وبجوز ان يكون معنى الابد والله اعلم اخبارا عن رغبة كل واحد من الزاني والزانية في الاجرعلى معنى ان الزاني الكافر لايرغب الا نكاح مثله وقيل منسوخة بقوله تعالى وانكحوا الايامى الاية وبقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا قال

والمضمومة الى محرمة اى حل تزوج المضمومة الى محرمة وصورته ان تزوج امراتين احداهما لا تحل له نكاحها باعتبار محرميته او ذات زوج او وثنية والاخرى يحل له نكاحها صح نكاح من تحل وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احدهما فيتقدر بقدره بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد فيما لايجوز شرط لصحة العقد فيما يجوز والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة فافترقا قال والمسمى لها اى المهر المسمى كله للتى جاز نكاحها وهذا عند ابى حنيفة وقالا يقسم على مهرمثليهما فما اصاب التى صح نكاحها لزمه وما اصاب الاخرى لايلزمه لان المسمى مقابل بهما فيكون منقسما عليهما فيلزمه حصة ما سلم له ولا يلزمه حصة مالم يسلم له كما اذا اشترى عبدا ومدبرا يلزمه حصة العبد دون المدبر ولابى حنيفة ان التى لايحل نكاحها لاتصلح ان تكون مزاحمة للتى يحل فيكون لها كله كما لو تزوجها وحمارا او جدارا او ذكرا بخلاف بيع القن مع المدبر لان المدبر داخل في العقد لكونه محلا له وانما ينتقض البيع بعده فيكون له حصة والمحرمة ليست بداخلة فيه ولو دخل بالتى لاتحل يلزمه مهر مثلها نص عليه في الزيادات وادعى الخلاف على قول ابى حنيفة وكذا لايلزمه الحد بوطئها مع العلم بالحرمة عنده وهذا يدل على انها دخلت في العقد ومن ضرورة دخولها فيه انقسام المهر المسمى وجوابه ان الدخول بالتى لاتحل يوجب مهر المثل مطلقا بالغا ما بلغ هكذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وما ذكره في الزيادات قولهما وبعد التسليم نقول المنع من المجاوزة يحصل بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بانعقاد العقد عليها ودخولها تحته وذلك موجود في التى لاتحل واما الانقسام فللاستحقاق باعتبار الدخول في العقد وهي لاتستحق وكذا سقوط الحد عنده من حكم صورة العقد لا من حكم الانعقاد عليها ولهذا لو تزوج محارمه عالما بالحرمة ثم قربها يسقط الحد عنده واما الانقسام فمن حكم الاستحقاق وهي لاتستحق شيئا لعدم دخولها تحت العقد قال وبطل نكاح المتعة

وصورته ان يقول اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مشروعا فيبقى الى ان يظهر ناسخه واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبعه على ذلك اكثر اصحابه من اهل اليمن ومكة وكان يستدل على ذلك بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن وعن عطا انه قال سمعت جابرا يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر ونصفا من خلافة عمر ثم نهى الناس عنه وهو يحكى عن ابى سعيد الخدري واليه ذهبت الشيعة وخالفوا عليا واكثر الصحابة والحجة عليهم ما روى انه عليه السلام حرمها يوم خيبر من رواية على بن ابى طالب متفق عليه وروى انه عليه السلام حرمها يوم الفتح رواه مسلم فثبت نسخه به وقال بعضهم نسخت بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وهي ليست من الازواج بدليل انتفاء حكم النكاح عنها وانتفاء شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والارث وصحة الايلاء والظهار والشهود ولا هي مما ملكت الايمان فيجب حفظ الفرج والتباعد عنها اذ هي ليست من المستثناة وعنه عليه السلام انه قال كنت اذنت لكم في الاستمتاع من النسا وقد حرم الله ذلك الى يوم القيمة رواه مسلم وروى عن ابن عباس انه امسك عن الفتوى بها وقال له على انك تائه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء رواه مسلم وروى ثلثة اشيا نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلاة والجواب عن تمسكه بالاية ان المراد الاستمتاع بهن بالنكاح والمهر يسمى اجرة قال الله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن وآتوهن اجورهن والجواب عن حديث جابر انهم كانوا يفعلون ذلك ممن لم يبلغهم النسخ ثم بلغهم فتركوه قال والموقت اى وبطل نكاح الموقت وهو معطوف على المتعة وقال زفر هو صحيح لان النكاح عقد بحضور شاهدين وشرط فيه شرطا فاسدا فيصح العقد ويبطل الشرط اذ النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة فصار كما لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر قلنا هو في معنى نكاح المتعة والعبرة للمعانى دون الالفاظ الا ترى ان من قال

لغيره

قال في البحر وما نقل عن ابن عباس من انه اباحها فقد صح رجوعه ... الى مالك فغلط كما ذكره ابن حجر انتهى

