جامعة أم القرى مكة المكرمة
عمادة شؤون المكتبات
المكتبة المركزية بمكة المكرمة
قسم المخطوطات
UMM AL-QURA UNIVERSITY MAKKAH
٣٠١٠٢٠٠٠٠٣٢٤١
٠٠٠٩٨٢

المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه وأصوله

الجامع لمسائل المدونة والمختلطة

وآثارها وزياداتها ونظائرها وشرح ما أشكل منها وتوجيهه

والفرق بينه وبين ما شاكله مجموع بالاختصار وإسقاط التكرار وإسناد الآثار

(من كتاب النكاح الأول إلى نهاية كتاب الاستبراء)

تأليف

الإمام محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي

(ت ٤٥١هـ)

دراسة وتحقيق

أعدها لنيل درجة الدكتوراه في الفقه

حمدان بن عبد الله بن دايس الشمراني

إشراف الأستاذ الدكتور

محمد بن العروسي عبد القادر

١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

الجزء الأول

بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية في صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم (رباعي) : حمدان بن عبد الله بن دايس الشمَّري ..... كلية : الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم : الدراسات العليا الشرعية . الأطروحة المقدمة لنيل درجة : الدكتوراة في تخصص : الفقه

عنوان الرسالة : ((الجامع لمسائل المدونة والمختلطة وآثارها وزياداتها ونظائرها وشرح ما أشكل منها وتوجيهه والفرق بينه وبين ما شاكله مجموع بالاختصار وإسقاط التكرار وإسناد الآثار)) من كتاب النكاح الأول إلى نهاية كتاب الاستبراء، تأليف الإمام محمد بن يونس الصقلي

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد بناءً على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه، والتي تمت مناقشتها بتاريخ ١٤٢٠/١/٥هـ بقبولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة، وحيث تمّ عمل اللازم ؛ فإن اللجنة توصي بإجازتها النهائية المرفقة للدرجة العلمية المذكورة أعلاه ..

والله الموفق ...

أعضاء اللجنة :

المشرف	المناقش الأول	المناقش الثاني
الاسم: أ.د/محمد العروسي عبدالقادر	الاسم: أ.د/ محمد بن يحي النجيمي.	الاسم: أ.د/ عبدالرحمن عبد القادر العدوي
التوقيع :	التوقيع :	التوقيع :

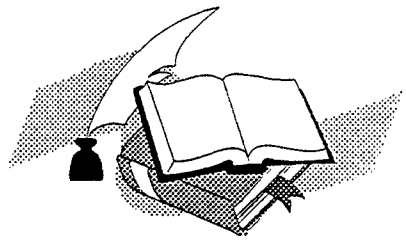
رئيس قسم الدراسات العليا

الأسم : أ.د/ عبد الله بن حمد العظيمل

التوقيع : ١٤٢٠/١/١٩

* يوضع هذا النموذج أمام النسخة المقابلة لنسخة عنوان الأطروحة في كل نسخة من الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم



ملخص الرسالة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده .. وبعد :

فإن هذه الرسالة قد تناولت بالدراسة والتحقيق كتاب النكاح وما يتعلق به من الموضوعات من كتاب ((**الجامع لمسائل المدونة والمختلطة وآثارها وزياداتها ونظائرها وشرح ما أشكل منها**)) للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي، المتوفى سنة (٤٥١هـ) .

وهو من أهم المصادر الفقهية في المذهب المالكي، وأحد مصادره المعتمدة . لذا اعتمد المتأخرون على ترجيح ابن يونس فيه .

وقد امتاز بحسن عرض المادة العلمية، مع التوجيه والتعليل والاستدلال والترجيح .

وإن هذه الرسالة قد اشتملت على قسمين :

القسم الأول : قسم الدراسة ، وفيه ثلاثة فصول : -

- الفصل الأول : ترجمة المؤلف .
- الفصل الثاني : دراسة الكتاب .
- الفصل الثالث: نسخ الكتاب ومنهجي في تحقيقه .

القسم الثاني : قسم التحقيق . وفيه ثلاثة عشر كتاباً :

الكتاب الأول :كتاب النكاح الأول .

الكتاب الثاني : كتاب النكاح الثاني .

الكتاب الثالث : كتاب النكاح الثالث .

الكتاب الرابع : كتاب الرضاع .

الكتاب الخامس : كتاب إرخاء الستور .

الكتاب السادس : كتاب الخلع .

الكتاب السابع : كتاب طلاق السنة والعدة .

الكتاب الثامن : كتاب الأيمان بالطلاق .

الكتاب التاسع : كتاب الظهار .

الكتاب العاشر : كتاب التخيير والتمليك .

الكتاب الحادي عشر : كتاب الإيلاء .

الكتاب الثاني عشر : كتاب اللعان .

الكتاب الثالث عشر : كتاب الاستبراء .

وقد ختمت الرسالة بعدد من الفهارس اللازمة والمهمة، وبلغت اثني عشر فهرساً .

الباحث	المشرف	عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
حمدان بن عبد الله الشمري	أ.د. محمد العروسي عبد القادر	د. محمد بن علي العقلا

المقدمـــــــــــة

المقدمة

الحمد لله المُنعِم بهدايته ، المُتمِّم لنعمته ، المُتفضِّل على جميع بريَّته ، أحمده على جميع آلائه ، وسوابغ نعمائه ، حَمْد مُقرٍّ بربُوبيَّته ، عارفٍ بوحدانيَّته ، وأشهد أن لاإله إلا الله وحده لاشريك له ، وأن محمَّداً عبده ورسوله ، أرسله إلى كافة خلقه بشيراً ونذيراً ، وداعيًا إلى الله بإذنه وسراجًا مُنيراً ، فبلَّغ رسالته ، وأدَّى أمانته ، فهدى به من شاء بفَضلِه ، وأضلَّ من خذله بعدلِه ، وصلَّى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلَّم[1] .

أما بعد :

فإن علم الفقه الإسلامي من أجلِّ العلوم الشرعية، وأعظمِها قدراً ، وأكبرِها أثراً ، لأنه يشتمل على الأحكام الشرعية التي يلزم المكلف معرفتها والعلم بها ، ليستقيم على منهج الله ، قائماً بما عليه من حقوق ، مؤدِّياً ماعليه من واجبات ، فيصلح بذلك الأفراد ، وتصلح المجتمعات المسلمة .

فحاجة الأمة إلى هذا العلم دائمةٌ لاتنقطع ، ولايمكن لها الاستغناء عنه بأيِّ حالٍ من الأحوال ، ولافي أيِّ زمنٍ من الأزمان .

بل إن حاجتها إليه لاتقلُّ عن حاجتها إلى الطعام والشراب اللَّذين بهما قُوام حياة الأبدان .

هذا وإن المكتبة الإسلامية زاخرةٌ بتُراثٍ وفيرٍ ، يحتوي على عِلمٍ غزيرٍ ، تركه لنا أولئك الأعلام ، من فقهاء الأمة وعلماء الإسلام . ولم يصل إلى أيدينا من ذلك إلا القليل ، أما أكثر هذا التراث فما زال مخطوطاً لم يرَ النور بعد ، وإنما انتفع به أسلافنا ، وبقي محفوظاً لنا ، فهو ينتظر الأيدي الأمينة التي تُشفِق عليه ، فتمتدُّ إليه ، لتخلِّصه من السجن الذي كُتب عليه .

---

(١) بهذه الافتتاحية افتتح ابن يونس رحمه الله كتابه الجامع ، فرأيت من المناسب أن أفتتح بها هذا القسم منه .

فقد مرَّت على هذه المخطوطات قرونٌ عديدةٌ ، وأزمنةٌ مديدةٌ ، وهي مهجورةٌ في خزائن الكتب ودور الحفظ المتفرقة في أنحاء العالم .

وإن الأخطار والآفات المختلفة تهدِّدها لتقضي على مابقي منها ، فحَرِيٌّ بطلبة العلم الجادِّين ورجاله المخلصين أن يهبُّوا إلى إنقاذ هذا التراث العظيم ، والسعي في إخراجه إلى عالم النور ، لتنتفع منه الأمة في حاضرها ومستقبلها ، ولئلا تذهب جهود أولئك العلماء الأفذاذ هدراً ، وهم الذين قد أفنوا أعمارهم المباركة في تأليفها .

وإن من الحقائق الثابتة أن كلَّ كتابٍ يوجد فيه ماليس في غيره .

أهمِسُ بهذه الحقيقة إلى الآذان الصاغية ، والقلوب الواعية ، شَحذاً للهمَّة ، إلى تحقيق تراث الأمَّة .

هذا وإنَّني بعد أن فرغت من مرحلة الماجستير ، سارعت بالتسجيل في مرحلة الدكتوراه ، وبعد قبولي فيها أخذت أفكِّر في موضوعٍ يصلح للبحث .

ورغبت أن تكون رسالتي في هذه المرحلة تحقيقاً لكتابٍ من كتب تراثنا الإسلامي الوفير ، لما في التحقيق من نفعٍ مُتَعدٍّ إلى الآخرين ، إذ به يخرج كتابٌ من الكتب النافعة ، فيصل بذلك إلى أيدي طلبة العلم ، بعد أن كان مجهولاً أو بعيداً عنهم .

فدخلت في مرحلة البحث عن مخطوطٍ نفيسٍ يستحق التحقيق ، وهذه المرحلة وهي ماتُعرف بـ(اختيار الموضوع) من أصعب المراحل التي يمرُّ بها الباحث ، فقلَّبت بعض فهارس المخطوطات لعلِّي أجد بُغيَتي .

وبينما أنا في هذه المرحلة إذ سمعت عن كتاب الجامع لابن يونس الصِّقلِّي ، وأنه قد سُجِّلت فيه بعض الرسائل ، فسارعت في السؤال عنه ، فأفادني القائمون على قسم الدراسات العليا الشرعية بأنه قد سُجِّل في أكثر أقسامه ، وبقي منه قسمان لم يسجَّل فيهما ، فعزمت على التسجيل في أحدهما .

وبعد السؤال عن الكتاب والاطلاع على بعض ماكُتب عنه ألفيته كتاباً قيِّماً ومخطوطاً نفيساً ، له مكانته العلمية وأهميته البالغة ، فزاد ذلك من عزمي وتصميمي على التسجيل فيه .

ومما يشجِّع على ذلك أن قسم الدراسات العليا حريصٌ على استكمال بقية أقسام الكتاب ليخرج إلى النور كاملاً بدون نقص ، لتعمَّ به الفائدة ويَعظُم الانتفاع.

وكان القسمان المتبقيان هما :

١ ـ كتاب النكاح ومايتعلق به من الموضوعات .

٢ ـ كتاب الوصايا والفرائض .

وبعد استخارة الله تعالى ، واستشارة بعض الأساتذة الناصحين اخترت القسم الأول وهو يشتمل على الكتب التالية[1] :

(١) كتاب النكاح الأول

(٢) كتاب النكاح الثاني

(٣) كتاب النكاح الثالث

(٤) كتاب الرضاع

(٥) كتاب إرخاء الستور

(٦) كتاب الخلع

(٧) كتاب طلاق السنة والعدة

(٨) كتاب الأيمان بالطلاق

(٩) كتاب الظهار

(١٠) كتاب التخيير والتمليك

---

(١) وقد رتبتها على حسب ترتيب نسختي أ ، ب وهما اللتان اعتمدنا ترتيبهما ، وإلا فالتسجيل كان وفق ترتيب نسخة ز ، لأنها كانت هي الموجودة آنذاك ، وترتيبها يختلف عن هذا الترتيب .

(١١) كتاب الإيلاء
(١٢) كتاب اللعان
(١٣) كتاب الاستبراء[1]

وبعد شروعي في العمل على الكتاب ، والتعرُّف عليه من قُرب ، واجهتني بعض الصعاب والعوائق التي كادت أن تثنيني عن المضيِّ فيه ، من أبرزها :

(١) أن المؤلف يكثر في كتابه من النقول عن الأمهات في المذهب المالكي وغيرها مما جعل ذلك سمةً بارزةً على الكتاب .
ولست مبالغاً حين أقول بأن كلام المؤلف في الكتاب يُشكِّل نسبةً قليلةً جدًّا بالنسبة إلى حجم الكتاب ، ومما لايخفى أن هذه النصوص المنقولة تحتاج إلى توثيقٍ من مصادرها ، وهذا يتطلَّب وقتًا طويلاً ، وجُهداً كبيراً ، لاسيَّما وأن أكثرها مصادر مخطوطةٌ غير متوفِّرةٍ وقتئذ ، فيُحتاج إلى التعرُّف على أماكن وجودها ومن ثَمَّ الإتيان بها .

(٢) أن أكثر مصادر الكتاب مخطوطة ـ كما أسلفت ـ وهذا يتطلَّب دراسة هذه المخطوطات وقراءتها ثم التوثيق منها ، علماً بأنها لاتسلم من التصحيف والتحريف والخطأ وغير ذلك مما هو من طبيعة المخطوطات ، فأصبحت كأني أُحقِّق كُتُباً كثيرةً وليس كتاباً واحداً .
ويعلم الله أنه تمرُّ بي اللفظة أحياناً مختلفةً بين نُسَخ الكتاب وبين المصادر المنقول منها النص ، ثم لاأدري أيها الصواب ، فآخذُ وقتاً في التفكير حتى أصلَ إلى نتيجةٍ مُرضِيةٍ يستقيم معها النَّص ، والسبب في ذلك أن الكلَّ مخطوطٌ فاحتمال الخطأ في كُلٍّ وارد .

---

(١) هذا الكتاب لم يكن موجودًا في خطة البحث ، لأنه ساقط من ز ، وإنما زاد في القسم الذي عندي من نسختي أ ، ب الكاملتين .

(٣) أن كتاب النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني ، وهو من أهم مصادر الكتاب ، اعتمدت فيه النسخة التي جلبتها من الرياض ، وهي واضحة ، إلا العناوين فهي غير واضحة ، ويبدو أنها كانت مكتوبةً في الأصل باللون الأحمر ، فعانيت من ذلك كثيراً عند إرادة توثيق النقل منه ، لاسيَّما مع كثرة لوحاته وتعدُّد أبوابه ، واختلاف ترتيبها عن الجامع .

فلذلك وغيره رأيت نفسي أمام عملٍ شاقٍّ مُضْنٍ ، يصعب على مثلي القيام به ، وقد لاأتمكَّن من الصبر عليه ، ولاجَمْع الفِكر للتفرُّغ له ، لكثرة الواجبات، وتعدد الالتزامات .

إلاَّ أنِّي بعد التفكير في الاحجَام ، آثرت المُضيَّ والإقدَام ، فعزمت على ذلك مستعينًا بالله وحده على القيام به ، رغم مافيه من مشقة ، ومايَحتاجه من صبر ، ومايتطلَّبه من وقت .

وقد قسَّمت البحث بعد هذه المقدمة على النحو التالي :

القسم الأول : قسم الدراسة .

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : ترجمة المؤلف .

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : نسبه ومولده .

المبحث الثاني : نشأته وتنقلاته .

المبحث الثالث : شيوخه .

المبحث الرابع : تلاميذه .

المبحث الخامس : مكانته العلمية .

المبحث السادس : مؤلفاته .

المبحث السابع : ثناء الناس عليه ووفاته .

الفصل الثاني : دراسة الكتاب .

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف .

المبحث الثاني : أهمية الكتاب .

المبحث الثالث : أثر الكتاب .

المبحث الرابع : مصادر الكتاب .

المبحث الخامس : منهج الكتاب .

المبحث السادس : مصطلحات الكتاب .

المبحث السابع : تقويم الكتاب .

الفصل الثالث : نسخ الكتاب ومنهجي في تحقيقه .

القسم الثاني : قسم التحقيق .

ويشتمل على الكتب آنفة الذكر من كتاب الجامع لابن يونس .

وذيَّلت هذا القسم ببعض الفهارس اللَّازمة التي تكشف عن محتوياته .

وبعد :

فهذا عملي الذي قمت به في تحقيق هذا الكتاب ، فما كان من صوابٍ فمن توفيق الله تعالى ، فله الحمد والمنَّة ، وماكان من خطأٍ فمن نفسي وأستغفر الله منه ، وحسبي أني اجتهدت ، والمجتهد ـ كما هو معلوم ـ لايعدم الأجر في الحالين .

والعمل البشري دائماً عُرضَةٌ للزَّلل ، ومظِنَّةٌ للنقص والخَلل ، فرِحَم الله من ستر عيباً ، أو أسدى نُصحاً .

هذا وأحمد الله تعالى وأشكره على إنعامِه ، بما منَّ عليَّ من إكمال هذا العمل وإتمامِه .

وفي ختام هذه المقدمة أشكر والديَّ الكريمين ، إذ لهما أكبر الأثر بعد توفيق الله لقيامي بهذا العمل الجليل ، لأنهما أَذِنا لي بالسفر لمواصلة دراستي ، فتحمَّلا

بُعدِي عنهما تحقيقاً لرغبتي ، ثم لم يألُوَا جُهداً في الدعاء لي ، فأسأل الله العلي القدير أن يحفظهما ، ويبارك في عمرهما ، ويجزيهما عني خير الجزاء ، كما أسأله أن يوفقني لبرِّهما والإحسان إليهما على الوجه الذي يُرضيه ويقرِّب إليه إنه سميع مجيب .

وإني أتقدَّم بالشكر الجزيل والعرفان بالجميل لشيخي وأستاذي فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور/محمد العَروسي عبد القادر ، المشرف على الرسالة ، فقد وَسِعني بحسن خُلقه ، وكريم طَبعه ، فلم يألُ جهداً في توجيهي ونصحي ، مما كان لِحسن توجيهاته وجميل تصوياته الأثر الواضح على هذه الرسالة ، فجزاه الله عني خير الجزاء ، ونفع بعلمه وبارك فيه .

كما لايفوتني أن أتقدم بالشكر والتقدير لفضيلة الأستاذ الدكتور/عبدالوهاب أبو سليمان ، الذي أشرف على هذه الرسالة في مرحلتها الأولى ، وله دورٌ كبيرٌ في إظهار هذا الكتاب والدعوة إلى تحقيقه وإيضاح معالم ذلك ، ووضع الخطوط العريضة له ، فجزاه الله تعالى عني وعن زملائي خير الجزاء .

كما أشكر القائمين على هذه الجامعة المباركة على اهتمامهم بالباحثين ، وتشجيعهم في مسيرتهم العلمية .

وأتوجَّه بالشكر للقائمين على كلية الشريعة ، وقسم الدراسات العليا الشرعية على جهودهم المشكورة في رعاية الدارسين والباحثين ، ومتابعتهم في سير بحوثهم ، وتيسير أمورهم .

وأخيراً أشكر كلَّ مَنْ لم يضِنَّ عليَّ بتوجيهٍ أو إسداءِ نُصحٍ أو إعارة كتابٍ أو غير ذلك من الأساتذة الفضلاء والاخوة الزملاء ، فاللهم اجز الجميع عني خيراً ، ووفقنا وإياهم لما تحبُّ وترضى ، واغفر لنا ولهم في الآخرة والأولى .

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين ، وصلَّى الله على نبينا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلَّم .

القسم الأول

الدراسة

الفصل الأول
ترجمة المؤلف (*)

المبحث الأول
نسبه ومولده

فنسبه :

هو أبو بَكر محمدُ بن عبد الله بن يونس التَّمِيمِي الصِّقِلِّي[١] ، وهو من بيتٍ قيروانيٍّ معروف ، ونُسب إلى صِقِلِّيَّة لأن والده سافر إليها واستقرَّ بها فنُسِب إليها .

(*) انظر لترجمته :

ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ، تأليف : القاضي عياض بن موسى اليحصبي السبتي ، تحقيق : أحمد بكير محمود (بيروت : دار مكتبة الحياة ، ط ، ت : بدون) ٨٠٠/٢ .

الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب ، تأليف : إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي ، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور (القاهرة : مكتبة دار التراث للطبع والنشر ، ط ، ت : بدون) ٢٤٠/٢، ٢٤١

شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، تأليف : محمد بن محمد مخلوف (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط ، ت : بدون) ص١١١ .

الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، تأليف : محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ، اعتنى به أيمن صالح شعبان (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ٢٤٥/٤ .

العمر في المصنفات والمؤلفات التونسيين ، تأليف : حسن حسني عبد الوهاب ، مراجعة : محمد العروسي المطوي ، بشير البكوش (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ١٩٩٠م) ٦٧٦/١، ٦٧٧.

(١) نسبة إلى صِقِلِّيّة ، بثلاث كسرات وتشديد اللام والياء ، جزيرةٌ جبليةٌ مثلَّثة الشكل تقع في بحر المغرب مقابلة إفريقية .

انظر : معجم البلدان ، تأليف : شهاب الدين ياقوت الحموي ، (بيروت : دار صادر للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥م) ٤١٦/٢ .

قلت : وهي اليوم تحت الحكم الإيطالي .

أما مولده :

فقد ولد ابن يونس في مدينة بَلَرُم[1] عاصمة صِقِلِّية ، و لم تذكر مصادر الترجمة التي بين يديَّ تاريخ ولادته ، لكن يظهر أنها كانت في أواخر القرن الرابع الهجري ، لأن انتقاله إلى القيروان كان في آخر القرن الرابع كما ذكر صاحب العُمُر.

---

(١) بلرم : بفتح أوله وثانيه وسكون الراء معناها عند الروم : المدينة ، وهي أعظم مدينة في جزيرة صقلية في بحر المغرب على شاطئ البحر .
انظر : المصدر نفسه ٤٨٣/١ .

المبحث الثاني
طلبه للعلم وتنقلاته

يبدو أن ابن يونس نشأ في كنف والديه نشأةً سويَّةً ، وربَّياه تربيةً صحيحةً ، فحبَّباه في العلم وأهله منذ الصغر ، لذاكان من طلاَّب العلم الجادِّين ، إذ طلب العلم على كبار علماء صقلية وقضاتها المشهورين كما أثبتت مصادر ترجمته .

ثم بعد ذلك ـ وفي آخر القرن الرابع ـ رحل إلى القيروان ، فطلب العلم على شيوخها وعلمائها في ذلك الوقت .

واستقر في القيروان إلى أن جاءت الزحفة الهلالية عليها فالتجأ إلى المَهْدِيَّة[1] ، وكان ذلك في السنوات الأخيرة من حياته .

---

(١) المهدِيَّة : مدينةٌ بإفريقية منسوبةٌ إلى المهدي ، بينها وبين القيروان مرحلتان ، وهي على ساحل بحر الروم داخلةٌ فيه ككفٍ على زند ، كان عليها سور عال مُحكم .
انظر : المصدر نفسه ٥/٢٢٩ .

المبحث الثالث
شيوخه

طلب ابن يونس العلم وتلقَّاه على عددٍ من العلماء في كلٍ من صِقِلِّيَّة والقيروان من أبرزهم :

(١) **أبو الحسن الحصائري :**

هو القاضي أبو الحسن أحمد بن عبد الرحمن الصقلِّي ، المعروف بابن الحصائري ، عالمٌ ، فقيهٌ ، فاضلٌ ، ورِعٌ ، سمع من ابن أبي زيد القيرواني وغيره ، أخذ عنه المؤلف وعتيق السمنطاري ، وعتيق ابن الفرضي[١] .

(٢) **أبو بكر عتيق بن عبد الجبار الفرضي الصقلِّي :**

وهو أحد شيوخ ابن يونس كما ذكر ابن فرحون ومخلوف[٢] .

ومما يؤكد ذلك أن ابن يونس إذا أورده قال : قال شيخنا أبو بكر عتيق بن عبد الجبار[٣] .

(٣) **أبو بكر بن العباس :**

فقيه صقلية وعالمها ومدرِّسها ، تفقه عليه في المدونة ، كان إماماً في علم الفرائض ، أخذ عنه ابن يونس وغيره من أهل صقلية[٤] [٥] .

(٤) **أبو الحسن علي بن محمد القابسي**[٦]

ويبدو أن ابن يونس لم يطل أخذه عنه ، لأن قدوم ابن يونس القيروان كان في آخر القرن الرابع كما أشرنا إليه قريباً ، وأبو الحسن القابسي توفي سنة ٤٠٣هـ .

---

(١) انظر : ترتيب المدارك ٢/٧١٥ ، شجرة النور ص٩٨ .

(٢) انظر : الديباج ٢/٢٤٠ ، شجرة النور ص١١١ .

(٣) انظر : ص٢٦٩، ٧٢٨ .

(٤) لعل ابن يونس الموصوف بأنه كان فرضِيّاً أخذ علم الفرائض عن أبي بكر هذا الموصوف بأنه إمامٌ فيه .

(٥) انظر : ترتيب المدارك ٢/٧١٦ ، شجرة النور ص٩٨ .

(٦) ستأتي ترجمته ص١٢ من قسم التحقيق .

(٥) **أبو عمران موسى بن عيسى الفاسي ، المتوفى سنة ٤٣٠هـ**[١]

ويذكر ابن يونس آراءه نقلاً عن عبد الحق الصقلي في تهذيب الطالب ، وكثيرًا مايصدِّر ذلك بقوله : وُذكر أو وحُكي عن أبي عمران .

(٦) **أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن الخَولاني المتوفى سنة ٤٣٢هـ**[٢]

لم يذكر أحدٌ ممن ترجم لابن يونس أن أبا بكر بن عبد الرحمن من شيوخه ، لكن معاصرته للمؤلف في القيروان تدل على أخذه عنه .

ومما يدل على ذلك أيضًا قول ابن يونس : وظهر لي أن القياس ماقاله بعض شيوخنا ـ يعني به أبا بكر بن عبد الرحمن[٣] .

---

(١) ستأتي ترجمته ص١٠ من قسم التحقيق .

(٢) ستأتي ترجمته ص١٠٤ من قسم التحقيق .

(٣) انظر ص١٩٢ من قسم التحقيق .

المبحث الرابع
تلاميذه

إن مصادر ترجمة ابن يونس لم تسمِّ لنا أحداً من تلاميذه ، وهذا لاينفي تتلمذ طلاب العلم على يديه وأخذهم عنه ، لاسيما وهو العالم الفقيه الفرضي .

بل قد ذكر صاحب العُمُر أنه أقرأ الفقه والفرائض[١] .

وأيضاً فإن تأليف الجامع كان تلبيةً لرغبة بعض طلاب العلم فقد قال في مقدمته : فقد انتهى إليَّ مارغب فيه جماعةٌ من طلبة العلم ببلادنا في اختصار كتب المدونة والمختلطة[٢] [٣] .

فلعلَّ هؤلاء الطلبة من تلاميذه الذين لازموه ، فطلبوا منه ذلك لما رأوا تمكُّنه في العلم وقدرته على التأليف .

---

(١) انظر : العمر ١/٦٧٦ .

(٢) وهذا يدل على ورعه رحمه الله ، وكثيرٌ من علماء المسلمين الأوائل يشترك معه في ذلك ، فكانوا رحمهم الله لشدة ورعِهم وبُعدِهم عن الرياء والسمعة لايؤلفون ـ مع قدرتهم ـ إلا بعد السؤال والطلب من بعض إخوانهم أو تلاميذهم ، وقد بيَّنوا ذلك في مقدمات كُتبِهم .

(٣) الجامع ل١/ب .

المبحث الخامس
مكانته العلمية

إن ابن يونس الصقلي قد احتل مكانة عالية ومنزلة رفيعة لدى فقهاء المذهب المالكي حتى صار إماماً من أئمته المشهورين ، وعَلماً من أعلامه البارزين .

وإن اعتماد فقهاء المذهب لكتابه أكبر شاهد على مكانة مؤلفه العلمية ، وملكته الفقهية ، إذ حرَّر فيه المذهب وهذَّبه .

وفي ذلك يقول ابن عرفة الدسوقي : ابن يونس من ضمن الذين تعبوا في تحرير المذهب وتهذيبه[١] .

ومما يدل على مكانة ابن يونس ماقاله الحطَّاب تعقيباً على من طعن في نقل ابن يونس لمسألة عن سحنون ، فقد قال : إن إمامة ابن يونس وجلالته وثقته معروفة فلاينبغي أن يُطعن في قوله[٢] .

وماعتمدوا كتابه إلا لثقته عندهم ، لذا يقول الثعالبي : وعليه اعتمد من بعده وكان يسمى مصحف المذهب لصحة مسائله ووثوق صاحبه[٣] .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تأليف : محمد عرفة الدسوقي (بيروت : دار الفكر ، ط ، ت : بدون) ١/٢٢ .

(٢) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف : أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المعروف بالحطاب ، ضبط : زكريا عميرات (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ٥/٤٣٦ .

(٣) الفكر السامي ٣/٢٤٥ .

المبحث السادس
مؤلفاته

إن الذين ترجموا لابن يونس ذكروا أنه ألف كتابين اثنين هما :

(١) الجامع لمسائل المدونة

وسيأتي الكلام عليه في الفصل الآتي .

(٢) كتاب الفرائض

وهو كتاب مستقل غير الجامع .

قال القاضي عياض : وصنَّف في الفرائض[١] .

وقال ابن فرحون : ألَّف كتاباً في الفرائض[٢] .

وقال مخلوف : ألَّف كتاباً في الفرائض[٣] .

ولاغرو أن يؤلف ابن يونس كتابا مستقلاً في علم الفرائض وهو ممن برع فيه واشتهر به ، فقد وصف بأنه كان فرضياً كما سيأتي ذكر ذلك قريباً .

ويتضح أنه ألفه بعد فراغه من تأليف الجامع بدليل أنه لما تعرَّض لحكم الخنثى المشكل في كتاب النكاح الثاني وذكر كيفية توريثه قال : وسأذكر بيان ذلك في كتاب الفرائض ، وأذكر فيه بقية اختلافهم فيه وكيفية حساب توريثه إن شاء الله[٤]

---

(١) ترتيب المدارك ٢/٨٠٠ .

(٢) الديباج ٢/٢٤٠ .

(٣) شجرة النور ص١١١ .

(٤) انظر ص٢٧١ .

المبحث السابع
ثناء العلماء عليه ووفاته

قد أثنى العلماء على ابن يونس رحمه الله ، وذكروا مابرع فيه من العلوم ، ومااشتهر به من المناقب الحميدة والخصال الرشيدة .

فقال القاضي عياض : كان فقيهًا فرضيًا حاسبًا .

وقال ابن فرحون : كان فقيهاً إماماً عالماً فرضياً ، مُلازماً للجهاد موصوفاً بالنَّجدة .

وقال مخلوف : الإمام الحافظ النظَّار ، أحد العلماء وأئمة الترجيح الأخيار .

وقال الثعالبي : كان فقيهاً إماماً عالماً فرضياً ملازماً للجهاد ، موصوفاً بالنَّجدة ، مشهوراً في المذهب المالكي .

وقال صاحب العمر : برع في علوم الدين ، واشتهر بمعرفة الفرائض والحساب .

توفي ابن يونس في عشرين من ربيع الأول ، وقيل : في ربيع الآخر سنة ٤٥١هـ بمدينة المهدية ودفن برباط المُنَسْتِير[1] .

وقد أمضى حياته بطلب العلم والتأليف والجهاد والنَّجدة ، فرحمه الله رحمة واسعة .

---

(١) بضم أوله وفتح ثانيه وسكون السين المهملة وكسر التاء ، مدينة بتونس بين المهديَّة وسوسَة ، كان يسكنها قوم من أهل العبادة والعلم .
انظر : معجم البلدان ٥/٢٠٩ .

الفصل الثاني
دراسة الكتاب

المبحث الأول
اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف

لم ينص المؤلف في مقدمة كتابه على اسم الكتاب ، وقد وُجِد على اللوحة الأولى من النسخ المخطوطة العنوان التالي :

(الجامع لمسائل المدونة والمختلطة وآثارها وزياداتها ونظائرها وشرح ماأشكل فيها وتوجيهه ، والفرق بينه وبين ماشاكله مجموع بالاختصار وإسقاط التكرار وإسناد الآثار من أمهات الدواوين للأئمة المالكية) .

وهذا العنوان بهذا الطول مأخوذٌ من مقدمة المؤلف التي ذكر فيها سبب تأليفه لكتابه ، وطبيعته فقال :

"فقد انتهى إليَّ مارغب فيه جماعة من طلبة العلم ببلدنا في اختصار كتب المدونة والمختلطة وتأليفها على التوالي ، وبسط ألفاظها تيسيراً ، وتتبع الآثار المرويَّة فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضي الله عنهم ، وإسقاط إسناد الآثار وكثيرٍ من التكرار ، وشرح ماأشكل من مسائلها وبيان وجوهها وتمامها من غيرها من الكتب .

فسارعت إلى ذلك رجاء النفع به والمثوبة عليه إن شاء الله تعالى"[1] .

وكل الذين أشاروا إلى كتاب ابن يونس يذكرونه بالاختصار مع اختلافٍ يسيرٍ في ذلك ، كقولهم : "الجامع لمسائل المدونة" أو "الجامع لابن يونس" .

هذا عن اسم الكتاب ، أما عن نسبته إلى المؤلف فإنه لايساورنا أدنى شكٍّ في نسبته إلى ابن يونس الصقلِّي ، ومما يدل على ذلك الأمور التالية :

---

(١) الجامع نسخة أ ل١/ب .

جامعة أم القرى مكة المكرمة
عمادة شؤون المكتبات
المكتبة المركزية بمكة المكرمة
قسم المخطوطات
UMM AL-QURA UNIVERSITY MAKKAH

١ ـ أن اسم المؤلف مكتوبٌ على نسخ الكتاب المخطوطة ، ففي اللوحة الأولى من نسخة (أ) كُتِب في أعلاها بالخط العريض : "قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن يونس رحمه الله ورضي عنه"[١] .

وفي أول باب الوضوء من النسخة نفسها : "قال محمد بن عبد الله بن يونس: الطهارة من الحدث فريضةٌ واجبةٌ ...الخ"[٢] .

٢ ـ أن الذين ترجموا لابن يونس نسبوا الكتاب إليه .

فقال القاضي عياض : صنَّف في الفرائض وشرحاً كبيراً للمدونة[٣] .

وقال ابن فرحون : ألَّف كتاباً في الفرائض ، وكتاباً جامعاً للمدونة أضاف إليها غيرها من الأمهات[٤] .

وقال مخلوف : ألَّف كتاباً في الفرائض وكتاباً حافلاً للمدونة[٥] .

وقال الثعالبي : ألَّف كتاباً جامعاً لمسائل المدونة والنوادر[٦] .

وقال صاحب العمر : له الجامع لمسائل المدونة ، وهو كالشرح لها في عدة أجزاء[٧] .

٣ ـ أن كثيراً من الفقهاء نقلوا من هذا الكتاب ونسبوه إلى ابن يونس ، كالقرافي والزرويلي والونشريسي والحطَّاب والمَوَّاق وغيرهم .

---

(١) الجامع ل١/ب .
(٢) المصدر نفسه ل٢/أ .
(٣) ترتيب المدارك ٢/٨٠٠ .
(٤) الديباج ٢/٢٤٠ .
(٥) شجرة النور ص١١١ .
(٦) الفكر السامي ٤/٢٤٥ .
(٧) العمر ١/٦٧٦ .

المبحث الثاني
أهمية الكتاب

إن لكتاب الجامع لابن يونس أهمية كبيرة ومنزلة جليلة بين كتب الفقه المالكي الكثيرة ، ومن أسباب ذلك أنه شرحٌ لأهمِّ كتابٍ في المذهب ، بل أصله وعمدته ألا وهو المدونة ، ومما يدل على أهميته أن الاعتماد صار عليه .

يقول القاضي عياض : عليه اعتماد الطلبة بالمغرب للمذاكرة[١] .

ويقول ابن فرحون : عليه اعتماد طلبة العلم للمذاكرة[٢] .

وهو من الكتب المعتمدة أيضاً في الفتوى ، لذا لما سئل الفقيه السرقسطي عن الكتب المعتمدة في الفتوى أجاب : إن المعتمد في ذلك : الموطأ والمنتقى والمدونة وابن يونس ـ يقصد جَامِعَه ـ والمقدمات والبيان والنوادر[٣] .

وقد ذكر ذلك صاحب الطُّليحَة فقال :

واعتمدوا الجامع لابن يونس وكان يُدعى مُصحَفاً ولكن نُسِي[٤]

ولأهميته عندهم ، واعتمادهم عليه كانوا يسمونه مُصحف المذهب[٥] .

قال صاحب معلمة الفقه المالكي : ثم جاء ابن يونس التميمي (٤٥١هـ) فنقل معظم مافي النوادر وغيره من الأمهات في كتاب في الفقه المسمى (مُصحَف المذهب)[٦] .

---

(١) ترتيب المدارك ٢/٨٠٠ .

(٢) الديباج ٢/٢٤٠ .

(٣) محاضرات في تاريخ المذهب المالكي ، تأليف : عمر الجيدي (الدار البيضاء : منشورات عكاظ ١٤٠٨هـ) ص١٠٣ .

(٤) الطليحة ، النابغة القلاوي (الطبعة الأولى ، ١٣٣٩هـ) ص٨٠ .

(٥) انظر : نور البصر شرح المختصر ، تأليف : أحمد بن عبد العزيز الهلالي ، نسخة مخطوطة مصورة من نسخة محفوظة في مكتبة الشيخ عبد الحي العمراوي من علماء القرويين ، فاس ، المغرب،ص٢٠٣ .

(٦) معلمة الفقه المالكي ، تأليف : عبد العزيز بن عبد الله (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ص٣٠٧،٣٠٨ .

المبحث الثالث
أثر الكتاب

إن كتاباً له من الأهمية والمكانة ماذكرنا لابد وأن له أثرواضح على المؤلفات بعده .

وهذا واضحٌ من خلال مانقله أكثر الفقهاء لاسيَّما الشرَّاح منهم .

لكن أبرز أثر يُهتَمُّ به ويُشَاد به في هذه الدراسة المختصرة ، اعتماد المتأخرين لترجيحات ابن يونس في جامِعه .

وهذا يتمثَّل في اعتماد خليلٍ لذلك في مُختصَره المشهور ، فقد قال في مقدمته وهو يذكر بعض اصطلاحاته : مُشِيراً بـ"فيها" للمدونة ، ... وبـ"الترجيح" لابن يونس[١] .

قال صاحب نور البصر : أي لترجيحه[٢] .

وقد ذكر الحطَّاب سبب اعتماد خليل لترجيح ابن يونس فقال : وخُصَّ ابن يونس بالترجيح لأن أكثر اجتهاده في الميل مع بعض أقوال من سَبَقَه ومايَختار لنفسه قليل[٣] .

ومن الأمثلة على اعتماد خليل لترجيحات ابن يونس في جامعه مايلي :

ـ قال خليل ص١٢٦ : ورُجِّح بداءة حلف الزوج مأمره إلا بألف .

وفي الجامع ص٧٣ : قال الشيخ : أراه يريد : إنما هذا بعد أن يحلف الزوج أنه إنما أمر الرسول أن يزوجه بألف .

ـ قال خليل ص١٣٦،١٣٧ : ورُجِّح إدخال خِرقَةٍ وتنظرها النساء إلا أن يترافعا طاهراً .

---

(١) انظر : مختصر خليل ، تأليف : الشيخ خليل بن إسحاق المالكي ، تصحيح : أحمد نصر (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأخيرة ، ١٤٠١هـ) ص٨ .

(٢) نور البصر ص٢٠٢ .

(٣) مواهب الجليل ٤٨/١ .

وفي الجامع ص٥٥٦ : قال الشيخ : ولو قال قائل : ينظر إليها النساء بإدخال الخِرقة في نفسها ولاكُشفَة في ذلك لرأيته صواباً .

ـ قال خليل ص١٦٨ : ولاتعود ـ أي الحضانة إلى الأم ـ بعد الطلاق أو فسخ الفاسد على الأرجح .

وفي الجامع ص٥١٣ : قال الشيخ : ... ثم علم بفساد النكاح ففسخ ، فقال بعضهم : يرجع إليها الولد ، وقال غيره : لايرجع ، وهو أصوب ، وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح .

المبحث الرابع
مصادر الكتاب

إن ابن يونس رحمه الله قد استقى مادة كتابه العلمية من المصادر الأصلية للمذهب المالكي ، فأفرغ فيه المدونة وأكثر مسائل الأمهات غيرها ، فصار جامِعه موسوعةً فقهيةً كبرى .

و لم ينص المؤلف في مقدمة كتابه إلا على بعض المصادر ، وبعد مُطالعته ، والعمل في تحقيقه تعرَّفت على باقيها .

وقد رتبتها على حسب أهميتها وأثرها على الكتاب ، وهي :

(١) **المدونة**[١]

لسحنون بن سعيد التنوخي[٢] (ت٢٤٠هـ) .

هذا الكتاب هو أهم مصادر الجامع ، لأن القصد من تأليفه ذكر مسائلها وشرح ماأشكل منها وتوجيهه كما ذكر المؤلف في مقدمته .

ولأهمية المدونة في المذهب المالكي ، ولأهميتها بالنسبة لكتاب ابن يونس ، فإني أذكر نبذةً مختصرةً عنها وعن مراحل تأليفها .

---

(١) وقد اعتمدت في هذا المصدر على النسخة المصورة على طبعة السعادة بجوار محافظة مصر ، (نشر بيروت : دار إحياء التراث العربي) .

(٢) هو أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني ، الملقب بـ"سحنون" ، أصله من حمص ، فقيهٌ ، عابدٌ ، حافظٌ ، إمامٌ ، عالمٌ ، قاضي القيروان ، وصاحب المدونة ، أخذ عن البهلول بن راشد وعلي بن زياد وأسد بن الفرات وابن القاسم وابن وهب وابن عبدالحكم وغيرهم .
انظر : طبقات علماء إفريقية وتونس ، تأليف : أبي العرب محمد بن أحمد القيرواني ، تحقيق : علي الشابي ، نعيم حسن اليافي (تونس : الدار التونسية للنشر ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥م) ص١٨٤ ، ترتيب المدارك ١/٥٨٥ ، سير أعلام النبلاء ، تأليف : الإمام محمد بن أحمد الذهبي تحقيق : محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمروي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ) ١٠/٧٠ ، الديباج ٢/٣٠ ، شجرة النور ص٦٩ .

إن أصل المدونة سماع قاضي القيروان أسد بن الفرات[١] عن عبد الرحمن بن القاسم[٢] ، وهو أول من عملها ورواها عنه ، وسأله عنها على أسئلة أهل العراق ، وأجابه ابن القاسم بنصّ قول مالك مما سمع منه أو بلغه أو قاسه على قوله وأصله ، وسُميت بالأسدية نسبةً إلى أسد بن الفرات[٣] .

وقد منعها أسد من تلميذه سحنون ، فتلطَّف به سحنون حتى وصلت إليه ، فارتحل بها إلى ابن القاسم في مصر ، فسمعها منه وأصلح فيها أشياء كثيرةً رجع عنها ، لأنه كان قد أملاها على أسد من حفظه .

ثم جاء بها سحنون إلى القيروان ، وكتب ابن القاسم إلى أسد يطلب منه أن يعرض الأسدية على مدونة سحنون لرجوعه عن أشياء كان قد أفتاه بها ، لكن أسداً أبى أن يمتثل ، فيقال : إن ابن القاسم دعا أن لايبارَك فيها .

قال الحطَّاب : فهي مرفوضةٌ إلى اليوم .

---

(١) هو أبو عبد الله أسد بن الفرات بن سنان ، مولى بني سليم ، أصله من نيسابور ، تفقه على علي بن زياد ، ثم سمع من مالك ، ثم ذهب إلى العراق فلقي أبا يوسف ومحمد بن الحسن ، دوَّن الأسدية عن ابن القاسم ، تولى قضاء القيروان سنة ٢٠٤هـ ، توفي مُحاصِراً لسرقوسة في غزوة صقلية سنة ٢١٣هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٤٦٥/١ ، معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان ، تأليف : عبد الرحمن ابن محمد الدباغ ، تحقيق : محمد الأحمدي أبو النور ، ومحمد ماضور (القاهرة : مكتبة الخانجي ط ، ت : بدون) ٣/٢ ، الديباج ٣٠٥/١ ، شجرة النور ص٦٢ .

(٢) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري ، الشيخ الصالح ، الحافظ الحجة ، الفقيه ، أثبت الناس في مالكٍ وأعلمهم بأقواله ، صَحِبَه عشرين سنة وتفقه به وبنظرائه ، توفي بمصر سنة ١٩١هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٤٣٣/١ ، الديباج ٤٦٥/١ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، تأليف : عبد الحي بن العماد الحنبلي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤١٤هـ) ٣٢٩/١ ، شجرة النور ص٥٨ .

(٣) وقد سماها المؤلف بذلك مرة واحدة ، انظر ص٣٦٧ .

ولما كانت مدونة سحنون مختلطة الأبواب غير مرتبة المسائل شرع في إصلاح ذلك ، فطرح منها مسائل ، وأضاف الشكل إلى شكله ، وهذَّبها ورتَّبها ترتيب التصانيف ، وذيَّل أبوابها بالأحاديث والآثار ، وألحق فيها من خلاف كبار أصحاب مالكٍ مااختاره ، فسُمِّيت المدونة ، وبقيت منها كتبٌ على حالها مُختَلَطة ، فلذا تسمى المُخْتَلَطة[١] [٢] .

وللمدونة مكانةٌ عظيمةٌ ومنزلةٌ رفيعةٌ في المذهب المالكي ، وإن خير من يصف هذه المكانة علماء المذهب .

فمن ذلك قول سحنون عنها : إنما المدونة من العلم بمنزلة أُمِّ القرآن من القرآن تجزئ في الصلاة عن غيرها ولايجزئ غيرها عنها[٣] .

ونقل أبو الحسن عن ابن يونس قال : يروى مابعد كتاب الله أصح من موطأ مالك ، وبعده مدونة سحنون .

ويذكر الحطَّاب سبب ذلك بأنها تداولها أفكار أربعةٍ من المجتهدين : مالك وابن القاسم وأسد وسحنون[٣] .

وقال القاضي عياض : هي أصل المذهب المرجَّح روايته على غيرها عند المغاربة ، وإياها اختصر مختصروها وشرح شارحوها ، وبها مناظرتهم ومذاكرتهم[٤] .

ومما يدل على مكانة المدونة وقدرها اهتمام فقهاء المالكية بها ، فقد توالت جهودهم في تأليف الشروح والمختصرات والتعليقات عليها في سائر العصور حتى

---

(١) وقد سماها المؤلف بذلك مرة واحدة ص٢٣١ فقال : وقال في كتاب الرهن في المختلطة ، قلت: ولعل كتاب الرهن من الكتب المختلطة على المعنى المذكور .

(٢) انظر : ترتيب المدارك ٤٦٩/١ ، مواهب الجليل ٧٤/١ ، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي ص١٧٥،١٧٦ ، معلمة الفقه المالكي ص٣٠٥ .

(٣) ترتيب المدارك ٤٧٢/١ .

(٤) انظر : ترتيب المدارك ٤٧٢/١ .

أصبحت تُشكِّل كَمًّا هائلاً من الكتب ، ولعلِّي أكتفي بذكر ما أُلِّف في ذلك إلى عصر ابن يونس طلباً للاختصار ، ومُجانبةً للإكثار[١] .

أولا : الشروح :

(١) شرح أبي عبد الله محمد بن إبراهيم بن عبدوس بن بشير (ت٢٥٨هـ) .
(٢) شرح أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن أبي زمنين (ت٣٣٥هـ) .
(٣) المنتخب لأبي عبد الله محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة (ت٣٣٦هـ) .
(٤) شرح المدونة لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري (ت٣٧٨هـ) .
(٥) التمهيد لمسائل المدونة لأبي القاسم خلف بن أبي القاسم البراذعي .
(٦) الشرح والتمامات لمسائل المدونة للبراذعي أيضًا .
(٧) شرح المدونة لأبي محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي (ت٤٢٢هـ) لم يكمله .
(٨) شرح أبي القاسم عبد الرحمن اللبيدي (ت٤٤٠هـ) .
(٩) شرح للمدونة وتعليق عليها لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن التونسي (ت٤٤٣هـ) .
(١٠) التقريب لأبي القاسم بن بهلول البهنسي المعروف بالبربلي (ت٤٤٤هـ) .
(١١) تهذيب الطالب وفائدة الراغب ، لأبي محمد عبد الحق الصقلي (ت٤٦٦هـ) وهو من مصادر الجامع كما سيأتي .

---

(١) انظر لهذه التآليف تراجم أصحابها في كتب التراجم ، وانظر أيضاً : محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي ص١٨٢-١٨٦ .

ثانيا : المختصرات والتعليقات :

(١) مختصر المدونة لابراهيم الكلاعي الأندلسي (ت٢٩٥هـ) .

(٢) مختصر المدونة لحمديس بن إبراهيم اللخمي (ت٢٩٩هـ) .

(٣) مختصر المدونة لفضل بن سلمة البجائي (ت٣١٩هـ) .

(٤) المغرب في اختصار المدونة لأبي عبد الله محمد بن أبي زمنين (ت٣٣٥هـ) .

(٥) مختصر المدونةلابراهيم بن يحيى (ت٣٣٧هـ) .

(٦) مختصر المدونة إلا الكتب المختلطة منها لمحمد بن عيشون الطليطلي (ت٣٤١هـ) .

(٧) مختصر المدونة لمحمد بن رباح الطليطلي (ت٣٥٨هـ) .

(٨) مختصر المدونة لمحمد بن عبد الملك الخولاني ، المعروف بالنحوي (ت٣٦٤هـ).

(٩) مختصر المدونة لمحمد بن إسحاق بن السليم (ت٣٦٧هـ) .

(١٠) مختصر المدونة لإسماعيل بن إسحاق القيسي ثم المصري (ت٣٨٤هـ) .

(١١) مختصر المدونة لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت٣٨٦هـ) وهو من مصادر الجامع .

(١٢) مختصر المدونة لأبي مروان عبيد الله الطوطالقي القرطبي (ت٣٨٦هـ) .

(١٣) تهذيب المدونة لأبي القاسم خلف بن أبي القاسم البراذعي (ألفه سنة ٣٧٢هـ) ، وهو من مصادر الجامع كما سيأتي قريباً .

(١٤) تعليق على المدونة لأبي حفص التميمي .

(١٥) مختصر أبي إسحاق إبراهيم بن محمد الطليطلي (ت٤٠٢هـ) .

(١٦) تعليق على المدونة لأبي عمران موسى الفاسي (ت٤٣٠هـ) .

(١٧) تعليق على المدونة لأبي الطيب الكندي (ت٤٣٥هـ) .

(١٨) مختصر المدونةلأبي القاسم اللبيدي (ت٤٤٠هـ) .

(١٩) مختصر المدونة لأبي القاسم خلف مولى يوسف بن بهلول (ت٤٤٣هـ) .

(٢٠) تعليق على المدونة لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن التونسي (ت٤٤٣هـ) .

(٢١) تعليق على المدونة لعثمان بن مالك (ت٤٤٤هـ) .
(٢٢) تقييد على المدونة باسم (التبصرة) لعبد الرحمن القيرواني (ت٤٥٠هـ) .
(٢٣) مختصر المدونة لعبيد الله القرطبي (ت٤٦٠هـ) .
(٢٤) النكت والفروق لمسائل المدونة لعبد الحق الصقلي (ت٤٦٦هـ) .
وهو من مصادر الجامع كما سيأتي في آخر هذا المبحث .

(٢) **تهذيب المدونة**[١]

لأبي القاسم خلف البراذعي[٢] (لم تذكر وفاته) .

هذا الكتاب من أشهر مختصرات المدونة ، وقد ساقه مؤلفه على نسق المدونة وألفه بعد تأليف شيخه ابن أبي زيد لمختصره ، فحذف مازاده ابن أبي زيد في مختصره من العُتبية والواضِحة والمَوَّازية[٣] .

وقد نقل ابن يونس مسائل المدونة من تهذيب البراذعي ، وكثيرًا مايصدِّرها بعبارة "ومن المدونة" وهو يقصد التهذيب ، أما نقله من المدونة نفسها فقليل . ويبدو أن ذلك اصطلاحٌ شائعٌ عند فقهاء المالكية ، ومما يدل على ذلك ماذكره ابن فرحون عن اصطلاح ابن الحاجب في كتابه جامع الأمهات قال : واعلم أن المؤلف لم يتقيد في قوله "وفيها" بالمدونة الكبرى ولابالتهذيب ، فتارةً ينقل من المدونة ، وتارةً ينقل من التهذيب .

---

(١) وقد اعتمدت في هذا المصدر على نسخة مخطوطة مصورة بمكتبة الحرم النبوي الشريف رقم (٢١٧/٢/١٠٥) ميكروفلم رقم (١٠٤) .

(٢) هو أبو القاسم خلف بن أبي القاسم الأزدي ، المعروف بالبراذعي ، أحد حفاظ المذهب ، ومن كبار أصحاب ابن أبي زيد وأبي الحسن القابسي وبهما تفقه ، له تآليف منها : تهذيب المدونة والشرح والتمامات لمسائل المدونة ، واختصار الواضحة ، انتقل من القيروان إلى صقلية فحصلت له فيها شهرة ومكانة .
انظر : ترتيب المدارك ٧٠٨/٢ ، معالم الإيمان ١٤٦/٣ ، الديباج ٣٤٩/١ ، شجرة النور ص١٠٥ .

(٣) انظر : الديباج ٣٤٩/١ .

ثم ذكر سبب ذلك فقال : ولعل ذلك لكون التهذيب قصد فيه البراذعي اتباع ترتيبها ، والمحافظة على كثيرٍ من ألفاظها ، فصار عنده بمنزلة المدونة[١] .

ويقول الحطَّاب عنه : واشتغل الناس به حتى صار كثيرٌ من الناس يطلقون المدونة عليه .

ثم ذكر أن خليلاً سار على نفس الاصطلاح في مختصره فقال : واعلم أنه رحمه الله تارةً يشير إلى الأم ـ أي مدونة سحنون ـ وتارةً يشير إلى التهذيب[٢] .

وقد ذكر هذا الاصطلاح صاحب الطُّلَيحة بقوله :

واعتمدوا التهذيبَ للبراذعي وبالمدونة في البَرَا دُعِي[٣]

وقال عنه ابن خلدون : واعتمده المشيخة من أهل إفريقية وأخذوا به وتركوا ماسواه[٤] .

(٣) النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات[٥]

لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني[٦] (ت٣٨٦هـ)

---

(١) انظر : كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب ، تأليف :إبراهيم بن علي بن فرحون دراسة وتحقيق : حمزة أبو فارس ، وعبد السلام الشريف (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠م) ص١٥٥ .

(٢) مواهب الجليل ٤٧/١ .

(٣) الطليحة ص٧٩ .

(٤) المقدمة ، تأليف : عبد الرحمن بن خلدون المغربي (القاهرة : المكتبة التجارية الكبرى ، ط ، ت بدون) ص٤٥٠ .

(٥) وقد اعتمدت فيه على نسخة مخطوطة مصورة بقسم المخطوطات في المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، الجزء الثاني ، ميكروفلم رقم (٩٥٧٠) فقه ، إلا مافي كتاب الاستبراء فاعتمدت فيه على نسخة مصورة بمكتبة الملك عبد العزيز العامة بالرياض ميكروفلم رقم (٧) رقم (٥٧٣١) .

(٦) هو أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني ، الفقيه النظار ، الحافظ الحجة ، إمام المالكية في وقته ، كان واسع العلم كثير الحفظ والرواية ، كان يقال له : مالك الصغير ، تفقه بأبي بكر ابن اللبَّاد وعليه عوَّل ، ومحمد العسال وحمديس القطان والأبياني وغيرهم ، له تآليف كثيرة منها : كتاب النوادر والزيادات ، ومختصر المدونة ، والرسالة ، وكتاب الاقتداء بأهل السنة ، وكتاب الذبِّ عن مذهب مالك . =

هذا الكتاب من أهم مصادر الجامع بعد المدونة ، وقد ذكر ابن يونس اعتماده عليه في مقدمة كتابه فقال : وأدخلت فيه مقدمات ابن أبي زيد رحمه الله إلا اليسير ، وطالعت في كثيرٍ منها مانقله في النوادر[١] .

وكتاب النوادر من أوسع وأوعب كتب الفقه المالكي ، إذ جمع فيه مؤلفه الأمهات المشهورة وهي : العتبية والواضحة والموازية والمجموعة وغيرها .

لذا يقول ابن خلدون : وجمع ابن أبي زيد جميع مافي الأمهات من المسائل والخلاف في كتاب النوادر ، فاشتمل على جميع أقوال المذهب ، وفرَّغ الأمهات كلها في هذا الكتاب ـ ثم قال ـ ونقل ابن يونس معظمه في كتابه على المدونة[٢] .

ويقول صاحب كتاب دراسات في مصادر الفقه المالكي : يعتبر كتاب النوادر والزيادات بمثابة تلخيصٍ للكتب الفقهية الهامة للمذهب المالكي حتى ذلك الوقت[٣] .

وإن الأمهات المشتمل عليها كتاب النوادر قد أخذ منها ابن يونس من خلال نقله من النوادر ، فلانحتاج إلى إفرادها بالكلام في هذا المبحث ، إلا العتبية والموازية فإني سأفردهما بالكلام ، لأن المؤلف ذكرهما في المقدمة .

أما ماسواهما من الكتب فهي كالتالي :

= انظر : ترتيب المدارك ٤٩٢/٢ ، سير أعلام النبلاء ٥٦٤/١٢ ، الديباج ٤٢٧/١ ، شجرة النور ص٩٦ .

(١) انظر : الجامع نسخة أ ل١/٢ .

(٢) انظر : مقدمة ابن خلدون ص٤٥٠ .

(٣) دراسات في مصادر الفقه المالكي ، تأليف : ميكلوش موراني ، ترجمة : سعيد بحيري وآخرون مراجعة : محمود فهمي حجازي (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ) ص١١ .

(أ) **الواضحة في الفقه والسنن**
لأبي مروان عبد الملك بن حَبيب السلمي[١] (ت٢٣٨هـ) .
قال عنها القاضي عياض : لم يؤلَّف مثلها[٢] .

(ب) **المجموعة**
لأبي عبد الله محمد بن إبراهيم بن عَبدوس[٣] (ت٢٦٠هـ) .

(ج) **مختصر ابن عبد الحكم**
لأبي محمد عبد الله بن عبد الحكم[٤] (ت٢١٤هـ) .

---

(١) هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي ، الفقيه الثقة ، الإمام في الحديث والفقه واللغة والنحو ، انتهت إليه رئاسة الأندلس بعد يحيى بن يحيى ، سمع ابن الماجشون وعبد الله بن الحكم وعبد الله بن دينار وأصبغ وغيرهم ، له تآليف كثيرة منها : الواضحة ،كتاب فضائل الصحابة ، وغريب الحديث ، وتفسير الموطأ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ، تأليف : محمد بن حارث الخشني ، تحقيق : السيد عزت العطار الحسيني (القاهرة : مكتبة الخانجي ، الطبعة الثانية ، ١٤١٥هـ) ص١٨٢ ، ترتيب المدارك ٣٠/١ ، الديباج ٨/٢ ، شجرة النور ص٧٥ .

(٢) ترتيب المدارك ٣٥/١ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن عبدوس السلمي البغدادي ، الإمام العابد ، الفقيه الحافظ الزاهد ، تفقه بسحنون وغيره ، ألف كتاباً شريفاً سماه المجموعة ، وله كتاب شرح المدونة ، وكتاب التفاسير في أبواب الفقه وغير ذلك .
انظر : ترتيب المدارك ١١٩/٢ ، الديباج ١٧٤/٢ ، شجرة النور ص٧٠ .

(٤) هو أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين ، الفقيه الحافظ ، سمع مالكاً والليث وعبد الرزاق والقعنبي وغيرهم ، أفضت إليه الرئاسة بمصر بعد أشهب . له تآليف منها : المختصر الكبير والأوسط والصغير ، وكتاب الأهوال وكتاب المناسك .
انظر : ترتيب الدارك ٥٢٣/١ ، الديباج ٤١٩/١ ، شجرة النور ص٥٩ .

(د) **كتاب ابن سحنون**

لأبي عبد الله محمد بن سحنون[١] (ت٢٥٥هـ) .

(٤) **العُتبية (المستخرجة)** [٢]

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد العزيز المعروف بالعُتبي[٣] (ت٢٥٤هـ) .

هذا الكتاب ذكره المؤلف في مقدمته فقال : ونقلت كثيراً من الزيادات من أمهات كتاب ابن المواز والمستخرجة .

إلا أن أكثر ماذكره المؤلف معزوّاً إلى العتبية مأخوذٌ من النوادر كما يظهر من السياق[٤] ، ولكونه مطابقاً لما في النوادر ، وهذا لايمنع من أنَّ المؤلف رجع إليها بعينها في بعض الأحيان .

---

(١) هو أبو عبد الله محمد بن سحنون القيرواني ، الفقيه الحافظ النظَّار ، تفقه بأبيه وسمع ابن أبي حسان وموسى بن معاوية وعبد العزيز المدني ، كان عالماً بالذبِّ عن مذهب أهل المدينة ، عالماً بالآثار ، له تآليف كثيرة منها : كتابه الجامع لفنونٍ من العلم ،والمسند في الحديث ، كتاب السِّيَر ، وتفسير الموطأ .

انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص١٧٨ ، ترتيب المدارك ١٠٤/٢ ، معالم الإيمان ١٢٢/٢ سير أعلام النبلاء ٤٦٦/١٠ ، الديباج ١٦٩/٢ ، شجرة النور ص٧٠ .

(٢) وقد اجتهدت في توثيق ماعزاه المؤلف أو ابن أبي زيد إلى العتبية من المطبوعة مع شرحها البيان والتحصيل لابن رشد ، تحقيق : محمد حجي ، وعناية : عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٤٠٤هـ ، ١٤٠٥هـ) .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة القرطبي ، المعروف بالعُتبي ، الفقيه الحافظ العالم المشهور ، سمع من يحيى بن يحيى وسعيد بن حسان ، ورحل فسمع من سحنون وأصبغ وغيرهما ، كان حافظاً للمسائل جامعاً لها ، عالماً بالنوازل ، ألف المستخرجة في الفقه .

انظر : ترتيب المدارك ٧٢/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٨/١٠ ، الديباج ١٧٦/٢ ، شجرة النور ص٧٥ .

(٤) وهي أحد مصادره الأساسية ، لذا يقول سزكين عن العتبية : كان هذا الكتاب أحد المصادر الأساسية لابن أبي زيد القيرواني .

تاريخ التراث العربي ، تأليف : فؤاد سزكين (نشر : إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية بالرياض ، ١٤٠٣هـ) المجلد الأول ١٥٥/٣ .

(٥) **الموازية (كتاب ابن المواز)**[١]

لأبي عبد الله محمد بن المواز[٢] (ت٢٦٩هـ) .

هذا الكتاب من مصادر الجامع كما ذكر ابن يونس في المقدمة .

قال عنه القاضي عياض : هو أجلُّ كتاب ألفه قدماء المالكيين ، وأصحها مسائل ، وأبسطها كلاماً ، وأوعبها ، وقد رجَّحه أبو الحسن القابسي على سائر الأمهات وقال : لأن صاحبه قصد إلى بناء فروع أصحاب المذهب على أصولهم في تصنيفه ، وغيره إنما قصد جمع الروايات ونقل منصوص السماعات[٣] .

وأكثر مافي الجامع مما نسب إلى كتاب ابن المواز منقول من النوادر ، لأن المؤلف كثيرا مايصدر ذلك بعبارة "ومن كتاب ابن المواز" وهذه العبارة في النوادر ، وهومصدر التوثيق في ذلك .

(٦) **المعونة على مذهب عالم المدينة**[٤]

للقاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي[٥] (ت٤٢٢هـ) .

---

(١) هكذا اسمه في الجامع ، و لم يسمه المؤلف بـ"الموازية" .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن رباح الاسكندراني ، المعروف بابن المواز ، الإمام الفقيه ، الحافظ ، النظَّار ، كان راسخاً في الفقه والفتيا علَماً في ذلك ، تفقه على عبد الله عبد الحكم وعبد الملك بن الماجشون وأصبغ بن الفرج وغيرهم ، له كتابه المشهور الكبير المعروف بالموازية.

انظر : ترتيب المدارك ٢/٧٢ ، سير أعلام النبلاء ١٠/٤٢٧ ، الديباج ٢/١٦٦ ، شجرة النور ص٦٨ .

(٣) ترتيب المدارك ٢/٧٣،٧٤ .

(٤) وقد اعتمدت فيه على المطبوع بتحقيق : حميش عبد الحق (مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ) .

(٥) هو أبو محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي ، الفقيه الحجة ، النظار المتفنن ، العالم الماهر ، تفقه على كبار أصحاب الأبهري ، كأبي الحسن بن القصَّار ، وأبي القاسم بن الجلَّاب والباقلاني ، له تآليف كثيرة مفيدة منها : كتاب النصرة لمذهب إمام دار الهجرة ، وكتاب الأدلة في مسائل الخلاف ، والتلقين ، والإشراف على مسائل الخلاف ، وعيون المسائل .

انظر : ترتيب المدارك ٢/٦٩١ ، الديباج ٢/٢٦ ، شذرات الذهب ٣/٢٢٢٣ ، شجرة النور ص١٠٣،١٠٤ .

لما كان القاضي عبد الوهاب يذكر في كتابه أقوال المخالفين من المذاهب الأخرى ، فإن ابن يونس أكثر ماينقل عنه إن كان في المسألة خلاف للحنفية أو الشافعية أو غيرهم ، فيورد الخلاف ، ثم يذكر احتجاج القاضي وانتصاره لمذهب مالكٍ رحمه الله .

وكذلك ينقل عنه مايذكره من التوجيه والتعليل لبعض المسائل ويكتفي بذلك .

ويبدأ المؤلف نقله من المعونة بقوله : قال عبد الوهاب ، أو قال بعض البغداديين ، وسيأتي ذكر ذلك في مصطلحات الكتاب .

(٧) **تهذيب الطالب وفائدة الراغب**[١]

لعبد الحق بن محمد الصقلي[٢] (ت٤٦٦هـ) .

هذا الكتاب يعتبر شرحاً للمدونة ، إلا أن مؤلفه لم يتمَّه ، فقد بلغ فيه إلى نهاية كتاب العيوب والتدليس .

وقد أكثر المؤلف من النقل عنه ، لاسيما عند ذكر خلاف بعض الفقهاء وتوجيههم لمسائل المدونة وغيرها ، ممن لم تكن كتبهم غير متوفرة لديه ، ثم يذكر تعليق عبد الحق على ذلك وتصوياته .

وغالباً مايصدِّر المؤلف نقله من هذا الكتاب بقوله : قال ، أو حكي عن بعض أصحابنا ، أو بعض فقهائنا ، كما سنبينه في مصطلحات الكتاب .

---

(١) وقد اعتمدت فيه على نسخة مخطوطة مصورة بمركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، الجزء الثاني ، ميكروفلم رقم (١٨٠) فقه مالكي .

(٢) هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون السَّهمي القرشي ، الصقلِّي ، الإمام الفقيه ، تفقه بشيوخ القيروان كأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي والاجوابي ، وشيوخ صقلية كأبي بكر بن العباس ، له تآليف منها : النكت والفروق لمسائل المدونة ، وتهذيب الطالب ، وله جزءٌ في ضبط ألفاظ المدونة ، توفي بالاسكندرية .
انظر : ترتيب المدارك ٧٧٤/٢ ، سير أعلام النبلاء ٦٠٦/١٣ ، الديباج ٥٦/٢ ، شجرة النور ص١١٦ .

(٨) **النكت والفروق لمسائل المدونة**[١]

لعبد الحق بن محمد الصقلي أيضًا .

وقد نقل منه المؤلف دون ذكر اسمه كسابِقه ، إلا أنه لم يُكثِر منه كإكثاره من التهذيب .

(٩) **الموطأ**[٢]

للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس (ت١٧٩هـ) .

وقد عزا إليه المؤلف بعض الأحاديث[٣] ، ونقل منه بعض الأقوال في المسائل الفقهية[٤] وهو قليل .

وكتاب الموطأ أشهر من أن يعرَّف به ، إلا أني أكتفي بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية عن انتشاره مما يدل على مكانته وقدره فقد قال : وانتشر موطأ مالك في الأرض حتى لايعرف في ذلك العصر كتابٌ بعد القرآن كان أكثر انتشارًا منه[٥] .

---

(١) وقد اعتمدت فيه على نسخة مخطوطة مصورة بمركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، ميكروفلم رقم (٢٤٧) فقه مالكي .

(٢) وقد اعتمدت فيه على المطبوع بتحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي (القاهرة : دار الحديث ، ط ، ت : بدون) .

(٣) كما في ص٢٠٣ .

(٤) انظر ص٨٦٨،٩١٨ .

(٥) انظر : صحة أصول مذهب أهل المدينة ، تأليف : شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية ، تحقيق : أحمد حجازي السقا ، (مصر : مكتبة الثقافة الدينية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨م) ص٥٥ .

(١٠) **التفريع**[١]

لأبي القاسم عبيد الله بن الجلاَّب[٢] (ت٣٧٨هـ) .

وهو كتاب في المذهب المالكي مشهور[٣] .

وهو كتابٌ مختصرٌ في الفروع الفقهية مجرَّدٌ عن الدليل .

وقد نقل منه المؤلف مسائل قليلة ، ولم يسمِّه باسمه بل يقول : "كتاب ابن الجلاَّب" .

(١١) **مختصر المدونة**[٤]

لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت٣٨٦هـ) .

وقد ذكره المؤلف في القسم الذي عندي مرةً واحدةً فقال : وفي مختصر المدونة لأبي محمد[٥] . وهذا يدل على أنه لم يعوِّل عليه كثيراً .

---

(١) وقد اعتمدت فيه على المطبوع بتحقيق : حسين بن سالم الدهماني (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ) .

(٢) هو أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاَّب البصري ، فقيهٌ ، أصوليٌ ، حافظٌ ، تفقه بالأبهري ، وهو من أحفظ أصحابه وأنبلهم ، له كتابٌ في مسائل الخلاف وكتاب التفريع .
انظر : ترتيب المدارك ٢/٦٠٥ ، الديباج ١/٤٦١ ، شذرات الذهب ٣/٩٣ ، شجرة النور ص٩٢ .

(٣) انظر : ترتيب المدارك ٢/٦٠٥ .

(٤) وقد سبق ذكره في مختصرات المدونة .

(٥) انظر ص٣٤٤ .

المبحث الخامس
منهج الكتاب

إن لكل كتابٍ منهجه الخاص به ، يرسمه مؤلفه ويسير عليه ، أو يتضح عند دراسة الكتاب .

وإن معرفة المنهج مهمةً جداً ليتعرَّف القارئ على طريقة المؤلف في عرض مادة كتابه العلمية ، وبالتالي مدى الإفادة منه .

وعند دراستي للقسم الذي قمت بتحقيقه من كتاب ابن يونس ظهر لي أنه سار على المنهج التالي :

* فمن حيث تقسيم الكتاب فقد قسَّم كتابه على حسب موضوعات الفقه ، كل موضوعٍ في كتابٍ كتقسيمها في المدونة التي هي أصل مادته .

وكل كتابٍ يشتمل على أبواب ، وقد عنون لكل بابٍ بعنوان ، وهذا العنوان قد يكون طويلاً أحياناً ، ويشتمل على جُمَلٍ متعددةٍ على حسب مايتضمنه من مسائل .

وعند النظر في مضمون الباب إذا بكل جملةٍ من جُمَل عنوانه تصلح أن تكون عنواناً لفصلٍ من الفصول ، لأن المؤلف لم يذكر عناوين لها ، وإنا يذكر كلمة (فصل) مجردة هكذا ، وأحيانا لايذكرها . وقد اجتهدت في وضع عناوين لجميع الفصول .

* أما من حيث عرض المادة العلمية فكما يلي :

يُصدِّر المؤلف الأبواب غالباً بنصٍّ من آيةٍ أو حديثٍ يدل على موضوع الباب ، وهذا منه من باب تأصيل المسائل الفقهية ، ورَدِّها إلى أصولها من النصوص الشرعية .

يبدأ المسألة مصدرة غالبًا بعبارة "من المدونة"، وإن كان في الكلام المنقول منها مايحتاج إلى تعليلٍ أو إيضاحٍ فإن المؤلف يذكره في موضعه المناسب قبل فراغه من النقل من المدونة ، ويبدأ ذلك بعبارة "قال الشيخ" .

وإن كان لمالكٍ أو غيره قول في المسألة في غير المدونة ذكره مصدَّراً بعبارة "ومن غير المدونة" وهذا يسهِّل على الباحث عند التوثيق .

يعقِّب المسألة بعد ذلك بالنقل من أمهات كتب الفقه المالكي الواضحة والعتبية والموازية والمجموعة ومن غيرها ، يتضمن ذلك شرحاً لمسألة المدونة أو تعليقاً عليها أو تقييداً أو نحو ذلك ، مع ذكر أقوال الفقهاء وتعليلاتهم واختيارات بعضهم ومايميلون إليه من الأقوال في المسألة .

ثم إن كان للمؤلف تعليقٌ أو إيضاحٌ أو ترجيحٌ فإنه يذكره في موضعه المناسب ، وقد يكون أحياناً ضمن الكلام المنقول كما يتضح عند الاطلاع على كتابه .

إن كان للأحناف أو الشافعية خلافٌ في المسألة ذكره المؤلف منقولاً من كتاب المعونة للقاضي عبد الوهاب ، ويعقِّبه بذكر أدلة القاضي وتعليلاته التي ينتصر بها للمذهب المالكي .

إن كان لفقهاء القيروان أو غيرهم من الفقهاء السابقين ـ ممن يذكر عبد الحق أقوالهم ـ قولٌ في المسألة التي هو بصددها أو تقييدٌ أو توجيهٌ أو بيانٌ للمراد بها فإن المؤلف يذكره ، مع ذكر مايحتاج إليه من التوضيح والبيان والترجيح .

يذكر المؤلف عند تعرضه لأقوال الفقهاء مايكون موافقاً لأصل المدونة أو لظاهرها ومايكون مخالفاً لذلك ، وهو بهذا يربط القارئ بمسألة المدونة والحكم فيها ويقطع مايتطرق من احتمال موافقة بعض الأقوال لمذهب المدونة أو مخالفتها له .

يهتم المؤلف بالترجيح بين الأقوال والروايات ، فأحياناً يصوِّب ماصوَّبه غيره وأحياناً يكتفي بترجيح غيره كعبد الوهاب وعبد الحق وغيرهما . وأحياناً يبين القول الراجح عنده دون أن يتبع فيه أحداً .

إن احتاج المؤلف ذكر مسألةٍ من المدونة في غير موضوع الكتاب الذي هو بصدده صدَّرها باسم الكتاب التي هي فيه من المدونة ثم ذكرها ، وإذا انتهت عاد بالقارئ إلى موضوعه فذكر اسم الكتاب الذي يبحث فيه ، ليبين للقارئ أن النقل من ذلك الكتاب قد انتهى ، وهذا يُساعد عند توثيق المسألة بحيث يدل على موضعها من المدونة .

مثال ذلك :

ـ في كتاب النكاح الأول ص٢٦ :

قال : ومن كتاب الخلع : ... وذكر المسألة .

ثم قال ص٢٧ : ومن النكاح .

ـ في كتاب النكاح الثاني ص٢٩٧ :

قال : ومن كتاب القذف ... وذكر المسألة .

ثم قال : ومن النكاح .

وهكذا .

إن كانت المسألة التي يبحثها قد تقدمت فإنه يذكرها باختصارٍ ويشير إلى موضعها ليسلم من التكرار .

من أمثلة ذلك :

ـ وقد تقدم القول في مسالة من وهب ابنته بجميع وجوهها فأغنى عن إعادتها ص٢٥٧ .

ـ وقد تقدم في النكاح الأول ذكر امرأة الخصي ... ص٣٠٦ .

ـ وقد تقدم في النكاح الأول الاختلاف في إكراهه على النكاح ... ص٥٠٢.

ـ ... وقد تقدم هذا ووجهه ص٥٨٥ .

ـ ... وقد مضى في إرخاء الستور ص٦٤٨ .

وإن كانت المسألة المذكورة قد استوعبها المؤلف في كتابٍ سابقٍ، أو سيأتي ذكرها مستوعبةً في كتابٍ لاحقٍ أشار إلى ذلك ، فيُحيل القارئ إلى موضع استيعابه لها فلايحتاج إلى التكرار .

من أمثلة ذلك :

ـ قال الشيخ : وفي الثاني ـ أي النكاح الثاني ـ إيعاب هذا . ص١٦٧ .

ـ قال الشيخ : وقد تقدم إيعاب هذا وشرحه في كتاب النكاح . ص٥٠٤ .

ـ قال الشيخ : وفي كتاب التجارة بأرض الحرب إيعاب هذا . ص٥٢١ .
ـ ... وفي كتاب الاستبراء إيعاب هذا . ص٥٦٩ .
ـ ... وهذا مستوعب في كتاب الإيلاء . ص٧٠٧ .

المبحث السادس
مصطلحات الكتاب

قد استنتجت أثناء دراستي لهذا الكتاب وعملي على تحقيقه بعض المصطلحات ، فأفردت لها هذا المبحث ليكون القارئ على علم بها قبل الاطلاع على الكتاب ، ولئلا نحتاج إلى ذكر ذلك ضمن التحقيق فأقول وبالله التوفيق :

الكتاب : المراد به المدونة ، والسياق يدل على ذلك .

كلمة (حديث) : إذا أضيفت إلى صحابيٍّ فالمراد بها غالباً قولاً له وليس حديثاً يرويه كما في ص٦٨،٨٣،١٠٦،٨٥٦ .

عبد الملك : هو ابن الماجشون .

المخزومي : هو المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي .

ابن دينار : هو محمد بن إبراهيم بن دينار الجهني .

محمد : هو ابن المواز .

أبو محمد : هو عبد الله بن أبي زيد القيرواني ، وقد يريد به القاضي عبد الوهاب كما في ص٥٤٣ وهو قليل .

أبو بكر : هو أبو بكر محمد بن اللبَّاد القيرواني .

أبو الحسن : هو أبوالحسن علي القابسي .

بعض البغداديين ، أو بعض أصحابنا البغداديين :

المراد به عبد الوهاب البغدادي ، وإن أراد به غيره وهو قليل ، أشرت إلى ذلك كما في ص٤ .

بعض أصحابنا ، بعض فقهائنا : المراد به عبد الحق الصقلي .

قال الشيخ : المراد به المؤلف ، ولعلها من النساخ ، وهي موجودةٌ بالخط العريض في الكتب الأولى من نسختي أ ، ب ، وقد استحسنت هذه العبارة على الرمز بحرف (م) الموجود في نسخة ز ، والكتب الأخيرة من نسختي أ ، ب في القسم الذي لدي .

المبحث السابع
تقويم الكتاب

إن لكل كتابٍ مميزاتٍ يمتاز بها عن غيره ، وعليه مآخذ من الطبيعي وجودها لأن التأليف عملٌ بشريٌ يعتريه الخطأ والنقص ، فالذي يقتضيه العدل والإنصاف ، وتستدعيه الأمانة العلمية ذكر ميزات الكتاب والإشادة بها ، وتنبيه القارئ على بعض المآخذ التي تؤخذ على المؤلف :

ميزات الكتاب :

(١) حسن عرض المؤلف للمسائل الفقهية من حيث ترتيبها ، ومن حيث إيضاحه وتبيينه مايحتاج إلى ذلك رفعاً للاحتمال ودفعاً للإيهام ، فلذلك أكثر من قول "يريد ..." .

(٢) اهتمام المؤلف بالاستدلال لأكثر المسائل من الكتاب والسنة ، فاشتمل كتابه على كثيرٍ من آيات الأحكام وأحاديثها التي وردت موضوعاتها في كتابه ، مع بيان وجه الاستدلال .

وهذه الميزة لاتوجد في كثيرٍ من كتب الفقه المالكي .

(٣) اهتمام المؤلف بإيراد آثار السلف وأقوالهم وأقضيتهم في كثير من المسائل ، وقد أشار إلى ذلك في مقدمة كتابه ، لذا نجده قد حوى فقه علماء السلف رحمهم الله ، وهذه ميزةٌ مهمةٌ تزيد في قيمة الكتاب العلمية .

(٤) اهتمامه بالتعليل والتوجيه لأكثر المسائل ، فلايترك الأقوال المنقولة مجردةً عن التعليل ، وقَرْنِ الحكم الفقهي بتعليله من الأمور المهمة التي يحتاجها الفقيه .

(٥) اهتمَّ المؤلف في كتابه بالترجيح بين الأقوال والروايات ، حتى اشتهر بذلك وصار اعتماد المتأخرين على ترجيحاته كما سبق بيانه .

وهذه الميزة قد لاتتوفر في أكثر الكتب الفقهية ، مما يدل على مقدرة المؤلف العلمية ، وملكته الفقهية ، وإلمامه بأسباب الترجيح .

(٦) بنى المؤلف كثيراً من المسائل على بعض القواعد الفقهية والأصولية ، وهذه بلاشك ميزةٌ علميةٌ للكتاب ، وتوحِي بملكة المؤلف الفقهية ، فإن علم القواعد يَعظُم بسببه الفقيه وَيشرُف .

(٧) اهتمَّ المؤلف بذكر الفروق بين المسائل المتشابهة في الظاهر المختلفة في الحكم حتى صار الجامع من المصادر في علم الفروق ، لذا فقد نقل منه الونشريسي في فروقه أكثر من خمسين فرقاً كما ذكر مُحقِّقُه[1] .

المآخذ على الكتاب :

إن هذه المآخذ التي سجلتها على الكتاب لاتحطُّ من قيمته العلمية ، ولامن مكانة المؤلف ، وقلَّ من يسلم من مثلها ، لكن اقتضت الأمانة العلمية ذكرها وهي:

(١) إيراده بعض الأحاديث الضعيفة ، من ذلك :

حديث (الصداق ماتراضى عليه الأهلون) ص١٨٣ .

حديث (اتقوا إرضاع الحمقى فإنه يُعدي) ص٤٣٢ .

حديث (من ملَّك امرأته أمرها فلم تقبل نفسها فليس هو بشيء) ص٨٢٤ .

حديث النهي عن بيع العربان ص٩٨٢،٩٨٣ .

وغيرها كما يظهر من خلال النظر في التخريج لهذه الأحاديث .

(٢) عدم تصريحه باسم عبد الحق الصقلي مع أنه نقل عنه كثيراً ، وإنما يقول : قال بعض أصحابنا ، أو بعض فقهائنا ، كما تقدم في المصطلحات .

وكذلك لم يصرِّح باسم كتابيه اللذين نقل منهما وهما : تهذيب الطالب ، والنكت والفروق .

---

(١) انظر : عدة البروق في جمع مافي المذهب من الجموع والفروق ، تأليف : أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي ، دراسة وتحقيق : حمزة أبو فارس (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ) ص٥٣ .

(٣) ذكره لبعض المسائل في عنوان الباب ، ثم تركها بدون بحث ، وقد وقع له ذلك في موضعين وهي :

١ ـ الباب الثاني من كتاب إرخاء الستور ، عنوانه : جامع ماجاء في الرجعة ودعوى انقضاء العدة ومايحل من المطلقة . ص٤٤٩ .

مسألة : مايحل من المطلقة غير مبحوثة .

٢ ـ الباب الثاني من كتاب الخلع ، عنوانه : في الخلع بمجهول أو غرر أو حرام أو يقارنه بيع ص٤٧٤ .

فمسألة : الخلع بحرام ، ومسألة الخلع يقارنه بيع لم يتعرض لهما .

(٤) نقله أحياناً بعض توجيه وتعليل القاضي عبد الوهاب دون أن يشير إلى ذلك كما في ص٣٧٦، ٣٩٦، ٤٦٨، ٤٧٤، ٤٧٨ .

(٥) ذكره لبعض الأعلام بألقابٍ يشترك معهم غيرهم فيها مما احتاج إلى جُهدٍ كبيرٍ لتحديد المراد بهم ، كابن حُجَيرة ، والصَّيرفي ، وابن بُكير ، والدِّميَاطي والبَاجِي .

الفصل الثالث
نسخ الكتاب ومنهجي في تحقيقه

المبحث الأول
نُسَخ الكتاب

يسَّر الله تعالى لي الحصول على ثلاث نُسَخٍ للقسم الذي سجَّلت فيه من كتاب الجامع لابن يونس وهي :

١ ــ نسخة مصورة عن الخزانة الحسنية بالرباط .

وهي تحمل رقم (٣٧٠٠) ، وقد رمزت لها بالحرف (أ) .

ووصفها كالتالي :

نوع الخط : مغربي .

عدد لوحات القسم الذي حققته : ١٥٨ لوحة .

عدد الأسطر في الصفحة : ٢٨ سطراً .

عدد الكلمات في السطر : ١٨ كلمة تقريباً .

تاريخ النسخ : غير مذكور .

ومن ميزات هذه النسخة أن القسم الذي قمت بتحقيقه كاملٌ فيها ، وهو يبدأ من ل٤٤/أ من المجلد الثالث ، وينتهى ب ل ٢٠/ب من المجلد الرابع .

٢ ــ نسخة مصورة عن الخزانة الحسنية بالرباط أيضا .

وهي تحمل رقم (١١٦١٤) ، وقد رمزت لها بالحرف (ب) .

ووصفها كالتالي :

نوع الخط : مغربي .

عدد لوحات القسم الذي حققته : ٢١٨ لوحة .

عدد الأسطر في الصفحة : ٢٣ سطراً .

عدد الكلمات في السطر : ١٣ كلمة تقريباً .

تاريخ النسخ : وجدت مكتوباً في آخر الجزء الأول من هذه النسخة مايلي : كمل كتاب الجنائز ، وبتمامه تم الجزء الأول من الجامع لابن يونس عشية الثلاثاء الثاني والعشرين من شهر الله جمادى الثانية من عام ١١٩٨هـ بالبلاد الدكانية .

ومن ميزات هذه النسخة أنها كاملةٌ بالنسبة للقسم الذي قمت بتحقيقه كسابقتها .

وهو يبدأ من ل٤٥/ب من المجلد الثالث ، وينتهى ب ل٢٠/أ من المجلد الرابع .

وهاتان النسختان (أ،ب) متفقتان في ترتيب الكتب والأبواب ، وكذلك فهما تتفقان كثيراً على السقط والبياض ونحو ذلك ، وقد تنفرد إحداهما عن الأخرى في ذلك بعض الأحيان .

فيظهر أنهما منسوختان عن أصلٍ واحدٍ ، أو أن إحداهما منقولة عن الأخرى ، والله أعلم .

٣ ــ نسخة مصورة من الجامع الأزهر .

وهي تحمل رقم (٣١٤٦) رواق المغاربة .

وهي مصورةٌ بمركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى تحت رقم (١٥٩) فقه مالكي .

وقد رمزت لها بالحرف (ز) ، ووصفها كالتالي :

نوع الخط : مغربي .

عدد لوحات القسم الذي حققته : ٢١٧ لوحة .

عدد الأسطر في الصفحة : ٢٣ سطراً .

عدد الكلمات في السطر : ١٢ كلمة تقريباً .

تاريخ النسخ : ٧٣٠هـ .

وهذه النسخة غير كاملة ، فقد سقط منها مايلي :

١ ـ الأبواب : الأول والثاني والثالث والثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر من كتاب النكاح الأول .

٢ ـ بعض الباب الأول من كتاب النكاح الثاني .

٣ ـ أكثر كتاب طلاق السنة والعدة ، فلم يوجد فيها منه إلا الباب الأول والثاني وبعض الثالث .

٤ ـ الأبواب : الأول والثاني والثالث والرابع والخامس وبعض السابع من كتاب الأيمان بالطلاق .

٥ ـ بعض الباب الثالث وبعض الباب الرابع من كتاب الظهار .

٦ ـ كتاب الاستبراء بأكمله .

ومن عيوب هذه النسخة بالإضافة إلى السقط المذكور آنفا وجود خلل فيها من حيث ترتيب بعض لوحاتها بحيث يكون مافي وجه (أ) من اللوحة ليس هو الذي يتبع الوجه (ب) ، ولعل هذا أحد الأسباب في سقط بعض ماأشرت إليه قريبا.

وقد تتبعت هذا الخلل فوجدته في ثنتي عشرة لوحة ، وهي ذوات الأرقام التالية : (٣/٥/٧/٣٢/٤٢/٥٠/٥٢/٦٤/٦٥/١٠٤/١٨٦/٢٠٠) .

ويظهر جلياً أن ترقيم لوحات هذه النسخة كان بعد سقوط ماسقط منها ، لأن الموجود منها قد رُقِّم ترقيماً تسلسلياً كما هو واضحٌ على لوحاتها .

هذا وإنها مع وجود هذه العيوب فيها لها أثرٌ كبيرٌ ، فهي التي بناءً عليها سُجِّلَت رسائل الدكتوراه في تحقيق هذا الكتاب ، إذ أنها هي التي كانت موجودةً في مركز إحياء التراث الإسلامي ، ولم تُجلَب نسخه الأخرى إلا بعد التسجيل فيه .

وكذلك فقد أفدت منها عند مقابلتها مع نسختي (أ،ب) كما يتضح من خلال النظر في قسم التحقيق .

المبحث الثاني
منهجي في تحقيق الكتاب

اتبعت في تحقيق الكتاب المنهج التالي :

١ ـ نسخت الكتاب حسب الرسم الإملائي المتعارف عليه في وقتنا الحاضر ، مع إثبات علامات الترقيم ، وتقسيم النص إلى فقرات حسب المعنى .

وتمَّ النسخ من نسخة (أ) ، وسرت على ترتيبها للموضوعات ، لذا فإني أثبتُّ أرقام لوحاتها في الجانب الأيسر من الصفحة .

٢ ـ قابلت بين النسخ الثلاث ، وحرصت على إخراج نصٍ سليمٍ يكون أقرب إلى مراد المؤلف ، ولم أعتمد على نسخةٍ معينةٍ ، بل اتبعت منهج النص المختار ، وهو المنهج الذي يُصار إليه عندما لاتتوفر نسخة يمكن للمحقق أن يجعلها أصلاً تُقابل عليها باقي النسخ .

٣ ـ أثبتُّ من الفروق بين النسخ ماله أثرٌ في المعنى ، فأُثبِت الصواب وأشير في الهامش إلى ماسواه ، مع ذكر سببه غالباً من تصحيف أو تحريف .

٤ ـ إن وُجِد سَقطٌ في بعض النسخ فأشير إليه كما يلي :

إن كان السقط كلمةً أو جملةً فإني أجعله بين قوسين صغيرين في الهامش مع ذكر النسخة التي سقط منها .

مثال ذلك : "أبوها" ليست في أ .

وإن كان أكثر من ذلك كالسطر مثلاً ، فإني أضع على أوله قوساً ورقم الإحالة ، وعند نهايته أغلق القوس مع إعادة الرقم نفسه ، وأكتفي في الهامش بذكر الرقم فقط دون ذكر الكلام الساقط .

فأقول مثلا : (٢) ساقط من ز .

٥ ـ إذا لم يستقم نص الكتاب إلا بزيادة كلمة فيه ، فإني أضع الزيادة بين معقوفين [ ] وأشير إلى ذلك في الهامش دون كتابة الكلمة فيه اكتفاءً بالمعقوفين الدالين على أنها مضافةٌ وليست في جميع النسخ ، مع ذكر المصدر الذي أخذت منه فأقول مثلا : (٣) من النوادر .

٦ ـ إذا وُجِد في إحدى النسخ أو في نسختين بياضٌ مكان كلمةٍ أو جملةٍ فإني أشير إلى ذلك ، فأكتبها في الهامش وأقول بعدها : مكانها بياض في أ،مثلاً .

٧ ـ أهملت من الفروق بين النسخ ماليس له أثرٌ في المعنى ومايُفهم صوابه بداهةً من سياق الكلام ، وأهملت الإشارة إلى السقط الذي يقع فيه الناسخ بسبب انتقال النظر .

٨ ـ إذا وُجِدت في إحدى النسخ زيادةٌ على نص الكتاب ، فإني أُشير إليها في الهامش .

٩ ـ ذكرت أرقام الآيات القرآنية مقرونةً باسم السورة ، مع ضبطها بالشكل.

١٠ ـ خرَّجت الأحاديث النبوية وطريقتي في ذلك :

إذا كان الحديث مُخرَّجاً في الصحيحين أو أحدهما فإني أكتفي بذلك ، وإذا لم يكن فيهما أو في أحدهما فإني أخرِّجه من كتب الحديث الأخرى مبيِّناً درجته من خلال حكم بعض علماء الحديث عليه قدر الإمكان ، مع بيان سبب الضعف إن كان ضعيفاً ، كل ذلك على وجه الاختصار .

١١ ـ خرَّجت آثار السلف الواردة في الكتاب قدر الإمكان مُكتفياً بذكر مصدرٍ واحدٍ ، وإن لم أعثر عليه في المصادر التي اعتمدتها في ذلك وهو مما ورد في المدونة فإني أكتفي بها .

١٢ ـ وثَّقت النصوص المنقولة في الكتاب ـ وهي كثيرة جداً ـ من مصادرها التي رجع إليها المؤلف .

وما لم أعثر عليه في مظانِّه من مصادر المؤلف فإني أوثقه من الكتب المتأخرة عنه وهو قليل .

١٣ ـ وثَّقت آراء أصحاب المذاهب الأخرى من مصادرها مع مراعاة كونها متقدمة على ابن يونس قدر الإمكان ، و لم أُكثِر من تلك المصادر لأن المراد توثيقها والتأكد من صحة نسبتها إلى من نُسبت إليه .

١٤ ـ عرَّفت بالمصطلحات الفقهية والألفاظ الغريبة الـواردة في الكتـاب مـن المصادر الأصلية في ذلك .

١٥ ـ ترجمت للأعلام غير المشاهير الوارد ذكرهم في نص الكتـاب عنـد أول ذِكرهم .

١٦ ـ أوردت في الهامش بعض التعليقات اليسيرة عند الحاجة إلى ذلك ، إمـا تتميماً للفائدة ، أو إيضاحاً للمراد ، أو دفعاً لِلبس أو لغير ذلك من المقاصد .

١٧ ـ أوردت في الهامش مايشير إليه المؤلف من آيات أو أحاديث أو آثار أو مسائل قدر الإمكان ، تنبيهاً للقارئ بمراد المؤلف .

١٨ ـ حاولت قدر الإمكان تحديد مواضـع المسـائل الـتي يشـير المؤلـف إليهـا ويذكر أنها تقدمت .

١٩ ـ قمت بترقيم الكتب التي اشتمل عليها القسم الـذي حققتـه ، وكذلـك الأبواب جاعلاً ذلك بين معقوفين ، هكذا : [الكتاب الأول] ـ [الباب الأول] .

٢٠ ـ وضعت عناوين لجميع الفصول مـع ترقيمهـا تسلسـلياً ، وجَعْلهـا بـين معقوفين ، إلا إذا كـانت كلمـة (فصـل) مـن نُسـخ الكتـاب فـإني أجعلهـا خـارج المعقوفين ، هكذا : فصل [٢ ـ في تزويج الثيب] .

٢١ ـ إذا أورد المؤلف في أثناء نقله من أحد المصادر كلامـاً ، إمـا بيانـاً أو تعليلاً أو تقييداً فإني أجعله بين شـرطتين ، وأجعـل الإحالـة إلى المصـدر عنـد نهايـة النقل ، لئلا تكثر الإحالات فتشوش على القارئ .

٢٢ ـ وضعت في آخر الكتاب فهارس تفصيلية وهي مرتبة كالآتي :

١ ـ فهرس الآيات القرآنية .

٢ ـ فهرس الأحاديث النبوية .

٣ ـ فهرس الآ ثار .

٤ ـ فهرس الأعلام .

٥ ـ فهرس القواعد الأصولية .

٦ ـ فهرس القواعد الفقهية .
٧ ـ فهرس الضوابط الفقهية .
٨ ـ فهرس الأماكن والبلدان .
٩ ـ فهرس المصطلحات الفقهية .
١٠ ـ فهرس الألفاظ الغريبة .
١١ ـ فهرس المصادر والمراجع .
١٢ ـ فهرس الموضوعات .

فهرس موضوعات الدراسة

الفصل الأول : ترجمة المؤلف

المبحث الأول : نسبه ومولده ١
المبحث الثاني : طلبه للعلم وتنقلاته ٣
المبحث الثالث : شيوخه ٤
المبحث الرابع : تلاميذه ٦
المبحث الخامس : مكانته العلمية ٧
المبحث السادس : مؤلفاته ٨
المبحث السابع : ثناء العلماء عليه ووفاته ٩

الفصل الثاني : دراسة الكتاب

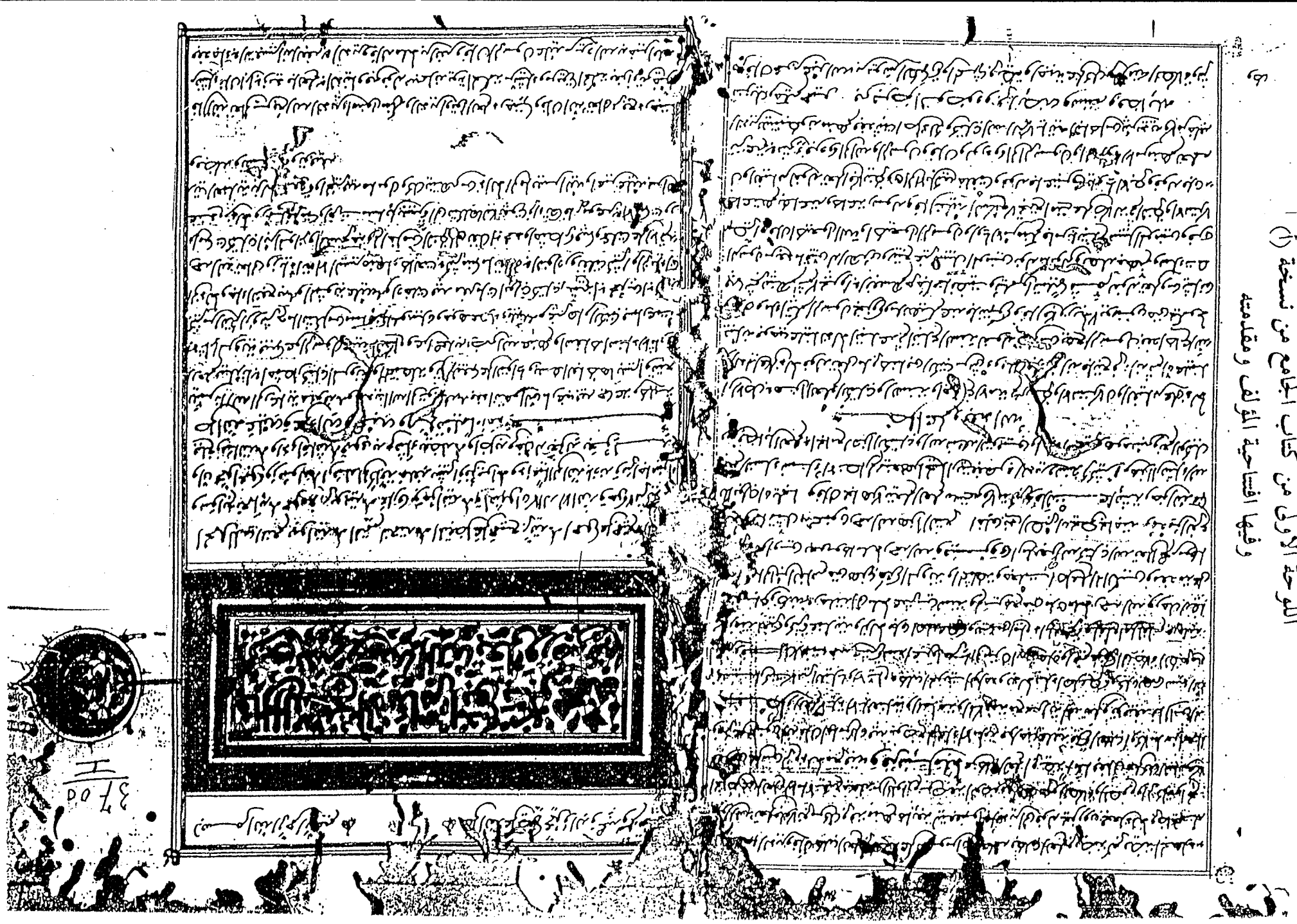
المبحث الأول : اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف ١٠
المبحث الثاني : أهمية الكتاب ١٢
المبحث الثالث : أثر الكتاب ١٣
المبحث الرابع : مصادر الكتاب ١٥
المبحث الخامس : منهج الكتاب ٢٩
المبحث السادس : مصطلحات الكتاب ٣٣
المبحث السابع : تقويم الكتاب ٣٤

الفصل الثالث : نسخ الكتاب ومنهجي في تحقيقه

المبحث الأول : نسخ الكتاب ٣٧
المبحث الثاني : منهجي في تحقيقه ٤٠

صُور لِلَّوحات الأولى والأخيرة

لنُسَخ الكتاب الخطية



بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب النكاح وأول الجمع على

النكاح مندوب اليه لقول الله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ولقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا وقوله صلى الله عليه وسلم تزوجوا فاني مكاثر بكم الامم يوم القيمة واشبهه على الوجوب وهو مذهب مالك رحمه الله خلافا لداود ومحمد الحرة والاليل لمالك قوله تعالى وان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ملك اليمين ذلك ادنى ان لا تعولوا فجعل الله تعالى ملك اليمين بديلا عن النكاح ولو وجب لم يكن بديلا واجيب بان المراد ذلك ادنى ان لا تجوروا فيمن تعولون وقد يجب النكاح بالنذر وبما اذا غلب على ظنه الزنا ان لم يتزوج وقد يحرم بما اذا علم او ظن انه يجور او يقصر في الواجب وقد يكره بما اذا خاف ان لا يقوم بحقوق الزوجة لعجز او غيره وقد يباح بما اذا لم يخف شيئا من ذلك ولم يقصد بالنكاح التعفف ولا الولد ولا يجب تغيير الاسم بتغير الحال وانما يستحب تغيير القبيح منه والنكاح في اللغة الضم والجمع وفي الشرع عقد البيع وقيل للوطء نكاح لانه سببه والمنفعة المقصودة منه وهي الاستمتاع بالبضع والنظر الى ما عدا ذلك تابع وقيل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد لورود القرآن به في الوطء في نحو حتى تنكح زوجا غيره وفي العقد في نحو فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن والاول اظهر لان الاصل في الاطلاق الحقيقة وقد يكون النكاح واجبا وهو نكاح الابن اذا طلب منه ابوه ذلك وكان محتاجا اليه ومندوبا وهو نكاح من تاقت نفسه اليه ومكروها وهو نكاح من لا يأمن على نفسه الجور لعجز او غيره ومباحا وهو نكاح من لا داعي له ولا مانع

فصل

وتجب النفقة للزوجة بالعقد الصحيح اذا مكنت من الاستمتاع ولو لم يدخل بها لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله صلى الله عليه وسلم لهند زوجة ابي سفيان خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف وتسقط بالنشوز والنشوز هو الخروج عن طاعة الزوج بان تمتنع من فراشه او تخرج من بيته او من المنزل الذي يسكنه بغير اذنه او تمتنع من السفر معه او من الانتقال معه الى المنزل الذي يريد النقلة اليه او تصوم تطوعا او قضاء بعد الزوال او قبله وهو يتضرر بصومها او تمتنع من الغسل من الجنابة او الحيض او النفاس او من الوضوء او من الصلاة او تمتنع من ركوب الدابة التي يريد ركوبها او تمتنع من دخول الحمام الذي يريد دخوله او تمتنع من الاكل من الطعام الذي يريد اكله او تمتنع من لبس الثوب الذي يريد لبسه او تمتنع من الجماع او تمتنع من ان تمكنه من نفسها في قبلها او دبرها او تمتنع من ان تمكنه من وطء دابتها او تمتنع من ان تمكنه من الاستمتاع بشيء من بدنها او تمتنع من ان تمكنه من النظر الى شيء من بدنها او تمتنع من ان تمكنه من لمس شيء من بدنها او تمتنع من ان تمكنه من تقبيل شيء من بدنها او تمتنع من ان تمكنه من ضم شيء من بدنها الى بدنه او تمتنع من ان تمكنه من مباشرة شيء من بدنها بشيء من بدنه او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على ثديها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على فرجها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على فخذها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على ظهرها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على بطنها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على جنبها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على ساقها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على رجلها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على يدها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على كتفها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على رأسها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على وجهها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على عنقها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على صدرها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على بطنها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على ظهرها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على جنبها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على ساقها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على رجلها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على يدها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على كتفها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على رأسها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على وجهها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على عنقها او تمتنع من ان تمكنه من ان يضع يده على صدرها

كتاب السلم

السلم والسلف بمعنى واحد وهو عقد على موصوف في الذمة بثمن مقبوض في مجلس العقد وقوله بثمن مقبوض احتراز من بيع الدين بالدين وقوله في مجلس العقد احتراز من بيع الغائب بالصفة وقوله موصوف في الذمة احتراز من بيع العين المعينة وقوله على موصوف احتراز من بيع الأعيان المعينة وقوله بثمن احتراز من المقايضة وقوله مقبوض احتراز من بيع الدين بالدين وقوله في مجلس العقد احتراز من بيع الغائب بالصفة

وقد أجمع المسلمون على جواز السلم والأصل فيه قبل الإجماع قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وقال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية وقال الشافعي رضي الله عنه ذكر الله تعالى الدين وأباح السلم فيه دليل على أنه أراد السلم لأن السلم دين وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وروى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما قالا كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلف في الحنطة والشعير والزيت إلى أجل مسمى قيل أكان لهم زرع أو لم يكن لهم زرع قالا ما كنا نسألهم عن ذلك وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عاملا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز السلم في الجملة وإن اختلفوا في بعض شروطه وأما القياس فلأن الحاجة داعية إلى السلم لأن أرباب الزروع والثمار يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعلى زروعهم وثمارهم إلى وقت الحصاد والجذاذ ولا يجدون من يقرضهم ولا يملكون ما يبيعونه نقدا ويشترون بثمنه ما يحتاجون إليه في نفقتهم ومؤنة زروعهم وثمارهم والمفاليس من أرباب الصنائع يحتاجون إلى رأس المال ليشتروا به ما يعملون فيه ولا يجدون من يقرضهم ولا يملكون ما يبيعونه نقدا ويشترون بثمنه ما يحتاجون إليه في نفقتهم ومؤنة صنائعهم فلو لم يشرع السلم لأدى إلى الحرج والضيق وقد قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج

وأما شروط السلم فمنها ما يرجع إلى رأس المال ومنها ما يرجع إلى المسلم فيه ومنها ما يرجع إلى العقد فأما الذي يرجع إلى رأس المال فأربعة أشياء أحدها أن يكون معلوم القدر والثاني أن يكون معلوم الصفة والثالث أن يكون معلوم الجنس والرابع أن يكون معلوم الموضع الذي يوفيه فيه إذا كان لحمله ومؤنته موضع معلوم فأما إذا لم يكن لحمله ومؤنته موضع معلوم فلا يشترط ذكر موضع التسليم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يشترط ذكر موضع التسليم بحال وقال مالك رحمه الله يشترط ذكر موضع التسليم بكل حال وقال الشافعي رحمه الله إن كان لحمله ومؤنته موضع معلوم اشترط ذكر موضع التسليم وإن لم يكن لحمله ومؤنته موضع معلوم لم يشترط ذكر موضع التسليم

وأما الذي يرجع إلى المسلم فيه فأربعة أشياء أحدها أن يكون معلوم القدر والثاني أن يكون معلوم الصفة والثالث أن يكون معلوم الجنس والرابع أن يكون معلوم الموضع الذي يوفيه فيه إذا كان لحمله ومؤنته موضع معلوم فأما إذا لم يكن لحمله ومؤنته موضع معلوم فلا يشترط ذكر موضع التسليم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يشترط ذكر موضع التسليم بحال وقال مالك رحمه الله يشترط ذكر موضع التسليم بكل حال وقال الشافعي رحمه الله إن كان لحمله ومؤنته موضع معلوم اشترط ذكر موضع التسليم وإن لم يكن لحمله ومؤنته موضع معلوم لم يشترط ذكر موضع التسليم

وأما الذي يرجع إلى العقد فأربعة أشياء أحدها أن يكون بلفظ السلم أو السلف والثاني أن يكون مؤجلا والثالث أن يكون بثمن مقبوض في مجلس العقد والرابع أن يكون على موصوف في الذمة فأما إذا أسلم في عين أو على غير موصوف أو على مؤجل أو بثمن غير مقبوض في مجلس العقد لم يجز

فصل

ويجوز السلم في كل ما يجوز بيعه إذا كان معلوم القدر والصفة والجنس والموضع الذي يوفيه فيه إذا كان لحمله ومؤنته موضع معلوم ولا يجوز في كل ما لا يجوز بيعه إذا لم يكن معلوم القدر والصفة والجنس والموضع الذي يوفيه فيه إذا كان لحمله ومؤنته موضع معلوم

فصل

ويجوز السلم في الحيوان والثياب والأطعمة وغيرها من المكيلات والموزونات والمذروعات وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الحيوان لأنه لا يمكن ضبط صفاته لاختلافها باختلاف السن والذكورة والأنوثة والطول والقصر والسمن والهزال وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الحيوان إذا كان من جنس واحد كالبعير بالبعير والشاة بالشاة لأنه يؤدي إلى الربا لأن الحيوان يباع بالحيوان متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الحيوان لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الثياب بالذرع المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الثياب لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الثياب إذا كانت من جنس واحد كالثوب بالثوب لأنه يؤدي إلى الربا لأن الثياب تباع بالثياب متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الثياب لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأطعمة بالكيل المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأطعمة لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأطعمة إذا كانت من جنس واحد كالحنطة بالحنطة لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأطعمة تباع بالأطعمة متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأطعمة لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأدهان بالكيل المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأدهان لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأدهان إذا كانت من جنس واحد كالزيت بالزيت لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأدهان تباع بالأدهان متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأدهان لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأدوية بالكيل المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأدوية لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأدوية إذا كانت من جنس واحد كالحنطة بالحنطة لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأدوية تباع بالأدوية متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأدوية لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأشربة بالكيل المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأشربة لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأشربة إذا كانت من جنس واحد كالخمر بالخمر لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأشربة تباع بالأشربة متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأشربة لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأحجار بالوزن المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأحجار لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأحجار إذا كانت من جنس واحد كالحجر بالحجر لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأحجار تباع بالأحجار متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأحجار لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأخشاب بالوزن المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأخشاب لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأخشاب إذا كانت من جنس واحد كالخشب بالخشب لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأخشاب تباع بالأخشاب متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأخشاب لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأقمشة بالذرع المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأقمشة لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأقمشة إذا كانت من جنس واحد كالثوب بالثوب لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأقمشة تباع بالأقمشة متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأقمشة لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأدوية بالكيل المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأدوية لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأدوية إذا كانت من جنس واحد كالحنطة بالحنطة لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأدوية تباع بالأدوية متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأدوية لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأشربة بالكيل المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأشربة لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأشربة إذا كانت من جنس واحد كالخمر بالخمر لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأشربة تباع بالأشربة متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأشربة لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأحجار بالوزن المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأحجار لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأحجار إذا كانت من جنس واحد كالحجر بالحجر لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأحجار تباع بالأحجار متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأحجار لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأخشاب بالوزن المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأخشاب لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأخشاب إذا كانت من جنس واحد كالخشب بالخشب لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأخشاب تباع بالأخشاب متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأخشاب لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

فصل

ويجوز السلم في الأقمشة بالذرع المعلوم والوصف المعلوم وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في الأقمشة لأنها تختلف اختلافا فاحشا وقال مالك رحمه الله لا يجوز السلم في الأقمشة إذا كانت من جنس واحد كالثوب بالثوب لأنه يؤدي إلى الربا لأن الأقمشة تباع بالأقمشة متفاضلا ونسيئة وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الأقمشة لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وقضى ببعير رباعي وقال خياركم أحسنكم قضاء وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاء

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب النكاح الأول

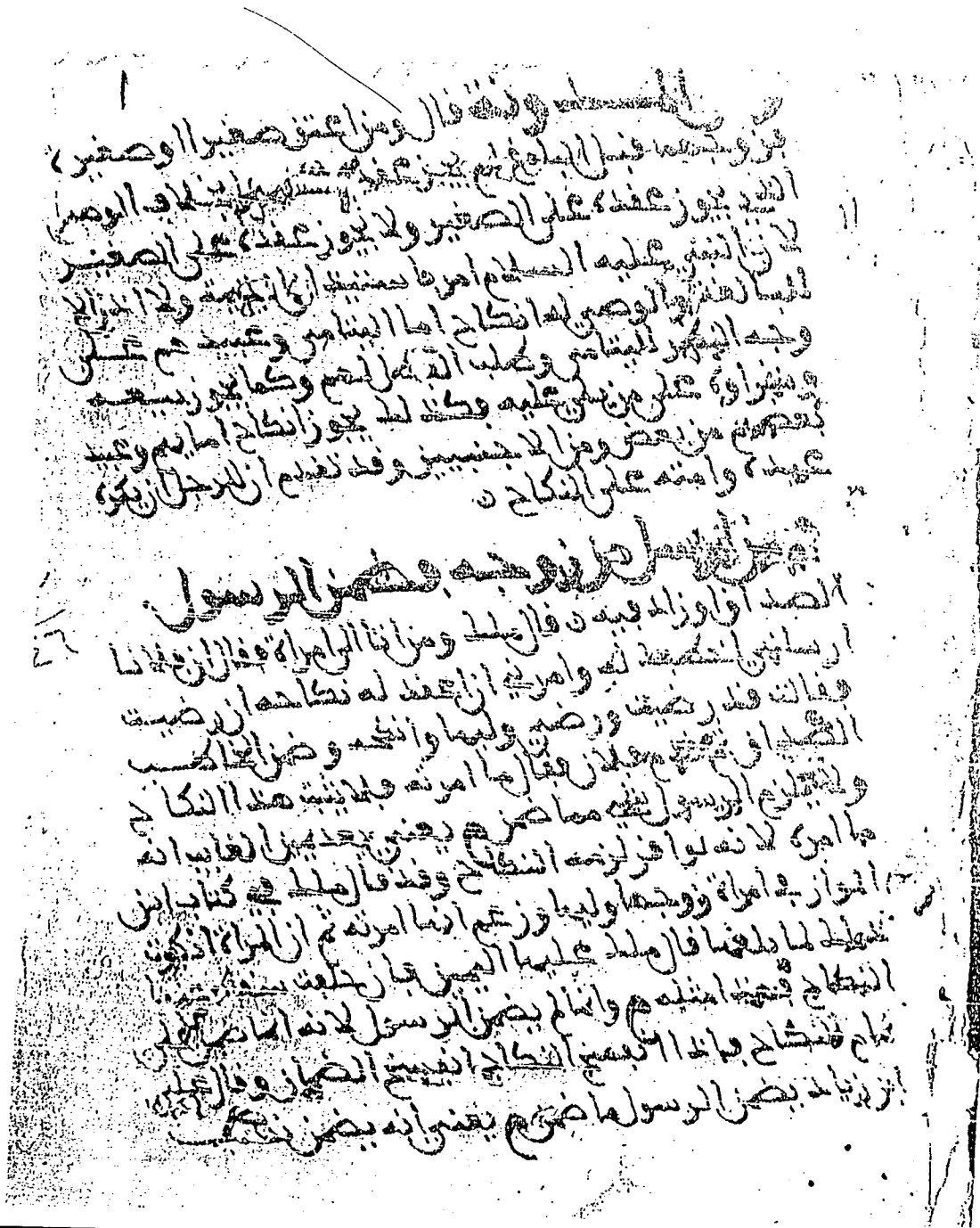
الترجمة

والنكاح مندوب إليه لقوله الله تعالى وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا وقوله صلى الله عليه وسلم من تزوج فقد أحرز نصف دينه يوم الدينونة وليس على الوجوب وهو مذهب مالك رضي الله عنه خلافا لداود وأهل الظاهر في قوله والدليل للأول قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فذكر تعالى النكاح والملك فدل على أن النكاح ليس بواجب تخييرا واعتبارا النكاح الأمة ولأنه عقد معاوضة فلم يجب ابتداء بالشرع كعقد البيع وقال بعض البغداديين النكاح في الجملة مندوب إليه ويتعين عند خوف العنت ولم يجد ما يتزوج به وهو واجد على النفقة والمهر وربما كان مباحا وهو أن يكون غنيا محتاجا إليه وهو قليل المال والكسب فيخير المرء فيه كما قال ابن حبيب وحض النبي صلى الله عليه وسلم على نكاح الأبكار وقال ابن حبيب الثيب أبواها وأنق أرحاما والبكر إخلاقا قال ابن حبيب أنق أرحاما أقبل للولد وأرغب في نكاح الولود وهي حيث ما الولود الودود الغرو وقال ابن حبيب ويستحب أن يستنجب الخال وقد يتفق رضاع الجارية بلبنه بهذا وقد قال صلى الله عليه تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك وأمر أن يتناكح بالأكفاء وقد قال عمر رضي الله عنه لا يزوج الرجل وليته للفقيه الدميم ولا للشيخ الكبير أبي الحوان قبل لما لها جاء عن عمر لا تزوجوهن إلا الأكفاء وأن عرفا بين الرجل وامرأته كان قد تزوج وهو غير كفء فقال قد جاء عنه غير هذا قول لين الرجل حسبه وكرمه تقواه وسوءته خلافه فليس الفقر فيه والحسب إلا من الإسلام والتقوى

فصل قال ابن الحوان واستحب أهل العلم الخاطبة في

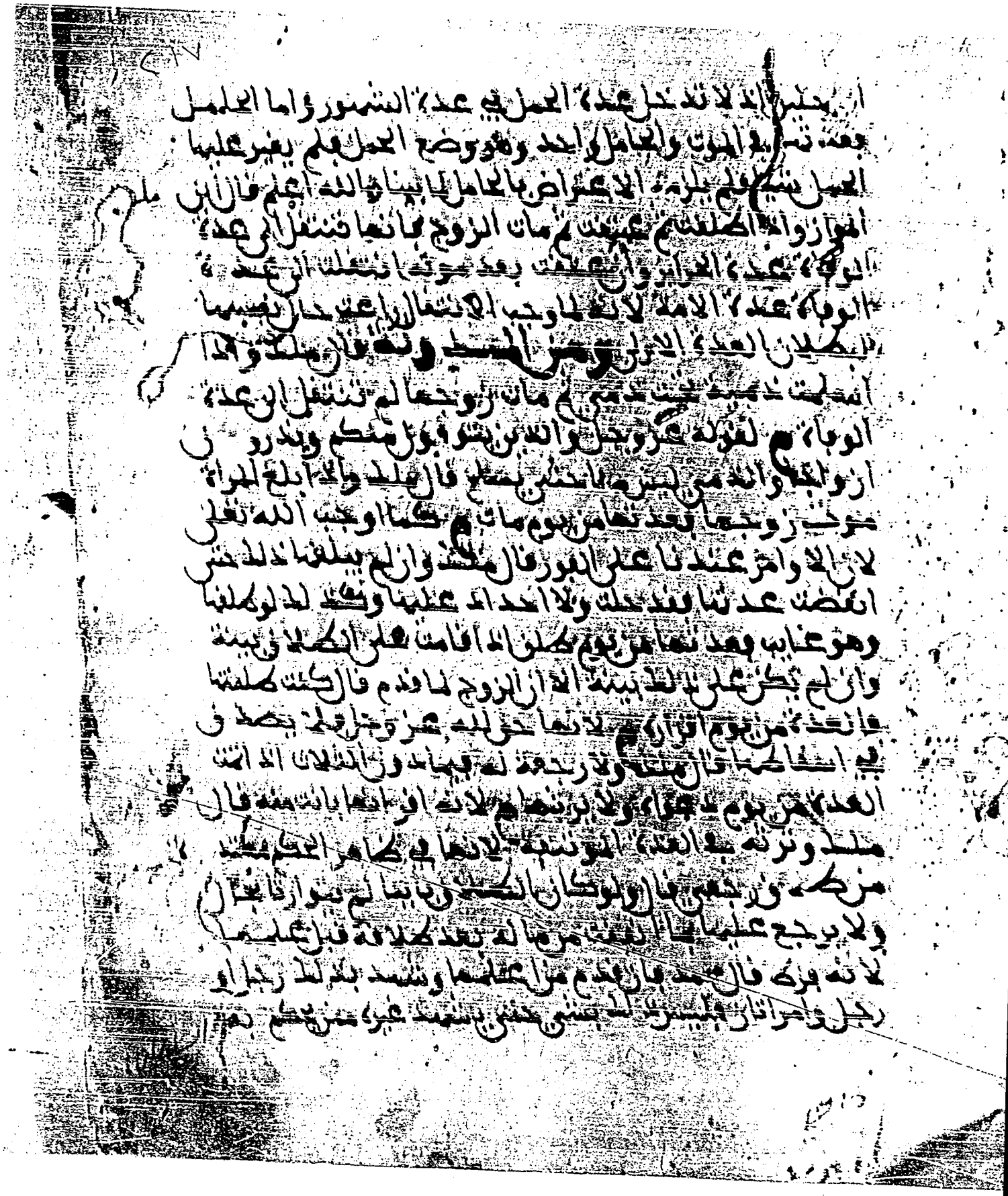
عقد النكاح قال مالك وهو من العمل القديم وما أرى لأحد تركها وما قل منها فهو أفضل وأما الخ
ابن إبراهيم وقد خطب عمر ولد ابن أخي الزبير إلى عبد الله بن عمر ابنته سودة فقال إياك أن تفعل
عبيد الله وسألها أبيه فلما أتياه قال ابن عمر وقد خطب إليك فلان فإن أحببت أن أزوجه إياها فعلت
الله تعالى للمسلمات على المسلمين الإصلاح بالمعروف والتسمح بما حسان وأن يستعلم
بما يستعمل به المسلمة فالأكرم يا عمر وقد قال نعم قال فقد زوجناكها على بركة الله عز
وجل في نكاح السنة وما تأتي به ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم
عن نكاح الشغار وقال لا شغار في الإسلام قال مالك وهو أن يزوج الرجل ابنته على
وجه أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق والشغار خلو العقد من المهر يقال بلد شاغر إذا خال
ويقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول وإنما سمي عقد الشغار بذلك لأنهم كانوا يرفعون فروجهن قبل وبعد
بعد الدخول وإنما الخلاف يختلف قوله في المرونة به الشغار بخلاف إذا تزوجها
على أن لا صداق إذا اختلف قوله لأن الموهبة إنما يسمح الأب بها إذا لم يسم لها صداقا
فإذا أبيات المسمى بالدخول فيها استوجبت المسمى والمعنى الواضح على أحد قوليه والشغار
والشغار ليس كذلك وقال بعض المخيفين إنما اختلف قوله في فسخ الشغار بعد الدخول
لاختلافهم في المهر هل يقتضي بمسماه المنهي عنه بعد الدخول أو أنما المنع فيه ابتداء
وليس فيه خلاف قال السيد الوهاب ونكاح الشغار فاسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عنه وأنه
سلم بفسخ أبدا بتصراف لا شك فيه ولا خير في مساءة العقد لأن المهر يجب أن يكون
ملكا للمنكوحة وهي الأم وقد قال لم يجز قال لم يجز قال لرجل زوجني ابنتك على أن أزوجك
جميع ابنتي أو زوجني أمتك على أن أزوجك أمتي ولا سمى بينهما فهذا الشغار يفسخ أبدا وإن
لزمت الأولاد ورضيا به والمدخول بها صداق المثل ولا شيء لغير المدخول بها قال مالك
والشغار بين العبيد كالشغار بين الأحرار قال ابن الحوان هو قال ابن القاسم وأحب ما فيه إلي أن
يفسخ بطلاق ويفسخ فيه الطلاق والتوارث قبل الفسخ لاختلاف الناس فيه إجازته أو
يفسخ قال محمد والذي عليه أكثر رواة مالك أن كل عقد كانا مغلوبين عليه
والفسخ فيه ليس بطلاق وللسيد أن يمضيه وقد ثبت عن نبينا صلى الله عليه وسلم

الترجمة الأولى من كتاب النكاح الأول نسخة (ب)



THE
NATIONAL
INFORMATION
AND

اللوحة الأخيرة من كتاب طلاق السنة نسخة (ز)



القسم الثاني

التحقيق

الكتاب الأول

كتاب النكاح الأول

[الكتاب الأول]
كتاب النكاح[1] الأول

[الباب الأول]
في الحضِّ على النكاح ، والخِطْبة[2] فيه

[فصل ١ : في الحضِّ على النكاح وذكر حكمه]

والنكاح مندوبٌ إليه لقول الله تعالى : ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[3] .

---

(١) النكاح لغة : قال الأزهري : أصل النكاح في كلام العرب : الوطء ، وقيل للتزويج نكاح ، لأنه سبب الوطء ، فيقال : نَكَحَ فُلانٌ امرأةً ينكحها نِكَاحاً إذا تزوجها .
وقال أبو علي الفارسي : فرَّقت العرب فرقاً لطيفاً يُعرف به موضع العقد من الوطء ، فإذا قالوا : نَكَحَ فلانة أو بنتَ فلانٍ أو أخته : أرادوا تزوجها وعقد عليها ، وإذا قالوا : نكح امرأته أو زوجته ، لم يريدوا إلا المجامعة ، لأن بذكر امرأته وزوجته يُستغنى عن العقد .
انظر : لسان العرب ، تأليف محمد بن منظور (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٣هـ) ، مادة (نَكَحَ) ، تحرير ألفاظ التنبيه ، تأليف الإمام محيى الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق عبد الغني الدقر (دمشق : دار القلم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ) ص٢٤٩ .
وشرعاً فقد عرفه ابن عرفة بأنه : عقدٌ على مجرد متعة التلذذ بآدمية ، غير موجبٍ قيمتها ببينةٍ قبله ، غير عالمٍ عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر ، شرح حدود ابن عرفة ، تأليف أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣م) ١/٢٣٥ .

(٢) الخِطْبة : خَطَبَ المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم واختطبها ، والاسم الخِطبة بالكسر فهو خاطب .
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، تأليف أحمد بن محمد بن علي الفيومي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ) ١/١٧٣ .

(٣) سورة النور : آية ٣٢ .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : "تنكاحوا تناسلوا"[١] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : "تزوجوا فإني مُكاثرٌ بكم الأممَ يوم القيامة"[٢] ،

---

(١) هذا الحديث ذكره العجلوني بلفظ : تناكحوا تناسلوا أباهي بكم الأمم يوم القيامة" . انظر كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، تأليف إسماعيل بن محمد العجلوني (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط/بدون ، ت : بدون) ٣١٨/١ رقم (١٠٢١) .
لكنه ورد بلفظ "تنكاحوا تكثروا" أخرجه في المصنف ، تأليف الحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق المحدث حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ) ١٧٣/٦ رقم (١٠٣٩١) من طريق سعيد بن أبي هلال مرفوعاً ، وهو مرسل ، لأن سعيد من السادسة ، انظر : تقريب التهذيب ، تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ٣٦٦/١ رقم (٢٤١٧) .
وأخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر مرفوعاً ، والمحمدان ضعيفان ، انظر :التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تأليف الحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح وتعليق عبد الله هاشم اليماني (معلومات النشر : بدون) ١١٦/٣ ، فالحديث ضعيف .

(٢) أخرجه الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني في سننه ، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد (بيروت : دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٣٩١هـ) كتاب النكاح ، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ٥٤٢/٢ رقم (٢٠٥٠) ، والحافظ عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي ، في سننه ، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندي ، ضبط وتصحيح عبد الوارث محمد علي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ، كتاب النكاح ، باب كراهية تزويج العقيم ٥٠،٤٩/٦ رقم (٣٢٢٧) ، والحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني - ابن ماجه - في سننه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في فضل النكاح ٥٩٢/١ رقم (١٨٤٦) ، والحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين ، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) ، كتاب النكاح ١٧٦/٢ رقم (٢٦٨٥) وقال : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

وليس بواجب ، وهو مذهب مالك رحمه الله[١] خلافاً لداود[٢] في الحُرَّة[٣] ، والدليل لمالك قوله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانكم﴾[٤] فقد خيَّرنا تعالى في النكاح أو ملك اليمين ، وليس في الواجب تخيير[٥] ، واعتباراً بنكاح الأمة ، ولأنه عقد معاوضةٍ فلم يجب ابتداءً بالشرع كعقد

---

(١) انظر : النكت والفروق ل٦٠/ب ، الإشراف على مسائل الخلاف ، تأليف القاضي عبدالوهاب بن نصر البغدادي (مطبعة الإرادة ، ط/بدون ، ت/بدون) ٨٩/٢ .
وهذا حكم النكاح في الجملة ، وإلا فإنه تعرِض له الأحكام التكليفية الخمسة : فيجب على من احتاج إليه و لم يقدر على الصبر دون النساء وليس عنده مال يتسرى به ، وخشي على نفسه العنت إن لم يتزوج ، ويندب لمن يرجو النسل ، أو كانت نفسه تشتاق النكاح دون خشية الزنا بتركه ، ويباح لمن يرجو النسل ولاتميل نفسه إليه ولايقطعه عن فعل خير ، ويحرم على من لايخشى بتركه الزنا ، ولاقدرة له على نفقة الزوجة أو على الوطء ، أو ينفق عليها من الحرام ، ويكره في حق من يقطعه عن فعل العبادة غير الواجبة ، قال ابن رشد : فالقول إنه واجب على الإطلاق أو مندوب إليه على الإطلاق ليس بصحيح .
انظر : المقدمات الممهدات لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات ، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق محمد حجي (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ) ٤٥٤/١ ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، تأليف أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (بيروت : دار الفكر ، ط/بدون ، ت/بدون) ٢/٢ .

(٢) هو أبو سليمان داود بن علي الأصبهاني ثم البغدادي ، الفقيه الظاهري ، كان حافظاً مجتهداً ناسكاً زاهداً ، له ذكاءٌ خَارق ، وفيه دينٌ متينٌ ، تفقه على أبي ثور وابن راهَويه ، توفي سنة ٢٧٠هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٤٩١/١٠ ، شذرات الذهب ١٥٨/٢ .

(٣) انظر : الإشراف ٨٩/٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٣ .

(٥) قال ابن رشد مبيناً وجه الاستدلال بالآية على عدم وجوب النكاح : وملك اليمين ليس بواجب بإجماع ، ولايصح التخيير بين واجب ومالس بواجب ، لأن ذلك مُخرِجٌ للواجب عن الوجوب . المقدمات الممهدات ٤٥٢/١ .

البيع[١] .

وقال بعض البغداديين[٢] : النكاح في الجملة مندوبٌ إليه ، وربما تعيَّن فرضه إذا خاف العنت[٣] و لم يجد مايتسرَّى به[٤] ، وهو قادرٌ على النفقة والمهر ، وربما كُرِهَ له ذلك وهو أن يكون غير محتاجٍ إليه وهو قليل المال والكسب فَيَغُرُّ المرأة ويضرُّها[٥] .

قال ابن حبيب : وحضَّ النبي صلى الله عليه وسلم على نكاح الأبكار وقال "فإنهن أطيب أفواهاً وأنتَق أرحاماً وأطيب أخلاقاً"[٦] .

---

(١) انظر : المعونة ٢/٧١٧،٧١٨ .

(٢) والمراد به هنا أبو عبد الله بن خُويز مِنداد كما في تهذيب الطالب .
وترجمته : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد ، إمامٌ ، عالمٌ ، متكلمٌ ، فقيهٌ أصولي ، تفقه على أبي بكر الأبهري وغيره ، ألَّف كتاباً كبيراً في الخلاف ، وكتاباً في أصول الفقه ، وكتاباً في أحكام القرآن .
انظر : الديباج المذهب ٢/٢٢٩ ، شجرة النور الزكية ص١٠٣ .

(٣) العنت : قال ابن فارس : العين والنون والتاء أصلٌ صحيحٌ يدل على مشقةٍ ومأشبه ذلك ، ولايدل على صحةٍ ولاسهولةٍ ، قال الفراء في قوله تعالى : ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ سورة النساء : آية ٢٥ : أي يرخَّص لكم في تزويج الإماء إذا خاف أحدكم أن يفجُر ، وقال غيره : معناه : ذلك لمن خاف أن تحمله الشهوة على الزنا فيلقى الإثم العظيم في الآخرة .
انظر : معجم مقاييس اللغة ، تأليف أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق عبد السلام محمد هارون (بيروت : دار الجيل ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) ، مادة (عنت) .

(٤) التسري : هووطء السيد أمته ، مشتقٌ من السر وهو الجماع ، سمي بذلك لأنه يُفعل سراً ، قاله الأزهري وغيره ، وقال أبو الهيثم : مشتقٌ من السر وهو السرور ، لأن صاحبها يُسرُّ بها .
ويقال : تسرَّرت جارية وتسرَّيت ، كما قالوا : تظنَّنت وتظنَّيت من الظن .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥٠ .

(٥) تهذيب الطالب وفائدة الراغب ل٥/أ .

(٦) أخرجه ابن ماجه عن عويم بن ساعدة مرفوعاً ، كتاب النكاح ، باب تزويج الأبكار ١/٥٩٨ رقم (١٨٦١) ، والإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي في السنن الكبرى تحقيق محمد عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ) ، كتاب النكاح ، باب استحباب التزويج بالأبكار ٧/١٣٠ رقم (١٣٤٧٣،١٣٤٧٤) وفيه =

قال ابن حبيب : أنتق أرحاماً : أقبلُ للولد[١] .

ورغّب في نكاح الولود[٢] ، وفي حديثٍ آخر : "الولود الودود العؤود"[٣] .

قال ابن حبيب : ويستحب أن يُستنجَب الخال[٤] ، وقد يُتّقى رضاع الفاجرة فكيف بهذا![٥]

وقد قال صلى الله عليه وسلم : "تُنكح المرأة لمالها ولجمالها ولحسبها ودينها فاظفر بذات الدين تَرِبَت يداك"[٦] [٧] .

= محمد بن طلحة قال عنه ابن حجر : صدوقٌ يخطئ ، انظر : التقريب ٢/٩٠ رقم (٥٩٩٩) .
وأخرجه الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني في سننه ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، باب ماجاء في نكاح الأبكار ١/١٤٤ رقم (٥١٣،٥١٤) ، وابن أبي شيبة ٤/٥٢ رقم (١٧٦٩٠) عن مكحول مرفوعا .
وأخرجه الحافظ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة في المصنف ، ضبط وتصحيح محمد عبدالسلام شاهين (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ) موقوفاً على عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بسند صحيح ، كتاب النكاح ، باب ماقالوا في تزويج الأبكار وماذكر في ذلك ٤/٥٢ رقم (١٧٦٨٨) . والحديث حسنٌ بهذه الطرق .

(١) وقال ابن الجوزي : أي : أكثر أولاداً ، يقال للمرأة الكثيرة الولد : ناتق ، ومِنتَاق ، لأنها ترمي بالأولاد رميًا .
غريب الحديث ، تأليف الإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ) ٢/٣٨٩ .

(٢) أي بقوله : "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة" وقد سبق تخريجه ص٢ .

(٣) لم أعثر عليه بهذا اللفظ ، وهو بمعنى الحديث الذي قبله .

(٤) لعل مراده أن تُطلب النجابة في الخال ، لأن الولد يشبه خاله في الغالب .

(٥) النوادر والزيادات ل٢١١/أ .

(٦) قوله "تربت يداك" أي افتقرت ، قال أبو عبيد : ولم يرد به الدعاء ، لكنها كلمةٌ جاريةٌ على ألسنة العرب يقولونها ولايريدون وقوع ذلك .
انظر : غريب الحديث ١/١٠٤،١٠٥ .

(٧) أخرجه الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري في صحيحه (استانبول : المكتب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٩٧٩م) ، كتاب النكاح ، باب الأكفاء في الدين ٦/١٢٣ ، والإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري في صحيحه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ١٤١٣هـ) كتاب الرضاع ، باب استحباب نكاح ذات الدين ٢/١٠٨٦ رقم (١٤٦٦) .

وأمر أن تُنكَحَ في الأكفاء[١] ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لايزوج الرجل وليَّته للقبيح الذميم ولاللشيخ الكبير[٢] .

ابن المواز : قيل لمالكٍ : فما جاء عن عمر : لاتزوجوهن إلا الأكفاء[٣] ، وأنه فرَّق بين رجلٍ وامرأةٍ كان قد زوَّجها وهو غير كفءٍ؟

قال : قد جاء عنه غير هذا ، قوله : دين الرجل حَسبُه ، وكرمُه تقواه ، ومروءته خُلقُه[٤] ، فليس الشرف والحسب إلا في الإسلام والتقوى[٥] .

---

(١) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنةٌ في الأرض وفسادٌ عريض" .
أخرجه الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي في سننه ، تحقيق أحمد محمد شاكر (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ، باب ماجاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ٣/٣٩٤،٣٩٥ رقم (١٠٨٤) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي ٧/١٣٢ رقم (١٣٤٨١) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢/١٧٩ رقم (٢٦٩٥) وقال : صحيح الإسناد .
وأخرجه الترمذي أيضاً بلفظ : "إذا جاءكم" الحديث من طريقٍ آخر عن أبي حاتم المزني ٣/٣٩٥ رقم (١٠٨٥) وقال : هذا حديثٌ حسنٌ غريب .

(٢) أخرجه عبد الرزاق بمعناه ، باب عرض الجواري ٦/١٥٨ رقم (١٠٣٣٩) .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور ، باب من قال لانكاح إلا بولي ١/١٥٠،١٥١ رقم (٥٣٧) .

(٤) أخرجه الإمام علي بن عمر الدارقطني في سننه ، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني (القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ٣/٣٠٤ رقم (٢١٦) بلفظ : حسب المرء دينه ، ومروءته خلقه ، وأصله عقله .

(٥) النوادر والزيادات ل٢١١/ب .

[فصل ٢ ــ في الخطبة في النكاح]

قال ابن المواز : واستحب أهل العلم الخطبة في عقد النكاح .

قال مالك : وهي من العمل القديم ، ومانرى لأحدٍ[١] تركها ، وماقلّ منها فهو أفضل[٢] .

قال محمد بن إبراهيم[٣] : وقد خطب عروة بن الزبير[٤] إلى عبد الله بن عمر ابنته سودة ، فقال : يانافع[٥] ادع عبيد الله[٦] وسالماً[٧] ، ابنيه ، فلما أتياه قال : إن

---

(١) في أ "وماأرى لها خير" .

(٢) قال مالك : وكانوا يستحبون أن يحمد الله الخاطب ويصلي علي نبيه ، ثم يخطب المرأة ، ثم يجيبه المخطوب إليه بمثل ذلك من حمد الله والصلاة على نبيه ، ثم يذكر إجابته .
انظر : المصدر نفسه ل٢١٢/أ .
قال ابن رشد : يُستحب إخفاء خطبة النكاح ، وأن يُهنَّأ الناكح عند نكاحه ويدعى له بالبركة فيه .
انظر : المقدمات الممهدات ٤٨١/١ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن دينار الجهيني ، الفقيه الإمام الثقة ، مفتي المدينة ، صحب مالكاً وابن هرمز ، قال أشهب : مارأيت في اصحاب مالكٍ أفقه من ابن دينار . توفي سنة ١٨٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٩١/١ ، الديباج ١٥٥/٢ ، شجرة النور ص٥٧ .

(٤) هو أبو محمد عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب ، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق ، تابعيٌ ثقةٌ ، فقيهٌ ، كثير الحديث ، جمع العلم والسيادة والعبادة ، توفي بالمدينة سنة ٩٤هـ .
انظر : الطبقات الكبرى ١٣٦/٥ ، شذرات الذهب ١٠٣/١ .

(٥) هو أبو عبد الله نافع القرشي ، ثم العدوي العمري ، الإمام المفتي الثبت ، عالم المدينة،مولى عبدالله بن عمر بن الخطاب ، روى عن ابن عمر وعائشة وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري وغيرهم أصابه عبد الله في غزاته ، كان ثقةً كثير الحديث ، توفي بالمدينة سنة ١١٧هـ .
انظر : الطبقات ٣٤٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٦٣/٥ .

(٦) هو عبيد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وأمه أمُّ ولد ، ثقة ، قليل الحديث .
انظر : الطبقات ١٥٥/٥ .

(٧) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وأمه أمُّ ولد وهي أم عبيد الله ، إمامٌ زاهدٌ ، حافظٌ ، مفتي المدينة ، ثقةٌ وَرِع ، توفي سنة ١٠٦هـ .
انظر : المصدر نفسه ١٤٩/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٨٢/٥ .

عروة خطب إليَّ أختكما وإني أزوجه إياها بما جعل الله تعالى للمسلمات على المسلمين من الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان[١] ، وأن يستحلَّها بما تستحلُّ به المسلمة ، / قالا : كذلك ياعروة؟ قال : نعم ، قال : فقد زوجناكها [٤٤/أ] على بركة الله عز وجل[٢] .

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٢) أخرج قصة خطبة عروة البيهقي بلفظ : قال عروة بن الزبير : لَحِقتُ ابن عمر فخطبت إليه ابنته ، فقال لي : إن ابن أبي عبد الله لأَهلٌ أن يُنكَح . نحمد ربَّنا ونصلي على نبينا ، وقد أنكحناك على ماأمر الله به إمساكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسانٍ .
سنن البيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايستحب للولي من الخطبة والكلام ٢٣٧/٧ رقم (١٣٨٣٢) .

[الباب الثاني]
في نكاح الشغار[1] ومايتعلق به

[فصل ١ ــ في حكم نكاح الشغار وبيان معناه]

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار[٢] ، وقال : "لاشغار في الإسلام"[٣] .

قال مالك : وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق[٤] .

والشغار خلوٌّ العقد من المهر ، يقال : بلدٌ شاغرٌ ، أي خَالٍ ، ويقال : شَغَر الكلب إذا رفع رِجلَه ليبول[٥] .

---

(١) الشغار لغة : مشتقٌ من الشَّغْر وهو الرفع ، يقال : شَغَرَ الكلب يَشْغُر شَغْراً : أي رفع إحدى رجليه ليبول ، والشَّغْر : الخُلو ، يقال : شَغَرَت الأرض والبلد : أي خَلَت من الناس ولم يبق بها أحدٌ يحميها ويضبطها .
انظر : اللسان ، مادة (شَغَرَ) ، وقد ذكر المؤلف هذا المعنى .
وشرعا : هو خُلوُّ البُضْع عن الصداق .
شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦١ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الشغار ٦/١٢٨ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ٢/١٠٣٤ رقم (١٤١٥) ، ومالك ، كتاب النكاح ، باب جامع مالايجوز من النكاح ٢/٤٢٢ رقم (٢٤) .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ٢/١٠٣٥ رقم (١٤١٥) .

(٤) انظر : المدونة ٢/١٥٢ .
وسيأتي قريباً التحقيق في قائل هذا المعنى للشغار .

(٥) قال عبد الحق : وذلك أن الكلب لايتأهَّب للبول ، وإذا أصابه رفع رجله فشبَّه الشغار بذلك كأن الزوج وطئ قبل أن يتأهَّب للوطء بالصداق ومايُبَاح به .
تهذيب الطالب ل٥/ب .

ولايحل عقد الشغار بإجماع ، فإذا وقع فسخ قبل وبعد الدخول[١] ، وروي عنه[٢] ثبوته بعد الدخول وإنما لم يَختلف قوله في المدونة في الشغار بخلاف إذا تزوجها على أن لاصداق إذا اختلف قوله ؛ لأن الموهوبة إنما فسد الأمر فيها إذا لم يسم لها صداقاً ، فإذا فات الأمر بالدخول فقد استوجبت المهر بالمسيس[٣] فلامعنى للفسخ على أحد قوليه ، والشغار ليس كذلك .

وقال بعض المحققين[٤] : إنما اختلف قوله في فسخ الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي ، هل يقتضي فساد المنهي عنه بعد أن يقع؟ وأما المنع منه ابتداءً فليس فيه خلاف[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ١٥٢/٢ ، التفريع ٤٨/٢ .

(٢) أي عن مالك وهي رواية علي بن زياد .

(٣) "بالمسيس" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) وهو أبو عمران الفاسي كما سيأتي ص١٣ .
وكثيراً مايذكر المؤلف آراءه الفقهية نقلا من تهذيب الطالب لعبد الحق الصقلي .
وترجمته :هو أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الفاسي القيرواني ، الفقيه الحافظ العالم الإمام ، استوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم ، له كتاب التعليق على المدونة ، كتاب جليلٌ لم يكمل ، ولد سنة ٣٦٣هـ ، وتوفي بالقيروان سنة ٤٣٠هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٧٠٢/٢ ، الديباج ٣٣٧/٢ ، شجرة النور ص١٠٦ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٥/أ .
وسبب الخلاف المذكور مسألة اصولية ، وقد ذكرها أبو الوليد الباجي في مسائل النهي ، وذكر الخلاف فيها ، ورجّح القول بأن النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه وقال : وبهذا قال القاضي أبو محمد ـ أي عبد الوهاب البغدادي ـ وجمهور أصحابنا ، وأصحاب أبي حنيفة والشافعي .
انظر : إحكام الفصول في أحكام الأصول ، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، تحقيق ودراسة عبد الله محمد الجبوري (بيروت :مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ) ص١٢٦، ١٢٧ .

قال عبد الوهاب : ونكاح الشغار فاسدٌ لنهيه صلى الله عليه وسلم عنه ، ولأنه مَلَّك بُضْعَ[١] ابنته بصداقٍ لاتملكه ، وذلك يوجب فساد العقد ؛ لأن المهر يجب أن يكون ملكاً للمنكوحة[٢] .

ومن المدونة : قال مالك فيمن قال لرجل : زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ، أو : زوجني أمتك على أن أزوجك أمتي ، ولامهر بيننا : فذلك شغارٌ يفسخ أبداً وإن ولدت الأولاد ورضياه ، فللمدخول بها صداق المثل[٣] ، ولاشيء لغير المدخول بها .

قال مالك : والشغار بين العبيد كالشغار بين الأحرار .

قال ابن القاسم : وأحب مافيه إليَّ أن يفسخ بطلاق ، ويقع به الطلاق والموارثة قبل الفسخ لاختلاف الناس في إجازته أو فسخه .

قال سحنون : والذي عليه أكثر رواة مالكٍ أن كلَّ عقدٍ كانا مغلوبين على فسخه[٤] فالفسخ فيه ليس بطلاقٍ ، ولاميراث فيه ، وقد ثبت من نهي النبي صلى الله عليه وسلم في الشغار[٥] مالايُحتَاج فيه إلى حُجة[٦] .

---

(١) البُضْع : بضم الباء وسكون الضاد المعجمة وبالعين المهملة : فرج المرأة .
تنبيه الطالب لفهم ابن الحاجب ، تأليف محمد بن عبد السلام بن إسحاق بن أحمد الآمدي المالكي ، مخطوط ، مصور من مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى برقم ٣٢٨ ـ أصول فقه . ولما كانت أرقام لوحاته غير واضحة اعتمدت الترقيم الذي رُقم به بعد التصوير ، بحيث جُعِلَ لكل وجه رقم ، ورمزت لكل وجه بـ(ص) ، ص٢٨ .

(٢) انظر : المعونة ٧٥٧/٢، ٧٥٨ .

