقوعُ الشهوةِ عليها لا على غيرها؛ لما في "الفيض": ((لو نظرَ إلى
فرجِ بنتِه بلا شهوةٍ فتمنَّى جاريةً مثلها فوقعتْ له الشهوةُ على البنتِ ثبتتِ الحرمةُ، وإن
وقعتْ على مَنْ تمنَّاها فلا)).

[١١٢٩٧] (قوله: وحَدُّها فيهما) أي: حدُّ الشهوةِ في المسِّ والنظرِ، "ح"^(٤).

[١١٢٩٨] (قوله: أو زيادته) أي: زيادةُ التحرُّك إن كان موجوداً قبلهما.

[١١٢٩٩] (قوله: به يُفتَى) وقيل: حَدُّها أن يشتهيَ بقلبه إن لم يكن مُشتهياً، أو يزدادَ

إن كان مُشتهياً، ولا يُشترطُ تحرُّك الآلةِ، وصحَّحَه في "المحيط" و"التحفة"^(٥)، وفي "غاية

البيان": ((وعليه الاعتمادُ))، والمذهبُ الأوَّلُ، "بحر"^(٦). قال في "الفتح"^(٧): ((وفُرِّعَ عليه ما

لو انتشرَ وطلبَ أمراءه، فأولجَ بينَ فخذَيِ بنتِها خطأً لا تحرُّمُ أمها ما لم يزدَدَ الانتشارُ)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

(٢) في "٣" و"ب" و"م": ((عن)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب باختصار.

(٥) "تحفة الفقهاء": كتاب النكاح ١٢٤/٢.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

وفي امرأة ونحو شيخ كبير تحرك قلبه أو زيادته، وفي "الجوهرة"^(١): ((لا يُشترطُ في النَّظَرِ لِلْفَرَجِ تحريكَ آلتِهِ))، به يُفتَى، هذا إذا لم يُنزَل، فلو أنزَلَ مع مسٍّ أو نظَرٍ...

[١١٣٠٠] (قوله: وفي امرأة ونحو شيخ إلخ) قال في "الفتح"^(٢): ((ثمَّ هذا الحدُّ في حقِّ الشَّابِّ، أمَّا الشَّيْخُ والعَيْنُ فَحَدُّهُمَا تحركُ قلبه أو زيادته إن كان مُتحرِّكاً لا مجردَ ميلانِ النَّفْسِ، فإنَّه يوجدُ فيمن لا شهوة له أصلاً كالشَّيْخِ الفاني))، ثمَّ قال: ((ولم يحدُّوا الحدَّ المحرَّم منها، أي: مِنَ الرَّأَةِ، وأقلُّه تحركُ القلبِ على وَجْهِ يُشوشُ الخاطر))، قال "ط"^(٣): ((ولم أرَ حُكْمَ الخنثى المشكلِ في الشَّهْوَةِ، ومقتضى معاملته بالأضْرَّ أن يجريَ عليه حُكْمُ الرَّأَةِ)).

[١١٣٠١] (قوله: وفي "الجوهرة" إلخ) كذا في "النهر"^(٤)، وعلى هذا ينبغي أن يكونَ مَسُّ الفَرْجِ كذلك [٢/٢٦٣] بل أولى؛ لأن تأثيرَ المسِّ فوق تأثيرِ النَّظَرِ بدليلِ إيجابِهِ حرْمَةَ المصَاهِرَةِ في غيرِ الفَرْجِ إذا كان بشهوةٍ بخلافِ النَّظَرِ، "ح"^(٥).

قلت: ويمكنُ أن يكونَ ما في "الجوهرة" مُفرعاً على القولِ الآخرِ في حدِّ الشَّهْوَةِ، فلا يكونُ النَّظَرُ احترازاً عن مَسِّ الفَرْجِ ولا عن مَسِّ غيره، تأمل.

٢٨٠/٢

(قوله: ومقتضى معاملته بالأضْرَّ أن يجريَ عليه إلخ) مقتضى معاملته بالأضْرَّ أن لا يُعطى حكمَ المرأةِ في جميع الأحوال بل فيما إذا تحقَّق الضَّرُّ عليه بإعطائه حُكْمَهَا، كما إذا وُجِدَ تحركُ قلبِ بدون انتشار، بخلاف ما لو كان مُتحرِّكاً القلب فنظر فانتشر مع بقاء التحركِ الأصليِّ.
 (قول "الشارح" هذا إذا لم يُنزَلِ إلخ) أطلق في الإنزال فشيل ما لو أنزل. مُحرَّد المسِّ أو بعده ولو بجماع في زوجته الأخرى اهـ. "سندي" عن "غاية البيان".

(١) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٠/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣ - ١٣٠.

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٦/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٦/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب.

فلا حرمة، به يُفتَى، "ابن كمال" وغيره^(١). وفي "الخلاصة"^(٢): ((وَطِئَ أُخْتَ امْرَأَتِهِ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ امْرَأَتَهُ)).
 (لا) تَحْرُمُ^(٣) (المنظورُ إلى فَرْجِهَا الدَّاخِلِ).....

[١١٣٠٢] (قوله: فلا حرمة) لأنه بالإنزالِ تبيّنَ أنه غيرُ مُقْضٍ إلى الوطءِ، "هداية"^(٤). قال في "العناية"^(٥): ((ومعنى قولهم: إنه لا يُوجِبُ الحرمةَ بالإنزالِ أن الحرمةَ عند ابتداءِ المسِّ بشهوةٍ كان حُكْمُهَا موقوفاً إلى أن يتبيّنَ بالإنزالِ، فإن أنزلَ لم تثبتْ، وإلا تثبتْ، لا أنها تثبتْ بالمسِّ ثم بالإنزالِ تسقط؛ لأنَّ حرمةَ المصاهرةِ إذا تثبتْ لا تسقطُ أبداً)).
 [١١٣٠٣] (قوله: وفي "الخلاصة" إلخ) هذا محترزُ التقييدِ بالأصولِ والفروعِ، وقوله: ((لا تَحْرُمُ)) أي: لا تثبتُ حرمةَ المصاهرةِ، فالمعنى: لا تَحْرُمُ حرمةَ مؤبّدةً، وإلا فتَحْرُمُ إلى انقضاءِ عدّةِ الموطوءةِ لو بشبهةٍ، قال في "البحر"^(٦): ((لو وَطِئَ أُخْتَ امْرَأَتِهِ بِشبهةٍ تَحْرُمُ امْرَأَتَهُ ما لم تنقُضِ عدّةُ ذاتِ الشبهةِ، وفي "الدّرّاية" عن "الكامل": لو زَنَى بِإحدى الأختينِ لا يَقْرُبُ الأخرى حتّى تميضَ الأخرى حيضةً، واستشكّلهُ في "الفتح"^(٧)، ووجهه أنه لا اعتبارُ لماءِ الزّاني، ولذا لو زَنَتْ امرأةٌ رَجُلٍ^(٨) لم تَحْرُمُ عليه، وجاز له وطؤها عقبَ الزّنا)) اهـ.
 [١١٣٠٤] (قوله: لا تَحْرُمُ المنظورُ إلى فَرْجِهَا إلخ) تبعَ في هذا التعبيرِ صاحبُ "الدّرر"^(٩).

(١) ((ابن كمال وغيره)) ساقط من "د".

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني فيمن تكون محلاً للنكاح وفيمن لا تكون ق ٧٥/ب.

(٣) في "د" و"و": ((بحرم)).

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٣/١.

(٥) "العناية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣ باختصار (هامش "فتح القدير").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٣/٣.

(٨) في "الأصل": ((برجل)).

(٩) "الدّرر": كتاب النكاح ٣٣٠/١.

إذا رآه (من مِرآةٍ أو ماءٍ) لأنَّ المرئيَّ مثالُهُ (بالانعكاس) لا هو.....

واعترضه "الشَّرْنِبَلِيُّ"^(١): ((بأنه لا يصحُّ إلا بتقديرٍ مضافٍ))، أي: لا يَحْرُمُ أصلُ وُفرعُ المنظورِ إلى فرجِها^(٢)؛ لِمَا أَنَّهُ لا يَحْرُمُ نفسُ المنظورِ إلى فرجِها، وأجيب بأنَّ المراد: لا تَحْرُمُ على أصولِ الناظرِ وفروعِهِ، وفيه أنَّ الكلامَ في الحرمةِ وعلَمِها بالنسبةِ إلى أصولِها وفروعِها، فالأولى إسقاطُ لفظِ ((تَحْرُمُ))، وإبقاءُ المتنِ على حالِهِ، فيكونُ قولُهُ: ((لا المنظورِ)) معطوفاً على قولِهِ: ((والمنظورِ))، والمعنى: لا يَحْرُمُ أصلُها وفرعُها، ويُعلمُ منه عدمُ حُرْمَتِها عليه وعلى أصولِها وفروعِها بالأولى، فافهم.

[١١٣٠٥] (قوله: إذا رآه) لا حاجةَ إليه لصحَّةِ تعلقِ الجارِّ بقوله: ((المنظورِ))، "ط"^(٣).

[١١٣٠٦] (قوله: لأنَّ المرئيَّ مثالُهُ إلخ) يشيرُ إلى ما في "الفتح"^(٤) من الفرقِ بين الرُّؤيةِ من

الرُّجُاجِ والمرآةِ وبين الرُّؤيةِ في الماءِ ومن الماءِ، حيثُ قال: ((كأنَّ العَلَّةَ - والله سبحانه أعلم - أنَّ المرئيَّ في المرآةِ مثالُهُ لا هو، وبهذا علَّلوا الحِنثَ فيما إذا حَلَفَ [ب/٢٦٣/٣] لا يَنْظُرُ إلى وَجْهِ فلانٍ فنظَرَهُ في المرآةِ أو الماءِ، وعلى هذا فالتَّحريمُ به من وراءِ الرُّجُاجِ بناءً على نَفوذِ البصرِ منه فيَرى نفسَ المرئيِّ بخلافِ المرآةِ ومن الماءِ، وهذا يَنْفِي كَوْنَ الإبصارِ من المرآةِ والماءِ بواسطةِ انعكاسِ الأشعَّةِ، وإلا لَرآه بعينِهِ، بل بانطباعِ مثلِ الصُّورةِ فيهما بخلافِ المرئيِّ في الماءِ؛ لأنَّ البصرَ يَنْفُذُ فيه إذا كان صافياً، فيَرى نفسَ ما فيه وإنَّ كان لا يراه على الوَجْهِ الذي هو عليه، ولهذا كان له الخيارُ إذا اشترى سمكةً رآها في ماءٍ بحيثُ تُوخَذُ منه بلا حيلةٍ)) اهـ.

(قوله: ويُعلمُ منه عدمُ حُرْمَتِها عليه وعلى أصولِها وفروعِها بالأولى) وجهُ الأولويَّةِ أَنَّهُ إذا لم يَحْرُمُ عليها أصولُها وفروعُها مع وجودِ النَّظَرِ منه على الوجهِ المذكورِ فبالأولى أنَّ لا يَحْرُمُ عليها أصولُها وفروعُها مع عدمِ وجودِ فعلٍ منها.

(قوله: ولهذا علَّلوا الحِنثَ إلخ) أي: وجوداً أو عَدَمًا في الماءِ أو المرآةِ.

(١) "الشَّرْنِبَلِيُّ": كتاب النكاح ٣٣٠/١ (هامش "الدور والغرر").

(٢) من ((تبع)) إلى ((فرجها)) ساقط من "ط".

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٦/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣.

(هذا إذا كانت حيةً مشتهاةً) ولو ماضياً (أمّا غيرها) يعني: الميتة وصغيرةً لم تُشْتَهَ (فلا) تثبتُ الحرمةُ بها أصلاً كوطءٍ ذُبِرَ مطلقاً^(١)، وكما لو أفضاها.....

وبه يظهرُ فائدة قول "الشَّارح": ((مثالُهُ))، لكنّه لا يناسبُ قولَ "المصنّف" - تبعاً لـ "الدُّرر" - : ((بالانعكاس))، ولهذا قال في "الفتح"^(٢): ((وهذا يُنْفِي إلخ))، وقد يجابُ بأنّه ليس مرادُ "المصنّف" بالانعكاسِ البناءِ على القولِ بأنَّ الشُّعاعَ الخارجَ من الحَدَقَةِ الواقعَ على سَطْحِ الصَّقِيلِ كالمرآةِ والماءِ ينعكسُ من سَطْحِ الصَّقِيلِ إلى المرئيِّ حتّى يُلزَمَ أنّه يكونُ المرئيُّ حينئذٍ حقيقتهُ لا مثالهُ، وإنّما أرادَ به انعكاسَ نفسِ المرئيِّ، وهو المرادُ بالمثل، فيكونُ مبنياً على القولِ الآخرِ، ويُعبِرونَ عنه بالانطباع، وهو أنّ المقابلَ للصَّقِيلِ تنطبعُ صورتهُ ومثالهُ فيه لا عينُهُ، ويدلُّ عليه تعبيرُ "قاضي خان"^(٣) بقوله: ((لأنّه لم يَرَفَرَجِها، وإنّما رأى عكسَ فَرَجِها))، فافهم.

[١١٣٠٧] (قوله: هذا) أي: جميع ما ذُكِرَ في مسائلِ المصاهرة.

[١١٣٠٨] (قوله: مُشْتَهَاة) سيأتي^(٤) تعريفها بأنها بنتُ تسعِ فأكثر.

[١١٣٠٩] (قوله: ولو ماضياً) كعجوزِ شوهاء؛ لأنها دَخَلَتْ تحت الحرمةِ، فلا تخرُجُ،

ولجوازِ وقوعِ الولدِ منها كما وقعَ لزوجتي إبراهيمَ وزكرياءَ عليهما الصَّلَاةُ والسَّلَامُ.

[١١٣١٠] (قوله: فلا تثبتُ الحرمةُ بها) أي: بوَطْئِها أو لَمْسِها أو النّظَرِ إلى فَرَجِها،

وقوله: ((أصلاً)) أي: سواءً كان بشهوةٍ أو لا، وسواءً أنزلَ أو لا.

[١١٣١١] (قوله: مطلقاً) أي: سواءً كان بصبيٍّ أو امرأةٍ كما في "غاية البيان"، وعليه

(١) في "د" زيادة: ((قوله: كوطءٍ ذُبِرَ مطلقاً، قال الحموي: ذكر شمس الأئمة أنه يُفتى بالحرمة أحلناً بقول المشايخ، انتهى، وهو لطيف حسن؛ إذ لا يكون الوطء في الذُّبُرِ أدنى حالاً من المسِّ، وتثبت به الحرمة، فلأن بيئت منه أولى؛ إذ هو مسٌّ وزيادة، انتهى)). ق ١٥٢/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ١٣١/٣.

(٣) "الحناية": كتاب النكاح - باب في الحرمان ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١١٣١٦] قوله: ((فلو جامع غير مراهق إلخ)).

لعدم تيقن كونه في الفرج ما لم تحبل منه بلا فرق بين زنا ونكاح.
(فلو تزوج^(١) صغيرة لا تستهي، فدخل بها، فطلقها وانقضت عدتها وتزوجت بأخر

الفتوى كما في "الوقعات"، "ح"^(٢) عن "البحر"^(٣). وفي "الولولجية"^(٤): ((أتى رجل رجلاً له أن يتزوج ابنته؛ لأن هذا الفعل لو كان في الإناث لا يوجب حرمة المصاهرة، ففي الذكر أولى)).
[١١٣١٢] (قوله: لعدم تيقن كونه في الفرج) علة لعدم إيجاب وطء المفضاة المصاهرة فقط، وأما العلة في عدم إيجاب وطء الدبر المصاهرة فالتيقن بعدم كون الوطء في الفرج الذي هو محل الحرث، وإنما تركها لأنها لا ينهاها [٢٧٣/٣] بالأولى، قال في "البحر"^(٥): ((وأورد عليهما - أي: على المسألتين - أن الوطء فيهما وإن لم يكن سبباً للحرمة فليس بشهوة سبب لها، بل الموجود فيهما أقوى، وأجيب بأن العلة هي الوطء السبب للولد، وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سبباً لهذا الوطء، ولم يتحقق في الصورتين)) اهـ.

وبه عليم أنه لا فرق في المسألتين بين الإنزال وعدمه، "ح"^(٦).

[١١٣١٣] (قوله: ما لم تحبل^(٧) منه) زاد في "الفتح"^(٨): ((وعلم كونه منه))، أي:

بإمسائها عنده حتى تلد كما قدمناه^(٩)، وهذا في الزنا لا في النكاح كما لا يخفى^(١٠).

[١١٣١٤] (قوله: بلا فرق بين زنا ونكاح) راجع لاشتراط كونها مشتبهة^(١١) لثبوت

(١) في "ط": ((زوج)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٦/٣.

(٤) "الولولجية": لم نعر عليها في مظانها بعد طول بحث.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٦/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٧) في "الأصل": ((تحمل)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٦/٣.

(٩) المقولة [١١٢٥٨] قوله: ((ولو من زنا)).

(١٠) في "د" زيادة: ((قوله: قال في "الفتح": وعن أبي يوسف أكره له الأم والبنت، وقال محمد: التنزه أحب إلي،

ولكن لا أفرق بينه وبين أمها)). ق ١٥٢/ب.

(١١) ((مشتبهة)) ساقطة من "الأصل".

جَازَ لِلأَوَّلِ (التزوّجُ ببنتِها) لعدمِ الاشتِهَاءِ، وكذا تُشترَطُ الشَّهْوَةُ فِي الذَّكْرِ، فلو
جَامَعَ غَيْرُ مَرَاهِقِ زَوْجَةِ أَبِيهِ لَمْ تَحْرُمُ، "فتح".....

الحرمة كما في "البحر"^(١) مُفْرَعاً عَلَيْهِ قَوْلُهُ: ((فلو تزوّجَ صغيرةً إلخ)).

[١١٣١٥] (قَوْلُهُ: جَازَ لَهُ التَّزْوُجُ^(٢) بِبِنْتِهَا) أَمَّا أُمُّهَا فَحَرُمَتْ عَلَيْهِ بِمَجْرَدِ العَقْدِ، "ط"^(٣).

[١١٣١٦] (قَوْلُهُ: فلو جَامَعَ غَيْرُ مَرَاهِقِ إلخ) الَّذِي فِي "الفتح"^(٤): ((حَتَّى لو جَامَعَ ابْنُ

٢٨١/٢

أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت الحرمة))، قال في "البحر"^(٥): ((وظاهرها اعتبار السن الآتي في

حدّ المشتهاة، أعني: تسع سنين))، قال في "النهر"^(٦): ((وأقول: التعليل بعدم الاشتهاة يفيد

أنّ من لا يشتهي لا تثبت الحرمة بجماعه، ولا خفاء أنّ ابن تسع عارٍ من هذا، بل لا بدّ أن

يكون مراهقاً، ثم رأيتُ في "الخانية"^(٧) قال: الصبي الذي يُجامع مثله كالبالغ، قالوا: وهو أن

يُجامع ويشتهي وتستحي النساء من مثله، وهو ظاهرٌ في اعتبار كونه مراهقاً لا ابن تسع،

ويدلُّ عليه ما في "الفتح"^(٨): مسُّ المراهق كالبالغ، وفي "البرازية"^(٩): المراهق كالبالغ، حتّى

لو جَامَعَ امرأته أو لمسَّ بشهوةٍ تثبت حرمة المصاهرة)) اهـ.

وبه ظهر أنّ ما عراه "الشّارح" إلى "الفتح"^(١٠) وإن لم يكن صريحاً كلامه لكنّه مرادّه،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٠٧/٣.

(٢) في هامش "ب": ((لعلّ في بعض نسخ المتن: جاز له التزوّج) كما يدلُّ له كتابة المحشّي، ويكون قول الشّارح:

للأوّل) تفسيراً لقول المتن: (له)، فليحرر، قاله نصر)).

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٦/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٣٠/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٠٦/٣ بتصرف.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١/١٦٦.

(٧) "الخانية": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٣٠/٣.

(٩) "البرازية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٢٩/٣.

(ولا فرّق) فيما ذكِرَ (بين اللّمس والنّظر بشهوة بين عمْدٍ ونسيانٍ) وخطياً وإكراهٍ، فلو أيقظَ زوجته أو أيقظتُه هي لجماعِها، فمستَ يده بنتها المشتهاة أو يدها ابنة حُرمت الأم أبداً، "فتح".....

فحصّل من هذا أنه لا بدّ في كلّ منهما من سنّ المراهقة، وأقلّه للأُنثى تسع سنين^(١)، وللذكّر اثنا عشر؛ لأنّ ذلك أقلّ مدّة يمكن فيها البلوغ كما صرّحوا به في باب بلوغ الغلام، وهذا يوافق ما مرّ من أنّ العلة هي الوطء الذي يكون سبباً للوليد، أو المس الذي يكون سبباً^(٢) لهذا الوطء، ولا يخفى أنّ غير المراهق منهما لا يتأتى منه الولد.

[١١٣١٧] (قوله: ولا فرّق فيما ذكِرَ) أي: من التّحریم، وقوله: ((بين اللّمس والنّظر))

صوابه: في اللّمس والنّظر، وعبارة "الفتح"^(٣): ((ولا فرّق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه [٣/٢٧ب] عامداً أو ناسياً أو مكرهاً أو مُحطياً إلخ))، أفادته "ح"^(٤)، قال "الرحمّي": ((وإذا علِمَ ذلك في المسّ والنّظر علِمَ في الجماع بالأولى)).

[١١٣١٨] (قوله: فلو أيقظَ إلخ) تفریع على الخطأ^(٥)، "ط"^(٦).

[١١٣١٩] (قوله: أو يدها ابنة) أي: المراهق كما علِمَ مما مرّ^(٧)، وأمّا تقييد "الفتح"^(٨)

بكونه ابنة من غيرها فقال في "النهر"^(٩): ((لُعلِمَ ما إذا كان ابنة منها بالأولى))، ولا بدّ من التّقييد بالشّهوة أو ازديادها في الموضعين.

(١) ((سنين)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٢) ((الولد أو المس الذي يكون سبباً)) ساقط من "ت".

(٣) من ((ولا فرق)) إلى ((الفتح)) ساقط من "ت".

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٥) في "ب": ((الخطأ)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٧/٢.

(٧) المقولة [١١٣١٦] قوله: ((لو جامع غير مراهق إلخ)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

(٩) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٦/ب.

(قَبْلَ أُمِّ امْرَأَتِهِ) فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ عَلَى الصَّحِيحِ، "جَوْهَرَةٌ".....

[١١٣٢٠] (قَوْلُهُ: قَبْلَ أُمِّ امْرَأَتِهِ لِمَنْ) قَالَ فِي "الذَّخِيرَةِ": ((وَإِذَا قَبَّلَهَا أَوْ لَمَسَهَا أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا، ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ عَنْ شَهْوَةٍ ذَكَرَ "الصُّدْرُ الشَّهِيدُ": أَنَّهُ فِي الْقَبْلَةِ يُفْتَى بِالْحَرَمَةِ مَا لَمْ يَتَيَّنْ أَنَّهُ بِلَا شَهْوَةٍ، وَفِي الْمَسِّ وَالنَّظَرِ لَا، إِلَّا إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بِشَهْوَةٍ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي التَّقْيِيلِ الشَّهْوَةُ بِخِلَافِ الْمَسِّ وَالنَّظَرِ، وَفِي بَيُوعِ "الْعِيُونَ" خِلَافٌ هَذَا: إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ، وَقَبَّلَهَا أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا، ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ عَنْ شَهْوَةٍ وَأَرَادَ رَدَّهَا صُدِّقَ، وَلَوْ كَانَتْ مُبَاشِرَةً لَمْ يُصَدِّقْ. وَمَنْهُمْ مَنْ فَصَّلَ فِي الْقَبْلَةِ فَقَالَ: إِنْ كَانَتْ عَلَى الْفَمِ يُفْتَى بِالْحَرَمَةِ، وَلَا يُصَدِّقُ أَنَّهُ بِلَا شَهْوَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الرَّأْسِ أَوْ الذَّقَنِ أَوْ الْخَدِّ فَلَا، إِلَّا إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ بِشَهْوَةٍ، وَكَانَ الْإِمَامُ "ظَهِيرُ الدِّينِ" يُفْتَى بِالْحَرَمَةِ فِي الْقَبْلَةِ مطلقاً وَيَقُولُ: لَا يُصَدِّقُ فِي أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِشَهْوَةٍ، وَظَاهِرُ إِطْلَاقِ بَيُوعِ "الْعِيُونَ" يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُصَدِّقُ فِي الْقَبْلَةِ عَلَى الْفَمِ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي "الْبَقَالِيِّ": إِذَا أَنْكَرَ الشَّهْوَةَ فِي الْمَسِّ يُصَدِّقُ، إِلَّا أَنْ يَقُومَ إِلَيْهَا مُنْتَشِراً فَيُعَانِقُهَا، وَكُنَّا قَالِ فِي "الْمَجْرَدِ"، وَانْتِشَارُهُ دَلِيلٌ شَهْوَتِهِ)) اهـ.

[١١٣٢١] (قَوْلُهُ: عَلَى الصَّحِيحِ، "جَوْهَرَةٌ") الَّذِي فِي "الْجَوْهَرَةِ" لـ "الْحَدَّادِيِّ"^(١) خِلَافٌ هَذَا، فَإِنَّهُ قَالَ: ((لَوْ مَسَّ أَوْ قَبَّلَ وَقَالَ: لَمْ أَشْتَهَ صُدِّقَ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَسُّ عَلَى الْفَرْجِ وَالتَّقْيِيلُ فِي الْفَمِ)) اهـ.

وَهَذَا هُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا سَيَنْقُلُهُ "الشَّارِحُ"^(٢) عَنْ "الْحَدَّادِيِّ"، وَلِمَا نَقَلَهُ عَنْهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣) قَائِلاً: ((وَرَجَّحَهُ فِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ"^(٤)، وَأَلْحَقَ الْخَدَّ بِالْفَمِ)) اهـ.

وَقَالَ فِي "الْفَيْضِ": ((وَلَوْ قَامَ إِلَيْهَا وَعَانَقَهَا مُنْتَشِراً، أَوْ قَبَّلَهَا وَقَالَ: لَمْ يَكُنْ عَنْ شَهْوَةٍ

(١) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٩/٢.

(٢) "در" ص ١٢٦.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(حَرُمَتْ) عليه (امرأته ما لم يظهر عدم الشهوة).....

لا يُصدَّق، ولو قَبِلَ ولم تَنْتَشِرْ أَلْتُهُ وقال: كان عن غير شهوة يُصدَّق، وقيل: لا يُصدَّق لو قَبَلَهَا على الفم، وبه يُفتَى)) اهـ.

فهذا - كما ترى - صريح في ترجيح التفصيل، وأما تصحيح الإطلاق الذي ذكره "الشارح" فلم أره لغيره، نعم قال [١/٢٨٣/٣] "القهستاني"^(١): ((وفي القبلية يُفتَى بها - أي: بالحرمة - ما لم يتبين أنه بلا شهوة، ويستوي أن يُقبَل الفم أو الذقن أو الخد أو الرأس، وقيل: إن قَبِلَ الفم يُفتَى بها وإن ادَّعى أنه بلا شهوة، وإن قَبِلَ غيره لا يُفتَى بها إلا إذا ثَبَتَت الشهوة)) اهـ. وظاهره ترجيح الإطلاق في التقبيل، لكن علمت التصريح بترجيح التفصيل، تأمل.

[١١٣٢٢] (قوله: حَرُمَتْ عليه امرأته إلخ) أي: يُفتَى بالحرمة إذا سئِلَ عنها، ولا يُصدَّق إذا ادَّعى عدم الشهوة إلا إذا ظهرَ عدمها بقريضة الحال، وهذا موافق لما تقدّم^(٢) عن "القهستاني" و"الشهيد"، ومخالف لما نقلناه عن "الجوهرة"، ورجحته في "الفتح"^(٣)، وعلى هذا فكان الأولى أن يقول: لا تحرم ما لم تُعلم الشهوة، أي: بأن قَبَلَهَا مُنتَشِراً أو على الفم، فوافق ما نقلناه عن "الفيض"، ولما سيأتي^(٤) أيضاً، وحينئذٍ فلا فرق بين التقبيل والمس.

(قوله: وأما تصحيح الإطلاق الذي ذكره "الشارح" فلم أره لغيره إلخ) أي: مع التصريح بالإطلاق، وإلا فعبارة "الصدر" تُصحح ما جرى عليه "المصنف" من الإطلاق فلذا صرح به "الشارح"، نعم الأصوب أن يقول: خلافاً لـ "الجوهرة"، أو يُبدلها بـ "القهستاني".

(قوله: وعلى هذا فكان الأولى أن يقول: لا تحرم إلخ) لا أولوية؛ حيث كان ما جرى عليه موافقاً لتصحيح "القهستاني" وظاهر إطلاق "الصدر".

(١) جامع الرموز: كتاب النكاح ٢٧٣/١.

(٢) ما تقدّم عن الشهيد في المقالة [١١٣٢٠] قوله: ((قَبِلَ أم امرأته إلخ))، وما تقدّم عن "القهستاني" في المقالة

[١١٣٢١] قوله: ((على الصحيح "جوهرة")).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٤) المقالة [١١٣٤١] قوله: ((وفي "الفتح" إلخ)).

ولو على الفم كما فهمه في "الذخيرة" (وفي المس لا) تحرّم (ما لم تعلّم الشهوة) لأن الأصل في التقبيل الشهوة بخلاف المس.
(والمعانقة كالتقبيل) وكذا القرص والعض بشهوة ولو لأجنبية.....

[١١٣٢٣] (قوله: ولو على الفم) مبالغة على المنفي لا على النفي، والمعنى: حرمت امرأته إذا لم يظهر عدم الاشتها، وهو صادق بظهور الشهوة بالشك فيها، أما إذا ظهر عدم الشهوة فلا تحرّم ولو كانت القبلة على الفم. اهـ "ح" (١).

[١١٣٢٤] (قوله: كما فهمه في "الذخيرة") أي: فهمه من عبارة "العيون" حيث قال: ((وظاهر ما أطلق في يوع "العيون")) إلى آخر ما مر^(٢)، وأنت خير بأن كلام "المصنف" مبني على أن الأصل في القبلة الشهوة، وأنه لا يصدق في دعوى عدمها، وهذا خلاف ما في "العيون"، تأمل.

[١١٣٢٥] (قوله: وكذا القرص والعض بشهوة) ينبغي ترك قوله: ((بشهوة)) كما فعل "المصنف" في المعانقة؛ لأن المقصود تشبيه هذه الأمور بالتقبيل في التفصيل المتقدم، فلا معنى للتقييد. اهـ "ح" (٣).

[١١٣٢٦] (قوله: ولو لأجنبية) أي: لا فرق بين أن تكون زوجة أو أجنبية، أما الأجنبية فصورتها ظاهرة، وأما الزوجة فكما إذا تزوج امرأة فقرصها أو عضها أو قبّلها أو عانقها، ثم طلقها قبل الدخول حرمت عليه بنتها.

(قوله: ينبغي ترك قوله: ((بشهوة))، كما فعل "المصنف" في المعانقة الخ) لما كان القرص والعض قد يقصد بهما الإيلاء، ولم يكن الأصل فيهما الشهوة بخلاف المعانقة قيد بالشهوة فيهما، ولو أطلق التشبيه لتوهم أن حكمهما حكم التقبيل من ثبوت الحرمة ما لم يظهر عدم الشهوة فالقصد تشبيههما به في ثبوت الحرمة إذا حصلّا بشهوة.

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/١.

(٢) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبل أم امرأته الخ))

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/١.

وتكفي الشهوة من أحدهما، ومراهقٌ ومجنونٌ وسكرانٌ كبالغٍ، "بِزَازِيَّةٍ". وفي
"القنية": ((قَبَلَ السَّكَرَانُ بَنَتَهُ تَحْرُمُ الْأُمُّ^(١)،.....

واعلم أن هذا التعميم لا يخصُّ ما نحن فيه، فإنَّ جميع ما قبله كذلك، "ح"^(٢). وخصَّ
الْبِنْتَ لِأَنَّ الْأُمَّ تَحْرُمُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ.

[١١٣٢٧] (قوله: وتكفي الشهوة من أحدهما) هذا إنما يظهر في المس، أمَّا في النَّظَرِ
فَتُعْتَبَرُ الشَّهْوَةُ مِنَ النَّظَرِ، سَوَاءٌ وُجِدَتْ مِنَ الْآخِرِ أَمْ لَا. اهـ "ط"^(٣).

وهكذا بحث "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" أخذاً مِنْ ذِكْرِهِمْ ذَلِكَ [٣/٢٨٤ب] فِي بَحْثِ الْمَسِّ فَقَطْ،
قال: ((والفرق اشتراكهما في لذّة المسِّ كالمشركين في لذّة الجماع بخلاف النَّظَرِ)).

[١١٣٢٨] (قوله: كبالغٍ) أي: في ثبوت حُرْمَةِ المصَاهِرَةِ بِالوَطْءِ أَوْ الْمَسِّ أَوْ النَّظَرِ، وَلَوْ
تَمَّ الْمَقَابَلَاتِ - بَأَنَّ قَالَ: كِبَالِغٍ عَاقِلٍ صَاحٍ - لَكَانَ أَوْلَى، "ط"^(٤). وفي "الفتح"^(٥): ((لو مَسَّ
المراهق وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه)).

[١١٣٢٩] (قوله: "بِزَازِيَّةٍ"^(٦)) لم أرَ فِيهَا إِلَّا الْمَرَاهِقَ دُونَ الْمَجْنُونِ وَالسَّكَرَانِ، نَعَمْ رَأَيْتُهُمَا
فِي "حَارِي الرَّاهِدِي".

[١١٣٣٠] (قوله: تحرمُ الأمُّ) كذا يوجد في بعض النسخ، وفي عامتها بلون ((الأمُّ))،
فهو من باب الحذف والإيصال كما قال "ح"^(٧)، وعبارة "القنية"^(٨) هكذا: ((قَبَلَ الْمَجْنُونُ

(١) ((الأمُّ)) ساقطة من "و".

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٧/٢.

(٤) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٧/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٦) "اليزازية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٨) "القنية": كتاب النكاح - باب في حرمة المصاهرة ق ٣٤/ب.

وبجريمة المصاهرة لا يرتفع النكاح، حتى لا يحل لها التزويج بأخر إلا بعد المتاركة وانقضاء العدة، والوطء بها لا يكون زناً))،.....

أم امرأته بشهوة أو السكران بنته محرم)) اهـ، أي: تحرم امرأته.

[١١٣٣١] (قوله: وبجريمة المصاهرة إلخ) قال في "الذخيرة": ((ذكر "محمد" في نكاح

"الأصل" (١): أن النكاح لا يرتفع بجريمة المصاهرة والرضاع، بل يفسد، حتى لو وطئها الزوج قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه عليه)) اهـ.

[١١٣٣٢] (قوله: إلا بعد المتاركة) أي: وإن مضى عليها سنون كما في "البرازية" (٢)،

وعبارة "الحاوي": ((إلا بعد تفريق القاضي أو بعد المتاركة)) اهـ.

وقد علمت أن النكاح لا يرتفع بل يفسد، وقد صرحوا في النكاح الفاسد بأن المتاركة

لا تتحقق إلا بالقول إن كانت مدخولاً بها ك: تركك أو خلئت سبيلك، وأما غير المدخول بها فقيل: تكون بالقول وبالترك على قصد عدم العود إليها، وقيل: لا تكون إلا بالقول فيهما، حتى

لو تركها ومضى على عدتها سنون لم يكن لها أن تتزوج بأخر، فافهم.

[١١٣٣٣] (قوله: والوطء بها إلخ) أي: الوطء الكائن في هذه الجريمة قبل التفريق والمتاركة

((لا يكون زناً))، قال في "الحاوي": ((والوطء فيها لا يكون زناً؛ لأنه مختلف فيه، وعليه مهر

المثل بوطئها بعد الحرمة، ولا حد عليه، ويثبت النسب)) اهـ.

(قوله: والوطء فيها لا يكون زناً؛ لأنه مختلف فيه) من هذا يعلم تقييد المسألة بما إذا كانت حُرمة

المصاهرة مختلفاً فيها؛ بأن كان الوطء زناً بدون شبهة، والرضاع أقل من خمس رضعات مُشبعات. وبما ذكر تكون المسألة ظاهرة الوجه.

(١) لم نعثر عليها في القسم المطبوع الذي بين أيدينا.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٣/٤. (هامش "الفتاوى

الهندية").

وفي "الخائنية": ((أَنَّ النَّظَرَ إِلَى فَرْجِ^(١) ابْنَتِهِ بِشَهْوَةٍ يُوجِبُ حُرْمَةَ امْرَأَتِهِ، وَكَذَا لَوْ فَرَعَتْ فَدَخَلَتْ فِرَاشَ أَبِيهَا عُرْيَانَةً، فَاثْتَشَرَ لَهَا أَبُوهَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ أُمَّهَا)).
 (وَبِنْتُ) سِنُّهَا (دُونَ تِسْعِ^(٢) لَيْسَتْ بِمُشْتَهَاةٍ) بِهِ يُفْتَى (وَإِنْ ادَّعَتْ الشَّهْوَةَ) فِي تَقْبِيلِهِ أَوْ تَقْبِيلِهَا ابْنَهُ (وَأَنْكَرَهَا الرَّجُلُ).....

[١١٣٣٤] (قَوْلُهُ: وَفِي "الخائنية"^(٣) إِيحَ) مُسْتَغْنَى عَنْهُ بِمَا تَقَدَّمَ، "ح"^(٤).

[١١٣٣٥] (قَوْلُهُ: فَدَخَلَتْ فِرَاشَ أَبِيهَا) كُنِيَ بِهِ عَنِ الْمَسِّ، وَإِلَّا فَمَجْرَدُ الدُّخُولِ بِغَيْرِ

مَسٍّ لَا يُعْتَبَرُ، "ط"^(٥).

[١١٣٣٦] (قَوْلُهُ: لَيْسَتْ بِمُشْتَهَاةٍ) بِهِ يُفْتَى (كَذَا فِي "البحر"^(٦)) عَنْ "الخائنية"^(٧)، ثُمَّ قَالَ:

((فَأَفَادَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ سَمِيئَةً أَوْ لَا، وَلِذَا قَالَ فِي "المعراج": بِنْتُ حَمْسٍ لَا تَكُونُ مُشْتَهَاةً اتِّفَاقًا، وَبِنْتُ تِسْعٍ فَصَاعِدًا مُشْتَهَاةً اتِّفَاقًا، وَفِيمَا بَيْنَ الْخَمْسِ وَالتَّسْعِ اخْتِلَافُ الرَّوَايَةِ وَالْمَشَايخِ، وَالْأَصْحُ^(٨) [١/٢٩ق/٣] أَنَّهَا لَا تُثَبِّتُ الْحُرْمَةَ)) اهـ.

[١١٣٣٧] (قَوْلُهُ: وَإِنْ ادَّعَتْ الشَّهْوَةَ فِي تَقْبِيلِهِ) أَي: ادَّعَتْ الزَّوْجَةَ أَنَّهُ قَبَّلَ أَحَدَ أَصُولِهَا

أَوْ فُرُوعِهَا بِشَهْوَةٍ، أَوْ أَنَّ أَحَدَ أَصُولِهَا أَوْ فُرُوعِهَا قَبَّلَهُ بِشَهْوَةٍ، فَهُوَ مُصَدَّرٌ مُضَافٌ إِلَى فَاعِلِهِ

(١) فِي "د" وَ"و": ((لِفَرْجِ)).

(٢) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَبِنْتُ دُونَ تِسْعِ إِيحَ، أَعْلَمُ أَنَّ بِنْتَ تِسْعٍ أَوْ أَكْثَرَ تَكُونُ مُشْتَهَاةً، وَقَدْ لَا تَكُونُ مُشْتَهَاةً، وَهَذَا يَخْتَلِفُ بِعِظَمِ الْجَنَةِ وَصِغَرِهَا، أَمَّا قَبْلُ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ فَالْفَتْوَى عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُشْتَهَاةٍ. وَفِي شَرْحِ الْكُتْرِ: قَالَ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ ابْنُ الْفَضْلِ: بِنْتُ تِسْعٍ مُشْتَهَاةٌ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَبِنْتُ ثَمَانٍ أَوْ سَبْعٍ أَوْ سِتٍّ إِنْ كَانَتْ عَجَلَةً ضَخْمَةً كَانَتْ مُشْتَهَاةً، وَإِلَّا فَلَا. وَلَوْ كَثُرَتْ الْمَرْأَةُ حَتَّى خَرَجَتْ عَنْ حَدِّ الْإِشْتِهَاءِ تَوَجَّبَ الْحُرْمَةُ، لِأَنَّهَا دَخَلَتْ تَحْتَ حُكْمِ الْإِشْتِهَاءِ، فَلَا تَخْرُجُ عَنْهُ بِالْكِبَرِ، وَلَا كَذَلِكَ الصَّغِيرَةُ، انْتَهَى. كَذَا ذَكَرَهُ الشُّمَيْسِيُّ فِي شَرْحِ "النَّقَايَةِ" نَقْلًا عَنْ شَرْحِ "الْوَقَايَةِ")). ق ١٥٢/ب.

(٣) "الخائنية": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١/٣٦٣ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

(٤) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ق ٢٥٥/أ.

(٥) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٥/٢.

(٦) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٣/١٠٦.

(٧) "الخائنية": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١/٣٦٣ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

فهو مُصدِّقٌ) لا هي (إلا أن يَقومَ إليها مُتَشيراً) أَلْتَهُ (فِيَعَانِقَهَا) لقرينة كذبِه (أو يأخذُ نديها أو يركبَ معها) أو يَمَسُّها على الفَرْجِ، أو يُقبِّلُها على الفم، قاله "الحدَّادي"، وفي "الفتح": ((يترأى إلحاقُ الحَدَّينِ بالفم))، وفي "الخلاصة"^(١): ((قيل له: ما فَعَلْتَ بِأُمِّ امْرَأَتِكَ؟ فقال: جامعْتُها تثبُّتُ الحرمةُ،.....

أو مفعولِه، وكذا قولُه: ((أو تقبِّلُها ابنَه))، فإن كانت إضافةُ إلى المفعولِ فـ ((ابنُه)) فاعلٌ، والأنسبُ لنظْمِ الكلامِ إضافةُ الأوَّلِ لفاعليهِ والثاني لمفعولِه؛ ليكونَ فاعلُ ((يقومُ)) الرَّجُلُ أو ابنُه كما أفادَهُ "ح"^(٢).

[١١٣٣٨] قولُه: فهو مُصدِّقٌ) لأنه يُنكِرُ ثبوتَ الحرمةِ، والقولُ للمنكِرِ، وهذا ذكره في "الذخيرة" في المسِّ لا في التقبيل كما فَعَلَ "الشارح"، فإنه مخالفٌ لما مَشَى عليه "المصنِّف" أولاً: ((من أنه في التقبيل يُفتنى بالحرمة ما لم يظهرَ عدمُ الشهوة))، وقدمنا^(٣) عن "الذخيرة" نقلَ الخلافِ في ذلك، فما هنا مبنيٌّ على ما في بيوع "العيون".

[١١٣٣٩] قولُه: أَلْتَهُ) بالرفعِ فاعلُ ((مُتَشيراً))، "ط"^(٤).

[١١٣٤٠] قولُه: أو يَرَكِبُ معها) أي: على دابةٍ بخلافِ ما إذا رَكِبَتْ على ظَهْرِهِ وعَبَرَ الماءَ، حيثُ يُصدِّقُ في أنه لا عن شهوةٍ، "بزازية"^(٥).

[١١٣٤١] قولُه: وفي "الفتح"^(٦) (إلخ) قال فيه: ((والحاصل: أنه إذا أقرَّ بالنظرِ وأنكرَ الشهوةَ صدَّقَ بلا خلافٍ، وفي المباشرة لا يُصدِّقُ بلا خلافٍ فيما أعلمُ، وفي التقبيلِ اختلفَ فيه،

(١) "مخلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثالث فيما تثبت به حرمة المصاهرة وفيما لا تثبت ق ٧٦/أ بتصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٣) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قيل أم امرأته إلخ)).

(٤) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٠/٢.

(٥) "البيزانية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في عمل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٣/٤ (هأمش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٣٠.

ولا يُصدَّقُ أنه كَذَبَ ولو هازلاً)).

(وتُقَبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ بِاللَّمْسِ وَالتَّقْبِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ، وَكَذَا تُقَبَلُ (عَلَى نَفْسِ اللَّمْسِ وَالتَّقْبِيلِ) وَالنَّظَرِ إِلَى ذَكَرِهِ أَوْ فَرْجِهَا (عَنْ شَهْوَةٍ فِي الْمُخْتَارِ) "تَجْنِيسٌ"؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ مِمَّا يُوقَفُ عَلَيْهَا فِي الْجُمْلَةِ بَانْتِشَارِ أَوْ آثَارِ.....

قيل: لا يُصدَّقُ؛ لأنه لا يكون إلا عن شهوة غالباً، فلا يُقبَلُ إلا أن يظهر خلافه بالانتشار ونحوه، وقيل: يُقبَلُ، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخذ فيُصدَّقُ، أو على الفم فلا، والأرجح هذا، إلا أن الخد يتراءى إلحاقه بالفم)) اهـ.

وقوله: ((إلا أن يظهر إلخ)) حقه أن يُذكرَ بعد قوله: ((وقيل: يُقبَلُ)) كما لا يخفى. ولم يُذكر المسُّ، وقدّمنا^(١) عن "الذخيرة": ((أن الأصل فيه عدم الشهوة مثل النظر، فيُصدَّقُ إذا أنكرَ الشهوة، إلا أن يقوم إليها مُتَشِرّاً))، أي: لأن الانتشار دليلُ الشهوة، وكذا إذا كان المسُّ على الفرج كما مرَّ^(٢) عن "الحدادي"؛ لأنه دليلُ الشهوة غالباً، وما ذكره في "الفتح"^(٣) بحثاً من إلحاق تقبيل الخد بالفم - أي: بخلاف الرأس والجبهة - غير ما تقدّم^(٤) في كلام "الذخيرة" عن الإمام "ظهير الدّين"، فإنّ ذلك لم يُفصّل، فافهم.

[١١٣٤٢] (قوله: ولا يُصدَّقُ أنه كَذَبَ إلخ) أي: عند القاضي، أمّا بينه وبين الله تعالى إن كان كاذباً فيما أقرَّ لم تثبت الحرمة، وكذا إذا أقرَّ بجماع أمها [ب/٢٩٣/٣] قبل التزوُّج لا يُصدَّقُ في حقها، فيجب كمالُ المسْمَى لو بعد الدُّخُولَ، ونصفه لو قبله، "بحر"^(٥).

[١١٣٤٣] (قوله: "تجنيس") كذا عزاه إليه في "البحر"^(٦)، وكذا رأيتُه فيه أيضاً، ونصّ عبارته:

٢٨٣/٢

(١) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبل أم امرأته إلخ)).

(٢) "در" ص ١٢٦ -.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٤) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبل أم امرأته إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(و) حَرْمَ (الجمع) بين المحارمِ (نكاحاً) أي: عقداً صحيحاً.....

((المختار: أنه تُقبَلُ، إليه أشار "محمد" في "الجامع"^(١)، وإليه ذهبَ فخر الإسلام "عليّ البزدوي"^(٢)؛ لأنَّ الشهوة مما يُوقَفُ عليه بتحريكِ العضوِ ممن يتحركُ عضوهُ، أو بآثارِ أحرَمَ ممن لا يتحركُ عضوهُ)) اهـ. فما ذكره من التعليل من كلام "التحنيس" أيضاً.
وبه ظهرَ أنَّ ما في "النهر"^(٣) - من عزوه إلى "التحنيس": ((أنَّ المختار عدمُ القبولِ)) - سبقُ قلم.

[١١٣٤٤] (قوله: بين المحارمِ الأولى حذفه؛ لأنَّ قول "المصنّف": ((بين امرأتين)) يُغني عنهُ، ولئلاَّ يتوهمَ اختصاصُ الثاني بالجمع وطناً بملكٍ يمين، ولا يصحُّ إعرابهُ بدلاً منه بدلاً مُفصلٍ من مُحملٍ؛ لأنَّ "الشارح" ذكرَ له عاملاً يخصُّهُ، وهو قوله: ((وحرَمَ الجمع))، فافهم.
وأرادَ بالمحارمِ ما يشملُ النسبَ والرِّضاعَ، فلو كان له زوجتانِ رضيعتاهُ أجنبيَّةٌ فسَدَ نكاحُهما كما في "البحر"^(٤).

[١١٣٤٥] (قوله: أي: عقداً صحيحاً) الأنسبُ حذفُ قوله: ((صحيحاً)) كما فعلَ في "البحر"^(٥) و"النهر"^(٦)، ولذا قال "ح"^(٧): ((لا ثمره لهذا القيد^(٨)) فيما إذا تزوّجتهما في عقدٍ واحدٍ - فإنه لا يكونُ صحيحاً قطعاً - ولا فيما إذا تزوّجتهما على التعاقبِ وكان نكاحُ الأولى صحيحاً،

(قوله: لا يكونُ صحيحاً قطعاً الخ) أي: والحُرْمَةُ ثابتةٌ في هذه الصُّورة كالتّي بعدها.

(١) "الجامع الكبير": كتاب النكاح - باب نكاح ما يقام عليه البيعة من المرأة والزوج الذي يفرق بين المرأة وزوجها ص ٩٥.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٦/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/ب.

(٧) في "الأصل": ((في القيد)).

(وَعِدَّةٌ وَلَوْ مِنْ طَلَاقٍ بَاطِنٍ، وَ) حَرَمُ الْجَمْعِ (ووطناً).....

فإنَّ نكاحَ الثَّانِيَةِ - والحالَةُ هذه - باطلٌ قطعاً، نعم له ثَمَرَةٌ فيما إذا تزوَّجَ الأولى فاسداً، فإنَّ له حينئذٍ أن يَعتِدَ على الثَّانِيَةِ، ويصدِّقُ عليه أَنَّهُ جَمَعَ بينهما نكاحاً، ونكاحُ الأولى - وإن كان فاسداً - يُسمَّى نكاحاً كما شاعَ في عباراتهم)) اهـ.

[١١٣٤٦] (قوله: وعِدَّةٌ) معطوفٌ على ((نكاحاً)) منصوبٌ مثلهُ على التَّمييزِ.

[١١٣٤٧] (قوله: ولو من طلاق بائن) شَمِلَ العِدَّةَ من الرَّجعيِّ، أو من إعتاقِ أمِّ وولَدٍ خلافاً لهما، أو من تفریقِ بعدِ نكاحِ فاسدٍ. وأشار إلى أنَّ مَنْ طَلَّقَ الأربَعِ لا يجوزُ له أن يتزوَّجَ امرأةً قبل انقضاءِ عِدَّتَيْهِنَّ، فإن انقضتْ عِدَّةُ الكلِّ معاً جاز له تزوُّجُ أربعٍ، وإن واحدةً فواحدةً، "بحر" (١).

(فرغ)

ماتت امرأته له التزوُّجُ بأختها بعد يومٍ من موتها كما في "الخلاصة" (٢) عن "الأصل"، وكذا في "المبسوط" لـ "صدر الإسلام" و"المحيط" لـ "السرخسي" (٣) و"البحر" (٤) و"التاترخانية" (٥) وغيرها من الكتب المعتمدة، وأمَّا ما عُرِيَ إلى "التنف" (٦) من وجوبِ العِدَّةِ فلا يُعتمدُ عليه، [٣/٣٠٠] وتمامه في كتابنا "تنقيح الفتاوى الحامدية" (٧).

(قوله: أو من إعتاق أمِّ وولَدٍ خلافاً لهما إلخ) إذا أعتقَ أمُّ وولَدِهِ ووجبَ عليها العِدَّةُ ثلاثَ حَيَضٍ وتزوَّجَ أختها أو أربعاً من الأجنبيِّ فقال "زُفر": لا يجوزُ كلاهما، وقال "أبو يوسف" و"محمد": يجوزُ كلاهما، وقال "أبو حنيفة": نكاحُ الأخت لا يجوز، ونكاحُ الأربَعِ يجوزُ "سراج"، اهـ "سندي".

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني فيمن تكون محلاً للنكاح وفيمن لا تكون ق ٧٥/ب.

(٣) في "ب" و"م": ((المحيط السرخسي)).

(٤) "البحر": لم نعر عليها في مغلانها.

(٥) "التاترخانية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: ما يجوز من الأنكحة وما لا يجوز ٧/٣.

(٦) "التنف": كتاب النكاح - الشرط السابع: العدة ٢٦١/١.

(٧) انظر "العقود الدرية": كتاب النكاح ١٨/١.

بِمِلْكِ يَمِينٍ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ أُيْتُهُمَا فَرِضَتْ ذَكَرًا لَمْ تَحِلَّ لِلْأُخْرَى) أبدأ؛ لحديث "مسلم":

[١١٣٤٨] (قوله: بِمِلْكِ يَمِينٍ) متعلق بـ ((وطئاً))، واحترز بالجمع وطفأ عن الجمع ملكاً

من غير وطء، فإنه جائز كما في "البحر" (١)، "ط" (٢).

[١١٣٤٩] (قوله: بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ) يرجع إلى الجمع نكاحاً وعدةً ووطئاً بمِلكِ يَمِينٍ، "ط" (٣)،

أي: في عبارة "المصنف"، أما على عبارة "الشارح" فهو متعلق بالأخير.

[١١٣٥٠] (قوله: أُيْتُهُمَا فَرِضَتْ إلخ) أي: آية واحدة منهما فرضت ذكرًا لم يحل للأخرى،

كالجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، والجمع بين الأم والبنت نسباً أو رضاعاً (٤)، وكالجمع بين

عمتين أو خلتين، كأن يتزوج كلٌّ من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت، فيكون كلٌّ من

البنتين عمّة الأخرى، أو يتزوج كلٌّ منهما بنت الآخر ويولد لهما بتان، فكلٌّ من البنتين خالة

الأخرى (٥) كما في "البحر" (٦).

[١١٣٥١] (قوله: أبدأ) قيد به - تبعاً لـ "البحر" (٧) وغيره - لإخراج ما لو تزوج أمة ثم سيدها

فإنه يجوز؛ لأنه إذا فرضت الأمة ذكرًا لا يصح له إيراد العقد على سيده، ولو فرضت السيدة ذكرًا

لا يحل له إيراد العقد على أمته إلا في موضع الاحتياط كما يأتي (٨)، لكن هذه الحرمة من الجانبين

موقفة إلى زوال ملك اليمين، فإذا زال فأيتهما فرضت ذكرًا صح إيراد العقد منه على الأخرى،

فلذا جاز الجمع بينهما، واحتيج إلى إخراج هذه الصورة من القاعدة المذكورة بقيد الأبدية،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٨/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٨/٢.

(٤) في "د" زيادة: ((هذه العبارة منقولة عن "الفتاوى الهندية"))، ق ١٥٣/أ.

(٥) من ((أو تزوج)) إلى ((الأخرى)) ساقط من "ت".

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٥/٣.

(٨) "در" ص ١٤٦ -.

((لا تُنكح المرأة على عمتها))، وهو مشهورٌ يصلحُ مُخصَّصاً للكتاب (فجازَ الجمعُ بين امرأةٍ وبنْتِ زوجها) او امرأةٍ ابْنِها،.....

لكنَّ هذا بناءً على أنَّ المراد من عدم الحلِّ في قوله: ((أَيْتُهُمَا^(١)) فُرِضَتْ ذَكَرًا لَمْ تَحِلَّ^(٢)) للأخرى)) عدمُ حِلِّ إيرادِ العَقْدِ، أمَّا لو أُريدَ به عدمُ حِلِّ الوطءِ لا يُحتاجُ في إخراجِها إلى قَيْدِ الأَبْدِيَّةِ؛ لأنَّها خارجةٌ بدونه، فإنَّه لو فُرِضَتْ السَيِّدَةُ ذَكَرًا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ أُمَّتِهِ، أَفَادَهُ "ح"^(٣).
[١١٣٥٢] (قوله: لا تُنكحُ المرأةُ على عَمَّتِها) تمامه: ((ولا على خالِتها، ولا على ابنةِ أخيها، ولا على ابنةِ أختِها^(٤))).

[١١٣٥٣] (قوله: وهو مشهورٌ) فإنَّه ثابتٌ في صحيحِي "مسلم" و"ابن حبان"^(٥)، ورواه "أبو داود"، و"الترمذي"، و"النسائي"، وتلقاهُ الصَّنَدُ الأَوَّلُ بالقبول من الصَّحابةِ والتَّابعين، ورواه الجَمُّ الغفيرُ، منهم "أبو هريرة"، و"جابر"، و"ابن عباس"، و"ابن عمر"، و"ابن مسعود"، و"أبو سعيد الخدري"، فيصلحُ مُخصَّصاً لعمومِ قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء - ٢٤]، مع أنَّ العمومَ المذكورَ مخصوصٌ بالمُشْرِكَةِ والجوسِيَّةِ وبناتِهِ من الرُّضاعةِ، فلو كان من أخبارِ الآحادِ جازَ التَّخصيصُ به غيرَ مُتوقِّفٍ [٣/٣٠ق/ب] على كونه مشهوراً.

(١) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((أَيْتُهُ))، وما أُنبتاه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٢) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((يَحِلُّ))، وما أُنبتاه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/ب.

(٤) ((ولا على ابنةِ أختِها)) ساقط من "الأصل".

(٥) وأخرجه مالك في "الموطأ" (٥٢٥) كتاب النكاح - باب لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها في النكاح، والبحاري

(٥١٠٨) كتاب النكاح - باب: لا تنكح المرأة على عمتها، ومسلم (١٤٠٨) كتاب النكاح - باب تحريم الجمع

بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، وأبو داود (٢٠٦٥) كتاب النكاح - باب ما يكره أن يجمع بينهن من

النساء، والترمذي (١١٢٥) كتاب النكاح - باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، والمنسائي

٩٨/٦ كتاب النكاح - باب تحريم الجمع بين المرأة وخالها، وابن ماجه (١٩٢٩) كتاب النكاح - باب لا تنكح

المرأة على عمتها ولا على خالها، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٣٤٥/٥، وصححه ابن حبان (٤٠٦٨) كتاب

النكاح - باب ذكر الزجر عن سؤال المرأة الرجل طلاق أختها ما في صفحاتها، و(٤١١٧) باب حرمة المناكحة،

كلُّهم من حديث أبي هريرة ؓ.

والظاهر: أنه لا بد من ادعاء الشهرة؛ لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص؛ لأن ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة - ٢٢١] ناسخ لعموم ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَأْوَاةَ ذَلِكَ لَكُمْ﴾^(١)؛ إذ لو تقدم لزم نسخه بالآية، فلزم حلّ المشركات وهو مُنتفٍ، أو تكرار النسخ وهو خلاف الأصل، بيان الملازمة: أنه يكون السابق حُرمة المشركات ثم يُنسخ بالعام، وهو ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَأْوَاةَ ذَلِكَ لَكُمْ﴾، ثم يجب تقدير ناسخ آخر؛ لأنّ الثابت الآن الحرمة، "فتح"^(٢). وبه اندفع ما في "العناية"^(٣): ((من أنّ شرط التخصيص المقارنة عندنا وليست بمعلومة)).

(تنبيه)

ما ذكره من الدليل لا يكفي لإثبات عموم القاعدة من حرمة الجمع بين جميع المحارم، فإنّ الجمع بينهما حرّم لإفضائه إلى قطع الرّجيم لوقوع التشاجر عادة بين الصّرتين، والدليل على اعتباره ما ثبت في الحديث برواية "الطبراني"^(٤)، وهو قوله ﷺ: «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»، وتأمّنه في "الفتح"^(٥).

٢٨٤/٢

(تتمّة)

عن هذا أجاب "الرّملي" الشافعي عن الجمع بين الأختين في الجنة: ((بأنه لا مانع منه؛ لأنّ الحكم يندور مع العلة وجوداً وعدمًا، وعلة التباعد وقطعية الرّجيم مُنتفية في الجنة إلاّ الأمّ والبنت)) اهـ. أي: لعلة الجزئية فيهما، وهي موجودة في الجنة أيضاً بخلاف نحو الأختين.

(١) ﴿مَأْوَاةَ ذَلِكَ لَكُمْ﴾ ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٢٥/٣.

(٣) "العناية": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٢٥/٣ (هامش "فتح القدير").

(٤) أخرجه الطبراني في "الكبير" ٢٦٦/١١ - ٢٦٧، وأحمد ٢١٧/١ و٣٢٢، وأبو داود (٢٠٦٧) كتاب النكاح - باب ما يكره

أن يجمع بينهما من النساء، والترمذي (١١٢٥) كتاب النكاح - باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها، وقال: حديث حسن صحيح، وابن حبان (٤١١٦) كتاب النكاح - باب حرمة المناكحة، كلّهم من حديث ابن عباس وفي

الباب عن أبي هريرة وعلي وابن عمر وأبي سعيد وجابر وعائشة وأبي موسى وسمرّة بن جندب وعبد الله بن عمرو

(٥) انظر "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٢٥/٣.

أو أمة^(١) ثم سيديتها؛ لأنه لو فرضت المرأة أو امرأة الابن أو السيدة ذكراً لم يحرم بخلاف عكسيه.

(وإن تزوج) بنكاح صحيح (أخت أمة) قد (وطئها صح) النكاح (لكن لا يظاً واحدة) منهما.....

[١١٣٥٤] (قوله: أو أمة ثم سيديتها) الأولى عدم ذكر هذه الصورة؛ لما علمت من أن إخراجها من القاعدة بقيد الأبدية مبني على أن المراد من عدم الحل عدم حل إيراد العقد، وهو ثابت من الطرفين كما قررناه، فينافي قوله الآتي: ((لم يحرم))، ولو أريد بعدم الحل عدم حل الوطء صح قوله: ((لم يحرم))، لكنه يستغنى عن قيد الأبدية، ولعله أشار إلى أن جواز الجمع بينهما ثابت على كل من التقديرين، فافهم.

قال "ح"^(٢): ((وأشار به: ثم إلى أنه لو تزوجهما في عقدة لم يصح نكاح واحدة، ولو تزوجهما في عقدتين والسيدة مقدمة لم يصح نكاح الأمة كما قدمناه أول الفصل)).

[١١٣٥٥] (قوله: لم يحرم) أي: التزوج في الصور الثلاث؛ لأن الذكر المفروض في الأولى يصير متزوجاً بنت الزوج، وهي بنت رجل أجنبي، وفي الثانية يصير متزوجاً امرأة أجنبية، وفي الثالثة^(٣) يصير واطناً لأميته.

[١١٣٥٦] (قوله: بخلاف عكسيه) هو ما إذا فرضت بنت الزوج أو أم الزوج أو الأمة ذكراً، حيث [٣/٣١٣] تحرم الأخرى؛ لأنه في الأولى يصير ابن الزوج فلا تحل له موطوءة أبيه، وفي الثانية يصير أبا الزوج فلا تحل له امرأة ابنه، وفي الثالثة يصير عبداً فلا تحل له سيده.

[١١٣٥٧] (قوله: وإن تزوج إلخ) قيد بالتزوج لأنه لو اشتري أخت أمته الموطوءة جاز

(١) في "و": ((وأمة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/ب.

(٣) في "الأصل": ((الثانية)) بدل ((الثالثة)).

(حَتَّى يُحْرَمَ) حِلٌّ اسْتِمْتَاعٌ (إِحْدَاهُمَا عَلَيْهِ) بِسَبَبِ مَا؛

له وطءُ الأولى، وليس له وطءُ الثانية ما لم يُحْرَمِ الأولى على نفسه، ولو وطئها أئِمَّ، ثُمَّ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَتَّى يُحْرَمَ الْأُخْرَى، وَيَكُونُ النِّكَاحُ صَحِيحًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَاسِدًا لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الْمَوْطُوءَةُ مَا لَمْ يَدْخُلْ بِالْمَنْكُوحَةِ لَوْجُودِ الْجَمْعِ حَقِيقَةً. وَأُطْلِقَ فِي الْأَحْتِ الْمَتَزَوِّجَةِ فَشَمِلَ الْحَرَّةَ وَالْأُمَّةَ، وَأُطْلِقَ فِي الْأُمَّةِ فَشَمِلَ أُمَّ الْوَلَدِ، وَقَيَّدَ بِكُونِهَا مَوْطُوءَةً لِأَنَّ بَدْوَنَهُ يَجُوزُ^(١) لَهُ وَطْءُ الْمَنْكُوحَةِ كَمَا يَأْتِي^(٢)؛ لِأَنَّ الْمَرْقُوقَةَ لَيْسَتْ بِمَوْطُوءَةٍ حُكْمًا، فَلَمْ يَصِرْ جَامِعًا بَيْنَهُمَا وَطْءًا لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا، وَأَشَارَ إِلَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْمَنْكُوحَةِ حَتَّى اشْتَرَى أَخْتَهَا لَا يَطْأُ الْمَشْتَرَاةَ؛ لِأَنَّ الْمَنْكُوحَةَ مَوْطُوءَةً حُكْمًا، كَمَا أَفَادَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣). وَأَرَادَ بِأَخْتِ الْأُمَّةِ مَنْ لَيْسَ بَيْنَهُمَا جَزَائِيَّةٌ احْتِرَازًا عَنْ أُمَّهَا أَوْ بَنِيهَا؛ لِأَنَّ وَطْءَ إِحْدَاهُمَا يُحْرِمُ الْأُخْرَى أَبَدًا.

[١١٣٥٨] (قَوْلُهُ: حَتَّى يُحْرَمَ) أَي: عَلَى نَفْسِهِ كَمَا وَقَعَ فِي عِبَارَتِهِمْ، وَالْمُتَبَادَرُ مِنْهُ أَنَّهُ بِالضَّمِّ

والتَّشْدِيدِ مِنَ الْمَزِيدِ، وَيُعْلَمُ مِنْهُ دَلَالَةُ حُكْمِ الْحَرْمَةِ بِدُونِ فِعْلِهِ كَمَوْتِ إِحْدَاهُمَا أَوْ رَدِّيْهَا لِخُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَلَوْ قُرِئَ بِالْفَتْحِ وَالتَّخْفِيفِ صَحَّ وَشَمِلَ ذَلِكَ مَنْطُوقًا، وَلَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ لِمَا عَلِمْتَ، فَافْهَمِ.

[١١٣٥٩] (قَوْلُهُ: حِلٌّ اسْتِمْتَاعٌ) مِنْ إِضَافَةِ الصِّفَةِ إِلَى الْمَوْصُوفِ، أَي: يُحْرَمُ الْاسْتِمْتَاعُ الْحَلَالُ،

أَفَادَهُ "ط"^(٤). أَوْ الْإِضَافَةُ بَيِّنَاتِيَّةٌ، أَي: يُحْرَمُ شَيْئًا حَلَالًا هُوَ اسْتِمْتَاعٌ، أَفَادَهُ "الرَّحْمَنِيُّ"، وَبِهِ انْتَفَعَ أَنَّ الْحِلَّ وَالْحَرْمَةَ مِنْ صِفَاتِ فِعْلِ الْمَكْلُوفِ كَالْاسْتِمْتَاعِ، فَلَا يَصِحُّ وَصْفُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ، فَافْهَمِ.

[١١٣٦٠] (قَوْلُهُ: بِسَبَبِ مَا) فَتَحْرِيمُ الْمَنْكُوحَةِ بِالطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ وَالرَّدِّ مَعَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ،

(قَوْلُهُ: وَلَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ لِمَا عَلِمْتَ) أَي غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ لِمَا عَلِمْتَ مِنْ دُخُولِ مَا إِذَا كَانَتْ الْحَرْمَةُ

بِدُونِ فِعْلِهِ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ.

(١) فِي "٦": ((لَا يَجُوزُ))، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٢) "دُر" ص ١٣٦-.

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَهْرَمَاتِ ١٠٢/٣.

(٤) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَهْرَمَاتِ ١٩/٢.

لأنَّ للعقد حكمَ الوطءِ، حتَّى لو نكَّحَ مشرقيٌّ مغربيَّةً يَثْبُتُ نَسَبُ أولادِها منه لثبوتِ الوطءِ حكماً،.....

"فهستاني"^(١). والمملوكة يبيعها كلاً أو بعضاً^(٢)، وإعتاقها كذلك، وهبتها مع التسليم، وكتابتها، وتزويجها بنكاح صحيح بخلاف الفاسد، إلا إذا دخلَ بها الزوجُ فإنها لوجوب العِدَّةِ عليها منه تحرَّمُ على المالك، فتجِلُّ له حيثنَّذ المنكوحَةُ، ولا يُؤثِّرُ الإحرامُ، والحَيْضُ، والنَّفاسُ، والصَّوْمُ، والرَّهْنُ، والإجارةُ، والتدبيرُ؛ لأنَّ قَرْجَها لا يَحْرُمُ بهذه الأسبابِ، "بحر"^(٣). قال في "النهر"^(٤): ((و لم أرَ في كلامهم ما لو باعها [ب/٣١ق/٣] بيعاً فاسداً أو وهبها كذلك وقُبِضتْ، والظاهرُ أَنَّهُ يَجِلُّ وطءُ المنكوحَةِ)) اهـ، أي: لأنَّ المبيعَ فاسداً يَمْلِكُ بالقبضِ، وكذا الموهوبُ فاسداً على المفتى به خلافاً لما صحَّحَهُ في "العماديَّة" كما سيأتي^(٥) في بابهِ إن شاء الله تعالى.

(تنبيه)

قال في "البحر"^(٦): ((فإن عادت الموطوءة إلى ملكه بعد الإخراج - سواء كان بفسخ أو بشراء جديد - لم يجز وطء واحدة منهما حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كما كان أولاً)). [١١٣٦١] (قوله: لأنَّ للعقدِ حكمَ الوطءِ) أوردَ عليه أَنَّهُ لو كان كذلك يجبُ أن لا يصحَّ هذا النكاحُ كما قاله بعضُ المالكيَّةِ، وإلَّا لَزِمَ أن يصيرَ جامعاً بينهما وطءاً حكماً؛ لأنَّ الوطءَ السَّابِقَ قائمٌ حكماً أيضاً، بدليلِ أَنَّهُ لو أرادَ يَبِيعُها يُسْتَحَبُّ له استيراضها، وهذا اللازمُ باطلٌ، فيلزمُ بطلانُ مَلزومِهِ وهو صحَّةُ العَقْدِ. وأجابَ عنه في "الفتح"^(٧): ((بأنه لازمٌ مُفارقٌ؛ لأنَّ بيدهِ إزالتهُ، فلا يَضُرُّ بالصَّحَّةِ)).

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ص ٢٧٤ -.

(٢) في "م": ((أو بعضها))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٩١١٨] قوله: ((في "البيزانية")).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٢/٢.

ولو لم يكن وَطِئَ الأُمَّةَ له وَطِئُ المنكوحَةِ، ودواعي الوطءِ كالوطءِ، "ابن كمال".
 (وإنْ تزَوَّجَهما معاً) أي: الأختين أو مَنْ بمعناهما (أو بعقدتين ونَسِيَ) النكاحَ
 (الأوَّلَ) ^(١).....

[١١٣٦٢] (قوله: ولو لم يكن إلخ) محترزُ قوله: ((قد وَطِئَها))، "ح" ^(٢).

[١١٣٦٣] (قوله: له وَطِئُ المنكوحَةِ) فإنْ وَطِئَ المنكوحَةَ حَرُمَت المملوكَةُ ^(٣) حتى يُفارقَ
 المنكوحَةَ، كذا في "الاختيار" ^(٤).

[١١٣٦٤] (قوله: ودواعي الوطءِ كالوطءِ) حتى لو كان قَبْلَ أُمَّتِهِ أو مَسَّها بشهوةٍ أو هي
 فَعَلَتْ به ذلك، ثُمَّ تزَوَّجَ أختها لا تَجِلُّ له واحدةٌ منهما حتى يُحرِّمَ الأخرى، "رحمته".

[١١٣٦٥] (قوله: أو مَنْ بمعناهما) هو كلُّ امرأتين أُتِيهُمَا فَرِضْتُ ذَكَراً لم تَجِلَّ للأخرى،
 "ح" ^(٥). ولا حاجةٌ إلى هذه الزيادةٍ للاستغناء عنها بقول "المصنّف" بعد: ((وكذا الحكمُ في كلِّ
 ما جَمَعَهُما من المحارم))، "ط" ^(٦).

[١١٣٦٦] (قوله: ونَسِيَ الأوَّلَ) فلو عَلِمَ فهو الصَّحِيحُ والثَّانِي باطلٌ، وله وَطِئُ الأوَّلِي
 إلّا أنْ يَطَأَ الثانيةَ فحَرُمَ الأوَّلِي إلى انقضاءِ عِدَّةِ الثانيةِ، كما لو وَطِئَ أختَ امرأتهِ بشبهةٍ

٢٨٥/٢

(قوله: ولا حاجةٌ إلى هذه الزيادةٍ للاستغناء عنها بقول "المصنّف" إلخ) لعلَّ "الشَّارِحَ" أشارَ
 بِذِكْرِها هنا إلى أنَّ المناسبَ لـ "المصنّف" ذِكْرُها هنا مُراعاةً للاختصارِ وجمعِ النظائرِ مع بعضٍ.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ونسي الأول، عبارة "الوقاية": ولم يدر الأول. قال شارحها "ابن كمال باشا": هذا أولى من

قولهم: نسي الأول. انتهى)). ق ١/١٥٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١/١٥٦.

(٣) عبارة "ح": ((حرمت عليه المملوكة)).

(٤) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٨٦/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١/١٥٦.

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩/٢.

فرَّق) القاضي (بينهُ وبينهما) ويكونُ طلاقاً (ولهما نصفُ المهر).....

حيث تحرّم امرأته ما لم تتقضى عدّة ذات الشبهة، "ح" (١) عن "البحر" (٢). وقال في "شرح درر البحار" (٣): ((قيد بالنسيان إذ الزوج لو عين إحداهما بالفعل بدخوله بها أو ببيان أنها سابقة قضى بنكاحها لتصادقهما، وفرّق بينه وبين الأخرى، ولو دخل بإحداهما ثم بين أن الأخرى سابقة يُعتبر البيان؛ إذ الدلالة لا تعارض الصريح)) اهـ. ومثله في "الشربلية" (٤) عن "شرح المجمع".

[١١٣٦٧] (قوله: فرّق القاضي بينه وبينهما) يعني: يفترضُ عليه أن يفارقهما، فإن لم يفارقهما وجبَ على القاضي - إن علم - أن يفرق بينه وبينهما دفعا للمعصية، بجر (٥). لكن في الفتاوى الهندية (٦) [٣/٣٢٤] عن "شرح الطحاوي": ((ولو تزوجهما في عقدتين ولا يدري أيتهما أسبق؟ فإنه يؤمر الزوج بالبيان، فإن بين فعلى ما بين، وإن لم يبين فإنه لا يتحرى في ذلك، ويفرق بينه وبينهما)) اهـ "ح" (٧).

قلت: لا منافاة بينهما؛ لأن بيان الزوج مبني على علمه بالأسبق؛ لما ذكرناه (٨) عن "شرح الدرر"، ولقوله: ((لا يتحرى))، تأمل. وفي "النهر" (٩): ((وينبغي أن يكون معنى التفريق من الزوج أنه يُطلقهما، ولم أره)) اهـ.

[١١٣٦٨] (قوله: ويكونُ طلاقاً) أي: تفريقُ القاضي المذكور، وظاهرُ كلام "الفتح" (١٠)

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٣) "شرح درر البحار": كتاب النكاح - ذكر المحرمات ق ١٩١/ب لكن عبارته: ((قيد بالجهل)) بدل ((بالنسيان)).

(٤) "الشربلية": كتاب النكاح ٣٣١/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣ بتصرف.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الثالث في بيان المحرمات - القسم الرابع: المحرمات بالجمع ٢٧٨/١.

(٧) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٨) المقولة [١١٣٦٦] قوله: ((ونسي الأول)).

(٩) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٣/٣.

يعني: في مسألة النسيان؛ إذ الحكم في تزويجها معاً البطلان وعدم وجوب المهر إلا بالوطء كما في عامة الكتب، فتنبه.....

أنه بحث منه، فإنه قال: ((والظاهر أنه طلاق، حتى ينقضي من^(١) طلاق كل منهما طلاقاً لو تزوجها بعد ذلك))، وأقره في "البحر"^(٢) و"النهر"^(٣)، ويؤيده أن "الزيلعي"^(٤) عبّر عن التفريق المذكور بالطلاق، وكذا قال "الإتقاني"^(٥) في "غاية البيان": ((وتفريق القاضي كالطلاق من الزوج))، ثم قال في "الفتح"^(٥): ((فإن وقع التفريق قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء^(٦) للحال، وإن بعده فليس له التزوج بواحدة منهما حتى تنقضي عدتهما، وإن انقضت عدّة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الأخرى كيلا يصير جامعاً، وإن وقع بعد الدخول بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى، فإن عدتها تمنع من تزوج أختها)) اهـ.

[١١٣٦٩] (قوله: يعني: في مسألة النسيان) تقييداً لقوله: ((ويكون طلاقاً))، ولقول

"المصنف": ((ولهما نصف المهر))؛ إذ التفريق في الباطل لا يكون طلاقاً، فافهم.

[١١٣٧٠] (قوله: إذ الحكم إلخ) بيان للفرق بين المسألتين، وذلك أن في مسألة النسيان صح

نكاح السابقة دون اللاحقة، وتعين التفريق بينهما للجهل، والتي صح نكاحها يجب لها نصف المهر بالتفريق قبل الدخول، ولما جهلت وجب لهما، أما في مسألة تزويجها معاً في عقد واحد فالباطل نكاح كل منهما يقيناً، فإذا كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدّة عليهما، وإن دخل بهما وجب لكل الأقل من المسمى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد، وعليهما العدة، "بحر"^(٧). قال: ((وقيد بطلانهما في "المحيط" بأن لا تكون إحداهما مشغولة بنكاح

(١) ((من)) ساقطة من "٦".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٤/٢ - ١٠٥.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

(٦) ((شاء)) ساقطة من "٦".

(٧) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

وهذا (إن كان مهرهما^(١) متساويين) قَدْرًا وِجْنَسًا (وهو مُسَمَّى في العقدِ، وكانت الفرقة قبل الدُّخُولِ) وادَّعى كلُّ منهما أنها الأولى ولا بَيِّنَةٌ لهما،.....

الغير أو عِدَّتِهِ، فإن كانت كذلك صَحَّ نِكَاحُ الْفَارِغَةِ؛ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ امْرَأَةٌ زَوْجَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ وَأَحَدُهُمَا مَتْرُوجٌ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ فَإِنَّهَا تَكُونُ زَوْجَةً لِلْآخِرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقِ الْجَمْعُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ إِذَا كَانَتْ هِيَ لَا تَحِلُّ لِأَحَدِهِمَا)) اهـ.

[١١٣٧١] (قوله: وهذا) أي: [٣/٣٢ق/ب] وجوبُ نصفِ المهر لهما في مسألة النسيان.

[١١٣٧٢] (قوله: متساويين قَدْرًا وِجْنَسًا) كما إذا كان كلُّ منهما ألفَ درهمٍ، "ح"^(٢).

[١١٣٧٣] (قوله: وهو مُسَمَّى) الضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى الْمَهْرَيْنِ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ، "ح"^(٣).

[١١٣٧٤] (قوله: وادَّعى كلُّ منهما أنها الأولى) أمَّا إِذَا قَالَتَا: لَا نَسْأَلُ أَيُّ النِّكَاحَيْنِ أَوْلَى؟

لَا يُقْضَى لهما بشيءٍ - لِأَنَّ الْمُقْضَى لَهُ مَجْهُولٌ، وَهُوَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ، كَمَنْ قَالَ لِرَجُلَيْنِ: لِأَحَدِهِمَا عَلَيَّ أَلْفٌ لَا يُقْضَى لِأَحَدِهِمَا بِشَيْءٍ - إِلَّا أَنْ يَصْطَلِحَا، بَأَنَّ يَتَّفِقَا عَلَى أَخْذِ نِصْفِ الْمَهْرِ، فَيُقْضَى لهما به، وَهَذَا الْقَيْدُ - أَي: دَعْوَى كُلِّ مَنَّهُمَا - زَادَهُ "أَبُو جَعْفَرِ الْهِنْدَوَانِيُّ"^(٤)، وَظَاهِرُ "الْهِدَايَةِ"^(٥) تَضْعِيفُهُ، لَكِنَّهُ حَسَنٌ، "بِحَرْ"^(٦)، وَتَمَامُهُ فِيهِ.

[١١٣٧٥] (قوله: ولا بَيِّنَةٌ لهما) مثله ما لو كان لكلُّ منهما بَيِّنَةٌ عَلَى السَّبْقِ كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(٧)

(قوله: مثله ما لو كان لكلُّ منهما بَيِّنَةٌ لِخ) الظَّاهِرُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَيْضًا عَدَمُ نُكُولِهِ عِنْدَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ.

(١) في "ط": ((مهرهما)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ق ١٥٦/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ق ١٥٦/أ.

(٤) في "د" زيادة: ((فتاوى هندية)). ق ١٥٣/أ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان الحرمات ١٩٢/١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ٣/١٠٤.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ٣/١٢٤.

فإن اختلفَ مهرهما فإنَّ عِلْمًا فلكلِّ ربعٍ مهرها، وإلاَّ فلكلِّ نصفٍ أقلِّ المسمَّيينِ..

وغيره، أي: لتهاثرهما، قال "ح" (١): ((قلو أقامت إحداهما البينة على السبق فنكاحها هو الصحيح، والثاني باطلٌ نظير ما قلّمنا في قوله: ونسي الأول)).

[١١٣٧٦] (قوله: فإن اختلفَ مهرهما) محترزُ قوله: ((متساويين قدرًا وجنسًا))، وهو صادقٌ باختلافهما قدرًا فقط كأن يكون مهرُ إحداهما وزن ألفِ درهمٍ من الفضة والأخرى وزن ألفين منها، وجنسًا فقط كأن يكون مهرُ إحداهما وزن ألفِ درهمٍ من الفضة والأخرى وزن ألفِ درهمٍ من الذهب، وقدرًا وجنسًا كأن يكون مهرُ إحداهما وزن ألفِ درهمٍ من الفضة والأخرى وزن ألفي درهمٍ من الذهب.

[١١٣٧٧] (قوله: فإنَّ عِلْمًا إلخ) اعلم أنَّ هذا التفصيل مأخوذٌ من "الدرر" (٢)، واعتراضه "محشوه" (٤): ((بأنه لم يوجد لغيره، والذي وجد في أكثر الكتب أنَّ المسمَّى لهما إن كان مختلفًا يُقضى لكلِّ واحدةٍ منهما ربع مهرها المسمَّى، والذي وجد في بعضها أنه يُقضى لهما بالأقلِّ من نصفي المهرين المسمَّيين، فلو كان مهرُ إحداهما مائة درهمٍ والأخرى ثمانين يُقضى على القولِ الأولِ للأولى بخمسةٍ وعشرين درهمًا وللثانية عشرين، وعلى الثاني بنصفٍ أقلِّ المهرين المسمَّيين - وهو أربعون - ثمَّ يُنصفُ بينهما، فيكون لكلِّ منهما عشرون درهمًا))، كذا في "حاشيته" لـ "نوح أفندي". وفي "شرحهِ" للشيخ "إسماعيل": ((أنَّ الاحتياط الثاني، وهو الموجود في "الكافي" (٥) و"الكفاية" (٦) مُعللاً بأنَّ فيه يقيناً)).

٢٨٦/٢

والظاهر: أنَّ المصنّف - أي: صاحب "الدرر" - أراد أن يُوفّق بين القولين بأنَّ الأول فيما إذا كان ما سَمَّى لكلِّ واحدةٍ منهما بعينها [٣/٣٣ق/٣] معلوماً كالتخميمة لفاطمة والألف لزاهدة،

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المهرات ق ١٥٦/أ.

(٢) ((من الفضة والأخرى وزن ألفي درهم)) ساقط من "الأصل".

(٣) "الدرر": كتاب النكاح ٣٣١/١.

(٤) انظر "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الدرر والغرز").

(٥) "الكافي": كتاب النكاح - فصل في بيان المهرات ق ١٠٣/أ.

(٦) "الكفاية": كتاب النكاح - فصل في المهرات ١٢٣/٣-١٢٤ (ذيل "فتح القدير").

(وإن لم يكن مُسَمًّى فالواجبُ متعةٌ واحدةٌ لهما) بدلَ نصفِ المهر (وإن كانت
الفرقةُ بعدَ الدُّخولِ.....)

والثاني فيما إذا لم يكن معلوماً كذلك، بأن يَعْلَمَ أَنَّهُ سَمَّى لواحِدَةٍ منهما خمسمائةً وللأخرى
ألفاً إلا أَنَّهُ نَسِيَ تَعْيِينَ كُلِّ منهما، لكنَّ سِيَاقَ ما في "الكافي" (١) و"الكفاية" (٢) لا يُؤدِّي
انحصارُهُ في ذلك، ولذا قيل: لو حُيِّلَ على اختلافِ الرِّوَايَةِ كان أُولَى.

إذا تَقَرَّرَ ذلك عَلِمْتَ أَنَّ قولَ "الشَّارِحِ" تبعاً لـ "الدُّرِّرِ": ((وإلاَّ فلكلِّ نصفٍ أَقلُّ
المُسَمَّيْنِ)) غيرُ صحيحٍ كما نَبَّهَ عليه في "الشُّرْبُلَالِيَّةِ" (٣) وغيرها؛ لاقتضائِهِ أَنْ تأخُذَ (٤) مهراً
كاملاً مع أَنَّ الواجبَ عليه نصفُ مهرٍ، فالصوابُ ما في بعضِ نسخِ الشَّرْحِ، وهو: ((وإلاَّ فنصفُ
أقلِّ المُسَمَّيْنِ لهما))، وهذا بناءٌ على ما في "الدُّرِّرِ" من التَّوْفِيقِ، وقد عَلِمْتَ ما فيه.

(١١٣٧٨) (قوله: وإن لم يكن مُسَمًّى) أي: وإن لم يكن واحداً من المهرين مُسَمًّى فالواجبُ

(قوله: لكنَّ سِيَاقَ ما في "الكافي" و"الكفاية" لا يُؤدِّي إلخ) حيثُ كان ما في أَكثَرِ الكُتُبِ موضوعَهُ ما
إذا كان المُسَمَّى لكلِّ منهما معلوماً - لعدم تَأْتِي إيجابِ رُبْعِ المَهْرِ المُسَمَّى لكلِّ إِمَّا مع العلم - لا يَكُونُ شامِلاً
لِما إذا لم يَعْلَمَا بل يَكُونُ مَسْكُوتاً عنه في هذه العبارة، والذي وُجِدَ في بعضها شامِلاً لِمَا إذا عَلِمَ المُسَمَّى لكلِّ
أو لا، لكن حيثُ وُجِدَ النصُّ صراحةً على حكمِ ما إذا عَلِمَا - وهو الموجودُ في أَكثَرِ الكُتُبِ - يُقَيَّدُ ما في
بعضها بما إذا لم يَعْلَمَا جَمْعاً بين العبارةِين، وتَقْيِيداً لِمَا وُجِدَ في بعضِ الكُتُبِ بما وُجِدَ في أَكثَرِها، وما ذُكِرَ
أُولَى بالاعتبار من مُجرَّدِ مُراعاةِ ما يُفِيئُهُ السِّيَاقُ، وكم لذلك من نظيرٍ.

(قوله: وإن لم يكن واحداً من المهرين مُسَمًّى فالواجبُ متعةٌ) لهما بالسُّوْيَةِ إن استويا، وإلاَّ فينبغي أن
يَجِبَ لكلِّ واحدَةٍ منهما نصفُ متعةٍ تستحقُّها بناءً على أَنَّ المعتبرَ في المتعةِ حالُهُ أو حالُ الزَّوْجِينِ وهو
الصَّحِيحُ، من "السُّنْدِيِّ".

(١) "الكافي": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ق ١٠٣/١.

(٢) "الكفاية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٣/٣ - ١٢٤ (ذيل "فتح القدير").

(٣) "الشربلالية": كتاب النكاح ٣٣١/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) في "أ" و"م": ((تأخذ)).

وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ كَامِلٌ لِتَقَرُّرِهِ بِالدُّخُولِ،.....

مُتَعَةً، وَإِذَا سَمِيَ لِإِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى فَلَيْمَنَ لَهَا الْمُسَمَّى أَخَذُ رِبْعِهِ، وَالَّتِي لَمْ يُسَمَّ لَهَا تَأْخُذُ نِصْفَ الْمُتَعَةِ، "ح" (١)، وَمِثْلُهُ فِي "شَرْحِ الشَّيْخِ إِسْمَاعِيلَ".

[١١٣٧٩] (قَوْلُهُ: وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ كَامِلٌ) قَالَ فِي "الْفَتْحِ" (٢): ((فَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بَعْدَ

الدُّخُولِ وَجَبَ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَهْرُهَا كَامِلًا، وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُقْضَى بِمَهْرِ كَامِلٍ وَعُقْرِ كَامِلٍ، وَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى مَا إِذَا اتَّخَذَ الْمُسَمَّى هُمَا قَدْرًا وَجِنْسًا، أَمَّا إِذَا اِخْتَلَفَا فَيَتَعَدَّرُ بِإِجَابِ عُقْرِ؛ إِذْ لَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أَوْلَى بِجَعْلِهَا ذَاتَ الْعُقْرِ مِنَ الْأُخْرَى؛ لِأَنَّهُ فَرَعُ الْحُكْمِ بِأَنَّهَا الْمُطَوَّعَةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ؛ هَذَا مَعَ أَنَّ الْفَاسِدَ لَيْسَ حُكْمُ الْوَطْءِ فِيهِ - إِذَا سُمِّيَ فِيهِ - الْعُقْرَ بِلِ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ)) اهـ. وَمِثْلُهُ فِي "الْبَحْرِ" (٣) سَوَى قَوْلِهِ: ((مَعَ أَنَّ الْفَاسِدَ إِخْ)).

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ صَاحِبَ "الْفَتْحِ" (٤) عَبَّرَ أَوْلًا: بِأَنَّهُ يَجِبُ لِكُلِّ مَهْرٌ كَامِلٌ، ثُمَّ بِالْعُقْرِ تَبَعًا لِمَا وَقَعَ

فِي كَلَامٍ غَيْرِهِ، ثُمَّ حَقَّقَ: أَنَّ الْوَاجِبَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بَعْدَ الْوَطْءِ هُوَ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ، فَعَلِمَ أَنَّهُ الْمُرَادُ بِالْعُقْرِ، وَفِي "الْمَغْرِبِ" (٥): ((الْعُقْرُ: صَدَاقُ الْمَرْأَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ)) اهـ.

(قَوْلُهُ: يُقْضَى بِمَهْرِ كَامِلٍ وَعُقْرِ كَامِلٍ إِخْ) عَطَفَ تَفْسِيرَهُ، وَعِبَارَةُ "الْبَحْرِ": ((لَوْ كَانَتْ الْفَرْقَةُ بَعْدَ

الدُّخُولِ يَجِبُ لِكُلِّ الْمَهْرُ كَامِلًا؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ بِالدُّخُولِ فَلَا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ مَعَ أَنَّهُ مُشْكِلٌ، أَي: بِإِجَابِ مَهْرِ كَامِلٍ لِكُلِّ، بَلْ إِذَا كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِمَهْرِ كَامِلٍ وَعُقْرِ كَامِلٍ، وَيَجِبُ حَمْلُهُ إِخْ)) اهـ.

فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِ "الْفَتْحِ": ((وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ إِخْ)) مَنَاقِشَةُ قَوْلِهِمْ: وَجَبَ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَهْرُهَا كَامِلًا، ثُمَّ حَقَّقَ أَنَّ الْوَاجِبَ هُنَا الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ.

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

(٥) "المغرب": مادة ((عقر)).

ولا يخفى أن الوطاء في النكاح الفاسد^(١) وطاءً بشبهة، وقد صرح في "الكنز"^(٢) وغيره: ((بأن الواجب في النكاح الفاسد الأقل من المسمى ومهر المثل))، فعلم أن اقتصار "البحر"^(٣) على التعبير بالعقر صحيح، فافهم.

والحاصل: أنك قد علمت أن أحد النكاحين في مسألة النسيان صحيح والآخر فاسد، وبعد الدخول يجب في الصحيح المسمى وفي الفاسد العقر، أي: الأقل من [٣/٣٣٣/ب] المسمى ومهر المثل، وحيث لم تعلم صاحبة الصحيح من الفاسد يُقَسَّم المهران بالوصف المذكور بينهما، فيكون لكل واحدة مهر كامل.

ثم اعلم أن الصور أربع: لأنه إما أن يتحد المسمى لهما أو يختلف، وعلى كل إما أن يتحد مهر مثلهما أيضاً أو يختلف:

فإن اتحد المسميان والمهران فلا شبهة في أنه يجب لكل منهما مهرها كاملاً. وأما إذا اتحد المسميان واختلف المهران - كأن سمي هندي مائة ومهر مثلها تسعون، ولأختها دعد^(٤) مائة أيضاً ومهر مثلها ثمانون - فالواجب لذات النكاح الصحيح المسمى وهو مائة، ولذات الفاسد العقر، وهو متردد هنا بين التسعين والثمانين، ويتعذر إيجاب أحدهما؛ إذ ليست إحداهما أولى بكونها ذات العقر، فلذا قيّد "المحشي" قول "الفتح"^(٥): ((ويجب حملُه - أي: حمل وجوب المهر كاملاً لكل منهما - على ما إذا اتحد المسمى لهما)) بما إذا اتحد مهر مثلهما أيضاً.

(١) من ((وطئت)) إلى ((الفاسد)) ساقط من "٣".

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٦/١ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٤) ((دعد)) ليست في "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

وأما قول "الفتح": ((وأما إذا اختلفا - أي: المُسمَّيان - فَيَتَعَذَّرُ إِجْبَابُ الْعُقْرِ)) ففي إطلاقه نظر؛ لأنه ظاهرٌ فيما إذا اختلفَ المهران أيضاً، كأن سَمِيَ لهندي مائة ومهرٌ مثلها ثمانون، ولدَعِدَ تسعين ومهرٌ مثلها ستون مثلاً، فهنا تَعَذَّرَ إِجْبَابُ الْعُقْرِ، وَتَعَذَّرَ أَيْضاً إِجْبَابُ الْمُسْمَى؛ لأنَّ إحداهما ليست بأولى من الأخرى بكونها ذاتَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أو ذاتَ النِّكَاحِ الفاسدِ حَتَّى نُوجِبَ لهما أَحَدَ الْمُسْمَيْنِ بَعِيْنِهِ وَأَحَدَ الْعُقْرَيْنِ بَعِيْنِهِ؛ لِاِخْتِلَافِ كُلِّ مِنْهُمَا.

وأما إذا اختلفَ المُسمَّيانِ وَاتَّحَدَ المهران - كأن سَمِيَ لهندي مائة ولدَعِدَ تسعين ومهرٌ مثل كلِّ منهما ثمانون - فلا يَتَعَذَّرُ إِجْبَابُ الْعُقْرِ؛ لِأَنَّهُ ثمانون على كلِّ حال، سواء كانت ذاتَ النِّكَاحِ الفاسدِ هندياً أو دعدياً، بل يَتَعَذَّرُ إِجْبَابُ الْمُسْمَى. ثم إنه لم يُعَلِّمْ من كلام "الفتح" ^(١) الحكم في هذه الصُّورِ الثلاث، وقال "ط" ^(٢): ((والظاهرُ أَنَّهُ عندَ تَعَذُّرِ إِجْبَابِ الْعُقْرِ يَجِبُ لِكُلِّ الْأَقْلَى مِنَ الْمُسْمَى وَمَهْرٍ مِثْلِهَا)).

قلت: وفيه نظر؛ لأنَّ ذلك تنقيصٌ لحقهما وتركٌ لبعضِ التيقن؛ إذ لا شكَّ أنَّ فيهما ذاتَ نِكَاحٍ صحيحٍ ولها المُسمَى كاملاً، ولا سيمًا إذا اتَّحَدَ المُسمَّيانِ، على أَنَّهُ لم يُعَلِّمْ منه حكمٌ ما إذا لم يَتَعَذَّرْ إِجْبَابُ الْعُقْرِ، بل الذي يظهرُ ما قرَّرَهُ شيخنا حفظه اللهُ تعالى، وهو أَنَّهُ حيثُ جُهِلَ ذاتُ الصَّحِيحِ مِنْهُمَا وَذاتُ الفاسدِ، وكان لإحداهما المُسمَى وللأخرى العُقْرُ

قوله: وأما قول "الفتح" (إخ) لا يُناسِبُ التَّعْيِيرُ بِقَوْلِهِ: ((وَأَمَّا))؛ لَعَدَمِ تَقَدُّمِ مَا يُقَابَلُهَا فِي كَلَامِهِ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ مُقَابَلُهَا مَحْنُوفًا مَعْلُومًا مِمَّا سَبَقَ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: فَقَوْلُ "الفتح": ((وَجِبَ حَمْلُهُ إِخ)) صَحِيحٌ لَا نَظَرَ فِيهِ بَعْدَ تَقْيِيدِهِ بِمَا إِذَا اتَّحَدَ مَهْرٌ مِثْلِهِمَا، وَأَمَّا إِخ.

قوله: فلا يَتَعَذَّرُ إِجْبَابُ الْعُقْرِ؛ لِأَنَّهُ إِخ) فيه أنَّ مُرَادَ "الفتح" بتَعَذُّرِ إِجْبَابِ الْعُقْرِ تَعَذُّرُهُ مِنْ حَيْثُ تَعْيِنُهُ لِإِحْدَاهُمَا لَا مُجَرَّدُ تَعَذُّرٍ تَقْدِيرِهِ، كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: ((إِذْ لَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا إِخ))

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الهرمات ١٢٤/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - فصل في الهرمات ٢٠/٢.

ومنه يُعلمُ حكمُ دخوله بواحدة. (وكذا الحكمُ فيما جَمَعَهُمَا من المحارم) في نكاح.

أَنْ يَأْخُذَ^(١) الْمُتَيَقِّنُ وَيَقْتَسِمَانِهِ بَيْنَهُمَا فِي الصُّورِ الْأَرْبَعِ، فَإِذَا اتَّخَذَ كُلُّ مَنِ الْمُسْتَمِينِ وَالْمَهْرَيْنِ يُعْطِيَانِ أَحَدَ الْمُسْتَمِينِ [١/٣٤٤ق/٣] وَأَحَدَ الْمَهْرَيْنِ، وَإِذَا اتَّخَذَ الْأَوْلَانَ فَقَطْ يُعْطِيَانِ أَحَدَ الْمُسْتَمِينِ وَأَقْلَّ الْمَهْرَيْنِ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الْأَوْلَانَ فَقَطْ يُعْطِيَانِ أَقْلَ الْمُسْتَمِينِ وَأَحَدَ الْمَهْرَيْنِ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الْأَوْلَانَ وَالْآخِرَانِ يُعْطِيَانِ أَقْلَ الْمُسْتَمِينِ وَأَقْلَ الْمَهْرَيْنِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

[١١٣٨٠] (قوله): ومنه يُعلمُ حكمُ دخوله بواحدة) يعني: أَنَّ المدخولَ بها يجبُ لها نصفُ المُسَمَّى ونصفُ الأقلِّ من مهرِ المثلِ والمُسَمَّى؛ لأنها إن كانت سابقةً وجبَ لها جميعُ المُسَمَّى، وإن كانت متأخرةً وجبَ لها الأقلُّ من مهرِ المثلِ والمُسَمَّى، فتأخذُ نصفَ كُلِّ منهما، وغيرُ المدخولِ بها يجبُ لها ربعُ المُسَمَّى؛ لأنها إن كانت سابقةً وجبَ لها نصفُ المُسَمَّى، وإن كانت متأخرةً لا يجبُ لها شيءٌ، فَيَنْتَصِفُ النِّصْفُ. اهـ "ح" (٢).

قلت: وهذا الذي ذكره "الشارح" مأخوذٌ من "الشَّرْنِبَلِيَّة" (٣)، ويجبُ تقييدهُ بما إذا دخلَ بإحدهما مع إقراره بأنه لا يعلمُ أيُّهما أسبقُ نكاحاً؟ أمَّا لو دخلَ بإحدهما على وجه البيان فإنه يُقضى بنكاحها كما قدَّمناه (٤) عن "شرح درر البحار" وغيره، وحينئذٍ فيجبُ لها جميعُ المُسَمَّى لها، ويُفَرَّقُ بينه وبين الأخرى، ولا شيءُ لها؛ لأنه ظهرَ أنها المتأخرةُ، فيكونُ نكاحُها باطلاً، وقد مرَّ أَنَّ الباطلَ لا يجبُ فيه المهرُ إلا بالدُّخولِ.

[١١٣٨١] (قوله): وكذا إلخ) الأحسنُ قولُ "الزَّيْلَعِيِّ" (٥): ((وكلُّ ما ذكرنا من الأحكامِ

بين الأختين فهو الحكمُ بين كلِّ مَنْ لا يجوزُ جمعُهُ من المحارم)).

(١) في "الأصل" و"٣": ((بأخذ)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/ب.

(٣) "الشَّرْنِبَلِيَّة": كتاب النكاح ٣٣١/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) المقولة [١١٣٦٦] قوله: ((ونسي الأول)).

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٥/٢.

(و) حَرَّمَ (نكاح) المولى (أُمَّتَهُ و) العبدِ (سَيِّدَتَهُ) لِأَنَّ المملوكِيَّةَ تُنَافِي المَالِكِيَّةَ، نَعَمْ لَوْ فَعَلَهُ المولى احتياطاً كان حسناً،.....

[١١٣٨٢] (قوله: وحرّم نكاح المولى أُمَّتَهُ إلخ) أي: ولو ملكَ بعضُها، وكذا المرأة لو لم تملك سوى سهم واحدٍ منه، "فتح"^(١). زاد في "الجمهرة"^(٢): ((وإذا ملك أحدُهما صاحبه أو بعضه فسَدَ النكاحُ، وأما المأذونُ والمُدبِرُ إذا اشترى زوجتهما لم يفسد النكاحُ؛ لأنهما لا يملكانهما بالعقد، وكذا المكاتبُ؛ لأنه لا يملكها بالعقد، وإنما يثبتُ له فيها حقُّ الملك، وكذا قال "أبو حنيفة" فيمن اشترى زوجته وهو فيها بالخيار: لم يفسد نكاحها، على أصله أن خيار المشتري لا يدخلُ المبيعَ في ملكه)) اهـ.

[١١٣٨٣] (قوله: لِأَنَّ المملوكِيَّةَ^(٣) إلخ) علةٌ للمسألتين، قال في "الفتح"^(٤): ((لأنَّ النكاحَ ما شرعَ إلا مُثَمِّراً ثمراتٍ مشتركةً في الملكِ بين المتناكحَين، منها ما تختصُّ هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل إلا بإذن، ومنها ما يختصُّ هو بملكه [٣/٣٤٤/ب] كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصين^(٥) عن غيره، ومنها ما يكونُ الملكُ في كلِّ منها مشتركاً كالاستمتاع بمعامعة ومباشرة والولد في حقِّ الإضافة، والمملوكِيَّةُ تُنَافِي المَالِكِيَّةَ، فقد نافَتْ لازمَ عقدِ النكاح، ومُنَافِي اللّازِمَ مُنَافٍ للملزوم، وبه سقطَ ما قيل: يجوزُ كونها مملوكةً من وجهِ الرِّقِّ مالكةً من جهةِ النكاح؛ لأنَّ الفرضَ أنْ لازمَ النكاحِ ملكُ كلِّ واحدٍ لما ذكرنا على الخلوص، والرِّقُّ يَمْنَعُهُ)).

[١١٣٨٤] (قوله: نَعَمْ لَوْ فَعَلَهُ إلخ) يشيرُ إلى أن المراد بالحرمة في قوله: ((وحرّم)) مطلقُ المنع لا خصوصُ ما يتبادرُ منها من المنع على وجهٍ يترتبُ عليه الإثم، وإلا امتنعَ فعلُ الحرامِ للتزهر

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٣٤.

(٢) "الجمهرة النورة": كتاب النكاح ٧١/٢.

(٣) في "ب": ((لأن المملوكية علة إلخ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٣٤.

(٥) في "ب" و"م": ((التحصين)).

عن أمر موهوم في تزوج السيد أمته، أو المراد بها نفى وجود العقد الشرعي المثير لثمراته كما يشير إليه ما مر^(١) عن "الفتح"، وهذا معنى ما في "الجوهرة"^(٢)، وكذا في "البحر"^(٣) عن "المضمرات": ((المراد به في أحكام النكاح من ثبوت المهر في ذمة المولى وبقاء النكاح بعد الاعتاق ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك، أما إذا تزوجها متزهاً عن وطئها حراماً على سبيل الاحتمال فهو حسن؛ لاحتمال أن تكون حرة أو معتقة الغير أو مخلوقاً عليها بعقدها وقد حث الحالف، وكثيراً ما يقع، لا سيما إذا تداوتها الأيدي)) اهـ.

مطلب في وطء السراري اللاتي يؤخذن غنيمة في زماننا

قلت: ولا سيما السراري اللاتي يؤخذن غنيمة في زماننا للتيقن بعدم قسمة الغنيمة، فيبقى فيهن حق أصحاب الخمس وبقية الغانمين، وما ذكره "الشارح" في الجهاد^(٤) عن المفتي "أبي السعود": ((من أنه في زمانه وقع من السلطان التنفيل العام، فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة في جل وطئهن)) اهـ فهو غير مفيد:

أما أولاً فلأن التنفيل العام غير صحيح، سواء شرط فيه السلطان أخذ الخمس أو لا؛ لأن فيه إبطال السهام المقدرة كما نص على ذلك الإمام "السرخسي" في "شرح السير الكبير"^(٥).
وأما ثانياً فلأن تنفيل سلطان زمانه لا يبقى إلى زماننا.

وأما ثالثاً فلأنه نفى شبهة إعطاء الخمس، ومن المعلوم في زماننا أن كل من وصلت يده من العسكر إلى شيء يأخذه ولا يعطيه خمسة، فينبغي أن يكون [١/٣٥ق/٣] العقد واجباً إذا علم أنها مأخوذة من الغنيمة، ولذا قال بعض الشافعية^(٦): إن وطء السراي اللاتي

(١) المقولة [١١٣٨٣] قوله: ((لأن المملوكية إلح)).

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٠/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(٤) انظر المقولة [١٩٧٩٠] قوله: ((وقع التنفيل الكلي)) وما بعدها.

(٥) "شرح السير الكبير": باب النفل وما كان للنبي حالصاً ٦١٥/٢.

(٦) انظر "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج": كتاب السير - فصل في حكم الأسر وأموال أهل الحرب ٧٢/٨.

وفيه ما لا يخفى في عدم عدّها خامسة ونحوه من عدم الاحتياط^(١). (و) حرّم نكاح
(الوثنيّة) بالإجماع (وصحّ نكاح.....)

يُحَلِّبَنَ اليَوْمَ مِنَ الرُّومِ وَالهِنْدِ وَالتُّرْكِ حَرَامًا.

وأما قوله في "الأشباه"^(٢) بعد نقله ذلك عنه في قاعدة: الأصل في الأيضاع التحريم: ((إنّ
هذا ورع لا حكم لازم، فإنّ الجارية المجهولة الحال المرجع فيها إلى صاحب اليد إن كانت
صغيرة، وإلى إقرارها إن كانت كبيرة، وإنّ عليم حالها فلا إشكال)) اهـ فهذا إنما هو في غير ما
علم أنّها أُخِذَتْ من الغنيمية، أمّا ما عليم فيها ذلك ففيها ما ذكرناه، لكنّ قد يقال: إنّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ
تكونَ باعها الإمام أو أحد من العسكر وأجاز الإمام بيعه، أمّا بدون ذلك فقد نصّ في "شرح
السير الكبير"^(٣) على: ((أنّ بيع الغازي سهمه قبل القسمة باطل كإعتاقه))، لكنّ العقد عليها
لا يرفع الشبهة؛ لأنّها إذا كانت غنيمية تكون مشتركة بين الغائمين وأصحاب الخمس، فلا يصحّ
تزويجها نفسها، بل الرافع للشبهة شراؤها من وكيل بيت المال أو التصدّق بها على فقير ثمّ
شراؤها منه، وسيأتي^(٤) إن شاء الله تعالى تمام تحرير هذه المسألة في الجهاد.

٢٨٨/٢

[١١٣٨٥] (قوله: وفيه إلخ) هذا مأخوذ من "الشّرنبلاية"^(٥)، وقوله: ((ونحوه)) أي: كعدم
القسم لها، وعدم إيقاع الطلاق عليها، وعدم ثبوت نسب ولديها بلا دعوى، لكن لا يخفى أنّ
الاحتياط في العقد عليها إنما هو عند احتمال عدم صحّة الملك احتمالاً قوياً ليقع الوطاء حلالاً
بلا شبهة، ولا يلزم من العقد عليها لذلك أنّ لا يعدّها على نفسه خامسة ونحوه، بل نقول:
ينبغي له الاحتياط في ذلك أيضاً.

[١١٣٨٦] (قوله: وحرّم نكاح الوثنيّة) نسبة إلى عبادة الوثن، وهو ما له جنة - أي: صورة

(١) من ((وفيه)) إلى ((الاحتياط)) ساقط من "و"، وعبارة "د": ((وفيه أنه لا احتياط في عدم عدّها خامسة ونحوه، تأمل)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول - القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك - قاعدة: الأصل في الأيضاع التحريم ص ٧٧.

(٣) "شرح السير الكبير": باب الشراء فيمن يزيد وبيع السهام ١٢١٣/٤.

(٤) للمقولة [١٩٧٩١] قوله: ((فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة)).

(٥) "الشّرنبلاية": كتاب النكاح ٣٣٣/١ (هامش "الدرر والغرر").

(١) كتابية

إنسان من خشبٍ أو حجرٍ أو فضةٍ أو جَوْهَرٍ - تُنَحَّتْ، والجمعُ أوثانٌ. والصَّنَمُ: صورةٌ بلا جُثَّةٍ. هكذا فرَّقَ بينهما كثيرٌ من أهل اللُّغَةِ، وقيل: لا فرق، وقيل: يُطْلَقُ الوَثْنُ على غير الصُّورَةِ، كذا في "البنائة"^(٢)، "نهر"^(٣). وفي "الفتح"^(٤): ((وَيَدْخُلُ فِي عِبَادَةِ الْأَوْثَانِ عِبَادَةُ الشَّمْسِ وَالنُّجُومِ وَالصُّورِ الَّتِي اسْتَحْسَنُوهَا، وَالْمُعَطَّلَةَ، وَالزَّنَادِقَةَ، وَالْبَاطِنِيَّةَ، وَالْإِبَاحِيَّةَ، وَفِي "شرح الوجيز": وكلُّ مذهبٍ يُكْفِرُ به مُعْتَقِدُهُ)) اهـ.

قلت: وشَمِلَ ذلك الدُّرُوزَ والنُّصَيْرِيَّةَ والتَّيَامَنَةَ، فلا تَحِلُّ مَنَاقِحَتُهُمْ، ولا تُوكَلُ ذِيحَتُهُمْ؛ لأنَّهُمْ ليس لهم كتابٌ سماوي^(٥)، وأفادَ بحرمَةِ النِّكَاحِ حرمةَ الوطءِ. يملكُ اليمينُ كما يأتي^(٦)، والمرادُ [٣/٣٥٠ب] الحرمةُ على المسلم؛ لِمَا فِي "الْحَانِيَّة"^(٧): ((وَتَحِلُّ الْمُحْرَسِيَّةُ وَالْوَثْنِيَّةُ لِكُلِّ كَافِرٍ إِلَّا الْمُرْتَدَّ)). [١١٣٨٧] (قوله: كتابية) أَطْلَقَهُ فَشَمِلَ الْحَرَبِيَّةَ، وَالذَّمِيَّةَ، وَالْحُرَّةَ، وَالْأُمَّةَ، "ح"^(٨)

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وصحَّ نكاحُ كتابيةٍ إِنْ، قال الشمي: ولو تروَّجَ كتابية على مسلمة جاز، وقَسَمَ بينهما على السَّوَاءِ، انتهى. قال في "البحر": ذكر الإسيحائي أن للمسلم منع الذمَّةَ إذا تروَّجَها من الخُروجِ إلى الكنائس والبيع، وليس له إجبارُها على الغسل من الحيض والجنابة. وفي "الْحَانِيَّة": من فصل الجزية من السير: مسلمٌ له امرأةٌ ذمَّةٌ ليس له أن يمنعها عن اتِّخَاذِ الخمر في المنزل، انتهى. وهو مُشْكَلٌ؛ لأنَّه وإن كان حلالاً عندها لكن يضرُّه. وله منعها - كمنع المسلمة - من أكل الثوم والبصل، وكذا قال الكركي في "الفيض" قبيل باب التيمم: أن المسلم له أن يمنع زوجته الذمَّةَ عن شرب الخمر كالمسلمة من أكل الثوم والبصل، وكان زوجها يكره ذلك، انتهى. وهذا هو الحقُّ كما لا يخفى)). ق ١٥٣/ب.

(٢) "البنائة": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٥٤٣/٤ - ٥٤٤.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٧/أ.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٧/٣.

(٥) نقول: هذا الحكمُ غيرُ متعلِّقٍ بمسَمِّيَّاتِ الطوائف، فالإسلام مظلةٌ عظيمةٌ تجمع تحتها كلُّ المؤمنين، فكلُّ مَنْ شَهِدَ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلا اللَّهُ وحده لا شريك له وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وكان مؤمناً بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله تعالى، وكان معتقداً بفرضية الصلاة والصيام والزكاة والحج، ولم يظهر منه ما ينقض ذلك أو إنكاراً لشيءٍ مما عَلِمَ من الدِّينِ بالضروريةِ تجوزُ منَاقِحَتُهُ وطعامه وشرابه وغير ذلك، وتسري عليه كلُّ الأحكام التي يخاطب بها المسلمون المؤمنون، والحكم على واحدٍ من الناس بالكفر مبيحٌ على التورُّع لا التسرُّع، والله تعالى الموفق للصواب.

(٦) "در" ص ١٥٣ -.

(٧) "الْحَانِيَّة": كتاب النكاح - باب في المحرمات ٣٦٥/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "ح" - كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/أ.

وإن كُرِهَ تنزيهاً (مؤمنة بنبي) مُرْسَلٍ (مُقَرَّرَةٍ بكتاب) مُنْزَلٍ وَإِنْ اِعْتَقَدُوا الْمَسِيحَ إلهًا،
وكذا حِلُّ ذِيحَتِهِمْ.....

عن "البحر" (١).

[١١٣٨٨] (قوله: وإن كُرِهَ تنزيهاً) أي: سواء كانت ذميمة أو حريية، فإن صاحب
"البحر" (٢) استظهر: ((أن الكراهة في الكتابية الحريية تنزيهية، فالذميمة أولى)) اهـ "ح" (٣).
قلت: علل ذلك في "البحر" (٤): ((بأن التحريم لا بد لها من نهي أو ما في معناه؛ لأنها
في رتبة الواجب)) اهـ.

وفيه (٥) أن إطلاقهم الكراهة في الحريية يفيد أنها تحريمية والدليل عند المجتهد، على أن
التعليل يفيد ذلك، ففي "الفتح" (٦): ((ويجوز تزوج الكتابيات، والأولى أن لا يفعل ولا يأكل
ذبيحتهم إلا للضرورة، وتكره الكتابية الحريية إجماعاً؛ لافتتاح باب الفتنة من إمكان التعلق
المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى
الرق، بأن تُسبى وهي حبلية فيولد رقيقاً وإن كان مسلماً)) اهـ.

فقوله: ((والأولى أن لا يفعل)) يفيد كراهة التنزيه في غير الحريية، وما بعده يفيد
كراهة التحريم في الحريية، تأمل.

[١١٣٨٩] (قوله: مؤمنة بنبي) تفسير للكتابية لا تقيده، "ح" (٧).

[١١٣٩٠] (قوله: مُقَرَّرَةٍ بكتاب) في "النهر" (٨) عن "الزيلعي" (٩): ((واعلم أن من اعتقد
دينًا سماويًا وله كتاب مُنْزَلٌ كصُحُف إبراهيم وشيث وزبور داود فهو من أهل الكتاب،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٧/٣.

(٧) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/أ.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ١٦٧/١.

(٩) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٤/٥٤٣ - ٥٤٤.

على المذهب، "بحر" وفي "النهر": ((تجوزُ مناكحةُ المعتزلة؛ لأننا لا نكفرُ أحداً من أهل القبلة وإن وقعَ إلزاماً في المباحث)).....

فتجوزُ مناكحتهم وأكلُ ذبائحهم)).

[١١٣٩١] (قوله: على المذهب) أي: خلافاً لما في "المستصفى" من تقييدِ الحِلِّ بأن لا يَتَعَقِدُوا ذلك، ويُوافِقُهُ ما في "مبسوط شيخ الإسلام": ((يجبُ أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأنَّ عزيراً إله، ولا يتزوّجوا نساءهم، قيل: وعليه الفتوى، ولكن بالنظرِ إلى الدليلِ ينبغي أن يجوزَ الأكلُ والتزوُّجُ)) اهـ.

قال في "البحر"^(١): ((وحاصلهُ: أن المذهبَ الإطلاقي؛ لما ذكره "شمس الأئمة" في "المبسوط"^(٢): من أن ذبيحة النصراني حلالٌ مطلقاً، سواءً قال بثلاثٍ ثلاثة أو لا؛ لإطلاق الكتاب هنا والدليل، ورجحه في "فتح القدير"^(٣): بأن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم، مع أن مطلقَ لفظِ [١/٣٦ق/٣] الشُّركِ إذا ذُكِرَ في لسانِ الشرع لا ينصرفُ إلى أهلِ الكتاب وإن صحَّ لغةً في طائفةٍ أو طوائفٍ؛ لما عهدَ من إرادته به من عبدَ مع الله تعالى غيره ممن لا يدعى أتباعَ نبيٍّ وكتاب، إلى آخر ما ذكره)) اهـ.

[١١٣٩٢] (قوله: وفي "النهر"^(٤) إلخ) مأخوذٌ من الفتح^(٥) حيث قال: ((وأما المعتزلة

(قوله: وإن صحَّ لغةً في طائفةٍ أو طوائفٍ إلخ) عبارة "الفتح" - عقبَ قوله: أو طوائف -: ((وأطلق لفظَ الفعل - أعني: يُشْرِكُونَ - على فعلهم، كما أن من رأى بعَمَلِهِ من المسلمين فلم يعمل إلا لأجل زيدٍ يصحُّ في حقه مُشْرِكٌ لغةً، ولا يتبادرُ عند إطلاقِ الشَّارعِ لفظَ المُشْرِكِ إرادتهُ لِمَا عهدَ إلخ، تأمل)).

(قوله: مأخوذٌ من "الفتح"؛ حيث قال: وأما المعتزلة إلخ) وجعل "الرَّملي" في "حاشية المنح

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٠/٣ - ١١١.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح ٢١١/٤.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٥/٣ باختصار.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٧/١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٨/٣.

فمقتضى الوجه جِلُّ مَنَّاكَحِهِمْ؛ لأنَّ الحقَّ عدمُ تكفيرِ أهل القبلة وإن وَقَعَ إلزاماً في المباحث، بخلافِ مَنْ خَالَفَ القواطعَ المعلومةَ بالضرورةِ من الدين، مثل القائلِ بِقَدَمِ العالَمِ ونفي العِلْمِ بالجزئياتِ على ما صرَّحَ به المحققون. وأقول: وكذا القولُ بالإيجابِ بالذاتِ ونفي الاختيارِ)) اهـ.

وقوله: ((وإن وَقَعَ إلزاماً في المباحث)) معناه: وإن وَقَعَ التَّصريحُ بكفرِ المعتزلةِ ونحوهم عند البحثِ معهم في ردِّ مذهبِهِمْ بأنه كفرٌ، أي: يُلزَمُ من قولِهِمْ بكُفْرِهِمْ، ولا يقتضي ذلك كُفْرَهُمْ؛ لأنَّ لازمَ المذهبِ ليس بمذهبٍ، وأيضاً فإنَّهُمْ ما قالوا ذلك إلا لشبهةٍ دليلٍ شرعيٍّ على زعمِهِمْ وإنَّ أخطأوا فيه ولزِمَهُمُ الخنورُ، على أَنَّهُمْ ليسوا بأدنى حالاً من أهل الكتاب، بل هم مُقَرَّبُونَ بأشرفِ الكتب، ولعلَّ القائلِ بعدمِ جِلِّ مَنَّاكَحِهِمْ يَحْكُمُ بِرَدِّهِمْ بما اعتقدُوهُ، وهو بعيدٌ؛ لأنَّ ذلك أصلُ اعتقادِهِمْ، فإنَّ سَلْمَ أَنَّهُ كُفْرٌ لا يكونُ رَدَّةً، قال في "البحر"^(١): ((وينبغي أنْ مَنْ اعتقدَ منهياً يُكْفَرُ به إنْ كان قبلَ تقدُّمِ الاعتقادِ الصَّحيحِ فهو مُشْرِكٌ، وإنْ طرأ عليه فهو مُرتدٌّ)) اهـ.

وبهذا ظهرَ أنَّ الرافضيَّ إنْ كان ممن يَعتقِدُ الألوهيةَ في "علي"، أو أنَّ حبريلَ غَلِطَ في الوحي، أو كان يُنكِرُ صُحْبَةَ "الصِّدِّيقِ"، أو يَقْدِفُ السَّيِّدَةَ "الصِّدِّيقَةَ" فهو كافرٌ؛ لمخالفتِهِ القواطعَ المعلومةَ من الدين بالضرورةِ، بخلافِ ما إذا كان يُفضِّلُ "عليّاً" أو يَسُبُّ الصَّحابةَ فإنَّه مُبتدِعٌ

٢٨٩/٢

المعتزليُّ والرافضيُّ بمنزلةِ أهل الكتاب حيث قال: ((قوله: ((وصحَّ نكاحُ كتابيِّ)) أقول: يدخلُ في هذا الرافضةُ بأنواعها، والمعتزلةُ، فلا يجوزُ أن تتزوَّج المسلمةُ السُّننيةُ من الرافضيِّ؛ لأنها مسلمةٌ وهو كافرٌ، فدخل تحت قولهم: لا يصحُّ تزوُّجُ مسلمةٍ بكافرٍ)) اهـ.

وقال "الرُّسْتُغْنِي": ((لا تصحُّ المناكحةُ بين أهل السنة والاعتزال)) اهـ. فالرافضةُ مثلُهُمْ أو أقبَحُ، و"الرَّملي" جعلَهُمْ من قبيلِ أهل الكتاب؛ فيجوزُ نكاحُ نسائِهِمْ، ولا يُزوَّجون، ولعلَّه أعدلُ الأقوال؛ لأنَّه لا يُشكُّ في كُفْرِ الرافضةِ)) اهـ "سندي".

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الهرمات ١١٠/٣.

(لا) يصح نكاحُ (عابدةٍ كوكبٍ لا كتابَ لها) ولا وطؤها بمَلِكٍ يمينٍ.....

لا كافرٌ كما أوضحتهُ في كتابي "تنبيه الولاة والحكّام، على أحكام شاتمٍ خبير الأنام، أو أحدٍ أصحابه الكرام، عليه وعليهم الصلّاة والسّلام"^(١).

(تنبيه)

قيل: لا تجوزُ منّا كحةٌ من يقول: أنا مؤمنٌ إن شاء الله تعالى؛ لأنّه كافرٌ. قال في "البحر"^(٢): ((إنه محمولٌ على من يقولهُ شكّاً في إيمانه، والشافعيةُ لا يقولون [٣/٣٦٣/ب] بذلك، فتحوزُ المناكحةُ بيننا وبينهم بلا شبهةٍ)) اهـ.

وحقّق ذلك في "الفتح"^(٣): ((بأنّ الشافعيةُ يريدون به إيمانَ الموافقةِ كما صرّحوا به، وهو الذي يُقبضُ عليه العبدُ، وهو إخبارٌ عن نفسه بفعلٍ في المستقبل أو استصحابه إليه، فيتعلّق به قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَايٍءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٦٢﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ [الكهف- ٢٣]، غيرَ أنّه عندنا خلافُ الأولى؛ لأنّ تعويدَ النفس بالجزم في مثله ليصيرَ ملكةً خيريّةً من إدخالِ أداة التردّد في أنّه هل يكونُ مؤمناً عند الموافقةِ أو لا؟)) اهـ.

[١١٣٩٣] (قوله: لا عابدةٍ كوكبٍ لا كتابَ لها) هذا معنى الصّابغةِ المذكورةِ في المتن على أحدِ التفسيرين فيها، قال في "الهداية"^(٤): ((ويجوزُ تزوّجُ الصّابغاتِ إن كانوا يؤمنون بدينِ نبيٍّ ويُقرّون بكتابٍ؛ لأنهم من أهلِ الكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكبَ ولا كتابَ لهم لم تجزُ منّا كحتهم؛ لأنهم مشرّكون، والخلافُ المنقولُ فيه محمولٌ على اشتباهِ مذهبهم، فكلُّ أحابٍ على ما وقّع عنده، وعلى هذا حالٌ ذبيحتهم)) اهـ. أي: الخلافُ بين "الإمام" القاتلِ بالحِلِّ - بناءً على تفسيره بأنّ لهم كتاباً ولكنهم يُعظّمون الكواكبَ كتعظيمِ المسلم الكعبة - وبين صاحبيه القائلينِ بعدمِ الحِلِّ بناءً على أنّهم يعبدون الكواكبَ.

(١) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٣١٤/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٠/٣ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٧/٣ - ١٣٨ باختصار.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٣/١.

(والمجوسية والوثنية) هذا ساقطٌ من نسخ الشرح ثابتٌ في نسخ المتن، وهو عطفٌ على ((عبادة كوكب))، وقوله: (والمحرمة) بحج أو عمرة.....

قال في "الفتح" ^(١): ((فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم))، قال في "البحر" ^(٢): ((وظاهر الهداية" ^(٣): أن منع منّا كحتهم مقيّد بقيدتين: عبادة الكواكب وعدم الكتاب، فلو كانوا يعبثون الكواكب ولهم كتاب تجوز منّا كحتهم، وهو قول بعض المشايخ، زعموا أن عبادة الكواكب لا تُخرجهم عن كونهم أهل كتاب، والصحيح أنهم إن كانوا يعبثونها حقيقة فليسوا أهل كتاب، وإن كانوا يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة ^(٤) فهم أهل كتاب، كنا في "المجتهى" اهـ.

فعلى هذا فقول "المصنف": ((لا كتاب لها)) لا مفهوم له، لكن ما مر ^(٥) من جيل النصرانية وإن اعتقدت المسيح لها يؤيد قول بعض المشايخ كما أفاده في "النهر" ^(٦).

[١١٣٩٤] (قوله: والمجوسية) نسبة إلى مجوس، وهم عبدة النار، وعدم جواز نكاحهم - ولو بملك يمين - مجمع عليه عند الأئمة الأربعة خلافاً لـ "داود"، بناءً على أنه [١/٣٧ق/٣] كان لهم كتاب ورفيع، وتماّمه في "الفتح" ^(٧).

[١١٣٩٥] (قوله: هذا ساقطٌ إلخ) فيه اعتذارٌ عن تكرار الوثنية ودفع إبهام العطف في ((المحرمة)).

(قوله: نسبة إلى مجوس إلخ) هذا باعتبار العرف، وإلا فالذي في "القاموس": ((مجوس: رجلٌ صغير الأذنين، وضع ديناً ودعاً إليه)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٨/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٣/١.

(٤) في "٣": ((الكعبة)).

(٥) المقولة [١١٣٩١] قوله: ((على المذهب)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق/١٦٧/أ.

(٧) انظر "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٦-١٣٧/٣.

(ولو بِمُحْرِمٍ) عطفٌ على ((كتابيَّة))، فتنبّه (والأمة ولو) كانت (كتابيَّة أو مع طول الحرّة^(١)) الأصل عندنا أن كلَّ وطءٍ يَحِلُّ بِمِلْكٍ يَمِينٍ يَحِلُّ بِنِكَاحٍ، وما لا فلا (وإن كره) تحريماً في المحرمة وتنزيهاً في الأمة (وحرّة على أمة.....)

[١١٣٩٦] (قوله: ولو بِمُحْرِمٍ) المناسب: لمُحْرِمٍ باللام؛ لأنَّ النِكَاحَ المقدَّرَ في المعطوفِ عليه لا يتعدَّى بالباء، إلا أن يُدْعَى تَضَمُّنُهُ معنى التَّزْوِجِ، فإنه يتعدَّى بالباءِ في لغةٍ قليلةٍ.

[١١٣٩٧] (قوله: أو مع طول الحرّة) أي: مع القدرة على مهرها ونفقتها، وهو بالفتح في الأصل: الفضل، ويُعدَّى بـ: على وإلى، فطول الحرّة مُتَّسِعٌ فيه بِحَذْفِ الصَّلَةِ ثمَّ الإضافة إلى المفعولِ على ما أشارَ إليه "المطرزي"^(٢)، "قهستاني"^(٣).

[١١٣٩٨] (قوله: الأصل الخ) قد يُناقشُ فيه بالأمة المملوكة بعد الحرّة، فإنه يجوزُ وطؤها ملكاً، ولا يجوزُ أن يَنكِحَ الأمةَ على الحرّة، "ط"^(٤).

[١١٣٩٩] (قوله: تحريماً في المحرمة وتنزيهاً في الأمة) أمّا الثاني فهو ما استظهره في "البحر"^(٥) من كلام "البدائع"^(٦)، ومثله في "القهستاني"^(٧)، وأيده بقول "المبسوط"^(٨): ((والأولى أن لا يفعل)).

(قوله: قد يُناقشُ فيه بالأمة المملوكة الخ) قد يُجابُ عنه: بأنَّ كلامنا إنما هو فيمن يتزوَّجُ بها منفردةً، وهناك إنما نهى عن الجَمْعِ بين المعقودتين اهـ "سندي".

(١) في "د" زيادة: ((قوله: مع طول الحرّة، قال في "القاموس": والطول والطائل: الفضل والقدرة والغنى والسعة)). ق ١٥٣/ب.

(٢) "المغرب": مادة ((طول)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/٢٧٥.

(٤) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢/٢٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٢.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: ومنها أن لا تكون المرأة مشركة إذا كان الرجل مسلماً ٢/٢٧٠.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/٢٧٥.

(٨) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الإماء والعبيد ٥/١٠٨.

