

المقنح

في فقه الإمام الشافعي رحمه الله تعالى
عن ابن حنبل الشافعي رحمه الله تعالى

تأليف

الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

مع حاشيته

منقولة من خط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن عبد الوهاب رحمه
وهي غير منسوبة لأحد، الظاهر أنه هو الذي جمعها فجزاه الله خير جزاء ورحمة

الجزء الثالث

طبع على نفقة الشيخ علي بن الشيخ عبد الله المشقاني

مناكم قطر المطم
وقد انشا وفقاً لله تعالى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

النكاح سنة^(١) والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة^(٢) الا ان

(١) قوله « النكاح سنة » الأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع .
أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فأنكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ الآية . وأما السنة
فقوله ﷺ « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر
وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » وقوله عليه الصلاة
والسلام « انى أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس منى » متفق عليهما

(٢) قوله « والاشتغال به الخ » الناس فى النكاح على ثلاثة اضرب : أحدها
من يخاف على نفسه الوقوع فى المحظور ان تركه فهذا يجب عليه فى قول عامة الفقهاء
لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصرفها عن الحرام . الثانى من يستحب له وهو من له شهوة
يأمن معها الوقوع فى محظور فالتخلي فى حقه مستحب على الصحيح من المذهب ،
« والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة » وهو قول أصحاب الرأى وظاهر
أقوال الصحابة وفعلمهم ، قال ابن مسعود رضى الله عنه : لو لم يبق من أجلى إلا
عشرة أيام وأعلم أنى أموت فى آخرها يوماً لى فيها طول النكاح لتزوجت مخافة
الفتنة . وقال ابن عباس رضى الله عنهما لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه
الامة أكثرها نساء . وقال الشافعى : التخلي لنوافل العبادة أفضل . ولنا ما تقدم .
الثالث من لا شهوة له إما لأنه لا شهوة له كالعنين أو ذهبت شهوته لمرض أو كبر
ونحوه ففيه وجهان : أحدهما يستحب له النكاح لما ذكرنا ، والثانى التخلي له أفضل
فانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويعرض نفسه
لواجبات وحقوق لعله لا يقوم بها

[فائدة] العنت هنا هو الزنا على الصحيح

[فائدة] يجوز له النكاح بدار حرب للضرورة على الصحيح من المذهب ،
وعنه لا يتزوج وإن خاف ، وان لم يكن به ضرورة للنكاح فليس له ذلك على
الصحيح ، فعلى تعليل أحمد لا يتزوج ولا مسلبة ونص عليه ولا يطاق زوجته إن كانت
معه نص عليه ، وعلى مقتضى تعليله له أن يتزوج آيسة أو صغيرة فانه علل وقال من
أجل الولد وحيث حرم نكاحه بلا ضرورة وفعل وجب عزله وإلا استحب

يخاف على نفسه في مواجهة المحذور بتركه فيجب عليه ، وعنه انه واجب على الاطلاق . ويستحب تخيير ذات الدين الولود البكر الحسينية الاجنية (١) . ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر الى وجهها من غير خلوة بها (٢) ، وعنه له النظر الى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين . وله النظر الى ذلك والى الرأس والساقين من الامة المستامة (٣) ومن ذوات محارمه ، وعنه لا ينظر

(١) قوله « ويستحب تخيير الخ » لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال « تنكح المرأة لأربع : لمالها وجمالها وحسبها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » وقوله عليه الصلاة والسلام « تزوجوا الولود فاني مكاثر بكم يوم القيامة » رواه النسائي ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليكم بالابكار فانهم أعذب أفواها وأفتح أرحاما وأرضى باليسير » رواه أحمد

(٢) قوله « ويجوز لمن أراد الخ » قال شيخنا لا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها ، وله النظر الى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين والوجه لما روى جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل » قال : فخطبت امرأة فكنت أنتخباً لها حتى رأيت منها ما دعاني الى نكاحها فتزوجتها . رواه أحمد وأبو داود وهذا المذهب ، لأنه عليه الصلاة والسلام لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر الى ما يظهر غالباً إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ، وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « انظر اليها » وقال الشافعي ينظر الى الوجه والكفين

على قوله « الى وجهها » فقط لأنه يجمع المحاسن

على قوله « من غير خلوة بها » ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعاً قال « لا يتخلون رجل مع امرأة إلا مع ذي محرم » متفق عليه

(٣) قوله « وله النظر الى ذلك الخ » يعني له النظر الى ما يظهر غالباً والى الرأس والساقين منها وهذا المذهب لان الحاجة داعية الى ذلك ولانها تراد للاستمتاع وغيره من التجارة

من ذوات محارمه الا الوجه والكفين (١) وللعبد النظر اليهما من مولاته (٢) وغير أولى الاربة من الرجال كالكبير والعين ونحوهما النظر الى ذلك . وعنه لا يباح وللشاهد والمبتاع النظر الى وجه المشهود عليها ومن تعامله (٣) وللطبيب

(١) قوله « ومن ذوات محارمه الخ » يعنى يجوز له النظر من ذوات محارمه الى ما يظهر غالبا والى الرأس والساقين وهذا المذهب ، وليس له النظر الى مالا يظهر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما ، ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله تعالى ، وروى عن هند بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط اخته والى عنقها ؟ قال : لا ولا كرامة . وقال الضحاك : لو دخلت على أمى لقلت أيتها العجوز غطي شعرك . والصحيح الأول لقوله تعالى ﴿ ولا يبدين زينتهن ﴾ الآية وقالت سهلة بنت سهيل « يا رسول الله إنا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا وقد أنزل الله فيهم ما علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال النبي ﷺ « أرضعته فارضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها » رواه مسلم بمعناه وأبو داود [فائدة] حكم المرأة فى النظر الى محارمها حكمهم فى النظر اليها

(٢) قوله « وللعبد الخ » أى الى الوجه والكفين هذا أحد القولين ، والصحيح من المذهب أن للعبد النظر من مولاته ما ينظر الرجل من ذوات محارمه على ما تقدم خلافا ومذهبا لقوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيماهن ﴾ ولما روى أنس رضى الله عنه أن النبي ﷺ أتى فاطمة بعبد وهبه لها قال وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجلها واذا غطت رجلها لم يبلغ رأسها فقال لها النبي ﷺ « انه ليس عليك بأس ، انما هو أبوك وغلأمك » رواه أبو داود

[فائدة] قال فى الفروع وظاهر كلامهم لا ينظر عبد مشترك

على قوله « النظر الى ذلك » ، يعنى الى الوجه والكفين والصحيح من المذهب أن حكمهم حكم العبد مع سيده ، وظاهر كلام المصنف وكثير من الأصحاب أن الخصى والمجبوب لا يجوز لهما النظر الى الاجنبية وهو صحيح وهو المذهب ، قال الأثرم استعظم الإمام أحمد دخول الخصيان على النساء

(٣) قوله « وللشاهد الخ » أى لتكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد =

النظر الى ما تدعو الحاجة الى نظره^(١) وللصبي المميز غير ذى الشهوة النظر الى ما فوق السرة وتحت الركبة^(٢) فان كان ذا شهوة فهو كذى المحرم^(٣) وعنه أنه كالأجنبي . وللمرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة^(٤) وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي . ويباح للمرأة النظر

== رحمه الله تعالى لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من تعامل المرأة في بيع أو إجارة ليعرفها بعينها ويرجع عليها بالدرك ، وإباحة النظر مقيد بالحاجة

(١) قوله « وللطيب الخ » وكذا لمسه حتى داخل الفرج لأنه عليه الصلاة والسلام لما حكم في بني قريظة فكان يكشف عن مؤترهم ، ولأنه موضع حاجة ، وظاهره ولو كان ذميا وفي الفروع : يجوز أن يستطب ذميا إذا لم يجد غيره

[فائدة] من ابتلى بخدمة مريض أو مريضة في وضوء أو استنجاء أو غيرهما فحكمه حكم التطيب في النظر واللمس نص عليه ، وكذا لو حلق عانة من لا يحسن حلق عانته نص عليه

(٢) قوله « وللصبي المميز الخ » هذا المذهب لأنه لا شهوة له أشبه الطفل ، ولأن المحرم للرؤية في حق البالغ كونه محلا للشهوة وهو معدوم هنا . وقال في الشرح الطفل غير المميز لا يجب الاستتار منه في شيء

(٣) قوله « فان كان الخ » هذا المذهب لأن الله تعالى فرق بين البالغ وغيره . بقوله ﴿ واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا ﴾ ولو لم يكن له النظر لما كان بينهما فرق ، وعنه كالبالغ لأنه في معنى البالغ في الشهوة .

[فائدتان] حكم بنت تسع حكم المميز ذى الشهوة على الصحيح من المذهب (الثانية) لا يحرم النظر الى عورة الطفل والطفلة قبل السبع ولا لمسها نص عليه .

(٤) قوله « وللرأة الخ » الصحيح من المذهب أنها لا تنظر منها إلا الى غير العورة سواء كانت مسلمة أو كافرة لان النساء الكوافر كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن محتجبن ولا أمرن بحجاب

على قوله « كالأجنبي » ، لقوله تعالى ﴿ أو نساكن ﴾ ينصرف الى المسلمات

من الرجل الى غير العورة^(١) وعنه لا يباح . ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة . ولا يجوز النظر الى احد من ذكرنا لشهوة . وليس كل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن الآخر ولمسه ، وكذلك السيد^(٢)

فصل

ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة^(٣) ولا التعريض بخطبة الرجعية^(٤) ويجوز في عدة الوفاة والبائن بطلاق ثلاث^(٥) . وهل يجوز في عدة البائن

(١) قوله « ويباح للرأة الخ » هذا المذهب لقول النبي ﷺ لفاطمة « اعتدى في بيت ابن أم مكتوم ، ولحديث عائشة رضی الله عنها أنها « كانت تنظر الى الحبشة وهم يلعبون بحراهم في المسجد والنبي ﷺ يستترها بردائه ، متفق عليهما . ولأنه لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب لئلا ينظرن اليهم على قوله « لشهوة » ومعنى الشهوة التلذذ بنظره وهذا بلا نزاع ، قال الشيخ تقي الدين ومن استحله كفر إجماعا

(٢) قوله « وكذلك السيد ، مع أمته أى حكم السيد مع أمته المباحة له حكم الرجل مع زوجته في النظر واللمس خلافا ومذهبها

[تنبيه] قول المصنف مع أمته فيه نظر لانه يدخل في عمومه أمته المزوجة والجوسية والوثنية ونحوهن ، وليس له النظر الى واحدة منهن ولمسها لما يذكر في موضعه ، والصحيح من المذهب أن أمته المزوجة له النظر منها الى غير العورة

(٣) قوله « ولا يجوز التصريح الخ » التصريح مالا يحتمل الا النكاح وهو محرم بالاجماع وسنده قوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾ ولانه لا يؤمن ان يحملها للحرص على النكاح الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(٤) قوله « ولا التعريض الخ » أى لا يجوز لانها في حكم الزوجات

(٥) قوله « ويجوز في عدة الخ » أى يجوز التعريض هذا بلا نزاع بتحريمها على زوجها كالفسخ بالرضاع أو اللعان للآية الكريمة ولحديث فاطمة بنت قيس فاما البائن بغير الثلاث كالمختلعة والبائن بفسخ لعيب أو اعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لانه مباح له نكاحها في عدتها

بغير الثلاث على وجهين (١) . والتعريض نحو قوله انى فى مثلك لراغب ولا تفوتينى بنفسك وتجيئه ما يرغب عنك وان قضى شىء كان ونحوهما . ولا يحل للرجل ان يخطب على خطبة أخيه ان أجيب (٢) وان رد حل (٣) وان لم يعلم الحال فعلى وجهين (٤) . والتعويل فى الرد والاجابة ان لم تكن مجبرة عليها (٥)

(١) قوله « وهل يجوز الخ » وهما روايتان إحداهما يجوز لعموم الآية وكالمطلقة ثلاثا وهذا المذهب والبائن بغير الطلاق الثلاث كالمختلعة والمطلقة على عوض وكذا البائن بفسخ لعنة او عيب ورضاع ونحوه لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾

[فائدة] المرأة فى الجواب للخاطب كهو فيما يحل ويحرم فيجوز للبائن التعريض فى الاجابة ويحرم التصريح

(٢) قوله « ولا يجوز للرجل الخ » هذا المذهب لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » متفق عليه ولان فيه ايقاع العداوة بين الناس وقال أبو حفص العكبرى هى مكروهة كانه ذهب الى قول احمد فى رواية صالح اكرهه ورد بان ظاهر النهى التحريم فعلى المذهب ان ارتكب النهى صح العقد كالخطبة فى العدة وعنه لا يصح اختاره ابو بكر كالبيع

(٣) قوله « وان رد حل » لما روت فاطمة بنت قيس « انها اتت النبي ﷺ فذكرت له ان معاوية و ابا جهم خطباها فقال النبي ﷺ اما معاوية فصعلوك لا مال له واما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه انكحى اسامة بن زيد » متفق عليه

(٤) قوله « وان لم يعلم الخ » أى لا يعلم هل اجيب أم لا . احدهما وهو الصحيح من المذهب يجوز لان الاصل عدم الاجابة ، والثانى لا يجوز لعموم النهى

[فائدة] قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ولو خطبت المرأة او ولها الرجل ابتداء فاجابها فينبغى ان لا يحل لرجل آخر خطبتها الا انه اضعف من ان يكون هو الخاطب ، ونظير الاولى ان تخطبه امرأة أو ولها بعد ان يخطب هو امرأة وهذا بمنزلة البائع على بيع أخيه قبل انعقاد العقد وذلك كله ينبغى ان يكون حراما

(٥) قوله « والتعويل الخ » هذا المذهب لانها احق بنفسها من ولها ولو =

وان كانت مجبرة فعلى الولي . ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة (١) وان يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود رضى الله عنه (٢) وان يقال للمتزوج بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما في خير وعافية . واذا زفت اليه قال اللهم اني

= اجاب الولي ورغبت هي عن النكاح كان الامر امرها وان كانت مجبرة فعلى الولي لانه يملك تزويجها بغير اختيارها فكان المعتبر به لا بها وفي المعنى اذا كرهت المجبرة المحاب واختارت غيره سقط حكم اجابته لان اختيارها مقدم على اختيار ولها (١) قوله « ويستحب الخ » لما روى أبو هريرة رضى الله عنه مرفوعا قال « أمسوا بالاملاك فانه أعظم للبركة » رواه أبو حفص

(٢) قوله « وأن يخطب الخ » وهذا المذهب ايضا وعليه الاصحاب والعمل عليه قديما وحديثا لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الحاجة وهو « ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغديه ونعوذ بالله من شرور انفسنا وسيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له واشهد أن لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله . ويقرأ ثلاث آيات اتقوا الله حق تقاته اتقوا الله الذى تساءلون به والارحام الله وقولوا قولوا سديدا الآيات » رواه احمد وابو داود والترمذى وحسنه . فان اخرت عنه جاز قال فى الانصاف ينبغى ان يقال مع النسيان

[فائدة] ظاهر كلام المصنف أنه لا يزيد على خطبة ابن مسعود وهو المذهب . وقيل يستحب ان يضيف اليها وانكحوا الايامى منكم الآية وقبلها ان الله أمر بالنكاح ونهى عن السفاح . وليست الخطبة واجبة عند احد من اهل العلم فيما علمنا الا داود فانه اوجها لما ذكرنا . ولنا ان رجلا قال للنبي ﷺ زوجها فقال ﷺ زوجها بزوجتك بما معك من القرآن متفق عليه . ولم يذكر خطبة ، وخطب الى ابن عمر رضى الله عنهما مولاة له فما زاد على ان قال انكحتك على ما امر الله تعالى امسك بمعروف أو تسريح باحسان . وقال جعفر بن محمد عن ابيه ان كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر . وروى أبو داود عن رجل من بنى سليم قال خطبت الى رسول الله ﷺ امامة بنت عبد المطلب فانكحني من غير ان يتشهد

أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه^(١)

باب أركان النكاح وشروطه

واركانه الايجاب والقبول^(٢). ولا ينعقد الايجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج^(٣)

(١) قوله « واذا زفت اليه الخ » هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ولفظه له عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مر فوعا ولفظه قال « اذا افاد أحدكم امرأة او خادما او دابة فليأخذ بناصيتها وليقل الخ »

(٢) قوله « فاركانه الخ » أى لأن ماهية النكاح مركبة منهما ومتوقفة عليهما

(٣) قوله « ولا ينعقد الخ » ومن ألفاظ القبول تزوجتها . اعلم ان الصحيح من المذهب ان النكاح لا ينعقد الا بالايجاب والقبول بهذه الالفاظ لا غير وعليه جماهير الاعجاب لورودهما في نص القرآن في قوله زوجناكها ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم . ولا تنعقد بغيرهما اذ العادل عنهما مع معرفته لها عادل عن اللفظ الذى ورد القرآن بهما مع القدرة وبما ذكرنا قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهرى وربيعة والشافعى . وقال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد تنعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتلميك وفي لفظ الاجارة عن ابى حنيفة روايتان . وقال مالك تنعقد بذلك اذا ذكر المهر . واحتجوا بان النبي ﷺ زوج رجلا امرأة فقال ملكتها بما معك من القرآن رواه البخارى . واجيب بان الخبر قد روى من غير وجه وورد فيه زوجتكها وزوجناكها وانكحتكها من طرق صحيحة والقصة واحدة والظاهر ان الراوى روى بالمعنى ظنا منه ان معناهما واحد فلا يكون حجة . وقال الشيخ تقي الدين ينعقد بما عداه الناس نكاحا باى لغة وفعل ولفظ كان وقال مثله كل عقد وقال الشرط بين الناس ما عدوه شرطا فالاسماء تعرف حدودها تارة بالشرع وتارة باللغة وتارة بالعرف وكذلك العقود انتهى . قال فى الانصاف قال ابن خطيب السلامة فى نكته على المحرر ومن خطه نقلت: الذى عليه اكثر العلماء ان النكاح ينعقد بغير لفظ الانكاح والتزويج قال وهو المنصوص عن أحمد وقياس مذهبه وعليه قدام أصحابه فان احمد نص فى غير موضع على انه ينعقد بقوله جعلت عتقك صداقك وليس فى هذا لفظ انكاح ولا تزويج ولم ينقل احد عن احمد انه خصه بهذين اللفظين . وأول من قال من أصحاب احمد فيما علمت =

بالعربية لمن يحسنهما^(١) أو بمعناها الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما . فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه في أحد الوجهين^(٢) . والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح أو ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن ، فان اقتصر على قول قبلت أو قال الخاطب للولي ازوجت قال نعم وللمتزوج أقبلت قال نعم صح^(٣) ذكره الخرقى . ويحتمل ان لا يصح . وان تقدم القبول الايجاب لم يصح^(٤) وان

= انه يختص بلفظ الانكاح والتزويج ابن حامد وتبعه على ذلك القاضي ومن جاء بعده لسبب انتشار كتبه وكثرة أصحابه واتباعه وقال في الفائق قال شيخنا قياس المذهب صحته بما تعارفاه نكاحا من هبة وتمليك ونحوهما اخذا من قول أحمد اعتقتك وجعلت عتقك صداقك قال في الفائق وهو المختار . وسئل الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى عن رجل لم يقدر ان يقول الا قبلت تجوزها بتقديم الجيم فاجاب بالصحة بدليل قوله جوزتني طالق فانها تطلق . قال في الانصاف يكتفى منه بقوله قبلت ويكون هو المذهب

(١) قوله « بالعربية لمن يحسنهما » الصحيح من المذهب انه لا ينعقد الا بالعربية لمن يحسنهما وهذا احد أقوال الشافعى . وعند أبي حنيفة ينعقد لانه اتى بلفظه الخاص فانهقد به كما ينعقد بالعربية واختار المصنف انعقاده بغيرها واختاره الشارح ايضا قال وما قاله أبو حنيفة اقيس قياسا على سائر العقود وما ذكره من تعذر الشهادة على غير العربية ملغى بما اذا لم يحسن العربية واختاره ايضا الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق وغيرهم وجزم به في التبصرة

(٢) قوله « فان قدر الخ » يعنى اذا قلنا لا تنعقد الا بالعربية لمن يحسنها . احدهما لا يلزمه تعلمها وتنعقد بلسانه بمعناها الخاص وهو المذهب ، لان النكاح عقد معاوضة فصح بغير العربية كماجز

(٣) قوله « فان اقتصر الخ » ما ذكره الخرقى هو المنصوص وهو المذهب ونصره الاصحاب اما الاول فلانه صريح في الجواب فصح النكاح كالبيع وأما فى الثانية فلان المعنى نعم زوجت نعم قبلت هذا التزويج . وقال الشافعى لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتى ويقول الزوج قبلت هذا التزويج

(٤) قوله « فان تقدم الخ » هذا المذهب نص عليه . وقال أبو حنيفة =

تراخى عنه صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه^(١) فان تفرقا قبله بطل
الايجاب^(٢) وعنه لا يبطل

فصل

وشروطه خمسة: أحدها تعيين الزوجين^(٣) فلو قال زوجتك ابنتي وله بنات

= وماك والشافعي يصح فيهما جميعا لانه قد وجد الايجاب والقبول فصح كما لو
تقدم الايجاب . ولنا ان القبول انما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم
معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام

(١) قوله « ولم يتشاغلا الخ » يعنى في العرف

(٢) قوله « فان تفرقا الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب لانه لا يوجد معناه
فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا . وعنه لا يبطل . وعنه
لا يبطل مع غيبة الزوج قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أخذت هذه الرواية
من قوله في رواية أبي طالب في رجل مشى اليه قوم فقالوا زوج فلانا فقال زوجته
على ألف فرجعوا الى الزوج فاخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا قال نعم
فاشكل هذا النص على الاصحاب فقال القاضى هذا حكم بصحته بعد التفرق قال وهذا
محمول على انه قد كان وكل من قبل العقد عنه ثم اخبر بذلك فامضاه ووده ابن عقيل
وقال رواية أبي طالب تعطى أن النكاح الموقوف صحيح قال الشيخ تقي الدين رحمه
الله تعالى قد احسن ابن عقيل

[فوائد] : (الاولى) اذا عقد النكاح هازلا ار تلجئة صح ولزم وهذا المذهب
لقوله ﷺ ثلاث هن لمن جد وجد هن جد الطلاق والنكاح والرجعة، رواه الترمذى
وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو اعتق لاعبا
جاز ، قال عمر رضى الله عنه اربع جائزات اذا تكلم بهن الطلاق والعاق والنكاح
والنذر .

(الثانية) ينعقد نكاح الاخرس باشارة مفهومة نص عليه وكذا بكتابة
ذكره الاصحاب

(الثالثة) لا يثبت الخيار في النكاح ، وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار
الشرط ، بغير خلاف نعله

(٣) قوله « أحدها تعيين الزوجين » أى لان كل عاقد ومعقود عليه يجب =

لم يصح حتى يشير إليها أو يسميها أو بصفقتها بما تتميز به^(١) وان لم يكن له إلا ابنة واحدة صح ، ولو قال ان وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لم يصح^(٢).

== تعيينهما كالمشترى . فعلى هذا لو خطب امرأة فوجب له النكاح في غيرها فقبل يظنها مخطوبته لم يصح وهذا الصحيح نص عليه

(١) قوله « فان قال زوجتك الخ » اذا كانت المعقود عليها غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فان سماها كان تاكيذا فان كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فان سماها مع ذلك كان تاكيذا فان كانت له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما بنويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حفص ، وقال القاضي يصح في التي نويها ، وهذا غير صحيح لوجهين أحدهما انهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه الثاني انه لا يصح النكاح حتى يذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فان اسم اختها لا يميزها بل يصرفه عنها

[فائدة] اذا كان الولي يريد الكبرى والزوج يريد الصغرى لم يصح كما اذا خطب امرأة وزوج غيرها لان القبول انصرف الى من وجد الايجاب منه ويحتمل ان يصح اذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فعلى الاول لا يصح التزوج لعدم النية منهما في التي تناولها لفظهما وعلى الاحتمال يصح في المعينة في اللفظ

(٢) قوله « وان قال ان وضعت الخ » هذا الصحيح لانه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط وكذا لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية

[فائدة] اذا خطب امرأة فزوج غيرها مثل ان يخطب رجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد انها التي خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه فلو علم الحال بعد ذلك فرضى لم يصح ولا ينقلب النكاح صحيحا فان أصابها وهي جاهلة بالحال أى بانها سميت بعد ان خطب غيرها أو جاهلة بالتحريم فلها مهر المثل لانه =

فصل

الثاني رضا الزوجين^(١)، فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح الا الاب^(٢) له

== وطء شبهة ويرجع به الواطئ على ولها قال الامام أحمد رحمه الله تعالى لانه غره وتجهز اليه استحبابا التي خطبها بالصداق الاول يعنى بعقد جديد بعد انقضاء عدة التي أصابها ان كانت بمن يحرم الجمع بينهما كاخت أو عمة أو خالة ونحوه، وان ولدت المصابة لحقه الولد وان علمت انها ليست زوجة وانها محرمة عليه وامكنته من نفسها فهي زانية لا صديق لها وعليها الحد لا انتفاء الشبهة وهذا المذهب في ذلك (١) قوله «الثاني رضا الزوجين، رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لان العقد لهما فاعتبر تراضيهما كالبيع

(٢) قوله «إلا الأب، اعلم أن في تزويج الاب أولاده عشر مسائل (احداها) أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ والكبار المجانين فله تزويجهم سواء أذنوا أو لا رضوا أم لا بهر المثل أو بزيادة على الصحيح من المذهب قال في الشرح أما الغلام العاقل فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في ان لا ييه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهو قول الحسن والزهرى وقتادة ومالك والثورى والأوزاعى وإسحاق والشافعى وأصحاب الرأى لما روى ان ابن عمر رضى الله عنهما زوج ابنه وهو صغير فاخصموا الى زيد فاجازاه جميعا رواه الاثرم. وذكر القاضى فى اجبار مراهق عاقل نظرا قال فى الانصاف الصواب عدم اجباره. واما المعتوه اذا كان يخفق فى بعض الاحيان لم يجز تزويجه الا باذنه على الصحيح. وليس للابن الصغير اذا زوجه أبوه خيار اذا بلغ على الصحيح من المذهب. وللاب قبول النكاح للجنون والصغير وله ان يفوضه الى الصغير قال فى الفروع ان صح بيعه وطلاقه قال فى المغنى والشرح فان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه

(الثانية) أولاده الذكور البالغون العاقلون ليس له تزويجهم بغير اذنهم بلا نزاع (الثالثة) ابنته البكر التي لها دون تسع سنين فله تزويجها بغير اذنها ورضاها بلا نزاع وحكاه ابن المنذر اجماعا اذا زوجها من كفؤ وقالت عائشة رضى الله عنها تزوجنى النبي ﷺ وانا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع متفق عليه ومعلوم انها لم تكن فى تلك الحال بمن يعتبر اذنها

تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الابكار بغير اذنهم ، وعنه لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين الا باذنها . وهل له تزويج الثيب الصغيرة ؟ على وجهين . والسيد

(الرابعة) البكر التي لها تسع سنين فزيد الى ما قبل البلوغ له تزويجها بغير اذنها على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب ، وعنه لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين الا باذنها قال الشريف أبو جعفر وهو المنصوص عن أحمد قال الزركشي وهي اظهر . واختار أبو بكر والشيخ تقي الدين عدم اجبار بنت تسع سنين بkra كانت أو ثيبا قال في رواية عبد الله اذا بلغت الجارية تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره الا باذنها

(الخامسة) البكر البالغة وفيها روايتان إحداهما له اجبارها وهو الصحيح من المذهب وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب . والثانية ليس له ذلك اختارها أبو بكر والشيخ تقي الدين قال في الفائق وهو الأصح قال الزركشي وهي أظهر وقدمه ابن رزين في شرحه وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وابن ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن . فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها قال أن تسكت ، متفق عليه وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس ان جارية بkra أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ . ووجه الأولى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر واذنها صماتها ، رواه أبو داود فلما قسم النساء قسمين واثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها ، ودل الحديث على أن الاستمارة والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب

(السادسة) البكر المجنونة له اجبارها مطلقا على الصحيح من المذهب

(السابعة) الثيب المجنونة الكبيرة له اجبارها على الصحيح من المذهب

(الثامنة) الثيب العاقلة التي لها تسع سنين فكثر ولم تبلغ له اجبارها على الصحيح من المذهب وقيل لا يجوز وهو ظاهر الخرقى واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضى ومذهب الشافعى لعموم الأخبار

له تزويج امائه الابكار والثيب (١) وعبيده الصغار (٢) بغير اذنهم . ولا يملك اجبار عبده الكبير (٣) ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضا . ولا يجوز لسائر الاولياء تزويج كبيرة الا باذنها (٤) الا المجنونة لهم تزويجها اذا ظهر منها الميل

(التاسعة) الثيب العاقلة التي لها دون تسع سنين له اجبارها على الصحيح من المذهب

(العاشرة) الثيب البائنة العاقلة ليس له اجبارها بلا نزاع ، وهو قول عامة أهل العلم الا الحسن لما روى البخارى وغيره ان الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن اباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فانت رسول الله ﷺ فرد نكاحه ، قال ابن عبد البر هذا الحديث يجمع على سحته والقول به ، ولا نعلم مخالفا له الا الحسن

(١) قوله « والسيد الخ » لا نعلم خلافا في أن السيد اذا زوج امته بغير اذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكرا صغيرة أو كبيرة ، ولذلك ملك الاستمتاع بها ، وهذا فارقت العبد والمدبرة والملق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة وقال مالك آخر أمره . ليس له تزويج أم ولده بغير اذنها وكرهه ربيعة

[فائدة] مراد المصنف وغيره من اطلق هنا غير المكاتبه فانه ليس له اجبارها على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وفي مختصر ابن رزين له اجبارها [فائدة] لو كان نصف الأمة حرا ونصفها رقيق لم يملك مالك الرق اجبارها على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وعبيده الصغار » يعنى له تزويجهم بغير اذنهم وهو المذهب نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم

(٣) قوله « ولا يملك الخ » يعنى العاقل وهذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعى فى أحد قولييه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقوله تعالى ﴿ وانكحوا الأيامى منكم ولنا أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحجر

[فائدة] المهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لا وسواء باشر العقد بنفسه أو أذن لعبده فعقده نص عليه

(٤) قوله « ولا يجوز لسائر الخ » ليس لسائر الاولياء غير الآب تزويج =

الى الرجال وليس لهم تزويج صغيرة بحال^(١)، وعنه لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت، وعنه لهم تزويج ابنة تسع سنين باذنها^(٢) واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات. ولا فرق بين الثيوبه بوطء مباح أو محرم، فأما زوال البكارة باصبع أو وثبة فلا يغير صفة الاذن

== كبيرة بغير اذنها جدا كان او غيره وهذا المذهب وبه قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي الا في الجد فانه جعله كالأب لان ولايته ولاية ايلاد ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » الحديث متفق عليه، ولأن الجد قاصر عن الأب فلم يملك الاجبار كالعلم

(١) قوله « وليس لهم الخ » هذا لإحدى الروايات، لما روى ابن قدامة بن مظعون زوج ابنة اخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال « انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » والصغيرة لا اذن لها، وعنه لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبي حنيفة، وقال هؤلاء غير أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلهما الخيار اذا بلغا لقوله تعالى ﴿ وان خفتن ان لا تقسطوا في اليتامى ﴾ الآية مفهومه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة واليتيمة التي لم تبلغ لقوله ﷺ « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى ﴿ وان خنتن ان لا تقسطوا في اليتامى ﴾ قالت يا ابن اختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يعجبها مالها وجمالها يريد ان يتزوجها بغير ان يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا عن نكاحهن الا ان يقسطوا فهن ويبلغوا أعلى ساتهن في الصداق. متفق عليه

(٢) قوله « وعنه الخ » اعلم أن هذه الرواية مفرعة على ان ابنة تسع هل لها اذن معتبر اولا والصحيح من المذهب المنصوص ان لها اذنا معتبرا فتكون هذه الرواية هي المذهب وهو كذلك لقول رسول الله ﷺ « تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكتت فهو اذنها وأن ابنت فلا جواز عليها » رواه أبو داود

على قوله « بوطء مباح أو محرم » وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور وحكمها حكم البكر في اذنها وتزويجها

فصل

الثالث الولي ، فلا نكاح الابولى (١) فان زوجته المرأة نفسها أو غيرها لم يصح وعنه لها تزويج أمتها ومعتقتها (٢) فيخرج منه صحة تزويج نفسها باذن وليها

(١) قوله « فلا نكاح الابولى » هذا المذهب وبه قال عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصرى وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبي ليلى والعترة والشافعى وإسحاق وجمهور أهل العلم قال ابن المنذر لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك لما روى أبو موسى الأشعري ان النبي ﷺ قال « لا نكاح الابولى » رواه الخمسة وصححه ابن المدينى وهو لئى الحقيقة الشرعية بدليل ما روى سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل لا ولى له » رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه وعنه ليس الولي بشرط مطلقا وخصها المصنف وجماعة بالعدر كهدم الولي فالسلطان ، وعنه لها ان تأمر رجلا بزوجها وعن أبي حنيفة أنه لا يعتبر الولي مطلقا وعن مالك يعتبر الولي فى الرفيعة دون الوضيعة واجيب عنه بأن الادلة لم تفصل

(٢) قوله « وعنه لها الخ » اى لأن الولاية لها عليها فوجب استصحابها ولأن الولاء كالمالك .

[فائدة] فعلى المذهب يزوج أمتها بأذنها من يزوجها على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يزوجها اى رجل اذنت له هذا اذا كانت رشيدة فاما المحررة فيزوج أمتها وليها فى مالها خاصة قاله فى المغنى والشرح وغيرهما وقطعوا به وعلي المذهب اذا زوجها وليها بأذنها فلا بد من نطقها بالأذن ثيبا كانت أو بكرا وعلي المذهب لو زوجت بغير اذن وليها فهو نكاح الفضولى وفيه طريقتان أحدهما فيه الخلاف الذى فى تصرف الفضولى على ما تقدم فى البيع ، والصحيح من المذهب البطلان هناك فكذا هنا . والطريق الثانى القطع ببطلانه فعلى القول بفساد النكاح وهو المذهب لا يحل الوطء فيه وعليه فراقها فان ابى فسخه الحاكم فان وطئ فلا حد عليه على الصحيح من المذهب

وتزويج غيرها بالوكالة والأول المذهب . وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة
أبوها ثم أبوه وان علا ثم ابنها ثم ابنه وان نزل (١) ثم أخوها لا بويها ثم
لايها (٢) ، وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخ وبين الاخ
للأبوين والأخ للاب ثم بنو الاخوة وان سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الاقرب

[فائدة] لو حكم بصحته حاكم لم ينقض على الصحيح من المذهب قدمه في المعنى
والشرح وغيرهما

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف في قوله وعنه لها تزويج معتقتها ان المعتقة كالامة
وهو صحيح وهو المذهب واختاره الشيخ تقي الدين وعنه لا تلى نكاح المعتقة فعلى
الأولى ان طلبت واذنت زوجها فلو عضلت زوج ولها وعلى الثانية تزوجها بدون
اذنها أقرب عصبتها ثم السلطان

على قوله « باذن ولها » . وبه قال أبو ثور أخذاً بمفهوم قوله « أيما امرأة
تكحت بغير اذن ولها » ، واجيب عنه بحديث أبي هريرة مرفوعاً « لا تزوج المرأة المرأة
ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها » رواه ابن ماجه والدارقطني
(١) قوله « وأحق الناس الخ » ، هذا المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور
عن أبي حنيفة وقال مالك والعبدي وأبو يوسف وإسحاق وابن المنذر الابن اولى
لأنه اولى منه بالميراث وأقوى تعصياً لأنه يسقط تعصيب جده . ولنا أن الولد
مهوروب لايه قال تعالى ﴿ ووهبنا له يحيى ﴾ وقال ابراهيم ﴿ الحمد لله الذي وهب لي
على الكبر اسماعيل وإسحاق ﴾ وقال ﷺ ﴿ أنت ومالك لأبيك » ، وعنه يقدم الابن
وابنه على الجد .

(٢) قوله « ثم أخوها الخ » ، لا خلاف في تقديم الأخ بعد عمودى النسب .
واختلفت الرواية عن أحمد في الأخ للأبوين والأخ للاب اذا اجتمعا فعنه انهما
سواء اختارها الخرقى وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم وهو المذهب عند
المقدمين قال الزركشي وهو المذهب عند الجمهور لأنهما استويا في الادلاء بالجهة
التي تستفاد بها العصوية وهي جهة الأب وانما رجح في الميراث بجهة الأم ولا مدخل
لها في العصوبة . والثانية الأخ من الأبوين أولى ، وهذا المذهب عند المتأخرين
واختاره جماعة منهم المصنف والشارح وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في
الجديد لأنه حق يستفاد بالعصيب فقدم فيه كالميراث

فالأقرب من العصابات على ترتيب الميراث ثم المولى المنعم^(١) ثم عصابته من بعده الأقرب فالأقرب ثم السلطان^(٢) . فاما الامة فوليا سيدها^(٣) فان كانت لامرأة فوليا ولي سيدتها ولا يزوجها الا باذنها . ويشترط في الولى الحرية^(٤)

[فائدة] وكذا الحكم في اولاد الاخوة من الابوين والاب والاعمام من الابوين والاب واولادهم وهلم جرا

(١) قوله « ثم المولى الخ » ، يعنى اذا لم يكن للمرأة عصبته من نسبها فوليا مولاهما يزوجها ولا نعلم خلافا في أن العصبه أولى منه

(٢) قوله « ثم السلطان » ، هذا المذهب لانعلم خلافا بين أهل العلم في ان للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم لقوله ﷺ « السلطان ولى من الاولى له » ، رواه أبو داود والسلطان هنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه . واختلفت الرواية في والى البلد فعنه يزوج لأنه ذو سلطان فيدخل في العموم وعنه لا يزوج

[فائدة] قال الزركشى ان لم يكن للمرأة ولى فعنه وهو ظاهر كلام الأصحاب لا بد من الولى مطلقا حتى قال القاضى أبو يعلى الصغير فى رجل وامرأة فى سفر ليس معها ولى ولا شهود لا يجوز ان يتزوج بها وان خاف الزنا بها . قلت وليس بظاهر مع خوف الزنا . وعنه والى البلد أو كبيره يزوج اختاره الشيخ تقي الدين وقدمه فى النظم قال فى الفروع والصحيح ما نقل عن أحمد وغيره يزوجها ذو السلطان فى ذلك المكان كالعضل وان تعذر وكلت

على قوله « ثم السلطان » ، فعلى هذا اذا استولى أهل البغى على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضهم فى ذلك جرى الامام وقاضيه لأنه جرى مجراه فى قبض الصدقات والجزية والخراج فكذلك فى هذا

[فائدة] لا ولاية لغير العصابات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام وأبى الام ونحوهم نص عليه فى مواضع وهو قول الشافعى واحدى الروايتين عن أن حنيفة ، وعن أبى حنيفة أن ذوى الأرحام من الأولياء فاذا لم يكن ثم ولى أو كان موجودا أو عضل انتقل الأمر الى السلطان

(٣) قوله « فاما الامة » ، هذا بلا نزاع ولو كان فاسقا أو مكاتبا وتقدم أن

لسيدها ان يجبرها الا أن تكون مكاتبة على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « ويشترط فى الولى الحرية » ، هذا الصحيح من المذهب

والذكورية واتفاق الدين والعقل . وهل يشترط بلوغه وعده الله ؟ على
«روایتین»^(١) . فان كان الأقرب طفلا أو كافرا أو عبدا زوج الأبعد وإن
عضل الأقرب زوج الأبعد^(٢) ، وعنه يزوج الحاكم ، وإن غاب غيبة منقطعة
زوج الأبعد^(٣) وهي ما لا تقطع الا بكلفة ومشقة في ظاهر كلامه ، وقال

(١) قوله « وهل يشترط بلوغه الخ » أحدهما يشترط بلوغه وهي المذهب
قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم وهذا قول الثوري والشافعي وإسحاق وابن
المنذر وأبي ثور . وعنه إذا بلغ عشرين زوج . أما اشتراط العدالة فاطلق المصنف فيها
الروایتين إحداهما تشترط وهو المذهب قال أحمد إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي
هو ابن الجعد استقبل النكاح وهذا قول الشافعي لما روى عن ابن عباس انه قال
لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد . والثانية ليست شرطا وهو قول مالك
هو أبي حنيفة وأحد قول الشافعي لأنه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على
غيره كالعدل .

(٢) قوله « وإن عضل الأقرب الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر
الأصحاب وعنه ينتقل الى السلطان وهو اختيار أبي بكر ، وذكر ذلك عن عثمان
وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي
له » . ولنا أنه تعذر من جهة الأقرب فلعله الأبعد كما لو جن ، ولأنه يفسق بالعضل
فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم والحديث حجة لنا لقوله السلطان ولي من
لا ولي له ، وهذه لها ولي

[فائدة] العضل منع المرأة التزويج بكفوها إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما
في صاحبه سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه قاله الأصحاب وبه قال الشافعي
وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم
في ذلك عارا وضررا على نساءها لنقص مهر مثلهن . ولنا أن المهر خالص حقا أو
عوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها قال الشيخ تقي الدين ومن صور العضل
إذا امتنع الخطاب لشدة الولي

(٣) قوله « ولذا غاب غيبة منقطعة الخ » الكلام في هذه المسئلة في أمرين
أحدهما ان الأقرب اذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد دون الحاكم ، وبهذا قال أبو
حنيفة وقال الشافعي يزوج الحاكم . الثاني في الغيبة المنقطعة . والصحيح من المذهب =

الخرقي ما لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه، وقال القاضي ما لا تقطعه القافلة في السنة الا مرة، وعن أحمد رحمه الله اذا كان الاب بعيد السفر زوج الأبعد فيحتمل انه أراد ما تقصر فيه الصلاة. ولا يلي كافر نكاح مسلمة. بحال الا اذا أسلمت أم ولده في وجه^(١) ولا يلي مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة أو ولي سيدتها أو السلطان. ويلي الذي نكاح موليته الذمية من الذي^(٢) وهل يليه من مسلم؟ على وجهين^(٣)، فاذا زوج الأبعد من غير عذر للاقرب

= انها ما لا تقطع الا بكافة ومشقة نص عليه قال المصنف وهذا الصحيح ان شاء الله فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف هنا فيرد الى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة به بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب والصحيح من المذهب أيضا أنها تكون فوق مسافة القصر لانه من دون ذلك في حكم الحاضر

[فائدة] اذا كان الاقرب أسيرا أو محبوسا في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته أو تتعذر أى تتعسر مراجعته أو كان غائبا لا يعلم محله اقرب هو أو بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه أو كان مجهولا لا يعلم انه عصبتة فزوج الأبعد صح

(١) قوله « ولا يلي كافر الخ » هذا المذهب وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي لأنه ليس له ولاية على المسلمة . قال ابن المنذر أجمع على هذه كل من نحفظ عنه من أهل العلم

[فائدة] ظاهر كلام المصنف أن الذي لا يلي نكاح مكاتبته ومدبرته وهو أحد الوجهين والصحيح من المذهب أنه يلي نكاح مكاتبته ومدبرته وأم ولده اذا أسلمن . وظاهر كلامه أيضا أنه لا يلي نكاح ابنته المسلمة وهو صحيح وهو المذهب

(٢) قوله « ويلي الذي الخ » هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب لأنه مساو لها فوليها كالمسلم

(٣) قوله « وهل يليه الخ » أحدهما يليه وهو المذهب وهو قول أبي حنيفة للآية والمساواة ، والثاني لا يزوجه الا الحاكم

[فائدة] يشترط في الذي اذا كان وليا الشروط المعتبرة في المسلم

أو زوج أجنبي لم يصح^(١) وعنه يصح ويقف على إجازة الولي^(٢). ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه^(٣) وان كان حاضرا ، ووصيه في النكاح

(١) قوله « واذن زوج الأبعد الخ » هذا المذهب بلا ريب وبه قال الشافعي وقال مالك يصح ، فعلى المذهب العقد فاسد لا يقف على الإجازة . وكذلك اذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل نص عليه في مواضع وهو أصح الروايتين عنه ، وهو قول الشافعي وأبي عبيد وابن ثور لقوله ﷺ « ايما امرأة الخ »

(٢) قوله « وعنه يصح الخ » أي فان اجازته جاز والافسد . قال أحمد في صغير زوجه عمه فان رضى به في وقت من الأوقات جاز وان لم يرض فسخ . واذن زوجت اليتيمة فلها الخيار اذا بلغت . وقال اذا تزوج العبد بغير اذن سيده ثم علم فان شاء ان يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فان اذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروى ذلك في النكاح بغير ولى عن علي بن أبي طالب وابن سيرين والقاسم والحسن بن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روى « أن جارية بكرت انت النبي ﷺ فذكرت له أن أباه زوجها وهي كارهة فغيرها النبي ﷺ » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وروى « ان فتاة جاءت الى النبي ﷺ فقالت ان ابى زوجنى من ابن اخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الأمر اليها ، ولنا قوله ﷺ « ايما امرأة الخ » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا ان أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر . وأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل رواه الناس عن عكرمة عن النبي ﷺ ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود . ثم يحتمل ان هذه المرأة هي التي قالت ان أبى زوجنى من ابن اخيه ليرفع بي خسيسته فتخيرها لتزويجها من غير كفوها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح فعلى المذهب ان وطئ الزوج فيه فلا حد عليه لأنه نكاح مختلف فيه

[فائدة] اذا ادعت المرأة انها خلية وان لا ولى لها زوجت . ذكره الشيخ تقي الدين

(٣) قوله « ووكيل كل واحد ، الصحيح من المذهب جواز الوكالة في النكاح وجواز توكيل الولي سواء كان مجبرا أو غير مجبر أبا كان أو غيره باذن الزوجة =

بمنزلته^(١)، وعنه لا تستفاد ولاية النكاح بالوصية ، وقال ابن حامد لا يصح إلا أن لا يكون له عصبة . وإذا استوى الأولياء في الدرجة صح التزويج من

= وبغير اذنها وهو ظاهر كلام المصنف لأنه روى أنه عليه السلام وكل أبا رافع في تزويج ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة

[فوائده] يجوز التوكيل مطلقا ومقيدا ، فالمطلق مثل أن يوكله في تزويج من يرضاه أو من شاء ونحوهما ، والمقيد مثل أن يوكله في تزويج رجل بعينه ونحوه وهذا المذهب نص عليه

(الثانية) يثبت للوكيل ما يثبت للموكل فإن كان الولى مجبرا كان ذلك لو كيله وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى المراجعة

(الثالثة) يشترط في وكيل الولى ما يشترط في الولى على الصحيح من المذهب فلا يصح أن يكون الوكيل فاسقا ونحوه وهو من مفردات المذهب ، وقيل يصح توكيل فاسق وعبد ومميز ، ولا يشترط في وكيل الزوج عدالته على الصحيح من المذهب .

(الرابعة) ليس للوكيل المطلق ان يتزوجها لنفسه فان فعل فهو كزوج الفضولى على ما تقدم ، وحكى ابن أبى موسى انه اذا اذن له الولى فى التوكيل فوكل غيره فزوجه صح ، وأما من ولايته بالشرع كالولى والحاكم وأمينه فله ان يزوجه نفسه

(الخامسة) يعتبر أن يقول الولى أو وكيله لو كليل الزوج زوجت فلانة لفلان أو زوجت موكلك فلانا فلانة ولا يقول زوجتها منك ويقول الوكيل قبلت تزويجها أو نكاحها لفلان فان لم يقل لفلان فوجهان قال فى الرعاية ان قال قبلت هذا النكاح ونوى انه قبله لموكله صح قلت يحتمل ضده

(١) قوله « ووصيه فى النكاح الخ ، هذا المذهب وهذا قول الحسن وحماد ابن أبى سليمان ومالك . وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثورى والشعبي والنخعى والحارث العكلى وأبو حنيفة والشافعى وابن المنذر . ولنا انها ولاية ثابتة للأب فجازت الوصية بها كولاية المال ، فعلى هذا تجوز الوصية من كل ذى ولاية سواء كان مجبرا كالآب وغير مجبر كالآخ ووصى كل واحد يقوم مقامه فان كان الولى له الأيجاب كان ذلك لو وصيه وان كان يحتاج الى اذنها فوصيها كذلك

كل واحد منهم ، والاولى تقديم أفضلهم ثم أسنهم ، وان تشاحوا أقرع بينهم فان سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح في أقوى الوجهين^(١) وان زوج اثنان ولم يعلم السابق منهما فسخ النكاح^(٢) ، وعنه يقرع بينهما فن قرع أمر الآخر بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه ، واذا زوج عبده الصغير من

(١) قوله « فان سبق غير الخ ، وهذا المذهب لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية كالمفرد وانما القرعة لازالة المشاحة

[تنبيه] محل الخلاف اذا اذنت لهم فاما ان اذنت لواحد منهم تعين ولم يصح نكاح غيره على المذهب ، وعنه ان اجازه من عينته صح

(٢) قوله « وان زوج اثنان الخ ، أى اذا زوجها اثنان لاثنين باذنها وعلم السابق فالنكاح له في قول اكثرهم لما روى الحسن عن سمرة مرفوعا قال « ايما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما » رواه الخمسة وحسنه الترمذى وروى عن على أنه قال ان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما بغير طلاق ولا عليه مهر مثلها اختاره الخرقى وهو الصحيح ، وقال أبو بكر لها المسمى قال القاضى هو قياس المذهب وان لم يعلم الأول فسخ النكاح أى يفسخه الحاكم وهذا المذهب لان كل واحد منهما يمتثل ان يكون نكاحه هو الصحيح والجمع متعذر ، وقال القاضى يفسخه كل واحد من الزوجين وعن أبى بكر يطلقانها قال فى الانصاف وهذا احوط . وعنه يقرع بينهما اختارها النجاد والقاضى فى التعليق والشريف وأبو الخطاب والشيرازى فعلى هذه الرواية من قرع منهما جدد نكاحه باذنها وهو الصحيح ، وعنه هى للقارع من غير تجديد عقد اختاره أبو بكر النجاد ، قال الزركشى هذا ظاهر كلام الجمهور واختاره الشيخ تقي الدين ومال اليه فى القواعد الفقيهية فعلى القول بأنه يجدد نكاحه قال المصنف ينبغى أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت القرعة بل لها ان تزوج من شاءت منهما ومن غيرهما قال الشيخ تقي الدين وليس هذا بجيد فاما على هذا القول اذا أمرنا المقروع بالفرقة وقلنا لها أن لا تزوج القارع حلت منهما فلا يبقى بين الروايتين فرق ولا يبقى للقرعة اثر أصلا بل تكون لغوا وهذا تخليط وانما على هذا القول يجب أن يقال هى زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكنها ولو مات ورثته لكن لا يطاق حتى يجدد العقد فيكون تجديد العقد محل الوطء فقط هذا قياس المذهب

أتمه جاز أن يتولى طرفي العقد^(١) ، وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها فله أن يتولى طرفي العقد^(٢) ، وعنه لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد الطرفين^(٣) . وإذا قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح^(٤) ، فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف

[فوائده] لو علم السبق ونسى السابق فالصحيح من المذهب اجراء الخلاف فيها كالتى قبلها

(الثانية) ومنها لو اقرت المرأة لأحدهما لم يقبل على الصحيح من المذهب
(الثالثة) اذا أمر غير القارع بالطلاق فطلق فلا صداق عليه

(١) قوله « واذا زوج عبده الصغير الخ ، هذا بلا نزاع لأنه ملكه بحكم الملك والولاية

(٢) قوله « وكذلك ولي المرأة الخ ، يعنى يجوز له ان يتولى طرفي العقد وهذا المذهب لقول عبد الرحمن بن عوف لام حكيم بنت قارض اتجعلين أمرك الى قالت نعم قال قد تزوجتك رواه البخارى تعليقا ، ولأنه عقد وجد فيه الايجاب والقبول فصح كما لو كانا من رجلين والأشهر أنه يكفى الايجاب فيقول زوجت فلانا فلانة أو تزوجتها ان كان هو الزوج لفعل عبد الرحمن وهو الصحيح من المذهب
[فائدة] من صور تولى الطرفين لو وكل الزوج الولي أو الولي الزوج أو وكلا واحدا

[فائدة] لا يجوز لولي المجبرة كبننت عمه المجنونة وعتيقته المجنونة نكاحها بلا ولي غيره أو حاكم قال الزركشى لا يجوز بلا نزاع
(٣) قوله « وعنه لا يجوز الخ ، أى لأن المغيرة بن شعبة خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه رواه البخارى تعليقا

[فائدة] اذا اذنت له في تزويجها ولم يعين الزوج لم يجز أن يزوجهما نفسه على المذهب لأن اطلاق الأذن يقتضى تزويجها غيره ويجوز له ان يزوجهما لولده ووالده واخيه ونحوهم اذا كان كفوا

(٤) قوله « واذا قال السيد الخ ، هذا المذهب لما روى انس ان النبي ﷺ اعتق صفيه وتزوجها فقال له ثابت ما أصدقها قال نفسها اعتقها وتزوجها متفق عليه وفي لفظ للبخارى وجعل عتقها صداقها ورواه الأثرم عن علي وفعله انس

قيمتها^(١)، وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها باذنها فان أبت ذلك فعليها قيمتها

فصل

الرابع الشهادة ، فلا يتعقد الا بشاهدين^(٢) عدلين^(٣)

(١) قوله « فان طلقها الخ » هذا بلا نزاع ونقله الجماعة ، لكن اذا لم تكن قادرة فهل تنتظر القدرة او تستسعى فيه روايتان منصوصتان اصلهما المفلس اذا كان له حرفة هل يجبر على الاكتساب على الروايتين فيه وتقدم في باب الحجر ان الصحيح من المذهب انه يجبر فيكون الصحيح من المذهب انها تستسعى

(٢) قوله « الرابع الشهادة الخ » هذا المذهب احتياطا للنسب وخوف الانكار فهو شرط لصحة النكاح روى ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعنه يصح بغير شهود فعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والغبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك اذا اعلنوه قال الامام أحمد وغيره ليس عن النبي ﷺ في الاشهاد على النكاح حديث صحيح قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، ولنا ما روت عائشة مرفوعا « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » رواه ابن حبان وصححه وفي بعض طريقه « ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن ولها وشاهدي عدل فنكاحها باطل » ذكره الدارقطني عن يونس عن ابن جريح عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عنها مرفوعا . وعن ابن عباس قال البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة رواه الترمذي وقال لم يرفعه عبد الاعلى ووقفه قال والوقف اصح وعن عائشة أن النبي ﷺ قال « لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدان » رواه الدارقطني

(٣) قوله « عدلين » أي للأخبار وهذا المذهب وهو مذهب الشافعي وعنه تتعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة وعلي كلا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل تتعقد بشهادة مستورى الحال لم يظهر فسقهما وان لم يقبلهما في الأموال ، فان تبين بعد العقد انهما فاسقان حالة العقد لم يؤثر في العقد لأن الشرط العدالة ظاهرا وقيل النكاح فاسد وان حدث الفسق لم يؤثر في صحة النكاح

ذكرين^(١) بالغين^(٢) عاقلين وان كانا ضريرين ، وعنه ينعقد بحضور فاسقين ورجل وأمرأتين ومراهقين عاقلين ، ولا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين ، ويتخرج أن ينعقد اذا كانت المرأة ذمية^(٣) ، ولا ينعقد بحضور أصميين ولا أخرسين ، وهل ينعقد بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما؟ على وجهين^(٤) . وعنه أن الشهادة ليست من شروط النكاح

فصل

الخامس كون الرجل كفؤا لها في إحدى الروايتين^(٥) فلو رضيت

(١) قوله « ذكرين » هذا المذهب أيضا لقول الزهري : مضت السنة ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا النكاح ولا الطلاق رواه أبو عبيد في الأموال ولأنه عقد ليس بمال ولا يقصد به ويطلع عليه الرجال غالبا

(٢) قوله « بالغين » هذا المذهب أيضا لأن الصبي لا شهادته له ، وعنه تنعقد بشهادة مراهقين عاقلين بناء على انهما من اهل الشهادة . الخامس الاسلام فلا ينعقد بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه وهو قول الشافعي .