(٣) يرى مالك يرحمه الله أنه لايُنظر في صداق المثل إلى نساء قومها ولكن يُنظر فيه إلى نسائها في قدرها وجمالها وموضعها وغِناها . انظر : المدونة ٢٣٦/٢ .
وقال الباجي : يعتبر في مهر المثل أربع صفات : الدين والجمال والمال والحسب ، ومن شَرْطِ التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات رُدَّت إليها في مهر المثل وإن لم تكن من أقاربها .
انظر : المنتقى شرح الموطأ ، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، (القاهرة :مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٢هـ) ٢٨٢/٣ .

(٤) في المدونة زيادة "ليس لأحد إجازته" .

(٥) سبق تخريجه ص٩ .

(٦) انظر : المدونة ١٥٢/٢، ١٥٣ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا من القرويين : روي عن علي بن زياد[١] عن مالك : أن نكاح الشغار إذا دخلا ثبت النكاح ، وكان لهما صداق المثل .

قال الفقيه أبو الحسن بن القابسي[٢] : إنما اختلف قول مالك في ذلك لاختلاف الناس في تأويل الشغار .

قيل : وكيف اختلاف الناس فيه وهو في حديث ابن عمر مفسَّراً أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق؟

فقال : المتفق عليه من لفظ الحديث إلى قوله : "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار" وباقي الحديث إنما يحملونه على أنه من تفسير نافع ، ولو كان عن النبي صلى الله عليه وسلم مااختلف فيه[٣] .

---

(١) هو أبو الحسن علي بن زياد التونسي العبسي ، الثقة الحافظ ، الجامع بين العلم والورع ، لم يكن في عصره بإفريقية مثله ، سمع من مالك وسفيان الثوري والليث بن سعد وغيرهم ، توفي بتونس سنة ١٨٣هـ .
انظر : طبقات علماء إفريقية وتونس ص٢٢٠ ، ترتيب المدارك ٣٢٦/١ ، الديباج ٩٢/٢ ، شجرة النور ص٦٠ .

(٢) هو أبو الحسن علي بن محمد بن خلف المعافري ، المعروف بابن القابسي ، الفقيه النظار الأصولي المتكلم ، كان واسع الرواية ، عالماً بالحديث وعللِه ورجاله ، له تآليف بديعة منها : كتاب الممهد في الفقه ، والمنقذ من شبهة التأويل ، وكتاب الاعتقادات ، وكشف المقالة في التوحيد ، والملخص في الموطأ ، توفي بالقيروان سنة ٤٠٣هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦١٦/٢ ، معالم الإيمان ١٣٤/٣ ، الديباج ١٠١/٢ ، شجرة النور ص٩٧ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥/أ .
والأمر كما قال أبو الحسن ، فقد اختلف في القائل لمعنى الشغار ، قال الشافعي : لاأدري تفسير الشغار في الحديث أو من ابن عمر أو نافع أو مالك .
الأم ، تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، تخريج وتعليق محمود مطرجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ١١٣/٥ .
قلت : والذي يظهر عند التحقيق أنه من قول نافع لما في الصحيحين من طريق عبيد الله بن عبد الله بن عمر قال : حدثني نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار قلت لنافع : ماالشغار؟ قال : ينكح ابنة الرجل وينكحه ابنته بغير صداق ، وينكح أخت الرجل وينكحه أخته بغير صداق . أخرجه البخاري ، كتاب الحيل ، باب الحيلة في النكاح ٦١/٨ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الشغار وبطلانه ١٠٣٤/٢ رقم (١٤١٥) . =

وذكر عن أبي عمران أنه قال : إنما اختلف الناس في الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي هل يقتضي فساد المنهيِّ عنه بعد أن يقع أم لا ، وأما المنع منه ابتداءً فما اختلف فيه[١] .

قال : وتفسير الشغار في رواية ابن عمر إنما هو من تفسير نافع عن ابن عمر ومعنى الشغار لأنهم رفعوا الصداق ، من قولهم : بلدٌ شَاغِرٌ ، إذا ارتفع سلطانه ، وقولهم : شغر الكلب إذا رفع رجله للبول[٢] .

[فصل ٢ ــ في تسمية الصداق في نكاح الشغار ومايترتب على ذلك]

قال مالك : وإن قال الرجل لرجل : زوجني / ابنتك بمئة على أن أزوجك [٤٤/ب]
ابنتي بمئة ، أو قال : بخمسين ، فلاخير فيه ، وهو من وجه الشغار[٣] .

= لذا قال الحافظ ابن حجر ردّاً على من قال إنه من قول مالك : قلت : ومالكٌ إنما تلقّاه من نافع ، وذكر حديث عبد الله بن عمر . انظر : تلخيص الحبير ١٥٤/٣ .
وقال في البلوغ : واتفقا ـ أي البخاري ومسلم ـ من وجهٍ آخر على أن تفسير الشغار من كلام نافع .
بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط/بدون ، ت"بدون) ص٢٠٥ .

(١) وقد تقدم ذكر هذا السبب قريباً .

(٢) وقد تقدم ذكر ذلك عند تعريف الشغار .
انظر : تهذيب الطالب ل٥/أ،ب .

(٣) المدونة ١٥٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .
وقوله : من وجه الشغار أي غير الصريح والمركّب ، لأن الشغار ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صريحٌ ووجْهٌ ومُرَكَّبٌ ، فالصريح : الخالي من الصداق من الجانبين ، والوجه : المسمى فيه الصداق من الجانبين ، والمركّب : المسمى فيه لواحدة دون الأخرى .
انظر : الفواكه الدواني ١١/٢ .

قال ابن القاسم : ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لكل واحدةٍ الأكثر من التسمية أو صداق المثل ، وليس هذا بصريح الشغار لدخول الصداق فيه إلا أن بعض الصداق لايجوز فصار كمن نكح بمئة درهمٍ وبخمرٍ ، أو بمئة نقداً ومئة إلى موتٍ أو فراقٍ ، فإنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لهما صداق المثل إلا أن يكون أقل من المئة النقد فلايُنقَص من المئة شيئاً[١] .

وقال في غير المدونة : أو يكون أكثر من المئتين فلايزاد .

قال ابن حبيب : قاله ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون[٢] : لهما ذلك ، وإن زاد على المئتين ، ورواه مُطَرِّف[٣] عن مالك[٤] .

قال الشيخ : فوجه هذا[٥] : فلأنها صفقةٌ جمعت حلالاً وحراماً ففسد جميعهما ، فوجب أن يكون فيها صداق المثل مابلغ إذا فاتت كالقيمة في البيع الفاسد .

---

(١) انظر : المدونة ١٥٤/٢ ، تهذيب الطالب ص٧٩ .

(٢) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ، كان فقيهاً فصيحاً ، وكان مفتي أهل المدينة في زمانه ، له كتاب سماعاته ، وله رسالة في الإيمان والقدر ، والرد على من قال بخلق القرآن ، توفي سنة ٢١٢هـ .
انظر : الطبقات ٥٠٦/٥ ، ترتيب المدارك ٣٦٠/١ ، الديباج ٦/٢ ، شجرة النور ص٥٦ .

(٣) هو أبو مصعب مُطرف بن عبد الله بن مُطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني ، الثقة الأمين الفقيه ، صحِب مالكاً سبع عشرة سنة ، توفي بالمدينة سنة ٢٢٠هـ .
انظر : الطبقات ٥٠٤/٥ ، الديباج ٣٤٠/٢ ، شجرة النور ص٥٧ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٤/ب .

(٥) أي القول بأنه يزاد في المهر على المئتين .

ووجه قول ابن القاسم : أن النكاح لما كان طريقه المكارمة والبيع طريقه المكايسة لم يجر مجراه في جميع وجوهه ، ألا ترى أنه يجوز أن يتزوجها على وَصِيفٍ[١] أو شاةٍ ولايصف ذلك ولايضرب له أجلا ، ويكون عليه الوَسَط[٢] من ذلك حالاًّ ، ويجوز أن يتزوجها على عَرَضٍ موصوف ، ولايضرب له أجلاً ، ويكون حالاًّ ، ولايجوز مثل هذا في البيوع .

فإذا ثبت ذلك وجب إذا كان صداقها أكثر من مئتين لم يزد عليها ، لأنها رضيت بالمئة إلى موتٍ أو فراقٍ ، فإذا أعطيت هذا لم تُظلَم .

وقد قال أصبغ[٣] : إنها إذا تركت المئة للغرر أو رضي الزوج أن يعجِّلها ، وذلك قبل البناء ثبت النكاح ، وهذا لايجوز في البيع[٤] ، وبالله التوفيق .

قال ابن حبيب : ولو تزوجها بمئةٍ نقداً ومئةٍ إلى أجلٍ معلومٍ ، ومئةٍ إلى موتٍ أو فراقٍ فلم يفسخ حتى دخل بها فلها صداق المثل ، فإن كان أقل من المئتين فلها مائتان ، مئةٌ منها إلى أجلها ، وإن كان أزيد من مئتين فالزائد على المئتين حالٌّ مع المئة الحالة ، ومئةٌ إلى أجلها ، واختلف في الزائد على ثلاثمئة .

فقال ابن المواز : لايزاد على ثلاثمئة ، وقال ابن الماجشون ومُطرف : تزاد بالغاً مابلغ نقداً إلا المؤجل المعروف[٥] .

---

(١) الوَصيف : هو العبد ، والأمة وَصِيفَة ، وقيل : الوَصِيف هو الخادم ، غُلاماً كان أو جارية ، ويقال : وَصُفَ الغلام إذا بلغ الخدمة فهو وصِيف بيِّن الوصَافة .
اللسان، مادة (وَصَفَ) .

(٢) الوَسَط : بالتحريك المعتدِل ، يقال : شيءٌ وَسَط ، أي بين الجيد والردئ ، وعبدٌ وَسَط ، وأمةٌ وَسَط .
انظر : المصباح المنير ص٦٥٨ .

(٣) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعدي بن نافع المصري ، مفتي أهل مصر ، إمامٌ ، ثقةٌ ، فقيهٌ ، محدِّثٌ ، له تآليف حسان منها : كتاب الأصول ، وتفسير غريب الموطأ ، وكتاب آداب الصيام ، وكتاب سماعه من ابن القاسم ، توفي بمصر سنة ٢٢٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٦١/١ ، الديباج ٢٩٩/١ ، شذرات الذهب ٥٦/٢ ، شجرة النور ص٦٦ .

(٤)،(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٤/ب .

قال الشيخ : كان يجب إذا كان فاسداً عندهما أن يكون فيه صداق المثل حالاً كله بالغاً مابلغ لايكون فيه تأخير كالبيوع ، فيكون قول ابن القاسم في هذا أولى .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : حكي عن أبي سعيد ابن أخي هشام[١] : إنما يقوم صداق المثل على أن فيه مئة إلى سنة[٢] .

قال ابن حبيب : وسواءٌ فيما ذكرنا من أول المسألة كان بعضه مؤخراً إلى غير أجلٍ ، أو إلى موتٍ ، أو فراقٍ ، أو إلى ميسرةٍ ، أو إلى أن تطلبه المرأة به وهو الآن مليءٌ أو معدمٌ ، وقاله ابن الماجشون وأصبغ[٣] .

وقال ابن القاسم في قوله : إلى ميسرةٍ أو إلى أن تطلبه المرأة به ، إن كان يومئذ مليئاً فجائزٌ ، وكذلك قال ابن القاسم في العتبية : إذا تزوجها إلى ميسرةٍ ، فإن كان يومئذٍ مليئاً فالنكاح جائزٌ ، وليؤخَّر بقدر مايُرى من التوسعة على مثله ، وإن كان يومئذٍ مُعْدَماً فُسِخ ، إلا أن يبنى فيثبت ، ولها صداق المثل[٤] .

قال عنه عيسى[٥] : ولو ادعت امرأةٌ على زوجها أنه تزوجها بمئةٍ نقداً أو مئةٍ إلى موتٍ أو فراقٍ ، وذلك قبل البناء لم يقبل في الفسخ شهادة واحدٍ مع يمينها إذا أنكر الزوج ، وإن أقامت بذلك شاهدين فسخ وبطل الصداق ، ولو أقامت الشاهد بعد البناء حلفت وأخذت / الأكثر من المئة النقد أو صداق المثل[٦] . [٤٥/أ]

---

(١) هو أبو سعيد خلف بن عمر ، المعروف بابن أخي هشام الربعي ، من أهل القيروان ، الإمام الحافظ ، كان إمامَ أهل زمانه في الفقه والورع ، تفقه على أحمد بن نصر وأبي بكر بن اللبّاد وغيرهما ، ولد سنة ٢٩٧هـ ، وتوفي سنة ٣٧١هـ وقيل ٣٧٣هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٤٨٨/٢ ، معالم الإيمان ٩٩/٣ ، الديباج ٣٤٧/١ ، شجرة النور ص٩٩

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٦/ب .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨/٥،٢٩ ، تهذيب الطالب ل٦/ب .

(٥) هو أبو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي ، فقيهٌ ، عابدٌ ، زاهدٌ ،تفقَّه على ابن القاسم ، به وبيحيى بن يحيى الليثي انتشر علم مالكٍ بالأندلس ، له عشرون كتاباً في سماعه عنه ، ألف في الفقه كتاب الهدية عشرة أجزاء ، توفي بطليطلة سنة ٢١٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ١٦/٢ ، الديباج ٦٤/٢ ، شذرات الذهب ٢٨/٢ ، شجرة النور ص٦٤

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٦/ب .

ابن حبيب : وقال أصبغ : لها أن تحلف مع شاهدها قبل البناء ؛ لأن الفسخ لايجب بذلك مكانه حتى يخير الزوج في تعجيل ذلك كله ، فإن أبى خُيِّرت الزوجة في أن تترك المؤخر ، وإن أبت فسخ النكاح .

ولو ادعت أنه تزوجها بجنينٍ أو بآبقٍ أو بثمرٍ لم يبد صلاحه لم تحلف مع شاهدها ، لأن هذا فسخٌ لاخيار[١] للزوج فيه[٢] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران في رجلين عقد كل واحدٍ منهما نكاح أخته من صاحبه في مجلسٍ واحدٍ ـ يريد بصداقٍ معلوم ـ قال : هو جائزٌ إذا لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر ، فإن فهم ذلك لم يجز وكان من الشغار لدخول الصداق فيه .

قال : وإنما فُرِّق بين وجه الشغار ومِن الشغار بخلاف وجه الدَّين بالدَّين الذي جُعِل كالدَّين بالدَّين ؛ لأن وجه الدَّين بالدَّين يوجد فيه الربا كما يوجد في نفس الدَّين بالدَّين ، والشغار حقيقته البُضْع بالبُضْع فلاصداق يدخل في ذلك ، ووجه الشغار الصداق يدخل فيه ، فإن كان قُرِنَ إلى ذلك البُضْع بالبُضْع فلايبلغ مبلغ نفس الشغار[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما من خالع زوجته على حلالٍ وحرامٍ بطل الحرام وجاز منه الحلال ، ولم يكن للزوج غير ذلك ، وإن خالعها على حرامٍ كله مثل الخمر والخنزير والربا فالخلع جائز ، ولاشيء للزوج من ذلك ، ولايَتبع المرأة بشيءٍ منه[٤] .

قال الشيخ : والفرق بين النكاح والخلع في هذا هو أن النكاح لايجوز إلا بعوض ، فيجب أن يفسد بفساده ، والخلع يجوز بغير عوض فلم يكن لعوضه تأثيرٌ في فساده .

---

(١) في أ ، ب "لاإخبار" ، وهو تحريف .
(٢) انظر : المصدر نفسه ل٦/ب .
(٣) أي الذي لاصداق فيه .
انظر : المصدر نفسه ٦/أ .
(٤) انظر : المدونة ١٥٤/٢ .

ومن المدونة : وإن خالعها على ثمرةٍ لم يبد صلاحها ، أو عبدٍ آبقٍ ، أو جنينٍ في بطن أمِّه ، أو بعيرٍ شاردٍ جاز ذلك .

وقال ابن القاسم : وإن قال له : زوجني ابنتك بمئةٍ على أن أزوجك ابنتي بلامهر ، ففعلا ، ووقع النكاح على هذا ودخل كل واحدٍ منهما بامرأته ، فنكاح التي سمى لها المهر ثابت ، ويكون لها مهر مثلها ، ويفسخ نكاح التي لم يسم لها صداق ، دخل بها أو لم يدخل بها[١] .

قال الشيخ : يريد:أن نكاحها قبل البناءيفسخ ولاصداق لها ، وإن دخلا فسخ نكاح التي لم يسم لها صداقاً ، وأخذت مهر مثلها ، ويثبت نكاح المسمى لها ، وأخذت الأكثر من التسمية أو صداق المثل .

قال عبد الوهاب : لاخلاف أعلم أن الصداق لايجوز أن يكون غرراً ، أو مجهولاً ، أو مما لايصلح تملّكه ،ولكن الخلاف في النكاح إذا وقع على صداقٍ هذه صفته ، هل يصح ويبطل الصداق أو لايصح أصلاً؟

فعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما : أن العقد يبطل ، ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، والأخرى : أنه إن أُدْرِكَ قبل البناء فسخ ، وإن أُدْرِكَ بعد الدخول لم يفسخ .

واختلفت عبارة أصحابنا في معنى الفسخ قبل الدخول ، فظاهر قول متقدميهم وجوب الفسخ على معنى الردع ، لئلا يُقْدِمُوا عليه ، لاعلى أن العقد وقع فاسداً ثم صحّ بالدخول ، أو أن الدخول أجاز الإقرار على عقدٍ فاسدٍ على مااعترض به علينا أغبياء المخالفين ، وألزمونا على ذلك أن الدخول يجب أن يصحّح كلّ عقدٍ فاسد ،كالمتعة[٢] والشغار ونكاح المرأة على عمتها وخالتها وغير ذلك .

وذلك كله غير لازمٍ لنا ، ولامفهومٌ / من قولنا ، وإنما مراد أصحابنا [٤٥/ب] وجوب الفسخ على طريقة العقوبة لهم والردع عما فعلاه ، لئلا يعودوا إلى مثله .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٥٤/٢ .

(٢) أي كنكاح المتعة ، وهو النكاح إلى أجل ، انظر : الرسالة الفقهية ، تأليف أبي محمد عبد الله ابن أبي زيد القيرواني ، تحقيق الهادي حمّو ، ومحمد أبي الأجفان (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) ص١٩٧ . وسيأتي ذكر الدليل على تحريمه .

ولامعنى لقول من قال : إنه ليس في هذا ردع ولاعقوبة لهما[١] ، لأنهما إذا فسخ[٢] [نكاحهما] [٣] عقداه في الحال ، لأن فائدة الفسخ أنه يعد طلاقاً ، فإذا نكحها عادت عنده على اثنتين ، وهذه فائدة صحيحة[٤] .

قال الشيخ : ولأنها واحدة بائنة تملك الزوجة بها نفسها ، فقد لاتشاء نكاحه ، أو تشاء بأضعاف الصداق الأول ، وفي ذلك ردع بين .

قال عبد الوهاب : وأما المتأخرون فإنهم قالوا : لما حققنا النظر علمنا أن ذلك استحباب من مالك واحتياط ليقع العقد صحيحاً بإجماع ، ولإمكان أن يستأنف بصداق صحيح ، فإذا وقع الدخول وفات بالوطء وجب فيه صداق صحيح وتقرر ، فلامعنى [للفسخ] [٥] لزوال الصداق الذي كان الفسخ من أجله[٦] لوجوب صداق صحيح ،كما لو تزوجها وبها أحد العيوب الأربعة[٧] ، لكان له الرد ، فلو زال ذلك قبل أن يرد لسقط حقه من الرد لزوال مامن أجله كان له أن يرد .

فأما من تزوج بصداق مغصوب[٨] فمن أصحابنا من فرق بينه وبين المجهول والغرر ، لأن ذلك ممنوع لحق الآدمي ، ولو أذن له لجاز ، وهذه الأشياء ممنوعة لحق الله تعالى .

---

(١) "لهما" ليست في أ .
(٢) في أ ، ب "فسخاه" .
(٣) من تهذيب الطالب .
(٤) انظر : المعونة ٢/٧٥١،٧٥٢ ، تهذيب الطالب ل٥/ب .
(٥) "للفسخ" من تهذيب الطالب .
(٦) وهو ماكان غررًا أو مجهولاً أو لايصلح تملكه .
(٧) وهي التي ترد بها المرأة وهي : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج .
وسيأتي ذكرها في الباب الثالث والعشرين من هذا الكتاب .
انظر : الرسالة ص٢٠٣ ، المعونة ٢/٧٧٠ .
(٨) الغصب لغة : أخذ المال ظلماً ، اللسان ، مادة (غَصَبَ) .
وشرعاً : أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لاخوف قتال . شرح حدود ابن عرفة ٢/٤٦٦ .

ومن أصحابنا من ساوى بينهما وقال : يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده كما يقول فيمن صلى في دارٍ مغصوبةٍ أنه يُعيد في الوقت لابعده[١] .

قال الشيخ : وقد قيل : لايعيد في وقتٍ ولاغيره ، وهو الصواب فيه ، وفي أن لايفسخ النكاح[٢] ، وبالله التوفيق .

---

(١) تهذيب الطالب ل٥/ب ، ٦/أ .

(٢) أي إذا كان الصداق مغصوباً .

[الباب الثالث]
في إنكاح الرجل ابنته البكر والثيب وابنه الصغير ومملوكيه ومن يلي عليه غائبا أو حاضرا وتزويج اليتيمة قبل البلوغ

[فصل ١ ــ في تزويج البكر]

قال الله عز وجل حكايةً عن شعيبٍ عليه السلام[١] : ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾[٢] ولم يذكر مشورة[٣] .

وزوَّج النبي صلى الله عليه وسلم ابنتيه لعثمان ولم يستشرهما[٤] ، وتزوج

---

(١) قد اختلف المفسرون في المراد بشعيب على أقوال :
الأول : أنه شعيبُ النبي عليه السلام الذي أرسله الله إلى أهل مَدْيَن ، وهذا القول هو المشهور عند كثيرٍ من العلماء ، والثاني : أنه ابن أخي شعيب ، والثالث : أنه رجلٌ مؤمنٌ من قوم شُعيب ، قال ابن جرير الطبري : الصواب أن هذا لايُدرَك إلا بخبرٍ ولاخبر تجب به الحجة في ذلك .
وقال ابن كثير : من المقوِّي لكونه ليس بشعيبٍ أنه لو كان إياه لأوشك أن يُنَصَّ على اسمه في القرآن هٰهنا .
انظر : تفسير القرآن العظيم ، تأليف الحافظ عماد الدين إسماعيل بن كثير الدمشقي (بيروت : دار المعرفة ، ط/بدون ، ١٤٠٣هـ) ٣٨٤/٣، ٣٨٥ .

(٢) سورة القصص : آية ٢٧ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٣/أ .

(٤) ورد هذا الحديث في المدونة من رواية ابن وهب قال : أخبرني السري بن يحيى عن الحسن البصري أنه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ... الحديث ١٥٧/٢ .
وهو ضعيفٌ بسبب إرسال الحسن .
وقد كان فعله صلى الله عليه وسلم في تزويج بناته خلاف ذلك فكان إذا خطب إليه بعض بناته أتى الخِدْرَ فقال : "إن رجلاً أو إن فلاناً يخطب فلانة" فإن طَعَنَت في الخِدْرِ لم ينكحها وإن لم تطعن في الخِدْر أنكحها . =

عائشة رضي الله عنها وهي بنت سبع سنين ، وقيل : بنت ست سنين ودخل بها بنت تسع[١] .

قال بعض البغداديين : ويستحب له[٢] استئذانها ، لقوله صلى الله عليه وسلم "شاوروا النساء في أبضاعهن"[٣] ، ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضررٍ يلحقه به.

وقيل : إنه ربما كان بها عيبٌ لم يَعلم به ولو علمه لم يزوجها ، فإذا استأذنها أعلمته به فتَحَرَّز منه .

وعنه في المُعَنَّسة[٤] روايتان : إحداهما : بقاء الإجبار عليها ، والثانية : زواله.

فوجه بقائه : اعتباراً بغير المعنَّسة لِعلَّة البكارة ، ووجه زواله : أن المعنى الموجب للإجبار في الصغيرة التي لم تعنَّس قِلَّة خبرتها بالأمور ، وعدم معرفتها بمصالحها ، وذلك منتفٍ في المعنَّسة لبروز وجهها ومعرفتها بمصالحها ، فقام ذلك مقام الثيوبة في رفع الإجبار عنها[٥] .

= وقد روي بألفاظٍ متعددةٍ ، أخرجه عبد الرزاق ، باب استئمار النساء في أبضاعهن ١٤٤/٦ رقم (١٠٢٨٩) ، (١٠٢٩٠) ، وسعيد منصور ، باب ماجاء في استئمار البكر والثيب ١٥٥/١ رقم (٥٦٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمات وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٧،١٣٧٠٨،١٣٧٠٩) .

(١) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الرجل ولده الصغار ١٣٤/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تزويج الأب البكر الصغيرة ١٠٣٨/٢ رقم (١٤٢٢) .

(٢) أي لولي المرأة ، والولي في النكاح عرفه ابن عرفة بأنه : من له على المرأة مِلكٌ أو أبوةٌ أو تعصيبٌ أو إيصاءٌ أو كفالةٌ أو سلطنةٌ أو ذو إسلام . شرح حدود ابن عرفة ٢٤١/١ . ولعل المراد به هنا الأب .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٦) بلفظ "في انفسهن" ، ورقم (١٣٧٠٥) بلفظ "أمروا النساء في أنفسهن" ، والنسائي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر ٦٤/٦ رقم (٣٢٦٦) بلفظ "استأمروا النساء في أبضاعهن" ، وأخرجه الحاكم ، كتاب النكاح ١٨١/٢ رقم (٢٧٠٣) بلفظ "لاتنكحوا النساء حتى تستأمروهن" وصححه ووافقه الذهبي .

(٤) المُعنَّسة : هي التي قد علت بِسنِّها ، وبرز وجهها وخبرت الأمور . انظر : المعونة ٧١٩/٢ .

(٥) المصدر نفسه ٧١٩/٢،٧٢٠ .

فصل : [٢ ــ في تزويج الثيب]

وقال صلى الله عليه وسلم : "الأيِّم أحقُّ بنفسها من وليِّها" ، وروي : "الثيب" مُفسَّراً[١] .

وقوله : "ليس للولي مع الثيب أمر"[٢] .

وقال صلى الله عليه وسلم : "البكر تُستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها"[٣] .

قال مالك : وذلك عندنا في البكر اليتيمة[٤] ، وكذلك هو مفسرٌ في رواية ابن وهب[٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "اليتيمة تُستأمر في نفسها ، فإن

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ١٠٣٧/٢ رقم (١٤٢١) .

قال ابن الجوزي : قوله : "الأيم أحق بنفسها" أراد : الثيب خاصة . غريب الحديث ٤٩/١ .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الثيب ٥٧٨/٢،٥٧٩ رقم (٢١٠٠) ، والنسائي ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر في نفسها ٦٣/٦ رقم (٣٢٦٣) ، وابن حبان في صحيحه انظر : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي ، ضبط كمال يوسف الحوت (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧هـ) ، كتاب النكاح ، باب الولي ١٥٦/٦ رقم (٤٠٧٧) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ٢٣٩/٣ رقم (٦٦،٦٧) .

قال ابن حجر : رواته ثقات ، قاله أبو الفتح القُشيري .التلخيص الحبير ١٦١/٣ .

(٣) هذا الحديث تتمة لحديث : "الأيم أحق بنفسها من وليها" .

(٤) المدونة ١٥٨/٢ .

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي مولاهم المصري ، الإمام الجامع بين الفقه والحديث ، ثقةٌ ، حافظٌ ، حجةٌ ، كان من أوعية العلم ومن كنوز العمل ، له تآليف حسنة منها : سماعه من مالك ، وموطؤه الكبير ، وموطؤه الصغير ، وجامعه الكبير ، توفي بمصر سنة ١٩٧هـ .

انظر : الطبقات ٣٥٩/٧ ، ترتيب المدارك ٤٢١/١ ، سير أعلام النبلاء ١٤٠/٨ ، شجرة النور ص٥٨ .

سكتت / فهو إذنها ، وإن أبت فلاجواز عليها"[١] . [٤٦/أ]

ابن وهب : وجاء عن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب[٢] : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "كل يتيمةٍ تُستأمر في نفسها فما أنكرت لم يَجُز عليها ، وماصمتت عنه وأقرَّت عليه جاز عليها وذلك إذنها"[٣] .

قال إسماعيل القاضي[٤] : الأيِّم التي لازوج لها ، بالغاً كانت أو غير بالغ ، بكراً كانت أو ثيباً ، ولو كان كما توهَّم قوم أنها الثيب خاصة لكانت الثيب أحقَّ بنفسها من وليها ، والبكر ليست بأحقَّ بنفسها من وليها ، ولكن الاستئمار إنما هو على الترغيب لاعلى الإيجاب ، وإنما في الحديث[٥] معنيان : أحدهما : أن الأيامى

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الاستئمار ٢/٥٧٣،٥٧٤ رقم (٢٠٩٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في إكراه اليتيمة على التزويج ٣/٤١٧،٤١٨ رقم (١١٠٩) وقال : حديث حسن ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب الولي ٦/١٥٣ رقم (٤٠٦٧) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢/١٨٠،١٨١ رقم (٢٧٠٢) وصححه ووافقه الذهبي.

(٢) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله الأصغر بن شهاب الزهري المدني ، نزيل الشام ، تابعيٌّ مشهورٌ ، سمع من سهل بن سعد وأنس بن مالك وخَلق ، كان ثقةً كثير العلم والرواية فقيهاً جامعاً ، توفي سنة ١٢٤هـ .
انظر : الطبقات ٥/٣٤٨ ، سير أعلام النبلاء ٦/١٣٣ ، الشذرات ١/١٦٢ .

(٣) أخرجه في المدونة ٢/١٥٩ ، وفي سنده مجهولون ، وأخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب استئمار اليتيمة في نفسها ٦/١٤٤ رقم (١٠٢٩٥) ، وابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، في اليتيمة تستأمر في نفسها ٣/٤٤٦ رقم (١٥٩٧٦) بلفظ : "تستأمر اليتيمة في نفسها فصمتها إقرارها" . والحديث مرسل ، ويشهد له الحديث السابق .

(٤) هو القاضي أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد الجهضمي الأزدي قاضي بغداد ،كان إماماً فقيهاً مجتهداً حافظاً معدوداً في طبقات القراء وأئمة اللغة ، له تآليف كثيرة منها : موطؤه ، وأحكام القرآن ، والمبسوط في الفقه ، وشواهد الموطأ ، وكتاب الأصول ، توفي فجأة سنة ٢٨٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/١٦٨ ، سير أعلام النبلاء ١٠/٦٥٣ ، الديباج ١/٢٨٢ ، شجرة النور ص٦٥ .

(٥) أي حديث : "الأيم أحق بنفسها من وليها" .

أحق بأنفسهن ، والمعنى الآخر : تعليم كيف تستأذن البكر منهن ، وأن إذنها صماتها ، لأنها تستحي أن تُجيب بلسانها[١] .

[فصل ٣ ــ فيمن له حق الإجبار في النكاح]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا ردَّت المرأة الرجال رجلاً بعد رجلٍ لم تجبر على النكاح ، ولايُجْبِرُ أحدٌ أحداً على النكاح إلا الأب في ابنته البكر ، وفي ابنه الصغير ، وفي أمته ، وفي عبده ، والولي في يتيمة ـ يريد الوصي .

قال مالك : ولايزوج البكر [اليتيمة][٢] وليها وإن كانت سفيهةً إلا برضاها ، للحديث[٣] .

قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الصغيرة بأقلَّ من مهر مثلها جاز إن كان على وجه النظر[٤] ، وقد أتت امرأةٌ مطلقةٌ إلى مالكٍ فقالت له :إن لي ابنةً في حجري موسرةً مرغوباً فيها ، وقد أُصْدِقتْ صداقاً كثيراً ، وأراد أبوها[٥] أن يزوجها من ابن أخٍ له فقير؟ فقال لها مالك : إني لاأرى لكِ في هذا مُتكلَّماً .

قال ابن القاسم : وأنا أرى أن نكاح الأب إياها جائزٌ إلا أن يأتي من ذلك ضررٌ فيُمْنَع .

قال سحنون : الضرر في البدن من الجنون أو غير ذلك ، فأما الفقر فلا ، وتزويجه جائز[٦] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٦/ب ، ٧/أ .

(٢) من تهذيب المدونة .

(٣) أي قوله عليه الصلاة والسلام : "اليتيمة تستأمر في نفسها" الحديث . سبق تخريجه ص٢٣ .

(٤) أي مراعاة الأصلح في حق الصغيرة .

(٥) "أبوها" ليست في أ .

(٦) انظر : المدونة ١٥٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

فصل[٤ــ في تزويج الأب ابنته المطلقة أو التي مات عنها زوجها]

قال مالك : ومن زوج ابنته البكر فطلقها الزوج قبل البنـاء ، أو مـات عنهـا فلأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر .

قال مالك : فإن بنى بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها فهي أحق بنفسها[١].

قـال ابـن القاسـم : وتسكن[٢] حيـث شـاءت إلا أن يخـاف عليهـا الضيعـة والمواضع السوء ، ويخاف عليها الفضيحة من نفسها وهواها فيكون للأب أو للـولي أن يمنعها من ذلك[٣] .

ومن كتاب الخلع قال : ولو رجعت هـذه الثيـب إلى الأب قبـل بلوغهـا فلـه إنكاحها كالبكر ، لأن النفقة ترجع على الأب لها[٤] .

قال ابن المواز : ولأن الذي أثبت ولاية أبيها عليها الصغـر والبكوريـة ، فـإذا سقط سبب البكورية بقي ولاية الصغر، فإذا ذهب الصغر انقطع بقية سبيله عليهـا ، لأنها قد افْتُضَّتْ[٥] بنكاح وبلغت المحيض .

وكذلك عن ابن القاسم وأشهب : أن الأب يزوجها إذا رجعت إليه ثيباً ما لم تحض .

وقال سحنون : يزوجها بغير رضاها وإن حاضت[٦] .

قال الشيخ : ووجه هذا : أنها صغيرة .

مالك : للأب إجبارها على النكاح ، فلايزيله من يده بلوغها أصلـه البكـر ، ولأنها رجعت إليه وملك منها ماكان يملكه / قبل الدخول ، وصارت كمـن دخـل [٤٦/ب] بها ، فلايزيل مابيده منها البلوغ ، كالتي لم يُدْخَل بها[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ١٥٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .
(٢) أي البكر المطلقة أو التي مات عنها زوجها .
(٣) انظر : المدونة ١٥٥/٢، ١٥٦ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .
(٤) انظر : المدونة ٣٦٦/٢ .
(٥) أي أزيلت بكارتها .
(٦) وينفق عليها ، انظر : النوادر والزيادات ل٢١٣/ب .
(٧) انظر : المعونة ٧٢١/٢ .

ومن النكاح قال مالك : وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء ،وليس لأبيه منعه .

قال ابن القاسم : إلا أن يخاف من ناحيته سفهاً فله منعه[١] .

[فصل ٥ ــ في تزويج الأب ابنته التي زنت والتي زوجت تزويجا حراما]

قال : وإذا زنت البكر فحُدَّت أو لم تُحَد فلأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر.

وإن زوجها تزويجاً حراماً ثم بنى بها الزوج وجامعها ثم طلقها أو مات عنها بالقرب لم يكن لأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر ؛ لأنه نكاحٌ يُلحق فيه الولد ، ويُدرأ فيه الحد[٢] .

قال مالك : وتعتد منه في بيت زوجها الذي كانت تسكن فيه[٣] .

قال ابن القاسم : فجعل العدة فيه كالعدة في النكاح الحلال ، فهذا يدلُّك أنه خلاف الزنا في تزويج الأب إياها[٤] .

قال عبد الوهاب : لأن رفع الإجبار بالثيوبة هو لزوال الحياء والانقباض[٥] الذي يكون في البكر ، وهذا منتفٍ في المزنيِّ بها أو المغصوبة ؛ لأن الحياء يغلب عليها أشدُّ من غلبته على البكر ، لقبيح مارَكِبَته أو رُكِبَ منها ، وللعار الذي لحقها ويزهد في مثلها ، فوجب بقاء الإجبار عليها ؛ ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال فكذلك لايرفع إجبار النكاح[٦] .

---

(١) انظر : المدونة ١٥٧/٢ .

(٢)،(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ١٥٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٥) "والانقباض" ليست في أ .

(٦) انظر : المعونة ٧٢١/٢ .

[1]**قال الشيخ** : وليس مايرفع إجبار النكاح يرفع ولاية المال[1][2] .

وقال ابن حارثٍ الأندلسي[3] : إن محمد بن عبد الحكم[4] قال : لايزوجها أبوها إلا برضاها كالثيب[5] .

قال عبد الوهاب : وألزمت في مجلس النظر بحضرة ولي العهد أنه إذا كانت العلة في المزنيِّ بها الحياء فإذا تكررمنها الزنا فقد ارتفع حياؤها وزالت علة الإجبار ولم يكن لأبيها أن يزوجها إلا برضاها ، فالتزمتُ ذلك للمُخَالف وبالله التوفيق[6] .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) يظهر أن هذا التعليق من المؤلف رحمه الله لئلا يُفهم من كلام القاضي أن مايرفع الإجبار على النكاح يرفع ولايتها على المال ، بل تكون الولاية على مالها باقيةً حتى يُعرف رشدها .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن حارث بن أسد الخشني القيرواني ثم الأندلسي ، الفقيه الحافظ الإمام العالم المؤرخ ، له تآليف حسنة منها : كتاب الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك ، وكتاب علماء إفريقية ، وكتاب تاريخ قضاة الأندلس ، وكتاب الفُتيا ، توفي بقرطبة سنة ٣٦١هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٣١/٢ ، معالم الإيمان ٨١/٣ ، شجرة النور ص٩٤ .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، كان من العلماء الفقهاء ، إليه انتهت الرياسة والفتيا بمصر ، سمع من عبد الرحمن بن زياد ومالك وحيوة بن شريح وغيرهم ، له تآليف كثيرة منها : كتاب أحكام القرآن ، وكتاب الوثائق والشروط ، وكتاب الرد على الشافعي ، وكتاب آداب القضاة ، توفي سنة ٢٦٨هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٢/٢ ، الديباج ١٦٣/٢ ، شجرة النور ص٦٧ .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٧/أ .

[فصل ٦ ــ في تزويج الأب من فارقها زوجها بعد إقامتها معه وقبل المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنته البكر فدخل بها ، ثم فارقها قبل أن يمسها ، فإن طالت إقامتها مع زوجها وشهدت مشاهد النساء فلايزوجها أبوها إلا برضاها ، وأرى السنة طول إقامة ، وإن كان أمراً قريباً فله أن يزوجها[١] .

قال ابن القاسم في المستخرجة : وإن فارقها بعد ستة أشهرٍ فليؤامرها الأب إن زوجها ، فإن لم يؤامرها فالنكاح جائز[٢] .

قال مالك : وإن فارقها بعد شهرين فلايؤامرها[٣] .

قال عبد الوهاب : إنما ذلك ؛ لأن عودتها إلى الأب إذا كان عن قُربٍ فكأنها على الحال التي كانت عليها عنده من الحياء وقلة خبرتها بالأمور ، وقلة معرفتها بمصالحها ، فهي كالتي لم يدخل بها ، وإذا طال أمرها طُولاً تَخْبُرُ به مواضع حظوظها ، وتعرف مصالحها ، وبرز وجهها فقد صارت كالثيب ، فانقطع الإجبار عنها .

قال : وفي حدِّ الطول روايتان :

إحداهما : سنة ، والأخرى : لاحدَّ فيه أكثر من العُرف .

فوجه السنة : أنها مدة جُعِلَتْ في الشرع حَدّاً لأمور منها العِنَّة[٤] ، وفي

---

(١) انظر : المدونة ١٥٦/٢ ؛ تهذيب المدونة ص٧٩ .
وقد ذكر ابن رشد قولاً ثالثاً يُعدُّ تفصيلاً في المسألة بحيث يُحمَل كل واحدٍ من القولين على حالٍ فقال : وقيل : حكمها حكم الثيب في أنها لاتزوج إلا برضاها ، وحكم البكر في أن إذنها صماتها . المقدمات الممهدات ٤٧٧/١ .

(٢) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٩٤/٤ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٤٣٧/٤، ٤٣٨ .

(٤) العِنِّين : هو الذي لايقدر على إتيان النساء أو لايشتهي النساء .
انظر : المصباح المنير ص٤٣٣ .
فالعنِّين إن نكح ثم رافعته امرأته فإنه يؤجل سنة ، وسيأتي ذكر ذلك بالتفصيل في الباب الثالث والعشرين .

الأدواء الثلاثة في عُهْدَة الرقيق[١] ، وانقطاع الشُّفْعَة[٢] بعد العام ، فكذلك هاهنا .

ووجه نفي التحديد أن كلَّ أمرٍ احتيج فيه إلى اختبارٍ وتَعَرُّفِ حالٍ ولم يرد فيه توقيفٌ بتحديد مدةٍ وجب الرجوع فيه إلى العرف[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن زوجها أبوها وهي بكرٌ فدخل بها زوجها ثم مات عنها ، أو طلقها فقالت الجارية : / ماجامعني ، وقد كان [٤٧/أ] الزوج أقر بجماعها ، فإن كانت إقامته معها أمراً قريباً جاز إنكاح الأب عليها ؛ لأنها تقول : أنا بكر ، وتُقِرُّ بأن صُنْعَ الأب جائزٌ عليها ، ولايضرها ماقال الزوج من وطئه إياها ، وإن طالت إقامتها معه فلايزوجها أبوها إلا برضاها ، أقرَّت بالوطء أو لم تُقِر[٤] .

---

(١) العُهْدَة : هي تعلُّق ضمان المبيع من كل حادثٍ أو من حادثٍ مخصوصٍ في زمنٍ محدودٍ .
قال النفراوي : وهي جائزةٌ معمولٌ بها في الرقيق فقط ، لأن له قدرةً على التحيُّل بكتْم بعض عيوبه دون غيره . الفواكه الدواني ١٠٥/٢ .
والأدواء الثلاثة هي : الجنون والجُذام والبَرَص ، وتسمى العهدة من هذه الثلاثة عُهدَة السنة ، فكل ماظهر في هذه المدة من هذه الأدواء فهو من البائع .
انظر : الرسالة ص٢١٦ ، المنتقى ١٧٥/٤ .

(٢) الشفعة لغة : مشتقةٌ من الشفع وهو خلاف الوتر ، وهو الزوج ، وقيل : مشتقة من الزيادة ، لأن الشفيع يضمُّ المبيع إلى مِلكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وِتْراً فصار زوجاً شَفْعَاً .
انظر : اللسان ، مادة (شفع) .
وشرعاً : استحقاق شريكٍ أخذ مبيع شريكه بثمنه .
شرح حدود ابن عرفة ٤٧٤/٢ .

(٣) انظر : المعونة ٧٢١/٢، ٧٢٢ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٦/٢، ١٥٧ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

فصل : [٧ ــ في سكوت البكر والثيب عند استئذانهما في النكاح]

قال مالك : وإذا قال للبكر وليها : إني مزوجكِ من فلان ، فسكتت فذلك رضىً منها[١] .

قال غيره[٢] : إذا كانت تعلم أن السكوت رضى[٣] .

قال مالك : وإذا سكتت فذهب الولي فزوجها من ذلك الرجل ، ثم أنكرت ، لزمها النكاح ، ولم ينفعها إنكارها بعد سكوتها[٤] .

قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : "فإن سكتت فهو إذنها"[٥] .

قال مالك : وأما الثيب إذا قال لها أبوها أو وليها : إني مزوجك من فلان ، فسكتت ، فلايكون سكوتها إذناً ولارضىً إلا أن تتكلم وتستخلف الولي على إنكاحها[٦] .

قال عبد الوهاب : وإنما خُصَّت البكر بالصمات لقوله عليه الصلاة والسلام في البكر : "إذنها صماتها"[٧] ؛ ولأن الحياء يغلب عليها لئلا تُنْسَبُ متى نطقت إلى الشهوة والميل إلى الرجال فيكون ذلك مُزَهِّداً فيها ، وأما الثيب فلقوله صلى الله

---

(١) انظر : المدونة ١٥٦/٢، ١٥٧ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٢) أي غير ابن القاسم من رواة مالك كما يفهم من المدونة .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ١٥٧/٢ .

وعِلمُ البكر بأن إذنها صماتها مما استحبَّه مالك ، قال الباجي : وقد استحبَّ مالكٌ من رواية ابن الماجشون أن تُعلَم البكر أن إذنها صماتها لئلا تجهل ذلك فتصمُت في الكراهية .

المنتقى ٢٦٧/٣ .

وذكر القاضي عبد الوهاب ذلك وبين أنه ليس شرطاً في صحة الإذن كما سيأتي قريباً .

(٥) سبق تخريجه ص٢٣ .

(٦) انظر : المدونة ١٥٧/٢ .

(٧) سبق تخريجه ص٢٣ .

عليه وسلم : "الثيب تُعْرِبُ عن نفسها"[١] ؛ ولأن الثيب قد زال عنها الحياء ببروز وجهها ومعرفتها بما يُرادَ منها[٢] .

قال : وينبغي أن تعلم البكر إذا صمتت أن ذلك إذنٌ منها احتياطاً لجواز أن تظن أن ذلك ليس بإذن ، وليس ذلك بشرطٍ في صحة الإذن[٣] .

ومن المدونة : قال مالك : وليست المشورة بلازمةٍ للأب في الأبكار ، وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام زوج عثمان ابنتيه ولم يستشرهما[٤].

قال مالك : وبلغني أن القاسم بن محمد[٥] وسالماً[٦] كانا يُنْكِحَان بناتهما الأبكار ولايستأمرانهن[٧] .

قال مالك : وذلك الأمر عندنا في الأبكار[٨] .

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب استئمار البكر والثيب ٦٠٢/١ رقم (١٨٧٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٥،١٣٧٠٦) ، والحديث حسن يشهد له حديث : "الثيب أحق بنفسها من وليها" .

(٢)،(٣) انظر : المعونة ٧٢٥/٢،٧٢٦ .

(٤) سبق تخريجه ص٢١ .

(٥) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، الإمام ، القدوة ، الحافظ ، الحجة ، عالم وقته مع سالم وعكرمة ، وُلِد في خلافة علي ، ورُبِّي في حجر عمَّته أم المؤمنين عائشة ، وتفقه منها وأكثر عنها ، توفي سنة ١٠٨هـ .
انظر : الطبقات ١٤٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٣٤/٥ .

(٦) وهو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والأيم في نفسها ٤١٥/٢ رقم (٦) .

(٨) انظر : المدونة ١٥٨/٢ .

فصل : [٨ ــ في تزويج الأخ أخته بغير أمرها]

قال ابن القاسم : ومن زوج أخته البكر أو الثيب بغير أمرها فبلغها ذلك فرضيت ، فبلغني أن مالكاً قال مرة : إن كانت بغير البلد أو فيه فتأخَّر إعلامها لم يجز ، وإن قَرُبَ جاز[١] .

قال سحنون في المستخرجة : إن كانت عن البلد غائبةً مثل البَرِيد[٢] واليوم وشبهه ، والقُلْزُم[٣] من مصر وبينهما يومان فهو قريبٌ إذا أرسل إليها في فور ذلك فأجازت ، فأما مثل الاسكندرية[٤] وأسوان[٥] فلايجوز وإن أجازت ، وقاله أصبغ[٦].

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وسألنا مالكاً ونزلت بالمدينة في رجلٍ زوَّج أخته فقالت حين بلغها : ماوكَّلت ولاأرضى ، ثم كُلِّمَتْ في ذلك فرضيت؟ فقال لايجوز هذا النكاح ، ولايُقام عليه حتى يأتنفا نكاحاً جديداً[٧] [٨] . / [٤٧/

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٥٧/٢، ١٥٨ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٢) البريد : هو الرسول ، ثم استعمل في المسافة التي يقطعها وهي اثنا عشر ميلاً ، وجمعه بُرُد بضمتين .
انظر : المصباح المنير ص٤٣ .

(٣) القُلْزُم : مدينةٌ قديمةٌ بمصر كانت مبنيةً على شفير البحر ، ينتهي هذا البحر إليها ثم ينعطف إلى ناحية بلاد البجَّة .
انظر : معجم البلدان ، تأليف شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥م) ٣٨٨/٤ .

(٤) الاسكندرية : مدينةٌ قديمةٌ بمصر على ساحل البحر الأبيض ، فتحت سنة ٢٠هـ في خلافة عمر رضي الله عنه على يد عمرو بن العاص رضي الله عنه بعد قتالٍ ومُمَانعةٍ ، وقد اختلف في أول من أنشأها اختلافاً كثيراً .
انظر : المصدر نفسه ١٨٢/١ .

(٥) أسوان : مدينةٌ كبيرةٌ في آخر صعيد مصر ، وأول بلاد النوبة على النيل في شرقيه .
انظر : المصدر نفسه ١٩١/١ .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦٨/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٢٣/ب ، ٢٢٤/أ .

(٧) "يأتنفا نكاحاً جديداً" مكانها بياض في ب .

(٨) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩، ٨٠ .

قال في كتاب ابن المواز : إذا علمت فأنكرت ، ثم أجازت لم يجز النكاح ولم يُقَرَّا عليه .

قيل لمالك : فإن قالت حين بلغها : ماوكَّلته ولم أرض ، ثم أقرت بعد ذلك بوكالته ، وبأنها كانت راضيةً وهي وكَّلته؟

فقال مالك : لايجوز ولايثبت إلا بنكاحٍ جديدٍ[١] .

[فصل ٩ ــ في تزويج الأب ابنه الكبير وابنته الثيب وهما غائبان]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنه الكبير المنقطع عنه أو ابنته الثيب وهما غائبان ، فرضيا بفعل أبيهما لم يجز النكاح ؛ لأنهما لو ماتا لايتوارثان[٢] .

قيل لابن المواز : فيفسخ النكاح قبل أن يعلما؟

قال : إن كان ذلك عن قُرْبٍ لم يفسخ حتى يعلما فيجيزا أو يَرُدَّا ، وإن كان على بُعْدٍ فُسِخَ مكانه إذا علم أنه أُفتِيْتَ[٣] عليهما بغير علمهما .

قال ابن المواز : وأحب إلينا في الابن الكبير البائن [عنه][٤] ألا يفسخ بعد البناء إذا رضي حين بلغه ، وقاله ابن القاسم .

وقال أيضاً أصبغ : إنما يؤمران قبل البناء بالفسخ بغير حكمٍ للاختلاف فيه[٥] ـ يريد: في البعيد الغيبة .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦٧/٤ .

(٢) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) الافتِيَات : مشتقٌ من فَاتَ ، وهو السبق إلى الشيء ، يُقال : افتأت بأمره وبرأيه أي : استبدَّ به ولم يستشر من له الرأي فيه .
معجم لغة الفقهاء ، تأليف محمد رواس قلعه جي ، وحامد صادق قنيبي (بيروت : دار النفائس الطبعة الثانية ، ١٤٠٨هـ) ص٨٠ .

(٤) من النوادر .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٢٤/أ .

قال ابن القاسم : قال مالك : فأما إذا قال الخاطب : هو أمرني بذلك ، أو هي أمرتني ، ثم قال المتزوج منهما الحاضر : لاحاجة لي بنكاح من إذا قدم كان عليَّ بالخيار ، لم يكن ذلك له حتى يقدم الغائب ، فإن أقر لزمه ، وإن أنكر لم يقبل منه إنكاره بتوكيله مَنْ زوَّجه حتى يحلف أنه ماأمره ولابعثه ، وإذا حلف سقط عنه النكاح .

قال الشيخ : ظاهره أنه إن نكل لزمه النكاح ـ .

وذكر ابن حبيب : إنه إن لم يحلف لم يلزمه النكاح بنكوله .

وذكر عن غير واحدٍ من أصحاب مالك : أنه لايمين في ذلك .

ابن المواز : قيل : فإن أقر الرسول بعد العقد بأن ذلك بغير أمر الغائب؟

قال : إذا كان ذلك بعد النكاح لم يقبل قوله حتى يثبت ذلك بأمرٍ لاشك فيه ، أو يقدم الغائب فيحلف[١] .

[فصل ١٠ ــ في تزويج اليتيمة قبل البلوغ]

ومن المدونة : قال مالك : ولاتتزوج اليتيمة التي مُولًى عليها[٢] حتى تبلغ وتأذن في ذلك ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باستئذان اليتيمة[٣] ، ولاإذن إلا للبالغة[٤] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٣/ب .

(٢) المُولَّى عليه : هو الذي عليه الولاية ، يقال منه : مُولىً عليه ومَوْلِيٌّ عليه فهو مُولىً كمُوصىً .
انظر : غرر المقالة في شرح غريب الرسالة ، تأليف أبي عبد الله محمد بن منصور بن حمامه المغراوي ، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الأجفان (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) مطبوع بهامش الرسالة لابن أبي زيد ص٢٢٦ .

(٣) أي في قوله صلى الله عليه وسلم : "اليتيمة تستأمر في نفسها" الحديث .
وقد سبق تخريجه ص٢٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٩/٢ ، تهذيب المدونة- ص٨٠ .

قال ابن المواز : وكذلك وصيُّ أبيها لايزوجها حتى تبلغ ويشاورها .

قال : ولو رضيت في الصغر فزوجت ماكان ذلك تزويجاً ، ويفسخ إلا أن يتقادم ذلك بعد الدخول فيُقرَّا عليه .

ـ قال الشيخ : يريد وإن كرهت ـ .

قال ابن القاسم : فإذا لم يدخل فإنه يفسخ أبداً وإن طال ورضيت .

وسئل عن التي بنى بها وقد ولدت؟

فقال : مُذْ كم بنى بها؟

قال : منذ ثمانية عشر شهراً .

قال : أرى أن يفسخ .

قيل : فاليتيمة تبلغ حد الوطء وهي محتاجةٌ فتخطَب وتبلغ النكاح؟

قال : لايزوجها وصيٌّ ولاوليٌّ حتى تبلغ المحيض .

قيل لابن القاسم : فإن قاربت وأَشعَرت؟

قال : إذا جرت عليها المَواسِي[1] وشارفت الحيض فَلْيُنكِحْها وصيها برضاها فإن لم يكن وصيها فوليها برضاها ، وقاله أصبغ ، ثم رجع أصبغ ، فأباه حتى تبلغ سنّاً لايبلغه أحدٌ إلا حاض ، فإن زوِّجت قبل ذلك فسخ .

قال ابن المواز : وأحب إلي ألا يفسخ إذا زوجت بعد الإشعار[2] .

وقد سئل مالك عن صبيةٍ من الأعراب صغيرةٍ محتاجةٍ تطوف وتَسأل ، ولَّت أُمُّها رجلاً فزوجها في غنى؟

قال مالك : بِنتُ كم هِي؟

قيل له : بنت عشر سنين .

---

(١) المواسي : جمع مُوسَى الحجَّام ـ أي الحلاَّق ـ أي قد نبتت عانتها فحلَقَتها .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ، تأليف الجبي ، تحقيق محمد محفوظ (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٢هـ) ص٥٥ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٤/أ ، ب .

قال : إذا كانت هكذا في حاجةٍ مُلحَّةٍ تتكفَّف ، /يُعرفُ ذلك منها ، فلابأس بذلك إذا رضيت ، ولو كانت صغيرةً لم يجز[١] . [٤٨/أ]

[فصل ١١ ــ في تزويج اليتيمة بعد البلوغ بغير أمرها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا بلغت اليتيمة فزوجها وليها بغير أمرها ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز ، ولايكون سكوتها هاهنا رضى[٢] .

قال الشيخ : وإنما لم يجعل سكوتها هاهنا رضىً لتعدِّيه في العقد عليها قبل إعلامها ، فزال الحياء عنها الذي أوجب أن يكون صمتها رضى ، والأول إنما عَقَدَ بعد إعلامها ، فَجُعِلَ سكوتها رضىً كما جاء في الحديث[٣] .

قال الشيخ : ولو زوجها بغير أمرها ثم أعلمها بذلك فسكتت ، فأعلمها أن سكوتها وترك ردها له نطقاً يكون رضىً به ، وأَشهد عليها بذلك ، وكل ذلك هي ساكتة ، لَعُدَّ ذلك منها رِضىً ، ولاكلام لها بعد ذلك . والله أعلم .

ابن المواز : قال أشهب[٤] عن مالكٍ في امرأةٍ زوَّجها أخوها ، ثم مات

---

(١) قال سحنون في العتبية : وهي روايةٌ ضعيفةٌ ، وحَمَلَها على أن أم الابنة وكَّلت من زوجها .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨٢/٤ ، النوادر والزيادات ل٢١٤/ب .

(٢) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) أي قوله عليه الصلاة والسلام : "اليتيمة تستأمر في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها" .
وقد سبق تخريجه ص٢٣ .

(٤) هو أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري ، اسمه مسكين ، وأشهب لقبٌ له ، فقيه مصر ومفتيها ، روى عن الليث بن سعد والفضل بن عياض ومالك وبه تفقه ، ألف كتبه المدونة رواها عنه سعيد بن حسان وغيره ، وهو كتابٌ جليلٌ ، وله كتابٌ في فضائل عمر بن عبد العزيز ، توفي بمصر سنة ٢٠٤هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٤٤٧/١ ، سير أعلام النبلاء ٣٢٣/٨ ، الديباج ٣٠٥/١ ، شجرة النور ص٥٩ .

الزوج قبل البناء ، فقال ورثته : لم تكن هي رضيت ، فقال : تُسأل هي الآن ، فإن قالت كنت رضيت ، فذلك لها[١] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت[٢] بغير البلد ، أو فيه فتأخَّر إعلامها لم يجز وإن رضيت .

قال سحنون : وهذا قول مالكٍ الذي عليه أصحابه .

قال شُريح[٣] : تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن مَعَّضَت لم تُنكَح ، وإن سكتت فهو إذنها[٤] .

قال سليمان[٥] : معنى معَّضَت : عَبَسَت وقَطَّبت[٦] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٢٣/ب .

(٢) أي اليتيمة .

(٣) هو أبو أمية شُريح بن الحارث بن قيس الكندي ، وَلِيَ قضاء الكوفة لعمر فمَن بعده ستين سنة ، كان فقيهاً نبيهاً شاعراً قائفاً ، له دُربَةٌ في القضاء بالغة ، توفي بالكوفة سنة ٧٨هـ وقيل ٨٠هـ.
انظر : الطبقات ١٨٢/٦ ، سير أعلام النبلاء ١٣٠/٥ ، شذرات الذهب ٨٥/١ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٨/٢،١٥٩ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٥) لعله أبو الربيع سليمان بن سالم القطان ، المعروف بابن الكحَّالة ، الفقيه العالم الفاضل ، القاضي العادل ، وَلِيَ قضاء بَاجَة ثم صِقلية ، ألف في الفقه الكتاب المعروف بالسليمانية ، توفي بصقلية سنة ٢٨٩هـ ، وقيل ٢٨٢هـ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص٢٠٠ ، ترتيب المدارك ٢٣٣/٢ ، الديباج ٣٧٤/١ ، شجرة النور ص٧١ .

(٦) وفي اللسان : معَّضَت : أي شقَّ عليها . انظره ، مادة (مَعَضَ) .

[الباب الرابع]
في وضع الأب بعض الصداق ، وفي دفعه إليه

[فصل ١ ــ في وضع الأب بعض الصداق]

قال الله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[١] ، قال مالك رحمه الله : فإذا زوج الأب ابنته البكر ثم طلقها الزوج قبل البناء فلأبيها أن يعفو عن نصف الصداق الذي لها ، وكذلك فيما يُرَى موقعه من القرآن ، له أن يعفو عنه ، ولايجوز ذلك لغيره من وصيٍّ أو غيره ، فأما قبل الطلاق فلايجوز للأب أن يضع من صداقها شيئاً[٢] .

قال ابن القاسم : إلا أن يفعل ذلك الأب على وجه النظر ، مثل أن يُعْسِر الزوج عن المهر فيخفِّف عنه ويُنْظِرَه فيجوز ذلك ، فأما أن يضع عنه لغير طلاقٍ ولاوجه نظرٍ لها فلايجوز ، وقد قال الله تعالى : ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[١] وهو الأب في ابنته البكر ، والسيد في أمته ، وقوله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾[٣] هي المرأة الثيب ، وقال ذلك ابن عباس[٤] وربيعة[٥] وغيرهم[٦] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) انظر : المدونة ١٥٩/٢، ١٦٠ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ ليست في أ .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال الذي بيده عقدة النكاح ٤١١/٧ رقم (١٤٤٥٧) .

(٥) هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فرُّوخ القرشي التيمي ، مولى آل المنكدر ، اشتُهِر بربيعة الرأي ، كان فقيهاً ، إماماً من أئمة الاجتهاد ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعطاء بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ١٣٦هـ .
انظر : الطبقات ٤١٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣١٩/٦ ، شذرات الذهب ١٩٤/١ .

(٦) كمحمد بن كعب القُرظي وزيد بن أسلم .
انظر : المدونة ١٥٩/٢، ١٦٠ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس للأب أن يعفو عن نصف الصداق[١] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ الَّذِيْ بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وهو الأب ، ولايصلح حملها على الزوج ، لأنه ليس بيده بعد الطلاق عُقْدة إلا أن يضمر فيه : الذي كان بيده ، وحملها على الأب غير محتاجٍ إلى ذلك ، ولأن الأب وليٌّ يملك الإجبار فجاز له العفو عن صداقها ، أصله السيد في أمته[٢] .

فصل [٢ ــ في قبض ولي اليتيمة صداقها وفي دفع الصداق إلى الأب ثم ادعائه تلفه]

ومن المدونة : قال : وإذا زوج البكرَ اليتيمة وليُّها بغير أمرها فقبض صداقها لم يجز قبضه عليها ، إلا أن يكون وصيّا ، فإن كان وصيّاً جاز قبضه عليها ، لأنه الناظر لها ، ومالها في يديه[٣] ، وإن بلغت حتى تنكح ، ويُؤنس مع ذلك / منها [٤٨/ب] الرشد والإصلاح لنفسها في مالها .

قال مالك : وإذا زوج الثيب أبوها ثم قبض صداقها بغير إذنها فادعى تلفه ضمنه الأب .

قال ابن القاسم : وإنما ضمّنه مالك لأنه كان متعدياً في قبض الصداق ، إذ لم توكّله ابنته على قبضه ، وهذا كدينٍ لها على رجلٍ فقبضه الأب بغير أمرها ، فلايبرأ الغريم ، والأب ضامن ، ولها أن تتبع الغريم[٤] .

قال ابن حبيب : إذا قبضه الأب بغير توكيلها على التقاضي ضمنه للزوج ، وإن كان الأب رسولاً للزوج لم يضمن .

---

(١) وقالا : المراد بالآية الزوج .
انظر : مختصر الطحاوي ، تأليف أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (بيروت : دار إحياء العلوم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) ص١٨٦ ، الأم ١٠٩/٥ .

(٢) انظر : المعونة ٧٣٧/٢ .

(٣) في أ "وماله في يديها" .

(٤) انظر : المدونة ١٦٠/٢، ١٦١ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

وأما الأب يقبض صداق ابنته البكر ثم يزعم أنه ضاع ، فإن كان قبضه ببينة كان ضياعه من الابنة ولاشيء على الزوج ولاالأب ، ويدخل الزوج بها ، وإن قبضه بغير بينة لم يكن للزوج البناء إلا بدفع الصداق إليها ثانية ، ولاشيء للزوج على الأب ، وقاله ابن وهب وأشهب ونحوه لابن المواز[١] .

قال ابن القاسم في العتبية : إذا أقر الأب بقبضه وضاع منه ولابينة للزوج على دفعه ، أن الأب مصدق وضياعه منها ، ولاشيء على الزوج[٢] .

قال الشيخ : وهذا هو القياس ، لأن الأب الذي له قبضه بغير توكيل عليه أقر بقبضه ، فوجب أن يبرأ بذلك الزوج كوكيل البيع الذي له القبض بغير توكيل يقر بقبض الثمن ويدعي تلفه ، أن ذلك يبرئ المشتري ، فكذلك هذا ، وكما لو باع لها سلعة وأقر بقبض ثمنها .

ووجه الأولى : فلأن تصديق الأب لقبضه ودعواه تلفه ذريعة إلى إجازة نكاح بغير صداق ، وكما لو وكلته الثيب على قبضه فيدعي قبضه وتلفه ، أن الزوج لايبرأ إلا ببينة أولاترى أن الأب إذا ضمن الصداق لابنته ثم مات عديماً فلايدخل الزوج إلا بدفعه ، فهذا[٣] كان أحرى أن يدخل بلاغرم ، لأن الصداق في ذمة غيره ، ولكن من حق الزوجة ألا تسلّم سلعتها إلا بقبض[٤] ثمنها ، وهذا القول أحوط ، وهو جار على مذهب المدونة لما بيّنا .

وبالله التوفيق[٤] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٥/أ ، ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/١٢٠،١٢١ ، النوادر والزيادات ل٢٢٥/ب .

(٣) أي الزوج الذي ضمن الأب الصداق عنه لابنته ثم مات عديماً ...الخ .

(٤) ساقط من ز .

[الباب الخامس]
في إنكاح الأولياء وتزويج ابنة الغائب أو العاضل[١]

[فصل ١ ــ في إنكاح الأولياء]

قال أبو محمد : ولما خاطب الله سبحانه الأولياء فقال : ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[٢] ، وقال : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٣] دلَّ أن لهم مع النساء إذناً في أنفسهن .

قال غيره[٤] : لأن هذه الآية نزلت في شأن مَعْقِلِ بن يَسار[٥] لما عَضَلَ أخته فنُهيَ عن ذلك[٦] .

---

(١) العضل : المنع ، يقال : عَضَلَ المرأة يَعْضُل بضم الضاد وكسرها إذا امتنع من تزويجها .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥١ .

(٢) سورة النور : آية ٣٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٢ .
قال ابن العربي عند تفسيره لهذه الآية : نهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه ، وهذا دليلٌ قاطعٌ على أن المرأة لاحق لها في مباشرة النكاح ، وإنما هو حق الولي .
أحكام القرآن ، تأليف أبو بكر محمد بن عبد الله ، المعروف بابن العربي ، تحقيق علي محمد البجاوي (دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٦هـ) ٢٠١/١ .

(٤) لعله ابن حبيب ، لقوله في الواضحة : نهى الله سبحانه وتعالى الأولياء عن العضل وروي أن الآية نزلت في معقل بن يسار . النوادر والزيادات ل٢١١/ب .

(٥) هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر المزني ، أسلم قبل الحديبية ، وشهد بيعة الرضوان ، سكن البصرة وبنى بها داراً ، توفي بها في آخر خلافة معاوية .
انظر : الطبقات ١٠/٧ ، الاستيعاب في أسماء الأصحاب ، تأليف أبي عمر يوسف بن عبد البر القرطبي (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة بدون ، ت/بدون) مطبوعٌ بهامش الإصابة ٣٨٩/٣ ، الإصابة في تمييز الصحابة ، تأليف الحافظ ابن حجر العسقلاني (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة بدون ، ت/بدون) ٤٢٧/٣ .

(٦) أخرجه البخاري ولفظه : "أن أخت معقل بن يسار طلقها زوجها فتركها حتى انقضت عدتها فخطبها فأبى معقل ، فنزلت : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ ١٦٠/٥ .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "لاتنكح المرأة بغير إذن وليها فإن نكحت فنكاحها باطلٌ ، فنكاحها باطلٌ ، فنكاحها باطلٌ ـ ثلاث مرات ـ فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان وليُّ من لاوليَّ له"(١) .

وقال عمر : لاتنكح المرأة إلا بإذن وليها ، أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان(٢) .

قال مالك : وذو الرأي من أهلها : الرجل من العصبة أو العشيرة أو الفخذ ، وكذلك مولى النعمة إذا كان له الصلاح ـ يريد المنعم عليه بالعتق(٣) ـ وليس العبد والمرأة من الأولياء(٤) .

قال الشيخ : ولما كانت المرأة لاتعقد على نفسها كان العقد على امرأةٍ غيرها أحرى أن لايجوز ، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام : "لاتُنْكِحُ المرأة المرأة ، ولاتُنْكِحُ المرأة نفسها"(٥) .

وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "لايحلُّ النكاح إلا / بصداقٍ ووليٍّ وشهودٍ عدول"(٦) . [٤٩/أ]

قال عبد الوهاب : وإنما كان الولي شرطاً في النكاح حياطةً للفروج لئلا تحمل المرأةَ شهوةُ النكاح إلى وضع نفسها في غير كُفءٍ، فتُلْحِقُ عاراً بأوليائها .

---

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء لانكاح إلا بولي ٣/٤٠٧،٤٠٨ رقم (١١٠٢) وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١/٦٠٥ رقم (١٨٧٩) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢/١٨٢ رقم (٢٧٠٦-٢٧٠٩) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما ٢/٤١٥ .

(٣) أي كل هؤلاء ولي إذا لم يكن الولي الأقرب .

(٤) انظر : المدونة ٢/١٦٢،١٧٦،١٧٧ .

(٥) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٣/٢٢٨ رقم (٣٠،٣١) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٧/١٧٨ رقم (١٣٦٣٣) ، والحديث حسن وسيأتي بلفظ "لاتزوج المرأة المرأة" موقوفاً ص٨١ .

(٦) أخرجه سحنون في المدونة ٢/١٦٥ ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بشاهدين عدلين ٧/٢٠٣ رقم (١٣٧٢٠) ، والحديث حسن يشهد له حديث "لاتتزوج المرأة إلا بولي".

قال : والولاية على ضربين : ولايةٌ عامةٌ وولايةٌ خاصةٌ ، فالعامة ولاية الدين والأصل فيها قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[١] .

والولاية الخاصة ولاية النسب أو الحكم ، والولاية بالنسب مقدمةٌ على الولاية بالحكم .

وإذا استخلفت المرأة أجنبياً فزوَّجها مع القدرة على أحد الوليين ، فقيل : إنه غير جائز ، وقيل : إنه ماضٍ إذا تزوجت كُفؤاً .

فوجه الأولى : قوله عليه الصلاة والسلام : "فإن اشتجروا فالسلطان وليُّ من لاوليَّ له"[٢] .

فنفى بذلك أن تكون لغيره ولايةٌ مع وجوده، ولأن في إجازته ذريعةً إلى الافتيات على الأولياء وإسقاط حقهم .

ووجه الثانية : أن الولاية الخاصة لاتسقط الولاية العامة جُملةً ، وإنما لها مزيَّةٌ عليها[٣] في التقديم ، فإذاحصل العقد بها على وجهٍ لو عقده الخاصُّ لجاز[٤] ولم يفسخ ، اعتباراً بتقديم بعض العصبة على بعض[٥] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا اختلف الأولياء في إنكاح المرأة وهم في القُعْدُد[٦] سواء ، نظر السلطان في ذلك ، فإن كان بعضهم أَقْعَد من بعض فالأقعدُ أولى بإنكاحها ، فالابن وابن الابن أولى بإنكاحها وبالصلاة عليها من الأب ، والأب أولى من الأخ ، والأخ وابن الأخ أولى بإنكاحها من الجد[٧] .

---

(١) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٢) سبق تخريجه **ص ٤٣** .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) "لجاز" ليست في ز .

(٥) انظر : المعونة ٢/٧٢٨-٧٣٠ .

(٦) القَعْدد : هو الأقرب إلى الأب الأكبر .
المصباح المنير ص٥١٠ .

(٧) انظر : المدونة ٢/١٦١ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

وقال عبد الوهاب : إنما قلنا : إن الابن ولي ، وأنه أولى من الأب لقوله عليه الصلاة والسلام لِعُمر بن أبي سَلمة[١] : "قُمْ فزوِّجْ أُمَّك"[٢] ، ولأن الابن وابن الابن أقوى تعصيباً في الميراث والولاء من الأب ، وإنما قلنا : إن الأب أولى من الأخ للإجماع على ذلك[٣]، ولأنه أقوى تعصيباً ، ولايرثون معه شيئاً .

وإنما قلنا : أن الأخ وابن الأخ أولى من الجد خلافاً للشافعي[٤] ، لأن تعصيبهم أقوى ، لأنهم يُدْلون بالبنوة ، والجد بالأبوة ، لأن الأخ يقول : أنا ابن أبيها ، والجد يقول : أنا أبو أبيها ، وقد بيَّنا أن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب[٥] .

ومن المدونة : قيل لابن القاسم : أليس هذا[٦] إذا فوَّضت إليهم فقالت : زوجوني ، أو خطبت فرضيت ، فاختلف الأولياء في إنكاحها وتشاحوا على ذلك؟ قال : نعم .

---

(١) هو عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد بن هلال القرشي المخزومي ، ربيب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أمه أم المؤمنين أم سلمة المخزومية ، وُلِد في السنة الثانية من الهجرة بأرض الحبشة ، استعمله عليٌّ رضي الله عنه على فارس والبحرين ، توفي بالمدينة سنة ٨٣هـ .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٤٦٧/٢ ، الإصابة ٥١٢/٢ .

(٢) أخرجه النسائي ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الابن أمه ٦١/٦ رقم (٣٢٥٤) ، والحاكم ، كتاب النكاح ١٩٥/٢ رقم (٢٧٣٤) ، وصححه ، ووافقه الذهبي .
وقد استدل القاضي عبد الوهاب بهذا الحديث على أن البنوة تُملك بها ولاية التزويج ، وليس على تقديم الابن على الأب كما يظهر من سياق المؤلف لكلام القاضي .
انظر : المعونة ٧٣١/٢ .

(٣) والإجماع الذي ذكره القاضي في المعونة على كون الأب ولِياً في النكاح ، وليس على تقديمه على الأخ .
انظر : المصدر نفسه ٧٣١/٢ .

(٤) انظر : الأم ٢٣/٥ ، الوجيز في مذهب الإمام الشافعي ، تأليف : أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط/بدون ، ١٣٩٩هـ) ٦/٢ .

(٥) انظر : المعونة ٧٣١/٢، ٧٣٢ .

(٦) أي أن التقديم بين الأولياء والمفاضلة إنما هو عند اختلافهم ومشاحتهم .

قال مالك : وإذا كان أولياء المرأة حضوراً كلهم وبعضهم أقعد من بعضٍ، منهم ولد[١] الولد والوالد نفسه والأخ والجد والعم وغيرهم ، فزوَّجها العم أو الأخ برضاها وهي ثيب وأنكر والدها وسائر الأولياء لم يُرَدّ النكاح ، فليس للأب هاهنا قول ، لأنها قد ملكت أمرها .

قال مالك : وكذلك إن كانت بكراً بالغاً لاأب لها ولاوصي ، ولها من الأولياء من ذكرنا[٢] فزوَّجها الأبعد برضاها وأنكر الأقعد ، فالنكاح جائزٌ ، وقد قال مالك : إن الرجل من الفخذ يزوج وإن كان[٣] ثَمَّ مَنْ هو أولى منه .

قال ابن القاسم : وذو الرأي من أهلها يجوز[٤] إنكاحه إياها إذا كان له فضلٌ وصلاحٌ وإن كانت من العرب ولها من الأولياء من ذكرنا .

وكذلك مولى النعمة يجوز أن يزوج مولاته من نفسه ويلي عقد نفسه ، أو يزوجها من غيره برضاها ، فيجوز[٥] / ذلك على الأقعد من أخ أو غيره ، وهو من [٤٩/ب] ذوي الرأي من أهلها إذا كان له الفضل والصلاح ، وكانت المرأة ثيباً ، أو بكراً بالغاً لاأب لها ولاوصي[٦] .

وقال عليٌّ[٧] عن مالكٍ في الأخ يزوج أخته لأبيه ، وثَمَّ أخوها لأبيها وأمها أن النكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الأخ الشقيق ، فلاتُنْكَحُ حينئذٍ إلا برضاه ، وإنما الذي لاينبغي لبعض الأولياء أن يُنْكِحَ وثَمَّ مَنْ هو أولى منه ، إذا لم يكونوا إخوة ، وكان أخاً وعَمّاً ، أو عَمّاً وابن عَم ، ونحو هذا وهم حضورٌ[٨] .

---

(١) "ولد" ليست في ز .
(٢) أي الأخ والجد والعم وبني الإخوة .
(٣) في أ ، ب زيادة "هناك" .
(٤) الجواز المراد به هنا : الصحة .
(٥) الجواز المراد به هنا : المضي .
(٦) انظر : المدونة ١٦١/٢-١٦٥ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .
(٧) أي علي بن زياد .
(٨) انظر : المدونة ١٦٩/٢، ١٧٠ .

قال سحنون : وقال أكثر الرواة : لايزوِّج وليٌّ وَثَمَّ مَنْ هو أولى منه حاضر ، فإن فعل نظر السلطان في ذلك .

وقال آخرون : للأقرب أن يجيز أو يرد ، إلا أن يطول مكثها عند الزوج ، وتلد الأولاد ، لأن العقد لم يخرج من أن وَلِيَهُ وَلِيٌّ ، وهذا في ذات المنصب والقدر[١] .

وقال ابن المواز : وليس الخال من الأولياء[٢] .

قال ابن وهب : وقاله مالك وغيره من العلماء .

قال ابن حبيب : الأقرب امضاؤه ، أو فسخه ما لم يبن[٣] .

[٤]قال ابن حبيب عن مالك : وذلك ما لم يكن الولي الأقرب حاضراً يعلم أن غيره عقد على وليته فلايتكلم ، فإن ذلك منه رضى[٤] .

فصل [٢ ــ في تزويج ابنة الغائب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم وعلي بن زياد : قال مالك : من غاب عن ابنته البكر غيبة انقطاع كمن خرج إلى المغازي إلى مثل إفريقية

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٢) ذكره ابن المواز عن مالك وتتمته : وإنما الوُلاة من العصبة .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/أ .

(٣) يرى ابن حبيب أن الخال لو عقد جاز إمضاء عقده ، لكن إن بنى الزوج تعيَّن امضاؤه و لم يجز فسخه .

(٤) ساقط من ز .

والأندلس وطَنجَة[١] فأقام بها ، فرفعت أمرها إلى الإمام ، فلينظر لها ويزوجها .

قيل لابن القاسم : فهل للأولياء أن يزوجوها بغير أمر السلطان؟

قال : إنما سمعت مالكاً يقول : ترفع أمرها إلى السلطان .

ـ قال ابن المواز : وقال أشهب عن مالك : أن للإمام حينئذٍ أن يزوج[٢] ـ

قال ابن القاسم : وأما إن خرج تاجراً إلى مثل إفريقية ونحوها ، ولم يُرِدْ المقام بتلك البلدة ، فلايزوجها ولي ولاسلطان وإن أرادته الابنة ، لأن مالكاً لم يوسِّع أن تزوج ابنة الرجل [البكر] [٣] وهو غائبٌ[٤] إلا أن تكون غيبة منقطعة[٥] .

قال عبد الوهاب : إذا غاب الأب غيبة انقطاع ، فإن كانت حياته معلومة ، ومكانه معروفاً ، إلا أن استئذانه يتعذّر ، وهي بالغ ، فقد اختُلف في جواز إنكاحها:

فقال مالك : يزوجها الإمام إن رفعت إليه .

وقال عبد الملك : لايجوز إنكاحها بوجه في حياة الأب .

وقال ابن وهب : إن قطع عنها النفقة جاز إنكاحها برضاها ، وإن أجراها عليها لم يجز .

فوجه قول مالك : أن طول غيبته ضرر بها ، فهو كما لو عَضَلَها .

---

(١) طنجة : مدينةٌ على ساحل بحر المغرب مقابل الجزيرة الخضراء ، بينها وبين سَبتة مسيرة يومٍ واحدٍ .
انظر : معجم البلدان ٤٣/٤ .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٤٨/٤ .

(٣) من المدونة .

(٤) "وهو غائب" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ١٦٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

ووجه قول عبد الملك : أنها ذات أبٍ غير عاضلٍ ، فلاتُزوج عليه ، ولاتسقط ولايته لغيبته كالقريب الغيبة[١] فهو كالحاضر .

ووجه قول ابن وهب : أن المراعى في ذلك دخول الضرر البين ، وذلك موجود مع انقطاع النفقة ، فيكون كالعَضُل[٢] .

قال : واختلف فيمن ينكحها ، فقيل : لايزوجها إلا السلطان ، وقيل : للأولياء أن يزوجوها برضاها .

فوجه الأول : أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة الضرر عنها كالعضل ، فكان كالحكم على الأب ، وذلك يختص بالسلطان[٣] .

ووجه الثاني : أنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها برضاها ، فجاز ذلك لسائر الأولياء ، أصله إذا مات[٤] .

وأما إذا انقطع خبر الأب فلم تعلم حياته ولاموته جاز إنكاح الأولياء إياها برضاها .

وقال عبد الملك[٥] : ليس ذلك لهم إلا بعد أربع سنين / من يوم فُقِد . [٥٠/أ]

فوجه الأول : أن الظاهر من أمره الموت ، فجاز إنكاحها ، وأحسن أحوالها أن يُجْرَى مجرى العضل ، فيجب إزالة الضرر عنها .

ووجه قول عبد الملك : أنه أنزلها بمنزلة امرأة[٦] المفقود من حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره ، فوجب وقف ذلك على ضرب الأجل له كامرأة المفقود[٧] .

---

(١) "كالقريب الغيبة" ليست في ز .
(٢) أي في كون المرأة تزوج على وليها العاضل لإزالة الضرر عنها .
(٣) أي الحكم على الغائب .
(٤) لأن ولاية الأب تعتبر ساقطة .
(٥) في أ ، ب "عبد الوهاب" ، وهو خطأ .
(٦) "امرأة" ليست في أ ، ب .
(٧) انظر : المعونة ٢/٧٢٣، ٧٢٤ .

قال ابن حبيب من قول مالكٍ في غيبة الولي[١] أنه إن كان قريباً كتب إليه الإمام ، وإن سافر انتظره ، فإن بعدت غيبته زوجها الإمام إلا في الأب ، فلايزوجها إلا أن تطول غيبته جداً فيزوج الأيم ، وأما البكر فلا إلا أن ينقطع بالسكنى في بلدٍ منقطع بعيد قد يُئِسَ من رجعته ، وطال ثواه بها ، كالعشرين والثلاثين سنة ، فيزوجها السلطان[٢] ولايفعل ذلك أحد من الأولياء ، فإن زوجها وليٌّ لها بإذن السلطان في الغيبة البعيدة مضى النكاح ، وإن جَهِل السلطان أو الولي فزوجها في الغيبة القريبة لم يجز ، وفسخ إذا جاء الأب وإن ولدت الأولاد ، وإن أجازه الأب لم يجز ، وقاله ابن القاسم[٣] .

[فصل ٣ ــ في تزويج ابنة العاضل]

ومن المدونة : وإذا رضيت ثيب بكفءٍ في دينه ، وهو دونها في النسب والشرف وردَّه أبٌ أو ولي ، زوَّجها منه الإمام .

ولقد سألنا مالكاً عن نكاح الموالي في العرب؟ فقال : لابأس به[٤] .

قال عبد الوهاب : والكفاءة المعتبرة عندنا هي الدين دون النسب ، خلافاً لأبي حنيفة[٥] والشافعي[٦]

---

(١) في أ ، ب "في امرأة الغائب" .

(٢) "السلطان" ليست في ز .

(٣) النوادر والزيادات ل٢١٤/أ .

(٤) انظر : المدونة ١٦٣/٢ ، والجواب بتمامه : قال : لابأس بذلك ، ألا ترى إلى ماقال الله في كتابه : ﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ . سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص١٧٠ ، مختصر القدوري ، تأليف أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط/بدون ، ت/بدون) ، مطبوع مع شرحه اللباب لعبد الغني الميداني ١٣/٣ .

(٦) انظر : التنبيه في الفقه الشافعي ، تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، إعداد مركز الخدمات والأبحاث الثقافية (بيروت : عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ص١٥٩ .

في أنها للنسب[١] لقوله تعالى : ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[٢] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنةٌ في الأرض وفسادٌ كبير"[٣] ، فاعتبر الدين والأمانة دون النسب .

وقوله : "تُنكَحُ المرأة لدينها ومالها وجمالها ، فعليك بذات الدين تربت يداك"[٤] ، فأخبر عن أغراض النكاح ، وأمر بذات الدين وجعله العمدة[٥] .

قال الشيخ : قيل لابن المواز[٦] : ماتقول في الذي[٧] جاء عن عمر : لاتزوجوا النساء إلا الأكفاء ، فأيُّ امرأةٍ من قريشٍ تزوجت غير كفؤ لها فَرَّقَ عمر بينهما ، وقال : لاتنكحوا ذوات الأحساب إلا من الأكفاء؟

قال : قد قال عمر غيرهذا ، قال : دين الرجل حسبه ، وكرمه تقواه ، ومروءته خلقه[٨] ، فليس الحسب والشرف إلا في الإسلام والتقوى[٩] وماجاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم[١٠] ليس لأحد معه حُجة[١١] .

---

(١) هكذا في نسخ الجامع ، والذي في المعونة : خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في اعتبارهما للنسب ، وقال القاضي عبد الوهاب ذلك لأن مالكاً رحمه الله لم ينظر إلى أن النسب من الكفاءة ، لذا اشتُهِرَ عنه جواز تزويج الموالي من العربيات واحتج بالآية المذكورة ، ويتفق معه الأئمة الثلاثة في اعتبار الدين من الكفاءة في النكاح ، قال ابن رشد الحفيد : فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبرٌ في ذلك إلا ماروي عن محمد بن الحسن من إسقاط الدين .
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة العاشرة ، ١٤٠٨هـ) ١٦/٢ .

(٢) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٣) سبق تخريجه ص٦ .

(٤) سبق تخريجه ص٥ .

(٥) انظر : المعونة ٧٤٧/٢ .

(٦) سبق أن المؤلف نقل عن ابن المواز أنه قال : قيل لمالك ...الخ ص٦ .

(٧) "تقول في الذي" ليست في ز .

(٨) سبق تخريجه ص٦ .

(٩) "والتقوى" ليست في أ .

(١٠) لعله يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته" الحديث .

(١١) انظر : النوادر والزيادات ل٢١١/ب .

وروى ابن وهب أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال : "إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فانكحوه" ، قالوا : يارسول الله : وإن كان أسود ، فقال عليه الصلاة والسلام : "إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"(١) .

وذكر ابن وهب أن بلالاً خطب بنتاً لبُكَير ، فأباه أخوتها ، وكانوا بدريينّ ، فأخبر بلال رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ، فغضب رسول الله ، فبلغهم الخبر ، فأتوا أختهم فقالوا : مالقينا من غضب رسول الله من أجل بلال؟ فقالت : قد جعلت أمري لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنكحها رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالاً(٢) .

ومن المدونة : قيل لابن القاسم : فإن رضيت بعبد وهي امرأة ثيب من العرب ، وأبى الأب أو الولي أن يزوجها منه ، [أيزوجها منه السلطان أم لا]؟ (٣)

قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً إلا ماأخبرتك / من نكاح الموالي في العرب [٥٠/ب]
ولقد قيل لمالك : إن بعض هؤلاء القوم فرقوا بين عربية ومولاة،فأعظَمَ ذلك إعظاماً

---

(١) سبق تخريجه ص٦ .

(٢) لم أعثر على هذه القصة بهذا السياق ، وقد أخرجها البيهقي عن زيد بن أسلم : أن بني بكير أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : زوج أختنا من فلان ، فقال : أين أنتم عن بلال؟ فعادوا فأعاد ثلاثاً فزوجوه ، قال : وكان بنو بكير من المهاجرين من بني ليث .
كتاب النكاح ، باب لايرد نكاح غير الكفء إذا رضيت به الزوجة ٢٢٢/٧ رقم (١٣٧٨٧)
والحديث ضعيف بسبب إرسال زيد بن أسلم ، انظر : التقريب ٣٢٦/١ رقم (٢١٢٣) .
وذكرها ابن سعد عند ترجمة بلال . انظر : الطبقات ١٧٩/٣ .

(٣) من المدونة .

شديداً ، وقال : أهل الإسلام بعضهم لبعضٍ أَكْفاء ، لقول الله تعالى : ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[١] .

وقال غيره : ليس الوليُّ بعاضلٍ في منعه ذات القدر نكاح العبد ومثلِه[٢] ، لأن للناس مناكح قد عُرِفَتْ لهم وعُرِفوا بها[٣] .

وقال المغيرة[٤] وسحنون : يفسخ[٥] .

قال عبد الوهاب : وهذا هو الصواب ، لأن الحرية من الكفاءة ، ولأن العار يدخل على الأولياء بوضع وليّتهم نفسها تحت عبد ، فكان لهم منعُها[٦] .

فصل [٤ ــ متى يعدُّ الأب عاضلاً لابنته؟]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايكون الأب عاضلاً لابنته البكر البالغ في ردِّ أول خاطبٍ أو خاطبَيْن حتى يتبيَّن ضرره ، وإذا لم يُعْرف من الأب في ذلك ضرر لم يهجم السلطان على ابنته في إنكاحها ، ولاحدَّ في ردِّ الأب عنها الواحد والاثنين إلا أن يعرَف ضرره وإعضاله لها ، فإذا تبيَّن ذلك منه فأرادت الجارية

---

(١) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٢) في ز "نكاح العبد مثله" .

(٣) انظر : المدونة ١٦٣/٢، ١٦٤ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٤) هو أبو هاشم المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، الإمام الفقيه ، ممن دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك ، سمع أباه وأبا الزِّنَاد ومالكاً ، توفي سنة ١٨٨هـ ، وقيل ١٨٦هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٨٢/١ ، الديباج ٣٤٣/٢ ، شذرات الذهب ٣١٠/١ ، شجرة النور ص٣١٠ .

(٥)،(٦) انظر : المعونة ٧٤٨/٢ .

النكاح قال له الإمـام : إمـا أن تزوجهـا ، وإمـا زوجناهـا عليـك ، لأن النـبي عليـه الصلاة والسلام قال : "لاضَرَرَ ولاضِرَار"[١] [٢] .

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتـاب الأحكـام ، بـاب مـن بنـى في حقـه مـايضر بجـاره ٧٨٤/٢ ، رقـم (٢٣٤١،٢٤٣٠) ، والدارقطني ، كتاب البيوع ٧٧/٣ رقم (٢٨٩) ، والإمام أحمد بن حنبـل في المسند ، ترقيم محمد عبد السلام عبد الشافي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ٤٠٨/١ رقم (٢٨٧٠) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٦٦/٢ رقم (٢٣٤٥) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) انظر : المدونة ١٦٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

[الباب السادس]
في إنكاح الأوصياء[١]

[فصل ١ ــ في تزويج الوصي البالغة]

قال مالك : وللوصي ووصي الوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي ، ولانكاح للأولياء مع الوصي ووصي الوصي ، وهما أولى من الأولياء .

قال الشيخ : لأنها ولاية كانت للأب على ابنته ، فكان له نقلها إلى من شاء بعد وفاته ، كولاية المال .

قال مالك : ولو رضيت الجارية ووليها برجل والوصي ينكر فلانكاح لها ولالهم إلا بالوصي ، فإن هم اختلفوا نظر السلطان في ذلك .

قال مالك : وإن زوجها الولي برضاها من رجل وقد حاضت ، ولها وصي أو وصي وصي فلايجوز نكاحه[٢] .

قال ابن المواز : قال مالك : إذا زوجها أحد أوليائها برضاها كان للوصي أن ينقض نكاحها[٣] .

ومن المدونة : قال يحيى بن سعيد[٤] : الوصي أولى من الولي ، ويشاور الولي[٥] .

---

(١) الأوصياء : جمع وصي ، والمراد به هنا : من عَهِد إليه الأب بتزويج موليَّاته .

(٢) انظر : المدونة ١٦٦/٢، ١٦٧ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٤/ب .

(٤) هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو الأنصاري المدني ، أحد فقهاء التابعين ، الإمام العلامة المجوِّد ، عالم المدينة في زمانه ، ولي القضاء لأبي جعفر المنصور ، توفي بالهاشمية بقرب الكوفة سنة ١٤٣هـ .
انظر : الطبقات ٤٢٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٤٤/٦ ، الشذرات ٢١٢/١ .

(٥) وقال مالك أيضاً : وحُسن للوصي أن يشاور الولي ، ولايضره إن لم يفعل أو كان كارهًا . النوادر والزيادات ل٢١٤/ب .

قال : والوصي العدل مثل الأب .

قال ابن القاسم : ووصي الوصي في البكر وإن بَعُدَ كالوصي .

قال مالك : ويزوج الثيب الولي برضاها وإن كره الوصي ، وإن زوجها الوصي أيضاً برضاها جاز وإن كره الولي ،وليس هو كالأجنبي فيها[١] .

قال ابن المواز : قال أشهب : وإنما الوصي في الثيب كالأب في الثيب[٢] .

فصل [٢ ــ في تزويج الوصي الصغيرة]

ومن المدونة : قال مالك : وليس لأحدٍ أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصيٍّ أو وليٍّ إلا الأب وحده ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام أمر باستئذان اليتيمة[٣] ، ولاإذن إلا للبالغة[٤] .

قال في كتاب ابن المواز والواضحة : وإذا قال الأب للوصي[٥] : زوِّج ابنتي فلاناً ، أو ممن ترضاه ، أو قال : زوِّجها فقط ، فهذه يزوجها الوصي قبل البلوغ ، وله إكراهها على ذلك بعد البلوغ كالأب[٦] .

وإن قال : فلان وصيٌّ فقط ، أو قال : وصيٌّ على بُضْعِ بناتي ، أو على تزويجهن ، فلايزوجهن هذا حتى يبلغن ويرضين .

ابن المواز : قال أصبغ : ولو كان الذي أمره الأب بتزويجه لها رجلاً فاسقاً سكِّيراً لم يجز[٧] ذلك عليها ، ولايجوز ذلك للأب لو فعله بها ، وكان للسلطان أن

---

(١) انظر : المدونة ١٦٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٥/أ .
(٣) سبق تخريجه ص٢٣ .
(٤) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .
(٥) "للوصي" ليست في ز .
(٦) لأن الأب فوَّض إليه أمرها .
(٧) أي لم يمض .

يرد نكاحه عليها ، لأنه من الضرر ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الضرر[١] .

وكما لو دعت هي إلى تزويج مثل هذا لم يجز أن تُجاب إليه .

قيل : فلو أوصى إليه فقال له / : زوِّج ابنتي من فلان بعد عشر سنين [أو بعد أن تبلغ][٢] أو قال له : ممن ترضاه؟ [٥١/أ]

قال : ذلك جائزٌ لازم إذا فرض لها صداق مثلها ، وليس لها ولاللوصي أن يأبيا ذلك إذا طلب ذلك من سمَّاه الأب ، ويحكم له بذلك ، إلا أن يكون لها في ذلك حجة ، مثل أن يكون يوم أمره الأب بتزويجه مأموناً مرضيّاً حسن الحال ، ثم خرج بعده إلى الفسق والدَّعارة[٣] والتلصُّص ، فيبطِل الحاكم عنها وصية الأب فيه سواءً أحبته أو كرهته .

قيل : فلو كانت حجتها أن قالت : إن هذا الرجل يوم أمر أبي بإنكاحي منه خلوٌّ من النساء ، وهو الآن قد تزوج بعده ، أو قالت : اتخذ السراري ، فلست أُدْخِلُ عليَّ الضرر؟

قال : ليس هذا مما ترد به النكاح عن نفسها ، والأمر لها لازم[٤] .

قال الشيخ : وقع في بعض روايات المدونة فيمن قال : إن مت من مَرضي فقد زوجتُ ابنتي من ابن أخي[٥] .

قال فيها سحنون : إنما يجوز ذلك إذا قبل النكاح ابن الأخ بِقُرْبِ ذٰلك و لم يتباعد[٦] .

---

(١) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "لاضرر ولاضرار" . وقد سبق تخريجه ص٥٤ .

(٢) من النوادر والزيادات .

(٣) الدعارة : هي الفسق والفجور والخبث . انظر : اللسان ، مادة (دعر) .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٥/أ ، ٢١٥/ب .

(٥) أي فذلك جائز ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦/٥،٢٧ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٧/٥ .

قال الشيخ : وهذه[١] بخلاف مسألة أصبغ[٢] ، لأن هذا زوَّج ابنته بعد[٣] ، وإنما بقي إعلام الزوج ورضاه ، فلذلك اشترط إن قَبِلَ بالقرب ، وأما الآخر فإنما أوصاه أن يعقد ذلك الوصي إن رضي الزوج ، فلذلك جاز بعد الطول ، وهذا بيِّن.

وفي بعض حواشي الكتاب : إذا قال في صحته : إذا مت فقد زوجت ابنتي فلانةً من فلانٍ ابن أخي ، أنه لايجوز هذا عند ابن القاسم ، وبه قال أصبغ وابن المواز ، لأنه نكاح إلى أجل ، كما لو قال : إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان ، وأشهب يجيز هذا[٤] .

قال أصبغ : وإن في المرض لَمَغْمَزاً أيضا ولكن أهل العلم متفقون على إجازته وهو من أمر الناس ومن وصايا المسلمين في أمراضهم[٥] .

[فصل ٣ ــ في تزويج الأب أو الوصي الطفل الصغير]

ومن المدونة : قال مالك : وأما الطفل الصغير فلأبيه أو وصيه أن يزوجه قبل بلوغه ، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء ، ووصي الوصي في ذلك كالوصي .

قال : ولأن للطفل أن يطلِّق إذا بلغ وليس ذلك للطفلة[٦] .

---

(١) أي مسألة قول الأب : إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي من ابن أخي .

(٢) وهي قول الأب للوصي : زوج ابنتي من فلانٍ بعد عشر سنين أو بعد بلوغها .

(٣) "بعد" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٥/٢٧ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٨/أ .

(٦) انظر : المدونة ٢/١٦٧،١٦٨ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

فصل [٤ ــ في استخلاف الأم من يزوج ابنتها]

قال مالك : وللأب أو للولي أن يستخلف من يزوج ، وليس[١] للأم أن تستخلف من يزوج ابنتها البالغ اليتيمة ، إلا أن تكون الأم وصية ، فإن كانت الأم وصية عليها أو على صَبيَّة غير ابنتها فهي أحقُّ بعقد النكاح من الأولياء ، غير أنها لاتلي هي عقد نكاحها ، ولكن توكِّل بذلك رجلاً بعد بلوغ الصبيَّة ورضاها[٢] ، فأما قبل بلوغها فلا[٣] .

---

(١) في ز زيادة "ذلك" .

(٢) لأن كل من لايجوز أن يكون ولياً للمرأة من امرأة أو عبد أو نصراني لايجوز لهم إذا استخلفوا على امرأة أن يلوا العقد عليها ، وإنما يلوه على من استخلفوا عليه من الذكور .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٥٣/٤ .
وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الحادي عشر من هذا الكتاب .

(٣) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠،٨١ .

[الباب السابع]
في المرأة يتزوجها رجلان ولايعلم الأول منهما ووليَّ المعتقة ، والولي يرضى[1] بغير كفءٍ ثم لايرضى به في نكاح ثان

[فصل ١ ــ في المرأة يتزوجها رجلان ولايُعلم الأول منهما]

قال مالك : وإذا وكَّلت المرأة كلَّ واحدٍ من وليها يزوجها[2] فزوَّجها هذا من رجلٍ وهذا من رجلٍ آخر[3] ، فالنكاح لأوَّلهما إذا عُرِفَ الأول ، إلا أن يدخل بها الآخر فهو أحقُّ [بها][4] وكذلك قضى عمر رضي الله عنه[5] .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : تردُّ للأول على كل حال[6] ، ودليلنا : أنه إجماع الصحابة ، روي ذلك عن عمر[7] والحسن بن علي[8]

---

(١) "يرضى" ليست في أ .

(٢) "يزوجها" ليست في ز .

(٣) "آخر" ليست في ز .

(٤) من المدونة .

(٥) انظر : المدونة ٢/١٦٨، ١٦٩ .

(٦) أي سواء دخل بها الآخر أو لم يدخل . انظر : مختصر الطحاوي ص١٧٤ .

(٧) كما تقدم من قضائه رضي الله عنه .

(٨) هو الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم ، سبط رسول الله صلى الله عليه وسلم وريحانته ، ولد سنة ثلاث من الهجرة ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث حفظها عنه ، وروى عن أبيه وأخيه الحسين ، توفي بالمدينة سنة ٤٩هـ ، وقيل ٥٠هـ ، وقيل ٥١هـ ودفن بالبقيع .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١/٣٦٨ ، الإصابة ١/٣٢٧ .

ومعاوية[١] ، وقيل : مرويٌّ عن عليٍّ[٢] رضي الله عنهم ولامخالف لهم[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن لم يدخل بها واحد منهما ولم يعرف الأول فسخا جميعاً بطلقة طلقة ، ولاقول لها إن قالت : هذا هو [الأول][٤] ، ثم تبتدئ نكاح من أحبت منهما أو من غيرهما[٥] .

قيل لابن المواز : فإن مات الأول منهما أو طلق قبل أن يدخل الآخر بها ثم دخل الآخر بعد موته أو بعد طلاقه؟

قال : إن لم يعلم بذلك حتى دخل الآخر ثبت نكاحه / كما لو دخل بها [٥١/ب] والأول حي لم يمت ولم يطلق ، ولاميراث لها من الأول ولاعدة عليها منه ، وإن علم بذلك قبل دخول الآخر فسخ نكاح الآخر واعتدت من الأول وورِثَته ، وكذلك إن طلق فإنه يفسخ نكاح[٦] الآخر على كل حالٍ ، وذلك إذا كان عقد

---

(١) أخرج أثر معاوية عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب نكاح الرجلين المرأة ٦/٢٣٣ رقم (١٠٦٣٦) .

(٢) الذي عثرت عليه أن عليّاً رضي الله عنه قضى بها للأول وإن دخل بها الآخر .
أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الوليين ٧/٢٢٨ رقم (١٣٨٠٩) .

(٣) انظر : المعونة ٢/٧٣٩ .

(٤) من المدونة .

(٥) انظر : المدونة ٢/١٦٨،١٦٩ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
وفي مسألة إن علم أن الثاني هو الذي دخل خلاف ، ففي المدونة : يثبت نكاحه ، كما تقدم من قول مالك .
وقال المغيرة وابن عبد الحكم : يفسخ نكاحه وترد إلى الأول بعد الاستبراء .
انظر : المقدمات الممهدات ١/٤٧٤ .

(٦) "نكاح" ليست في ز .

الآخر في حياة الأول قبل أن يموت أو يطلق ، وأما لو عقد بعد موته أو طلاقه ، فإن تزوجها في عدة موته فسخ نكاحه ، لأنه ناكح في عدة ، وأما في طلاقه فيثبت نكاحه ، إذ لاعدة عليها ، لأنه قبل البناء .

قيل : فإن دخل الآخر والأول حيٌّ لم يطلق ، فأقر الولي الذي زوَّج الآخر أنه كان عالماً بتزويج الأول؟

قال : لم يقبل قوله بعد دخول الآخر إلا أن تقوم بينة أنه كان أقر عندهم قبل تزويجه بعلمه ، فيفسخ حينئذ نكاح الآخر فسخاً بغيرطلاق .

ولكن لو أقر الآخر نفسه بعد دخوله بأنه قد كان بتزويج الأول عالماً قبل أن يدخل بها لم يحتج إلى بينة ،وفسخ نكاحه بطلقة بائنة[1] ، فكان لها الصداق كاملاً.

وقال عبد الملك : فسخاً بغير طلاق[2] .

فصل [٢ ــ في وليِّ المعتقة من رجلين]

ومن المدونة : وإذا أعتق الأمة رجلان فكلاهما وليَّاها ، فإن أنكحها أحدهما بإذنها جاز على الآخر وإن لم يرض[3] .

فصل [٣ ــ في الولي يرضى بغير كفءٍ ثم لايرضى به في نكاح ثان]

قال مالك : وإذا رضي الولي برجل ليس بكفءٍ للمرأة ، فصالح ذلك الرجل زوجته فبانت منه ، ثم أرادت المرأة نكاحه بعد ذلك فامتنع الولي وقال : لست بِكُفْءٍ لها ، فليس ذلك له ، وإذا رضي به مرة فليس له أن يمتنع منه أخرى .

---

(١) لأنه يتهم على فسخ نكاحه بغير طلاق . انظر : المصدر نفسه ٤٧٤/١ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٧/أ .

(٣) انظر : المدونة ١٦٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال ابن القاسم : ألا أن يَظْهَر منه على فسق ، أو تلصُّص ، أو مافيه حجة غير الأمر الأول[١] ، فذلك للولي[٢] ، وكذلك إن رضي بعبد على ماذكرنا[٣] .

---

(١) أي غيرمابسببه اعتُبِر غير كفء .

(٢) أي من حيث الامتناع منه .

(٣) قوله : على ماذكرنا ، أي الحكم في تزويج العبد كالحكم في تزويج من ليس بكفء .
قال ابن القاسم : ولم أسمع العبد من مالك ولكنه رأيي .
انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

[الباب الثامن]
في توكيل المرأة أجنبيا يزوجها أو قالت لوليها : زوجني ممن أحببت

[فصل ١ ــ في توكيل المرأة أجنبياً يزوجها]

قال ابن القاسم : وإذا وكلت المرأة الدنية مثل المعتقة والمسلمانية[١] والسوداء والمسكينة أجنبياً فزوجها وهي ببلدلاسلطان فيه ، أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولاولي لها جاز ذلك[٢] .

وفي رواية أشهب عن مالك : أن الدنيَّة وغيرها سواء ، لايزوجها إلا ولي أو سلطان[٣] .

قال الشيخ : فوجه الأول : أنه لما لم يكن لها ولي ، وكان متناول السلطان بعيداً صار ذلك ضرورة أباحت تزويج الأجنبي إياها ، لأنه ولي عام ، لقوله تعالى : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٤] .

ووجه الثانية : أن الولي العام لايزوج مع حضور[٥] الخاص ، أصله في غير الدنيَّة[٦] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن ولَّت من أسلمت هي على يديه ، فإنه يجوز إنكاحه إياها ، وأما من أسلم على يديه أبوها وتقادم ذلك حتى

---

(١) في المدونة ونسخ الجامع (المسالمة) والصواب ماأثبته مُصحَّحاً من هامش المدونة . قال مصححها : والمراد بها التي أسلمت من أهل الذمة وغيرهم .

(٢) انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/أ .

(٤) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٥) "حضور" ليست في ز .

(٦) لأنه إذا عمل بذلك ضاعت الفروج .

يكون لها من القدر والغناء والإباء في الإسلام مايتنافس[١] الناس فيها فلا يزوجها وهو كالأجنبي فيها[٢] .

قيل لمالك : فرجال من الموالي يأخذون صبياناً من العرب تصيبهم السنة فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا ، فتكون فيهم الجارية فيريد أن يزوجها؟

فقال : ذلك جائز ، ومن أنظرُ لها منه[٣] .

قال الشيخ : يريد إذا بلغت وأذنت ، وهذا إذا لم يكن لها أب ، وأما إن كان لها أب فلاينكحها بغير رضى أبيها إلا أن يَجعل ذلك الأب بيده ، ونحوه في كتاب محمد[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما كل امرأة لها بال وغناء وقدر ، فإن تلك لايزوجها / إلا وليها أو السلطان . [٥٢/أ]

قيل لمالك : فلو أن امرأة لها قدر تزوجت بغير أمر ولي ، فوَّضت أمرها إلى رجل فرضي الولي بعد ذلك ، أيثبت النكاح؟

فوقف فيه .

وقال ابن القاسم : إذا أجازه الولي بالقرب جاز ، وسواء دخل الزوج أم لا وإن أراد فسخه بحدثان الدخول كان ذلك له وفسَخه ، فأما إن طالت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان ذلك صواباً و لم يفسخ ، وقاله مالك وغير واحد من الرواة[٥] .

قال سحنون : وقال غيره[٦] : لايجوز وإن أجازه الولي ، لأنه عقده غير الولي.

---

(١) في ز "وتنافس" .
(٢) انظر : المدونة ٢/١٦٤،١٦٥ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
(٣) انظر : المدونة ٢/١٧٠ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٤/أ .
(٥) منهم ابن نافع كما في المدونة .
(٦) أي غير ابن القاسم .

قال ابن وهب عن مالك في موضع آخر : يفرق بينهما بطلقة ، دخل بها الزوج أم لا ، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان إن لم يكن لها ولي ، فأما المرأة الوضيعة مثل المعتقة والسوداء والمسلمانية فإذا كان نكاحها ظاهراً معروفاً فذلك عندي أخف من المرأة لها الموضع .

قال الشيخ : وهذا كله موافق لرواية ابن القاسم ، وتحصيل مذهب ابن القاسم فيها : هو أنه إذا طال قبل البناء فلابد من فسخه ، وإذا طال بعد البناء فلابد من إجازته ، وإنما يجيز الولي في القرب ، كذلك كان يدرِّسه بعض شيوخنا ، وهو بيِّن - .

قال ابن القاسم : وإذا استخلفت المرأة على نفسها رجلاً فزوجها ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر ، فلما علما أجازه الأبعد ورده الأقعد فلاقول هاهنا للأبعد[١] ، بخلاف التي زوجها الأبعد وكره الأقعد ، لأن ذلك نكاح عقده ولي ، وهذا نكاح عقده غير ولي فلايكون فسخ هذا إلا بيد الأقعد ، وقاله مالك[٢] .

قال ابن القاسم : وإن غاب الأقعد وأراد الأبعد فسخه نظر فيه السلطان ، فإن كانت غيبة الأقعد قريبة بعث إليه وانتظره و لم يعجل ، وإن كانت غيبته بعيدة نظر السلطان كنظر الغائب في الرد أو الإجازة ، وكان أولى من الولي الحاضر[٣] .

فصل [٢ ــ في المرأة إن قالت لوليها : زوجني ممن أحببت]

قال مالك : وإذا قالت المرأة لوليها : زوجني ممن أحببت ، فزوجها من نفسه أو من غيره لم يجز حتى يسمي لها من يزوجها ، ولها أن تجيز أو ترد[٤] .

وقد قال ابن القاسم : إن زوجها من غيره جاز وإن لم يسمه ، وإن زوجها من نفسه فبلغها ذلك فرضيت به جاز ، لأنها قد وكلته بتزويجها[٥] .

---

(١) لأنه هو الخصم دون الأبعد .

(٢) انظر : المدونة ٢/١٧٠،١٧١ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/١٧٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال الشيخ : فصار الخلاف إنما هو في الأجنبي خاصة[١] ، وأما في نفسه فلايجوز عليها إلا أن ترضى[٢] .

قال الشيخ : فوجه قوله[٣] : إذا زوجها من غيره لم يجز حتى يُعلمها به ، لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال ، وإن تساووا في الكفاءة .

ووجه قوله الثاني[٤] : فلأن تفويضها ذلك إليه رضى بما صنع .

وأما إذا زوجها من نفسه لم يجز حتى يعلمها في القولين ، لأنه يتَّهم في تقديم حظِّه ومحاباته نفسه[٥] ، وكما لو أمرته ببيع سلعتها فباعها من نفسه أنها مخيرة[٦] عليه[٧] .

---

(١) أي في تزويجها أحداً غيره ، والخلاف في اشتراط تسمية الأجنبي لها .
فمالك يشترط تسميته لها ، وابن القاسم لايشترط ذلك .

(٢) أي عند مالك وابن القاسم بلاخلاف .

(٣) أي مالك .

(٤) أي قول ابن القاسم وهو جواز تزويج الولي المرأة من غيره وإن لم يعلمها به .

(٥) انظر : المعونة ٧٤٩/٢ .

(٦) في ز "مقدمة" .

(٧) أي لها الخيار في أن تُمضي البيع أو ترده .

[الباب التاسع]
في القاضي يزوج المرأة من نفسه والأب يزوج ابنه وهو صامتٌ ثم ينكر وتزويج مواليه الصغار ، والوصي إماء اليتامى

[فصل ١ ــ في القاضي يزوج المرأة من نفسه]

قال ابن القاسم : وإذا لم يكن للمرأة وليٌّ فزوَّجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها جاز ، لأنه وليٌّ من لاوليَّ له ، وإن كان لها وليٌّ فزوَّجها القاضي من نفسه أو من ابنه[١] برضاها ، وأصاب وجه النكاح ولم يكن / منه جور فليس [٥٢/ب] لوليها فسخ ذلك، لأن في حديث عمر : لاينكح المرأة إلا وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان ، فقد جعل إليهم النكاح بينهم في هذا الحديث[٢] [٣] .

قال الشيخ : ولما جاز عقده عليها للأجنبي برضاها جاز عقده[٤] عليها لنفسه برضاها ، وقد أعتق النبي عليه الصلاة والسلام صفيَّة[٥] وتزوجها[٦] .

---

(١) "أو من ابنه" ليست في ز .

(٢) سبق تخريجه ص٤٣ .

(٣) انظر : المدونة ١٧٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٤) "عقده" ليست في ز .

(٥) هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب ، من بني النضير ، من بني إسرائيل من سبط هارون ابن عمران أخي موسى عليهما السلام ، قُتل زوجها كنانة بن أبي الحقيق يوم خيبر ، فتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة سبع من الهجرة وجعل عتقها صداقها ، كانت عاقلة حليمة فاضلة ، توفيت في رمضان سنة ٥٠هـ ودفنت بالبقيع .
انظر : الطبقات ٩٥/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٣٧/٤ ، الإصابة ٣٣٧/٤ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب من جعل عتق الأمة صداقها ١٢١/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ١٠٤٥/٢ رقم (١٣٦٥) .

ابن المواز : قال ابن وهب : وأخبرني يونس[١] عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير أنه سأل عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم عن قول الله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٢] فقالت : هي البكر[٣] اليتيمة تكون في حجر وليها فيعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط لها في صداقها ، فَنُهُوا عن أن يَنْكِحُوهنَّ إلا أن يقسطوا لهنَّ ويبلغوا بهنَّ أعلى سُنَّتِهِنَّ من الصداق ، وإلا فلينكحوا ماطاب لهم من النساء سِوَاهن[٤] .

فصل [٢ ــ في الأب يزوج ابنه وهو صامت ثم ينكر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن زوَّج ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضرٌ صامت ، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن : ماأمرته ولم أرض ، وإنما صمتُّ لأني علمت أن ذلك لايلزمني ، فليحلف ويكون القول قوله .

وقد قال مالك فيمن زوَّج ابنه البالغ وهو غائبٌ فأنكر إذا بلغه النكاح[٥] : سقط النكاح والصداق عنه وعن الأب .

فهذا[٦] عندي مثله[٧] وإن كان حاضراً ، وابنه وأجنبي في ذلك سواء إذا كان الابن قد ملك أمره[٨] .

---

(١) هو يونس بن يزيد بن أبي النَّجاد الأيلي ، مولى معاوية بن أبي سفيان ، ثقة محدث ، حدَّث عن ابن شهاب ونافع والقاسم وعكرمة وغيرهم ، توفي سنة ١٥٩هـ .
انظر : الطبقات ٣٦٠/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٦٧/٦ .

(٢) سورة النساء : آية ٣ .

(٣) "البكر" ليست في ز .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ ١٧٧/٥
وانظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/أ،ب .

(٥) "النكاح" ليست في ز .

(٦) أي الابن البالغ المالك لأمره الذي زوجه أبوه وهو حاضر صامت .

(٧) أي في سقوط النكاح والصداق عنه .

(٨) انظر : المدونة ١٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال الشيخ : فإن نكل عن اليمين لزمه النكاح ، فإن شاء طلَّق وودى نصف الصداق ، وإن شاء ثبت عليه .

وقد سئل ابن القاسم في المستخرجة عن الرجل يخطب المرأة إلى وليها فيزوجه ويَشهد له ، فتنكر المرأة أن تكون علمت أو رضيت أتستحلف؟

قال : إن كان الإشهاد على ذلك في المسجد ، وحيث يُرَى أنها لم تعلم فلايمين عليها ، وإن كان الإشهاد ظاهرا ، أو إطعاماً لوليمة أو إشهاراً في دارها[١] .

وحيث يُرى أنها عالمة فأرى أن تحلف بالله ماوكَّلته ولافوَّضت إليه ذلك ، وماظننت أن ذلك اللَّعب ولاذلك الإطعام الذي صُنِعَ إلا لغيري ، ثم لاشيءَ عليها ، فإن نكلت عن اليمين لزمها النكاح[٢] .

قال الشيخ : فكذلك مسألة الابن[٣] .

وقد حكي عن أبي محمد : أن اليمين إنما هي على الولد استظهاراً[٤] ، فإن نكل لم يلزمه شيء .

وقال غيره : إذا نكل طلق عليه ولزمه نصف الصداق[٥] .

والصواب ماقدمنا عن ابن القاسم[٦] ، وبالله التوفيق .

قيل لابن القاسم : فإن رضي الابن بالنكاح وهو كبير ، وهو في عياله ، إلا أنه قال : لاأغرم من المهر شيئاً ، وقال الأب : إنما أردت أن يكون المهر[٧] عليك؟

قال : قال مالك : لايكون على واحد منهما من المهر شيء ، وتقع الفرقة بعد أيمانهما[٨] .

---

(١) أي لأمر النكاح بما يدل على علمها كاللعب ونحوه .

(٢) لوجود الأسباب الدالة على الرضى.
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٩، ٤٠ ، النوادر والزيادات ل٢٢٤/أ .

(٣) أي في لزوم النكاح عند نكوله عن اليمين .

(٤) أي لإقراره رجاء أن يقر بصنيع أبيه فيؤخذ بإقراره .

(٥) انظر : النكت والفروق ل٦٣/أ .

(٦) وهو أنه إن نكل عن اليمين لزمه النكاح .

(٧) "المهر" ليست في ز .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٤/ب .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون قد دخل فإنه يحلف الأب ويبرأ ، ويكون ذلك على الابن وإن كان عديما ، إلا أن يكون الابن ممن يُوَلَّى عليه فيكون ذلك على الأب ، إلا أن يكون للابن مال[١] .

فصل[٢] [٣ ــ في تزويج المعتق مواليه الصغار وتزويج الوصي إماء اليتامى]

ومن المدونة : قال مالك : ومن أعتق صبيًّا صغيراً أو صغيرة فزوَّجها قبل البلوغ لم يجز عقده عليها بخلاف الوصي الذي يجوز عقده على الصغير ولايجوز عقده على الصغيرة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باستئذان اليتيمة[٣] ، ولاإذن إلا للبالغة .

وللوصي إنكاح إماء اليتامى وعبيدهم على وجه النظر لليتامى وطلب الفضل لهم ، وكما يجوز بيعه وشراؤه على من يلي عليه فكذلك يجوز إنكاح إمائهم وعبيدهم بعضهم من بعض أو من الأجنبي[٤] . / [٥٣/أ]

وقد تقدم أن للرجل أن يُنْكِحَ عبده أو أمته وإن كَرِهَا ، وله جبرهما على النكاح[٥] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٤/ب .
(٢) هذا الفصل ساقط من ز .
(٣) سبق تخريجه ص ٢٣ .
(٤) انظر : المدونة ١٧٤،١٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
(٥) انظر ص ٢٥ .

[الباب العاشر]
فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق أو زاد فيه

[فصل ١ ــ فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق]

قال مالك : ومن أتى إلى امرأة وقال : إن فلاناً أرسلني أخطبك له ، وأمرني أن أعقد له نكاحه إن رضيت ، فقالت : قد رضيت ، ورضي وليها فأنكحه وضمن الخاطب الصداق ، ثم قدم فلان فقال : ماأمرته ، فلايثبت هذا النكاح ، ولايلزم الرسول شيئاً مما ضمن[١] .

قال الشيخ : يعني بعد يمين الغائب أنه ماأمره ، لأنه لو أقر له لزمه النكاح .

وقد قال مالك في كتاب ابن المواز في امرأة زوَّجها وليها وزعم أنها أمرته ، ثم إن المرأة أنكرت ذلك لمَّا بلغها ، قال مالك : عليها اليمين ، فإن حلفت سقط عنها النكاح ، فهذا[٢] مثله[٣] .

قال الشيخ : وإنما لم[٤] يضمن الرسول ؛ لأنه إنما ضمن لها على تمام النكاح فإذا انفسخ النكاح انفسخ الضمان .

وقال علي بن زياد : ويضمن الرسول ماضمن لها[٥] [٦] .

قال الشيخ : يعني أنه يضمن نصف الصداق ، لأنه فسخ بطلاق قبل البناء ، فإنما يضمن ماكان على الزوج لو طلق .

---

(١) انظر : المدونة ١٧٤/٢ .
(٢) أي الحكم في الغائب الذي أنكر أمره بالخطبة والنكاح عنه .
(٣) في أنه إن حلف يسقط عنه النكاح .
(٤) "لم" ليست في أ .
(٥) "لها" ليست في ز .
(٦) انظر : المصدر نفسه ١٧٤/٢ ، وهذا القول موجود في هامش المدونة .

[فصل ٢ ــ في ضمان الرسول الصداق وزيادته فيه]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لرجل : زوجني فلانة بألف ، فذهب المأمور فزوجه إياها بألفين ، فعلم بذلك قبل البناء ، قيل للزوج : إن رضيت بألفين وإلا فُرِّق بينكما ، إلا أن ترضى المرأة بالألف فيثبت النكاح .

قال الشيخ : أراه يريد إنما هذا بعد أن يحلف الزوج أنه إنما أمر الرسول أن يزوجه بألف ، فإذا حلف قيل للمرأة : إن رضيت بألفٍ وإلا فُرِّق بينكما ، فإن نكل الزوج عن اليمين لزمه النكاح بألفين ، وهذا إذا كان على عقد الرسول بألفين بينة ، وإن لم يكن على عقده بألفين بينة إلا قول الرسول فهاهنا يكون الحكم فيها كاختلاف الزوجين في الصداق قبل البناء ، تحلف الزوجة أن العقد كان بألفين ، ثم يقال للزوج : ترضى بذلك ، أو فاحلف أنك إنما أمرته بألف ، وينفسخ النكاح إلا أن ترضى الزوجة بالألف .

قال ابن القاسم : وتكون فرقتهما تطليقة .

وقال المغيرة : بغير طلاق .

قال ابن القاسم : وسواء في ذلك قال له : زوجني فلانة ، أو قال : زوجني ، ولم يقل : فلانة .

قال : وإن قال الرسول : أنا أغرم الألف التي زدت ، وأبى الزوج لم يلزمه النكاح بذلك ، لأنه يقول : إنما أمرتك أن تزوجني بألف درهم ، فلاأرضى أن يكون صداقي ألفين .

ـ **قال الشيخ** : ولاأرضى حَمْلُك عنِّي ، ولامنَّتك علي[1] ـ .

قال مالك : وإن لم يعلما حتى دخلا لم يلزم الزوج غير الألف ، ولايلزم المأمور شيئاً ، لأنها صدَّقته ، والزوج جحدها الألف الزائدة ، والنكاح بينهما ثابت ـ يريد وعلى عقد هذا النكاح بينهما[2] بألفين بينة ، وليس على رضى الزوج

---

(١) أي بدفع الألف ، وهذا القول من ابن يونس على لسان الزوج .

(٢) "بينهما" ليست في ز .

والزوجة بالتسمية[١] بينة .

قال ابن القاسم : وإن أقر المأمور بعد البناء بالتعدي[٢] غرم الألف الثانية[٣] ، والنكاح ثابت .

وإن دخل الزوج بعد علمه بتعدي المأمور لزمته الألفان[٤] ، علمت المرأة بتعديه أو لم تعلم .

وكذلك من أمر رجلاً أن[٥] يشتري له أمة بمئة درهم فاشتراها له بمئتين ، فوطئها الآمر بعد علمه بما زاد المأمور ، والبائع عالم بذلك أو غير عالم ، فعلى الآمر غرم مئتين[٦] .

ومن كتاب ابن المواز : قال : وإذا بنى الزوج قبل أن يعلم[٧] فإنه يحلف الزوج ماأمره إلا بالألف وماعلم بما زاد إلا بعد البناء ، فإن نكل غرم ، وإن لم يكن على أصل النكاح بالألفين بينة / غير[٨] قول الرسول حلف الزوج أيضاً[٩] ، إلا أنه [٥٣/ب] إذا نكل هاهنا لم يغرم حتى تحلف المرأة على أن أصل النكاح كان بألفين ، لاعلى أن الزوج أمر الرسول بألفين ، فإن حلف الزوج أولا فلها أن تحلف الرسول أنه أمره بألفين ، فإن نكل غرم الألف [الأخرى][١٠] .

---

(١) أي تسمية المهر بتحديد قدره .

(٢) أي بأنه زاد الألف الثانية .

(٣) لأنه أتلف بضع المرأة بما لم يأمره به الزوج ، فيكون ضامناً لما زاد على ماأمر به . انظر : المصدر نفسه ١٧٥/٢ .

(٤) لأنه دخل على علم .

(٥) "أن" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١٧٤/٢-١٧٦ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٧) أي : قبل أن يعلم بتعدي المأمور .

(٨) "غير" ليست في أ .

(٩) فإن كانت بينة بأن العقد كان بألفين ـ يريد مع الرسول ـ ونكل الزوج غرم الألفين . انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٦/أ .

(١٠) من النوادر .

قال أصبغ : ولو نكل الزوج فغرم في الوجهين[١] فله أن يحلف الرسول ، فإن نكل غرم[٢] .

قال ابن المواز : وهذا غلط ، لايمين للزوج على الرسول ، إذ لو أقر بالتعدي لم يكن بُدٌّ من يمين الزوج ، لأنه لما ترك اليمين فقد ألزم ذلك نفسه .

ـ **قال الشيخ** : يريد محمد:لابد من يمين الزوج أنه ماعلم بما زاد إلا بعد البناء فإذا نكل عن ذلك لزم الغرم ، فلذلك لم يكن له على الرسول يمين ـ .

قال أصبغ : وهذا فيما يشبه أن يكون صداقاً وإن كان دون صداق مثلها وقد بنى ، فيحلف[٣] وعليه ماأقر به ، وإن لم يشبه أن يكون صداقاً وجاء بأمر مُفْرِط مثل الدينارين والثلاثة والخمسة في ذوات القدر واليسار فليحلف قبل البناء ، وإن بنى حلف وبلغ بها صداق مثلها على تزويج التخفيف والصلة والقريب المواصل .

قال ابن القاسم : وإذا أنكر الآمر مازوجه به[٤] ، ثم أقر ورضي بعد ذلك ، فإن كان إنكاره رَدّاً وفسخاً لفعله فلايجوز أن يجيزه ، قَرُبَ أو بَعُدَ إلا بنكاح جديد، وإن لم يكن على الرد مثل أن يقول : أكثرتم علي ، وماأحِبُّ هذا ، وماأُرَاني أرضى ، وشِبه هذا فلابأس[٥] أن يجيز ، وإن طال الأمر ولايُعلم منه رضى ولاسخط فلايجوز إلا أن يأتنفا نكاحاً جديداً حين لم يُجِزْه حين علم ، ولأنهما لايتوارثان ، وأما ماقرُب فيتوارثان استحساناً[٦] .

وقال : وتحرم على آبائه وأبنائه ، ردَّ ذلك أو رضيه ، وقاله أصبغ ، وذلك كله[٧] ما لم يدخل[٨] .

---

(١) المراد بالوجهين وجود بينة على أن أصل النكاح كان بألفين وعدم وجودها .
(٢) أي غرم الألف الزائدة .
(٣) أي على أنه لم يأمره بالزيادة .
(٤) أي مازوجه المأمور بالمهر المشتمل على الزيادة .
(٥) في جميع النسخ زيادة "به" .
(٦) والمراد بالاستحسان عند المالكية : القول بأقوى الدليلين .
انظر : إحكام الفصول في أحكام الأصول ص٥٦٤ .
(٧) أي ماقرب أو بعد .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٦/أ،ب .

[الباب الحادي عشر]
في النكاح يعقده ذمي أو عبد أو امرأة

[فصل ١ ــ في النكاح يعقده ذمي]

قال الله تعالى : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾(١) ، وقال : ﴿لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ﴾(٢) .

قال مالك : فلايجوز لنصرانيٍّ عقد نكاح مسلمة أَبَاً كان أو غيره(٣) .

قال ابن القاسم : ويعقد النصراني نكاح وليته النصرانية لمسلمٍ إن شاء ، لأنه وليٌّ لها ، وإن كان لهذه النصرانية أخ مسلم فلايعقد نكاحها من مسلم إن كانت من نساء أهل الجزية ، لقول الله تعالى في أهل الكفر : ﴿مَّا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ﴾(٤)(٥) .

قال ابن المواز : وإذا زوَّجها مسلم فقد زوجها غير وليٍّ ، كان أَبَاً أو غيره(٦) .

قال ابن القاسم : وإن لم تكن من نساء أهل الجزية وقد أعتقها مسلم جاز أن يزوجها وليها المسلم ومولاها بإذنها ، لأن ولاءها للمسلمين .

وأما(٧) إن كانت من نساء أهل الجزية فلايزوجها مسلم من مسلم ولامن نصراني ، فإن زوجها المسلم من مسلم فُسِخ نكاحه ، لأنه زوَّجها غير وليٍّ ، وإن

---

(١) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٢) سورة المائدة : آية ٥١ .
وقد ذكر المؤلف هاتين الآيتين مستدلاً بهما على أن الولاية في النكاح تابعة للولاية في الدين ، فبما أن الولاية في الدين منتفية بين المسلمين وأهل الذمة فكذلك الولاية في النكاح .

(٣) انظر : المدونة ١٧٦/٢ .

(٤) سورة الأنفال : آية ٧٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١٧٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٦) أي فيفسخ لأنه ليس ولياً لها ، انظر : تهذيب الطالب ل٨/ب .

(٧) من هنا إلى آخر الباب ساقط من ز .

زوجها من نصراني لم أفسخه ، لأنه نصراني تزوج نصرانية بغير ولي ، ولسنا نعرض لهم في نكاحهم ، إلا أن المسلم الذي عقد نكاحها منه ظلم نفسه لما أعان على ذلك ودخل لهم فيه[١] .

قال ابن المواز : قيل لأشهب : فالنصراني تكون له البنت النصرانية أيعقد نكاحها مع مسلم؟

قال : نعم .

قيل له : فإن كان الأب مسلماً أيعقد نكاحها مع مسلم؟

قال : لا[٢] .

قال أصبغ : إن وقع لم أفسخه ، وهو نكاح ، لأن النصراني لايعقد نكاحاً إلا كان عقد المسلم أصح منه وأفضل ، وإنما ولايتها في الحكم أولى من وليها المسلم فإن لم يرغبوا فولت مسلما عقد نكاحها فهو أحب إلي من وليها الكافر .

قال ابن المواز : وهذا غلط ، وخلاف لقول مالك / وابن القاسم [٥٤/أ] [وأشهب][٣] مع غفلة عن الحجة ، لأن المسلم ليس بولي لها ، فإذا أنكحها من مسلم صار هذا المسلم قد تزوجها بلاولي فنكاحه باطل .

قيل لابن القاسم : فإن كانت هذه النصرانية لاولي لها أرادت نكاح مسلم ، أتولي مسلما يزوجها منه؟

قال : لا ، ولايزوجها إلا أهل دينها أساقفتهم[٤] أو بعض ولاتهم .

قيل له : هل للسيد المسلم أن يزوج أمته النصرانية من نصراني أو غيره؟

قال : نعم ، وليس هذا من قبل الولاية ولكن من قبل أنها ماله[٥] .

قال الشيخ : وأما تزويجه إياها من غير مسلم فجائز ، وأما من مسلم

---

(١) انظر : العتبية مع البيان ٢٩٣/٤ ، النوادر والزيادات ل٢١٨/أ .

(٢) لأنه غير ولي ، انظر : تهذيب الطالب ل٨/ب .

(٣) من النوادر .

(٤) الأساقفة : جمع ، واحدهم الأُسقف،وهو رتبة من رُتَب النصارى .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/أ .

فلايجوز ، لأن المسلم لايجوز له نكاح الأمة الكتابية ولايطؤها إلا بملك اليمين[١] ، كان حراً أو عبداً ، كانت لمسلم أو ذمي ، ولايزوجها سيدها من غلام له مسلم ، قاله مالك في النكاح الثالث[٢] .

فصل [٢ ــ في النكاح يعقده عبد]

ومن المدونة : قال مالك : والعبد والمكاتب[٣] والمدبَّر[٤] والمعتق بعضه والنصراني والمرتد ليس منهم مَنْ يلي عُقْدَةَ النكاح ، فإن عقد أحدهم نكاح ابنته البكر أو الثيب برضاها ، وابنة النصراني مسلمة لم يجز ويفسخ وإن دخل بها ، وللمدخول بها المهر بالمسيس .

قال مالك : ولو كانت ابنة العبد حرة فأراد أولياؤها إجازة ذلك[٥] لم يجز ، ولابد من فسخه ، لأن العبد والمكاتب والمدبر لايجوز لهم أن يعقدوا نكاح بناتهم ولاأخواتهم ولاأمهاتهم[٦] .

---

(١) والدليل أن الله تعالى لما أباح نكاح الإماء قال : ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ سورة النساء : آية ٢٥ .
فشرط سبحانه وتعالى في نكاحهن الإيمان .
قال ابن العربي عند تفسير هذه الآية : بهذا استدل مالك على أن نكاح الأمة الكافرة لايحل ، لأن الله تعالى أباح نكاح المؤمنة ، فكان شرطاً في نكاح الإماء الإيمان .
أحكام القرآن ١/٣٩٥ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٠٦ .

(٣) المكاتب : هو المعتَق على مال مؤجل من العبد موقوف عتقه على أدائه .
انظر : شرح حدود ابن عرفة ٢/٦٧٦ .

(٤) المدبر : قال ابن عرفة : هو المعتق من ثلث ماله بعد موته بعتق لازم .
المصدر نفسه ٢/٦٧٥ .

(٥) أي عقد أبيها لنكاحها .

(٦) المدونة ٢/١٧٦ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال مالك في كتاب محمد فيما عقده الأب العبد على ابنته أو غيرها ، أو فيما عقدته المرأة على ابنتها أو ابنة غيرها أو على نفسها:يفسخ قبل البناء أو بعده ، وإن ولدت الأولاد وطال زمانه أجازه الأولياء أوكان بإذنهم ، كان [لها][1] خَطْبٌ أو لم يكن ، ويفسخ بطلقة ، ولها المسمى إن دخلت .

قال أصبغ : ولاميراث فيما عقدته المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق ، لضعف الاختلاف فيه .

قال ابن القاسم : وكذلك عَقْدُ مَنْ فيه بقية رق[2] .

قال مالك : وكذلك إن كانت المرأة أو العبد وصيين على التي عقدا عليها ، فلايجوز عقدهما ، إلا أن للعبد الوصي أو المرأة الوصية أن يولِّيا أجنبياً على العقد ، فيجوز وإن كره الأولياء ، وإن لم يكونا وصيين فلايجوز عقدهما ولااستخلافهما[3].

قال ابن القاسم في العتبية : وإن كان العبد[4] ذا نَفَاذ[5] ونَظَر فليحضر وليُسمع من رأيه[6] ، وليس له في الاستخلاف شيئاً[7] .

وقال في الواضحة : وإن جَهِلَ العبد فاستخلف غيره[8] فعقد نكاح ابنته الحرة فسخ ذلك ، وإن فات بالبناء مضى و لم يفسخ[9] .

قال في العتبية : وكذلك النصراني لايزوج ابنته المسلمة ولايستخلف من يزوجها ، ولايطلب في ذلك رضاه إلا أن يكون وصيّاً لرجل مسلم وأجازه الإمام

---

(١) من النوادر .
(٢) أي بكتابة أو معتق بعضه .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/ب .
(٤) أي العبد المسلم في تزويج ابنته الحرة .
(٥) المراد بالنفاذ الحِدَّة والمَضَاء . انظر : اللسان ، مادة (نفذ) .
(٦) قال ابن القاسم : فإن رأى في قوله سداداً رايت أن يتبع .
(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٨٦/٤ .
(٨) أي وهو غير وصي .
(٩) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/ب .

فله أن يستخلف مسلماً يلي عقد نكاح بنات الميت[١] .

قال عبد الوهاب : وإنما لم يجز عقد العبد[٢] على النساء ، لأن الرق ينافي ولاية عقد النكاح ، لأن العبد ناقص نقصاً أوجبه الكفر ، وهو أصل رقّه ، فهو كالكافر فيه ، ولأن كلَّ نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلُّدَ الحكم منع ولاية عقد النكاح على النساء كالنساء[٣] .

ومن المدونة : قال مالك : والعبد إذا استخلفه حر على البُضْعِ فليوكِّل غيره على العقد .

قال مالك : وللمكاتب إنكاح إمائه على ابتغاء الفضل ، وإلا لم يجز[٤] إذا ردَّ ذلك السيد .

ولايتزوج المكاتب إلا بإذن سيده[٥] .

فصل [٣ ــ في النكاح تعقده امرأة]

قال مالك : ولاتعقد المرأة نكاحاً على أحد من الناس ولاابنتها ولكن تستخلف رجلاً يعقد لها النكاح إن كانت وصيةَ ، ولها أن تستخلف أجنبياً وإن كان أولياء الجارية حضوراً[٦] .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٨٦/٤ .

(٢) في أ "البيع" .

(٣) انظر : المعونة ٧٤٠/٢ .
وقوله : كالنساء ، أي في كونهن ناقصات بسبب الأنوثية ، فمُنعن من مباشرة ماذكر .

(٤) "وإلا لم يجز" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ١٧٧،١٧٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢،٨١ .

(٦) انظر : المدونة ١٧٦/٢ .

قال سحنون : قال بعض / الرواة : وذلك أن جميع من سميت ليس بولي[١] ، فإذا استُخلف أحد منهم على النكاح فليستخلف هو غيره[٢] ، بذلك جاءت الآثار والسنة[٣] [٤] . [٥٤/ب]

وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ميمونة[٥] ، فجعلت ميمونة أمرها إلى أمِّ الفضل[٦] ، فولَّت أمُّ الفضل العباسَ فزوَّجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم[٧] .

وروى ابن وهب عن أبي هريرة أنه قال : لاتُزوِّجُ المرأةُ المرأة ، ولاتُزوِّجُ المرأةُ نفسها ، فالزانية هي التي تُنكِحُ نفسها[٨] .

---

(١) يريد : العبد والنصراني والمرتد والمرأة .

(٢) أي فيعقد المستخلف النكاح .

(٣) لعله يشير إلى ماسيذكره المؤلف من الأحاديث والآثار .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٧٧/٢ .

(٥) هي أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية ، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذي القعدة سنة سبع لما اعتمر عمرة القضية ، وبنى بها وهو حلالٌ غير مُحرِم بِسرف على عشرة أميال من مكة ، وتوفيت بسرف ، ودفنت في موضع قُبَّتها التي بنى بها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة ٥١هـ .
انظر : الطبقات ١٠٤/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٩١/٤ ، الإصابة ٣٩٧/٤ .

(٦) هي لُبابة بنت الحارث بن حزن الهلالية ، أخت أم المؤمنين ميمونة ، زوجة العباس بن عبد المطلب وأمُّ أكثر بنيه ، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة ، وكانت من المنجبات ، ولدت للعباس ستة رجالٍ لم تلد امرأة مثلهم .
الطبقات ٢١٦/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٨٥/٤ .

(٧) أخرجه أحمد ٣٥٤/١ رقم (٢٤٤٥) وفيه الحجاج بن أرطأة كثير الخطأ والتدليس .
انظر : التقريب ١٨٨/١ رقم (١١٢٢) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٦٣/٣ رقم (٦٩) وفيه ابن لهيعة ضعيف ، انظر : التقريب ٥٢٦/١ رقم (٣٥٧٤) ، وأخرجه الحاكم كتاب النكاح ٣٢/٤ رقم (٦٧٩٥) عن ابن شهاب مرسلاً ، فالحديث ضعيف .

(٨) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٧/٣ رقم (٢٩) موقوفاً ، وروي مرفوعاً أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٦٠٦/١ رقم (١٨٨٢) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٨،٢٢٧/٣ رقم (٢٥-٣١) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١٧٨،١٧٧/٧ رقم (١٣٦٣٢-١٣٦٣٥) . =

قلت لابن القاسم : فحديث عائشة رضي الله عنها حين زوجت حفصة[١] بنت أخيها عبد الرحمن[٢] من المنذر بن الزبير[٣] [٤] ، أليس قد عقدت عائشة رضي الله عنها النكاح؟

قال : لاأعرف تفسيره ، إلا أني أظنُّ أنها وكَّلت مَنْ عقد نكاحها[٥] .

قال ابن المواز : ولايثبت أنها عقدته ، فلايحتج بمثل هذا ، وقد يقال فيمن فعل بأمره[٦] أن الآمر فعله ، وكما جاء في بريرة[٧] أنها كانت مكاتبة فاشترتها

= قال في الزوائد : في إسناده جميل بن الحسن العتكي ، ذكره ابن حبان في الثقات وقال : يُغرِب ، وأخرج له في صحيحه هو وابن خزيمة والحاكم ، وقال مسلمة الأندلسي : ثقة .
وباقي رجال الإسناد ثقات .

(١) هي حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، روت عن أبيها وعن عمتها عائشة وعن خالتها أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم سماعاً .
انظر : الطبقات ٣٤٢/٨ .

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، شهد مع قريش بدراً وأحداً مشركاً ، وأسلم في صلح الحديبية ، كان من الرماة المذكورين والشجعان ، قتل يوم اليمامة سبعة من كبارهم ، توفي بمكة سنة ٥٣هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٠٣/٤ ، شذرات الذهب ٥٩/١ .

(٣) هو المنذر بن الزبير بن العوام بن خويلد ، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق .
انظر : الطبقات ١٣٩/٥ .

(٤) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مالايبين من التمليك ٤٣٦/٢ رقم (١٥) .

(٥) انظر : المدونة ١٧٨/٢ .
وقد جزم مالك بذلك وذكر سبب فعلها فقال : وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد وكَّلت عائشة رجلاً على العقد .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/ب .

(٦) "بأمره" ليست في أ .

(٧) هي بريرة مولاة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، كانت مولاة لقوم من الأنصار فكاتبوها ثم باعوها من عائشة ، وجاء الحديث في شأنها بأن الولاء لمن أعتق ، وعتقت تحت زوجها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت سنة .
الطبقات ٢٠١/٨ ، الإصابة ٢٤٣/٤، ٢٤٥ .

عائشة رضي الله عنها ، فصار ولاؤها لها[١] ، وليس في الحديث أنها عجزت ، فلم يستقم إلا أن يقال : إنها عجزت ، لأنه لااختلاف في أن ولاء المكاتب لمن عقد كتابته ، إلا أن يعجز ، فعلى هذا يُحْمَلُ أمر عائشة في التزويج أنها أمرت من عقد النكاح ، وذكر حديث أبي هريرة أنه قال : لاتزوج المرأة المرأة ، ولاتزوج نفسها ، فإن الزانية هي التي تنكح نفسها[٢] .

قال الشيخ : وذكر هذا الحديث عبد الوهاب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لاتنكح المرأة نفسها"[٣] [٤] .

وقال غير ابن القاسم في المدونة : قد جاء حديث عائشة رضي الله عنها ولكن لم يصحبه عمل ، فهو كغيره من الأحاديث مما لم يصحبه عمل ، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم : "لايزني الزاني حين يزني وهومؤمن ، ولايسرق حين يسرق وهو مؤمن"[٥] ، وقد أُنزِل حدُّه على الإيمان ، وقَطْعُه على الإيمان[٦] ،

---

(١) أي بأمر الرسول صلى الله عليه وسلم فقد قال لعائشة : "ابتاعي فأعتقي ، فإنما الولاء لمن أعتق" .
أخرجه البخاري ، كتاب المكاتب ، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم ١٢٦/٣ ، ومسلم كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢ رقم (١٥٠٤) .

(٢) سبق تخريجه قريبا .

(٣) سبق تخريجه ص٤٣ .

(٤) انظر : المعونة ٧٢٧/٢ .

(٥) أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب لايشرب الخمر ١٣/٨ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب نقصان الإيمان بالمعاصي ٧٦/١ رقم (١٠٠) .

(٦) فالزاني يحد والسارق يقطع ولايقام ذلك إلا على المؤمنين لاعلى الكافرين ، فظاهر الحديث متروك ، بل إن المنفي في الحديث كمال الإيمان ، قال شيخ الإسلام ابن تيمية : أئمة السنة كلهم متفقون على أن الفساق الذين ليسوا منافقين معهم شيء من الإيمان يخرجون به من النار الفارق بينهم وبين الكفار والمنافقين، لكن إذا كان معهم بعض الإيمان لم يلزم أن يدخل في الاسم المطلق الممدوح ، وصاحب الشرع قد نفى الاسم عن هؤلاء فقال : "لايزني الزاني حين يزني وهو مؤمن" .
الكلام على حقيقة الإسلام والإيمان ، تأليف شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية ، تحقيق محمود حسن الشيباني (الناشر : بدون ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ) ص٢٩٣ .

وروي عن الصحابة رضي الله عنهم أحاديث لم يعمل بها ، وأخذ عامة الناس والصحابة بغيرها ، فبقي الأول غير مُكَذَّب ولامعمولٍ به ، فاترك ماتُرِكَ العمل به ، ولاتكذِّبه ، واعمل بما عُمِلَ به ، وصَدِّقه ، وقد صَحِبَ العملَ قولُ النبي صلى الله عليه وسلم : "لاتتزوج المرأة إلا بولي"(١) ، وقول عمر : لاتتزوج المرأة إلا بولي(٢) ، وإن عمر فرّق بين من يَزَوَّجَ بغير ولي(٣) (٤) .

وقال عيسى عن ابن القاسم : وللرجل أن يستخلف من شاء امرأة أو عبداً أو نصرانياً يعقد نكاحه(٥) .

قال : فتعقد المرأة على عبدها نكاحه ، ولاتعقد على أمتها(٦) ، وكذلك قال ابن حبيب : إن للمرأة أن تليَ عقد نكاح من تلي عليه من الذكور ، وكذلك في عبدها ، وأنها لاتعقد على من لايعقد على نفسه أبداً(٧) .

قال الشيخ : وإنما يعقد على من له حِلٌّ ماعقدت عليه يومًا مّا(٨) .

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الولي ٢/٥٦٦ رقم (٥٠٨٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء لانكاح إلا بولي ٣/٤٠٧ رقم (١١٠٢) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١/٦٠٥ رقم (١٨٧٩) كلهم بلفظ : "أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل" ، وقال الترمذي : حديث حسن ، ويشهد له حديث "لانكاح إلا بولي" ، أخرجه الحاكم ، كتاب النكاح ٢/١٨٤ رقم (٢٧١١) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٧/١٧٩ رقم (١٣٦٣٧) بمعناه .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور ، باب لانكاح إلا بولي ١/١٤٩ رقم (٥٣٠) بلفظ : فجلد الناكح والمنكح وفرق بينهما ، وسيأتي قريباً .

(٤) انظر : المدونة ٢/١٧٨ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/ب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٢١٧/ب ، ٢١٨/أ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢١٨/أ .
والمراد بمن لايعقد على نفسه المرأة سواء كانت حرة أو أمة .

(٨) وهم الذكور ، لذا قال ابن القاسم : والعبد والمرأة إذا أوصى إلى واحد منهما وكّلاَ من يعقد على البنات ، ولهما العقد على من يليا من الذكور ، وكذلك النصراني يفوّض إليه ، وإنما يعقدوا على من يعقد على نفسه يوماً ما .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/أ .

[الباب الثاني عشر]
في النكاح بغير إذن الولي

[فصل ١ ــ في ذكر مايدل على تحريم النكاح بغير إذن الولي وعقوبة فاعله]

روى ابن وهب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لاتنكح المرأة بغير إذن وليها ، فإن نكحت فنكاحها باطل ، وأعادها ثلاث مرات ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لاولي له"[١] .