وأما الأول فهو ما فهمه في "النهر"^(١) من كلام "الفتح"^(٢)، وهو فهم في غير محله، فإنه في "الفتح" ذكر دليل المسألة لنا، وهو ما أخرجه "السنّة" عن "ابن عباس": «تزوج رسول الله ﷺ "ميمونة" وهو مُحْرِمٌ، وبنى بها وهو حلال"^(٣)»، وذكر دليل الأئمة الثلاثة، وهو ما أخرجه "الجماعة" إلا "البخاري" من قوله ﷺ: «لا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ»^(٤)، أي: بفتح الياء في الأول وضمها في الثاني مع كسر الكاف، ومن فتحها في الثاني فقد صحف، "بجر"^(٥). زاد "مسلم"^(٦): «ولا يَخْطُبُ»، ثم أجاب بتزجيج الأول من وجوه، ثم أجاب على تسليم التعارض ب: ((حمل الثاني إما على نهى التحريم والنكاح فيه للوطء، أو على نهى الكراهية جمعاً بين الدلائل، وذلك لأنّ المحرم في شغلٍ عن مباشرة عقود الأنكحة؛

(١) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق/١٦٧/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ١٣٩/٣.

(٣) أخرجه البخاري (٥١١٤) كتاب النكاح - باب نكاح المحرم، ومسلم (١٤١٠) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، وأبو داود (١٨٤٤) كتاب الحج - باب في المحرم يتزوج، والترمذي (٨٤٤) كتاب الحج - باب ما جاء في الرخصة في ذلك، والنسائي ١٩١/٥ كتاب المناسك - باب الرخصة في النكاح للمحرم، وابن ماجه (١٩٦٥) كتاب النكاح - باب المحرم يتزوج، وأحمد ٢٢١/١، وابن حبان (٤١٣٣). كلهم من حديث ابن عباس:

(٤) أخرجه أحمد ٥٧/١، ومالك في "الموطأ" ٢٨٣/١، ومسلم (١٤٠٩) (٤١) - كتاب النكاح - باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، وأبو داود (١٨٤١) و(١٨٤٢) كتاب المناسك - باب المحرم يتزوج، والترمذي (٨٤٠) كتاب الحج - باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ١٩٢/٥ كتاب المناسك - باب النهي في النكاح للمحرم، وابن ماجه (١٩٦٦) كتاب النكاح - باب المحرم يتزوج، والبارمي ٤٦٦/١ (١٧٦٧) كتاب المناسك - باب في تزويج المحرم، وابن حبان (٤١٢٦) و(٤١٢٧) و(٤١٢٨) كتاب النكاح - باب حرمة المناكحة، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٦٨/٢ كتاب مناسك الحج - باب نكاح المحرم، كلهم من حديث عثمان بن عفان ؓ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ١١٢/٣ بتصرف.

(٦) في "صحيحه" (١٤٠٩). كتاب النكاح - باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته من حديث عثمان بن عفان ؓ.

(لا) يصحُّ (عكسُهُ).....

لأنَّ ذلك يُوجِبُ شُغْلَ قَلْبِهِ عن إحصانِ العبادَةِ؛ لِما فيه من حِطْبَةٍ ومُراوِداتٍ ودَعْوَةٍ واجتماعاتٍ، ويتضمَّنُ تَنبِيهَ النَّفْسِ لطلبِ الجِماعِ، وهذا مَحْمَلُ قولِهِ: «ولا يَحْطِبُ»، ولا يَلزَمُ كونهُ ﷺ بِاشْرَءِ المَكْرُوءِ؛ لأنَّ المعنى المنوطُ بِهِ الكراهَةُ هو عليه الصَّلَاةُ والسَّلَامُ مُنْتَزَعٌ عنه، ولا بُعْدُ في اختلافِ حكمٍ في حقِّنا وحقِّه لِاختلافِ المناطِ فينا وفيه كالوِصالِ، نهانا عنه [ب/٣٧ق/٣] وفعلُهُ)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّ «(لا يَنْكحُ)» إنَّ كان المرادُ بِهِ الوطءَ فالنَّهْيُ لِلتَّحْرِيمِ - وهذا قطعيٌّ لا شبهةَ فيه - أو العَقْدَ فالنَّهْيُ لِلْكَراهِيَةِ^(١)، وما ذَكَرَهُ من الوجهِ لا يقتضي كراهَةَ التَّحْرِيمِ، وإلَّا حَرَّمَ تِجارَةَ المُحَرَّمِ في الإماءِ، فإنَّ فيه أيضاً شُغْلَ القلبِ وتَنبِيهَ النَّفْسِ للجِماعِ، ويُؤيِّدُهُ قولُهُ: ((وهذا مَحْمَلُ قولِهِ: «(ولا يَحْطِبُ)»))، على أَنَّهُ قد صرَّحَ في "شرح درر البحار"^(٢): ((بأنَّ النَّهْيَ لِلتَّنْزِيهِ))، وقولُ "الكنز"^(٣): ((وَحَلَّ تَزْوِجِ الكُتائِبِ والصابِئَةِ والمُحْرِمَةِ)) صريحٌ في ذلك، فإنَّ المَكْرُوءَ تحريمًا لا يحِلُّ، فافهم.

٢٩٠/٧

[١١٤٠٠] (قولُهُ: لا يَصِحُّ عكسُهُ) أي: ولا جَمَعُهُما في عَقْدٍ واحدٍ، بل يَصِحُّ في الجَمْعِ نِكاحُ الحُرَّةِ لا الأُمَّةِ كما صرَّحَ بِهِ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٤) وغيرُهُ، وما في "الأشْباهِ"^(٥) في قاعِدَةٍ: إذا اجتمعَ الحلالُ والحرامُ: ((من أَنَّهُ يَبْطُلُ فيهِما)) سَبَقُ قَلَمِ. هذا، وحرمةُ إدخالِ الأُمَّةِ على الحُرَّةِ إذا كان نِكاحُ الحُرَّةِ صحيحًا، فلو دَخَلَ بِالْحُرَّةِ بِنِكاحِ فاسِدٍ لا يُمنَعُ نِكاحُ الأُمَّةِ، "شُرْئِلائيَّة"^(٦).

(١) في "٣": ((للكراهة)).

(٢) "غرر الأذكار شرح درر البحار": كتاب النكاح - ذكر المحرمات ق ١٩٣/١.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/١٤٢.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢/١١٢.

(٥) "الأشباهِ والنظائر": النوع الثاني من القواعد - القاعدة الثالثة إذا اجتمع الحلال والحرام ص ١٢٦ -.

(٦) "الشُرْئِلائيَّة": كتاب النكاح ١/٣٣٢ (هامش "الدرر والغرر").

ولو أمٌ وليدٍ (في عِدَّةِ حُرَّةٍ) ولو من بائني (وصَحَّ لو راجعها) أي: الأمة (على حُرَّةٍ^(١)) لبقاء الملك.

(ولو تزوجَ أربعاً من الإمامِ وخمساً من الحرائرِ في عقلي) واحدٍ (صَحَّ نكاحُ الإمامِ) لبطلانِ الخمسِ.....

(فرغ)

تزوجَ أمةً بلا إذنِ مولاها، ولم يدخلْ حتى تزوجَ حُرَّةً، ثم أجازَ المولى لم يعجز؛ لأنَّ الحِلَّ إنما يثبتُ عند الإجازة، فكانت في حكم الإنشاء، فيصيرُ متزوجاً أمةً على حُرَّةٍ، ولو تزوجَ ابنتها الحُرَّةَ قبل الإجازة جاز؛ لأنَّ النكاحَ الموقوفَ عدمً في حقِّ الحِلِّ، فلا يمنعُ نكاحَ غيرها، "بحر"^(٢) عن "المحيط" ملخصاً.

[١١٤٠١] (قوله: ولو أمٌ وليدٍ) شِعْلُ المَدْبِرَةِ والمَكاتِبَةِ كما في "البحر"^(٣).

[١١٤٠٢] (قوله: في عِدَّةِ حُرَّةٍ) من مدخولِ المبالغة، أي: ولو في عِدَّةِ حُرَّةٍ.

[١١٤٠٣] (قوله: ولو من بائني) أشار به إلى خلافِ قولهما بجوازِهِ، وأنفقوا على المنع

في الرَّجعيِّ.

[١١٤٠٤] (قوله: لبقاء الملك) أي: ملكِ نكاحِ الأمةِ لأنها لم تخرجْ بالطلاقِ الرَّجعيِّ

عن النكاحِ، فالحُرَّةُ هي الدَّاخِلَةُ على الأمةِ.

[١١٤٠٥] (قوله: في عقدي واحدٍ) أي: على التسعِ، "ح"^(٤).

[١١٤٠٦] (قوله: لبطلانِ الخمسِ) مُفادُهُ أَنَّهُ لو كانت الحرائرُ أربعاً صَحَّ فيهنَّ وبطلَ

(قوله: شِعْلُ الخ) أي: لفظِ الأمةِ.

(١) في "و": ((حرمة))، وهو خطأ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٢/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/أ بتصرف.

(و) صَحَّ (نِكَاحُ أَرْبَعٍ مِنَ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ فَقَطْ لِلْحُرِّ) لَا أَكْثَرَ (وَلَهُ التَّسْرِيُّ بِمَا شَاءَ مِنَ الْإِمَاءِ) فَلَوْ لَهُ أَرْبَعٌ وَأَلْفُ سُرِّيَّةٍ، وَأَرَادَ شِرَاءَ أُخْرَى فَلَامَهُ رَجُلٌ خَيْفَ عَلَيْهِ الْكُفْرُ، وَلَوْ أَرَادَ التَّسْرِيَّ^(١) فَقَالَتْ امْرَأَتُهُ: أَقْتُلْ نَفْسِي لَا يَمْتَنِعُ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوعٌ، لَكِنْ لَوْ تَرَكَ لثَلَا يَغْمَهَا يُوجِرُ؛.....

في الإمام كما في جمع الحرّة مع الأمة بعقد واحد، يوضحه ما نقله "الرحماني" عن "كافي الحاكم": ((أَنَّ أَسْلَ ذَلِكَ أَنَّهُ يُنظَرُ فِي نِكَاحِ الْحَرَائِرِ، فَإِنْ كَانَ جَائِزاً لَوْ كُنَّ وَحَدَهْنَ أَجَزَّتُهُ وَأَبْطَلَتْ نِكَاحَ الْإِمَاءِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ جَائِزٍ أَبْطَلَتْهُ وَأَجَزَّتْ نِكَاحَ الْإِمَاءِ إِنْ كَانَ يَجُوزُ لَوْ كُنَّ وَحَدَهْنَ)) اهـ.

قلت: ويستفاد منه ما لو [٣/٣٨٤ق/١] كان جملة الحرائر والإماء لم تزد على أربع فإنه يجوز في الحرائر فقط، وهو صريح ما ذكرناه^(٢) آنفاً عند قوله: ((لَا يَصِحُّ عَكْسُهُ)).

[١١٤٠٧] (قوله: سُرِّيَّةٌ) نسبة إلى السرى وهو النكاح - والتزم ضم السين كضم الدال في دهرية نسبة إلى الدهر - أو إلى السرور لحصوله بها، "ط"^(٣).

[١١٤٠٨] (قوله: خَيْفَ عَلَيْهِ الْكُفْرُ) لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون - ٦]، "بزازية"^(٤). ومقتضاه أن مثله لو لامه على التزوج على امرأته، وما فرّق به في "البحر"^(٥): ((من أن في الجمع بين الحرائر مشقة بسبب وجوب العدل بينهما بخلاف الجمع بين السرايري، فإنه لا قسم بينهما)) مما لا أثر له مع النص،

(١) ((التسري)) ساقطة من "ب" و "و" و "ط".

(٢) المقولة [١١٤٠٠] قوله: ((لَا يَصِحُّ عَكْسُهُ)).

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(٤) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في المحظر والإباحة ١٥٥/٤ باحتصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

لحديث: «مَنْ رَقَّ لِأُمِّي رَقًّا لَهِ»، "بِرَازِيَّة" (١). (وَنَصَّفَهَا لِلْعَبْدِ) وَلَوْ مُدْبِرًا....

"نهر" (٢)، أي: لِأَنَّ النَّصَّ نَفَى اللُّؤْمَ عَنِ الْجَهْتَيْنِ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ الْمُبَادَرَ مِنَ اللُّؤْمِ عَلَى التَّسْرِيِّ هُوَ اللُّؤْمُ عَلَى أَصْلِ الْفِعْلِ بِخِلَافِ اللُّؤْمِ عَلَى تَزْوُجٍ أُخْرَى، فَإِنَّ الْمُبَادَرَ مِنْهُ اللُّؤْمُ عَلَى مَا يَلْحَقُهُ مِنْ خَوْفِ الْجَوْزِ لَا عَلَى أَصْلِ الْفِعْلِ، فَيَكُونُ عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء- ٣]، فَهَذَا وَجْهٌ مَا فَرَّقَ بِهِ فِي "البحر" (٣) أَخْذًا مِنْ تَنْصِيصِهِمْ عَلَى اللُّؤْمِ عَلَى التَّسْرِيِّ فَقَطْ.

والتَّحْقِيقُ: أَنَّهُ إِنْ أَرَادَ اللُّؤْمُ عَلَى أَصْلِ الْفِعْلِ بِمَعْنَى: أَنْكَ فَعَلْتَ أَمْرًا قَبِيحًا فَهُوَ كَافِرٌ فِي الْمَوْضِعَيْنِ، وَإِنْ كَانَ بِمَعْنَى: أَنْكَ فَعَلْتَ مَا تَرَكْتَهُ لَكَ أَوْ لِمَا يَلْحَقُكَ مِنَ التَّعَبِ فِي النَّفْقَةِ، وَكَثْرَةِ الْعِيَالِ، وَإِضْرَارِ الزَّوْجَةِ بِالتَّسْرِيِّ أَوْ بِالتَّزْوُجِ عَلَيْهَا وَنَحْوِ ذَلِكَ فَلَا كُفْرَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُلَاحِظْ شَيْئًا مِنَ الْمَعْنَيْنِ فَلَا كُفْرَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ أَيْضًا، لَكِنْ قَالُوا: يُخَشَى عَلَيْهِ الْكُفْرُ فِي الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْمُبَادَرَ مِنْهُ اللُّؤْمُ عَلَى أَصْلِ الْفِعْلِ دُونَ الثَّانِي لِتَبَادُرِ خِلَافِهِ كَمَا قَلْنَا، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ، فَافْهَمْ.

[١١٤٠٩] (قَوْلُهُ: لِحَدِيثِ: «مَنْ رَقَّ لِأُمِّي» (٤)) أَي: رَجِمَهَا «رَقًّا لَهِ»، أَي: أَنَابَهُ وَأَحْسَنَ إِلَيْهِ، "ط" (٥).

[١١٤١٠] (قَوْلُهُ: وَلَوْ مُدْبِرًا) مِثْلُهُ الْمَكَاتِبُ وَإِبْنُ أُمِّ الْوَلَدِ الَّذِي مِنْ غَيْرِ مَوْلَاهَا كَمَا فِي "الغاية"، "ط" (٦).

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في الحظر والإباحة ١٥٥/٤ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية") وفيها: «(مَنْ رَقَّ لِأُمِّي رَقًّا لَهِ)».

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١/١٦٨..

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

(٤) أخرجه القضاعي في "مسنده" ٢٤١/١، وابن أبي الدنيا في "ذم الغضب" كما في "الكنز" (٥٤١٠) كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها، وأخرجه أحمد ٦٢/٦ - ٢٦٠، وإسحاق بن راهويه في "مسنده" ٥٣٧/٢، والطبراني في "مسند الشاميين" ١٦٠-١٦١/٢ بلفظ: «اللهم من رفق بأمي فافرق به، ومن شق على أمي فشق عليه».

(٥) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(وَيَمْتَنِعُ عَلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ) فَلَا يَجِلُّ لَهُ التَّسْرِيُّ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الطَّلَاقَ.
 (و) صَحَّ نِكَاحُ (حُبْلَى مِنْ زَنًا لَا) حُبْلَى (مِنْ غَيْرِهِ) أَي: الزَّانَا؛ لِثُبُوتِ نَسَبِهِ
 وَلَوْ مِنْ حَرْبِيٍّ أَوْ سَيِّدِهَا.....

[١١٤١١] (قَوْلُهُ: وَيَمْتَنِعُ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْعَبْدِ وَلَوْ مُكَاتَبًا كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١).

[١١٤١٢] (قَوْلُهُ: أَصْلًا) أَي: وَإِنْ أُذِنَ لَهُ بِهِ الْمَوْلَى.

[١١٤١٣] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ) أَي: فِي هَذَا الْبَابِ ((إِلَّا الطَّلَاقُ))، فَلَا يُنَافِي أَنَّهُ يَمْلِكُ

غَيْرَهُ كَالْإِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ وَنَحْوِهِ.

[١١٤١٤] (قَوْلُهُ: وَصَحَّ نِكَاحُ حُبْلَى مِنْ زَنًا) أَي: عِنْدَهُمَا، وَقَالَ "أَبُو يُوسُفَ": لَا يَصَحُّ

وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا [٣/٣٨٤ب] كَمَا فِي "الْقَهْطَسْتَانِي"^(٢) عَنْ "الْحَيْطِ"، وَذَكَرَ "التَّمْرَتَاشِي":

((أَنَّهَا لَا نَفَقَةَ لَهَا))، وَقِيلَ: لَهَا ذَلِكَ، وَالْأَوَّلُ أَرْجَحُ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْوِطْءِ مِنْ جِهَتِهَا بِخِلَافِ

الْحَيْضِ؛ لِأَنَّهُ سَمَآوِيٌّ، "بِحَرْ" ^(٣) عَنْ "الْفَتْحِ"^(٤).

[١١٤١٥] (قَوْلُهُ: لَا حُبْلَى مِنْ غَيْرِهِ إلخ) شَمِلَ الْحُبْلَى مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَوْ فَاسِدٍ، أَوْ

وِطْءٍ شَبَهَةٍ، أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ، وَمَا لَوْ كَانَ الْحَمْلُ^(٥) مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ حَرْبِيٍّ.

[١١٤١٦] (قَوْلُهُ: لِثُبُوتِ نَسَبِهِ) فَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَنِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ لَا يَصَحُّ، "ط"^(٦).

[١١٤١٧] (قَوْلُهُ: وَلَوْ مِنْ حَرْبِيٍّ) كَالْمُهَاجِرَةِ وَالْمَسِيئَةِ، وَعَنْ "أَبِي حَنِيفَةَ": أَنَّهُ يَصَحُّ

وَصَحَّحَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٧) الْمَنْعَ، وَهُوَ الْمَعْتَمِدُ، وَفِي "الْفَتْحِ"^(٨): ((أَنَّهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ))، "بِحَرْ"^(٩).

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٥/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٢/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٤٥/٣.

(٥) في "م": ((الحبل))، وفي "ب": ((الحل)) وهو خطأ.

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٣/٢.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٢.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٤٦/٣.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٤/٣ بتصرف.

المُقَرَّبُ به (وإن حُرِّمَ وطؤها) ودواعيه (حتى تَضَع).....

[١١٤١٨] (قوله: المُقَرَّبُ به) بكسر القاف، أشار به إلى أن ما في "الهداية"^(١) من قوله: ((ولو زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ)) محمولٌ على ما إذا أقرَّ به لقوله: ((وهي حاملٌ منه))، قال في "النهر"^(٢): ((قال في "التوشيح": فعلى هذا ينبغي أنه لو زَوَّجَهَا بعد العِلْمِ قبل اعترافه به أنه يجوزُ النِّكَاحُ، ويكونُ نَفِيًّا.

أقول: ومن هنا قد علمت أنه لو زَوَّجَ غيرَ أُمَّ وَلَدِهِ وهي حاملٌ يجوزُ؛ لأنه كان نَفِيًّا فيما لا يَتَوَقَّفُ على الدَّعْوَى، ففيما يَتَوَقَّفُ عليها أُولَى)) اهـ.

٢٩١/٢

[١١٤١٩] (قوله: ودواعيه) قال في "البحر"^(٣): ((وحكمُ الدَّوَاعِي على قولهما كالوطء كما في "النهاية")) اهـ.

قال "ح"^(٤): ((والذي في نفقات "البحر"^(٥) جوازُ الدَّوَاعِي، فليُحَرَّرْ)) اهـ.
قلت: والذي في النَّفَقَات: ((أنَّ زَوْجَةَ الصَّغِيرِ لو أَنْفَقَ عَلَيْهَا أَبُوهُ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَاعْتَرَفَتْ أَنَّهَا حَبْلِي مِنَ الزَّوْنِ لَا تَرُدُّ شَيْئًا مِنَ النَّفَقَةِ؛ لِأَنَّ الْحَبْلَ مِنَ الزَّوْنِ إِنْ مَنَعَ الْوَطْءَ لَا يَمْنَعُ مِنْ دَوَاعِيهِ)) اهـ.
فيمكنُ الفَرَقُ بأنَّ ما هنا فيمن كانت حبلِي مِنَ الزَّوْنِ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، وما في النَّفَقَاتِ فِي الزَّوْجَةِ

(قوله: فيمكنُ الفَرَقُ بأنَّ ما هنا فيمن كانت حبلِي مِنَ الزَّوْنِ إلخ) ما ذَكَرَهُ مِنَ الفَرَقِ ثَمَّا لَا أَتَرَهُ؛ إِذِ الزَّوْجِيَّةُ مُتَحَقِّقَةٌ عِنْدَ فِعْلِ الدَّوَاعِي فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، فَلَعَلَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَابِئِينَ، وَأَيْضًا قَوْلُهُ فِي النَّفَقَاتِ: ((لِأَنَّ الْحَبْلَ الْإِلْحَ)) قَضِيَّةٌ عَامَّةٌ تَشْمَلُهُمَا وَإِنْ كَانَتْ مَسْؤُوقَةٌ تَعْلِيلًا لِمَسْأَلَةٍ مَا إِذَا حَبَلَتِ الزَّوْجَةُ عَلَى مَا فَهَمَهُ، وَمَا ذَكَرُوهُ لِحُرْمَةِ الْوَطْءِ مِنَ الدَّلِيلِ لَا يَدُلُّ عَلَى حُرْمَةِ الدَّوَاعِي، فَلَعَلَّ الْمُعْتَمِدَ مَا فِي النَّفَقَاتِ، ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "الفتح" مَا يَدُلُّ عَلَى تَحَقُّقِ الْخِلَافِ فِي نَفْسِ الْوَطْءِ فَتَكُونُ الدَّوَاعِي كَذَلِكَ بِالْأُولَى؛ حَيْثُ قَالَ: ((وَكَمَا لَا يُبَاحُ وَطْؤُهَا لِاتِّبَاحِ دَوَاعِيهِ، وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِوَطْئِهَا)).

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١/١٩٥.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١/١٦٨.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٤.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١/١٥٧.

(٥) "البحر": كتاب الطلاق - باب النفقة ٤/١٩٦.

مُتَّصِلٌ بِالمَسْأَلَةِ الْأُولَى؛ لِثَلَا يَسْقِي مَآؤُهُ زَرْعَ غَيْرِهِ؛ إِذِ الشَّعْرُ يَنْبُتُ مِنْهُ.

(فروع) لو نكحها الزاني حلَّ له وطؤها.....

إِذَا حَمَلَتْ^(١) مِنَ الزَّانِ، فَتَأْمَلُ. وَلَا يُمْكِنُ الْجَوَابُ بِأَنَّ مَا فِي النِّفَقَاتِ عَلَى قَوْلِ "الإمام" بِدَلِيلِ قَوْلِ "البحر"^(٢) هُنَا: ((عَلَى قَوْلِهِمَا))؛ لِأَنَّ الضَّمِيرَ فِي ((قَوْلِهِمَا)) يَعُودُ إِلَى "أَبِي حَنِيفَةَ" وَ"مُحَمَّدٍ" الْقَائِلَيْنِ بِصِحَّةِ النُّكَاحِ، وَأَمَّا "أَبُو يُونُسَ" فَلَا يَقُولُ بِصِحَّتِهِ مِنْ أَصْلِهِ، فَافْهَمُ.

[١١٤٢٠] (قَوْلُهُ: مُتَّصِلٌ بِالمَسْأَلَةِ الْأُولَى) الضَّمِيرُ فِي ((مُتَّصِلٌ)) عَائِدٌ عَلَى قَوْلِ "المُصَنِّفِ": ((وَإِنْ حَرَّمَ وَطُوعَهَا حَتَّى تَضَعَ))، فَافْهَمُ.

[١١٤٢١] (قَوْلُهُ: إِذِ الشَّعْرُ يَنْبُتُ مِنْهُ) المرادُ ازديادُ نباتِ الشَّعْرِ لَا أَصْلُ نَبَاتِهِ، وَلِذَا قَالَ فِي "التَّبْيِينِ"^(٣) وَ"الكافي"^(٤): ((لَأَنَّ بِهِ يَزْدَادُ سَمْعُهُ وَبَصَرُهُ جِدَّةً كَمَا جَاءَ فِي الخَيْرِ)) اهـ.

وهذه حكمته، وإلا فالمرادُ المنعُ مِنَ الوطءِ؛ لِمَا فِي "الفتح"^(٥): ((قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: [٣/٣٩ق/٣]: «لَا يَجِلُّ لِمَرِيءٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَآؤُهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»))، يَعْنِي: إِتْيَانَ الحَبَالِي، رَوَاهُ "أَبُو دَاوُدَ" وَ"الترمذي"، وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٦))) اهـ "شُرْبُ النَّبَلِيَّةِ"^(٧).

(١) فِي "ب" وَ"م": ((حَمَلَتْ)).

(٢) "البحر": كِتَابُ النُّكَاحِ - فَصَلٌ فِي المَحْرَمَاتِ ١١٤/٣.

(٣) "تَبْيِينُ الحَقَائِقِ": كِتَابُ النُّكَاحِ - فَصَلٌ فِي المَحْرَمَاتِ ١١٣/٢.

(٤) "كافي النسفي": كِتَابُ النُّكَاحِ - فَصَلٌ فِي المَحْرَمَاتِ ق ١٠٥/١.

(٥) "الفتح": كِتَابُ النُّكَاحِ - فَصَلٌ فِي المَحْرَمَاتِ ١٤٦/٣.

(٦) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢١٥٨) كِتَابُ النُّكَاحِ - بَابُ وَطْءِ السَّبَايَا، وَالتِّرْمِذِيُّ (١١٣١) كِتَابُ النُّكَاحِ - بَابُ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الجَارِيَةَ وَهِيَ حَامِلٌ، وَأَخْرَجَهُ أَحْمَدُ ١٠٨/٤، وَالتَّطْبِيعَاتِي فِي "الكَبِيرِ" ٢٦٦-٢٨، وَفِي "الأَوْسَطِ" (٣٢١٥)، وَالبَيْهَقِيُّ فِي "السَّنَنِ الكَبِيرِ" ١٢٤/٩ كِتَابُ السَّبَرِ - بَابُ المَرَأَةِ تَسْبِيءُ مَعَ زَوْجِهَا، وَابْنُ الجَارُودِ فِي "الْمُنْتَقَى" ١٨٢/١، وَابْنُ عَبْدِ المَرِّ فِي "التَّمْهِيدِ" ١٤٢/٣-١٤٣، وَ٢٧٩/١٨، كُلُّهُمُ مِنْ حَدِيثِ رُوَيْفِعِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَفِي البَابِ عَنِ أَبِي الدَّرْدَاءِ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَالعَرَبَاؤُوسِ بْنِ سَارِيَةَ، وَأَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٧) "الشَّرْبُ النَّبَلِيَّةِ": كِتَابُ النُّكَاحِ ٣٣٢/١ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالعَرَرِ").

اتِّفَاقًا، وَالْوَلَدُ لَهُ، وَزَلِمَهُ النِّفْقَةُ، وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ أَوْ أُمَّ وَلَدِهِ الْحَامِلَ بَعْدَ عِلْمِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ بِهِ حَازَ، وَكَانَ نَفِيًّا دَلَالَةً، "نهر"^(١) عَنِ "التَّوَشِيحِ".
(و) صَحَّ نِكَاحُ (المَطْوِوءَةِ بِمَلِكِ) عَمِينَ، وَلَا يَسْتَبْرِئُهَا زَوْجُهَا.....

[١١٤٢٧] (قَوْلُهُ: اتِّفَاقًا) أَي: مِنْهُمَا وَمِنْ "أَبِي يُوسُفَ"، فَالْخِلَافُ السَّابِقُ فِي غَيْرِ الزَّانِي كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(٢) وَغَيْرِهِ.

[١١٤٢٣] (قَوْلُهُ: وَالْوَلَدُ لَهُ) أَي: إِنْ جَاءَتْ بَعْدَ النِّكَاحِ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، "مَخْتَارَاتِ النَّوَازِلِ"^(٣). فَلَوْ لَأَقْلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَلَا يَرِثُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: هَذَا الْوَلَدُ مِنِّي، وَلَا يَقُولَ: مِنَ الزَّوْنِ، "حَاطِيَّة"^(٤).

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ هَذَا مِنْ حَيْثُ الْقَضَاءُ، أَمَا مِنْ حَيْثُ الدِّيَانَةُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَطَعَ نَسَبَهُ مِنْهُ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ اسْتِلْحَاقُهُ بِهِ، وَلِذَا لَوْ صَرَخَ بِأَنَّهُ مِنَ الزَّوْنِ لَا يَثْبُتُ قَضَاءُ أَيْضًا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَوْ لَمْ يُصْرَحْ؛ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ بِعَقْدٍ سَابِقٍ أَوْ بِشِبْهِهِ حَمَلًا لِحَالِ الْمُسْلِمِ عَلَى الصَّلَاحِ، وَكَذَا ثَبُوتُهُ مُطْلَقًا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ النِّكَاحِ؛ لِاحْتِمَالِ عُلُوقِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَأَنْ مَا قَبْلَ الْعَقْدِ كَانَ اتِّفَاقًا لَا حَمَلًا، وَيُحْتَاطُ^(٥) فِي إِثْبَاتِ النَّسَبِ مَا امْكُنَ.

مطلب فيما لو زوّج المولى أُمَّتَهُ

[١١٤٢٤] (قَوْلُهُ: وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ لِح) هَذَا مَحْتَرَزُ قَوْلِهِ: ((المُقِرُّ بِهِ)) كَمَا أَوْضَحْنَاهُ قَبْلُ.

[١١٤٢٥] (قَوْلُهُ: وَلَا يَسْتَبْرِئُهَا زَوْجُهَا) أَي: لَا اسْتِحْبَابًا وَلَا وَجُوبًا عِنْدَهُمَا، وَقَالَ "مُحَمَّدٌ": لَا أَحِبُّ أَنْ يَطَّأَهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا؛ لِأَنَّهُ احْتِمَالُ الشُّغْلِ بِمَاءِ الْمَوْلَى، فَوَجِبَ التَّنْزُهُ

(١) "النهر": كتاب النكاح - فصل في الهرمات ق ١٦٨/١ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الهرمات ١٤٦/٣.

(٣) "مختارات النوازل": كتاب النكاح - فصل: رجل زنى بامرأة فحبلت منه ق ٥١/١.

(٤) "الحاوية": كتاب النكاح - باب في الهرمات ٣٧١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في "٣": ((ويحْتَاط)).

كما في الشراء، "هداية"^(١). وقال أبو الليث: ((قوله أقرب إلى الاحتياط، وبه نأخذ))، "بناية"^(٢). ووفق في "النهاية" ب: ((أنَّ "محمداً" إنما نفى الاستحباب، وهما أثبتا الجواز بلونه، فلا معارضة))، واعترضه في "البحر"^(٣): ((بأنه خلاف ما في "الهداية"^(٤)))، لكن استحسنته في "النهر"^(٥): ((بأنه لا ينبغي التردد في نفس الاستبراء على قول))، قال: ((وبه يستغنى عن ترجيح قول "محمداً").

قلت: إذا كان الصحيح وجوب الاستبراء على المولى يسوغ نفي استحبابه عن الزوج؛ لحصول المقصود، نعم لو علم أن المولى لم يستبرئها لا ينبغي التردد في استحبابه للزوج، بل لو قيل بوجوبه لم يعُد، ويُقرَّبُه أنه في "الفتح"^(٦) حمل قول "محمداً": ((لا أحب)) على أنه يجب؛ لتعليقه باحتمال الشغل بماء المولى، فإنه يدل على الوجوب، وقال: ((فيان المتقدمين كثيراً ما يطلقون: أكره كذا^(٧) في التحريم أو كراهة التحريم، وأحب في مقابله)) اهـ.

(قوله: إنما نفى الاستحباب إلخ) السين والتاء زائدتان أي: نفى محبة أن يطأها قبل الاستبراء؛ حيث قال: ((لا أحب إلخ)).

(قوله: في "الفتح": ((حمل قول محمد: ((لا أحب)) على أنه يجب لتعليقه باحتمال الشغل بماء المولى؛ فإنه يدل على الوجوب إلخ)) (أورد أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب، كما في غسل اليدين عقب النوم؛ لتوهم النجاسة، وأجيب: بأن ذلك في غير الفروج، أما فيها فالعهود فيه جعل متعلق الوجوب، كما في وجوب الاستبراء اهـ))، من "الفتح".

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٥/١.

(٢) "البنية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٥٦٢/٤.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٤/٣.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٥/١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ١٦٨/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٤٨/٣.

(٧) في "ب" و"م": ((هنا)).

بل سيدها وجوباً على الصحيح، "ذخيرة" (أو الموطوعة (بزنا) أي: جاز نكاح من رآها تزني، وله وطؤها بلا استبراء، وأما قوله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَإِنَّكَ كُفَّهَا الْإِزَانِ﴾ [النور - ٣]

قلت: وأصرح من ذلك قول "الهداية"^(١): ((لأنه احتمل الشغل بماء المولى، فوجب التنزه كما في الشراء)) [٣/٣٩١ق/ب] اهـ، ومثله في "مختارات النوازل"^(٢).

[١١٤٢٦] (قوله: بل سيدها) أي: بل يستبرئها سيدها وجوباً في الصحيح، وإليه مال "السرخسي"، وهذا إذا أراد أن يزوجهها وكان يطؤها، فلو أراد بيعها يستحب، والفرق أنه في البيع يجب على المشتري فيحصل المقصود، فلا معنى لإيجابه على البائع، وفي "المنتقى": ((عن "أبي حنيفة": أكره أن يبيع من كان يطؤها حتى يستبرئها))، "ذخيرة".

[١١٤٢٧] (قوله: وله وطؤها بلا استبراء) أي: عندهما، وقال "محمد": لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها، "هداية"^(٣). والظاهر أن الترجيح المار يأتي هنا أيضاً، ولذا حزم في "النهر"^(٤) هنا بالنذب، إلا أن يفرق بأن ماء الزنا لا اعتبار له.

بقي: لو ظهر بها حمل يكون من الزوج؛ لأن الفراش له، فلا يقال: إنه يكون ساقياً زرع غيره، لكن هذا ما لم تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العقد، فلو ولدته لأقل لم يصح العقد كما صرحوا به، أي: لاحتمال علوقه من غير الزنا بأن يكون بشبهة، فلا يرد صحة تزوج الحبل من زنا، تأمل.

(قوله: إلا أن يفرق بأن ماء الزنا لا اعتبار له إلخ) نعم وإن كان لا اعتبار بماء الزنا إلا أنها يحتمل أنها علقت منه، فإذا جامعها الزوج وأنت بولدي لستة أشهر يُنسب إليه مع أنه في الحقيقة على هذا الاحتمال من الزنا، فيندب الاستبراء لنفع هذا الاحتمال؛ إذ توهم الشغل بماء الزنا مُحقق بل لو قال قائل بالوجوب لا يعُد نظير ما مر عن "الفتح" في تزويج الأمة للموطوعة، وهذا يؤيد ما يأتي عن "الوهبانية" من وجوب استبراء الزوجة الزانية.

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المهرات ١/١٩٥.

(٢) "مختارات النوازل": كتاب النكاح - فصل: رجل زنى بامرأة فحبلت منه ق ٥١/أ.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المهرات ١/١٩٥.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨/ب.

فمنسوخٌ بآية ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء - ٣]، وفي آخرِ حَظَرِ "المجتبى": ((لا يجبُ على الزوج.....

[١١٤٢٨] (قوله: فمنسوخٌ بآية ﴿فَأَنْكِحُوا﴾ (الخ) قال في "البحر"^(١): ((بدليل الحديث: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إن امرأتي لا تدفعُ يدَ لأمس، فقال عليه الصلاة والسلام: ((طلّقها))، فقال: إنني أحبُّها وهي جميلة، فقال عليه الصلاة والسلام: ((استمتع بها))^(٢))).

(قوله: قال في "البحر": بدليل الحديث (الخ) في "الزبلي" بعد ذكر الاستدلال بالحديث على النسخ ما نصّه: ((أو المرادُ بالنكاح في الآية الوطءُ يعني - والله أعلم -: الزانية لا يطؤها إلا زان في حال الزنا، والدليلُ عليه أنه قال: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَإِنَّكَمُهَا إِذَا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ ولا يحلُّ للزانية المسلمة أن تتزوج بمشركٍ ولو كان المرادُ العقدُ لجاز، ويجوزُ أن يكونَ معنى الآية إخباراً عن رغبةٍ كلِّ واحدٍ من الزاني والزانية في الآخر على معنى: أن الزاني الفاسق لا يرغبُ إلا في نكاحٍ مثله، وقيل: منسوخةٌ بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾، ويقول: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (اهـ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٤/٣-١١٥.

(٢) أخرجه النسائي ١٧٠/٦ كتاب الطلاق - باب في الخلع، و"الكبرى" (٥٣٣٨) كتاب النكاح - باب تحريم تزويج الزانية، من طريق النضر بن شميل عن حماد بن سلمة عن هارون بن رباب عن عبد الله بن عبيد بن عمير عن ابن عباس مرفوعاً فذكره، قال النسائي: هذا خطأ والصواب مرسل، خالفه يزيد بن هارون، ثم أخرجه عن يزيد (ح) والبيهقي ١٥٤/٧ عن أبي عمر الضمير كلاهما عن حماد ثنا عبد الكريم بن أبي المخارق، وهارون عن عبد الله - قال حماد - قال أحدهما عن ابن عباس لكن رواه الراهمزمي في "المحدث الفاصل" ص ٢٤٠ - من طريق أبي داود الطيالسي عن حماد مستنداً وهذا خطأ، وأخرجه الشافعي ص ٢٨٩ - كما في "مستده" عن ابن عيينة (ح) وعبد الرزاق (١٢٣٦٥) عن معمر كلاهما عن هارون مرسلًا، قال النسائي: هذا الحديث ليس بثابت وعبد الكريم بن أبي المخارق ليس بالقوي، وهارون أثبت منه وقد أرسل الحديث، وهارون ثقة وحديثه أولى بالصواب.

وقال ابن حجر في "الإصابة" ٦٠٦/٣ وروى الطبري ومطين وابن قانع وابن منده وغيرهم من طريق الثوري عن عبد الكريم الجزري عن أبي الزبير عن هشام مولى رسول الله ﷺ فذكره، قال ابن حجر: ورواه عبيد الله بن عمرو الرقي عن عبد الكريم عن أبي الزبير عن جابر وكانه سلك سبيل الجادة له وكذلك رواه موسى بن أعين كالرقي أخرجه البيهقي ١٥٥/٧، والطبراني في "الأوسط" (٤٧٠٧)، وأخرجه ابن عدي في "الكامل" ٤٣٥/٦ من طريق معقل بن عبيد الله عن أبي الزبير، به، وأعله أبو حاتم برواية معمر والثوري، وأخرجه أبو داود (٢٠٤٩)، والنسائي ١٧٠/٦ من طريق عكرمة عن ابن عباس نحوه مرفوعاً، وصححه النووي، وقال ابن كثير: هذا إسناد جيد. والذي نرجحه ما ذهب إليه الحافظ ابن كثير من أن المراد أن سحيتها لا تردُّ يدَ لأمس، لا أن المراد أنها تفعل -

تطليق الفاجرة، ولا عليها تسريح الفاجر، إلا إذا خافا أن لا يُقيما حدود الله، فلا بأس أن يتفرقا))، فما في "الوهبانية" ضعيف كما بسطه "المصنف".....

[١١٤٢٩] (قوله: تطليق الفاجرة) الفجور: العصيان كما في "المغرب"^(١).

[١١٤٣٠] (قوله: ولا عليها) أي: بأن تُسيء عشرته، أو تبدل له مالا ليخالعها.

[١١٤٣١] (قوله: إلا إذا خافا) استثناء منقطع؛ لأن التفريق حينئذ مندوب بقرنية قوله:

((فلا بأس))، لكن سيأتي^(٢) أول الطلاق: ((أنه يستحب لو مؤذية أو تاركة صلاة، ويجب لو

فات الإمساك بالمعروف))، فالظاهر أنه استعمل ((لا بأس)) هنا للوجوب اقتداء بقوله تعالى:

﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة - ٢٢٩]، فإن نفي البأس في

معنى نفي الجناح، فافهم.

[١١٤٣٢] (قوله: فما في "الوهبانية"^(٣) إلخ) تفرغ على قوله: ((وله وطؤها بلا استبراء))،

قال "المصنف" في "المنح"^(٤): ((فإن قلت: يشكل على ما تقدم ما في "شرح النظم الوهبانية"^(٥)):

من أنه لو زنت زوجته لا يقرؤها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنا، فلا يسقي ماؤه زرع

غيره، وصرح الناظم بحرمة وطئها حتى تحيض وتطهر، [٤٠ق/٣] وهو يمنع من حملها على قول

"محمد"، فإنه إنما يقول بالاستحباب. قلت: ما ذكره في "شرح النظم" ذكره في "التنف"^(٦).

(قول "الشارح": أن لا يُقيما حدود الله إلخ) أي: مواجب الزوجية، كما فسر به في الآية.

- الفاحشة؛ فإن رسول الله ﷺ لا يأذن بمصاحبة من هذه صفتها فإن زوجها والحالة هذه يكون ذريئاً، ولكن لما كانت سحيتها هكذا أمره الشارع بفراقها، فلما ذكر أنه يجيها رخص له بالبقاء معها، لأن مجته لها متحققة، ووقوع الفاحشة منها متوهم. انظر "تفسير ابن كثير": سورة النور ٢٧٥/٣.

(١) "المغرب": مادة (فجر).

(٢) المقولة [١٢٩١٦] قوله: ((لو مؤذية أو تاركة صلاة)) وما بعدها.

(٣) "الوهبانية": فصل من كتاب الطلاق ص ٢٩ - (هامش "المنظومة المحيية").

(٤) "المنح": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ١/ق ١١٧ ب.

(٥) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الطلاق ق ١٠٤ أ.

(٦) "التنف": - كما في "المنح" - لأبي عبيد شرف الدين قاسم بن حسين الغزنوي التمرجني (٨٠١هـ). ("كشف

الظنون" ١٩٢٥/٢، و"الجواهر المضية" ٧٠٤/٢، و"تاج التراجم" ص ١٧٨).

(و) صحَّ نكاحُ (المضمومة إلى مُحَرَّمَةٍ، والمسمَّى) كُلُّهُ (لها) ولو دَخَلَ بِالْمُحَرَّمَةِ
فلها مهرُ المثل.....

وهو ضعيفٌ، قال في "البحر"^(١): لو تزوّجَ بامرأةٍ الغيرِ عالماً بذلك ودخَلَ بها لا تجبُ العِدَّةُ عليها،
حتى لا يحرّمُ على الزَّوجِ وطؤها، وبه يُفتَى؛ لأنّه زنا، والزَّنيُّ بها لا تحرّمُ على زوجها. نعم لو
وطئها بشبهةٍ وجبَ عليها العِدَّةُ وحرّمَ على الزَّوجِ وطؤها، ويمكنُ حملُ ما في "التتف" على هذا)) اهـ.
[١١٤٣٣] (قوله: والمضمومة إلى مُحَرَّمَةٍ بالتشديد، كأن تزوّج امرأتين في عقْدٍ واحدٍ
إحداهما محلٌّ والأخرى غيرُ محلٍّ؛ لكونها محرّماً أو ذات زوجٍ أو مُشركة؛ لأنّ المُبطلَ
في إحداهما، فيتقدّرُ بقدره، بخلاف ما إذا جمَعَ بين حُرٍّ وعبدٍ وباعهما صفقةً واحدةً حيث
يُطلُّ البيعُ في الكلِّ؛ لِمَا أَنَّهُ يَطلُّ بالشُّروطِ الفاسدةِ بخلافِ النكاحِ، "نهر"^(٢)).

[١١٤٣٤] (قوله: والمسمَّى كُلُّهُ لها) أي: للمُحلِّلةِ عند "الإمام" نظراً إلى أنّ ضمَّ المُحرِّمةِ
في عقْدِ النكاحِ لغوٌ كضمِّ الجدارِ لعدمِ المحلِّيةِ، والانقسامُ من حكمِ المساواةِ في الدُّخولِ في
العقْدِ، ولم يجبِ الحدُّ بوطءِ المُحرِّمةِ؛ لأنّ سقوطه من حكمِ صورةِ العقْدِ لا من حكمِ
انعقادِهِ، فليس قولُهُ بعدمِ الانقسامِ بناءً على عدمِ الدُّخولِ في العقْدِ منافياً لقولِهِ بسقوطِ الحدِّ
لوجودِ صورةِ العقْدِ كما توهُّمَ، وعندهما يُقسَمُ على مهرٍ مثليهما، وتأمّاهُ في "البحر"^(٣).

[١١٤٣٥] (قوله: فلها مهرُ المثل) أي: بالغاً ما بلغَ كما في "المبسوط"^(٤)، وهو الأصحُّ،
وما ذكره في "الزيادات": ((من أنه لا يُجاوزُ المسمَّى)) فهو قولُهُما كما في "التبيين"^(٥)،
وإنّما وجبَ بالغاً ما بلغَ على ما في "المبسوط"^(٦) لأنّها لم تدخُلْ في العقْدِ كما قدّمناه^(٧) عن
"البحر"، فلا اعتبارَ للتسميةِ أصلاً.

(١) "البحر": كتاب الطلاق - باب العدة ١٥١/٤.

(٢) "نهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨/ب.

(٣) انظر "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٥/٣.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح ٢٠٢/٤.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٥/٢.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح ٢٠٢/٤.

(٧) في المقالة السابقة.

(وبطلَ نكاحُ مُتْعَةٍ^(١) وموقتٍ).....

فإن قلت: ما الفرقُ بينهما وبين ما إذا تزوجَ أختين في عُقدَةٍ واحدةٍ ودخلَ بهما، حيث أوجبتُم لكلٍ منهما الأقلُّ من مهرِ المثلِ والمُسَمَّى!؟
قلت: هو أنَّ كلَّ واحدةٍ منهما محلٌّ لإيرادِ العَقْدِ عليها، وإنما الممتنعُ الجمعُ بينهما، فلذلك قلنا بدخولهما في العَقْدِ بخلاف ما هنا، فإنَّ المُحرَّمةَ ليست محلاً أصلاً، والله تعالى الموفق، "ح" (٢).

[١١٤٣٦] (قوله: وبطلَ نكاحُ مُتْعَةٍ وموقتٍ) قال في "الفتح" (٣): ((قال "شيخ الإسلام" في الفرقِ بينهما: أن يذكرَ الوقتَ بلفظِ النكاحِ [٤٠٣/٣] والترويحِ، وفي المتعة: أتمتعُ أو أستمعُ اه، يعني: ما اشتملَ على مادَّةٍ مُتْعَةٍ. والذي يظهرُ مع ذلك عدمُ اشتراطِ الشُّهُودِ في المُتْعَةِ

(قوله: أن يذكرَ الوقتَ إلخ) عبارة "الفتح": ((الموقت)) بالميم قبل الواو.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: متعة، قال الزيلعي: واشتهر عن ابن عباس تحليها. وتبعه على ذلك أكثر الصحابة من أهل اليمن ومكة، وكان يستدلُّ على ذلك بقوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وعن عطاء أنه قال: سمعت جابراً يقول: تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ونصف من خلافة عمر، ثم نهى الناس عنه، وهو يحكى عن أبي سعيد الخدري، وإليه ذهب الشيعة، وخالفوا علياً وأكثر أصحابه، والحجة عليهم ما روي أنه عليه الصلاة والسلام حرَّمها يوم الفتح. رواه مسلم، ثبت نسخته. وقال بعضهم: نسخت بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ يَحْفَظُونَ﴾ الآية: ﴿أُزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ وهي ليست من أزواجهم، بلليل انتفاء حكم النكاح عنها، وانتفاء شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والإرث وصحة الإيلاء والظهار والشهود، ولا هي ثَمَّا ملكت الأيمان؛ فيجب حفظ الفرج والتباعد منها؛ إذ هي ليست من المستنائة، وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: ((كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرَّم الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة)) رواه مسلم. والجواب عما تلوا من الآية أن المراد بالاستمتاع منهنَّ النكاح، والمهر يسمى أجرة، قال الله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا الَّذِينَ بِأَيْدِنَ أَهْلِيكُمْ وَاتَّوُّهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾. والجواب عن حديث جابر: إنما كان يفعل ذلك مراراً من لم يبلغه الفسخ، ثم بلغهم فتركوه. انتهى ملخصاً، فليراجع)). ق ١٥٤/أ.

نقول: ويروي رجوع سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما إلى قول جمهور الصحابة، والله تعالى أعلم.

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في الحرمت ق ١٥٧/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرمت ١٤٩/٣.

وتعيين المدّة، وفي الموقّت الشّهود وتعيينها، ولا شكّ أنّه لا دليل لهم على تعيين كون المتعة الذي أبيع ثم حرّم هو ما اجتمع فيه مادّة (م ت ع)؛ للقطع من الآثار بأنّه «كان أذن لهم في المتعة»، وليس معناه: أنّ من باشر هذا يلزمه أن يحاطبها بلفظ: أتمتع ونحوه؛ لما عرّف أنّ اللفظ يُطلق ويُراد معناه، فإذا قيل: تمتعوا فمعناه: أوجدوا معنى هذا اللفظ، ومعناه المشهور أن يوجد عقداً على امرأة لا يُراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته، بل إلى مدّة معينة ينتهي العقد بانتهائها، أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دام معها إلى أن ينصرف عنها فلا عقد، فيدخل فيه ما بمادّة المتعة والنكاح الموقّت أيضاً، فيكون من أفراد المتعة وإنّ عقد بلفظ التزويج وأحضر (الشهود) اهـ ملخصاً. وتبعه في "البحر" (١) و"النهر" (٢).

ثمّ ذكر في "الفتح" (٣) أدلة تحريم المتعة، و((أنّه كان في حجّة الوداع، وكان تحريم تأييد لا خلاف فيه بين الأئمّة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة، ونسبة الجواز إلى "مالك" كما وقع في "الهداية" (٤) (٥) غلط))، ثمّ رجّح قول "زفر" بـ ((صحّة الموقّت على معنى أنّه يتعدّد موبداً ويلغو التوقيت؛ لأنّ غاية الأمر أنّ الموقّت متعة وهو منسوخ، لكنّ المنسوخ (٦) معناها الذي كانت الشرعيّة (٧) عليه، وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدّة، فإلغاء شرط التوقيت أثر المنسوخ،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٥/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨ ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٢-١٥١/٣.

(٤) في "د" زيادة: ((لكن في المضمرات: لو أباح صار كافراً، وفي "العمادة": لو قضى: بجوازه لم يجز، لكن لا تعزير فيه ولا حد ولا رجم ولا طلاق ولا إيلاء ولا إرث، وعن أبي حنيفة: لو قال: أتزوجك متعة يتعقد النكاح، ولغا قوله: متعة، كما في "الخانبة" ذكره "القهستاني"). ق ١٥٤/أ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٥/١.

(٦) ((المنسوخ)) ساقطة من "ت".

(٧) في "م": ((الشرعية)).

وإن جهلت المدّة أو طالت في الأصحّ، وليس منه ما لو نكحها على أن يُطلقها بعد شهر،

وأقرب نظير إليه نكاح الشغار، وهو أن يجعل بضغ كل من المرأتين مهراً للأخرى، فإنه صحّ النهي عنه^(١)، وقلنا: يصحّ موجباً لمهر المثل لكل منهما، فلم يلزمنا النهي، بخلاف ما لو عقّد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد، فإنه لا يتعقّد وإن حضره الشهود؛ لأنه لا يفيد ملك المتعة كلفظ الإحلال، فإن من أحلّ لغيره طعاماً لا يملكه، فلم يصلح مجازاً عن معنى النكاح كما مرّ^(٢) اهـ ملخصاً.

[١١٤٣٧] قوله: وإن جهلت المدّة كأن يتزوجها إلى أن ينصرف عنها كما تقدّم^(٣)،

"ح" (٤)

[١١٤٣٨] قوله: أو طالت في الأصحّ كأن [٣/٤١٣] يتزوجها إلى مائتي سنة، وهو ظاهر المذهب، وهو الصحيح كما في "المعراج"؛ لأن التاقية هو المعين لجهة المتعة، "بحر" (٥).
[١١٤٣٩] قوله: وليس منه إلخ لأن اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبداً، وبطل الشرط، "بحر" (٦).

٢٩٣/٢

(١) أخرجه مالك في "الموطأ" ٤٢٢/٤ كتاب النكاح - باب جامع ما لا يجوز من النكاح، وأحمد ٧/٢-١٩-٦٢، والبحاري (٥١١٢) كتاب النكاح - باب الشغار، ومسلم (١٤١٥) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، وأبو داود (٢٠٧٤) كتاب النكاح - باب في الشغار، والترمذي (١١٢٤) كتاب النكاح - باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ١١٠/٦-١١١ كتاب النكاح - باب الشغار، و١١٢/٦ باب تفسير الشغار، وفي "الكبرى" (٥٤٩٤) كتاب النكاح - باب النهي عن الشغار، و(٥٤٩٧) باب تفسير الشغار، وابن ماجه (١٨٨٣) كتاب النكاح - باب النهي عن الشغار، والبيهقي في "السنن الكبرى": ١٩٩/٧ كتاب النكاح - باب جماع أبواب الأنكحة التي نهى عنها - باب الشغار، وأبو يعلى (٥٨١٩)، وابن عبد البر في "التمهيد" ٧٠/١٤، وأورده ابن حجر في "الطليح الجبير" ١٥٣/٣ باب أركان النكاح. كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوّج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر، وفي الباب عن أبي هريرة، وأنس، ومعاوية رضي الله عنهم أجمعين.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٦/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٦/٣.

أَوْ نَوَى مُكْنَتَهُ مَعَهَا مَدَّةً مَعِيْنَةً، وَلَا بَأْسَ بِتَزْوُجِ النَّهَارِيَّاتِ، "عيني"^(١).
(و) يَجِلُّ (له وطء امرأة ادَّعَتْ عليه) عند قاضٍ (أنه تزوّجها).....

[١١٤٤٠] (قوله: أو نوى إلخ) لأن التوقيت إنما يكون باللفظ، "بحر"^(٢).

[١١٤٤١] (قوله: ولا بأس بتزويج النهاريات) وهو أن يتزوّجها على أن يكون عندها نهراً دون الليل، "فتح"^(٣). قال في "البحر"^(٤): ((وينبغي أن لا يكون هذا الشرط لازماً عليها، ولها أن تطلب المبيت عندها ليلاً لِمَا عُرِفَ في باب القسم)) اهـ، أي: إذا كان لها ضرة غيرها، وشرط أن يكون في النهار عندها وفي الليل عند ضررتها، أما لو لا ضرة لها فالظاهر أنه ليس لها الطلب، خصوصاً إذا كانت صنعتها في الليل كالحارس، بل سيأتي^(٥) في القسم عن الشافعية: ((أن نحو الحارس يقسم بين الزوجات نهراً))، واستحسنه في "النهر"^(٦).

[١١٤٤٢] (قوله: ويجلُّ له إلخ) وكذا يجلُّ لها تمكينه من الوطء، نعم الإثم في الإقدام على الدعوى الباطلة كما في "البحر"^(٧)، وثبت الحِلُّ مبني على قول "الإمام" بنفوذ القضاء بهذا النكاح باطناً، وكذا ينفذ ظاهراً اتفاقاً، فتحب النفقة والقسم وغير ذلك.

[١١٤٤٣] (قوله: عند قاضٍ) هل المحكم مثله؟ ليحرر، "ط"^(٨).

قلت: الظاهر نعم؛ لأنهم إنما فرّقوا بينهما في أنه لا يحكم بقصاص وحد^(٩) ودية على عاقلة.

(قوله: الظاهر نعم؛ لأنهم إنما فرّقوا إلخ) بل مقتضى قولهم قاضٍ أن المحكم ليس كذلك؛ فإن مفهوم

(١) رمز الحقائق: كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/١٤٤.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٦.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٥٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٦.

(٥) انظر الدر عند المقولة [١٢٧٤٤] قوله: ((وهو حسن)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١/١٦٩.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي وغيره ٧/١٧.

(٨) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢/٢٤.

(٩) في "ب": ((بقصاص حد)) بلا واو.

بنكاح صحيح (وهي) أي: والحال أنها (محلّ للإنشاء) أي: لإنشاء النكاح خالية عن الموانع (وقضى القاضي بنكاحها بينة) أقامتها (و لم يكن) في نفس الأمر (تزوجها، وكذا) تجلّ له (لو ادعى هو نكاحها) خلافاً لهما، وفي "الشرنبلالية"^(١) عن "المواهب":

[١١٤٤٤] (قوله: بنكاح صحيح) احتزّز به عن الفاسد؛ لأنه لا يفيدُ جِلّ الوطء ولو صدرَ حقيقة، "ط"^(٢).

[١١٤٤٥] (قوله: خالية عن الموانع) تفسيرٌ لكونها محلاً للإنشاء، والموانع مثل كونها مُشركة، أو محرماً له، أو زوجة الغير^(٣)، أو معتدته، "ح"^(٤).

[١١٤٤٦] (قوله: وقضى القاضي بنكاحها) ويشترطُ لِنفاذِ القضاء باطناً عند "الإمام" حضورُ شهودٍ عند قوله: قضيتُ، وبه أخذَ عامةُ المشايخ، وقيل: لا؛ لأنَّ العَقْدَ ثبتَ مقتضى صحّة قضائه في الباطن، وما ثبتَ مقتضى صحّة الغيرِ لا يثبتُ بشرائطِهِ كالبيع في قوله: أعتق عبدك عني بالقب، وفي "الفتح"^(٥): ((أنه الأوجه))، ويدلُّ عليه إطلاقُ المتون، "بحر"^(٦).

قلت: لكنْ ذكّرَ في "البحر"^(٧) في كتابِ القاضي إلى القاضي: ((أنَّ المعتمد الأوّل)).

[١١٤٤٧] (قوله: ولم يكن إلخ) الجملةُ حاليةٌ.

[١١٤٤٨] (قوله: خلافاً لهما) راجعٌ للمسألتين، وهذا بناءٌ على أنه لا ينفذُ القضاء باطناً

الكتب معتبرٌ، ويُعملُ به ما لم يوجد ما يُخالفه، وأيضاً قد جعلوا القاضي مُشْتَبِهاً له حكماً؛ إذ له ولايةٌ ذلك في الجملة، وقد فصلوا فيما يأتي في القضاء بين ما يُمكنُ إنشاؤه للقاضي وبين ما لا يُمكنُ، فحوزوه في الأوّل دون الثاني، وتحكيهُما له لا يقتضي إثباتَ ولايةِ النكاح له، تأمل.

(١) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٤/١ (هامش "الدور والغرر").

(٢) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٤/٢.

(٣) ((الغفر)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٥٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٦.

(٧) "البحر": كتاب القضاء وغيره ١٧/٧.

((وبقولهما يُفتَى)).

(ولو قَضَى بطلاقها بشهادة الزور مع علمها) بذلك نفذ، و(حل لها التزوج

بآخر بعد العدة).....

عندهما بشهادة الزور ولو في العقود والفُسُوح؛ لأنَّ القاضي أخطأ الحجة؛ إذ الشُّهُودُ كَذَبَةٌ، وله أنَّ الشُّهُودَ [٤١٣/٤١٣ب] صدقة عنده، وهو الحجة؛ لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق، وأمكَّن تنفيذ القضاء باطناً بتقديم النكاح، فينفذ قطعاً للمنازعة، وطعن فيه بعض المغاربة بأنه يمكنه قطع المنازعة بالطلاق، فأجابهُ "الأكمل": ((بأنك إن أردت الطلاق غير المشروع فلا يُعتبر، أو المشروع ثبت المطلوب؛ إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح))، وتعقبهُ تلميذه "قارئ الهداية": ((بأن له أن يريد غير المشروع ليكون طريقاً لقطع المنازعة))، وتعقبهُما تلميذه "ابن الهمام"^(١): ((بأن الحق التفصيل، وهو أنه يصلح لقطع المنازعة إن كانت هي المدعية، أما لو كان هو المدعي فلا يمكنها التخلُّص منه إلا بالنفاذ باطناً مع أنَّ الحكم أعم من دعوها أو دعواها)).

[١١٤٤٩] (قوله: وبقولهما يُفتَى) قال "الكمال"^(٢): ((وقول "الإمام" أوجه))، واستدل له بـ ((دلالة الإجماع على أنَّ من اشترى حارية، ثم ادعى فسخ يبيعها كذباً وبرهن، فقضى به حلَّ للبائع وطؤها واستخدمها مع علمه بكذب دعوى المشتري، مع أنه يُمكنه التخلُّص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله، فإنه ابتلي ببليتين، فعليه أن يختار أهونهما، وذلك ما يسلم له فيه دينه)) اهـ. وللعلامة "قاسم" رسالة في هذه المسألة أطال فيها الاستدلال لقول "الإمام"، فراجعها.

(قوله: مع أنه يُمكنه التخلُّص بالعتق إلخ) قد يقال: إنَّ العتق فرع عن ثبوت الملك، فإن كان ثابتاً فلا حاجة إلى العتق، وإلا فلا يُجديه نفعاً اهـ. من "حاشية البحر". وقد يقال: مُرادُه بالعتق العتق اللغوي أي: أنهم أجمعوا على حلِّ وطئها مع أنه يُمكنه التخلُّص بتركها، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٥/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٦/٣.

وَحَلَّ لِلشَّاهِدِ زُوراً (تَزَوُّجُهَا، وَحَرَمْتُ عَلَى الْأَوَّلِ) وَعِنْدَ "الثَّانِي" لَا تَحِلُّ لهُمَا، وَعِنْدَ "مُحَمَّدٍ" تَحِلُّ لِلأَوَّلِ مَا لَمْ يَدْخُلِ الثَّانِي، وَهِيَ مِنْ فُرُوعِ الْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ كَمَا سَيَجِيءُ^(١)

قلت: وحيث كان الأوجه قول "الإمام" من حيث الدليل على ما حققه في "الفتح" وفي تلك الرسالة فلا يُعدَّلُ عنه؛ لِما تَقَرَّرَ أَنَّهُ لَا يُعَدَّلُ عَنْ قَوْلِ "الإمام" إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَوْ ضَعْفِ دَلِيلِهِ كَمَا أَوْضَحْنَاهُ فِي "منظومة رسم المفتي" و"شرحها"^(٢).

[١١٤٥٠] (قوله: وحل للشاهد) وكذا لغيره بالأولى؛ لعدم عليه بحقيقة الحال.

[١١٤٥١] (قوله: لا تحل لهما) أي: للزوج المقضي عليه والزوج الثاني، أمَّا الثاني فظاهر بناءً على أنَّ القضاء بالزور لا ينفذ باطناً عندهما، و^(٣) أمَّا الأول فلأنَّ الفرقة وإن لم تقع باطناً لكن قول "أبي حنيفة" أورث شبهة، ولأنه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس فيحدثونه، كذا في "رسالة العلامة قاسم".

[١١٤٥٢] (قوله: ما لم يدخل الثاني) فإذا دخل بها حرمت على الأول لوجوب العدة

كالمتكوحه إذا وطئت بشبهية، "بجر"^(٤).

[١١٤٥٣] (قوله: وهي) أي: هذه المسائل الثلاث.

[١١٤٥٤] (قوله: كما سيحيى) أي: في كتاب [٢٣/٤٢٣] القضاء.

(قوله: فلا يُعدَّلُ عنه لِما تَقَرَّرَ إلخ) تقدَّم له أنَّ العبرة لِما رَجَّحَهُ المشايخُ فيما وقع فيه الاختلافُ بين أئمة المذهب بالنسبة لمن لم يكن له قوَّةُ المدرك، وأنَّ العبرة لقوَّةُ الدليل في الترجيح بالنسبة لغيره، فعلى هذا علينا العمل بقول الصحَّابين تبعاً لترجيح "الشُّرَيْبَلِيِّ" عن "المواهب" وإن كان دليل الإمام أوجه، تأمل.

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٣٤٠] قوله: ((والفسوخ)).

(٢) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٢٧/١.

(٣) من ((أما الثاني)) إلى ((عندهما)) ساقط من "ت".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرمات ١١٦/٣.

(وَالنِّكَاحُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ) كَتَزَوَّجْتُكَ إِنْ رَضِيَ أَبِي لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحُ
لتعليقه بالخاطر كما في "العِمَادِيَّة" وغيرها، فما في "الدَّرر" فيه نظراً، (ولا إضافته
إلى المستقبل).....

[١١٤٥٥] (قوله: وَالنِّكَاحُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ) المراد أَنَّ النِّكَاحَ المَعْلُقَ بِالشَّرْطِ
لَا يَصِحُّ^(١)، لَا مَا يُؤَهِّمُهُ ظَاهِرُ العبارة من أَنَّ التَّعْلِيْقَ يُلْغَوُ، وَيَقْبَى العَقْدُ صَحِيحاً كَمَا فِي
المسألة الآتية^(٢)، وَهَذَا مَنْشَأُ تَوَهُّمِ "الدَّرر" الآتِي^(٣).

[١١٤٥٦] (قوله: لتعليقه بالخاطر) بفتح الخاء المعجمة والطاء المهملة: مَا يَكُونُ معدوماً
يُتَوَقَّعُ وجودُهُ. اهـ "ح"^(٤).

[١١٤٥٧] (قوله: فما في "الدَّرر"^(٥)) حيث قال: ((لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ النِّكَاحِ بِالشَّرْطِ مِثْلُ:
أَنْ يَقُولَ لِبَنْتِي: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ زَوَّجْتُكَ فَلاناً، وَقَالَ فَلانٌ: تَزَوَّجْتُهَا، فَإِنَّ التَّعْلِيْقَ لَا يَصِحُّ
وَإِنْ صَحَّ النِّكَاحُ)).

[١١٤٥٨] (قوله: فيه نظراً) لَأَنَّهُ صرَّحَ بَعْدِمِ صحَّةِ النِّكَاحِ^(٦) المَعْلُقِ فِي "الْفَتْحِ"^(٧)،
و"الْخِلاصَةَ"^(٨)، و"الْبِرَازِيَّةَ"^(٩) عَنِ "الأَصْلِ"^(١٠)، و"الْحَانِيَّةَ"^(١١)، و"النَّاتِرْحَانِيَّةَ"^(١٢)، و"فَتَاوَى

٢٩٤/٢

(١) من (تعليقه) إلى ((لا يصح)) ساقط من "٣".

(٢) "در" ص ١٧٨.

(٣) للمقولة [١١٤٦١] قوله: ((ولكن لا يطل إله)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/ب.

(٥) "الدرر": كتاب النكاح ١/٣٣٤.

(٦) من (بالشرط) إلى ((صححة النكاح)) ساقط من "٣".

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٥.

(٨) ((في الفتح)) ساقط من "الأصل".

(٩) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس عشر في الشروط والخيار في النكاح ق ٨٥/ب.

(١٠) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل السادس عشر في الشروط والخيار فيه ٤/١٥٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١١) "الحانية": كتاب النكاح - باب في المهر - الفصل السادس عشر في جهاز البنت ١/٣٢٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٢) "الناترخانية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في الشروط - الخيار في النكاح ٢/٦٠٠.

كَتَزَوَّجْتُكَ غَدًا أَوْ بَعْدَ غَدٍ^(١) لَمْ يَصِحَّ (وَلَكِنْ لَا يَبْطُلُ النِّكَاحُ) بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ،
(وَ) إِنَّمَا (يَبْطُلُ الشَّرْطُ دُونَهُ) يَعْنِي: لَوْ عَقَدَ مَعَ شَرْطٍ فَاسِدٍ لَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ بَلِ
الشَّرْطُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ (إِلَّا أَنْ يُعَلِّقَهُ بِشَرْطٍ).....

أَبِي اللَّيْثِ، وَ"جَامِعُ الْفُصُولِينَ"^(٢)، وَ"القِنِيَّةُ"^(٣)، وَلَعَلَّهُ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ النِّكَاحُ الْمَعْلُوقُ عَلَى شَرْطٍ
بِالنِّكَاحِ الْمَشْرُوطِ مَعَهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ، وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ وَاضِحٌ، "شَرْبِلَالِيَّةً"^(٤).

[١١٤٥٩] (قَوْلُهُ: ك: تَزَوَّجْتُكَ) بِفَتْحِ كَافِ الْخِطَابِ.

[١١٤٦٠] (قَوْلُهُ: لَمْ يَصِحَّ) كَلَامُ الْمُتَنِ غَنِيٌّ عَنْهُ.

[١١٤٦١] (قَوْلُهُ: وَلَكِنْ لَا يَبْطُلُ إلخ) لَمَّا كَانَ يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ النِّكَاحِ الْمَعْلُوقِ
بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَالْمَقْرُونِ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ - كَمَا وَقَعَ لـ "صَاحِبِ الدَّرْرِ"^(٥) - أَتَى بِالِاسْتِدْرَاكِ
وَإِنْ كَانَ الثَّانِي مَسْأَلَةً مُسْتَقَلَّةً، وَلِذَا قَالَ "الشَّارِحُ" بَعْدَهُ: ((بِخِلَافِ مَا لَوْ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ))،
وَفِيهِ تَنْبِيهُ عَلَى مَنْشَأِ وَهْمِ "الدَّرْرِ"، فَافْهَمِ.

[١١٤٦٢] (قَوْلُهُ: يَعْنِي: لَوْ عَقَدَ) أَتَى بِالْعَنَاءِ لِإِبْهَامِ كَلَامِ "المُصَنِّفِ" أَنَّ هَذَا مِنْ تَمَتُّعِ
المَسْأَلَةِ الْأُولَى مَعَ أَنَّهُ مَسْأَلَةٌ مُسْتَقَلَّةٌ، وَإِنَّمَا أَتَى فِي أَوَّلِهَا بِالِاسْتِدْرَاكِ لِتَنْبِيهِ الْمَارِءِ^(٦).

[١١٤٦٣] (قَوْلُهُ: مَعَ شَرْطٍ فَاسِدٍ) كَمَا إِذَا قَالَ: تَزَوَّجْتُكَ عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ لَكَ مَهْرٌ،
فَيَصِحُّ النِّكَاحُ، وَيَفْسُدُ الشَّرْطُ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ.

[١١٤٦٤] (قَوْلُهُ: إِلَّا أَنْ يُعَلِّقَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: ((لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ)).

(قَوْلُهُ: بِفَتْحِ كَافِ الْخِطَابِ) غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ.

(١) فِي "و": ((عَدْتِي)) بَدَلِ ((غَدٍ)).

(٢) "جَامِعُ الْفُصُولِينَ": الْفَصْلُ السَّادِسُ وَالْعِشْرُونَ فِيمَا يَبْطُلُ مِنَ الْعُقُودِ بِالشَّرْطِ وَمَا لَا يَبْطُلُ ٢/٢.

(٣) "القِنِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الْأَلْفَاظِ الَّتِي يَتَعَقَدُ بِهَا النِّكَاحُ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ق ٣٣/١.

(٤) "الشَّرْبِلَالِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣٣٤/١ (هَامِشُ "الدَّرْرِ وَالغَرَرِ").

(٥) انظُرِ "الدَّرْرَ": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣٣٤/١.

(٦) فِي الْمَقُولَةِ السَّابِقَةِ.

ماضٍ (كائن) لا محالة (فيكون تحقيقاً) فينعقد في الحال، كأن خطبَ بنتاً لائنه، فقال أبوها: زوّجتها قبلك من فلان، فكذبته، فقال: إن لم أكن زوّجتها لفلان فقد زوّجتها لائنه، فقبل ثم علم كذبه انعقد لتعليقه بموجود، وكذا إذا وجد المعلق عليه في المجلس، كذا ذكره "جوي زاده"^(١)، وعممه "المصنف" بحثاً،.....

[١١٤٦٥] (قوله: ماضٍ) أي: مستمر إلى الحال، وقيد به احترازاً عن تعليقه بمستقبل كائن لا محالة كمجيء الغدي، وقوله: ((كائن)) وإن كان اسم فاعل - وهو حقيقة في المتلبس بالفعل في الحال - لكنه يستعمل بالمعنى الثاني، فافهم.

[١١٤٦٦] (قوله: وكذا إلخ) عطف على قوله: ((إلا أن يعلقه))، ومثاله ما في "المنح"^(٢) عن "الفصول العمادية"^(٣): ((لو قال: تزوّجتك بألف درهم إن رضي فلان اليوم، فإن كان فلان حاضراً فقال: رضيت جاز النكاح استحساناً، وإن كان غير حاضر لم يحز)) اهـ. [٣/٤٢ق/ب]

[١١٤٦٧] (قوله: وعممه "المصنف"^(٤) بحثاً) حيث قال بعد كلام "العمادية": ((وينبغي أن يجري هذا التفصيل في مسألة التعليق برضا الأب؛ إذ لا فرق بينهما فيما يظهر)) اهـ، أي: لا فرق بين: إن رضي أبي أو إن رضي فلان في التفصيل فيهما.

قلت: بل إذا جاز التعليق برضا فلان الأجنبي الحاضر يجوز تعليقه برضا الأب بالأولى؛ لأن الأب له ولاية في الجملة، وله حق الاعتراض لو الزوج غير كفء، وله كمال الشفقة، فيختار لها المناسب، فكيف يقال بالجواز في الأجنبي دون الأب؟ على أنه قد نص على هذا التفصيل في مسألة الأب أيضاً في "الظهيرية"^(٥) حيث قال: ((لو كان الأب حاضراً في المجلس

(١) هو محمد بن محمد بن إلياس، المعروف بجوي زاده الرومي، محيي الدين، قاضي تركي (ت ٩٥٤هـ). ("الكواكب السائرة" ٢٧/٣، و"شذرات الذهب" ١٠/٦٤٠، و"الشقائق النعمانية" ص ٢٦٥-).

(٢) "المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١١٨/١.

(٣) المسمى "فصول الأحكام لأصول الأحكام" لأبي الفتح عبد الرحيم بن أبي بكر، زين الدين المعروف بالعمادي المرغيناني السمرقندي (كان حياً سنة ٦٥١هـ). ("كشف الظنون" ٢/١٢٧٠، "الجواهر المضية" ٧٤/٤، "الفوائد البهية" ص ٩٣-، "هدية العارفين" ١/٥٦٠).

(٤) "المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١/١١٨.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق ٧٤/ب.

لكن في "النهر" قبيل كتاب الصَّرف في مسألة التعليق برضى الأب: ((والحقُّ الإِطلاق))، فليَتأمل المفتي.

فَقَبِلَ جازاً))، فما بَحَثَهُ "المصنّف" موافقاً للمنقول.

[١١٤٦٨] (قوله: لكن في "النهر"^(١)) استدراك على ما بَحَثَهُ "المصنّف"، وعبارة "النهر"

بعد أن ذَكَرَ كلامَ "الظَّهيريّة": ((وهو مُشكِلٌ، والحقُّ ما في "الخانيّة")) اهـ.

والذي في "الخانيّة"^(٢) هو قوله: ((تَزَوَّجْتُكَ إن أجازَ أبي أو رَضِيَ، فقالت: قَبِلْتُ

لا يصحُّ؛ لأنَّه تعليقٌ، والنكاحُ لا يَحْتَمِلُ التعليقَ)) اهـ.

قلت: الظاهرُ حملُ ما في "الخانيّة" على ما إذا كان الأبُ غيرَ حاضرٍ في المجلس، أو

على أن ذلك هو القياس؛ لأنَّه في "الخانيّة" ذَكَرَ بعد ذلك مسألة التعليق برضا فلان، فقال:

((إن كان فلانٌ حاضرًا في المجلسِ رَضِيَ جاز استحسناناً، وإلا فلا وإن رَضِيَ)) اهـ.

وبما قلنا يحصلُ التوفيقُ بين كلاميه ما لم يَثْبُتَ الفرقُ بين الأب وغيره، وقد علمتَ من

عبارة "الظَّهيريّة" عدمه، وأنَّ الجواز في الأب ثابتٌ بالأولى، ولم نَرَ أحداً صرَّحَ بتصحيح

خلافِ هذا حتَّى يُتَّبَعَ، فافهم.

(١) "النهر": كتاب البيع - باب السلم - مسائل مثورة ق ٤٠٨/ب.

(٢) "الخانيّة": كتاب النكاح - باب المهر - الفصل السادس عشر في جهاز البنت ٣٢٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

﴿بابُ الولي﴾

(هو) لغة: خلافُ العَدُوِّ، وعُرْفًا العارفُ بالله تعالى، وشرعاً: (البالغُ العاقلُ الوارثُ) ولو فاسقاً على المذهبِ ما لم يكن مُتَهْتِكاً،.....

﴿بابُ الولي﴾

لَمَّا ذَكَرَ النِّكَاحَ وَالْفَاطِظَةَ وَمَحَلَّهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ عَاقِدِهِ، وَأَخْرَجَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شُرُوطِ صِحَّتِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ. وَالْوَلِيُّ: فَعِيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ، "ط" (١).

[١١٤٦٩] (قوله: وعرفاً) أي: في عرف أهل أصول الدين، قال في "البحر" (٢): ((وفي أصول الدين: هو العارف بالله تعالى بأسمائه وصفاته حسبما يمكن، المواظب على الطاعات، المحتسب عن المعاصي، الغير المنهمك في الشهوات واللذات كما في "شرح العقائد" (٣)، "ح" (٤)).

[١١٤٧٠] (قوله: الوارث) كذا في "الفتح" (٥) وغيره، قال "الرملي" (٦): ((وذكره مما لا ينبغي؛

إذ الحاكم ولي وليس بوارث)) اهـ.

قلت: وكذا سيّد العبد، [٣/٤٣ق/١] فالتعريفُ خاصٌ بالوليِّ من جهةِ القرابة.

[١١٤٧١] (قوله: على المذهب) وما في "البرازية" (٧): ((من أن الأب والجَدَّ إذا كان فاسقاً

فللقاضي أن يزوّج من الكفاء)) قال في "الفتح" (٧): ((إنه غير معروف في المذهب)).

[١١٤٧٢] (قوله: ما لم يكن مُتَهْتِكاً) في "القاموس" (٨): ((رَجُلٌ مُنْهَتِكٌ وَمُتَهْتِكٌ وَمُسْتَهْتِكٌ:

لَا يُبَالِي أَنْ يُهْتِكَ سِتْرُهُ)) اهـ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٢٥٠/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٧/٣.

(٣) "شرح العقائد النسفية": ص ٢٢٠.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٧/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٥٧/٣.

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الجنون ١٢٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٨) "القاموس": مادة ((هتك)) اهـ.

قال في "الفتح" ^(١) عقب ما نقلناه ^(٢) عنه أنفاً: ((نعم إذا كان مُتَهْتَكاً لا يَنْفُذُ تزويجُهُ إياها بِنَقْصٍ عن مهرِ المثل ومن غيرِ كفاء، وسيأتي هذا)) اهـ.
وحاصله: أنَّ الفِسْقَ وإن كان لا يَسْلُبُ الأهلِيَّةَ عندنا لكن إذا كان الأبُّ مُتَهْتَكاً لا يَنْفُذُ تزويجُهُ إلا بشرطِ المصلحة، ومثله ما سيأتي ^(٣) من قول "المصنّف": ((وَلَزِمَ ولو بغينٍ فاحشٍ أو بغيرِ كفاءٍ إن كان الوليُّ أباً أو جدّاً لم يُعرفَ منهما سوءَ الاختيار، وإن عُرِفَ لا)) اهـ.
وبه ظهر أنَّ الفاسقَ المُتَهْتَكَ - وهو بمعنى سيِّئ الاختيار - لا تسقط ولايته مطلقاً؛ لأنَّه لو زَوَّجَ من كفاءٍ بمهرِ المثل صحَّ كما سيأتي ^(٤) بيانه، وهذا خلاف ما مرَّ ^(٥) عن "البرزازیة"، ولا يمكن ^(٦) التوفيقُ بِجَمَلٍ ما مرَّ ^(٧) على هذا؛ لأنَّ قوله: ((فللقاضي أن يزوجَ من الكفاء)) يقتضي سقوطَ ولايةِ الأبِّ أصلاً، فافهم.

٢٩٥/٢

﴿باب الولي﴾

(قوله: وبه ظهر أنَّ الفاسقَ المُتَهْتَكَ وهو بمعنى سيِّئ الاختيار لا تسقط ولايته إلخ) لم يظهر ممَّا سبق أنَّ الفاسقَ المُتَهْتَكَ هو بمعنى سيِّئ الاختيار، ولا يلزم من وجود أحدهما وجود الآخر، كما هو ظاهر. نعم قد يتحقق معناه في شخصٍ واحدٍ فعلى هذا إذا كان الوليُّ مُتَهْتَكاً أو سيِّئ الاختيار لا يصحُّ تزويجُهُ بِنَقْصٍ عن مهرِ المثل، أو من غيرِ كفاءٍ.
(قوله: يقتضي سقوطَ ولايةِ الأبِّ إلخ) فيه: أنَّ عبارة "البرزازیة" إنما تُفيدُ أنَّ للقاضي التزويجَ،

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٢) في المقولة السابقة.

(٣) "در" ص ٢٢٥ - وما بعدها.

(٤) المقولة [١١٦١٢] قوله: ((فزوجها من فاسقٍ إلخ)).

(٥) في المقولة السابقة.

(٦) في "الأصل": ((ولا يكون)).

(٧) في المقولة السابقة.

وخرَجَ نحوُ صبيٍّ ووصيٍّ مطلقاً على المذهب.....

(١١٤٧٣) (قوله: نحوُ صبيٍّ) أي: كمجنونٍ ومعتوهٍ، غيرَ أنَّ الصَّبِيَّ خرَجَ بقوله: ((البالغُ))، والمجنونُ والمعتوهُ بـ: ((العاقلُ))، "ط" (١).

(١١٤٧٤) (قوله: ووصيٍّ) أي: ونحوُ وصيٍّ ممن ليس بوارثٍ كعبدٍ، وككافرٍ له بنتٌ مسلمةٌ، أو مسلمٍ له بنتٌ كافرةٌ كما سيأتي (٢)، نعم لو كان الوصيُّ قريباً أو حاكماً يملكُ التَّرويحَ بالولاية (٣) كما سيأتي (٤) في الشَّرْح (٥) عند بيان الأولياء.

[١١٤٧٥] (قوله: مطلقاً على المذهب) أي: سواءً أوصى إليه الأبُ بذلك أم لا، وفي روايةٍ يجوزُ، وكذا سواءً عيَّنَ له الموصيُّ رجلاً في حياته أو لا خلافاً لما في "فتح القدير" (٦) كما سيأتي (٧).

وهذا لا يُفيدُ سقوطَ ولايةِ الأبِ بل يحتملُ أن يكونَ كمسألةِ العَضَلِ الآتية؛ فإنَّ القاضي له ولايةُ التَّرويحِ ومع ذلك لا تسقطُ ولايةُ الوليِّ، حتَّى لو زوَّجها مع ذلك صحَّ، وكما لو كان لها وليُّ قريبٌ وبعيدٌ والبعيدُ حاضرٌ يكونُ له الولايةُ ومع ذلك لو زوَّجها القريبُ حيثُ هو صحَّ، وحيثُ لا مانعٌ من حَمَلِ ما في "البرزاقية" على ما إذا كان الوليُّ سببَ الاختيار.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٢/٢٦٠.

(٢) "در" ص ٢٦٢ - وما بعدها.

(٣) في "د" زيادة: ((قوله: وروى هشام عن الإمام أنه إن أوصى إليه الأب جاز كما في "الحانية"، وبه عُلِمَ أنَّ ما وقع في "الزيلعي" - من أنه ليس له ذلك إلا أن يُفوضَ إليه الموصي ذلك - رواية هشام وقد قال مشايخنا: هي ضعيفة، انتهى حموي من الفرائض)). ق ١٥٥/١.

(٤) "در" ص ٢٧٠ -.

(٥) عبارة "٣": ((كما سيأتي في الشروع في الشرح)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢/١٨٣.

(٧) المقولة [١١٧٠٥] قوله: ((على المذهب)).

(وَالْوَلَايَةُ تَنْفِيذُ الْقَوْلِ عَلَى الْغَيْرِ) تَثْبُتُ^(١) بِأَرْبَعٍ:

[١١٤٧٦] (قَوْلُهُ: وَالْوَلَايَةُ إِخْلَاجٌ) بِفَتْحِ الْوَاوِ، وَمَا ذَكَرَهُ تَعْرِيفُهَا الْفَقْهِيُّ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٢)، وَإِلَّا فَمَعْنَاهَا اللَّغَوِيُّ: الْحُبَّةُ وَالنُّصْرَةُ كَمَا فِي "الْمَغْرِبِ"^(٣)، لَكِنْ مَا ذَكَرَهُ تَعْرِيفٌ لِأَحَدٍ نَوْعِيهَا، وَهُوَ وَلَايَةُ الْإِجْبَارِ بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ: ((وَهِيَ هُنَا نَوْعَانِ))، وَأَفَادَ أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْمَتْنِ غَيْرُ خَاصٍّ بِهَذَا الْبَابِ، بَلْ مِنْهُ وَلَايَةُ الْوَصِيِّ وَقِيمِ الْوَقْفِ، وَوَلَايَةُ وَجُوبِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِتَنْفِيذِ الْقَوْلِ [٣/٤٣ق/ب] مَا يَكُونُ فِي النَّفْسِ أَوْ فِي الْمَالِ أَوْ فِيهِمَا مَعًا، وَالْمُرَادُ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَشْمَلُ الْأَوَّلَ وَالثَّلَاثَ دُونَ الثَّانِي.

[١١٤٧٧] (قَوْلُهُ: تَثْبُتُ) أَي: الْوَلَايَةُ الْمَذْكُورَةُ، وَالْمُرَادُ هُنَا وَلَايَةُ الْإِجْبَارِ فِي هَذَا الْبَابِ فَقَطْ، فَفِيهِ شَبَهٌ لِالِاسْتِحْدَامِ، وَإِلَّا فَالْوَلَايَةُ الْمَعْرُفَةُ أَعْمُ كَمَا عَلِمْتَ، وَحَيْثُ كَانَتْ أَعْمَ فَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهَا الثَّابِتَةَ لِخُصُوصِ الْوَلِيِّ الْمَعْرُوفِ بِالْبَالِغِ الْعَاقِلِ الْوَارِثِ حَتَّى يَرِدَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْمَلِكِ وَالْإِمَامَةِ إِرْثٌ، وَحَيْثُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّكْلُفِ فِي الْجَوَابِ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِرْثِ الْمَأْخُوذِ فِي تَعْرِيفِ الْوَلِيِّ هُوَ أَخْذُ الْمَالِ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْ بَابِ عَمُومِ الْجَازِ، فَالْإِمَامُ يَأْخُذُ مَالًا مِنْ لَا وَارِثَ لَهُ لِيَضَعَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَالْوَلِيُّ يَأْخُذُ كَسْبَ عِبْدِهِ الْمَأْذُونِ فِي التَّجَارَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِرْثًا حَقِيقَةً، فَإِنَّهُ - كَمَا قَالَ "ط"^(٤) -: ((لَا دَلِيلَ عَلَى هَذَا الْجَازِ، وَالتَّعْرِيفُ يُضَانُ عَنْ مِثْلِ هَذَا))، فَافْهَم.

(قَوْلُهُ: بِفَتْحِ الْوَاوِ) هِيَ بِالْفَتْحِ الْمَصْدَرُ، وَبِالْكَسْرِ الْاسْمُ، مِثْلُ: الْإِمَارَةِ وَالنَّقَابَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا تَوَلَّيْتَهُ وَقُمْتَ بِهِ، فَإِذَا أَرَادُوا الْمَصْدَرَ فَتَحُوا، كَذَا فِي "الصَّحَاحِ" أَهـ "سِنْدِي".

(قَوْلُهُ: وَمَا ذَكَرَهُ تَعْرِيفُهَا الْفَقْهِيُّ إِخْلَاجٌ) لِكُنْهَا فِي التَّحْقِيقِ: صِفَةٌ تَقُومُ بِالشَّخْصِ، وَالتَّنْفِيزُ الْمَذْكُورُ أَثَرُهَا.

(قَوْلُهُ: وَوَلَايَةُ وَجُوبِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ إِخْلَاجٌ) أَي: الْوَلَايَةُ الَّتِي هِيَ سَبَبٌ وَجُوبٌ صَدَقَةِ الْفِطْرِ؛ إِذْ سَبَبُهَا: رَأْسُ يَمُونَهُ وَيَلِي عَلَيْهِ.

(١) فِي "و": ((وَتَثْبُتُ)) بِالْوَاوِ.

(٢) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١١٧/٣.

(٣) "الْمَغْرِبِ": مَادَّةُ ((وَلِيِّ)) .

(٤) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٢٦/٢.

قراية، ومِلْكٍ، وولاءٍ، وإمامية (شاء أو أبى) وهي هنا نوعان: ولاية نَذْبٍ على المكلفة ولو بِكراً، وولاية إجبارٍ على الصغيرة ولو ثيباً.....

[١١٤٧٨] (قوله: قراية) دخلَ فيها العَصَبَاتُ والأرحامُ.

[١١٤٧٩] (قوله: ومِلْكٍ) أي: مِلْكُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ أو أُمَّتِهِ.

[١١٤٨٠] (قوله: وولاءٍ) أي: ولاءِ العتاقةِ والمولاةِ كما سيأتي^(١).

[١١٤٨١] (قوله: وإمامية) دخلَ فيها القاضي المأذونُ بالترويجِ؛ لأنه نائبٌ عن الإمام.

[١١٤٨٢] (قوله: شاء أو أبى) احتزَرَ به عن ولاية الوكيل.

[١١٤٨٣] (قوله: وهي هنا) فيه شبهة الاستخدام؛ لأنَّ الولاية المَعْرُوفَةَ خاصَّةً بولاية الإجماع،

وقيدَ بقوله: ((هنا)) احترازاً عن الولاية في غير النكاح كما قدمناه^(٢).

[١١٤٨٤] (قوله: ولاية نَذْبٍ) أي: يُسْتَحَبُّ للمرأة تفويضُ أمرها إلى وليها كيلاً تُنسَبَ

إلى الوَاقِحَةِ، "بجر"^(٣). وللخروج من خلاف "الشافعي" في البكر، وهذه في الحقيقة ولاية وكالة.

[١١٤٨٥] (قوله: على المكلفة) أي: البالغة العاقلة.

[١١٤٨٦] (قوله: ولو بِكراً) الأولى أن يقول: ولو ثيباً؛ ليفيدَ أنَّ تفويض البكر إلى وليها

يُنَدَّبُ بالأولى؛ لما علمته من علَّةِ النَّدْبِ، إلا أن يكون مرادُه الإشارة إلى خلاف "الشافعي" بقريظة ما بعده، أي: أنها تُنَدَّبُ لا تجبُّ ولو بِكراً عندنا خلافاً له.

[١١٤٨٧] (قوله: ولو ثيباً) أشار إلى خلاف "الشافعي"، فإنه يقول: إنَّ ولاية الإجماع

مَنْوُطَةٌ بالبكارَةِ، فيزوّجُها بلا إذنها ولو بالغة، لا إن كانت ثيباً ولو صغيرة، فالثيبُ الصغيرة لا تزوّجُ عنده ما لم تبلغْ لسقوط ولاية الأب.

(١) أي: في كتاب الولاء - فصل في ولاء المولاة ٧٨/٥.

(٢) المقولة [١١٤٧٦] قوله: ((والولاية [لخ])) وما بعدها.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٧/٣.

ومعتوهة ومرفوقة^(١) كما أفادته بقوله: (وهو) أي: الوليُّ (شَرَطُ) صحَّةِ (نكاح صغير ومجنون وريقٍ) لا مُكَلِّفَةٍ (فنفذَ نكاحَ حُرَّةٍ مُكَلِّفَةٍ بلا) رضا (وليٍّ).....

[١١٤٨٨] (قوله: ومعتوهة ومرفوقة) بالجرِّ فيهما عطفاً على قوله: ((الصغيرة)) لعدم تقييدهما بالصَّغَرِ، والأولى تعريفهما [٣/٤٤٤ق/١] ب: أل؛ لئلا يُتَوَهَّمَ عطفُهما على ((ثبأ)).

[١١٤٨٩] (قوله: صغير إلخ) الموصوفُ محذوفٌ، أي: شخصٍ صغيرٍ إلخ، فيشملُ الذَكَرَ والأنثى. [١١٤٩٠] (قوله: لا مُكَلِّفَةٍ) الأولى زيادة: حُرَّةٌ ليقابلَ الرِّقِيقَ، "ط"^(٢). وهذا تصريحٌ بمفهوم المن، ذكره ليفيد أن قوله: ((فنفذَ)) مُفَرَّغٌ عليه.

[١١٤٩١] (قوله: فنفذَ إلخ)^(٣) أرادَ بالنفاذِ الصَّحَّةَ وتَرَتَّبَ الأحكامَ من طلاقٍ وتوارثٍ وغيرهما لا الزُّومَ؛ إذ هو أخصُّ منها؛ لأنَّه ما لا يمكنُ نقضُهُ، وهذا يمكنُ رفعُهُ إذا كان من غيرِ كفاءٍ، فقوله في "الشَّرْئِيعَةِ"^(٤): ((أي: يَنْعَقِدُ لازماً)) في إطلاقِهِ نظرٌ. واحترَزَ بالحُرَّةِ عن المرفوقة ولو مُكَاتَبَةٌ أو أُمٌّ وُلِدَ، وبالمُكَلِّفَةِ عن الصَّغِيرَةِ والمجنونة، فلا يصحُّ إلا بوليٍّ كما قَدَّمَهُ^(٥)، وأما حديثُ: ((أيما امرأةٍ نكحتْ نفسَهَا بغيرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فنكاحُهَا باطلٌ فنكاحُهَا باطلٌ فنكاحُهَا باطلٌ))، وحسنُهُ "الترمذي"^(٦)، وحديثُ: ((لا نكاحَ إلا بوليٍّ)) رواه

(١) في "د" زيادة: ((عبارة "المنح": وكذا الكبيرة للمعتوهة والمرفوقة، وهي الصواب، تأمل)). ق ١٥٥/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٢/٢٦.

(٣) في "د" زيادة: ((لقوله عليه الصلاة والسلام: ((الأيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)) متفقٌ على صحَّته. وما روته الشافعية من أحاديث كثيرة ليس لها صحَّةٌ عند أهلِ النُّقلِ حتى قال البخاريُّ وابنِ معين: لم يصحَّ في هذا الباب حديثُ اشتراطِ الوليِّ، كذا قال الزيلعي. والمراد بالثبني فيما استدلُّ به الشافعي من قوله عليه الصلاة والسلام: ((لا نكاحَ إلا بوليٍّ وشاهدي عدلٍ)) نفيُّ الكمالِ كما في نظائره من الأحاديث. باقاني)). ق ١٥٥/أ.

(٤) "الشَّرْئِيعَةِ": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ١/٣٣٤ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "در" ص ١٨٣.

(٦) أخرجه الترمذي (١١٠٢) كتاب النكاح - باب لا نكاحَ إلا بوليٍّ، وأحمد ٦/٤٧٦ و٦٦ و١٦٥ و١٦٦، وعبد الرزاق

(١٠٤٧٢)، وابن أبي شيبة ٤/٢٧٢ كتاب النكاح - باب من قال: لا نكاحَ إلا بوليٍّ أو سلطان، وأبو داود (٢٠٨٣) -

"أبو داود" (١) وغيره فمعارض بقوله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها»، رواه "مسلم"، و"أبو داود"، و"الترمذي"، و"النسائي"، و"مالك" في "الموطأ" (٢). والأيّم من لا زوج لها بكرةً أو لا، فإنه ليس للوليّ إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به، ويترجّح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته بخلاف الحديثين الأولين، فإنهما ضعيفان أو حسنان، أو يجمع بالتخصيص، أو بأن النفي للكمال، أو بأن يُراد بالوليّ من يتوقّف على إذنه، أي:

— كتاب النكاح - باب الولي، والنسائي في "الكبرى" (٥٣٩٤) كتاب النكاح - باب الثيب تجعل أمرها لغير وليها، وابن ماجه (١٨٧٩) كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، والدارمي ٥٧٥/٢ كتاب النكاح - باب النهي عن النكاح بغير ولي، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٧/٣ كتاب النكاح - باب النكاح بغير ولي عصبه، والحاكم ١٦٨/٢ وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وابن حبان (٤٠٧٤) كتاب النكاح - باب الولي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٠٥/٧ و١١٣ كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، قال الترمذي: هذا حديث حسن. وقد أعله بعض العلماء بأن هذا الحديث رواه سليمان بن موسى عن الزهري ثم لقي ابن جريح الزهري فسأله عنه فلم يعرفه، وانظر "التلخيص" ١٥٧/٣، وسنن الترمذي والبيهقي.

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٥) كتاب النكاح - باب في الولي، والترمذي (١١٠١) كتاب النكاح - باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، وابن ماجه (١٨٨١) كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، والحاكم ١٦٩/٢ - ١٧٠ كتاب النكاح. وقد ذكره بأسانيد عديدة، وقال: كلها صحيحة، ووافقه الذهبي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٠٧/٧ كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، وابن حبان في "صحيحه" (٤٠٧٧) كتاب النكاح - باب الولي كلهم من حديث أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً. فقد وصله زهير وأبو عوانة ويونس وإسرائيل وشريك وقيس بن الربيع عن أبي إسحاق، به، وروى شعبة وسفيان في أصح الروايتين عنهما عن أبي إسحاق عن أبي بُرّة مرسلًا، انظر بقية الخلاف في هذا الحديث من كلام الإمام الترمذي رحمه الله.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٢١) كتاب النكاح - باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، وأبو داود (٢٠٩٨) و(٢٠٩٩) و(٢١٠٠) كتاب النكاح - باب الثيب، والترمذي (١١٠٨) كتاب النكاح - باب ما جاء في استئذان البكر والثيب، والنسائي ٨٤/٦ كتاب النكاح - باب استئذان البكر في نفسها، ومالك ٤١٥/٢ (٤) كتاب النكاح - باب استئذان البكر والأيّم في أنفسهما، وابن ماجه (١٨٧٠) كتاب النكاح - باب استئذان البكر والثيب، وأحمد ٣٤٥/١ و٣٦٢، وابن حبان في "صحيحه" (٤٠٨٤) كتاب النكاح - باب الثيب أحق بنفسها. كلهم من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس مرفوعاً.

والأصل: أن كلَّ مَنْ تصرَّفَ في ماله تصرَّفَ في نفسه، وما لا فلا.

(وله) أي: للولي (إذا كان عصبه) ولو غير محرم كابن عم في الأصح^(١)،
"حائية"^(٢). وخرج ذوو الأرحام والأم والقاضي (الاعتراض).....

لا نكاح إلا بمن له ولاية؛ لينفي نكاح الكافر للمسلمة والمعتوهة والعبد والأمة، والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء، أو حكمه على قول من يصححه، أي: للولي أن يطله، وكل ذلك سائغ في إطلاقات النصوص، ويجب ارتكابه لدفع المعارضة، ونمأ الكلام على ذلك مبسوطاً في "الفتح"^(٣).

[١١٤٩٢] (قوله: والأصل إلخ) عبارة "البحر"^(٤): ((والأصل هنا أن كلَّ مَنْ يجوزُ تصرفه في ماله بولاية نفسه إلخ))، فإنه يخرج الصبي المأذون، فإنه وإن جاز تصرفه في ماله لكن لا بولاية نفسه، لكن يرد على العكس المحجورة، فإنها تملك النكاح وإن لم تملك التصرف في مالها على قولهما بالحجر على الحر، فالأصل مبني على قول "الإمام"، تأمل.

[١١٤٩٣] (قوله: إذا كان عصبه) أي: بنفسه، فلا يرد العصبه بالغير كالبنات مع الابن، ولا العصبه مع الغير كالأخت مع البنات كما في "البحر"^(٥)، "ح"^(٦).

(قوله: والمراد بالباطل حقيقته إلخ) عبارة "الفتح" - بعد ذكر التأويل الأخير -: ((وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي، وهو ما قدمناه في فصل الشهادة، ويخص حديث "عائشة" بمن نكحت غير كفء، والمراد بالباطل إلخ)) اهـ. ومراذه بحديث "عائشة": ((أيما امرأة) إلخ، تأمل.

(١) في "د" زيادة: ((وقيل للولي مطلقاً كما في "القهستاني"، ونقل تصحيحه عن "المحيط"). ق ١٥٥/أ.

(٢) "الحائية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٤/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٥٩/٣ فما بعدها.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٧/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/أ.

في غير الكفء) فيفسخه القاضي، ويتجدد بتجدد النكاح.....

[١١٤٩٤] (قوله: في غير الكفء) أي: في تزويجها نفسها من غير كفاء، [٣/٤٤٤/ب] وكذا له الاعتراض في تزويجها نفسها بأقل من مهر مثلها حتى يُسمَّ مهر المثل أو يُفرق القاضي كما سيذكره^(١) "المصنف" في باب الكفاءة.

[١١٤٩٥] (قوله: فيفسخه القاضي) فلا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء؛ لأنه محتهد فيه، وكل من الخصمين تثبت بدليل، فلا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضي، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء، وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول، وبعدها المسمى، وكذا بعد الخلوة الصحيحة، وعليها العدة، ولها نفقة العدة؛ لأنها كانت واجبة، "فتح"^(٢). ولها أن لا تمكنه من السوط حتى يرضى الولي كما اختاره الفقيه "أبو الليث"؛ لأن الولي عسى أن يفرق فيصير وطء شبهة، وأما على المفتي به الآتي^(٣) فهو حرام لعدم الاعتقاد، أفاده في "البحر"^(٤).

[١١٤٩٦] (قوله: ويتجدد) أي: اعتراض الولي ((بتجدد النكاح))، كما لو زوجها الولي بإذنها من غير كفاء فطلقها، ثم زوجت نفسها منه ثانياً كان لذلك الولي التفريق، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثاني، "فتح"^(٥). وقيد بتحديد النكاح؛ لأنه لو طلقها رجعيًا ثم راجعها في العدة ليس للولي الاعتراض كما ذكره في "الدخيرة"^(٦).

(قوله: لأن الولي عسى أن يفرق) إلخ فيه أن النكاح انعقد صحيحاً حتى ترتب أحكامه، فلو وطئها قبل التفريق يكون اوطأ في ملكه لا وطء شبهة، فلم يظهر صحة جعل ما ذكره علة؛ لعدم تمكنها.

(١) "در" ص ٣٢٠-٣٢١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٨/٣.

(٣) "در" ص ١٩١.

(٤) "البحر" - كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٨/٣.

(٦) في "د" زيادة: ((ما جاء عن "الفتح" و"الدخيرة" هو من قول "الحانية")). ق ١٥٥/١.

(ما لم يَسْكُتْ حَتَّى (تَلِدَ مِنْهُ) لَعَلَّ يَضِيعَ الْوَلَدُ، وَيَنْبَغِي إِحْقَاقُ الْحَبْلِ الظَّاهِرِ بِهِ
(وَيُفْتَى) فِي غَيْرِ الْكَفَاءِ.....)

[١١٤٩٧] (قوله: ما لم يَسْكُتْ حَتَّى تَلِدَ) زادَ لفظَ ((يَسْكُتُ)) للإشارة إلى أن سكوتَه قبل الولادة لا يكونُ رضا، وأنَّ هذه ليست من المسائل التي نُزِلَ فيها السُّكُوتُ منزلة القول كما ستأتي^(١) الإشارة إليها، ويُفهمُ منه أنه لو لم يَسْكُتْ بل خاصَمَ حينَ عِلْمِ فكذلك^(٢) بالأولى، فافهم. لكن يبقى الكلامُ فيما لو لم يَعْلَمُ أصلاً حَتَّى وَاذَتْ فهل له حقُّ الاعتراضِ؟ ظاهرُ المتن لا^(٣)، وظاهرُ الشَّرْحِ نعم، تأمل.

[١١٤٩٨] (قوله: لَعَلَّ يَضِيعَ الْوَلَدُ) أي: بالتفريقِ بين أبويه، فإنَّ بقاءَهما مُجمِعَينِ على تربيته أحفظُ له بلا شبهة، فافهم.

[١١٤٩٩] (قوله: وينبغي إلخ)^(٤) البحثُ لصاحب "البحر"^(٥)، "ح"^(٦).
[١١٥٠٠] (قوله: وَيُفْتَى فِي غَيْرِ الْكَفَاءِ إلخ) قِيدَ بِذَلِكَ لَعَلَّ يُتَوَهَّمُ عَوْدُهُ إِلَى قَوْلِهِ: ((فَنَدَّ نِكَاحُ إلخ))، وللاحترازِ عمَّا لو تَزَوَّجَتْ بِدُونِ مَهْرٍ الْمُثَلِّ، فقد علمت أنَّ للوليِّ الاعتراضَ أيضاً، والظاهرُ أنه لا خلافَ في صحَّةِ العَقْدِ، وأنَّ هذا القولَ المفتى به خاصٌّ بغيرِ الكفاءِ كما أشار

(قوله: زادَ لفظَ ((يسكت)) إلخ) لعلَّ الأولى إبداله بلفظ ((حتى تلد)).
(قوله: وظاهرُ الشَّرْحِ: نعم) أي من زيادة قيد السُّكُوتِ لا من التعليل؛ فإنه ينفي حقَّ الاعتراضِ، تأمل.
(قوله: والظاهرُ أنه لا خلافَ في صحَّةِ العَقْدِ إلخ) لكنَّ التعليلَ المذكورَ للاقتناء بغيرِ الجوازِ في غيرِ الكفاءِ جارٍ في مسألة التزوُّجِ بدونِ مهرِ المُثَلِّ، ومقتضى لعدمِ الجوازِ، تأمل.

(١) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً)).

(٢) في "ب": ((كذلك)) بلا فاء.

(٣) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٤) في "د" زيادة: ((البحث لصاحب "النهر")). ق ١٥٥/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ١٣٩/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/١.

(بعدم جوازِهِ أصلاً) وهو المختارُ للفتوى (لفسادِ الزَّمانِ) فلا تَحِلُّ مَطْلَقَةً ثلاثاً
نَكَحَتْ غَيْرَ كَفءٍ بِلا رِضا وَليٍّ بعد معرفتِهِ إِيَّاهُ،.....

إليه "الشارح"، ولم أرَ مَنْ أجرى هذا القولَ في المسألتين، والفرقُ إمكانُ الاستدراكِ بإتمامِ مهرِ
المثل، فلذا قالوا: له الاعتراضُ حتى يُتِمَّ مهرَ المثلِ أو يُفَرِّقَ القاضي، فإذا [٣/٤٥٥ق/١] أتمَّ المهرَ زال
سببُ الاعتراضِ بخلافِ عدمِ الكفاءة، هذا ما ظهرَ لي، فافهم.

(١١٥٠١) (قوله: بعدمِ جوازِهِ أصلاً) هذه روايةُ "الحسن" عن "أبي حنيفة"، وهذا إذا كان لها
وليٌّ لم يَرْضَ به قبلِ العَقْدِ، فلا يُفِيدُ الرِّضا بعده، "بجر" (١). وأمَّا إذا لم يكن لها وليٌّ فهو صحيحٌ
نافذٌ مطلقاً اتفاقاً كما يأتي (٢)؛ لأنَّ وجهَ عدمِ الصَّحَّةِ على هذه الروايةِ دفعُ الضَّررِ عن الأولياءِ، أمَّا
هي فقد رَضِيَتْ بِإسقاطِ حقِّها، "فتح" (٣). وقولُ "البحر" (٤): ((لم يَرْضَ به)) يشمَلُ ما إذا لم يَعْلَمْ
أصلاً، فلا يَلزِمُ التصريحُ بعدمِ الرِّضا، بل السُّكوتُ منه لا يكونُ رِضاً كما ذكرنا، فلا بدَّ حينئذٍ
لصحَّةِ العَقْدِ مِنْ رضاهِ صريحاً، وعليه فلو سَكَتَ قبلَهُ ثمَّ رَضِيَ بعده لا يفيدُ، فليتأمل.

(١١٥٠٢) (قوله: وهو المختارُ للفتوى) وقال "شمس الأئمة" (٥): ((وهذا أقربُ إلى الاحتياطِ))،

كذا في "تصحيح العلامة قاسم"؛ لأنه ليس كلُّ وليٍّ يُحسِنُ المرافعةَ (٦) والخصومةَ، ولا كلُّ قاضيٍ
يَعْدِلُ، ولو أَحسَنَ الوليُّ وَعَدَلَ القاضي فقد يَتْرَكُ أَنفَةً للتردُّدِ على أبوابِ الحُكَّامِ واستثقالاً لنفسِ
الخصوماتِ، فيتقرَّرُ الضَّررُ، فكان منعهُ دفعا له، "فتح" (٧).

(١١٥٠٣) (قوله: نَكَحَتْ) نَعَتْ لـ (مَطْلَقَةً))، وقوله: ((بلا رِضا)) متعلِّقٌ بـ ((نَكَحَتْ))،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأحكام ١٣٧/٣.

(٢) المقولة [١١٥٠٤] قوله: ((فليحفظ)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأحكام ١٥٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأحكام ١٣٨/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح - باب النكاح بغير ولي ١٣/٥.

(٦) في "ب": ((المرافقة))، وهو تحريف.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأحكام ١٥٧/٣.

فليحفظ. (و) بناءً (على الأول).....

وقوله: ((بعد)) ظرف للرضا، والضَّميرُ في ((معرفة)) للولي، وفي ((إياه)) لغير الكفء، وقوله: ((بلا رضا)) نفي مُنصَّبٌ على المقيد الذي هو رضا الولي والقيد الذي هو بعد معرفته إياه، فيصدق بنفي الرضا بعد المعرفة، وبعدها، وبوجود الرضا مع عدم المعرفة، ففي هذه الصور الثلاثة لا تحل، وإنما تحل في الصورة الرابعة، وهي رضا الولي بغير الكفء مع علمه بأنه كذلك. اهـ "ح" (١).

قلت: والأنسب أن يقول: مع علمه به عينا؛ لما في "البحر" (٢): ((لو قال الولي: رضيت بتزوجها من غير كفاء، ولم يعلم بالزوج عينا هل يكفي؟ صارت حادثة الفتوى، وينبغي [أن] لا يكفي؛ لأن الرضا بالجهول لا يصح كما ذكره في "الحانية" (٤) فيما إذا استأذنها الولي ولم يُسمَّ الزوج، فقال: لأن الرضا بالجهول لا يتحقق، ولم أره منقولا)) اهـ، وأقره في "النهر" (٥). لكن ليس على عمومه؛ لما سيأتي (٦) في كلام "الشارح": ((أنها لو فوّضت الأمر إليه يصح كقولها: زوّجني ممن تختاره ونحوه))، قال "الخير الرملي": ((ومقتضاه أن الولي لو قال لها: أنا راض بما تفعلين، أو زوّجني نفسك ممن تختارين ونحوه أنه يكفي، وهو ظاهر؛ لأنه فوّض [٣/٤٥٥ب] الأمر إليها، ولأنه من باب الإسقاط)) اهـ.

٢٩٧/٢

[١١٥٠٤] قوله: فليحفظ قال في "الحقائق" شرح "المنظومة النسفية" (٧): ((وهذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه)) اهـ.

وقال "الكامل" (٨): ((لأنَّ المحلَّ في الغالب يكون غير كفاء، وأمَّا لو باشر الولي عقدَ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٥٩.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣ بتصرف يسير.

(٣) ((أن)) ليست في النسخ جميعها، وما أثبتناه من "البحر" هو الأنسب للسياق.

(٤) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ١/٣٣٥.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ق ١/١٧٤.

(٦) "در" ص ٢٠٨.

(٧) لم نعر عليها في مخطوطة "الحقائق" شرح المنظومة النسفية التي بين أيدينا.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٥٧/٣.

وهو ظاهرُ الرواية (فرضاً البعض) من الأولياءِ قبلَ العقدِ أو بعدهُ (كالكلِّ) لثبوتهِ لكلِّ كَمَلًا^(١) كولايةِ أمانٍ وقوْدٍ،

المحلَّلُ فإنها تجلُّ للأوَّلِ)) اهـ.

وفي "البحر"^(٢): ((وهذا كُلُّهُ إذا كان لها وليٌّ، وإلاَّ فهو صحيحٌ مطلقاً اتفاقاً)).

[١١٥٠٥] (قوله: وهو ظاهرُ الرواية) وبه أفنى كثيرٌ من المشايخ، فقد اختلفَ الإفتاءُ،

"بحر"^(٣). لكن علمتَ أنَّ الثانيَ أقربُ إلى الاحتياط.

[١١٥٠٦] (قوله: قبلَ العقدِ أو بعدهُ) فيه أنَّ الرِّضاهُ قبلَ العقدِ يصحُّ على كلِّ من الأوَّلِ

والثاني، وأمَّا المبيئيُّ على الأوَّلِ فقط فهو الرِّضاهُ بعدَ العقدِ، فإنَّه يصحُّ عليه لا على الثاني

المفتى به كما قدَّمناه^(٤) عن "البحر"، وكلامُ المتن يُوهِّمُ أنه على الثاني لا يكونُ رِضاهُ البعض

كالكلِّ، ولا وجهَ له، ولعلَّ "الشَّارح" قصدَ بما ذكره دَفَعَ هذا الإيهام، تأمل.

[١١٥٠٧] (قوله: لثبوتهِ لكلِّ كَمَلًا) لأنه حقٌّ واحدٌ لا يتجزأ؛ لأنه ثبتَ بسببٍ لا يتجزأ،

"بحر"^(٥).

[١١٥٠٨] (قوله: كولايةِ أمانٍ وقوْدٍ) فإذا أَمَّنَ مسلمٌ حربياً ليس لمسلمٍ آخرَ أن يتعرَّضَ

للحربيِّ أو لماله، وإذا عفا أحدُ أولياءِ القصاصِ ليس لوليِّ آخرَ طلبُه، "ح"^(٦).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لثبوته لكل كَمَلًا إلخ، يعني للأولياء المستوين في الدرجة، وذلك كولاية الأمان، قال في

"إجابة السائل اختصار أنفع الوسائل": إذا استوى ولَّبان كمشقيين أو اجتمع أبوان كان ادَّعيا ولد أمة مشتركة جاز

استقلال كلِّ بالنكاح، فإن زوجها صحَّ السابق، وإن لم يُعَلِّمَ بطلاناً انتهى. قيل: وأمَّا السَّيِّدان فلا يزوج أحدهما

الأمة المشتركة لهما أو المعتقة لهما، وأمَّا في القرابة فيزوج كلِّ واحدٍ منهما كأنه ليس معه غيره فينفسد به، كما في

الزَّيْلَعِي في باب ما يوجب القود، انتهى))، ق ١٥٥/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٨/٣.

(٤) في المقولة السابقة.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٨/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/أ.

وسنحَقُّهُ في الوقف (لو استَوَوْا في الدَّرَجَةِ، وإلا فلاقرب) منهم (حق^(١)) الفسخ، وإن لم يكن لها وليُّ فهو) أي: العَقْدُ (صحيح) نافذٌ.....

[١١٥٠٩] (قوله: وسنحَقُّهُ^(٢)) في الوقف) حيث زاد على ما هنا مما يَقُومُ فيه البعض مَقَامَ الكل: ((بعضُ مُستحقِّي الوقفِ يَتَضَيَّبُ خصماً عن الكلِّ، وكذا بعضُ الورثة، وكذا إثبات الإعسارِ في وجهِ أحدِ الغُرماء، وولايةُ المطالبةِ بإزالةِ الضَّررِ العامِّ عن طريقِ المسلمين)).

[١١٥١٠] (قوله: وإلا إلخ) أي: وإن لم يَسْتَوُوا في الدَّرَجَةِ وقد رَضِيَ الأبعدُ فلاقرب الاعتراضُ، "بجر"^(٣) عن "الفتح"^(٤) وغيره.

[١١٥١١] (قوله: وإن لم يكن لها وليُّ إلخ) أي: عَصَبَةٌ كما مرَّ^(٥)، والأولى التَّعبيرُ به، وهذا الذي ذكره "المصنّف" من الحكمِ ذكره في "الفتح"^(٦) بحثاً بصيغة ((ينبغي)) أخذاً من التعليلِ بدفعِ الضَّررِ عن الأولياء، وأنها رَضِيَتْ بإسقاطِ حقِّها، وجرَمَ به في "البحر"^(٧) فتبعه "المصنّف".

والظاهر: أنه لو كان لها عَصَبَةٌ صغيرٌ فهو بمنزلة مَنْ لا وليَّ لها؛ لأنه لا ولايةَ له، وكذا لو كان عبداً أو كافراً كما سيشرح^(٨) إليه "الشَّارح" عند قوله: ((الوليُّ في النِّكاحِ العَصَبَةُ إلخ)) كما سنبينه^(٩) هناك، وعلى هذا فلو بَلَغَ أو عتقَ أو أسلمَ لا يتحدَّدُ له حقُّ الاعتراضِ، وأما لو كان

(١) ((حق)) ليست في "د" و "و".

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢١٦٦٧] قوله: ((وكذا بعض الأولياء المتساوين)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٨/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٨/٣.

(٥) "در" ص ١٨٨.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٥٧/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٨) "در" ص ٢٥٧.

(٩) المقولة [١١٦٨٢] قوله: ((بشرط حرية إلخ)).

(مطلقاً) اتفاقاً.

(وَقَبْضُهُ) أَي: وَلِيٌّ لَهُ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ (المهرَ ونحوه^(١)) مِمَّا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا

(رِضَاً).....

لَهَا عَصَبَةٌ غَائِبٌ فَهُوَ كَالْحَاضِرِ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ لَا تَقْطَعُ، بِدَلِيلِ [١/٤٦٣/٣] أَنَّهُ لَوْ زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ حَيْثُ هُوَ صَحٌّ وَإِنْ كَانَ لَهَا وَلِيٌّ آخَرٌ حَاضِرٌ عَلَى مَا فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ كَمَا سَيَأْتِي^(٢).

وَالظَّاهِرُ أَيْضاً: أَنَّ هَذَا^(٣) فِي الْبَالِغَةِ، أَمَّا الصَّغِيرَةُ فَلَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِاسْقَاطِ حَقِّهَا، أَلَّا تَرَى أَنَّهَا لَوْ كَانَ لَهَا عَصَبَةٌ، فَزَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِ كَفَاءٍ لَمْ يَصِحَّ؟ فَكُنَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا عَصَبَةٌ، هَذَا كُلُّهُ مَا ظَهَرَ لِي تَفْقَهُ مِنْ كَلَامِهِمْ، وَلَمْ أَرَهُ صَرِيحاً.

[١١٥١٢] (قَوْلُهُ: مُطْلَقاً) أَي: سِوَاءَ نَكَحَتْ كَفَاءً أَوْ غَيْرَهُ، "ح"^(٤).

[١١٥١٣] (قَوْلُهُ: اتِّفَاقاً) أَي: مِنَ الْقَاتِلِينَ بِرِوَايَةِ ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَالْقَاتِلِينَ بِرِوَايَةِ

"الْحَسَنِ" الْمَفْتَى بِهَا.

[١١٥١٤] (قَوْلُهُ: أَي: وَلِيٌّ لَهُ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ) يُؤْهِمُ أَنَّ الْوَلِيَّ فِي قَوْلِهِ: ((وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا

وَلِيٌّ)) الْمَرَادُ بِهِ مَا يَشْمَلُ الْأَرْحَامَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ كَمَا عَلِمْتَ، فَالْمُنَاسِبُ ذِكْرُ هَذَا التَّفْسِيرِ هُنَا؛ لِئَعْلَمَ الْمَرَادُ فِي الْمَوْضِعِينَ وَيَرْتَفِعَ الْإِيهَامُ الْمَذْكُورُ.

[١١٥١٥] (قَوْلُهُ: وَنَحْوُهُ) بِالرَّفْعِ عَطْفاً عَلَى ((قَبْضُهُ))، أَي: وَنَحْوُ قَبْضِ الْمَهْرِ كَقَبْضِ

النَّفَقَةِ أَوْ الْمَخَاصِمَةِ فِي أَحَدِهِمَا وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ، وَكَالتَّجْهِيزِ وَنَحْوِهِ، "فَتْح"^(٥).

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْأَبِّ، فَبَلَّغَهُ الْخَيْرَ فَأَحَلَّ فِي تَجْهِيزِهَا فَهُوَ رِضَاً. "حَاوِي الرَّاهِدِي") ق ١٥٥/١.

(٢) الْمَقُولَةُ [١١٧٢١] قَوْلُهُ: ((جَازَ عَلَى الظَّاهِرِ)).

(٣) فِي "ب": ((هَذَا))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ.

(٤) "ح": "كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ق ١٥٩/١ بِتَصْرِفٍ.

(٥) "الْفَتْح": "كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٨٧/٣.

فيما يجيء (ولو) كان الزوج (محبوباً أو عنيماً أو خصيماً) أو خنثى إن ظهر حاله، وإلا فنكاحه موقوف، وما في "البحر" و"الأشباه" ليس على ظاهره،

[١٢٠٠٠] (قوله: فيما يجيء) أي: من الأحكام، "ط"^(١).

[١٢٠٠١] (قوله: ولو محبوباً) أي: مقطوع الذكر والخصيتين، من الحب وهو القطع، قال في "الغاية": ((والظاهر أن قطع الخصيتين ليس بشرط في المحبوب))؛ ولذا اقتصر "الإسيحاني" على قطع الذكر، "ح"^(٢) عن "النهر"^(٣).

[١٢٠٠٢] (قوله: أو خصيماً) بفتح الخاء المعجمة: فَعِيلٌ بمعنى مفعول، وهو من سُلِّتْ خصيتها وبقي ذكره، "ح"^(٤).

[١٢٠٠٣] (قوله: إن ظهر حاله) أي: إن ظهر قبل الخلوة أن هذا الزوج الخنثى رجل، وظهر^(٥) أن نكاحه صحيح فإن وطأه حينئذٍ جائز، فتكون الخلوة كالوطء، وإن لم يظهر فالنكاح موقوف لا يبيح الوطء، فلا تكون خلوته كالوطء، فافهم.

[١٢٠٠٤] (قوله: وما في "البحر"^(٦)) حيث أطلق صحة خلوته كالوطء، ولم يُقَيِّدَ بظهور حاله،

(قوله: والظاهر أن قطع الخصيتين ليس بشرط في المحبوب إلخ) أي: ليس بشرط في تسميته محبوباً وإن كان تفسيره هنا بمقطوع الذكر والخصيتين هو المناسب هنا؛ إذ يُعلمُ منه حكم ما إذا كان مقطوع الذكر فقط بالأولى.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/ب.

(٣) "النهر" كتاب النكاح - باب المهر ١٨٠/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/ب.

(٥) ((وظهر)) ساقطٌ من "الأصل".

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

"نهر" (١). وفيه: عن "شرح الوهبانية" (٢): ((أَنَّ الْعُنَّةَ قَدْ تَكُونُ.....

وما في "الأشباه" ستعرفه (٣).

[١٢٠٠٥] (قوله: "نهر" (٤)) عبارته: ((ويجب أن يراد به من ظهر حاله (٥)، أما المشكل فنكاحه موقوف إلى أن يتبين حاله، ولهذا لا يزوجه ولئيه من تحته (٦)؛ لأن النكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر، كذا في "النهاية")) اهـ، أي: فلا يبيح الوطاء بالأولى، فلا تصح خلوته كالخلوة بالخاص بل أولى؛ لأنه قبل التبين بمنزلة الأجنبي، ثم قال في "النهر" (٧): ((وأفاد في "المبسوط" (٨): أن حاله يتبين بالبلوغ، فإن ظهرت فيه علامة الرجل وقد زوجته أبوه [٣/٩٤ق/٩] امرأة حكيم بصحة نكاحه من حين عقد الأب (٩)، فإن لم يصل إليها أجل كالعنين، وإن زوج رجلاً تبين بطلانه، وهذا صريح في عدم صحة خلوته قبل ذلك. وبهذا التقرير عُلِمَت أن ما نقله في "الأشباه" (١٠) عن "الأصل": لو زوجته أبوه رجلاً فوصل إليه حاز، وإلا فلا علم لي بذلك، أو امرأة فبلغ فوصل

٣٤٠/٢

(قول "الشارح": وفيه عن "شرح الوهبانية" أن العنة إلخ) جواب عما يراد عن "النهر" حيث قال: ((إنه لو لم يصل إليها بعد بلوغه يجعل كالعنين))، وتقرير السؤال أن العنة في كبر السن، وأن حالة وقت البلوغ شدة شهوة، فكيف يكون عنيماً؟ فأجاب بأن العنة قد تكون لمريض إلخ "رحمته".

(١) عبارة "ب" و"و" و"ط": ((كما بسطه في "النهر")).

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الطلاق ق ٩٤/١.

(٣) في المقولة الآتية.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/أ.

(٥) في "ب": ((من حاله))، وهو خطأ.

(٦) في "ب": ((تحته)).

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/أ.

(٨) "المبسوط": كتاب الخنثى - حكم تزويجه ١٠٦/٣٠.

(٩) ((عقد الأب)) سقط من "الأصل".

(١٠) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث الجمع والفرق. أحكام الخنثى المشكل ص ٣٨٢-٣٨٣.

لمرض، أو ضَعْفُ خِلْقَةٍ، أو كِبَرِ سِنٍ)) (في ثُبُوتِ النَّسَبِ).....

إليها جاز، وإلا أُجِلَّ كَالْعَيْنِ لَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ، وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ)) اهـ، أي: أن ظاهر ما في "الأشباه" أنه مَجْرَدُ وُصُولِ الرَّجُلِ إِلَيْهِ - أي: وطئه له - أو بوصولِهِ إِلَى الْمَرْأَةِ يَصْحُحُ النِّكَاحُ وَلَوْ قَبْلَ الْبُلُوغِ وَظُهُورِ عِلْمِهِ فِيهِ، وَأَنَّ الْوَطْءَ يَجِلُّ قَبْلَ التَّبَيُّنِ، وَأَنَّ الْخُلُوةَ بِهِ صَحِيحَةٌ، وَأَنَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ قَدْ يَتَبَيَّنُ حَالُهُ وَقَدْ لَا يَتَبَيَّنُ، مَعَ أَنَّهُ فِي "المبسوط" (١) حَزَمَ بَتَّبِيْنٍ حَالِهِ بِالْبُلُوغِ، وَأَنَّهُ قَبْلَ التَّبَيُّنِ يَكُونُ نِكَاحُهُ مَوْقُوفًا، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي عَدَمِ صِحَّةِ الْخُلُوةِ قَبْلَ التَّبَيُّنِ لِعَدَمِ جِلِّ الْوَطْءِ. وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ قَوْلَهُ: ((جَاز)) مَعْنَاهُ: جَازَ الْعَقْدُ لِتَبَيُّنِ حَالِهِ بِذَلِكَ، فَقَدْ صَرَّحُوا بِأَنَّ ذَلِكَ رَافِعٌ لِإِشْكَالِهِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ جِلُّ الْوَطْءِ. وَقَوْلُهُ: ((وَالْأَفْلَا عِلْمٌ لِي بِذَلِكَ)) أي: إن لم تَظْهَرْ فِيهِ هَذِهِ الْعِلْمَةُ لَا أَحْكُمُ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ وَلَا بَعْدِيهَا، بَلْ يَتَوَقَّفُ ذَلِكَ عَلَى ظُهُورِ عِلْمَةٍ أُخْرَى، وَقَوْلُ "المبسوط": ((إِنَّ حَالَهُ يَتَبَيَّنُ بِالْبُلُوغِ)) مَبْنِيٌّ عَلَى الْغَالِبِ، وَإِلَّا فَقَدْ صَرَّحُوا بِأَنَّهُ قَدْ يَبْقَى حَالُهُ مُشْكِلاً بَعْدَهُ، كَمَا إِذَا حَاضَ مِنْ فَرْجِ النِّسَاءِ وَأَمْنَى مِنْ فَرْجِ الرِّجَالِ، وَقَدْ يَتَبَيَّنُ حَالُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ: كَأَن يُبَوَّلَ مِنْ أَحَدِ الْفَرْجَيْنِ دُونَ الْآخَرِ فَتَصْحُحُ خُلُوتُهُ.

والحاصل: أن تقييد صحّة الخلوّة بتبَيُّنِ حَالِهِ ظَاهِرٌ لِعَدَمِ جِلِّ الْوَطْءِ قَبْلَهُ.

[١٢٠٠٦] (قوله: لمرض إلخ) وكذا السحر، ويُسمى (٢) المعقود كما سيأتي (٣) في بابهِ عن

"الوهبانية".

[١٢٠٠٧] (قوله: في ثُبُوتِ النَّسَبِ إلخ) الَّذِي حَقَّقَهُ فِي "البحر" (٤) بِحُشَاثَةٍ رَأَاهُ مَنْقُولًا عَنْ

"الخصاف" (٥): ((أَنَّ الْخُلُوةَ لَمْ تَقُمْ مَقَامَ الْوَطْءِ إِلَّا فِي حَقِّ تَكْمِيلِ الْمَهْرِ وَوَجُوبِ الْعِدَّةِ))،

(١) "المبسوط": كتاب الخنى - حكم تزويجه ١٠٦/٣٠.

(٢) أي: المسحور.

(٣) المقولة [١٢٩١٩] قوله: ((ولو فات الإمساك بالمعروف)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥/٣، نقلًا عن "جامع الفصولين" عن "أدب القاضي" للخصاف.

(٥) "أدب القاضي": الباب الثامن والثمانون في المجهوب ١٩٣/٤ بتصرف.

ولو من المحبوب (و) في (تأكيد المهر) المسمى ومهر المثل بلا تسمية (والنفقة والسكنى والعدة وحرمة نكاح أختها وأربع سواها).....