(٣) قوله « ويتخرج الخ » وهذا قول أبي حنيفة بناء على قبول شهادتهم بعضهم لبعض والأول أصح لقوله ﷺ وشاهدي عدل على قوله « وتنعقد الخ » هذا المذهب بناء على انهما من أهل الشهادة ويعتبر أن يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيهما

[فائدة] ينعقد بشهادة عبيدين على المذهب وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد بالخلاف في ذلك مبنى على الخلاف في قبول شهادتهما في سائر الحقوق

(٤) قوله « وهل ينعقد الخ » أحدهما ينعقد بحضور عدوين وهو المذهب لعموم قوله ﷺ « وشاهدي عدل » وأما انعقاده بحضور ابني الزوجين أو أحدهما فالمذهب انه لا ينعقد وكأبويهما أو ابن أحدهما وابن الآخر المتهمه

(٥) قوله « الخامس الخ » اختلفت الرواية فعنه أن الكفاءة شرط فانه قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال في الانصاف وهي المذهب =

المرأة والأولياء بخيره لم يصح ، والثانية ليس بشرط وهي أصح^(١) ، لكن ان لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلن لم يرض الفسخ ، فلو زوج الأب بغير كفو برضاها فلاخوة الفسخ نص عليه ، والكفاءة الدين والمنصب^(٢) ، فلا تزوج عفيفة بفاجر ولا عربية بعجمي ، والعرب

== عند اكثر المتقدمين قال الزركشي هذا المنصوص المشهور والمختار لعامة الأصحاب قال ابن المنجا في شرحه هذا المذهب وقطع به الخزقي

(١) قوله « والثانية الخ » يعني ليست الكفاءة شرطاً في الصحة بل شرط في اللزوم قال المصنف « وهي أصح » وهي المذهب عند المتأخرين وهذا قول اكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . لقوله تعالى ﴿ إِن آكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اتْقَاكُمْ ﴾ وقالت عائشة ان أبا حذيفة بن عتبة ابن ربيعة تبنى سالماً وانكحه ابنة أخيه هنداً بنت الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار اخرج البخاري وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح اسامة ابن زيد مولاه فنكحها بامرهم متفق عليه وزوج اباه زيدا ابنة عمه زينب بنت جحش لكن ان لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلن لم يرض الفسخ لما روى عبد الله بن بريدة عن ابيه قال « جاءت امرأة الى النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن اخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الأمر اليها فقالت : قد اجزت ما صنع ابني ولكن اردت ان اعلم النساء ان ليس للأباء من الأمر شيء » رواه أحمد والنسائي وظاهر المذهب ان العقد يقع صحيحاً فعلى هذه الرواية يثبت لمن لم يرض الفسخ وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقي الأولياء الفسخ . ولنا ان كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه ولا فرق بين الاب وغيره ، وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ اذا زوج الأقرب

على قوله « فلن لم يرض الفسخ » ، وله الفسخ في الحال ومتراخياً قال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يكون على التراخي في ظاهر المذهب

(٢) قوله « والكفاءة الخ » أي لا غير وهذا إحدى الروايتين ، وعنه أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة أيضا وهو المذهب فتكون خمسة ==

بعضهم لبعض أ كفاء ، وسائر الناس بعضهم لبعض أ كفاء ، وعنه لا تزوج
قرشية لغير قرشي ولا هاشمية لغير هاشمي ، وعنه أن الحرية والصناعة واليسار
من شروط الكفاءة ، فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز بحمام ولا بنت
ثانيه بمائك ولا موسرة بمعسر

باب المحرمات في النكاح

وهن ضربان : محرمات على الأبد ، وهن أربعة أقسام (أحدها)

== وقال مالك الكفاءة في الدين لاغير والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى ﴿ افن
كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستون ﴾ والدليل على اعتبار المنصب وهو النسب قول
عمر لا تمنع تزوج ذوات الأحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء قال في
الحسب رواه الخلال فعلى المذهب لا يكون العجمي وهو من ليس بعربي كفوا لعربية
وأما الحرية فلان العبد منقوص بالرق ممنوع من التصرف في كسبه والمبعض كالقن
والعتيق كله كفو للحره . واما الصناعة فلأن ذلك نقص في عرف الناس فاشبهه نقص
النسب وروى في حديث : العرب بعضهم لبعض ا كفاء الا حائكاً او حجماً قيل
لأحد تأخذه وانت تضعفه قال العمل عليه . وأما اليسار فلأن على الموسرة ضرراً
لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ بأعساره بالنفقة . والمراد
بالييسار ما يجب لها من المهر والنفقة وقال ابن عقيل بحيث لا تتغير عليها عاداتها
عند ابها في بيته

[فوائد] موالى القوم كفو لهم على الصحيح من المذهب

(الثانية) ولد الزنا قد قيل انه كفو لذات نسب ، وعن أحمد انه ذكر له انه
ينكح وينكح اليه فكأنه لم يجب ذلك لأن المرأة تتضرره هي وأولياؤها ويتعدى
ذلك الى ولدها وليس هو كفوا للعربية بغير اشكال فيه لانه ادنى حالا من الموالى
قاله في الشرح

(الثالثة) لا تعتبر هذه الصفات في المرأة فليست الكفاءة في حقها شرطاً للرجل
لانه عليه السلام لا مكافئ له وقد تزوج من احياء العرب وتزوج صفيه وتسرى بالأماء
قال . من كان عنده جارية فعلها واحسن تعليمها ثم اعتقها وتزوجها فله اجران ،
متفق عليه ، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بشرف امه

المحرمات بالنسب ، وهن سبع : الامهات وهن الوالدة والجدات من قبل الاب والام وان علون والبنات من حلال أو حرام^(١) وبنات الاولاد وإن سفلوا والأخوات من الجهات الثلاث وبنات الاخ وبنات الأخت وأولادهم وإن سفلن والعمات^(٢) والحالات وإن علون ، ولا تحرم بناتهن . (القسم الثاني) المحرمات بالرضاع^(٣) ويحرم به ما يحرم من النسب سواء . (القسم الثالث)

على قوله « والكفاءة الدين والمنصب » ، واختار الشيخ تقي الدين ان النسب لا اعتبار به في الكفاءة واستدل بقوله ﴿ ان اكرمكم عند الله اتقاكم ﴾

على قوله « والعرب بعضهم لبعض أكفاء » ، وهذا المذهب ، لأن المقداد بن الأسود الكندي تزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر اخته الأشعث بن قيس وزوج علي بنته أم كلثوم عمر بن الخطاب

على قوله « ولا بنت تاني » ، هو صاحب العقار

(١) قوله « والبنات من حلال أو حرام » ، وكذا بنته المنفية بلعان ومن شبهة وهذا المذهب لدخولهن في عموم لفظ وبناتكم ، ويكفي في التحريم ان يعلم انها ابنته ظاهرا وان كان النسب لغيره

على قوله « أو حرام » ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز نكاح ابنته من الزنا واخوته وبنات ابنته وبنات بنته وبنات بنته وأخيه

(٢) قوله « والعمات » ، أي أخوات الأب من الجهات الثلاث وأخوات الأجداد من قبل الأب أو من قبل الأم قريبا كان الجد او بعيدا وارثا كان أو غير وارث .

[تنبيه] شمل قوله والعمات عمه ابيه وامه لدخولها في عماته وعمه العم لأب لأنها عمه ابيه لا عمه الأم لأنها اجنبية منه وتحرم حالة العمه لأم ولا تحرم حالة العمه لأب لأنها اجنبية وتحرم عمه الخالة لأب لأنها عمه الأم ولا تحرم عمه الخالة لأم لأنها اجنبية .

(٣) قوله « المحرمات بالرضاع الخ » ، الذي ذكر الله سبحانه اثنتين فقال ﴿ وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ فأما الامهات اللاتي ارضعنكم وامهاتهن وجداتهن وان علمت درجتهم فمحرمات بالآية وأما الاخوات فهي كل =

المحرمات بالمصاهرة وهن أربع : أمهات نسائه (١) وحلائل آبائه وأبنائه (٢) فيحرم بمجرد العقد دون بناتهن والربائب وهن بنات نسائه اللاتي دخل بهن (٣) دون اللاتي لم يدخل بهن فان متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن ؟ على

= امرأة ارضعتك امها أو ارضعتها امك أو ارضعتك واياها امرأة واحدة أو ارتضعت انت وإياها من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لها منه لبن ارضعتك احدهما وارضعتها الأخرى فهي اختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك بالنسب حرم مثلها من الرضاع كالعمة والحالة والبنت وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله ﷺ « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » متفق عليه ولمسلم « الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة ، ولا نعلم في هذا خلافا ، قال ابن البنا في خصاله والوجيز وغيرهما الام اخته واخت ابنه فانهما يحرمان من النسب ولا يحرمان بالرضاع وقاله الأصحاب واختار الشيخ تقي الدين انه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح ام زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح ابني زوجها وابنه من الرضاع

(١) قوله « أمهات نسائه » هذا المذهب وعليه الاصحاب قاطبة فيحرم بمجرد العقد نص عليه وهو قول اكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي. وعنه امهات النساء كالربائب لا يحرمن الا بالدخول بيناتهن كما لا تحرم بناتهن الا بالدخول بها وحكى عن علي

(٢) قوله « حلائل الابناء » دخل فيه كل من تزوجها احد من اولاده أو اولاد اولاده وان نزلوا سواء كانوا من اولاد البنين أو البنات من نسب أو رضاع بمجرد العقد ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيبة ابيه وابنه لقوله تعالى ﴿ واحل لكم ما رواء ذلك ﴾

(٣) قوله « بنات النساء الخ » وهن الربائب فلا يحرمن الا بالدخول بالأمهات وهن كل بنت لزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة وسواء كانت في حجره أو لا في قول عامة الفقهاء الا أنه روى عن عمر وعلي انهما رخصا فيها اذا لم تكن في حجره وهو قول داود واختاره ابن عقيل لظاهر الآية اذا ثبت هذا فان الدخول بها وطؤها وان خلاها ولم يطأها لم تحرم ابتها

روايتين^(١). ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام^(٢)، فان كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة فعلى وجهين، وان باشر امرأة أو نظر الى فرجها أو خلاها لشهوة فعلى وجهين^(٣)، وان تلوط بغلام حرم على كل واحد

[فائدة] تحرم عليه بنت ابن زوجته نقله صالح وغيره وذكر الشيخ تقي الدين أنه لا يعلم فيه نزاعا ذكره في القواعد. ولا تحرم زوجة ربيبه نص عليه قال الشيخ تقي الدين لا أعلم فيه نزاعا. ويباح للمرأة ابن زوجة ابنها وابن زوج ابنتها وابن زوج أمها وزوج زوجة ابنها

(١) قوله « فان متن قبل الدخول الخ » يعني اذا ماتت المعقود عليها ولها بنت احدهما لا يحرم وهو المذهب وبه قال علي وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الأمصار ان الرجل اذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل ان يدخل بها حل له ان يتزوج ابنتها، كذلك قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لقوله تعالى ﴿ فان لم تكونوا دخلتم بها ﴾ الآية

على قوله « على روايتين » ، وكذا الحكم لو ابانها بعد الخلوة وقبل الدخول خلافا ومذهبها وكذلك قطع المصنف وغيره من الأصحاب في المباشرة ونظر الفرج بعد التحريم

(٢) قوله « ويثبت الخ » اما بالوطء الحلال فاجماع، واما ثبوته بوطء الشهة فهو الصحيح من المذهب فاذا زنا بامرأة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها. ولو وطئ ام امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص عليه روى نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأصحاب الراي .

على قوله « بالوطء الحلال والحرام » ، واختار الشيخ تقي الدين ان الوطاء الحرام لا ينشر تحريم المصاهرة

(٣) قوله « وان باشر امرأة الخ » أحدهما لا تنشر الحرمة وهو المذهب وهو قول الشافعي واكثر اهل العلم لقوله تعالى ﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ والثاني ينشرها في موضع ينشرها للمس روى عن عمر وابن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدريا وعبد الله بن عمر فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لابنه وطئها =

منهما أم الآخر وابنته ، وعند أبي الخطاب هو كالوطء دون الفرج وهو الصحيح . (القسم الرابع) الملاغنة تحرم على الملاعن على التأييد ، إلا أن يكذب نفسه ، فهل تحل له ؟ على روايتين

فصل

الضرب الثاني المحرمات الى امد ، وهن نوعان (أحدهما) المحرمات لاجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين^(١) وبين المرأة وعمتها أو خالتها^(٢) . فان

= وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحامد بن ابي سليمان وابي حنيفة لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ انه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له ابنتها ، وفي رواية « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها ، ولنا الآية ، والخبر ضعيف ، قاله الدارقطني وهو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كفى بذلك عن الوطء وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر الحرمة . ولا خلاف أيضا ان النظر اذا وقع انبر شهوة لا ينشر الحرمة وموضع الخلاف في اللبس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فما زاد فاما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك

[فائدة] ذكر الشيخ تقي الدين في كتاب التحليل ان الرجل اذا قتل رجلا ليتزوج امرأته انها لا تحل له ابدا . وسئل عن رجل خيب امرأة على زوجها حتى طلقت ثم تزوجها اجاب يعاقب مثل هذا عقوبة بليغة والنسكاح باطل في أحد قولي العلماء مالك وأحمد وغيرهما ويجب التفريق فيه

على قوله « وان تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابنته » هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه وطء في فرج ينشر الحرمة كوطء المرأة وقال في الشرح : الصحيح ان هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهم في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى ﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

(١) قوله « فيحرم الجمع بين الاختين » أى سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وامة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء ما قبل الدخول وما بعده لعموم قوله تعالى ﴿ وان تجمعوا بين الاختين ﴾ قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على القول به

(٢) قوله « ويحرم الجمع بين المرأة الخ » اجماعا لما روى أبو هريرة مرفوعا =

تزوجهما في عقد لم يصح^(١) وان تزوجهما في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى سواء كانت بائنا أو رجعية فنكاح الثانية باطل^(٢) ، وان اشترى أخت امرأته أو عمته أو خالتها صح^(٣) ولم يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضى عدتها^(٤) ، وان اشتراهن في عقد واحد

== قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها ، متفق عليه والبخارى عن جابر مثله وسواء كانت العمة والخالة حتمية أو مجازا كعمات آبائهم وخالاتهم وعمات أمها وخالاتهن وان علت درجاتهن ولو رضيتا من نسب أو رضاع . وخالف الشيخ يتفق الدين في الرضاع فلم يحرم الجمع مع الرضاع . فعلى المذهب كل شخصين لا يجوز لأحدهما ان يتزوج الآخر لو كان احدهما ذكرا لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما . وكذا يحرم الجمع بين عمه وخالة بأن ينكح امرأة وينكح ابنه أمها فيولد لكل واحد منهما بنت ويحرم أيضا الجمع بين عمتين بأن ينكح كل واحد منهما أم الآخر فيولد لكل واحد منهما بنت ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم ولا يكرهه على الصحيح من المذهب وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وعنه يكره روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز . ولو تزوج أخت زيد من أبيه وأخته من أمه في عقد واحد صح

(١) قوله « وان تزوجهما الخ » ، وكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد وهذا المذهب لأنه لا يمكن تصحيحهما ولا مزية لاحدهما على الآخر

(٢) قوله « وان تزوجهما في عقدين الخ » ، لان به يحصل الجمع فاخص البطلان به وهذا المذهب لكن لو جهلت الأولى فسنا على الصحيح من المذهب ، وعنه يقرع بينهما فن خرجت لها القرعة فهي الأولى ، فعلى المذهب يلزم لاحدهما نصف المهر يقترعان عليه

(٣) قوله « وان اشترى الخ » ، اى لأن الشراء يراد للاستمتاع وغيره ولذلك صح شراء الجوسية وأخته من الرضاع وكذا لو ملكها بغير الشراء

(٤) قوله « ولم يحل له الخ » ، أى لئلا يكون جامعا بينهما في الفراش وجامعا عامه في رحم من يحرم الجمع بينهما

صح^(١)، فان وطئ احداهما لم تحل له الاخرى حتى يحرم على نفسه الاولى^(٢) باخراج عن ملكه أو تزويج ويعلم أنها ليست بحامل ، فان عادت الى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرم الاخرى^(٣) وعنه ليس بحرام ولكن ينهى عنه^(٤)

(١) قوله « وان اشتراهن الخ » ، يعني لو اشترى اختين او امرأة وعمتها أو خالتها في عقد واحد صح لا نعلم فيه خلافا لأن الشراء يراد لغير الوطء بخلاف العقد .

(٢) قوله « فان وطئ احداهما الخ » ، أى اذا وطئ احداهما جاز لأن الاخرى لم تصرف راشا وهذا قول اكثر أهل العلم ، وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وذكره أبو الخطاب مذهبا لاحد فعلى هذا لا تحل له الاخرى الا بما ذكره المصنف وهذا المذهب وهو قول على وابن عمر والحسن والأوزاعي وإسحاق والشافعي ، ولا يكفي استبرائها بدون زوال الملك على الصحيح من المذهب وقال ابن عقيل ينبغي أن يكفي بذلك اذ به يزول الفراش المحرم للجمع وهو قول قتادة ، وفي الاكتفاء بتحريمها بكتابة أو رهن أو بيع بشرط الخيار وجهان ، والصحيح من المذهب انه لا يكفي

(٣) قوله « فان عادت الخ » ، يعني متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له اختها فوطئها ثم عادت الأولى الى ملكه فليس له وطء احداهما حتى يحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه وسواء وطئ الثانية أو لا وهذا المذهب وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لان الأولى لم تبق فراشا فاشبهه ما لو وطئ امته ثم اشترى اختها . ولنا أن الثانية صارت فراشا وقد رجعت اليه التي كانت فراشا فحرمت كل واحدة منهما . واختار في المغني ان عادت قبل وطء اختها فهي المباحة

(٤) قوله « وعنه ليس بحرام الخ » ، المذهب تحريم الجمع بين الاختين المملوكتين في الوطء وكرهه عمر وعثمان وعلى وعمار وابن عمر وابن مسعود ، ومن قال بتحريمه عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وروى عن ابن عباس انه قال احلتهما آية وحرمتها آية ولم اكن لأفعله وروى ذلك عن علي يريد قوله تعالى ﴿ وان تجمعوا بين الاختين ﴾ وقوله ﴿ الا على أزواجهن أو ما ملكن ايمنهم ﴾ وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية

وان وطىء أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر^(١) ، وظاهر كلام أحمد رضى الله عنه أنه يصح^(٢) ، ولا يطأها حتى يحرم الموطوءة ، فان عادت الى ماله لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى^(٣) ، ولا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من أربع ، ولا للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين^(٤) ، وان طلق إحداهن لم يجز أن يتزوج أخرى حتى تنقضى عدتها^(٥)

فصل

(النوع الثانى) محرّمات لعارض يزول ، فيحرم عليه نكاح زوجة

(١) قوله « وان وطىء أمته الخ » ، كلام أبي بكر هو المذهب قال القاضى هو ظاهر كلام أحمد

(٢) قوله « وظاهر الخ » ، هذا مذهب أبي حنيفة وقال الشافعى يصح النكاح وتحل له المنكوحه وتحرم اختها لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين

(٣) قوله « فان عادت الخ » ، اذا زوج الأمة الموطوءة أو اخرجها عن ملكه فله نكاح اختها فان عادت الأمة الى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الأمة ، وعنه انه ينبغى أن يحرم احدهما

على قوله « أكثر من أربع » ، اجماعا الا شيئا يحكى عن القاسم بن ابراهيم انه اباح تسعا .

(٤) قوله « ولا للعبد الخ » ، هذا المذهب وبه قال عمر وعلى وعبد الرحمن ابن عوف وبه قال عطاء والحسن والشعبى وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطلوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود له نكاح اربع لعموم الآية ، ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان اجماعا

(٥) قوله « وان طلق الخ » ، اذا كان الطلاق رجعيا فالتحريم باق بحاله فى قولهم جميعا وان كان الطلاق بائنا أو فسخا فكذلك يروى ذلك عن على وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعى والثورى وأصحاب الرأى وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا فى تحريم الجمع وروى ذلك عن زيد بن ثابت

غيره^(١) والمعتدة منه^(٢) والمستبرئة منه ، وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقض عدتها ، ومطلقاته ثلاثا حتى تنكح زوجا غيره ، والمحرمة حتى تحل^(٣) ، ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بحال^(٤) ، ولا لمسلم نكاح كافرة إلا حرائر أهل الكتاب^(٥)

(١) قوله « نكاح زوجة غيره ، وذلك بغير خلاف لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ الآية

(٢) قوله « والمعتدة ، لقوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح ﴾ الآية ، وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرم ، ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحل .

(٣) قوله « والمحرمة حتى تحل ، أى فيحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال أحرامه فان عقد احد نكاحاً لمحرم أو على محرمة او عقد المحرم لنفسه أو لغيره نكاحاً لم يصح لقوله ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينخطب » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النكاح لغيره صحيح

(٤) قوله « ولا يحل لمسلمة الخ ، لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا المشركين ﴾ الآية ، ولقوله ﴿ لا هن حل لهم ﴾ ولا نعم خلافاً في ذلك

(٥) قوله « إلا حرائر أهل الكتاب ، ليس بحمد الله بين أهل العلم اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب للمسلم وسواء كان أهل الكتاب اهل حرب أو اهل ذمة والأولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا الا حذيفة فقال عمر طلقها قال تشهد انها حرام قال هى جمره (*) طلقها قال تشهد انها حرام قال هى جمره (*) قال قد علمت أنها جمره (*) ولكنها لى حلال . قال فلما كان بعد طلقها فقليل له ألا طلقتها حين قال لك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أنى ارتكبت أمراً لا ينبغي ، وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى ﴿ ان تقولوا انما انزل الكتاب على طاقتين من قبلنا ﴾ فاهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم من الفرنج والأرمن وغيرهم ، وأما الصابئون فاختلف فهم السلف كثيراً فروى عن أحمد انهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعى وعن أحمد انه قال =

(*) كذا بالأصل وفي المغني هي خمره وفي الشرح هي حرة

وان كان أحد أبويها غير كتابي^(١) أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل ؟
على روايتين^(٢) وليس للمسلم وان كان عبدا نكاح أمة كتابية^(٣)، وعنه يجوز ،

= بلغنى انهم يستنون فهؤلاء اذا يشبهون اليهود قال الشارح والصحيح أنهم يوافقون
اليهود والنصارى فى أصل دينهم ويخالفونهم فى فروعه فهم ممن وافقوه
(١) قوله « وان كان أحد أبويها الخ ، احدهما لا تحل وهى المذهب وسواء
كان أحد أبويها وثنيا أو مجوسيا أو مرتدا وبه قال الشافعى فيما اذا كان الأب غير
كتابي لأن الولد ينسب الى ابيه ، والثانية تصح لعموم الآية . ومحل الخلاف اذا
اختارت هى دين أهل الكتاب ، اما ان اختارت غيره فلا تباح قولاً واحداً وعلى
كلا الروايتين فى أصل المسئلة لو كان أبواها غير كتابيين واختارت هى دين أهل
الكتاب فظاهر كلام المصنف هنا التحريم رواية واحدة وهو المذهب وقيل عنه
لا تحرم وجزم به فى المغنى والشرح على الرواية الثانية . واختاره الشيخ تقي الدين
اعتباراً بنفسه وقال هو المنصوص عن أحمد فى عامة اجوبته قال فى الأنصاف
وهو الصواب .

[فائدة] المجوس لا كتاب لهم ، ولا تحل ذبائهم ، ولا نكاح نسائهم فى قول
عامة العلماء الا أباً ثور فانه أباح ذلك

[فائدة] لا ينكح مجوسى كتابية على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل بلى
وينكح كتابي مجوسية على الصحيح من المذهب وقيل لا ، ولو ملك كتابي مجوسية
فله وطئها

(٢) قوله « أو كانت من نساء الخ ، احدهما تحل وهى المذهب بلا ريب
لدخولها فى عموم الآية وأما سائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبداً ما استحسن
من الأصنام والأشجار والأحجار فلا خلاف بين أهل العلم فى تحريم نسائهم
وذبائهم ، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت

(٣) قوله « وليس للمسلم الخ ، هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب
ونص عليه وهو قول الحسن والزهرى ومكحول ومالك والشافعى والثورى
والأوزاعى والليث وإسحاق وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وبجاهد وعنه يجوز
وبه قال أبو ميسرة وأبو حنيفة لكن الخلال رد هذه الرواية وقال انما توقف أحمد
فيها ولم ينقل له قول ووجه الأولى قوله (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات)
فشرط فى اباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد ولا فرق بين الحر والعبد

ولا يحل لحر مسلم نكاح أمة مسلمة إلا أن يخاف العنت ولا يجد طولاً لنكاح حرة ولا ثمن أمة^(١)، وإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة؟ على روايتين^(٢). وإن تزوج حرة أو أمة فلم تغفه ولم يجد

(١) قوله « ولا يحل لحر مسلم الخ » لا يباح للحر المسلم نكاح الأمة المسلمة إلا بوجود الشرطين على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهذا قول عامة أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافاً قاله في الشرح لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً ﴾ الآية وقال في التبصرة لا يحرم على المسلم نكاح الإماء المسلمات ولو عدم الشرطان أو أحدهما انتهى . والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقوله تعالى ﴿ وان تصبروا خير لكم ﴾ وقال مجاهد بما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة وإن كان موسراً وبه قال أبو حنيفة إلا أن يكون تحت حرة

[فوائد] قوله ولا يجد طولاً لنكاح حرة يشمل الحرة المسلمة والكتابية وهو كذلك وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو ظاهر مذهب (*)

(الثانية) وجود الطول هو أن يملك مالا حاضرا على الصحيح من المذهب وفسر الامام الطول بالسعة وقال القاضى الطول ان لا يجد صداق حرة زاد ابن عقيل ولا نفقتها وهو اولى .

(الثالثة) اذا لم يملك مالا حاضرا ووجد من يقرضه أو رضيت الحرة بتأخير صداقها أو بدون مهرها لم يلزمه وجاز له نكاح الأمة جزم به في المغنى والشرح واختاره القاضى وقدمه في الفروع لأن عليه ضررا في بقاء الدين في ذمته

(الرابعة) قال المصنف وتبعه الشارح وذلك بشرط ان لا تجحف بماله فان اجحف بماله جاز له نكاح الأمة

(الخامسة) لو وجد حرة لا توطأ أو كانت زوجته غائبة جاز له نكاح الأمة على الصحيح من المذهب نص عليه

(٢) قوله « وان تزوجها الخ » اذا تزوجها ثم ايسر لم يبطل نكاحها على الصحيح من المذهب وهو مذهب الشافعى وكذا لو زال خوف العنت أو رجعت =

طولا لنكاح حرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى؟ على روايتين^(١). قال الخرقى وله أن ينكح من الإمام أربعا إذا كان الشرطان فيه قائمين، وللعبد نكاح الأمة، وهل له أن ينكحها على حرة؟ على روايتين. وان جمع بينهما في عقد واحد جاز ويتخرج أن لا يجوز، وليس له نكاح سيده، ولا للحر أن

= زوجته أو كبرت زوجته الصغيرة أو مرضت زوجته فعوفيت لان استدامة النكاح تخالف ابتداءه بدليل ان العدة والردة يمنعان ابتداءه دون استدامته وأما اذا تزوج على الأمة حرة صح وفي بطلان نكاح الأمة روايتان احدهما لا يبطل وهو الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي واصحاب الرأي وروى معنى ذلك عن علي، والثانية يفسخ نكاح الأمة وهو قول ابن عباس ومسروق واصلح والمزني وانا ما روى عن علي انه قال اذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة

(١) قوله « وان تزوج حرة الخ » اذا تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ولم يجد طولاً لحرة فالصحيح من المذهب انه يجوز له ذلك اذا كان فيه الشرطان قائمين قال أحمد اذا خشي العنت تزوج اربعا اذا لم يصبر كيف يصنع، وهذا قول الزهري والحرث العكلي ومالك وأصحاب الرأي، وعنه انه قال لا يعجنى الا ان يتزوج أمة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس انه قال ان الحر لا يتزوج من الاماء الا واحدة وقرأ ﴿ ذلك لمن خشي العنت منكم ﴾ وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر والصحيح من المذهب انه لا ينكح الا امة واحدة الا اذا لم تعفه فان لم تعفه ولم يجد طولاً لنكاح حرة فله نكاح أمة ثانية فان لم تعفه فله نكاح ثالثة فان لم تعفه فله نكاح رابعة فان كان تحته حرة فلم تعفه ففيها الروايتان أيضا مثل نكاح الأمة الأخرى فاذا كانت الحرة تعفه او الأمة فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة الأخرى فان نكح امتين في عقد وهو يستعف باحدهما فنكاحهما باطل

على قوله « على روايتين » احدهما له ذلك وهي المذهب وهو قول مالك والشافعي والثانية لا يجوز وهو قول أصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب انه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة

على قوله « جاز » هذا على القول بالجواز

على قوله « وليس له نكاح سيده » اجماعا

يتزوج أمته ولا أمة ابنه ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه . وإن اشترى الحر زوجته
انفسخ نكاحها ، وإن اشترى ابنه فعلى وجهين ، ومن جمع بين محرمة ومحللة
في عقد واحد فهل يصح فيمن تحل ؟ على روايتين . ومن حرم نكاحها حرم
وطئها بملك اليمين إلا إمام أهل الكتاب (١) .

على قوله « ولا للحر أن يتزوج أمته » ، بلا خلاف وكذا لو كان له بعضها لأن
ملك الرقبة يفيد اباحة البضع فلا يجتمع مع عقد اضعف منه

على قوله « ولا أمة ابنه » ، على الصحيح من المذهب لأن له فيه شبهة ملك لقوله
ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ، ويجوز للابن تزوج أمة والده على الصحيح من المذهب
على قوله « ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه » ، بلا نزاع لأن الرق قطع ولايته
عن ابنه وكذا يجوز للمرأة نكاح عبد ولدها إذا كانت رقيقة

على قوله « فعلى وجهين » ، وهما روايتان أحدهما ينفسخ وهو المذهب
على قوله « على روايتين » ، إحداهما وهي المذهب يصح

(١) قوله « وكل من حرم الخ » ، الكلام في هذه المسئلة في فصلين أحدهما أن
إمام أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن . الثاني من حرم نكاح
حرائرهم من الجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء
منهن بملك اليمين وهذا قول أكثر أهل العلم واختار الشيخ تقي الدين جواز وطء
إماء غير أهل الكتاب وذكره ابن أبي شيبه في كتابه عن سعيد بن المسيب وعطاء
وطاوس وعمرو بن دينار لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت
أيما نكم ﴾ ولما روى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثا قبل أو طاس
فاصابوا لهم سبايا فسكران ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تخرجوا من غشيانهم
من أجل ازواجهم من المشركين فانزل الله عز وجل في ذلك ﴿ والمحصنات ﴾
الآية قال فبن لهم حلال إذا انقضت عدتهن . وعنه ان رسول الله ﷺ قال في سبايا
أو طاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » رواها
أبو داود وهم عبدة أو ثمان وهذا ظاهر في أبا حتهن ولأن الصحابة في عصر النبي ﷺ
كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة أو ثمان فلم يكونوا يزون تحريمهم لذلك =

فصل

ولايجل نكاح خشي مشكل حتى يتبين أمره نص عليه ، وقال الخرقى إذا قال أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وإن قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا فلو تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه ، ولو تزوج برجل ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ النكاح

== ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمين ولا أمر الصحابة باجتناهن ، قال الشارح وهذا ظاهر في اباحتهم لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه قال في الانصاف ولا يصح ادعاء الأجماع مع مخالفة هؤلاء انتهى يعنى مخالفة من ذكرناهم في أول المسئلة

على قوله « وكل من حرم نكاحها حرم وطئها بملك اليمين الخ » قال ابن القيم في الهدى في أثناء كلامه على تحريم نكاح المحصنات من النساء الا ملك اليمين قال رحمه الله تعالى لما ذكر حديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث جيشا الى أوطاس فلقى عدوا فقاتلهم فظفروا عليهم وأصابوا سبايا وكان ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تخرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فانزل الله عز وجل في ذلك ﴿ والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيما نكح ﴾ أى فهن لكم حلال اذا انقضت عدتهن رواه مسلم قال فضمن هذا الحكم اباحة وطء المسيية وان كان لها زوج من الكفار وهذا يدل على انفساخ نكاحه وزوال عصمة بضع امرأته وهذا هو الصواب لأنه قد استولى على محل حقه وعلى رقبة زوجته وصار سابها أحق بها منه فكيف يحرم بضعها عايه فهذا القول لا نص ولا قياس والذين قالوا من أصحاب أحمد وغيرهم ان وطئها انما يباح اذا سبيت وحدها قالوا لأن الزوج يكون بقاؤه مجهولا والمجهول كالمعدوم فيجوز وطئها بعد الاستبراء فاذا كان الزوج معها لم يجز وطئها مع بقائه فاورد عليهم ما لو سبيت وحدها وتيقنا بقاء زوجها في دار الحرب فانكم تجوزون وطئها فأجابوا بما لا يجدى شيئا وقالوا الاصل لحاق الفرد بالأعم الأغلب فيقال لهم الأعم الأغلب بقاء أزواج المسييات اذا سبين منفردات وموتهم كلهم نادر جدا . قال ودل هذا القضاء النبوى على جواز وطء الأماء الوثنيات بملك اليمين فان سبايا اوطاس لم يكن كتابيات ولم يشترط رسول الله ﷺ في وطنهن اسلامهن ولم يجعل المانع منه الا الاستبراء فقط وتأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع ومعه حديثو العهد ==

باب الشروط في النكاح^(١)

وهي قسمان: صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر^(٢) أو نقد معين أو ان

== بالاسلام الذين يخفى عليهم حكم هذه المسئلة وحصول الاسلام من جميع السبايا وكانوا عدة آلاف بحيث لم يتخلف عن الاسلام جارية واحدة مما يعلم انه في غاية البعد فانهم لم يكرهن على الاسلام ولم يكن لهن من البصيرة والرغبة والمحبة في الاسلام ما يقتضى مبادرتهن اليه جميعا ، فقضى السنة وعمل الصحابة في عهد رسول الله ﷺ وبعده جواز وطء المملوكات على أى دين كن وهذا مذهب طاوس وغيره وقواه صاحب المغنى فيه ورجح أدلته . ومما يدل على عدم اشتراط اسلامن ما روى الترمذى في جامعه عن عرابض بن سارية أن النبي ﷺ حرم وطء السبايا حتى يضعن مافي بطونهن فجعل للتحريم غاية واحدة وهي وضع الحمل ولو كان متوقفاً على الاسلام لكان بيانه أهم من بيان الاستبراء وفي السنن والمسند عنه ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ، ولم يقل حتى تسلم ولاحمد من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا ينكحن شيئاً من السبايا حتى يحضن ، ولم يقل وتسلم فلم يحجى عنه اشتراط اسلام المسبية في موضع واحد البتة

(١) قوله « الشروط في النكاح » محل الشروط المعتبرة في هذا الباب محل ذكرها صلب العقد كأن يقول زوجتك ابنتي فلانة بشرط كذا وقال الشيخ تقي الدين وكذا لو اتفقا عليه قبل العقد في ظاهر المذهب وقال هذا جواب أحمد في مسائل الحيل لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناوولا واحدا قال الزركشى وهذا ظاهر اطلاق الخرقى وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم وقال الشيخ تقي الدين في فتاويه انه ظاهر المذهب ومنصوص أحمد وقول قدماء أصحابه ومحقق المتأخرين انتهى . قال في الأنصاف وهو الصواب الذي لا شك فيه . قلت وقطع به في الأقناع والمنتهى فيكون المذهب

[فائدة] لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه

(٢) قوله « مثل اشتراط الخ » هذا المذهب بلاريب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب لما روى عقبه بن عامر مرفوعا قال ان احق الشروط ان توفوا به ما استحلتم به الفروج رواه الشيخان ولعمومات الامر بالوفاء بالعقود والعهود ولان الشارع حرم مال الغير الا عن تراض منه ولا شك ان المرأة لم ترض ببذل =

لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى، فهذا صحيح لازم، إن وفي به والا فلها الفسخ. وإن شرط لها طلاق ضررتها فقال أبو الخطاب هو صحيح، ويحتمل أنه باطل لقول رسول الله ﷺ «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفيء ما في صحفتها ولتنكح»، فإن لها ما قدر لها،^(١)

== فرجها الا بهذا الشرط، مع ان الاثرم روى بأسناده ان رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها فاراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال لها شرطها

[فوائد] اختار الشيخ تقي الدين صحة شرط ان لا يتزوج عليها أو ان تزوج عليها فلها تطليقها

(الثانية) ظاهر كلام الأمام أحمد صحة دفع كل واحد من الزوجين الى الآخر ما لا على ان لا يتزوج أما الزوج مطلقا وأما الزوجة بعد موت زوجها ومتى لم يف بالشرط لم يستحق العوض

(الثالثة) لا يجب الوفاء بالشرط بل يسن فان لم يفعل فلها الفسخ بفعله لا بعزم والفسخ على التراخي ولا يسقط الا بما يدل على الرضا من قول أو تمكهن منها مع العلم بفعله ما شرطت ان لا يفعله فان لم تعلم بعدم الوفاء ومكنته لم يسقط خيارها على قوله «ولا يتسرى» أو ان لا يفرق بينها وبين أبويها أو اولادها أو ترضع ولدها الصغير أو شرط لها بيع امته

على قوله «ولا يتسرى» وان شرط عليه أن لا يتزوج ولا يتسرى عليها ففعل ثم قبل ان تفسخ طلق أو باع قال في الاختيارات قياس المذهب انها لا تملك الفسخ .

(١) قوله «لا تسأل المرأة الخ» الحديث رواه البخارى من حديث أبي هريرة وصحح المؤلف أن هذا الشرط لا يصح وقال لم أره قاله أبو الخطاب وغيره قلت الذى اختاره اكثر الأصحاب ان هذا الشرط صحيح وجزم به المتأخرون فى كتبهم .

[فائدة] لا تلزم هذه الشروط الا فى النكاح الذى شرطت فيه فان بان من ثم تزوجها ثانيا لم يعد الشرط

فصل

القسم الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع : (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء . أحدها نكاح الشغار ، وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما^(١) ، فإن سموا مهرا صح نص عليه^(٢) ، وقال الخرق لا يصح^(٣) . الثاني نكاح المحلل ، وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها

[فائدة] لو شرطت ان لا تسلم نفسها مدة معينة لم يصح ذكره ابن عقيل في المفردات وأبو الخطاب في الأتصار وقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته كاشتراط تأخير التسليم في البيع والأجارة وكألو شرطت ان لا يخرجها من دارها

(١) قوله « وهو أن يزوجه وليته الخ » سمي شغارا لقبجه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول يقال شغرا الكلب اذا فعل ذلك ، وقيل هو البعد كأنه بعد عن طريق الحق . وقال الشيخ تقي الدين الأظهر انه من الخلو يقال شغرا المكان اذا خلا ومكان شاغرا اى خال وشغرا الكلب اذا رفع رجله لأنه اخل ذلك المكان من رجله . وهو نكاح باطل لما روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار ان يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق متفق عليه وأبو داود جعل تفسيره من كلام نافع ، وعن ابن عمر مرفوعا قال « لا شغار في الإسلام » رواه مسلم وروى نحوه من حديث عمران بن حصين والنس وجابر فانهم يدل على الفساد والنهي لنفي الحقيقة الشرعية ، ويؤيده فعل الصحابة قال أحمد روى عن عمر وزيد انهما فرقا فيه ، وعنه يصح العتد ويفسد الشرط فعليه لها مهر المثل

(٢) قوله « فان سموا الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لحديث ابن عمر اذ التفسير ان كان من النبي ﷺ فظاهر وان كان من نافع فهو راوى الحديث وقد فسره بما لا يخالف ظاهره فيتبع

(٣) قوله « وقال الخرق الخ » وحكاة في الجامع رواية لما روى عبد الرحمن ابن هرمز الاعرج ان العباس بن عبد الله بن العباس انكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وانكحه عبد الرحمن ابنته وقد كانا جعللا صداقا فكتب معاوية الى مروان ابن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال : هذا الشغار الذي نهى عنه النبي ﷺ رواه =

طلقها^(١) فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في ظاهر المذهب^(٢) ،

= أحمد وأبو داود وجوابه بان أحمد ضعفه من قبل ابن اسحاق وبأنه يحمل على
انهما جعلوا صداقا قليلا حيلة .

[تنبيه] مراده بقوله فان سموا مهرا صح أن يكون المهر مستقلا غير قليل ولا
حيلة نص عليه وقيل يصح ان كان مهر المثل والا فلا فعلى المذهب لو سمي لاحداهما
مهر ولو يسم الأخرى شيء فسد نكاح من لم يسم لها صداق لا غير قال المصنف
والشارح هذا أولى وقال أبو بكر يفسد فهما وجزم به في الرعاية الصغرى

(١) قوله « الثاني نكاح المحلل الخ » الصحيح من المذهب ان نكاح المحلل
باطل مع شرطه نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول اكثر العلماء لما روى ابن
مسعود قال « لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له ، رواه أحمد والنسائي والترمذي
وصححه وعن علي مثله رواه الخمسة الا النسائي وعن أبي هريرة كذلك رواه أحمد
وعن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ « ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى
يا رسول الله قال هو المحلل لعنه رسول الله ﷺ ، رواه ابن ماجه وهو عليه السلام
لا يلعن على فعل جائز فدل ذلك على تحريمه وفساده وعن جابر قال سمعت عمر يخطب
وهو يقول والله انى لا أوتى بمحلل ولا محلل له الا رجعتما رواه الأثرم وهو قول
الفقهاء من التابعين وعنه يصح العقد ويبطل الشرط

(٢) قوله « فان نوى ذلك الخ » هذا المذهب اذا لم يرجع عند العقد لعموم
المذهب فلو شرط عليه قبل العقد ان يحلها ثم نوى عند العقد غير ما شرطوا عليه
وأنة نكاح رغبة صح قاله المصنف وغيره ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين
وهو ما روى أبو حفص باسناده عن محمد بن سيرين قال : قدم مكة رجل ومعه
إخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه
شيئا فبينما هو كذلك اذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثا
فقال هل لك ان تعطى ذا الرقعتين شيئا ويحك لي ؟ قالت نعم إن شئت فاخبروه
بذلك قال نعم فتزوجها فدخل بها ، فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار ، فجاء القرشي
يحموم حول الدار وقال ياويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت
على امرأتى قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا إليه فلما جاءه الرسول قالت =

وقيل يكره ويصح . الثالث نكاح المتعة ، وهو أن يتزوجها إلى مدة ^(١) . ونكاح شرط فيه طلاقها في وقت ^(٢) أو علق ابتداءه على شرط ^(٣) كقوله زوجتك إذا

== له المرأة كيف موضعك من قومك قال ليس بموضعي بأس قالت ان أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك فالبسته حلة فنا رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذى رزق ذا الرقتين فدخل عليه فقال أتطلق امرأتك فقال لا والله لا أطلقها فقال عمر لو طلقها لأوجعت رأسك بالسوط وزواه أيضا سعيد بسنده بنحو من هذا

(١) قوله « وهى أن يتزوجها الى مدة ، أى سواء كانت المدة معلومة أو مجمولة وهذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب مثل أن يقول زوجتك ابنتى سنة أو شهرا أو الى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج لما روى عن على رضى الله عنه « أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية » متفق عليه وروى الربيع بن سبرة أنه قال اشهد على أبى أنه حدث أن رسول الله ﷺ نهى عنه فى حجة الوداع وفى لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود الى غير ذلك من الآثار وعنه يكره ويصح

[فائدة] لو نوى بقلبه فهو كما لو شرطه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب نقل أبو داود فيها هو شبيه بالمتعة لا حتى يتزوجها على أنها امرأته ما حييت وقيل يصح وجزم به فى المغنى والشرح وقالوا هذا قول عامة أهل العلم الا الأوزاعى كما لو نوى ان وافقته والا طلقها قال الشيخ تقي الدين لم أر أحدا من الأصحاب قال لا بأس به وما قاس عليه لا ريب أنه موجب العقد بخلاف ما تقدم فانه ينافيه لقصد التوقيت

على قوله « وهى أن يتزوجها الى مدة » أو يقول امتعيني نفسك فتقول امتعتك نفسى لا بولى ولا شاهد

(٢) قوله « ونكاح الخ ، هذا الصحيح من المذهب سواء كان معلوماً أو مجهولاً لانه شرط مانع من بقاء النكاح وعنه يصح العقد دون الشرط

(٣) قوله « أو علق ابتداءه الخ ، هذا الصحيح من المذهب لان النكاح عقد معاوضة فيبطل تعليقه على شرط كالبيع وعنه يصح قال الشيخ تقي الدين ذكر القاضى =

جاء رأس الشهر أو ان رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله . (النوع الثاني)
أن يشترط أنه لا مهر لها ولا نفقة^(١) أو يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى
أو أقل فالشرط باطل ويصح النكاح . (الثالث) أن يشترط الخيار^(٢) أو إن
جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح
روايتان .

== وغيره روايتين والأصح من كلامه جوازه قال ابن رجب ورواية الصحة أقوى
واختاره صاحب الفائق وقال فيه نصره شيخنا

على قوله « فهذا كله باطل من أصله » ، فعلى هذا يفسخ الحاكم النكاح لأنه
مختلف فيه ولا شيء عليه من المهر ان لم يدخل وان دخل بها فعليه مهر المثل وان
كان فيه مهر مسمى

(١) قوله « النوع الثاني الخ » ، هذا المذهب وقيل يبطل النكاح قال الشيخ
تقي الدين ويحتمل صحة شرط عدم النفقة قال لاسيما إذا قلنا انه اذا اعسر الزوج
ورضيت به انها لا تملك المطالبة بعد واختار فيما إذا شرط ان لا مهر فساد العقد وانه
قول اكثر السلف واختار أيضا الصحة فيما إذا شرط عدم الوطء كشرط ترك ما
يستحقه وقال أيضا لو شرط مقام ولدها عندها ونفقته على الزوج كان مثل اشتراط
الزيادة في الصداق ويرجع في ذلك إلى العرف كالأجر بطعامه وكسوته

على قوله « فالشرط باطل ويصح النكاح » ، أو شرط أن يعزل عنها أو ان
لا يكون عندها في الجمعة الا ليلة أو ان لا تسلم نفسها اليه أو بعد مدة معينة أو ان
يسافر بها إذا أرادت الانتقال أو يسكن بها حيث شاءت أو شاء أبوها أو غيره
أو تستدعيه إلى الجماع في وقت حاجتها أو شرط لها النهار دون الليل أو ان تنفق
عليه أو تعطيه شيئاً صح العقد وبطل الشرط

(٢) قوله « الثالث الخ » ، هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ويصح العقد على
المذهب أيضا واختار الشيخ تقي الدين صحة العقد والشرط فيما إذا شرط الخيار
وقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق إذا تزوجها على انه إن جاءها بالمهر في وقت كذا
والا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي
حنيفة والأوزاعي

فصل

فان تزوجها على أنها مسلمة فبانة كتابية فله الخيار، وإن شرطها كتابية فبانة مسلمة فلا خيار له . وقال أبو بكر له الخيار ، وان شرطها أمة فبانة حرة فلا خيار له ، وان شرطها بكرا أو جميلة أو نسبية أو شرط نفي العيوب التي لا يفسخ بها النكاح فبانة بخلافه فهل له الخيار؟ على وجهين^(١). وإن تزوج أمة يظنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر^(٢) ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له نكاح الإمام^(٣) ، وإن كان ممن يجوز له ذلك فله الخيار ، فان رضى بالمقام معها فما

على قوله « فبانة مسلمة فلا خيار له » هذا المذهب

على قوله « فبانة حرة فلا خيار له » هذا المذهب وعليه الجمهور وقيل له الخيار وكذا الحكم في كل صفة شرطها فبانة أعلا منها

(١) قوله « وان شرطها بكرا الخ » وهما روايتان إحداهما له الخيار وهو الصحيح من المذهب واختاره الشيخ تقي الدين قال في الأنصاف وهو الصواب
(٢) قوله « وان تزوج أمة الخ » الكلام في هذه المسئلة (٥) أحدها ان نكاح الغرور لا يفسد وهو قول أبي حنيفة . الثاني ان أولاده منها أحرار بغير خلاف نعله . الثالث ان على الزوج فداء أولاده وهو المذهب كذلك قضى عمر وعلى وابن عباس وهو قول مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الراي . وعنه ليس عليه فداؤهم لأنهم يعتقدون احرار الأصل . الرابع ان فداءهم يوم ولادتهم وهذا المذهب قضى به عمر وعلى وابن عباس وهو قول الشافعي

على قوله « يظنها حرة » او شرطها حرة فبانة امة

على قوله « ويرجع بذلك على من غره » وكذا المهر فان كان الغرور من السيد عتقت وإن كان بلفظ غير هذا لم يثبت الحرية فلا شيء له لأنه لا فائدة في ان يجب له ما يرجع به عليه

(٣) قوله « ويفرق بينهما الخ » اى فيكون العقد فاسدا على المذهب ولا مهر =

(*) كذا بالأصل ولعله « الكلام في هذه المسئلة في فصول » كما في المشرح الكبير

ولدت بعد ذلك فهو رقيق ، وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار (١) ويفديهم
إذا عتق ويرجع به على من غره ، وإن تزوجت رجلا على أنه حر أو تظنه
حرا فبان عبدا فلها الخيار (٢)

== فيه إن كان قبل الدخول ، وإن دخل بها فعليه مهرها . وهل يجب المسمى أو مهر
المثل ؟ على روايتين . فالصحيح من المذهب انه يجب المسمى ويرجع به على من غره
وكذلك ان كان بمن يجوز له نكاح الإمام لكن تزوجها بغير اذن سيده او نحو
ذلك مما يفسد به النكاح

على قوله « فله الخيار » ، بان اجتمعت فيه الشروط وهذا المذهب وهذا ظاهر
مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة لا تعتبر في جانب المرأة

(١) قوله « وان كان عبدا الخ » ، أى فيثبت له الخيار فان اختار الإقامة فالمهر
واجب لا يرجع به على أحد وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده
والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه يرجع به على من غره وان دخل بها ففي قدر
مما يجب وجهان أحدهما مهر المثل والثاني المسمى

على قوله « ويفديهم اذا عتق » ، ويثبت له الخيار كالحر الذي يحل له نكاح الإمام
على قوله « إذا عتق » ، ويكون الفداء متعلقا بذمته وهذا المذهب وقال أبو
حنيفة ولده رقيق لأن أباه رقيق

(٢) قوله « تظنه حرا الخ » ، أى فيكون النكاح صحيحاً ويثبت لها الخيار وهو
قول ابى حنيفة والشافعي (٥) وهذا إذا كملت الشروط وكان ياذن سيده وإن كانت
المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة وان فقدت الكفاءة لا يبطل
النكاح فهو صحيح وللرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء فان اختارت إمضاءه فلا ولياتها
الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضا لأنه
لما ثبت الخيار للعبد اذا غر بأمة ثبت للأمة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا
بفساد العقد فيه ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل
أو المسمى على ما تقدم من الاختلاف وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل
الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى

(٥) كذا بالأصل وفي شرح الكبير واحد قول الشافعي

فصل

فان عتقت الأمة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب^(١)، وان كان عبدا فلها الخيار في فسخ النكاح^(٢)، ولها الفسخ بغير حكم حاكم، فان أعتق قبل فسخها أو أمكته من وطئها بطل خيارها^(٣)، فان ادعت الجهل

[فائدة] لو ابيح للحر نكاح امة فنكحها ولم يشرط حرية اولاده فهم ارقاء للسيد على الصحيح من المذهب وعنه أن ولد العربي يكون حرا وعلى ابيه فداؤه

(١) قوله « وان عتقت الأمة الخ » وهو المذهب المنصوص وعليه جماهير الأصحاب وهو قول ابن عمر وابن عباس والاكثر، وعنه لها الخيار قديمها في المحرر واختار الشيخ تقي الدين وغيره أن لها الفسخ تحت حر وإن كان زوج بريرة عبدا لأنها مملوكة فلا تملك عليها إلا باختيارها ووجه هذه الرواية ما روى احمد وأبو داود والترمذي وغيرهم عن الأسود عن عائشة ان النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حرا وجوابه بانها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها خيار كما لو اسلمت الكتابية تحت مسلم وعن الخبر بأن ابن عباس قال كان زوج بريرة عبدا رواء البخاري وروى مسلم من حديث القاسم وعروة عن عائشة ان بريرة كان زوجها عبدا وقالت لو كان حرا لم يخبرها النبي ﷺ قال البخاري قول الأسود منقطع ثم عائشة عمه القاسم وخالة عروة فروايتهما عنها أولى من رواية اجنبي يسمع من وراء حجاب

(٢) قوله « وان كان عبدا الخ » وذلك بالاجماع لحديث بريرة ولها الفسخ بغير حكم حاكم بلا نزاع وان رضيت بالمقام فلا لأنها اسقطت حقها فان عتق بعضها فلا خيار لها على المذهب وعنه بلى ويكون الفسخ على التراخي ما لم ترض به لأنه فسخ بجمع عليه غير مجتهد فيه كالرد بالعيب فان اختارت الفراق كان فسخا وليس بطلاق في قول الجمهور قال احمد الطلاق ما تكلم به فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي او فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية في الفسخ

(٣) قوله « فان اعتق الخ » إذ اعتق قبل فسخها سقط خيارها على الصحيح من المذهب لأنه انما كان بدفع الضرر بالرق وقد زال بعته فسقط كالمبيع اذا زال عيبه واما اذا امكته من وطئها بطل خيارها ايضا وهو المذهب روى عن ابن عمر وحفصة رواء مالك ولقوله عليه الصلاة والسلام فان قربك فلا خيار لك رواء ابو =

بالتعق وهو بما يجوز جهله أو الجهل بملك الفسخ فالقول قولها^(١)، وقال الخرقى يبطل خيارها علمت أو لم تعلم^(٢)، وخيار المعتقة على التراخي مالم يوجد منها ما يدل على الرضا^(٣)، فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت وعقلت^(٤) وليس لوليها الاختيار عنها، فان طلقت قبل اختيارها وقع

= داود والدارقطنى بإسناد حسن وسواء علمت بالخيار أو لا وهو المذهب وذكر القاضى ان لها الخيار إذا لم تعلم

(١) قوله « وان ادعت الجهل الخ » أى اذا امكنته من نفسها مختارة وادعت الجهل بالتعق وهى ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل ان يعتقها وهو فى بلد آخر أو ادعت الجهل بملك الفسخ فقدم المصنف هنا قبول قولها ولكن مع يمينها ولها الخيار وهو احدى الروايتين

(٢) قوله « وقال الخرقى الخ » وهذا المذهب نص عليه فى رواية الجماعة فيها لقول حفصة لامرأة عتقت تحت عبد امرئ بك يدك مالم يمسك فان مسك فليس لك من الأمر شيء. رواه مالك ولانه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة بخيار الرد بالعيب

[فوائد] حكم مباشرته لها حكم وطئها وكذا تقييلها او مناطها مايدل على الرضا
(الثانية) يجوز للزوج الاقدام على الوطء إذا كانت غير عالة
(الثالثة) لو بذل الزوج لها عوضا على ان تختاره جاز نص عليه

(الرابعة) قال الشيخ تقي الدين لو شرط المعتق عليها دوام النكاح تحت حر أو عبد إذا اعتقها فرضيت لزمها ذلك قال ويقتضيه مذهب احمد فانه يجوز العتق بشرط
(٣) قوله « وخيار المعتقة الخ » أى بلا خلاف فى ذلك ويأتى خيار العيب هل هو على التراخي أو الفور وبه قال ابن عمر وحفصة والاوزاعى والزهرى قال ابن عبد البر لا اعلم لهما فى الصحابة مخالفاً

(٤) قوله « فان كانت صغيرة الخ » ظاهر كلام المصنف انه ليس لها خيار قبل البلوغ وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب لانه لا عقل لها ولا قول معتبر وقيل لها الخيار اذا بلغت تسعاً وهو المذهب وقال ابن عقيل اذا بلغت سبعاً وقال الشيخ =

الطلاق^(١)، وان عتقت المعتدة الرجعية فلها الخيار^(٢)، فإن رضيت بالمقام فهل يبطل خيارها، على وجهين^(٣). ومتى اختارت المعتقة الفرقة بعد الدخول فالمهر للسيد^(٤) وإن كان قبله فلا مهر^(٥). وقال أبو بكر: لسيدها نصف المهر. وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها^(٦)، وقال أبو بكر لها الخيار. وإن أعتق الزوجان معا فلا خيار لها^(٧)، وعنه يفسخ

== تبقى الدين الدين اعتبار صحة اذنها بالتسع والسبع ضعيف لأن هذا ولاية استقلال وولاية الاستقلال لا تثبت الا بالبلوغ كالغفو عن القصاص والشفعة وكالبيع بخلاف ابتداء العقد فانه يتولاه الولي باذنها فتجتمع الولايتان وبينهما فرق. انتهى

(١) قوله «فان طلقت الخ»، يعنى اذا كان طلاقا بائنا وهذا المذهب لانه طلاق من زوج فى نكاح صحيح

(٢) قوله «وان عتقت المعتدة الخ»، هذا بلا نزاع سواء عتقت ثم طلقت أو طلقت ثم عتقت لأن نكاحها باق ولها فى الفسخ فائدة لأنها لا تأمن رجوعه فان قيل تنفسخ حينئذ فتحتاج الى عدة أخرى واذا فسخت فى العدة بنت على عدة حرة

(٣) قوله «فان رضيت الخ»، أحدهما يسقط وهو المذهب لأنها رضيت بالمقام مع جريانها الى البيئونة وذلك ينافى الاختيار

(٤) قوله «ومتى اختارت الخ»، بلا نزاع سواء كان مسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى

(٥) قوله «وان كان قبله الخ»، هذا المذهب نص عليه لان الفرقة كانت من قبلها فهو كما لو أسلت او ارتدت وأرضعت من يفسخ نكاحها

(٦) قوله «وان أعتق الخ»، هذا الصحيح من المذهب نص عليه لانه لانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على المنصوص

[فائدة] لو عتقت الامة وزوجها بعرضه حر معتق فلا خيار لها قدمه فى الفروع وقيل لها الخيار جزم به فى الترغيب والرعاية الكبرى فلو عتق بعضها والزوج معتق بعرضه فلا خيار لها على الصحيح

(٧) قوله «وان أعتق الزوجان الخ»، يعنى اذا قلنا لا خيار للمعتقة تحت حر وهذا المذهب وسواء أعتقها واحد أو اثنان نص عليه لأن حرية العبد لو طرأت بعد عتقها لمنعت الفسخ فاذا قارنت كان أولى

نكاحها .