قيل لمالك فيمن يزوج امرأةً بغير أمر الولي بشهود : أيُضْرب أحد منهم؟

فقال : أو دخل بها؟

قالوا : لا ، وأنكر الشهود أن يكونوا حضوراً .

فقال : لاعقوبة عليهم .

قال ابن القاسم : إلا أني رأيت منه أنه لو دخل عليها لعوقبت المرأة والزوج والذي[٢] / أنكح ، ويؤدَّب الشهود أيضاً إن عَلِمُوا[٣] . [٥٥/أ]

قال ابن وهب : وروي عن عمر بن الخطاب في رَكْبٍ جمعتهم الطريق ، فولَّت امرأة أمرها غير وليٍّ فأنكحها رجلاً منهم ، ففرَّق عمر بينهما ، وعاقب النَّاكِحَ والمُنكِح[٤] .

وكتب به عمر بن عبد العزيز إلى أيوب بن شرحبيل[٥] : أيُّما رجل نكح

---

(١) سبق تخريجه ص٤٣ .

(٢) في أ ، ب "والزوج الذي" .

(٣) انظر : المدونة ١٧٧/٢، ١٧٨ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٤) سبق تخريجه ص٨٤ .

(٥) هو أيوب بن شرحبيل بن أبرهة الأصبحي ، من بني الصباح ، أمير من النبلاء الصلحاء ،ولي مصر لعمر بن عبد العزيز أول سنة ٩٨هـ ، وحسنت أحوالها في أيامه ، توفي سنة ١٠١هـ .
انظر : الأعلام ، تأليف خير الدين الزركلي (دار العلم للملايين ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٤م) ٣٨/٢ .

امرأة بغير إذن وليِّها انتزِعْ منه امرأته ، وعاقِبِ الذين أَنْكَحُوا[١] .

[فصل ٢ ــ في مايترتب على النكاح بغير إذن الولي إن فعل]

قال مالك : ويكره للرجل أن يتزوج امرأةً بغير إذن وليها[٢] .

قال ابن القاسم : فإن فَعَل كُرِهَ له وطؤها حتى يعلم وليُّها فيجيز أو يفسخ ، ولو أن امرأة استخلفت رجلاً فزوجها بغير إذن الولي ، فسخه الإمام أو وليها عند الإمام ، فليفسخه بطلقة بائنة ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، ثم إن أرادته زوَّجها إياه الإمام مكانها وإن كَرِهَ الولي ، إذا دعت إلى سداد وإن لم يساوِ حَسَبَها ولاغِناها ، وكان مرضيّاً في دينه وعقله ، وهذا إذا لم يكن دخل بها[٣] .

قال الشيخ : يريد : ولو كان دخل بها لم يُنكِحْها حتى تستبرأ بثلاث حيض[٤] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران في قوله : وهذا إذا لم يكن دخل بها ، قال : إن كان الاشتراط من قول ابن القاسم فهو خلاف الذي ذكر ابن حبيب .

والذي ذكر ابن حبيب قال : قال مالك : إن كان نكاحاً ليس لأحد إجازته فلايتزوجها في الاستبراء منه ، وإن كان للولي أو السلطان إجازته فله أن يتزوجها في عدتها منه قبل تمامها[٥] .

قال أبو عمران : فإن كان هذا الاشتراط من لفظ سحنون فقد مرَّ على مذهبه[٦] ، لأنه قال في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيجيز السيد نكاحه : أنه يستبرئ بعد إجازة السيد ، وقاله ابن الماجشون معه .

---

(١) انظر : المدونة ١٦٦/٢ .
(٢) انظر : المصدر نفسه ١٧٨/٢ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ١٧٨/٢، ١٧٩ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .
(٤) لأن كل نكاح قد تم فسخه بعد الدخول فلابد فيه من استبراء المرأة بثلاث حيض .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٢/أ .
(٦) انظر : المدونة ١٧٩/٢ .

وكذلك كل عقد كان فاسداً ثم أجيز فلابد فيه من الاستبراء ، بخلاف من تزوج بصداق فاسد ، هذا إذا ثبت بالدخول لااستبراء فيه .

وكذلك الذي يكون عقده صحيحاً ثم يطؤها وطأ فاسداً مثل وطء الحائض والصائمة في رمضان ، لااستبراء في هذا الوطء[١] .

قال الشيخ : لأن الاستبراء في مثل هذا إنما يقع في ابتداء النكاح أو ماضارعه مما للوليِّ فسخه أو إجازته كابتداء نكاح ، وأما نكاح لاتعقُّبَ لأحد في إجازته فلااستبراء في وطئه .

قال الشيخ : يريد : ولو كان دخل بها لم يُنكِحْها حتى تستبرأ بثلاث حيض .

قال ابن القاسم : وإن كان وليها غائباً وقد استخلفت رجلاً فزوَّجها فرفعت هي أمرها إلى الإمام قبل قدوم وليها ، نظر الإمام في ذلك وبعث إلى وليها إن قرب[٢] ، وإن بَعُدَ نظر كنظر الغائب في الردِّ والإجازة[٣] .

وقال غيره : إن كانت غيبة الولي بعيدةً لم ينتظر ، وينبغي للإمام أن يفرق بينهما ويأتنف نكاحها منه إن أرادته ، ولاينبغي أن يُثبِتَ نكاحاً عقده غير وليٍّ في ذات الحال والقدر[٤] .

قال ابن القاسم : وإذا تزوجت امرأة بغير إذن الولي فأراد الولي أن يفرق بينهما فالفرقة في مثل هذا لاتكون إلا عند السلطان ، إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه .

وإن تزوجت و لم تستخلف أحداً لم يقر هذا النكاح في دنيئة ولاغيرها ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد ، لأنها هي عقدت النكاح ، ولايجوز ذلك على حال[٥] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل١٢/أ،ب .

(٢) فيفرق أو يترك .

(٣) قال ابن القاسم : وإن كان بعيداً نظر السلطان في ذلك على قدر مايرى مع اجتهاد أهل العلم فإن رأى الترك خيراً لها تركها وإن رأى التفرقة خيراً لها فرق بينه وبينها . المدونة ١٧٩/٢ .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ١٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

قال / ابن القاسم : ويدرأ عنها الحد[١] . [٥٥/ب]

وإن زوجها وليها من رجل ، ثم طلقها ذلك الرجل ثم خطبها فليس له نكاحها إلا بعقد الولي أيضاً ، والنكاح الأول والثاني سواء[٢] .

وقال ابن القاسم : من أعتق أم ولده وله منها أولاد رجال ثم أنكحها سيدها من نفسه أو من غيره برضاها جاز وإن كره ولدها ، لأن المَوْلى ولي[٣] .

وبالله التوفيق .

---

(١) انظر : المدونة ١٧٩/٢ ، وكذلك يدرأ عن زوجها ، انظر : التفريع ٣٢/٢ ، وسبب درء الحد عنهما لكونهما اعتقدا صحته فيكون من الوطء بشبهة ،وكل وطء بشبهة يُدرأ فيه الحد .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ١٨٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

[الباب الثالث عشر]
في النكاح الذي يفسخ بطلاق أو بغير طلاق

[فصل ١ ــ في النكاح الذي يفسخ بطلاق]

قال مالك : كل نكاح يكون للولي أو لأحد الزوجين أو لغيره امضاؤه أو فَسخُه ، فإن فَسْخَه إياه بطلاق ، وتكون تطليقة بائنة[١] .

قال ابن القاسم : ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، مثل التي تتزوج بغير أمر الولي ، فيطلقها الزوج قبل البناء أو بعده ، فإنه يلزمه ماطلقها ، وكذلك إن خالعها على مالٍ أخذه منها قبل أن يجيز الولي ، ثم أبى الولي أن يجيز ، فإن الزوج يحل له ماأخذ منها ، لأن طلاقه يقع عليها بما أعطته .

قال ابن القاسم : لأن فسخ هذا النكاح عند مالك لم يكن على وجه تحريم النكاح ، ولم يكن عنده بالأمر البين ، وقد سمعته يقول : مَافَسْخُه بالبين ولكنه أحب إلي .

فقلت له : أترى أن يفسخ وإن أجازه الولي؟

فوقف عنه ، فعرفت أنه عنده ضعيف[٢] .

وقال غيره في التي خالعها على مال : يرد المال ، لأن للولي الإجازة أو الفسخ ، مثل التي تتزوج رجلاً فتختلع منه ، ثم يظهر أنه كان مجنوناً أو مجذوماً[٣] ، فالخلع ماض ، وترجع عليه بما أخذ منها ، لأنها أملك لفراقه[٤] .

---

(١) انظر : المدونة ١٨١/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) قال ابن القاسم : وأرى فيه أنه جائز إذا أجازه الولي .
انظر : المدونة ١٨٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) الجُذَام : داءٌ معروفٌ بأكل اللحم ، وقد جُذِم الرجل بضم الجيم فهو مَجْذُوم ، ولايقال : أَجذَم ، تنبيه الطالب ص٤٦ .

(٤) من أجل العيب الذي ظهر فيه ولم تكن علمت به .

[فصل ٢ ــ في النكاح الذي يفسخ بغير طلاق]

وقال ابن القاسم غير مرةٍ هو وأكثر الرواة : إن كلَّ نكاحٍ كانا مغلوبين على فسخه مثل نكاح الشغار ونكاحِ المريض[١] والمُحْرِم[٢] ، وماكان صداقه فاسداً ، أو عُقِدَ على أن لاصداق فيه فأُدْرِكَ قبل البناء فكانا مغلوبين على فسخه ، فالفسخ في ذلك كله بغير طلاق ، ولايقع فيه طلاق ، ولاميراث فيه[٣] .

قال ابن القاسم : وماعقدته المرأة على نفسها أو على غيرها ، وماعقده العبد على غيره ، فإن هذا يفسخ قبل البناء وبعده بلاطلاق ، ولاميراث فيه ، وهكذا قال مالك : إن كل نكاح يفسخ على كل حال فالفسخ فيه بغير طلاق[٤] .

قال الشيخ : وقد تقدم لمالك في كتاب محمد : أن ماعقدته المرأة على نفسها فالفسخ فيه بطلاق[٥] .

---

(١) سيأتي تفصيله في بابه .

(٢) لأن المحرم لايصح نكاحه ، لما روى عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "لايَنكِحُ المُحْرِمُ ولايُنكَحُ ولايَخطُب" .
أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم ، وكراهة خطبته ١٠٣٠/٢ رقم (١٤٠٩) .

(٣) ورأى ابن القاسم الأخير أنه يفسخ بطلاق لرواية بلغته عن مالك ، كما ذكر عنه سحنون في المدونة .
انظر : المدونة ١٨١/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٨١/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٥) سواء كان قبل البناء أو بعده ، أجازه الأولياء أو كان بإذنهم ، كان لها خَطْبَ أو لم يكن ، ولها المسمى بالدخول .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/ب .

قال ابن القاسم : وكل مافسخ بعد البناء مما فسد لعقده ففيه المسمى[١] ، ومافسخ من جميع ماذكرت قبل البناء فلاصداق فيه ، وترده إن قبضته[٢] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك[٣] لقوله صلى الله عليه وسلم : "فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها"[٤] ، وفيه دليلٌ أنه إن لم يصبها فلامهر لها .

قال ابن القاسم : وإن قذفها الزوج في النكاح الذي لايقرّان عليه على حال لَاعَن ، لثبوت النسب فيه[٥] ، وإن ظاهر منها لم يلزمه ظهار إلا أن يريد بقوله : إن تزوجتك ، من ذي قبل ، فهذا إن تزوجها تزويجاً صحيحاً لزمه الظهار .

وإن آلى منها لم يلزمه الإيلاء ، لأنه أمر بفسخ ، ولكن إن تزوجها بعد[٦] هذا النكاح المفسوخ لزمه الإيلاء[٧] ، لأنه لو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه شيء ، ولو قال لها : والله لأطؤك ، ثم تزوجها كان مُولياً منها عند مالك[٨] ، وإنما الظهار بمنزلة الطلاق .

ولو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه شيء إلا أن يريد بقوله : إن تزوجتك فأنت طالق ، فهذا إن تزوجها فهي طالق ، وكذلك الظهار ، ثم قال ابن القاسم لرواية / بَلَغَتْه عمن يرضاه من أهل العلم : إن كلَّ نكاح نصَّ الله تعالى ورسوله [٥٦/أ] عليه الصلاة والسلام على تحريمه لايختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق ، وإن طلق فيه قبل الفسخ لم يلزمه ، ولايتوارثان كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة ، أو المرأة

---

(١) ولايُلتفت إلى مهر المثل .

(٢) لأن المرأة لاتستحق المهر إلا بالدخول .
انظر : المدونة ١٨١/٢، ١٨٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) أي لاصداق فيما فسخ قبل البناء .

(٤) وهذا جزءٌ من حديث "لاتنكح المرأة بغير إذن وليها" ، وقد سبق تخريجه ص٤٣ .

(٥) ولأنه يخاف الحمل . انظر : المدونة ١٨٤/٢ .

(٦) في أ "في" .

(٧) لقول مالك : كل يمين منعته من الجماع فهو بها مول .
انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢ .

(٨) لأن مالكاً قال :كل من لم يستطع أن يجامع إلا بكفارة فهو مول .
انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢ .

في عدتها ، أو على عمتها ، أو على خالتها ، أو على أمها قبل أن يدخل بها ، ولاتحرم بهذا النكاح إن لم يمسَّ فيه على آبائه وأبنائه ، ولايكونان به إن مسَّها فيه مُحصَنَيْن[١].

وقال غيره في الذي يتزوج امرأة و لم يدخل بها حتى تزوج ابنتها فَعَلِمَ بذلك وفسخ نكاح الابنة : أن الابنة لاتحلُّ لآبائه ولالأبنائه لشبهة العقد[٢] .

قال الشيخ : وقول الغير[٣] يدخل في التي تتزوج على أختها أو عمتها أو خالتها وإن دخل بهن ، لأنها تحل له بعد الفسخ إن فارق الأولى[٤] ، وأما لو دخل بالأم ثم تزوج البنت فسخ نكاحه قبل البناء ، فإنه لاتحرم هذه الابنة على آبائه ولاأبنائه في قول ابن القاسم وغيره[٥] .

قال ابن القاسم : وكل مااختلف الناس في إجازته أو رده فالفسخ فيه بطلاق[٦] ، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ كالمرأة تُزوج نفسها ، أو تُنكَحُ بغير ولي ، والأمة تتزوج بغير إذن السيد ، لأن هذا قد قال خلق كثير : إن أجازه الولي جاز ، ألا ترى أنه لو زوجت امرأة نفسها فرفعت ذلك إلى قاض يجيز ذلك ، وهو رأي [بعض][٧] أهل المشرق ، فقضى به وأنفذه حين أجازه الولي ، ثم أتى قاض ممن لايجزيه أكان يفسخه؟ ولو فسخه لأخطأ في قضائه[٨] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢،١٨٥ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) انظر : المدونة ١٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) أي غير ابن القاسم .

(٤) لأن المذكورات يحرمن من جهة الجمع .
وقد ذكر المصنف أن الثانية تحل له بعد الفسخ إن فارق الأولى ، أما إن لم يفارقها فنكاحها صحيح ، ونكاح الثانية باطل ، ويفسخ قبل الدخول وبعده ، دخل بالأولى أو لم يدخل بها .
انظر : التفريع ٦٤/٢ ، المعونة ٨٠٨/٢ .

(٥) لأنه يكون من النكاح المحرم ، فلاتقع به الحرمة كما تقدم ، فإن بنت الزوجة تحرم إذا دخل بأمها ، قال تعالى : ﴿وَرَبَآئِبُكُمُ ٱللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ سورة النساء : آية ٢٣.

(٦) وهذا هو قول ابن القاسم الثاني .

(٧) من المدونة .

(٨) انظر : المدونة ١٨٢/٢،١٨٣ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

وهكذا كـلُّ نكـاح اختلـف النـاس في إجازتـه أو فسـخه إذا رُفـع إلى قـاض فحكم بإجازته ، ثم رُفع بعد ذلك إلى غيره ، لم يكن له نقضه ، لأن غيره قد حكم به ، وهو مما اختُلِف فيه[١] .

قال ابن القاسم : وكذلك نكـاح المحرِم والشغار بعينـه أحـب مافيـه إليَّ أن يفسخ بطلاق[٢] ، ويكون فيه الميراث ، لأنه قد اختُلف فيه[٣] .

قال الشيخ : وتحصيل مايفسخ بطلاق أو بغير طلاق في قـول ابـن القاسـم هو: أن كل نكاح لأحد الوليين أو الزوجين إجازتـه أو فسـخه فلـم يَختلـف قولـه أن الفسخ فيه بطلاق ، وأن كلَّ مانصَّ الله تعالى ورسوله عليـه الصـلاة والسـلام علـى تحريمه لايختلف فيه ، فالفسخ فيه بغير طلاق ، واختلف قوله فيما اختلف النـاس فيـه فقال : يفسخ بغير طلاق ، وقال : بل بطلاق[٤] ، وكل مافُسخ بطلاق ففيه الميراث على قوله هذا ، وكل مافسخ بغير طلاق فلاميراث فيه .

[فصل ٣ ــ في تطليق العبد امرأته قبل إجازة السيد نكاحه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده وطلـق امرأتـه قبل أن يجيز السيد نكاحه ، أو أُعتقت أمة تحت عبد فطلقها زوجها قبل أن تختـار ، فالطلاق لازم ، كان واحدة أو البتات[٥] ، فإن فسخ السيد نكاح عبده قبل البناء لم يجز للعبد أن يتزوج أمها[٦] ، وكذلك كل مافسـخ نكاحـه قبـل البنـاء ممـا اختلـف

---

(١) انظر : المدونة ١٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) خلافاً لقوله المتقدم من أنه يفسخ بغير طلاق . انظر ص٩٠.

(٣) انظر : المدونة ١٨٥،١٥٣/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٨١/٢ .

(٥) أي سواء طلقها طلقة واحدة أو طلقتين ، لأن العبد يملك طلقتـين ، وسيأتي تفصيـل ذلـك في بابه .

(٦) لأنها صارت أم زوجته ، وأم الزوجة تحرم بالعقد على بنتها ، وهي محرمة بنص القـرآن ، فقـد قال تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ـ إلى أن قال : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ﴾ . سـورة النسـاء آية ٢٣ .

الناس فيه ، فإنها لاتحل لأبيه ولالابنه ، لأن كل نكاح اختلف الناس فيه فالحرمة تقع فيه كالحرمة في النكاح الصحيح الذي لااختلاف فيه .

[فصل ٤ ــ في تزويج الغائب بغير أمره]

وقد روي عن مالكٍ في رجل زوَّج ابنه البالغ المالك لأمره وهو غائب بغير أمره ، ثم أتى الابن فأنكر ماصنع أبوه ، قال : لاينبغي للأب أن يتزوج تلك المرأة[١] .

قال مالك : وإن زوَّج أجنبي غائباً بغير أمره فأجاز إذا بلغه لم يجز هذاالنكاح / وإن رضي إذا طال ذلك ، ولايتزوجها أبوه ولاأجداده ولاولده ولاولد ولده . [٥٦/ب

قال ابن القاسم : ولاينكح هو أمها ، وينكح ابنتها إن لم يبن بالأم[٢] .

وقال المغيرة وابن الماجشون وابن دينار[٣] : إذا قدم الغائب فلم يرض فلايقع بذلك التحريم ، وروي لمالك[٤] .

قال عبد الملك : وإن أجازه القادم ففسخناه فإن الحرمة تقع به حينئذ[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه نكاح اختلف في جوازه إن أجازه الزوج ، ولأنه يجوز عندنا إن أجازه بالقرب[٦] ، فوجب أن تقع به الحرمة كالنكاح الذي لأحد الزوجين إجازته أو فسخه .

---

(١) لأنها صارت من حلائل أبنائه ، وهن محرمات بنصّ القرآن ، فقد قال تعالى في آية المحرمات السابقة ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ .
قال ابن الجلاّب : ويحرم على الأب زوجات الابن ، دخل بهن أو لم يدخل بهن مات عنهن أو طلقهن . التفريع ٢/٤٤ .

(٢) انظر : المدونة ٢/١٨٤-١٩٠ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) هو محمد بن إبراهيم بن دينار . وقد سبقت ترجمته في الباب الأول ص٧ .

(٤)،(٥) انظر: النوادر والزيادات ل٢٢٤/أ .

(٦) أي إن أجازه الغائب حين بلغه خبر هذا النكاح .
قال ابن المواز : وأحب إلينا في الابن الكبير البائن عنه ألا يفسخ بعد البناء إذا رضي حين بلغه وقاله ابن القاسم .
انظر : المصدر نفسه ل٢٢٤/أ .

ووجه رواية عبد الملك : أنه إنما تقع الحرمة في نكاح اتفق الزوجان على عقده بغير مؤامرة الولي ، وكان للولي الخيار فيه ، أو كان بأمر الولي فوجد أحد الزوجين بالآخر عيباً فوجب له الخيار في فسخه ، فهذا تقع الحرمة فيه لاتفاق الزوجين على عقده ، وأما الغائب فلم يأمر بنكاحه من هذه ولارضيه فلايجب أن تقع الحرمة فيه .

قال الشيخ : وإذ لايشأ[1] أحد أن يمنع رجلاً نكاح امرأة أراد نكاحها إلا ذهب إليها ورغّبها في الصداق ، وأنكحها من أبيه أو ابنه بغير أمره فأوقع الحرمة بينهما وهذا من الضرر[2] .

فصل :٥ ــ [في حق السيد في التطليق على عبده إن نكح بغير إذنه]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده فللسيد أن يطلق عليه واحدة بائنة أو طلقتين جميع طلاق العبد .

قال الشيخ : لأنه لما نكح بغير إذن السيد صار طلاقه بيد السيد ، فله أن يُبِيْنُهَا منه كما كان ذلك للعبد .

قال مالك : فإن طلق عليه طلقتين ، لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره[3] .

وقال أكثر الرواة : لايطلق عليه إلا واحدة ، لأن الواحدة تُبِيْنَهَا وتُفْرِغُ له عبده .

قال مالك : وللأمة إذا عتقت تحت العبد أن تختار نفسها بالبتات .

---

(١) أي لايستطيع .

(٢) فيكون الحكم بعدم إيقاع الحرمة بهذا النكاح من باب سد الذرائع ، ومعاملة للعاقد بنقيض قصده ، والله أعلم .

(٣) لأن الطلقتين جميع طلاق العبد .

قال ابن القاسم : وإنما جَعَلَ ذلك لها مالك لأنه ذَكَرَ عن ابن شهاب في زبراء[١] أنها قالت : ففارقتُه ثلاثاً[٢] ، فبهذا الأثر أخذ مالك ، وكان يقول مرة : لاتختار إلا واحدة بائنة ، وقاله أكثر الرواة[٣].

قال الشيخ : فوجه الأولى : أنها ملكت ماكان يملكه من الفراق ، فلها أن تفارقه بما شاءت كَهُوَ .

ووجه الثانية : أن الواحدة تبينها منه[٤] ، وتملك نفسها بها ، فالزيادة على ذلك ضرر ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : "لاضرر ولاضرار"[٥] فَمُنِعَتْ أن تُضِرَّ به[٦] .

---

(١) وهي مولاة لبني عدي .

(٢) وهو في الموطأ : عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير : أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد ، وهي أمة يومئذ ، فعتقت ، قالت : فأرسلتُ إلى حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فدعتني فقالت : إني مُخبرتكِ خبراً ، ولاأحب أن تصنعي شيئاً ، إن أمرك بيدك مالم يمسَّك زوجك ، فإن مسَّك فليس لك من الأمر شيء ، قالت : فقلت : هو الطلاق ، ثم الطلاق ، ثم الطلاق ، ففارقته ثلاثاً .
كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخيار ٢/٤٤١،٤٤٢ رقم (٢٧) .

(٣) انظر : المدونة ٢/١٨٣ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٤) قال سحنون : فإن طلقت نفسها واحدة أتكون بائنة في قول مالك؟ قال ـ أي ابن القاسم ـ : نعم . المدونة ٢/١٨٣ .

(٥) سبق تخريجه ص٥٤ .

(٦) ووجه الضرر ـ والله أعلم ـ أنه لو عتق وكانت قد اختارت البتات عند فراقها ، فلاتحل له حتى تنكح زوجًا غيره ، بخلاف مالو فارقته بواحدة فيجوز له نكاحها .

[الباب الرابع عشر]
في إنكاح الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته وأمته وعبده كرها وفي تزويج الأمة والعبد بغير إذن سيده

[فصل ١ ــ في إكراه الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته على النكاح]

قال ابن القاسم : وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده .

قال ابن القاسم : فإن فعل لم يفسخ(١) .

قال ابن حبيب : اختلف قول مالك في جواز إكراهه إياها على النكاح ، فأجازه مرةً إذا زوَّجها ممن يشبهها ، ثم رجع فقال : لايزوجها إلا برضاها ، وكان أحب إليه أن لايزوجها أصلاً على وجه التنزُّه(٢) .

قال ابن المواز : له أن يُكْرِهَ أم ولده ومكاتبته ومدبَّرته على النكاح(٣) .

وقال في كتاب المكاتب : ولايزوج مكاتبته إلا برضاها(٤) .

[فصل ٢ ــ في إكراه الرجل عبده وأمته على النكاح]

ومن المدونة : قال مالك :وله أن يُكْرِه عبده أو أمته على النكاح(٥) .

قال في كتاب ابن المواز : وليس له أن يضر به / فيزوجه مالاخير فيه(٦) . [٥٧/أ]

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) إلا أن يخاف عليها .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٩/أ .

(٣) والذي في النوادر : وله أن يُنكح ، دون ذكر للإكراه .

(٤) المصدر نفسه ل٢١٨/ب ، ٢١٩/أ .

(٥) انظر : المدونة ١٧٤/٢ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/ب وهو من قول مالك .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : ليس له أن يُكْرِهَ العبد[١] .

ودليلنا : قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[٢] ولم يشترط رضاهم ، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة ، ونقيس العبد على الأمة[٣] .

ابن المواز : قال مالك في العبد نصفه حر : لايزوجه سيده إلا برضاه ، ولايتزوج هو إلا برضى سيده ، وكذلك الأمة نصفها حر لايتم نكاحها إلا برضاها.

[فصل ٣ ــ في تزويج السيد معتقته إلى أجل]

واختلف قوله في المعتقة إلى أجل فقال : يزوجها بغير رضاها ، وقال : لايزوجها إلا برضاها .

قال أشهب : له أن يزوجها كما له أن ينتزع مالها[٤] ، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك .

قال ابن المواز : مَنْ له انتزاع مالها فله إكراهها[٥] ما لم يطلب بذلك ضررها[٦] .

قال الشيخ : يريد : فإذا قرب أجل عتقها لم يكن له أن يزوجها كُرْهَاً كما ليس له أن ينتزع مالها[٧] .

---

(١) انظر : الأم ٦٦/٥ ، التنبيه ص١٥٧ .

(٢) سورة النور : آية ٣٢ .

(٣) أي في أن السيد يملك إجباره على النكاح كأمته بجامع ثبوت الرق فيهما .
انظر : المعونة ٧٤١/٢ .

(٤) وله أن يسافر بها بخلاف المعتق بعضه .

(٥) أي على النكاح .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/ب .

(٧) لأن ذلك من الإضرار بها .

وكذلك في العتبية عن ابن القاسم قال فيها في الموصى بعتقها إلىأجل وهي تخدم الورثة : فليس لهم إكراهها على النكاح ولكن برضاها ، ولالهم انتزاع مالها قرب الأجل أو بعد .

وقاله سحنون ، ولأنها به قوِّمت في الثلث[١] .

فصل [٤ ــ في تزويج السيد عبده على أن الطلاق بيد السيد]

ومن الواضحة : قال ابن الماجشون : ولايجوز أن يزوج عبده على أن الطلاق بيد سيده ويفسخ،وإن بنى بها مضى ويبطل الشرط[٢] .

فصل [٥ ــ في زواج العبد والأمة بغير إذن السيد]

ومن المدونة : قال مالك : ولايتزوج عبد أو أمة بغير إذن سيده[٣] .

قال الشيخ : لقوله تعالى في آخر الآية بعقب ذكر الإماء : ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٤] ، وقال صلى الله عليه وسلم : "أيُّما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر"[٥] وهذا أبلغ شيء في الحظر عليه ، رواه عبد الوهاب[٦] .

---

(١) فصار ذلك كعضو منها ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨/٥،٣٩ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٩/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٨٨/٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٢٥ .
قال ابن العربي : قوله تعالى : ﴿بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ دليل على أن المملوكة لاتُنكح إلا بإذن أهلها ، وكذلك العبد لاينكح إلابإذن أهله وسيده . أحكام القرآن ٤٠٠/١ .

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده ٥٦٣/٢ رقم (٢٠٧٨) والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في نكاح العبد بغير إذن سيده ٤١٩/٣ رقم (١١١١، ١١١٢) وقال : حسن صحيح ، وابن ماجه ، كتاب الناح ، باب تزويج العبد بغير إذن سيده ٦٣٠/١ رقم (١٩٥٩) بلفظ "إذا تزوج" ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢١١/٢ رقم (٢٧٨٧) وقال : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

(٦) انظر : المعونة ٧٤٠/٢ .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أمة رجلٍ بغير إذنه لم يجز النكاح وإن أجازه السيد ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد .

قال ابن القاسم : ولو أعتقها السيد قبل علمه بالنكاح لم يكن بُدٌّ من فسخه.

قال مالك : وإذا فرِّق بينهما بعد البناء فلاينكحها الزوج إلا بعد العدة من مائه الفاسد[١] ، وإن كان نسبُ مافي بطنها يثبت منه .

قال ابن القاسم : وكذلك إن اشتراها الزوج في تلك العدة فلايطؤها حتى تنقضي عدتها لفساد مائه .

قال مالك : وكل وطءٍ كان فاسداً يُلحق فيه الولد ففرق بين الزوج والمرأة فلايتزوجها حتى تنقضي عدتها .

ولو باع الأمة رجل ، أو باعت هي نفسها بغير إذن السيد فأجازه السيد جاز ، فإن قال المشتري : لاأقبل البيع ، فلاكلام له ، والبيع له لازم[٢] .

قال عبد الوهاب : تزويج الأمة بغير إذن السيد على وجهين : فإن باشرت العقد على نفسها لم يجز وإن أجازه السيد ، فالنكاح فاسد ، ولايلتفت إلى إجازة السيد ، لأن فساده في العقد لحقِّ الله تعالى ، وإن ردت أمرها إلى رجل فعقد عليها فروايتان :

إحداهما : أنه كعقدها على نفسها[٣] ، لأن السيد يزوج بالملك ، وغيره يزوج بالولاية وذلك غير متفق .

ـ **قال الشيخ** : وهذا مذهب المدونة[٤] ـ .

والأخرى : أنه يجوز بإجازة السيد كما لو أذن لهذا العاقد لجاز عقده ، وكإذنه لعبده أن يعقد على نفسه ، فوقوعه بغير إذنه موقوف على الإجازة والرد[٥].

---

(١) لأنه وطئها في نكاح فاسد لعدم إذن السيد به .

(٢) انظر : المدونة ٢/١٨٦،١٨٧ ، تهذيب المدونة ص٨٢،٨٣ .

(٣) أي في أن النكاح فاسد .

(٤) انظر : المدونة ٢/١٨٦،١٨٧ .

(٥) انظر : المعونة ٢/٧٤٣ .

قال ابن المواز : ومن اشترى جارية / من رجل وهو يعلم أنها ليست له [٥٧/ب] فوطئها فهو زان ، وعليه الحد ، وولده رقيق لسيد أمهم ، بخلاف أن لو زوجته الأمة نفسها وأخبرته أنها حرة وهو يعلم أنها كاذبة فيطؤها بعد العلم ، فلايكون على هذا حد ، ويلحق به نسب ولده ، وهم وأمهم رقيق لسيدها ، ويفسخ نكاحها ، لأنه تزوجها بغير إذن السيد ، وجعلتُ الولد رقيقاً ، لأنه تزوجها وهو عالم أنها أمة ، وهذا إذا أشهد على إقراره قبل تزويجه إياها فلا ، لأنه يُتهم أن يُرِقَّ بذلك ولده ، ويدفع عن نفسه غرم النفقة فيهم ، فلايصدق ، ويكونون أحراراً وتلزمه قيمتهم .

قال أشهب : وإن كان عديماً أُتْبِعَ بقيمتهم ديناً ، ولاقيمة عليه فيمن مات منهم قبل ذلك ولاعلى الولد الموسر قيمة نفسه وإن كان الأب عديماً .

[فصل ٦ ــ في تزويج الأمة أو العبد بين السيدين]

ومن المدونة : قال : ولاتنكح أمة ولاعبد بين رجلين إلا بإذنهما ، فإن عقد للأمة أحد الشريكين بصداق مسمًّى لم يجز وإن أجازه الآخر ، ويفسخ وإن دخلت ، ويكون بين السيدين الصداق المسمى إن دخلت ، فإن نقص عن صداق المثل تم للغائب نصف صداق المثل إن لم يرض بنصف التسمية[١] .

[قال الشيخ] ـ يريد إن أخبر العاقد الزوج أنه إنما يملك نصفها ، فأما إن غره فقال : هي حرة ، أو قال : هي لي وحدي ، فهاهنا يرجع الزوج على العاقد بكل ماغرمه للشريك الغائب ، ويرجع على العاقد أيضاً بما دفع إليه إلا نصف ربع دينار[٢] .

---

(١) انظر : المدونة ١٨٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
ويكمل للسيد الغائب نصف الصداق المسمى حتى يبلغ نصف صداق مثلها ، لأن ذلك حقه ، وقد تسبب شريكه بنقصه عنه حيث زوج الأمة بأقل من صداق مثلها .

(٢) لأن ربع دينار هو أقل مايسمى من الصداق كما سيأتي في كتاب النكاح الثاني ، والمزوجة هنا أمة مشتركة فيستحق السيد العاقد ثمن دينار .

قال ابن حبيب : وإذا نكح عبد بإذن أحد سيديه فللآخر أن يفسخ نكاحه ، ويأخذ من المرأة جميع ماأصدقها ، فيكون ذلك بيد العبد مع ماله إلا أن يجتمعا على قسمه ، ولايترك لها منه ثلاثة دراهم [ولاحجة لها] [١] إذا كانت تعلم أن الآذن فيه شريك ، فإن اقتسما الصداق أو ماله فلها أن تأخذ من الآذن حصته من الصداق ، ولو غرّها الآذن و لم يعلمها ردت إلى العبد جميع ماأصدقها ورجعت هي بمثله على الآذن ، وإن استهلكته اتبعها الذي لم يأذن بجميعه واتبعت هي الآذن بمثله ، ولها اتباع ذمة العبد بجميع ماأخذ منها إلا أن يسقط عنه الذي لم يأذن فيسقط كله ، لأن الذمة لاتنقسم[٢] .

قال الشيخ : قول ابن حبيب كله موافق لأصله في المدونة إلا قوله : ويأخذ من المرأة جميع ماأصدقها ، ولايترك لها ثلاثة دراهم إذا كانت تعلم أن الآذن فيه شريك فهذا خلاف للمدونة ، ففي المدونة بعد هذا : أنه يترك لها ربع دينار[٣] .

قال الشيخ : وهو صواب ، لئلا يعرى البضع من صداق .

[فصل ٧ ــ في إجازة السيد نكاح عبده]

ومن المدونة : قال مالك : ولو نكح العبد بغير إذن سيده فأجاز نكاحه جاز.

ابن القاسم : وهو في هذا بخلاف الأمة ، لأن العبد يعقد نكاح نفسه بإذن سيده وهو رجل[٤] ، ولايجوز للأمة أن تعقد نكاح نفسها ، فإن فعلت لم يجز وإن أجازه السيد[٥] .

---

(١) من النوادر .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٩/ب .
(٣) انظر : المدونة ٢٠١/٢ .
(٤) في المدونة زيادة : والعاقد في امرأته ولي .
(٥) انظر : المصدر نفسه ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

قال عبد الوهاب : وقال أبو الفرج[١] : القياس أن لايصح نكاح العبد بوجه[٢] كالأمة ، وهو قول الشافعي[٣] ، ودليلنا : أن العقد لايمتنع أن يقع على الفسخ كنكاح العنّين ، والخصي ، والحرة للعبد ، وغير ذلك ، فإذا ثبت هذا فإن أجازه السيد جاز[٤] .

قال : وإن طلق فيما أجازه السيد فله أن يرتجع وإن كره السيد ، لأن الرجعة من حقوق النكاح[٥] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا نكح العبد بغير إذن سيده فقال السيد : لاأجيز ، ثم قال : قد أجزت ، فإن أراد بأول قوليه فسخاً تم الفسخ ولم يجز النكاح وإن أجازه السيد إلا بنكاح مستقبل[٦] ، وإن أراد أنه لم / يرض ثم كُلِّمَ فأجازه [٥٨/أ] فذلك جائز إذا كان ذلك قريباً[٧] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ويصدَّق السيد إن لم يرد عزم الفراق في المجلس مالم يَقُمْ ، وإن شك السيد على أي وجه خرج [ذلك][٨] منه[٩] فهو فراق

---

(١) هو القاضي أبو الفرج عمر بن محمد الليثي البغدادي ، الإمام الفقيه الحافظ ، تفقه بالقاضي إسماعيل ، ألف كتاب الحاوي في مذهب مالك ، وكتاب اللُّمع في أصول الفقه ، توفي سنة ٣٣١هـ .
انظر : الديباج ١٢٧/٢ ، شجرة النور ص٧٩ .

(٢) أي وإن أجازه السيد .

(٣) انظر : الأم ٦٧/٥،٦٨ ، مختصر المزني على الأم ، تأليف إسماعيل بن يحيى المزني ، تعليق محمود مطرجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) مطبوع في الجزء التاسع من الأم ١٨١/٩ .

(٤) لأنه قطع حقه من الفسخ ، وإن رده فسخ كما لو عقد على نفسه عقد إجارة .
انظر : المعونة ٧٤٢/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٧٤٢/٢،٧٤٣ .

(٦) لأن ماتقدم بطلانه لايصح .

(٧) انظر : المدونة ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٨) من النوادر .

(٩) أي شك في قصده بقوله : لاأجيز ، أهو إرادة الفسخ ، أو عدم الرضى بنكاحه دون قصد الفسخ .

واقع[١] .

قال مالك : وأما البيع فبخلاف ذلك إذا قال فيما بيع عليه : قد رضيت ، فقد تم للمشتري[٢] [٣] .

[فصل ٨ ــ فيمن أعتق عبده أو باعه قبل علمه بنكاحه]

قال ابن القاسم : وإن أعتقه السيد قبل علمه بنكاحه جاز نكاحه ،ولم يكن للسيد رده ، فإن باعه السيد قبل علمه بنكاحه لم يكن للمبتاع فسخه ، وله أن يرضى بالعبد أو يرده ، فإن رده كان للبائع إذا رجع إليه أن يفسخ نكاحه أو يجيز[٤].

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولو علم المشتري بنكاحه فأقره ورضي به ثم اطلع على عيب قديم ، إنه إذا رده بالعيب القديم رد معه مانقصه النكاح ، لأنه لما رضي به فأقره صار كأنه عيب حدث عنده ، وإذ لايستطيع البائع إن رد عليه بالعيب فسخ نكاحه فوجب لذلك ألا يرده إلا بما نقصه ، ونحوه لأبي عمران ، وهو بين[٥] .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن[٦] : يُخرَّج ذلك على القولين في الرد بالعيب[٧]

---

(١) ولايُلتفت إلى شك السيد ، لأن النكاح لايحكم ببقائه على أمر مشكوك فيه .

(٢) أي البيع ، ولايُنظر إلى شك المالك في قصده بالرضا لما علم ببيع سلعته .

(٣) النوادر والزيادات ل٢١٩/أ،ب .

(٤) انظر : المدونة ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٠/ب .

(٦) هو أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الخولاني ، من أهل القيروان ، شيخ فقهائها في وقته مع أبي عمران الفاسي ، كان فقيهاًحافظاً ديِّناً ، تفقه بابن أبي زيد القيرواني ، وأبي الحسن القابسي ، توفي سنة ٤٣٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٧٠٠/٢ ، معالم الإيمان ١٦٥/٣ ، الديباج ١٧٧/١ ، شجرة النور ص١٠٧ .

(٧) أي هل هو نقض بيع أو كبيع مبتدأ .

فمن رأى أنه نَقْضُ بيع فليس على المشتري مانقصه ، لأنه إذا رده يرجع الخيار للبائع في فسخ النكاح أو إجازته ، ولايُلتفت إلى ماتقدم من رضى المشتري به ، لأن البيع قد انتقض[١].

قال الشيخ : فإن قيل : يلزم على هذا القول أن لو زوجه المشتري ، ثم رده بعيبٍ أن يفسخ البائع نكاحه لانتقاض شراء المشتري .

قيل : هذا لايلزم ، لأن الأول نكاح عقده العبد على نفسه ، وكان للبائع نقضه أو إجازته ، فإذا انتقض بيعه بقي على خياره كما لو لم يعلم بيعه ، وهذا عقد نكاحه مالكه ، ولم يكن لأحد بعد عقده نقضه ، فوجب ألا ينقضه البائع كما لاينقض عتقه .

ولو أعتقه المشتري ولم يعلم بنكاحه فأراد الرجوع على البائع بقيمة عيب النكاح فذكر عن أبي عمران أنه قال : ليس له ذلك لحجة البائع أن لو[٢] لم يعتقه المشتري ثم ردّه عليه بعيب النكاح لكان للبائع نقض نكاحه ، فلما أفاته المشتري بالعتق لم يكن له الرجوع عليه بقيمة عيب لو رجع إليه أمكنه زواله[٣] .

ولو مات السيد قبل علمه بنكاحه كان لورثته من الخيار في ردّ نكاحه أو إجازته مثل ماكان للسيد[٤] ، وقد قال مالك فيمن حلف ليقضينّ غريمه حقه إلى أجل كذا إلا أن يشاء[٥] أن يؤخّره فيموت الذي له الحق ؛ فإنه يجزئه تأخيرورثته كما كان لصاحبهم[٦] .

---

(١) فرِضَاه لم يقع في موضعه . انظر : المصدر نفسه ل١٠/ب .
(٢) "لو" ليست في أ .
(٣) بخلاف العيب الذي يعلم به البائع ولايقدر على زواله كالعَوَرِ ونحوه . انظر : المصدر نفسه ل١٠/ب، ١١/أ .
(٤) لأن من ترك حقاً فهو لورثته من بعده .
(٥) أي الذي له الحق .
(٦) انظر : المدونة ١٨٨/٢،١٨٩ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

[الباب الخامس عشر]
في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه ونكاح الصغير والسفيه بغير إذن وليه والوكالة على النكاح وقبض الصداق

[فصل ١ ــ في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه]

قال مالك : ومن زوج أخته البكر بغير أمر الأب لم يجز وإن أجازه الأب ، إلا أن يكون ابناً قد فوَّض إليه الأب[١] جميع شأنه ، فقام بأمره فيجوز بإجازة الأب وكذلك في أمة الأب[٢] [٣] .

قال ابن القاسم : وكذلك الأخ[٤] والجد[٥] يقيمه هذا المقام[٦] .

قال ابن حبيب : وكذلك سائر الأولياء إذا أقامهم الأب هذا المقام .

قال ابن المواز : والحجة في هذا حديث عائشة رضي الله عنها حين زوَّجت بنت أخيها عبد الرحمن ، فكُلِّم في ذلك فرضي[٧] .

قال مالك : وإنما كان ذلك لمثل / عائشة رضي الله عنها لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم[٨] . [٥٨/ب]

قال ابن المواز : وإنما لم يجز نكاح الابن غير المفوَّض إليه وإن أجازه الأب

---

(١) "الأب" ليست في أ ، ب .

(٢) "وكذلك في أمة الأب" ليست في ز .

(٣) أي فيزوجها كما يزوج أخته بإجازة أبيه . انظر : المدونة ١٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣.

(٤) أي أخ الأب إن كان هو الناظر لأخيه المدبِّر لماله القائم له في أمره .

(٥) أي جد المرأة من أبيها إن زوجها على وجه النظر لها .

(٦) انظر : المدونة ١٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٧) سبق تخريجه ص٨٢ .

(٨) ثم قال مالك : وقد وكَّلت عائشة رجلاً على العقد . انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/ب . وقد تقدم ذلك ص٨٢ .

ولافي إجازة السيد تزويج أمته ، لأنه لاولي[١] لهما غيرهما ولاشركة لهما معهما في أنفسهما ولامشورة ، فهما بخلاف من لها[٢] المشورة مع الأولياء ، تولي أمرها غير الولي فلايجوز ، إلا أن يجيزه الولي ، فإن لم يجزه فرّق بينهما بطلقة[٣] .

قال مالك : إلا أن يطول مكثه معها ، وتلد الأولاد ، فلاأرى أن يفسخ[٤] .

فصل [٢ ــ في نكاح الصغير بغير إذن وليه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا تزوج صبي صغير بغير إذن أبيه أو وصيه ، ومثله يقوى على الجماع ، فإن أجازه من يلي عليه جاز ، كبيعه وشرائه بغير إذنه يجيزه على وجه النظر له ، وإن أراد فسخه فسخه ، وإن فسخه قبل البناء أو بعده فلاصداق لها .

وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيماً في طلب آبق فأخذه[٥] فباعه وأتلف الثمن ، أن لربِّ العبد أخذه ، ولاشيء على اليتيم من المال الذي أتلف ، ولايُتبع به ديناً ، بخلاف ماأفسد أو كسر[٦] .

قال ابن المواز : وكما لو اشترى شيئاً فأكله أو أتلفه لنزع من البائع الثمن كله ، ولم يتبع الصغير بشيء .

قيل : فإن تزوج الصغير واشترط عليه شروطاً فأجاز ذلك وليه ، أو زوجه أبوه أو وليه بشروط فيها طلاق أو عتاق أو تمليك .

قال ابن المواز : لايجوز من ذلك كله شيء إلا أن يكبر ويلزمها نفسه ، ويرضى بعد أن يبلغ .

---

(١) "لا" ليست في ز .
(٢) في ز "لهما" .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/ب .
(٤) انظر : المدونة ١٧١/٢ .
(٥) "فأخذه" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المصدر نفسه ١٨٩/٢، ١٩٠ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
وصار الصغير ضامناً لما أتلف بالكسر ونحوه لظهور التعدي فيه .

قال ابن القاسم : وإن كَبِرَ وعَلِمَ بالشرط قبل الدخول فدخل عليه لزمه ، وإن علم به فلم يرضه قيل له : إما أن ترضى وإما أن تطلق ويكون عليك نصف الصداق .

ابن المواز : هذا قوله[١] في كتابه في السماع ، وفي كتابه في المجالس : إذا بلغ وعلم قبل الدخول ، فإن شاء دخل وإن شاء فسخ ولاشيء عليه من الصداق ولاعلى أبيه إن كان يوم زوَّجه لامال له .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا[٢] إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط فيثبت النكاح على ماأحب الزوج أو كره[٣] ، وسقط عنه الشرط كان تمليكاً أو غيره ، لأنه لم يكن يلزمه قط ، وهو بمنزلة الرسول يزيد على ماأمره أن يزوجه به ، أو يشترط عليه غير ماأمره به فيعلم بذلك قبل البناء ، فإن رضي بذلك تم النكاح ، وإن كره لم يلزمه شيء ، وفسخ النكاح ، إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط[٤] .

قال ابن المواز : وإذا لم يرد نكاح الصبيِّ حتى كَبِرَ وخرج من الولاية جاز النكاح[٥] .

فصل [٣ ــ في نكاح السفيه بغير إذن وليه]

قال ابن حبيب : والسفيه[٦] كالصغير يجوز عليه إنكاح أبيه إياه[٧] وإن كَرِه.
وقال ابن الماجشون : لايزوجه من يلي عليه إلا برضاه[٨] .

---

(١) أي قول ابن القاسم .
(٢) أي قوله الثاني .
(٣) ويُحكم بثبوت النكاح ، لأن سبب الفسخ وهو الشرط قد زال بإسقاط المرأة له .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢١/أ .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٩/أ .
(٦) أي السفيه الكبير .
(٧) "إياه" ليست في ز .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/أ .

قال الشيخ : ورواية ابن حبيب عن ابن الماجشون موافقة لظاهر المدونة ، وذلك أنه قال في كتاب الخلع[١] : إذا زوَّج الوصيُّ يتيمه وهو بالغ سفيه بأمره ، أو زوج السيد عبده بغير أمره ، فذلك جائز عليه[٢] .

فشرطه في السفيه دون العبد بأمره دليل على[٣] أنه لايكرهه ، وهو الصواب إذ لايؤمن منه أن يطلِّق إذا أجبره على النكاح ، فيؤدي ذلك إلى إتلاف ماله[٤] .

ووجه قول ابن حبيب[٥] : أن الولاية ثابتة له عليه في المال والبيع والشراء ، فله أن ينكحه اعتباراً بالصغير[٦] .

قال ابن حبيب : وإذا زوج السفيه ـ / بغير إذن وليه فلوليه إجازته أو رده ، [٥٩/أ] فإن رده بعد البناء رد إليه جميع ماكان أصدقها إلا قدر ماكان يستحل به مثلها[٧] ولم يحدَّه[٨] مالك .

وقال ابن القاسم : يجتهد في ذلك السلطان فيترك للدنيَّة ربع دينار ، ولذات القدْر أكثر من ذلك بما يراه .

وقال ابن الماجشون : ولايترك لها شيء ، لاربع دينار ولاغيره وإن كان لها قدر[٩] .

قال ابن حبيب : وهذا القياس ، وقول مالك استحسان[١٠] .

---

(١) أي قال ابن القاسم في كتاب الخلع من المدونة .
(٢) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ .
(٣) "على" ليست في ز .
(٤) أي بدفع مالزمه من الصداق .
(٥) أي في أن السفيه يزوجه وليه بغير إذنه .
(٦) فكل واحد منهما مولى عليه .
(٧) وهو ربع دينار سواء كانت دنيَّة أو غير دنيَّة .
(٨) في أ ، ب "ولم يجزه" ، وهو تحريف .
(٩) "وإن كان لها قدر" ليست في ز .
(١٠) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/أ .

قال الشيخ : الجاري على أصل المدونة أن يترك لها ربع دينار كانت دنيَّة أو جيدة ، وهو قدر مايستحل به فرجها كالعبد يتزوج بغير إذن السيد[١] ، وهو الصواب إن شاء الله[٢] .

قال ابن حبيب : وإن لم يعلم بتزويجه حتى مات أحدهما ، فإن مات هو فلاميراث لها منه ولاصداق ،وإن ماتت هي فالنظر لوليه ، فإن أجازه ودى الصداق وأخذ الميراث ، وإن فسخه لم يرثها[٣] .

قال الشيخ : وذكر أصبغ عن ابن القاسم أنهما يتوارثان ويمضي الصداق ، لأن النظر فيه قد فات[٤] بالموت[٥] .

وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا ، قال : قال أصبغ : إن مات هو لم ترثه ، وردت كل ماأعطاها إلا ربع دينار إن أصابها ، وكذلك في حياته إن فسخه[٦] .

قال ابن القاسم : هذا في الدنية[٧] ، ويجتهد في الزيادة لذات القدر .

قال أصبغ : بما يرى مما لايبلغه صداق مثلها .

قال ابن المواز : ورواية ابن وهب عن مالك في السفيه : لايترك لها إلا ربع دينار[٨] .

قال الشيخ : فصار في فسخه[٩] ثلاثة أقوال ، قول لايترك لها شيء ، وقول يترك لها ربع دينار ، وقول فرَّق بين الدنيَّة وغيرها .

---

(١) انظر : المدونة ٢٠١/٢ .
(٢) أي قول مالك .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/أ .
(٤) في ز زيادة "فيه" .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٠/أ .
(٦) كما تقدم قريباً من قول مالك .
(٧) أي ترك ربع دينار .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٠/أ،ب .
(٩) أي في فسخ الولي نكاح السفيه بعد البناء .

قال ابن المواز : ولو كان غير بالغ لم يترك لها شيئاً .
قال : وإن لم يُرَدْ نكاح الصبي حتى بلغ ، وخرج من الولاية جاز النكاح[١].

فصل [٤ ــ في تزويج بنات السفيه وإمائه وأخواته]

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : ولايزوج المُوْلِيُّ عليه ابنته إلا بإذن وليه ، إلا أن يكون سفيهاً ضعيفاً فلايكون له سخط ولارضى ، وبناته كمن لاأب لهن .

قال ابن وهب : والولي أولى بإنكاح بناته وإمائه[٢] ، ولاأمر له مع وليه فيهن ويستحب له أن يحضر النكاح ، فإن لم يحضره لم يضره .

قال : وإن زوج هذا السفيه منهن أحداً بغير أمر الولي كان للولي إجازته أو رده .

قال : وإن لم يكن له وليٌّ فأنكح بناته جاز إذا كان ذلك صواباً .

قال أصبغ : كله صواب جيد .

قال ابن المواز : إلا قوله : إذا لم يكن له ولي ، فهو[٣] والأول سواء[٤] ، لابد من نظر السلطان فيه كنظر الولي ، فيجيز أو يرد على حسن النظر[٥] .

ومن العتبية : قال أصبغ : قيل لأشهب : السفيه يزوج أخته؟ قال : نعم ، وحسبته قال : إن كان ذا رأي ولامَولِيَّ عليه فذلك جائز وإن كان سفيهاً[٦] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٩/أ .
(٢) أي بنات السفيه وإمائه .
(٣) "فهو" ليست في أ .
(٤) أي في الحكم ، ففي كلا الحالين لابد من النظر ، ففي الأول ينظر الولي ، وفي الثاني ينظر السلطان ، لأنه ولي من لاولي له .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/ب .
(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٠٦/٥ ، النوادر والزيادات ل٢٢٠/ب .

فصل [٥ ــ في الوكالة على النكاح وقبض الصداق]

ومن المدونة : قال[١] : وإذا وكَّلت المرأة ولياً يزوجها من رجل ، فقال لها الوكيل : قد زوجتك من فلان ، فأقرت أنها أمرته وقالت : لم تزوجني ، فلاقول لها ، والنكاح يلزمها إن ادعاه الزوج . وكذلك الوكيل على بيع سلعة[٢] .

وإن وكلته المرأة على العقد وقبض الصداق فقبضه ثم ادعى تلفه ، كان كدين لها وكَّلته على قبضه فقبضه ثم ادعى تلفه ، فصدقته في الوكالة وكذبته في القبض .

فإن أقام الزوج أو الغريم بينة أنه دفع ذلك إلى الوكيل / صُدِّق الوكيل على [٥٩/ب] التلف ، وإن لم يقيما بينة بالدفع ضَمِنَا[٣] ، ثم لاشيء لهما على الوكيل ، لأنهما صدَّقاه على الوكالة .

وأما الوكيل على بيع سلعةٍ يقول : قبضت الثمن وضاع مني ، فهو مصدق ، لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك ، وليس للمبتاع أن يأبى عليه[٤] ، والوكيل على عقد النكاح ليس له قبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة ، ولايلزم الزوج دفع ذلك إليه ، فإن فعل ذلك ضمن[٥] [٦] .

قال الشيخ : وإنما كان وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر به وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه[٧] ، لأن وكيل البيع يُسلِّم ماباع إلى المبتاع ، فعلى المبتاع تسليم الثمن إليه كما يتسلَّم السلعة منه ، ووكيل النكاح لايسلِّم البُضْعَ إلى الزوج ، فلايلزم الزوج تسليم الصداق إليه .

---

(١) أي ابن القاسم ، وفي أ "قال مالك" .
(٢) أي القول قول الوكيل ، ويلزم الآمر البيع لأنه قد أقر بالوكالة .
(٣) لأن الأصل عدم الدفع .
(٤) "عليه" ليست في ز .
(٥) "فإن فعل ذلك ضمن" ليست في ز .
(٦) انظر : المدونة ٢/١٩٠-١٩٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
(٧) "عليه" ليست في أ .

ولو أن وكيل البيع إنما وُكِّل على عقد البيع خاصة وتسليم السلعة على ربِّها لم يلزم المبتاع تسليم الثمن إلى الوكيل إلا بتوكيل عليه ، ويكون كوكيل النكاح[١].

قال الشيخ : فالعلة في ذلك أن مَنْ سلَّم السلعة له أن يتسلَّم ثمنها كما سلَّمها ، ألا ترى أن البائع إذا سلَّم ماباع ، له انتقاد جميع[٢] ثمنه وإن لم يشترط نقده .

والمُكْرِي داره أو عبده أو نفسه مدة لايلزم المكتري نقد جميع الكراء إذا لم يكن عُرْف ولاشرط ، لأنه لم يتسلَّم جميع مااكترى[٣] ، فإنما يلزمه أن ينقد كراء ماقبض[٤] . وبالله التوفيق .

---

(١) لأن وكيل النكاح لايقبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة .

(٢) "جميع" ليست في ز .

(٣) بخلاف المشتري فإنه تسلَّم السلعة من بائعها .

(٤) أي من منفعة العين المكتراة .

[الباب السادس عشر]
فيمن نكح بغير بينة ، أو سرا
أو نكح بغيرصداق

[فصل ١ ــ في إعلان النكاح]

ونهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن النكاح بغير بينةٍ أو بغير صداق[١] ، ونهى عن نكاح السر[٢] ، وأمر بإعلان النكاح[٣] .

ومرَّ عليه الصلاة والسلام هو[٤] وأصحابه ببني زُرَيْق فسمعوا غناءً ولهواً ولعباً فقال : ماهذا؟ قالوا : نكح فلان يارسول الله ، فقال : "كَمُلَ دينه ،هذا النكاح لاالسفاح ،ولانكاح السر حتى يُسمع دُفٌ ، أو يُرى دُخَانٌ"[٥] .

---

(١) سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٢) أخرجه أحمد ٩٦/٤ رقم (١٦٧١٧) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف ٤٧٣/٧ ، رقم (١٤٧٠٠) بلفظ "كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف" ، وفيه الحسين بن عبد الله بن ضمرة ضعيف ، انظر : تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة ، تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني (القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط/بدون ، ١٣٨٦هـ) ص٦٧ رقم (٢٠٩)

(٣) أي بقوله عليه الصلاة والسلام "أعلنوا النكاح" .
أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في إعلان النكاح ٣٩٨/٣ رقم (١٠٨٩) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، ذكر وصف تزويج المصطفىصلى الله عليه وسلم أم سلمة ١٤٧/٦ رقم (٤٠٥٣) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح ٤٧٠/٧ رقم (١٤٦٨٦) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢٠٠/٢ رقم (٢٧٤٨) ، والحديث حسنه الترمذي ، وصححه ابن حبان ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

(٤) "هو" ليست في ز .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف ٤٧٣/٧ رقم (١٤٧٠٠) وقال : فيه الحسين بن عبد الله بن ضمرة ضعيف ، كما تقدم قريباً .

وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : لايجوز نكاح السر حتى يُعلن به ويُشهد عليه[١] .

قال ابن وهب[٢] : وإن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كتب إلى أيوب بن شرحبيل أن مُرَّ مَنْ قِبَلَكَ أن يظهروا عند النكاح الدُّفُوف[٣] ، فإنها تفرِّق بين النكاح والسفاح ، وامنع الذين يضربون بالبرابط[٤] [٥] .

قال سحنون : والبرابط : الأعواد[٦] .

ومن كتاب محمد وابن حبيب : روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أظهروا النكاح واضربوا عليه بالغِرْبَال"[٧] [٨] يعني : الدفَّ المدوَّر ، وقال غيره : وهو مغشيٌّ من جهة واحدة .

قال ابن المواز : قال مالك : لابأس بالدفِّ والكَبَر[٩] .

---

(١) المدونة ١٩٤/٢ .

(٢) في جميع النسخ "قال سحنون" .

(٣) جمع دُفٍّ بضم الدال ، وهو الذي تضرب به النساء لإعلان النكاح ، انظر : اللسان ، مادة (دَفَفَ) .

(٤) البَرابِط : واحدها بَرْبَط ، وهو عود الغناء . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٤ .

(٥)،(٦) المدونة ١٩٤/٢، ١٩٥ .

(٧) عنى بالغربال الدُّفَّ ، شبَّه الغِربال به في استدارته . اللسان ، مادة (غَرْبَلَ) .

(٨) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ماجاء في نكاح السر ١٧٤/١ رقم (٦٣٥) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب ٤٧٣/٧ رقم (١٤٦٩٨) وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح ٦١١/١ رقم (١٨٩٥) بلفظ "أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال" .
والحديث ضعيف ، تفرَّد به خالد بن إلياس وهو متروك الحديث ، انظر : التقريب ٢٥٥/١ رقم (١٦٢٢) .

(٩) الكَبَر : من آلات اللهو ، وهو دُفٌّ له وجه واحد .
غرر المقالة في غريب الرسالة مع الرسالة ص٢٦٩ .

قال أصبغ : يعني في العُرْسِ خاصة ، ولايعجبني المِزْهَر المربَّع[١] ، قال : ولايجوز الغناء في العُرْس ولاغيره ، إلا مثل ماكان يقول نساء الأنصار[٢] أو رجز خفيف لابمنكَسر[٣] ولاطويل .

قال ابن حبيب : وقد أُرخِص في العُرْس إظهار الكَبَر والدُّفِّ والمِزْهَر ، ويُنْهى عن اللهو بذلك في غير العُرس[٤] .

[فصل ٢ ــ في الوليمة في النكاح]

قال[٥] : وكان النبي عليه الصلاة والسلام يستحبُّ الإطعام على النكاح عند عقده ، وعند البناء ، ولم يدَع الوليمة على أحد من نسائه قلَّ أو كثر[٦] .

---

(١) المِزْهَر : العود الذي يضرب به ، اللسان ، مادة (زَهَرَ) .
قال أصبغ : والغِرْبال هو الدفُّ المدوَّر ، وليس المِزْهَر ، والمِزْهَر مكروه وهو مُحْدَث ، والفرق بينهما أن المِزْهَر ألهى ، وكل ماكان ألهى فهو أغفل عن ذكر الله وكان من الباطل ، وماكان من الباطل فمحرَّم على المؤمنين اللهو والباطل .
العتبية مع البيان والتحصيل ٥/١١٥ .

(٢) وهو قولهن :

أَتيناكم أَتيناكم	فحيَّانا وحيَّاكم
ولولا الذهب الأحمر	ماحلَّت بواديكم
ولولا الحنطة السَّمْرا	ماسَمِنَتْ عَذاريكم

انظر : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، تأليف نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ) ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح واللهو والنثار ٤/٢٨٩ .

(٣) في جميع النسخ "لابكثير" والتصحيح من العتبية ٥/١١٤ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٤/أ .

(٥) أي ابن حبيب .

(٦) المصدر نفسه ل٢٦٤/أ .

قال أنس : ولم يولم على واحدةٍ منهنَّ[١] مثل ما أولم على أم سلمة[٢] ، وكان ذلك الخبز واللحم[٣] ، وأولم على صفية بالصَّهْبَاء[٤] بالسَّويق والتمر[٥] ، وقال صلى الله عليه وسلم : / لابن عوف : "أَوْلِمْ ولو بشاة"[٦] ، وقال : "أعينوا بلالاً على وليمته"[٧] . [٦٠/أ]

---

(١) "على واحدة منهن" ليست في ز .

(٢) هي أم المؤمنين أم سلمة هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية ، كانت ممن أسلم قديماً هي وزوجها أبو سلمة وهاجر إلى الحبشة ، ثم مات عنها ، وتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة أربع ، وقيل : سنة ثلاث ، كانت موصوفة بالعقل البالغ والرأي الصائب ، وهي آخر أمهات المؤمنين موتاً ، توفيت سنة ٥٩هـ ، ودفنت بالبقيع وصلى عليها أبو هريرة رضي الله عنه .
انظر : الطبقات ٦٩/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٤٣٦/٤ ، الإصابة ٤٣٩/٤ .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الوليمة بشاة ١٤٢/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب زواج زينب بنت جحش ونزول الحجاب وإثبات وليمة العرس ١٠٤٩/٢ رقم (١٤٢٨) كلاهما بذكر زينب بدلاً من أم سلمة .

(٤) الصهباء : موضع بينه وبين خيبر روحه ، سميت بذلك لصهوبة لونها وهي حمرتها أو شقرتها .
انظر : معجم البلدان ٤٣٥/٣ .

(٥) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ١٠٤٦/٢ رقم (١٣٦٥) بلفظ : "وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وليمتها التمر والأقط والسمن" ، وأخرجه بلفظ المصنف البيهقي ، كتاب الصداق ، باب تؤدا حق الوليمة بأي طعام أطعم ٢٢٤/٧ رقم (١٤٥٠٦) .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة ١٤٢/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير ١٠٤٢/٢ رقم (٧٩-٨١) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب من كان يقول يطعم في العرس والختان ٥٥٦/٣ رقم (١٧١٥٥) .

وقد أبيح أن يولم أكثر من يوم ، وروي : "أن اليوم الثاني فضل ، والثالث سمعة"[١] .

وأجاب الحسن رجلاً دعاه في اليوم الأول[٢] ، ثم في الثاني ، ثم دعاه في الثالث فلم يُجبه[٣] ، وفعَل ابن المسيب[٤] مثله[٥] .

---

(١) أي في الوليمة ، والحديث له عدة طرق .
أخرجه أبو داود ، كتاب الأطعمة ، باب في كم تستحب الوليمة ١٢٦/٤ رقم (٣٧٤٥) ، وأحمد ٣٧/٥ رقم (٢٠٣٤٧،٢٠٣٤٨) ، والبيهقي كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥٠٩) وفيه عندهم عبد الله بن عثمان الثقفي ، مجهول ، انظر : التقريب ٥١٣/١ رقم (٣٤٨١) .
وأخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب إجابة الداعي ٦١٧/١ رقم (١٩١٥) وفيه أبو مالك النخعي ، متروك ، انظر : التقريب ٤٦٢/٢ رقم (٨٣٧٧) .
وأخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الوليمة ٤٠٣/٣ رقم (١٠٩٧) ، والبيهقي كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٢) وفيه عندهما زياد بن عبد الله البكائي ، ضعيف ، لأن في حديثه عن غير ابن إسحاق ليناً،وهذا منه ، انظر : التقريب ٣٢١/١ رقم (٢٠٩١) ، وقال الترمذي : زياد بن عبد الله كثير الغرائب والمناكير .
وأخرجه البيهقي أيضاً ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٣) وفيه بكر بن خنيس ، ضعيف ، انظر : تلخيص الحبير ١٩٥/٣،١٩٦ .
فالحديث ضعيف .

(٢) "الأول" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٤/أ .

(٤) هو أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ، عالم أهل المدينة ، وسيد التابعين في زمانه ، سمع عثمان وعلياً وزيد بن ثابت وأبا موسى وأبا هريرة وابن عباس وخلقاً غيرهم ، كان ممن برز في العلم والعمل ، توفي سنة ٩٣هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٢١٥/٥ ، شذرات الذهب ١٠٢/١ .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٠) .

قال ابن حبيب : وإن دعاه في الثالث من لم يكن دعاه ، أو دعاه مرة فذلك واسع سائغ ، وقد أولم ابن سيرين[١] ثمانية[٢] أيام[٣] ، فمن وسَّع الله عليه فليولم من يوم ابتنائه إلى مثله[٤] .

[فصل ٣ ــ فيمن نكح بغير بينة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج بغير بينة على غير استسرار فالنكاح جائز ، ويُشهدان فيما يَستقبلان .

وإن أقر الزوج والولي بالعقد ثم قالا أو أحدهما : لم نُشْهِد ، أَشْهَدَا الآن ، وليس لأحدهما فسخه ـ يريد في هذا كله ـ قبل البناء[٥] .

قال ابن المواز : قال مالك : ولو دخل الزوج قبل أن يُشْهِدَ فرِّق بينهما بطلقةٍ بائنة ، وخطبها إن أحب بعد استبرائها بثلاث حيض .

قال ابن حبيب : ولايحدَّان إن[٦] كان أمرهما فَاشِيًا كانا عالمين أو جاهلين[٧] وإن لم يكن فاشياً حُدَّا ، كانا عالمين أو جاهلين .

---

(١) هو أبوبكر محمد بن سيرين الأنصاري ، شيخ البصرة وإمام المعبِّرين ، كان ثقة مأموناً فقيهاً ، كثير العلم والورع ، روى عن كثير من الصحابة ، توفي سنة ١١٠هـ .
انظر : الطبقات ١٤٣/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٨٧/٥ ، شذرات الذهب ١٣٨/١ .

(٢) في أ ، ب "ثلاثة" .

(٣) ودَعى في بعضها أبيَّ بن كعب .
أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٥/٧، ٤٢٦ رقم (١٤٥١٥، ١٤٥١٦)

(٤) النوادر والزيادات ل٢٦٤/أ .

(٥) انظر : المدونة ١٩٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٦) في ز "وإن" .

(٧) "كانا عالمين أو جاهلين" ليست في أ ، ب .
ويحكم بسقوط الحد هنا لأن فشوَّ أمر نكاحهما يقوم مقام البينة فيدرأ الحد عنهما .

قال : والشاهد الواحد لهما بالنكاح ، أو معرفة ابتنائهما باسم النكاح وذكرِه وإشهاره فهو كالأمر الفاشي من نكاحهما[١] ، قاله ابن الماجشون وأصبغ .

وقال ابن القاسم : إذا لم يعذرا بالجهالة حُدَّا وإن كان أمرهما فاشياً و لم أجد من يقول ذلك[٢] .

قال عبد الوهاب : يصح عندنا عقد النكاح من غير إشهاد[٣] خلافاً لأبي حنيفة[٤] والشافعي[٥] .

دليلنا : لأنه عقد من العقود فأشبه سائرها[٦] ، ولأنه معنى يقصد به التوثُّق ، فلم يكن شرطاً في العقد كالرهن والكفالة ، فإذا ثبت أنه ليس بشرط في الصحة فإنه شرط في الكمال والفضيلة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : "لانكاح إلا بوليٍّ وشاهدي عدل"[٧] [٨] .

ومن المدونة : وذكر ابن وهب أن حمزة بن عبد الله[٩] خطب [على ابنه][١٠] إلى سالم بن عبد الله ابنته فزوجه إياها وليس معهما غيرهما .

---

(١) في أن الحد يدرأ عنهما .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٦٣/ب .

(٣) انظر : التفريع ٣٣/٢ ، المقدمات الممهدات ٤٧٩/١ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص١٦٩ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣/٣ .

(٥) انظر : الأم ٣٥/٥ ، التنبيه ص١٥٩ .

(٦) أي في أن الإشهاد ليس شرطاً في انعقادها .

(٧) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٥/٣ رقم (٢٣) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب الولي ، ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل ١٥٢/٦ رقم (٤٠٦٣) وصححه وقال : ولايصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر .

(٨) انظر : المعونة ٧٤٥/٢ .

(٩) في أ "حمزة بن عبد المطلب" ، وهو خطأ ولَبس .
وحمزة بن عبد الله هو : أبو عمارة حمزة بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، كان ثقة قليل الحديث ، روى عنه الزهري .
انظر : الطبقات ١٥٦/٥ .

(١٠) من المدونة .

وقد ذكر مثل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لرجل : ألا أنكحك أميمة بنت ربيعة بن الحارث[١] ، فقال : بلى يارسول الله ، فقال : "قد أنكحتكها" ، ولم يُشْهِد[٢] [٣] .

ابن المواز : وقد فعل ذلك ابن عمر[٤] حين زوج ابنته سودة من عروة[٥] ، أخبرنا به غير واحد .

[فصل ٤ ــ فيمن نكح بغير صداق]

ومن المدونة : قال مالك : ولايزوج الرجل عبده أمته إلا ببينة وصداق .

قال ابن القاسم : فإن زوجه بغير بينة أَشْهَدا فيما يَستقبلان وجاز النكاح ، وهذا إذا لم يكن دخل بها .

وإن زوجه إياها على أن لاصداق عليه فسخ النكاح قبل البناء ، وثبت بعده وكان[٦] لها صداق مثلها .

---

(١) هي أميمة بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب ، قال في التجريد : لها صحبة .
انظر : الإصابة ٢٣٤/٤ .

(٢) أخرجه البزار ، كتاب النكاح ، باب لفظ النكاح ١٦٣/٢ رقم (١٤٣١) ، قال الهيثمي : فيه جماعة لم أعرفهم . انظر : مجمع الزوائد ٢٨٨/٤ .
وسنده في المدونة فيه يزيد بن عياض كذّبه مالك وغيره ،انظر : التقريب ٣٣٠/٢ رقم (٧٧٨٩) .

(٣) انظر : المدونة ١٩٣/٢ .

(٤) في أ "عمر" ، ويبدو أن "ابن" سقطت من أ .

(٥) سبق تخريجه ص٨ .

(٦) "كان" ليست في ز .

قال في الثاني[١] : وقيل : يفسخ بعد البناء[٢] .

قال عبد الوهاب : والأصل في ذلك[٣] قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾[٤] ، وقوله تعالى : ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٥] ، وقال عليه الصلاة والسلام للذي خطب المرأة : "هل معك ماتستحلها به؟"[٦] [٧] .

ومن المدونة : [٨] قال ابن القاسم : ولو زوجه ولم يذكر الصداق ولاشرط إسقاطه[٩] فهذا التفويض ، والنكاح جائز ، ويُفرض للأمة صداق مثلها ، لأن مالكاً قال ذلك في النساء ، والنساء يجتمع فيه الحرائر والإماء[١٠] .

---

(١) أي في كتاب النكاح الثاني من المدونة ، وهو في المطبوعة الثالث .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٣٨/٢ .
ويبدو أنه قول آخر لابن القاسم رجع عنه ، لأن سحنون لما ذكر قول ابن القاسم السابق قال: وقد كان قال : يفسخ وإن دخل بها .

(٣) أي في أنه لايجوز نكاح بغير صداق .

(٤)،(٥) سورة النساء : آية ٢٤ .
قال القاضي ابن العربي : قوله تعالى : ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ يعني بالنكاح أو بالشراء ، فأباح الله الحكيم الفروج بالأموال ، والإحصان دون السفاح وهو الزنا ، وهذا يدل على وجوب الصداق في النكاح . أحكام القرآن ٣٨٧/١ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ١٢٩/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ١٠٤٠/٢، ١٠٤١ رقم (١٤٢٥) .

(٧) انظر : المعونة ٧٥٠/٢ .

(٨) في أ ، ب "العتبية" ، وهو خطأ .

(٩) في ز "ولاسقط باشتراط" .

(١٠) انظر : المدونة ١٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

فصل [٥ ــ فيمن نكح سرا]

قال ابن القاسم : ومن عقد نكاحه ببينة ، واستكتم البينة ذلك عند / العقد [٦٠/ب] فالنكاح فاسد[١] .

قال عبد الوهاب : خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣] ، دليلنا قوله عليه الصلاة والسلام : "هذا النكاح لاالسفاح"[٤] ، ونهيه عن نكاح السر[٥] ، ولأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا ، وذريعة إلى إضاعة الأنساب[٦] .

ومن الواضحة : وقول عمر في نكاح السر : لو تقدَّمتُ فيه لَرَجَمْت[٧] ، تشديداً في الزجر عنه[٨] .

وفي كتاب ابن المواز : إن عمر قال ذلك في نكاح عُقِدَ بشهادة امرأتين[٩] ودخل بها .

---

(١) انظر : المدونة ١٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء ، تأليف علاء الدين السمرقندي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ) ١٣١/٢ .

(٣) انظر : الأم ٣٦/٥ .

(٤) سبق تخريجه ص١١٤ .

(٥) سبق تخريجه ص١١٤ .
ونكاح السر قيل : هو نكاح عقد بغير عدلين ، وقيل : ماأسر الشهود حين عقْده بكتمه .
انظر : شرح حدود ابن عرفة ٢٤٦/١ .

(٦) انظر : المعونة ٧٤٦/٢ .

(٧) قال عمر ذلك عندما أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا نكاح السر ، ولاأجيزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت .
أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع مالايجوز من النكاح ٤٢٣/٢ رقم (٢٦) .
وقوله : لو كنت تقدَّمت فيه لرجمت ، أي : لو سبقت غيري لرجمت فاعله .

(٨) النوادر والزيادات ل٢٦٣/أ .

(٩) والذي في الموطأ بشهادة رجل وامرأة كما سبق .

قال ابن حبيب : ويفسخ نكاح السر وإن دخل إلا أن يتطاول بعد الدخول فلايفسخ ، هذا قول مالك وأصحابه .

قال : وكل نكاح استكتمه الشهود وإن كثروا ، أو عُقِدَ على وجه الاستسرار أو سئل الشهود أن يكتموا ذلك من امرأة له أخرى ، أو يكتموا ذلك في منزل التي نكح ، ويظهروه في غيره ، أو يظهروه في المنزل ويكتموه في غيره ، أو يكتموه ثلاثة أيام ونحوها ، فذلك كله من نكاح السر يفسخ أبداً[١] ما لم يطل ذلك[٢] ، وكذلك أخبرني من سمعه من مالك[٣] .

ومن العتبية : قال أصبغ : وسألت أشهب عمن عَقد فلما فرغ استكتم البينة؟ قال : إن لم تكن تلك نيته ولاعليه نكح في ضميره فلابأس به .

قلت : فإن نكح على ذلك في ضميره؟

قال : فليفارق .

قال أصبغ : لاأرى أن يفسخ النكاح إن لم يكن إلا ضميره في نفسه ، لأنه لابأس أن يتزوج ونيته أن يفارق ، ولكن إن كان مع ضميره مواطأة بينه وبين المرأة أو الأولياء وأخذاه مأخذ الاستسرار فهو فاسدٌ وليفارِق[٤] .

ومن المدونة : وقال ابن شهاب فيمن نكح سراً وأشهد رجلين : أنه يفرق بينهما وإن دخلا ، ولها مهرها بالمسيس ، وتعتد ، ثم إن شاءت نكحته بعد العدة[٥] وإن فرق بينهما قبل البناء فلاصداق لها ويعاقب الزوجان والشاهدان بما كتما من ذلك[٦] .

---

(١) "أبداً" ليست في أ ، ب .

(٢) "ذلك" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٣/أ ، ب .

(٤) قال أصبغ : وهو من وجه نكاح المتعة وهو الذي يفارق كما قال ولايقيم عليه .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٠١/٥،١٠٢ .

(٥) أي نكاح علانية .

(٦) انظر : المدونة ١٩٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

وفي كتاب ابن المواز : روى ابن وهب عن مالك فيمن نكح بشاهدين واستكتمهما ذلك أنه يفرق بينهما بطلقة ، ويكون لها صداقها إن دخل بها ، ولايعاقب الشاهدان إن جهلا ذلك[١] ، وإن أتيا ذلك بمعرفة أنه لايصلح عوقبا[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الثيب فأنكرت ذلك ، فشهد عليها الأب ورجل أجنبيٌّ أنها قد فوَّضت ذلك إلى أبيها فزوجها من هذا الرجل لم يجز إنكاحه ، لأنه إنما شهد على فعل نفسه[٣] وهو خصم .

وقد قال مالك في رجل وجد مع امرأة في بيت ، فشهد أبوها وأخوها أن الأب زوجها إياه ، فلايقبل ذلك ، ولايجوز نكاحه ويعاقبان .

ـ قال في كتاب الحدود : وإن ثبت الوطء حُدَّا[٤] ـ .

وإذا نكح مسلم ذمية بشهادة ذميين لم يجز نكاحه ، فإن كان لم يدخل أشهد الآن مسلمين ولزمه النكاح .

قال يحيى بن سعيد : تجوز شهادة الأبداد[٥] في النكاح والعتاق[٦] .

---

(١) "ذلك" ليست في ز .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٣/ب .

(٣) وهو تزويج ابنته بغير بينة .

(٤) انظر : المدونة ٢٠٣/٦ .
ولايدرأ عنهما الحد إلا إذا قامت بينة على إثبات النكاح .

(٥) الأبداد : واحدهم بُدْ على وزن مُدْ ، وهم الذين يشهدون متفرقين ، ومنه : بَـدَدْتُ الشيء إذا فرَّقته . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .

(٦) المدونة ١٩٣/٢، ١٩٤ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

[الباب السابع عشر]
فيمن نكح على أنه بالخيار أو إلى أجل[١]
أو بصداق مجهول ، أو بعضه مؤجل[٢]

[فصل ١ ــ فيمن نكح على أنه بالخيار]

قال ابن القاسم : ومن نكح على أن الخيار له أو للولي أو للزوجة أو لجميعهم يوماً أو يومين لم يجز ، ويفسخ قبل البناء ، إذ لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا وإن بنى بها ثبت النكاح وكان لها المسمى[٣] .

وكذلك الجواب[٤] / فيمن تزوج امرأة علىأنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل [٦١/أ] كذا فلانكاح بينهما ، وقد كان مالك يقول : إن النكاح يفسخ بعد البناء ، لأن فساده في عقده ، ثم رجع فقال : يثبت بعده[٥] .

وقال ابن القاسم في كتاب محمد : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

قال ابن المواز : وإن شرط إن لم يأت به إلى أجل كذا فأمرها بيدها ، فروى ابن القاسم عن مالك : أنه يفسخ ما لم يدخل ، وروى عنه أشهب : أنه جائز .

وكذلك قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ[٦] دخل أو لم يدخل ، لأنه شرط لازم[٧] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "مجهول" .
(٢) في أ ، ب زيادة "أو على ألا ميراث بينهما" .
(٣) ولاترد إلى صداق مثلها .
(٤) أي الحكم .
(٥) انظر : المدونة ١٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
(٦) أي أن النكاح جائز والشرط لازم .
(٧) كشرطه : إن غبت سنة فأمركِ بيدك .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٩/أ .

[فصل ٢ ــ فيمن نكح بصداق مجهول]

ومن المدونة : قال : ومن نكح امرأة على أحد عبديه أيهما شاءت المرأة جاز ذلك ، وإن كان أيهما شاء الزوج لم يجز ، وكذلك البيع .

قال سحنون : هما سواء إذا قال : أيهما شئت أنت ، أو شئت أنا ، فالنكاح جائز في الوجهين ، وكذلك في البيع .

قال ربيعة ومالك : الصداق ماوقع به النكاح[١] .

فصل [٣ ــ فيمن نكح إلى أجل]

قال مالك : ولايجوز النكاح إلى أجل قَرُب أو بَعُد وإن سمى صداقاً ورضي بذلك الولي فالنكاح باطل ويفسخ ، دخل بها أو لم يدخل ، وهذه المتعة ، وقد ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام تحريمها[٢] [٣] .

قال ابن القاسم : ومن قال لامرأة : إذا مضى شهر فأنا أتزوجك ، فرضيت ورضي الولي ، فهذا النكاح باطل لايقام عليه ، ومن نكح وفي نفسه أن يفارق فليس من ذلك[٤] .

---

(١) انظر : المدونة ١٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة آخرا ١٢٩/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ، ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة ١٠٢٧/٢ رقم (١٤٠٧) .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ١٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

[فصل ٤ ــ فيمن نكح بصداق بعضه مؤجل]

قال مالك[١] : ومن تزوج امرأة بصداقٍ بعضه معجَّل وباقيه مؤجَّل إلى سنة فلايعجبني هذا النكاح ، وليس هذا من نكاح من أدركت[٢] .

قال ابن القاسم : فإن نزل ذلك جاز النكاح ، وكان للزوج إذا أتى بالمعجَّل أن يدخل بها ، وليس لها منعه ، ويتأخر بقية الصداق إلى أجله ، وإن كان إلى أجل بعيدٍ جاز ما لم يتفاحش بعد ذلك ، وإن تزوجها بصداقٍ نصفه نقد ونصفه على ظهره ، فإن كان الذي على ظهره يحلُّ عندهم بالبناء جاز[٣] ، وإن كان لايحل إلا إلى موت أو فراق لم يجز النكاح ، وفسخ قبل البناء وثبت بعده ، وكان لها صداق المثل[٤] إلا أن يكون صداق مثلها أقلَّ مما عجِّل فلايُنقص من المعجَّل ، ولمالك قول أن لها المعجَّل وقيمة المؤجَّل ، ولايعجبني[٥] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج بصداقٍ على ظهره إنه إنما عمل ذلك على العادة عندهم ، فإن كانت العادة فيه الحلول أخذ حالاً ، وإن كانت العادة فيه[٦] إلى أجلٍ معلومٍ فهو إلى ذلك الأجل ، وإن كان عرفهم أن يكون إلى موت أو فراق فالنكاح مفسوخ قبل البناء ، لأنهم وإن سمَّوه على ظهره فليس ذلك بأكثر من أن يسموه ديناً عليه ، وإنما يُحمل الأمر فيه على عادة بلدهم ، والذي يحلُّ عند مالكٍ بالدخول فإنما تكلَّم على أن الدخول معلوم عندهم[٧] ، ولو تأخر عن العادة التي يعرفونها لكان يلزمه أداء الصداق عند مالك ، إلا على قول

---

(١) "مالك" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : المدونة ١٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
(٣) لأن البناء أجل معلوم .
(٤) ولاينظر إلى ماسمِّيا من الصداق . انظر : المدونة ١٩٨/٢ .
(٥) انظر : المصدر نفسه ١٩٦/٢-١٩٨ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
(٦) "فيه" ليست في ز .
(٧) كما تقدم في المسألة السابقة .

سحنون الذي يقول : إنهم إذا جعلوا المهر إلى أجل فحلَّ الأجل قبل الدخول[١] فلايؤخذ ذلك حتى يدخل .

قيل له : فما ترى في قول سحنون أن الصداق بعد الدخول بالقرب لايؤخذ؟

قال : كنا قد تكلمنا في هذا ثم وقع عندي أن ذلك لو كان كما قال سحنون لكان يقال : إن الصداق يكون إلى أجل مجهول إذا رددنا الأمر فيه إلى اجتهاد الحاكم ، فلايجوز النكاح على هذا[٢] .

قال ابن المواز / عن أصبغ : ومن تزوج بمئة نقداً وبمئة إلى موت أو فراق ، [٦١/ب] فتركت المرأة المئة الغرر[٣] ، أو رضي الزوج أن يعجِّلها وذلك قبل البناء ثبت النكاح ، وكذلك لو نكحت ببعير شارد ، أو عبد آبق ، أو جنين في بطن أمه ، ومع ذلك ربع دينار فصاعداً ، فإن رضيت بربع الدينار وإسقاط مامعه من الغرر جاز[٤] ، ولو رضي الزوج بتعجيل قيمة العبد الآبق على غير إباق نقداً تمَّ النكاح ، وإذا لم يكن مع الآبق أو الجنين شيء فلابد من فسخه وإن رضيا بصداق صحيح إلا أن يدخل ، وإن كان مع ذلك ربع دينار فلم يفسخ حتى رجع الآبق والشارد وخرج الجنين حياً ، فإن لم ترض بربع الدينار وحده فسخ النكاح ، إلا أن يرضى الزوج أن يدع لها ذلك فيجوز .

قال أصبغ : وإن في هذا لمغمزاً ولكنه قول أصحابنا ، والقياس فيه الفسخ إلا أن يبني[٥] .

قال الشيخ : وهو ظاهر المدونة أنه يفسخ[٦] .

---

(١) "قبل الدخول" ليست في ز .
(٢) تهذيب الطالب ل١٢/ب .
(٣) أي التي إلى موت أو فراق .
(٤) "جاز" ليست في أ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/أ ، ب .
(٦) أي إن لم يبن . انظر: المدونة ١٩٦/٢ .

[الباب الثامن عشر]
في شروط النكاح[١] وجده وهزله

[فصل ١ ــ في شروط النكاح]

وقد أبطل الرسول عليه الصلاة والسلام كلَّ شرطٍ ليس في كتاب الله عز وجل[٢] ، وروى ابن وهب أن رجلاً تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب وشرط لها ألا يخرجها من أرضها ، فوضع عنه عمر هذا[٣] الشرط وقال : المرأة مع زوجها[٤] .

قال مالك : وليس لما يفسد به النكاح من الشروط حد[٥] .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على شروط تلزمه فصالحها ، أو طلقها طلقة فانقضت عدتها ، ثم تزوجها بعد ذلك بنكاحٍ جديد لزمته تلك الشروط مابقي من طلاق ذلك الملك شيء ، ولو شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على أن لايلزمه من تلك الشروط شيء لم ينفعه شرطه ، وهي لازمة له في بقية طلاق ذلك الملك[٦] .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على أن لايتزوج عليها ولايتسرَّى جاز النكاح وبطل الشرط[٧] .

---

(١) المراد بشروط النكاح هنا هي الشروط التي تشترطها المرأة على زوجها في عقد النكاح ، مثل ألا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها من بلدها ونحو ذلك .

(٢) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ماكان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطلٌ وإن كان مئة شرط" .
أخرجه البخاري ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء ١٧٧/٣ ، ومسلم ، كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢،١١٤٢ رقم (١٥٠٤).

(٣) "هذا" ليست ي ز .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ماجاء في الشرط في النكاح ١٨٣/١ رقم (٦٧٠) .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ١٩٧/٢ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ١٩٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣،٨٤ .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على شروط ، وحطَّت عنه من مهر مثلها لتلك الشروط ، فإن كان كل[١] ماحطَّت من ذلك في عقد النكاح لم ترجع به على الزوج وبطل الشرط إلا أن يكون فيه عتقٌ أو طلاق[٢] ، وإن حطَّت ذلك عنه[٣] بعد عقد النكاح على أن شرطت عليه تلك الشروط لزمه ذلك[٤] ، فإن أتى شيئاً مما شرطت عليه رجعت عليه بما وضعت عنه من المال فأخذته منه ، مثل ماتشترط ألا يخرجني من مِصْري[٥] ، ولايتسرَّى علي ، ولايتزوج علي[٦] .

وقال علي بن زياد في النكاح الثاني[٧] : إن حطته في العقد من صداق مثلها لما شرطت عليه لزمه ماحطَّته إن فعل من ذلك شيئاً ، وإن كانت الحطيطة مما ناف على صداق المثل لم يلزمه شيء[٨] ، ورواه ابن نافع[٩] عن مالك[١٠] .

ابن المواز : ورواه أيضاً أشهب عن مالك وأخذ به ابن عبد الحكم ، وأخذ أصبغ وجميع أصحاب ابن القاسم برواية ابن القاسم وبه أقول .

ابن المواز : قال أشهب : وسئل مالك عمن خطب امرأة فواطأها على ستين ديناراً ، فلما أراد أن يتزوجها بذلك قال له أبوها : هل لك أن أضع عنك عشرين ديناراً وأزوجكها بأربعين على أن لاتخرجها من المدينة؟[١١]

---

(١) "كل" ليست في ز .

(٢) أي فيجب ذلك عليه ويلزمه .

(٣) "عنه" ليست في ز .

(٤) ويكون له المال الذي وضعته عنه .

(٥) في أ ، ب "مصر" ، والمثبت يتفق مع مافي المدونة .

(٦) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٧) وهو في المدونة المطبوعة : كتاب النكاح الثالث .

(٨) "شيء" ليست في ز .
وقوله : لم يلزمه شيء ، أي إن فعل الزوج شيئاً مما اشترطت عليه عدم فعله ، لأن الذي جعل مقابل الشرط مال زائد عن صداق المثل .

(٩) هو أبو محمد عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم ، المعروف بالصائغ ، من كبار فقهاء المدينة ومفتيها ، تفقه بمالك ونُظَرائه ، وصحبه أربعين سنة ، سمع منه سحنون وكبار أتباع أصحاب مالك ، له تفسير في الموطأ ، توفي بالمدينة سنة ١٨٦هـ ، وصوَّب الذهبي أنه توفي سنة ٢٠٦هـ
انظر : ترتيب المدارك ٣٥٦/١ ، سير أعلام النبلاء ١٠٥/٩ ، الديباج ٤٠٩/١ ، شجرة النور ص٥٥ .

(١٠) انظر : المصدر نفسه ٢٢٠/٢ .

(١١) "من المدينة" ليست في ز . في العتبية : فقال : نعم ، وتزوجها على ذلك ، ثم أراد الخروج بها.

قال مالك : ذلك له وعليه العشرون التي وضعت له لمكان الشرط .

قيل له : إنه لم يقع النكاح بستين وإنما كانت مذاكرة ، أفتكون صداقاً؟

قال : نعم ، وإنما الذي لايكون لها عليه أن تقول : أتزوجك بمئتي دينار ، ثم أضع عنك مئة على أن لاتفعل ، فهذا الذي ليس بصداق ، وله أن يفعل ، يخرجها ويتزوج[١] .

[٦٢/أ] قيل له : / فإن طلقها قبل أن يمسها؟

قال[٢] : قال مالك : إذاً[٣] لاتأخذ إلا نصف الأربعين ، وليس لها في هذا حجة ، لأنه قد تركها على شرطها ووفَّى به لها و لم ينقضه حتى فارقها[٤] .

ابن المواز : وإنما قال ذلك مالك لأنه قد كان[٥] رضي بالستين لو لم تطرح عنه منها شيئاً للشرط ، وهو مذهب أشهب وابن القاسم وابن وهب وعبد الملك ، وهو الصواب إن شاء الله[٦] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أعطته مالاً على أن لايتزوج عليها ، فإن فعل فهي طالق ثلاثاً ، فإن فعل وقع الطلاق وبانت منه ، و لم ترجع عليه بشيء لأنها اشترت طلاقها بما وضعت عنه[٧] .

فصل [٢ ــ في جد النكاح وهزله]

قال ابن القاسم : وإذا قال الخاطب للأب في البكر ، أو الولي المفوَّض إليه : زوجني فلانة بمئة دينار[٨] ، فقال : قد فعلت ، ثم قال الخاطب : لاأرضى ، لم

---

(١) أي إذا قالت : ألا تخرجني من بلدي ، أو ألا تتزوج علي ، فيفعل ولاشيء عليه .

(٢) "قال" ليست في ز . والمراد قال أشهب .

(٣) "إذا" ليست في ز .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٣٨٢،٣٨٣ .

(٥) "كان" ليست في ز .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٢/ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/١٩٨ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٨) "دينار" ليست في ز .

ينفعه ذلك[١] ، ولزمه النكاح ، بخلاف البيع[٢] ، لأن ابن المسيب قال : ثلاثٌ ليس فيهن لعبٌ ، هَزْلُهنَّ جِدٌّ : النكاح ، والطلاق ، والعتاق[٣] [٤] .

وقال أبو بكر بن اللبَّاد[٥] : وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "ثلاثٌ جِدُّهُنَّ وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ : النكاح ، والطلاق ، والعتاق"[٦] .

وقال علي بن زياد في المستخرجة : لايجوز نكاح هزلٍ ولالعبٍ ، ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده .

وبالأول أقول[٧] وأُلزمه النكاح .

---

(١) أي قوله : لاأرضى ، بعد قول الأب أو الولي : قد زوجتك .

(٢) فإن لكلا المتبايعين الفسخ مالم يلزم البيع ، لأنه لايتم إلا بتراضٍ منهما لقوله تعالى : ﴿ لَاتَأْكُلُوٓا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ . سورة النساء : آية ٢٩ .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع النكاح ٤٣٢/٢ رقم (٥٦) .

(٤) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٥) هو أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح ، يعرف بابن اللبَّاد القيرواني ، حافظٌ ، إمامٌ ، فقيهٌ ، تفقه بيحيى بن عمر وابن طالب وحمديس القطان وغيرهم ، له تآليف منها : كتاب الطهارة ، وكتاب عصمة الأنبياء ، وكتاب فضائل مالك ، وكتاب الآثار والفوائد ، توفي سنة ٣٣٣هـ . انظر : ترتيب المدارك ٣٠٤/٢ ، معالم الإيمان ٢١/٣ ، الديباج ١٩٦/٢ ، شجرة النور ص٨٤

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على الهزل ٦٤٣/٢،٦٤٤ رقم (٢١٩٤) والترمذي ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الجد والهزل في الطلاق ٤٩٠/٣ رقم (١١٨٤) ، وابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا ٦٥٨/١ رقم (٢٠٣٩) ، والدارقطني ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ١٨/٤،١٩ رقم (٥٠) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٦/٢ رقم (٢٨٠٠) وصححه ، وقال الترمذي : حسن غريب .
وحسَّنه الحافظ ابن حجر ، انظر :التلخيص الحبير ٢٠٩/٣،٢١٠ .

(٧) وهو أن هزل النكاح جد .

[الباب التاسع عشر]
في نكاح الخصي[١] والمجبوب[٢] والعبد ومن فيه بقية رق

[فصل ١ ــ في نكاح الخصي والمجبوب]

قال الله عز وجل : ﴿فَانْكِحُوْا مَاطَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَآءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاع﴾[٣] ، قال مالك : ويجوز نكاح الخصيِّ وطلاقه ، ويجوز نكاح المجبوب ، لأنه يحتاج إلى أشياء من أمر النساء[٤] .

[فصل ٢ ــ في نكاح العبد]

قال مالك : أحسن ماسمعت أن للعبد أن يتزوج أربعًا إن شاءحرائر أو إماء ، لقول الله تعالى : ﴿فَانْكِحُوْا مَاطَابَ لَكُم منَ النِّسَاءِ﴾[٥] الآية .

قال مالك : وحدُّ العبد في الفِرْيَة أربعون جلدة ، وطلاقه طلقتان[٦] .

قال أبو محمد : وجعل الله حدَّ العبد نصف حدِّ الحر ، لقوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَاعَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾[٧] ، والطلاق من معنى الحدود ويجرُّ

---

(١) الخصي : هو الذي قُطعت خصْيَتاه ، وقد يقال لمن قُطِع ذكره وخصيَتاه مجبوب.
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .

(٢) المجبوب : هو من جُبَّ ذكره ،مشتقٌ من الجبِّ وهو القطع .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥٦ .
وسيأتي ذكر هذه العيوب في الباب الثالث والعشرين .

(٣) سورة النساء : آية ٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٩٨/٢، ١٩٩ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٥) وجه الاستدلال بالآية : أنه لم يفرق فيها بين الحر والعبد .

(٦) انظر : المدونة ١٩٨/٢-٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٥ .

إلى مايوجبها[١] .

قال مالك : وأجله في العِنَّة والاعتراض[٢] والإيلاء نصف أجل الحر .

ـ **قال الشيخ** : لأنه مما يجرُّ إلى الطلاق ـ

قال مالك : وكذلك سائر حدوده ، وكفارته في الظهار والإيلاء وفي كل الكفارات كالحر[٣] .

ـ **قال الشيخ** : لعموم الآية[٤] ـ

قال مالك : إلا أنه لايجزيه العتق في الكفارات ، إذ الولاء لغيره[٥] .

قال مالك : والصوم له[٦] في كفارة اليمين أحب إلي ، فإن أطعم أو كسا بإذن سيده رجوت أن يجزيه .

واستثقل مالك أن يتزوج العبد ابنة مولاه[٧] .

قال الشيخ : وإنما استثقله مالك خوفاً أن يَهلك مولاه فترثه ابنته وتملك العبد وينفسخ النكاح[٨] .

---

(١) أي أن الطلاق قد يكون سبباً في وقوع المطلق فيما يوجب الحد كالزنا ونحوه .

(٢) الاعتراض من العيوب الخاصة بالرجال ، يقال : اعترض عن امرأته ، أي ليس يستطيع وطأها ولامسيسها ، كأن شيئاً اعترضه أمام ذلك .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .
وقال ابن عرفة : المعترِض من هو بصفة من يطأ وربما كان بعد وطء ، أو عن امرأة دون أخرى .
شرح حدود ابن عرفة ٢٥٤/١ .

(٣) أي من غير تنصيف . انظر : المدونة ٢٠٠/٢ .

(٤) أي الآية الدالة على وجوب كفارة الظهار وكفارة اليمين .

(٥) فيكفر بالصيام أو الإطعام .

(٦) "له" ليست في أ ، ب ، و"له" أي للعبد .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢٠٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٨) لأن النكاح ينفسخ بملك أحد الزوجين صاحبه ، وقد بين المؤلف رحمه الله هذه المسألة في الباب الذي بعد هذا .

وأجاز ابن القاسم للعبد والمكاتب أن يتزوج ابنة مولاه[١] .

قال الشيخ : لأنه حين النكاح ليس بعبدٍ لها ، فنكاحه جائزٌ ، ولايراعى موت سيده ، لأن من أصلنا ألاَّ يُترك أمرٌ واجبٌ لأمر قد يكون أو لايكون[٢] .

[فصل ٣ ــ في الصداق في نكاح العبد]

قال ابن القاسم : ومن زوج عبده فالمهر على العبد إلا أن يشترطه السيد على نفسه[٣] .

قال الشيخ : لأن سبيل العوض أن يكون على المُعَوِّض[٤] إلا أن يكون شرط فَيُعمل عليه .

قال ربيعة : وإن خطب عليه السيد وسمى [صداقاً][٥] فالصداق على السيد وإن أذن له فنكح فذلك على العبد ، فللحرة ماسمى ، وكذلك للأمة / إلا أن يجاوز [٦٢/ب] ثلث قيمتها[٦] .

قال الشيخ : ووجه هذا:أنه إذا خطب عليه وسمى فهو كالوكيل على الشراء فالثمن عليه[٧] وإن قال : أشتريلفلان ، إلا أن يقول : فلانٌ يَنقُدُك دُوني[٨] ، وإن أذن له فنكح فالعبد هو المشتري وعليه الثمن[٩] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
(٢) وهو موت السيد هنا .
(٣) انظر : المدونة ٢/٢٠٠ .
(٤) اي الذي يدفع العوض .
(٥) من المدونة .
(٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
(٧) أي على السيد .
(٨) أي فلايكون الثمن عليه وإنما يكون على فلان .
(٩) أي وعليه المهر قياساً على الشراء .

وقوله[١] في الأمة : إلا أن يجاوز ثلث قيمتها ، فكأنه رأى أن ذلك أعلى صداق الأمة ، لأن النكاح إنما عمدة الغرض فيه الوطء ، فشبَّه الوطء بالجائفة[٢] التي فيها ثلث الدية[٣] ، وفي الأمة ثلث القيمة[٤] .

قال الشيخ : وقول ربيعة كله خلاف لقول مالك[٥] .

ومن المدونة : وإذا تزوج عبد أو مكاتب بغير إذن سيده ونقد المهر وبنى ، فللسيد فسخه ، ويترك للزوجة ربع دينار ، وترد مابقي ، فإن أُعدمت أُتبعت به[٦] .

فإن عتق العبد أو أدى المكاتب اتبعته الزوجة بما أدت إن غرَّها ، وإن بيَّن لها أو أخبرها أنه عبد فلاشيء لها ، وإن أبطله السيد عنه أو السلطان قبل العتق لم يلزمه شيء إن عتق ، وكذلك ماتداينه العبد بغير إذن سيده[٧] .

وإن لم يعلم السيد بنكاح عبده أو مكاتبه إلا بعد العتق فلاكلام له ، والنكاح ثابتٌ ، وكذلك ماأعتقه أو وهبه أو تصدق به .

وكل مالزم ذمة العبد ـ يريد من صداق نكاح بإذن السيد أو تجارة أذن له فيها ـ فلايأخذه الغرماء من خراجه وعمل يده .

قال ابن القاسم : ولامما فضل من ذلك بيده .

قال مالك : وإنما يأخذون ذلك مما أفاده العبد بهبة أو صدقة أو وصية فإن عتق العبد يوماً ما أُتبع بذلك ، وكل دين لحق المأذون له في التجارة كان دينه فيما

---

(١) أي ربيعة .

(٢) الجائفة من جراح الجسد وهي ماوصلت إلى الجوف من الظهر أو البطن ولو قدر مدخل الإبرة . الفواكه الدواني ٢٠٨/٢ .

(٣) أي بالنسبة للأحرار .

(٤) انظر : التفريع ٢١٢/٢ .

(٥) لأن مالكاً يرى أن المهر على العبد مطلقاً دون التفصيل الذي ذكره ربيعة ، كما تقدم من قول ابن القاسم .

(٦) أي ديناً عليها .

(٧) أي لايلزمه منه شيء إن أبطله السيد أو السلطان .

في يديه وفي كسبه في التجارة دون خراجه وعمل يده ، ويَضرب فيه السيد بدينه مع الغرماء[١] .

يريد : ماداينه به لاماستنجده به .

---

(١) انظر : المدونة ٢/١٩٩، ٢٠١ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

[الباب العشرون]
في ملك أحد الزوجين صاحبه
وهما عبدان أو حران

وأجمعوا أنه لايجوز نكاح بين امرأة وعبدها أو بين حرٍّ وأمته ، فوجب بذلك إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بعد النكاح أن يفسخ النكاح ، ولايجتمع ملك ونكاح[١] .

قال الشيخ : وإنما لم يجتمع ملك ونكاح لأن الحقوق فيه تتعارض ، فيؤدي ذلك إلى بطلانها ، وذلك أن الحرة إذا تزوجت عبدها فمعلوم أن نفقة الزوجة على زوجها ونفقة العبد على سيده ، فإذا طلبت الزوجة في هذا نفقتها من زوجها الذي هو عبدها طلبها هو بنفقته ، فأدى ذلك إلى إبطال النفقة عن كل واحدٍ منهما ، وذلك خلاف السنة[٢] ، وذلك إذا تزوج .

ولأن الرجل إذا تزوج أمته فالزوجة لها عليه حق في الوطء ، وليس ذلك للأمة ، فإذا طلبته بالوطء بالزوجية طلبها برفعه عنه بالملك ، ولم يصح لها مرافعته في الإيلاء منها ، فخالف في[٣] ذلك الكتاب[٤] والسنة[٥] وإجماع الأمة ، وبالله التوفيق .

---

(١) انظر : الرسالة ص١٩٩ ، الكافي ٥٤٦/٢ .

(٢) لأن السنة جاءت بأن النفقة حق للزوجة على زوجها ، قال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع : "اتقوا الله في النساء فإنهن عَوانٌ عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" .
أخرجه مسلم ، كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ٨٨٩/٢ رقم (١٢١٨) .

(٣) "في" ليست في ز .

(٤) لعله يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
وقوله : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ . سورة النساء : آية ١٩ .

(٥) لعله يشير إلى مايدل على حق المرأة في الوطء من السنة ، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما : "وإن لزوجك عليك حقا" .
أخرجه البخاري ، كتاب الصوم ، باب حق الجسم في الصوم ٢٤٥/٢ ، ومسلم ، كتاب الصيام ، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوّت به حقا ٨١٣/٢ رقم (١١٥٩) .

قال مالك : وإذا اشترى المكاتب والمأذون له زوجته انفسخ النكاح فسخاً بغير طلاق[١] .

قال الشيخ : لأنه أمرٌ مجتمعٌ على فسخه ، فهو كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة .

قال مالك : ويطؤها بملك اليمين[٢] .

قال مالك : وإذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء فسخ النكاح[٣] .

قال ابن القاسم : وتتبعه بمهرها ، لأن مالكاً قال فيمن داين عبداً ثم اشتراه : أنه يتبعه بدينه ، قال : وإن اشترته قبل البناء فلامهر لها[٤] . / [٦٣/أ]

قال سحنون : ألا[٥] ترى أنها وسيده اغتريا[٦] فسخ نكاحه ، فلايجوز شراؤها له، وتبقى له زوجة ، إذ الطلاق بيده ، فلاتخرج من عصمته بالضرر[٧] .

وفي النكاح الثاني شيء من هذا[٨] .

قال مالك : ولايتزوج الرجل مكاتبته ولاأمته[٩] ، ولاالمرأة مكاتبها وهو عبده مادام في حال الأداء ، لابأس أن يرى شعرها إن كان وَغْدَاً دنيئاً لاخَطْبَ له ، وإن كان له خطبٌ ومنظرٌ فلايرى شعرها ، وكذلك عبدها .

قال مالك :وإن كان عبداً لها فيه شركٌ فلايرى شعرها وَغْدَاً كان أو غير وَغْد[١٠] .

---

(١) أي أنهما لايتراجعان إلا بنكاح جديد .
انظر : المدونة ٢/٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٢) المدونة ٢/٢٠٠ .

(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠١،٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٥) في ز زيادة "أن" .

(٦) أي قَصَدا ، انظر : اللسان ، مادة (غزا) .

(٧) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٨) وهو في الباب السابع عشر منه .

(٩) "ولاأمته" ليست في أ ، ب .

(١٠) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

قال ابن القاسم : والوَغْد الذي لامنظر له ولاخطب .

قال : ولايتزوج الرجل أمة ولده وإن كان الأب عبدًا وكأنها أمته ، إذ لو زنى بها لم يحد[١] ، وجائزٌ أن يتزوج[٢] أمة والده أو أمة أُمِّه أو أخيه ، إذ لو زنى بها حُد[٣] .

قال[٤] : وإذا اشترى الولد زوجته من أبيه لم تكن بما ولدت منه قبل الشراء ولابحملٍ إن كان بها يوم الشراء أم ولد ، لأن ذلك الحمل قد عتق على جده[٥] ، ولو كانت أمة أجنبيٍّ فاشتراها وهي حاملٌ كانت به أم ولدٍ ، لأنه عليه عَتَق[٦] .

وقال غيره : لايجوز للابن شراؤها ، لأن مافي بطنها قد عتق على جده[٧] . وهذه[٨] في كتاب أمهات الأولاد مُستوعَبة .

قال ابن القاسم : وإذا كان للعبد المأذون له في التجارة أو المحجور عليه أمةٌ فأراد سيده أن يزوجها منه ، فوجه الشأن في ذلك ـ وهو أحب إلي ـ أن ينتزعها منه ثم يزوجها له بصداق ، فإن زوجها إياه قبل أن ينتزعها فالنكاح جائز ، وكان ذلك انتزاعا ، وكذلك إن أراد السيد أن يطأها فأحب إلي أن ينتزعها منه ثم يطؤها ، فإن وطئها قبل أن ينتزعها منه كان ذلك انتزاعاً[٩] .

---

(١) لشبهة الملك .

(٢) في ز زيادة "الولد" .

(٣) انظر : المدونة ٢٠٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
وفيه زيادة : أمة زوجته .
وفي المدونة : قال سحنون : أرأيت الرجل أيجوز له أن يتزوج أمة امرأته؟ قال ابن القاسم : نعم في رأيي ، لأن مالكا قال : من زنى بأمة امرأته رجم .

(٤) أي مالك .

(٥) أي جد الحمل ، وهو سيد الأمة .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢٠٢/٢،٢٠٣ .

(٨) أي مسألة شراء الولد زوجته من أبيه .

(٩) أي وطؤها .
انظر : المصدر نفسه ٢٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

[الباب الحادي والعشرون]
في نكاح الحر الأمة ونكاحه إياها على الحرة أو الحرة عليها وكيف إن كان عبدا ، وفي تسري العبد والمكاتب ونكاحه

[فصل ١ ــ في نكاح الحر الأمة]

قال الله تعالى : ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَن يَنْكِحَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ٱلْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّامَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله : ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾[١] فعلَّقه بشرطين ، عدم الطَّول ، وخشية العنت[٢] .

قال ابن حبيب : وهي[٣] محكمةٌ فلاتحل له الأمة إلا بعد عدم الطول ، وخوف العنت ، وهو الزنا ، وهو قول علي وابن عباس وابن مسعود[٤] وأصحاب مالك ، ورواه ابن وهب عن مالك .

قال غيره[٥] : وقد اختُلف في نسخها[٦] .

وكان من قول مالك فيمن تزوج أمةً على حرةٍ وهو يجد طولاً أن يفرق بينهما وإن خشي العنت ، قال : ويضرب ، ثم رجع فأجازه وجعل الخيار للحرة ، وقال : لولا ماقاله مَنْ[٧] قبلي من العلماء رضي الله عنهم ــ يريد ابن المسيب[٨]

---

(١) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٢) انظر : التفريع ٤٥/٢ ، المعونة ٧٩٦/٢ .

(٣) أي الآية السابقة .

(٤) أثر ابن عباس أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في نكاح إماء المسلمين ٢٨٢/٧ رقم (١٣٩٩١) ، أما أثر علي وابن مسعود فأخرجهما في المدونة ٢٠٥/٢ .

(٥) أي غير مالك .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٥٠/ب ، ٢٥١/أ .

(٧) "من" ليست في ز .

(٨) قال سعيد : إن نكح الأمة على الحرة خيرت الحرة ، فإن أحبت أن تقر عنده فلها مثلا ماللأمة من قسمة ونفقة وإن شاءت فرق بينه وبين الأمة .
أخرجه عبد الرزاق ، باب نكاح الأمة على الحرة ٢٦٦/٧ رقم (١٣٠٩٤) .

وغيره ـ لأجزته[١] ، لأنه حلالٌ في كتاب الله جل وعز[٢] .

قال الشيخ : يريد قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[٣] .

قال ابن القاسم[٤] : فللحر أن يتزوج من الإماء مابينه وبين أربع ، وذلك إذا لم يجد طولاً لحرةٍ وخشي العنت ، وذلك للعبد وإن لم يخش العنت[٥] .

قال عبد الوهاب : لنقصه بالرق كَهِي ، ولأنه لاعار عليه في استرقاق ولده ، لأن ذلك ليس بأكثر من استرقاق نفسه ، وليس للحر استرقاق ولده مع الاستغناء عنه[٦] .

قال : وللعبد عندنا أن يتزوج أربع حرائر أو إماء[٧] خلافاً لأبي حنيفة[٨] [والشافعي][٩] لقوله تعالى : ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ الآية[١٠] فعم[١١].

---

(١) أي لأجزت نكاح الأمة على الحرة مطلقا من غير تخيير للحرة .

(٢) انظر : المدونة ٢٠٤/٢ ، تهذيب الطالب ل١٢/ب .

(٣) سورة النور : آية ٣٢ .
قال ابن المواز : أراه ـ أي مالك ـ يعني قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ . النوادر والزيادات ل٢٥١/أ .
ووجه الاستدلال بالآية أنها عامة في إباحة نكاح الإماء سواء عنده حرة أم لا .

(٤) "ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢٠٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٦) انظر : المعونة ٧٩٧/٢ .

(٧) انظر : الرسالة ص١٩٩، ٢٠٠ ، التفريع ٤٥/٢ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص١٧٦ ، مختصر القدوري مع شرحه ٢٣/٣ .

(٩) من المعونة ، انظر : مختصر المزني ص١٨٠ ، التنبيه ص١٦١ .

(١٠) وتتمتها : ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ . سورة النساء : آية ٣ .

(١١) أي فعمَّ الخطاب الأحرار والعبيد . انظر : المعونة ٧٤٣/٢ .

[فصل ٢ ــ في نكاح الحر الأمة على الحرة أو الحرة عليها]

ومن المدونة : قال مالك : ولاينكح الحر أمةً على حرة / فإن فعل جاز [٦٣/ب] النكاح وخيرت الحرة في أن تقيم معه أو تختار نفسها .

ابن وهب : وكره ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن ينكح على الحرة أمة ، وأن يجمع بينهما[١] ، وقاله جابر بن عبد الله رضي الله عنه[٢] ، وقال : وله أن ينكح الحرة على الأمة[٣] .

قال ابن المسيب : إذا تزوج الحرة على الأمة و لم تعلم الحرة فهي بالخيار في أن تفارقه أو تقيم معه ويكون لها الثلثان من نفسه وماله[٤] ، وقاله ابن شهاب[٥] .

قال ابن القاسم : فإذا تزوج الحرة على الأمة ، و لم تعلم فاختارت فراقه فلانقضي إلا بواحدةٍ وتكون بائنة ، بخلاف خيار المعتقة[٦] .

ـ قال ابن المواز : فإن فسخت بالثلاث لزمت وقد أساءت ، وقاله أصبغ ـ .

قال مالك : وإن رضيت بالمقام مع زوجها ساوى بينهما في القسم[٧] .

ورأى ابن المسيب أن للحرة الثلثين[٨] .

---

(١) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح الأمة على الحرة ٤٢٣/٢ رقم (٢٨) .

(٢) أي لاتنكح الأمة على الحرة .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب لاتنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة ٢٨٥/٧ رقم (١٤٠٠٤) .

(٤) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح الأمة على الحرة ٤٢٣/٢ رقم (٢٩) .

(٥) انظر : المدونة ٢٠٤/٢ .

(٦) وهي الأمة التي تعتق تحت عبد ، فإنها إن اختارت فراقه قضي بالثلاث ، وقد تقدمت هذه المسألة ، انظر ص٩٥ .

(٧) لأن القسم حق من حقوق الزوجة فوجب أن تستوي فيه الحرة والأمة كالنفقة والكسوة .
انظر : المصدر نفسه ٢٠٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٨) كما سبق من قوله .

قال عبد الوهاب : وقال عبد الملك[١] : الحرة مخيرة في أن تجيز نكاح الأمة أو تفسخه ، فوجه قول مالك[٢] : أنها لها إزالة الضرر عن نفسها بما لاتضر به غيرها ، فإما أقامت أو فارقت فلاسبيل لها على نكاح الأمة[٣] .

ووجه قول عبد الملك : أن الضرر الذي دخل عليها كون الأمة ضرةً لها ، فلها أن تزيله ، وأما الخيار في فسخ نكاح نفسها ، فليس ذلك إزالة ضررٍ بل زيادةٌ فيه[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوج على الحرة أمةً فرضيت ثم تزوج عليها أخرى فأنكرت كان لها الخيار أيضاً .

قال مالك : ولابأس بنكاح حرةٍ على أمة ، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت أن تحته أمة .

قال ابن القاسم : فإن كان تحته أمتان فعلمت بواحدةٍ فلها الخيار بعد علمها بالأخرى ، فإن رضيت فلها ثلث القسم .

قال مالك : وإنما جعلنا للحرة الخيار في ذلك لما قالت العلماء[٥] ، ولولا ماقالوه لرأيته حلالاً ، لأنه في كتاب الله حلال .

قال سحنون : هو قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[٦] .

وقال ابن القاسم : إنما جعلنا الخيار للحرة إذا تزوج عليها أمة ، أو تزوجها هي على الأمة والحرة لم تعلم ، لأن الحر ليس من نكاحه الأمة إلا أن يخشى العنت[٧] ، فإذا خشي العنت وتزوج أمةً كانت الحرة بالخيار[٨] .

---

(١) أي فيما إن نكح أمة على حرة .
(٢) وهو أن الخيار للحرة في أن تقيم مع زوجها أو تفارقه وقد تقدم قريباً .
(٣) أي بفسخه ، لأن في ذلك إضرار بغيرها .
(٤) انظر : المعونة ٧٩٨/٢ .
(٥) يريد سعيد بن المسيب وغيره ، وقد تقدم ذكرذلك أول الباب .
(٦) سورة النور : آية ٣٢ .
(٧) لقوله تعالى بعد اشتراط عدم الطول لنكاح الحر الأمة : ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .
(٨) انظر : المدونة ٢٠٤/٢، ٢٠٥ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

وقال عبد الوهاب : إنما كان للحرة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة .

قال : وإذا تزوج الحرة على الأمة و لم تكن علمت فقيل : لها الخيار بين أن تقيم أو تفارق .

وقيل : لاخيار لها .

فوجه أن لها الخيار فلرفع الضرر عنها بأن تكون ضرتها أمة .

ووجه أن لاخيار لها فلأنها فرطت في استعلام ذلك[١] .

قال الشيخ : فصار في نكاحه[٢] الأمة على الحرة ثلاثة أقوال :

قول : أن الحرة مخيرة في أن تقيم أو تفارق ، والثاني : أن تقيم مع الأمة أو تطلقها عليه ، والثالث : أنه يفسخ على كل حال .

وصار في نكاحه الحرة على الأمة قولان :

أحدهما : إن لم تعلم الحرة خيرت الحرة بين[٣] أن تقيم أو تفارق .

والثاني : لاخيار للحرة .

وذكر في الواضحة أحاديث عن عمر وغيره من الصحابة إذا تزوج الحرة على الأمة فرق بينه وبين الأمة[٤] ، واختار ذلك عبد الملك بن حبيب واستحسنه .

[٥]قال : إلا ألا يكتفي بالحرة ولايجد ماينكح به حرةً أخرى فلاتحرم عليه الأمة التي عنده[٥] [٦] .

---

(١) قال عبد الوهاب : وكل هذا إذا كان الزوج حراً .
انظر : المعونة ٢/٧٩٨،٧٩٩ .

(٢) أي الحر .

(٣) "بين" ليست في ز .

(٤) أخرجه سعيد ، باب نكاح الأمة على الحرة والحرة على الأمة ١/١٩٨ رقم (٧٤٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب من زعم أن نكاح الحرة على الأمة طلاق الأمة ٧/٢٨٥ رقم (١٤٠٠٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : نكاح الحرة على الأمة طلاق الأمة .

(٥) ساقط من أ ، ب .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥١/أ ، ب .

فصل [٣ ــ في شروط نكاح الحر الأمة]

ومن المدونة : قال ابن وهب : قال مالك :ويجوز للحر أن ينكح أربع مملوكات إذا كان على ماذكره الله تعالى في كتابه في قوله[١] : ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[٢] .

قال : والطَّول عندنا المال ، فمن لم يستطع طولاً وخشي العنت فقد أرخص الله له في نكاح/ أمةٍ مؤمنةٍ. [٦٤/أ]

وروى ابن وهب وابن القاسم وعلي بن زياد عن مالكٍ أنه قال : لاينبغي للحر أن يتزوج أمةً وهو يجد طولاً لحرة ، ولافي عدم الطول إلا أن يخشى العنت كما قال الله تعالى .

وقال غيره[٣] : لاينكح أمةً على حرةٍ إلا أن تشاء الحرة ، وهو لاينكحها على حرة ، ولاعلى أمة ، وليس عنده شيء[٤] ، ولاعلى حالٍ إلا أن يكون ممن لايجد طولاً وخشي العنت .

قال مالك : وليس الحرة تحته بطولٍ يمنعه نكاح أمةٍ إذا خشي العنت ، لأنه لايتصرف فيها تصرف المال فينكح بها .

قيل لابن القاسم : فإن لم يخش على نفسه العنت وتزوج أمة؟

قال : كان مالك يقول : ليس له أن يتزوجها إذا لم يخش العنت ، وإن كان تحته حرةً فلايتزوج أمة ، فإن تزوجها على حرةٍ فرق بينه وبين الأمة ، ثم رجع فقال : إن تزوجها خيرت الحرة[٥] .

---

(١) "في قوله" ليست في ز .

(٢) سورة النساء : آية ٢٥ .
أي يكون الحرممن لايجد طولاً ، ويخشى العنت على نفسه .

(٣) وهو ابن نافع عن مالك .

(٤) "وليس عنده شيء" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٠٥ .

قال عبد الوهاب : فوجه القول الأول[١] بأنه يفرق بينه وبين الأمة ، لأن الحرة تحته من الطول ، لأن الطول كونه قادراً على صداق الحرة ، فكون الحرة تحته أولى بأن تكون طَولاً .

ووجه قوله أنه يصح وتخير الحرة : أن الطول القدرة على صداق حرة ، لاعلى حرةٍ متقدمةٍ كما قال مالك ، لأنه لايتصرف فيها تصرف المال فينكح بها[٢].

فصل [٤ ــ في نكاح العبد حرة على أمة ، أو أمة على حرة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذانكح عبدٌ حرةً على أمةٍ ، أو أمةً على حرةٍ فلاخيار للحرة ، لأن الأمة من نسائه .

قال مالك : ويقسم العبد بين الحرة والأمة بالسواء[٣] .

فصل [٥ ــ في تسرِّي العبد والمكاتب]

وللمكاتب والعبد التسري في أموالهما بغير إذن السيد[٤] .

ابن وهب : وقاله غير واحدٍ من العلماء والتابعين[٥] .

قال الشيخ : يريد إذا كان العبد مأذوناً له في التجارة ، وأما المحجور فلا إلا بإذنه .

قال مالك في المختصر الكبير : إن كان بيد العبد مالٌ للسيد فليس له أن يتسرَّى فيه وإن أذن له إلا أن يهب له المال فله حينئذٍ أن يتسرَّى وإن لم يذكر له التسري فيه[٦] [٧] .

---

(١) "الأول" ليست في ز .

(٢) انظر : المعونة ٧٩٨/٢ .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢٠٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٥) كابن شهاب ويحيى بن سعيد . انظر : المدونة ٢٠٦/٢ .

(٦) "فيه" ليست في ز .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٠/ب .

فصل [٦ ــ في نكاح المكاتب والمكاتبة بغير إذن السيد]

قال ابن القاسم : ولايتزوج مكاتبٌ ولامكاتبةٌ بغير إذن السيد لرجاء فضلٍ أو غيره ، لأن ذلك يعيبهما إذا عجزا[١] ، فإن فعلا فللسيد فسخه .

ولايجوز لمن عليه رقٌّ لغيره أن ينكح إلا بإذن من له الرق فيه[٢] ، قال الله تعالى ﴿فَانْكِحُوْهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٣] .

---

(١) أي عجزا عن أداء دين الكتابة .

(٢) انظر : المدونة ٢٠٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٥ .

والمستدل بالآية المؤلف وليس ابن القاسم كما يظهر من السياق .

[الباب الثاني والعشرون]
في الأمة والحرة والعبد يغرون[١] من أنفسهم أو يغر منهم أجنبي

[فصل ١ ــ في الأمة تَغُرُّ من نفسها وحكم ولدها]

وقد قضى عمر وعثمان في ولد الأمة الغارَّة لسيدها بمثلهم[٢] .

قال مالك : وذلك يرجع إلى القيمة[٣] [٤] .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً أخبرته أنها حرةٌ ثم علم قبل البناء أنها أمةٌ أذن لها السيد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها ، فللزوج الفراق ، ولاصداق لها ، وإن كان قد بنى بها فلها المسمى إلا أن يزيد على صداق المثل فلترد مازاد[٥] .

قال ابن القاسم : وإن شاء ثبت على نكاحها وكان لها المسمى[٦] .

قال الشيخ : وبيانه أن لها الأقل من المسمى أو صداق المثل .

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : فإن نقص المسمى عن صداق المثل فعلى الزوج تمامه .

وقال أشهب : لاشيء عليه فيما نقص عن ذلك ، ولاحجة للسيد / كما لو [٦٤/ب] زنى بها طائعةً[٧] .

---

(١) الغُرور لغة : مشتقٌ من غَرَّه يَغرُّه غَرّاً وغُرُوراً وغِرَّةٌ فهو مَغْرُورٌ وغرير ، والمعنى : خدعه وأطمعه بالباطل . انظر : اللسان ، مادة (غَرَرَ) .
والغرور في النكاح عرَّفه ابن عرفة بأنه : إخفاء نقصٍ معتبرٍ بأحد الزوجين بذكر ثبوت نقيضه أو تقرر عُرفٍ بثبوته . شرح حدود ابن عرفة ٢٥٤/١ .

(٢) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الأمة تغر الحر بنفسها ٢٧٨،٢٧٧/٧ رقم (١٣١٥٥،١٣١٥٧) .

(٣) لأن العبد لايؤتى بمثله ولانحوه . انظر : سنن البيهقي ٣٥٨/٧ .

(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

قال الشيخ : يريد : فلايكون عليه شيء ، فكذلك مازاد على المسمى لاشيء للسيد فيه .

قال الشيخ : وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة[١] .

ومن العتبية : قال أصبغ : قال ابن القاسم : وإذا قال الزوج : ظننتها حرة ، فهو على قوله ، قال أصبغ : والسيد مدَّعٍ فعليه البينة[٢] ، وليس على الزوج بينةٌ أنه نكح على أنها حرة[٣] .

قال في كتاب محمد[٤] : وإذا زوج الحر امرأةً ولم يشترط أنها حرة فله الخيار إذا ظهر أنها أمة .

قال أصبغ في العتبية : ولو أقر الزج الآن أنه نكحها عالماً أنها أمة ، وقد فشا أنها غرته من الحرية ، والسماع على ذلك أو الشك فلايصدق الأب على مايدفع عن نفسه من غرم قيمة ولده ويريد إرقاقهم[٥] .

ومن المدونة : قال مالك : وللسيد على الأب قيمة الولد يوم الحكم ، ولاشيء على الأب فيمن مات منهم قبل ذلك[٦] ، ومن قَتَل ولدها فأخذ الأب منه دية حر ، ثم استحقَّت[٧] الأم فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبداً أو ماأخذ في ديته[٨] .

---

(١) كما تقدم ، وإنما يرد مازاد على المسمى إلى الزوج .

(٢) أي على أنه علم أنها أمة .

(٣) فالقول قوله ، لأن نكاحه إياها بإذنها ورضاها شاهد على أنه إنما تزوجها على أنها حرة .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٧٣،٧٤ .

(٤) "قال في كتاب محمد" ليست في ز .

(٥) وهم أحرار .
انظر : المصدر نفسه ٥/٧٤ ، النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

(٦) أي قبل أن يستحقهم سيد أمهم .

(٧) الاستحقاق لغة : مصدر استحق ، ومعنى استحق الشيء : استوجبه .
انظر : اللسان ، مادة (حقق) .
وشرعاً : رفع ملك شيءٍ بثبوت ملكٍ قبله أو حرية كذلك بغيرعوض .
شرح حدود ابن عرفة ٢/٤٧٠ .

(٨) انظر : المدونة ٢/٢٠٧ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

ابن المواز : وقال أشهب : لاشيء للمستحق من قيمة الولد ، كما لو اقتص الأب من قاتله ، أو هرب قاتله ، وكما لو مات الولد وترك مالاً كثيراً لكان ذلك لأبيه خاصة .

قال أصبغ : إذا قتل الولد فأخذ الأب ديتهم فاستهلكها ثم أعدم في قيام السيد فلايرجع السيد على غارم الدية بشيء ، لأنه ودى ذلك بحكمٍ لزمه[١] .

ومن المدونة : وإن استُحِقَّت وفي بطنها جنينٌ فعلى الأب قيمته يوم الوضع وهو حر ، ولو ضرب رجلٌ بطنها قبل الاستحقاق أو بعده فألقت جنيناً ميتاً فللأب عليه غرة عبد أو وليدة[٢] ، لأنه حر ، ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك أو من عُشُر قيمة أمه يوم ضُربت ، ولايكون على الأب أكثر مما أخذ ، ولاعلى الضارب أكثرمن الغرة[٣] .

ابن المواز : وقال أشهب : لاشيء للمستحق كما قال في القتل .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك[٤] : وولدها لاحق النسب ، له حكم الحر في النفس والجراح[٥] ، وفيه الغرة قبل الاستحقاق وبعده .

وإن استحقت الأمة بعد موت زوجها ولم يدَع مالاً ، أو كان زوجها حياً وهو عديمٌ وله منها ولد موسر ، فللمستحق على الولد قيمته[٦] ، وإن كان عديماً فذلك عليه إن أيسر ، وقيل : لاشيء على الولد من قيمة نفسه .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

(٢) قوله : غُرَّة عبد أو وَليدَة ، أي العبد نفسه أو الوليدة نفسها ، وعبَّر عنهما بالغُرَّة ، والغرة البياض ، وكل شيءٍ يُضِيء عند العرب غُرَّة . انظر : غرر المقالة في شرح غريب الرسالة ص٢٣٩ .
قال ابن عرفة : الغُرَّة : دية الجنين المسلم الحر حكماً يلقى غير مستهلٍ بفعل آدمي . شرح حدود ابن عرفة ٦٢٣/٢ .

(٣) لأنه حر . انظر : المدونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) "قال مالك" ليست في ز .

(٥) فديته دية حر وإن كانت قيمته أضعاف الدية ، ويقتل من قتله من الأحرار عمداً ، وتحمل العاقلة الخطأ فيهم ، وعلى العاقلة ماجنوا . انظر : المدونة ٢٠٧/٢ .

(٦) لأن الغرم إنما كان على أبيه لمكان رقبته ، فإن لم يوجد عند الأب شيء كان ذلك عليه إن كان مليئا . انظر : المصدر نفسه ٢٠٨/٢ .

قال ابن القاسم : والقول فيها وفي ولدها كالقول في المستحقة بيد مشترٍ[١] سواء ، وذلك في كتاب الاستحقاق مستوعب[٢] .

ولو استحق الأمة عم الولد أخذ قيمتهم ، إذ لايعتق عليه بنوا أخيه ولو كان جدهم لم يأخذ قيمتهم ، لأنهم يعتقون عليه ، ولاشيء له من ولائهم ، لأنهم أحرارٌ ، وإنما أُخذت القيمة منهم بالسنة[٣] .

قال ابن المواز في كتاب الغصب : ويكون ولاؤهم لأبيهم[٤] .

قال الشيخ : ولو كان إنما زوَّجه أبوه أمته وهو عالمٌ فهاهنا يكون ولاء ولده لجدهم ، لأنهم عليه عتقوا ، لأنه لو كان الزوج أجنبياً لكانوا لسيد الأمة أرقاء ، فإذاكان ولده عتقوا على الجد لأنهم ولد ولده ، وفي الغارة هم أحرارٌ ، وفي الولد وفي الأجنبي لم يعتقوا على أحدٍ ، وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة ، فالموضع الذي يكونون فيه أحراراً يكون ولاؤهم في مسألة الولد للوالد[٥] ، والموضع الذي يكونون فيه أرقاء يكون في مسألة الولد ولاؤهم لجدهم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو غرَّت أمة الأب ولده / فتزوجها [٦٥/أ] فولدت منه ثم استحقها الأب فلاشيء له من قيمة ولدها ، إذ لو ملكهم عتقوا عليه وكذلك إن غرت أمة الولد والده فتزوجها فولدت منه[٦] .

---

(١) وهي التي اشتريت على أنها أمةٌ للبائع ثم تبيَّن أنها أمةٌ لغيره .

(٢) "مستوعب" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٠٧/٢، ٢٠٨ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب ، ضبط وتخريج زكريا عميرات (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ١٦٤/٥ .

(٥) في أ ، ب "للولد" .

(٦) أي فلاشيء له من قيمتهم ، قال ابن القاسم : لأن مالكاً قال : إذا ملك الرجل أخاه أو اباه أو ولده أو ولد ولده فهو حر .
انظر : المدونة ٢٠٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

قال سحنون في المجموعة : إذا غرت أمة الابن والده فتزوجها على أنها حرة فإن الأب يغرم قيمتها لولده ، وتكون أم ولد للأب ، وليس للابن أخذها ، ولاشيء على الأب من قيمة الولد ، والتزويج فيها ليس بتزويج .

وأما الابن الذي غرته أمة الأب فهو مثل الأجنبي يكون لها صداق مثلها ، ويأخذها الأب ولاقيمة عليه في الولد[١] .

فصل [٢ ــ في ولد الغارَّة إن كانت أم ولد]

ومن المدونة : قال مالك : ولو كانت الغارَّة أم ولد فلمستحقها قيمة الولد على أبيهم على رجاء العتق لهم بموت سيد أمهم وخوف أن يموتوا على الرق قبله ، وليس قيمتهم على أنهم عبيدٌ ، لأنهم يعتقون إلى موت سيد أمهم ، ولو مات سيد أمهم قبل القضاء لم يكن لورثته من قيمة الولد شيء ، لأنهم بموت السيد عتقوا[٢] .

قال مالك : وإن وجد السيد ولدها مقتولاً فديته لأبيه دية حر ، ويكون لسيد الأمة على أبيه الأقل مما أخذ أو من قيمتهم يوم القتل على الرجاء والخوف[٣].

قال الشيخ : هكذا نقلها أبو محمد : قيمتهم على الرجاء والخوف ، وهو الصواب ، لأن الأب يقول : لو لم يقتلوا ماكان يلزمني إلا قيمتهم على الرجاء والخوف ، فإذا كان ذلك أقل مما أخذت من الدية لم يلزمني غيره .

قال الشيخ : وقال بعض أصحابنا : بل[٤] يغرم الأقل مما أخذ أو قيمة الولد عبدا ، لأن ولد أم الولد إذا قتل إنما تجب على القاتل قيمته عبداً[٥] .

قال الشيخ : وتشبيهه قتله بما يلزم أباه فيه غلط ، لأن ولد الغارة قد جعل قيمتهم على الأب على الرجاء والخوف تخفيفاً عنه ، بخلاف مايلزم القاتل فيهم .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ١٦٤/٥ .
(٢) قبل أن يقضى بالقيمة .
(٣) انظر : المدونة ٢٠٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٤) "بل" ليست في أ .
(٥) انظر : النكت والفروق ل٦٤/ب .

[فصل ٣ ــ في ولد الغارة إن كانت مدبرة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن غرت مدبَّرةٌ ففي ولدها القيمة على الرجاء [والخوف] [١] أن يعتقوا أو يرقوا ، بخلاف ولد أم الولد[٢] .

قال الشيخ : يريد قيمتهم على أنهم يعتقون بموت السيد إذا حملهم الثلث ولادين على السيد ، أو على أن يعتق ماحمل الثلث منهم ، أو يرقوا إن كان على السيد دين ، أو يموتوا قبل ذلك ، فالخوف في رقهم أشد منه في ولد أم الولد ، لأن العتق إنما يلحقهم في حال[٣] ويمتنع في أحوال ، فلذلك قال : بخلاف ولد أم الولد .

وقال ابن المواز : بل يغرم الأب قيمتهم رقيقاً ، لأنهم يرقون أحياناً ولاينفذ لهم العتق إلا بعد الموت من الثلث ، والعتق فيهم اليوم أوكد من التدبير ، كما لو اشترى رجلٌ مدبَّراً فأعتقه وهو لايعلم ، ثم علم أنه مدبرٌ ، ماكان من البائع أن يرد شيئاً من ثمنه على المشتري وإن كان قد غرَّه[٤] .

فصل [٤ ــ في ولد الغارة إن كانت مكاتبة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت مكاتبةٌ غرت من نفسها فولدت فلتؤخذ من الأب قيمتهم[٥] .

ـ قال ابن المواز : عبيداً[٦] ـ .

---

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٢٠٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٣) في ز زيادة "ويمتنع في حال" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .

(٥) لأنهم إن عتقت أمهم عتقوا بعتقها لأنهم في كتابتها .
انظر : المدونة ٢٠٩/٢ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .

قال ابن القاسم : فتوضع تلك القيمة على يدي رجل [عدل] [١] فإن عجزت أخذ السيد القيمة ، وإن ودت[٢] رجعت القيمة إلى الأب[٣] .

قال ابن المواز : واختلف فيه أصحابنا ، وأحب إلي أن تعجل فيه[٤] القيمة للسيد فيحسبها في الكتابة إن كانت أقل منها أو مثلها ، وإن كانت أكثر لم يلزم الأب إلا الأقل / من بقية الكتابة ، أو من[٥] قيمة الولد . [٦٥/ب]

قال : وزعم ابن القاسم أن القيمة توقف ، والذي يدخل عليه في ذلك أن يقال : أليس كل ماولدته المكاتبة مدة الكتابة[٦] داخل في كتابتها؟ فكتابتها أحق بقيمة ولدها ، كما لو قتل ، وكما لو أعتقه السيد وهو ممن يسعى برضى الأم لسقط عنها مايقع عليه من الكتابة ، وولد هذه المستحقة دخله عتق لابد منه ، وقد كان في كتابة أمه لولا هذه الحرية ، فقيمته عوض منه .

قال ابن المواز : وأما المعتقة إلى أجل فولدها بمنزلتها ، وعلى الأب قيمتهم على أنهم أحرار إلى ذلك الأجل[٧] .

قال ابن المواز : وإنما لزم الأب في ولد المستحقة قيمتهم يوم الحكم ، لأنه ليس بغاصب ، وقد قال عمر وعثمان : إنه يحكم لمستحق أُمِّهم بأمثالهم[٨] ، فجعلت القيمة موضع ذلك ، قال مالك : القيمة أعدل .

---

(١) من المدونة .
(٢) أي أدت دين الكتابة .
(٣) انظر : المدونة ٢٠٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٤) "فيه" ليست في ز .
(٥) "من" ليست في ز .
(٦) "مدة الكتابة" ليست في أ ، ب .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .
(٨) سبق تخريجه ص١٥٠ .

فصل [٥ ــ في المغرور إن كان عبدا]

ومن المدونة : قال ابن القاسم[١] : وإن غرت الأمة عبداً أنها حرةٌ فتزوجها فولدت منه ، فولدها يرق برقها ، إذ لابد من رقّه مع أحد الأبوين ، فجعلتهم تبعاً للأم ، لأن العبد لايغرم قيمتهم[٢] .

قال في كتاب ابن المواز : ويرجع العبد على من غرَّه بالمهر ، ثم لايرجع من غره عليها ، وإن لم يغره منها أحدٌ رجع عليها بالفضل على صداق مثلها ، لحجته أنه رغب في حرية ولده ، وهذا إن اشترط أنها حرةٌ ، أو ظهر وجهٌ عُلِم به أنه عمل على أنها حرة ، وإلا فلايرجع بشيءٍ من الصداق ، بخلاف الحر[٣] لايشترط حريتها ثم يظهر أنها أمة[٤] .

فصل [٦ ــ في الغار إن كان أجنبيا]

ومن قال لرجل : فلانة حرة ، ثم زوجها إياه غيره فولدت أولادا ، ثم إنها استحقت أنها أمةٌ فلايكون المخبر هاهنا غارّاً ، ولايرجع الزوج عليه بشيء ، علم المخبر أنها أمةٌ أم لا ، وكذلك إن ولي المخبر العقد ولم يعلم أنها أمة ، وأما إن ولي المخبر العقد وهو يعلم أنها أمة فهاهنا يكون غارّاً ، ويرجع الزوج عليه بما ودى من الصداق[٥] .

ابن المواز : كان المخبر ولياً لها أم لا ، فإنه يغرم إذا علم ثم عقد ، ولايترك لها ربع دينارٍ وكأنه باعه البُضْع فاستُحِق[٦] .

---

(١) في أ ، ب "مالك" .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٠٩، ٢١٠ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٣) في جميع النسخ "الحرة" .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢١٠ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايرجع عليه بما يغرم من قيمة الولد ، إذ لم يغره من ولده .

قال :ولو أنه إذ غره عالماً وولي العقد أعلمه أنه غير وليٍّ لها لم يرجع عليه الزوج بشيء[١] .

قال الشيخ : لأنه دخل على أمرٍ للولي فيه الخيار عنده وإن لم يعلم أنها أمة.

[فصل ٧ ــ في العبد يغر من نفسه]

قال مالك : ولو غر عبدٌ حرةً فتزوجته على أنه حر ، وأجاز السيد نكاحه ، فلها أن تختار فراقه[٢] ما لم تدعه يطؤها بعد علمها به أنه عبد .

قال ابن القاسم : وإذا كرهته فرق السلطان بينهما إلا أن يتطوع الزوج بالفراق دونه[٣] .

قال ابن شهاب : ويُجلد العبد نكالاً بما كذبها وخَلَبَها[٤] .

---

(١) لأنه لايعتبر غارّاً هاهنا . انظر : المدونة ٢/٢١٠ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٢) فإن فارقت قبل البناء فلاشيء لها ، وإن بنى بها فلها الصداق ، وإن لم يقل لها : إني حر ، ولاعبد ، فلها الخيار أبدا وهوغار حتى يخبرها أنه عبد .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .

(٣) أي فيلزم . انظر : المدونة ٢/٢١٠،٢١١ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) قال ابن شهاب ذلك في عبدٍ انطلق إلى حيٍّ من المسلمين فحدثهم أنه حرٌ فزوجوه امرأةً حرةً و لم تعلم بذلك ، فقال : السنة في ذلك أن يفرق بينهما حين تعلم بذلك ، ثم تعتد عدة الحرة المسلمة ويجلد العبد نكالاً لما كذبها وخَلَبَها وأحدث في الدين .
انظر : المدونة ٢/٢١٠،٢١١ .
وقوله : خَلَبَها : أي خدعها . انظر : اللسان ، مادة (خلب) .

ومن كتاب ابن المواز : أنها إذا أقامت سنين مع مكاتبٍ تزوجها ، ثم قالت: لم أعلم أنه مكاتبٌ ، وقد غرَّني ، فلتحلف أنها ماعلمت ولها الخيار .

قال أصبغ : تحلف أنها ماعلمت أنه مكاتبٌ ، ولاينفعها أن تقول : ظننت المكاتب حراً .

قال ابن حبيب : ولو قالت : جهلت أن لي الخيار ، لم تُعذر بذلك[١] .

[فصل ٨ ــ في النصرانية تغر المسلم ، والمسلم يغر النصرانية]

ومن تزوج نصرانيةً و لم يعلم فلاحجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة ، أو يظهر ويعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمةٌ لما كان يسمع منها ، فيكون منها الكتمان وإظهار الإسلام ، فهذا كالشرط ، وأما المسلم يغر النصرانية فيقول لها : إني على دينك ، فيتزوجها ثم تعلم بذلك[٢] أن لها الخيار ، لأنه غرها ومنعها من / [٦٦/أ] كثير مايبيحه لها دينها[٣] من شرب الخمر وغيره ، قاله مالك .

وقال ربيعة : لاخيار لها وليس الإسلام بعيب[٤] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٣/أ .
(٢) "بذلك" ليست في ز .
(٣) "مايبيحه لها دينها" ليست في ز .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٥٣/أ .

[الباب الثالث والعشرون]
ماتُردُّ به المرأة والرجل من عيب ، ومن غر من ذلك وذكر العنين والخصي والمجبوب

[فصل ١ ــ فيما تُردُّ به المرأة من العيوب]

روي أن الرسول عليه الصلاة والسلام زوج امرأة من بني غِفار[١] ، فوجد بكَشْحِهَا[٢] بياضًا ، فردها وقال : "دلَّستم علي"[٣] .

ورأى عمر بن الخطاب وعلي رضي الله عنهما وغيرهما ردَّ النساء من العيوب الأربعة : الجنون ، والجذام ، والبرص[٤] ، وعيب الفرج[٥] .

قال الشيخ : ولامخالف لهم ، لأنها عيوب تؤثر في الاستمتاع المقصود ، وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معها الخيار ، أصله الجب والعنة[٦] .

---

(١) هكذا في مصادر تخريج الحديث ، وفي نسخ الجامع "بني بياضة" .

(٢) الكشح : هو مابين الخاصرة إلى الضلع الخلفي . انظر : المصباح المنير ص٥٣٤ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها ٤٧٦/٣ رقم (١٦٢٩٨) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايرد به النكاح من العيوب ٣٤٨/٧ رقم (١٤٢١٩) ، والحاكم ، كتاب معرفة الصحابة ٣٦/٤ رقم (٦٨٠٨) .
وهذا الحديث ضعيف تفرَّد به جميل بن زيد الطائي قال البخاري : لم يصح حديثه ، وقال أبو حاتم والبغوي : ضعيف الحديث . انظر : تعجيل المنفعة ص٥٢ رقم (١٤٤) .

(٤) البرص : بالفتح بياض ، داء معروف ، وعلامته أن يعصر اللحم فلايحمر ، وقد بَرِص بفتح الباء وكسر الراء فهو أبرص . تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥٤ .

(٥) أخرج أثر عمر رضي الله عنه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايرد به النكاح من العيوب ٣٤٩/٧ رقم (١٤٢٢٤) .
وأخرج أثر علي رضي الله عنه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب مارد من النكاح ٢٤٣/٦ رقم (١٠٦٧٧) .

(٦) أي في الرجل بجامع التأثير في الاستمتاع المقصود . انظر : المعونة ٧٧٢/٢ .

قال مالك في كتاب محمد : وسواءٌ كان البرص الذي بالمرأة قليلاً أو كثيراً[١].

قال في المدونة : ولاصداق لها إن لم يبن بها ، وإن بنى بها فلها الصداق ، ويرجع به الزوج على وليها إن كان الذي أنكحها أبٌ ، أو أخٌ ، أو من يرى أنه يعلم ذلك منها ، لأنه غر الزوج منها .

قال ابن القاسم : ثم لايرجع به الولي[٢] عليها .