قال: ((وما سواه فهو من أحكام العقد كالنَّسَب))، أي: فإنه يثبت وإن لم توجد خلوة أصلاً كما في تزوج مشرقي مغربية، أو من أحكام العدة كالبقية، والعجب من صاحب "النهر"^(١) حيث تابع أخاه في هذا التحقيق، ثم خالفه في النظم الآتي^(٢)، وما ذكره في "البحر" سبقه إليه "ابن الشحنة" في "عقد الفرائد"^(٣)، لكنه أفاد: ((أن المطلقة قبل الدخول لو ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ثبت نسبه للتيقن بأن العلوق قبل الطلاق، وأن الطلاق بعد الدخول، ولو ولدته لأكثر [ب/٩٤ق/٣] لا يثبت لعدم العدة، ولو اختلى بها فطلقها يثبت وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر))، قال: ((ففي هذه الصورة تكون الخصوصية للخلوة)).

[١٢٠٠٨] (قوله: ولو من المحبوب) لإمكان إنزاله بالسحاق، وسيأتي^(٤) في باب العنين أنه يثبت نسبه إذا خلا بها، ثم فرّق بينهما ولو جاءت به لستين.

[١٢٠٠٩] (قوله: وفي تأكيد المهر) أي: في خلوة النكاح الصحيح، أما الفاسد فيجب فيه مهر المثل بالوطء لا بالخلوة كما سيذكره^(٥) "المصنف" في هذا الباب لحرمة الوطء فيه، فكان كالخلوة بالحائض.

[١٢٠١٠] (قوله: والعدة) وجوبها من أحكام الخلوة سواء كانت صحيحة أم لا، "ط"^(٦)، أي: إذا كانت في نكاح صحيح، أما الفاسد فتجب فيه العدة بالوطء كما سيأتي^(٧).

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/أ.

(٢) "در" ص ٤٠٧ - وما بعدها.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٤/أ معزياً إلى "المبسوط".

(٤) المقولة [١٥١١٤] قوله: ((ثبت نسبه)).

(٥) "در" ص ٤٤١ - وما بعدها.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٥/٢.

(٧) المقولة [١٥٣٧٩] قوله: ((لا توجب العدة)) وما بعدها.

في عِدَّتِهَا (وحرمة نكاح الأمة ومراعاة وقت الطلاق في حقها) وكذا في وقوع طلاق بائنٍ آخرٍ على المختار (لا) تكون كالوطء (في حق) بقية الأحكام.....

[١٢٠١١] (قوله: في عِدَّتِهَا) متعلق بـ ((نكاح))، والأولى تأخيرُهُ بعد قوله: ((وحرمة نكاح الأمة))، "ط"^(١).

[١٢٠١٢] (قوله: وحرمة نكاح الأمة) أي: لو طَلَّقَ الحرَّةَ بعد الخلوة بها لا يصحُّ تزوجُهُ أمةً ما دامت الحرَّةُ في العِدَّةِ ولو الطَّلَّقَ بائناً.

[١٢٠١٣] (قوله: ومراعاة وقت الطلاق في حقها) بيانه: أنَّ الموطوءة طَلَّقَها في الحيضِ بلِغِيٍّ فلا يَحِلُّ، بل يُطَلِّقُها واحدةً في طُهْرٍ لا وطءٍ فيه - وهو أحسنُ - أو ثلاثاً مُتَفَرِّقَةً في ثلاثة أطهارٍ لا وطءٍ فيها - وهو حسنٌ - بخلاف غير الموطوءة، فإنَّ طَلَّقَها واحدةً - ولو في الحيضِ - حَسَنٌ، وإذا كانت المُخْتَلَى بها كالموطوءة تَوَقَّتْ طَلَّقَها بالطُّهْرِ، فلا يَحِلُّ في مُدَّةِ الحيضِ، فافهم.

[١٢٠١٤] (قوله: وكذا في وقوع طلاق بائنٍ آخرٍ إلخ) في "البرازية"^(٢): ((والمختار أنه يقع عليها طلاق آخر في عِدَّةِ الخلوة، وقيل: لا)) اهـ.

وفي "الذخيرة": ((وأمَّا وقوع طلاق آخر في هذه العِدَّةِ فقد قيل: لا يقع، وقيل: يقع، وهو أقربُ إلى الصَّواب؛ لأنَّ الأحكام لَمَّا اختلفتْ يَجِبُ القولُ بالوقوع احتياطاً. ثمَّ هذا الطَّلَاقُ يكون رجعيًّا أو بائناً؟ ذكر "شيخ الإسلام": أنه يكون بائناً)) اهـ، ومثله في "الوهبانية" و"شرحها"^(٣).

والحاصل: أنه إذا خلا بها خلوةً صحيحةً ثمَّ طَلَّقَها طَلِّقَها واحدةً فلا شبهة في وقوعها، فإذا طَلَّقَها في العِدَّةِ طَلِّقَها أخرى فمقتضى كونها مُطَلَّقةً قبل الدُّخُولِ أن لا تقع عليها الثانية،

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٥/٢.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الخلوة ١٤٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٥/ب، معرباً إلى "المحيط" و"الذخيرة".

كَالْغُسْلِ.....

لكن لَمَّا اختلفت الأحكام في الخلوة في أنها تارة تكون كالوطء وتارة لا تكون جعلناها كالوطء في هذا، فقلنا بوقوع الثانية احتياطاً لوجودها في العدة، والمطلقة قبل الدخول لا يلحقها طلاق آخر إذا لم تكن معتدة بخلاف هذه.

والظاهر: أن وجه كون الطلاق الثاني بائناً هو الاحتياط أيضاً، [٣/١٩٥ق] ولم يتعرضوا للطلاق الأول، وأفاد "الرحمى": ((أنه بائن أيضاً؛ لأنه طلاق قبل الدخول غير موجب للعدة؛ لأن العدة إنما وجبت ليحتملنا الخلوة كالوطء احتياطاً، فإن الظاهر وجود الوطء في الخلوة الصحيحة، ولأن الرجعة حق الزوج، وإقراره بأنه طلق قبل الوطء ينفذ عليه فيقع بائناً وإذا كان الأول لا تعقبه الرجعة يلزم كون الثاني مثله)) اهـ.

٣٤١/٢

ويشير إلى هذا قول "الشارح": ((طلاق بائن آخر))، فإنه يفيد أن الأول بائن أيضاً، وبدل عليه ما يأتي^(١) قريباً من أنه لا رجعة بعده، وسيأتي^(٢) التصريح به في باب الرجعة، وقد علمت مما قررناه أن المذكور في "الذخيرة" هو الطلاق الثاني دون الأول، فافهم.

ثم ظاهر إطلاقهم وقوع البائن أولاً وثانياً وإن كان بصريح الطلاق، وطلاق الموطوءة ليس كذلك، فيخالف الخلوة الوطء في ذلك، وأجاب "ح"^(٣): ((بأن المراد التشبيه من بعض الوجوه، وهو أن في كل منهما وقوع طلاق بعد آخر)) اهـ.

وأما الجواب - بأن البائن قد يلحق البائن في الموطوءة - فلا يدفع المخالفة المذكورة، فافهم.

[١٢٠١٥] (قوله: كالغسل) أي: لا يجب الغسل على واحدٍ منهما بمجرد الخلوة بخلاف

الوطء.

(١) المقولة [١٢٠١٩] قوله: ((والرجعة)).

(٢) المقولة [١٤٢٢٥] قوله: ((إن لم يطلق بائناً)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق/١٦٤.

و(الإحصان، وحرمة البنات، وحلّها للأوّل،.....)

[١٢٠١٦] (قوله: والإحصان) فلو زنى بعد الخلوة الصحيحة لا يلزمه الرجْمُ لفقد شرط الإحصان وهو الوطء، قال في "عقد الفرائد"^(١): ((وهذا إن لم يفهم أنه خاصُّ بالرجل))، فهو ساكت عن ثبوت الإحصان لها بذلك، والذي يظهر لي: أنه لا فرق بينه وبينها فيه، ولم أقف على نقلٍ فيه صريح، والله أعلم.

قلت: في "البحر"^(٢): ((ولم يُقيموها مقامَ الوطء في حقِّ الإحصان إن تصادقا على عدم الدخول، وإن أقرَّ به لزمهما حكمه، وإن أقرَّ به أحدهما صدق في حقِّ نفسه دون صاحبه كما في "المبسوط"^(٣)) اهـ.

[١٢٠١٧] (قوله: وحرمة البنات) أي: لم يُقيموها الخلوة مقامَ الوطء في ذلك، فلو خلا بزوجه بدون وطء ولا مس بشهوة لم تحرم عليه بناتها بخلاف الوطء، والكلام في الخلوة الصحيحة كما صرح به في "التبيين"^(٤) و"الفتح"^(٥) وغيرهما، فما حرره في "عقد الفرائد"^(٦) مما حاصله: ((أن حرمة البنات بالخلوة الصحيحة لا خلاف فيها بين "الصّاحبين" والخلاف في الفاسدة، قال "الثاني": تحرم، وقال "محمد": لا تحرم))، فهو ضعيف، وما ادعاه من عدم الخلاف ممنوع كما بسطه في "النهر"^(٧).

[١٢٠١٨] (قوله: وحلّها للأوّل) أي: لا تجلُّ مطلقاً للثلاث للزوج الأوّل. بمجرد خلوة الثاني، بل لا [٣/٩٥ق/ب] بد من وطئه لحديث العسيلة^(٨).

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الإحصان ١٥٠/٥.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٤/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٦) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٥/أ - ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/ب.

(٨) تقدم ترجمته ص ١٧ -.

والرَّجْعَةَ، والميراث) وتزويجها كالأبكارِ على المختارِ وغير ذلك، كما نظَّمهُ صاحب "النَّهر" ^(١) فقال: [بسيط].....

[١٢٠١٩] (قوله: والرَّجْعَةُ) أي: لا يصيرُ مُراجِعاً بالخلوة، ولا رجعة له بعد الطلاق الصريح بعد الخلوة، "بحر" ^(٢)، أي: لوقوع الطلاق بانثاً كما قدَّمناه ^(٣).

[١٢٠٢٠] (قوله: والميراث) أي: لو طَلَّقَهَا وماتَ وهي في عِدَّةِ الخلوة لا تَرِثُ، "بِزَايَةَ" ^(٤). ومثله في "البحر" ^(٥) عن "الجنبي"، وحكى "ابنُ الشَّحْنَةَ" في "عقد الفرائد" ^(٦) قولاً آخر: ((أَنَّهَا تَرِثُ وَإِنْ تَصَادَقًا عَلَى عَدَمِ الدُّخُولِ بَعْدَ الْخُلُوعِ))، قال "الرَّحْمَنِيُّ": ((وعلى هذا - أي: ما في "الشَّرْح" - لو طَلَّقَهَا فِي مَرَضِهِ بَعْدَ الْخُلُوعِ الصَّحِيحَةِ قَبْلَ الْوُطْءِ وَمَاتَ فِي عِدَّتِهَا لَا تَرِثُ، وَبِهِ حِزْمٌ "الطَّوْاقِي" ^(٧)))، فيما كتبه على هذا "الشَّرْح"، وأقره عليه تلميذه "حامد أفندي" العمادي ^(٨) مُفْتِي دِمَشَقٍ)) اهـ.

[١٢٠٢١] (قوله: وتزويجها كالأبكارِ) كان عليه أن يقول: كالثيباتِ لِوُفَاقِ مَا قَبْلَهُ مِنْ الْمُعْطَوَاتِ، فَإِنَّهَا مِنْ خَوَاصِّ الْوُطْءِ دُونَ الْخُلُوعِ، فَالْمَعْنَى: أَنَّهَا لَيْسَتْ كَالْوُطْءِ فِي تَزْوِيجِهَا كَالثِّيبَاتِ، بَلْ تُزَوَّجُ كَالْأَبْكَارِ، أَفَادَهُ "ط" ^(٩).

[١٢٠٢٢] (قوله: على المختارِ) وما في "الجنبي": ((من أَنَّهَا تُزَوَّجُ كَمَا تُزَوَّجُ الثِّيبُ)) ضَعِيفٌ كَمَا فِي "الْبَحْرِ" ^(١٠).

[١٢٠٢٣] (قوله: وغير ذلك) أي: غير السبعة المذكورة من زيادة أربعةٍ أُخَرَ فِي النِّظْمِ

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/١ - ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

(٣) المقولة [١٢٠١٤] قوله: ((ووكذا في وقوع طلاق بانث آخر إلخ)).

(٤) "البيزاية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٤٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

(٦) تفصيل عقد الفرائد - فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٥/ب، معزياً إلى "الجمع والتفريق".

(٧) تقدمت ترجمته ١٤١/١.

(٨) حامد بن علي بن إبراهيم المعروف بالعمادي الممشقي (ت ١١٧١هـ). ("سلك الدرر" ١١/٢، "هدية العارفين" ٢٦١/١).

(٩) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٥/٢.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

وخلوة الزوج مثل الوطء في صور
تكميل مهر وإعداد كذا نسب
وأربع وكذا قالوا الإمام ولقد
وغيره وبهذا العقد تحصيل
إنفاق سكنى ومنع الأخت مقبول
راعوا زماناً.....

المذكور، وهي: ((سقوط الوطء، والفسيء، والتكفير، وعدم فساد العادة))، وبقي مسألتان أيضاً لم يذكرهما لعدم تسليمهما، وهما أن الخلوة لا تكون إجازة للنكاح الموقوف عند بعضهم، وأن المرأة لا تمنع نفسها للمهر بعدها عندهما، أما عند "أبي حنيفة" فلها المنع بعد حقيقة الوطء كما أفاده في "البحر"^(١)، وزاد في "الوهبانية"^(٢) أيضاً بقاء عنة العين، ويمكن دخولها في النظم كما يأتي^(٣).

[١٢٠٢٤] قوله: وغيره) بالرفع عطفاً على ((مثل))، والضمير للوطء، "ح"^(٤)، أي: ومغايرة للوطء في إحدى عشرة مسألة.

[١٢٠٢٥] قوله: وبهذا العقد تحصيل) جملة من مبتدأ وخبر، و((العقد)) بكسر العين، شبه الشعر المنظوم بعقد الدر المنظوم.

[١٢٠٢٦] قوله: تكميل مهر إله) بيان لصور المماثلة.

[١٢٠٢٧] قوله: وإعداد) بالكسر، والمراد به العدة.

[١٢٠٢٨] قوله: وأربع) بالجر عطفاً على ((الأخت)).

[١٢٠٢٩] قوله: الإمام) جمع أمة، وقصره للضرورة، ولو أسقط لأم ((ولقد)) استغنى عن

قصره.

قوله: وأن المرأة لا تمنع نفسها إله) الأصوب حذف ((لا))^(٥) النافية حتى يستقيم الكلام، تأمل.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

(٢) انظر "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ق ٨٤/ب.

(٣) المقولة [١٢٠٣٨] قوله: ((ما فسدت عبادة)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٥) نقول: بل الصواب إثبات ((لا)) لا حذفها؛ لأن قول الصاحين صريح في أنه ليس للمرأة أن تمنع نفسها للمهر بعدما حلا بها

برضاها، وهي كبيرة خلافاً لأبي حنيفة القائل: بأن لها أن تمنع نفسها. انظر "البحر": ١٦٦/٣ و ١٩١، وانظر المقولة: [١٢١٩٤].

.....
 وأوقَعُوا فِيهِ تَطْلِيقًا إِذَا لَحِقًا
 وَقِيلَ: لَا، وَالصَّوَابُ الْأَوَّلُ الْقَبِيلُ
 وَأَمَّا الْمُغَايِرُ فَالْإِحْصَانُ يَا أَمْلِي
 وَرَجْعَةٌ وَكَذَا التَّوْرِيثُ مَعْقُولٌ^(١)
 تَحْرِيمُ بِنْتِ نِكَاحِ الْبِكْرِ مَبْذُولٌ
 سَقُوطُ وَطْءٍ وَإِحْلَالٌ لَهَا وَكَذَا

[١٢٠٣٠] (قوله: فراق فيه ترحيل) المراد به الطلاق. اهـ "ح"^(٢). وأمّا الترحيل فهو من ترحل القوم عن المكان: انتقلوا، أي: طلاق فيه نقل الزوجة من بيته أو من عصمته، فافهم.
 [١٢٠٣١] (قوله: وأوقعوا فيه) أي: في الإعداء. بمعنى العدة. اهـ "ح"^(٣). فالضمير عائذ على مذكور، وهو الإعداء [١/٩٦ق/٣] المذكور في البيت الثاني، فافهم.
 [١٢٠٣٢] (قوله: إذا لحقًا) الضمير للتطبيق والألف للإطلاق. اهـ "ح"^(٤). والمراد بلحاقيه وقوعه في العدة بعد طلاق سابق عليه.

[١٢٠٣٣] (قوله: القبيل) بدل من ((الأول))، "ح"^(٥).
 [١٢٠٣٤] (قوله: ورجعة) أي: في صورتين كما قدمناه^(٦) في قوله: ((والرجعة)).
 [١٢٠٣٥] (قوله: سقوط وطء) أي: ما يلزمه فيه الوطء لا يسقط بالخلوة، فحق الزوجية في القضاء الوطء مرة واحدة، ولا يسقط عنه بالخلوة، وكذا العين إذا اختل بها لا يسقط عنه الوطء بها، فللزوجة طلب التفريق، وعلى هذا الحل يستغنى عن ذكر بقاء العنة المذكور في "الوهبانية"، لكن يستغنى به أيضاً عن ذكر الفسيء الآتي، فكان الأولى ذكرهما معاً أو إسقاطهما معاً، تأمل.

(١) عبارة "النهر": ((مقبول)) بدل ((معقول)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٦) المقولة [١٢٠١٩] قوله: ((والرجعة)).

(١) فلا يتحمل تأمل.

(٢) كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٣) كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٤) كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٥) كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٦) المقولة [١٢٠١٩] قوله: ((والرجعة)).

كذلك الفَيْءُ والتَّكْفِيرُ ما فَسَدَتْ عِبَادَةٌ وكذا بالغُسْلِ تكميلُ

[١٢٠٣٦] (قوله: كذلك الفَيْءُ) يعني: إن آلى منها ثم وَطَّئَهَا في المِدَّةِ كان فَيْئاً، وإن خلا

بها لا. اهـ "ح" (١).

[١٢٠٣٧] (قوله: التَّكْفِيرُ) يعني: إن وَطَّئَ في نهارِ رمضانَ فعليه الكفَّارَةُ، وإن خلا بها لا.

اهـ "ح" (٢).

وفي "النهر" (٣): ((وَعَدُّ التَّكْفِيرِ هنا مما لا ينبغي؛ إذ الكلامُ في الخلوَّةِ الصَّحِيحَةِ، وصومُ

الأداء يُفْسِدُها كما مرَّ))، "ط" (٤).

[١٢٠٣٨] (قوله: ما فَسَدَتْ عِبَادَةٌ) ((ما)) نافية، يعني: إن وَطَّئَهَا في عِبَادَةٍ يُفْسِدُها الوطءُ

فَسَدَتْ، وإن خلا بها لا. اهـ "ح" (٥).

وَيَرِدُ عليه ما وَرَدَ على سابقِهِ، فإنَّ ما يَفْسُدُ بالوطءِ كالأحرامِ والصَّومِ والصَّلَاةِ

والاعتكافِ المنذورِ يُفْسِدُ الخلوَّةَ، والكلامُ في الصَّحِيحَةِ، إلا أن يُمَثَّلَ بما لا يُفْسِدُ الخلوَّةَ على

أحدِ القولين كصومِ غيرِ الأداءِ وصلاةِ النافلة، تأمل.

والحاصل: أنه ينبغي إسقاطُ التَّكْفِيرِ وفسادِ العِبَادَةِ، وزيادةُ قَدْرِ العَنَةِ، فتصيرُ الأحكامِ التي

خالفتِ الخلوَّةَ فيها الوطءُ عَشْرَةَ، وقد نظمتُها في بيتين مُقتصرين عليها للعلمِ بأنَّ ما سواها

لا يُخالِفُ فيها الخلوَّةَ الوطءَ، فقلت: [طويل]

مُطالِبَةٌ بالوطءِ إحْصانِ تَحْلِيلِ

وخلوَّتُهُ كالوطءِ في غيرِ عَشْرَةٍ

وتحريمِ بنتِ عَقْدِ بَكْرٍ وتغسيلِ

وفَيْءِ وإرثِ رَجْعَةِ قَدْرِ عَنَةِ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/١.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٦/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/١.

(ولو افترقا فقالت: بعد الدخول، وقال الزوج: قبل الدخول فالقول لها) لإنكارها
سقوط نصف المهر.....

[١٢٠٣٩] (قوله: فقالت: بعد الدخول) يُطلق الدخول على الوطء وعلى الخلوة المجردة،
والتباير منه الأول، والمراد هنا الاختلاف في الخلوة مع الوطء، أو في الخلوة المجردة لا في الوطء
مع الاتفاق على الخلوة؛ لأن الخلوة مؤكدة لتمام المهر، فلو كان الاختلاف بينهما في الوطء مع
الاتفاق على الخلوة لم تظهر ثمرة للاختلاف.

[١٢٠٤٠] (قوله: فالقول لها لإنكارها سقوط نصف المهر) كذا في "القنية"^(١) [٣/٩٦ق/ب]
لـ "الزاهدي"، ونظمه "ابن وهبان"^(٢)، وقال في "شرحيه": ((إنه تبع هذا الفرع فما ظفر به،
ولا وجد ما يناقضه، ووجهه ماش على القواعد؛ لأن القول للمنكر)) اهـ.

قلت: رأيت في "حاوي الزاهدي" أيضاً، وحكى فيه قولين، فذكر ما مر^(٣) معزياً إلى "المحيط"^(٤)
وكتاب آخر، ثم عزا إلى "الأسرار": ((أن القول قوله؛ لأنه يُنكر وجوب الزيادة على النصف)) اهـ.

ويظهر لي أرجحية القول الأول، ولذا جزم به "المصنف"، وذلك أن المهر يجب بنفس
العقد، والدخول أو الموت مؤكّد له، والطلاق قبلهما مُنصف له، فسبب وجوب الكلّ متحقق،
والمُنصف له عارض، والمرأة تُنكر ذلك العارض وتمسك بالسبب المحقق الموجب للكل، ولذا
تثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول، ولا يعود نصف المهر المقبوض إلى ملكه بالطلاق قبل
الدخول إلا بالقضاء أو الرضا، ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك، وينفذ تصرف المرأة فيه، والزواج
وإن أنكر الزيادة على النصف لكنه مُقرّ بسببها، كما لو أقر بالغصب وادعى الردّ وكذبه المالك،
فدعواه الردّ إنكار للضمان بعد الإقرار بسببه فلا يُقبل، تأمل.

(١) (٢٠٣٩)

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب في المهر ق ٣٥/أ.

(٢) "الوهبانية": فصل من كتاب النكاح ص ٢٣ - (هامش "المنظومة المحبية").

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل العشرون في الخصومات الواقعة بين الزوجين ١/ق ٢١٧/ب بتصرف.

وإن أنكر^(١) الوطء، ولو لم تمكنه في الخلوة فإن بكراً صححت وإلا لا؛ لأن البكر إنما توطأ كرهاً كما بحثه "الطرسوسي"^٢، وأقره "المصنف"^(٣).
(ولو قال: إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت).....

[١٢٠٤١] (قوله: وإن أنكر الوطء) كذا في كثير من النسخ، وكان المناسب أن يقول: ((وإن أنكر الدخول))؛ لما قررناه من أن الاختلاف بينهما ليس في الوطء مع الاتفاق على الخلوة، وليكون إشارة إلى رد ما قاله في "الأسرار"، أي: أن إنكاره لا يعتبر؛ لأنه في الحقيقة مدع لسقوط النصف بالعارض على السبب الموجب للكل، فكان إنكارها هو المعتبر، وفي بعض النسخ: ((وإن أنكرت)) بالتاء، والمعنى: أن القول لها وإن أنكرت أنه لم يطأها في هذا الدخول الذي ادعته، لكن الأولى أن يقول: ((وإن اعترفت بعدم الوطء))؛ لأنه لم يدع الوطء حتى يقابل بإنكارها له.
[١٢٠٤٢] (قوله: إنما توطأ كرهاً) لأنها تستحي بالطبع، فلم تكن بالامتناع مختارة لعدم تأكيد المهر بخلاف الثيب؛ لأن امتناعها يدل على اختيارها لعدم تأكيد المهر.

[١٢٠٤٣] (قوله: كما بحثه "الطرسوسي") أي: في "أنفع الوسائل"، والبحث في التفصيل المذكور، فإن "الطرسوسي" نقل أولاً عن "الذخيرة": ((إذا خلا بها ولم تمكنه من نفسها اختلف المتأخرون فيه))، قال: ((وفي طلاق "النوازل": عليه نصف المهر))، ثم ذكر هذا التفصيل وقال: ((قلته على وجه التفقه، ولم أظفر فيه بنقل))، والظاهر: أنه أراد به التوفيق بين القولين، وذكر أيضاً: ((أن هذا إذا صدقته في ذلك، فلو كذبت فالحول"^(٤) قولها [١/٩٧ق/٣] يبينها؛ لأنها منكبة)).
[١٢٠٤٤] (قوله: وأقره "المصنف") أي: تبعاً لشيخه صاحب "البحر"^(٥).

[١٢٠٤٥] (قوله: فخلا بها) أي: خلوة صحيحة؛ لأنها المتبادر من لفظ الخلوة. اهـ "ح"^(٥).

(١) في "د": ((أنكرت)).

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/ق/١٢٥. [١/٩٧ق/٣] [١/٩٧ق/٣] [١/٩٧ق/٣]

(٣) ((فالقول)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١/٣١٦٥.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٦٤.

بائناً؛ لوجود الشرط (ووجب نصف المهر) ولا عِدَّة عليها، "بِزَايَةٍ".....

أي: في قول الحالف: ((إِنْ خَلَوْتُ بِكَ))، فِرَادُ بِهَا: الْخَالِيَةُ عَمَّا يَمْنَعُهَا أَوْ يُفْسِدُهَا عَمَّا مَرَّ^(١)، والمراد ما يُفْسِدُهَا مِنْ غَيْرِ التَّعْلِيقِ؛ لِمَا مَرَّ^(٢) عَنِ "الْبَحْرِ": ((مَنْ أَنَّ هَذَا التَّعْلِيقُ مُفْسِدٌ لَهَا))، فَهُوَ نَظِيرُ قَوْلِهِمْ: الْخُلُوءُ الصَّحِيحُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ كَالْخُلُوءُ الْفَاسِدُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، مَعَ أَنَّهَا فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ فَاسِدَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣)، فَلَمَرَادُ بِالصَّحِيحَةِ فِيهِ: الْخَالِيَةُ عَمَّا يُفْسِدُهَا سِوَى فَسَادِ النِّكَاحِ، فَافْهَم.

٣٤٣/٢

[١٢٠٤٦] (قَوْلُهُ: بَائِنًا) لِنَصْرِيحِهِمْ أَنَّ الطَّلَاقَ الْوَاقِعَ بَعْدَ الْخُلُوءِ الصَّحِيحِ يَكُونُ بَائِنًا، "مَنْح"^(٤)، أَي: فَهِنَا أَوْلَى لِعَدَمِ صِحَّتِهَا، فَإِنَّهَا لَا تَمَائِلُ الْوِطْءِ إِلَّا فِي وَجُوبِ الْعِدَّةِ، "ط"^(٥).
[١٢٠٤٧] (قَوْلُهُ: لَوْجُودِ الشَّرْطِ) عِلَّةٌ لـ ((طَلَّقْتُ))، وَأَمَّا عِلَّةُ كَوْنِهِ بَائِنًا فَهِيَ مَا قَدَّمْنَاهُ^(٦) عَنِ "الْمَنْحِ"، أَفَادَهُ "ح"^(٧).

[١٢٠٤٨] (قَوْلُهُ: وَوَجِبَ نِصْفُ الْمَهْرِ) فِي بَعْضِ النُّسخِ بَعْدَ هَذَا زِيَادَةٌ، وَهِيَ: ((لِعَدَمِ الْخُلُوءِ الْمُمْكِنَةِ مِنَ الْوِطْءِ)) اهـ، أَي: لِأَنَّهَا بَائِنَةٌ بِمَجْرَدِ الْخُلُوءِ، فَكَانَ غَيْرَ مُتِمِّكِنٍ مِنَ الْوِطْءِ شَرْعًا.
[١٢٠٤٩] (قَوْلُهُ: وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٨): ((وَسِيَائِي وَجُوبُهَا فِي الْخُلُوءِ الْفَاسِدِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَتَجِبُ الْعِدَّةُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ احْتِيَاظًا)) اهـ.

وَاعْتِزَّضَهُ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" يَقُولُهُ: ((كَيْفَ الْقَطْعُ بِوَجُوبِهَا مَعَ مُصَادِمَتِهِ لِلنَّقْلِ!؟ عَلَى أَنَّ هَذِهِ

(١) "در" ص ٣٨٧- وما بعدها.

(٢) المقولة [١١٩٨٩] قوله: ((وبقي الخ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣ نقلًا عن "الجمهرة".

(٤) "المنح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٢٥ بتصرف.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٦/٢.

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/٣.

(وتجب العِدَّةُ.....)

مُطْلَقَةٌ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَهِيَ أَجْنِبِيَّةٌ، وَالخَلْوَةُ بِالْأَجْنِبِيَّةِ لَا تُوجِبُ الْعِدَّةَ، فَلَيْسَتْ مِنْ قِسْمِ الْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ وَلَا الْفَاسِدَةِ، فَتَأْمَلْ، وَانظُرْ إِلَى قَوْلِهِمْ: إِنَّمَا تَقَامُ مَقَامَ الرِّوْطِ إِذَا تَحَقَّقَ التَّسْلِيمُ)) اهـ.

أقول: التَّسْلِيمُ مِنْهَا مَوْجُودٌ، وَلَكِنْ عَاقِبُهُ مَانِعٌ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ التَّعْلِيقُ كَالْعَيْنِ، وَكَمَا لَوْ دَخَلَ عَلَيْهَا فَأَحْرَمَ بِالْحَجِّ أَوْ بِالصَّلَاةِ، وَكَوْنُهَا خَلْوَةً بِأَجْنِبِيَّةٍ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ الْخَلْوَةَ شَرْطُ الطَّلَاقِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ بَعْدَ وَجُودِ شَرْطِهِ كَمَا لَوْ قَالَ لِأَجْنِبِيَّةٍ: إِنَّ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوْقَ الْطَّلَاقِ دَلِيلٌ تَحَقُّقِ الْخَلْوَةِ؛ إِذْ لَوْلَاهَا لَمْ يَقَعِ، غَيْرَ أَنَّهُ وَجِدَ بَعْدَ تَحَقُّقِهَا مَانِعٌ مِنْ جِهَتِهِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَتَصْرِيحُهُمْ بِوُجُوبِ الْعِدَّةِ بِالْخَلْوَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى الصَّحِيحِ شَامِلٌ لِهَذِهِ الصُّورَةِ، فَقَوْلُ "الْبِرَّازِيَّةِ"^(١): ((لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا)) مَبْنِيٌّ عَلَى خِلَافِ الصَّحِيحِ، فَهُوَ مُضَادَّةٌ نَقْلًا بِنَقْلِ أَصَحِّ مِنْهُ، فَافْهَمْ.

(١٢٠٥٠) (قَوْلُهُ: وَتَجِبُ الْعِدَّةُ) ظَاهِرُهُ الْوُجُوبُ قَضَاءً وَدِيَانَةً، وَفِي "الْفَتْحِ"^(٢): ((قَالَ

"الْعَتَائِي"^٣: تَكَلَّمَ [٣/٩٧ق/ب] مَشَابِهُنَا فِي الْعِدَّةِ الْوَاجِبَةِ بِالْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ظَاهِرًا أَوْ حَقِيقَةً؟ فَقِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَتْ وَهِيَ مُتَبَيِّنَةٌ بَعْدَ الدُّخُولِ حَلٌّ لَهَا دِيَانَةً لَا قَضَاءً)).

(قَوْلُهُ: وَتَصْرِيحُهُمْ بِوُجُوبِ الْعِدَّةِ بِالْخَلْوَةِ الْخ) فِيهِ: أَنَّ تَصْرِيحَهُمْ بِمَا ذَكَرَ لَا يُبَاقِي فِرْعَ "الْبِرَّازِيَّةِ" لَعَدَمِ شُمُولِهِ لَهَا؛ فَإِنَّهُ فِي خَلْوَةٍ لَمْ تَصُفَّ بِالصَّحَّةِ أَصْلًا بَلْ اتَّصَفَتْ بِالْفَسَادِ مِنْ ابْتِدَاءِ وَجُودِهَا، وَفِرْعُ "الْبِرَّازِيَّةِ": وَجِدَتْ الْخَلْوَةُ فِيهِ صَحِيحَةً ثُمَّ فَسَدَتْ، وَمَعْنَى قَوْلِ "الْبَحْرِ": ((أَنَّ هَذَا التَّعْلِيقَ مُفْسِدٌ لَهَا)) أَنَّهُ مُفْسِدٌ لَهَا بَقَاءً بَعْدَ تَحَقُّقِ صَحَّتِهَا وَإِلَّا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، فَلَمْ يُوجَدْ مَا يُضَادِمُ نَقْلَهَا فَعَلِينَا اتِّبَاعَهُ حَيْثُ لَمْ يُوجَدْ مَا يُخَالِفُهُ، تَأْمَلْ.

(قَوْلُهُ: فَقِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَتْ وَهِيَ مُتَبَيِّنَةٌ الْخ) قَالَ "سَعْدِي حَلْبِي" فِي "حَوَاشِي الْبِيضَاوِيِّ": ((يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ التَّعْوِيلُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ عَدَمَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ بَعْدَ الْخَلْوَةِ مِمَّا يُعَدُّ مَنْطُوقًا صَرِيحًا فِي آيَةِ إِذَا فَسَّرَ الْمَسُّ بِالْجَمَاعِ، وَلَيْسَ مِنْ بَابِ الْمَفْهُومِ حَتَّى يَقَالَ: إِنَّمَا لَا نَقُولُ بِهِ كَمَا يُتَوَهَّمُ فَلَا بُدَّ لِإثْبَاتِ وَجُوبِ الْعِدَّةِ مِنْ دَلِيلٍ، قَالَ فِي "رُوحِ الْمَعَانِي" - مِنْ سُورَةِ الْأَحْزَابِ بَعْدَمَا تَقَدَّمَ - ((وَبِالْجُمْلَةِ الْقَوْلُ: بِأَنَّ ظَاهِرَ آيَةِ الْيَقْتَضِي عَدَمَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ مُتَّحِدًا لِلْخَلْوَةِ قَوْلَ مُتَيْنِ، وَحَقٌّ مَبِينٌ)) اهـ.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الخلو ٤/١٤٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢١٩.

في الكلّ) أي: كلّ أنواع الخلوة ولو فاسدة (احتياطاً) أي: استحساناً لتوهم الشُّغل (وقيل) - قائله "القدوري"، واختاره "التمرتاشي" و"قاضي خان" (١) -: (إن كان المانع شرعياً) كصوم (تجب) العِدَّة (وإن كان (حسباً) (٢) كصغيرٍ ومرضىٍ مُدْنِفٍ (لا) تجب، والمذهب الأول؛.....

[١٢٠٥١] (قوله: في الكلّ إلخ) هذا في النكاح الصحيح، أمّا النكاح الفاسد لا تجب العِدَّة في الخلوة فيه بل بحقيقة الدُّخول، "فتح" (٣).

[١٢٠٥٢] (قوله: لتوهم الشُّغل) أي: شغل الرَّجِمِ نظراً إلى التَّمكُنِ الحقيقي، وكذا في الجبوب لقيام احتمال الشُّغل بالسُّخق، وهي حقُّ الشرع وحقُّ الولد، ولذا لا تسقط لو أسقطها، ولا يحلُّ لها الخروج ولو أذن لها الزوج، وتتداخل العِدَّتَانِ، ولا يتداخل حقُّ العبد، "فتح" (٤)، ونمامه في "المعراج".

[١٢٠٥٣] (قوله: واختاره "التمرتاشي" إلخ) وجزم به في "البدائع" (٥)، قال في "الفتح" (٦): ((ويؤيده ما ذكره "العنابي").

[١٢٠٥٤] (قوله: تجب العِدَّة) لثبوت التَّمكُنِ حقيقةً، "فتح" (٧).

[١٢٠٥٥] (قوله: كصغيرٍ ومرضىٍ مُدْنِفٍ) قال في "الفتح" (٨): ((الأوجه على هذا القول أن يخصَّ الصَّغُرُ بغير القادر والمرضى بالمُدْنِفِ؛ لثبوت التَّمكُنِ حقيقةً في غيرهما)) اهـ.

(١) "الحانية": كتاب الطلاق - باب العدة ٥٤٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "ذ": ((حقيقاً)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٤/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

لأنه نصُّ "محمدٍ"، قاله "المصنّف". وفي "المجتبى": ((الموتُ أيضاً كالوطءِ في حقِّ العِدَّةِ والمهرِ فقط، حتَّى لو ماتت الأمُّ قبل دخوله^(١) بها حلَّت بنتها)).....

قلت: ونصُّ على التقييدِ بالمدنفِ في "جامع الفصولين"^(٢)، وفي "القاموس"^(٣): ((دنفَ المريضُ كفرَحَ: ثقلَ)).

[١٢٠٥٦] (قوله: لأنه نصُّ "محمدٍ") أي: في كتابه "الجامع الصغير"^(٤) الذي روى مسأله

عن "أبي يوسف" عن "الإمام" صاحبِ المذهب.

[١٢٠٥٧] (قوله: قاله "المصنّف")^(٥) أي: تبعاً لشيخه في "البحر"^(٦)، وأقره في "النهر"^(٧)

و"الشرنبلالية"^(٨).

[١٢٠٥٨] (قوله: الموتُ أيضاً) أي: كما أنَّ الخلوةَ كالوطءِ فيهما، والمرادُ الموتُ قبل

الدخول، أي: موتُ الرجلِ بالنسبةِ للعِدَّةِ، وموتُ أيهما كان بالنسبةِ للمهرِ كما أفاده "ح"^(٩).

[١٢٠٥٩] (قوله: في حقِّ العِدَّةِ والمهرِ) أي: إذا ماتَ عنها لزمها عِدَّةُ الوفاةِ، واستحقتْ

جميعَ المهرِ الموطوءةِ.

[١٢٠٦٠] (قوله: فقط) هو معنى قولِ "المجتبى": ((وفيما سواهما كالعدم)).

قلت: ولا يقال: إنه يُعطى حكمه أيضاً في الإرث؛ لأنَّ الإرثَ من أحكامِ العَقْدِ، فلذا

تحقَّقَ قبلَ الخلوةِ التي هي دونَ الوطءِ، فافهم.

[١٢٠٦١] (قوله: حلَّت بنتها) أي: كما تجلُّ بعدَ الخلوةِ الصَّحيحةِ، فلا تحرُّمٌ إلاَّ بحقيقةِ

(١) في "و": ((دخول)).

(٢) "جامع الفصولين": الفصل العشرون في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٧٠/١.

(٣) "القاموس": مادة ((دنف)).

(٤) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ص ١٨٦-١٨٧.

(٥) "المنح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٢٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٨١.

(٨) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب المهر ١/٣٤٤.

(٩) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٦٤.

قَبِضَتْ أَلْفَ الْمَهْرِ، فَوَهَبَتْهُ لَهُ وَطَلَّقَتْ قَبْلَ وَطْءِ رَجَعٍ عَلَيْهَا (بِنَصْفِهِ) لِعَدَمِ تَعْيُنِ النُّقُودِ فِي الْعُقُودِ (وَإِنْ لَمْ تَقْبِضْهُ.....

الوطء على ما مر^(١).

[١٢٠٦٢] (قوله: فوهبته له) ذَكَرَ الضَّمِيرَ لِأَنَّ ((الألف)) مُذَكَّرٌ لَا يَجُوزُ تَأْنِيثُهُ كَمَا فِي

"ط"^(٢) عَنْ "المصباح"^(٣)، وَكَذَا لَوْ وَهَبَتْ نَصْفَهُ، "فتح"^(٤).

[١٢٠٦٣] (قوله: قبل وطء) أَي: وَخُلُوعٍ، "نهر"^(٥). وَهِيَ وَطْءٌ حَكْمًا كَمَا مَرَّ^(٦).

[١٢٠٦٤] (قوله: لعدم تعين النقود في العقود) وَلِذَا لَوْ أُشَارَ فِي النِّكَاحِ إِلَى دِرَاهِمٍ كَانَ لَهُ أَنْ

يُمَسِّكَهَا وَيَدْفَعُ مِثْلَهَا جِنْسًا وَنَوْعًا وَقَدْرًا وَصِفَةً، وَلَوْ لَمْ تَهَبْ شَيْئًا وَطَلَّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ

[١/٩٨ق/٣] كَانَ لَهَا إِسْكَاتُ الْمَقْبُوضِ وَدَفْعُ غَيْرِهِ، وَلِذَا تُرَكِّي الْكَلَّ، وَتَمَامُهُ فِي "النهر"^(٧).

وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ بِالْهَبَةِ عَيْنٌ مَا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَهُوَ نِصْفُ الْمَهْرِ،

"منح"^(٨).

(قَوْلُ "الشَّارِحِ": لِعَدَمِ تَعْيُنِ النُّقُودِ فِي الْعُقُودِ) قَالَ "الزَّيْلَعِيُّ": ((لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ قَدْ لَا تَتَّعِنُ فِي الْعَقْدِ

فَكَذَا فِي الْفَسْخِ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ يَرُدُّ عَلَى عَيْنٍ مَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَهْرُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا آخَرَ

فِي النِّمَّةِ؛ لِعَدَمِ تَعْيُنِهَا)) اهـ.

(١) المَقُولَةُ [١٢٢٦٣] قَوْلُهُ: ((بِنتِ زَوْجَتِهِ الْمُوَطَّوْعَةَ)).

(٢) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥٧/٢.

(٣) "المصباح": مَادَّةُ ((أَلْف)).

(٤) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٢٦/٣.

(٥) "نهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١/ب.

(٦) المَقُولَةُ [١١٩٣٩] قَوْلُهُ: ((أَنَّهُ وَطِئَ الزَّوْجَ)).

(٧) انظُرْ "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١/ب.

(٨) "المنح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١/ق ١٢٥/أ بِتَصْرِفٍ.

أَوْ قَبِضَتْ نِصْفَهُ فَوَهَبَتْهُ^(١) الْكُلَّ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى (أَوْ مَا بَقِيَ) وَهُوَ النَّصْفُ فِي
الثَّانِيَةِ (أَوْ) وَهَبَتْ^(٢) (عَرَضَ الْمَهْرِ) كَثُوبٍ مَعِينٍ أَوْ فِي الذِّمَّةِ (قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ
لا) رَجُوعٌ.....

[١٢٠٦٥] (قَوْلُهُ: أَوْ قَبِضَتْ نِصْفَهُ) احْتِرَازٌ عَمَّا لَوْ قَبِضَتْ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ، فَإِنَّهَا^(٣) تَرُدُّ
عَلَيْهِ مَا زَادَ عَلَى النِّصْفِ، بِمُخْلَافِ مَا لَوْ قَبِضَتْ الْأَقْلَّ وَوَهَبَتْهُ الْبَاقِي، فَهُوَ مَعْلُومٌ بِالْأُولَى،
"بِحَرْ" (٤)، أَي: لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ.

[١٢٠٦٦] (قَوْلُهُ: فِي الصُّورَةِ الْأُولَى) الْأَنْسَبُ أَنْ يَقُولَ: فِي الصُّورَتَيْنِ، فَيَكُونُ قَوْلُهُ: ((أَوْ
الْبَاقِي)) إِشَارَةً إِلَى أَنَّ هَيْبَةَ الْأَلْفِ لَيْسَ بِقَيْدٍ فِي الثَّانِيَةِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٥)، قَالَ فِي
"النَّهْرِ"^(٦): ((وَمَعْنَى هَيْبَةِ الْأَلْفِ بَعْدَ قَبْضِ النِّصْفِ أَنَّهَا وَهَبَتْ لَهُ الْمَقْبُوضَ وَغَيْرَهُ)).

[١٢٠٦٧] (قَوْلُهُ: أَوْ وَهَبَتْ عَرَضَ الْمَهْرِ) أَشَارَ إِلَى أَنَّهُ لَمْ يَتَعَيَّبْ؛ إِذْ لَوْ وَهَبَتْهُ بَعْدَ مَا تَعَيَّبَ
فَاحْتِسَابًا يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبِضَتْ؛ لِأَنَّهُ صَارَ كَأَنَّهَا وَهَبَتْهُ عَيْنًا أُخْرَى، أَمَّا الْعَيْبُ الْيَسِيرُ
فَكَالْعَدَمِ لِمَا سَيَأْتِي أَنَّهُ فِي الْمَهْرِ مُتَحَمَّلٌ. وَقَيْدٌ بِالْهَيْبَةِ لِأَنَّهَا لَوْ بَاعَتْهُ مِنْهُ يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، أَي:
نِصْفِ قِيمَتِهِ لَا نِصْفِ الثَّمَنِ الْمُدْفُوعِ فِيمَا يَظْهَرُ، وَلَوْ وَهَبَتْهُ أَقْلٌ مِنْ نِصْفِهِ تَرُدُّ مَا زَادَ عَلَى
النِّصْفِ، وَلَوْ وَهَبَتْهُ الْأَكْثَرَ أَوْ النِّصْفَ فَلَا رَجُوعَ لَهُ، "بِحَرْ"^(٧).

[١٢٠٦٨] (قَوْلُهُ: أَوْ فِي الذِّمَّةِ) أَشَارَ إِلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَرَضِ الْمَعِينِ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ
مِنْ خُصُوصِ النِّكَاحِ، فَإِنَّ الْعَرَضَ فِيهِ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِيهِ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ، فَيُتَسَامَحُ

٣٤٤/٢

(١) فِي "د" وَ"و": ((فَوَهَبَتْ)).

(٢) فِي "ب": ((وَوَهَبَتْ)).

(٣) فِي "ب" وَ"م": ((فَإِنَّ)).

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٠/٣ بِتَصْرِيفٍ.

(٥) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٠/٣.

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨٢/أ.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧١/٣ بِتَصْرِيفٍ.

لحصول المقصود.....

فيه بخلاف البيع، "بحر"^(١).

[١٢٠٦٩] (قوله: لحصول المقصود) لأنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعنيه في الفسخ كتعنيه في العقد، بدليل أنه ليس لواحدٍ منهما دفعٌ بدلٍ، حتى لو تعيب فاحشاً فوهبته له رجع بنصف قيمته كما مر^(٢)، "نهر"^(٣).

(تتمة)

حكم الموزون غير المعين - وهو ما كان في الذمة - حكم النقد، أما المعين منه فكالعرض، واختلف في التبر والنقرة من الذهب والفضة، ففي رواية كالعرض، وفي أخرى كالمضروب، كذا في "البدائع"^(٤)، "نهر"^(٥).

(تبيهة)

قال في "البحر"^(٦): ((وقد ظهر لي أن هذه المسألة على ستين وجهاً؛ لأن المهر إما ذهب، أو فضة، أو مثلي غيرهما، أو قيمى، فالأول على عشرين وجهاً؛ لأن الموهوب إما الكل أو النصف، وكل منهما إما أن يكون قبل القبض، أو بعده، أو بعد قبض النصف، أو أقل منه، أو أكثر، فهي عشرة، وكل منها إما أن يكون مضروباً أو تبراً، فهي عشرون، والعشرة الأولى في المثلي، وكل منها إما أن يكون معيناً أو لا، وكذا في القيمى، والأحكام [٣/٩٨ق/ب] المذكورة)) اهـ.

(قوله: حكم الموزون غير المعين إلخ) عبارة "النهر": ((وحكم المكيل والموزون غير المعين إلخ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧١/٣ بتصرف يسير.

(٢) للمقولة [١٢٠٦٧] قوله: ((أو وهبت عرض المهر)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: ومنها أن لا يكون مجهولاً ٢٨٢/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/ب، وعبارة: ((حكم المكيل والموزون...)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧١/٣.

(نكحها بالفِ على أن لا يُخرِجها من البلدِ أو لا يستزوجَ عليها أو) نكحها
 (على ألفٍ إن أقامَ بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن وقي). بما شرطه في الصورة
 الأولى (وأقام) بها.....

وتبعه في "النهر" (١).

قلت: ويؤاخذ مثلها، فتصيرُ مائة وعشرين بأن يقال: إن الموهوبَ إمَّا الكلُّ، أو النصفُ، أو
 الأكثرُ من النصف، أو الأقلُّ، فهي أربعة (٢) تُضربُ في الخمسة المارةً تبلغُ عشرين، وكلُّ منها إمَّا
 أن يكونَ مضروباً أو تيراً فهي أربعون، وكذا في كلِّ من المثليِّ والقيميِّ أربعون، وقد مرَّ (٣)
 حكمُ هيئة الأكثرِ من النصفِ أو الأقلِّ.

[١٢٠٧٠] (قوله: فإن وقي) بتشديد الفاء ماضي يُوفي توفيةً، لا بالتخفيفِ مِن وقي يفي

وفاءً بقرينة قوله: ((وإلا يُوفِّ))، أفاده "ح" (٤).

[١٢٠٧١] (قوله: وأقام بها) إنما ذكرَ التوفيةَ في الأولى دون هذه لأنه في الأولى جعلَ المسميَّ

مالاً وغيرَ مالٍ، وهو ما شرطه لها ووعدها به من عدم إخراجها أو عدم التزوجِ عليها، أما هنا
 فالمسميُّ مالٌ فقط، ردَّدَ فيه بين القليلِ على تقديرٍ والكثيرِ على تقديرٍ كما أشار إليه "الشارح"،
 فليس هنا في المسميِّ وعدٌ بشيءٍ لئناسيَّةِ التعبيرِ بالتوفيةِ، يوضحُه أنه قد يُردَّدُ فيه بين كونها شيئاً
 أو بكرةً كما يأتي (٥)، فافهم.

[١٢٠٧٢] (قوله: الأولى إلخ) ضابطها أن يُسميَ لها قدرًا ومهرٌ مثلها أكثرُ منه، ويشترطُ

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/١.

(٢) ((فهي أربعة)) ساقط من "٣".

(٣) للمقولة [١٢٠٦٧] قوله: ((أو وهبت عرضَ المهر)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/ب.

(٥) "در" ص ٤٢٥.

منفعة لها أو لأبيها أو لذي رَجِمٍ مَحْرَمٍ منها، وكانت المنفعة مُباحة الانتفاع مُتوقِّفةً على فعل الزوج لا حاصلةً. مَحْرَجٌ العَقْدُ، ولم يَشْرَطْ عليها رَدُّ شيءٍ له، وذلك كأن تَزَوَّجَهَا بِألفٍ على أن لا يُخْرِجَهَا من البلدِ، أو على أن يُكْرِمَهَا، أو يُهْدِي لها هَدِيَّةً، أو على أن يُزَوِّجَ أباهَا ابنتَهُ، أو على أن يُعْتَقَ أَحَاهَا، أو على أن يُطَلِّقَ ضَرَّتَهَا، فلو المنفعة لأجنبيٍّ ولم يُوفَّ فليس لها إلاَّ المسمَّى؛ لأنها ليست منفعة مقصودة لأحد المتعاقدين، ومثله بالأولى لو شَرَطَ ما يَضُرُّها كالتزويج عليها، وكذا لو كان المسمَّى مهرَ المثلِ أو أكثرَ منه، ولو كان المشروط غيرَ مباحٍ كخمرٍ وخنزيرٍ فلو المسمَّى عشرةً فأكثرَ وَجَبَ لها وبطلَ المشروطُ، ولا يُكْمَلُ مهرُ المثلِ؛ لأنَّ المسلم لا يَنْتَفِعُ بالحرام، فلا يجبُ عَوْضٌ بِفَوَاتِيهِ، ولو تَزَوَّجَهَا على ألفٍ وَعَتَقَ أحييها أو طلاقَ ضَرَّتَهَا بلفظِ المصدرِ لا المضارعِ عَتَقَ الأَخُ، وَطَلَّقَتِ الضَّرَّةُ بنفسِ العَقْدِ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً؛ لمقابلتِها بِغيرِ مُتَقَوِّمٍ وهو البُضْعُ، وللزوجةِ المسمَّى فقط، والولاءُ له إلاَّ إذا قال: وَعَتَقَ أحييها عنها فهو لها، ولو تَزَوَّجَهَا على ألفٍ، وعلى أن يُطَلِّقَ امرأته فلانته، وعلى أن تَرُدَّ عليه عبداً يَنْقَسِمُ الألفُ على مهرِ مثلها [٣/٩٩٣/١] وعلى قيمةِ العبدِ، فإنَّ كانا سواءً صار نصفُ الألفِ ثَمناً للعبدِ والنَّصفُ صدقاً، فإذا طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فلها نصفُ ذلك، وإنَّ بعده نُظِرَ: إنَّ كان مهرُ مثلها خمسمائةً أو أقلَّ فليس لها إلاَّ ذلك، وإنَّ أكثرَ فإنَّ وَفَى بالشرطِ فكذلك وإلاَّ فمهرُ المثلِ، وتَمَامُهُ في "المحيط" و"الفتح" (١) عن "المبسوط" (٢)، وفي اشتراطِ الكرامةِ والهَدِيَّةِ كلامٌ سيأتي (٣).

(قوله: لمقابلتِها بِغيرِ مُتَقَوِّمٍ وهو البُضْعُ) وهو ليس مُتَقَوِّمًا، وتَقَوُّمُهُ بالعقدِ لضرورة التملكِ فلا يعثرُها، فلم يظهَرَ في حقِّ الطلاقِ الواقعِ على الضَّرَّةِ قَبْلِي طلاقاً بِغيرِ بَدَلٍ فكان رَجْعِيًّا "بجر".
(قوله: فإذا طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فلها نصفُ ذلك) وقد عَلِمَ أنَّ وَجوبَ مهرِ المثلِ إنما هو عند الدُّخُولِ، أمَّا إنَّ طَلَّقَهَا قَبْلَهُ فلها نصفُ المسمَّى وبطلَ شرطُ المنفعةِ لها اهـ "بجر".

(١) انظر "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٣/٣.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٨٨/٥ وما بعدها.

(٣) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بمخلاف مجهول الجنس)).

في الثانية (فلها الألف) لرضاها به^(١)، فهنا صورتان: الأولى - تسمية المهر مع ذكر شرط ينفعها، والثانية - تسمية مهر على تقدير وغيره على تقدير (والأ) يُوفُّ ولم يُقَمَّ (فمهر المثل) لفوت^(٢) رضاها بفوات النفع (و) لكن (لا يُزاد) المهر في المسألة الأخيرة (على ألفين،

وحاصل المسألة على وجوه؛ لأنَّ الشرط إما نافع لها، أو لأجنبي، أو ضار، وكلُّ إما حاصل بمجرد النكاح أو متوقف على فعل الزوج، وعلى كلِّ من السنته إما أن يكون مهر المثل أكثر من المسمى أو أقل أو مساوياً، وكلُّ إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، وكلُّ إما أن يُباح الانتفاع به^(٣) بالشرط أو لا، وكلُّ إما أن يشترط عليها ردَّ شيء أو لا، وكلُّ إما أن يحصل الوفاء بالشرط أو لا، فهي مائتان وثمانية وثمانون، هذا خلاصة ما في "البحر"^(٤).

[١٢٠٧٣] (قوله: والثانية إلخ) قال في "الفتح"^(٥): ((وأما الثانية فكان يتزوجها على ألف إن أقام بها، أو أن لا يتسرى عليها، أو أن يُطلق ضربتها، أو إن كانت مولاة، أو إن كانت أعجمية أو ثيباً، وعلى ألفين إن كان أضدادها)).

[١٢٠٧٤] (قوله: بفوات النفع) الباء للسببية؛ لأنه في الأولى سمى لها مالها فيه نفع، وهو عدم إخراجها وعدم التزوج عليها ونحوه، فإذا وقى فلها المسمى؛ لأنه صلح مهرًا، وقد تمَّ رضاها به، وعند فواته ينعدم رضاها بالمسمى فيكمل مهر مثلها، وفي الثانية سمى تسميتين ثانيتهما غير صحيحة للجهالة كما يأتي^(٦)، فوجب فيها مهر المثل.

[١٢٠٧٥] (قوله: في المسألة الأخيرة) قيد في قوله: ((ولا يُزاد على ألفين)) فقط، "ح"^(٧).

(١) في "د": ((بها)).

(٢) في "د" و"و": ((للفقد)).

(٣) ((٤)) ساقطة من "الأصل" و"ب" و"م".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٣/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٢/٣.

(٦) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بخلاف مجهول الجنس)).

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/ب.

ولا يُنْقَصُ عن ألفٍ) لاتِّفَاقِهما على ذلك، ولو طَلَّقَها قبل الدُّخُولِ تَنَصَّفَ المَسْمَى في المسألتين؛ لسُقُوطِ^(١) الشَّرْطِ، وقالوا: الشَّرْطَانِ صَحِيحَانِ (بِخِلَافِ ما لو^(٢) تَزَوَّجَها على ألفٍ إنْ كانت قَبِيحَةً، وعلى ألفَيْنِ إنْ كانت جَمِيلَةً فَإِنَّهُ يَصَحُّ الشَّرْطَانِ) اتِّفَاقاً.....

وفي بعض النسخ: ((في الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ذاتِ التَّقْدِيرَيْنِ)).

[١٢٠٧٦] (قَوْلُهُ: وَلَا يُنْقَصُ عَنِ أَلْفٍ) أَي: فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ.

[١٢٠٧٧] (قَوْلُهُ: لِاتِّفَاقِهما عَلَى ذَلِكَ) أَي: لَوْ زَادَ مَهْرٌ مِثْلِها فِي الْمَسْأَلَةِ الْأَخِيرَةِ عَلَى أَلْفَيْنِ لَيْسَ لَهَا أَكْثَرُ مِنَ الْأَلْفَيْنِ؛ لِأَنَّها رَضِيَّتْ مَعَهُ بِهِمَا لِتَرْدِيهِ لَهَا بَيْنَ الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، فَإِنَّهُ لَوْ زَادَ عَلَى أَلْفٍ لَهَا مَهْرٌ الْمِثْلُ بِالْغَا مَا بَلَغَ؛ لِأَنَّها لَمْ تَرْضَ بِالْأَلْفِ وَحِدَةٍ بَلْ مَعَ الوَصْفِ النَّافِعِ وَلَمْ يَحْصُلْ لَهَا، وَلَوْ نَقَصَ عَنِ أَلْفٍ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ فَلَهَا الْأَلْفُ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ.

[١٢٠٧٨] (قَوْلُهُ: لِسُقُوطِ الشَّرْطِ) لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَفِ بِمَجِبِ [٣/٩٩ق] تَمَامِ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَمَهْرُ الْمِثْلِ لَا يَثْبُتُ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَسَقَطَ عَتَبَارُهُ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْمَسْمَى فَيَتَنَصَّفُ، "بِدَائِعِ"^(٣).
[١٢٠٧٩] (قَوْلُهُ: وَقَالُوا: الشَّرْطَانِ صَحِيحَانِ) أَي: فِي الْمَسْأَلَةِ الْأَخِيرَةِ، قَالَ فِي "الهِدَايَةِ"^(٤): ((حَتَّى كَانَ لَهَا الْأَلْفُ إِنْ أَقَامَ بِهَا وَالْأَلْفَانِ إِنْ أَخْرَجَهَا، وَقَالَ "زَفْرٌ": الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ،

(قَوْلُهُ: حَتَّى كَانَ لَهَا الْأَلْفُ إِنْ أَقَامَ بِهَا إلخ) وَعَلَى قَوْلِهما لَا تَدْرِي ما يَكُونُ لَهَا لَوْ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخُولِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنْ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَبْلَ إِخْرَاجِها فَلَهَا نِصْفُ الْأَلْفِ، وَإِنْ بَعْدَ إِخْرَاجِها فَلَهَا نِصْفُ الْأَلْفَيْنِ اهـ "سِنْدِي".

(١) ((لِسُقُوطِ)) ساقطة من "ط".

(٢) في "ذ" و "و": ((إذا)).

(٣) "بِدَائِعِ": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢/٢٩٧.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢٠٩.

في الأصح؛ لقلّة الجهالة،.....

ولها مهرٌ مثلها لا يُنقَصُ من الألفِ ولا يُزادُ على ألفين، وأصلُ المسألةِ في الإجازاتِ في قوله: إن حِطَّتْهُ اليَوْمَ فَلَكَ ذَرَاهِمٌ، وَإِنْ حِطَّتْهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ ذَرَاهِمٍ)) اهـ.

[١٢٠٨٠] (قوله: في الأصح) مقابله ما في "نوادير ابن سماعة"^(١) عن "محمد": ((أنها على

الخلافة))، وضعّفه في "البحر"^(٢).

[١٢٠٨١] (قوله: لقلّة الجهالة) جوابٌ عمّا يَرِدُ على قول "الإمام"، حيث أفسدَ الشرطَ

الثاني في المسألة المتقدمة، وهي ما إذا تزوّجها على ألفٍ إن أقامَ بها وألفين إن أخرجها، وفي هذه الصورة صحّح الشرطين مع أنّ التردّد موجودٌ في الصورتين، وأجاب في "الغاية": ((بأنه في

المتقدمة دخلت المخاطرة على التسمية الثانية^(٣)؛ لأنّ الزوج لا يعرف هل يُخرجها أو لا؟ أمّا هنا فالمرأة على صفةٍ واحدةٍ من الحُسن أو القبح، وجهالة الزوج بصفتها لا توجب حطّاً))، وردّه

"الزيلعي"^(٤): ((بأنّ من صور المسألة المتقدمة ما لو تزوّجها على ألفين إن كانت حرةً أو إن كانت له امرأة، وعلى ألفٍ إن كانت^(٥) مولاةً أو لم تكن له امرأة، مع أنه لا مخاطرة ولكن جهل

الحال))، وأجاب في "البحر"^(٦): ((بأنّ المرأة وإن كانت في الكل على صفةٍ واحدةٍ لكنّ الجهالة قوية في الحرية وعدمها؛ لأنها ليست أمرًا مُشاهدًا، ولذا لو وقع التنازع احتجّج إلى إثباتها، فكان

فيها مخاطرة معنى بخلاف الجمال والقبح، فإنه أمرٌ مُشاهدٌ، فجهالته يسيرة لزوالها بلا مشقة))، واعتزّضه في "النهر"^(٧): ((بأنه على هذا ينبغي الصّحّة فيما لو تزوّجها على ألفين إن كانت له

(١) "النوادر" لأبي عبد الله محمد بن سماعة بن عبيد الله البغدادي التميمي (ت ٢٣٣ هـ). (الجواهر المضية" ١٦٨/٣، "نجاح الزاجم" ص ١٨٩، "الفوائد البهية" ص ١٧٠، "هدية العارفين" ١٢/٢).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٤/٣.

(٣) ((الثانية)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٩/٢.

(٥) من ((حرة)) إلى ((إن كانت)) ساقطة من "٣".

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٤/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/ب.

بخلاف ما لو ردّد في المهر بين القلّة والكثرة للثبوت بالبكارة، فإنها إن ثببت لزمه الأقل، وإلا فمهر المثل لا يزد على الأكثر، ولا يُنقص عن الأقل، "فتح" (١). ولو شرط البكارة فوجدها ثببت لزمه الكل، "درر" (٢). ورجّحه في "البيزانية" (٣).....

امرأة وعلى ألفٍ إن لم تكن؛ لأنّ النكاح يثبت بالتّسامع، فلا يحتاج إلى إثبات عند المنازعة)). قلت: ولا يخفى ما فيه، فإنّ إثباته بالتّسامع إنما هو عند الاحتياج إلى إثباته، على أنه قد تكون له امرأة غائبة في بلدة أخرى لا يعلم بها أحدٌ بخلاف الجمال والقبح، فلذا تبع "الشّارح" ما في "البحر" ولم يلتفت لما في "النهر".

[١٢٠٨٢] (قوله: بخلاف ما لو ردّد إلخ) هذا أيضاً [١٠٠ق/٣] من صور المسألة المتقدمة التي ذكر أنّها مخالفة لمسألة الترديد للقبح والجمال، فلا حاجة إلى إعادته.

والحاصل: أنّ تديد المهر بين القلّة والكثرة إن وجد فيه شرط الأقل لزمه الأقل، وإلا فلا يلزمه الأكثر بل مهر المثل خلافاً لهما، إلا في مسألة القبح والجمال، فإنه يجب المسمى في أيّ شرط وجد اتفاقاً، والفرق لـ "الإمام" ما مرّ (٤).

[١٢٠٨٣] (قوله: ولو شرط إلخ) هذه مسألة استطرادية ليست من جنس ما قبلها، ومناسبتها تعليق المسمى على وصف مرغوب له.

[١٢٠٨٤] (قوله: لزمه الكل) لأنّ المهر إنما شرع لمجرد الاستمتاع دون البكارة، "ح" (٥) عن "مجمع الأنهر" (٦).

[١٢٠٨٥] (قوله: ورجّحه في "البيزانية") أقول: عبارتها (٧): ((تزوّجها على أنها بكرٌ فإذا

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٢/٣.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٥/١.

(٣) "البيزانية": كتاب النكاح - نوع آخر تزوجها بمهر سرّاً وبشيء علانية بأكثر إلخ ١٣٤/٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٢٠٨١] قوله: ((قللة الجهالة)).

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق/١٦٤.

(٦) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٥٥/١.

(٧) "البيزانية": كتاب النكاح - نوع آخر تزوجها بمهر سرّاً وبشيء علانية بأكثر إلخ ١٣٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

هي ليست كذلك يجبُ كلُّ المهرِ حملاً لأمرها على الصَّلاح بأن زالتْ بوْتْبَةٍ، فإن تزوّجها بأزَيْدٍ من مهرٍ مثلها على أنها بكرٌ فإذا هي غيرُ بكرٍ لا تجبُ الزيادةُ، والتوفيقُ واضحٌ للمتأمل)) اهـ.

ووجهُ التوفيقِ ما ذكره في "العمادية" عن فوائد "المحيط" في تعليل المسألة الثانية: ((أنه قسابلُ الزيادة بما هو مرغوبٌ وقد فات، فلا يجبُ ما قوبلَ به))، وأنتَ خيرٌ بأنَّ كلام "البرزانية" ليس فيه ترجيحٌ للزومِ الكلِّ مطلقاً، بل فيه ترجيحٌ للتفصيل، والفرقُ بين التزوّج بمهرِ المثل وبأزيدٍ منه، نعم قال في "البرزانية"^(١) بعد ذلك: ((وإن أعطاهما زيادةً على المعجلِ على أنها بكرٌ فإذا هي ثيبٌ قيل: تردُّ الزائد، وعلى قياسِ مختارِ مشايخِ بخارى - فيما إذا أعطاهما المالَ الكثيرَ بجهةِ المعجلِ على أن يُجهزوها بجهازٍ عظيمٍ ولم تأتِ به رجوعاً بما زادَ على معجلٍ مثلها، وكذا أفنى أئمةَ خوارزم - ينبغي أن يرجعَ بالزيادة، ولكن صرحَ في "فوائد الإمام ظهير الدين": أنه لا يرجعُ في كلتا الصورتين)) اهـ، أي: في صورةِ الزيادةِ على مهرِ المثل وضرورةِ الزيادةِ على المعجلِ كما يُعلمُ من مراجعةِ "الفصول العمادية"، فقولُ "البرزانية" تبعاً لـ "العمادية": ((ولكن صرحَ الخ)) يُفيدُ ترجيحَ عدم الرجوعِ وأنه يلزمُ كلُّ المهرِ، ولذا نظّمَ المسألةَ في "الوهبانية"^(٢)، وعيّرَ عن عدمِ وجوبِ الزيادةِ بـ ((قيل))، فأفادَ أيضاً ترجيحَ لزومِ الكلِّ كما هو مقتضى إطلاقِ صاحبِ "الدُرر"^(٣) و"الوقاية"^(٤) و"الملتقى"^(٥).

قولُهُ: فقولُ "البرزانية" تبعاً لـ "العمادية": ((ولكن صرحَ الخ)) يُفيدُ ترجيحَ الخ قولُ "البرزانية" ما ذكرَ ليس فيه ما يُفيدُ ترجيحَ عدمِ الرجوعِ، كما هو واضحٌ؛ إذ غايةُ ما أفادتهُ أن المسألةَ خلافيةٌ.

(١) "البرزانية": كتاب النكاح - نوع آخر تزوجها بمهرٍ سرّاً وبشيءٍ علانيةً بأكثر الخ ١٣٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الوهبانية": كتاب النكاح - الكلام في المهر ص ٢٣، (هامش "المنظومة الهيبية").

(٣) "الدُرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٥/١.

(٤) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٠/١.

(ولو تزوّجها على هذا العبدِ أو على هذا الألفِ) أو الألفينِ (أو على هذا العبدِ أو على هذا العبدِ^(١)) أو على أحدِ هذين (وأحدهما أو كسُ.....)

[١٢٠٨٦] (قوله: ولو تزوّجها إلخ) حاصلُ هذه المسألة أن يُسمّى شيئين مختلفي القيمة اتّحدَ

الجنسُ أو اختلفَ، "نهر"^(٢).

[١٢٠٨٧] (قوله: أو الألفين) لا فائدة في ذكره بعد الألف؛ للعلم [٣/١٠٠ب] قطعاً بأنَّ

الألفَ غيرُ قيدٍ، فالأولى قولُ "البحر"^(٣): ((أو على هذا الألفِ أو الألفين))، فهو مثالٌ آخرُ مثلُ الذي بعده مما الاختلافُ فيه قيمةٌ مع اتّحادِ الجنس، ويمكنُ عطفُ قوله: ((أو الألفين)) على مجموعِ قوله: ((على هذا العبدِ أو على هذا الألفِ)) بأنَّ يُعطفَ على كلِّ واحدٍ بانفراذه، كأنَّ يقولُ الزَّوجُ: تزوّجتُك على هذا العبدِ أو هذين الألفين، أو يقول: على هذا الألفِ أو هذين الألفين، تأمّل.

[١٢٠٨٨] (قوله: أو على أحدِ هذين) أي: أنه لا فرقَ بين كلمة ((أو)) ولفظ ((أحدهما))،

فإنَّ الحكمَ فيه كذلك كما صرّحَ به في "المحيط"، "بجر"^(٤).

[١٢٠٨٩] (قوله: وأحدهما أو كسُ) الجملةُ في موضع الحال. في "القاموس"^(٥): ((الوكسُ

كالوعْدِ: النقصُ والتّقصيصُ، لازمٌ ومُتعدِّ)) اهـ.

وقيدَ به لأنهما لو تساويا قيمةً صحّتِ التسميةُ اتفاقاً، "بجر"^(٦) عن "الفتح"^(٧)، وقال قبله:

((لو كانا سواءً فلا تحكيم، ولها الخيارُ في أخذِ أيهما شاءت)).

(١) عبارة "ط": ((أو على هذا العبدِ وهذا العبدِ)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢ ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٧٤.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٧٥.

(٥) "القاموس": مادة ((وكس)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٧٥.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢٣٤ بتصرف.

حَكَمَ) القاضي (مهرَ المثل) فإن مثل الأرفع أو فوقه فلها الأرفع، وإن مثل^(١) الأوكس أو دونه فلها الأوكس، وإلا فمهر المثل (وفي الطلاق قبل الدخول يُحكّم مُتعة المثل) لأنها الأصل، حتى لو كان نصف الأوكس أقل من المتعة^(٢).....

(١٢٠٩٠) (قوله: حَكَمَ مهرَ المثل) هذا قوله، وعندهما لها الأقل، والمتون على الأول، ورجّح في "التحرير"^(٣) قولهما، والخلاف مبني على أن مهر المثل أصل عنده والمسمى خلف عنه إن صحّت التسمية، وقد فسدت هنا للجهالة، فيصار إلى الأصل، وعندهما بالعكس، ومحلّه إذا لم يُصرّح بالخيار لها. أو له، فلو قال: على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت، أو على أنني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح اتفاقاً لانتفاء المنازعة. ويؤيد بالنكاح لأن الخلع على أحد شيئين مختلفين أو الإعتاق عليه يُوجب الأقل اتفاقاً؛ لأنه ليس له موجب أصلي يُصار إليه عند فساد التسمية، فوجب الأقل، وكذا في الإقرار، وتمامه في "البحر"^(٤).

(١٢٠٩١) (قوله: فلها الأرفع) لأنها رَضِيَتْ بِالْحَطِّ، "هداية"^(٥).

(١٢٠٩٢) (قوله: فلها الأوكس) لأنّ الزّوج رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ، "هداية"^(٦).

(١٢٠٩٣) (قوله: وإلا) أي: بأن كان بين الأرفع والأوكس.

(١٢٠٩٤) (قوله: لأنها الأصل) أي: في الطلاق قبل الدخول، كما أنّ الأصل مهر المثل

(قول "المصنّف": يُحكّم مُتعة المثل إلخ) فإن كانت تُساوي نصف الأرفع أو فوقه فلها نصف الأرفع، وإن كانت تُساوي نصف الأوكس فلها نصف الأوكس، أو المُتعة اهـ "سندي".

(١) في "د" و"و": ((أو مثل)).

(٢) ((من المتعة)) ليست في "د".

(٣) "التحرير": الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة ومجاز - مسائل الحروف - حروف العطف ص ١٩٨..

(٤) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٥/٣، نقلاً عن "الهداية"، إلا قوله: ((وكذا في الإقرار)) فإنه من كلام "البحر".

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

وَجَبَتِ الْمُتَعَةُ، "فتح".

(ولو تزوّجها على فرس) أو عبد، أو ثوب هروي، أو فراش بيت، أو عددٍ معلومٍ من نحو إبلٍ (فالواجب).....

قبل الطلاق، "بحر"^(١).

[١٢٠٩٥] (قوله: وَجَبَتِ الْمُتَعَةُ) أشارَ به إلى أن ما وَقَعَ في "الدُّرر"^(٢) تبعاً لـ "الوقاية"^(٣) و"الهداية"^(٤): ((من أنه يجبُ نصفُ الأوكس اتفاقاً)) مبنيٌّ على الغالب أن المتعة لا تزيدُ على نصفِ الأوكس^(٥) كما علَّلَ به في "الهداية"^(٦)، حتّى لو زادتْ وَجَبَتْ كما صرَّحَ به في "الحانية"^(٧) و"الدراية"، وقال في "الفتح"^(٨): ((التَّحْقِيقُ أَنَّ الْمُحَكَّمِ الْمُتَعَةَ))، فأفاد أنها لو كانتْ أزيدَ من نصفِ الأعلى لا يُزادُ على نصفِهِ لرضاها به، "رحمي". [١٠١/٣]

[١٢٠٩٦] (قوله: ولو تزوّجها على فرسٍ إلخ) شروعٌ في مسألةٍ أخرى موضوعها أنه تزوّجها على ما هو معلومُ الجنس دون الوصف كما في "الهداية"^(٩)، وقوله: ((فالواجبُ الوسطُ أو قيمته)) يُفيدُ صحّةَ التسمية؛ لأنَّ الجنسَ المعلومَ مُشْتَمِلٌ على الجيّدِ والرّديءِ، والوسَطُ ذو حَظٍّ منهما بخلافِ مجهولِ الجنس؛ لأنّه لا وسطَ له لاختلافِ معاني الأجناس، وإنما تُخيَّرُ الزَّوْجُ بين دفعِ الوسطِ أو قيمته؛ لأنَّ الوسطَ لا يُعرَفُ إلاّ بالقيمة، فصارتْ أصلاً في حقِّ الإيفاء.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٥/٣ بتصرف.

(٢) "الدُّرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٥/١.

(٣) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٥) من ((اتفاقاً)) إلى ((الأوكس)) ساقط من "٣".

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٧) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٧٧/١ - ٣٧٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٥/٣.

(٩) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

في كلِّ جنسٍ له وَسَطٌ (الوسطُ أو قيمتهُ) وكلُّ ما لم يَجْزِ السَّلْمُ فيه^(١) فالخيارُ
للزَّوجِ، وإلَّا فللمرأة.....

وقيدَ باليهُم لأنه في المعينِ بإشارةٍ كهذا العبدُ أو الفرسُ يثبتُ الملكُ لها بمجردَ القبولِ إن كان
مملوكاً له، وإلَّا فلها أن تأخذَ الزَّوجَ بشرائه لها، فإن عجزَ لزمه قيمتهُ، وكذا بإضافةٍ إلى نفسه
كعبيدي، فلا تُجبرُ على قبولِ القيمة؛ لأنَّ الإضافةَ إلى نفسه من أسبابِ التعريفِ كالإشارة، لكن
في هذا إذا كان له أعبداً^(٢) ثبتَ ملكُها في واحدٍ منهم وسطاً، وعليه تعيينه، وقوله في "البحر"^(٣):
((إنه يتوقَّفُ ملكُها له على تعيينه)) غيرُ صحيح؛ لأنه يلزمُ كونُ الإضافةِ كالإبهام، فإنه في
الإبهام لو عيَّن لها وسطاً أُجبرتْ على قبوله، وتمامه في "النهر"^(٤).

[١٢٠٩٧] (قوله: في كلِّ جنسٍ له وسطٌ) قصدَ بهذا التعميمُ أنَّ هذا الحكم لا يخصُّ الفرسَ
والعبدَ وما عطفَ عليهما، بل يعمُّ كلَّ جنسٍ له وسطٌ معلومٌ، "ح"^(٥).

[١٢٠٩٨] (قوله: وكلُّ ما لم يَجْزِ السَّلْمُ فيه إلخ) فإذا وصفتِ الثوبَ كهزويٍّ خيَّرَ الزَّوجُ
بين دفعِ الوسطِ أو قيمتهِ كما مرَّ^(٦)، وكذا لو بالغَ في وصفه بأن قال: طولُه كذا في ظاهر
الرواية، نعم لو ذكَّرَ الأجلَ مع هذه المبالغةِ كان لها أن لا تقبلَ القيمة؛ لأنَّ صحَّةَ السَّلْمِ في
الثيابِ موقوفةٌ على ذكرِ الأجلِ، وفي المكيلِ والموزونِ إذا ذكَّرَ صفتهُ كجيدةٍ خاليةٍ من الشعيرِ
صعيديةٍ أو بحريةٍ يتعيَّن المسمَّى وإن لم يذكَّرَ الأجلُ؛ لأنَّ الموصوفَ فيها يثبتُ في الذمَّةِ وإن
لم يكن موجَّلاً كما في "النهر"^(٧) و"البحر"^(٨)، فمعنى كونِ الخيارِ للمرأة أن لها أن لا تقبلَ القيمةَ

(١) في "د" زيادة: ((قال محمد: وأصلُ هذا أن كلَّ ما جاز السَّلْمُ فيه فلها أن لا تأخذَ إلا المسمَّى، وما لم يميز فيه السَّلْمُ
كان للزوج أن يعطها القيمة)). ق ١٦٣/أ.

(٢) في "الأصل": ((عبد)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٦/٣ بتصرف.

(٤) انظر "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٣/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/ب.

(٦) المقولة [١٢٠٩٦] قوله: ((ولو تزوجها على فرس إلخ)).

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٣/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(وكذا الحكم) وهو لزوم الوسط (في كل حيوان ذكر جنسه) هو عند الفقهاء:
المقول على كثيرين مختلفين في الأحكام (دون نوعه) هو المقول على كثيرين.....

إذا أراد إجبارها عليها، لا بمعنى أن لها أن تُجبرَ على القيمة إذا أراد دفع العين؛ لأنه إذا صحَّ
السلمُ تعيّنَ حقها في العين.

هذا، وفي "الفتح" (١) التصريح: ((بأن قول "الهداية" (٢): في ظاهر الرواية احتراز عمّا روي
عن "أبي حنيفة": أن الزوج يُجبر على دفع عين الوسط، [٣/١٠١/ب] وهو قول "زفر"، وعن
قول "أبي يوسف": أنه لو ذكر الأجل مع المبالغة في وصف الثوب بالطول والعرض والرقّة تعيّن
الثوب))، وذكر مثله عن "المبسوط" (٣)، ثم رجّح رواية "زفر"، وصرّح في "المجمع" (٤): ((بأنها
الأصح))، وكذا في "درر البحار"، وأقرّه في "غرر الأذكار" (٥) و"ابن ملك". ثم لا يخفى أنه وإن
لم يتعيّن فلا بدّ في عين الوسط أو قيمته من اعتبار الأوصاف التي ذكرها الزوج.

٣٤٧/

[١٢٠٩٩] (قوله: وكذا الحكم في كل حيوان إلخ) فليكرّ الفرس ليس قيلاً، ولو قال أولاً:
ولو تزوّجها على معلوم جنس وجب الوسط أو قيمته لكان أخصر وأشمل، فإنه يُعمّم نحو العبد
والثوب المروّي، أفاده "ح" (٦).

[١٢١٠٠] (قوله: هو عند الفقهاء إلخ) أمّا عند المناطقة فهو: المقول على كثيرين مختلفين في
الحقائق في جواب ما هو؟ والنوع: المقول على كثيرين مختلفين في العدد.

[١٢١٠١] (قوله: مختلفين في الأحكام) كإنسان، فإنه مقول على الذكر والأنثى وأحكامهما

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٧/٣.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الخيار في النكاح ٨٠/٥.

(٤) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٥٤/١.

(٥) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/ب.

متفقين فيها،.....

مختلفة، قال في "البحر"^(١): ((ولا شك أن الثوب تحته الكتان والقطن والحري، والأحكام مختلفة، فإن الثوب الحرير لا يجلب لبسه، وغيره يجلب، فهو جنس عندهم، وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار، وأما الدار ففتحها ما يختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقليتها)).
 [١٢١٠٢] (قوله: متفقين فيها) أي: في الأحكام، مثل له الأصوليون في بحث الخاص بالرجل، وأورد عليهم أنه يشمل الحر والعبد والعاقل والجنون، وأحكامهم مختلفة، فأجابوا بأن اختلاف الأحكام بالعرض لا بالأصلية بخلاف الذكر والأنثى، فإن اختلاف أحكامهما بالأصلية، "بحر"^(٢).

(تنبيه)

علم مما ذكرنا أن نحو الحيوان والدابة والمملوك والثوب جنس، وأن نحو الفرس والحمار والعبد والثوب الحروري أو الكتان أو القطن نوع، وأن الذي تصح تسميته ويجب فيه الوسط أو قيمته الثاني، فكان على "المصنف" أن يقول: وكذا الحكم في كل حيوان ذكر نوعه دون

(قوله: فكان على "المصنف" أن يقول: وكذا الحكم الخ) يجاب عن "المصنف" بأنه أراد بالجنس النوع، وبالنوع الصفة؛ بدليل ما ذكره غيره، ك"الاختيار"، ويُفيد ذلك أيضاً أن قصده بذكر هذه المسألة بعد السابقة تعميم الحكم السابق، إفادة أن الفرس فيما سبق ليس بغير بل مثلها سائر الأجناس بمعنى الأنواع، فحيث أريد بالجنس النوع، كما هو أحد إطلاقيه تعين أن يراد بالنوع الوصف كما هو ظاهر؛ إذ لا معنى لقولك: ذكر جنسه بمعنى نوعه دون نوعه إلا بمعنى أنه ذكر جنسه دون وصفه؛ إذ الأحص من النوع هو الوصف؛ إذ الجنس تحته نوع، والنوع تحته وصف. وقال "القهستاني": ((في كلام "النقاية" إشعار بجواز إطلاق الجنس عند الفقهاء على الأمر العام سواء كان جنساً عند الفلاسفة، أو نوعاً، وقد يطلق على الخاص، كالرجل والمرأة نظراً إلى فحش التفاوت في المقاصد والأحكام، كما يطلق النوع عليهما نظراً إلى اشتراكهما في الإنسانية واختلافهما في الذكورة والأنوثة)) اهـ. ومما حيل فيه الجنس على النوع قول "الشارح": ((بخلاف مجهول الجنس الخ))؛ فإن المجهول النوع لا الجنس الفقهي، ومع ذلك قال: ك ((ثوب ودابة)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٩/٣ بتصرف.

وصفيه كما قال في متن "المختار"^(١): ((تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيوانٍ فَإِنَّ سَمَى نَوْعَهُ كَالْفَرَسِ جازٍ وَإِنْ لَمْ يَصْفُهُ))، وقال في شرحه "الاختيار"^(٢): ((ثُمَّ الْجِهَالَةُ أَنْوَاعٌ: جِهَالَةُ النَّوعِ وَالْوَصْفِ كَقَوْلِهِ: ثَوْبٌ أَوْ دَابَّةٌ أَوْ دَارٌ، فَلَا تَصِحُّ هَذِهِ التَّسْمِيَةُ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مَعْلُومٌ النَّوعِ بِمَجْهُولِ الصِّفَةِ كَقَوْلِهِ: عَبْدٌ أَوْ فَرَسٌ أَوْ بَقْرَةٌ [١/١٠٢ق/٣] أَوْ شَاةٌ أَوْ ثَوْبٌ هَرَوِيٌّ، فَإِنَّهُ تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَيَجِبُ الْوَسْطُ إِخْرَجًا))، فَقَدْ جَعَلَ الدَّابَّةَ وَالثَّوْبَ مَعْلُومَ الْجِنْسِ بِمَجْهُولِ النَّوعِ وَالْوَصْفِ، وَجَعَلَ الْعَبْدَ وَالْفَرَسَ وَالثَّوْبَ الْهَرَوِيَّ مَعْلُومَ الْجِنْسِ وَالثَّوْبَ مَجْهُولَ الْوَصْفِ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا مَرَّ^(٣) فِي تَعْرِيفِ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ.

فإن قلت: قال في "الهداية"^(٤): ((معنى هذه المسألة أن يُسمَّى جنس الحيوان دون الوصف بأن تزوجها على فرسٍ أو حمارٍ، أمّا إذا لم يُسمَّ الجنس - بأن تزوجها على دابةٍ - لا تجوزُ التسميةُ ويوجبُ مهرُ المثل)) اهـ. فقد جعلَ الفرسَ والحمارَ جنساً.

قلت: أرادَ بالجنسِ النَّوعَ كما صرَّحَ به في "غاية البيان"، ولذا قابَلَهُ بالوصف، وأمّا قولُ "البحر"^(٥): ((لا حاجةُ إلى حملِ الجنسِ على النَّوعِ؛ لأنَّ الجنسَ عندَ الفقهاءِ هو المَقُولُ على كثيرينِ إخراجاً))، ففيه أنه لا يصحُّ حملُ الجنسِ في كلامِ "الهداية" على الجنسِ الفقهيِّ كما لا يخفى، بل يتعيَّنُ حملُهُ على النَّوعِ، وكذا قال في "الهداية"^(٦): ((ولو سَمَى جنساً - بأن قال: هَرَوِيٌّ - تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ، وَيُخَيَّرُ الزَّوْجُ))، فَقَدْ سَمَى الْهَرَوِيَّ جنساً، وليس هو جنساً بالمعنى المارَّ،

(١) انظر "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على حمر أو خنزير ١٠٦/٣.

(٢) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على حمر أو خنزير ١٠٧/٣.

(٣) "در" ص ٤٣١.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧-١٧٦/٣.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧-١٧٦/٣.

بمخلاف مجهول الجنس كثوب ودابة؛ لأنه لا وسط له،.....

ولو تبع "المصنف" الهداية" فقال: ذُكِرَ جنسه دون وصفه بدل قوله: ((دون نوعه)) لصح كلامه، بأن يُراد بالجنس النوع لمقابلته له بالوصف، أمّا مع مقابلته بالنوع فلا يصح، هذا ما ظهر لي. [١٢١٠٣] (قوله: بمخلاف مجهول الجنس) أي: ما ذُكِرَ جنسه بلا تقييد بنوع كثوب ودابة، فإنه لا تصح تسميته، فلا يجب الوسط أو قيمته، بل يجب مهر المثل.

(تنبيه)

حاصل هذه المسألة: أن المسمى إذا كان من غير النكود - بأن كان عرضاً أو حيواناً - إما أن يكون معيناً بإشارة أو إضافة فيجب بعينه، أو لا يكون معيناً، فإن كان غير مكيل وموزون فإن جهل نوعه كدابة أو ثوب فسدت التسمية ووجب مهر المثل، وإن عُلِمَ نوعه وجهل وصفه كفرس أو ثوب هروري أو عبد صححت التسمية، وتُخَيَّرُ بين الوسط أو قيمته، وكذلك لو عُلِمَ وصف الثوب على ظاهر الرواية، وعلى ما مر^(١) أنه الأصح بتعيين الوسط؛ لأنه يجب في الذمة كالسلم بمخلاف الحيوان، فإنه لا يجب في الذمة في السلم وإن كان مكياً أو موزوناً، فإن عُلِمَ نوعه ووصفه كإردب قمح جيد خال من الشعير صعيدي تعين المسمى، وصار كالعرض المشار [١٠٢/٣] إليه؛ لأنه يثبت في الذمة حالاً كالقرض وموجلاً كالسلم، وإن لم يُعَلَمَ وصفه تخيّر الزوج بين الوسط أو قيمته كما في ذكر الفرس أو الحمار، هذا خلاصة ما في "الاختيار"^(٢) و"الفتح"^(٣) و"البحر"^(٤).

مطلب: تزوجها على عشرة دراهم وثوب

لكن يُشكِلُ^(٥) ما في "الخانية"^(٦): ((لو تزوجها على عشرة دراهم وثوب ولم يصفه كان

(١) المقولة [١٢٠٩٨] قوله: ((وكل ما لم يميز السلم فيه إلخ)).

(٢) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٦/٣-١٠٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٧/٣.

(٥) في "الأصل": ((يشمل)).

(٦) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

لها عشرة دراهم، ولو طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا كَانَ لَهَا حَمْسَةٌ دَرَاهِمَ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَتَعْتَهَا أَكْثَرَ
 مِنْ ذَلِكَ)) اهـ.

قال في "البحر"^(١): ((وبهذا عَلِمَ أَنَّ وَجوبَ مَهْرِ المِثْلِ فيما إذا سَمِيَ بِمَجْهولِ الجِنْسِ إِنَّمَا هُوَ
 فيما إذا لم يكن معه مُسَمًى معلومٌ، لكنَّ يَنْبَغِي على هذا أَنْ لَا يُنظَرُ إلى المَتَعَةِ أصلاً؛ لِأَنَّ المَسْمًى
 هنا عَشْرَةٌ فقط، وَذَكَرُ الثَّوبِ لغَوِّ بَدَلِيلٍ أَنَّهُ لَمْ يُكْمَلْ لَهَا مَهْرُ المِثْلِ قَبْلَ الطَّلَاقِ)) اهـ.
 وَأَجابَ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((بأنَّ الثَّوبَ مَحْمولٌ على العِدَّةِ، وَالتَّبَرُّعُ كما جَرَتْ بِهِ العِادةُ
 غَيْرُ داخِلٍ في التَّسمية؛ إذ لو دَخَلَ لأَوْجَبَ فسادَها لَفُحْشِ الجِهالةِ))، وَقال في "فتاواه
 الخيرية"^(٢): ((إِنَّه زاعِغٌ فَهَمُّ صَاحِبِ "البحر" وَأَخِيهِ^(٣) في جَعْلِ الثَّوبِ لغَوًّا، وَلا حَوْلَ
 وَلا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ)) اهـ.

٣٤٨/١

قلت: حَمَلُهُ على العِدَّةِ وَالتَّبَرُّعِ هُوَ بِمعْنى إلغائِهِ في التَّسمية، وَوَجْهُ إِشْكالِ هذا الفِرْعِ
 أَنَّ الثَّوبَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ في التَّسمية لَزِمَ أَنْ يَجِبَ لَهَا نِصْفُ المَسْمًى بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِلا
 نَظَرٍ إلى المَتَعَةِ لِصِحَّةِ تسمية العَشْرَةِ، وَإِنْ دَخَلَ فِيها يَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى حَكْمَ ما لو^(٤) تَزَوَّجَهَا
 على أَلْفٍ وَكَرَمَتِها أو يُهْدَى لَهَا هَدِيَّةً، فَقَدْ صرَّحَ في "النَّهْر"^(٥): ((بأنَّهُ في "المَبسوطِ"^(٦) بَعْدَ
 أَنْ ذَكَرَ عِبارَةَ "مَحْمَدٍ": لو تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ وَكَرَمَتِها أو يُهْدَى لَهَا هَدِيَّةً فَلِها مَهْرٌ مِثْلِها
 لا يَنْقُصُ عن الأَلْفِ قال: هذه المَسْأَلَةُ على وَجْهين: إِنْ أَكْرَمَها وَأَهْدَى لَهَا هَدِيَّةً فَلِها
 المَسْمًى، وَإِلَّا فَمَهْرُ المِثْلِ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٠/١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/ب.

(٤) في "ب": ((لم)) وهو خطأ.

(٥) انظر "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/ب.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٨٩/٥ - ٩٠ بتصرف.

قلت: فهو مثل ما لو تزوّجها بألفٍ على أن لا يُخرجها أو لا يتزوجَ عليها كما قلّمناه^(١)، وبه صرّح في "الهداية"^(٢) و"غاية البيان"، وفي "البدائع"^(٣): ((لو شرط مع المسمّى شيئاً مجهولاً - كأن تزوّجها على ألفٍ درهم وأن يُهدى لها هديّة - ثمّ طلقها قبل الدخولِ فلها نصفُ المسمّى؛ لأنه إذا لم يفِ بالكرامةِ والهديةِ يجب تمامُ مهرِ المثل، ومهرُ المثل لا مدخلُ له في الطلاق قبل الدخول)) اهـ.

لكن قال [١/١٠٣ق/٣] في "الاختيار"^(٤): ((ولو تزوّجها على ألفٍ وكرامتها فلها مهرُ المثل لا يتقصُّ عن ألفٍ؛ لأنه رضي بها، وإن طلقها قبل الدخولِ لها نصفُ الألف؛ لأنه أكثرُ من المتعة)) اهـ. ونقل نحوه في "البحر"^(٥) عن "الولوالجية"^(٦) و"المحيط"، واعترض به على ما مرّ^(٧) من إيجابِ المسمّى: ((بأنّ الهديةَ والإكرامَ مجهولتان، ولا يمكنُ الوفاءُ بالمجهول، بل تفسدُ التسميةُ، فيجبُ مهرُ المثل)).

وقد أجبْتُ عنه فيما علّقتهُ على "البحر"^(٨) بما حاصله: ((أنه يمكنُ حملُ ما في "الاختيار" على ما إذا لم يُكرّمها، أمّا إذا أكرّمها فلها المسمّى، وهذا عينُ ما حملَ عليه في "المبسوط" كلامُ "محمّد"، ومشى عليه في "الهداية" و"غاية البيان" و"البدائع" كما مرّ^(٩)، وجهالةُ الهديةِ والإكرامِ

(١) المقولة [١٢٠٧٢] قوله: ((الأولى إلخ)).

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٨/١.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٧/٢.

(٤) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٣/٣.

(٦) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل في النكاح والرسالة والمهر ق ٥٠/٥.

(٧) في المقولة نفسها.

(٨) انظر حاشية "منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٣-١٧٢/٣.

(٩) في المقولة نفسها.

ترتفع بعد وجودها، والظاهر - كما في "النهر"^(١) - أنه يكفي هنا أدنى ما يُعدُّ إكراماً وهديةً)) اهـ.
 فإذا لم يُكرّمها بشيء بقيت التسمية مجهولة لعدم رضا المرأة بالألف وحده، فيجب مهر المثل،
 وكذا إذا طلقها قبل الدخول تقرر الفساد، فوجبت المتعة كما هو الحكم عند عدم التسمية أو عند
 فسادها، وإنما أُطلق في "البدائع" لزوم نصف الألف لأنه في العادة أكثر من المتعة كما علمت من
 كلام "الاختيار"، وهو نظير ما مر^(٢) في مسألة الأوكس.

فقد حصل بما ذكرنا التوفيق بين كلامهم، ويتعين حمل ما في "الخانية"^(٣) عليه أيضاً،
 وذلك بأن يُقيد بما إذا كان مهر مثلها عشرة دراهم ولم يُلغ لها ثوباً، فحينئذٍ تجب لها العشرة؛
 لأنها مهر المثل، وهو الواجب عند فساد التسمية، وتجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، وأما
 دعوى "الرملي" إلغاء ذكر الثوب لجهالته فلا تصح؛ لأن جهالة الإكرام والهدية أفحش من
 جهالة الثوب؛ لأن الإكرام تحته أجناس الثياب والحيوان والعروض والعقار والنقود والمكيل
 والموزون، ومع هذا لم يُلغوه، فعدم إلغاء الثوب بالأولى، وأيضاً يُشكل على إغائه اعتبار المتعة،
 وعلى ما قررناه لا إشكال، والله أعلم بحقيقة الحال.

مطلب: مسألة دراهم النقش والحمام ولقافة الكتاب ونحوها

ونظير ما في "الخانية" ما هو معروف بين الناس في زماننا من أن البكر لها أشياء زائدة على
 المهر، منها ما يُلغ قبل الدخول كدراهم للنقش والحمام، وثوب يُسمى لقافة الكتاب، وأثواب
 أُخر يُرسلها الزوج ليدفعها [١٠٣/٣] أهل الزوج إلى القابلة، وبلائة الحمام ونحوها، ومنها ما
 يُلغ بعد الدخول كالإزار والخفّ والمكعب وأثواب الحمام، وهذه مألوفة معروفة^(٤) بمنزلة

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/ب.

(٢) المقالة [١٢٠٩٥] قوله: ((وجبت المتعة)).

(٣) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) ((معروفة)) ساقطة من "الأصل".

المشروط عرفاً، حتى لو أراد الزوج أن لا يدفع ذلك يشترط نفيه وقت العقد، أو يُسمّى في مقابلته دراهم معلومة يضمها إلى المهر المسمّى في العقد، وقد سُئل عنها في "الخيرية"^(١)، فأجاب بما حاصله: ((أنّ المقرّر في الكتب من أنّ المعروف كالمشروط يُوجب إلحاق ما ذُكرَ بالمشروط، فإنّ عِلْمَ قدره لزم كالمهر، وإلاّ وجب مهر المثل لفساد التسمية إن ذُكرَ أنّه من المهر، وإنّ ذُكرَ أنّه^(٢) على سبيل العدة فهو غير لزم بالكليّة، والذي يظهر الأخير، وما في "الخائية" صريح فيه))، ثمّ ذكرَ عبارة "الخائية" المارّة^(٣) وما تقدّم^(٤) من اعتراضه على "البحر"، وأنت جدير بأنّ هذه المذكورات تُعتبر في العرف على وجه اللزوم على أنّها من جملة المهر، غير أنّ المهر منه ما يصرّح بكونه مهراً، ومنه ما يسكت عنه بناءً على أنّه معروف لا بدّ من تسليمه، بدليل أنّه عند عدم إرادة تسليمه لا بدّ من اشتراط نفيه أو تسمية ما يقابله كما مرّ^(٥)، فهو بمنزلة المشروط لفظاً، فلا يصحّ جعله عدة وتبرّعاً، وكون كلام "الخائية" صريحاً فيه قد علمت ما يناقضه ويُنافيه، وقد رأيتُ في "الملتقط" التصريح بلزومه كما قلنا، حيث ذُكرَ في مسألة منع المرأة نفسها حتى تقبض المهر فقال: ((ثمّ إنّ شرط لها شيئاً معلوماً من المهر مُعجلاً، فأوفاها ذلك ليس لها

(قوله: وقد رأيتُ في "الملتقط" التصريح بلزومه إلخ) عبارة "الملتقط" على ما نقله عنه في "الأشباه": ((ثمّ إنّ شرط لها شيئاً معلوماً من المهر مُعجلاً فأوفاها ذلك ليس لها أن تمنع، وكذا المشروط عادةً، نحو: الخفّ، والمكعب، وديباج اللفافة، ودرهم السكر، على ما عرّف بـ "سمرقند"، وإن شرطوا أن لا يدفع شيئاً من ذلك لا يجب، وإن سكتوا لا يجب إلاّ ما صدّق العرف عليه من غير تردّد في الإعطاء لئلاّ ينالها من مثله إلخ))، فتأمل.

(١) الفتاوى الخيرية: كتاب النكاح - باب المهر ٣٠/١.

(٢) ((أنّه)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) في المقولة نفسها.

(٥) في المقولة نفسها.

ووسط العبيد في زماننا الحبشي.....

أَنْ تَمَنَعَ نَفْسَهَا، وكذلك المشروط عادة كالحف والمكعب وديباج اللفافة ودرهم السكر على ما هو عادة أهل سمرقند، وإن شرطوا أن لا يُدْفَع شيء من ذلك لا يجب، وإن سكتوا لا يجب إلا من صدق العرف من غير تردد في الإعطاء لمثلها من مثله، والعرف الضعيف لا يلحق المسكوت عنه بالمشروط)) اهـ، ثم رأيت "المصنف" أفتى به في "فتاويه"^(١).

٣٤٩/٢

وحاصلة: أن ذلك إن صرح باشرطه لزم تسليمه، وكذا إن سكت عنه وكان العرف به مشهوراً معلوماً عند الزوج، ولا يخفى أن هذا لو كان تبرعاً وعدة لم يكن لها منع نفسها لقبضه ولا المطالبة به، وكذا لو كان لازماً مفسداً للتسمية، [١٠٤/٣] بل ينبغي أن يقال: إنه بمنزلة اشتراط الهدية والإكرام ترتفع الجهالة بدفعه، فيجب المسمى دون مهر المثل، أو يقال - وهو الأقرب -: إن ذلك من قبيل معلوم النوع مجهول^(٢) الوصف كالفرس والعبد، فإن التفاوت في ذلك يسير في العرف، فيمثل اللفافة يعرف نوعها أنها من القصب والحريز أو من القطن والحريز باعتبار الفقر والغنى وقلة المهر وكثيره، وكذا باقي المذكورات، فيعتبر الوسط من كل نوع منها، فهذا ما تحرر لي في هذا المقام، الذي كثرت فيه الأوهام، وزلت الأقدام، فاحفظه فإنه مهم والسلام.

[١٢١٠٤] (قوله: ووسط العبيد في زماننا الحبشي) وأما أعلاه فالرومي، وأذناه الزنجي، كذا في

"البحر"^(٣) و"النهر"^(٤) و"المنح"^(٥)، ذكروا أن ذلك عرف القاهرة، وذكر السيد أبو السعود^(٦): ((أن الحبشي في عرفنا لا يجب إلا بالتنصيص؛ لأن العبد متى أطلق لا ينصرف إلا للأسود،

(١) (ثم رأيت المصنف أفتى به في فتاويه) ساقط من "الأصل".

(٢) في "ب" ((مجهول))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٥/٣ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٣/أ.

(٥) "المنح": كتاب النكاح - باب المهر ١٢٥/ب.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب المهر ٥٨/٢.

(وإن أمهرها العبدین و) الحال أن (أحدھما حرٌّ فمهرها العبد) عند الإمام (إن) ساوی أقله) أي: عشرة دراهم (وإلا كَمَل لها العشرة) لأنَّ وجوب المسمی وإن قلَّ یمنع مهر المثل، وعند "الثاني" لها قيمة الحرِّ لو عبداً،.....

فإذا اقتصر على ذكر العبد وجب الوسط من السودان)) اهـ.

قلت: والعبد في عرف الشام لا يشمل الرومي؛ لأنه يُسمى مملوكاً، بل يشمل الحبشي والزنجي، وكذا الجارية، والرومية تُسمى سريّة، وعليه فالوسط أعلى الزنجي.

[١٢١٠٥] (قوله: وإن أمهرها العبدین إلخ) أراد بالعبدین الشَّيْثِينَ الحلالين، وبالحرِّ أن يكون أحدھما حراماً، فدخل فيه ما إذا تزوجها على هذا العبد وهذا البيت فإذا العبد حرٌّ، أو على مذبحتين فإذا إحداهما ميتة كما في "شرح الطحاوي"، "بجر"^(١).

[١٢١٠٦] (قوله: أقل المهر).

[١٢١٠٧] (قوله: يمنع مهر المثل) جواب عن قول "محمد" - وهو رواية عن "الإمام" -:

لها العبد الباقي وتما مھر مثلها إن كان مھر مثلها^(٢) أكثر منه.

[١٢١٠٨] (قوله: لها قيمة الحرِّ لو عبداً) أي: لها مع العبد الباقي قيمة الحرِّ لو فرض

كونه عبداً.

(قول "المصنف": وإن أمهرها العبدین والحال أن أحدھما حرٌّ فمهرها العبد عند الإمام إن ساوی إلخ)

ل"أبي حنيفة" أن الإشارة معتبرة فصار كأنه قال: تزوجتك على هذا العبد، وعلى هذا الحرِّ، ول"أبي يوسف" أنهما لو ظهرَا حرَّين وجبت قيمتهما عنده فكذا إذا ظهرَا أحدھما حرّاً اعتباراً للبعض بالكلِّ، ول"محمد" أنهما لو كانا حرَّين يجب مهر المثل عنده فكذا إذا كان أحدھما حرّاً اهـ "مثلاً علي قاري".

(١) - والظاهر أن قوله: "بجر" أي: بجر العبد.

(٢) - قوله: "بجر" أي: بجر العبد.

(٣) - قوله: "بجر" أي: بجر العبد.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٠/٣.

(٢) ((إن كان مهر مثلها)) ساقط من "الأصل".

ورجَّحَهُ "الكمال"، كما لو استُحِقَّ أحدهما.

(ويجبُ مهرُ المثلِ في نكاحِ فاسدٍ) وهو الذي فقَدَ شرطاً من شرائطِ الصَّحَّةِ كشهودٍ

[١٢١٠٩] (قوله: ورجَّحَهُ "الكمال"^(١)) والمتونُ على قولِ "الإمام"، وفي "القهستاني"^(٢) عن "الخانية"^(٣): ((أنه ظاهرُ الرواية)).

[١٢١١٠] (قوله: كما لو استُحِقَّ أحدهما) أي: أحدُ العبدِينِ المسمَّينِ، فإنَّ لها الباقيَ وقيمةَ المُستحقِّ، ولو استُحِقَّ جميعاً فلها قيمتهما، وهذا بالإجماع كما في "شرح الطحاوي"، "بجر"^(٤).

مطلبٌ في النكاحِ الفاسدِ

[١٢١١١] (قوله: في نكاحِ فاسدٍ) وحكمُ الدُّخولِ في النكاحِ الموقوفِ كالدُّخولِ في الفاسدِ، فيسقطُ الحدُّ، ويثبتُ النسبُ، ويجبُ الأقلُّ من المسمَّى ومن مهرِ [٣/٤٤١] ب/المثلِ خلافاً لما في "الاختيار"^(٥) من كتابِ العِدَّةِ، وتأمُّهُ في "البحر"^(٦)، وسنذكرُ^(٧) في العِدَّةِ التوفيقَ بين ما في "الاختيار" وغيره.

[١٢١١٢] (قوله: وهو الذي إلخ) بخلاف ما لو شرطَ شرطاً فاسداً كما لو تزوَّجتهُ على أن لا يطأها، فإنه يصحُّ النكاحُ ويفسُدُ الشرطُ، "رحمته".

[١٢١١٣] (قوله: كشهودٍ) ومثلهُ تزوُّجُ الأختينِ معاً، ونكاحُ الأختِ في عِدَّةِ الأختِ، ونكاحُ المعتدَّةِ، والخامسةِ في عِدَّةِ الرابعةِ، والأمةِ على الحرَّةِ، وفي "المحيط": ((تزوُّجُ ذمِّيٍّ مسلمةً فرقَ بينهما؛ لأنه وقعَ فاسداً)) اهـ. فظاهرةُ أنهما لا يُحدَّانِ وأنَّ النسبَ يثبتُ فيه والعِدَّةُ إنْ دخلَ، "بجر"^(٨).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤١/٣.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل المهر ٢٨٨/١.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٧٧/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٠/٣.

(٥) "الاختيار": كتاب الطلاق - باب العدة ١٧٣/٣.

(٦) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

(٧) المقولة [١٥٣٢٢] قوله: ((لكن الصواب إلخ)).

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

قلت: لكن سيدكر^(١) "الشارح" في آخر: فصل في ثبوت النسب عن "مجمع الفتاوى":
 ((نكح كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه، ولا تجب العدة؛ لأنه نكاح باطل)) اهـ.
 وهذا صريح، فيقدم على المفهوم، فافهم.

ومقتضاه الفرق بين الفاسد والباطل في النكاح، لكن في "الفتح"^(٢) قبيل التكلم على نكاح
 المتعة: ((أنه لا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع))، نعم في "البرازية"^(٣) حكاية قولين في أن
 نكاح المحرم باطل أو فاسد، والظاهر أن المراد بالباطل ما وجوده كعدمه، ولذا لا يثبت النسب
 ولا العدة في نكاح المحرم أيضاً كما يعلم مما سيأتي^(٤) في الحدود، وفسر "القهستاني"^(٥) هنا
 الفاسد بالباطل، ومثله بنكاح المحرم وبإكراه من جهتها أو بغير شهود إلخ، وتقييده الإكراه
 بكونه من جهتها قدمنا^(٦) الكلام عليه أول النكاح قبيل قوله: ((وشرط حضور شاهدين))،
 وسيأتي^(٧) في باب العدة أنه لا عدة في نكاح باطل، وذكر في "البحر"^(٨) هناك عن "المجيبى":
 ((أن كل نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة، أما
 نكاح منكوحه الغير ومعتديه فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير؛ لأنه لم يقل أحد
 بجوازه، فلم ينعقد أصلاً))، قال: ((فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله في العدة، ولهذا يجب الحد
 مع العلم بالحرمة؛ لأنه زنا كما في "القنية"^(٩) وغيرها)) اهـ.

(١) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٧٠١] قوله: ((لأنه نكاح باطل)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل: في بيان المحرمات ١٤٧/٣.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر في نكاح فاسد ١٤٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٨٥١٠] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل المهر ٢٨٨/١.

(٦) المقولة [١١٢٠٧] قوله: ((ليتحقق رضاها)).

(٧) المقولة [١٥٣٢٠] قوله: ((فلا عدة في باطل)).

(٨) "البحر": كتاب الطلاق - باب العدة ١٥٦/٤.

(٩) "القنية": كتاب الطلاق - باب العدة ق ٤٤/ب بتصريف.

(بالوطء) في القبل (لا بغيره) كالخلوة^(١)؛ حرمة وطئها.....

والحاصل: أنه لا فرق بينهما في غير العدة، أما فيها فالفرق ثابت، وعليه هذا فيقيد قول "البحر"^(٢) هنا: ((ونكاح المعتدة)). بما إذا لم يعلم بأنها معتدة، لكن يرد على ما في "المجتبى" مثل نكاح الأختين معاً، فإن الظاهر أنه لم يقل أحدٌ بجوازها، ولكن يُنظر^(٣) وجه التقييد بالمعية، والظاهر [١٠٥ق/٣] أن المعية في العقد لا في ملك المتعة؛ إذ لو تأخر أخذها عن الآخر فالمتأخر باطل قطعاً. [١٢١١٤] (قوله: في القبل) فلو في الدبر لا يلزمه مهر؛ لأنه ليس بمحلّ النسل كما في "الخلاصة"^(٤) و"القنية"^(٥)، فلا يجب بالمس والتقبيل بشهوة شيء بالأولى كما صرحوا به أيضاً، "بحر"^(٦).

٣٥٠/٢

[١٢١١٥] (قوله: كالخلوة) أفاد أنه لا يجب المهر بمجرد العقد الفاسد بالأولى.

[١٢١١٦] (قوله: لحرمة وطئها) أي: فلم يثبت بها التمكّن من الوطء، فهي غير صحيحة كالخلوة بالخائض، فلا تقام مقام الوطء، وهذا معنى قول المشايخ: الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح، كذا في "الجوهره"^(٧)، وفي مسامحة لفساد الخلوة، "بحر"^(٨). والظاهر أنهم أرادوا بالصحيحة هنا الخالية عما يمنعها أو يفسدها من وجود ثالث أو صوم أو صلاة أو حيض ونحوه مما سوى فساد العقد، لظهور أنه غير مراد، وهذا سبب المسامحة،

(١) في "د" زيادة: ((قول: لا بغيره كالخلوة، قال في "التكملة": الخلوة لا توجب العدة ولا كمال المهر إلا في النكاح الصحيح، ومتى وجب كمال المهر وجبت العدة، ومتى وجب نصف المهر أو للمتعة لم تجب العدة، انتهى)). ق ١٦٣/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

(٣) "المجتبى" ١٠٥ق/٣.

(٤) "الخلاصة" ١٠٥ق/٣.

(٥) "القنية": ((ينظر)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر: في النكاح الفاسد ق ٨٤/أ. [١٠٥ق/٣] (قوله: [١٠٥ق/٣])

(٧) "الجوهره النيرة": كتاب النكاح - باب في النكاح الفاسد ق ٣٤/ب. معزياً إلى "الشامل". [١٠٥ق/٣] (قوله: [١٠٥ق/٣])

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٢/٣.

(٩) "الجوهره النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

(و لم يُزَدْ) مهرُ المثلِ (على المسمَّى) لرضاها بالخطِّ، ولو كان دونَ المسمَّى لزمَ مهرُ المثلِ؛ لفسادِ التَّسميةِ بفسادِ العقدِ، ولو لم يُسمَّ أو جهلَ لزمَ بالغاً ما بلغَ (و) يثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما فسحُهُ ولو بغيرِ محضَرٍ من صاحبه دخلَ بها أو لا).....

وفيه مسامحةٌ أخرى، وهي أنَّ الخلوة في النكاحِ الفاسد لا تُوجبُ العِدَّةَ كما قلَّنا^(١) عن "الفتح"، مع أنَّ الفاسدة في النكاحِ الصَّحيح تُوجبُها كما مرَّ^(٢) أنَّه المذهب.

[١٢١١٧] (قوله: ولم يُزَدْ مهرُ المثلِ إلخ) المرادُ بمهرِ المثلِ ما يأتي^(٣) في المتن، بخلافِ مهرِ المثلِ الواجبِ بالوطءِ بشبهةٍ بغيرِ عقدٍ، فإنَّ المراد به غيرهُ كما نصَّ عليه في "البحر"^(٤)، ويأتي^(٥) بيانه، فافهم.

هذا، وفي "الخانية"^(٦): ((لو تزوجَ محرَّمةً^(٧) لا حدَّ عليه عند "الإمام"، وعليه مهرٌ مثلها بالغاً ما بلغَ)) اهـ. فهي مستثناة، إلا أن يقال: إنَّ نكاحِ المحارم باطلٌ لا فاسدٌ على ما مرَّ^(٨) من الخلاف، ويكون ذلك ثمره الاختلاف وبيانا لوجهِ الفرقِ بينهما كما أشار إليه في "البحر"^(٩). [١٢١١٨] (قوله: لرضاها بالخطِّ) لأنها لمَّا لم تُسمَّ الزيادة كانت راضيةً بالخطِّ مُسقطَةً

(قوله: لأنها لمَّا لم تُسمَّ الزيادة كانت راضيةً بالخطِّ مُسقطَةً حقها فيها إلخ) والخطُّ لا يحتاجُ إلى قبولٍ ولا يفسدُ بفسادِ التَّسميةِ اهـ "مندي".

(١) المقولة [١٢٠٥١] قوله: ((في الكل.. إلخ)).

(٢) "در" ص ٤١٥.

(٣) "در" ص ٤٥٨.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) المقولة [١٢١٥٠] قوله: ((مهر مثلها)).

(٦) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٣/١. تصرف.

(٧) في "ت": ((عمره))، وهو خطأ.

(٨) المقولة [١٢١١٣] قوله: ((كشهود)).

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٣/٣. تصرف.

في الأصح خروجاً عن المعصية، فلا يُنافي وجوبه، بل يجبُ على القاضي التفريقُ

بينهما.....

حقها فيها، لا لأجل أن التسمية صحيحة من وجه؛ لأن الحق أنها فاسدة من كل وجه لوقوعها في عقد فاسد، ولهذا لو كان مهر المثل أقل من المسمى وجب مهر المثل فقط، وظاهر كلامهم أن مهر المثل لو كان أقل من العشرة فليس لها غيره بخلاف النكاح الصحيح إذا وجب فيه مهر المثل^(١)، فإنه لا ينقص عن عشرة، "بحر"^(٢)، ومثله في "النهر"^(٣). وفيه نظر، فإن مهر مثلها المعتبر بقوم أيها كيف يكون أقل من العشرة مع أن العشرة أقل الواجب في المهر شرعاً؟! فتأمل.

[١٢١١٩] (قوله: في الأصح) وقيل: بعد الدخول ليس لأحدهما فسخه إلا بمحضرة الآخر

كما في "النهر"^(٤) وغيره، "ح"^(٥).

[١٢١٢٠] (قوله: فلا يُنافي وجوبه) قال في "النهر"^(٦): ((وقول [٣/١٠٥] بـ "الزيلي"^(٧):

ولكل منهما فسخه بغير محض من صاحبه لا يُريد به عدم الوجوب - إذ لا شك في أنه خروج من المعصية، والخروج منها واجب - بل إفادة أنه أمر ثابت له وحده)) اهـ "ح"^(٨). وضمير ((يُنافي)) لتعريف المصنف باللام في قوله: ((ولكل))، وضمير ((وحده)) لك ((كل))، أي: يثبت لكل منهما وحده.

[١٢١٢١] (قوله: بل يجب على القاضي) أي: إن لم يتفرقا.

(١) من ((فقط)) إلى ((المثل)) ساقط من "٣".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٥ أ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٥ ب بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٦٤ ب - ٣/١٦٥ أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٤ ب.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ٢/١٥٢.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٦٥ أ.

(وتجبُ العِدَّةُ) بعد الوطءِ لا الخلوَّةُ.....

[١٢١٢٢] (قوله: وتجبُ العِدَّةُ) ظاهرُ كلامهم وجوبها من وقتِ التفريقِ قضاءً وديانةً، وفي

"الفتح"^(١): ((يجبُ أن يكونَ هذا في القضاء، أما إذا عَلِمَتْ أنها حاضَتْ بعد آخرِ وطءٍ ثلاثاً ينبغي

أن يَجِلَّ^(٢) لها التزوُّجُ فيما بينها وبين الله تعالى على قياسِ ما قدَّمنا^(٣) من نقلِ "العنابي") اهـ.

ومحلُّه فيما إذا فرَّقَ بينهما، أما إذا حاضَتْ ثلاثاً من آخرِ وطءٍ ولم يُفارقها فليس لها

التزوُّجُ اتفاقاً كما أشار إليه في "غاية البيان"، وظاهرُ "الزَّيلعي" يُوهِمُ خلافه، "بجر"^(٤).

[١٢١٢٣] (قوله: بعد الوطءِ لا الخلوَّةُ) أي: لا تجبُ بعد الخلوَّةِ المحرَّدةِ عن وطءٍ، ووجوبُ

العِدَّةِ بعدَ الخلوَّةِ ولو فاسدةً إنما هو في النكاحِ الصَّحيحِ، وفي "البحر"^(٥) عن "الدَّخيرة": ((ولو

اختلفا في الدُّخولِ فالقولُ له، فلا يَبْتُ شَيْءٌ من هذه الأحكامِ)) اهـ.

(قوله: وظاهرُ "الزَّيلعي" يُوهِمُ خلافه) عبارته: ((ويُعتبرُ ابتداءُها من وقتِ التفريقِ، وقال "زُفر":

من آخرِ الوطآتِ، واختاره "أبو القاسمِ الصَّفَّارُ"، حتَّى لو حاضَتْ ثلاثَ حيضٍ من آخرِ الوطآتِ قبلَ

التفريقِ فقد انقضت)) اهـ. وما قاله في "البحر" نظراً فيه في "النَّهر" حيثُ قال بعد عبارته التي نقلها

"المُحشي" عنه: ((وفيه نظراً ولم يبيِّن وجهه، وكان وجهه: أنَّ عباراتهم كعبارة "الزَّيلعي" تُفيدُ أنَّ "زُفر"

يَعتبرُ ابتداءَ العِدَّةِ من آخرِ وطءٍ، وعبارة "الزَّيلعي" كادت أن تكونَ صريحةً في ذلك، وحينئذٍ فلا يُعملُ

بإشارة "الغاية" وعبارة "غاية البيان"، ويُعتبرُ ابتداءَ العِدَّةِ من وقتِ التفريقِ، وقال "زُفر": من آخرِ ما

وطئها حتَّى لو حاضَتْ بعد الوطءِ قبلَ التفريقِ ثلاثَ حيضٍ ثمَّ وُجِدَ التفريقُ تنقضي العِدَّةِ عنده)) اهـ.

ومعلومٌ أنَّ تفريعَ صورةٍ جزئيةٍ على كلِّيٍّ لا يُخصِّصُه - وما ذكرُوهُ من تعليله بأنَّ المؤرِّرَ في إيجابها عنده

الوطءُ لا العَقْدُ فيُعتبرُ فيها آخرُ الوطءِ اهـ - يُفيدُ التعميمَ أيضاً.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٥/٣.

(٢) في "م": ((يجل))، وهو خطأ.

(٣) المقولة [١٢٠٥٠] قوله: ((وتجبُ العدة)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣-١٨٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

.....للطَّلَاقِ لا للموتِ.....

وفيه^(١) عن "الفتح"^(٢): ((ولو كانت هذه المرأة الموطوعة أختَ امرأتِهِ حَرُمَتْ عليه امرأتُهُ

إلى انتضاءِ عِدَّتِهَا)).

[١٢١٢٤] (قوله: للطَّلَاقِ) متعلِّقٌ بمَحذوفٍ حالٍ من ((العِدَّةُ))، وقوله: ((لا للموتِ))

عطفٌ عليه، والمرادُ أنَّ الموطوعةَ بِنكاحٍ فاسدٍ - سواءً فارَقَهَا أو ماتَ عنها - تجبُ عليها العِدَّةُ التي

هي عِدَّةُ طلاقٍ - وهي ثلاثُ حِيضٍ - لا عِدَّةُ موتٍ وهي أربعةُ أشهرٍ وعشْرٍ، وهذا معنى قولِ

"المنح"^(٣) و"البحر"^(٤): ((والمرادُ بالعِدَّةِ هنا عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وأمَّا عِدَّةُ الوفاةِ فلا تجبُ عليها من

النِّكاحِ الفاسدِ)) اهـ.

ولا يصحُّ تعلقُ قوله: ((للطَّلَاقِ)) بقوله: ((تجبُ))؛ لأنَّ الطَّلَاقَ لا يتحقَّقُ في النِّكاحِ

الفاسدِ، بل هو متاركةٌ كما في "البحر"^(٥)، وكذا لا يصحُّ أن يُرادَ بقوله: ((لا للموتِ)) موتُ

الرَّجُلِ قبلِ الوطءِ ليفيدَ أنه لو ماتَ بعده تجبُ عِدَّةُ الموتِ؛ لما علمتَ من إطلاقِ عبارةِ "البحر"

و"المنح": ((أنها لا تجبُ في النِّكاحِ الفاسدِ))، ولما سيأتي^(٦) في بابِ العِدَّةِ: ((من أنها تجبُ

قوله: لأنَّ الطَّلَاقَ لا يتحقَّقُ في النِّكاحِ الفاسدِ بل هو مُتاركةٌ إلخ) وأجاب "ح" بأنَّ الطَّلَاقَ قد

يُرادُ به المُتاركةُ، كما سيأتي في بابِ نكاحِ الرِّقِيقِ في: ((طلَّقَهَا أو فارَقَهَا)) اهـ "ط". وقد يُجابُ عن

"الخلي" في قوله: ((ليفيد)) أنه لو ماتَ بعده تجبُ عِدَّةُ الموتِ بأنه أرادَ بها عِدَّةَ الموتِ في النِّكاحِ الفاسدِ

وهي بالحِيضِ لا بالأشهرِ، ولم يُرِدْ بها عِدَّتَهُ بالأشهرِ، تأمل.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٥/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٢٦ أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٢٢٦] قوله: ((وكذا موطوعةً شبيهةً أو نكاحٍ فاسدٍ)).

(من وقت التفريق) أو متاركة الزوج وإن لم تعلم المرأة بالمتاركة.....

بثلاث حيض كوامل في الموطوعة بشبهة أو نكاح فاسد في الموت والفرقة)) اهـ أي: إن كانت تحيض، وإلا فثلاثة أشهر أو وضع الحمل، فافهم.

[١٢١٢٥] (قوله: من وقت التفريق) أي: تفريق القاضي، ومثله التفريق، وهو [١٠٦٣/٣] فسخهما أو فسخ أحدهما، "ح" ^(١). وهو متعلق بـ ((تجب))، أي: لا من آخر الوطأت خلافاً لـ "زفر"، وهو الصحيح كما في "الهداية" ^(٢)، وأقره شراحها كـ "الفتح" ^(٣) و"المعراج" و"غاية البيان"، وكذا صححه في "الملتقى" ^(٤) و"الجوهرة" ^(٥) و"البحر" ^(٦)، ولا يخفى تقديم ما في هذه المعبرات على ما ^(٧) في "مجمع الأنهر" ^(٨) من تصحيح قول "زفر"، وعبارة "المواهب": ((واعتبرنا العدة من وقت التفريق لا من آخر الوطأت))، فافهم.

[١٢١٢٦] (قوله: أو متاركة الزوج) في "البرازية" ^(٩): ((المتاركة في الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول ك: خلئت سبيلك أو تركتك، ومجرد إنكار النكاح لا يكون متاركة، أما لو أنكروا وقال أيضاً: اذهبي وتزوجي كان متاركة، والطلاق فيه متاركة ^(١٠)، لكن لا يتقص به عدد الطلاق، وعدم مجيء أحدهما إلى الآخر بعد الدخول ليس متاركة؛ لأنها لا تحصل إلا بالقول، وقال صاحب "المحيط": وقبل الدخول أيضاً لا يتحقق إلا بالقول)) اهـ.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢١١/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٥/٣.

(٤) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٠/١.

(٥) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٧) في "د" زيادة: ((على ما نقله المحشي عن "مجمع الأنهر")) ق ١٦٣/ب.

(٨) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٥٦/١.

(٩) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر: في نكاح فاسد ١٤٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) ((والطلاق فيه متاركة)) ساقط "أ".

في الأصح.....

وخصَّ "الشَّارِح" المتاركةَ بالزَّوج كما فعلَ "الزَّيْلَعِي"^(١)؛ لأنَّ ظاهرَ كلامِهِم أنَّها لا تكونُ من المرأةَ أصلاً، مع أنَّ فسحَ هذا النِّكاحِ يصحُّ من كلِّ منهما. بمحضِ الآخرِ اتفاقاً، والفرقُ بين المتاركةِ والفسخِ بعيدٌ، كذا في "البحر"^(٢)، وفرَّقَ في "النَّهْر"^(٣): ((بأنَّ المتاركةَ في معنى الطَّلَاقِ، فيختصُّ به الزَّوجُ، أمَّا الفسخُ فرُفِعَ العَقْدُ، فلا يَحْتَصُّ به وإن كان في معنى المتاركةِ))، ورَدَّه "الخَيْرُ الرَّمْلِي"^(٤): ((بأنَّ الطَّلَاقَ لا يتحقَّقُ في الفاسدِ، فكيف يقال: إنَّ المتاركةَ في معنى الطَّلَاقِ؟! فالحقُّ عدمُ الفرقِ، ولذا جزمَ به "المقدسي" في "شرح نظم الكنز" إلخ))، وتأمُّه فيما علَّقناه على "البحر"^(٥)، وسيأتي^(٦) قبيل باب الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخولِ عن "الجوهرة": ((طَلَّقَ المنكوحَةَ فاسداً ثلاثاً له تزوجها بلا محلٍّ))، قال: ((ولم يحكِّ خلافاً))، فهذا أيضاً مؤيِّدٌ لكونِ الطَّلَاقِ لا يتحقَّقُ في الفاسدِ^(٧)، ولذا كان غيرَ مُنْقَصٍ للعَدِّ، بل هو متاركةٌ كما علمتَ، حتَّى لو طَلَّقَهَا واحدةً ثُمَّ تزوجها صحيحاً عادتْ إليه بثلاثِ طَلقاتٍ.

[١٢١٢٧] (قوله: في الأصح) هذا أحدُ قولين مُصحَّحين، ورَجَّحَهُ في "البحر"^(٧)، وقال:

(قوله: وخصَّ "الشَّارِح" المتاركةَ بالزَّوج إلخ) الظَّاهرُ أنَّ إضافةَ ((متاركة)) للزَّوجِ مِن إضافةِ المصدِرِ لفاعِلِهِ، أو مفعولِهِ باعتبارِ أنَّها مُفاعلةٌ بين الزَّوجين، وإذا صدرتْ منهما تكونُ للمفعولِ والفاعلِ بالاعتبارِ، ويدلُّ لذلك اقتصارُهُم في التعبيرِ عن التفرُّقِ بمتاركةِ الزَّوجِ، وحينئذٍ لا حاجةَ لزيادةِ "الحلِّي"^(٨) التفرُّقُ وهو فسحُهُما أو فسحُ أحدهما.

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/ب.

(٤) انظر حاشية "منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٣٣٤٥] قوله: ((له تزوجها بلا محلٍّ)).

(٦) في "ب": ((الفاسد))، وهو خطأ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣ معزياً إلى "القنية".

(ويثبت النسب) احتياطاً بلا دعوة (وتعتبر مدته) وهي ستة أشهر (من الوطء، فإن كانت منه إلى الوضع أقل مدة الحمل) يعني: ستة أشهر فأكثر (يثبت) النسب (والأ) بأن ولدته لأقل من ستة أشهر (لا) يثبت، وهذا قول "محمد"، وبه يفتى، ...

((إنه اقتصر عليه "الزليعي"^(١)))، والآخر أنه شرط، حتى لو لم يعلمها بها لا تنقضي عدتها.

[١٢١٢٨] (قوله: ويثبت النسب) أما الإرث فلا يثبت فيه، وكذا النكاح الموقوف، "ط"^(٢)

عن "أبي السعود"^(٣).

[١٢١٢٩] (قوله: احتياطاً) أي: في إثباته لإحياء الولد، "ط"^(٤).

[١٢١٣٠] (قوله: وتعتبر مدته) أي: ابتداء مدته التي يثبت فيها.

[١٢١٣١] (قوله: وهي ستة أشهر) أي: فأكثر.

[١٢١٣٢] (قوله: من الوطء) [١٠٦/٣] أي: إذا لم تقع الفرقة كما يأتي بيانه^(٥).

