

الفقه المقارن ٤٥١

د/ ابتسام المطرفي

مسألة ؛ قال : ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين في هذه المسألة أربعة فصول : (٥١٣٧) أحدها : أن النكاح لا يصح إلا بولي ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ، ولا توكيل غير وليها في تزويجها . فإن فعلت ، لم يصح النكاح . روي هذا عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وعائشة رضي الله عنهم . وإليه ذهب سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، والثوري ، وابن أبي ليلى وابن شيرمة ، وابن المبارك ، وعبيد الله العنبري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد

وروي عن ابن سيرين ، والقاسم بن محمد ، والحسن بن صالح ، وأبي يوسف : لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي ، فإن فعلت كان موقوفا على إجازته . وقال أبو حنيفة : لها أن تزوج نفسها وغيرها ، وتوكل في النكاح ؛ لأن الله تعالى قال : { فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن } . أضاف النكاح إليهن ، ونهى عن منعهن منه ، ولأنه خالص حقها ، وهي من أهل المباشرة ، فصح منها ، كبيع أمتها ، ولأنها إذا ملكت بيع أمتها ، وهو تصرف في رقبته وسائر منافعها ، ففي النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال { : لا نكاح إلا بولي } . روته عائشة ، وأبو موسى ، وابن عباس . قال المروزي : سألت أحمد ويحيى عن حديث { : لا نكاح إلا بولي } . فقالا : صحيح .

وروي عن عائشة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : { أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل باطل باطل ، فإن أصابها ، فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له } . رواه الإمام أحمد ، وأبو داود وغيرهما فإن قيل : فإن الزهري رواه وقد أنكره . قال ابن جريج : سألت الزهري عنه فلم يعرفه . قلنا له : لم يقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية ، كذلك قال الإمام أحمد ويحيى ، ولو ثبت هذا لم يكن حجة ؛ لأنه قد نقله ثقات عنه ، فلو نسيه الزهري لم يضره ؛

لأن النسيان لم يعصم منه إنسان . قال النبي صلى الله عليه وسلم { : نسي آدم ، فنسيت ذريته } . ولأنها مولى عليها في النكاح ، فلا تليه ، كالصغيرة ، وأما الآية ، فإن عضلها الامتناع من تزويجها ، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي .

ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار ، حين امتنع من تزويج أخته ، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فزوجها . وأضافه إليها لأنها محل له . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يجوز لها تزويج أحد . وعن أحمد ، لها تزويج أمتها . وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح ، فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها ، وتزويج غيرها بالوكالة . وهو مذهب محمد بن الحسن . وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم { : أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل } . فمفهومه صحته بإذنه

ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح ، لقصور عقلها ، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة ، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها . والصحيح الأول ؛ لعموم قوله { : لا نكاح إلا بولي } . وهذا يقدم على دليل الخطاب ، والتخصيص هاهنا خرج مخرج الغالب ، فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها ، والعلة في منعها ، صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال ، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة ، والله أعلم .

بداية المجتهد

في اشتراط الولاية في صحة النكاح

اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي ،

وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قال **الشافعي** . وقال أبو حنيفة ، وزفر ، **والشعبي** ، **والزهري** : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز . وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع : أن اشتراطها سنة لا فرض ، وذلك أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة ، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك (أعني : أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام . وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث **ابن عباس** ، وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل ، لأن الأصل براءة الذمة ، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك :

فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشتراط الولاية قوله تعالى (: **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**) (قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى : **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**) (قالوا : وهذا خطاب للأولياء أيضا . ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه **الزهري** عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل (ثلاث مرات) ، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن اشترجوا فالسلطان ولي من لا ولي له " خرجه الترمذي ، وقال فيه : حديث حسن . وأما من احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة ؛ فقله تعالى (: **فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف**) (قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها . وقالوا : وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال : أن ينكحن أزواجهن وقال : حتى تنكح زوجا غيره . وأما من السنة : فاحتجوا بحديث **ابن عباس** المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام " : **الأيمن أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها** . " وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى . فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع . فأما قوله تعالى (: **فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن**) (فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن [ص 400 :]يمنعوها النكاح ، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنه في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا) (أعني : بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص) ، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم . وكذلك قوله تعالى (: **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**) (هو أن يكون خطابا لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطابا للأولياء ، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر . فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر . فإن قيل : إن هذا عام ؛ والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء ؛ قيل : إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع ، والمنع بالشرع ، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن ، أصله الأجنبي ، ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنه في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ومراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر ، لأن هذا مما تعم به البلوى ، ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ، ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أنكحتهم ، ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية ، وإنما المقصود منها **تحريم نكاح المشركين والمشركات** ، وهذا ظاهر ، والله أعلم .

وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به .
وأیضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي (أعني : المولى عليها) ، وإن سلمنا أنه
عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعتقد على نفسها (أعني : أن لا تكون هي التي تلي العقد) بل الأظهر منه أنه إذا
أذن الولي لها جاز أن تعتقد على نفسها دون أن تشتترط في صحة النكاح إسهاد الولي معها .

وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (: فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) فإن المفهوم منه
النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس هاهنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا
عقد النكاح ، فظاهر هذه الآية - والله أعلم - أن لها أن تعتقد النكاح ، وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف ، وهو الظاهر
من الشرع ، إلا أن هذا لم يقل به أحد ، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف . وأما
إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد ، لكن الأصل هو الاختصاص ، إلا أن يقوم الدليل على
خلاف ذلك .

وأما حديث **ابن عباس** فهو لعمرى ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر ، لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد
عليهما الولي فبماذا - ليت شعري - تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ .

وحديث **الزهري** هو أن يكون موافقا هذا الحديث أخرى من أن يكون معارضا له ، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في
السكوت والنطق فقط ، ويكون السكوت كافيا في العقد ، والاحتجاج بقوله تعالى (: فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن
بالمعروف) هو أظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولي
هو الذي يلي العقد .

وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن **ابن جريج** عن **الزهري** ، وحكى **ابن عليه** عن **ابن
جريج** أنه سأل **الزهري** عنه فلم يعرفه ، قالوا : والدليل على ذلك أن **الزهري** لم يشترط الولاية ، ولا الولاية من
مذهب عائشة .

وقد احتجوا أيضا بحديث **ابن عباس** أنه قال " : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " ولكنه مختلف في رفعه .
وكذلك اختلفوا أيضا في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام **أم سلمة** وأمره لابنها أن ينكحها إياه
وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال : إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفي به في عقد
النكاح كما يكتفي به في التصرف في المال ، ويشبه أن يقال : إن المرأة ماثلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير
الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى على التأبيد ، مع أن ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في
غير موضع كفاءة إلى أوليائها ، لكن يكفي في ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسألة محتملة كما ترى ، لكن
الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن
وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان لا يجوز عليه - عليه الصلاة والسلام - تأخير البيان عن وقت الحاجة ؛ وكان عموم
البلوى في هذه المسألة يقتضي أن تنتقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر ، ثم لم ينقل ،
فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : إما أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح ، وإنما للأولياء الحسبة في ذلك ، وأما إن
كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد
مع وجود الأقرب .

+++++

المسألة الثانية / اجبار البكر البالغة

مسألة ؛ قال : وإذا زوج الرجل ابنته البكر ، فوضعها في كفاءة ، فالنكاح ثابت ، وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة . أما البكر الصغيرة ، فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز ، إذا زوجها من كفاء ، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها . وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى { : واللاني يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن } فجعل للاني لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح أو فسخ ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا إذن لها فيعتبر

وقالت عائشة رضي الله عنهما { : تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست ، وبنى بي وأنا ابنة تسع . } متفق عليه . ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنهما . وروى الأثرم ، أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست ، فقيل له ، فقال : ابنة الزبير إن مت ورثتني ، وإن عشت كانت امرأتي . وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما . وأما البكر البالغة العاقلة ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذنهما ، كالصغيرة وهذا مذهب مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وإسحاق

والثانية ، ليس له ذلك ، اختارها أبو بكر . وهو مذهب الأوزاعي ، والثوري ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ؛ لما روى أبو هريرة ، { أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن . فقالوا : يا رسول الله ، فكيف إذنهما ؟ قال : أن تسكت . } متفق عليه . وروى أبو داود ، وابن ماجه ، عن ابن عباس ، { أن جارية بكرا ، أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم . } ولأنها جائزة التصرف في مالها ، فلم يجز إجبارها ، كالثيب ، والرجل

ووجه الرواية الأولى ، ما روي عن ابن عباس ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم { : الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن ، وإذنهما صماتها } رواه مسلم وأبو داود .

فلما قسم النساء قسمين ، وأثبت الحق لأحدهما ، دل على نفيه عن الآخر ، وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ، ودل الحديث على أن الاستئثار هاهنا ، والاستئذان في حديثهم مستحب ، ليس بواجب ، لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم { : أمروا النساء في بناتهن . } رواه أبو داود . وحديث التي خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل ،

ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، فتخيرها لذلك ، ولأن ما لا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة ، كالنطق . وقول الخرقى فوضعها في كفاءة يدل على أنه إذا زوجها من غير كفاء ، فنكاحها باطل . وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وأحد قولي الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفاء ، فلم يصح . كسائر الأنكحة المحرمة ، ولأنه عقد لموليتها عقدا لا حظ لها فيه بغير إذنهما ، فلم يصح ، كبيعها عقارها من غير غبطة ولا حاجة ، أو بيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعا ، فلم يصح تصرفه لها شرعا بما لا حظ لها فيه كالوكيل

والثانية ، يصح ؛ لأنه عيب في المعقود عليه ، فلم يمنع الصحة ، كشرء المعيب الذي لا يعلم عيبه . ويحتمل أن لا يصح النكاح ، إذا علم أن الزوج ليس بكفاء ، ويصح إذا لم يعلم ؛ لأنه إذا علم حرم عليه العقد ، فبطل لتحريمه ، بخلاف ما لم يعلمه ، كما لو اشترى لها معيبا يعلم عيبه . ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة ؛ لأنه يمكن استدراك الضرر ، بإثبات الخيار لها ، فتفسخ إن كرهت ، وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنهما ، بخلاف نكاح الصغيرة .

وعلى القول بصحته ؛ فإن كانت كبيرة ، فلها الخيار ، ولا خيار لأبيها إذا كان عالما ؛ لأنه أسقط حقه برضاه ، وإن كانت صغيرة ، فعليه الفسخ ، ولا يسقط برضاه ؛ لأنه يفسخ لحظها ، وحقها لا يسقط برضاه . ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ، ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ فتختار . وإن كان لها ولي غير الأب ، فلها الفسخ على ما مضى . وعلى كلتا الروايتين ، فلا يحل له تزويجها من غير كفاء ، ولا من معيب ؛ لأن الله تعالى أقامه مقامها ، ناظرا لها فيما فيه الحظ ، ومتصرفا لها ، لعجزها عن التصرف في نفسها ، فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه ، كما في مالها ، ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ، ففي نفسها أولى .

بداية المجتهد

من المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد ؟

وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد : فإنه يوجد في الشرع على ضربين :

أحدهما : يعتبر فيه **رضا المتناكحين** أنفسهما (أعني : الزوج والزوجة) إما مع الولي ، وإما دونه ، على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها .

والثاني يعتبر فيه **رضا الأولياء** فقط .

وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول :

أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم : فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح .

واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده ، والوصي محجوره البالغ أم ليس يجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبو حنيفة . وقال **الشافعي** : لا يجبره .