قال مالك :وإن كان الذي أنكحها ابن عم ، أومولى ، أو السلطان ، أو من لايظن به علم ذلك فلاشيء عليه ، وترد المرأة ماأخذت إلا ربع دينار ، لأنه هي الغارَّة[٣] .

قال عبد الوهاب : وخالفنا الشافعي في ذلك وقال : لايرجع على المرأة ولاعلى الولي بشيء[٤] ، ودليلنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : أيُّما رجلٍ نكح امرأةً وبها جنونٌ أو جُذَامٌ أو بَرَصٌ فمسَّها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرمٌ[٥] على وليِّها[٦] ، ونحوه عن عليٍّ رضي الله عنه[٧] ولامخالف لهما من الصحابة ولأننا لو قلنا : إنه لارجوع له عليه لألزمناه العوض من غير أن يحصل له في مقابلته الاستمتاع الذي دخل عليه ، لأنه دخل على التأبيد لاعلى مرةٍ واحدة .

وإنما قلنا : يرجع على الولي بجميع الصداق ، وعلى المرأة به إلا ربع دينار ، لئلا يعْرى البضع من عوض ، ومن الولي يبقى لها جميعه فلم يعر من عوض[٨] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٤/أ .

(٢) في أ ، ب "الأب" .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢١١،٢١٢،٢١٤ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) انظر : الأم ٥/١٢٤ ، التنبيه ص١٦٢ .

(٥) "غرم" ليست في ز .

(٦) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الصداق والحباء ٢/٤١٦ رقم (٩) .

(٧) أخرجه سعيد بن منصور ، باب من يتزوج امرأة مجنونة أو مجذومة ١/٢١٣ رقم (٨٢١) .

(٨) انظر : المعونة ٢/٧٧٢ .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا كان الولي الذي يرجع عليه عديما ، أو مات ولاشيء له ، لم يرجع على المرأة بشيء ، وليس عليها أن تخبر بعيبها[١] ولها ولي ، والبكر والثيب في ذلك سواء ، وقاله أصبغ عن ابن القاسم في العتبية[٢] .

وقال ابن حبيب : بل يرجع على المرأة إن كانت مليئة ، وإن كانت عديمةً[٣] رجع على أوَّلِهما يُسْرَا[٤] .

قال في كتاب ابن المواز : وإذا كان الولي البعيد يعلم ذلك منها حين عقد ، فعليه يرجع الزوج ، ويبقى للمرأة مهرها ، وهذا إن أقر ، أو قامت بينةٌ عليه ، وإلا لم يحلفه إلا أن يدعي الزوج علمه بأمرٍ علمه[٥] فليحلف ، فإن نكل حلف الزوج لقد[٦] علم وغره ، وإن نكل فلاشيء له عليه ولاعلى المرأة ، لإقراره بعلم الولي به ، وأنه غره .

ابن المواز : وأما الولي القريب فذلك عليه ويغرم المعجَّل ، فإذا ودى الزوج المؤجل رجع حينئذٍ به عليه .

قال : وإن زوجها الأخ وهي بكرٌ بإذن الأب فالغرم على الأب ، وإن كانت ثيباً فعلى الأخ ، وإن كان زوجها غير ولي عالماً بعيبها وكتمه عليه[٧] فعليه يرجع ، إلا أن يعلمه أنه غير ولي ، أو يعلم ذلك الزوج فلاشيء عليه وإن كتمه ، كالمنادي على السلعة يخبر أنها لغيره فالعهدة على ربها . / [٦٦/ب]

قال مالك : وليس على الولي أن يخبر بعيب وليته ولابفاحشةٍ لها إلا العيوب الأربعة[٨] ، ومثل أن يعلم أنها لاتحل له من رضاعٍ أو نسبٍ ، أو معتدة .

---

(١) في أ ، ب "عن نفسها" .
(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٩٣،٩٤ .
(٣) أي هي والولي .
(٤) ولم يكن لمن رجع عليه منهما أن يرجع على صاحبه بما رجع عليه . النوادر والزيادات ل٢٥٣/أ .
(٥) في ز زيادة "الزوج" .
(٦) في ز "بعد" .
(٧) "عليه" ليست في ز .
(٨) وهي الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ، وقد تقدم ذكرها قريباً .

قال ابن حبيب : وتفسير داء الفرج:ماكان في الفرج والرحم مما يقطع اللذة في الوطء ، فإن علم بذلك أو ببقية[١] العيوب الأربعة ثم دخل بها فلاخيار له ، وإن بنى بها قبل أن يعلم ثم علم فأمسك فهو مخير ، فإن ادعت أنه مسها أو تلذَّذ بها بعد العلم[٢] ، فأنكر ، حلف وصُدِّق ، فإن نكل حلفت وصُدِّقت ، وإن لم تدَّع ذلك عليه فلايمين عليه .

ابن المواز : قال مالك : إذا قال الزوج : كان بها الجذام قديمًا ، وقال الأب: بل زوجتك صحيحةً ، فالأب مصدقٌ .

ابن المواز : مع يمينه[٣] .

ومن المدونة : قال ربيعة : إذا وطئها بعد العلم بعيبها فقد لزمته .

قال ابن وهب : وكتب عمر بن عبد العزيز في الذي رأى في زوجته وَضَحًا من بياضٍ فردها به أن استحلفه بالله في المسجد ماتلذَّذ منها بشيءٍ منذ رأى ذلك بها، واستحلف إخوتها أنهم لم يعلموا بالذي كان بها قبل أن يزوجوها ، فإن حلفوا فأعط المرأة من صداقها ربعه[٤] .

قال الشيخ : وهذا خلاف ماتقدم[٥] وهو اجتهادٌ منه[٦] واستحسان .

قال مالك : ولاترد المرأة إذا وجدت عمياء ، أو عوراء ، أو مقعدة ، أو قطعاء ، أو شلاَّء ، أو سوداء ، أو قد ولدت من زنا ، ولامن شيءٍ سوى العيوب الأربعة[٧] .

---

(١) في أ ، ب "بأحد" ومأأثبته أصح لأن داء الفرج أحد العيوب .

(٢) في ز "أو تلذذ منها من بعد العلم" .

(٣) ويكون القول قوله إذا كان التداعي بعد الدخول .
انظر : المصدر نفسه ل٢٥٣/أ،ب ، ٢٥٤/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢١٤،٢١٥ .

(٥) وهو أن التي ترد بسبب العيب قبل البناء ليس لها شيء من الصداق .

(٦) "منه" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١١ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

قال الشيخ : لما جاء في ذلك من السنة[١] ، ولأن العيوب الأربعة : البرص وعيب الفرج مما يخفى ، والجنون والجذام ضررٌ شديدٌ ، وأما غير ذلك من العيوب فالغالب منها أنها لاتخفى ، فالزوج مُفَرِّطٌ في استعلام ذلك ،ولأن له أن يشترط السلامة ، فلزمه ذلك بتفريطه[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن اشترط السلامة مما ذكرنا[٣] ثم يجد ذلك بها فلاصداق لها إن لم يبن بها ، وإن بنى بها فلها المهر ، ويرجع به على الولي الذي شرط له ذلك .

قال مالك : وماعلم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج رُدَّت به وإن جامعها وقد تجامَع المجنونة[٤] .

قال[٥] في كتاب محمد : وإذا كان الرتْق[٦] من قِبَل الختان فإنه يُبَطُّ على ماأحبت أوكرهت إذا قال النساء : إن ذلك لايضرها ، وإن كان خِلْقةً فإن رضيت بالبطِّ فلاخيار له ، وإن أبت فالخيار إليه .

قال أصبغ : وإذا أقامت للعلاج وهو يتمتع بها ، فإن طال ذلك كطول أمد العنين في علاجه فلها جميع الصداق ، كالسنة وماقاربها من كثير الأشهر .

قال ابن حبيب : وإن زعم أن بها رتقاً ، أو غيره من داء الفرج فأكذبته فهي مصدقةٌ ، وإن طلب أن ينظر إليها النساء فليس ذلك له ، فإن فارق وادعت المسيس

---

(١) لعله يشير إلى حديث : "اجتنبوا في النكاح أربعة الجنون والجذام والبرص" أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٣/٢٦٦ رقم (٨٠) . وهو ضعيف لأن في سنده الحسن بن عمارة وهو متروك . انظر : التقريب ١/٢٠٧ رقم (١٢٦٨) .

(٢) أي فلزمه النكاح والرضا بالمرأة بسبب تفريطه في التأكد من سلامتها من العيوب .

(٣) أي من العيوب الأخرى .

(٤) وكذلك الجذماء والبرصاء ولكنها ترد به ، فكذلك عيوب الفرج .
انظر : المدونة ٢/٢١٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٥) أي مالك .

(٦) الرتق : هو إنسداد فرج المرأة بعظمٍ أو لحمٍ ناتئٍ أو شبه ذلك .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨١ .

فلها جميع الصداق ، فإن أتي بامرأتين فشهدتا أنهما رأتاها رتقاء ، و لم يكن ذلك عن أمر الإمام جازت شهادتهما ، إذ الطلاق بيده لم توجبه شهادتهما إنما أوجبت ترك الصداق إن[١] فارق .

فإن قيل : فإذا لم تمكنهما من النظر فقد صار نظرهما تعمداً جَرْحةً[٢] .

قيل : هذا[٣] يعذران بجهالته[٤] .

قال أبو محمد : وأخبرنا أبو بكر[٥] قال : قال سحنون : إن ابن القاسم يقول: لاينظر إليها النساء في عيب الفرج يدعيه الزوج ، وقد قال : ترد به ، فكيف يعرف إلا بنظرهن .

وروى ابن سحنون عن أبيه : أنه ينظر إليها النساء / إذا ادعى[٦] ذلك [٦٧/أ] الزوج.

ـ **قال الشيخ** : ويردها[٧] ، وبه أقول[٨] ـ .

قال ابن حبيب : وأما من بنى بزوجته فادعى المسيس فأكذبته ، وشهد لها امرأتان أنها عذراء ، فلاتقبل شهادتهما ، لأنه يؤول إلى الفراق ، وقد كذبهما من له الفراق ، فافترق من الأول[٩] ، وقاله مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ[١٠] .

---

(١) في أ ، ب "وإن" .
(٢) أي نقصاً وعيباً لكونه بغير إذنها .
(٣) "هذا" ليست في أ .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٣/ب ، ٢٥٤/أ .
(٥) أي ابن اللباد ، وقد سبقت ترجمته ص ١٣٣ .
(٦) في ز "ادعاه" .
(٧) "ويردها" ليست في أ ، ب .
(٨) "وبه أقول" ليست في ز .
(٩) أي مسألة من زعم أن زوجته رتقاء ،فأكذبته ، قبلت فيها شهادة امرأتين بأنها رتقاء .
(١٠) انظر : المصدر نفسه ل٢٥٤/أ .

فصل [٢ ــ فيما يرد به الرجل من العيوب]

ومن المدونة : قال ابن المسيب : وإن كان بالزوج جنونٌ ، أو ضررٌ ، فالمرأة مخيرةٌ بين أن تقيم أو تفارق[١] .

قال مالك : وأرى الضرر[٢] الذي أراد ابن المسيب هذه الأشياء التي ترد منها المرأة[٣] .

قال الشيخ : [٤] لقول الله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٥] ، ولأن لها حقاً في الاستمتاع ، فإذا وَجدت مانعاً منه أو من كماله كان لها الخيار كالرجل ، واعتباراً بالجبِّ والعنَّة ، فإن فارقت قبل الدخول فلاصداق لها ، لأن الفسخ من قِبَلِهَا ، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً لاستمتاعه بها[٦] .

فصل [٣ ــ في حدوث العيب بعد النكاح]

قال ابن حبيب : قال مالك وأصحابه : وماحدث بالزوجة عند الزوج من العيوب الأربعة فلاخيار له في فراقها إلا بغرم الصداق ، النصف قبل البناء ، والجميع بعده[٧] .

قال ابن المواز : وماحدث بالزوج بعد العقد من البرص فلايرد به وإن كان شديداً[٨] .

---

(١) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايرد به النكاح من العيوب ٣٥١/٧ رقم (١٤٢٣١).
(٢) في ز "وإن الصداق" ، ولعله تحريف .
(٣) أي العيوب الأربعة .
انظر : المدونة ٢١٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٤) التقدير : وكان لها الخيار .
(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
(٦) ولاستقراره لها بالدخول . انظر : المعونة ٧٧٢/٢، ٧٧٣ .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٣/ب .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٥٤/ب .

وقال ابن حبيب : يُرد به إن كان فاحشاً مؤذياً .

قال مالك في النكاح الثاني من المدونة[١] : وإذا حدث بالزوج جنونٌ بعد العقد عُزِلَ عنها وأُجِّل سنةً لعلاجه ، فإن صحَّ وإلا فرق بينهما ، والمجذوم البيِّن الجذام يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قال ابن القاسم : فإن كان مما يرجى برؤه وعلاجه فليضرب له أجل سنة[٢].

قال الشيخ : وفي الثاني[٣] إيعاب هذا .

فصل [٤ ــ في أحد الزوجين يغر صاحبه في النسب]

قال مالك[٤] : ومن تزوج امرأةً فإذا هي لِغِيةٌ[٥] ، فإن زوجوه على نسبٍ فله ردها وإلا لزمته[٦] .

قال ابن القاسم : فإن ردها فلاصداق عليه إن لم يكن بنى بها ، وإن بنى بها فعليه صداقها ، ويرجع به على من غرَّه ، فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينارٍ وردت مابقي ، وإن انتسب لها فألفته لِغِياً خيرت بين أن تقبله أو ترده[٧] .

وروى أبو زيد[٨] عن ابن القاسم فيمن تزوج امرأة على نسبٍ انتسب لها إلى فخذٍ من العرب ثم يوجد من[٩] غير ذلك الفخذ ، فإن كان مولى فلها الخيار إذا

---

(١) وهو في المطبوعة "كتاب النكاح الرابع" .

(٢) انظر المدونة ٢٦٦/٢ .

(٣) أي في كتاب النكاح الثاني .

(٤) "قال مالك" ليست في أ ، ب .

(٥) لِغِية : بكسر الغين وفتحها : هي بنت الزنا ، وهي مأخوذة من الغي .
شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢١٢/٢، ٢١٣ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٨) هو أبو زيد عبد الرحمن بن عمر بن أبي الغمر ، فقيهٌ ، عالمٌ ، ثَبْتٌ ، روى عن ابن القاسم وأكثر عنه ، وروى عن حبيب كاتب مالك وعن ابن وهب ، له كتبٌ مؤلفةٌ حسنةٌ في مختصر الأسدية ، وله سماعٌ من ابن القاسم مؤلَّف ، توفي سنة ٢٣٤هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٦٥/١ ، الديباج ٤٧٢/١ ، شجرة النور ص٦٦ .

(٩) "من" ليست في ز .

كانت عربية ، وإن كان عربياً وهو من غير القبيل الذي سمى فلاخيار لها إلا أن تكون قرشيةً تزوجته على أنه قرشيٌ فإذا هو من قبيلٍ من العرب ، أو تكون عربيةً تزوجته على إدعائه ، فذلك لها[١] .

وذكر عن أبي بكر بن عبد الرحمن فيمن تزوج امرأة وشرطت في عقد النكاح على الزوج أنه عربيٌ من أنفسهم ثم وجد من مواليهم قال : فأجبت أنا وجميع أصحابنا أن للمرأة القيام بشرطها وفسخ النكاح[٢] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولم يذكر في هذا السؤال أنها عربيةٌ أو مولاة ، والأمر عندي سواء ، وللمرأة شرطها بخلاف ماتقدم في رواية أبي زيد ، والله أعلم[٣] .

وسئل أبو محمد بن أبي زيد عما يكتب الناس في صدقاتهم : وهي صحيحة العقل والبدن ، ويجدها بعد ذلك عمياء أو شلاَّء ، هل له أن يردها بهذا الذي كتب في الصداق؟

فقال : لاينفعه ذلك ، وليس كالشرط حتى يبين فيقول : لاعمياء ولاشلاَّء ، قال : ولو كان في موضع صحيحة العقل[٤] سليمة البدن لرأيت له أن يردها إذا وجدها عمياء أو شلاَّء / أو غير ذلك ، وبهذا كان يفتي علماؤنا ونُفتي نحن[٥] . [٦٧/ب:

فصل [٥ ــ فيمن غر فنكح امرأة في العدة]

قال مالك : ومن غَرَّ من وليَّته فزوجها في عدةٍ ودخلت ، ثم علم بذلك الزوج فالنكاح مفسوخ ، ويضمن الولي الصداق كله[٦] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٥٥/ب .

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٢/أ .

(٤) في ز "البدن" .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل١٢/أ .

(٦) انظر : المدونة ٢١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

قال ابن القاسم : ولو كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار وردت مابقي[١] .

قال في رواية العسَّال أبي زيد[٢] عن ابن القاسم في مسألة المرأة تغره : إنه يرجع عليها بالصداق الذي دفع إليها ، وليس يأخذ مااشترت .

ـ **قال الشيخ** : يريد[٣] : وإن كان مما يصلح لجهازها[٤] ، لأنها متعدية في التصرف فيه قبل إعلامه بما غرته به فيرضى أو يرد ـ .

قال ابن القاسم : فإن لم يعلم الزوج بذلك حتى طلقها أو ماتت فلارجوع له عليها بشيءٍ من الصداق ، كالعبد المعيب يبيعه مشتريه ، فلا يرجع بشيءٍ من قيمة العيب ، وروي ذلك عن مالك[٥] .

فصل [٦ ــ في عيوب الفرج التي يرد بها الرجل]

وعيوب الفرج التي يردُّ بها الرجل أربعة وهي : الجَبُّ ، والخِصَاء ، والعِنَّة ، والاعتراض[٦] .

فالمجبوب:هو المقطوع ذكره وأنثياه ، والخصي: هو المقطوع منه أحدهما ، والعنين:هو الذي له ذكرٌ شديد الصغر لايمكن الجماع بمثله ، والمعترض:هو الذي لايقدر على الوطء لعلة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء ، وربما اعترض عن امرأةٍ دون أخرى ، وأصحابنا يسمون العنين لهذا النوع من الرجال[٧] ، وكذلك

---

(١) انظر : المدونة ٢١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٢) لم أعثر على ترجمته .

(٣) "يريد" ليست في أ .

(٤) جهاز المرأة : هو مازُفَّت به إلى زوجها من الأمتعة . معجم لغة الفقهاء ص١٦٨ .

(٥) تهذيب الطالب ل١٢/أ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٥/أ ، التلقين في الفقه المالكي ، تأليف القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني (مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ) ٢٩٦/١ .

(٧) في ز "وأصحابنا يسمون هذا العنين" .

من تقدم من الصحابة والتابعين ، وحقيقة اسمه المعترض ، كذلك ذكر ابن حبيب وعبد الوهاب[١] .

ومن المدونة : قال مالك وأصحابه : وإن تزوج خَصيٌّ أو مجبوبٌ امرأةً[٢] ولم تعلم به ، ثم علمت فلها الخيار في أن تقيم معه أو تفارقه ، والمجبوب أشد[٣] .

قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك[٤] لعدم الاستمتاع ، والأصل فيه[٥] قوله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٦] ، ولأنه لو آلى منها لكان لها أن توقفه و[٧]تطالبه إذا امتنع من الوطء[٨] بالوطء أو الفراق ، فكان الخصي والمجبوب أولى[٩] .

ومن المدونة : قال مالك : وإنما لها أن تفارقه بواحدةٍ بائنةٍ لابأكثر منها ، ويتوارثان قبل أن يختار فراقها ، فإن فارقته بعد أن دخل بها فعليها العدة إن كان يطؤها ، وإن كان لايطؤها فلاعدة عليها .

وروى ابن وهب أن ابن سُندَر[١٠] تزوج امرأةً وكان خصياً فلم تعلم به ، فنزعها منه عمر بن الخطاب رضي الله عنه[١١] .

---

(١) انظر : المعونة ٢/٧٧٥ .
(٢) "امرأة" ليست في ز .
(٣) انظر : المدونة ٢/٢١٣ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٤) أي في أن لامرأة الخصي والمجبوب الخيار .
(٥) أي في أن لها حقاً في الاستمتاع .
(٦) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
(٧) في أ "أو" بدل الواو .
(٨) "من الوطء" ليست في ز .
(٩) انظر : المعونة ٢/٧٧٥ .
(١٠) لم أعثر على ترجمته .
(١١) انظر : المدونة ٢/١٩٩ .

قيل لابن القاسم : فإن كان مجبوب الذكر قائم الخُصى فاختارت فراقه بعد أن دخل بها؟

فقال : إن كان يولد لمثله فعليها العدة ، ويسأل عن ذلك ، فإن كان يُحْمَلُ من مثله لزمه الولد ، وإلا لم يلزمه ولايلحق به ، وإن علمت به حين تزوجته أنه مجبوبٌ ، أو خصيٌ ، أو عنينٌ لايأتي النساءَ رَأْساً أو[١] أخبرها بذلك فلاكلام لها[٢].

وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت به[٣] فتركته وأمكنته من نفسها فلاكلام لامرأة الخصي والمجبوب ، وأما العنين فلها أن ترافعه ويؤجَّل سنة ، لأنها تقول : تركته لرجاء[٤] علاجٍ أو غيره ، إلا أن تتزوجه وهي تعلم أنه لايأتي النساء رأْساً كما وصفنا ، فلاكلام لها بعد ذلك[٥] ، وفي الثاني[٦] إيعاب هذا .

تم كتاب النكاح الأول ، والحمد لله وسلامٌ على جميع أنبيائه[٧]

---

(١) في جميع النسخ واو بدل "أو" .
(٢) أي لاخيار لها .
(٣) "به" ليست في ز .
(٤) "رجاء" ليست في ز .
(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٣، ٢١٤ ، تهذيب الطالب المدونة ص٨٥ .
(٦) أي في كتاب النكاح الثاني .
(٧) في ز "تم النكاح الأول" .

الكتاب الثاني

كتاب النكاح الثاني

[الكتاب الثاني]
كتاب النكاح الثاني

[الباب الأول]
في الصداق يقارنه بيع ، أو يدخل فيه غرر أو مجهول وكل غرر أو خطر أو فساد بشرط

[فصل ١ ــ في الصداق يقارنه بيع]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بعبدٍ على أن تعطيه داراً أو مالاً لايجوز هذا النكاح عند مالك ، وهو مفسوخٌ ، وسمعت مالكاً يقول : إن تزوجها على أن تعطيه خادمها بكذا وكذا درهماً لم يجز ، ولايجتمع في صفقةٍ واحدةٍ نكاحٌ وبيع[١].

قال سحنون : وقال بعض الرواة ـ هو ابن الماجشون ـ في هذه المسألة : إن كان يبقى[٢] مما يعطي الزوج ربع دينارٍ فصاعداً جاز النكاح[٣] .

قال عبد الوهاب : وقال أشهب : يجوز نكاحٌ وبيع ، فوجه قول مالك[٤] : أن النكاح عقدٌ مخصوصٌ من سائر عقود المعاوضة بأحكامٍ لاتوجد في غيره ، فوجب ألاَّ[٥] يُضمَّ إليه عقدٌ غيره[٦] كالصَّرف[٧] والقِراض[٨] ، ولأنه يجوز أن

---

(١) انظر : المدونة ٢١٦/٢ .

(٢) "كان يبقى" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) لأن ربع دينارٍ هو أقل مايستباح به البُضْع .
انظر : المصدر نفسه ٢١٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) وهو عدم جواز اجتماع نكاحٍ وبيع كما تقدم .

(٥) "ألا" ليست في أ ، ز .

(٦) أي خاص بالبيع .

(٧) الصرف شرعاً : هو بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفلوس .
شرح حدود ابن عرفة ٣٣٧/١ .

(٨) القراض شرعاً : هو تمكين مالٍ لمن يتَّجر به بجزءٍ من ربحٍ لابلفظ الإجارة .
المصدر نفسه ٥٠٠/٢ .

يكون العوض في مقابلة البيع فيعرو البضع من[١] عوض ، وتكون ذريعةً إلى الإباحة في إسقاط المهر .

قال الشيخ : ولأنه لايدرى مايخص البضع من ذلك[٢] فيصير نكاحاً مجهولاً.

قال عبد الوهاب : ووجه قول عبد الملك[٣] : أن المنع من خيفة أن يعرو النكاح من عوض ، فإذا أمن ذلك جاز .

ووجه قول أشهب : أنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر ، وذلك لايمنع صحة العقد ، كما لو تزوجها على حكم زيد[٤] .

قال الشيخ : ولأن للرجل بيع سلعتين[٥] بثمنٍ معلومٍ ، ولايضره جهل مايخصُّ كل سلعةٍ من الثمن ، فكذلك هذا[٦] ولايدخل عليه مااعتل به ابن الماجشون من أن يفضل مما يعطى[٧] المرأة ربع دينار ، لئلا يعرو البضع من عوض ، لأن مايعطي الزوج مقبوض على ماتعطي المرأة[٨] ، وعلى مقدار صداق مثلها ، فمتى حصل للبضع على ذلك ربع دينارٍ فصاعداً جاز هذا على قياس البيوع ، وإذا جاز ذلك في البيوع اقتضى أن يكون في النكاح أجوز ، لأن طريقة النكاح المكارمة وطريقة البيوع المكايسة ، ألا ترى أنه يجوز أن يتزوج بعبدٍ وبشُوار بيتٍ[٩] ولايصف ذلك ، ولايضرب لها أجلاً ، فيكون لها الوسط من ذلك حالاً[١٠] ، ويتزوجها ولايذكر صداقاً فيعطيها صداق المثل فيلزمها ، ولايجوز مثل هذا في

---

(١) في أ ، ب "في" .

(٢) أي مايخصه من المال الذي يدفعه الزوج للمرأة مقابل سلعتها وبضعها .

(٣) وهو : إذا بقي بعد طرح قيمة البيع مقدار ربع دينارٍ فأكثر جاز .

(٤) انظر : المعونة ٢/٧٦٧،٧٦٨ .

(٥) "بيع سلعتين" مكانها بياض في أ ، ب .

(٦) "هذا" مكانها بياض في أ ، ب .

(٧) في أ ، ب زيادة "ماتعطي" .

(٨) "مقبوض على ماتعطي المرأة" مكانها بياض في أ ، ب .

(٩) الشوار : متاع البيت . انظر : اللسان ، مادة (شَوَرَ) .

(١٠) كما سيأتي آخر الباب .

البيوع ، وماقال أشهب هو القياس ، والله أعلم ، وقول ابن الماجشون أيضاً حسن ، وهو على قياس ابن نافع في مسألة الموضِحَتين[١] إذا صالح من مُوضِحةٍ عمداً ومُوضِحةٍ خطأً على شقْص[٢] من دار[٣] .

قال ابن نافع :فيه الشفعة بقيمة الشقص ما لم ينقص عن[٤] دية موضحة الخطأ وذلك أنه جعل ثمن الشقص معلوماً هو دية موضحة الخطأ ، ومجهولاً وهو / دية [٦٨/ب] موضحة العمد ، فأعطى للمعلوم حقه من قيمة الشقص ، وكان مابقي للمجهول ، فكذلك يصنع في النكاح ، يجعل مايعطي الزوج ثمناً للبضع وثمنه مجهولٌ ، وبما تعطي الزوجة وثمنه معلوم ، فأعطى للمعلوم قيمته مما يعطي الزوج ومابقي للبضع ، فإن بقي ربع دينارٍ فأكثر جاز عنده وإلا لم يجز .

وذكر عن ابن الكاتب[٥] أنه قال : إن كان اعتبار مايفضل للبضع بعد عقد النكاح فكأنه إنما نكحها بالذي يفضل ، وذلك مجهولٌ ، فإن كان اعتبار ذلك قبل العقد فأحسبهما[٦] لايختلفان في جوازه ، لأنه يصير للبضع شيءٌ مسمى ، وللسلعة شيءٌ مسمى ، فهو كما لو تزوج امرأتين في عقدٍ واحدٍ ، وسمى لكل واحدةٍ صداقها

---

(١) الموضِحَة : هي ماأوضح العظم بأن أزال ماعليه من الجلد واللحم ، ويختص بالرأس والجبهة والخدين .
انظر : الفواكه الدواني ٢٠٨/٢ .

(٢) الشقص : هو النصيب .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص١٠٢ .

(٣) انظر : النكت والفروق ل٧٤/ب .

(٤) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من قراءتها .

(٥) هو أبو القاسم عبد الرحمن بن علي بن محمد الكناني ، المعروف بابن الكاتب ، من فقهاء القيروان المشاهير وحذّاقهم ، أخذ عن ابن شبلون والقابسي ، جرت بينه وبين أبي عمران الفاسي مناظرات في مسائل مشهورة ، له كتاب كبير في الفقه ، توفي بالقيروان سنة ٤٠٨هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٧٠٦/٢ ، معالم الإيمان ١٥٥/٣ ، شجرة النور ص١٠٦ .

(٦) أي مالك وعبد الملك بن الماجشون .

ولايشبه ذلك السلع التي يجوز ذلك فيها وإن لم يسم ، لأن السلع مما تُقَوَّم ، فيقع لكل سلعةٍ من الثمن مايخص قيمتها إن وقع استحقاق ، والأبضاع لايصح تملُّكها[١] ولاوقع فيها وطءٌ قبل التسمية فيقضى عليه بصداق المثل ، فوجب ألاَّ يصح إلا بعد التسمية لها ، وإن أجملهما[٢] في صداقٍ واحدٍ لم يجز ، وغيره[٣] يجيز ذلك ، ويقسم المسمى على صداق مثل كل واحدة ، اعتباراً بالسلع ، وإلى مثل هذا نحى أشهب في جواز نكاحٍ وبيع ، وهذا معنى كلام ابن الكاتب دون لفظه[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وهذا النكاح الذي وقع مع البيع في صفقةٍ يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل[٥] .

فصل [٢ ــ في الصداق يدخل فيه غرر أو مجهول أو محرم]

قال مالك : وإن تزوجها على عبدٍ آبقٍ ، أو بعيرٍ شاردٍ ، أو جنينٍ في بطن أمِّه ، أو بما تلد غنمه ، أو بثمرةٍ ، أو زرعٍ لم يبد صلاحهما فالنكاح يفسخ في ذلك كله قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل ، ويكون الذي سمى لها من الغرر لزوجها ، إلا أن تقبض الجنين بعد ولادته ، أو الآبق أو الشارد وغيره ، فلترده إلا أن يموت عندها في بدنٍ أو سوقٍ فيكون لها وتغرم قيمته يوم قبضته لزوجها ، فأما الثمرة فما جنت منها ، أو حصدت من الحب فعليها أن ترد مكيلته وماهلك من ذلك كله قبل أن تقبضه فهو من الزوج ، وماهلك من ذلك بعدما قبضته وإن لم يتغير في سوقٍ أو بدنٍ فهو من المرأة أبداً حتى ترده ، لأنه في ضمانها يوم قبضته[٦] .

---

(١) أي فلاتقوَّم كما تقوَّم السِّلع .
(٢) أي المنكوحتين .
(٣) أي غير ابن القاسم .
(٤) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/أ .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢١٦ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .
(٦) انظر : المدونة ٢/٢١٦،٢١٧ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

قال ابن المواز : وإن نكحها بثمرةٍ لم يبد صلاحها على أن تَجُدَّها[١] بلحًا جاز النكاح ، فإن تأخرت الثمرة حتى طابت فَجَدَّتْها بُسْرًا أو رُطَبًا أو تمرًا فلايفسخ النكاح وإن لم يدخل بها ، ويكون لها قيمة ذلك البلح مجدوداً يوم النكاح وترد ماجدَّت منها ، وماأكلت ردت مكيلته ، وإن لم تعرف فقيمته ، وإن طلقها قبل البناء فلها نصف قيمة البلح مجدوداً يوم النكاح[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجها بما تلد غنمه ، أو بخمرٍ ، أو خنزيرٍ ، أو على دار فلان ، أو على أن يشتريها لها فليفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[٣] .

وقد اختلف قول مالك في المختصر الكبير في فسخ النكاح بعد البناء إذا عقد بخمر ، أو خنزير ، أو بثمرةٍ لم يبد صلاحها ، أو بجنينٍ في بطن أمه ، أو ببعيرٍ شاردٍ ، أو بعبدٍ آبق[٤] .

قال عبد الوهاب : لاخلاف في / منع ابتداء العقد بما لايصلح[٥] أن يتملَّك [٦٩/أ] كالخمر والخنزير ، ولابغررٍ كالعبد والآبق والجمل الشارد والجنين في بطن أمه ، والثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية ، وماأشبه ذلك ، فإن وقع فقيل : يفسخ قبل البناء وبعده ، لأن فساده في عقده ، وقيل : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويجب فيه صداق المثل ، لأن فساده في صداقه .

وعند أبي حنيفة والشافعي : العقد صحيحٌ لايفسد بفساد المهر ، ويجب فيه صداق المثل[٦] .

---

(١) الجَداد : بفتح الجيم وكسرها وبالدال المهملة أو الذال المعجمة : قطع ثمر النخل .
انظر : تنبيه الطالب ص٤٦ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢١٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/أ .

(٥) في أ "بما يصلح" .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص١٨٧ ، الأم ١٠٥/٥ .

فوجه قول من أفسده : قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ﴾[١] ، فعلَّق الإحلال بالمال ، والخمر والخنزير ليسا بمالٍ لنا ، ولأنه عقد معاوضةٍ يجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ، ولأن المعقود به إذا كان فاسداً وجب فساد العقد ، أصله نكاح الشغار .

ووجه التصحيح : أن عقد النكاح مفارقٌ لعقد البيع في موضوعه ، لأن البياعات طريقها المُغابنة والمُكايسة ، والنكاح طريقه المُواصَلة والمُكارمة ، ألا ترى أنهما إذا عَقَدا من غير تسمية صداقٍ جاز ، بخلاف البيع والإجارة[٢] .

واختلف أصحابنا في تأويل قول مالك : إنه يفسخ قبل الدخول ، فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظاً وعقوبةً لهما ، لئلا يعودا إلى مثل ذلك ، ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطاً وخروجاً من الخلاف ، فإن وقع الدخول لم يفسخ ، لأن الصداق قد وجب ، فلايوجد المعنى الذي لأجله فسخ قبل الدخول[٣] [٤] . وقد تقدم في الأول[٥] بعض هذا .

[فصل ٣ ــ في الصداق إذا كان غائباً موصوفاً معه دراهم أو لا]

ومن كتاب ابن المواز وابن حبيب : قال ابن القاسم : لابأس بالنكاح بعبدٍ غائبٍ بعيد الغيبة إذا وصفه ، كان معه عينٌ أو لم يكن إلا مابَعُدَ جدّاً مثل

---

(١) سورة النساء : آية ٢٤ .
(٢) فإنهما لايصحان إلا بذكر العوض فيهما .
(٣) وهو فساد الصداق .
(٤) انظر : المعونة ٢/٧٥١، ٧٥٢ .
(٥) أي في كتاب النكاح الأول . انظر ص١٨، ١٩ .

خُراسَان[١] ، والأندلس[٢] .

ابن حبيب : ومثل إفريقية من المدينة ، كان مع ذلك عينٌ أو لم يكن فلاخير فيه ، ويفسخ .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وأما مسيرة الشهر ونحوه فجائز، والضمان من الزوج حتى تقبضه ، وله أن يدخل إن كانت الغيبة قريبة ، ولايدخل بها في البعيدة وإن قدَّم إليها ربع دينار ، وإن سماه مع العبد ، لأن النقد في البعيد لايجوز والدخول[٣] انتقاد[٤] .

قال الشيخ : هذا إن كان الدخول بشرطٍ في العقد ، وأما إن لم يشترط في العقد فجائزٌ التطوع به كالبيوع .

قال : فإذا كان قريباً ووصفه ثم هلك العبد قبل قبضه فلها قيمته على تلك الصفة[٥] .

قال أبو العباس الأبياني[٦] : وإذا تزوجها على عبدٍ موصوفٍ فقبضته ، ثم استُحِق رجعت[٧] بعبدٍ مثله في صفته ، وإن مات بيدها ثم علمت بعيبٍ كان به

---

(١) خراسان : بلادٌ واسعةٌ تشتمل على أمهات من البلاد منها : نيسابور وهراة ومرو وبلخ وطالقان ونسأ وسرخس ومايتخلل ذلك من المدن التي دون نهر جيحون ، وقد فتحت أكثر هذه البلاد عَنْوة وصلحاً .
انظر : معجم البلدان ٢/٣٥٠ .

(٢) قال : فأكرهه لانقطاع خبره .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٣/أ .

(٣) من أول الباب إلى هذا الموضع ساقط من ز .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٣/أ .

(٦) هو أبو العباس عبد الله بن أحمد التونسي ، المعروف بالأبياني ، كان إماماً فقيهاً ، وصالحاً ثقةً مأموناً متواضعاً ، تفقه بيحيى بن عمر وأحمد بن سليمان وحمديس القطان وابن حارث وغيرهم ، توفي سنة ٣٥٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/٣٤٧ ، الديباج ١/٤٢٥ ، شجرة النور ص٨٥ .

(٧) أي على زوجها .

عند الزوج ، فعلى المرأة غرم قيمة العبد معيباً للزوج يوم قبضته ، وترجع عليه بعبدٍ مثله في صفته ، وفيه اختلاف ، وهذا أحسن[١] [٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة ، أو اشترى سلعةً بدراهم بعينها غائبة ، فلاخير في ذلك إلا أن يشترط أن عليه بدلها إن تلفت ، ولو حضرت الدارهم ونقدها إياها جاز النكاح ، وكذلك البيع ، فإن وجب البيع والنكاح بها ثم استحقَّت في يد المرأة والبائع فعلى المشتري والزوج مثلها ، وتم / النكاح [٦٩/ب] والبيع[٣] .

قال مالك : ومن تزوج امرأةً على دارٍ أو أرضٍ أو عبدٍ، كل ذلك غائب ، فإن وصف ذلك جاز النكاح ، وإن لم يصفه فسخ النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[٤] .

ابن المواز : وإن وصفه فلايدخل في العبد البعيد الغيبة حتى يدفعه ، والضمان منه[٥] .

قال : وابن القاسم[٦] يرى أن تباعد الغيبة مثل خراسان والأندلس [٧] لم يجز ، وأما مثل المدينة من مصر فجائز[٨] .

ومن المستخرجة : قال ابن الماجشون[٧] فيمن تزوج بثمرةٍ بدا صلاحها فأجِيْحَت[٩] الثمرة كلها : إن مصيبتها من الزوج ، وترجع عليه المرأة بقيمة الثمرة وإنما يُحمل ذلك محمل البيوع .

---

(١) "وهذا أحسن" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٤/أ .
(٣) انظر : المدونة ٢١٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .
(٤)،(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٣/أ .
(٦) في أ ، ب "قال ابن القاسم" .
(٧) ساقط من ز .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٣/أ .
(٩) الجائحة شرعاً : هي ماأُتلف من معجوزٍ عن دفعه عادةً قهراً من ثمرٍ أو نباتٍ بعد بيعه . انظر : شرح حدود ابن عرفة ٣٩٢/٢ .

وابن القاسم يقول : لاجائحة فيها ، والمصيبة من المرأة ، ولاترجع على الزوج بشيء[١] .

قال الشيخ : وإنما فرق[٢] بينه وبين البيوع ، لأن طريقة النكاح المكارمة ، وطريقة البيوع المكايسة .

ولكن قد قال في كتاب العرايا[٣] [٤] : إن الجائحة في العَرِيَّة ، وهو باب رخصةٍ ومَرْفِقٍ لاباب مُكايسة[٥] .

فَجَعَل ذلك كالبيوع[٦] ، وكان ينبغي ألا يجعله في العرايا كالبيوع ؛ لأنه معروفٌ لا معاوضة فيه ، ويجعله في النكاح كالبيوع ، لأنه معروفٌ معاوض فيه ، وقد قال مالك : أشبه شيءٍ بالبيوع النكاح[٧] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن تزوجها على بيتٍ أو خادمٍ ولم يصف ذلك جاز النكاح ولها خادمٌ[٨] وَسَط ، والبيت الناس فيه مختلفون ، إن كانت من

---

(١) العتبية مع البيان والتحصيل ١٢/١٨٠، ١٨١ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) أي من المدونة .

وفي ز "ولكن قد قال مالك في كتاب ابن المواز" .

(٤) العرايا لغة : جمع عَرِيَّة ، وهي النخلة المُعْراة ، يُعريها صاحبها رَجُلاً محتاجاً ، وسميت بذلك لأنها عَريت عن حكم باقي البستان .

انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص١٨٠ ، اللسان ، مادة (عَرَا) .

وبيع العرية شرعا : بيع المُعْرِي مامُنِحَ من ثمرٍ ييبس للمُعْرَى بخرصه ثمراً .

انظر : شرح حدود ابن عرفة ٢/٣٩٠ .

(٥) انظر : المدونة ٤/٢٥٩ .

(٦) أي جعل ابن القاسم الجائحة في العرايا كالجائحة في البيوع .

(٧) المصدر نفسه ٢/٢٣٢ .

(٨) "خادم" ليست في أ ، ب .

الأعراب فلهم بيوتٌ وشَوْرةٌ قد عرفوها ، وشَورة[١] الحضر لاتشبه شَورة البادية .

قال مالك : وإن تزوجها على بيتٍ من بيوت الحضر جاز إذا كان معروفاً ، ويجوز أن يتزوجها على شوارِ بيتٍ إذا كان الشوار شيئاً معروفاً عند أهل البادية والحاضرة .

قال ابن القاسم[٢] : ولكلٍ قدرُه من الشوار[٣] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج ببقعةٍ على أن يبنيها للمرأة ، فإن كانت بقعةً بعينها في ملكه ووصف الطول والعرض والبناء فذلك جائزٌ ، وإن كان البيت الذي يبنيه مضمونٌ عليه فقد أفتى أبو محمد أن ذلك لايجوز .

قال الشيخ : [٤] وكذلك السَّلَم[٥] في البيت[٦] .

قال الشيخ : لأن ذلك يرجع إلى السلم في شيءٍ معيَّن ، لأنه لابدَّ أن يصف البناء والموضع ، فيؤدي ذلك إلى تعيينه[٧] ، وهذا ظاهر مافي كتاب ابن حبيب ، وعند ابن المواز مايدل على خلافه[٨] .

---

(١) "شورة" ليست في أ ، ب .

(٢) "قال ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢١٧،٢١٨ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) أي أبي عمران .

(٥) السَّلَم شرعاً هو : عقد معاوضةٍ يوجب عمارة ذمةٍ بغير عينٍ ولامنفعةٍ غير متماثل العوضين . شرح حدود ابن عرفة ٢/٣٩٥ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل١٤/أ .

(٧) قال عبد الحق : ولايكون المضمون في شيءٍ معين ، لأنه قد لايصل إليه وقد يُسْتَحق ، فذلك من الغرر البين . النكت والفروق ل٦٧/ب .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل١٤/أ .

[فصل ٤ ــ في الصداق إذا كان غير موصوف]

وإن نكح على مئة بعيرٍ ، أو شاةٍ، أو بقرةٍ، ولم يصف ذلك جاز النكاح ، وعليه وَسَطٌ من الأسنان ، وكذلك على عبدٍ بغير عينه ولم يصفه ولاضرب له أجلاً فالنكاح جائزٌ ولها عبدٌ وسطٌ حالٌّ ، وليس للزوج دفع قيمته إلا أن ترضى المرأة[١] .

قال في كتاب ابن المواز : ومن نكح من رقيقٍ ذكر العدد ولم يذكر حُمْرَاناً ولاسُودَاناً فلها الوَسَطُ من الأغلب في البلد ، وكذلك في المستخرجة[٢] .

قال ابن المواز : فإن استويا في البلد[٣] نُظِرَ إلى وسط السودان ووسط الحُمْران ، فأعطيت نصف ذلك .

ـ **قال الشيخ** : يريد من كل جنسٍ نصفه ـ .

قال : وذلك على قدر قيمة ذلك يوم وقع النكاح ، وكذلك إن طلق قبل البناء ، وقاله أصبغ ، وقال : هي جيدة .

وفي العتبية عن مالك : وتعطى الإناث دون الذكور ، وكذلك شأن الناس[٤]

قال سحنون في كتاب ابنه : ومن نكح على خادمٍ لم يجز حتى يسمي جنس الأمة ، فيكون عليه وسطٌ من ذلك الجنس لامن العِلْيَة[٥] ، ولامن الوَخْش[٦] ، وإذا كان مجملاً لم يجز ، وفسخ النكاح[٧] قبل البناء ، ويثبت بعده / ولها صداق المثل[٨]. [٧٠/أ]

---

(١) انظر : المدونة ٢١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٢) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٧٦/٤ .

(٣) أي ليس أحد الصنفين أغلب .

(٤) المصدر نفسه ٢٧٦/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٣٣/ب .

(٥) العِلْية : علية الرقيق : أي أعلى الرقيق ، بكسر العين ووقف اللام ، على زِنَةِ كِسْرَه ، ويجوز فيه عِلِّيَّة بكسر العين وتشديد اللام والياء ، والأول خير . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٠ .

(٦) الوخش من الرقيق : الخسيس ، وهو مشتقٌ من وَخَشْتُ الشيءَ أَخِشُه على وزن وَزَنَ يَزِنُ ، وَوَعَدَ يَعِدُ ، أي : خلطته ، فكأن الوخش لايعرف لخساسته بعينه ، إذ هو أخلاط الرقيق .
انظر : المصدر نفسه ص٨٠ .

(٧) "النكاح" ليست في أ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٤/ب ، ٢٣٥/أ .

قال عبد الوهاب : وقال محمد بن عبد الحكم : لايجوز إلا على معلومٍ مقدَّرٍ وهو قول الشافعي[١] ، ودليلنا[٢] قوله عليه الصلاة والسلام : "الصداق ماتراضى عليه الأهلون"[٣] ، فلم يفرِّق ، ولأن طريق النكاح المكارمة والمواصلة بخلاف البيع الذي طريقه المكايسة والمغابنة ، بدليل أنه لايفسد لعدم ذكر العوض في العقد ، وهو التفويض[٤] .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن تزوجها على عَرَضٍ موصوفٍ ليس بعينه و لم يضرب له أجلاً ، فالنكاح جائزٌ ، وهذا لايُحمل هاهنا محمل البيوع وهو على النقد ، ألا ترى أنه يتزوج المرأة بمئة دينارٍ ، ولايسمي أجلاً فتكون نقداً ، وكذلك إن اختلعت منه امرأته على عبدٍ فلم تسمِّه له ، ولاوصفته ، فعليها عبدٌ وَسَطٌ[٥] .

---

(١) انظر : الأم ٩١/٥ .

(٢) أي على أن الصداق يجوز بغيرمقدر معلوم .

(٣) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٤٤/٣ رقم (١٠) وفيه محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه ، ومحمد ضعيف ، انظر : التقريب ١٠٣/٢ رقم (٦٠٨٧) ، وعبد الرحمن ضعيف أيضاً ، انظر : المصدر نفسه ٥٦٣/١ رقم (٣٨٣١) .
والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايجوز أن يكون مهرا ٣٩١،٣٩٠/٧ رقم (١٤٣٧٥-١٤٣٧٩) .
وروي من طريق آخر أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٤٢/٣ رقم (٢) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايجوز أن يكون مهرا ٣٩١/٧ رقم (١٤٣٨٠،١٤٣٨١) وفيه أبو هارون العبدي ، كذاب . انظر : التقريب ٧٠٩/١ رقم (٤٨٥٦) فالحديث ضعيف .

(٤) انظر : المعونة ٧٦١/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٢١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

فصل [٥ ــ في الصداق إذا فسد بالشرط]

ومن نكح امرأةً بألف درهمٍ على إن كانت له امرأةٌ أخرى فصداقها ألفان ، فهذا من الغرر ، وهذا مثل البعير الشارد فيما فسَّرنا[١] .

قال مالك : وإن نكحها بألفين فوضعت عنه في هذا النكاح ألفاً على أنه لايخرجها من بيتها ، ولايتزوج عليها ، فله أن يخرجها ويتزوج عليها وليس لها إلا ألف[٢] .

قال ابن القاسم : وكذلك إن نكحها بألفٍ على أنه إن أخرجها من بلدها فمهرها ألفان ، فله أن يخرجها ولاشيء عليه غير الألف[٣] .

قال الشيخ : يريد : وكذلك على أنه إن تزوج عليها فصداقها ألفان ، فله أن يتزوج ولاشيء عليه غير الألف ، بخلاف قوله : إن كانت له امرأةٌ أخرى .

قال مالك : ولو انعقد النكاح عليه بألف درهمٍ ثم حطَّت[٤] بعد ذلك نصفه على أن لايخرج بها ، أو لايتزوج عليها ونحوه ، ففعل ذلك ، فلها أن ترجع عليه بما وضعت عنه إن فعل من ذلك شيئاً ، وله أن يفعله[٥] .

وقال علي بن زياد : إن حطَّته في العقد من صداق مثلها لما شرط عليه لزمه ماحطته إن فعل من ذلك شيئا ، وإن كانت الحَطِيطة[٦] مما ناف على صداق المثل لايلزمه[٧] ، ورواه ابن نافع عن مالك[٨] .

---

(١)،(٢)،(٣) انظر : المدونة ٢/٢١٩ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) الحَطُّ : هو الابراء من جزءٍ من الحق ، ومنه : الحَطُّ من الدين أو المهر : الإبراء من جزءٍ منه . انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٨١ .

(٥) ولايشبه هذا الأول ، لأن الذي وضعت إنما هو شيءٌ زادوه في الصداق وليس بشيءٍ وإن وجب النكاح بما سمى لها من الصداق .
انظر : المدونة ٢/٢١٩، ٢٢٠ .

(٦) أي ماأبرأته المرأة من الصداق .

(٧) في أ "أو يلزمه" .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٢٠ .

[الباب الثاني]
في الصداق يوجد به عيب أو يؤخذ بشفعة أو يؤخذ به رهن[١] وفي صداق السر

[فصل ١ ــ في الصداق يوجد به عيب]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً على قِلَالِ[٢] خَلٍّ بأعيانها فوجدتها خمراً فهي كمن نُكحت على مهرٍ فأصابت به عيباً ، فلها رده ، وترجع به إن كان يوجد مثله ، أو بقيمته إن كان لايوجد مثله[٣] .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران أنه[٤] قال : نحا سحنون في التي تزوجت على قلال خلٍّ فأصابتها خمراً إلى ماذكر ابن المواز : أنهما إذا دخلا على الجُزَاف[٥] في الصُّبْرَة[٦] ثم علم بعد ذلك كيلها ، ثم استحقَّ مافي يد البائع أنه يرجع بقيمة صُبْرَتِهِ ولايرجع بمثلها وإن عرف كيلها .

قال أبو عمران : والصواب أن يرجع في القِلال بمثلها[٧] إذا كانت موجودة ،

---

(١) الرهن شرعاً هو : مالٌ قَبْضُه توثقٌ به في دين .
شرح حدود ابن عرفة ٤٠٩/٢ .

(٢) القِلال : جمع قُلَّة ، وهو إناءٌ للعرب كالجرَّة الصغيرة ، قال الأزهري : قِلَال هجر والأحساء ونواحيها معروفةٌ تأخذ القُلَّة منها مزادةً كبيرةً من الماء ، وتملأ الراوية قُلَّتَين ، وسُميت قِلالاً لأنها تُقَلُّ أي ترفع إذا مُلئت وتُحمَل .
انظر : اللسان ، مادة (قلل) .

(٣) انظر : المدونة ٢١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) "أنه" ليست في ز .

(٥) الجُزَاف بكسر الجيم وضمها وفتحها : هو بيع الشيء واشتراؤه بلاكيل ولاوزن ، وهو فارسيٌ معرَّب . تنبيه الطالب ص٤٧ .

(٦) الصُّبْرة : واحدةُ الصُّبَر ، قال الأزهري : هي الكُومة المجموعة من الطعام ، سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض . المصدر نفسه ص١٠٥ .

(٧) "بمثلها" ليست في ز ، وفي أ ، ب والتهذيب "بملئها" والصواب ماأثبته لدلالة سياق الكلام عليه.

وكذلك في[١] الصُّبْرَة[٢] .

قال الشيخ : يريد في القلال أنها تُرَاقُ وتُغسل جيداً وتُملأ ماءً ثم يُكال ذلك الماء فتعطى مثل كيله خَلاًّ ، وإن كانت للنصارى مكاييل مثل مكايلنا أكتيل ذلك الخمر بها ، وأعطي مثله خلاًّ / بمكايلنا ، لأن تلك القِلال نجسةٌ فلايكال بها ، وتكسر بعد ذلك لأنها لمسلم . [٧٠/ب]

وقال غيره[٣] على قول سحنون : إنما لم يكن لها مقدار القلال ، لأن من نكح بشيءٍ بعينه كصبرة بعينها فاستحقت فعليه قيمتها[٤] .

وفي المجموعة : قال ابن الماجشون : إذا تزوجها بشيءٍ يُكال أو يُوزن بعينه فاستحق رجعت بمثله[٥] .

قال الشيخ : فصار في هذا إذا تزوجها بجزافٍ مما يُكال أو يُوزن قولان : أحدهما : يرجع بمثله ، والثاني : بقيمته .

قال مالك : وإن تزوجها على عبدٍ بعينه فقبضته ثم وجدت به عيباً فلها رده وترجع على الزوج بقيمته ـ يريد يوم عقد النكاح بخلاف البيع .

ـ ابن حبيب : كان ذلك قبل البناء أو بعده ـ .

قال مالك : وإن فات العبد عندها بعتق ، أو بشيءٍ يكون فَوْتاً رجعت بقيمة عيبه ، وإن حدث به عندها عيبٌ مُفسدٌ فلها رده ، ومانقصه وأخذ قيمته ، أو حبسه وأخذ قيمة العيب القديم[٦] .

قال ابن القاسم : والخلع عندي مثل النكاح سواء ، يكون للزوج في العيب مثل ماوصفنا للمرأة سواء .

وإن تزوجها على أمةٍ فأصابتها ذات زوجٍ ولم يخبرها به فذلك عيبٌ ، ولها ردها وأخذ قيمتها ، وكذلك الخلع في هذا سواء[٧] .

---

(١) "في" ليست في ز .

(٢) تهذيب الطالب ل١٤/أ،ب .

(٣) أي غير أبي عمران .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ل١٤/ب .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢/٢٢٠ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

[فصل ٢ ــ في الصداق يستحق بشفعة]

فإن تزوجها على غير مهرٍ مسمى ، ففرض لها نصف دارٍ له فرضيت بذلك ففيه الشفعة بقيمته[١] يريد إذا فرض لها ذلك[٢] قبل البناء ، وأما إن دخل بها ثم فرض لها ذلك فإنما يأخذه الشفيع بصداق مثلها ، وهي منصوصةٌ هكذا ، وذلك بيِّن .

[فصل ٣ ــ في الصداق يؤخذ به رهن]

وإن تزوجها على صداقٍ مسمى ، أو تزوجها و لم يفرض لها صداقاً ، فأعطاها رهناً بالصداق المسمى أو بصداق مثله فهلك الرهن بيدها ، فإن كان الرهن حيواناً فلاشيء عليها ، والمصيبة من الزوج ، وإن كان مما تغيب عليه المرأة فهو منها[٣] [٤] .

فصل [٤ ــ في صداق السر]

قال مالك : وإذا أظهر الزوجهان مهراً وأَسرَّا دونه أُخِذَا بما أسرَّا إن شهد به عدول[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢١٩ .

(٢) "ذلك" ليست في ز .

(٣)،(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٨،٢١٩ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) ماتغيب عليه المرأة : هو مالايُعرف بعينه من الأشياء كورقة النقود ونحوها .

[الباب الثالث]
في ضمان الصداق عن ولده أو أجنبي في صحة أو مرض وكيف إن لم يضمن

[فصل ١ ــ في ضمان الأب الصداق عن ولده]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنته وضمن لها الصداق في عقد النكاح أجزته .

قال ابن القاسم : ولايرجع به الأب على الزوج ، لأن ضمانه الصداق هاهنا على وجه الصِّلة والصَّدقة .

قال مالك : فإن مات الأب قبل أن تقبض البنت صداقها استوفته من مال أبيها ، فإن لم يترك الأب شيئاً فلاشيء لها على الزوج إذا كان قد دخل بها .

قال ابن القاسم : فإن لم يكن دخل بها فلاسبيل للزوج إليها حتى يعطيها مهرها ، وكذلك قال مالك فيمن قال لرجل : بِعْ من فلانٍ فرسك والثمن لك علي، فباعه ثم هلك الضامن قبل أن يقبض البائع الثمن أن للبائع الثمن من مال الضامن فإن لم يدَع شيئاً فلاشيء له على المبتاع ، وكذلك من ضمن لأحدٍ شيئاً ليخرج من يده لآخر شيئا على وجه الصلة .

وقال مالك فيمن زوج ابنه الصغير في حجره ولامال للابن ، أن الصداق على الأب ، فإن مات الأب أخذته الزوجة من ماله ، ولايحاسب الورثة الابن بذلك ويدفع إليه ميراثه كاملاً مما بقي ، فإن كان على الأب / دينٌ كان للمرأة أن [٧١/ب] تُحَاصَّهم بصداقها[1] .

---

(١) أي تحاص الغرماء بالصداق الذي وجب على أبي زوجها .
وتَحَاصُّ الغرماء : أي تقاسمهم المال بينهم بالحصص .
انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٢٢ .

قال : فإن كان للابن مالٌ لم يكن على الأب شيءٌ إلا أن يشترطه الأب على نفسه ، ويضمنه عنه ، فهو على الأب ولايرجع به على الابن[١] .

قال ابن المواز : إلا أن يكون ذلك من الأب على وجه الحَمَالَة[٢] لاعلى وجه الحمل[٣] ، فيكون للأب أو لورثته بعده الرجوع على الابن ، وهذا إذا كان له يوم زوَّجه الأب مال ، فإن لم يكن له يومئذٍ مالٌ[٤] فإن ذلك على الأب على كل حال[٥] .

[قال ابن القاسم][٦] : وكذلك لو كتبه على الابن فهو على الأب ولاينفعه ماكتب .

وقال أصبغ : بل يكون ذلك على الابن[٧] .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أحب إلينا أنه على الأب إلا أن يقول الأب : إني لست منه في شيء ، وإنما لكم ذلك على ابني ، فهذا إن علم [به][٨] الابن بعد البلوغ وقبل الدخول كان فيه بالخيار إن شاء أن يلزمه نفسه ويثبت النكاح ، وإن شاء لم يلتزمه ويفسخ النكاح ، وإن دخل قبل أن يعلم وبعد البلوغ أسقط عنه مافوق صداق مثلها ، ويثبت النكاح[٩] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٢٠،٢٢١ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٢) الحمالة شرعاً : هي التزام دينٍ لايسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له . شرح حدود ابن عرفة ٢/٤٢٧ .

(٣) المراد بالحمل : أن يحمل عنه مايجب وأن يقوم به من عنده .

(٤) "مال" ليست في أ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢١/أ .

(٦) من النوادر .

(٧) أي إذا كتبه الأب عليه برضى الزوجين .

(٨) من النوادر .

(٩) انظر : المصدر نفسه ٢٢١/أ .

[فصل ٢ ــ في ضمان الأب الصداق عن أجنبي]

ومن المدونة : قال مالك : والرجل الذي له الشرف يزوج رجلاً ويضمن صداقه ، فهذا لايتبعه بشيءٍ أيضاً .

قال ابن القاسم : وليست هذه الوجوه[١] فيما سمعنا من مالك بمنزلة حمالة الديون التي يرجع من تحمَّل بها على الذي تُحمِّل عنه ، وإنما ذلك بمعنى الحمل والصلة ، وليس كهبةٍ لم تُقبض ، وهو كمن وهب لرجلٍ مالاً فلم يدفعه إليه حتى قال لرجل : بِعْهُ فرسك بالذي وهبت له ، وأنا ضامنٌ له حتى أدفعه إليك ، فقبض الرجل الفرس فأشهد على الواهب بالذهب ، فإن هذا يثبت للبائع على الواهب ، فإن لم يقبض البائع الثمن حتى مات الواهب ولم يدَع مالاً فلايرجع البائع على الموهوب بشيءٍ من ثمن الفرس ، وإنما وجب ثمن الفرس للبائع على الواهب ، وكذلك الصداق ، وعلى هذا ينبني ، وهذا محمَلُه .

قال مالك : وإن ضمن الأب صداق ابنه البالغ ودفعه عنه ، ثم طلق الابن قبل البناء رجع نصف الصداق إلى الأب وليس للابن منه شيء ، ولو لم يدفعه الأب رجعت عليه المرأة بنصفه ولايرجع الأب على الابن بشيءٍ مما ودى عنه[٢] .

قال ابن حبيب : وإن أُلْفِيَ النكاح فاسداً رجع إلى الأب ماودى عنه ، ولو تبارء[٣] الزوجان قبل البناء على المتاركة والنكاح صحيحٌ رجع الأب بما وداه ، وسقط عنه إن لم يود ، قاله ابن القاسم[٤] .

---

(١) أي تحمل الأب الصداق عن ابنه أو أجنبي .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٢١،٢٢٢ .

(٣) المبارأة في النكاح : قول الرجل لزوجته : برئت من نكاحك .
معجم لغة الفقهاء ص٣٩٨ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٢/أ،ب .

وقال ابن الماجشون : يرجع إلى الزوج النصف[١] الذي يجب لها بالطلاق ، كما لو باراها بعد البناء على ردِّ الجميع الذي وجب لها بالبناء كان[٢] ذلك للزوج[٣] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن العطايا إذا كانت في أصل عقد النكاح هل تفتقر إلى القبض؟

فقال : لاتفتقر إلى القبض ، ولاتبطل بموت المعطي قبل القبض ، لأنه باب معاوضةٍ لما نكح الزوج عليها .

قيل : فإن كان فيها غررٌ لعدم الصفة لما يعطى ونحوه أيبلغ به الفسخ؟

قال : لا ، لأن العطايا إنما هي مشترطةٌ للمرأة لالزوج ، فلايضرُّ النكاح كونها مجهولة .

قيل : فإن طلق الزوج قبل البناء ، أو ماتت[٤] ، هل ترجع هذه العطايا إلى المعطي لسقوط النكاح الذي لأجله / كانت العطايا؟ [٧١/ب

فقال : لاترجع إليه ، لأنه قد مُنِعَ منها مرةً فلاترجع إليه بطلاق المرأة ، ولابموتها كالاعتصار[٥] إذا طرأ مايمنع منه ثم زال المانع أنه لايرجع ، وإن كان قد اختلف في بعض ذلك إذا زالت موانع الاعتصار ، ولكن لايدخل هذا الاختلاف في مسألتك .

قيل : فهذه العطايا إنما كانت مشترطةً بهذا النكاح ولأجلها نكح الزوج وزاد في الصداق ، وإذا زال النكاح وجب زوالها بزواله ، كما إذا حمل صداق ولده ثم طلق الولد قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب؟

---

(١) أي من الصداق الذي تحمله أبوه .

(٢) في أ ، ب "جاز" .

(٣) المصدر نفسه ل٢٢٢/ب .

(٤) في جميع النسخ "مات" ، والتصحيح من تهذيب الطالب .

(٥) الاعتصار لغة : قال الخليل : هو أن يخرج من إنسان مالٌ بغرمٍ أو بوجهٍ من الوجوه .
معجم مقاييس اللغة ، مادة (عَصَرَ) .
وشرعاً : قال ابن عرفة : هو ارتجاع المُعطِي عطيةً دون عوضٍ لابطوع المُعطَى .
شرح حدود ابن عرفة ٥٥٩/٢ .

فقال ليس هذا سواء[١] ، لأن الصداق هاهنا عوض البضع ، فإذا زال ملك الزوج عن البضع زال الصداق الذي بسببه أعطيه الزوج ، وفي مسألتك العطايا ليست عوض البضع إنما هي عطايا للزوجة فليس له رجوعٌ فيما أعطي لها ، وليس له حكمٌ بينه وبين الزوج[٢] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا من أهل بلدنا[٣] : إذا انفسخ النكاح قبل البناء رجعت العطايا إلى الأب كالذي حمل الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب ، وأعاب بعض فقهائنا هذا القول وغلَّطه[٤] وصوَّب قول الشيخ أبي بكر بن عبد الرحمن[٥] ، واحتج بمثل حجته ، وزاد بأن قال: الصداق عوضٌ عن البضع ، وإنما يجب جميعه بالبناء فمتى سقط منه شيءٌ رجع ذلك إلى الحامل[٦] ، وليس الصداق في الحقيقة عوضاً عن العطايا وعن البضع ، ولاالزوج كالمشتري لها[٧] إذا زاد من أجلها ، ولو كان ذلك لكان النكاح فاسداً ، وإنما زيادته في الصداق من أجلها كزيادته لجمالها[٨] .

قال الشيخ : وظهر لي أن القياس ماقاله بعض شيوخنا ، وأنه لافرق بين حمله عن ولده الصداق ـ وبذلك انعقد نكاحه ـ وبين اعطائه عرضاً ، واعطاء ابنته عَرَضاً ، وعليه انعقد النكاح ، فإذا انفسخ العقد[٩] الذي من أجله كانت العطايا

---

(١) "سواء" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/ب .
(٣) "من أهل بلدنا" ليست في ز .
(٤) وهو عبد الحق الصقلي فقد قال : وهذا التمثيل عندي غير صحيح . المصدر نفسه ل١٣/ب .
(٥) أي الذي تقدم ذكره ، وهو أن العطايا لاترجع إلى الأب مطلقاً.
(٦) وهو الأب .
(٧) أي العطايا .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل١٣/ب .
(٩) "العقد" ليست في ز .

يوجب انفساخها[١] ، وكأن الأب قال للزوجة : تزوجي ابني وأنا أصدق عنه من مالي مئة دينارٍ ، أو قال لرجلٍ : تزوَّجْ ابنتي وأنا أعطيها من مالي مئة دينارٍ ، فعقدا على ذلك ، ثم انفسخ النكاح ، لوجب أن يرجع في عطيته ، وهكذا كمن قال لرجل[٢] : بِعْ من فلانٍ سلعتك بمئة ، وأنا أعطيك المئة[٣] ، فانعقد الأمر على ذلك ثم استحقت السلعة ، أو وجد بها عيباً فردَّت ، أنه يرجع في عطيته ، لأنه إنما أعطاه ذلك من أجل البيع فلم يتم[٤] ، فلاتتم عليه العطية .

وأما قوله[٥] [٦] : وليس الصداق في الحقيقة عوضاً عن البضع والعطايا ، ولو كان كذلك كان فاسداً .

فنقول : إن الصداق في الحقيقة عوضٌ عن البضع والعطايا ، الا ترى أن الأب إذا أعدم بالعطايا كان للزوج فسخ النكاح ، فلو لم يكن عوضاً لما وجب فسخه ، ولم يفسد ذلك النكاح ، لأن العطية ليست للزوج ، وإنما هو كمن قال : أعط فلاناً ثوباً وأنا أشتري سلعته بمئة دينار ، فإذا انفسخ البيع انفسخت العطية ، لأن الهبة للبيع تنفسخ بانفساخه ، سواءٌ كانت للمشتري أو لغيره ، وهذا بيِّن ، والله أعلم بالصواب .

ومن المدونة : ابن وهب : قال ربيعة : ومن زوَّج ابنه الصغير ، والابن مليءٌ فالصداق على الابن وإن لم يكن مليئاً فعلى الأب .

---

(١) أي يوجب فسخ عقد النكاح انفساخ العطايا فللأب أن يرجع فيها .
(٢) "لرجل" ليست في ز .
(٣) في أ ، ب "ثوبا" .
(٤) "فلم يتم" ليست في أ ، ب .
(٥) "وأما قوله" ليست في أ ، ب .
(٦) أي عبد الحق الصقلي .

قال أبو الزناد[١] : أو جعله على الابن فيلزمه .

وقال يحيى بن سعيد : ومن زوج ابنه صغيراً أو كبيراً ولامال له فالصداق على الأب عاش أو مات ، فإن كان / لواحد منهما مال فذلك عليه إلا أن يشترطه [٧٢/أ] الأب على نفسه[٢] [٣] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : معنى قول يحيى : أو كبيراً ، يريد : سفيهاً[٤] .

قال الشيخ : وذلك عندي سواء[٥] ، لأنه هو عقد عليه ، فالصداق عليه إلا أن يظهر أنه على الابن كالوكيل يشتري سلعة فالثمن عليه إلا أن يقول : الموكّل ينقدك دوني[٦] .

ومن المدونة : قال ابن وهب عن مالك : إذا كان الولد صغيراً لامال له فزوجه الأب فالصداق على الأب ، ولايلزم الابن منه شيء وإن أيسر ، ولايرجع به الأب على الولد إذا أيسر الابن ، وإنما ذلك بمنزلة ماأنفق عليه .

وإن زوجه بنقد ومؤخر ، فدفع النقد ثم أيسر الولد فأراد الأب أن يجعل مؤخر الصداق على الابن فليس ذلك له ، وهو على الأب كله[٧] [٨] .

---

(١) هو أبو محمد عبد الرحمن بن أبي الزناد عبد الله بن ذكوان ، المدني ، إمام ، فقيه ، حافظ ، كثير الحديث سمع أباه وسهيل بن أبي صالح وهشام بن عروة وغيرهم ، قدم بغداد وتوفي بها سنة ١٧٤هـ .
انظر : الطبقات ٤٨٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٤٥٨/٧ ، شذرات الذهب ٢٨٤/١ .

(٢) أي فالصداق عليه في ماله كما تقدم أول الباب .

(٣) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦،٨٧ .

(٤) تهذيب الطالب ل١٥/أ .

(٥) أي سواء أكان الابن الكبير سفيهاً أم لا فهو على الأب .

(٦) أي فيكون الثمن على الموكل .

(٧) "كله" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

قال عبد الوهاب : إذا زوج الأب ابنه الصغير، فإن سمى الأب الصداق عليه لزمه وكان ديناً عليه للمرأة ، وإن أطلق فلم يسمِّ على مَنْ الصداق نُظِر ، فإن كان للصبي مالٌ فالصداق عليه ، لأن من شرط عقود المعاوضات أن يكون العوض على من يملك المعَوَّض ، كما لو اشترى له ثوباً أو عقارا ، وإن لم يكن له مالٌ فالصداق على الأب ، لأنه ليس من النظر أن يلزم الأب ذمة الابن ديناً لايحتاج إليه ، لأن الصبي لايحتاج إلى التزويج ، فإن أيسر الابن[١] لم ينتقل الوجوب إليه ، لأنه استقر على الأب ، وإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله ، وقالت المرأة : لاأسلِّم نفسي إلا بعد قبض الصداق ، قيل للابن : إن أردت فأدِّ الصداق وادخل ، وإلا فطلق ولايلزمك شيء[٢] .

[فصل ٣ ــ في ضمان الأب الصداق في مرضه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم عن مالك : ومن زوج ابنه الصغير في مرضه وضمن صداقه لم يجز الضمان ، لأنه وصيةٌ لوارث[٣] ، وجاز النكاح ، فإن شاء الابن البناء وهو كبيرٌ ودى الصداق ودخل بزوجته ، وإلا لم يلزمه الصداق ، وفسخ النكاح[٤] .

ابن المواز : قيل لمالك : فإن بلغ الابن في مرض أبيه فدخل بها ، وقبضت المرأة صداقها من الأب ، ثم مات الأب؟[٥]

---

(١) "الابن" ليست في ز .
(٢) انظر : المعونة ٢/٧٣٤،٧٣٥ .
(٣) فلايلزم إلا بإجازة الورثة .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٢٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٥) في أ "الابن" ، وهو خطأ .

قال : فالصداق مردود على ورثة الأب ، ولايكون ذلك لها ، لأنها عطية لوارث ، فيكون صداقها ديناً على زوجها تتبعه به .

قال ابن المواز : ولايحال بينه وبينها لذلك ، وذلك إذا بقي في يديها ربع دينار ، وإلاحيل بينهما حتى يدفع ربع دينار[١] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كان الولد صغيراً وله مال نظر فيه وليه أو وصيه ، فإن رأى في إجازة ذلك غبطة[٢] دفع إليها الصداق من مال الولد ، وثبت النكاح ، وإن رأى غير ذلك فسخه ، وإن طلبت الزوجة ذلك في مرض الأب لم يكن لها شيء من مال الأب ، وقد قال مالك فيما يضمن الأب عن ابنه في مرضه : لايعجبني هذا النكاح .

قال ابن القاسم : وإن صح الأب لزمه الضمان ثم إن مرض بعد صحته فقد ثبت عليه الضمان[٣] .

قال ابن المواز : وإن ضمن الأب صداق ابنته في مرضه فابن القاسم وأشهب يريانه كالوصية لابنته فهي باطلة إن مات .

وقال ابن وهب وعبد الملك : هو وصية للزوج من الثلث ، وقاله مالك .

ابن المواز : وهو القياس[٤] إلا أن يكون أكثر من صداق مثلها فترد الزيادة ، فإن طلقها قبل البناء وقبل موت الأب فلها / نصف المهر من ثلثه ، ولاشيء للزوج [٧٢/ب]
في النصف الباقي ، لأنها عطية لزمته في نكاحه ، فما لم يجب عليه فهو عطية لم تقبض ، وماوجب عليه فهو كالمقبوض .

قال ابن الماجشون : وقال ابن دينار وغيره من أصحابنا : إن طلقها قبل البناء فلاشيء لها من تركة الأب ، لأنه أعطاها[٥] على أنه إن هي دخلت تمت لها وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية للوارث .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٣/أ .
(٢) أي منفعة عائدة على الابن ، أو لامضرة عليه في هذا الزواج .
(٣) انظر : المدونة ٢٢٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٤) أي القول بأنه وصية للزوج .
(٥) في أ ، ب زيادة "لها" .

وخالف ذلك عبد الملك وأخذ بقول مالك[١] .

قال ابن المواز : وهو الصواب .

وقد سئل أشهب فيمن أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ، و لم يدخل بها زوجها ، ثم مات الأب؟

فقال : إن ترك مالاً أُخذ من ماله .

قال ابن المواز : فقد ترك قوله الأول[٢] لهذا ، لأنه لو كانت الأولى عطيةً لابنته كانت هذه مثلها ، لأنه إنما يخرج ذلك من ماله لابنته ، فهو بمنزلة مالو قال : ادفعوا ذلك لها عن زوجها[٣] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : إذا زوج ابنه الصغير ولامال للابن وشرط في عقد نكاحه أن يعطيه داراً أو مالاً نحا بعض شيوخنا من أهل بلدنا[٤] أن الصداق يكون على الابن لاعلى الأب ، لأنه صار موسراً بما أعطاه الأب .

قال[٥] : وفي المسألة نظر ، لأنه لم يتقدم يُسْرُه بهذا المال قبل عقد النكاح ، وإنما صار موسراً بعد عقد النكاح[٦] .

قال الشيخ : والصواب ماقال الشيخ[٧] ، لأنه معلومٌ أنه لم يتم العقد إلا بيسره ، فهو كالموسر قبل العقد ، وإنما العلة أن يكون له مالٌ ، وبالعقد يؤخذ منه الصداق ، وذلك موجودٌ في هذا ، وأما الفقير[٨] فالأب كالمشتري له ، فالثمن عليه[٩] ، إذ لاحجة له بأن يقول : يدفع ذلك من ماله ، وهو لامال له . والله أعلم.

---

(١) وهو أن لها نصف المهر من ثلث مال أبيها كما تقدم .

(٢) أي في مسألة ضمان الأب صداق ابنته في مرضه ، وهو أنه عطية لها تبطل بالموت .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٣/أ .

(٤) "من أهل بلدنا" ليست في ز .

(٥) أي بعض شيوخ عبد الحق .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل١٥/أ .

(٧) وهو أن الصداق يكون على الابن .

(٨) أي وأما تزويج الأب ابنه الفقير .

(٩) أي على الأب كما تقدم أول الباب .

ابن حبيب : ومن زوج ابنه الصغير أو الكبير أو أجنبيًا وضمن صداقه ثم قال الأب : إنما أردت الحَمَالَة[١] ، أو قاله ورثته بعد موته ، وقالت الزوجة أو الابن أو الأجنبي : بل أراد الحمل ، فإن لم تذكر البينة تفسير ذلك فهو على الحَمْل حتى ينصَّ على[٢] الحمالة نصاً ، قاله ابن الماجشون[٣] .

قال الشيخ : لأن العرف في ضمان الصدقات أنه على الحَمْل حتى يُشترط غيره .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا تزوج الصغير واشترط عليه شروط بتمليكٍ وعتقٍ وطلاقٍ فأجاز وليُّه ذلك ، أو زوَّجه وليُّه على ذلك فلايلزمه منها شيء إلا أن يلزمها نفسه بعد البلوغ[٤] ، وإذا بلغ قبل البناء وعلم بالشروط ودخل عليها لزمته ، وإن بنى ولم يعلم بها لم يلزمه منها شيء .

قال[٥] : وإذا لم يرض قبل البناء بالشروط قيل له : إما أن ترضى ، أو تطلق وتغرم نصف الصداق .

قال أصبغ : وإذا اختار الفسخ فلاشيء عليه ولاعلى أبيه إذا لم يدخل ، ولو كان يوم زوجه لامال له .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا[٦] ، إلا أن تسقط المرأة الشروط فيلزمه النكاح كرسول الرجل يزوجه بشرط ، فإن بنى بعد العلم لزمه ، وإن لم يبن ولم يرض فإما[٧] رضيت بغير شرطٍ وإلا فَسَخَ ولاشيء عليه .

---

(١) أي حمالة الديون .
(٢) "على" ليست في ز .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٢/ب .
(٤) في ز "أن يلتزمها بعد البلوغ" .
(٥) أي ابن القاسم .
(٦) أي أنه إن اختار الفسخ فلاشيء عليه .
(٧) في جميع النسخ زيادة "إن" .

قال أصبغ : ولاعلى الرسول إن كان زعم أنه أمره بذلك .

قال في[١] غيره[٢] : ولو قال الصبي : شُرِطَ هذا عليَّ وأنا صغيرٌ ، وقال أولياء المرأة : بل وأنت كبيرٌ ، فعلى الزوج البينة وإلا حلف أولياء المرأة ، ولزمته تلك الشروط[٣] . / [٧٣/أ]

---

(١) "في" ليست في أ .

(٢) أي غير كتاب ابن حبيب ، لأن عبد الحق قال : وفي غير كتاب ابن حبيب : ولو قال الصبي ...الخ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٢١/أ ، تهذيب الطالب ل١٥/أ .

[الباب الرابع]
في حد الصداق وفي الصداق بأقل من ربع دينار

[فصل ١ ــ في حد الصداق]

قال بعض البغداديين : لاحدَّ لأكثر الصداق إجماعاً ، وأقله عندنا ربع دينار من الذهب ، أو ثلاثة دراهم من الوَرِق ، أو مايساوي أحدهما[١] ، بناءً على القطع في السرقة[٢] ، لأنه عضوٌ محرَّم ، تناولَه بحقِّ الله تعالى ، لايستباح إلا بمال ، فوجب أن يكون مقدَّراً كمثل مايُقطع فيه السارق[٣] ، ولأن المهر في النكاح حقٌّ لله بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز ، وحقوق الله في الأموال مقدَّرة كالزكاة والكفَّارات[٤] .

[فصل ٢ ــ في الصداق بأقل من ربع دينار]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فأقل الصداق ربع دينارٍ ، فمن نكح بدرهمين أو بما يساويهما فإن رضي الزوج أن يُتمَّ لها ثلاثة دراهم ثبت النكاح ، وإن أبى فسخ النكاح قبل البناء ، وإن كان قد دخل بها جُبِرَ على أن يُتمَّ لها ثلاثة دراهم ، ولايُفسخ لاختلاف الناس في هذا الصداق ، لأن منهم من قال: ذلك صداقٌ جائزٌ ، ومنهم من قال : لايجوز .

---

(١) انظر : التفريع ٢٢٧/٢ ، الرسالة ص٢٤٣ .

(٢) لأن أقل مايجب به القطع في السرقة ربع دينار ، لما روت عائشة رضي الله عنها حيث قالت : قال النبي صلى الله عليه وسلم : "تُقطع اليد في ربع دينارٍ فصاعدا" أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب قول الله تعالى : ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ وفي كم يقطع ١٧،١٦/٨ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب حد السرقة ونصابها ١٣١٢/٣ رقم (١٦٨٤) .

(٣) قال ابن رشد : فلما وُجِد مايقطع فيه يد السارق مقيداً في السنة بمقدارٍ وجب أن يُحمل النكاح المطلق عليه . المقدمات الممهدات ٤٦٩/١ .

(٤) المعونة ٧٥٠/٢ .

وقال غيره[١] : يُفسخ قبل البناء وإن أتم الزوج ربع دينار ، ويُفسخ أيضاً بعد البناء ، ولها صداق مثلها ، وهو كمن تزوج بلاصداق .

قال ابن القاسم : وإن طلقها قبل البناء فلها نصف الدرهمين لاختلاف الناس في أنه صداق[٢] .

قال ابن المواز : قال مالك : أقل الصداق من الذهب ربع دينار ، ومن الوَرِق ثلاثة دراهم ، ومن العروض ماقيمته ثلاثة دراهم ، ومن تزوج بدرهمين فإن لم يدخل خُيِّر[٣] ، فإن أتم لها ثلاثة دراهم وإلا أُوقِعت عليه طلقة ، وكان لها نصف الدرهمين[٤] ، وإن دخل فقال عبد الملك : يلزمه تمام صداق المثل .

وقال ابن القاسم وأشهب : يتم لها ثلاثة دراهم .

قلت[٥] : فقول ربيعة : يجوز بدرهم ، وقال يحيى بن سعيد : يجوز بسوطٍ ونعلين؟ قال : ولو أجزته بدرهم لأجزته بأقل منه إلى مالايكون صداقاً .

وقد أجمل الله سبحانه مايقطع فيه اليد في السرقة[٦] ، فوقّت النبي عليه الصلاة والسلام فيه ربع دينار[٧] ، فهو مما له بالٌ ، فلاييباح الفرج بما لابال له ، وهو يأتي كالعضو .

وأما يحيى بن سعيد في قوله : بسوطٍ ونعلين ، فقد استثنى إن كان ذلك صداقاً[٨] .

---

(١) أي غير ابن القاسم من الرواة .

(٢) انظر : المدونة ٢٢٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٣) أي بين أن يتمّه أو يفسخ النكاح .

(٤) وقد تقدم من قول ابن القاسم .

(٥) القائل هو ابن أبي زيد .

(٦) أي في قوله تعالى : ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلاً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ . سورة المائدة : آية ٣٨ .

(٧) سبق تخريجه ص٢٠٠ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٠/ب .

قال الشيخ : وقال الأبياني[١] في كتابه : إن أبى أن يُتم لها ربع دينارٍ فرَّقنا بينهما بطلقةٍ، ولاشيء لها ، لانصف الدرهمين ولاغيره[٢] .

ورجَّح ابن الكاتب هذا ، وقال : هو الذي يوجبه النظر ، لأنه إذا كان الفسخ من الصداق من أجل أنه عندنا ليس بصداقٍ فكيف يُعطى نصف ماوجب الفسخ من أجله؟ ولأنه إنما يفسخ بحكمٍ فكيف يكون حكمه بالفساد ، ومن أجل فريضته حُكِمَ بصحة الفريضة ، إذ لاتستحق الزوجة إلا نصف مايصح ، وليس الفسخ كطلاقه إياها ،كاختلاف الزوجين في مقدار الصداق قبل البناء لأنهما إذا تحالفا انفسخ النكاح ، ولم يكن عليه من الصداق شيء ، وإذا طلق قبل التحالف لزمه نصف ماأقر به وإن كان قادراً إذا حلفت الزوجة على أن لايحلف ويتم لها ماقالته وتبقى على نكاحه ، فهو كالمتزوج بدرهمين ، إذ له البقاء على النكاح بتمامه ربع دينار ، فإذا لم يتمه فسخ ، وإن طلق لزمه نصف / الدرهمين[٣] . [٧٣/ب]

قال الشيخ : والصواب ماقاله ابن المواز[٤] وإليه ذهب أبو الحسن[٥] ، وإنما كان لها في الفسخ نصف الدرهمين لأن بعض العلماء يراه نكاحاً صحيحاً لايجوز فسخه ، ويُسْعِدُه حديث الموطأ[٦] ، وإنما فسخه عندنا على طريق

---

(١) في جميع النسخ "البلياني" وهو تصحيف .

(٢)،(٣) تهذيب الطالب ل١٥/ب .

(٤) أي عن مالك وهو أن لها نصف الدرهمين .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٥/ب .

(٦) وسيأتي قريباً .

الاستحباب ، إذ لو كان فاسداً لم يجب الثبات عليه وإن أتم ربع دينار ، فراعينا الخلاف فيه لقوَّته ، وجعلنا حكمه حكم من طلق ، إذ لو شاء الثبات عليه لأتم ربع دينار ، فإن لم يتمه صار كمختارٍ للطلاق ، فوجب عليه لذلك نصف الدرهمين ، وليس ذلك كالاختلاف في قدر الصداق ، لأن هذا لو رضيت الزوجة بقول الزوج لتم ، ولايجوز لها الرضى بالدرهمين ، ولأن النكاح في[1] الاختلاف في الصداق صحيحٌ بإجماع ، وإنما اختلفنا في ثمنه كاختلاف المتبايعين في الثمن ، والعلل مفترقةٌ ، وعلى العلل يُقاس لاعلى الجواب .

وماروى مالك في الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأةٌ فقالت : يارسول الله إني قد وهبت نفسي لك ، فقامت قياماً طويلاً ، فقال رجل : يارسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "هل عندك من شيءٍ تُصْدِقُها إياه؟" فقال : ماعندي إلاإزاري هذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن أعطيتها إزارك جلست لاإزار لك ، فالتمس شيئا" ، فقال : ماأجد شيئاً ، قال : "التمس ولو خاتماً من حديد" ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : "هل معك من القرآن شيء؟" قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، لسورٍ سمَّاها ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : "قد زوجتكها بما معك من القرآن"[2] ، قال مالك : ليس عليه العمل[3] .

---

(١) "النكاح في" ليست في ز .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج ٦/١٣١،١٣٢ ، ومسلم كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ٢/١٠٤٠،١٠٤١ رقم (١٤٢٥) ، ومالك ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الصداق والحباء ٢/٤١٦ رقم (٨) .

(٣) وقد أورد المؤلف هذا الحديث لأن مفهومه يقتضي عدم تحديد أقل الصداق ، وهذا المفهوم يتعارض مع ماذكره من أن أقل الصداق ربع دينارٍ أو ثلاثة دراهم .

قال عبد الوهاب : ويستحب لمن تزوج أن يدفع شيئاً من الصداق قبل الدخول ، وأقله أقل[١] مايستباح به الفرج وهو ربع دينار ، لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك لما زوَّج فاطمة من عليٍّ رضي الله عنهما[٢] [٣] .

---

(١) "أقل" ليست في أ ، ب .

(٢) أخرجه البزار والطبراني ورجال الطبراني رجال الصحيح بلفظ : "تزوج عليٌّ فاطمة من رسول الله صلى الله عليه وسلم بِبَدَنٍ من حديد" ، انظر : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، باب الصداق ٢٨٣/٤ .
والبدن هي الدِّرع ، سُميت بذلك لأنها تضمُّ البَدن،انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (بَدَنَ) .
وأخرج البيهقي مايدل على أن علياً رضي الله عنه أصدق فاطمة درعه ، كتاب الصداق ، باب لايدخل بها حتى يعطيها صداقها أو مارضيت به ٤١٢/٧ رقم (١٤٤٦١،١٤٤٦٢) .

(٣) المعونة ٧٥٣/٢ .

[الباب الخامس]
في المرأة تُحدث في الصداق هبة أو عتقا أو بيعا أو شراء أو زكاة أو غير ذلك

[فصل ١ ــ فيما تملك به المرأة الصداق ملكاً مستقرا]

قال بعض أصحابنا البغداديين : الأصل عندنا أن المرأة تملك الصداق بالعقد والتسمية ملكاً غير مستقر ، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول ، لأنه لو كان ملكاً مستقراً لم يجز أن يبطل بعد استقراره ، وقد ثبت أنها لو ارتدت أو كانت أمةً فعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول لم تستحق شيئاً ، لأن الفسخ من قِبَلِهَا ، ولو طلقت قبل البناء لملكت النصف ، فدل أنه غير مستقر ، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول[1] .

[فصل ٢ ــ في المرأة تحدث في الصداق هبة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا وهبت المرأة صداقها للزوج بعد أن قبضته أو قبل وهي جائزة الأمر ثم طلقها قبل البناء فلارجوع له عليها بشيء ، ولو وهبته نصفه فله الربع عليها إن قبضته ، أولها عليه إن لم تقبضه ، وكذلك في هبتها ستين من مئةٍ أو أربعين وقبضت الباقي فإنما عليها نصف ماقبضت[2] .

قال الشيخ : وكان لم يصدقها غيره[3] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٧٥٤ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٢٥ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٣) لأنه لو أصدقها غيره وقبضته فله عليها نصفه أيضاً .

ومن كتاب محمد : وإذا وهبته قبل البناء جميع صداقها جُبِرَ على أن لايدخل / بها حتى يعطيها ربع دينار فأكثر ، فإن لم يفعل حتى طلق فلاشيء عليه ، ولو [٧٤/أ] قبضته ثم وهبته فلاشيء لأحدهما على الآخر[١] .

ومن العتبية : ابن القاسم : ومن تزوج بكراً بمئة دينارٍ فأعطته ذلك من عندها ، ثم علم الأب فالنكاح ثابت بنى بها أو لم يبن ، ويرد ماأخذ منها ، ويغرم المئة من ماله ، كالعبد يعطي مالاً لمن يشتريه[٢] .

قال في[٣] رواية عيسى : ومن أعطته امرأةٌ مئة دينارٍ يتزوجها بها ، فإن كانت ثيباً فزادها على ماأعطته ربع دينار فالنكاح جائز ، وإن كانت بكراً ولم يبن بها فإن أتم لها الصداق وإلا فسخ ، وأصل النكاح صحيح ، وإن بنى فلها عليه صداق المثل .

ثم رجع فقال : النكاح ثابتٌ بنى أو لم يبن[٤] ، فإن كانت بكراً فعليه أن يعطيها من ماله مثل ماأعطته ، وإن كانت ثيباً فزادها من ماله ربع دينارٍ لم تكن لها حجة[٥] .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران فيما جرى من عادتهم بالقيروان في رد النقد إلى الزوج ، أن ذلك نكاحٌ وسلفٌ لايجوز إذا وقعت الغيبة على النقد ، ولو لم يغب عليه واشترط ذلك كان النكاح صحيحاً .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٢/ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٦/٥ .

(٣) أي ابن القاسم .

(٤) وهو قوله الذي تقدم قريباً .

(٥) والنكاح جائز ، لأن الثيب مالكة أمر نفسها فعطيتها له جائزةٌ بخلاف البكر فإنها مَولِى عليها لاتجوز عطيتها .
انظر : المصدر نفسه ٣٩١/٤، ٣٩٢ .

فإذا فسد النكاح فيما ذكرناه[١] فسخ قبل البناء وثبت بعده ، لأنه فسادٌ في الصداق ، ويكون لها صداق المثل[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : وأن وهبت مهرها لأجنبيٍّ قبل قبضه وهي جائزة الأمر فإن حمله ثلثها جاز ، وإن جاوز الثلث بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج .

وقال ابن القاسم : إذا حمله الثلث وكانت جائزة الأمر فلم يقبضه الموهوب له[٣] حتى طلقت قبل البناء ، فإن كانت موسرةً يوم طلقها فللموهوب أن يأخذ من الزوج جميع الصداق ، وللزوج الرجوع عليها بنصفه ، وإن كانت يوم طلق معسرةً حبس الزوج نصفه ودفع نصفه إلى الموهوب له ، ولو قبض الأجنبي جميعه قبل الطلاق لم يرجع عليه الزوج بشيء ، كانت الزوجة يوم الهبة موسرة أو معسرة ، أو الآن ، لأن دفعه ذلك إليه[٤] وهي معسرةٌ إجازةٌ لما فَعَلَتْه ، ويَتبع الزوج المرأة بنصفه[٥] .

ابن المواز : وروي لابن القاسم : أن للمرأة أن ترجع على الموهوب بما تغرم للزوج ، وهذا خلاف لقوله الأول[٦] [٧] .

ومن المدونة : قال غيره : إذا كانت يوم الهبة موسرةً و لم يقبضه الموهوب حتى طلقت لم ينظر إلى عسرها يوم الطلاق ، وعلى الزوج دفع جميعه إلى الموهوب وللزوج متابعتها بنصفه[٨] .

---

(١) أي بأن غاب الزوج على النقد على ماذكر أبو عمران .
(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/ب .
(٣) "له" ليستْ في ز .
(٤) "إليه" ليست في ز .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٢٥،٢٢٦ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٦) وهو أن الزوج يرجع عليها بنصفه ، ولاترجع هي على الموهوب .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ٢٤٤/أ .
(٨) انظر : المدونة ٢/٢٢٦ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه لما كان ملكها للصداق ملكاً[١] غير مستقر وأن للزوج أن يطلق فيستحق نصفه كانت هبتها لذلك النصف ضعيفة لحق الزوج فيه ، ولقول من يرى أن الهبة لاتتم إلا بالقبض فلما ضعفت لهذا استحسن ابن القاسم أنها إن كانت موسرة يوم الطلاق كان على الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأن الزوجة أملك به قبل الطلاق ، وإذ لاضرر عليه في ذلك ، لأنه يرجع عليها بحقه ، وإن كانت معسرة كان له حبس نصفه لحقه فيه ، ولمراعاة الخلاف ، ولما يلحقه من الضرر .

ووجه قول غيره : أن الزوجة لما كانت أملك بجميع الصداق قبل الطلاق ، وكان ثلثها يوم الهبة يحمله ، كانت هبتها فيه جائزة ، ولاكلام للزوج فيه ، فلاينظر إلى ماحدث / بها بعد ذلك ، وعلى الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأنه كان له ديناً [٧٤/ب] عليه .

قال الشيخ : وذكر أن أبا عمران قال : قول الغير أقيس[٢]، لأن هبة الدين إذا كان في ذمة فهو مقبوض ، سواء مات الواهب أو أعدم ، وابن القاسم ضعَّف أن يكون مقبوضاً وكأن الزوج عنده أدرك عين شيئه فهو أولى به .

وانتصر ابن الكاتب لابن القاسم فقال : الحيازة التي كانت من الزوج قد انكشف أنها لم تكن للموهوب في جميع الصداق ، وإنما كانت في نصفه لظهور استحقاق الزوج ، فإن كانت موسرة مضى فعلها ، لأنها فعلت مايجوز لها وهي معطية عوضا مما وهبت ـ يريد وإذا كانت معسرة بحق الزوج في النصف أبد الاستحقاق ذلك بالفراق يوم الطلاق ، وأن الزوجة لاتستحق إلا نصفه ، فكان الزوج أولى بأخذ مانُصَّ له في[٣] القرآن[٤] من موهوب لايستحق ذلك واهبه .

---

(١) "ملكاً" ليست في ز .

(٢) وهو أنه إنما ينظر إلى يُسرها يوم الهبة لايوم الطلاق .

(٣) "في" ليست في ز .

(٤) وهو نصف الصداق المنصوص عليه في قوله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ...﴾ الآية ، سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

وقد أطال في ذلك الحِجَاج فاقتصرت على بعضه ومفهومه[١] [٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم[٣] : ولو أصدقها حيواناً بعينه فقبضت ذلك المرأة ، ثم وهبته لأحدٍ وهي جائزة الأمر ، ثم طلقها الزوج قبل البناء ، كان له عليها نصف قيمته يوم وهبته ، نما عند الموهوب أو نقص .

وقال بعض الرواة : بل نصف قيمته يوم قبضته ، لأنها ضامنة له لو هلك[٤][٥] .

قال الشيخ : وقول مالك أولى[٦] ، لأنها لم تضمنه بالقبض فيلزمها إذا تعدت فيه قيمته يوم قبضت كالغاصب ، أو كالبيع الفاسد ، بل كان ضمانه منه ، لأنه لو مات[٧] ثم طلق الزوج قبل البناء لم يرجع عليها بشيء ، فقبضها وغير قبضها سواء ، فإنما يلزمها قيمته يوم أحدثت فيه ماأحدثت .

[فصل ٣ ــ في المرأة تُحدث في الصداق بيعاً أو عتقا]

قال ابن المواز : ولو باعته ثم طلقها قبل البناء جاز بيعها ، ورجع الزوج عليها بنصف الثمن[٨] .

---

(١) "ومفهومه" ليست في ز .
(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٥/ب ، ١٦/أ .
(٣) "قال ابن القاسم" ليست في ز .
(٤) "لأنها ضامنة له لو هلك" ليست في ز .
(٥) انظر : المدونة ٢٢٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٦) أي الذي رواه ابن القاسم ، وهو أنها تضمن نصف قيمته يوم وهبته .
(٧) أي الحيوان .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤١/أ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك : ولو نكحها بعبدٍ بعينه فدفعه إليها فأعتقته ثم طلقها قبل البناء ، فله عليها نصف قيمته يوم أعتقته[١] .

ابن المواز : وقال[٢] عبد الملك : بل نصف قيمته يوم قبضته[٣] ، ولايعجبنا ذلك ، لأن ضمانه منه[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايرد العتق موسرة كانت أو معسرة ، لأنها إن كانت يوم أعتقته موسرة لم يكن للزوج كلام ، وإن كانت معسرة وقد علم الزوج بعتقها فلم يغير ذلك جاز العتق فإن علم ذلك وأنكر عتقها وهي معسره كان له رد العتق ، ولايعتق من العبد شيء ، لأن مالكاً قال : إذا أعتقت المرأة عبدها وثلثها لايحمله ، فلزوجها رده ولايعتق منه شيء .

قال ابن القاسم : فإن رد الزوج عتقها ثم طلقها قبل البناء فأخذت نصف العبد فإنه يعتق عليها النصف الذي صار لها[٥] .

وقال اشهب في غير المدونة : لايعتق إذا رد الزوج عتقها أولا .

وقال أشهب وعبد الملك : وروي لمالكٍ أن ذات الزوج إن أعتقت ثلث عبدٍ لاتملك غير ذلك[٦] العبد ، خيِّر الزوج ، فإما أجازه فيعتق جميعه ، أو يرده فلايعتق منه شيء .

وقال ابن القاسم : يعتق ثلثه فقط وإن كره الزوج ، ورواه عن مالك .

ومن المدونة : ابن القاسم :ولو تزوجت ولها عبدٌ لامال لها غيره ، فأعتقته كله فرد الزوج عتقها ثم مات عنها أو طلقها ، فإنه يعتق عليها الآن جميعه .

وقد قال مالك في المفلس إذا ردَّ الغرماء عتقه ثم أفاد مالاً : أن العبد / يعتق عليه ، فأرى الزوجة في عتقها بمنزلة المفلس في عتق عبده فيما وصفنا . [٧٥/أ]

---

(١) انظر: المدونة ٢٢٨/٢ ، وهو كقوله في مسألة الهبة .

(٢) في ز زيادة "لي" .

(٣) "يوم قبضته" ليست في أ ، وهذا القول كقول بعض الرواة في مسألة الهبة .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/أ.

(٥) انظر : المدونة ٢٢٨/٢ .

(٦) "ذلك" ليست في ز .

وقد بلغني عن مالكٍ أنه قال في الزوجة : يعتق عليها العبد إذا مات زوجها أو طلقها ، ولاأدري هل كان يرى أن يقضى بذلك عليها أم لا؟ والذي أرى ألاَّ تستخدمه ويعتق عليها[١] بغير قضاء[٢] .

قال الشيخ : وفي العتق الأول[٣] وجه ذلك والفرق فيه .

وفي كتاب محمد قال ابن القاسم : وإن كانت غَنَمًا فَزكَّتها ، رجع بنصفها ناقصة ، ولو كانت مئتي[٤] درهم فزكَّتها ، رجع بمئةٍ كاملة .

ابن المواز : لأنها في العين ضامنة ، والنماء[٥] فيها لها ، ومادعت أنه تلف مما قبضت صدقت فيما يصدق فيه المستعير والمرتهن مع يمينها ، ومايُغَاب عليه من عين أو عرضٍ فلاتبرأ من ضمانه إلا ببينة ، قاله ابن القاسم وعبد الملك .

قال أصبغ : وأرى في العين خاصة أنها تضمنه وإن قامت بينةٌ بهلاكه بغير تفريط .

قال ابن المواز : لايعجبني قول أصبغ ، ولاتضمن إذا قامت البينة بهلاكه إلا أن تحركه لغير جهازها ، وهو كالوديعة[٦] .

قال عبد الملك : ولو لم يطلقها فادعت تلف مايغاب عليه ، وطالبها أن تتجهز بالصداق فليس ذلك له ، لأنه مالها ضاع ، فلاتضمن مالها ، وعليها اليمين ، وبالطلاق يصير مالاً له .

وقال عبد الملك في العتبية : عليها أن تحلف ذلك من مالها إذا لم تقم بينة بهلاكه لتشتري به جهازها[٧] .

---

(١) "عليها" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٢٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٣) أي في كتاب العتق الأول من الجامع .

(٤) في أ ، ب "مئة" .

(٥) "والنماء" ليست في أ ، ب .

(٦) أي في أنه لايضمن إلا بالتعدي ومن التعدي استعماله لغير جهازها .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١١١/٥ .

ابن المواز : قال أصبغ : ولـو اشـترت بـالعين جهازهـا بـأمرٍ معـروفٍ ظـاهرٍ فضاع أو تلف لم تضمن ، كما لو أصدقها ذلك بعينه .

قال ابن المواز : وماأكلت من مهرها فإن طلق قبل البناء حوسـبت بـه ، وإن لم يطلق وبنى فلاشيء عليها ، وقال ابن عبد الحكم عن مالك في المرأة المحتاجة : لهـا أن تأكل من صداقها بالمعروف وتكتسي ، وروي مثله عن ابن القاسم في العتبية[١] .

[فصل ٤ ــ في المرأة تُحدث في الصداق شراء]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأةً بألف درهم ، فاشترت منه بهـا داره أو عبده أو مالايصلح لجهازها ، ثم طلقها قبل البناء ، فإنما له نصف ذلك ، نما أو نقص[٢] ، وهو بمنزلة مالو[٣] أصدقها إياه ، ولو أخذت منـه الألـف ثـم اشـترت ذلك من غيره ، رجع عليها إذا طلقها بنصـف الألـف درهـم[٤] ، وكـان لهـا نمـاؤه وعليها نقصانه ومنها[٥] مصيبته[٦] .

قال الشيخ : لأنها انفردت بمنفعته دونه ، ولم يدخل على ذلك[٧] .

قال مالك : إلا أن يكون مااشترت من غير الزوج ممـا يصلحهـا في جهازهـا مثل خادمٍ وعِطْرٍ وثيابٍ وفُرُشٍ وأسرَّةٍ ووسائدَ وكسـوةٍ ونحـوه ، فليـس لـلزوج إذا طلقها إلا نصف ذلك[٨] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٣١/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .
(٢) "نما أو نقص" ليست في أ .
(٣) "لو" ليست في ز .
(٤) "درهم" ليست في ز .
(٥) في ز "وكان ذلك منها" .
(٦) انظر : المدونة ٢٣٠/٢ .
(٧) أي على انتفاعه بما اشترت .
(٨) أي نصف مااشترت وليس نصف الألف درهم .
انظر : المصدر نفسه ٢٣٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

قال عبد الوهاب : لأن العرف شراء الجهاز بالصداق ، فقد دخل الزوج على ذلك ، وصارت كأنها فعلت ذلك بأمره وتصريحه ، لقوله تعالى : ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَاهِلِينَ﴾[١] ، ولأنه عليه الصلاة والسلام أخذ صداق فاطمة فصرفه في جهازها من طيبٍ وفُرشٍ ووسائدَ على ماروي[٢] في الخبر[٣] ، وفِعْلُه على الوجوب ، ولأن علياً رضي الله عنه حكم بذلك في قضيةٍ ارتفع إليه فيها فقضى على الأب تجهيز ابنته بالصداق ، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف مادفعه وقال : أَعطيتُ دراهم وأَخذتُ صُوفاً وخِرَقاً قال : أنت أضعت مالك ، ولم يخالف عليه أحد[٤] .

ومن المدونة : قال ابن وهب عن مالك : وليس للمرأة أن تحبس ذلك وتدفع إلى الزوج نصف مانقدها ، لأنه كان لذلك ضامناً ، فلايباع عليه ماله وهو / كارهٌ [٧٥/ب] إلا أن يرضى بذلك[٥] .

قال اسماعيل القاضي : إذا اشترت بصداقها من زوجها داراً أو عبداً فإنما يُنَزَّل أمرها على التخفيف عنه ، إلا أن يتبين أنها إنما قصدت الشراء منه كما تشتري من غيره ، للرغبة في ذلك ، فيرجع عليها حينئذ بنصف الصداق[٦] .

---

(١) سورة الأعراف : آية ١٩٩ .

(٢) من قوله "روي في الخبر" إلى آخر الباب ساقط من ز .

(٣) رواه البزار ، كتاب النكاح ، باب تزويج علي بفاطمة رضي الله عنها ١٥٣/٢ رقم (١٤٠٩) وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف . انظر : التقريب ٦٠/٢ رقم (٥٧٨٥) .
انظر : كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة ، تأليف الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ) .

(٤) انظر : المعونة ٧٥٥/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٢٣١/٢ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل١٦/أ .

وذكر عن بعض شيوخنا : إذا تزوجها بدنانير ثم أعطاها فيها عرضاً فاستحقَّ فإنما ترجع عليه بقيمة العرض ، وكأن النكاح إنما وقع بذلك العرض والدنانير مُلغاة ، كما قال[١] : إذا طلقها قبل البناء إنما له نصف العرض بمنزلة مالو تزوجها به ، وهذا بخلاف البيوع ، لأن النكاح قد تظهر فيه التسمية في العلانية ، ويكون في السر غير ذلك[٢] ، وليس البيوع كذلك[٣] .

كما قال : لو تزوجها بثلاثين ديناراً عشرةٍ منها نقداً وعشرةٍ إلى أجلٍ ، وسكتا عن العشرة الثالثة ، فالرواية : أن هذه العشرة المسكوت عنها تسقط ، ولو كان ذلك في البيع لكانت العشرة المسكوت عنها حالَّةً ، وإنما فارق النكاح البيع في هذا ، لما ذكرنا أن فيه سرّاً وإعلاناً ، فأمره في غيرما وَجهٍ يخالف البيوع فاعلمه[٤].

---

(١) أي مالك وقد تقدم قريباً .

(٢) كما تقدم ذكر ذلك في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٣) فالثمن فيها معلوم للطرفين من حين العقد فلايزاد فيه ولاينقص منه .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ١٦/أ .

[الباب السادس]
في نماء الصداق ونقصه وغلته[1] وجنايته

[فصل ١ ــ في نماء الصداق ونقصه وغلّته]

قال مالك : وكل ماأصدقه الرجل امرأتـه مـن حيـوان أو رقيـق بعينـه تعرفـه المرأة ، أو دار أو غير ذلك مما هو بعينـه ، قبضـت ذلـك المـرأة أو لم تقبضـه فحـال سوقه[٢] ، أو نقص في بدنه ، أو نما ، أو توالد ثم طلقها قبل البناء ، فللزوج نصـف ماأدرك من هذه الأشياء يوم طلق على ماهو بـه مـن نقـص أو نمـاء ، لأنـه في ذلـك شريك لها[٣] .

قـال ابـن القاسـم : ولاينظـر في هـذا إلى قضـاء قـاض ، لأنـه كـان ضامنـاً لنقصها[٤] .

قال مالك : ولو هلكت هذه الأشياء بيد المرأة ثم طلقها قبل البنـاء لم يرجـع عليها بشيء ، ولو هلك ذلك بيده كان له أن يدخل بها ولاصـداق عليـه ، وتكـون مصيبتها من المرأة[٥] .

قال ابن القاسم : ولو نكحها بعرض بعينه فضاع بيـده ضمنـه ، إلا أن تعلـم ذلك فيكون منها[٦] .

قال مالك : وإن تزوجها على حائط ، فأثمر الحائط عند الـزوج ، أو[٧] عنـد المرأة ، ثم طلقها قبل البناء والثمر قائم، فللزوج نصف ذلك كله وللمرأة نصفه[٨] .

---

(١) الغَلَّة : هي الدَّخْلُ الذي يحصل من الزرع والثمر واللبن والإجارة والنِّتَاج ونحو ذلك . اللسان ، مادة (غَلَلَ) .

(٢) أي تغير سعره .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٢٧ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٧) في أ ، ب "واو" بدل "أو" .

(٨) كالحيوان أو الرقيق الذي نما ، أو توالد كما تقدم . انظر : المدونة ٢/٢٢٧ .

قال ابن القاسم : ومااستهلك أحدهما من الثمر ضمن حصة صاحبه من ذلك ، وماسقى أحدهما في ذلك كان له بقدر علاجه وعمله .

وكذلك إن نكحها بعبدٍ بعينه فلم يدفعه إليها حتى اغتلَّه ثم طلقها قبل البناء فالغلة بينهما أيضا .

وكذلك إن نكحها بأمةٍ بعينها فولدت الأمة عند الزوج أو عندها ، أو اكتسبت مالا ، أو وُهِبَ لها ، أو تُصُدِّق به[١] عليها فذلك كله ـ إن طلقت قبل البناء ـ بينهما .

وكذلك ماغَلَّ أو تناسل من إبلٍ أو بقرٍ أو غنمٍ أو من جميع الحيوان ، أوأثمر من شجرٍ أو نخلٍ أو كَرْمٍ فذلك كله بينهما .

ومن استهلك من ذلك شيئًا ضمن حصة صاحبه منه ، إلا أنه يقضي لمن أنفق منهما بنفقته التي أنفقها فيه ، ثم يكون له نصف مابقي[٢][٣] .

وقد قيل : إن كل غلَّةٍ أو ثمرةٍ للمرأة خاصة بضمانها ، كانت في يدها[٤] أو في يد الزوج[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم[٦]؛ قوله عليه الصلاة والسلام : "الخَرَاجُ بالضَّمَان"[٧] ، فلما كان ضمان هذه الأشياء قبل البناء منهما كانت الغلَّة بينهما ،

---

(١) "به" ليست في ز .
(٢) في ز "نصفها" .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٢٧،٢٢٩ .
(٤) في أ ، ب "مالها" .
(٥) انظر : تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٦) وهو أن زيادة الصداق بينهما .
(٧) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع والإجارات ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيبا ٣/٧٧٧،٧٧٨ رقم (٣٥٠٨) ، والترمذي ، كتاب البيوع ، باب ماجاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ٣/٥٨١ رقم (١٢٨٥) ، والنسائي ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ٧/١٨٢،١٨٣ رقم (٤٤٩٠) ، وابن ماجه ، كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ٢/٧٥٤ رقم (٢٢٤٢،٢٢٤٣) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٢/١٨،١٩ رقم (٢١٧٦-٢١٨١) وصححه ، ووافقه الذهبي .
وقال الترمذي : حسن صحيح غريب.

وهذا بيِّن[١] .

ووجه قول غيره : لما كان أن[٢] لو هلكت هذه الأشياء قبل البناء كان للزوج أن يدخل ولاشيء عليه صحَّ أن ضمانها من الزوجة ، فوجب أن تكون غلَّتها لها .

قال الشيخ : وقول / ابن القاسم أصح ، لأن ملك الزوجة للصداق ملكٌ [٧٦/أ] غير مستَقِرٍ قبل البناء ، فإذا وقع البناء صح ملكها له ، ووجب عليه ضمانه ، ولها غلته ، فإذا طلق الزوج قبل البناء صح ملكها لنصفه ، وملكه لنصفه ، فوجب أن تكون الغلة بينهما .

قال ابن المواز : وقد قيل : الغلة والنفقة على المرأة ، وأحب إلينا أن تكون النفقة من الغلة ، فإن لم تكن غلَّةٌ فلانفقة على الزوجة .

قال : وماغتلَّت فهلك بيدها من غير سببها لم تضمنه ، وهي فيه مصدقةٌ مع يمينها إن أخذت في الغلة حيواناً ، ولاتصدق في هلاك العين إلا ببينة .

وأما الزوج فهو ضامن لما اغتَلَّ من عينٍ وغيره[٢] [٣] ، لأنه متعدٍ فيما يَستغلُّ وفي حبسه[٤] .

قال الشيخ : ولأن للمرأة استعجال المعين ، لأن ضمانه[٥] منها ، سواء طلبت الزوج بالدخول أم لا ، وسواءٌ كان الزوج صغيراً أو كبيراً ، قاله ابن حبيب.

ابن المواز : ومافَرِهَ[٦] أو نما في بدنه فلارجوع لمن أنفق عليه منهما بما أنفق إلا من غلةٍ إن كانت لاتعدوها ، وكذلك لو داوى مريضاً به .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ١٦/أ .
(٢) "أن" ليست في ز .
(٣) في ز زيادة "من" .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .
(٥) في أ ، ب زيادة "هو" .
(٦) أي أَشِرَ وَبَطِر . انظر : اللسان ، مادة (فره) .

قال ابن القاسم : ولو أنفقت على العبد في تعليم صنعةٍ نفقةً عظيمةً فلارجوع لها بشيءٍ من ذلك .

وكذلك قال مالك في رده بعيبٍ في البيع ، وكذلك ماأنفقت في أدب الجارية وتعليمها الأدب والرَّقْم[١] ، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية[٢] .

قال الشيخ : يدل قوله[٣] ، لو أنفقت عليه في مطعمٍ وملبسٍ رجعت بذلك لأن بذلك قوامه وحياته .

وقال ابن حبيب : لاترجع بذلك[٤] ، وهو خلاف[٥] .

---

(١) الرقم : التزيين ، ومنه قوله تعالى : ﴿كَلَّآ إِنَّ كِتَٰبَ ٱلْأَبْرَارِ لَفِىٓ عِلِّيِّينَ . وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا عِلِّيُّونَ كِتَٰبٌ مَّرْقُومٌ يَشْهَدُهُ ٱلْمُقَرَّبُونَ﴾ . سورة المطففين : الآيات ١٨-٢١ .
يقال :رقمت الثوب ، إذا نمقته . انظر : غرر المقالة ص٢٧٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .

(٣) أي قول ابن القاسم من عدم رجوع المرأة بما أنفقت على صداقها مما ليس به قوام حياته كتعليمه صنعة ونحو ذلك .

(٤) أي بما أنفقت عليه مما به قوام حياته .

(٥) أي أن قول ابن حبيب خلاف قول ابن القاسم من أن المرأة ترجع بذلك ، قال عبد الحق : لأن الزوج قد رجع إليه نصف ذلك بما وقع من الطلاق في الوجهين فلم لاترجع عليه بنصف ماأنفقت على الحيوان كما ترجع في الثمرة؟
تهذيب الطالب ل ١٦/ب .

فصل [٢ ــ في جناية الصداق]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بعبدٍ فجُنيَ عليه جنايةً ثم طلقها قبل البناء فأرش ذلك بينهما ، ولو جنى العبد وهو في يد المرأة فدفعته بالجناية ثم طلقها بعد ذلك فلاشيء للزوج في العبد ، ولاعلى المرأة إلا أن يُحَابيَ[١] في الدفع فلايجوز محاباتها على الزوج في نصفه إلا برضاه ، وإنما يجوز إذا دفعته على وجه النظر[٢] .

قال ابن المواز : وإذا حابت على الزوج[٣] كان الزوج على خياره في نصفه، إن شاء أجاز ذلك ، وإن شاء غرم نصف الجناية وكان له نصف العبد ، فإن مات العبد قبل خياره رجع عليها بما زادت نصف قيمته على نصف الأرش[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت المرأة قد فدته ـ يريد قبل الطلاق لم يأخذ الزوج منها نصفه ، إلا أن يدفع إليها نصف مافدته به[٥] .

ابن المواز : وإن حابت[٦] .

قال أبو محمد : يريد إلا أن تعطي[٧] أكثر من الأرش[٨] .

قال الشيخ : يريد لأنها إذا فدته بالأرش وإن كان أكثر من قيمته لم يكن للزوج حجة ، لأنها لو أسلمته في الأرش لم يكن للزوج أن يأخذ نصفه إلا بدفع نصف الأرش ، وذلك لها عليه إذا فدته به[٩] فلم تُدخل عليه ضرراً .

---

(١) أي يسامِح ، مشتقٌ من حَابَاه محاباةً أي سامحه . انظر : المصباح المنير ص١٢٠ .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٢٩، ٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٣) "على الزوج" ليست في ز .
(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ١٧/أ .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٦) تهذيب الطالب ل١٦/ب .
(٧) في ز "إلا أن يكون" .
(٨) المصدر نفسه ل١٦/ب .
(٩) "به" ليست في أ ، ب .

فأما إن باعته وحابت[١] في بيعه فإنه يرجع عليها بنصف المحاباة ، والفرق أنه في البيع لايستطيع الرجوع في نصفه ، لأنها باعته في وقت كان لها البيع جائزاً ، وقد أتلفت عليه بعض ثمن نصفه ، فوجب له الرجوع به ، وفي[٢] الجناية لم تتلف عليه شيئاً ، لأنه على خياره في نصفه ، وليس عليها واجبٌ أن تفتديه ، فتكون قد أتلفت عليه شيئاً ، لأن المجني عليه استحقَّ رقبته ،إلا أن تفديه بالأرش ، وافتداؤه كاشترائه ، وليس واجب عليها أن تشتريه ، فلاتتكلَّف إخراج ثمنه ، وقد فُرِّق فيه بغير هذا ، وهذا أبين .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو جنى العبد وهو بيد الزوج ـ يريد قبل الطلاق ـ فليس للزوج دفعه ، وإنما ذلك للمرأة ، فإن طلقها قبل أن تدفعه وهو عنده أو عندها كان بمنزلتها في نصفه[٣] . / [٧٦/ب

---

(١) المحاباة في البيع : هي البيع بدون ثمن المثل . انظر: تنبيه الطالب ص١٦١ .

(٢) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

[الباب السابع]
في الصداق يستحق أو بعضه ، وزيادة الزوج فيه وتزويجه بمن يعتق عليها

[فصل ١ ــ في الصداق إن استحق كله أو بعضه]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً على عبدٍ بعينه ، أو أمةٍ بعينها ، أو دارٍ بعينها فاستحق بعض ذلك ، فإن كان الذي استُحِق من الدار فيه ضررٌ ، كان لها أن ترد بقيتها وتأخذ قيمتها ، أو تحبس مابقي وترجع بقيمة مااستحق ، فإن استحق منها مثل البيت أو الشيء التافه الذي لاضرر فيه رجعت بقيمته فقط ، وكذلك العُروض .

وأما مااستحق من العبد أو الأمة من جزءٍ قلَّ أو كثر فهي مخيَّرةٌ في[1] أن ترد بقيته وترجع بقيمة جميعه ، أو تحبس مابقي منه وترجع بقيمة مااستحق[2] .

وكذلك قال مالك في البيوع : إذا استحق من الدار أو النخل أو الأرضين الشيء التافه الذي لاضرر فيه ، لزم المشتري البيع ورجع بثمن مااستُحِق ، وإن استحق من ذلك مافيه ضررٌ ـ يعني عن الأجزاء ـ خيِّر المبتاع بين أن يحبس مابقي ويرجع بثمن[3] مااستحق ، أو يرد مابقي ويرجع بجميع الثمن .

وأما إن استحق جزءٌ يسيرٌ من عبدٍ أو أمةٍ فللمبتاع أن يحبس مابقي ويرجع بثمن مااستُحِق ، أو يرد مابقي ويأخذ جميع الثمن لضرر الشركة في العبد من منع السفر به ، ومن الوطء في الأمة بخلاف الدار[4] .

---

(١) "في" ليست في ز .
(٢) المصدر نفسه ص٨٨ .
(٣) في أ ، ب "بالثمن" .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٣١ .

قال الشيخ : وأما لو استُحِق من الدار بيتٌ أو ناحيةٌ بعينها وذلك يضر به في صفقته ، فيفترق الحكم فيه في النكاح من البيوع عند ابن القاسم .

أما في البيوع فليس له أن يحبس ماسلم بحصته من الثمن ، لأن حصة ذلك مجهولةٌ لاتعلم إلا بعد التقويم ، وهو قد وجب له الرد فصار الرضى بأخذه بحصته من الثمن[١] بيعاً مؤتنفاً بثمنٍ مجهول .

وأما إذا استُحِق جزءٌ شائعٌ كالنصف أو الثلث فحصة ذلك معلومة ، وفي النكاح يجوز الرضى بما بقي ، كان المستحق جزءاً شائعاً أو معيناً ، لأنه إنما يرجع في الوجهين بقيمة مااستحق كما لو استحقت الدار كلها ، فإنما يرجع بقيمتها ولاينفسخ النكاح .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجها على عُروضٍ أو رقيق لها عدد فاستحق منها شيءٌ فمحمله محمل البيوع ، لأن مالكاً قال : أشبه شيءٍ بالبيوع النكاح[٢] .

قال الشيخ : وهذه أيضا مثل الأولى[٣] ، إنما يستوي البيوع والنكاح إذا استحق من ذلك جزءٌ شائع .

فأما إن استحق شيءٌ معينٌ وهو كثيرٌ مما يضرُّ به في صفقته ، ويوجب له رد جميع الصفقة ، فيفترق البيوع من النكاح .

ففي البيوع لايجوز له الرضى بما بقي ، لأن حصته مجهولةٌ ، وفي النكاح يجوز لأنه في البعض وفي الجميع إنما يرجع بقيمة مااستُحِق[٤] .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم فيمن تزوج بمالٍ فاستحق بعينه : فالنكاح ثابتٌ ، وإن بنى لم يمنع منها ، واتبعته بمثله إن كان مما يُقْضَى بمثله ، أو

---

(١) "من الثمن" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٣٢ .

(٣) أي مثل المسألة التي تقدمت أول الباب وهي : من نكح امرأة على عبد بعينه أو دار بعينه فاستحق بعض ذلك .

(٤) وقد تقدمت هذه المسألة قريبا .

بقيمته إن كان مما يقوَّم ، وإن كان لم يدخل تَلوَّم[١] له السلطان فإن جاء به وإلا فرِّق بينهما .

قال أصبغ : وأرى إن كان قد دخل فاستحق الجميع أن يمنع منها حتى يدفع ولو ربع دينارٍ ، أو يكون قد بقي منه لم يستحق ربع دينارٍ فلايمنع ، وتتبعه بما بقي[٢] .

ابن المواز : ولواستعار شيئًا أو سَرَقه فتزوج به لِحيل بينه وبين امرأته وإن[٣] دخل حتى يدفع إليها جميع مهرها ، كالمكاتب يقاطع سيده بشيءٍ سَرَقَه .

ـ **قال الشيخ** : ولو كان شيئًا تقدمت له فيه شبهة ملك ، وقد بنى فاستحق اتبعته به ، كالمكاتب يقاطع سيده به ـ .

وإن لم يبن تلوَّم له السلطان ، فإن جاء به وإلا فرق بينهما ، وكذلك / في [٧٧/أ] كتاب ابن المواز[٤] .

وقال أشهب عن مالك فيمن تزوج بعبدٍ بعينه ودخل بها فاعترف أنه[٥] مسروقٌ أو استعاره ، فإنه يحال بينه وبينها حتى يدفع إليها مهرها ، وقاله أشهب[٦].

قال : ولو تزوج بعبد ولده الصغير فلاسبيل لأحدٍ عليه ، والمرأة أحق به قَرُبَ ذلك أو بَعُد ، موسرًا كان الأب أو معدمًا ، ويتبع به في ذمته ، وقاله مالك ، وذلك كشرائه ذلك لنفسه ، وكجواز[٧] عتق رقيقهم عن نفسه ، فهو كأنه اشتراه لنفسه وأعتقه ، أو تزوج به .

قيل : فَلم كان إذا أعتقه عن نفسه يرد في عُدْمه ، ولايرد إذا أصدقه امرأته وهو عديم؟

---

(١) التلوُّم : هو الانتظار . انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٤٥ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٨/ب .

(٣) في أ ، ب "فإن" .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٨/أ .

(٥) "أنه" ليست في ز .

(٦) قال ابن رشد : قوله : حتى يعطيها مهرها ، يريد : صداق مثلها وهو الصحيح في القياس . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٦٧/٤ .

(٧) في أ ، ب زيادة "إن" .

قال : لأن من أعتق وهو عديم وعليه دين رد عتقه للدين ، وهذا قد صار لولده عليه دين وهو ثمنهم ، فلذلك رددت عتقه إلا أن يطول أمرهم ، وأما المرأة فكأنه باعهم منها ، وقد اشتراهم لنفسه من نفسه ، فخرجوا من يده بالبيع ، فليس ينقص على الغريم بيعه وشراؤه كما ينقص عليه عتقه .

ومن العتبية : قيل : فمن نكح بمال حرام أتخاف أن يُضارع الزنا؟

قال[١] : إي والله ، ولكن لاأقول به .

قال سحنون : ومن تزوج بعبد اغتصبه فالنكاح ثابت وعليه قيمته ، بخلاف الحر يتزوج به ، إذ لاضمان عليه في الحر ، ويضمن العبد الغصب ، ولو كانت الزوجة عالمة بغصبه فسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل .

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن نكح بعبد لغيره أو بحر ، فلايفسخ ذلك بحال[٢] ، تعمَّد ذلك بمعرفته[٣] أو لم يتعمَّد .

قال أصبغ : وكذلك لو علمت هي بحرية الحر ولم يعلم هو إلا أن يعلما جميعًا فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[٤] .

فصل [٢ ــ في زيادة الزوج في الصداق]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على صداق مسمى ثم زادها فيه بعد ذلك طوعاً فلم تقبضه حتى مات ، أو طلق قبل البناء ، فلها نصف الزيادة إن طلق ، وإن مات لم تأخذ منه شيئاً ، لأنها عطية لم تقبض[٥] .

---

(١) أي مالك .

(٢) اي سواء بنى أو لم يبن .

(٣) "بمعرفته" ليست في أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٤/٣٧٠، ٤٤٤ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٢ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

قال عبد الوهاب : وقال شيخنا أبو بكر الأَبهَـرِي[١] وغـيره مـن أصحابنـا : القياس أن تجب لها الزيادة بالموت ، لأنه لايخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو حكم الهبة التي لاتستقر إلا بالقبض ، فإن كانت كالمهر وجب استحقاقها بالموت وإن كانت كالهبة وجـب ألا يجـب لهـا نصفهـا بـالطلاق قبـل[٢] الدخـول ، لتأخـير القبض ، فلما وجب نصفها بالطلاق دل على أنها في حكم الصداق[٣] .

قال الشيخ : ولأنها لو كانت كالهبة لم يثبتها الدخول ، لأن الهبات لاتستقر إلا بالقبض ، وإنما هي كالهبة بعد البيع للبيع ، حكمها حكم الثمن أنها وإن قبضت ثم ردت السلعة بعيبٍ فإنها ترد مع الثمن ، ولو كانت هبةً خالصـةً لم تـرد ، لأنهـا قد قبضت ، فكذلك الزيادة في الصداق يجب أن يكون حكمها حكم الصداق[٤] .

فصل [٣ ــ في نكاح المرأة بمن يعتق عليها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن نكح امرأةً على أبيها أو من يعتق عليها عتق عليها بالعقد ، فإن طلقها الزوج قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته .

---

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد التميمي الأَبهَري ، فقيهٌ ، عالمٌ ، ثقةٌ ، محدثٌ ، مشهورٌ ، انتهت إليه الرئاسة في مذهب مالك ببغداد ، تفقه على القاضي أبي عمر محمد بن يوسف وابنه أبي الحسين ، وأخذ عن أبي الفرج وابن بكير وغيرهما ، له تآليف كثيرة منها : شرح المختصر الكبير والمختصر الصغير لابن عبد الحكم ، وكتاب الأصـول ، وكتـاب إجمـاع أهـل المدينـة ، وكتاب الأمالي ، توفي سنة ٣٧٥هـ .
انظر : ترتيب المـدارك ٤٦٦/٢ ، سـير أعـلام النبـلاء ٤٠٦/١٢ ، الديبـاج ٢٠٦/٢ ، شـجرة النور ص٩١ .

(٢) في ز "وقبل" .

(٣) المعونة ٧٦٢/٢ .

(٤) فتستحق الزوجة نصفها إن طلقت قبل الدخول .

قال ابن القاسم : وبلغني عن مالكٍ أنه استحسن أن لايرجع الزوج[١] على المرأة[٢] بشيء ، وقوله الأول أحب إلي ، أنه يرجع عليها بنصف قيمته ، كانت معسرةً أو موسرة ، ولايتبع العبد بشيء ، ولايرد عتقه ، كقول مالك في معسرٍ أعتق عبده فعلم غريمه فلم ينكر الغريم وسكت ، ثم أراد الغريم بعد ذلك رد العبد في الرق من أجل دينه فليس ذلك له .

قال ابن القاسم : والزوج حين أصدقها / إياه قد علم أنه ممن يعتق عليها ، [٧٧/ب
فلذلك لم أرده على العبد بشيء[٣] .

قال عبد الملك في غير المدونة : وإنما عتق على الزوجة لأنها قبلته وهي تعلم أن عتقه لها لازم ، فهي كمن قالت لرجل : أصدقني عبداً بعينه على أنه حرٌ إذا ملكته ، فعليها نصف قيمته إذا طلقت قبل البناء ، وقد استحسن مالكٌ أن لايرجع عليها بشيء[٤] .

قال : لأنه أعطاها وهو يعلم أنه لايثبت بيدها ولاطرفة عين ، فكأنه أعطاها على أن لايرجع به إن طلق .

قال مالك : وإن لم يعلم به الزوج أنه ممن يعتق عليها إلا عند الطلاق فله أخذ نصفه ، ويمضي عتق نصفه ، إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته ، فيمضي لها عتقه كله فذلك له[٥] .

قال الشيخ : ولو أصدقها إياه عالماً بأنه ممن يعتق عليها وهي لاتعلم لعتق عليه ويغرم لها[٦] قيمته كالمقارض يشتري أبا ربِّ المال عالماً ، فإن طلق الزوج[٧] قبل البناء فعليه نصف قيمته .

---

(١) "الزوج" ليست في ز .
(٢) "على المرأة" ليست في أ .
(٣) انظر : المدونة ٢٣٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .
(٤) كما ذكر ابن القاسم ، وقد تقدم قريباً .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/ب .
(٦) "لها" ليست في أ ، ب .
(٧) "الزوج" ليست في ز .

ومن الواضحة : ومن نكح امرأةً على أبيها أو من يعتق عليها وهي تعلمه أو لاتعلمه ، فإنه يعتق عليها ، بكراً كانت أو ثيباً ، فإن طلقها قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته يوم أصدقها إياه ، فإن لم يجد لها غيره فانظر ، فإن كان علم هو يوم العقد أنه ممن يعتق عليها فليس له رد العتق ويتبعها بذلك ، وإن لم يعلم به إلا عند الطلاق فله أخذ نصفه ويمضي عتق نصفه إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته فذلك له فيمضي عتقه كله ، وقاله [لي] [١] من كاشفت من أصحاب مالك[٢] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : تأول بعض الناس في مسألة الكتاب إذا تزوجها بمن يعتق عليها ، إنما يصح ذلك في الثيب ، فأما في البكر فلايجوز ذلك للولي ، لأنه يعتق عليها ، وذلك ضررٌ ، كما[٣] لايجوز للوصي أن يشتري لمن يلي عليه من يعتق عليه[٤] .

قال الشيخ : وهذا خيرٌ من كلام ابن حبيب في البكر[٥] ، وقوله أيضاً : إن كانت الزوجة معسرةً فله[٦] أن يتبعها بنصف قيمته ، خلافٌ لقول ابن القاسم[٧] ، وهو كقول ابن المواز في أحد الشريكين يعتق حصته من عبدٍ وهو معسرٌ ، فللشريك أن يتبعه بنصف القيمة ديناً ، وهذا لايقوله ابن القاسم ، وقيل غير هذا ، وهذا أحسن[٨] .

قال ابن الماجشون : فإن نكحها على أن يعتق لها أباها فالنكاح مفسوخٌ ، وإن كان على أن يعتقه عنها فالولاء لها ولاشيء عليها ، لأنها لم تملكه ، وإن كان

---

(١) من النوادر .
(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٧/ب ، تهذيب الطالب ل١٧/أ .
(٣) "كما" ليست في أ ، ب .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل١٧/أ .
(٥) فإنه لم يفرق بينها وبين الثيب في ذلك كما تقدم .
(٦) "فله" ليست في أ ، ب .
(٧) أي من عدم التفريق بين كونها معسرة أو موسرة كما تقدم .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل١٧/أ .

على أن يعتقه عن نفسه فالولاء له ، ويفسخ النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[١] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/ب ، تهذيب الطالب ل١٧/ب .

[الباب الثامن]
في صداق الذمية ، والمجوسية تسلم وصداق الأمة والمرتدة والغارة

[فصل ١ ــ في صداق الذمية والمجوسية إن أسلمتا وصداق الأمة إن عتقت تحت عبد]

قال مالك : وإذا أسلمت الكتابية أو المجوسية و لم يسلم الزوج فهو فسخٌ بغير طلاق ، فإن لم يبن بها فلاصداق لها نقداً ولامؤخراً ، فإن قبضته ردته ، لأن الفرقة جاءت من قِبَلِهَا ، ولو بنى بها كان لها جميع صداقها مقدَّمه ومؤخَّره .

وكذلك الأمة تعتق تحت عبدٍ فتختار نفسها ، فإن كان قد[1] بنى بها أخذت جميع صداقها مقدَّمه ومؤخَّره ، وإن لم يبن بها فلاشيء لها من الصداق ، وإن كانت أخذت منه شيئًا ردته ، وفرقة هذه تطليقة[2] .

فصل [٢ ــ في صداق الأمة المبعضة]

قال مالك : وإذا كانت أمةً نصفها حرٌ فصداقها / موقوفٌ بيدها كمالها ، وليس لمن له فيها الرق أن يأخذ منه شيئاً ، ويلي عقد نكاحها من له فيها الرق برضاها[3] . [٧٨/أ]

قال الشيخ : وهي كالأمة بين الشريكين فليس لأحدٍ أن يأخذ شيئاً من مالها أو يزوجها إلا أن يجتمعا على ذلك ، وكذلك هذه[4] ، لأنها شريكةٌ لسيدها في نفسها .

---

(١) "كان قد" ليست في ز .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٢،٢٣٣ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

(٤) أي المبعضة .

وحكي عن بعض شيوخنا أنه قال : الفرق بين صداق هذه الأمة وبين أرش جراحها:أن ذلك بينها وبين السيد ، لأن ذلك ثمن عضوٍ هو بينها وبين السيد ، فوجب أن يكون ثمنه بينهما ، والصداق قد سمَّاه الله نِحْلَةً[١] ، والنِّحْلَة كالهِبة[٢] ، فكان ذلك موقوفاً بيدها كسائر مالها ، ولأن الصداق ثمن بُضْعٍ استباحه بإذن السيد، والجرح استباحه بغير إذنه فوجب له ثمن حصته[٣] ، والله أعلم .

فصل [٣ ــ في صداق الأمة إن ابتاعها سيدها]

قال مالك : ومن تزوج أمةً ثم ابتاعها من سيدها قبل البناء فلا صداق لها ، وإن قبضه السيد رده ؛ لأن الفسخ من قِبَلِه ، وإن ابتاعها بعد البناء فالصداق لسيدها البائع كمالها إلا أن يشترطه المبتاع .

قال : وإن ابتاعها غير الزوج فمهرها للسيد البائع ، إذ النكاح قائمٌ[٤] بنى بها الزوج أم لا ، بمنزلة مالها إلا أن يشترطه المبتاع .

قال مالك : وإذا أعتقت أمةٌ تحت عبدٍ بعد البناء وقد كان الزوج فرض لها ـ يريد واختارت نفسها أو المقام مع زوجها ـ فلها مهرها كمالها ، إلا أن يشترطه السيد فيكون له .

قال : وكذلك إن أعتقت قبل البناء ، وقد كان الزوج فرض لها قبل العتق فاختارت المقام مع الزوج فمهرها لها يتبعها إذا عتقت إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق ، أو اشترطه فيكون له[٥] .

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ . سورة النساء : آية ٤ .

(٢) قال أبو حيان : نِحْلة : هبة .
انظر : تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب ، تأليف أبي حيان محمد بن يوسف بن علي الأندلسي ، تحقيق سمير المجذوب (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ص٢٩٨ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٤) "إذ النكاح قائم" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٣، ٢٣٤ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

قال الشيخ : فهذا يدل على أن للسيد حبس صداقها ويتركها بلاجهاز .

وقال في كتاب الرهن من المُختلِطة : لايحبس السيد صداق أمته ، ولكن يجهزها به كالحرة[١] .

قال سحنون : وابن القاسم يرى أن للسيد انتزاع صداق[٢] أمته ، ولست أقوله ، وقد قال مالك : وليس للحرة أن تقضي منه الدين إلا الشيء اليسير[٣] .

وقيل : يحتمل أن يكون معنى مافي كتاب الرهن : أنه بوَّأها مع زوجها بيتًا فلزمه أن يجهِّزها بصداقها ، وهاهنا لم تُبوأ معه بيتًا ، فليس على السيد أن يجهزها به فجاز له انتزاعه ، والله أعلم[٤] .

وروي عن سحنون : أنه يترك لها منه ثلاثة دراهم ، إذ ليس له أن يزوجها بلاصداق[٥] .

وروى أبو زيد في العتبية[٦] عن ابن القاسم فيمن زوج أمته ففلس السيد قبل البناء فباعها عليه السلطان فاشتراها زوجها أن الصداق للبائع[٧] .

ـ **قال الشيخ** : يريد نصف الصداق ، لانفساخ النكاح بشراء الزوج لها ـ

قال : ولايرجع به الزوج ، لأن السلطان هو الذي باعها ، بخلاف بيع السيد[٨] .

قال الشيخ : وعاب ذلك أبو عمران وضعَّفه وقال : قد اختلف قول ابن القاسم في ذلك[٩] .

---

(١) انظر : المدونة ٣١٦/٥ ، تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٢) "صداق" ليست في أ ، ب .

(٣) أي : وكذلك الأمة . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥٥/٥ .

(٤)،(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٦) في أ "الثمانية" ، وهو خطأ .

(٧) وهو السيد .

(٨) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٣١/٥ .

(٩) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

وقد روى لنا الباجي[١] مما أخرج في سماع عيسى أن لاشيء للبائع من الصداق ، وبيعه وبيع السلطان سواء[٢] .

وقد تأوَّل بعض الناس أن معنى قوله في رواية أبي زيد : ليس للزوج رجوع على سيد الأمة بالصداق ـ يريد : لايرجع به في ثمن الأمة فيحاص به غرماء سيدها لأن النكاح إنما انفسخ بعد عقد البيع ، فهو كدينٍ طرأ من معاملةٍ حدثت[٣] .

ومن النكاح[٤] : قال / مالك : فإن اختارت هذه[٥] نفسها قبل البناء [٧٨/ب] فلاصداق لها ، وإن قبضه السيد رده ، فإن كان قد اشترطه بطل شرطه ، لأن الفسخ جاء من قِبَلِه .

قال ابن القاسم : وأما التي زوجها سيدها بتفويضٍ ثم أعتقها قبل البناء ، ثم فرض لها الزوج بعد العتق ، واختارت المقام معه ، فهذه يكون لها جميع مافرض لها ولاسبيل للسيد عليه ، إذ لم يكن ذلك[٦] بمالٍ لها فيشترطه ، وإذ لو مات الزوج أو طلق قبل الفريضة لم يكن لها شيء ، فلما رضي الزوج بالفريضة قبل البناء كان شيئاً تطوَّع به الزوج لم يكن وجب عليه في أصل النكاح .

قال مالك : ومن زوج أمته فله منعها من الزوج حتى يقبض صداقها .

---

(١) هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن علي بن شريعة اللَّخمي ، المعروف بالبَاجِي ، فقيهٌ ، محدثٌ ، عالمٌ ، حافظٌ ، سمع من ابن لُبَابة ، وأسلم بن عبد العزيز ، وأحمد بن خالد ، وابن مسرور ، وقاسم بن أصبغ وغيرهم ، إليه كانت الرحلة في وقته بإشبيلية ، وحدث نحواً من خمسين سنة، وغلبت عليه الرواية والحديث ، توفي سنة ٣٧٨هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٧٩/٢ ، شجرة النور ص١٠٠ .

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٤) أي ومن كتاب النكاح الثالث في المدونة .

(٥) أي الأمة التي عتقت وهي تحت عبد .

(٦) "ذلك" ليست في أ ، ب .

ابن وهب : وقال بُكَيْرٌ[١] وغيره[٢] : وللسيد أخذ صداقها إلا قدر مايستحل به فرجها[٣] ، وله أن يضع من مهرها لزوجها بغير إذنها .

ابن شهاب : هو كمالها ، وللسيد أخذه إذا احتاج إليه كما يأخذ مالها ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : "من باع عبداً وله مالٌ فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع"[٤] [٥] .

فصل [٤ ــ في صداق المجوسية تسلم]

قال مالك : وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين بعد البناء ففرق بينهما ، فللمرأة صداقها المسمى كاملا[٦] .

[فصل ٥ ــ في صداق المرتدة]

ابن القاسم : وكذلك المرتدة إذا بنى بها زوجها قبل أن تستتاب ،فلها صداقها المسمى[٧] .

---

(١) هو بُكير بن عبد الله بن الأشج القرشي المدني ، مولى المسور بن مخرمة الزهري ، تابعيٌ ، إمامٌ ، ثقةٌ ، حافظٌ ، كثير الحديث ، نزل مصر ، وهو أحد شيوخ الليث بن سعد ، توفي بالمدينة سنة ١٢٧هـ ، وقيل ١٢٢هـ .
انظر : الطبقات ٤١١/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٧٩/٦ ، شذرات الذهب ١٦٠/١ .

(٢) كيحيى بن سعيد .

(٣) وقاله سحنون كما تقدم .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط٨١/٣ ، ومسلم ، كتاب البيوع ، باب من باع نخلا عليها ثمر ١١٧٢/٣ رقم (١٥٤٣) .

(٥) انظر : المدونة ٢٣٤/٢،٢٣٥ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢٣٥/٢ .

[فصل ٦ ــ في صداق من اشترط في نكاحها أن ماولدت فهو حر]

قال : وكذلك من زوج أمته وشرط أن ماولدت فهو حرٌ، لم يقر هذا النكاح على حال ، ويكون لها إن دخل بها المسمى[١] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : وقيل : لها صداق المثل ، وهو أقيس ، وذلك أن الصداق وقع للبُضْع ولحرية الولد ، ومايخصُّ كلَّ واحدٍ[٢] من ذلك مجهول ، فهو كمن تزوج بصداقٍ مجهولٍ، فوجب لذلك صداق المثل[٣] .

قال الشيخ : ووجه الأخرى[٤] : فلأن الصداق إنما وقع على البضع المتيقَّن ، والولد أمرٌ يكون أو لايكون فلاحقَّ له .

ابن المواز عن مالك : إن نكح على هذا[٥] فسخ قبل الدخول وبعده ، سواءٌ زوَّجها من حرٍّ أو عبدٍ له أو لغيره ، ويكون الولد حراً ، وولاؤه لسيد الأمة الذي أعتقه[٦] .

ابن حبيب : ولو شرط أول ولدٍ تلده حرًّا ، فإن عُثِرَ على ذلك قبل الولد فسخ قبل البناء وبعده ، وإن لم يُنظر فيه حتى ولدت عتق الولد ، وثبت النكاح ، إذ لم يبق فيه شرط[٧] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٣٥ .
(٢) "كل واحد" ليست في أ .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/ب .
(٤) وهو أن لها المسمى .
(٥) أي اشترط سيد الأمة أن ولدها حر .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٠/أ .
(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٠/ب .

ابن المواز : ولو كانت اغتُصبت فزوَّجها الغاصب من رجلٍ على أن ولدها منه حرٌ ، فولدت ثم استحقها سيدها ، فليأخذها ولاحرية لهم .

ـ **قال الشيخ** : إذ لاينعقد عليه ماشرط غيره في أمته ـ .

قال ابن القاسم في المستخرجة : وليس لأبيهم أن يعتقهم إلا أن يشاء السيد ولاللسيد أن يلزم ذلك الأب إذا أباه الأب[١] .

قال يحيى بن عمر[٢] : وهو بخلاف ولد الذي يتزوج الأمة على أنها حرة[٣].

قال الشيخ : والفرق بينهما : أن الأول شرط له حرية الولد غير مالكه ، فلم يتم له شرطه ، ومتزوج الغارَّة إنما تزوج حرةً في ظنِّه ، وأن ولده منها حرٌ من أصله ، لاشرط[٤] فيه لأحدٍ[٥] ، فوجبت بذلك حريته كولد المشتري للأمة تستحق بملك ، لأنه إنما أولد أمته في ظنه ، وأن ولده منها حرٌ من أصله ، فوجب بذلك حريته / وبذلك قضى عمر بن الخطاب ، وألزم الأب قيمتهم لمولى الأمة [٧٩/أ] عبيداً يوم الحكم[٦] ، إذ لاسبيل إلى رقِّهم ، وهذا بيِّنٌ فاعلمه .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/ب .

(٢) هو أبو زكريا يحيى بن عمر بن يوسف الكناني الأندلسي ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، عابدٌ ، كان حافظاً للفروع ، ضابطاً لكتبه ، سمع من سحنون ـ وبه تفقه ـ وابن بُكير والبَرقي والدمياطي وأبي مصعب ، له مصنفاتٌ عديدةٌ منها : مختصر المستخرجة ، كتاب الرؤية ، كتاب في أصول السنة ، كتاب الصراط ، كتاب الميزان ، توفي بسُوسَة سنة ٢٨٩هـ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص١٨٤ ، معالم الإيمان ٢٣٣/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٨/١١ ، الديباج ٣٥٤/٢ ، شجرة النور ص٧٣ .

(٣) أي فيعتقون على أبيهم بالقيمة . انظر : المصدر نفسه ل١٩/ب .

(٤) في أ ، ب زيادة "له" .

(٥) في أ ، ب "ولأحد" .

(٦) سبق تخريجه ص١٥٠ .

[فصل ٧ ــ في صداق الغارة]

ومن المدونة : ابن القاسم : والأمة تغرُّ من نفسها فتتزوج : فإنها سترد مافضل عن صداق مثلها وتأخذ صداق المثل ، لأن ذلك حقٌّ لسيدها ، فليس ماصنعت يُبطل ماوجب على الزوج للسيد من[1] حقِّه في وطئها ، والحرة التي غرَّت من نفسها فتزوجت في عدتها يكون لها قدر مايستحل به فرجها ، لأنها هي الغارة فليس لها أن تجرَّ إلى نفسها هذا الصداق بما غرَّت[2] . والله أعلم .

---

(١) في أ "في" .

(٢) انظر: المدونة ٢/٢٣٥،٢٣٦ .

[الباب التاسع]
ماجاء في نكاح التفويض[١]

[فصل ١ ــ في جواز نكاح التفويض ومايجب به الصداق فيه]

وقد أذن الله سبحانه في نكاح التفويض بقوله : ﴿لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوْهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوْاْ لَهُنَّ فَرِيْضَةً وَمَتِّعُوْهُنَّ عَلَى ٱلْمُوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[٢] .

قال مالك : فنكاح التفويض جائزٌ ، وهو أن يقولوا : قد أنكحناك ، ولايسمُّون صداقاً ، فهو بالخيار إن شاء دفع مهر مثلها ودخل ، وإن شاء فارق ولم يلزمه غير المتعة ، وهذه سنة نكاح التفويض ، فإن بنى بها فلها صداق مثلها وليس كصداق أختها ، أو ذات رَحِمٍ ، ولكن مثلها في مالها وجمالها وشبابها وحالها[٣] في زمانها[٤] .