[١٢١٣٣] (قوله: يعني: ستة أشهر فأكثر) أشار إلى أن التقدير بأقل مدة الحمل إنما هو

للاحتراز عما دونه لا عما زاد؛ لأنها لو ولدته لأكثر من سنتين من وقت العقد أو الدخول ولم يفارقها فإنه يثبت نسبه اتفاقاً، "بهر"^(٦).

(قوله: أما الإرث فلا يثبت فيه إلخ) انظر عبارة "أبي السعود" بتضح لك المراد بما نقله "ط" عنه،

وعبارة "أبي السعود": ((ولا توارث بين الزوجين في الفاسد والموقوف)) اهـ.

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٠/٢.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب المهر ٦٢/٢.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٠/٢.

(٥) المقولة [١٢١٣٤] قوله: ((وقالوا إلخ)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣ بتصريف.

وقالا: ابتداء المدّة من وقت العقد كالصحيح، ورجّحه في "النهر": ((بأنه أحوط))،.....

[١٢١٣٤] (قوله: وقالوا إلخ) تظهر فائدة الخلاف فيما إذا آتت بوليد لستة أشهر من وقت العقد ولأقلّ منها من وقت الدخول، فإنه لا يثبت نسبه على المفتى به، "بحر"^(١).

(تنبيه)

ذكر في "الفتح"^(٢): ((أنه يُعتبر ابتداء المدّة من وقت التفريق إذا وقعت فرقة، وإلا فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف))، واعترضه في "البحر"^(٣): ((بأنه يقتضي أنها لو آتت به بعد التفريق لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد أو الدخول، ولأقلّ منها من وقت التفريق أنه لا يثبت نسبه مع أنه يثبت))، وأجاب في "النهر"^(٤): ((بأن اعتبار ابتداء المدّة من وقت النكاح أو الدخول معناه نفى الأقل كما مرّ، واعتبارها من وقت التفريق معناه نفى الأكثر، حتى لو جاءت به لأكثر من سنتين من وقت التفريق لا يثبت النسب)) اهـ، ومثله في "شرح المقدسي".

والحاصل: أنه قبل التفريق يثبت النسب ولو ولدته بعد العقد أو الدخول لأكثر من سنتين كما مرّ^(٥)، أما بعد التفريق فلا يثبت إلا إذا كان أقلّ من سنتين من حين التفريق، بشرط أن لا يكون بين الولادة والعقد أو الدخول أقلّ من ستة أشهر.

[١٢١٣٥] (قوله: ورجّحه في "النهر"^(٦)) ترجيحه لا يعارض قول صاحب "الهداية" وغيره:

((إن الفتوى على قول "محمد").))

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/أ.

(٥) المقولة [١٢١٣٣] قوله: ((بمعنى: ستة أشهر فأكثر)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/أ.

وذكر من التصرفات الفاسدة إحدى وعشرين، ونظم منها العشرة التي في "الخلاصة"^(١)، فقال^(٢): [رجز]

وفاسدٌ من العُقودِ عَشْرُ
وجوبٌ أدنى مثلٍ أو مُسمًى
وإجارةٌ وحكمٌ هذا الأجرُ
أو كلُّه مع فقْدِكَ المسمًى
والواجبُ الأكثرُ في الكتابةِ
من الذي سَمَّاهُ أو مِن قيمةِ

مطلب: التصرفات الفاسدة

[١٢١٣٦] (قوله: وذكر من التصرفات الفاسدة) أي: التي تفسد إذا فُقد منها شرط من^(٣)

شروطِ الصَّحَّةِ.

[١٢١٣٧] (قوله: وحكمٌ هذا) أي: حكمُ الإجارةِ الفاسدةِ بشرطِ فاسدٍ كمرمةٍ دارٍ، أو

بجهالةِ المسمًى، أو بعدمِ التسمية، أو بتسميةٍ نحوِ حمير. و((الأجرُ)) غيرُ ((حكم))، والمرادُ به أجرُ المثلِ أو المسمًى في الصُّورةِ الأولى وأجرُ المثلِ بالغاً ما بَلَغَ في الثلاثةِ الأخيرة، وقد فصلَ ذلك بقوله^(٤): ((وجوبُ أدنى مثلٍ إلخ))، ف((أدنى)) إمَّا مضافٌ وإضافةٌ بيانيةٌ، أو غيرُ مضافٍ و((مثلٍ)) بدلٌ منه كما لا يخفى، "ح"^(٥).

[١٢١٣٨] (قوله: والواجبُ الأكثرُ إلخ) يعني: أنَّ الكتابةَ الفاسدةَ - كما إذا كاتبه على عين

مُعينةٍ لغيرِهِ - يجبُ على المكاتبِ الأكثرُ من قيمتهِ والمسمًى. [١٠٧٣/٣] وتاءُ ((الكتابة)) و((القيمة)) مجروران، ولا يُوقَفُ عليهما باهَاءٍ لِعَلَّا تَحْتَلِفَ القافيةُ، "ح"^(٦).

(١) "الخلاصة": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر في النكاح الفاسد ق ١٨٤/أ.

(٢) أي: صاحب "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٤/ب.

(٣) (شرط من) ساقط من "٣".

(٤) في "ب": ((بقوله))، وهو خطأ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

وفي النكاح المثل إن يكن دَخَلَ
والصُّلْحُ والرَّهْنُ لكلِّ نَقَضُهُ
وخراجُ البَذْرِ لمالكٍ أَجَلَ
أمانةٍ أو كالصَّحِيحِ حَكْمُهُ

[١٢١٣٩] (قوله: وفي النكاح) أي: الفاسدِ بعدمِ الشُّهُودِ مثلاً مهرُ المثل^(١)، أي: بالغاً ما بَلَغَ إن لم يُسَمَّ ما يَصْلُحُ مهرًا، وإلا فالأقلُّ من مهرِ المثلِ أو المسمَّى، "ح"^(٢).

[١٢١٤٠] (قوله: إن يكن دَخَلَ) أمَّا إذا لم يَدْخُلْ لا يَجِبُ شيءٌ، "ح"^(٣).

[١٢١٤١] (قوله: وخراجُ البَذْرِ) يعني: أنَّ المزارعةَ الفاسدةَ - كما إذا شَرِطَ فيها قُفْرانَ مُعَيَّنَةٍ لأحدهما - يكونُ الخراجُ فيها لصاحبِ البَذْرِ، ثمَّ إن كانت الأرضُ له فعليه مثلُ أجرِ العاملِ، وإذا كان البَذْرُ من العاملِ فعليه أجرُ مثلِ الأرضِ، "ح"^(٤).

[١٢١٤٢] (قوله: أَجَلَ) تكملةٌ بمعنى نَعَم، "ح"^(٥).

[١٢١٤٣] (قوله: والصُّلْحُ والرَّهْنُ) أي: الصُّلْحُ الفاسدُ بنحوِ جهالةِ البَدَلِ المصَالِحِ عليه، والرَّهْنُ الفاسدُ كرهنِ المُشَاعِ لكلِّ من المتعاقدين نَقَضُهُ، "ح"^(٦).

[١٢١٤٤] (قوله: أمانةٌ) خيرٌ مبتدأ^(٧) محذوفٌ عائِدٌ على كلِّ من بَدَلِ الصُّلْحِ والمَرهونِ اللَّذَيْنِ دَلَّ عليهما الصُّلْحُ والرَّهْنُ، "ح"^(٨)، أي^(٩): يكونُ ما في يَدِ المصَالِحِ من بَدَلِ الصُّلْحِ^(١٠)

٣٥٢/٢

(قوله: ((أَجَلَ)) تكملةٌ بمعنى نَعَم) لو جَعَلَ ((أَجَلَ)) اسمَ تفضيلٍ بمعنى: أعظمُ يكونُ أنسَبَ.

(١) في "الأصل": ((ومثله مهر المثل))، وفي "٣": ((مثلاً مثل المهر)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٧) في "ب": ((أي: مبتدأ))، وهو خطأ.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٩) ((أي)) ساقطة من "ب"، وفي "م": ((ولرهن أي: حيثئذ يكون)).

(١٠) ((من بدل الصلح)) ساقطة من "ب" و"م".

ثُمَّ الهبة مضمونة يومَ قبضٍ وصَحَّ بيعُهُ لعبدٍ اقتَرَضَ

أمانة، وكذلك المصالحُ عليه في يدِ مَنْ هو في يده، وكذلك الرهنُ في يدِ المرتهنِ؛ لأنَّ كلاً قبضَ مالٍ^(١) صاحبه بإذنه، لكنه قبضه لنفسه لا للمالك، فينبغي أن يكون مضموناً عليه، وهو ما أشار إليه بقوله: ((أو كالصحيح حكمه))، وحكمُ الصحيح في الصلح أنه مضمونٌ عليه ببدلِ الصلح، وصحيحُ الرهنِ مضمونٌ بالأقلِّ من قيمته ومن الدين، وينبغي أن يكون هذا هو المعتمد، "رحمته".

قلت: وسيأتي^(٢) في كتاب الرهن التوفيقُ بأنَّ فاسدَ الرهنِ كصحيحه إذا كان سابقاً على الدين، وإلا فلا، ويأتي^(٣) تمامه هناك إن شاء الله تعالى.

[١٢١٤٥] (قوله: ثُمَّ الهبة) بسكونِ الهاء للضرورة، يعني: أنَّ الموهوب مضمونٌ على الموهوب له بالقيمة يومَ القبض في الهبة الفاسدة كهبةٍ مشاعٍ يُقسَمُ، "ح"^(٤)؛ لأنه قبضه لنفسه، ومَنْ قبضَ لنفسه - ولو بإذن مالكه - كان قبضه^(٥) قبضَ ضمان، "رحمته".

[١٢١٤٦] (قوله: وصَحَّ بيعُهُ) أي: بيعُ المستقرض، واللامُ لتعدية البيع، وقوله: ((اقتَرَضَ)) نعتٌ لـ ((عبد))، وفاعله مستترٌ عائدٌ على المستقرض، ومفعوله محذوفٌ عائدٌ على العبد، يعني: إذا استقرضَ عبداً كان قرضاً فاسداً؛ لأنه قيمىٌ يفيدُ الملكَ فيصحُّ بيعُهُ، "ح"^(٦). وقال "ط"^(٧): ((اللامُ في: لعبدٍ^(٨) زائدة)).

(١) ((مال)) ساقطة من "٣".

(٢) المقولة [٣٤٦٨٠] قوله: ((فهو الحكم في الرهن الفاسد)).

(٣) المقولة [٣٤٦٨٠] قوله: ((فهو الحكم في الرهن الفاسد)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١ بتوضيح من ابن عابدين.

(٥) من ((قبضه لنفسه)) إلى ((كان قبضه)) ساقطة من "٣".

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٠/٢ بتصرف.

(٨) في "ب": ((العبد))، وهو خطأ.

مُضَارَبَةٌ وَحَكْمُهَا الْأَمَانَةُ وَالمَثَلُ فِي البَيْعِ وَالْأَمَانَةُ

[١٢١٤٧] (قوله: مُضَارَبَةٌ) بِسُكُونِ الهاءِ لِلضَّرُورَةِ، يَعْنِي: أَنَّ المِضَارِبَةَ الفَاسِدَةَ بِنَحْوِ اشْتِرَاطِ عَمَلِ رَبِّ المَالِ حَكْمُهَا الْأَمَانَةُ، أَي: يَكُونُ مَالُ المِضَارِبَةِ [١٠٧/٣] فِي يَدِ المِضَارِبِ أَمَانَةً، "ح" (١)، أَي: لِأَنَّهُ قَبْضُهَا لِمالِكِهَا بِإِذْنِهِ، وَمَا كَانَ كذَلِكَ فَهُوَ أَمَانَةً، وَلِأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتْ صَارَ المِضَارِبُ أَجِيرًا، وَالمَالُ فِي يَدِ الأَجِيرِ أَمَانَةً، "رَحْمَتِي".

[١٢١٤٨] (قوله: وَالمَثَلُ فِي البَيْعِ) أَي: الوَاجِبُ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ بِنَحْوِ شَرَطٍ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ ضَمَانًا مِثْلَ المَقْبُوضِ المَالِكِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا، وَقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ قِيمِيًّا، وَتَاءُ ((الْأَمَانَةُ)) وَ((الْقِيمَةُ)) مَرْفُوعَانِ، وَلَا يُوقَفُ عَلِيهِمَا بِالسُّكُونِ لِمَا مَرَّ، "ح" (٢).

وَأَمَّا بَقِيَّةُ الإِحْدَى والعَشْرِينَ فَقَالَ فِي "النَّهْرِ" (٣): ((وَبَقِيَ مِنَ التَّنَصُّفَاتِ الفَاسِدَةِ الصَّدَقَةُ، وَالمُخْلَعُ، وَالشَّرِكَةُ، وَالسَّلْمُ، وَالكِفَالَةُ، وَالمُكَالَةُ، وَالمُوقِفُ، وَالإِقَالَةُ، وَالمُصْرَفُ، وَالمُوصِيَّةُ، وَالمِيسْمَةُ. أَمَّا الصَّدَقَةُ فَفِي "جَامِعِ الفُصُولِ" (٤): أَنَّهَا كَالهَبَةِ الفَاسِدَةِ مَضمُونَةٌ بِالمَقْبُوضِ، وَأَمَّا المُخْلَعُ فَحَكْمُهُ أَنَّهُ إِذَا بَطَلَ العِوَضُ فِيهِ وَقَعَ بَائِنًا، وَذَلِكَ كالمُخْلَعِ عَلَى حَمِيرٍ أَوْ خَنزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ، وَأَمَّا الشَّرِكَةُ - وَهِيَ المَفْقُودُ مِنْهَا شَرطُهَا - مِثْلُ أَنْ يَجْعَلَ الرِّبْحَ فِيهَا عَلَى قَدْرِ المَالِ كَمَا فِي "المُجْمَعِ"، وَلَا ضَمَانًا عَلَيْهِ لَوْ هَلَكَ المَالُ فِي يَدِهِ كَمَا فِي "جَامِعِ الفُصُولِ" (٥)، وَأَمَّا السَّلْمُ - وَهُوَ مَا فُقِدَ فِيهِ شَرطٌ مِنَ شَرائطِ الصَّحَّةِ - فَحَكْمُ رَأْسِ المَالِ فِيهِ كالمُغْصُوبِ، فَيُسَمَّحُ فِيهِ أَنْ يَأْخُذَ بِهِ مَا بَدَأَ لَهُ يَدًا بِيَدٍ، كَذَا فِي "الفُصُولِ"، وَأَمَّا الكِفَالَةُ - كَمَا إِذَا جُهِلَ المَكْفُولُ عَنْهُ مِثْلًا كَقَوْلِهِ: مَا بَايَعْتَ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٤/ب - ١٨٥/أ.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون: في التصرفات الفاسدة، وأحكامها، وفيما يكون مضموناً بالمقبوض والحبس وما لا يكون ٥٦٢/٢.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالمقبوض والحبس وما لا يكون ٦١/٢ بتصرف.

أحدًا فعليًّا - فحكمها عدم الوجوب عليه، ورجع بما أداه حيث كان الضمان فاسدًا، كذا في "الفصول" أيضًا، وأمَّا الوكالة، والوقف، والإقالة، والصرف، والوصية فالظاهر أنهم لم يُفرِّقوا بين فاسدها وباطلها، وصرَّحوا بأنَّ الإقالة كالنكاح لا يُطلُّها الشرطُ الفاسدُ، وقد عرِّفَ أنه لا فرق بين فاسده وباطله، وقالوا: لو وقَّعت الإقالة بعد القبض بعدما وكَّدت الجارية فهي باطلة)) اهـ.

أقول: وما عزاه إلى "المجمع" في قوله: ((وأمَّا الشَّرِكَةُ إلخ)) فغير موجود فيه، ولم نرَ أحدًا قاله، بل تجوزُ الشَّرِكَةُ مع التساوي في الربح وعدمه، فالصواب أن يُمثَّلَ بالتي شرطَ فيها دراهمُ مُسمَّاةٍ لأحدهما، فإنَّه مُفسِّدٌ لها، وحكمُ الفاسدة أن يُجعلَ الربحُ فيها على قدرِ المال وإن شرطَ التفاضلُ، وهذا هو الذي في "المجمع" وغيره، فافهم.

وذكرَ القسمةَ ولم يتعرَّضَ لحكميها، وسيذكرُ^(١) "المصنّف" و"الشَّارح" في بابها: ((أنَّ المقبوضةَ بالقسمةِ الفاسدةِ كقسمةٍ على شرطِ هبةٍ أو صدقةٍ أو بيعٍ من المقسوم أو غيره يثبتُ الملكُ فيه، ويفيدُ جوازَ التصرفِ فيه لقابضه، ويضمُّنه بالقيمةِ كالمقبوضِ بالشراءِ الفاسد، وقيل: لا يثبتُ^(٢)، [١/١٠٨ق/٣] وحزمٌ بالقبيلِ في "الأشباه"^(٣)، وبالأولِ في "البرازية"^(٤) و"القنية"^(٥))) اهـ. وما ذكره في النكاح من عدمِ الفرقِ بين فاسده وباطله قد علمتَ ما فيه.

هذا، وقد زادَ "الرحمِيُّ" الحوالةَ، ونظَّمَ حكمها مع حكمِ ما زادَ على العشرةِ تكميلًا لنظْمِ "النهر" على الترتيبِ المذكور، فقال: [رجز]

- (١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٢١١١] قوله: ((حزم بالقبيل في "الأشباه")).
- (٢) في "الأصل" و"ب": ((لا يشتهه))، وفي "أ": ((لا يشتهه))، وما أثبتناه هو الصواب.
- (٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: في الفوائد - كتاب القسمة ص ٣٣٦.
- (٤) "البرازية": كتاب القسمة - الفصل الثالث: في الاستحقاق والقسمة - نوع في الدين ١٥١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").
- (٥) "القنية": كتاب القسمة - باب ما يجوز من القسمة ق ١١٧/ب.

صَدَقَةٌ كَهَبَةٍ سِوَاءٍ وَالخُلْعُ بَائِنٌ وَلَا جَزَاءُ
 إِنْ شَرَطَ الخَمْرَ أَوْ الخَنْزِيرَ أَوْ لِمَيْتَةٍ بَدَلَهُ كَذَا رَأَوْا
 بَقْدَرِ مَالٍ رِبْحُ شِرْكَةٍ فَسَدَ كَانَ لِقَطْعِ شِرْكَةِ الرِّبْحِ قَصْدُ
 وَلَا ضَمَانٌ بِهَلَاكِ المَالِ فِي يَدِهِ حُزْتُ ذُرًّا^(١) المَعَالِي
 وَسَلَّمَ بَعْضُ شُرُوطِهِ فُقِدَ ففَاسِدٌ كَمَا مِنَ الفِقْهِ شُهَدَ
 ورَأْسُ مَالٍ فِيهِ كَالْمَغْصُوبِ عُدَّ فَخُذْ بِهِ مَا شِئْتَ إِنْ يَدَا يَبْدُ
 كِفَالَةَ المَجْهُولِ مُفْسِدَةً لَهَا فَارْجِعْ بِمَا أَذَيْتَ إِنْ خَبَأَ دَهَى
 إِذَا بَنَى النِّقْعَ عَلَى الكِفَالَةِ وَلَا رُجُوعَ إِنْ يُرِيدُ وَقَالَ لَهُ
 وَفَاسِدُ القِسْمَةِ إِنْ شَرَطَ نَمِيًّا لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ يَا هَذَا الكَمِي
 فِيمَلَكَ المَقْسُومَ بِالقِيمَةِ إِنْ يُقْبَضُ وَقِيلَ لَا فَقَدْ فَازَ الفَطْنُ
 وَكَالَةَ وَصَايَةَ وَالْوَقْفُ إِقَالَةٌ يَا صَاحِبَ نَمِّ الصَّرْفِ
 لَا فَرْقَ فِيهَا بَيْنَ مَا قَدْ فَسَدَا وَبَيْنَ بَاطِلِ هُدَيْتِ الرُّشْدَا
 حَوَالَةَ بِشَرَطٍ أَنْ يُؤَدِّيَ مِنْ يَتَّعِ دَارَ المُنْجِيلِ بُرْدِي
 فَإِنْ يُؤَدِّ المَالُ فَهَوَ رَاجِعٌ عَلَى المُنْجِيلِ^(٢) أَوْ مُحَالٌ خَاشِعٌ

٣٥٣/٢

وقوله: ((فخذْ به ما شئت إلخ)) أي: له أن يستبدل برأس مال السلم الفاسد بخلاف الصحيح، لكن بشرط أن يكون يداً بيد؛ لئلا ينفصل عن دين بدئين، وقوله: ((إذا بنى النقع على الكفالة إلخ)) أي: لو ظن لزومها له، فأداه عما كفله وقال: هذا ما كفلت لك به رجوع عليه؛ لأنه أداه ما ليس بلازم عليه على زعم لزومه، كما لو قضاه دينه ثم تبين أن لا دين عليه، وأما إذا قال: خذ هذا وفاءً عما لك في دينه فلا يرجع عليه؛ لأن من قضى دين غيره بلا أمره لا رجوع له على أحد.

(١) في الأصل: ((ذري))، وفي "ب" و"أ": ((ذري)).

(٢) في "م": ((المجبل))، وهو خطأ.

(و) الحرّة^(١) (مهرٌ مثلها) الشرعيُّ (مهرٌ مثلها) اللغويُّ، أي: مهرٌ امرأةٌ تماثلها
(من قوم أبيها).....

[١٢١٤٩] (قوله: والحرّة) احتزّز بها عن الأمّة كما يأتي^(٢).

مطلبٌ في بيان مهر المثل

[١٢١٥٠] (قوله: مهرٌ مثلها) مبتدأٌ خبره قوله: ((مهرٌ مثلها))، ولا يلزم الإخبار عن الشيء

بنفسه؛ لما أشار إليه من اختلافهما شرعاً ولغةً، ولأنّ الثاني مُقيّدٌ بقوله: ((من قوم أبيها^(٣))).

ثمّ^(٤) اعلم أنّ اعتبار مهر المثل المذكورِ حكمٌ كلِّ نكاحٍ صحيحٍ لا تسمية فيه أصلاً، أو سُمِّيَ فيه ما هو مجهولٌ أو ما لا يحلُّ شرعاً، وحكمٌ كلِّ نكاحٍ فاسدٍ بعد الوطءِ سُمِّيَ فيه مهرًا أو لا، وأمّا المواضع التي يجب فيها المهرُ بسببِ الوطءِ بشبهةٍ فليس المرادُ بالمهرِ فيها مهر المثلِ المذكورِ هنا؛ لما في "الخلاصة"^(٥): ((أنّ المراد به العقرُ))، وفسره "الإسبيحاني"^(٦): [٣/١٠٨ق/ب]

(قوله: فليس المرادُ بالمهرِ فيها مهر المثلِ المذكورِ هنا لما في "الخلاصة": أن المراد به العقرُ الخ) قال

في "حاشية البحر": ((ذكر ما في "الخلاصة" في "البرازية"، و"غرر الأذكار"، و"المقدس" في "الرمز")، ثمّ قال: ((وفي "واقعات الناطقي": مهر المثل ما يتزوج به مثلها)) اهـ.

قلت: وفي "الفيض" - بعد ذكر ما في "الخلاصة" -: ((وقال بعضُ المحققين: العقرُ في الحرائر مهر المثل، وفي الجوّاري أبقاراً عشرَ القيمة، ونباتٍ نصفُ العشر. وقيل: في الجوّاري يُنظرُ إلى مثل تلك الجارية بكمّ يتزوج مثلها جمالاً ومولًى فيعتبر بذلك وهو المختار)) اهـ. وفي الفصل الثاني عشر من "التارخانية" ذكر ما هنا معرّباً إلى "المحيط"، ثمّ أعقبه بقوله: ((وروي عن "أبي حنيفة" رحمه الله قال: تفسير العقرُ هو ما يتزوج به مثلها، وعليه الفتوى)) اهـ. فظهر أنّ في المسألة خلافاً، وأنّ المفتى به خلاف ما هنا.

(١) في "د" زيادة: ((وأما الأمة فعلى قدر الرغبة فيها، وعن الأوزاعي ثلث قيمتها. كذا في "النجاشي" و"الخراتة")). ق ١٦٤/أ.

(٢) "در" ص ٤٦٣ -.

(٣) في "ب" و"ج": ((من مهر أبيها)) والصواب ما أثبتناه.

(٤) في "د" زيادة: ((قال في "البحر")). ق ١٦٤/أ.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق ٨٢/أ بتصرف. والخبر منقول بتمامه عن

القاضي "بج الدين" نقلًا عن "الإسبيحاني" القاضي.

لا أمها إن لم تكن من قومه كبنْت عمه، وفي "الخلاصة"^(١): ((ويُعتَبَرُ بأخواتها وعماتِها، فإن لم يكن فبنْتُ الشقيقةِ وبنْتُ العمِّ)) انتهى.....

((بأنه يُنظَرُ: بكم تُستأجرُ للزنا لو كان حلالاً؟ يجبُ ذلك القدرُ، وكذا نقلَ عن مشايخنا في شربِ "الأصل" لـ "السرخسي") اهـ.

وظاهرُهُ أنه لا فرقَ بين الحرّة والأمة، ويخالفُهُ ما في "المحيط": ((لو زُفْتُ إليه غيرُ امرأته فوطئها لزمهُ مهرٌ مثلها))، إلا أن يُحمَلَ على العقرِ المذكورِ توفيقاً، "بجر"^(٢).

(١٢١٥١) (قوله: لا أمها) المقصودُ أنه لا اعتبارَ للأمِّ وقومها مع قومِ الأب، لا أنها لا تُعتبرُ أصلاً حتّى تكونُ أدنى حالاً من الأجنبي، "ط"^(٣) عن "البرجندي".

قلت: لكن الأمَّ قد تكونُ من قبيلةٍ لا تُماثلُ قبيلةَ الأب، والمعتبرُ من الأجنبي مَنْ كانتَ من قبيلةٍ تُماثلُ قبيلةَ الأبِ على ما يأتي^(٤)، فمَنْ كانتَ كذلك^(٥) فهي أعلى حالاً من الأمِّ، فافهم.

(١٢١٥٢) (قوله: كبنْت عمه) مثالٌ للمنفى، "ح"^(٦)، أي: المنفَى في قوله: ((إن لم تكن

(قولُ "الشارح": وفي "الخلاصة": ويُعتَبَرُ بأخواتها وعماتِها إلخ) ما في "الخلاصة" مُشكِلاً؛ لأنه جعلَ بناتِ الأخواتِ والعماتِ من عشيرةِ أبيها، وقد يكونُ أباًؤهنَّ من غيرِ عشيرته، وعطفَ بنتَ العمِّ على بنتِ الشقيقةِ مع أنْ بنتَ العمِّ من قومِ الأبِ "رحمته". ونصُّ عبارتها: ((وفي "الأصل": مهرُ البنتِ نساءُ عشيرةِ أبيها وهنَّ الأخواتُ والعماتُ وبناتهنَّ، فإن لم يكن لها أختٌ ولا عمّةٌ إلخ)).

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر - جنس آخر في هبة المهر ق ٨٢/١ بتصريف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦١/٢.

(٤) "در" ص ٤٦٧.

(٥) ((كذلك)) ليست في "الأصل".

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

ومُفَادَةٌ اِعْتِبَارُ التَّرْتِيبِ، فَلْيُحْفَظْ.....

من قوميه))، والضَّمِيرُ فِيهِمَا لِلأَبِ، فَالأمُّ إِذَا كَانَتْ بِنْتُ عَمِّ الأَبِ كَانَتْ مِنْ قَوْمِ الأَبِ، وَقَوْلُ "الدَّرَر" ^(١): ((كَبِنْتَ عَمَّهَا)) سَبَقُ قَلَمٍ أَوْ جِازٍ.

[١٢١٥٣] (قَوْلُهُ: وَمُفَادَةٌ اِعْتِبَارُ التَّرْتِيبِ) كَذَا فِي "الْبَحْر" ^(٢) وَ"النَّهْر" ^(٣)، لَكِنْ قَالَ فِي

"الْبَحْر" ^(٤) بَعْدَهُ: ((وِظَاهِرُ كَلَامِهِمْ خِلَافُهُ)) اهـ.

قُلْتُ: وَتَظْهَرُ الثَّمَرَةُ فِيمَا لَوْ سَاوَتْهَا أَحْتَمُهَا وَبِنْتُ عَمَّهَا مِثْلًا فِي الصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ

وَاخْتَلَفَ مَهْرَاهُمَا، فَعَلَى مَا فِي "الْخِلَاصَةِ" ^(٥) تُعْتَبَرُ الأَحْتُ، وَأَمَّا عَلَي ظَاهِرِ كَلَامِهِمْ فَيُشْكَلُ،

وَقَدْ قَالَ فِي "الْبَحْر" ^(٦): ((وَلَمْ أَرَ حَكْمَ مَا إِذَا سَاوَتِ المَرْأَةُ امْرَأَتَيْنِ مِنْ أَقْرَابِ أَيْبِهَا مَعَ اِخْتِلَافِ

مَهْرِهِمَا ^(٧) هَلْ يُعْتَبَرُ بِالمَهْرِ الأَقْلُ أَوْ الأَكْثَرُ؟ وَيَنْبَغِي أَنْ كُلُّ مَهْرٍ اِعْتَبَرَهُ القَاضِي وَحَكَمَ بِهِ فَإِنَّهُ

يَصِحُّ لِقَلَّةِ التَّفَاوُتِ)) اهـ.

وَفِيهِ أَنَّهُ قَدْ يَكُونُ التَّفَاوُتُ كَثِيرًا، وَقَالَ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((نَصُّ عِلْمَاؤُنَا عَلَي أَنَّ التَّفْوِيضَ

لِقَضَاةِ العَهْدِ فَسَادٌ، وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ نَظَرُ الفَقِيهِ اِعْتِبَارُ الأَقْلُ لِلتَّيْقِنِ بِهِ)) اهـ.

قُلْتُ: وَيَظْهَرُ لِي أَنَّهُ يُنْظَرُ فِي مَهْرٍ كُلِّ مِنْ هَاتَيْنِ المَرْأَتَيْنِ، فَمَنْ وَافَقَ مَهْرُهَا مَهْرَ مِثْلِهَا

تُعْتَبَرُ؛ إِذْ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ حَصَلَ فِي مَهْرٍ إِحْدَاهُمَا مَحَابَاةً مِنَ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ، تَأْمَلُ.

(قَوْلُهُ: وَقَوْلُ "الدَّرَر": ((كَبِنْتَ عَمَّهَا)) سَبَقُ قَلَمٍ، أَوْ مَحَازِنَ أَي: بِنْتُ عَمِّ أَيْبِهَا، كَمَا فِي "الشَّرْطِيَّةِ".

(١) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٦/١ وفي المطبوعة التي بين أيدينا: ((بنت عمه)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥ ق/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨٢/١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣ بتصرف.

(٧) في "ب" ((مهرها)).

وَتُعْتَبَرُ الْمَمَائِلُ فِي الْأَوْصَافِ (وَقَتَ الْعَقْدِ سَيْنًا، وَجَمَالًا، وَمَالًا،).

[١٢١٥٤] (قوله: في الأوصاف) الأولى حذفه لإغناء قوله: ((سیناً إلخ)) عنه مع احتياجه إلى تكلف في الإعراب.

[١٢١٥٥] (قوله: وقت العقد) ظرف لـ ((مثلها)) الثانية بالنظر للمتن، ولـ ((تعتبر)) بالنظر للشراح. اهـ "ح" (١).

والمعنى: أنه إذا أردنا أن نعرف مهر مثل امرأة تزوجت بلا تسمية مثلاً ننظر إلى صفاتها وقت تزوجها من سين وجمال إلخ، وإلى امرأة من قوم أبيها كانت حين تزوجت في السن والجمال إلخ مثل الأولى، [١/١٠٩ق/٣] ولا عبرة بما حدث بعد ذلك في واحدة منهما من زيادة جمال ونحوه أو نقص، أفاده "الرحمي".

[١٢١٥٦] (قوله: سينا) أراد به الصغرة أو الكبير، "بحر" (٢)، ومثله في "غاية البيان". وظاهره أنه ليس المراد تحديد السن بالعدد كعشرين سنة مثلاً، بل مطلق الصغر أو الكبير فيما لا يعتبر فيه التفاوت عرفاً، فبنت عشرين مثل بنت ثلاثين، ولذا قال في "المعراج": ((لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، فإن الغنية تنكح بأكثر مما تنكح به الفقيرة، وكذا الشابة مع العجوز والحسناء مع الشوهاء)) اهـ.

وظاهره أن بقیة الصفات كذلك، فيعتبر الممائلة في أصل الصفة احترازاً عن ضدها لا عن

الزيادة فيها. ٣٥٤/٢

[١٢١٥٧] (قوله: وجمالاً) وقيل: لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف بل في أوساط

(قوله: مع احتياجه إلى تكلف في الإعراب) لم يظهر وجه التكلف.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

وبلداً، وعصرًا، وعقلًا، ودينًا، وبكارًا، وثبوبةً، وعِفَّةً، وعِلْمًا، وأدبًا، وكمالَ خُلُقٍ..

النَّاسِ، وهذا جيّدٌ، "فتح" (١). والظاهرُ اعتباره مطلقًا، "بحر" (٢). وكذا رَدُّهُ في "النهر" (٣) بإطلاقٍ
عبارة "الكنز" وغيره.

قلت: ووجهه أن الكلامَ فيمن كانت من قومِ أيها، فإذا سارت إحداهما الأخرى في
الحسبِ والشرفِ وزادت عليها في الجمال كانت الرغبة فيها أكثر.

[١٢١٥٨] (قوله: وبلداً وعصرًا) فلو كانت من قومِ أيها لكن اختلفَ مكانهما أو زمانهما
لا يُعتبرُ بمهرها؛ لأنَّ البلدين تختلفُ عادةُ أهلِهما في غلاءِ المهرِ ورخصه، فلو زوجت في غيرِ البلدِ
الذي زوج فيه أقاربها لا يُعتبرُ بمهورهن، "فتح" (٤)، ومثله في "كافي الحاكم" الذي هو جمعُ كسبِ
"محمد"، حيث قال: ((ولا يُنظرُ إلى نساها إذا كنَّ من غيرِ أهلِ بلدها؛ لأنَّ مهوورَ البلدانِ مختلفةٌ)) اهـ.
ومقتضى هذا أنه لا بدُّ من اعتبارِ الزمانِ والمكانِ وإن قلنا بالاكتفاءِ ببعضِ هذه الصفاتِ
على ما يأتي (٥)، فافهم.

[١٢١٥٩] (قوله: وعقلًا) هو قوةٌ مُميّزةٌ بين الأمورِ الحسنَةِ والقبیحةِ، أو هيئةٌ محمودةٌ
للإنسانِ في مثلِ حرَكاته وسكناته كما في كتبِ الأصولِ، وهو بهذا المعنى شاملٌ لما شرطه في
"التنف" (٦) من العِلْمِ والأدبِ والتقوى والعِفَّةِ وكمالِ الخُلُقِ، "فهستاني" (٧).
[١٢١٦٠] (قوله: ودينًا) أي: ديانةً وصلاحًا، "فهستاني" (٨).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٥) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يوجد)).

(٦) "التنف": كتاب النكاح - باب المهر - مهر المثل ٢٩٨/١، وعبارته: ((ولماتلة بخمس عشرة حصلة...)) ولم نجد هذه
الحصلة المذكورة بسبب السقط، وذكرها أبو السعود كاملة في "فتح للعين" ٦٢/٢ - ٦٣ بواسطة "الغاية".

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في المهر ٢٨٩/١ بتصريف.

(٨) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في المهر ٢٨٩/١.

وعدم ولدٍ، ويُعتبرُ حالُ الزَّوجِ أيضاً، ذكره "الكمال"، قال: ((ومهرُ الأَمَةِ بقَدْرِ الرَّغْبَةِ فِيهَا)).

(ويشترطُ فيه) أي: في ثبوتِ مهرِ المثلِ لِمَا ذَكَرَ (إخبارُ رَجُلَيْنِ أو رَجُلٍ وامرأتينِ

[١٢١٦١] (قوله: وعدم ولدٍ) أي: إن كان من اعتبر لها المهر كذلك، وإن كان لها ولدٌ اعتبر مهرٌ مثلها بمهر من لها ولدٌ، "ط"^(١).

[١٢١٦٢] (قوله: ذكره "الكمال"^(٢)) أي: نقلاً عن المشايخ، وفسره: ((بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساءها في المال والحسب وعدمهما)) اهـ^(٣)، أي: وكذا في بقية [٣/١٠٩ق/ب] الصفات، فإن الشاب والمتقي مثلاً يُزوج بأرخص من الشيخ والفاقد كما في "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥).

[١٢١٦٣] (قوله: ومهرُ الأَمَةِ إلخ) قدّمنا^(٦) الكلامَ عليه أوّلَ الباب، قال "ح"^(٧): ((دخَلَ في إطلاقِهِ ما إذا كان لها قومٌ أبٍ، كما إذا تزوجَ حرٌّ أمةَ رَجُلٍ ولم يشترطِ الحرِّيَّةَ، فبنتُه أمةٌ، وهي وإن كانت من قومِ أبيها لكنْ خالفتهم في الحرِّيَّةَ، فلم تحصل المماتلة)).

[١٢١٦٤] (قوله: أي: في ثبوتِ مهرِ المثلِ) أشار إلى أنَّ ضميرَ ((فيه)) عائِدٌ إلى مهرِ المثلِ بتقديرِ مضافٍ وهو ((ثبوت)).

[١٢١٦٥] (قوله: لِمَا ذَكَرَ) علةٌ لثبوتِ مهرِ المثلِ، والمرادُ بما ذَكَرَ المماتلةَ سبباً وما عطفَ

(قوله: علةٌ لثبوتِ مهرِ المثلِ إلخ) قال "ط": ((هو متعلقٌ بالمثلِ، ويعني به الأوصافُ المُتقدِّمةُ أي: المثلُ في الأوصافِ المُتقدِّمةِ، ولا كبيرٌ فائدةٌ فيه)) اهـ. وما سلكتُه أظهرٌ ممَّا قاله "المحشي"؛ إذ لا معنى لجنسِ المماتلةِ

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦١/٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٣) في "د" زيادة: ((ويبغى أن لا يختص بهذين الشرطين؛ لأنَّ للجمال والبلد والعصر والعقل والتقوى والنسب مدخلاً من جهة الزوج أيضاً، فيبغى اعتبارها في حقّه أيضاً، كذا في "البحر")). ق ١٦٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/ب.

(٦) المقولة [١١٨٧٨] قوله: ((وفي الإماء إلخ)).

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

ولفظ الشهادة) فإن لم يوجد شهودٌ عُذُولٌ فالقولُ للزوجِ بيمينِهِ، وما في "المحيط":
(من أن للقاضي فرضَ المهرِ) حَمَلُهُ في "النهر" على ما إذا رَضِيََا بذلك.....

عليه، وأشار به إلى أنه لا بدُّ من الشهادةِ على الأمرين: الماتلةِ بينهما، وأن مهرَ الأولى كان كذا، "ح" (١). وفي بعض النسخ: ((بما ذكر))، فالبراءُ للسببيةِ، أي: لثبوتِهِ بسببِ ما ذُكِرَ من الماتلةِ في الأوصاف.

(قوله: شهودٌ عُذُولٌ) أشارَ إلى اشتراطِ العدالةِ مع العدد؛ لأنَّ المقصودُ إثباتُ المالِ والشرطُ فيه ذلك.

(١٢١٦٧) (قوله: فالقولُ للزوجِ) لأنه مُنكَرٌ للزيادةِ التي تدعيها المرأةُ.

(١٢١٦٨) (قوله: وما في "المحيط" إلخ) جوابٌ عمَّا ذكرهُ في "البحر" (٢) من المخالفةِ بين ما في "الخلاصة" (٣) و"المتقى" (٤) - وهو ما مرَّ (٥) من اشتراطِ الشهادةِ المذكورةِ - وبين ما في "المحيط"، حيث قال: ((فإن فرضَ القاضي أو الزوجُ بعدَ العقدِ جازاً؛ لأنه يجري ذلك مجرى التقديرِ لما وجبَ بالعقدِ من مهرٍ المثل زاد أو نقص؛ لأنَّ الزيادةَ على الواجبِ صحيحةٌ والخطُ عنه جائزٌ)) اهـ. ووجهُ المخالفةِ أن ظاهرَ ما مرَّ أنه لا يصحُّ القضاءُ بمهرِ المثلِ بدونِ الشهادةِ أو الإقرارِ من الزوجِ، وأجاب في "النهر" (٦): ((بأنَّ ما في "المحيط" ينبغي أن يُحمَلَ على ما إذا رَضِيََا بذلك، وإلا فالزيادةُ على مهرِ المثلِ عندِ إباتِهِ والنقصُ عنه عندِ إباتها لا يجوزُ)) اهـ.

فيما ذُكِرَ علةُ لثبوتِ مهرِ المثلِ، وعلى الإشارةِ التي ذكرها "المحشي" لم يُوجَدَ في كلامِ "الشارح" ما يُفعلها بالنسبةِ للأمرين المذكورين معاً.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣ - ١٨٧.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق ٨٢/أ.

(٤) "الدر المتقى": كتاب النكاح - باب المهر - فصل في النكاح الفاسد ٣٥٧/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٥) "در" ص ٤٦٣ -.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب.

أقول: قدّمنا^(١) عن "البدائع" - عند قول "المصنف": ((وما فَرَضَ بعد العَقْدِ أو زِيدَ لا يُنصَفُ)) -: ((أنَّ مهر المثل يجبُ بنفسِ العَقْدِ، بدليلِ أنها لو طَلَبَتِ الفرضَ من الزَّوْجِ يَلزَمُهُ، ولو امتنعَ يُجبرُهُ القاضي عليه، ولو لم يَفْعَلْ نابَ مَنابَهُ في الفرضِ)) اهـ.

فهذا صريحٌ في أنَّ المراد فرضُ مهرِ المثل، وأنَّ فرضَ القاضي عندَ عدمِ التراضي، فلا يصحُّ حملُ ما في "المحيط" على ما ذكره في "النهر".

وأما قولُ "المحيط": ((زادَ أو نقصَ إلخ)) فينبغي حملُهُ على صورة [١١٠ق/٣] فَرَضِ الزَّوْجِ إذا رَضِيَتْ بها، وبيانُ ذلك على وجهٍ تَدْفَعُ به المخالفةُ: أنك قد علمتَ أنَّ مهر المثل إنما يجبُ بالنظرِ إلى مَنْ يُساويها من قومِ أيها، وقد علمتَ أيضاً أنه لا يَثْبُتُ إلاَّ بشاهدين، فإذا تزَوَّجَتْ بلا مهرٍ، وطلبتَ من الزَّوْجِ أن يفرضَ لها مهرَ مثلها، فامتنعَ ورافَعْتَهُ إلى القاضي، وأتتِ بشاهدين شهدا بأنَّ فلانةً من قومِ أيها تُساويها في الصِّفاتِ المذكورةِ وأنها تزَوَّجَتْ بكذا يحكُمُ لها القاضي بمثلِ مهرِ فلانةٍ المذكورةِ بلا زيادةٍ ولا نقصٍ، وإنما يمكنُ الزيادةُ والنقصُ

(قوله: فهذا صريحٌ في أنَّ المراد فرضُ مهرِ المثلِ وأنَّ فرضَ القاضي إلخ) كلامُ "البدائع" إنما يُغيّدُ نيابةَ القاضي منابَ الزَّوْجِ في الفرضِ عند امتناعِهِ، وليس فيه نفيُ نيابتهِ عنه عند تراضيهِما بذلك فلم يوجدَ ما يَرُدُّ كلامَ "النهر" في عبارة "البدائع"، تأمل. ولا مانعَ حيثنذٍ من حملِ قولِ "المحيط": ((زادَ أو نقصَ)) على صورةِ فرضِ القاضي أيضاً؛ إذ على ما حملَهُ عليه في "النهر" يكونُ الزَّوْجُ راضياً بالزيادةِ والمرأةُ راضيةً بالخطِّ، فله حيثنذٍ أن يزيدَ أو ينقصَ، كما لو فعلا ذلك بأنفسيهما بتراضيهِما، فالمرادُ أنهما فوضا تقديرَ المهرِ للقاضي، ورضيتَ بالخطِّ والزَّوْجُ بالزيادةِ، فله بعد ذلك أن يُقدِّره لرضائهما به، وليس موضوعُ الكلامِ في التراضيِ لديه مع التَّحاضُرِ بل المرادُ أنهما التمسَا منه ذلك مع التَّفويضِ إليه منهما كما ذكِرَ، كما أنَّ موضوعَ "البدائع" فيما إذا ادَّعتْ عليه مهرَ المثلِ وبيّنتْ قدره ولم يوجدَ مَنْ يشهدُ لها به لعدمِ وجودِ امرأةٍ تماثلها وامتنعَ الزَّوْجُ من تقديره لها فالقاضي يُقدِّره لها نيابةً عنه، كما يأتي له قريباً عقيبَ هذا.

(١) المقولة [١١٩٥٥] قوله: ((أو بفرضِ قاضي مهرِ المثل)).

عند فرض الزوج بالتراضي كما قلنا، وإذا كان فرض القاضي مبنياً على ما قلنا من الشهادة المذكورة تندفع المخالفة التي ادّعاها في "البحر"^(١)؛ لأنه لا مسوغ لحمل ما في "المحيط" على أن القاضي يفرض لها مهراً برأيه ويلزم أحدهما بالزيادة أو النقص بلا رضاه، مع إمكان المصير إلى الواجب لها شرعاً عند وجود من يُستاوربها في الصفات من قوم أيها. وإن كان المراد حمل كلام "المحيط" على حكم القاضي عند عدم وجود من يُساويها من قوم أيها ومن الأجنب فلا يُخالف ما في "الخلاصة" و"المنتقى" أيضاً؛ لأنّ كلامهما في مهر المثل، وهو لا يكون إلا عند وجود المائل، فيتوقف ثبوته على الشهادة أو الإقرار، أما عند عدم المائل يكون تقدير المهر^(٢) المثل جازياً محرراً لا عينه، فينظر فيه القاضي نظر تأمل واجتهاد، فيحكم به بدون شهود وإقرار من الزوج، فموضوع الكلامين مختلف كما لا يخفى، وعلى هذا لا يتأتى أيضاً فيه زيادة أو نقصان؛ إذ لا يمكن ذلك إلا عند وجود المائل، ولكن حمل كلام "المحيط" على ما ذكرنا فيه ما قدّمناه^(٣) عن "البدائع" من أن المراد الحكم بمهر المثل، وكذا ما نذكره قريباً عن "الصيرفية": ((من أنه إذا عدم المائل لا يُعطى لها شيء))، ولا يمكن حملها على حالة التراضي؛ لما علمت من كلام "البدائع"، ولأنه عند وجود التراضي يُستغنى عن الترافع إلى القاضي، وعند عدم وجود الشاهدين فالقول للزوج بيمينه كما مر^(٤) ويأتي^(٥)، فيحكم لها القاضي^(٦) بما يحلف عليه، فاعتنم هذا التحرير، والله الموفق.

٣٥٥/٢

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣-١٨٧.

(٢) في "م": ((تقدير المهر)).

(٣) المقولة [١٢١٦٨] قوله: ((وما في "المحيط" إلخ)).

(٤) "در" ص: ٤٦٤.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) من ((وعند عدم)) إلى ((القاضي)) ساقط من "الأصل".

(فإن لم يوجد من قبيلة أبيها فمن الأجنبي) أي: فمن قبيلة تُمائِلُ قبيلة أبيها (فإن لم يوجد فالقول له) أي: للزوج في ذلك يمينه كما مر.....

[١٢١٦٩] (قوله: فإن لم يوجد) أي: من يُمائلها في الأوصاف المذكورة كلها أو بعضها، [٣/١١٠ب] "بحر"^(١). ومقتضاه الاكتفاء ببعض هذه الأوصاف، وبه صرّح في "الاختيار"^(٢) بقوله: ((فإن لم يوجد ذلك كله فالذي يوجد منه؛ لأنه يتعدّر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين، فيعتبر بالوجود منها؛ لأنها مثلها)) اهـ، ومثله في "شرح الجمع" لـ "ابن ملك" و"غرر الأذكار"^(٣)، وهو موجود في بعض نسخ "الملتقى"^(٤).

قلت: لكن يشكّل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه الأوصاف وتصريح "الهداية"^(٥): ((بأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر)) اهـ؛ إذ لا شك أن الرغبة في البكر الشابة الجميلة الغنية أكثر من الثيب العجوز الشوهاء الفقيرة وإن تساوت في العقل والدين والعلم والأدب وغيرها من الأوصاف، فكيف يُقدّر مهر إحداهما بمهر الأخرى مع هذا التفاوت؟! وقولهم: لأنه يتعدّر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين مُسلم لو التزمتا اعتبارها في قوم الأب فقط، أمّا عند اعتبارها من الأجنبي أيضاً فلا، على أنه لو فرض عدم الوجود يكون القول للزوج كما ذكره^(٦) "المصنف" بعد، وإن امتنع يُرفع الأمر للقاضي

(قوله: لكن يشكّل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه إلخ) قد يقال: مُرادهم بالبعض الفاتر من الأوصاف: ما لم يترتب عليه فواته تفاوت فاحش بين المرأتين، بخلاف ما إذا ترتب عليه التفاوت الفاحش فإنه حينئذ لا يُعدُّ بما بقي منها، والنظر حينئذ إلى قبيلة تُمائِلُ قبيلة أبيها.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٧/٣.

(٢) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: وإن تزوجها على مهر أو مختبر ١٠٨/٣.

(٣) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - باب المهر ق ٢٠١/أ.

(٤) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥١/١.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢١١/١.

(٦) "در" ص ٤٦٤.....

(وصحَّ ضمانُ الوليِّ مهرَها ولو) المرأة (صغيرة).....

لَيُقَدَّرَ لها مهرًا على ما مرَّ^(١)، لكنَّ في "البحر"^(٢) عن "الصِّرْفِيَّةِ": ((ماتَ في غُربَةٍ وخَلَفَ زوجَتينِ غريبتينِ تَدْعيانِ المهرَ ولا بَيِّنَةٌ لهما، وليس لهما أخواتٌ في الغُربَةِ قال: يُحَكِّمُ بِمَهما بَكَمُ يُنكحُ مَثلَهما؟ قيل له: يَخْتَلِفُ بالبلدان، قال: إنَّ وُجِدَ في بِلَدِهما يُسألُ، وإلا فلا يُعطى لهما شيءٌ)) اهـ، أي: لَعدمِ إمكانِ الحَلِفِ بَعدِ الموتِ، لكنَّ فيه أنَّ ورثةَ الزَّوجِ تَقومُ مَقامَهُ، فتأمَّل.

(تنبيه)

جَرى العُرفُ في كثيرٍ من قرى دمشقَ بِتقديرِ المهرِ بِمقدارِ مُعَيَّنٍ لِجميعِ نساءِ أهلِ القريةِ بلا تَفاوُتٍ، فيبغى أن يكونَ ذلكَ عندِ السُّكوتِ عنه بِمَنْزِلَةِ المذکورِ المسمَّى وقتَ العَقْدِ؛ لأنَّ المعروفَ كالمشروطِ، وحيثُ لا يُسألُ عن مهرِ المثلِ، واللهُ تعالى أعلم.

مطلبٌ في ضمانِ الوليِّ المهرَ

[١٢١٧٠] (قولُهُ: وصحَّ ضمانُ الوليِّ مهرَها) أي: سواءَ كان وليُّ الزَّوجِ أو الزَّوجَةُ، صغيرينِ كانا أو كبيرينِ، أمَّا ضمانُ وليِّ الكبيرِ مِنهما فظاهرٌ؛ لأنَّهُ كالأجنبيِّ. ثمَّ إنَّ كانَ بأمرِهِ رجَعَ، وإلا لا، وأمَّا وليُّ الصَّغيرينِ فلأنَّهُ سفيرٌ ومُعبِّرٌ^(٣)، فإذا مات^(٤) كان لها أن [١١١٣/٣] ترجعَ في تَرَكيبِهِ، ولباقِي الورثةِ الرُّجوعُ في نَصيبِ الصَّغيرِ خِلافًا لـ "زفر"؛ لأنَّ الكفالةَ صَدَرَتْ

(قولُهُ: لكنَّ فيه أنَّ ورثةَ الزَّوجِ تَقومُ مَقامَهُ) لكنَّ الظاهرَ من كونه غريبًا أنَّه لم يُوجدْ معه أحدٌ من ورثَتِهِ حتَّى يَنأتِي تحليفُهُ، وإنما ادَّعتِ الزَّوجتانِ المهرَ على الميتِ في وجوهٍ من نَصبِهِ القاضِي لِلخُصومةِ؛ حيثُ يجوزُ له ذلكَ، تأمَّل.

(قولُهُ: خِلافًا لـ "زفر") حيثُ قال: لا يَرجعون؛ لَعدمِ أمرِ المَكفُولِ عنه اهـ. "نهر".

(١) المقولة [١١٩٥٥] قوله: ((أو بفرض قاض مهر المثل)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٧/٣.

(٣) في "د" زيادة: ((كما ذكر الشارح)) ق ١٦٤/ب.

(٤) في "د" زيادة: ((الضامن)). ق ١٦٤/ب.

ولو عاقداً؛ لأنه سفيرٌ، لكن بشرطِ صحتهِ - فلو في مرضٍ موتهِ وهو وارثُهُ.....

بأمرٍ معتبرٍ من المكفولٍ عنه ثبوتِ ولايةِ الأبِ عليه، فإذا الأبُ إذنٌ منه معتبرٌ، وإقدامُهُ على الكفالةِ دلالةٌ ذلك من جهتهِ، "نهر"^(١) عن "الفتح"^(٢).

[١٢١٧١] (قوله: ولو عاقداً) أي: ولو كان هو الذي باشرَ عقدَ النكاحِ بالولايةِ عليها أو عليه أو عليهما، فافهم.

[١٢١٧٢] (قوله: لأنه سفيرٌ) تعليلٌ لقوله: ((صحَّ)) بالنسبةِ لما إذا كانا صغيرين أو أحدهما، ويصلحُ جواباً عما يقال: لو كان الضامنُ وليَّ الصغيرةِ يلزمُ أن يكونَ مطالباً ومطالباً؛ لأنَّ حقَّ المطالبةِ له، ولذا لو باعَ لها شيئاً ثمَّ ضمنَ الثمنَ عن المشتري لم يصحَّ، والجوابُ: أنه في النكاحِ سفيرٌ ومُعبرٌ عنها، فلا ترجعُ الحقوقُ إليه، وفي البيعِ أصيلٌ، وولايةُ قبضِ المهرِ له بحكمِ الأبوةِ لا باعتبارِ أنه عاقداً، ولذا لا يملكُ قبضَهُ بعد بلوغها إذا نهتهُ بخلافِ البيعِ، وتأممهُ في "الفتح"^(٣).

[١٢١٧٣] (قوله: لكن) استدراكٌ على قوله: ((وصحَّ))

[١٢١٧٤] (قوله: بشرطِ صحتهِ) أي: الوليُّ.

[١٢١٧٥] (قوله: وهو) أي: المكفولُ عنه أو المكفولُ له، "ط"^(٤).

[١٢١٧٦] (قوله: وارثُهُ) أي: وارثُ الوليِّ، كأنَّ يكونَ الوليُّ أباً الزوجِ أو أباً الزوجةِ.

(قوله: "نهر" عن "الفتح") تمامُ عبارته: ((بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته؛ لأنَّ تبرُّعَ الآباءِ بالمهورِ معتادٌ وقد انقضتِ الحياةُ قبلَ ثبوتِ هذا التبرُّعِ فيرجعون)) اهـ.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/ب - ١٨٦/أ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٣) انظر "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٢/٢ بتصرف.

وقبولِ المرأةِ أو^(١) غيرها في مجلسِ الضَّمانِ (وتُطالبُ أيًا شاءت) مِنْ زوجها البالغِ أو الواليِّ الضَّمانِ (فإنَّ أدَّى رجَعَ على الزَّوجِ إنَّ أمرَ) كما هو حكمُ الكفالةِ.....

[١٢١٨٠] (قوله: وقبولِ المرأةِ) عطفٌ على ((صحَّته))، وهذا إذا كانت المرأةُ بالغةً،

"ح"^(٢).

[١٢١٨١] (قوله: أو غيرها) وهو وليُّها أو فضوليُّ غيره كما سيأتي^(٣) في كتابِ الكفالةِ،

ولذا قال في "البحر"^(٤): ((ولا بدُّ من قبولها أو قبولِ قابلٍ في المجلس))، فافهم. قال "ح"^(٥):

((وهذا فيما إذا كانت صغيرةً والكفيلُ وليُّ الزوج، أمَّا إذا كان وليُّها فإيجابه يُقومُ مقامَ القبولِ

كما في "النهر"^(٦))).

[١٢١٨٢] (قوله: في مجلسِ الضَّمانِ) لأنَّ شرطَ العقدِ لا يتوقفُ على قبولِ غائبٍ على

المذهبِ، "ط"^(٧).

[١٢١٨٣] (قوله: أو الواليُّ الضَّمانِ) سواءً كان وليُّه أو وليُّها، "ح"^(٨). وقيدَ بالضَّمانِ لأنَّ

الكلامَ فيه، ولأنَّه لا يُطالبُ بلا ضمانٍ على ما يذكره^(٩) قريباً.

[١٢١٨٤] (قوله: إنَّ أمرَ) أي: إنَّ أمرَ الزوجِ بالكفالةِ، وأفادَ أنه لو ضمِّنَ عن ابنه الصَّغيرِ

وأدَّى لا يرجعُ عليه للعرفِ بتحمُّلِ مهوَرِ الصَّغارِ، إلَّا أنَّ يُشهدَ في أصلِ الضَّمانِ أنه دفعَ

(١) ((أو)) ساقطة من "ط".

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤ ب - ١٦٥ أ.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فضولي)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٩.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥ أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥ ب - ١٨٦ أ.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٢/٦٢.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥ أ.

(٩) "در" ص ٤٧٢-٤٧٣.

(ولا يُطالَبُ الأبُ بمهرِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ الفقيرِ) أمَّا الغنيُّ فيُطالَبُ أبوه بالدَّفْعِ من مالِ ابْنِهِ لا من مالِ نَفْسِهِ (إذا زَوَّجَهُ امرأةً إلا إذا ضَمِنَهُ) على المَعْتَمِدِ.....

ليرجع، "فتح"^(١)، ويأتي تمامه^(٢).

[١٢١٨٥] (قوله: بمهر ابْنِهِ) أي: مهرِ زوجةِ ابْنِهِ، أو المهرِ الواجبِ على ابْنِهِ.

[١٢١٨٦] (قوله: إذا زَوَّجَهُ امرأةً) مرتبطٌ بقوله: ((ولا يُطالَبُ الأبُ إلخ))؛ لأنَّ المهرَ مالٌ

يَلزِمُ ذِمَّةَ الزَّوْجِ، ولا يَلزِمُ الأبَ بالعقدِ؛ إذ لو لَزِمَهُ لَمَا أَفَادَ الضَّمَانُ شيئاً، "بحر"^(٣).

[١٢١٨٧] (قوله: على المَعْتَمِدِ) مقابلةٌ ما في "شرح الطحاوي" و"التَّمَّة": ((أنَّ لها مطالبةً

أبِ الصَّغِيرِ ضَمِنَ أو لم يَضْمَنْ))، قال في "الفتح"^(٤): ((والمذكورُ في "المنظومة"^(٥): أنَّ هذا قولُ

"مالكٍ"، ونحن نخالفه))، ثمَّ قال في "الفتح": ((وهذا هو المعوَّلُ عليه)).

قلت: ومثُلُ ما في "المنظومة" في "المجمع" و"درر البحار" وشروحيهما^(٦)، وفي "مواهب

الرحمن"^(٧): ((لو زَوَّجَ طفلةً الفقيرَ لا يَلزِمُهُ المهرُ عندنا))، وأجاب في "البحر"^(٨) عمَّا ذكره

"شارح الطحاوي" بـ ((حمليه على ما إذا كان للصَّغِيرِ مالٌ، بدليلِ أَنَّهُ في "المعراج" ذَكَرَ

ما في "شرح الطحاوي"، ثمَّ ذَكَرَ: أنَّ المهرَ لا يَلزِمُ أبَا الفقيرِ بلا ضمانٍ، فتعيَّنَ كونُ الأولى

في الغنى)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٢) المقولة [١٢١٨٩] قوله: ((ولا رجوع للأب إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/٣ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٥) "حقائق المنظومة": باب فتاوى مالك - كتاب النكاح ٥/٣٣٢ق/ب.

(٦) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - ذكر المهر ق ١٩٩/ب.

(٧) ((الرحمن)) ساقطة من "الأصل".

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/٣.

(كما في النفقة) فإنه لا يُؤخذُ بها إلا إذا ضمّن،.....

قلت: وأصرحُ من هذا ما في "العناية"^(١)، حيث قال ناقلاً عن "شرح الطحاوي": ((إنَّ الأبَ إذا زَوَّجَ الصَّغِيرَ امرأةً فللمرأة أن تُطالبَ بالمهر^(٢)) من أبي الزوج، فيؤدِّي الأبُ من مالِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وإن لم يضمّن الخ)) وعلى هذا فقولُ "الشَّارحِ": ((على المعتمد)) لا محلُّ له.
[١٢١٨٨] (قوله: كما في النفقة) أي: أنه لا يُؤخذُ أبو الصَّغِيرِ بالنفقة إلا إذا ضمّن، كذا ذكره "المصنّف" في "المنح"^(٣) [١١٢ق/٣] عن "الخلاصة"^(٤)، وفي "الحانية"^(٥): ((وإن كانت كبيرةً وليس للصَّغِيرِ مالٌ لا تجبُ على الأبِّ نفقتها، ويستلدينُ الأبُّ عليه ثمَّ يرجعُ على الابنِ إذا أيسرَ)) اهـ.

وفي "كافي الحاكم": ((فإن كان صغيراً لا مالَ له لم يُؤخذُ أبوه بنفقة زوجته إلا أن يكونَ ضمّنها)) اهـ، ومثله في "الزَّيْلَعِي"^(٦) وغيره.

قلت: وهو مخالفٌ لما سيذكره^(٧) "الشَّارحُ" في بابِ النفقة في الفروع حيث قال: ((وفي "المختار"^(٨)) و"الملتقى"^(٩)): ونفقةُ زوجةِ الابنِ على أبيه إن كان صغيراً فقيراً أو زَمِناً)) اهـ.
اللهم إلا أن يُحمَلَ ما سيأتي^(١٠) على أنه يُؤمرُ بالإتفاقِ ليرجعَ بما أنفقهُ على الابنِ إذا أيسرَ،

(١) "العناية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣ (هامش "الفتح").

(٢) في "م": ((تطلب المهر)) وفي بقية النسخ: ((تطالب المهر)) وما أثبتناه من "العناية".

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب المهر ١/ق ١٢٦/ب.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغير والصغيرة ق ٧٩/أ.

(٥) "الحانية": كتاب النكاح - باب النفقة ٤٢٥/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٤/٢.

(٧) انظر "الدر" عند المقولة [١٦٢٤٣] قوله: ((وفي "المختار" و"الملتقى" الخ)).

(٨) انظر "الاختيار": كتاب الطلاق - باب النفقة - فصل: ونفقة الأولاد الصغار على الأب الخ ١٢/٤.

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب النفقة ٣٠٥/١.

(١٠) المقولة [١٦٢٤٦] قوله: ((ويجوز الأب الخ)).

ولا رجوع للأب إلا إذا أشهد على الرجوع عند الأداء.....

كما قالوا في الابن الموسر: إذا كانت أمه وزوجها مُعسرَيْن يُؤمَرُ بالإنفاقِ على أمِّه، ويرجعُ بها على زوجها إذا أيسرَ، ويؤيدهُ عبارةُ "الحائِية" المذكورة، فليتامل.

[١٢١٨٩] (قوله: ولا رجوع للأب إلخ) أي: لو أذى الأب المهر من مال نفسه لا رجوع له على ابنه الصغير، قيل: لأن الكفيل لا رجوع له إلا بالأمر ولم يوجد، لكن قدّمنا^(١) إن إقدامه على كفالته بمنزلة الأمر لثبوت ولايته عليه، ولهذا لو ضمته أجنبي بإذن الأب يرجع، فكذا الأب، نعم ذكر في "غاية البيان" رجوع الأب لبا ذكر، وفي الاستحسان لا رجوع له لتحمله عنه عادة بلا طمع في الرجوع، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان فيرجع؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، أعني: العرف، بخلاف الوصي، فإنه يرجع لعدم العادة في تبرعه، فصار كبقية الأولياء غير الأب اهـ.

فعدم الرجوع بلا إشهاد مخصوص بالأب، ومقتضى هذا رجوع الأم أيضاً حيث لا عرف إذا كانت وصية وكفلته، أما بدون ذلك فقد صارت حادثة الفتوى في صبي زوجته وليه، ودفعت أمه عنه المهر وهي غير وصية عليه، ثم بلغ فأرادت الرجوع عليه، وينبغي في هذه الحادثة عدم الرجوع؛ لإيفائها دين الصبي بلا إذن ولا ولاية، ولا سيما على القول الآتي من اشتراط

(قول "الشارح": ولا رجوع للأب إلا إذا أشهد على الرجوع عند الأداء إلخ) في "الأنقروية" من

آخر كتاب الوصايا ما نصه: ((وعن "أبي حنيفة" رحمه الله تعالى فيما إذا اشترى داراً أو ضيعة أو مملوكاً لابنه الصغير إن كان لابنه مال فالرجوع بالثمن على التفصيل إن أشهد وقت الشراء يرجع، وإن لم يشهد لا يرجع، وإن لم يكن للابن مال لا يرجع أشهد على الرجوع أو لم يشهد، ثم في بعض المواضع: يشترط الإشهاد وقت الشراء، وفي بعضها: يشترط الإشهاد وقت نقد الثمن ويقول: إن أشهد وقت نقد الثمن: إنما أنقذ الثمن لأرجع عليه، "تارخانية") اهـ.

(١) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((وصح ضمان الولي مهرها)).

الإشهاد في غير الأب أيضاً، تأمل. وفي "البرازية"^(١): ((إذا أشهد - أي: الأب - عند الأداء أنه أدّى ليرجع رجع وإن لم يُشهد عند الضمان)) اهـ.

والحاصل: أن الإشهاد عند الضمان أو الأداء شرط الرجوع كما في [٣/١١٢ق/ب] "البحر"^(٢)، وقيدته في "الفتح"^(٣) بما إذا كان الصغير فقيراً، واعترضه في "النهر"^(٤) بما مر^(٥) عن "غاية البيان"، أي: ((من حيث إنه مطلق مع عموم التعليل بالعرف))، وقد يقال: إن ما في "الفتح" مبني على عدم اطراد العرف إذا كان الصغير غنياً، فله الرجوع وإن لم يُشهد ولا سيما لو كان الأب فقيراً، فتأمل.

وبقي ما لو دفع بلا ضمان، ومقتضى التعليل بالعادة أنه لا فرق، فيرجع إن أشهد، وإلا لا، وسيدكر^(٦) "الشارح" في آخر باب الوصي: ((ولو اشترى لطفله ثوباً أو طعاماً، وأشهد أنه يرجع به عليه يرجع به لو له مال، وإلا لا لوجوبها^(٧) عليه حيثئذ، وبمثله لو اشترى له داراً أو عبداً، يرجع سواء كان له مال أو لا، وإن لم يُشهد لا يرجع، كذا عن "أبي يوسف"، وهو حسن يجب حفظه)) اهـ.

(قوله: وبمثله لو اشترى إلخ) الأولى حذف الباء كما يذكروه.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل التاسع عشر: في النفقات ١٦٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦/أ.

(٥) في المقولة نفسها.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٨٢٩] قوله: ((ولو اشترى لطفله إلخ)).

(٧) لوجهها.

(٧) في "الأصل" و"٣": ((لوجهها)).

(٧) في "الأصل" و"٣": ((لوجهها)).

قلت: وحاصله الفرق بين الطعام والكسوة وبين غيرهما، ففي غيرهما لا يرجع إلا إذا أشهد سواء كان الصغير فقيراً أو لا، وكذا فيهما إن كان الصغير غنياً، أما لو فقيراً فلا رجوع له وإن أشهد لوجوبهما عليه، بخلاف نحو الدار والعبد، ومقتضى هذا أن المهر بلا ضمان كالدار والعبد لعدم وجوبه عليه، فله الرجوع عليه إن أشهد ولو فقيراً، وإلا فلا، وهذا يؤيد ما في "النهر"، فتدبر.

هذا، وسنذكر^(١) هناك اختلاف القولين في أن الوصي لو أنفق من ماله على قصد الرجوع هل يشترط الإشهاد أم لا؟ والاستحسان الأول، وعليه فلا فرق بينه وبين الأب، فما مر^(٢) عن "غاية البيان" من قوله: ((بخلاف الوصي)) مبني على القول الآخر، والله تعالى أعلم.

وشمل الرجوع بعد الإشهاد ما لو أدى بعد بلوغ الابن كما في "الفيض"، وفيه: ((أن هذا - أي: اشتراط الإشهاد - إذا لم يكن للصبي دين على أبيه، فلو على الأب دين له فأدى مهر امرأته ولم يشهد، ثم ادعى أنه أداه من دينه الذي عليه صدق، ولو كان الابن كبيراً فهو متبرع؛ لأنه لا يملك الأداء بلا أمره)) اهـ.

(تنبيه)

اشتراط الإشهاد لرجوع الأب لا ينافيه ما قدمناه^(٣) من أنه لو مات وأخذت الزوجة مهرها من تركته فلباقى الورثة الرجوع في نصيب الصغير؛ لما علمت من أنه صار كفيلاً بالأمر دلالة، والكفيل بأمر المكفول عنه يرجع [١/١١٣ق/٣]. بما أدى، وإنما لم يرجع لو أدى بنفسه بلا إشهاد للعادة بأنه يؤدي تبرعاً، أما إذا لم يدفع بنفسه وأخذت الزوجة من تركته لم يوجد التبرع منه، فلذا يرجع باقى الورثة في نصيب الصغير من التركة.

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٧٦٦] قوله: ((لا في حق الرجوع)).

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((وصح ضمان الولي مهرها)).

(و^(١)) لها منعة من الوطء) ودواعيه، "شرح مجمع".....

(فرغ)

في "الفيض": ((ولو أعطى ضيعة بمهر امرأة ابنه، ولم تقبضها حتى مات الأب، فباعها المرأة لم يصح إلا إذا ضمن الأب المهر ثم أعطى الضيعة به، فحينئذ لا حاجة إلى القبض)).

مطلب في منع الزوجة نفسها لقبض المهر

[١٢١٩٠] (قوله: ولها منعة الخ) وكذا لولي الصغيرة المنع المذكور حتى يقبض مهرها،

وتسليمها نفسها غير صحيح، فله استردادها، وليس لغير الأب والجد تسليمها قبل قبض المهر من له ولاية قبضه، فإن سلمها فهو فاسد^(٢). وأشار إلى أنه لا يحل له وطؤها على كره منها إن كان امتناعها لطلب المهر عنده، وعندهما يحل كما في "المحيط"، "بحر"^(٣). وينبغي تقييد الخلاف بما إذا كان وطئها أولاً برضاها، أما إذا لم يطأها ولم يحل بها كذلك فلا يحل اتفاقاً، "نهر"^(٤).

[١٢١٩١] (قوله: ودواعيه الخ) لم يصرح به في "شرح الجمع"، وإنما قال: ((لها أن تمنعه من

الاستمتاع بها))، فقال في "النهر"^(٥): ((إنه يعم الدواعي))، "ط"^(٦).

(قوله: فرغ في "الفيض": ولو أعطى ضيعة بمهر الخ) ذكر هذا الفرع في "البرازية"، ونقله في "البحر"

عنها، وعبارتها: ((إذا أعطى الأب أرضاً لمهر امرأة ابنه ولم تقبض المرأة حتى مات الأب لا تملك القبض، وإن كان ضمن المهر - والمسألة بحالها - ملكت القبض بعد الموت؛ لأن الهبة لا تيم بلا قبض، وفيما إذا ضمن بيع فلا يبطل بالموت)) اهـ.

(قوله: من له ولاية قبضه الخ) فاعل المصدر قبله، ومن له قبض مهر الصغيرة هو الأب والجد

والوصي، وإذا سلمها الأب له أن يمنعه، كما قدمته في باب الولي.

(١) الواو ليست في "و".

(٢) في "د" زيادة: ((وترد إلى بيتها كما في "التحسيس" وغيره)). ق ١٦٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٠/٣ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦/أ.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٢/٢.

(والسفر بها ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما) لأن كل وطأة معقود عليها، فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقي (لأخذ ما يبين تعجيله) من المهر كله أو بعضه^(١)....

[١٢١٩٢] (قوله: والسفر الأولى التعبير بالإخراج كما عبر في "الكثر"^(٢)؛ ليعم الإخراج من بيتها كما قاله شارحوه^(٣)، "ط"^(٤)).

[١٢١٩٣] (قوله: وخلوة) يعلم حكمها من الوطء بالأولى، وإنما تظهر فائدة ذكرها على قولهما الآتي^(٥).

[١٢١٩٤] (قوله: رضيتهما) وكذا لو كانت مكرهة أو صغيرة أو مجنونة بالأولى، وهو بالاتفاق، أمّا مع الرضاء فعندهما ليس لها المنع، وتكون به ناشزة لا نفقة لها، أي: إلا أن تمنعه من الوطء وهي في بيته، "بحر"^(٦) بحثاً أخذاً مما صرحوا به في النفقات: أن ذلك ليس بتشؤز بعد أخذ المهر.

[١٢١٩٥] (قوله: لأخذ ما يبين تعجيله) علة لقوله: ((ولها منعه)) أو غاية له، واللام بمعنى إلى، فلو أعطاه المهر إلا درهماً واحداً فلها المنع، وليس له استرجاع ما قبضت، "هندية"^(٧)

(قوله: على قولهما الآتي) فإنهما يقولان: إذا دخل بها طائفة كبيرة - ولو كان الدخول حكماً - ليس لها المنع كما في "شرح اللئقي".

(قوله: إلا أن تمنعه من الوطء وهي في بيته إلخ) أي: وهو يقدر على وطئها كرهاً، كما سيذكره عن "السراج" في النفقات.

(١) عبارة "د": ((كلأ أو بعضاً)).

(٢) انظر "شرح العيني على الكثر": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٥٨.

(٣) انظر "البحر": ١٩٠/٣، و"النهر": ١/١٨٦.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٢/٦٢.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩١-١٩٢ بتصرف.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق

(أو) أَخَذَ (قَدَرٍ مَا يُعَجَّلُ^(١)) لِمَثَلِهَا عُرْفًا) بِهِ يُفْتَى؛ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ.....

عن "السراج". وفي "البحر"^(٢) عن "المحيط": ((لو أَحَالَتْ بِهِ رَجُلًا عَلَى زَوْجِهَا لَهَا الْاِمْتِنَاعُ إِلَى أَنْ يَقْبِضَ الْمُخْتَالُ لَا لَوْ أَحَالَهَا بِهِ الزَّوْجُ)) اهـ.

وأشار إلى أن تسليم المهر مُقَدَّمٌ سِوَاءَ كَانِ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالشَّمْنِ عَيْنًا، فَإِنَّهُمَا يُسَلَّمَانِ مَعًا؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ وَالتَّسْلِيمَ مَعًا مُتَعَذِّرٌ هُنَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ كَمَا فِي "النهر"^(٣) عَنْ "البدائع"^(٤)، وَتَمَامُهُ فِيهِ، لَكِنْ فِي "الفيض": ((لَوْ خَافَ [١١٣ق/٣] الزَّوْجُ أَنْ يَأْخُذَ الْأَبُ الْمَهْرَ وَلَا يُسَلِّمَ الْبِنْتَ يَوْمَ الْأَبِ بِجَعْلِهَا مُهَيَّئَةً لِلتَّسْلِيمِ ثُمَّ يَقْبِضُ الْمَهْرَ)).

(١٢١٩٦) (قَوْلُهُ: أَوْ أَخَذَ قَدَرٍ مَا يُعَجَّلُ لِمَثَلِهَا عُرْفًا) أَي: إِنْ لَمْ يُبَيِّنْ تَعَجُّلَهُ أَوْ تَعَجُّلَ بَعْضِهِ

فَلَهَا الْمَنْعُ لِأَخْذِ مَا يُعَجَّلُ لَهَا مِنْهُ عُرْفًا، وَفِي "الصَّيْرَفِيَّةِ": ((الْفَتْوَى عَلَى اعْتِبَارِ عُرْفِ بِلَدَيْهِمَا مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ أَوْ النِّصْفِ))، وَفِي "الْحَاثِيَّةِ"^(٥): ((يُعْتَبَرُ التَّعَارُفُ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ عُرْفًا كَالثَّابِتِ شَرْطًا)).

قلت: وَالتَّعَارُفُ فِي زَمَانِنَا فِي مِصْرَ وَالشَّامِ تَعَجُّلُ الثَّلَاثِينَ وَتَأْجِيلُ الثُّلُثِ، وَلَا تَنْسَ مَا قَدَّمَاهُ^(٦) عَنْ "الملتقط": ((مَنْ أَنْ لَهَا الْمَنْعُ أَيْضًا لِلْمَشْرُوطِ عَادَةً كَالْخُفِّ وَالْمُكْعَبِ وَدَيْنَاجِ الْلُفَاةِ وَدِرَاهِمِ السُّكَّرِ كَمَا هُوَ عَادَةٌ سَمْرَقَنْدَ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ دَفْعُهُ عَلَى مَنْ صَدَّقَ الْعُرْفَ مِنْ غَيْرِ تَرُدُّدٍ فِي إِعْطَاءِ مِثْلِهَا مِنْ مِثْلِهِ مَا لَمْ يَشْرُطَ عَدَمَ دَفْعِهِ، وَالْعُرْفُ الضَّعِيفُ لَا يُلْحِقُ الْمَسْكُوتَ عَنْهُ بِالْمَشْرُوطِ)).

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: أَوْ قَدَرٍ مَا يُعَجَّلُ، اعْلَمْ أَنَّهُ إِثْمًا أَنْ يَصْرَحَ بِحُلُولِ أَوْ تَأْجِيلِ، أَوْ يَسْكُنَا، فَإِنْ صَرَّحَا بِتَأْجِيلٍ؛ فَإِثْمًا أَنْ يَكُونَ لِلْكَلِّ أَوْ لِلْبَعْضِ، وَالْأَجَلُ فِيهِمَا إِثْمًا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا، مُتَفَاحِشًا أَوْ مُتَقَارِبًا، وَفِي كُلِّ مِنْ هَذِهِ السَّنَةِ؛ إِثْمًا أَنْ يَشْرُطَ الدَّخُولَ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ أَوْ لَا، وَكُلٌّ مِنَ الْاِثْنَيْ عَشَرَ، إِثْمًا أَنْ يَكُونَ فِي الْعَقْدِ أَوْ بَعْدَهُ، فَالْصُّورُ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ، هَكَذَا يَفْهَمُ مِنْ "البحر"). ق ١٦٥/أ.

(٢) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٩٠/٣.

(٣) "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨٦/أ.

(٤) "البدائع": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ مَا يَجِبُ بِهِ الْمَهْرُ ٢٨٨/٢ - ٢٨٩.

(٥) "الحاثية": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ: فِي حِسِّ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا بِالْمَهْرِ ٣٨٥/١ (هَامِشُ "الفتاوى الهندية").

(٦) الْمَقُولَةُ [١٢١٠٣] قَوْلُهُ: ((بِخِلَافِ مَجْهُولِ الْجِنْسِ)).

(إن لم يُوجَلْ) أو يُعَجَّلْ (كلُّهُ) فكما شَرَطًا؛ لأنَّ الصَّرِيحَ يَفُوقُ الدَّلالةَ، إلا إذا جَهِلَ الأجلُ جهالةً فاحشةً فيجبُ حالاً، "غاية".....

[١٢١٩٧] (قوله: إن لم يُوجَلْ) شرط في قوله: ((أو أخذ قدر ما يُعَجَّلُ لمثلها))، يعني: أنَّ محلَّ ذلك إذا لم يشترط تأجيل الكلِّ أو تعجيله، "ط"^(١). وكذا البعض كما قدمه^(٢) في قوله: ((كلًّا أو بعضًا))، وفي "الفتح"^(٣): ((حكم التأجيل بعد العقد كحكمه فيه)).

[١٢١٩٨] (قوله: فكما شَرَطًا) جواب شرطٍ مخدوفٍ تقديره: فإن أُجِّلَ كلُّهُ أو عَجِّلَ كلُّهُ، "ح"^(٤). وفي مسألة التأجيل خلافٌ يأتي^(٥).

[١٢١٩٩] (قوله: لأنَّ الصَّرِيحَ إلخ) أي: يُعتبرُ ما شَرَطًا وإن تُعَوِّفَ تعجيلَ البعض؛ لأنَّ الشرطَ صريحٌ والعرفَ دلالةٌ، والصَّرِيحُ أقوى.

[١٢٢٠٠] (قوله: إلا إذا جَهِلَ الأجلُ) ((إذا)) هنا ظرفيةٌ، فهو استثناءٌ من أعمِّ الظروفِ، أي: فكما شَرَطًا في كلِّ وقتٍ إلا في وقتٍ جَهِلِ الأجلِ، فافهم.

قال في "البحر"^(٦): ((فإن كانت جهالةً مُتقاربةً كالحصادِ والدياسِ ونحوه فهو^(٧) كالمعلومِ على الصَّحيح كما في "الظهيرية"^(٨)) بخلاف البيعِ، فإنه لا يجوزُ بهذا الشرطِ، وإن كانت مُتفاحشةً ك: إلى الميسرة، أو إلى هبوبِ الرِّيحِ، أو إلى أن تمطرَ السماءُ فالأجلُ لا يثبتُ، ويجبُ المهرُ حالاً، وكذا في "غاية البيان") اهـ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٣/٢.

(٢) "در" ص ٤٧٨ -.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٩/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/أ.

(٥) المقولة [١٢٢٠٢] قوله: ((فيصحُّ للعرف)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٠/٣.

(٧) ((فهو)) ساقطة من "الأصل".

(٨) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل السابع في المهور ق ٨٠/ب.

إِلَّا التَّأجِيلَ لِطُلَاقٍ أَوْ مَوْتٍ فَيَصِحُّ لِلعُرْفِ، "بِرَازِيَّةٍ". وَعَنْ "الثَّانِي": لَهَا مَنعُهُ إِنْ أَجَّلَهُ كُلَّهُ، وَبِهِ يُفْتَى اسْتِحْسَانًا، "وَلِوَالِجِيَّةٍ"^(١). وَفِي "النَّهْرِ"^(٢): ((لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى مَائَةٍ عَلَى حَكْمِ الحُلُولِ.....

(١٢٢٠١) (قَوْلُهُ: إِلَّا التَّأجِيلَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنَ الْمُسْتَثْنَى، "ح"^(٣).

(١٢٢٠٢) (قَوْلُهُ: فَيَصِحُّ لِلعُرْفِ) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤): ((وَذَكَرَ فِي "الْخُلَاصَةِ"^(٥)) وَ"الْبِرَازِيَّةِ"^(٦))

اِخْتِلَافًا فِيهِ، وَصَحَّحَ أَنَّهُ صَحِيحٌ، وَفِي "الْخُلَاصَةِ"^(٧): وَبِالطَّلَاقِ يَتَعَجَّلُ الْمُوجَّعُ، وَلَوْ رَاجَعَهَا لَا يَتَأَجَّلُ أَدَا. يَعْنِي: إِذَا كَانَ التَّأجِيلُ إِلَى الطَّلَاقِ، أَمَّا لَوْ إِلَى مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يَتَعَجَّلُ بِالطَّلَاقِ كَمَا قَدْ يَقَعُ فِي مَصْرَمٍ مِنْ جَعَلِ بَعْضُهُ حَالًا وَبَعْضُهُ مُوجَّعًا إِلَى الطَّلَاقِ أَوْ [٣/ق١١٤/ب] بِالمَوْتِ وَبَعْضُهُ مُنْجَمًا، فَإِذَا طَلَّقَهَا تَعَجَّلَ البَعْضُ الْمُوجَّعُ لَا الْمُنْجَمُ، فَتَأْخُذُهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ عَلَى نَجْوَمِهِ كَمَا تَأْخُذُهُ قَبْلَهُ، وَاِخْتَلَفَ هَلْ يَتَعَجَّلُ الْمُوجَّعُ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ مُطْلَقًا أَوْ إِلَى انقِضَاءِ العِدَّةِ؟ وَجَزَمَ فِي "القِنِيَّةِ"^(٨) بِالثَّانِي، وَعَزَاهُ إِلَى عَامَّةِ المَشَايخِ، وَلَوْ ارْتَدَّتْ وَلَحِقَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ وَتَزَوَّجَهَا فَاِخْتَارَ أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِالمَهْرِ الْمُوجَّعُ إِلَى الطَّلَاقِ كَمَا فِي "الصَّبْرِيَّةِ"؛ لِأَنَّ الرَّدَّةَ فَسَخَ لَا طُلَاقًا)) أَدَا مَلْحَصًا.

(١٢٢٠٣) (قَوْلُهُ: وَبِهِ يُفْتَى اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّهُ لَمَّا طَلَبَ تَأْجِيلَهُ كُلَّهُ فَقَدْ رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ

فِي الِاسْتِمْتَاعِ، وَفِي "الْخُلَاصَةِ"^(٩): ((أَنَّ الأَسْتَاذَ "ظَهِيرَ الدِّينِ" كَانَ يُفْتِي بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهَا الِاسْتِمْتَاعُ، وَ"الصُّدْرَ الشَّهِيدَ" كَانَ يُفْتِي بِأَنَّ لَهَا ذَلِكَ)) أَدَا. فَقَدْ اِخْتَلَفَ الإِفْتَاءُ، "بِحَرْ"^(١٠).

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل والرسالة إلى آخره ق٤٨/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق١٨٦/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق١٦٦/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩٠.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٢/أ.

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ٤/١٣٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٢/أ.

(٨) "القنية": كتاب النكاح - باب في المهور ق٣٥/أ.

(٩) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٢/أ.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩٠.

قلت: والاستحسان مُقَدَّمٌ، فلذا حَزَمَ به الشَّارِحُ، وفي "البحر"^(١) عن "الفتح"^(٢): ((وهذا كُلُّهُ إذا لم يَشْتَرِطِ الدُّخُولَ قَبْلَ حُلُولِ الأَجْلِ، فلو شَرَطَهُ وَرَضِيَتْ بِهِ^(٣) ليس لها الامتِناعُ اتِّفَاقاً)) اهـ.

(تبيية)

يُفْهَمُ من قول "الشَّارِحِ": ((إِنْ أَجَلُّهُ كُلُّهُ)) أَنَّهُ لو أُجِّلَ البَعْضُ وَدَفِعَ المَعْجَلُ لَيْسَ لها الامتِناعُ عَلى قول "الثَّانِي"، مَعَ أَنَّهُ في "شرح الجامع" لـ "قاضي خِان"^(٤) ذَكَرَ أَوَّلًا: ((أَنَّهُ لو كان المَهْرُ مَوْجَلًا لَيْسَ لها المَنعُ قَبْلَ حُلُولِ الأَجْلِ ولا بَعْدَهُ، وكذا لو كان المَوْجَلُ بَعْضُهُ واستَوَقَّتِ العاجِلُ^(٥)، وكذا لو أُجِّلَتْهُ بَعْدَ العَقْدِ))، ثُمَّ قال^(٦): ((وعلى قول "أبي يوسف" لها المَنعُ إلى اسْتِيفاءِ الأَجْلِ في جَمِيعِ هذِهِ الفِصُولِ إذا لم يَكُن دَخَلَ بِها إِنْجاءً))، وهذا مُخَالَفٌ لِقَوْلِ "المُصَنِّفِ": ((لأَخْذِ ما يَبِينُ تَعجِيلُهُ إِنْجاءً))، لَكِنْ رَأَيْتُ في "الدَّخِيرَةَ" عَنِ "الصَّدْرِ الشَّهِيدِ" أَنَّهُ قال في مَسْأَلَةِ تَأجِيلِ البَعْضِ: ((أَنَّ لهُ الدُّخُولَ بِها في دِيارِنَا بِلا عِلاَفٍ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ عِنْدَ أداءِ

قَوْلُهُ: وهذا مُخَالَفٌ لِقَوْلِ "المُصَنِّفِ" إِنْجاءً فيهِ أَنَّ ما ذَكَرَهُ عَنِ "شرح الجامع" لَيْسَ فيهِ مُخَالَفَةٌ لِمَا في "المُصَنِّفِ"؛ لِأَنَّهُ جَرَى فيهِ عَلى قَوْلِ غَيْرِ "أبي يوسف". نَعَم فيهِ مُخَالَفَةٌ لَتَقْيِيدِ "الوَلَوِ الحَيَّةِ" المَنعُ بِتَأجِيلِ الكُلِّ، وَعَلى عِبارَةِ "شرح الجامع" لا فَرَقَ في المَنعِ عَلى قَوْلِ "أبي يوسف" بَيْنَ تَأجِيلِ الكُلِّ أوِ البَعْضِ، وَقَدْ تُدْفَعُ المُخَالَفَةُ بِأَنَّ ما في "الوَلَوِ الحَيَّةِ" من تَقْيِيدِ المَنعِ بِما إذا أُجِّلَ الكُلُّ رِوَايَةً عَنِ "أبي يوسف"، وَمَا في "شرح الجامع" من إِطْلاقِ المَنعِ لِتَأجِيلِ الكُلِّ أوِ البَعْضِ قَوْلُ "أبي يوسف"، أو بِأَنَّ تَقْيِيدَ "الوَلَوِ الحَيَّةِ" بِتَأجِيلِ الكُلِّ لَيْسَ احْتِرازًا عَنِ تَأجِيلِ البَعْضِ، فَهُوَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ المَفْهُومُ بِالنَّسْبَةِ لِتَأجِيلِ البَعْضِ، لَكِنْ في الأَظْهَرِ دَفْعُ المُخَالَفَةِ الأَوَّلِ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ المُفْتَى بِه رِوَايَةُ "أبي يوسف" لا قَوْلُهُ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٠/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٩/٣.

(٣) ((٤)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ق ٩٨/١ بتصرف.

(٥) في "الأصل": ((الأجل)).

(٦) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ق ٩٨/١ بتصرف.

على أن يُعجّل أربعين لها منعه حتى تقبضه)).

(و) لها (النفقة) بعد المنع (و) لها (السفر والخروج من بيت زوجها للحاجة،

(و) لها (زيارة أهلها بلا إذنه^(١)) ما لم تقبضه) أي: المعجل،

المعجل مشروط عرفاً، فصار كالمشروط^(٢) نصّاً، أمّا في تأجيل الكلّ فغير مشروط لا عرفاً ولا نصّاً، فلم يكن له الدخول على قول "الثاني" استحساناً)) اهـ، فافهم.

[١٢٢٠٤] (قوله: على أن يُعجّل أربعين) أي: قبل الدخول.

[١٢٢٠٥] (قوله: لها منعه حتى تقبضه) أي: قبض الباقي بعد الأربعين؛ إذ ليس في اشتراط

تعميل البعض مع النصّ على حلول الجميع دليل على تأخير الباقي إلى الطلاق أو الموت بوجه من وجوه الدلالات، والذي عليه العادة في مثل هذا التأخير إلى اختيار المطالبة، "بحر"^(٣) عن "فتاوى العلامة قاسم".

(فرغ)

في "الهندية"^(٤) عن "الخاتبة"^(٥): ((تزوجها بالف على أن يتقدّمها ما تيسر له والبقية إلى سنة

[١١٤ق/٣ب] فالألف كلة إلى سنة ما لم تبرهن أنه تيسر له منه شيء أو كلة فتأخذه)).

[١٢٢٠٦] (قوله: ولها النفقة بعد المنع) أي: المنع لأجل قبض المهر، ويشمل المنع من الوطء

(قول "الشارح": للحاجة) ولغيرها لا تخرج ولو خالية من الأزواج؛ للأمر بالقرّار في البيوت.

(قوله: ويشمل المنع من الوطء وهي في بيته، وهو ظاهر الخ) إذ لو منعه من الوطء وهي في بيته بعد

(١) في "د" زيادة: ((للرجل أن يأذن لامرأته بالخروج إلى سبعة مواضع: الأول: زيارة الأبيسن، وقيامتهما، أو عيادة أحدهما، وتعزيتهما، أو تعزية أحدهما. والثاني: زيارة الأقرباء. والثالث: إذا كانت قابلة. والرابع: إذا كانت غسالة. والخامس: إذا كان لها على آخر حق. والسادس: عكسه، وفي نحو هذه الصور يجوز لها أن تخرج بغير إذن الزوج. والسابع: الحج. ويجوز لها الخروج بغير إذنه إن خافت انهدام الدار وهلاكها، وإلى تعلم علم الفرض، وماء التوضي، ومسألة العلم، وإعانة الأبيسن، وثمانه في "التارخانية" في الفصل الحادي والعشرين)). ق ١٦٥/أ.

(٢) ((كالمشروط)) ساقطة من "٦".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩١/٣.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٥) "الخاتبة": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

فلا تخرجُ إلا لحقُّ لها أو عليها،.....

وهي في بيته، وهو ظاهر، وكذا لو امتنعت من النقلة إلى بيته فلها النفقة كما يأتي^(١) في بابها، وكذا لو سافرت، ويشكلُ عليه أن النفقة جزاء الاحتباس، ولهذا لو كانت مغضوبة أو حاجة وهو ليس معها لا نفقة لها مع أنها لم تحتبس بعذر، وقد يجاب بأن التقصير جاء من جهته بعدم دفع المهر، فكانت محتبسة حكماً، كما لو أخرجها من منزلها فلها النفقة بخلاف المغضوبة والحاجة، فإن ذلك ليس من جهته، هذا ما ظهر لي.

[١٢٢٠٧] (قوله: فلا تخرجُ إلخ) جواب شرطٍ مقدر، أي: فإن قبضته فلا تخرجُ إلخ، وأفاد به تقييد كلام المتن، فإن مقتضاه أنها إن قبضته ليس لها الخروج للحاجة وزيارة أهلها بلا إذنه، مع أن لها الخروج وإن لم يأذن في المسائل التي ذكرها "الشارح" كما هو صريح عبارته في "شرح" على "الملتقى"^(٢) عن "الأشباه"^(٣)، وكذا فيما لو أرادت حجَّ الفرض بمحرم، أو كان أبوها زمناً مثلاً يحتاج إلى خدمتها ولو كان كافراً، أو كانت لها نازلة ولم يسأل لها الزوج عنها من عالم، فتخرجُ بلا إذنه في ذلك كله كما بسطه في نفقات "الفتح"^(٤) خلافاً لما في "القهستاني"^(٥) وإن تبعه "ح"، حيث قال^(٦): ((بعد الأخذ ليس لها أن تخرجُ بلا إذنه أصلاً))، فافهم.

أخذ المهر لا يعدُّ نشوزاً، ولها النفقة فهنا أولى اهـ.

(قوله: مع أنها لم تحتبس بعذر إلخ) النفي مُسلط على المقيد دون قيده، والباء للسببية للاحتباس، تأمل.

(١) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٨٩٩] قوله: ((إذا لم يطالبها إلخ)).

(٢) "الدر الملتقى": كتاب النكاح - باب المهر - فصل: ولا يجب شيء سمي أولاً بلا وطء ٣٥٨/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب النكاح ص ٢٠٥.

(٤) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب المهر ٢٩١/١.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١/١٦٦.

أو لزيارة أبيها كل جمعة مرة، أو المحارم كل سنة، أو لكونها^(١) قابلة أو غاسلة...

[١٢٢٠٨] (قوله: أو لزيارة أبيها) سيأتي^(٢) في باب النفقات عن "الاختيار" تقييده بما إذا

لم يقديرا على إتيانها، وفي "الفتح"^(٣): ((أنه الحق))، قال: ((وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يؤدَّن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف، أما في كل جمعة فهو بعيد، فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة، خصوصاً إن كانت شابة والرجل من ذوي الهيئات)).

٣٥٩/٢

[١٢٢٠٩] (قوله: أو لكونها قابلة أو غاسلة) أي: تغسل الموتى كما في "الخانية"^(٤)،

وسيدكر "الشارح"^(٥) في النفقات عن "البحر": ((أن له منعها لتقدم حقه على فرض الكفاية))، وكذا بحثه "الحموي"^(٦)، وقال "ط"^(٧): ((إنه لا يعارض المنقول))، وقال "الرحماني"^(٨): ((ولعله محمول على ما إذا تعين عليها ذلك)) اهـ.

قلت: لكن المتبادر من كلامهم الإطلاق، ولا مانع من أن يكون تزوجه بها مع علمه بحالها رضا بإسقاط حقه، تأمل. ثم رأيت في نفقات "البحر"^(٨) ذكر عن "النوازل": ((أنها تخرج بإذن

(قوله: وسيدكر "الشارح" في النفقات عن "البحر" أن له منعها إلخ) لا منافاة؛ فإنه لا يلزم من جواز خروجها عدم منع الزوج لها، فهذا البحث لا يعارض المنقول، كما في خروجها للحمام؛ فإنه جائز، وله منعها. وفي "السندي": ((ومما يفرض بحث "الحموي" ما تقدم: أن للزوج أن يمنعها من الخروج ليلاً، ومن الكسب حتى في بيتها)). والحاصل أن الزوج إن لم يكن مانعاً من العمل جاز أن تخرج بلا إذنه في وقت تأمن احتياجه إليها، وإن منعها فلا خروج إلا إذا تعينت.

(١) في "ب" و"ط": ((ولكونها)).

(٢) انظر "الدر" عند المقلدة [١٦١١٣] قوله: ((على ما اختاره في "الاختيار")).

(٣) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح - باب النفقة - فصل في حقوق الزوجية ٤٤٣/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) انظر "الدر" عند المقلدة [١٦١٢٥] قوله: ((وكل عمل ولو تبرعاً لأجنبي)).

(٦) "غمز عيون البصائر": الفن الثاني - كتاب النكاح ١٠٨/٢ - ١٠٩.

(٧) "ط" كتاب النكاح - باب المهر ٦٤/٢ بتصرف.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب النفقة ٢١٢/٤، ناقلاً عن "النوازل" بواسطة "الخلاصة".

لا فيما عدا ذلك، وإن أُذِنَ. كانا عاصيين، والمعتمدُ جوازُ الحَمَامِ بلا تَزْيِينٍ،
"أشباه" (١). وسيجيءُ في النَّفَقَةِ.

(ويُسَافِرُ بها بعدَ أداءِ كُلِّهِ) مُوجَّلاً ومُعَجَّلاً (إذا كان مأموناً عليها، وإلا) يُودُّ كُلَّهُ،
أو لم يكن مأموناً (لا) يُسَافِرُ بها، وبه يُفْتَى كما في "شروح المجمع"، واختارَهُ في
"ملتقى الأبحر" (٢) و"مجمع الفتاوى"، واعتَمَدَهُ "المصنّف".....

وبلونه))، ثمَّ نقلَ (٣) عن "الخانية" (٤) تقيدهُ بإذن [١١٥ق/٣] الزَّوْجِ.

[١٢٢١٠] (قوله: لا فيما عدا ذلك) عبارةُ "الفتح" (٥): ((وما عدا ذلك من زيارةِ الأجنبي
وعيادتهم والوليمة لا يَأْذَنُ لها، ولا تَحْرُجُ إلخ)).

[١٢٢١١] (قوله: والمعتمدُ إلخ) عبارتهُ فيما سيجيءُ (٦) في النَّفَقَةِ: ((وله مُنْعَهَا من الحَمَامِ إلا
لنُفْسَاءَ وإن جازَ بلا تَزْيِينٍ وكشفِ عورةِ أحدٍ، قال "الباقاني": وعليه فلا خلافَ في منعهنَّ؛
للعلمِ بكشفِ بعضهنَّ، وكذا في "الشَّرْئِيلِيَّة" (٧) معرِّياً لـ "الكمال" (٨)) اهـ.
وليس عدمُ التَّزْيِينِ خاصّاً بالحَمَامِ (٩)؛ لِمَا قالَهُ "الكمال" (١٠): ((وحيثُ أبحنَا لها الخُروجَ
فبِشَرَطِ عدمِ الزِّيْنَةِ في الكُلِّ وتغييرِ الهيئةِ إلى ما لا يكونُ داعيةً إلى نظرِ الرِّجَالِ واستِمَاتِهِمْ)).

مطلبٌ في السَّفَرِ بالزَّوْجَةِ

[١٢٢١٢] (قوله: مُوجَّلاً ومُعَجَّلاً) تفسِيرٌ لقوله: ((كُلِّهِ))، والنَّصْبُ بتقديرٍ: يعني، قال

(١) "الأشياء والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب النكاح - ص ٢٠٥ - بتصرف.

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥١/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب النفقة ٢١٢/٤.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٨٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٦) انظر "الدر" عند المقرئ [١٦١٢٩] قوله: ((ومن الحمام إلخ)).

(٧) "الشَّرْئِيلِيَّة": كتاب النكاح - باب النفقة ٤١٦-٤١٧-٤١٧ (هامش "الدرر والغرر").

(٨) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٩) في "د" زيادة: ((بل يعمُ كل خروجٍ من)) ق ١٦٥/١.

(١٠) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

وبه أفتى شيخنا "الرّملي"^(١)، لكن في "النهر": ((والذي عليه العمل في ديارنا أنه لا يُسافرُ بها جبراً عليها))،

في "البحر"^(٢) عن "شرح المجمع": ((وأفتى بعضهم بأنه إذا أوفاهها المعجل والموجل وكان مأموناً سافرَ بها، وإلا لا؛ لأنَّ التأجيل إنما يثبتُ بحكم العُرف، فلعلها إنما رَضِيَتْ بالتأجيل لأجل إمساكها في بلديها، أما إذا أخرجها إلى دارِ الغربة فلا إلح)).

(١٢٢١٣) (قوله: لكن في "النهر"^(٣) إلح) ومثله في "البحر"^(٤)، حيث ذَكَرَ أولاً: ((أنه إذا أوفاهها المعجل فالفتوى على أنه يُسافرُ بها كما في "جامع الفصولين"^(٥)، وفي "الخانية"^(٦) و"الولولجية"^(٧): أنه ظاهرُ الرواية))، ثم ذَكَرَ^(٨) عن الفقيهين "أبي القاسم الصّفار" و"أبي الليث": ((أنه ليس له السّفَرُ مطلقاً بلا رضاها لفسادِ الزّمان؛ لأنها لا تأمنُ على نفسها في منزلها، فكيف إذا حَرَجَتْ))، و((أنه صرّح في "المختار"^(٩): بأنَّ عليه الفتوى، وفي "المحيط": أنه المختار، وفي "الولولجية"^(١٠): أن جوابَ ظاهرِ الرواية كان في زمانهم، أما في زماننا فلا))، وقال^(١١): ((فجعلهُ من بابِ اختلافِ الحكم باختلافِ العصرِ والزّمان كما قالوا في مسألة الاستحجارِ على الطّاعات))، ثم ذَكَرَ^(١٢) ما في المتن عن "شرح المجمع" لمصنّفه، ثم قال^(١٣):

(١) "الفتاوى الحيرية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٩/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل العشرون: في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٦٤/١.

(٦) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٨٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني: التوكيل في النكاح والرسالة والكتابة والكفاءة والمهر والنفقة ق. ١/٥٠.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٩) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير... ١٠٩/٣.

(١٠) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني: التوكيل في النكاح والرسالة والكتابة والكفاءة والمهر والنفقة ق. ١/٥٠.

(١١) أي صاحب البحر ١٩٢/٣.

(١٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(١٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

وحزَمَ به "البزازي" وغيره، وفي "المختار"^(١): ((وعليه الفتوى)).....

((فقد اختلف الإفتاء، والأحسن الإفتاء بقول الفقيهين من غير تفصيل، واختاره كثير من مشايخنا كما في "الكافي"^(٢)، وعليه عمل القضاة في زماننا كما في "انفع الوسائل") اهـ.

ولا يقال: إنه إذا اختلف الإفتاء لا يُعدّل عن ظاهر الرواية؛ لأن ذلك فيما لا يكون مبنياً على اختلاف الزمان كما أفاده كلام "الولوالجية" وقول "البحر"^(٣): ((فجعلهُ الخ))، فإن الاستحجار على الطاعات كالتعليم ونحوه لم يُقلّ بجوازه "الإمام" ولا "صاحبه"، وأفتى به المشايخ للضرورة التي لو كانت في زمان "الإمام" لقال به، فيكون ذلك مذهبه حكماً كما أوضحت [٣/١١٥ق/ب] ذلك في شرح أرجوزتي المنظومة في "رسم المفتي"^(٤)، فافهم.

(قوله: وحزَمَ به "البزازي"^(٥)) كذا في "النهر"^(٦)، مع أن الذي حطّ عليه كلام "البزازي" تفويض الأمر إلى المفتي، فإنه قال: ((وبعد إيفاء المهر إذا أراد أن يُخرجها إلى بلاد الغربية يُمنع من ذلك؛ لأن الغريب يُؤذى ويتضررُ لفساد الزمان: (شعر) [خفيف] ما أدلّ الغريب ما أشقاءه كل يوم يهينه من يراه

كذا اختار "الفقيه"، وبه يُفتى، وقال "القاضي": قول الله تعالى: ﴿أَتَكُونُونَ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق-٦] أولى من قول "الفقيه"، قيل: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ [الطلاق-٦] في آخره دليل قول "الفقيه"؛ لأننا قد علمنا من عادة زماننا مضارةً قطعياً في الاغتراب بها، واختار في "الفصول" قول "القاضي"، فيفتي بما يقع عنده من المضارة وعدمها؛ لأن المفتي إنما يفتي بحسب ما يقع عنده من المصلحة)) اهـ.

(١) انظر "الاختيار": كتاب النكاح فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٩/٣.

(٢) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب المهر ق ١١٥/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٤) "مجموع رسائل ابن عابدين": الرسالة الأولى: رسم المفتي - مسألة الاستحجار على تعليم القرآن ٢٥٠، ١٣/١.

(٥) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ١٣٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦/ب.

فقوله: ((فبقي إلخ)) صريح في أنه لم يجزَم بقول "الفقيه" ولا بقول "القاضي"، وإنما جزمَ بتفويض ذلك إلى المفتي المسؤول عن الحادثة، وأنه لا ينبغي طرد الإفتاء بواحد من القولين علي الإطلاق، فقد يكون الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بين أهلها ليؤذيها أو يأخذ مالها، بل نقل بعضهم أن رجلاً سافر بزوجه، وأدعى أنها أمته وبعها، فمن علم منه المفتي شيئاً من ذلك لا يجعل له أن يفتيه بظاهر الرواية؛ لأننا نعلم يقيناً أن "الإمام" لم يقل بالجواز في مثل هذه الصورة، وقد يتفق تزوج غريب امرأة غريبة في بلدة، ولا يتيسر له فيها المعاش، فيريد أن ينقلها إلى بلده أو غيرها وهو مأمون عليها، بل قد يريد نقلها إلى بلدها، فكيف يجوز العُدول عن ظاهر الرواية في هذه الصورة والحال أنه لم يوجد الضرر الذي علل به^(١) القائل بخلافه؟ بل وجد الضرر للزوج دونها، فنعلم يقيناً أيضاً أن من أتى بخلاف ظاهر الرواية لا يقول بالجواز في مثل هذه الصورة، ألا ترى أن من ذهب بزوجه للحج، فأقام^(٢) بها في مكة مدة، ثم حج وامتعت من السفر معه إلى بلده هل يقول أحد ممنعه عن السفر بها وبتركها وحدها تفعل ما أرادت؟ فتعين تفويض الأمر إلى المفتي، وليس هذا خاصاً بهذه المسألة، بل لو علم المفتي أنه يريد نقلها من محلّة

٣٦٠/٢

(قوله: فتعين تفويض الأمر إلى المفتي إلخ) وقال في "انفع الوسائل": ((والذي ينبغي أن يُنظر إلى وطن المرأة الذي فيه عشيرتها وقومها؛ فإن كان تزوجها فيه بين قوميها ثم طلب بعد ذلك أن ينقلها إلى بلد آخر لا يجاب إلى ذلك، وإن كان في مضر ليس لها فيه عشيرة وقد تزوجها فيه وأصلها من مضر آخر فينبغي أن لا يحكم لها بالمنع، وأيضاً ينبغي للحاكم أن يستكشف عن حقيقة الحال، وينظر في طلبه السفر بأهلها؛ فإن كان طلبه مضارة لأجل أن تبرقه من المهر، أو ترك الكسوة، أو لأمر جرى بينهما من خصومة أو نحوها فلا يجيبه)) اهـ. وأقره "الطوري"، وفي "إجابة السائل".

(١) ((٤)) ساقطة من "الأصل".

(٢) في "م": ((فقام)).

وفي "الفصول": ((يُفتي بما يقع عنده من المصلحة)).

(ويُنقلها فيما دون مُدَّتِهِ) أي: السَّفَرِ (من المصِرِ إلى القرية وبالعكس) ومن قرية إلى قرية؛ لأنه ليس بقرية، وقيدُهُ في "التاتارخانية"^(١) بقرية يمكنه الرجوع قبل الليل إلى وطنه، وأطلقه في "الكافي" قائلاً: ((وعليه الفتوى)).....

إلى محلّة أخرى في البلدة بعيدة عن أهلها لقصد إضرارها لا يجوز له أن يُعيّنه على ذلك، ومن أراد الإطلاع على [١/١١٦/٣] أزيد من ذلك فليُنظر في رسالتنا المسماة "نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف"^(٢) التي شرحتُ بها بيتاً من أرجوزتي في "رسم المفتي"، وهو قولِي: [رجز] والعرف في الشرع له اعتبارٌ لنا عليه الحكمُ قد يُدارُ

[١٢٢١٥] (قوله: وفي "الفصول" إلخ) قد علمت^(٣) أنّ هذا اختيارُ صاحب "البزازیة"، وأنّ ما في "الفصول" غيره.

[١٢٢١٦] (قوله: وقيدُهُ) الضميرُ يعودُ إلى النقلِ المفهومِ من قوله: ((ويُنقلها))، وكذا الضميرُ في قوله: ((وأطلقه))، وقوله: ((يُمكنه الرجوع)) الأولى: يُمكنها، وفي "الشربنلاية"^(٤): ((وينبغي العملُ بالقولِ بعدمِ نقلها من المصِرِ إلى القرية في زماننا؛ لما هو ظاهرٌ من فسادِ الزمانِ، والقولُ بنقلها إلى القرية ضعيفٌ؛ لقولِ "الاختيار"^(٥): وقيل: يُسافرُ بها إلى قرى المصِرِ القرية؛ لأنها ليست بقرية اهـ. وليس المرادُ السَّفَرُ الشرعيُّ بل النقل؛ لقوله: لأنها ليست بقرية)) اهـ ما في "الشربنلاية".

(١) "التاتارخانية": كتاب النكاح - الفصل السابع عشر في المهر - نوع منه في المرأة التي منعت نفسها لمهرها ١١٦/٣ بتصرف، نقلًا عن "الحجة".

(٢) انظر رسالته المذكورة ضمن "مجموع رسائل ابن عابدين": ١٢٥/٢.

(٣) في المقولة السابقة.

(٤) "الشربنلاية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٧/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: وإن تزوجها على مهر أو ختبر... ١٠٩/٣.

(وإن اختلفا) في المهر (ففي أصله^(١)) حَلَفَ مُنْكَرُ التَّسْمِيَةِ، فَإِنْ نَكَلَ تَبَّتْ،
وإن حَلَفَ.....

قلت: وفيه أنه بعدَ تصريح "الكافي"^(٢): ((بأنَّ الفتوى على جواز النقل)) وقول
"القنية"^(٣): ((إنه الصواب)) كيف يكونُ ضعيفاً! نعم لو اقتصر على الترجيح بفساد الزمان
لكان أولى، لكن ينبغي العمل بما مر^(٤) عن "البرزانية" من تفويض الأمر إلى المفتي، حتى لو رأى
رجلاً يريد نقلها للإضرار بها والإيذاء لا يفتيه، ولا سيما إذا كانت من أشراف الناس ولم تكن
القرية مسكناً لأمثالها، فإنَّ المسكن يُعتبرُ بحالهما كالنفقة كما سيأتي^(٥) في بابها.

مطلب: مسائل الاختلاف في المهر

[١٢٢١٧] (قوله: وإن اختلفا في المهر) قال في "الفتح"^(٦): ((الاختلاف في المهر إما في قدره
أو في أصله، وكلُّ منهما إما في حال الحياة أو بعد موتها أو موت أحدهما، وكلُّ منهما إما
بعد الدخول أو قبله)).

[١٢٢١٨] (قوله: ففي أصله) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر.

[١٢٢١٩] (قوله: حُلفَ) أي: بعدَ عجز المدعي عن البرهان، ولم يتعرض الشارحون
للتحليف لظهوره كما في "البحر"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((أي: لو اختلفا في أصل المسمى؛ بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر؛ فإنه يجب مهر المثل اتفاقاً.
مدني)). ق ١٦٥/أ.

(٢) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب المهر ق ١١٥/ب.

(٣) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يجوز للزوج والزوجة أن يفعل ق ٣٥/ب.

(٤) المقولة [١٢٢١٤] قوله: ((وجرم به البرزاني)).

(٥) المقولة [١٦١١٢] قوله: ((لكن نظر فيه "الشرنبلالي" إلخ)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٠/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣ - ١٩٧.

(٨) نظر المهر: كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣ - ١٩٧.

(يُجِبُّ مَهْرُ الْمَثَلِ) وَفِي الْمَهْرِ يَحْلِفُ (إِجْمَاعًا).....

[١٧٢٢٠] (قوله: يجب مهر المثل) قال في "البحر"^(١): ((ظاهرة أنه يجب بالغاً ما بلغ، وليس كذلك، بل لا يواد على ما ادعته المرأة لو هي المدعية للتسمية، ولا يُنقص عما ادعاه الزوج لو هو^(٢) المدعي لها كما أشار إليه في "البدائع"^(٣)) اهـ.

قلت: هذا يظهر لو^(٤) سَمِيَ المدعي شيئاً، وإلا فلا، تأمل.

ثم هذا مقيّد بما إذا كان الاختلاف قبل الطلاق مطلقاً، أو بعده بعد^(٥) الدخول أو الخلوة، أمّا لو طلقها قبل الدخول والخلوة فالواجب المتعة كما في "البحر"^(٦)، ولم يتعرض له هنا لانفهاميه [١١٦٣/ب] من قوله الآتي^(٧): ((وفي الطلاق قبل الوطاء حكم متعة المثل)).

[١٧٢٢١] (قوله: وفي المهر يحلف إجماعاً) إشارة إلى الردّ على "صدر الشريعة"، حيث قال: ((ينبغي أن لا يحلف المنكر عند "أبي حنيفة"؛ لأنه لا تحليف عنده في النكاح، فيجب مهر المثل))، قال في "البحر"^(٨): ((وفيه نظر؛ لأنّ التحليف هنا على المال لا على أصل النكاح، فيتعيّن أن يحلف^(٩) مُنكِرُ التسمية إجماعاً)) اهـ، وكذا اعترضه صاحب "الدّرر"^(١٠) و"ابن الكمال"، ونسبه إلى الوهم.

[١٧٢٢٢] (قوله: إجماعاً) قيد لقوله: ((يجب))، ولقوله: ((يحلف)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٢) من ((المدعية)) إلى ((لو هو)) ساقط من "٣".

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٣٠٥/٢.

(٤) في "م": ((ولو)).

(٥) في "م": ((وبعد)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٧) "در" ٤٩٨-.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦-١٩٧/٣.

(٩) في "٣": ((لا يحلف))، وهو خطأ.

(١٠) "الدّرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٧/١.

(و) إن اختلفا (في قدره)

(قوله: (وإن اختلفا في قدره) أي: نقداً كان أو مكيلاً أو موزوناً وهو ذين موصوف في الذمة أو عين، وقيد بالقدر لأنه لو كان في جنسه كالعبد والجارية، أو صفتيه من الجودة والرداءة، أو نوعه كالتركي والرومي فإن كان المسمى عيناً فالقول للزوج، وإن كان ذيناً فهو كالإختلاف في الأصل، وتماثه في "البحر" (١).

(قوله: وتماثه في "البحر") قال فيه: ((قيد بالقدر لأنه لو اختلفا في جنس المهر، أو نوعه، أو صفتيه فإنه لا يخلو: إما أن يكون المسمى ذيناً، أو عيناً، فإن كان ذيناً فإن في الجنس، كما إذا قال: إذا تزوجتك على عبد، فقالت: على جارية. أو على كرك شعير، فقالت: على كرك حنطة. أو على ثياب حرورية، أو قال: على ألف درهم، وقالت: على مائة دينار. أو كان في النوع، كالتركي مع الرومي، والذنانير المصرية مع السورية، أو في الصفة من الجودة والرداءة فإن الإختلاف فيه كالإختلاف في العينين إلا الدرهم والذنانير فإن الإختلاف فيها كالإختلاف في الألف والألفين؛ لأن كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك إلا بالتراضي، بخلاف الدرهم والذنانير فإنهما وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل جعلا كجنس واحد، وإن كان المسمى عيناً؛ بأن قال: تزوجتك على هذا العبد، وقالت: على هذه الجارية فهو مثل الإختلاف في الألف والألفين إلا في فصل واحد وهو: ما إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها؛ لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي، ولم يتفقا على تملكها فلم يوجد الرضا من صاحب الجارية بتمليكها فتعذر التسليم فيقتضى بقيمتها، بخلاف ما إذا اختلفا في الدرهم والذنانير فإنه نظير الإختلاف في الألف والألفين على معنى أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار أو أكثر فلها المائة دينار، كذا في "البدائع". وذكر في "الحيط" في الإختلاف في الجنس أو النوع أو الصفة: ((إن كان المسمى عيناً فالقول قول الزوج، وإن كان ذيناً فهو كالإختلاف في الأصل)) اهـ. يعني: يجب مهر المثل، ولا يخفى ما فيه من المخالفة؛ لما في "البدائع": ((ونص "الحيط الثرثاني": لو ادعى أن المهر هذا العبد، وأدعت هذه الجارية فالكلام فيه كالكلام في الألف والألفين إلا في فصل واحد: أنه إذا كان قيمة الجارية مثل مهرها أو أكثر فلها قيمة الجارية، وعلى هذا إذا قال: تزوجتك على عبي هذا الأسود وقيمته ألف، وقالت: على هذا الأبيض

حال قيام النكاح فالقول لِمَنْ شَهِدَ لَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ (وَأَيُّ أَقَامَ بَيْنَةَ قَبِلْتُ) سواءً (شَهِدَ مَهْرُ الْمَثَلِ لَهُ أَوْ لَهَا، أَوْ لَا وَلَا، وَإِنْ أَقَامَا الْبَيْنَةَ فَبَيَّنْتُهَا) مُقَدِّمَةٌ (إِنْ شَهِدَ مَهْرُ الْمَثَلِ لَهُ،.....

[١٢٢٢٤] (قَوْلُهُ: حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ) أَي: قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، وَكَذَا بَعْدَ الطَّلَاقِ وَالدُّخُولِ، "رَحْمَتِي": أَمَّا بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَيَأْتِي^(١).

[١٢٢٢٥] (قَوْلُهُ: فَالْقَوْلُ لِمَنْ شَهِدَ لَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ) أَي: فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهَا إِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا كَمَا قَالَتْ أَوْ أَكْثَرَ، وَلَهُ إِنْ كَانَ كَمَا قَالَ أَوْ أَقَلَّ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا - أَي: أَكْثَرَ مِمَّا قَالَ وَأَقَلَّ مِمَّا قَالَتْ - وَلَا بَيْنَةَ تَحَالَفًا وَلَزِمَ مَهْرُ الْمَثَلِ، كَذَا فِي "الْمُلْتَقَى" وَ"شَرْحِهِ"^(٢)، وَهَذَا عَلَى تَحْرِيحِ "الرَّازِي".

وَقِيَمَتُهُ أَلْفَانِ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي طَعَامِ بَعِينِهِ فَقَالَ: عَلِيٌّ أَنَّهُ كُرٌّ، وَقَالَتْ: عَلِيٌّ أَنَّهُ كُرٌّ أَنْهُ كُرٌّ فَهُوَ مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ، وَالْأَصْلُ أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى تَسْمِيَةِ شَيْءٍ بَعِينَهُ وَاِخْتِلَافًا فِي مِقْدَارِهِ فَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّهُ التَّبَعِيضُ بِحُكْمِ مَهْرِ الْمَثَلِ، وَإِنْ يَضُرُّهُ، كَالثَّوْبِ الْمُعْرَبِ، إِذَا اِخْتَلَفَا فِي اشْتِرَاطِ أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ أَوْ تِسْعَةٌ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ، وَلَا تَحَالَفٌ، وَكَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى إِبْرَاقِ فِضَّةٍ بَعِينَهُ ثُمَّ اِخْتَلَفَا فِي وَزْنِهِ، وَكَمَا إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الصِّفَةِ فِي مُسَمًّى بَعِينَهُ، كَهَذَا الْكُرِّ، فَقَالَ: عَلِيٌّ أَنَّهُ رَدِيءٌ، وَقَالَتْ: عَلِيٌّ أَنَّهُ حَيِّدٌ، وَكَمَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي اشْتِرَاطِ الْبِكَارَةِ، وَأَنَّ الْمَهْرَ دَيْنٌ وَاِخْتِلَافًا فِي صِفَتِهِ أَوْ جِنْسِهِ أَوْ نَوْعِهِ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَيَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ إِنَّمَا يُعْرَفُ بِالصِّفَةِ، وَالْأَوْصَافُ مُخْتَلِفَةٌ فَكَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْوَصْفِ اِخْتِلَافًا فِي أَصْلِ التَّسْمِيَةِ، وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِيمَا لَا يَضُرُّهُ فِي الْمِقْدَارِ وَالصِّفَةِ فَفَسَى الْمِقْدَارُ يُحْكَمُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَفِي الصِّفَةِ الْقَوْلُ لِلزَّوْجِ اِعْتِبَارًا لِحَالَةِ الْاِجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الْاِنْفِرَادِ)) اهـ. فَانْتَ تَرَى أَنَّهُ فِي "الْمُحِيطِ" اِعْتَبَرَ فِي اِخْتِلَافِهِمَا فِي جِنْسِ الْمَهْرِ الدَّيْنِ، أَوْ نَوْعِهِ، أَوْ صِفَتِهِ أَنَّهُ يُحْكَمُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ مَعَ التَّحَالَفِ، وَعَلَّلَهُ: بِأَنَّ الدَّيْنَ إِنَّمَا يُعْرَفُ بِالصِّفَةِ إِخْرَجَ، وَلَمْ يَجْعَلْ أَنَّ حُكْمَ ذَلِكَ كَالاِخْتِلَافِ فِي أَصْلِ التَّسْمِيَةِ لِلْمُقَدِّمِ فِي "الْمَنْ" بَلْ جَعَلَهُ اِخْتِلَافًا فِي التَّسْمِيَةِ بِمَعْنَى: أَنَّ كُلَّ ادَّعَى تَسْمِيَةَ شَيْءٍ غَيْرَ مَا ادَّعَاهُ الْآخَرُ بِسَبَبِ اِخْتِلَافِ الْجِنْسِ أَوْ النَّوْعِ أَوْ الصِّفَةِ، وَأَنَّ الَّذِي يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ لِلزَّوْجِ: فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى شَيْءٍ بَعِينَهُ وَاِخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ أَوْ وَزْنِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ فَلَا مُخَالَفَةَ بَيْنَ مَا فِي "الْبَدَائِعِ" وَ"الْمُحِيطِ"، كَمَا قَالَ فِي "الْبَحْرِ"، وَتَبَعَهُ فِي "النَّهْرِ".

(١) "در" ص ٤٩٨ -

(٢) "ملتنقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥١/١.

وحاصله: أن التحالف فيما إذا خالف قولهما، أما إذا وافق قول أحدهما فالقول له، وهو المذكور في "الجامع الصغير"^(١)، وعلى تخريج "الكرخي" يتحالفان في الصور الثلاث، ثم يحكم مهر المثل، وصححه في "المبسوط"^(٢) و"المحيط"، وبه جزم في "الكنز" في باب التحالف^(٣)، قال في "البحر"^(٤): ((ولم أر من رجح الأول))، وتعقبه في "النهر"^(٥): ((بأن تقديم "الزليعي"^(٦) وغيره له تبعاً لـ "الهداية"^(٧) يؤذن بترجيحه، وصححه في "النهاية"، وقال "قاضي خان": إنه الأولى، ولم يذكر في "شرح الجامع الصغير"^(٨) غيره، والأولى البدأة بتحليف الزوج، وقيل: يقرع بينهما)) اهـ.

قلت: بقي ما إذا لم يعلم مهر المثل كيف يفعل؟ والظاهر أنه يكون القول للزوج؛ لأنه منكر

(قوله: بقي ما إذا لم يعلم مهر المثل إلخ) في "فتاوى قاضيخان" من فصل: فيما يتعلق بالنكاح من المهر والولد من كتاب الدعوى: ((امرأة ادعت مهرها على وارث زوجها أكثر من مهر مثلها، إن كان الوارث مقيماً بالنكاح يقول له القاضي: أكان مهرها كذا يذكر مهرها أكثر من مهر مثلها، فإن قال الوارث: لا، يقول له القاضي: أكان كذا يذكر مهرها دون الأول لكنه أكثر من مهر المثل، إن قال: لا، يقول له القاضي: أكان كذا إلى أن يأتي القاضي على مقدار مهر المثل، فبعد ذلك إذا قال الوارث: لا، ألزمت القاضي بمقدار مهر المثل، ويحلفه على الزيادة، ونظيره: إذا أقر رجل لرجل بمال غير مقلد من الدراهم فإن القاضي يفعل هكذا إلى أن يأتي القاضي

(١) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ص ١٧٩-١٨٠.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٦٦/٥.

(٣) انظر "شرح العمي على الكنز": كتاب الدعوى ١٤١/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٧/١ بصرف، ومسألة القرع بينهما - أي: بين الزوجين في التحالف - نقلها في "النهر" عن "غاية البيان".

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٢.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٢/١-٢١٣.

(٨) انظر "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ١/٩٤ ب.

وَبَيِّنْتُهُ مُقَدِّمَةً (إِنْ شَهِدَ) مَهْرُ الْمَثَلِ (لَهَا) لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ
(وَإِنْ كَانَ) مَهْرُ الْمَثَلِ (بَيْنَهُمَا).....

لِلزِّيَادَةِ كَمَا تَقَدَّمَ^(١) فِيمَا إِذَا لَمْ يُوجَدَ مَنْ يُمَاتِلُهَا، تَأْمَلْ.
[١٢٢٢٦] (قَوْلُهُ: وَبَيِّنْتُهُ مُقَدِّمَةً (إِنْ شَهِدَ) مَهْرُ الْمَثَلِ (لَهَا) لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ، وَحُزِّمَ بِهِ فِي "الْمَلْتَقَى"^(٢)، وَكَذَا "الزِّيَلِيُّ"^(٣) هُنَا وَفِي بَابِ التَّحَالُفِ^(٤)، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: تَقَدَّمَ بَيِّنَتُهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّهَا أَظْهَرَتْ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ ظَاهِرًا بِتَصَادُفِهِمَا^(٥) كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٦).
[١٢٢٢٧] (قَوْلُهُ: لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ أَيْ: وَالظَّاهِرُ مَنَعَ مَنْ شَهِدَ [١١٧٣/٣] لَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ، "ط"^(٧).)

[١٢٢٢٨] (قَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَ (إِنْ شَهِدَ) مَهْرُ الْمَثَلِ (لَهَا) لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ، وَحُزِّمَ بِهِ فِي "الْمَلْتَقَى"^(٢)، وَكَذَا "الزِّيَلِيُّ"^(٣) هُنَا وَفِي بَابِ التَّحَالُفِ^(٤)، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: تَقَدَّمَ بَيِّنَتُهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّهَا أَظْهَرَتْ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ ظَاهِرًا بِتَصَادُفِهِمَا^(٥) كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٦).)

عَلَى دَرَجَةٍ فَبَعْدَ ذَلِكَ يُزَيَّمُ زَوْجَهُمَا، وَيُحَلِّفُهُ عَلَى الزِّيَادَةِ بِالدَّعْوَى الْمُدَّعَى، هَذَا إِذَا كَانَ الْقَاضِي يُعْرِفُ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا، فَإِنْ كَانَ لَا يُعْرِفُ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا يَأْمُرُ أَمَنَاءَهُ بِالسُّؤَالِ عَمَّنْ يَعْلَمُ، أَوْ يُكَلِّفُهَا إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا تَدَّعَى))
أهـ. وَمِنْ هَذِهِ الْعِبَارَةِ يُعْلَمُ حُكْمُ مَا إِذَا لَمْ يُعْلَمَ مَهْرُ الْمَثَلِ، تَأْمَلْ. وَفِي الْفَصْلِ الْخَادِي عَشَرَ مِنَ "الْوَكُولِ الْجَائِيَةِ":
((رَجُلٌ ادَّعَى مَهْرَ أُمِّهِ فِي تَرَكَّةِ أَبِيهِ، إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ يُبْتِغَى مَا ادَّعَى، وَإِنْ عَجَزَ عَنِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يَقْضَى الْقَاضِي بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَهَذَا قَوْلُهُمَا، أَمَّا عَلَى قَوْلِ "أَبِي حَنِيفَةَ": يَسْتَقْطُ الْمَهْرُ إِذَا مَاتَا، وَهِيَ مَسْأَلَةُ "الْأَصْلِ")) أهـ.

(١) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يوجد)).

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥١/١.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٢.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الدعوى - باب التحالف ٣١١/٤.

(٥) في "د" زيادة: ((وبقي ما إذا كان بينها. قال في "البحر" الصحيح أنهما يتهاثران [تهاثرا]: ادعى كل على صاحبه باطلاً. "القاموس": مادة ((هت)) لا استوائهما في الدعوى والإثبات. ثم يجب مهر المثل كله. فيتخير فيه الزوج بين دفع الدرهم والدنانير بخلاف التحالف، وتمامه فيه. والمصنف ترك هذه الصورة تبعاً لـ "الدرر" و"الوقاية"، كما نبه عليه نوح أفندي)). ق ١/١٦٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٤/٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٥/٢.

تَحَالَفَا، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ بَرَهْنَا قُضِيَ بِهِ،.....