والسبب في اختلافهم : هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟

وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره ، والخلاف في ذلك موجود في المذهب .

وسبب اختلافهم : هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له ؛ أم ليس بمصلحة ؛ وإنما طريقه الملاذ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك .

وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح : فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام :

"والثيب تعرب عن نفسها" إلا ما حكى عن **الحسن البصري** .

واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد .

فأما البكر البالغ ، فقال مالك **والشافعي** ، **وابن أبي ليلى** : للأب فقط أن يجبرها على النكاح . وقال أبو

حنيفة ، **والثوري** ، **والأوزاعي** ، **وأبو ثور** وجماعة : لا بد من اعتبار رضاها ، ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه .

وسبب اختلافهم : معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم : وذلك أن ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله " : لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها . " وقوله " : تستأمر اليتيمة في نفسها " خرج أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة .

وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور " : والبكر تستأمر " يوجب بعمومه استئمار كل بكر ، والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام " : والبكر يستأذنها أبوها " وهو نص في موضع الخلاف .

وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالا : يجبرها الأب على النكاح . وقال **الشافعي** : لا يجبرها . وقال

المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول : إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب . وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول **سحنون** . وقول : إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام . والذي حكيناه عن مالك : هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه .
وسبب اختلافهم : معارضة دليل الخطاب للعموم :

وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام " : **تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا بإذنها** " ، يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر ؛ إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ .

وعموم قوله عليه الصلاة والسلام " : **الثيب أحق بنفسها من وليها** " يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله " : **لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح حتى تستأذن** " يدل بعمومه على ما قاله **الشافعي** .

ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الإجماع ؛ هل هو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال : الصغر قال : لا تجبر البكر البالغ . ومن قال : البكارة قال : تجبر البكر البالغ ، ولا تجبر الثيب الصغيرة . ومن قال : كل واحد منهما يوجب الإجماع إذا انفرد ، قال : تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ . والتعليل الأول لتعليل أبي حنيفة ، والثاني لتعليل **الشافعي** ، والثالث لتعليل مالك . والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة .

واختلفوا في الثبوتية التي ترفع الإجماع وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثبوتية التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لا تكون بزنى ولا بغصب . وقال **الشافعي** : كل ثبوتية ترفع الإجماع . وسبب اختلافهم : هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام " : **الثيب أحق بنفسها من وليها** " بالثبوتية الشرعية أم بالثبوتية اللغوية ؟ .

واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع ، وبنى بها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه " إلا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة .
واختلفوا من ذلك في مسألتين :

إحدهما : هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟ والثانية : هل يزوج الصغير غير الأب ؟ المسألة الأولى : **هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟** والمسألة الثانية : **هل يزوج الصغير غير الأب ؟**

المسألة الثالثة : الرضاع

وبه مسألتان

مسألة : قال أبو القاسم ، رحمه الله : (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه ، أن يكون خمس رضعات فصاعدا) في هذه المسألة مسألتان :

المسألة الأولى ، أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعدا . هذا الصحيح في المذهب . وروي هذا عن عائشة ، وابن مسعود ، وابن الزبير ، وعطاء ، وطاوس . وهو قول **الشافعي** .

وعن أحمد رواية ثانية أن قليل الرضاع وكثيره يحرم . وروي ذلك عن علي ، وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، والزهري ، وقتادة ، والحكم ، وحمام ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، والليث ، وأصحاب الرأي . وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم . واحتجوا بقول الله تعالى : { وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة } . وقوله عليه السلام : { يحرم من الرضاعة ما يحرم من

النسب { وعن عقبة بن الحارث ، { أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما . فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : كيف ، وقد زعمت أن قد أرضعتكما ، { . متفق عليه .

ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد ، فلم يعتبر فيه العدد ، كتحريم أمهات النساء ، ولا يلزم اللعان ؛ لأنه قول . والرواية الثالثة لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات . وبه قال أبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود ، وابن المنذر ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : { لا تحرم المصاة ولا المصتان } . وعن أم الفضل بنت الحارث ، قالت : قال نبي الله صلى الله عليه وسلم : { لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان } . رواهما مسلم . ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار ، يعتبر فيه الثلاث .

وروي عن حفصة : لا يحرم دون عشر رضعات . وروي ذلك عن عائشة ؛ لأن عروة روى في حديث سهلة بنت سهيل : فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بلغنا : { أرضعيه عشر رضعات ، فيحرم بلبنها } . ووجه الأولى ، ما روي عن عائشة ، أنها قالت : أنزل في القرآن " عشر رضعات معلومات يحرم من " . فنسخ من ذلك خمس ، وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرم من ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم والأمر على ذلك . رواه مسلم . وروي مالك عن الزهري ، عن عروة ، عن عائشة ، عن سهلة بنت سهيل : { أرضعي سالما خمس رضعات ، فيحرم بلبنها } والآية فسرتها السنة ، وبينت الرضاعة المحرمة ، وصريح ما روينا يخص مفهوم ما رووه ، فنجمع بين الأخبار ، ونحملها على الصريح الذي روينا .

فصل : وإذا وقع الشك في وجود الرضاع ، أو في عدد الرضاع المحرم ، هل كمالا أو لا ؟ لم يثبت التحريم ؛ لأن الأصل عدمه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك في وجود الطلاق وعدده .



فائدة

أن تكون الرضعات متفرقات ، وبهذا قال الشافعي . والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقا ، ولم يحدها بزمن ولا مقدار ، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف ، فإذا ارتضع الصبي ، وقطع قطعا بينا باختياره ، كان ذلك رضعة ، فإذا عاد كانت رضعة ، أخرى .