ابن القاسم : وقد تكون واحدةٌ لها مالٌ وجمالٌ وشَطَاط[٥] ، وأختها لامال لها ولاجمال فليس صداقهما عند الناس سواء[٦] ، وتشاح الناس فيهما سواء[٧] .

---

(١) التفويض لغة مصدر فوَّض يفوضُ تفويضا ، وفوَّض إليه الأمر : صيَّره إليه وجعله الحاكم فيه . اللسان ، مادة (فَوَضَ) .
وشرعاً : ماعقد دون تسمية مهرٍ ولاإسقاطه ولاصرفه لحكم أحد .
شرح حدود ابن عرفة ١/٢٥٦ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

(٣) "وحالها" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٣٦،٢٣٨ .

(٥) الشَّطَاطُ : هو الطول واعتدال القامة ، وقيل : حسن القوام ، يقال : جارية شَطَّةٌ وشَاطَّه أي بيِّنَة الشَّطَاط والشِّطَاط . انظر : اللسان ، مادة (شَطَطَ) .

(٦) "عند الناس سواء" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/٢٣٦ .

قال الشيخ : وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "تُتَزوَّجُ المرأة لمالها وجمالها ودينها"[١] ، فدل أن[٢] الاعتبار بهذا دون غيره .

قال مالك : ويُنظر في هذا إلى ناحية الرجل أيضًا ، فقد يُزوَّج فقيرٌ لقرابته ، وأجنبيٌّ لماله ، فليس صداقها عند هذين سواء ، فيخفَّف عن القريب ويكمل على الأجنبي صداق المثل[٣] .

قال مالك : ولايجب صداق المثل في نكاح التفويض إلا بالبناء ، إذ لو مات الزوج قبل البناء والتسمية لم يكن لها صداق ولامتعةٌ ولها الميراث[٤] .

قيل لمالك في كتاب ابن المواز : فما جاء عن ابن مسعودٍ فيمن تزوج امرأةً فهلك عنها قبل أن يفرض لها وقبل أن يدخل عليها ، فأقام ابن مسعودٍ شهراً ينظر فيها ، ثم قال : أرى لها صداق مثلها؟[٥]

فقال : ليس عليه العمل ، وقد حدثني نافع عن عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت : أن لها الميراث ولاصداق لها[٦] .

قال مالك : وبيان ذلك في كتاب الله تعالى حيث يقول : ﴿مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٧] ، فإذا طلقها فلم يكن لها فيه شيء ، فكذلك إذا مات عنها لم يكن لها شيء .

---

(١) سبق تخريجه ص٥ .
(٢) في أ ، ب "قد كان" ، وهو تحريف .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٣٦/٢ .
(٤) انظر : المصدر نفسه ٢٣٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .
(٥) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٤٥٠/٣ رقم (١١٤٥) وقال : حسن صحيح .
(٦) انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الصداق والحباء ٤١٧/٢ رقم (١٠) .
(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

[فصل ٢ ــ في ماتستحقه المرأة إن نكحت بتفويض]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا طلق قبل البناء وقبل أن يتراضيا على صداق لم يكن لها غير المتعة[١] .

ابن حبيب : ولاينبغي أن يبني في التفويض ولايخلو بها حتى يقدِّم ربع دينارٍ فأكثر ، فإن مسها ثم طلقها لزمه صداق المثل[٢] .

ومن المدونة : وإذا أرادت الزوجة أن يفرض لها قبل البناء لم يكن له أن يدخل حتى يفرض لها صداق المثل إلا أن ترضى منه بدون ذلك ، فإن لم ترض إلا بصداق مثلها كان ذلك عليه ، فإن شاء أتم لها صداق مثلها أو طلق[٣] .

قال مالك : وإن فرض لها بعد العقدة فريضةً أقلَّ من صداق مثلها فرضيت بها ، أو فرض لها صداق المثل فأكثر ثم طلقها قبل البناء كان لها نصف ماسمى ، وإن مات الزوج كان لها جميع ماسمى ، وإن ماتت هي كان ذلك عليه[٤] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن تزوج بتفويضٍ فبعث إلى أهلها بشيءٍ فسخطوه ، فقال : فإن لها صداق مثلها ، ثم إن طلق و لم يدخل فإن لها نصف صداق المثل[٥] .

ومن كتاب محمد : قال ربيعة فيمن فُوِّض إليه[٦] فبعث ثياباً ومتاعاً فأدخلت عليه ، ثم ماتت فليس لهم إلا ماأرسل إليها .

وقال يحيى بن سعيد : إذا كان الأب قد قبله وأدخلها[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٣٨ .
(٢) النوادر والزيادات ل٢٣١/ب .
(٣) في أ "وطلقها" .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٣٦ .
(٥) العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٧٦ .
(٦) "إليه" ليست في أ ، ب .
(٧) النوادر والزيادات ل٢٣٢/أ .

ابن المواز : وإذا نكح على أن لها نقد عشرين ديناراً ، أو على أنه مفوَّضٌ إليه في بقية مهرها ، ثم لم يرضوا[١] بما فرض لها ولابما زاد لأنه أقل من صداق مثلها حتى فارق فله أخذ العشرين ولايلزمه شيء ، وليُمتِعها ، وكذلك لو تزوجها على تفويضٍ وعلى مالٍ دفعه إلى أبيها خاصة ، ثم طلق قبل البناء فعليه المتعة ، ويأخذ من الأب كل ماأعطاه[٢] .

[فصل ٣ ــ في المريض ينكح بتفويض ثم يموت ، أو تموت المرأة]

ومن المدونة : قيل لمالك : فالرجل المفوَّض إليه يمرض فيفرض وهو مريض؟ فقال : لافريضة لها إن مات من مرضه ذلك ، لأنها وصيةٌ لوارثٍ إلا أن يطأها في مرضه فيجوز ذلك ويكون لها ماسمى من رأس ماله ، إلا أن يكون ذلك أكثر من صداق المثل فيود إلى صداق المثل[٣] .

قال الشيخ : يريد لأنها وصيةٌ لوارث ، لأن عقده كان في الصحة فهي وارثةٌ .

قال ابن المواز : قال مالك : إلا أن تكون ذميةً لاترثه فتكون لها الزيادة في ثلثه .

قال ابن المواز : ولو سمى للذمية أو للأمة في مرضه و لم يبن بها فذلك كله لها في ثلثه تحاص به أهل الوصايا .

وقال عبد الملك : لاشيء لهذه ، لأنه لم يسم لها إلا على المصاب .

قال ابن المواز : ولايعجبنا ذلك. .

قال أصبغ : وإن سمى للحرة المسلمة في مرضه ، ثم ماتت هي[٤] ، ثم صح هو بعدها لزمته التسمية لورَثتها .

---

(١) "يرضوا" ليست في أ ، ب .

(٢) المصدر نفسه ل٢٣١/ب ، ٢٣٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٦، ٢٣٧ .

(٤) "هي" ليست في ز .

وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية[١] .
وقال ابن المواز : لايعجبني قول أصبغ[٢] .

[فصل ٤ ــ في رضى الولي بما يفرض للمرأة وعدم رضاه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا زوج الثيب وليها ، ثم فرض لها الزوج أقل من صداق مثلها فرضيت هي بذلك و لم يرض الولي لزمها ذلك ، لأن الرضى في ذلك لها ، فلاقول لوليها .

قال : وإذا زوَّج البكر أبوها بتفويضٍ ثم فرض لها الزوج بعد ذلك أقل من صداق مثلها فرضيت[٣] ، لم يكن لها ذلك إلا أن يرضى الأب بذلك فيجوز ولاينظر إلى رضاها مع الأب .

وإن زوَّجها غير الأب فرضيت بأقل من صداق مثلها لم يجز ذلك لها ولاللزوج ، لأنه لاقضاء لها في مالها حتى تدخل بيتها ويعرف أنها مُصلِحةٌ في مالها.

ولايجوز لأحدٍ أن يعفو عن شيءٍ من صداقها لاوصيٌّ ولاغيره إلا الأب وحده.

قال ابن القاسم : إلا أن يكون ذلك نَظَراً لها فيجوز إذا رضيت مثل أن يعسر الزوج فيسأل التخفيف ويخاف الولي الفراق ، ويرى أن مثلَه رغبةٌ لها فيجوز ذلك ، وماكان على غير هذا لم يجز وإن أجازه الولي .

ولو فرض الزوج صداق المثل لزم ذلك المرأة والولي ولاقول لمن أباه منهما .

قال مالك[٤] : / وإن فرض الزوج بعد عقدة النكاح قبل المسيس أو بعده [٨٠/أ] مارضيت به المرأة وهي ممن يجوز أمرها ، أو رضي به الولي وهي بكرٌ والولي ممن

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٣٥ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣١/ب .
(٣) "فرضيت" ليست في أ ، ب .
(٤) هكذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب "ابن القاسم" كما سيتضح قريباً من كلام المؤلف .

يجوز أمره عليها ، وهو الأب في ابنته البكر فذلك جائزٌ ، ويكون صداقها هذا الذي تراضيا عليه ، ولايكون لها صداق المثل .

قال غيره[١] : إلا أن يدخل بها فلاتنقص المُوَّلَى عليها بأبٍ أو وصيٍّ من صداق مثلها[٢] .

قال الشيخ : وقول الغير ليس بخلافٍ لابن القاسم ، وقول ابن القاسم : فلو فرض لها[٣] الزوج بعد عقدة النكاح قبل المسيس أو بعده ، عائدٌ على الثيب خاصة[٤] ، ألا ترى أنه قال : أو رضي به الولي ، وهو الأب في ابنته البكر ، فقد بين أن المُوَّلَى عليها بكر ، فلاتكون بكرٌ ممسوسة ، فإنما أراد إذا فرض الزوج مارضيت به الثيب قبل الدخول فيكون ذلك من صداقها وإن كان أقل من صداق المثل .

قال الشيخ : وقد كان بعض مشايخنا يقول : معنى[٥] قول ابن القاسم إذا فرض الزوج أكثر من صداق المثل ، ويرى أن قوله : قبل المسيس أو بعده ، عائدٌ على الثيب والبكر ، وماذكرته أبين ، وهو الذي أراد ابن القاسم وإن كان المعنى واحداً ، وبالله التوفيق .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا كان ولي البكر ممن لايجوز أمره عليها فلايجوز رضاه بأقل من صداق مثلها ، ولايجوز ماوضعت للزوج بعد الطلاق قبل البناء من النصف الذي وجب لها ، وإنما يجوز ذلك للأب[٦] وحده .

وقد قيل : إذا رضيت بأقل من صداق مثلها أو وضعت للزوج ماوجب لها بعد الطلاق جاز ذلك ، إذ لايُوْلى عليها ، وإنما لايجوز ذلك لمن يولى عليها بوصي[٧] ، وطرحه سحنون[٨] .

---

(١) أي غير ابن القاسم .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٣٧، ٢٣٨ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .
(٣) "لها" ليست في ز .
(٤) من هنا إلى آخر الباب ساقط من ز .
(٥) في ب زيادة "في" .
(٦) في أ ، ب زيادة "الذي" .
(٧) انظر : المصدر نفسه ص٨٨ .
(٨) أي لم يذكره في المدونة .

[الباب العاشر]
في نكاح الموهوبة أو بغير صداق

[فصل ١ ــ في نكاح الموهوبة]

وقد منع الله سبحانه من النكاح بغير صداق فقال في النساء : ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُن﴾[١] ، وقال تعالى : ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِيْنَ غَيْرَ مُسَافِحِيْن﴾[٢] ، وخصَّ الله[٣] رسوله عليه الصلاة والسلام بالموهوبة بقوله : ﴿خَالِصَةً لَكَ مِن دُوْنِ ٱلْمُؤْمِنِيْن﴾[٤] .

قيل لابن القاسم : فَلِمَ أجزت نكاح التفويض و لم تُجز الهبة إذا لم يسموا مع الهبة صداقا؟

قال : إنما الهبة عندنا كأنه قال : قد زوجتكها بلاصداق ، فهذا لايصلح ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[٥] .

قال سحنون : وقد كان يقول : يفسخ وإن دخل[٦] .

ابن المواز : وقاله أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ .

قال أصبغ : لأن فساده في البضع .

قال أشهب : ويكون لها إذا فسخ بعد[٧] البناء ثلاثة دراهم ، وقال ابن وهب وأصبغ : لها صداق المثل .

---

(١)،(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٣) "الله" ليست في ز .

(٤) سورة الأحزاب : آية ٥٠ .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢٣٨/٢ .

(٧) "بعد" ليست في أ ، ب .

وقال ابن القاسم وعبد الملك : لايفسخ إذا دخل ، ويكون لها صداق المثل ، وروي عن مالك[١] .

ومن المدونة : ابن وهب عن يونس أنه سأل ابن شهابٍ عن امرأةٍ وهبت نفسها لرجل؟

فقال : لاتحل هذه الهبة ،لأن الله تعالى إنما خصَّ بها نبيَّه دون المؤمنين[٢] ، فإن أصابها فعليهما العقوبة ، ولها الصداق من أجل مايُرى بهما من الجهالة ، ويفرق بينهما .

وقال ربيعة : يفرق بينهما[٣] وتقاضى وهبت نفسها أو وهبها أهلها / فمسها[٤] [٥] . [٨٠/ب]

وفي بابٍ بعد هذا[٦] قال ابن القاسم[٧] عن مالك : ومن وهب ابنته وهي صغيرةٌ لرجلٍ لم يجز ذلك ، ولاتحل الهبة لأحدٍ بعد النبي عليه الصلاة والسلام إلا أن تكون هبته إياها ليس على نكاحٍ ، إنما وهبها له ليحضنها ويكفلها ، فلابأس بذلك ولاقول لأُمِّها إن فعل ذلك لحاجةٍ أو فاقة[٨] .

قال في المستخرجة عن مالك[٩] : إذا كان ذا محرمٍ وإلا فلا[١٠] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٣١/أ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَامرَأَةً مُؤمِنَةً إِن وَّهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِن دُوْنِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ . سورة الأحزاب : آية ٥٠ .

(٣) "يفرق بينهما" ليست في أ ، ب .

(٤) "فمسها" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢٣٨/٢ .

(٦) وهو باب (النكاح الذي لايجوز وصداقه وطلاقه وميراثه) من المدونة .

(٧) "قال ابن القاسم" ليست في ز .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٢٤١/٢ .

(٩) "عن مالك" ليست في ز .

(١٠) أي فلايكفلها غير ذي رحمٍ منها ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٦١/٤ .

ومن المدونة : ابن القاسم[١] : فإن وهبها له بصداقٍ مسمىً وأراد بالهبة وجه النكاح جاز ذلك ، وقد قال مالك[٢] فيمن وهب سلعته لرجلٍ على أن يعطيه شيئًامسمىً أن ذلك بيعٌ جائزٌ ، فأرى الهبة بالصداق مثل البيع ، وإنما يكره من ذلك الهبة بلاصداق[٣] .

[فصل ٢ ــ في النكاح بغير صداق]

قيل لابن القاسم : فإن قالوا : قد أنكحناك فلانة بلاصداق؟

قال : إن دخل بها ثبت النكاح وكان لها صداق مثلها ، فإن لم يدخل بها فرق بينهما ، وهذا الذي استحسن ، وقد بلغني ذلك عن مالك ، وقد قيل : يفسخ قبل البناء وبعده[٤] .

---

(١) "ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٢) "مالك" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٤٢/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢٣٨/٢ .

وقد تقدم ذكر هذين القولين أول الباب .

[الباب الحادي عشر]
في نكاح التحكيم[١]

[فصل ١ ــ في جواز نكاح التحكيم]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً على حكمه أو على[٢] حكمها أو على حكم فلانٍ جاز النكاح ، فإن وقع الرضى بالحكم فيه قبل البناء وإلا فرق بينهما ولاشيء لها ، ويلزم المرأة النكاح إن فرض لها الزوج قبل البناء صداق المثل كالتفويض وقد كنت أكره هذا النكاح حتى بلغني أن مالكاً أجازه على مافسرت لك ، وأخذت به وتركت رأيي فيه[٣] .

قال سحنون : وقال غيره ماقال عبد الرحمن[٤] أول قوله : لايجوز ويفسخ ما لم يَفُتْ بالدخول ، لأنه خرج عن حدِّ ماأُرخص فيه من التفويض[٥] .

ابن المواز : وقال عبد الملك : أما على حكمها فالنكاح يفسخ ما لم يدخل ، وأما على حكمه فهو كالتفويض الجائز[٦] .

قال الشيخ : فوجه الإجازة في الوجهين[٧] : اعتباراً بنكاح التفويض ، ووجه الفسخ فيهما : فلأن التفويض رخصةٌ ، فلا[٨] يقاس عليها ، ووجه التفرقة :

---

(١) نكاح التحكيم شرعاً : هو ماعُقد على صرف قدر مهره لحكم حاكم .
شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦٠ .

(٢) "على" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٤٢ .

(٤) أي ابن القاسم .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٣١/أ .

(٧) وهما كون النكاح على حكم الزوج أو على حكم الزوجة .

(٨) في أ ، ب "فلما" .

فلأن التفويض في فرض الصداق إنما هو للزوج ، لقوله تعالى : ﴿أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيْضَةً﴾[١] فإذا رد الفرض إلى الزوجة لم يجز ، لأنه خلاف النص .

[فصل ٢ ــ في الصداق في نكاح التحكيم]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن بنى بها[٢] في نكاح التحكيم قضي لها بصداق المثل وثبت النكاح[٣] .

ومن الواضحة[٤]: روى ابن حبيب عن ابن القاسم فيمن تزوجها على حكمها فلم يرضَها فلايلزمها الرضى بصداق المثل إذا لم يبن بها ، وقاله أشهب .

وقال ابن عبد الحكم وأصبغ : أن ذلك كالتفويض للزوج ، إن فرض لها صداق المثل لزمها ، وإلا فرق بينهما ، وروي أيضاً عن ابن القاسم ، والأول أحب إلينا[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم وأشهب على مارواه ابن حبيب : فلأنها اشترطت أن يكون الحكم لها ، فلايلزمها الرضا بحكم غيرها ، ولأن تعليقها الرضى بحكمها احترازٌ من أن تلزم بما لم ترض به ، فلو كان ذلك يلزمها مانفعها اشتراطها.

ووجه قول ابن عبد الحكم وأصبغ ، وهي رواية المدونة [٦] : قياساً على نكاح التفويض[٧] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
(٢) "بها" ليست في أ ، ب .
(٣) انظر : المدونة ٢٤٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(٤) "ومن الواضحة" ليست في ز .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣١/أ .
(٦) انظر : المدونة ٢٤٢/٢ .
(٧) بعلة أنه عقد سكت فيه عن العوض ليوقع فيما بعد .
انظر : المعونة ٧٦٥/٢ .

قال أبو محمد وغيره : وإذا تزوجها على حكمها ففرضت للزوج صداق المثل لم يلزم الزوج ذلك إلا أن يرضى ، بخلاف الزوج يفرض لها صداق المثل ، هذه يلزمها ذلك كواهب السلعة إذا أعطي قيمتها لزمه ،وليس يلزم الموهوب غرم قيمتها إلا برضاه أو فَوْتِها[١] عنده[٢] .

قال الشيخ : وأما إن تزوجها على حكم فلان ، ففرض فلان صداق المثل فينبغي أن يلزمها، لأنهما قد جعلاه حَكَماً ، ففرضه صداق المثل عدل من الحكم .

/ وقد حكي عن أبي الحسن في قوله[٣] : إذا تزوجها على حكم فلان ، [٨١/أ] معنى قوله : إذا رضي الزوج بذلك ، إنما ذلك إذا فرض لها فلان أكثرمن صداق مثلها ، فأما إذا فرض لها[٤] فلان[٥] صداق المثل فلاكلام له[٦] .

قال الشيخ : وهذا لايختلف فيه .

---

(١) الفَوات في المبيع : هو تغيُّر المبيع بمعتبرٍ فيه .
شرح حدود ابن عرفة ١/٣٧٦ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/ب .

(٣) أي قول ابن القاسم .

(٤) "لها" ليست في ز .

(٥) في أ ، ب زيادة "أكثرمن صداق مثلها" .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل١٩/ب .

[الباب الثاني عشر]
في الدعوى في الصداق وفي دفعه

[فصل ١ ــ في الدعوى في الصداق]

قال ابن القاسم : أصل القضاء في تداعي الزوجين في الصداق قول النبي صلى الله عليه وسلم : "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمةٌ فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار"(١) ، وفي حديث آخر : "فالقول قول البائع ، ويتحالفان ويتفاسخان"(٢) ، والتداعي كله يرجع إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "البينة على المدعي وعلى من أنكر اليمين"(٣) ، وقوله : "شاهداك أو يمينه"(٤) .

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع والإجارات ، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ٣/٧٨٠،٧٨١ رقم (٣٥١١) ، والترمذي ،كتاب البيوع ، باب ماجاء إذا اختلف البيعان ٣/٥٧٠ رقم (١٢٧٠) ، والنسائي ، كتاب البيوع ، باب اختلاف المتبايعين في الثمن ٧/٢١٦ رقم (٤٦٤٨) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٢/٥٢ رقم (٢٢٩٣) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) هذا الحديث لم أعثر عليه بهذا اللفظ ، وقد أخرجه سحنون في المدونة هو والذي قبله بدون إسناد، وبدون لفظ (ويتفاسخان) ويشهد له الحديث السابق .
قال سحنون بعد ذكره لهذين الحديثين : فكذلك المرأة وزوجها إذا اختلفا قبل الدخول فالقول قول المرأة لأنها بائعة لنفسها والزوج المبتاع ، وإن فات أمرها بالدخول فالقول قول الزوج لأنه قد فات أمرها بقبضه لها فهي مدعية وهو مقر لها بدين فالقول قوله . المدونة ٢/٢٤١ .

(٣) أخرجه الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ماجاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ٣/٦٢٦ رقم (١٣٤١) ، والدارقطني ، باب الوكالة ، خبر الواحد يوجب العمل ٤/١٥٧ رقم (٨) ، والبيهقي ، كتاب السرقة ، باب مايستدل به على ترك تضعيف الغرامة ٨/٤٨٤ رقم (١٧٢٨٨) كلهم بلفظ : "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" وصححه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص٢٩١ رقم (١٤٣٧) .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود ٣/١٥٩ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ١/١٢٣ رقم (٢٢١) .

ابن القاسم : فإذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء عن غير موتٍ ولاطلاق ، فادعت المرأة أكثر مما أقر به الزوج ، ونسي[١] الشهود تسمية الصداق قال مالك[٢] : فالقول قول المرأة ـ يريد مع يمينها .

قال ابن القاسم : لأنها بائعة لنفسها[٣] .

قال مالك : ويخير الزوج في إتمام ماادعت ، وإلا حلف وسقط عنه ماادعت وفسخ النكاح ، ولاصداق لها .

قال مالك : وإن اختلفا في هذا بعد البناء ، فالقول قول الزوج مع يمينه[٤] .

قال ابن القاسم : لأنها أمكنته من نفسها فصارت مدعيةً ، وهو مقرٌ لها بدينٍ ، فالقول قوله مع يمينه[٥] .

ابن المواز : قال مالك : ولايقبل قول المرأة بعد البناء : أنها لم تقبض صداقها ويصدق الزوج مع يمينه .

وكذلك من قبض رهنه وقال : قضيتك الحق ، فهو مصدقٌ مع يمينه وقبضه الرهن كالشاهد ، لأنه الغالب والعرف بين الناس ، وقاله مالكٌ وأصحابه[٦] .

ومن العتبية : قال ابن القاسم : وإذا تحمَّل للمرأة رجلٌ بالصداق فطلبته به بعد البناء ، وزعم الزوج والحميل أنها قبضته قبل البناء ، قال : يحلف الحميل ويصدق .

قال سحنون : ولو أخذت بالصداق رهناً ثم بنى فهو كالحميل ،ويتم له الدخول ، وهو كالإبراء ، ويأخذ رهنه[٧] .

---

(١) "ونسي" ليست في أ .

(٢) "قال مالك" ليست في ز .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٩، ٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٩/ب .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٢١ ، النوادر والزيادات ل٢٣٩/ب .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الصغرى على صداق أختها الكبرى ، فادعى الأب أنه مئتان ، وقال الزوج : إنه مئةٌ ، فالقول قول الزوج ، ويحلف ، فإن نكل حلفت الجارية وقضي لها .

ابن المواز : وهذا بعد البناء ، وأما قبل البناء فليتحالفا ويفسخ النكاح ، والأيمان بين الزوج والأب .

ويبدأ الأب باليمين فإن حلف لزم[١] الزوج إلا أن يحلف فيبرأ ويفسخ ، كالوكيل في البيع هو يحلف دون ربِّ السلعة وهي لم تَفُت ، لأن ربَّ السلعة لم يلِ شيئاً ، وكذلك الجارية لم تعلم ،ولو علمت ماكان لها فيه حكم ولو كانت ثيباً حتى لايتم الأمر إلا بها وعلمها[٢] وحضورها ، فاليمين عليها ، وقاله أصبغ[٣] .

ومن المدونة : وإن اختلفا في قلة الصداق وكثرته بعد الطلاق وقبل البناء فهي طالبةٌ له ، فعليها البينة ، وهو مدعىعليه ، فالقول قوله فيما يقر به مع يمينه .

قال[٤] : فإن نكل حلفت المرأة وأخذت ماتدعيه ، لأن مالكاً قال : إذا ماتت الزوجة قبل البناء فادعى ورثتها تسمية صداق ، وادعى الزوج تفويضاً فالقول قوله مع يمينه ، وله الميراث ، وعلى ورثة المرأة البينة على / ماادعوا من التسمية[٥] . [٨١/ب

وفي كتاب محمد : ومن زوج ابنه الصغير من ابنة رجلٍ صغيرة ، فمات الصبي ، فطلب أبو الصبية المهر ، فقال أبو الصبي : لم أسمِّ مهراً ، وأن ذلك كان منك على الصلة لابني ، قال محمد : لايصدق ، ولها ماادعى أبوها إن كان صداق مثلها .

قال[٦] مالك : ليس لها إلا الميراث ، [قال محمد] [٧] : إذا حلف أبوه[٨] .

---

(١) أي النكاح .
(٢) في ز "أو" بدل الواو .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٤٠/أ .
(٤) أي ابن القاسم .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٩، ٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(٦) في أ ، ب زيادة "أو" .
(٧) من النوادر .
(٨) أي على أنه لم يُسمِّ مهراً في نكاح ابنه .

قال أبو محمد : وذكرها[١] في كتاب الشهادات ، ولم يذكر قول محمد : إن لها ماادعى أبوها .

قال مالك : وإن كان لها شاهدٌ على تسمية المهر أُخِّر ذلك حتى تبلغ الجارية فتحلف وتأخذ .

ابن المواز : بعد يمين أبيه الآن[٢] ، وهذا بخلاف مبايعته لها ، ويقيم شاهداً فيحلف الأب معه ، لأنه إن لم يحلف هاهنا لزمه غرم مانكل عنه ، لأنه أتلفه ، إذ لم يتوثق ، ولأنه لايبيع[٣] إلا بثمنٍ معلومٍ وبينةٍ ، والنكاح على التفويض يجوز فلم يتعد ، وإنما عليه أن يشهد في أصل النكاح لافي تسمية الصداق .

وذلك عندي ما لم يدَّع أبوها التسمية مع الشاهد ، فإن ادعى هذا فقد ضيَّع في التوثق ، فإن شاءت بعد أن تكبر أن تلزم ذلك أباها ، فيكون لأبيها أن يحلف ، ويأخذ من تركة الصبي ، وإلا غرم ذلك أبوها من ماله ، فإن شاءت أن تترك أباها وتحلف مع شاهدها وتأخذ ذلك من مال زوجها بمنزلة مالو مات أبوها ، أو كان معدما ، فإذا حلفت فالصداق على أبي الصبي إلا أن يكون للصبي يوم العقد مال فلاشيء على أبيه[٤] .

قال ابن حبيب في اختلاف الزوجين قبل البناء : تحلف الثيب ، وإن كانت بكراً حلف الأب ، ثم للزوج الرضى بذلك ، أو يحلف ويفسخ النكاح ، كان اختلافه في قلة الصداق أو كثرته أو في نوعه ، وأما بعد البناء فيحلف الزوج ، ويبقيا زوجين إن اختلفا في العدد ، فإن كان في النوع تحالفا ، وردت الزوجة إلى صداق المثل ، إلا أن يرضى هو بما ذكرت أو ذكر الأب في البكر[٥] .

وإنما كان يحلف الأب في صداق البكر ، لأنه كوكيلٍ مفوَّضٍ إليه ، وهو وليُّه دونها ، ولم يكن لها فيه رأيٌ ولاأمر ، وكذلك قال ابن المواز : يحلف الأب في البكر .

---

(١) أي ابن المواز .

(٢) أي تأخذ بعد أن يحلف أبو الصبي على أنه لم يُسمِّ في هذا النكاح مهرًا .

(٣) في أ ، ب "إن لم يبع" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٩/أ ، ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٧/ب .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران إذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء فتحالفا ، ثم أراد الزوج إتمام النكاح بما قالته المرأة ، أو أرادت ذلك المرأة بما قاله الزوج قبل الفسخ : أن النكاح تامٌ كالبيع ، ويجري ذلك على الاختلاف الذي[١] في البيع قال : وقد نصَّ على ذلك المغيرة : أنه إذا رضي أحدهما بما ذكرنا تم النكاح .

أبو عمران : يراعى في اختلافهما إذا أتى أحدهما بما يُشبه والآخر بما لايشبه.

وقيل : لايراعى ذلك ، كما اختلف في ذلك في البيوع[٢] [٣] .

قال سحنون في كتاب ابنه فيمن تزوج امرأةً فادعى أنه تزوجها على أمها[٤] وهي عالمةٌ بها ، وقالت المرأة : بل على أبي ، وهو مالكٌ لأبويها ، وحفظت البينة العقد ، و لم تحفظ على أيهما عقد .

قال سحنون : الشهادة ساقطة ، فإن لم يدخل بها[٥] تحالفا وفسخ النكاح ، ويلزمه عتق الأم ، لأنه أقر أنها حرة ، وكذلك إذا نكلا ، وإن كان قد دخل بها حلف أيضا ، وعتقت عليه الأم بإقراره ، فإن نكل حلفت المرأة وعتق الأب بقولها ، وعتقت عليه الأم بإقراره[٦] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : وهذا خلاف ماتقدم لابن حبيب إذا اختلفا في نوع الصداق بعد البناء أنهما يتحالفان ويكون لها / صداق المثل[٧] . [٨٢/أ]

---

(١) "الذي" ليس في ز .

(٢) في أ ، ب زيادة "وقد نص على ذلك المغيرة أنه إذا رضي أحدهما بما ذكرنا تم النكاح" وهو تكرار لأنه تقدم قريبًا .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل١٧/ب .

(٤) أي على أن المهر عتقه لأمها .

(٥) "بها" ليست في ز .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٤٠/ب .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/أ .

فصل [٢ ــ في الدعوى في دفع الصداق]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال الزوج بعد البناء : قد دفعت الصداق ، وأنكرت الزوجة فالقول قوله ، وإن لم يكن دخل بها فالقول قولها .

ـ **قال الشيخ** : وإنما ذلك لأن العرف عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ـ .

قال مالك : وليس يكتب الناس في الصداقات براءات ، ومن نكح على نقدٍ ومؤجَّلٍ فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل ، وأكذبته الزوجة ، فإن بنى بها بعد الأجل صدق .

ـ **قال الشيخ** : لأن الأجل حلَّ قبل دخوله فصار كمن تزوج بنقد ، والعرف فيه ألا يدخل حتى يدفعه ، ولأن الزوجة قد أمكنته من نفسها ، فلذلك كان القول قوله ـ .

قال مالك : وإن بنى بها قبل الأجل فالقول قولها ، كان المؤجل دنانير أو حيواناً مضموناً مع الأيمان فيما ذكرنا[1] .

قال الشيخ : لأنه دخل والصداق متقرّرٌ في ذمته فلايلزمه إلا البينة بدفعه ، وكذلك المهر الحالُّ بالبناء القول قول المرأة أنها لم تقبضه ، وكان الزوج دخل قبل حلوله ، لأنه لايجب إلا بعد الدخول .

قال بعض أصحابنا : وكذلك إن تزوجها بصداقٍ حال ، وكتبا به كتابا ، فدخل الزوج ، وادعت المرأة أنه لم يدفع إليها شيئاً من صداقها ، وقامت عليه البينة[2] بذكر الحق أن القول قوله ، لأن العرف جارٍ بأخذ ذكر الحق منها بعد قبض حقها وأنها لاتسلمه إلا إذا استوفته ، فلذلك كان القول قولها .

ومن كتاب محمد : قال مالك : وإذا ادعت المرأة بعد دخولها أنه بقي لها من صداقها خادم ، أو غير ذلك ، وقال الزوج : قد دفعته ، فيحلف الزوج ويبرأ ، وليس يكتب الناس في الصدقات البراءات .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٣٩، ٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٢) "البينة" ليست في أ ، ب .

قال ابن المواز : لايقبل قولها ، ومايدخل النساء إلا بعد القبض ، ذلك هو المعروف والغالب ، إلا الخاص ، وإنما يحمل الأمر على الأغلب ، والدخول كالشهادة ، فإذا حلف برئ إلا ما لم يحل منه إلا بعد دخوله ، وكذلك الرهن إذا قبض المرتهن رهنه ثم قال : قد قضيتك و لم يصل إلي الرهن إلا بقضائي إياك[١] حقك ، فيحلف ويبرأ ، وكان قبضه للرهن كالشاهد ، ولأنه الغالب من عمل الناس ، وهذا كله قول مالكٍ وأصحابه[٢] .

قال بعض أصحابنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عمن تزوج امرأةً وادعى أن وليها شرط في عقد النكاح لوليته شروطاً وعطايا سمّاها ، وأنكر الولي أن يكون شرط ذلك ، فطالبه باليمين على ذلك فنكل ، هل يحلف الزوج ويجب ذلك لها؟ وكيف يحلف في شيءٍ يستحقه غيره؟

فقال : الذي عندي أنه إذا نكل الولي حلف الزوج ، ويرجع إلى صداق المثل ويرجع بما زادت التسمية على صداق المثل على وليها ، وتأخذ هي الصداق كاملاً مثل الولي يقر بالعيوب في وليته ، أنها تأخذ الصداق كاملاً ، ويرجع الزوج على من غرّه ، فكذلك هذا[٣] .

قال الشيخ : والذي أرى إذا نكل الولي حلف الزوج واستحق ماشرط على الولي يكون ذلك للزوجة ، لأنه هو ولي معاملته ، فهو كالوكيل يدعي في معاملته شيئاً لموكله ، فتجب اليمين على المدعى عليه فينكل ، أن الوكيل يحلف ويستحق ذلك لمن وكّله .

وأما قول الشيخ[٤] : يحلف الزوج ويرجع إلى صداق المثل ، أرأيت إذا كان / صداق المثل أكثر من التسمية أيزاد عليه لدعواه أو يذهب دعواه باطلاً ، هذا ليس [٨٢/ب] بشيء .

---

(١) "إياك" مكانها بياض في أ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٩/ب .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/ب ، ١٤/أ .
(٤) أي أبي بكر بن عبد الرحمن .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا مات الزوج فادعت المرأة بعد موته أنها لم تقبض صداقها فلاشيء لها إن كان قد دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها فالقول قولها.

قال ابن القاسم : وكذلك إن مات الزوجان فتداعيا ورثتهما في دفع الصداق فلاقول لورثة المدخول بها ، وإن لم يدخل بها صدق ورثتها ، وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها : قد دفعه لها ، أو قالوا : لاعلم لنا ، فلاشيء عليهم ، فإن ادعى ورثة المرأة أن ورثة الزوج قد علموا أن الزوج لم يدفع الصداق ، حلفوا أنهم لايعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق ، ولايمين على من كان منهم غائباً ، أو من يعلم أنه لاعلم عنده[1] .

فصل [٣ ــ في دعوى الزوج أن المهر فيه سر وعلانية]

ومن كتاب محمد : وإذا ادعى الزوج أنهم أسروا من المهر دون ماأعلنوه ، لم يصدق إلا ببينةٍ أو شاهدٍ يحلف معه ، فإن شهدت بذلك بينةٌ ، فقال الولي : كان ذلك كلاماً سراً وقد صِرنا إلى غيره بعده وزوجناه عليه ، وقال الزوج : بل هو الأمر الأول ، والثاني سمعة ، قال : أحب إلي أن لوأشهدوا حين سموا المهر القليل أن هذا الذي أنكحوه به ، وإنما سمي في العلانية غيره ، فإن لم يكن هذا وأشكل الأمر فالقول قول الزوج مع يمينه حتى يعلم من السبب مايعلم به أن الأول قد انقطع ، وأن على الثاني وقع النكاح ، وكذلك لو كان ذلك من الثيب بغير علم الولي .

ابن المواز : ولايكون ذلك من أبيها إلا برضاها .

قال مالك في[2] البكر : ذلك إلى الأب دونها ، فإن لم يكن أب فليس ذلك

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٢) في ز "وفي" .

لها تاما إلا بإذن وليها مع رضاها ، وقاله الليث[١] .

قال ابن حبيب : ولايضر الشاهدين على السر أن تقع شهادتهما على العلانية ، لأنهما يقولان : على هذا أشهدنا أن يكون سرًّا كذا وفي العلانية كذا للسمعة ، و لم يختلف في هذا مالكٌ وأصحابه[٢] .

وقد تقدم القول في مسألة من وهب ابنته بجميع وجوهها فأغنى عن إعادتها[٣] .

---

(١) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي ، أصله فارسيٌّ أصبهانيٌّ ، إمامٌ ، فقيهٌ ، حافظٌ ، عالم الديار المصرية ، سمع عطاء بن أبي رباح ، وابن شهابٍ الزهري ، وابن أبي مُليكة ، ونافعاً وخَلْقاً ، كان ثقةً كثير الحديث صحيحه ، توفي سنة ١٧٥هـ .
انظر : الطبقات ٣٥٨/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٣٨/٧ ، شذرات الذهب ٥٨٢/١ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٤٠/ب ، ٢٤١/أ .

(٣) انظر ص٢٤٤ .

[الباب الثالث عشر]
في صداق النكاح الفاسد وطلاقه وميراثه

قال ابن القاسم : كل مافسد من النكاح لصداقه كالنكاح بالآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها ففسخ قبل البناء فلاصداق فيه ولامتعة ، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء ولامتعة لها عليه ، ويلزم فيه الطلاق ، فلو طلقها فيه ثلاثا لم تحل له إلا بعد زوج ، ولو مات أحدهما قبل البناء أو بعده توارثا ، لأنه نكاح قد اختلف العلماء في فسخه وثباته ، وكذلك كل مايفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، والتي تتزوج بغير ولي مثل ذلك ، لأن مالكاً وقف في فسخه بعد البناء[١] .

قال سحنون : وقد كان قال لي[٢] : كل نكاحٍ كانا مغلوبين على فسخه فهو فسخٌ بغير طلاقٍ ، ولاميراث فيه ، ويرد فيه الخلع ، وترجع عليه الزوجة بما أخذ منها ، لأنه لايأخذ مالها إلا بما يجوز به إرساله من يده ، وهو لم يرسل من يده إلا ماهي أملك به منه ، وقد بيَّنا اختلاف قوله في هذا في النكاح الأول[٣] .

وإذا تزوج العبد والمكاتب بغير إذن سيدهما فالسيد مخيَّرٌ في إجازته أو فسخه فإن فسخه بعد الدخول أخذ منها / جميع المهر ويترك لها ربع دينار ، فإن عتق اتبعته [٨٣/أ] بالصداق إن غرها بأنه حر ، إلا أن يفسخه عنه السيد قبل العتق ، فإن عتق قبل أن يعلم السيد بتزويجه ثبت النكاح[٤] .

قال : وللمكاتب تزويج أمته على ابتغاء الفضل ، ويلي العقد غيره[٥] .

وقد تقدم جميع[٦] هذا في الكتاب[٧] [٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤١،٢٤٣،٢٤٤ .
(٢) أي ابن القاسم .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٣،٢٤٥ .
(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٥ .
(٦) "جميع" ليست في ز .
(٧) "في الكتاب" ليست في ز .
(٨) يريد كتاب النكاح الأول ، انظر ص٨٠ .

[الباب الرابع عشر]
في نكاح المريض والمريضة

[فصل ١ ــ في حكم نكاح المريض والمريضة]

قال أبو محمد وغيره : ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام المريض من الحكم في ثلثي ماله الموروث بما ينقص ورثته منه[١] كان ممنوعاً أن يُدخل عليهم وارثاً ، أو يخرج منهم وارثاً .

قال غيره[٢] : فإن قيل : فيلزم على هذا ألا يستلحق ولداً .

قيل له : ليس استلحاقه بإدخال وارث ، وإنما هذا إخباره عن وارثٍ متقدمٍ على حال المرض لزمه الإقرار به ، وغرضه في مسألتنا أن يثبت له زوجة تزوجها في الصحة ، فيلزم وترث ، ولايكون في ذلك إدخال وارثٍ على ورثته[٣] .

قال مالك : ولايجوز نكاح المريض أو المريضة ، ويفسخ قبل البناء وبعده[٤] .

ابن القاسم : فإن تزوجها ودخل بها وهي مريضةٌ ثم ماتت كان لها الصداق ولايرثها ، فإن صحت[٥] ثبت النكاح ، وقاله مالك : وهو أحب[٦] قوليه إلي ، وقد

---

(١) لعله يشير إلى حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ، فقد قال : عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت فقلت : يارسول الله بلغني ماترى من الوجع ، وأنا ذو مالٍ ، ولايرثني إلا ابنةٌ لي واحدة ، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال : "لا" ، قال : قلت : أفأتصدق بشَطْرِه؟ قال : "لا ، الثلث ، والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالةً يتكفَّفون الناس" . أخرجه البخاري ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ١٨٦/٣ .
ومسلم ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ١٢٥٠/٣ رقم (١٦٢٨) .

(٢) وهو القاضي عبد الوهاب .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٥) أي من مرضها .

(٦) في أ ، ب زيادة "في" .

كان يقول مرة : يفسخ ، ثم عرضته عليه فقال : امحُه ، والذي أرى[١] إذا صحَّا أن يثبت النكاح ، دخلا أو لم يدخلا ، ولها المسمى[٢] .

قال الشيخ : قال بعض البغداديين : وهذا[٣] مبنيٌّ على أصل فساده ، هل هو في عقده ، أو لحقِّ الورثة؟

فإذا قلنا : إنه في العقد لم يصح الثبوت عليه ، وإن قلنا : إنه[٤] لحقِّ الورثة ، صح بعد زوال المرض لزوال حقوقهم منه كنكاح العبد بغير إذن سيده ، وهذا اعتلال عبد الملك[٥] .

قال الشيخ : وقال ابن القاسم في نكاح المحرم : أنه يفسخ وإن حلَّ من إحرامه[٦] ، والفرق بينه وبين نكاح المريض إذا صح : أن نكاح المحرم إنما يفسخ لعلةٍ في نفسه وهو الإحرام ، وقد حرَّمه النبي عليه الصلاة والسلام[٧] ، ونكاح المريض إنما حُرِّم لعلةٍ في غيره ، وهو أن يُدخل على الورثة وارثاً ، فإذا ارتفعت العلة لم يكن للورثة حجَّةٌ في فسخ النكاح .

فإن قيل : ينبغي أن يمنع المريض من الوطء لئلا يُدخل على الورثة زيادة وارثٍ كما مُنع من التزويج .

قيل : التزويج قد أدخل وارثاً حقيقة ، والوطء قد يكون منه الولد وقد لايكون ، فوجب أن لايمنع حقٌ واجبٌ لأمرٍ غير متيقَّن ، هذا أصلهم ، وكذلك العلة في المكتري وزوجته إلى الحج أنه لايمتنع من الوطء لحجة احتمال أن تنفس فيجلس عليها ، إذ ليس من كل وطءٍ يكون الولد ، فلايترك حق واجب لأمرٍ يكون أو لايكون .

---

(١) أي في نكاح المريض والمريضة .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٤٦ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(٣) أي الخلاف في ثبوت نكاح المريض والمريضة إن صحَّا .
(٤) "إنه" ليست في ز .
(٥) انظر : المعونة ٢/٧٨٨ .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦١/أ .
(٧) سبق تخريجه ص٩٠ .

وقالوا في المُخدَمة : إنه لايجوز لسيدها وطؤها ، لأنه يبطل الحَوز[١] ، فمنعوه[٢] الوطء لعلة حالةٍ متيقَّنة .

[فصل ٢ ــ في الصداق في نكاح المريض]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأةً في مرضه ودخل بها[٣] فرق بينهما ، وكان صداقها في ثلثه مبدَّءاً على الوصايا والعتق ، ولاترثه ، وإن فسخ قبل البناء فلاصداق لها ولاميراث[٤] .

قال في كتاب محمد : وإذا بنى المريض فلها المسمى في ثلثه ــ وإن زاد على صداق المثل ـ مبدَّءاً على الوصايا بالعتق الواجب وغيره ، ويدخل فيما علم وفيما لم يعلم ، ولايبدَّأ عليه [إلا][٥] المدبر في الصحة .

وله قول : إنه مبدأٌ على المدبر[٦] في الصحة[٧] ، وليس بشيء[٨] .

قال سحنون في كتاب الإقرار : إذا كان المسمى أكثر من صداق المثل لم يكن / لها إلا صداق المثل في قول ابن القاسم فيكون ذلك مبدَّءاً على الوصايا [٨٣/ب] وعلى المدبر في الصحة ، واختلف في الزائد ، فقيل : يسقط ، قاله ابن القاسم ، وقيل : تحاص به الوصايا[٩] .

---

(١) الحَوْز مشتقٌ من حُزْت الشيء أَحُوزُه حَوزاً وحِيَازةً : ضممته وجمعته ، وكل من ضَمَّ إلى نفسه شيئاً فقد حَازه . انظر : المصباح المنير ص١٥٦ .

(٢) في أ ، ب زيادة "في" .

(٣) "بها" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢٤٦/٢ .

(٥) "إلا" من النوادر .

(٦) في ز "إنه يبدأ عليه المدبر" .

(٧) "في الصحة" ليست في ز .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٢/أ .

(٩) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٢/ب .

قال الشيخ : وهذا أيضاً بناءً على الميراث ، فمن رأى أنهما لايتوارثان رأى أن[١] لها الزائد على صداق المثل ، إذ ليس فيه أكثر من أن تكون وصيةً لغير وارثٍ، ومن رأى أنها ترثه لم يعطها الزائد على صداق المثل[٢] ، لأنه وصيةٌ لوارث .

واختلف في نكاحه[٣] الأمة والكافرة ، فقال أبو مصعب[٤] : يجوز ، لأنه لم يُدخل وارثا[٥] ، وقال عبد الملك : لايجوز ، لأن الأمة قد تعتق ، والكافرة قد تسلم قبل الموت فتصيران[٦] من أهل الميراث[٧] .

قال بعض البغداديين : وهذا القول أصح[٨] .

قال الشيخ : والأول أولى[٩] ، لأنه أوقع النكاح في حالٍ لم يُدخل به على الورثة ضررا ، لأنهما غير وارثين ، ومايُترَقَّب من العتق أو الإسلام قد يكون أو لايكون ، فلايُمنع أمرٌ واجبٌ له لأمرٍ قد يكون أو لايكون ، هذا أصلهم .

قال الشيخ : وإذا فُوِّض إليه في نكاحه في مرضه فسمَّى لها ثم مات فلاشيء لها إلا أن يدخل بها فذلك في ثلثه وإن كان أضعاف صداق المثل مبدَءاً على الوصايا وكذلك لو نكح بتسمية[١٠] .

---

(١) "أن" ليست في ز .

(٢) "على صداق المثل" ليست في ز .

(٣) أي المريض .

(٤) هو أبو مُصعَب أحمد بن القاسم بن الحارث بن زُرارة القرشي الزهري المدني ، قاضي المدينة وفقيهها ، إمامٌ ، ثقةٌ ، ثبتٌ ، روى عن مالكٍ الموطأ وغيره ، تفقه بالمغيرة وابن دينار ، له مختصرٌ في قول مالكٍ مشهور ، توفي بالمدينة سنة ٢٤٢هـ وهو على القضاء .
انظر : ترتيب المدارك ٥١١/١ ، سير أعلام النبلاء ٥٩٩/٩ ، شجرة النور ص٥٧ .

(٥) "وارثا" ليست في أ .

(٦) في جميع النسخ "فتصير" .

(٧) انظر : المعونة ٧٨٨/٢ .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/ب .

(٩) وهو قول أبي مصعب .

(١٠) المصدر نفسه ل١٨/ب .

وقال أصبغ : يُبَدَّأ قدر صداق المثل والزائد تحاصٌ به[١] .

قال ابن المواز : وأحب إلى قول عبد الملك : أن لها صداق المثل مبدَّءاً ، ويبطل مازاد عليه ـ يريد في التفويض في المرض ـ لأن الواجب لها بالوطء صداق المثل ، فما زاد فليس بوصية ، لأنه لم يرد به الوصية ، وأما التي تزوجها بتسميةٍ فبتلك التسمية رضيت فلها جميعه في الثلث ، وهذا التفسير من غير رواية ابن أبي مَطَرٍ[٢] [٣] عن ابن المواز[٤] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران أنه قال : أجمع أصحابنا أن صداق المريض لايكون في رأس المال ، قال : وذكر أبو الحسن عن المغيرة أنه قال : ذلك في رأس المال ، ولاأدري أين رآه ، وقد رأيت في كتاب المغيرة : أنه من الثلث ، وجعل الشيخ أبو الحسن ربع دينار من رأس المال ، فعلى هذا تحاص أهل الدين بالربع دينار.

قال بعض فقهائنا : وهو قول حسن ، إذ لايستباح البضع بأقل من ربع دينار، ويدل على صحته قوله في العبد يتزوج بغير إذن سيده ويدخل فيفسخه السيد : إنه يترك لها ربع دينار ، فإذا لم يكن للسيد في ذلك حجة فالورثة والمديان أحرى أن لاتكون لهم حجة[٥] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٦٢/ب .

(٢) في ز "ابن مطرف" ، وهو خطأ .

(٣) هو أبو الحسن علي بن عبد الله بن أبي مطر الاسكندري ، قاضي الاسكندرية ، إمامٌ ، فقيهٌ ، روى عن محمد بن المواز ومحمد بن عبد الله بن ميمون وغيرهما ، توفي سنة ٣٣٩هـ .
انظر : الديباج ١٢٣/٢ ، شجرة النور ص٨٠ .

(٤) النوادر والزيادات ل٢٦٢/ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/أ .

[الباب الخامس عشر]
فيمن أراد نكاح امرأة أو شراء أمة فزعم أبوه أنه قد وطئها ومن أدخلت عليه غير زوجته ، وهل يبوأ مع الأمة بيتا والحكم في الخنثى ، ونكاحه امرأة زنى بها أو قذفها

[فصل ١ ــ فيمن أراد نكاح امرأة أو شراء أمة فزعم أبوه أنه قد وطئها]

قال ابن القاسم : ومن اشترى جاريةً ، أو أراد شراءها ، أوخطب امرأةً فقال له أبوه : قد نكحت الحرة ووطئت الأمة بشراءٍ ، وأكذبه الابن ، فلايقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشياً قبل الشراء أو النكاح ، فأرى له أن يتنزَّه عنها ، ولو فعل لم أقض به عليه ، وقد قال مالك : لاتجوز شهادة امرأةٍ واحدةٍ في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعُرِف في الأهلين والمعارف والجيران ، فأحب إلي أن لاينكح ، ويتورَّع .

قال ابن القاسم : فشهادة الوالد في مسألتك مثل شهادة امرأةٍ في الرضاع ، وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول : قد أرضعت فلانة ، فلما كبرت أراد[1] الابن تزويجها ، فلايفعل ، ولاتجوز شهادة امرأتين في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعُرِف ، فإذا كان كذلك رأيتها جائزة[2] . / [٨٤/أ]

فصل [٢ ــ فيمن أُدخلت عليه غير زوجته]

قال مالك : وإذا تزوج أخوان أختين فأخطئ بهما ، فأُدخل على كل واحدٍ منهما زوجة أخيه فوطئها ، رُدَّت كل واحدةٍ إلى زوجها ولايطؤها إلا بعد ثلاث حِيض[3] .

---

(١) "أراد" ليست في أ .
(٢) انظر : المدونة ٢٤٧/٢ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

قال ابن القاسم : وعلى العالمة منهما الحد ولاصداق لها[١] .

قال الشيخ : وذكر عن أبـي عمـران أنـه قـال[٢] : لانفقـة لكـل واحـدةٍ في الإستبراء على زوجها ، لأنه لم يدخل بها ، ولاعلى الواطئ ، لأنهـا غـير زوجتـه ، إلا أن يظهر حمل فترجع عليه بما أنفقت .

وأما من وطئ زوجة رجلٍ في ليلٍ يظنُّ أنها زوجتـه و لم تحمـل ، فنفقتهـا في استبرائها على زوجها ، كما لو مرضت فإنه ينفق عليها ، قال : وسـواءٌ كـان للـتي أُدخلت على غير[٣] زوجها مالٌ أم لا ، لانفقة لها[٤] على أحدٍ منهما[٥] .

وذكر في بعض التعاليق : أن نفقـة كـل واحـدةٍ على زوجهـا الحقيقـي[٦] ، والأول أصوب .

قال ابن القاسم[٧] : [٨] فإن قالت : لم أعلم وظننت أنكم زوجتموني منـه ، فلها صداق مثلها[٩] على الواطئ ، ويرجع هو به على من غرَّه[١٠] .

قال مالك في الواضحة : فـإن لم يغـرَّه منهـا أحـدٌ وإنمـا كـان خطـأً منهـم ، فصداق مثلها على الواطئ - يريد : ولايرجع عليها بشيءٍ - إذ ليست عالمةً ، والخطـأ لازمٌ لايعذر به ، وفي العمد الحد مع صداق المثل[١١] .

---

(١) انظر : المدونة ٢٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٢) "قال" ليست في ز .

(٣) "غير" ليست في أ .

(٤) "لها" ليست في أ ، ب .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ٢٢/أ .

(٧) "قال ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٨) في ز زيادة : "وعلى العالمة منهما الحد" وقد تقدمت قريباً .

(٩) في ز "الصداق" .

(١٠) انظر : المدونة ٢٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(١١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٦/ب .

ومن كتاب محمد وكتاب ابن سحنون : ومن زوج ابنته لرجلٍ فأَدخل عليه أمته على أنها ابنته ، فهذه تكون له بما تلد أم ولد ، وعليه قيمتها يوم الوطء ، حملت أو لم تحمل ، ولاقيمة عليه في الولد بمنزلة من أحلَّ أمته لرجل ، وتبقى ابنته زوجةً له[١] ، ولو علم الواطئ أن التي أُدخلت عليه غير زوجته ثم وطئها فهو سواء، ولاحد عليه .

وقال ابن حبيب : ومن أَدخل أمته على زوج ابنته فوطئها دُرِءَ عنه الحد ، ولزمته القيمة ، وتحد الأمة ، إلا أن تدعي أن سيدها زوجها منه ، ويعاقب السيد .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن طلب الدخول فأُدخلت عليه جاريةُ بكرٌ بامرأته ، وامرأته ثيب ، وقيل له : لاتقربها الليلة ، فحلف بعتق رقيقه لاوطئها الليلة ، وهو يظنها امرأته ، فوطئها تلك الليلة واستمرت حاملاً ، وعليه شرطٌ لزوجته بعتق كل جاريةٍ يتخذها أمَّ ولدٍ[٢] وأمرها بيدها[٣] .

قال : يلحق به الولد ولاحد عليه ولاعليها ، ويعتق عليه رقيقه ، وليس عليه طلاقٌ ولاتمليكٌ لزوجته ، وعليه لزوجته قيمة الولد إن لم تعلم زوجته بما صنع أهلها ولاتقوَّم عليه الجارية ، ولايرجع الزوج على الذي غرَّه بقيمة الولد ، ولايكون أشد من المستحقَّة من يده تحمل فيؤدي قيمة الولد ، ولايرجع على الغاصب ، ولو كان ذلك بعلم زوجته ، لم ترجع بقيمة الولد ، ولاتقوَّم عليه الجارية إلا أن يشاء هو ذلك[٤] .

قال الشيخ : هذا كلامٌ جيدٌ ، وهو خيرٌ من كلام سحنون الذي ألزمه في الأمة القيمة وإن لم تحمل[٥] ، وخيرٌ من كلام ابن حبيب الذي ألزم الأمة الحد[٦] ، لأن الأمة في ذلك كالمُكْرهة ، فيجب أن يسقط عنها الحد[٧] . والله أعلم .

---

(١) أي للذي دخل على الأمة .
(٢) "أم ولد" ليست في ز .
(٣) في أ ، ب "بيده" .
(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨٧/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٤٦/أ .
(٥) في ز "يعلم" .
(٦) كما تقدم .
(٧) "الحد" ليست في ز .

[فصل ٣ ــ في زوج الأمة هل يُبَوأ معها بيتا؟]

ومن المدونة : من نكح أمةً فليس له أن تبوَّأَ معه بيتاً ، وتبقى في خدمة ساداتها ، وليس للسادة منعه الوطء إذا أراده ، ولايضُرُّوا به ، ويمنع هو من الضرر بهم ، وللسيد بيعها ، وليس للمبتاع منع زوجها منها ، وإن بيعت بموضعٍ لايصل إليها الزوج فله طلبها ، والخصومة إن منع منها ، ويتبعه البائع بمهرها أو بنصفه إن طلقها قبل البناء[١] .

فصل [٤ ــ في حكم الخنثى]

ومن المدونة : ابن القاسم : والحكم في الخنثى بمخرج البول ، فإن كان يبول من ذكره فهو رجلٌ ، وإن كان يبول من فرجه فهو جاريةٌ ، لأن النسل من المَبال وفيه الوطء / فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك، وماجترأنا على سؤال [٨٤/ب] مالكٍ عنه[٢] .

قال الشيخ : وقيل : إن أوَّل من حكم بذلك في الجاهلية عَامر بن الظَّرِب العدواني[٣] برأي جاريةٍ له راعية غنم[٤] ، ثم حكم به علي بن أبي طالب في

---

(١) انظر : المدونة ٢٤٨/٢، ٢٤٩ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٢) انظر : المدونة ٢٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٣) هو عامر بن الظرب بن عمرو بن عياذ العدواني ، حكيمٌ ، خطيبٌ ، من الجاهليين ، كان إمام مُضَر وحكمها وفارسها ، كانت العرب لاتعدل بفهمه فهماً ولابحكمه حُكماً ، وهو أحد المُعمرين في الجاهلية .
انظر : الأعلام ٢٥٢/٣ .

(٤) ذكر عبد الحق ذلك عن بعض شيوخه : أن عامر بن الظرب سئل عن توريث الخنثى ، فسهر ليلته تلك،وكانت له خادمة تدعى سخيلة فسألته في بعض تلك الليلة فقالت : ماالذي أسهرك ياسيدي؟ فقال لها لاتسألي عما لاعلم لك به ، ليس هذا من رعي الغنم في شيء ، وكانت ترعى له الغنم فذهبت عنه ، ثم رجعت إليه فسألته فأعاد عليها الكلام الأول فراجعته وقالت : أخبرني ياسيدي فلعل عندي فَرَجًا ، فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى ، فقالت له : يامولاي يبقى الحكم للمبال ، ففرح بذلك وانكشف عنه ماكان فيه . تهذيب الطالب ل٢٠/أ . =

الإسلام بأن جَعل الحكم للمبال[١] [٢] .

وروى أيوب[٣] الأعور الفَرضي[٤] في كتابه أن الرسول عليه الصلاة والسلام سئل عن مولودٍ له قُبُلٌ وذَكَرٌ من أين يورَّث؟ فقال عليه الصلاة والسلام : "من حيث يبول"[٥] ، وكذلك قال علي رضي الله عنه : إذا بال من ذكره وَرِث ميراث ذكر ، وإن بال من فرجه وَرِث ميراث أنثى[٦] ، فإن خرج منهما جميعاً فمن أيهما سبق[٧] ؟ وذلك قول جابر بن زيد[٨] وغيره[٩] من التابعين[١٠] .

= وأورد هذه القصة الحطاب نقلاً عن القاضي عياض ، وفيها أنه أقام أربعين يوماً متوقِّفا فيها ، قال الأذرعي : وفي ذلك عبرةٌ ومزدَجرٌ لجهلة قضاة الزمان ومُفتيه فإن هذا مشركٌ توقَّف في حكم حادثةٍ أربعين يوماً ولاقوة إلا بالله .

قال الحطاب : وفيه عبرةٌ من جهةٍ أخرى وهي أن الحكمة قد يخلقها العليُّ ويجريها على لسان من لايُظَنُّ به معرفتها ، وأنه وإن عجز عن إدراكها أصحاب الفطنة والعقول المستعدة لذلك فقد يُجريها الله على لسان من لم يستعد لها والله الموفق .

مواهب الجليل ٦١٢/٨ .

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب ولاية العصبة ، باب ماجاء في الخنثى ٦٣/١ رقم (١٢٥،١٢٦) .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

(٣) في ز "أبو أيوب" .

(٤) لم أعثر على ترجمته .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخنثى ٤٢٨/٦ رقم (١٢٥١٨) .
والحديث فيه محمد بن السائب الكلبي قال فيه ابن حجر : مُتَّهم بالكذب .
انظر : التقريب ٧٨/٢ رقم (٥٩٢٠) .

(٦) "أنثى" ليست في أ ، ب .

(٧) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخنثى ٤٢٧/٦ رقم (١٢٥١٥) .

(٨) هو أبو الشعثاءجابر بن زيد الأزدي اليحمدي ، مولاهم ، البصري الخوفي ، كان عالم أهل البصرة في زمانه ، يُعدُّ مع الحسن وابن سيرين ، وهو من كبار تلامذة ابن عباس ، توفي سنة ٩٣هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٣٨٩/٥ ، شذرات الذهب ١٠١/١ .

(٩) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخنثى ٤٢٧/٦ رقم (١٢٥١٧) .

(١٠) كسعيد بن المسيب والحسن البصري .
انظر : مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الفرائض ، باب في الخنثى يموت كيف يورث ٢٨٠/٦ رقم (٣١٣٥٧) .

قال أيوب : فإن خرج منهما جميعاً معاً[١] فقال أبو يوسف[٢] وبعض أصحاب أبي حنيفة : يُنظر من أيِّهما خرج أكثر فيكون الحكم له به[٣] .

قال الشيخ : قال شيخنا أبو بكر عَتيق بن عبد الجبَّار[٤] : أنكر ذلك الشعبي[٥] فقال : أيوزن البول؟ أيُكال البول؟ لاعلم لي إذا بال منهما جميعاً[٦] ، والأولى ماقالته الجماعة[٧] ، لأن الأقل يتبع الأكثر في أكثر الأحكام ، قال[٨] : فإن بال منهما جميعاً متكافئاً فهو مشكلٌ في حال الصغر ، ثم يُنظر في كِبَرِه وبلوغه ، فإن نبتت لحيته و لم ينبت له ثديٌ فهو رجلٌ ، لأن اللحية علامة التذكير ، وإن لم تنبت له لحيةٌ وخرج له ثديٌ فهو امرأةٌ ، لأن الثدي يدلُّ على الرَّحم وتربية الولد ، فإن لم تنبت له لحيةٌ ولاثديٌ أو نَبَتَا جميعاً نُظِر ، فإن حاضت من فرجها فهي امرأةٌ ، وإن احتلم من ذكره فهو رجلٌ ، وإن احتلم وحاض أو لم يكن من ذلك شيءٌ فهو

---

(١) "معا" ليست في أ ، ب .

(٢) هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي ، هو أول من لُقِّب بقاضي القضاة ، فقيهٌ ، فاضلٌ ، وعالمٌ حافظٌ ، إمامٌ مجتهدٌ ، تفقه على الإمام أبي حنيفة ولازمه ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته ، توفي سنة ١٨٢هـ .
انظر : الطبقات ٢٣٨/٧ ، سير أعلام النبلاء ٧٠٧/٧ ، شذرات الذهب ٢٩٨/١ .

(٣) انظر : تحفة الفقهاء ٣٥٧/٣ .

(٤) هو أبو بكر عتيق بن عبد الجبار بن الفَرَضي الصِّقلِّي ، ذكر القاضي عياض بأنه ممن سمع من ابن الحصائري ، وعدَّه ابن فرحون من شيوخ المؤلف ابن يونس الصقلي ، وقد سماه مخلوف في الموضعين عتيق بن عبد الحميد ، و لم أعثر له على ترجمة مستقلة .
انظر : الترتيب ٧١٥/٢ ، الديباج ٢٤٠/٢ ، شجرة النور ص٩٨، ١١١ .

(٥) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار الشعبي ، وهو من حِمْيَر وعِدَادُه في هَمْدَان ، الإمام الحَبر العلامة ، حدَّث عن كثير من الصحابة ، توفي بالكوفة فُجْأَة سنة ١٠٤هـ.
انظر : الطبقات ٢٥٩/٦ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٩/٥ ، شذرات الذهب ١٢٦/١ .

(٦) "لاعلم لي إذا بال منهما جميعا" ليست في ز .

(٧) وهو أن الحكم لما سبق منهما .

(٨) أي أيوب الأعور .

مشكلٌ عند من تكلَّم في الخنثى[١] إلا على قولةٍ شاذةٍ ذهب إليها بعض الناس[٢] أنه يُنظر إلى عدد أضلاعه ، قال : وذلك أن أضلاع الرجل أقل من أضلاع المرأة بضِلَع، أضلاع المرأة ثمانية عشر ضِلعاً من كل جانب ، وأضلاع الرجل ثمانية عشر ضِلعاً في الجانب الأيمن ، وفي الأيسر سبعة عشر ضِلَعاً ، وذكر أن الله تعالى لما خلق آدم جعل له ثمانية عشر ضلعاً من كل جانب ، ثم ألقى عليه النوم فنام فاسْتَلَّ من جانبه الأيسر ضِلَعاً فخلق منه حواء[٣] ، فالمرأة تزيد ضلعاً على الرجل[٤] ، وعند هذا القائل لايكون مشكلاً في صغرٍ ولاكِبَر .

قال أيوب : وإليه كان يذهب الحسن البصري ، وتابعه على ذلك عمرو بن عبيد[٥] ، قال : والجماعة على خلافهما .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

(٢) وهما الحسن البصري وعمرو بن عبيد كما سيأتي .

(٣) قال ابن كثير عند تفسير قول الله تعالى : ﴿وَقُلْنَا يَاآدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَاتَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُوْنَا مِنَ الظَّالِمِيْنَ﴾ سورة البقرة : آية ٣٥ : قال محمد بن إسحاق : أُلقيت السِّنَة على آدم فيما بلغنا من أهل الكتاب من أهل التوراة وغيرهم من أهل العلم عن ابن عباس وغيره ، ثم أخذ ضلعاً من أضلاعه من شقه الأيسر وَلَأَمَ مكانه لحماً وآدم نائمٌ لم يهبْ من نومه حتى خلق الله من ضِلعه تلك زوجته حواء فسوَّاها امرأةً ليسكن إليها .

انظر : تفسير القرآن العظيم ١/٧٩ .

(٤) وقد أورد هذا الكلام الحطَّاب نقلاً عن ابن يونس ، ثم ذكر عن العقباني الأقوال في عدد أضلاع كل من الرجل والمرأة ثم قال ـ أي العقباني بعد ذلك : وفي إثبات الأحكام بمثل هذا ضعف والعَيَان يدل على خلافه ، فقد أطبق خلقٌ كثيرٌ من أهل التشريح على أنهم عاينوا أضلاع الصنفين متساوية العدد .

انظر : مواهب الجليل ٨/٦٢١، ٦٢٢ .

(٥) هو عمرو بن عبيد البصري المعتزلي ، صاحب الحسن البصري ثم خالفه واعتزل حلقته فلذا قيل المعتزلة ، توفي بمرَّان على طريق مكة سنة ٢٤٢هـ ، وقيل ٢٤٤هـ .

انظر : الطبقات ٧/٢٠١ ، شذرات الذهب ١/٢١٠ .

واختلف أهل العلم إذا كان مشكلاً كيف يكون ميراثه ، فذهب أكثرهم وحذَّاقهم إلى أن يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى[١] .

قال ابن حبيب : فيكون له على ذلك ثلاثة أرباع المال ، فجعل له هذه الثلاثة أرباع عند مقارنة غيره من الولد ، فإن كان معه ذكرٌ قُسِم المال بينهما على سبعة ، ثلاثٌ للخنثى وأربعةٌ للذكر ، وإن كان معه أنثى قسم المال[٢] بينهما على خمسة[٣] .

وذهب أكثر القائلين بنصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى إلى أنه يورَّث بالأحوال ، وذلك أن الخنثى في حالٍ يكون ذكرا ، وفي حالٍ يكون أنثى ، فَيُعمل على الحالين[٤] .

قال الشيخ : وسأذكر بيان ذلك في كتاب الفرائض ، وأذكر فيه بقية اختلافهم فيه ، وكيفية حساب توريثه / إن شاء الله . [٨٥/أ]

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولايصلي إلامُستَتِرًا في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء ، ولايطأ ولايوطأ بنكاح .

وقيل : له أن يطأ أمته ، وذكر حَمَدِيس[٥] نحو ماذكرنا .

وذكر عن ابن أخي هشام في الخنثى المشكل إذا مات اشتُري له خادمٌ تغسله واستحسنه أبو عمران[٦] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

(٢) "المال" ليست في أ .

(٣)،(٤) انظر : مواهب الجليل ٦١٣/٨ .

(٥) هو أبو جعفر أحمد بن محمد الأشعري المعروف بحَمَدِيس القطَّان ، الإمام الفقيه الفاضل ، العابد الورع ، من أصحاب سحنون ، رحل فلقي أبا مصعب ، وأخذ عن أصحاب ابن القاسم وابن وهب وأشهب ، توفي سنة ٢٨٩هـ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص١٩٧ ، ترتيب المدارك ٢٥٤/٢ ، الديباج ٣٤٢/١ ، شجرة النور ص٧١ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

قال الشيخ : وذكر أنه إذا غزا فُرِضَ له ربع سهمٍ، لأن له في بعض الأحوال سهماً ، وفي بعض الأحوال لاشيء له ، بخلاف الوراثة ، وذكر أنه إذا زنى بذكره أنه لاحد عليه ، لأن ذَكَرَه كأُصْبُع ، وإذا وطيء في فرجه كان عليه الحد[١] .

[فصل ٥ ــ في نكاح الرجل امرأة زنى بها أو قذفها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فلابأس أن ينكح الرجل امرأةً كان زنى بها بعد الاستبراء ، أو امرأةً قذفها فحُدَّ لها أو لم يحد[٢] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

[الباب السادس عشر]
في الدعوى في النكاح

[فصل ١ ــ في دعوى النكاح إن أنكرها المدعى عليه منهما]

قال ابن القاسم : وإذا ادعت امرأةٌ نكاح رجل ، أو ادعاه هو عليها ، فلايمين على المنكر ، إذ لايقضى عليه بنكوله[١] .

ومن غير المدونة قال غيره : وفارق البيوع هاهنا ، لأنه لايستباح فَرْجٌ في سنة الرسول عليه الصلاة والسلام إلا بصداقٍ وبينةٍ وولي[٢] فلاينعقد النكاح بأيمان ، ولو أقام الزوج شاهداً فاستُحلِفت المرأة فنكلت لم يلزمها النكاح ، ولاتسجن كما يسجن الزوج في الطلاق .

[فصل ٢ ــ في المرأة يتنازعها رجلان]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا ادعى رجلان امرأةً ، كل واحدٍ يدعي أنها زوجته ، وأقاما البينة ، ولم يُعلم الأول منهما ، والمرأة مقرةٌ بأحدهما أو بهما ، أو منكرةٌ لهما ، فإن عدلت البينتان فسخت نكاحيهما وكانت طلقةً ، ونكحت من أحبت منهما أو من غيرهما ، وإن كانت إحدى البينتين[٣] عادلةً والأخرى غير عادلةٍ قضيت بالعادلة .

قيل : فإن كانت واحدة أعدل من الأخرى وكلهم عدول؟

قال : يفسخان جميعاً ، بخلاف البيوع ، لأن السِّلَع لو ادعى رجلٌ أنه ابتاع

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٢) وقد سبقت الأحاديث الدالة على ذلك في أبوابها .

(٣) "البينتين" ليست في أ ، ب .

هذه السلعة من فلانٍ، وأقام بينةً ، وادعى آخر أنه ابتاعها من فلانٍ وأقام بينةً ، قال مالك : يقضى بأعدل البينتين[١] .

قال الشيخ : لعله يريد أن شهادتهما كانت في مجلسٍ واحدٍ، ولفظٍ واحدٍ ، فتقول بينة كل واحدٍ : أنه باعها ممن شهدوا له ، فهذه قد تهاترت[٢] ، ويقضى فيها بأعدل البينتين .

فأما لو شهدت بينة كل واحدٍ أنه ابتاعها من فلانٍ و لم تُؤَرِّخ ، ولاعُلِم مَنْ هو الأول ، فهذه لم تتهاترا ، إذ يمكن أن يبيعها من أحدهما ، ثم يبيعها من الآخر ويخيَّر كل واحدٍ منهما في أن يأخذ نصف السلعة ، ويرجع على البائع بنصف الثمن إن كان نقده ، أو يرد ويأخذ ثمنه ، وإن شاءا ردَّاها وأخذا ثمنيهما ، فإن ردَّاها فللبائع أن يلزمها أيهما شاء .

وإنما قسمتها بينهما ، لأن شراء[٣] واحدٍ منهما صحيح ، فلما لم يُعلم قسمت بينهما إذا شاءا ، وكذلك العلة في النكاح أن نكاح[٤] واحدٍ منهما صحيحٌ فلما لم يُعلم واستحال أمر القسمة فُسِخ ، وهذا بيِّن .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن صدَّق البائع إحدى البينتين وكذَّب الأخرى لم يُنظر إلى قوله[٥] .

قال ابن المواز : فإذا كانت الزوجة مقرة[٦] لأحدهما جعلتها له زوجةً و لم أفسخ نكاحها منه ، لأني لو فسخت نكاحها ثم رجعت إلى الذي أقرت له أنه الأول بغير ائتناف نكاحٍ لم أمنعهما ، إذ لم يبق لهما خصمٌ ينفي قولهما ، وإن لم توقِّت بينة الآخر وقتاً فهي زوجة مَنْ أقرَّت أنه الأول حتى يأتي مايبطل ذلك ، وإن

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٢) تهاتُر البينات : أي سقوطها . انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٤٨ .

(٣) في ز زيادة "كل" .

(٤) في أ زيادة "كل" .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ .

(٦) "مقرة" ليست في أ .

كانت منكرةً لهما كان لها أن تتزوج أيهما شاءت ، فمن تزوجته منهما لم يلزمه الطلاق ، لأنه إن يكن الآخر منهما فلم تكن امرأته فيلزمه الطلاق ، ولو كان هو / [٨٥/ب] الأول فقد رجعت إليه على حالها ولم يضره دعوى الآخر ، إلا أني أحب أن يتزوجها بصداقٍ ووليٍّ احتياطاً لِمَا عَمِيَ مِنْ أمره ، ولايضره ذلك ، وأما الآخر فإنه متى تزوجها بعد هذا الذي تزوجته فإنه تلزمه طلقة ، وكذلك إن تزوجت غيرهما ودخلت لزم من تزوجته منهما طلقة[١] .

قال الشيخ : وذكر عن بعض شيوخنا : أن قول ابن المواز هذا خلافٌ لقول ابن القاسم[٢] ، قال : ولسحنون أنه يقضى بأعدل البينتين كالبيع ، ومثله لأبي إسحاق البرقي[٣] [٤] .

وإنما يصح هذا عندي في التهاتر أن يشهدا في مجلسٍ واحدٍ ، ولفظٍ واحدٍ ، فإنه يقضى بأعدل البينتين ، لأن كل بينةٍ قد كذَّبت صاحبتها ، فأما إن شهدا في مجلسين فلم يؤرِّخا ولاعُلِمَ الأول فالصواب قول ابن القاسم[٥] كما بيَّنا في صدر المسألة ، وفرَّقنا فيه بين النكاح والبيع ، فتأمَّله تقف على صوابه إن شاء الله تعالى[٦].

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٨/أ .

(٢) أي الذي تقدم أول الباب وهو القول بفسخ النكاحين .

(٣) هو أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن البرقي المصري ، فقيهٌ ، عالمٌ ، أخذ عن أشهب وابن وهب وغيرهما ، له سماعٌ ومجالس رواها عن أشهب ، توفي سنة ٢٤٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/٦٠ ، الديباج ١/٢٥٩ ، شجرة النور ص٦٧ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٥) وهو فسخ النكاحين .

(٦) "فتأمله تقف على صوابه إن شاء الله تعالى" ليست في ز .

[الباب السابع عشر]
في ملك أحد الزوجين صاحبه

[فصل ١ ــ في أسباب منع الرجل من نكاح أمته والمرأة من نكاح عبدها]

وأجمعوا أنه لايجوز نكاح الرجل أمته ولاالمرأة عبدها ، لأن الرجل يستبيح منافع البضع في أمته بملكه ويتصرف فيها بالبيع والهبة وغير ذلك ، والتزويج إنما هو عقد معاوضةٍ على استباحة منافعٍ ليست مملوكة ، فلو أبحنا له تزويج أمته لحرَّمنا عليه التصرف فيها بالبيع وغيره ، ولم يجز تزويج المرأة لعبدها ، لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ، وذلك يستحيل في العبد أن يملك شيئًا من سيدته ، لأنها تملك رقبته وذلك يوجب تعارض الحقوق ، لأنه بملكه بُضْعَهَا تلزمها طاعته ، وتلزمه طاعتها بالرق ، ويلزم كل واحدٍ نفقة صاحبه ، وفي ذلك تعارض الحقوق وبطلانها ، وقد بيَّنا ذلك في الكتاب الأول[١] [٢] أيضًا ، فإذا ثبت هذا وجب إذا ملك أحد الزوجين صاحبه أن يفسخ نكاحه[٢] .

[فصل ٢ ــ في الحكم إن ملك أحد الزوجين صاحبه]

قال مالك : وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو شيئاً[٣] منه قلَّ أو كثر فسخ النكاح فسخًا بغير طلاقٍ ، ملكه بشراءٍ أو ميراثٍ أو صدقةٍ أو وصية[٤] .

وقاله عليٌّ وابن مسعودٍ رضي الله عنهما[٥] .

---

(١) وهو في الباب العشرين منه .
(٢) ليست في ز .
(٣) "شيئا" مكانها بياض في أ ، ب .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥١ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٥١،٢٥٢ .

قال أبو الزناد : وهي السنة[١] .

قال ابن القاسم : وإذا اشترت امرأةٌ زوجها فسد النكاح واتبعته بمهرها ديناً إن كان دخل بها ، وإذا لم يؤذن للأمة في التجارة لم يكن لها أن تشتري زوجها إلا بإذن سيدها ، فإن اشترته بغير إذنه فلم يجز سيدها شراءها بقيا على نكاحهما[٢] .

فصل [٣ ــ في تطليق السيد على عبده ، وتزويجه العبد أمته ثم هبتها له والإيلاء والظهار ممن يملك من امرأته شقصا]

ولايطلق السيد على عبده بغير إذنه[٣] .

قال ابن نافع عن مالك : ومن زوج أمته من عبده ثم وهبها له يغتزي[٤] فسخ النكاح وأن يحلّها لنفسه أو لغيره لم يجز ، ولاتحرم بذلك على الزوج ، ولاتنزع منه[٥] .

قال ابن القاسم : ومن ملك من امرأته شقصاً ثم آلى منها أو ظاهر لم يلزمه الظهار ، إذ ليست بأمةٍ تامةٍ ولازوجة ، ويلزمه الإيلاء إن نكحها يوماً ما .

ومن ضمن صداق عبده ثم دفع السيد العبد إلى الزوجة في صداقها فرضيت فسد النكاح ، فإن لم يكن بنى بها رجع العبد إلى سيده[٦] .

ابن حبيب : وإن كان قد بنى بها انفسخ النكاح وملكته ، وقاله ابن القاسم وفي كتاب[٧] النكاح الأول[٨] شيءٌ من هذا[٩] .

---

(١)،(٢)،(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٥١،٢٥٢ .

(٤) أي يقصد .

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٥٢،٢٥٣ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٧) "كتاب" ليست في ز .

(٨) "الأول" ليست في أ .

(٩) انظر ص١٤٠ .

[الباب الثامن عشر]
القضاء في الصداق والعجز عنه

[فصل ١ ــ فيما يقضى به عند العجز عن الصداق أو كان الفراق من قبل المرأة]

قال الله تعالى : ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾(١) ، وقال : ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾(٢) .

وقال /مالك وابن القاسم(٣) : وللزوجة منع نفسها حتى تقبض صداقها إن [٨٦/أ] كانا بالغين ، فإذا أعسر الزوج بنقدها قبل البناء تلوَّم له الإمام ، وضرب له أجلاً بعد أجل ، ويختلف في التلوُّم فيمن يُرجى له وفيمن لايُرجى له ، فإذا استأصل التلوم له و لم يقدر على نقدها فرِّق بينهما وإن أجرى النفقة . ولو أعسر به بعد البناء لم يفرق بينهما إذا أجرى النفقة واتبعته به دينا(٤) .

قال ابن حبيب : إذا لم يجد الصداق و لم يبن بها كُلِّف النفقة وقُصِرَ(٥) له في أجل الصداق ، فإن لم يجد أيضاً النفقة أُجِّل أجلاً دون أجل ذلك في الصداق ، مثل الأشهر إلى السنة ، وإن وجد النفقة أُجِّل(٦) السنة والسنتين(٧) .

قال الشيخ : وإذا فرق بين الزوجين قبل البناء لعدم الصداق أو النفقة ، فللمرأة نصف الصداق ، قاله ابن القاسم وابن وهب(٨) (٩).

---

(١) سورة النساء : آية ٤ .
(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .
(٣) "ابن القاسم" ليست في ز .
(٤) انظر : المدونة ٢٥٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٥) في جميع النسخ "فسخ" .
(٦) أي الصداق .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٢/ب ، ٢٧٣/ب ، ٢٧٤/أ .
(٨) "وابن وهب" ليست في ز .
(٩) تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

وقال سحنون عن ابن نافع : إذا طلق عليه قبل البناء لعدم الصداق فلاصداق لها ، لأن الفراق من قِبَلِهَا ، وكذلك من جُنَّ[١] قبل البناء ففرق بينهما فلاصداق لزوجته[٢] .

قال الشيخ : قال بعض الفقهاء : ولاخلاف في المجنون[٣] ، لأن عذره قائم ، وأما المعدم بالنفقة أو بالصداق يمكن أن يخفي ماله ويظهر العدم ، أو يقدر على ذلك بوجهٍ ما ، فيصير الطلاق كأنه هو اختاره ، فوجب عليه نصف الصداق عند من رأى ذلك[٤] .

وإذا أسلمت ذميةٌ تحت ذميٍّ أو عتقت أمةٌ تحت عبدٍ فاختارت نفسها ، وذلك قبل البناء فلاصداق لها[٥] .

قال إسماعيل القاضي : لأن الطلاق من قِبَلِهَا لامِنْ قِبَلِ الزوج ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَافَرَضْتُم﴾[٦] ، فالزوج هاهنا لم يكن مطلقا ، وذلك بخلاف المملَّكة والمخيَّرة قبل البناء ، فهذه لها نصف الصداق ، قاله مالك ، لأن الطلاق هاهنا من قِبَل الزوج ، إذ جعله لها[٧] .

وذكر عن أبي عمران فيمن باع أمته من ظالمٍ قبل أن يدخل بها زوجها ، فمنَع الزوج من الدخول بها و لم يقدر عليه قال : لاصداق على الزوج ، وإن قبضه منه السيد لزمه أن يرده عليه ، وبالله التوفيق[٨] .

---

(١) في أ ، ب "عجز" ، ومأأثبته أصح .
(٢) لأن الفراق من قِبَلِهَا أيضاًإذلم ترضَ به مجنوناً . المصدر نفسه ل٢٠/أ ، وقد تقدم ذكر عيب الجنون في الرجل ص١٦٦ .
(٣) أي في أنه لايلزمه شيء من الصداق .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/أ .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٢،٢٣٣ .
(٦) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .
(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ ، ب .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

[فصل ٢ ــ في الصداق إن كان مؤخرا]

ومن المدونة : قال مالك : ولها أخذه بالمهر بعد تمام العقد إن نكحها مثل نكاح الناس على النقد ، فأما ماكان من مهرٍ إلى موتٍ أو فراقٍ ، فإن هذا يفسخ قبل البناء ويثبت بعده .

قال مالك مرة : يكون لها قيمة المهر المؤخَّر نقداً ـ يريد مع المعجَّل ــ وقال مرة : يكون لها صداق المثل نقداً لاتأخير فيه .

قال ابن القاسم : وهو أحب قوله إلي ، أن تعطى مهر مثلها ويحسب فيه ماأخذت من العاجل ويسقط الآجل[١] .

فصل [٣ ــ في الدخول بالمرأة قبل أن يقدم الزوج شيئا من الصداق]

ابن حبيب : وإذا رضيت المرأة بالبناء قبل أن يقدِّم شيئاً فليس بحرام ، وهو معنى قول الله تعالى : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾[٢] ، وقيل : هو[٣] ماأعطته أو وضعت عنه من صداقها ، وأجاز ابن المسيب وغيره أن يدخل قبل أن يُقدِّم شيئاً[٤] ، وكرهه آخرون[٥] ، وكرهه مالكٌ حتى يقدِّم ولو ربع دينار .

---

(١) انظر : المدونة ٢٥٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٣) "هو" ليست في ز .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها قبل أن يعطيها شيئا ٤٨٨/٣ رقم (١٦٤٣٢) .

(٥) وهم ابن عمر وابن عباس وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي وابن سيرين والزهري ، انظر : المصدر نفسه ، كتاب النكاح ، باب من قال لايدخل بها حتى يعطيها شيئا ٤٨٨/٣، ٤٨٩ رقم (١٦٤٣٤-١٦٤٤٢) .

وكره ابن القاسم أن يدخل بالهدية التي أهداها حتى يقدِّم ربع دينار ، وأجازه مالك وابن المسيب وابن شهاب[١] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٢/أ .

[الباب التاسع عشر]
في نفقة الزوجات والعجز عنها ، والدعوى في ذلك ومن أنفق على أجنبي

[فصل ١ ــ في وجوب النفقة ، وبيان مايوجبها]

قال الله تعالى في النفقة : ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾[١] .

قال عبد الوهاب : وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "تقول لك امرأتك: أَنفق عليَّ أو طلقني"[٢] ، ولأن الزوجية عقد منافع ، والنفقة في مقابلة تلك المنافع ، فهي واجبةٌ بالعقد / والتمكين من[٣] الاستمتاع[٤] . [٨٦/ب]

ومن المدونة : قال مالك[٥] : ومن تزوج امرأةً لم تلزمه نفقتها حتى يُدْعَى إلى البناء فحينئذ يلزمه الإنفاق ، فإذا منع من الدخول فلانفقة عليه .

فإن كانت صغيرةً لايجامع مثلها لصغرها ، فقيل له : ادخل عليها أو أنفق ، فلاتلزمه نفقتها ولاصداقها .

ـ **قال الشيخ** : لأن الاستمتاع غير مُتَأَتٍ منها ـ .

قال مالك : حتى تبلغ حدَّ الجماع وإن لم تحض .

ـ **قال الشيخ** : لأن الاستمتاع حينئذٍ مُتَأتٍ كالبالغ ـ .

قال مالك : والصبي إذا زوَّجه أبوه امرأةً فدعته إلى البناء فلايلزمه نفقتها ولاصداقها حتى يبلغ حدَّ الجماع ، وهو الاحتلام .

---

(١) سورة الطلاق : آية ٧ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النفقات ، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ١٨٩/٦، ١٩٠ .

(٣) في ز "واو" بدل "من" .

(٤) انظر : المعونة ٢٨٧/٢ .

(٥) "مالك" ليست في ز .

ـ **قال الشيخ** : لأن الصغير لايتأتَّى منه الاستمتاع الذي تعاوَض عليه لصغره فلايلزمه شيءٌ حتى يحتلم وإن كان مثله يطأ ، والزوجة قد[١] يكون مثلها توطأ وإن[٢] لم تحتلم ـ .

قال ابن القاسم : ولو دعا الزوج إلى البناء ، وزوجته صغيرة لايجامع مثلها فقال له أبوها أو أولياؤها : لانُمكِّنك منها ، لأنك لاتقوى على جماعها[٣] ، فلهم أن يمنعوه حتى تبلغ حد الجماع .

وقد قال مالك فيمن تزوج امرأةً وشرطوا عليه ألا يدخل بها إلى سنة ، قال: فإن كان ذلك لصغر ، أو كان الزوج غريباً يريد أن يظعن بها وهم يريدون أن يستمتعوا منها ، فذلك لهم ، والشرط لازمٌ ، وإلا بطل الشرط[٤] .

وذكر أصبغ هذه الرواية في العتبية ، قال أصبغ : وماهو بالقويِّ إذا احتملت الوطء[٥] .

قال فيها أشهب : ومن دفع الصداق وطلب البناء[٦] فمنعوه أهلها حتى يهيئوها ، قال : الوسط من ذلك ، ليس له أن يقول : أدخلوها الساعة ، ولالهم حبسها عنه ، ولكن وَسَطٌ بقدر مايجهزونها ويهيئون أمرها[٧] .

قال في كتاب محمد : ولو شرطوا عليه ألا يدخل إلى خمس سنين ، قال : بئس ماصنعوا ، والنكاح جائزٌ والشرط باطلٌ ، ويدخل متى شاء ، وقاله ابن وهب عن مالك[٨] .

---

(١) في ز "أن" ، وفي ب "حتى" .
(٢) "إن" ليست في أ .
(٣) في أ ، ب "لأنها لاتقوى على جماعك" ، ومأأثبته أصح ، وهو الذي يتفق مع نص المدونة .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٤،٢٥٥ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٥) العتبية مع البيان والتحصيل ٥/١٠٠ .
(٦) "وطلب البناء" ليست في أ ، ب .
(٧) انظر : المصدر نفسه ٤/٣٥٣ .
(٨) النوادر والزيادات ل٢٣٩/أ .

[فصل ٢ ــ فيمن دعي إلى البناء وعجز عن الجماع هل تلزمه النفقة؟]

ومن المدونة : وإذا دعي الزوج إلى البناء وزوجته رَتْقَاء لايقدر على جماعها خير الزوج بين أن يقيم معها أو يفارقها ، فإن فارقها فلاصداق لها إلا أن تعالج نفسها بأمرٍ يصل به إلى جماعها ، ثم تدعوه إلى البناء فلها الصداق والنفقة ، ولاتجبر هي على العلاج ، ومن دعته زوجته إلى البناء والنفقة ، وأحدهما مريضٌ مرضاً لايقدر معه على الجماع ، لزمه أن يدخل أو ينفق ، ولايشبه هذا الصبي أو الصبية ، وإذا كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ماحدث بهما من مرض ، إلا أن يكون مرضاً بلغ من المرأة حدَّ السياق ، فلايلزم الزوج حينئذ أن يدخل عليها إن دعته ، لأن دخول هذا وغير دخوله سواء ، والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل ، ولها أخذه به حين تزويجها ، دخل بها أو لم يدخل .

ولو جَذِمَت الزوجة بعد النكاح جُذَاماً لايستطاع الجماع معه ، فدعته إلى البناء ، قيل له : ادفع الصداق وأنفق وادخل أو طلق[1] .

قال الشيخ : لأن المنع لم يكن من قِبَلِهَا ، وقد كانت يوم العقد ممن يمكن الاستمتاع بها ، وتلزمه النفقة عليها ، فلايسقطها ماحدث من أمر الله بها .

[فصل ٣ ــ في نفقة المرأة الناشز][1]

ولانفقة لناشز ، لما بيَّنَّا أنها في مقابلة التمكين والاستمتاع ، فإذا منعته نفسها و لم تمكِّنه لم يجب لها نفقة .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٤،٢٥٦ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٢) النشُوز ، والنشُوص : الارتفاع ، يقال : نَشَزَت المرأة ونَشَصَت ، ونَشَزَ الرجل ونَشَصَ ، إذا ارتفع على صاحبه وخرج عن حُسن المعاشرة ، ذكره الأزهري ، وهو مشتقٌ من النَّشَز بفتح الشين وإسكانها وهو المكان المرتفع من الأرض . انظر: تنبيه الطالب ص١٨٣ .

ابن المنذر[١] : وقاله الشعبيُّ وحمَّاد[٢] ومالك والأوزاعي[٣] والشافعي وأبو ثورٍ[٤] وأصحاب الرأي ، ولاأعلم أحداً خالف هذا إلا ابن عبد الحكم[٥] فإنه قال في امرأةٍ خرجت من بيت زوجها عاصية : لها النفقة ، والأول أصح[٦] .

وفي / كتاب ابن المواز : وإذا غلبت امرأةٌ زوجها فخرجت من منزله وأبت [أ/٨٧] أن ترجع وأبى أن ينفق عليها حتى ترجع ، فأنفقت من عندها ، قال مالك لها اتباعه بذلك[٧] .

---

(١) هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، إمامٌ ، حافظٌ ، علاَّمةٌ ، فقيهٌ ، مجتهدٌ ، نزيل مكة ، روى عن الربيع بن سليمان ، ومحمد بن ميمون ، ومحمد بن إسماعيل الصائغ ، وخلق كثير ، له تآليف حسان منها : الإشراف في اختلاف العلماء ، وكتاب الإجماع ، والمبسوط ، وله تفسيرٌ كبيرٌ في بضعة عشر مجلداً ، توفي بمكة سنة ٣١٨هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٤٣٩/١١ ، شذرات الذهب ٢٨٠/٢ .

(٢) هو أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان ، مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري ، فقيه الكوفة ، أصله من أصبهان ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وغيرهما ، وتفقه بإبراهيم النخعي ، وهو أنبل أصحابه وأفقههم ، توفي سنة ١٢٠هـ .
انظر : الطبقات ٣٢٤/٦ ، سير أعلام النبلاء ٦٠/٦ ، شذرات الذهب ١٥٧/١ .

(٣) هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي ، إمام أهل الشام في زمنه وفقيههم ، كان ثقةً مأموناً صدوقاً فاضلاً خيِّراً ، كثير الحديث والعلم والفقه ، روى عن عطاء بن أبي رباح ، ومكحول ، وقتادة ، وخلقٍ كثيرٍ من التابعين ، توفي ببيروت سنة ١٥٧هـ .
انظر : الطبقات ٣٣٩/٧ ، سير أعلام النبلاء ٨٦/٧ ، الشذرات ٢٤١/١ .

(٤) "أبو ثور" ليست في ز .
وترجمته : هو أبو ثور إبراهيم بن خالد الكَلبي البغدادي مفتي العراق ، فقيهٌ ، إمامٌ ، حافظٌ ، مجتهدٌ ، تفقه وسمع من ابن عيينة ووكيع بن الجراح وعبيدة بن حميد وغيرهم ، له مصنفات كثيرة منها : كتاب اختلاف مالك والشافعي ، توفي ببغداد سنة ٢٤٠هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٧٦/١٠ ، شذرات الذهب ٩٢/٢ ، الأعلام ٣٧/١ .

(٥) في جميع النسخ "الحكم" ، والتصحيح من المعونة ، فقد قال القاضي عبد الوهاب : خلافاً لما يحكى عن ابن عبد الحكم . ٧٨٣/٢ .

(٦) تهذيب الطالب ل٢١/أ .
والذي صحح القول الأول أبو بكر بن عبد الرحمن وليس ابن المنذر كما يُتوهَّم .
انظر : المصدر نفسه ل٢١/أ .

(٧) النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .

ولسحنون في التي[١] تهرب من زوجها من القيروان إلى تونس ، أو تنشز عنه الأيام فتطلبه بالنفقة قال : إن نشزت ، لأنها تدعي أنه طلقها ، فلانفقة لها ، وإن قالت : إنما فعلت ذلك بُغْضَةً [له] [٢] فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده[٣] .

وفي كتاب أبي بكر الوقَّار[٤] : فإذا احتجبت المرأة عن زوجها وطلبت منه النفقة فلانفقة لها ماحجبت نفسها عنه ، فإذا كانت معه في منزلٍ ومنعته من نفسها فعليه النفقة ، وعليه الاحتيال في الوصول إليها ، وإذا مرضت فعليه النفقة ، وليس عليه أن يجاوز مايلزمه لها في صحتها ، ليس عليه دواءٌ ، ولاأجر طبيبٍ ، ولاعلاجٌ إلا أن يتطوَّع بذلك[٥] .

قال عبد الوهاب : لايخلو حال المرأة من ثلاثة أوجه : أن يعدم منها الوطء من قِبَلِ الله تعالى من مرضٍ ونحوه ، أو من قِبَلِ الزوج من سفرٍ ، أو تَرْكٍ ، فلاتسقط النفقة في هذين الوجهين ، أمَّامايكون من قِبَلِهَا من نشوزها ومنع الزوج من وطئها ، فلاتلزمه لها نفقة[٦] .

[فصل ٤ ــ فيما يلزم العبد والمكاتب والمكاتبة من النفقة]

ومن المدونة : قال مالك : ويباع على الرجل فيما يلزمه من نفقة امرأته عروضه وربعه[٧] إن لم يكن له عين .

---

(١) من هنا إلى قوله "فله الرجعة" ص٢٨٩ ساقط من ز .

(٢) من النوادر .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٧٥/أ ، تهذيب الطالب ل٢١/أ .

(٤) هو أبو بكر محمد بن أبي زكريا الوقَّار ، إمامٌ ، فقيهٌ ، تفقه بأبيه وابن عبد الحكم وأصبغ ، ألَّف كتاب السنة ، ورسالةً في السنة ، ومختصرين في الفقه ، الكبير منهما في سبعة عشر جزءاً ، توفي سنة ٢٦٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٩١/٢ ، الديباج ١٦٨/٢ ، شجرة النور ص٦٨ .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢١/أ .

(٧) الربع : محلة القوم ومنزلهم ، انظر : المصباح المنير ص٢١٦ .

قال مالك : ويلزم العبد نفقة امرأته حرةً كانت أو أمةً وإن كانت الأمة تبيت عند أهلها .

قال : ونفقة زوجة العبد في ماله إن كان له مال ، ولانفقة لها من كسبه وغلَّته ، وذلك لسيده ، فإن لم يجد غيره فرِّق بينهما إلا أن يتطوع السيد بالنفقة ، ولايباع العبد في نفقة زوجته .

قال مالك : ولايلزم العبد نفقة أولاده الأحرار ولاالعبيد .

قال عنه ابن وهب : وليس على العبد أن ينفق من ماله على من لايملك سيده ، وذلك الأمر عندنا .

ابن القاسم : ولاتجبر أم الولد على نفقة ولدها كالحرة ، وإذا كان زوج المكاتبة عبداً فحدث لها في كتابتها ولد فنفقتهم عليها ، لأنهم كأنهم عبيدها ، ونفقتها هي على زوجها .

وكذلك إن كان زوجها في كتابةٍ أخرى على حِدَة ، فحدث بينهما ولدٌ ، كانت نفقتهم عليها ، ونفقتها هي على الزوج ، فإن لم ينفق عليها فرق بينهما ، فإن كانت كتابة الأم والأولاد واحدةً فنفقتها ونفقة الولد على الأب ، حدثوا في الكتابة أو كَاتَب عليهم ، وليس عَجْزُ[1] المكاتب عن نفقة ولده الصغار كعجزه عن الكتابة والجناية[2] .

فصل [٥ ــ في مقدار نفقة الزوجة]

قلت لابن القاسم : وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة كم يُفرض لها ، أنفقة سنةٍ ، أو نفقة شهرٍ بشهر؟

---

(١) "عجز" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٥٥-٢٥٨ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

قال : إنما ذلك على اجتهاد الإمام في عُسْر الرجل ويُسْره ، وليس الناس في ذلك سواءً ، وينظر الإمام في ذلك أيضاً ، فيفرض لها على قدر حالها وحاله في عسره ويسره[١] .

قال الشيخ : قال سحنون : يجري عليها بقدر مايرى السلطان من جدته ، فمن الناس من يجري عليه يوماً بيومٍ ، ومنهم جُمعةً بجمعةٍ ، ومنهم شَهراً بشهر[٢] .

قال ابن المواز : وإذا لم يجد إلا قوت شهرٍ لم يفرق بينهما ، ويتلوَّم له إذا فرغ.

قال ابن حبيب : وإن لم يجد إلا الخبز وحده ومايواري به عورتها ولو بثوبٍ واحد ـ قال مالك : من غليظ الكَتَّان[٣] ـ لم يفرق بينهما ، كانت غنيةً أو فقيرةً ، فإن عجز عن هٰذين أو أحدهما فرِّق بينهما بطلقة[٤] .

[فصل ٦ ــ فيما إذا عجز الزوج عن النفقة أو أيسر في حال العجز]

ومن المدونة : / قال ابن القاسم : فإن لم يقدر أن ينفق عليها فرق السلطان [٨٧/ب] بينهما بعد التلوم ، ويختلف في التلوم فيمن يرجى له ومن لايرجى له .

قال مالك : فإن أيسر الزوج في العدة ارتجع إن شاء ، وإن لم ييسر فلارجعة له ، ورجعته باطلة[٥] .

ابن المواز : عن ابن القاسم : وإذا وجد نفقة شهرٍ كان أملك بها في العدة ، وإن لم يجد إلا مثل نفقة العشرة الأيام ، أو خمسة عشر يوماً فلارجعة له ، لأن ذلك

---

(١) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ .
(٢) النوادر والزيادات ل٢٧٣/ب .
(٣) الكَتَّان : بفتح الكاف وتشديد التاء ، نباتٌ تستخرج من أليافه خيوطٌ يصنع منها القُماش . معجم لغة الفقهاء ص٣٧٧ .
(٤) النوادر والزيادات ل٢٧٣/أ ، تهذيب الطالب ل٢١/أ .
(٥) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

لاقدر له ، وهو يصير إلى ضرر ، وقاله أصبغ وابن حبيب ، وهـذا إذا كـان الفـرض عليه شهرًا شهرا ، فأما من كان الفرض عليه بالأيام لقلة ماله فـإذا وجـد الـذي لـو جاء به لم تطلق عليه فله الرجعة[١] .

[فصل ٧ ــ في اشتراط الزوجة حميلا بالنفقة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا كان الزوج حاضرًا ففرض لها السلطان نفقة شهرٍ بشهرٍ فأرادت منه حميلاً فلايلزمه أن يعطيها بذلـك حميـلا ، ومـن طلـق وأراد سفرًا فقالت له امرأته : أخاف حملاً فأقِم لي بالنفقة حميـلاً لم يلزمـه حميل[٢] إلا في حملٍ ظاهر ، فإن ظهر بها حملٌ بعد أن سافر اتبعته بما أنفقت إن كان في حال حملها موسرا[٣] .

ابن المواز : قال مالك : لايمنع من السفر ، ولاعليـه وضـع النفقـة إن ادعـت الحمل .

وقال أصبغ : إن تبين طول سفره ، وهي ممن يخاف عليها الحمـل ، فليعطهـا حميلاً بالنفقة ، أو يوقف لها مالاً ، وإن لم يكن بها[٤] ماوصفت لك فلاشيء عليـه ، ولايُمنع من السفر[٥] .

قال مالك : فإذا أنفق عليها[٦] بغير قضيةٍ وقد ادعت الحمل ثم بطـل الحمـل لم يرجع عليها إذا أنفق عليها بدعواها ، أو بقول القَوَابل[٧] ، وإن أنفق بقضيةٍ رجع عليها[٨] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٣/ب .
(٢) "حميل" ليست في ز .
(٣) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٤) "بها" ليست في ز .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٤/ب .
(٦) أي على المبتوتة .
(٧) القوابل : جمع قابلة وهي التي تتلقى الولد عند ولادته .
انظر : تنبيه الطالب ص١٤٠ .
(٨) تهذيب الطالب ل٦٦/أ .

ابن المواز : لأنه انكشف أن ماقُضي به غير حق .

وقال عبد الملك : إن أنفق بغير قضاءٍ فله أن يرجع ، ورواه عن مالك ، وإن أنفق بحكم لم يرجع عليها[١] بشيء .

ابن المواز : وأحب إلي أن يرجع في الوجهين إن تبين ذلك بإقرارٍ منهما أو بغير إقرار[٢] .

ومن المدونة : وإن أراد الزوج[٣] سفراً فطلبته امرأته بالنفقة ، فرض لها بقدر مايرى من إبعاده ومقامه فيدفعه إليها أو يقيم لها به كفيلاً يُجريه لها[٤] .

فصل [٨ ــ في دعوى المرأة عدم الإنفاق عليها]

ومن أقام مع امرأته سنين بعد البناء بها وهو مليء ، فادعت أنه لم ينفق عليها فلها أخذه بها إن صدقها ، وإن أنكر فالقول قوله ويحلف[٥] .

قال ابن القاسم : وإذا قدم الغائب فقال : كنت أبعث إلى زوجتي بالنفقة وأُجريها عليها ، وكذبته فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن تكون المرأة رفعت ذلك إلى السلطان ، واستعدت في غيبته ، فمن يومئذٍ تلزمه النفقة إن كان مليئاً ،ولايقبل دعواه الإرسال بعد قيامها إلا أن يأتي بالمخرج[٦] .

قال مالك في كتاب محمد : وليس عليه أن يحلف أنه بعث بذلك إليها ، إنما يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها ويبرأ[٧] .

قيل : وكيف يعلم وهو غائب عنها؟

قال : يكون قد دفعه إليها قبل خروجه ، أو جاء بذلك كتابها إليه ، أو قدم مِنْ عندها مَنْ يخبره[٨] .

---

(١) "عليها" ليست في ز .
(٢) المصدر نفسه ل٦٦/أ .
(٣) "الزوج" ليست في ز .
(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢/٢٥٨،٢٥٩ ، تهذيب المدونة ص٩٠،٩١ .
(٧) "ويبرأ" مكانها بياض في أ .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .

قال الشيخ : وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن : إذا طُلِّق على الغائب لعدم النفقة ، ثم أتى فأثبت أنه ترك لها النفقة ، فإنها ترد إليه ، كان قد دخل بها أم لا ، وهي لمحمد .

قيل : فإن تزوجت ودخل بها الثاني؟

قال : ترد إليه أبدا .

وقد قال ابن المواز فيمن له زوجة تدعى عائشة ، فقال : عائشة طالقٌ ، وقال : أردت زوجةً لي غائبةً تسمى عائشة ، فطلقت الحاضرة ، إذ لم يُعلم صدقه ، ثم ظهر أنه صادقٌ فيما / زعمه أن المطلقة ترد إليه وإن[1] تزوجت ودخل بها [٨٨/أ] الثاني فكذلك مسألتك[2] .

قال الشيخ : وذكر عن الشيخ أبي الحسن أنه قال فيمن غاب عن زوجته ولامال له ينفق عليها منه : فقد قال بعض أصحابنا : أنها تطلق ، ولاأرى ذلك ، وليس هو كالحاضر ، لأن الحاضر قد استأصل الحكم حجته ، والغائب عسى أن تكون له حجة[3] .

وقال أبو محمد : لافرق عندي بين الحاضر والغائب ، وأرى أن يفرق بينهما إذا لم يكن له مالٌ ينفق[4] عليها منه ، وبالناس اليوم ضرورةٌ إلى ذلك[5] .

وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال فيمن فُقِدَ عن زوجته قبل البناء ، وهي بكرٌ في حِجْرِ أبيها ، فطلب الأب الصداق والنفقة والكسوة وجميع لوازمها في مال الزوج ، فقال : له أن يأخذ جميع ذلك إذا كان يَسَع ، هذا قول ابن القاسم ، ورواه أصحابه المصريون والأندلسيون ، عيسى وأصبغ[6] .

---

(١) في أ ، ب "فإن" .

(٢) أي وكذلك حكم من طلق عليه وهو غائب ثم أثبت النفقة فإن زوجته ترد إليه .
انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

(٤) في ز "ماينفق"

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

وقال أصبغ : وإنما كان له الصداق كاملاً ، لأنه لو كان معها وامتنع من الدخول لزمه أن يدفع إليها جميعه ، فإذا امتنع منها ببعد الغيبة لزم ذلك في ماله ، وهذا لااختلاف فيه وإنما الخلاف في امرأة المفقود إذا رفعت أمرها إلى السلطان وأرادت الخروج من عصمته ، فضرب له أجل أربع سنين من بعد الكشف عنه فلم يُعْرَف له خبر ، فاعتدت منه عدة الوفاة ولزمها الإحداد ، فصار حكمها معه كحكم الميت ، فأوجبوا لها الصداق ، فإن قدم وقد تزوجت ودخل بها الثاني فقال مالك وابن القاسم وغيرهما : لاترد من الصداق شيئا .

وقيل : بل ترد نصف الصداق ، لأنه قد ثبت أنه طلاقٌ حقيقة[١] .

قال ابن دينار : يدفع إليها نصف الصداق ويوقف نصفه ، فإن حُكِمَ بموته رد إليها[٢] ، ففي هذا الوجه اختلف ، وليس يدخل في هذا ماذكر عن[٣] سحنون أنها إذا طلبت الزوجة مهرها عند دخوله بها ، فرأى أن تصبر عليه ، لأن ذلك عرف الناس ، لأن في مسألتنا قد أطال الغيبة وانقطع خبره .

فإذا لم يقدر[٤] على إيقافه لبعد غيبته ، أو لجهالة موضعه صار حكمه حكم من لزمه الدخول فامتنع فلزمته النفقة والصداق ، وهذا القول في العُتبيَّة والموازيَّة ، ولم يذكر محمدٌ في هذه المسألة اختلافاً ، ولاالعُتْبِي[٥] .

وفي السليمانية قال : لانفقة لها في ماله ، لأنه لم يدخل بها ولم يُدْعَ إليه لغيبته ، ولايجب لها عليه صداق إلا من بعد ضرب السلطان له الأجل أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهرٍ وعشرًا ، فعند ذلك يجب لها نصف الصداق ، وتتزوج إن أرادت النكاح ، وأما قبل ذلك فلا .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أنفقت المرأة على نفسها وزوجها حاضرٌ ، وقد ظهر بها حملٌ ، فلم تطلبه بذلك حتى وضعت حملها ، كان لها أن تتبعه بما

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٥١ .

(٢) قال عبد الحق : ولم يجعله كالموت ، لأنه لم يحكم بموته ، لأن ماله ينفق على من تلزمه نفقته . تهذيب الطالب ل٢٠/ب .

(٣) "عن" ليست في ز .

(٤) في أ ، ب "يكن" .

(٥) أي في العتبية . انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

أنفقت في الحمل ، ومأأنفقت على نفسها في غيبته أو حضرته وهو مُعْدِمٌ فلاشيء لها عليه ، وإنما لها إن لم يقدر الزوج على النفقة أن ترضى بالمقام معه ، أو يفارقها ، فإذا أنفقت الزوجة على نفسها وعلى صغار ولدها وأبكار بناتها من مالها والزوج غائب ، فلها اتِّباعه بذلك إن كان في وقت نفقتها موسراً ، وتَضرب بما أنفقت على نفسها مع الغرماء / ولاتضرب معهم بما أنفقت على الولد[١] . [٨٨/ب]

قال الشيخ : وإنما فرق بين مأأنفقت على نفسها وبين مأأنفقت على ولدها لأن نفقتها عنده أوجب من نفقة الولد ، لأن نفقة الزوجة تُسْقِطُ الزكاة ، كانت بقضيةٍ أو بغير قضية ، فهي كالدين عليه لأجنبي ، ونفقة الولد لاتُسقط الزكاة ، لأنها لاتجب لهم حتى يبتغوها .

قال الشيخ : ويجب على قول أشهب الذي يرى أن نفقة الولد كالزوجة وتسقط بها الزكاة ، أن تضرب مع الغرماء بما أنفقت على نفسها وعلى ولدها[٢] .

قال ابن حبيب : وتضرب بما أنفقت على نفسها في الفلس والموت ، قاله مالك وابن القاسم[٣] .

وقال مالك أيضا : تضرب في الفلس لافي الموت .

قال مالك : وإنما تضرب بما أنفقت في غيبته من يوم ترفع ذلك إلى السلطان إلى يوم مات أو فلس ، وماكان قبل ذلك فلا ، لأنها من يوم يحكم لها بالنفقة لايقبل قول الزوج بعد ذلك أنه كان يبعث إليها بالنفقة ، لكنها تحلف أن ماذكر باطل ، وتبرأ من دعواه[٤] .

وكذلك قال مالك في كتاب ابن المواز : أنها إنما تحاصُّ بما أنفقت بعد أن رفعت إلى السلطان ، لامأأنفقت قبل ذلك[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٨، ٢٦٠ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٤/ب ، ٢٧٥/أ .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٩ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .

ومن العتبية : قال سحنون في زوجة الغائب تنفق من مالها على نفسها : أنها تحاصُّ غرماءه بما أنفقت على نفسها في الدين المستحدث ، فأما في دينٍ قبل نفقتها فلاتحاص به[١] .

ابن حبيب : فإذا رفعت امرأة الغائب أمرها إلى الإمام في النفقة ، وله مالٌ حاضرٌ ، حلَّفها أنه ماترك لها نفقة ، ولابعث إليها نفقة ، ولاوضعتها عنه ثم فرض لها .

قال : والغائب أبداً من أهل النفقة حتى تُثبت بينةٌ أنه عديمٌ من يوم خرج ، أو أعدم في وقتٍ يذكره فتزول عنه في عدمه ، وإذا خرج مُعدِماً فالقول قوله أنه كذلك ـ يعني وعليها هي البينة بملائه ـ وإن خرج ملياً فعليه البينة أنه أُعدم ، فإن أشكل أمره يوم خرج فعليه البينة أنه معدمٌ في غيبته ، قاله ابن الماجشون في ذلك كله[٢] .

وقال ابن المواز عن ابن القاسم : إن قدم معسراً وقال : مازلت كذلك منذ غبت ، وأكذبته ، فهو مصدق مع يمينه حتى تقوم بينةٌ بخلافه .

ولو قدم موسراً وادعى مثل ذلك لم يصدق إلا ببينة[٣] .

وقال في العتبية عن ابن كِنَانَة[٤] وسحنون : إذا قدم وقال : كنت مُعدِماً في غيبتي ، فالقول قوله ، وعلى المرأة البينة[٥] .

---

(١) لأنه لم يكن موسراً حين أنفقت وعليه دينٌ يحيط بماله ، وإنما النفقة لها إذا كان موسراً .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٥٨/٥ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٧٤/أ،ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٤/ب .

(٤) هو أبو عمرو عثمان بن عيسى بن كنانة ، كان من فقهاء المدينة ، أخذ عن مالك ، توفي بمكة سنة ١٨٦هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٩٢/١ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٤/ب .

ومن المدونة : قال : فإن أنفقت عليه في ذاته وهو حاضرٌ مليءٌ أو معدمٌ فلها اتباعه بذلك إلا أن يُرى أن ذلك بمعنى الصلة ، وكذلك[١] من أنفق على أجنبيٍّ مدةً فله اتباعه بما أنفق ، إلا أن يُرى أنه أراد بذلك معنى الصلة والضيافة فلاشيء له ، ومن قضي له بذلك لم يأخذ بما أنفق من السرف كالدجاج والخِراف ونحوه ، ولكن بنفقةٍ ليست بسَرف[٢] .

فصل [٩ ــ في الرجوع على الصبي بما أنفق عليه]

ومن أنفق على صبيٍّ صغيرٍ لم يرجع عليه بشيءٍ إلا أن يكون للصبي مالٌ حين أنفق عليه ـ يريد والمنفق به عالم ـ فيرجع بما أنفق عليه في ماله ذلك ، فإن تلف ذلك المال وكبر الصبي فأفاد مالاً لم يرجع عليه بشيء[٣] .

قال مالك : وإذاأنفق الوصي التركة على الطفل ثم طرأ دينٌ على أبيه يغترقها ولم يعلم به الوصي فلاشيء عليه ولاعلى الصبي وإن أيسر الصبي[٤] .

وقال المخزومي : يتبع الصبي بما أنفق عليه ، لأن صاحب الدين لم ينفقه على اليتيم فيرى أن ذلك منه حِسْبة[٥] . / [٨٩/أ]

فصل [١٠ ــ في قدرة الرجل على نفقة امرأته دون ولده]

وإذا قوي الرجل على نفقة امرأته دون صغار ولده منها لم تطلق عليه ، إذ لاتلزمه النفقة على ولده إلا في يسره ، ويكون الولد من فقراء المسلمين[٦] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "يعرف" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٥٩ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٣)،(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢/٢٥٩،٢٦٠ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

فصل [١١ ــ في محاصة الرجل بالدين على امرأته]

ومن له على امرأته دينٌ وهي معسرةٌ فلايحاصها به في نفقتها ، وعليه أن ينفق عليها ، ويتبعها بدينه ، وإن كانت مليئةً فله محاصتها بدينه في نفقتها[١] .

فصل [١٢ ــ في اختلاف الزوجين في قدر النفقة المفروضة]

وإذا فرض القاضي للزوجة ثم مات ، أو عُزِل ، فادعت امرأةٌ قدرًا ، وادعى الزوج دونه ، فالقول قوله إذا أشبه نفقة مثلها ، وإلا فقولها فيما يشبه ، فإن لم يأتيا بما يشبه ابتدأ لها الفرض[٢] .

فصل[٣] [١٣ ــ في اختلافهما في ثوب أنه هديَّة أو نفقة مفروضة]

ومن دفع إلى زوجته ثوباً فادعت أنها أخذته هدية ، وقال الزوج : بل في فرضك ، فالقول قوله إلا أن يكون الثوب لايفرض مثله لمثلها فالقول قولها[٤] .

فصل [١٤ ــ في تلف النفقة بعد القبض ، وموت أحد الزوجين بعده ، وفرض النفقة على الغائب]

وإذا قبضت نفقة شهرٍ فتلفت قبل الشهر أو أَنْفَدَتْها ، أو تخرَّقت الكسوة ، أو سُرقت قبل مدتها ، فلاشيء لها على الزوج ، وكذلك إن دفع إليها نفقة سنةٍ

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٢/٢٦٠،٢٦١ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٣) هذا الفصل ساقط من أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦١ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

عنها أو عن ولدها فقد ضمنتها بالقبض ، وإن هلك الزوج أو هلكت الزوجة قبل المدة رجع الزوج بما بقي في المحاسبة[١] .

ومن كتاب القذف : قال مالك : فإذا دفع إليها نفقة سنةٍ أو كسوتها بفريضة قاضٍ أو بغير فريضة ، ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهرٍ أو أشهرٍ فلترد بقية النفقة بقدر مابقي من السنة ، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر .

قال ابن القاسم : وأما بعد عشرة أيامٍ ونحوها فهذا قريب[٢] .

ووجه ماقال مالك[٣] إذا مضت الأشهر.

قال سحنون : ولايعتدل هذا ، يعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهرٍ لاتتبع بشيء .

ومن النكاح[٤] قال : ولايفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مالٌ يُعَدًّا فيه ، وتباع فيها عروضه ورَبعُه إن لم يكن له عين ، ولايؤخذ منها بما تأخذ كفيل ، ويبقى الزوج على حجته إذا قدم ، وهكذا يُصنع فيه إذا أقيم عليه بدين وهو غائب ، وإن كان للزوج ودائعُ وديونٌ فرض[٥] للزوجة نفقتها في ذلك ، ولها أن تقيم البينة على من جحد ذلك من غرمائه أن لزوجها عليهم دينا ، ويقضي عليهم بنفقتها ، وكذلك لمن قام عليه بدين ، وإذا لم يكن للزوج مالٌ يعدًّا فيه فأنفقت من عندها حتى قدم ، فإن كان في غيبته مليئاً رجعت عليه وإلا فلا[٦] .

قال ابن حبيب : وإذا خرج معدَمًا فالقول قوله أنه كذلك بقي في غيبته ، وعليها البينة بملائه ، وإن خرج مليئاً أو أشكل أمره[٧] يوم خرج فعليه البينة أنه[٨]

---

(١) انظر : المدونة ٢٦١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٢) انظر : المدونة ٢٠٤/٦ .

(٣) أي في عدم رد الكسوة .

(٤) أي ومن كتاب النكاح .

(٥) في أ ، ب "فإن" .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٦١/٢، ٢٦٢ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٧) في أ ، ب زيادة "من" .

(٨) في أ ، ب "ان" .

كان[١] معدماً في غيبته ، وقاله ابن الماجشون في ذلك كله[٢] [٣] .

فصل [١٥ ــ في نفقة المجوسية إن أسلم زوجها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلم المجوسي فلانفقة لزوجته المجوسية ، إذ لاتؤخر إما أن تسلم وإلا فرِّق بينهما[٤] .

فصل [١٦ ــ في التفريق بين الزوجين للعجز عن النفقة ومايضرب للزوج من الأجل]

قال مالك : كان من أدركت يقولون : إنه إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما[٥] .

قال ابن القاسم : وإذا لم يقدر الزوج على نفقة امرأته وهما حران أو عبدان أو أحدهما و لم ترض الزوجة بالمقام معه تلوَّم له الإمام ، فإن قدر على نفقتها وإلا فرق بينهما .

قال مالك : والناس في هذا مختلفون ، منهم من يطمع له بقوةٍ[٦] ومنهم من لايطمع له[٧] .

ابن وهب : وأمر عمر بن عبد العزيز أن يضرب للزوج في التلوُّم في النفقة أجل شهرٍ أو شهرين ، وقاله سعيد بن المسيب ، قالا : فإن لم ينفق عليها إلى ذلك الأجل فرق بينهما .

---

(١) "كان" ليست في ز .
(٢) "في ذلك كله" ليست في أ ، ب .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٤/ب .
(٤) انظر : المدونة ٢٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩١ .
(٥) انظر : المدونة ٢٦٣/٢ .
(٦) "بقوة" ليست في ز .
(٧) انظر : المصدر نفسه ٢٥٨/٢ .

قيل لابن المسيب : ياأبا محمد : أَسُنَّةٌ هٰذه؟ فأقبل بوجهه كالمُغْضَب ، وقال : سُنَّة ، سُنَّة[١] ، نَعَمْ سُنَّة[٢] .

قال عبد الوهاب : وقيل : يتلوَّم له الإمام الأيام اليسيرة كالثلاثة / ونحوها ، [٨٩/ب]
فإن أنفق وإلا طلقت عليه قال : وإنما قلنا : إنه يفرق بالإعسار خلافاً لأبي حنيفة[٣] لقوله تعالى : ﴿وَلَاتُضَارُّوْهُنَّ لِتُضَيِّقُوْا عَلَيْهِنَّ﴾[٤] ، وفي إمساكه إياها بغير إنفاقٍ ضررٌ بها وتضييقٌ عليها .

وقوله تعالى : ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوْفٍ أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٥] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "تقول لك امرأتك : أنفق عليَّ أو طلقني"[٦] ، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ، فلما كانت إذا أنشزت لانفقة لها لمنعها الاستمتاع كان لها إذا لم تجد النفقة مفارقته ، ولأنه لما كان لها مفارقته في الإيلاء والعِنَّة وضررهما أيسر من ضرر النفقة كان في عدم النفقة أولى[٧] .

[فصل ١٧ ــ في إنفاق الزوج الفقير ، وإنفاق السيد على أم ولده ومدبره]

ومن المدونة : قال يحيى بن سعيد : وإذا افتقر الزوج ووجد مايقيمها به من الخبز والزيت وغليظ الثياب لم يفرق بينهما .

---

(١) "سنة ، سنة" ليست في ز .
(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٦٢،٢٦٣ .
(٣) انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٢/٩٦ .
(٤) سورة الطلاق : آية ٦ .
(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .
(٦) سبق تخريجه ص٢٨٢ .
(٧) انظر : المعونة ٢/٧٨٥ .

قال ربيعة : وأما الشَّمْلَة[١] والعباءة[٢] فعسى أن لايؤمر بكسوتها .

ـ **قال الشيخ** : يريد ولايجزئه ، وليس عليه خادمٌ إلا في يُسره ويتعاونان على[٣] الخدمة في عُسره .

قال ابن القاسم : وليس على المرأة من خدمة بيتها شيءٌ[٤] .

قال ابن المواز : قال مالك : فإن علمت المرأة أنه فقيرٌ عند نكاحه إياها فلها عليه القيام بالنفقة ، إلا أن تعلم أنه من السُّؤَّال[٥] قبل نكاحه فلاحجة لها[٦] .

قال الشيخ : وروي لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن في الرجل لايجد ماينفق على أم ولده ، أو يغيب إلى بلدٍ ولايترك لها نفقة ، فقال : تعتق عليه ولاتزوج ، لأن تزويج السيد إياها مكروه ، فكيف يأمر الحاكم بفعلٍ مكروه[٧] .

وذكر عن أبي بكر بن اللبَّاد عن يحيى بن عمر أنه قال : إذا لم يكن في عملها مايكفيها في نفقتها فلتعتق عليه .

قال أبو بكر : وكذلك[٨] قال أشهب : تعتق عليه[٩] .

وقال بعض القرويين : تزوج عليه إن كان غائباً ، أو يزوجها هو إن كان حاضراً و عجز عن نفقتها ، لأنا نجد سبيلاً إلى النفقة بهذا فهو أولى من إخراجها عنه بالعتق .

---

(١) الشَّمْلَة : كساءٌ صغيرٌ يؤتزر به . المصباح المنير ص٣٢٣ .

(٢) العَبَاءة : بفتح العين كساءٌ عريضٌ يُلبس فوق الثياب . معجم لغة الفقهاء ص٣٠٣ .

(٣) في ز "في" .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٥) السُّؤَّال جمع السائل ، قال في اللسان : والفقير يسمى سائلاً ، وجمع السائل الفقير سُؤَّال . انظره ، مادة (سَأَلَ) .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٣/ب .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٢١/ب .

(٨) في أ ، ب "لذلك" .

(٩) انظر : المصدر نفسه ل٢١/ب .

قال : والمدبر إذا لم يكن في خدمته وإجارته كفاية نفقته ، و لم يجد السيد ماينفق عليه فإنه يعتق عليه[١] [٢] .

وذكر أبو عمران عن الصَّيْرَفي[٣] في سماع ابن القاسم : إذا أعسر الرجل لخدمة امرأته طلقت عليه .

---

(١) "عليه" ليست في أ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢١/ب .

(٣) هو أبو علي الحسين بن أيوب بن سليمان ، المعروف بالصيرفي ، كان من وجوه المالكية بمصر مُقدَّماً فيهم ، توفي سنة ٣٥٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٩٤/٢ .

[الباب العشرون]
في العنين والمجنون والأجذم وتأجيلهم

[فصل ١ ــ في الحكم إن كان الزوج عِنِّيناً أو مجنونا]

وقضى عمر وابن مسعودٍ رضي الله عنهما في الرجل يبني بامرأته فلايستطيع أن يمسها أن يضرب له أجل سنةٍ من يوم ترافعه ، فإذا مضت سنةٌ ولم يصبها اعتدت وكانت طلقةً بائنة[١] ، وقاله ابن المسيِّب [٢] وابن يَسَار[٣] [٤] .

قال عمر : وكذلك المجنون يُضرب له أجل سنةٍ يتداوى فيها ، فإن بَرِئَ وإلاَّ فرق بينهما[٥] .

قال مالك : والعنِّين الذي يؤجل هو المعترض عن امرأته ، وإن أصاب غيرها من حرةٍ أو أمةٍ يضرب له السلطان أجل سنةٍ من يوم ترافعه ، فإن لم يصبها في الأجل فإما رضيت بالمقام معه وإلا فرق بينهما بتطليقةٍ واعتدت ؛ لأن العدة حقٌ لله لأنه قد خلا بها ، ولو كان في ذلك[٦] ولدٌ لَلَحِق به إلا أن ينفيه بلعانٍ ولارجعة له لأنه قبل الدخول ، ولها الصداق لطول المدة .

قال مالك : وقال ناس : لها نصفه ، وإنما أرى لها نصفه إذا طلقها هو بقرب البناء[٧] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب أجل العنين ٦/٢٥٣ رقم (١٠٧٢٠،١٠٧٢٢) .

(٢) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب أجل الذي لايمس امرأته ٢/٤٥٧ رقم (٧٤) .

(٣) هو سليمان بن يسار المدني ، مولى أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث الهلالية ، عالم المدينة ومفتيها ، فقيهٌ ، إمامٌ ، ثقةٌ ،كثير الحديث ، روى عن زيد بن ثابت وأبي واقد الليثي وأبي هريرة وابن عمر وعائشة وميمونة وغيرهم ، توفي سنة ١٠٧هـ .
انظر : الطبقات ٥/١٣٢ ، سير أعلام النبلاء ٥/٣٧٣ ، شذرات الذهب ١/١٣٤ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٤ .

(٥) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ماجاء في العنين ٢/٥٤ رقم (٢٠١٩) .

(٦) "في ذلك" ليست في ز .

(٧) انظر: المدونة ٢/٢٦٣،٢٦٤ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

قال عبد الوهاب : وفي تكميل الصداق روايتان ، إحداهما : أنه يكمل ، والأخرى : أنه إن طال مقامه معها وتلذذه بها أكمل لها ، وإن كان بحَدَثان دخوله لزمه نصفه .

فوجه الإطلاق : فلأنها فعلت مايلزمها من التمكين ، فعجزه عن استيفاء حقه لايسقط ماوجب لها .

ووجه التفصيل : أنه دخل على / أنه يستمتع بلاوطء ، فلايجوز أن يكمل [٩٠/أ] عليه الصداق من غير استيفائه ذلك ، وأما إن طالت إقامته وتلذذه فقد استمتع ، فأشبه السليم[١] إذاوطئ فيه بقرب البناء[٢] .

قال الشيخ : قال ابن الماجشون وغيره : وإنما الذي لايؤجل وتطلق عليه مكانه مثل المجبوب والعنين غير المعترض فلاصداق لها ؛ لأن الفراق من قِبَلِها ، وهذا إذا كان بقرب البناء .

وقال ابن حبيب : حال العنين والحصور والمعترض مختلف ، فالعنِّين : الذي[٣] لاينتشر ، ذكره كالأصبع في جسده ، لاينقبض ولاينبسط ، والحصور: الذي يُخلق بغير ذكرٍ ، أو بذكر صغير كالزِّر[٤] وشبهه ، لايمكنه به وطءٌ، فهذان إن أقرَّا بحالهما فطلبت الزوجة الفراق فرِّق بينهما بطلقة ، وكذلك المجبوب ، ولاتأجيل فيهم ، وإنما يؤجل المعترض ، فيؤجل سنةً من يوم ترافعه إذا أقر بالاعتراض ، فإذا تمت السنة و لم ينطلق من اعتراضه وطلبت زوجته الفراق طلق عليه السلطان طلقةً بائنةً[٥] .

قال عبد الوهاب : العنِّين الذي له ذكرٌ شديد الصغر لايمكن الجماع بمثله[٦] والمعترض : هو الذي لايقدر على الوطء لعلةٍ به ، وهو بصفة من يمكنه الوطء[٧] .

---

(١) في جميع النسخ "التسليم" .
(٢) انظر : المعونة ٧٧٩/٢ .
(٣) "الذي" ليست في ز .
(٤) الزِّر هو واحد أزرار القميص ، وهو أيضاً واحد الأزرار التي تشتد بها الكُلَل والستور . انظر : اللسان ، مادة (زَرَرَ) .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٦/أ .
(٦) في ز "لايمكنه الجماع معه" .
(٧) انظر : المعونة ٧٧٥/٢ .

[فصل ٢ ــ في الأجل الذي يضرب للمعترض]

قال[١] : ويضرب للمعترض أجل سنةٍ للحر من يوم ترافعه ، وللعبد ستة أشهر ، وقيل : سنة ، فإن أصاب في الأجل وإلا طلق عليه السلطان[٢] ، وإنما قلنا : يضرب للمعترض الحر أجل سنة ، لإجماع الصحابة على ذلك ، روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وغيرهم[٣] ، ولامخالف لهم ، ولأن الاعتراض مرضٌ يرجى برؤه ، فضرب له السنة لرجاء علاج ، إذ قد يكون مرضاً يؤثِّر فيه الزمان ، والسنة تجمع الفصول الأربعة ، فلعله بالانتقال من زمانٍ إلى زمانٍ يزول عنه ، ولأنها قد جُعلت حداً في النكاح وغيره لاختبار أمورٍ منها : طول إقامة البكر عند الزوج ، وعُهْدة الرقيق في الأدواء[٤] ، وغير ذلك .

وأما العبد فوجه القول بأنه سنة[٥] : اعتباراً بالحر ، ولأن الغرض اختباره بتأثير الأزمنة في مرضه ، وذلك يستوي فيه الحر والعبد .

ووجه القول بأنه ستة أشهر : لقربه من الفراق كأجل الإيلاء .

وإنما قلنا : إن الأجل من يوم ترافعه بخلاف المولي نفس الإيلاء ، لأن المولي لاعذر له في أن يستأنف له الأجل ، لأنه قادرٌ على رفع الإيلاء ، فهو في تماديه عليه مضارٌ ، والمعترض لايقدر على رفع اعتراضه ، وهو معذورٌ بترك العلاج ، لأنه يقول: لم أعلم أنها ترافعني ، فكنت أقدِّم الاجتهاد في العلاج[٦] .

---

(١) أي عبد الوهاب .

(٢) "السلطان" ليست في ز .

(٣) أخرجها عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب أجل العنين ٦/٢٥٣،٢٥٤ رقم (١٠٧٢١،١٠٧٢٣،١٠٧٢٥) .

(٤) أي الأدواء الثلاثة وهي : الجنون والجذام والبرص كما تقدم بيانه ص٣٠ .

(٥) أي بأنه يؤجل سنة .

(٦) انظر : المعونة ٢/٧٧٦،٧٧٧ .

[فصل ٣ ــ في تداعي الزوجين في الجماع]

قال[١] : ولايُحكم بالعنَّة بدعواها إذا أنكر ، خلافاً لأحمد بن حنبل[٢] ، لأن الأصل[٣] السلامة ، والدعويان إذا تعارضتا وإحداهما ترفع العقد أو[٤] تُثبت خياراً فيه فالقول قول مدعي الصحة والاستقرارمنهما[٥] كدعوى عيبٍ بالمبيع ، وكذلك إذا قال : جامعتها في الأجل ، وأنكرت[٦] فالقول[٧] قوله مع يمينه إن كانت ثيباً ، خلافاً للأوزاعي ، لأنها مدَّعيةً عليه استحقاق الفراق وهو منكر ،ولأن ذلك موكولٌ إلى أمانته ، إذ لايقدر على الإشهاد على وطئه ، كما أن القول قولها في تداعيهما المسيس .

وأما البكر ففيها روايتان :

إحداهما : أنها كالثيب ، والأخرى : أن ينظر إليها النساء فإن قلن : بها أثر إصابة ، فالقول قوله ، وإن قلن : إنها على النكاح ، صدِّقت عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة[٨] والشافعي[٩] ، فوجه أنها كالثيب : لأن إدعاء المعترض الوطء في الأجل موكولٌ إلى أمانته كالثيب ، ووجه الأخرى : أنه إذا وجدنا طريقاً يوصل إلى العلم بذلك يقيناً فهو / أولى من الرجوع إلى أمانته ومالايُعلم صدقه فيه[١٠] . [٩٠/ب

---

(١) أي عبد الوهاب .

(٢) انظر : مختصر الخرقي من مسائل الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، تأليف أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي ، تحقيق زهير الشاويش (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٣هـ) ص٩٨ .

(٣) في أ ، ب زيادة "على" .

(٤) في ز "واو" بدل "أو" .

(٥) "منهما" ليست في ز .

(٦) "وأنكرت" ليست في أ .

(٧) في ز زيادة "قوله" .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص١٨٣ ، تحفة الفقهاء ٢٢٦/٢ .

(٩) انظر : الأم ٦٥/٥ .

(١٠) انظر : المعونة ٧٧٧/٢،٧٧٨ .

ومن المدونة : وإذا قال المعترض في الأجل : جامعتها ، وأكذَبتُه[١] ، فقد نزلت بالمدينة فتوقَّف فيها مالك ، وأفتى غيره بالمدينة أن تَجعل الصُّفْرَةَ في قُبُلِهَا ، وقال ناسٌ : يجعل النساء معها .

قال ابن القاسم : إلا أني رأيت وجه قول مالك : أن يديَّن الزوج في ذلك ويحلف ، وسمعته منه غير مرة ، وهو رأيي ، فإن نكل حلفت المرأة وفرق بينهما ، فإن نكلت بقيت له زوجة[٢] .

فصل [٤ ــ في الحكم إن حدث الاعتراض أو الجنون أو الجذام بعد النكاح]

قال مالك : ومن تزوج امرأةً فوطئها مرةً واحدةً في ذلك النكاح ، ثم اعترض عنها أو حدث له مايمنعه الوطء من علةٍ أو زَمَانةٍ[٣] فلاحجة لها[٤] .

وقد تقدم في كتاب النكاح الأول[٥] ذكر امرأة الخصي والمجبوب والعنين تَعلم به فتتركه ثم ترافعه قال : فلاكلام لامرأة الخصي والمجبوب ، قال : فأما امرأة العنين فلها أن ترافعه ويؤجل سنة ، لأنها تقول : تركته لرجاء علاجٍ أو غيره ، إلا أن يتزوج بها وهي تعلم أنه لايأتي النساء رَأساً فلاكلام لها .

قال في الثاني[٦] : ويجوز ضربُ وُلاةِ المياه وصاحب الشُّرَطة الأجل للعنين والمفقود .

---

(١) "وأكذبته" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٦٣،٢٦٥ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٣) الزَّمانة : بالتحريك من زَمِنَ ، هي المرض الذي يدوم زماناً طويلا .
انظر : المصباح المنير ص٢٥٦ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٥ .

(٥) انظر ص١٧١ .

(٦) أي في كتاب النكاح الثاني ، وهوفي المدونة المطبوعة الرابع .

ومن تزوج امرأةً فوصل إليها مرةً ثم طلقها ثم نكحها ثانيةً فاعترض عنها فلها مرافعته وضرب الأجل[١] .

قال عبد الوهاب : ولو طلق عليه أولاً بالاعتراض ثم تزوجته بعد ذلك عالمةً بعيبه فلها أن ترافعه ، ويضرب له الأجل ثانية ، بخلاف الخصي والمجبوب ، لأن الاعتراض مرضٌ يرجى زواله ، فإذا تزوجته تقول : رجوت أن يكون قد زال مرضه عنه ، فلم يوجب ذلك رضاها به لامحالة[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا حدث بالزوج جنونٌ بعد النكاح عُزِلَ عنها وأُجِّل سنةً لعلاجه ، فإن صح وإلا فرق بينهما ، وقضى به عمر رضي الله عنه[٣] .

قال ربيعة : إن كان يؤذيها ولايعفيها من نفسه لم توقف عليه ، ولم تحبس عنده ، وإن كان يعفيها من نفسه[٤] ولايرهقها بسوء صحبته لم يجز طلاقه إياها .

قال مالك : والمجذوم البيِّن جُذَامه يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قيل لابن القاسم : فهل يضرب له أجل سنةٍ للعلاج مثل المجنون؟

فقال : إن كان ممن يرجى برؤه وقدر على العلاج فليضرب له الأجل[٥] .

ابن المواز : قال مالك : وإذا اختارت الزوجة فراق الزوج لما حدث به بعد العقد من جنونٍ أو جُذَامٍ فلاصداق لها إذا فرق بينهما قبل البناء[٦] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٦٥،٢٦٦ .

(٢) انظر : المعونة ٢/٧٧٩ .

(٣) سبق تخريجه ص٣٠٢ .

(٤) "من نفسه" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٦٦ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٤/ب .

[الباب الحادي والعشرون]
في اختلاف الزوجين في متاع البيت

قال الله تعالى : ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[١] ، فالعرف أصلٌ يُقضى به .

قال مالك : وإذا اختلف الزوج والمرأة في متاع البيت وقد طلقها ، أو لم يطلقها أو ماتا أو مات[٢] أحدهما فاختلف الورثة ، فإن لم تقم بينةٌ قضي للمرأة بما يُعرف أنه للنساء .

ـ قال ابن حبيب : مع يمينها[٣] ـ .

مالك : ويقضى للرجل بما يُعرف أنه للرجال ، أو للرجال والنساء ، لأن البيت بيته[٤] .

ابن حبيب : مع يمينه .

وقال سحنون : بغير يمينٍ فيما يُعرف لأحدهما ، وماكان يُعرف لهما فهو للزوج مع يمينه .

مالك : فإن نكل حلفت المرأة وكان لها .

وقال المغيرة : ماكان يعرف بالرجل ويعرف بالمرأة فهو بينهما بعد أيمانهما ، وقاله ابن القاسم[٥] .

ومن المدونة : قال مالك : وماولي الرجل شراءه من متاع النساء وأقام بذلك / بينةً أخذه بيمينه أنه مااشتراه إلا لنفسه ، إلا أن يكون لها أو لورثتها بينةٌ أنه اشتراه لها . [٩١/أ]

قال مالك : وماكان في البيت من متاع الرجل فأقامت المرأة فيه بينةً أنها اشترته فهو لها ـ يريد مع يمينها أنها اشترته لنفسها ـ وورثتها في اليمين والبينة بمنزلتها

---

(١) سورة الأعراف : آية ١٩٩ .
(٢) "مات" ليست في ز .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٧/أ .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٦، ٢٦٧ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٧/ب .

إلا أنهم إنما يحلفون على علمهم أنهم لايعلمون أن الزوج اشترى هـذا المتـاع الـذي يدعي من متاع النساء ، ولو كانت المرأة حيَّةً حلفت على البتـات ، وورثـة الرجـل بهذه المنزلة .

قال : والمتاع الـذي يعـرف للنسـاء مثـل : الطِّسْـتِ[١] والتَّـوْرِ[٢] والمَنَـارة[٣] والبُسُط والقِبَابِ[٤] والحِجَالِ[٥] والوَسَائِد والمَرافِق[٦] والأَسِرَّة والفُرُش .

قال ابن القاسـم : وجميـع الحلـي لاشـيء لـلرجل فيـه إلا السـيف والمِنْطَقَـة[٧] والخاتم ـ يريد الفضة ـ وللرجل جميع الرقيق ذُكراناً وإناثـاً ، لأن الذكـور ممـا يكـون للرجال ، والإناث مما يكون للرجـال والنسـاء ، فـالرجل أولى بهـن ، إلا أن يكـون للمرأة فيهم حِيَازَةٌ تُعْرَف ، فيكونون لها .

قيل لابن القاسم : فالحيوان : الإبل والبقر والغنم والدواب؟

قال : هذا مما لم يتكلم الناس فيه ، لأن هذا ليس من متاع البيت ، وإنمـا هـو لمن حازه ، وكذلك ماكان في المرعى أو ماكان في المرابط من خيلٍ أو بغالٍ أو حميرٍ

---

(١) الطِّسْت : بكسر فسكون لفظ معرب ، إناءٌ كبيرٌ مستديرٌ يوضع فيه الماء للغسل ونحوه . معجم لغة الفقهاء ص٢٩١ .

(٢) التَّور : بتاء منقوطة اثنتين : هو قدرٌ من نحاس يسخَّن فيه الماء وأكثر مايجبه أهل السفر . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٦٣ .

(٣) المَنارَة : هي الشمعة ذات السراج ، وقال ابن سِيده : هي التي يوضع عليهـا السـراج . انظـر : اللسان ، مادة (نَوَرَ) .

(٤) القِبَاب : جمع قُبَّة ، وهي تطلق على البيـت المـدوَّر ، وهـو معـروفٌ عنـد التركمـان والأكـراد ويسمى الخِرْقَاهة . المصباح المنير ص١٢٢ .

(٥) الحِجَال : جمع حِجْلَة ، وهي ضربٌ من الستور تُجعل أمام الأسرَّة . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٦ .

(٦) المَرافِق : جمع مِرْفَق ، وهي المُتَّكأُ والمَخَدَّة ، يقـال : ترفَّـق عليـه وارتَفَـق ، أي اتَّكـأ . انظـر : اللسان ، مادة (رَفَقَ) .

(٧) المِنْطَقة : بكسر الميم وفتح الطاء واحدةُ المَنَاطِق ، قال الخليل في كتاب العين : المِنْطَق والمِنْطَقة : ماشَدَدْتَ به وَسْطَك . تنبيه الطالب لفهم ابن الحاجب ص١٧٧ .

فهي لمن حازها ، ولاأبالي في هذا الاختلاف كانت رقبة الدار لهما أو لغيرهما ، وإن اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل[١] .

قال في الواضحة : والخُصُّ[٢] كالدار[٣] .

ابن القاسم : وكذلك إن كان الزوجان عبدين أو أحدهما عبدٌ أو مكاتبٌ والآخر حرٌ ، أو كان الزوج مسلماً وهي كافرةٌ ، فاختلفا في متاع البيت وهما زوجان ، أو عند طلاقٍ أو خلعٍ أو لِعَانٍ أوفراقٍ بإيلاءٍ أو غيره ، فهما في ذلك كالحرين فيما وصفنا[٤] .

ومن المختصر عن مالك : ومانسجته هي من الصوف ، والصوف من عنده فهو بينهما ، لها بقدر قيمة العمل ، وله بقدر قيمة صوفه[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٦٧،٢٦٨ ، تهذيب المدونة ص٩١-٩٢ .

(٢) الخُصُّ : بضم الخاء ، بيتٌ يُعمل من الخشب والقصب ، سُمي به لما فيه من الخِصَاص : أي الفروج والثقوب ، جمعه أَخْصَاص وخُصُوص وَخِصَاص .
انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٩٦ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٨/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٨ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٨/أ .

[الباب الثاني والعشرون]
في القسم بين الزوجات

[فصل ١ ــ في مشروعية القسم بين الزوجات وبيان المراد به]

قال الله تعالى : ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾[١] الآية .

قال عبد الوهاب : فيلزم الزوج العدل بين نسائه في القسم في الصحة والمرض بحسب الإمكان من غير ميلٍ ولاجَورٍ ، لقوله تعالى : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٢] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشِقُّهُ مائلٌ"[٣] [٤] .

ومن المدونة : قال مالك : فالقسم بين الزوجات يومٌ بيومٍ لاأكثر ، ويعدل في المبيت .

قال ابن القاسم : ولم يبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولاعن أحدٍ من أصحابه أنه قسم إلا يوماً بيوم[٥] ، وقد كان عمر بن عبد العزيز رُبَّما غاضب

---

(١) سورة النساء : آية ١٢٩ .

(٢) سورة النساء : آية ١٩ .

(٣) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ٦٠١/٢ رقم (٢١٣٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في التسوية بين الضرائر ٤٤٧/٣ رقم (١١٤١) ، والنسائي ، كتاب عشرة النساء ، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ٤٥/٧ رقم (٣٩٤٢) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب القسمة بين النساء ٦٣٣/١ رقم (١٩٦٩) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب القسم ٢٠٤/٦ رقم (٤١٩٤) ، وصححه ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢٠٣/٢ رقم (٢٧٥٩) وصححه ووافقه الذهبي .

(٤) المعونة ٨١٨/٢ .