مهرُ المثل))، وقوله: ((وإن أقاما البيّنة إلخ))، فإنه إذا لم يُقيما البيّنة أو أقاماها قد يشهدُ مهرُ المثل له أو لها أو يكونُ بينهما، فقدّم بيانَ القسمين الأوّلين في المسألتين، وهذا بيانُ الثالث، وقوله: ((فإن حَلَفَا)) راجعٌ إلى المسألة الأولى، وقوله: ((أو برهنّا)) راجعٌ إلى الثانية، لكنّ كان عليه حذفُ قوله: ((تحالفا))؛ لأنّه إذا برهنّا لا تحالف.

[١٢٢٢٩] (قوله: تحالفا) فإن نكّل الزوج يُقضى بالفِ وحسمائة كما لو أقرّ بذلك صريحاً، وإن نكّلت المرأة وجبَ المسمّى ألف؛ لأنها أقرّت بالحطّ، كذا في "العناية"^(١)، واعتراضه في "السعدية": ((بأنّه إذا نكّل يُقضى بالفين على ما عُرف أنّ أيهما نكّل لزمه دعوى الآخر)) اهـ.

وصورة المسألة فيما إذا ادّعت الألفين، وادّعى هو الألف، وكان مهرُ المثل ألفاً وحسمائة. [١٢٢٣٠] (قوله: قضِيَ به) أي: بمهرِ المثل، لكنّ إذا برهنّا يتخيّر الزوج في مهرِ المثل بين دفع الدّراهم والدنانير بخلافِ التحالف؛ لأنّ بيّنة كلّ واحدٍ منهما تنفي تسمية الآخر، فخلا العقد عن التسمية، فيجبُ مهرُ المثل، ولا كذلك التحالف؛ لأنّ وجوب قدرٍ ما يُقرُّ به الزوجُ بحكم الاتفاق، والزائد بحكم مهرِ المثل، "بجر"^(٢)، وتمامه فيه.

(قوله: لكنّ كان عليه حذفُ قوله: تحالفا إلخ) فيه أنّ قوله: ((تحالفا)) راجعٌ إلى المسألة الأولى فقط؛ إذ المرادُ به أن يطلبَ القاضي من كلّ منهما الحليفَ على نفْيِ دعوى صاحبه، وذكره ليرتّب عليه قوله: ((فإن حَلَفَا))؛ إذ لا يتأتّى حليفُهما إلا بعد التحالفِ بهذا المعنى، وقوله: ((أو برهنّا)) معطوفٌ على ((حَلَفَا)) لا بقيّد كونه بعد التحالفِ حتّى لا يكونَ كلّ من المتعاطفين تفصيلاً لقوله: ((تحالفا)) فيقال: إنه إذا برهنّا لا تحالف، تأمل.

(١) "العناية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٢/٣ (هامش "فتح القدير").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٤/٣ معزياً إلى "الكرمانى".

وإن برهن أحدهما قبل برهانه) لأنه نور دعواه (وفي الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل)

(١٢٢٣١) (قوله: وإن برهن أحدهما إلخ) أي: فيما إذا كان مهر المثل بينهما، ويُغني عن هذا قوله قبله: ((وأي أقام بينة قبلت شهده له مهر المثل أو لا))، فإن قوله: ((أو لا)) صادق بما إذا شهد لها أو كان بينهما.

(١٢٢٣٢) (قوله: لأنه نور دعواه) أي: لأن المهرين أظهر دعواه وأوضحها بإقامة برهانه، "ط" (١).

(١٢٢٣٣) (قوله: وفي الطلاق مقابل قوله: ((حال قيام النكاح))).

(١٢٢٣٤) (قوله: قبل الوطء) أي: أو الخلوة، "نهر" (٢).

(١٢٢٣٥) (قوله: حكم متعة المثل) فيكون القول لها إن كانت متعة المثل كتصرف ما قالت أو أكثر، وله إن كانت المتعة كتصرف ما قال أو أقل، وإن كانت بينهما تحالفا ولزمت المتعة، وعند أبي يوسف "القول له قبل الدخول وبعده؛ لأنه يُبكر الزيادة، إلا أن يذكر ما لا يُتعارف مهراً أو متعة لها، كذا في "المنتقى" و"شرحه" (٣)، وذكر في "البحر" (٤) أن في رواية "الأصل" و"الجامع الصغير" (٥): ((أن القول للزوج في نصف المهر من غير تحكيم للمتعة))، و((أنه صححه في "البدائع" (٦) و"شرح الطحاوي"، ورجحه في "الفتح" (٧): [٣/١١٧/ب] بأن المتعة موجهة فيما إذا لم تكن تسمية، وهنا اتفقا على التسمية، فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه، وهو نصف ما أقر به الزوج، ويحلف على نصف دعواها الزائد (٨)) اهـ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٥/٢.

(٢) "نهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٧/أ.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - باب المهر - فصل في النكاح الفاسد ٣٦٠/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٥) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ص ١٨٠.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٣٠٨/٢.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٢/٣.

(٨) عبارة "الفتح": ((...على نفى دعواها الزائد)).

لو المسمى ديناً، وإن عينا كمسألة العبد والجارية فلها المتعة بلا تحكيم، إلا أن يرضى الزوج بنصف الجارية (وأي أقام بينة قبلت، فإن أقام فبينتها) أولى (إن شهدت له) المتعة (وبينته إن شهدت لها، وإن كانت) المتعة (بينهما.....)

والحاصل ترجيح قول "أبي يوسف"، لكن نقضه في "الفتح" (١) بعد ذلك، وتأممه فيما علناه على "البحر" (٢).

[١٢٢٣٦] (قوله: لو المسمى ديناً) هو ما يثبت في النمة غير معين بل بالوصف كالنقود والمكيل والموزون والمذروع كما يعلم مما قدمناه (٣) عن "البحر".

[١٢٢٣٧] (قوله: وإن عينا) أي: معيناً.

[١٢٢٣٨] (قوله: كمسألة العبد والجارية) أي: المذكورة في "البحر" (٤) في الاختلاف في القدر قبل الطلاق بقوله: ((وإن كان المسمى عينا، بأن قال: تزوجتك على هذا العبد، وقالت المرأة: على هذه الجارية إلخ))، فالمسألة مفروضة في المعين المشار إليه لا في مطلق عبد وجارية، فافهم.

[١٢٢٣٩] (قوله: فلها المتعة إلخ) قال في "البحر" (٥): ((فلها المتعة من غير تحكيم، إلا أن يرضى الزوج أن تأخذ نصف الجارية، بخلاف ما إذا اختلفا في الألف والألفين؛ لأن نصف الألف ثابت ييقين؛ لاتفاقهما على تسمية الألف، والمثل في نصف الجارية ليس بثابت ييقين؛ لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما، فلا يمكن القضاء بنصف الجارية إلا باختيارهما،

(قوله: لا في مطلق عبد وجارية إلخ) لكن تعليل "البدائع" الآتي بقوله: ((لأن نصف الألف يُعقد أن المسألة في مطلق عبد وجارية، وعليه فالمراد بالعين ما يتعين بالتعيين وإن لم يكن مشاراً إليه.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٢/٣.

(٢) انظر "حاشية منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٣) للمقولة [١٢٢٢٣] قوله: ((وإن اختلفا في قدره)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

تَحَالَفاً، وَإِنْ حَلَفَا^(١) وَجَبَ مُتَعَةُ الْمَثَلِ، وَمَوْتُ أَحَدِهِمَا كَحَيَاتِهِمَا فِي الْحَكْمِ أَصْلًا وَقَدْرًا؛ لِعَدَمِ سِقَوطِهِ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا (وبعد موتيهما ففي القدر القول لورثيه، و) في الاختلاف (في أصله) القول لمنكر التسمية.....

فإذا لم يوجد سقط البدلان، فوجب الرجوع إلى المتعة، كذا في "البدائع"^(٢).

[١٢٢٤٠] (قوله: تحالفاً) وتهاوت البيتان.

[١٢٢٤١] (قوله: وإن حلفاً) الأولى التفريع بالفاء.

[١٢٢٤٢] (قوله: أصلاً وقدرًا) فإن كان الاختلاف بين الحي وورثة الميت في الأصل — بأن

ادعى الحي أن المهر مسمى وورثة الآخر أنه غير مسمى أو بالعكس — وجب مهر المثل، وإن كان في المقدار حكم مهر المثل، "ط"^(٣) عن "أبي السعود"^(٤).

[١٢٢٤٣] (قوله: لعدم سقوطه) أي: مهر المثل، قال في "الدرر"^(٥): ((لأن مهر المثل

لا يسقط اعتباره بموت أحدهما، ألا ترى أن للمفوضة مهر المثل إذا مات أحدهما)).

[١٢٢٤٤] (قوله: القول لورثيه) فيلزمهم ما اعترفوا به، "بحر"^(٦). ولا يحكم بمهر المثل؛ لأن

اعتباره يسقط عند "أبي حنيفة" بعد موتيهما، "درر"^(٧).

[١٢٢٤٥] (قوله: القول لمنكر التسمية) هم ورثة الزوج أيضاً كما في "البحر"^(٨)، فالقول

(قوله: هم ورثة الزوج أيضاً إلخ) فإذا ادعت ورثتها التسمية فقد ادعت الدين في ذمة الميت، وهم يتكبرون،

(١) في "ط": ((حلف)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٣٠٨/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٥/٢.

(٤) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب المهر ٦٩/٢.

(٥) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٨/١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٧/٣.

(٧) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٨/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٧/٣.

(لم يُقَضَّ بشيءٍ) ما لم يُبرهنْ على التسمية (وقالا: يُقَضَى بمهر المثل) كحال حياة
(وبه يُفتَى).....

لهم في المسألتين، ولذا قال في "الكنز"^(١): ((ولو مانا ولو في القنر فالقول لورثتي))، فـ((لو))
وصليّة كما أفادته في "النهر"^(٢) و"العيني"^(٣)، فتفيد أنّ الاختلاف في التسمية كذلك.

[١٢٢٤٦] (قوله: لم يُقَضَّ بشيءٍ) الأولى: ولم يُقَضَّ [١١٨ق/٣] بالعطف، أي: لأنّ موتهما
يدلُّ على انقراض أقرانهما، فلا يمكن للقاضي أن يُقدّر مهر المثل كما في "الهداية"^(٤)؛ لأنّ مهر
المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقدّم العهدُ يتعدّر الوقوفُ على مقدارِهِ، "فتح"^(٥). وهذا
يدلُّ على أنّه لو كان العهدُ قريباً قضِيَ به، "بجر"^(٦).

قلت: وبه صرّحَ "قاضي خان" في "شرح الجامع"^(٧).

[١٢٢٤٧] (قوله: ما لم يُبرهنْ) بالبناء للمجهول، أي: ما لم يُبرهنْ ورثة الزوجة.

[١٢٢٤٨] (قوله: وبه يُفتَى) ذكره في "الخانبة"^(٨)، وتبعه في معنى "الملتقى"^(٩)، وبه قالت

ولا يتأتى إنكار التسمية من ورثتها؛ لأنه يكون اعترافاً منهم بسقوط حقهم، وورثة الزوج بإنكار التسمية
يُنكرونها لأنّهم لم يزوجوا مهر المثل بعد موتها، والقول للمُنكر) اهـ "سيندي".
(قوله: وهذا يدلُّ على أنّه لو كان العهدُ قريباً قضِيَ به إلخ) عليه وعلى ما يأتي له من تنظير "البرازية"
لا يبقى خلاف بينه وبينهما، مع أنّه مذكورٌ في سائر الكتب.

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٥٨.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٧ق/ب.

(٣) "رمز الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٥٨.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢١٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢٥٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩٧.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ١/٩٥ق.

(٨) "الخانبة": كتاب النكاح - فصل في اختلاف الزوجين في المهر ومتاع البيت ١/٣٩٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢٥١.

وهذا كله (إذا لم تُسَلِّمْ نفسها، فإن سَلِّمَتْ ووَاقَعَ الاختلافُ في الحالين) الحياة
وبعدَها (لا يُحَكِّمُ. معَهر المثل) لأنها لا تُسَلِّمُ نفسها إلا بعد تعجيلِ شيءٍ عادةً (بل
يقال لها: لا بدُّ أن تُقَرِّي بما تَعَجَّلْتِ، وإلا قضيْنَا عليكِ بالمُتعارَفِ) تعجيلُهُ (ثمَّ
يُعمَلُ في الباقي كما ذكرنا).....

الأئمَّة الثلاثة، لكنَّ "الشافعي" يقول: بعدَ التَّحالفِ، وعندنا وعند "مالك" لا يجبُ التَّحالفُ،
"فتح" (١). وانظر إذا تقدَّمتِ العَهْدُ كيف يُقضى بِمهر المثل؟! وقد يقال: يجري فيه ما تقدَّم (٢) من
أنه إذا لم يوجد من يُماثلها من قوم أبيها ولا من الأجنبي فالقولُ للزوج، لكن مرَّ أنَّ القولَ له
يُميِّنه، تأمل. ثمَّ رأيتُ في "البرزانية" (٣) مُعترضاً على قول "الكرخي": ((إنَّ جوابَ "الإمام"
يُتَّضحُ في تقدُّمِ العَهْدِ)) بقوله: ((وفيه نظرٌ؛ لأنه إذا تعدَّرَ اعتبارُ مهرِ المثل لا يكونُ الظاهرُ شاهداً
لأحدٍ، فيكونُ القولُ لورثةِ الزوج؛ لكونهم مُدَّعى عليهم كما في سائرِ الدَّعاوى)).

[١٢٢٤٩] (قوله: وهذا كله إلخ) نقله في "البحر" (٤) عن "المحيط" وقال (٥): ((وأقره عليه

(قوله: ثم رأيتُ في "البرزانية" مُعترضاً على قول "الكرخي" إلخ) نذكرُ عبارتها حتى يتَّضحَ الحال:
((تقدَّمتِ العَهْدُ وتعدَّرَ على القاضي الوُفوفُ على مهرِ المثل لا يُقضى بِمهرِ المثل، وإلا قضى به عند الإمام، قال
"الكرخي": لا يتَّضحُ للإمام في مسألة اختلافِ ورثةِ الزوجين طريقةٌ إلا أن يكونَ العَهْدُ مُتقدِّماً؛ لاختلافِ
مهرِ المثل باختلافِ الأزمنة، وفيه نظرٌ؛ لأنه إذا تعدَّرَ اعتبارُ مهرِ المثل لا يكونُ الظاهرُ شاهداً لأحدٍ فيكونُ
القولُ لورثةِ الزوج لكونهم مُدَّعى عليهم كما في سائرِ الدَّعاوى، والأصحُّ أنَّ الخلافَ فيما إذا تزوج ولم يُسمَّ
مهوراً ثمَّ ماتا لم يُقضى بشيءٍ، لكنَّ الفتوى على قولهما)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٤/٣.

(٢) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يوجد)).

(٣) "البرزانية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ١٣٨/٤ - ١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٧/٣.

(٥) ((وقال)) ساقطة من "الأصل".

الشَّارِحُونَ)) اهـ. وكذا ذكره "قاضي خان" في "شرح الجامع"^(١) وأقره.

قلت: وحاصل ذلك أنَّ المرأة إذا مات زوجها وقد دخلَ بها، فجاءت تطلبُ مهرها هي أو ورثتها بعد موتها، وقد جرت العادةُ أنها لا تُسلمُ نفسها إلا بعد قبضِ شيءٍ من المهرِ كمائة درهمٍ مثلاً لا يُحكّمُ لها بجميع مهرِ المثل عند عدم التسمية، بل يُنظر: فإن أقرت بما تعجّلت من المتعارفين، وإلا قضيَ عليها به، ثم يُعملُ في الباقي كما ذكرنا، أي: إن حصل اتفاقٌ على قدرِ المسمى يُدفعُ لها الباقي منه، وإلا فإن أنكر ورثة الزوج أصل التسمية فلها بقية مهر المثل، وإن أنكروا القدر فالقولُ لِمَن شهد له مهر المثل، وبعد موتها^(٢) القولُ في قدره لورثة الزوج، هذا هو المفهوم من هذه العبارة، وفسرنا المتعارف تعجيله بمائة مثلاً ليتأتى قوله: ((قضينا عليك بالمتعارفين)) وقوله: ((ثم يُعملُ في الباقي كما ذكرنا))؛ لأنه لو كان المتعارف حصةً شائعةً كتلثي [١١٨ق/٣] المهر كما هو المتعارف في زماننا - لا يمكن أن يقضى عليها به إلا إذا كان المهرُ مسمى معلوم القدر، وإذا كان كذلك لا يتأتى فيه التفصيلُ المار^(٣)، ولكن يُعلمُ منه أنَّ الحكم كذلك، فيقضى عليها بالثلثين مثلاً ويُدفعُ لها الباقي، وفي "المنح"^(٤) عن "الحنائية"^(٥): ((رجلٌ مات وترك أولاداً صغاراً، فادعى رجلٌ ديناً على الميت أو وديعة، وادعت المرأة مهرها قال "أبو القاسم": ليس للوصيِّ

قوله: وفسرنا المتعارف تعجيله بمائة مثلاً ليتأتى قوله: قضينا عليك الخ) فيما قاله تأمل، بل الظاهر من عباراتهم أنه لا فرق في المتعارف تعجيله بين أن يكون حصةً شائعةً، أو قدرًا مخصوصاً، كمائة فإنه يقضى عليه بتعجيله ويُدفعُ لها الباقي.

(١) شرح الجامع الصغير: كتاب النكاح - باب المهور ١/ق ٩٥/ب.

(٢) في "الأصل": ((موتها))، وهو خطأ.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٧/ب - ١٢٨/أ.

(٥) "الحنائية": كتاب الوصايا - فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم وتصرف الوالد في مال ولده الصغير ٣/٥٢٤ بتصرف.

(هامش "الفتاوى الهندية").

أَنْ يُؤَدِّيَ شَيْئاً مِنَ الدَّيْنِ وَالْوَدِيعَةِ مَا لَمْ يَثْبُتْ بِالْبَيِّنَةِ، وَأَمَّا الْمَهْرُ فَإِنْ أَدَّعَتْ قَدْرَ مَهْرٍ مِثْلِهَا دَفَعَهُ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ النِّكَاحُ ظَاهِراً مَعْرُوفاً، وَيَكُونُ النِّكَاحُ شَاهِداً لَهَا، قَالَ الْفَقِيهُ "أَبُو اللَّيْثِ": إِنْ كَانَ الزَّوْجُ بَنَى بِهَا فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنْهَا مَقْدَارَ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَعْجِيلِهِ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَرْأَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمَعْجَلِ إِلَى تَمَامِ مَهْرٍ مِثْلِهَا)) اهـ.

هَذَا، وَنَقَلَ "الرَّحْمَنِيُّ" عَنْ "قَاضِي خَانَ"^(١): ((أَنَّهُ قَالَ: إِنْ فِي هَذَا نَوْعٌ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ الْمَهْرِ كَانَ وَاجِباً بِالنِّكَاحِ، فَلَا يُقْضَى بِسُقُوطِ شَيْءٍ مِنْهُ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِإِبْطَالِ مَا كَانَ ثَابِتاً)) اهـ، ثُمَّ أَطَالَ فِي تَأْيِيدِ كَلَامِ "القَاضِي"، وَرَدَّ عَلَى "الرَّمْلِيِّ" فِي اعْتِرَاضِهِ عَلَى "القَاضِي": ((بِأَنَّ النَّظَرَ مَدْفُوعٌ بِغَلْبَةِ فَسَادِ النَّاسِ)) فَقَالَ: ((إِنَّ الْفَسَادَ لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقٌّ ثَابِتٌ بِبَلَاءِ دَلِيلٍ، وَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، وَقَضَاءُ بَعْضِهِ إِثْبَاتُ دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهَا بِقَدْرِهِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ بِظَاهِرِ الْحَالِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لَا لِلْإِثْبَاتِ)).

قُلْتُ: وَذَكَرَ فِي "الْبِرْزَايَةِ"^(٢) قَرِيباً مِمَّا قَالَهُ "القَاضِي"، لَكِنْ مَا قَالَهُ "الْفَقِيهُ" مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْعُرْفَ الشَّائِعَ مُكَذَّبٌ لَهَا فِي دَعْوَاهَا عَدَمَ قَبْضِ شَيْءٍ، وَحَيْثُ أقرَّ الشَّارِحُونَ وَكَذَا "قَاضِي خَانَ"

(قَوْلُهُ: لَكِنْ مَا قَالَهُ الْفَقِيهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْعُرْفَ إلخ) فِيهِ أَنَّ الْفَقِيهَ عَلَى مَا نَقَلَهُ عَنْهُ فِي "الْبِرْزَايَةِ" مِنَ الْمَهْرِ، وَنَقَلَهُ عَنْهَا "الْحَمَوِيُّ" عَلَى "الْأَشْبَاهِ" مِنَ الْوَصَايَا يَقُولُ: ((إِنَّهَا إِذَا صرَّحَتْ بِعَدَمِ قَبْضِ شَيْءٍ فَالْقَوْلُ لَهَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ مُحْكَمٌ فِي الْوُجُوبِ، وَالْمَوْتُ وَالذُّخُولُ مُحْكَمَانِ فِي التَّقَرُّرِ، وَالْبِنَاءُ بِهَا غَيْرُ مُحْكَمٍ فِي الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ قَدْ يَتَحَلَّفُ عَنْهُ فَرُجِحَ الْمُحْكَمُ بِاعْتِضَادِ الْإِنْكَارِ، انْتَهَى)). وَحَيْثُ لَا يَتِمُّ هَذَا الْاسْتِدْرَاكُ، ثُمَّ رَأَيْتُ رِسَالَةً لَمُنِّي دِمَشَقٌ تَقْدِمُ سَمَاعَ الدَّعْوَى بِكُلِّ الْمَهْرِ بَعْدَ الذُّخُولِ سَمَائِهَا: "تَصْحِيحُ النُّقُولِ فِي سَمَاعِ دَعْوَى الْمَرْأَةِ بِكُلِّ الْمَعْجَلِ بَعْدَ الذُّخُولِ"، وَيُؤَافِقُهُ مَا نَقَلَهُ "السَّنْدِيُّ" عَنْ "الرَّحْمَنِيِّ"، فَتَأَمَّلُهُ.

(١) "الحاشية": كتاب الوصايا - فصل: في تصرفات الوصي في مال اليتيم وتصرف الوالد في مال ولده الصغير ٥٣٤/٣

(هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرزاية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٨/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وهذا إذا ادعى الزَّوْجُ إِيصَالَ شَيْءٍ إِلَيْهَا، "بِحْر".
 (ولو بَعَثَ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئًا، وَلَمْ يَذْكُرْ جِهَةً عِنْدَ الدَّفْعِ غَيْرَ) جِهَةَ (المهرِ)
 كَقَوْلِهِ لَشَمْعٍ أَوْ حِنَاءٍ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّهُ مِنَ الْمَهْرِ لَمْ يُقْبَلْ، "قَنِيَّة" ^(١)؛ لَوْ قَوَّعِهِ هَدِيَّةً، فَلَا
 يَنْقَلِبُ مَهْرًا (فَقَالَتْ: هُوَ) أَي: الْمَبْعُوثُ (هَدِيَّةً)، وَقَالَ: هُوَ مِنَ الْمَهْرِ أَوْ مِنَ الْكَسْوَةِ
 أَوْ عَارِيَّةً (فَالْقَوْلُ لَهُ) بِيَمِينِهِ، وَالْبَيِّنَةُ لَهَا، فَإِنْ حَلَفَ وَالْمَبْعُوثُ قَائِمًا.....

في "شرح الجامع" فَيُفْتَى بِهِ، وَهُوَ نَظِيرُ إِعْمَالِهِمُ الْعُرْفَ وَتَكْذِيبَ الْأَبِّ أَنَّ الْجَهَّازَ عَارِيَّةٌ عَلَى مَا
 يَأْتِي بَيَانُهُ ^(٢) مَعَ أَنَّهُ هُوَ الْمَمْلُوكُ، فَلَوْلَا الْعُرْفُ لَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
 [١٢٢٥٠] (قَوْلُهُ: وَهَذَا إِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ الْإِلْحَ) هَذَا مِنْ عِنْدِ صَاحِبِ "الْبَحْرِ" ^(٣)، وَالْمَرَادُ الزَّوْجُ
 لَوْ كَانَ حَيًّا أَوْ وَرَثَتُهُ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، فَلَا يَرُدُّ مَا فِي "الشَّرْحِ النَّبَلَايَةِ" ^(٤): ((مَنْ أَنَّ هَذَا لَا يَتَأْتِي فِي
 حَالِ مَوْتِهِمَا)).

مطلبٌ فيما يُرْسَلُهُ إِلَى الزَّوْجَةِ

[١٢٢٥١] (قَوْلُهُ: وَلَوْ بَعَثَ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئًا) أَي: مِنَ التَّقْدِينِ أَوْ الْعُرُوضِ أَوْ مِمَّا يُؤَكَّلُ قَبْلَ
 الزَّوْفِ أَوْ بَعْدَمَا بَنَى بِهَا، "نَهْر" ^(٥).
 [١٢٢٥٢] (قَوْلُهُ: وَلَمْ يَذْكُرْ الْإِلْحَ) الْمَرَادُ [١١٩ق/٣] أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ الْمَهْرَ وَلَا غَيْرَهُ، "ط" ^(٦).
 [١٢٢٥٣] (قَوْلُهُ: كَقَوْلِهِ الْإِلْحَ) تَمَثِيلٌ لِلْمَنْفِيِّ وَهُوَ ((يَذْكُرُ)).
 [١٢٢٥٤] (قَوْلُهُ: وَالْبَيِّنَةُ لَهَا) أَي: إِذَا أَقَامَ ^(٧) كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً تُقَدِّمُ بَيِّنَتَهَا، "ط" ^(٨).

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب في المصاهرات والرجوع فيها ق ٣٨/أ بصرف.

(٢) المقولة [١٢٢٨٥] قوله: ((فانقول للأب)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٧/٣.

(٤) "الشربلالية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٧) في "ب": ((قام))، وهو خطأ.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

فلها أن تردّه وترجع بباقي المهر، ذكره "ابن الكمال"،

[١٢٢٥٥] (قوله: فلها أن تردّه) لأنها لم ترَضَ بكونه مهراً، "بحر"^(١).

[١٢٢٥٦] (قوله: وترجع بباقي المهر أو كله) إن لم يكن دفع لها شيئاً منه، قال في "النهر"^(٢):

((وإن هلك وقد بقي لأحدهما شيء رجعت به)) اهـ.

أما لو كانت قيمة الهالك قدر المهر فلا رجوع لأحد، وفي "البرازية"^(٣): ((اتخذ لها ثياباً وليستها حتى تحرقت، ثم قال: هو من المهر، وقالت: هو من النفقة - أعني: الكسوة الواجبة عليه - فالقول لها، ولو الثوب قائماً فالقول له؛ لأنه أعرف بجهة التملك بخلاف الهالك؛ لأنه يدعي سقوط بعض المهر والمرأة تنكره، وبالهالك خرج عن المملوكية، وحيث لا يملك

(قوله: وفي "البرازية": اتخذ لها ثياباً وليستها حتى تحرقت إلخ) نذكر عبارتها - كما رأيتها فيها، وفي

"النهر" - حتى يظهر لك ما في اختصار "المحشي" لها من التحريف في موضعين، ونصها: ((اتخذ لها ثياباً وليستها حتى تحرقت، ثم قال: هو من المهر، وقالت: من النفقة أعني: الكسوة الواجبة عليه فالقول لها، قيل: فما الفرق بينه وبين ما إذا كان الثوب قائماً حيث يكون القول ثمة له، قلنا: الفرق أن في القائم اتفقا على أصل التملك واختلاف في صفة، فالقول قول المملك؛ لأنه أعرف بجهة التملك، بخلاف الهالك؛ فإنه يدعي سقوط بعض المهر، والمرأة تنكر ذلك. قيل: لم لم يجعل هذا اختلافاً في جهة التملك أيضاً، كالقائم، قلنا: بالهالك خرج عن المملوكية، والاختلاف في أصل الملك أو جهته، ولا يملك محالاً باطل فيكون اختلافاً في ضمان الهالك وبذلك فالقول لمن ينكر البذل والضمان. قيل: إنكار الضمان بعد مباشرة سببه باطل، قيل: أين سبب الضمان؟ قيل: التصرف في مال الغير، قلنا: إتلاف مال الغير سبب مطلق أم بغير رضا؟، الثاني مسلم لا الأول، وقد وجد الرضا، ولأن الإلتلاف سبب ممن ليس له على المتلف مال أم مطلقاً، الأول مسلم لا الثاني، بل هو من صاحب الحق سبب المقاصة، فهي مباشرة سبب المقاصة منكراً لزوم الضمان، فصار كمن أتلف مال غيره وعليه دين)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/١.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر - الجنس الأول: في الاختلاف ١٣١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

بحال فالاختلاف في جهة التملك باطل، فيكون اختلافاً في ضمان الهالك وبديله، فالقول لمن يملك البدل والضمان)) اهـ ملخصاً.

واستشكله في "النهر"^(١) وقال: ((هذا يقتضي أن القول لها في الهالك في مسألة المتن، وهو مخالف لما قدمناه، والفرق يعسر، فتدبره)) اهـ.

قلت: بل الفرق يسير إن شاء الله تعالى، وذلك أن مسألة المتن في دعوها أنه هدية، فلا تصدق، ويكون القول له في حالتي الهلاك وعدمه؛ لأنه المملك، ولا شيء يخالف دعوها، أما هنا فقد ادعت الكسوة الواجبة عليه، فيكون القول له في القائم لما ذكرنا، وتطلب منه مهرها وكسوتها، أما الهالك فالقول لها فيه لأمرين:

أحدهما: أن الظاهر يصدقها فيه كما يأتي^(٢) في المهيأ للأكل وما ينقله "الشارح" عن "الفقيه".

٣٦٣/٢

ثانيهما: أنه لو كان القول له فيه لزم ضياع حقها في الكسوة الواجبة عليه؛ لأنها من النفقة، والنفقة تسقط بمضي المدّة، فلا يمكنها المطالبة عمّا مضى، ويلزم بذلك فتح باب الدعاوى الباطلة، بأن يدعي كل زوج بعد عشرين سنة أن جميع ما دفع لها من كسوة ونفقة من المهر فيرجع عليها بقيمتيه، وفي ذلك ما لا يرضاه الشرع من الإضرار بالنساء^(٣) مع أن الظاهر والعادة تكذبه، أما في القائم فلا ضرر؛ لأنها تطالبه بكسوة أخرى إذا لم يرض بكونه كسوة،

(قوله: بل الفرق يسير إن شاء الله تعالى؛ وذلك أن مسألة "المتن" في دعوها أنه إلخ) بهذا الفرق لا يخلع أن التعليل الذي ذكره "البرزقي" يقتضي التسوية بين المسألتين في الحكم وإن حصل الفرق بينهما بما ذكره.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/١ بتصرف.

(٢) "در" ص ٥٠٩ - وما بعدها.

(٣) ((بالنساء)) ساقط من "الأصل".

ولو عَوَّضْتُهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ عَارِيَّةً فَلَهَا أَنْ تَسْتَرِدَّ الْعِوَضَ.....

ولا تقتضي العادة أن يكون [٣/١١٩ق/ب] المدفوع كسوتها؛ لأن له أن يقول: أعطيتها كسوة غيرها، هذا ما ظهر لي، والله الميسر لكل عسير.

[١٢٢٥٧] (قوله: ولو عَوَّضْتُهُ) وكذا لو عَوَّضَهُ أبوها من مالها بإذنها أو من ماله فله الرجوع أيضاً كما في "الفتح" (١)، وكأنه في "البحر" (٢) لم يره فاستشكل ما قاله في "الفتح" قبل ذلك: ((من أنه لو بعث أبوها من ماله فله الرجوع لو قائماً، وإلا فلا، ولو من مالها بإذنها فلا رجوع؛ لأنه هبة منها، والمرأة لا ترجع في هبة زوجها)) اهـ.

(قوله: وكأنه في "البحر" لم يره فاستشكل ما قاله في "الفتح" إلخ) استشكله لا يتلفع برؤياه عبارة "الفتح"، بل لو رآها لا يتلفع؛ لظهور منافاتها لما ذكره "الفتح" أولاً، ولا يتلفع إلا بجعل الموضوع مخليفاً، كما ذكره "المحشي"، تأمل. ويان ما ذكر أنه في "البحر" قال: ((وأشار "المصنف" أن الزوج لو بعث إليها هدايا، وعوضته المرأة، ثم زفت إليه، ثم فارقها وقال: بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده، وأرادت هي أن تسترد العوض فالفول قوله في الحكم؛ لأنه أنكر التملك، وإذا استرده تسترد هي ما عوضته، كذا في "الفتاوى السمرقندية". وفي "فتح القدير": ((لو بعث هو وبعث أبوها له أيضاً ثم قال: هو من المهر، فلأب أن يرجع في هبته إن كان من مال نفسه، وكان قائماً وإن كان هالكاً لا يرجع، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس لها الرجوع؛ لأنه هبة منها، وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها)) اهـ. ويفرق بين هذه وبين ما سبق: أن في الأولى التعويض منها كان على ظلها التملك منها وقد أنكره، فلم يصح التعويض، فلم يكن هبة منها فلها الاسترداد، وفي الثانية: حصل التملك فصح التعويض فلا رجوع لها، وقد يقال: التعويض على ظن الهبة لا مطلقاً وقد أنكرها فينبغي أن ترجع)) اهـ "بحر". وفي "النهر": ((أن ما ذكره في "فتاوى سمرقند" علله "البرزاري" بأن المرأة زعمت أن الإعطاء كان عوضاً عن الهبة ولم تثبت الهبة فلا يثبت العوض اهـ. ولا خفاء أن هذا التعليل يأتي في دفع أيها من مالها بإذنها فينبغي أن ترجع أيضاً)) اهـ. فانت ترى أن ما في "البحر" لا يتلفع إلا باختلاف الموضوع لا باطلاعه على عبارة "الفتح" التي نقلها "المحشي"؛ إذ هي قريبة من عبارة "الفتاوى السمرقندية"، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٥/٣ - ٢٥٦.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨/٣.

من جنسيه، "زيلعي". (في غير المهيا للأكل) كثياب، وشاة حية، وسمن، وعسل، وما يبقى شهراً، "أخى زاده". (و) القول (لها) يمينها (في المهيا له) كخبز.....

قلت: وهذا محمولٌ على ما إذا كان لا على جهة التعويض، فلا يُباني قول "الشارح": ((ولو عوّضته إلخ)) بقريظة ما نقلناه أولاً عن "الفتح".

هذا، وقد ذكر مسألة التعويض في "الفتح"^(١) وغيره مطلقاً، وكذا في "الحائية"^(٢)، لكنه قال فيها: ((وقال أبو بكر الإسكاف: "إن صرحت حين بعت أنها عوض فذلك، وإلا كان هبة منها وبطلت نيتها)) اهـ، ومثله في "الهندية"^(٣).

وهذا يحتمل أن يكون بياناً لمراهم أو حكاية لقول آخر، تأمل. وينبغي اعتبار العرف فيما يقصد به التعويض، فيكون كالمفوظ، تأمل.

وما في "ط"^(٤): ((من أن المعتمد خلاف ما قاله "الإسكاف")) وعزاه إلى "الهندية" لم أراه فيها، نعم سيذكر^(٥) "الشارح" في آخر كتاب الهبة: ((أنه لا فرق بين تصريحها بالعوض وعدمه)). (قوله: من جنسيه) لم يذكر "الزيلعي" هذه الزيادة، "ط"^(٦). ولم أر أحداً ذكرها، (١٢٢٥٨)

(قول "الشارح": كثياب، وشاة حية إلخ) نقل "أبو الحسن السندي" في "حاشية الفتح" عن "أبي العز" قال: ((إذا كان المهز دراهم أو دنانير فأرسل إليها حنطة، أو شعيراً، أو ما جرت عادة الناس اليوم بإرساله من ماء الوردي، وتوبو الحرير، والسكّر ونحو ذلك فإن في تصديقه في قوله: ((بأنه من المهر نظراً؛ لوجهين:

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٢) "الحائية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٩٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب السابع: في المهر - الفصل الثاني عشر: في اختلاف الزوجين في المهر ٣٢٣/١ معزياً إلى قاضيخان.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٥) انظر "النر" عند المقولة [٢٩٢٨٦] قوله: ((لا تجوز الرقي)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٧) انظر "النر" عند المقولة [١٠٦١١] قوله: ((وإن)).

ولحم مشوي؛ لأن الظاهر يكذبه،

ولعل المراد بها أن العوض لو كان هالكاً وهو مثلي ترجع عليه بمثله، فأراد بالجنس المثل، تأمل.

[١٢٢٥٩] (قوله: مشوي) لا مفهوم له، "ط" (١).

[١٢٢٦٠] (قوله: لأن الظاهر يكذبه) قال في "الفتح" (٢): ((والذي يجب اعتباره في ديارنا أن

جميع ما ذكر من الخنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة؛ لأن المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية، والظاهر معها لا معه، ولا يكون القول قوله إلا في نحو الثياب والجارية)) اهـ.

قال في "البحر" (٣): ((وهذا البحث موافق لما في "الجامع الصغير" (٤)، فإنه قال: إلا في الطعام الذي يؤكل، فإنه أعم من المهيا للأكل وغيره)) اهـ.

أحدهما: أن الظاهر يكذبه.

والثاني: أن الصداق دراهم مئلاً، والمرسل من خلاف جنسها، والمعاوضة تحتاج إلى التراضي من الجانبين ولم يوجد. فقوله: ((إنه من صداقها)) غير صحيح فلا يصدق؛ إذ صداقها غير ما أرسله إليها، ولا ينفع التعليل بأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب في حقه؛ فإن الواجب في حقه غير ما أرسله إليها، ولا يسقط ما في الذمة بغيره إلا بطريق المعاوضة وهي محتاجة إلى التراضي من الجانبين ولم يوجد، انتهى)) اهـ "سندي"، وقد يذفع هذا بأن ما ذكره مبني على عادتهم: أنهم يُسمون نقوداً في المهر ثم يذفع الزوج غيرها، ويحسبه عن المهر، وتكون حينئذ المرأة راضية بهذه المعاوضة، وهذا العرف جار في كثير من قرى مصر.

(قوله: ولعل المراد بها أن العوض إلخ) الأوضح أن يراد به ما يعم القيمة في القيمي، وزادته إشارة إلى أنها تسرد البديل فيما لو هلك العوض، ولا شك أن القيمة من جنس القيمي باعتبار المالية، تأمل.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨/٣.

(٤) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ص ١٨٥.

ولذا قال "الفقهاء": ((المختارُ أنه يُصدَّقُ فيما لا يجبُ عليه كخُفٍّ ومُلاءةٍ، لا فيما يجبُ كخِمارٍ ودرعٍ))،.....

قال في "النهر"^(١): ((وأقول: وينبغي أن لا يُقبَلَ قوله أيضاً في الثياب المحمولة مع السُكَّر ونحوه للعرف)) اهـ.

قلت: ومن ذلك ما يبعثه إليها قبل الرُفَافِ في الأعيادِ والمواسمِ من نحوِ ثيابٍ وحُلِيِّ، وكذا ما [١/١٢٠ق/٣] يُعطِيها من ذلك أو من دراهمٍ أو دنانيرٍ صبيحةً ليلةِ العرسِ، ويُسمَّى في العُرفِ صُبحَةً، فإنَّ كلَّ ذلك تُعَوِّرفَ في زماننا كونهُ هَدِيَّةً لا من المهرِ، ولا سَيِّما المسمَّى صُبحَةً، فإنَّ الزَّوْجَةَ تُعَوِّضُهُ عنها ثياباً ونحوها صبيحةَ العرسِ أيضاً.

[١٢٢٦١] (قوله: ولذا قال "الفقهاء") أي: "أبو الليث".

[١٢٢٦٢] (قوله: كخُفٍّ ومُلاءةٍ) لأنه لا يجبُ عليه تمكينها من الخروجِ، بل يجبُ منعها

إلا فيما سنذكره، "فتح"^(٢).

قلت: ينبغي تقييدُ ذلك بما لم تجر به العادة؛ لما حررناه من أن ذلك في عُرفنا يلزِمُ الزَّوْجَ، وأنَّه من جملةِ المهرِ كما قدَّمناه^(٣) عن "الملتقط": ((أنَّ لها منَعَ نفسها للمشروطِ عادةً كالحُفِّ والمُكعَّبِ وديباجِ اللِّفَافَةِ ودراهمِ السُكَّرِ إلخ))، ومثله في عُرفنا مناشفُ الحَمَامِ ونحوها، فإنَّ ذلك بمنزلةِ المشروطِ في المهرِ، فيلزمُه دَفْعُهُ، ولا يُنافيه وجوبُ منعها من الخروجِ والحَمَامِ كما لا يخفى.

[١٢٢٦٣] (قوله: كخِمارٍ ودرعٍ) ومتاع البيت، "بحر"^(٤). فمتاع البيت واجبٌ عليه، فهذا

محلُّ ذكْرِهِ، فافهم. وسيدكر^(٥) "المصنّف" في النَّفَقَةِ: ((أنَّه يجبُ عليه آلةُ الطَّحْنِ وآنيةُ شرابِ

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٣) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بمخلاف مجهول الجنس)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٧/٣.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٩٤١] قوله: ((وليل)).

(أو قيمته هالكاً) لأنه معاوضة ولم تيمّم، فجاز الاسترداد (وكذا) يَسْتَرِدُّ (ما بعثَ هديةً وهو قائمٌ دونَ الهالكِ والمستهلكِ) لأنه في معنى الهبة^(١) (ولو ادّعتْ أنه) أي: المبعوث (من المهر)، وقال: هو وديعةٌ فإن كان من جنسِ المهرِ فالقولُ لها، وإن كان من خلافِهِ فالقولُ له).....

فلا يَلزَمُ في مقابلةِ ما انتَقَصَ باستعمالِهِ شيءٌ))، "ح"^(٢).

[١٢٢٦٨] (قوله: أو قيمته) الأولى: أو بدله؛ ليشمَلِ المثلِيَّ.

[١٢٢٦٩] (قوله: لأنه في معنى الهبة) أي: والهلاكُ والاستهلاكُ مانعٌ من الرجوعِ بها، وعبارةُ "البرازية"^(٣): ((لأنه هبةٌ)) اهـ.

ومقتضاؤه: أنه يُشترَطُ في استردادِ القائمِ القضاءُ أو الرضا، وكذا يُشترَطُ عدمُ ما يَمْنَعُ من الرجوعِ كما لو كان ثوباً فصَبَّغَتْهُ أو خاطَتْهُ، ولم أرَ مَنْ صرَّحَ بشيءٍ من ذلك، فليُراجَع. والتقييدُ بالهديةِ احترازٌ عن [٣/ق/١٢٠ب] النفقةِ فيما يظهرُ كما يأتي^(٤) في مسألةِ الإنفاقِ على مُعتدَّةِ الغيرِ.

٣٦٤/٢

[١٢٢٧٠] (قوله: ولو ادّعتْ الخ) ذَكَرَ في "البحر"^(٥) هذه المسألةُ عند قولِ "الكنز": ((بعثتُ إلى امرأتي شيئاً الخ))، وقال: ((قيدهُ بكونِهِ ادّعاءً مهراً لأنه لو ادّعتْهُ مهراً وادّعاءً وديعةً فإن كان من جنسِ المهرِ فالقولُ لها، وإلا فله)) اهـ.

فعلِمَ أنَّ هذه المسألةُ في دعوى الزوجةِ لا في دعوى المخطوبةِ التي لم يُزوّجها أبوها، فكان

(١) عبارة "و": ((لأن فيه معنى الهبة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق/١٦٦ب.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر - الجنس الأول: في الاختلاف ١٣١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير الخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣.

بشهادة الظاهر.

(أنفق) رجلٌ (على مُعتدَّة الغير).....

المناسبُ ذكرها قبل قوله: ((حطَبَ بنتَ رَجُلٍ إلخ))، وذلك لأنَّ دعوى المخطوبة أنَّ المبعوث من المهر تضرُّها؛ لأنَّه يلزمها رُدُّه قائماً وهالكاً، فالمناسبُ أن تكون دعوى الوديعه لها ودعوى المهر للزوج؛ لأنَّ الوديعه لا يلزمها رُدُّها إذا هلكَتْ بخلافِ الزَّوجه، فإنَّ دَعواها أَنه من المهر تَنفَعها لمنع الاستردادِ مطلقاً، ودَعواها أَنه وديعه تَنفَعُه^(١)؛ لأنَّه يُطالبُها باستردادِها قائمه وبضمانِها مُستهلكة.

[١٢٢٧١] (قوله: بشهادة الظاهر) يرجع إلى الصورتين، "ط"^(٢).

مطلب: أنفق على مُعتدَّة الغير

[١٢٢٧٢] (قوله: أنفق على مُعتدَّة الغير إلخ) حكى في "البرزازية"^(٣) في هذه المسألة ثلاثة

أقوال مُصحَّحة:

حاصلُ الأول: أَنه يرجعُ مطلقاً شرطَ التَّزْوَجِ أو لا، تَزْوَجَتْهُ أو لا؛ لأنَّه رَشُوه.

وحاصلُ الثاني: أَنه إن لم يشرطْ لا يرجعُ.

وحاصلُ الثالث - وقد نقله عن "فضول العمادي" -: ((أَنه إن تَزْوَجَتْهُ لا يرجعُ، وإن أبْت

رجعَ شرطَ الرُّجوعِ أو لا إن دفعَ إليها الدَّراهمَ لتَنفِيقِ على نَفْسِها، وإن أَكَلَ معها لا يرجعُ

بشيءٍ أصلاً)) اهـ.

(قوله: وذلك لأنَّ دعوى المخطوبة إلخ) لا مانع من جعل ما ذكره "المتن" في المخطوبة أيضاً،

وذلك بأنَّ نَقَصَ المَبْعُوثُ باستعمالِها فأراد أن يُضَمَّنَها النُقْصانَ مُدْعِياً أَنه وديعه فدَعواها أَنه مهرٌ تَنفَعُها

في عَدَمِ ضَمَانِ النُقْصانِ.

(١) من (المنع) إلى (تنفعه) ساقط من "٣".

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٣) "البرزازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر - الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وحاصل ما في "فتح القدير"^(١) حكاية الأول والأخير، وحكى في "البحر"^(٢) الأول أيضاً ثم قال^(٣): ((وقيل: لا يرجع إذا زوّجت نفسها وقد كان شرطه، وصحح أيضاً، وإن أبت ولم يكن شرطه لا يرجع على الصحيح)) اهـ.

فقوله: ((لا يرجع إذا زوّجت نفسها إلخ)) يفهم منه عدم الرجوع بالأولى إذا تزوّجته ولم يشترط، وقوله: ((وإن أبت إلخ)) يفهم منه أنه إن أبت وقد شرطه يرجع، فصار حاصل هذا القول الثاني أنه يرجع في صورة واحدة، وهي ما إذا أبت وكان شرط التزوج، ولا يرجع في ثلاث، وهي ما إذا أبت ولم يشترطه، أو تزوّجته وشرطه، أو لم يشترطه، فهذه أربعة أقوال كلها مصححة، وذكر "المصنف" في "شرحه"^(٤): ((أن المعتمد ما في "فصول العمادي"، [٣/١٢١] - أعني: القول الثالث - وأن شيخه صاحب "البحر" أفنى به)) اهـ.

قلت: والذي اعتمده فقيه النفس الإمام "قاضي خان"^(٥) هو القول الأول، فإنه ذكر: ((أنه إن شرط التزوج رجوع؛ لأنه شرط فاسد، وإلا فإن كان معروفاً فليل: يرجع، وقيل: لا))، ثم قال^(٦): ((وينبغي أن يرجع؛ لأنه إذا علم أنه لو لم تزوّج لا ينفق عليها كان بمنزلة الشرط، كالمستقرض إذا أهدى إلى المقرض شيئاً لم يكن أهدى إليه قبل الإقراض كان حراماً، وكذا القاضي لا يجيب الدعوة الخاصة، ولا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضياً لا يهدي إليه، فيكون ذلك بمنزلة الشرط وإن لم يكن مشروطاً^(٧)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣ - ٢٠٠.

(٤) "المنح": كتاب النكاح - باب بيان أحكام المهر ١/١٢٨ ق.

(٥) "الخانبة": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل: في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٩١/١ - ٣٩٢ (هامش الفتاوى الهندية).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣.

(٧) عبارة "الخانبة": ((وإن لم يكن مشروطاً لفظاً)).

وأَيَّدَهُ فِي "الْخَيْرِيَّة" (١) فِي كِتَابِ النِّفَقَاتِ، وَأَفْتَى بِهِ حَيْثُ سُئِلَ فِيمَنْ خَطَبَ امْرَأَةً وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا، وَعَلِمَتْ أَنَّهُ يُنْفِقُ لِتَرْوِحِهَا فَتَرْوِحَتْ غَيْرَهُ، فَأَجَابَ: ((بَأَنَّهُ يَرْجِعُ))، وَاسْتَشْهَدَ لَهُ بِكَلَامِ "قَاضِي خَانَ" الْمَذْكُورِ وَغَيْرِهِ، وَقَالَ: ((إِنَّ ظَاهِرَ الْوَجْهِ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُعَدَّلَ عَنْهُ)) اهـ.

(تنبيه)

أَفَادَ مَا فِي "الْخَيْرِيَّة" (٢) - حَيْثُ اسْتَشْهَدَ عَلَى مَسْأَلَةِ الْمَخْطُوبَةِ بِعِبَارَةِ "الْخَانِيَّة" - أَنَّ الْخِلَافَ الْجَارِيَّ هُنَا جَارٍ فِي مَسْأَلَةِ الْمَخْطُوبَةِ الْمَارَّةِ (٣)، وَأَنَّ مَا مَرَّ (٤) فِيهَا: ((مَنْ أَنْ لَهُ اسْتِرْدَادَ الْقَائِمِ دُونَ الْهَالِكِ وَالْمُسْتَهْلِكِ)) خَاصٌّ بِالْهَدِيَّةِ دُونَ النِّفْقَةِ وَالْكَسْوَةِ؛ إِذْ لَا شَكَّ أَنَّ الْمُعْتَدَةَ مَخْطُوبَةً أَيْضًا، وَلَا تَأْتِي لِكُونِهَا مُعْتَدَةً يَحْرُمُ التَّصْرِيحُ بِخَطْبِهَا، بَلِ التَّأْتِي لِلشَّرْطِ وَعَدَمِهِ، وَكُونِهِ شَرْطًا فَاسِدًا، وَكُونِ ذَلِكَ رَشُوعًا كَمَا عَلِمْتُهُ مِنْ تَعْلِيلِ الْأَقْوَالِ، وَعَلَى هَذَا فَمَا يَقَعُ فِي قَرْيَةِ دِمَشْقَ مِنْ أَنَّ الرَّجُلَ يَخْطُبُ امْرَأَةً، وَيَصِيرُ يَكْسُوها وَيُهْدِي إِلَيْهَا فِي الْأَعْيَادِ، وَيُعْطِيهَا دِرَاهِمًا لِلنِّفْقَةِ وَالْمَهْرِ إِلَى أَنْ يُكْمَلَ لَهَا الْمَهْرُ فَيَعْقِدُ عَلَيْهَا لَيْلَةَ الزُّفَافِ، فِإِذَا أَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ يَنْبَغِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِغَيْرِ الْهَدِيَّةِ الْهَالِكَةِ عَلَى الْأَقْوَالِ الْأَرْبَعَةِ الْمَارَّةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَشْرُوطٌ بِالتَّزْوِجِ كَمَا حَقَّقَهُ "قَاضِي خَانَ" فِيمَا مَرَّ.

وَبَقِيَ مَا إِذَا مَاتَتْ، فَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ لَا كَلَامَ فِي أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ، أَمَّا عَلَى الثَّلَاثِ فَهَلْ يُلْحَقُ

(قوله: فإذا أبت أن تتزوجته ينبغي أن يرجع عليها بغير الهدية الخ) لا يظهر على قول من اشترط

التصريح بالشروط، ولم يكتف بالشروط المعروفة، تأمل.

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الطلاق - باب النفقة ٧٢/١.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الطلاق - باب النفقة ٧٢/١.

(٣) "در" ص ١٢٥ - باب المهر ٦٦/٢.

(٤) "در" ص ١٢٣ - الفصل في عمره في المهر - نفس الأول - في الأحوال ١٣٧/٤.

بشرط أن يتزوجها) بعد عدتها (إن تزوجته لا رجوع مطلقاً، وإن آبت فله الرجوع إن كان دفع لها،.....

بالإباء؟ لم أره، وينبغي الرجوع؛ لأن الظاهر أن علة القول الثالث أنه كاهبة المشروطة بالعود وهو التزوج كما يفيد ما في "حاوي الزاهدي" برمز "البرهان" [٣/١٢١ق/ب] صاحب "المحيط"^(١): ((بعت الصهرة إلى بيت الختن ثياباً لا رجوع لها بعده ولو قائمة، ثم سئل فقال: لها الرجوع لو قائماً))، قال "الزاهدي": ((والتوفيق أن البعث الأول قبل الزفاف ثم حصل للزفاف، فهو كاهبة بشرط العوض وقد حصل، فلا ترجع، والثاني بعد الزفاف، فيرجع)) اهـ. وكذا لم أر ما لو مات هو أو أبي، فليراجع.

(تتمة)

لم يذكر ما لو أنفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح، بأن شهدوا بالرضاع وفرق بينهما، ففي "الدخيرة": ((له الرجوع بما أنفق بفرض القاضي؛ لأنه تبين أنها أخذت بغير حق، ولو أنفق بلا فرض لا يرجع بشيء)).

[١٢٢٧٣] (قوله: بشرط أن يتزوجها) الأولى أن يقول: بطمأن أن يتزوجها كما عبر في "البحر"^(٢).

[١٢٢٧٤] (قوله: مطلقاً) تفسير الإطلاق في الموضوعين - كما دل عليه كلام "المصنف"

٣٦٥/٢

(قوله: ثم حصل للزفاف إلخ) المناسب التعبير بـ ((أل)) بدل ((الأم)) الجارة، تأمل.

(قوله: وكذا لم أر ما لو مات هو، أو أبي فليراجع) الظاهر أن كلام من مؤبته وإبائه كموتها وإبائها، وأنه يرجع هو أو ورثته على القول الأول، وعلى الثاني يفصل بين الشرط وعدمه، وعلى الثالث لعدم تحقق العوض يرجع شرط التزوج أو لا، وكذا على الرابع يرجع إذا شرطه.

(١) لم نثر عليه في مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣.

(٣) كتاب "المحيط": فصل في التمسك ٢١١/٦ (عاشق جامع المصنف). (٤) "المحيط": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣. (٥) "المحيط": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣. (٦) "المحيط": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣. (٧) "المحيط": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣. (٨) "المحيط": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣.

وإن أكلت معه فلا مطلقاً "بحر" عن "العمادية"، وفيه عن "المبتغى": (جَهَّزَ ابْنَهُ بِجِهَازٍ وَسَلَّمَهَا ذَلِكَ.....)

في "شرح" (١): ((شَرَطَ التَّرْجُوحَ أَوْ لَمْ يَشْرُطْهُ))، ولذا قلنا: الأولى أن يقول: بَطَمَعَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِيَتَأْتِيَ الإِطْلَاقُ الْمَذْكُورُ، وهذا القولُ هو الثالثُ قد اعتمدهُ "المصنّف" في "متبه" و"شرح"، وقال في "الفيض": ((وبه يُفْتَى)).

(قوله: ١٢٢٧٥) وإن أكلت معه فلا أي: لأنه إباحة لا تملك، أو لأنه مجهول لا يعلم قدره، تأمل. ولينظر وجه عدم الرجوع في الهدية الهالكة أو المستهلكة على ما قلناه (٢) من عدم الفرق بين المحطوبة والمعتدة.

(قوله: ١٢٢٧٦) "بحر" عن "العمادية" صوابه: "منح" (٣) عن "العمادية"، فإن ما في المتن عزاه في "المنح" إلى "الفصول العمادية"، وهو القول الثالث من الأقوال الأربعة التي قدمناه (٤)، وأما ما في "البحر" (٥) فهو القول الأول والقول الرابع، ولم يذكر القول الثالث أصلاً، ولا وقع

(قوله: شَرَطَ التَّرْجُوحَ أَوْ لَمْ يَشْرُطْهُ إلخ) الظاهر في تفسير الإطلاق بدلالة ما بعده أن يقال: دَفَعَ لَهَا أَوْ أَكَلَتْ مَعَهُ.

(قوله: وَلِيَنْظُرَ وَجْهَ عَدَمِ الرَّجُوعِ فِي الْهَدِيَّةِ إلخ) الظاهر أن التفصيل المأثور في الهدية بين القائم والهالك لا يتأتى على القول الأول، وأنه عليه يرجع في الهالك أيضاً، وأن يأتي فيها ما قيل في النفقة على كل من الأقوال الأربعة، وأن ما مشى عليه "المصنّف" في الهدية جرى على القول الثاني، لكن يقيد كلام "المصنّف" فيها: بما إذا لم يشترط التزوج؛ إذ لو شرطه لرجع بلا فرق بين الهالك والقائم.

(١) "المنح": كتاب النكاح - باب بيان أحكام المهر ١/١٢٨.

(٢) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب بيان أحكام المهر ١/١٢٨.

(٤) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩٩-٢٠٠.

ليس له الاسترداد^(١) منها) ولا لورثته بعده إن سَلَمَهَا ذلك في صحته، بل تختصُّ به (وبه يُفتى) وكذا لو اشتراها لها في صغرها، "ولوالجية"^(٢).....

فيه العزوُّ إلى "العِمَادِيَّة"^(٣).

[١٢٢٧٧] (قوله: ليس له الاسترداد منها) هذا إذا كان العرفُ مُستمرّاً أنَّ الأبَ يَدْفَعُ مثله جهازاً لا عاريةً كما يذكره^(٤) قريباً، وكان يُغنيه ما يأتي^(٥) عمّاً ذكره هنا، ويمكنُ أن يكونَ هذا بيانَ حكمِ الدَّيَانَةِ والآتي بيانَ حكمِ القِضَاءِ.

[١٢٢٧٨] (قوله: في صحته) احترازٌ عمّاً لو سَلَمَهَا في مرضٍ موته، فإنّه تملكُ للوارث، ولا يصحُّ بدونَ إجازةِ الورثة.

[١٢٢٧٩] (قوله: وكذا لو اشتراها لها في صغرها) أي: وإن سَلَمَهَا في مرضه أو لم يُسَلِّمْهَا أصلاً؛ لأنها ملكةُ بشراءِ الأبِ لها قبلَ التسليمِ كما يأتي^(٦)، ولو مات قبلَ دفعِ الثمنِ رجَعَ البائعُ على تَرَكيته، ولا رُجوعٌ للورثةِ عليها، ففي "أدب الأوصياء"^(٧) عن "الخائبة"^(٨) وغيرها: ((الأب إذا شَرَى خادماً للصغيرِ ونقَدَ الثمنَ من مالِ نفسه لا يرجعُ عليه إلا إذا أشهدَ بالرجوعِ، وإن لم يَنْقُدْهُ حتّى مات ولم يكنْ أشهدَ أخذَ من تَرَكيته، [١/١٢٢ق/٣] ولا يرجعُ عليه بقيةِ الورثة)) اهـ.

(قوله: هذا بيانُ حُكْمِ الدَّيَانَةِ إلخ) لا يصحُّ أن يكونَ ما ذكره "المُصنّف" حُكْمَ الدَّيَانَةِ بل هي، يُرَاعَى فيها نيّته عندَ التسليمِ، فإن نوى التَّمْلِكَ لا يَسْتَرِدُّ دَيَانَةً، وإلّا اسْتَرَدَّ هذا هو حُكْمُ الدَّيَانَةِ، تأمّل.

(١) في "ب": ((الاسترداد)).

(٢) لم نعر عليها في مظانها في "الولالية".

(٣) نقول: بل ذكر صاحب "البحر" هنا القول وعزاه إلى "العِمَادِيَّة"، انظر "البحر": كتاب النكاح - باب للمهر ٢٠٠/٣.

(٤) "در" ص ٥٢٠ - وما بعدها.

(٥) "در" ص ٥٢١ -.

(٦) المقولة [١٢٢٨١] قوله: ((والأحوط)).

(٧) "أدب الأوصياء": فصل في القسمة ٢٦٩/٢ (هامش جامع الفصولين). وهو للمولى علي بن محمد الجمالي الرومي الحنفي (ت ٨٩٣١هـ). ("كشف الظنون" ٤٥/١، "فهرس مخطوطات الظاهرية" - الثقة الحنفي ٣٨/١، "معجم المؤلفين" ٤٩٩/٢).

(٨) "الخائبة": كتاب البيوع - باب في بيع غير المالك ٢٨٥/٢ (هامش الفتاوى الهندية).

والحيلة أن يشهد عند التسليم إليها أنه إنما سلمه عاريةً، والأحوط أن يشتريه منها ثم تبرئه، "درر".
 (أخذ أهل المرأة شيئاً عند التسليم فللزواج أن يسردّه^(١)) لأنه رشوة.
 (جهز ابنته ثم ادعى أن ما دفعه لها عاريةً،.....)

(١٢٢٨٠) (قوله: والحيلة) أي: فيما لو أراد الاسترداد منها.

(١٢٢٨١) (قوله: والأحوط) أي: لاحتمال أنه اشترى لها بعض الجهاز في صغرها، فلا يجزئ له أخذه بهذا الإقرار ديانةً كما في "البحر"^(٢) و"الذرر"^(٣)، وكذا لو كان بعلماً سلمه إليها وهي كبيرة.
 (١٢٢٨٢) (قوله: عند التسليم) أي: بأن أتى أن يسلمها أحوها أو نحوها حتى يأخذ شيئاً، وكذا لو أبى أن يزوجهما فللزواج الاسترداد قائماً أو هالِكاً؛ لأنه رشوة، "بزازية"^(٤). وفي "الخواوي الزاهدي" برمز "الأسرار" للعلامة "نجم الدين": ((وإن أعطى إلى رجل شيئاً لإصلاح مصالح المصاهرة إن كان من قوم الخطيئة أو غيرهم الذين يقدرون على الإصلاح والفساد، وقال: هو أجرة لك على الإصلاح لا يرجع، وإن قال: على عدم الفساد والسكوت يرجع؛ لأنه رشوة، والأجرة إنما تكون في مقابلة العمل، والسكوت ليس بعمل، وإن لم يقل: هو أجرة يرجع، وإن كان ممن لا يقدرون على ذلك إن قال: هو عطية أو أجرة لك على الذهاب والإياب أو الكلام أو الرسالة بيني وبينها لا يرجع، وإن لم يقل شيئاً منها يكون هبة له الرجوع فيها إن لم يوجد ما يمنع الرجوع)).

(قوله: إن قال: هو عطية أو أجرة لك) الظاهر أنه راجع لكل من قوليه: ((عطية وأجرة)) حتى يتأتى عدم الرجوع في قوله: ((عطية)).

- (١) في "د" زيادة: ((لأن الرشوة لا تملك كما في قضاء "البحر")، ق. ١٦٥/ب.
 (٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣.
 (٣) "الذرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٨/١.
 (٤) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر: الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وقالت: هو تملك، أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه، وقال الأب) أو ورثته بعد موته: (عارية ف) المعتمد^(١) أن (القول للزوج ولها إذا كان العرف مستمرًا أن الأب يدفع مثله جهازًا لا عارية، و) أمّا (إن^(٢) مشتركا) كمصر والشام.....

[١٢٢٨٣] (قوله: وقالت: هو تملك) كذا في "الفتح"^(٣) و"البحر"^(٤) وغيرهما، ويشكل جعل القول لها بأنه اعتراف بملكية الأب وانتقال الملك إليها من جهته^(٥)، وقد صرح في "البدائع"^(٦): ((بأن المرأة لو أقرت بأن هذا المتاع اشتراه لي زوجي سقط قولها؛ لأنها أقرت بالملك له، ثم ادعت الانتقال إليها، فلا يثبت إلا بدليل)) اهـ^(٧).

ويجاب: بأن هذه من المسائل التي عملوا فيها بالظاهر كاختلاف الزوجين في متاع البيت ونحوها مما يأتي^(٨) في كتاب الدعوى آخر باب التحالف، ومثله ما مر^(٩) في الاختلاف في دعوى المهر والهدية.

[١٢٢٨٤] (قوله: فالمعتمد إلخ) عبر عنه في "فتح القدير"^(١٠): ((بأنه المختار للفتوى))، ومقابلته

(١) في "د" زيادة: ((ذكر المسألة في العارية أيضاً، وقد ذكر أن كل من كان القول قوله يلزمه اليمين إلا في مسائل ليست هذه المسألة منها، والله تعالى أعلم. وأفتى قارئ "الهداية" رحمه الله تعالى بقوله: القول قول الأب والأم - أنهما لم يملكاها، وإنما هو عارية عندهم - مع اليمين، إلا أن تقوم دلالة أن الأب والأم يملكان مثل هذا الجهاز للابنة. وسئل أيضاً عما إذا تنازعا مع الزوج بعدما زفت إليه بالجهاز وماتت، فأجاب: إذا زفت إلى الزوج، وسلمت إليه مع الجهاز لا يسمع من الأبوين أنه ليس لها إلا بينة، والله تعالى أعلم. "حامدية")). ق ١٦٥/ب.

(٢) في "د": ((إن كان)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((كذلك أو تارة وتارة فالقول له، به فتى، كما لو كان أكثر مما يجهر به مثلها، فإن القول له اتفاقاً انتهى. وعبر في "البرازية" في دعوى الزوج أنه من تركتها، وهذا لا إشكال فيه، وإنما الإشكال فيما إذا ادعى التملك، ولم أر من أوضحه)). ق ١٦٥/ب.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر - فصل ومما يتصل بهذا اختلاف الزوجين إلخ ٣١٠/٢.

(٧) في "د" زيادة: ((فهذا يدل على أنه من ادعى التملك في مسألتنا لا يقبل قوله إلا بدليل، فتأيد ما بحثناه أولاً فتأمل)). ق ١٦٥/ب.

(٨) انظر المقولة [٢٧٨١٩] قوله: ((وإن اختلف الزوجان)).

(٩) "در" ص ٥٥٥.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(فالقول للأب).....

ما نقله قبله: ((من أن القول لها - أي: بدون تفصيل - بشهادة الظاهر؛ لأن العادة دَفَع ذلك هبة))، وما اختاره الإمام "السرْحسي": ((من أن القول للأب؛ لأن ذلك يُستفاد من جهته)) اهـ. والظاهر: أن القول المعتمد توفيق بين هذين القولين [١٢٢/٣] بجعل الخلاف لفظياً.

مطلب في دَعوى الأب أن الجهاز عارية

[١٢٢٨٥] (قوله: فالقول للأب) أي: مع اليمين كما في "فتاوى قارئ الهداية"^(١).

قلت: وينبغي تقييد القول للأب بما إذا كان الجهاز كله من ماله، أما لو جهَّزها بما قبضه من مهرها فلا؛ لأن الشراء وَقَعَ لها حيث كانت راضية بذلك، وهو بمنزلة الإذن منها عرفاً، نعم لو زاد على مهرها فالقول له في الزائد إن كان العرف مُشترَكاً.

ثم أعلم أنه قال في "الأشباه"^(٢): ((إن العادة إنما تُعتبر إذا اطردت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع: لو باع بدرهم أو دنانير في بلدٍ اختلف فيها النقود مع الاختلاف في المائية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب، قال في "الهداية"^(٣): لأنه هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه)) اهـ كلام "الأشباه".

قلت: ومقتضاه أن المراد من استمرار العرف هنا غلبته، ومن الاشتراك كثرة كل منهما؛ إذ لا نظر إلى النادر، ولأن حمل الاستمرار على كل واحدٍ من أفراد الناس في تلك البلدة لا يمكن، ويلزم عليه إحالة المسألة؛ إذ لا شك في صدور العارية من بعض الأفراد، والعادة الفاشية الغالبة في أشراف^(٤) الناس وأوساطهم دَفَع ما زاد على المهر من الجهاز تملكاً سوى ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية، فلو ماتت ليلة الزفاف^(٥) لم يكن

(١) "فتاوى قارئ الهداية": ص ٣٣- المسألة (٣٠).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول - القاعدة السادسة: العادة والعرف ص ١٠٣-١٠٤.

(٣) "الهداية": كتاب البيوع ٢٢/٣.

(٤) في "٣": ((أفراد)).

(٥) من ((من الحلي)) إلى ((الزفاف)) ساقط من "٣".

٣٦٦/٢

للرَّجُلِ أَنْ يَدْعِيَ أَنَّهُ لَهَا، بَلِ الْقَوْلُ فِيهِ لِلأَبِ أَوْ الأُمِّ: إِنَّهُ عَارِيَةٌ أَوْ مُسْتَعَارٌ لَهَا كَمَا يُعْلَمُ مِنْ قَوْلِ
"الشَّارِحِ": ((كَمَا لَوْ كَانَ أَكْثَرَ مِمَّا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلَهَا))، وَقَدْ يُقَالُ: هَذَا لَيْسَ مِنَ الْجِهَازِ عُرْفًا.
وَبَقِيَ لَوْ جَرَى العَرْفُ فِي تَمْلِيكِ البَعْضِ وَإِعَارَةِ البَعْضِ؛ وَرَأَيْتُ فِي "حَاشِيَةِ الأَشْبَاهِ"
لِلسَّيِّدِ "مُحَمَّدِ أَبِي السُّعُودِ" عَنِ "حَاشِيَةِ العَزْرِيِّ": ((قَالَ الشَّيْخُ الإِمَامُ الأَحْمَدُ "الشَّهِيدُ":
المَخْتَارُ لِلْفَتَاوَى أَنْ يُحْكَمَ بِكُونَ الْجِهَازِ مِلْكَاً لَا عَارِيَةً^(١)؛ لِأَنَّهُ الظَّاهِرُ الغَالِبُ، إِلاَّ فِي بِلْدَةِ
جَرَّتِ العَادَةُ بِدَفْعِ الكَلِّ عَارِيَةً فَالْقَوْلُ لِلأَبِ، وَأَمَّا إِذَا جَرَّتْ فِي البَعْضِ يَكُونُ الْجِهَازُ تَرِكَةً
يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الوَرْتَةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ)) اهـ^(٢).

وَلَعَلَّ وَجْهَهُ: أَنَّ البَعْضَ الَّذِي يَدْعِيهِ الأَبُ بِعَيْنِهِ عَارِيَةً لَمْ تَشْهَدْ لَهُ بِهَ العَادَةُ، بِخِلَافِ
مَا لَوْ جَرَّتِ العَادَةُ بِإِعَارَةِ [١/١٢٣ق/٣] الكَلِّ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ وَرَثَتِهَا، بَلِ يَكُونُ كَلَّةً لِلأَبِ،
وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(تنبية)

ذَكَرَ "البَيْرِيُّ" فِي "شرح الأَشْبَاهِ": ((أَنَّ مَا ذَكَرُوهُ فِي مَسْأَلَةِ الْجِهَازِ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا إِذَا كَانَ
النِّزَاعُ مِنَ الأَبِ، أَمَّا لَوْ مَاتَ فَادَّعَتْ وَرَثَتُهُ فَلَا خِلَافَ فِي كُونَ الْجِهَازِ لِلبِنْتِ؛ لِمَا فِي
"الوَلَوَالِجِيَّةِ"^(٣): جَهَّزَ ابْنَتَهُ ثُمَّ مَاتَ، فَطَلَّبَ بَقِيَّةَ الوَرْتَةِ القِسْمَةَ فَإِنَّ الأَبَ اشْتَرَى لَهَا فِي
صِغَرِهَا أَوْ فِي كِبَرِهَا وَسَلَّمَ لَهَا فِي صِحَّتِهِ فَهِيَ لَهَا خَاصَّةٌ)) اهـ.

قُلْتُ: وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ كَلَامَ "الوَلَوَالِجِيَّةِ" فِي مِلْكِ البِنْتِ لَهُ بِالشَّرَاءِ لَوْ صَغِيرَةً وَبِالتَّسْلِيمِ
لَوْ كَبِيرَةً، وَلَا فَرَقَ فِيهِ بَيْنَ مَوْتِ الأَبِ وَحَيَاتِهِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا مَرَّ^(٤) مِنْ قَوْلِ "المُصَنِّفِ" وَ"الشَّارِحِ":

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((لِأَنَّ الظَّاهِرَ وَالعَارِضَ أَنَّهُ تُجَهَّزُ البِنَاتُ عَلَى سَبِيلِ التَّمْلِيكِ، وَهُوَ دَلِيلُ المَلِكِ إِلاَّ فِي بِلْدَةِ جَرَّتِ
العَادَةُ بِكُونَ الْجِهَازِ عَارِيَةً، فَالْقَوْلُ لِلأَبِ إِنْ جَرَّتِ العَادَةُ بِدَفْعِ الكَلِّ عَارِيَةً)). ق ١٦٥/ب.

(٢) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((أَقُولُ جَرَّتِ العَادَةُ فِي عَرَفِ الشَّامِ؛ بَيْنَ أَوْسَاطِ النَّاسِ؛ أَنَّهُمْ قَدْ يَدْفَعُونَ البَعْضَ عَارِيَةً، وَلَيْسَتْ
عَادَةُ مَطْرَدَةً، وَعَلَيْهِ فَلَا يُصَدَّقُ الأَبُ)). ق ١٦٥/ب.

(٣) لَمْ نَعْرَظْ عَلَيْهَا فِي نَسَخَةِ "الوَلَوَالِجِيَّةِ" الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٤) "دِر" ص ٥١٩.

كما لو كان أكثر مما يُجهزُ به مثلها.

(والأمُّ كالأب^(١) في تجهيزها) وكذا وليُّ الصَّغيرة، "شرح وهبانية".....

((ليس له الاسترداد منها ولا لورثته بعده))، وإنما الكلام في سماع دَعْوَى العارِية بعد الشراء أو التسليم، والمعتمدُ البناء على العُرف كما علمت، ولا فَرْق في ذلك أيضاً بين موت الأب وحياته، فدَعْوَى ورثته كدَعْوَاهُ، فتأمل^(٢).

[١٢٢٨٦] قوله: كما لو كان الخ) والظاهر أنه إن أمكن التمييز فيما زاد على ما يُجهزُ به مثلها كان القولُ قوله فيه، وإلا فالقولُ قوله في الجميع، "رحمتي".

[١٢٢٨٧] قوله: والأمُّ كالأب) عرَاهُ "المصنّف"^(٣) إلى "فتاوى قارئ الهداية"^(٤)، وكذا بَحْتُهُ "ابن وهبان" كما يأتي^(٥).

[١٢٢٨٨] قوله: وكذا وليُّ الصَّغيرة) ذكره "ابن وهبان" في "شرح منظومته" بحثاً حيث قال: ((وينبغي أن يكون الحكمُ فيما تدعيه الأمُّ ووليُّ الصَّغيرة إذا زوّجها كما مرَّ؛ لجرّيان العُرفِ في ذلك))، لكن قال "ابن الشَّحنة" في "شرحه"^(٦): ((قلت: وفي الوليِّ عندي نظراً)) اهـ. وتردّد في "البحر"^(٧) في الأمِّ والجَدِّ وقال: ((إنَّ مسألة الجَدِّ صارت واقعة الفتوى))، ولم يحدِّ فيها نقلاً، وكتبَ "الرَّملي"^(٨): ((أنَّ الذي يظهرُ ببادئ الرأي أنَّ الأمَّ والجَدَّ كالأب الخ)).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: والأمُّ كالأب)) قال في "البحر": هي واقعة الفتوى، ولم أرَ فيها نقلاً، انتهى.

أقول: لكنّها مذكورة في "فتاوى قارئ الهداية" جازماً أنّها كالأب، كما نصَّ عليه المصنّف، إلا أن تقوم دلالة على أنّهما يدفعان ملكاً لا عارية، انتهى))، ق ١٦٥/ب.

(٢) من ((وإنما الكلام)) إلى ((فتأمل)) ساقط من "الأصل".

(٣) بل عزاه إلى قاضيخان في فتاوه. انظر المنح: كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٨.

(٤) "فتاوى قارئ الهداية": ص ٣٣ - المسألة (٣٠).

(٥) في المقولة التالية.

(٦) لم نعر عليها في مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣ بتصرف.

(٨) من ((من الرَّملي)) إلى ((والرَّملي)) ساقط من "الأصل".

واستحسنَ في "النهر" تبعاً لـ "قاضي خان": ((أَنَّ الأبَّ إِن كَانَ مِنَ الْأَشْرَافِ لَمْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ: إِنَّهُ عَارِيَّةٌ)).

(ولو دَفَعَتْ فِي تَجْهِيزِهَا لِابْنَتِهَا أَشْيَاءَ مِنْ أَمْتَعَةِ الْأَبِّ بِحَضْرَتِهِ وَعِلْمِهِ وَكَانَ سَاكِتًا، وَزُفَّتْ إِلَى الزَّوْجِ فَلَيْسَ لِلأَبِّ أَنْ يَسْتَرِدَّ ذَلِكَ مِنْ ابْنَتِهِ) لَجْرِيَانِ العُرْفِ بِهِ (وَكَذَا لَوْ أَنْفَقَتِ الأُمُّ فِي جَهَازِهَا مَا هُوَ مَعْتَادٌ وَالأَبُّ سَاكِتٌ لَا تَضْمَنُ) الأُمُّ^(١)، وهما من المسائل.....

[١٢٢٨٩] (قوله: واستحسنَ في "النهر"^(٢)) حيث قال: ((وقال الإمام "قاضي خان"^(٣)): وينبغي أن يقال: إن كان الأب من الأشراف لم يقبل قوله: إنه عارية، وإن كان ممن لا يجهنُّ البناتِ بمثل ذلك قبل قوله. وهذا لعمري من الحسنِ بمكان)) اهـ.

قلت: ولعلَّ وجهَ استحسانِهِ مع أنه لا يُغَايِرُ القَوْلَ المَعْتَمَدَ أَنَّهُ تَفْصِيلٌ لَهُ وَبَيَانٌ لِكَوْنِ الاِشْتِرَاكِ الَّذِي قَدْ يَفْعُ فِي بَعْضِ البِلَادِ إِنَّمَا هُوَ فِي غَيْرِ الأَشْرَافِ.

[١٢٢٩٠] (قوله: وعلميه) عطفُ تفسيري، فالمدارُ على العِلْمِ والسُّكُوتِ بَعْدَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا.

[١٢٢٩١] (قوله: وزُفَّتْ إِلَى الزَّوْجِ) قَيْدٌ بِهِ لِأَنَّ تَمْلِيكَ البَالِغَةِ بِالتَّسْلِيمِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عَادَةً بِالزَّفَافِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَصِيرُ الجَهَازُ بِيَدِهَا، فَافْهَمِ.

[١٢٢٩٢] (قوله: ما هو معتاد) [١٢٣/٣] مفهومه أنه لو كان زائداً على المعتاد لا يكون سكوته رضاً فتضمن، وهل تضمن الكل أو قدر الزائد؟ محل تردّد، وحزم "ط"^(٤) بالثاني.

(١) ((الأم)) ليست في "د".

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق/١٨٨.

(٣) "الحنانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٩١/١ (هامش الفتاوى الهندية).

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٧/١.

السَّبْعِ والثَّلَاثِينَ، بل الثَّمَانِ والأربعين - على ما في "زواهر الجواهر" - التي السُّكُوتُ فيها كالنُّطْقِ.

(فرغ) لو زُفْتُ إليه بلا جِهَازٍ يَلِيقُ به^(١) فله مُطالِبَةُ الأبِ بالنَّقْدِ، "قنية"^(٢).

زاد في "البحر" عن "المبتغى":

[١٢٢٩٣] (قوله: السَّبْعِ والثَّلَاثِينَ) قال "ح"^(٣): ((قدَّمناها في بابِ الوَلِيِّ عن "الأشباه"^(٤))).

[١٢٢٩٤] (قوله: على ما في "زواهر الجواهر"^(٥)) أي: "حاشية الأشباه" للشيخ "صالح" ابن

مُصنِّفِ "التنوير"، فإنه زاد على ما في "الأشباه" ثلاث عشرة مسألة ذكرها "الشَّارِحُ" في كتاب الوقف، "ح"^(٦).

[١٢٢٩٥] (قوله: يَلِيقُ به) الضَّميرُ في عبارة "البحر"^(٧) عن "المبتغى" عائِدٌ إلى ما بعثه الزَّوْجُ

إلى الأبِ من الدَّراهمِ والدَّنَانيرِ، ثم قال: ((والمعتبرُ ما يُتَّخَذُ للزَّوْجِ لا ما يُتَّخَذُ لها)) اهـ.

(قوله: الضَّميرُ في عبارة "البحر" عن "المبتغى" عائِدٌ إلخ) ليس في عبارة "البحر" ضميرٌ أصلاً وهي:

((قال في "المبتغى": من زُفْتُ إليه امرأته بلا جِهَازٍ فله مُطالِبَةُ الأبِ بِمَا بَعَثَ إليه من الدَّراهمِ والدَّنَانيرِ، وإن كان الجِهَازُ قليلاً فله المُطالِبَةُ بما يَلِيقُ بالمَبْعُوثِ)) اهـ. فالمناسبُ أن يقول: الضَّميرُ على ما في "البحر" عن "المبتغى" إلخ، على أنه يَحْتَمِلُ أن يُرادَ بالمَبْعُوثِ الزَّوْجُ أي: المَبْعُوثُ إليه.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لو زُفْتُ إليه بلا جِهَازٍ يَلِيقُ به إلخ، قال في "القاموس": زَفَّ العروسُ إلى زوجها زَفًّا وزَفافًا، ككتاب: هداها - أي: قدَّمها - والمزْفَةُ بالكسر: المِحْفَةُ تَرَفُّ فيها العروس)). ق ١٦٥/ب.

(٢) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يتعلق بتجهيز البنات الأختان والعروس ق ٣٨/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٦/ب.

(٤) "الأشباه والنظائر": النوع الثاني من القواعد - القاعدة الثانية عشرة: لا ينسب إلى ساكت قول - المسألة الثانية والثلاثون ص ١٨١ - معزياً إلى "القنية".

(٥) مرت ترجمته ٦١٩/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٦/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣.

((إلا إذا سكتَ طويلاً فلا خصومة له))، لكن في "النهر" عن "البرازية":
 ((الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشيء؛ لأن المال في النكاح غير مقصود))....

قلت: وهذا المبعوث يُسمى في عُرفِ الأعاجم بالدستيمان كما يأتي^(١).
 (١٢٢٩٦) (قوله: إلا إذا سكتَ طويلاً) قال "الشارح"^(٢) في كتاب الوقف: ((ولو سكتَ بعد الزفافِ زماناً يُعرفُ بذلكِ رضاهُ لم يكن له أن يُخاصمَ بعد ذلك وإن لم يُتخذَ له شيء))
 اهـ "ح"^(٣). وأشار بقوله: ((يُعرفُ)) إلى أنَّ المعتبرَ في الطولِ والقصرِ العُرفُ.
 (١٢٢٩٧) (قوله: لكن في "النهر"^(٤) إلخ) ومثله في "جامع الفصولين"^(٥) و"لسان الحكام"^(٦)
 عن "فتاوى ظهير الدين المرغيناني"، وبه أفتى في "الحامدية".

قلت: وفي "البرازية"^(٧) ما يفيدُ التوفيقَ حيث قال: ((تزوَّجها وأعطاها ثلاثة آلاف دينارِ الدستيمان وهي بنتُ مُوسى، ولم يُعطِ لها الأبُ جهازاً أفتى الإمامُ "جمال الدين" وصاحبُ "المحيط" بأنَّ له مطالبةَ الجهازِ من الأبِ على قدرِ العُرفِ والعادة، أو طلبُ الدستيمان))، قال:
 ((وهذا اختيارُ الأئمةِ، وقال الإمامُ "المرغيناني": الصحيحُ أنه لا يرجعُ بشيء؛ لأنَّ المالَ في النكاحِ غيرُ مقصودٍ، وكان بعضُ أئمةِ خوارجِهم يعترضُ بأنَّ الدستيمانَ هو المهرُ المعجلُ كما ذكره في "الكافي"^(٨) وغيره، فهو مُقابلٌ بنفسِ المرأة، حتى ملكتُ حبسَ نفسها لاستيفائه،

(١) المقولة [١٥٩٧٤] قوله: ((بلا جهازٍ يليق به)).

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢٢٠٣٢] قوله: ((ولو سكت إلخ)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر في ١٦٧/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر في ١٨٨/أ.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل العشرون: في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٦٧/١.

(٦) "لسان الحكام في معرفة الأحكام" لأبي الوليد إبراهيم بن محمد بن محمد، برهان الدين المعروف بابن الشحنة الحلبي (ت ٨٨٢ هـ) ("كشف الظنون" ١٥٤٩/٢، و"هدية العارفين" ٢١/١).

(٧) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر: في دعواه والاختلاف بين الزوجين ١٥٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية"). وفيها: ((الدست ييمان)).

(٨) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب المهر في ١١٥/أ.

فكيف يملك الزوج طلب الجهاز والشيء لا يقابله عوضان؟، وأجاب عنه "الفقيه" ناقلاً عن "الأستاذ": أن "الدستيمان إذا أدرج في العقد فهو المعجل الذي ذكرته، وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو كالمهية بشرط العوض، وذلك ما قلناه، ولهذا قلنا: إن لم يذكره في العقد وزفت إليه بلا جهاز، وسكت الزوج أياماً لا يتمكن من دعوى الجهاز؛ لأنه لما كان مُحتملاً وسكت زماناً [١٢٤٣/٣] يصلح للاختيار دل أن الغرض لم يكن الجهاز)) اهـ ملخصاً.

٣٦٧/٢

وحاصلة: أن ذلك المعجل لا يلزم كونه هو المهر المعجل دائماً كما يوهمه كلام "الكافي" حتى يرد أنه مقابل بنفسها لا بجهازها، بل فيه تفصيل، وهو أنه إن جعل من جملة المهر المعجود عليه فهو المهر المعجل، وهو مقابل بنفس المرأة، وإلا فهو مقابل بالجهاز عادة، حتى لو سكت بعد الزفاف ولم يطلب جهازاً علم أنه دفعه تبرعاً بلا طلب عوض، وهو في غاية الحسن، وبه يحصل التوفيق، والله الموفق.

لكن الظاهر جريان الخلاف في صورة ما إذا كان معقوداً عليه؛ لأنه وإن ذكر على أنه مهر لكن من المعلوم عادة أن كثرة لأجل كثرة الجهاز، فهو في المعنى بدل له أيضاً^(١)، ولهذا كان مهر من لا جهاز لها أقل من مهر ذات الجهاز وإن كانت أجمل منها، ويجاب بأنه لما صرح بكونه مهراً - وهو ما يكون بدل البضع الذي هو المقصود الأصلي من النكاح دون الجهاز - لم يعتبر المعنى، وسيأتي^(٢) في باب النفقة إن شاء الله تعالى مزيد بيان لهذه المسألة، وأن هذا غير معروف في زماننا، بل كل أحد يعلم أن الجهاز للمرأة، إذا طلقها تأخذ كته، وإذا ماتت يورث عنها، وإنما يزيد المهر طمعاً في تزوين بيته به وعوده إليه ولأولاده إذا ماتت، وهذه المسألة نظير ما لو تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بكر فإذا هي تيب، فقد مر^(٣) الخلاف في لزوم الزيادة

(١) (فهو في المعنى بدل له أيضاً)) ساقط من "٣".

(٢) المقولة [١٥٩٧٨] قوله: ((ينبغي العمل بما مر)).

(٣) المقولة [١٢٠٨٥] قوله: ((ورجح في "البيزانية").

(نَكَحَ ذِمِّيًّا) أَوْ مُسْتَأْمِنًا (ذِمِّيَّةً، أَوْ حَرَبِيًّا حَرَبِيَّةً ثَمَّةً بِمِثَّةٍ أَوْ بِلَا مَهْرٍ، بَأَنَّ سَكَتًا عَنْهُ أَوْ نَفْيَاهُ وَ) الْحَالُ أَنَّ (ذَا جَائِزٌ عِنْدَهُمْ، فَوُطِئَتْ أَوْ طُلِّقَتْ قَبْلَهُ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا).....

وعدمه بناءً على الخلاف في هذه المسألة، وقد مر^(١) أنَّ المرجح اللزوم، فلذا كان المصحح هنا عدم الرجوع بشيء كما مر^(٢) عن "المرغيناني".

مطلب في مهر الكفار

[١٢٢٩٨] (قوله: نَكَحَ ذِمِّيًّا لِمَخْلُوعٍ لَمَّا فَرَّغَ مِنْ مُهُورِ الْمُسْلِمِينَ ذَكَرَ مُهُورَ الْكُفَّارِ، وَيَأْتِي بَيَانُ أَنْكِحَتْهِمْ. وَقَوْلُهُ: ((أَوْ مُسْتَأْمِنًا)) يَشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ عَبَّرَ "الْمُصْنَفُ" بِالْكَافِرِ لَكَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْمِنَ كَالذِّمِّيِّ هُنَا، "نَهْر" ^(٤) عَنِ "الْعِنَايَةِ" ^(٥).

[١٢٢٩٩] (قوله: ثَمَّةً) أي: في دار الحرب.

[١٢٣٠٠] (قوله: بِمِثَّةٍ) المراد بها كل ما ليس بمال كالدِّمِّ، "بِحَرْ" ^(٦).

[١٢٣٠١] (قوله: وَذَا جَائِزٌ عِنْدَهُمْ) بَأَنَّ كَانَ لَا يَلْزَمُ عِنْدَهُمْ مَهْرُ الْمَثَلِ بِالنَّفْسِ وَمَا لَيْسَ

بِمَالٍ.

[١٢٣٠٢] (قوله: قَبْلَهُ) أي: قَبْلَ الْوُطْءِ.

[١٢٣٠٣] (قوله: فَلَا مَهْرَ لَهَا) هَذَا قَوْلُهُ، وَعِنْدَهُمَا لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ إِذَا دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا،

(١) المقولة [١٢٠٨٥] قوله: ((ورجح في "البيزانية")).

(٢) في هذه المقولة.

(٣) "در" ص ٦١٢-.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/ب.

(٥) "العناية": كتاب النكاح - باب المهر - فصل: إذا تزوج النصراني نصرانية... ٢٥٩/٣ (هامش "فتح القدير").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠١/٣.

ولو أسلماً أو ترافعاً إلينا؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون.
 (وتثبتُ) بقیةُ (أحكام النكاح في حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة
 في النكاح ووقوع الطلاق ونحوهما) كعدوة،

والمتعة لو طلقها قبل الوطء، وقيل: في الميتة والسكوت روايتان، والأصح أن الكل على الخلاف،
 "هداية"^(١). لكن في "الفتح"^(٢): ((أن ظاهر الرواية وجوب [٣/١٢٤ق/ب] مهر المثل في السكوت
 عنه؛ لأن النكاح معاوضة، فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقاً لها، وذكر الميتة
 كالسكوت؛ لأنها ليست مالا عندهم، فذكرها لغو))، "نهر"^(٣).

[١٢٣٠٤] (قوله: ولو أسلماً إلخ) ((لو)) وصلية، وعبارة "الفتح"^(٤): ((ولو أسلماً أو رفع
 أحدهما إلينا أو ترافعاً)) اهـ. ولم يقل: أو أسلم أحدهما لانتهاميه بالأولى.

[١٢٣٠٥] (قوله: لأننا أمرنا بتركهم) أي: ترك إعراض لا تقرير، وقوله: ((وما يدينون))
 الواو للعطف أو للمصاحبة، فلا تمنعهم عن شرب الخمر وأكل الخنزير وبيعهما، "ط"^(٥) عن
 "أبي السعود"^(٦).

[١٢٣٠٦] (قوله: وتثبت بقیة أحكام النكاح) أي: إن اعتقدها أو ترافعاً إلينا، "ط"^(٧).

[١٢٣٠٧] (قوله: كعدوة) أي: لو طلقها وأمرها بلزوم بيتها إلى انقضاء عدتها ورفع الأمر

(قوله: وقيل: في الميتة والسكوت روايتان) أي: عن الإمام.

(قوله: والأصح أن الكل على الخلاف إلخ) في غير أهل الحرب، فإن نفي المهر باتفاق فيهم اهـ.

"ميندي" عن "العيني".

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل: إذا تزوج النصراني نصرانية ٢١٤/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٦٠/٣ - ٢٦١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨ق/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٩/٣.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٨/٢.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب المهر ٧١/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٨/٢.

وَنَسَبٍ، وَخِيَارِ بُلُوغٍ، وَتَوَارُثِ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَحَرَمَةِ مُطَلَّاقَةٍ ثَلَاثًا وَنِكَاحِ مَحَارِمٍ.
(وَإِنْ نَكَحَهَا بِخَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ عَيْنٍ) أَي: مُشَارٍ إِلَيْهِ (ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ أَسْلَمَ
أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَهَا ذَلِكَ) فَتُحْلَلُ الْخَمْرُ وَتُسَيَّبُ الْخَنْزِيرُ،.....

إِلَيْنَا حَكَمْنَا عَلَيْهَا بِذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ طَلَبْتَ نَفَقَةَ الْعِدَّةِ أَلْزَمْنَاُهَا بِهَا، "رَحْمِي".

[١٢٣٠٨] (قَوْلُهُ: وَنَسَبٍ) أَي: يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلِدِهِ فِيمَا يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ بَيْنَنَا، "رَحْمِي".

[١٢٣٠٩] (قَوْلُهُ: وَخِيَارِ بُلُوغٍ) أَي: لَصَغِيرٍ وَصَغِيرَةٍ إِذَا كَانَ الْمَرْجُوعُ غَيْرَ الْأَبِ وَالْجَدِّ،

"ط" (١)

[١٢٣١٠] (قَوْلُهُ: وَتَوَارُثِ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ) هُوَ مَا يُقْرَأُ عَلَيْهِ إِذَا أَسْلَمَ، بِخِلَافِ نِكَاحِ

مَحْرَمٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ مُسَلِّمٍ كَمَا سَيَأْتِي (١) فِي الْفَرَائِضِ.

[١٢٣١١] (قَوْلُهُ: وَحَرَمَةِ مُطَلَّاقَةٍ ثَلَاثًا إِخ) فَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَلَوْ بِمِرَافَعَةٍ أَحَدِهِمَا، وَأَمَّا لَوْ كَانَا

مَحْرَمِينَ فَلَا يُفْرَقُ إِلَّا بِمِرَافَعَتِهِمَا كَمَا سَيَأْتِي (٢) فِي نِكَاحِ الْكَافِرِ.

[١٢٣١٢] (قَوْلُهُ: قَبْلَ الْقَبْضِ) أَمَّا بَعْدُهُ فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا مَا قَبَضْتَهُ وَلَوْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَقَدْ

الْعَقْدُ، "نَهْر" (٤).

[١٢٣١٣] (قَوْلُهُ: فَلَهَا ذَلِكَ) هَذَا قَوْلُ "الإمام"، وَقَالَ "الثَّانِي": لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْمَعْيَنِ

وغيرِهِ، وَقَالَ "الثَّالِثُ": لَهَا الْقِيَمَةُ فِيهِمَا، "نَهْر" (٥).

[١٢٣١٤] (قَوْلُهُ: وَتُسَيَّبُ الْخَنْزِيرُ) كَذَا فِي "الْفَتْحِ" (٦)، قَالَ "الرَّحْمَنِيُّ": ((وَالأولى: فَتَقْتُلُ

الْخَنْزِيرَ)).

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٨/٢.

(٢) المقولة [٣٧٥٠٠] قوله: ((وكل نكاح إخل)).

(٣) المقولة [١٢٥٧٧] قوله: ((أو تزوجها قبل زوج آخر إخل)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٦٢/٣.

ولو طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا نِصْفُهُ (و) لَهَا (فِي غَيْرِ عَيْنِ قِيَمَةِ الْخَمْرِ وَمَهْرٍ الْمَثَلِ فِي الْخَنْزِيرِ) إِذْ أَخَذَ قِيَمَةَ الْقِيَمِيِّ كَأَخَذَ عَيْنَهُ.....

[١٢٣١٥] (قَوْلُهُ: «لَوْ طَلَّقَهَا إِخ») قَالَ فِي «الْفَتْح»^(١): ((وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فِي الْمَعِينِ لَهَا نِصْفُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي غَيْرِ الْمَعِينِ فِي الْخَمْرِ لَهَا نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَفِي الْخَنْزِيرِ الْمُتَعَةِ، وَعِنْدَ «مُحَمَّدٍ» لَهَا نِصْفُ الْقِيَمَةِ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الْقِيَمَةَ فَتَنَصَّفَ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - وَهُوَ الْمَوْجِبُ لِمَهْرِ الْمَثَلِ - لَهَا الْمُتَعَةُ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ لَا يَتَنَصَّفُ)) اهـ.

[١٢٣١٦] (قَوْلُهُ: «إِذْ أَخَذَ قِيَمَةَ الْقِيَمِيِّ إِخ») بَيَانُهُ: أَنَّ أَخَذَ الْمَثَلِ فِي الْمَثَلِيِّ أَوْ الْقِيَمَةَ فِي الْقِيَمِيِّ بِمَنْزِلَةِ أَخَذِ الْعَيْنِ، وَالْخَمْرُ مِثْلِيٌّ، فَأَخَذَ قِيَمَتِهِ لَيْسَ كَأَخَذِ عَيْنِهِ بِخِلَافِ الْقِيَمَةَ فِي الْقِيَمِيِّ كَالْخَنْزِيرِ، فَلِذَا أَوْجِبْنَا فِيهِ مَهْرَ الْمَثَلِ، وَأُورِدَ مَا لَوْ شَرَى ذِمِّيًّا مِنْ ذِمِّيٍّ^(٢) دَارًا بِخَنْزِيرٍ، فَإِنَّ لَشَفِيعِهَا الْمُسْلِمَ أَخَذَهَا [١٢٥٣/٣] بِقِيَمَةِ الْخَنْزِيرِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ قِيَمَةَ الْخَنْزِيرِ كَعَيْنِهِ لَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنْهُ كَمَسْأَلَةِ النِّكَاحِ، وَالْقِيَمَةُ فِي الشُّفْعَةِ بَدَلٌ عَنِ الدَّارِ لَا عَنِ الْخَنْزِيرِ، وَإِنَّمَا صِيرَ إِلَيْهَا لِلتَّقْدِيرِ بِهَا لَا غَيْرِ. ٣٦٨/١
وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْقِيَمَةَ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا بَدَلٌ عَنِ الْغَيْرِ وَهُوَ الْبُضْعُ، وَالْمَصِيرُ إِلَيْهَا لِلتَّقْدِيرِ، وَالْجَوَابُ مَا قَالُوا مِنْ أَنَّهُ لَوْ أَنَاهَا بِقِيَمَةِ الْخَنْزِيرِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أُجِبَرَتْ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَهَا حَكْمُ الْعَيْنِ، فَكَانَتْ مِنْ مُوجِبَاتِ تِلْكَ التَّسْمِيَةِ، وَبِالْإِسْلَامِ تَعَدَّرَ أَخَذَ الْقِيَمَةَ، فَأَوْجِبْنَا مَا لَيْسَ مِنْ مُوجِبَاتِهَا وَهُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ، فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قِيَمَةَ الْخَنْزِيرِ بَدَلٌ عَنْهُ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ عَيْنِهِ، وَلِذَا أُجِبَرَتْ الْمَرْأَةُ عَلَى قَبُولِهَا قَبْلَ الْإِسْلَامِ لَا بَعْدَهُ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدَّارِ، وَلَوْ سَلَّمَ عَدَمُ الْفَرْقِ فَقَدَ

(قَوْلُهُ: «وَالْجَوَابُ مَا قَالُوا: مِنْ أَنَّهُ لَوْ أَنَاهَا إِخ») الْأَوْضَحُ فِي الْجَوَابِ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ مِلْكَةٌ بِالْخَنْزِيرِ، وَبِإِسْلَامِهَا، أَوْ أَحَدِهِمَا انْقَلَبَ إِلَى لُزُومِ الْمَالِ فَلَمْ يَجِبِ الْمَالُ إِلَّا عَوَضًا عَنِ الْخَنْزِيرِ فَعَدَلْنَا عَنْهُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ اهـ.

(١) «الفتح»: كتاب النكاح - باب المهر ٢٦٣/٣.

(٢) ((من ذمي)) ساقط من «الأصل».

(فروع) الوطاء في دار الإسلام لا يخلو عن حدٍّ أو مهرٍ، إلا في مسألتين:.....

يُجابُ بما مرَّ^(١) آخرَ الزكاة في باب العاشر من أن جوازَ الأخذِ بالقيمة في الدارِ لضرورةٍ حقِّ الشفيع، ولا ضرورةً هنا لإمكانِ إيجابِ مهرِ المثل.

[١٢٣١٧] (قوله: الوطاء في دار الإسلام) أي: إذا كان بغيرِ ملكِ اليمين، واحترزَ عن الوطاء في دارِ الحرب، فإنه لا حدَّ فيه، وأمَّا المهرُ فلم أرهُ.

[١٢٣١٨] (قوله: إلا في مسألتين) كذا في "الأشباه"^(٢) من النكاح، وفيها^(٣) من أحكام غيبوبة الحشفة: ((أنَّ المستثنى ثمانِ مسائل))، فزادَ على ما هنا: ((الذمَّة إذا نكحتَ بغيرِ مهرٍ ثمَّ أسلما وكانوا يدينون أن لا مهرَ فلا مهر، والسيدُ إذا زوجَ أمتَهُ من عبده فالأصحُّ أن لا مهر، والعبدُ إذا وطئَ سيدهُ بشبهةٍ فلا مهرَ أخذاً من قولهم فيما قبلها: إنَّ المولى لا يستوجبُ على عبده ديناً، وكذا لو وطئَ حرَّيةً، أو وطئَ الجاريةَ الموقوفةَ عليه، أو وطئَ المرهونةَ بإذنِ الرَّاهنِ ظاناً الحِلَّ))، قال: ((ينبغي أن لا مهرَ في الثلاثة الأخيرة، ولم أرهُ الآن)) اهـ.

ونقلَ "ح"^(٤) عن حدود "البحر"^(٥) في نوع ما لا حدَّ فيه لشبهةِ الحِلِّ: ((أنَّ من هذا النوعِ وطاءً المبيعةَ فاسداً قبلَ القبضِ لا حدَّ فيه لبقاءِ الملكِ، أو بعده لأنَّ له حقَّ الفسخِ، فله حقُّ الملكِ فيها، وكذا المبيعةُ بشرطِ الخيارِ للبايعِ لبقاءِ ملكِهِ، أو للمشتري لأنها لم تخرج

(قوله: وكذا لو وطئَ حرَّيةً إلخ) في "شرح الأشباه": ((قيل: لم يبيِّن الوطاء هل هو بشبهةٍ أو لا، يعتقدُ في دارِ الحربِ أو دارِ الإسلام، والظاهرُ: أنه في دارِ الحربِ)) اهـ. وحاصله: إنَّ وطئَ المسلمِ حرَّيةً سواءً كان بشبهةٍ، أو عقديً في دارِ الحربِ لا مهرَ؛ لأنَّ دارَهُم تمنعُ من جريانِ الأحكامِ ولو في دارِ الإسلامِ والواطئُ كافرٌ فكذلك، وإن كان مسلماً فعليه المهرُ إلخ.

(١) المقولة [٨٣٠٠] قوله: ((بخلاف الشفعة إلخ)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني - كتاب النكاح ص ٢٠٦ -.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث - أحكام غيبوبة الحشفة ص ٣٩٨ - تصرف.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٧/أ.

(٥) "البحر": كتاب الحدود - باب الوطاء الذي يوجب الحدَّ والذي لا يوجهه ١٢/٥.

صبي نكح بلا إذن^(١) وطاوعته،.....

عن ملكه بالكيفية)) اهـ.

قال "ح"^(٢): ((وهل لا مهر في هذه الأربع؟ إطلاق "الشَّارح" يشعر بذلك، فليراجع)).
قلت: أمَّا الأولى فداخلة [٣/١٢٥ق/ب] في مسألة بيع الأمة قبل التسليم فلا مهر، ومثلها
المبيعة بخيار للبائع؛ لأنَّ وطئها يكون فسخاً للبيع، أمَّا المبيعة فاسداً بعد القبض فينبغي لزوم المهر
لوقوع الوطء في ملك غيره، وكذا المبيعة بخيار للمشتري إن أمضى البيع، فافهم.
[١٢٣١٩] (قوله: صبي نكح الخ) في "الحانية"^(٣): ((المراهق إذا تزوج بلا إذن وليه امرأة
ودخل بها، فردَّ أبوه نكاحها قالوا: لا يجب على الصبي حد ولا عقر، أمَّا الحد فلمكان
الصبا، وأمَّا العقر فلأنها إنما زوجت نفسها منه مع علمها أن نكاحه لا ينفذ، فقد رخصت
ببطلان حقها)) اهـ.

وكذا لو زنى ببسب وهي نائمة فلا حد عليه ولا عقر، أو بيكر بالغه دعتة إلى نفسها
وأزال عذرتها، وعليه المهر لو مكرهة أو صغيرة أو أمة ولو بأمرها؛ لعدم صحة أمر الصغيرة
في إسقاط حقها وأمر الأمة في إسقاط حق المولى، ولا مهر عليه بإقراره بالزنا. اهـ.
"هندية"^(٤) ملخصاً.

(قوله: إطلاق "الشَّارح" يشعر بذلك الخ) ليس في عبارة "شارحنا" ما يفيد عدم المهر في هذه
الأربع كلها بل بعضها.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: صبي نكح بلا إذن الخ، في "الفتاوى الظهيرية": من القسم السابع من فصل المهر: صبي
أو مجنون جامع امرأة ثيباً وهي نائمة فلا مهر، ولو كانت بكرًا فانتضها فعليه مهر مثلها، انتهى. ومعلوم أن
لا حد لعدم التكليف، فتزاد هذه على المستثنيات. "حموي"). ق ١٦٦/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٧/أ.

(٣) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٤٢/١-٣٤٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر: في تكرار المهر ٣٢٥/١.

وبائع أمته^(١) قبل تسليم^(٢)، ويسقط من الثمن ما قابل البكارة، وإلا فلا. تدافعت جارية مع أخرى، فزالَتْ بكَارَتِهَا لَزِمَهَا^(٣) مهرُ المثل.....

[١٢٣٢٠] (قوله: وبائع أمته) أي: إذا وطئها قبل التسليم إلى المشتري لا حدَّ عليه ولا مهر؛ لأنه من شبهة المحل؛ لكونها في ضمانه ويده؛ إذ لو هلكت عادت إلى ملكه، والخراج بالضمان، فلو وجب عليه المهر استحقته^(٤).

[١٢٣٢١] (قوله: ويسقط) أي: عن المشتري، ويثبت له الخيار كما لو أتلَّفَ جزءاً منها، "ولو الجية"^(٥).

[١٢٣٢٢] (قوله: وإلا فلا) أي: وإن لم تكن بكارة فلا يسقط شيء، ولا خيار له أيضاً، ورؤي عن "الإمام" أن له الخيار، "ولو الجية"^(٦).

[١٢٣٢٣] (قوله: تدافعت جارية إلخ) تقدّم^(٧) الكلام عليها أول الباب.

(١) في "و": ((أمة)).

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: بائع أمته قبل التسليم إلخ، في "الولوية" من الفصل الرابع - الجزء الثالث بعد كلام: وإن كان البائع هو الذي وطئها وهي بكر أو ثيب، فإن على قول الإمام لا يفرم العقر، ولكن إذا كانت بكرًا فنقصها الوطء يسقط حصّة البكارة عن المشتري من الثمن، وكان له الخيار فيما بقي بمنزلة ما لو أتلَّفَ جزءاً منها، وإن كانت ثيباً لم يسقط شيء من الثمن عن المشتري ولا خيار له، ورؤي عن الإمام أنه له الخيار، انتهى).

أقول: لم يتعرض في "الولوية" لسقوط الحد، وإنما تعرّض لسقوط المهر، ولا يازم من سقوطه سقوط الحد، وإنما سقط لشبهة المحل؛ لأن المبيع قبل التسليم من ضمان البائع، ويعود إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم، وكان الولوي لم يثبت على سقوط الحد لظهوره. (حموي). ق ١٦٦/أ.

(٣) في "ب": ((لزيمه)).

(٤) في هامش "م": ((قوله: فلو وجب عليه المهر استحقته) أي: لأن المهر يصير من الزوائد المنفصلة، وهي مملوكة لمن يده يد ضمان، فكأننا أوجبت المهر عليه لنفسه)).

(٥) "الولوية": كتاب البيوع - الفصل الرابع فيما يجزى البائع على تسليم المبيع ٣/ق ١٧٢/ب.

(٦) "الولوية": كتاب البيوع - الفصل الرابع فيما يجزى البائع على تسليم المبيع ٣/ق ١٧٢/ب.

(٧) المقولة [١١٨٩٨] قوله: ((نهر بمثلاً)).

لأبي الصَّغِيرَةِ الْمُطَالِبَةِ بِالْمَهْرِ، وَلِلزَّوْجِ الْمُطَالِبَةِ بِتَسْلِيمِهَا إِنْ تَحَمَّلَتِ الرَّجُلَ،.....

مطلب: لأبي الصَّغِيرَةِ الْمُطَالِبَةِ بِالْمَهْرِ

[١٢٣٢٤] (قوله: لأبي الصَّغِيرَةِ الْمُطَالِبَةِ بِالْمَهْرِ) وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ لَا يَسْتَمْتِعُ بِهَا كَمَا فِي "الْهُنْدِيَّة" (١) عَنْ "التَّحْنِيسِ"، وَالصَّغِيرَةُ غَيْرُ قَيْدٍ، فَفِي "الْهُنْدِيَّة" (٢): ((لِلأبِ وَالْجَدِّ وَالْقَاضِي قَبْضُ صَدَاقِ الْبِكْرِ صَغِيرَةٍ كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةٍ، إِلَّا إِذَا نَهَتْهُ وَهِيَ بِالغَةِ صَحَّ النَّهْيُ، وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ ذَلِكَ، وَالْوَصِيُّ يَمْلِكُ ذَلِكَ عَلَى الصَّغِيرَةِ، وَالثَّيْبُ الْبَالِغَةُ حَقُّ الْقَبْضِ لَهَا دُونَ غَيْرِهَا)) اهـ.

وَشَمِلَ قَوْلُهُ: ((وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ)) الْأُمُّ، فَلَيْسَ لَهَا الْقَبْضُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ وَصِيَّةً، وَحَيْثُ ذُو فَتَطَالِبُ الْأُمُّ إِذَا بَلَغَتْ دُونَ الزَّوْجِ كَمَا أَفَادَهُ فِي "الْهُنْدِيَّة" (٣)، "ط" (٤).

قلت: أي: تُطَالِبُ الْأُمُّ إِذَا ثَبَتَ الْقَبْضُ بِغَيْرِ إِقْرَارِ الْأُمِّ؛ لِمَا فِي "الْبِرَازِيَّة" (٥) وَغَيْرِهَا: ((أَدْرَكَتْ وَطَلَبَتْ الْمَهْرَ مِنَ الزَّوْجِ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَى الْأَبِ فِي [١٢٦٣/٣] صَغِيرِهَا وَأَقْرَبُ الْأَبِ بِهِ لَا يَصَحُّ إِقْرَارُهُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، فَلَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ، وَتَأْخُذُ

(قوله: ففي "الْهُنْدِيَّة": لِلأبِ وَالْجَدِّ وَالْقَاضِي قَبْضُ صَدَاقِ الْبِكْرِ الْخ) فِيهِ أَنَّ مَا فِي "الْهُنْدِيَّة" إِنَّمَا أَفَادَ أَنَّ لِلأبِ الْقَبْضَ، وَلَا يُفِيدُ أَنَّ لَهُ الْمُطَالِبَةَ، فَالْأَوَّلَى الْاسْتِدْلَالُ بِمَا فِي "الْبَحْرِ" عَنْ "الدَّحِيرَةِ": ((لِلأبِ الْمُحَاصِمَةِ مَعَ الزَّوْجِ فِي مَهْرِ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ، كَمَا لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ)) اهـ.

(١) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١ وفيه: ((البنيت البالغة)) بدل ((الثيب البالغة)).

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٩/٢.

(٥) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغار ١٢٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

من الزوج، ولا يرجع على الأب؛ لأنه أقرَّ بقبض الأب في وقت له ولاية قبضه، إلا إذا كان قال عند الأخذ: أبرأتك من مهرها، ثم أنكرت البنت له الرجوع هنا على الأب)) اهـ.

وفيها^(١): ((قبض الولي المهر، ثم ادعى الرّد على الزوج لا يُصدّق إذا كانت بكرًا؛ لأنه يلي القبض لا الرّد، ولو ثيبًا يُصدّق؛ لأنه أمين ادعى رَدّ الأمانة)) اهـ.

وفيها^(٢): ((قبض الأب مهرها وهي بالغة أو لا وجهزها، أو قبض مكان المهر عينًا ليس

(قوله: ولا يرجع على الأب إلخ) أي فيما إذا هلكت في يديه، وإلا فله الرجوع عليه به؛ فقد ذكر في "التتوير" من الوكالة: ((ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه، فإن حضر الغائب فصلّقه فيها وإلا أمر بدفع الدين إليه ثانياً، ورجع به على الوكيل إن باقياً في يديه ولو حكماً بأن استهلكه، وإن ضاع إلا إذا كان ضيعته عند الدفع بقدر ما يأخذه الدائن ثانياً لا ما أخذه الوكيل؛ لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة، أو قال له: قبضت منك على أنني أبرأتك من الدين فهو كما قال الأب للختن عند أخذ مهر ابنته: آخذ منك على أنني قد أبرأتك من مهر ابنتي، فإن أخذته البنت ثانياً رجعت الختن على الأب فكنا هنا "بزازية") اهـ. وفي "قرّة عيون الأخيار" ما نصّه: ((كان وجهه: أن كلاً من القايض والدافع مُصَادِقَانِ عَلَى الْوَكَالَةِ عَنِ الدَّائِنِ، وَقَوْلُ الْقَايِضِ: قَبِضْتُ مِنْكَ عَلَى أَنِّي أَبْرَأْتُكَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بَرَاءَةَ الاستيفاء، أو بَرَاءَةَ الإسقاط، فإن كانت بَرَاءَةُ الإسقاط فقد جعلها في مُقَابَلَةِ ما قبضه، وإن كانت بَرَاءَةُ الاستيفاء فكأنه اعترف بأنه استوفى ما عليه من الدين، فإذا رجعت الدائنة بدّينه يرجع عليه بما قبضه في مُقَابَلَةِ الإسقاط؛ لأنه بمنزلة البيع فقد التزم له السّلامَة بأخذ البَدَل، وكذلك في بَرَاءَةِ الاستيفاء؛ لأنه حيث أخذ منه تبيّن بطلان استيفائه فيرجع عليه بما استوفى، وهو مُشْكَلٌ لَأَنَّ فِي زَعْمِهِمَا أَنَّ المُستوفى ثانياً ظالمٌ باستيفائه، وأنه قد برئت ذمّة المدين بقبض الوكيل، وأن الوكيل أمينٌ فيما قبض فما وجه الرجوع عليه في مثل هذه الصّورة، وكذا مسألة الختن)).

(قوله: وفيها قبض الأب مهرها إلخ) هذا ظاهر في البكر البالغة اهـ.

(١) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغار ١٢٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغار ١٢٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

قال "البزازی": ((ولا يُعتبرُ السنُّ، فلو تسلَّمها فهربَّتْ لم يلزمه طلبها)). خدع^(١) امرأة وأخذها حُبْسَ إلى أن يأتي بها أو يُعلم موتها. المهرُ مهرُ السرِّ، وقيل: العلانية.....

لها أن لا تُحيز^(٢)؛ لأنَّ ولاية قبضِ المهرِ إلى الآباءِ، وكذا التصرفُ فيه)) اهـ.
لكن في "الهندية"^(٣): ((لو قبضَ بمهرِ البالغةِ ضيعةً فلم ترَضَ إن جرى التعارفُ بذلك جازَ له، وإلا فلا ولو بكرًا))، وتأمَّ مسائل قبضِ المهرِ في "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥) أوَّلَ باب الأولياء.

[١٢٣٢٥] (قوله: قال "البزازی"^(٦) إلخ) عبارته: ((ولا يُحيزُ الأبُ على دَفْعِ الصَّغيرةِ إلى الرَّوجِ، ولكن يُحيزُ الرَّوجَ على إيفاءِ المعجلِ، فإن زعمَ الرَّوجُ أنها تتحمَّلُ الرَّجالَ وأنكرَ الأبُ فالقاضي يُريها النساءَ، ولا يُعتبرُ السنُّ)) اهـ.
قلت: بل في "التتارخانية"^(٧): ((البالغةُ إذا كانت لا تتحمَّلُ لا يُومرُ بدفعها إلى الرَّوجِ)).

مطلب في مهرِ السرِّ ومهرِ العلانية

[١٢٣٢٦] (قوله: المهرُ مهرُ السرِّ إلخ) المسألة على وجهين:

(١) في "د" زيادة: ((الحَدْعُ، قال في "القاموس": وأعدعه: أوقفه إلى الشيء، وحمله على المخادعة. وكمعظم: المهرَّب، وقد خدع مراراً. وانخدع: رضي بالخدع. والمخادعة في الآية الكريمة [سورة البقرة/٩]: إظهارٌ غير ما في النفس، وذلك أنهم أبطنوا الكفر وأظهروا الإيمان. اهـ)). ق ١٦٦/أ.

(٢) في "ب": ((تجيز)) بالراء، وهو خطأ.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب السابع في المهر - الفصل الحادي عشر في منع المرأة نفسها بمهرها ٣١٩/١ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء ق ١٦٩/أ.

(٦) "البزازیة": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "التتارخانية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في نكاح الصغار والصغار وتسليمهن إلى الأزواج وتصرف الأولياء

في المهر ٣٥/٣ معرباً إلى "المحيط".

الأول: تَوَاضَعًا فِي السَّرِّ عَلَى مَهْرٍ، ثُمَّ تَعَاقَدًا فِي الْعَلَانِيَةِ بِأَكْثَرِ وَالْجِنْسُ وَاحِدٌ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْمَوَاضَعَةِ فَالْمَهْرُ مَهْرُ السَّرِّ، وَإِلَّا فَالْمَسْمِيُّ فِي الْعَقْدِ مَا لَمْ يُرْهِنِ الزَّوْجُ عَلَى أَنَّ الزِّيَادَةَ سُمْعَةٌ، وَإِنْ اخْتَلَفَ الْجِنْسُ فَإِنْ لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى الْمَوَاضَعَةِ فَالْمَهْرُ هُوَ الْمَسْمِيُّ فِي الْعَقْدِ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَيْهَا انْعَقَدَ بِمَهْرٍ الْمَثَلِ، وَإِنْ تَوَاضَعَا فِي السَّرِّ^(١) عَلَى أَنَّ الْمَهْرَ دَنَانِيرٌ، ثُمَّ تَعَاقَدَا فِي الْعَلَانِيَةِ عَلَى أَنَّ لَا مَهْرَ لَهَا فَالْمَهْرُ مَا فِي السَّرِّ مِنَ الدَّنَانِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدَ مَا يُوجِبُ الْإِعْرَاضَ عَنْهَا، وَإِنْ تَعَاقَدَا عَلَى أَنَّ لَا تَكُونَ الدَّنَانِيرُ مَهْرًا لَهَا، أَوْ سَكْنَا فِي الْعَلَانِيَةِ عَنِ الْمَهْرِ انْعَقَدَ بِمَهْرٍ الْمَثَلِ.

الوجه الثاني: أَنْ يَتَعَاقَدَا فِي السَّرِّ عَلَى مَهْرٍ، ثُمَّ أَقْرَأَا فِي الْعَلَانِيَةِ بِأَكْثَرٍ، فَإِنْ اتَّفَقَا أَوْ أَشْهَدَ أَنَّ الزِّيَادَةَ سُمْعَةٌ فَالْمَهْرُ مَا ذُكِرَ عِنْدَ الْعَقْدِ فِي السَّرِّ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ فَعِنْدَهُمَا الْمَهْرُ هُوَ الْأَوَّلُ، وَعِنْدَهُ هُوَ "الثاني"، وَيَكُونُ جَمِيعُهُ زِيَادَةً^(٢) عَلَى الْأَوَّلِ لَوْ مِنْ خِلَافِ جِنْسِيهِ، [٣/١٢٦ق/ب] وَإِلَّا فَالزِّيَادَةُ بِقَدْرِ مَا زَادَ عَلَى الْأَوَّلِ. اهـ ملخصاً من "الذخيرة".

والحاصل في الوجه الأول أن العقد إنما جرى في العلانية فقط، وفي الوجه الثاني بالعكس، أو جرى مرتين: مرة في السر ومرة في العلانية كما قلناه^(٣) مبسوطاً عن "الفتح" عند قول "المصنف":

(قوله: وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَيْهَا انْعَقَدَ إلخ) يُنظَرُ الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ؛ حَيْثُ انْعَقَدَ فِيهَا بِمَهْرٍ الْمَثَلِ، وَبَيْنَ الْمَسْأَلَةِ بَعْدَهَا؛ حَيْثُ ثَبِتَ مَا فِي السَّرِّ فِي الْأَوَّلَى مِنْهَا، وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ أَعْنِي: مَا إِذَا تَعَاقَدَا عَلَى أَنَّ لَا تَكُونَ الدَّنَانِيرُ مَهْرًا لَهَا أَوْ سَكْنَا فِي الْعَلَانِيَةِ عَنِ الْمَهْرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) من ((على مهر)) إلى ((في السر)) ساقط من "٣".

(٢) في هامش "٣": ((قوله: (ويكون جميعه زيادة إلخ) أي: لو عقد في السر على مائة درهم وفي العلانية على مائة دينار يجب المهران جميعاً، ويكون الثاني زيادة على الأول، ولو عقدنا على مائة درهم ثم في العلانية على مائتي درهم يجب المهر الثاني فقط، وتكون المائة زيادة على المهر الأول فقط؛ لاختلاف الجنس في الأولى واتحاده في الثانية، وما قلناه عن "الفتح" من الاختلاف في أنه يلزم المهران أو المهر الثاني يمكن حمله على هذا التفصيل، فتدفع المحالفة، والله تعالى أعلم، منه)).

(٣) "در" ص ٣٨١ وما بعدها.

المؤجل إلى الطلاق يتعجل بالرجعي، ولا يتأجل بمراجعتها، ولو وهبته المهر على أن يتزوجها فأبى فالمهر باق نكحها أو لا، ولو وهبته لأحدٍ ووكلته بقبضه صح، ولو أحالت به إنساناً ثم وهبته للزوج.....

((وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف))، وفيه نوع مخالفة لما هنا يمكن دفعها بإمعان النظر.

(قوله: المؤجل إلى الطلاق) احتراز عن المهر المؤجل إلى مدة معلومة، فإنه يبقى إلى أجله بعد الطلاق، وقوله: ((يتعجل بالرجعي))، أي: مطلقاً أو إلى انقضاء العدة كما هو قول عامة المشايخ، وعلى الأول لا يتأجل لو راجعها، وليس الرجعي بقيدي، بل البائن مثله بالأولى، وقدمنا^(١) تمام الكلام على ذلك عند قوله: ((ولها منعه من الوطء إلخ)).

(قوله: ولو وهبته المهر إلخ)^(٢) أي: لو قال لطلقته: لا أتزوجك حتى تهبيني ما لك علي من مهرك، ففعلت على أن يتزوجها فأبى فالمهر عليه تزوج أم لا^(٣)، "بزازية"^(٤). وقوله: ((فأبى)) أي: قال: لا أتزوجك، فيكون ردّاً للهبة، فلذا بقي المهر عليه وإن تزوجها بعد الإباء.

(قوله: ولو وهبته لأحدٍ) أي: غير الزوج؛ لأن هبة الدين لمن عليه الدين تصح مطلقاً، أما هبته^(٥) لغيره فلا تصح ما لم يُسلطه على قبضه، فيصير كأنه وهبته حين قبضه، ولا يصح إلا بقبضه كما في "جامع الفصولين"^(٦).

(١) المقولة [١٢١٩٠] قوله: ((ولها منعه إلخ)) وما بعدها.

(٢) في "د" زيادة: (صورتها كما في "الخلاصة") ق ١٦٦/أ.

(٣) في "د" زيادة: ((انتهى.. مدني)). ق ١٦٦/أ.

(٤) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر، الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في "ب": ((هبة))، وهو خطأ.

(٦) "جامع الفصولين": الفصل العشرون في دعوى النكاح ودعوى المهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٦١/١.

لم تصح^(١)، وهذه حيلة من يريد أن يهب، ولا تصح.

[١٢٣٣٠] (قوله: لم تصح) أي: الهبة.

[١٢٣٣١] (قوله: وهذه حيلة الخ) أفاد أنها غير قاصرة على المهر، و^(٢) فيها بُعد؛ لاشتراط رضا المديون بالحوالة، فإذا كان طالباً للهبة لا يرضى بالحوالة، إلا أن يُصورَ فيمن يجهل أن الحوالة تمنع من صحة الهبة، وأجاب "الشارح" في مسائل شتى آخر الكتاب: ((بأنه يتمكن الحال من مطالبة المديون برفعه إلى من لا يشترط قبوله))، أي: كمالك المذهب، تأمل.

ومن الخيل شراء شيء مفلوف من زوجها بالمهر قبل الهبة، أي: ثم تردده بعدها بخيار رؤية، أو يُصالحها إنسان عن المهر بشيء مفلوف قبل الهبة كما في "البحر"^(٣) عن "القنية"^(٤)، والأخيرة أحسن، والله تعالى أعلم.

(١) في "د" و"و": ((لم يصح)).

(٢) الواو ساقطة من "ب".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣ بتوضيح من ابن عابد بن...

(٤) "القنية": كتاب المديونات - باب ما يتعلق بالأجل ... ق ١٦٣/١.

﴿بابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ﴾

هو المملوك.....

﴿بابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ﴾

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ نِكَاحِ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَنْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ الرَّقِيقُ، وَقَدَّمَهُ عَلَى الْكَافِرِ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ غَالِبٌ [١/٢٧٣/٣] فِيهِمْ، "نَهْر"^(١).

[١٢٣٢٢] (قَوْلُهُ: هُوَ الْمَمْلُوكُ) فِي "الصَّحَاحِ"^(٢): ((الرَّقِيقُ: الْمَمْلُوكُ، يُطَلَّقُ عَلَى الْوَاحِدِ وَالْجَمْعِ))، قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٣): ((وَالْمُرَادُ هُنَا الْمَمْلُوكُ مِنَ الْآدَمِيِّ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّ الْكَافِرَ إِذَا أُسِرَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ رَقِيقٌ لَا مَمْلُوكٌ، وَإِذَا أُخْرِجَ فَهُوَ مَمْلُوكٌ أَيْضًا، فَعَلَى هَذَا فَكُلُّ مَمْلُوكٍ مِنْ الْآدَمِيِّ رَقِيقٌ لَا عَكْسُهُ)) اهـ.

وَعَلَيْهِ فَالْمُرَادُ بِالرَّقِيقِ هُنَا الرَّقِيقُ الْمُحْرَزُ بَدَارِنَا، فَالْأَمَّةُ إِذَا أُسِرَتْ وَلَمْ تُخْرَجْ إِلَى دَارِنَا لَوْ تَزَوَّجَتْ لَا يَتَوَقَّفُ نِكَاحُهَا بَلْ يَبْطُلُ؛ لِأَنَّهُ لَا مُجِيزَ لَهُ وَقْتٍ وَقَوَعِهِ كَمَا فِي "النَّهْرِ"^(٤) بِحَثًا، قُلْتُ: قَدْ يُقَالُ: إِنَّ لَهُ مُجِيزًا وَهُوَ الْإِمَامُ؛ لِأَنَّ لَهُ يَبْعَهَا قَبْلَ الْإِخْرَاجِ وَبَعْدَهُ، فَتَأْمَلُ.

﴿بابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ﴾

(قَوْلُهُ: قَالَ فِي "الْبَحْرِ": وَالْمُرَادُ هُنَا الْمَمْلُوكُ مِنَ الْآدَمِيِّ (إِخ) عِبَارَتُهُ: ((وَالرَّقِيقُ فِي اللُّغَةِ: الْعَبْدُ، وَيُقَالُ لِلْعَبِيدِ، كَذَا فِي "الْمَغْرِبِ"، وَالْمُرَادُ بِهِ (إِخ)).

(قَوْلُهُ: قُلْتُ: قَدْ يُقَالُ: إِنَّ لَهُ مُجِيزًا (إِخ) الظَّاهِرُ اعْتِمَادُ مَا فِي "النَّهْرِ"؛ فَإِنَّ الْأُمَّةَ قَبْلَ الْإِحْرَازِ لَا وِلَايَةَ وَلَا مِلْكَ لِأَحَدٍ عَلَيْهَا. نَعَمْ عَلَى مَا قَالَهُ "الشَّافِعِيُّ" يَنْجُو مَا قَالَهُ "الْمَحْشِيُّ" فَإِنَّ عِنْدَهُ يُبْتِثُ الْمَلِكُ فِيهَا بِمَجْرَدِ الْهَزْمَةِ، وَلِلْإِمَامِ الْبَيْعُ وَالتَّزْوِيجُ، فِإِذَا فَعَلَ الْإِمَامُ ذَلِكَ عَنْ اجْتِهَادٍ نَفَذَ، كَمَا يَأْتِي فِي الْجِهَادِ، وَبَحَثُ "النَّهْرِ" مَنْظُورٌ فِيهِ لِقَوَاعِدِ الْمَنْهَبِ.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٨/ب.

(٢) "الصحاح": مادة ((رقق)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٢/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٨/ب.

كُلًّا أو بعضاً، والقَيْنُ: المملوكُ كُلًّا.

(توقَّفَ نكاحُ قَيْنٍ،.....)

[١٢٣٣٣] (قوله: كُلًّا أو بعضاً) شَمِلَ المَبْعُوضَ والمملوكَ مِلْكَاً ناقِصاً كالمكاتبِ وَمَنْ وُجِدَ له

سببُ الحرِّيةِ كالمُدَبِّرِ وأُمُّ الولدِ.