فأما إن قطع لضيق نفس ، أو للانتقال من ثدي إلى ثدي ، أو لشيء يلهيه ، أو قطعت عليه المرضعة ، نظرنا ؛ فإن لم يعد قريبا فهي رضعة ، وإن عاد في الحال ، ففيه وجهان أحدهما ، أن الأولى رضعة ، فإذا عاد فهي رضعة أخرى . وهذا اختيار أبي بكر ، وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل ، فإنه قال : أما ترى الصبي يرتضع من الثدي ، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح ، فإذا فعل ذلك فهي رضعة ، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد ، فكانت رضعة وإن عاد ، كما لو قطع باختياره . والوجه الآخر ، أن جميع ذلك رضعة . وهو مذهب الشافعي ، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ، ففيه وجهان ؛ لأنه لو حلف : لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة .

فاستدام الأكل زمتنا ، أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون ، أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام ، لم يعد إلا أكلة واحدة ، فكذا هاهنا . والأول أصح ؛ لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة ، فكذا هذا .

+++++

المسألة الثانية: في الرضاع

إذا ثبت هذا ، فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبي هريرة . وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم سوى عائشة وإليه ذهب الشعبي ، وابن شبرمة ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، ورواية عن مالك

، وروي عنه ، إن زاد شهرا جاز ، وروي شهران . وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع في ثلاثين شهرا ؛ لقوله سبحانه : { وحمله وفصاله ثلاثون شهرا } . ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء ؛ لأنه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل في الفصال .

وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين . وكانت عائشة ترى رضاعة الكبير تحرم . ويروى هذا عن عطاء والليث ، وداود ؛ لما روي { أن سهلة بنت سهيل قالت : يا رسول الله ، إنا كنا نرى سالما ولدا ، فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويراني فضلا ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه . فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها . فبذلك كانت عائشة تأخذ ، تأمر بنات أخواتها ، وبنات إخوتها يرضعن من أحببت عائشة أن يراها ، ويدخل عليها ، وإن كان كبيرا خمس رضعات ، وأبت ذلك أم سلمة ، وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس ، حتى يرضع في المهد ، وقلن لعائشة : والله ما ندري ، لعلها رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس } . رواه النسائي ، وأبو داود ، وغيرهما . ولنا ، قول الله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة } . فجعل تمام الرضاعة حولين ، فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما . وعن عائشة ، { أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل ، فتغير وجه النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إنه أخي من الرضاعة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة } الشافعي . متفق عليه .

وعن أم سلمة ، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : { لا يحرم من الرضاع ، إلا ما فتق [ص : ١٤٣] الأعماء ، وكان قبل الفطام } . أخرجه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح . وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس ، كما قال سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم . وقول أبي حنيفة ، تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة ، فقد روينا عن علي وابن عباس ، أن المراد بالحمل حمل البطن . وبه استدل علي أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى : { وفصاله في عامين } . فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة ، لكان مخالفا لهذه الآية .

إذا ثبت هذا ، فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ، ثم ارتضع فيهما ، لحصل التحريم ، ولو لم يفظم حتى تجاوز الحولين ، ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام . لم يثبت التحريم . وقال ابن القاسم ، صاحب مالك : لو ارتضع بعد الفطام في الحولين ، لم تحرم ؛ لقوله عليه السلام : { وكان قبل الفطام } .

ولنا قول الله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } . وروي عنه عليه السلام : { لا رضاع إلا ما كان في الحولين } . والفطام معتبر بمدته لا بنفسه ، قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة ، لم يحرم . وقال القاضي : لو شرع في الخامسة ، فحال الحول قبل كمالها ، لم يثبت التحريم . ولا يصح هذا ؛ لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم ، بدليل ما لو انفصل مما بعده ، فلا ينبغي أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به . واشتراط الخرق في نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللين بوطئه ، أن يكون لين حمل ينتسب إلى الواطئ ، إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين ، أو بشبهة ، فأما لين الزاني أو النافي للولد باللعان ، فلا ينشر الحرمة بينهما ، في مفهوم كلام الخرق . وهو قول أبي عبد الله بن حامد ، ومذهب الشافعي .

وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة بينهما ؛ لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره ، كالوطء ، يحققه أن الواطئ حصل منه لين وولد ، ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطئ ، كذلك اللين ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة ، فنشرها إلى الواطئ ، كصورة الإجماع . ووجه القول الأول ، أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة ، فلما لم تثبت حرمة الأبوة ، لم يثبت ما هو فرع لها . ويفارق تحريم ابنته من الزنى ؛ لأنها من نطفته حقيقة ، بخلاف مسألتنا .

وفارق تحريم المصاهرة ؛ فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب ، وتحريم الرضاع مبني على النسب ، ولهذا قال عليه السلام : { يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب } . فأما المرضعة

، فإن الطفل المرتضع محرم عليها ، ومنسوب إليها عند الجميع . وكذلك يحرم جميع أولادها ، وأقاربها الذين يحرمون على أولادها ، على هذا المرتضع ، كما في الرضاع باللبن المباح .

وإن كان المرتضع جارية ، حرمت على الملائن ، بغير خلاف أيضا ؛ لأنها ربييته ، فإنها بنت امرأته من الرضاع ، وتحرم على الزاني ، عند من يرى تحريم المصاهرة ، وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك .

بداية المجتهد

- واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب (أعني : أن المرضعة تنزل منزلة الأم) ، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب .

واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة ، والقواعد منها تسع :

إحداها : في مقدار المحرم من اللبن . والثانية : في سن الرضاع . والثالثة : في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا .

والرابعة : هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لا يعتبر ؟ . والخامسة : هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر ؟ .

والسادسة : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر ؟ . والسابعة : هل ينزل صاحب اللبن (أعني : الزوج) من المرضع منزلة أب (وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب . والثامنة : الشهادة على الرضاع . والتاسعة : صفة المرضعة .