باب حكم العيوب في النكاح

العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام ؛ أحدها ما يختص بالرجال وهو شيطان^(١) : أحدها أن يكون الرجل مجبواً قد قطع ذكره أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به ، فإن اختلفا في إمكان الجماع بالباقي فالقول قولها^(٢) ويحتمل ان القول قوله . الثاني أن يكون عينا لا يمكنه الوطء^(٣) ، فإن اعترف بذلك

[فائدة] يستحب لمن له عبد وامة متزوجان البداءة بعق الرجل لثلا يثبت للمرأة الخيار عليه فيفسخ نكاحه

(١) قوله « أحدها ما يختص الرجال الخ » الكلام في ذلك في أربعة فصول أحدها ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده في الآخر في الجملة روى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وبه قال جابر بن زيد والشافعي وإسحاق وروى عن علي لا ترد الحرة بعيب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ وهي ثمانية اثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تختص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيهما الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص

(٢) قوله « فان اختلفا الخ » المذهب ان القول قولها وعليه جماهير الأصحاب لأنها تدعى شيئاً يعضده الحال

على قوله « ويحتمل القول قوله » ، ومخه مالم تكن بكراً وهو واضح

(٣) قوله « الثاني الخ » العنين هو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه مشتق من عن الشيء اذا عرض وتستحق به المرأة الفسخ بعد أن يضرب له فيها مدة يختبر فيها ويعلم حاله وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحامد وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم بن عتيبة وداود فقالا لا يؤجل وهي امرأته وروى عن علي

أجل سنة منذ ترافعه^(١)، فان وطىء فيها والا فلها الفسخ، فان اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنيينا^(٢)، وان وطئها في الدبر أو وطىء غيرها لم تزل

(١) قوله « فان اعترف بذلك الخ، اذا اعترف بالعنة أو قامت بينة بها أجل سنة على الصحيح من المذهب نص عليه وهذا قول عامة أهل العلم ورواه الدارقطني عن عمر وابن مسعود والمغيرة ولا يخالف لهم ورواه أبو حفص عن علي قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله

على قوله « فان اعترف بذلك » مفهومه انه اذا لم يعترف لم يؤجل مالم تقم بينة وهو صحيح وهو المذهب

على قوله « منذ ترافعه » واختار جماعة من الأصحاب ان لها الفسخ في الحال منهم أبو بكر في التنبيه والمجد في المحرر

(٢) قوله « فان اعترفت الخ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء، وطاوس والحسن ويحيى الأنصاري والزهرى وعمرو بن دينار وقناة ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور اذا عجز عن الوطء أجل لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها ولنا انه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم يضرب له مدة كما لو لم يعجز

[فوائد] لو اعتزلت المرأة الرجل لم يحتسب عليه من المدة ولو عزل نفسه عنها وسافر احتسب عليه ذلك

(الثانية) يكفي في زوال العنة تغييب الحشفة على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقيل يشترط ايلاجه جميعه قطع به القاضى فى الجامع فعلى الأول يكفي قدر تغييبها من الذكر المقطوع

(الثالثة) اذا علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر او مرض مرجو الزوال لم يضرب له مدة وان كان لكبر أو مرض لا يرجى برؤه ضربت

(الرابعة) اذا كان لجب أو شلل ثبت الخيار فى الحال لأن الوطء ما يوس منه

على قوله « بطل كونه عنيينا » وسواء وطئها فى الحيض أو الإحرام وغيرها وهو المذهب

العنة^(١) وبجتميل ان تزول ، فان ادعى أنه وطئها وقالت إنها عذراء وشهد بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والا فالقول قوله^(٢) ، فان كانت ثيبا فالقول قوله^(٣) . وعنه القول قولها . وقال الخزقي يخلى معهما في بيت ويقال له أخرج ماءك على شيء فان ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها^(٤) .

فصل

(القسم الثاني) يختص النساء ، وهو شيثان : الرتق وهو كون الفرج مسدودا لا مسلك للذكر فيه ، وكذلك القرن والعفل ؛ وهو لحم يحدث فيه يسده ، وقيل القرن عظم والعفل رغووة تمتع لذة الوطء . الثاني الفتق وهو انخراق ما بين السبيلين ، وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمنى .

فصل

(القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقا أو يخفق في الاحيان ، فهذه الأقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة

(١) قوله « وان وطئها في الدبر الخ » هذا المذهب لأن الدبر ليس محلا للوطء أشبه ما لو وطئ دون الفرج

(٢) قوله « وإن ادعى أنه وطئها الخ » الصحيح من المذهب انه يكفي شهادة امرأة ثقة كالرضاع وعليه الأصحاب فعلى هذا يؤجل وبه قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي

(٣) قوله « وان كانت ثيبا الخ » هذا احدى الروايات اختاره المصنف والشارح وغيرها وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان هذا تتعذر اقامة البينة عليه فقيل قوله مع يمينه وعنه القول قولها وهو المذهب مع يمينها لان الاصل عدم الاصابة واليقين معها

(٤) قوله « وقال الخزقي الخ » هذا رواية عن أحمد واختاره القاضي وأصحابه اذ بذلك يظهر صدقه أو صدقها اذ الغالب أن العنين لا ينزل فع الانزال يغلب على الظن كذبها

فصل

واختلف أصحابنا في البخر وهو تن الفم^(١)، وقال ابن حامد تن في الفرج
يثور عند الوطء واستطلاق البول والنجو والقروح السيالة في الفرج
والباسور والناسور والخشاء وهو قطع الخصيتين والسَّل وهو سل البيضتين
والوجاء وهو روضهما وفي كونه خنثى وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله
أو حدث به العيب بعد العقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين . فان علم بالعيب

(١) قوله « واختلف أصحابنا الخ » أحدهما لا يثبت الخيار لان ذلك لا يمنع من
الاستمتاع ولا يخشى تعديه فلم يثبت به خيار كالعمى والعرج والوجه الثاني له الخيار
وهو الصحيح في ذلك كله وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار ان ابن
سند تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر أعلتها؟ قال لا ، قال : أعلها ثم خيرها
[فائدة] ظاهر كلام المصنف ان ما عدا ما ذكره لا يثبت به خيار ، وكذا قال
الشارح فانه قال وما عدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحدا كالقرع
والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه
ولا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا انتهى . واطلق في الفروع في ثبوت الخيار
بالاستحاضة والقرع في الرأس اذا كان له ريح منكرة وجهين قال الشيخ تقي الدين
يثبت الفسخ بالاستحاضة في اظهر الوجهين قال في الانصاف وهو الصواب وألحق
ابن رجب بالقرع روائح الابط المنكرة التي تثور عند الجماع واجرى في الموجز
الخلاف في بول الكبير في الفراش واختار ابن عقيل في الفصول ثبوت الخيار بنضو
الخلق واختار ابن حمدان ثبوت الخيار فيها اذا كان الفرج صغيراً والذكر كبيراً وعن
أبي البقا العسكري في ثبوت الخيار بكل عيب يرد به المبيع وقال ابو البقا لو ذهب
ذاهب الى ان الشيخوخة في احدهما تفسخ به لم يبعد وقال ابن القيم في الهدى فيمن
به عيب كقطع يد او رجل او عمى او خرس او طرش وكل عيب نفر الزوج الآخر
منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الود والرحمة يوجب الخيار وانه اولى من البيع
وانما ينصرف الاطلاق الى السلامة فهو كالمشروط عرفاً انتهى . قال في الانصاف
وما هو بيعيد وفي معناه ان لم يكن دخل في كلامه من عرف بالسرقة ونقل ابن
منصور اذا كان عقيماً اعجب الى ان يبين

وقت العقد أو قال قد رضيت به معيها أو وجد منه دلالة تدل على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له^(١)، ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم^(٢) فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر^(٣)، وإن فسخ بعده فلها المهر المسمى^(٤)، وقيل عنه مهر المثل ويرجع به على من غره من المرأة والولي^(٥).
وعنه لا يرجع .

(١) قوله « وان علم بالعيب الخ » هذا بلا خلاف في العلم بالعيب او الرضا به واما التمكين فيأتي

[فائدة] اذا حدث العيب بعد العقد ففيه وجهان أحدهما يثبت الخيار وهو ظاهر الخرقى والثاني لا يثبت وهو قول ابى بكر وابن حامد ومذهب مالك والصحيح الاول

[تنبيه] خيار العيب على التراخي على الصحيح من المذهب فلا يبطل الا بما يدل على الرضا من الوطاء والتمكين مع العلم بالعيب او يأتي بصريح الرضا وذكر القاضى انه على الفور وهو مذهب الشافعى فتى اخر الفسخ مع الامكان بطل خياره .
(٢) قوله « ولا يجوز الفسخ الخ » اى فيفسخ بنفسه او يرده الى من له الخيار على الصحيح من المذهب لانه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والاعسار بالنفقة ويخالف خيار المتقة فانه متفق عليه وقال الشيخ تقي الدين ليس هو الفاسخ وانما ياذن ويحكم فتى أذن او حكم لاحد باستحقاق عقد او فسخ لم يحتج بعد ذلك إلى حكم بصحته بلا نزاع لكن لو عقد هو أو فسخ فهو فعله فيه الخلاف وان عقد المستحق او فسخ بلا حكم فامر مختلف فيه فيحكم بصحته وقال فى القاعدة الثالثة والستين ورجح الشيخ تقي الدين ان جميع الفسوخ لاتتوقف على حاكم

(٣) قوله « فان فسخ قبل الدخول الخ » هذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعى وسواء كان من الزوج او الزوجة

(٤) قوله « وان فسخ الخ » الصحيح من المذهب ان لها المهر المسمى لانه يجب بالعقد ويستقر بالدخول وقال الشافعى الواجب مهر المثل

(٥) قوله « ويرجع بذلك الخ » وكذلك الوكيل وهذا المذهب وعنه لا يرجع قال الشارح قال شيخنا والصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحمد قال =

فصل

وليس لولى صغيرة ولا مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيها^(١)، ولا لولى كبيرة تزويجها بغير رضاها^(٢)، فإن اختارت الكبيرة نكاح محبوب أو عذين لم يملك منعها^(٣)، وإن اختارت نكاح مجنون أو مجذوم أو أبرص فله منعها في

== كنت اذهب الى قول على فهبته فلتك إلى قول عمر اذا تزوجها فوجد جذاماً أو برصاً فإن لها صداقها بمسئسه اياها ووليها ضامن للصداق . وهذا يدل انه يرجع إلى هذا القول . وبه قال الزهرى وقتادة ومالك والشافعى فى القديم وروى عن على انه لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب ايما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها اذا ثبت هذا فان كان الولى علم غرم وان لم يكن علم فالتغريم من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وان اختلفوا فى علم الولى فشهدت عليه بيينة بالإقرار بالعلم والا فالقول قوله مع يمينه وان أنكر ولم تقم بيينة باقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك الا أنه قال اذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها ما تستحل به لثلاث تصير كالموهوبة

(١) قوله « وليس لولى صغيرة الخ » أى حرة وهذا بلا نزاع لأنه لا ناظر لهم فيما فيه الحظ ولا حظ لمن فى هذا العقد فلو خالف وفعل لم يصح النكاح فيهن مع علمه لانه عقد لم عقدا لا يجوز عقده كالو باع عقار محجوره لغير مصلحة وان لم يعلم الولى عيبه صح النكاح كما لو اشترى لمن معيها لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم قاله فى المغنى والشرح وشرح ابن منجا والزرکشى فى شرح الوجيز وغيرهم لانه حظ لمن فوجب فعله خلافا لما فى التنقيح وتبعه فى المنتهى قال وله الفسخ واللام للإباحة

(٢) قوله « ولا لولى كبيرة الخ » أى لأنها تملك الفسخ إذا علمت بالعيب بعد العقد فالامتناع أولى

(٣) قوله « فان اختارت الخ » هذا المذهب لان الحق فى الوطء لها والضرر مختص بها وقال أحمد ما يعجبني أن يزوجه بعنين وان رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه .

أصح الوجهين^(١)، وإن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك إجبارها على الفسخ^(٢).

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب به ، وتحريم المحرمات^(٣)، ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا اليها^(٤)، وعنه في مجوسى تزوج كتابية أو اشترى نصرانية يحول بينهما الامام فيخرج من هذا أنهم لا يقرون على نكاح محرم^(٥). وإن أسلموا وترافعوا اليها فى ابتداء العقد لم

(١) قوله « وإن اختارت نكاح مجنون الخ ، وهو المذهب لان فيه ضررا دائما وعارا عليها وعلى أهلها كنعها من التزوج بغير كفو
(٢) قوله « وإن علمت بالعيب الخ ، هذا بلا نزاع لان حق الولي فى ابتداءه لافى دوامه

[فائدة] الذى يملك منعها وليها العاقد للنكاح على الصحيح من المذهب قدمه فى المغنى والشرح والفروع وقيل لبقية الاولياء منعها كما قلنا فى الكفاءة قال فى الانصاف وهو أولى وجزم به ابن رزين فى شرحه

(٣) قوله « وحكمه حكم نكاح المسلمين الخ ، هذا المذهب فيتعلق بانكحتهم أحكام النكاح الصحيح من وقوع الظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الاول والاحصان وكذا وقوع الطلاق فى قول الجمهور فعلى هذا لو طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج واصابه ثم أسلم لم يقرأ عليه ولو طلقها أقل من ثلاث ثم أسلم ففى عنده على ما بقى من طلاقها ويحرم عليهم ما يحرم على المسلمين كما ذكر فى بابها

(٤) قوله « ويقرون على الانكحة الخ ، هذا هو المذهب لانه اسلم الخلق الكثير فى زمنه عليه الصلاة والسلام فاقرهم على انكحتهم ولم يكشف عن كيفيتها قال أحمد فىمن عقد على ذات محرمه أن يقر ما لم يرتفعوا اليها

(٥) قوله « فيخرج الخ ، وإن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم لقول عمر : فرقوا بين كل ذى رحم من المجوس . وقال أحمد فى مجوسى ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجب عليه بيعها

تمضه إلا على الوجه الصحيح^(١) وإن كان في أثناءه لم تتعرض لكيفية عقدهم^(٢) بل إن كانت المرأة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذات محرمة ومن هي في عدتها أو شرط الخيار في نكاحها متى شاء أو مدة هما فيها أو مطلقته ثلاثاً فرق بينهما والا أقرا على النكاح^(٣) ، وإن قهر حربي حربية فوطئها أو طأوعته واعتقدها نكاحاً أقرا والا فلا^(٤) ، وإن كان المهر مسمى صحيحاً أو فاسداً قبضته استقر^(٥) ، وإن كان فاسداً لم تقبضه فرض لها مهر

(١) قوله « فإن اسلبوا الخ » وهذا المذهب كانكحة المسلمين من الإيجاب والقبول والولى والشهود لقوله تعالى ﴿ وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط ﴾ أى العدل
(٢) قوله « وإن كان في أثناءه الخ » أى بغير خلاف نعله قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا اسلما معاً فى حالة واحدة أن لها المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع

(٣) قوله « بل إن كانت المرأة الخ » أى مطلقاً على الصحيح من المذهب أى لأن الاستدامة أضعف من الأبتداء فإذا لم يجز الأبتداء وهو أقوى فلأن لا يجوز الاستدامة وهى أضعف بطريق الأولى . وكذا إن كان بينهما نكاح متعة وأما إذا كانت المرأة تباح له حال الترافع أو الإسلام كعقده عليهما فى عدة ولم يترافعا أو يسلبا حتى فرغت العدة أو عقده بلا شهود أو ولى وصيغة إيجاب وقبول أو تزوجها على أخت لها وماتت اختها بعد عقده وقبل الإسلام والترافع أقرا . قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا اسلما معاً فى حالة واحدة أن لها المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع

(٤) قوله « وإن قهر حربي الخ » أى ثم اسلما أقرا وهذا المذهب لأن المصحح له اعتقاده الحل وهو موجود هنا كالنكاح بلا ولى وإن لم يعتقده نكاحاً لم يقرأ عليه [تنبيه] مفهوم قوله فإن قهر الخ أنه لو فعل ذلك أهل الذمة أنهم لا يقرون عليه وهو ظاهر كلام غيره وصرح به فى الترغيب وجزم به فى البلغة وظاهر كلام المصنف فى المغنى والشارح أنهم كاهل الحرب وهو الصحيح من المذهب قال فى الأنصاف وهو الصواب

(٥) قوله « وإن كان المهر الخ » هذا بلا نزاع لأنه لا يتعرض الى ما فعلوه =

فصل

وإذا أسلم الزوجان معا (٢) أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما (٣)،
وان أسلمت الكتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول انفسخ
النكاح (٤)، فان كانت هي المسلمة فلا مهر لها (٥). وأن أسلم قبلها فلها نصف

= يؤيده قوله تعالى ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ﴾ ولان
التعرض للقبوض بأبطاله يشق لتطاول الزمان

(١) قوله « وان كان فاسدا الخ » وهو المذهب وعليه الأصحاب فيجب كاملا
بعد الدخول أو نصفه قبله وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف لأنه يجب في التسمية
الفاسدة اذا كانت الزوجة مسلمة فكذا الكافرة ، ولو كانت قبضت بعض المسمى
الفاسد وجب لها حصة ما بقي من مهر المثل

(٢) قوله « و اذا أسلم الزوجان معا » أى تلفظا بالاسلام دفعة واحدة فهما
على نكاحهما إجماعا لان اختلاف الدين مفسد للنكاح بمجرد سبق أحدهما وقيل هما
على نكاحهما ان أسلما في المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد
ولأنه يتعدر اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت
الفرقة بين كل مسلمين الا في الشاذ النادر وقال في الانصاف وهو الصواب واختاره
الناظم .

(٣) قوله « أو أسلم زوج الخ » أى سواء كان كتابيا أو غير كتابي قبل
الدخول أو بعده لان نكاح الكتابية يجوز ابتداءه فالاستمرار أولى

(٤) قوله « وان أسلمت الخ » لقوله تعالى ﴿ لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن
ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ اذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة قال ابن المنذر أجمع
على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم

على قوله « انفسخ النكاح » ولا يكون طلاقا

(٥) قوله « فان كانت الخ » هذا المذهب لأن الفرقة من جهتها أشبه ما لو ارتدت
وهذا اذا أسلمت قبل الدخول وبه قال الحسن والزهرى ومالك والأوزاعي =

المهر^(١) وعنه لامهر لها . وإن قالت أسلمت قبلي وأنكر فالقول قولها^(٢) .
وإن قال أسلمنا معاً فنحن على النكاح وأنكرته فعلى وجهين^(٣) . وإن أسلم
أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة^(٤) ، فإن أسلم الثاني قبل

== وابن شبرمة والشافعي وعنه لها نصف المهر اختاره أبو بكر قال في الأنصاف وهو
أولى وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لأن الفرقة حصلت من
قبله بامتناعه عن الإسلام وهي فعلت ما فرض الله عليها وإذا انسخ النكاح بإسلام
أحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوثنين أو الجوسيين تعطلت
الفرقة على ما ذكرنا ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وهو المذهب وبه قال الشافعي
وقال أبو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل إن كان في دار الإسلام عرض الإسلام على
الآخر فإن أبي وقعت حينئذ

- (١) قوله « وإن أسلم قبلها الخ » هذا المذهب لأن الفرقة حصلت من جهته
(٢) قوله « وإن قالت الخ » أي لأنها تدعى استحقاق شيء أو جبهه العقد
وهو يدعى سقوطه فلم يقبل قوله لأن الأصل عدمه وهذا تفريع على أنها تستحق
نصف المهر إذا سبقها بالإسلام وأما على الأخرى فلا
- (٣) قوله « وإن قال أسلمنا معاً الخ » أحدهما القول قولها وهو الصحيح لأن
الظاهر معها إذ يبعد اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة وإن قيل العبرة بالمجلس فينبغي
أن يقبل قوله لأن العمل بالظاهر متعين والثاني يقبل قوله لأن الأصل بقاء النكاح
- (٤) قوله « وإن أسلم أحدهما بعد الدخول الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير
الأصحاب قال أبو بكر رواه عنه نحو خمسين رجلا لما روى ابن شبرمة قال كان الناس
على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبله فإيهما أسلم قبل انقضاء
العدة فهي أمراته وأن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . وروى أن بنت الوليد بن
المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت ثم أسلم صفوان فلم يفرق النبي ﷺ بينهما
قال ابن شهاب أسلمت أم حكيم وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن فارتحلت إليه ودعته
إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فبقيا على نكاحهما قال الزهري ولم يبلغنا
أن امرأة هاجرت وزوجها مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها
الآن يقدم زوجها مهاجرا قبل انقضاء عدتها روى ذلك مالك فإذا أسلم أحدهما ==

انقضائها فهما على نكاحهما والا تينا أن الفرقة وقعت حين أسلم الأول ،
فعلى هذا لو وطئها في عدتها ولم يسلم الثاني فعليه المهر ، فان أسلم فلا شيء لها ،

== وتختلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامتهم وعن أحمد ترد الى
زوجها وإن طالت المدة وهو قول النخعي لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن
النبي ﷺ رد زينب على أبي العاص بن الربيع بعد ست سنين بالنكاح الأول ولم
يحدث نكاحا رواه أحمد وأبو داود والترمذى ولفظه له وقال ليس باسناده بأس
وصححه أحمد . جوابه بأنه يحتمل أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار .
أو تكون حاملا استمر حملها أو مريضة لم تحض ثلاث حيض حتى أسلم زوجها
أو تكون ردت اليه بنكاح جديد رواه أحمد والترمذى عن عمرو بن شعيب عن
أبيه عن جده أن النبي ﷺ رد ابنته على أبي العاص بنكاح جديد قال أحمد هذا
ضعيف وقال الدارقطنى لا يثبت وقال يزيد بن هارون حديث ابن عباس أجود
اسنادا والعمل على حديث عمرو بن شعيب واختار الشيخ تقي الدين أنها إذا أسلمت
قبله بقاء نكاحها قبل الدخول وبعده ما لم تنكح زوجا غيره والامر اليها ولا حكم
له عليها ولا حق عليه لان الشارع لم يستفصل وهو مصلحة محضة وكذا عنده إن
أسلم قبلها وليس له حبسها وأنها متى أسلمت ولو قبل الدخول أو بعده فهي امرأته
إن اختار .

على قوله « وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة الخ » .
قلت قد ذكر ابن القيم رحمه الله تعالى في الهدى في الكلام على الزوجين يسلم أحدهما
قبل الآخر كلاماً حسناً فاحسبت ذكره هنا وإن كنت قد ذكرت في الحاشية ما يكفي
قال : وتضمن معنى حديث زينب أن أحد الزوجين اذا أسلم قبل الآخر لم ينفسخ
النكاح باسلامه فرقت الهجرة بينهما أو لم تفرق فانه لا يعرف أن رسول الله ﷺ
جدد نكاح زوجين سبق أحدهما الآخر باسلامه قط ولم تزل الصحابة يسلم الرجل
قبل امرأته وامراته قبله ولم يعرف عن أحد منهم البتة أنه تلفظ باسلامه هو
وامراته وتساوق فيه حرفا بحرف هذا مما يعلم أنه لم يقع البتة ، وقد رد النبي ﷺ
ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع وهو انما أسلم زمن الحديبية وهى أسلمت من
أول البعثة فبين إسلامهما أكثر من ثمانية عشر سنة . وأما قوله في الحديث كان بين
إسلامها وإسلامه ست سنين فوهم انما أراد بين هجرتها وإسلامه وعلى هذا فالعدة =

وإذا أسلمت قبله فلها نفقة العدة ، وان كان هو المسلم فلا نفقة لها ، وان

== تنقضى في هذه المدة فكيف لم يحدد نكاحا قبل تحريم المسلمات على المشركين انما نزل بعد صلح الحديبية لا قبل ذلك فلم يفسخ النكاح في تلك المدة لعدم شرعية هذا الحكم فيها ولما نزل تحريمهن على المشركين أسلم أبو العاص فردت عليه وأما مراعاة زمن العدة فلا دليل عليه من نص ولا لإجماع وقد ذكر حماد بن سلمة عن قتادة عن سعيد بن المسيب أن علي بن أبي طالب قال في الزوجين الكافرين يسلم أحدهما هو أمالك بيضعها ما دامت في دار هجرتها وذكر سفيان بن عيينة عن مطرف ابن طريف عن الشعبي عن علي هو أحق بها ما لم تخرج من مصرها وذكر ابن أبي شيبة عن معتمر بن سليمان عن معمر عن الزهري إن أسلمت ولم يسلم زوجها فهما على نكاحهما الا أن يفرق بينهما سلطان ولا يعرف اعتبار العدة في شيء من الأحاديث ولا كان النبي ﷺ يسأل المرأة هل انقضت عدتك أم لا . ولا ريب أن الاسلام لو كان بمجرد فرقة لم تكن فرقة رجعية بل بائنة فلا أثر للعدة في بقاء النكاح وانما أثرها في منع نكاحها للغير فلو كان الاسلام قد نجز الفرقة بينهما لم يكن أحق بها في العدة ولكن الذي دل عليه حكم رسول الله ﷺ أن النكاح موقوف فان أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي زوجته وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت وإن أحببت انتظرته فان أسلمت كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح ولا نعلم أحدا جدد الإسلام نكاحه البتة بل كان الواقع أحد أمرين اما افتراقهما ونكاحها غيره وإما بقاؤها عليه وان تأخر إسلامها أو اسلامه ، وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلا نعلم أن رسول الله ﷺ قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم في حياته من الرجال وأزواجهم وقرب اسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه ولولا اقراره ﷺ الزوجين على نكاحهما وإن تأخر إسلام أحدهما عن الآخر بعد صلح الحديبية وزمن الفتح لقلنا بتعجيل الفرقة بالاسلام من غير اعتبار عدة لقوله تعالى ﴿ لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن ﴾ وقوله ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ وان الاسلام سبب الفرقة وكل ما كان سببا للفرقة تعقبته الفرقة كالرضاع والخلع والطلاق وهذا اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر وابن المنذر وابن حزم وبه قال حماد بن زيد والحكم بن عتيبة وسعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز وعدي بن عدي الكندي والشعبي وغيرهم قلت وهو احدى الروايتين عن أحمد ولكن الذي أنزل ==

اختلفا في السابق منهما فالقول قولها في أحد الوجهين. وعنه ان الفرقة تتعجل

== عليه قوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقوله (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) لم يحكم بتعجيل الفرقة فروى مالك في موطأه عن ابن شهاب قال كان بين اسلام صفوان بن أمية وبين اسلام امرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر اسلمت يوم الفتح وبقى صفوان حتى شهد خيبرنا والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده وقال ابن شهاب اسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمر فعدته الى الاسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فبقيا على نكاحهما وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أبي أمية عام الفتح فلقيا النبي ﷺ بالأبواء فأسلما قبل (*)

ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته وجواب من أجاب بتجديد نكاح من أسلم في غاية البطلان والقول على رسول الله ﷺ بلا علم واتفاق الزوجين في اللفظ بكلمة الاسلام معا في لفظة واحدة معلوم الانتفاء ويلى هذا القول مذهب من يقف الفرقة على انقضاء العدة مع ما فيه اذ فيه آثار ولو كانت منقطعة ولو صححت لم يجز القول بغيرها قال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فإيهما أسلم قبل انقضاء العدة فهي امرأته وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما. وقد تقدم قول الترمذى في أول الفصل وما حكاه ابن حزم عن عمر فإدري من أين حكاه والمعروف عنه خلافه فقد ثبت عنه من طريق حماد بن سلمة عن أيوب وقتادة كلاهما عن ابن سيرين عن عبد الله بن يزيد الخطمي أن نصرانيا أسلمت امرأته فغيرها عمر بن الخطاب إن شاءت فارقت وإن شاءت أقامت عليه ومعلوم بالضرورة أنه إنما خيرها بين انتظاره الى أن يسلم فتكون زوجته كما هي أو تفارقه وكذلك صح عنه أن نصرانيا اسلمت امرأته فقال عمر إن اسلم فهي امرأته وإن لم يسلم فرق بينهما فلم يسلم ففرق بينهما وكذلك قال لعبادة بن النعمان التغلبي وقد اسلمت امرأته إما أن تسلم والا نزعها منك فأبى فنزعها منه فهذه الآثار صريحة في خلاف ما حكاه أبو محمد بن حزم عنه وهو حكاها وجعلها روايات اخر وأما تمسك أبو محمد بآثار فيها أن عمرو بن عباس وجابر افروقا بين ==

(*) بياض بالاصل وفي الهدى « فأسلما قبل منكوختيهما فبقيا على نكاحهما ولم يعلم الخ »

باسلام أحدهما كما قبل الدخول ، فاما الصداق فواجب بكل حال^(١)

فصل

فان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح^(٢) ، ولا مهر لها إن كانت المرتدة^(٣) ، وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر^(٤) ، وإن كانت الردة بعد الدخول فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين^(٥) . وإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة^(٦) ، وإن كانت هي المرتدة فلا نفقة لها^(٧) ، وإن

الرجل وامرأته بالاسلام وهي آثار مجملة ليست بصريحة في تعجيل الفرقة ولو صحت فقد صح عن عمر ما حكيناه وعن علي ما تقدم وبالله التوفيق

(١) قوله « فاما الصداق الخ » ، يعني اذا وقعت الفرقة باسلام أحدهما بعد الدخول لأنه استقر بالدخول فان كان صحيحا أو فاسدا قبضته استقر وإن كان فاسدا لم تقبضه أو لم يسم لها شيء فلها مهر المثل

(٢) قوله « وان ارتد أحد الزوجين الخ » ، وكذا لو ارتدا معا وهذا المذهب فيهما لقوله تعالى ﴿ لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن ﴾ الى قوله ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو اسلمت تحت كافر

(٣) قوله « ولا مهر لها الخ » ، هذا المذهب لأن الفسخ من قبلها

(٤) قوله « وان كان هو الخ » ، هذا المذهب أيضا لأن الفسخ من جهته أشبه بطلاقها قبل الدخول

(٥) قوله « وإن كانت الردة الخ » ، احدهما تتعجل روى عن الحسن وعمر ابن عبد العزيز والثوري لان ما أوجب فسخ النكاح استوى ما قبل الدخول وبعده ، والثانية وهي المذهب يقف على انقضاء العدة كاسلام الحربية تحت الحربى واختيار الشيخ تقي الدين هنا مثل اختياره فيما اذا اسلم أحدهما بعد الدخول كما تقدم قريبا

(٦) قوله « فان كان هو المرتد الخ » ، هذا مبني على القول بأن النكاح يقف على انقضاء العدة لأنه يمكنه تلاقى نكاحها باسلامه

(٧) قوله « وان كانت الخ » ، أى لأنه لا سبيل الى تلاقى نكاحها

:انتقل أحد الكتائبين إلى دين لا يقر عليه فهو كرده (١)

فصل

وإن أسلم كافر وتحتته أكثر من أربع نسوة فاسلمن معه اختار
منهن أربعاً وفارق سائرهن (٢)، فإن لم يختتر أجبر عليه، وعليه نفقتهن إلى أن

[فائدة] لو وطئها أو طلقها وقلنا لا تتعجل الفرقة في وجوب المهر ووقوع
الطلاق خلاف ذكره في الانتصار قال في الانصاف قلت جزم المصنف والشارح
بوجوب المهر إذا لم يسلمها حتى انقضت العدة

(١) قوله وان انتقل أحد الخ، اذا انتقل الزوجان أو أحدهما الى دين
لا يقر عليه كاليهودى يتنصر أو النصرانى يهود أو تمجس أحد الزوجين الكتائبين
بفكالردة فينفسخ النكاح قبل الدخول ويتوقف بعده على انقضاء العدة لأنه انتقل
الى دين باطل قد أقر ببطلانه فلا يقر عليه كالمترد وكذا حكم كتابية تحت مسلم اذا
تمجست .

(٢) قوله وان أسلم كافر الخ، أو كن كتابيات ولم يسلمن وهذا المذهب
لقوله عليه الصلاة والسلام لقيلان بن سلمة وقد أسلم على عشر نسوة فاسلمن معه
فأمره أن يختار منهن أربعاً رواه الترمذى وابن ماجه . وفي لفظ اختر منهن أربعاً
وفارق سائرهن وعن قيس بن الحارث قال اسلمت وتحتى ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ
فذكرت له ذلك فقال اختر منهن أربعاً رواه أحمد وأبو داود . فعلى هذا إن كان
مكلفاً اختار وإن كان صغيراً لم يصح اختياره والصحيح من المذهب لا يختار الولي
ويوقف الأمر حتى يبلغ قاله الأصحاب لأنه راجع الى الشهوة والارادة ، واختار
الشيخ تقي الدين أن وليه يقوم مقامه في التعيين وضعف الوقف

[فائدة] لو أسلم على أكثر من أربع أو على اثنتين فاختار أربعاً أو إحدى
الأختين فقال المصنف والشارح يعتزل المختارات حتى تنقضى عدة المفارقات فلو كن
خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يظأ الرابعة حتى تنقضى عدة
المفارقة وعلى ذلك فقس وكذلك الأخت قال الشيخ تقي الدين في شرح المحرر في
هذا نظر فإن ظاهر السنة يخالف ذلك قال وقد تأملت كلام عامة أصحابنا فوجدتهم =

يختار ، فان طلق احدهن أو وطئها كان اختيارا لها^(١)، وان طلق الجميع ثلاثا أقرع بينهن فاخرج بالقرعة أربع منهن وله نكاح البواقي^(٢) وإن ظاهر أو آلى من إحداهن فهل يكون اختيارا لها؟ على وجهين^(٣). وان مات فعلى الجميع عدة الوفاة^(٤)، ويحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين من ذلك أو ثلاثة قروء^(٥)،

== قد ذكروا أنه يسك أربعا ولم يشترطوا في جواز وطئه انتضاء العدة لا في جمع العدد ولا في جمع الرحم ولو كان بهذا أصل عندهم لم يغفلوه فانهم دائما ينهون في مثل هذا على اعتزال الزوجة كما ذكره أحمد فيما اذا وطئ اخت امرأته بنكاح فاسد أو زنا بها قال وهذا هو الصواب فان هذه العدة تابعة لنكاحها وقد عفا الله عن جميع نكاحها فلذلك يعفو عن توابع ذلك النكاح وهذا بعد الاسلام لم يجمع عقدا ولا وطئا . انتهى

(١) قوله « فان طلق إحداهن الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن الطلاق لا يكون الا في زوجة فان قال فارقت أو اخترت . هؤلاء فان لم ينوبه الطلاق كان اختيارا لغيرهن للخبر لانه يدل على أن لفظ الفراق هنا ليس طلاقا ولا اختيارا للخبر فان نوى به طلاقا كان طلاقا واختيارا للخبر

(٢) قوله « وإن طلق الجميع الخ » أى له نكاح البواقي اذا انقضت عدتهن صرح به الأصحاب وهذا المذهب لانهم لم يطلقن منه واختار الشيخ تقي الدين أن الطلاق هنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار

[فائده] لو وطئ السكك تعين له الأول

(٣) قوله « وان ظاهر أو آلى الخ » أحدهما لا يكون اختيارا وهو المذهب لانه يصح في غير زوجة ولأن هذه كما تدل على التصرف في المنسكحة تدل على اختيار تركها فيتعارض الاختيار وعدمه فلا يثبت واحد منهما

(٤) قوله « فعلى الجميع عدة الوفاة » هذا أحد الوجهين اختاره القاضي في الجامع وجزم به في الوجيز والمنور وقدمه في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والخلاصة والمحرر وغيرهم لأن الزوجات لم تتعين منهن

(٥) قوله « ويحتمل الخ » أى ان كن بمن يحضن وإن كانت حاملا فبوضعه =

والميراث لأربع منهن بالقرعة^(١)، وان أسلم وتحتة أختان اختار منهما واحدة^(٢)، فان كاتتا أما وبتنا فسد نكاح الأم^(٣)، وان كان دخل بالأم فسد نكاحها^(٤)

فصل

وان أسلم وتحتة إماء فأسلمن معه وكان في حال اجتماعهم على الاسلام فمن يحل له نكاح الإماء فله الاختيار منهن وإلا فسد نكاحهن، فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن، فان أسلمت إحداهن

== والآيسة والصغيرة عدة الوفاة وهذا المذهب قال الشارح هذا الصحيح والأولى والقول الأول لا يصح لنتقضى العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتل أن تكون مختارة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قرؤ فأوجبنا أطولها

[فائدة] لو اسلم معه البعض دون البعض ولسن بكتايبات لم يخير في غير مسألة وله إمساك من شاء عاجلا وتأخيره حتى يسلم من بقي أو تفرغ عدتهن وهذا المذهب .

(١) قوله « والميراث لأربع الخ » هذا المذهب لأن الميراث بالزوجية ولا زوجية فيما زاد على الأربع . وإن اخترن جميعا الصلح وكن مكلفات رشيدات جاز كيف ما اصطلحن لأن الحق لا يعدوهن

(٢) قوله « وإن اسلم الخ » وذلك لما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال اسلمت وعندى امرأتان اختان فقال النبي ﷺ اخترائيهما شئت رواه الترمذى وفي رواية لأحمد وأبي داود قال فأمرني النبي ﷺ أن اطلق أحدهما وكذا الحكم في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها لأن المعنى في الجميع واحد

(٣) قوله « وان كاتتا أما الخ » أى وحرمت على الأبدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « أيما رجل نكح امرأة دخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها » رواه ابن ماجه ولأنها من أمهات نسائه فيدخل في عموم قوله تعالى ﴿ وأمهات نسائكم ﴾

(٤) قوله « وان كان دخل الخ » أما الأم فلما تقدم وأما البنت فلأنها ربيته

بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن ، وإن عتقت ثم أسلمت ثم أسلمن لم يكن له الاختيار من البواقي ، وإن أسلم وتحت حرة وإماء فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن ، وإن أسلم عبد وتحت إماء فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن ، وإن أسلم وعتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر لا يجوز أن يختار منهن إلا بوجود الشرطين فيه

كتاب الصداق

وهو مشروع في النكاح ، ويستحب تخفيفه ^(١) ، وأن لا يعرى النكاح عن تسميته ^(٢) ، وأن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وبناته وهو خمسمائة درهم ^(٣) ، ولا يتقدر أقله ^(٤) ولا

(١) قوله « ويستحب تخفيفه » وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة رواه أحمد وفيه ضعف

(٢) قوله « وأن لا يعرى النكاح الخ » الصحيح من المذهب أن تسميته في العقد مستحبة لانه عليه الصلاة والسلام كان يتزوج ويتزوج ولا يخلى ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة هل شيء تصدقها قال لا قال التمس ولو خاتما من حديد وليس ذكره شرطا وفاقا لقوله تعالى ﴿ ما لم تمسوهن أو تفضوا لهن فريضة ﴾ وبالغ في التبصرة فكره تركه وذكر الطحاوي أن كثيرا من أهل المدينة يبطون هذا النكاح اذا خوصم فيه قبل الدخول

(٣) قوله « وأن لا يزيد الخ » لما روى مسلم من حديث عائشة رضی الله عنها أن صداق زواج النبي ﷺ على أزواجه خمسمائة درهم

(٤) قوله « ولا يتقدر أقله » هذا المذهب بل كل ما جاز أن يكون ثمننا جاز أن يكون صداقا وبهذا قال الحسن وعمر بن دينار وابن أبي ليلى والأوزاعي والليث والشافعي والسنائي وأبو ثور وداود وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وعن سعيد بن جبیر والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة أنه مقدر الأقل ثم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون وعنه عشرون وعن سعيد بن جبیر خمسون واحتج أبو =

أكثره^(١) بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا من قليل وكثير^(٢) وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة^(٣) كراية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها من موضع معين^(٤) ، فان كانت مجهولة كرد عبدها أين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح^(٥) . وان تزوجها على منافعه

== حنيفة بما روى عن النبي ﷺ أنه قال لا مهر أقل من عشرة دراهم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خائما من حديد متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال النبي ﷺ أرضيت من نفسك ومالك بنعلين قالت نعم فأجازه رواه أبو داود والترمذي وصححه

(١) قوله « ولا أكثره » ، وذلك بالاجماع قاله ابن عبد البر

(٢) قوله « بل كل ما جاز الخ » ، هذا المذهب لحديث جابر مرفوعا « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا ، رواه أبو داود بمعناه

(٣) قوله « من عين أو دين الخ » ، هذا المذهب ومنافع الحر والعبد سواء وبه قال الشافعي لقوله تعالى حكاية عن شعيب مع موسى ﴿ انى أريد أن انكحك أحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج ﴾ ولأن منفعة الحر يجوز العوض عنها فى الإجارة فجازت صداقا كمنفعة العبد

(٤) قوله « وخياطة ثوب الخ » ، أى لأنها منفعة معلومة وعلم منه أن ما لا يجوز أن يكون ثمنا فى المبيع كالحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملسكه عليه كالمبيع فى المكيل والموزون قبل قبضه وما لا يقدر على تسليمه كالطير فى الهواء وما لا يتمول عادة كقشر جوزة وحنة حنطة لا يجوز أن يكون صداقا لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ذلك كالمبيع

(٥) قوله « فان كانت مجهولة الخ » ، أى لانه عوض فى عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كالمثلن فى البيع والأجرة فى الأجرة

[فائدة] اذا تزوجها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبه قال الشافعي لأن الحملان مجهول لا يوقف له على حد . وقال النخعي والثوري ومالك والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد تصح

مدة معلومة فعلى روايتين^(١) ، وكل موضع لاتصح التسمية وجب مهر المثل فان أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح^(٢) ، وان كان لا يحفظها لم يصح ، ويحتمل أن يصح ويتعلمها ثم يعلمها^(٣) . وان تعلمتها من غيره لزمه أجرة تعليمها فإن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها فعليه نصف الأجرة ، ويحتمل أن يعلمها نصفها وإن كان بعد تعليمها رجع عليها بنصف الأجرة ، وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح^(٤) ،

(١) قوله « وان تزوجها على منافعه الخ » لإحداها تصح وهي المذهب بدليل قصة موسى عليه الصلاة والسلام والثانية لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأنها ليست مالا وتأول أبو بكر هذه الرواية على ما اذا كانت الخدمة مجبولة كرد عبدها الآبق أو خدمتها في أى شيء أرادت سنة فأما إن كانت معلومة كبناء حائط وخياطة ثوب جاز .

[فوائد] : إحداها لو تزوجها على منافع حر غيره مدة معلومة صح على الصحيح من المذهب واختاره الشيخ تقي الدين

(الثانية) لا يضر جهل يسير ولا غرر يرجى زواله على الصحيح من المذهب فعلى المذهب لو تزوجها على أن يشتري لها عبد زيد صح على الصحيح من المذهب نص عليه فلو تعذر شراؤه بقيمته فلها قيمته

(الثالثة) يصح عقده على دين سلم وغيره وعلى غير مقدور له كآبق ومغتصب يحصله وعلى مبيع اشتراه ولم يقبضه ولو مكيبلا ونحوه كعدود ومذروع وموزون لأن الصداق ليس ركنا في النكاح فاغتفر الجهل اليسير والعذر الذى يرجى زواله على قوله « وجب مهر المثل » فلو اصدقها مالا يجوز أن يكون صداقا كالخمر والخزير وتعليم التوراة والإنجيل والمعدوم والآبق والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد النكاح ويجب مهر المثل وعنه يفسد اختاره أبو بكر

(٢) قوله « وان أصدقها تعليم الخ » وكذا لو أصدقها تعليم شيء من الأدب أو صنعة أو كتابة وهذا المذهب لأنه يصح أخذ الأجرة على تعليمه

(٣) قوله « ويحتمل أن يصح الخ » هذا المذهب

(٤) قوله « وان أصدقها تعليم الخ » هذا المذهب وهو مذهب مالك والليث =

وعنه يصح ولا يحتاج إلى ذكر قراءة من وقال أبو الخطاب يحتاج إلى ذلك ، ولو تزوج نساء بمهر واحد أو خالعهن بعوض واحد صح^(١) ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين ، وفي الآخر يقسم بينهن بالسوية

فصل

ويشترط أن يكون معلوما كالشمن^(٢) . وإن أصدقها داراً غير معينة أو دابة لم يصح ، وإن أصدقها عبداً مطلقاً لم يصح^(٣) ، وقال القاضي يصح ولها الوسط وهو السندی^(٤) ، وإن أصدقها عبداً من عبيده لم يصح ذكره .

= وأبي حنيفة ومكحول وإسحاق وعنه يصح وهو مذهب الشافعي قال ابن رزين هذا الأظهر واختاره ابن عبدوس في تذكرته وجزم به في عيون المسائل لحديث سهل في قصة التي وهبت نفسها وفيه فقال رسول الله ﷺ زوجتكها بما معك من القرآن ولنا أن الفروج لا تستباح إلا بالأموال لقوله تعالى ﴿ أن تنبغوا بأموالكم ﴾ فأما الحديث فقيل معنى قوله بما معك من القرآن أي زوجتكها لأنك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامه وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ويحتمل أن يكون خاصاً بذلك الرجل فعلى القول بالصحة لا بد من تعيين ما يعلها إياه إما سورة أو سوراً أو آيات بعينها

(١) قوله « وإن تزوج نساء الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وأشهر قولي الشافعي والقول الثاني أن المهر فاسد ويجب مهر المثل لأن كل ما يجب لواحدة من المهر غير معلوم . ولنا أن الغرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل ويقسم العوض بينهن على قدر مهورهن على المذهب وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لأن الصفة إذا وقعت على شيئين تختلف القيمة وجب تقسيط العوض بينهما بالقيمة كما لو باع شقصاً وسيفاً

(٢) قوله « ويشترط أن يكون معلوماً الخ » وهو المذهب وهو مذهب الشافعي لأن الصداق عوض في عقد معاوضة فاشترط كونه معلوماً كالشمن في البيع

(٣) قوله « وإن أصدقها عبداً مطلقاً لم يصح » هذا المذهب للجهالة

(٤) قوله « وقال القاضي الخ » قال في الفروع وظاهر نصه صحته واختاره ابن =

أبو بكر^(١)، وروى عن أحمد رحمه الله تعالى أنه يصح ولها أحدهم بالقرعة ، وكذلك يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قميصا من قمصانه ونحوه ، وإن أصدقها عبدا موصوفا صح^(٢) . وإن جاءها بقيمتها أو أصدقها عبدا وسطا وجاءها بقيمتها أو خالعتة على ذلك فجاءته بقيمتها لم يلزمها قبوله^(٣) ، وقال القاضي يلزمها ذلك^(٤) وإن أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح^(٥) وعنه يصح ، فإن غات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب ، وإن تزوجها على ألف ان

== عبدوس وجزم به في المنور وقدمه في المحرر وغيره لقوله عليه الصلاة والسلام العلق ما تراضى عليه الأهلون ولانه عوض ثبت في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية

(١) قوله « وإن أصدقها عبدا الخ » هذا اختيار المصنف والشارح وروى عن أحمد انه يصح وهو المذهب وكذا لو أصدقها دابة من دوابه أى فرسا من خيله أو بغلا من بغاله أو حمارا من حميره أو قميصا من قمصانه أو خاتما من خواتيمه وهذا المذهب في ذلك كله لان الجهالة فيه يسيرة فعلى المذهب لها أحدهم بالقرعة نص عليه

(٢) قوله « وإن أصدقها عبدا موصوفا صح » هذا المذهب لأنه يجوز أن يكون عوضا في البيع والصفة تنزله منزلة المعين

(٣) قوله « وإن جاءها بقيمتها الخ » هذا أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي وهو المذهب .

(٤) قوله « وقال القاضي الخ » أى قياسا على الأبل في الدية وجوابه بأنها استحققت عليه عبدا بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه وكما لو كان معينا والأثمان أصل في الدية كالابل فيلزم الولي القبول لا على طريق القيمة وينتقض بالعبد المعين وبما قلنا قال الشافعي

[فائدة] إذا تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه ، فإن طلبت به أكثر من قيمته أو تعذر شراؤه فلها قيمته

(٥) قوله « وإن أصدقها طلاق امرأة الخ » وهو المذهب وهو قول أكثر ==

كان أبوها حيا وألفين ان كان ميتا لم يصح نص عليه^(١)، وان تزوجها على ألف ان لم يكن له زوجة وألفين ان كان له زوجة لم يصح في قياس التي قبلها والمنصوص أنه يصح^(٢)، واذا قال العبد لسيدته أعتقني على أن أتزوجك فاعتقته على ذلك عتق ولم يلزمه شيء^(٣)، واذا فرض الصداق مؤجلا ولم يذكر محل الأجل صحح في ظاهر كلامه ومحل الفرقة عند أصحابنا ، وعند أبي الخطاب لا يصح^(٤) .

==الفقهاء لأن هذا ليس بمال ولقوله عليه الصلاة والسلام لا تسأل المرأة طلاق اختها فعلى هذا لها مهر المثل أو نصفه قبل الدخول وقال الشيخ تقي الدين ولو قيل ببطلان النكاح لم يبعد لأن المسمى فاسد لا يدل له فهو كالخمر ونكاح الشغار [فائدة] لو أصدقها عتق أمته صحح بلا نزاع لان لها فيه فائدة لما يحصل لها من ثواب العتق

(١) قوله « وان تزوجها على ألف الخ » هذا المذهب لان حال الأب غير معلومة فيكون مجهولا وحيثئذ لها صداق نسائها . وعنه يصح لأن الألف معاومة وانما جهل الثاني وهو معلق على شرط

(٢) قوله « وان تزوجها على ألف ان لم الخ » اختاره أبو بكر والمصنف والشارح قال في الانصاف وهو الصواب لأنها في معنى ما تقدم . والمنصوص انه يصح وهو المذهب وكذا إن تزوجها على ألف ان لم يخرجها من دارها وعلى ألفين ان أخرجها لأن الألف معلومة وانما جهلت الثانية وهي معلقة على شرطه فان وجد الشرط كان زيادة في الصداق والزيادة فيه صحيحة

(٣) قوله « واذا قال العبد الخ » هذا المذهب جزم به في المغنى والشرح وغيرهما وكذا لو قالت اعتقتك على ان تزوج بي لم يلزمه ذلك ويعتق

(٤) قوله « واذا فرض الصداق الخ » اعلم أن الصداق يجوز فرضه مؤجلا ومعجلا وبعضه مؤجلا واما أن شرطه مؤجلا ولم يذكر محله وهي مسألة المصنف فالصحيح أنه يصح نص عليه لأن لذلك عرفا فوجب أن يصح ويحمل عليه ومحل الفرقة على المذهب وهو من مفرداته وهو قول النخعي والشعبي ، وعنه يكون حالا وبه قال الحسن وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد وعن مكحول والأوزاعي يحل الى =

فصل

وان أصدقها خمرًا أو خنزيرًا أو مالا مغصوبا صح النكاح ووجب مهر المثل^(١) ووعنه أنه يعجبه استقبال النكاح اختاره أبو بكر، والمذهب صحته، وان تزوجها على عبد نخرج حرا أو مغصوبا أو عصير فبان خمرًا فلها قيمته^(٢)، وان وجدت به عيبا فلها الخيار بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته^(٣)

== سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسمى ولها مهر المثل وهو قول الشافعي وقال الشيخ تقي الدين الأظهر انهم أرادوا بالفرقة البيئونة فعلى هذا الرجعية لا يحل مهرها الا بانقضاء عدتها فاما ان جعل الأجل مدة بمجولة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وانما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه ههنا عن العادة بذكر الأجل فيحتمل ان تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل

(١) قوله وان أصدقها خمر الخ، هذا المذهب نص عليه وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لأنه لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ويجب مهر المثل في قول أكثر أهل العلم

(٢) قوله « وان تزوجها على عبد الخ »، يعني قيمته يوم التزويج وبه قال أبو يوسف والشافعي في قديم قوله وقال في الجديد لها مهر المثل وقال أبو يوسف ومحمد في المغصوب كقولنا وفي الحر كقوله وأما العصير فقيم لها مثله وهو المذهب اختاره المصنف والشارح . وعند الشيخ تقي الدين لا يلزمه في هذه المسائل شيء وكذا قال في مهر معين بقدر حصوله

[فائدة] لو تزوجها على عبيدين فبان أحدهما حرا فالصحيح من المذهب أن لها قيمة الحر فقط ولو تزوجها على عبد فبان نصفه مستحقا أو أصدقها ألف ذراع فبان تسعمائة خيرت بين أخذه وقيمة التألف وبين قيمة الكل وتقديم اختيار الشيخ تقي الدين أنه لا يلزمه شيء

(٣) قوله « وان وجدت به عيبا الخ »، وكذا لو بان ناقصا صفة شرطتها وحكم ذلك كله كالبيع كما تقدم وعنه لا أرش مع الامساك

فصل

وان تزوجها على ألف لها وألف لابيها صح وكانا جميعا مهرها^(١) ، فان طلقها قبل الدخول بعد قبضهما رجع عليها بألف ولم يكن على الأب شيء مما أخذ^(٢) فان فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه ، وللأب تزويج ابنته البكر والثيب بدون صداق مثلها وان كرهت^(٣) ، وان فعل ذلك غيره باذنها

[فائدة] ذكر الزركشي عن الشيخ تقي الدين أنه ذكر في بعض قواعده جواز فسخ المرأة النكاح اذا ظهر المعقود عليه حرا أو مخصوبا أو معيبا والأصحاب على خلاف ذلك

(١) قوله « وإن تزوجها على ألف الخ » يجوز لأبي المرأة الحرة أن يشترط شيئا من صداقها لنفسه وبه قال اصحاب وقد روى عن مسروق انه زوج ابنته واشترط لنفسه عشرة آلاف بل يصح ولو اشترط كل الصداق لنفسه وهذا الصحيح من المذهب لان شعيبا زوج موسى عليه الصلاة والسلام على رعاية غنمه وذلك اشترط لنفسه ولان للوالد الأخذ من مال ولده وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر ابن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون ذلك كله للمرأة وقال الشافعي اذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد

(٢) قوله « فان طلقها قبل الخ » وهذا المذهب نص عليه لأنه اخذ من مال ابنته ألفا فلا يجوز الرجوع عليه بشيء قال في الشرح وأن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذي فرض لها ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذه الأب له انتهى

[فائدة] يملك الأب ما اشترط لنفسه بنفس العقد كما تملك هي حتى لو مات قبل القبض ورث عنه لكن يقدر فيه الانتقال الى الزوجة أولا ثم اليه كاعتق عبدك عن كفارتى ذكر ذلك ابن عقيل وقدمه الزركشي وقال القاضى والمصنف والشارح لا يملكه الا بالقبض مع النية لتملكه كسائر مالها

(٣) قوله « وللأب تزويج الخ » هذا المذهب مطلقا أى سواء كانت صغيرة أو كبيرة وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعل فلها مهر =

صح ولم يكن لغيره الاعتراض^(١) ، فان فعله بغير إذنها وجب مهر المثل^(٢) ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى والباقي على الولي كالوكيل في البيع ، وان زوج ابنة الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن^(٣) ، فان كان معسرا فهل يضمه الأب ، يحتمل وجهين^(٤) . وللاب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها^(٥) ، ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها^(٦) ، وفي

مثلها ولنا أن عمر خطب الناس فقال ألا لاتغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا احدا من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من أشراف قريش وسواء رضيت أو كرهت

(١) قوله « فان فعل ذلك الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن الحق في ذلك تمحض لها بخلاف تزويجها بغير كفو
على قوله « ولم يكن لغيره » أي من الأولياء

(٢) قوله « فان فعله بغير الخ » أي فيجب مهر المثل ويكمله الزوج على الصحيح من المذهب لأنه قيمة نفسها وليس للولي نقصها منه وقال في الاقتناع وان فعله بغير إذنها وجب مهر المثل ويكمله زوج ويكون الولي ضامنا . انتهى
على قوله « كالوكيل في البيع » قال في الانصاف وهو الصواب وقد نص عليه واختاره الشيخ تقي الدين وقدمه في القواعد

(٣) قوله « وان زوج ابنة الخ » هذا المذهب قال القاضي رواية واحدة لان تصرف الأب ملحوظ فيه الصحة فكما يصح أن يزوج ابنته بدون مهر المثل للصلحة فكذا يصح هنا تحصيلها

(٤) قوله « فان كان معسرا الخ » وهما روايتان أحدهما لا يضمه كسمن مبيعه وهو المذهب

(٥) قوله « وللاب قبض الخ » هذا بلا نزاع لأنه يلي مالها فكان له قبضه كسمن مبيعها والسفينة والمجنونة كذلك

(٦) قوله « ولا يقبض الخ » يعني اذا كانت رشيدة وهذا المذهب لانها المتصرفه في مالها فاعتبر انهما في قبضه كسمن مبيعها

البكر البالغ روايتان^(١)

فصل

وان تزوج العبد باذن سيده على صداق مسمى صح ، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين^(٢) . وان تزوج بغير إذنه لم يصح النكاح^(٣) ،

(١) قوله « وفي البكر الخ » ، يعنى الرشيدة إحداهما لا يقبضه الا باذنها وهى المذهب كالثيب ، والثانية بلى لانه العادة . فعلى الثانية يبرأ الزوج بقبض الأب وترجع على أبيها بما بقى لا بما انفق

(٢) قوله « وهل يتعلق برقبته الخ » ، احداهما يتعلق بذمة سيده وهو المذهب نقله الجماعة وكذلك النفقة وسواء ضمنها أو لم يضمناها وسواء كان مأذونا له فى التجارة أو محجورا عليه نص عليه . وعنه يتعلق برقبته قدمه فى الحرر والنظم وغيرهما الخ ، وعنه يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضربته وقال ان كانت نفقته بقدر ضربته أنفق عليها ولا يعطى المولى وان لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا قول الشافعى وفائدة الخلاف أنا اذا قلنا تتعلق بذمة السيد تجب النفقة عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسبه وللسيد استخدامه ومنعه من التكسب وان قلنا يتعلق بكسبه فللمرأة الفسخ اذا لم يكن له كسب

[فائدتان] متى أذن له وأطلق لم ينكح الا واحدة نص عليه وزيادته على مهر المثل فى رقبته على الصحيح من المذهب ، وعنه بذمته ، وفى تناول النكاح الفاسد احتمالان قال فى الانصاف الصواب أنه لا يتناوله

(الثانية) لو كان الطلاق رجعيا فله الرجعة بدون اذن سيده لأن الملك قائم بعد وان كان الطلاق بائنا لم يملك اعادتها بغير ادنه

(٣) قوله « وان تزوج بغير اذن سيده الخ » ، أجمع العلماء على أن العبد ليس له أن ينكح بغير اذن سيده فان فعل لم ينفذ نكاحه فى قول الجميع قال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل قال المصنف والصحيح ما قلنا فانهم اختلفوا فى صحته فعن أحمد روايتان أظهرهما أنه باطل وهو المذهب وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح والشافعى وعنه أنه « ووقوف فان أجازه السيد والا بطل وهو قول =

وان دخل بها وجب في رقبته مهر المثل^(١) ، وعنه يجب خمسا المسمى اختاره الخرقى . وان زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر ذكره أبو بكر^(٢) ، وقيل يجب ويسقط ، وإن زوج عبده حرة ثم باعها العبد بثمان في الذمة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول الى ثمنه^(٣) ، وإن باعها إياه بالصداق صح قبل الدخول وبعده^(٤) ، ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول .

= أصحاب الرأى ولنا ما روى جابر أن النبي ﷺ قال أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر رواه أحمد وأبو داود والترمذى وحسنه واستاده جيد لكن فيه محمد ابن عقيل وفيه كلام ورواه الخلال من حديث ابن عمر مرفوعا وانكره أحمد ورواه أبو دارود وابن ماجه عن ابن عمر موقوفا فان فارقتها قبل الدخول فلا شيء عليه لانه عقد باطل وهكذا سائر الانكحة لا توجب بمجردا شيئا

(١) قوله « فان دخل بها الخ » هذا المذهب نص عليه فعلى هذا يباع فيه الا أن يفديه السيد وروى عن أحمد أنه لا مهر لها وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقا لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الأثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير اذنه جلده الحد وأبطل صداقها

[تنبيه] مراده والله أعلم بالدخول في قوله فان دخل بها الوطء وقد صرح به في الوجيز وغيره فعلى هذا لا يجب بالخلو إذا لم يوطأ ، والظاهر أن هذا من الانكحة الفاسدة يعطى حكمها في الخلو على ما يأتى في آخر الباب والخلاف فيه

[فائدة] يفديه سيده بالاقل من قيمته أو المهر الواجب

(٢) قوله « وان زوج السيد الخ » اختار هذا جماعة منهم القاضى وعنه يجب المهر ويتبع به بعد عتقه نقله سندی وهو المذهب قال في المحرر وغيره وهو المنصوص وجزم به في الوجيز والمنور

(٣) قوله « وان زوج عبده حرة الخ » يعنى يتحول صداقها أو نصفه الى ثمنه يعنى اذا قلنا يتعلق المهر برقبة العبد فأما ان قلنا يتعلق بذمة السيد وهو المذهب فان كان المهر وثمان العبد من جنس وانفق في الحلول أو التأجيل تقاصا

(٤) قوله « وان باعها إياه الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير =

فصل

وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد^(١)، فإن كان معيناً كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها ونقصه وزكاته وضمانه عليها^(٢) إلا أن يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه^(٣)، وعنه فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه إن كانت قد قبضته فهو

= الأصحاب ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول وهو رواية ذكرها في الفروع والمستوعب وقال لانها متى ملكته انفسخ النكاح قال فعلى هذا يجب أن لا يصح شراؤها لزوجها قبل الدخول لأنه يبطل مهرها لأن الفرقة بسبب من جهتها وإذا بطل المهر بطل الشراء قال وهذه إحدى مسائل الدور

[فائدة] لو جعل السيد العبد مهرها بطل العقد كمن زوج ابنه على رقبة من يعتق على الابن لو ملكه اذ تقدره له قبلها

(١) قوله « وتملك المرأة الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم وعنه لا تملك الا نصفه وحكى عن مالك قال ابن عبد البر هذا موضوع اختلف فيه السلف والآثار فاما الفقهاء اليوم فعلى انها تملكه لقوله عليه الصلاة والسلام ان أعطيتها ازارك جلست ولا ازارك فدل على أن الصداق كله للمرأة ولا يبقى للرجل فيه شيء

(٢) قوله « فان كان معيناً الخ » أى وسواء كان النماء متصلاً أو منفصلاً وسواء فى الضمان كونها قبضته أم لم تقبضه وهذا المذهب . فعنهما زكاته اذا تم عليه الحول نص عليه ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة عليها لأنها قد ملكته .

(٣) قوله « إلا أن يمنعها الخ » وهذا المذهب لانه غاصب أو بمنزلة وان زاد فالزيادة لها وان نقص فالتقص عليه وهو بالخيار بين أخذ نصفه ناقصاً وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض لأنه ان زاد بعد العقد فالزيادة لها وان نقص فالتقص عليه الا أن تكون الزيادة لتغير الأسعار

على قوله « فيكون ضمانه عليه » . الا أن تتلفه هي فيكون اتلافها قبضاً منها ويستقط عنه ضمانه

لها وإلا فهو على الزوج ، فعلى هذا لا يدخل في ضمانها إلا قبضه ، وإن كان غير معين كقفيص من صبرة لم يدخل في ضمانها ولم تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالمبيع^(١) ، وإن قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه إن كان باقيا^(٢) ويدخل في ملكه حكما كالميراث^(٣) ، ويحتمل أن لا يدخل حتى يطالب به ويختار فما ينمى قبل ذلك فهو لها ، وإن كان الصداق زيادة منفصلة رجع في نصف الأصل والزيادة لها^(٤) ، وإن كانت متصلة فهي مخيرة بين دفع نصفه زائدا وبين دفع نصف قيمته يوم العقد^(٥) . وإن كان ناقصا خير

على قوله « إلا قبضه » ، ظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال سواء كان معيناً أو لم يكن وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا يضمه بمثله إن كان مثليا والا قيمته يوم العقد

(١) قوله « وإن كان غير معين الخ » ، وتقدم الخلاف في ذلك والصحيح من المذهب وما يحصل به القبض في آخر خيار البيع فإن هذا مثله عند الأصحاب

(٢) قوله « وإن قبضت صداقها الخ » ، لقوله تعالى ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية وليس في هذا اختلاف بحمد الله

(٣) قوله « ويدخل الخ » ، هذا المذهب لأن قوله تعالى ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ يدل عليه لأن التقدير فنصف ما فرضتم لكم فعلى هذا ما يحدث من النماء يكون بينهما على قوله « ويختار » ، وهذا قول أبي حنيفة

(٤) قوله « وإن كان الصداق الخ » ، هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأن الطلاق قبل الدخول يقتضي الرجوع في نصف الصداق وقد أمكن الرجوع فيه من غير ضرر والزيادة لها لأنها نماء ملكها . وعنه يرجع بنصفهما على قوله « منفصلة » ، كالولد والثرمة

(٥) قوله « وإن كانت متصلة الخ » ، اعلم أن الزيادة المتصلة للزوجة على الصحيح من المذهب وليس للزوج الرجوع فيها ، فعلى هذا يثبت ما ذكره المصنف لأنها إن اختارت دفع نصف الأصل زائداً كان ذلك إسقاطاً لحقها من الزيادة وإن اختارت دفع نصف قيمته كان لها ذلك لأنه لا يلزمها دفع نصف الأصل زائداً لاشتتاله على الزيادة التي لا يمكن فصلها عنه ويخرج أن يجب دفعه بزيادته كالمنفصلة وأولى .

الزوج بين أخذه ناقصا وبين نصف القيمة وقت العقد^(١)، وإن كان تالفا أو مستحقا بدين أو شفعة فله نصف قيمته يوم العقد، إلا أن يكون مثليا فيرجع بنصف مثله، وقال القاضى له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض، وإن نقص الصداق فى يدها بعد الطلاق فهل تضمن نصفه؟ يحتمل وجهين^(٢). وإن قال الزوج نقص قبل الطلاق وقالت بعده فالقول قولها يمينها، والزوج هو الذى بيده عقدة النكاح فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر فى ماله برىء منه صاحبه، وعنه أنه الأب فله أن يعفو عن نصف مهر ابنته الصغيرة إذا طلقت قبل الدخول

على قوله «متصلة» كالمسمن وتعلم صنعة وبهيمة حملت

(١) قوله «وإن كان ناقصا الخ» هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب لأنه إذا اختار ذلك فقد رضى باسقاط حقه وإن لم يرض فلأن قبوله ناقصا ضرر عليه وهو منقضى شرعا فعلى الأول هل له أرش النقص كما هو مختار القاضى فى تعليقه كالمبيع المعيب أو لا أرش كواجب شيئا عند المفلس وهو اختيار الأكثرين فيه قولان .

[فائدة] إذا تصرفت المرأة فى الصداق ببيع أو هبة مقبوضة أو عتق أو رهن أو كتابة منع ذلك الرجوع فى نصفه لأنه تصرف ينقل الملك ويثبت حق الزوج فى القيمة إن لم يكن الصداق مثليا ولا تمنع الوصية والشركة والمضاربة والإيداع والإعارة والتدبير من الرجوع وإن تصرفت بأجارة وتزويج رقيق لم يمنع ويخير الزوج بين الرجوع فى نصفه ناقصا وبين الرجوع فى نصف قيمته فإن رجع فى نصف المستأجر صبر حتى تنقضى الأجارة

(٢) قوله «وإن نقص الصداق الخ» إن كانت منعه منه بعد طلبه منها حتى تنقص أو تلف فعلها الضمان لانه غاصبة وإن تلف أو نقص قبل المطالبة بعد الطلاق فقال المصنف هنا يحتمل وجهين أحدهما تضمنه وهو المذهب وسواء كان متميزا أو لا لأنه وجب له نصف الصداق فلم يدخل فى ضمانه إلا بالقبض والثانى لا تضمنه اختاره المصنف والشارح وقالوا هو قياس المذهب لأنه دخل فى يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة

فصل

إذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول. رجع عليها بنصفه^(١)، وعنه لا يرجع بشيء^(٢)، وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه؟ على روايتين^(٣). وكل فرقة جاءت من الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو من أجنبي كالرضاع ونحوه قبل الدخول يتنصف بها المهر بينهما^(٤)، وكل فرقة جاءت من قبلها كإسلامها وردتها ورضاعها

(١) قوله « إذا أبرأت المرأة زوجها الخ » هذا المذهب لأن الطلاق قبيل الدخول يقتضى الرجوع فى نصف الصداق وقد وجد ولا أثر لكونها أبرأته أو وهبته له لأن ذلك حصل مستأنفا فلم يمنع استحقاق النصف كما لو وهبته لأجنبي فوهبه الأجنبي للزوج

(٢) قوله « وعنه الخ » أى لأن نصف الصداق تعجل بالهبة ولأن عقد الهبة لا يقتضى ضمانا وعنه يرجع مع الهبة دون الإبراء صححه فى المحرر [فائدتان] لو وهبته نصمه ثم تنصف رجع بالباقي على الرواية الأولى وبنصفه على الرواية الأخرى

(الثانية) لو قضى المهر أجنبي متبرعا ثم سقط أو تنصف فالراجع للزوج على الصحيح من المذهب وقيل الرجوع للأجنبي المتبرع

(٣) قوله « وإن ارتدت الخ » إحداهما يرجع بجميعه وهو الصحيح

(٤) قوله « وكل فرقة الخ » وكذا تعليق طلاقها على فعلها وتوكيلها فيه ففعلته فهما على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لقوله تعالى ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية ثبت فى الطلاق والباقي قياسا عليه لأنه فى معناه. وقال الشيخ تقي الدين لو علق طلاقها على صفة وكانت الصفة من فعلها الذى لها منه بد وفعلته فلا مهر لها وقواه صاحب القواعد وإنما تنصف المهر بالخلع لأن المقلب فيه حال الزوج بدليل أنه يصح منها ومن غيرها وهو خلعه مع الأجنبي فصار كالمنفرد به وأما إذا جاءت الفرقة من الأجنبي كالرضاع ونحوه فإنه يجب نصف المهر لأنه لا جناية منها ويرجع الزوج بما لزمه على الفاعل لأنه قرره عليه ويأتى فى كلام المصنف فى الرضاع

من يفسخ به نكاحها وفسخها لعيبه أو إعساره وفسخه لعيبها يسقط به مهرها ومتعتها^(١). وفرقة اللعان تخرج على روايتين^(٢). وفي فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجان^(٣)، وفرقة الموت يستقر بها المهر كله كالدخول^(٤)

[فائدة] لو أقر الزوج بنسب أو رضاع أو غير ذلك من المفسدات قبل منه في انقاسخ النكاح دون سقوط النصف ولو وطئ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زنا انفسخ النكاح ولها نصف الصداق نص عليه

(١) قوله « وكل فرقة جاءت من قبلها الخ » ، اما اذا أسلت أو ارتدت قبل الدخول فتقدم ذلك في نكاح الكفار مستوفى وأما إذا جاءت الفرقة من قبلها برضاعها من يفسخ نكاحها فيأتى ذلك ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع حيث قال فاذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى الخ وأما فسخها لعيبه وفسخه لعيبها فان ذلك يسقط به مهرها بلا خلاف في المذهب الا توجهها لصاحب الفروع

[فائدة] لو شرط عليه شرط صحيح حالة العقد فلم يف به وفسخت سقط به مهرها على الصحيح من المذهب وعنه يتنصف بفسخها قبل الدخول

(٢) قوله « وفرقة اللعان الخ » ، إحداهما يسقط به المهر وهو المذهب لان الفسخ من قبلها لانه انما يحصل عن تمام لعانها

(٣) قوله « وفي فرقة الخ » ، احدهما يتنصف به المهر وهو المذهب لانه في حالة شرائها له تم بالسيد وبالمرأة أشبه الخلع وفي الثانية تم البيع بالزوج والسيد أشبه الخلع .

(٤) قوله « وفرقة الموت » ، هذا المذهب حرة كانت أو أمة لما روى معقل بن سنان الأشجعي أن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق وقد نكحت بغير مهر فمات زوجها بمهر نساءها والميراث قال ابن حجر في التلخيص رواه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم وصححه ابن مهدي والترمذي وقال ابن حزم لا مغزى فيه لصحة اسناده والبيهقي في الخلافيات وقال الشافعي لا احفظه من وجه يثبت مثله وقال لو ثبت حديث بروع لقلت به ، قال الحاكم وقال شيخنا أبو عبد الله لو حضرت الشافعي لقمتم على رؤوس الناس وقلت قد صح الحديث فقل به . انتهى ملخصا .

ولو قتلت نفسها لاستقر مهرها كاملا

[فوائد] إعلم أن المهر يتقرر كاملا سواء كانت حرة أو أمة بأشياء ذكر المصنف منها الموت وهو بلا خلاف قاله في الانصاف وذكر القتل وهو كالموت حتف انفسها سواء قتلت نفسها أو قتلها غيرها لانها فرقة حصلت بانقضاء الأجل . ومما يقرر المهر كاملا وطئها في فرج حية لا ميتة ولو بوطئها في الدبر على الصحيح من المذهب وقيل لا يقرره الوطء في الدبر . ومنها الخلوقة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وان لم يطاء روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال على ابن الحسين وعروة والزهرى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى وهو قول الشافعى القديم ، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعى في الجديد لا يستقر الا بالوطء وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس . ولنا إجماع الصحابة فروى الامام أحمد والاثرم عن زرارة بن اوفى قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون ان من أغلق بابا أو ارخى سترا فقد وجب المهر ووجب العدة ورواه أيضا عن الأحنفت عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت عليها العدة ولها الصداق كاملا . وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا . وما روه عن ابن عباس لا يصح وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر وهو من مفردات المذهب وقال في التواعد من الاصحاح من حكى رواية بان المهر لا يستقر بالخلوة بمجرد الوطء وانكر هذه الرواية الاكثرون فعلى المذهب يتقرر كاملا ان لم تمنعه بشرط أن يعلم بها على الصحيح من المذهب وعنه يتقرر وإن لم يعلم بها ويشترط في الخلوقة أن لا يكون عندهما بمن مطلقا على الصحيح من المذهب ويشترط أيضا أن يكون بمن يطاء مثله بمن يوطأ مثلها ولا يقبل دعواه عدم علمه بها والصحيح من المذهب ولو كان أعشى نص عليه لأن العادة لا يخفى عليه ذلك ويقبل قول مدعى الوطء على الصحيح من المذهب ولو خلاها وبها ما منع شرعى كحرام وحيض وصوم ، أو حسى كجب ورتق وأنضوة تقرر المهر على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قال الزركشى اتفقوا فيما علمت أن هذا المذهب انتهى وهو من مفرداته وقدمه المصنف والشارح وغيرهما وعنه لا يقرره وبما يقرره أيضا اللبس والنظر الى فرجها ونحوه شهوة حتى تقبيلها بحضرة الناس نص عليه وهو من المفردات .

فصل

وإذا اختلف الزوجان في قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه^(١)،
وعنه القول قول من يدعى مهر المثل منهما^(٢) فإن ادعى أقل منه وادعت أكثر
منه رد إليه بلا يمين عند القاضي في الأحوال كلها، وعند أبي الخطاب
تجب اليمين، وإن قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الأمة
خرج على الرويتين، فإن اختلفا في قبض المهر فالقول قولها^(٣)، وإن اختلفا
فيما يستقر به المهر فالقول قوله^(٤)، وإن تزوجها على صداقين سرا وعلانية

(١) قوله « وإذا اختلف الزوجان الخ » هذا المذهب نص عليه وهو قول
الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور وبه قال أبو يوسف، إلا أن يدعى
مستنكرا بان يدعى مهرا لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة فيدخل في
عموم قوله صلى الله عليه وسلم ولكن اليمين على المدعى عليه

(٢) قوله « وعنه الخ » وبهذا قال أبو حنيفة وهو الذي ذكره الحرقي وعن
الحسن والنخعي وحامد وأبي عبيد مثله ونصره القاضي وأصحابه وجزم به في الوجيز
لأن الظاهر صدق من يدعيه فلو ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه قبل قولها وإن
ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر منه قبل قوله ولا فرق بين أن يكون هذا
الاختلاف قبل الدخول أو بعده قبل الطلاق أو بعده. وعنه يتحالفان فإن حلف
أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله الآخر وإن حلفا وجب مهر المثل. وقال الشيخ
تقى الدين يتخرج لنا كقول مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وإن كان
بعده فالقول قول الزوج فعلى هذه الرواية الثانية وهي أن القول قول من يدعى مهر
المثل منهما لو ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد إليه بلا يمين عند القاضي في
الأحوال كلها. وقال المصنف في المغني إذا ادعى أقل من مهر المثل وادعت أكثر منه
رد إلى مهر المثل ولم يذكر أصحابنا يميننا. والاولى أن يتحالفا فإن ما يقوله كل واحد
منهما محتمل للصحة

(٣) قوله « فإن اختلفا في قبض المهر الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة
وذكر في الواضح رواية أن القول قوله بناء على ما إذا قال كان له على كذا وقضيته

(٤) قوله « وإن اختلفا فيما يستقر به المهر الخ » هذا بلا نزاع

أخذ بالعلانية^(١)، وإن كان قد انعقد بالسر ذكره الخرقى، وقال القاضى ان تصادقا على السر لم يكن غيره^(٢)، وإن قال هو عقد واحد أسرته ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها

(١) قوله « وان تزوجها على صداقين الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الشعبي وابن أبي ليلى والثورى وأبو عبيد

(٢) قوله « وقال القاضى الخ » أى الواجب الذى انعقد به النكاح سرا كان أو علانية وحمل كلام أحمد على ان المرأة لم تقر بنكاح السر فثبت مهر العلانية لأنه الذى انعقد به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبى حنيفة والأوزاعى والشافعى ونحوه عن شريح والحسن والزهرى والحكم بن عتيبة ومالك وإسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء . ووجه الأول انه اذا عقد فى الظاهر عقدا بعد عقد السر فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب عليه ذلك كما لو زادها على صداقها

[تنبيه] قال المصنف فى المغنى ومن تابعه من الشارح وغيره وجه قول الخرقى انه اذا عقد فى الظاهر عقدا بعد عقد السر الخ قالوا ومقتضى ما ذكرناه من التعليل لكلام الخرقى انه ان كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فيبقى وجوبه انتهى

[فوائد] لو اتفقا قبل العقد على مهر وعقدها بأكثر منه تجملا مثل أن يتفقا على أن المهر ألف ويعقدا على ألفين فالصحيح من المذهب أن الألفين هى المهر جزم به المصنف والمجد والشارح وغيرهم وقاله القاضى وغيره وهو مذهب الشافعى فعلى المذهب قال أحمد تفى بما وعدت به وشرطته من انها لا تأخذ الا مهر السر قال المصنف والشارح هذا على سبيل الاستحباب قال أبو حفص البرمكى يجب عليها الوفاء قال فى الانصاف وهو الصواب

(الثانية) افادنا المصنف رحمه الله بقوله وان تزوجها على صداقين الخ أن الزيادة فى الصداق بعد العقد تلحق به ويبقى حكمها حكم الأصل المعقود عليه فيما يقرره وينصفه وهو المذهب وعنه لا تلحق به وانما هى هبة تفتقر الى شروط الهبة فان طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة فعلى المذهب يملك الزيادة من حينها

فصل في المفوضة

والتفويض على ضربين : تفويض البضع وهو ان يزوج الأب ابنته
ال بكر (١) أو تأذن المرأة لوليها في تزويجها بغير مهر ، وتفويض مهر وهو أن
يتزوجها غلى ماشاءت أو شاء أجنبي ونحو ذلك فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل
بالعقد (٢) ولها المطالبة بفرضه (٣) ، فان فرضه الحاكم لم يجز إلا بمقداره وإن

(الثالثة) هدية الزوج ليست من المهر نص عليه فان كان قبل العقد وقد وعدوه
بأنهم يزوجه فزوجوه غيره رجع به قاله الشيخ تقي الدين واقتصر عليه في الفروع
قال في الانصاف وهذا بما لا شك فيه وقال الشيخ تقي الدين أيضا ما قبض بسبب
النكاح فكهر وقال أيضا ما كتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها

(١) قوله « والتفويض على ضربين تفويض البضع الخ » فلم منه أن النكاح
صحيح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم لقوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم إن
طلقتم النساء ما لم تمسوهن ﴾ الآية ولقول ابن مسعود وسيأتي وسواء تركا ذكر
المهر أو شرطاً نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ولو قال زوجتك
بغير مهر في الحال ولا في المال صح أيضا . وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه
الصورة لأنها تكون كالموهوبة وليس بصحيح فانه يصح فيما اذا قال زوجتك بغير
مهر فيصح ههنا لأن معناهما واحد وليست كالموهوبة لأن الشرط يفسد ويجب المهر
(٢) قوله « وتفويض المهر الخ » أي لأنها لم تزوج نفسها الا بصداق لكنه
مجهول فسقط لجهااته ووجب مهر المثل لقول ابن مسعود وقد سئل عن امرأة
تزوجت برجل لم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود لها
صداق نساءها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان
فقال قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا بمثل ما قضيت ففرح بها
ابن مسعود . رواه الخمسة وصححه الترمذي ولفظه له

(٣) قوله « ولها المطالبة بفرضه » أي قبل الدخول فان امتنع اجر عليه وبه
قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا
كان أو كثيرا سواء كانا عالين بمهر المثل أولا وقال الشافعي في قول لا يصح بغير
مهر المثل . ولنا ان الحق لها لا يعدوهما لأنه اذا فرض لها كثيرا فقد بذل لها من
ماله فوق ما يلزمه وان رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها

تراضيا على فرضه جاز ما اتفقا عليه من قليل وكثير ، فان مات أحدهما قبل الاصابة ورثه صاحبه^(١) ولها مهر نساها^(٢) ، وعنه أنه يتنصف بالموت^(٣)

[فائدة] يجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي وروى عن ابن عباس وابن عمر والزهرى وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال الزهرى مضت السنة ان لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال ابن عباس يخلع إحدى فعليه ويلقيها اليها . وروى أبو داود عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن عليا لما تزوج فاطمة اراد ان يدخل بها فمنعه النبي ﷺ حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس عندى شيء فقال اعطها درعك فأعطها درعه ثم دخل بها . ورواه أبو داود والنسائي عن ابن عباس قال لما تزوج على فاطمة فقال له رسول الله ﷺ أعطها شيئا قال ما عندى قال اعطها درعك الحظمية . ولنا حديث عقبه بن عامر فى الذى زوجه النبي ﷺ ودخل بها ولم يعطها شيئا وروت عائشة رضى الله عنها قالت امرنى رسول الله ﷺ ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابن ماجه . والأخبار محمولة على الاستحباب

(١) قوله « وان مات الخ ، هذا بغير خلاف

(٢) قوله « ولها مهر نساها » هذا المذهب واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى واصلح . وروى عن على وابن عباس والزهرى وربيعة ومالك لا مهر لها لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض وميسر فلم يجب لها مهر كفرقة الطلاق . ولنا حديث ابن مسعود . وقال أبو حنيفة كقولنا فى المسئلة وكقولهم فى الذمة

(٣) قوله « وعنه أنه يتنصف الخ » قال ابن عقيل لا وجه للتنصف عندى وقال الشيخ تقي الدين فى القلب حرازة من هذه الرواية والمنصوص عنه فى رواية الجماعة أن لها مهر المثل على حديث بروع قال ونقل عن أحمد رواية تخالف السنة واجماع الصحابة بل الامة فان القائل قائلان قائل بوجوب مهر المثل وقائل بسقوطه فعلنا ان ناقل ذلك غالط عليه والغلط إما فى النقل أو من دونه فى السمع أو فى الحفظ أو فى الكتاب اذ من أصل أحمد الذى لا خلاف عنه فيه انه لا يجوز الخروج عن أقوال الصحابة ولا يجوز ترك الحديث الصحيح من غير معارض له من جنسه وكان =

إلا أن يكون فد فرضه لها ، فان طلقها قبل الدخول بها لم يكن عليه إلا المتعة^(١) على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، وأعلاها خادم وأدناها كسوة تجزئها في صلاتها ، وعنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم ، وعنه يجب لها نصف مهر المثل ، وان دخل بها استقر مهر المثل ، وان طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة ؟ على روايتين أحدهما لا تجب^(٢)

شديد الإنكار على من يخالف ذلك فكيف يفعله هو مع امامته من غير موافقة لاحد ومع أن هذا القول لاحظ له في الآية ولا له نظير . هذا بما يعلم قطعاً انه باطل انتهى .

(١) قوله « فان طلقها الخ » اذا طلق المفوضة قبل الدخول فلا يخلو اما أن يكون فرض لها صداقاً أم لا فان كان ما فرض لها صداقاً وهو مراد المصنف فلا يخلو اما ان يكون تفويض بضع أو تفويض مهر فان كان تفويض بضع فليس لها الا المتعة على الصحيح من المذهب نص عليه وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهرى والثورى والشافعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى لقوله تعالى ﴿ اذا نكحتم المؤمنات ﴾ الى قوله ﴿ فتعوهن ﴾ ولقوله تعالى ﴿ وللدائيات متاع ﴾ والأمر يقتضى الوجوب . وقال مالك والليث المتعة مستحبة غير واجبة وان كان تفويض مهر فقدم المصنف هنا انه ليس لها الا المتعة وهو إحدى الروايتين والمذهب منهما وهو مذهب أبى حنيفة لأنه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فاشبهت التي لم يسم لها شيء وان كان فرض لها صداقاً فالصحيح من المذهب وجوب نصف الصداق المسمى وعليه الأصحاب وعنه يسقط وتجب المتعة .

على قوله « وعنه يجب لها نصف مهر المثل » ، وجزم به في الوجيز وشرح ابن رزين وقدمه في المغنى والشرح وغيرهما وهو مذهب الشافعى لأن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب ان يتنصف كما لو سماه وهذا الذى قدمه المصنف والشارح ومذهب الشافعى انما هو فى مفوضة المهر خاصة

(٢) قوله « وان طلقها الخ » ، أى لأن كل من وجب لها نصف المهر لم يجب لها متعة سواء كانت ممن سمي لها صداقاً أولاً لكن فرض لها بعد العقد وبه قال =

فصل

ومهر المثل معتبر بمن يساويها من نساء عصباتها كأختها وعمتها وبنات خيها وعمها ، وعنه يعتبر جميع أقاربها كامها وخالتها ، وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثبوبة والبلد ، فان لم يكن في نساءها إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها ، فان لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها ، فان كانت عادتهم التخفيف على عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك ، وان كان عادتهم التأجيل فرض مؤجلا في أحد الوجهين ، وان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبيها بها

فصل

وأما النكاح الفاسد إذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر فيه ^(١)

= أبو حنيفة وروى عن أحمد لكل مطلقه متاع روى ذلك عن علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبي قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله (وللطلقات متاع) والمذهب ان المتعة لا تجب الا لحره أو سيد أمة على زوج بطلاق قبل الدخول لمن لا مهر لها لقوله تعالى (لا جناح عليكم - الى قوله - ومتعوهن) ثم قال (وان طلقتوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة) الآية فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكما مع أن أبا بكر قال العمل عندى على الثانية لولا تواتر الروايات عنه . واما المتوفى عنها فلا متعة لها بلا خلاف

على قوله « من نساء عصباتها » أي من جهة أبيها وحدها

على قوله « وعنه يعتبر » هذه المذهب لأن مطلق القرابة له اثر في الجملة وأما وخالتها يشملهم حديث ابن مسعود ولها مهر نساءها

(١) قوله « فان افترقا قبل الدخول الخ » اذا افترقا في النكاح الفاسد قبل الدخول بغير طلاق ولا موت لم يكن لها مهر بلا نزاع ، وان كان بطلاق فجزم المصنف بأنه لا مهر لها وهو المذهب وان افترقا بموت فظاهر كلامه هنا انه لا مهر =

وان دخل بها استقر عليه المسمى^(١)، وعنه يجب مهر المثل وهي أصح ولا يستقر بالخلوة^(٢)، وقال أصحابنا يستقر، ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة^(٣)

== لها وهو صحيح وهو المذهب وعليه الاصحاب لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد فوجوده كعدمه كالبيع

(١) قوله « وان دخل بها الخ » هذا المذهب لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة ولها الذي أعطاهما بما أصاب منها رواه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسنادهما وعنه يجب مهر المثل قال المصنف هنا وهي أصح واختاره الشارح وجزم بها في الوجيز لقوله عليه السلام فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فجعل لها المهر بالاصابة والاصابة انما توجب مهر المثل لان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وانه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها عليه شيء واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وكوطة الشبهة ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل وكذا اذا فسد العقد. وقال أبو حنيفة الواجب الاقل من المسمى أو مهر المثل

(٢) قوله « ولا يستقر بالخلوة » هذا اختيار المصنف والشارح وهو رواية وقاله أكثر العلماء كمن منعه الوطء أو افترقا بلا وطء ولا خلوة. والمذهب أنه يستقر بالخلوة نص عليه وعليه جماهير الاصحاب وهو من مفردات المذهب قياسا على العقد الصحيح. وفي المعنى الأول اولى لان الصداق انما أوجبه الوطء ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول أشبه الخلوة بالأجنبية ولانه عليه الصلاة والسلام جعل المهر بما استحل من فرجها ولم يوجد، لكن هل يجب مهر المثل أو المسمى مجنى على الذي قبله

[فائدة] اذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فان امتنع الزوج من طلاقها فسخته الحاكم وهذا المذهب نص عليه وقال الشافعي لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد اشبه النكاح في العدة ولنا انه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتج في التفريق الى ايقاع فرقة ولأن تزويجها من غير فرقة يفضى الى تسلط زوجين عليها كل منهما يعتقد صحة نكاحه وفساد الآخر

(٣) قوله « ويجب مهر المثل الخ » وهذا المذهب قال الشارح بغير خلاف ==

والمكرهه على الزنا^(١) ، ولا يجب معه أرش

=علمناه قال في الانصاف وظاهر كلام الشيخ تقي الدين انه لا يجب لها مهر لانه قال البضع انما يتقوم على زوج أو شبهة فتملكه به

(١) قوله «والمكرهه على الزنا» يعني يجب لها مهر المثل وهو المذهب مطلقا وعنه يجب للبكر خاصة . وعنه لا يجب لمكرهه اختاره الشيخ تقي الدين لانه خبيث وهو مذهب أبي حنيفة

[فائدة] لو اكرهها ووطئها في الدبر فلا مهر على الصحيح من المذهب اختاره المصنف والشارح .

[تنبيهان] : (الاول) يدخل في عموم كلام المصنف الأجنبية وذوات محارمه وهو المذهب وهو مذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي . وعنه لا مهر لذات محرمه وهو قول الشعبي

(الثاني) مفهوم كلام المصنف انه لا مهر للطاوعة وهو صحيح وهو المذهب لانها باذلة فلم يجب لها شيء ويستثنى من ذلك الأمة فان المهر لا يسقط بذلك على الصحيح من المذهب ويأخذه السيد وقيل لا مهر لها

[فوائد] (*) اذا كان النكاح باطلا بالاجماع كالمزوجة والمعتدة اذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطاء وهي مطاوعة فلا مهر لانه زنا يوجب الحد وان جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فلها المهر لانه وطء شبهة وقد روى أبو داود باسناده أن رجلا يقال له نصر بن اكنم نكح امرأة فولدت لأربعة اشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق بما استحل من فرجها فاذا ولدت (** فاجلدها وروى سعيد في سننه أن عبيد الله بن الحر تزوج بجارية من قومه فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم نخاصمهم الى علي فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يدي عدل فقالت لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله قال بل أنت أحق

(*) كذا ولم يذكر غير اثنتين

(**) كذا بالأصل وعبرة الغني والشرح لجعل النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق .
وفي لفظ قال الصداق بما استحللت من فرجها فاذا ولدت فاجلدها

البكارة^(١)، ويحتمل أن يجب للمكرهة ، وإذا دفع اجنيدية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها^(٢)، وقال القاضى يجب مهر المثل ، وإن فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف المسمى^(٣) ، وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها^(٤) ، فإن تبرعت بتسليم نفسها ثم أرادت المنع فهل لها

== بمالك قالت فاشهدوا أن ما كان لى عند عكرمة من صداق فهو له فلما وضعت ما فى بطنها ردها على عبيد الله وألحق الولد بابيه

(الثانية) لو وطئ مائة لزمه المهر قال فى الفروع لزمه المهر فى ظاهر كلامهم وهو متجه وقال القاضى فى جواب مسألة وطئ الميئة : محرم ولا مهر ولا حد

(١) قوله « ولا يجب الخ » يعنى مع وجوب المهر للوطوءة بشبهة أو زنا وهذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب

[فائدة] يتعدد المهر بتعدد الزنا لا بتكرر الوطء بشبهة قاله فى الترغيب وغيره

(٢) قوله « وإذا دفع الخ » وكذا لو أزالها باصبع أو غيرها وهو المذهب لانه اتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير ديتة فرجع فيها الى الحكومة كسائر ما لم يقدر وقال القاضى لها مهر المثل وهو رواية لما روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم ان رجلا كانت عنده يتيمة نخافت امرأته ان يتزوجها فاستغاثت بالنسوة فذهبن عذرتها وقالت لزوجها فجرت فاخبر على بذلك فارسل الى امرأته والنسوة فلما اتين لم يلبثن ان اعترفن بما صنعن فقال للحسن بن على اقض فيها فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى الممسكات والأول هو القياس لولا ما روى عن الصحابة على قوله « فعليه ارش بكارتها » . هذا المذهب

(٣) قوله « وإن فعل ذلك الزوج الخ » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا قال المصنف فى فتاويه لو طلق او مات عن من دخل بها فوضعت فى يومها ثم تزوجت فيه وطلق قبل دخوله ثم تزوجت فى يومها من دخل بها فقد استحققت فى يوم واحد بالنكاح مهريين ونصفا فيعابا بها قلت ويتصور أكثر من ذلك بان يطلق الثالث قبل الدخول وكذا رابع وخامس

(٤) قوله « وللرأة الخ » أى الحال وحكاه ابن المنذر اجماعا وهذا اذا كانت ==

ذلك؟ على وجهين . وان أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ ، وان أعسر بعده فعلى وجهين . ولا يجوز الفسخ الا بحكم حاكم

باب الوليمة

وهي اسم لدعوة العرس خاصة ، وهي مستحبة والاجابة اليها واجبة اذا عينه الداعي المسلم في اليوم الأول ، فان دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا الى الطعام أو دعاه فيما بعد اليوم الأول أو دعاه ذمى لم تجب الاجابة ، وسائر الدعوات والاجابة اليها مستحبة غير واجبة ، وإذا حضر وهو صائم صوما

تصلح للاستمتاع فاما ان كانت لا تصلح للاستمتاع فالصحيح من المذهب ان لها المطالبة به ايضا ورجح المصنف في المغنى خلافه وقال الشيخ تق الدين الأشبه عندى ان الصغيرة يستحق المطالبة لها بنصف المهر لأن النصف يستحق بازاء الحبس وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بازاء الدخول فلا تستحقه الا بالتمكّن

[فوائد] لو ابى كل من الزوجين التسليم أولا اجبر الزوج على تسليم الصداق اولاً ثم تجبر هي على تسليم نفسها على الصحيح من المذهب وقيل يؤمر الزوج بجعله تحت يد عدل وهي تسلّم نفسها واذا فعلت اخذته من العدل

(الثانية) لو كانت مجبوسة او لها عذر يمنع التسليم وجب تسليم الصداق اليها على الصحيح من المذهب كهر الصغيرة التي لا يوطأ مثلها كما تقدم وقيل لا يجب

(الثالثة) لو قبضت المهر ثم سلبت نفسها فبان معيها فلها منع نفسها على الصحيح من المذهب

على قوله « حتى قبض مهرها » . اى الحال وحكاه ابن المنذر اجماعا

على قوله « على وجهين » . أحدهما ليس لها ذلك وهو المذهب

على قوله « فلها الفسخ » . يعنى اذا كان حالا وهو المذهب كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع

على قوله « فعلى وجهين » . أحدهما لها الفسخ اذا كانت غير عالة لأنه تعذر عليها الوصول الى العوض

واجبا لم يفطر ، وان كان نفلا أو كان مفطرا استحب الأكل ، وان أحب دعا وانصرف ، فان دعاه اثنان اجاب او لهما ، فان استويا اجاب ادينهما ثم أقربهما جوارا ، فان علم أن في الدعوة منكر كالأزمر والخمر وأمكنه الإنكار حضر وأنكر والالم يحضر ، فان حضر وشاهد المنكر ازاله وجلس وان لم يقدر انصرف ، وان علم به ولم يره ولم يسمعه فله الجلوس^(١) ، وان شاهد ستورا معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس إلا ان تزال^(٢) ، وان كانت

على قوله « بحكم حاكم » وهذا المذهب

على قوله « والاجابة اليها واجبة » هذا المذهب وذكر ابن عبد البر انه لا خلاف فيها اذا لم يكن فيها لهو ولما روى ابن عمر ان النبي ﷺ قال اذا دعى أحدكم الى الوليمة فليأتها متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام شر الطعام طعام الوليمة يدعى اليها الأغنياء ويترك لها الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله رواه البخارى .

على قوله « وسائر الدعوات والاجابة اليها مستحبة » وظاهر رواية ابن منصور ومثني يجب لما روى ابن عمر مرفوعا قال اذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسا كان أو غيره رواه مسلم وأبو داود

(١) قوله « وان علم به الخ » ظاهره الخيرة بين الجلوس وعدمه وهو المذهب قال الامام أحمد لا بأس لأن المحرم رؤية المنكر وسماعه ولم يوجد واحد منهما

(٢) قوله « وان شاهد ستورا الخ » هذا المذهب فاذا كانت صورة الحيوان على الستور والحيطان وما لا يوطأ وامكنه حظها أو قطع راسها فعل ذلك وجلس وان لم يمكنه ذلك انصرف وعليه اكثر العلماء قال ابن عبد البر هذا اعدل المذاهب لان عائشة نصبت سترا وفيه تصاوير فدخل رسول الله ﷺ فزعه قالت فقطعته وسادتين فكان يرتفق عليهما متفق عليه

[فائدة] اذا علم به قبل الدخول فهل يحرم الدخول ام لا . فيه الوجهان المتقدمان وجزم في المعنى والشرح انه لا يحرم الدخول وهو المذهب

[تنبيه] اذا قطع رأس الصورة أو مالا تبقى الحياة بعد ذهابه او جعل له رأس منفصل عن البدن لم يدخل تحت النهي وان كان المذاهب تبقى الحياة بعده كاليد =

مبسوطة أو على وسادة فلا بأس بها^(١)، وإن سترت الحيطان بستور لاصور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين^(٢)، ولا يباح الأكل بغير إذن؛ والدعاء إلى الوليمة إذن فيها، والنثار والتقاطه مكروه^(٣)، وعنه لا يكره

= والرجل والعين فهي صورة. وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها للإخبار والأمر بعملها محرم كعملها

(١) قوله «وان كانت الخ» أي لأن فيه اهانة لها ولأن تحريم تعليقها إنما كان لما فيه من التعظيم والاعزاز والتشبه بالأصنام التي تعبد وذلك مفقود في البسط ولقول عائشة رضی الله عنها رأيت النبي ﷺ متكئا على نمرقة فيها تصاوير رواه ابن عبد البر

(٢) قوله «وان سترت الحيطان الخ» مراده اذا كانت غير حرير أحدهما يكره وهو الصحيح من المذهب صححه في التصحيح وتصحيح المحرر واختاره المصنف وجزم به في المغنى والشرح في موضع وغيرهم وهو مذهب أبي حنيفة وهو عذر في ترك الاجابة الى الدعوة قال أحمد خرج أبو أيوب حين دعاه ابن عمر فرأى البيت قد ستر رواه الأثرم وابن عمر اقر على ذلك وقال أحمد دعى حذيفة فخرج وانما رأى شيئا من زى الأعاجم وكرهيته لما فيه من السرف وذلك لا يبلغ به التحريم والأخرى يحرم لما روى الخلال عن علي بن الحسين قال نهى رسول الله ﷺ أن تستر الجدر وكما لو كانت الستر حريرا

[تنبيه] محل الخلاف اذا لم يكن لحاجة فاما أن دعت الحاجة اليه من حر أو برد فلا بأس به ذكره المصنف والشارح وغيرهما وهو واضح
[تنبيه] ظاهر قوله فهل يباح ان الخلاف في الاباحة وعدمها وليس الأمر كذلك وانما الخلاف في الكراهة والتحريم فراده بالاباحة الجواز الذي هو ضد التحريم .

[فائدة] لو كان فيه آنية ذهب أو فضة فهو منكر يخرج من أجله وكذا ما كان من الفضة مستعملا كالمسكحة

(٣) قوله « والنثار الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن النهي والمثلة رواه أحمد والبخاري من حديث عبد الله بن =

ومن حصل في حجره شيء منه فهو له ، ويستحب اعلان النكاح والضرب عليه بالدف

باب عشرة النساء

يلزم كل واحد من الزوجين معايشة الآخر بالمعروف^(١)، وان لا يظلمه بحقه ولا يظهر الكراهة لبدله ، واذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج اذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها ولم تشتترط دارها^(٢)، وان

= يزيد الأنصاري ولأن فيه تراجحا وقتالا وقد يأخذه من غيره أحب الى صاحبه وروى ذلك عن أبي مسعود البدرى وعكرمة وابن سيرين وبه قال مالك والشافعي وعنه ليس بمكروه اختاره أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال قرب للنبي ﷺ خمس بدنان أو ست فقال من شاء اقتطع رواه أبو داود وهذا جار مجرى النشار

(١) قوله « يلزم كل واحد الخ » لقوله تعالى ﴿ وعاشروهن بالمعروف ، ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ قال أبو يزيد يتقون الله فهن كما عليهن ان يتقين الله فيكم وقال ابن الجوزى وغيره هو الصحبة الجميلة والمعايشة الحسنة قال ابن عباس اني لأحب ان اتزين للمرأة كما أحب ان تتزين لي فعلى هذا يلزم تحسين الخلق والرفق واستحبابهما في المغنى والشرح وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال استوصوا بالنساء خيرا فانها خلقت من ضلع أعوج وان أعوج شيء في الضلع اعلاه فان ذهبت تقيمه كسرته وان تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء متفق عليه ولفظه لمسلم وعن أم سلة أن النبي ﷺ قال ايما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة رواه ابن ماجه والترمذى وقال حسن غريب فدل ان حق الزوج عليها أكد من حقها عليه

(٢) قوله « واذا تم العقد الخ » متى كان يمكن وطئها وطلبها الزوج وكانت حرة لزم تسليمها اليه على الصحيح من المذهب قال الامام أحمد تكون بنت تسع سنين قال القاضى هذا عندى ليس على سبيل التحديد وانما هو الغالب

[فوائد] لو كانت نضوة الخلقة وهو جسم وطلبها لزم تسليمها فلو خشى عليها =

سألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة. باصلاح أمرها فيها^(١)، وإن كانت أمة لم يجب تسليمها الا بالليل^(٢). وله الاستمتاع بها ما لم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها، وله السفر بها الا أن تشترب. بلدها، ولا يجوز وطؤها في

== استمتع منها كالاستمتاع من الحائض ولا يلزم تسليمها مع ما يمنع الاستمتاع بالكلية ويرجى زواله كاحرام وبرد وصغر ولو قال لا طأ. وفي حائض احتمالان.

(الثانية) يقبل قول امرأة ثقة في ضيق فرجها وقروح فيه وعبالة ذكره يعني كبره ونحو ذلك وتنظرهما وقت اجتماعهما للحاجة ولو انكر ان وطأه يؤذيها لزمتها البينة

(الثالثة) اذا امتنع قبل المرض ثم حدث بها المرض فلا نفقة لها

(١) قوله « وان سألت الإنظار الخ » قال في الفروع وغيره لا لعمل جهاز وهذا المذهب لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة

(٢) قوله « وان كانت أمة الخ » يعني مع الاطلاق نص عليه فلو شرطه نهارا وجب تسليمها ليلا ونهارا وكذا لو بذله السيد بلا شرط عليه

[فوائد] الاولى ليس لزوم الأمة السفر بها وهل يملكه السيد بلا اذن الزوج سواء صحبه الزوج او لا فيه وجهان أحدهما له ذلك من غير اذنه على الصحيح جزم به في المنور والمجرد للقاضي نقله المجد وقدمه في الرعايتين والوجه الثاني ليس له ذلك صححه في تصحيح المحرر قال المجد جزم به القاضي في التعليق قلت وجزم به في الاقناع فانه قال ولا لسيدها أى الأمة المزوجة ولو صحبه الزوج السفر بها بغير اذن الآخر لما في ذلك من تفويت حقه عليه.

(الثانية) يجوز للسيد بيع الأمة المزوجة لأنه عليه الصلاة والسلام اذن لغائشة في شراء بريرة وهى ذات زوج

(الثالثة) قوله وله الاستمتاع بها الخ يعني على أى صفة كانت اذا كان في القبل ولو من جهة عجزها وذكر ابن الجوزى في كتاب السر المصون ان العلماء كرهوا الوطء بين الإليتين لأنه يدعو الى الدبر

الحيض ولا في الدبر^(١) ، ولا يعزل عن الحرة إلا باذنها ، ولا عن الأمة إلا باذن سيدها، وله اجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذي تعافه النفس ، الا الذمية فله اجبارها على غسل الحيض وفي سائر الاشياء روايتان

فصل

ولها عليه أن يبني عندها ليلة من كل أربع ليال^(٢) ، وان كانت أمة فمن

(الرابعة) قال ابو حفص والقاضي اذا زاد الرجل على المرأة في الجماع صولح على شيء منه وروى ذلك باسناده عن ابن الزبير انه جعل لرجل اربعا بالليل وأربعا بالنهار وعن أنس انه صالح رجلا استعدى على امرأة على ستة قال القاضي لانه غير مقدر فقدر قال الشيخ تقي الدين فان تنازعا فيه فينبغي ان يفرضه الحاكم كالنفقة وكوطئه اذا اراد قال في الانصاف ظاهر كلام اكثر الاصحاب خلاف ذلك وانه يظأ ما لم يشغلها عن الفرائض ولم يضرها بذلك

على قوله « في الحيض » . اجماعا للآية

(١) قوله « ولا الدبر » ، هذا بلا نزاع بين الأئمة وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لا ينظر الله الى رجل جامع امرأته في دبرها رواه ابن ماجه ولو تطاوعا على ذلك فرق بينهما فان وطئها في الدبر فلا حد عليه لأن في ذلك شبهة ويعزر لفعليهما المحرم وحكمه حكم الوطء في القبل في افساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة فان كان الوطء في اجنبية وجب حد اللوطى ولا مهر عايمه ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر احسان ولا احوال للزوج الأول ولا يحصل به الفيسة ولا يزول به الا اكتفاء بصماتها في الإذن

على قوله « الا باذن سيدها » . وهذا المذهب فيهما

(٢) قوله « ولها عليه الخ » ، وهذا من مفردات المذهب وقسم الابتداء واجب ومعناه انه اذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من اربع وان كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل اربع وبه قال الثورى وأبو ثور وقال القاضي لا يجب قسم الابتداء الا ان يترك الوطء مضرا فان تركه غير مضر لم يلزمه قسم =

كل ثمان^(١) ، وقال أصحابنا من كل سبع ، وله الانفراد بنفسه فيما بقى^(٢) ،
وعليه وطؤها في كل أربعة أشهر مرة ان لم يكن عذر^(٣) ، وان سافر عنها

== وللاوطء وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال ولنا قوله ﷺ ان لجسدك عليك
حقا وان لعينك عليك حقا وان لزوجك عليك حقا متفق عايه ولما روى الشعبي
عن كعب بن سور انه كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير
المؤمنين ما رأيت رجلا قط افضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره
صائما فاستغفر لها واثى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة . فقال كعب يا أمير
المؤمنين هلا اعديت المرأة على زوجها فقال وما ذاك فقال انها جاءت تشكوه ، اذا
كان هذا حاله في العبادة متى يتفرغ لها ؟ فبعث عمر الى زوجها وقال لكعب افض
بينهما فانك فهمت من امرها ما لم أفهمه قال فاني ارى كانها امرأة عليها ثلاث نسوة
هي رابعتهن فاقضى له بثلاثة ايام وليالهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة . فقال عمر
والله ما رأيك الأول باعجب الى من الآخر اذهب فانت قاض على البصرة . وفي
لفظ قال عمر نعم القاضي انت رواه سعيد . وهذه قصة اشتهرت ولم تنكر فكانت
اجماعا ولأنه لو لم يجب لها حق لملك الزوج تخصيص احدى زوجاته به

(١) قوله « وان كانت أمة الخ » الأول اختيار المصنف والشارح وجزم به
في التبصرة والعمدة لأنها على النصف من الحرة لأن زيادتها على ذلك يخل
بالتنصيف والمذهب لها ليلة من كل سبع لأن اكثر ما يمكن ان يجمع معها ثلاث
حرائر لهن ست ولها السابعة

(٢) قوله « وله الانفراد الخ » هذا المذهب

(٣) قوله « وعليه وطؤها الخ » هذا المذهب بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب
لأن الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولى فكذلك في حق غيره وقال الشافعي
لا يجب عليه لأنه حق له واختار الشيخ تقي الدين وجوب الوطاء بقدر كفايتها ما لم
ينهك بدنه أو يشغله عن معيشة من غير تقدير بمدة وقال الشيخ تقي الدين خرج
ابن عقيل قولاً أن لها الفسخ بالغيبية المضرة بها ولو لم يكن مفقوداً كما لو كوتب فلم
يحضر بلا عذر وقال المصنف في المعنى في امرأة من علم خبره كأسير ومحبوس لها
الفسخ بتعذر النفقة من ماله والا فلا جاعاً قال الشيخ تقي الدين لا اجماع وان تعذر ==

أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك ان لم يكن عذر (١) ، فان أبي شيثا من ذلك ولم يكن عذر وطلبت الفرقة فرق بينهما (٢) ، وعنه ما يدل على أن الوطاء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب . ويستحب أن يقول عند الجماع « بسم الله ، اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني (٣) » . ولا يكثر الكلام حال الوطاء ، ولا ينزع اذا فرغ قبلها حتى تفرغ ، وله الجمع بين

= الوطاء لعجزه فهو كالنفقة واولى للفسخ بتعذره اجماعاً في الايلاء وقاله ابو يعلى الصغير وقال أيضا حكمه كعنين

(١) قوله « وان سافر عنها الخ » اذا سافر عنها لعذر وحاجة سقط حقاها من القسم والوطاء وان طال سفره وان لم يكن عذر مانع من الرجوع فان أحد ذهب الى توقيته بستة اشهر لحديث عمر وفيه ثم دخل يعني عمر على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت سبحان الله مثلك يسال مثلي عن هذا فقال لولا اني أريد النظر للمسلمين ما سألتك فقالت خمسة اشهر ستة اشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة اشهر يسرون شهرا ويقيمون أربعة اشهر ويرجعون شهرا . وسئل أحمد كم للرجل ان يغيب عن اهله قال يروى ستة اشهر وقد يغيب اكثر من ذلك لأمر لا بد له منه فان كان له عذر لم يلزمه القدوم لأن صاحب العذر يعذر من أجل عذره .

(٢) قوله « فان أبي الخ » ولو قبل الدخول وهذا المذهب نص عليه لما تقدم . لأنه في معنى مول قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج بامرأة ولم يدخل بها هل يجبر عليه قال : اذهب الى اربعة اشهر ان دخل بها والا فرق بينهما . وعنه لا يفرق وفي المغني هو ظاهر قول أصحابنا وقاله اكثر الفقهاء لأنه لو ضربت له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للايلاء اثر وقيل ان غاب اكثر من ذلك لغير عذر راسله الحاكم فان أبي ان يقدم فسبح نكاحه قلت وجزم بهذا القول صاحب الاقناع ولا يجوز الفسخ الا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه

(٣) قوله « ويستحب أن يقول عند الجماع الخ » وذلك لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال لو ان احدكم اذا اتى أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان متفق عليه

وطء نسائه وإمائه بغسل واحد^(١) ، ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء^(٢) ، ولا يجوز الجمع بين زوجته في مسكن واحد إلا برضاها^(٣) ، ولا يجامع إحداها بحيث تراه الأخرى أو غيرها ، ولا يحدثها بما جرى بينهما وله منعها من الخروج عن منزله^(٤) ، فإن مرض بعض محارمها أو مات

(١) قوله « وله الجمع بين وطء نسائه الخ » ، لأن رسول الله ﷺ طاف على نسائه في ليلة بغسل واحد رواه أحمد والنسائي

(٢) قوله « ويستحب الوضوء الخ » ، نص عليه لما روى أبو سعيد مرفوعاً قال إذا أتى أحدكم أهله ثم أراد أن يعود فليتوضأ رواه مسلم ورواه ابن خزيمة والحاكم وزاد فانه انشط للعود فان اغتسل بين الوطئين فهو أفضل لقول النبي ﷺ هو ازكى واطيب واظهر رواه أحمد وأبو داود من حديث ابن رافع

(٣) قوله « ولا يجوز له الجمع بين زوجته الخ » ، هذا المذهب صغيرا كان المسكن أو كبيرا لأن اجتماعهما يثير العداوة والغيرة وينشر الخصومة والمقاتلة ، إلا برضاها ، لأن الحق لها وقيل يحرم مع اتحاد المرافق ولو رضيتا . وقال المصنف في المغنى والشارح وصاحب الترغيب وان اسكنهما في دار واحدة كل واحدة منهما في بيت جاز اذا كان في مسكن مثلها

[فائدة] قال في الفروع ظاهر كلام الاصحاب المنع من جمع الزوجة والسرية إلا برضا الزوجة كما لو كانا زوجتين لثبوت حقهما كالاجتماع والسرية لا حق لها في الاجتماع قال وهذا متجه قال في الانصاف وهو اول بالمنع

(٤) قوله « وله منعها من الخروج الخ » ، ألى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما لما روى انس رضى الله عنه أن رجلا منع زوجته الخروج فرض أبوها فاستأذنت النبي ﷺ فقال لها اتق الله ولا تخالني زوجك فأت أبوها فاستأذنت في حضور جنازته فقال لها كالأول فأوحى الله الى النبي ﷺ أنى قد غفرت لها بطاعة زوجها رواه ابن بطه ولأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب فلو خرجت بلا اذنه حرم ونقل أبو طالب اذا قام بجوانبها والا لا بد لها قال الشيخ تقي الدين فيمن حبسته بحقها ان خاف خروجها بلا اذنه اسكنها حيث لا يمكنها فان لم يكن له من يحفظها غير نفسه حبست معه =

استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه، ولا تملك المرأة إجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها (١)، وله أن يمنعها من رضاع ولدها، إلا أن يضطر إليها وتحشى عليه (٢).

== فإن عجز عن حفظها أو خيف حدوث شر اسكنت في رباط ونحوه ومتى كان خروجها مظنة للفاحشة صار حقا لله يجب على ولي الأمر رعايته

[فوائد] : (الأولى) دل كلام المصنف بطريق التنبيه على انها لا تزور أبويها وهو المذهب وقيل لها زيارتهما ككلامهما

(الثانية) مفهوم قوله فان مرض بعض محارمها الخ انه لو مرض أو مات غير محارمها من اقاربها انه لا يستحب ان يأذن لها في الخروج اليه وهو صحيح وهو المذهب .

(الثالثة) لا يملك الزوج منع ابويها من زيارتها على الصحيح من المذهب وقيل له منعهما قال في الانصاف والصواب في ذلك ان عرف بقرائن الحال انه يحدث بزيارتها أو أحدهما له ضرر فله المنع والا فلا

(الرابعة) لا يلزمها طاعة أبويها في فراق زوجها ولا زيارة ونحوه بل طاعة زوجها حق .