[١٢٣٣٤] (قوله: والقَيْنُ: المملوكُ كُلًّا) أَخْرَجَ المَبْعُوضَ، لَكِنْ دَخَلَ فِيهِ المَكاتبُ والمُدَبِّرُ وأُمُّ

الولدِ لدخولهم في المملوكِ، وفي "المغرب"^(١): ((القَيْنُ من العبيدِ: مَنْ مِلْكَ هُوَ وأبواه، وكذلك الاثنانِ والجمعُ والمؤنثُ، وأما أُمَّةٌ قَيْنَةٌ فلم نَسْمَعُهُ، وعن "ابن الأعرابي"^(٢): عبدٌ قَيْنٌ: خالِصُ العبوديَّةِ، وعليه قولُ الفقهاء؛ لأنَّهم يَعْنُونَ به بخلافِ المُدَبِّرِ والمكاتبِ)) اهـ.

فالمناسبُ ما في "الرحماني"^(٣): ((من أنَّ القَيْنَ: المملوكُ مِلْكَاً تامَّاً لم يَتَعَقَّدْ له سببُ الحرِّيةِ))،

قال "ح"^(٤): ((ثمَّ اعلم أنَّ كُلًّا من الرُّقِّ والمملوكِ كاملٌ وناقِصٌ، فقسي القَيْنُ كاملاً، وفي مُعْتَقِ البعضِ ناقِصانِ، وفي المكاتبِ كَمُلَ الرُّقُّ، وفي المُدَبِّرِ وأُمُّ الولدِ كَمُلَ المِلْكَ)).

[١٢٣٣٥] (قوله: توقَّفَ نكاحُ قَيْنٍ) أَطْلَقَ فِي نكاحِهِ فَشَمِلَ ما إذا تزوَّجَ بِنَفْسِهِ أو زَوْجَهُ

غَيْرَهُ، وَقَيَّدَ بالنِّكاحِ لأنَّ التَّسْرِيَّ حَرَامٌ مطلقاً، قال في "الفتح"^(٤): ((فرغَ مهمُّمٌ للتَّحَار: رِيعاً يَدْفَعُ لِعَبْدِهِ جاريةً لِيَتَسْرَى بها، ولا يجوزُ للعبدِ أَذِنَ له مولاةٌ أو لاءٍ؛ لأنَّ جِلَّ الوطءِ لا يَبْثُتُ شرعاً إلا بِمِلْكِ اليمينِ أو عَقْدِ النِّكاحِ، وليس للعبدِ مِلْكَ يَمِينٍ، فانحصرَ جِلُّ وطئه في عَقْدِ

(قوله: فالمناسبُ ما في "الرحماني"^(٣) مِنْ أَنَّ القَيْنَ: المَمْلُوكَ إلخ) لعلَّ مُرادَ "الشَّارحِ" بِالمَمْلُوكِ كُلًّا ما كان

مِلْكََةً تامَّاً، وحيثُ يَدْخُلُ فِي القَيْنِ: المَكاتبُ، والمُدَبِّرُ، وأُمُّ الوَلَدِ؛ لانعقادِ سببِ الحرِّيةِ فِرْجَعُ لِمَا قاله "الرحماني".

(١) "المغرب": مادة ((قَيْن)).

(٢) أبو سعيد أحمد بن محمد بن زياد البصري (ت ٣٤٠هـ، وقيل: ٣٤١). "سير أعلام النبلاء" ٤٠٧/١٥، "حلية الأولياء" ٣٧٥/١٠.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/أ.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٥/٣.

وأمة، ومكاتب، ومدبر، وأم ولد على إجازة المولى، فإن أجاز نَفَذَ، وإن رَدَّ بَطَلَ

النكاح)) اهـ "بحر"^(١).

[١٢٣٣٦] (قوله: وأمة) قد علمت أن القرنَ يشمل الذكرَ والأنثى.

[١٢٣٣٧] (قوله: ومكاتب) لأن الكتابة أوجبّت فك الحجر في حق الاكتساب، ومنه تزويج أمتّه؛ إذ به يحصل المهرُ والنفقة للمولى بخلاف تزويج نفسه وعبيده. ودخل في المكاتب مُعْتَق^(٢) البعض، لا يجوز نكاحه عنده، وعندهما يجوز؛ لأنه حرٌّ مديون، أفادته في "البحر"^(٣).

[١٢٣٣٨] (قوله: وأم ولد) وفي حكمها ابنتها من غير مولاها، كما إذا [١٢٧ق/٣] ب زَوْجَ أم ولديه من غيره فحاعت بولده من زوجها، وأما ولدها من مولاها فحرٌّ، وتأمته في "البحر"^(٤).

[١٢٣٣٩] (قوله: فإن أجاز نَفَذَ إلخ) إن كان كلٌّ من الإجازة أو الرَدِّ قبل الدخول فالأمر ظاهرٌ، وإن كان بعده ففي الرَدِّ يطالب العبدُ بعد العتق كما ذكره بقوله: ((فِطَالِبُ إلخ))، وفي الإجازة قال في "البحر"^(٥) عن "المحيط" وغيره: ((القياسُ أن يجب مهران: مهرٌ بالدخول ومهرٌ بالإجازة كما في النكاح الفاسد إذا جلدته صحيحاً، وفي الاستحسان لا يلزمه إلا المُسَمَّى؛ لأن مهر المثل لو وجب لوجب باعتبار العقد، وحينئذٍ فيجب بعقد واحدٍ مهران، وإنه ممتنع)) اهـ.

ثم الإجازة تكون صريحاً ودلالةً وضرورةً كما سيأتي^(٦)، وفيه رمزٌ إلى أن سكوتَه بعد العلم ليس بإجازة كما في "القهستاني"^(٧) عن "القنية"^(٨).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٢) من ((بخلاف)) إلى ((معتق)) ساقط من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٢/٣.

(٤) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٢/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٤/٣.

(٦) المقولة [١٢٣٦٨] قوله: ((إجازة)).

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٢/١.

(٨) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يتعلق بنكاح الإماء والعبيد ق ٣٥/ب.

فلا مهرَ ما لم يدخلُ بها^(١)، فيطالبُ بمهرِ المثل بعد عتقِهِ.
ثمَّ المرادُ بالمولى من له ولاية تزويج الأمةِ كآبٍ، وجدٍ، وقاضٍ، ووصيٍّ، ومكاتبٍ،

[١٢٣٤٠] (قوله: فلا مهر) تفریع علی قوله: ((بطل))، "ح"^(٢)، أي: لا مهر علی العبدِ ولا مهر للأمة.

[١٢٣٤١] (قوله: فيطالب) جواب شرطٍ مقدّر، أي: فإن دخلَ فيطالبُ، فافهم.
[١٢٣٤٢] (قوله: من له ولاية تزويج الأمة) أي: وإن لم يكن مالکاً لها، "بحر"^(٣). وشمل الوارثَ والمشتري، فلو مات الوالي أو باعَهُ فأجازَ سيدهُ الوارثُ أو المشتري يجوزُ، وإلا فلا كما أُشيرَ إليه في "العماديّة"، "قهستاني"^(٤). وشمل الشريكين، فلو زوّج أحدهما الأمةَ ودخلَ الزوجُ فإن رَدَّ الآخرُ فله نصفُ مهرِ المثل وللمزوّج الأقلُّ من نصفِهِ ومن نصفِ المسمّى، "بحر"^(٥).
[١٢٣٤٣] (قوله: كآب) أي: أبي اليتيم، فإنه يُزوّج أمتهُ، وكذا جدّه، وكذا وصيهُ والقاضي، "ح"^(٦)؛ لأنه من بابِ الاكتساب، "فتح"^(٧).

[١٢٣٤٤] (قوله: ومكاتب) لأنه - كما تقدّم - يجوزُ له تزويج أمتهُ لكونه من الاكتساب لا عبده، "ط"^(٨). وخرَجَ العبدُ المأذونُ، فلا يملكُ تزويج الأمةِ أيضاً، "بحر"^(٩). ومثلهُ الصبيُّ المأذونُ، "درر"^(١٠).

(١) ((بها)) ليست في "ب" و"و" و"ط".

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ بتصرف.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح القرن ٢٩٢/١

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٤/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٠/٢.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ باختصار.

(١٠) "الدرر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١.

وَمُفَاوِضٍ، وَمُتَوَلٍّ، وَأَمَّا الْعَبْدُ فَلَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَهُ إِلَّا مَنْ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ، "درر"^{(٢)(١)}.....

[١٢٣٤٥] (قوله: وَمُفَاوِضٍ) فَإِنَّهُ يُزَوِّجُ أُمَّةَ الْمَفَاوِضِ لَا عَبْدَهَا، "ح"^(٣) عن "القهستاني"^(٤).

بخلاف شريك العنان، فلا يملك تزويج الأمة كما مر^(٥)، وكذا المضارب كما في "البحر"^(٦).

[١٢٣٤٦] (قوله: وَمُتَوَلٍّ) ذَكَرَهُ فِي "النَّهْر"^(٧) بَحْثًا حَيْثُ قَالَ: ((وَلَمْ أَرَ حَكْمَ نِكَاحِ رَقِيقٍ

بَيْتِ الْمَالِ وَالرَّقِيقِ فِي الْغَنِيمَةِ الْمُحَرَّرَةِ بَدَارِنَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالْوَقْفِ إِذَا كَانَ بِلِذْنِ الْإِمَامِ وَالْمُتَوَلِّيِّ،

وَيَنْبَغِي أَنْ يَصَحَّ فِي الْأُمَّةِ دُونَ الْعَبْدِ كَالْوَصِيِّ، ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٨): لَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَ الْعَبْدِ

إِلَّا مَنْ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ)) اهـ، أَي: فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ [١/٢٨٨ق/٣] لَا يَصَحُّ فِي الْعَبْدِ، وَأَمَّا فِي الْأُمَّةِ

فَيَنْبَغِي الْجَوَازُ تَخْرِيجًا عَلَى الْوَصِيِّ كَمَا قَالَ، وَلَعَلَّ "الشَّارِحَ" اقْتَصَرَ عَلَى الْمُتَوَلِّيِّ وَلَمْ يَذْكَرِ الْإِمَامَ

لِأَنَّ أَحْكَامَ الْوَصِيِّ وَالْمُتَوَلِّيِّ يُسْتَقْيَانُ^(٩) مِنْ وَاوٍ وَاحِدٍ، لَكِنَّ الْإِمَامَ فِي مَالِ بَيْتِ الْمَالِ مُلْحَقٌ

بِالْوَصِيِّ أَيْضًا، حَتَّى إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ عَقَارِ بَيْتِ الْمَالِ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُهُ الْوَصِيُّ، وَلَهُ يَبْعُ عَبْدَ الْغَنِيمَةِ

قَبْلَ الْإِحْرَازِ وَبَعْدَهُ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَمْلِكَ تَرْوِيجَ الْأُمَّةِ إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ، تَأْمَلْ.

[١٢٣٤٧] (قوله: وَأَمَّا الْعَبْدُ لِخ^(١٠)) يُسْتَنْبَى مِنْ ذَلِكَ مَا لَوْ زَوَّجَ الْأَبُ جَارِيَةَ ابْنِهِ مِنْ عَبْدِ ابْنِهِ،

(قول "الشَّارِحَ": وَمُتَوَلٍّ) فِي "السَّنْدِي": ((وَالْمُرَادُ بِالْمُتَوَلِّيِّ: الْمُتَوَلِّيَّ عَلَى وَقْفٍ، أَوْ بَيْتِ الْمَالِ)) اهـ تَأْمَلْ.

(١) "الدرر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١ بصرف، وفيها: ((الولي)) بدل (متول)).

(٢) في "د" زيادة: ((حاصل مسألة مهر الرقيق: أنه لا يخلو إما أن يكون ذكراً أو أنثى، وكل منهما إما بهذن المولى أو لا، وكل من الأربعة إما قبل الدخول أو بعده، وكل من الثمانية إما أن يقبل البيع أو لا. فهي ستة عشر)). ق ١٦٦/ب.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/أ.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل: نكاح القن ٢٩٢/١.

(٥) المقولة [١٢٣٤٢] قوله: ((من له ولاية تزويج الأمة)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/أ.

(٨) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل العاشر في نكاح العبد والأمة ١٢٧/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) في "م": ((مستقيان)).

(١٠) هذه المقولة عن "الظهيرية" كما في "د" ق ١٦٦/ب.

فإن نكحوا بالإذن فالمهر والنفقة عليهم) أي: على القن وغيره؛ لوجود سبب الوجوب منه (ويسقطان بموتهم) لفوات محل الاستيفاء (ويبع قن فيهما لا) يُباع (غيره).....

فإنه يجوز عند "أبي يوسف" (١) بخلاف الوصي (٢)؛ لكن في "المبسوط" (٣): ((أنه لا يجوز في ظاهر الرواية))، فلا استثناء، "بجر" (٤).

[١٢٣٤٨] (قوله: وغيره) أي: من مُدبّر ومكاتب.

[١٢٣٤٩] (قوله: لوجود سبب الوجوب منه) أي: من القن وغيره، فإن العقد سبب

لوجوب المهر والنفقة؛ وقد وجد من أهله مع انتفاء المانع، وهو حق المولى لإذنه بالعقد.

[١٢٣٥٠] (قوله: ويسقطان بموتهم) قيّد سقوط المهر في "البحر" (٥) عند قول "الكنز":

((ولو زوج عبداً ماذوناً)) بما إذا لم يترك كسباً، وفي كلام "الشارح" إشارة إليه، أما النفقة - ولو مقضية - فتسقط عن الحر بموته، فالعبد بالأولى.

[١٢٣٥١] (قوله: ويبيع قن) أي: باعه سيده؛ لأنه دين تعلق في رقبته، وقد ظهر في حق

المولى بإذنه، فيؤمر ببيعه، فإن امتنع باعه القاضي بحضرته إلا إذا رضي أن يؤدي قدر ثمنه، كذا

(قوله: أي: من القن وغيره الخ) أرجع "الرحمي" الضمير في ((منه)) إلى المولى، وذلك لأنه لما أذن في

النكاح فقد وجد سبب الوجوب من المولى حيث أذن لهم في التزوج فيكون راضياً بتحمل الضرر فيلزمه؛ لأنه بوجوب المهر والنفقة عليهم وجب على مولاهم، لكن لا من جميع ماله بل من عبده الذي أذن له، فليس له أخذ ما اكتسبه منه إلا بعد الإيفاء للزوجة حقها اللازم للعبء بإذن السيد اهـ "سندي".

(١) في "د" زيادة: ((حلافاً لفرق)) ق ١٦٦/ب.

(٢) في "د" زيادة: ((قال في "البحر": وهذا يستثنى من قولهم: لا يجوز للأب تزويج عبده الابن بأن يقال: إلا من جارية

الابن، انتهى. قلت: وكلنا يستثنى من قوله: وأما العبد)) ق ١٦٦/ب.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الإماء والعبد ١٢٢/٥.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

كمدبر بل يسعى، ولو مات مولاه لزمه جملة إن قدر، "نهر" و"قنية". (لكنه يُباع في النفقة مراراً).....

في "المحيط"، "نهر"^(١). واشترط حضرة المولى لاحتمال أن يفديه، وقد ذكر في المأذون المديون: ((أن للغرماء استسعاءً أيضاً))، قال في "البحر"^(٢) من النفقة: ((ومفادُهُ أن زوجته لو اختارت استسعاءً لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك أيضاً)) اهـ.
قلت: وكذا للمهر.

[١٢٣٥٧] (قوله: كمدبر) أدخلت الكاف المكاتب ومعتق البعض وابن أم الولد كما في "البحر"^(٣).

[١٢٣٥٣] (قوله: بل يسعى) لأنه لا يقبل البيع، فيؤدى من كسبه لا من نفسه، فلو عجز المكاتب صار المهر ديناً في رقبته، فباع فيه إلا إذا أدى المهر مولاه واستخلصه كما في القن، وقياسه: أن المدبر لو عاد إلى الرق بحكم شافعي يبيعه أن يصير المهر في رقبته، "بحر"^(٤): ٣٧١/٢

[١٢٣٥٤] (قوله: ولو مات مولاه إلخ) في "القنية"^(٥): ((زوج مدبرة امرأة ثم مات المولى فالمهر في ربة العبد يؤخذ به إذا عتق^(٦))) اهـ

وفيه نظر؛ لأن حكمه السعاية قبل العتق لا التأخر إلى ما بعد العتق، "بحر"^(٧).
[٣/١٢٨ب] قال في "النهر"^(٨): ((هذا مدفوع بأن ما في "القنية" فيه إفادة حكم سكتوا

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/أ.

(٢) "البحر": كتاب الطلاق ٢٠٨/٤.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٥) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يتعلق بنكاح العبد والإماء ق ٣٥/ب.

(٦) في "الأصل": ((أعتق)) وهو الموافق لـ "القنية".

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/ب.

إِنْ تَحَدَّدَتْ.....

عنه هو أنَّ المَدْبَرُ إِذَا لَزِمَتْهُ السَّعَايَةُ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى فَمَاتَ الْمَوْلَى ^(١) هَلْ يُؤَاخَذُ بِالْمَهْرِ بَعْدَ الْعَتَقِ؟ قَالَ: نعم، وهو ظاهرٌ في أَنَّهُ يُؤَاخَذُ بِهِ جَمَلَةً وَاحِدَةً حَيْثُ قَدَّرَ عَلَيْهِ، وَيَبْطُلُ حُكْمُ السَّعَايَةِ)) اهـ.

أقول: حاصلُ الجوابِ أَنَّ المَدْبَرُ يَسْعَى فِي حَيَاةِ مَوْلَاهُ فِي الْمَهْرِ، أَمَّا بَعْدَ مَوْتِ مَوْلَاهُ فَإِنَّهُ يَسْعَى أَوَّلًا فِي ثُلُثِي قِيمَتِهِ لِتَخْلِيصِ رَقَبَتِهِ مِنَ الرَّقِّ، وَيَصِيرُ الْمَهْرُ فِي رَقَبَتِهِ يُؤَدِّيهِ بَعْدَ عَتَقِهِ كَدَيْتِنِ الْأَحْرَارِ لَا بِطَرِيقِ السَّعَايَةِ، فَإِنْ وَجِدَ مَعَهُ جَمَلَةً أُخِذَ مِنْهُ، وَإِلَّا عُوْمِلَ مَعَامَلَةَ الْمَدْيُونِ الْمُعْسِرِ، وَلَمَّا كَانَ فَهْمُ ذَلِكَ مِنْ عِبَارَةِ "القنية" فِيهِ خَفَاءٌ عَزَا ذَلِكَ إِلَيْهَا وَإِلَى "النهر"، فَافْهَمْ.

[١٢٣٥٥] (قوله: إِنْ تَحَدَّدَتْ) يعني: إِنْ لَزِمَتْهُ نَفَقَةٌ فَبِيعَ فِيهَا، فَلَمْ يَفِرْ ثَمَنُهُ بِمَا عَلَيْهِ مِنَ النَّفَقَةِ بَقِيَ الْفَضْلُ فِي ذِمَّتِهِ، فَيُطَالَبُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، فَلَا يَبَاغُ فِيهِ عِنْدَ السَّيِّدِ الثَّانِي، ثُمَّ إِنْ تَجَمَّعَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ عِنْدَ السَّيِّدِ الثَّانِي يَبِيعُ فِيهَا، وَيُفْعَلُ ^(٢) بِالْفَضْلِ كَمَا مَرَّ ^(٣)، "ح" ^(٤). ووجهه ما في "البحر" ^(٥) عن "المبسوط" ^(٦): ((أَنَّ النَّفَقَةَ يَتَجَدَّدُ وَجُوبُهَا بِمَعْضَى الزَّمَانِ، وَذَلِكَ فِي حُكْمِ دَيْنٍ حَادِثٍ)) اهـ، أَي: أَنَّ مَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُهُ عِنْدَ السَّيِّدِ الثَّانِي فِي حُكْمِ دَيْنٍ حَادِثٍ فَيَبَاغُ فِيهِ، بِخِلَافِ مَا تَجَمَّعَ ^(٧) عَلَيْهِ وَيَبِيعُ فِيهِ أَوَّلًا، فَإِنَّهُ لَا يَبَاغُ فِيهِ ثَانِيًا لِاسْتِيفَاءِ بَاقِيهِ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ دَيْنٍ وَاحِدٍ خِلَافًا لِمَا فِي نَفَقَاتِ "صدر الشريعة"، حَيْثُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهُ يَبَاغُ فِي الْبَاقِي أَيْضًا كَمَا سَيَأْتِي ^(٨) يَبَانُهُ هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(١) ((فمات المولى)). ساقط من "الأصل".

(٢) ((ويفعل)). ساقطة من "الأصل".

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نفقة العبد ١٩٨/٥ - ١٩٩.

(٧) في "أ" و"ب" و"م": ((تجمعت)).

(٨) المقولة [١٦٠٧٧] قوله: ((فما في "الدرر" [الح])).

(وفي المهر مرةً) وَيُطَالَبُ بِالْبَاقِي بَعْدَ عَتَقِهِ،.....

ثمَّ الظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا مَفْرُوضٌ فِيمَا إِذَا كَانَتْ النَّفَقَةُ مَفْرُوضَةً بِالتَّرَاضِي أَوْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ ذَلِكَ تَسْقُطُ مَعْصِي الْمُدَّةِ كَمَا ذَكَرُوهُ فِي النَّفَقَاتِ، ثُمَّ رَأَيْتُ فِي نَفَقَاتِ "الْبَحْرِ" (١) صَوْرَ الْمَسْأَلَةِ :- ((مَا إِذَا فَرَضَ الْقَاضِي لَهَا نَفَقَةَ شَهْرٍ مِثْلًا وَعَجَزَ عَنْ أَدَائِهَا بِاعْتِاقِ الْقَاضِي إِنْ لَمْ يَفِدِهِ الْمَوْلَى))، وَأَفَادَ أَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاعُ فِيمَا يَعَجَزُ عَنْ أَدَائِهِ لِأَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ يَوْمٍ مِثْلًا لِلْإِضْرَارِ بِالْمَوْلَى، وَلَا لِاجْتِمَاعِ قَدْرِ قِيَمَتِهِ لِلْإِضْرَارِ بِهَا، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَصَحَّ فَرْضُهَا بِتَرَاضِيهِمَا لِحَجْرِ الْعَبْدِ عَنِ التَّصَرُّفِ، وَلَا تَهَامِهِ بِقَصْدِ الزِّيَادَةِ لِإِضْرَارِ الْمَوْلَى، وَلِذَا فَرَضَ الْمَسْأَلَةَ فِي "الْبَحْرِ" فِيمَا إِذَا فَرَضَهَا الْقَاضِي، تَأَمَّلْ.

[١٢٣٥٦] (قوله: وفي المهر مرةً) فيه أنه لو لزمه [١/١٢٩ق/٣] مهر آخر عند السيد الثاني كما إذا طلقها ثم تزوجها ببيع ثانياً، فلا فرق بين المهر والنفقة إلا باعتبار أن النفقة تتجدد عند السيد الثاني ولا بد (٢) بخلاف المهر، "ح" (٣) عن شيخه "السيد". وأجاب "ط" (٤): ((بأنَّ النفقة التي حَدَّثَتْ عِنْدَ الثَّانِي سَبَبُهَا مَتَحَقِّقٌ عِنْدَ الْأَوَّلِ، فَتَكَرَّرَ بَيْعُهُ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ بِخِلَافِ بَيْعِهِ فِي مَهْرٍ ثَانٍ حَدَّثَتْ عِنْدَ الثَّانِي، فَإِنَّ هَذَا مُسَبَّبٌ عَنِ عَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ، حَتَّى تَوْقَفَ عَلَى إِذْنِهِ)) اهـ.

قلت: وحاصله أن النفقة المتجددة عند الثاني وإن كانت في حكم دين حادثٍ - ولذا يبيع فيها ثانياً - إلا أنها لما كان سببها متجدداً وهو العقد الأول لم تكن ديناً حادثاً من كل وجه، أمَّا المهر الثاني فهو دين حادث من كل وجه لوجوبه بسبب جديد، وأنت خبير بأن هذا جواب إقناعي.

ثم أعلم أن دين المهر والنفقة عيب في العبد، فللمشتري الخيار إن لم يرخص به. (١)

(٢) "بُدَّ" من "الأصل".

(٣) "ح" من "كتاب النكاح".

(١) "البحر": كتاب الطلاق - باب النفقة ١٠٨/٤.

(٢) ((بُدَّ)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٠/٢.

((بُدَّ)) من "الأصل".

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٥٨/ب.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٠/٢.

إلا إذا باعَهُ منها، "خائِيَةٌ"^(١).

(ولو زَوَّجَ) المولى (أُمَّتَهُ مِنْ عَبْدِهِ).....

(تنبيه)

قال في "البحر"^(٢): ((عَلَّلَ فِي "المعراج" لعدم تكرار بيعِهِ في المهر: بأنه يَبِيعُ فِي جميع المهر، فيفيدُ أنه لو يَبِيعُ فِي مهرها المعجَّلِ ثُمَّ حَلَّ الأجلُ يُباعُ مرَّةً أخرى؛ لأنه إنما يَبِيعُ فِي بعضِهِ)) اهـ.
أقول: فيه نظر؛ لأنه مخالفٌ لِمَا نَقَلَهُ قبله عن "المبسوط"^(٣): ((من أنه ليس شيءٌ من دُيُونِ العبدِ ما يُباعُ فِيهِ مرَّةً بعد أخرى إلا النِّفْقَةُ؛ لأنه يتجددُ وجوبُها بمضي الزَّمانِ إلخ))، ولا يخفى أن المهرَ المُوَجَّلَ كان واجباً قبل حُلُولِ الأجل، وإنما تأخَّرتِ المطالبةُ إلى حُلُولِهِ، فلم يتجددِ الوجوبُ عند المشتري حتى يُباعَ ثانياً عنده، ولأنه يلزمُ أنه لو كان المهرُ ألفاً مثلاً وقيمةُ العبدِ مائةً فَيَبِيعُ بمائةٍ أن يُباعَ ثانياً وثالثاً وهكذا؛ لأنه في كلِّ مرَّةٍ لم يَبِيعُ فِي كلِّ المهر، وهو خلافُ ما صرَّحوا به، ومرادُ "المعراج" بقوله: ((يَبِيعُ فِي جميع المهر)) أنه إنما يَبِيعُ لأجلِ جميع المهر، أي: لأجلِ ما كان جميعُهُ واجباً وقتَ البيعِ بخلافِ النِّفْقَةِ الحادثةِ عند الثاني، فإنه لم يَبِيعُ فيها عند الأولِ فَيُباعُ فيها ثانياً عند الثاني، فالمرادُ ببيانِ الفرقِ بين المهرِ والنِّفْقَةِ كما صرَّحَ به في "البحر"^(٤) من النِّفقاتِ فراجعهُ، فافهم.

[١٢٣٥٧] (قوله: إلا إذا باعَهُ منها) فإنَّ ما عليها من مقدارٍ ثَمَنِهِ يَلْتَقِي قِصاصاً بقَدْرِهِ مما لها والباقي يسقط؛ لأنَّ السَيِّدَ لا يَسْتَوْجِبُ دَيْناً على عبده، "ح"^(٥).

[١٢٣٥٨] (قوله: ولو زَوَّجَ المولى أُمَّتَهُ إلخ) [٣/١٢٩ق/ب] حاصلُهُ تقييدُ المسألةِ الأولى التي يُباعُ

(١) "الخائِيَةٌ": كتاب النكاح - فصل في نكاح المالك ١/٣٤٣ بتصرف. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٣-٢٠٤.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نفقة العبد ٥/١٩٨-١٩٩.

(٤) "البحر": كتاب الطلاق ٤/٢٠٩.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٦٧ب.

لا يجب المهر في الأصح، "ولو الجية"^(١). وقال "البرزازي"^(٢): ((بل يسقط))، ...

فيها القين بما إذا لم تكن الأمة أمة مولى العبد، فهذا كالاستثناء مما قبله، ثم استثنى من هذا الاستثناء ما إذا كانت أمة المولى مأذونة مديونة، فإنه يباع لها أيضاً. وأطلق هنا الأمة والعبد، فشمل ما إذا كانا قنين أو مدبرين، أو كانت أم ولد، أو كان ابن أم ولد.

[١٢٣٥٩] قوله: لا يجب المهر لاستلزامه الوجوب لنفسه على نفسه، وهو لا يعقل، وهذا

بناءً على أن مهر الأمة يثبت للسيد ابتداءً في غير المأذونة والمكاتبه ومعتقة البعض كما في "النهر"^(٣)، "ح"^(٤). وفي استثناء المأذونة كلام يأتي^(٥) قريباً.

٣٧٢/٢

[١٢٣٦٠] قوله: بل يسقط أي: بل يجب على السيد ثم يسقط بناءً على أن مهر الأمة

يثبت لها أولاً ثم يتقبل للسيد كما في "النهر"^(٦) عن "الفتح"^(٧)، "ح"^(٨). وفائدة وجوبه لها أنه لو كان عليها دين يستوفى منه ويقضى دينها، قالوا: والأول أظهر، كذا في "شرح الجامع الكبير"، "بيرى" على "الأشباه". وأيده أيضاً في "الدرر"^(٩)، وهذا مؤيد لتصحيح "الولواجسي"^(١٠) قال في "البحر"^(١١): ((ولم أر من ذكر لهذا الاختلاف ثمرة، ويمكن أن يقال: إنها تظهر فيما لو زوج الأب أمة الصغير من عبده، فعلى الثاني يصح، وهو قول أبي يوسف، وعلى الأول لا يصح

(١) "الولواجية": كتاب النكاح - الفصل الأول في إذن الولي وإجازته النكاح ق ٤٥/أ.

(٢) "البرزازية": كتاب النكاح - العاشر في نكاح العبد والأمة ١٢٨/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٥) المقولة [١٢٣٦١] قوله: ((ومحل الخلاف إلخ)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٢/٣.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٩) "الدرر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٤٩/١.

(١٠) "الولواجية": كتاب النكاح - الفصل الأول في إذن الولي وإجازته النكاح ق ٤٥/أ.

(١١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٥/٣ بتصرف.

ومحلُّ الخلافِ إذا لم تكن الأمةُ مأذونةً مديونةً، فإن كانت بيعاً أيضاً؛.....

التزويج، وهو قولهما، وبه جزم في "الولوالجية" (١) مُعللاً: بأنه نكاحٌ للأمةِ بغيرِ مهرٍ لعدمِ وجوبِهِ على العبدِ في كسبِهِ للحالِ)) اهـ.

واعترضه "الرَّحْمِيُّ": ((بأنه لا استحالةٌ في وجوبِ المالِ للصغيرِ على أبيه، بخلافِ ما لو زوجه (٢) من أمةٍ نفسه)).

قلت: وكأنه فهمَ أنَّ الضميرَ في قوله: ((من عبده)) للأب مع أنه للصغيرِ كما صرحَ به في "الظهيرية" (٣).

هذا، وجعلَ العلامةُ "المقدسي" ثمرةَ الخلافِ قضاءً دَينها منه وعدمه، وقال: ((ويترجَّحُ القولُ بالوجوبِ، ولهذا صحَّحَهُ "ابن أمير حاج"))).

[١٢٣٦١] (قوله: ومحلُّ الخلافِ إلخ) ذكره في "النهر" (٤) بحسبِ بقوله: ((وينبغي أن يكون محلُّ الخلافِ ما إذا لم تكن الأمةُ مأذونةً مديونةً، فإن كانت بيعاً (٥) أيضاً، ويدلُّ عليه ما في "الفتح" (٦): مهرُ الأمةِ يثبتُ لها ثمَّ ينتقلُ إلى المولى، حتَّى لو كان عليها دَينٌ قُضيَ من المهرِ)) اهـ.

قلت: أنت خبيرٌ أنَّ قولَ الفتح: ((يثبتُ لها إلخ)) هو أحدُ القولين، فكيف يجعلُهُ دليلاً

(١) "الولوالجية": كتاب المأذون ق ٣٢٦/١.

(٢) في النسخ جميعها: ((زوجه)) بضمير الموث، وما أثبتناه هو الصواب الذي يقتضيه السياق، والله أعلم.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح العبد والإماء ق ٨٤/١.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/١.

(٥) في "د" زيادة: ((أي: الأمة التي زوجها مولاها من عبده)). ق ١٦٦/ب.

(٦) في "د" زيادة: ((أي العبد أيضاً، أي: كما يباع لو زوجه أجنبية، وإنما يباع في هذه الصورة؛ لأنه أي: المهر يثبت لها ثم ينتقل للمولى، ومع الحاجة إليه لا ينتقل)). ق ١٦٦/ب.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٢/٣.

لأنه يثبت لها، ثم ينتقل للمولى، "نهر". (فلو باعه سيده بعدما زوجته امرأة فالمهر برقيته.....)

لعدم الخلاف!؟ فإن المتبادر من عباراتهم أن قضاء دينها منه مبي على القول بأنه يثبت لها أولاً، أما على القول بأنه يثبت للسيد [١٣٠ق/٣] ابتداءً فلا قضاء، ولهذا جعله العلامة "المقدس" ثمرة الخلاف كما مر^(١)، فتأمل.

[١٢٣٦٢] (قوله: لأنه يثبت لها) أي: لأن المهر يثبت للأمة ماذونة أو غيرها، ثم ينتقل للمولى إن لم يكن عليها دين، وإلا فلا ينتقل إليه، فالضمير راجع للأمة المذكورة لا بقيد كونها ماذونة، فهو استدلال بالأعم على الأخص، فافهم.

[١٢٣٦٣] (قوله: فالمهر برقيته) وقيل: في ثمنه، والأول الصحيح كما في "النية"، ولو أعتقه كان عليه الأقل من المهر والنفقة كما في "النتف"^(٢)، "فهستاني"^(٣).

(قوله: فهو استدلال بالأعم على الأخص) لكن هذا الاستدلال غير تام؛ إذ كون الأمة لا بقيد كونها ماذونة يثبت لها ثم ينتقل، ليس متفقاً عليه، بل هو مختلف كما علمته مما قرره سابقاً، فكيف يصح جعله دليلاً على مسألة المأذونة المديون، وأنها محل اتفاق فلا وجه لذكر هذا الاستدلال مع أن صاحب "النهر" لم يستدل به وإنما استدلّ بعبارة "الفتح" السابقة، ثم قال: ((وفي "المحيط": ارتدت قبل الدخول، أو قبلت ابن زوجها قيل: لا يسقط؛ لأن الحق للمولى، وقيل: يسقط؛ لأنه يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى)) اهـ.

(قوله: كان عليه الأقل من المهر والنفقة إلخ) عبارة "القهستاني": ((كان عليه الأقل من المهر أو القيمة)) اهـ.

(١) في المقالة السابقة.

(٢) "النتف": كتاب النكاح - نكاح العيب ٢٨٤/١ وفيها: (القيمة) بدل (النفقة).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح القن ٢٩٢/١ وفيه: (القيمة) بدل (النفقة).

يدورُ معه أينما دارَ كدَّينِ الاستهلاكِ) لكنْ للمرأةِ فسخُ البيعِ لو المهرُ عليه؛ لأنَّهُ
دَّينٌ، فكانتُ كالغرماءِ، "منح".
(وقولُهُ لعبدِهِ: طَلَّقْهَا رجعيَّةً.....)

[١٢٣٦٤] (قوله: يَدُورُ معه إلخ) أي: يُباعُ فيه وإن تداوَلتُهُ الأيدي مراراً.

[١٢٣٦٥] (قوله: كدَّينِ الاستهلاكِ) أي: كما لو استهلكَ مالَ إنسانٍ عند سيِّدِهِ.

[١٢٣٦٦] (قوله: لكنْ للمرأةِ فسخُ البيعِ) ذكرَهُ في "البحر" (١) بحشاً، ونقلَهُ "المصنّف"

في "المنح" (٢) عن "جواهر الفتاوى" حيث قال: ((رجلٌ زَوَّجَ غلامَهُ، ثمَّ أرادَ أن يبيعهُ بثُونِ رضا
المرأةِ إن لم يكنْ للمرأةِ على العبدِ مهرٌ فللمولى بيعُهُ، وإن كان فلا إلا برضاها، وهذا كما قلنا في
العبدِ المأذونِ الماديونِ إذا باعَهُ بثُونِ رضا الغرماءِ، فلو أرادَ الغريمُ الفسخَ فله أن يفسخَ البيعَ،
كذلك هنا إذا كان عليه المهرُ؛ لأنَّ المهرَ دَّينٌ)) اهـ. أمَّا لو كان المولى قَضَاهُ عنه فلا فسخَ أصلاً.
[١٢٣٦٧] (قوله: طَلَّقْهَا رجعيَّةً) مثله: أوقعَ عليها الطلاقَ أو طَلَّقْهَا تطليقةً تقعُ عليها، "بجر" (٣).

(قوله: ذكرَهُ في "البحر" بجنأ إلخ) الذي في "البحر" - بعد حكاية ما ذكرَهُ "المصنّف" - : ((والقولُ

الأخرُ عن "القيَّة"، وكلُّ من القولينِ مُشكِلٌ؛ لأنَّهُم جعلوا المهرَ كدَّينِ التَّحارةِ، وقد نقلوا في باب
المأذونِ: أنَّ السَّيِّدَ إذا باعَ المديونَ بغيرِ رضا أصحابِ الدَّيُونِ ردُّوا البيعَ وأخذوه، وإن كان المُشترِي عَيْبَ
العبدِ فهُم بالخيارِ إن شاءوا ضَمَّنوا السَّيِّدَ قيمَتَهُ أو ضَمَّنوا المُشترِي، أو أحازوا البيعَ وأخذوا الثَّمَنَ
فكذلك هنا، وليس دَّينُ الاستهلاكِ مُحالِفاً لدَّينِ التَّحارةِ؛ فإنَّهُ يُباعُ في الكلِّ)) اهـ. وكذلك في "النَّهر"
ذكرَ أحكامَ المأذونِ المديونِ بعبارةٍ مبسوطَةٍ، ثمَّ قال: ((وهذه الأحكامُ تَبَيَّنَتْ في المهرِ أيضاً؛ فإنَّهُ
من حُملَةِ الدَّيُونِ)) اهـ. فعلى ما ذكرَهُ يتَّقى ما ذكرَهُ "المصنّف" مُشكِلاً، ولعلَّهُ روايةٌ في دَّينِ المهرِ
ودَّينِ الاستهلاكِ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٤/٣.

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام النكاح ١/١٢٩.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٨/٣ نقلاً عن "البيِّن" باختصار.

(إجازة)

مطلب في الفرق بين الإذن والإجازة

[١٢٣٦٨] (قوله: إجازة) لأنَّ الطلاق الرَّجعي لا يكونُ إلا بعدَ النكاحِ الصَّحيح، فكان الأمرُ به إجازةً اقتضاءً بخلاف البائن؛ لأنَّه يَحتمِلُ التَّاركةَ كما في النكاحِ الفاسدِ والموقوفِ، ويَحتمِلُ الإجازةَ، فحُمِلَ على الأدنى. وأشارَ إلى أنَّ الإجازةَ تَبَيَّنُ بالدَّلالةِ كما تَبَيَّنُ بالصَّريحِ وبالضَّرورةِ، فالصَّريحُ ك: رَضِيْتُ وَأَجَزْتُ وَأُذِنْتُ ونحوه، والدَّلالةُ تكونُ بالقولِ كقولِ المولى بعدَ بُلُوغِهِ الخَيْرِ: حَسَنٌ أَوْ صَوَابٌ أَوْ لَا بَأْسَ بِهِ، وبفعلٍ يدلُّ عليها كسَوَّقِ المهرِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ إِلَى المَرْأَةِ، والضَّرورةُ بنحوِ عتقِ العبدِ أَوْ الأُمَّةِ، فالإعتاقُ إجازةٌ، وتَمَامُهُ في "البحر" ^(١). ولو أُذِنَ له السَّيِّدُ بعدَما تزوَّجَ لا يكونُ إجازةً، فإنَّ أَجَازَ العبدُ ما صَنَعَ حَازَ استحساناً، كالفَضوليِّ إذا وَكَّلَ فأجازَ ما صَنَعَهُ قَبْلَ الوكَّالَةِ، وكالعبدِ إذا زَوَّجَهُ فَضوليًّا فَأُذِنَ له مولاةً في التَّزْوِجِ فأجازَ ما صَنَعَهُ الفَضوليُّ، كذا في "الفتح" ^(٢).

أقول: ولعلَّ وَجْهَهُ أنَّ العَقْدَ إذا وَقَعَ موقُوفاً على الإجازةِ فَحَصَلَ الإذنُ بعده مَلَكَ اسْتِثْنافَ العَقْدِ، فيَمْلِكُ [٣/ق ١٣٠ب] إجازةَ الموقُوفِ بالأوَّلِ، لكنَّ عَلِمْتُ أنَّ مِنَ الإجازةِ الصَّرِيحَةِ لَفْظاً: أُذِنْتُ، فيُنَاقِضُ ما ذَكَرَ: ((من أنَّ الإذنَ بعدَ التَّزْوِجِ لا يكونُ إجازةً))، وأجابَ في "البحر" ^(٣) بِحَمْلِ الأوَّلِ على ما إذا عَلِمَ بالنكاحِ فقال: أُذِنْتُ، والثَّانِي على ما إذا لم يَعْلَمْ، وبه جَزَمَ في "النهر" ^(٤).

قلت: يظهرُ مما ذَكَرنا الفَرَقَ بين الإذنِ والإجازةِ، فالإذنُ لِمَا سيقَعُ، والإجازةُ لِمَا وَقَعَ، ويظهرُ منه أيضاً أنَّ الإذنَ يكونُ بمعنى الإجازةِ إذا كانَ لأمرٍ وَقَعَ وَعَلِمَ به الآذِنُ، وعلى هذا فقَوْلُ "البحر" ^(٥) وغيره: ((الإجازةُ تَبَيَّنُ بالدَّلالةِ وبالصَّريحِ إلخ)) أنسَبُ من قولِ "الزَّيْلَعِي" ^(٦): ((الإذنُ يَبَيَّنُ إلخ))، وَعَلِمَ أنَّ "المصنَّف" لو قال: إذنٌ بدلَ قولِهِ: ((إجازةً)) لَصَحَّ أيضاً؛ لأنَّ الأمرَ بالطلاقِ

(١) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣ - ٢٠٧.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٨/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٧/٣.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٢/٢.

لِلنَّكَاحِ الْمَوْقُوفِ (لَا طَلَّقَهَا^(١) أَوْ فَارِقَهَا) لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُتَارِكَةِ، حَتَّى لَوْ أُجَازَهُ
بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَنْفُذُ بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ.....

يَكُونُ بَعْدَ الْعِلْمِ، وَالْإِذْنُ بَعْدَ الْعِلْمِ إِجَازَةٌ، فَقَوْلُ "النَّهْرِ"^(٢): ((وَلَمْ يَقُلْ: إِذْنٌ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِحْتَاجٍ
إِلَى الْإِجَازَةِ)) فِيهِ نَظَرٌ، فَتَدَبَّرْ.

٣٧٣/٢

[١٢٣٦٩] (قَوْلُهُ: لِلنَّكَاحِ الْمَوْقُوفِ) يَسْتَفَادُ مِنْ قَوْلِهِ: ((الْمَوْقُوفِ)) أَنَّهُ عَقْدٌ فَضُولِيٌّ، فَتَجْرِي
فِيهِ أَحْكَامُ الْفُضُولِيِّ مِنْ صِحَّةِ فُسْخِ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ قَبْلَ إِجَازَةِ الْمَوْلَى، وَتَمَامُهُ فِي "النَّهْرِ"^(٣).

[١٢٣٧٠] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ) - أَي: قَوْلَ الْمَوْلَى: طَلَّقَهَا أَوْ فَارِقَهَا - لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُتَارِكَةِ، أَي:
فِي كَوْنِ رَدِّهَا، وَيَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ، فَحُمِلَ عَلَى الرَّدِّ؛ لِأَنَّهُ أَدْنَى؛ لِأَنَّ النَّفْعَ أَسْهَلَ مِنَ الرَّفْعِ، أَوْ لِأَنَّهُ
أَلْيَقُ بِحَالِ الْعَبْدِ الْمْتَمَرِّدِ عَلَى مَوْلَاهُ، فَكَانَتِ الْحَقِيقَةُ مَتْرُوكَةً بِدَلَالَةِ الْحَالِ، "بِحَرْ" (٤) عَنْ
"الْعِنَايَةِ"^(٥). وَعَلَى الثَّانِي يَنْبَغِي لَوْ زَوَّجَهُ فَضُولِيًّا فَقَالَ الْمَوْلَى لِلْعَبْدِ: طَلَّقَهَا أَنَّهُ يَكُونُ إِجَازَةً؛ إِذْ
لَا تَمَرَّدَ مِنْهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ، "نَهْر"^(٦).

قُلْتُ: التَّعْلِيلُ الْأَوَّلُ يَشْمَلُ هَذِهِ الصُّورَةَ، فَلَا يَكُونُ إِجَازَةً.

[١٢٣٧١] (قَوْلُهُ: حَتَّى لَوْ أُجَازَهُ إِخ) تَفْرِيعٌ عَلَى مَا فَهِمَ مِنَ الْمَقَامِ مِنْ أَنَّ ذَلِكَ رَدٌّ، قَالَ فِي
"الْبَحْرِ"^(٧): ((وَقَدْ عَلِمَ مِمَّا قَرَّرْنَاهُ أَنَّ قَوْلَهُ: طَلَّقَهَا أَوْ فَارِقَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِجَازَةً فَهِيَ رَدٌّ، فَيَنْفَسِخُ
بِهِ نِكَاحُ الْعَبْدِ، حَتَّى لَا تَلْحَقَهُ الْإِجَازَةُ بَعْدَهُ)).

[١٢٣٧٢] (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ) أَي: إِذَا قَالَ لَهُ الزَّوْجُ: طَلَّقَهَا يَكُونُ إِجَازَةً؛ لِأَنَّهُ يَعْلَمُكَ

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: لَا طَلَّقَهَا، قَالَ فِي "الْبَحْرِ": قِيْدُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَرْوَعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقَ كَانَ إِجَازَةً؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ
لِلْمُتَارِكَةِ، كَمَا فِي "الْفَتْحِ". وَكَذَا إِذَا قَالَ: طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً تَقَعُ عَلَيْهَا تَكُونُ إِجَازَةً؛ لِأَنَّ وَقْرَ الطَّلَاقِ مَخْتَصٌّ بِالنِّكَاحِ
الصَّحِيحِ، كَمَا فِي "التَّبْيِينِ". "شَرْحُ نَبْلَالِيَّةٍ"). ق، ١٦٦/ب.

(٢) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق، ١٨٩/ب.

(٣) انظُرْ "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق، ١٨٩/ب.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٠٦/٣ بِتَصْرُفٍ.

(٥) "الْعِنَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٦٥/٣-٢٦٦ (هَامِشُ "فَتْحِ الْقَدِيرِ").

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق، ١٨٩/ب.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٠٧/٣.

(وإذنه لعبدِهِ في النكاح يَنْتَظِمُ جائزُهُ وفاسدُهُ، فَيُبَاعُ العبدُ لمهرٍ مَنْ نَكَحَهَا فاسداً بعدَ إِذْنِهِ.....)

التطليق بالإجازة، فَيَمْلِكُ الأمرُ به بخلاف المولى، وهذا مختارُ صاحب "المحيط"، وفي "الفتح"^(١): ((أَنَّ الأوجهَ))، ومختارُ "الصِّدْرِ الشَّهِيدِ" و"نجم الدِّينِ النَّسْفِيِّ": ((أَنَّه ليس بإجازةَ))، فلا فرقَ بينهما، وعلى هذا الاختلافُ إذا طَلَّقَهَا الزَّوْجُ، وفي "جامع الفصولين"^(٢): ((أَنَّ هذا الاختلافَ في الطَّلَاقِ الواحدةِ، أَمَّا لو طَلَّقَهَا [٣/١٣١ق/١] ثلاثاً فهي إجازةٌ اتِّفَاقاً، وعليه فينبغي أن تَحْرِمَ عليه لو طَلَّقَهَا ثلاثاً؛ لأنَّهُ يصيرُ كأنه أجازَ أولاً ثُمَّ طَلَّقَ)) اهـ، وبه صرَّحَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٣)، "بِحِر"^(٤). [١٢٣٧٣] قوله: (وإذنه لعبدِهِ إلخ) أطلقَهُ فشَمِلَ ما إذا أُذِنَ له في نكاحِ حُرِّهِ أو أَمَةٍ مُعَيَّنَةٍ أو لا، فما في "الهداية"^(٥) من التقييدِ بالأَمَةِ والمُعَيَّنَةِ اتِّفَاقِيًّا، "بِحِر"^(٦).

[١٢٣٧٤] قوله: (بعدَ إِذْنِهِ) متعلِّقٌ بـ ((نَكَحَهَا))، وقيدَ به لئلا يُتوهَّمُ أن قولهُ: ((وإذنه

قوله: وفي "جامع الفصولين": أن هذا الاختلافُ إلخ) عبارته: ((الطلاقُ في النكاحِ الموقوفِ قيل: إجازةٌ، وقيل: لا، وقيل: هذا الاختلافُ في الطَّلَاقِ الواحدةِ، أَمَّا لو طَلَّقَهَا ثلاثاً فهو إجازةٌ وفاقاً، وقيل: هذا الاختلافُ فيما لو طَلَّقَهَا قَبْلَ أن يَبْلُغَهُ الحَبْرُ، أَمَّا لو بَلَغَهُ الحَبْرُ فقال: طَلَّقَهَا فهو إجازةٌ وفاقاً)) اهـ. قوله: متعلِّقٌ بـ: نَكَحَهَا إلخ) إشارةٌ لردِّ ما قاله "ط": ((أَنَّه لا حاجةٌ إلى قولِهِ: ((بعدَ إِذْنِهِ))؛ لأنَّهُ موضوعُ المسألةِ إلا أَنه أشارَ به إلى أَنه لو صَدَرَ فاسداً من غيرِ إِذْنٍ ثُمَّ أُذِنَ كان الحُكْمُ واحداً)) اهـ. بأنهُ متعلِّقٌ بـ: نَكَحَهَا، وقيدَ به لئلا يُتوهَّمُ أن قولَهُ: ((وإذنه لعبدِهِ))، يدخلُ فيه الإذنُ بعدَ النكاحِ؛ لأنَّ الإذنَ: ما يكونُ بعدَ الوقوعِ، أي: فالصُّورَةُ للمذْكَورَةِ ليس الحُكْمُ فيها مُساوياً لِمَا في "المُصَنَّفِ"، وقولُهُ: ((لأنَّ الإذنَ ما يكونُ قَبْلَ الوقوعِ)) لردِّ هذا التوهَّمِ، لكنَّ فيما قاله تأمُّلٌ؛ إذ الإذنُ يقالُ لِمَا بعدَ الوقوعِ أيضاً، ويكونُ إجازةً لِمَا وَقَعَ، كما قلنهُ. والظَّاهِرُ اتِّحَادُ الصُّورَتَيْنِ في الحُكْمِ فيظَهَرُ لزومُ المهرِ فيهما في حقِّ السَّيِّدِ إلا أنَّ الإشارةَ الَّتِي ذَكَرَهَا "ط" للصُّورَةِ المذْكَورَةِ بزيادةِ قولِهِ: ((بعدَ إِذْنِهِ)) غيرُ ظاهرةٍ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٦٦.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والعشرون في تصرفات الفضولي وأحكامها ١/٣١٠.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/١٦٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٦-٢٠٧ بتصرف.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١/٢١٦.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٩ بتصرف.

فَوَطَّئَهَا) خلافاً لهما، ولو نَوَى المولى الصَّحِيحَ فقط تَقَيَّدَ به، كما لو نَصَّ عليه،
ولو نَصَّ على الفاسدِ.....

لعبدِهِ)) يَدْخُلُ فِيهِ الإِذْنُ بَعْدَ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ مَا يَكُونُ قَبْلَ الْوُقُوعِ عَلَى مَا مَرَّ^(١) بَيَانُهُ،
فَافْهَم.

[١٢٣٧٥] (قَوْلُهُ: فَوَطَّئَهَا) قَيَّدَ بِهِ لِأَنَّ الْمَهْرَ لَا يَلْزَمُ فِي الْفَاسِدِ إِلَّا بِهِ، "ط"^(٢).

[١٢٣٧٦] (قَوْلُهُ: خِلَافًا لِمَا) فَعِنْدَهُمَا الإِذْنُ لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا الصَّحِيحَ، فَلَا يُطَالَبُ بِالْمَهْرِ فِي
الْفَاسِدِ إِلَّا بَعْدَ الْعِتْقِ.

[١٢٣٧٧] (قَوْلُهُ: تَقَيَّدَ بِهِ) أَي: وَيُصَدِّقُ قَضَاءً وَدِيَانَةً، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٣): ((وَاعْلَمْ أَنَّهُ يَنْبَغِي
أَنْ يُقَيَّدَ^(٤) الْخِلَافُ بِمَا إِذَا لَمْ يَنْوِ الْمَوْلَى الصَّحِيحَ فَقَطْ، فَإِنْ نَوَاهُ تَقَيَّدَ بِهِ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِمْ: لَوْ حَلَفَ
أَنَّهُ مَا تَزَوَّجَ فِي الْمَاضِي يَتَنَاوَلُ يَمِينُهُ الْفَاسِدَ أَيْضًا، قَالَ فِي "التَّلْحِيصِ"^(٥): وَلَوْ نَوَى الصَّحِيحَ
صُدِّقَ دِيَانَةً وَقَضَاءً وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَخْفِيفٌ رِعَايَةً لِحَاظِ الْحَقِيقَةِ)) اهـ "نَهْر"^(٦).

[١٢٣٧٨] (قَوْلُهُ: كَمَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ) أَي: فَإِنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِهِ اتِّفَاقًا أَيْضًا كَمَا بَحَثَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٧)

(قَوْلُهُ: كَمَا بَحَثَهُ فِي "الْبَحْرِ" [إِلخ] عِبَارَتُهُ: ((وَقَيَّدَ بِكُونِهِ أَدْنَهُ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يُعَيِّدْهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَيَّدَهُ بِأَنْ
أَذِنَ لَهُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ فَإِنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِهِ اتِّفَاقًا، قَالَ فِي "الْبَدَائِعِ": وَلَوْ أَذِنَ لَهُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ نَصًّا وَدَخَلَ
بِهَا فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، أَمَّا عَلَى أَصْلِ "أَبِي حَنِيفَةَ" فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا عَلَى أَصْلِهِمَا فَلَأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى
الصَّحِيحِ لَضَرْبِ دَلَالَةٍ أَوْجِبَتْ إِلَيْهِ، فَإِذَا جَاءَ النَّصُّ بِخِلَافِهِ بَطَلَتْ الدَّلَالَةُ، انْتَهَى. وَمُقْتَضَاهُ: أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ
بِالصَّحِيحِ فَإِنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِهِ اتِّفَاقًا، وَأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ صَحِيحًا فِي صُورَةِ التَّقْيِيدِ بِالْفَاسِدِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ اتِّفَاقًا)) اهـ فَتَأَمَّلْ.

(١) المَقُولَةُ [١٢٣٦٨] قَوْلُهُ: ((إِحْزَاةً)).

(٢) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٧٢/٢.

(٣) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٨٩/ب - ق ١٩٠/أ.

(٤) فِي "ب": ((بَقِيدٌ))، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٥) أَي: "تَلْحِيصُ الْخِلَاطِيِّ عَلَى الْجَمَاعِ الْكَبِيرِ" لِلْإِمَامِ "عَمَدٍ". انظُرْ "كَشْفُ الظُّنُونِ" ٤٧٢/١، وَ"الْجَوَاهِرُ الْمُضِيَّةُ" ١٨٠/٣.

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٨٩/ب - ق ١٩٠/أ.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٠٩/٣.

صَحَّ، وَصَحَّ الصَّحِيحُ أَيْضاً، "نهر". (ولو نَكَحَهَا ثانياً) صحيحاً (أو) نَكَحَ (أخرى بعدها صحيحاً وَقَفَ عَلَى الإجازة) لانتهاؤِ الإِذْنِ بِمَرَّةٍ، وَإِنْ نَوَى مِراراً - ولو مرتين - صَحَّ؛ لأنهما كلُّ نكاحِ العبدِ،.....

أخذاً مما بعده.

[١٢٣٧٩] (قوله: صَحَّ) أي: فإذا دَخَلَ بِهَا يَلْزُمُهُ المهرُ في قولهم جميعاً، "بجر" (١) عن "البدائع" (٢).

[١٢٣٨٠] (قوله: وَصَحَّ الصَّحِيحُ أَيْضاً) أي: اتفاقاً، وهذا ما بَحَثَهُ في "النهر" (٣) على خلافِ ما بَحَثَهُ في "البحر" (٤): ((من أنه لا يصحُّ اتفاقاً))، وإذا تأملتَ كلامَ كلِّ منهما يَظْهَرُ لك أَرْجَحِيَّةُ ما في "البحر" كما أَوْضَحْتُهُ فيما عَلَّقْتُهُ عليه، ويأتي (٥) قريباً بعضُ ذلك.

[١٢٣٨١] (قوله: ولو نَكَحَهَا ثانياً) أي: بعدَ الفاسدِ، وهذا عطفٌ على قوله: ((فِيباعٍ إلخ))، فهو أيضاً من مَرَّةِ الخِلافِ؛ لأنه إذا انتَظَمَ الفاسدُ عنده ينتهي به الإِذْنُ، وإذا لم يَنْتَظِمْ لا ينتهي به عندهما، فله أن يتزوَّجَ صحيحاً بعدَهُ بِها أو بغيرِها.

[١٢٣٨٢] (قوله: لانتهاؤِ الإِذْنِ بِمَرَّةٍ) ومثلُ الإِذْنِ الأَمْرُ بالتزوُّجِ كما لو قال له: تزوِّجْ؛ فإنَّهُ لا يتزوَّجُ إلا مَرَّةً واحدةً؛ لأنَّ الأَمْرَ لا يقتضي التكرارَ، وكذا إذا قال: تزوِّجْ امرأةً؛ لأنَّ قوله: امرأةً اسمٌ لواحدةٍ من هذا الجنسِ، "بجر" (٦) عن "البدائع" (٧).

[١٢٣٨٣] (قوله: وَإِنْ نَوَى مِراراً إلخ) أي: لو قال لعبده: تزوِّجْ، ونَوَى به مَرَّةً بعدَ أخرى

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: بيان شرائط الجواز ٢٣٦/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٥) المقولة [١٢٣٨٨] قوله: ((لا يملك الصحيح)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: بيان شرائط الجواز ٢٣٦/٢.

وكذا التوكيلُ بالنكاحِ (بخلافِ التوكيلِ به) فإنه لا يتناولُ الفاسدَ، فلا ينتهي به،..

لم يصح؛ لأنه عددٌ محضٌ، ولو نوى ثنتين يصح؛ لأن ذلك كلُّ نكاحِ العبد؛ إذ العبدُ لا يملكُ التزوُّجَ بأكثرَ من [٣/١٣١ق/ب] ثنتين، "بجر" (١) عن "شرح المغني" لـ "الهندي".

وحاصلُهُ: أنَّ الأمرَ يتضمَّنُ المصدرَ، وهو للفردِ الحقيقيِّ أو الاعتباريِّ، أي: جملةٌ ما يملكُهُ دون العبدِ المحضِ، كما قالوا في: طَلَّقَ امرأتي ونوى الواحدة أو الثلاث: يصحُّ دون الثنتين.

[١٢٣٨٤] (قوله: وكذا التوكيلُ بالنكاحِ) بأن قال: تزوُّجُ لي امرأة لا يملكُ أن يزوجهُ إلا امرأةً واحدةً، ولو نوى الموكِّلُ الأربعَ ينبغي أن يجوزَ على قياسِ ما ذكرنا؛ لأنه كلُّ جنسِ النكاحِ في حقِّه، ولكنني ما ظفرتُ بالنقل، كذا في "شرح المغني" لـ "الهندي" في بحث الأمر، "بجر" (٢)، فافهم. لكنَّ نيةَ الأربعِ إنما تصحُّ إذا لم يُقَلَّ: امرأةً، أمَّا لو قاله كما هو تصويرُ المسألةِ قبله فلا كما أفاده "الرحماني"، ويؤيده ما مرَّ (٣) أنفاً عن "البدائع": ((من أن المرأةَ اسمٌ لواحدةٍ من هذا الجنس)).

[١٢٣٨٥] (قوله: بخلافِ التوكيلِ به) أي: توكيلٍ من يريدُ النكاحَ به، وهذا مرتبطٌ بقول "المصنّف": ((والإذنُ بالنكاحِ يتنظِّمُ جائزُهُ وفاسدُهُ)).

[١٢٣٨٦] (قوله: فإنه لا يتناولُ الفاسدَ) لأنَّ النكاحَ الفاسدَ ليس بنكاحٍ؛ لأنه لا يُفِيدُ شيئاً من أحكامِ النكاحِ، ولهذا لو حلفَ لا يتزوَّجُ فتزوَّجَ نكاحاً فاسداً لا يحنثُ بخلافِ البيعِ، يجوزُ في قول "أبي حنيفة"؛ لأنَّ الفاسدَ بيعٌ يفيدُ حكمَ البيعِ وهو الملكُ، ويدخلُ في ميمِ البيعِ

(قوله: بخلافِ البيعِ، يجوزُ في قول "أبي حنيفة" إلخ) عبارة "الخائسة": ((رجلٌ وكلُّ رجلاً أن يزوجهُ امرأةً نكاحاً فاسداً فزوجهُ امرأةً نكاحاً جائزاً لم يخز؛ لأنَّ النكاحَ الفاسدَ ليس بنكاحٍ؛ لأنه لا يفيدُ شيئاً

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٩.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٩.

(٣) المقولة [١٢٣٨٢] قوله: ((لانتهاه الإذن بمرّة)).

(٤) للقول [١٢٣٨٦] قوله: ((إنه لا يجوز)).

به يُفْتَى، والوكيلُ بنكاحِ فاسدٍ لا يَمْلِكُ الصَّحِيحَ بخلافِ البيعِ، "ابن مَلِكٍ".
وفي "الأشباه"^(١) من قاعدة: الأصلُ في الكلامِ الحقيقة:.....

فِيحَنَتْ بِهِ، "حَنِائِيَّة"^(٢).

[١٢٣٨٧] (قوله: به يُفْتَى) عبارة "البحر"^(٣): ((فلا ينتهي به اتفاقاً، وعليه الفتوى كما في
"المصنفى")، وأسقط "الشَّارح" ((اتفاقاً)) لأنَّ قوله: ((وعليه الفتوى)) يُشعرُ بالخلافِ، وإرجاعُ
ضميرِ ((عليه)) إلى الاتفاقِ فيه نظراً؛ إذ لا معنى للإفتاء بالاتفاق، فافهم. ٣٧٤/٦

[١٢٣٨٨] (قوله: لا يَمْلِكُ الصَّحِيحُ) لأنه قد يكونُ له غرضٌ في الفاسدِ وهو عدمُ لزومِ
المهرِ بمجرّدِ العقدِ، فإنه لا يَلزِمُ إلا بالوطءِ، وفي الصَّحِيحِ يَلزِمُ المهرُ بمجرّدِ العقدِ، ويتأكّدُ بالخلوّةِ
والموتِ ولو بدُونِ وطءِ، ففيه إلزامٌ على الموكَّلِ بما لم يَلتزمْهُ، وهذا يُؤيِّدُ ما بحثُهُ في "البحر" كما
مرَّ^(٤) عند قوله: ((وصحَّ الصَّحِيحُ أيضاً)).

[١٢٣٨٩] (قوله: بخلافِ البيعِ) أي: بخلافِ الوكيلِ ببيعِ فاسدٍ، فإنه يَمْلِكُ الصَّحِيحَ؛

من أحكامِ النكاحِ، ولهذا لو حَلَفَ أن لا يتزوَّجَ فتزوَّجَ نكاحاً فاسداً لا يَحْتَسِبُ، وهذا بخلافِ البيعِ إذا وكلَّهُ
بالبَّيْعِ الفاسدِ فباعَ بيعاً جائزاً جازَ في قولِ "أبي حنيفة" (إخ)، وبهذا تعلَّم أنَّ ما فيها فيما إذا قيّدَ في الوكالةِ
بِالفاسدِ، وكلامُهُ فيما إذا أطلق، وما فيها مؤيِّدٌ لبحثِ "البحر".

(قوله: إذ لا معنى للإفتاء بالاتفاق (إخ) لا مانع من إرجاعِ ضميرِ عليه للاتفاقِ، والقصدُ بيانُ أنَّ
القولَ بالاتفاقِ هو الصَّحِيحُ المُفتَى به المُعوَّلُ عليه في هذه المسألةِ لا القولُ بالخلافِ.

(١) "الأشباه والنظائر": القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك - الأصل في الكلام الحقيقة: ص ٧٨-٧٩ -
بتصرف.

(٢) "الحناية": كتاب النكاح - الباب الأول: فيما يتعلق به انعقاد النكاح - فصل في الوكالة ١/٣٤٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٩.

(٤) المقولة [١٢٣٨٠] قوله: ((وصحَّ الصحيح أيضاً)).

((الإِذْنُ فِي النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ، وَالتَّوَكُّيلُ بِالْبَيْعِ يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ، وَبِالنِّكَاحِ لَا،))

لأنَّ البَيْعَ الْفَاسِدَ يَبِيعُ حَقِيقَةً؛ لِإِفَادَتِهِ الْمَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ^(١) كَمَا مَرَّ^(٢).

[١٢٣٩٠] (قَوْلُهُ: الإِذْنُ فِي النِّكَاحِ) الْأَوَّلَى^(٣): بِالنِّكَاحِ بِالْبَاءِ، وَالْمُرَادُ الإِذْنُ لِلْعَبْدِ الْمَحْجُورِ، وَهُوَ فَكُّ الْحَجْرِ^(٤) وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَهُ أَهْلِيَّةٌ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا حُجِرَ عَنْهُ لِحَقِّ الْمَوْلَى، فَبِالإِذْنِ [١/٣٢٢ق/٣] يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ، وَعِنْدَ "زَفَرٍ" وَ"الشَّافِعِيِّ" هُوَ تَوَكُّيلٌ وَإِنَابَةٌ كَمَا سَيَأْتِي^(٥) فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ هَذَا غَيْرُ خَاصٍّ بِالْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ: أَذْنْتُ لِرَيْدٍ بِأَكْلِ طَعَامِي أَوْ بِسُكْنِي دَارِي، فَفِيهِ فَكُّ حَجْرِ وَإِسْقَاطُ حَقِّ، وَكَذَا يُقَالُ: أَذْنْتُ لَهُ بِبَيْعِ دَارِي، فَيَكُونُ بِمَعْنَى الإِحْلَالِ وَالْإِعَارَةِ وَالتَّوَكُّيلِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنِ الإِذْنُ لِلْعَبْدِ تَوَكُّيلاً عِنْدَنَا لِمَا عَلِمْتَ مِنْ أَنَّهُ بِالإِذْنِ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ لَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْمَوْلَى.

[١٢٣٩١] (قَوْلُهُ: وَالتَّوَكُّيلُ بِالْبَيْعِ) أَي: تَوَكُّيلٌ أُجْنِبِي بِهِ، وَقَوْلُ "الْبَحْرِ"^(٦): ((أَشَارَ الْمَصْنُفُ إِلَى أَنَّ الإِذْنَ بِالْبَيْعِ - وَهُوَ التَّوَكُّيلُ بِهِ - يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ بِالأَوَّلَى اتِّفَاقاً)) يُؤْهِمُ أَنَّ الإِذْنَ هُوَ التَّوَكُّيلُ، لَكِنْ قَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُ لَيْسَ عَيْنُهُ مَظْلَقاً، بَلْ قَدْ يُطْلَقُ عَلَيْهِ، فَمَرَادُهُ الإِذْنُ الَّذِي بِمَعْنَى تَوَكُّيلِ الأُجْنِبِيِّ لَا إِذْنَ الْعَبْدِ، تَأَمَّلْ.

[١٢٣٩٢] (قَوْلُهُ: وَبِالنِّكَاحِ لَا) أَي: وَالتَّوَكُّيلُ بِالنِّكَاحِ لَا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ كَمَا مَرَّ^(٧).

(قَوْلُهُ: لِأَنَّ البَيْعَ الْفَاسِدَ يَبِيعُ حَقِيقَةً إلخ) هُوَ وَإِنْ كَانَ بَيْعاً حَقِيقَةً إِلَّا أَنَّهُ لَا يُوجِبُ البَدَلَ مُحْرَدٍ الْعَقْدِ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِيهِ.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((شُئِنِي)). ق ١/١٦٧. أ.

(٢) الْمَقُولَةُ [١٢٣٨٦] قَوْلُهُ: ((فَإِنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ)).

(٣) فِي "م": ((الأول))، وَهُوَ خَطَأً.

(٤) ((وَهُوَ فَكُّ الْحَجْرِ)) سَاقَطٌ مِنَ "الأصل".

(٥) انظُرِ "الدر" عِنْدَ الْمَقُولَةِ [٣٠٩٠٣] قَوْلُهُ: ((عَنِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ)).

(٦) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٠٩/٣.

(٧) الْمَقُولَةُ [١٢٣٨٦] قَوْلُهُ: ((فَإِنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ)).

واليمين على نكاحٍ وصلاةٍ وصومٍ وحجٍّ وبيعٍ إن كانت على الماضي يتناولُهُ^(١)،
وإن على المستقبل (لا)).
(ولو زَوَّجَ عبداً له مأذوناً مديوناً صحَّ،.....)

[١٢٣٩٣] (قوله: واليمين على نكاح) كما إذا حلف لا يتزوج؛ فإنه لا يحنث إلا بالصحيح،
وأما إذا حلف أنه ما تزوج في الماضي فإنه يتناولُ الصحيحَ والفاسدَ أيضاً؛ لأنَّ المراد في المستقبل
الإعفاء وفي الماضي وقوعُ العقد، "بحر"^(٢) عن "المبسوط".

[١٢٣٩٤] (قوله: وصلاة) يقال على قياس ما تقدّم: إنَّ يمينه في الماضي مُنْعَقِدَةٌ على صورةِ
الفاعل وقد وُجِدَتْ، بخلافها في المستقبل مُنْعَقِدَةٌ على المتهَيِّئَةِ للتَّوَابِ، وهو لا يحصلُ بالفاسدِ،
ومثلها الصَّوْمُ والحجُّ، "ط"^(٣).

قلت: وسيأتي^(٤) في الأيمان: ((حلف لا يصومُ حنثٌ بصومِ ساعةٍ بنيةً وإن أفطرَ لوجودِ
شرطه، ولو قال: صوماً أو يوماً حنثٌ بيومٍ، وحنثٌ في: لا يُصليُّ بركعةٍ، وفي: لا يُصليُّ صلاةً
بشئعٍ، وفي: لا يحنثُ حتى يقفَ بعرفة عن الثالث، أو حتى يطوفَ أكثرَ الطوافِ
عن الثاني)) اهـ.

وبه علمُ أنَّ المراد بالصحيح في المستقبل ما يتحقق به الفعلُ المحلوفُ عليه شرعاً مع
شروطه، وذلك في الصَّوْمِ بساعةٍ وفي الصَّلَاةِ بركعةٍ وإن أفسدَهُ بعده، تأمل.

[١٢٣٩٥] (قوله: صحَّ) أي: النكاح؛ لأنه يثنى على ملك الرقبة، وهو باقٍ بعد الدَّيْنِ كما
هو قبله، "بحر"^(٥).

(١) في "د" و"و": ((تناوله)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٣٠٩.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٧٣.

(٤) انظر المقولة [١٨١٢٤] قوله: ((لوجود شرطه)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠.

وساوتِ المرأةَ (الغرماءُ)^{(١)(٢)} في مهرِ مثلِها) والأقلُّ (والزائدُ) عليه (تَطَالِبُ^(٣) به) بعد استيفاءِ الغرماءِ (كذَيْنِ الصَّحَّةِ مع) دينِ (المرضِ).....

[١٢٣٩٦] (قوله: وساوتِ الغرماءُ) أي: أصحابُ الديونِ، وفيه تصريحٌ بأنَّ المهرَ كسائرِ الديونِ، فلو ماتَ العبدُ وكان له كسبٌ يُوفَّى منه، وما في "الفتح"^(٤) عن "التمرتاشي": ((لو ماتَ العبدُ سقطَ المهرُ والنَّفقةُ)) [ب/١٣٢ق/٣] يجبُ حملُهُ في المهرِ على ما إذا لم يتركْ شيئاً، "نهر"^(٥). وأصلُ هذا الاستخراجِ والتوفيقِ لصاحبِ "البحر"^(٦).

[١٢٣٩٧] (قوله: والأقلُّ) أي: إن كان المهرُ المسمَّى أقلَّ من مهرِ المثلِ تساوي الغرماءُ فيه، ولم يَدْكُرْهُ "المصنّف" لعلَّه بالأولى.

[١٢٣٩٨] (قوله: والزائدُ عليه إلخ) أي: إذا كان المسمَّى أكثرَ من مهرِ المثلِ فإنَّها تساويهم في قدره، والزائدُ عليه يُطالبُ به بعد استيفاءِ الغرماءِ، "بحر"^(٧)، أي: فيسعى لها به إن بقي في ملكِ مولاه، أو تصيرُ إلى أن يعتقَ، ولو باعَهُ الغرماءُ معها ليس لها بيعُهُ ثانياً لأخذِ الزائدِ؛ لأنَّه لا يُباعُ في المهرِ مرتينِ كما حرَّراهُ فيما مرَّ^(٨)، تأمل.

[١٢٣٩٩] (قوله: كذَيْنِ الصَّحَّةِ) أي: إذا كان على المريضِ دينٌ صحَّةً - وهو ما ثبتَ بينيةً مطلقاً أو بإقرارِهِ صحيحاً - قدَّم على ذَيْنِ المرضِ، وهو ما أقرَّ به مريضاً؛ لأنَّ فيه إضراراً بالغرماءِ،

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ساوتِ المرأةُ غرماءَهُ إلخ، أي: غرماءُ العبدِ فيقسمُ بينهم وبينها على قدرِ الحقوقِ، وهذا إذا كان بمهرِ المثلِ أو أقلَّ منه؛ لأنَّه لو زاد على قدرِ مهرِ المثلِ لم تكن المرأةُ أسوةً للغرماءِ فيما زاد، بل يؤخَّرُ حقُّها إلى استيفاءِ الغرماءِ ديونهم، كذا في "النهاية"). ق ١٦٧/أ.

(٢) في "د" و"و": ((غرماءه)).

(٣) في "د" و"م": ((يُطالبُ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٢٦٥.

(٥) "نهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠.

(٨) المقولة [١٢٣٥٦] قوله: ((وفي المهر مرة)).

إلا إذا باعَهُ منها كما مرَّ.
 (ولو زَوَّجَ بنتَهُ مكاتبَهُ ثُمَّ ماتَ لا يَفْسُدُ النِّكَاحُ) لأنها لم تَمْلِكِ المكاتبَ
 بموتِ أبيها (إلا إذا عَجَزَ فَرُدُّ^(١) في الرِّقِّ) فحينئذٍ يَفْسُدُ.....

فَيُقْضَى بعد قضاء ذُيُونِهِمْ.

[١٢٤٠٠] (قوله: إلا إذا باعَهُ منها) في "الخائِبة"^(٢): ((زَوَّجَهُ بِالْفِءِ وَبَاعَهُ مِنْهَا بِتَسْعِمَائَةٍ
 وَعَلَيْهِ ذَيْنَ أَلْفٍ، فَأَجَازَ الْغَرِيمُ الْبَيْعَ كَانَتِ التَّسْعِمَائَةُ بَيْنَهُمَا، يُضْرَبُ الْغَرِيمُ فِيهَا بِالْفِءِ وَالْمَرْأَةُ
 بِالْفِءِ، وَلَا تَتَّبَعُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَيَتَّبَعُ الْغَرِيمُ بِمَا بَقِيَ مِنْ ذَيْنِهِ إِذَا عَتَقَ)) اهـ.
 وقوله: ((وَلَا تَتَّبَعُهُ)) بتاعين ثم باءٍ موحدة، أي: لا تُطَالِبُهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِهَا؛ لِأَنَّهُ صَارَ
 مِلْكُهَا وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَالسَّيِّدُ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عِبْدِهِ مَالًا بِخِلَافِ مَا بَقِيَ لِلْغَرِيمِ، فَإِنَّهُ بَاقٍ فِي
 ذِمَّةِ الْعَبْدِ، فَيُطَالِبُهُ بِهِ بَعْدَ عَتَقِهِ، أَمَّا قَبْلَهُ فَلَا؛ لِأَنَّ مَرَّةً^(٣) مِنْ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُبَاعُ فِي دَيْنٍ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ
 إِلَّا النَّفَقَةَ، وَلِأَنَّ الْغَرِيمَ لَمَّا أَجَازَ بَيْعَ الْمَوْلَى مِنْهَا تَعَلَّقَ حَقُّهُ فِي الْقِيَمَةِ فَقَطْ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ لِلْمَرْأَةَ
 بَيْعَهُ وَعَتَقَهُ كَمَا لَوْ بَاعَهُ الْمَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا، وَلَا يَمْنَعُ مِنْ بَيْعِهِ تَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ إِلَى مَا بَعْدَ عَتَقِهِ
 لِمَا قُلْنَا، فَمَا قِيلَ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا بَيْعُهُ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَرِيمِ بِهِ فَهُوَ وَهْمٌ مَنْشُؤُهُ التَّصْحِيفُ، وَلَوْ
 كَانَتِ النَّسْخَةُ: وَلَا تَبِيعُهُ وَيَبِيعُهُ الْغَرِيمُ مِنْ الْبَيْعِ نَأَى قَوْلُهُ: ((إِذَا عَتَقَ))، فَافْهَمُ.

[١٢٤٠١] (قوله: كما مرَّ^(٤)) أي: قبيلَ قولِهِ: ((ولو زَوَّجَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ مِنْ عِبْدِهِ))، "ح"^(٥).
 [١٢٤٠٢] (قوله: بنتُهُ) المرادُ مَنْ تَرْتُهُ مِنَ النِّسَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ، سِوَاءَ كَانَتْ بِنْتًا أَوْ بِنْتِ ابْنِ
 أَوْ أُخْتًا، "ط"^(٦).

[١٢٤٠٣] (قوله: لأنها لم تَمْلِكِ الْمَكَاتِبَ) لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النُّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ مَا لَمْ يَعْجَزَ،

(١) في "ط": ((فرض)).

(٢) "الخائِبة": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٣/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [١٢٣٥٦] قوله: ((وفي المهر مرة)).

(٤) المقولة [١٢٣٥٧] قوله: ((إلا إذا باعَهُ منها)).

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٧٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٣/٢.

للتنافي.

(زَوْجَ أُمَّتِهِ) أَوْ أُمَّ وَلَدِهِ (لَا تَجِبُ^(١)) عَلَيْهِ (تَبَوُّثُهَا).....

وَإِنَّمَا تَمْلِكُ مَا فِي ذِمَّتِهِ مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، وَأَمَّا صَحَّةُ عَقْبِهَا إِيَّاهُ فَلَا تَهْتَفُ بِهِ عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ أَوْلًا
ثُمَّ يَعْتَقُ، "فتح"^(٢). [١/١٣٣ق/٣]

[١٢٤٠٤] (قَوْلُهُ: لِلتَّنَافِي) أَي: بَيْنَ كَوْنِهِ مَالِكًا لَهَا وَكَوْنِهَا مَالِكَةً لَهُ.

[١٢٤٠٥] (قَوْلُهُ: أَوْ أُمَّ وَلَدِهِ) وَمِثْلُهَا الْمُدْبِرَةُ، وَلَا تَدْخُلُ الْمُكَاتَبَةُ بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ: ((فَتَحْدِمُهُ))،
أَي: الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ لَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى اسْتِخْدَامَهَا، فَلِذَا تَجِبُ النَّفَقَةُ لَهَا بِدُونِ التَّبَوُّثِ، "بجر"^(٣).
وَأَمَّا نَفَقَةُ الْأَوْلَادِ فَتَكُونُ عَلَى الْأُمِّ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبَةِ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا، وَتَمَامُهُ فِي "شرح أدب
القضاء"^(٤) لـ "الخصاف".

[١٢٤٠٦] (قَوْلُهُ: لَا تَجِبُ تَبَوُّثُهَا) هِيَ فِي اللُّغَةِ: مُصَدَّرُ بَوَّأْتُهُ مَتْرَلًا، أَي: أَسْكَنْتُهُ إِيَّاهُ. وَفِي
الاصطلاح - عَلَى مَا فِي شرح النفقات لـ "الخصاف"^(٥) -: ((أَنْ يُخْلِطِيَ الْمَوْلَى بَيْنَ الْأُمِّ وَبَيْنَ زَوْجِهَا
وَيُدْفَعُهَا إِلَيْهِ وَلَا يَسْتَحْدِمُهَا^(٦)، أَمَّا إِذَا كَانَتْ تَذْهَبُ وَتُحْمِيءُ وَتَحْدِمُ مَوْلَاهَا لَا تَكُونُ تَبَوُّثًا)) اهـ
"بجر"^(٧). وَقَالَ^(٨) قَبْلَهُ: ((وَقَيْدٌ بِالتَّبَوُّثِ لِأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا اسْتَوْفَى صَدَاقَهَا أَمْرٌ أَنْ يُدْخِلَهَا عَلَى زَوْجِهَا وَإِنْ
لَمْ يَلْزَمُهُ أَنْ يُبَوِّثَهَا، كَذَا فِي "المبسوط"^(٩)، وَلِذَا قَالَ فِي "المحيط": لَوْ بَاعَهَا بِمِثْلِ مَا لَا يَقْدِرُ الزَّوْجُ عَلَيْهَا
سَقَطَ مَهْرُهَا كَمَا سَيَأْتِي فِي مَسْأَلَةٍ مَا إِذَا قَتَلَهَا)) اهـ، أَي: سَقَطَ لَوْ قَبْلَ الْوَطْءِ.

هَذَا، وَفِيمَا نَقَلَهُ عَنْ "الخصاف" وَمَا نَقَلَهُ عَنْ "المبسوط" شَيْئُهُ التَّنَافِي؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَفَادَ أَنَّهُ لَا بَدْءَ

(١) فِي "د" وَ"و": ((يَجِبُ)).

(٢) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٦٨/٣ بِتَصْرِيفٍ.

(٣) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢١٠/٣.

(٤) انظُرْ "شرح أدب القضاء": الْبَابُ الْخَامِسُ وَالتَّسْعُونَ فِي الْعَيْدِ يَتْرُجُ وَمَا يَلْزَمُهُ مِنْ نَفَقَةٍ ٣٣٦/٤.

(٥) انظُرْ "شرح أدب القضاء": الْبَابُ التَّسْعُونَ فِي نَفَقَةِ الْمَرْأَةِ - نَفَقَةُ الْمَرْأَةِ الْمَمْلُوكَةِ ٢٢٧/٤.

(٦) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((اتَّهَى. شَمَّنِي)). ق ١٦٧/أ.

(٧) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢١١/٣ بِتَصْرِيفٍ فِيهِ: ((الخصاف)) بِدَلٍّ ((شرح نفقات الخصاف)).

(٨) أَي: فِي "البحر".

(٩) "المبسوط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْإِمَاءِ وَالْعَبِيدِ ١١٥/٥.

وإن شرطها في العقد، أما لو شرط الحر^(١).....

في تحقق معنى التبوئة اصطلاحاً من تسليم الأمة إلى الزوج، والثاني أفاد أن التسليم إليه بعد قبض الصداق واجب، وعدم وجوب التبوئة ينافي وجوب التسليم المذكور، والجواب ما أفاده في "النهر"^(٢): ((من أن التسليم الواجب يكفى فيه بالتخلية بل بالقول، بأن يقول له المولى: متى ظفرت بها وطفنتها كما صرح به في "الدراية"، والتبوئة المنفية أمر زائد على ذلك لا بد فيها من الدفع، والاكتفاء فيها بالتخلية - كما ظن بعضهم - غير واقع)) اهـ. وهذا أولى مما أحاب به "المقدس"^(٣): ((من أن المراد بالتبوئة المنفية التبوئة المستمرة)).

[١٢٤٠٧] (قوله: وإن شرطها) لأنه شرط باطل؛ لأن المستحق للزوج ملك الحبل لا غير؛ لأنه لو صح الشرط لا يخلو: إما أن يكون بطريق الإجارة أو الإعارة، فلا يصح الأول لجهالة المدّة، ولا الثاني؛ لأن الإعارة لا تتعلق بها اللزوم، "بجر"^(٤).

[١٢٤٠٨] (قوله: أما لو شرط الحر إلخ) بيان للفرق بين المسألتين، وهو أن اشتراط حرية الأولاد وإن كان لا يقتضيه نكاح الأمة أيضاً إلا أنه صح؛ لأنه في معنى تعليق الحرية بالولادة، والتعليق صحيح، ويمتنع الرجوع عنه؛ [٣/١٣٣ق/ب] لأنه يثبت مقتضاه حبراً بخلاف اشتراط التبوئة؛ لأنه يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري؛ لأنه وعد يجب الإيفاء به، غير أنه إذا لم يفسر به لا يثبت متعلقه، أعني: نفس الموعود به، "فتح"^(٥) ملخصاً، وأقره في "البحر"^(٦) و"النهر"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أما لو شرط الحر إلخ، مقتضاه: أن العبد ليس كذلك، لكن في "الحانية" وكذا في "الخلاصة" معزياً إلى "الجامع الصغير": رجل تزوج أمة على أن كل ولد تلده فهو حر، جاز النكاح والشرط، والأولاد أحرار؛ لأنه لو لم يكن الشرط يكون الأولاد أرقاء فكان الشرط مفيداً انتهى. ومثله في "القنية" و"الناترغانية" و"البرزانية".... ق ١٦٧/١.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠-٢١١ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٦٩.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١١.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/١ - ب.

ومقتضى وجوب الوفاء به أنه شرطٌ غيرُ باطلٍ، لكن لا يلزم من صحته وجوده بخلاف اشتراط الحرية، لكن تقدم^(١) التصريح بأنه باطلٌ، وكذا صرح به في "كافي الحاكم"، فقال: ((لو شرط ذلك للزوج كان هذا الشرط باطلاً، ولا يمنع أن يستخيم أمته^(٢)))، ولعل معنى وجوب الوفاء به أنه واجب ديانةً، ومعنى بطلانه أنه غير لازم قضاءً، فتأمل.

(تنبيه)

قال في "النهر"^(٣): ((وقيد الرجل في "الفتح"^(٤) بالحر، حتى لو كان عبداً كانت الأولاد عبيداً عندهما خلافاً لـ "محمد") اهـ. ونظر فيه "ح"^(٥): ((بأن التعليق المعنوي موجود)).

قلت: وهو الذي يظهر، وهذا القيد غير معتبر المفهوم، ولذا لم يقيد به في كثير من الكتب، وأما ما ذكره في "النهر" من الخلاف فإنما رأيتهم ذكروه^(٦) في مسألة العبد المغرور إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمته، بخلاف الحر المغرور، فإن أولاده أحرار بالقيمة اتفاقاً، فالظاهر أن ما في "النهر" سبق نظر، بقرينة أنه ذكر مسألة المغرور ثم قال: ((وقيد الرجل في "الفتح" إلخ))، فاشتبه عليه مسألة بمسألة، فليراجع.

(قوله: فالظاهر أن ما في "النهر" سبق نظر إلخ) ليس في عبارة "النهر" ما يقتضي أن هذا التقييد جارٍ في مسألة اشتراط حرية الأولاد، بل ذكره عقب ذكر مسألة المغرور فيجعل قيدا لها، ولا يرجع لما قبلها من مسألة الاشتراط؛ حيث لم يوجد في كلامهم ما يفيدُه فلا يصح نسبته لسبق النظر مع عدم ما يفيدُه في كلامه، تأمل.

(١) في المقولة السابقة.

(٢) في "الأصل": ((الاستخدام منه)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٨/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٦) المقولة [١٢٤١٥] قوله: ((ولو ادعى الزوج)).

حرية أولادها فيه صح، وعتق كل من ولدته في هذا النكاح؛ لأن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة، فيصح، "فتح" (١). ومفاده أنه لو باعها أو مات عنها قبل الوضع فلا حرية.....

[١٢٤٠٩] قوله: حرية أولادها أي: أولاد القنينة ونحوها، وقوله: ((فيه)) أي: في العقد، والظاهر أن اشتراطها بعده كذلك، ويحرر، "ط" (٢).

[١٢٤١٠] قوله: في هذا النكاح أمّا لو طلقها ثم نكحها ثانياً فهم أرقاء، إلا إذا شرط كالأول، "ط" (٣).

[١٢٤١١] قوله: والتزويج عطف على ((قبول))، "ط" (٤). وهو أحسن من قول "ح" (٥): ((إنه عطف على الشرط)).

[١٢٤١٢] قوله: على اعتباره حال من ((التزويج))، والهاء للشرط، "ح" (٦).

[١٢٤١٣] قوله: هو معنى إلخ خبير ((أن))، "ح" (٧). فكانه قال: إن ولدت أولاداً من هذا النكاح فهم أحرار، "ط" (٨).

[١٢٤١٤] قوله: ومفاده أي: مفاد التعليل المذكور، وذلك لأن المعلق قبل وجود الشرط عدم،

قوله: والظاهر أن اشتراطها بعده كذلك، ويحرر) الظاهر أن اشتراطها بعدها لا يكفي لما أن هذا تعليق معنى ولم يوجد أداته، بخلاف ما إذا وجد في العقد فإنه يشترط في الموجود استقلال وجوده بشرائطه، بخلاف الموجود ضمناً فإنه لا يشترط وجوده بشرائطه كما هو معلوم، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٩/٣ بتصرف.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٦٧/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٦٧/ب.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٦٧/ب.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

ولو ادَّعى الزَّوْجُ الشَّرْطَ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ حَلْفَ الْمَوْلَى، "نهر"^(١).....

ولا بدُّ له من بقاء الملك عند وجود الشرط، وهذا البحث لصاحب "البحر"^(٢)، وأقره عليه أخوه في "النهر"^(٣) و"المقدسي"، وقال في "البحر"^(٤): ((وقد ذَكَرَ ذلك في "المبسوط"^(٥) في التعلُّقِ صريحاً بقوله: كلُّ ولدٍ تَلِدِيْنَهُ فهو حرٌّ، فقال: لو مات المولى وهي حُبلى لم يَعْتَقَ ما تَلِدُهُ لَفَقْدِ الملك؛ [١٣٤/٣] لا لتقالها للورثة، ولو باعها المولى وهي حُبلى جازَ بيعُهُ، فإن وُلِدَتْ بعده لم تَعْتَقَ اهـ. إلا أن يُفْرَقَ بين التعلُّقِ صريحاً والتعلُّقِ^(٦) معنًى، ولم يَظْهَرْ لي الآن)) اهـ.

قلت: يَظْهَرُ لي الفَرْقُ بينهما من حيث إن هذا التعلُّقَ المعنويَّ تَعَلَّقَ به حقُّ الزَّوْجِ في ضمنِ العَقْدِ المقصودِ منه أصالةُ الولدِ، والرَّقِيقُ ميتٌ حكماً، فصارَ المقصودُ به أصالةُ حرِّيَّةِ الولدِ، فلا يكونُ في حكمِ التعلُّقِ الصَّريحِ، فلا يَظَلُّ بِزَوَالِ مِلْكِ الْمَوْلَى، ونظيرُهُ المكاتبُ، فإنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ مُعَاوَضَةٌ، وهو مُتَضَمِّنٌ لتعلُّقِ العتقِ على أداءِ البَدَلِ، ولا يَظَلُّ هذا التعلُّقُ الضَّمْنِيُّ بموتِ المولى المَعلَّقِ، وأيضاً فإنَّ المَغرورَ الذي تَزَوَّجَ امْرَأَةً على أَنَّهَا حُرَّةٌ يكونُ شارطاً لحرِّيَّةِ أولادِهِ معنًى، فإذا ظَهَرَ أَنَّهَا أُمَّةٌ تكونُ أولادُهُ أحراراً مع أنَّ هذا الشرطَ لم يكن مع المولى، وفي مسألتنا وَقَعَ شرطُ الحرِّيَّةِ مع المولى صريحاً، فلا يَنْزِلُ حالُهُ عن حالِ المَغرورِ، فتأمَّل.

[١٢٤١٥] (قوله: ولو ادَّعى الزَّوْجُ إلخ) هذا ذكرُهُ في "النهر"^(٧) بحثاً، وقال: ((إنه حادثة الفتوى))، واستنبطه مما في "جامع الفصولين"^(٨) في المَغرورِ: ((لو ادَّعى أَنه تَزَوَّجَهَا على أَنَّهَا

٣٧٦/٢

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/١ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب العتاق - باب عتق ما في البطن ١٣١/٧ بتصرف.

(٦) ((صريحاً والتعلُّق)) ساقط من "الأصل".

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/١.

(٨) "جامع الفصولين": الفصل السادس عشر في الاستحقاق والغرور وما يتعلق به ٢٢٢/١ بتصرف.

لكن لا نفقة ولا سُكْنَى لها إلا بها) بأن يَدْفَعَهَا إليه ولا يَسْتَحْدِمُهَا (وتَحْدِمُ المولى، وَيَطَأُ الزَّوْجُ إِنْ ظَفِرَ بِهَا فَارِغَةً) عن خدمة المولى، ويكفي في تسليمها قوله: متى ظَفِرَتْ بِهَا وَطِئْتَهَا، "نهر". (فإن بَوَّأها ثم رَجَعَ) عنها (صَحَّ) رجوعه لبقاء حقه (وسَقَطَتِ) النفقة (ولو حَدَمْتَهُ) أي: السَّيِّدَ بعد التَّبَوُّثِ (بلا استخداميه).....

حُرَّةٌ وَكَذَبَةُ المولى فَإِنْ بَرَّهَنْ فَالأولادُ أحرارٌ بالقيمة، وإلا حُلْفَ المولى؛ لأنه ادَّعَى عليه ما لو أقرَّ به لزمه، فإذا نَكَلَ يُحْلَفُ)).

[١٢٤١٦] (قوله: لكن لا نفقة إلخ) لأنها جزاء الاحتباس، ولذا لم تجب نفقة الناشزة، والحاجة مع غير الزوج، والمغصوبة، والمحبوسة بدين عليها، "رحمتي". وعطف السُّكْنَى على النفقة عطف خاص على عام؛ لأن النفقة اسم لها وللطعام والكسوة.

[١٢٤١٧] (قوله: ولا يستحدمها) مني على ما مر^(١) عن "نفقات الخصاف"، وذاكر في "البحر"^(٢): ((أن التحقيق أن العبرة لكونها في بيت الزوج ليلاً، ولا يضرُّ الاستخدام نهاراً)) اهـ، ويأتي^(٣) مثله قريباً.

[١٢٤١٨] (قوله: فارغة عن خدمة المولى) ظاهرة أنه لو وحدها مشغولة بخدمة المولى في مكان خال ليس له وطؤها، ولم أَرَهُ صريحاً، "بحر"^(٤). وقد يقال: إن كان استمتاعه لا يُنْقِصُ خدمة المولى أبيض له؛ لأنه ظَفِرَ بِحَقِّهِ غير منقِص حق المولى، لا سنيماً والمدة قصيرة، "ط"^(٥).

[١٢٤١٩] (قوله: ويكفي في تسليمها) أي: الواجب بمقتضى العقد، وهو بهذا المعنى لا يُنافي عدم وجوب التَّبَوُّثِ كما أوضحناه^(٦) قبل.

(١) المقولة [١٢٤٠٦] قوله: ((لا تجب تبوتها)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٢١١.

(٣) المقولة [١٢٤٢٠] قوله: ((أو استخدمها نهاراً إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠ بتصرف، ولفظه (("بحر")) ساقطة من "ب" و"م".

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٧٤.

(٦) المقولة [١٢٤٠٦] قوله: ((لا يجب تبوتها)).

(٨) "البحر" ٢/٢١٢ م قوله: ((أو استخدمها نهاراً إلخ)) ساقطة من "ب" و"م".

أو استخدمتها نهراً وأعادها لبيت زوجها ليلاً (لا) تسقط لبقاء التبوئة:
 (وله) أي: المولى (السفرُ بها) أي: بأمتِه (وإن أبي الزوج) "ظهيرية"^(١). (وله إجبارُ
 قِنِه وأمتِه) ولو أمٌ وليدٍ، ولا يلزمه الاستبراء بل يُندبُ، فلو وُلدت لأقل من نصفِ حولٍ

[١٢٤٢٠] (قوله: أو استخدمتها نهراً إلخ) [٣/١٣٤ق/ب] هذا ما تقدّم^(٢) قريباً عن "البحر":
 ((أنه التحقيق))، قال "ح"^(٣): ((وتكون نفقة النهار على السيد ونفقة الليل على الزوج كما في
 "القهيستاني"^(٤) عن "القنية"^(٥))).

[١٢٤٢١] (قوله: وإن أبي الزوج) أي: وإن أوفى المهرَ بتمامه؛ لأن حقَّ المولى أقوى،
 "ط"^(٦).

[١٢٤٢٢] (قوله: وله) أي: للمولى حيث تمَّ الملكُ له، "نهر"^(٧). احترازاً عن المكاتب، فإنَّ
 ملكه فيه ناقصٌ، فولايةُ الإجمارِ في المملوكِ تعتمِدُ كمالَ الملكِ، وهو كاملٌ في المُدبِّرِ وأمُّ الولدِ
 وإن كان الرُّقُّ ناقصاً، والمكاتبُ على عكسهما، "بحر"^(٨).

[١٢٤٢٣] (قوله: ولو أمٌ وليدٍ) ومثلها المُدبِّرُ والمُدبِّرةُ، وأشار إلى أنَّ القِنَةَ كذلك بالأولى،
 لكنَّها داخلَةٌ في القِنِ لإطلاقِهِ عليهما كما مرَّ^(٩)، فافهم.

[١٢٤٢٤] (قوله: ولا يلزمه الاستبراء) قدّمنا^(١٠) في فصلِ الحرِّمات أنَّ الصَّحيحَ وجوبُ

(١) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح العبيد والإماء ق ٨٤/أ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٤١٧] قوله: ((ولا يستخدمها)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/أ.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٣/١.

(٥) "القنية": كتاب الطلاق - باب في النفقة والكسوة والسكنى ق ٤٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ٧٤/٢.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ٢١٢/٣.

(٩) المقولة [١٢٣٣٤] قوله: ((والقن للمملوك كلاً)).

(١٠) المقولة [١١٤٢٦] قوله: ((بل سيدها)).

فهو من المولى، والنكاحُ فاسدٌ، "بحر"^(١) من الاستيلاء وثبوت النسب. (على النكاح) وإن لم يرضيا، لا مكاتبته ومكاتبته^{(٢)(٣)}، بل يتوقف على إجازتهما.....

الاستبراء على السيد إذا أراد أن يزوجهَا وكان يطؤها، وأمَّا الزوجُ فقال في "الهداية"^(٤): ((إنه لا يستبرئها لا استحباباً ولا وجوباً عندهما، وقال "محمد": لا أحبُّ أن يطأها قبل أن يستبرئها)) اهـ. ورجح "أبو الليث" قول "محمد"، وتقدم^(٥) تمام الكلام على ذلك. [١٢٤٢٥] (قوله: فهو من المولى) أي: إن ادَّعاهُ في القنَّة والمُدبِّرة، ولم ينفه عنه في أمِّ الولد، "ط"^(٦).

قلت: وهذا إذا زوجهَا غير عالمٍ؛ لما قدَّمناه^(٧) في المحرمات عن "التوشيح": ((من أنه ينبغي أنه لو زوجهَا بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوزُ النكاح، ويكون نفياً)). [١٢٤٢٦] (قوله: والنكاحُ فاسدٌ) فلا يلزمُ المهرُ إلا بوطءِ الزوج، "ط"^(٨). [١٢٤٢٧] (قوله: وإن لم يرضيا) أشار إلى ما في "القهستاني"^(٩) وغيره: ((من أن المراد بالإجبار تزويجهما بلا رضاهما، لا إكراههما على الإيجاب والقبول كما قيل)) اهـ، فافهم. [١٢٤٢٨] (قوله: لا مكاتبته ومكاتبته) لأنهما التحقَّ بالأجانب بعقدِ الكتابة، ولهذا يستحقَّان

(١) "البحر": كتاب العتق - باب الاستيلاء ٢٩٣/٤ بتصرف.

(٢) في "د" زيادة: ((فإن كانت امرأة العبد مكاتبته فنفتنها على العبد بوأها المولى بيتاً أو لم يسوي؛ لأنها حرَّةٌ بدأً،

فتبرأ مع زوجها من غير تبوة المولى كالحرة، فلا تشترط التبوة من المولى لاستحقاق النفقة. (١) وأما نفقة الأولاد فتكون على الأم؛ لأن ولد المكاتبه دخل في كتابتها، وتماه في "شرح أدب القضاء" للخصاف))، ق ١٦٧/ب.

(٣) في "د": ((ولا مكاتبته)).

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٥/١.

(٥) المقولة [١١٤٢٥] قوله: ((ولا يستبرئها الزوج)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٧) المقولة [١١٤١٨] قوله: ((المقربه)).

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٩) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القرن ٢٩٣/١.

((لعبد))، ق ٢٧١/١ [٢٧١/١] لا يملك (١)

ولو صغيرين إلحاقاً بالبالغ، فلو أدبياً وعتقاً عادَ موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتهما؛

الأرض على المولى بالجناية عليهما، وتستحق المكاتبة المهر إذا وطئها المولى، فصارا كالحُرَّين، فلا يُجبران على النكاح، "ط" (١) عن "أبي السُّعود" (٢).

(١٢٤٢٩) (قوله: ولو صغيرين) ظاهره أن المراد الإجازة ولو في حال الصغر، مع أن عبارة الصغرين الحُرَّين غير معتبرة أصلاً، ويحتمل أن يكون المراد أنه لا ينفذ نكاح المولى عليهما ولو كانا صغيرين، بل يتوقف على إجازتهما بعد بلوغهما، والمتبادر من كلامهم الأول، تأمل.

(١٢٤٣٠) (قوله: فلو أدبياً) أي: بدل الكتابة قبل ردِّ العقد، "فتح" (٣).

(١٢٤٣١) (قوله: عادَ موقوفاً على إجازة المولى) [٣/١٣٥] لأنه تجدد له ولاية أخرى غير الولاية التي قارنها رضاه بتزويجها؛ لأن تلك الولاية كانت بحكم الملك، وهذه بحكم الولاء، فيشترط بتجدد رضاه لتجدد الولاية، وصار كالشريك إذا زوج العبد المشترك ثم ملك باقيه، فإن النكاح يحتاج إلى إجازته لتجدد ملكه في الباقي، وكمن أذن لعبد ابنه الصغير في التجارة ثم مات الابن فوراً (٤)، فإن العبد يحتاج في التصرف إلى إذن جديد من الأب لتجدد ولاية ملكه، وكمن زوج نافلته مع وجود ابنه ثم مات الابن، فالنكاح يحتاج إلى إجازة الجد لتجدد ولايته، بخلاف الرهن إذا باع العبد المرهون، والمولى إذا باع العبد المأذون المديون، ثم سقط الدين في صورتين بطريق من طرق السقوط، حيث لا يفتقر العقد فيهما إلى إجازة المالك ثانياً؛ لأن نفاذ العقد فيهما بالولاية الأصلية، وهي ولاية الملك، من "شرح تلخيص الجامع الكبير".

(قوله: والمتبادر من كلامهم الأول) ويؤيده ما نقله "ط" عن "البحر" معزواً لـ "المحيط": ((المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقه بالبالغة فيما ينسب على الكتابة إلح)) اهـ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٨/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٥/٣ بتصرف.

(٤) في "م" ((فوراً))، وهو تحريف.

لعدم أهليتهما إن لم يكن عصبية غيره^(١)، ولو عجزاً توقّف نكاح المكاتب على رضا المولى ثانياً؛ لعود مؤن النكاح عليه، وبطل نكاح المكاتب؛ لأنه طراً حلاً بات على موقوف فأبطله، والدليل يعمل العجائب،.....

[١٢٤٣٢] (قوله: لعدم أهليتهما) لأن الكتابة لم تبق بعد العتق، والصغير ليس من أهل

الإجازة. ٣٧٧/٢

[١٢٤٣٣] (قوله: إن لم يكن إلخ) قيد لقوله: ((عاد إلخ)).

[١٢٤٣٤] (قوله: ثانياً) راجع إلى ((رضا)) لا إلى ((توقّف))، أي: رضا ثانياً، قال في

"شرح التلخيص": ((لكن لا بد من إجازة المولى وإن كان قد رضي أولاً)) اهـ، فافهم.

[١٢٤٣٥] (قوله: لعود مؤن النكاح عليه) لأنه لما زوجته إنما رضي بتعلق مؤن النكاح

كالمهر والنفقة بكسب المكاتب لا بملك نفسه، وكسب المكاتب بعد عجزه ملك للمولى،

"شرح التلخيص".

[١٢٤٣٦] (قوله: لأنه طراً حلاً بات) أي: حل وطئها للسيد ((على حل موقوف))،

أي: حلها للزوج ((فأبطله)) كالأمة إذا تزوجت بغير إذن، ثم ملكها من تجل له بطل

النكاح لطريان الحل البات على الموقوف، ولا يبطل نكاح العبد المكاتب لعدم الطريان

المذكور، من "شرح التلخيص".

[١٢٤٣٧] (قوله: والدليل يعمل العجائب) وجه العجب أن المولى يعمل إلزام النكاح بعد

العتق لا قبله، وأنه يتوقف على إجازة المكاتب قبل العتق، ولا يتوقف على إجازته بعده، وأن

المكاتب لو ردت إلى الرق يبطل النكاح الذي باشره المولى وإن أجازته، ولو عتقت جاز بإجازته،

ولهذا قيل: إنها مهما زادت من المولى بعداً زادت قرباً إليه في النكاح.

(١) في النسخ جميعها: ((عصبية غيره))، وما أثبتناه من "ذ".

وبحث "الكمال" هنا غيرُ صائبٍ.....

مطلب^(١): على أن "الكمال بن الهمام" بلغ رتبة الاجتهاد

[١٢٤٣٨] (قوله: وبحث "الكمال" هنا غيرُ صائبٍ) قال "الكمال"^(٢): ((الذي يقتضيه النظرُ عدمُ التوقفِ على إجازة [٣/١٣٥ق/ب] المولى بعدَ العتق، بل بمجردِ عتقها ينفذُ النكاحُ؛ لما صرَّحوا به من أنه إذا تزوجَ العبدُ بغيرِ إذنِ سيِّده فاعتقه نفذَ؛ لأنه لو توقفَ فيما على إجازة المولى - وهو ممتنعٌ لانتفاءِ ولايته - وإما على العبدِ، ولا وجهَ له؛ لأنه صدرَ من جهته، فكيف يتوقفُ؟! ولأنه كان نافذاً من جهته، وإنما توقفَ على السيِّدِ، فكذا السيِّدُ هنا، فإنه وليٌّ مُجبرٌ، وإنما التوقفُ على إزنها لعقدِ الكتابةِ وقد زالَ، فبقيَ النفاذُ من جهةِ السيِّدِ، فهذا هو الوجهُ، وكثيراً ما يقلدُ السَّاهونَ السَّاهينَ))، وردَّه في "البحر"^(٣): ((بأنه سوءُ أدبٍ وغلطٌ، أمَّا الأولُ فلأنَّ المسألةَ صرَّحَ بها الإمامُ "محمدٌ" في "الجامع الكبير"^(٤)، فكيف يُنسبُ السَّهْوُ إليه وإلى مُقلديه؟! وأمَّا الثاني فلأنَّ "محمدًا" رحمه الله علَّلَ لتوقيه على إجازة المولى بأنه تجددَ له ولايةٌ لم تكن وقتَ العقدِ، وهي الولايةُ بالعتقِ، ولذا لم يكن له الإجازةُ إذا كان لها وليُّ أقربُ منه كالأخِ والعَمِّ، فصارَ كالشريكِ، إلى آخر ما قدَّمناه عن "شرح التلخيص")، قال: ((وكثيراً ما يعترضُ المُخطئُ على المُصيِّبِ)) اهـ، ومثله في "النهر"^(٥) و"الشربلاية"^(٦) و"شرح الباقاني".

وأجاب العلامةُ "المقدسِي"^(٧): ((بأنَّ ما بحثه "الكمال" هو القياسُ كما صرَّحَ به الإمامُ "الحصري"^(٨) في "شرح الجامع الكبير"^(٩)، وإذا كان هو القياسُ لا يقالُ في شأنه: إنه غلطٌ وسوءٌ

(١) في "الأصل" و"ب": ((قف)) بدل ((مطلب)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٠/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٢/٣-٢١٣ بتصرف.

(٤) "الجامع الكبير": كتاب النكاح - باب أمر المولى عبده بالنكاح ص ٨٥.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٦) "الشربلاية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥١/١. (عاشق "الذرر والغرر").

(٧) المسمى "التحرير" لأبي المحمَّد محمود بن أحمد، جمال الدين الحصري البخاري (ت ٦٣٦ هـ) شرح "الجامع" -

(ولو قتل المولى أمته^(١))

أدب، على أن الشخص الذي بلغ رتبة الاجتهاد إذا قال: مقتضى النظر كذا لشيء هو القياس لا يُردُّ عليه بأن هذا منقول؛ لأنه إنما يتبع الدليل المقبول وإن كان البحث لا يقضي على المنهبي) اهـ.

قلت^(٢): والذي ينبغي عنه سوء الأدب في حق الإمام "محمد" أنه ظن أن الفرع من تفرعات المشايخ، بدليل أنه قال في صدر المسألة: ((وعن هذا استطرفت مسألة نقلت من "المحيط"^(٣)) هي أن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة))، إلى أن قال: ((هكذا تواردها الشارحون))، فهذا يدل على أنه ظن أنها غير منصوص عليها، فالأنسب حُسن الظن بهذا الإمام.

[١٢٤٣٩] (قوله: ولو قتل المولى أمته) قيد بالقتل لأنه لو باعها وذهب بها المشتري من المصر أو غيبها بموضع لا يصل إليه الزوج لا يسقط المهر، بل تسقط المطالبة به إلى أن يحضرها، وفي "الحانية"^(٤): ((لو أبت فلا صداق لها ما لم تحضر في قياس قول "الشيخين"))، "نهر"^(٥). وكالقتل [٣/١٣٦ق/٣] ما لو أعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة. وقيد بالمولى لأن قتل غيره لا يسقط به المهر اتفاقاً، وبالأمة لأنه لو قتل المولى الزوج لا يسقط؛ لأنه تصرف في العاقبة دون المعقود عليه. وأراد بالأمة القينة والمدبرة وأم الولد؛ لأن مهر المكاتب لها لا للمولى، فلا يسقط بقتل المولى إياها، "بحر"^(٦). والمكاتب المأذونة المديونة على ما سيجيء^(٧).

- الكبير للإمام محمد، وله شرح آخر مختصر من الشرح الأول. ("كشف الظنون" ١/٥٦٧-٥٦٨، "الجواهر المضية" ٤٣١/٣، "تاج الزاجم" ص ٢٤٤).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو قتل المولى أمته، قال في "النهر": هذا عند الإمام، وقالوا: يسقط باعتبار موتها حتف أنفها؛ إذ المقتول ميت بأجله عند أهل السنة، وله أن منع البدل قبل التسليم، فيجازى بمنع البدل إذا كان من أهل المهازات، انتهى)). ق ١٦٧/ب.

(٢) ((قلت)) ساقطة من "م".

(٣) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في نكاح العبد والإماء ١/ق ٢١٤/أ.

(٤) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر المسائل - فصل في المتعة ١/٣٨٥. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٣.

(٧) المقولة [١٢٤٥٥] قوله: ((أو مأذونة المديونة)).

قبل الوطء) ولو خطأ، "فتح"^(١). (وهو مكلف) فلو صبياً لم يسقط على
الراجح^(٢).....

[١٢٤٤٠] (قوله: قبل الوطء) أي: ولو حكماً، "نهر"^(٣)؛ لما مرَّ مراراً أن الخلوَّة الصحيحة
وطءٌ حكماً.

[١٢٤٤١] (قوله: ولو خطأ) أي: أو تسيباً كما هو مقتضى الإطلاق، "نهر"^(٤).

[١٢٤٤٢] (قوله: فلو صبياً) مثله المجنون بالأولى، "نهر"^(٥).

[١٢٤٤٣] (قوله: على الراجح إلخ) ذكر في "المصنف" فيه قولين، وفي "الفتح"^(٦): ((لو لم يكن

من أهل المجازة - بأن كان صبياً زوّج أمته وصبيته مثلاً - قالوا: يجب أن لا يسقط في قول أبي
حنيفة بخلاف الحرّة الصغيرة، إذا ارتدت يسقط مهرها؛ لأنّ الصغيرة العاقلة من أهل المجازة
على الرّدة بخلاف غيرها من الأفعال؛ لأنها لم تحظر عليها، والرّدة محظورة عليها)) اهـ. فترجّح
عدم السقوط، "بحر"^(٧).

قال "الرحمي": ((لكن الصبي من أهل المجازة في حقوق العباد، ألا ترى أنه يجب عليه الدية
إذا قتل والضمان إذا أتلّف؟ والمجنون مثله، ولذا ترك التقييد بالمكلف في "الهداية"^(٨) و"الوقاية"^(٩))

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧١/٣.

(٢) في "د": ((على الراجح، ذكره المصنف)) بزيادة ((ذكره المصنف)) ق ١٦٧/ب وهي ليست في "ب".

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب - ق ١٩١/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧١/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٨) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/١.

(٩) "الوقاية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٨١/١. (هامش "كشف الحقائق").

(سَقَطَ المَهْرُ) لَمَنْعِهِ المُبْدَلَ كَحَرَّةٍ ارْتَدَّتْ^(١) ولو صغيرة (لا لو فَعَلَتْ ذلك) القتل^(٢) (امرأة) ولو أمةً على الصَّحِيحِ، "خَانِيَّة"^(٣). (بنفسها) أو قَتَلَهَا وارْتُهَا،.....

و"الدَّرر"^(٤) و"الملتقى"^(٥) و"الكنز"^(٦)، والدَّلِيلُ يَعْضُدُهُ، وفيهم الأَسْوَةُ الحَسَنَةُ).

(قَوْلُهُ: سَقَطَ المَهْرُ) هَذَا عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ المُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَيُحَازَى

بِمَنْعِ البَدَلِ، وَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا لَزِمَهُ رَدُّ جَمِيعِهِ عَلَى الزَّوْجِ، "بِحَرْ"^(٧).

(قَوْلُهُ: كَحَرَّةٍ ارْتَدَّتْ) لِأَنَّ الفَرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا قَبْلَ تَقَرُّرِ المَهْرِ فَيَسْقُطُ،

"رَحْمَتِي".

[١٧٤٤٦] (قَوْلُهُ: ولو صغيرة) لِحَظَرِ الرَّدَّةِ عَلَيْهَا بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الأَفْعَالِ كَمَا مَرَّ^(٨).

[١٧٤٤٧] (قَوْلُهُ: لا لو فَعَلَتْ ذلك القتل امرأة) أَي: القتل المذكور، وهو ما يكون قبل

الوطء، قال في "النهر"^(٩): ((لأنَّ جَنَايَةَ الحَرْ عَلَى نَفْسِهِ هَدْرٌ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا، وَتَسْلِيمُ أَنِهَا لَيْسَتْ هَدْرًا فَقَتَلَهَا نَفْسَهَا تَقْوِيَتْ بَعْدَ المَوْتِ، وَبالمَوْتِ صَارَ لِلوَرِثَةِ فلا يَسْقُطُ، وَإِذَا لم يَسْقُطْ مَعَ

أَنَّ الحَقَّ لَهَا أَوْلًا فَعَدِمَ السَّقُوطُ بِقَتْلِ الوَارِثِ أَوْلَى)) اهـ.

[١٧٤٤٨] (قَوْلُهُ: ولو أمة) لِأَنَّ المَهْرَ لِمَوْلَاهَا، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَنَعُ المُبْدَلِ، "بِحَرْ"^(١٠). قال "ح"^(١١):

((حَاصِلُ مَا يُفْهَمُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّ العَلَّةَ فِي سَقُوطِ المَهْرِ أَمْرَانِ: الأَوَّلُ أَنَّ يَكُونَ صادِرًا مِنْ لَه

(١) في "د" زيادة: ((أَي: قَبْلَ الدَّخُولِ، أَوْ قَبْلَ ابْنِ الزَّوْجِ، "فَتَحَّ"). ق ١٦٨/أ.

(٢) في "د" زيادة: ((قَوْلُهُ: لو فَعَلَتْ ذلك القتل إلخ، أَقُولُ: وَكُنَّا لا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ المَهْرِ لو قَتَلَتْ زَوْجَهَا كَمَا يَقْتَضِيهِ نَظَرُ الفَقِيهِ، وَلَمْ أَرَهُ. وَفِيهِ أَيْضًا خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، فَعِنْدَهُ يَسْقُطُ مَهْرٌ مَنْ يَقْتُلُهَا الزَّوْجِ. تَأَمَّلْ. خَيْرِ الدِّينِ الرَّمْلِيِّ)). ق ١٦٨/أ.

(٣) "الخانية": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي ذِكْرِ مَسَائِلِ المَهْرِ - فَصَلٌ فِي التَّمَتَّةِ ٣٨٥/١ (هَامِشُ "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدَّرر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الكَافِرِ وَالرَّقِيقِ ٣٥٢/١.

(٥) "ملتقى الأبحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٣٦٦/١.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ١٦١/١.

(٧) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢١٣/٣.

(٨) المَقُولَةُ [١٧٤٤٣] قَوْلُهُ: ((عَلَى الرَّاجِعِ إلخ)).

(٩) "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق ١٩١/أ.

(١٠) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢١٤/٣.

(١١) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق ١٦٨/ب.

أو ارتدَّتِ الأُمَّةُ، أو قَبَلَتِ ابنَ زوجِها كما رَجَّحَهُ في "النَّهْر"؛ إذ لا تَفْوِيَتْ من المولى (أو فَعَلَهُ بَعْدَهُ) أَي: الوطءِ؛ لِتَقَرُّرِهِ بِهِ، ولو فَعَلَهُ بَعْبِدِهِ.....

المهرُ، الثَّانِي [٣/١٣٦ق/ب] أن يَتَرْتَبَ عَلَيْهِ حَكْمٌ دَنِيوِيٌّ كَالْمَذْكُورِ فِي صَدْرِ الْمَتْنِ، فَمِنِ الأُمَّةِ غَيْرِ الْمَآذُونَةِ وَغَيْرِ المُكَاتِبَةِ إِذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا فُقِدَ الأَمْرَانِ، وَفِي الحُرَّةِ إِذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا وَالمَوْلَى الغَيْرِ المُكَلَّفِ إِذَا قَتَلَ أُمَّتَهُ فُقِدَ الثَّانِي، وَفِي الأَجْنَبِيِّ أَوْ الوَارِثِ إِذَا قَتَلَ حُرَّةً أَوْ أُمَّةً فُقِدَ الأَوَّلُ)) اهـ، أَي: لِأَنَّ الوَارِثَ بِالقَتْلِ لَمْ يَتَّقْ وَارثًا مُسْتَحِقًّا لِلْمَهْرِ لِحُرْمَانِهِ بِهِ، فَصَارَ كالأَجْنَبِيِّ، "بَحْر" (١).

[١٢٤٤٩] (قَوْلُهُ: أَوْ ارْتَدَّتِ الأُمَّةُ) مُقَابِلُ قَوْلِهِ: ((كحُرَّةٍ ارْتَدَّتْ)).

[١٢٤٥٠] (قَوْلُهُ: كَمَا رَجَّحَهُ فِي "النَّهْر" (٢)) رَاجِعٌ لِالأَخِيرَتَيْنِ، وَسَبَقَهُ إِلَى ذَلِكَ فِي "البَحْر" (٣)

قِيَاسًا عَلَى تَصْحِيحِ عَدَمِ السَّقُوطِ فِي قَتْلِ الأُمَّةِ نَفْسَهَا، فَإِنَّ "الزَّيْلَعِي" (٤) جَعَلَ الرُّوَابِيتِينَ فِي الكَلِّ، وَإِذَا كَانَ الصَّحِيحُ مِنْهُمَا فِي مَسْأَلَةِ القَتْلِ عَدَمَ السَّقُوطِ فليَكُنْ كَذَلِكَ هُنَا، وَهُوَ الظَّاهِرُ؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ - وَهُوَ المَوْلَى - لَمْ يَفْعَلْ شَيْئًا اهـ.

[١٢٤٥١] (قَوْلُهُ: أَوْ فَعَلَهُ) الضَّمِيرُ المُسْتَرْتَضَى لِلْمَوْلَى المُكَلَّفِ، وَالبَارِزُ لـ ((القَتْلِ))، "ح" (٥).

[١٢٤٥٢] (قَوْلُهُ: لِتَقَرُّرِهِ) أَي: المَهْرِ ((بِه))، أَي: بِالوطءِ، "ح" (٦).

[١٢٤٥٣] (قَوْلُهُ: وَلَوْ فَعَلَهُ بَعْبِدِهِ) صُورَتُهُ: زَوَّجَ عِبْدَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ وَضَمِنَ قِيمَتَهُ يُوفَى مِنْهَا مَهْرُ

المَرَاةِ، وَمِثْلُهُ مَا إِذَا بَاعَهُ، قَالَ فِي "النَّهْر" (٧): ((وَسَيَاتِي أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ المَدْيُونُ كَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٤.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٤ بتصرف.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/١٦٥.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

أو مكاتبته أو مأذونته المديونة لم يسقط اتفاقاً.

(والإذن في العزل)

فالقتل أولي))، "ح" (١).

[١٢٤٥٤] (قوله: أو مكاتبته) لما عُرِفَ أنَّ مهرَ المكاتبَةِ لها لا للمولى، "بحر" (٢).

[١٢٤٥٥] (قوله: أو مأذونته المديونة) بحثٌ لصاحب "النهر" (٣) حيث قال: ((وأقول: ينبغي

أن يُقَيَّدَ الخلافُ - أي: الخلافُ المارُّ بين "الإمام" و"صاحبه" - بما إذا لم تكن مأذونةً لِحَقِّهَا به دينٌ، فإن كانت لا يسقط اتفاقاً؛ لما مرَّ من أنَّ المهرَ في هذه الحالة لها تُوفِّي منه ديونها، غاية الأمر أنه إذا لم يفِّ بدّيئها كان على المولى قيمتها للغرماء، فُضِّمَ إلى المهرِ ويُقسَمُ بينهم)) اهـ.

(تنبيه)

الحاصل: أنَّ المرأةَ إذا ماتت فلا يخلو: إمَّا أن تكون حُرَّةً، أو مكاتبَةً، أو أمةً، وكلُّ من الثلاثِ إمَّا أن يكون حَتَفَ أنفِها، أو بقتلها نفسها، أو بقتل غيرها، وكلُّ من التسعةِ إمَّا قبل الدُخولِ أو بعده، فهي ثمانية عشر، ولا يسقط مهرُها على الصحيح إلا إذا كانت أمةً وقتلها سيدها قبل الدُخولِ، "بحر" (٤).

قلت: ويؤادُ في التقسيمِ المأذونةِ المديونةِ، قبْلَ الصُّورِ أربعاً (٥) وعشرين.

مطلبٌ في حكم العزل (٦)

[١٢٤٥٦] (قوله: والإذن في العزل) أي: عزَّلَ زوج الأمة.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٥) في "م": ((أربعة)).

(٦) عبارة "الأصل" و"ب": ((مطلب في حكم العزل وإسقاط الولد)).

وهو الإنزال خارج الفرج (لمولى الأمة لا لها) لأن الولد حقه،

[١٢٤٥٧] (قوله: وهو الإنزال خارج الفرج) أي: بعد النزح منه لا مطلقاً، فقد قال في "المصباح"^(١): ((فائدة: المجاميع إن أمنى في الفرج الذي [١/١٣٧ق/٣] ابتدأ الجماع فيه قيل: أمناه وألقى ماءه، وإن لم يُنزل فإن كان لإعياء وقتور قيل: أكسل وأقحط وفهر، وإن نزح وأمنى خارج الفرج قيل: عزل، وإن أولج في فرج آخر فأمنى فيه قيل: فهر فهُراً من باب منع، ونهياً عن ذلك، وإن أمنى قيل أن يُجامع فهو الزُميق بضم الزاي وفتح الميم مُشددة^(٢) وكسر اللام)).

[١٢٤٥٨] (قوله: لمولى الأمة) ولو مُدبرة أو أم ولدي، وهذا هو ظاهر الرواية عن "الثلاثة"؛ لأن حَقها في الوطء قد تأدى بالجماع، وأما سفح الماء ففائدته الولد، والحق فيه للمولى، فاعتبر إذنه في إسقاطه، فإذا أذن فلا كراهة في العزل عند عامة العلماء، وهو الصحيح، وبذلك تظافرت الأخبار، وفي "الفتح"^(٣): ((وفي بعض أجوبة المشايخ الكراهة، وفي بعض عدتها))، "نهر"^(٤). وعنهما أن الإذن لها، وفي "القهستاني"^(٥): ((أن للسيد العزل عن أمته بلا خلاف، وكذا لزوج الحرّة بإذنها))، وهل للأب أو الجد الإذن في أمة الصغير؟ في "حاشية أبي السعود"^(٦) عن "شرح الحموي": ((نعم))، قال "ط"^(٧): ((وفيه أنه لا مصلحة للصبي فيه؛ لأنه لو جاء ولد يكون رقيقاً له، إلا أن يقال: إنه متوهم)) اهـ.

(قوله: وفيه أنه لا مصلحة للصبي فيه إلخ) قد يقال: فيه مصلحة له بدفع الحمل عن أمته؛ إذ هو

عُتِبَ في بنات آدم.

(١) "المصباح": مادة (عزل) بتصرف، وفيه: ((أناه)) بدل ((أمناه)).

(٢) في "م": ((المشددة)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٣/٣.

(٤) "نهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق. ١٩٠/ب.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٤/١.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٩/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٦/٢ بتصرف.

وهو يفيد التقييدَ بالبالغة، وكذا الحرَّة^(١)، "نهر"^(٢).

(ويعزلُ عن الحرَّة) وكذا المكاتبَة، "نهر"^(٣) بحثاً^(٤).....

وفيه أنه لو لم يُعتبرِ التَّوَهُّمُ هنا لما توقّفَ عليّ إذنِ المولى، تأمل.

[١٢٤٥٩] (قوله: وهو - أي: التعليلُ المذكورُ - يفيدُ التقييدَ) أي: تقييدَ احتياجهِ إلى الإذنِ

بالبالغة، وكذا الحرَّة بتقييدِ^(٥) احتياجهِ بالبالغة؛ إذ غيرُ البالغة لا ولد لها، قال "الرحمى":

((والبالغة المراهقة؛ إذ يمكنُ بلوغها وحبلها)) اهـ.

ومفادُ التعليلِ أيضاً أنَّ زَوْجَ الأُمّةِ لو شرطَ حرّيةَ الأولادِ لا يتوقّفُ العزلُ على إذنِ المولى

كما بحثه السيّدُ "أبو السُّعود"^(٦).

[١٢٤٦٠] (قوله: "نهر"^(٧) بحثاً) أصلُه لصاحب "البحر"^(٨) حيث قال: ((وأما المكاتبَةُ فينبغي

أن يكونَ الإذنُ إليها؛ لأنَّ الولدَ لم يكنِ للمولى، ولم أره صريحاً)) اهـ.

وفيه أنَّ للمولى حقاً أيضاً باحتمالِ عجزها ورَدّها إلى الرِّقِّ، فينبغي توقُّفه على إذنِ المولى

أيضاً رعايةً للحقّين، "رحمى".

(قوله: ومفادُ التعليلِ أيضاً أنَّ زَوْجَ الأُمّةِ لو شرطَ إلخ) فيه أنَّ زَوْجَ الأُمّةِ وإن شرطَ حرّيةَ الأولادِ

لا يَنقَطِعُ حقُّ مولاهما عنهم بسببِ الولاءِ له عليهم، كما يفيدُه ما سبق من تعليلِ حرّيةَ الأولادِ.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وكذا الحرّة، يعني: إنما يتوقّف على إذنها إذا كانت بالغة؛ إذ لا ولد قبل البلوغ، "حاشية".

"حلي") ق ١٦٨/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ بتصرف.

(٤) في "د" زيادة: ((قال في "النهر": وأما الصغرة فله العزل عنها بغير إذن المولى، كما يفيدُه التعليل، انتهى)) ق ١٦٨/أ.

(٥) في "ب" و"م": ((بتقييد)) بياء واحدة.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٧٩.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٥.

(بإذنها) لكن في "الخائئة": ((أنة يباح في زماننا لفساده))، قال "الكمال": ((فليعتبر عذراً مسقطاً لإذنها)).....

[١٢٤٦١] (قوله: لكن في "الخائئة"^(١)) عبارتها - على ما في "البحر"^(٢) - : ((ذكر في

"الكتاب": أنه لا يباح بغير إذنها، وقالوا: في زماننا يباح لسوء الزمان)) اهـ.

[١٢٤٦٢] (قوله: قال "الكمال"^(٣)) عبارته: ((وفي "الفتاوى": إن خاف من الولد السوء في

الحرّة يسعه العزل بغير رضاها [ب/١٣٧ق/٣] لفساد الزمان، فليعتبر مثله من الأعدار مسقطاً لإذنها)) اهـ.

فقد عليم مما في "الخائئة" أن منقول المذهب عدم الإباحة، وأن هذا تقييد من مشايخ

٣٧٩/٢

المذهب لتغير بعض الأحكام بتغير الزمان، وأقره في "الفتح"^(٤)، وبه حزم "القهستاني"^(٥) أيضاً حيث قال: ((وهذا إذا لم يخف على الولد السوء لفساد الزمان، وإلا فيحوز بلا إذنها)) اهـ.

لكن قول "الفتح": ((فليعتبر مثله إلخ)) يُحتمل أن يريد بالمثل ذلك العذر كقولهم: مثلك

لا يتحل، ويُحتمل أنه أراد إلحاق مثل هذا العذر به، كأن يكون في سفر بعيد أو في دار الحرب

فخاف على الولد، أو كانت الزوجة سيئة الخلق ويريد فراقها، فخاف أن تحبل، وكذا ما يأتي^(٦)

في إسقاط الحمل عن "ابن وهبان"، فافهم.