المسألة الأولى

[في مقدار المحرم من اللبن]

أما مقدار المحرم من اللبن : فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد ، وهو مذهب مالك وأصحابه ، وروي عن علي ، وابن مسعود وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، وهؤلاء يحرم عندهم أي قدر كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، والثوري ، والأوزاعي . وقالت طائفة : بتحديد القدر المحرم ، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق : فقالت طائفة : لا تحرم المصاة ولا المصتان ، وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها ، وبه قال أبو عبيد ، وأبو ثور . وقالت طائفة : المحرم خمس رضعات ، وبه قال الشافعي . وقالت طائفة : عشر رضعات .

والسبب في اختلافهم في هذه المسألة : معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ، ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضا .

فأما عموم الكتاب ، فقوله تعالى : (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) الآية ، وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع .

والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى :

أحدهما : حديث عائشة وما في معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام : " لا تحرم المصّة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان " خرجه مسلم من طريق عائشة ، ومن طريق أم الفضل ، ومن طريق ثالث ، وفيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان " .

والحديث الثاني : حديث سهلة في سالم أنه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : " أرضعيه خمس رضعات " . وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت : " كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخت بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن " .

فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال : تحرم المصّة والمصتان . ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية ، وجمع بينها وبين الآية ، ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام : " لا تحرم المصّة ولا المصتان " على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال : الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم ، وذلك أن دليل الخطاب في قوله : " لا تحرم المصّة ولا المصتان " يقتضي أن ما فوقها يحرم ، ودليل الخطاب في قوله : " أرضعيه خمس رضعات " يقتضي أن ما دونها لا يحرم ، والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب .

المسألة الثانية

[في سن الرضاع]

واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين . واختلفوا في رضاع الكبير : فقال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي وكافة الفقهاء : لا يحرم رضاع الكبير . وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة .

ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبي هريرة ، وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه الصلاة والسلام .

وسبب اختلافهم : تعارض الآثار في ذلك . وذلك أنه ورد في ذلك حديثان :

أحدهما حديث سالم ، وقد تقدم ، والثاني : حديث عائشة خرجه البخاري ، ومسلم قالت : " دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل ، فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه ، فقلت : يا رسول الله إنه أخي من الرضاعة ، فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من إخوانكن من الرضاعة فإن الرضاعة من المجاعة " .

فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال : لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للرضع مقام الغذاء ، إلا أن حديث سالم نازلة في عين ، وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ؛ ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال : يحرم رضاع الكبير .

المسألة الثالثة في حال المرضع

واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين ، وفطم ، ثم أرضعته امرأة : فقال مالك : لا يحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي : تثبت الحرمة به .

وسبب اختلافهم : اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : " فإنما الرضاعة من المجاعة " فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم ، فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة ، فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن : هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال ، وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع ، أو افتقار المرضع نفسه ، وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع ، والقائلون بتأثير الإرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم

القطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة ، فقال : هذه بالمدة حولان فقط ، وبه قال زفر ؛ واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين ، وفي قول : الشهر عنه ، وفي قول عنه : إلى ثلاثة أشهر . وقال أبو حنيفة : حولان وستة شهور .

وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله عليه الصلاة والسلام : " إنما الرضاعة من المجاعة " يقتضي عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم .

المسألة الرابعة : التسعير

فصل : قال ابن حامد ليس للإمام أن يسعر على الناس ، بل يبيع الناس ، أموالهم على ما يختارون . وهذا مذهب الشافعي . وكان مالك يقول : يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به : بع كما يبيع الناس ، وإلا فاخرج عنا واحتج له بما روى الشافعي ، وسعيد بن منصور ، عن داود بن صالح التمار ، عن القاسم بن محمد ، عن عمر ، أنه مر بحاطب في سوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب ، فسأله عن سعرهما ، فسعر له مدين بكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بغير مقبلة من الطائف تحمل زبيبا ، وهم يعتبرون بسعرك ، فأما أن ترفع في السعر ، وإما أن تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت ولأن في ذلك إضرارا بالناس إذا زاد تبعه أصحاب المتاع ، وإذا نقص أضرب أصحاب المتاع .

ولنا ، ما روى أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، عن أنس قال : { غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله ، غلا السعر فسعر لنا . فقال : إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق ، إني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال } قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي سعيد مثله . فوجه الدلالة من وجهين ؛ أحدهما ، أنه لم يسعر ، وقد سأله ذلك ، ولو جاز لأجابهم إليه . الثاني ، أنه علل بكونه مظلمة ، والظلم حرام ، ولأنه ماله ، فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان ، كما اتفق الجماعة عليه .

قال بعض أصحابنا : التسعير سبب الغلاء ، لأن الجالبيين إذا بلغهم ذلك ، لم يقدموا بسلعهم بلدا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ، ويطلبها أهل الحاجة إليها ، فلا يجدونها إلا قليلا ، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها ، فتغلو الأسعار ، ويحصل الإضرار بالجانبيين ، جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه ، فيكون حراما . فأما حديث عمر ، فقد روى فيه سعيد والشافعي ، أن عمر لما رجع حاسب نفسه ، ثم أتى حاطبا في داره ، فقال : إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء ، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع كيف شئت . وهذا رجوع إلى ما قلنا . وما ذكروه من الضرر موجود فيما إذا باع في بيته ، ولا يمنع منه .