(٥) كما أخرج مسلم عن أنس رضي الله عنه أنه قال : كان للنبي صلى الله عليه وسلم تسع نسوة فكان إذا قسم بينهن لاينتهي إلى المرأة الأولى إلا في تسع ، فكن يجتمعن كل ليلةٍ في بيت التي يأتيها . الحديث . =

بعض نسائه فيأتيها في يومها فينام في حجرتها ، فلو كان يجوز أن يقسم يومين بيومين أو أكثر لأقام عند التي هو راضٍ عنها فإذا رضي عن الأخرى أوفاها أيامها[١] .

قال مالك : وإن نكح بكرًا أو ثيبًا أقام عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثًا .

قال ابن القاسم : وذلك حقٌّ لها دون نسائه ، ثم يأتنف القسم ، وليس ذلك بيد الزوج[٢] .

وذكر أشهب عن مالكٍ أن ذلك بيد الزوج[٣] . / [٩١/ب]

قال عبد الوهاب : فوجه القول بأنه حقٌّ لها عليه : ماروي أنه عليه الصلاة والسلام جعل للبكر سبعًا وللثيب ثلاثًا[٤] ، ولأن الغرض تأنيسُها وبَسْطُها وذهاب انقباضها ، وهذا حقٌّ لها .

ووجه القول بأنه حقٌّ له : أنه معنىً يعود إلى الالتذاذ ، فكان حقًّا له غير مُستَحقٍّ عليه كعدد الوطء[٥] .

= كتاب الرضاع ، باب القسم بين الزوجات ، وبيان أن السنة أن تكون لكل واحدة ليلة مع يومها ١٠٨٤/٢ رقم (١٤٦٢) .

(١) في أ ، ب "إياها" ، وهو تحريف .

(٢) انظر : المدونة ٢٦٨/٢، ٢٦٩ .

(٣) أي أن القسم حق له ، انظر : تهذيب المدونة ص٩٢ .
وسيأتي قريباً ذكر القولين لمالك رحمه الله .

(٤) كما في حديث أنس رضي الله عنه قال : "من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم ، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثاً ثم قسم" ، قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : إن أنساً رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم . أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب إذا تزوج الثيب على البكر ١٥٤/٦، ١٥٥ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ماتستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ١٠٨٤/٢ رقم (١٤٦١) ، وفي الباب حديث أم سلمة وسيأتي قريباً .

(٥) المعونة ٨١٨/٢ .

[فصل ٢ ــ في الحكم إن تزوج امرأة وعنده غيرها]

ومن المدونة : روى سحنون وغيره أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج أم سلمة بنت أبي أمية أقام عندها ثلاثاً ، ثم أراد أن يدور فأخذت بثوبه ، فقال : "ماشئتِ ، إن شئتِ زدتكِ ثم قاصَصْتكِ بعد اليوم" ، ثم قال عليه الصلاة والسلام "ثلاثٌ للثيب وسبعٌ للبكر"[١] .

ابن وهب : عن رجالٍ من أهل العلم[٢] قالوا : هي السنة[٣] .

قال مالك في كتاب ابن المواز : ومن تزوج امرأةً وعنده امرأةٌ غيرها فليقِم عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثاً .

قال مالك : وهو حقٌّ لازمٌ لها وليس بيد الزوج ، وقال أيضا : ليس بلازم .

قال أصبغ : قال أشهب : هو حقٌّ لها لايقضى لها به ، قال أصبغ : كالمتعة .

وقال محمد بن عبد الحكم : يقضى به .

ابن المواز : وليبدأ بالقسم بالتي أقام عندها بعد الثلاث أو السبع إن شاء ، وإن شاء بغيرها ، ويبدأ بغيرها أحب إلينا ، وقاله مالك في القادم بإحداهن من السفر .

وقال ابن حبيب : إنما يقيم عند البكر سبعاً وعند[٤] الثيب ثلاثاً إن كان له غيرها ، ثم هو في ذلك يتصرف في حوائجه ، وإلى المسجد وغيره ، وإن لم يكن عنده غيرها فليس عليه أن يقيم عندها بكرًا كانت أو ثيباً .

ومن العتبية : ابن القاسم عن مالك : ولايتخلّف العروس عن الجمعة ، ولاعن حضور الصلوات في جماعة[٥] .

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ماتستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ١٠٨٣/٢ رقم (١٤٦٠) .

(٢) كعطاء بن أبي رباح وزبان بن عبد العزيز .

(٣) المدونة ٢٦٩/٢ .

(٤) "وعند" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٧٦/أ .

قال سحنون : وقد قال بعض الناس : لايخرج ، وذلك حقٌّ لها بالسنة[١] .

قال بعض فقهائنا : لعله يريد لايخرج لصلاة الجماعة ، وأما الجمعة فلايدعها لأنها فرضٌ عليه ، فلايدعها في هذا القول[٢] .

[فصل ٣ ــ في الحكم إن أراد السفر من عنده أكثر من زوجة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن سافر لحاجةٍ أو حجٍ أو غزوٍ سافر بأيتهن شاء بغير قُرْعَةٍ إذا كان على غير ضرورةٍ ولاميل ، فإن كانت القرعة ففي الغزو لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام فعله فيه[٣] ، فإذا قَدِم ابتدأ القسم[٤] .

وقال عبد الوهاب : إذا أراد سفرًا وفيهن من لايصلح للسفر وفيهن من يصلح له لِرِفْقِها به وامتثالها لأمره كان له السفر بها وعدوله عن الأخرى ، وإن تساوين أو تقاربن ، فإن كان سفر حجٍ أو غزوٍ أقرع بينهن فسافر بمن خرج لها السهم ثم لايلزمه قضاء من لم يسافر بها بعد رجوعه ، بل يستأنف القسم ، وفي سفر التجارة روايتان : إحداهما : القرعة ، والأخرى : الخيار له .

---

(١) يشير إلى الأحاديث السابقة التي دلت على هذا الحق .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٢/أ .

(٣) كما روت عائشة رضي الله عنها (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج أقرع بين نسائه) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا ١٥٤/٦ .
وأخرج البخاري أيضاً حديث الإفك وفي أوله : قالت عائشة رضي الله عنها : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها رسول الله صلى الله عليه وسلم معه ، قالت عائشة : فأقرع بيننا في غزوة غزاها فخرج سهمي فخرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما نزل الحجاب .
كتاب تفسير القرآن ، سورة النور ، باب ﴿لَّوْلَآ إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْرًا﴾ ، الآية ، ٥/٦ .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٩/٢، ٢٧٠ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

وإنما يُقْرِع لهن في الحج والغـزو ، لأن الرسـول عليـه الصـلاة والسـلام فعلـه فيهما[١] ، والقرعة إتباع .

ووجه التسوية في سائر الأسفار : اعتباراً بسفر الحج والغزو ، وتسـاويهما في الحاجة والرفق[٢] .

قال الشيخ : ووجه التفرقة[٣] : فلأن القرعة رخصةٌ فلا يُعَدَّا بها بابها .

[فصل ٤ ــ في الحكم إن أقام عند واحدة دون الأخرى وبعض آداب الجماع والحكم إن عاد من سفره وغير ذلك]

ومن المدونة : قال مالك : ولو سافرت إحداهـن لحـجٍ أو لضَيْعَتِهَـا[٤] وأقـام الزوج مع صاحبتها ، ثـم قدمـت فطلبـت أن يقسـم لهـا عـدد الأيـام الـتي أقـام مـع صاحبتها فلاشيء لها .

وإن تعمد المقام عند واحدةٍ شـهرًا جميعـاً لم يحاسـب بـه ، ونهـي عـن ذلـك وابتدأ العدل ، وإن عاد نكّل ، لأن مالكـاً قـال في العبـد المعتـق بعضـه يـأبق : إنـه لايقاص بما أبق فيه ، وإنما يستقبل الخدمة بينه وبين سيده / من يومئذ . [٩٢/أ]

---

(١) ففي الغزو فعله عليه الصلاة والسلام كما سبق تخريجه ، أما في الحج فلم يثبت أنـه فعلـه فيـه ، لأنه حج بنسائه كلهن ، قال ابن القيم : كان صلى الله عليـه وسـلم إذا أراد سـفراً أقـرع بـين نسائه فأيتهن خرج سهمها سافر بها معه ، ولما حج سافر بهن جميعاً .
زاد المعاد في هدى خير العباد ، تأليف أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعـي ، المعـروف بـابن قيم الجوزية ، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرنؤوط (بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانيـة ١٤٠١هـ) ٤٦٢/١ .

(٢) انظر : المعونة ٨١٩/٢ .

(٣) أي بين سفر التجارة وسفر الحج والغزو .

(٤) الضَّيعَة : قال الأزهري : الضَّيعَة والضِّيَاع عند الحاضرة مال الرجل من النخل والكرم والأرض، والعرب لاتعرف الضيعة إلا الحِرفة والصناعة . انظر : اللسان ، مادة (ضَيَعَ) .

قال ابن القاسم : وهذا كان أحرى أن يؤخذ منه تلك الأيام التي أبق فيها ، لأنه حقٌّ للسيد .

قيل له : فَلِمَ أسقط مالك[١] ذلك عن العبد؟

قال : قال مالك : هو إذاً عبدٌ كله[٢] .

ومن كتاب محمد : قال مالك : ولابأس إذا أتى منزل امرأته فطردته وأغلقت الباب دونه أن يذهب إلى الأخرى ، وإن قدر أن يبيت في حجرتها أو في بيتها فليفعل .

قال : وليس له أن يجمع بينهما في بيتٍ إلا برضاهما ، ولايجوز أن يجمعهما على فراشٍ واحدٍ[٣] وإن رضيا ، وكرهه في الإماء ، أو يتعرَّوا بغير ثيابٍ ، وكُرِهَ أن يطأ امرأته أو أمته ومعه في البيت مَنْ يسمعُ حِسَّه .

ابن حبيب : عن ابن الماجشون : لاينبغي أن يكون معه في البيت أحدٌ نائمٌ أو غير نائم ، صغيرٌ أو كبير ، وكان ابن عمر يُخرج الصبيَّ في المَهْد .

وكُرِه في بعض الأخبار أن تكون معه البهيمة .

وقال : وله في أمتيه أن ينام معهما في فراشٍ واحدٍ[٣] ، ولكن لايطأ إحداهما والأخرى معه في بيتٍ[٤] ، ولابأس أن يتوضأ أو يشرب من ماء إحدى زوجتيه في غير يومها ، ويأكل من طعام تبعثه إليه من غير تعمد ميلٍ ، ويقف ببابها ويسلِّم من غير أن يدخل عندها أو يجلس[٥] .

قال مالك في كتاب محمد : ولايأتي الواحدة في يوم الأخرى إلا في[٦] حاجةٍ أو عيادةٍ ، وله أن يجعل ثيابه عند إحداهما ما لم يُرِدْ ميلاً أو ضرراً .

---

(١) "مالك" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٧٠ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٣) "واحد" ليست في ز .

(٤) في النوادر زيادة "ولاهي نائمة" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٦/أ ، ب .

(٦) "في" ليست في ز .

مالك : ولاينبغي أن يقيم هو في بيتٍ له[١] وتأتيه فيه كل واحدةٍ ، وليأتهن في بيوتهن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم[٢] ، إلا أن يرضين بذلك .

قال محمد بن عبد الحكم : ويقضى عليه بذلك ، وأن يُسكن كل واحدةٍ في بيت[٣] .

قال ابن حبيب : وإذا رجع نهارًا من سفره فله أن يتعمد ببقية يومه أيتهما شاء ، وليس عليه أن ينزل عند التي خرج من عندها إلا أن يشاء ، ولايحسب ذلك[٤] ، ويأتنف القسم إذا أمسى ، وأحب إلي أن ينزل عند التي خرج من عندها ليوفِّيها بقية يومها ، وماذلك عليه بواجب ، قاله مالكٌ وأصحابه .

وإذا كان لواحدةٍ شبابٌ أو غِنىً ، أو ذات شرفٍ فأراد إيثارها ، فأما في المبيت ومايصلح لكل واحدةٍ من نفقة مثلها بقدر حالها فليعدل ، ثم له أن يؤثر الأخرى بعد ذلك باليسير من غير ميل ، ويكسوها الخَزَّ[٥] والحليَّ مالم يكن ميلاً .

وكذلك إن كانت واحدةٌ ألطف به من الأخرى[٦] في إتحافه بطرائف الطعام والطيب فيؤثرها ، فأرجو أن لابأس به ، والمساواة أحب إلينا[٧] .

وقيل : إن معاذ بن جبل كان له امرأتان فلم يكن يشرب الماء من عند واحدةٍ في يوم الأخرى ، وإنهما ماتتا معًا فأقرعَ بينهما أيهما تُدفَن أوَّلاً[٨] .

---

(١) "له" ليست في ز .

(٢) سبق تخريجه ص٣١١ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٧/ب .

(٤) "ذلك" ليست في أ .

(٥) الخز : لفظ معرَّب ، ضربٌ من الثياب ، قيل : إنه ثوبٌ نُسِج من الصوف والحرير ، أو من الحرير فقط .
انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٩٥ .

(٦) "من الأخرى" ليست في ز .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٦/ب ، ٢٧٧/أ .

(٨) أخرجه سعيد بن منصور ، باب جامع الطلاق ٢/٩٠ رقم (٢١٧٤) بلفظ : لم يتوضأ ، بدل : يشرب .

قال مالك في العتبية : له أن يكسو إحداهما الخز والحرير[١] والحلي دون الأخرى ما لم يكن ميلاً[٢] .

[فصل ٥ ــ في إسقاط المرأة حقها في المبيت وهل يسوي بينهن في الجماع ، وفي تركه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن كره زوجته وأراد فراقها فقالت له[٣]: لاتفارقني واجعل أيامي كلها لصاحبتي ، أو للتي تتزوج علي ، فلابأس بذلك ولايقسم لها .

ابن القاسم : فإن رجعت عن هذا وطلبت القسم ، فذلك لها متى شاءت ، أو يخير الزوج ، فإما قسم لها أو فارق .

وقد قال الله تعالى : ﴿فَلَاجُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾[٤] .

مالك : ولو شرط في عقد النكاح أن يؤثر عليها ، أو لامبيت لها ، فلاخير فيه ، وإنما يجوز هذا الشرط بعد العقد .

ابن القاسم : ويفسخ هذا النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ويبطل الشرط ، ويكون لها ليلتها .

وليس عليه المساواة في الجماع ولابالقلب ، ولاحرج عليه أن ينشط للجماع / في يوم هذه دون يوم الأخرى ، إلا أن يفعل ذلك لغرض أن يكف عن هذه [٩٢/ب] لوجود لذته في الأخرى فلايحل له ذلك .

ومن سرمد العبادة وترك الوطء لم ينه عن تبتله ، وقيل له : إما وطئت أو فارقت ، إن خاصمته .

---

(١) "والحرير" ليست في ز .
(٢) واستدل بقوله تعالى : ﴿فَلَاتَمِيلُوا۟ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ سورة النساء ، آية ١٢٩ .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣١٧/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٧٧/أ .
(٣) "له" ليست في ز .
(٤) سورة النساء : آية ١٢٨ .
(٥) "يوم" ليست في ز .

وكذلك إن ترك الجماع لغير ضرورةٍ ولاعلةٍ إلا أن ترضى المرأة بالمقام على ذلك[١] .

فصل [٦ ــ في ذكر مالايمنع من القسم ، وقسم المريض والمجبوب والقسم بين الحرة والأمة]

وقَسْمُ الحر بين نسائه المسلمات والحرائر والإماء[٢] والكتابيات سواءٌ ، والقسم بين صغيرةٍ جومعت ، أو كبيرةٍ صحيحةٍ ، أو مجنونةٍ ، أو بإحداهن رتق ، أو داءٌ ، أو مرضٌ لاتُجامَع معه ، أو حيض سواء ، لكل واحدة منهن يومها وليلتها[٣] .

مالك : ويقسم المريض بين نسائه إن كان مرضاً يقدر أن يدور عليهن فيه ، فإن لم يقدر أقام عند أيتهن شاء لإفاقته مالم يكن حيفاً ، فإذا صحَّ ابتدأ القسم ، وليس لأم الولد مع حرةٍ قَسْم ، وجائزٌ أن يقيم عند أم ولده ماشاء مالم يُضَار .

والمجبوب ومن لايقدر على الجماع يقسم بين نسائه بالعدل ، إذ له أن يتزوج[٤] .

قال مالك في النكاح الأول[٥] : فإن كان حرٌّ له أمةٌ وحرةٌ ساوى بينهما[٦] في القسم كسائر حقوق الزوجة[٧] .

ورأى ابن المسيب أن للحرة الثلثين وللأمة الثلث[٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٧٠، ٢٧١ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٢) "الحرائر والإماء" ليست في أ ، ب .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢/٢٧١، ٢٧٢ .

(٥) انظر كتاب النكاح الأول ص١٤٤ .

(٦) "بينهما" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٤ .

(٨) سبق تخريجه ص١٤٤ .

قال الشيخ : فوجه ذلك:لحرمة الحرة ، ولأن ديتها مثلا دية الأمة ، وعدتها في الموت مثلا عدتها ، وكذلك حدودها فكذلك في[١] القسم[٢] .

تمَّ كتاب النكاح الثاني بحمدِ الله وحُسن عونه
والصلاة والسلام على محمدٍ وعلى آله وسلم تسليماً كثيراً[٣]

---

(١) "في" ليست في ز .
(٢) أي لها منه مثلا ماللأمة .
(٣) في ز "تم النكاح الثاني والحمد لله كثيرا" .

الكتاب الثالث

كتاب النكاح الثالث

[الكتاب الثالث]
كتاب النكاح الثالث

[الباب الأول]
فيمن تزوج امرأتين في عقدة[1]
أو أما وابنتها في عقدة أو عقدتين

[فصل ١ ــ فيمن نكح امرأتين في عقدةٍ واحدة]

قال ابن القاسم : ولابأس أن يتزوج الرجل امرأتين في عُقْدةٍ واحدةٍ إذا سمى لكل واحدةٍ صداقها ، فإن أجملهما في صداقٍ واحدٍ لم يعجبني ذلك ، وقد بلغني أن مالكاً كرهه ، لأنه لايُدرى ماصداق هذه من صداق هذه .

قيل : فإن طلق إحداهما أو مات عنها قبل البناء ، كم يكون صداقها؟ أيقسم المهر الذي سمى بينهما؟ أيقسم بينهما على قدر مهورهما؟

قال : نكاحهما غير جائز[2] .

قال أبو محمد وغيره : ولاشيء لهما قبل البناء عنده[3] .

وقال سحنون : هذا جائزٌ وإن لم يسمِّ لكل واحدةٍ صداقها ، وكذلك جمع الرجلين سلعتيهما في البيع .

قال ابن دينار : ويقسمان ماسمى لهما بقدر صداق مثل كل واحدة[4] .

قال الشيخ : وهذا أصوب ، وكذلك لو دخل بهما على هذا القول ، وعلى ظاهر قول ابن القاسم يكون لكل واحدةٍ صداق مثلها ويثبت النكاح .

وقد اختلف قوله في هذا في البيع فكذلك يجري في النكاح .

---

(١) "في عقدة" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٧٣ .

(٣)،(٤) انظر : النكت والفروق ل٦٨/ب .

قال الشيخ : ويحتمل على قياس قوله فيمن نكح[١] بدرهمين فطلق قبل البناء أن يكون لها نصف الدرهمين ، أن يكون لها في هذا القول نصف مايخصها من هذا المسمى لهما ، لأنه إذا كان يراعي قول مَنْ يُجزْهُ بالدرهمين فمراعاته قول نفسه ، وقول غيره أولى[٢] .

فإن قيل : إن مايخصها من هذا المسمى مجهول ، فهو كالنكاح بالغرر ، والدرهمان لاغرر فيهما ، وهو لو أتم لها ثلاثة دراهم لثبت نكاحه؟

قيل له : على القول الذي يجيزه فلايراه غرراً ولايكون أسوأ حالاً من نكاح التفويض الذي يقضى فيه بصداق المثل ،وذلك لايُعلم إلا بعد النظر فيه ، فكذلك قسمة هذا المسمى على / مثل صداق كل واحدةٍ منهما . [٩٣/أ]

وأيضاً فهو وأصحابه لايجيزون نكاحها بدرهمين على حال ، وهو في أحد قوليه[٣] يجيز ابتداء النكاح في جميعها في صداقٍ واحدٍ ، وقاله غيره من أصحابه فمراعاة هذا القول أولى .

قال الشيخ : ويجوز أن يتزوج امرأتين إحداهما بصداقٍ مسمى والأخرى على تفويضٍ وذلك في عقدٍ واحد ، لأنهما صداقان يجوزان في الانفراد فكذلك يجوزان في الاجتماع .

وكذلك لو جمعهما جميعاً في عقدٍ واحدٍ على تفويضٍ فإنه جائزٌ[٤] ، وقاله أبو عمران[٥] .

---

(١) أي نكح امرأتين في عقد واحد فطلق إحداهما قبل البناء .
(٢) وهو قول ابن دينار أنه يقسم المسمى بقدر صداق مثل كل واحدة .
(٣) أي ابن القاسم .
(٤) إذ لاغرر فيه .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/ب .

[فصل ٢ ــ فيمن نكح حرة وأمة في عقدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن نكح حرةً وأمةً في عُقدةٍ وسمى صداق كل واحدةٍ فقال مالك : يفسخ نكاح الأمة ويثبت نكاح الحرة ، ثم رجع فقال : إن علمت الحرة بالأمة فنكاحها ونكاح الأمة ثابت ، ولاخيار لها ، وإن لم تعلم خيِّرت بين أن تقيم أو تفارِق .

قال سحنون : وقد بينا هذا الأصل في الكتاب الأول[١] .

قال سحنون : إذا كان واجداً للطول فُسِخَا جميعًا ، وكذلك لو تزوج امرأةً في عدتها وأخرى في غير عدتها في عقدةٍ واحدة ، لفسد النكاحان جميعًا ، كصفقةٍ جمعت حلالاً وحراما[٢] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : ليس ذلك كصفقةٍ جمعت حلالاً وحراماً لأن فسخ نكاح الأمة لم يتفق الناس عليه ، ومالك قد اختلف قوله فيه ، إذ قال بعض[٣] الناس : إن الآية منسوخة[٤] فلم يبلغ الأمر في ذلك إلى صفقةٍ جمعت حلالاً وحراماً[٥] .

---

(١) أي في كتاب النكاح الأول من المدونة . انظر : المدونة ٢٠٤/٢ .
وقد تقدم أيضاً في الباب الحادي والعشرين من كتاب النكاح الأول .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٧٤،٢٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٣) "بعض" ليست في ز .

(٤) أي قوله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/ب .

[فصل ٣ ــ فيمن نكح أما وابنتها في عقدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن نكح امرأةً وابنتها في عقدةٍ وسمى لكل واحدةٍ صداقها ، ثم تبين أن الأم لها زوجٌ فسخ نكاحاهما ، ولم يثبت نكاح الابنة لأن من قول مالكٍ أن كلَّ صفقةٍ جمعت حلالاً وحراماً فلايجوز ذلك عنده في البيوع ، قال مالك : وأشبه شيءٍ بالبيوع النكاح .

قال ابن القاسم : وكذلك إن لم يكن للأم زوجٌ ولم يدخل بواحدةٍ منهما فلابد من فسخه ، وليس له حبس إحداهما وفراق الأخرى ، ثم ينكح بعد ذلك من أحب منهما ، إن شاء الأم أو الابنة[١] .

وقيل : لايتزوج الأم للشبهة التي[٢] في البنت .

قال مالك : وإن كان قد بنى بهما قبل الفسخ حرمتا عليه للأبد ، ولو بنى بواحدةٍ منهما فُسخا وخطب التي بنى بها بعد الاستبراء ، أُمَّاً كانت أو بنتاً ، ولم يحل له نكاح الأخرى أبدًا[٣] .

[فصل ٤ ــ فيمن نكح أما وابنتها في عقدتين]

ومن المدونة : ومن تزوج امرأةً فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها وهو لايعلم ، فدخل بالابنة ، فارقهما جميعًا .

قال مالك : ولاصداق للأم ، ويتزوج الابنة إن شاء بعد ثلاث حيض ، أو وضع حمل ، وتحرم عليه الأم أبدا ، لأنها صارت من أمهات نسائه ، وإن كان نكاح البنت حراماً فالحرمة تقع فيه كما يثبت فيه النسب والصداق ، ويرفع الحد .

---

(١) "إن شاء الأم أو الابنة" ليست في ز .

(٢) "التي" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٣، ٢٧٤ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

وإن نكح الأم آخراً وهو لايعلم فبنى بالأم أو بهما ، فارقهما وحرمتا عليه للأبد ، لأن الأم قد دخل بها فصارت الربيبة[١] محرِّمةً ، والأم هي من أمهات نسائه فلاتحلان له أبداً .

وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أيُّما رجلٍ نكح امرأةً فدخل بها أو لم يدخل بها فلايحل له نكاح أمها أبداً ، وأيُّما رجلٍ نكح امرأةً فدخل بها فلايحل له نكاح ابنتها ، وإن لم يدخل بها فلينكحها"[٢] ، وقاله زيد بن ثابت ، قال : لأن الأم مبهمةٌ لاشرط فيها ، وإنما الشرط في الربائب[٣] ـ يريد : قول الله تعالى في آية التحريم بعد قوله : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ثم قال في الآية : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ ٱللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[٤] .

قال ابن القاسم : / وإذا نكح الأم بعد البنت فدخل بالأم فسخنا النكاح [٩٣/ب] فلاصداق للابنة إن لم يبن بها وإن كانت الفرقة والتحريم من قِبَلِ الزوج ، لأنه لم

---

(١) الرَّبيبة : هي بنت امرأة الرجل من غيره . انظر : تحفة الأريب ص١٣٢ .

(٢) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا ٣/٤٢٥ رقم (١١١٧) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في قول الله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ ٧/٢٥٩ رقم (١٣٩١٠، ١٣٩١١) ، والحديث ضعيف فيه المثنَّى بن الصَّباح ، قال عنه ابن حجر : ضعيف اختلط بآخره ، التقريب ٢/١٥٨ رقم (٦٤٩١) .
وفيه أيضا عبد الله بن لهيعة ، قال عنه ابن حجر : خلط بعد احتراق كتبه ، ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرهما . اهـ التقريب ١/٥٢٦ رقم (٣٥٧٤) .
قلت : وهذا ليس منها .

(٣) قال ذلك لما سئل رضي الله عنه عن رجلٍ تزوج امرأة ، ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها؟ فقال : لا ، الأم مبهمة ليس فيها شرط ، وإنما الشرط في الربائب .
انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب مالايجوز من نكاح الرجل أم امرأته ٢/٤٢١ رقم (٢٢).

(٤) سورة النساء : آية ٢٣ .
فشرط الله تعالى في تحريم الربائب أن يكون مدخولاً بأمهاتهن .

يتعمده وصار نكاح الابنة لايقر على حال ، فلما فسخ قبل البناء لم يكن لها مهرٌ لانصف ولاغيره[١] .

قال مالك في ثمانية أبي زيد[٢] : إذا نكح الأم بعد البنت أو البنت بعد الأم فوطئ الثانية وحدها فسخ نكاحهما بغير طلاق ، وكان للأولى نصف الصداق .

وقال عبد الملك وغيره[٣] : ماكان من فسخ غالبٍ قبل البناء فلاصداق فيه[٤].

قال الشيخ : وحكي عن أبي عمران أنه قال : ولو تزوج الأم بعد البنت عامداً عالماً بتحريم ذلك ودخل بها كان عليه نصف صداق البنت ، لأنه كأنه قصد طلاقها ، وهذا على قوله : إن الزنا يحرِّم الحلال ، وكذلك على قوله : إن الزنا لايحرِّم الحلال إذا فارق البنت تورُّعاً ، يكون أيضاً عليه نصف الصداق ، لأنه نكاحٌ يُقرُّ عليه ، وكذلك من زنى بخَتَنَتِهِ[٥] قبل الدخول بابنتها ففرِّق بينه وبين البنت بالغلبة ، يكون عليه نصف الصداق[٦] .

وأما على قول عبد الملك وغيره فلاصداق لها ، لأنه فسخٌ غالبٌ قبل البناء ، وقد نصَّ ابن المواز : أنه لايفسخ في الزنا بالجبر ، وقاله بعض شيوخنا القرويين : إنه

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٧٤-٢٧٧ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٢) هو عبد الرحمن بن إبراهيم بن عيسى بن يحيى بن بريد ، مولى معاوية بن أبي سفيان ، غلبت عليه كنيته : أبو زيد ، وهو جد بني أبي زيد بقرطبة ، سمع من يحيى بن يحيى الليثي ، ورحل إلى المشرق فأدرك ابن كنانة وابن الماجشون ومطرف بن عبد الله ونظراءهم ، وله من سؤاله المدنيين ثمانية كتب ، تعرف بالثمانية ، مشهورة ـ وهي التي أشار إليها المؤلف ـ وكان عنده حديث كثير ، والأغلب عليه الفقه ، توفي سنة ٢٥٨هـ ، وقيل ٢٥٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/١٤٨ ، الديباج ١/٤٦٩ .

(٣) المراد بالغير : المغيرة المخزومي وابن دينار .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٢٤/أ .

(٥) ختنة الرجل : هي أم امرأته . انظر : اللسان ، مادة (ختن) .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/ب .

إنما يؤمر بذلك ولايجبر عليه ، فإذا تورَّع وفارق لزمه نصف الصداق على القولين جميعا[١] ، خلاف ماقاله أبو عمران .

قال الشيخ : واختلف فيمن مَرَّ بيده على فخذ ابنته وظنَّ أنها زوجته قاصداً اللَّذة ، أو وطئها بالليل غَلَطاً ، فقال جماعة من فقهاء القرويين وأئمتهم : إنها تحرم عليه زوجته ، وقال سحنون والليث وغيره : لاتحرم عليه[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن لم يبن بالثانية ثبت على نكاح الأولى ، أُمَّاً كانت أو ابنة ، دخل بها أم لا ، ويفسخ نكاح الثانية .

قال : وإن تزوج الأم ودخل بها ثم تزوج الابنة ودخل بها حرمتا عليه جميعاً ، ومحمل الجدات في التحريم محمل الأمهات ، ومحمل بنات البنات وبنات الأبناء محمل البنات[٢] .

فصل [٥ ــ فيما يكون سببا في تحريم المرأة على آباء الناكح وأبنائه]

ومن وطئ امرأةً أو قَبَّل أو باشر أو نظر للذَّة بملكٍ أو نكاحٍ صحيحٍ أو فاسدٍ أو حرامٍ بشبهةٍ أو في عدةٍ فإنها تحرم على آبائه وأبنائه ، وتحرم عليه ابنتها بنكاحٍ أو ملك .

وإن تزوجها في عدةٍ فلم يبْن بها حتى تزوج أُمَّها أو أختها ، أقام على نكاح الثانية ، لأن نكاح المعتدة غير منعقد ، وهي تحل لآبائه وأبنائه مالم يتلذَّذ منها بشيء.

---

(١) أي القول بأن فراق المزني بها واجب أو مستحب .
انظر : المصدر نفسه ل٢٣/ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢٤/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٥،٢٧٦ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

وروى ابن وهب : إن النبي عليه الصلاة والسلام قال في الـذي يـتزوج المـرأة فيَغْمزُها ولايزيد على ذلك : لايتزوج ابنتها[١] .

وقال ابن مسعود : إذا قَبَّلها أو جلس بين فخذيها فلايتزوج ابنتها[٢] [٣] .

---

(١) لم أعثر على هذا الحديث إلا في المدونة ،**وهو**من رواية ابن وهب عـن يحيى بـن أيـوب عـن ابـن جُريج يرفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسـلم ... الحديـث . انظـر : المدونـة ٢/٢٧٥-٢٧٦ .
وهو ضعيفٌ لإرسال ابن جُريج ، وقد قال عنه الحافظ ابن حجر : كان يُدلِّـس ويُرسـل ، مـن السادسة . انظر : التقريب ١/٦١٧ رقم (٤٢٠٧) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب ﴿وَرَبَآئِبُكُمُ﴾ ٦/٢٧٧ رقم (١٠٨٢٧) .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٥،٢٧٦ .

[الباب الثاني]
في المحرمات من النساء ، ومن وطئ امرأته أو ابنتها بزنا أو نكاح ، وما تجب به الحرمة

[فصل ١ ــ في المحرمات من النساء]

قال الله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ فهؤلاء بالقرابة سبع ، وقال : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ ٱللَّاتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمْ﴾ إلى قوله : ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾(١) وقال تعالى قبل ذلك : ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾(٢) وقوله تعالى : ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾(٣) / لم يعن به دون أبناء الرضاع(٤) ، لكن دون من يدَّعي ابناً بالتبني(٥)(٦) ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام [٩٤/أ]

---

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) فإن زوجة الابن من الرضاع تحرم على أبيه منه ، لأنه يحرم من الرضاع مايحرم من النسب .

(٥) التبني : هو اتخاذ الولد ابناً وهو ليس له بابنٍ في الأصل .
انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٢١ .

(٦) لذا قال ابن العربي : الفائدة في قوله تعالى : ﴿مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾:ليسقط ولد التبني ، ويذهب اعتراض الجاهل على رسول الله صلى الله عليه وسلم في نكاح زينب زوج زيد ، وقد كان يُدعى له فنهج الله سبحانه ذلك ببيانه .
أحكام القرآن ٣٧٩/١ .

قد كان تبنّى زيد بن حارثة[١] ، ثم تزوج زوجته زينب بنت جَحش[٢] ، فأنزل الله تعالى فيهما[٣] ، وأمر أن يُدعوا لآبائهم[٤] [٥] .

---

(١) هو زيد بن حارثة بن شراحيل الكعبي ، وهبته خديجة بنت خويلد لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوجها ، فتبناه رسول الله بمكة قبل النبوة ، فكان يدعى زيد بن محمد فلما جاء الإسلام نزل قوله تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ فدعي زيد بن حارثة ، شهد بدراً ومابعدها ، وقد زوّجه رسول الله زينب بنت جحش ، وقبلها زوّجه مولاته أم أيمن فولدت له أسامة ، قتل في غزوة مؤتة وهو أمير ، واستخلفه رسول الله في بعض أسفاره على المدينة .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٥٢٥/١ ، الإصابة ٥٤٥/١ .
وقد أخرج البخاري تبنّي رسول الله صلى الله عليه وسلم زيدا ، كتاب تفسير القرآن ، سورة الأحزاب ، باب ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ﴾ ٢٢/٦ .

(٢) هي أم المؤمنين زينب بنت جحش بن رئاب الأسدية زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، أمها أميمة بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة خمس من الهجرة ، وقيل سنة ثلاث ، وكانت قبله تحت زيد بن حارثة ، كانت صالحة صوّامة قوّامة ، وكانت صناع اليدين فكانت تدبغ وتخرز وتتصدق به في سبيل الله ، وهي أول نساء النبي صلى الله عليه وسلم لحوقاً به ، فتوفيت سنة عشرين في خلافة عمر ابن الخطاب .
انظر : الطبقات ٨٠/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٠٦/٤ ، الإصابة ٣٠٧/٤ .
وقد سبق تخريج زواج رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ص١١٧ .

(٣) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنْعَمَ اللهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَااللهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَايَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَراً وَكَانَ أَمْرُ اللهِ مَفْعُولاً﴾ . سورة الأحزاب : آية ٣٧ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوٓا آبَآءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِن مَّاتَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللهُ غَفُوراً رَّحِيماً﴾ . سورة الأحزاب : آية ٥ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/أ .

فحرَّم الله تعالى من النسب سبعًا ، ومن الصِّهر والرضاع سبعًا ، وحرَّم الرسول عليه الصلاة والسلام من ذلك بالرضاع مايحرم من النسب[١] ، فهؤلاء محرماتٌ على التأبيد ، إلا الجمع بين الأختين فإنما هو تحريمٌ في حالٍ جَمْعِهما ، وحرَّم غير هؤلاء في حالٍ دون حالٍ، فمن ذلك نكاح الخامسة[٢] ، وحرَّم المحصنات من النساء ـ يقول ذوات الأزواج ـ إلا ماملكت أيمانكم[٣] ، يقول : بالسبي ولهن أزواجٌ بدار الحرب .

قال ابن حبيب : أو سُبين معهم[٤] .

وحرَّم نكاح المشركات حتى يؤمن[٥] ، فهن محرماتٌ بنكاحٍ أو ملكٍ، وحرَّم نكاح المعتدة حتى تنقضي عدتها[٦] ، والمبتوتة على الذي أبتَّها حتى تنكح زوجًا غيره[٧] .

---

(١) فقال عليه الصلاة والسلام : "يحرم من الرضاع مايحرم من النسب" .
أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم ١٤٩/٣ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ١٠٧٠/٢ رقم (١٤٤٥) .
وسيأتي تفصيل ذلك في كتاب الرضاع .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَانكِحُواْ مَاطَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ . سورة النساء آية ٣ .

(٣) يشير إلى قوله تعالى بعد آية المحرمات : ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّاوَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ . سورة النساء : آية ٢٤ .

(٤) النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَاتَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢١ .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَاتَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَاتَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

ونهى النبي عليه الصلاة والسلام عن نكاح المتعة[١] ، ونكاح المُحْرِم[٢] ، ونكاح المحلِّل[٣] ، ونكاح الشغار[٤][٥] ، وقد مضى تفسير بعض ذلك[٦] ، ويأتي تفسير باقيه في مواضعه إن شاء الله تعالى .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بنكاحٍ صحيحٍ ، أو في إجازته اختلاف حرمت بالعقد دون الوطء على آبائه وإن بعدوا وأبنائه وإن سفلوا بنسبٍ أو رضاع ، وحرمت عليه أمهاتها ، ولاتحرم عليه ابنتها بالعقد على الأم دون الوطء أو الالتذاذ .

وأما إن تزوج ذات محرمٍ أو رضاعٍ أو معتدةٍ لم تحرم بالعقد فقط على آبائه ولأبنائه ، ولاتحرم عليه أمها[٧] .

---

(١) سبق تخريجه ص١٢٧ .

(٢) سبق تخريجه ص٩٠ .

(٣) فصح أنه صلى الله عليه وسلم قال : "لعن الله المُحلِّل والمُحلَّل له" .
أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في التحليل ٥٦٢/٢ رقم (٢٠٧٦،٢٠٧٧) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في المحلل والمحلل له ٤٢٨/٣ رقم (١١١٩،١١٢٠) وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب إحلال المطلقة ثلاثا ومافيه من التغليظ ١٠٩/٦ رقم (٣٤١٦) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب المحلل والمحلل له ٦٢٢/١ رقم (١٩٣٤) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٧/٢ رقم (٢٨٠٤،٢٨٠٥) وصححه ووافقه الذهبي ، وقال الحافظ ابن حجر : صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري .التلخيص الحبير ١٧٠/٣ .

(٤) سبق تخريجه ص٩ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٢/ب ، ٢٣/أ .

(٦) أي في كتاب النكاح الأول .

(٧) انظر : تهذيب المدونة ص٩٣ .

فصل [٢ ــ فيمن وطئ أم امرأته أو ابنتها بزنا أو نكاح]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زنى بأمِّ زوجته أو بابنتها فليفارق زوجته ولايقيم عليها[١] .

وقال في الموطأ : لايُحَرِّم الزنا حلالاً[٢] .

قال سحنون وأصحابه على مافي الموطأ : لااختلاف بينهم فيه[٣] ، وهو الأمر عندهم فيه ، وقاله عددٌ من الصحابة والتابعين[٤] .

قيل لابن القاسم : فإن تزوج أُمَّ[٥] امرأته وهو يعلم أنها أمها أتحرم عليه زوجته؟ قال : قد أخبرتك أن مالكًا كره أن يقيم عليها بعد الزنا بأمها ، فنكاحه لأمها وزِنَاه بها في هذا سواء ، إلا أن يُعذَر بجهالةٍ في تزويجه ولايُحد ، ويُلحق به الولد ، ويكون هذا آكد في التحريم من الزنا للحوق النسب وزوال الحد[٦] . يريد وإذا لم يعذر بجهلٍ في نكاحه لزمه الحد وفارق زوجته على أحد قولي مالك ، وإذا عُذِر بالجهالة لم يحد ولزمه فراقها بلااختلاف من قول مالك .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٧٧ .

(٢) انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب مالايجوز من نكاح الرجل أم امرأته ٢/٤٢١ .

(٣) أي في أن الزنا لاتقع به حرمة ، لكن قال ابن حبيب : ورجع مالك عما في الموطأ أن الزنا لاتقع به الحرمة إلى أن ذلك تقع به الحرمة . انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٨/أ .

(٤) وهم ابن عباس وابن عمر ومعاذ بن جبل وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهري .
انظر : سنن البيهقي ، كتاب النكاح ، باب الزنا لايحرم حلالا ٧/٢٧٣، ٢٧٤ رقم (١٣٩٦٠، ١٣٩٦٢، ١٣٩٦٣) .

(٥) "أم" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢٧٨ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

[فصل ٣ ــ فيما تجب به الحرمة]

قال[١] : ومن زنى بامرأةٍ أو تلـذَّذ منها حراماً فلاأحـب لـه أن يـتزوج أمهـا ولاابنتها ، ولاأحب لابنه ولالأبيه أن يتزوجها أبداً ، وإن كانت في عصمة أحدهمـا فليفارقها ـ يريد على أحد قولي مالك ـ ولابأس أن يتزوجها هو نفسه بعد الاسـتبراء من مائه الفاسد[٢] .

قال الشيخ : وقوله تعالى : ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ إلى قولـه ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[٣] ، فالنكاح هاهنا الزنـا ، أي لايزنـي بهـا إلا زانٍ أو مشرك ، وروي عــن ابـن عبـاس رضـي الله عنهمـا[٤] ، وقـال ابـن المسـيب : إنهـا منسوخةٌ بقوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾[٥] [٦] .

قال ابن حبيب : ولايجوز نكاح الزانية المجاهرة وذات الخِـدْن[٧] ، ويسـتحب لمن تحته امرأة تزني أن يفارقها ، وإن بُلِيَ بحبِّها فليحبسها ، وروي ذلـك عـن النبي

---

(١) أي ابن القاسم .

(٢) انظر : المدونة ٢٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٣) سورة النور : آية ٢ .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب نكاح المحدثين وماجاء في قول الله عز وجل : ﴿ٱلزَّانِـيْ لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ الآية ٢٤٨/٧ رقم (١٣٨٦٧) .

(٥) سورة النور : آية ٣٢ .

(٦) أخرجه البيهقي أيضاً ٢٤٩/٧ رقم (١٣٨٦٩) .

(٧) الخدن : هو الصديق في السر ، والجمع أخدان .
انظر : تحفة الأريب ص١١٤ ، المصباح المنير ص١٦٥ .

صلى الله عليه وسلم[١] ،ومـاعُلم مـن ذلـك فعليـه الاسـتبراء بثـلاث حيـض ، وفي مملوكته بحيضة[٢] .

وفي كتاب ابن المواز : قال ابن وهب عـن مـالك في المـرأة المُعلِنـة بالسـوء : لاأرى للرجل أن يتزوجها ، ولست أراه حراماً[٣] [٤] .

---

(١) من رواية ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقـال : إن امرأتي لاتمنع يد لامِس ، قال غربها . قال : أخاف أن تتبعها نفسي ، قال : "فاستمتع بها" . أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ٢/٥٤١،٥٤٢ رقـم (٢٠٤٩) ، والنسـائي ، كتـاب النكـاح ، بـاب تزويـج الزانيـة ٦/٥٠ رقـم (٣٢٢٩) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايستدل به على قصـر الآيـة علـى مـانزلت فيـه أو نسـخها ٧/٢٥٠ رقم (١٣٨٧١) .
وصحح إسناد هذا الحديث ابن حجر ، وأطلق عليه النووي الصحـة . انظـر :التلخيـص الحبـير ٣/٢٢٥ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٧/ب .

(٣) في ز زيادة "إن تزوجها" .

(٤) المصدر نفسه ل٢٤٧/ب .

[الباب الثالث]
في وطء الأختين بنكاح أو ملك والجمع بين النساء

[فصل ١ ــ في الجمع بين الأختين بنكاح]

قال الله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[١] ، قال ابن حبيب : يقول : في الجاهلية ، يقول : فإنه مغفورٌ لكم ، وكانت مُضَرُ خاصة تحرِّم من ذلك ماحرم الإسلام إلا امرأة الأب ، والجمع بين الأختين أخذوه من ملة إبراهيم عليه السلام[٢] .

قال غيره : وأما الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فمحرَّمٌ بدليل القرآن وبنصِّ السنة ، فدليل القرآن قوله تعالى : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُواْ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾[٣] ، والسنة : نهيه عليه الصلاة والسلام أن يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها[٤] ، ولاخلاف في ذلك[٥] .

قال ابن بُكَير[٦] : والمعنى الجامع بينهن[٧] أن كلَّ امرأتين من ذوات المحارم لو

---

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .
قال ابن العربي : نكاح الأختين كان شرعًا لمن قبلنا فنسخه الله عز وجل فينا . أحكام القرآن ٣٨٠/١ .

(٣) المراد أن هذه الآية دلَّت على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها بطريق التنبيه ، فنصَّ على تحريم الأختين ونبَّه على تحريم ماسواهما .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب لاتنكح المرأة على عمتها ١٢٨/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ١٠٢٨/٢ رقم (١٤٠٨) .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .

(٦) هو أبو زكريا يحيى بن عبد الله بن بكير القرشي المخزومي مولاهم ، المصري ، إمامٌ ، محدثٌ ، فقيهٌ ، حافظٌ ، سمع من مالك موطأه مرات ، وسمع من الليث بن سعد ، وابن لهيعة ، والمغيرة المخزومي ، وعبد العزيز بن أبي سلمة ، وابن وهب وغيرهم . توفي سنة ٢٣٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٢٨/١ ، الديباج ٣٥٩/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٠/٩ .

(٧) أي بين المحرمات بسبب الجمع .

كان موضع إحداهما ذكَرًا لم تحل له الأخرى لم يجز لجامعٍ أن يجمع بينهما ، وهذه علةٌ لاتنكسر ألبتة ، وإنما جاز الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها لانخرام ذلك وذلك أنا إذا جعلنا موضع الابنة ابنًا لم تحل له زوجة أبيه ، وإذا جعلنا موضع الزوجة رجلاً لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجلٍ أجنبي ، فلهذه العلة أجزنا الجمع بينهما ، وفي الأختين[١] لاينخرم ذلك من الجهتين[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أختًا بعد أختٍ فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما فليثبت على الأولى ويفارق الأخرى فسخًا بغير طلاق ، وكذلك كل من يحرم الجمع بينهن ممن يجوز له نكاح إحداهما بعد صاحبتها ، وللمدخول بها المسمى أو المثل إن لم يسم[٣] .

قال أشهب : فإن بنى بهما ثم مات ولم تعلم الأولى منهما ، وكلاهما تدعي أنها هي الأولى فلتحلفا ، ويكون لكل واحدةٍ صداقها المسمى ، والميراث بينهما نصفين[٤] ، وعلى كل واحدةٍ عدة الوفاة مع الإحداد .

محمد : ومع ثلاث حيض[٥] .

قال الشيخ : فإن حاضت في الأربعة الأشهر وعشرٍ أجزأها ذلك .

ابن حبيب : فإن لم يبن بهما فالميراث بينهما ، ولكلِّ واحدةٍ نصف صداقها وإن بنى بواحدة معروفةٍ فلها الصداق ونصف الميراث ، وللأخرى نصف الصداق ونصف الميراث .

وإن نكحهما في عُقدةٍ فلاميراث لهما ، ومن بنى بها فلها الصداق ولاصداق للأخرى[٦] .

---

(١) في التهذيب : "ذوات المحارم" ، وهو أعم .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٩، ٢٨٠ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٤) قال ابن المواز : لأن وطأه الأخرى هاهنا لايفسخ نكاح الأولى فقد مات وهي امرأته بكل حال . النوادر والزيادات ل٢٤٨/ب .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٤٨/ب ، تهذيب الطالب ل٢٤/ب .

(٦) قال مالك : وكذلك إن كانت واحدة عمة الأخرى أو خالتها .

قال أشهب في كتاب محمد فيمن نكح أختًا بعد أخت ولكل واحدةٍ شهودٌ ولم تُؤرِّخ البينة ولم تُعْرَف الأولى : فالزوج مصدَّق فيمن قال : إنها الأولى ، ويفارق الأخرى بغير صداقٍ ولاطلاق .

محمد : وهذا صواب ، وذكر عنه أنه قال : ولو قال في إحداهما : ماتزوجتها ، قبل قوله .

محمد : وهذا لايعجبني .

فإن لم يذكر الآخرة بعينها فُرِّق بينه وبينهما كالقائل : جَهِلْتُ الأولى[1] .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أخته من الرضاعة ففرق بينهما بعد البناء فلها المسمى[2] .

قال مالك : ومن نكح أختين في عقدةٍ ولم يَعلم هو ولاهما بذلك فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما ثم علم بذلك فليفارقهما ، وينكح أيتهما شاء بعد استبرائها إن مسها ، ولاخيار له في حبس إحداهما .

قال ابن القاسم : ومن وطئ أمةً بالملك ثم تزوج أختها لم يعجبني ذلك ، لأن مالكًا قال : لاينبغي للرجل أن ينكح إلا امرأةً يجوز له وطؤها إذا نكحها .

قال ابن القاسم : وهذه عندي لايستطيع إذا تزوجها أن يطأها ولايقبِّلها ولاياشرها حتى يحرِّم فرج أختها ، ولايجوز له أن ينكح إلا في الموضع الذي يجوز له الوطء فيه ، إلا أنه إذا نكحها لم أفرق بينها وبينه ، وأوقفته عنها حتى يحرم / [٩٥/أ] فرج أيتهما[3] شاء .

قال سحنون : وقد قال عبد الرحمن : إن النكاح لاينعقد ، وهو أحسن قوليه[4] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٤٩/أ ، تهذيب الطالب ل٢٤/ب .

(٢) في تهذيب المدونة زيادة "أو المثل إن لم يسم" .

(٣) في أ ، ب "ابنتها" ، وهو تصحيف .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٧٩، ٢٨٠ .

وقال أشهب في كتاب الاستبراء : عقد النكاح تحريمٌ للأمة كان يطؤها أو لا[١] .

ابن المواز : وقاله ابن عبد الحكم ، قالا[٢] : لأنه لو لم يكن وطئ الأولى لم يكن مخيرًا في وطء من شاء ، كما لو اشتراهما ، وإنما له وطء المتزوجة ، ولو وطئ الأولى لم تحرم بذلك المتزوجة[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن باع أمةً وطئها ثم تزوج أختها فلم يطأها حتى اشترى المبيعة ، لم يطأ إلا الزوجة ، وليس عليه أن يحرِّم فرج جاريته ، والعقد هاهنا في الزوجة كالوطء في الملك[٤] .

[فصل ٢ ــ في الجمع بين الأختين بملك اليمين]

قال عبد الوهاب : أما الجمع بين وطء الأختين بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح في المنع[٥] ، واختلف فيه الصدر الأول ، فذهب قومٌ إلى جواز الجمع بينهما بملك اليمين ، ودليلنا : قوله تعالى : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَاقَدْ سَلَفَ﴾[٦] فَعَم ، لأن وطء المِلك أحد نوعي استباحة الفرج في الشرع[٧] ، فهو كالنكاح ، ولأن الذي له مُنِعَ ذٰلك في النكاح خيفة العداوة والتباغض وقطع الأرحام ، وذلك يستوي فيه النكاح والملك[٨] .

---

(١) أي أنه ينعقد . تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٢) أي أشهب وابن عبد الحكم .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/ب .

(٤) أي في تحريم الأخت . انظر : المدونة ٢٨١/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢٨١/٢ ، الرسالة ص٢٠٣ .

(٦) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٧) فالفرج لايستباح في الشرع إلا بأحد أمرين وهما : النكاح ، وملك اليمين ، لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ . فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ . سورة المؤمنون : آية ٥-٧ .

(٧) انظر : المعونة ٨٠٨/٢، ٨٠٩ .

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى أختين فوطئ إحداهما فلايطأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ ، فإن باع التي وطئ ، ثم وطئ الباقية ، ثم اشترى المبيعة تمادى على وطء الباقية .

قال ابن القاسم : ولو لم يطأ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتهما شاء ، ولو أنه حين وطئ إحداهما وثب على الأخرى فوطئها قبل أن يحرِّم عليه التي وطئ وقف عنهما[١] حتى يحرِّم أيتهما شاء[٢] .

قال في كتاب الاستبراء : فإن حرَّم فرج الثانية أقام على وطء الأولى ، وإن حرم فرج الأولى لم يطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه ، وليحرِّم فرج إحداهما ببيعٍ ، أو بنكاحٍ ، أو عتقٍ إلى أجلٍ ، أو بما تحرم عليه[٣] .

قال ابن المواز : فإن باعها فلايطأ الباقية حتى تخرج المبيعة من الاستبراء[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن ظاهرمنها لم تحل له أختها ، إذ له الكفارة ، وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه الصغير أو يتيمٍ في حجره ، إذ له الاعتصار والانتزاع والبيع من نفسه ، وكذلك إن زوجها تزويجًا لايقرَّان عليه ، أو باعها من أجنبيٍّ بيعًا فاسداً ، إلا أن تفوت في البيع الفاسد فتحل له أختها ، وإن باعها وبها عيوبٌ حلَّت له أختها ، وهو بيعٌ حتى ترد ، وإن أُسرت أو أَبَقت إباق إياس حلت له أختها[٥] .

قال ابن حبيب : ولو أخدمها شهرًا وشبهه لم تحل له أختها ، وإن أخدمها سنين كثيرة أو حياة المخدم فذلك يحل[٦] له أختها ، قاله ابن الماجشون[٧] .

---

(١) "عنهما" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٨١ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٣/١٣٨،١٣٩ .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/أ .
(٥) انظر : تهذيب المدونة ص١١١ .
(٦) في أ ، ب "فكذلك تحل" ، وهو تحريف .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/ب .

ومن كتاب[١] النكاح:قال ابن القاسم : ومن اشترى أختاً بعد أختٍ فله أن يطأ الأولى أو الأخيرة ، وأما من تزوج امرأةً فلم يمسها حتى اشترى أختها فليقِم على وطء الزوجة ،ولايطأ التي اشترى حتى يفارق زوجته ، فإن وطئ المشتراة كفَّ عن الزوجة حتى يحرم فرج الأمة ، ولايفسد هاهنا النكاح على حال الصحة عُقدة الزوجة[٢] .

ابن المواز : قال أشهب : إذا وطئ المشتراة فلايكفُّ عن وطء زوجته ، بل يطؤها[٣] ، لأن فرج أختها حرامٌ بالنكاح في هذه[٤] .

ومن المدونة : ومن زوَّج أم ولده ثم اشترى أختها فوطئها ، ثم رجعت إليه أم الولد ، أقام على / وطء الأمة ، ولو ولدت منه الأمة ثم زوجها وأختها ثم [٩٥/ب] رجعتا إليه جميعاً وطئ أيتهما شاء ، إلا أن يطأ أُولَاهما رجوعاً ، وماوجب في أختي النسب وجب مثله في أختي الرضاع في هذا[٥] ، وكثيرٌ من هذا في كتاب الاستبراء[٦] .

فصل [٣ ــ في نكاح أخت مطلقته طلاقا بائنا في عدتها]

ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً فله تزويج أختها في عدتها ، وكذلك خامسةٍ في عدة رابعةٍ مبتوتة ، وإن طلقها طلقةً فادعى أنها أقرت بانقضاء العدة ، وذلك في أمدٍ تنقضي في مثله العدة فأكذبته فلايصدَّق في نكاح الخامسة ، أو الأخت ، أو قطع النفقة والسكنى ، لأن مالكاً قال : القول في العدة[٧] قول المرأة ، فإن نكح

---

(١) "كتاب" ليست في ز .
(٢) انظر : المدونة ٢٨٢/٢ .
(٣) وقال ابن القاسم : إنه يقف عنهما حتى يحرم إحداهما كما تقدم قريباً .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/ب .
(٥) انظر : المدونة ٢٨٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .
(٦) وسيأتي وهو الكتاب الثالث عشر .
(٧) في أ ، ب زيادة "في" .

الأخت أو الخامسة فسخ النكاح[١] الثاني إلا أن يأتي هو على قولها ببينةٍ أو بأمرٍ يُعرف به إنقضاء العدة[٢] .

[فصل ٤ ــ في الجمع بين النساء]

ولايجمع بين أختين من نسبٍ أو رضاع ، ولابين المرأة وبنات أخيها أو بنات أختها ، أو مع بنات بينهم الذكور والإناث من نسبٍ أو رضاع ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[٣] ، ولأن المرأة خالة بنت أختها ، وعمة بنت أخيها ، وقد روى ابن وهب عن علي بن أبي طالب وأبي هريرة رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن جمع الرجل بين المرأة وعمّتها وبين المرأة وخالتها[٤] .

قال ابن شهاب : ولابينها[٥] وبين[٦] من لأبيها أو لأمها[٧] من عمةٍ أو خالةٍ في عصمة نكاحٍ ولافي[٨] وطءٍ بملكٍ أو بنكاح[٩] .

---

(١) "النكاح" ليست في ز .
(٢) انظر : المدونة ٢٨٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .
(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .
(٤) انظر : المدونة ٢٨٤/٢ .
وقد سبق تخريجه ص٣٣٦ .
(٥) أي ولايجمع .
(٦) "بين" ليست في أ .
(٧) في ز "لأبيها وأمها" .
(٨) "في" ليست في ز .
(٩) انظر : المصدر نفسه ٢٨٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

قال الشيخ : لأنها تقع من عمة الأب بنت ابن أخيها ومن خالته بنت ابن أختها ، وحكم بنات[١] الإخوة وإن سفلوا في الجمع حكم الاخوة .

وقد جعل العلماء لذلك أصلاً وهو أن ينظر إلى المرأتين اللتين يريد الجمع بينهما أن لو كانت إحداهما رجلاً والأخرى امرأة ، فإن حرم تناكحهما فيحرم الجمع بينهما ، وإن حل تناكحهما حل الجمع بينهما[٢] ، وهذا في النسب لافي الصهر[٣] .

ومن المدونة : قال مالك : ويجمع بينهن في الرق ، فإن وطئ إحداهن لم يطأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ .

وقال يحيى بن سعيد : لاينكح الرجل بنت ابن امرأته ولابنت ابنتها من غيره ولاشيئاً من أولادهما وإن بعدن عنها[٤] [٥] .

قال الشيخ : لأن حكم بنت البنت وبنت الابن وإن سفلتا حكم البنت في التحريم ، فبنت ابن امرأة الرجل وبنت ابنتها كابنتها ، وبنتها ربيبة ، فكذلك أولئك لهن حكم الربائب ، وهذا بين .

قال ابن حبيب : ومن قول مالك : أنه لايجوز لأبيك نكاح ابنة زوجتك من غيرك ، كانت زوجتك حينئذ في عصمتك أم لا[٦] .

قال ابن المواز : ويجوز أن ينكح مانكح أبو زوجتك أو ابنها من النسب .

---

(١) في أ ، ب "بنت" .

(٢) وقد تقدم ذكر هذا الأصل أول الباب من قول ابن بكير .

(٣) انظر : المعونة ٨٠٧/٢ .

(٤) "عنها" ليست في أ .

(٥) انظر : المدونة ٢٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٨/أ .

قال الشيخ : لأن أبا زوجتك ليس هو أبوك ، ولاابنها ابنك ، وليس كل من يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأةً يحرم عليك مانكح ، ألا ترى أن الأخ يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأةً ، لأنها أختٌ ، ولايحرم عليك مانكح من النساء فكذلك الربيب ،وإنما يقع التحريم فيما نكح الابن والأب خاصة .

ومن المدونة : قال عمر بن عبد العزيز : لايجمع بين المرأة وابنتها من ملك اليمين ، فقد نزل في القرآن النهي عنه[١] [٢] ، وإنما استحل ذلك من استحلَّه لقول الله تعالى : ﴿إِلاَّ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾[٣] ، وسئل عنه عثمان رضي الله عنه فقال : لايحل ذلك ، ونهى عنه علي بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وقالا : إنما أحل الله لك ماسمى لك سوى هؤلاء مما ملكت أيمانكم .

ابن القاسم : ومن وطئ أمةً له أو لولده فلم تحمل وامرأته أم لها / حرمت عليه امرأته ، لأنه ممن لاحد عليه فيها ، وهذا لااختلاف فيه ، والتي لاحد عليه فيها أشد في التحريم ممن عليه الحد . [٩٦/أ]

فإن حملت منه الأمة عتقت عليه ـ يريد إن بنى بالأم ـ وعليه قيمتها للابن ، وكذلك من ملك من ذوات المحارم فوطئها فحملت منه ، فإنه لاحد عليه وتعتق عليه ، إذ حرم عليه ماكان له فيها من المتعة ، وليس له أن يبقيها في الخدمة[٤] .

ومن مختصر المدونة لأبي محمد[٥] : قال ربيعة ويحيى بن سعيد : ولابأس أن يجمع بين ابنتي العم أو الخال ، وليس أبوهما واحداً .

قال مالك : ماأعلمه حراماً ، وغيره أحسن منه .

وقال يحيى بن سعيد : إنما كره لعلة التقاطع بينهما .

---

(١) "عنه" ليست في أ ، ب .

(٢) قال أبو الوليد الباجي : يريد والله أعلم قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية وفيها : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمْ﴾ سورة النساء : آية ٢٣ ، وهذا على أن يحمل النساء على مقتضى اللغة دون عُرْفها ، وكذلك الربائب ، فيكون التحريم عاماً في الوطء بالنكاح وبملك اليمين . المنتقى ٣٢٥/٣ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٤) انظر : المدونة ٢٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٥) في ز "ومن مختصر أبي محمد" وهو في النوادر والزيادات له ، وقد وثقته منه .

قال ربيعة ومالك : ويجمع بين المرأتين بينهما نسبٌ يحل لإحداهما أن لو كانت رجلاً نكاح الأخرى ،ولايجوز إن لم يحل أن يتناكحا ، وأما من قبل الصهر فذلك جائزٌ ، حل لأحدهما أن لو كانت رجلاً تزويج الأخرى أم لا .

قال مالك : ولابأس أن يجمع بين المرأة وربيبتها[١] ، وقد جمع عبد الله بن جعفر[٢] بين امرأة علي وبين ابنته من غيرها[٣] [٤] .

---

(١) قال ابن المواز : يريد ـ أي مالك ـ إذ ليس بينهما نسب .
النوادر والزيادات ل٢٥٠/أ .

(٢) هو أبو جعفر عبد الله بن جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي ، ولدته أمه أسماء بنت عميس بأرض الحبشة ، وقدم المدينة مع أبيه ، له صحبةٌ وروايةٌ ، عِدَادُه في صغار الصحابة ، استشهد أبوه يوم مُؤتَة فكفله النبي صلى الله عليه وسلم ونشأ في حجره ، كان كبير الشأن ، اشتهر بالكرم والجود وله في ذلك أخبارٌ كثيرةٌ شهيرةٌ ، توفي بالمدينة سنة ٨٠هـ .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٦٦/٢ ، سير أعلام النبلاء ٥٢٥/٤ ، الإصابة ٢٨٠/٢ .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب مايحل من النساءومايحرم ١٢٦/٦ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٠/أ .

[الباب الرابع]
مايحصن الزوجين ، ويحل المبتوتة
وحكم الردة في ذلك

[فصل ١ ــ في معاني الإحصان]

وفرض الرسول عليه الصلاة والسلام الحكم بالرجم فيمن أُحصن بنكاحٍ من الأحرار البالغين[١] ، وقضى به هو[٢] والخلفاء بعده[٣] .

وحرَّم الله تعالى في كتابه المبتوتة بالثلاث على التي أبتَّها حتى تنكح زوجًا غيره[٤] ، وأبان ذلك الرسول عليه الصلاة والسلام[٥] بقوله : "حتى تذوق

---

(١) وقد دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "خذوا عني ، خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مئةٍ ونَفْي سنةٍ ، والثيب بالثيب جلد مئةٍ والرجم" .
أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب حد الزنا ١٣١٦/٣ رقم (١٦٩٠) .

(٢) كرجمه لماعز بن مالك رضي الله عنه ، أخرجه البخاري ، كتاب المحاربين ، باب لايرجم المجنون والمجنونة ٢٢/٨ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣١٨/٣ رقم (١٦٩١) .

(٣) قضاء أبي بكر وعمر أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب مايستدل به على أن جلد المئة ثابت على البكرين الحرين ومنسوخ عن الثيبين ، وأن الرجم ثابت على الثيبين الحرين ٣٧٠/٨ رقم (١٦٩٢٢) .
وقضاء عثمان أخرجه البيهقي أيضاً ، كتاب الحدود ، باب من أجاز ألا يحضر الإمام المرجومين ولاالشهود ٣٨٣/٨ رقم (١٦٩٦٠،١٦٩٦١) .
وقضاء علي أخرجه البخاري ، كتاب المحاربين ٢١/٨ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٥) أي أبان المراد بالنكاح في الآية .

العُسَيْلَة"[١] [٢] .

والإحصان على وجوه: إحصان حريةٍ، وإحصان نكاحٍ[٣] ، وإحصان عفافٍ، وإحصان إسلامٍ.

فإحصان الحرية قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَاتِ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[٤] ، وقوله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ٱلْمُؤْمِنَاتِ﴾[٥] ، وقوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَاتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾[٦] أي الحرائر .

وإحصان التزويج قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٧] يعني بالسبي ولها زوج ، وقوله : ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ﴾[٨] .

وإحصان العفاف قوله تعالى : ﴿وَٱلَّتِيٓ أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا﴾[٩] ، ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[١٠] .

---

(١) قال ابن الجوزي في بيان معنى العسيلة : شبَّه لذَّة الجماع بالعسل ، فأنَّث العسيلة لأنه شبَّهها بقطعةٍ من العسل ، والعرب تُؤنث العسل وتُذكِّره . غريب الحديث ٢/٩٦ .

(٢) وقد قال ذلك لامرأة رِفَاعة القُرظِي لما طلقها ثلاثاً وتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ، فجاءت تذكر أن مامعه مثل هدبة الثوب ، فقال عليه الصلاة والسلام : "لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ ، لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته" . أخرجه البخاري كتاب الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث ٦/١٦٥ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب لاتحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ٢/١٠٥٥،١٠٥٦ رقم (١٤٣٣) .

(٣) "إحصان نكاح" ليست في أ ، و"نكاح" ليست في ب .

(٤) سورة المائدة : آية ٥ .

(٥)،(٦) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٨) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٩) سورة الأنبياء : آية ٩١ .

(١٠) سورة النور : آية ٤ .

وإحصان الإسلام قوله تعالى : ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ﴾[١] أي أسلمن ، وقاله ابن مسعودٍ وغيره[٢] .

قال الشيخ : وحكي عن أبي عمران في قوله تعالى : ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ﴾ أنه قال : من قرأ (أُحْصِنَّ) بضم[٣] الهمزة فتأويله : تزوجن[٤] ، وهو إحصان النكاح ، فيكون حد الأمة المتزوجة على هذه القراءة بنصِّ القرآن ، وحد غير المتزوجة بالحديث الذي رواه أبو هريرة وزيد بن خالدٍ[٥] رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم[٦] .

ومن قرأ (أَحْصَنَّ) بفتح الهمزة فيحتمل تأويله أن يكون : أسلمن ، فتكون المتزوجة ، وغير المتزوجة على هذا التأويل[٧] داخلة في الآية .

قال الشيخ : وإحصان النكاح[٨] يجب بخمسة أوجه : بالإسلام والحرية والبلوغ والعقل والنكاح الصحيح ، واختُلف في وجهٍ سادسٍ وهو الوطء الفاسد ، فقيل : لايحصِّن ، وقيل : يحصِّن[٩] .

---

(١) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٢) كالشعبي والزهري ، انظر : أحكام القرآن ٤٠٤/١ .

(٣) "بضم" ليست في أ ، ب .

(٤) وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير . انظر : المصدر نفسه ٤٠٤/١ .

(٥) هو زيد بن خالد الجهني ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عثمان وأبي طلحة وعائشة وغيرهم ، شهد الحديبية ، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح ، حديثه في الصحيحين وغيرهما ، توفي بالمدينة سنة ٧٨هـ ، وقيل ٦٨هـ ، وقيل مات قبل ذلك في خلافة معاوية . انظر : الطبقات ٢٥٦/٤ ، الاستيعاب مع الإصابة ٥٣٩/١ ، الإصابة ٥٤٧/١ .

(٦) ونصه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت و لم تحصن؟ قال : "إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير" . قال ابن شهاب : لاأدري أبعد الثالثة أو الرابعة .
أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع العبد الزاني ٢٦/٣ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا ١٣٢٩/٣ رقم (١٧٠٣) .

(٧) "على هذا التأويل" ليست في أ ، ب .

(٨) "النكاح" ليست في أ .

(٩) وسيأتي ذكر ذلك في هذا الباب .

[فصل ٢ ــ في الإحصان والإحلال بوطء الصغيرة والمجنونة]

قال ابن القاسم : ومن تزوج صغيرةً لم تُحصن ، ومثلها يُجَامَع ، فوطئها أحصنته و لم يحصنها ولكنه يحلّها ، والمجنونة المغلوبة على عقلها تحصن واطئها ولايحصنها ، وقال بعض الرواة : يحصنها ، لأنها بالغةٌ مسلمةٌ ونكاحها حلال[١] .

قال الشيخ : يريد ابن القاسم إذا كان العقد في الصحة ووطئها في حال جنونها ثم أفاقت فلم يطأها حتى زنت ، أن وطأها في حال جنونها لايحصنها حتى يطأها بعد إفاقتها ، وفي قول غيره : يحصنها وطؤه ذلك وإن لم يطأها بعد إفاقتها .

[فصل ٣ ــ في الإحصان والإحلال بوطء الصبي]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : / وإن لم يحتلم الصبي ومثله يقوى على [٩٦/ب] الجماع ، فزوَّجه أبوه أو وصيه امرأةً فبنى بها وجامعها لم يحصنها ولايحلها ، ولايجب لها بوطئه مهرٌ ولاعدة عليها إن بارا عنه أبٌ أو وصي ، لأن وطء الصبي ليس بوطء ، وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه وبين هذه المرأة[٢] .

قال مالك : ولاحد على كبيرةٍ زنت بصبيٍّ صغيرٍ لم يبلغ ، وأما الصبية فهي تحصِّن الكبير[٣] .

قال ابن المواز : وعلى هذا جماعة أصحاب مالك ، وقاله مالك .

ابن وهب : وقاله يحيى بن سعيد ، وقال : إنما ذكر الصبي بمنزلة الأصبع ،ولو زنى رجلٌ بصبيةٍ مثلها يوطأ إلا أنها لم تحصن لحَدٍ ، و لم تحد الصبية ، وقاله الأوزاعي ومالك والليث .

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٢٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٣) انظر : المدونة ٢٩١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

[فصل ٤ ــ في الإحصان والإحلال بوطء الخصي والمجنون]

ومن المدونة : وإذا تزوجت المرأة خصيًا قائم الذكر فوطئها قبل علمها به ثم علمت به ، فاختارت فراقه لم يحلها وطؤه ذلك ، ولم يكن إحصاناً لها ولاله ، ولايكون الإحصان عند مالك إلا مايقام عليه الحد[١] ولاخيار فيه .

وإن وطئها بعد علمها به ورضاها انقطع خيارها وأحلها وطؤه ذلك ، وكانا به محصنَين[٢] ، لأنه نكاحٌ يُغتَسل منه ، ويجب بوطئه الصداق والحد .

وكذلك إن تزوجت مجنوناً[٣] ولم تعلم به فلها الخيار في فراقه ، وإن وطئها بعد علمها به ورضاها أحصنها ذلك ، لأنه نكاح صحيح ، ووطؤه يوجب الصداق والحد[٤] .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وسواءٌ كان[٥] مقطوع الحشفة أو غير مقطوعها[٦] .

قال الشيخ : وهذا هو ظاهر المدونة[٧] ، وذكر عن سحنون أنه قال : إنما يكون لها الخيار إذا كان مقطوع الحشفة ، لأن اللذة فيها ، واما إن كان غير مقطوع الحشفة فلاخيار لها ، ولاحجة لها أنه لايولد لمثله كما لاحجة لها إذا تزوجت رجلاً فوجدته عقيماً لايولد له .

---

(١) الحد" ليست في ز ، ب .
(٢) في أ ، ب "وكان به محصنا" .
(٣) في ز "مجبوبا" ، وهو تصحيف .
(٤) انظر : المدونة ٢٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .
(٥) أي الخصي .
(٦) أي فإنه يحلها وطؤه ، قال ابن القاسم : وكذلك لو كان مقطوع الحشفة مع الأنثيين فذلك يحلها . النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .
(٧) انظر : المدونة ٢٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

وقال أبو القاسم بن الكاتب : انظر إن كان إنما جعل لها الخيار لأنه لاينزل الماء الدافق فصار وطؤه ناقصاً لذلك ، ويؤيد ذلك إجماعهم أن ليس للرجل أن يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها ، فدل أن الإنزال من حق الزوجة ، وليس كذلك الرجل العقيم لتكامل وطئه بإنزاله ، وإذ قد يولد له بعد ذلك .

قال ابن المواز : مذهب ابن القاسم إذا صح العقد ثم وطئها بعد ذلك في حال جنونه أحلها وأحصنها ، ولم يحصنه ذلك[١] .

وقال أشهب : لايُحلها ولايحصنها ، وإن كان سليمٌ وطئ مجنونةً في حال جنونها فذلك يُحصنها ويُحلها ، لأن الوطء للرجل وإليه يُنظر .

وقال عبد الملك : لاأبالي من كان منهما مجنوناً أو كانا مجنونين جميعاً في حال الوطء ، فذلك يُحل ويحصن إذا صح العقد في الإفاقة ، ويعقد[٢] من يجوز عقده عليها[٣] .

[فصل ٥ ــ في الإحصان والإحلال بوطء العبد للحرة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجت الحرة عبداً أذن له سيده في النكاح ، فوطئها قبل علمها به لم يحصنها ولم يُحلها ولها الخيار في فراقه حتى تعلم ، فإن وطئها بعد علمها به ورضاها أحلَّها وأحصنها ، ولاخيار لها بعد[٤] .

ابن المواز : قال مالك : وإذا تزوجت عبداً بغير إذن سيده ودخل بها لم يحلها وطؤه حتى يجيزه السيد ، ثم يطأ العبد بعد ذلك .

وقال أشهب : إذا أجازه أحلها الوطء الأول[٥] .

---

(١) وقال ابن القاسم أيضاً : أنه إن كانت هي المجنونة فلايحصنها وطؤه ولايحلها ، والزوج به يحصن . انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .

(٢) في ز "أو" بدل الواو .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٨/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢٨٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .

[فصل ٦ ــ في الإحصان والإحلال بنكاح المجبوب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايُحصِّن المرأة ولايُحلِّها مجبوبٌ ، إذ لايطأ[١] .

ابن حبيب : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن تزوجت شيخًا فلم ينتشر فأدخلت ذكره بأصبعها ثم فارقها / قال : إن انتشر بعد أن أدخلته وعمل أحلها [٩٧/أ] ذلك لمن أبتَّها ، وإن بقي كذلك فلايحلها[٢] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو وطئ فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه في فرجها وأنزلت هي أيضًا[٣] فلايُحلِّها[٤] ولايحصِّنها[٥] .

[فصل ٧ ــ في الإحصان والإحلال بوطء الحر للأمة المسلمة والحرة الكتابية]

ومن المدونة : ويحصن الحر وطء الأمة المسلمة والحرة الكتابية[٦] بنكاحٍ صحيح ، وإن فسد النكاح لم يحصن[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢٨٧/٢ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .
(٣) "أيضا" ليست في ز .
(٤) "فلايحلها" ليست في أ ، ب .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٨/أ .
(٦) في أ ، ب "ويحصن المرأة والأمة المسلمة والحرة والكتابية" .
(٧) انظر : المدونة ٢٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

ابن المواز : وروى ابن وهب أن عبد الملك بن مروان[١] سأل عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود[٢] ، هل تحصن الأمة الحر؟ قال : نعم ، فقال له : عمن تروي هذا؟ قال : أدركت أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يقولون ذلك[٣] .

ومن المدونة : قال ربيعة : يحصن الحر المملوكة وتحصن الحرة بالعبد ، وقاله علي بن أبي طالب وجماعةٌ من الصحابة والتابعين[٤] .

والأمة المسلمة والحرة الكتابية يحلهن وطء العبد أو الحر المسلم بنكاح ، ولايكونان به محصنين حتى توطأ هذه بعد الإسلام ، وهذه بعد العتق ، والعبد لايحصنه ذلك حتى يطأ بعد عتقه ، والوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتق منهما ، والعبدان إذا عتقا وهما زوجان فلم يجامعها بعد العتق حتى زنيا لم يكونا به محصنَين حتى يطأها بعد العتق[٥] .

---

(١) هو أبو الوليد عبد الملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ، الخليفة الفقيه ، سمع عثمان وأبا هريرة وأبا سعيد وأم سلمة ومعاوية وابن عمر وغيرهم ، كانت ولايته المجمع عليها بعد ابن الزبير ثلاث عشرة سنة ، قال الذهبي : كان من رجال الدهر ودهاة الرجال ، توفي بدمشق سنة ٨٦هـ .
انظر : الطبقات ١٧٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٤/٥ ، شذرات الذهب ٩٧/١ .

(٢) هو عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، الهذلي ، المدني ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، مفتي المدينة وعالمها ، أحد الفقهاء السبعة ، روى عن أبي هريرة وابن عباس وعائشة وابن عمر ، وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ٩٨هـ ، وقيل ٩٩هـ .
انظر : الطبقات ١٩٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٩٣/٥ .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في الأمة تحصن الحر ٣٧٧/٨ رقم (١٦٩٤٤) .

(٤) فمن التابعين : سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن قسيط وابن شهاب . انظر : المدونة ٢٨٧/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢٩١،٢٩٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣، ٩٤ .

[فصل ٨ ــ في الإحصان والإحلال بمجرد الخلوة ، وبزنا المرأة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن بنى بزوجته ثم طلقها فادعت المسيس وأنكره ، فالقول قول المرأة في الصداق ، وعليها العدة ،ولايملك الرجعة ، ولايحلها ذلك لزوجٍ كان طلقها ألبتة ، إلا بتقاررهما على الوطء[١] .

قال ابن القاسم : أما في الإحلال فلاأمنع المطلق منها وأُدَيِّنُها[٢] وأخاف أن إنكار الزوج ليضرَّ بها في نكاحها ، ولايكون الزوج محصناً ، لأنها لاتصدق عليه في الإحصان[٣] .

قال بعض الرواة : وإن أخذت منه الصداق ، لأنه إنما أخذ منه الصداق[٤] بما مضى به الحكم الظاهر وهو لم يقر بأنه أصابها[٥] .

قال مالك : ولاتكون هي محصنة إن زنت[٦] .

قال غيره : ولها أن تسقط ماأقرت به من الإحصان قبل أن تؤخذ في زنًا أو بعد ماأُخذت وتقول : أقررت لأخذ الصداق[٧] .

قال الشيخ : يريد : فإذا رجعت عن إقرارها بالإحصان رجع عليها الزوج بنصف الصداق ، وقاله أبو الحسن بن القابسي .

وقال بعض فقهائنا :يحتمل أن يكون هذا في الرشيدة ، وأما السفيهة فالصداق صار مالاً من مالها فليس لها إتلافه .

---

(١) انظر : المدونة ٢٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .
(٢) "وأدينها" مكانها بياض في أ ، ب .
(٣) المصدر نفسه ص٩٤ .
(٤) "الصداق" ليست في ز .
(٥) المدونة ٢٨٩/٢ .
(٦)،(٧) تهذيب المدونة ص٩٤ .

قال الشيخ : والرشيدة عندي والسفيهة سواء في ذلك ، لأن ذلك إنما يُعلم من جهتها ، وبدعواها أخذته ، فإذا رجعت عن ذلك وجب رده ، لأنها لو شاءت أولاً لم تدَعه ، وأمور الصدقات في هذا المعنى إنما تؤخذ من قِبَلِ الزوجات .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا فيمن لم تُعلم له بزوجته خلوة ، فظهر بها حملٌ فلاعن منه فإن ذلك يحصنها لإقرارها بالإحصان ، ولايحلها .

قال بعض فقهائنا : ولو رجعت هذه فقالت : ليس الولد منه ، فيحتمل أن يقال : لايقبل رجوعها في نقض الإحصان ، لأن الولد لايزول نسبه بقولها ،ولو استلحقه الزوج لَحِقَ به ، ولم يُلتفت إلى رجوعها ، ومن نفى هذا الولد على غير وجه الخبر حُد ، فصار كالولد الحلال في الحكم لاكولد الزنا ، فلهذا لايقبل رجوعها ، والله أعلم .

قال الشيخ : أما قوله في الولد فصواب ، لايُنفى برجوعها ، وللأب أن يستلحقه ، وأما في الإحصان فيظهر لي أن لها أن تسقطه وتقول : ادعيت الوطء لئلا أُحَد ، فيجب أن يقبل ذلك منها وتُحَد ، وكما يقبل قولها في مسألة الكتاب إذا قالت : إنما أقررت بالوطء لآخذ الصداق ، ويسقط بذلك / الإحصان[1] ، وكذلك [٩٧/ب
يسقط إذا قالت : إنما ادعيت وطء الزوج خوفاً من الحد ، فهذه أعذر من الأولى[2] ، والله أعلم .

---

(١) وقد تقدمت قريباً .

(٢) أي من التي رجعت عن إقرارها بالإحصان بعد اللعان .

[فصل ٩ ــ في الإحصان بزنا أحد الزوجين بعد إقامته مع الآخر وإنكاره الوطء]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن أقرَّ بجماع امرأته من عنِّينٍ أو غيره ، وأنكرت هي ثم طلقها ألبتة ، كانت مخيرةً في أخذ الصداق أو تركه .

قيل له : فإن زنت المرأة بعد ذلك ، أتكون محصنةً؟

قال : لاتكون محصنة إلا بأمرٍ يُعرف به المسيس بعد النكاح .

قال ابن القاسم : وإذا أقامت امرأةٌ مع زوجها عشرين سنة ، ثم أخذت تزني فقالت : لم يكن الزوج جامعني ، والزوج مقرٌ بالجماع فهي محصنة .

قال سحنون : وكذلك يقول غيره : أنها محصنة ،وليس لها إنكار ، لأنها إنما تدفع حدًّا قد وجب عليها ، ولم يكن منها قبل ذلك دعوى[١] .

قال في كتاب الرجم : وإن طالت إقامة الرجل مع زوجته ثم زنى فقال : لم أجامعها ، فإن لم يعلم وطؤه بولدٍ يظهر ، أو بإقرار فلاحد عليه .

قال مالك : ويحلف ، وإن علم منه إقرار بالوطء رُجِم[٢] .

قال يحيى[٣] : هذا خيرٌ مما في كتاب النكاح[٤] ، قال ابن المواز : وهو قول أصحابنا[٥] .

قال الشيخ : كأنهما أشارا[٦] إلى أن هذا منه اختلاف قول ، وكذلك نحا إليه أبو محمد ولم يتعقَّبه[٧] ، وذكر عن بعض المتأخرين من أصحابنا : أن ذلك ليس

---

(١) انظر : المدونة ٢٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٢) انظر : المدونة ٢٣٦/٦ .

(٣) أي يحيى بن عمر الأندلسي .

(٤) في أ "الناس" .

(٥) أي عدم الرجم إن لم يعلم وطؤه .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٩/أ .

(٦) أي يحيى بن عمر ومحمد ابن المواز .

(٧) كما في النوادر والزيادات ل٢٦٩/أ .

باختلاف قول ، وإنما اختلف جوابه[١] فيهما لاختلاف السؤالين ، وذلك أنه في مسألة كتاب النكاح هذه ، الزوج فيها مقرٌّ بجماعها ، فقد وجب الرجم عليها فلاينفعها إنكارها بعد وجوب الرجم ، وفي مسألة الحدود لم تدَّع المرأة أنه جامعها ولاأقر الزوج بجماعها ، فلذلك لم يرجم[٢] .

قال الشيخ : والأظهر أنه اختلاف قول ، هذا ظاهر قولهم ، لأنهم إنما عللوا المسألة باختلافهما في الوطء بعد الزنا أو قبله .

ونص مافي كتاب ابن المواز قال : فإذا أقام معها عشرين سنة ثم فارقها ، فزنت ، وقد اختلفا في الوطء؟ قال : قال ابن القاسم وابن عبد الحكم : إن اختلفا بعد الزنا لم يقبل قول من أنكر الوطء والرجم قائم ، وكذلك لو لم يُقِمْ معها إلا ليلةً واحدة .

قال عبد الملك : فإن كان اختلافهما قبل الزنا فعليهما حد البكر وإن طالت إقامته معها ، كانت تحته أو فارقها ، كما لو قالت بعد طول السنين وهي تحته : لم يمسني ، وطلبت أجل العنين وصدَّقها ، أن ذلك لها[٣] .

قال الشيخ : فجعلوا العلة الاختلاف قبل الزنا وبعده ،لأنه بعد الزنا يريد رفع حدٍ وجب ، فلايُقبل منه ، وليس العلة إقرار الزوج بالجماع ، لأن إقراره بذلك لايوجب إحصانها إذا أنكرت ذلك قبل الزنا ، ولايكون هو محصناً بدعواها هي الوطء أيضا قبل الزنا ، وإنما العلة أن الحد إذا وجب فلايقبل قول من أراد رفعه.

قال الشيخ : فالقول الآخر أصوب[٤] لقول النبي عليه الصلاة والسلام :

---

(١) أي ابن القاسم كما تقدم .
(٢) في ز "لم ترجم" .
(٣) المصدر نفسه ل٢٦٩/أ .
(٤) وهو القول بعدم الإحصان .

"ادرؤا الحدود بالشبهات"[١] .

[فصل ١٠ ــ في الوطء الذي يحصن الزوجين ويحل المبتوتة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً فلم يدخل بها حتى مات فادعت أنه طرقها ليلاً[٢] فجامعها ، لم تصدق ، ولايُحلُّها ذلك لزوج كان طلقها ألبتة إلا بدخولٍ يُعرف ، وإن زنت لم تكن محصنةً بقولها ذلك ، وهي مثل الأولى لها طرح ماادعت .

قال ابن القاسم : ولايحصن الزوجين ويُحِلُّ المطلقة ثلاثاً إلا نكاحٌ يصح عقده ويصح الوطء فيه ، ولايجزئ من الوطء إلا مغيب الحشفة وإن لم يُنزِل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : "حتى تذوق العُسَيلة"[٣] ، وقاله مالك .

قال ابن القاسم : ولايكون بوطء الملك [محصناً] [٤] ولابنكاحٍ لايقرَّان عليه وإن رضي الولي ، كمن تزوج ذات مَحْرَمٍ منه ، أو حرةٌ زوجت نفسها ، أو أمةٌ زوجت نفسها بغير إذن السيد ، أو تزوج امرأةً على عمتها أو خالتها أو أخت

---

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في درء الحدود ٢٥/٤ رقم (١٤٢٤) ، والدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيره ٨٤/٣ رقم (٨) ، والحاكم ، كتاب الحدود ٤٢٦/٤ رقم (٨١٦٣) بلفظ : "ادرؤا الحدود عن المسلمين مااستطعتم" .
وقد ضعف هذا الحديث ابن حجر في بلوغ المرام ص٢٥٩ ، لأن في سنده يزيد بن زياد الدمشقي وهو متروك ، انظر : التقريب ٣٢٤/٢ رقم (٧٧٤٤) فهو ضعيف مرفوعاً ، وصح موقوفاً عن ابن مسعود رضي الله عنه بلفظ : ادرؤا الجلد والقتل عن المسلمين مااستطعتم . أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في درء الحدود بالشبهات ٤١٣/٨ رقم (١٧٠٦٤) وقال : هذا موصول . وقال عنه ابن حجر : أصح مافيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود .التلخيص الحبير ٥٦/٤ .

(٢) "ليلا" في ز مطموسة ، وفي أ ، ب "ألبتة" ، والتصحيح من المدونة .

(٣) سبق تخريجه ص٣٤٧ .

(٤) من تهذيب المدونة .

امرأته ، ودخل بها ، أو بجمعهما في عقدة ، ولم يَعلم بذلك / كله ، فلايُحلها ذلك [٩٨/أ] ولايُحصنها ، وكذلك ماللولي أو أحد الزوجين إجازته أو فسخه ، كاستخلاف الحرة أجنبياً يزوجها من رجلٍ بغير إذن وليها فيدخل بها ، ونكاح العبد بغير إذن سيده ، فلايحلها ذلك الوطء ولايحصنها ، وإنما يُحلها ويحصِّنها إذا وطئها بعد إجازة[١] الولي أو السيد[٢] .

قال الشيخ : وقد تقدم قولٌ لأشهب في ذلك[٣] .

قال ابن القاسم : وكذلك الزوج في عيوب المرأة لايحلها وطؤه ولايحصنها قبل علمه بعيوبها حتى يطأها بعد العلم ، وكل وطءٍ أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه يُحِل المبتوتة ، وليس كل مايُحِلُّ[٤] يُحَصِّن ، وذلك في الصغيرة والنصرانية والأمة فإن ذلك يُحلهن ، ولايحصنهن إلا مسيسٌ معروفٌ ليس لأحدٍ فَسْخُه ، ولو صح العقد وفسد[٥] الوطء ماأحصن ولاأحلَّ كوطء الحائض ، أو أحدهما معتكفٌ أو صائمٌ في رمضان أو مُحْرِم ، وكل وطءٍ نهى الله سبحانه عنه حتى يطأ بعده وطئاً صحيحاً[٦].

قال المغيرة : قال الله تعالى : ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[٧] وقد نهى الله تعالى عن وطء الحائض[٨] ، فلايكون مانهى عنه يُحِلُّ ماأَمَرَ به[٩] .

---

(١) في أ ، ب "بغير إذن" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٠-٢٩٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٣) أي في نكاح العبد بغير إذن سيده فقال : إذا أجاز السيد أحلها وطؤه الأول .

(٤) "يحل" ليست في أ ، ب .

(٥) في أ "وفسخ" ، وهو تحريف .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢٩٢،٢٩٣ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٨) يشير إلى قوله : ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٢ .

(٩) أي فلايحل المبتوتة لمطلقها وطؤها في الحيض .
انظر : المدونة ٢/٢٩٢ .

قال الشيخ : وسئل أبو عمران عن المرأة ترى القَصَّة البيضاء[١] فيطؤها زوجها قبل أن تغتسل ، هل يحصنها ذلك؟

فقال : أما على مذهب ابن بُكَير الذي يجعل الإمساك عنها استحباباً فلاشك في ذلك[٢] ، وأما على مذهب أصحابنا فإنهم شددوا في وطئها ،وهم يقولون في الإحصان : إن كل مااختلف فيه من النكاح لايُحِلُّ ولايُحَصِّن ، فهذا من ذلك المعنى.

قال ابن المواز في وطء الحائض والمعتكف والصائم في رمضان ووطءالمحرم وكل وطءٍ نهى الله عنه فقول أصحاب مالك المصريين كلهم ابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ : أن ذلك لايُحل ولايُحصن ، ورووه عن مالك[٣] ، وقال المغيرة وابن دينار : أن ذلك يحصن ولايحل ، ورويا عن مالك[٤] ، وقال لي عبد الملك : هو عندي يحل ويحصن[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه وطءٌ فاسدٌ ممنوعٌ منه كالعقد إذا وقع على وجهٍ فاسدٍ ممنوعٍ منه ، فإنه لايحل ولايحصن بإجماعٍ منهم .

ووجه قول المغيرة : أنه لايُحلُّ ، فلأنه وطءٌ منهيٌّ عنه فلايُحل ماأَمَر الله به ، وكان ذلك يحصن ، فلأنه حرٌ مسلمٌ وطئ في عقد نكاحٍ صحيحٍ يُعَفُّ به ، فوجب أن يحصنه كالوطء الصحيح .

---

(١) القَصَّة البيضاء : قال أبو عبيدة : القصة : التراب الأبيض فإذا رأت المرأة بياضاً على الخرقة استدلت بذلك على براءة رحمها .
انظر : غرر المقالة في غريب الرسالة ص٨٥ .

(٢) أي في أنه يحصنها .

(٣) قال ابن المواز : ورووه عن مالك في الحائض ، ورواه عنه في بقية ذلك عبد الملك .
النوادر والزيادات ل٢٦٨/ب .

(٤) وقد ذكر ابن رشد أن مالكاً رجع عن هذا القول .
انظر : البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ، تأليف محمد بن رشد القرطبي ، تحقيق محمد حجي ، وأحمد الشرقاوي إقبال (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٤٠٤هـ) ٤٢/٥ .

(٥) وهو اختيار ابن حبيب كما سيأتي قريباً . انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/ب .

قال الشيخ : ولو عكس المغيرة قوله فقال : يُحِلُّ ولايُحصِّن ، لكان أبين ، ووجه ذلك : فلأنها ذاقت العُسَيلة في عقد نكاحٍ كالوطء الصحيح ، ولم يحصن لحرمة النفس ، ولمراعاة الخلاف ، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام : "ادرؤا الحدود بالشبهات"[١] فنقله من الرجم إلى الجلد من دراية الحد .

ووجه قول عبد الملك[٢] : فلأنه حرٌ مسلمٌ بالغٌ صحيح العقل وطئ في عقد نكاحٍ صحيحٍ وطئاً لاحد عليه فيه ، تعفَّفت به ، وذاقت العسيلة ، فوجب أن يُحل ويحصن كالوطء الصحيح .

قال ابن حبيب : وإن وطئها في صوم تطوعٍ أو قضاء رمضان أو نذرٍ لأيامٍ بغير أعيانها [جاهلاً][٣] فوطؤه يُحل ويحصن إجماعاً من قول مالك وأصحابه[٤] ، لأنه لو أفطر يوماً من قضاء رمضان ، أو من نذرٍ بغير عينه ساهياً جاز له فطر باقيه إن شاء ويقضيه[٥] .

وذكر سحنون في العتبية عن ابن القاسم : إن وطئ الصائم في فرضٍ أو نذرٍ لايحلها ولايحصنها ،ووقف في صوم التطوع ،ثم قال : قال مالك : لايحصن ولايحل إلا في عقدٍ صحيحٍ لاخيار فيه / لأحد ، ووطءٍ صحيحٍ لافي اعتكافٍ أو حيضٍ أو [٩٨/ب
إحرامٍ أو صومٍ وشبه ذلك[٦] .

---

(١) سبق تخريجه ص٣٥٧ .
(٢) وهو أنه يحل ويحصن .
(٣) من النوادر .
(٤) قال ابن رشد : وحكى ـ ابن حبيب ـ أنه مجمع عليه من قول مالك وأصحابه وليس بصحيح . البيان والتحصيل ٤٢/٥ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/ب .
(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤١/٥ .

فصل [١١ ــ في عدم الإحصان بوطء النصراني للنصرانية وعدم الإحلال بنكاح المحلل]

ومن المدونة : قال مالك : والنصرانية يتُّها مسلمٌ فلايحلها وطء نصرانيٍ بنكاحٍ إلا أن يطأها بعد إسلامه ، لأن ذلك ليس[١] بنكاحٍ إلا أن يُسلم الزوج وحده ، أو يُسلما جميعًا فيثبت النكاح .

ولايحصن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما .

وإن طلق الحر زوجته ثلاثاً أو[٢] العبد طلقتين لم تحل له إلا بعد زوج ، ولايحلها نكاح المحلِّل حتى يكون نكاح رغبةٍ غير مُدَالَسة[٣] ، وقاله عثمان وعلي وابن عباس ، وكثيرٌ من التابعين[٤] .

قال ابن المسيب : لو فعلتَ لكان عليك إثمهما مابقيا .

قال الوليد[٥] : كنت أسمع أن الزناة ثلاثة : الرجل والمحلِّل والمرأة .

وقال بعضهم[٦] : اتق الله ولاتكن مِسْمَار نارٍ في كتاب الله تعالى[٧] .

---

(١) "ليس" ليست في أ .

(٢) في جميع النسخ "واو" بدل "أو" .

(٣) أي مخادعة .

(٤) كسعيد بن المسيب وطاوس بن كيسان وعبد الله بن يزيد بن هرمز وغيرهم .

(٥) هو أبو العباس الوليد بن مسلم الدمشقي ، مولى بني أمية ، عالم أهل الشام ، إمامٌ ، حافظٌ ، روى عن مالك وابن جريج والأوزاعي والليث والثوري وغيرهم ، توفي بذي المروة راجعاً من الحج سنة ١٩٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٤١٥/١ ، سير أعلام النبلاء ١٣٢/٨ ، شذرات الذهب ٣٤٤/١ .

(٦) وهو الحسن البصري .

(٧) قال ذلك لما جاءه رجل فقال : إن رجلاً من قومي طلق امرأته ثلاثاً فندم وندمت فأردت أن أنطلق فأتزوجها وأصدقها صداقاً ثم أدخل بها كما يدخل الرجل بامرأته ثم أطلقها حتى تحل لزوجها فقال له الحسن : اتق الله يافتى ولاتكونن مسمار نار لحدود الله .
أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يطلق امرأته فيتزوجها رجل ليحلها له ٥٤٨/٣ رقم (١٧٠٨٥) .

فقلت لمالك : إنه يَحتسِب في ذلك؟ [١]

قال : يحتسب في غير هذا[٢] .

ومن كتاب ابن حبيب : وإذا نوى أن يتزجها فإن أعجبته أمسكها وإلا كان قد احتسب في تحليلها للآخر لم يجز ذلك أيضاً إذا خالطت نيته[٣] التحليل ، ولاتحل بذلك للآخر إن علم ، وعلى هذا[٤] أن يُعلِمه بما اعتقد حتى يجتنبها[٥] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك : وإنما يفسد ذلك بعلم المحلِّل وإرادته وإن لم يَعلم الزوجان ، ولو نكح على الصحة و لم يُرِد ذلك لم يضره علم الزوجين وإرادتهما ، ويحلها ذلك .

قال مالك : لا يضره مانوت هي ، لأن الطلاق ليس بيدها .

قال مالك : وإذا فسخ نكاح المحلل وقدبنى فله نكاحها بعد ذلك ، وأحب إلي أن لاينكحها أبدا .

قال ابن عبد الحكم عن مالك : ويفسخ نكاح المحلل وإن بنى بها فلها صداق المثل ، قال ابن المواز : بل المسمى ، وهو قول مالك .

وقال : ويفسخ بطلقةٍ بائنةٍ بالقضاء إن كان بإقرارمنه ، ولو ثبت عليه أنه أقر بذلك قبل النكاح فليس بنكاح ، ولو تزوجها بذلك زوجها الأول فسخ ذلك بغير طلاق إذا علم بذلك ، وإن لم يَعلم فإثمهما على من عَلِم ذلك مابقيا[٦] .

---

(١) أي يحتسب الأجر بهذا النكاح .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٣-٢٩٦ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٣) في أ ، ب "بنية" ، وهو تصحيف .

(٤) أي ناكح المطلقة ثلاثاً .

(٥)،(٦) النوادر والزيادات ل٢٦٧/ب ، ٢٦٨/أ .

فصل [١٢ ــ في أثر الردة على الإحصان والإحلال]

ومن المدونة : والردة تزيل إحصان المرتد من رجلٍ أو امرأة ، ويأتنفان الإحصان إذا أسلما ، لقول الله تعالى : ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾[١] ، ومن زنى منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزويجه لم يُرجم ، وقد قال مالك : إذا ارتدت وقد حجت ثم رجعت إلى الإسلام استأنفت الحج ، ولم يجزها ماحجت قبل ردتها[٢] .

ابن المواز : ولو طلق رجلٌ امرأته ألبتة فتزوجت غيره فحلت للأول ثم ارتدت لسقط ذلك الإحلال كما يسقط الإحصان[٣] .

قال الشيخ : يريد لأنها أبطلت فعلها في نفسها وهو نكاحها الذي أحلها كما أبطلت نكاحها الذي أحصنها ، بخلاف ارتداد الزوج الذي أحلها ، لأن ذلك فعل فعله في غيره فلايبطله ارتداده .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا ارتد وعليه يمينٌ بالله أو بعتقٍ أو بظهارٍ فالردة تُسقط ذلك عنه[٤] .

قال ابن المواز : وكذلك يمينه بالطلاق وبالعتق وبالمشي أنه إذا[٥] ارتد ثم تاب سقط ذلك عنه ، وقد ذكر عن ابن القاسم أنه يلزمه أيمانه بالظهار ، ولم يعجبنا .

ابن المواز : ولو حنث في ظهارٍ مجردٍ فلزمته الكفارة ، ثم ارتد ، ثم أسلم لسقطت الكفارة عنه ، ولو لم يحنث لم يسقط الظهار عنه كالطلاق[٦] .

---

(١) سورة الزمر : آية ٦٥ .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٠ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .
(٣) قال عبد الحق : بخلاف ارتداد الزوج إن أحل فاعلم ذلك .
انظر : النكت والفروق ل٦٩/أ .
(٤) المدونة ٢/٢٩٠ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .
(٥) "إذا" ليست في أ .
(٦) انظر : النكت والفروق ل٦٩/أ .

قال الشيخ : لأنه إذا حنث صارت الكفارة كنذرٍ نذره للمساكين ، فإذا ارتد ثم أسلم سقط ذلك عنه ، وإذا لم يحنث فالظهار باقٍ عليها منه كالطلاق ، ولأنها مخاطبةٌ ألا يقربها في الطلاق ثلاثاً إلا بعد زوج ، وفي الظهار حتى يكفِّر ، فلايزيل ذلك عنها ارتداده إلا أن ترتد هي أيضاً فسقط ذلك عنهما .

ومن المدونة : / قال سحنون : وقال بعض الرواة : لاتطرح ردته إحصانه [٩٩/أ] في الإسلام ، ولاأيمانه بالطلاق ، ألا ترى أنه لوطلق زوجته ثلاثاً قبل أن يرتد ثم رجع إلى الإسلام أكان يكون له[١] تزويجها بغير زوج؟ وكذلك لو نكح امرأةً قد كان طلقها زوجها ثلاثاً فوطئها قبل ردته فحلت لمن أبتَّها لم تبطل ذلك ردته[٢] .

قال الشيخ : وهذا احتجاجٌ منكسر ، لأن التي أحلَّها لزوجها قد تم الإحلال فيها قبل ردته ، فلاتسقطه ردته ، لأن ردته إنما تسقط أفعاله في نفسه لاأفعاله في غيره ، ألا ترى أنه لو أعتق عبداً أو أعطى عطيةً ثم ارتد ، ثم أسلم أكان يبطل ذلك[٣] ردته؟ وكذلك المرأة التي طلقها ثلاثاً لاترجع إليه ، لأنه فعل فعله في غيره ، ولأنه وإن حل ذلك له فهي لايحل[٤] لها أن تتزوجه إلا بعد زوج ، إلا أن ترتد هي أيضاً ثم تُسلم ، فيحل له أن يتزوجها قبل زوج ، وقاله ابن عبد الحكم في ارتدادهما جميعا : إنها تحل له قبل زوج .

قيل : فإن كانت الزوجة نصرانيةً فطلقها ، ثم ارتد ، ثم رجع إلى الإسلام؟ فقال أبو محمد وغيره : لاتحل له ، لأنها مخاطبةٌ بالإسلام وأحكامه ، وهو فيها كالمسافر يقدم مفطراً في رمضان فلايحل له وطؤها .

قال الشيخ : والعلة المستمرة أنها إنما تسقط عنه بردته مافعله في نفسه ، لامافعله في غيره ، أصله العتق .

---

(١) "له" ليست في أ .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٠ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .
(٣) "ذلك" ليست في أ .
(٤) "لايحل" ليست في أ .

[الباب الخامس]
في مناكح المشركين وإسلام أحد الزوجين

[فصل ١ ــ في حكم أنكحة المشركين]

ونكاح المشرك عندنا فاسد[١] [٢] ، وإنما يصح منه بالإسلام مالو ابتدأ العقد عليها بعد الإسلام لجاز ، ومالايجوز أن يبتدئه بعد الإسلام لم يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم[٣] .

والدليل على فساده أن صحة العقد مفتقرةٌ إلى شروط هي معدومةٌ في أنكحتهم منها الولي ، ورضى المنكوحة ، وأن لاتكون في عدة ، وبصداقٍ مما يجوز تملكه ، وبشهود ، وأنكحتهم خاليةٌ من ذلك فوجب فسادها ، وإنما تصح لهم بالإسلام[٤] ، لقوله عليه الصلاة والسلام : "الإسلام يَجُبُّ ماقبله"[٥] ، ولأنه عليه الصلاة والسلام أقرمن أسلم على نكاحه[٦] .

---

(١) "فاسد" ليست في أ .

(٢) انظر : المعونة ٨٠٣/٢ ، الذخيرة ، تأليف أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق محمد أبو خبزة وآخرون (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م) ٣٢٥/٤ .

(٣) انظر: التلقين ٣٠٧/١ .

(٤) انظر : المعونة ٨٠٣/٢ .

(٥) أخرجه مسلم ، كتاب الإيمان ، باب كون الإسلام يهدم ماقبله وكذا الهجرة والحج ١١٢/١ رقم (١٩٢) .

(٦) كإقراره صلى الله عليه وسلم نكاح سفيان بن حرب وعكرمة بن أبي جهل وصفوان بن أمية لما أسلموا .
أخرج ذلك البيهقي ، كتاب النكاح ، باب من قال : لاينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما إذا كانت مدخولا بها حتى تنقضي عدتها قبل إسلام المتخلف منهما ٣٠١/٧ رقم (١٤٠٦٢)

[فصل ٢ ــ في النصراني ينكح النصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا تزوج نصرانيٌّ نصرانيةً بخمرٍ أو خنزيرٍ أو بغير مهرٍ أو شرطا ألاَّ مهر لها ، وهم يستحلون ذلك في دينهم ثم أسلم أو أسلما جميعًا بعد البناء ثبت النكاح ، فإن كانت قد قبضت قبل البناء ماذكرنا فلاشيء لها غيره ، وإن لم تكن قبضته وقد بنى بها فلها صداق المثل ، وإن كان لم يبن بها حتى أسلما وقد قبضت ماذكرنا أو لم تقبضه خير بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها أو الفراق ويكون طلقة ، ويصير كمن نكح على تفويض .

وقال غيره : فإن قبضته مضى ذلك ولايكون لها غيره بنى بها أو لم يبن[١] .

[٢]وقاله ابن القاسم في كتاب محمد ، قال محمد : وهذا عدل[٢][٣] .

قال ابن المواز : وإن وجد بيدها ـ يريد محمد : وقد أسلمت ــ كُسِرَ عليها الخمر وقُتِلَت الخنازير .

قال : وقال ابن القاسم في الأسدية : سواءٌ قبضت أو لم تقبض إذا لم يبن ، فإن شاء بنى وودى صداق المثل وإلا فارق وكانت طلقةً ولاشيء عليه ، وهذا غلط، وقال أشهب : يفسخ إذا لم يدخل إلا أن يعطيها ربع دينار ، واستحبه أصبغ .

ـ **قال الشيخ** : قول أشهب : يعطيها ربع دينار ، يريد إذا كان قبل البناء وقد قبضت ذلك ، وكذلك فسره في غير هذا الموضع ـ .

وقال البرقي عن اشهب : يعطيها صداق المثل .

قال أبو محمد : وقول ابن القاسم وعبد الملك هو المعمول به / أنه كالتفويض [٩٩/ب] فإن قبضت نصفه كان لها نصف صداق المثل ، وكذلك فيما قل أو كثر على هذا الحساب .

---

(١) انظر : المدونة ٢٩٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٢) ساقط من ز .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧١/أ .

أبو محمد : يريد إن شاء البناء و لم يكن بنى .

ـ **قال الشيخ** : إنما يصح هذا[١] في قول ابن القاسم إذا بنى ، وأما إذا لم يبن فهو يقول : إذا قبضت جميعه لم يكن للزوج أن يدخل حتى يعطيها صداق المثل أو يفارق بطلقة ، وهو كمن نكح على تفويض .

ـ **قال الشيخ** : وسواء قبضت جميعه أو بعضه أو لم تقبض شيئاً لايكون للزوج أن يدخل حتى يدفع صداق المثل ـ .

قال أبو محمد : ولو وهبت نفسها لرجعت إلى صداق المثل ، وهذا كله قبل البناء ، فأما إن بنى و لم تقبض شيئاً فلاشيء لها في الخمر والخنزير ولافي الهبة .

قال أبو محمد : وهذا خلاف مافي المدونة[٢] .

قال الشيخ : يريد أنه خلاف المدونة في الخمر والخنزير[٣] ، وأما في الهبة أو بغير صداق فلا ، وظاهر المدونة ألاَّ شيء لها عليه كما قال أبو محمد ، وإن كان ابن حبيب قد قال : إذا تزوجت بغير صداقٍ شرط مشروط ثم أسلم قبل البناء خيِّر بين إعطائها صداق المثل أو فارق ، وإن أسلم بعد البناء أعطاها صداق مثلها وثبت النكاح[٤] .

قال الشيخ : وهذا خلاف ظاهر المدونة ، لأنه أسلم بعد البناء ولاتِبَاعَة لها عليه ، فهي كمن قبضت الخمر والخنزير فلاتتبعه بشيءٍ إذا أسلما ، وقاله أبو الحسن ابن القابسي[٥] .

ابن حبيب قال : وإن أسلمت هي دونه قبل البناء فسخ النكاح ولاشيء عليها فيما قبضت من خمرٍ أو خنزيرٍ لانصف ولاغيره[٦] .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا من القرويين أن عليها قيمة ماقبضت وإن كان قائماً ، ويُرَاق الخمر عليها وتُقتل الخنازير ، لأنها منعته من ذلك

---

(١) أي إعطائها نصف صداق المثل .
(٢) المصدر نفسه ل٢٧١/ب .
(٣) أي فلها صداق المثل كما تقدم قريباً .
(٤) المصدر نفسه ل٢٧١/ب .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٥/أ .
(٦) النوادر والزيادات ل٢٧١/ب .

بإسلامها ، وكانت كالمسلم يَسْتَهلِك ذلك للنصراني أن عليه قيمته ، ونحو هذا روى عيسى عن ابن القاسم في المستخرجة[١] [٢] .

ووجه قول ابن حبيب هذا : أنها غيرمتعديةٍ عليه في ذلك ، إذ هي مأمورةٌ بالإسلام ، فهي بخلاف من أتلف عين ذلك تعدياً[٣] ، والله أعلم .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : ولو تبايعا سلعةً بخمرٍ ثم أسلما وقد قُبِض الخمر و لم تقبض السلعة فالبيع تامٌ ولايدخله اختلافهم في مسألة النكاح ، لأن البضع لايستباح في الإسلام إلا بعوض ، وملك السلعة يجوز بغير عوض ، فحكم ذلك مفترق[٤] .

قال بعض فقهائنا : ولو أسلما قبل التقابض لاحتمل أن يفسخ البيع بينهما ، ولايقال للمشتري : عليك قيمة السلعة ، فيكون كبيع سلعةٍ بقيمتها[٥] .

قال الشيخ : ويحتمل أن ينظر فإن أسلم مشتري السلعة أولاً فقد أتلف على البائع ثمن سلعته ، فيرجع في عينها ، وإن أسلم بائع السلعة أولاً فهو الذي أتلف ثمن سلعته ، فلاشيء له على مبتاعها ، ويكون ذلك كقبضه ويتم البيع في السلعة ، والله أعلم .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو أصدقها ثمن خمرٍ [له] [٦] على رجلٍ فلم تقبضه حتى أسلما فلها قبضه والنكاح ثابتٌ ، لأنه إذا أسلم وله دينٌ من ثمن خمرٍ فحلالٌ له قبضه .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٨١/٤ .
(٢) النكت والفروق ل٦٩/ب .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٢٥/أ .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٥/أ،ب .
(٥) أي بقيمتها الآن في الإسلام . انظر : المصدر نفسه ل٢٥/ب .
(٦) من النوادر .
(٧) المصدر نفسه ل٢٥/ب .

قال عبد الملك : ولايدخل بالزوجة حتى يقدِّم ربع دينار ، ولو أصدقها ديناً له من ربًا ديناراً بدينارين فلم تقبضه حتى أسلما فليس لها على الزوج شيء ، وله البناء إن لم يكن بنى ، ولاتأخذ من / الغريم إلا ديناراً كما كان هو يقبض منه لو [١٠٠/أ] أسلم ، وكذلك لو كان رأس المال درهمين في ثلاثة فلاتقبض من الغريم إلا درهمين ، ولاترجع على الزوج بشيءٍ وله البناء ، لأنه كان صادقاً يوم أصدقها ، وإن أصدقها خمراً بعضه نقداً وبعضه مؤجلاً فأسلما أو أسلم الزوج قبل قبضها المؤجل ، فإن بنى فلاشيء لها ، وإن لم يبن نُظِرَ ماالمؤجل منه ، فإن كان الثلث بالقيمة رجعت عليه بثلث صداق المثل معجَّلا[١] [٢] .

قال الشيخ : وهذا على أصله في كتاب ابن المواز ، وهو قول الغير في المدونة[٣] ، وأما على قول ابن القاسم في المدونة يكون لها ثلث صداق المثل إن بنى وأما إن لم يبن فإنه مخير بين إعطائها المثل أو يفارقها ، كما قال إذا قبضت جميع الخمر .

قال عبد الملك : ولو أصدقها خمراً مع خنازير فقبضت الخمر ثم أسلما قُوِّم هذا من هذا ، فترجع من صداق مثلها بمقدار مابقي مما لم تقبضه[٤] .

ابن المواز : وإذا تزوج مسلمٌ نصرانيةً بخمرٍ فقبضته وفات بيدها ، فإن لم يبن فسخ و لم يتبعها بشيء ، وإن بنى فقيل : يفرق بينهما ، ولاأقوله ، ولكن يثبت ولها صداق المثل ، قاله ابن القاسم ، وقال أشهب : يعطيها ربع دينار ، قال أصبغ : وقولي : على قول ابن القاسم ، استحساناً ، وأما قوله : إن لم يبن ، فهو القياس[٥].

---

(١) "معجلا" ليست في أ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٧١/ب .

(٣) أي غير ابن القاسم ، وهو القول بأنها إن قبضته مضى ذلك ولايكون لها غيره بنى أو لم يبن ، وقد تقدم ذكره أول الباب .

(٤)،(٥) المصدر نفسه ل٢٧٢/أ .

[فصل ٣ ــ في تحريم المسلمة على الكافر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايطأ كافرٌ مسلمةً بنكاحٍ أو ملكٍ ويتقدم في ذلك إلى أهل الذمة أشد التقدمة ويعاقب فاعله بعد التقدم ، ولايحد وإن تعمداه[١] ، ومن عُذِرَ بجهلٍ فلايعاقب ، وتباع الأمة[٢] على مالكها ويفسخ النكاح وإن أسلم الزوج[٣] .

قال الشيخ : ولاتباع عليه الأمة إذا أسلم السيد .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وإن لم تعذر المسلمة بجهلٍ في النكاح[٤] حُدَّت ، ويكون كمتزوج الخامسة ، ونحو ذلك مما يحُرم بالقرآن[٥] .

وقوله في الكتاب : ولاحد في ذلك وإن تعمداه ، يريد : لاحد على الزوج ، لأنه نصراني ، ولاحد عليها في الملك[٦] .

قال سحنون : الملك مخالفٌ للنكاح ، لأن بالشراء انعقد له الملك في الأمة ، ولاينعقد بالنكاح ، فلذلك أجاب[٧] أن تضرب المرأة الحد[٨] .

وفي كتاب ابن المواز فيمن تزوج مجوسيةً وهو عالمٌ بتحريم ذلك : فإنه يُرجم.

---

(١) في جميع النسخ "تعمده" والتصحيح من المدونة .

(٢) "الأمة" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٩٧،٢٩٨ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٤) أي لم تجهل تحريم نكاح المسلمة من الكافر .

(٥) كالمحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة المذكورات في قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ الآية ، سورة النساء ، الآية ٢٣ .
وقد سبق ذكر المحرمات في النكاح في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٥/ب .

(٧) في جميع النسخ "أخاف" ، وهو تصحيف ، والتصحيح من تهذيب الطالب ، ومراده أجاب ابن القاسم ، لذا قال عبد الحق : وقوله في الكتاب : لاحد في ذلك وإن تعمداه ، إنما جوابه في الملك إذا اشترى ذمي مسلمة ، فوطئها لاعلى النكاح .

(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٥/ب .

ومن المدونة : قال عمر بن الخطاب : ينكح المسلم النصرانية ولاينكح النصراني المسلمة[١] ، وقال علي بن أبي طالب : لاينكح النصراني ولااليهودي المسلمة ، قال سليمان بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن[٢] : فإن فعلا ذلك فرّق السلطان بينهما ، قال ربيعة : وإن نكحها وزعم أنه مسلمٌ فلما خشي الظهور عليه أسلم وقد بنى بها فلها الصداق ويفرق بينهما وإن رضي أهل المرأة ، لأن نكاحه كان لايحل ، ثم إن رجع إلى الكفر قُتِل[٣] .

فصل [٤ ــ في إسلام أحد الزوجين]

قال مالك : وإذا أسلم مجوسيٌّ أو ذميٌّ وتحته مجوسيةٌ عُرِضَ عليها الإسلام حينئذ ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما ، وإن أسلمت بقيت له زوجة[٤] .

قال الشيخ : يريد بنى أو لم يبن ، قاله ابن القاسم في أب الزوج الصغير المجوسي يسلم ، فهذا مثله .

قال ابن القاسم : إلا أن يبعد مابين إسلامهما فلاتكون امرأته وإن أسلمت ، وتنقطع العصمة فيما بينهما إذا تطاول ذلك ولم يحد البعد في ذلك ، وأرى الشهرين / وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثير[٥] . [١٠٠/ب]

وفي بعض الروايات : وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثيرٍ ، وكذلك في كتاب ابن المواز[٦] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب لايزوج مسلم يهودياً ولانصرانياً ١٧٥/٧ رقم (١٢٦٦٤) .

(٢) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحارث القرشي الزهري المدني ، قيل اسمه عبد الله ، وقيل اسمه إسماعيل ، حافظٌ ، ثقةٌ ، فقيهٌ ، كثير الحديث ، حدث عن أسامة ابن زيد وعبد الله بن سلام وأبي أيوب وعائشة وأبي هريرة وغيرهم ، استقضاه سعيد بن العاص على المدينة ، توفي بها سنة ٩٤هـ في خلافة الوليد .
انظر : الطبقات ١١٨/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٤/٥ .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢٩٨/٢ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ،ب .

قال ابن اللبَّاد : وذلك إذا غُفِل عنهما .

وحجة ابن القاسم : أن أبا سفيان بن حرب أسلم ثم أسلمت هند[١] بعد شهرٍ وبقيت له زوجة[٢] .

وقال أشهب في كتاب ابن المواز : لايفرق بينهما في المدخول بها حتى تخرج من العدة ، وأصحابنا على قول ابن القاسم .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم[٣] : أنه يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة[٤] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : إذا أبت الإسلام فرق بينهما مكانه ، قوله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[٥] ، ولأنه إما أن يفسخ النكاح عقب إبائها أو[٦] تبقى مستدامة النكاح .

ووجه قوله : يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة اعتباراً بالمرتد .

ووجه قول أشهب : اعتباراً بإسلام الزوجة[٧] .

قال ابن المواز : وذكر ابن القاسم عن مالك : إن المجوسي إذا أسلم قبل البناء و لم تسلم امرأته ، أنه يعرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت مكانها وإلا فرق بينهما[٨] .

وقال أشهب : إسلام الزوج قبل البناء يقطع العصمة بينهما ، وبه أخذ ابن المواز[٩] .

---

(١) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية والدة معاوية بن أبي سفيان ، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب ، وجاءت مع النساء يبايعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بالأبطح ، توفيت في خلافة عثمان .
انظر : الطبقات ١٨٧/٨ ، الإصابة ٤٠٩/٤ .

(٢) سبق تخريجه ص٣٦٦ .

(٣) "وروى أبو زيد عن ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٤) النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ،ب .

(٥) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٦) في أ "واو"بدل "أو" .

(٧) انظر: المعونة ٨٠٤/٢ .

(٨)،(٩) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلمت الزوجة بعد البناء وزوجها مجوسيٌّ أو كتابيٌّ فلايعرض عليه الإسلام ، ولكنه إن أسلم في عدتها كان أملك بها ، وإن أسلم بعد انقضاء عدتها فلاسبيل له عليها ، وقد قال الله تعالى في اللاتي أسلمن دون أزواجهن وهاجرن : ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾[١] ، وأبانت ذلك سنة النبي عليه الصلاة والسلام أن ذلك ما لم يسلم الزوج في العدة ، لما أقر صفوان[٢] إذ أسلم في العدة بعد شهر من إسلام زوجته[٣] ، وأقر صلى الله عليه وسلم ابنته زينب[٤] تحت أبي العاص[٥] إذ أسلم في عدتها بعد إسلامها[٦] [٧] .

---

(١) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٢) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجُمَحي ، كان أحد أشراف قريش في الجاهلية وكان أحط المُطعِمين والفُصَحاء ، وكان إليه أمر الأزلام ، هرب صفوان يوم الفتح وأسلمت امرأته ، ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وشهد معه حنيناً قبل أن يسلم ، ثم أسلم فأقرهما على نكاحهما ، وهو أحد المؤلفة قلوبهم وممن حسن إسلامه ، توفي بمكة سنة ٤٢هـ في أول خلافة معاوية ، وقيل توفي قبل ذلك .
انظر : الاستيعاب ٢مع الإصابة /١٧٦ ، الإصابة ١٨١/٢ .

(٣) وهي ناجية بنت الوليد بن المغيرة ، أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله ٤٢٨/٢، ٤٢٩ رقم (٤٤) ، وأخرجه البيهقي أيضا كما سبق ص٣٦٦ .

(٤) هي زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأمها خديجة بنت خويلد ، وهي أكبر بناته صلى الله عليه وسلم وأول من تزوج منهن ، تزوجها ابن خالتها أبو العاص بن الربيع قبل النبوة ، هاجرت بعد غزوة بدر قبل أن يسلم زوجها ، توفيت سنة ثمان من الهجرة .
انظر : الطبقات ٢٥/٨ ، الإصابة ٣٠٦/٤ .

(٥) هو أبو العاص بن الربيع بن عبد العزى بن عبد شمس القرشي ، صِهرُ رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج ابنته زينب ، واسمه : لقيط ، كان من رجال مكة المعدودين مالاً وأمانةً وتجارةً ، أسلم قبل الحديبية بخمسة أشهر ، ولما هاجر رد عليه النبي صلى الله عليه وسلم زوجته زينب على النكاح الأول ، توفي في ذي الحجة سنة ١٢هـ في خلافة أبي بكر .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١٢٥/٤ ، سير أعلام النبلاء ٢٠٦/٣ ، الإصابة ١٢١/٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها ٦٧٥/٢ رقم (٢٢٤٠) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما ٤٤٨/٣ رقم (١١٤٣) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ٦٤٧/١ رقم (٢٠٠٩) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٩/٢ رقم (٢٨١١) وصححه ، ووافقه الذهبي .

(٧) انظر : المدونة ٢٩٩/٢، ٣٠٠ .

ومن المختصر : وإذا أسلمت النصرانية فأراد زوجها أن يسلم فقالت : أنا افتدي منك بكذا على أن لاتسلم حتى أملك أمري ، أو على أن لارجعة لك علي ثم أسلم فهو أحق بها ، وماأخذ منها رد إليها[١] .

قال ابن أبي زمنين[٢] : وإذا أسلمت فكان الزوج أولى بها في العدة إن أسلم اختلف قول ابن القاسم في النفقة عليها قبل إسلامه مادامت في العدة ، فروى عنه أصبغ أنه قال : أحب إلي أن ينفق عليها من يوم إسلامها ، لأنه أحق بها مادامت في العدة[٣] ، وروى عنه عيسى : أنه لانفقة لها عليه ، لأنها منعته فرجها بإسلامها[٤] ، قال[٥] : وهذه الرواية أحسن عند أهل النظر من رواية أصبغ[٦] [٧] .

ومن المدونة : قال مالك ، وقال أيضاً ابن القاسم وأشهب : وإن اسلمت قبل البناء والزوج مجوسي أو كتابي فقد بانت منه ، ولارجعة له إن أسلم[٨] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٧١/أ .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي زمنين المري ، الأندلسي الالبيري ، إمام ، فقيه ، حافظ زاهد ، شيخ قرطبة ، كان من أجل أهل زمانه قدرا في العلم والرواية والحفظ ، تفقه بأبي إبراهيم بن مسرة ، وسمع منه ومن وهب بن مسرة وأحمد بن المطرف وأبان بن عيسى وغيرهم له تآليف كثيرة منها : مختصر المدونة ، ومنتخب الأحكام ،ومختصر تفسير ابن سلام ، وكتاب حياة القلوب في الزهد ، واختصار شرح ابن المزين للموطأ ، وأصول السنة . توفي سنة ٣٩٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٧٢/٢ ، سير أعلام النبلاء ١١٣/١٣ ، شجرة النور ص١٠١ .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٦٢/٥ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٤٣٢/٥ .

(٥) أي ابن أبي زمنين .

(٦) قال ابن رشد : لأنه فسخ ، والفسوخ لانفقة فيها . البيان والتحصيل ٤٣٢/٥ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٨) انظر : المدونة ٣٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

قال الشيخ : ولاخلاف بينهم في إسلام الزوجة بعد البناء أن الزوج أحق بها إن أسلم في عدتها للسنة المأثورة[١] ، ولاخلاف أيضاً بينهم إن أسلمت قبل البناء أنه لاسبيل إليها إلا أن يسلما معاً ، وذلك أن إسلامه ينزَّل منزلة رجعته ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام جعل إسلام الزوج في العدة كرجعة المسلم فيها إذا طلق واحدة[٢] ، فلما لم يكن في غير المدخول بها عدةٌ ولم يكن فيها رجعةٌ لم يكن لزوجها إذا أسلم بعدها عليها سبيل ، إذ لاعدة عليها ، وكذلك إن أسلم في التي بنى بعد إسلامها وبعد انقضاء عدتها ، فقد بانت منه ، لأن إسلامه أقيم مقام ارتجاعه فكان موقوفاً على العدة[٣] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا وقع الفراق بإسلام / أحد الزوجين كان [١٠١/أ] فسخاً بغير طلاق[٤] .

قال ابن المواز : والفرق بين إسلام أحد الزوجين أنه فسخٌ بغير طلاق ، وبين ردته أنه تلزمه طلقة ، لأن المسلم يلزمه طلاقه فكذلك يلزمه لما أحدث من الردة الطلاق ، والكافر لو طلق لم يلزمه طلاقه إن أسلم فلم يلزمه بما فعل طلاق[٥] .

ومن المدونة : وإن أسلم كتابيٌّ بدار الحرب أو بعد قدومه إلينا لم تزل[٦] عصمته عن نسائه ، وهن على نكاحهن ، ويقع طلاقه عليهن ، فافتراق الدارين ليس بشيء .

قال ابن القاسم : وأكره له الوطء بدار الحرب بعد الإسلام كما كره مالك أن ينكح بها خوفاً أن تلد ولداً فيكون على دين الأم ، فإن خرجا إلينا بأمانٍ فأسلم أحدهما كانا في الفرقة والاجتماع كالذميين يسلم أحدهما .

---

(١) لعله يشير إلى إقراره صلى الله عليه وسلم سفيان بن حرب على نكاحه عندما أسلمت زوجته بعد إسلامه . انظر ص٣٦٦ .

(٢) أي لما أقر صفوان بن أمية والعاص بن الربيع عندما أسلما في العدة .

(٣) انظر : المعونة ٢/٨٠٥،٨٠٦ .

(٤) تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٧٠/ب ، تهذيب الطالب ل٢٥/ب .

(٦) في أ "لم تلزم" .

قال : وإن أسلم ذميٌّ وتحته كتابيةٌ بنى بها أم لا ثبت على نكاحه وبقيت لـه زوجة ، وإن كانت صغيرةً زوَّجها إياه أبوها فهما على نكاحهما ، ولاخيار لهـا إن بلغت .

قال : وإن أسلم الصبي الذمي وقد زوجه أبوه مجوسيةً لم يفسخ نكاحه إلا أن يثبت على إسلامه حتى يحتلم فتقع الفرقة بينهما ، إلا أن تسلم هي عند ذلك فتبقى له زوجة ، لأنه لو ارتد عن الإسلام قبل بلوغه لم يقتل .

وإذا أسلم الزوج قبل البناء وهما مجوسيان ففرق بينهما فلاصداق عليه ، لأنه فسخٌ بغير طلاق ، وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بإسلام أحدهما ، وذلك قبل البناء فلاصداق للمرأة ولامتعة .

ـ **قال الشيخ** : لأن الفراق من قِبَلِهَا ـ .

قال : فإن بنى بها وهما مجوسيان أو ذميان فوقعت الفرقة بينهما بإسلام أحدهما فرفعتها حيضتها فلها السكنى ، لأنها إن كانت حاملاً اتبعه مافي بطنها ، وكذلك من نكح ذات محرمٍ منه و لم يعلم ففرق بينهما بعد البناء فلها السكنى ، لأنها تعتد منه وإن كان فسخاً .

وإذا سُبيت ذات زوجٍ فعليها الاستبراء بحيضة ، لأنها صارت أمةً ، وإن أسلمت امرأةٌ في دار الحرب ثم قدمت إلينا ، أو قدمت إلينا بأمانٍ ثم أسلمت فلاتنكح مكانها ، ولكن تستبرأ في نفسها بثلاث حيَضٍ كاستبراء الحرائر ، فإن أسلم زوجها فيها[1] كان أملك بها إن ثبت أنها زوجته ، ولو كان إسلام هذه الزوجة في دار الحرب أو عندنا وذلك قبل البناء لبانت ولاسبيل له إليها وإن أسلم مكانه ، وكذلك قال مالك في الذميين إذا أسلمت المرأة قبل البناء ثم أسلم زوجها فلاسبيل له إليها ، ولامتعة لها ولاصداق ، وإن قبضته ردته ، وإن بنى بها فلها المسمى .

وإذا أسلمت النصرانية وزوجها نصرانيٌّ ثم طلقها في العدة ، ثم أسلم فيها لم يعد طلاقه طلاقا ، وكان على نكاحه ، وإن انقضت عدتها فنكحها بعد ذلك كان جائزا ، وطلاقه في شركه باطل[2] .

---

(١) في أ "فيكون" .

(٢) انظر : المدونة ٣٠١/٢-٣٠٣ ، تهذيب المدونة ص٩٤، ٩٥ .

[الباب السادس]
في سبي أحد الزوجين أو كليهما ورجعة زوج الأمة في سفره

[فصل ١ ــ في سبي أحد الزوجين أو كليهما]

روى ابن وهب عن أبي سعيدٍ الخُدرِي أنه قال أصبنا سَبيًا يوم أَوْطَاس[١] ولهن أزواج فكرهنا أن نقع عليهن ، فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تعالى : ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلاَّ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٢] ، فاستحللناهن[٣] ، فلما أباح الله عز وجل وطء المسبية لها زوج بهذه الآية دل بذلك[٤] أن السبي يهدم النكاح[٥] .

قال ابن القاسم وأشهب : السبي فسخٌ للنكاح ، / قال أشهب : سُبِيَا جميعًا [١٠١/ب] أو مُفترِقَين[٦] .

---

(١) أوطاس : وَادٍ كانت فيه وقعة حنين للنبي صلى الله عليه وسلم ببني هوازن .
انظر : معجم البلدان ٢٨١/١ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .
ورد في صحيح مسلم بعد ذكر الآية : أي فهن لكم حلالٌ إذا انقضت عدتهن ١٠٧٩/٢ .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء وإن كان لها زوج انفسخ نكاحها بالسبي ١٠٧٩/٢ رقم (١٤٥٦) .

(٤) "بذلك" ليست في أ .

(٥) وهو قول مالك وابن القاسم . انظر : المدونة ٣١٣/٢ .

(٦) المصدر نفسه ٣٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

قال الشيخ : يريد وإن علم أنها زوجته بالبينة ، على مذهب ابن القاسم وأشهب ، وهو أشبه بظاهر التنزيل[١] .

قال ابن قُسيط[٢] : وإن ابتاع رجلٌ عبداً وامرأةً من السبي قبل أن يفرق بينهما السلطان فليفرق بينهما إن شاء ويطأ الأمة[٣] .

قال الشيخ : اختلف شيوخنا في قول ابن قُسَيْط ، فقال بعضهم : معناه إذا لم يقرهما السلطان على النكاح ، وليس بيعهما مجتمعين مما يمنع التفرقة حتى يقرهما بلفظٍ منه يقتضي ذلك .

وقال غيره من شيوخنا : إن قول ابن قُسَيطٍ خلاف ، لأنه إذا باعهما جميعاً إنما ينادي على العبد وزوجته فذلك إقرارٌ للنكاح[٤] .

وفي كتاب ابن المواز : من اشترى عِلْجَةً[٥] وزوجها من المقاسم فلايفرق بينهما في النكاح ، فإن هرب العِلْجُ لم يكن لسيدها وطؤها إن كانا أُقِرَّا على النكاح وعلى ذلك بيعت[٦] .

قال مالك : وإن قدم إلينا تجارٌ من أهل الحرب فباعوا منا رقيقا ، فذكر الرقيق أن بينهم تناكحا ، فإن زعم ذلك الذين باعوهم أو عُلِم صدق قولهم ببينة ، كانوا على تناكحهم ولايفرق بينهم[٧] .

---

(١) يشير إلى الآية السابقة التي تدل على جواز وطء المسبية مطلقا .

(٢) هو أبو عبد الله يزيد بن عبد الله بن قُسَيط الليثي المدني ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، روى عن أبي هريرة وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ١٢٢هـ .
انظر : الطبقات ٣٩٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٨٧/٦ .

(٣) تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٤) تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٥) العِلْجُ : الرجل من كفار العجم ، والأنثى عِلْجَة . انظر : اللسان ، مادة (عَلَجَ) .

(٦) تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٧) انظر : المدونة ٣٠٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

قال الشيخ : وظاهر هذا أنه خلاف السبي[١] ، لأن النص[٢] إنما أنزل في السبي ، وهذا ليس بسبيٍ ، وإن كان قد وقع لمالكٍ في كتاب ابن المواز في السبي مثل هذا الجواب ،ولكن الأشبه عندي بظاهر التنزيل أن السبي خلاف هذا ، ومالك أعلم وأهدى للصواب ، ويحتمل أن يحمل قوله في السبي[٣] استحبابًا وقياساً على هذه المسألة والله أعلم .

[٤] وإن لم يعلم ذلك[٥] إلا بقول الرقيق فلايصدقون ويفرق بينهم[٤] [٦] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا سُبي الزوج أولاً ثم سُبيت زوجته بعده قبل أن يقسم أو بعدما قسم فذلك هدم للنكاح[٧] .

وقال في كتاب ابن المواز : إذا سبيا جميعًا أو سبي أحدهما قبل صاحبه فهما على نكاحهما إذا علم ذلك بالبينة ما لم تستبرأ المرأة بحيضة ، ويطؤها السيد ، فإن وطئها السيد قبل أن يدركها الزوج ويعلم ذلك فالنكاح منقطع[٨] .

قال ابن بكير : قال مالك : وإن سبيت قبل الزوج انفسخ النكاح وحلت لمالكها ، إذ لاعهد لزوجها ، وإن سبيا جميعًا فاستبقى الزوج أقرا على نكاحهما ، إذ صار لزوجها عهدٌ حين استبقي ، فصار أحق من المالك بها لهذا ـ يريد إذا علم ذلك بالبينة ، وكله عندي خلاف المدونة والله أعلم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو سبيت المرأة ثم قدم الزوج بأمانٍ أو سبيٍ وهي في الاستبراء فلاسبيل له إليها لزوال العصمة بالسبي .

---

(١) أي ففي هذه المسألة يقر النكاح ، وفي السبي يفسخ النكاح كما تقدم .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ . سورة النساء : آية ٢٤ وقد سبق سبب نزولها قريباً .

(٣) أي أنه يقر فيه النكاح .

(٤) ساقط من ز .

(٥) أي تناكح الأرقاء الذين باعهم تجار أهل الحرب .

(٦) انظر : المدونة ٣٠٤/٢ .

(٧) تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٩/ب .

ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأقام بها ، أو قدم إلينا مسلماً ، أو بأمانٍ فأسلم وخلف أهله على النصرانية فسباها المسلمون فهي في عصمته والنكاح بينهما ثابتٌ إن أسلمت[١] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : أو عتقت[٢] .

قال في المدونة : وإن أبت الإسلام فرق بينهما[٣] ، إذ لاتنكح أمةٌ كتابيةٌ ، وهي وولدها ومافي بطنها من ولدٍ،ومهرها الذي على الزوج ، وجميع ماللزوج بدار الحرب فيءٌ لذلك الجيش[٤] .

وقال غيره[٥] : ولده الصغير تبعٌ له ، وكذلك ماله هو له لم يزل ملكه عنه ، فإن أدركه قبل القسم أخذه ، وإن قسم فهو أحق به بالثمن[٦] .

فصل [٢ ــ في رجعة زوج الأمة في سفره]

قال ابن القاسم : ومن طلق زوجته وهي أمةٌ ثم ارتجعها في سفره قبل إنقضاء عدتها وأشهد بذلك فوطئها سيدها بعد عدتها قبل علمه برجعة الزوج ، ثم قدم الزوج فلارجعة له ، إذ وطء السيد بالملك كوطئها بالنكاح[٧] .

---

(١) تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٢) وإن لم تعتق و لم تسلم وقعت الفرقة لأنها أمة نصرانية ومهرها عليه .
النوادر والزيادات ل٢٦٩/ب .

(٣) وكذلك إن لم تعتق . انظر : المصدر نفسه ل٢٦٩/ب .

(٤) قال ابن القاسم : لأنها إنما قسمت في السبي لسيدها ولامهر لها وإنما مهرها فئ .
انظر : المدونة ٢/٣٠٥ .

(٥) أي غير ابن القاسم .

(٦) المصدر نفسه ٢/٣٠٥ .

(٧) تهذيب المدونة ص٩٥ .

[الباب السابع]
مايحل ويحرم من وطء الكوافر بملك أو بنكاح / [١٠٢/أ]

[فصل ١ ــ فيما يحل ويحرم من وطء الكوافر]

قال الله سبحانه : ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[١] فعمَّ الحرائر والإماء ، إذ الوطء يسمى نكاحاً ، واستثنى نكاح حرائر الكتابيات بقوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾[٢] وهذا إحصان الحرية .

ولم يحل الأمة بالنكاح إلا مؤمنةً لقوله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[٣] ، فلم يحل نكاح الأمة إلا مؤمنة[٤] .

وأحل الله تعالى[٥] وطء الكتابيات بالملك بقوله في تحريم ذوات الأزواج : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٦] ، وهذا إحصان نكاحٍ ثم استثنى فقال : ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٦] ، وهن اللاتي ملكناهن بالسبي ولهن أزواجٌ كفارٌ بدار الحرب ، قاله مالك[٧] .

قال ابن حبيب : أو سُبوا معهن[٨] .

وبقي تحريم المجوسيات بنكاحٍ أو ملكٍ بالتحريم الأول العام[٩] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢١ .
(٢) سورة المائدة : آية ٥ .
(٣) سورة النساء : آية ٢٥ .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٩/أ .
(٥) في أ ، ب زيادة "في" .
(٦) سورة النساء : آية ٢٤ .
(٧) انظر : المدونة ٣١٣/٢ .
(٨) النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .
(٩) أي الذي دلت عليه الآية المذكورة أولاً وهي قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ .

قال عبد الوهاب[١] : ولأن كل جنسٍ تؤكل ذبائحهم يجوز نكاح نسائهم كالمسلمين[٢] .

وقال في وطء الإماء الكتابيات : ولأن كل من يجوز وطء حرائرهم بالنكاح يجوز وطء إمائهم بالملك كالمسلمين[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكره مالك وطء نساء أهل الحرب ، وقال: يدع ولده في أرض الشرك ثم يتنصَّر أو يُنَصَّر ، ولايعجبني .

قال ابن القاسم : فأرى أن يطلقها ولايقيم عليها من غير قضاء .

قال ابن القاسم : ويجوز للمسلم نكاح حرةٍ كتابيةٍ، ويكره له ذلك ، وإنما كره له مالك ذلك[٤] ولم يحرمه ، لما تتغذَّى به من خمرٍ وخنزيرٍ وتُغَذِّى به ولده ، وهو يُقبِّل ويُضاجع ، وليس له منعها من ذلك ، ولامن الذهاب إلى الكنيسة[٥] .

قال غيره : ولأنه سكونٌ إلى الكفار ومودةٌ لهم ، لأنه تعالى قال في الزوجين ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَّوَدَّةً وَّرَحْمَةً﴾[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : ولايجوز لمسلمٍ أن يطأ مجوسيةً بنكاحٍ أو بملك يمين[٧] .

قال ابن شهاب : ولايقبِّلها ولاياشرها[٨] .

قال الشيخ : لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[٩] ، ولأن كل من لاتؤكل ذبائحهم لايجوز نكاح نسائهم .

---

(١) أي معللا لجواز نكاح حرائر أهل الكتاب .

(٢)،(٣) انظر : المعونة ٧٩٩/٢ .

(٤) "وإنما كره له مالك ذلك" ليست في أ .

(٥) انظر : المدونة ٣٠٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٦) سورة الروم : آية ٢١ .

(٧) وقال مالك : لأنه لاينكح الحرة المجوسية ، قال الله تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ﴾ فما حرم بالنكاح حرم بالملك . المدونة ٣٠٧/٢ .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٣٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٩) سورة البقرة : آية ٢٢١ .

ومن المدونة : قال مالك : والأمة الكتابية لايحل لمسلمٍ أن يتزوجها ولايطأها إلا بالملك ، كان حراً أو عبدا ، كانت لمسلمٍ أو ذمي ، ولايزوجها سيدها من غلامٍ له مسلم(١) .

فصل [٢ ــ في تناكح الكفار فيما بينهم]

ولايُمنع النصراني من نكاح المجوس ولا(٢)المجوسي من نكاح النصارى(٣)(٤) .

---

(١) قال مالك : لأن الله يقول : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ سورة المائدة : آية ٥ ، وهي الحرة من أهل الكتاب ، وقال : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ . فهن الإماء من المؤمنات ، فإنما أحل الله نكاح الإماء المؤمنات و لم يحل نكاح الإماء من أهل الكتاب ، والأمة اليهودية تحل لسيدها بملك يمينه . المدونة ٣٠٦/٢ .

(٢) في ز "أو" بدل "ولا" .

(٣) قال القرافي : لأنا لانتعرض لهم . الذخيرة ٣٢٣/٥ .

(٤) في تهذيب المدونة : ولايمنع نصرانيٌ من نكاح مجوسيةٍ أو مجوسيٌ من نكاح نصرانية . ص٩٥.

[الباب الثامن]
باب في إسلام الأبوين أو أحدهما وحكم الولد في ذلك

وقال النبي عليه الصلاة والسلام : "كلُّ مولودٍ يولد على الفِطرة فأبواه يُهوِّدانه أو يُنصِّرانه"(١) .

وقال مالك : إسلام الأب إسلامٌ لصغار بنيه ، ولو أسلمت الأم وحدها دون الأب بقي الولد على دين أبيه ، وكذلك لو أسلمت وهي حاملٌ ثم ولدت كان الولد على دين الأب ، ويُتركون في حضانتها(٢) .

قال أبو بكر بن اللبَّاد : روى اللَّيث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أيُّهما أسلم من الأبوين كان أولى بالولد"(٣) ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب(٤) ، وبه قال غير واحدٍ من أهل العلم ، وقاله ابن وهب .

ومن المدونة : قال مالك : ولو تزوج مجوسيٌّ نصرانيةً فولدت منه كان الولد تبعًا للأب في الدين وأداء الجزية ، وتبعًا للأم في الملك والحرية .

وإذا زوَّج النصراني ابنته الطفلة لكتابيٍّ ثم أسلم الأب وهي صغيرةٌ ، كان ذلك فسخًا لنكاحهما ، لأن إسلام الأب إسلامٌ لها .

ولو زوَّج المجوسي ابنه الطفل مجوسيةً ثم أسلم الأب ، وابنه صغيرٌ ، عُرِضَ على / زوجة الصبي الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرِّق بينهما ما لم يتطاول ذلك . [١٠٢/ب

---

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات فهل يصلى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام ٩٧/٢ ، ومسلم ، كتاب القدر ، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة ٢٠٤٧/٤ رقم (٢٦٥٨) بلفظ "مامن مولود ..." الحديث .

(٢) انظر : المدونة ٣٠٧/٢، ٣٠٨ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٣) لم أعثر عليه .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الدعوى والبينات ، باب الولد يسلم بإسلام أحد أبويه ٤٥٣/١٠ رقم (٢١٢٩٢) .

وإذا كان الغلام أو الجارية في حدِّ المراهقة في إسلام الآباء من أبناء اثنتي عشرة سنة أو ثلاث عشرة سنة[١] فلايُجبَران على الإسلام ، ويُترك الأمر إلى بلوغهما فمن أقام منهما حينئذٍ على دينه الذي كان عليه ونكاحه لم يُعرض له ، وإن أسلم حُكِم فيه بما ذكرنا في إسلام أحد الزوجين البالغين[٢] .

قال مالك : ومن أسلم وله ولدٌ صغارٌ فأقرَّهم حتى بلغوا اثنتي عشرة سنة[٣] وشبه ذلك فأبوا الإسلام فلايجبرون.

وقال بعض الرواه : يُجبرون ، وهم مسلمون ، وهو أكثر مذاهب المدنيين .

قال مالك : ومن أسلم وله ولدٌ مراهقٌ من ابناء ثلاث عشرة[٤] سنة وشبه ذلك ، ثم مات الأب ، أُوقف ماله إلى بلوغ الولد ، فإذا بلغ وأسلم وَرِث ، وإن لم يسلم حين بلغ لم يُعرض له ، وكان ذلك المال للمسلمين ، ولو أسلم الولد قبل احتلامه لم يَتعجَّل أخذ ذلك حتى يحتلم ، لأن ذلك ليس بإسلام ، ألا ترى أنه لو أسلم ثم رجع إلى النصرانية أُكْرِه على الإسلام و لم يُقتل .

ـ **قال الشيخ** : وقيل : إسلامه إسلام ، وله الميراث ، لأنه لو رجع إلى النصرانية جُبِرَ على الإسلام بالضرب حتى يسلم أو يموت ـ .

قال مالك : ولو قال الولد : إني لا أسلم إذا بلغت ، لم يُنظر إلى ذلك ولابد من إيقاف المال إلى احتلامه .

ولو كان الولد لايعقل دينه ، ابن خمس سنينٍ أو ست فهم مسلمون بإسلام الأب ، ويرثونه مكانهم ، وقاله أكثر الرواة[٥] .

---

(١) "أو ثلاث عشرة سنة" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر الباب الخامس من هذا الكتاب .

(٣) "سنة" ليست في أ .

(٤) في أ "اثنتي عشرة" .

(٥) انظر : المدونة ٢/٣٠٨-٣١٠ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

[الباب التاسع]
فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة ، أو على أم وابنتها ونكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه

[فصل ١ ــ فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة]

وقد أقرَّ الرسول صلى الله عليه وسلم أبا العَاص وصَفوان على نكاح الشرك[١] [٢] ، وخيَّر غَيْلَان بن أبي سَلَمة الثَّقفي[٣] إذ أسلم على عشر نسوةٍ في أربعٍ منهن[٤] ، وخيَّر فَيْرُوز الدَّيْلَمي[٥] إذ أسلم على أختين في إحداهما[٦] .