(١) "الخائئة": كتاب الحظر والإباحة - باب فيما يكره من النظر والمس للأقارب والأجانب وما لا يكره - فصل في

الختان ٤١٠/٣. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٤/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٣/٣.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح القرن ٢٩٤/١.

(٦) في المقولة الآتية.

وقالوا: يُباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج^(١) (وعن أمتيه بغير إذنهما) بلا كراهة، فإن ظهر بها حبلٌ حلَّ نفيه^(٢).....

مطلبٌ في حكم إسقاط الحمل

(١٢٤٦٣) (قوله: وقالوا إلخ) قال في "النهر"^(٣): ((بقي: هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم يُباح ما لم يتخلق منه شيء، ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح، وإلا فهو غلط؛ لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدّة، كذا في "الفتح"^(٤). وإطلاقهم يُفيد عدم توقّف جواز إسقاطها قبل المدّة المذكورة على إذن الزوج. وفي كراهة "الحانية"^(٥): "ولا أقول بالحبل؛ إذ المحرم لو كسر بيض الصيّد ضمنه؛ لأنه أصل الصيّد"^(٦)، فلمّا كان يُواحدُ بالجزء فلا أقلّ من أن يلحقها إثمٌ هنا إذا أسقطت بغير عذرٍ اهـ. قال "ابن وهبان": ومن الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأبي الصبي ما يستأجر به الظئر ويخاف هلاكه، ونقل عن "الذخيرة": لو أرادت الإلقاء قبل مُضي زمنٍ يُنفخ فيه الروح هل يباح لها ذلك أم لا؟ اختلفوا فيه، وكان الفقيه "عليّ بن موسى" يقول: إنه يُكره، فإن الماء بعد ما وقع في الرّجِم مألّه الحياة، فيكون له حكم الحياة كما في بيضة صيّد الحرم، ونحوه

(١) في "د" و"و": ((زوج)).

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: فإن ظهر بها حبل حلّ نفيه إلخ، لكن في "الحانية": له أمة غير محصنة، ويعزل عنها فحاشات بولده، وأكثر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه، وإن كانت محصنة لا يسعه نفيه؛ لأنه ربّما يعزل فيقع الماء في الفرج

الخارج ثم يدخل، فلا يعتمد على العزل، وهذا يُعَيّد ما مرّ من العزل بعدم التحصين، انتهى)). ق ١٦٨/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ - ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٤.

(٥) "الحانية": كتاب الحظر والإباحة - باب فيما يكره من النظر والمس للأقارب والأحباب وما لا يكره - فصل في

الحثان ٣/٤١٠. (هامش الفتاوى الهندية).

(٦) ((ضمنه؛ لأنه أصل الصيّد)) ساقط من "الأصل".

إِنْ لَمْ يُعَدَّ قَبْلَ بَوْلِ.....

في "الظهيرية"^(١)، قال "ابن وهبان": فإباحة الإسقاطِ محمولةٌ على حالةِ العُذرِ أو أنها لا تأثمُ إثمَ القتلِ اهـ. واما في "الدخيرة" تبينَ أنهم ما أرادوا بالتخليقِ إلا نَفخَ الرُّوحِ، وأنَّ "قاضي خان" مسبوqٌ بما مرَّ من التَّفَقُّهِ، والله [١٣٨ق/٣] تعالى الموفق)) اهـ كلامُ "النهر"، "ح"^(٢).

(تنبية)

أخذَ في "النهر" من هذا ومما قدَّمه^(٣) "الشارح" عن "الخاتبة" و"الكمال": ((أنه يجوز لها سدُّ فمِ رَحِمِها كما تفعلهُ النساءُ)) مُخالِفاً لما بحثه في "البحر"^(٤): ((من أنه ينبغي أن يكون حراماً بغيرِ إذنِ الزَّوجِ قياساً على عَزْلِهِ بغيرِ إذنها))^(٥).

قلت: لكن في "البرزانية"^(٦): ((أنَّ له مَنعَ امرأتهِ عن العَزْلِ)) اهـ.

نعم، النظرُ إلى فسادِ الرِّمانِ يُفيدُ الجوازَ من الجانبين، فما في "البحر" مبنيٌّ على ما هو أصلُ المذهب، وما في "النهر" على ما قاله المشايخُ، والله الموفق.

(قوله: [١٢٤٦٤] إن لم يُعَدَّ قَبْلَ بَوْلِ) بأنَّ لم يُعَدَّ أصلاً، أو عاذاً بَعْدَ بَوْلِ، "نهر"^(٧)،

أي: وعزَّلَ في العَوْدِ أيضاً كما نقله "أبو السُّعود"^(٨) عن "الخاتبة"، ونقلَ أيضاً عن خَطِّ

(١) "الظهيرية": كتاب الكراهية - الفصل الثالث في المعالجات وجراحات الأدمي والحيوانات ق ١٨٥/١.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/١.

(٣) "در" ص ٥٨٥.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق. ٢١٥/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((لكن في الحظر والإباحة من الهندية" عن "وجيز الكردي" أن له مَنعَ امرأتهِ عن العَزْلِ)). ق ١٦٨/١.

(٦) "البرزانية": كتاب الكراهية - الفصل السابع في النكاح ٣٠٦٨/٦. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/١ بتصرف.

(٨) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٨٠/٢.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

(وخيِّرت أمةً) ولو أمٌ وليدٍ (ومكاتبَةٌ) ولو جُكماً كمُعْتَقَةٍ بعضٍ (عَتَقْتُ تحت حُرٍّ أو عبدٍ ولو كان النكاح برضاها).....

"الزَّيْلَعِيُّ"^(١): ((أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُرَادَ: بَعْدَ غَسَلِ الذَّكْرِ))، أي: لَنَفِيِ احْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ عَلَى رَأْسِ الذَّكْرِ بَقِيَّةٌ مِنْهُ بَعْدَ الْبَوْلِ فَتُرْوَلُ بِالْغَسْلِ. وَبِهِ ظَهَرَ أَنَّ مَا ذَكَرُوهُ فِي بَابِ الْغَسْلِ أَنَّ النَّوْمَ وَالْمَشْيَ مِثْلُ الْبَوْلِ فِي حُصُولِ الْإِنْقَاءِ لَا يَتَأْتِي هُنَا، فَافْهَم.

[١٢٤٦٥] (قَوْلُهُ: وَخَيَّرْتَ أُمَّةً) هَذَا يُسَمَّى خِيَارَ الْعِتْقِ، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٢): ((وَلَوْ اخْتَارَتْ

نَفْسَهَا بِلَا عِلْمِ الزَّوْجِ يَصِحُّ، وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ بِغَيْبَتِهِ، كَذَا فِي "جَامِعِ الْفُصُولِ"^(٣))).

[١٢٤٦٦] (قَوْلُهُ: وَلَوْ أُمَّ وَلِيدٍ) أَي: أَوْ مُدَبِّرَةٍ، وَشَمِلَ الْكَبِيرَةَ وَالصَّغِيرَةَ، "بِحُرِّ"^(٤).

[١٢٤٦٧] (قَوْلُهُ: وَمُكَاتَبَةٌ) خَالَفَ "زَفْرٌ" فَقَالَ: لَا خِيَارَ لَهَا، وَقَوَاهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٥)، وَأَجَابَ

عَنْهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٦).

[١٢٤٦٨] (قَوْلُهُ: وَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ بِرِضَاهَا) وَكَذَا بِلِثْوَنِ رِضَاهَا بِالْأُولَى، وَعِبَارَةٌ

"الزَّيْلَعِيُّ"^(٧) وَغَيْرِهِ: ((وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِرِضَاهَا أَوْ بِغَيْرِهَا)) اهـ.

وَهَذَا التَّعْمِيمُ ظَاهِرٌ فِي غَيْرِ الْمُكَاتَبَةِ؛ لِمَا قَدَّمَهُ^(٨) "الشَّارِحُ" قَرِيبًا: ((مَنْ أَنْ لَهُ إِجْبَارٌ قَبْلَهُ

قَوْلُهُ: وَهَذَا التَّعْمِيمُ ظَاهِرٌ فِي غَيْرِ الْمُكَاتَبَةِ إِخْرَجَ بَلْ هُوَ ظَاهِرٌ فِيهَا أَيْضًا وَذَلِكَ: بِأَنَّ زَوْجَ أُمَّتِهِ قَبْلَ عَقْدِ

الْكِتَابَةِ ثُمَّ كَاتَبَهَا ثُمَّ عَتَقَتْ يُثْبِتُ لَهَا خِيَارَ الْعِتْقِ، فَفِي هَذِهِ تَبَيَّنَ لَهَا الْخِيَارُ مَعَ أَنَّ النِّكَاحَ بِلَا رِضَاهَا.

(١) هذا الكلام ليس في "تبيين الحقائق" بل ذكره ابن الشلبي في "حاشيته على تبيين الحقائق" ١٦٦/٢.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/ب.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون في الخيارات ٣٢٥/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٥/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٥/٣.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٦/٢.

(٨) "در" ص ٥٧٣-٥٧٤.

دَفْعاً لزيادةِ الملكِ عليها بطلقةٍ ثالثةٍ، فإنِ اختارتْ نفسها فلا مهرَ لها، أو زَوْجَهَا
فالمهرُ لسَيِّدِها،.....

على النكاح لا مَكَاتِبِهِ ولا مَكَاتِبَتَيْهِ))، وفي "المعراج": ((أنه ليس له^(١) إيجارهما بالإجماع))، وبه
تأييدَ قوله في "الشَّرْئِئَلِيَّة"^(٢): ((إنَّ نَفْيَ رِضَاءِ المَكَاتِبَةِ مَنفِيٌّ، فَإِنَّه كَمَا لَا يَنْفَعُ تَرْوِيحُهَا نَفْسَهَا بَدُونِ
إِذْنِ مَوْلَاهَا لِبَقَاءِ مِلْكِهِ لِرَقَبَتَيْهَا لَا يَنْفَعُ تَرْوِيحُهَا لِأَيَّامِهَا بَدُونِ إِذْنِهَا لِوَجَبِ الكِتَابَةِ))، وتَمَامُهُ هُنَاكَ.
[١٢٤٦٩] (قوله: دَفْعاً لزيادةِ الملكِ عليها) علةٌ لقوله: ((خُيِّرْتِ))، وذلك أنَّ الزَّوْجَ كَانَ
يَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلْقَتَيْنِ، فَلَمَّا صَارَتْ حُرَّةً صَارَ يَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلْقَةً ثَالِثَةً، وَفِيهِ ضَرَرٌ لَهَا، فَمَلَكْتَ
رَفَعَ أَصْلَ العَقْدِ لِنَفْعِ الزَّيَادَةِ المُضِرَّةِ لَهَا، وَلِهَذَا لَمْ يَثْبُتْ خِيَارُ العَتَقِ لِلعَبْدِ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ
ضَرَرٌ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الطَّلَاقِ.

[١٢٤٧٠] (قوله: فلا مهر لها) أي: إن لم يدخل بها الزوج؛ لأن اختيارها نفسها فسخ من
الأصل، وإن كان دخل بها فالمهر لسَيِّدِها؛ لأنَّ الدُّخُولَ بِحُكْمِ نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَتَقَرَّرَ بِهِ المَسْمِيُّ،
"بِحْر"^(٣).

[١٢٤٧١] (قوله: أو زَوْجَهَا) بالنصب عطفٌ على قوله: ((نفسها)).

[١٢٤٧٢] (قوله: فالمهر لسَيِّدِها) أي: سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل؛ لأنَّ المهرَ
واجبٌ بِمُقَابَلَةِ مَا مَلَكَ الزَّوْجُ مِنَ البُضْعِ، وَقَدْ مَلَكَهُ عَنِ المَوْلَى فَيَكُونُ بَدْلَهُ لِمَوْلَى، "بِحْر"^(٤)

(قوله: وذلك أنَّ الزَّوْجَ كَانَ يَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلْقَتَيْنِ إلخ) أوردَ على هذا التعليل بأنَّ فيه دَفْعَ ضَرَرٍ
عنها بِإثباتِ ضَرَرٍ عَلَيْهِ وَهُوَ: رَفْعُ أَصْلِ العَقْدِ، وَالأَسْلَمُ الأَسْتِدْلَالُ بِحَدِيثِ "بِريرة" حِينَ أُعْتِقَتْ؛ فَإِنَّه
عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ لَهَا: ((مَلَكْتَ بُضْعَكَ فَاخْتَارِي)) قَالَه حِينَ عَتَقَتْ.

(١) من ((إيجار)) إلى ((ليس له)) ساقط من "٣".

(٢) "الشَّرْئِئَلِيَّة": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥١/١. (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

ولو صغيرة تُؤخَّرُ بلوغها، وليس لها خيارُ بلوغٍ في الأصحَّ (أو كانت) الأمة (عند النكاح حرَّةً ثمَّ صارت أمةً) بأن ارتدَّا ولحقًا بدار الحرب،.....

عن "غاية البيان".

قلت: وقوله: ((سواء دخلَ بها الزوجُ أو لم يدخل)) لا يُثاني ما سيأتي^(١) متناً من التفصيل بأنه لو وطئَ الزوجُ قبلَ العتقِ فالمهرُ للمولى، أو بعدهُ فلها؛ لأنَّ ذلك فيما إذا كان النكاحُ بدوْنِ إذنِ المولى ونفَذَ النكاحُ بالعتقِ، وبه تملكُ منافعتها، فإذا وطئَ بعدهُ فالمهرُ لها بخلافِ ما هنا، فإنَّ النكاحَ بالإذنِ، فنفَذَ النكاحُ في حالِ قيامِ الرِّقِّ كما سيأتي^(٢)، فافهم.

[١٢٤٧٣] (قوله: ولو صغيرة) أي: لو كانت المعتقة صغيرة وقد زوجهها مولاهما قبل العتق تأخر خيارها إلى بلوغها، قال في "البحر"^(٣): ((لأنَّ فسخَّ النكاحِ من التصرفاتِ المتردِّدةِ بين النفعِ والضَّررِ، فلا تملكُ الصغيرةُ، ولا يملكُ ولَّيها لقيامه مقامها، كذا في "جامع الفصولين"^(٤)، فإذا بلغتْ كان لها خيارُ العتقِ لا خيارُ البلوغِ على الأصحَّ، كذا في "الذخيرة") اهـ.

وقيل: يثبتُ لها خيارُ البلوغِ أيضاً، ويدخلُ تحتَ خيارِ العتقِ، وأمَّا لو زوجهها بعدَ العتقِ ثمَّ بلغتْ فإنَّ لها خيارَ البلوغِ؛ لأنَّ ولايةَ المولى عليها في الصورةِ الأولى كولايةِ الأبِ بل أقوى،

(قوله: كذا في "جامع الفصولين") تنظرُ عبارةَ "الفصولين"، والأوضحُ في تعليلِ هذه المسألةِ أنْ يقالَ، كما نقله "السندي" عن "الرحماني"؛ لأنَّ عبارتها مُلغاةٌ، ولا يمكنُ اختيارُ مولاهما لأنَّ هذا ممَّا لا يقومُ مقامها فيه؛ لأنَّ صلاحيةَ أحدِ الزوجينِ للآخرِ والوفقُ بينهما لا يدرُكُهُ المولى فتعينَ توقُّفه على بلوغها اهـ. وعلى أنَّ عبارةَ "الفصولين" كما ذكر، فقوله: ((لقيامه مقامها)) علةٌ للمنفى وهو يملكُ، لا للنفي، وعلتهُ ممَّا علمتهُ، ثمَّ رأيتُ عبارةَ "الفصولين" هكذا: ((وكذا ولَّيها لا يتصرفُ به لقيامه مقامها)) اهـ. ويصحُّ أنْ يكونَ علةً للنفي يعني: أنه قائمٌ مقامها وهي لا تملكُ فكذا من قامَ مقامها.

(١) "در" ص ٥٩٧.

(٢) المقولة [١٢٥٠٤] قوله: ((لمقابلته بمنفعة ملكتها)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٣٢٥.

(٤) جامع الفصولين: الفصل الخامس والعشرون في الخيارات ١/٤٢٥.

ثُمَّ سُبِيَا مَعًا، فَأُعْتِقَتْ خَيْرَتٌ عِنْدَ "الثاني" خلافاً لـ "الثالث"، "مبسوط" (١).....

وفي هذه كولاية الأخ والعم بل أضعف كما أوضحناه في باب الولي.

[قوله: (١٢٤٧٤)] (قوله: معاً) قيد في الجمل الثلاثية، وإنما قيد به لأن بارتداد أحدهما أو لحاقه أو

سببه يفسخ النكاح. اهـ "ح" (٢).

[قوله: (١٢٤٧٥)] (قوله: خيرت عند الثاني) لأنها بالعتق ملكت أمر نفسها، وازداد ملك الزوج

عليها، "ح" (٣) عن "البحر" (٤).

[قوله: (١٢٤٧٦)] (قوله: خلافاً لـ "الثالث") أي: حيث قال: لا خيار لها؛ لأن بأصل العقد ثبت

عليها ملك كامل برضاها، ثم انتقص الملك، فإذا أعتقت عاد إلى أصله كما كان، ولا يخفى

ترجيح قول "أبي يوسف" لدخوله تحت النص، كذا في "البحر" (٥). ومراذه بالنص قوله ﷺ

لـ "بريرة" حين أعتقت: «مَلَكَتْ بَضْعَكَ فَاخْتَارِي» (٦) [١/١٣٩ق/٣] اهـ "ح" (٧)، أي: حيث أفاد

(١) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الخيار في النكاح ١٠٠/٥.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١/١٦٩.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١/١٦٩.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٢١٦.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٢١٦.

(٦) أخرجه الدارقطني ٢٩٠/٣ كتاب النكاح - باب المهر، ولفظه: ((اذعبي فقد عتق معك بضعك))، وابن سعد

في "الطبقات" ١٨٩/٨ عن الشعبي مرسلًا، وأورده الزيلعي في "نصب الراية" ٣/٢٤٠، وابن حجر في "تلخيص الحبير"

١٧٨/٣ وقال: هذا مرسل، ووصله الدارقطني من طريق أبان بن صالح، عن هشام، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها.

وفي الصحيحين عن عائشة أن بريرة عتقت فخيرها النبي ﷺ من زوجها، أخرجه البخاري (٥٠٩٧) كتاب النكاح -

باب الحرة تحت العبد، و(٥٢٨٤) كتاب الطلاق، ومسلم (١٥٠٤) (٩) و(١٢) كتاب العتق - باب البوالة لمن أعتق،

وابن الجوزي في "التحقيق في مسائل الخلاف" ٧٩/٩ - ٨٠. والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٨٢/٣ كتاب

النكاح - باب الأمة تعتق وزوجها حر هل لها خيار أم لا؟

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١/١٦٩.

(والجهلُ بهذا الخيارِ) خيارِ العتقِ (عذرٌ) فلو لم تَعَلِّمْ به حتى ارتدَّا ولَحِقًا، فَعَلِمْتَ فَسَخَتْ صَحَّ، إِلَّا إِذَا قُضِيَ بِاللَّحَاقِ،.....

قوله: «(فاختاري)» أَنَّ عِلَّةَ الاختيارِ مِلْكُ البُضْعِ على وجهِ زَادِ مِلْكِ الزَّوْجِ عليها، مثل: رَنَى فُرْجَمَ، وسَرَقَ فِقْطَعًا، حيث أفادت الفاءُ أَنَّ العِلَّةَ الزَّنا والسَّرْقَةُ كما تَقَرَّرَ في الأصول، فلا يَرِدُ ما أوردَهُ "الرحمى": ((من أَنَّ النَّصَّ لا عِمومَ فيه؛ لأنَّهُ خطابٌ لِمُعَيَّنَةٍ))، فتدبر.

[١٢٤٧٧] (قوله: خيارِ العتقِ) بدلٌ من ((هذا الخيارِ))، "ح" (١).

[١٢٤٧٨] (قوله: عذرٌ) أي: لاشتغالها بخدمة المولى، فلا تنفرغُ للتعلُّمِ، ثمَّ إذا عَلِمْتَ يَطْلُ بما يدلُّ على الإعراضِ في مجلسِ العِلْمِ كخيارِ المخيرة، ولو جَعَلَ لها قَدْرًا على أن تختارَهُ ففَعَلَتْ سقطَ خيارُها كما في "النهر" (٢)، زاد في "تلخيص الجامع": ((ولا شيء لها؛ لأنَّهُ حقٌّ ضعيفٌ، فلا يَظْهَرُ في حقِّ الاعتياضِ كسائرِ الخياراتِ والشُّفَعَةِ والكفالةِ بالنَّفْسِ بخلافِ خيارِ العيبِ)).

[١٢٤٧٩] (قوله: فلو لم تَعَلِّمْ به) قال في "البحر" (٣) عن "المحيط": ((إذا زَوَّجَ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهَا، فلم تَعَلِّمْ أَنَّ لها الخيارَ حتى ارتدَّا ولَحِقًا بدارِ الحربِ ورجعا مُسْلِمَيْنِ، ثمَّ عَلِمْتَ بِبُتوثِ الخيارِ أو عَلِمْتَ بالخيارِ في دارِ الحربِ فلها الخيارُ (٤) في مجلسِ العِلْمِ)) اهـ "ح" (٥). وكذا الحريَّةُ إذا تزَوَّجَهَا حربيٌّ ثمَّ أَعْتَقْتَ خَيْرتِ سواءَ عَلِمْتَ في دارِ الحربِ أو في دارِنَا بعدَ الإسلامِ، "نهر" (٦).

[١٢٤٨٠] (قوله: إِلَّا إِذَا قُضِيَ بِاللَّحَاقِ) أي: فلا يصحُّ فسخُها لَعَوْدِها رقيقةً بالحكمِ بِلَحَاقِها؛

(قوله: لأنه خطابٌ لِمُعَيَّنَةٍ) ونكاحُها لم يَنْعَقِدْ مُوجِبًا بثلاث.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٦/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٦.

(٤) ((فلها الخيار)) ساقط من "الأصل".

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٦/أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/ب.

وليس هذا حكماً^(١) بل فتوى، "كافي". (ولا يتوقف على القضاء) ولا يبطل بسكوت،.

لأن الكفار في دار الحرب كلهم أرقاء وإن كانوا غير مملوكين لأحد كما يأتي أول العتاق. اهـ
"ح"^(٢)، وأقره "ط"^(٣) و"الرحمى".

قلت: ما يأتي محمول على الحرابي إذا أسير، فهو رقيق قبل الإحراز بدارنا، وبعده رقيق ومملوك
كما سيأتي^(٤) هناك، وهو صريح ما قدمناه^(٥) أول هذا الباب، فالظاهر أن علة عدم صحة الفسخ
كون الحكم بالحق موتاً حكماً يسقط به التصرفات الموقوفة على الإسلام، فيسقط به حق الفسخ
الذي هو حق مجرد بالأولى، ثم رأيت في "شرح التلخيص" عللاً بما قلته، فله تعالى الحمد.

[١٢٤٨١] (قوله: وليس هذا حكماً^(٦)) جواب سؤال تقديره: كيف حكمتكم بصحة فسخ
من في دار الحرب وأحكامنا منقطعة عنهم؟! "ح"^(٧).

[١٢٤٨٢] (قوله: بل فتوى) أي: إخبار عند السؤال عن الحادثة، "ط"^(٨).

[١٢٤٨٣] (قوله: ولا يتوقف) أي: الفسخ بخيار العتق لا يتوقف على قضاء القاضي.

[١٢٤٨٤] (قوله: ولا يبطل بسكوت) أي: ولو كانت بكراً، بل لا بد من الرضا

[٣/١٣٩ق/ب] صريحاً أو دلالة، "ط"^(٩).

(١) في "الأصل" و"٣" و"م": ((بحكم))، وفي "ب": ((حكم)) وهو تحريف.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/أ.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

(٤) المقولة [١٩٨٣٧] قوله: ((وملك عليهم جميع ذلك)).

(٥) المقولة [١٢٣٣٢] قوله: ((هو المملوك)).

(٦) في "ب": ((بحكم))، وهو خطأ.

(٧) في "د": ((مدني)) بدل ((ح)). ق ١٦٨/ب.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/أ - ب.

(٩) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

(١٠) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

ولا يثبتُ للغلام، ويقتصرُ على مجلسٍ كخيارٍ مُخيرةٍ^(١) بخلاف خيارِ البلوغِ في الكلِّ، "خاتية"^(٢).

(نكحَ عبدٌ بلا إذنٍ فعَتقَ) أو باعَهُ.....

(١٢٤٨٥) (قوله: ولا يثبتُ للغلام) أي: لعبدٍ ذَكَر؛ لأنه ليس فيه زيادةٌ مِلِكٍ عليه بخلافِ الأمةِ، ولأنه يملكُ الطلاقَ، فلا حاجةٌ إلى الفسخِ.

(١٢٤٨٦) (قوله: ويقتصرُ على مجلسٍ) أي: مجلسِ العِلْمِ، ويمتدُّ إلى آخرِهِ، فإذا قامتْ بطلَ.

(١٢٤٨٧) (قوله: كخيارٍ مُخيرةٍ) أي: مَنْ قال لها زَوْجُها: اختاري نفسك، فإنها تختارُ ما

دامتْ في المجلسِ.

(١٢٤٨٨) (قوله: بخلافِ خيارِ البلوغِ في الكلِّ) أي: في كلِّ الخمسةِ المذكورةِ، فإنَّ الجهلَ

فيه ليس بعذرٍ، ويتوقَّفُ على القضاءِ، ويَطلُّ بسكوتِها بعدَ عِلْمِها بالنكاحِ، ويثبتُ للأنتى والغلامِ، ولا يمتدُّ إلى آخرِ المجلسِ إن كانتِ بكراً، ولو نُبِّأَ فوقتهُ العُمُرُ إلى وجودِ الرضاءِ صريحاً أو دلالةً كما في الغلامِ إذا بلغَ.

(١٢٤٨٩) (قوله: نكحَ عبدٌ بلا إذنٍ) قيدَ بالنكاحِ لأنه لو اشترى شيئاً فأعتقه المولى لا ينفذُ

الشراءَ بل يَطلُّ؛ لأنه لو نفذَ عليه لتغيَّرَ المالكُ، "بجر"^(٣).

(١٢٤٩٠) (قوله: فعَتقَ) بفتح أولِهِ مَبْنِيٌّ للفاعلِ، ولا يجوزُ ضمُّه بالبناء للمفعول؛ لأنه لازمٌ،

"أبو السُّعود"^(٤) عن "الحموي"، "ط"^(٥).

(١٢٤٩١) (قوله: أو باعَهُ) أي: مثلاً، والمرادُ انتقالُ المِلِكِ إلى آخرٍ بشراءٍ أو هبةٍ أو إرثٍ.

(١) في "و": ((المخيرة)).

(٢) "الخاتية": كتاب النكاح - فصل في الخيارات التي تتعلق بالنكاح ٤١٤/١ - ٤١٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.

(٤) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٨٢/٢.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٨/٢.

فأجاز المشتري (نفذ) لزوال المانع (وكذا) حكم (الأمّة، ولا خيار لها).....

[١٢٤٩٢] (قوله: فأجاز المشتري) أي: أجاز النكاح الواقع عند المالك الأول.

[١٢٤٩٣] (قوله: لزوال المانع) لأن المانع من النفاذ كان حق المولى، وقد زال لما خرّج عن

ملكه.

[١٢٤٩٤] (قوله: وكذا حكم الأمّة) أطلقها فشمل القنّة والمُدبّرة وأمّ الولد والمكاتبّة، لكن

في المُدبّرة وأمّ الولد تفصيل يأتي^(١)، "بحر"^(٢). وهذا في الأمّة إذا أُعتقت، أمّا لو مات عنها أو

باعها فإن كان المالك الثاني لا يحلُّ له وطؤها فكالعبد، وإلا فإن كان الزوج لم يدخل بها بطل

العقد الموقوف لطروّ الحِلِّ الباتّ عليه، وإن كان دخل ففي ظاهر الرواية كذلك لبطلان الموقوف

باعتراض المالك الثاني وإن كان ممنوعاً من غشيانها، وتوضيحه في "البحر".

[١٢٤٩٥] (قوله: ولا خيار لها) أي: للأمّة، أمّا العبد فلا خيار له أصلاً وإن نكح بالإذن

٣٨١/٢

كما مرّ^(٣). وشمل المكاتبّة، فإنها لا خيار لها للعلّة الآتية، وبها صرّح في "الشُرنبلاية"^(٤)، وما

قاله "ابن كمال باشا": ((من أنه لها الخيار)) كما مرّ^(٥) فهو سبق قلم، وكذا ما كتبه بهامشه من

قوله في "الهداية"^(٦): ((وقال "زفر": لا خيار لها بخلاف الأمّة الخ))، فهو كذلك؛ لأنّ ما مرّ^(٧)

من أنّ لها الخيار عندنا خلافاً لـ "زفر" إنما هو في مسألة تزوّجها [٣/١٤٠ق] بإذن مولاها،

وكلامنا في التزوّج بدون إذنه كما هو صريح في كلام "الهداية"، فتنبّه.

(١) المقولة [١٢٤٩٩] قوله: ((وكذا مدبرة عتقت بموته)) والتي بعدها.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣-٢١٨.

(٣) المقولة [١٢٤٨٥] قوله: ((ولا يثبت لغلام)).

(٤) "الشُرنبلاية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥١/١. (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "در" ص ٥٨٨.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/١.

(٧) المقولة [١٢٤٦٧] قوله: ((ومكاتب)).

(٥) ((...)).

لكون النفوذ بعد العتق، فلم تتحقق زيادة الملك، وكذا لو اقرتنا، بأن زوجها فضولي وأعتقها فضولي وأجازهما المولى، وكذا مدبرة عتقت بموته، وكذا أم الولد إن دخل بها الزوج، وإلا لم ينفذ؛ لأن عتقتها من المولى.....

[١٢٤٩٦] قوله: لكون النفوذ بعد العتق فصارت كما إذا زوجت نفسها بعد العتق، ولذا قال "الإسبيجاني": ((الأصل أن عقد النكاح متى تم على المرأة وهي مملوكة ثبت لها خيار العتق، ومتى تم عليها وهي حرة لا يثبت لها خيار العتق))، "بحر" (١).
[١٢٤٩٧] قوله: فلم تتحقق زيادة الملك أي: بطلقة ثالثة، وعلّة ثبوت الخيار ثبوت الزيادة المذكورة كما مر (٢).

[١٢٤٩٨] قوله: وكذا لو اقرتنا أي: العتق ونفاذ النكاح، فإنهما لما أجازهما المولى معاً ثبتا معاً.

[١٢٤٩٩] قوله: وكذا مدبرة عتقت بموته أي: حكمها حكم ما إذا أعتقها في حياته المذكور في قوله: ((وكذا حكم الأمة))، وأفاد بقوله: ((عتقت)) أنها تخرج من الثلث، فإن لم تخرج لم ينفذ حتى تؤدي بدل السعاية عنده، وعندهما جاز كما في "البحر" (٣) عن "الظهريّة" (٤)، أي: لأنها عندهما تسعى وهي حرة.

[١٢٥٠٠] قوله: وكذا أم الولد إلخ أي: إذا أعتقها أو مات عنها المولى إن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ النكاح على رواية ابن سماعة عن محمد؛ لأنه وجب (٥) العدة من الزوج، فلا تجب العدة من المولى، أما على ظاهر الرواية لا تجب العدة من الزوج، فوجب العدة من المولى،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.
(٢) المقولة [١٢٤٩٦] قوله: ((دفعاً لزيادة الملك عليها)).
(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.
(٤) "الظهريّة": كتاب العتاق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٦/ب.
(٥) في "م": ((وجبت)).

تَمَنَعُ نَفَاذَ النِّكَاحِ (فَلَوْ وَطِئَ) الزَّوْجُ الْأَمَةَ (قَبْلَهُ) أَي: الْعَتِقِ (فَالْمَهْرُ الْمَسْمُومُ لَهُ) أَي: لِلْمَوْلَى (أَوْ بَعْدَهُ فَلَهَا) لِمَقَابِلَتِهِ بِمَنْفَعَةٍ مَلَكَتْهَا.

(وَمَنْ وَطِئَ قِنَةَ ابْنِهِ.....)

ووجوبها منه قبل الإجازة يُوجِبُ انفساخَ النِّكَاحِ كما في "البحر"^(١) عن "المحيط"، وإنما لم تجب العِدَّةُ من الزَّوْجِ لأنها لا تجب إلا بعد التفريق بينهما كما أفادته في "البحر" في المسألة السابقة. [١٢٥٠١] (قوله: تَمَنَعُ نَفَاذَ النِّكَاحِ) أَي: تَبَطَّلُهُ؛ إذ لا يمكن توقُّفه مع العِدَّةِ، "بحر"^(٢)؛ لأنَّ المعتدَّةَ لا تحلُّ لغير مَنْ اعتدَّتْ منه.

[١٢٥٠٢] (قوله: فَلَوْ وَطِئَ الزَّوْجُ الْأَمَةَ) أَي: الَّتِي نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ نَفَذَ نِكَاحَهَا

بِالْعَتِقِ.

[١٢٥٠٣] (قوله: فَالْمَهْرُ الْمَسْمُومُ لَهُ) أَي: إِنْ كَانَ، وَإِلَّا فَمَهْرُ الْمَثَلِ، "نهر"^(٣). وإنما كان له

لأنَّ الزَّوْجَ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مَمْلُوكَةٍ لِلْمَوْلَى، "بحر"^(٤).

[١٢٥٠٤] (قوله: لِمَقَابِلَتِهِ بِمَنْفَعَةٍ مَلَكَتْهَا) لأنَّ الْعَقْدَ نَفَذَ بِالْعَتِقِ، وَبِهِ تَمَلِكُ مَنَافِعَهَا، بِخِلَافِ

النَّفَاذِ بِالْإِذْنِ وَالرَّقِّ قَائِمٌ، "بحر"^(٥).

[١٢٥٠٥] (قوله: وَمَنْ وَطِئَ قِنَةَ ابْنِهِ) أَي: أَوْ بِنْتِهِ، "حموي" عن "البرجندي". وشَمِلَ الْإِبْنَ

الْكَافِرَ، "فهستاني"^(٦). وَالصَّغِيرَ [١٤٠/٣/ب] وَالْكَبِيرَ، "بحر"^(٧). وشَمِلَ مَا إِذَا كَانَتْ مَوْطُوءَةً

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٨/٣ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٨/٣.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح القرن ٢٩٤/١.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٨) قوله [١٢٥٠٥] (وَمَنْ وَطِئَ قِنَةَ ابْنِهِ.....)

فَوَلَدَتْ) فلو لم تَلِدْ لَزِمَ عَقْرُهَا،.....

للابن أو لم تكن، "ظهيرية"^(١) من العتق. ومحرزُ القنّة ما يأتي^(٢) في قوله: ((ولو ادّعى ولد أمّ ولديه إلخ))، ومحرزُ الابن ما يأتي^(٣) في قول المصنف: ((ولو وطئ جارية امرأته أو ولديه إلخ)). [١٢٥٠٦] (قوله: فَوَلَدَتْ) عطفٌ على ((وطئ))، وتعقيب كل شيء بحسبه كما في: تزوّج زيد فولد له، فالظاهر أنها لو ولدت قبل مضي مدّة الحمل لم تصحّ الدّعوى، بل مُفادُ قوله: ((فادّعاء)) عطفاً على ((فَوَلَدَتْ)) أنه لو ادّعاه وهي حبلى لم تصحّ حتى تَلِدْ، قال في "البحر"^(٤): ((و لم أره صريحاً))، وفي "النهر"^(٥): ((ينبغي أنها لو ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت دعوته أن تصح)).

مطلب في تفسير العقر

[١٢٥٠٧] (قوله: لَزِمَ عَقْرُهَا) قال في "الفتح"^(٦): ((العقر هو مهرٌ مثلها في الجمال، أي: ما يُرغَبُ فيه في مثلها جملاً فقط، وأما ما قيل: ما يُستأجرُ به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه، بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهراً؛ لأن الثاني للبقاء بخلاف الأول)) اهـ. وإذا تكرّر منه الوطء ولم تحبل لزمه مهرٌ واحدٌ بخلاف وطء الابن جارية الأب مراراً،

(قوله: العقر هو مهرٌ مثلها إلخ) تقدّم لـ "المحسني" في المهر أن المواضع التي يجب فيها المهر بسبب الوطء بشبهة ليس المراد به مهر المثل الواجب بالنكاح الفاسد بل المراد به العقر، وفسره "الإسبيعي" بأنه يُنظرُ بكم تُستأجرُ للزنا لو كان حلالاً، وكذا نُقول عن مشايخنا في شرب "الأصل" لـ "السرخسي" إلى آخر ما نقله عن "البحر" فانظره مع ما تقدّم نقله، تأمل.

(١) "الظهيرية": كتاب العتاق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٧/ب يتصرف.

(٢) "در" ص ٦٠٤.

(٣) "در" ص ٦٠٨.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٢١٩.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٩.

وَارْتَكَبَ مُحْرَمًا، وَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ.....

فعلية بكلٍ وطءٍ مهر؛ لأنَّ المهرَ وَجِبَ بسببِ دَعْوَى الشُّبْهَةِ، ولو لم يَدْعُهَا يَلْزِمُهُ الحَدُّ، فَبِتَكَرُّرِ دَعْوَاهَا يَتَكَرَّرُ المهرُ بِخِلافِ الأبِ، فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى دَعْوَى الشُّبْهَةِ، "خَانِيَّة" (١).

[١٢٥٠٨] (قوله: وارتكب مُحْرَمًا الخ) كذا في "النهر" (٢)، وأصله في "البحر" (٣) حيث قال: ((وقيد بالولادة لأنه لو وطئ أمة ابنه ولم تحبل فإنه يحرم عليه ولا يملكها، ويلزمه عُقرها، بخلاف ما إذا حبلت منه فإنه يتبين أن الوطاء حلال، لتقدم ملكه عليه، ولا يُحدُّ قاذفه في المسالتين، أما إذا لم تلد منه فظاهر؛ لأنه وطئ وطأ حراماً في غير ملكه، وأما إذا حبلت منه فلا شبهة الخلاف في أن الملك يثبت قبل الإيلاج أو بعده مُسْقِطَةً لإحصائه كما في "الفتح" (٤) وغيره)) اهـ.

وقوله: ((فإنه يتبين أن الوطاء حلال)) تصريح بمفهوم ما هنا، وفيه تأمل؛ لأنَّ ثبوت ملكه لها قبيل الوطاء عندنا وقبيل العُلُوقِ عند "الشافعي" إنما هو لضرورة ثبوت النسب كما أوضحه في "الفتح"، ولا يلزم من ذلك جلُّ الإقدام على هذا الوطاء، كما لو غصب شيئاً وأتلفه ثم أدى ضمانه لملكه، لا يلزم من استناد الملك إلى وقت الغصب جلُّ ما صنع، ولعلَّ المراد بقوله: ((حلال)) أنه ليس بزناً؛ [٣/١٤١ق/١] إذ لو كان زناً لزمه العُقرُ ولم يثبت النسب، ويدلُّ على ما قلنا إطلاق قوله الآتي: ((ولذا يحلُّ له عند الحاجة الطَّعامُ لا الوطاء))، وكذا ما قدمناه (٥) عن "الظهريَّة" من صحَّة الدعوى في الأمة الموطوءة للابن مع أنها مُحْرَمَةٌ على الأبِ حُرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ، فليتأمل.

(١) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في تكرار المهر ٢٩٥/١. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

(٥) المقولة [١٢٥٠٥] قوله: ((ومن وطئ فنة ابنه)).

(فَادَّعَاهُ الْأَبُ) وَهُوَ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَاقِلٌ (تَبَّتْ نَسَبُهُ) بِشَرَطِ بَقَاءِ مِلْكِ ابْنِهِ مِنْ وَقْتِ
الْوَطْءِ إِلَى الدَّعْوَةِ،.....

[١٢٥٠٩] (قَوْلُهُ: فَادَّعَاهُ) أَي: عِنْدَ قَاضِي كَمَا فِي "شَرْحِ ابْنِ الشُّلْبِيِّ"، وَأَفَادَ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي

صَحَّةِ الدَّعْوَى دَعْوَى الشُّبْهِةِ وَلَا تَصْدِيقُ الْإِبْنِ، "فَتْح" (١).

٣٨٢/٢

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ الْغَاءَ لِمَجْرَدِ التَّرْتِيبِ، فَلَا يَلْزَمُ الدَّعْوَى عَقِبَ الْوِلَادَةِ، وَأَدَّعَى "الْحَمَوِيُّ" الزُّوْمَ
فَوْرًا، وَهُوَ بَعِيدٌ، فَلْيُرَاجَعِ.

[١٢٥١٠] (قَوْلُهُ: وَهُوَ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَاقِلٌ) فَلَوْ كَانَ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مَجْنُونًا لَمْ تَصَحَّ

الدَّعْوَى لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ، وَلَوْ أَفَاقَ الْمَجْنُونُ ثُمَّ وَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَلَوْ كَانَا
مِنْ أَهْلِ النِّمَّةِ إِلَّا أَنَّ مِلَّتَيْهِمَا مَخْتَلِفَةٌ جَازَتْ الدَّعْوَى مِنَ الْإِبْنِ، "فَتْح" (٢). فَاذًا أَنَّ الْإِسْلَامَ شَرَطٌ
فِيمَا لَوْ كَانَ الْإِبْنُ مُسْلِمًا، أَمَّا لَوْ كَانَ كَافِرًا فَلَا يُشْتَرَطُ إِسْلَامُ الْإِبْنِ وَلَوْ اخْتَلَفَتِ الْمِلَّةُ؛ لِأَنَّ
الْكَفْرَ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَفِي "الظَّهْرِيَّة" (٣): ((وَلَوْ كَانَ الْإِبْنُ مُسْلِمًا وَالْإِبْنُ كَافِرًا صَحَّتْ دَعْوَتُهُ، وَلَوْ
كَانَ الْإِبْنُ مُرْتَدًّا فَدَعْوَتُهُ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ نَافِذَةٌ عِنْدَهُمَا)).

[١٢٥١١] (قَوْلُهُ: بِشَرَطِ الْإِلْحِ) فَلَوْ حَبِلَتْ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، أَوْ فِيهِ وَأَخْرَجَهَا الْإِبْنُ عَنْ مِلْكِهِ

ثُمَّ اسْتَرَدَّهَا لَا تَصَحُّ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الْإِسْتِنَادِ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ، فَيَسْتَدْعِي
قِيَامَ وَلايَةِ التَّمْلُكِ مِنْ حِينِ الْعُلُوقِ إِلَى التَّمْلُكِ، هَذَا إِنْ كَذَّبَهُ الْإِبْنُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ صَحَّتْ
الدَّعْوَى، وَلَا يَمْلِكُ الْجَارِيَةُ كَمَا إِذَا ادَّعَاهُ أُجْنَبِيٌّ، وَيَعْتَقُ عَلَى الْمَوْلَى كَمَا فِي "الْمَحِيطِ"، "بِحَرْ" (٤).

(قَوْلُهُ: أَي: عِنْدَ قَاضِي الْإِلْحِ) لَمْ يَظْهَرْ وَجْهٌ لِهَذَا التَّقْيِيدِ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) "الظهريّة": كتاب العتاق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٧/ب بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

وَيَبِّعُهَا لِأَخِيهِ مِثْلًا لَا يَضُرُّ، "نهر" بحثاً. (وصارت أمٌ ولديه) لاستناد الملك.....

قال في "النهر"^(١): ((المذكور في "الشرح" لـ "الزَيْلَعِي"^(٢)) - وعليه جَرَى في "فتح القدير"^(٣) وغيره - أنه لَا يُشْتَرَطُ فِي صِحَّتِهَا دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا تَصْدِيقُ الْإِبْنِ)) اهـ.

أقول: كأنه فهم أن الإشارة في قوله: ((هذا إن كَذَبَهُ الْإِبْنُ)) راجعة إلى أصل المسألة، أعني: ما إذا بَقِيَتْ الْجَارِيَةُ فِي مِلْكِ الْإِبْنِ، وليس كذلك، بل هي راجعة إلى قوله: ((فَلَوْ حَبَلَتْ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، أَوْ فِيهِ وَأَخْرَجَهَا الْإِبْنُ عَنْ مِلْكِهِ لِح))، فلا يُنَافِي ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي [٣/١٤١ق/١] "الزَيْلَعِي" و"الفتح" من عَدَمِ اشْتِرَاطِ التَّصْدِيقِ؛ لِأَنَّهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ لَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، بِدَلِيلِ أَنَّ اشْتِرَاطَ بَقَائِهَا فِي مِلْكِ الْإِبْنِ مَذْكُورٌ فِي "الزَيْلَعِي" و"الفتح"، فَلَوْ كَبَانَ لَا يُشْتَرَطُ تَصْدِيقُ الْإِبْنِ وَإِنْ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ لَمْ يَسْقَ فَائِدَةٌ لِاشْتِرَاطِ بَقَائِهَا فِي مِلْكِهِ، وَفِي "الظَّهْرِيَّة"^(٤) مِنْ الْعِتْقِ: ((يُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الْجَارِيَةُ فِي مِلْكِهِ مِنْ وَقْتِ الْعُلُوقِ إِلَى الدَّعْوَةِ، حَتَّى لَوْ عَلَقَتْ فَبَاعَهَا الْإِبْنُ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا أَوْ رُدَّتْ عَلَيْهِ بَعِيْبٍ بِقَضَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ أَوْ بِفَسَادِ الْبَيْعِ، ثُمَّ ادَّعَاهُ الْأَبُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ إِلَّا إِذَا صَدَّقَهُ الْإِبْنُ)) اهـ، فهذا أيضاً صريح فيما قلنا، فتدبر.

[١٢٥١٢] (قوله: وَيَبِّعُهَا لِأَخِيهِ مِثْلًا) أَي: أَوْ ابْنِهِ أَوْ ابْنِ أَخِيهِ ((لَا يَضُرُّ))؛ لِأَنَّهَا لَا تَخْرُجُ وَالْحَالَةَ هَذِهِ عَنْ كَوْنِهَا جَارِيَةً فَرَعِيَةً. اهـ "ح"^(٥). وفيه: أَنَّ يَبِّعُهَا لِابْنِهِ لَا يُفِيدُ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْجَدِّ عَلَيْهِ مَعَ وَجُودِ الْأَبِّ، نَعَمْ يَبِّعُهَا لِابْنِ أَخِيهِ يُفِيدُ إِذَا كَانَ أَبُو ذَلِكَ الْإِبْنِ مَيْتًا أَوْ مَسْلُوبَ الْوِلَايَةِ بِكُفْرٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ جُنُونٍ؛ لِيَكُونَ لِلْجَدِّ الْمُدَّعِيِ وِلَايَةً؛ لِأَنَّ دَعْوَةَ الْجَدِّ لَا تَصِحُّ إِلَّا عِنْدَ الْوِلَايَةِ عَلَى فَرَعِهِ كَمَا يَأْتِي^(٦)، أَفَادَةُ "الرَّحْمَنِي"، فَافْهَم.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٤) "الظهيرية": الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٧/ب بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/ب.

(٦) "در" ص ٦٠٥ -.

لوقت العُلوقِ (وعليه قيمتها) ولو^(١) فقيراً؛ لقصُورِ حاجةِ بقاءِ نَسْلِهِ عن بقاءِ نَفْسِهِ، ولذا يَحِلُّ له عند الحاجةِ الطَّعامُ لا الوطءُ، ويُجبرُ على نفقةِ أَيْهِ لا على دَفْعِ جاريةٍ لتَسْرِيهِ

[١٢٥١٣] (قوله: لوقت العُلوقِ) كذا في "الفتح"^(٢)، أي: لوقتِ الوطءِ القريبِ من وقتِ

العُلوقِ كيلاً يُنابِي ما يأتي^(٣) قريباً، تأمل.

[١٢٥١٤] (قوله: وعليه قيمتها) أي: لولديه يومَ عَلِقَتْ كما في "مسكين"، "ط"^(٤). وفي

"المحيط": ((ولو استَحَقَّها رجلٌ يأخذُها وعقرُها وقيمةٌ ولديها؛ لأنَّ الأبَّ صار مغروراً، ويرجعُ الأبُّ على الابنِ بقيمةِ الجاريةِ دونَ العقرِ وقيمةِ الولدِ؛ لأنَّ الابنَ ما ضَمِنَ له سلامةُ الأولادِ)) اهـ "بجر"^(٥).

[١٢٥١٥] (قوله: لقصُورِ إلخ) أي: أن^(٦) للأبِّ ولايةَ تَمَلُّكِ مالِ ابْنِهِ للحاجةِ إلى إبقاءِ

نفسِهِ، فكذا إلى صَوْنِ نَسْلِهِ؛ لأنَّهُ جزءٌ منه، لكنَّ الأولى أشدُّ، ولذا يَتَمَلَّكُ الطَّعامَ بغيرِ قيمتهِ والجاريةِ بالقيمةِ، ويَحِلُّ له الطَّعامُ عند الحاجةِ دونَ وطءِ الجاريةِ، ويُجبرُ الابنُ على الإنفاقِ عليه دونَ دَفْعِ الجاريةِ للتَسْرِي، فللحاجةِ جازٍ له التَمَلُّكُ، ولقصُورها أو جِنابِها عليه القيمةُ مُراعاةً للحَقَّينِ، "فتح"^(٧). وما ذكره: ((من أَنه لا يُجبرُ على الجاريةِ [١٤٢٣/٣] للتَسْرِي)) ذكره "الزَّيْلَعِيُّ"^(٨) أيضاً، ومثلهُ في "الدَّرر"^(٩) و"غاية البيان" و"النهاية"، وما في هذه الشُّروحِ المعتبرةِ

(١) الواو ليست في "ب" و"ط".

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) للمقولة [١٢٥١٦] قوله: ((لا عقرها)).

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٨/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٦) في "الأصل": ((أي: لأن)).

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٩-٢٧٨/٣.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٩) "الدَّرر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١.

(لا عقرها وقيمة^(١) ولديها) ما لم تكن مُشتركة، فتجب حصّة الشريك،.....

لا يُعارضه ما سيأتي^(٢) في النفقة، وعزّاه في "الشرنبلية"^(٣) إلى "الجوهرة"^(٤): ((من أنه يُجبر))، فتدبر. [١٢٥١٦] (قوله: لا عقرها) تقدّم^(٥) تفسيره قريباً، وعند "الشافعي"^(٦) و"زفر" عليه عقرها لثبوت الملك فيها قبيل العلوّ؛ لضرورة صيانة الولد، وعندنا قبيل الوطء؛ لأنّ لازم كون الفعل زناً ضياع الماء شرعاً، فلو لم يُقدّم عليه ثبت لازمه، فظهر أنّ الضرورة لا تندفع إلاّ بإثباته قبل الإيلاج، بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر، "فتح"^(٦)، أي: لأنها إذا لم تحبل لم توجد علة تقدّم ملكه فيها وهي صيانة الولد كما أفاده "الزيلعي"^(٧).

[١٢٥١٧] (قوله: قيمة ولديها) أي: ولا قيمة ولديها؛ لأنه علق حراً لتقدّم ملكه، "نهر"^(٨). [١٢٥١٨] (قوله: ما لم تكن مُشتركة) قال في "البحر"^(٩): ((فلو كانت مُشتركة بينه - أي: بين الابن - وبين أجنبي كان الحكم كذلك، إلاّ أنه يضمن لشريكه نصف عقرها، ولم أره، ولو كانت مُشتركة بين الأب والابن أو غيره تجب حصّة الشريك الابن وغيره من العقر وقيمة باقيةا إذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها؛ لانتفاء موجب وهو صيانة النسل؛ إذ ما فيها من الملك يكفي لصحة الاستيلاء، وإذا صحّ ثبت الملك في باقيةا حكماً لا شرطاً كما في "الفتح"^(١٠)، وهي مسألة عجيبة، فإنّه إذا لم يكن للواطي فيها شيء لا مهر عليه، وإذا كانت مُشتركة لزمه)) اهـ.

(١) في "و": ((ولا قيمة)).

(٢) المقولة [١٦٢٤٠] قوله: ((بل وتزوجيه أو تسويه)).

(٣) "الشرنبلية": كتاب الطلاق - باب النفقة ٤١٨/١. (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "الجوهرة النيرة": كتاب النفقات ١٧٣/٢.

(٥) المقولة [١٢٥٠٧] قوله: ((لزم عقرها)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

وهذا إذا ادَّعاه وحده، فلو مع الابن فإن شريكين قُدِّم الأب، وإلا فالابن، ولو ادَّعى ولد أمٍّ ولديه المنفي أو مُدبِّرته أو مُكاتبتِه أو مُكاتبتِه شُرط تصديق الابن.....

(١٢٥١٩) (قوله: وهذا إلخ) الإشارة إلى جميع ما مرَّ.

(١٢٥٢٠) (قوله: قُدِّم الأب) لأنَّ له جهتين: حقيقة الملك في نصيبه، وحق التملك في

نصيب ولديه، "بحر"^(١).

قلت: وفي "الظهيرية"^(٢): ((ولو كانت مُشتركة بين رجلٍ وابنه وجدِّه فادَّعوه كلهم فالجدُّ أولى^(٣)))، وينبغي حملُه على ما إذا كان أبو الرجل ميتاً مثلاً ليصير للجدِّ الترجيح من جهتين، تأمل.

(١٢٥٢١) (قوله: وإلا أي: وإن لم يكونا شريكين، وهذا صادق بما إذا كانت للابن وحده أو للأب وحده، والثاني لا يصح هنا، لكن أصل المسألة مفروض في جارية الابن، فهو قرينة على أن المراد الأول فقط، فافهم.

(١٢٥٢٢) (قوله: فالابن) أي: تُقدِّم دَعواه؛ لأنها سابقة معنًى، "بحر"^(٤)، أي: لأنَّ له

[٣/١٤٢ق/ب] حقيقة الملك ولأبيه حق التملك، ولأنَّ ملك الابن سابق، فصار كأنه ادَّعى قبل الأب، تأمل.

(١٢٥٢٣) (قوله: ولو ادَّعى أي: الأب، وقوله: ((المنفي)) بالنصب نعت لولد أم الولد،

وقوله: ((أو مُدبِّرته أو مُكاتبتِه)) مجروران بالعطف على ((أم))، وهذا بيان لمحتز قوله: ((قنة ابنه))^(٥)، أي: لو ادَّعى ولد أمٍّ ولد ابنه الذي نفاه ابنه لا يثبت نسبه إلا بتصديق الابن؛ لأنَّ أم الولد

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٢) "الظهيرية": كتاب العتاق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٨/١.

(٣) في "الأصل": ((اه)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((ح)). ق ١٦٨/ب.

(وَجَدَّ صَحِيحٌ كَأَبٍ بَعْدَ زَوَالِ وِلَايَتِهِ بِمَوْتِ وَكْفَرِ وَجَنُونِ وَرِقِّ فِيهِ) أَي: فِي الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ (لَا) يَكُونُ كَأَبٍ (قَبْلَهُ^(١)) أَي: قَبْلَ الزَّوَالِ الْمَذْكُورِ^(٢)، وَيُشْتَرَطُ ثُبُوتُ وِلَايَتِهِ مِنَ الْوَطْءِ^(٣) إِلَى الدَّعْوَةِ.....

لَا تَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِ الْمُسْتَوْلِدِ. وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ: ((الْمَنْفِيَّ)) لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَنْفَسِ الْإِبْنُ يَبُتُّ نَسَبُهُ مِنْهُ، فَلَا يُمْكِنُ ثُبُوتُهُ مِنَ الْأَبِ وَإِنْ صَدَّقَهُ الْإِبْنُ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى وَلَدٌ مُدْبِرَةً ابْنَهُ أَوْ وَلَدًا مُكَاتِبَةً ابْنَهُ الَّذِي وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ قَبْلَهَا لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا بِتَصَدِيقِ الْإِبْنِ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٤)؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُ الْأَبِ مُتْمَلِكًا لَهَا قَبْلَ الْوَطْءِ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ لِاحْتِمَالِ وَطْءِ الْأَبِ بِشِبْهَةٍ. وَالظَّاهِرُ لُزُومُ الْعُقْرِ لِلْمُكَاتِبَةِ؛ لِأَنَّهَا الْعُقْرُ بِوَطْءِ الْمَوْلَى، فَبِوَطْءِ أَبِيهِ أَوْلَى، وَحَيْثُ لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدْبِرَةِ يَنْبَغِي لُزُومُ الْعُقْرِ لِلْإِبْنِ عَلَى أَبِيهِ كَمَا يُفِيدُهُ مَا قَدَّمْنَاهُ^(٥) فِيمَا لَوْ وَطَّئَهَا وَلَمْ تَحْبَلْ، تَأَمَّلْ.

[١٢٥٢٤] (قَوْلُهُ: وَجَدَّ صَحِيحٌ) خَرَجَ بِهِ الْجَدُّ الْفَاسِدُ كَأَبِي الْأُمِّ، وَكَذَا غَيْرُ الْجَدِّ مِنَ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ، فَلَا يُصَدِّقُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ لِقَدِّ وَلَايَتِهِمْ، "بِحَرْ"^(٦) عَنِ "الْمُحِيطِ".

[١٢٥٢٥] (قَوْلُهُ: بَعْدَ زَوَالِ وِلَايَتِهِ) أَي: الْأَبِ، وَأَرَادَ بِزَوَالِ الْوِلَايَةِ عَدَمَهَا؛ لِشُمْلِ مَا لَوْ كَانَ كُفْرُهُ أَوْ جُنُونُهُ أَوْ رِقُّهُ أَصْلِيًّا، أَفَادَهُ "الرَّحِمِيُّ". وَالرَّادُّ بِالْوِلَايَةِ وَوِلَايَةِ التَّمْلِكِ كَمَا مَرَّ^(٧).

[١٢٥٢٦] (قَوْلُهُ: فِيهِ) مُتَعَلِّقٌ بِكَافِ التَّشْبِيهِ، "ح"^(٨). فَالْمَعْنَى أَنَّ الْجَدَّ مُشَابِهٌ لِلْأَبِ فِي الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ.

[١٢٥٢٧] (قَوْلُهُ: وَيُشْتَرَطُ ثُبُوتُ وِلَايَتِهِ) أَي: وَوِلَايَةِ الْجَدِّ النَّاشِئَةِ عَنِ قَدِّ وَوِلَايَةِ الْأَبِ، أَي:

(١) فِي "ب": ((لَا قَبْلَهُ)).

(٢) فِي "د": ((الْمُزْبُور)).

(٣) فِي "د": ((مِنْ حِينَ الْوَطْءِ)).

(٤) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٣/٢١٩.

(٥) الْمَقُولَةُ [١٢٥٠٨] قَوْلُهُ: ((وَارْتَكِبْ مَحْرَمًا لِح)).

(٦) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٣/٢٣٠ بِتَصْرِيفٍ.

(٧) الْمَقُولَةُ [١٢٥١٢] قَوْلُهُ: ((وَيُوعِبُهَا لِأَخِيهِ مِثْلًا)).

(٨) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق ١٦٩/أ.

(ولو تزوّجها) ولو فاسداً (أبوه) ولو بالولاية (فولدت لم تصير أم ولد له) لتولده من نكاح (ويجب المهر^(١) لا القيمة، وولدها حر).....

لا يكفي ثبوتها وقت الدعوى فقط، بل لا بد من ثبوتها من وقت العلق إلى وقت الدعوة، قال في "الفتح"^(٢): ((حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا في الأب)) اهـ، أي: من أن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلق، فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلق إلى التملك.

[١٢٥٢٨] (قوله: ولو فاسداً) لأن الفاسد [١٤٣/٣] يثبت فيه النسب، فاستغنى عن

تقديم الملك له، "بحر"^(٣).

[١٢٥٢٩] (قوله: أبوه) أي: أو جدّه، "رحمى".

[١٢٥٣٠] (قوله: ولو بالولاية) في "البحر"^(٤) عن "الحانية"^(٥): ((إذا تزوّج الرجل جارية

ولده الصغير، فولدت منه لا تصير أم ولد له، ويعتق الولد بالقرابة)).

[١٢٥٣١] (قوله: لتولده من نكاح) فلم تبق ضرورة إلى تملكها من وقت العلق

لثبوت النسب بدونه، وأمومية الولد فرع التملك، والنكاح ينافيه.

[١٢٥٣٢] (قوله: ويجب المهر) لالتزامه بإياه بالنكاح، وهو - إن لم يكن مسمى - مهر

مثلها في الجمال، "نهر"^(٦).

[١٢٥٣٣] (قوله: لا القيمة) لعدم تملكها، "نهر"^(٧).

(١) في "د" زيادة: (قوله: ويجب للمهر، قال في "النهر": وهو - إن لم يكن مسمى - مهر مثلها في الجمال، أي: ما يرغب في مثلها جمالاً فقط، وأما ما قيل: ما يستأجر به مثلها في الزنا: لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لك أقل مما يعطى مهراً لأن الثاني للبقاء بخلاف الأول، والعادة زيادته عليه، كنا في "الفتح"، انتهى)). ق ١٦٩/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣ - ٢٢١.

(٥) "الحانية": كتاب العتاق - فصل في الاستيلاء ٥٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

بِمِلْكِ أَخِيهِ لَهُ، وَمِنَ الْحَيْلِ أَنْ يُمْلِكَ أُمَّتَهُ لَطْفِلهِ ثُمَّ يَتَزَوَّجَهَا.....

[١٢٥٣٤] (قوله: بِمِلْكِ أَخِيهِ لَهُ) فَعَتَقَ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ، "هَدَايَةٌ"^(١). وَظَاهِرُهُ أَنَّ الْوَلَدَ عَلِقَ رَقِيقًا، وَاخْتَلَفَ فِيهِ، فَقِيلَ: يَعْتَقُ قَبْلَ الْإِنْفِصَالِ، وَقِيلَ: بَعْدَهُ، وَتَمَرَّتْ تَظْهَرُ^(٢) فِي الْإِرْثِ، فَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى وَهُوَ الْإِبْنُ يَرِثُهُ الْوَلَدُ عَلَى الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَالْوَجْهُ هُوَ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّهُ حَدَّثَ عَلَى مِلْكِ الْأَخِ مِنْ حِينِ الْعُلُوقِ، فَلَمَّا مَلَكَهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ بِالْحَدِيثِ، كَذَا فِي "غَايَةِ الْبَيَانِ".

وَالظَّاهِرُ عِنْدِي هُوَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ قَبْلَ الْوَضْعِ؛ لِقَوْلِهِمْ: الْمِلْكُ هُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّصَرُّفَاتِ فِي الشَّيْءِ ابْتِدَاءً، وَلَا قُدْرَةَ لِلسَّيِّدِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْجَنِينِ بِيَعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِنْ صَحَّ الْإِيصَاءُ بِهِ وَإِعْتَاقُهُ، فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْحَدِيثُ؛ لِأَنَّهُ فِي الْمَمْلُوكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَلِذَا لَوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حَرٌّ لَا يَتَنَاوَلُ الْحَمْلَ، "بِحَرْ"^(٣)، وَأَقْرَهُ فِي "النَّهْرِ"^(٤) وَ"المَقْدِسِيِّ".

[١٢٥٣٥] (قوله: وَمِنَ الْحَيْلِ) أَي: مِنْ جَمَلَةِ الْحَيْلِ الَّتِي يَدْفَعُ بِهَا الْإِنْسَانُ عَنْهُ مَا يَضُرُّهُ، وَهَذَا حِيلَةٌ لِمَا إِذَا أَرَادَ وَطَاءَ الْأُمَّةَ، وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَإِنْ وَكَلَدَتْ مِنْهُ كَيْلًا تَتَمَرَّدُ عَلَيْهِ إِذَا وَكَلَدَتْ وَعَلِمَتْ أَنَّهَا لَا تَبَاعُ، فِيمَلِكُهَا لَطْفِلهِ بِهَيْبَةٍ أَوْ بِيَعٍ، ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا بِالْوِلَايَةِ، فَيَصِيرُ حَكْمُهَا مَا مَرَّ^(٥)، فَإِذَا احتَاجَ إِلَى بَيْعِهَا بَاعَهَا وَحَفِظَ ثَمَنَهَا لَطْفِلهِ، أَوْ أَنْفَقَهُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى نَفْسِهِ إِنْ احتَاجَ إِلَيْهِ.

(قوله: وَالظَّاهِرُ عِنْدِي هُوَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ إِلَّا بِالْإِخْتِارِ) وَالظَّاهِرُ عِنْدِي هُوَ الْأَوَّلُ؛ وَذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ((مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرُومٍ عَتَقَ عَلَيْهِ)) شَامِلٌ لِمَا مَلَكَ قَصْدًا أَوْ تَبَعًا، بِخِلَافِ لَفْظِ مَمْلُوكٍ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ مُطْلَقٌ فَلَا يَتَنَاوَلُ الْحَمْلَ لِأَنَّهُ تَبِعٌ لِأُمَّةٍ لَا مَقْصُودٌ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْمُطْلَقِ، وَلِأَنَّهُ عَضْوٌ مِنْ وَجْهِ، وَالْمَمْلُوكُ اسْمٌ يَتَنَاوَلُ الْأَنْفُسَ دُونَ الْأَعْضَاءِ، بِخِلَافِ مَا ذَلَّ عَلَيْهِ لَفْظُ الْفِعْلِ فَإِنَّهُ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْمَمْلُوكِ قَصْدًا.

(١) "هداية" كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٨/١.

(٢) (تظهر) ساقطة من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٩٣/١.

(٥) المقولة [١٢٥٣٠] قوله: ((ولو بالولاية)).

(ولو وطئ جارية امرأته أو والديه أو جدّه، فولدت وأدعاه لا يثبت النسب إلا بتصديق المولى) فلو كذبه ثم ملك الجارية وقتاً ما ثبت النسب، وسيجيء في الاستيلاء.

[١٢٥٣٦] (قوله: ولو وطئ جارية امرأته إلخ) محترز قوله سابقاً: ((قنة ابنه))، "ط" (١).

[١٢٥٣٧] (قوله: لا يثبت النسب إلا بتصديق المولى إلخ) فيه اختصار، وعبارة "البحر" (٢):

((لا يثبت النسب، ويدركه عنه الحد للشبهة، فإن قال: أحلها المولى لي لا يثبت النسب إلا أن يصدق المولى في الإحلال وفي أن الولد منه، فإن صدقه في الأمرين جميعاً ثبت النسب، وإلا فلا، وإن كذبه [١٤٣/٣] المولى ثم ملك الجارية يوماً من الدهر ثبت النسب، كذا في "الحاشية" (٣). وفي "القنية" (٤): وطئ جارية أبيه فولدت منه لا يجوز بيع هذا الولد ادعى الواطئ الشبهة أو لا؛ لأنه ولد ولديه، فعيق عليه حين دخل في ملكه وإن لم يثبت النسب، كمن زنى بجارية غيره فولدت منه ثم ملك الولد يعيق عليه وإن لم يثبت نسبه منه)) اهـ.

٣٨٤/١

قلت: ومعنى ((أحلها المولى)) أي: بنكاح أو بهبة مثلاً، لا بقوله: جعلتها حلالاً لك.

[١٢٥٣٨] (قوله: وسيجيء) (٥) إلخ ذكر هناك ما يفيد الخلاف، وفيه كلام سيأتي (٦) هناك

(قوله: ومعنى أحلها المولى إلخ) فيه أنه إذا كان معنى الإحلال ما ذكر لا يتوقف ثبوت النسب على تصديقه أن الولد منه، والأصوب في تفسيره ما سيأتي له في الاستيلاء، كما نقل ما يفيد عن "الكافي": أن معناه أن يقول: أحللتها لي، قال: ولعل وجه ثبوته أن هذا القول صار شبهة عقدي؛ لأن حلها لا يكون إلا بنكاح، أو ملك عمن، فكأنه قال: ملكتك بضعها بأحدهما، وذلك وإن لم يصح لكنه يصير شبهة مؤثرة في نفي الحد وفي ثبوت النسب إذا صدقه السيد، أو ملك الولد إلى آخر ما ذكره.

(قوله: ذكر هناك ما يفيد الخلاف إلخ) حيث نقل عن "المصنف" أنه إن ملك الأم لا تصير أم ولدي؛

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٩/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٣) "الحاشية": كتاب العتاق - فصل في الاستيلاء ٥٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب العتاق - باب مسائل متفرقة ق ٤٩/أ، وفيها: ((وطئ جارية ابنه)) وهو خطأ.

(٥) انظر "الدرر" عند المقولة [١٧١٠٤] قوله: ((لعدم ثبوت النسب)).

(٦) المقولة [١٧١٠٤] قوله: ((لعدم ثبوت النسب)).

(حُرَّةٌ) متزوجة برقيقٍ (قالت لمولى زوجها) الحرُّ المكلف: (أعتقه عني بألفي) أو زادت: ورطلٍ من حمر؛ إذ الفاسد هنا كالصحيح.....

إن شاء الله تعالى.

[١٢٥٣٨*] (قوله: قالت لمولى زوجها) وكذا لو قال ذلك زوج الأمة لمولى زوجته، لكن لا يسقط المهر، "بحر" (١).

[١٢٥٣٩] (قوله: الحرُّ المكلف) قيد به ليتمكن منه الإعتاق، وفيه أنه ليس بمعتق، إنما هو وكيل عنها فيه، فمقتضاه أن يتوقف بيع الصبي على إجازة وليه، وأما الإعتاق فلا ينظر إليه لصحة توكيله فيه، "ط" (٢).

وصورة كون مولى الزوج غير حر أو غير مكلف: أن يشتري العبد المأذون عبداً متزوجاً، أو يرثه الصبي أو الجنون من أبيه، وإلا فقد مر (٣) أنه لا يملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه.

[١٢٥٤٠] (قوله: ورطلٍ من حمر) مفعول ((زادت))، أي: زادته على قولها: بألفي.

[١٢٥٤١] (قوله: كالصحيح) لأن البيع هنا غير مقصود، فلا يلزم وجود شروطه كما يأتي (٤) قريباً.

لعدم ثبوت النسب، ونقل عن "الحنائية" ثبوته لبقاء الإقرار، وحمل "المحشي" الأول على ما إذا وطئ ظاناً الحيل، والثاني على ما إذا ادعى الإحلال من المولى.

(قول "الشارح": "حُرَّةٌ" متزوجة برقيقٍ قالت لمولى زوجها إلخ) يشترط أهليتها للإعتاق حتى لو كانت صبية لم يصح، فكان الأولى أن يقول: حُرَّةٌ مكلفة اهـ "سيندي".

(قوله: وأما الإعتاق فلا ينظر إليه إلخ) سيأتي أن البيع المقتضى - بالفتح - يثبت بشروط المقتضى - بالكسر - وهو العتق، فلما كان العتق غير نافذ من الصبي كان البيع كذلك اهـ "سيندي".

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣ باختصار.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٨٠/٢.

(٣) "در" ص ٥٤٦.

(٤) المقولة [١٢٥٤٣] قوله: ((اقتضاء)).

(فَفَعَلَ فَسَدَ النِّكَاحُ) لِتَقَدُّمِ الْمَلِكِ اقْتِضَاءً، كَأَنَّهُ قَالَ: بَعْتُهُ مِنْكَ وَأَعْتَقْتُهُ عَنْكَ، لَكِنْ لَوْ قَالَ كَذَلِكَ وَقَعَ الْعِتْقُ عَنِ الْمَأْمُورِ؛ لَعَدِمَ الْقَبُولُ كَمَا فِي "الْحَوَاشِي السَّعْدِيَّةِ" (١).

[١٢٥٤٢] (قَوْلُهُ: فَفَعَلَ) أَي: قَالَ: أَعْتَقْتُهُ، "ح" (٢) عَنِ "النَّهْرِ" (٣).

[١٢٥٤٣] (قَوْلُهُ: اقْتِضَاءً) هُوَ دَلَالَةُ اللَّفْظِ عَلَى مَسْكُوتٍ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ صِدْقُ الْكَلَامِ أَوْ صِحَّتُهُ. فَالْأَوَّلُ كَحَدِيثِ: «رُفِعَ الْخَطَأُ وَالنَّسِيَانُ» (٤)، أَي: رُفِعَ حُكْمُهُمَا وَهُوَ الْإِنْسَامُ، وَإِلَّا فَهِيَمَا وَاقِعَانِ فِي الْخَارِجِ، وَالثَّانِي كِمَسْأَلَتِنَا، فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِلَّا بِتَقْدِيمِ الْمَلِكِ، إِذِ الْمَلِكُ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْعِتْقِ عَنْهُ، فَتَقَدَّمَ الْمَلِكُ بِالْبَيْعِ الْمُقْتَضَى - بِالْفَتْحِ - وَالْإِعْتَاقِ عَنِ الْإِمْرِ الْمُقْتَضَى - بِالْكَسْرِ - فَيَصِيرُ قَوْلُهُ: أَعْتَقْتُ طَلَبَ التَّمْلِيكِ مِنْهُ بِالْأَلْفِ ثُمَّ أَمْرُهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِ الْإِمْرِ عَنْهُ، وَقَوْلُهُ: «أَعْتَقْتُ» تَمْلِيكِ مِنْهُ ثُمَّ إِعْتَاقٌ (٥) عَنْهُ، وَإِذَا ثَبِتَ الْمَلِكُ لِلْإِمْرِ فَسَدَ النِّكَاحُ لِلتَّنَاقُفِ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ. ثُمَّ الْمَلِكُ فِيهِ شَرْطٌ، وَالشَّرْطُ أَتْبَاعٌ، فَلِذَا ثَبِتَ الْبَيْعُ الْمُقْتَضَى - بِالْفَتْحِ - بِشَرْطِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ الْعِتْقُ، لَا بِشَرْطِ نَفْسِهِ إِظْهَاراً لِلتَّبَعِيَّةِ، فَيُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الْإِمْرِ لِلْإِعْتَاقِ، حَتَّى لَوْ [١/٤٤٤: ٣/١٤٤] كَانَ صَبِيًّا مَأْذُونًا لَمْ يَثْبُتِ الْبَيْعُ، وَيَسْقُطُ الْقَبُولُ الَّذِي هُوَ رَكْنُ الْبَيْعِ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ رُوِيَّةٍ أَوْ عَيْبٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ، فَصَحَّ الْأَمْرُ بِإِعْتَاقِ الْآبِقِ، وَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْقَبْضِ فِي الْفَاسِدِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُهُ عَنِّي بِالْفِوِ رَوَّطِلٍ مِنْ حَمْرٍ. اهـ "بِحَرْ" (٦) بِالْمَعْنَى.

[١٢٥٤٤] (قَوْلُهُ: لَكِنْ لَوْ قَالَ إِخ) حَاصِلُهُ: أَنَّ مَا ثَبِتَ بِالْإِقْتِضَاءِ إِذَا يَثْبُتُ بِشَرْطِ الْمُقْتَضَى

- بِالْكَسْرِ - لَا بِشَرْطِ نَفْسِهِ كَمَا عَلِمْتَ، لَكِنْ هَذَا إِذَا لَمْ يُصْرَحْ بِالْمُقْتَضَى - بِالْفَتْحِ - قَالَ فِي "فَتْحِ

(١) "الحواشي السعدية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٨١/٣ (هامش "فتح القدير").

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٣/أ.

(٤) تقدم تخريجه ٤٠١/٣.

(٥) في النسخ جميعها: «(الإعتاق)» - «(أل)» التعريف، وما أئبتناه من "البحر" موافق للسباق.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣ بتصرف.

ومُفَادُهُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: قَبِلْتُ وَقَعَ عَنِ الْإِمْرِ (وَالْوَلَاءُ لَهَا) وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ، وَسَقَطَ الْمَهْرُ (وَيَقَعُ) الْعِتْقُ (عَنْ كَفَّارَتِهَا إِنْ نَوَتْهُ) عَنْهَا (وَلَوْ لَمْ تَقُلْ بِالْأَلْفِ لَا) يَفْسُدُ لِعَدَمِ الْمَلِكِ (وَالْوَلَاءُ لَهُ) لِأَنَّهُ الْمُعْتَقُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

القدیر "١": ((فَلَوْ صَرَّحَ بِالْبَيْعِ فَقَالَ: بَعْتُكَ وَأَعْتَقْتُكَ لَا يَقَعُ عَنِ الْإِمْرِ بَلْ عَنِ الْمَأْمُورِ، فَيُبَيِّنُ الْبَيْعَ ضِمْنًا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَلَا يُبَيِّنُ صَرِيحًا كَبَيْعِ الْأَجْنَةِ فِي الْأَرْحَامِ، فَإِذَا صَرَّحَ بِهِ تَبَيَّنَ بِشَرْطِ نَفْسِهِ، وَالْبَيْعُ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبُولِ وَلَمْ يُوجَدْ، فَيَعْتَقُ عَنْ نَفْسِهِ)) اهـ، أَي: وَلَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ كَمَا فِي "الْبَحْرِ" (٢).

[١٢٥٤٥] (قَوْلُهُ: وَمُفَادُهُ إِخْرَجَ) الْبَحْثُ لِصَاحِبِ "النَّهْرِ" (٣)، "ح" (٤).

[١٢٥٤٦] (قَوْلُهُ: لَوْ قَالَ) أَي: الْإِمْرُ، وَالْأَوَّلَى التَّصْرِيحُ بِهِ وَالْإِتْيَانُ بَعْدَهُ بِضَمِيرِهِ.

[١٢٥٤٧] (قَوْلُهُ: وَسَقَطَ الْمَهْرُ) لِاسْتِحَالَةِ وَجُوبِهِ عَلَى عِبْدِهَا، "نَهْر" (٥).

[١٢٥٤٨] (قَوْلُهُ: لَا يَفْسُدُ) أَي: النِّكَاحُ خِلَافًا لـ "أَبِي يُوسُفَ"، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(قَوْلُهُ: الْبَحْثُ لِصَاحِبِ "النَّهْرِ" "ح") قَالَ "السُّنْدِيُّ": ((لِي فِي هَذَا الْبَحْثِ نَظَرٌ بِاعْتِبَارِ صُورِ الْعِتْقِ قَبْلَ تَمَامِ الْبَيْعِ؛ فَإِنَّ قَوْلَ الْإِمْرِ: قَبِلْتُ، مَا كَانَ إِلَّا بَعْدَ تَمَامِ الْجُمْلَتَيْنِ وَهُمَا قَوْلُ لِمَأْمُورٍ: بَعْتُهُ وَأَعْتَقْتُهُ، وَلَا يَصِحُّ الْإِعْتِاقُ إِلَّا فِيمَا تَمَّ مِلْكُهُ اللَّهْمُ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: يَتَخَلَّلُ الْقَبُولُ بَيْنَهُمَا))، انْتَهَى.

(١) (المستدرج): باب ٤ (١)

(٢) (المستدرج): باب ٤ (٢)

(٣) (المستدرج): باب ٤ (٣)

(٤) (المستدرج): باب ٤ (٤)

(٥) (المستدرج): باب ٤ (٥)

(٦) (المستدرج): باب ٤ (٦)

(٧) (المستدرج): باب ٤ (٧)

(٨) (المستدرج): باب ٤ (٨)

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٨١/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٣/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٧٠/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٣/أ.

﴿بابُ نكاح الكافر﴾

يشمل^(١) المشرك^(٢) والكتابي. وها هنا ثلاثة أصول:
الأولُ أن (كلَّ نكاحٍ صحيحٍ بين المسلمين فهو صحيحٌ بين أهل الكفر)
خلافًا لـ "مالك"،.....

﴿بابُ نكاح الكافر﴾

لَمَّا فرَغَ من نكاح الأحرارِ والأرقاءِ من المسلمينَ شرَعَ في نكاح الكُفَّارِ، وتقدَّم^(٣) في
آخرِ بابِ المهرِ حكمُ مهرِ الكافرِ، وأنَّه تَبَيَّنَ بَقِيَّةُ أَحكامِ النِّكاحِ في حقِّهم كالمسلمينَ من
وجوبِ النِّقَاحِ في النِّكاحِ ووقوعِ الطَّلَاقِ ونحوهما كعِدَّةٍ، ونَسَبٍ، وخيارِ بُلُوغٍ، وتوارُثٍ
بنكاحٍ صحيحٍ، وحرمةِ مُطلِّقةٍ ثلاثًا، ونكاحِ مَحارِمَ.

[١٢٥٤٩] (قوله: يَشْمَلُ المشركَ والكتابيُّ) لو قال: يَشْمَلُ الكِتَابِيَّ وغيره لكان أولى؛
لِيَدْخُلَ مَنْ لَيْسَ بِمُشْرِكٍ وَلَا كِتَابِيٍّ كالدَّهْرِيِّ. وأشارَ إلى أنَّ التَّعبيرَ بالكافرِ لَشُمُولِهِ الكِتَابِيَّ
أولى من تعبير "الهداية"^(٤) تبعًا لـ "القدوري"^(٥) بالمُشْرِكِ. اهـ "ح"^(٦). واعتدَرَ في "الفتح"^(٧) عن
"الهداية": ((بأنه أرادَ بالمُشْرِكِ ما يَشْمَلُ الكِتَابِيَّ إمَّا تَغْلِيبًا، أو ذهابًا إلى ما اختارَهُ البعضُ من
أنَّ أهلَ الكتابِ داخلون في المشركين، أو باعتبار قول طائفةٍ منهم: عَزَّيرَ ابنِ الله، والمسيحُ ابنِ
الله، تعالى اللهُ ربُّ العِزَّةِ والكِبْرِيَاءِ)).

[١٢٥٥٠] (قوله: خلافًا لـ "مالك") فلا يقولُ بصحَّةِ أنكِحتهم ولو صحَّتْ بين المسلمين،
وأخذَ منه أنه لا يقولُ بالأصلينِ الأخيرينِ بالأولى، "ط"^(٨).

(١) في "ب": ((يشتمل)).

(٢) عبارة "د": ((يشمل نكاح المشرك)).

(٣) "در" ص ٥٢٩-٥٣٠.

(٤) حيث يؤبِّد لذلك بقوله: ((باب نكاح أهل الشرك)) انظر "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٥) لم نثر على هذا التعبير في "كتاب القدوري"، ولعله في غيره.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر في ١٧٠/١.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٢/٣-٢٨٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

وِيرُدُّهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَمْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ [المسد - ٤]، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ: «وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ».
(و) الثَّانِي أَنَّ (كُلَّ نِكَاحٍ حَرَّمَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ).....

[١٢٥٥١] (قَوْلُهُ: وَيَرُدُّهُ) أَي: قَوْلَ [٣/١٤٤ق/ب] "مَالِكٌ" الْمَفْهُومَ مِنْ قَوْلِهِ: ((خِلَافًا
لـ "مَالِكٍ"))، فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ: وَقَالَ "مَالِكٌ": لَا يَصِحُّ، "ط" (١).
[١٢٥٥٢] (قَوْلُهُ: وَأَمْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ) أَي: فَهَذِهِ الْإِضَافَةُ قَاضِيَةٌ عُرْفًا وَلُغَةً بِالنِّكَاحِ، وَقَدْ
قَصَّهَا اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ مُفِيدَةً لِهَذَا الْمَعْنَى، "ط" (٢).

مطلب في الكلام على أبي النبي ﷺ وأهل الفترة

[١٢٥٥٣] (قَوْلُهُ: وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ) أَي: لَا مِنْ زِنَا، وَالْمِرَادُ بِهِ نَفْيُ مَا
كَانَتْ عَلَيْهِ الْجَاهِلِيَّةُ مِنْ أَنَّ الْمَرْأَةَ تُسَافِحُ رَجُلًا مَدَّةً ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا، وَقَدْ اسْتَدَلَّ بِالْحَدِيثِ
الْمَذْكُورِ فِي "الْفَتْحِ" (٣) أَيْضًا.

وَوَجْهُهُ: أَنَّهُ ﷺ سَمِيَ مَا وَجِدَ قَبْلَ الْإِسْلَامِ مِنْ أَنْكِحَةِ الْجَاهِلِيَّةِ نِكَاحًا، وَلَا يُقَالُ: إِنَّ
فِيهِ إِسَاءَةَ أَدَبٍ لِأَقْتَضَائِهِ كُفْرَ الْأَبْوِينَ الشَّرِيفِينَ مَعَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحْيَاهُمَا لَهُ وَأَمَّنَا بِهِ كَمَا وَرَدَ
فِي حَدِيثٍ ضَعِيفٍ (٤)؛ لِأَنَّا نَقُولُ: إِنَّ الْحَدِيثَ أَعْمُ بِدَلِيلِ رِوَايَةِ "الطَّبْرَانِيِّ" وَ"أَبِي نُعَيْمٍ" وَ"ابْنِ
عَسَاكِرٍ": «خَرَجْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَلَمْ أُخْرَجْ مِنْ سِفَاحٍ مِنْ لَدُنْ آدَمَ إِلَى أَنْ وَلَدَنِي أَبِي وَأُمِّي، لَمْ يُصَيَّبْنِي
مِنْ سِفَاحِ الْجَاهِلِيَّةِ شَيْءٌ» (٥)، وَإِحْيَاءُ الْأَبْوِينَ بَعْدَ مَوْتِهِمَا لَا يُنَافِي كَوْنَ النِّكَاحِ كَانَ

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٣/٣.

(٤) أخرجه السهيلي في "الروض الأنف" ١٩٤/١ - ١٩٥، وقال: روي حديث غريب لعله أن يصح، وكنا القرطبي
في "التذكرة" ص ٢٧-٢٨.

(٥) أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٤٧٢٨)، وأبو نعيم في "دلائل النبوة" ص ٥٧ - رقم (١٤)، والبيهقي في "السنن
الكبرى" ١٩٠/٧ كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم، وفي "دلائل النبوة" ١٧٤/١.

٣٨٥/٢ في زمن الكفر، ولا يُنافي أيضاً ما قاله "الإمام" في "الفقه الأكبر"^(١): ((من أن والدني ﷺ ماتا على الكفر))، ولا ما في "صحيح مسلم"^(٢): ((استأذنت ربي أن أستغفر لأمي فلم يأذن لي))، وما فيه^(٣) أيضاً: أن رجلاً قال: يا رسول الله، أين أبي؟ قال: ((في النار))، فلما قفي دعاه، فقال: ((إن أبي وأباك في النار))؛ لإمكان أن يكون الإحياء بعد ذلك؛ لأنه كان في حجة الوداع، وكون

- وأورده الهيثمي في "المجمع" ٣٩٥/٨ كتاب علامات النبوة - باب في كرامة أصله، وقال: رواه الطبراني في "الأوسط" وفيه: محمد بن جعفر بن محمد بن علي، صحح له الحاكم في "المستدرک"، وقد تكلم فيه، وبقية رجاله ثقات. كلهم من حديث علي مرفوعاً، وفي الباب عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما.

(١) لم نثر عليها في متن "الفقه الأكبر" قال "ط" ٨٠/٢: ((وما في "الفقه الأكبر" من أن والدني ﷺ ماتا على الكفر فمدسوس على الإمام، ويدل عليه أن النسخ المعتمدة منه ليس فيها شيء من ذلك)). ويؤيده ما قاله الإمام محمد زاهد الكوثري رحمه الله في مقدمة تحقيقه لكتاب "العالم والمتعلم" ص٧: ((ففي بعض تلك النسخ: وأبوا النبي ﷺ ((ماتا على الفطرة)) والفطرة سهلة التحريف إلى الكفر في الخط الكوفي. وفي أكثرها: ((ما ماتا على الكفر)). وقال الحافظ محمد المرتضى الزبيدي في رسالته "الانتصار لوالدي النبي المختار" ما معناه: ((إن الناسخ لما رأى تكرر ((ما)) في ((ما ماتا)) ظن أن إحداهما زائدة فحذفها فذاعت نسخته الخاطئة.

وإني بحمد الله رأيت لفظ ((ما ماتا)) في نسختين بدار الكتب المصرية قديمتين، كما رأى بعض أصدقائي لفظي ((ما ماتا)) و((على الفطرة)) في نسختين قديمتين بمكتبة شيخ الإسلام - عارف حكمت -)) اه بتصرف، وكسب العلامة المحدث عبد الفتاح أبو غدة رحمه الله على هامش نسخته عند ((ما ماتا)): هذا في نسخة المكتبة المذكورة ذات الرقم (٢٢٦) بمجاميع. وعنده (على الفطرة) هذا في نسخة المكتبة المذكورة ذات الرقم (٢٣٥) بمجاميع.

(٢) أخرجه مسلم (٩٧٦) كتاب الجنائز - باب استئذان النبي ﷺ ربه عز وجل في زيارة قبر أمه، وأبو داود (٣٢٣٤) كتاب الجنائز - باب في زيارة القبور، والنسائي ٩٠/٤ كتاب الجنائز - باب زيارة قبر المشرك، وابن ماجه مطولاً (١٥٧٢) كتاب الجنائز - باب ما جاء في زيارة قبور المشركين، ومختصراً (١٥٦٩) باب ما جاء في زيارة القبور، وابن حبان (٣١٦٩) كتاب الجنائز - فصل في زيارة القبور، وأبو يعلى (٦١٩٣)، والحاكم ٣٧٥/١ كتاب الجنائز، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٧٦/٤. كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وفي الباب عن بريدة.

(٣) أخرجه مسلم (٢٠٣) كتاب الأيمان - باب بيان أن من مات على الكفر فهو في النار، وأحمد ١١٩٣-٢٦٨، وأبو داود (٤٧١٨) كتاب السنة - باب ذراري المشركين، وأبو يعلى (٣٥١٦)، وابن حبان (٥٧٨) كتاب البر والإحسان - باب الصحبة والمخالسة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٠/٧ كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك وطلقاتهم. كلهم من حديث أنس ﷺ مرفوعاً، وفي الباب عن سعد بن أبي وقاص، وعمران بن الحصين.

الإيمان عند المعاينة غير نافع فكيف بعد الموت فذاك في غير الخصوصيّة التي أكرم الله بها نبيه ﷺ، وأما الاستدلال على نجاتهما بأنهما ماتا في زمن الفترة فهو مبني على أصول الأشاعرة: أن من مات ولم تبلغه الدعوة يموت ناجياً، أما الماتريديّة: فإن مات قبل مضي مدّة يمكّنه فيها التأمل، ولم يعتدّ إيماناً ولا كفراً فلا عقاب عليه، بخلاف ما إذا اعتقد كفراً أو مات بعد المدّة غير معتقداً شيئاً، نعم البخاريون من الماتريديّة وافقوا الأشاعرة، وحملوا قول "الإمام": لا عُذر لأحدٍ في الجهل بخالفه على ما بعد البيعة، واختاره المحقق "ابن الهمام" في "التحرير"^(١)، لكن هذا في غير من مات معتقداً فهو في النار))، وقد صرح "النووي"^(٢) و"الفخر الرازي": ((بأن من مات قبل البيعة مشركاً فهو في النار))، وعليه حمل بعض المالكيّة ما صحّ من الأحاديث في تعذيب أهل الفترة، بخلاف من لم يشرك منهم ولم يؤحّد، بل بقي عمره في غفلة من هذا كلّه، ففيهم الخلاف، وبخلاف من اهتدى منهم بعقله كـ "قسّ بن ساعدة" و"زيد بن عمرو بن نفيل"، فلا خلاف في نجاتهم، وعلى هذا فالظن في كرم الله تعالى أن يكون أبواه ﷺ من أحد هذين القسمين، بل قيل: إن آباءه ﷺ كلهم موحّدون؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَبْلَكَ فِي السَّجْدِينَ﴾ [الشعراء- ٢١٩]، لكن رده "أبو حيان" في "تفسيره"^(٣): ((بأنه قول الرافضة، ومعنى الآية: وتردّدك في تصفح أحوال المهجدين))، فافهم.

وبالجملة كما قال بعض المحققين: إنه لا ينبغي ذكر هذه المسألة إلا مع مزيد الأدب، وليست من المسائل التي يضرّ جهلها أو يُسأل عنها في القبر أو في الموقف، فحفظ اللسان عن التكلّم فيها إلا بخير أولى وأسلم، وسيأتي^(٤) زيادة كلام في هذه المسألة في باب المرتد عند قوله:

(١) "التحرير": الباب الأول في الأحكام - الفصل الثاني في الحاكم ص ٢٢٥ -.

(٢) "شرح صحيح مسلم": كتاب الإيمان - باب أن من مات على الكفر فهو في النار ٧٤/٣.

(٣) "البحر المحيط": تفسير سورة الشعراء ٤٧/٧. لأبي حيان محمد بن يوسف بن حيان، أمير الدين الغرناطي الجبالي

الأندلسي (ت ٧٤٥هـ). ("كشف الظنون" ٢٢٦/١، "طبقات الشافعية الكبرى" ٢٧٦/٩، "الدرر الكامنة"

٣٠٢/٤، "هدية العارفين" ١٥٢/٢).

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٢٠٣١٨] قوله: ((وتوبة اليأس مقبولة إلخ)).

كعدم شهودٍ (يجوزُ في حقهم إذا اعتقدوه) عند "الإمام" (ويُقرُّون عليه بعد الإسلام).

(و) الثالثُ (أنَّ كلَّ نكاحٍ حَرَمٌ.....)

((وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس)).

(١٢٥٥٤) (قوله: كعدم شهودٍ) وعِدَّةٌ^(١) من كافرٍ.

(١٢٥٥٥) (قوله: عند "الإمام") هو الصَّحيح كما في "المضمرات"، "قهستاني"^(٢). وعند

"زفر" لا يجوزُ، وهما مع "الإمام" في النكاح بغير شهودٍ، ومع "زفر" في النكاح في عِدَّة الكافر، "ح"^(٣). قال في "الهداية"^(٤): ((ول "أبي حنيفة": أنَّ الحُرمة لا يمكنُ إثباتها حقاً للشَّرع؛ لأنهم لا يُحاطبون بحقوقه، ولا وجهَ إلى إيجابِ العِدَّة حقاً للزَّوج؛ لأنَّه لا يُعتقده، بخلاف ما إذا كانت تحتَ مسلم؛ لأنَّه يُعتقده)) اهـ.

وظاهره أنه لا عِدَّة من الكافر عند "الإمام" أصلاً، وإليه ذهبَ بعضُ المشايخ، فلا تُثبتُ الرَّجعة للزَّوج بمجردِ طلاقها، ولا يُثبتُ نَسَبُ الولدِ إذا آتتْ به لأقلَّ من ستة أشهر بعد الطلاق، وقيل: تحبُّ، لكنَّها ضعيفة لا تمنعُ من صحَّة النكاح، فَيُثبتُ للزَّوج الرَّجعة والنَّسب، والأصحُّ الأوَّل كما في "القهستاني"^(٥) عن "الكرماني"^(٦)، ومثله في "العناية"^(٦)، وذكرَ في "الفتح"^(٧): ((أنَّه الأوَّل، ولكنَّ منعَ عدمِ بُيوتِ النَّسب؛ لأنهم لم يُنقلوا ذلك عن "الإمام"، بل فرَّعوه على قوله بصحَّة العَقْدِ بناءً على عدمِ وجوبِ العِدَّة، فلنا أن نقول بعدمِ وجوبها وبُيوتِ النَّسب؛ لأنَّه إذا عَلِمَ مَنْ له الولدُ بطريقٍ آخرَ

(١) في "الأصل" و"١": ((و كعدَّة)).

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القرن ٢٩٥/١.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح القرن ق ١٧٠/١.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب نكاح القرن ٢٩٥/١.

(٦) "العناية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٥/٣ (هامش "فتح القدير").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣ بتصريف.

لحرمة المحلِّ) كمحارم (يقع جائزاً، وقال مشايخ العراق: لا) بل فاسداً، والأوّل أصحُّ،
وعليه فتجبُ النفقةُ، ويحدُّ قاذفُهُ، وأجمعوا على^(١) أنهم لا يتوارثون؛ لأنَّ الإرث ثبتَ
بالنصِّ على خلافِ القياسِ في النكاحِ الصَّحيحِ مطلقاً، فيقتصرُ عليه، "ابن ملك".....

وَجَبَ لِلْحَافِئَةِ [١٤٥ق/٣/ب] به بعدَ كونه عن فراشٍ صحيح، ومَحِيئُهَا به لأقلِّ من ستَّةِ أشهرٍ من
الطَّلَاقِ مِمَّا يُفِيدُ ذَلِكَ)) اهـ، وأقرُّهُ في "البحر"^(٢).

ونازَعَهُ في "النهر"^(٣): ((بأنَّ المذكورَ في "المحيط" و"الزَّيْلَعِي"^(٤): أَنَّهُ لَا يُثْبِتُ النَّسَبَ))،
قال: ((وقد غفَلَ عنه في "البحر"، وأنت خبيرٌ بأنَّ صاحب "الفتح" لم يدَّعِ أَنَّ ذلك
لم يذكره، بل اعترفَ بذلك، وإنما نازَعَهُم في التَّخْرِيجِ وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ ثُبُوتِ الْعِدَّةِ
عَدَمُ ثُبُوتِ النَّسَبِ))، فافهم.

[١٢٥٥٦] (قوله: لحرمة المحلِّ) أي: محلَّ العقد وهو الزَّوْجَةُ، بأنَّ كَانَتْ غَيْرَ محلٍّ له أصلاً،
فإنَّ المَحْرَمِيَّةَ مُنَافِيَةٌ لَهُ ابْتِدَاءً وَبِقَاءً بخلافِ عَدَمِ الشُّهُودِ وَالْعِدَّةِ كَمَا يَأْتِي^(٥).
[١٢٥٥٧] (قوله: كمحارم) وكمُطَلَّقةٍ ثلاثٍ ومُعْتَدَّةٍ مسلمٍ.

[١٢٥٥٨] (قوله: بل فاسداً) أفادَ أَنَّ الخِلافَ فِي الجِوَازِ وَالْفَسَادِ مَعَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى عَدَمِ
التَّعَرُّضِ قَبْلَ الإِسْلَامِ وَالْمُرَافَعَةِ، "رملِي".

[١٢٥٥٩] (قوله: وعليه) أي: على الأصحِّ من وقوعه جائزاً تجبُ النفقةُ إذا طَلَبَتْهَا، وإذا
دَخَلَ بِهَا ثُمَّ أَسْلَمَ فَقَذَفَهُ إِنْسَانٌ يُحَدُّ كَمَا فِي "البحر"^(٦)، أمَّا على القولِ بوقوعه فاسداً لَا تَجِبُ
وَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ فَلَا يَكُونُ مُحْصَنًا.

[١٢٥٦٠] (قوله: وأجمعوا إلخ) جوابٌ عمَّا يُقال: إِنَّهُ عَلَى القَوْلِ بِالْجِوَازِ يَنْبَغِي ثُبُوتُ الإِرْثِ

(١) ((على)) ليست في "د" و"و".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣-٢٢٢/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١/١٩٣ - ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٢/٢.

(٥) المقولة [١٢٥٦٨] قوله: ((لعدم المحلِّ)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(أسلمَ المتزوجان بلا) سماع (شهود).....

أيضاً، والجوابُ أنَّ القياسَ عدمُ ثبوتِ الإرثِ لأحدِ الزوجين؛ لأنهما أجنبيان، لكنه ثبتَ بالنصِّ على خلافِ القياسِ في النكاحِ الصحيحِ مطلقاً، أي: ما يُسمى صحيحاً عند الإطلاقِ كالنكاحِ المُعتبرِ شرعاً، وأمَّا نكاحُ المحارِمِ فيُسمى صحيحاً، لا مطلقاً بل بالنسبةِ إلى الكفارِ، فيقتصرُ على

٣٨٦/٢

موردِ النصِّ. قلتُ: وفيه أن ما فُقدَ شرطُهُ ليس صحيحاً عند الإطلاقِ أيضاً مع أنه يثبتُ فيه التوارثُ كما سيذكره^(١) "الشارح" في كتاب الفرائض، حيثُ قال معزياً لـ "الجوهرة"^(٢): ((وكلُّ نكاحٍ لو أسلمَا يُقرَّانِ عليه يتوارثان به، وما لا فلا))، قال: ((وصحَّحهُ في "الظهيرية"^(٣)) اه، تأمل. ثم في حكاية الإجماع تبعاً لـ "البدائع"^(٤) نظراً، فقد جرى "القهستاني"^(٥) على ثبوتِ الإرثِ، لكنَّ الصحيحَ خلافُهُ كما سمعتُ، وكذا قال في "سكب الأنهر": ((ولا يتوارثون بنكاحٍ لا يُقرَّانِ عليه كنكاحِ المحارِمِ، وهذا هو الصحيح)) اه.

(قوله: ١٢٥٦١) أسلمَ المتزوجان (إلخ) وكذا لو ترأفعا إلينا قبل الإسلامِ أقرأ عليه، ولم يذكره؛

﴿بابُ نكاحِ الكافر﴾

(قوله: وفيه أن ما فُقدَ شرطُهُ ليس صحيحاً إلخ) قد يقال: إنَّ من قال بعدمِ التوارثِ في نكاحِ المحارِمِ يقولُ بعديهِ أيضاً فيما فُقدَ شرطُهُ لما ذكره "الشارح" من العلةِ بقوله: ((لأنَّ الإرثَ ثبتَ إلخ))، ومن قال بالتوارثِ في الأوَّلِ يقولُ به أيضاً في الثاني، ويقولُ: التوارثُ بالنكاحِ يعتمدُ على جوازِهِ، ولا يقولُ بالعلةِ التي ذكرها "الشارح".

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٧٥٠٠] قوله: ((وكل نكاح إلخ)).

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب الفرائض - باب الرد ٤١٢/٢.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل التاسع في نكاح أهل الذمة ق ٨٤/ب.

(٤) لم نعر عليها في نسخة "البدائع" التي بين أيدينا.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٥/١.

أو في عِدَّةِ كافرٍ مُعتقدين ذلك.....

لأنه معلوم بالأولى [١/١٤٦ق/٣] كما في "النهر" (١) و"البحر" (٢).

(١٢٥٦٢) (قوله: أو في عِدَّةِ كافرٍ احتراز^(٣) عن عِدَّةِ مسلم كما يُنبئُ عليه "المصنّف" (٤)

بعد، وقيد في "الهداية" (٥) الإسلام والمرافعة بما إذا كانا والحرمة قائمة، قال في "العناية" (٦): ((وأما إذا كانا بعد انقضاء العِدَّةِ فلا يُفرقُ بينهما بالإجماع)).

(١٢٥٦٣) (قوله: مُعتقدين ذلك) فلو لم يكن جائزاً عندهم يُفرقُ بينهما اتفاقاً؛ لأنه وقع

باطلاً فيجب التَّجديدُ، "بجر" (٧). ونقل بعضُ المحشيين عن "ابن كمال": ((أنَّ الشرطَ جوازُهُ في دينِ الزَّوجِ خاصَّةً)) اهـ.

قلت: والظاهرُ أنه أرادَ الزَّوجَ الأوَّلَ، وهو الذي طَلَّقها؛ لأنَّ العِدَّةَ حقُّ الزَّوجِ المطلقِ،

فإذا كان لا يَعْتَقِدُها لا يمكنُ إيجابها له، بخلاف ما لو كانت تحت مسلم كما قدَّمناه (٨) قريباً

(قوله: قلت: والظاهرُ أنه أرادَ الزَّوجَ الأوَّلَ الخ) قد يقال: إنَّ الزَّوجَ الثاني إذا كان يَعْتَقِدُ وُجُوبها دون

الأوَّلِ يُمكنُ إيجابها حقاً للشرع فتعاملُهُ باعتقاده، فالظاهرُ أنَّ الشرطَ جوازُهُ في دينِ كُلِّ مِنَ الزَّوجِ الأوَّلِ والثاني، ويدلُّ على اعتبار اعتقادِ الزَّوجِ الثاني أنه لو تزوجَ بلا شُهودٍ وهو لا يَعْتَقِدُها لا يُقرُّ عليه مُعاملَةٌ له باعتقاده، بل كلامُ "ابن كمال" دالٌّ على إرادةِ الزَّوجِ الثاني، وذلك أنه اعترضَ قولَ المُتَوَكِّلِ ((مُعتقدين ذلك))

بقوله: ((وفيه أنَّ الشرطَ جوازُهُ في دينِ الزَّوجِ خاصَّةً، ثم لا يُعتَبَرُ اعتقادهُ وحدهُ بل دينُهُ العامُّ لأهلِ مِلَّتِهِ)) كما نقلَهُ عنه "السُّنْدِيُّ"، فكلامُهُ يُفيدُ أنه لا يُشترطُ اعتقادُ المُتَزَوِّجِينِ جميعاً بل الزَّوجَ الثاني وحدهُ.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٣) في "م": ((احترز)).

(٤) المقولة [١٢٥٧٦] قوله: ((أو تزوج كتابية في عدة مسلم)).

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٦) "العناية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣ (هامش "فتح القدير").

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٨) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

أُفْرًا عَلَيْهِ) لَأَنَا أَمْرُنَا بَتْرِكِهِمْ وَمَا يَعْتَقِدُونَ (وَلَوْ كَانَا) أَي: الْمَتْرُوجَانِ اللَّذَانِ أُسْلِمَا (مَحْرَمَيْنِ، أَوْ أُسْلِمَ أَحَدُ الْمَحْرَمَيْنِ، أَوْ تَرَافَعَا إِلَيْنَا وَهَمَا عَلَى الْكُفْرِ.....

عن "الهداية"، تأمل.

(١٢٥٦٤) (قَوْلُهُ: أُفْرًا عَلَيْهِ) أَي: عِنْدَهُ خِلَافًا لِهَمَا فِيمَا إِذَا كَانَ النِّكَاحُ فِي الْعِدَّةِ كَمَا مَرَّ^(١)، لَكِنْ فِي "الْبَحْرِ"^(٢) وَ"الْفَتْحِ"^(٣) عَنِ "الْمَبْسُوطِ"^(٤): ((إِذَا أُسْلِمَا وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ لَا يُفْرَقُ بِالْإِجْمَاعِ)).
(١٢٥٦٥) (قَوْلُهُ: لَأَنَا أَمْرُنَا بَتْرِكِهِمْ لِخ) هَذَا التَّعْلِيلُ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِيمَا إِذَا تَرَافَعَا وَهَمَا كَافِرَانِ، أَمَّا بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَالْعِلَّةُ مَا فِي "الْبَحْرِ"^(٥): ((مَنْ أُنْ حَالَةَ الْإِسْلَامِ وَالْمِرَافَعَةَ حَالَةَ الْبَقَاءِ، وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهَا، وَكَذَا الْعِدَّةُ لَا تُنَافِيهَا كَالْمَنْكُوحَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ)) اهـ "ط"^(٦)، أَي: فَإِنَّ الْمَوْطُوعَةَ بِشُبْهَةٍ تَجِبُ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ مَعَ زَوْجِهَا وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ، "فَتْحِ"^(٧)، أَي: تَحْرُمُ عَلَيْهِ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

(١٢٥٦٦) (قَوْلُهُ: مَحْرَمَيْنِ) بَأَنَّ تَزْوُجَ بِجَوْسِيٍّ أُمَّهُ أَوْ بِنْتُهُ، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ مُطَلَّقَتُهُ ثَلَاثًا، أَوْ جَمَعَ بَيْنَ مَهْمَسٍ أَوْ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَةٍ ثُمَّ أُسْلِمَا أَوْ أَحَدَهُمَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِجْمَاعًا، "فَتْحِ"^(٨). وَكَذَا قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٩): ((وَلَيْسَ الْحُكْمُ مَقْصُورًا عَلَى الْمَحْرَمِيَّةِ، بَلْ كَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَ مُطَلَّقَتُهُ ثَلَاثًا لِخ))،

(قَوْلُهُ: هَذَا التَّعْلِيلُ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِيمَا إِذَا تَرَافَعَا وَهَمَا كَافِرَانِ لِخ) قَدْ يُقَالُ: هُوَ ظَاهِرٌ أَيْضًا فِيمَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ بِمُلَاحِظَةِ تَمَامِ الْعِلَّةِ بِأَنَّ يُقَالُ: وَحَالَةَ الْإِسْلَامِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ عَنِ "الْبَحْرِ".

(١) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الذمة ٣٨/٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٢/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨١/٢ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٥/٣.

(٩) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب.

فَرَّقَ) الْقَاضِي أَوْ الَّذِي حَكَّمَاهُ (بَيْنَهُمَا) لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ (وَبِمَرَاةٍ أَحَدِهِمَا لَا^(١)) يُفَرِّقُ لِبَقَاءِ حَقِّ الْآخِرِ.....

ثُمَّ قَالَ^(٢): ((قَبْدْنَا بِكُونِهِ تَزْوِجَ خَمْسًا فِي عُقْدَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهُنَّ عَلَى التَّعاقُبِ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخَامِسَةِ فَقَطْ، وَلَوْ تَزَوَّجَ وَاحِدَةً ثُمَّ أَرْبَعًا جَازَ نِكَاحُ الْوَاحِدَةِ لِأُخْرَى، وَلَوْ أَسْلَمَ بَعْدَمَا فَارَقَ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ أُقِرَّ عَلَيْهِ)) اهـ، وَتَمَامُهُ فِيهِ.

[١٢٥٦٧] (قَوْلُهُ: فَرَّقَ الْقَاضِي) أَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فِظَاهَرٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَنْكِحَةَ حَكَمَ الْبَطْلَانُ^(٣) فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِ فَلِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ لَهَا حَكْمُ الصَّحَّةِ فِي الْأَصَحِّ - حَتَّى تَجِبُ النُّفْقَةُ وَيُحَدُّ قَاضِفُهُ - إِلَّا أَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ وَمَا مَعَهَا تُنَافِي الْبَقَاءَ كَمَا تُنَافِي الْإِبْتِدَاءَ بِمُخْلَافِ الْعِدَّةِ، [١٤٦٣/١٤٦٣] ب "نَهْر"^(٤). وَفِي "أَبِي السُّعُود"^(٥) عَنِ "الْحَمُوي": ((قَالَ "الْبِرْجَنْدِي": ظَاهِرُ الْعِبَارَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا تَقَعُ الْبَيِّنُونَةُ بِالْإِسْلَامِ، وَقَالَ "قَاضِي خَانَ"^(٦): تَبَيَّنَ بَدُونِ تَفْرِيقِ الْقَاضِي، ذِكْرُهُ فِي "الْقِنِيَّة"^(٧)). [١٢٥٦٨] (قَوْلُهُ: لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ) أَي: مَحَلِّيَّةِ الْمَحْرَمَةِ وَمَا مَعَهَا لِعُقْدَةِ الزَّوْجِيَّةِ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً، وَهَذَا تَعْلِيلٌ عَلَى قَوْلِ "الْإِمَامِ" كَمَا عَلِمْتَ.

[١٢٥٦٩] (قَوْلُهُ: وَبِمَرَاةٍ أَحَدِهِمَا لَا يُفَرِّقُ) أَي: عِنْدَهُ خِلَافًا لِهَاتِي، بِمُخْلَافِ مَا إِذَا تَرَاقَعَا فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا عِنْدَهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِحَكْمِ الْإِسْلَامِ، فَصَارَ الْقَاضِي كَالْمَحْكَمِ، "فَتْح"^(٨). [١٢٥٧٠] (قَوْلُهُ: لِبَقَاءِ حَقِّ الْآخِرِ) لِأَنَّهُ لَمْ يُرَضَّ بِحَكْمِنَا.

- (١) فِي "ذ" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَبِمَرَاةٍ أَحَدِهِمَا لَا، هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا: يَفْرُقُ بِمَرَاةٍ أَحَدِهِمَا كَالْإِسْلَامِ، كَمَا فِي "التَّبْيِينِ". وَقَالَ فِي "الْجَوْهَرَةِ": قَالَ أَبُو يُونُسَ: فَرَّقَ بَيْنَهُمَا سِوَاءَ تَرَاقَعُوا إِلَيْنَا أَمْ لَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ تَرَافَعَا أَحَدُهُمَا فَرَّقَتْ وَإِلَّا فَلَا، انْتَهَى. "شَرْيْخَةُ" ق ١٦٩/ب.
- (٢) أَي: فِي "النَّهْرِ"، وَ((قَالَ)) لَيْسَتْ فِي "ب" وَ"م"، وَنَقَلَ صَاحِبُ "النَّهْرِ" الْكَلَامَ عَنِ "الْحَانِيَّةِ" وَ"النَّهْيَةِ" بِإِحْتِصَارٍ.
- (٣) فِي "م": ((لِأَنَّ هَذِهِ الْأَنْكِحَةَ لَهَا حَكْمُ الْبَطْلَانِ)).
- (٤) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ١/١٩٣/ب.
- (٥) "فَتْحُ الْمَعِينِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢/٨٦.
- (٦) قَاضِيخَانَ: لَمْ نَعْرِ عَلَيْهَا فِي "الْحَانِيَّةِ" وَلَا فِي "شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ".
- (٧) "الْقِنِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي نِكَاحِ الْمُرْتَدَةِ وَالْكَافِرِ ق ٣٥/ب.
- (٨) "الْفَتْح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشَّرْكِ ٣/٢٨٦ بِتَصْرِفٍ.

بمخلاف إسلاميه؛ لأنَّ الإسلامَ يَعْلُو ولا يُعَلَى (إلا إذا طَلَّقَهَا ثلاثاً وطلَّبت التَّفريقَ فإنه يُفَرِّقُ بينهما) إجماعاً (كما لو خالَعَهَا ثمَّ أقامَ معها من غيرِ عقْدٍ،.....

[١٢٥٧١] (قوله: بمخلاف إسلاميه) أي: إسلام أحدهما، جوابٌ عن قولهما بأنه يُفَرِّقُ بمرافعةٍ أحدِ الزوجين كما يُفَرِّقُ بإسلاميه. وبيانُ الجوابِ على قوله بالفَرِّقِ، وهو أنه بإسلام أحدهما ظَهَرَتْ حُرْمَةُ الآخرِ لِتَغْيِيرِ اعتقاده، واعتقادُ المُصرِّ لا يُعارضُ إسلامَ المسلم؛ لأنَّ الإسلامَ يَعْلُو ولا يُعَلَى^(١) بمخلاف مرافعةٍ أحدهما ورضاه، فإنه لا يتغيَّرُ به اعتقادُ الآخرِ، "فتح"^(٢).

[١٢٥٧٢] (قوله: إلا إذا طَلَّقَهَا ثلاثاً إلخ) استثناءٌ من قوله: ((ومرافعةٍ أحدهما لا يُفَرِّقُ))، "ط"^(٣).

[١٢٥٧٣] (قوله: فإنه يُفَرِّقُ بينهما) لأنَّ هذا التَّفريقَ لا يتضمَّنُ إبطالَ حقِّ على الزوج؛ لأنَّ الطَّلَاقَ الثلاثَ قاطعةً لملكِ النِّكاحِ في الأديانِ كُلِّها، "بحر"^(٤).

قلت: لكنَّ المشهورَ الآنَ من اعتقادِ أهلِ الذِّمَّةِ أنه لا طلاقَ عندهم، ولعلَّه مما غيرُوه من شرائعهم.

[١٢٥٧٤] (قوله: كما لو خالَعَهَا) تشبيهٌ في مُطلقِ تفریقٍ لا بقيدِ كونه بعدَ مُرافعةٍ؛ لقولِ "الشَّارحِ" بعدُ: ((فإنَّه في هذه الثلاثةِ يُفَرِّقُ من غيرِ مُرافعةٍ))، "ط"^(٥).

[١٢٥٧٥] (قوله: من غيرِ عقْدٍ) وذلك لأنَّ الخُلْعَ طلاقاً، والذِّمِّيُّ يَعْتَقِدُ كَوْنَ الطَّلَاقِ مُزِيلاً لِلنِّكاحِ، والوطءُ بعده حرامٌ في الأديانِ كُلِّها يُحَدِّثُونَ به، "نهر"^(٦)، أي: بالوطءِ بعده، ومحلُّ الحدِّ إنَّ لم يَعْتَقِدْ شُبُهَةَ الحِلِّ في العِدَّةِ كما نصَّ عليه في الحدودِ، ومثُلُ هذا التَّعليلِ يقالُ في مسألةٍ

(١) في "٣": ((ولا يعلى عليه)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٦/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨١/٢. دون لفظه: ((يفرق)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٢/٢.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٩٣/ب.

أو تزوج كتيبة في عِدَّةِ مسلمٍ)

الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ الْآتِيَةِ، "ط" (١).

[١٢٥٧٦] (قوله: أو تزوج كتيبة في عِدَّةِ مسلمٍ) وكذا لو تزوج النَّمِيُّ مسلمة حُرَّةً أو أمةً، ففِي "الكافي" لـ "الحاكم الشهيد": ((أَنَّهُ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا، وَيُعَاقَبُ إِنْ دَخَلَ بِهَا، [٣/١٤٧ق/١] وَلَا يَلْغُ أَرْبَعِينَ سَوْتًا، وَتُعْزَرُ الْمَرْأَةُ وَمَنْ زَوَّجَهَا لَهُ، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ النِّكَاحِ لَمْ يُتْرَكْ عَلَى نِكَاحِهِ)).

٣٨٧/٢

(تنبية)

قال في "النهر" (٢): ((قَيْدُ "المُصَنَّفِ" بِكَوْنِ الْمُتَزَوِّجِ كَافِرًا؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَوْ تَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً فِي عِدَّةٍ كَافِرٍ ذَكَرَ بَعْضُ الْمَشَايخِ: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَلَا يُبَاحُ لَهُ وَطْئُهَا حَتَّى يَسْتَرْثَمَهَا عِنْدَهُ، وَقَالَا: النِّكَاحُ بَاطِلٌ، كَذَا فِي "الْحَاثِيَةِ" (٣). وَأَقُولُ: وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُخْتَلَفَ فِي وَجوبِهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقَدُ وَجوبِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَوْلَ بَعْدَ وَجوبِهَا فِي حَقِّ الْكَافِرِ مُقَيَّدٌ بِكَوْنِهِمْ لَا يَدِينُونَهَا وَيَكُونُهُ جَائِزًا عِنْدَهُمْ؟ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ جَائِزًا - بِأَنْ اعْتَقَلُوا وَجوبِهَا - يُفْرَقُ إِجْمَاعًا، قَالَ فِي "الْفَتْحِ" (٤): فَيَلْزَمُ فِي الْمُهَاجِرَةِ وَجوبُ الْعِدَّةِ إِنْ كَانُوا يَعْتَقِدُونَهُ؛ لِأَنَّ الْمُضَافَ إِلَى تَبَايُنِ الدَّارِ الْفُرْقَةَ لَا نَفِي الْعِدَّةِ)) اهـ.

قلت: قوله: ((وينبغي إلخ)) قد يقال فيه: إنه مما لا ينبغي؛ لِمَا مَرَّ (٥) مِنْ أَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا تَحِبُّ

(قوله: تنبيه) قال في "النهر": قَيْدُ "المُصَنَّفِ" إلخ الْمُنَاسِبُ ذَكَرُ هَذَا التَّنْبِيهِ عِنْدَ قَوْلِ "المُصَنَّفِ": ((أَسْلَمَ الْمُتَزَوِّجَانِ بِلَا شَهُودٍ، أَوْ فِي عِدَّةٍ كَافِرٍ إلخ)).

(قوله: قلت): ((قوله: وينبغي إلخ)) قد يقال فيه: إنه مما لا ينبغي) قد يقال: إنها كما تَبَيَّنَتْ حَقًّا لِلزَّوْجِ تَبَيَّنَتْ حَقًّا لِلشَّرْعِ، وَهَذَا أَمَكَّنَ إِثْبَاتَهَا حَقًّا لِلشَّرْعِ بِالنِّسْبَةِ لِمَنْ يَعْتَقِدُهُ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٢/٢.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب بتصرف.

(٣) "الهاثية": كتاب النكاح - باب في المحرمات ٣٦٦/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣.

(٥) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

أو تزوّجها قبل زوج آخر. وقد طلقها ثلاثاً، فإنه في هذه الثلاثة يُفرّق من غير
مرافعة، "بحر"^(١) عن "المحيط"،.....

حقاً للزوج، أي: الذي طلقها، ولا تجب له بدون اعتقاده، ولما قدّمناه^(٢) أيضاً عن "ابن كمال"
من اعتبار دين الزوج خاصّةً، وكذا ما قدّمناه^(٣) من ترجيح القول بأنه لا عدّة من الكافر عند
"الإمام" أصلاً، تأمل.

(قوله: ١٢٥٧٧) أو تزوّجها قبل زوج آخر إلخ) مقتضاه أن المسألة الأولى مفروضة فيما
إذا طلقها ثلاثاً وأقام معها من غير تجديد عقدٍ آخر حتى تكون مسألة أخرى، ويُشكّل الفرق
بينهما، فإنه إذا توقّف التفريق في الأولى على طلب المرأة يلزم أن يتوقّف هنا على طلبها
بالأولى؛ لأنه إذا جدّد عقده عليها قبل زوج آخر حصلت شبهة العقد، فكيف يُفرّق بينهما
بلا طلب أصلاً مع وجود شبهة العقد، ولا يُفرّق إلا بطلب عند عدم وجود شبهة العقد؟
ولذا - والله أعلم - ذكر في "البحر"^(٤) عن "الإسبيجاني": ((أنه إذا طلقها ثلاثاً إن أمسكها من
غير تجديد النكاح عليها فرّق بينهما وإن لم يتّرفعا إلى القاضي، وإن جدّد عليها من غير أن
تتزوج بأخر فلا تفريق))، ثم قال: ((وهو مخالف لما في "المحيط"؛ لأنه سوى في التفريق بين ما
إذا تزوّجها أو لا، حيث لم تتزوج بغيره)) اهـ.

قلت: لكنه مخالف أيضاً لما قدّمناه^(٥) عن "الفتح" [٣/١٤٧ق/ب] وغيره: ((من أن مثل

(قوله: ويُشكّل الفرق بينهما إلخ) يندفع الإشكال بأن قوله: ((وطلبت إلخ)) لا يدل أن هذا أمر
لابد منه بحيث لو عدم لا يُفرّق بينهما، بل القصد منه مجرد التنبؤ على عدم اشتراط مرافعتيهما.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٥٦٣] قوله: ((معتقدين ذلك)).

(٣) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٤/٣ بتصرف.

(٥) المقولة [١٢٥٦٦] قوله: ((محرمين)).

مُخَالَفَةً، فَإِنَّهُ ذَكَرَ مَا قَدَّمَاهُ^(١) عَنْهُ أَنْفَاءً ثُمَّ قَالَ^(٢): ((وَذَكَرَ فِي "الغاية" مَعْرِياً إِلَى "المحيط": أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ ثَلَاثًا لَوْ طَلَّبَتِ التَّفْرِيقَ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ الزَّوْجِ، وَكَذَا فِي الْخُلْعِ وَعِدَّةِ الْمُسْلِمِ لَوْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ فِي الْمُطَلَّاقَةِ ثَلَاثًا)) اهـ.

ووجهُ المخالفة: أَنَّ قَوْلَهُ: ((وَكُنَّا فِي الْخُلْعِ إِخْ)) يُفِيدُ تَوْقُفَ التَّفْرِيقِ عَلَى الطَّلَبِ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى كَمَا هُوَ مُقْتَضَى التَّشْبِيهِ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ فِي "الفتح"^(٣)، حَيْثُ ذَكَرَ عِبَارَةَ "الغاية"، وَقَالَ عَقِبَ قَوْلِهِ: ((وَكُنَّا فِي الْخُلْعِ)): ((بِعَنِي: اِخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا الذَّمِّيُّ، ثُمَّ أَمْسَكَهَا فَرَفَعْتَهُ إِلَى الْحَاكِمِ فَإِنَّهُ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ إِسْمَاكَهَا ظَلَمَ إِخْ))، فَمَا عَرَّاهُ فِي "الغاية" إِلَى "المحيط"، وَنَقَلَهُ عَنْهَا "الزَّيْلَعِيُّ" وَصَاحِبُ "الفتح" مُخَالَفٌ لِمَا فِي "البحر"^(٤) عَنْ "المحيط" - وَهُوَ الَّذِي مَشَى عَلَيْهِ "المصنّف" - ((مَنْ عَدِمَ تَوْقُفَهُ عَلَى الْمَرَاغَةِ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ وَتَوْقُفِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَقَطْ))، وَذَكَرَ فِي "النَّهْر"^(٥) أَيْضًا عِبَارَةَ "المحيط الرُّضَوِيِّ"، وَهِيَ كَمَا مَشَى عَلَيْهِ صَاحِبُ "البحر" وَ"المصنّف"، فَهَذَا هُوَ وَجْهُ الْمَخَالَفَةِ الَّذِي أَرَادَهُ "الشَّارِحُ" وَتَبَّهَ عَلَيْهِ فِي "النَّهْر"^(٦) أَيْضًا، وَقَدْ خَفِيَ عَلَى الْحَشِينِ، فَافْهَم.

نعم في كلام "الزَّيْلَعِيِّ" مخالفة من وجهٍ آخر، وهو أَنَّهُ ذَكَرَ أَوَّلًا: ((أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ ثَلَاثًا مِثْلُ الْمُحْرَمِينَ فِي جَرَيَانِ الْخِلَافِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ^(٧) قَرِيبًا))، ثُمَّ ذَكَرَ مَا فِي "الغاية": ((مَنْ أَنَّهُ يُفْرَقُ بِطَلَبِهَا إِجْمَاعًا))، وَرَأَيْتُ فِي "كافي الحاكم الشهيد" مَا يُؤَيِّدُ مَا فِي "الغاية"، وَذَلِكَ حَيْثُ قَالَ:

(١) في المقولة السابقة.

(٢) أي: في "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٦/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٤/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب.

(٧) المقولة [١٢٥٧٧] قوله: ((أَوْ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ إِخْ)).

(وإذا أسلم أحد الزوجين المحوسيين، أو امرأة الكتابي عرَضَ الإسلامُ على الآخرِ، فإن أسلمَ فيها (ولاً) بأن أبي.....

((وإذا طلقَ الذمِّيُّ زوجته ثلاثاً ثم أقامَ عليها، فرافَعَتْهُ إلى السُّلْطَانِ فُرقَ بينهما، وكذلك لو كانت اختلعت، وإذا تزوجَ الذمِّيُّ الذمِّيَّةَ وهي في عِدَّةٍ من زوجِ مسلمٍ [٣/١٤٨٣/ب] قيدَ طَلَقِهَا أو ماتَ عنها فإنِّي أفرِّقُ بينهما)) اهـ، لكن مُفَادُهُ أنَّ التَّفْرِيقَ في هذه الأَخِيرَةِ لا يَحْتَاجُ إلى مُرَافَعَةٍ وطلبِ أصلاً لتعلُّقِ حقِّ المسلم، ومثلها ما قدَّمناه^(١) عن "الكافي" أيضاً، وهو ما لو تزوجَ الذمِّيُّ مسلمةً.

[١٢٥٧٩] (قوله: وإذا أسلمَ أحدُ الزوجين إلخ) حاصلُ صُورِ إسلامِ أحدهما على اثنين وثلاثين؛ لأنَّهما إمَّا أن يكونا كتابيين، أو محوسيين، أو الزوجِ كتابي وهي محوسية، أو بالعكس، وعلى كلِّ فالمسلمُ إمَّا الزوجُ أو الزوجةُ، وفي كلِّ من الثمانية إمَّا أن يكونا دارنا، أو في دارِ الحرب، أو الزوجُ فقط في دارنا، أو بالعكس، أفادَهُ في "البحر"^(٢)، وفيه^(٣) أيضاً: ((قيدَ بالإسلام؛ لأنَّ النصرانية إذا تهوَّدت أو عكسَهُ لا يُلْتَفَتُ إليهم؛ لأنَّ الكفرَ كلُّهُ مِلَّةٌ واحدةٌ، وكذا لو تمجَّست زوجةُ النصرانيِّ فهما على نكاحهما، كما لو كانت محوسيةً في الابتداء)) اهـ.

والمرادُ بالمحوسي: مَنْ ليس له كتابٌ سماويٌّ، فيشملُ الوثنيَّ واللَّهْرِيَّ، وأرادَ "المصنّف" بالزوجينِ المجتمعينِ في دارِ الإسلام، وسيأتي^(٤) محترزةً في قوله: ((ولو أسلمَ أحدهما ثمةً إلخ^(٥))). [١٢٥٨٠] (قوله: أو امرأة الكتابي) إمَّا إذا أسلمَ زوجُ الكتابيةِ فإنَّ النكاحَ يبقى كما

(١) المقولة [١٢٥٧٦] قوله: ((أو تزوج كتابية في عدة مسلم)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٣/٢٢٦.

(٣) أي: في "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٣/٢٢٦ - ٢٢٧.

(٤) المقولة [١٢٥٩٩] قوله: ((ولو أسلم أحدهما ثمة)).

(٥) من ((وفيه أيضاً)) إلى ((ثمة إلخ)) ساقط من "٣".

أَوْ سَكَتَ (فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَلَوْ كَانَ) الزَّوْجُ (صَبِيًّا مُمَيِّزًا) اتَّفَاقًا عَلَى الْأَصْحَ (وَالصَّبِيَّةُ كَالصَّبِيِّ) فِيمَا ذُكِرَ، وَالْأَصْلُ: أَنَّ كُلَّ مَنْ صَحَّ مِنْهُ الْإِسْلَامُ إِذَا أَتَى بِهِ صَحَّ مِنْهُ الْإِبَاءُ إِذَا عَرَّضَ عَلَيْهِ.

(وَيُنْتَظَرُ عَقْلُ) أَي: تَمَيِّزُ (غَيْرِ الْمُمَيِّزِ)،.....

يَأْتِي (١) مَتْنًا.

[١٢٥٨١] (قَوْلُهُ: أَوْ سَكَتَ) غَيْرَ أَنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يُكْرَرُ عَلَيْهِ الْعَرَضُ ثَلَاثًا احتياطاً،

كَذَا فِي "المبسوط" (٢)، "نهر" (٣).

[١٢٥٨٢] (قَوْلُهُ: فُرِّقَ بَيْنَهُمَا) (٤) وَمَا لَمْ يُفَرِّقِ الْقَاضِي فِيهَا زَوْجَتَهُ، حَتَّى لَوْ مَاتَ الزَّوْجُ

قَبْلَ أَنْ تُسَلِّمَ امْرَأَتَهُ الْكَافِرَةَ وَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ، أَي: كَمَالُهُ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ كَانَ قَائِمًا، وَيَتَقَرَّرُ بِالْمَوْتِ، "فتح" (٥). وَإِنَّمَا لَمْ يَتَوَارَتَا لِمَنْعِ الْكُفْرِ.

[١٢٥٨٣] (قَوْلُهُ: صَبِيًّا مُمَيِّزًا) أَي: يَعْقِلُ الْأَدْيَانَ؛ لِأَنَّ رِدَّتَهُ مُعْتَبَرَةٌ، فَكَذَا إِبَاؤُهُ، "فتح" (٦).