المسألة الخامسة : الاحتكار

فصل : والاحتكار حرام لما روي عن الأثرم ، عن أبي أمامة ، قال : { نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام } وروي أيضا ، بإسناده عن سعيد بن المسيب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : { من احتكر فهو خاطئ } . وروي { أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج مع أصحابه ، فرأى طعاما كثيرا قد ألقى على باب مكة ، فقال : ما هذا الطعام ؟ فقالوا : جلب إلينا . فقال : بارك الله فيه ، وفي من جلبه . فقيل له : فإنه قد احتكر . قال : ومن احتكره ؟ قالوا : فلان مولى عثمان ، وفلان مولاك . فأرسل إليهما . فقال : ما حملكما على احتكار طعام المسلمين ؟ قالوا : نشترى

بأموالنا ونبيع . قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من احتكر على المسلمين طعامهم ، لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس { قال الراوي : فأما مولى عثمان فباعه ، وقال : والله لا أحتكره أبدا وأما مولى عمر فلم يبيعه ، فرأيته مجذوما وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : { الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . }

فصل : والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن يشتري ، فلو جلب شيئا ، أو أدخل من غلته شيئا ، فادخره ، لم يكن محتكرا . روي [عن] الحسن ومالك وقال الأوزاعي الجالب ليس بمحتكر ؛ لقوله { : الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون } ولأن الجالب لا يضيق على أحد ، ولا يضربه ، بل ينفع ، فإن الناس إذا علموا عنده طعاما معدا للبيع ، كان ذلك أطيّب لقلوبهم من عدمه . الثاني ، أن يكون المشتري قوتا .

فأما الإدام ، والحلواء ، والعسل ، والزيت ، وأعلاف البهائم ، فليس فيها احتكار محرم . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل ، عن أي شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره . وهذا قول عبد الله بن عمرو . وكان سعيد بن المسيب وهو راوي حديث الاحتكار - يحتكر الزيت . قال أبو داود : كان يحتكر النوى ، والخيط ، والبرز ولأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها ، فأشبهت الثياب ، والحيوانات . الثالث ، أن يضيق على الناس بشرائه . ولا يحصل ذلك إلا بأمرين ؛ أحدهما ، يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار ، كالحرمين ، والثغور . قال أحمد : الاحتكار في مثل مكة والمدينة ، والثغور .

فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد ، والبصرة ومصر ، لا يحرم فيها الاحتكار ؛ لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا . الثاني ، أن يكون في حال الضيق ، بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ، ويضيقون على الناس . فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص ، على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم .

المسألة السادسة : الشروط في البيع والنكاح

أولاً : الشروط في البيع

مسألة قال : (ويبطل البيع إذا كان فيه شرطان ، ولا يبطله شرط واحد) ثبت عن أحمد رحمه الله ، أنه قال : الشرط الواحد لا بأس به ، إنما نهى عن الشرطين في البيع ، ذهب أحمد إلى ما روى عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال { : لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا تبع ما ليس عندك } أخرجه أبو داود ، والترمذي وقال : حديث حسن صحيح قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع . فنفض يده ، وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع ، إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع . وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جملة ، وشرط ظهره إلى المدينة . واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما ، فروى عن أحمد ؛ أنهما شرطان صحيحان ، ليسا من مصلحة العقد .

فحكى ابن المنذر عنه ، وعن إسحاق في من اشترى ثوبا ، واشترط على البائع خياطته وقصارته ، أو طعاما ، واشترط طحنه وحمله : إن اشترط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز ، وإن اشترط شرطين ، فالبيع باطل . وكذلك فسر القاضي في " شرحه " الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير . وروى الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين ؛ أن يشتريها على أنه لا يبيعهما من أحد ، وأنه لا يطؤها . ففسره بشرطين فاسدين . وروى عنه إسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع ، أن يقول : إذا بعتهما فأنا أحق بها بالثمن ، وأن تخدمني سنة . وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو .

فأما إن شرط شرطين ، أو أكثر ، من مقتضى العقد ، أو مصلحته ، مثل أن يبيعه بشرط الخيار ، والتأجيل ، والرهن ، والضمين ، أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن . فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر . وقال القاضي في " المجرى " : ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين ، بطل ، سواء كانا صحيحين ، أو فاسدين ، لمصلحة العقد ، أو لغير

مصلحته . أخذاً من ظاهر الحديث ، وعملاً بعمومه . ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرطين ، ورووا { أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط } .

ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر ، والفساد يؤثر فيه وإن اتحد . والحديث الذي رويناه يدل على الفرق . ولأن الغرر اليسير إذا احتمل في العقد ، لا يلزم منه احتمال الكثير . وحديثهم لم يصح وليس له أصل ، وقد أنكره أحمد ، ولا نعرفه مروياً في مسند ، ولا يعول عليه . وقول القاضي : إن النهي يبقي على عمومه في كل شرطين . بعيد أيضاً ؛ فإن شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف ، وشرط ما هو من مصلحة العقد ، كالأجل ، والخيار ، والرهن ، والضمين ، وشرط صفة في المبيع ، كالكتابة ، والصناعة ، فيه مصلحة العقد ، فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه ، قلت أو كثرت . ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم ، فالظاهر أنه غير مراد له .

فصل : والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام أحدها ، ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم وخيار المجلس ، والتقابض في الحال . فهذا وجوده كعدمه ، لا يفيد حكماً ، ولا يؤثر في العقد . الثاني ، تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل ، والخيار ، والرهن ، والضمين ، والشهادة ، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع ، كالصناعة والكتابة ، ونحوها . فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به . ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً . الثالث ، ما ليس من مقتضاه ، ولا من مصلحته ، ولا ينافي مقتضاه ، وهو نوعان ؛ أحدهما ، اشتراط منفعة البائع في المبيع ، فهذا قد مضى ذكره .

الثاني ، أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشترطه البائع أو المشتري ، وسنذكره إن شاء الله تعالى . الرابع ، اشتراط ما ينافي مقتضى البيع ، وهو على ضربين ؛ أحدهما ، اشتراط ما بني على التغليب والسراية ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، فهل يصح ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، يصح . وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي { لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء ، دون العتق } والثانية ، الشرط فاسد . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، أشبه إذا شرط أن لا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه ، أشبه ما لو شرط أن يبيعه . وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط ، فاشترطوا الولاء ، فإذا حكمنا بفساده ، فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها .

وإن حكمنا بصحته ، فأعتقه المشتري ، فقد وفى بما شرط عليه ، وإن لم يعتقه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يجبر ؛ لأن شرط العتق إذا صح ، تعلق بعينه ، فيجبر عليه ، كما لو نذر عتقه . والثاني ، لا يجبر ؛ لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط ، بدليل ما لو شرط الرهن ، والضمين ، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ ، لأنه لم يسلم له ما شرطه له ، أشبه ما لو شرط عليه رهناً .

وإن تعيب المبيع ، أو كان أمة ، فأحبها ، أعتقه ، وأجزأه ؛ لأن الرق باق فيه . وإن استغله ، أو أخذ من كسبه شيئاً ، فهو له . وإن مات المبيع ، رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق ، فيقال : كم قيمته لو بيع مطلقاً ؟ وكم يساوي إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه ، في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته . الضرب الثاني ، أن يشترط غير العتق ؛ مثل أن يشترط أن لا يبيع ، ولا يهب ، ولا يعتق ، ولا يطاء . أو يشترط عليه أن يبيعه ، أو يقفه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، وإن أعتقه فالولاء له . فهذه وما أشبهها شروط فاسدة . وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين ؛ قال القاضي : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح . وهو ظاهر كلام الخرقى هاهنا . وهو قول الحسن ، والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى ، وأبي ثور .

والثانية ، البيع فاسد . وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن { النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط } ولأنه شرط فاسد ، فأفسد البيع ، كما لو شرط فيه عقداً آخر . ولأن الشرط إذا فسد ، وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً . ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه ، لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي . ولنا ، ما روت عائشة ، قالت :

{ جاءتني بريرة ، فقالت : كاتبتي أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فأعينيني . فقلت : إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ، ويكون لي ولاؤك فعلت . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم ، فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس ، فقالت : إني عرضت عليهم ، فأبوا ، إلا أن يكون الولاء لهم . فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال : خذوها ، واشترطي الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق [ص : ١٥٨] ففعلت عائشة ، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس ، فحمد الله ، وأثنى عليه ، ثم قال : أما بعد ، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق { متفق عليه . فأبطل الشرط ، ولم يبطل العقد .

قال ابن المنذر : خبر بريرة ثابت . ولا نعلم خبرا يعارضه ، فالقول به يجب . فإن قيل : المراد بقوله : " اشترطي لهم الولاء " . أي عليهم . بدليل أنه أمرها به ، ولا يأمرها بفساد . قلنا : لا يصح هذا التأويل بوجهين ؛ أحدهما ، أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه . الثاني ، أنهم أبوا البيع ، إلا أن يشترط الولاء لهم ، فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما أمره بذلك فليس هو أمر على الحقيقة ، وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه ، كقوله تعالى { : استغفر لهم أو لا تستغفر لهم { وقوله { : فاصبروا أو لا تصبروا { والتقدير : واشترطي لهم الولاء ، أو لا تشترطي . ولهذا قال عقيبه : { فإنما الولاء لمن أعتق { . وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا ، وما ذكره من المعنى في مقابلة النص غير مقبول .

بداية المجتهد : ببوع الشروط

وهذه البيوع الفاسد الذي يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة .

والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث : أحدها : حديث جابر قال : " ابتاع مني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بغيرا وشرط ظهره إلى المدينة " وهذا الحديث في الصحيح . والحديث الثاني : حديث بريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط " ، والحديث متفق على صحته . والثالث : حديث جابر قال : " نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن المحاقلة ، والمزابنة ، والمخابرة ، والمعاومة ، والثنيا ، ورخص في العرايا " ، وهو أيضا في الصحيح خرجه مسلم .

ومن هذا الباب ما روي عن أبي حنيفة أنه روى " أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع وشرط " ، فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع ، وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد ، والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول الشافعي ، وأبو حنيفة ؛ وقال قوم : البيع جائز ، والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى ؛ وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا .

فمن أبطل البيع ، والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا ؛ ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث عمر الذي ذكر فيه البيع والشرط ؛ ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ؛ ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : " لا يحل سلف وبيع ، ولا يجوز شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم تضمن ، ولا بيع ما ليس هو عندك " .

وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معا ؛ وشروط تجوز هي والبيع معا ؛ وشروط تبطل ويثبت البيع ؛ وقد يظن أن عنده قسما رابعا ، وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا ، والغرر ، وإلى قلته ، وإلى التوسط بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نقضا في الملك ، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل

الشرط ، وما كان قليلا أجازته وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطا أبطل الشرط ، وأجاز البيع ، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، [ص: ٥٢٥] وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جدي ، والمازري ، والباقي ، وتفصيله في ذلك أنه قال : إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين : أحدهما : أن يشترطه بعد انقضاء الملك ، مثل من يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ، ويبطل الشرط لحديث بريرة .

والقسم الثاني : أن يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك ، وهذا قالوا : ينقسم إلى ثلاثة أقسام : إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه؛ وإما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص؛ وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع ، وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معاني البر . والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكانها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل : السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وإما أن يشترط منعا من تصرف خاص ، أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا ، ومثل أن يبيع الأمة على أن لا يطأها أو لا يبيعهها ، وإما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق ، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وإن تأخر لم يجز لعظم الضرر فيه . ويقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على أن من قوله منع بيع وشرط ، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ ، لأن في بعض رواياته " أنه باعه واشترط ظهره إلى المدينة " ، وفي بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة . ومالك رأى هذا من باب الضرر اليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما إن اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعهها ، فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ ، وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع : متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع فإنه لا يجوز عند مالك ، لأنه يكون مترددا بين البيع والسلف؛ إن جاء بالثمن كان سلفا ، وإن لم يجئ كان بيعا .