(الخامسة) ليس عليها عجن ولا طبخ ونحو ذلك على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه اكثر الأصحاب وقال الشيخ تقي الدين يجب عليها المعروف من مثلها لمثله قال في الانصاف والصواب ان يرجع في ذلك الى عرف البلد

(١) قوله « ولا تملك المرأة الخ » هذا بلا نزاع لانه يملك الاستمتاع بها وكونها تملك ذلك يؤدي الى فوات حقه فلو فعلته باذنه جاز فعلى هذا لو تزوجها بعد ان اجرت نفسها للرضاع لم يملك الفسخ مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل يملكه ان جهله .

[فائدة] يجوز وطؤها بعد إجارتها نفسها مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل ليس له ذلك ان اضر الوطاء بالبلن

(٢) قوله « وله أن يمنعها الخ » ان كان الولد لغير الزوج فله منعها من رضاعه ==

فصل في القسم

وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه في القسم^(١)، وعماد القسم الليل الا لمن معيشته بالليل كالخارس، وليس له البداية باحداهن ولا السفر بها الإبرقة، فإذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية، وليس عليه التسوية يذهن في الوطء بل يستحب، ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحرة ليلتين وان كانت كتابية، ويقسم للحائض والنفسا والمريضة والمعيبة^(٢)، وان دخل في

== الا ان يضطر اليها ويخشى عليه نص عليه وان كان الولد منهما فظاهر كلام المصنف هنا ان له منعها اذا انتفى الشرطان وهي في حباله وهو احد الوجهين ولفظ الخرقى يقتضيه وهو ظاهر كلام القاضى والوجيز هنا والوجه الثانى ليس له منعها وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وجزم به المصنف فى هذا الكتاب فى أول باب نفقة الاقارب والمالك لقوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ وهو خبر بمعنى الأمر

(١) قوله « وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه الخ » لا نعلم فيه خلافا لقوله تعالى ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ وليس مع الميل معروف لقوله تعالى ﴿ ولا تملوا كل الميل ﴾ الآية وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال من كان له امرأتان فال الى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبي ﷺ يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تلبني فيما تملك ولا املك يعنى القلب رواهما الخمسة ولفظهما لابى داود وخرج منه الطفل

[تنبيه] ظاهر قوله وعلى الرجل ان يساوى بين نسائه فى القسم انه لا يجب عليه التسوية فى النفقة والسكوة اذا كنى الأخرى وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ تقي الدين يجب التسوية عليه فيما أيضا وقال لما علل القاضى عدم الوجوب بقوله لان حتمن فى النفقة والسكوة والقسم وقد سوى بينهما وما زاد على ذلك فهو مقطوع له ان يفعله الى من شاء قال موجب هذه العلة ان له ان يقسم للواحدة ليلة من اربع لانه الواجب ويبيت الباقى عند الأخرى انتهى

(٢) قوله « ويقسم للحائض الخ » وكذا من آلى منها أو ظاهر والمحرمة ومن ==

ليلتها الى غيرها لم يجز الا لحاجة داعية ، فان لم يلبث عندها لم يقض ، وان لبث أو جامع لزمه أن يقضى لها مثل ذلك من حق الأخرى^(١)، وان أراد التقله من بلد الى بلد وأخذ إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة ، ومتى سافر بها بقرعة لم يقض ، وان كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى ، وان امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير إذنه سقط حقها من القسم ، وان أشخصها هو فهي على حقها من ذلك ، وان سافرت لحاجتها بأذنه فعلى وجهين . وللمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بأذنه وله فيجعله لمن شاء منهن^(٢)، فمتى رجعت في الهبة عاد حقها^(٣)، ولا قسم

== سافر بها بقرعة والزمنة والمجنونة المأمونة نص على ذلك واما الصغيرة فقال المصنف والشارح ان كانت توطأ قسم لها وهو أحد الوجهين وقيل ان كانت مميزة قسم لها والا فلا واقتصر عليه في المحرر وغيره

(١) قوله « فان دخل في ليلتها - الى قوله - من حق الأخرى » وهذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن التسوية واجبة ولا يحصل الا بذلك وظاهره انه يلزمه القضاء ولو جامعها في الزمن اليسير وهو الأصح فيدخل على المظومة في ليلة الجامعة فيجامعها ليعدل بينهما وقيل لا يقضى وطئا في الزمن اليسير وقدمه ابن رزين في شرحه لأن الوطاء لا يستحق في القسم

(٢) قوله « وللرأة ان تهب الخ » لفعل سودة فانها وهبت لعائشة يومها فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة متفق عليه . وشرطه ان ياذن فيه لان حقه على الواهبة ثابت فلا ينتقل الى غيرها الا برضاء وظاهره ولو ابت الموهوب لها ثم ان كانت ليلة الواهبة لا تلى الموهوبة لم يجز الموالاتة بينهما لأن الموهوبة قائمة مقام الواهبة

[فائدة] لا يصح هبة ذلك بمال على الصحيح من المذهب جزم به في الكافي والفروع وغيرهما من الأصحاب وقال الشيخ تقى الدين قياس المذهب جواز اخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره ، ووقع في كلام القاضى ما يقتضى جوازه .

(٣) قوله « فمتى رجعت في الهبة الخ » هذا المذهب لانها هبة لم تقبض والمراد ==

عليه في ملك يمينه ، وله الاستمتاع بهن كيف شاء ، ويستحب التسوية بينهما
وان لا يعضلهن ان لم يرد الاستمتاع بهن .

فصل

وإذا تزوج بكرا أقام عندها سبعا ثم دار ، وان كانت ثيبا أقام عندها
ثلاثا^(١) ، فان أحبت أن يقيم عندها سبعا^(٢) فعل وقضاهن للبواتي^(٣) ، وان

= به العود في المستقبل لا فيما مضى لأنه قد اتصل به القبض فعلى هذا اذا رجعت في
اثناء ليلتها لزم الزوج الانتقال اليها وان لم يعلم حتى آتم الليلة لم يقض لها

[فائدة] يجوز للمرأة بذل قسمها ونفقتها وغيرهما ليمسكها ولها الرجوع لأن
حقها يتجدد شيئا فشيئا وقال في الهدى يلزم ذلك ولا تطالبه لأنها معاوضة كما لو
صالح عليه من الحقوق والأموال ولما فيه من العداوة ومن علامات المناق إذا
وعد اخطف واذا عاهد غدر انتهى قال في الفروع كذا قال

(١) قوله « واذا تزوج بكرا الخ » لما روى أبو قلابة عن انس رضي الله عنه
قال من السنة اذا تزوج الرجل البكر على الثيب اقام عندها سبعا وقسم واذا تزوج
الثيب اقام عندها ثلاثا ثم قسم قال أبو قلابة لو شئت لقلت ان انسا رفعه الى النبي
ﷺ متفق عليه ولفظه للبخارى وحينئذ يقطع الدور

(٢) قوله « فان أحبت الخ » ظاهره أن الخيرة لها وهو المذهب لما روت أم
سليمة رضي الله عنها ان النبي ﷺ لما تزوجها اقام عندها ثلاثا وقال انه ليس بك
هو ان على اهلك فان شئت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنسائي رواه مسلم قال
ابن عبد البر والأحاديث المرفوعة على ذلك وليس مع من خالفنا حديث مرفوع
والحجة مع من أدلى بالسنة وروى ما ذكرناه عن انس وبه قال الشعبي والنخعي
ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وروى عن سعيد بن المسيب والحسن
وخلاس بن عمرو ونافع للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قال الأوزاعي وقال
الحكم وحامد وأصحاب الرأي لا فضل للجديدة في القسم وان اقام عندها شيئا قضاه
للباقيات ، ولنا ما تقدم

(٣) قوله « فعل وقضى للبواتي » يعني سبعا سبعا وهو المذهب وعليه الأصحاب =

زفت إليه امرأتان قدم السابقة منهما ثم أقام عند الاخرى ثم دار ، فان زفتنا معا قدم إحداهن بالقرعة ثم أقام عند الاخرى ، وان أراد السفر فخرجت بالقرعة لاحدهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر ، فاذا قدم بدأ بالأخرى فوفاهما حق العقد ، واذا طلق إحدى نسائه في ليلتها أمم ، فان تزوجها بعد قضاها ليلتها ، وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس

فصل في النشوز

وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها^(١)، واذا ظهر منها أمارات النشوز بأن لا تجيبه الى الاستمتاع بها أو تجيبه متبرمة متكرهه وعظها فان أصرت هجرها في المضجع ما شاء^(٢)

وفي الكلام فيما دون ثلاثة أيام^(٣) فان أصرت فله أن يضربها ضربا غير

== لقوله وان سبعت لك سبعت لنسائي وفي لفظ رواه الدارقطني وان شئت اقم عندك ثلاثا خالصة لك وان شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي وقال في الروضة يقضى للبوأى من نسائه الفاضل عن الأيام الثلاثة

[فائدة] ظاهر كلامه وكلام غيره انه لا فرق في ذلك بين الحرة والامة فيقسم للامة البكر سبعا وللثيب ثلاثا كالحرة وهو المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقطع به في المعنى والشرح وقدمه في الفروع وقيل للامة نصف الحرة

(١) قوله « وهو معصيتها إياه الخ » النشوز كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وسوء عشرته يقال نشرت المرأة على زوجها فهي ناشرة وناشز ونشز عليها زوجها اذا جنفاها واضربها مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعلت فيما يجب عليها من طاعته

(٢) قوله « هجرها في المضجع ما شاء » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ واهجرهن في المضاجع ﴾ وقال ابن عباس لا تضاجعها في فراشك لأن القرآن مطلق فلا تقييد بغير دليل .

(٣) قوله « وفي الكلام الخ » هذا المذهب لما روى أبوهريرة رضي الله عنه ==

مبرح^(١) فان ادعى كل واحد ظلم صاحبه له أسكنهما الحالك الى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف^(٢) فان خرجا الى الشقاق والعداوة بعث الحالك حكيم حرين مسلمين عدلين والاولى أن يكونا من أهلها برضاها وتوكيلها فيكشفان عن حالها ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما أو تفريق بطلاق أو خلع^(٣)، فان امتنعا من التوكيل لم يجبرا^(٤) ويحتمل أن الزوج وكل في الطلاق

== أن النبي ﷺ قال « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، وقد هجر النبي ﷺ نساءه فلم يدخل عليهن شهرا متفق عليه

[تنبيه] مفهوم قوله « فان أصرت فله أن يضربها الخ » أنه لا يملك ضربها إلا بعد هجرها في الفراش وتركها من الكلام وهو صحيح وهو المذهب

(١) قوله « فله أن يضربها ضربا غير مبرح » أى غير شديد للخبر الصحيح قال الأصحاب عشرة فاقول

[فائدة] لا يملك الزوج تعزيرها في حق الله قدمه في الفروع نقل منها هل يضربها على ترك زكاة قال لا أدري قال في الفروع وفيه ضعف لأنه نقل عن الإمام أحمد يضربها على فرائض الله قال في الانتصار وذكر غيره يملكه وقطع في المعنى والشرح وغيرهما يجوز تاديبها على ترك الفرائض وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عن ما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله وقال في الرجل له امرأة لا تصلى يضربها ضربا رفيقا وقال الامام أحمد اخشى ان لا يحل للرجل ان يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من الجنابة ولا تعلم القرآن

(٢) قوله « فان ادعى كل واحد الخ » الصحيح من المذهب وعليه اكثر الأصحاب ان الاسكان الى جانب ثقة قبل بعث الحكيم كما قطع به المصنف هنا لأن ذلك طريق الى الانصاف فتعين فعله

(٣) قوله « فان خرجا الى الشقاق الخ » اشتراط الاسلام والعدالة متفق عليه في الحكيم وقطع المصنف هنا باشتراط الحرية فيهما وهو الصحيح من المذهب

(٤) قوله « فان امتنعا من التوكيل لم يجبرا الخ » اعلم أن الصحيح من المذهب ان الحكيم وكيلان عن الزوجين لا يرسلان الا برضاها وتوكيلها فان امتنعا من ==

بعوض أو غيره ووكلت المرأة في بذل العوض برضاها والا جعل الحاكم اليهما ذلك^(١) فان غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظر الحكيم على الرواية الاولى وينقطع على الثانية وان جنا انقطع نظرهما على الاولى ولم ينقطع على الثانية

كتاب الخلع

وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتحشى ان لا تقيم حدود الله فلا بأس أن تفتدى نفسها منه^(٢) وإن خالته لغير ذلك كره ووقع

= التوكيل لم يجبر عليه قال الزركشى هذا المشهور عند الأصحاب حتى ان القاضى فى الجامع الصغير والشريف ابا جعفر وابن البنات لم يذكروا خلافا ولا يملكان التفريق الا باذنها وهذا مذهب عطاء واحد قولى الشافعى وحكى ذلك عن الحسن وابى حنيفة لأنهما رشيدان والبضع حق الزوج والمال حق الزوجة فلم يجبر على التوكيل منهما كغيرهما من الحقوق

(١) قوله « وعنه ان الزوج الخ » فهذا يدل على انهما حكمان يعلان ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو غيره من غير رضا الزوجين قال الزركشى وهو ظاهر الآية الكريمة انتهى . واختاره ابن هبيرة والشيخ تقي الدين وهو ظاهر كلام الخرقى قاله فى الفروع وروى نحو ذلك عن على وابن عباس وابى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعى وإسحاق وابن المنذر لأن الله تعالى سماهما حكيمين وعن عبيدة السلماني أن رجلا وامرأته اتيا عليا مع كل منهما فقام من الناس فقال على ابعثوا حكما من اهله وحكما من اهله فبعثوا حكيمين ثم قال للحكيم هل تدرين ما عليكما من الحق ان رأيتما ان تجمعا جمعتما وان رأيتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لى وعلى وقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على كذبت حتى ترضى بما رضيت به رواه أبو بكر وهذا يدل على انه اجبره على ذلك ولا يمتنع ان تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كالمدين الممتنع وطلاق الحاكم على المولى

(٢) قوله « وإذا كانت المرأة الخ » أى فيباح للزوجة والحالة هذه على الصحيح من المذهب واما الزوج فالصحيح من المذهب انه يستحب له الاجابة اليه =

الخلع^(١) وعنه لا يجوز، فأما ان عضلها لتفدى نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها^(٢) الا أن يكون طلاقا فيكون

== وعليه الأحباب واختلف كلام الشيخ في وجوب الاجابة اليه والأصل فيه قوله تعالى ﴿فان خفتم ان لا يقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ ولقول ابن عباس رضى الله عنهما جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعيب عليه في دين ولا خلق ولكنى اكره الكفر في الاسلام فقال النبي ﷺ اترددين عليه حديثه قالت نعم فامرها بردها وامره ففارقها رواه البخارى وبه قال جميع الفقهاء في الأمصار الا بكر بن عبد الله المزني لم يجزه على قوله «مبغضة للزوج» الخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك

(١) قوله «وان خالعتك لغير ذلك الخ» أى غير سبب مع استقامة الحال وهذا المذهب وعليه الجمهور منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وعنه لا يجوز ولا يصح واليه ميل المصنف والشارح واختاره أبو عبد الله بن بطة وانكر جواز الخلع مع استقامة الحال وصنف فيه مصنفا وهو قول ابن المنذر وداود قال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من اهل العلم لأن الله تعالى قال ﴿إلا ان يخافا ان لا يقيا حدود الله﴾ وهذا صريح التحريم اذا لم يخافا ان لا يقيا حدود الله ثم قال ﴿فان خفتم ان لا يقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ فدل بمفهومه على ان الجناح لا حق بهما اذا افتدت من غير خوف وقوله عليه الصلاة والسلام ايما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة رواه أبو داود من حديث ثوبان ووجه الأول قوله تعالى ﴿فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾ قال المصنف والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها على آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار

[فائدة] لا يفتقر الخلع الى حاكم نص عليه رواه البخارى عن عمر وعثمان وبه قال شريح والزهرى ومالك والشافعي واحقاق واهل الرأى وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز الا عند السلطان

(٢) قوله «فأما إن عضلها الخ» أى بأن ضاررها بالضرب والتضييق عليها ==

رجعيا (١). ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا (٢)
فان كان محجورا عليه دفع المال الى وليه وان كان عبدا دفع المال الى سيده (٣)
وقال القاضي يصح القبض من كل من يصح خلعه (٤). وهل للأب خلع

== ظلما او منعها حقها من النفقة والقسم ونحوه وروى نحو ذلك عن ابن عباس وعطاء
ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحמיד بن عبد
الرحمن والزهرى وبه قال مالك والشافعي والثوري واسحاق وقال أبو حنيفة العقد
صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص ولنا قوله ﴿ ولا يحل لكم ان تأخذوا ﴾
الآية وقال ﴿ ولا تعضلوهن ﴾ الآية فعلى هذا الزوجية بحالها لان المقضى للفرقة
الخلع الصحيح ولم يوجد

(١) قوله « إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا » اى اذا لم تملك العوض وقلنا
الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان اقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة
انما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة ان كانت بلفظ طلاق او نيته
والا فهو لغو. وقال مالك ان اخذ منها شيئا على هذا الوجه رده ومضى الخلع عليه
قال الشارح ويتخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض

[فائدة] يستثنى صور منها اذا ضربها لتركها فرضا او على نشوزها أو منعها
حقها من اجله لم يحرم خلعه ومنها اذا ضربها لسوء خلقه لا يريد بذلك الفداء لم
يحرم خلعه لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها وهو آثم بالظلم ومنها اذا زنت
فعضلها لتفتدى جاز وصح الخلع نص عليه لقوله تعالى ﴿ الا ان ياتين بفاحشة
مبينة ﴾

[فائدة] اذا قالت بعنى عبدك هذا وطلقنى بالف ففعل صح ويقسط الالف
على الصداق المسمى وقيمة العبد على الأشهر

(٢) قوله « ويجوز الخلع الخ » هذا بلا نزاع لأنه اذا ملك الطلاق بغير
عوض فبالعوض اولى

(٣) قوله « فان كان محجورا عليه الخ » هذا المذهب

(٤) قوله « وقال القاضي الخ » اى لأنه يصح منه احد ركني المعاوضة وهو
العقد فيصح منه قبض العوض الذى هو الركن الآخر قياسا عليه فعلى هذا يصح ==

زوجة ابنه الصغير أو طلاقها؟ على روايتين^(١)، وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها^(٢). ويصح الخلع مع الزوجة ومع الاجنبي^(٣) ويصح بذل

== قبض المحجور عليه والعبد لان من صح خلعه صح قبضه العوض كالمحجور عليه
لفلس ونص عليه أحمد في العبد قال في الشرح والأولى انه لا يجوز فعلى المذهب
ان سلبت العوض الى المحجور عليه لم تبرأ فان اخذه الولي منه برئت

(١) قوله « وهل للأب الخ »، إحداهما ليس له ذلك وهو المذهب وهو قول
أبي حنيفة ومالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق لمن أخذ بالساق »
رواه ابن ماجه والدارقطني باسناد فيه ضعف ولأنه اسقاط لحقه فلم يملكه كالأب
واسقاط القصاص . والثانية له ذلك نصره القاضي وأصحابه وهو قول عطاء وقتادة
لأنه يصح ان يزوجه بعوض فلأن يصح ان يطلق عليه بعوض بطريق الأولى . قال
أبو بكر والعمل عندى على جواز ذلك وذكر في الترغيب انها اشهر في المذهب
وذكر الشيخ تقي الدين انها ظاهر المذهب

[فائدة] وكذا الحكم في أبي المجنون وسيد الصغيرة والمجنون خلافا ومذهبا

(٢) قوله « وليس له خلع ابنته الصغيرة الخ »، وهذا المذهب وعليه اكثر
الأصحاب لأن فيه اسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها فعليه لو فعل كان الضمان عليه
نص عليه . وقيل له ذلك وهو رواية في الميهج قال أبو بكر والعمل عندى على جواز
ذلك قال المصنف في المغنى والشارح ويحتمل ان يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه وهو
مذهب مالك . وقال الشيخ تقي الدين والاطهر ان المرأة اذا كانت تحت حجر الاب
ان له ان يخالع بما لها اذا كان لها فيه مصلحة ويوافق ذلك بعض الروايات عن مالك
ويخرج على أصول أحمد انتهى . قال فى الانصاف وهو الصواب

(٣) قوله « ومع الاجنبي »، ولو بغير اذن المرأة مثل ان يقول الاجنبي للزوج
طلق امرأتك بالف على وهذا الصحيح من المذهب وهو قول اكثر اهل العلم وقال
ابو ثور لا يصح لأنه سفه . ولنا انه بذل مال فى اسقاط حق عن غيره فصح كما لو
قال الق متاعك فى البحر وعلى ثمنه وكذا لو قال على مهرها أو سلعها وانا ضامن
أو على الف فى ذمتها وانا ضامن فيجيبه فيصح ويلزم الاجنبي وحده بذل العوض
فان لم يضمن حيث سمي العوض منها لم يصح وقال الشيخ تقي الدين ينبغى أن يكون ==

العوض فيه من كل جائز التصرف . وان خالعت الامة بغير اذن سيدها على
شيء معلوم كان في ذمتها تتبع به بعد العتق^(١) ، وان خالعت المحجور عليها لم
يصح الخلع^(٢) ووقع طلاقه رجعيا^(٣) والخلع طلاق بائن إلا أن يقع بلفظ

== ذلك مشروطا اي صحة الخلع مع الأجنبي بما اذا كان قصده تخليصها من رق الزوج
لتصلحتها في ذلك ونقل مهنا عن الامام أحمد في رجل قال لرجل طلق امرأتك حتى
اتزوجها ولك الف درهم فأخذ منه الالف ثم قال لامرأته انت طالق فقال سبحان
الله رجل يقول لرجل طلق امرأتك حتى اتزوجها لا يحل هذا

[فوائد] اذا قالت امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع بهما بائنا
واستحق الألف على ما ذكرته وان طلق إحداها فقال القاضي تطلق بائنا ويلزم
الباذلة بحصتها من الألف وقياس قول اصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها
واحدة ان لا يلزم الباذلة هنا شيء لأنه لم يجبهأ الى ما سألت وان قالت طلقني بألف
على ان تطلق ضرتي أو على ان لا تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم

(الثانية) يجوز في الحيض وطهر أصابها فيه

(الثالثة) اذا قال طلق بتي وانت بريء من صداقها فطلق بانته ولم يسبرأ
ويرجع على الأب نص عليهما لأنه غره. وحمله القاضي على ان الزوج كان جاهلا بان
ابراء الأب صحيح فان علم ان ابراء الأب غير صحيح لم يرجع وطلاقه رجعي وقاله
في الشرح وقدمه في الرعاية

(١) قوله « فان خالعت الامة الخ » جزم المصنف هنا بصحة خلع الامة بغير
اذن سيدها وجزم به غيره وهو مشكل اذ المذهب انه لا يصح تصرف العبد بغير
اذن سيده في ذمته وقيل لا يصح بدون اذن سيدها كما لو منعها خالعت وهو المذهب
(٢) قوله « وان خالعت المحجور عليها الخ » هذا المذهب ولو اذن فيه الولي
لانه لا اذن له في التبرع

على قوله « لم يصح الخلع » مراده المحجور عليها للسفه أو الصغر أو الجنون .
واما المحجور عليها للفلس فانه يصح خلعها ويرجع عليها بالعوض اذا فك عنها
الحجر وايسرت

(٣) قوله « ووقع طلاقه رجعيا » يعني اذا وقع بلفظ الطلاق او نوى به ==

الخلع أو الفسخ أو المفاداة^(١) ولا ينوى به الطلاق فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق في احدي الروايتين وفي الرواية الاخرى هو طلاق بائن بكل حال ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به وان شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين وفي الآخر يصح الشرط ويبطل العوض

= الطلاق فاما ان وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولم ينو به الطلاق فهو كالخلع بغير عوض وسيأتي حكمه

على قوله « والخلع » صريحه الخلع والمفاداة والفسخ وكنايته الأبانة والتبرية (١) قوله « والخلع طلاق بائن الخ » اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع اذا لم ينو به الطلاق فعنه انه فسخ وهذا الصحيح من المذهب وروى ذلك عن ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وابي ثور وهو احد قولى الشافعى وعنه انه طلقة بائنة بكل حال روى ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وقيصة وشريح ومجاهد وابي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهرى ومكحول وابن ابى نجيح ومالك والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى وقد روى عن عثمان وعلى وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال ليس لنا فى البسبب شىء اصح من حديث ابن عباس انه فسخ واحتج ابن عباس بقوله تعالى ﴿ الطلاق مرتان ﴾ ثم قال ﴿ فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ﴾ ثم قال ﴿ فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ فذكر تطليقتين والخلع وتطبيقه بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان اربعا. وقال الشيخ تقي الدين والخلع فسخ باى لفظ كان ولو وقع بصريح الطلاق وليس من الطلاق الثلاث وهذا هو المنقول عن ابن عباس واصحابه وعن الامام أحمد وقدماء اصحابه ولم يفرق احد من السلف ولا أحمد بن حنبل ولا قدماء اصحابه فى الخلع بين لفظ ولفظ لا لفظ الطلاق ولا غيره بل الفاظهم كلها صريحة فى انه فسخ باى لفظ كان قال عبد الله رأيت ابى يذهب الى قول ابن عباس وابن عباس يقول كل ما اجازه المال فليس بطلاق . انتهى

على قوله « وفى الرواية الاخرى هو طلاق بائن بكل حال » وفائدة الخلاف اذا قلنا بانه طلاق حسب ونقص به عدد طلاقه وان قيل هو فسخ لم تحرم عليه وان خالها مائة مرة وتبين بالخلع على كلتا الروايتين فلا يملك رجعتها إلا بشرطه كالبيع .

فصل

ولا يصح الخلع إلا بعوض في أصح الروايتين فإن خالها بغير عوض لم يقع الا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا^(١) والأخرى يصح بغير عوض اختارها الخرقى^(٢) ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطها^(٣) فإن فعل كره وصح

على قوله « ولو واجهها به » وهذا المذهب لما روى الشافعي انبأنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس وابن الزبير انهما قالوا لا يلحق المختلعة الطلاق في العدة ولم يعرف لها مخالف فكان كالأجماع وبه قال مالك والشافعي

على قوله « في احد الوجهين » وهذا المذهب وبه قال ابو حنيفة وتستحق المسمى في الخلع على الصحيح من المذهب وقيل يجب مهر مثلها . وقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحة هذا الشرط كما لو بذلت مالا على ان تملك امرها ولان الاصل جواز الشرط في العقود

على قوله « ويبطل » أي يقع رجعيا بلا عوض وهذا منصوص الشافعي

(١) قوله « فان خالها بغير عوض الخ » يشترط لصحة الخلع ان يكون بعوض فان كان بغير عوض لم يصح وهذا المذهب نص عليه . نقل مهنا اذا قال اخلعتى نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعا الا على شيء الا ان يكون نوى الطلاق فيكون ما نوى ولأن العوض ركن فيه فلم يصح تركه كالثمن في البيع فان لم ينو به الطلاق لم يقع شيء وان تلفظ به من غير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لأنه يصلح كناية عن الطلاق وهذا قول ابى حنيفة والشافعي

(٢) قوله « والأخرى الخ » فروى عنه ابنه عبد الله قال قلت لابي رجل علقته به امرأته تقول اخلعتى قال قد خلعتك قال يتزوج بها ويجدد نكاحها جديدا وتكون عنده على اثنتين فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لأنه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق

(٣) قوله « ولا يستحب أن يأخذ الخ » اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وان كان أكثر من الصداق وهذا قول أكثر اهل العلم روى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وروى عن ابن عمر وابن عباس انهما قالوا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها =

وقال أبو بكر لا يجوز وترد الزيادة وان خالعتها بمحرم كالخمر والحرف فهو كالخلع بغير عوض^(١) وان خالعتها على عبد فبان حرا أو مستحقا فله قيمته عليها^(٢) ، وان بان معييا فله ارشه أو قيمته ويرده وان خالعتها على رضاع

== وعقاص راسها كان ذلك جائزا . وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما اعطاها وروى ذلك عن علي باسناد منقطع واختاره أبو بكر فان فعل رد الزيادة واحتجوا بما روى ان جميلة بنت سلول اتت النبي ﷺ قالت والله ما اعيب على ثابت في خلق ولا دين ولكن اكره الكفر في الاسلام لا اطيعه بغضا فقال لها النبي ﷺ اتردين عليه حديثه قالت نعم فامرته النبي ﷺ ان يأخذ منها حديثه ولا يزداد رواه ابن ماجه . ولنا قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ﴾ ولانه قول من سمينا من الصحابة وقالت الربيع بنت معوذ اختلعت من زوجي بما دون عقاص راسي فاجاز ذلك على لسكن لا يستحب ان يأخذ أكثر مما اعطاها وهذا المذهب وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي

(١) قوله « وان خالعتها بمحرم الخ » يعني اذا علما تحريم ذلك فاذا علما فلا شيء له وهو كالخلع بغير عوض على ما مر وهذا الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن الخلع مع العلم بتحريمه يدل على رضا فاعله بغير شيء وقال الشافعي له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان محرما وجب مهر المثل كالنكاح .

على قوله « وان خالعتها بمحرم » يعلما به فلو جهلا التحريم صح وكان له بدله

(٢) قوله « وان خالعتها على عبد الخ » اذا خالعتها على عوض فبان غير مال أو انه ليس له مثل ان يخالعتها على عبد بهينه فبان حرا أو مفضوبا أو على خل فبان خرا فالخلع صحيح في قول أكثر اهل العلم لان الخلع معاوضة فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ويرجع عليها بقيمته اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فله مثله وهذا الصحيح من المذهب وقال الشافعي يرجع بمهر المثل

على قوله « ويرده » وهذا المذهب وعنه لا ارش مع الامسك

ولده عامين^(١) أو سكنى دار صح^(٢) فان مات الولد أو خربت الدار رجع بأجرة باقى المدة ، وان خالع الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت^(٣)

(١) قوله « وان خالعا على رضاع الخ » وهذا المذهب وبه قال الشافعى لان هذا مما يصح المعاوضة عليه فى غير الخلع ففيه اولى فلو خالعا على رضاع ولده مطلقا صح وينصرف الى ما بقى من الحولين او هما نص عليه

(٢) قوله « أو سكنى دار » أى معينة صح وهذا المذهب ويشترط تعيين المدة كالأجرة وكذا لو خالعا على نفقة الطفل او كفالته فعلى المذهب هل يرجع عليها اذا خربت الدار بالأجرة دفعة واحدة أو يستحقه يوما فيوما فيه وجهان أحدهما يرجع به يوما فيوما قال فى الانصاف وهو اولى واقرب الى العدل

[فائدة] موت المرضعة وجفاف لبنها فى اثناء المدة كهوت المرتضع فى الحكم على ما تقدم وكذا كفالة الولد مدة معينة ونفقته لكن قال فى الرعاية لو مات فى الكفالة فى اثناء المدة فانه يرجع بقيمة كفالة مثلها لمثله ولو اراد الزوج ان يقيم بدل الرضيع من ترضعه او تكفله فابت او ارادته هى فابى لم يلزم

على قوله « رجع بأجرة باقى المدة » أى من اجرة الرضاع والدار

(٣) قوله « وان خالع الحامل الخ » وهذا المذهب وحكى عن أبى حنيفة وقال الشافعى لا تصح النفقة فان خالعا به وجب مهر المثل ولنا انها احدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي

[فائدتان] العوض فى الخلع كالعوض فى البيع والصداق ان كان مسكيا أو موزونا لم يدخل فى ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه وان كان غيرهما دخل فى ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه قال أحد فى امرأة قالت لزوجها اجعل امرى بيدى ولك هذا للعبد ففعل ثم خيرت فاخترت نفسها بعد ما مات العبد جائز وليس عليها شىء . قال ولو اعتقت العبد ثم اخترت نفسها لم يصح عتقها

(الثانية) لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج فلا بد من الإيجاب والقبول فى المجلس قال القاضى هذا الذى عليه شيوخنا البغداديون . وذهب ابو حفص العكبى وابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج العوض

فصل

ويصح الخلع بالمجهول^(١) وقال أبو بكر لا يصح والتفريع على الأول فإذا خالعا على ما في يدها من الدراهم أو ما في يديها من المتاع فله ما فيها^(٢) فإن لم يكن فيها شيء فله ثلاثة دراهم وأقل ما يسمى متاعا ، وقال القاضى يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع وإن خالعا على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك^(٣) فإن لم يحملا فقال أحمد ترضيه بشيء وقال القاضى لا شيء له وإن خالعا على

(١) قوله « ويصح الخلع بالمجهول » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز بالمجهول كالوصية . وقال أبو بكر لا يجوز وهو قياس قول أحمد وجزم به أبو محمد الجوزى لأنه معاوضة فلم يصح بالمجهول كالبيع .

على قوله « بالمجهول » * والمعدوم

(٢) قوله « فإذا خالعا الخ » ان كان في يدها شيء من الدراهم فهمى له لا يستحق غيرها ولو كان دون ثلاثة دراهم وهو المذهب لأن ذلك هو الخالع عليه وجهالته لا تضر وقيل يستحق ثلاثة دراهم كاملة وإن لم يكن في يدها شيء فجزم المصنف هنا بان له ثلاثة دراهم وجزم به غيره ونص عليه وأما اذا لم يكن في يدها متاع فله أقل ما يسمى متاعا وهو المذهب لأن ذلك أقل ما يقع عليه اسم الدراهم والمتاع حقيقة .

على قوله « وقال القاضى يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع » * لأنها فوتت عليه البضع ولا يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت عليه وهو الصداق .

(٣) قوله « وإن خالعا على ما تحمل الخ » ما قدمه المصنف هو المذهب لأن الحمل هو الخالع عليه ولو كان معدوما اذ لا اثر له فان لم تحملا ارضته بشيء لثلا يخلو الخلع عن عوض

على قوله « وقال القاضى لا شيء له » * لانه رضى بالحمل ولا حمل وتأول قول أحمد على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لقدرة بتقدير يرجع اليه

عبد فله أقل ما يسمى عبداً (١) وان قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق طلقت بأى عبد أعطته طلاقاً بائناً وملك العبد نص عليه (٢) ، وقال القاضى يلزمها عبد وسط فيهما وان قال ان اعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته اياه طلقت (٣) فان خرج معيها فلا شيء له وان خرج مغضوباً لم يقع الطلاق (٤) وعنه يقع وله قيمته وكذلك في التي قبلها وان قال ان اعطيتني ثوباً هروباً فأنت

(١) قوله « وان خالها على عبد الخ » هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه خالها على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم وقيل يجب مهرها وقال القاضى يلزمها عبد وسط

(٢) قوله « وان قال ان اعطيتني عبداً الخ » الصحيح من المذهب أنها تطلق بأى عبد أعطته يصح تملكه نص عليه لأن الشرط عطية عبد وقد وجد ويقع الطلاق بائناً لأنه على عوض او يملك العبد لأنه عوض خروج البضع

[فائدتان] لو أعطته مدبراً او معلقاً عتقه بصفة وقبح الطلاق قاله في المغنى والشرح وغيرهما

(الثانية) لو بان مغضوباً أو حراً أو مكاتباً لم تطلق كتعليقه على هروى فتعطيه مروياً قاله في الفروع وهو الصحيح لأن العطية انما تتناول ما يصح تملكه وكذا لو بان مرهوناً وعنه يقع الطلاق وله قيمته

على قوله « وان قال ان اعطيتني عبداً » او بعيراً او بقرة او شاة او غير ذلك من المهمات

على قوله « وسط فيهما » أى كالصداق وتناول كلام أحمد على ذلك على قوله ان أعطته معيها أو دون الوسط فله رده وأخذ بدله

(٣) قوله « وان قال ان اعطيتني هذا العبد الخ » وهذا المذهب نص عليه واختاره المصنف والشارح وابو الخطاب وغيرهم لتحقيق وجود الشرط وتقع بائناً (٤) قوله « وان خرج مغضوباً الخ » وهذا المذهب لان العطية انما تتناول

ما يصح تملكه وما لا يصح تملكه لا يكون عطية

[فائدة] اذا خالها على عبد موصوف في الذمة فأعطته اياه معيها بانث وله طلب عبد سليم بتلك الصفة وان أعطته قيمته لزمه قبولها

طالق فأعطته مرويا لم تطلق^(١) وان خالته على هروى بان قالت اخلعنى على هذا الثوب الهروى فبان مرويا فله الخيار بين رده وامساكه وعند أبى الخطاب ليس له غيره ان وقع الخلع على عينه

فصل

اذا قال ان اعطيتنى أو اذا اعطيتنى أو متى أعطيتنى ألفا فأنت طالق كان على التراخي أى وقت أعطته ألفا طلقت^(٢) وان قالت له اخلعنى بألف أو على

(١) قوله « وان قال ان أعطيتنى ثوبا الخ » أى بلا نزاع لأن الصفة التى علق عليها الطلاق لم توجد وان خالته على مروى فى الذمة فاته بهروى صح وخير وان خالها على ثوب على انه قطن فبان كتنا رده ولم يكن له امساكه لانه جنس آخر وكل موضع علق طلقها على عطيتها اياه ففى اعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لا فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمه لك زيد أو اجعله قصاصا بمالى عليك أو حالته به لم يقع الطلاق . وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه سواء كان التعذر من جهتها أو جهته أو جهة غيرهما لانقضاء الشرط . ولو قالت طلقتنى بألف فطلقها استحق الألف وبانت وان لم تقبض نص عليه لأن هذا ليس تعليقا على شرط بخلاف الأول . واذا تخالفا على حكم احدهما أو غيرهما أو بمثل ما خالع به زيد زوجته صح بالمسمى

على قوله « وان خالته على هروى » بان قالت اخلعنى على هذا الثوب الهروى .

(٢) قوله « اذا قال ان أعطيتنى الخ » تعليق الطلاق على شرط العطية والضمان أو التملك لازم فى حق الزوج لزوما لا سبيل الى دفعه ويقع الطلاق باثنا بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي وهذا المذهب وعليه الأصحاب . وقال الشيخ تقي الدين ليس بلازم من جهته كالكتابه عنده ووافق على شرط محض كإن قدم زيد فانت طالق . وقال فى التعليق الذى يقصد به ايقاع الجزاء ان كان معاوضة فهو معاوضة ثم ان كانت لازمة فلازم والا فلا يلزم الخلع قبل القبول ولا الكتابه وقول من قال التعليق لازم دعوى مجردة ويأتى ان شاء الله فى أوائل تعليق الطلاق بالشرط وقال الشافعى اذا قال متى اعطيتنى أو متى ما اعطيتنى أو =

الف ، أو طلقني بالف أو على ألف ففعل بانث واستحق الألف^(١). وان قالت

== اى حين أو اى زمان اعطيتنى فانت طالق كان على التراخى وان قال ان اعطيتنى أو اذا اعطيتنى الفأ فانت طالق كان على الفور فان اعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وان تأخر الاعطاء لم يقع لأن قبول المعاوضات على الفور فاذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى واى فان فيهما تصريحاً بالتراخى واما ان واذا فانهما يحتملان الفور والتراخى فاذا تعلق بهما العوض حملا على الفور ولنا انه علق الطلاق بشرط الاعطاء فكان على التراخى كسائر التعليق

[تنبيه] مراده بقوله اى وقت اعطته الفأ طلقت بحين يمكنه قبضه ومراده ان يكون الالف وازنة باحضاره ولو كانت ناقصة فى العدد واذنها فى قبضه ومملكه وقيل يكفى عدد يتفق برأسه بلا وزن لحصول المقصد فلا يكفى وازنة ناقصة عدداً قال فى الانصاف وهذا العرف فى زمنا وغيره

(١) قوله « وان قالت له اخلعنى الخ ، وكذا لو قالت ولك الف ان طلقتنى أو خالعتنى أو ان طلقتنى فلك على الف ففعل بانث وهذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأن الباء للمقابلة وعلى فى معناها

[فوائد] : (الأولى) يشترط فى ذلك ان يجيبها على الفور على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام المصنف بقوله ففعل وقيده بالمجلس فى المحرر وغيره (الثانية) لها ان ترجع قبل ان يجيبها قاله فى المحرر وغيره

(الثالثة) لا يصح تعليقه بقوله ان بذلت لى كذا فقد خلعتك قاله فى الفروع قال الشيخ تقي الدين وقولها ان طلقتنى فلك كذا أو انت برىء منه كأن طلقتنى فلك على الف واولى وليس فيه النزاع فى تعليق البراءة بشرط اما لو التزم ديننا لا على وجه المعاوضة كأن تزوجت فلك فى ذمتى الف أو جعلت لك فى ذمتى الف لم يلزمه عند الجمهور

(الرابعة) لو قالت طلقتنى بالف الى شهر فطلقها قبله فلا شىء له نص عليه ، وان قالت من الآن الى شهر فطلقها قبله استحقه على الصحيح من المذهب

(الخامسة) لو قالت طلقتنى بالف فقال خلعتك فان قلنا هو طلاق استحقه والا لم يصح هذا هو الصحيح من المذهب وقيل هو خلع بلا عوض وقال فى الروضة ==

طلقتني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحقتها^(١) وان قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئا^(٢) ويحتمل أن يستحق ثلث الألف^(٣) وان لم يكن بقي من طلاقها الا واحدة استحق الالف علمت أو لم تعلم^(٤) ويحتمل أن

= يصح وله العوض لان القصد ان تملك نفسها بالطلقه وقد حصل بالخلع وعكس المسئلة بان قالت اخلعني بالف فقال طلقتك يستحقها ان قلنا هو طلاق والا فوجهان احدهما لا يستحق شيئا قال في الإنصاف وهو الصواب فان لم يستحق ففي وقوعه رجعيًا احتمالان قال في الانصاف والصواب انه يقع رجعيًا وعلى القول الآخر لا يقع شيئا

(١) قوله « وان قالت طلقني واحدة الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأنه حصل لها ما طلبته وزيادة

[فائدة] لو قالت طلقني واحدة بالف فقال انت طالق وطالق وطالق بانت بالأولة على الصحيح من المذهب فيعابا بها وقيل تطلق ثلاثا قال في الانصاف وهو موافق لقواعد المذهب والاول مشكل عليه فعلى المذهب لو ذكر الالف عقيب الثانية بانت بها والأولى رجعية ولغت الثالثة

على قوله « وان قالت طلقني واحدة بألف » أو على الف أو ولك الف على قوله « فطلقها ثلاثا » أو اثنتين

(٢) قوله « وان قالت طلقني ثلاثا الخ » يعني ووقع رجعيًا هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب لانها انما بذلتها في مقابلة الثلاث ولم تحصل وصار كما لو قال بعني عبدك بالف فقال بعتك احدهما بنصفها . وهنا غرضها يتعلق ببينونة كبرى ولم تحصل

(٣) قوله « ويحتمل الخ » وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه ومالك والشافعي كما لو قال من رد عبيدي الثلاثة فله الف فعلى هذا يقع الطلاق باثنا وعلى الأول يقع رجعيًا اذا كان في يده الثلاث

(٤) قوله « وان لم يكن الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب لان الواحدة التي فعلها كملت الثلاث وحصلت ما يحصل من الثلاث من البينونة وهذا منصوص . الشافعي .

لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم وان كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة فقال
أتما طالقتان بألف ان شئنا فقالتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الالف وطلقت
بائنا ووقع الطلاق بالأخرى رجعيا ولا شيء عليها^(١) وان قال لامرأته أنت
طالق وعليك الف طلقت ولا شيء عليها^(٢) وان قال على الف أو بألف

(١) قوله « وان كان له امرأتان الخ » الصحيح من المذهب انه يلزمها نصف
الالف ويقع عليها الطلاق وتبين وعند ابن حامد يقسط بقدر مهرهما ذكره في
المغنى والشرح ظاهر المذهب . واما غير المكلفة فتطلق رجعيا مجانا على المذهب فان
بذلها للعوض غير صحيح وعنه لا مشيئة لها فعلى هذا لا تطلق واحدة منهما كما لو
كانت غير مميزة وكذا المحجور عليها للسفه حكمها حكم غير المكلفة لأن لها مشيئة
وتصرفها في المال غير صحيح فاما ان كانت مجنونة أو صغيرة اى غير مميزة لم تصح
المشيئة منهما ولم يقع الطلاق على واحدة منهما فان كانا رشيدتين وقع بهما الطلاق
بائنا فان قبلته احداهما لم تطلق واحدة منهما ذكره في المغنى والشرح لأنه جعل
مشيئتها شرطا في طلاق كل واحدة منهما والأصح انها تطلق وحدها بقسطها من
الألف قلت وهذا المذهب عند المتأخرين لان العقد مع اثنين بمنزلة عقدين كالبيع
فلو قال الزوج ما شئنا وانما قلتما ذلك بالسنتكما أو قالتا ما شئنا بقلوبنا لم يقبل
[فائدة] لو قالت له زوجتان طلقنا بألف فطلق احداهما بانته بقسطها من
الألف قال في شرح المنتهى فيقسط على مهر مثلها ولو قالتا احداهما فطلاقه رجعي
لا شيء له سواء كانت المطلقة هى السائلة او ضررتها لأن الألف جعلت في مقابلة
طلاقهما وبطلاق واحدة منهما لم يحصل المطلوب

على قوله « وغير مكلفة » ، يعنى وكانت مخيرة

(٢) قوله ، وان قال لامرأته انت طالق الخ ، يعنى ان ذلك ليس بشرط ولا
كاشترط على الصحيح من المذهب لأنه لم يجعل الألف عوضا للمطلقة ولا شرطا فيها
وانما عطفه على الطلاق الذى اوقعه لىكن اذا قبلت فتارة تقبل فى المجلس وتارة
لا تقبل فان قبلت فى المجلس بانته منه واستحققه وله الرجوع قبل قبولها على الصحيح
من المذهب وجعله المصنف فى المغنى كما ان اعطيتى الف فانته طالق كما تقدم قريبا وان
لم تقبل فى المجلس فالصحيح من المذهب انها تطلق مجانا رجعيا ولا شيء عليها نص
عليه وقيل لا تطلق حتى تختار ذكره فى الرعايتين قال فى الانصاف ولم اره فى غيرهما

فكذلك (١) ويحتمل أن لا تطلق حتى تختار فيلزمها الألف

فصل

وإذا خالغته في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو من ميراثه (٢) وان
طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر لم تستحق أكثر من ميراثها (٣) وان
خالعها في مرضه وحاباها فهو من رأس المال وإذا وكل الزوج في خلع امرأته

(١) قوله « وان قال على الألف الخ » حكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي قبلها
سواء على المذهب ولا ينقلب الطلاق الرجعي باتنا بيدها الألف في المجلس في الصور
الثلاث بعد عدم قبولها على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « فله الأقل الخ » هذا المذهب وهو قول الثوري وإسحاق لأن ذلك
لاتهمة فيه فانه ان وقع بأكثر من الميراث تطرقت اليه التهمة من قصد ايصالها
شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم يكن قادرا عليه وان وقع باقل فالباقي هو أسقط
حقه منه . وقال أبو حنيفة له العوض كله فان حابته فن الثلث لأنه ليس بوارث لها
وعن مالك كالمذهبين وقال الشافعي إذا خالعت بمر مثلها جز وان زاد فالزيادة من
الثلث .

على قوله « فيلزمها الألف » وهذا اختيار ابن عقيل وقال القاضي في موضع تطلق
الا اذا قال بالف فلا تطلق حتى تختار واختاره الشارح ونقل المصنف في المغني وابن
منجا عن القاضي انه قال لا تطلق في قوله على الف حتى تختار لان تقديره إن ضمننت لى
الفا ، لان « على » تستعمل للشرط بدليل قوله تعالى ﴿ انى أريد أن أنكحك ﴾ الآية
(٣) قوله « وان طلقها في مرض الخ » أى للورثة منعها من ذلك لأنه اتهم
في انه قصد ايصال ذلك اليها كالوصية لو ارث وان أوصى لها بميراثها او اقل صح
لأنه لاتهمة في ذلك

على قوله « فهو من رأس المال » « مثل أن يكون قادرا على خلعها بشئ »
فبخالعها بدونه لم يحسب ما حاباها من الثلث في مرض موته لأنه لو طلق بغير عوض
لصح فلأن يصح بعوض أولى

على قوله « فما زاد » « بلا نزاع

مطلقا فخالف بمهرها فما زاد صح ، وان نقص عن المهر رجع على الوكيل بالنقص^(١) ويحتمل أن يخير بين قبوله ناقصا وبين رده وله الرجعة وان عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد^(٢) وصح عند أبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص وان وكلت المرأة في ذلك فخالف بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون صح^(٣) وان زاد لم يصح^(٤) ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة ، وإذا تخالعا تراجعبا بما بينهما من الحقوق^(٥) وعنه أنها تسقط

(١) قوله « وان نقص الخ » أى ويصح الخلع وهذا المذهب وأحد الأقوال لأنه عقد معاوضة أشبه البيع وقيل لا يصح الخلع وقدمه الناظم وصححه واليه ميل المصنف والشارح وهو قول ابن حامد والقاضى وهو مذهب الشافعى على قوله « ويحتمل أن يخير بين قبوله ناقصا » لأن الحق له فاذا رضى بدونه وجب أن يصح

على قوله « وله الرجعة » لأن الطلاق قد وقع والعوض مردود

(٢) قوله « لم يصح عند ابن حامد » وهذا المذهب لأنه خالف موكله

(٣) قوله « وان وكلت المرأة الخ » هذا بلا نزاع

(٤) قوله « وان زاد الخ » هذا أحد الأقوال وجعله ابن منجافى شرحه

المذهب وصححه الناظم وقيل يصح ويلزم الوكيل الزيادة وهو المذهب

[فائدتان] احدهما لو خالف وكيل الزوج أو الزوجة جنسا أو حلولا أو

نقد بلد فقيل حكمه حكم غيره فى الخلاف المتقدم وقيل لا يصح الخلع مطلقا قال

المصنف والشارح القياس انه لا يصح هنا

(الثانية) يصح التوكيل فى الخلع لكل من يصح تصرفه فى الخلع لنفسه كالعبد

والأنتى والكافر والمجور عليه لا نعلم فيه خلافا ويجوز التوكيل من غير تقدير

عوض كالبيع والنكاح

(٥) قوله « واذا تخالعا تراجعبا الخ » يعنى حقوق النكاح وهذا المذهب وعليه

الأصحاب لأنه أحد نوعى الخلع فلم يسقط به شىء كإطلاق وعنه تسقط بالسكوت

عنها لأن الخلع يقتضى انخلاع كل واحد من صاحبه واستثنى الأصحاب على هذه

الرواية نفقة العدة وبقية ما خولع ببعضه وهذا الخلاف فى حقوق النكاح أما

الديون ونحوها فانها لا تسقط قولاً واحداً

فصل

وإذا قال خالعتك بألف فأنكرت أو قالت إنما خالعت غيرى بانة والقول قولها مع يمينها فى العوض ، وان قالت نعم لكن ضمنه غيرى لزمها الالف (١) وان اختلفا فى قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها مع يمينها (٢) ويتخرج ان القول قول الزوج ويحتمل أن يتحالفا ويرجعا الى المهر المسمى أو المهر المثل ان لم يكن مسمى . وان علق طلاقها بصفة ثم خالعا فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه (٣) ويتخرج

[فائدة] مفهوم قوله وان تخالعا انها لو تظالفا تراجعا بجميع الحقوق قولاً واحداً وهو صحيح

على قوله « بانة » أى باقراره

على قوله « فى العوض » لأنها منكرة لبذله

(١) قوله « وان قالت نعم الخ » أى لأنها أقرت بها ولا يلزم الغير شىء الا ان يقر به فان ادعته المرأة وأنكره الزوج قبل قوله ولا شىء عليها لأنه لا يدعيه وان قالت سألتك طلاقاً ثلاثاً بألف فاجبت فقال بل طلقها فاجبت قبل قوله وبانة بألف .

(٢) قوله « وان اختلفا فى قدر العوض الخ » أوصفته وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه لأنه يقبل قولها فى أصله فكذا فى قدره وصفته ولا ينسك الزائد والحلول والقول قول المنكر مع يمينه

(٣) قوله « وان علق طلاقها بصفة الخ » وكذا لو أبانها بثلاث أو دونها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن عقد الصفة ووقوعها وجداً فى النكاح فوقع الطلاق كما لو لم يتخلله بينونة لا يقال الصفة انحلت بفعلها حال البيونة ضرورة (*) ان لا تقتضى التكرار لأنها إنما تنحل على وجه يحث به لان البين حل وعقد والعقد يقتدر الى الملك فكذا الحل والحنت لا يحصل بفعل الصفة حال البيونة ولا تنحل البين به وعن أحمد ما يدل على انها =

أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التميمي وان لم توجد الصفة حال البيئونة عادت رواية واحدة (١)

== لا تطلق نص عليه في العتق في رجل قال لعبده انت حر ان دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتره فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق وان لم يكن دخل فلا يدخل فاذا نص عليه في العتق وجب ان يكون الطلاق مثله بل أولى لأن العتق يتشوف الشارع اليه وأكثر أهل العلم يرون ان الصفة لا تعود اذا أبانها بطلاق ثلاث وان لم توجد الصفة حال البيئونة هذا مذهب مالك وأبي حنيفة واحد أقوال الشافعي قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الخالف ثم دخلت الدار انه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن طلاق ذلك الماك انقضى فان ابانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم وان لم توجد الصفة في البيئونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي

على قوله « طلقت نص عليه » وكذا الحكم لو قال ان بنت منى ثم تزوجتك فأنت طالق فبانث ثم تزوجها .

(١) قوله « وإن لم توجد الصفة الخ » لأن اليمين لم تنحل اكون الصفة في حال البيئونة لم توجد فاذا وجدت الصفة بعد التزويج وجب أن نعمل عملها وذكر الشيخ تقي الدين رواية أن الصفة لا تعود مطلقاً يعني سواء وجدت حال البيئونة أو لا قال في الانصاف وهو الصحيح في منهاج الشافعية .

[فائدة] يحرم الخلع حيلة لاسقاط يمين طلاق ولا يقع على الصحيح من المذهب قال في المغنى هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله قال الشيخ تقي الدين خلع الحيلة لا يصح على الأصح كما لا يصح نكاح المحلل لأنه ليس المقصود منه الفرقة وإنما يقصد منه بقاء المرأة مع زوجها كما في نكاح المحلل قال في الرعايتين والحاوي الصغير ويحرم الخلع حيلة ويقع في أصح الوجوهين قال في الانصاف وغالب الناس واقع في هذه المسئلة ويستعملها في هذه الأزمنة ففي هذا القول فرج لهم . انتهى

كتاب الطلاق

وهو حل قيد النكاح وبياح عند الحاجة اليه ويكره من غير حاجة وعنه .
انه يحرم ويستحب اذا كان بقاء النكاح ضررا ويصح من الزوج العاقل البالغ
المختار ويصح من الصبي العاقل^(١) وعنه لا يصح حتى يبلغ ومن زال عقله لسبب
يعذر فيه كالنائم والمجنون والمغمى عليه والمبرس لم يقع طلاقه^(٢) وان زال لسبب

[فائدة] لو اعتقد البيئونة بذلك أى بخلع الحيلة ثم فعل ما حلف عليه فكطلاق
واجنبية أى فكما لو قال لمن ظنها أجنبية انت طالق فبان ان طالق فبان ان طالق فبان ان طالق فبان ان طالق
ما يأتى فى آخر باب الشك فى الطلاق ذكره الشيخ تقي الدين ولو خالغ حيلة وفعل
المحلف عليه بعد الخلع معتقدا زوال النكاح ولم يكن الأمر كذلك لعدم صحة
الخلع حيلة فهو كما لو حلف على شىء يظنه فبان بخلاف ظنه فيحتمل فى طلاق وعتاق

(١) قوله « ويصح من الصبي الخ » ان لم يعقل الصبي فلا طلاق له بغير
خلاف وأما الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر
الروايات عن أحمد ان طلاقه يقع وهو الصحيح من المذهب وروى نحوه عن سعيد
ابن المسيب وعطاء والحسن والشعبي واسحاق . وعنه لا يصح حتى يبلغ وهو قول
النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد وذكر أنه قول أهل العراق
وأهل الحجاز لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ولأنه غير
مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ولنا قوله ﷺ الطلاق لمن أخذ بالساق وقال على
كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه ذكره البخارى ورواه الترمذى والدارقطنى
مرفوعا باسناد فيه ضعف وعنه يصح من ابن عشر وعنه يصح من ابن اثني عشرة سنة
على قوله « ويصح من الصبي العاقل » ومن السفهية فى قول أكثر أهل العلم
منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء

(٢) قوله « ومن زال عقله بسبب يعذر فيه الخ » أجمع أهل العلم على أن
الزائل العقل بغير مسكر أو ما فى معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلى وسعيد
ابن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قتادة وأبو قلابة والزهري ويحيى
الأنصارى ومالك والثوري والشافعى وأصحاب الرأى واجمعوا على أن الرجل إذا
طلق فى حال نومه انه لا طلاق له وقد ثبت أنه ﷺ قال ورفع القلم عن ثلاثة عن =

لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان^(١) وكذلك يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وايلاته ومن

== النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتمل وعن المجنون حتى يفيق لكن لو ذكر المغمى عليه والمجنون لما افاقا انهما طلقا وقع الطلاق نص عليه قال في الفروع ويدخل في كلاهم من غضب حتى أغشى عليه أو غشى عليه قال الشيخ تقي الدين يدخل بلاريب وقال الشيخ تقي الدين ان غيره الغضب ولم يزل عقله لم يقع الطلاق لأنه ألجأه وحمله عليه فأوقعه وهو يكرهه ليستريح منه فلم يبق له قصد صحيح فهو كالمسكره ولهذا لا يجاب دعاؤه على نفسه وماله ولا يلزمه نذر الطاعة فيه

على قوله «لم يقع طلاقه» * وسواء زال بجنون أو اغماء أو شرب دواء أو أكره على شرب الخمر أو شرب ما يزيل عقله ولم يعلم انه مزيل ولا نعلم فيه خلافا

(١) قوله «وان زال الخ» احدهما يقع وهو المذهب وهو مذهب سعيد ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والحكم ومالك والأوزاعي والشافعي وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقوله عليه السلام كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه وقال معاوية كل أحد طلق امرأته جائز الا طلاق المجنون رواه البيهقي باسناد حسن قال ابن عباس طلاق السكران جائز (* ان ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ولان الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف قال علي بمحض من عمر وغيره نراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون رواه مالك باسناد جيد ولأنه مكلف فوقع طلاقه كالصاحي بدليل القتل والقطع في السرقة . والثانية لا يقع اختاره أبو بكر وابن عقيل ومال اليه المصنف والشارح وابن رزين في شرحه واختاره الناظم والشيخ تقي الدين وجزم به في التسهيل قال الزركشي ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر وهو قول عثمان ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعه ويحيى الأنصاري والليث والعبري وإسحاق وأبي ثور والمزني قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد حديث عثمان ارفع شيء فيه وهو اصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش منصور لا يرفعه الى علي ولأنه زائل العقل ==

(*) كذا بالأصل كما في المغني والفرج والذي في صحيح البخاري « وقال ابن عباس طلاق السكران والمسكره ليس بجائز »

أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه^(١) وإن هدده بالقتل أو أخذ المال ونحوه قادر يغلب على الظن وقوع ما هدده به فهو اكراه^(٢). وعنه لا يكون.