قال مالك : وإذا أسلم حربيٌّ على أكثر من أربع نسوةٍ نكحهن في عُقْدةٍ أو عُقَد فليختر منهن أربعاً ، كُنَّ أوَّل من نكح أو آخرهن ، ويُفارق باقيهن[٧] .

---

(١) في أ ، ب "الشرع" وهو تحريف .

(٢) سبق تخريجه ص٣٧٤ .

(٣) هو غَيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب الثقفي ، أسلم بعد فتح الطائف ، وكان أحد وجوه ثقيف ، وكان شاعراً مُحسِناً ، توفي في آخر خلافة عمر .
انظر : الطبقات ٤٦/٦ ، الإصابة ١٨٦/٣ .

(٤) أخرجه الدارقطني ، كتاب ، باب المهر ٢٧١/٣ رقم (١٠٤) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب من يسلم وعنده أكثرمن أربع نسوة ٢٩٦/٧ رقم (١٤٠٤٩) ، قال الحافظ ابن حجر : ورجال إسناده ثقات .التلخيص الحبير ١٦٩/٣ .

(٥) هو فيروز الديلمي ، يمانيٌ كنانيٌ من أبناء الأساورة من فارس الذين بعثهم كسرى إلى اليمن ، وفد على النبي صلى الله عليه وسلم فأسلم ، ثم رجع إلى اليمن فأعان على قتل الأسود العنسي المتنبئ ، توفي باليمن في خلافة عثمان .
انظر : الطبقات ٦٣/٦ ، الاستيعاب مع الإصابة ١٩٩/٣ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ٦٧٨/٢ رقم (٢٢٤٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الرجل يسلم وعنده أختان ٤٣٦/٣ رقم (١١٢٩) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أختان ٦٢٧/١ رقم (١٩٥٠) ، وأحمد ٢٨٤/٤ رقم (١٨٠٦٣) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب نكاح الكفار ١٨١/٦ رقم (٤١٤٣) وصححه ، وقال الترمذي : حديث حسن .

(٧) انظر: النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ .

قال ابن المواز : والمجوسي إذا أسلم وتحته عشر نسوةٍ لم يبن بهـن ، وأسـلمن كلهن أنه يختار منهن أربعًا ويفارق باقيهن[١] .

قال ابن حبيب : ويفارقهن بطلاق ، ويعطي لكل من فارق نصف صداقها .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك ، لأنه عنده لمـا كـان لـه أن يختـار كـل واحـدةٍ صار كأنه مختارٌ لطلاقها ، فكان عليه نصـف صداقهـا ، وابـن القاسـم لايـرى عليـه فيمن فارق صداقا ، لأنه عنده فسخٌ قبل البناء .

قال ابن المواز : فإن لم يختر منهن أربعًا حتى مات[٢] فإنهن يرثنه كلهن الربع إن لم يكـن لـه ولـد ، ويكـون لكـل واحـدةٍ ممـن لم يدخـل بهـا خُمُسَـا صداقهـا ، وللمدخول بها صداقها كاملاً[٣] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك ،لأن له أن يقيم على أربـع منهـن فـأقل ، فلمـا مات و لم يختر منهن واحدةً كان الربع بين جميعهن ، لأنه ليس واحدة أحق بالمـيراث من صاحبتها ، فلذلك قُسِم بينهن ، وأما الصداق فإنما عليه أربع صدقات ، فلمـا لم تُعلَم المختارة منهـن قسـم الأربـع صدقـات علـى عشـرة فيقـع لكـل واحـدةٍ خُمُسَـا صداقها ، وأما المدخول بها فقد استحقت صداقها بالمسيس .

قال أبو محمد [بن إسحاق][٤]:[٥] فإن طلق منهن أربعًا بغير أعيانهن ، قبل أن يختار / أن يطلقهن كلهن ، فعليه لكل واحدةٍ من العَشـر خُمُـس صداقهـا ، هـذا إن [١٠٣/أ] كان قبل البناء ، وإن طلق منهن واحدةً معلومةً لم يكن له أن يختار مـن البواقـي إلا ثلاثا ، وإن طلق واحدةً مجهولةً ثلاثاً لم يكن له أن يختار من البواقي إلاواحدة[٦] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٠/أ .

(٢) في النوادر زيادة "فسمعت من يقول" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٠/أ .

(٤) "ابن إسحاق" ليست في جميع النسخ فيوهم أن المراد ابن أبي زيد وليس كذلك .

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن إسحاق المعروف بابن التبّان ، عالم أهل القيروان ، إمامٌ ، فقيهٌ ، كـان من العلماء الراسخين والفقهاء المـبرزين ، وكـان حافظـاً بعيـداً عـن التصنـع والريـاء ، فصيـح اللسان ، كبير القدر ، أخذ عن ابن اللبّاد وغيره ، ألف كتاباً في النوازل ، توفي سنة ٣٧١هـ . انظر : ترتيب المدارك ٥١٧/٢ ، معالم الإيمان ٨٨/٣ ، سير أعلام النبـلاء ٣٩٨/١٢ ، شـجرة النور ص٩٥ .

(٦) تهذيب الطالب ل٢٥/ب .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك إذا طلقهن كلهن أن يكون لكل واحدةٍ خُمس صداقها ، لأنه إنما له أن يقيم على أربعٍ منهن ، فيكون لهن أربع صدقات ، فإذا طلقهن قبل البناء كان عليه نصف ذلك ، صداقان نصف الأربعة وهو خمس العشرة فيكون لكل واحدةٍ خمس صداقها .

وإنما قال : إذا طلق واحدةً معلومةً لم يكن له أن يختار من البواقي إلا ثلاثاً ، لأنه بقصده لطلاقها صار كأنه اختارها ثم طلقها ، فلم يكن له أن يختار إلا بقية الأربع .

قال الشيخ : وإنما قال : وإن طلق واحدةً مجهولةً ثلاثًا لم يكن له أن يختار من البواقي إلا واحدة ، لأن الطلاق يُشرع في جميعهن ، وكأنه قال : إحداكن طالق ، ولم ينوِ واحدةً بعينها ، فوجب طلاقهن أجمع ، وهذا على قول المصريين ، وأما على قول المدنيين فله أن يختار واحدةً فيطلقها كالعتق ، فإذا اختار واحدةً كان له اختيار ثلاثٍ ممن بقي كالمسألة الأولى[1] .

[فصل ٢ ــ فيمن أسلم وعنده أم وابنتها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أسلم حربيٌّ أو ذميٌّ وتحته أمٌّ وابنتها تزوجهما في عُقْدةٍ أو عُقدتين ، فإن لم يكن بنى بهما فله اختيار إحداهما وفراق الأخرى .

وقال غيره : إذا أسلم وعنده أمٌّ وابنتها ولم يبن بهما لم يجز له أن يحبس واحدةً منهما[2] .

ونقلها[3] أبو محمد : قال غيره : لابد أن يفارقهما ثم ينكح الابنة إن شاء .

---

(١) أي التي تقدمت قريباً لأبي محمد بن إسحاق .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣١٠،٣١١ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٣) أي ونقل قول غير ابن القاسم .

وقال أشهب : تحرم الأم ويثبت على الابنة ، ولو مسَّ الأم وحدها حَرُمتا عليه جميعًا للأبد ، ولو مسَّ الابنة ثبت عليها وحَرُمت الأم .

فوجه قول ابن القاسم : اعتبارًا بالذي أسلم عن عشر نسوة ، أن له أن يختار منهن أربعًا وإن كانت الخامسة أو السادسة فيهن ، ونكاح الخامسة محرَّم كنكاح ذوات المحارم ، فلما جاز له البقاء على الخامسة بذلك العقد جاز له أن يثبت على الأم أو البنت بذلك العقد .

ووجه قول غيره : أنه لما[1] كان[2] عقده في الشرك عقد شُبهَةٍ يصححه الإسلام صار كأنه عقد عليهما يوم أسلم و لم يَعلم ، فليفارقهما وينكح الابنة إن شاء .

ووجه قول أشهب : أنه لما كان عقده عقد شبهةٍ حرَّم الأم و لم يحرِّم البنت ، لأنه لم يدخل بالأم .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أبينها ، وبه أقول .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن حبس الأم وفارق البنت ، فأراد ابنه نكاح البنت التي خلاَّها فلايعجبني ذلك .

ـ **قال الشيخ** : لأنه عقد شبهة ـ .

قال ابن القاسم : وإن كان قد دخل بهما جميعًا فارقهما ولاتحلان له أبدا ، فإن بنى بواحدةٍ أقام عليها وفارق الأخرى ، و لم يكن له أن يختار التي لم يمس ، وقاله ابن شهاب .

قال ابن القاسم : وكذلك المجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلمتا جميعا ، فالجواب واحد .

قيل له : فالذمي إذا تزوج امرأةً فماتت قبل أن يمسها فتزوج أمها ثم أسلما جميعًا؟ وكيف إن كان هذا رجلٌ من أهل الحرب ثم أسلم؟

---

(١) في أ "إنما" .

(٢) في أ زيادة "له" .

فلم يذكر جواباً ، وأتى بنظيرٍ يدل على جواز النكاح وثباته ، فذكر مسألة المجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلما جميعاً[١] .

قال أبو محمد وغيره : نكاحهما ثابت .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أسلم وقد نكح أربعاً في عدتهن ، فإن أسلم بعد خروجهن / من العدة ثبت عليهن ، وقاله ابن القاسم وأشهب . [١٠٣/ب]

قال أشهب : بنى بهن أو لم يبن .

ولو أسلم قبل انقضاء عدتهن لفارقهن[٢] ، وعليهن ثلاث حيض ـ يريد وقد مسَّهن .

ولو أسلم وقد انقضت عدة بعضهن فسخ نكاح من لم تنقض عدتها ، كُنَّ في عُقدةٍ أو في عُقَد ، بنى بهن أو لم يبن بهن .

وإن وطئ بعد إسلامه من[٣] لم تنقض عدتها لم تحل له أبداً .

وإن تزوج نكاح متعةٍ فأسلم قبل الأجل فسخ نكاحه ، وإن أسلم بعد الأجل ثبت ، بنى أو لم يبن[٤] .

---

(١) فقال : إن كان دخل بهما جميعاً فارقهما و لم تحل له واحدة منهما أبداً ، وإن كان دخل بإحداهما فإنه يقيم على التي دخل بها ويفارق التي لم يدخل بها .
انظر : المدونة ٢/٣١٠،٣١١ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) وذلك لقيام المانع .

(٣) "من" ليست في أ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ .

فصل [٣ ــ في نكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه]

قال ابن القاسم : وكل صداق[١] نكاحٍ استحله أهل الشرك فيما بينهم فهو جائزٌ إذا أسلموا عليه وقد بنى ، وإن لم يبن وقد تزوجها بخمرٍ أو خنزيرٍ ثبت النكاح وحملتهما في الصداق على سُنَّة المسلمين ، ويصير كمن نكح على تفويض ، فإن شاء البناء ودى صداق المثل وإلا فارق ولاشيء عليه[٢] ، وقد تقدم هذا[٣] .

قال ابن القاسم : وماكان في شروطهم من أمرٍ مكروهٍ فإنه لايثبت من ذلك إلا ماكان يثبت في الإسلام ، ولايفسخ من ذلك إلا ماكان يفسخ في الإسلام[٤] ، وفي غير رواية جَبَلَة[٥] : فإنه لايثبت من ذلك ماكان يفسخ في الإسلام ، ولايفسخ من ذلك ماكان في الإسلام[٦] .

قال يحيى بن عمر : وهذه رواية سحنون وهي الصواب .

قال الشيخ : وتفسير ابن القاسم للمسألة التي بعد هذه يدل على صحة رواية سحنون[٧] ، وهي : قال ابن القاسم : وماكان لها من شرطٍ بطلاقٍ فيها أو

---

(١) "صداق" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣١١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٣) انظر ص ٣٦٧ .

(٤) انظر : المدونة ٣١١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٥) هو جَبَلة بن حمود بن عبد الرحمن بن جبلة الصَّدفي ، فقيهٌ ، عالمٌ ، ثقةٌ ، ورِعٌ ، زاهدٌ ، سمع من سحنون وعون بن يوسف وأبي إسحاق البرقي ومحمد بن الحكم وغيرهم ، له ثلاثة أجزاء مجالس عن سحنون رويت عنه ، وروى عن سحنون المدونة ، ترك سكنى الرباط ونزل القيروان ، وتوفي بها سنة ٢٩٩هـ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص٩٥ ، ترتيب المدارك ٢٤٧/٢ ، الديباج ٢٢٣/١ ، شجرة النور ص٧٣ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٧) وقاله عبد الحق . انظر : المصدر نفسه ل٢٦/أ .

في غيرها أو بعتاقٍ إن تزوج عليها ، أو مَنَعها من أهلها ، أو أَخْرَجها من بلدها ، فهذا كله يسقط عنه ولايثبت عليه ، ولو شرط لها أيضاً ألاَّ نفقة لها عليه ، وأن لها نفقة محدودة ، أو فساداً في صداقٍ بطل الشرط في ذلك كله ، ولم يلزمه ، ويكون لها نفقة مثلها ،ولاتشبه المسلمة في هذا إذا لم يبن بها ، لأن المسلمة يفسخ نكاحها قبل البناء إذا عقدا شرطاً لايحل لفساد العقد ، ونكاح الشرك إذا أسلما لم يكن ذلك فساداً لنكاحهم[1] .

قال في كتاب ابن المواز : وإن بنى ثبت النكاح وكان لها صداق المثل ، ولها نفقة مثلها ، قال : وهو كصداقٍ مجهولٍ حين اشترط هذا مع الصداق .

قال أصبغ : ولو لم يدخل بها وتطارحا الشرط ثبت النكاح ولم يفسخ ، كمن تزوج بصداقٍ معجَّل ، وصداقٍ إلى موتٍ أو فراق ، أو إلى أجلٍ مجهول[2] .

ومن المدونة : وإذا تزوج ذميٌّ زوجة ذميٍّ سواه فرافعه زوجها إلينا مُنع من ذلك ، وهذا من التظالم الذي أمنعهم منه .

وإذا تزوج ذميٌّ ابنته أو أمَّه أو أقام على مبتوتةٍ لم يُعْرض له إذا كان ذلك ما يستحلونه في دينهم .

قال مالك : وإن أعلنوا بالزنا أُدِّبوا ، وإذا تزوج صغيران من أهل الذمة بغير إذن أبويهما أو زوجهما أجنبيٌّ ثم أسلما بعد البلوغ ثبتا على نكاحهما ، ولايُعرض لأهل الذمة إذا أسلموا في نكاحهم ، إلا أن يكون تزوج من لايحل له فيفرق بينهما.

قال مالك : وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً ولم يفارقها فرفعت زوجته أمرها إلى السلطان فلايَعرض لهما ، ولايَحكم بينهما إلا أن يرضيا جميعاً بحكم الإسلام ، فالحاكم مخيَّرٌ إن شاء حكم أو ترك ، فإن حكم حكم بينهم بحكم الإسلام .

قال مالك : وأحبُّ إليَّ ألاَّ يحكم بينهم .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣١١،٣١٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

وطلاق [أهل][1] الشرك ليس بطلاق ، وكذلك إن طلق النصراني زوجته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما ، فليقيما على نكاحهما .

ولايحصِّن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما[2] ، وقد تقدم هذا[3] . والله الموفق للصواب .

---

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣١٢، ٣١٣ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٣) انظر ص٣٦٢ .

[الباب العاشر]
باب جامع مسائل مختلفة ، وأحكام المرتد والأسير / [١٠٤/أ]

[فصل ١ ــ في وطء المسبية ونكاح رابعةٍ في دار الحرب]

قال ابن القاسم : وإذا قُسِم المغنم بدار الحرب فصار لرجلٍ في سِهْمَانِهِ جاريةٌ فاستبرأها بحيضة ، فجائزٌ له أن يطأها بدار الحرب وإن كان لها زوجٌ حربيٌ ، قال ابن القاسم : وقدكرهه بعض الناس خيفة أن تهرب منه حاملاً .

ومن كان عنده ثلاث نسوةٍ في دار الإسلام ثم خرج تاجرًا إلى دار الحرب فتزوج بها رابعةً ثم قدم وتركها ، فأراد نكاح خامسةٍ فليس له ذلك ، لأن الحربية في عصمته[١] .

قال الشيخ : يريد إلا أن يَبُتَّ طلاقها أو يصالحه عنها أحد ، وإن طلقها واحدةً لم يجز له أن يتزوج إلا بعد خمس سنين من يوم خرج منها ، وثلاث سنين [٢]من يوم الطلاق ، لأنها إن كانت حاملاً يوم خرج[٢] فأقصى مايمسكها الحمل خمس سنين ، وإن لم تكن حاملاً وطلقها فلابد من ثلاث سنين من يوم الطلاق ، لاحتمال أن تستراب فتعتد بالسنة فتأتيها الحيضة قبل تمام السنة بيومٍ أو يومين ، فترجع الى الحيض ، ويصيبها كذلك في السنة الثانية والثالثة ، فلاتنقضي عدتها إلا بعد ثلاث سنين .

فصل [٢ ــ الشرط في جواز وطء المسبية غير الكتابية]

ومن المدونة : قال مالك : ولاتوطأ المسبية من غير أهل الكتاب حتى تجيب إلى الإسلام ، بأن تشهد أن لاإله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، أو تصلِّي ، أو تجيب بأمرٍ يُعرف أنها قد دخلت في الإسلام بعد الاستبراء .

---

(١) انظر : المدونة ٣١٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) ساقط من أ ، ب .

قال ابن القاسم : وتجزئه حيضتها عنده قبل الإسلام ، كمن اشترى مودعةً عنده قد حاضت .

وإن كانت المجوسية صغيرةً لم تحض ، فإن كانت ممن تعرف الإسلام لم يطأها حتى يجبرها على الإسلام وتدخل فيه إذا كانت قد عَقَلَت مايقال لها .

ولابأس أن يزوج الرجل عبده النصراني أمته النصرانية ، فإن أسلم العبد فالنكاح يفسخ ، إلا أن تسلم الأمة مكانها ، مثل المجوسية يسلم زوجها ، لأنه لاينبغي لمسلمٍ عبدٍ أو حرٍّ أن يتزوج أمةً ذمية ، فإن أسلمت الأمة فالعبد أحق بها إذا أسلم في عدتها[١] .

فصل [٣ ــ في أحكام نكاح المرتد والأسير]

ولايجوز نكاح المرتد ولاالمرتدة ، لأن كلَّ معنىً إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه فإذا وُجِد في الابتداء منع العقد ، أصله الملك والرضاع[٢] .

قال مالك : وإذا ارتد الزوج انقطعت العصمة بينهما مكانه[٣] .

قال ابن القاسم : وكذلك إذا ارتدت الزوجة انقطعت العصمة حينئذ ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[٤] ، يريد : من كفر من أزواجكم ، فلاتمسكوا بعصم أولئك الكوافر[٥] .

قال مالك : وَرِدَّة الزوج طلقةٌ بائنةٌ ، ولارجعة له إن أسلم في عدتها[٦] .

قال في كتاب العدة : وكذلك رِدَّة المرأة طلقةٌ بائنةٌ[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣١٤،٣١٥ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) انظر : المعونة ٢/٨٠٠ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣١٥ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٤) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢/٣١٥ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٧٨ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

ابن المواز : وقاله[١] ابن القاسم وأشهب ، وبه أقول ، واختلف فيه قول أشهب ، فقال أيضا[٢] : إن رجعت إلى الإسلام بقيت له زوجة[٣] .

وقال المغيرة : للزوج الرجعة إن رجع إلى الإسلام في عدتها .

وروي عن مالك : أن الردة فسخٌ ، رواه ابن أبي أُويس[٤] وابن الماجشون[٥]

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : وإن ارتد الزوج ثم عاد إلى الإسلام في عدتها فهو أحق بها بالطلاق كله ، ولو ثبت المرتد حتىانقضت عدتها لزمته فيها طلقة ، وكذلك لو أسلمت ثم أسلم بعد عدتها لزمته طلقة[٦] .

ابن سحنون عن أبيه فيمن رفع زوجته إلى الإمام ويقول : إنها ارتدت ، وهي تنكر ، قال : يفرق بينهما ، لأنه مقرٌّ بزوال العصمة ، وإن كان مسلمٌ تحته نصرانيةٌ فقال : قد أسلمت ، وأنكرت هي ذلك ، فليفرق بينهما لإقراره بارتدادها[٧] .

ومن المدونة : قال ابن شهاب : والأسير يُعْلَم تنصُّره فلايُدرى أطوعًا أو كُرهًا فلتعتد زوجته ، ويُوقف ماله وسريته / ، فإن أسلم عاد إليه ذلك كله إلا [١٠٤/ب] الزوجة فلارجعة له عليها ، وإن مات قبل أن يسلم كان في ماله حكم الإمام المجتهد ـ يريد أنه يحكم فيه[٨] بحكم المرتد ـ فإن ثبت أنه أُكْرِهَ ببينةٍ لم تطلق عليه

---

(١) أي القول بأن المرتدة تبين من زوجها المسلم بطلقة ، وهو في المدونة من قول ابن القاسم .

(٢) اي غير قوله الأول .

(٣) لأن العقد للزوج لالها ، فردتها ضعيفة في الإبطال . الذخيرة ٣٣٥/٤ .

(٤) هو أبو عبد الله إسماعيل بن أبي أويس عبد الله بن عبد الله بن أويس بن مالك الأصبحي المدني، ابن عمِّ الإمام مالك وابن أخته وزوج ابنته ، فقيهٌ ، محدثٌ ، سمع أباه وأخاه عبد الحميد ومالكًا وعبد العزيز بن الماجشون وسليمان بن بلال وغيرهم ، وقرأ القرآن وجوَّده على نافع ، توفي سنة ٢٢٦هـ ، وقيل ٢٢٧هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٣٦٩/١ ، سير أعلام النبلاء ١٢٠/٩ ، شجرة النور ص٥٦ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

(٦)،(٧) النوادر والزيادات ل٢٧٠/ب .

(٨) "فيه" ليست في أ ، ب .

زوجته وكان بحال المسلم في نسائه وماله ويرث ويورث[١] .

قال بعض شيوخنا في الذي لم يُعلم إرتداده أطوعاً أو كُرهاً ، ففرِّق بينه وبين زوجته ، ثم ثبت أنه أُكْرِه : فحاله في زوجته كحال امرأة المفقود يَقْدُم ، فإنه أحق بزوجته ما لم يدخل بها الثاني ، فإن دخل بها بقيت له زوجة[٢] .

قال الشيخ : وهو عندي صواب ، لأن الحكم عليه بالفراق خوفاً أن يكون تنصَّر طائعا ،كالحكم على المفقود خوفاً أن يكون مات،فأمرهما متفق .

وعاب ذلك بعض أصحابنا وقال : ترد إليه وإن دخل بها الثاني[٣] ، كمسألة محمد فيمن قال : عائشة طالق ، وله زوجةٌ حاضرةٌ تسمى عائشة ، وقال : أردت زوجةً لي غائبةً بعيدةً تسمى عائشة ، فلم يُقبل قوله ، وطلق عليه الحاضرة ، ثم ظهر صحة قوله ، أن الحاضرة ترد عليه وإن تزوجت ، فكذلك مسألة الأسير[٤].

قال الشيخ : ومسألة المفقود والذي ارتجع في سفره فلم تَعلم به أشبه بمسألة الأسير من هٰذه[٥] . والله أعلم .

قال ابن القاسم : وإن ارتد وتحته ذميةٌ وقعت الفرقة بينهما بارتداده وحرمت عليه وإن ارتدت إلى مثل دينها .

ولو تزوج في حال ارتداده ذميةً لم يجز نكاحه إياها رجع إلى الإسلام أو لم يرجع[٦] .

قال ابن حبيب : إذا تزوج بعد أن حبس للاستتابة فسخ ، وإن قُتِل على ردته فلاصداق لها بنى بها أو لم يبن ، مسلمةً كانت أو نصرانيةً ، لأنه حُجِرَ عن

---

(١) انظر : المدونة ٣١٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) ولاسبيل للأول إليها . انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

(٣) لأنه إنما فرق بينه وبين زوجته احتياطاً لجواز أن يكون قد ارتد طائعاً ، ففعل ذلك على باب الاحتياط ، فقد انكشف أن زوالها عن عصمته بخطأ وغير صواب ، فيجب أن ترجع إليه على كل حال . المصدر نفسه ل٢٦/ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٦/ب ، ٢٧/أ .

(٥) أي من مسألة ابن المواز المذكورة .

(٦) انظر : المدونة ٣١٦/٢ .

ماله ، وإن رجع إلى الإسلام قبل أن يفسخ ثبت نكاحه ، لأنه إنما كان يفسخ للحجر في ماله وقد زال ، وكذلك قال ابن الماجشون[١] .

قال الشيخ : قوله : وإن رجع إلى الإسلام ثبت نكاحه ، خلاف ماتقدم في المدونة[٢] .

وفي كتاب محمد : قال ابن القاسم : إذا تزوج في حال ارتداده ودخل ومس فلاصداق لها .

قال أصبغ : وكذلك عندي إذا تزوج بعد الحجر والتوقيف ، وإنما هو بمنزلة بيعه وشرائه[٣] .

قال أبو الحسن : معنى قول ابن القاسم عندي:أنها كانت عالمةً بارتداده ، ولو لم تعلم لم يسقط عن ماله مايجب به استحلال فرجها ، ولو تزوجها بعد الحجر مامُنعت من ربع دينار ، ولكن لايمكن ذلك ، لأنه مسجونٌ ، ولو رجع إلى الإسلام كان لها جميع ماأصدقها ، تزوجها قبل الحجر أو بعده وإن كان أضعاف صداق المثل ، والنكاح مفسوخٌ على كل حال[٤] .

وذكر عن أبي القاسم ابن الكاتب أنه قال : لاصداق لزوجة المرتد التي تزوج في ردته ، ودخل بها ، سواءٌ علمت بارتداده أم لا ، لأنه إذا قُتِل على ردته كان ماله للمسلمين ، لأنه بعد ارتداده محجورٌ عن ماله إلا أن يعاود الإسلام ، ألا ترى أنه لاينفق على ولده منه ، فدلَّ أنه لايملك التصرف فيه ، وقالوا في نكاح المريض وإصابته زوجته : أن صداقها يكون في الثلث الذي له التصرف فيه .

ولمَّا أجمعوا ألاَّ ثلث للمرتد يوصي فيه ولامايتصرف فيه دل إجماعهم ألاَّ صداق لزوجته عَلمت أو جَهلت ، لأن جهلها لايوجب لها حقًا فيما لايملكه زوجها[٥] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٧٠/ب .

(٢) لعله يشير إلى ماتقدم من قول مالك : ولارجعة له إن أسلم في عدتها ص٣٩٦ وهذا في النكاح قبل الردة ، ومسألة ابن حبيب في النكاح بعد الردة .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

ومن المدونة : وإذا ارتد ثم رجع إلى الإسلام فإنه يوضع عنه كل ماكان لله عليه مما تركه قبل ارتداده من صلاة ، أو صوم ، أو زكاة ، أو كفارة ، أو حد[١] ، وماكان عليه من نذر ، أو يمين بعتق ، أو بالله ، أو بظهار فإن ذلك كله يسقط ، ويؤخذ بما كان للناس من قذف ، أو سرقة ، أو قتل ، أو قصاص أو غير ذلك مما لو فعله في كفره لأخذ به ، فإن قتل على ردته فالقتل يأتي على كل حد ، أو قصاص مما وجب عليه للناس إلا القذف فإنه يحد ثم يقتل ، وذلك لحجة المقذوف من لحوق عار القذف إن لم يحد له .

وإذا أسلم / المرتد لم يجزه ماحج قبل ردته ، وليأتنف الحج ، لقول الله تعالى [١٠٥/أ] ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾[٢] ، ويأتنف الإحصان ، وقد تقدم هذا[٣] ، وليستأنف بعد رجوعه إلى الإسلام ماكان يستأنفه الكافر إذا أسلم .

قال ابن القاسم : وهو أحسن ماسمعت .

وإن قتل المرتد لم يرثه ورثته من المسلمين ولامن أهل الدين الذي ارتد إليه ، وميراثه للمسلمين ، وتبطل وصاياه قبل الردة وبعدها ، لأن الرجل إنما تجوز وصاياه في ماله ، وهذا المال ليس هو للمرتد ، وقد صار لجماعة المسلمين ، وماله محجور عليه إذا ارتد .

قال مالك : وإن ارتد المريض فقتل لم ترثه زوجته[٤] ، ولايتهم أحد أن يرتد لئلا يرثه ورثته وميراثه للمسلمين .

وإن مات لمرتد ، أو لذمي ، أو لعبد ولد حر مسلم لم يرثوه[٥] ولم يحجبوا ، ثم إن أسلم المرتد أو الذمي أو عتق العبد قبل أن يقسم ميراث الابن فلاشيء لهم منه ،

---

(١) في ز "حج" ، ومأأثبته أصح ، وهو الذي في المدونة .

(٢) سورة الزمر : آية ٦٥ .
قال مالك بعد استدلاله بالآية : فحجه من عمله وعليه حجة أخرى . المدونة ٣١٧/٢ .

(٣) وهو في الباب الرابع من هذا الكتاب .
والقائل : وقد تقدم هذا ، البراذعي في تهذيب المدونة .

(٤)،(٥) لأن اختلاف الدين والرق من موانع الإرث .

وإنما الميراث لمن وجب له يوم مات الميت[١] .

وقد جرى كثيرٌ من أحكام المرتد في كتب العبيد[٢] .

قال الشيخ : فذكر عن ابن الكاتب في قوله : وإذا ارتد وعليه يمينٌ بالعتق فإنه يسقط ، قال : إنما ذلك في العتق غير المعين ، وأما المعين فقد انعقد عليه في ماله حقٌ لإنسانٍ معينٍ قبل ردته ، فلايسقطه[٣] ارتداده ، وقد قالوا : يلزمه تدبيره فكذلك يمينه بعتقٍ معين[٤] .

قال الشيخ : ويظهر لي أن تدبيره كعتقه وطلاقه ، وذلك بخلاف أيمانه ، ألا ترى أن النصراني إذا أسلم يلزمه تدبيره ولاتلزمه أيمانه ، فكذلك المرتد ، والله أعلم.

وروي عن سحنون أن ردته لاتُسقط عنه حد الزنا ، لأنه لايشاء[٥] من وجب عليه حدٌّ أن يُسْقِطَه إلا أَسقطه بالردة[٦] .

قال الشيخ : وظاهر هذا خلاف المدونة[٧] ، وإنما أَستَحِبُّ إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصداً لذلك ، فإنه لايسقط عنه ، وإن ارتد لغير ذلك سقط عنه .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : إذا ارتد سقطت وصاياه ، فإن رجع إلى الإسلام ثم مات فإن كانت هذه الوصايا مكتوبةً جازت ، وإلا[٨] لم تجز .

وروى علي بن زياد عن مالكٍ في المرأة ترتد تريد بذلك فسخ النكاح : أنه لايكون طلاقاً ، وتبقى على عصمته[٩] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٣١٦-٣١٨ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) أي كتاب العتق وكتاب المكاتب وكتاب التدبير .

(٣) في أ ، ب "فلايسقط" .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/أ .

(٥) أي لايستطيع .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٢٧/أ .

(٧) أي ماتقدم قريباً من أن المرتد يسقط عنه ماكان لله من الحدود وغيرها .

(٨) في أ "وإن لم" .

(٩) انظر : المصدر نفسه ل٢٤/أ .

قال الشيخ : وأخذ به بعض شيوخنا[١] قال[٢] : وهو كاشترائها زوجها تغتزي[٣] فسخ نكاحها[٤] .

ابن المواز : وإذا وجد للمرتد امرأةٌ فقال : تزوجتها في حال الردة ، وقالت هي : بل بعد أن رجع إلى الإسلام ، فالقول قولها ، لأنها مدعيةٌ للحلال ، ويفسخ نكاحها[٥] بإقراره ، ويُحكم لها[٦] عليه بنصف الصداق[٧] .

تم[٨] كتاب النكاح الثالث من الجامع لابن يونس بحمد الله وحسن عونه وصلَّى الله على محمدٍ نبيِّه وآله .

---

(١) وقد ذكر ذلك عبد الحق الصقلي .

(٢) "قال" ليست في أ ، ب .

(٣) أي تقصد .

(٤) فإنه لايفسخ وتبقى على عصمة الزوج . انظر : المصدر نفسه ل٢٧/أ .

(٥) في ز "نكاحه" .

(٦) "لها" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢٧/أ .

(٨) "تم ...الخ" ليس في ز .

الكتاب الرابع

كتاب الرضاع

[الكتاب الرابع]
كتاب الرضاع[١]

[الباب الأول]
جامع مايحل[٢] ويحرم من الرضاع

[فصل ١ ــ في أدلة التحريم بالرضاع]

قال الله عز وجل : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَاعَةِ﴾[٣] ، وقال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : "يَحْرُم من الرضاع مايحرم من الوِلَادة"[٤] ،والإجماع على ذلك ، وسقط حديث : "خمس رَضعات"[٥] لأن عائشة رضي الله عنها التي روته خالفته ، واختلفت الروايات عنها في عدد الرضعات ، وقد أخذت بعد الرسول عليه الصلاة والسلام بأكثر من خمس رضعات ولأنها أحالته على القرآن[٦] ، فلما لم يؤخذ[٧] القرآن بأخبار الآحاد بطل استعمال

---

(١) الرضاع لغةً : شُرب اللبن من الضرع أو الثدي ، تقول : رَضِعَ المولود يَرْضَع ، انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (رَضَعَ) .
وشرعاً : وصول لبن آدميٍّ لمحلٍّ مظنة غذاء . شرح حدود ابن عرفة ٣١٦/١ .

(٢) "مايحل" ليست في أ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة ١٠٦٨/٢ رقم (١٤٤٤) ومالك ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الصغير ٤٦٩/٢ رقم (١) .

(٥) وهو قول عائشة رضي الله عنها : كان فيما أنزل من القرآن عشر رَضَعَاتٍ مَعلوماتٍ يُحَرِّمن ، ثم نسخن بخمسٍ معلوماتٍ فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن .
أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب التحريم بخمس رضعات ١٠٧٥/٢ رقم (١٤٥٢) ، ومالك ، كتاب الرضاع ، باب جامع ماجاء في الرضاعة ٤٧٤/٢ رقم (١٧) .

(٦) أي لما قالت : فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن .

(٧) أي : لم يثبُت .

هذا الحديث ، إذ لايكون قرآنٌ مختلَفٌ فيه و لم يُجتمَع على العمل به فيؤخذ بإجماع ، وحديث / ابن الزبير : "لاتحرِّم المصَّة والمصَّتان"(١) ، وروي من طريقٍ صحيحٍ عن [١٠٥/ب] ابن الزبير عن عائشة(٢) فَعُلِم أنه مستخرجٌ من حديث (خمس رضعات) ، وماروي عنها في توقيت ذلك من الاضطراب فسقط التوقيت بما ذكرنا ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "المصَّة والمصَّتان تُحرِّم"(٣) ، وقال : "لارَضَاع بعد فِطَام"(٤) .

ابن وهب : وقال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله وغيرهم رضي الله عنهم(٥) : إن قليل

---

(١) أخرجه الترمذي ،كتاب الرضاع ، باب ماجاء لاتحرم المصة ولاالمصتان ٣/٤٥٥ رقم (١١٥٠) وأحمد ٤/٧ رقم (١٦١٢٧) .
قال الترمذي : والصحيح عند أهل الحديث حديث ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم .
قلت : وهو ماأشار إليه المؤلف .

(٢) كما في صحيح مسلم ، كتاب الرضاع ، باب المصة والمصتان ٢/١٠٧٣،١٠٧٤ رقم (١٤٥٠) .

(٣) هذا الحديث لم أعثر عليه إلا في المدونة من رواية ابن وهب عن مسلمة بن علي عن رجال عن عبد الله بن الحارث بن نوفل عن أم الفضل بنت الحارث قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : مايحرم من الرضاعة؟ قال : "المصَّة والمصَّتان" ٢/٤٠٥ .
وهو ضعيف لأن في سنده من لم يُعرف لقوله : عن رجال ، وكذلك في سنده مسلمة بن علي الخشني قال عنه ابن حجر : متروك . انظر : التقريب ٢/١٨٣ رقم (٦٦٨٣) .

(٤) هذا جزءٌ من حديثٍ أخرجه البغوي في شرح السنة ، تأليف الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط (بيروت : المكتب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٣٩٥هـ) ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق من قبل النكاح ٩/١٩٨ رقم (٢٣٥٠) ، البيهقي كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ٧/٧٥٩ رقم (١٥٦٥٨) .
والحديث ضعيف فيه جويبر بن سعيد البلخي ، قال البغوي : ضعَّفه يحيى القطان ويحيى بن معين ، وقال ابن حجر : ضعيف جداً ، التقريب ١/١٦٨ رقم (٩٨٩) ويشهد له حديث "لارضاع إلا مافتق الأمعاء وكان قبل الفطام" وسيأتي قريباً .

(٥) كالقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وربيعة وابن شهاب وعطاء ومكحول . انظر : المدونة ٢/٤٠٥ .

الرضاعة وكثيرها يحرِّم في المهد[١] .

قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير : إذا كان في الحولين فمصَّة واحدة تحرم ، وماكان بعد الحولين فلايحرِّم[٢] .

قال عبد الوهاب : وأخذ الشافعي بحديث "خمس رضعات"[٣] . ودليلنا[٤] قوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ ٱللَّاتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ﴾[٥] فأطلق ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة"[٦] ، وتحريم النسب لايفتقر إلى عدد من الوِلادات ، فكذلك الرضاع ، ولأن كل معنىً أوجب حرمة مؤبدة ؛ فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد[٧] والوطء،واعتباراً بالخمس لعلة الارتضاع من آدمية في مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام[٨] .

---

(١) أخرج أثر علي وابن عباس وابن مسعود،ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره ٣/٥٤٢،٥٤٣ رقم (١٧٠٢٦،١٧٠٣١) .
وأخرج أثر جابر الدارقطني ، كتاب الرضاع ٤/١٧١ رقم (١) .

(٢) أخرج أثر ابن عباس،البيهقي ، كتاب الرضاع ، باب ماجاء في تحديد ذلك بالحولين ٧/٧٦١ رقم (١٥٦٦٧) .
وأخرج أثر سعيد وعروة،مالك ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الصغير ٢/٤٧١ رقم (١٠) .

(٣) انظر : الأم ٥/٤٥ ، التنبيه ص٢٠٤ .

(٤) أي على أن قليل الرضاعة وكثيرها يُحرِّم .

(٥) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٦) سبق تخريجه ص٣٣١ .

(٧) "الكاف" ليست في أ ، ب ، وفي ز : بدلها "واو" والتصحيح من المعونة .

(٨) انظر : المعونة ٢/٩٤٧،٩٤٨ .

[فصل ٢ ــ في المدة التي يكون الرضاع فيها مُحرِّمًا]

ومن المدونة : قال مالك وغيره : ولايحرِّم مارُضِعَ بعد الحولين .

قال مالك : إلا ماقارب الحولين ولم يُفْصَل بمثل شهرٍ أو شهرين[١] .

قال غيره : لقول الله سبحانه : ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[٢] ، وروى ابن عبدالحكم[٣] : ومازاد على الحولين بالأيام اليسيرة[٤] .

قال الشيخ : وهذا أصح ، لأن ماقارب الشيء له حُكمه[٥] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو فَصَلته أمُّه بعد الحولين حتى استغنى بالطعام لم يحرِّم ماأُرضِع بعد ذلك ، وكذلك لو فَصَلته بعد حولٍ وانقطع رضاعه واستغنى بالطعام فأرضعته أجنبيةٌ بعد ذلك قبل تمام الحولين لم يكن ذلك رضاعاً يُحرِّم[٦] .

ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون : يحرِّم إلى تمام الحولين[٧] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو فُصِل بعد الحولين بيسيرٍ أو قبل الحولين فأُرضع بعد فِصَاله بيومٍ أو يومين لَحَرَّم ، إذ لم يَستغن بالطعام إلا أن يقيم أياماً يستغني فيها بالطعام معاشاً له فلايحرِّم .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٠٧، ٤٠٨ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) أي عن مالك .

(٤) أي فيحرِّم ، انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .

(٥) فللأيام اليسيرة حكم الحولين لوجود معنى تحريم الرضاعة فيها وهو انتفاع الصبي به وكونه له غذاء . انظر : المقدمات الممهدات ١/٤٩٣ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤٠٨ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٧) أي إن أرضعته أجنبية بعد فطامه قبل الحولين .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٧/أ .

قال مالك : ولو أرضعته أمه ثلاث سنين و لم تَفْصِله ، ثم أرضعتـه أجنبيـةٌ لم يكن ذلك رضاعًا يحرِّم[١] .

قال ابن حبيب : وقد رأى بعض العلماء الأخـذ برضاعـة الكبـير في الحِجَابَـة خاصة[٢] لحديث سَهْلَة بنت سُهَيْل[٣] في رضاع سَالمٍ[٤] وهو كبير[٥] .

قال ابن المواز : فلو أَخذ به أحدٌ[٦] في الحِجَابة خاصةً لم أَعِبْـه كـل العيـب ، وَتَرْكُه أحبُّ إلينا ، وليس في الحديث أنه يُحرِّم ، وإنما قال : "أَرضِعيـه يَذهَـبُ مـافي

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٠٧،٤٠٨ .

(٢) أي في أن مرضعة الكبير لاتحتجب منه .

(٣) هي سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشية العامرية ، أسلمت قديمًا بمكـة وبـايعت وهـاجرت إلى الحبشة الهجرتين جميعًا مع زوجها أبي حذيفة بن عتبة وولدت له هنـاك محمـدًا ، ثـم تزوجـت عبد الله بن الأسود ، ثم تزوجت عبد الرحمن بن عوف .
انظر : الطبقات ٨/٢١١ ، الإصابة ٤/٣٢٩ .

(٤) هو سالم مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة ، أحد السابقين الأولـين ،كـان يـؤم المهـاجرين في مسجد قباء فيهم عمر بن الخطاب وأبـو سـلمة ، لأنـه كـان أكـثرهم قرآنـًا ، كـان معـه لـواء المهاجرين يوم اليمامة فقاتل حتى قُتل شهيداً سنة ١٢هـ .
انظر : الطبقات ٣/٦٣ ، الإصابة ٢/٦ .

(٥) وهو عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبي صلى الله عليه وسـلم فقالت : يارسول الله : إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم (وهو حليفه) فقـال النـبي صلى الله عليه وسلم : "أرضعيه" ، قالت : وكيف أرضعه وهو رجلٌ كبير؟ فتبسَّـم رسـول الله صلى الله عليه وسلم وقال : "قد علمت أنه رجلٌ كبير" . أخرجه بهذا اللفـظ مسـلم، كتـاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ٢/١٠٧٦ رقم (١٤٥٣) ، وأخرجه مالك من طريق ابن شهاب عن عروة بن الزبير وفيه : قالت سهلة : يارسول الله ،كنا نرى سالماً ولداً وكـان يدخـل عليَّ وأنا فُضُل ، وليس لنا إلا بيتٌ واحدٌ فماذا ترى في شأنه؟ فقال لهـا رسـول الله صلـى الله عليـه وسلم : "أرضعيه خمس رضعات فيحرُم بلبنها" وكانت تراه ابناً من الرضاعة ، فأخذت بذلـك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال .
الموطأ ، كتاب الرضاع ، باب ماجاء في الرضاعة بعد الكبر ٢/٤٧٢ رقم (١٢) .

(٦) "أحد" ليست في ز .

وجه أبي حذيفة"[١] [٢] ، وفي حديث آخر : "تذهب غيرته" ، فليس تقوم بهذا حجةٌ لمن أطلق التحريم ، وماعلمت من أخذ به عامَّاً إلا عائشة رضي الله عنها وخالفها أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، ورأين ذلك خاصاً بسالم[٣] .

قال الشيخ : واحتج لذلك الحديث[٤] بعض أصحابنا البغداديين بقوله عز وجل : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾[٥] فدل أن مازاد على الحولين بالأمر البين ليس من الرضاعة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : "لارضاع إلا[٦] مافتَق الأمعاء"[٧] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "الرضاع

---

(١) هو أبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشي ، كان من فضلاء الصحابة ومن المهاجرين الأولين ، صلى إلى القبلتين وهاجر الهجرتين جميعًا ، شهد أبو حذيفة بدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، استشهد يوم اليمامة وهو ابن ست وخمسين سنة .
انظر : الطبقات ٦١/٣ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٩/٢ .

(٢) وهو في صحيح مسلم عن زينب بنت أمِّ سلمة عن أمِّها ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ١٠٧٦/٢ رقم (١٤٥٣) .

(٣) انظر : الموطأ ٤٧٢/٢ ، النوادر والزيادات ل٣٥٧/أ .

(٤) "الحديث" ليست في ز . ومراده أنه احتج بأنه لايراعى مازاد على الحولين ، وأن الحديث خاصٌ بسالم .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٦) في ز زيادة "فيما" .

(٧) أخرجه الترمذي ، كتاب الرضاع ، باب ماجاء ماذكر أن الرضاعة لاتحرم إلا في الصغر دون الحولين ٤٥٨/٣ رقم (١١٥٢) وزاد : "وكان قبل الفطام" .
وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لارضاع بعد فصال ٦٢٦/١ رقم (١٩٤٦) ، وابن حبان ، كتاب الرضاع ، باب ذكر الخبر الدال على أن الرضعة والرضعتين لاتحرمان ٢١٤/٦ رقم (٤٢١٠) وصححه ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

ماأنبت اللحم وأنشز العظم"[١] ، وكل ذلك مُنتفٍ عن رضاعة الكبير[٢] .

[فصل ٣ ــ في الرضاع في الشرك]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : والرضاع في الشرك والإسلام سواء يقع به التحريم ، ولبن المشركات والمسلمات سواء يقع به الحرمة[٣] .

[فصل ٤ ــ في طرق وصول اللبن إلى الجوف وأثرها في التحريم]

قال مالك : والوَجُور يُحرِّم[٤] .

قال ابن أبي زمنين : والوَجور ــ بنصب الواو ــ ماصُبَّ في وسط الفم ، واللَّدود : ماصُبَّ في أحد جانبي الفم ،مأخوذٌ من لَدِيدَي الوادي وهما جانباه[٥] .

ومن المدونة : / قال ابن القاسم : والسَّعوط[٦] إن وصل إلى جوف الصبي [١٠٦/أ] فإنه يحرِّم .

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في رضاعة الكبير ٥٤٩/٢ رقم (٢٠٥٩،٢٠٦٠) ، وأحمد ٥٦٠/١ رقم (٤١١٣) ، والبيهقي ، كتاب الرضاع ، باب رضاع الكبير ٧٥٨/٧ رقم (١٥٦٥٣،١٥٦٥٥،١٥٦٥٦) .
والحديث فيه أبو موسى الهلالي وأبوه قال أبو حاتم : مجهولان . تلخيص الحبير ٤/٤ رقم (١٦٥٣) فهو ضعيف .

(٢) انظر : المعونة ٩٤٩/٢ .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٤٠٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦،٩٧ .

(٥) تهذيب الطالب ل٥٤/ب ، وانظر : اللسان ، مادتي (وَجَرَ) ، (لَدَدَ) .

(٦) السَّعوط : بفتح السين هو مايصبُّ في الأنف .
انظر : تنبيه الطالب ص٩٢ .

وقال عطاء الخراساني[١] : لايحرِّم السَّعوط ولاالكَحْل باللبن[٢] ، وروي مثله لابن عباس .

وأطلق ابن حبيب التحريم به[٣] .

وقول ابن القاسم أصح ، لأن الاعتبار في الرضاع بما يقع به الاغتذاء وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر البدن . وكذلك أطلق ابن حبيب التحريم[٤] بالحُقْنَة ، وعلَّق ابن القاسم الجواب فيها بوصول اللبن إلى الجوف حتى يكون غذاءً له ، وقول ابن القاسم أصح في ذلك كله لما قدمناه ، والله أعلم[٥] .

قال ابن حبيب : وإن مِيعَ كُحْلٌ في لبنٍ وَكُحِلَ به الصبي ، فماكان دواء ينفذ مثل المُرِّ[٦] والصَّبِر[٧] والعَنْزَرُوت[٨] وشبهِه

---

(١) هو عطاء بن أبي مسلم الخراساني ، المحدث ، الواعظ ، نزيل دمشق والقدس ، روى عن ابن المسيب وعروة وعطاء بن أبي رباح ونافع وعمرو بن شعيب وغيرهم ، توفي بأريحا ودفن ببيت المقدس سنة ١٣٥هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٣٥٨/٦ ، شذرات الذهب ١٩٢/١ .

(٢) انظر : المدونة ٤٠٥/٢، ٤٠٦ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٣) أي بالسعوط فلم يشترط وصول اللبن إلى الجوف .
انظر : المعونة ٩٤٨/٢ .

(٤) "التحريم" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٩٤٨/٢ .

(٦) المُرُّ : هو صمغ شجرةٍ شبيهةٍ بالشوكة المصرية ، تُشْرط فتخرج منها هذه الصمغة ، وهو أنواعٌ كثيرةٌ أجودها ماكان حديثاً هشَّاً خفيفاً ، وهو يستعمل علاجاً لبعض الأمراض .
انظر : المعتمد في الأدوية المفردة ، تأليف الملك المظفر يوسف بن عمر الغساني التركماني ، تصحيح مصطفى السقا (بيروت : دار القلم ، ط/بدون ، ت/بدون) ص٤٨٩ .

(٧) الصَّبِر : هو عصارة شجرة الصَّبِر ، وهو نوعان : رمليٌّ وهو شبيهٌ بالعكَّر الصافي ، وكَبِديٌّ سهل الانفراك ، وأجوده ماكان لازوقاً ليس فيه حجارةٌ وله بَريق ، والصبِر من الأدوية ، وهو أنفعها للمعدة . انظر : المصدر نفسه ص٢٨١ .

(٨) العنزروت : هو صمغ شجرةٍ تنبت في بلاد الفرس ، شبيهة بالكندر ، صغار الحصى ، في طعمه مرارة ، له قوةٌ مُلزِقة للجراحات ، ويقطع الركوبات السائلة إلى العين . انظر : المصدر نفسه ص١٠ .

فإنه يحرِّم[١] ، وماكان مما[٢] يتردَّد في العين لم يحرِّم[٣] .

قال الشيخ : وسواءٌ عند ابن القاسم كان مما ينفذ أو يتردَّد فإنه لايحرِّم ؛ لأنه لايكون منه غذاء ، وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب فلايحرِّم حتى يكون غذاءً للصبي ، كما قال في الحُقْنَة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن حُقِنَ بلبنٍ فوصل إلى جوفه حتى يكون غذاءً له لو لم يُطعم و لم يُسقَ فإنه يحرِّم وإلا فلايحرِّم . وقد قال مالك في الصائم يحتقن : إن عليه القضاء إن وصل ذلك إلى جوفه[٤] .

---

(١) لأنه يجري في عروق العين إلى الخيشوم إلى الحلق إلى الجوف . النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .

(٢) "مما" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٦/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٠٥ .

[الباب الثاني]
في لبن الفحل[١] ولبن[٢] البكر واليائسة والميتة[٣] والبهيمة

[فصل ١ ــ في التحريم بلبن الفحل]

وحرَّم الرسول صلى الله عليه وسلم بلبن الفَحْل[٤] وقال : "لقد همت أن أنهي عن الغِيْلَة[٥] حتى ذكرتُ أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلايضرُّ أولادهم شيئاً"[٦] [٧] .

---

(١) المراد بالفحل هنا هو الزوج ، وأضيف اللبن إليه لأنه دَرَّ في زوجته بسبب وطئه لها .

(٢) "لبن" ليست في أ ، ب .

(٣) "الميتة" ليست في أ ، ب .

(٤) أي أن التحريم بالرضاع يكون من جهة الرجل كما يكون من جهة المرأة ، ومن أظهر الأدلة على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت : جاء أفلح أخو أبي القُعَيس يستأذن عليها بعدما نزل الحجاب ، وكان أبو القُعَيس أبا عائشة من الرضاعة ، قالت عائشة : فقلت : والله لاآذن لأفلح حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أبا القعيس ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعتني امرأته ، قالت عائشة : فلما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت : يارسول الله إن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن علي فكرهت أن آذن له حتى أستأذنك ، قالت : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "إئذني له" ، وفي رواية : "فإنه عمُّك تربت يمينك" ، وفي رواية : "لاتحتجبي منه فإنه يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب" .
أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ١٠٦٩/٢ رقم (١٤٤٥).

(٥) الغِيلَة : اسم من الغيل: وهو أن يجامع الرجل المرأة وهي مُرضِع .
غريب الحديث ١٧٠/٢ .
وقد فسرها مالك بذلك كما سيأتي قريبا .
ويرى بعض أهل اللغة أن المراد بها : أن ترضع المرأة ولدها وهي حامل .
انظر : اللسان ، مادة (غَيَلَ) .

(٦) "شيئا" ليست في ز .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب جواز الغيلة ١٠٦٦/٢ رقم (١٤٤٢) ، ومالك ، كتاب الرضاع ، باب جامع ماجاء في الرضاعة ٤٧٤/٢ رقم (١٦) .

قال مالك : فإنما يغيل اللبن ويكون فيه غذاء ، والوطء يدرُّ له اللبن ويستنزله[١] ، فهو يحرِّم .

قيل لمالك فما الغيلة؟

قال : أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع ، وليست بحامل . ولايكره ذلك ، إذ لم يَنهَ عنه النبي صلى الله عليه وسلم[٢] ، وليس كما قال ناس : إن الغيلة أن يغتال الصبي فيرضع بلبن قد حملت أمه عليه ؛ فيكون لما أرضعته بذلك اللبن قد اغتالته[٣] .

قال ابن القاسم : فلم يكرهه مالكٌ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه[٤] .

قال ابن حبيب[٥] في الواضحة : الغيلة وطء المرضع حملت أم لم تحمل ، أنزل الرجل أو لم ينزل فيها .

وقال : العرب تتقيه شديداً وتقول : لو لم يبق من عُمُرِ المُغْيَل إلا يومٌ لتبين ذلك فيه بصَرعٍ في جسمٍ أو عِلةٍ من سَقَمٍ[٦] ، وإنما هَمَّ النبي صلى الله عليه وسلم بالنهي عنها لِمَا عَلِمَ من ضررها[٧] .

قال أبو عمران : ومأدري قوله[٨] : أنزل فيها أو لم ينزل ، ومالغيلة إلا الوطء مع الإنزال ، إلا أن يريد أن ماءها هي يُضعِف اللبن[٩] .

---

(١) في ز "ويستمربه" ، وهو تحريف .

(٢) كما في الحديث السابق .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٤٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٥) في جميع النسخ "ابن الماجشون" وهو خطأ ، والتصحيح من النوادر .

(٦) قال القرافي بعد ذكره لمعنيي الغيلة : والمتوقع من الفساد إضعاف المني اللبن لمشاركة الرحم الثدي في المجاري ، وإن الحمل يمنع الحيض فينحصر في الجسد فيفسد اللبن ، ولم يشترط عبد الملك الإنزال ، ولعله اكتفى بمني المرأة .
انظر : الذخيرة ٢٧٥/٤ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٠/ب .

(٨) أي قول ابن حبيب .

(٩) أي إذا أنزلت هي ولم ينزل الرجل . انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/أ .

ومن المدونة : قال مالك : فلو أن امرأة رجلٍ ولدت منه فأرضعت ابنه عامين ثم فطمته ؛ ثم أرضعت بلبنها بعد الفطام صبياً ، فهو ابنٌ لزوجها .

قال ابن القاسم : ولو حملت من زوجها فأرضعته وهي حامل ، كان اللبن للفحل .

قال مالك : ولو لم تلد قط وهي تحت زوجٍ فدرَّت فأرضعت صبياً قبل أن تحمل كان اللبن للفحل[١] .

قال ابن القاسم : وإن طلقها زوجها وهي ترضع ولدها منه ؛ فانقضت عدتها وتزوجت غيره ؛ثم حملت من الثاني فأرضعت صبياً ، فإنه ابنٌ للزوج الأول والثاني ، واللبن لهما جميعاً إن كان اللبن الأول لم ينقطع ، وقاله ابن نافعٍ عن مالك.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أرضعت بلبن الزنا [صبياً][٢] فهو ابنٌ لها ، ولايكون ابناً للذي زنى بها ، ولو أرضعت صبيةً فتزوجها الذي زنى بها ؛ لم أقض بفسخه ، وأحب إلي أن يجتنبه من غير تحريم ، واما ابنته من الزنا فلايتزوجها / وإن [١٠٦/ب] كان أجازه ابن الماجشون ، وأباه أصبغ وابن عبد الحكم في ظني[٣] ، ومكروهه بينٌ لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسودة[٤] في الولد :

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٠٦،٤٠٧ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٢) "صبياً" من النوادر والزيادات .

(٣) في أ "في وطء" .

(٤) هي أم المؤمنين سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس القرشية العامرية ، تزوجها السكران بن عمرو ، وأسلمت بمكة قديماً وبايعت وأسلم زوجها وخرجا جميعاً مهاجرين إلى أرض الحبشة في الهجرة الثانية ، ثم توفي عنها بمكة ، فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة عشر من النبوة ، وهي أول امرأةٍ تزوجها بعد خديجة ، توفيت في آخر خلافة عمر بن الخطاب ، وقيل : توفيت سنة ٥٤هـ في خلافة معاوية .
انظر : الطبقات ٨/٤٢ ، الإصابة ٤/٣٣٠ .

"احتجبي منه"[١] ، وقد ألحقه بأبيها[٢] وصار لها أخاً في الميراث ، وحجبها عنه لشَبَهِه بعُتبة[٣] ، فكيف يتزوجها عتبة لو كانت جارية؟

وأما لبن الزنا فلايحرِّم ـ يريد من قبل الفحل ـ وأما كل لبن من وطء بفساد[٤] نكاح مما لاحد فيه ، أو وطء لايجوز بالملك فالحرمة تقع فيه من قِبَل الرجل والمرأة ، وكذلك اللبن في ولد الملاعنة يحرم من الرجل والمرأة[٥] .

وقال ابن حبيب : اللبن[٦] في وطء صحيح أو فاسد أو حرام أو زنا فالحرمة فيه من قِبَل الرجل والمرأة ، وكما لاتحل له ابنته من الزنا ؛ كذلك لايحل له نكاح من أرضعته المزني بها من ذلك الوطء ، لأن اللبن لبنه والولد ولده وإن لم يلحق به وقد كان مالك يرى أن كل وطء لايلحق فيه الولد فلايُحرِّم لبنه من قِبَل فحله ، ثم رجع إلى أنه يحرِّم[٧] ، وذلك أصح ، وقاله أئمة من[٨] العلماء[٩] .

---

(١) ونص الحديث : عن عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام ، فقال سعد : هذا يارسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص ، عَهِد إليَّ أنه ابنه ، انظر إلى شبَهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يارسول الله ، ولد على فراش أبي من وليدته ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه ، فرأى شبهاً بيِّناً بعتبة فقال : "هو لك ياعبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبي منه ياسودة بنت زمعة" . أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب للعاهر الحجر ٢٢/٨ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات ١٠٨٠/٢ رقم (١٤٥٧) .

(٢) في ز "بها" .

(٣) أي عتبة بن أبي وقاص .

(٤) في ز "فاسد" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/ب .

(٦) "اللبن" ليست في أ .

(٧) قال القرافي : وإن انتفى الولد وسقط الحد فالرواية الأخيرة : نشره للحرمة ، لظهور شَبه النكاح المشروع من حيث الجملة . انظر : الذخيرة ٢٧٣/٤ .

(٨) "من" ليست في أ .

(٩) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/أ .

وقال سحنون : كل نكاحٍ حرامٍ لايلحق فيه الولد كنكاح الخامسة ، أو الأخت من الرضاعة ، أو متزوجة وهو يعلم بزوجها ، وهو عالمٌ بتحريم ذلك ، ولايعذر بجهلٍ أن الحرمة تقع فيه من قِبَلِ الرجل والمرأة[١] .

قال : وقال عبد الملك : لاتقع بذلك حرمةٌ حين لم يلحق به الولد ، ولايحرم عليه الولد إن كانت ابنة .

قال سحنون : وهذا خطأٌ صُرَاح ، ماعلمت من قاله من أصحابنا غيره . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم سَودة أن تحتجب من ولدٍ ألحقه بأبيها لِما رأى من شَبَهِهِ بِعُتبة[٢] [٣] .

قال : وكذلك من زنى بها غصبًا [فولدت][٤] فما أرضعت بذلك اللبن يحرم بذلك على الواطئ ، ولايحرم عليه بذلك شيءٌ عند عبد الملك[٥] .

قال عبد الوهاب : ودليلنا أن لبن الفحل يحرِّم ، قوله عليه الصلاة والسلام : "يحرُم من الرضاعة مايحرُم من الولادة"[٦] ، وحديث عائشة رضي الله عنها لمَّا أبت أن تأذن لعمها من الرضاعة ، وقالت : "إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل" فقال صلى الله عليه وسلم : "إنه عمُّك فَلْيَلِجْ عليك"[٧] ، ولأنهما يشتركان في اللبن ، ولأنه تحريمٌ يثبت بالنسب فيثبت بالرضاع كتحريم الأمومة[٨] .

ومن كتاب ابن المواز : ويحرِّم بلبن الفحل ؛ فإذا أرضعتك امرأةٌ كان زوجها أبوك من الرضاعة ، وأخوه من النسب أو الرضاعة عمك .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٩/أ .
(٢) سبق تخريجه قريباً .
(٣) تهذيب الطالب ل٥٦/أ .
(٤) من النوادر والزيادات .
(٥) كما تقدم ، النوادر والزيادات ل٣٥٩/أ،ب .
(٦) سبق تخريجه ص٤٠٣ .
(٧) سبق تخريجه ص٤١٢ .
(٨) انظر : المعونة ٩٥٢/٢ .

قال : وأبوك من النسب إن كان له أخٌ من الرضاعة فهو عمُّك من الرضاع وإن كان لعمِّك من الرضاع[١] أخٌ من نسبٍ أو رضاعٍ آخر لم يكن بينك وبينه تحريم .

ـ **قال الشيخ** : كما لايكون بينك وبين أخت من أرضعته أمُّك تحريم ، وإن كانت أخت أخيك من الرضاعة ـ .

قال ابن المواز : وأخوك من النسب إن كانت له أختٌ من الرضاع فهي لك حلال ، وحلالٌ لولدك ، وهي أخت عَمِّه وليست بِعمَّتِه .

قال محمد : وأخوك من الرضاع يحل لك نكاح أخته من النسب والرضاع ما لم ترضعك أمها ، وإلا فلك نكاحها ونكاح أُمِّها[٢] .

قال ابن حبيب عن ابن الماجشون : وإذا أرضعت امرأةٌ صبيًا فكل ولدٍ تقدم لها أو يكون لها أبدًا بولادةٍ أو رضاعٍ إخوةٌ له ، وحرامٌ عليه[٣] ، وهم حلالٌ لإخوته[٤] .

قال الشيخ : فالأصل في هذا أن كلَّ من اجتمعا على ثديٍ واحدٍ فهما أخوة رضاع ، والتحريم واقعٌ بينهما ، وأما أخو أخيك من الرضاع فأجنبيٌّ منك ، إذ لم ترضع أنت أمَّه ، وحلالٌ لك أُمُّه وأخته ، وهو كما تقدم لمحمَّد بن المُنْذِر : أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن حكم لبن الزوج الأول ينقطع إذا ولدت من الزوج الثاني[٥] ، وإنما الاختلاف إذا حملت من الثاني و لم تلد[٦] . / [١٠٧/أ]

---

(١) "من الرضاع" ليست في ز .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٧/أ .

(٣) في النوادر زيادة : وكل ولد لفحلها ـ يريد الفحل الذي كان الرضاع أولاً بلبنه .

(٤) أي البنات منهم يحل لإخوته نكاحهن . انظر : المصدر نفسه ل٣٥٧/ب .

(٥) انظر : الإجماع ، تأليف محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد ، (الاسكندرية : دار الدعوة ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢هـ) ص٧٧ .

(٦) تهذيب الطالب ل٥٥/ب .

وفي كتاب محمد عن مالكٍ خلاف ماذكر ابن المنذر : أنها وإن وضعت من الثاني لاينقطع حكم لبن الأول إذا لم ينقطع[١] اللبن[٢] .

وذكر عن أبي عمران أنه قال : لم يختلف أصحابنا في التي تتزوج في العدة ويدخل بها الزوج فتلد ولداً لأقل من ستة أشهر ؛ أن لبن هذا الولد للزوجين جميعاً ، وكذلك إذا نفى الولد أحد الزوجين أو كلاهما أن اللبن لهما .

وذكر أن سحنون يقول : إذا طلق الزوج زوجته وتمادى بها اللبن أنها إذا جاوزت خمس سنين وهي المدة التي تلحق فيها الأنساب ، فلايكون اللبن للزوج[٣].

قال أبو عمران : ومـاأعرف هذا لسحنون ، ولم أره في كتاب ابنه ، وقد استقصى الرضاع فيه ، فإن كان هذا صحيحاً فإنما حدَّ هذا ، لأن الرضاع لايكون أقوى من النسب ، فإذا انقطع النسب لذلك[٤] ؛ فانقطاع الرضاع أحرى ،ويصير كأن هذا اللبن من رجلٍ آخر ، أو يكون هذا خِلْقَةً في المرأة فلايكون ذلك من قِبَلِ الزوج ، وقد يُعترض على هذا بالتي أيست وقعدت عن الولد فتزوجت فدرَّت ، ثم طلقها الزوج ، أو لم يطلقها أليس اللبن له؟ فليس العلة الحمل .

فترجيح الشيخ[٥] في ذلك ، وكأنه نحا إلى أن قول سحنون خلاف المدونة ، إذ ذكر فيها إذا لم ينقطع اللبن من غير حد[٦] ، [٧]والله أعلم .

---

(١) في ز زيادة "حكم" .

(٢)،(٣) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/ب ، ٥٦/أ .

(٤) أي بعد مجاوزة خمس سنين .

(٥) أي أبي عمران .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤١٠ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/أ .

[فصل ٢ ــ في التحريم بلبن البكر واليائسة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا درَّت بِكرٌ[١] لازوج لها أو يائسةٌ من المحيض فأرضعت صبياً فهي أُمٌّ له ، لأن لبن النساء يُحرِّم على كل حال[٢] .

وفي كتاب ابن الجَلَّاب في الصغيرة التي لايوطأ مثلها : أن لبنها لاتقع به حُرمة[٣] .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : لو أن امرأة دَرَّ من ثدييها ماء فأرضعت به[٤] صبياً فلايحرِّم به ، ولايُحرِّم إلا باللبن الذي يكون له غذاءً يُغْني عن الطعام ، وأما ماء أصفر ونحوه فلا[٥] .

قال : وإن أرضع رجلٌ صبياً ودَرَّ عليه لم تقع به الحرمة[٦] ، لأن الله عز وجل قال : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَاعَةِ﴾[٧] ، فإنما يحرِّم لبن بنات آدم لاماسواه[٨] .

[فصل ٣ ــ في لبن البهيمة هل يحرِّم أم لا؟]

قلت : فلو أن صبيتين غُذِّيتا بلبن بهيمةٍ أتكونا أختين؟

قال : لاتكون الحرمة في الرضاعة إلا بلبن بنات آدم لاماسواه[٩] [١٠] .

---

(١) في أ "بلبن" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤١٠ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٣) انظر : التفريع ٢/٧٠ .

(٤) "به" ليست في أ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .

(٦) قال الباجي : المعتاد رضاع النساء ، وهذا إن وُجِد فنادرٌ ولايتعلَّق به حكم ، لأنه خارجٌ من غير مخرجه المعتاد فأشبه مصَّ دَمِه . المنتقى ٤/١٥١ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٨) انظر : المدونة ٢/٤١٥ .

(٩) "لاماسواه" ليست في ز .

(١٠) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٥ .

[فصل ٤ ــ في التحريم بلبن المرأة الميتة]

قال : وإذا حُلِبَ من ثدي المرأة لبنٌ ، ثم ماتت ، فَأُوْجِرَ بذلك اللبن صبيٌ ، أو حُلِبَ من لبنها بعد موتها فأُوجِرَ به صبيٌ فالحرمة تقع بذلك ، ولبنها في موتها وحياتها سواء ، وكذلك إذا دَبَّ صبيٌ إلى امرأةٍ وهي مَيِّتةٌ فرَضَعها وقعت به الحرمة إذا عُلِم أن في ثديها لبناً وأنه[١] قد رضعها ، ولايحل اللبن في ضروع الميتة .

قيل : فكيف أوقعت الحرمة بلبن هذه المرأة الميتة ولبنها لايحل؟

فقال : لأن من حلف ألاَّ يشرب لبناً فشرب لبناً ماتت فيه فأرةٌ ، أو شرب لبن شاةٍ ميتةٍ أنه حانث إلا أن ينوي اللبن الحلال ، ونكاح الأموات لايحل ، ويُحَد من وطئ ميتة[٢] .

ابن المواز : ولاصداق عليه .

قال بعض البغداديين : [٣]ويدل على أن لبن الميتة يحرِّم قوله صلى الله عليه وسلم : "لارَضاع إلا مافتَق الأمعاء"[٤] ، وقوله : "الرضاع ماأَنبت اللحم وأَنشز العظم"[٥] ، ولأن الاعتبار في الرضاع وقوع الاغتذاء به ، وذلك كله[٦] موجودٌ في لبن الميتة[٧] .

---

(١) "أنه" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٠،٤١١ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٣) في أ ، ب زيادة "هذا" .

(٤) سبق تخريجه ص٤٠٨ .

(٥) سبق تخريجه ص٤٠٩ .

(٦) "كله" ليست في ز .

(٧) قال : فوجب أن ينشر الحرمة أصله اللبن الذي يؤخذ منها حال الحياة . انظر : المعونة ٢/٩٥٠ .

[فصل ٥ ــ في لبن المرأة يجعل فيه طعام أو دواء]

ومن المدونة : قال[١] : ولبن المرأة إذا جُعِلَ فيه طعامٌ حتى يغيب اللبن فيه ، أو صُنِعَ فيه طعامٌ فكان الطعام الغالب ، ثم طُبِخَ على النار حتى غاب اللبن ، أو صُبَّ في اللبن ماءٌ حتى غاب اللبن وصار الماء الغالب ، أو جُعِل / في اللبن دواء ، [١٠٧/ب] فغاب اللبن في ذلك الدواء فأُطْعِم الصبي ذلك أو سُقِيَه لم تقع الحرمة به ، لأن اللبن قد ذهب ، وليس فيما أُكل أو شُرب لبن يكون به عَيْشُه[٢] .

ابن حبيب : [٣] وقال مطرف وابن الماجشون : أنه يحرِّم وإن غلب عليه ماخرج معه[٤] .

قال عبد الوهاب : وهذا قول الشافعي[٥] ، وقول ابن القاسم هو قول أبي حنيفة[٦] .

فوجه قول ابن القاسم : أن استهلاك اللبن يبطل حكمه ، إذ لايحنث به الحالف ألاَّ يشرب لبناً ، ولأن تعلُّق التحريم بالكثير كتعليق وجوب الحد بشرب الخمر ، ثم ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكت في الماء أنه لايحد شاربه .

ووجه قول مطرف وابن الماجشون : أن اختلاط اللبن لاينفي حكمه كما لو لم[٧] يستهلك فيه ، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله[٨] .

---

(١) في أ ، ب "قال مالك" وهو في المدونة من قول ابن القاسم .
(٢) انظر : المدونة ٤١٥/٢ .
(٣) في النوادر : قال ابن حبيب : وماخُلط من دواءٍ بلبنٍ فأُطعم صبياً فابن القاسم لايحرِّم به حتى يكون هو الغالب ، وقال مطرف ...الخ .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .
(٥) انظر : الأم ٤٩/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢٤٢/٩ .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص٢٢٢ ، تحفة الفقهاء ٢٣٩/٢ .
(٧) "لم" ليست في أ .
(٨) انظر : المعونة ٩٥١/٢ .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أصح ، لأن الاعتبار في الرضاع الغذاء وليس في هذا المستهلك غذاء .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : ولو أن امرأةً دَرَّ من ثديها ماءٌ أصفر ونحوه فأَرضعت به صبياً ؛ فلايحرِّم به ، ولايحرِّم إلا باللبن الذي يكون به الغذاء ويُغني عن الطعام[1] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .
وقد تقدمت هذه المسألة قريباً .

[الباب الثالث]
في الشهادة على الرضاع والإقرار[1] به

[فصل ١ ــ في الشهادة على الرضاع]

وحضَّ النبي صلى الله عليه وسلم على اجتناب الشبهات[2] ، ولقد ألحق الولد بزَمْعَةَ لفراشه ، وأمر سَوْدَة بنت زَمْعَة أن تحتجب منه لمَّا رأى من شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ مُدَّعيه[3] ، وهذا من تَوقِّي الشبهات .

قال مالك : وإذا قالت امرأةٌ عدلٌ : كنت أرضعت فلاناً وزوجته ، لم أقض بفراقهما[4] .

ابن وهب : وقاله عمر بن الخطاب[5] .

قال ابن القاسم : وإن عُرِف ذلك من قولها قبل النكاح لم يفرَّق بينهما[6] .

---

(١) في ز "والرضاع" .

(٢) لعلَّه يشير إلى حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الحلال بيِّن ، والحرام بيِّن ، وبينهما أمورٌ مشتبهات ، فمن اتَّقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام" الحديث .
أخرجه البخاري ، كتاب الإيمان ، باب فضل من استبرأ لدينه ١٩/١ ، ومسلم ، كتاب المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات ١٢١٩/٣ رقم (١٥٩٩) .

(٣) سبق تخريجه ص٤١٥ .

(٤) انظر : المدونة ٤١١/٢ .

(٥) فقد روى ابن وهب عن عبد الرحمن بن أسلم عن أبيه أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب بامرأة ، فقال : ياأمير المؤمنين ، إن هذه تزعم أنها أرضعتني وأرضَعت امرأتي ، فأما رضاعها امرأتي فمعلوم ، وأما رضاعها إيَّاي فلايُعرف ذلك ، فقال عمر : كيف أرضعته؟ فقالت : مررت به وهو مُلقىً يبكي وأمُّه تُعالج خُبزاً لها فأخذته إليَّ فأرضعته وسكَّنته ، فأمر بها عمر فضُربت أسواطاً وأمره أن يرجع إلى امرأته .
المصدر نفسه ٤١٢/٢ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٤١١/٢ .

قال مالك : ويؤمر بالتنزُّه عنها إن كان يثق بقولها ، ولو شهد بذلك امرأتان بعد العقد ، وهما أُمُّ الزوج وأُمُّ الزوجة ، أو أجنبيتان لم يُقبل قولهما إلا أن يكون ذلك قد فشا من قولهما قبل النكاح عند الأهلين والجيران فيقضى بالفراق بينهما[١].

قال ابن المواز : وإذا لم يكن ذلك من قولهما فاشياً فأحبُّ إليَّ أن ينزِّه نفسه عنها ويتورَّع .

وذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون وغيره[٢] : أنه يقضى بالفراق[٣] وإن لم يكن قولهما فاشيا .

قال : وكذلك[٤] رجلٌ وامرأةٌ واحدةٌ وإن لم يكن فاشيا في الأهلين إذا قاموا حين علموا بالنكاح ، ولم[٥] يأت عليهم حالٌ يُتَّهمون فيها ، وقاله أصبغ ، وعليه جماعة الناس[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : ولو خطب رجلٌ امرأةً فقالت له امرأةٌ : قد أرضعتكما ـ وفي رواية يحيى[٧] فقالت له أُمُّ المرأة : قد أرضعتكما ـ قال مالك : فليتنزَّه عنها على وجه الاتقاء لاعلى وجه التحريم ، فإن تزوجها لايفرق القاضي بينهما .

وإن قال الأب : رضع فلانٌ أو فلانةٌ مع ابني الصغير أو ابنتي ، ثم قال : أردت اعتذارا ، أو قال : كنت كاذباً[٨] ، لم يقبل منه[٩] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٤١١/٢ .

(٢) وهم ابن وهب وابن نافع ومطرف .

(٣) أي بين الزوجين بشهادة امرأتين .

(٤) أي أنه يقضى بالفراق إن شهد رجلٌ وامرأةٌ واحدة .

(٥) في ز زيادة "إن" .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/ب ، ٣٦٠/أ .

(٧) هو أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير بن وسلاس الليثي القرطبي ، الإمام الكبير ، الحجة الثبت ، سمع مالكاً والليث وابن وهب وابن القاسم وبه تفقه ، توفي سنة ٢٣٤هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٣٤/١ ، سير أعلام النبلاء ٢٠٠/٩ ، الديباج ٣٥٢/٢ ، شجرة النور ص٦٣ .

(٨) في أ "نادما" .

(٩) أي قوله الأخير ، فلايتزوج الرجل المرأة .

قال ابن القاسم : فإن تزوجها فرق القاضي بينهما ، ويؤخذ[١] بإقراره الأول[٢] .

قال الشيخ : كالمقرِّ على نفسه ، لأنه هو العاقد عليها .

قال في كتاب النكاح الثاني[٣] : ومن اشترى جاريةً أو أراد شراءها ، أو خطب امرأةً فقال له أبوه : قد نَكَحْتُ الحرة ، أو وطئت الأمة بشراء ، وأكذبه الابن ، فلايقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشيًا قبل الشراء أو النكاح ؛ فأرى له أن يتنزَّه عنها ، ولو فعل لم أقض عليه[٤] .

قال الشيخ : لأنه[٥] ليس هو العاقد عليه فيؤخذ بإقراره .

وقال مالك : وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول : قد أرضعت فلانة / [١٠٨/أ] فلما كبرت أراد الابن تزويجها فلايفعل[٦] .

قال الشيخ : فإن فعل لم يقض بفراقها ، لأن الأم ليست بعاقدةٍ فيؤخذ بإقرارها .

[فصل ٢ ــ في الإقرار بالرضاع]

ومن الرضاع[٧] : وإذا أقر أحد الزوجين أن الآخر أخوه من الرضاعة قبل أن يتناكحا فسخ نكاحهما إذا شهدت على إقرارهما بذلك بينة .

---

(١) أي الأب .
(٢) انظر : المدونة ٤١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .
(٣) وهو في المدونة (كتاب النكاح الرابع) .
(٤) انظر : المدونة ٢٤٧/٢ .
(٥) أي الأب .
(٦) انظر : المصدر نفسه ٤١٢/٢ .
(٧) أي ومن كتاب الرضاع في المدونة .

قال ابن القاسم : وليس قول الرجل : هذه أختي ، أو قول المرأة : هذا أخي كقول الأجنبي فيهما ، لأن إقرارهما على أنفسهما بمنزلة البينة القاطعة[١] .

قال أبو القاسم بن الكاتب : وإذا قالت المرأة المدخول بها لزوجها : إنك أخي من الرضاعة ، وصدقها ؛ يجب أن يرجع عليها بجميع الصداق إلا ربع دينار ، كالتي غرت من نفسها وتزوجته في العدة ، ولو لم يصدقها لم يقبل ذلك منها لأنها تتهم على فراقه ،ولو لم يدخل بها وصدقها لم يترك لها شيئاً من الصداق[٢] .

وإذا قالت الأم لرجل : أرضعتك مع ابنتي ، ثم قالت : كنت كاذبة أو معتذرة لم يقبل قولها الثاني ، ولاأحب له[٣] أن يتزوجها[٤] .

قال ابن المواز : فإن تزوج هذا الرجل هذه الصبية بعد قول أمها هذا ، فرق القاضي بينهما ، وقاله ابن حبيب[٥] .

قال أبو محمد وغيره : إنما يؤمر بالتنزه عنها من غير قضاء بخلاف قول الأب[٦] .

قال الشيخ : وهو مذهب المدونة[٧] ، والفرق بين الأب وبين الأم في هذا القول ؛ فلأن الأب هو العاقد علىابنه الصغير وعلى ابنته الصغيرة فصار ذلك كإقراره على نفسه .

فإن قيل : فيلزم على هذا ألا يقبل في ابنه الكبير لأنه يعقد على نفسه؟

قيل : قد مر به حال لايعقد عليه إلا الأب فهو على ذلك .

قال ابن المواز : قول أحد الأبوين ، أو أحد الزوجين قبل النكاح مقبول ويفسخ به النكاح وإن لم يفش في المعارف ، ولايقبل بعد النكاح قول الأب أو الأم

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٤١٢/٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٥٥/ب .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٤١٢/٢ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/ب .

(٦) أي إذا قال : رضع فلان مع ابنتي ، ثم قال : أردت إعتذاراً أو كنت كاذباً ، فيفرق بينهما بقضاء كما تقدم .

(٧) كما تقدم من قول مالك ، انظر ص٤٢٤ .

وإن كانا عدلين ، ولاقول الجارية ، ولاامرأتين عدلتين من غـير أمـرٍ فـاش ، ويؤمـر بالتنزُّه ، وإن كان مع المرأتين أمرٌ فاشٍ في المعارف قضـي بالفسـخ ، وأُمُّ الـزوج وأُمُّ الزوجة بعد النكاح كالأجنبيتين[١] ، والأجنبيات قبل النكاح وبعده سواء[٢] .

---

(١) أي في أنه لاتقبل شهادتهما في الرضاع إلا مع فشوّه في المعارف .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٩/ب .

[الباب الرابع]
فيمن يحرم نكاحه بالرضاع من النساء

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "يَحرُم من الرَّضاعة مايحرُم من الوِلَادة"(١).

قال ابن القاسم : فلايُجمع بين المرأة وعمتها وخالتها من الرضاعة كالولادة(٢) .

قال مالك(٣) : والملك والتزويج في الرضاعة سواء في الحرمة ، والأحرار والعبيد في حرمة الرضاع سواء ، ويحرم على الرجل امرأة أبيه وابنه(٤) من الرضاعة كالنسب .

ومن تزوج صغيرةً بعد صغيرةٍ فأرضعتهما أجنبيةٌ فليختر واحدةً ويفارق الأخرى ، ولايفسد نكاحهما كما يفسد عقد متزوج الأختين في عُقدةٍ لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين . ولو تزوج أربع مراضع فأرضعتهن كلهن فله أن يختار أولهن رضاعاً أو آخرهن أو من شاء ويفارق البواقي ، فإن أرضعت واحدة منهن فهن على نكاحهن ، وإن أرضعت ثانية ؛ اختار أيتهن شاء وفارق الأخرى ، فإن فارق الأولى ثم أرضعت ثالثة ؛ اختار ، فإن فارق الثانية ثم أرضعت رابعةً حبس الثالثة إن شاء أو الرابعة وفارق الأخرى ،وإن أرضعتهن كلهن قبل أن يختار واحدةً منهن فله أن يختار واحدةً منهن ؛ إن شاء أولتهن رضاعاً أو آخرتهن أو ماشاء منهن ويفارق البواقي(٥) .

قال أبو محمد : وابن القاسم لايرى لمن اختار / فراقها من الأربع صداقاً كالفسخ . [١٠٨/ب]

---

(١) سبق تخريجه ص٤٠٣ .
(٢) انظر : المدونة ٤٠٩/٢ .
(٣) "مالك" ليست في ز .
(٤) "وابنه" ليست في ز .
(٥) انظر : المصدر نفسه ٤٠٩/٢،٤١٣،٤١٤ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

وقال ابن المواز : يعطيها ثُمُن صداقها ، إذ لـو فـارقهن جميعـاً لم يكـن لهـن إلانصف صداقٍ بينهن .

وقال ابن حبيب : يعطي لكل واحدةٍ ممن يفارق نصف صداقها ، لأنه طلاقٌ باختياره وليس كالفسخ[١] .

ابن القابسي : ومن اختار فراقها فهو فسخ بلاطـلاق عنـد ابـن القاسـم لأنـه لايرى لهن صداقا ، ومن رأى لهن من الصداق شيئاً[٢] أوجب عليـه في كـل واحـدةٍ طلقة[٣] .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وعلى قول ابن القاسم يكون فراقه طلاقـاً لأنه هو الذي اختار الفسخ فيمن أراد منهن ـ يريد : وليـس كـل[٤] موضـعٍ يكـون الفراق بطـلاقٍ يـلزم فيـه الصـداق ، بـل يوجـد في غـير مـا مسـألةِ الفسـخ بطـلاقٍ ولايكون في ذلك صداق ، فاعتبر ذلك تجده[٥] .

قال الشيخ : ولاشيء على المرضعة لهن من الصداق وإن تعدت على ذلـك ، على مذهب ابن القاسم ، لأن الزوج لم يجب عليه صداق ، لأنه غير مطلـق ، وأمـا على قول من يرى لهن شيئاً من الصداق فيجب للزوج الرجوع على المتعدية لما غرم كرجوعه على الشاهدين عليه بالطلاق قبل البناء إذا رجعا عن شهادتهما[٦] ، وقالـه ابن الكاتب[٧] .

قال بعض فقهائنا : ولو مات الزوج قبل أن يختار واحدةً من الأربع لم يجـب عليه إلا صداقٌ واحدٌ للجميع ، وتتفق هاهنا الأقـوال كلهـا[٨] ، لأن واحـدةً يصـح

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٨/ب .
(٢) كابن المواز وابن حبيب .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٥/أ .
(٤) في ز "بكل" .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/أ .
(٦) أي بعد الحكم ، فعليهما نصف الصداق لأنهما أتلفاه عليه .
(٧) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/ب .
(٨) أي قول ابن القاسم وقول ابن المواز وابن حبيب وقد تقدمت قريباً .

نكاحها والثلاث محرمات ، فوجب عليه صداقٌ واحدٌ يُقسم على سائرهن ، ولو طلق الأربع قبل أن يختار لوجب عليه نصف صداقٍ يقسم على سائرهن ، وتتفق الأقوال أيضاً[١] فتدبَّر ذلك[٢] .

ابن حبيب : وكذلك المجوسي يسلم وعنده عشر نسوةٍ لم يبن بهن فيختار أربعاً منهن ؛ أنه يعطي لكل من فارق نصف صداقها[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم[٤] : ومن تزوج امرأةً ورضيعتين في عُقدةٍ وسمى لكل واحدةٍ صداقها ، أو في عقودٍ مفترقة ، فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل بنائه بالكبيرة وهي في عصمته ، أو بعد أن فارقها حرمت الكبيرة للأبد ، لأنها من أمهات نسائه ، ولاتحرم عليه الصغيرة المرضعة ، لأنها من الربائب اللاتي لم يُدخَل بأمهاتهن ، وإن كان بعد بنائه بالكبيرة حرمت الكبيرة والصغيرة ، وللكبيرة الصداق بالمسيس ، ولاصداق للصغيرة ، تعمَّدت الكبيرة الفساد أو لم تتعمَّده[٥] .

ومن كتاب ابن المواز : ومن نكح امرأةً فمسَّها أو تلذَّذ منها ، ثم فارقها فبعد عشرين سنةً تزوج رضيعةً فأرضعتها تلك المرأة التي كانت له زوجة لحرُمَت الرضيعة عليه ، ولو أرضع زوجته الرضيعة نساء أهل الأرض لحرُمْن عليه ، لأنهن يصِرْن أمهات نسائه ، والرضيع إذا زوجه أبوه أو وصيُّه امرأةً ثم بارأ عنه زوجته فتزوجت رجلاً فأولدها ثم أرضعت الصبي الذي كان زوجها وهو في الحولين لحرُمت على زوجها ، لأنها من حلائل أبنائه ، إذ صار هذا الصبي ابناً له من الرضاعة ، وكذلك في العتبية عن ابن القاسم[٦] .

---

(١) أي في هذه المسألة .
(٢) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/ب .
(٣) النوادر والزيادات ل٣٥٨ /ب .
(٤) "قال ابن القاسم" ليست في ز .
(٥) انظر : المدونة ٤١٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .
(٦) العتبية مع البيان والتحصيل ١٥٧/٥ ، النوادر والزيادات ل٣٥٨/أ .

ومن المدونة : ومن تزوج صبيـةً فأرضعتهـا أمـه ، أو أختـه ، أو جدتـه ، أو ابنته[١] ، أو ابنة ابنه ، أو امرأة أخيه ، أو ابنـة أخيـه ، أو ابنـة أختـه وقعـت الحرمـة بذلك ، وفرق بينهما ، ولاصداق للصبية على الزوج ولاعلـى الـتي أرضعتهـا ، وإن تعمَّدت ذلك ، ولكن تُؤدَّب / المتعمدة . [١٠٩/أ]

قال مالك : وكل مافسد من نكاح مَنْ حَرُم بالرضاع بعد البناء فلها المسمى ولايُلتفت إلى صداق مثلها[٢] .

---

(١) "أو ابنته" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤١٤،٤١٥ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

[الباب الخامس]
جامع القول في الظؤورة[١]

ومن كتاب ابن حبيب : روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن استرضاع الفاجرة[٢] ، وأنه عليه الصلاة والسلام قال : "اتقوا إرضاع الحمقى فإنه يُعدِي"[٣] .

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إن اللبن يَنزع لمن يُسْتَرضَع ؛ فَليُسْتَحسن[٤] ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح استرضاع النصرانية[٥] .

---

(١) الظؤورة : هي المرضعة لغير ولدها ، وهي مأخوذةٌ من أَظْأَرت الناقة على ولدها إذا عَطَفت عليه .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٣ ، معجم لغة الفقهاء ص٢٩٥ .

(٢) لم أعثر عليه مرفوعاً ، وعثرت على معناه عن مجاهد قال : كان يكره أن ترضع امرأة بلبن الفجور .
أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب ماقالوا في الرضاع بلبن اليهودية والنصرانية والفاجرة ٤٦/٤ رقم (١٧٦٢٢) .

(٣) أخرجه البيهقي بلفظ "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تسترضع الحمقاء فإن اللبن يشبه" . كتاب الرضاع ، باب ماورد في اللبن يشبه عليه ٧٦٥/٧ رقم (١٥٦٨٢) .
وهذا الحديث قد ضعفه البيهقي فقال : هذا مرسل ، لأن راويه زياد السهمي وهو من الثالثة ، وقال عنه ابن حجر أيضاً : مجهول ، وقد أرسل حديثًا .
التقريب ٣٢٤/١ رقم (٢١١٢) . قلت : ولعل مراده هذا الحديث .
وأخرج الهيثمي بمعناه عند الطبراني في الصغير والبزار ثم قال : وإسنادهما ضعيف . انظر : مجمع الوزائد ، كتاب النكاح ، باب في الرضاع ٢٦٢/٤ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور بلفظ : إن اللبن يشبه عليه ، أي أنه يورِث في الرضيع شبه المرضعة . كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الشؤم ١١٦/٢ رقم (٢٢٩٩) .

(٥) لم أعثر عليه مرفوعاً ، وممن أباح ذلك الحسن البصري وإبراهيم النخعي ، أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الشؤم ١١٦/٢ رقم (٢٢٩٧-٢٢٩٨) .

وقال مالك : لابأس باسترضاعها إن أُمِنَت ماتغذِّي به الولد من خمرٍ وخنزيرٍ، وقد يكون في النصرانية طِبَاعٌ حسنةٌ من عفافٍ وسَخاءٍ ومحاسن أخلاق ، فليس الطباع في الدين وهي في الغرائز[1] .

ومن المدونة : وكره مالك اتخاذ الظؤورة من اليهود والنصارى والمجوس من غير أن يَرى ذلك حراماً وقال : إنما غذاء الصبي مما يأكلن ، وهن يأكلن الخنزير ويشربن الخمر ، ولاآمنُها أن تذهب بالصبي إلى بيتها فتطعمه ذلك ، وكره استرضاع الفاجرة و لم يُحرِّمه[2] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٦٠/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤١٥،٤١٦ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

[الباب السادس]
في رضاع الولد وأجر الرضاع في الطلاق وغيره

[فصل ١ ــ في إرضاع غير المطلقات أولادهن]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[١] .

وقال تعالى في المطلقات : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ...﴾ إلى قوله تعالى : ﴿فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾[٢] ، فدلَّ بذلك أن ذوات الأزواج يلزمهن رضاع أولادهن دون المطلقات ، لأن العرف جارٍ في أغلب أحوال الناس أن المرأة تلي رضاع ولدها من غير تكليف الزوج أُجرة ، والعرف كالشرط[٣] .

قال مالك : فتُجبر ذات الزوج على رضاع ولدها بلاأجرٍ إلا أن تكون ممن لاتُرضع لشرفها فذلك على الزوج[٤] [٥] .

قال الشيخ : لأن العرف أن ذوات القدر والشرف لايكلَّفن رضاع أولادهن وأن ذلك على الزوج ، والعرف كالشرط .

قال مالك : وإن مات الأب وللصبي مالٌ فلها ألاَّ ترضعه ، وتستأجر له من يرضعه[٦] من ماله إلا أَلاَّ يقبل غيرها فتُجبر على أن ترضعه بأجرها من ماله[٧] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .
قال القاضي عبد الوهاب عن هذه الآية : وهذا وإن كانت صيغته الخبر فالمراد به الأمر . المعونة ٢/٩٣٥ .

(٢) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٩٣٥ .

(٤) "الزوج" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٤١٦ .

(٦) في ز "وترضعه" .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٦، ٤١٧ .

قال مالك : وإن لم يكن للصبي مالٌ لزمها رضاعه ـ يريد : وإن كان يقبل غيرها ـ بخلاف النفقة التي لايقضى بها عليها ، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال[١] .

وقال عبد الوهاب : إذا لم يكن للصبي مالٌ لم يلزمها رضاعه وهو من فقراء المسلمين إلا ألاَّ يقبل غيرها فتجبر حينئذٍ على رضاعه ، كان له مالٌ أو لم يكن ، لأن في ترك رضاعه حينئذٍ إتلافه ، وقد قال الله تعالى : ﴿لَاتُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾[٢][٣] .

قال الشيخ : وكذلك نقول ، إن لم يقبل غيرها وليس له مالٌ أنه يلزمها رضاعه ، لأن جَعْلَه من فقراء المسلمين إضرارٌ به ، وقد لايَتكَفَّل[٤] به أحد ، فيكون في ذلك إتلافه ، وقد قال الله عز وجل : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[٥] ، وقد قال مالك في غير المدونة : وإذا لم يكن لليتيم مالٌ وليس للأم لبن ، أو لها لبنٌ لايكفيه لرضاعه ، فعليها رضاعه ، بخلاف النفقة[٦] .

ابن المواز : لقول الله عز وجل : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ .

قال الشيخ : قال ابن الكاتب : واستدل سحنون أن على الأم رضاعه / إذا [١٠٩/ب لم يكن له مالٌ ولاأبٌ لقول النبي صلى الله عليه وسلم للتي اعترفت بالزنا : "اذهبي فأرضعيه ..."[٧] ، قال : فأَخَّر عنها النبي صلى الله عليه وسلم الحدَّ لرضاع ولدها

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٦،٤١٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) انظر : المعونة ٢/٩٣٦ .

(٤) في ز "لايتكلف" ، وهو تحريف .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٠/أ .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ٣/١٣٢٣ رقم (١٦٩٥) ، ومالك ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في الرجم ٢/٦٢٧ .

وأَمْرُه لها على الوجوب عليها ، إذ لايؤخَّر حدُّ وجب لأمرٍ يُتَطوَّع به[١] .

وقال إسماعيل القاضي : إنما وجب على الأم رضاعه لقول الله عز وجل : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[٢] ، ولايُسقط ذلك عنها ماكان يجب لها على الزوج من النفقة والكسوة لقوله عز وجل : ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣] ، لأن الأب مات عديما ، أو أعدَم وهو حي ، ورضاعها قائمٌ في ثدييها ، فإن انقطع دَرُّها بمرضٍ أو غيره لم يكن عليها سبيل ، فإن خِيف عليه الموت لعدم الرضاع ، وجب عليها أن تستأجر من مالها من يرضعه ، وذلك من باب الإعانة ، لأن من خاف على جائعٍ أو عاطشٍ الموت وجب عليه أن يُطعمه ويسقيه إن أمكنه ذلك ، وكذلك كل مضطرٍ فإن إعانته واجبة[٤] .

[فصل ٢ ــ في إرضاع المطلقات أولادهن]

ومن المدونة : قال : والرضاع عليها إن طلقت طلاقاً[٥] فيه رجعةٌ إذا كانت ممن يرضع مثلها ما لم تنقض العدة ، فإذا انقضت ، أو كان الطلاق بائناً و لم تنقض العدة فعلى الأب أجر الرضاع .

قلت : فإن قالت بعدما طلقها ألبتة : لاأرضعه إلا بمئة درهمٍ كل شهر ، وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين؟

قال : قال مالك : الأم أحق به بما[٦] يرضع به غيرها ، وليس للأب أن يفرق بينه وبينها ، فإن أبت أن ترضعه بذلك فلاحقَّ لها إلا أن يكون الولد لايقبل غيرها وخيف عليه الموت فإنها تجبر على رضاعه بأجر مثلها[٧] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/ب .

(٢)،(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٥٦/ب .

(٥) "طلاقا" ليست في أ .

(٦) في أ زيادة "لم" .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤١٧،٤١٨ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

قال الشيخ : وقوله : إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين وقالت الأم : لاأرضعه إلا بمئة ، فقال مالك : الأم أحق به بما يرضعه به غيرها ـ يريد : بأجر مثلها لابخمسين ، وقاله بعض القرويين ، وإليه رجع ابن الكاتب ، وهو الصواب ، وسواءٌ وجد من يرضعه غير الأم أم لا ، لأنها وإن كانت عند الأم فهي التي تباشره بالرضاع والمبيت وذلك تفرقة بينه وبين أمه ، فلذلك كانت الأم أحق به بأجر مثلها وهذا بيِّن[١] .

قال مالك :ولو كان الأب معدماً لايجد شيئاً وقد طلقها ثلاثاً فوجد مِن قرابته مَن يرضعه باطلاً[٢] فله ذلك ، ويقال للأم : إما أن ترضعيه باطلاً[٣] وإلا فأسلميه ، وكذلك إن كان الأب ليس بالواجد لايقوى إلا على دون الأجر وأصاب من يرضعه بدون ذلك فللأم[٤] أن ترضعه بما وجد أو تسلمه إن قَبِلَ غيرها وإن كان الأب موسراً ووجد من يرضعه باطلاً فليس له ذلك ، وللأم أن ترضعه بمثل مايرضعه به غيرها[٥] .

قال ابن المواز : وكذلك إن وجد المليء مَنْ يرضعه بدون الأجر فللأم أخذه بجميع الأجر ، وهذا الذي أَختَاره من قول مالك ، وروي عنه : أنها لاتأخذه إلا بما وجد ، والأول أحسن ، وقد قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٦] .

[٧]تمَّ كتاب الرضاع بحمد الله وحسن عونه
وصلَّى الله على سيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلَّم تسليماً .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/ب .
(٢) أي بغير أجر .
(٣) "باطلا" ليست في ز .
(٤) في ز "فلابأس" .
(٥) انظر : المدونة ٤١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧،٩٨ .
(٦) سورة الطلاق : آية ٦ .
(٧) "تم ...الخ" ليس في ز .

الكتاب الخامس

كتاب إرخاء الستور

[الكتاب الخامس]
كتاب إرخاء الستور[1]

[الباب الأول]
في تداعي المسيس بعد إرخاء الستر

[فصل ١ ــ في تصديق المرأة في المسيس والمراد بإرخاء الستر]

ولما ارتفع أن توجد بينة بعد إرخاء الستر صُدِّقت عليه في الوطء كما صُدِّق المعترض في دعوى الوطء مع مانصَّ الله عز وجل من تصديقهن على أمور الأرحام وقطع ماأوجب من الرجعة للأزواج بقولهن ، لقول الله سبحانه : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾[2] ، واحتج في ذلك زيد بن ثابت أنها تصدَّق في حملٍ إن ظهر بها[3] ،

---

(١) قال ابن رشد : إرخاء الستور كنايةٌ عن تخلية الرجل مع امرأته وخلوته بها وإن لم يكن ثَمَّ غلق باب ولاإرخاء سِتر ، وأصل هذا الباب قول الله عز وجل : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٧ .
المقدمات الممهدات ٥٣٧/١ .
وقد ذكر المؤلف هذا المعنى من قول ابن أبي زمنين ، وسيأتي قريباً .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٣) وذلك في قضية رُفعت إليه ، فعن أبي الزناد عن أبيه قال : أخبرني سليمان بن يسار ، أن الحارث بن الحكم تزوج امرأةً عربيةً فدخل عليها فإذا هي حضريةٌ فكرهها فلم يكشِفها كما يقول ، واستحيا أن يخرج مكانه فَقَالَ عندها ، ثم خرج فطلقها وقال :لها نصف الصداق لم أكشفها ، وهي ترد ذلك عليه ، فرفع ذلك إلى مروان بن الحكم فأرسل إلى زيد بن ثابت فسأله ، فقال زيد : لها الصداق كاملاً ، قال مروان : إنه ممن لايُتَّهم ، قال زيد : أرأيت يامروان لو كانت حُبلى أكنت مقيماً عليها الحد؟ قال : لا . انظر : المدونة ٣٢٣/٢ .
وأخرجها البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال : من أغلق باباً أو أرخى سِتراً فقد وجب الصداق ٤١٧/٧ رقم (١٤٤٨٦) .

وقضى به عمر بن الخطاب[١] ، وقاله علي بن أبي طالب[٢] وزيد بن ثابت[٣] وغيرهم من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم[٤] .

قال ابن أبي زَمَنِين : المراد بذكر إرخاء الستور خلوة الرجل بأهله والتخلية بينه وبينها ، و لم يُرد به إرخاء الستر ولاغلق باب[٥] .

وسواءٌ في هذا الأصل كانت المرأة صغيرةً أو كبيرةً ، بكرًا أو ثيباً ، يتيمةً أو ذات أبٍ ، ممن يُولَى عليها أو لايُولَى عليها ، حرةً أو أمةً ، مسلمةً أو نصرانيةً ، فالقول في ذلك قولها ، لها[٦] وعليها وإن لم تبلغ الصغيرة المحيض إذا بلغت الوطء ، ولاكلام للأب في ذلك ولاللوصي ، لأن هذا مما لايُعرف صدقه ولاكذبه إلا بقولهن فهن فيه مأموناتٌ مقبولٌ قولهن كما هُنَّ مأموناتٌ على الحيض والعدة والسَّقْطِ والولادة ، فقد جعل الله ذلك إليهن في قوله تعالى : ﴿وَلَايَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَاخَلَقَ اللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[٧] كذلك قال عبد الملك[٨] في جميع هذا[٩] .

وذكر عن سحنون أنه قال : إن كانت بكرًا أو أمةً فلاقول لها : إن الزوج لم يطأ[١٠] ، بل يكون لها صداقها كاملاً إلا[١١] أن يكون والد البكر يجيز تصديقها

---

(١) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب إرخاء الستور ٤١٨/٢ رقم (١٢) .

(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق باباً أ وأرخى ستراً فقد وجب الصداق ٤١٧/٧ رقم (١٤٤٨٣) .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب إرخاء الستور ٤١٨/٢ رقم (١٣) .

(٤) كأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وربيعة وابن شهاب .
انظر : المدونة ٣٢٣/٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

(٦) "لها" ليست في أ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٨) في أ "عبد الوهاب" ، وهو خطأ ، والمراد بعبد الملك هنا ابن حبيب .

(٩)،(١٠) انظر : النكت والفروق ل٧٢/ب .

(١١) "إلا" ليست في أ ، ب .

ـ يريد : وكذلك سيد الأمة إذا أجاز تصديقها ـ ولايكون ذلك لوليٍّ أو وصيٍّ في البكر ، ولايحلف الولي في هذا ، بخلاف الاختلاف في الصداق ، لأن الوطء لايُعلم إلا من جهتها ، وأما في الصداق فالولي هو الذي عقد النكاح ، فيحلف ولي البكر في ذلك على ماعقد به النكاح من الصداق [١] الذي يذكره[٢] .

[فصل ٢ ــ في ماتستحقه المرأة إن طلقت بعد الدخول وقبل المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأةً ودخل بها وأرخى الستر عليها ثم طلقها واحدةً فقال : لم أمسَّها ، وصدقته ، فلها نصف الصداق وعليها العدة ولارجعة له[٣] .

قال الشيخ : وإنما لم يكن لها إلا نصف الصداق لقوله تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَافَرَضْتُمْ﴾[٤] ، وإنما كان عليها العدة لأنها حقٌ لله فلايُسقطه إقرارهما ، وإنما لم تكن له رجعةٌ لأنه أقر أنه لم يمسها وأنه لاعدة عليها عنده ، والرجعة إنما تكون فيمن تعتد منه لقوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾[٥] يعني العدة ، فلما لم تكن عليها عدةٌ عنده لم تكن له عليها رجعة .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن تصادقا أنه قَبَّل أو باشر أو جَرَّدَ أو وطئ دون الفرج فإنما لها نصف الصداق إلا أن يطول مُكثه معها يتلذَّذ بها .

قال مالك : فيكون لها عليه[٦] الصداق كاملاً .

---

(١) في ز زيادة "واو" .
(٢) تهذيب الطالب ل٤٨/أ .
(٣) انظر : المدونة ٣٢٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .
(٤) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .
(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
(٦) "عليه" ليست في ز .

وقال ناسٌ : لها نصفه .

قال مالك : وكذلك الذي لايقدر على امرأته ؛ فيضرب له أجل سنة ، أن عليه الصداق كاملاً إذا فرق بينهما .

وقال ناس : لها نصفه[١] .

قال الشيخ : فوجه قول مالك : فلأنه لما طالت إقامته معها وتلذَّذ بها ، فأشبه الوطء في الفرج ، ووجه القول الآخر : فلأنهما متقاران على نفي المسيس وقد قال تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوْهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوْهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيْضَةً فَنِصْفُ مَافَرَضْتُمْ ...﴾[٢] .

[فصل ٣ ــ في دعوى الجماع]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال الزوج بعد أن دخل بها وأرخى السِّتر عليها[٣] : لم أجامعها ، وقالت المرأة[٤] : قد جامعني ، صدِّقت عليه ، كان الدخول عنده أو عندها إذا كان دخول اهتداءٍ[٥] ، وعليه المهر كاملاً[٦] .

قال ابن المواز : وعلى المرأة اليمين في ذلك ، فإن نكلت حلف الزوج ، ولم يلزمه لها إلا نصف الصداق ، وإنما جُعِل الستر كالشاهد ، وكذلك في كتاب ابن الحكم[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٢٠ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) "المرأة" ليست في ز .

(٥) أي دخول ابتناء . انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٩١ ، وسيأتي قريبا ذكر ذلك من المدونة .

(٦) انظر :ا ٢/٣٢٠،٣٢١ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

[فصل ٤ ــ فيمن تعلقت برجل وهي تُدمى]

وقال مالك في التي تعلَّقت برجلٍ وهي تُدمَى : إن لها الصداق بغير يمين ، وقال في الواضحة : عليها اليمين[١] .

قال الشيخ : فوجه ألاَّ يمين عليها : لأنها قد بلغت من فضيحة نفسها ، وأتت بشاهد الافتضاض ـ وهو الدم ـ فقام ذلك مقام الشاهدين / فوجب تصديقها [١١٠/ب عليه بغير يمين .

ووجه إيجاب اليمين[٢] : أن تعلُّقها به ، وظهور الدم عليها يقوم لها مقام الشاهد كإرخاء الستر على الزوجة ، وتسليمها للزوج ، فلايكون أحسن حالاً من الزوجة ، إذ قد يحتمل في هذه أن يكون غيره فَعَله بها ثم فَرَّعَنها فتعلَّقت بهذا ، أو تكون كانت رضيت به فلما افْتَضَّها تعلَّقت به فلابد أن يكون عليها اليمين .

قال الشيخ : وهذا عندي أعدل .

[فصل ٥ ــ في تداعي الزوجين في المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : وإن خلا بها في بيت أهلها غير دخول البناء فطلقها وقال : لم أطأ ، وقالت المرأة : قد مسَّني ، صدق الزوج[٣] إلا أن يكون دخوله عليها دخول اهتداء ، والاهتداء هو البناء[٤] .

قال مالك : وكان ابن المسيب يقول : إذا دخل الرجل بامرأته في بيتها صُدِّق عليها ، وإذا دخلت عليه في بيته صدِّقت عليه .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٤٨/أ .
(٢) في ز "الدم" .
(٣) في إنكار الوطء ولها نصف الصداق .
(٤) انظر : المدونة ٣٢١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

قال مالك : وذلك في المسيس[١] .

قال ابن المواز : وكان مالكٌ مرَّةً يأخذ بقول ابن المسيب أنه إذا خلا بها في بيتها لم تصدَّق عليه إلا بدخول الاهتداء ، وبه أخذ ابن القاسم . وروى ابن وهب عن مالكٍ أيضاً أنه قال: حيث ماأخذهما القلق وإن كانت زيارةً فالقول قول المرأة وبه أخذ ابن وهب وأشهب وأصبغ ، وهو أشبه بحديث عمر[٢] رضي الله عنه[٣] [٤]

قال عبد الوهاب : وقيل : إن كانت ثيباً فالقول قولها ، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن رأين افتضاضاً صدِّقت عليه وإن لم يرين افتضاضاً لم يكن لها إلا نصف الصداق .

فوجه الأولى[٥] : أن النزاع في التداعي يرجع إلى العرف ، والعرف جارٍ بأن الرجل ينقبض في غير بيته إذا كان زائراً ، غير مطمئنٍ ، ولاينشَط ، ويستحي من إطلاع أهلها ، فكان القول قوله في أنه لم يطأ لشهادة العرف ، وإذا خلا بها في بيته كان القول قولها ، لأن العرف يصير معها ، لأن الإنسان ينشط في بيته ولاينقبض ، والعادة إقدامه على الوطء ، ولايتوقَّف عنه ، فلذلك صدِّقت عليه .

---

(١) المدونة ٣٢٤/٢ .

(٢) في جميع النسخ ابن عمر ، والتصحيح من النوادر .

(٣) لعل مراده قضاء عمر في أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق،وقد سبق تخريجه من الموطأ انظر ص٤٣٩ .
وأخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق ٤١٦/٧ رقم (١٤٤٧٩) ، وقال البيهقي : قال الشافعي : وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ماذنبُهن إن جاء العجز مِنْ قِبَلِكُم ، وذلك يدل على أنه يقضي بالمهر وإن لم تدَّع المسيس ٤١٧/٧ .

(٤) سواءٌ جمعتهما الخلوة بإغلاق بابٍ أو إرخاء سترٍ أو غيره إلا أنها خلوةٌ بينةٌ وإنما يجب لها بذلك الصداق . انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٥/أ .

(٥) وهي أنه إن كان في منزلها فالقول قوله مالم يكن دخول بناء ، وإن كان في منزله فالقول قولها مع يمينها .

ووجه الثانية[١] : أنها فعلت التسليم والتمكين من الاستمتاع وليست بمنسوبةٍ إلى تفريطٍ بترك التوثق بالإشهاد ، إذ لايمكنها ذلك ، فلو لم تصدق عليه لأدَّى ذلك أَلاَّ يثبت على أحدٍ صداقٌ بوطءٍ إلا باعترافه ، وفي ذلك إضاعة المهور وأعواض الاستمتاع .

ووجه الثالثة[٢] : أنه إذا وجدنا طريقاً إلى اليقين[٣] كان أولى من الظن ، وذلك ممكنٌ في البكر على ماذكرنا من اختبارها بنظر النساء إليها ، وجاز ذلك للضرورة كالعيوب ، ولمَّا لم يمكن ذلك في الثيب رُجِعَ إلى قولها ، وكل من حُكِم بقوله فلابد من يمينه ، وهذا الاختلاف إنما هو في تكميل الصداق ، فأما العدة فإنها تجب ولاتسقط ، لأنها حقٌ لله تعالى فلايُقبل قولها في إسقاطها[٤] .

ومن المدونة : قال ربيعة : الستر بينهما شاهدٌ على مايدعيان ، وله الرجعة إن قال : وطئتها[٥] .

قال ابن المواز : الموضع الذي يُقبل فيه[٦] قولها في إيجاب الصداق يُقبل قوله في إيجاب العدة عليها ، وله الرجعة ، وفي دعواه دفع الصداق إليها[٧] .

قال الشيخ : وبيان كلام محمد : أن الرجل إذا خلا بها في بيته أوكانت خلوة بناءٍ في بيت أحدهما في رواية ابن القاسم ، أو كانت خلوةً في بيت أحدهما في رواية ابن وهب ، أن القول قول الزوجة في أنه وطئها ، وأن لها الصداق كاملاً ، وأنها إن أنكرت الوطء في هذه المواضع وادعاه الزوج كان عليها العدة ، وكان له الرجعة فيها ، ويصدق في دفع الصداق إليها ، وإنما تكون له الرجعة إذا ادعى وطأً صحيحاً .

---

(١) وهي أن القول قولها مطلقا .
(٢) وهي ماذكره القاضي عبد الوهاب من التفصيل إن كانت ثيباً أو بِكراً .
(٣) في أ ، ب "إلى طريق اليقين سبيلا" .
(٤) انظر : المعونة ٢/٨٦٥،٨٦٦ .
(٥) انظر : المدونة ٢/٣٢٣ .
(٦) "فيه" ليست في ز .
(٧) تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

قال ابن القاسم في العتبية : إن دخل بها ووطئها وهي حائض ، ثم طلقها بعد طهرها فلارجعة له ، لأن ذلك ليس بوطء[١] ـ يريد : وفيه الصداق والعدة .

قال الشيخ : أما الصداق فوجب لانتهاكه البضع ، وأما العدة / فلِلحوق [١١١/أ] الولد فيه ، وأما الرجعة فلاتجب له ، لأن الله تعالى نهى عن وطء الحائض[٢] فلايكون مانهى عنه يحل مأمر به ، كما قالوا في الإحصان والإحلال[٣] ، ويحتمل على قول عبد الملك الذي يحل به المطلقة[٤] أن يجعل له به الرجعة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء فطلقها وأنكر الوطء ، وادعته هي فجعلت القول قوله فعلى المرأة العدة إن كان قد خلا بها وليس معها أحد .

قلت : فإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء فأقر بالوطء ، وقالت المرأة : ماجامعني؟ قال : إن كان خلا بها وأمكن منها ، ولم تكن خلوة بناء فعليها العدة ولارجعة له ويلزمه الصداق كاملاً ، فإن شاءت أخذته به[٥] كله أو نصفه[٦].

وقال سحنون في العتبية : لاتأخذه أبداً حتى تصدق الزوج ، فإن صدقته أخذته كله وإلا فليس لها إلا نصفه[٧] .

---

(١) أي ليس بوطء جائز .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٧٧ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾ .
سورة البقرة : آية ٢٢٢ .

(٣) انظر ص٣٥٩ .

(٤) انظر ص٣٦٠ .

(٥) "به" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٢١ .

(٧) انظر : النكت والفروق ل٧٣/أ .

قال الشيخ : وليس هذا بخلافٍ لابن القاسم[١] ، وقاله بعض فقهائنا ، قال: ويدل على ذلك قولهم في الذي طلق قبل أن يُعلم له بزوجته خلوة ، فادعى الوطء ، وأراد[٢] ارتجاعها ، قال : لارجعة له وعلى المرأة العدة إن صدقته ولها السكنى والنفقة ، وإن لم تصدقه فلاعدة عليها ولاكسوة لها ولانفقة[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن خلا بها في بيت أهلها وليس معهماأحدٌ فأنكرا الوطء جميعاً فلابد من العدة في الخلوة ، ولها نصف الصداق ، ولو كان معها نساءٌ حتى قَبَّل وانصرف بمحضرهن فلاعدة عليها ، ولها نصف الصداق وإن أقر بالوطء بعد أن طلق ولايُعلم له بها خلوةٌ وكذبته فلاعدة عليها ، ولها أخذه بالصداق كاملاً أو بنصفه .

قال مالك : وكذلك إن خلا بها ومعها نسوة ، ثم طلقها فادعى الوطء وأكذبته ، صدقت ولاعدة عليها[٤] .

قال بعض أصحابنا : وامرأةٌ في ذلك وأكثر سواء ، لأن الخلوة لم تثبت فلاعدة عليها[٥] .

قلت[٦] : فإن تزوجها وهي صائمةٌ في رمضان ، أو صيام تطوعٍ ، أو نذرٍ ، أو كفارةٍ فيبني بها نهاراً في صومها ذلك ، ثم طلقها من يومه ، أو خلا بها وهي محرِمةٌ ، أو حائضٌ فطلقها قبل انقضاء إحرامها ، أو قبل غُسلها من حيضتها فادعت هي في ذلك كله أنه وطئها وأنكر الزوج ، قال : قال مالك : هي مصدقة ولها[٧] الصداق إذا أرخيت الستور عليهما وإن كانت حائضاً[٨] .

---

(١) أي في قوله : فإن شاءت أخذته كله أو نصفه .
(٢) في أ ، ب زيادة "إن" .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٧٣/أ .
(٤) انظر : المدونة ٣٢١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .
(٥) انظر : النكت والفروق ل٤٨/ب .
(٦) القائل هو سحنون .
(٧) في أ ، ب "ولاصداق" .
(٨) انظر : المدونة ٣٢١/٢، ٣٢٢ .

قال ابن القاسم : فكل من خلا بامرأةٍ لاينبغي له أن يجامعها في تلك الحال[١] فادعت أنه قد مسها صُدِّقت إذا كانت خلوة بناء ، لأنه قد خلا بها وأمكن منها ، وكذلك قال مالك في المغصوبة يحتملها رجلٌ فيدخلها بيتاً بمُعاينة بينة ، ثم تخرج فتقول : وطئني غصباً ، وهو ينكر ، فلها الصداق[٢] ولاحد عليه[٣] .

قال[٤] في كتاب ابن المواز : مع يمينها ، وعليه الأدب الوجيع[٥] .

قال الشيخ : وحكي لنا عن الشيخ أبي الحسن القابسي فيمن نكح ببعيرٍ شاردٍ ، أو بثمرةٍ لم يبد صلاحها فبنى بها وقالت : وطئني ، وقال : ماوطئتها ، فلها صداق المثل بإرخاء الستر عليها ، ويفسخ النكاح ، لأنه مقرٌ أنه ماوطئها ، فقد أقر أن النكاح باقٍ على الفسخ .

ولو قال : وطئتها ، وأكذبته صُدِّق وبقيا على الزوجية[٦] .

قال بعض فقهائنا : وإنما صُدِّقت المرأة أن الزوج وطئها وإن كانت حائضاً أو صائمةً ونحو ذلك ، وإن كانت هي تدعي الحرام ، لأن السِّتر لها كالشاهد ، فذلك مثل مالو قام شاهدٌ لمدعي الحرام في البيع أن المدعي يحلف مع شاهده وكذلك قال أبو عمران : لو ظهر أنها أخته من الرضاع أو النسب فادعت أنه وطئها عالماً بها لصُدِّقت عليه ، ووجب لها الصداق[٧] .

قال مالك في المدونة : ومن تزوج امرأةً فدخل بها ، ثم طلقها واحدةً قال : ماجامعتها ، وقالت : قد جامعني ، / صدِّقت ولها الصداق وعليها العدة ولايملك [١١١/ب] الرجعة ولايُحِلها ذلك لزوج كان طلقها ألبتَّة إلا باجتماعٍ منهما على الوطء[٨] .

---

(١) مثل أن تكون صائمةً أو محرمةً أو حائضاً .

(٢) في أ ، ب "فلاصداق" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٣٢٢/٢ .

(٤) أي ابن القاسم .

(٥) أي إن أنكر الشهود ، ولاحد على المرأة ولاعلى الشاهدين .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٦/ب .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٤٨/أ،ب .

(٨) انظر: المدونة ٣٢٢/٢، ٣٢٣ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

قال ابن القاسم : وقد استحسن مالكٌ هذا القول ، ولايحمله القياس ، وأنا أرى أن تُدَيَّن ويخلَّى بينها وبين نكاحها ، وأخاف أن يكون هذا من الذي طلقها ضرراً منه بها في نكاحها .

ولو مات الزوج بعد البناء بيومٍ من غير مناكرةٍ ومثله يطأ ، فادعت الوطء كان أبين في إحلالها بذلك[1] . والله أعلم .

---

(١) أي لمن طلقها ألبتة . انظر : المدونة ٣٢٢/٢ ، ٣٢٣ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

[الباب الثاني]
جامع ماجاء في الرجعة[١]
ودعوى انقضاء العدة ومايحل من المطلقة[٢]

[فصل ١ ــ في ماجاء في الرجعة]

قال الله تعالى : ﴿لَاتَدْرِيْ لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْرًا﴾[٣] ، وهو الرجعة ، فزجر الله عن إيقاع الثلاث لئلا يندم فلايكون له سبيل إلى الارتجاع .

ولاتكون الرجعة إلا في المدخول بها فيما دون الثلاث لقوله تعالى : ﴿وَبُعُوْلَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِيْ ذٰلِكَ﴾[٤] يعني في العدة ، ولاعدة في غير المدخول بها ، وقوله تعالى : ﴿اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوْفٍ أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٥] ، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : "مُرْهُ فليراجعها" ، قال : فقلت : أرأيت لو طلقها ثلاثا؟ قال : "إذن عصى ربَّه وبانت منه زوجته"[٦] .

وقال تعالى : ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ يريد : قاربن بلوغ أجلهن ﴿فَأَمْسِكُوْهُنَّ بِمَعْرُوْفٍ أَوْ فَارِقُوْهُنَّ بِمَعْرُوْفٍ وَأَشْهِدُوْا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[٧] .

---

(١) الرَّجْعة لغةً : اسمٌ مشتقٌ من ارتجع المرأة وراجَعَها مُراجَعةً ورِجَاعًا : أي رَجَعَها إلى نفسه بعد الطلاق ، يقال : طلق فلانٌ فلانةً طلاقًا يملك فيه الرجعة . انظر : اللسان ، مادة (رَجَعَ) .
وشرعاً : هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها . شرح حدود ابن عرفة ٢٨٧/١ .

(٢) "ومايحل من المطلقة" ليست في أ ، ب .

(٣) سورة الطلاق : آية ١ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الله تعالى : ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ ١٦٣/٦ ، ومسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ١٠٩٣/٢ ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الأقراء وعدة الطلاق ٤٥١/٢ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٢ .

وجعلهن تعالى مؤتمناتٍ على انقضاء العدة بقوله : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾[١] ، والزوج ممنوعٌ منها حتى يرتجع بدليل القرآن[٢] ، ولها النفقة والسكنى ، ويتوارثان مالم تنقض العدة ، ولاينبغي أن يتلذّذ منها بنظرٍ أو غيره ، ولايخلو معها .

ولمالك قول : أنه يدخل عليها ويأكل معها إذا كان معها من يتحفَّظ بها ، ثم قال : لايفعل وإن كان معها حافظ[٣] ، ولينتقل وقد انتقل ابن عمر[٤] .

قال عبد الوهاب : وهي مُحرَّمةٌ مالم يراجعها خلافاً لأبي حنيفة[٥] ، لأنها جاريةٌ إلى البينونة ، أصله الكتابية إذا أسلمت بعد الدخول[٦] .

ولاخلاف أن الرجعة تصح بالقول وتصح عندنا بالوطء والقُبْلَةِ والمباشرة إذا نوى به الرجعة[٧] خلافاً للشافعي في أنها لاتكون إلا بالقول[٨] ، لأن الوطء يقوم مقام القول ، أصله قول البائع إذا كان له الخيار : قد اخترت ردَّ هذه الأمة إلى

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
قال القاضي ابن العربي : قوله تعالى : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ﴾ يقتضي أنهن أزواج بعد الطلاق ، وقوله ﴿بِرَدِّهِنَّ﴾ يقتضي زوال الزوجية ، والجمع بينهما عسير ، إلا أن علماءنا قالوا : الرجعية مُحرَّمةٌ للوطء ، فيكون الرد عائداً إلى الحل . أحكام القرآن ١٨٧/١ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٨/ب .

(٤) أي لما طلق زوجته في مسكن حفصة .
أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه ٤٥٣/٢ رقم (٦٥) .

(٥) انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٥٧/٣ ، تحفة الفقهاء ١٧٧/٢ .

(٦) المعونة ٨٦٠/٢ .

(٧) انظر : التفريع ٧٦/٢ ، الكافي ٦١٧/٢، ٦١٨ .

(٨) انظر : الأم ٣٥٢/٥، ٣٥٣ ، التنبيه ص١٨٢ .

ملكي ، وهو لو وطئها قبل القول[١] كان وطؤها اختياراً[٢] .

ومن المدونة : قلت : فمن طلق امرأته طلقةً يملك فيها الرجعة[٣] ، ثم قَبَّلَها في العدة ، أو لامس لشهوةٍ أو جامع في الفرج ، أو فيما دون الفرج ، أو جَرَّدها ، أو نظر إليها ، أو إلى فرجها أيكون ذلك رجعة؟

قال : قال مالك : إن وطئها في العدة ينوي بذلك الرجعة وجهل أن يُشهد فهي رجعة ، وإن لم ينو ذلك فليست برجعة ، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة[٤] [٥]

قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : "إنَّما[٦] الأعمال بالنيات وإنما لكل[٧] امرءٍ مانوى"[٨] ، فلم تصح الرجعة بالوطء إلا بنية .

قال أشهب في مدونته : وكذلك إذا لمسها في عدتها ، أو قَبَّلها ، أو باشرها أو نظر إلى[٩] فرجها لشهوةٍ ونوى بذلك كله الرجعة فهي رجعةٌ وإلا فلا[١٠] .

قال مالك في المختصر : ولايطؤها إلا بعد الاستبراء من وطئه إن وطئ ولم ينو به الرجعة[١١] .

---

(١) في ز "الوطء" .

(٢) انظر : المعونة ٨٥٩/٢ .

(٣) "يملك فيها الرجعة" ليست في ز .

(٤) هو أبو عبد الله عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون المدني ، الفقيه ، الإمام ، المفتي الكبير ، حدث عن الزهري وطبقته ، قدم بغداد وأقام بها إلى أن توفي سنة ١٦٤هـ .
انظر : الطبقات ٤٨٥/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٤/٧ ، شذرات الذهب ٢٥٩/١ .

(٥) انظر : المدونة ٣٢٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٦) "إنما" ليست في ز .

(٧) "كل" ليست في ز .

(٨) أخرجه البخاري ، باب كيف كان بدء الوحي ٢/١ ، ومسلم ، كتاب الإمارة ، باب قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنية" وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال ١٥١٥/٣ رقم (١٩٠٧) .

(٩) "إلى" ليست في ز .

(١٠) انظر : المنتقى ١١٢/٤ .

(١١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٦/أ .

وقال الليث : وطؤه رجعةٌ وإن لم ينو به الرجعة[١] .

قال الشيخ : فإن[٢] قيل : لِمَ لَمْ يكن وطء المطلق رجعةً وإن لم ينوها عند ابن القاسم كما كان وطء مبتاع الأمة بخيارٍ اختياراً وإن لم ينوه؟

قيل : لأن البائع قد جعل له الخيار وأباح له الوطء به ، فإذا وطئ فقد قبل ماجعل له وتم به ملكه ، ولأنه لو لم يطأ وتمادى على إمساكها حتى ذهبت أيام الخيار وانقطعت عُدَّ بذلك / مختارا ، والزوج لم يجعل له شراء الرجعة فيطالبه بقبولها [١١٢/أ] ولأنه لو تمادى على إمساكها حتى انقضت مدة الرجعة لبانت منه ، بخلاف انقضاء أيام الخيار فدل أن وطأه أضعف من وطء المختار ، وهذا بيِّن[٣] .

ومن المدونة [٤] : ومن طلق فليُشْهِد على طلاقه ورجعته كما قال الله عز وجل[٥] ، وكذلك فعل ابن عمر[٦] ، وقاله ابن المسيب[٧] وغيره[٨] .

وقال مالك في امرأة طلقها زوجها ثم ارتجعها فمنعته نفسها حتى يُشهِد على رجعتها : قد أصابت .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/أ .

(٢) "فإن" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٤٩/أ .

(٤) "ومن المدونة" ليست في ز .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ . سورة الطلاق : آية ٢ .

(٦) أي لما طلق صفية بنت أبي عبيد أشهد رجلين ، فلما أراد أن يرتجعها أشهد رجلين قبل أن يدخل عليها .
أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الإشهاد على الرجعة إذا طلق ثم راجع ٤/٦٠ رقم (١٧٧٦٧) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة أيضاً ، كتاب الطلاق ، باب في الرجل يقول لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ٤/٦١ رقم(١٧٧٨٠) .

(٨) كعمران بن حصين وربيعة . انظر : المدونة ٢/٣٢٥،٣٢٦ .

قال مالك : ومن قال لامرأته : قد راجعتك ، ولم يُشهد فهي رجعة ، وليُشهد فيما يُستقبل ، فإن أشهد قبل انقضاء العدة فهي رجعة ، وإن أشهد بعد انقضائها فليست برجعةٍ وإن صدقته إلا أن يُعلم أنه كان يخلو بها ويبيت معها فيقبل قوله ، كذبته أم صدقته[١] .

قال عبد الوهاب : لأن الإشهاد عندنا استحبابٌ وليس بشرطٍ[٢] خلافاً للشافعي[٣] ، لأنه حقٌ من حقوق النكاح كالظهار والإيلاء ، ولأن الإشهاد معنىً يبيح الوطء كشراء الأمة وليس بآكد من عقد النكاح ، وقد بيَّنا أن الإشهاد ليس بشرطٍ فيه[٤] .

ومن المدونة : وإن قال لها : قد ارتجعتك ، ثم قال : لم أُرِدْ بقولي رجعةً وإنما كنت لاعباً ، لزمته الرجعة إن كانت في عدتها فلارجعة له إلا أن تقوم على ذلك بينة ، يعني تقوم بينةٌ بعد العدة على قوله ذلك في العدة .

وإن قال لها في العدة : كنت ارتجعتك أمس ، صدِّق وإن كذبته ، لأن ذلك يعدُّ مُراجعةً الساعة ، وإن قال لها ذلك وقد انقضت عدتها ؛ لم يصدَّق ، وقاله أشهب .

قال مالك وأشهب : وإن قال لها : إذا كان غداً فقد راجعتك . لم تكن هذه رجعة .

قال أشهب : وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة ، فصدقته أو كذبته لم يصدق ولارجعة له إلا ببينة ، أو يُعلم أنه كان يدخل عليها في العدة ، ويبيت عندها ، فيقبل قوله وإن كذبته ، وإقرارها له بالمراجعة بعد العدة إذا لم

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٢٤،٣٢٥ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٢) انظر : التفريع ٢/٧٦ ، المقدمات الممهدات ١/٥٤٨ ، بداية المجتهد ٢/٨٥ .

(٣) أي في أنه يشترط ، وهو قول الشافعي القديم ، لذا قال الغزالي : الصحيح الجديد أن الإشهاد لايشترط فيها .
الوجيز ٢/٧١ .

(٤) انظر : المعونة ٢/٨٥٨ .

تُعلم له بها خلوة ، داعية إلى إجازة نكاح بغير صداقٍ ولاولي[١] .

قال : وإن أقام بينةً بعد العدة أنه أقر بالوطء في العدة فهي رجعةٌ إن ادعى الآن أن وطأه أراد به الرجعة[٢] .

قال عنه[٢] ابن المواز : ولو أقام بعد العدة بينةً تَشهد أنه أقر عندهم أنه أغلق عليها باباً ، أو أرخى عليها سِتراً في عدتها ، لم تكن تلك رجعةً إن ادعى ذلك الآن بخلاف إقراره بالوطء .

قال ابن المواز : وليس ذلك كالشهادة على الخلوة حتى يكون المقام والدخول والخروج ويُعلم ذلك بغير إقراره[٤] .

ومن المدونة : قال أشهب : وإن طلقها قبل أن تُعلم له بها خلوة ، ثم أراد أن يراجعها وادعى الوطء وأكذبته ، فأقام بينةً على إقراره قبل الفراق بوطئها لم ينتفع بذلك ولارجعة له وإن صدقته ، إذ ليس ببناءٍ معلوم ، ويُتَّهم الزوج أن يقدم هذا القول عُدَّةً ليملك رجعتها ، فلايقبل قوله ، وعلى المرأة العِدة إن صدقته ، ولها السكنى والنفقة ، وإن لم تصدقه فلاعدة عليها ولاكسوة لها ولانفقة ، وكذلك إن أقام بينةً على إقرارهما بذلك قبل الفراق فلايصدَّقان ولارجعة له ، ولها النفقة والكسوة حتى تنقضي عدتها .

وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة ، فأكذبته وهي أمة ، وصدقه السيد فلايقبل ذلك إلا بشاهدين سوى السيد ، إذ لاتجوز شهادته على نكاح أمته ولاعلى / رجعتها . [١١٢/ب]

قال مالك : وإذا وضعت الحامل ولداً وبقي في بطنها آخر فزوجها أحق برجعتها حتى تضع آخر ولدٍ في بطنها .

---

(١) قال أشهب : وذلك مالايجوز لها ولا له أن يتزوجها بلاولي ولاصداق .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٢٤،٣٢٥ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٣) أي عن أشهب .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٥/ب .

قال ابن وهب : وقاله ابن عباس وابن المسيب[١] وغيرهما[٢] ، وله الرجعة في عدة المرتابة بالحِسِّ إلى أقصى جلوس النساء ، وإن طلقها قبل البناء فظهر بها حملٌ فلم ينفِهِ فهي له زوجة ، وهي في عدةٍ منه ، وله الرجعة ما لم تضع .

قال سحنون في كتاب ابنه : ولو ظهر الحمل بعد موت الزوج فقالت : هو منه ، فإنه يلحق به ويرث أباه ولاترث هي الزوج ، وليس لها إلا نصف الصداق الذي قبضت[٣] .

قال أشهب : ومن طلق امرأته واحدةً أو اثنتين فله عليها الرجعة ما لم ترَ أول دم الحيضة الثالثة ، فإذا رأته فقد مضت الثلاثة الأقراء التي قال الله تعالى : ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[٤] ، ولأن[٥] الأقراء إنما هي الأطهار وليست بالحِيَض ، وكذلك قالت عائشة رضي الله عنها[٦] وغيرها[٧] ، فإذا طلقها وهي طاهرٌ فقد طلقها في طهرٍ تعتد به ، فإذا حاضت حيضةً فقد تمَّ قُرؤُها ، فإذا طهرت فهو قرءٌ ثان ، فإذا حاضت الثانية فقد تمَّ قرؤها الثاني ، فإذا طهرت فهو قرؤٌ ثالث ، ولزوجها عليها الرجعة حتى ترى أول قطرة دمٍ من الحيضة الثالثة ، فإذا رأت ذلك فقد تمَّ قرؤها الثالث وانقضت الرجعة عنها وحلت للأزواج ، غير أني أحب ألا تعجل بالتزويج حتى يتبين أن الدم الذي رأت في آخر الحيض دم حيضةٍ يتمادى بها فيها ، لأنها ربَّما رأت الدم ساعة ، أو يومًا ثم ينقطع عنها فيُعلم أن

---

(١) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة الحامل في بطنها توأمان ١٧/٧ رقم (١٢٠٠٨،١٢٠١٢) .

(٢) كابن شهاب وربيعة وأبي الزناد وابن قسيط . انظر : المدونة ٣٢٥/٢-٣٣١ .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٣٦/ب .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) "لأن" ليست في ز .

(٦) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ٤٥١/٢ رقم (٥٤) ، قال ابن حجر : أخرجه مالك في قصة بسند صحيح ، بلوغ المرام ص٢٣٦ .

(٧) وهم : ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت وربيعة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وابن شهاب وأبو بكر بن عبد الرحمن .
انظر : الموطأ ٤٥٢/٢ ، المدونة ٣٢٧/٢ .

ذلك ليس بحيضٍ تعتد به ، فإذا رأت امرأةٌ هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها ، والعدة قائمة ، ولزوجها الرجعة حتى تعود إليها حيضةٌ صحيحةٌ مستقيمةٌ[١] .

قال أشهب وابن وهب : وبه[٢] قضى زيد بن ثابت[٣] ، وقالته عائشة رضي الله عنها : إن لها أن تنكح في دمها من الحيضة الثالثة .

قال أشهب : وقاله عمر[٤] وابن عباس ، وكذلك قال ابن القاسم : أن للزوج الرجعة ما لم تر أول دم الحيضة الثالثة في الحرة ، والثانية في الأمة[٥] .

[فصل ٢ ــ في دعوى انقضاء العدة]

قال : ومن قال لمعتدة : قد راجعتك ، فأجابته نَسَقاً بكلامه : قد انقضت عدتي ؛ فإن مضت مدةٌ تنقضي في مثلها العدة صدِّقت بغير يمينٍ وإلا لم تصدَّق[٦] .

وقضى أَبان بن عثمان[٧] في مطلقةٍ ادعت بعد خمسةٍ وأربعين يوماً أن عدتها قد انقضت أنها مصدقة وتحلف[٨] .

وليس العمل على أن تحلف إذا ادعت ماتحيض في مثله[٩] .

---

(١) المصدر نفسه ٣٢٦/٢ .

(٢) "به" ليست في ز .
والمراد بقوله : به ، أي بأن المطلقة الرجعية إذا دخلت في دمها من الحيضة الثالثة فقد حلت للأزواج .

(٣) فقد قال ابن شهاب : قضى زيد بن ثابت أن تنكح في دمها ، كما في المدونة .

(٤) الذي في المدونة ابن عمر .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٢٦/٢ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٣٢٨/٢ .

(٧) هو أبان بن عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي المدني ، إمامٌ ، فقيهٌ ، سمع أباه وزيد بن ثابت ، ولي المدينة لعبد الملك بن مروان سبع سنين ، توفي سنة ١٠٥هـ .
انظر : الطبقات ١١٥/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٠٩/٥ .

(٨) انظر : المدونة ٣٣٠/٢ .

(٩) وهذا من قول أشهب كما في المدونة .

وذكر عن سحنون أنه قال : أقل ذلك أربعون ليلة .

قال الشيخ : وقيل : شهرٌ إن أمكن ذلك ، وكذلك يجب أن يكون معلَّقاً بالإمكان في أغلب العادة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أشهد على رجعتها فصمتت ، ثم ادعت بعد يومٍ أو أقل أن العدة قد انقضت قبل رجعته لم تصدق وتمت الرجعة ، وإذا قالت المعتدة : قد دخلت في أول دم الحيضة الثالثة ، ثم قالت : كنت كاذبة ، ونظرها النساء فلم يرين بها حيضاً ؛ لم يُنظَر إلى قولهن ، وبانت بأول قولها إن مضت مدةٌ تنقضي في مثلها العدة ، وإن ادعت أنها أسقطت فذلك لايخفى على الجيران ، ولكن الشأن أن تصدق بغير يمينٍ وإن بعد يومٍ من طلاقه أو أقل أو أكثر ، ولاينظر إلى الجيران ، لأنهن مأموناتٌ على فروجهن ، ولو رجعت فقالت : كنت كاذبة ، ونظرها النساء فلم يرين بها حيضاً لم ينظر إلى قولهن ، وبانت بأول قولها ، لأن ذلك داعيةٌ[1] إلى إجازة النكاح بغير صداقٍ ولاولي .

قال مالك : وتنقضي العدة بما أسقطت المرأة مما يعلم النساء أنه ولدٌ من دمٍ أو مُضْغَةٍ أو عَلَقَة ، وتكون / به الأمة أم ولد ، وإذا قالت المطلقة : حضت ثلاث [١١٣/أ] حيض في شهر ، سئل النساء فإن أمكن ذلك عندهن صدِّقت .

قال أشهب : وإن قالت : حضت ثلاث حيض في شهرين ، فقال لها الزوج : قد قلت بالأمس أو قبله : أنك لم تحض شيئاً ، فصدقته ، لم يقبل قولها الثاني إلا أن يقيم الزوج بينةً أنها قالت ذلك ، فتكون له الرجعة إن لم يمض من يوم[2] القول ماتحيض فيه ثلاث حيض ، وإن مضى ذلك فلارجعة له عليها[3] وإن رجعت عن قولها : إنها قد حاضت ثلاث حيض[4] .

---

(١) "داعية" ليست في أ .

(٢) في أ "قول" .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٢٧-٣٣١ ، تهذيب المدونة ص٩٨، ٩٩ .

ومن العتبية : قال مالك فيمن طلق امرأته طلقةً واحدةً وأعطته مالاً في العدة على ألاَّ رجعة له عليها قال : أراه خُلعا ، وتلزمه طلقةٌ بائنةٌ ، وقاله ابن القاسم[١] .

وقال أشهب : إن شاء راجعها ، فإذا راجعها ردَّ إليها ماأخذ منها[٢] .

وروى الدِّمْيَاطي[٣] أن ابن وهب[٤] قال : لاتلزمه غير الطلقة الأولى ولارجعة له عليها[٥] .

فصل [٣ ــ في رجعة المريض والمحرم والعبد]

قال ابن المواز : وللمريض أن يرتجع وكذلك المحرم ، أو هي محرمة ــ يريد بالإشهاد ـ ويرتجع العبد بغير إذن سيده وإن كره ، كانت زوجته أمةً له أو لغيره .

قال : والرجعة أن يُشْهِدَ بها ، أو يطأ ، أو يُقَبِّل ، ينوي بذلك الرجعة ، ولو نوى الرجعة بقلبه لم ينفع إلا بفعلٍ مع النية مثل جَسَّةٍ لشهوةٍ ، أو ضَمَّةٍ ، أو ينظر إلى فرجها وماقارب ذلك من محاسنها ، فإن لم يفعل ذلك لم تنفعه النية[٦] .

قال : والأمة لاتقبل شهادة سيدها بعد العدة بالرجعة وإن صدقته الأمة .

قال أشهب : إلا أن يشاء الزوج أن يدفع ثلاثة دراهم فتكون امرأته ، شاء السيد أو أبى ، لأنه أقر أنها امرأته[٧] .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٣٦/٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٠١/٥ .

(٣) هو عبد الرحمن بن أبي جعفر الدِّمْيَاطِي ، روى عن مالك ، وتفقه بكبار أصحابه كابن وهب وابن القاسم وأشهب ، وكتبه تُعرف باسم الدمياطية ، توفي سنة ٢٢٦هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٣٢/١ ، الديباج ٤٧١/١ ، شجرة النور ص٥٩ .

(٤) "أن ابن وهب" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٣٤/أ .

(٦) في ز "البينة" ، وهو تصحيف .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٣٣٥/أ،ب ، ٣٣٦/أ .

وذكر أن أبا عمران قال : وكذلك إذا تقارر الزوجان بعد العدة على أن الزوج ارتجع في العدة فليقدم الزوج ربع دينارٍ ويزوجها وليها ، وتجبر الزوجة على ذلك ، كقول أشهب في مسألة الأمة ، وترجح في ذلك[١] .

قال أبو عمران : وإذا أقر الزوج في العدة أنه راجع ثم أنكر الرجعة أنه يكون ذلك منه كطلاقٍ ابتدأه .

وسئل عن الذي يطلق امرأته واحدة ، ثم يتمادى على وطئها من غير أن يريد الرجعة حتى تمضي ثلاث حيض ثم يحنث بطلاقها ثلاثاً هل يلزمه ذلك الطلاق؟

فقال : يلزمه ذلك كالنكاح المختلف في فساده يطلق فيه ، وقد قال الليث : إن وطأه رجعة وإن لم ينو به الرجعة ، وقاله ابن وهب في الدمياطية[٢] ، فلاأقل أن يكون هذا كالنكاح المختلف فيه[٣] .

---

(١) أي أبي عمران ، انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/ب .

(٢) وهي كتب عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي ، كما في ترجمته ، وقد تقدمت قريباً .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٤٩/أ .

[الباب الثالث]
جامع القول في متعة المطلقة[١]

[فصل ١ ــ في مشروعية متعة المطلقة]

قال الله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٢] ، وقال : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[٣] فقُصرت هذه على ذلك[٤] ، ودلَّ أن الأمر بالمتعة ندب لافرض قوله تعالى : ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[٥] ، ولأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب ، دليله سقوط نصف المسمى قبل الدخول ولأنه نوع من الفراق كالموت .

[فصل ٢ ــ فيمن تستحق المتعة ومن لاتستحقها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك : ولكل مطلقة المتعة ؛ طلقت واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، إلا المطلقة قبل البناء وقد سمَّى لها صداقها فحسبها نصفه ولامتعة لها ، وإن لم يسم فليس[٦] لها إلا المتعة .

---

(١) المتعة لغة : قال الأزهري : فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به ويتبلَّغ به ويتزوَّد ، والفناء يأتي عليه في الدنيا . انظر : اللِّسان ، مادة (مَتَعَ) .
والمراد بمتعة المطلقة : هي مايعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل من ألم الفراق.
الفواكه الدواني ٣٨/٢ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٤١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٦ ..

(٤) أي أن قوله تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ خصَّصت عموم الآية الأولى وهي قوله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فيكون المراد بأن متعة الطلاق حق للمطلقات إلا المطلقة قبل الدخول المسمى لها .

(٥) أي بعد الأمر بالمتعة بقوله : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
فالتعبير بالإحسان صرَف الحق عن الوجوب ، لأن الوجوب لايتقيد بالمحسنين .
انظر : المصدر نفسه ٣٩/٢ .

(٦) "فليس" ليست في أ .

ابن وهب : وقاله ابن عمر[١] .

قال ابن القاسم : وإن كانت مدخولاً بها وقد سمى لها في أصل النكاح مهراً أخذته به[٢] مع المتعة ، وإن لم يسم لها أخذت صداق مثلها مع المتعة .

قال : ولامتعة للمختلعة ولاللمصالحة ولاللمفتدية وللمبارية .

قال ابن القاسم : ولم يختلف في هذا عندنا ، دخل بها أو لم يدخل ، سمَّى لها صداقاً أو لم يسمه ، لأنها اشترت / منه[٣] الطلاق بالذي أعطته فكيف ترجع [١١٣/ب] وتأخذ منه ، ولقد سئل مالك عن المفتدية قبل البناء بمالٍ دفعته لزوجها على أن خلَّى سبيلها ففعل ، ثم قامت بعد ذلك تطلبه بنصف صداقها؟

فقال مالك : لاشيء لها ، هي لم تخرج من حِبَاله إلا بأمرٍ غرمته له ؛ فكيف تطلبه بنصف الصداق . وقال الليث مثله .

قال ابن القاسم : ولامتعة للملاعنة ولاللأمة تعتق[٤] فتختار نفسها ، دخل بهن أم لا ، سمى لهن صداقاً أم لا .

قال ابن وهب : قال ابن عمر : ليس من النساء شيءٌ إلا ولها المتعة إلا الملاعنة والمختلعة والمبارية والتي تطلق ولم يبن بها وقد فرض لها فحسبها فريضته[٥].

قال ابن شعبان[٦] : وجعلت المتعة بدلاً من غمِّ الطلاق وهمِّه عليهن وسقط المتاع عن المختلِعات والمفتديات والمباريات ، لأنهن يُعْطِيْن فكيف يأخذن ، ولأنهن مختاراتٌ للطلاق فقد سقط عنهن همُّه،وسقط ذلك عن المُلاعنات لأن مايُعطَين غير

---

(١) أخرجه مالك ،كتاب الطلاق ، باب ماجاء في متعة الطلاق ٢/٤٤٩ رقم (٤٥) .

(٢) "به" ليست في ز .

(٣) "منه" ليست في أ .

(٤) في تهذيب المدونة زيادة "تحت عبد" .