واختلف في المذهب هل يجوز له ذلك في الإقالة أم لا ؟ فمن رأى أن الإقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع؛ ومن رأى أنها فسخ فرق بينها وبين البيوع .

واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع ، أو غيره؛ وقيل عن ابن القاسم : لا يجوز ذلك ، لأنه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع بالمدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها ، فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن المواز إنه جائز في الأمد القصير .

ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم - عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة ، والشافعي ، وسائر العلماء ، وأجازه مالك ، وأصحابه إلا [ص: ٥٢٦] محمد بن عبد الحكم ، وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور؛ وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع أن الثمن يكون في المبيع مجهولا لاقتران السلف به . وقد روي أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق المالكي ، فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ، قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشترط السلف هو مخير في تركه ، أو عدم تركه ، وليس كذلك مسألة زق الخمر ، وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق ، وذلك أنه يقال له : لم يكن هنا مخيرا ، ولم يكن هنالك مخيرا في أن يترك الزق ، ويصح البيع ، والأشبه أن يقال : إن التحريم هاهنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف ، لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران (أعني : اقتران البيع به) ، وكذلك البيع في نفسه جائز ، وإنما امتنع من قبل اقتران الشرط به ، وهنالك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به ، لا أنه شيء محرم من قبل الشرط .

ونكتة المسألة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع ، كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضا ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي ، أو معقول ؟ فإن قلنا : حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن قلنا : معقول ارتفع بارتفاع الشرط؛ فمالك رآه معقولا ، والجمهور رأوه غير معقول ، والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ، لذلك ليس ينعقد عندهم أصلا ، وإن ترك الربا بعد البيع ، أو ارتفع الغرر . واختلفوا في حكمه إذا وقع على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة .

ومن هذا الباب بيع العربان : فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز؛ وحكي عن قوم من التابعين أنهم أجازوه ، منهم مجاهد ، وابن سيرين ، ونافع بن الحارث ، وزيد بن أسلم ، وصورته : أن يشتري الرجل شيئا فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به؛ وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة ، وأكل المال بغير عوض ، وكان زيد يقول : أجازه رسول الله - صلى الله عليه وسلم . وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم .

تابع المسألة السادسة : الشروط في النكاح

قال : (وإذا تزوجها ، وشرط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها فلها شرطها لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال { : أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج } وإن تزوجها ، وشرط لها أن لا يتزوج عليها ، فلها فراقه إذا تزوج عليها) وجملة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة ، أحدها ما يلزم الوفاء به ، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها ، أو لا يتزوج عليها ، ولا يتسرى عليها ، فهذا يلزمه الوفاء لها به ، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح . يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ، ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والأوزاعي ، وإسحاق . وأبطل هذه الشروط الزهري ، وقتادة وهشام بن عروة ومالك ، والليث ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . قال أبو حنيفة ، والشافعي : ويفسد المهر دون العقد ، ولها مهر المثل . واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم { كل شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، وإن كان مائة شرط } وهذا ليس في كتاب الله .

لأن الشرع لا يقتضيه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم { المسلمون على شروطهم ، إلا شرطا أحل حراما ، أو حرم حلالا } وهذا يحرم الحلال ، وهو التزويج والتسري والسفر ؛ ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، ولم يبين على التغليب والسراية ، فكان فاسدا ، كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم { إن أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج } رواه سعيد وفي لفظ : { إن أحق الشروط أن توفوا بها ، ما استحللتم به الفروج } متفق عليه

وأیضا قول النبي صلى الله عليه وسلم { المسلمون على شروطهم } ولأنه قول من سمي من الصحابة ، ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم ، فكان إجماعا . وروى الأثرم بإسناده : أن رجلا تزوج امرأة ، وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها ، فخاصموه إلى عمر فقال : لها شرطها فقال الرجل : إذا تطلقنا . فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط ؛ ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح ، فكان لازما ، كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد . وقوله عليه السلام { كل شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل } أي : ليس في حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من ادعى الخلاف في مشروعيته وعلى من نفى ذلك الدليل ، وقولهم : إن هذا يحرم الحلال .

قلنا : لا يحرم حلالا ، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به . وقولهم : ليس من مصلحته قلنا : لا نسلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة ، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده ، كاشتراط الرهن والضمين في البيع ، ثم يبطل

بالزيادة على مهر المثل . وشرط غير نقد البلد إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به ، فلها الفسخ ، ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط : إذا تطلقنا فلم يلتفت عمر إلى ذلك ، وقال : مقاطع الحقوق عند الشروط ؛ ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به ، كالرهن والضمين في البيع .

بداية المجتهد

وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع : فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ، أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة .

وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق .

وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها ، مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ، أو لا يتسرى ، أو لا ينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمه ، إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ، فلا يلزم الشرط الأول أيضا ، وكذلك قال الشافعي ، وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء . وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها . وقول الجماعة مروى عن علي ، وقول الأوزاعي مروى عن عمر .

وسبب اختلافهم : معارضة العموم للخصوص .

فأما العموم : فحديث عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس ، فقال في خطبته : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط " .

وأما الخصوص : فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج " . والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم ، وهو لزوم الشروط ، وهو ظاهر ما وقع في العتبية ، وإن كان المشهور خلاف ذلك .

وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فإنه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا (أعني : في لزومها ، أو عدم لزومها) ، وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت :

فمنها : ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسدا بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح محرمة العين .

ومنها : ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ، ولماذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ، ومالك في هذا الجنس - وذلك في الأكثر - يفسخه قبل الدخول ، ويثبته بعده ، والأصل فيه عنده : أن لا فسخ ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول ، والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكان هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه أو مختلفا فيه .

ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن نقطع هاهنا القول في هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