== شبه المجنون والنائم ونقل الميموني كنت أقول يقع حتى تبينته ونقل أبو طالب الذى لا يأمر بالطلاق إنما أتى خصلة واحدة والذى يأمر به أتى اثنتين حرما عليه وأباحها لغيره فلهذا قيل هي آخر الروايات.

[فائدة] حد السكران الذى ترتب عليه هذه الأحكام هو الذى يخطئ فى كلامه من قراءته أو يقسط تمييزه بين الأعيان وقد أومأ إليه فى رواية حنبل فقال السكران الذى إذا وضع ثيابه فى ثياب غيره فلم يعرفها ونعله فى نعلهم فلم يعرفه وإذا هذى فى أكثر كلامه وكان معروفا بغير ذلك ومحله إذا كان آثما فى سكره فاما أن أكره فكالمجنون وهذا المذهب ولا تصح عبادة السكران قال الامام احمد ولا تقبل صلاته اربعين يوما حتى يتوب للخبر وقاله الشيخ تقي الدين

على قوله « وكذلك يخرج فى قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وابلاته » .
اعلم ان فى أقواله وافعاله روايات صريحة احدها ان انه مؤاخذ بها فهو كالصاحي فيها وهو المذهب .

(١) قوله « ومن أكره على الطلاق الخ » هذا المذهب مطلقا قال الشارح لا تختلف الرواية عن احمد ان طلاق المسكره لا يقع روى ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وإجازة وأبو قلابة والشعبي والنخعي والزهرى والثورى وأبو حنيفة وصاحباؤه لأنه طلاق من مكلف ولنا قوله عليه السلام ان الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه رواه ابن ماجه والدارقطنى قال عبدالحق اسناده متصل صحيح وعن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله عليه السلام يقول لا طلاق ولا غلاق فى غلاق رواه أبو داود وهذا لفظه واحمد وابن ماجه ولفظها فى اغلاق وقال ابن عباس فيمن يكرهه للصوص فطلقه ليس بشيء ذكره البخارى .

(٢) قوله « وان هدده بالقتل الخ » هذا المذهب لقول عمر فى الذى تدلى يشتر عسلا فوقفت امرأته على الجبل وقالت طلقنى ثلاثا والاقطعتك فذكرها الله والاسلام ==

مكرها حتى ينال بشيء من العذاب كالضرب والخنق وعصر الساق اختارها الخرق ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا (١)

== فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثا فرده (*) إليها رواه سعيد وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ويشترط للاكراه شروط أحدها أن يكون قادرا بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه الثاني أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به مع عجزه عن دفعه وهربه واختفائه الثالث أن يكون مما يستتضر به ضررا كبيرا كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيود الطويلين وأخذ المال الكثير والخراج من الديار وينبغي للمكروه أن يتأول فإن ترك التأويل بلا عذر لم يقع الطلاق على التصحيح من المذهب فلو قصد إيقاع الطلاق دون دفع الاكراه وقع الطلاق على الصحيح من المذهب ويحتمل أن لا يقع .

على قوله « حتى ينال بشيء من العذاب » نص عليه في رواية الجماعة وقال كما فعل بأصحاب النبي ﷺ وكأنه يشير إلى قصة عمار

[فائدة] الاكراه على العتق واليمين ونحوهما كالاكراه على الطلاق على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

(١) قوله « ويقع الطلاق في النكاح الخ » قال في الانصاف ونص عليه أحمد وهو المذهب لأنه عقد يسقط الحد ويثبت النسب والعدة والمهر أشبه الصحيح

[فوائد] حيث قلنا بالوقوع فيه فإنه يكون طلاقا . قلت فيعابا بها

(الثانية) يجوز الطلاق في النكاح المختلف فيه في الحيض ولا يسمى طلاق بدعة فيعابا بها

(الثالثة) ظاهر كلام المصنف أنه لا يقع الطلاق في نكاح مجمع على بطلانه وهو صحيح وهو المذهب

(الرابعة) الصحيح من المذهب أنه لا يقع الطلاق في نكاح فضولي قبل إجازته وأنه يقع بعدها وعليه الأصحاب واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أن طلاق الفضولي كبيعته

(الخامسة) لا يجب الطلاق إذا أمره أبوه على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يجب قال أبو بكر في التنبيه وعنه يجب بشرط أن يكون أبوه عدلا ==

(*) كذا بالأصل وهو كذلك في المعنى أيضا . وفي الشرح فردها إليه : ولعله الصواب

واختار ابو الخطاب أنه لا يقع حتى يعتقد صحته . واذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه^(١) وله ان يطلق متى شاء الا أن يحدله حدا^(٢) ولا يطلق أكثر من واحدة الا ان يجعل اليه^(٣) وان وكل اثنين فيه فليس لاحدهما الا انفراد به الا باذن^(٤) وان وكلهما في ثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر وقع ما اجتماعا عليه . وان قال لامرأته طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل وان قال لها اختارى من ثلاث ما شئت لم يكن لها ان تختار أكثر من اثنتين

= وأما اذا امرته امه فنص الامام أحمد لا يعجبني طلاقه ومنعه الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى منه ونص أحمد في منع السرية ان خفت على نفسك فليس لها ذلك وكذا نص فيما اذا منعاه من التزويج

(١) قوله « واذا وكل في الطلاق الخ » أى لأنه ازالة ملك فصح التوكيل فيه كالتعق وقوله من يصح توكيله يحترز به عن الطفل والمجنون فلو وكل عبدا او كافرا صح وان جعل امر الصغيرة أو المجنونة في يدها لم تملكه نص عليه وظاهر كلام أحمد اذا عقلت الطلاق وقع وان لم تبلغ كالصبي

(٢) قوله « وله ان يطلق الخ » لأن لفظ التوكيل يقتضى ذلك لكونه توكيلا مطلقا أشبه التوكيل في البيع الا أن يحدله حدا او يفسخ أو يطأ وهذا الصحيح من المذهب وقيل لا ينزل بالوطء

(٣) قوله « ولا يطلق أكثر الخ » لأن الأمر المطلق يتناول اقل ما يقع عليه الاسم الا ان يجعل اليه أكثر من واحدة بلفظه أو نيته نص عليه ويقبل قوله في نيته لأنه اعلم بها

[فائدة] لو وكله في ثلاث فطلق واحدة او وكله في واحدة فطلق ثلاثا طلقت واحدة بلا خلاف اعلمه ونص عليه

(٤) قوله « وان وكل اثنين الخ » هذا بلا نزاع فان وكلهما في ثلاث الخ أى فلو طلق احدهما واحدة والآخر أكثر فواحدة نص عليه وعليه الأصحاب ولو طلق اثنين والآخر ثلاثا وقع اثنتين وقال في الرعاية الكبرى فيه نظر انتهى اى لانه انما رضى بتصر فيها جميعا وبهذا قال الحسن ومالك والثورى والشافعى وابو عبيد وابن المنذر فان اذن لاحدهما في الانفراد صح لان الحق له

باب سنة الطلاق وبدعته^(١)

السنة في الطلاق ان يطلقها واحدة في طهر لم يصحبها فيه ثم يدعها حتى تنقضي عدتها^(٢). وان طلق المدخول بها في حيضها او طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع^(٣). ويستحب

(١) طلاق السنة ما اذن فيه الشارع والبدعة ما نهى عنه. والأصل فيه قوله تعالى (يا ايها النبي اذا طلقتم النساء) الآية قال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم طاهرا من غير جماع وحديث ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته وهي حائض فقال النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليسكها حتى تطهر ثم تحيض وتطهر ثم ان شاء طلقها طاهرا قبل أن يمس وهو في الصحيحين

(٢) قوله سنة ان يطلقها واحدة الخ، وهذا بلا نزاع لما تقدم الا في طهر. متعقب لرجعة من طلاق في حيض فبدعة في ظاهر المذهب اختاره الاكثر ولو طلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد قال احمد رحمه الله تعالى طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وكذلك قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أبو حنيفة والثوري السنة أن يطلقها ثلاثا في كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين

(٣) قوله وان طلق المدخول بها الخ، الصحيح من المذهب انه يقع لسكنه محرم نص عليها وهذا قول عامة اهل العلم قال ابن عبد البر وابن المنذر لأنه عليه الصلاة والسلام امر ابن عمر رضي الله عنهما بالمراجعة وهي لا تكون الا بعد وقوع الطلاق وفي لفظ للدارقطني قال قلت يارسول الله أرأيت لو اني طلقته ثلاثا قال كانت تبين منك وتكون معصية وذكر في الشرح هذا الحديث مع غيره وقال كلها أحاديث صحاح وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وتليذه ابن القيم لا يقع الطلاق فيها وهو قول ابن عليه وهشام بن الحكم والشيعة لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة فاذا طلق في غيره لم يقع

[فوائد] الأولى قال في المحرر وكذا الحكم لو طلقها في آخر طهر لم يصحبها فيه يعني انه طلاق بدعة ومحرم ويقع وتبعه شارحه وجماهير الأصحاب على انه مباح. والحالة هذه الا على رواية ان القروء الأطهار واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أيضا .

رجعتها (١) ، وعنه أنها واجبة ، وان طلقها ثلاثا في طهر لم يصحها فيه كره (٢)

(الثانية) اكثر الأصحاب على أن العلة في منع الطلاق زمن الحيض لتطويل العدة وخالفهم أبو الخطاب فقال لكونه في زمن رغبته عنها

(الثالثة) اختلف الأصحاب في الطلاق في الحيض هل هو محرم لحق الله تعالى فلا يباح وان سأله او لحقها فيباح بسؤالها فيه وجهان قال الزركشي والأول ظاهر اطلاق الكتاب والسنة قال في الانصاف وهو ظاهر كلام المصنف هنا وغيره

على قوله « أو طهر أصابها فيه ، أي اذا لم يستين حملها

(١) قوله « ويستحب رجعتها ، هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به ابن عمر رضي الله عنهما وادنى أحواله الاستحباب ولأنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب الرجعة فيه كالطلاق في طهر أصابها فيه فإنهم اجمعوا على ان الرجعة لا تجب فيه حكاه ابن عبد البر عن الجميع وبعدم الوجوب قال الثوري والأوزاعي وابن ابى ليلى والشافعي واصحاب الرأي وعنه يجب وهو قول مالك وداود اظاهر الأمر .

[فائدة] لو علق طلاقها بقيامها فقامت حائضا فقال في الانتصار هو طلاق مباح وقال في الترغيب هو طلاق بدعي

على قوله « وان طلقها ثلاثا ، » وقيل او اثنتين بكلمة أو كلمات

(٢) قوله « وان طلقها ثلاثا الخ ، احداهما يحرم وهو المذهب نص عليه روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وابى حنيفة لقوله تعالى ﴿ يا ايها النبي اذا طلقتم النساء - الآية - ثم قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا ﴾ ومن طلق ثلاثا لم يبق له امر يحدث ولم يجعل له مخرجا وقد روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فغضب ثم قال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا قتله وروى الدارقطني عن علي رضي الله عنه قال سمع النبي ﷺ رجلا طلق البتة فغضب وقال تتخذون آيات الله هزوا او دين الله هزوا او لعبا ولأنه قول من سميئا من الصحابة ولم يصح عندنا خلافهم فيكون اجماعا

وفي تحريمه روايتان . وان كانت المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو

[فائدة] لو طلق ثانية أو ثالثة في طهر واحد بعد رجعة أو عقد لم يكن بدعة بحال على الصحيح من المذهب

[تنبيه] اذا طلقها ثلاثا متفرقة بعد ان راجعها ، طلقت ثلاثا بلا نزاع في المذهب وعليه الأصحاب منهم الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وان طلقها ثلاثا بمجموعة أو متفرقة قبل رجعة واحدة طلقت ثلاثا على الصحيح من المذهب نص عليه مرارا وعليه الأصحاب بل الأئمة الأربعة وأصحابهم في الجملة وواقع الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى من ثلاث مجموعة أو متفرقة قبل رجعة طلقة واحدة وقال لانعلم احدا فرق بين الصورتين وحكى عدم وقوع الثلاث جملة واحدة بل واحدة في المجموعة أو المتفرقة عن جده المجد فانه كان يفتي به احيانا سرا وقال عن قول عمر رضى الله عنه في ايقاع الثلاث انما جعله لا كثارهم منه فعاقبهم على الاكثار منه لما عصوا بجمع الثلاث فيكون عقوبة من لم يتق الله من التغيرير الذي يرجع فيه الى اجتهاد الأئمة كالزيادة على الأربعين في حد الخمر لما اكثر الناس منها وأظهره ساغت الزيادة عقوبة انتهى واختاره ابن القيم رحمه الله تعالى وكثير من اتباعه قال ابن المنذر هو مذهب أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر وابن دينار نقله الحافظ شهاب الدين بن حجر في شرح البخارى وحكى المصنف عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبي الشعثا وعمرو ابن دينار أنهم كانوا يقولون من طلق البسكر ثلاثا فهمى واحدة وقال القرطبي في تفسيره على قوله الطلاق مرتان اتفق أئمة الفتوى على لزوم ايقاع الثلاث وهو قول جمهور السلف وشذ طاوس وبعض أهل الظاهر الى ان طلاق الثلاث في كلمة واحدة يقع واحدة ويروى هذا عن محمد بن اسحاق والحجاج بن ارطاة وقال بعد ذلك ولا فرق بين ان يوقع ثلاثا مجتمعاً في كلمة أو مفرداً في كلمات وقال بعد ذلك ذكر محمد ابن احمد بن مغيث في وثائقه أن الطلاق ينقسم الى طلاق سنة وطلاق بدعة وطلاق البدعة ان يطلقها في حيض أو ثلاثا في كلمة واحدة فان فعل لزمه الطلاق ثم اختلف أهل العلم بعد اجماعهم على انه مطلق كم يلزمه من الطلاق فقال على وابن مسعود يلزمه طلقة واحدة وقاله ابن عباس رضى الله عنهما وقال قوله ثلاث لامعنى له لأنه لم يطلق ثلاث مرات وقاله الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف ورويناه عن ابن وضاح وقال به من شيوخ قرطبة ابن زنباع ومحمد بن بتي بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الحشنى فقيه عصره واصبغ بن الحباب وجماعة سواهم وقد يخرج بقياس من غير ما مسئلة من المدونة ما يدل على ذلك وذكره وعلل ذلك بتعاليل جيدة . انتهى

حاملًا قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة الا في العدد^(١) فإذا قال لها أنت طالق للسنة او قال للبدعة طلقت في الحال واحدة وان قال لمن لها سنة وبدعة انت طالق للسنة في طهر لم يصحها فيه طلقت في الحال ، وان كانت حائضًا طلقت اذا طهرت^(٢). وإن كانت في طهر أصابها فيه طلقت اذا طهرت

(١) قوله « وان كانت المرأة صغيرة الخ ، هذا احدى الروايات وعنه لا سنة لمن ولا بدعة لافي العدد ولا غيره هذا المذهب . وحاصله ان طلاق السنة انما هو للدخول بها لأن غير المدخول بها لا عدة عليها والآيسة والصغيرة عدتها بالأشهر فلا تحصل الريبة والحامل التي قد استبان حملها عدتها بوضع الحمل ولازبية لأن حملها قد استبان لكن حكى في المغنى ان ابن عبد البر قال لاخلاف بين أهل العلم ان الحامل طلاقها للسنة وقال ابن المنجا وفيما قاله المؤلف نظر من حيث ان السنة ما وافق أمر الله ورسوله ﷺ ومن طلق احد هؤلاء فقد وافق طلاقه ذلك لان في حديث ابن عمر رضى الله عنهما ثم ليطلقها طاهرا او حاملًا رواه مسلم والطلاق في الطهر سنة فكذا في الحمل ، ونقل ابن منصور لا يعجبني ان يطلق حائضًا لم يدخل بها

[فائدة] اذا قال لصغيرة أو غير مدخول بها انت طالق للبدعة ثم قال أردت طلاقها في زمن يصير طلاقها فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم فيه وجهان أحدهما لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف الظاهر والثاني يقبل وهو أشبه بالمذهب لانه فسر كلامه بما يحتمله فقبل

على قوله « طلقت في الحال واحدة » لانه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة . وبقى قوله انت طالق وكذلك قوله انت طالق للسنة والبدعة او انت طالق لا للسنة ولا للبدعة

على قوله « طلقت في الحال » لأن معنى السنة في وقت السنة وذلك وقتها (٢) قوله « وان كانت حائضًا الخ ، لان الصفة قد وجدت وسواء اغتسلت او لا وهو المذهب وعليه اكثر الأصحاب وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ان طهرت لاكثر الحيض مثل ذلك وان انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغسل أو تميم عند عدم الماء . ولنا انها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتى طهرت لاكثر الحيض ولأن في حديث ابن عمر رضى الله عنهما واذا طهرت طلقها ان شاء

من الحيضة المستقبلية وان قال لها انت طالق للبدعة وهى حائض أو فى طهر
أصاها فيه طلقت فى الحال (١) وان كانت فى طهر لم يصبا فيها طلقت اذا
أصاها أو حاضت (٢) وان قال لها انت طالق ثلاثا للسنة طلقت ثلاثا فى طهر
لم يصبا فيها فى احدى الروايتين (٣) وفى الاخرى تطلق فيه واحدة وتطلق الثانية
والثالثة فى طهرين فى نكاحين ان امكن وان قال لها انت طالق فى كل قرء
طلقة وهى من اللأئى لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق فى كل حيضة طلقة
وان قلنا الاقراء الاطهار فهل تطلق فى الحال ؟ يحتمل وجهين ويقع بها الباقي
فى الاطهار الباقية وان قال لها أنت طالق أحسن الطلاق واجمله فهو كقولها

على قوله « طلقت اذا طهرت » • لان الصفة قد وجدت

على قوله « طلقت اذا طهرت من الحيضة المستقبلية » • بغير خلاف نعله لأن
ذلك هو وقت السنة فى حقا لاسنة لها قبلها

(١) قوله « وان قال أنت طالق للبدعة الخ ، أى لأن ذلك وقت البدعة وهذا
المذهب

(٢) قوله « وان كانت فى طهر الخ » وهذا المذهب لان كل واحد منهما وقت
للبدعة فايها سبق وقع الطلاق فيه عملا بقوله للبدعة لكن ينزع فى الحال بعد ايلاج
الحشفة ان كان الطلاق ثلاثا فان استدام ذلك حد العالم وعزر الجاهل قاله الأصحاب

(٣) قوله « وان قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة الخ » المنصوص عن أحمد رحمه
الله تعالى فى هذه المسئلة أنها تطلق ثلاثا ان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وان كانت
حائضا طلقت ثلاثا اذا طهرت وهذا مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة يقع فى كل
قرء طلقة ، وان كانت من ذوات الأشهر وقع فى كل شهر طلقة

على قوله « وان قلنا الاقراء الاطهار » • وكانت من اللأئى لم يحضن

على قوله « يحتمل وجهين » • أحدهما تطلق وهو المذهب لان الطهر قبل الحيض

كله قرء واحد

على قوله « طلقت فى الحال » • لانه وصفها بصفتين متضادتين فلفطنا وبق مجرد

الطلاق فوقع

انت طالق للسنة وان قال اقبح الطلاق وأسمجه فهو كقوله للبدعة الا ان ينوي
اخرس أحوالك وأقبحها ان تكوني مطلقة فيقع في الحال وان قال انت طالق
طلقة حسنة قبيحة طلقت في الحال

باب صريح الطلاق وكنايته

وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه في الصحيح^(١) وقال الخرقى صريحه

(١) قوله «وصريحه لفظ الطلاق الخ» يعني أن صريح الطلاق هو لفظ
الطلاق وما تصرف منه لا غير وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وصححه المصنف
والشارح لأنه موضوع له على الخصوص فاذا قال أنت طالق أو مطلقة أو قد طلقتك
وقع الطلاق من غير نية وهو مذهب أبي حنيفة وقال الخرقى الخ وهو مذهب الشافعي
لورودهما في القرآن العزيز كقوله تعالى ﴿ أو تسريحاً باحسان ﴾ وقوله تعالى ﴿ أو
فارقوهن بمعروف - وان يتفرقا ﴾ الآية وكقوله ﴿ فتعالين امتعكن واسرحكن ﴾
الآية ووجه الأولى ان الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا
صريحين فيه كسائر كناياته كقوله تعالى ﴿ واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا ﴾
﴿ وما تفرق الذين أوتوا الكتاب ﴾ الآية وأما قوله ﴿ فامسك بمعروف أو تسريحاً
باحسان ﴾ فليس المراد به الطلاق اذ الآية في الرجعة وهي اذا قاربت انقضاء
عنتها فاما ان يمسكها برجعة واما ان تترك حتى تنقضى عدتها فتسرح وعنه انت
مطلقة ليس بصريح فيه لاحتمال ان يكون طلاقاً ماضياً

[فوائد] لو قال انت طالق بفتح التاء طلقت على الصحيح من المذهب وعليه
أكثر الأصحاب وقال ابو بكر وابن عقيل لا تطلق

(الثانية) لو قال امرأتى طالق واطلق النية او قال عبيدى حر او امتى حرة
واطلق النية طلق جميع نسائه وعتق جميع عبيده وامائه على الصحيح من المذهب
وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه وهو من مفردات المذهب واختاره المصنف
وصاحب الفائق انه لا يطلق الا واحدة ولا يعتق الا واحد ويخرج بالقرعة

(الثالثة) من صريح الطلاق اذا قيل له اطلقت امرأتك قال نعم على الصحيح
من المذهب كما يأتي في كلام المصنف

ثلاثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن فتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه^(١) وان نوى بقوله انت طالق من وثاق أو أراد ان يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد بقوله مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق^(٢) وان ادعى ذلك دُين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين^(٣) الا ان يكون

(الرابعة) قوله وما تصرف منه يستثنى من ذلك الامر والمضارع وكذا قوله انت مطلقة بكسر اللام اسم فاعل

(الخامسة) لا يقع الطلاق بغير لفظ فلو نواه بقلبه لم يقع في قول عامة أهل العلم خلافاً للزهري وابن سيرين قال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه اليس الله قد علمه ورد بقوله ان الله تجاوز لآمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به متفق عليه وكذا ان نواه بقلبه وأشار باصبعه نص عليه لانه ليس بصريح ولا كناية

(١) قوله « فتى أتى بصريح الطلاق الخ » بغير خلاف ذكره في الشرح لأن سائر الصرائح لا تقتصر الى نية فكذا صريح الطلاق سواء كان ذلك جدا او هازلا حكاه ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه وسنده ماروى ابو هريرة رضى الله عنه مرفوعا ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه احمد وأبو داود والترمذى وقال حسن غريب

(٢) قوله « وان نوى بقوله انت طالق الخ » الصحيح من المذهب انه اذا ادعى ذلك يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه أعلم بما اراد ولا يمكن الاطلاع على ذلك الا من جهته فتى علم ذلك من نفسه لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال ابو بكر لاختلاف عن أبي عبد الله رحمه الله تعالى انه اذا اراد أن يقول لزوجه اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق او انت حرة انه لا طلاق فيه

(٣) قوله « وهل يقبل قوله في الحكم الخ » احدهما يقبل وهو المذهب وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم أبو جعفر لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال انت طالق انت طالق وقال اردت بالثانية افهامها والثانية لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل كما لو اقر بعشرة ثم قال زيوفا أو صغارا فاما ان صرح بذلك في اللفظ فقال طفتك من وثاق او فارقتك بجسمى او سرحتک من یدی فلا شك أن الطلاق لا يقع

في حال الغضب أو بعد سؤاها الطلاق فلا يقبل . وفيما اذا قال أردت انها مطلقة من زوج قبلي وجه ثالث انه يقبل ان كان وجد والا فلا . ولو قيل له اطلقت امرأتك قال نعم وأراد الكذب طلقت^(١) ولو قيل له ألك امرأة قال لا وأراد الكذب لم تطلق ، ولو لطم امرأته او اطعمها أو سقاها وقال هذا طلاقك طلقت^(٢) الا ان ينوى ان هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك وان قال انت

[فائدة] مثل ذلك خلافا ومذهبا لو قال انت طالق واراد أن يقول ان قمت فترك الشرط ولم يرد طلاقا

(١) قوله « ولو قيل له اطلقت امرأتك الخ ، وكذا لو قيل له امرأتك طالق قال نعم طلقت وان لم ينو وهذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب وهو الصحيح من مذهب الشافعي واختيار المزني لأن نعم صريحة في الجواب

[فائدة] لو قال قائل لعالم بالنحو الم تطلق امرأتك فقال نعم لم تطلق وان كان يلي طلقت ذكره الناظم وغيره

(تنبيه) مفهوم قوله ولو قيل له الك امرأة الخ انه لو لم يرد الكذب انها تطلق ومثله قوله ليس لي امرأة أو ليست لي بامرأة ونوى الطلاق وهو صحيح لانه كناية على الصحيح من المذهب نص عليه ونقل أبو طالب اذا قيل الك امرأة قال لا ليس بشيء اخذ المجد من اطلاق هذه الرواية انه لا يلزمه الطلاق ولو نوى وحملها القاضي على انه لم ينو الطلاق فعلى المذهب لو حلف بالله على ذلك فقد توقف احمد رحمه الله تعالى في رواية مهنا عن الجواب فيحتمل وجهين

على قوله « لم تطلق » ، وان اراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت على المذهب لانها كناية صحبتها النية وبه قال الزهري ومالك وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي (٢) قوله « وان لطم امرأته الخ ، وكذا لو البسها ثوبا أو أخرجها من داره او قبلها ونحو ذلك اعلم انه اذا فعل ذلك فلا يخلو اما أن ينوى طلاقها أولا فان نوى به طلاقها طلقت وان لم ينو وقع ايضا لأنه صريح على الصحيح من المذهب نص عليه وقدم المصنف والشارح انه كناية وقال اكثر الفقهاء ليس بكناية ولا يقع به طلاق وان نوى لان هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فيه فلم يصح التعبير به عنه كما لو قال غفر الله لك . ولنا على انه كناية انه يحتمل =

طالق ولا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت^(١)، وإن قال أنت طالق أو لا أو طالق واحدة أو لا لم يقع^(٢) ويحتمل أن يقع. وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع^(٣). وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم

== أوقعت عليك طلاقا هذا الضرب من أجله ويحتمل أن يكون سببا للطلاق لكون الطلاق معلقا عليه فصح أن يعبر به عنه فعلى المذهب وهو الوقوع من غير نية لو فسرها بمحتمل غيره قبل قوله ابن حمدان والزرركشي وقال فعلى هذا فهذا قسم برأسه ليس بصريح فعلى المذهب أيضا لو نوى أن هذا سبب طلاقك دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم على وجهين أحدهما يقبل وهو الصحيح

[فائدة] لو طلق امرأة أو ظاهر منها أو آلى ثم قال سريعا لضررتها شركتك معها أو أنت مثلها أو أنت كهي أو أنت شريكها فهو صريح في الضرة في الطلاق والظاهر على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وعنه أنه كناية فيها وأما الإيلاء فلا يصير بذلك موليا من الضرة على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وجزم به المصنف في المقنع في باب الإيلاء وجزم به غيره وعنه أنه صريح في حق الضرة أيضا

(١) قوله « وإن قال أنت طالق لا شيء الخ »، وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب قال المصنف والشارح لأنعلم فيه خلافا وكذا الحكم لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق طلقة لا تنقص عدد الطلاق

(٢) قوله « وإن قال أنت طالق أو لا الخ »، أما إذا قال أنت طالق أو لا فالصحيح من المذهب أنه لا يقع، وأما إذا قال أنت طالق واحدة أو لا فقدم المصنف هنا عدم الوقوع وهو أحد الوجهين وقدمه في المعنى والشرح ونصراه وردا قول من فرق بينهما قال ابن المنجا في شرحه هذا المذهب لأن هذا استفهام فإذا اتصل به خرج عن أن يكون لفظا لا يقع ويحتمل أن يقع لأن لفظه لفظ الايقاع لا لفظ الاستفهام لأن لفظ الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده وبه قال أبو خنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي

(٣) قوله « وإن كتب الخ »، يعني كتب صريح الطلاق ونواه وقع على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وبه قال الشعبي والنخعي والزهري =

يقع^(١) وهل تقبل دعواه في الحكم؟ يخرج على روايتين^(٢). وان لم ينو شيئا فهل يقع؟ على وجهين^(٣). وان كتبه بشيء لا يتبين لم يقع^(٤)، وقال أبو حفص يقع وصرح الطلاق في لسان العجم بهشتم فان قاله العربي ولا يفهمه او نطق العجمي بلفظ الطلاق ولا يفهمه لم يقع، وان نوى موجبه فعلى

== والحكم ومالك وأبو حنيفة وهو المنصوص عن الشافعي لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق اشبهت النطق ولان الكتابة تقوم مقام الكاتب بدليل انه عليه الصلاة والسلام كان مأمورا بتبليغ الرسالة فبلغ بالقول مرة وبالكتاب اخرى ولان كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في اثبات الديون وعنه انه صرح نصره القاضي وأصحابه وذكره الحلواني قال في الفروع ويتخرج انه لغو اختاره بعض الأصحاب بناء على إقراره بخطه قال في الرعاية ويتخرج ان لا يقع بخطه شيء وان نواه بناء على ان الخط بالحق ليس اقرارا شرعيا في الأصح قال في الانصاف والنفس تميل الى عدم الوقوع بذلك وذكر بعض أصحاب الشافعي أن له قولاً آخر انه لا يقع به طلاق وان نواه لأنه فعل من قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالأشارة

(١) قوله « وان نوى تجويد خطه الخ، وهو المذهب لانه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى

(٢) قوله « وهل تقبل الخ، احدهما تقبل وهو المذهب قال في المغني والشرح هذا اصح الوجيهين

(٣) قوله « وان لم ينو شيئا الخ، وهما روايتان احدهما هو ايضا صريح من غير نية وهو الصحيح من المذهب وعليه اكثر الأصحاب والثاني انه كناية فلا يقع من غير نية جزم به في الوجيز قال في الرعاية وهو اظهر قال في الانصاف وهو الصواب

على قوله « على وجهين، » أحدهما يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم والثاني لا يقع الا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي

(٤) قوله « وان كتبه بشيء الخ، هذا الصحيح من المذهب لأن الكتابة التي لا يتبين كالممس بالضم بما لا يتبين وشم لا يقع فهنا أولى

[فوائد] الأولى لو كتبه على شيء لم يثبت عليه خط كالكتابة على الهواء أو الماء لم يقع

فصل

والكنائيات نوعان (٢) ظاهرة وهى سبع انت خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة

(الثانية) لو قرأ ما كتبه وقصد القراءة ففى قبوله حكما الخلاف المتقدم فيما اذا قصد تجويد خطه أو غم أهله

(الثالثة) يقع الطلاق من الأخرس وحده بالاشارة وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأنه لا طريق له الى الطلاق إلا بالاشارة (١) قوله « وان نوى موجه الخ ، احدهما لا يقع وهو المذهب لأنه لم يتحقق منه اختيار لما لا يعمله أشبه ما لو نطق بكلمة الكفر من لا يعرف معناها

[فائدة] من لم تبلغه الدعوة فهو غير مكلف ويقع طلاقه

(٢) قوله « والكنائيات نوعان » قال ابن القيم رحمه الله تعالى فى الهدى وتقسيم الألفاظ الى صريح وكنائية وان كان تقسيما صحيحا فى أصل الوضع لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والامكنة فليس حكما ثابتا للفظ ذاته فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين أو صريح فى زمان ومكان كناية فى غير ذلك المكان والزمان والواقع شاهد بذلك فهذا لفظ السراح ولا يكاد أحد يستعمله فى الطلاق لا صريحا ولا كناية فلا يشرع أن يقال ان كل من تكلم به لزمه طلاق امرأته نواه اولم ينوه ويدعى انه عرف ثبت له عرف الشرع والاستعمال فان هذه دعوى باطلة شرعا واستعمالا اما الاستعمال فلا يكاد أحد يطلق به البتة واما الشرع فقد استعمله فى غير الطلاق كقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية فهذا السراح غير الطلاق قطعاً وكذا الفراق استعمله الشرع فى غير الطلاق كقوله ﴿ يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة ﴾ الى قوله ﴿ فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾ فالامساك هنا الرجعة والمفارقة ترك الرجعة لا انشاء لطلقة ثانية هذا مما لاخلاف فيه البتة فلا يجوز ان يقال ان من تكلم به طلقت زوجته فهم معناه أو لم يفهمه وكلاهما فى البطلان سواء وبالله التوفيق . انتهى

وانت حرمة وانت الحرج^(١)، وخفية نحو اخرجى واذهبى وذوقى وتجرحى .
وخليتك وانت مغللة وانت واحدة ولست لى بامرأة واعتدى واستبرى
واعزلى وما أشبهه^(٢) واختلف فى قوله الحق باهلك وحبك على غاربك
وتزوجى من شئت وحللت للازواج ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك
هل هى ظاهرة أو خفية ؟ على روايتين^(٣) . ومن شرط وقوع الطلاق أن
ينوى بها الطلاق^(٤) ، الا أن يأتى بها فى حال الخصومة والغضب فعلى

(١) قوله « وهى سبع الخ » وهذا المذهب اعنى انها السبعة وكذا اعتقتك
وعليه اكثر الأصحاب وقيل ابتك كأنت بائن والخلية فى الأصل الناقية تطلق من
عقلها ويحلى عنها ويقال للمرأة خلية كناية عن الطلاق والبائن المنفصلة والبينة
المتطوعة وبتلة بمعنى منقطعة وسميت مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ولان
الحرمة التى لارق عليها ولا شك ان النكاح رق وفى الخبر فاتقوا الله فى النساء فانهن
عوان عندكم اى اسرى والزواج ليس له على الزوجة الا رق الزوجية فاذا اخبر بزوال
الرق فهو الرق المعهود

(٢) قوله « وخفية الخ وما أشبهه » كلاحاجة لى فيك وما بقى شئ واغناك
الله والله قد اراحك منى وجرى القلم ونحوه وهذا المذهب ويقع مانواه لانه محتمل
له وان لم ينو شيئاً وقعت واحدة لأنه اليقين وعنه ان اعتدى واستبرى لىست من
الكنايات الخفية وقال ابن عقيل اذا قالت له طلقنى فقال ان الله قد طلقك هذا
كناية خفية اسندت الى دلالتى الحال وهى ذكر الطلاق وسؤالها اياه وقال ابن القيم
رحمه الله تعالى : والصواب انه ان نوى وقع الطلاق وإلا لم يقع لان قوله الله قد
طلقك ان اراد به شرع طلاقك وابعاه لم يقع وان اراد ان الله اوقع عليك الطلاق
واراده وشاءه فهذا يكون طلاقاً فاذا احتتمل الأمرين لم يقع الا بالنية . انتهى

(٣) قوله « واختلف فى قوله الخ » أما الحق باهلك فالصحيح من المذهب
انها من الكنايات الخفية لأنه عليه الصلاة والسلام قال لأبنة الجون الحق باهلك
متفق عليه ولم يكن ﷺ ليطلق ثلاثاً وقد نهى عنه . وقيل هو كناية ظاهرة وعليه
اكثر الأصحاب

[فائدة] وكذا الحكم خلافاً ومذهباً لو قال تقمعى وغطى شعرك

(٤) قوله « ومن شرط وقوع الطلاق الخ » هذا الصحيح من المذهب نص =

دروائتين^(١). وان جاءت جوابا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع الطلاق^(٢) والاولى في الالفاظ التي كثر استعمالها بغير الطلاق نحو اخرجي واذهي ووروحى انه لا يقع بها طلاق حتى ينويه^(٣) ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وان نوى واحدة^(٤) وعنه يقع ما نواه وعنه ما يدل على انه

= عليه الا ما استثنى ولو ظاهرة لأنها كناية فلا يقع بها طلاق الابنية كالخفية وعنه يقع الطلاق بالظاهرة من غير نية اختاره ابو بكر وهو مذهب مالك فعلى المذهب يشترط ان تكون النية مقارنة للفظ على الصحيح

(١) قوله « الا أن يأتي بها الخ » إحداهما يقع وان لم يأت بالنية وهو المذهب قال في رواية الميموني اذا قال لزوجته انت حرة لوجه الله تعالى في الغضب اخشى ان يكون طلاقا اذ دلالة الحال كالتنية والثانية لا يقع وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه فلم يقع كحالة الرضا

(٢) قوله « وان جاءت الخ » وهو المذهب مطلقا لأن في ذكر الكناية عقيب سؤالها دلالة ظاهرة على ارادته

(٣) قوله « والاول الخ » لان ما كثر استعماله اذا وجد عقيب خصومة أو غضب او سؤال طلاق لا يعنى عن النية لان الكثرة تصرفه عن ارادة الطلاق بخلاف مما قل

[فائدة] لو ادعى انه ما أراد الطلاق واراد غيره دين ولم يقبل حكما مع سؤالها او خصومة او غضب على اصح الروائين وقيل يقبل في الحكم لأثر رواه سعيد عن عثمان ولأن قوله محتمل فقبل كما لو كرر لفظا وقال اردت التأكيد

(٤) قوله « ومتى نوى بالكناية الخ » وهذا المذهب روى ذلك عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وابي هريرة رضى الله عنهم في وقائع مختلفة ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة قال الشارح اكثر الروايات عن ابي عبد الله رحمه الله تعالى كراهة الفتيا في هذه الكنایات مع ميله الى انها ثلاث والقول بأنها ثلاث من مفردات المذهب . وعنه يقع ما نواه اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي يقال يرجع الى ما نوى فان لم ينو شيئا وقعت واحدة . ونحوه قول النخعي الا انه يقال يقع طلاقة بائنة لما روى ركائة انه طلق امراته البتة فأخبر النبي ﷺ فقال الله =

يقع بها واحدة بائنة ويقع بالخفية ما نواه فان لم ينو عددا وقع واحدة .
وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلى واشربى واقعدى واقربى وبارك الله عليك
وانت مليحة أو قبيحة فلا يقع بها طلاق وان نوى . وكذا قوله انا طالق .
فان قال أنا منك طالق فكذلك ويحتمل انه كناية وان قال انا منك بان أو

== ما اردت الا واحدة فقال ركاة والله ما اردت الا واحدة فردها اليه النبي ﷺ فطلقها
الثانية في زمن عمر رضى الله عنه والثالثة في زمن عثمان رضى الله عنه وفي لفظ قال
هو على ما اردت رواه ابو داود وصححه ابن ماجه والترمذى وقال سألت محمدا
- يعنى البخارى - عن هذا الحديث فقال فيه اضطراب ولان الكنايات مع النية
كالصريح فلم يقع به عند الاطلاق اكثر من واحدة كقوله انت طالق وقال الثورى
وأصحاب الرأى ان نوى ثلاثا قبلت وان نوى اثنتين او واحدة وقعت واحدة وقال
ربيعة ومالك يقع بها الثلاث وان لم ينو الا فى خلع اقبل الدخول فانها تطلق
واحدة لأنها تقتضى البيئونه والبيئونه تحصل فى الخلع وقبل الدخول بواحدة قال
فى الانصاف فعلى هذه الرواية يدين فعلها ان لم ينو شيئا وقع واحدة وفى قبوله فى
الحكم روايتان . قلت الصواب انه يقبل فى الحكم ويكون رجعيا على الصحيح من
المذهب وعليه الأصحاب . انتهى

[فوائد] اذا قال انت طالق بان او البتة ففيها الروايات الثلاث وان قال
انت طالق لارجعة لى عليك وهى مدخول بها فقال احمد رحمه الله تعالى هذه مثل
الخلية والبرية ثلاثا هكذا هو عندى وهذا مذهب ابى حنيفة وان قال ولا رجعة لى
فيها بالواو فكذلك وقال اصحاب ابى حنيفة تكون رجعية لانه لم يصف الطلقة
بذلك وانما عطف عليها وان قال انت طالق واحدة بائنة او بنة ففيها ثلاث روايات
والصحيح من المذهب انه يقع رجعيا وهو مذهب الشافعى لانه وصف الطلقة بما
لا تتصف به فلغت الصفة ولو قال انت طالق واحدة ثلاثا وقع ثلاثا على الصحيح
من المذهب

على قوله « ويقع بالخفية ما نواه » ، هذا المذهب مطلقا
على قوله « فان لم ينو عددا وقع واحدة » ، أى رجعية ان كان مدخولا بها
والا بان

على قوله « فلا يقع بها طلاق وان نوى » ، هذا المذهب بلا ريب لأن اللفظ
لا يحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية

حرام فهل هو كناية أولا؟ على وجهين^(١). وان قالت انت على كظهر امي ينوى به الطلاق لم يقع وكان ظاهرا^(٢) وان قال انت على حرام أو ما أحل الله على حرام ففيه ثلاث روايات احداهن انه ظهار وان نوى الطلاق^(٣) اختاره الخرقى والثانية كناية ظاهرة والثالثة هو يمين فان قال ما أحل الله على

على قوله ، وكذا قوله أنت طالق ، ، يعنى لا يقع به طلاق وان نوى وكذا لو قال انا منك طالق وهذا الصحيح من المذهب لان الزوج ليس محلا للطلاق

(١) قوله « وان قال انا منك بائن الخ » وهذه المسئلة توقف احمد رحمه الله تعالى عنها . أشهرهما أنه لغو لأن الرجل محل لا يقع باضافة صريحة اليه فلم يقع باضافة كنيته اليه كالأجنبي والثانية كناية لان هذا اللفظ يوصف به كل من الزوجين يقال بان منها وبانت منه

(٢) قوله « وان قال أنت على كظهر امي الخ » ، أى لانه صريح في الظهار فلم يكن كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق صريحا في الظهار

(٣) قوله « وان قال انت على حرام الخ » ، وكذا قوله الحل على حرام احداهن انه ظهار وهو المذهب وقاله عثمان وأبو قلابة وسعيد بن جبير ، وميمون بن مهران والبتى وروى الاثرم عن ابن عباس رضى الله عنهما في الحرام انه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا ولأنه صريح في تحريرها وهو من مفردات المذهب وقال الشافعى اذا قال ذلك واطلق فلاشيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس يمين وقال ابو حنيفة هو يمين وقد روى ذلك عن ابى بكر وعمر ابن الخطاب وابن مسعود رضى الله عنهم قال سعيد حدثنا خالد بن عبد الله عن جوير عن الضحاک ان ابا بكر وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم قالوا في الحرام انه يمين وبه قال ابن عباس رضى الله عنهما وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن احمد رحمه الله تعالى ما يدل على ذلك لأن الله تعالى قال لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال ابن عباس رضى الله عنهما لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة وعنه كناية نقل حنبل والاثرم الحرام ثلاث حتى ولو وجدت رجلا حرم امراته وهو يرى انها واحدة فرقت بينها مع أن اكثر الروايات عنه كراهة الفتيا في الكناية الظاهرة لاختلاف الصحابة فيها وبن روى عنه انه طلاق ثلاث على وزيد ابن ثابت و ابو هريرة والحسن و ابن ابى ليل وهو مذهب مالك في المدخول بها لان =

حرام أعني به الطلاق فقال احمد رحمه الله تطلق امرأته ثلاثاً^(١) وان قال أعني به طلاقاً طلقت واحدة^(٢) وعنه انه ظهار فيهما . وان قال انت على الميتة والدم وقع ما نواه من الطلاق والظهار واليمين^(٣) فان لم ينوشيثاً فهل يكون ظهاراً أو يمينا؟ على وجهين^(٤) . وان قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى^(٥)

= الطلاق نوع تحريم فصح أن يكتفى به عنه وعنه انه يمين اذا نوى اليمين وهو مذهب ابن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعي ومن روى عنه عليه كفارة يمين ابو بكر وعمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعي وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبيرة انه سمع ابن عباس رضى الله عنهما يقول اذا حرم الرجل عليه امرأته فهى عين يكفرها وقال لقد كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة

(١) قوله « فان قال ما احل الله الخ ، الصحيح من المذهب ان ذلك طلاق فعلى المذهب قطع المصنف هنا انها تطلق ثلاثاً مطلقاً وقدمه فى الخلاصة والهداية والشرح وغيرهم لأنه صريح بلفظ الطلاق ووقع ثلاثاً لان الطلاق معرف بالألف واللام وهو يقتضى الاستغراق وعنه تطلق واحدة ان لم ينو اكثر جزم به فى الوجيز والمنور لانها يردان لغير الاستغراق لاسيما فى اسما الأجناس

(٢) قوله « وان قال أعني به الخ ، وهو المذهب [قائدتان] لو قال فراشى على حرام فان نوى امرأته فظهار وان نوى فراشه فيمين نقله ابن منصور

(الثانية) لو حلف بالطلاق انه لاحق عليه لزيد فقامت عليه بيينة حنث ذكره السامري وابن حمدان

(٣) قوله « وان قال انت على كالميتة الخ ، وهو المذهب وعليه اكثر الاصحاب . ولو نوى الطلاق ولم ينو عدد وقعت واحدة قطع به المصنف والشارح

(٤) قوله « وان لم ينوشيثاً الخ ، احدهما يكون ظهاراً وهو المذهب

(٥) قوله « وان قال حلفت الخ ، هذا المذهب لأنه يحتمل ما قاله ويلزمه فى الحكم لأنه خلاف ما اقر به وقال احمد فى الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن =

فصل

وان قال لامرأته أمرك بيدك فلها ان تطلق ثلاثا وان نوى واحدة^(١) وهو في يدها ما لم يفسخ أو يطأ^(٢) فان قال اختارى نفسك لم يكن لها ان

== حلف هي كذبة ليس عليه يمين وذلك لأن قوله حلفت ليس بحلف وانما هو خبر عن الحلف فاذا كان كاذبا لم يصر حالفا كما لو قال حلفت بالله وكان كاذبا

[فائدة] يقبل قوله في قدر ما حلف به وفي الشرط الذي علق اليمين به لأنه اعلم بما قاله ويمكن حمل كلام احمد على هذا فيلزمه في الحكم لافيا بينه وبين الله تعالى

(١) قوله « وان قال لامرأته الخ » هذا المذهب وافق به احمد مرارا لأنها من السكنايات الظاهرة ورواه النجاد في تاريخه عن عثمان وقاله علي وابن عمر وابن عباس وفضالة بن عبيد وسعيد بن المسيب وعطاء والزهرى قالوا اذا طلقت ثلاثا فقال لم أجعل لها إلا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ماقتضت وعن عمر وابن مسعود انها طلقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعه ومالك والأوزاعي والشافعي وقال الشافعي ان نوى ثلاثا فلها ان تطلق ثلاثا وان نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا والقول قوله في نيته وعنه واحدة ما لم ينو أكثر قطع به ابو الفرج وصاحب التبصرة كاختارى . ولنا ما روى ابو داود والترمذى باسناد رجاله ثقات عن ابى هريرة رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال هو ثلاث قال البخارى هو موقوف على ابى هريرة رضى الله عنه ولأنه لفظ يقتضى العموم في جميع امرها لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث ولا يقبل قوله اردت واحدة لأنه خلاف مقتضى اللفظ ولا يدين

على قوله « وان نوى واحدة » هذا المذهب وهو من مفرداته

(٢) قوله « وهو في يدها الخ » هذا المذهب نص عليه لقول علي (**) فان فسخ أو وطئ بطلت الوكالة وان جعل امرها في يد غيرها فكذلك في المسئلة الأولى والثانية ووافق الشافعي في انه اذا جعله في يد غيرها انه لا يتقيد بالمجلس لأنه وكيل وقال اصحاب ابى حنيفة ذلك مقصور على المجلس لأنه نوع تحيير ولنا انه وكيل مطلق فكان على التراخي

(*) كذا بالأصل ولم يذكر قول علي

تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك^(١) وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس^(٢) ولم يتشاغلا بما يقطعه إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك^(٣) فإن جعل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته أو رجع

(١) قوله « وان قال لها اختارى الخ ، هذا المذهب لأن لفظه التخيير لا تقتضى بمطلقها أكثر من طلقة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة وروى ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو رضى الله عنهم وقال ابو حنيفة هي واحدة باثثة وهو قول ابن شبرمة لأن اختيارها نفسها يقتضى زوال سلطانه ولا تكون إلا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لأن المدخول بها لا تبين إلا بالثلاث إلا أن يكون بعوض ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم فان سمينا منهم قالوا ان اختارت نفسها فهى واحدة وهو احق بها رواه النجاد باسائده لكن ان جعل اليها أكثر من ذلك سواء جعله بلفظه بان يقول اختارى ماشئت واختارى الطلقات ان شئت فلها ان تختار ذلك او جعله بنيتها وهو ان ينوى بقوله اختارى عددا فانه يرجع الى ما نواه فان نوى ثلاثا او اثنتين او واحدة فهو على ما نوى وان اطلق فهى واحدة

[فائدة] لو كرر لفظ الخيار بأن قال اختارى اختارى اختارى ، فان نوى إيفامها فواحدة ، وإن نوى ثلاثا فثلاث قاله احمد رحمه الله تعالى

(٢) قوله « وليس لها الخ ، هذا المذهب وهو قول اكثر اهل العلم فيكون فورا ان اختارت في وقتها والا فلا خيار لها بعده روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأى وقال الزهرى وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر ومالك في رواية هو على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ او يظأ ولنا انه قول من سمينا من الصحابة

(٣) قوله « ولم يتشاغلا الخ ، هذا المذهب قال احمد رحمه الله تعالى اذا قال لامرأته اختارى فلها الخيار ماداموا في ذلك الكلام فان طال المجلس واخذوا في كلام غير ذلك ولم تختار فلا خيار لها وهذا مذهب ابى حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فان قام احدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها وقال ابو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه بناء على اصله ان الزوج لا يملك الرجوع

فيه أو وطئها بطل خيارها^(١) هذا المذهب وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجها مثل حكم الأخرى ولفظة الأمر والخيار كناية في حق الزوج تفتقر إلى نية^(٢) فإن قبلته بلفظ الكناية نحو اخترت نفسي افتقر إلى نيتها أيضا وإن قالت طلقت نفسي وقع من غير نية وإن اختلفا في نيتها فالقول قولها وإن اختلفا في رجوعه فالقول قوله وإن قال طلق نفسك فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع ويحتمل أن لا يقع . وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر منها . وإن قال وهبتك لأهلك فإن قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء^(٣) . وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة وكذلك إذا قال وهبتك لنفسك

(١) قوله « فان جعل لها الخيار اليوم كله الخ » هو المذهب كما قال

[فائدة] إذا قال اختارى بنفسك يوما فابتدأه من حين نطق إلى مثله من الغد ، وإن قال شهرا فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوما إلى مثل تلك الساعة على قوله « وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجها مثل حكم الأخرى » ، يعنى من حيث التراخي والفورية لا من حيث العدد

(٢) قوله « ولفظة الأمر الخ » لفظة الأمر من الكنائيات الظاهرة ولفظة الخيار من الكنائيات الخفية يفتقران إلى نية أو كونه بعد سؤالها الطلاق ونحوه . وتقدم الخلاف فيما يقع بكل واحدة منهما

على قوله « افتقر إلى نيتها » ، لأنها موقعة للطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج وإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لفقد النية ويقع من العدد ما نواه . دون ما نواه أحدهما فلو قالت اخترت نفسي وأنكر وجوده قبل قوله لأنه منكر أشبه ما لو علق طلاقها على دخول الدار فادعته وانكر

على قوله « فالقول قولها » ، لأنها اعلم بنيتها

على قوله « فالقول قوله » ، لأنهما اختلفا فيما يختص به كما لو اختلفا في نيته .