قَالَ فِي "أحكام الصُّغَارِ" (٧): ((وَالْمُعْتَوَةُ كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ)) اهـ.

[١٢٥٨٤] (قَوْلُهُ: عَلَى الْأَصْح) وَقِيلَ: لَا يُعْتَبَرُ إِبَاؤُهُ عِنْدَ "أبي يوسف" كَمَا لَا تُعْتَبَرُ رِدَّتُهُ

عِنْدَهُ، "فتح" (٨).

[١٢٥٨٥] (قَوْلُهُ: فِيمَا ذُكِرَ) أَي: مِنْ حُكْمِ الْإِسْلَامِ وَالْإِبَاءِ وَالسُّكُوتِ.

(١) "در" ص ٦٣٨-.

(٢) لم نعر عليها في نسخة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/ب.

(٤) هذه المقولة مؤخرة عن المقولة التي بعدها في "الأصل" و"٣".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

(٧) "جامع أحكام الصغار": في مسائل الفرقة بين الزوجين بالكفر ١١٣/١.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

ولو) كان (مجنوناً) لا يُنتظرُ لعدمِ نَهائِهِ، بل (يُعرضُ) الإسلامُ (على أبيه) فأيهما أسلمَ تَبِعَهُ فيبقى النكاحُ، فإن لم يكن له أبٌ نَصَبَ القاضي عنه وصياً، فيَقضي عليه بالفرقة، "باقاني" عن "البهتسي" عن "روضة العلماء" لـ "الزاهدي".....

[١٢٥٨٦] (قوله: ولو كان) أي: الصبيُّ كما تُفيدُهُ^(١) عبارة "الفتح"^(٢)، وليس بقيدٍ، بل البالغُ مثله.

[١٢٥٨٧] (قوله: لعدمِ نَهائِهِ) بخلافِ عدمِ التَّمييزِ، فإن له نهاية.

[١٢٥٨٨] (قوله: بل يُعرضُ الإسلامُ على أبيه إلخ) قال في "التحرير" و"شرحهِ"^(٣): ((وإنما يُعرضُ الإسلامُ على أبيه أو^(٤) أمِّه لصيرورته مسلماً بإسلامِ أحدهما، فإن أسلمَ أحدهما^(٥) أُفِرَّأ على النكاح، وإن أباي فُرِّقَ بينهما دفعاً للضررِ عن المسلمة، ويصيرُ مرتدّاً تبعاً بارتدادِ أبيه ولحاقهما [٣/٤٨١ب] به، بخلافِ ما إذا ترَكَاهُ في دارِ الإسلام، أو بلغَ مسلماً ثم جُنَّ، أو أسلمَ عاقلاً فجُنَّ قبل البلوغِ فارتدّاً ولحِقاً به؛ لأنه صار مسلماً بتبعيةِ الدارِ عند زوالِ تبعيةِ الأبوين أو بتقريرِ ركنِ الإيمانِ منه، قال "شمسُ الأئمة": وليس المرادُ من عَرَضِ الإسلامِ على والده أن يُعرضَ عليه بطريقِ الإلزامِ، بل على سبيلِ الشفقةِ المعلومةِ من الآباءِ على الأولادِ عادةً، فلعلَّ ذلكَ يحمله على أن يُسلمَ، ألا ترى أنه إذا لم يكن له والدان جعلَ القاضي له خصماً وفرَّقَ بينهما؟ فهذا دليلٌ على أن الإباءَ يَسْقُطُ اعتبارُهُ هنا للتعلُّبِ) اهـ. وهذا ما نقلَهُ عن "الباقاني"، ومثله في "التاترخانية"^(٦).

وحاصلةُ: أن فائدةَ نَصَبِ^(٧) الوصيِّ الحُكْمِ بالتفريقِ بلا عَرَضٍ، بل يَسْقُطُ العَرَضُ للضرورة؛

(١) في "ب": ((بقيده)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

(٣) "التقرير والتحرير": المقالة الثانية - الباب الأول في الأحكام - الفصل الرابع في المحكوم عليه ١٧٣/٢-١٧٤ بتصرف.

(٤) في "الأصل" بالواو بدل ((أو)).

(٥) ((فإن أسلم أحدهما)) ساقط من "الأصل".

(٦) "التاترخانية": كتاب النكاح - الفصل التاسع في نكاح الكفار ١٨٣/٣.

(٧) في "الأصل": ((تنصيب)).

(ولو أسلم الزوجُ وهي مجوسية فتَهَوَّدتْ أو تنصرت بقي نكاحها، كما لو كانت في الابتداء كذلك). لأنها كتابية مآلاً (والتفريق) بينهما (طلاق) يُنْقِصُ العدد (لو أبى لا لو أبت) ^(١).....

لأنه لا يصير مسلماً بتبعية غير الأبوين، وقد عُلِمَ مما ذكرناه أنه لو كان له أم فقط يُعرض الإسلامُ عليها، فإن أبت فرُقَ بينهما؛ لأنه تبع لها وإن لم تكن لها ولاية عليه؛ لأن المناط هنا التبعية لا الولاية، فقول بعض المحشّين: إنه عند عدم الأب لا يُعرضُ على الأم بل ينصبُّ له وصياً غير صحيح، نعم لو كان أبواه مجنونين أيضاً ينبغي أن ينصبَّ عنه وصياً.

والخلاص: أن المجنون كالصبي في تبعيته لأبويه إسلاماً وكفراً ما لم يسلم قبل جنونه.

[١٢٥٨٩] (قوله: وهي مجوسية إلخ) بخلاف عكسيه، وهو ما لو كانت نصرانية وقت إسلامه

ثم تمحّست، فإنه تقع الفرقة بلا عرضٍ عليها، "بحر" ^(٢) عن "الحيط". وظاهره وقوع الفرقة بلا تفريق القاضي؛ لأنها صارت كالمرتدة، تأمل.

[١٢٥٩٠] (قوله: طلاق يُنْقِصُ العدد) أشار إلى أن المراد بالطلاق حقيقة لا الفسخ، فلو أسلم

ثم تزوجها يملكُ عليها طلقتين فقط عندهما، وقال "أبو يوسف": إنه فسخ.

ثم هذا الطلاق بائن قبل الدخول أو بعده، قال في "النهاية": ((حتى لو أسلم الزوج لا يملكُ

الرجعة))، قال في "البحر" ^(٣): ((وأشار بالطلاق إلى وجوب العدة عليها إن كان دخل بها؛

(١) في "د" زيادة: ((هذا أولى من قول "الكنز": وإباء طلاق لا إباؤها، فإن في جعله الإباء طلاقاً نوع مجوز، وفي الحقيقة إنما هو سبب فقط كما يُفصح عنه قولهم: إنه لما فات الإمساك بالمعروف وحبّ التسريح بالإحسان، فإن طلق وإلا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقاً إذا كان نائباً عن إبه الطلاق، وفي هذا تصريح أنه لو طلق وقع ولم يحتج إلى التفريق كما في "النهر"). ق ١٧٠/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣ بتصريف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣ بتصريف.

لأنَّ المرأةَ إنْ كانتْ مسلمةً فقد التزمتْ أحكامَ الإسلامِ، ومن حُكْمِهِ وجوبُ العِدَّةِ، وإنْ كانتْ كافرةً لا تعتقدُ وجوبها فالزَّوجُ مسلمٌ والعِدَّةُ حقُّه، وحقوقنا لا تبطلُ بديانيتهم، وإلى وجوبِ النِّفْقَةِ في العِدَّةِ إنْ كانتْ هي مسلمةً؛ [٣/٤٩ق/١] لأنَّ المنعَ من الاستمتاعِ جاءَ من جهَّتَيْهِ، بخلافِ ما إذا كانتْ كافرةً وأسلمَ الزَّوجُ؛ لأنَّ المنعَ من جهَّتَيْها، ولذا لا مهرَ لها إنْ كانَ قبلَ الدُّخولِ)) اهـ. أمَّا لو أسلمتْ وأبى الزَّوجُ فلها نصفُ المهرِ قبلَ الدُّخولِ وكلُّه بعدَهُ كما في "كافي الحاكم"، ثمَّ قال في "البحر"^(١): ((وأشارَ أيضاً إلى وقوعِ طلاقِهِ عليها ما دامتْ في العِدَّةِ كما لو وقَّعتِ الفرقةَ بالخُلْعِ أو بالجَبِّ أو العِنَةِ، كذا في "المحيط"، وظاهرُهُ أنَّه لا فرقَ في وقوعِ الطَّلاقِ عليها بينَ أنْ يكونَ هو الآبِيَّ أو هي، وظاهرُهُ ما في "الفتح"^(٢) أنَّه خاصٌّ بما إذا أسلمتْ وأبى هو، والظاهرُ الأوَّلُ)) اهـ.

أقول: ما في "الفتح" صريحٌ في الأوَّلِ حيث قال: ((إذا أسلمَ أحدُ الزَّوجينِ الذَّميَّينِ وفرَّقَ بينهما بإبائِ الآخرِ فإنه يقعُ عليها طلاقُهُ وإنْ كانتْ هي الآبِيَّةُ، مع أنَّ الفرقةَ فسخٌ، وبه يتقضى ما قيل: إذا أسلمَ أحدُ الزَّوجينِ لم يقعَ عليها طلاقُهُ)) اهـ.

نعم ظاهرُهُ ما في "المحيط" يُفيدُ أنَّه خاصٌّ بما إذا كانَ هو الآبِيَّ، وهو قولُهُ: ((كما لو وقَّعتِ الفرقةَ بالخُلْعِ إلخ))؛ لأنَّها فرقةٌ من جانبِهِ فتكونُ طلاقاً، ومُعْتَدَةٌ الطَّلاقِ يقعُ عليها الطَّلاقُ، أمَّا لو كانتْ هي الآبِيَّةُ تكونُ الفرقةُ فسخاً، والفسخُ رَفْعٌ للعقدِ، فلا يقعُ الطَّلاقُ في عِدَّتَيْهِ، نعم في "البحر"^(٣) أوَّلَ كتابِ الطَّلاقِ: ((أنَّه لا يقعُ في عِدَّةِ الفسخِ إلَّا في ارتدادِ أحدهما وتفريقِ

قوله: نعم ظاهرُهُ ما في "المحيط" يُفيدُ أنَّه خاصٌّ بما إذا كانَ هو الآبِيَّ إلخ) قد يقال: إنَّ إطلاقَ "المحيط" وقوعِ الطَّلاقِ عليها ما دامتْ في العِدَّةِ يُفيدُ الإطلاقَ هو الظاهرُ، كما قاله في "البحر"، ومُجرَّدُ التشبيهِ المذكورِ لا يُفيدُ أنَّ الوقوعَ خاصٌّ بما إذا أبى ولم يُوجدْ ما يدلُّ على عِدَّتَيْهِ إذا أبتْ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٨٨/٣.

(٣) "البحر": ٢٥٥/٣ بتصرف.

لأنَّ الطَّلَاقَ لَا يَكُونُ مِنَ النِّسَاءِ.

(وإبَاءُ الْمُمَيِّزِ وَأَحَدِ أَبِيي الْمُجَنُّونِ.....)

القاضي بإبَاءِ أَحَدِهِمَا عَنِ الْإِسْلَامِ))، وَفِي "الْبِرْزَايَةِ"^(١): ((وَإِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لَا يَقَعُ عَلَى الْآخَرَ طَلَاقَهُ))، لَكِنْ قَالَ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((إِنَّ هَذَا فِي طَلَاقِ أَهْلِ الْحَرْبِ))، أَي: فِيمَا لَوْ هَاجَرَ أَحَدُهُمَا إِلَيْنَا مُسْلِمًا؛ لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا.

قلت: إِنَّ هَذَا الْحَمْلَ مُمْكِنٌ فِي عِبَارَةِ "الْبِرْزَايَةِ" ذُوْنَ عِبَارَةِ طَلَاقِ "الْبَحْرِ"، فَلْيَتَأَمَّلْ، وَسَيَأْتِي^(٢) مَمَامُ الْكَلَامِ عَلَى ذَلِكَ آخَرَ بَابِ الْكِنَايَاتِ. ٣٨٩/٢

[١٢٥٩١] (قَوْلُهُ: لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَكُونُ مِنَ النِّسَاءِ) بَلِ الَّذِي يَكُونُ مِنَ الْمَرْأَةِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْفُرْقَةِ شَرْعًا هُوَ الْفَسْخُ، فَيُنَوِّبُ الْقَاضِي مَنَابَهَا فِيمَا تَمَلِّكُهُ.

[١٢٥٩٢] (قَوْلُهُ: وَإِبَاءُ الْمُمَيِّزِ أَي: تَفْرِيقُ الْقَاضِي بِسَبَبِ الْإِبَاءِ، وَإِلَّا فَالْإِبَاءُ لَيْسَ بِطَلَاقٍ،

"ح" (٣).

[١٢٥٩٣] (قَوْلُهُ: وَأَحَدِ أَبِيي الْمُجَنُّونِ) أَي: إِذَا لَمْ يُوجَدْ إِلَّا أَحَدُهُمَا أَبًا أَوْ أُمَّ، أَمَّا لَوْ وُجِدَا فَلَا بَدَّ مِنْ إِبَاءِ كُلِّ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا تَبِعَهُ كَمَا مَرَّ^(٤).

(قَوْلُهُ: بَلِ الَّذِي يَكُونُ مِنَ الْمَرْأَةِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ الْخ) هَكَذَا عَزَا "السَّنْدِيُّ" هَذِهِ الْعِبَارَةَ لـ "الْمَنْحِ"، ثُمَّ قَالَ: ((وَهُوَ يُشْعِرُ بِأَنَّهَا التَّفْرِيقُ عَلَى أَنَّهُ فَسْخٌ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلِ لَا يَقَعُ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي)) اهـ. وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ الْمَرَادَ بِكُونِهِ لِلْمَرْأَةِ أَنَّهَا وَلَايَتُهُ إِلَّا أَنَّهَا لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلايَةٌ عَلَى زَوْجِهَا فِي الزَّامِ بِهِ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهَا.

(١) "البرزاية": كتاب الطلاق - نوع في محله ١٧٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [١٣٥٤٩] قوله: ((كإسلام)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧٠/أ.

(٤) "در" ص ٦٣٦.

طلاق) في الأصح، وهو من أغرب المسائل، حيث يقع الطلاق من صغيرٍ ومجنونٍ، "زيلعي"^(١). وفيه نظر^(٢)؛ إذ الطلاق من القاضي، وهو عليهما لا منهما، فليسا بأهلٍ للإيقاع بل للوقوع،.....

[١٢٥٩٤] (قوله: طلاق في الأصح) يشير إلى أنه في غير الأصح يكون فسخاً، "أبو

السعود"^(٣).

مطلب: الصبي والمجنون ليسا بأهلٍ لإيقاع الطلاق بل للوقوع

[١٢٥٩٥] (قوله: فليسا بأهلٍ للإيقاع) [٣/٤٩ق/ب] أي: إيقاع الطلاق منهما، بل هما أهلٌ

للووقوع، أي: حكم الشرع بوقوعه عليهما عند وجود موجه، وفي "شرح التحرير"^(٤): ((قال صاحب "الكشف"^(٥) وغيره: المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق في حق الصغير عدتها

(قوله: وفي "شرح التحرير" قال صاحب "الكشف" وغيره: المراد من عدم شرعية الطلاق إلخ) قد يقال: عبارته لا تفيد أن الوقوع منهما بل مشروعية الطلاق في حقهما عند الحاجة، وهذا أمرٌ لا نزاع فيه، وعبرة "السرْحسي" إنما أفادت ملك الطلاق بملك النكاح، وأنه إذا تحققت الحاجة إلخ، وليس فيها أن الإيقاع يكون منه أو من القاضي بل غاية ما تفيدُه وجودُ الحاجة للإيقاع من جهته، وكون الإيقاع الذي يحصلُ بعد الحاجة منه أو غيره أمرٌ آخرٌ لا دلالة في الكلام عليه، تأمل.

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٥/٢ بتصرف يسير.

(٢) في "د" زيادة: ((قال أبو السعود: نظر فيه شيخنا لتصريحهم بأنه إنما كان إياؤه طلاقاً؛ لأنه لما فات الإمساك بالمعروف وجب التسريح بالإحسان، فإن فعل وإلا ناب القاضي منابه، فكان تفريق القاضي بإبائه بطريق النيابة عن المميز وأحد أبوي المجنون، وفعل النائب منسوبٌ للمنوب عنه لا محالة، فكان إيقاعاً واقعاً منهما حكماً، انتهى. قال بعض المحشّين: وفيه أن القاضي حاكم لا نائب.

قلت: كيف هذا مع تصريحهم بأنه نائب ك"الهداية" وغيرها، كما مر). ق ١٧٠/أ.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٨/٢ بتصرف.

(٤) "التقرير والتحرير": المقالة الثانية - الباب الأول - الفصل الرابع: المحكوم عليه ١٧١/٢ بتصرف.

(٥) "كشف الأسرار": باب أهلية الأداء ٤٢٣/٤-٤٢٤ بتصرف.

كما لو ورثَ قريته، ولو قال: إن جُننتُ فأنتِ طالقٌ، فحُسنٌ لم يقع بخلاف
إن دخلت الدار فدخلها مجنوناً.....

عند عدم الحاجة، فأما عند تحققها فمشروع، قال شمس الأئمة "السرخسي"^(١): زعم بعض مشايخنا
أن هذا الحكم غير مشروع أصلاً في حق الصبي، حتى إن امرأته لا تكون محلاً للطلاق، وهذا وهم
عندي، فإن الطلاق يُملكُ بملك النكاح؛ إذ لا ضررَ في إثبات أصل الملك، بل الضررُ في الإيقاع،
حتى إذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته للنفع الضرر كان صحيحاً، فإذا
أسلمت زوجته وأبى فرّق بينهما، وكان طلاقاً عند "أبي حنيفة" و"محمد"، وإذا ارتدَّ - والعياذُ
بالله تعالى - وقعت البينونة، وكان طلاقاً في قول "محمد"، وإذا وحده مجبوباً فخاصته فرّق
بينهما، وكان طلاقاً عند بعض المشايخ)) اهـ.

قلت: وحاصله أنه كالبالغ في وقوع الطلاق منه بهذه الأسباب، إلا أنه لا يصح إيقاعه
منه ابتداءً للضرر عليه، ومثله المجنون، وبه ظهر أنه لا حاجة إلى أنه إيقاع من القاضي؛ لأن
تفريق القاضي هنا كتفريقه بإبائه البالغ عن الإسلام، وهو طلاق منه بطريق النيابة، فكذا في
الصبي والمجنون، لكن لما كان المشهور أنه لا يقع طلاقهما - أي: ابتداءً - وكان وقوعه منهما
بعارضٍ غريباً، قال "الزيلي"^(٢) وغيره: ((إنه من أغرب المسائل))، فافهم.

[١٢٥٩٦] (قوله: كما لو ورثَ قريته) أي: الرجم المحرم منه، كأن ورث أباه
المملوك لأخيه من أم مثلاً، فإنه يعتق عليه، وكما لو تزوج مملوكه أبيه فورئها منه انفسخ
النكاح.

[١٢٥٩٧] (قوله: لم يقع) لأنه علّقه على ما يُتأني وقوعه منه، فإن الجزاء - وهو: أنتِ

(قول "الشارح": ولو قال: إن جُننتُ فأنتِ طالقٌ، فحُسنٌ لم يقع إلخ) ذكرها "الزيلي"^(٣) في باب نكاح

(١) "أصول السرخسي": باب أهلية الأدمي لوجوب الحقوق له وعليه - فصل في بيان أهلية الأداء ٣٤٨/٢ بتصرف.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٥/٢.

(٣) "الزيلي": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٥/٢.

وقع

طالق - لا ينعقد سبباً للطلاق إلا عند وجود الشرط، فلا بد من كون الشرط صالحاً له، فهو كقوله: إن ميتاً فانت طالق، كذا ظهر لي.

(١٢٥٩٨) (قوله: وقع) لما صرّحوا به من أن الأهلية إنما تعتبر وقت التعليق لا وقت وجود الشرط، وليس الشرط هنا - وهو دخول الدار - منافياً لانعقاد الجزاء سبباً للطلاق بخلاف المسألة الأولى.

والحاصل: أنه لا بد [١٥٠ ق/٣] في صحة التعليق من وجود الأهلية وقته، وعدم منافاة الشرط المعلق عليه للجزاء المعلق، وهنا وجد كل منهما بخلاف الأولى، فإنه وجد^(١) فيها الأهلية وقت التعليق، وقيد الآخر وهو عدم المنافاة، هذا ما ظهر لي.

الرقيق؛ حيث قال: ((إذا قال لامرأته: إن جئنت فانت طالق لا يقع الطلاق إذا جئ؛ لأن عند تحقق الشرط انتفت الأهلية، بخلاف ما إذا قال: إن دخلت الدار فانت طالق فدخلتها وهو محنون حيث تطلق؛ لأن التعليق صحيح لكون الشرط لا ينافي الطلاق)) اهـ، تأمل. وذكر أيضاً في طلاق المريض: ((أن المعلق بالشرط كالنجز عنده حكماً لا قصداً، ولهذا لو وجد الشرط وهو محنون يقع، ولو كان قصداً لما وقع لعدم القصد)) اهـ. ثم رأيت في باب التدبير من "الزبلي": ((أن وجه وقوع الطلاق فيما إذا وجد الشرط وهو محنون أنه أهل للتصرف في الجملة، ألا ترى أنه يعق عليه قريبه بالملك، ويمكن وجود الشرط وهو أهل فامكن اعتباره حكماً)) اهـ. وقال في "غاية البيان": ((الجنون لا يبطال الأهلية من كل وجه، ألا ترى أنه أهل للملك وزواله، ولهذا صح تزويج الولي عليه، وتبين امرأته بارتداد أبيه، وكذا إذا باشر أسباب المصاهرة تثبت، بخلاف الميت فإن أهليته تبطل)) اهـ. وذكر في "الفتح" في باب اليمين في العتق: ((أنه لما كانت العنة قبل وجود الشرط بعرضية أن تصير علة اعتبر الشرع لها حكم العلة حتى اعتبرت الأهلية عندها اتفاقاً، فلو كان محنوناً عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق)).

(١) من ((كل منهما)) إلى ((وجدت)) ساقط من "الأصل".

(ولو أسلم أحدهما) أي: أحد المجوسيين أو امرأة الكتابي (ثمة) أي: في دار الحرب وملحق بها كالبحر الملح.....

(١٢٥٩٩) (قوله: ولو أسلم أحدهما ثمة) هذا مقابل قوله فيما مر^(١): ((وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو امرأة الكتابي إلخ))، فإنه مفروض فيما إذا اجتمعوا في دار الإسلام كما قدمناه^(٢)، ولذا قال في "البحر"^(٣) هنا: ((أطلق في إسلام أحدهما في دار الحرب، فشمل ما إذا كان الآخر في دار الإسلام أو في دار الحرب، أقام الآخر فيها أو خرج إلى دار الإسلام، فحاصله أنه ما لم يجتمعا في دار الإسلام فإنه لا يعرض الإسلام على المصير سواء خرج المسلم أو الآخر؛ لأنه لا يقضى لغائب ولا على غائب، كذا في "المحيط") اهـ.

(١٢٦٠٠) (قوله: كالبحر الملح) قال في "النهر"^(٤): ((وينبغي أن يكون ما ليس بدار حرب ولا إسلام ملحقاً بدار الحرب كالبحر الملح^(٥)؛ لأنه لا قهر لأحدٍ عليه، فإذا أسلم أحدهما وهو رآكبه توقفت البيونة على مضي ثلاث حيض أخذاً من تعليلهم بتعذر العرض لعدم الولاية)) اهـ. وهل حكم البحر الملح في غير هذه حكم دار الحرب، حتى لو خرج إليه الذمي صار حرياً وانتقض عهده، وإذا خرج إليه الحربي وعاد قبل الوصول إلى داره ينقض أمانه ويعشر ما معه؟ يحرر، "ط"^(٦).

(قوله: ينقض أمانه ويعشر ما معه، يحرر) الظاهر لا فيهما.

(١) "در" ص-٦٢٧..

(٢) المقولة [١٢٥٧٩] قوله: ((وإذا أسلم أحد الزوجين إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١/١٩٤ ق/ب.

(٥) ((الملح)) ليست في "النهر".

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢/٨٣.

(لم تَبَيَّنْ حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثًا) أَوْ تَمْضِي ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ (قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ) إِقَامَةٌ لِشَرْطِ
الْفُرْقَةِ مُقَامَ السَّبَبِ،.....

[١٢٦٠.١] (قَوْلُهُ: لَمْ تَبَيَّنْ حَتَّى تَحِيضَ إِخْرَجَ) أَفَادَ بِتَوْقُفِ الْبَيْنُونَةِ عَلَى الْحِيضِ أَنَّ الْآخَرَ لَوْ أَسْلَمَ
قَبْلَ انْقِضَائِهَا فَلَا بَيْنُونََةَ، "بِحَرْ" (١).

[١٢٦٠.٢] (قَوْلُهُ: أَوْ تَمْضِي ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ) أَي: إِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ لِصَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ كَمَا فِي
"الْبَحْرِ" (٢)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَحَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، "ح" (٣) عَنْ "الْقَهْطَسْتَانِي" (٤).

[١٢٦٠.٣] (قَوْلُهُ: إِقَامَةٌ لِشَرْطِ الْفُرْقَةِ) وَهُوَ مُضِيُّ هَذِهِ الْمُدَّةِ ((مُقَامَ السَّبَبِ)) وَهُوَ الْإِبَاءُ؛
لَأَنَّ الْإِبَاءَ (٥) لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْعَرَضِ، وَقَدْ عُذِمَ الْعَرَضُ لِانْعِدَامِ الْوَلَايَةِ، وَمَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَى
التَّفْرِيقِ؛ لِأَنَّ الْمُشْرِكَ لَا يَصْلُحُ لِلْمُسْلِمِ، وَإِقَامَةُ الشَّرْطِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْعِلَّةِ جَائِزٌ، فِإِذَا مَضَتْ هَذِهِ
الْمُدَّةُ صَارَ مُضِيَّهَا بِمَنْزِلَةِ تَفْرِيقِ الْقَاضِي، وَتَكُونُ فُرْقَةً بِطُلَاقٍ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمَا، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ

(قَوْلُهُ: وَهُوَ مُضِيُّ هَذِهِ الْمُدَّةِ إِخْرَجَ) مُضِيُّ الْمُدَّةِ إِنَّمَا هُوَ شَرْطُ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، فِإِذَا لَمْ تَمْضِ
فَلَا فُرْقَةَ، وَأَمَّا فِي الْبَائِنِ فَتَحَقُّقُ الْفُرْقَةِ مُحَرَّرٌ إِيقَاعِهِ وَلَوْ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُبَانَةِ إِلَّا بِعَقْدٍ
جَدِيدٍ أَوْ "سِينْدِي"، لَكِنْ قَدْ يُقَالُ: ((إِنَّ الْعِدَّةَ لَمَّا كَانَتْ قَائِمَةً وَهِيَ مِنْ آثَارِ النِّكَاحِ لَا تَسْمُ الْفُرْقَةَ
إِلَّا بِمُضِيَّهَا.

(قَوْلُهُ: مُقَامَ السَّبَبِ وَهُوَ الْإِبَاءُ إِخْرَجَ) الْأَنْسَبُ: وَهُوَ التَّفْرِيقُ، كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: ((بِمَنْزِلَةِ تَفْرِيقِ
الْقَاضِي)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧٠/ب.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٩٦/١.

(٥) ((لأن الإباء)) ساقط من "الأصل".

وليست بعدة لدخول غير المدخول بها (ولو أسلم زوج الكتائية) ولو مآلاً كما مر...

"أبي يوسف" بغير طلاق؛ لأنها بسبب الإباء حكماً وتقديراً، "بدائع"^(١). وبحث في "البحر"^(٢): ((أنه ينبغي [٣/١٥٠/ب] أن يقال: إن كان المسلم هو المرأة تكون فرقة بطلاق؛ لأن الآبي هو الزوج حكماً، والتفريق بإبائه طلاق عندهما، فكذا ما قام مقامه، وإن كان المسلم الزوج فهي فسخ)).

٣٩٠/٢

[١٢٦٠٤] (قوله: وليست بعدة) أي: ليست هذه المدة عده؛ لأن غير المدخول بها داخلة تحت هذا الحكم، ولو كانت عده لاختص ذلك بالمدخول بها، وهل تجب العدة بعد مضي هذه المدة؟ فإن كانت المرأة حريية فلا؛ لأنه لا عده على الحريية، وإن كانت هي المسلمة فخرجت إلينا فتمت الحيض هنا فكذلك عند "أبي حنيفة" خلافاً لهما؛ لأن المهاجرة لا عده عليها عنده خلافاً لهما كما سيأتي^(٣)، "بدائع"^(٤) و"هداية"^(٥). وجزم "الطحاوي" بوجودها، قال في "البحر"^(٦): ((وينبغي حملُه على اختيار قولهما)).

[١٢٦٠٥] (قوله: ولو أسلم زوج الكتائية) هذا محترز قوله فيما مر: ((أو امرأة الكتائية)).

[١٢٦٠٦] (قوله: كما مر^(٧)) أي: في قوله: ((كما لو كانت في الابتداء كذلك))، وأشار إلى أن الذي صرح به فيما مر^(٨) يمكن انفهامه^(٩) من هنا، بأن يُراد بالكتائية الكتائية حالاً أو مآلاً.

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل في بيان ما يرفع النكاح ٢/٣٣٨.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٣) المقولة [١٢٦٢٢] قوله: ((ومن هاجرت إلينا إلخ)).

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل في بيان ما يرفع أحكام النكاح ٢/٣٣٦-٣٣٧.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ١/٢٢٠-٢٢١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٧) "در" ص ٦٣٠.

(٨) "در" ص ٦٣٠.

(٩) قال في "القاموس" مادة ((فهم)): وانفهم: لحن.

(فهي له).

(و) المرأة (تَبَيَّنُ بَتْبَائِنِ الدَّارَيْنِ) حقيقةً وحكماً (لا) بـ(السَّبْيِ^(١))، فلو خَرَجَ
أحدهما (إلينا مسلماً) أو ذمياً، أو أسلم، أو صارَ ذَا ذِمَّةٍ فِي دَارِنَا.....

[١٢٦٠٧] (قوله: فهي له) لأنه يجوز له التزوج بها ابتداءً، فالبقاءً أولى؛ لأنه أسهل،

"نهر"^(٢).

[١٢٦٠٨] (قوله: حقيقةً وحكماً) المراد بالتبائن حقيقةً تباعدهما شخصاً، وبالحكم أن

لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع، بل على سبيل القرار والسكنى، حتى لو دخل
الحرابي دارنا بأمان لم تبين زوجته؛ لأنه في داره حكماً إلا إذا قبل الذمة، "نهر"^(٣).

[١٢٦٠٩] (قوله: لا بالسبّي) تنصيص على خلاف "الشافعي"، فإنه عكس وجعل سبب

الفرقة السبّي لا التبائن، فتفرغ أربع صور: وفاقيتان وخلافتان^(٤)، فقوله: ((فلو خرج أحدهما
إلخ)) وقوله: ((وإن سبياً إلخ))، خلافتان، وقوله: ((أو أخرج مسيئاً)) وقوله: ((أو خرجا إلينا

إلخ)) وفاقيتان.

[١٢٦١٠] (قوله: فلو خرج أحدهما إلخ) هذه خلافة لوجود التبائن دون السبّي، قال في

"البدائع"^(٥): ((ثم إن كان الزوج هو الذي خرج فلا عدة عليها بلا خلاف؛ لأنها حريئة، وإن
كانت هي فكن ذلك عنده خلافاً لهما)) اهـ.

وفي "الفتح"^(٦): ((لو كان الخارج هو الرجل يجعل له عندنا التزوج بأربع في الحال،

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولا بالسبّي إلخ؛ لأنه يوجب ملك الرقبة، وهو لا ينافي النكاح ابتداءً، ولذا لو زوج أمته جاز فكنا
انتهاه. ولهذا لو كانت المسبية منكوحة مسلم أو ذمي لا يطل النكاح، كذا في "العناية"، "نهر"). ق. ١٧٠/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق. ١٩٤/ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق. ١٩٤/ب، وفيه: ((الذميمة)) بدل ((الذمة))..

(٤) في "د" زيادة: ((ثنتان وفاقيتان، وثنتان وخلافتان)). ق. ١٧٠/ب.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل في بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٢/٣.

(أو أُخْرِجَ مَسْبِيًّا) وَأُدْخِلَ فِي دَارِنَا (بَانَتْ) بِتَبَايُنِ الدَّارِ؛ إِذْ أَهْلُ الحَرْبِ كالموتى، وَلَا نِكَاحَ بَيْنَ حَيٍّ وَمَيِّتٍ.
 (وَإِنْ سُبِيَا) أَوْ حَرَجَا إِلَيْنَا (مَعًا) ذَمِيمَيْنِ أَوْ مُسْلِمِينَ، أَوْ تُمَّ أُسْلِمَا أَوْ صَارَا ذَمِيمَيْنِ
 (لَا) تَبَيَّنَ لَعْدَمِ التَّبَايُنِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ المَسْبِيَّةُ مَنْكُوحَةً مُسْلِمًا أَوْ ذَمِيًّا لَمْ تَبَيَّنْ،.....

وبأخت امرأته التي [١/١٥١ق/٣] في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام)).

[١٢٦١١] (قوله: أو أُخْرِجَ) هذه وفاقية لوجود التباين والسبي.

[١٢٦١٢] (قوله: وأُدْخِلَ فِي دَارِنَا) أفاد أنه لا يتحقق التباين بمجرد السبي، بل لا بد من

الإحراز في دارنا كما في "البدائع"^(١).

[١٢٦١٣] (قوله: كالموتى) ولهذا لو التحق بهم المرتد يُجرى عليه أحكام الموتى، "ط"^(٢).

[١٢٦١٤] (قوله: وإن سُبِيَا) هذه بخلافية، والتي بعدها وفاقية لعدم السبي فيها.

[١٢٦١٥] (قوله: أو تُمَّ أُسْلِمَا) عبارة "البحر"^(٣): ((أو مُسْتَمِينَيْنِ تُمَّ أُسْلِمَا إلخ)) فـ ((أو))

هنا عاطفة لحال محذوفة على الحال السابقة، وهي قوله: ((ذَمِيمَيْنِ^(٤)))، و((تُمَّ)) عاطفة لـ ((أُسْلِمَا)) على تلك الحال المحذوفة.

[١٢٦١٦] (قوله: حَتَّى لَوْ كَانَتْ إلخ) تفرغ على اشتراط تباين الدارين حقيقة وحكما.

[١٢٦١٧] (قوله: لَمْ تَبَيَّنْ) لأن الدار وإن اختلفت حقيقة لكنها مُتَّجِدَةٌ حكماً؛ لأنَّ فَرَضَ

(قوله: لأنَّ الدَّارَ وَإِنْ اختلفت حقيقة لكنها مُتَّجِدَةٌ حكماً إلخ) لكنَّ الاتِّحَادَ الحُكْمِيَّ غَيْرُ ظَاهِرٍ

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل في بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٤/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٩/٣.

(٤) في "د" زيادة: ((أو مسلمين)). ق ١٧٠/ب.

ولو نكحها ثمة ثم خرَجَ قبلها بانَتْ، وإن خرَجَتْ قبله لا، وما في "الفتح"
عن "المحيط" تحريف، "نهر".....

المسألة فيما إذا نكحها مسلم أو ذمِّي ثمة ثم سببت، ولا يمكن فرضها فيما لو نكحها هنا؛ لأنه لا يصح؛ لأن تبأين الدارين يمنع بقاء النكاح، فيمنع ابتداءه بالأولى كما قاله "الرحماني"، ولو نكحها وهي هنا بأمان صارت ذمِّيَّة؛ لأن المرأة تبع لزوجها في المقام كما في "الفتح" (١) من باب المستأمن، فافهم.

[١٢٦١٨] (قوله: ولو نكحها) أي: المسلم أو الذمِّي.

[١٢٦١٩] (قوله: بانَتْ) لتبأين الدارين حقيقة وحكماً، "ط" (٢).

[١٢٦٢٠] (قوله: وإن خرَجَتْ قبله لا) أي: لا تبين؛ لأن الزوج من أهل دار الإسلام، فإذا خرَجَتْ قبله صارت ذمِّيَّة لا تمكن من العود؛ لأنها تبع لزوجها في المقام كما علمت، فافهم.
[١٢٦٢١] (قوله: وما في "الفتح" إلخ) قال في "النهر" (٣): ((وفي "المحيط": مسلم تزوج حربيَّة في دار الحرب، فخرَجَ بها رجل إلى دار الإسلام بانَتْ من زوجها بالتبأين، فلو خرَجَتْ بنفسها

في الذمِّي إذا نكحها ثمة ثم سببت؛ وذلك أن الذمِّي إذا رجَعَ إلى دار الحرب انتقض عهده وصار من أهل الحرب، فإذا سببت امرأته وجدَّ تحقق التبأين حقيقة وحكماً، ومسألة "الشارح" نقلها في "النهر" عن "العناية" حيث قال عند قول "الكنز": ((لا السبي؛ لأنه يُوجب ملك الرقبة، وهو لا ينافي ملك النكاح ابتداءً، ولذا لو زوج أمته جاز، فكذا بقاء، ولهذا لو كانت المسيئة منكوحة مسلم أو ذمِّي لا يبطل النكاح، كذا في "العناية")) اهـ. وتصور هذه المسألة بما إذا دخل الذمِّي دار الحرب لا على وجه اللحاق بهم، بل دخلها للتجارة بأمان منهم مع أمن عروده، فإنه لا يمنع من ذلك، كما يأتي في باب المستأمن، ويكون بعد دخولها من أهل دارنا حكماً، فإذا تزوج ثمة وسببت زوجته لا تبين.

(١) "الفتح": كتاب السم - باب المستأمن ٥/٢٧٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢/٨٤.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٣/١٩٤ - ب - ق ١٩٥/أ.

قبل زوجها لم تَبَيَّنْ؛ لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين؛ إذ لا تُمكن من العود والزواج من أهل دار الإسلام، فلا تبأين. قال في "الفتح" (١) بعد نقله - يريد: في الصورة الأولى-: إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها؛ لتحقق التبأين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقةً وحكماً، أمّا حقيقةً فظاهر، وأمّا حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام، قال في [٣/١٥١/ب] "الحواشي السعدية" (٢): وفي قوله: وأمّا حكماً (٣) إلخ بحث أهـ. ولعل وجهه ما مر (٤) من أن معنى الحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار، وهي هنا كذلك؛ إذ لا تُمكن من الرجوع، ثم راجعت "المحيط الرضوي" فإذا الذي فيه (٥): مسلم تزوج حريّةً كتابيّةً في دار الحرب، فخرج عنها الزوج وحده بانّت، ولو خرجت المرأة قبل الزوج لم تَبَيَّنْ، وعلله بما مرّ، وهذا لا غبار عليه. والظاهر أن ما وقع في نسخة صاحب "الفتح" تحريف، والصواب ما أسمعته ((أهـ "ح" (٦)).

قلت: وما نقله في "النهر" عن "المحيط" ذكر مثله في "كافي الحاكم الشهيد"، فالصواب في المسألة الأولى التي نقلها في "الفتح" عن "المحيط" أنها لا تبين لاختلاف الدار حقيقةً لا حكماً.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٢/٣.

(٢) "الحواشي السعدية": ٢٩٣/٣ (هامش "فتح القدير").

(٣) في "د" زيادة: ((فلأنها في دار الحرب حكماً. بحث، انتهى)). ق ١٧٠/ب.

(٤) المقولة [١٢٦٠٨] قوله: ((حقيقةً وحكماً)).

(٥) في "د" زيادة: ((ما لفظه)) ق ١٧٠/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧٠/ب - ق ١٧١/أ.

(وَمَنْ هَاجَرَتْ إِلَيْنَا) مسلمةً أو ذِمِّيَّةً (حائلاً بآنتِ بلا عِدَّةٍ) فَيَحِلُّ تَزْوُجُهَا،
أَمَّا الْحَامِلُ فَحَتَّى تَضَعَ عَلَى الْأَظْهَرِ، لَا لِلْعِدَّةِ.....

[١٢٦٢٢] (قوله: وَمَنْ هَاجَرَتْ إِلَيْنَا) المهاجرة: التاركة دار الحرب إلى دار الإسلام على عزيم عدم العود، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذميمة أو صارت كذلك، "بجر"^(١). وهذه المسألة داخلة فيما قبلها، لكن ما مر^(٢) فيما إذا خرج أحدهما مهاجراً وقعت الفرقة بينهما، والمقصود من هذه أنه إذا كانت المهاجرة المرأة وقعت الفرقة فلا عِدَّةَ عليها عند "أبي حنيفة" سواء كانت حاملاً أو حائلاً، فتزوج للحال إلا الحامل، فتربص لا على وجه العِدَّة، بل ليرتفع المانع بالوضع، وعندهما عليها العِدَّة، "فتح"^(٣).

٣٩١/٢

وبه يظهر أن تقييد "المصنف" بالحائلي - أي: غير الحائلي - لا وجه له، بخلاف قول "الكنز"^(٤): ((وتنكح المهاجرة الحائلي بلا عِدَّةٍ))، فإنها للاحتراز عن الحامل كما علمت، لكنه يؤهم أن الحامل لها عِدَّةٌ كما توهمه "ابن ملك" وغيره، وليس كذلك^(٥).

[١٢٦٢٣] (قوله: على الأظهر) مقابله رواية "الحسن": أنه يصح نكاحها قبل الوضع، لكن لا يقربها زوجها حتى تضع كالحائلي من الزنا، ورجحها "الأقطع"، لكن الأولى ظاهر الرواية، "نهر"^(٦). وصححها الشارحون، وعليها الأكثر، "بجر"^(٧).

[١٢٦٢٤] (قوله: لا للعِدَّة) نفى لقولهما ولما توهمه "ابن ملك" وغيره.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٩/٣.

(٢) المقولة [١٢٦٠٤] قوله: ((ولست بعدة)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٥/٣ بتصرف.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام نكاح الكافر ١٦٥/١.

(٥) في "د" زيادة: ((فالصواب للمصنف إبدال قوله: (بانت) بد (زوجت) لما قلنا، ولعلنا يحصل التكرار فإنها داخلة

تحت قوله: (فلو خرج أحدهما إلينا مسلماً أو أخرج مسيئاً بانت)) ق ١٧٠/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/أ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣ بتصرف.

بل لشُغْلِ الرَّجْمِ بِحَقِّ الْغَيْرِ.

(وارتدادُ أحدهما) أي: الزَّوجَيْنِ (فسخ).....

[١٢٦٢٥] (قوله: بل لشُغْلِ الرَّجْمِ بِحَقِّ الْغَيْرِ) أفادَ به الفَرْقُ بينها وبين الحاملِ مِنَ الزَّنا، فإنَّ هذه حَمْلُها ثابتُ النَّسَبِ، فيؤثِّرُ في منع العَقْدِ احتياطاً؛ لئلاَّ يقعَ الجَمْعُ بين الفِراشَيْنِ، وهو ممتنعٌ بمنزلة [١/١٥٢ق/٣] الجَمْعِ وَطَافاً كما في "الفتح" ^(١) بخلافِ الحاملِ مِنَ الزَّنا، فإنَّ ماءَ الزَّنا لا حرمةَ له، وليس فيه حقُّ الْغَيْرِ، فلذا صحَّ نكاحُها، فافهم.

[١٢٦٢٦] (قوله: فسخ) أي: عند "الإمام" بخلافِ الإباءِ عن الإسلامِ، وسَوَّى "محمدٌ" بينهما بأنَّ كلاً منهما طلاقٌ، و"أبو يوسف" بأنَّ كلاً منهما فسخٌ، وفَرَّقَ "الإمام" بأنَّ الرَّدَّةَ مُنافيةٌ لِلنِّكَاحِ لِمَنافاتها العِصْمَةَ، وَالطَّلَاقُ يَسْتَدْعِي قِيَامَ النِّكَاحِ، فَتَعَذَّرَ جَعْلُهَا طَلِاقاً، وَتَمَامُهُ فِي "النَّهْرِ" ^(٢). قال في "الفتح" ^(٣): ((ويقعُ طلاقُ زوجِ المُرْتَدَّةِ عليها ما دامت في العِدَّةِ؛ لأنَّ الحُرْمَةَ بِالرَّدَّةِ غَيْرُ مُتَابِدَةٍ، فَإِنها تَرْتَفِعُ بِالإِسْلَامِ، فيقعُ طلاقُها عليها في العِدَّةِ مُسْتَتَبِعاً فَائِدَتَهُ مِنْ حُرْمَتِهَا عَلَيْهِ بَعْدَ الثَّلَاثِ حُرْمَةً مُغَيَّاةً بِوَطْءِ زَوْجٍ آخَرَ بِخِلَافِ حُرْمَةِ المَحْرَمِيَّةِ، فَإِنها مُتَابِدَةٌ لا غَايَةَ لها، فلا يُفِيدُ لِحُوقِ الطَّلَاقِ فَائِدَةً)) اهـ.

قلت: وهذا إذا لم تَلْحَقْ بِدارِ الحَرْبِ، ففي "الحائِثِ" ^(٤) قبيل الكِنَايَاتِ: ((المُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ لا يَقَعُ، وَإِنْ عادَ مُسْلِماً وَهي في العِدَّةِ فَطَلَّقَهَا يَقَعُ، وَالمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ

(قوله: لِمَنافاتها العِصْمَةَ) لِنَفْسِهِ وَمالِهِ.

(قوله: المُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ لا يَقَعُ الخ) هَكَذا عِبارَةُ "الحائِثِ"، وفي "حاشية

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢/٢٩٦.

(٢) انظر "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق/١٩٥/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٩٠ باختصار.

(٤) "الحائِثِ": كتاب الطلاق ١/٤٦٧ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

فلا يَنْقُصُ عَدْدًا (عاجلاً) بلا قضاءٍ (فَلِلْمُوطِئَةِ) ولو حكماً (كلُّ مهرها) لتأكيده
به (ولغيرها نصفه^(١)) لو مُسْمًى.....

فطلَّقها زوجها ثم عادت مُسْلِمةً قبلَ الحيضِ فعنده لا يقعُ، وعندهما يقعُ).

[١٢٦٢٧] (قوله: فلا يَنْقُصُ عَدْدًا) فلو ارتدَّ مراراً وجرَّدَ الإسلامَ في كلِّ مرَّةٍ وجرَّدَ

النكاحَ على قول "أبي حنيفة" تجلُّ امرأته من غيرِ إصابتِ زوجِ ثانٍ، "بحر"^(٢) عن
"الخانيَّة".

[١٢٦٢٨] (قوله: بلا قضاءٍ) أي: بلا توقُّفٍ على قضاءِ القاضي، وكذا بلا توقُّفٍ على

مُضِيِّ عِدَّةٍ في المدخولِ بها كما في "البحر"^(٣).

[١٢٦٢٩] (قوله: ولو حكماً) أرادَ به الخلوَّةَ الصَّحيحةَ، "ح"^(٤).

[١٢٦٣٠] (قوله: كلُّ مهرها) أطلقه فشَمِلَ ارتدادَهُ وارتدادَهَا، "بحر"^(٥).

[١٢٦٣١] (قوله: لتأكيده) أي: تأكُّدِ تمامِ المهرِ ((به))، أي: بالوطءِ الحقيقيِّ أو

الحكميِّ.

البحر" عن "البدائع": ((وإذا ارتدَّ وُلِّحَ بدارِ الحربِ وطلَّقها في العِدَّةِ لم يقعَ لانقطاعِ العِصْمَةِ،
فإن عادَ إلى دارِ الإسلامِ وهي في العِدَّةِ وَقَعَ، وإذا ارتدَّتْ وُلِّحَتْ لَمْ يَقَعْ عليها طلاقُهُ، فإن
عادتْ بعدَ الطلاقِ لَمْ يَقَعْ كذلكَ عندَ "أبي حنيفة"؛ لِبُطْلانِ العِدَّةِ بِاللِّحَاقِ ثُمَّ لا تعودُ، بخلافِ
الرُّتدِّ)) اهـ.

(١) في "د" و"و": ((النصف)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/أ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

أو المتعة (لو ارتدت) وعليه نفقة العدة (ولا شيء) من المهر والنفقة سوى السكنى، به يُفتى

[١٢٦٣٢] (قوله: أو المتعة) أي: إن لم يكن مُسمى.

[١٢٦٣٣] (قوله: لو ارتدت) قيد في قوله: ((ولغيرها النصف الخ)).

[١٢٦٣٤] (قوله: وعليه نفقة العدة) أي: لو مدخولاً بها؛ إذ غيرها لا عدة عليها. وأفاد وجوب العدة - سواء ارتدت أو ارتدت - بالحيض، أو بالأشهر لو صغيرة أو آيسة، أو بوضع الحمل كما في "البحر"^(١).

[١٢٦٣٥] (قوله: ولا شيء من المهر) أي: في غير المدخول بها؛ لأنها محل التفصيل بقوله: ((لو ارتدت)) وقوله: ((لو ارتدت)).

[١٢٦٣٦] (قوله: والنفقة) قد علمت أن الكلام في غير المدخول [١٥٢ق/٣] بها، وهذه لا نفقة لها لعدم العدة، لا لكون الردة منها، لكن المدخول بها كذلك لا نفقة لها لو ارتدت، ولذا قال في "البحر"^(٢): ((وحكم نفقة العدة كحكم المهر قبل الدخول، فإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة، وإن ارتدت فلا نفقة لها)).

[١٢٦٣٧] (قوله: سوى السكنى) فلا تسقط سكنى المدخول بها في العدة؛ لأنها حق الشرع بخلاف نفقة العدة، ولذا صح الخلع على النفقة دون السكنى. والظاهر: أن هذا مفروض فيما لو أسلمت، وإلا فالمرتدة تحبس حتى تعود، وسيأتي^(٣) أن المحبوسة كالخارجة بلا إذنية، ولا نفقة لها ولا سكنى.

(قوله: والظاهر: أن هذا مفروض فيما لو أسلمت الخ) بل الظاهر أنها تستحق السكنى أسلمت أو لا، إلا إذا حبست.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٣) المقولة [١٢٧١٣] قوله: ((رجعية)).

(لو ارتدَّت) بلجئـ الفرقة منها قبل تأكديـ، ولو ماتت في العدة ورثها زوجها المسلم استحساناً، وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين،.....

[١٢٦٦٣٨] (قوله: لو ارتدَّت) أطلقه فشميل الحرَّة، والأمة، والصغيرة، والكبيرة، "بجر" (١).

[١٢٦٦٣٩] (قوله: قبل تأكديـ) أي: المهر، فإنه يتأكد بالموت أو الدخول ولو حكماً.

[١٢٦٦٤٠] (قوله: ورثها زوجها استحساناً) هذا إذا ارتدَّت وهي مريضة ثم ماتت أو لحيقت

بدار الحرب بخلاف رديتها في الصحة، وبخلاف ما لو ارتدَّ هو، فإنها ترثه مطلقاً إذا ماتت أو لحيقت وهي في العدة كما في "الخانبة" (٢) من فصل المعتدة التي تترث، وسيدكرة (٣) "المصنف" أيضاً في طلاق المريض. ووجهه أن رده في معنى مرض الموت؛ لأنه إن لم يسلم يقتل، فيكون فارقاً فترثه مطلقاً، أما المرأة فلا تقتل بالردة، فلم تكن فارة إلا إذا كانت رديتها في المرض.

[١٢٦٦٤١] (قوله: وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين) هو اختيار لقول "أبي يوسف"، فإن

نهاية تعزير الحرِّ عنده خمسة وسبعون، وعندهما تسعة وثلاثون، قال في "الحاوي القدسي" (٤):

((ويقول "أبي يوسف" ناخذ))، قال في "البحر" (٥): ((فعلى هذا المتمدُّ في نهاية التعزير قول

(قوله: إلا إذا كانت رديتها في المرض) لأنه تبين أن قصدها الفرار، والقياس أن لا يرثها لعدم

جربانه بين مسلم وكافر كما يأتي في طلاق المريض.

(قوله: المتمدُّ في نهاية التعزير قول "أبي يوسف" إلخ) سيأتي له في باب التعزير تصحيح قولهما

أن أكثره تسعة وثلاثون؛ حيث قال: ((وفي "الحاوي": قال "أبو يوسف": أكثره في العدة تسعة وثلاثون

سوطاً، وفي الحرِّ خمسة وسبعون سوطاً، وبه ناخذ)) اهـ. فعلم أن الأصح قول "أبي يوسف" "بجر".

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٢) "الخانبة": كتاب الطلاق - باب العدة ٥٥٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) انظر "الدر" عند المنقولة [١٤١٨٤] قوله: ((ورثها)).

(٤) "الحاوي القدسي": كتاب الحدود - باب حد التعزير ١/١٥٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

وَتَجْبِرُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَعَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ زَجْرًا لَهَا بِمَهْرٍ يَسِيرٍ كَدِينَارٍ، وَعَلَيْهِ
الْفَتْوَى، "وَلَوْلَا الْجِيئَةُ"^(١). وَأَفْتَى مَشَايخُ بَلُخٍ بَعْدَ الْفُرْقَةِ بِرِدَّتِهَا زَجْرًا وَتَيْسِيرًا،
لَا سِيَّمَا الَّتِي تَقَعُ فِي الْمَكْفُرِ ثُمَّ تُنْكِرُ،.....

"أبي يوسف"، سواءً كان في تعزيز المرتدة أو لا).

[١٢٦٤٢] (قوله: وَتَجْبِرُ أَي: بِالْحَيْسِ إِلَى أَنْ تُسَلِّمَ أَوْ تَمُوتَ.

[١٢٦٤٣] (قوله: وَعَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ) فَلِكُلِّ قَاضٍ أَنْ يُجَدِّدَهُ بِمَهْرٍ يَسِيرٍ وَلَوْ بِدِينَارٍ رَضِيَتْ
أَم لَا، وَتَمْنَعُ مِنَ التَّرْوِجِ بِغَيْرِهِ بَعْدَ إِسْلَامِهَا، وَلَا يَخْفَى أَنَّ مَحَلَّهُ مَا إِذَا طَلَبَ الزَّوْجُ ذَلِكَ، أَمَا لَوْ
سَكَتَ أَوْ تَرَكَهُ صَرِيحًا فَإِنَّهَا لَا تُجْبِرُ وَتُزَوِّجُ مِنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ حَقَّهُ، "بِحِرِّ"^(٢) وَ"نَهْرٍ"^(٣).

[١٢٦٤٤] (قوله: زَجْرًا لَهَا) عِبَارَةٌ "الْبَحْرِ"^(٤): ((حَسْمًا لِבَابِ الْمَعْصِيَةِ وَالْحَيْلَةِ لِلخَّلَاصِ

مِنْهُ)) اهـ.

وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَكُونَ الْجَبْرُ عَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ مَقْصُورًا عَلَى مَا إِذَا ارْتَدَّتْ [١٥٣ق/٣]

قُلْتُ: يُحْتَمَلُ أَنْ قَوْلُهُ: ((وَبِهِ نَأْخُذُ)) تَرْجِيحٌ لِلرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ عَنْ "أَبِي يُوسُفَ" عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى

يَعْنِي: وَهِيَ تَنْقِصُ سَوَاطِئَ؛ لِكَوْنِ الثَّانِيَةِ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ عَنْهُ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا تَرْجِيحُ قَوْلِهِ عَلَى قَوْلِهَا
الَّذِي عَلَيْهِ مُتَوَّنُ الْمَذْهَبِ مَعَ نَقْلِ الْعَلَامَةِ "قَاسِمٌ" تَصْحِيحَهُ عَنِ الْأَثْمَةِ اهـ. وَأَيْضًا عِنْدَ اخْتِلَافِ التَّصْحِيحِ
يُرْجَعُ لِمَا فِي الْمُتَوَّنِ.

(قوله: وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَكُونَ الْجَبْرُ عَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ مَقْصُورًا إلخ) لَكِنْ مَا نَقَلَهُ "ط" عَنْ

"الْهِندِيَّةَ" بِقَوْلِهِ: ((لَوْ أُجْرَتْ كَلِمَةُ الْكُفْرِ مُغَايِظَةً لِزَوْجِهَا أَوْ إِخْرَاجَهَا نَفْسَهَا عَنْ حَالَتِهِ أَوْ اسْتِحْبَابِ
الْمَهْرِ عَلَيْهِ بِنِكَاحٍ مُسْتَأْنَفٍ تَحَرُّمٌ عَلَى زَوْجِهَا، وَلِكُلِّ قَاضٍ أَنْ يُجَدِّدَ النِّكَاحَ بِأَذْنِي شَيْءٍ إلخ)) ظَاهِرُهُ
التَّقْيِيدُ، وَأَنَّهَا لَوْ ارْتَدَّتْ جَهْلًا لَا تُعْطَى هَذَا الْحُكْمَ، كَمَا قَالَ "ط"، تَأْمَلْ.

(١) "الولولجية": كتاب الطلاق - الفصل الثامن في المسائل المتفرقة ق ٨٢/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

قلت: وقد بَسِطَتْ في "القنية"^(١) و"المجتبى" و"الفتح" و"البحر"^(٢)، وحاصلها: ((أنها بالرِّدَّةِ تُسْتَرَقُّ، وتكونُ فيماً للمسلمين عند "أبي حنيفة" رحمه الله تعالى، وَيَشْتَرِيهَا الزَّوْجُ مِنَ الإِمَامِ، أَوْ يَصْرِفُهَا إِلَيْهِ لَوْ مَصْرِفًا.....))

[١٢٦٤٦] (قوله: وقد بَسِطَتْ) أي: رواية "النوادر".

[١٢٦٤٧] (قوله: و"الفتح"^(٣)) فيه أنه لم يَزِدْ على قوله: ((ولا تُسْتَرَقُّ المُرْتَدَّةُ ما دامت في

دار الإسلام في ظاهر الرواية، وفي رواية "النوادر" عن "أبي حنيفة" تُسْتَرَقُّ)) اهـ، ثم رأيتُ صاحب "الفتح"^(٤) بَسَطَ ذلك في باب المرتد^(٥).

[١٢٦٤٨] (قوله: وحاصلها إلخ) قال في "القنية"^(٦) بعد ما مر^(٧) عن "الفتح": ((ولو كان

الزَّوْجُ عالماً استولى عليها بعد الرِّدَّةِ تكونُ فيماً للمسلمين عند "أبي حنيفة"، ثم يشتريها من الإمام أو يصرفها إليه إن كان مصرفاً، فلو أفتى مُفتٍ بهذه الرواية حسماً لهذا الأمر لا بأس به)) اهـ.

قال في "البحر"^(٨): ((وهكذا في "خزانة الفتاوى"، ونقل قوله: فلو أفتى مُفتٍ إلخ عن

شمس الأئمة "السرخسي") اهـ.

قلت: ومقتضى قوله: ((ثم يشتريها إلخ)) أنه إن كان مصرفاً لا يملكها بمجرد الاستيلاء

(قوله: ومقتضى قوله: ثم يشتريها إلخ أنه إن كان مصرفاً إلخ) جعل "السندي" ضمير يصرفها الواقع

في "الشارح" راجعاً للزوج، وقال: ((قوله: أو يشتريها الزوج من الإمام أي: إن لم يكن مصرفاً بدليل المَقَابَلَةِ في قوله: أو يصرفها إليه))، والحق ما سلكه "السندي" لِمَا تقدّم قَبيلَ باب استيلاء الكفار: أن من له استحقاق في بيته المال إذا ظفر بشيء من ماله فله أن يأخذه ويتملكه لنفسه، فليظفر.

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب نكاح المرتدة والكفار ق ٣٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٧/٣.

(٤) "الفتح": كتاب السير ٣١٠/٥.

(٥) من (ثم رأيت) إلى ((باب المرتد)) ساقط من "الأصل".

(٦) "القنية": كتاب النكاح - باب نكاح المرتدة والكفار ق ٣٥/ب.

(٧) في المقولة السابقة.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣.

ولو استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها، وله بيعها ما لم تكن ولدت منه، فتكون
كأم الولد)).

ونقل "المصنف" في كتاب الغصب^(١): ((أن "عمر" عليه السلام هجم على نائحة فضرَبها

عليها، وقولُه: ((تكونُ فيمًا)) قال "ط"^(٢): ((ظاهرة: ولو أسلمت بعده؛ لأنَّ إسلام الرقيق لا يُخرجه عن الرق)) اهـ.

[١٢٦٤٩٦] قولُه: ولو استولى عليها الزوج) فيه اختصارٌ مُجِلٌّ، وعبارة "القنية"^(٣) بعد ما تقدم: ((قلت: وفي زماننا بعد فتنة التترِ العامَّةِ صارت هذه الولاياتُ التي غلبوا عليها وأخروا أحكامهم فيها كخوارزم وما وراء النهر وخراسان ونحوها صارت دار الحرب في الظاهر، فلو استولى عليها الزوج بعد الردة يملكها، [٣/١٥٣ق/ب] ولا يحتاج إلى شرائها من الإمام، فيقتى بحكم الرق حسماً لكيِّد الجهلة ومكر المكرة على ما أشار إليه في "السير الكبير"^(٤)) اهـ. فقولُه: ((يملكها إلخ)) مبنيٌّ على ظاهر الرواية من أنها لا تُسرق ما دامت في دار الإسلام، ولا حاجة إلى الإفتاء برواية النوادر؛ لما ذكره من صيرورة دارهم دار حرب في زمانهم، فيملكها بمجرد الاستيلاء عليها؛ لأنها ليست في دار الإسلام، فافهم.

[١٢٦٥٠] قولُه: وله بيعها إلخ) ذكره في "البحر"^(٥) بحثاً أخذاً من قول "القنية": ((يملكها))،

قولُه: فقولُه يملكها إلخ مبنيٌّ على ظاهر الرواية من أنها لا تُسرق إلخ) فيه أنه بصيرورة دارهم

دار حرب لا يملكها بالاستيلاء عليها على ظاهر الرواية؛ لعدم الإخراز بدار الإسلام، والملك لا يتأتى بثبوته عليها بل على رواية "النوادر".

(١) "المنح": فصل في بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب ٣/٤١ ب/ب تصرف يسير.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢.

(٣) "القنية": كتاب النكاح - باب نكاح المرتدة والكفار ٣٥ق/ب.

(٤) "السير الكبير": باب من يكون آمناً من غير أن يؤمنه أهل الإسلام ٥٤٧/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣ تصرف.

بالدَّرَّةِ حَتَّى سَقَطَ حَمَارُهَا، فَقِيلَ لَهُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، قَدْ سَقَطَ حَمَارُهَا! فَقَالَ: إِنَّهَا لَا حَرَمَةَ لَهَا^(١)، وَمِنْ هُنَا قَالَ الْفَقِيهُ "أَبُو بَكْرٍ الْبَلْخِيُّ" حِينَ مَرَّ بِنِسَاءٍ عَلَى شَطْطِ نَهْرِ كَاشِفَاتِ الرُّؤُوسِ وَالذَّرَاعِ، فَقِيلَ لَهُ: كَيْفَ تَمُرُّهُ؟ فَقَالَ: لَا حَرَمَةَ لهنَّ، إِنَّمَا الشُّكُّ فِي إِيمَانِهِنَّ، كَأَنَّهُنَّ حَرَبِيَّاتٌ.....

وَاسْتَشْهَدَ لِقَوْلِهِ: ((مَا لَمْ تَكُنِ الْخِ)) بِمَا فِي "الْحَانِيَّة"^(٢): ((لَوْ لَحِقَتْ أُمُّ الْوَلَدِ بَعْدَ ارْتِدَائِهَا بِدَارِ الْحَرْبِ، ثُمَّ سَبَّتْ وَمَلَكَهَا الزَّوْجُ^(٣) يَعُوذُ كَوْنُهَا أُمَّ وَلَدِهِ، وَأُمُومِيَّةٌ^(٤) الْوَلَدِ تَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الْمَلِكِ)) أَهـ.
 [١٢٦٥١] (قَوْلُهُ: بِالذَّرَّةِ) بِالْكَسْرِ: السُّوْطُ، وَالْجَمْعُ دِرْرٌ، مِثْلُ: سَيْدَرَةٍ وَسَيْدَرٍ، "مُصْبَاح"^(٥).
 [١٢٦٥٢] (قَوْلُهُ: وَالذَّرَاعُ) ((أَل)) لِلْحَنْسِ، وَالْمُنَاسِبُ لِمَا قَبْلَهُ: الْأَذْرَعُ بِالْجَمْعِ، "ط"^(٦).
 [١٢٦٥٣] (قَوْلُهُ: فَقَالَ) تَأْكِيدٌ لـ ((قَالَ)) الْأَوَّلِ، "ط"^(٧). وَالذَّاعِي إِلَيْهِ طَوْلُ الْفَاصِلِ.
 [١٢٦٥٤] (قَوْلُهُ: كَأَنَّهُنَّ حَرَبِيَّاتٌ) أَي: فَهِنَّ فِيَّ مَمْلُوكَاتٍ، وَالرَّأْسُ وَالذَّرَاعُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ مِنَ الرَّقِيقِ، وَوَجْهُ الْأَخْذِ مِنْ قَوْلِ "عَمْرٌ" رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: أَنَّهُ إِذَا سَقَطَتْ حَرَمَةُ النَّائِحَةِ تَسْقُطُ حَرَمَةُ هَوْلَاءِ الْكَاشِفَاتِ رُؤُوسِهِنَّ فِي مَمَرِّ الْأَجَانِبِ؛ لِمَا ظَهَرَ لَهُ مِنْ حَالِهِنَّ أَنَّهُنَّ مُسْتَحْفِظَاتٌ مُسْتَهْيِنَاتٌ، وَهَذَا سَبَبٌ مُسْقِطٌ لِحَرَمَتِهِنَّ، فَافْهَمِ.
 ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا وَصَلْنَا إِلَى حَالِ الْكُفْرِ وَصِرْنَا مُرْتَدَاتٍ فَحُكْمُهُنَّ مَا مَرَّ^(٨) مِنْ أَنَّهُنَّ لَا يُمْلِكُنَّ مَا دُمْنَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَأَمَّا مَا مَرَّ^(٩) مِنْ أَنَّهُ لَا بَأْسَ مِنَ الْإِفْتَاءِ بِمَا فِي "النُّوَادِرِ"

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٦٨١)، وذكره القرطبي في "تفسره" ٧٥/١٨.

(٢) "الحانية": كتاب الطلاق - فصل في الاستيلاء ٥٧٠/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) عبارة "الحانية": كما في "البحر": ((السيد)) بدل ((الزوج))، والذي في نسخة "الحانية" التي بين أيدينا: ((المولى)).

(٤) الذي في نسخة "البحر": ((أمية)) بدل ((أمومية)) ولعله تحريف.

(٥) "المصباح": مادة ((ذر)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢ وعبارته: ((تكرار مع قال الأولى)).

(٨) المقولة [١٢٦٤٧] قوله: ((والفتح)).

(٩) المقولة [١٢٦٤٨] قوله: ((وحواصلها الخ)).

(وبقي النكاح إن ارتدًا معاً).....

من جواز استرقاقهنّ فذا بالنسبة إلى ردّه الزّوجيّة للضّرورة لا مطلقاً؛ إذ لا ضرورة في غير الزّوجيّة إلى الإفتاء بالرّواية الضّعيفة، ولا يلزم من سقوط الحرمة وجواز النّظر إليهنّ جواز تملكهنّ في دارنا؛ لأنّ غايته أنهنّ صيرنّ فينا، ولا يلزم من جواز النّظر إليهنّ جواز الاستيلاء والتّمتع بهنّ وطناً وغيره؛ لأنّه يجوز النّظر إلى مملوكة الغير، ولا يجوز وطئها بلا عقد نكاح.

وبهذا ظهر غلط من ينسب نفسه إلى العلم في زماننا في زعمه الباطل أنّ الزّانيات اللاتي يظهنّ في الأسواق بلا احتشام يجوز وطئهنّ بحكم الاستيلاء، فإنّه غلط قبيح [٣/١٥٤ب] يكاد أن يكون كفرًا، حيث يؤدي إلى استباحة الزّنا، ولا حول ولا قوة إلا بالله العليّ العظيم.

(فرغ)

في "البحر"^(١) عن "الحانية"^(٢): ((غاب عن امرأته قبل الدخول بها، فأخبره بردّها مخبر ولو مملوكاً أو محدوداً في قذف وهو ثقة عنده، أو غير ثقة لكن أكبر رأيه أنه صادق له التزوج بأربع سواها، وإن أخبرت بردّها زوجها لها التزوج بأخر بعد العدة في رواية الاستحسان، قال "السرخسي": وهي الأصح)).

[١٢٦٥٥] (قوله: إن ارتدًا معاً) المسألة مُقيدة بما إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب، فإنّ لحق بآنت، وكأنّه استغنى عنه بما قدّمه^(٣): من أنّ تبأين الدارين سبب الفرقة، "نهر"^(٤).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣ بتصرف.

(٢) "الحانية": كتاب السير - باب الردة وأحكام أهلها ٥٨٣/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "در" ص ٦٣٤ -.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

بأن: لم يُعَلِّم السَّبِقُ، فُجِعِلُ كَالغَرَقِيِّ (ثُمَّ أَسْلَمَا كَذَلِكَ) اسْتِحْسَانًا^(١) (وَفَسَدَ إِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ) وَلَا مَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ.....

[١٢٦٥٦] (قَوْلُهُ: بَأْنَ لَمْ يُعَلِّمِ السَّبِقُ) أَمَّا الْمَعْيَةُ الْحَقِيقِيَّةُ فَمُتَعَدِّرَةٌ، وَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٢): ((هِيَ مَا لَوْ عَلِمَ أَنَّهُمَا ارْتَدَّا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ)) فَفِيهِ بَعْدُ ظَاهِرٌ، نَعَمْ ارْتِدَاؤُهُمَا مَعًا بِالْفِعْلِ مُمْكِنٌ، بَأْنَ حَمَلًا مُصَحَّفًا وَأَلْقِيَاهُ فِي الْقَاذِرَاتِ، أَوْ سَجَدًا لِلصَّنَمِ مَعًا، "نَهْر"^(٣).

[١٢٦٥٧] (قَوْلُهُ: كَالغَرَقِيِّ) فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُعَلِّمِ سَبِقُ أَحَدِهِم بِالْمَوْتِ يُنْزَلُونَ مِنْ مَاتُوا مَعًا، وَلَا يَرِثُ أَحَدٌ مِنْهُمُ الْآخَرَ، فَالتَّشْبِيهُ فِي أَنَّ الْجَهْلَ بِالسَّبِقِ كَحَالَةِ الْمَعْيَةِ، "ط"^(٤).
[١٢٦٥٨] (قَوْلُهُ: كَذَلِكَ) أَي: مَعًا، بَأْنَ لَمْ يُعَلِّمِ السَّبِقُ.

[١٢٦٥٩] (قَوْلُهُ: وَفَسَدَ إِنْ) لِأَنَّ رَدَّهُ أَحَدَهُمَا مُنَافِيَةٌ لِلنِّكَاحِ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً، "نَهْر"^(٥).
وهذا تصريحٌ بمفهومِ قَوْلِهِ: ((ثُمَّ أَسْلَمَا كَذَلِكَ))، وَسَكَتَ عَنِ مَفْهُومِ قَوْلِهِ: ((إِنْ ارْتَدَّا مَعًا))؛ لِأَنَّهُ تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ: ((وَارْتِدَاؤُهُمَا فَسَخَّ عَاجِلًا)).

[١٢٦٦٠] (قَوْلُهُ: قَبْلَ الْآخَرِ) وَكَذَا لَوْ بَقِيَ أَحَدُهُمَا مُرْتَدًّا بِالْأُولَى، "نَهْر"^(٦).
[١٢٦٦١] (قَوْلُهُ: قَبْلَ الدُّخُولِ) أَمَّا بَعْدُهُ فَلِهَا الْمَهْرُ فِي الْوَجْهِينَ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ يَتَقَرَّرُ بِالدُّخُولِ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، وَالذُّيُونُ لَا تَسْقُطُ بِالرَّدِّ، "فَتْح"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((وَجْهٌ اسْتِحْسَانٌ؛ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ ارْتَدَوْا ثُمَّ أَسْلَمُوا وَلَمْ تَأْمُرْهُمُ الصَّحَابَةُ بِتَحْدِيدِ الْأَنْكِحَةِ، وَارْتِدَاؤُهُمْ وَإِسْلَامُهُمْ وَقَعَ مَعًا لِهَيْوَالَةِ التَّارِيخِ فَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِإِجْمَاعِهِمْ.

وقال زفر: تبين، وهو القياس؛ لأن ردة أحدهما منافية، وفي ردهما ردة أحدهما وزيادة، فكان أولى بالبينونة، ولأنه مناف ابتداء فيكون منافياً بقاء كردهما، انتهى. "زيلعي". ق ١٧١/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٩/٣.

لو المتأخرُ هي، ولو هو فنصفُهُ أو متعة (والولدُ يتبعُ خيرَ الأبوينِ ديناً)
 إن اتَّحدتِ الدَّارُ.....

(١٢٦٦٢) (قوله: لو المتأخرُ هي) لحيء الفرقة من قبلها بسبب تأخرها.

(١٢٦٦٣) (قوله: فنصفُهُ أي: عند التسمية، (أو متعة)) عند عدمها.

مطلب: الولدُ يتبعُ خيرَ الأبوينِ ديناً

(١٢٦٦٤) (قوله: والولدُ يتبعُ خيرَ الأبوينِ ديناً) هذا يتصورُ من الطرفين في الإسلام

العارض، بأن كانا كافرينِ فأسلمَ أو أسلمت، ثم جاءت بولدٍ قبل العرضِ على الآخرِ والتفريقِ، أو بعده في مدةٍ يثبتُ النسبُ في مثلها، أو كان بينهما ولدٌ صغيرٌ قبل إسلام أحدهما؛ فإنه بإسلام أحدهما يصيرُ الولدُ مسلماً، وأمّا في الإسلامِ الأصليِّ فلا يتصورُ إلا أن تكونَ الأمُ كاتبةً والأبُ [ب/١٥٤ق/٣] مسلماً، "فتح" (١) و"نهر" (٢).

(تنبيه)

يُشعرُ التعبيرُ بالأبوينِ لإخراجِ ولدِ الزَّنا، ورأيتُ في "تساوى الشَّهابِ الشُّلبي" قال: ((واقعةُ الفتوى في زماننا: مسلمٌ زنا بنصرانيةٍ، فأتت بولدٍ فهل يكونُ مسلماً؟ أحابَّ بعضُ الشافعيةِ بعدهِ وبعضُهُم بإسلامِهِ، وذكر: أن "السُّبكي" نصَّ عليه، وهو غيرُ ظاهرٍ؛ فإنَّ الشَّارعَ قطعَ نسبَ ولدِ الزَّنا، وبنتهُ من الزَّنا تحلُّ له عندهم، فكيف يكونُ مسلماً؟! وأفتى قاضي القضاةِ "الحنبلي" بإسلامِهِ أيضاً، وتوقفتُ عن الكتابةِ، فإنه وإن كان مقطوعَ النسبِ عن أبيه - حتى لا يرثُهُ - فقد صرَّحوا عندنا بأنَّ بنتَهُ من الزَّنا لا تحلُّ له، وبأنه لا يدفعُ زكاته لآبائه من الزَّنا، ولا تقبلُ شهادتهُ له. والذي يقوى عندي أنه لا يُحكَّمُ بإسلامِهِ على مقتضى مذهبتنا، وإنما أثبتوا الأحكامَ المذكورةَ احتياطاً نظراً

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٧/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب ق ١٩٤/أ.

لحقيقة الجزئية بينهما)) اهـ.

قلت: يَظْهَرُ لي الحكمُ بالإسلام؛ للحديثِ الصَّحيح: «كُلُّ مولودٍ يُولَدُ على الفِطْرة، حتَّى يكونُ أبواه هما اللذان يُهودانِه أو يُنصرانِه»^(١)، فإنَّهم قالوا: إنَّه جعلَ اتِّفاقَهُما ناقلاً له عن الفِطْرة، فإذا لم يتَّفقا بقيَ على أصلِ الفِطْرة أو على ما هو أقربُ إليها، حتَّى لو كان أحدهما مجوسياً والآخرُ كتابياً فهو كتابيٌّ كما يأتي^(٢)، وهنا ليس له أبوان مُتَّفقان، فيبقى على الفِطْرة، ولأنَّهم قالوا: إنَّ إلحاقَهُ بالمسلمِ منهما أو بالكتابيِّ أنفعُ له، ولا شكَّ أنَّ النَظَرَ لحقيقةِ الجزئيةِ أنفعُ له، وأيضاً حيثَ نظرُوا للجزئيةِ في تلكِ المسائلِ احتياطاً فليُنظَرُ إليها هنا احتياطاً أيضاً، فإنَّ الاحتياطَ بالدينِ أولى، ولأنَّ الكفرَ أقبحُ القبيحِ، فلا ينبغي الحكمُ به على شخصٍ بذونِ أمرٍ صريحٍ، ولأنَّهم قالوا في حرمةِ بنتِه من الزنا: إنَّ الشَّرْعَ قطعَ النسبةَ إلى الزاني لما فيها من إشاعةِ الفاحشةِ، فلم يثبتِ النفقةَ والإرثَ لذلك، وهذا لا ينفِي النسبةَ الحقيقيةَ؛ لأنَّ الحقائقَ لا مرَدَّ لها، فمَن ادَّعى أنه لا بدُّ من النسبةِ الشرعيةِ فعليه البيانُ.

(تَمَّةٌ)

ذَكَرَ "الأسْتروشي" في سبيلِ "أحكامِ الصِّغار"^(٣): ((أنَّ الولدَ لا يصيرُ مسلماً بإسلامِ جدِّه ولو أبوه ميتاً، وأنَّ هذه من المسائلِ التي ليس فيها الجدُّ كالأب؛ لأنَّه لو كان تابعاً له لكان تابعاً لجدِّ الجدِّ وهكذا، فيؤدِّي إلى أن يكونَ النَّاسُ مسلمين [٣/١٥٥ق/١] بإسلامِ آدمَ عليه السَّلامُ))، وفيه^(٤) أيضاً: ((الصِّغِيرُ تَبِعَ لأبويه أو أحدهما في الدينِ، فإنَّ انعدامَ فِليدِ اليَدِ، فإنَّ عِدِمَتِ

(١) تقدم تخرجه ١٩٣/٥.

(٢) المقولة [١٢٦٦٦] قوله: ((والمجوسي شر من الكتابي)).

(٣) "جامع أحكام الصغار": مسائل الردة ٢٠٧/١ بتصرف.

(٤) أي: في "جامع أحكام الصغار": مسائل الردة ٢٠٨/١ بتصرف.

فللدَّارِ، وَيَسْتَوِي فِيمَا قَلْنَا أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا أَوْ غَيْرَ عَاقِلٍ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ تَبِعَ لِأَبِيهِ فِي الدِّينِ مَا لَمْ يَصِفِ (الإسلام)) اهـ. فَأَفَادَ أَنَّ التَّبَعِيَّةَ لَا تَنْقَطِعُ إِلَّا بِالْبُلُوغِ أَوْ بِالْإِسْلَامِ بِنَفْسِهِ، وَبِهِ صَرَّحَ فِي "البحر" ^(١) و"المنح" ^(٢) مِنْ بَابِ الْجَنَائِزِ.

وَذَكَرَ أَيْضًا الْمَحَقُّقُ "ابنُ أَمِيرِ حَاجٍ" فِي "شرح التَّحْرِيرِ" ^(٣) عَنْ "شرح الجامع الصَّغِيرِ" لـ "فجر الإسلام": ((أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الصَّغِيرِ بَيْنَ أَنْ يَعْقِلَ أَوْ لَا، وَأَنَّهُ نَصَّ عَلَيْهِ فِي "الجامع الكبير" و"شرحِهِ")).

قُلْتُ: وَفِي "شرح السَّيْرِ الْكَبِيرِ" لِلْإِمَامِ "السَّرْحَسِيِّ" ^(٤) قَالَ بَعْدَ كَلَامِهِ مَا نَصَّهُ: ((وبهذا تَبَيَّنَ خَطَأُ مَنْ يَقُولُ مِنْ أَصْحَابِنَا ^(٥): إِنَّ الَّذِي يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ لَا يَصِيرُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِأَبِيهِ، فَقَدْ نَصَّ هَاهُنَا عَلَى أَنَّهُ يَصِيرُ مُسْلِمًا)) اهـ.

وَذَكَرَ ^(٦) قَبْلَهُ أَيْضًا: ((أَنَّ التَّبَعِيَّةَ تَنْقَطِعُ بِبُلُوغِهِ عَاقِلًا)) اهـ، أَيْ: فَلَوْ بَلَغَ بِجَنُونًا تَبَقِيَ التَّبَعِيَّةُ. فَقَدْ تَبَيَّنَ لَكَ أَنَّ مَا فِي "القَهْستَانِي" ^(٧): ((مَنْ أَنْ الْمَرَادَ بِالْوَالِدِ هُنَا الطِّفْلُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ (الإسلام)) خَطَأً كَمَا سَمِعْتَهُ مِنْ عِبَارَةِ "السَّرْحَسِيِّ" وَإِنْ أَفْتَى بِهِ "الشَّهَابُ السَّلْبِي"؛ لِمُخَالَفَتِهِ لِمَا نَصَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ "مُحَمَّدٌ" فِي "الجامع الكبير" ^(٨) و"السَّيْرِ الْكَبِيرِ" ^(٩)، وَلِمَا صَرَّحَ بِهِ فِي هَذِهِ الْكُتُبِ، وَإِلِطْلَاقِ الْمَتُونِ أَيْضًا، فَافْهَمْ.

(١) "البحر": كتاب الجنائز - فصل: السلطان أحق بصلاته ٢/٢٠٥.

(٢) "المنح": كتاب الصلاة ١/ق ٧٦/ب.

(٣) "التقرير والتحجير": المقالة الثانية - الباب الأول - الفصل الثاني في الحاكم ٢/١١٢.

(٤) "شرح السير الكبير": باب: بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ٥/١٨٧٧.

(٥) في "الأصل": ((خطأ بعض من أصحابنا)).

(٦) أي: في "شرح السير الكبير": باب بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ٥/١٨٧٠ بتصرف.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب نكاح القرن ١/٢٩٥.

(٨) "الجامع الكبير": كتاب النكاح - باب النكاح في الفرقة في المجهوب وغيره ص ٩٤ - بتصرف.

(٩) انظر "شرح السير الكبير": باب: بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ٥/١٨٧٧.

ولو حكماً، بأن كان الصَّغِيرُ في دارنا والأبُ ثَمَّةً بخلافِ العكس.

(والمجوسِيُّ ومثله) كَوْنِيٌّ.....

[١٢٦٦٥] (قوله: ولو حكماً) أي: سواءً كان الاتِّحَادُ حقيقةً وحكماً - كأن يكونَ خيرَ الأبوين مع الولدِ في دارِ الإسلام أو في دارِ الحرب - أو كان حكماً فقط كما مثَّلَ به "الشَّارحُ". واحترَزَ عن اختلافهما حقيقةً وحكماً، بأن كان الأبُ في دارنا والصَّغِيرُ ثَمَّةً، وإليه أشارَ بقوله: ((بخلافِ العكس)) اهـ "ح" (١).

قلت: وما في "الفتح" (٢) من جعلِهِ حكمَ العكسِ كما قبلَهُ قال في "البحر" (٣): ((إنَّه سهوٌ)).

[١٢٦٦٦] (قوله: والمجوسِيُّ شرٌّ من الكتابيِّ) قال في "النهر" (٤): ((أردَفَ هذه الجملةَ لبيانِ أنَّ أحدَ الأبوين لو كان كتابياً والآخرُ مجوسياً كان الولدُ كتابياً، نظراً له في الدُّنيا لاقترابِهِ من المسلمين بالأحكام من حِلِّ الدَّيْحَةِ والمناكحةِ، وفي الآخرةِ من نُقصانِ العقابِ، كذا في "الفتح" (٥)، يعني: أنَّ الأصلَ بقاؤُهُ بعدَ البلوغِ على ما كان [٣/١٥٥ق/ب] عليه، وإلاَّ فأطفالُ المشركين في الجنَّةِ، وتوقَّفَ فيهم "الإمام" كما مرَّ (٦). ولم يُدخِلْهُ في حَيِّزِ الجملةِ الأولى تحامياً عمَّا وَقَعَ في بعضِ العبارات من إطلاقِ الخيرِ على الكتابيِّ، بل الشرُّ ثابتٌ فيه، غيرَ أنَّ المجوسِيَّ شرٌّ) اهـ.

وعلى هذا فقوله: ((والولدُ يَتَّبِعُ خيرَ الأبوين ديناً)) المرادُ به دِينُ الإسلامِ فقط؛ لئلاَّ تتكرَّرَ الجملةُ الثانيةُ، فإنه ليس المرادُ منها مجردُ بيانِ أنَّ المجوسِيَّ شرٌّ من الكتابيِّ؛ إذ لا دخلَ له في بَيِّحِهِ، بل المرادُ بيانُ لازِمِهِ المقصودِ هنا، وهو تبعيَّةُ الولدِ لأخفهما شرًّا، فتجِلُّ مناكحتُهُ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٨٧/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٧/٣.

(٦) "در" ١٩٢/٥.

وسائر أهل الشرك (شُرُّ من الكتابي) والنصرانيُّ شرٌّ من اليهوديِّ في الدارين؛
لأنه لا ذبيحة له، بل يَحْنُقُ كمجوسي، وفي الآخرة.....

وذبيحته، وإنما لم يَكْفِ عنها بالجملة الأولى - بأن يُرادَ بالدين الأعم - تحامياً عن إطلاق
الخيرية على غير دين الإسلام، فافهم.

[١٢٦٦٧] (قوله: وسائر أهل الشرك) ممن لا دين له سماوياً.

[١٢٦٦٨] (قوله: والنصرانيُّ شرٌّ من اليهوديِّ) كذا نقله في "البحر" (١) عن "البيزانية" (٢)

و"الجزائرية"، ونقل عن "الخلاصة" (٣) عكسه، ثم قال (٤): ((إنه يلزم على الأول كون الولد المتولد
من يهوديةٍ ونصرانيٍّ أو عكسِهِ تبعاً لليهوديِّ لا النصرانيِّ)) اه، أي: وليس بالواقع، "نهر" (٥).

قلت: بل مقتضى كلام "البحر" أنه الواقع؛ لأنه قال (٦): ((إن فائدته حفة العقوبة في الآخرة

وكذا في الدنيا؛ لما في أضحية "اللولو الجية" (٧): بكرة الأكل من طعام المجوسيِّ والنصرانيِّ؛ لأنَّ

المجوسيَّ يطبخُ المنخقةَ والموقودةَ والمترديةَ، والنصرانيُّ لا ذبيحة له، وإنما يأكلُ ذبيحةَ المسلم أو يَحْنُقُ،

ولا بأس بطعام اليهوديِّ؛ لأنه لا يأكلُ إلا من ذبيحة اليهوديِّ أو المسلم اه. فعلم أنَّ النصرانيَّ شرٌّ

من اليهوديِّ في أحكام الدنيا أيضاً)) اه كلام "البحر".

[١٢٦٦٩] (قوله: لأنه لا ذبيحة له) أي: لا يَدْبَحُ بدليل قوله: ((بل يَحْنُقُ))، وليس المراد أنه

لو دَبَحَ لا تَوَكَّلَ ذبيحته؛ لِمَنافاته لما تقدّم (٨) أوَّلَ كتاب النكاح من جِلِّ ذبيحته ولو قال:

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥-٢٢٦/٣.

(٢) "البيزانية": كتاب السير - الباب الرابع في المرتد - الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب ألفاظ الكفر - الفصل الثاني في ألفاظ الكفر - الجنس الخامس في الإقرار بالكفر صريحاً

وكناية ق ٣١٨/أ.

(٤) أي: في "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥-٢٢٦/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/أ.

(٦) أي: في "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٦/٣ بتصرف.

(٧) "اللولو الجية": كتاب الصيد والذبائح والأضحية - الفصل الخامس في المسائل المتفرقة ق ١٠٥/أ بتصرف.

(٨) المقولة [١١٣٩١] قوله: ((على المذهب)).

أشدُّ عذاباً. وفي "جامع الفصولين"^(١): ((لو قال: النصرانيُّ خيراً من اليهوديِّ
أو المجوسيِّ كفر))؛ لإثباته الخيرَ لما قُبِحَ بالقطعيِّ،

المسيحُ ابنُ الله، "ح"^(٢).

[١٢٦٧٠] (قوله: أشدُّ عذاباً) لأنَّ نزاعَ النَّصارى في الإلهيات ونزاعَ اليهود في النبوات، وقوله
تعالى: ﴿ وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ ﴾ [التوبة- ٣٠] كلامٌ طائفةٌ منهم قليلةٌ كما [١٠٦/٣ق/٣]
صرَّحَ به في التفسير^(٣)، وقوله تعالى: ﴿ لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً ﴾ الآية [المائدة- ٨٢] لا يردُّ؛ لأنَّ
البحثَ في قوَّةِ الكفرِ وشدَّته لا في قوَّةِ العداوةِ وضعفها. اهـ "بزازية"^(٤).

[١٢٦٧١] (قوله: كَفَرَ الخ) قال في "البحر"^(٥): ((هذا يقتضي أنه لو قال: الكتابيُّ خيراً من
المجوسيِّ يكفرُ، مع أنَّ هذه العبارة وَقَعَتْ في "المحيط" وغيره، إلا أنَّ يقالَ بالفرقِ، وهو الظاهرُ؛
لأنَّه لا خيريَّةَ لإحدى الملتين - أي: اليهوديَّة والنصرانيَّة - على الأخرى في أحكام الدنيا والآخرة،
بخلاف الكتابيِّ بالنسبةِ إلى المجوسيِّ للفرقِ بين أحكامهما في الدنيا والآخرة)) اهـ.

قلت: وهذا كلامٌ غيرُ محرَّرٍ، أمَّا أولاً فلأنَّه مخالفٌ لما حرَّره من أنَّ النصرانيَّ شرٌّ من
اليهوديِّ في الدنيا والآخرة كما تقدَّم^(٦)، وأمَّا ثانياً فلأنَّ عِلَّةَ الإكفارِ هي إثباتُ الخيرِ لما قُبِحَ
قطعاً لا لعدمِ خيريَّةِ إحدى الملتين على الأخرى؛ لأنَّه لو كانت العِلَّةُ هذه لم يلزمَ الإكفارُ،
وحيثُذُ فالقولُ بأنَّ النصرانيَّةَ خيرٌ من اليهوديَّةِ مثلُ القولِ بأنَّ الكتابيَّ خيرٌ من المجوسيِّ؛ لأنَّ فيه
إثباتُ الخيريَّةِ له مع أنَّه لا خيرَ فيه قطعاً، وإنَّ كان أقلَّ شراً، فالظاهرُ عدمُ الفرقِ بين العبارتين،

(١) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والثلاثون في مسائل كلمات الكفر ٣١٣/٢ وليست فيه: ((اليهودية)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/أ.

(٣) في "د" زيادة: ((كلنا في "النهر"، "ح")) ق ١٧١/أ.

(٤) "البزازية": كتاب السير - الباب الرابع في المرتد - الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣ يتصرف.

(٦) المقولة [١٢٦٦٨] قوله: ((والنصراني شر من اليهودي)).

((بحاشية)): ق ١٢٦٧١/أ.

لكن وردَ في السُّنَّةِ: ((أَنَّ المَجُوسَ^(١) أَسْعَدُ حَالَةً مِنَ المَعْتَرَلَةِ))^(٢)؛ لإثباتِ المَجُوسِ.

وَأَنَّ مَا فِي "المَهِيطِ" وَغَيْرِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَكْفُرُ بِذَلِكَ، وَلَعَلَّ وَجْهَهُ أَنَّ لَفْظَ ((خَيْرٍ)) قَدْ يُرَادُ بِهِ مَا هُوَ أَقْلُ ضَرَرًا كَمَا يُقَالُ فِي المَثَلِ: ((الرَّمْدُ خَيْرٌ مِنَ العَمَى))، وَكَقَوْلِ الشَّاعِرِ:

[طويل]

وَلَكِنَّ قَتَلَ الحُرِّ خَيْرٌ مِنَ الأَسْرِ^(٣)

ثُمَّ رَأَيْتُ فِي آخِرِ "المُصْبَاحِ"^(٤): ((أَنَّ العُلَمَاءَ قَدْ يَقُولُونَ: هَذَا أَصْحُ مِنْ هَذَا وَمَرَادُهُمْ أَنَّهُ أَقْلُ ضَعْفًا، وَلَا يُرِيدُونَ أَنَّهُ صَحِيحٌ فِي نَفْسِهِ)) اهـ. وَهَذَا عَيْنٌ مَا قُلْتُهُ، وَلِلَّهِ الحَمْدُ.

وَحيثُ عُدَّ فَالقولُ بالإكْفَارِ مَبْنِيٌّ عَلَى إِرَادَةِ بُيُوتِ الخَيْرِيَّةِ سِوَاءِ اسْتِعْمَالِ أَفْعَلِ التَّفْضِيلِ عَلَى بَابِهِ أَوْ أُرِيدَ أَصْلُ الفِعْلِ كَمَا فِي ﴿أَيُّ الفَرِيقَيْنِ خَيْرٌ﴾ [مريم-٧٣]، وَالقولُ بَعْدِيهِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا قُلْنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

[١٢٦٧٧] (قَوْلُهُ: لَكِنَّ وَرَدَ فِي السُّنَّةِ إلخ) يُوهِمُ أَنَّ هَذَا حَدِيثٌ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَعِبَارَةٌ "البِرْزَايَةُ"^(٥): ((وَالْمَذْكُورُ فِي كِتَابِ أَهْلِ السُّنَّةِ إلخ)). وَوَجْهُ الاسْتِدْرَاكِ: أَنَّ تَعْبِيرَ عُلَمَاءِ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالجَمَاعَةِ بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ القَوْلِ بِأَنَّ النُّصْرَانِيَّةَ خَيْرٌ [ب/١٥٦٣/٣] مِنَ اليَهُودِيَّةِ، وَبِأَنَّ الكِتَابِيَّ خَيْرٌ مِنَ المَجُوسِيِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِثْبَاتٌ أَسْعَدِيَّةَ المَجُوسِ وَخَيْرِيَّتَهُمْ عَلَى المَعْتَرَلَةِ، قَالَ فِي "البِرْزَايَةُ"^(٦): ((أَجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ المُنْهَى عَنْهُ هُوَ كَوْنُهُمْ خَيْرًا مِنْ كُنَّا مَطْلَقًا، لَا كَوْنُهُمْ أَسْعَدًا حَالًا

(١) فِي "د" وَ"و" وَ"ط": ((المَجُوسِيِّ)).

(٢) لَا يَخْفَى مَا فِي هَذَا الكَلَامِ مِنَ البَطْلَانِ وَالمُبَالَغَةِ، فَإِنَّ المَعْتَرَلَةَ فِرْقَةٌ مُسَلِّمَةٌ مُوَحَّدَةٌ ضَلُّوا الطَّرِيقَ وَهَمَّ مَتَأَوَّلُونَ، يَسْعَوْنَ إِلَى التَّوْحِيدِ وَالتَّنْزِيهِ، عَلَى حِينِ أَنَّ المَجُوسَ مُشْرِكُونَ كَفَرَةٌ بِالإِجْمَاعِ.

(٣) لَمْ نَقِفْ عَلَى قَاتِلِهِ.

(٤) "المُصْبَاحُ": الخاتمة - فصل: قولهم: ((زَيْدًا أَعْلَى مِنْ عَمْرُو)) ص ٧٠٩.

(٥) "البِرْزَايَةُ": كِتَابُ السِّرِّ - البَابُ الرَّابِعُ فِي المَرْتَدِ - الفِصْلُ الخَامِسُ فِي الإِقْرَارِ بِالكُفْرِ ٣٣١/٦ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى المُنْهِيَّة").

(٦) "البِرْزَايَةُ": كِتَابُ السِّرِّ - البَابُ الرَّابِعُ فِي المَرْتَدِ - الفِصْلُ الخَامِسُ فِي الإِقْرَارِ بِالكُفْرِ ٣٣١/٦ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى المُنْهِيَّة").

خالقَيْنِ فقط، وهؤلاء خالقاً لا عدد له، "بِرَازِيَّة" (١) و"نهر" (٢).
(ولو تَمَجَّسَ أبو صغيرة نصرانية تحت مسلم).....

معنى: أقلُّ مُكَايَرَةٌ وأدنى إثباتاً للشُّرك؛ إذ يجوز (٣) أن يقال: كفر بعضهم أخفُّ من بعض، وعذابُ بعضٍ أدنى من بعضٍ وأهون، أو الحال بمعنى الوصف، كذا قيل، ولا يَتِمُّ)) اهـ، أي: لا يَتِمُّ هذا الجواب؛ لأنه إذا صحَّ تأويلُ هذا بما ذُكِرَ صحَّ تأويلُ ذلك بمثله، وكونُ ((أسعد)) مُسنداً إلى الحال؛ لأنه فاعلٌ معنَى، أو كونُ الحال بمعنى الوصف لا يُفيدُ، قال في "النهر" (٤): ((لكن مقتضى ما مرَّ (٥) عن "جامع الفصولين" القول بالكفر في الصورتين، وهو الموافق للتعليل الأول، وكأنه الذي عليه الموعول)) اهـ.

وفيه أن ما مرَّ عن "الفصولين" مع تعليقه هو محلُّ النزاع، فالتحريرُ أن في المسألة قولين، وأن الذي عليه الموعول الجواز؛ لما سمعت من وقوعه في كلامهم.

[١٢٦٧٣] (قوله: خالِقَيْنِ) هما النورُ المسمَّى يَزْدَانُ، والظلمةُ المسمَّاةُ أَهْرَمَنْ (٦)، "ح" (٧).

[١٢٦٧٤] (قوله: خالِقاً لا عدد له) أي: حيث قالوا: إن الحيوانَ يَخْلُقُ أفعاله الاختيارية،

"ح" (٨).

قلت: وتكفيرُ أهلِ الأهواءِ فيه كلامٌ، والمُعتمدُ خلافةُ، كما سيأتي (٩) بسطه إن شاء الله تعالى في البُغَاةِ.

(١) "البرازية": كتاب السير - الباب الرابع في المرتد وما يصير الكافر به مسلماً - الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/١.

(٣) في "أ": ((لا يجوز))، وهو خطأ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/١.

(٥) "در" ص ٦٦٠.

(٦) في "ب": ((أهرمن))، وهو خطأ.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/١.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/١.

(٩) المقولة [٢٠٥٦٠] قوله: ((كما حققه في "الفتح")).

بانت بلا مهرٍ (و) لو^(١) كان (قد ماتت الأم نصرانيةً) مثلاً، وكذا عكسه
(لم تبن) لتناهي التبعية.....

[١٢٦٧٥] (قوله: بانت) أي: إن تمحست الأم أيضاً، ولا حاجة إلى هذه الزيادة مع هذا الإيهام، والأحسن إبقاء المتن على حاله، وأظن أن "الشارح" زاد ألفاً في قول المتن: ((أبو صغيرة)) فصار: ((أبوا)) بلفظ التثنية، فأسقطها النسخ، فلتراجع النسخ.

وذكر "ط"^(٢) عن "الهندية"^(٣): ((أن مثل الصغيرة ما إذا بلغت معتوهة؛ لبقائها تابعة للأبوين في الدين^(٤))؛ لأنه ليس للمعتوهة إسلام بنفسها حقيقة، فكانت بمنزلة الصغيرة من هذا الوجه)).

[١٢٦٧٦] (قوله: بلا مهرٍ) أي: إن لم يدخل بها، "ح"^(٥).

[١٢٦٧٧] (قوله: مثلاً) راجع إلى قوله: ((ماتت))، أي: أن الموت غير قيد، أو إلى قوله: ((نصرانية))، أي: أو يهودية.

[١٢٦٧٨] (قوله: وكذا عكسه) بأن تمحست أمها بعد أن مات أبوها نصرانياً، "ح"^(٦).

[١٢٦٧٩] (قوله: لتناهي التبعية^(٧)) أي: انتهاء تبعية الولد للأبوين.

(قوله: أي إن تمحست الأم إلخ) أو كانت غير كفاية.

(قوله: أي انتهاء تبعية الولد للأبوين) حقه: للباقي من الأبوين.

(١) في "ب": ((أو لو)).

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٧/٢.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب العاشر في نكاح الكفار ٣٤٠/١.

(٤) عبارة "الهندية": ((للأبوين والدار في الدين)).

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/أ.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/أ.

(٧) ((التبعية)) ساقطة من "الأصل".

بموتٍ أحدهما ذمياً أو مسلماً أو مرتدّاً، فلم تبطل بكفر الآخر، وفي "المحيط": ((لو ارتدّا لم تبين ما لم يلحقاً، ولو بلغت عاقلة مسلمة ثم جنت، فارتدّا.....

[١٢٦٨٠] (قوله: بموت أحدهما ذمياً إلخ) أي: إذا مات أحد [١/١٥٧ق/٣] الكتابيين ذمياً

أو مسلماً، ثم تمحس الباقي منهما لا يتبعه الولد، وكذا لو مات أحدهما مرتدّاً؛ لأنّ حكم المرتد الجبر على الإسلام، فله حكم المسلم، حتى إن كسب إسلامي يرثه وارثه المسلم، فهو أقرب إلى الإسلام من الكتابي وغيره، قال في "البحر"^(١): ((ولو مات أحد الأبوين في دارنا مسلماً أو مرتدّاً، ثم ارتد الآخر ولحق بها بدار الحرب لم تبين، ويصلى عليها إذا ماتت؛ لأنّ التبعية حكم تناهى بالموت مسلماً، وكذا بالموت مرتدّاً؛ لأنّ أحكام الإسلام قائمة)).

[١٢٦٨١] (قوله: فلم تبطل) أي: التبعية ((بكفر الآخر))، قال "ط"^(٢): ((والأولى أن يقول:

بتمحس الآخر؛ لأنه كان أولاً كافراً، غاية الأمر أنه انتقل إلى حالة من الكفر شر من التي كان عليها، بقي أن يقال: إن التبعية إنما تناهت وانقطعت عمّن بقي من الوالدين بتمحسبه لا بموت أحدهما؛ لأنه لو أسلم من بقي تبعته ابنته)) اهـ.

والجواب: أن المراد انقطاع التبعية عن الباقي منهما إذا^(٣) انتقل إلى حالة دون التي كان

عليها؛ لما تقرر أن الولد إنما يتبع خير الأبوين ذنباً أو أخفهما شرّاً، فالمراد بالتبعية المتناهية هذه، فافهم.

[١٢٦٨٢] (قوله: لم تبين) لأنّ البنت مسلمة تبعاً لهما وتبعاً للدار، "بحر"^(٤).

[١٢٦٨٣] (قوله: ما لم يلحقاً) أي: بالبنت، فإن لحقاً بها بدار الحرب بانّت؛ لانقطاع حكم

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٧/٢.

(٣) في "ب": ((إذ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

لم تَبِينُ مطلقاً. مسلمٌ تحتَهُ نصرانيَّةٌ،

الدَّارُ، "بجر"^(١)، أي: بآنتُ من زوجِها لتبأينِ الدَّارينِ، ولأنَّها صارتُ مُرتدَّةً تبعاً لهما، قال في "شرح تلخيص الجامع الكبير": ((وهذا بخلافِ ما إذا كانت الصَّغيرةُ تعقِلُ وتعبِّرُ عن نفسها، حيث لا تَبِينُ وإنَّ لِحِقاً بها إلا إذا ارتدَّتْ بنفسِها، فحينئذٍ تَبِينُ عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف") اهـ، فتأمَّلْهُ مع ما قدَّمنا^(٢) من أنَّ التَّبعيةَ لا تنقطعُ قبلَ البلوغِ.

وقدنا بلحاقيهما بالبنتِ؛ لأنه إذا لِحِقا وتركاها فإنَّها لا تَبِينُ كما قدَّمناه^(٣) عن "شرح التَّحرير"، قال في "النَّهر"^(٤): ((في الفرقِ بين ما لو تمَّحَّسا أو ارتدَّا تأمَّلْ، فتدبَّرْ)) اهـ.

قلت: الفرقُ ظاهرٌ، وهو أنَّ البنتَ بارتدادِ أبيها المسلمِ تبقى مسلمةً تبعاً لهما وللدارِ؛ لأنَّ المرتدَّ مسلمٌ حكماً لِحَبْرِهِ على الإسلامِ، فلذا لم تَبِينُ من زوجِها ما لم يلحِقها بها للتبأينِ وانقطاعِ ولايةِ الجبرِ، بخلافِ تمَّحُّسِ أبيها النصرانيِّ؛ لأنَّها تَبِعُهما في التَّمحُّسِ لعدمِ جبرِهما على العَوْدِ إلى [١٥٧ق/٣] النصرانيَّةِ، فصار كارتدادِ المسلمِ مع لِحاقِهما، ولا يمكنُ تَبِعَتُها للدَّارِ مع بقاءِ تبعيةِ الأبوينِ، فلذا بآنتُ من زوجِها، فتدبَّرْ.

[١٢٦٨٤] (قوله: لم تَبِينُ مطلقاً) أي: سواءً لِحِقاً بها أو لا؛ لأنَّها مسلمةٌ أصالةً لا تبعاً، وكذلك الصَّبيَّةُ العاقلةُ أسلمتْ ثمَّ حُنتْ؛ لأنَّها صارتُ أصلاً في الإسلامِ، "بجر"^(٥) عن "المحيط".

(قوله: فتأمَّلْهُ مع ما قدَّمنا من أنَّ التَّبعيةَ لا تنقطعُ قبلَ البلوغِ إلخ) لا مخالفةً بين ما هنا وما تقدَّم؛ لاختلافِ موضوعِهما، فما تقدَّم لَمَّا كانتِ التَّبعيةُ فيها النِّفَعُ للصَّغيرِ قالوا: لا تنقطعُ إلا بالبلوغِ بلونِ اعتبارِ التَّمييزِ وعدمِهِ، وما هنا لَمَّا كان في التَّبعيةِ إضرارٌ به اشتراطوا فيها عدمَ التَّمييزِ، واعتبروا التَّمييزَ كالبالغِ في انقطاعِها.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

(٢) المقولة [١٢٦٦٤] قوله: ((والولد يتبع خير الأبوين ديناً)).

(٣) المقولة [١٢٥٨٨] قوله: ((بل يعرض الإسلام على أبويه إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٩٥/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

فَتَمَجَّسًا أَوْ تَنَصَّرًا بَأَنْتَ)).

(ولا) يصح^(١) (أَنْ يَنْكِحَ مُرْتَدًّا أَوْ مُرْتَدَّةً أَحَدًا) مِنَ النَّاسِ مُطْلَقًا.

(أَسْلَمَ) الْكَافِرُ (وَتَحْتَهُ خَمْسُ نِسْوَةٍ فِصَاعِدًا، أَوْ أُخْتَانِ، أَوْ أُمَّ وَبِنْتَهَا بَطْلٌ نَكَاحُهُنَّ إِنْ تَزَوَّجَهُنَّ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ رَتَّبَ فَالْآخِرُ) بَاطِلٌ،

(١٢٦٦٨٥) (قَوْلُهُ: فَتَمَجَّسًا) أَي: الْمُسْلِمُ وَزَوْجَتُهُ النَّصْرَانِيَّةُ مَعًا، وَقَوْلُهُ: ((أَوْ تَنَصَّرًا)) صَوَابُهُ: أَوْ تَهَوَّدًا؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الزَّوْجَةَ نَصْرَانِيَّةً، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٢): ((قَيْدَ بِالرَّدِّ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَوْ كَانَ تَحْتَهُ نَصْرَانِيَّةً فَتَهَوَّدًا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا اتِّفَاقًا، وَاخْتَلَفَ "الشَّيْخَانُ" فِيمَا لَوْ تَمَجَّسًا، قَالَ "أَبُو يُونُسَ": تَقَعُ، وَقَالَ "مُحَمَّدٌ": لَا تَقَعُ، لـ "أَبِي يُونُسَ": أَنَّ الزَّوْجَ لَا يُقْرَأُ عَلَى ذَلِكَ وَالرَّأْيُ تَقْرَأُ، فَصَارَ كَرَدِّ الزَّوْجِ وَحِدَهُ، وَفَرَّقَ "مُحَمَّدٌ" بَأَنَّ الْمَجُوسِيَّةَ لَا تَجِلُّ لِلْمُسْلِمِ، فَإِحْدَاثُهَا كَالْإِرْتِدَادِ)) اهـ، أَي: فَكَانَهُمَا ارْتِدَادًا مَعًا.

ثُمَّ الَّذِي فِي "الْبَحْرِ"^(٣) عَنِ "الْمَحِيطِ" تَأْخِيرُ تَعْلِيلِ "أَبِي يُونُسَ"، وَظَاهِرُهُ اعْتِمَادُهُ، وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِهِ فِي "الْفَتْحِ"^(٤) أَيْضًا: ((تَقَعُ الْفُرْقَةُ عِنْدَ "أَبِي يُونُسَ" خِلَافًا لـ "مُحَمَّدٍ"))، فَلِذَا حُزِمَ بِهِ "الشَّارِحُ".

٣٩٦/٢

(١٢٦٦٨٦) (قَوْلُهُ: مُطْلَقًا) أَي: مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مُرْتَدًّا، وَهُوَ تَأْكِيدٌ لِمَا فِيهِمْ مِنَ النَّكْرَةِ

(قَوْلُهُ: وَقَوْلُهُ: أَوْ تَنَصَّرًا، صَوَابُهُ: أَوْ تَهَوَّدًا؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْمَسْأَلَةِ (إِخ) قَالَ "الرَّحْمَنِيُّ": ((يُجَابُ: بِأَنَّ مَعْنَى تَنَصَّرًا: صَارَا نَصْرَانِيَّيْنِ بَعْدَ أَنْ كَانَ أَحَدُهُمَا النَّصْرَانِيَّ)).

(قَوْلُهُ: قَيْدَ بِالرَّدِّ (إِخ) أَي: فِي قَوْلِ "الْكَنْزِ": ((وَإِنْ ارْتَدَّ، أَوْ أَسْلَمَا لَمْ تَبَيَّنْ)).

(قَوْلُ "الشَّارِحِ": بَأَنْتَ) لِأَنَّ سَبَبَ الْفُرْقَةِ جَاءَ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ خَاصَّةً، وَالرَّأْيُ كَافِرَةُ الْأَصْلِ، غَيْرَ أَنَّ "مُحَمَّدًا" يَقُولُ: إِنَّ تَمَجَّسَهَا مِمَّنْزِلَةَ الرَّدِّ؛ لِأَنَّهَا أَحْدَثَتْ زِيَادَةَ صِفَةٍ فِي الْكُفْرِ فَكَانَ مِمَّنْزِلَةَ إِحْدَاثِ أَصْلِ الْكُفْرِ.

(١) فِي "ب" وَ"ط": ((يُصَلِّحُ)).

(٢) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ق ١٩٥/ب.

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٣٢/٣.

(٤) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشَّرْكَ ٢٩٩/٣.

وخيَّره "محمد" و"الشَّافعي" عملاً بحديث "فيروز"، قلنا: كان تخييره في التَّزْوَجِ بعد
الفرقة.....

في النفي، "ح" (١).

(١٢٦٨٧) (قوله: وخيَّره "محمد") أي: خيَّرَ "محمد" هذا الذي أسلمَ في اختيارِ الأربَعِ مطلقاً،
أي: أربعِ نِسوةٍ أيُّ أربعٍ كانت، وخيَّره أيضاً في اختيارِ أيِّ الأختين شاء، والبنت، أي: يختارُ
البنتَ في هذه الصُّورةِ لا الأمَّ، أو يترُكُهما جميعاً؛ لأنَّه روي: «أنَّ "عَيَّلانَ الدَّيلمي" أسلمَ وتحتَه
عشرُ نِسوةٍ أسلمنَ معه، فخيَّره النبي ﷺ، فاختارَ أربعاً منهنَّ» (٢)، وكذا "فيروزُ الدَّيلمي"
«أسلمَ وتحتَه أختان، فخيَّره فاختارَ إحداهما» (٣)، وإنما يختارُ البنتَ؛ لأنَّ نكاحَها أَمْنَعُ في نكاحِ
الأمِّ من نكاحِ الأمِّ لها، ولهما أنَّ هذه الأنكحةَ فاسدةٌ، لكن لا تتعرَّضُ لهم؛ لأنَّا أمرنا بتركيهم
وما يدينون، فإذا أسلموا يجبُ التَّعرُّضُ، وتخييرُ "عَيَّلانَ" و"فيروزَ" كان في التَّزْوَجِ بعدَ الفرقة،

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/ب. وفيه: ((من عموم النكرة في النفي)).

(٢) أخرجه مالك ٥٨٢/٢ كتاب الطلاق - باب جامع الطلاق، وأحمد ٤٤٠٤-٤٤٠٣، وعبد الرزاق في "المصنف" (١٢٦٢١)، والترمذي (١١٢٨) كتاب النكاح - باب في الرجل يسلم وعنده أختان، وقال: هذا حديث حسن، وابن
ماجه (١٩٥٣) كتاب النكاح - باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نِسوة، والطبراني في "الكبير" (١٣٢٢١)،
والدارقطني ٢٦٩/٣ كتاب النكاح - باب المهر، والحاكم في "المستدرک" ١٩٢/٢-١٩٣، والبيهقي في "السنن الكبرى"
١٤٩/٧-١٨١، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٥٢/٣ و٢٥٣ كتاب الجنائيات - باب الرجل يسلم في دار الحرب
وعنده أكثر من أربع نِسوة، وابن حبان (٤١٥٧) كتاب النكاح - باب نكاح الكفار.

(٣) أخرجه أحمد ٢٣٢/٤، وعبد الرزاق (١٢٦٢٧)، وأبو داود (٢٢٤٣) كتاب الطلاق - باب في الرجل أسلم وعنده
نساء أكثر من أربع أو أختان، والترمذي (١١٢٩) (١١٣٠) كتاب النكاح - باب في الرجل يسلم وعنده أختان، وقال:
حديث حسن، وابن ماجه (١٩٥٠) و(١٩٥١) كتاب النكاح - باب الرجل يسلم وعنده أختان، والطبراني في "الكبير"
١٨/١ (٨٤٤) و(٨٤٥)، والدارقطني ٢٧٣/٣ كتاب النكاح - باب المهر، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٨٤/٧ كتاب
النكاح - باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نِسوة، وابن حبان (٤١٥٥) كتاب النكاح - باب نكاح الكفار،
والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٥٥/٣ كتاب الجنائيات - باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نِسوة. كلهم من
حديث الضحاك بن فيروز، عن أبيه رضي الله عنهما.

بَلَغَتِ الْمُسْلِمَةُ الْمُنْكَوْحَةَ وَلَمْ تَصِفِ الْإِسْلَامَ بَانَتٌ) وَلَا مَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ،
وَيَنْبَغِي أَنْ يُذَكَّرَ اللَّهُ تَعَالَى بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ عِنْدَهَا وَتُقَرَّرَ بِذَلِكَ، وَتَمَامُهُ فِي "الْكَافِي" ...

"ح" (١) عن "المنح" (٢٩). وقوله: ((في التَّزْوِجِ بَعْدَ الْفُرْقَةِ)) أي: التَّزْوِجِ بَعْدَ جَدِيدِهِ.

وما ذكره في نكاح البنت إنما هو إذا لم يدخل بواحدةٍ منهما، فإن دخل بإحدهما ثم تزوج الثانية فنكاحها باطل؛ لأنَّ الدُّخُولَ مُحْرَمٌ سِوَاءَ مَا كَانَ بِالْأُمِّ أَوْ الْبِنْتِ، وَإِنْ دَخَلَ بِالثَّانِيَةِ فَقَطْ فَإِنْ كَانَتِ الْأُمُّ بَطَلَ نِكَاحُهَا جَمِيعاً اتِّفَاقاً؛ لِأَنَّ [١٥٨ق/٣] نِكَاحَ الْبِنْتِ يُحْرِمُ الْأُمَّ، وَالدُّخُولَ بِالْأُمِّ يُحْرِمُ الْبِنْتَ، وَإِنْ كَانَتِ الْبِنْتُ فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا، إِلَّا (٣) أَنْ لَهُ تَزْوِجُ الْبِنْتِ دُونَ الْأُمِّ، وَعِنْدَ "مُحَمَّدٍ" نِكَاحُ الْبِنْتِ هُوَ الْجَائِزُ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا، وَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَنِكَاحُ الْأُمِّ بَاطِلٌ، كَذَا فِي "الْبِدَائِعِ" (٤).

[١٢٦٨٨] (قوله: بَلَغَتِ الْمُسْلِمَةُ سَمَّهَا مُسْلِمَةً بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ لَهَا قَبْلَ الْبُلُوغِ مِنَ الْحُكْمِ بِالْإِسْلَامِ تَبَعاً لِلأَبْوِينِ، وَلِذَا قِيلَ: سَمَّاهَا "مُحَمَّدٌ" مُرْتَدَّةً. وقوله: ((بَانَتٌ)) أي: مِنْ زَوْجِهَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ يَبْقَ لَهَا دِينُ الأَبْوِينِ لِزَوَالِ التَّبَعِيَّةِ بِالْبُلُوغِ، وَلَيْسَ لَهَا دِينٌ نَفْسِهَا، فَكَانَتْ كَافِرَةً لَا مِلَّةَ لَهَا، كَذَا فِي "شَرْحِ التَّلْحِيصِ".

[١٢٦٨٩] (قوله: وَتَمَامُهُ فِي "الْكَافِي" (٥)) حَيْثُ قَالَ: ((مُسْلِمٌ تَزَوَّجَ صَغِيرَةً نَصْرَانِيَّةً وَلَهَا أَبَوَانِ نَصْرَانِيَّانِ، فَكَبِّرَتْ وَهِيَ لَا تَعْقِلُ دِيناً مِنَ الأَدْيَانِ وَلَا تَصِفُهُ، وَهِيَ غَيْرُ (٦) مَعْتَوِيَّةٍ، فَإِنَّهَا تَبَيَّنَ مِنْ زَوْجِهَا، وَكَذَلِكَ الصَّغِيرَةُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا بَلَغَتْ عَاقِلَةً، وَهِيَ لَا تَعْقِلُ الْإِسْلَامَ وَلَا تَصِفُهُ، وَهِيَ غَيْرُ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/ب، دون عزو إلى "المنح".

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام نكاح الكافر ق ١/١٣٢/ب.

(٣) في "م": ((٧)).

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: نَمَّ كُلُّ عَقْدٍ إِذَا عَقَدَهُ الذَّمِّي كَانَ فَاسِداً ٣١٥/٢. ((٥٢٨)) ((٢٢٨)) ٨١/

(٥) انظر "الکافی": کتاب النکاح - باب نكاح الرقيق والكافر ق ١٢٤/أ.

(٦) ((غير)) ساقطة من "الأصل".

معتوهية، بآنت من زوجها، كذا في "المحيط"، ولا مهر لها قبل الدخول، وبعده يجب المسمي، ويجب أن يذكر الله تعالى بجميع صفاته عندها، ويقال لها: أهو كذلك؟ فإن قالت: نعم حكيم بإسلامها، وإن قالت: أعرفه وأقدر على وصفه ولا أصفه بآنت، ولو قالت: لا أقدر على وصفه اختلف فيه، ولو عقلت الإسلام ولم تصفه لم تبين، وإن وصفت الجوسية بآنت عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف"، وهي مسألة ارتداد الصبي)) اهـ "ط" (١).

وقوله: ((ولو عقلت الإسلام)) أي: قبل البلوغ، مُحَرَّرُ قَوْلِهِ: ((بَلَّغْتَ))، وإنما لم تبين؛ لأنها مسلمة تبعاً لأبويها قبل البلوغ كما في "شرح التلخيص"، وبه استدلال على نفي وجوب أداء الإيمان على الصبي، وتأممه في أول الفصل الثاني من "شرح التحرير" (٢).

وفي سبب "أحكام الصغار" (٣): ((أن قوله: يعقل الإسلام - يعني: صفة الإسلام - يدل على أن من قال: لا إله إلا الله لا يكون مسلماً حتى يعلم صفة الإيمان، وكذلك إذا اشترى جارية واستوصفها الإسلام فلم تعلم لا تكون مؤمنة، وصفة الإيمان ما ذكر (٤) في حديث جبريل عليه السلام: «أن تؤمن بالله، وملائكته، وكتبه، ورأسه، واليوم الآخر، والبعث بعد الموت، والقدر خيره وشره من الله تعالى» (٥)) اهـ، وقدّمنا (٦) في الجنائز مثله عن "الفتح"، [٣/١٥٨ق/ب] والله أعلم.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٨-٨٧/٢ بتصرف يسير.

(٢) انظر "التفريغ والتحرير": المقالة الثانية في أحوال الموضوع - الباب الأول في الأحكام - الفصل الثاني في الحاكم ٩٠/٢.

(٣) "جامع أحكام الصغار": في مسائل الردة ٢٠٨/١.

(٤) في "م": ((ذكره)).

(٥) تقدم تخريجه ٣٢٢/٥.

(٦) المقولة [٧٥٥٩] قوله: ((أي: ابن سبع سنين)).

فهرس الموضوعات

الصحيفة

الموضوع

كتاب النكاح

- ٥ كتاب النكاح
- ٩ تنبيه: الحق في التمتع للرجل
- ١٣ تنبيه: لا تجوز المناكحة بين بني آدم والجن
- ١٨ حكم النكاح
- ٢١ مطلب: كثيراً ما يُتساهل في إطلاق المستحب على السنة
- ٢٥ ما يندب في النكاح
- ٢٦ تنبيه: البناء و النكاح بين العيدين جائز
- ٢٩ تمة: ويختار أبسر النساء خطبة ومؤنة
- ٣٠ حكم الزفاف
- ٣١ ما ينعقد به النكاح
- ٤٢ ما لا ينعقد به النكاح
- ٤٤ مطلب: التزوج بإرسال كتاب
- ٤٥ تنبيه: لو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود محتوماً إلخ
- ٤٩ من شرائط الإيجاب والقبول
- ٥٠ فرع: قال: زوجتك بنيتي فسكت الخاطب
- ٥٤ تنبيه: لم يذكر اشتراط تمييز الرجل من المرأة وقت العقد إلخ
- ٥٦ الألفاظ التي يصح بها عقد النكاح
- ٦٤ الألفاظ التي لا يصح بها عقد النكاح
- ٦٦ مطلب: هل ينعقد النكاح بالألفاظ المصحفة نحو: تجوزت؟
- ٧٠ حكم الطلاق بالألفاظ المصحفة

الموضوع	الصحيفة
تنبيه: على جواز العقد بلفظ ((أزوجتُ))	٧٢
ما يشترط في عقد النكاح	٧٢
مطلب: الخصافُ كبير في العلم يجوز الاقتداء به	٧٥
مطلب: في عطف الخاص على العام	٨١
فروع	٩٢
فصل في المحرمات	
فصل في المحرمات	٩٥
المحرمات على الرجل	٩٧
تنبيه: دخل في المحرمات بنت الملاعنة	١٠٠
محرمات بالمصاهرة	١٠٢
تنبيه: هل يحرم أصلُ المزنية وفرعها رضاعاً؟	١٠٦
حكم الجمع بين المحارم	١٢٨
فرع: ماتت امرأته، له التزوج بأختها بعد يوم	١٢٩
تنبيه: لا يكفي الدليل المذكور لإثبات عموم حرمة الجمع بين المحارم إلخ..	١٣٢
تنبيه: إن عادت الموطوءة إلى ملكه بعد الإخراج إلخ..	١٣٥
مطلب: في وطء السراري اللاتي يؤخذن غنيمه في زماننا	١٤٧
حكم نكاح الوثنية والكتائية	١٤٨
تنبيه: هل تجوز مناكحة من يقول: أنا مؤمن إن شاء الله تعالى؟	١٥٣
حكم نكاح المحرمة بحج أو عمرة	١٥٤
فرع: تزوج أمة بغير إذن مولاهما	١٥٨
حكم نكاح الحبلية من زناً	١٦١
مطلب: فيما لو زوج المولى أمة	١٦٤

الموضوع	الصحيفة
حكم نكاح المتعة و النكاح المؤقت	١٧٠
باب الولي	
باب الولي	١٨١
تنبيه: تزويج الأب الصغير والصغيرة من غير كفاء	٢٣١
مطلب مهم: هل للعصبة تزويج الصغير امرأة غير كفاء له؟	٢٣١
مطلب: في فرق النكاح	٢٤٤
تنبيه: يشترط في المعتق ليلي النكاح أن يكون الولاء له	٢٦٠
مطلب: لا يصح تولية الصغير شيخاً على خيرات إلخ	٢٦١
تنبيه: إذا زوج القاضي اليتيمة ارتفع الخلاف	٢٧١
حكم تزويج الولي الأبعد بغية الأقرب	٢٧٤
باب الكفاءة	
باب الكفاءة	٢٨٦
تنبيه: هل الكفاءة معتبرة للزوج أيضاً؟	٢٨٧
ما تُعتبر الكفاءة فيه	٢٩١
الكفاءة بالنسب	٢٩٢
تنبيه: مولى الموالاة لا يكافئ مولاة العتاقة	٣٠٠
الكفاءة بالدين	٣٠١
الكفاءة بالمال	٣٠٥
الكفاءة بالحرفة	٣٠٧
مطلب: في الوكيل والفضولي في النكاح	٣٢٢
تنبيه: للمعتق تزويج الصغيرة لنفسه و كذا بنوه و عصباته	٣٣٦

الموضوع

الصحيفة

باب المهر

- باب المهر ٣٤٣
- ما يجب من المهر بطلاق قبل وطءٍ أو خلوة ٣٥٦
- ما يجب من المهر في نكاح الشغار ٣٦١
- تنبيه: الظاهر أنه يلزمه تعليم كل القرآن إلخ ٣٦٨
- تنبيه: لو طلبت المرأة مهر مثلها قبل الوطء أو الموت إلخ ٣٧١
- مطلب: أحكام المتعة ٣٧٤
- مطلب: في حط المهر والإبراء منه ٣٨٦
- مطلب: في أحكام الخلوة ٣٨٨
- تنبيه: المهر إما ذهب أو فضة أو مثلي غيرهما أو قيمتي ٤١٩
- تنبيه: المسمي إذا كان من غير النقود ٤٣٤
- مطلب: تزوجها على عشرة دراهم و ثوب ٤٣٤
- مطلب: مسألة دراهم النقش و الحمام و لفافة الكتاب و نحوها ٤٣٧
- مطلب: في النكاح الفاسد ٤٤١
- تنبيه: يعتبر ابتداء مدة ثبوت النسب من وقت التفريق إلخ ٤٥١
- مطلب: التصرفات الفاسدة في العقود ٤٥٢
- مطلب: في بيان مهر المثل ٤٥٨
- بيان ما تعتبر المماثلة فيه ٤٦١
- ما يشترط في ثبوت مهر المثل ٤٦٣
- تنبيه: جرى العرف في كثير من قرى دمشق بتقدير مهر معين لجميع ٤٦٨
- نساء أهل القرية ٤٦٨

الصحيفة

الموضوع

- ٤٦٨ مطلب: في ضمان الوليِّ المهر
- ٤٨٢ مطلب: في منع الزوجة نفسها لقبض المهر
- ٤٨٢ تنبيه: حكم ما لو أجلَّ بعض المهر و دفع المعجل
- ٤٨٤ ما يجوز أن تخرج له المرأة من بيت زوجها بعد قبضها المهر
- ٤٨٦ مطلب: في السفر بالزوجة
- ٤٩١ مطلب: مسائل الاختلاف في المهر
- ٥٠٥ مطلب: فيما يرسله إلى الزوجة من النقدين أو العروض أو مما يؤكل
- ٥١٤ مطلب: أنفق على معتدِّة الغير
- ٥١٦ تنبيه: خطب امرأة وأنفق عليها وعلمت أنه ينفق لبيتزوجهما إلخ
- ٥١٧ تنمة: فيما لو أنفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح
- ٥٢٢ مطلب: في دعوى الأب أن الجهاز عارية
- ٥٢٣ تنبيه: جهز الأب ابنته ثم مات فادعت الورثة إلخ
- ٥٢٩ مطلب: في مهر الكفار
- ٥٣٦ مطلب: لأبي الصغيرة المطالبة بالمهر
- ٥٣٨ مطلب: في مهر السرِّ ومهر العلانية

باب نكاح الرقيق

- ٥٤٢ باب نكاح الرقيق
- ٥٥١ تنبيه: على علة عدم تكرار بيع القن في المهر
- ٥٥٦ مطلب: في الفرق بين الإذن و الإجازة
- ٥٦٩ تنبيه: رجل تزوج أمة على أن كل ولد تلده فهو حر إلخ
- ٥٧٧ مطلب: في أن "الكمال بن الهمام" بلغ رتبة الاجتهاد

الموضوع الصحيفة

مطلب: في حكم العزل ٥٨٢

مطلب: في إسقاط الحمل ٥٨٦

تنبيه: حكمُ سدِّ المرأةِ فَمَ رحمها ٥٨٧

مطلب: في تفسير العُقْر ٥٩٨

باب نكاح الكافر

باب نكاح الكافر ٦١٢

مطلب: في الكلام على أبيي النبي ﷺ و أهل الفترة ٦١٣

تنبيه: لو تزوج مسلمٌ ذمياً في عِدَّة كافر ٦٢٣

حكم ما لو أسلم أحد الزوجين الجوسيين أو امرأة الكتابي ٦٢٧

مطلب: الصبي و المجنون ليسا بأهل لإيقاع الطلاق بل للوقوع ٦٣٣

حكم ما لو ارتد أحد الزوجين ٦٤٤

مطلب: الولد يتبع خير الأبوين ٦٥٥

تنبيه: مسلمٌ زنا بنصرانية فأتت بولد هل يكون مسلماً؟ ٦٥٥

تمتة: الولد لا يصير مسلماً بإسلام جدّه ولو أبوه ميتاً ٦٥٦

مطلب: تصرفات المأذون في المهر ٨٦٥

مطلب: في بيان مهر المثل ٨٦٥

مطلب: في بيان مهر المثل ٨٦٥

مطلب: في بيان مهر المثل ٨٦٥

مطلب: في بيان مهر المثل ٨٦٥

مطلب: في بيان مهر المثل ٨٦٥

مطلب: في بيان مهر المثل ٨٦٥