لغيره جعلتك وكيلا بعد موتى يكون وصيا ولو قال جعلتك وصيا في حياتى يكون وكيلا وكذا لو اعطى المال مضاربة بشرط ان يكون كل الربح للمضارب يكون قرضا ولو شرط لرب المال يكون بضاعة واذا اعتبر المعنى صار متعة حلالا اذا شرط في العقد ان يطلقها بعد شهر لان اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا بخلاف الموقت فانه لايبقى بعد مضى المدة كالاجارة ولافرق بينهما اذا طالت المدة او قصرت وروى الحسن عن ابى حنيفة انه اذا ذكر مدة لا يعيش مثلهما اليها صح النكاح لانه في معنى المؤبد وجه الظاهر ان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد وكذا لا فرق بين المدة المعلومة والمجهولة لما ذكرنا ولو تزوجها مطلقا وفي نيته ان يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح ولا باس بتزوج النهاريات وهو ان يتزوجها على ان يقعد معها نهارا دون الليل قال ولو قضى

امراة ادعت عليه انه تزوجها وقضى بنكاحها ببينة ولم يكن تزوجها وهذا عند ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف الاول وفي قوله الاخير وهو قول محمد لا يسعه ان يطاها وهو قول الشافعي لان القاضى اخطا الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابى حنيفة ما روى ان رجلا اقام بينة على امراة انها زوجته بين يدى على فقضى على بذلك فقالت المراة ان لم يكن لى منه بد فزوجنى اياه فقال على شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد النكاح لاجابها لما طلبت للحقيقة التى عندها ولانه قضى بحق وسعه فوجب القول بنفاذه ولهذا لو حكم الحاكم في فصل مجتهد فيه ينفذ لعدم القدرة على القضا بالحق يقينا واقرب منه ان المشترى للجارية اذا انكر الشرا وحلف عند القاضى وفسخ القاضى البيع بينهما جاز للبايع ان يطاها وان كان البايع يعلم ان المشترى كاذب وكذا اللعان بين الزوجين بشهادة فيفرق بينهما وان كان احدهما كاذبا بيقين ويسع المراة ان تتزوج بغيره وان كانت تعلم الكذب بيقين ثم يجعل قضاء القاضى انشاء ولهذا يشترط ان يكون المراة محلا للانشاء حتى لو كانت ذات زوج او في عدة غيره او مطلقة منه ثلثا لاينفذ قضاؤه لانه لايقدر على الانشاء في هذه الحالة ويشترط حضور الشهود عند القضا في قول العامة وعند بعضهم لا يشترط لان انعقاد العقد في ضمن القضا وما ثبت في ضمن شىء لايراعى فيه شرائطه ولهذا سقط الايجاب والقبول وعلى هذا الخلاف لو اقامت المراة البينة ان زوجها طلقها ثلثا ولم يكن طلقها فقضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه ووقعت الفرقة بينهما وحل لها ان تتزوج بغيره ولا يحل للاول ان يطاها بعد القضا بالفرقة وعند ابى يوسف لا تحل للاول ولا للثانى وعند محمد تحل للاول ما لم يدخل بها الثانى فاذا دخل بها حرمت عليه لوجوب العدة كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة واما الثانى فلا تحل له ابدا وعند الشافعى يطاها الاول سرا والثانى علانية فقد جعل لها زوجين وهو اقبح الوجوه ولا خلاف بينهم في الاملاك المرسلة ان قضاؤه لاينفذ ومعناه ان يدعى الملك المطلق ولم يذكر له سببا بان قال هذا ملكى واقام البينة عليه وقضى به القاضى لان الاسباب كثيرة فليس بعضها اولى من بعض حتى لو ذكر سببا معينا فهو على الخلاف اذا كان سببا يمكن اثباته من جهة القاضى انشاء مثل البيع والاجارة واما اذا كان سببا لايمكن اثباته من جهة القاضى كالارث لاينفذ قضاؤه اتفاقا وفي الهبة والصدقة روايتان وفي دعوى العتق والنسب ينفذ قضاؤه باطنا والله اعلم

باب الاولياء والاكفاء

قال رحمه الله نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولى وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف في ظاهر الرواية وكان ابو يوسف اولا يقول انه لا ينفذ الا بولى اذا كان لها ولى ثم رجع وقال ان كان الزوج كفوا لها جاز والا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفوا او لم يكن وعند محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولى سواء كان الزوج كفوا لها او لم يكن ويروى رجوعه الى قولهما وقال مالك والشافعى لاينعقد بعبارة النسا اصلا لقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن فلولا ان له ولاية التزويج لما منع عن العضل قال الشافعي هي ابين اية في كتاب الله تعالى في اشتراط الولى ولقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل وقد روى في كتبهم احاديث كثيرة ليس لها صحة عند اهل النقل حتى قال البخارى وابن معين لم يصح في هذا الباب حديث يعتمد على اشتراط الولى ولنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن وقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا

وهذا صحيح

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)