على قوله « وقع » ، هذا المذهب

على قوله « إلا أن يجعل إليها أكثر منها » ، إما بلفظه أو نيته وهذا المذهب

(٣) قوله « وإن قال وهبتك لأهلك الخ » الرواية الأولى المذهب وبه قال ابن

باب ما يختلف به عدد الطلاق

يملك الحر ثلاث طلاقات وان كان تحتة أمة^(١) ويملك العبد اثنتين ولو كان

== مسعود رضى الله عنه وعطاء ومسروق والزهرى ومكحول ومالك واسحاق وروى عن علي والنخعي ان قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوا فواحدة رجعية وعن احمد رحمه الله تعالى مثل ذلك وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث وان لم يقبلوها فواحدة وعن احمد مثل ذلك وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وابو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكتابيات والظاهرة ومثله قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما ولنا انه تملك للبضع فافتقر فيه إلى القبول كقوله اختارى وامرك بيدك وعلى انها لا تكون ثلاثا انه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الاطلاق وعلى انها رجعية انها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض وقول المصنف انها واحدة محمول على ما اذا اطلق النية أو نوى واحدة فاما إن نوى ثلاثا أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة ولا بد ان ينوى بذلك الطلاق أو يكون ثم دلالة حال لأنها كناية ولا بد من النية فيها وكذلك تعتبر النية من الموهوب له ويقع اقلهما اذا اختلفا في النية على الصحيح من المذهب [فائدة] لو نوى بالهبة والامر والخيار الطلاق في الحال وقع قاله الأصحاب

(١) قوله «ويملك الحر الخ» هذا المذهب نص عليه روى ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر وعنه أن الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثا وان كان عبدا وزوج الأمة اثنتين وان كان حرا روى ذلك عن علي وهو قول ابن مسعود والحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهرى والحكم وحامد والثوري وأبي حنيفة لما روت عائشة رضى الله عنها عن النبي ﷺ انه قال طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حبيستان رواه أبو داود وابن ماجه ولنا ان الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبرا بهم وحديث عائشة قال أبو داود راويه مظاهر بن اسلم وهو منكر الحديث وقد أخرجه الدارقطني عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا طلاق العبد اثنتان فلا تحمل له حتى تنكح زوجا غيره وقرء الأمة حبيستان وتزوج الحرة على الأمة ولا تزوج الامه على الحرة وهذا نص وقال الزركشى الاحاديث في هذا الباب ضعيفة والذي يظهر من الآية الكريمة ان كل زوج يملك الثلاث مطلقا انتهى قال في ==

تحتة حرة وعنه ان الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثا وان كان عبدا
وزوج الامة اثنتين وان كان حرا . واذا قال انت الطلاق او الطلاق لى لازم
ونوى الثلاث طلقت ثلاثا وان لم ينو شيئا^(١) أو قال أنت طالق ونوى الثلاث

== الانصاف وهو قوى فى النظر فعلى المذهب لو علق العبد الثلاث بشرط فوجدت
بعد عتقه طلقت ثلاثا على الصحيح من المذهب وقيل اثنتين ويمك الثالثة وان علق
الثلاث بعتقه لغت الثالثة ولو عتق بعد طلقة ملك تمام الثلاث ولو عتق بعد طلقتين
أو عتقا معا لم يملك ثالثة على الصحيح من المذهب

[فائدة] المعتق ببعضه كالحرة على الصحيح من المذهب نص عليه وقال فى الكافى
هو كالفن

(١) قوله « واذا قال انت الطلاق الخ ، وكذا قوله الطلاق يلزمنى او يلزمنى
الطلاق أو على الطلاق ونحوه اذا ثبت ذلك فاعلم ان الصحيح من المذهب ان قوله انت
الطلاق او الطلاق لى لازم أو الطلاق يلزمنى او يلزمنى الطلاق أو على الطلاق ونحوه
صريح فى الطلاق منجزا كان او معلقا بشرط أو محلوقا به نص عليه لأن ذلك صريح فى
المنصوص لانه لفظ بالطلاق وهو مستعمل فى عرفهم وذكر الشيخ تقي الدين رحمه
الله تعالى ان قوله الطلاق يلزمنى ونحوه يمين باتفاق العقلاء والامم والفقهاء وخرجه
على نصوص احمد قال فى الفروع وهو خلاف صريحها وقال الشيخ تقي الدين رحمه
الله تعالى ايضا ان حلف به نحو الطلاق لى لازم ونوى النذر كفر عند احمد ذكره
عنه فى الفروع فى كتاب الايمان ونصره فى اعلام الموقعين هو والذي قبله وذكر أن
الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى اختار عدم الكفارة فيها وهو مذهب ابن حزم
فعلى المذهب ان لم ينو شيئا فروايتان احدهما تطلق ثلاثا صححها فى التصحيح قال
فى الروضة هو قول جمهور اصحابنا لأن الالف واللام للاستغراق فتقتضى استغراق
الكل وهو ثلاث والاخرى واحدة وهو المذهب لانه يحتمل ان تعود الالف واللام
إلى معهود يريد الطلاق الذى اوقعته قال المصنف والأشبه فى هذا جميعه ان يكون
واحدة فى حال الاطلاق لأن اهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون ان الالف
واللام للاستغراق ولهذا ينكر احدهم ان يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد انه طلق الا
واحدة . واذا قال لامرته انت طالق ثلاثا فهى ثلاث وان نوى واحدة لانعم فيه
خلافاً

فيه روايتان احدهما تطلق ثلاثا والاخرى واحدة^(١). وان قال انت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم تطلق الا واحدة في أحد الوجهين^(٢). وان قال انت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا^(٣) وان قال أردت بعد المقبوضتين

[فائدة] لو قال الطلاق يلزمني ونحوه لا افعل كذا وفعله وله اكثر من زوجة فان كان هناك نية أو سبب يقتضى التعميم او التخصيص عمل به ومع فقد السبب والنية خرجها بعض الأصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله

(١) قوله د وان قال أنت طالق ونوى ثلاثا الخ ، احدهما تطلق ثلاثا وهو المذهب على ما اطلقناه وهو قول مالك والشافعي وابي عبيد وابن المنذر لأن لفظه لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فاذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات والاخرى واحدة وهو المذهب عند اكثر المتقدمين وهي اختيار الخرقى والقاضى وقال عليها الأصحاب واختارها الشريف وابو الخطاب وابن عقيل وجزم به في الوجيز وهذا قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والاوزاعي واصحاب الراى لأن هذا اللفظ لا يتضمن عددا ولا بينونة فلم يقع به الثلاث ولان قوله انت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله حائض وطاهر

[فائدتان] لو قال انت طالق طلاقا او طالق الطلاق ونوى ثلاثا طلقت ثلاثا بلا خلاف اعلمه قال في الانصاف لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير وان اطلق وقع في الأولى طلقة وكذا في الثانية على الصحيح من المذهب (الثانية) لو اوقع طلقة ثم قال جعلتها ثلاثا ولم ينو استئناف طلاق بعدها فواحدة ذكره في الموجز والتبصرة واقتصر عليه في الفروع

(٢) قوله د وان قال انت طالق واحدة الخ ، وهو المذهب لأن لفظه لا يحتمل اكثر منها فاذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع اكثر من ذلك لوقع بمجرد النية وبمجرد النية لا يقع بها طلاق

[تنبيه] محل الخلاف في هذه المسئلة اذا قلنا في المسئلة التي قبلها يقع الطلاق الثلاث فان قلنا تطلق هناك واحدة فهنا أولى

(٣) قوله د وان قال انت طالق هكذا الخ ، لأن قوله هكذا صريح بالنسبة بالأصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال ﷺ الشهر هكذا وهكذا فاما =

قبل منه . وان قال انت طالق واحدة بل هذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة
والثانية ثلاثا وان قال انت طالق كل الطلاق أو أكثره أو جميعه أو منتهاه أو
طالق كالف أو بعدد الحصى أو القطر أو الريح أو الرمل أو التراب طلقت ثلاثا
وان نوى واحدة^(١)، وان قال أشد الطلاق أو أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو
ملء الدنيا طلقت واحدة الا أن ينوى ثلاثا^(٢) وان قال أنت طالق من واحدة

= ان قال انت طالق و اشار باصابعه الثلاث ولم يقل هكذا لم يقع الا واحدة لأن
اشارته لا تكفي وتوقف احمد عن الجواب

على قوله « قبل منه » لأنه يحتمل ما يدعيه قال في الانصاف بلا خلاف اعلمه

على قوله « وان قال » « لاحدى امرائه

على قوله « بل هذه » « أى الأخرى

على قوله « والثانية ثلاثا » « بلا نزاع لأنه أوقعه بهما كذلك اشبهه مالو قال له
على هذا الدرهم بل هذا فانه يجب عليه الدرهمان ولا يصح اضرابه عن الأول . ولو
قال انت طالق بل هذه طلقتا نص عليه وان قال هذه او هذه وهذه طالق وقع بالثالثة
واحدى الأولين كذهه او هذه بل هذه طالق وقيل يقرع بين الأولى وبين الأخرين
كذهه بل هذه او هذه طالق وقيل يقرع بين الأولين والثالثة

(١) قوله « وان قال انت طالق كل الطلاق الخ » وهذا المذهب نص عليه
كالف لان هذا يقتضى عددا ولان للطلاق اقل واكثر فاقله واحدة واكثره ثلاث
وان قال كعدد الماء او التراب وقع ثلاث وقال ابو حنيفة يقع واحدة بائن لأن الماء
او التراب من اسماء الأجناس لا عدد له ولنا ان الماء تتعدد أنواعه وقطرانه والتراب
تتعدد أنواعه واجزأؤه فاشبهه الحصى وان قال يامائة طالق او انت مائة طالق طلقت
ثلاثا وان قال انت طالق كائة او الألف فهى ثلاث نص عليه وبه قال محمد بن
الحسن وبعض اصحاب الشافعى وقال ابو حنيفة وابو يوسف ان لم يكن له نية
وقعت واحدة لانه لم يصرح بالعدد وانما شبهها بالألف وليس الموقع المشبه به

(٢) قوله « وان قال أشد الطلاق الخ » وهذا المذهب قال احمد رحمه الله تعالى
فيمن قال لامرأته انت طالق ملء البيت فان اراد الغلظة عليها يعنى يريد ان تبين منه
فهو ثلاث فاعتبر نيته فدل على انه اذا لم ينو تقع واحدة وذلك لأن الوصف لا =

الى ثلاث طلقت طلقتين^(١) ويحتمل ان تطلق ثلاثا وان قال انت طالق
طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين طلقت ثلاثا وان نوى موجهه عند
الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين^(٢) وان لم يعرفه فكذلك عند ابن
حامد^(٣) وعند القاضى تطلق واحدة^(٤) وان لم ينو وقع بامرأة الحاسب
طلقتان^(٥) وبغيرها طلقة^(٦) ويحتمل أن تطلق ثلاثا

يقتضى عددا وهذا لا نعلم فيه خلافا فاذا وقعت الواحدة فهى رجعية وبه قال
الشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه يكون باثنا لانه وصف الطلاق بصفة زائدة فتقتضى
الزيادة عليها وذلك هو البيئونة ولنا انه طلاق صادم مدخولا بها من غير استيفاء
عدد ولا عوض فكان رجعيا فان قال انت مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية
له وقمت طلقة رجعية وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة تقع باثنا وقال اصحابه ان
كانت مثل الجبل كانت رجعية وان قال مثل عظم الجبل كانت باثنا ووجه القولين
ما تقدم

(١) قوله « وان قال انت طالق من واحدة الخ » هذا المذهب وبه قال ابو حنيفة
لان ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى ﴿ ثم اتوا الصيام الى الليل ﴾ وانما
يدخل اذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها

على قوله « طلقت ثلاثا » ، بلا نزاع لانه يعبر بنى عن مع كقوله ﴿ فادخلنى فى
عبادى ﴾ فان قال اردت واحدة قبل منه وان كان حاسبا

(٢) قوله « وان نوى موجهه الخ » ، بلا نزاع لان ذلك مدلول اللفظ عندهم
وقد نواه وعرفه فيجب وقوعه كما لو قال انت طالق اثنتين

(٣) قوله « وكذلك عند ابن حامد » ، يعنى وان لم يعرف موجهه عند الحساب
ونواه وهذا المذهب قياسا على الحاسب لاشتراكهما فى النية

(٤) قوله « وعند القاضى الخ » ، لانه لا يصح منه قصد مالا يعرفه فهو كالا عجمى
ينطق بالطلاق العربى ولا يفهمه

(٥) قوله « وان لم ينو الخ » ، هذا المذهب لانه لفظ موضوع فى اصطلاحهم
لاثنين فوجب العمل به

(٦) قوله « وبغيرها » ، يعنى بغير امرأة الحاسب اذا لم ينو شيئا وهو الصحيح

فصل

إذا قال أنت طالق نصف طلقة أو نصفى طلقة أو نصف طلقتين طلقت طلقة^(١) وان قال نصفى طلقتين^(٢) أو ثلاثة أنصاف طلقت طلقتين^(٣) وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين طلقت ثلاثا^(٤) ويحتمل أن تطلق طلقتين. وان قال نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة^(٥)

[فائدة] إذا طلق زيد امراته فقال عمرو لزوجه أنت مثلها أو كهى ونوى الطلاق طلقت واحدة والافلا

(١) قوله « إذا قال أنت طالق نصف طلقة الخ » إذا قال أنت طالق نصف طلقة أو جزءا منها وان قل وقع طلقة كاملة في قول عامة اهل العلم الا داود وقال لا تطلق بذلك قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم أنها تطلق بذلك وان قال نصف طلقتين طلقت واحدة لان نصف الطلقتين طلقة وهذا المذهب

على قوله « أو نصفى طلقة » « طلقت طلقة وهذا المذهب لان نصفى الشئ جميعه

(٢) قوله « وان قال نصفى الخ » وهذا المذهب لان نصفى الشئ جميعه فهو كما

قال أنت طالق طلقتين

(٣) قوله « وان قال ثلاثة أنصاف الخ » هذا الصحيح من المذهب انها تطلق اثنتين لان ثلاثة الأنصاف طلقة ونصف فكل النصف فصار طلقتين وقيل تطلق واحدة وهو وجه لأصحاب الشافعى لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فسقط ما ليس منها ويقع طلقة

(٤) قوله « وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين الخ » وهو المذهب نص عليه ويحتمل ان تطلق طلقتين اختاره ابن حامد لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين قال الناظم وليس بمبعد . ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ولنا ان نصف الطلقتين طلقة وقد اوقعه ثلاثا فيقع ثلاثا

(٥) قوله « وان قال نصف طلقة الخ » هذا المذهب فيهن لأنه لم يعطف بواو

العطف فدل على ان هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة وان الثانى ههنا يكون بدلا من الأول والثالث من الثانى والبدل هو المبدل او بعضه

وان قال نصف طلقة وثلاث طلقة وسدس طلقة طلقت ثلاثا (١) وان قال لاربع أوقعت بينكن طلقة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا وقع بكل واحدة طلقة ، وعنه اذا قال أوقعت بينكن ثلاثا ما أرى الا قد بن منه (٢) واختاره القاضى رحمه الله . وان قال أوقعت بينكن خمسا فعلى الاول يقع بكل واحدة طلقتان (٣)

فصل

وان قال نصفك أو جزء منك أو اصبعك (٤) أو دمك طالق

(١) قوله « فان قال الخ » لأنه عطف جزءا من طلقة على جزء من طلقة فظاهره انها طلقات متغايرة ولأنه لو كانت الثانية هى الأولى لجماء بها بلام التعريف فقال تلك للطلقة وسدس الطلقة

(٢) قوله « وان قال لأربع الخ » إذا قال أوقعت بينكن طلقة وقع بكل واحدة طلقة وهو المذهب وبه قال الحسن والشافعى وابو عبيد واصحاب الرأى لان اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكمل وان قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه وان قال أوقعت بينكن طلقتين فكذلك وهو المذهب وهو قول ابى حنيفة والشافعى وقال ابو بكر والقاضى يقع بكل واحدة طلقتان وعن احمد ما يدل عليه فانه روى عنه فى رجل قال أوقعت بينكن ثلاث تطليقات ما أرى الا قد بن منه والاول أولى

(٣) قوله « وان قال أوقعت بينكن خمسا الخ » اى يقع بكل طلقتان على المذهب وبه قال الحسن وقتادة والشافعى وابو ثور واصحاب الرأى لان نصيب كل واحدة تطليقة وربع ثم يكمل . وكذلك ان قال ستا او سبعا او ثمانيا . وان أوقع تسعا فزيد وقع بكل واحدة ثلاث على القولين جميعا

[فائدة] لو قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة ثلاث على كلا الروايتين لانه لما عطف وجب قسم كل طلقة طلقة على حدتها على كلا الروايتين على الصحيح من المذهب ويسوى فى ذلك بين المدخول بها وغيرها

(٤) قوله « وان قال نصفك الخ » متى طلق جزء من المرأة من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان شائعا كنصفها او سدسها او جزءا من الف جزء منها او جزءا =

طلقت^(١) وان قال شعرك أو ظفرك أو سنك طالق لم تطلق^(٢) وان أضافه
الى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق^(٣) وان قال روحك طالق
طلقت^(٤) وقال ابو بكر رحمه الله تعالى لا تطلق

فصل فيما تخالف المدخول بها غيرها

اذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين^(٥) الا أن ينوى

= معينا كيدها او رأسها او اصبعها وهذا بلا نزاع في المذهب وهذا قول الحسن
ومذهب الشافعي وابي ثور وابن القاسم من اصحاب مالك

(١) قوله « وان قال دمك طالق طلقت » على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان قال شعرك الخ » هذا المذهب وبه قال اصحاب الرأى ويحتمل
ان تطلق ذكره صاحب المحرر وبه قال مالك والشافعي ونحوه عن الحسن لانه
جزء يستباح بنكاحها ولنا انه جزء منفصل عنها في حال السلامة وفارق الاصبع
فانها لا تنفصل في حال السلامة

(٣) قوله « وان اضافه الخ » لانعلم في ذلك خلافا ولو قال سوادك أو بياضك
طالق لم تطلق على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال روحك الخ » هذا المذهب لان الحياة لا تبقى بدون روحها
فهى كالدّم وقال ابو بكر لا يختلف قول احمد في الطلاق والعناق والظهار والحرام
ان هذه الأشياء لا تقع اذا ذكر اربعة أشياء الشعر والسن والظفر والروح ووجهه
ان الروح ليست عضوا ولا شيئاً يستمتع به

[فائدة] حكم العتق في ذلك حكم الطلاق

(٥) قوله « اذا قال لمدخول بها الخ » وهذا المذهب لكن يشترط في التاكيد
ان يكون متصلا فان نوى بالثانية ايقاع طليقة ثانية وقع بها طليقتان بلا خلاف

[فوائد] لو قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ونوى بالثانية تأكيداً للأولة
لم يقبل ووقع ثلاثاً لعدم اتصال التأكيد . وان اكد الثانية بالثالثة صح وان
أطلق فطليقة واحدة

(الثانية) لو قال انت طالق طالق طالق طلقت واحدة مالم ينو اكثر

بالثانية التأكيد أو افهامها . وان قال لها انت طالق فطالق أو ثم طالق أو بل طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة او طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين^(١) وان كانت غير مدخول بها بانة بالاولى ولم يلزمها ما بعدها^(٢) وان قال لها انت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند

(الثالثة) لو قال انت مطلقة انت مسرحة انت مفارقة وقال اردت تاكيد الاولى بالثانية والثالثة قبل قوله وان اتى بالواو فهل يقبل منه ارادة التأكيد فيه احتمالات

(الرابعة) اذا قال انت طالق انت طالق ولم يكن له نية وقوع طلقتان وبه قال ابو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولى الشافعى وقال فى الآخر تطلق واحدة واما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة سواء نوى الإيقاع او غيره وسواء قال ذلك متصلا او منفصلا وهذا قول عكرمة والنخعي وحماد بن ابى سليمان والحكم والثورى والشافعى واصحاب الرأى وابى عبيد وابن المنذر وذكره الحكم عن على وزيد بن ثابت وابن مسعود وقال مالك والأوزاعى والليث يقع بها طلقتان وان قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا اذا كان متصلا لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل اشبه قوله انت طالق ثلاثا ولنا انه طلاق مفروق فى غير المدخول بها فلم يقع الا الاولى كما لو فرق كلامه ولان غير المدخول بها تبين بطلقة لانه لاعده عليها فتصادفها الطلقة الثانية باثنا ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا فى عصرهم فيكون اجماعاً

(١) قوله « وان قال انت طالق فطالق الخ » وقوع طلقتين بقوله انت طالق فطالق أو ثم طالق أو بل طالق لا اعلم فيه خلافا قاله فى الانصاف ووقوع طلقتين بقوله انت طالق طلقة بل طلقتين هو الصحيح من المذهب نص عليه وقال أبو بكر وابن الزغوانى تطلق ثلاثا ووقوعه بقوله انت طالق طلقة بل طلقة هو الصحيح من المذهب وعنه تطلق واحدة فقط ووقوع طلقتين بقوله انت طالق طلقة قبل طلقة الخ هو الصحيح من المذهب وقيل تطلق واحدة اختاره القاضى

(٢) قوله « وان كانت غير مدخول بها الخ » يعنى فى المسائل كلها وتقدم الخلاف فى ذلك فى اول هذا الفصل ودخل فى كلامه انت طالق طلقة بعدها طلقة او قبل طلقة وكذا انت طالق طلقة بعد طلقة فلا يقع عنده بغير المدخول بها الا واحدة وهو احد الوجهين وهو المذهب

القاضي^(١) وعند أبي الخطاب تطلق اثنتين . وان قال لها انت طالق طلقة معها
طلقة أو مع طلقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين^(٢) والمعلق كالمنجز في هذا^(٣)
فلو قال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق أو طالق طلقة معها طلقة او مع
طلقة فدخلت طلقت طلقتين^(٤) ولو قال ان دخلت فانت طالق فطالق أو ثم
طالق فدخلت طلقت طلقة واحدة ان كانت غير مدخول بها^(٥) واثنتين ان
كانت مدخولا بها^(٦) وان قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق
فدخلت طلقت اثنتين بكل حال^(٧)

(١) قوله « فكذلك عند القاضي » يعنى تبين بطلقة في غير المدخول بها وهذا
المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال ابو بكر وابو الخطاب يقع اثنتان لانه
استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها وهذا قول ابي
حنيفة ولنا انه طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه

(٢) قوله « وان قال انت طالق طلقة معها طلقة الخ » وقوع طلقتين بقوله
انت طالق طلقة معها طلقة او مع طلقة لانزاع فيه في المذهب في المدخول بها
وغيرها وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب ووقوع طلقتين بقوله
انت طالق وطالق لغير المدخول بها هو الصحيح من المذهب نص عليه لان الواو
تليست للترتيب

(٣) قوله « والمعلق الخ » وهذا المذهب سواء قدم الشرط او اخره او كرهه
فلو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق فدخلت طلقت طلقة ان كان غير
مدخول بها وثلاثا ان كان مدخولا بها وهذا المذهب مطلقا

(٤) قوله « فلو قال ان دخلت الدار الخ » اى لانه وجد شرط وقوعها معا
اشبه ما لو قال انت طالق اثنتين

(٥) قوله « ان كانت غير مدخول بها » اى لانها تبين بالأولى فيجب ان يلحقها
ما بعدها

(٦) قوله « واثنتين إن كانت مدخولا بها » اى لانها لا تبين بالأولى فيتمتع ايقاع
الثانية

(٧) قوله « طلقت اثنتين بكل حال » اى لأن التعليق يقتضى ايقاع الطلاق =

باب الاستثناء في الطلاق

حكى عن أبي بكر رحمه الله تعالى انه قال لا يصح الاستثناء في الطلاق والمذهب على انه يصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه^(١) وفي النصف وجهان^(٢) فاذا قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت اثنتين وان قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو ثلاثا الا اربع طلقت ثلاثا^(٣) وان قال انت طالق طلقتين الا واحدة فعلى وجهين وان

= بشرط الدخول بها وقد كرر التعليق في تكرار الوقوع كما لو قال انت دخلت فانت طالق طلقتين وان كرر الشروط ثلاثا طلقت ثلاثا في قول الجميع لأن الصفة وجدت فاقضى وقوع الثلاث دفعة واحدة

(١) قوله « والمذهب انه يصح استثناء ما دون النصف الخ » اذا استثنى في الطلاق بلسانه صح استثناءه وهو قول جماعة اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا الا واحدة انها تطلق طلقتين منهم الثوري والشافعي واهحاب الرأي وقال ابو بكر لا يؤثر الاستثناء في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وقع ثلاث ولو قال نسائي طوالت الا فلا نه لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد ايقاعه وهذا باطل بما سلبه في المطلقات وليس الاستثناء رفع لما وقع اذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات والاعتاق والاقرار والاخبار وانما هو مبين ان المستثنى ليس مرادا بالكلام فهو يمنع ان يدخل فيه ما لولاه لدخل كقوله فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما وقوله اني براء مما تعبدون الا الذي فطرنى ولا يصح فيما زاد عليه وهذا المذهب ولا يصح استثناء الكل ولا الأكثر نص عليه ونصره في الشرح والاكثر على ان ذلك جائز

(٢) قوله « وفي النصف وجهان ، احدهما يصح وهو المذهب

(٣) قوله « وان قال أنت طالق ثلاثا الخ » اذا قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لان الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح ان يرفع جميعه وان قال ثلاث الا اثنتين وقع ثلاثا على المذهب بناء على انه لا يصح استثناء الا اكثر وقيل تطلق اثنتين بناء على القول الآخر وان قال خمسا الا ثلاثا وقع ثلاث =

قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة فهل تطلق ثلاثا أو اثنتين؟ على وجهين^(١) وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة أو طالق وطالق وطالق الا واحدة أو طلقين وواحدة الا واحدة أو طلقين ونصفا الا طلقت ثلاثا^(٢) ويحتمل ان يقع طلقتان . وان قال أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة وقعت الثلاث^(٣) وان قال نسأتى طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق^(٤)

== على المذهب لأن الاستثناء ان عاد الى الخمس فقد استثنى الاكثر وان عاد الى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح ، وكذا قوله ثلاثا الا ربع طلقة هو المذهب بلاربيب لأن الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثا ضرورة ان الطلاق لا يتبعض (١) قوله « وان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الخ ، لا يصح الاستثناء من الاستثناء في الطلاق خلافا للرعاية الا في هذه المسئلة في احد الوجهين احدهما تطلق اثنتين وهو المذهب لأنه استثنى الواحدة بما قبلها فيبقى واحدة وهي مستثناة من ثلاثة فيصير كقوله أنت طالق ثلاثا الا واحدة

(٢) قوله « وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة الخ ، وهو المذهب لان الاستثناء في الأولى باطل ولا يصح الاستثناء منه وقيل يعود استثناء الواحدة الى اول الكلام فيقع طلقتان واما ما بعدها من المسائل ففيها وجهان احدهما لا يصح الاستثناء وهو المذهب لان الاستثناء يرفع الجملة الاخيرة بكاملها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا ، وكل استثناء افضى تصحيحه الى الغائه والغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع . والوجه الثاني يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كاجملة الواحدة فيصير مستثنيا واحدة من ثلاث ولذلك لو قال له على مائة وعشرون الا خمسين صح والأول مذهب ابى حنيفة والشافعي

(٣) قوله « وان قال أنت طالق الخ ، اما في الحكم فلا يقبل قولوا واحدا لأن العدد نص فيما تناوله فلا يرتفع بالنية لأن اللفظ أقوى واما في الباطن فالصحيح من المذهب أنه لا يدين كما هو ظاهر كلام المصنف

(٤) قوله « وان قال نسأتى الخ ، أى فيقبل فيما بينه وبين الله تعالى قولوا واحدا وظاهر كلام المصنف انه يقبل في الحكم أيضا وهو الصحيح من الروايتين والمذهب منها لأنه لا يسقط اللفظ وانما استعمل العموم في الخصوص وذلك سائغ والثانية لا يقبل وهو مذهب الشافعي واختاره ابن حامد

باب الطلاق في الماضي والمستقبل

إذا قال لامراته أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ينوى الإيقاع وقع^(١) وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه^(٢) وقال القاضي رحمه الله يقع وحكى عن أبي بكر لا يقع إذا قال أنت طالق أمس ويقع إذا قال قبل أن أنكحك وإن قال أردت أن زوجا قبلي طلقها أو طلقها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إذا احتتم الصدق في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه^(٣) وإن مات أو جن أو خرس

[فائدتان] لو قال نسا في الأربعاء طوالت واستثنى واحدة بقلبه طلقت في الحكم على الصحيح من المذهب

(الثانية) يعتبر للاستثناء والشرط ونحوهما اتصال معتاد لفظا أو حكما كأنقطاعه بنفس ونحوه قال القاضي وغيره وقطع به في المحرر وغيره ويعتبر أيضا نيته قبل تكميل ما الحق به قال في القواعد الأصولية وهو المذهب وقيل يصح بعد تكميل ما الحق به قطع به في المبهج والمستوعب والمغنى والشرح قال في الترغيب هو ظاهر كلام اصحابنا واختاره الشيخ تقي الدين وقال دل عليه كلام احمد وعليه متقدمو اصحابه وقال لا يضر فصل يسير بالنية وبالاستثناء

(١) قوله « ينوى الإيقاع وقع » وهذا المذهب لأنه اعترف على نفسه بما هو اغلظ

(٢) قوله « وإن لم ينو لم يقع الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته وقول القاضي هو مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة ووجه الأول ان الطلاق وقع للاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فإن الاصحاب لم يختلفوا في ان الطلاق لا يقع وهو قول اكثر اصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض وتعليل قول أبي بكر ان قوله أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور الوجود فانه يمكن ان يتزوجها ثانيا وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد

(٣) قوله « وإن قال أردت أن زوجا الخ » اما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين على الصحيح من المذهب واما في الحكم فظاهر كلام المصنف انه يقبل في الحكم أيضا =

قبل العلم بمراحه فهل تطلق على وجهين^(١) وان قال انت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي الشهر لم تطلق^(٢) وان قدم بعد شهر وجزء يقع فيه الطلاق تبينا وقوعه فيه^(٣) وان خالها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائنا ثم قدم زيد بعد الشهر بيومين صح الخلع وبطل الطلاق^(٤). وان قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون الخلع^(٥) وان قال انت طالق قبل موتى طلقت في

= وهو مقيد بما اذا لم تكذبه قرينة من غضب او سواها الطلاق ونحوه فلا يقبل قولاً واحداً وكلام المصنف هو المذهب واحدى الروايتين لانه فسرهما بما يحتمله [تنبيه] ظاهر قوله قبل منه الخ انه يشترط ان يكون ذلك وجد منه او من الزوج الذى قبله وهو قول ابى الخطاب وقدمه فى الشرح وغيره وقال القاضى يقبل مطلقاً وقدمه فى الفروع

(١) قوله « فان مات الخ » احدهما لا تطلق وهو الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان قال انت طالق قبل قدوم زيد بشهر الخ » وكذا اذا قدم مع الشهر وهو المذهب حتى قال المصنف والشارح فى المسئلة الاولى لم تطلق بغير اختلاف من اصحابنا وهو قول اكثر اصحاب الشافعى لانه تعليق للطلاق على صفة ممكنة الوجود فوجب اعتبارها واما فى الثانية فلانه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه

(٣) قوله « وان قدم بعد شهر الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعى وزفر وقال ابو حنيفة وصاحبا يعق عند قدوم زيد لانه جعل الشهر شرطاً لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه . ولنا انه اوقع الطلاق فى زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه

[فائدة] لها النفقة من حين التعليق الى ان يتبين وقوع الطلاق

على قوله « تبينا وقوعه فيه » وان وطئه محرم فان كان وطئاً لزمه المهر

(٤) قوله « صح الخلع وبطل الطلاق » هذا الصحيح لاختلاف فيه لان الطلاق لم

يصادفها الا بائنا والبائن لا يقع عليها الطلاق

(٥) قوله « وان قدم بعد شهر الخ » بلا خلاف قاله فى الانصاف لانها طلقت فى

الساعة وهى زوجة ولان الخلع صادفها بائنا وخلع البائن غير صحيح وحينئذ لها الرجوع بالعوض إلا ان يكون الطلاق رجعياً لان الرجعية يصح خلعا ما لم تنقض عدتها

الحال^(١) قال وان قال بعد موتى أو مع موتى لم تطلق^(٢) وان تزوج أمة أبيه ثم قال اذا مات أبى أو اشتريتك فأنت طالق فمات أبوه أو اشترها لم تطلق^(٣)

[فائدة] وكذا الحكم لو قال انت طالق قبل موتى بشهر لسكن لا ارث لبائن لعدم التهمة ولو قال اذا مت فانت طالق قبله بشهر لم يصح لأنه اوقعه بعده فلا يقع قبله لمضيه

(١) قوله « وان قال أنت طالق قبل موتى الخ ، وهذا المذهب وعليه الأصحاب لان ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع في أوله وان قال قبل موتك او موت زيد فكذلك . وان قال انت طالق قبيل موتى او قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وانما يقع ذلك في الجزء الذى يليه الموت لان ذلك تصغير يقتضى الجزء الصغير الذى يبق . وان قال انت طالق قبل قدوم زيد او قبل دخول الدار فقال القاضى تطلق في الحال سواء قدم زيد او لم يقدم

(٢) قوله « وان قال مع موتى الخ ، بلا نزاع بين الأصحاب نص عليه وكذا ان قال بعد موتك او مع موتك وبه قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا لانها تبين بموت احدهما فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله

[فائدتان] لو قال انت طالق يوم موتى ففى وقوع الطلاق وجهان احدهما تطلق في اوله قال فى الانصاف وهو الصواب والثانى لا تطلق (الثانية) لو قال أطول كما حياة طالق فبموت احدهما يقع الطلاق بالأخرى . اذا على الصحيح من المذهب وقيل تطلق وقت يمينه

(٣) قوله « وان تزوج أمة أبيه الخ ، ما قدمه المصنف هو اختيار القاضى فى المحرر وابن عقيل فى الفصول وجزم به فى الوجيز وقدمه فى السكافى والنظم قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب لانه بالموت والشراء يملكها فيمنفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع والاحتمال هو المذهب قال فى الشرح هذا اظهر قال ابو الخطاب هو الصحيح واختاره القاضى فى الخلاف والجامع والشريف وابن عقيل فى عمدة الأدلة وغيرهم لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك . فيوجد الطلاق فى زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه

[فائدة] لو قال اذا ملكتكم فانت طالق فمات الأب او اشترها لم تطلق على الصحيح من المذهب قال فى المحرر والحاوى الصغير لم تطلق وجها واحدا

ويحتمل ان تطلق فان كانت مدبرة فمات ابوه وقع الطلاق والعتق معا (١)

فصل

وان قال انت طالق لاشربن الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن فلانا الميت أو لأصعدن السماء أو لأطيرن أو ان لم أصعد السماء ونحوه طلقت فى الحال (٢) وقال أبو الخطاب فى موضع لا تتعقد يمينه . وان قال انت طالق ان شربت ماء الكوز ولا ماء فيه أو صعدت السماء أو شاء الميت والبهيمة لم تطلق فى أحد الوجهين وتطلق فى الآخر (٣) وان قال انت طالق اليوم اذا جاء غد فعلى وجهين (٤) وقال القاضى لا تطلق

(١) قوله فان كانت مدبرة الخ، اى إن قال الأب اذا مات فانت حرة وقال الابن اذا مات ابى فانت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق لانه لا تنافى بينهما

(٢) قوله ، وان قال أنت طالق لاشربن الماء الخ ، هذا تعليق بعدم وجود المستحيل وعدم فعله ومن جملة امثله ان لم اشرب ماء الكوز ولا ماء فيه او ان لم اطروهو المذهب وصححه المصنف والشارح كما لو قال انت طالق ان لم ابيع عبدى فمات العبد ولانه علق الطلاق على نفي فعل المستحيل وعدمه . معلوم فى الحال وفى الثانى فوق الطلاق

(٣) قوله ، ولو قال أنت طالق ان شربت ماء الكوز الخ ، المذهب انها لا تطلق لانه علق الطلاق بصفة لم توجد ولان مالا يقصد تنفيذه . يعلق على المحال كقوله تعالى (لا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط) وكقول الشاعر :

اذا شاب الغراب اتيت أهلى وعاد القار كالبين الحليب

(٤) قوله ، وان قال أنت طالق اليوم الخ ، أحدهما لا تطلق مطلقا بل هو لغو وهو الصحيح من المذهب

[فائدة] لو قال انت طالق ثلاثا على مذهب السنة والشيعة واليهود والنصارى فقال القاضى فى الدعوى من حواشى التعليقات تطلق ثلاثا لاستحالة الصفة لانه لا مذهب لهم ولقصده التأكيد انتهى . قال فى الانصاف ويقرب من ذلك =

فصل

في الطلاق في زمن مستقبل . اذا قال انت طالق غدا أو يوم السبت أو في رجب طلقت باول ذلك^(١) وان قال انت طالق اليوم أو في هذا الشهر طلقت في الحال^(٢) فان قال أردت في آخر هذه الاوقات دین^(٣) وهل يقبل في

== قوله انت طالق على سائر المذاهب لاستحالة الصفة والظاهر انه اراد التاكيد بل هذه اولى من التي قبلها ولم ارها للأصحاب وقال ابو نصر بن الصباغ والدامغانى من الشافعية تطلق في الحال قال ابو نصر بن الصباغ وسمعت من رجل فقيه كان يحضر عند ابى الطيب ان القاضى قال لا يقع لأنه لا يكون قد وقع ذلك على المذاهب كلها قال ابن منصور ولا بأس بهذا القول

(١) قوله « اذا قال أنت طالق غدا الخ » هذا بلا نزاع فيقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه وذلك حين تغرب الشمس من آخر الشهر الذى قبله وبهذا قال ابو حنيفة وقال ابو ثور يقع الطلاق في آخره ولنا انه جعل الشهر ظرفا للطلاق فاذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال اذا دخلت الدار فانت طان فاذا دخل اول جزء منها طلقت فاما ان قال ان لم اقضك في شهر رمضان فامرأتى طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه وفي الموضوعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع الوطء قبل فعله لأن الظاهر انه على حنث . ولنا ان طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين كما لو حلف لافعلت كذا ولو صح ما ذكره لوجب ايقاع الطلاق

(٢) قوله « وان قال انت طالق اليوم الخ » قال فى الانصاف بلا خلاف اعلمه . وكذلك لو قال انت طالق فى الحول طلقت فى اوله على الصحيح من المذهب وعنه لا يقع الا فى رأس الحول اختاره ابن ابى موسى قال فى الفروع وهو اظهر

(٣) قوله « وان قال أردت الخ » اذا قال انت طالق غدا أو يوم السبت وقال أردت فى آخر ذلك فقطع المصنف انه يدين وجزم به فى المعنى والشرح وغيره لأن آخر الشهر منه فارادته له لا تخالف ظاهر لفظه وكذلك اوسطه اذ ليس أوله باولى فى ذلك من وسطه وآخره بل ربما كان آخره اولى لأنه متيقن وما قبله مشكوك فيه . وقال فى الفروع والمتنصوص انه لا يدين وقدمه فى المحرر ومال السيه الناظم وهو المذهب وأما ما عدا هاتين المسئلتين فقطع المصنف ايضا انه يدين وهو المذهب

الحكم؟ يخرج على روايتين . وان قال انت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة؟ على وجهين^(١) وقيل تطلق في الاولى واحدة وفي الثانية ثلاثا^(٢) وان قال انت طالق اليوم ان لم اطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه وقال ابو بكر لا تطلق^(٣) وان قال انت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل وقع بها الطلاق؟ على وجهين^(٤) وان قال انت طالق في غد اذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق^(٥) وان قال انت طالق

(١) قوله « وان قال انت طالق اليوم الخ » احدهما تطلق واحدة كقوله انت طالق كل يوم صححة في الانتصار الا ان ينوى اكثر ولأنها اذا طلقت اليوم فهي طالق في غد وفي بعده والثاني ثلاثا لان ذكره لاوقات الطلاق يدل على مقداره . (٢) قوله « وقيل الخ » وهذا هو المذهب لان من طلقت في اليوم الأول يصح ان يقال هي طالق في الثاني والثالث واما في الثانية فلان اعادة في تقضى فعلا فسكانه قال انت طالق في اليوم وانت طالق في غد وانت طالق في بعد غد قال في الفروع ويتوجه ان يخرج انت طالق كل يوم او في كل يوم على هذا الخلاف

[فائدة] اذا قال انت طالق الى رمضان او اذا كان رمضان او الى هلال رمضان او في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل الا ان يقول من الساعة الى الهلال فتطلق في الحال . وان قال انت طالق في مجيء ثلاثة ايام طلقت في أول اليوم الثالث

(٣) قوله « وان قال أنت طالق اليوم الخ » وهو المذهب نص عليه لان خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كما لو مات احدهما في اليوم وهذا قول اصحاب الشافعي . وقال ابو بكر لا تطلق وقدمه في الخلاصة والرايتين والنظم لأن شرط طلاقها خروج اليوم وبخروجه يفوت محل طلاقها

(٤) قوله « وان قال أنت طالق يوم الخ » احدهما يقع بها الطلاق من اول اليوم وهو الصحيح من المذهب قال في الشرح وهو اولي كما لو قال انت طالق يوم الجمعة على قوله « وقدم بعد موتها » = يعني في ذلك اليوم

(٥) قوله « وان قال أنت طالق في غد الخ » هذا احد الوجهين جزم به في الكافي والشرح والنظم والوجيز وغيرهم لان الوقت الذي اوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل لاطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم والوجه الثاني تطلق =

اليوم غدا طلقت اليوم واحدة^(١) الا ان يريد طالق اليوم وطالق غدا^(٢) أو نصف طلقة اليوم ونصفها غدا فتطلق اثنتين^(٣) وان نوى نصف طلقة اليوم وباقها غدا احتمل وجهين^(٤). وان قال انت طالق الى شهر طلقت عند انقضائه^(٥) الا ان ينوى طلاقها في الحال^(٦). وان قال انت طالق في آخر

== وهو المذهب قال في المستوعب ذكر اصحابنا انه يحكم بطلاقها بناء على ما اذا نذر ان يصوم غدا اذا قدم زيد فقدم وقد اكل فانه يلزمه قضاؤه لان نذره انعقد فعلى المذهب يقع الطلاق عقب قدومه

على قوله « فانت قبل قدومه لم تطلق » وقيل تطلق وهو المذهب فعلى المذهب يقع الطلاق عقب قدومه على الصحيح

(١) قوله « وان قال أنت طالق اليوم غدا الخ ، أى لأن من طلقت اليوم غدا طالق غدا

(٢) قوله « إلا ان يريد الخ ، أى فتطلق اثنتين قال في الانصاف بلا خلاف اعلمه

(٣) قوله « وان أراد نصف طلقة الخ ، وهذا الصحيح من المذهب لأن كل نصف يكمل

(٤) قوله « وان نوى الخ ، احدهما تطلق واحدة وهو الصحيح من المذهب لانه إذا قال نصفها اليوم كملت فلم يبق لها بقية تقع غدا وان لم يبق شيء غيرها لانه ما أوقفه

(٥) قوله « وان قال انت طالق إلى شهر الخ ، وكذا الى حول وهذا المذهب بشرطه روى ذلك عن ابن عباس وابى ذر وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة تطلق في الحال لأن قوله انت طالق ايقاع في الحال وقوله الى شهر كذا توقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فوقع في الحال . ولما ان ذلك قد روى عن ابن عباس وابى ذر ولانه جعل ذلك غاية للطلاق ولا غاية لآخره فوجب أن يجعل غاية لأوله ولان هذا يحتمل أن يكون موقتا لإيقاعه فلم يقع الطلاق بالشك وعنه تطلق اذا كنيته

(٦) قوله « الا أن ينوى الخ ، أى فتطلق في الحال وهذا المذهب

[فائدة] اذا قال انت طالق من اليوم الى سنة طلقت في الحال لان من لا ابتداء ==

الشهر^(١) أو أول آخره طلقت بطلوع فجر آخر يوم منه^(٢) وان قال في آخر أوله طلقت في آخر يوم من أوله^(٣)، وقال أبو بكر تطلق في المسئلتين بغروب شمس الخامس عشر منه . وان قال اذا مضت سنة فانت طالق طلقت اذا مضى اثنا عشر شهرا بالاهلة ويكمل الشهر الذي حلف في اثنا عشر بالعدد^(٤) وان قال اذا مضت السنة فانت طالق طلقت بانسلاخ ذى الحجة^(٥) وان قال انت طالق في كل سنة طلقة طلقت الاولى في الحال والثانية في أول المحرم وكذا الثالثة فان قال اردت بالسنة اثني عشر شهرا دين . وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على

== الغاية فتقتضى ان طلاقها في اليوم فان اراد وقوعه بعد سنة لم يقع الا بعدها وان قال اردت تكرير طلاقها من حين لفظت به الى سنة طلقت من ساعتها ثلاثا اذا كانت مدخولا بها

(١) قوله « وان قال أنت طالق في آخر الشهر الخ ، هذا أحد الأوجه واختاره الاكثر لأن آخر الشهر آخر يوم منه ولأنه اذا علق الطلاق على وقت تعلق بأوله وقيل تطلق بغروب شمس الخامس عشر منه وقيل تطلق في آخر جزء منه قدمه في الفروع قال في الانصاف وهو الصواب وهو المذهب على ما اصطلاحناه في الخطبة

(٢) قوله « أو أول آخره » يعني لو قال انت طالق في اول آخر الشهر طلقت

بطلوع فجر آخر يوم منه وهو المذهب فعلى المذهب يحرم وطئه في تاسع عشرين

(٣) قوله « وان قال في آخر أوله الخ ، هذا احد الوجوه لأن ذلك آخر يوم من اوله قال ابن المنجا في شرحه هذا المذهب قال المصنف في المعنى والشارح هذا اصح وقيل تطلق بطلوع فجر اول يوم منه وهو المذهب

(٤) قوله « وان قال اذا مضت سنة الخ ، هذا المذهب لأن السنة كلها معتبرة بالاهلة لأنها السنة التي جعلها الله مواقيت للناس بالنص فاذا حلف في أول الشهر طلقت اذا مضى اثنا عشر شهرا بالاهلة وان كان الحلف في اثناء الشهر وجب تكميل الشهر بالعدد ثلاثين يوما وعنه يكمل بالعدد وعند الشيخ تقي الدين الى مثل تلك الساعة

(٥) قوله « وان قال اذا مضت السنة الخ ، قال في الانصاف بلا خلاف اعلمه لأنه لما ذكرها بلام التعريف انصرف الى السنة المعروفة وهي التي آخرها ذو الحجة فان قال اردت بالسنة اثني عشر شهرا دين وهل تقبل في الحكم على روايتين احدهما يقبل وهو المذهب

روایتین^(١) وان قال أردت أن يكون ابتداء السنين المحرم دُين ولم يقبل في الحكم^(٢) وان قال انت طالق يوم يقدم زيد فقدم زيد ليلا لم تطلق^(٣) الا ان يريد باليوم الوقت فتطلق^(٤) وان قدم به ميتا أو مكرها لم تطلق^(٥)

(١) قوله « وهل يقبل في الحكم الخ ، احدهما يقبل وهو المذهب

[تنبيه] محل هذا اذا دخلت عليها السنان وهي في نكاحه او ارتجعا في عدة الطلاق او جدد نكاحها بعد ان بان ان بان فان انقضت عدتها بان من منه فاذا دخلت الثانية لم تطلق وكذا الثالثة اذا دامت باننا حتى انقضت الثانية والثالثة ولو نكحها في السنة الثانية او الثالثة وقعت الطلقة عقب العقد جزم به في الفروع قال في المغنى اقتضى قول اصحابنا وقوع الطلاق عقب تزويجها اذا تزوجها في أثناء السنة الثانية لأنه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق . قال وقال القاضى تطلق بدخول السنة الثالثة وان كان نكاحها في السنة الثالثة طلقت بدخول السنة الرابعة انتهى . ومحل هذا ايضا على المذهب فاما على قول أبى الحسن التيمى ومن وافقه فتحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بمحل

(٢) قوله « وان قال أردت الخ ، وهو المذهب لانه خلاف الظاهر قال المصنف والأولى ان يخرج على روايتين

(٣) قوله « وان قال يوم يقدم الخ ، وهو المذهب نص عليه لانه لم يوجد الشرط اذا اليوم اسم لياض النهار ولم يوجد

(٤) قوله « إلا أن يريد الخ ، أى فتطلق بلا خلاف نعله قاله فى الانصاف

[تنبيه] مفهوم قوله فقدم ليلا انه لو قدم نهارا طلقت وهو صحيح بلا خلاف اذا قدم حيا عند الجمهور قال الخلال يقع قولاً واحدا فعلى المذهب فى وقت وقوع الطلاق وجهان احدهما تطلق من اول النهار وهو المذهب جزم به فى المغنى والشرح والوجه الثانى تطلق عقبى قدمه وفائدة الخلاف الارث وعدمه

(٥) قوله « وان قدم ميتا الخ ، هذا المذهب وهو قول الشافعى لأن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب الى غير فاعله الا مجازا وقال أبو بكر فى التنية تطلق وهو رواية ومحل الخلاف اذا لم يكن نية اما مع النية فيحمل الكلام عليها بلا اشكال

باب تعليق الطلاق بالشروط

يصح ذلك من الزوج ولا يصح من الأجنبي فلو قال ان تزوجت فلانة وان تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق اذا تزوجها (١) وعنه تطلق وان قال لاجنبية ان قمت فأنت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق رواية واحدة . وان علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده (٢) وان قال عجلت ما أجلته لم

(١) قوله « ولا يصح من الأجنبي فلو قال الخ » اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله تعالى في هذه المسئلة فالمشهور عنه انه لا يقع وهو المذهب وهو قول اكثر أهل العلم روى ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال عطاء والحسن وعزوة وجابر بن زيد وسوار القاضي والشافعي وابو ثور وابن المنذر ورواه الترمذى عن علي رضى الله عنه وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين وشريح وروى عن احمد ما يدل على وقوع الطلاق قال فى الفروع وعنه صحة قوله لزوجه من تزوجت عليك فهي طالق او قوله لعتيقته ان تزوجتك فانت طالق او قوله لرجعيتك ان راجعتك فانت طالق ثلاثا اراد التغليظ عليهما وهذا قول الثورى واصحاب الرأى لانه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والاول اصح لقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق ولا عتاق لابن آدم فيما لا يملك رواه احمد وابوداود والترمذى باسناد جيد من حديث عمرو بن شعيب قال الترمذى حديث حسن وهو احسن شيء فى الباب ورواه الدارقطنى وغيره من حديث عائشة رضى الله عنها وزاد وان عينها . وعن المسور مرفوعا قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك رواه ابن ماجه باسناد حسن قال احمد رحمه الله تعالى هذا عن النبي ﷺ وعدة من اصحابه [فائدة] يصح تعليق الطلاق مع تقدم الشرط وكذا ان تاخر على الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب وعنه يتنجز ان تاخر الشرط ونقله ابن هانئ فى العتق قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وتاخر القسم كأنت طالق لا فعلن كالشرط واولى بان لا يلحق

على قوله « رواية واحدة » لا نعلم فيه خلافا لانه لم يضفه الى زمن يقع فيه الطلاق اشبه ما لو قال لأجنبية انت طالق ثم تزوجها

(٢) قوله « وان علق الزوج الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب لأنه زوال =

== بنى على التغليب والسراية أشبه العتق وعنه تطلق في الحال مع تيقن وجود الشرط
وخص الشيخ تقي الدين هذه الرواية بالثلاث لأنه الذى نضره كتمعة
على قوله ، وان علق الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده وهذا المذهب وعليه
الاصحاب

[تنبيه] فى قوله قبل وجوده اشعار بأن الشرط ممكن وهو كذلك فاما ما
يستحيل وجوده فيذكر فى اما كنهه وقد تقدم فى أثناء الباب الذى قبله ومفهوم
كلامه ان الطلاق يقع بوجود شرطه وهو صحيح نص عليه وليس فيه بحمد الله
خلاف قاله فى الانصاف . قلت وقد فصل الشيخ تقي الدين فى هذه المسئلة تفصيلا
حسناً فاختار ان من علق الطلاق على شرط او التزمه لا يقصد بذلك الا الحض او
المنع فانه يجزئه فى ذلك كفارة يمين ان حنث وان اراد الجزاء بتعليقه طلقت كره
الشرط اولا وكذلك الحلف بعتق وظهار وتحريم فانه قال وقد سئل عن رجل حلف
فقال الطلاق يلزمى ان عدت اكلت من خبزك مادمت فى ذا البلد بعد ان بسط القول
فيها وحكى الاختلاف . قال والقول الثالث وهو اصح الاقوال وهو الذى يدل عليه
الكتاب والسنة والاعتبار ان هذه يمين من ايمان المسلمين فيجرى فيها مايجرى فى
ايمانهم وهو كفارة يمين عند الحنث الا ان يختار الحالف ايقاع الطلاق فله ان يوقه
ولا كفارة عليه وهذا قول طائفة من السلف والخلف كطاوس وغيره وهو مقتضى
المنقول عن اصحاب رسول الله ﷺ فى هذا الباب وبه يفتى كثير من المالكية وغيرهم
حتى يقال ان فى غير بلد من بلاد المغرب من يفتى بذلك من ائمة المالكية وهو مقتضى
نصوص احمد بن حنبل واصوله فى غير موضع وعلى هذا القول فاذا كرر اليمين المكفرة
مرتين او ثلاثا على فعل واحد وحنث فهل عليه كفارة واحدة او كفارات فيه
قولان للعلماء وهما روايتان عن احمد اشهرهما عنه تجزئه كفارة فاذا قال ان فعلت كذا
فعبىدى احرار ففيه الاقوال لكن هنا لم يقل احد من اصحاب ابى حنيفة والشافعى
انه لا يلزمه العتق كما قالوا فى ذلك فى الطلاق لان العتق قرينة فيصح نذره بخلاف
الطلاق والمنقول عن اصحاب رسول الله ﷺ انه يجزئه كفارة يمين كما ثبت ذلك
عن ابن عمر وحفصة وزينب ورووه ايضا عن عائشة وام سلمة وابن عباس وابى
هريرة رضى الله عنهم وهو قول اكابر التابعين كطاوس وعطاء وغيرهما ولم يثبت ==

عن صاحب ما يخالف ذلك لافي الحلف بالطلاق ولا في الحلف بالعتاق بل اذا قال الصحابة ان الحالف بالعتق لا يلزمه العتق فالحالف بالطلاق اولى عندهم وهذا كالحالف بالندر مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلى الحج او صوم سنة او ثلث مالى صدقة فان هذا يمين تجزى فيه الكفارة عند اصحاب رسول الله ﷺ مثل عمر و ابن عباس و عائشة و ابن عمر و حفصة رضى الله عنهم وهو قول جماهير التابعين كعطاء و طاوس و ابى الشعثاء و عكرمة و الحسن و غيرهم وهو مذهب الشافعى المنصوص عنه و مذهب احمد بلا نزاع عنه وهو آخر الروايتين عن ابى حنيفة اختارها محمد بن حسن وهو قول طائفة من اصحاب مالك كابن وهب و ابن ابى الغمر و ابقى ابن القاسم ابنه بذلك مرتين و المعروف عن جمهور السلف من الصحابة و التابعين و من بعدهم انه لافرق بين ان يحلف بالطلاق او بالعتاق او بالندر بل اما ان تجزئه كفارة في كل يمين و اما انه لاشيء عليه و اما انه يلزمه كل ما حلف به بل اذا كان قوله ان فعلت كذا فعلى ان اعتق رقبة اذا قصد به اليمين لا يلزمه العتق بل تجزئه كفارة يمين و لو قاله على وجه النذر لزمه بالاتفاق فقوله فعبيدى حر اولى ان لا يلزمه لان قصد اليمين اذا منع ان يلزمه الوجوب و الاعتاق و العتق فلان يمنع لزوم العتق وحده اولى و ايضا فان ثبوت الحقوق في الذم اوسع من نفوذ التصرف فان الصبي و المجنون و العبد قد تثبت الحقوق في ذمهم مع انه لا يصح تصرفهم فاذا كان قصد اليمين منع ثبوت العتق المعلق في الذمة فلان يمنع وقوعه اولى و اخرى و اذا كان العتق الذى يلزمه بالندر لا يلزم اذا قصد به اليمين فالطلاق الذى لا يلزم بالندر اولى ان لا يلزم اذا قصد به اليمين فان التعليق انما يلزم فيه الجزاء اذا قصد وجود الجزاء عند وجود الشرط كقوله ان ابرأتيني من صداقك فانت طالق او ان شفى الله مريضى فثلث مالى صدقة و اما اذا كان يكره وقوع الجزاء و ان وجد الشرط و انما التزمه ليحض نفسه او يمنعا او يحض غيره او يمنعه و مع هذا فلو وجد الشرط لم يرد وجود الجزاء بل يكره الشرط و يكره الجزاء و ان وجد الشرط فهذا حالف كقوله ان فعلت كذا فانا يهودى او نصرانى و مالى صدقة و عبيدى احرار و نسائى طوائق و على عشر حجج و صوم سنة فهذا حالف باتفاق الصحابة و الفقهاء و سائر الطوائف و قد قال تعالى ﴿ قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ﴾ و قال ﴿ ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم ﴾ و ثبت عن النبي ﷺ من غير وجه في الصحيح انه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير و ليكفر عن يمينه و هذا يتناول

== جميع ايمان المسلمين لفظا ومعنى ولم يخصه نص ولا اجماع ولا قياس بل الأدلة الشرعية تحقق عمومها. واليمين في كتاب الله وسنة رسوله نوعان نوع محترم منعقد مكفر كالخلف باسم الله ونوع غير محترم ولا منعقد ولا مكفر وهو الخلف بالمخلوقات فان كانت هذه اليمين من ايمان المسلمين ففيها الكفارة وهي من النوع الأول وان لم تكن من ايمان المسلمين فهي من الثاني واما اثبات يمين منعقدة غير مكفرة فهذا لا اصل له في الكتاب والسنة وتقسيم ايمان المسلمين الى يمين مكفرة وغير مكفرة كتقسيم الشراب المسكر الى خمر وغير خمر وتقسيم السفر الى طويل وقصير وتقسيم الميسر الى محرم وغير محرم بل الأصول تقتضى خلاف ذلك كما بسطناه في موضعه وبسط الكلام على هذه المسئلة له موضع آخر لكن هذا القول الثالث وهو القول بثبوت الكفارة في جميع ايمان المسلمين هو القول الذي تقوم عليه الأدلة الشرعية التي لا تناقض وهو المأثور عن الصحابة واكابر التابعين اما في جميع الايمان واما في بعضها وتعليقهم ذلك بانه يمين والتعليل بذلك يقتضى ثبوت الحكم في جميع ايمان المسلمين وهم اتوا بذلك في صيغ التعليق كقوله ان فعلت كذا فعلى الحج ومالى صدقة او في رتاج الكعبة وعبيدى احرار وجعلوا هذه ايمانا داخلة في قوله تعالى ﴿ ذلك كفارة ايمانكم اذا حلقتم ﴾ وقوله ﴿ قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ﴾ وهم الذين خوطبوا بالقرآن وهم اعلم باللغة التي نزل القرآن بها وبمعانيه فعلم ان صيغ التعليق التي يقصد بها اليمين من الايمان المذكورة في القرآن في الصيغ ثلاث : صيغة تنجيز كقوله انت طالق فهذه ليست يميناً ولا كفارة في هذا باتفاق العلماء . والثاني صيغة قسم كقوله الطلاق يلزمنى لأفعلن كذا او لا افعله فهذه ان قصد بها اليمين فكما حكم الأول باتفاق العلماء . واما ان قصد وقوع الطلاق عند الشرط مثل ان يختار طلاقها اذا أبرأته او اعطته العوض كقوله ان أبرأتني او اعطيتني كذا فانت طالق او يختار طلاقها اذا اتت كبيرة فيقول ان زنت ان سرت فانت طالق وقصده ايضاً الطلاق عند الصفة لا الخلف فهذا يقع به الطلاق باتفاق السلف ، فان الطلاق المعلق بالصفة روى الوقوع فيه عن غير واحد من الصحابة كعلي وابن مسعود وابن عمر وابي ذر ومعاوية وعن كثير من التابعين ومن بعدهم وحكى الاجماع على ذلك غير واحد وما علت احدا ينقل عن أحد من الصحابة والسلف ان الطلاق المعلق بالصفة لا يقع وانما النزاع فيه عن ابى عبد الرحمن الشافعى وعن بعض متأخرى الظاهرية والشيعة كابن حزم وخالف في ==

== ذلك داود وأصحابه مع انه حكى في كتاب اجماع العلماء على ان الطلاق المعلق بشرط اذا لم يخرج مخرج اليمين فذكر فيه ثلاثة اقوال كالاقوال الثلاثة في الحلف بالنذر الذى يسمى نذر اللجاج والغضب وهؤلاء الشيعة بلغتهم فتاوى عن بعض فقهاء اهل البيت فيمن قصده الحلف فظنوا ان كل التعليق كذلك كما ان طائفة من الجمهور بلغتهم فتاوى عن بعض الصحابة والتابعين فيمن علق الطلاق بصفة انه يقع عندها فظنوا ان ذلك يمين وجعلوا كل تعليق يمينا كمن قصده اليمين ولم يفرقوا بين تعليق يقصد به اليمين وتعليق يقصد به الايقاع كما لم يفرقوا لئلك بينهما فى نفس الطلاق وما علمت احدا من الصحابة افتى فى اليمين بلزوم الطلاق كما لم أعلم احدا منهم افتى فى التعليق الذى يقصد به الايقاع بعدم لزومه والفرق بين التعليق الذى يقصد به الايقاع والذى يقصد به اليمين فى الجملة هو المعروف عند جمهور السلف حتى قال به داود واصحابه ففرقوا بين تعليق الطلاق الذى يقصد به اليمين والذى يقصد به الايقاع كما فرقوا بينهما فى تعليق النذر وغيره والفرق بينهما ظاهر فان الحالف يكره وقوع الجزاء فان وجدت الصفة كقول المسلم ان فعلت كذا فانا يهودى او نصرانى فهو يكره الكفر وان وجدت الصفة انما التزمه لتلا يلزم ليمتنع به من الشرط لا لقصد وجوده عند الصفة وهكذا الحالف بالاسلام لو قال الذى ان فعلت كذا فانا مسلم والحالف بالنذر والحرام والظهار والطلاق والعتاق اذا قال ان فعلت كذا فعلى الحج وعبيدى احرار ونسائى طوائق ومالى صدقة فهو يكره هذه اللوازم وان وجد الشرط وانما علقها لمنع نفسه من الشرط لا يقصد وقوعها اذا وجد الشرط فالتعليق الذى يقصد به الايقاع من باب الايقاع هو الذى يقصد به اليمين من باب اليمين وقد بين الله فى كتابه احكام الطلاق وأحكام الأيمان ، فاذا قال ان سرقت ان زينت ان شربت الخمر فانت طالق فهذا يقصد به اليمين وهو ان يكون مقامها مع هذا الفعل احب اليه من طلاقها وانما قصده زجرها وتخويفها لتلا تفعل فهذا حالف لا يقع به الطلاق وقد يكون قصده ايقاع الطلاق وهو ان يكون فراقها احب اليه من المقام معها مع ذلك الفعل فيختار اذا فعلته ان تطلق منه فهذا يقع به الطلاق والله اعلم . والقول الثانى فى المسئلة انه يقع به الطلاق اذا حث فى يمينه وهذا هو المشهور عند اكثر الفقهاء المتأخرين حتى اعتقد طائفة منهم ان ذلك اجماع ولهذا لم يذكر عامتهم فيه حجة وحجتهم عليه ضعيفة جدا كقولهم التزم امرأ عند وجود شرطه فليزمه ما التزمه وهذا منقوض عليهم بصور كثيرة ==