(٥) انظر : المدونة ٢/٣٣٢-٣٣٤ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٦) هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري ، المعروف بابن القُرْطي ، فقيهٌ ، عالمٌ ، وَرِعٌ ، إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر ، من مؤلفاته : الزاهي في الفقه ، أحكام القرآن ، مختصر ماليس في المختصر ، كتاب النوادر ، كتاب الرواة عن مالك ، توفي سنة ٣٥٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/٢٩٣ ، سير أعلام النبلاء ١٢/٢٣٦ ، الديباج ٢/١٩٤ ، شجرة النور ص٨٠ .

مُسْقطٍ لما أُصِبْنَ به ولاأضعافه ، ولأنهن غير مطلقاتٍ ، إذ كنَّ لايحللن أبداً ، ولو كنَّ مطلقاتٍ لحللن بعد زوجٍ أو قبله[١] .

قال الشيخ : قال بعض فقهاء القرويين : للمخيَّرة والمملَّكة المتعة إذا قضت بالفراق ، لأن الفراق إنما صار إليها من قِبَلِ الزوج ، وكذلك الذي تزوج على الحرة أمةً فتختار نفسها لها المتعة ، لأن الطلاق بسببه ، وليست كالمعتقة تحت عبدٍ فتختار نفسها[٢] ، لأن هذا أمرٌ لاصُنْعَ للزوج فيه ، وأما المفتدية فلاشيء لها وإن كان بسبب الزوج لأنها تُعطِي فمُحالٌ أن تُعطَى[٣] .

[فصل ٣ ــ في إمتاع العبد مطلقته]

ومن المدونة : قال مالك : وعلى العبد إذا طلق امرأته المتعة ولانفقة عليه[٤].

قال الشيخ : قيل : إنما ذلك إذا كان الطلاق بائناً ؛ وأما إذا كان رجعياً فعليه النفقة ، وهذا معنى مافي المدونة والله أعلم .

قال مالك في كتاب ابن عبد الحكم : ليس للسيد أن يمنعه من المتعة[٥] .

قال أبو بكر الأبهَري : لأنها من حقوق النكاح وليس للسيد منعه من حقوق النكاح والطلاق وأشباه ذلك ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٦] ، وقال تعالى : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[٧] فعَمَّ الأزواج ، سواءٌ كان حرًا أو عبداً[٨] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/ب .
(٢) أي فليس لها متعة كما تقدم قريباً من قول ابن القاسم .
(٣) انظر : النكت والفروق ل٧٤/ب .
(٤) انظر : المدونة ٣٣٢/٢ .
(٥) تهذيب الطالب ل٤٩/أ .
(٦) سورة البقرة : آية ٢٤١ .
(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
(٨) المصدر نفسه ل٤٩/أ .

[فصل ٤ ــ في أن التداعي في المسيس يسقط المتعة]

قال مالك : ومن خلا بزوجته وأغلق بابه وأرخى الستر عليها وقد سمى لها فطلقها وقال : لم أمسها ، وقالت : قد مسني ؛ فالقول قولها في الصداق[١] .

قال ابن القاسم : ولامتعة لها ، لأنه يقول : طلقت قبل أن أَمَس[٢] وقد فرضت فليس عليَّ إلا نصف الصداق[٣] ، فلايصدق في الصداق ويصدق في المتعة[٤] .

قال الشيخ : إذ[٥] لايقضى بها .

[فصل ٥ ــ فيمن لهن حكم الحرة المسلمة في المتعة ومن لامتعة عليه]

قال مالك : وللصغيرة والأمة والمدبرة والمكاتبة وأم الولد والذمية حكم الحرة المسلمة في المتعة والطلاق[٦] .

ومن النكاح الثاني : وكل مافسخ قبل البناء لفساد صداقه فلامتعة فيه ، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء فلامتعة عليه[٧] .

---

(١) لأنه قد دخل بها . انظر : المدونة ٣٣٣/٢ .
(٢) "قبل أن أمس" ليست في ز .
(٣) "الصداق" ليست في أ ، ب .
(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٣٣/٢ .
(٥) "قال الشيخ : إذ" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المصدر نفسه ٣٣٣/٢، ٣٣٤ .
(٧) انظر : المصدر نفسه ٢٤٣/٢ .

ومن إرخاء الستور : قال ربيعة : إنما يؤمر بالمتاع مَنْ لارَدَّة[١] له عليها[٢] - يريد من لارجعة له عليها[٣] .

قال فَضْل[٤] : فإذا طلق واحدةً أو اثنتين لم يؤمر بالمتعة حتى تنقضي العدة[٥]

قال ابن وهب : ولو ارتجعها فلامتعة لها ، لأن المتعة عوضٌ من الفُرقة[٦] .

ابن القاسم : ولامتعة في نكاحٍ مفسوخ .

- ابن المواز : إذا فسخ - ولافيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد مثل ملك أحد الزوجين صاحبه .

قال : ولايحاصُّ الغرماء بالمتعة .

قال ابن القاسم : وإن جهل المتعة حتى مضت أعوامٌ فليدفع ذلك إليها وإن تزوجت ، أو إلى ورثتها إن ماتت[٧] .

قال أصبغ : لاشيء عليه إن ماتت ، لأنه عوضٌ لها ، وتسليةٌ[٨] من الطلاق فقد / انقطع ذلك[٩] . [١١٤/أ]

---

(١) "لا" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ٣٣٤/٢ .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني ، كان بصيراً بالمذهب حافظاً له متقناً ، سمع سعيد بن نمر وأحمد بن سليمان ، له تآليف منها : مختصر المدونة ، واختصر الواضحة والموازية ، وله كتاب جمع فيه مسائل المدونة والمستخرجة والمجموعة . توفي سنة ٣١٩هـ .
انظر : الديباج ١٣٨/٢ ، شجرة النور ص٨٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/أ .

(٦)،(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٧/ب .

(٨) في ز "أو" بدل "الواو" .

(٩) المصدر نفسه ل٣٣٧/ب .

قال الشـــيخ : وإذا دخـل بزوجتـه فقـال : ماوطئتهـا ، وقـالت : وطئـني ، فوجب لها عليـه نصـف جميـع الصـداق فطلقهـا ، فلـه أن يحسـب المتـاع في نصـف الصداق ، أو في صداق المثل إن كان نكح على تفويض ، لأنـه يقـول : لاصـداق علي في التفويض وإنما عليَّ من[1] المسمى نصفه ؛ فله[2] أن يحسب المتعة في ذلـك ، ونحوه لأبي عمران[3] .

[فصل ٦ ــ في قدر المتعة]

ومن المدونة : قال مالك : وليس للمتعة حدٌّ معلوم[4] .

قال ابن المواز : وهي على قدر حال الرجل مع قدر حال المرأة[5] .

ومن المدونة : قال مالك : ولايجبر من أباها ، لأن الله تعالى إنما جعلها حقـاً على المتقين[6] ، وعلى المحسنين[7] فلذلك خُفِّفت و لم يُقضَ بها .

قال غيره : وإذا كان الزوج غير مُتَّقٍ ولامُحسنٍ فلاشيء عليه .

---

(١) "من" ليست في أ ، ب .

(٢) في أ ، ب "قبل" .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/ب .

(٤) انظر : المدونة ٣٣٤/٢ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٣٧/ب .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٤١ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

وقال ابن أبي سلمة : المتاع أمرٌ رغَّب الله فيه وأمر به ، ولم يُنزَّل بمنزلة الفرض من النفقة والكسوة ، وليس تعدى عليه الأئمة[١] كما تعدى على الحقوق .

وقال ابن عباس رضي الله عنهما وغيره[٢] : أعلى المتعة خادمٌ أو نفقةٌ ، وأدناها كسوة[٣] .

وقال ابن حُجَيْرَة[٤] : على[٥] صاحب الديوان[٦] متعة ثلاثة دنانير[٧] .

[تمَّ كتاب إرخاء الستور][٨]

---

(١) في جميع النسخ "الأمة" والتصحيح من المدونة ، والمراد لاتقام بها دعوى .

(٢) وهم : سعيد بن المسيب وابن يسار وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد كما في المدونة .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في أرفع المتعة وأدناها ١٤٦/٤ رقم (١٨٧٠٨) .

(٤) هو عبد الرحمن بن حُجيرة الخَولاني المصري ، قاضي مصر وأمين خزانتها ، أحد رجال الحديث الثقات ،ولاَّه عبد العزيز بن مروان القضاء وبيت المال ، توفي سنة ٨٣هـ .
انظر : شذرات الذهب ٩٣/١ ، الأعلام ٣٠٣/٣ .

(٥) في أ ، ب "أعلى" .

(٦) الديوان : هو الدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش وأهل العطاء ، وأول من دوَّن الديوان عمر رضي الله عنه ، وهو فارسيٌ معرَّب ، انظر : اللسان ، مادة (دَوَنَ) .
فيكون المراد بصاحب الديوان : الذي له عطاءٌ من بيت مال المسلمين .

(٧) انظر : المدونة ٣٣٣/٢، ٣٣٤ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٨) ليست في جميع النسخ .

الكتاب السادس

كتاب الخُلع

[الكتاب السادس]
كتاب الخلع[١] [٢]

[الباب الأول]
في الخلع والصلح والفدية والمباراة وكيف إن وقع بغرر

[فصل ١ ــ في الخلع وأدلة مشروعيته وبعض مسائله]

قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[٣] ، وقال تعالى : ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾[٤] ، وقد أباح الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قَيس[٥] رضي الله عنه أن يأخذ منها ماأعطاها[٦] ، وقد زادته على حديقته التي أخذت منه ، وأمرها النبي صلى الله

---

(١) "كتاب الخلع" ليست في ز .

(٢) الخلع لغة : خَلَعَ الشيءَ يَخلَعُه خَلْعاً،واختَلَعه : كَنَزَعَه . اللسان ، مادة (خَلَعَ) .
قال أبو منصور : خَلَع امرأته وخَالعَها إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه ، وسمي ذلك الفراق خُلعاً ، لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباساً لهن فقال عز وجل: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ سورة البقرة : آية ١٨٧ .
وشرعاً : هو عقد معاوضةٍ على البُضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض . شرح حدود ابن عرفة ٢٧٥/١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٤) سورة النساء : آية ٤ .

(٥) هوثابت بن قيس بن شمّاس بن زهير بن مالك بن امرئ القيس الأنصاري الخزرجي ، خطيب الأنصار ، شهد أحداً ومابعدها من المشاهد ، قُتل يوم اليمامة شهيداً .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١٩٣/١، الإصابة ١٩٧/١ .

(٦) في أ ، ب "ماأعطته" .

عليه وسلم بالعدة ، وقال : هي واحدة[١] .

قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر من الصداق لهذه الآية[٢] ولهذا الحديث[٣] [٤] ، وقال الشافعي : إنه[٥] فسخٌ بغير طلاق[٦] .

قال الشيخ : ودليلنا[٧] : قوله صلى الله عليه وسلم : "هي واحدة" وهذا نص،ولأن كل فرقةٍ يجوز الثبوت على النكاح مع الحال الموجبة لها فإنها طلاقٌ لافسخ ، اعتباراً بفرقة العنِّين والمُولي عكسه الرضاع والملك[٨] .

وروى عيسى عن ابن القاسم في المرأة الناشز تقول : لاأصوم ولاأصلي ولاأتطهَّر من جنابة ، فلايجبر على فراقها ، فإن شاء فارق وحل له ماأخذ منها[٩] .

قال الشيخ : واختلف شيوخنا إذا ثبت ضرر الزوج وقد أخذ بالدَّرَك حميلاً.

فقيل : له متابعة الحميل ، لأنه هو أدخله في زوال عصمته ، وقيل : لايرجع بشيءٍ لسقوط ذلك عنها ، وهذا كاختلافهم في الحمالة في البيع الفاسد ، قاله بعض فقهائنا[١٠] .

---

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ٦/١٧٠ ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلع ٢/٤٤٢،٤٤٣ رقم (٣١) .

(٢) أي السابقة وهي قوله تعالى : ﴿فَإِن خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاجُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيْمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ .

(٣) أي حديث ثابت بن قيس رضي الله عنه .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٤٠،٣٤١ .

(٥) أي الخلع .

(٦) وهو أحد قوليه ، والصحيح من مذهبه أنه طلاق .
انظر : الأم ٥/٢٩٠ ، الوجيز ٢/٤١ .

(٧) أي على أن الخلع طلاق .

(٨) المعونة ٢/٨٧١ .

(٩) النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .

(١٠) انظر : تهذيب الطالب ل٥٠/أ .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا كان النشوز من قِبَلِهَا جاز للزوج ماأخذ منها بالخلع وإن كان أكثر من الصداق ورضيت[١] ولم[٢] يضر بها ، وإن كان لخوف ضرره ، أو لظلمٍ ظلمها ، أو[٣] أضرَّ بها لم يجز أخذه ، وإن أخذ شيئًا رده ومضى الصلح[٤] .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال الشافعي : لايرد شيئا[٥] . فأما نفوذ الطلاق فلأنه هو ألزم نفسه ، وأما رد ماأخذه منها فلأنه كان عليه إزالة الضرر عنها بغير عوض ، ومالزم الإنسان إزالته بغير عوضٍ لم يجز له أخذ العوض عليه[٦] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : إذا صالحته على شيءٍ أعطته إياه وعلى رضاع ولده ؛ ثم جاءت بعد سنةٍ بامرأتين شهدتا أنها خالعته عن ضررٍ فقال: تحلف معهما ويرد عليها / ماأعطته وتأخذ منه أجر رضاع ولده[٧] . [١١٤/ب]

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا أقامت بعد الخلع بينةً[٨] يشهدون على السماع أنه كان مُضِراً بها فذلك جائز ، وهل يُشهَد في ذلك إلا على السماع ، ليسمع الرجل من أهله ومن الجيران ، ويكون فاشياً ، ويجوز في ذلك شاهدان على السماع البين والأمر بالمعروف ، ولايمين في ذلك .

قيل : فإن شهد واحدٌ على البتات أن زوجها كان يضر بها ويضيِّق عليها أتحلف معه؟

قال : كيف يعرف ذلك؟

قال : يقول سمعت سماعاً منتشراً واستبان لي .

---

(١) في ز زيادة "به" .
(٢) في أ ، ب "وإن لم" .
(٣) "أو" ليست في أ ، ب .
(٤) انظر : المدونة ٣٣٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .
(٥) الذي في الأم : أنه يرد ماأخذ منها،كقول مالك . انظر : الأم ١٦٤/٥ .
(٦) انظر : المعونة ٨٧٠/٢ .
(٧) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٥٦/٥ .
(٨) في أ زيادة "أنه" .

قال عيسى له[١] : وانظر فيه .

وقال أصبغ : هو جائزٌ وإن لم يكن غيره ، فإن كان معه[٢] سماعٌ منتشرٌ وإلا حلفت ورد عليها ماأخذ منها ومضى الفراق .

وقد سألت ابن القاسم عنه بعد ذلك فقال : هذا لأن يمينها على مالٍ ، وإذا أقامت بينةً أنه كان يبغضها لم ينفعها إلا بالبينة على الضرر ، وقد يبغضها ولايظلمها ، ومن الضرر الموجب لرد ماأخذ منها أن يؤثِر عليها أخرى ولايفي بحقها في نفسه ولافي ماله .

ويجب عليه إذا لم ترض بالأثرة عليها أن يفارقها بغير فداءٍ أو يعدِل[٣] .

ومن المدونة : ابن وهب : قال ابن شهاب : وإذا استخفت المرأة بحق زوجها فنشزت عليه وأساءت عشرته وأحنشت[٤] قسمه ، أو خرجت بغير إذنه ، أو أذنت في بيته لمن يكره وأظهرت له البغض ، فإن ذلك مما يحل له بالخلع ، وإن كانت هي تؤتى من قِبَلِهِ فلايجوز خلعها .

وقال بُكَير بن الأشج : لاأرى امرأةً أبت أن تخرج مع زوجها إلى بلدٍ من[٥] البلدان إلاناشزاً[٦] .

[فصل ٢ ــ في الصلح وأدلته]

قال ابن القاسم : ويجوز أن يأخذ منها على إمساكها ، أو يعطيها ماترضى به[٧] معه على أن تقيم معه على الأثرة في القسم من نفسه وماله وذلك الصلح

---

(١) "له" ليست في ز .

(٢) في ز "فإن لم يكن معه" .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .

(٤) في أ ، ب "وأخانت" ، وهو تحريف .

(٥) "بلد من" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٣٤١/٢، ٣٤٢ .

(٧) "به" ليست في أ ، ب .

الذي قال الله تعالى : ﴿فَلاجُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾[١] ولايأثم في الأثرة بعد ذلك ، وقاله جماعةٌ من التابعين[٢] .

قال ابن وهب عن ابن شهاب : أن رَافع بن خَدِيج[٣] تزوج جاريةً شابَّةً وعنده بنت محمد بن مَسْلَمة[٤] وكانت قد جَلَّت[٥] فآثر الشابة عليها ، فاستأذنت عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : "يارافع اعدل بينهما وإلا فارِقها" فقال لها رافع في آخر طلقة : إن أحببتِ أن تقرِّي على ما أنتِ عليه ، وإن أحببت أن أفارقك فارقتك ، فقالت : بل أستقرُّ على الأثرة ، فلم يرَ رافعٌ أن عليه إثمًا حين رضيت بأن تستقر عنده على الأثرة ، قال : فنزل القرآن : ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوْزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَاجُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَّالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[٦] [٧] .

---

(١) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٢) وهم : سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وربيعة .
انظر : المصدر نفسه ٢/٣٣٥،٣٣٦ .

(٣) هو رافع بن خديج بن رافع بن عدي الأنصاري الأوسي ، شهد أحداً ومابعدها ، جُرح يوم أحد ، وانتقضت جراحته في آخر حياته ، ثم مات من ذلك سنة ٧٣هـ في خلافة معاوية .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١/٤٨٣ ، الإصابة ١/٤٨٣ .

(٤) هو محمد بن مسلمة بن سلمة بن خالد بن عدي الأنصاري الأوسي ، حليف بني عبد الأشهل أسلم قديمًا على يد مصعب بن عمير ، شهد بدراً وأحداً وبعض المشاهد ، كان من فضلاء الصحابة ، واستخلفه النبي صلى الله عليه وسلم على المدينة في بعض غزواته ، وهو ممن ذهب إلى قتل كعب بن الأشرف وإلى ابن أبي الحقيق . توفي بالمدينة سنة ٤٣هـ ، وقيل ٤٦هـ .
انظر : الطبقات ٣/٣٣٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣/٣١٥ ، الإصابة ٣/٣٦٣ .

(٥) أي كبرت .

(٦) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع النكاح ٢/٤٣٢ رقم (٥٧) ، وابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يكون له المرأة فتقول : اقسم لي ٣/٤٩١ رقم (١٦٤٦٣، ١٦٤٦٥) .

قال ابن وهب عن يونس[١] عن أبي الزناد قال : بلغنا أن سودة أم المؤمنين كانت قد أسنَّت ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايكثر منها ، وعرفت ذلك منه فتخوَّفت أن يفارقها فقالت : يارسول الله أرأيت يومي الذي كان يصيبني منك فهو لعائشة ، وأنت منِّي في حلٍّ ، فقَبِل ذلك منها[٢] [٣] .

قال ربيعة : إن رضيت بغير نفقةٍ ولاكسوةٍ ولاقَسمٍ فما رضيت به من ذلك جاز عليها[٤] .

قال مالك : والمُختَلِعة : التي تختلع من كل الذي لها ، والمُبارية : التي تباري زوجها قبل البناء فتقول : خذ الذي لك وتاركني ، والمفتدية : التي تفتدي ببعض مالها وتحبس بعضه . وذلك كله سواءٌ وهي طلقةٌ بائنةٌ .

قال : والخلع والمباراة عند السلطان أو غيره جائز[٥] .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال أبوثور في الخُلع : هو طلقةٌ رجعيةٌ[٦] ، والدليل لمالك[٧] : أن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية الضرر ، ولأن ثبات / الرجعة في ذلك جمع للزوج بين العوض والمُعوَّض [١١٥/أ] وذلك مالاسبيل إليه[٨] .

---

(١) أي يونس بن يزيد الأيلي ، وقد سبقت ترجمته ص٦٩ .

(٢) "منها" ليست في ز .

(٣) فكان صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين ، يومها ويوم سودة .
أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك ١٥٤/٦ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ١٠٨٥/٢ رقم (١٤٦٣) .

(٤) انظر : المدونة ٣٣٦/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٤٣/٢، ٣٤٥ .

(٦) انظر : المقدمات الممهدات ٥٦١/١ .

(٧) أي على أن الخلع طلقة بائنة .

(٨) انظر : المعونة ٨٧١/٢ .

ابن وهب : وقال عثمان بن عفان وجماعةٌ من الصحابة[١] .
والتابعين[٢] : إنها طلقةٌ بائنة[٣] .

---

(١) كعلي وابن مسعود ، أخرجهما سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلع ٣٣٩/١ رقم (١٤٥٠، ١٤٥١) .

(٢) وهم : سعيد بن جبير وشريح ويحيى بن أبي سلمة والزهري ومكحول .
أخرجها ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق ١٢٢/٤ رقم (١٨٤٢٨-١٨٤٤١) .

(٣) إلا أن يسمِّي شيئاً فهو على ماسمى .
وقد أخرج أثر عثمان ابن أبي شيبة أيضاً ١٢١/٤ رقم (١٨٤٢٣) .

[الباب الثاني]
في الخلع بمجهول أو غرر أو حرام أو يقارنه بيع

[فصل في الخلع بمجهولٍ أو غرر]

قال الله تعالى : ﴿فَلاجُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[١] فعم ، فلذلك جاز الخلع عندنا بالغرر والمجهول كالعبد الآبق والجمل الشارد فإن سلم أخذه وإلا فلاشيء له[٢] [٣] خلافاً لأبي حنيفة[٤] والشافعي[٥] في منعهما ذلك ، ولأنه يجوز أن يملك في الهبة والوصية فجاز في الخلع[٦] .

ومن المدونة : قلت : فمن خالع زوجته على عبدٍ لها بعينه و لم تصفه له ولارآه الزوج قبل ذلك ، أو تزوجها على مثل هذا؟

قال : قال مالك : يفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل.

قال ابن القاسم : وأما الخلع فيجوز ، ويأخذ العبد الذي خالعها عليه كمن خالع على ثمرةٍ لم يبد صلاحها ، أو على بعيرٍ شاردٍ، أو[٧] عبدٍ آبقٍ، أو جنينٍ في بطن أمه ، أو بما تلد غنمها ، أو بثمرة نخلها العام ، فذلك جائزٌ لازمٌ له ، وله مطالبة ذلك كله على غرره بخلاف النكاح .

قال غيره : ولأنه يرسل من يده بالغرر ولايأخذ به[٨] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .
(٢) في أ ، ب "عليه" .
(٣) انظر : التفريع ٨٢/٢ ، المقدمات الممهدات ٥٦١/١ .
(٤) انظر : تحفة الفقهاء ٢٠١/٢ .
(٥) انظر : الأم ٢٩٤/٥ ، الوجيز ٤٣/٢ .
(٦) انظر : المعونة ٨٧٣/٢، ٨٧٤ .
(٧) في أ ، ب زيادة "على" .
(٨) انظر : المدونة ٣٣٦/٢، ٣٣٧ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم[١] : وإذا خالعها على جنينٍ في بطن أمه فهو له إذا خرج ، ويجبران على الجمع بينهما فيباع مع أمه .

قال أصبغ : ولاأحب الخلع بالجنين ولاالثمرة غيرمُزْهِيَةٍ فإن وقع مضى ، وهو آخر قولَي ابن القاسم[٢] .

ومن كتاب ابن المواز : وإن قالت لـه : خـالعني علـى مـافي يـدي ، فرضـي ففتحت يدها فلم يجد شيئاً فقال أشهب : لايلزمه طلاق ، وكذلك إن وجد حَجـراً فإن وجد مايُنتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع .

وقال عبد الملك[٣] : يلزمه الخلع بما غرَّته ، وقاله[٤] محمد وسحنون .

قال عبد الملك : ولو قالت له : خالعني بهذا العبد[٥] ، وليس هو لها لم يلزمه الفراق ، لأنه طلق على أن يتم له ذلـك ، فأمـا لـو كـان بيدهـا بشـبهة ملـك ، ثـم استحق فالفراق لازمٌ ويطلبها بقيمته[٦] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن خالعته على ثوبٍ هَرَوِي[٧] ، ولم تصفه جاز ، وله ثوبٌ وَسَطٌ من ذلك ، وإن خالعهـا بدنانـير ، أو بدراهـم ، أو بعـروضٍ موصوفةٍ إلى أجلٍ فجائز ، وإن خالعها على مالٍ إلى أجلٍ مجهول ، كان حالاً ، لأن مالكاً قال فيمن باع إلى أجلٍ مجهول : أن القيمة فيه حالَّةٌ في فَوْتِ السلعة .

قال ابن القاسم : وإن خالعها علـى عبـدِهـا ، علـى أن زادهـا الـزوج ألـف درهم جاز ، بخلاف النكاح ، لأنه إن كـان في قيمـة العبـد فضـلٌ عـن الألـف فقـد أخذت منه نصفها بذلك الفضل ، وإن كانت كفافاً فهي مبارأةٌ ، وقد أجاز مـالك

---

(١) "قال ابن القاسم" ليست في ز .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٢٨/أ .

(٣) في ز "عبد الوهاب" وهو خطأ .

(٤) في أ "وقال" .

(٥) أي وأشارت إلى رجل .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٣٢٨/ب .

(٧) نسبة إلى هراة ، وهـي مدينـة مشـهورة مـن أمهـات مـدن خراسـان . انظـر : معجـم البلـدان ٣٩٦/٥ .

أن يتابرءا بغير شيءٍ وهي طلقةٌ بائنةٌ ، وإن كانت قيمته أقل من الألف فهو كمن صالح زوجته على أن يعطيها من عنده مالاً فالصلح جائز ولايرجع عليها بشيءٍ مما دفع إليها[١] .

قال ابن المواز : قال أصبغ : فإن كان هذا العبد آبقاً فصالحها عليه على أن زادها عشرة دنانير فسد الصلح بينهما ، ويرد الآبق / والدنانير . [١١٥/ب]

قال ابن المواز : هذا إن كانت قيمة الآبق عشرة دنانير فأقل لم يكن للزوج فيها شيءٌ وارتجع دنانيره وبقي العبد للمرأة ، وإن كانت قيمة هذا الآبق خمسة عشر ديناراً كان للزوج ثلثه في الخلع ويرجع ثلثاه للمرأة ، وترد العشرة دنانير إلى الزوج وتكون المرأة والزوج شريكين في العبد على الثلث والثلثين ، لأن الخلع إنما وقع بما فضل من قيمته عن العشرة دنانير ، وكذلك إن صالحها ببعيرٍ شارد ، أو بجنينٍ في بطن أمه ، أو بثمرةٍ لم يبد صلاحها على أن زادها عشرة دنانير ، فإن كانت في الجنين والبعير والثمرة فَضْلةٌ عما دفع الزوج من الدنانير كانت الفضلة للزوج بالخلع فإن لم يكن في ذلك فضل لم يكن للزوج شيءٌ من ذلك وارتجع دنانيره منها .

قيل لابن المواز : فمتى تكون القيمة؟

قال : يوم يخرج الجنين ، ويوجد العبد والبعير ، وتُجَدُّ الثمرة[٢] .

قال الشيخ : وقول ابن المواز هذا على قياس قول ابن نافع في مسألة من صالح من مُوضِحَةٍ عمداً ومُوضِحَةٍ خطأً على شقص ، لأن المرأة دفعت العبد عن معلومٍ ومجهولٍ وهو الدنانير والبُضْع ، فجعل للدنانير من قيمة العبد قدرها ، فإن فضلت فضلةٌ من قيمة العبد كانت للخلع ، كما جعل في مسألة الموضحتين ، فضلة قيمة الشقص على الخمسين دية موضحة الخطأ ، ومافضل[٣] لموضحة العمد ، فإن لم يكن في قيمة الشقص فضلة عن الخمسين لم يكن للعمد شيء ، وأما على قياس[٤]

---

(١) انظر : المدونة ٣٣٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٨/أ،ب .

(٣) "ومافضل" ليست في ز .

(٤) "قياس" ليست في ز .

قول ابن القاسم فيكون في هذه المسألة نصف الآبق للعشرة دنانير فيفسخ فيه البيع ، وترد المرأة العشرة دنانير[١] ، ويكون نصفه الآخر للزوج لحق الخلع ، وهذه[٢] المسألة في العتبية[٣] ، وفي[٤] كتاب ابن سحنون زيادات يطول شرحها وهذا أحسن ذلك .

ومن المدونة : وإن خالعها على دراهم أرتها إياه فوجدها زُيُوفاً فله البدل كالبيع[٥] ، وإن كان على عبدٍ بعينه فاستُحِق رجع بقيمته كالنكاح به[٦] [٧] .

---

(١) "دنانير" ليست في ز .

(٢) في ز زيادة "في" .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٠٩، ٣١٠ .

(٤) "في" ليست في أ ، ب .

(٥) وذكر عن أبي عمران أنه إن اشترطت عليه أنها لاتعرف الدراهم ، وإن كانت زيوفاً فلابدل علي فيها فلها شرطها ، ويكون ذلك كالخلع على الغرر . تهذيب الطالب ل٥٢/ب .

(٦) "به" ليست في ز .

(٧) انظر : المدونة ٢/٣٣٧، ٣٣٨ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

ولم يذكر في جميع النسخ باقي مااشتمل عليه عنوان الباب ، وهو الخلع بحرام ، والخلع يقارنه بيع ، فلعله ساقط من جميعها .

[الباب الثالث]
في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة والوكالة على الخلع

[فصل ١ ــ في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة]

قال الله تعالى في المطلقات : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١] فأوجب الله تعالى السكنى لكل مطلقةٍ بائنةٍ بلانفقة إلا أن تكون حاملاً فجعل لها السكنى والنفقة ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قَيس[٢] وهي مبتوتةٌ ولاحمل بها : "لانفقة لك"[٣] [٤] .

قال مالك : فكل حاملٍ بانت من زوجها ببتاتٍ ، أو خُلعٍ ، أو غيره وقد علم بحملها أم لا ، فإن لم تتبرأ من نفقة حملها ، فلها النفقة في الحمل والسكنى والكسوة ، وليس لنفقتها حدٌ معلومٌ على غني ، ولامسكن في القرى ولافي المدائن لغلاء سِعْرٍ ولارُخْصه ، وذلك على قدر عُسره ويُسره ، وإن اتسع أخدمها .

وإن مات قبل أن تضع حملها فقد انقطعت نفقتها[٥] .

---

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) هي فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية ، أخت الضحاك بن قيس ، كانت من المهاجرات الأول ، وكانت ذاتجمالٍ وعقل ، وكانت عند أبي بكر بن حفص المخزومي فطلقها ، ثم أشار عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأسامة بن زيد فتزوجته .
انظر : الطبقات ٢١٣/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٧١/٤ .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثاً لانفقة لها ١١١٤/٢ رقم (١٤٨٠) .

(٤) انظر : المعونة ٩٣٢/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٣٣٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

ابن وهب : وقاله[١] جابر بن عبد الله[٢] وأبو أُمَامة بن سَهل بن حَنِيف[٣][٤] وابن المسيب وابن يسار وغيرهم[٥] .

قال مالك : وإن بانت منه بما ذكرنا وهي غير حاملٍ فلانفقة لها ولاكسوة ، ولها السكنى في العدة ، ولارجعة له عليها ، ولايتوارثان ، وإن كان طلاقه فيه رجعةٌ فلها النفقة والكسوة والسكنى كانت حاملاً أم لا ، ويتوارثان مالم تنقض العدة[٦] .

[فصل ٢ ــ في الوكالة على الخلع]

قال مالك :ومن وكَّل من يصالح عنه زوجته لزمه صلح الوكيل في غيبته[٧] .

ابن القاسم : وإن وكَّل بذلك رجلين ، فخالعها أحدهما ، لم يجز إلا باجتماعهما جميعا[٨] ، كما لو وكَّلهما على بيعٍ أو شراءٍ ، بخلاف رسُولَي الطلاق[٩] . / [١١٦/أ]

---

(١) أي القول بأن من مات زوجها وهي حامل فلانفقة لها ، حسبها ميراثها .

(٢) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي ، أحد المكثرين عن النبي صلى الله عليه وسلم ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صغير ، وشهد الخندق ومابعدها من المشاهد ، وكان كثير العلم ، توفي بالمدينة سنة ٧٨هـ وقيل ٧٤هـ وعمره أربع وتسعون سنة .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٢٢/١ ، الإصابة ٢١٤/١ ، شذرات الذهب ٨٤/١ .

(٣) "ابن حنيف" ليست في أ ، ب .

(٤) هو أبو أمامة أسعد بن سهل بن حنيف الأنصاري الأوسي المدني ، ولد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، سمي أسعد باسم جده لأمه أسعد بن زرارة نقيب بني النجار ، وكنِّي بكنيته ، كان من علماء المدينة وفقهائها ، روى عن أبيه وعمر وعثمان وزيد بن ثابت ومعاوية وغيرهم توفي سنة ١٠٠هـ .
انظر : الطبقات ٦١/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٤/٥ ، شذرات الذهب ١١٨/١ .

(٥) كعمرة بنت عبد الرحمن وعبد الله بن أبي سلمة وربيعة . المدونة ٣٣٩/٢ .
وقد أخرج أثر جابر وسعيد بن المسيب عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب النفقة للمتوفى عنها ٣٨،٣٧/٧ رقم (١٢٠٨٨،١٢٠٨٥) .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٣٣٩،٣٣٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٨) "جميعا" ليست في أ ، ب .

(٩) انظر : المدونة ٣٣٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

[الباب الرابع]
في خلع غير المدخول بها

قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[١] فعم[٢] ، فسواءٌ كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخولٍ بها فإنه يحل للزوج ماأخذ منها إذا كانت الإساءة من قِبَلِهَا .

قال ابن القاسم : فإن صالحته ، أو بارءته على المتاركة ، أو خالعته على أن أعطته عبداً أو مالاً وذلك قبل البناء فليس لها أخذه بنصف الصداق ، وإن قبضته جميعه ردته ، وقلنا ذلك في المتاركة بغير شيء ، فإذا ردت كان أبعد أن ترجع بشيء ، وقاله مالك والليث .

ولو سألته الطلاق قبل البناء على عشرة دنانير من صداقها ــ ابن المواز عن مالك : أو خالعته عليها[٣] من صداقها ـ فإن لها نصف مابقي بعد العشرة ، قبضتها أو لم تقبضها[٤] .

قال ابن المواز عن مالك : وأما في الخلع المبهم فلاشيء لها من المهر ، أعطته على الخلع شيئاً أو لم تعطه ، قاله مالك وأصحابه وغيرهم في التي لم يدخل بها خلا أشهب فإنه جعل لها أن ترجع عليه بنصف صداقها ويكون له ماأعطته .

قال ابن القاسم : وأما المدخول بها فتصالحه على شيءٍ من مالها ، فإن لها أن ترجع بمؤخَّر صداقها ، بخلاف التي لم يبن بها[٥] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما إن قالت له قبل البناء : طلقني طلقةً على عشرة دنانير ، ولم تقل:من صداقي ، ففعل ، غرمت العشرة دنانير التي شرطتها ، لأنها اشترت بها طلاقها ، وكان لها نصف صداقها ، وكذلك إن قالت

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٢) "فعم" ليست في ز .

(٣) أي على عشرة دنانير من صداقها قبل البناء .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٣٩، ٣٤٠ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣١/ب ، ٢٣٢/أ .

له قبل البناء : طلقني طلقة بغير شيء ؛ فإنها تتبعه بنصف الصداق وإن لم ينقدها إياها .

ـ ابن المواز : وذلك بخلاف الخلع المبهم[١] ـ .

ابن القاسم : ولاتخرج العشرة من المهر إلا أن يشترط ذلك[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم[٣] : وإن قال لها : أنت طالق على عبدك هذا ، فإن قبلت قبل التفرق وإلا فلاقبول لها بعد ذلك .

وإن قال لها : إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالقٌ ثلاثاً ؛ فذلك لها متى ماأعطته ، وكذلك إن قال لها : أمركِ بيدكِ متى ماشئت ، أو إلى أجل ؛ فأمرها بيدها إلى ذلك الأجل إلا أن توقف قبله فتقضي ، أو ترد ، أو توطأ طوعاً فيبطل مابيدها ولايكون لها أن تقضي بعد ذلك[٤] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٣١/ب ، ٢٣٢/أ .

(٢) انظر : المدونة ٣٤٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٣) "قال ابن القاسم" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٣٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩، ١٠٠ .

[الباب الخامس]
فيمن أعطي على أن يطلق ويشترط الرجعة أو خالع وشرط إن طلبت شيئا عادت له زوجة ونيته في طلاق الخلع ومن قال : أنت طالق طلاق الخلع

[فصل ١ ــ فيمن أعطي على أن يطلق ويشترط الرجعة]

قال النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس رضي الله عنه حين خالع زوجته : "إنها واحدة"(١) .

ابن وهب : وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه : هي طلقةٌ بائنةٌ إلا أن يُسمِّي شيئاً فهو [على](٢) ماسمَّى ، وقاله عددٌ من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم(٣) .

وقد أبطل الرسول صلى الله عليه وسلم كلَّ شرطٍ ليس في كتاب الله تعالى(٤) فكذلك ينبغي أن يبطل كل شرطٍ خلاف السنة .

قال ابن القاسم : فإن أعطته شيئاً على أن يطلق ويشترط الرجعة فشرطه باطلٌ والخلع يلزمه ولارجعة له إلا بنكاحٍ مُبتدأٍ إلا أن شرطه لايحيل سُنَّة الخلع ، قاله مالك(٥) .

---

(١) سبق تخريجه ص٤٦٨ .

(٢) من المدونة .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٤٢،٣٤٣ .
وقد سبق ذكر بعضهم وتخريج ذلك ص٤٧٢،٤٧٣ .

(٤) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ماكان من شرطٍ ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطلٌ وإن كان مئة شرط" . وقد سبق تخريجه ص١٣٠ .

(٥) قال ابن القاسم : لأن سنة الخلع أن كل من طلق بشيءٍ ولم يشترط شيئاً ولم يسمه من الطلاق كان خلعاً ، والخلع واحدةٌ بائنةٌ لارجعة له فيها . المدونة ٢/٣٤٢ .

وروي عن مالك : أن له الرجعة ، وقاله سحنون[١] .

قال عبد الوهاب : ووجه ذلك[٢] : أن العوض يكون في مقابلة مايسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة ، لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها على هذا عاوضت[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : والخلع طلقةٌ بائنةٌ ، سمَّى طلاقاً أو لم يسم ، وتعتد عدة المطلقة وله أن ينكحها / في عدتها إن تراضيا ، لأن الماء ماؤه بوطءٍ [١١٦/ب] صحيحٍ إلا أن يتقدم له فيها طلاقٌ يكون بهذا[٤] ثلاثاً للحرة ، واثنتين للعبد فلاتحل له إلا بعد زوج[٥] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : وإن خالع امرأته وهي حاملٌ فله هو دون غيره أن يتزوجها في هذا الحمل ما لم تثقُل فتصير كالمريضة فلايجوز ذلك له ولالغيره حتى تضع[٦] .

[فصل ٢ ــ فيمن خالع وشرط إن طلبت شيئاً عادت له زوجة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالعها وشرط أنها إن طلبت[٧] شيئاً عادت له زوجة[٨] ، فشرطه باطل ، والخلع يلزمه ولارجعة له إلا بنكاحٍ مبتدأٍ[٩] .

---

(١) وروى ابن وهب عن مالك أنه رجع فقال : تَبين منه بواحدة .
انظر : المصدر نفسه ٣٤٣/٢ .

(٢) أي القول بأن له الرجعة .

(٣) المعونة ٨٧١/٢ .

(٤) أي بطلاق الخلع .

(٥) انظر : المدونة ٣٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٦) لأنه مرض ، والمرأة لاتتزوج وهي مريضة . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٥٣/٥ .

(٧) في أ زيادة "ذلك" .

(٨) في ز "عادت زوجته" .

(٩) انظر : المدونة ٣٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

قال في كتاب ابن المواز : فإن ظنا أن ذلك يلزم فطلبته بذلك فعادت تحته بذلك ووطئها فليفارقها ، وليس لها بإصابته إلا ماكان رده إليها يكون ذلك صداقها ، كان أقل من صداق مثلها أو[١] أكثر ، [٢]ولايتزوجها لأنه كالنكاح في عدة .

وقال محمد : هي حلالٌ له بعد الاستبراء ، وإن كانت حاملاً فبعد الوضع ، وليس كالنكاح في عدة[٢] [٣] .

قال الشيخ : قال بعض علمائنا : يريد مالم يكن ذلك أقل من ربع دينارٍ فلابد أن يتم لها ربع دينار[٤] .

قال في كتاب ابن المواز : ولو أنها حملت منه فصالحها ثانيةً على شيءٍ آخر ، أو على أن أبرأته من نفقة الحمل والرضاع كان الصلح الآخر باطلاً ويرد عليها ماكان أخذ منها وتكون عليه النفقة .

قال : ومن خالع زوجته ، ثم نكحها في العدة ، ثم طلقها قبل البناء والمسيس فهي تبني على عدتها ولها نصف الصداق بخلاف من ارتجع من طلاقٍ رجعيٍّ ثم طلق قبل أن يمس فهذه تأتنف العدة[٥] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك لأن الرجعة تهدم العدة بخلاف النكاح المبتدأ .

قال الشيخ : والفرق بينهما : أن الزوجة في الطلاق الرجعي ، أحكام الزوجية باقيةٌ بينهما ، فإذا ارتجع عادت زوجة مدخولاً بها كما كانت قبل الطلاق فإذا طلق ثانيةً وجبت عليها العدة لهذه الطلقة ، فإن كان بقي من العدة الأولى شيءٌ فهو داخلٌ في هذه العدة المؤتنفة ، وإذا كانت الطلقة الأولى[٦] بائنةً فهو لايرتجعها إلا بنكاحٍ جديدٍ بصداقٍ وولي ، فإذا طلق فيه قبل أن يمس فقد طلق قبل البناء فلاعدة عليها لهذا الطلاق الثاني فوجب أن تتم العدة للأول ، وبالله التوفيق .

---

(١) في أ ، ب "واو" بدل "أو" .
(٢) ساقط من ز .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .
(٤) النكت والفروق ل٧٥/أ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .
(٦) "الأولى" ليست في ز .

[فصل ٣ ــ في النية في طلاق الخلع]

ومن المدونة : قال مالك : وإن خالعها واشترط رجعتها فالخلع ماضٍ ولارجعة له .

قال ابن القاسم : وإن أخذ منها شيئًا وانقلبت وقالا : ذلك بذلك ، ولم يسميا طلاقاً فهو طلاق الخلع ، وإن سمَّيا طلاقاً لزم ماسمَّياه من الطلاق ، وإن نوى بالخلع ثلاثاً أو اثنتين لزمته وإن لم يلفظ بها ، وكذلك إن شرطت هي في الخلع أن تكون طالقاً تطليقتين فذلك يلزم .

قال مالك : وإذا لم يكن لها عليه مهرٌ ولادينٌ فخالعها على أن أعطاها شيئاً أو لم يعطها فذلك جائزٌ ولارجعة فيه وذلك خلعٌ ، وقاله ابن القاسم .

وروى ابن وهب وابن القاسم عن مالك فيمن طلق امرأته وأعطاها : أن له الرجعة وليس بخلع ، وروي عنه : أنها واحدةٌ بائنةٌ ، وأكثر الرواة على أنها غير بائن ، لأنه إنما تختلع بمال يأخذه منها ، فلزمه بذلك سنة الخلع ، وإذا لم يأخذ منها فليس بخلعٍ وهو رجلٌ طلَّق[1] وأعطى[2] .

قال ابن المواز : وإذا جرى ذلك بينهما بمعنى الخلع والصلح وإن لم يقولاه فهي واحدةٌ بائنة .

ـ **قال الشيخ** : كمن خالع على مالايصح تملُّكه كالخمر والخنزير ـ .

قال ابن المواز : وأما إن لم يجر على ذلك فله الرجعة[3] .

قال الشيخ : وكمن طلق بغير عوض .

---

(١) "طلق" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٤٢،٤٤٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٨/أ .

[فصل ٤ ــ فيمن قال : أنت طالق طلاق الخلع]

ومن المدونة : وقال غيره[١] فيمن قال لمدخول بها : أنتِ طالقٌ طلاق الخلع، فهي ألبتة ، لأنها لاتكون واحدةً / بائنةً إلا بخلع[٢] . [١١٧/أ]

ومن الواضحة : هذا قول ابن الماجشون[٣] .

وقال ابن القاسم في الذي قال لامرأته : أنت طالقٌ[٤] طلاق الخلع : إنها واحدةٌ بائنةٌ[٥] .

وقاله أصبغ في قوله : أنت طالقٌ طلاق الخلع ، أو كما طلق فلانٌ زوجته، وفلانٌ خالعها .

قال أصبغ : وإن كان فلانٌ إنما طلقها واحدةً قبل البناء فتلزم هذه طلقةٌ كما طلقت تلك طلقة[٦] ، ولكن لاتبين بها ، لأن عليها العدة وإنما بانت تلك إذ لاعدة عليها .

وقال مطرف : قوله : أنت طالقٌ طلاق الخلع ، كقوله : أنت طالقٌ واحدةً لارجعة لي عليك فيها ، فهي واحدةٌ وله الرجعة ، لأن الخلع والمباراة لاتكون إلا بشيءٍ يأخذه منها أو تضعه عنه ، وماعدا ذلك فطلقةٌ رجعية ، وذكر الخلع ساقطٌ بقوله : أنت طالقٌ واحدةً بائنةً .

قال ابن حبيب : وبقول ابن الماجشون أقول[٧] .

---

(١) أي غير مالك .

(٢) انظر : المدونة ٤٤٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٢/أ .

(٤) "طالق" ليست في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٢١/ب .

(٦) أي التي قال لها : أنت طالق كما طلق فلانٌ زوجته ، وفلانٌ خالعها .

(٧) "أقول" ليست في أ ، ب .

[الباب السادس]
في الخلع على أخذ الولد أو على نفقته أو على[1] طرح سكناها

[فصل ١ ــ في الخلع على أخذ الولد]

قال مالك : وإذا خالعها على أن يكون الولد عنده ، فالخلع جائز ، وله شرطه إلا أن يضر ذلك بالصبي ويُخَاف عليه إن نُزِعَ منها ، مثل أن يكون يرضع وقد عَلِقَ بها فلاسبيل له إليه[2] .

قال ابن القاسم : وإذاخرج الصبي من حدِّ الاضرار به والخوف عليه كان له أخذه منها حينئذٍ بشرطه[3] .

قال ابن الماجشون[4] : إن كان الولد صغيراً ألزمه الخلع ولها أن ترجع في ولدها فتأخذه ولايلزمها الشرط ، لأن الحضانة حقٌ للولد فليس للأم قطعها[5] ، وهذا لااختلاف فيه عندنا[6] .

وذكر عن أبي عمران في قول ابن القاسم إن ذلك جائزٌ إذا لم يضر ذلك[7] بالولد ، هل ذلك له فيمن[8] ليس له جَدَّة ، أو يتم ذلك له[9] ولاحق للجدة فيه؟

فقال : القياس أن لايسقط حق الجدة مثل مإذا خالعها أو طلقها وتركت حقها في الولد من غير شرطٍ أن الجدة أولى به[10] .

---

(١) "على" ليست في ز .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ٢/٣٤٣،٣٤٤ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٤) في ز "ابن القاسم" ، وهو خطأ .

(٥) في ز "مطلقا" .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٠/ب .

(٧) "ذلك" ليست في ز .

(٨) "فيمن" ليست في ز .

(٩) "له" ليست في أ ، ب .

(١٠) تهذيب الطالب ل٥١/ب .

[فصل ٢ ــ في الخلع على نفقة الولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالعها على أن ترضع ولده وتنفق عليه مادام في الحولين جاز ذلك ، وإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها ، وإن مات الولد قبل الحولين فلاشيء للزوج عليها .

قال مالك : ولم أَرَ أحداً طلب ذلك[١] .

ابن المواز : كمن صالح على إسقاط نفقة الحمل فأسقطت سَقْطاً فلاتُتبَع[٢] .

قال عبد الملك : لأنها على ذلك ضمنت ، [٣]ورواه أشهب عن مالك ، وروى أبو الفرج أن قول مالك أنه يتبعها في موت الصبي[٣] [٤] .

قال مالك : إن عجزت هي عن نفقة الولد رجعت النفقة على الأب ويتبعها بها ، وقاله أشهب وعبد الملك وابن القاسم ، وقال أيضاً ابن القاسم : لايتبعها ، وقاله أصبغ[٥] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمداً سماه تم الخلع ولزمها نفقة الولد[٦] في الحولين فقط ، ولايلزمها مناف على الحولين[٧] .

قال ابن القاسم : وكذلك إن شرط عليها الزوج نفقة نفسه سنة أو سنتين تم الخلع ، ولم يلزمها من نفقة الزوج شيء .

---

(١) قال ابن القاسم : ورأيت مالكاً يذهب إلى أنها إنما أبرأته من مؤنة ابنه في الرضاع حتى تفطمه فإذا هلك قبل ذلك فلاشيء للزوج عليها .
انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٠/أ .

(٣) ساقط من ز .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٣٠/أ .

(٦) "الولد" ليست في أ ، ب .

(٧) "ولايلزمها مناف على الحولين" ليست في أ ، ب .

وقال المخزومي : يلزمها نفقة الزوج ونفقة الولد بعد الحولين كالخلع بالغرر وقاله سحنون[١] .

قال الشيخ : وهو الصواب ، وقد احْتُجَّ لقول[٢] ابن القاسم احتجاجٌ ضعيفٌ فتركُته .

[فصل ٣ ــ في الخلع على ألا سكنى لها]

قال ابن القاسم : وإن خالعها على ألاَّ سكنى لها[٣] عليه ، فإن أراد إلزامها كراء المسكن جاز ذلك / إن كان المسكن لغيره ، أو كان له وسمَّى الكراء ، وإن [١١٧/ب] كان على أن تخرج من مسكنه تم الخلع و لم تخرج ، ولا كراء له عليها[٤] [٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٢) "قول" ليست في ز .

(٣) "لها" ليست في ز .

(٤) "عليها" ليست في أ .

(٥) فتسكن بغير شيء .
انظر : المدونة ٣٤٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

[الباب السابع]
في الخلع على دين مؤجل أو سلف أو خمر أو حلال وحرام[١]

[فصل ١ ــ في الخلع على دينٍ مؤجلٍ أو سلف]

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عمَّا جرَّ نفعاً من السَّلف[٢] .

قال مالك : وإذا كان لأحد الزوجين على الآخر دينٌ مؤجلٌ فخالعها على تعجيله قبل محله جاز الخلع ورد الدين إلى أجله[٣] .

قال غيره : وإن كان الدين عليه وهو عينٌ [مما][٤] له تعجيله قبل محله فذلك جائزٌ وليس بخلع ، وهو كرجلٍ طلق وأعطى فهي طلقةٌ واحدةٌ وله الرجعة عنده ، وإن كان الدين عرضاً أو طعاماً من بيعٍ مما لايجوز للزوج تعجيله إلا برضى المرأة ولاتستطيع المرأة قبضه إلا برضى الزوج فهذا يكون بتعجيله خلعاً ولارجعة له ، ويرد الدين إلى أجله ، لأنه إنما طلق على أن تحط عنه الضمان الذي كان عليه إلى أجل[٥] ، وإنما طلاقه إياها على أن يعجِّل لها ذلك ، كما لو زادها دراهم أو عرضاً سواه على أن يعجل لها ذلك لم يجز ، وكان حراماً ، ورد الدين إلى أجله ، وأخذ منها ماأعطاها ، وكما لو طلقها على إن أسلفته سلفاً لزمه الطلاق ، ورد السلف لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عما جرَّ نفعاً من السلف[٦] .

---

(١) في ز "أو" بدل الواو .

(٢) هذا الحديث أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بن ابي طالب بلفظ "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرضٍ جرَّ منفعة" وفي إسناده سوار بن مصعب ، وهو متروك ، انظر :التلخيص الحبير ٣/٣٤ رقم (١٢٢٧) .
وأخرجه البيهقي موقوفاً على فُضَالة بن عبيد بلفظ : "كلُّ قرضٍ جرَّ منفعة فهو وجهٌ من وجوه الربا" كتاب البيوع ، باب كل قرضٍ جرَّ منفعةً فهو ربا ٥/٥٧٣ رقم (١٠٩٣٣) .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٤٤،٣٤٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥) "إلى أجل" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٤٤،٣٤٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

قال بعض فقهائنا : إذا كان لها الدين عيناً عليه[١] ، فخالعها على تعجيله ، فهو رجلٌ طلق وأعطى كما قال غيره ، ولايدخل هاهنا سلفٌ جرَّ منفعةً لسقوط النفقة عنه في العدة ، لأن له أن يخلعها من نفسه بلا مال ، أو يقول لها : أنت طالقٌ طلاق الخلع ؛ فتكون طلقة تملك بها نفسها ولانفقة لها فيثبت بذلك أنها ماأسقطت عنه مالايقدر على إسقاطه ؛ هذا على قول ابن القاسم الذي يرى أن[٢] الخلع من غير أن تدفع المرأة ، وأما على قول غيره الذي يرى أن الخلع إنما يكون بشيءٍ تدفعه المرأة فتدخله علة إسقاط النفقة لتعجيل دينها فيدخله سلفٌ جرَّ منفعةً إذا كانت مدخولاً بها .

قال : ورأيت لابن الكاتب أنه قال : وجه قول مالك في تعجيل ماعلى الزوج من العين:أنه سلفٌ جرَّ منفعةً إذا كانت مدخولاً بها ، لأنه لو لم يخالعها على هذا كانت طلقةً غير بائنة ، ولزمته النفقة في العدة ، فتعجيله الدين سلفٌ جرَّ منفعةً وهي إسقاط النفقة ، يوضِّح ذلك أنه إنما تكون طلقةً بائنةً إذا جرى ذلك بينهما على وجه المباراة ، إذ لو طلقها هو من غير أن تجري لها في ذلك أمرٌ لم تكن طلقةً بائنةً بإجماعهم وإن أعطاها في ذلك مالاً ، وإنما اختلف قول مالك إذا أعطى وطلق فيما جرى منهما جميعًا على جهة المباراة ، فلما كانت البينونة لاتصح إلا برضاهما كانت كأنها لم ترض له[٣] بإسقاط نفقة عدتها إلا باستعجال دينها[٤] .

ومن كتاب ابن المواز وكتاب ابن سحنون : إذا صالحها على أن عجَّلت له بعض دينه وأسقط عنها البعض بطل التعجيل والوضيعة ، وتمَّ الفراق ، لأنه إنما فارق ووضع على أن تُعجِّل وذلك حرامٌ كله[٥] .

---

(١) في ز "إذا كان له الدين عليها عيناً" .
(٢) "أن" ليست في ز .
(٣) "له" ليست في ز .
(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٥٠/أ،ب ، ٥١/أ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٩/ب .

قال مالك : وإن كان الدين عليه فصالحها على أن يعجِّل لها بعض دينها ووضعت عنه بقيته ؛ فالوضيعة نافذة ، وترد إليه ماعجَّل لها لتأخذه منه إذا حل أجله[١] .

قال الشيخ : كمن خالع على حلالٍ وهي الوضيعة وحرامٍ وهو التعجيل فيُرد الحرام ويمضي الحلال ، وهو نحو ماقدمناه لابن المواز .

قال ابن القاسم : وكذلك إن صالحها على إن أخرته بدينٍ لها عليه إلى أجلٍ فالخلع جائزٌ ولها أخذه / بالمال حالا[٢] . [١١٨/أ]

قال ابن القاسم : وكل مارددنا من مثل[٣] هذا أو أجزنا الخلع فيه لم يرجع عليها الزوج بصداق المثل ولاغيره[٤] .

قال ابن المواز : إذا صالحها على أن عجَّل لها دينها ، فإن لم يكن في ذلك وضيعة ، ولاجرَّ نفعاً ، فذلك جائزٌ ، وكذلك إن أخرها بدينٍ له عليها ولانفع له في ذلك ، وإن حطته بعض دينها وعجَّل لها بعضه ، أو أخرته به ، فالحطيطة ماضيةٌ في الخلع ، ويرد ماعجل لها ويبطل التأخير[٥] .

قال الشيخ : كمن خالع زوجته على حلالٍ وحرامٍ فإنه يجوز منه الحلال ويبطل الحرام[٦] .

قال ابن المواز : وإن تزوجت على عشرةٍ نقداً وعشرين إلىأجلٍ فصالحته قبل أن ينقدها شيئاً ، وقبل البناء بها على العشرة النقد وطرحت مابقي ، فالطلاق ماضٍ وترد خمسةً وتبقى عليه إلى الأجل ثم تأخذها منه[٧] .

---

(١) تهذيب الطالب ل٥١/أ .
(٢) تهذيب المدونة ص١٠٠ .
(٣) "مثل" ليست في ز .
(٤) المصدر نفسه ص١٠٠ .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٥١/أ .
(٦) وسيأتي ذكر ذلك قريباً من المدونة .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٩/ب .

قال الشيخ : لأن الواجب لها بالطلاق نصف صداقها وهو خمسةٌ نقداً أو عشرةٌ إلى أجل فقد أعطاها الآن الخمسة النقد ، وعجَّل لها خمسةً من العشرة المؤجلة على[١] إن حطته الخمسة الأخرى فألزمناها الحطيطة للخلع ورددنا الخمسة إلى أجلها لأنها من ضَعْ وتَعَجَّل[٢] .

قال ابن المواز : وإن كان على ستةٍ ردت ديناراً يبقى لها إلى أجله ، وأما على خمسة عشر فهي لها ، ولاترد شيئاً ، إذ ليس في ذلك وضيعة شيء[٣] .

[فصل ٢ ــ في الخلع على خمر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن خالعها على خمرٍ تم الخلع ولاشيء له ، وإن قبضها أُهرِيْقَت عليه[٤] .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : يرجع عليها بصداق المثل[٥] ، ودليلنا[٦] أنه لما رضي أن يعتاض مالايصح تملُّكه كان راضياً بسقوط العوض فلم يجب له بدل، ولأنه معنىً يصح أن يوقع بغير بدل ، ويفوت بنفس وقوعه ، فإذا أوقعه بما لايصح تملُّكه كان كمن أوقعه بغير شيء .

وقال أبو حنيفة : تكون طلقةً رجعيةً[٧] ، ودليلنا عليه : أنه طلاقٌ أوقعه على وجه الخلع فكان بائناً كما لو صح العوض[٨] .

---

(١) "على" ليست في ز .

(٢) ضَعْ وتَعَجَّل إحدى صور الربا ، وهو أن يقول المدين : ضع من رأس المال وتعجَّل من سداد الدين .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٩/ب .

(٤) انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٥) انظر : الأم ٢٩٤/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢٠٣/٩ .

(٦) أي على أنه لايرجع عليها بشيء .

(٧) أي إن خالعها على خمر .
انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٦٥/٣ ، تحفة الفقهاء ٢٠١/٢ .

(٨) انظر : المعونة ٨٧٢/٢،٨٧٣ .

قال الشيخ : قيل في قول ابن القاسم : فإن تخلَّلت الخمر بيد الزوج فإنها لـه لأنها قد عادت حلالاً ، وسواءٌ كانت الزوجة مسلمةً أو نصرانيةً[١] .

[فصل ٣ ــ في الخلع على حلالٍ وحرام]

ومن المدونة : وإن خالعها على حلالٍ وحرامٍ جاز منه الحلال وبطل الحرام كمالٍ وخمر[٢] .

وفي الباب الأول من الخلع تفسير الخلع والمباراة والفدية وأن ذلك كله طلقةٌ بائنة[٣] .

---

(١) وإن لم يتخلَّل فإنه يراق .
انظر : تهذيب الطالب ل٥١/ب .

(٢) انظر : تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٣) انظر ص٤٧٢ .

[الباب الثامن]
فيمن قالت لزوجها : خالعني بكذا أو قال له ذلك أجنبي وكيف إن وجدت عديمة أو أتبع الخلع طلاقاً والخلع يقع بعد بتات طلاق أو فساد نكاح أو عيب والدعوى في الخلع

[فصل ١ ــ فيمن قالت لزوجها : خالعني، وكيف إن وجدت عديمة]

قال مالك : وإن قالت له : خالعني أو[١] بارني ، أو طلقني على ألف درهم أو بألف درهم ، فهو سواء ، وإن أصابها عديمةً جاز الخلع واتبعها بالدراهم ، وإنما ذلك إذا صالحها بكذا وكذا ، أو ثبت الصلح ورضي بالذي تعطيه يتبعها به .

قال ابن القاسم : وأما أن يكون إنما صالحها على أنها أن أعطته الألف تم الصلح فلايلزمه الصلح إلا بدفع[٢] .

قال في كتاب ابن المواز : أو يقول : على أن تعطيني الساعة ، أو أخالعك على أن تعطيني ، فلم تعطه فهذا لايلزمه الصلح[٣] .

ومن المدونة : وإن قالت له : بعني طلاقي بألف درهم ، ففعل جاز ذلك .

قال مالك : وإن قالت له : خالعني ولك ألف درهم ، فقال لها : قد خالعتك ، لزمتها الألف ، وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئاً ، وإن قال له رجل : طلق امرأتك ولك ألف درهم ، ففعل لزم ذلك الرجل الألف[٤] .

---

(١) في أ ، ب "على أن" .

(٢) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٠/أ .

(٤) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

فصل [٢ ــ فيمن أتبع الخلع طلاقا]

قال مالك : / وإذا أُتبِع الخلع طلاقًا من غير صُمَاتٍ نسقاً لزم ذلك ، وإن [١١٨/ب]
كان بين ذلك صُمَاتٌ أو كلامٌ يكون قطعاً لذلك لم يلزم الطلاق الثاني[١] .

ابن وهب : وقد قال عثمان بن عفان رضي الله عنه : الخلع مع الطلاق اثنتان ، وقال ابن أبي سلمة : إذا لم يكن بينهما صمات ، ومن فعل ذلك فقد أخطأ السنة ، وإنما الخلع واحدةٌ إذا لم يسمِّ طلاقاً[٢] .

فصل [٣ ــ في الخلع يقع بعد بتات طلاق أو فساد نكاح ، أو عيب]

قال ابن القاسم : وإن خالعها على شيءٍ ثم تبيَّن أنه قد أبتَّها قبل ذلك أو حلف بطلاقها ألبتة أن لايخالعها ، أو أنه نكحها وهو محرِمٌ ، أو أنها أخته من الرضاعة ، أو مما لايقرَّان عليه[٣] ، أو انكشف أن بالزوج جنوناً أو جُذَاماً فالخلع في ذلك كله ماضٍ وترجع عليه بما أخذ منها ، لأنها كانت أملك بفراقه ، وفراقها إياه من أجل الجنون والجذام فسخٌ بطلاق[٤] .

قال الشيخ : وذكر عن بعض فقهائنا القرويين : إن قيل ماالفرق بين أن يخالعها على مالٍ ثم يظهر أنها مطلقة ، أو كاتب عبده ويتأدى منه ثم يظهر أنه كان أعتقه وهو منكِرٌ في الوجهين فألزمه أن يرد في الخلع و لم يلزمه أن يرد في الكتابة؟ فالفرق : أن للسيد أن يستسعي عبده وينتزع ماله ولايزيل ملكه عنه إلا[٥]

---

(١) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٢) المدونة ٣٤٦/٢ .

(٣) أي من النكاح ، والخلع فيما ذكر ماض ، وترجع عليه بما أخذ منها لأنه في هذه الأحوال المذكورة لم يُرسل من يديه شيئاً بما أخذ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٤٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٥) في أ ، ب زيادة "في" .

الحكم عليه ، والزوجة ليس له سبيلٌ إلى مالها وهو كأجنبيٍّ فيه فلايصل إليه إلا بحق، فإذا ثبت طلاقه قبل ذلك[١] فقد أخذه بغير حقٍ فافترقا[٢] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق واحدةً إن صالحتك ، ثم صالحها قال : لاترجع عليه بشيءٍ وهو كمن قال لعبده : إن قاطعتك قبل السنة فأنت حر ، ثم قاطعه فلايرجع عليه بشيء .

قال عيسى : لأنه لما حنث بطلاقه كانت له الرجعة ، وصارت عطية المرأة فيما قطعت عنه ماله من الرجعة ، وكذلك عطية العبد فيما تعجل من العتق قبل السنة[٣] .

ولو قال : إن صالحتك فأنت طالقٌ ألبتة ، ثم فعل ؛ فهذا يرد ماأخذ ، وكذلك في العبد إذا لم يقل:إلى سنة،فهو يرد ماأخذ إذا قاطعه[٤] .

وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنوناً أو جُذاماً أو بَرَصاً[٥] كان له ماأخذ منها وتم الخلع لأن له أن يقيم[٦] ، ولو تركها أيضاً بغير خلعٍ كان فسخاً بطلاق[٧].

وقال في كتاب النكاح الثاني[٨] : وإن ثبت أنه نكح بغررٍ أو بغير وليٍّ فاختلعت قبل البناء بمال فذلك ماضٍ وله ماأخذ[٩] .

قال سحنون : هذه ترد إلى مافي كتاب الخلع أنه يرد ماأخذ منها[١٠] .

---

(١) "ذلك" ليست في ز .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٥١/ب .

(٣) في ز زيادة "كذلك" .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٦/٢٤٠،٢٤١ ، النوادر والزيادات ل٣٣٢/أ .

(٥) "أو برصا" ليست في ز .

(٦) أي على النكاح .

(٧) انظر : المدونة ٣٤٧/٢ .

(٨) أي ابن القاسم ، وهو كتاب النكاح الثالث في المدونة المطبوعة .

(٩) انظر : المدونة ٢/٢٤٤،٢٤٥ .

(١٠) وقال : لأنه لايأخذ مالها إلا بما يجوز له إرساله من يديه وهو لم يرسل من يديه إلا ماهي أملك به منه ، لأن هذا النكاح مما يُغلبان على فسخه .
انظر : المصدر نفسه ٢٤٥/٢ .

قال ابن المواز : وليس له رجوع بالصداق على من غرَّه كعيبٍ ذهب .

قال ابن المواز : وإنما لايرد ماأخذ فيما لأحدهما[١] المقام عليه[٢] .

قال الشيخ : فيصير هذا قولاً ثالثاً ، لأنه إذا وجدت بالزوج جنوناً أو جُذَامَاً فللزوجة الرضى بذلك ، فإذا خالعته على شيءٍ دفعته إليه ثم اطلعت على الجنـون أو نحوه لم يكن لها أن ترجع عليه بشيءٍ خلاف قول[٣] ابن القاسم[٤] ، وإن تزوج بغررٍ أو بغير ولي ، ثم خالعها قبل البناء فإنه يرد ماأخذ منها كما ذهب إليه سحنون[٥] .

قال الشيخ : وماقاله سحنون أبينها ، والله أعلم .

[فصل ٤ ــ في الدعوى في الخلع]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قالت لـه امرأتـه : إنـك كنـت طلقتـني أمس على ألف درهم وقد قبلت ، وقال الـزوج : كـان ذلـك و لم تقبلـي ؛ فـالقول قولها . وكذلك قال مالك في الذي ملك امرأته ثم خرج ، فلما رجع ليدخل عليهـا أغلقت الباب دونه وقالت : كنت قد ملَّكتني فقد اخترت نفسي ، وقال الزوج : لم تختاري؛ إن القول قولها ، واختُلف فيها في المدينة ، ومن قول مالك يومئذ : لايقضى في التمليك إلا في المجلس[٦] .

قال بعض شيوخنا : ولايمين عليها في ذلك ، إذ لو نكلت عن اليمين لم تـرد إليه وإنما تحلف إذا تداعوا فيما وقع به الخلع ، لأنها إذا نكلت حلـف هـو وغرمـت له.

---

(١) في أ ، ب "في مال أحدهما" ، وهو تحريف .

(٢) وإنما يرده في نكاح لايقرَّان عليه . انظر : المصدر نفسه ل٣٣٢/أ .

(٣) "قول" ليست في أ .

(٤) أي بأنها ترجع عليه بما أخذ منها وقد تقدم قريباً .

(٥) كما سبق ذكره .

(٦) انظر : المدونة ٣٤٧/٢،٣٤٨ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

وقوله في الكتاب : ومن قول مالكٍ يومئذ أنه لايقضى في التمليك إلا في المجلس[١] ، إنما ذكر هذا لئلا يَتَوَهَّم / مُتَوهِّمٌ أنه إنما كان القول قولها ؛ لأنها إذا لم [١١٩/أ] تكن قضت[٢] فقولها الساعة قضاءٌ على قول مالك أن لها أن تقضي وإن افترقا من المجلس[٣] [٤] .

قال ابن القاسم : وإذا قال لزوجته : خالعتيني على هذا العبد ، فقالت المرأة: بل على هذا الثوب ؛ فالقول قولها ، وتحلف إلا أن يأتي الزوج ببينة ، لأن مالكًا قال فيمن صالح زوجته على شيءٍ فيما بينهما ، فلما أتى ببينةٍ ليشهد عليها جحدت المرأة أن تكون أعطته شيئًا على ذلك : إن الخلع ثابتٌ ولايلزمها إلا اليمين[٥] ، ولو جاء الزوج بشاهدٍ على مايدعي حلف معه واستحق[٦] .

قال الشيخ : إن[٧] قيل : إن ادعى الزوج أن زوجته خالعته على شيءٍ فأنكرت فأحلفها وألزمته الخلع ، هل للزوجة نفقة؟ لأنها تقول : إنما أقررت بالخلع لتسقط نفقتي في العدة؟

فالجواب عن ذلك : أنها إن أقرت له بالمخالعة لكنها قالت : إنما كانت على غير شيء ؛ فلانفقة لها ، لأنها واحدةٌ بائنةٌ باتفاق[٨] ، وإن أنكرت الخلع أصلاً فيجب على قول ابن القاسم في قوله : أنت طالقٌ طلاق الخلع ألاَّ نفقة لها لأنها واحدةٌ بائنةٌ ، وكذلك على قول من يرى أنها ألبتة ، وأما على قول من يرى

---

(١) المدونة ٣٤٨/٢ .

(٢) في أ ، ب زيادة "قولها" .

(٣) وهو آخر قولي مالك في المسألة ، فقد قال ابن القاسم : وإنما رجع إلى هذا القول أن لها أن تقضي وإن قامت من مجلسها في آخر عام فارقناه ، وكان قوله قبل ذلك إذا افترقا فلاقضاء لها إذا كان قد أمكنها القضاء في ذلك قبل قيام زوجها .
المصدر نفسه ٣٤٨/٢ .

(٤) تهذيب الطالب ل٥٢/أ .

(٥) في تهذيب المدونة زيادة "فإن نكلت حلف هو واستحق" ص١٠١ .

(٦) انظر : المدونة ٣٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠،١٠١ .

(٧) "إن" ليست في ز .

(٨) "باتفاق" ليست في أ ، ب .

أنها واحدة رجعية فلها النفقة ، وتكون واحدةً بائنة ، لأنه مقرٌ أنه خالعها على مالٍ وهي تقول : إنما أراد بدعواه ذلك أن يسقط عن نفسه نفقة العدة ، ولاينفعك قولك : إنكِ خالعتيني ، على قول من يرى أنها واحدةٌ رجعية[١] .

ومن العتبية : قال أصبغ : وإذا أقام بينةً أنها صالحته على عبدها فأنكرت ، وأقامت بينةً أنها صالحته على عشرة دنانير ، وكل بينةٍ[٢] تقول : إنها كانت[٣] لفظةً واحدةً ومجلِسًا واحدًا[٤] ، فالبينتان تسقط[٥] ، والصلح ماض ، وليس له إلا العشرة إن شاء ، وكذلك إن ادعى أنه صالحها بالأمرين جميعاً[٦] .

قال سحنون عن ابن القاسم : وإذا صالحته على عبدٍ غائبٍ فمات أو وَجَد به عيباً فقالت : كان ذلك به بعد الصلح ، وقال هو : قبل الصلح ، فالمرأة مدعية ، وعليها البينة ، وإن ثبت أنه مات بعد الصلح فلاعُهدة فيه بخلاف البيع[٧] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٥٢/أ .

(٢) أي جميع الشهود الأربعة .

(٣) "كانت" ليست في ز .

(٤) ثم قال أصبغ : فقال شاهدان : لفظ لفظة فصالح فيها على العبد ورضيت ، وقال آخران : بل تلك اللفظة التي لفظها قد حضرناها معكم ، إنما صالحها على عشرة دنانير .

(٥) قال أصبغ : لأن البينة متكافئةٌ ومكذِّبةٌ بعضها بعضاً كأنها لم تشهد أصلاً .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٠٤،٣٠٥ .

(٧) تهذيب الطالب ل٥١/ب ، ٥٢/أ .

[الباب التاسع]
في خلع الأب والوصي والسيد والأمة وأم الولد والمكاتبة

[فصل ١ ــ في خلع الأب والوصي]

قال الله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[١] .

قال مالك : وهو[٢] الأب في ابنته البكر والسيد في أمته[٣] .

قال مالك : ويجوز للأب أو الوصي المباراة على الصغير على النظر والحظّ فيما يأخذ له[٤] ، كما يُنكِحُه نَظَرا[٥] .

قال ابن القاسم وغيره : ألا ترى أنهما ينكحانه وهو كاره ، لما يريان له من الحظ في النكاح من المرأة الموسرة ، فكذلك يطلقان عليه بالمال وشبهه ، ولايلزم الصبي أن يطلِّقا[٦] عليه على غير الخلع وأخذ المال[٧] .

قال ابن القاسم : وإن لم يكن للطفل اليتيم وصيٌّ فأقام له[٨] القاضي خليفةً كان كالوصي في جميع أموره ولو كان الأب هو الذي عقد نكاح ولده ، ثم مات الأب والابن صغير ، فصالح الوصي عنه امرأته ، جاز ذلك على الصبي ، وتلزم الصبي طلقةٌ بائنةٌ في مباراة أبيه أو وصيه ، فإن تزوجها بعد بلوغه أو قبله ، ثم

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .
(٢) أي الذي بيده عقدة النكاح .
(٣) انظر : الموطأ ٤١٧/٢ .
(٤) في أ ، ب "أو" .
(٥) انظر : المدونة ٣٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٦) أي الأب والوصي ، وفي جميع النسخ "يطلقها" .
(٧) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ .
(٨) "فأقام له" ليست في أ .

طلقها بعد بلوغه أو قبله[١] طلقتين ، لم تحل له إلا بعد زوج[٢] .

فصل [٢ ــ في خلع السيد]

وإذا زوج الوصي يتيمةً وهو بالغٌ سفيهٌ بأمره ، أو زوج السيد عبده البالغ بغير أمره فذلك جائزٌ عليه ، أو زوج ابنه أو يتيمه قبل البلوغ ثم بلغ سفيهاً لم تجز المباراة على أحدٍ من هؤلاء بغير إذنه لأنه[٣] ممن يلزمه طلاقه / إن طلق ، [١١٩/ب] ولايُكرهون على الطلاق[٤] .

وقال أبو محمد : وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية أنه يباري عن السفيه ويزوجه بغير أمره[٥] .

وقد تقدم في كتاب النكاح الأول الاختلاف في إكراهه على النكاح من كلام ابن حبيب[٦] .

ومن كتاب الخلع : قال ابن القاسم : وإذا زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه إلا بشيءٍ[٧] يأخذه له .

وروى ابن نافع عن مالك ، فيمن زوج وَصِيْفَه مِنْ وَصِيْفَتِهِ[٨] ولم يبلغا ، أنه جائز ، فإن فرق السيد بينهما على وجه النظر والاجتهاد ، جاز ذلك مالم يبلغا .

قال ابن نافع : لايجوز من ذلك إلا ماكان على وجه الخلع[٩] .

---

(١) "أو قبله" ليست في ز .
(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٣) "لأنه" ليست في ز .
(٤) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٥/ب .
(٦) انظر : ص١٠٨ .
(٧) في ز زيادة "بخلع" .
(٨) أي عبده من أمته .
(٩) تهذيب المدونة ص١٠١ .

قال مالك : وللأب أن يخالع على ابنته الصغيرة ، وإن كان على إسقاط جميع المهر ، فذلك جائزٌ عليها ، وليس لوصيٍّ أو غيره أن يخالعها من زوجها ، بخلاف مباراة الوصي عن يتيمه ، والفرق بينهما : أن الوصي يزوج يتيمه ولايستأمره ولايزوج يتيمته إلا بإذنها بعد بلوغها ، فكذلك يباري عن يتيمه ولايباري عن يتيمته إلا برضاها[١] .

وروى ابن نافع عن مالك في صغيرةٍ زوَّجها أبوها أن للخليفة أن يباري عنها على وجه النظر ، ويلزمها ذلك إذا كبرت[٢] ، فأنكره سحنون وأسقطه ،ولم يقرأه عند السماع .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على مالٍ أعطته فذلك نافذ ، وله ماأخذ إن كان ما [أعطته] [٣] يصالح به مثلها[٤] .

وقال أبو بكر بن اللبَّاد : المعروف من قول أصحابنا أن المال مردودٌ والخلع ماض[٥] .

وقال سحنون في اليتيمة البالغة تفتدي من زوجها قبل البناء : فذلك جائز ، وله ماأخذ ، ولارجوع لها فيه[٦] .

قال في كتاب ابنه : ومَنْ[٧] يُجزْه لم أُعَنِّفْه فيما اختار[٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٢) المصدر نفسه ص١٠١ .
(٣) من العتبية .
(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٩٢ .
(٥)،(٦) تهذيب الطالب ل٥٢/أ .
(٧) "من" ليست في أ ، ب .
(٨) النوادر والزيادات ل٣٣١/أ .

وقال أصبغ : لايجوز مبارأة الصغيرة غير البالغ أو السفيهة ، وكذلك بعد موت أبيها قبل البناء ؛ ويرد ماأخذ منها ، ويمضي الفراق ولو أخذ الزوج حميلاً بما يدركه في نصف الصداق الذي بارأته به فغرمه ؛ رجع به على الحميل[١] كالتي يباري عنها أبٌ أو أخٌ بغير علمها ، إلا أن هذه يرجع فيها الزوج بما ودى فيأخذه ممن يباري عنها ، ولايرجع في مباراة الصبية[٢] الحميل بما غرمه للزوج على أحد[٣].

[فصل ٣ ــ في خلع الأب على ابنته بعد البناء]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالع الأب على ابنته الثيب بعد البناء وهي بالغٌ على أن ضمن للزوج الصداق فلم ترض الابنة بطلب الأب ؛ أخذت به الزوج ورجع به الزوج على الأب ، وكذلك الأخ في هذا بمنزلة الأب . ـ قال ابن القاسم: وكذلك الأجنبي ـ وإن خالعها الأب بعد البناء وقبل بلوغها على أن تترك لزوجها جميع المهر جاز ذلك عليها ، ثم لأبيها إذا رجعت إليه قبل البلوغ أن يزوجها كما يزوج البكر ، ويجوز إذنه عليها[٤] .

قال ابن القاسم وأشهب : وذلك مالم تحض[٥] .

وقال سحنون : يزوجها[٦] وإن حاضت[٧] .

قال الشيخ : وقد تقدم إيعاب هذا وشرحه في كتاب النكاح[٨] .

---

(١) في جميع النسخ زيادة "واو" .

(٢) في أ ، ب "الصبي" .

(٣) قال ابن أبي زيد : يريد ـ أي أصبغ ـ لو لم يأخذ بذلك ضامناً .
المصدر نفسه ل٣٣١/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
فإن بلغت المحيض فهي كالثيب البالغ يجب عليه استئذانها .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٣/ب .

(٦) أي بغير رضاها .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢١٣/ب .

(٨) وهو الأول ، انظر : ص٢٦ .

فصل [٤ ــ في خلع الأمة]

قال مالك : ولاتختلع أمةٌ ولاأم ولد من زوجٍ بمالٍ إلابإذن السيد ، فإن فعلا بغير إذنه كان له رد العطية ولزم الزوج الصلح ، ويرد ماأخذ ، ولايتبع به الأمة إن عتقت ، وأكره أن يزوج الرجل أم ولده ، فإن جهل وفعل لم يفسخ إلا أن يكون أمرًا بيِّناً من[١] الضرر بها فيفسخ[٢] ، وقد تقدم هذا في كتاب النكاح[٣] .

[فصل ٥ ــ فيما تبذله المكاتبة في الخلع]

ويجوز ماخالعت به المكاتبة ، أو[٤] وهبت من مالها بإذن السيد[٥] .

سحنون : وذلك في الشيء اليسير التافه ، وأما ماله القدر فلا ، لأن ذلك داعيةٌ إلى عجزها[٦] .

---

(١) "من" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣٥١/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٣) انظر : ص٩٧ .

(٤) في ز "واو" بدل "أو" .

(٥) انظر : المدونة ٣٥١/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٦) أي عن أداء مال الكتابة .

[الباب العاشر]
في الخلع في المرض

قال مالك : ومن خالع زوجته في مرضه جاز له ماأخذ منها ، فإن مات في مرضه ذلك ورثته ، وإن ماتت هي لم يرثها[١] .

قال / أبو عمران : وترث المرأة من المال الذي أعطته[٢] ، ومثله لابن [١٢٠/أ] المواز[٣].

قال مالك : وكذلك إن ملَّكها في مرضه ، أو خيرها فاختارت نفسها ، أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه بأي وجهٍ كان فإنه لايرثها إن ماتت ، وهي ترثه إن مات من ذلك المرض ، لأن الطلاق جاء من قِبَلِه .

قال مالك : وإن اختلعت منه في مرضها وهو صحيحٌ بجميع مالها لم يجز ولايرثها[٤] .

قال ابن القاسم : وأنا أرى إذا اختلعت منه على أكثر من ميراثه فله قدر ميراثه ، وأما على قدر ميراثه منها فأقل فذلك جائزٌ ولايتوارثان[٥] .

وقال ابن نافع : إذا خالعها على أكثر من ميراثه لزمه الطلاق ولايجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه مثل مافسَّر ابن القاسم .

قال ابن نافع عن مالك : ويوقف المال حتى تصح أو تموت[٦] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك في المريض يخالع امرأته : فذلك جائزٌ وله ماأخذ منها وترثه ـ مما أخذ منها ومن غيره[٧] ـ .

---

(١) انظر : المدونة ٣٥١/٢، ٣٥٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٢) ومن غيره .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٢/ب ، وقوله : ومثله لابن المواز ، من قول عبد الحق الصقلي .

(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٣٥٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٧) مابين الشرطتين من قول ابن المواز كما في النوادر ، وقد تقدمت الإشارة إلى هذا القول أول الباب .

قال مالك[١] : وإن كانت هي المريضة لم يجز الخلع .

ابن المواز : ولمالك قول آخر[٢] أبين من هذا ، وروى عنه ابن عبد الحكم أنه يكون له منه خلع مثلها ويرد مابقي .

ابن المواز : وثم جواب أحسن من هذا ، إذ لاتهمة فيه وهو قول ابن القاسم إن ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه منها ، وقاله أصبغ . وقال : يوقف ذلك ولايمكن منه ، فإن صحت أخذه[٣] ، وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه من التركة يوم ماتت لايوم الصلح ، وإن كان أقل من ميراثه فله الأقل،**ولا**يُحسب عليها ماأنفقت على نفسها في مصالحها .

ابن المواز : ولاماتلف ، ويُحسب[٤] ماصالحته به من التركة ، وليس لها تعمد تلف مالها من غير مصلحة ، وإن أوصت بشيء فذلك في ثلث بقية تركتها بعد عزل ماصالحوا به ، ثم يضاف ذلك إلى مابقي بعد الوصايا فيأخذ قدر ميراثه منه إلا أن يكون ماصالح به أقل فيأخذ الأقل[٥] .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحى عن ابن القاسم : قال مالك : إنما ينظر ؛ فإن كان قدر ميراثه منها قدر[٦] الصلح أو أقل نفذ ذلك للزوج ، ولاتبالي كان أكثر من ميراثه منها يوم الموت أو أقل ، هلك مالها أو بعضه قبل أن تموت ؛ أو بقي ولاشئ للورثة عليه ، وقد انقطع الأمر بينهم يوم وقع الصلح ، وكأنه حكم مضى بأمر جائز ، ولأن الذي أخذ الزوج لو هلك لم يرجع على الورثة بشيء من قيمته ، ومصالحتها بالذي أعطته كبيع من البيوع[٧] .

---

(١) "قال مالك" ليست في أ .

(٢) "آخر" ليست في ز .

(٣) وقال : ولو صحت وقد تلف فمصيبته منه .

(٤) في أ ، ب "ولايحسب" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٢/ب .

(٦) في أ ، ب "يوم" .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٩٠،٢٩١ ، النوادر والزيادات ل٣٣٢/ب .

[الباب الحادي عشر]
فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى أو حنث في يمين بطلاقها وجامع مسائل منه

[فصل ١ ــ فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى]

قال ابن القاسم : ومن صالح امرأته ثم ظاهر منها في عدتها أو آلى منها لزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهار ، إلا أن يقول : إن تزوجتك ، أو يُجري قبل ذلك من الكلام مايدل عليه ، فيلزمه الظهار إن تزوجها ، لأن مالكًا قال فيمن خالع إحدى امرأتيه فقالت له الأخرى : ستراجعها؟ فقال: هي طالقٌ أبدًا ، ولانية له ؛ قال : فإن تزوجها طلقت عليه مرةً واحدة ، وكان خاطبًا ؛ لأن مالكًا جعله جوابًا لكلام امرأته[١] .

وفي غير المدونة : من قال لامرأته : أنت طالقٌ أبدًا ، إنها ثلاث[٢] .

قال الشيخ : وحكي عن بعض القرويين : أن هذا ليس بخلافٍ لما في المدونة وأن معنى مسألة المدونة[٣] : أنه إنما وقع له التأبيد على الرجعة ، كأنه لما قالت له امرأته : ستراجعها؟ قال : إن راجعتها أبداً فهي طالقٌ ، فلذلك لزمه طلقةٌ ، وصوَّب هذا القول بعض أصحابنا[٤] .

قال الشيخ : وظاهر المدونة خلاف ذلك ، وأنه إنما وقع التأبيد على الطلاق / لأنه لما قالت له امرأته : ستراجعها؟ قال : هي طالقٌ أبداً ، يريد إن راجعتها ، [١٢٠/ب] فعلى هذا التأويل يصير في قوله : أنت طالقٌ أبداً ، قولان ؛ قولٌ : إنه واحدةٌ ، وقولٌ : إنه ثلاثٌ . والله أعلم .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٥٤ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٢) انظر : النكت والفروق ل٧٦/ب .
(٣) أي التي تقدمت قريباً وفيها قال الزوج عن زوجته المخالعة : هي طالقٌ أبداً .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٧٦/ب .

[فصل ٢ ــ فيمن حنث في يمين بطلاق زوجته]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فصالحها ثم دخلتها بعد الصلح ، لم يلزمه طلاق .

قال مالك : وإن قال لها : إن لم أقضِ فلاناً حقه إلى وقت كذا فأنت طالق ثلاثا[١] ، فلما جاء الوقت وخاف الحنث صالحها فراراً من أن يقع عليه الطلاق فبئس ماصنع[٢] ، ولايعجبني أن يفعل ذلك ، فإن فعل لم يحنث إن لم يقض فلاناً حقه ، لأن الوقت مضى ، وليست له بامرأة .

قال ابن القاسم : ولو تزوجها بعد الوقت لم يحنث ، قضى فلاناً حقه أم لا ، وإن صالحها بدراهم أو طعامٍ أو عرضٍ موصوفٍ إلى أجلٍ جاز ، وله أن يأخذ بذلك رهناً أو كفيلا ، ولايبيع الطعام قبل قبضه ، لأنه محمل البيع ، وإن صالحها على دينٍ فباعه منها بعرضٍ إلى أجل ، أو صالحها على عرضٍ موصوفٍ إلى أجلٍ فباعه منها بدينٍ إلى أجلٍ لم يجز ، لأنه دينٌ بدين ، ويرجع فيكون له الدين الأول ، وإن صالحها على عبدٍ بعينه على ألا يقبضه إلا إلى أجلٍ من الآجال فهو حالٌّ ، والخلع جائزٌ ، والأجل فيه باطلٌ[٣] .

قال سليمان[٤] : قال سحنون : الخلع جائزٌ ، والعبد إلى أجله كما إذا خالعته بجنينٍ في بطن أمه فلايكون له إلا[٥] إذا خرج[٦] .

---

(١) "ثلاثا" ليست في ز .

(٢) قال أبو عمران : الظاهر من قوله : فبئس ماصنع ، أن الحالف إن كان ملياً فقد جار وظلم فيما فعل ، إذ وثق ذلك بيمينه ، وأما إذا كان عديماً فما ظلم إلا أن يخاف من الغريم إن أيسر يوماً أن يتراخى عن دفع الدين فيمكن أن يُكره ذلك لهذا . تهذيب الطالب ل٥٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٥٤،٣٥٥ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٤) هو القاضي أبو الربيع سليمان القطان ، وقد سبقت ترجمته ص٣٨ .

(٥) "إلا" ليست في أ .

(٦) وقد تقدم ذلك ، انظر ص٤٧٤ .

قال الشيخ : والفرق عند ابن القاسم بين العبد المعين وبين الجنين والعبد الآبق والثمرة التي لم يبد صلاحها : أنه في هذه الأشياء لايقدر الآن على قبضها وإزالة الغرر فيها فَعُذِرَ بإجازة ذلك في الخلع ، لأن له أن يخالعها بغير عوضٍ فكأنه في الغرر خالعها بغير شيء ، وأما العبد المعين ، فهما قادران على قبضه ، فترك ذلك تعمداً غررٌ دخلا فيه من غير عُذرٍ ، فلذلك مُنِع ، وإجازة ذلك في الخلع ـ كما قال سحنون ـ أبين ، والله أعلم .

[الباب الثاني عشر]
جامع القول في حضانة الولد[١]

[فصل ١ ــ في حضانة الأم لولدها]

روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى للأم بالحضانة على الأب وقال لها : "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي"[٢] ، وقضى به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما[٣] ، وقضى أبو بكر على عمر أن أُمَّ الأم إذا نكحت الأُمُّ أحقُّ منه في حضانة ولده[٤] ، وكانت كل مَنْ هي أقرب رَحِمًا بالأم من النساء فذلك لها بعد الأم[٥] ، ولأن المراعاة في ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره ؛ والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد .

واختُلف عن مالك هل هذا حقٌ للأم أم للولد عليها؟

فإذا قلنا : إنه حقٌ للأم فلقوله صلى الله عليه وسلم : "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي" ، ولأنها يلحقها ضررٌ بالتفرقة بينها وبين ولدها مع كونها أحَنَّ عليه وأرفق به . وإذا قلنا : إنه حقٌ للولد ، فلأن الغرض حفظ الصبي ومراعاته ومصلحته

---

(١) الحضانة : مصدر حَضَنَ يَحْضِنُ ، قال ابن فارس : الحاء والضاد والنون أصلٌ واحدٌ يقاس ، وهو حفظ الشيء وتربيته . معجم مقاييس اللغة ، مادة (حَضَنَ) .
وهي شرعًا : حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه . شرح حدود ابن عرفة ٣٢٤/١ .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ٧٠٧/٢ رقم (٢٢٧٦) ، وعبدالرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أي الأبوين أحق بالولد ١٥٣/٧ رقم (١٢٥٩٦،١٢٥٩٧) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢٢٥/٢ رقم (٢٨٣٠) وصححه ، ووافقه الذهبي .

(٣) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أي الوالدين أحق بالولد ١٥٤/٧،١٥٦ رقم (١٢٦٠٠،١٢٦٠٦) .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب اي الأبوين أحق بالولد ١٥٥/٧ رقم (١٢٦٠٢) .

(٥) تهذيب الطالب ل٥٢/ب .

دون مراعاة الأم ، ألا ترى أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه ، وكذلك إذا غاب الولد غيبة استقرار[١] .

ومن المدونة : قال مالك : ويُترك الغلام في حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء ، وللأب أن يتعاهد الولد عند أمِّهم ويؤدبهم ويبعثهم إلى الكُتَّاب[٢] ، ولايبيتون إلا عندها إلا أن تتزوج الأم والولد صغير يرضع أو فوق ذلك فإنه ينزع منها إذا دخل بها زوجها لاقبل ذلك ، ثم لايرد إليها إذا طلقت أو مات زوجها ، ولاحق لها فيه إذا أسلمته مرة[٣] .

وقال عبد الوهاب : يرد إليها[٤] لزوال المانع[٥] .

قال الشيخ : ومافي المدونة أصوب كزوال نفقته عن الأب بالبلوغ ثم إن مرض لم ترجع إليه ، وكالثيب ترجع إليه بعد أن دخل بها / زوجها[٦] ، لأن [١٢١/أ]
الحضانة والنفقة إذا سقطت مرة[٧] لم تعد ، وإنما تجب باستصحاب الوجوب ، وقد قال ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا تزوجت الأم أو الجدة فلم يؤخذ الولد منها حتى فارقها الزوج فلاينزع منهما بخلاف أن لو أخذ منهما .

قال مالك : ولو ردتهم استثقالاً من غير نكاحٍ ثم بدا لها فليس لها أخذهم إلا أن تأتي بعُذرٍ له وجهٌ .

قال في رواية أشهب : مثل أن تكون مَرِضت أو انقطع لبنُها ، وإلا فليس ذلك لها .

---

(١) المعونة ٢/٩٤٠ .

(٢) في جميع النسخ "المكتب" كما في تهذيب المدونة ، والتصحيح من المدونة .
والكُتَّاب : بالضم والتشديد : مدرسةٌ صغيرةٌ لتعليم الصبيان القراءة والكتابة وتحفيظ القرآن .
معجم لغة الفقهاء ص٣٧٦ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٥٦ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٤) "إليها" ليست في أ ، ب .

(٥) وهو كونها مع زوج . انظر : المعونة ٢/٩٤١ .

(٦) "زوجها" ليست في أ ، ب .

(٧) "مرة" ليست في أ ، ب .

قال مالك : وإذا بقي الولد مع أبيه والأم مُتَنَحِّيَةٌ عنه فلما مات الأب أرادت أخذه فليس ذلك لها لاستصحاب الحال[١] [٢] .

فهذا يؤيد ماقلناه[٣] ، وبالله التوفيق .

ومن العتبية : قال أشهب عن مالك فيمن توفي زوجها فتركت أولادها خمسة أشهرٍ أو سبعةً ثم قيل لها : أنت أحق بهم مالم تنكحي ، فقالت : والله ماعَلِمْتُ بهذا ، فقال : الشأن في هذا قريب ، فقد تجهل السنة[٤] .

وسئل عمن فارق امرأته وله منها بنتٌ فطرحتها إليه[٥] ولحقت بأهلها فتأيَّمت عندهم ماشاء الله ثم تزوجت ، لاتَعْرِضُ لابنتها ولاتريدها حتى ماتت ، فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها؟

فقال : إن كان لذلك سنة فأكثر فلاشيء لها ، قد تركوها ورفضوها ، وإن كان ليس لذلك إلا يسير فأرى لها أخذها[٦] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : واختلف شيوخنا إذا تزوجت الأم تزويجاً فاسداً لايقرَّان عليه ، ودخل بها الزوج ونزع منها الولد ، ثم علم بفساد النكاح ففسخ ؛ فقال بعضهم : يرجع إليها الولد ، وقال غيره : لايرجع ، وهو أصوب ، وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح[٧] [٨] .

---

(١) أي حال كونه مع أبيه قبل موته ، واستصحاب الحال دليلٌ من الأدلة الشرعية وقد قال به جمهور الفقهاء . انظر : إحكام الفصول ص٦١٣، ٦١٤ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .

(٣) يشير إلى قوله المتقدم قريباً : إن الحضانة والنفقة إذا سقطت مرةً لم تَعُد ، وإنما تجب باستصحاب الوجوب .

(٤) وهي أنها أحق بهم مالم تتزوج ، وقد سبق تخريج الحديث الدال على ذلك ص٥١١ .

(٥) في أ ، ب "فطرحها إليها" .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٩١/٥ .

(٧) وقد تقدم أنه لايرجع إليها إن طلقت فيه .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

وقال بعض شيوخنا : إذا كان للولد وليَّان ، وهما في القُعْدُدِ سواء ، فسافر أحدهما ليس له الرحلة بالولد ، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمه ، وكذلك إن لم يكن له أم ، ولأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى[١] .

أبو محمد : قال ابن القاسم : فإن نكحت الأم أحدهما لم ينزع منها إذا كان ذلك أرفق به .

قال أصبغ : إلا أن يخاف عليه عندها ضيعةً وجفوةً فيكون الولي الآخر أولى[٢] وأحق به .

قال مالك : ومن تزج امرأة ، ومعها بنتٌ صغيرةٌ قد علم بها ، ودخل بها وهي معها ، ثم قال : أخرجيها عني ، فليس له ذلك[٣] .

[فصل ٢ ــ في أخذ الأب أووصيه الولد ممن يحضنه]

ومن المدونة : قال مالك : وتُترك الجارية في حضانة الأم في الطلاق والموت[٤] حتى تبلغ النكاح ولا يخاف عليها ، فإذا بلغت وخِيف عليها نُظِر ، فإن كانت الأم في حِرْزٍ وتحصينٍ فهي أحق بها أبداً حتى تنكح وإن بلغت أربعين سنة ، وإن لم تكن الأم في حرزٍ وتحصينٍ في موضعها ، أو كانت غير مَرضِيَّةٍ في نفسها أو نكحت فدخلت ، فللأب أخذها منها ، وكذلك للأولياء وللوصي أخذ الولد بذلك إذا أخذ إلى أمانةٍ وتحصين[٥] .

قال ابن المواز : قال مالك[٦] : ووصي الأب كالأب في أخذ الولد إذا نكحت أمه وليس له جدةٌ ولاخالة .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٥٣/أ .
(٢) "أولى" ليست في أ ، ب .
(٣) لأنه دخل على علم ، النوادر والزيادات ل٣٥٣/أ .
(٤) أي موت زوجها .
(٥) انظر : المدونة ٣٥٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١،١٠٢ .
(٦) "قال مالك" ليست في ز .

قال : وللعم والجد أخذ الصبية إذا نكحت أمها ، وأما الوصي فليس بينه وبينها مَحْرمٌ فكونها مع زوج أمها أحب إلي ، لأنه ذو محرمٍ منها إلا أن يخاف عليها عنده فالوصي أحق[١] .

ومن العتبية : قال ابن القاسم : الوصي كالأب في الولد إلا في نكاح البكر قبل البلوغ .

قال أصبغ : وإن تزوجت الأم فالوصي أحق بالولد جواري كنَّ أو غِلماناً - وإن حضن الأبكار - وهو أحق من الأخ والعم وابن العم إن كان رَضيًّا ، وإذا انتقل الوصي من البلد فله أن يرتحل بهن جواري كن أو غلماناً ، وليس لإخوتهم / وأعمامهم وجدودهم منعه[٢] . [١٢١/ب]

أشهب : وسئل مالك عمن أوصى بابنته إلى وليٍّ فتركها مع عمتها إلى أن بلغت الجارية أو كادت أن تبلغ ، ثم تزوجت العمة فطلبتها الجدة أم أمها وأرادت أخذها ، فأرادت الجارية أن تكون مع عمتها ، ورضي بذلك الولي ، قال : أرى أن تترك مع عمتها إذا أحبت الجارية ورضي بذلك الولي ، ولاتأخذها الجدة[٣] .

قال الشيخ : يدل قوله هذا[٤] أن الأم إذا كانت وصيةً وتزوجت أن الولد لاينزع منها ، لأن العمة لما كانت إذا تزوجت ورضيت الصبية والولي بكونها مع عمتها ؛ لم يضرها التزويج وكانت أولى من جدتها لأمها ، فالأم أحرى أن لاينزع الولد منها إذا رضيت الصبية ، إذ لها الولاية[٥] والحضانة ، ولايضرها التزويج كما لم يضر العمة ، والله أعلم .

ويحتمل إنما كانت العمة أولى لترك الجدة حضانتها أَولاً كالأم إذا تركت حضانتها للأب ثم مات فليس لها أخذهم[٦] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب ، ٣٥٣/أ.
(٢) المصدر نفسه ل٢٥٣/ب .
(٣) العتبية مع البيان والتحصيل ٣٩٣/٥ .
(٤) أي ترك الجارية مع عمتها .
(٥) في أ ، ب "الوصية" .
(٦) كما تقدم ، انظر : ص٥١٣ .

ومن المدونة : قال مالك : وكل من له الحضانة من أب أو رحم أو عصبة ليس له كفاية ،ولاموضعه يحرز ولايؤمن في نفسه ، فلاحضانة له ، والحضانة لمن فيه ذلك وإن بعد ، وينظر السلطان في ذلك للولد بالذي هو أكفى وأحرز ، فربَّ والد يضيع ولده ، ويدخل عليهم رجالاً يشربون فينزعون منه.

ويترك الولد في الحضانة عند غير الأم إلى حدٍّ مايترك عند الأم[١] .

قال مالك في كتاب ابن المواز : وإذا نكحت الأم فالجدة للأم أولى بحضانة الولد إذا كان لها منزل تضمهم فيه ولاتضمهم مع أمهم[٢] .

ومن العتبية : قال أشهب :ولايكلف الأب مع النفقة على الولد النفقة على الجدة أو الأم ولاأجر حضانتها إذا أبى ذلك ، وإنما عليه نفقة الولد خاصة وإن قامت عليهم وحضنتهم إلا أن يصالحها على شيء يرضاه[٣] .

قال مالك : وإذا قال الأب : ماعندي ماأنفق على الولد ، والولد ابنةٌ بنت أربع سنين قال : ولكن أرسليها إليَّ تأكل معي ، قال مالك : يُنظر ؛ فإن كان ماذكر أمراً معروفاً[٤] قيل للأم : أرسليها تأكل مع أبيها وتأتيك بالليل ، وإن خيف أن يضر بالأم وهو واجد فليس له ذلك[٥] .

فصل [٣ ــ في حضانة غير الأم]

والأم أحق بحضانة الولد في الوفاة والطلاق حتى يبلغوا ماوصفنا[٦] ، فإن ماتت الأم أونكحت فدخلت فالحضانة لمن هي أقعد بالأم إذا كانت ذا محرم من الصبيان فالجدة للأم أحق وإن قعدت بعد الأم ، ثم الخالة[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٦٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٢) النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ .
(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٧٧ .
(٤) أي أنه ليس عنده ماينفقه على البنت .
(٥) لأنه إن كان واجداً لزمه دفع نفقتها إلى أمها الحاضنة لها . انظر : المصدر نفسه ٥/٣٧٩ .
(٦) أي بلوغ النكاح كما تقدم ص٥١٤ .
(٧) انظر : المعونة ٢/٩٤٢ .

ابن المواز : وخالة الخالة كالخالة .

وروي عن مالك : أن الأب أولى من الخالة .

قال أصبغ : وليس هذا بشيء ، وقوله المعروف أن الخالة أحق[١] .

ومن المدونة : قال مالك : ثم الجدة للأب ثم الأب ، والأب أولى من الأخوات والعمات وبنات الأخ ، فإن لم يكن الأب فالأخت ثم بنت الأخت ثم العمة ثم بنات الأخ[٢] .

قال مالك في كتاب محمد : فإن لم تكن بنت أخٍ فالأخ ثم الجد ثم ابن الأخ[٣] ثم العصبة[٤] ، [٥] قال في المدونة : وهم الأولياء ، ومن هؤلاء الأولياء الجد والأخ وابن الأخ والعم وابن العم[٥] ومولى[٦] النعمة ، لأنه وارث ، والمولى عتاقة ، وليس من يسلم على يديه بمولًى ولاينتسب إليه وإن ولاَّه ، وإذا تزوجت الأم ولها أولادٌ صغارٌ وجدتهم لأمهم في بلدٍ ثانٍ وخالتهم معهم حاضرة ؛ فالخالة أحق ، وإذا كان الولد ليس لهم جدةٌ من قِبَل أمهم ، أو لهم جدةٌ لأُمٍّ لها زوجٌ أجنبيٌّ فالحضانة لمن هي أقعد بالأم على ماذكرنا[٧] .

قال عبد الوهاب : وإنما قُدِّمت قرابات الأم على قرابات الأب في الحضانة كما قدمت الأم على الأب ، وإنما قدمت الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدة، ولذلك قدمت أم الأب على العمة لأنها والدة .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ،ب .

(٢) تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٣) في النوادر زيادة "ثم العم" .

(٤) قال محمد : والوصي وولي النعمة أولى من الأم إذا تزوجت .
النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .

(٥) ساقط من ز .

(٦) في أ ، ب "مولاة" .

(٧) أي إذا كانت مَحرماً من الصبيان .
انظر : المدونة ٣٦٠/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أقرب الأب أو قرابته من النساء؟ فإذا قلنا : إن الأب أولى فلأن به يدلون والأصل أولى ، وإذا قلنا : إنهن أولى فلأنهن بالصبي أرفق وألطف به تَأَتِّياً في مصالحه ، ولايمكن ذلك للأب ، لأن ذلك لايليه الرجال وإنما يليه لهم النساء[١] .

[٢] ابن وهب : إن كان للجدة أم الأم زوج فلاحق لها في الحضانة[٢] [٣] .

ومن المدونة : قال مالك : وكل من خرج من بلده ، منتقلاً لسكنى بلدٍ آخر غير بلد الأم ، من أبٍ أو أحدٍ من أولياء الولد الذين ذكرنا ؛ فله الرحلة بالولد إذا كان الولد معه في كفاية ، تزوجت الأم أم لا ، ويقال لها : اتبعي ولدك[٥] إن شئت أو دعيه .

قال : وأما من خرج من الأولياء لسفرٍ من غير سكنى فليس له الرحلة بالولد الذين ذكرنا[٦] .

قال ابن أبي زمنين : كان بعض شيوخنا المقتدى بهم يفتون[٧] أن ليس للأب أن يرتحل بالولد لسكنى بلدٍ آخر حتى يثبت عند الحاكم [بالبلد][٨] الذي فيه الحاضنة[٩] أنه قد استوطن البلد الذي رحل إليه ، وخالفهم بعض أصحابنا وقال : إنه إذا أراد الرحيل أخذ ولده ساعة يرتحل . وعلى هذا القول يدل لفظ الكتاب[١٠].

---

(١) انظر : المعونة ٩٤٢/٢ .
(٢) ساقط من ز .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .
(٤) "كل" ليست في ز .
(٥) "ولدك" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المدونة ٣٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٧) "يفتون" ليست في ز .
(٨) من تهذيب الطالب .
(٩) في جميع النسخ "الحضانة" ، وهو تحريف .
(١٠) أي قول مالك : وكل من خرج من بلده منتقلاً ...الخ . وقد تقدم قريباً .

وقد أعاب القول الآخر بعض العلماء[١] وقال : أرأيت إن أراد الرحلة إلى العراق أيمضي إليها فيوطن ، ويشهد هناك ثم يرجع ويأخذ ولده؟ وليس هذا بشيء[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : وليس للأم أن تنقل الولد من الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم إلا إلى ماقَرُبَ كالبريد ونحوه حتى يبلغ الأب أو الأولياء خبرهم .

قال ابن القاسم : ثم لها أن تقيم هناك[٣] .

قال في العتبية : وإن كان مسكن الأب بالإسكندرية فأرادت الأم لما طلقها أن تنقلهم إلى الفُسْطَاط[٤] وبينهما ثلاثة أيام؟

قال : ليس لها ذلك[٥] .

وسئل عمن كانت يسكن معها زوجها بمكانه ، ثم هلك زوجها وله منها ابنة بنت[٦] ثمان سنين وللمتوفى إخوةٌ فأرادت الأم أن تنتقل بها إلى إخوتها إلى المسكن الذي كانت تسكنه قبل أن تتزوج هذا ؛ وبينهما مرحلتان[٧] ، وأبى ذلك عمومة الجارية .

قال مالك : ليس للأم أن تخرجها من عند ولاتها[٨] .

---

(١) وهو ابن الهندي كما في تهذيب الطالب .
وترجمته : هو أبو عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني ، المعروف بابن الهندي ، فقيهٌ ، عالمٌ بالشروط والأحكام ، أقرَّ له بذلك فقهاء عصره ، ألف كتاباً في الشروط مفيداً جامعاً يحتوي على علمٍ كثير ، عليه اعتماد الموثقين والحكام ، توفي سنة ٣٩٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٤٩/٢ ، الديباج ١٧٢/١ ، شجرة النور ص١٠١ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

(٣) انظر : المدونة ٣٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٤) الفُسطَاط : هي المدينة التي بناها عمرو بن العاص في مصر في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب . انظر : معجم البلدان ٢٦٣/٤ .

(٥) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨٧/٥ .

(٦) "بنت" ليست في أ .

(٧) المرحلة : هي المسافة التي يقطعها المسافر نحو يوم ، والجمع : المراحل . المصباح المنير ص٢٢٣.

(٨) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٣٦/٥ .

فصل [٤ ــ في حضانة الذمية والمجوسية]

ومن المدونة : وللذمية إذا طلقت أو المجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام ـ فيفرق بينهما ــ من الحضانة ماللمسلمة إن كانت في حرزٍ وتُمنع أن تغذِّيهم بخمرٍ أو بخنزيرٍ ، فإذاخيف أن تفعل بهم ذلك ضُمَّتْ إلى ناسٍ من المسلمين ولاينزع منها إلا أن تبلغ الجارية وتكون عندها في غير حرز[١] .

وروى ابن وهب : أن لاحق للنصرانية في حضانتهم ، لأن المسلمة لو أثنى عليها ثناء[٢] سوءٍ أو كانت تطوف[٣] لنزعوا منها فكيف بهٰذه؟[٤]

وقال ابن المواز : الحضانة لها واجبة ، وكذلك الجدة النصرانية[٥] .

[فصل ٥ ــ في حضانة الأمة وأم الولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أعتق ولد الأمة وزوجها حرٌ فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها إلا أن تباع فيظعن بها إلى غير بلد الأب فالأب أحق به ، أو يريد الأب انتقالاً إلى غير بلد الأم فله أخذه وليس العبد في انتقاله بولده كالحر ، والأم أحق بهم كانت أمةً أو حرةً ؛ لأن العبد لاقَرار له ولامسكن[٦] .

قال ابن القاسم في النوادر : وأرى في الاستحسان إن كان العبد التاجر له الكفاية أن يكون أحق بولده إذا تزوجت أمه وأما العبد المُخَارَج[٧] فلا[٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٣٥٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٢) "ثناء" ليست في أ ، ب .

(٣) أي تكثر الخروج .

(٤)،(٥) النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .

(٦) وإنما يسافر به ويظعن ويباع . انظر : المدونة ٣٥٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٧) العبد المُخَارَج : هو الذي يتفق مع سيده على المُخَارجة وهي : أن يشارطه على خراجٍ معلومٍ يؤديه إلى السيد كل يوم ، ويكون باقي الكسب للعبد ويستقل بالتكسب ، ولهما الفسخ كل وقت . تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٤٤ .

(٨) النوادر والزيادات ل٣٥٣/ب .

ومن المدونة : ولأم الولد تعتق مااللحرة من الحضانة[١] .

ابن المواز : وقال ابن وهب في أم الولد تعتق : لاحضانة لها في الولـد وإنما / [١٢٢/ب
ذلك للحرة يطلقها الزوج[٢] .

فصل [٦ ــ في التفريق بين الأمة الحاضنة وولدها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا بيعت أمةٌ مسلمةٌ أو كافرةٌ لم يفرق بينها وبين ولدها ،وبيع معها إلا أن يستغني الولد عنها في أكله وشربه ومنامه وقيامه ، وحد ذلك إذا بلغ الإثْغَار[٣] ما لم يعجل به ، جواري كن أو غِلماناً ، بخلاف حضانة الحرة .

وقال الليث : حدُّ ذلك أن ينفع نفسه ويستغني عن أمه ، فوق عشر سنين ونحو ذلك .

قال مالك : ويفرق بين الولد الصغير وبين أبيه وجده وجداته لأمه أو لأبيه في البيع متى شاء سيده ، وإنما ذلك في الأم خاصة[٤] .

قال الشيخ : وفي كتاب "التجارة بأرض[٥] الحرب" إيعاب هذا .

---

(١) تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٢) النوادر والزيادات ل٣٥٣/أ .
(٣) الإثغار : سقوط أسنان الصبي ، يقال : ثُغِرَ الغلامُ ثَغْراً إذا سقطت أسنانه الرواضع . انظر : اللسان ، مادة (ثَغَر) .
(٤) انظر : المدونة ٢/٣٦٠،٣٦١ .
(٥) في ز "إلى" بدل "الباء" .

[الباب الثالث عشر]
جامع من يلزم الرجل النفقة عليه

[فصل ١ ــ في النفقة على المطلقة من أجل الولد]

قال الله سبحانه في النفقة على المطلقات من أجل الولد : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١] ، وقال تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٢] ، فهذا إيجاب نفقة الولد ، ويدل عليه أيضاً قوله تعالى : ﴿وَلَاتَقْتُلُواْ أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ﴾[٣] ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "تقول لك امرأتك : أنفق عليَّ أو طلقني ، ويقول لك عبدك : أنفق عليَّ أو بِعني ، ويقول لك ولدك : إلى من تكلني"[٤] ، فبين أن النفقة تلزم لكل واحدٍ ممن ذُكِر[٥] ، وأنه يحتج بما ذكره ،ولاخلاف في ذلك[٦] .

وقال الله تعالى في النفقة على الزوجات في العصمة وماأوجب عليهن من الرضاع : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَاتُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لاتُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَامَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾[٧] .

---

(١)،(٢) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٣) سورة الإسراء : آية ٣١ .

(٤) سبق تخريجه ص٢٨٢ .

(٥) في جميع النسخ "ذكرنا" والتصحيح من المعونة .
والمراد بمن ذُكِر : أي في النصوص السابقة من المطلقات والأولاد والزوجات والعبيد .

(٦) انظر : المعونة ٩٣٧/٢ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .
قال عبد الحق : قوله عز وجل ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ هذا الخطاب لمن كان في عصمة أبي المولود ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال غير واحدٍ من علمائنا : وهذا هوموضع نفقة الزوجات ، لأنه لم يذكر أن المولود له فارق أم المولود وإنما جرى الحكم في زوجين .
تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

قال زيد بن أسلم[١] : لاتلقيه له وهو لايجد من يُرضعه ، ولاينزعه منها وهي تريد رضاعه وعلى الوارث مثل ذلك[٢] .

قال غيره : وقوله تبارك اسمه : ﴿وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[٣] معطوفٌ على قوله : ﴿لَاتُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾[٤] ، وذلك أولى في اللسان من أن يكون معطوفاً على ذكر النفقة للزوجات[٥] .

وذكر ابن القاسم عن مالك : أن الآية منسوخة[٦] .

[فصل ٢ ــ فيمن لانفقة لها]

وقال الله سبحانه في الزوجات : ﴿لِيُنفِقْ ذُوْ سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾[٧] .

قال عبد الوهاب : وقال النبي صلى الله عليه وسلم : "تقول لك امرأتك : أنفق عليَّ أو طلقني"[٨] ، ولأن الزوجية عقدٌ على منافع ، والنفقة في مقابلة تلك المنافع ، وهي واجبةٌ للزوجة بالعقد والتمكين والاستمتاع .

---

(١) هو زيد بن أسلم العدوي المدني ، إمامٌ ، حجةٌ ، فقيهٌ ، حدَّث عن أبيه وابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وابن المسيب وغيرهم ، ثقةٌ كثير الحديث ، توفي بالمدينة سنة ١٣٦هـ.
انظر : الطبقات ٤١٢/٥، ٤١٣ ، سير أعلام النبلاء ١٢٤/٦ .

(٢) انظر : المدونة ٣٦٧/٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٤) فيكون المعنى : وعلى الوارث من تحريم الإضرار بالأم ماعلى الأب .
انظر : أحكام القرآن ٢٠٥/١ .

(٥) تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

(٦) قال أبو جعفر النحاس : ولم يبين ذلك ولاعلمت أن أحداً من أصحابه بيَّن ذلك والذي يشبه أن يكون الناسخ لها عنده والله أعلم أنه لما أوجب الله للمتوفى عنها زوجها من مال المتوفى نفقة حول والسكنى ثم نُسخ ذلك،ورفعه نسخٌ أيضاً عن الوارث . المصدر نفسه ل٥٣/أ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٧ .

(٨) سبق تخريجه ص٢٨٢ .

ولانفقة على الزوج غير البالغ ، لأنه لايتأتَّى منه الاستمتاع الذي يُعَاوض عليه لصغره ، ولاللصغيرة التي لايوطأ مثلها ، لأن الاستمتاع غير مُتأتٍّ منها ، وإن كانت تطيق الوطء لزمته النفقة عليها ، لأنها كالبالغ ولانفقة لناشزٍ لما بيَّنَّا أنها في مقابلة الاستمتاع والتمكين منه ، فإذا عُدِمَ لم تجب[١] .

وقال أبو عمران : اختلف في الناشز على زوجها هل لها النفقة؟ فعند ابن المواز وهو لمالكٍ وأراه لابن القاسم وقاله سحنون : إن لها النفقة .

وقال البغداديون من أصحابنا : لانفقة لناشز ، لأنها منعته الوطء الذي هو عوض النفقة ، واعتلوا بإيجاب النفقة على الزوج إذا دعي إلى البناء ، وأن ذلك لايلزمه إذا لم يمكن من البناء .

قال أبو عمران : فأنا أستحسن في هذا الزمان أن يقال لها : إما أن ترجعي إلى بيتك وتحاكمي زوجك وتناصفيه وإلا فلانفقة لك ، لتعذُّر الأحكام والإنصاف في هذا الوقت، فيكون قول البغداديين في هذا حسناً ، ويكون الأمر على ماقاله الآخرون[٢] إذا كان الزوج يقدر على محاكمتها فلم يفعل ، فيؤمر بالنفقة حتى إذا لم تمكنه المحاكمة ولم يتمكَّن / له حاكمٌ يُنْصِف ، ولم تُجبه هي إلى الإنصاف [١٢٣/أ] فاستحسن أن لانفقة لها .

وكذلك الهاربة إلى موضعٍ معلومٍ[٣] هي مثل الناشز ، وأما إلى موضعٍ مجهولٍ فلانفقة لها[٤] .

---

(١) انظر : المعونة ٢/٧٨٢، ٧٨٣ .
(٢) وهم القائلون بأن لها النفقة .
(٣) في أ ، ب زيادة "واو" .
(٤) تهذيب الطالب ل ٥٣/ب ، ٥٤/أ .

[فصل ٣ ــ في النفقة على الولد]

قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون : وإذا لم يكن للأب ماينفق منه على ولده[١] إلا دار ، فإن كان فيها فَضْلٌ وإلا فلانفقة عليه[٢] .

قال بعض أصحابنا : وليس هو كمن أعتق شركًا له في عبدٍ ولكن لزمته كفارة ، لأن الله تعالى قال في الكفارات[٣] : ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ﴾[٤] وهذا واجد ، وقال في العتق[٥] : "فإن لم يكن له مال"[٦] ، وهذا له مال ، فلذلك وجب البيع عليهما وإن كان لافضل في الدار ، وأما النفقة على الولد فإنما هي مواساة ، وإنما يواسي من له مال[٧] وكان غنياً ، وإذا لم يكن في داره فضلٌ فهو فقيرٌ ، ألا ترى أنه يأخذ الزكاة كما يأخذها الفقراء فلم تتوجّه عليه نفقةٌ لهذا ، والله[٨] أعلم .

قال مالك : ويلزم الأب الملئ نفقة ولده الصغير الفقير ، قال : وإذا أخذ الولد من له الحضانة فعلى الأب نفقتهم وكسوتهم وسكناهم مابقوا في الحضانة ، ويخدمهم إن احتاجوا إلى ذلك وكان الأب مليئاً ، ولحاضِنَتهم قبض نفقتهم ، وإن كان الأب عديمًا فهم من فقراء المسلمين ، ولايجبر أحدٌ على نفقتهم ولاالأم وإن كانت موسرةً ، إلا الأب وحده إذا قَدِر[٩] .

---

(١) في أ ، ب "من أن ينفق على ولده" .
(٢) المصدر نفسه ل٥٣/أ .
(٣) أي كفارة قتل الخطأ واليمين والظهار .
(٤) سورة النساء : آية ٩٢ .
سورة المائدة : آية ٨٩ .
سورة المجادلة : آية ٤ .
(٥) أي الرسول صلى الله عليه وسلم .
(٦) والحديث بتمامه : "من أعتق شقصاً له في عبدٍ فخلاصه في ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال ، استسعى العبد غيرمشقوقٍ عليه" .
أخرجه مسلم ، كتاب العتق ، باب ذكر سعاية العبد ١١٤٠/٢ رقم (١٥٠٣) .
(٧) "من له مال" ليست في أ ، ب .
(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/أ،ب .
(٩) انظر : المدونة ٣٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

وقال ابن القاسم في الدمياطية فيمن طلق امرأته وله منها ولدٌ وهو[١] مليءٌ فعليه أن يخدم الولد ، والسكنى عليه وعليها[٢] .

وقال يحيى بن عمر : يريد على الجماجم .

وقال أيضاً ابن القاسم : ليس عليه للولد إلا النفقة ، وليس عليه أن يكتري لهما[٣] .

وقد تقدم من العتبية[٤] ، وهو في كتاب محمد : أن ليس عليه للولد إلا النفقة ولايكلف نفقة للجدة[٥] ولاللأم إلا أجر حضانتهما[٦] .

ومن المدونة : قال : وتلزمه نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا ، والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن .

ـ **قال الشيخ** : لعجزهن عن التكسب ، بخلاف الذكور ـ .

قال مالك : إلا أن يكون للصبي كسبٌ يستغنى به ، أو له مالٌ فينفق عليه منه .

وإن طلقت الجارية بعد البناء أو مات زوجها فلانفقة لها على الأب وإن كانت فقيرة[٧] .

قال الشيخ : وذلك لما قلنا[٨] : إن النفقة إنما تجب باستصحاب الوجوب ، فإذا سقطت مرةً فلاتعود .

ومن المدونة : قال مالك : وإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها ، قال : وعليه نفقة من بلغ من ولده ، أعمى ، أو مجنوناً ، أو ذا زمانةٍ لاحِرَاك له .

---

(١) "وهو" ليست في أ .

(٢)،(٣) النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ ، تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

(٤) انظر : ص٥١٦ .

(٥) في ز "للخدمة" ، وهو تحريف .

(٦) وإن كان الأب واجداً . انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ .

(٧) انظر : المدونة ٣٦٢/٢،٣٦٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٨) أي فيما تقدم ، انظر ص٥١٢ .

ـ **قال الشيخ** : لأن ذلك يمنع التكسب ، فإن صحوا سقطت ثم لاتعود إن عاد ذلك[١] ، لأن نفقتهم إنما تجب باستصحاب الوجوب ـ .

قال مالك : وإن بلغوا أصحاء ثم أصابهم ذلك بعد خروجهم من ولاية الأب فلانفقة لهم عليه[٢] .

ابن المواز : قال مالك : ولو بنى بالبكر زوجها وهي زَمِنَةٌ ، ثم فارقها فالنفقة باقيةٌ[٣] على الأب كالصغيرة تطلق بعد البناء وقبل المحيض ، واختلف في نفقة هٰذه بعد المحيض .

وقال ابن وهب في الولد يبلغ أعمى أو مبتلىً أو مكسوراً : فلانفقة على أبيه وعلى كل محتلمٍ نفقة نفسه[٤] .

قال الشيخ : وقول مالك أولى لما بيَّناه[٥] ، وإنما كان البلوغ في الذكور حداً لأنه قد بلغ حد التكسب والقيام لنفسه ، فإذا بلغ زَمِناً فلم يبلغ بعد حد التكسب ، فهو على أمره[٦] حتى يبلغه ويطيقه .

فصل [٤ ــ في إنفاق الأب على الولد وله مال في يد أبيه]

ابن المواز : قال مالك : وإذا أنفق الأب على الولد من عنده وللولد مال عين بيد الأب أو غيره فله الرجوع فيه ، فإن مات الأب قبل أخذه فأراد الورثة الرجوع عليه بالنفقة مذ كان له مال ، فإن كان مال الولد عيناً وهو يمكنه أخذه فلم يفعل لم يكن للورثة الرجوع عليه وإن كتبه عليه الأب إلا أن يوصي به ، وذلك أن من / [١٢٣/ب

---

(١) أي عاد المانع من التكسب .
(٢) انظر : المدونة ٣٦٢/٢،٣٦٣ ، تهذيب ص١٠٢ .
(٣) "باقية" ليست في ز .
(٤) النوادر والزيادات ل٣٥٥/أ .
(٥) أي من التعليل بأن ماأصيب به الولد قبل بلوغه يمنع التكسب ، فتكون نفقتهم على أبيهم .
(٦) من إنفاق أبيه عليه .

شأن الآباء أن ينفقوا على الأبناء وإن كانت لهم أموال ، وأما إن كان مال الولد عروضًا أو حيواناً فللورثة محاسبة الابن بذلك إذا كتبه[١] .

قال ابن القاسم في العتبية : إلا أن يقول في مرضه : لاتحاسبوه ، فذلك جائزٌ نافذ ، ولاتكون وصيةً لوارث ، لأنه شيءٌ فَعَله في صحته[٢] .

ابن المواز[٣] : وروي لمالكٍ أيضًا أنه قال : يحاسبوه إن كان المال عروضاً ، ولم يذكر كتبه أو لم يكتبه ، ويحسب كل وقتٍ بسعره .

وقال ابن القاسم : إن كان مال الولد عيناً لم يحاسبوا وإن كان عروضاً حوسبوا ، ولعله لم يمكنه البيع حتى مات .

وقال أشهب : أرى أن يحاسب في العين والعرض[٤] وإن أوصى أن لايحاسب[٥] .

فصل [٥ ــ في النفقة على الأبوين الفقيرين]

ومن المدونة : قال ربيعة : والنفقة على الأبوين الفقيرين مما يراه المسلمون ، لقول الله سبحانه : ﴿وَبِٱلْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾[٦] [٧] .

قال الشيخ : وقول الله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٨] .

---

(١) المصدر نفسه ل٣٥٥/أ .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٤٣١، ٤٣٢ ، النوادر والزيادات ل٣٥٥/أ .

(٣) في أ "ابن القاسم" وهو خطأ .

(٤) "والعرض" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٥/أ،ب .

(٦) سورة البقرة : آية ٨٣ .

(٧) انظر : المدونة ٢/٣٦٥ .

(٨) سورة لقمان : آية ١٥ .

قال مالك : فيلزم الولد الملئ نفقة أبويه الفقيرين ، كانا مسلمين أو كافرين والولد صغيرٌ أو كبيرٌ ، ذكرٌ أو أنثى ، كانت البنت متزوجةً أم لا وإن كَرِهَ زوج الابنة ، وكذلك من مالٍ يوهب للولد أو يُتصَدَّق به عليه[١] .

قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك[٢] لقوله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٣] ، وقوله تعالى : ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾[٤] ، قال : وسواءٌ كان الأب صحيحًا ، أو مريضًا[٥] ، أو زَمِنًا ، وأمرهما أوكد[٦] من الولد[٧] .

[فصل ٦ ــ في النفقة على زوجة الأب وعلى خادمه وخادم الزوجة]

ومن المدونة : قال مالك : ويُنفِق على امرأةٍ واحدةٍ لأبيه لاأكثر وإن لم تكن أُمَّه[٨] .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا القرويين أنه قال : اختلف إذا كان للأب امرأتان ، إحداهما أم الولد وهي فقيرة ، والأخرى أجنبية ، فقيل : تلزمه نفقتهما ، فأمُّه لأنها فقيرةٌ ولو فارقها الأب لزمه نفقتها ، والأخرى فلأنها لو كانت وحدها لزمته لها النفقة .

وقيل : لانفقة عليه لزوجة أبيه الأخرى[٩] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٦٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٢) أي وإنما قال مالك بوجوب إنفاق الولد الموسر على أبويه المعسرين .
(٣) سورة لقمان : آية ١٥ .
(٤) سورة البقرة : آية ٨٣ .
(٥) "أو مريضا" ليست في أ ، ب .
(٦) في ز "أحد" .
(٧) انظر : المعونة ٩٣٨/٢ .
(٨) انظر : المدونة ٣٦٣/٢ .
(٩) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/ب .

قال الشيخ : وهذا أشبه بظاهر الكتاب[١] إذ ليس عليه أن ينفق لـه إلا على امرأةٍ واحدة ، فإذا كـانت أُمُّـه تقـوم بـالأب وموافقتـه فليـس عليـه أن ينفـق على الأخرى كما ليس عليه[٢] أن ينفق على امرأتين .

ومن المدونة : ويُنفِق على خادم أبيه وعلـى خـادم زوجـة أبيـه ، لأن خـادم زوجة أبيه[٣] تخدمه ، إذ على الابن إخدامه إن قدر[٤] .

[فصل ٧ ــ في النفقة على الأم]

قال مالك : وينفق على أُمِّه إن كان لها زوجٌ فقيرٌ ، ولاينفق علـى زوجهـا ، ولاحجة للولد إن قال : يفارقها الزوج حتى أنفق عليها[٥] .

قال ابن حبيب : قال مطـرف : إذا كـانت الأم فقـيرةً والولـد صغـار يتـامى فالنفقة لها في مال الولد على قدر المواريث ، علـى الذكرمثـلا مـاعلى الأنثـى ، لأن النفقة إنما وجبت في أموالهم لصغرهـم .

وقال أصبغ : بل هي عليهم بالسواء في صِغرهـم وكِـبرهم . وبقـول مطـرف أقول[٦] .

قال أبو محمد : وفي كتاب أبي الفـرج[٧] في الأب يكـون لـه بنـون : إنـه إن كان كل واحدٍ منهم تلزمه النفقة على انفراده لزمتهم النفقـة أجمعـين بالسـواء ، وإن كان بعضهم لايلزمه على انفراده شيءٌ فنفقته على باقيهم .

وكأن ابن المواز أشار إلى أن على كل واحدٍ منهم بقدر يساره وجِدَتِه[٨] .

---

(١) وهو ماتقدم من قول مالك في المدونة .

(٢) في أ "له" .

(٣) في أ ، ب "زوجته" .

(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/٣٦٤ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٦) والقائل هو ابن حبيب ، انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٤/ب ، تهذيب الطالب ل٥٣/ب .

(٧) لعل المراد بكتاب أبي الفرج هو الحاوي في الفقه .

(٨) المصدر نفسه ل٥٣/ب .

قال الشيخ : ومافي كتاب أبي الفرج أبين ، وذلك كالحُمَلاء بدينٍ لرجل ، وكل واحدٍ حميلٌ بصاحبه ، فإنه إن لقي أحدهم أخذه بجميع الدين ، وإن لقيهم جميعا أملياء أخذ كل واحدٍ بما ينوبه .

قال الشيخ : ووجه قول أصبغ[١] : فلأن كل واحدٍ لو انفرد لوجبت عليه النفقة كاملة ، صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ، فإذا اجتمعوا وزعت عليهم بالسواء وله وجهٌ في القياس[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : ومأأنفق على الوالدين من مال الولد فلايُتبعان به إذا أيسرا ، وإن كان الأب أو الابن فقيراً لم يلزم أحدهما نفقة صاحبه ، وينفق على من له خادم / من الأبوين عليه وعليها ، وكذلك إن كانت له دارٌ لافضل في ثمنها [١٢٤/أ] فله النفقة كما يعطى من الزكاة ، ويعدى على الغائب في بيع ماله للنفقة على من ذكرنا .

ومن أسلم وله بناتٌ قد حِضن فاختزن الكفر فعليه نفقتهن[٣] .

قال الشيخ : قال[٤] هاهنا : ينفق على خادم الأب ، وقال : لاينفق على خادم الولد ، فيقال له : إما أنفقت أو بِعت[٥] . والفرق بينهما : أن الأب هو المحتاج للخادم إما للخدمة أو للوطء ، فهي كالزوجة ، والولد ليس به حاجةٌ إلى الخدمة ، فإن كان الولد محتاجاً إلى الخدمة لزم الأب النفقة عليه وعلى خادمه ، إذ عليه إخدامه ، ولافرق بينهما إذا اتفق السؤال .

---

(١) وهو التسوية بين ذكرهم وأنثاهم .
(٢) انظر : المصدر نفسه ٥٣/ب .
(٣) انظر : المدونة ٢/٣٦٤،٣٦٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٤) أي مالك وابن القاسم .
(٥) كما سيأتي قريباً ، انظر ص٥٣٣ .

فصل [٨ ــ في النفقة على من رحلت مع زوجها]

قال مالك : وللزوج أن يظعن بزوجته من بلدٍ إلى بلدٍ وإن كرهت وينفق عليها ، وإن قالت : حتى آخذ صداقي ، نُظِر ، فإن كان قد بنى بها[١] فله الخروج بها وتتبعه به ديناً[٢] .

قال الشيخ : يريد في عدمه ، وأما[٣] إن كان موسرًا فلاتخرج حتى تأخذ صداقها ، وقاله أبو عمران[٤] .

قال مالك في العتبية : يُنظَر إلى صلاحه وإحسانه إليها ، إذ ليس له أن يخرج بها ثم[٥] يطعمها شوك الحِيتَان .

فصل [٩ ــ في النفقة على الجد ونفقته على ولد ولده]

ومن المدونة : قال مالك : ولايلزم الجد نفقة ولد الولد كما لاتلزمهم نفقته[٦] .

قال عبد الوهاب :لأن النفقة على الأقارب لاتلزم انتقالاً وإنما تجب ابتداءً ، ونفقة الجد كانت لازمةً للأب فلاتنتقل إلى ولده ، وكذلك نفقة الولد كانت لازمةً للأب فلاتنتقل إلى الجد[٧] .

---

(١) "بها" ليست في أ .
(٢) وليس لها أن تمتنع منه من الخروج من أجل دينها .
انظر : المدونة ٢/٣٦٥،٣٦٦ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٣) "وأما" ليست في أ .
(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/ب .
(٥) في أ ، ب "حتى" ، ومأأثبته أصح .
(٦) انظر : المدونة ٢/٣٦٦ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٧) انظر : المعونة ٢/٩٣٩ .

فصل [١٠ ــ في النفقة على خادم زوجته والنفقة على الأخ]

ومن المدونة : قال : ويلزم الزوج نفقة زوجته وخادمٌ واحدةٌ مِنْ خَدَمِها لاأكثر ، قال : ولاتلزمه نفقة أخٍ ولاذي رحمٍ منه[١] .

فصل [١١ ــ في نفقة الأب على خادم ولده]

قال مالك : وإذا كان للبكر خادمٌ ورثتها عن أمها ولابد لها ممن يخدمها فعلى الأب أن ينفق على الابنة ، ولاتلزمه نفقة خادمها .

قال ابن القاسم : ويقال للأب : إما أنفقت على الخادم أو بعتها[٢] .

قال سحنون : لايلزمه لها ولاللخادم نفقة ، لأنها مليئة[٣] .

وكذلك قال ابن المواز عن أشهب : أنه لانفقة عليه لابنته ، لأن لها خادماً ، ويبيعها لينفق عليها ، ويزكي زكاة الفطر عنها[٤] .

قال ابن المواز : وإن كان الولد لابد له ممن يخدمه فعلى الأب أن ينفق ويزكي عن الولد[٥] والخادم ويجبر على ذلك ، وإن كان الولد غنياً عن الخادم فلاشيء على الأب إلا أنه ينفق ويزكّي ويكتب ذلك عليه ، فإذا باع استوفى ، وإلى هذا رجع ابن القاسم وأشهب[٦] .

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٣٦٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٣)،(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٥/أ .

(٥) "الولد" ليست في أ .

(٦) أي عن قولهما بعدم نفقة الأب على خادم ولده .

[الباب الرابع عشر]
ماجاء في الحكمين

قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَآ إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[١] .

وبعث عثمان بن عفان رضي الله عنه ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما حكمين في قصة عقيل بن أبي طالب[٢] وامرأته فاطمة بنت عُتبة بن ربيعة[٣] [٤] .

وقال علي رضي الله عنه للحكمين : أتدريان ماعليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرِّقا فرَّقتما[٥] .

وتفريقهما على وجه الحكم لاعلى وجه الوكالة[٦] خلافاً لأبي حنيفة[٧] والشافعي[٨] ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ وذلك خطابٌ للأئمة والحكام دون الزوجين ، ولأنه تعالى سمَّاهما حَكَمَين ، وذلك يفيد تعلق الحكم بهما دون الوكالة[٩] .

---

(١) سورة النساء : آية ٣٥ .

(٢) هو أبو يزيد عقيل بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مهاجراً في أول سنة ثمان ، فشهد غزوة مؤتة ،كان عالمًا بأنساب قريش ومآثرها ومثالبها ، توفي بعدما عَمِيَ في أول خلافة يزيد .
انظر : الطبقات ٣١/٤ ، الإصابة ٤٨٧/٢ .

(٣) هي فاطمة بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، أخت هند أم معاوية بن أبي سفيان .
انظر : المصدر نفسه ٣٧٢/٤ .

(٤)،(٥) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب الحكمين ٥١٢/٦،٥١٣ رقم (١١٨٨٧، ١١٨٨٣) .

(٦) انظر : التفريع ٨٧/٢ ، المنتقى ١١٤/٤ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص١٩١ .

(٨) انظر : الأم ٢٨٦/٥ ، التنبيه ص١٧٠ .

(٩) انظر : المعونة ٨٧٦/٢ .

ومن المدونة : قال مالك : وأحسن ماسمعت من أهل العلم أنه يجوز أمر الحكمين عليهما[١] .

قال : وبلغني أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : إليهما أن يفرّقا بينهما وأن يجمعا[٢] .

قال مالك : وإنما يبعثهما الإمام إذا قَبُحَ مابين الزوجين حتى / يُجْهَلَ حقيقة [١٢٤/ب] أمرهما ، ولايثبت ذلك بالبينات[٣] ، فيبعث الإمام حينئذٍ حكماً من أهله وحكماً من أهلها من أهل العدل والنظر ، فإن لم يكن في أهلهما من يراه لذلك أهلاً ، أو لاأهل لهما بعث من غير الأهلين ، وإذا وجد من الأهلين كان أولى لعلمهما بالأمر فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرّقا بينهما ، ثم يجوز فراقهما دون الإمام .

قال : وللزوجين أن يرضيا ببعثهما دون الإمام ، فإن جعلا ذلك إلى رجلٍ عدلٍ فحكم مضى ذلك عليهما ، ولايجوز في ذلك تحكيم عبدٍ أو صبيٍ أو مشركٍ أو سفيهٍ أو امرأةٍ ببعث الإمام أو ببعث الزوجين دونه أو من يليهما إن كانا في ولاية ، لأن ذلك خارجٌ عمَّا أراد الله سبحانه من الإصلاح إلى الضرر[٤] ، وهؤلاء لايجوز منهم اثنان فكيف بواحد .

وقد قال ربيعة : لايبعث الحكمين إلا السلطان فكيف يُجَاز[٥] تحكيم المرأة والعبد والصبي والنصراني والمسخوط .

ولو حكم الزوجان من ذكرنا أنه لايحكم ففرق لم يمض ذلك ولايكون ذلك طلاقا ، لأن ذلك لم يكن على وجه تمليك الطلاق ، ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمها ، ولامدخل للزوجة في تمليك الطلاق[٦] .

ابن المواز : أما المسخوطان وهما غير ذوي عدلٍ فيمضي ماحكما كما لو قضي بشهادتهما ثم تبين ذلك لم يُرَد .

---

(١) أي على الزوجين .
(٢) وهو ماتقدم ذكره قريباً .
(٣) في ز "الثبات" .
(٤) في ز "الغرر" وهو تصحيف .
(٥) "يجاز" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المدونة ٣٦٧/٢-٣٧١ ، تهذيب المدونة ص١٠٢،١٠٣ .

ومن المدونة : وإذا كان أحد الزوجين أو كلاهما في ولايةٍ فذلك في بعث الحكمين إلى من يليهما دون العصبة .

قال مالك : وإذا حكما بالفراق كانت طلقةً بائنةً ، حكما بأخذ مالٍ أو بغير مال ، قال : ولايفرّقا بأكثر من واحدة .

قال : فإن حكما بالفراق بغُرمٍ على المرأة لنفي الضرر عنها جاز ، وإن حكما بغرمٍ على الزوج لم يجز .

قال ربيعة : إن كان الظلم منه فرّقا بغير شيء ، وإن كان منهما أعطي الزوج على الفراق بعض الصداق ، فإن كان الظلم منها خاصة جاز ماأخذا له منها[١] .

قال أبو عمران : قول ربيعة هذا إن كان الظلم منها أو منه أو منهما ، وِفَاقٌ وليس بخلافٍ للمذهب إن تأوّل أن معنى قوله : أضرَّ بها[٢] ، أي في دعواها[٣] .

قال الشيخ : وظاهر قوله : أن معنى قوله : أضرَّ بها ، وثبت ذلك عليه لابدعواها ، وكأنه أجاز للحكمين أن يأخذا له منها إن كان الضرر منها ، وقد قال بعض شيوخ أفريقية : لايجوز أن يخالع[٤] / الرجل زوجته على أن يأخذ منها إذا [١٢٥/أ] كان الضرر من قِبَلِ الزوجين جميعا ، وهو منصوصٌ لمن تقدم من علمائنا[٥] .

قال[٦] : وليست[٧] كمسألة الحكمين إذا كان الضرر منهما جميعاً ، لأن النظر[٨] هاهنا لغير الزوجين فيحكمان في ذلك بالاجتهاد ، فإذا رأيا من النظر أن

---

(١) انظر : المدونة ٣٦٨/٢ ومابعدها ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .
قال ابن أبي زيد : إن تبين لهما أن الضرر والنشوزمن قِبَلِ المرأة جاز للزوج ماأخذ له منها على الفراق وإن كان ذلك أكثر من صداقها . المقدمات الممهدات ٥٥٧/١ .

(٢) أي قول مالك في المدونة وهو : إن رأيا أن يأخذا من المرأة ويغرماها مما هو مصلحٌ لها ومخرجها من ملك من أضر بها فجائز ،ولاينبغي أن يأخذا من الزوج شيئاً ويطلّقا عليه . المدونة ٣٦٩/٢ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٤/أ .

(٤) إلى هنا نهاية ل١٢٥/أ ، وبعض مافيها من المسائل ذكر بعد هذا ، لأني سرت في ترتيبها في هذا الموضع على مافي نسخة ز ، لأنه أحسن .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٥٤/أ .

(٦) أي أبي عمران .

(٧) أي مسألة الخلع .

(٨) في جميع النسخ "الضرر" ، والصحيح ماأثبته .

يعطى بعض شئٍ من مالها على أن تخرج من عصمته جاز ذلك ، وأما إذا ابتدأ هو الخلع بشيءٍ يأخذه فلايجوز له ذلك وقبله شيءٌ من الضرر .

قال الشيخ : فدل قوله هذا أن للحكمين أن يعطيا الزوج شيئاً من مالها وإن كان الضرر من قِبَلِهِمَا وعُرف ذلك وثبت ، والله أعلم .

وقال في كتاب ابن المواز : وإذا نَزَعَ أحد الزوجين أو هما[1] جميعاً قبل حكم الحكمين فذلك لمن نزع إلا أن يكون السلطان هو الباعث ، أو يكون نزوع من نزع بعد أن استوعبا[2] الكشف عن أمرهما وعزما على الحكم بينهما ، فلانزوع لمن نزع في هذا ويلزمه[3] .

قال الشيخ : لعله يريد إذا نزع أحدهما في هذا ، واما لو نزعا جميعاً ورضيا بالاصطلاح والبقاء على الزوجية فينبغي ألا يفرّق بينهما .

قال الشيخ : إن قيل : لم جاز للزوجين أن يحكِّما رجلاً واحداً ولم يجز في جزاء الصيد إلا رجلان وقد ورد النص أن يكونا حكمين في الوجهين؟[4]

فالجواب عن ذلك : أن الحكمين في جزاء الصيد إنما هما لحق الله تعالى لاحق للمحكوم عليه فيهما ، فوجب اتباع النص في ذلك ، وأما الزوجان فالحكم في ذلك إليهما ، لأنهما الخصمان ولهما أن يدفعا ذلك بالاصطلاح ، فلما كان الأمر إليهما جاز أن يرضيا بحكمين أو بحَكَمٍ واحدٍ أو يصطلحا على أنفسهما ولايحتاجان إلى حَكَم ، ولأنه لما جاز لهما أن يجعلاهما من غير الأهلين والنص إنما ورد أن يكونا من الأهلين دل أن الأمر إليهما ، وأن لهما أن يجعلا رجلاً واحداً كسائر المتحاكمين ، فالأمر في ذلك مفترق[5] .

---

(١) "هما" ليست في ز .

(٢) في أ ، ز "استوعب" .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٣٥/أ ، تهذيب الطالب ل٥٤/أ .

(٤) فقال الله تعالى في الشقاق بين الزوجين : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ . سورة النساء : آية ٣٥ .
وقال في جزاء الصيد : ﴿وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ . سورة المائدة : آية ٩٥ .

(٥) انظر : المصدرنفسه ل٥٤/أ .

قال ابن القاسم : فإن حكم أحدهما بالطلاق و لم يحكم الآخر ، أو حكم أحدهما على مالٍ والآخر على غير مالٍ لم يلزم شيءٌ إلا باجتماعهما إلا أن ترضى الزوجة بالمال الذي قال أحدهما واجتمعا على الفراق فيلزم ، وإن حكم أحدهما بواحدةٍ والآخر باثنتين ، أو اجتمعا على واحدة ، أو على الثلاث ، أو حكما بلفظ ألبتة أو خليَّةٍ أو بريَّةٍ ونوى بها الحكمان ثلاثاً لم يلزم الزوج في ذلك كله إلا واحدةً بائنة ، دخل بها أم لا ، لأن مازاد على الواحدة خارجٌ عن معنى الاصلاح[١] .

وروي عن ابن القاسم أن الثلاث تلزم إن اجتمعا عليها ، وقاله أصبغ على حديث زُبَرَاء[٢] [٣] .

ومن المدونة : وحكم التي لم يدخل بها في الحكمين حكم المدخول بها إلا أنهما لايبطلان ماللزوج من الرجوع بنصف الصداق إن قبضته كما لايفرِّقان على الأخذ منه ، ولو حكما بأخذ الزوج منها جميع المهر على الفراق جاز ذلك[٤] .

قال أبو محمد : وأكثرمافي باب الحكمين يذكر أنه لعبد الملك إلا ماذكرت لمالكٍ فيه .

والله المستعان وهو حسبي ونعم الوكيل .

تم[٥] كتاب الخلع[٦] بحمد الله وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمدٍ وآله وسلَّم تسليماً كثيراً .

---

(١) وقد قال مالك : مازاد على الواحدة فهو خطأٌ وليس بصواب ، وليس بمُصلحٍ لهما أمراً ، والحكمان إنما يدخلان من أمر الزوج وزوجته فيما يصلح لهما ، وله جُعِلا .
انظر : المدونة ٢/٣٦٩، ٣٧٠ .

(٢) وفيه : أنها لما أخبرتها حفصة بأن أمرها بيدها ما لم يمسها زوجها قالت : هو الطلاق ، ثم الطلاق ، ثم الطلاق ، ففارقته ثلاثاً .
وقد سبق تخريجه ص٩٦ .

(٣) انظر : البيان والتحصيل ٥/٤٥٥ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٧٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٥) "تم ...الخ" ليس في ز .

(٦) في أ ، ب "إرخاء الستور" ، وهو خطأ .