== بعضها يجمع عليه كنذر الطلاق والمعصية والمباح كالترام الكفر على وجه اليمين مع انه ليس له أصل يقاس عليه الا وبينهما فرق مؤثر في الشرع ولادل على عمومه نص ولا اجماع لكن لما كان موجب العقد لزوم ما التزمه صار يظن في بادىء الرأي ان هذا عقد لازم في الشرع وهذا يوافق ما كانوا عليه في اول الاسلام قبل ان ينزل الله كفارة اليمين وكانت اليمين موجبة ومحرمة كما يقال انه شرع من قبلنا لكن نسخ الله هذا بشرع محمد ﷺ ففرض للمسلمين تحلة ايمانهم وجعل لهم ان يحلوا عقد اليمين بما فرضه من الكفارة واما اذا لم يحدث في يمينه فلا يقع به الطلاق بلا ريب الا على قول ضعيف يروى عن شريح ويذكر رواية عن احمد فيما اذا قدم الطلاق واذا قيل يقع به الطلاق فان نوى باليمين الثانية توكيد الأولى لا انشاء يمين اخرى لم يقع به الا طلاقه واحدة وان اطلق وقع به ثلاث وقيل لا يقع به الا واحدة . والقول الثالث انه لا يقع به طلاق ولا يلزمه كفارة وهذا مذهب داود واصحابه وطوائف من الشيعة ويذكر ما يدل عليه عن طائفة من السلف بل هو مأثور عن طائفة من السلف صريحا كابن جعفر الباقر وابنه جعفر بن محمد الصادق وهو قول ابى عبد الرحمن الشافعى احمد ابن يحيى في ان كل طلاق معلق بشرط انه لا يقع وبذلك افتى عكرمة فيمن قال ان لم اضرب غلامي مائة سوط فامرأته طالق قال لا يضرب غلامه ولا تطلق امرأته هذا من خطوات الشيطان واصل هؤلاء ان الحلف بالطلاق والعاق والظهار والحرام والنذر لغو كالحلف بالمخلوقات ويفتى به في اليمين التي يحلف بها الترام الطلاق طائفة من اصحاب أبى حنيفة والشافعى كالقفال وصاحب التتمة وأبى سعيد المتولى وينقل عن ابى حنيفة نصا بناء على ان قول القائل الطلاق يلزمنى او لازمى ونحو ذلك صيغة نذر لا صيغة ايقاع كقوله لله على ان اطلق ومن نذر ان يطلق لم يلزمه طلاق بلا نزاع ولكن في لزوم الكفارة له قولان احدهما يلزمه وهو المنصوص عن أحمد ابن حنبل وهو المحكى عن ابى حنيفة اما مطلقا واما اذا قصد به اليمين وهو قول طائفة من الخراسانيين من اصحاب الشافعى كالقفال والبغوى وغيرهما فن جعل هذا نذرا لم يوجب الكفارة في نذر الطلاق يفتى بانه لاشئ عليه كما افتى بذلك طائفة من اصحاب الشافعى وغيرهم ومن قال عليه كفارة لزمه على قوله كفارة يمين كما يفتى بذلك طائفة من الحنفية والشافعية اما الحنفية فبنوه على اصله في ان من حلف بنذر المعاصي والمحرمات والمباحات فعليه كفارة يمين وكذلك يقول ذلك من يقوله من ==

يتعجل^(١) وان قال سبق لساني بالشرط ولم ارده طلقت في الحال . وان قال
انت طالق ثم قال أردت ان قمت دُين ولم يقبل في الحكم^(٢) نص عليه

== أصحاب الشافعي لتفريقه بين ان يقول على نذر ولا يلزمه شيء وبين ان يقول ان فعلته
فعلى نذر فعليه كفارة يمين ففرق هؤلاء بين نذر الطلاق وبين الحلف بنذر الطلاق
واحمد يقول على ظاهر مذهبه المنصوص عنه ان نذر الطلاق فيه كفارة يمين والحلف
بنذره وعليه فيه كفارة يمين وقد وافقه على ذلك من وافقه من الخراسانيين من
اصحاب الشافعي وجعله الرافعي والنووي وغيرهما هو المرجح في مذهب الشافعي
وذكروا ذلك في نذر جميع المباحات لكن قوله الطلاق لي لازم صيغة ايقاع في
مذهب احمد لصيغة نذر فان نوى بذلك النذر ففيه كفارة يمين عنده . انتهى كلامه
رحمه الله تعالى لكنه قد قدم القولين الاخيرين واخر القول الثالث

(١) قوله « فان قال مجمل الخ » هذا المذهب لأنه علقه فلم يملك تغييره وقيل
يتعجل اذا مجمله وهو ظاهر بحث الشيخ تقي الدين فانه قال فيما قاله جمهور الأصحاب
نظر

[فائدة] اذا علق الطلاق على شرط لازم وليس له إبطاله هذا المذهب وعليه
الأصحاب قاطبة وقطعوا به وذكر في الانتصار والواضح رواية بجواز فسخ العلق
المعلق على شرط قال في الفروع ويتوجه ذلك في طلاق وقال الشيخ تقي الدين لو
قال ان اعطيتني او اذا اعطيتني او متى اعطيتني الفا فانت طالق ان الشرط ليس
بلازم من جهته كالكتابة عنده قال في الفروع ووافق الشيخ تقي الدين على شرط
محض كإن قدم زيد فانت طالق قال الشيخ تقي الدين التعليق الذي يقصد به ايقاع
الجزاء ان كان معاوضة فهو معاوضة ثم ان كانت لازمة فلازم والا فلا يلزم الخلع
قبل القبول ولا الكتابة وقول من قال التعليق لازم دعوى مجردة انتهى وتقدم
ذلك ايضا في اثناء باب الخلع

[فائدة] لو فصل بين الشرط وحكمه بكلام منتظم نحو انت طالق يازانية ان
قت لم يضر ذلك على الصحيح من المذهب وقيل يقطعه كسكتة وتسبيحة
(٢) قوله « ولم يقبل في الحكم » هذا المذهب لأنه خلاف الظاهر واردة
التعليق من التنجيز بعيدة جدا قال المصنف في الكافي يخرج على روايتين احدهما
لا يقبل لما ذكرنا والثانية يقبل لأنه محتمل أشبه ما لو قال انت طالق ثم قال أردت
من وثاق قال في الانصاف وصرح في المستوعب أن فيها روايتين

فصل

وأدوات الشرط ست ان واذا ومتى ومن وأى وكلما^(١) وليس فيها ما يقتضى التكرار الاكلما^(٢) وفي متى وجهان^(٣) وكلها على التراخي اذا تجردت عن لم^(٤) فان اتصلت بها صارت على الفور^(٥) الا ان^(٦) وفي اذا وجهان^(٧) فاذا قال

(١) قوله « وأدوات الشرط ست الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وتقدم في باب الخلع ان قوله انت طالق وعليك الف او على الف او بالف ان ذلك كيان اعطينى الفا عند المصنف وتقدم حكمه هناك

(٢) قوله « وليس فيها ما يقتضى التكرار الاكلما » هذا بلا نزاع واما كلما فانها تقتضيه بلا خلاف نعمله كقوله تعالى ﴿ كلما او قدوا نارا للحرب اطفأها الله ﴾ و﴿ كلما دخلت امة لعنت اختها ﴾

(٣) قوله « وفي متى وجهان » أحدهما لا تقتضى التكرار وهو المذهب اختاره المصنف وغيره ولأنها اسم زمن بمعنى اى وقت وبمعنى اذا فلا تقتضى مالا يقتضيانه وكونها تستعمل للتكرار لا يمنع استعمالها في غيره كاذا واى وقت وأى زمان فانهما يستعملان في الأمرين كقوله تعالى ﴿ واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا ﴾ و﴿ اذا لم تأتهم بآية ﴾ . والثاني تستعمل للتكرار قال الشاعر :

متى تأتته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

ولانها تستعمل للشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه

(٤) قوله « وكلها على التراخي الخ » وكذا اذا تجردت عن نية الفورية ايضا او عن قرينته فاما اذا نوى الفورية او كان هناك قرينة تدل على الفورية فانه يقع في الحال ولو تجردت عن لم

(٥) قوله « فان اتصلت بها صارت على الفور » لان متى واى معناهما اى زمان وذلك شائع في الزمان كله فإى زمن وجدت الصفة فيه وجب الحكم بوقوع الطلاق ولا بد ان يلحظ في ان كونها مضافة الى زمن كان حكمها حكم من

(٦) قوله « الا ان » هذا المذهب اى مع عدم نية وقرينة فاذا قال ان لم تدخل الدار فانت طالق لم يقع الا عند تعذر ايقاعه بموت او ما يقوم مقامه

(٧) قوله « وفي اذا الخ » أحدهما هى على الفور وهو الصحيح لأنها اسم لزمن =

ان قت أو اذا قت أو من قام منك أو أى وقت قت أو متى قت أو كلما
قت فانت طالق فتى قامت طلقت^(١) وان تكرر القيام لم يتكرر الطلاق الا
فى كلما وفى متى فى أحد الوجهين . ولو قال كلما أكلت رمانة فانت طالق وكلما
أكلت نصف رمانة فانت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً^(٢) ولو جعل مكان
كلما ان اكلت لم تطلق الا اثنتين^(٣) ولو علق طلاقها على صفات فاجتمعن فى
عين واحدة مثل ان يقول ان رأيت رجلاً فانت طالق وان رأيت أسود فانت
طالق وان رأيت فقيها فانت طالق فرأت رجلاً أسود فقيها طلقت ثلاثاً^(٤)
وان قال ان لم اطلقك فانت طالق ولم يطلقها لم تطلق الا فى آخر جزء من
حياة أحدهما الا ان يكون له نية^(٥) . وان قال من لم أطلقها أو أى وقت لم

= مستقبل فتكون كتى واما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضعها والثانى انها على
التراخى نصره القاضى لانها تستعمل شرطاً بمعنى ان كقول الشاعر : (واذا تصبك
خصاصة فتحمل) فحزم بها كيان

(١) قوله « واذا قال ان قت الى قوله طلقت ، هذا بلا نزاع لان وجود الشرط
يستلزم وجود الجزاء وعدمه عدمه الا ان يعارض معارض

(٢) قوله « ولو قال كلما الخ ، هذا بلا نزاع لوجود وصف النصف مرتين
والجميع مرة لأن كلما تقتضى التكرار

(٣) قوله « ولو جعل الخ ، وهو المذهب وعليه الأصحاب بصفة النصف مرة
وبالسكال مرة وقال الشيخ تقي الدين لا تطلق الا واحدة

(٤) قوله « ولو علق طلاقها الخ ، وهذا المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ
تقي الدين لا تطلق الا واحدة مع الاطلاق

(٥) قوله « وان قال ان لم اطلقك الخ ، هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب
لان حرف ان موضوع للشرط لا يقتضى زمناً ولا يدل عليه الا من حيث ان الفعل
المعلق به من ضرورة الزمان فلا يتقيد بزمن معين فما علق عليه كان على التراخى
سواء فى ذلك الاثبات والنفى ، هذا ان لم ينو وقتاً فان نوى وقتاً او قامت قرينة
بالتفورية تعلقت اليقين به

أطلقك فانت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت وان قال اذا لم أطلقك فانت طالق فهل تطلق في الحال يحتمل وجهين وان قال كلما لم أطلقك فانت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت ثلاثا الا التي لم يدخل بها فانها تبين بالاولى وان قال العامى ان دخلت الدار فانت طالق بفتح الهمزة فهو شرط^(١) وان قاله عارف بمقتضاه^(٢) طلقت في الحال^(٣) وحكى عن الخلال رحمة الله تعالى

[فائدة] اذا كان المعلق طلاقا بائنا لم يرثها اذا ماتت وترثه هي نص عليه لأن طلاقها ابانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزا عند موتها وان مات ورثته نص عليه اذا قال الرجل لزوجته انت طالق ثلاثا ان لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته وان ماتت لم يرثها وذلك لأنها تطلق في آخر حياته فاشبهه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الأنصارى ويخرج لنا انها لا ترثه ايضا وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وابي عبيد لانه انما طلقها في صحته وانما يتحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه قال في الفروع ويتخرج لا ترثه من تعليقه في صحته على فعلها فيوجد في مرضه قال والفرق ظاهر وقال في الروضة في ارثهما روايتان لأن الصفة في الصحة والطلاق في المرض وفيه روايتان

[فائدة] لا يمنع من وطئها قبل فعل ما حلف عليه على الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومالك وابو عبيد لا يبطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق وروى الأثرم عن احمد مثل ذلك ولنا انه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من اسباب التحريم (١) قوله « وان قال العامى الخ » هذا المذهب لأن العامى لا يريد بذلك الا الشرط ولا يعرف ان مقتضاها التعليل فلا يريد له فلا يثبت له حكم مالا يعرفه ولا يريد

(٢) قوله « وان قاله عارف الخ » ، يعنى ان كان وجد وهذا المذهب لأن ان المفتوحة ليست للشرط انما هي للتعليل فعناه انت طالق لانك دخلت الدار اولدخولك الدار كقوله تعالى ﴿ يمنون عليك أن أسلو ﴾ و ﴿ تخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا ﴾ وحكى عن الخلال انه اذا لم ينو مقتضاه فهو شرط ايضا (٣) قوله « وان قاله عارف بمقتضاه طلقت في الحال » ، يعنى إن كان الدخول =

انه لم ينو مقتضاه فهو شرط أيضا . وان قال ان قلت وانت طالق طلقت في الحال^(١) فان قال أردت الجزاء أو أردت أن أجعل قيامها وطلاقها شرطين

= وجد لأن أن المفتوحة في اللغة إنما هي للتعليل فمناه انت طالق لانك دخلت الدار فعلى هذا لا تطلق اذا لم تكن دخلت الدار قبل ذلك لأنه انها طلقها لعله فلا يثبت الطلاق بدونها هذا قول ابن أبي موسى ومن تابعه ولا فرق عند الشيخ تقي الدين بين ان يطلقها لعله مذكورة فاذا تبين انتفاؤها لم يقع الطلاق . قال في اعلام الموقعين . وهذا الذي لا يليق بالمذهب غيره ولا تقتضى قواعد الأئمة غيره فاذا قيل له امراتك قد شربت مع فلان وباتت عنده فقال اشهدوا على أنها طالق ثم علم أنها كانت تلك الليلة في بيتها قائمة تصلى فإن هذا الطلاق لا يقع قطعاً وأطال فيه ولذلك اتفق ابن عقيل في فتونه فيمن قيل له زنت زوجتك فقال هي طالق ثم تبين انها لم ترن انها لم تطلق وجعل السبب الذي لأجله اوقع الطلاق كالشرط اللفظي واولى قال في الاختيارات وهو قول عطاء بن أبي رباح وقال القاضي تطلق سواء دخلت او لم تدخل وهو ظاهر المنتهى ويؤيده نص في رواية المروذى في رجل قال لامرأته ان خرجت فانت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فرآها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت انت طالق قال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه على امرأته مع انه وان قصد انشاء الطلاق فانما اوقعه لخروجها الذي منعها منه ولم يوجد اشار اليه ابن نصر الله في حواشى الفروع قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى . ومن هذا الباب ما يسئل عنه كثيرا مثل ان يعتقد ان غيره اخذ ماله فيحلف ليردنه او يقول ان لم ترده فامرأتى طالق ثم تبين انه لم يأخذه او يقول ليحضرن زيد ثم تبين موته او تعطيني من الدراهم التي معك ولا دراهم معه ثم هذا قسمان الاول منه لما يتبين حصول غرضه بدون الفعل المحلوف عليه مثل اذا ظن انها سرقت له مالا فيحلف لتردنه فوجدها لم تسرقه والثاني ما لم يحصل معه غرضه مثل ليحلف لتعطيني الف درهم من هذا الكيس فيتبين انه ليس فيه دراهم فالقسم الأول يظهر فيه جدا انه لا يحث لان مقصوده لتردنه ان كنت اخذته وهذا الشرط وان لم يذكر في اللفظ فهو مشروط قطعاً والثاني فانه لم يحصل فيه غرضه لكن لا غرض له الامع وجود المحلوف عليه فيصير كأنه لم يحلف عليه وفي الأول يحصل غرضه منه فيصير كأنه برّ بالفعل انتهى

(١) قوله وان قال ان قلت وانت الخ ، هذا المذهب لان الواو ليست جوابا للشرط

لشيء ثم أمسكت دُين وهل يقبل في الحكم يخرج على روايتين^(١) وان قال ان قمت فقعدت فانت طالق أو ان قعدت اذ قمت أو ان قعدت ان قمت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد^(٢) وان قال ان قمت وقعدت فانت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان^(٣) وعنه تطلق بوجود أحدهما الا ان ينوى والأول أصح . وان قال ان قمت أو قعدت فانت طالق طلقت بوجود احدهما^(٤)

فصل في تعليقه بالحيض

اذا قال اذا حضت فانت طالق طلقت بأول الحيض^(٥) فان بان ان الدم ليس بحيض لم تطلق به^(٦) وان قال لظاهر اذا حضت حيضة فانت طالق لم

(١) قوله « فان قال أردت الخ ، احدهما لا يقبل لأنه خلاف الظاهر والثانية يقبل لأن قوله محتمل وهو اعلم بمراده

(٢) قوله « ولو قال ان قمت فقعدت الخ ، وكذا قوله ان قعدت متى قمت وهذا المذهب وتسميه النحاة اعتراض الشرط على الشرط فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله والشرط يتقدم المشروط . اذا علمت ذلك فالصحيح من المذهب في ذلك انها لا تطلق حتى تقوم ثم تقعد لأن اللفظ اقتضى تعلق الطلاق بالعود بعد القيام

(٣) قوله « ولو قال ان قمت وقعدت الخ ، هذا المذهب لأن الواو لا تقتضى ترتيباً ولا تطلق بوجود احدهما لانها للجمع فلم يقع قبل وجودهما جميعاً

(٤) قوله « وان قال ان قمت او قعدت الخ ، هذا بلا خلاف نعله لان او لأحد الشئين . ولو قال انت طالق لا قمت ولا قعدت فالمذهب انها تطلق بوجود احدهما وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى اتفاقاً

(٥) قوله « اذا قال اذا حضت الخ ، يعنى تطلق من حين ترى دم الحيض وهذا المذهب نص عليه لأن الصفة وجدت ولذلك حكمتا انه حيض في المنع من الصلاة والصيام

(٦) قوله « فان بان الخ ، وذلك بان ينقص عن أقل الحيض او لكونها بنت دون تسع سنين لم تطلق وبه قال الثوري واصحاب الرأي لاننا تبيننا ان الصفة لم توجد

تطلق حتى تحيض ثم تطهر^(١) ولا يعتد بالحیضة التي هي فيها . وان قال اذا حضت نصف حیضة فانت طالق احتمل ان يعتبر نصف عادتھا ، واحتمل انها متى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصفها^(٢) واحتمل ان يلغو قوله نصف حیضة وقيل اذا حاضت سبعة ايام ونصفها طلقت . وان قال اذا طهرت فانت طالق طلقت اذا انقطع الدم^(٣) وان كانت طاهراً فاذا طهرت من حیضة مستقبله . واذا قالت حضت وكذبها قبل قولها في نفسها^(٤) وان قال قد حضت فانكرته طلقت باقراره^(٥) وان قال ان حضت فانت وضرتك طالقتان فقالت

(١) قوله « واذا قال لظاهر الخ » نص عليه لانها لا تحيض حیضة الا بذلك ولا يعتد بالحیضة التي هي فيها لانها ليست حیضة كاملة ولا يشترط في وقوع الطلاق غسلها بل بمجرد ما تطهر تطلق وهو المذهب وعليه اكثر الاصحاب . وان قال اذا حضت حیضة فانت طالق واذا حضت حیضتين فانت طالق فحاضت حیضة طلقت واحدة فاذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها وان قال اذا حضت حیضة فانت طالق ثم اذا حضت حیضتين فانت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحیضة الثالثة لان ثم للترتيب

(٢) قوله « واحتمل انها متى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصفها ، وهذا المذهب

(٣) قوله « وان قال اذا طهرت الخ » هذا المذهب نص عليه وذكر ابو بكر في التنبیه قولاً انها لا تطلق حتى تغتسل بناء على العدة في انها لا تنقض حتى تغتسل ولنا ان الله تعالى قال ﴿ ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ اي ينقطع دمهن فاذا تطهرن اغتسلن ولانه قد ثبت لها احكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وانما بقي بعض الاحكام موقوفاً على وجود الغسل

(٤) قوله « وان قالت حضت الخ » وهو المذهب لانها امينة على نفسها وهذا قول ابي حنيفة والشافعي لان الله تعالى قال ﴿ ولا يحل لمن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ﴾ قيل هو الحيض والحمل ولولا ان قولها فيه مقبول ما حرم عليها كتبته . وعنه لا يقبل قبولها فيختبرها النساء بادخال قطنه في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهي حائض والا فلا

(٥) قوله « وان قال قد حضت الخ » اي لأنه اقر بما يوجب طلاقها فاشبه ما لو قال قد طلقتها

قد حضت وكذبها طلقت دون ضررتها (١) وان قال ان حضمتا فأتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقنا (٢) وان كذبهما لم تطلقا (٣) وان أكذب إحداهما طلقت وحدها (٤) وان قال ذلك لأربع فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن (٥) [وان كذبهن لم يطلقن (٦)] وان صدق واحدة أو اثنتين لم يطلق منهن شيء (٧) وان صدق ثلاثا طلقت المكذبة وحدها (٨) وان قال كلما حاضت احدا كن فضرائها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن ثلاثا ثلاثا (٩) وان

(١) قوله « ولو قال ان حضت فانت وضررتك الخ » هذا المذهب اى لان قولها مقبول على نفسها ولا تطلق الضررة الا ان تقيم بينة على حيضها . وان ادعت الضررة انها قد حاضت لم تقبل لان معرفتها بحيض غيرها كعرفة الزوج به وانما اتهمت على نفسها في حيضها ، وان قال قد حضت فانكرت طلقنا باقراره

(٢) قوله « فصدقهما طلقنا ، اى لانهما اقرتا وصدقهما

(٣) قوله « وان كذبها لم تطلقا ، اى لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضررتها ولا يقبل قول ضررتها عليها فلم يوجد الشرطان

(٤) قوله « وان كذب احداهما الخ ، اى لان قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج ضررتها فوجد الشرطان في حقها ولم تطلق المصدقة لان قول ضررتها غير مقبول في حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرطا طلاقها

(٥) قوله « وان قال ذلك لأربع ، اى لانه قد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الأربع وقد وجد حيضهن فطلقن بتصديقه

(٦) قوله « وان كذبهن الخ ، اى لان شرط طلاقهن حيض الأربع ولم يوجد

(٧) قوله « وان صدق واحدة الخ ، اى لانه لم يوجد الشرط ليكون قول كل واحدة منهن لا يقبل الا في نفسها

(٨) قوله « وان صدق ثلاثا الخ ، اى لان قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع في حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لان قول المكذبة غير مقبول في حقهن

(٩) قوله « وان قال كلما حاضت الخ ، لانه قد جعل حيض كل واحدة منهن =

صدق واحدة لم تطلق^(١) وطلق ضرأئها طلقة طلقة^(٢) وان صدق اثنتين
طلقت كل واحدة منهما طلقة^(٣) وطلقت المكذبتان طلقتين^(٤) وان
صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا^(٥)

فصل في تعليقه بالحمل

اذا قال ان كنت حاملا فانت طالق فتبين انها كانت حاملا تبينا وقوع الطلاق
حين اليمين والا فلا^(٦) وان قال ان لم تكوني حاملا فانت طالق فهي

== شرطا لطلاق ضرأئها وقد وجد بتصديقه فطلق ثلاثا ثلاثا لان لكل واحدة
ثلاث ضرأئ وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان قولهن غير مقبول عليه في
طلاق غيرهن

- (١) قوله « وان صدق واحدة الخ » ، اى لانه ليس لها صاحبة ثبت حياضها
- (٢) قوله « وطلق ضرأئها الخ » ، اى لان لمن صاحبة قد ثبت حياضها
- (٣) قوله « وان صدق اثنتين الخ » ، اى لان لكل واحدة منهما ضرة مصدقة
- (٤) قوله « وطلقت المكذبتان الخ » ، اى لان لكل واحدة منهما ضرتين
مصدقين

(٥) قوله « وان صدق ثلاثا الخ » ، اى لان لها ثلاث ضرأئ مصدقات وطلقت
كل واحدة من المصدقات لثلاث لان لكل واحدة ضرتين مصدقين

(٦) قوله « اذا قال ان كنت حاملا فانت طالق فتبين انها كانت حاملا » بان
تأتى به لأقل من ستة اشهر ان كانت توطأ او لاكثر من ستة اشهر واقل من اكثر
مدة الحمل اى اقل من اربع سنين ان لم تكن توطأ بعد حلفه « تبينا وقوع الطلاق
من حين اليمين » لتبين وجود الصفة فلو وطئها الزوج بعد اليمين واتت به لسته اشهر
فاكثر من وطئها الذى بعد اليمين لم تطلق وهذا المذهب لانه يمكن ان يكون الولد
من هذا الوطء وان يكون من غيره فيسكون الطلاق مشكوكا فيه والأصل عدمه

على قوله « تبينا وقوع الطلاق حين اليمين والا فلا » ، قال فى المنهاج للشافعية
اذا قال ان كنت حاملا فانت طالق وكان الحمل ظاهرا وقع الطلاق وان لم يكن
ظاهرا فذكر ما قاله الأصحاب هنا قلت والأصحاب لم يفرقوا سواء كان ظاهرا أو
مشكوكا فيه ولم يحكموا بالطلاق الا بعد الوضع بشرطه وكلام صاحب المنهاج اصح

بالعكس^(١) ويحرم وطؤها قبل استبرائها في احدى الروايتين ان كان الطلاق بائنا^(٢) . وان قال ان كنت حاملا بذكر فأنت طالق واحدة وان كنت حاملا بأثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكرا واثى طلقت ثلاثا^(٣) ولو كان مكان قوله ان كنت حاملا ان كان حملك لم تطلق اذا كانت حاملا بهما^(٤)

(١) قوله « وان قال ان لم تكوني حاملا الخ » اى فتطلق بان ولدته لاكثر من اربع سنين من اليمين او لاكثر من ستة اشهر من وطئه بعد اليمين وهذا المذهب وقيل بعدم العكس في الصورة المستثناة فانها لا تطلق لئلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق

(٢) قوله « ويحرم وطؤها الخ » يعنى يحرم الوطء في المستثنتين اى في صورة الابطات وصورة النفي اما الاولى فالصحيح من المذهب انه يحرم وطؤها منذ حلت قدمه في المعنى والشرح وعنه لا يحرم وطؤها عقب اليمين لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل الا ان يظهر بها حمل قدمه في المحرر والنظم وهو ظاهر كلامه في الوجيز ، واما المسئلة الثانية فالصحيح من المذهب انه يحرم وطؤها قبل زوال الريبة او ظهور حمل لجواز ان تحمل من الوطء الصادر بعد الحلف فيظهر ان الطلاق لم يقع وقد كان وقع فيكون ذلك ذريعة الى استباحة المحرم

[فوائد] احداها مفهوم قوله ان كان بائنا انه لو كان رجعيا لم يحرم الوطء وهو صحيح وهو المذهب نص عليه خلافا للقاضى

(الثانية) قوله ويحرم وطؤها قبل استبرائها الصحيح من المذهب ان الاستبراء يحصل بحيضة موجودة او مستقبلية او ماضية لم يظأ بعدها صححه المصنف وغيره ، وعنه تستبرأ بثلاثة اقراء

(الثالثة) لو قال اذا حملت فانت طالق لم يقع الا بحمل متجدد ، هذا المذهب وعليه الأصحاب

(٣) قوله « وان قال ان كنت حاملا الخ » هذا بلا نزاع لوجود الصفة بالذكر واحدة وبالأثى اثنتين وان ولدت ذكرا او ذكورا فطلقة

(٤) قوله « ولو كان مكان الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الجمهور وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن حملها كله ليس بذكر ولا اثنى وكذا الحكم لو قال ان كان مافى بطنك

فصل في تعليقه بالولادة^(١)

إذا قال ان ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة وان ولدت انثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكرا ثم انثى طلقت بالاول وبانت بالثاني ولم تطلق به ذكره أبو بكر^(٢) وقال ابن حامد تطلق به وان اشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة ييقن ولغا ما زاد^(٣) وقال القاضى قياس المذهب ان يقرع بينهما ولا فرق بين

[فائدة] يستحق الذكر والانثى الوصية في المسئلة الاولى ولا يستحقان في المسئلة الثانية بان يقول في الاولى ان كنت حاملا بذكر فله مائة وان كنت حاملا بانثى فله مائتان فولدت ذكرا وانثى استحق كل واحد وصيته ولو قال في الثانية ان كان حملك او مافي بطنك ذكرا فله مائة وان كان انثى فله مائتان فولدت ذكرا وانثى لم يستحقا شيئا من الوصية لأن حملها وما في بطنها لم يتمحض ذكرا ولا انثى

(١) قوله « في تعليقه بالولادة » اذا علقه على الولادة بان قال ان ولدت فانت طالق فالقت ما تصير به الأمة ام ولد وهو ما يتبين فيه بعض خلق الانسان وقع الطلاق لأنها قد ولدت ما يسمى ولدا ولا تطلق بالقاء علقه ونحوها لأنها لا تسمى ولدا ويقبل قوله في عدم الولادة لان الأصل عدمها وبقاء النكاح ولا تخفى غالبا . وقال القاضى وأصحابه ان لم يقر بالحمل قالوا فان شهد النساء بما قالت طلقت لأنه لا يطلع عليه الرجال غالبا

(٢) قوله « وان قال ان ولدت ذكرا الخ » ما قاله أبو بكر هو المذهب وبه قال الشافعى واصحاب الرأى لأن العدة انقضت بوضعه اى الثانى فصادفها الطلاق باثنا فلم يقع كما لو قال اذا مت فانت طالق وقال ابن حامد تطلق به لأن زمن الوقوع زمن البينونة فلا تنافى بينهما قال الشارح والصحيح الاول لما ذكرنا وقد نص أحمد فيمن قال انت طالق مع موتى انها لا تطلق فهذا اولى فان ولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثا لوجود الشرطين قال في الانصاف بلا نزاع اعلمه غير الشيخ تقي الدين ومن تبعه

(٣) قوله « وان اشكل كيفية وضعهما الخ » هذا المذهب فيقع واحدة لاحتمال ان يكون السابق الذكر ولغا ما زاد على الواحد لان الأصل عدم وقوعه لكن الورع ان يلزمهما اى الطلقتين لاحتمال ان يكون السابق انثى

أن تلده حيا او ميتا^(١)

فصل في تعليقه بالطلاق

إذا قال اذا طلقك فانت طالق ثم قال ان قت فانت طالق فقامت طلقت
طلقتين^(٢) وان قال ان قت فانت طالق ثم قال اذا طلقك فانت طالق فقامت

(١) قوله « ولا فرق الخ » لأن الشرط ولادة ذكر او انثى وقد وجدت ولان
العدة تنقضى به وتصير به الأمة ام ولد

[فائدة] اذا قال كلما ولدت فانت طالق او كلما ولدت ولدا فانت طالق
فولدت ثلاثة معا طلقت ثلاثا لأن الولادة تعدد بتعدد الأولاد وان ولدت الثلاثة
واحدا بعد واحد وكانوا من حمل واحد طلقت بالاول طلقة وبالثاني اخرى لأن
كلما للتكرار ولم تنقض عدتها بالثاني لان العدة لا تنقضى الا بوضع الحمل كله
لقوله تعالى ﴿ واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ﴾ وانقضت العدة بالثالث
ولم تطلق به لأن العدة انقضت بوضعه والبائن لا يلحقها طلاق . ذكر ذلك في المغنى
والكافي وغيرهما والمنتهى وشرحه . وذكر في الانصاف ان عدتها تنقضى بالثاني
من الأولاد وهو سهو

(٢) قوله « اذا قال اذا طلقك الخ » وهذا المذهب فتطلق واحدة بالمنجز
واحدة بوجود الصفة وهذا في المدخول بها فاما غيرها فلا تطلق الا واحدة بالمنجز
وتبين بها ولا يلحقها المعلق فان قال عنيت بقولى هذا انك تكونين طالقا بما او قعته
عليك ولم ارد ايقاع طلاق فيما باشرتك به دين وهل يقبل في الحكم يخرج على
روايتين احدهما لا يقبل وهى المذهب وبه قال الشافعى لأنه خلاف الظاهر اذ
الظاهر ان هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق والوجه الثانى يقبل قوله لأنه يحتمل
ما قاله فقيل كما لو قال انت طالق انت طالق وقال اردت التوكيد او افهامها

[فائدة] لو قال اذا طلقك فانت طالق ثم قال ان قت فانت طالق فقامت
طلقت بقيامها ثم طلقت بالصفة اخرى لانه قد طلقها بعد عقد الصفة وكذا لو نجز
الطلاق بعد التعليق

طلقت واحدة^(١) وان قال ان قمت فانت طالق ثم قال ان وقع عليك طلاق فانت طالق فقامت طلقت طلقتين^(٢) وان قال كلما طلقتك فانت طالق ثم قال انت طالق طلقت طلقتين^(٣) وان قال كلما وقع عليك طلاق فانت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب طلقت ثلاثا^(٤) وان قال كلما وقع عليك طلاق أو ان وقع عليك طلاق فانت طالق قبله ثلاثا ثم قال انت طالق فلا نص فيها عن أحمد رحمه الله تعالى وقال أبو بكر والقاضي تطلق ثلاثا^(٥)، وقال ابن عقيل تطلق

(١) قوله « وان قال ان قمت الخ ، وهذا المذهب فتطلق بالقيام واحدة لوجود شرطها وهو القيام ولم تطلق بالتعليق لانه لم يطلقها بعد ذلك

(٢) قوله « ولو قال ان قمت الخ ، أى فتطلق واحدة بالقيام والثانية بوقوع الطلاق عليها وهذا ان كان مدخولا بها لأن الطلاق الواقع عليها طلاقه فقد وجدت الصفة وان كانت غير مدخول بها طلقت واحدة

(٣) قوله « وان قال كلما طلقتك الخ ، أى فتطلق اثنتين ان كانت مدخولا بها واحدة بالمباشرة والأخرى بالصفة ولا يقع ثالثة لأن قوله كلما طلقتك يقتضى كلما او قمت عليك الطلاق وهذا يقتضى تجديد ايقاع طلاق بعد هذا القول فلو قال لها بعد عقد الصفة ان خرجت فانت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة اخرى لأنه قد طلقتها فلو قال كلما او قمت عليك طلاق فانت طالق فهو كقوله كلما طلقتك فانت طالق على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال كلما وقع عليك الخ ، أى لانه اذا طلقتها بمباشرة أو سبب طلقت واحدة فيصدق انه وقع عليها طلاقه فتطلق اخرى بالصفة وتقع الثالثة والمراد بالمباشرة ان ينجز الطلاق بنفسه او وكيله والمراد بالسبب والصفة واحد وهو وقوعه بوجود ما علق الطلاق عليه ومحل وقوع الثلاث ان وقعت الطلقة الأولى والثانية رجسيتين اذ البائن لا يلحقها طلاق وهذا المذهب فى ذلك

(٥) قوله « وان قال كلما وقع عليك الخ ، قول أبي بكر والقاضى هو المذهب فتطلق واحدة بالمباشرة واثنتان من المعلق ويلغو قوله قبله وهذا قياس قول الشافعى وبعض أصحابه لأنه وصف المعلق بصفة يستحيل وصفه بها فانه يستحيل وقوعها بالشرط قبله فتلغو صفتها بالقبلية وصار كانه قال اذا وقع عليك طلاق فانت طالق ثلاثا .

بالطلاق المنجز ويلغو ما قبله^(١) وإن قال لاربع نسوة أيكن وقع عليها طلاقاً فصواحبهما طوالت ثم وقع على احدها من طلاقه طلقت ثلاثاً^(٢) وإن قال كلما طلقت

(١) قوله « وقال ابن عقيل الخ ، فتطلق واحدة لأن المحل صالح له ويكون التعليق باطلاً لأنه طلاق في زمن ماض أشبه قوله أنت طالق أمس ولأنه لو وقع المعلق لمنع وقوع المنجز فإذا لم يقع المنجز بطل شرط المعلق فاستحال وقوع المعلق ولا استحالة في وقوع المنجز فيقع ، قال في الانصاف وهو قياس نص أحمد وأبي بكر في ان الطلاق لا يقع في زمن ماض وقيل لا تطلق مطلقاً قاله بعض الأصحاب واختاره ابن سريج وغيره من الشافعية لأن وقوع الواحدة يقتضى وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدي الى نفيها فلا تثبت ولأن إيقاعها يفضى الى الدور لأنها اذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما افضى الى الدور وجب قطعه من أصله وهذا ما صححه الاكثرون من الشافعية وحكاه بعضهم عن النص وقاله الشيخ أبو حامد شيخ العراقيين والقفال شيخ المرابزة قال في المهمات فكيف تسوخ الفتوى بما يخالف نص الشافعي وكلام الاكثرين ونصر في الشرح الأول واكده بقوله اذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم وجد ما يفسخ النكاح من رضاع او ردة فانه يرد على ابن سريج ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضى وما ذكره ذريعة الى انه لا يقع عليها الطلاق جملة

[فائدة] اذا قال لزوجته الامة اذا ملكتك فانت طالق ثلاثاً ثم ملكها طلقت في الأقيس وفي المحرر لا تطلق وجها واحداً

(٢) قوله « وإن قال لاربع الخ ، أى لانه اذا وقع طلاقه على واحدة وقع على صواحبهما ووقوعه على واحدة منهن يقتضى وقوعه على صواحبهما فيتسلسل الوقوع عليهن الى ان يكمل الثلاث بكل واحدة

[فائدة] لو كان له ثلاث نسوة فقال ان طلقت زينب فعمرة طالق وان طلقت عمرة فحفصة طالق وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لأنه احدث في زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها

واحدة منكن فعبد من عبيدى حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة احرار وكلما طلقت اربعا فاربعة احرار ثم طلقن جميعا عتق خمسة عشر عبدا^(١) وقيل عشرة^(٢) ويحتمل ان لا يعتق الا اربعة^(٣) الا ان يكون له نية . وإذا قال لامرأته اذا أتاك طلاقى فانت طالق ثم كتب اليها اذا أتاك كتابى هذا فانت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين^(٤) فان قال أردت انك طالق بذلك الطلاق الاول دُين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين^(٥) .

(١) قوله « عتق خمسة عشر عبدا » هذا المذهب لان فيهن اربع صفات هن اربع فيعتق اربعة وهن اربعة ايجاد فيعتق اربعة ايضا وهن اثنتان واثنتان فيعتق كذلك وفيهن ثلاث فيعتق بذلك ثلاث قال فى الاقناع الا ان تكون له نية فيؤخذ بما نوى لأن النية مقدمة

(٢) قوله « وقيل عشرة ، أى بالواحدة واحد وبالثانية اثنتان وبالثالثة ثلاثة وبالاربعة اربعة

(٣) قوله « ويحتمل الخ ، واختاره فى الرعاية ان طلق معا كقوله كلما اعتقت اربعة فاربعة احرار لان هذا الذى سبق الى اذهان العامة وهذا مع الاطلاق ، فاما ان كان له نية فانه يعمل بها على المذهب

(٤) قوله « وان قال لامرأته الخ ، أى اذا اتاها الكتاب كاملا ولم ينسج منه ذكر الطلاق لانه علق طلاقها بصفتين مجيىء الطلاق ومجىء كتابه وقد اجتمعا فى مجيىء الكتاب فلو اتاها بعض الكتاب وفيه الطلاق ولم ينسج لم تطلق وهو المذهب وقيل تطلق قال فى السكافى والرعاية فان اتاها وقد ذهبت حواشيه او محي ما فيه سوى الطلاق طلقت وان ذهب الكتاب الا موضع الطلاق فوجهان

(٥) قوله « فان قال أردت الخ ، احدهما يقبل فى الحكم وهو الصحيح من المذهب لانه محتمل وهو اعلم بارادته والثانية لا يقبل لانه خلاف الظاهر ولو كتب لليها اذا قرأت كتابى هذا فانت طالق فقضى . عليها وقع ان كانت لا تحسن القراءة وان كانت تحسن القراءة فوجهان فى الترغيب

فصل فى تعليقه بالحلف

إذا قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال انت طالق ان قمت او دخلت الدار طلقت فى الحال (١). وان قال انت طالق ان طلعت الشمس او قدم الحاج فهل هو حلف؟ فيه وجهان (٢). وان قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق أو قال ان كلمتك فانت طالق واعاده مرة أخرى طلقت واحدة (٣) وان اعاده ثلاثا طلقت ثلاثا (٤) وان قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فأتما طالقتان واعاده طلقت كل واحدة طلقة (٥) وان كانت احدهما غير مدخول

(١) قوله « إذا قال ان حلفت الخ، وكذا لو قال ان لم تدخل الدار او ان لم يكن هذا القول حقا فتطلق فى الحال لأنه حلف بطلاقها وكذا كل شرط فيه حث أو منع والأصح أو تصديق خبر أو تكذيبه واختار الشيخ تقي الدين العمل بعرف المتكلم وقصده فى مسمى اليمين وانه موجب اصول أحمد ونصوه

(٢) قوله « وان قال انت طالق ان طلعت الخ، يعنى اذا قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال ذلك أحدهما ليس بحلف فيكون شرطاً محضاً وهو الصحيح من المذهب لأن الحلف ما قصد به المنع من شيء أو الحث عليه وليس فيهما شيء من ذلك

(٣) قوله « وان قال إن حلفت بطلاقك الخ، لانه اذا حلف بطلاقها اذا اعاده فتطلق واحدة ومراد المصنف اذا لم يقصد باعادته افهامها فاما ان قصد افهامها لم تطلق الا واحدة سواء اعاد ذلك مرة أو ثلاثا قاله الأصحاب

(٤) قوله « وان أعاده ثلاثا الخ، أى اذا لم يقصد افهامها لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة اخرى وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع التكرار بطلاقه لأنه تكرار للكلام ويكون تأكيدا، وهذا اذا كانت مدخولا بها فاما ان كانت غير مدخول بها بانتهى بالأولى.

(٥) قوله « وان قال لامرأته ان حلفت الخ، هذا المذهب لأن شرط طلاقها الحلف بطلاقها وقد وجد وان اعاده ثلاثا طلقتا طلقتين وان اعاده اربعة فثلاث لوجود الشرط وهو الحلف

بها فاعاده بعد ذلك لم تطلق واحدة منهما^(١) ، وان قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأتما طالقتان واعاده ثانية طلقت كل واحدة طلقتين^(٢) وان قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق او فضرتها طالق واعاده طلقت كل واحدة طلقة^(٣) وان قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرته فان طالق ثم قال ذلك للاخرى طلقت الاولى^(٤) فان اعاده للاولى طلقت الاخرى^(٥)

فصل في تعليقه بالكلام

اذا قال ان كلمتك فان طالق فتحقق ذلك أوزجرها فقال تنحى او اسكتي

(١) قوله « فان كانت احداهما غير مدخول بها الخ ، أى لان شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما ولم يوجد لأن غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها لأنها بائن

على قوله « فاعاده بعد ذلك » ، يعنى بعد الطلقة الأولى

(٢) قوله « وان قال لمدخول بهما الخ ، أى لانه باعاده حالف بطلاق كل واحدة منهما وهو شرط طلاقهما وكلما للتكرار فيتكرر طلاقهما لتكرر عددهما

(٣) قوله « وان قال كلما حلفت الخ ، أى لان حلفه بطلاق واحدة انما اقتضى طلاقها وحدها وما حلف بطلاقها الا مرة فتطلق مرة واحدة

(٤) قوله « طلقت الأولى ، لان التعليق حلف وقد علق طلاق ضرته فتطلق الاولى لوجود شرط طلاقها وهو تعليق طلاق ضرته

(٥) قوله « وان اعاده الخ ، أى لان ذلك تعليق لطلاقها وكلما اعاده لامرأة طلقت الاخرى الى ان يبلغ ثلاثا وان كانت احداهما غير مدخول بها فطلقت مرة لم تطلق الاخرى لانه ليس حلف بطلاقها لكونها بائنا فهو قال كلما حلفت بطلاقها فاحدا كما طالق وكرره ثلاثا او اكثر لم يقع شيء ذكره في المحرر والرعاية والفروع لان هذا حلف بطلاق واحدة ولم يوجد الحلف بطلاقهما وان قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فاحدا كما طالق ثم قاله ثانيا وقمت باحداهما طلقة وتعين بقرة ذكره الاصحاح

او قال ان قمت فانت طالق طلقت^(١) ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل
بيمينه لأن اثباته به يدل على ارادته الكلام المنفصل عنها^(٢). وان قال ان
بدأت بك بالكلام فانت طالق فقال ان بدأتك به فعبدى حر انحلت يمينه الا ان
ينوى^(٣) ويحتمل أن يحنث ببدائته اياها بالكلام في وقت آخر لأن الظاهر انه
أراد ذلك بيمينه^(٤) فان قال ان كلت فلانا فانت طالق فكلمته فلم يسمع
لتشاغله أو غفلة أو كاتبته أو راسلته حنث^(٥) وان اشارت اليه احتمل

(١) قوله « اذا قال ان كلتك الخ » وهذا المذهب في ذلك لانه كلمها بعد عقد
اليمين الا ان يريد بعد انقضاء كلامي هذه ونحوه

(٢) قوله « ويحتمل الخ » قال في الانصاف وهذا هو الصواب
[فائدة] اذا قال ان كلتك فانت طالق ثم قال ان قمت فانت طالق طلقت في
الحال طلقة واخرى بالقيام ان كانت مدخولا بها فلو قال ان كلتك فانت طالق
فاعاده ثانية فواحدة وان ثالثا فتانية وان اربعا فتالثة وتبين غير المدخول بها بطلقة
ولا ينمقد ما بعدها ذكره القاضى وجزم به في المغنى وقدمه في المحرر ثم قال وعندى
تنعقد الثانية بحيث اذا تزوجها وكلمها طلقت الا على قول التيمى بحل الصفة مع
البيئونة فانها قد انحلت بالثالثة لانه قد كلمها

(٣) قوله « وان قال إن بدأتك الخ » وهذا المذهب لأنها كلمته فلم يكن كلامه
لها بعد ذلك ابتداء الا ان ينوى انه لا يبدأها في مرة اخرى وتبقى يمينها معلقة
فان بدأها بالكلام انحلت يمينها وان بدأته هي عتق عبدها ذكره الاصحاب

(٤) قوله « ويحتمل الخ » هذا الاحتمال للخصم في الانصاف وهو قوى
جيدا .

(٥) قوله « وان قال ان كلت فلانا الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب
ونص عليه في التشاغل والغفلة والذهول لأن الكلام يطلق ويراد به ذلك بدليل
حجة استثنائه منه في قوله تعالى ﴿ وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا أو من
وراء حجاب أو يرسل رسولا ﴾ ولأن القصد بيمينه هجرانه ولا يحصل ذلك مع
مواصلته بالكتاب والرسول الا ان يكون قصد ان تشافهه نص عليه ، وعنه
لا يحنث اذا كاتبته أو راسلته الا ان ينوى ذلك لان هذا ليس بكلام حقيقة بدليل =

وجبين^(١) وان كلمته سكران أو اصم بحيث يعلم انها تكلمه أو مجنوناً يسمع كلامها حنث وقيل لا يحنث^(٢) وان كلمته ميتا أو غائبا أو مغمى عليه أو نائما لم يحنث وقال أبو بكر يحنث^(٣) وان قال لامرأته ان كلمتها هذين فأتها

== الحلف بالله .

[فائدة] لو أرسلت رسولا يسأل أهل العلم عن مسألة حدثت فجاء الرسول فسال المحلوف عليه لم يحنث قولاً واحداً قاله المصنف والشارح

(١) قوله « وان اشارت اليه الخ ، احدهما لا يحنث وهو الصحيح من المذهب لانه لم يوجد الكلام والثاني يحنث لانه يحصل به مقصود الكلام

(٢) قوله « وان كلمته سكران الخ ، وهذا المذهب لأن الطلاق معلق على الكلام وقد وجد فان كان السكران أو المجنون مصروعاً لم يحنث وكذا ان كان لا يعلم واحد منهما انها تكلمه والمجنون اذا لم يسمع كلامها وقيل لا يحنث اختاره القاضى وغيره لأن السكران والمجنون لا عقل لهما والأصم لا يسمع له وكذا الحكم لو كلمت صبياً يسمع ويعلم انه مكلم

[فائدة] اذا أُجِنَّتْ هي وكلمته لم يحنث لأن القلم مرفوع عنها فلم يبق لكلامها حكم ولو كلمته وهي سكرى حنث لان حكمها حكم الصاحي وهو ظاهر كلام المصنف هنا وقدمه في المغنى والشرح وقيل لا يحنث لانه لا عقل لها

(٣) قوله « وان كلمته ميتا الخ ، هذا المذهب وعليه اكثر الاصحاب لان التكلم فعل يتعدى المتكلم وقيل هو ماخوذ من السلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك الا باستماعه . وقال أبو بكر يحنث وذكره رواية عن أحمد لان اشعاره بالكلام غير معتبر

[فائدة] اذا حلف لا يكلم انساناً فكلم غيره وهو يسمع يقصد بذلك اسماعه كما يقال اياك اعنى واسمعى يا جارة حنث نص عليه وعنه لا كنية غيره والاول اصح لانه اسمعه كلاماً يريد به اشبه ما لو خاطبه به

[فائدة] اذا حلف لا يقرأ كتاب زيد فقرأه في نفسه ولم يحرك شفثيه به حنث لان هذه قراءة الكتب في عرف الناس الا ان ينوى حقيقة القراءة

طالقتان فكلمت كل واحدة واحدا منهما طلقتا^(١) ويحتمل ان لا يحنث حتى يكلمها جميعا كل واحد منهما^(٢) وان قال ان امرتك تخالفتيني فنهاها تخالفته لم يحنث الا ان ينوى مطلق المخالفة ويحتمل أن تطلق^(٣) وقال ابو الخطاب ان لم يعرف حقيقة الأمر والنهي حنث^(٤)

فصل فى تعليقه بالاذن

اذا قال ان خرجت بغير اذنى أو الا باذنى أو حتى آذن لك فانت طالق ثم آذن لها فخرجت ثم خرجت بغير اذنه طلقت^(٥) وعنه لا تطلق الا ان ينوى الاذن فى كل مرة مرة^(٦) وان آذن لها من حيث لا تعلم فخرجت

(١) قوله « وان قال لامرأته الخ ، هذا المذهب لان تكليمها وجد منها وكما لو قال ان ركبتا هاتين الدابتين فاتتا طالقتان فركبت كل واحدة دابة

(٢) قوله « ويحتمل الخ ، أى لانه علق طلاقهما بكلامه لها فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها كقوله ان كلمتا زيدا وكلمتا عمرا وهذا اظهر الوجهين وهو اولى ان شاء الله قاله الشارح اذا لم يكن له نية

(٣) قوله « وان قال ان امرتك الخ ، هذا المذهب وهو مذهب الشافعى لانها خالفت نهيها لا امره ولانه يحنث اذا نوى مطلق المخالفة بغير خلاف لأن مخالفة النهى مخالفة ويحتمل ان تطلق قدمه فى الرعاية والمحرر وغيرهما لان الامر بالشىء نهى عن ضده والنهى عنه امر بضده فاذا تكون خالفت امره

(٤) قوله « وقال ابو الخطاب الخ ، قال فى الانصاف وهو قوى جدا لانه اذا كان كذلك فانما يريد نفي المخالفة فلو قال ان نهيتنى عن نفع أمى فانت طالق فقالت لا تعطها شيئا من مالى لم يحنث لأنه نفع محرم فلا تناوله يمينه ولو قال انت طالق ان كلمت زيدا ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيدا فى حال كون محمد مع خالد لأنها حال من الجملة الأولى وقال القاضى تطلق بكلام زيد لان الجملة الثانية استئناف والأول اصح

(٥) قوله « اذا قال ان خرجت الخ ، وهذا المذهب لانها خرجت بغير اذنه

(٦) قوله « وعنه الخ ، قال فى الإنصاف وهو قوى كاذنه فى الخروج كلما =

طلقت^(١) ويحتمل ان لا تطلق^(٢) وان قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذن فان تطلق فخرجت تريد الحمام وغيره طلقت^(٣) وان خرجت الى الحمام ثم عدلت الى غيره طلقت^(٤) ويحتمل ان لا تطلق^(٥)

فصل في تعليقه بالمشيئة

اذا قال انت طالق ان شئت أو كيف شئت او حيث شئت أو متى شئت لم تطلق حتى تقول قد شئت سواء شئت على الفور أو التراخي ويحتمل ان

= شئت نص عليه لان لا تقتضى التكرار فتناول الخروج في المرة الأولى فعلى المذهب لو اذن لها في الخروج كلما شئت لم تطلق لانه اذن عام نص عليه

(١) قوله « وان اذن لها الخ ، هذا المذهب نص عليه لانها اذا لم تعلم فليس ياذن لان الاذن هو الإعلام ولم يعلمها

(٢) قوله « ويحتمل الخ ، أى لانه يقال اذن لها ولم تعلم

[فائدتان] لو قال الابا اذن زيد فمات لم يحنث اذا خرجت على الصحيح من المذهب .

(الثانية) لو اذن لها فلم تخرج حتى نهاها ثم خرجت فعلى وجهين احدهما تطلق صحه في النظم وجزم به في المنور والثاني لا تطلق قال ابن عبدوس في تذكرته لا يقع اذا اذن لها ثم نهى وجهلته

(٣) قوله « وان قال ان خرجت الى غير الحمام الخ ، هذا المذهب سواء عدلت الى الحمام او لم تعدل لانها خرجت الى غير الحمام وانضم اليه غيره فحنث كما لو حلف لا يكلم زيدا فكلم زيدا وعمرا

(٤) قوله « وان خرجت الى الحمام ثم الخ ، هذا المذهب وهو ظاهر ما روى عن أحمد لان ظاهر هذه المنع من غير الحمام فكيفما صارت اليه حنث كما لو خالف في لفظه .

(٥) قوله « ويحتمل الخ ، وهذا قول الشافعى لانها لم تفعل ما حلف عليه اذ هو عبارة عن الخروج الى غير الحمام ولم يوجد

يوقف على المجلس كالاختيار^(١) فان قال انت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت لم تطلق^(٢) وان قال انت طالق ان شئت وشاء ابوك لم تطلق حتى يشاء^(٣) وان قال انت طالق ان شاء زيد فمات او جن او خرس

(١) قوله ، اذا قال أنت طالق ان شئت الخ ، وهذا المذهب ولو شاءت كارهة لان ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه باللسان فيمتعلق بالحكم بما ينطق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم تطلق

[فائدة] لو رجع قبل مشيئتها لم يصح رجوعه على الصحيح من المذهب كبقية التعاليق ، وعنه يصح كاختارى وامرك بيدك فعلى المذهب متى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور او التراخي نص عليه في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما اذا قال انت طالق حيث شئت او ان شئت ونحو هذا قال الزهرى وقتادة وقال أبو حنيفة دون صاحبيه اذا قال انت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لان هذا ليس بشرط ، ولنا انه اضاف الطلاق الى مشيئتها وقال الشافعى في جميع الحروف ان شاءت في الحال والا فلا تطلق لأن هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختارى وقال اصحاب الرأى في ان كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لان هذه صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف ان فانها لا تقتضى زمانا وانما هي مجرد الشرط وقال الحسن وعطاء في قوله انت طالق ان شئت انما ذلك ما دام في المجلس لانه تمليك للطلاق فكان على الفور

(٢) قوله ، وان قال انت طالق ان شئت الخ ، نص عليه لأنها لم تشأ لان المشيئة امر حقيق لا يصح تعليقها على شرط وكذلك ان قالت قد شئت ان طلعت الشمس نص عليه وهذا قول سائر اهل العلم منهم الشافعى واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأى وحكاه ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه

(٣) قوله ، وان قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك الخ ، هذا المذهب لان الصفة مشيئتهما فلا تطلق بمشيئة احدهما لعدم وجود الشرط وقيل تطلق بمشيئة احدهما قال في الانصاف وهذا بعيد جدا فعلى المذهب تكون المشيئة منهما او من احدهما على التراخي وقيل تختص بالمجلس

قبل المشيئة لم تطلق^(١) وان شاء وهو سكران خرج على الروايتين في طلاقه^(٢) فان كان صديا يعقل المشيئة فشاء طلقت والا فلا^(٣) وان قال انت طالق الا ان يشاء.

[فائدة] اذا قال اذا ضاجعتك على فراش فانت طالق فاضطجعت هي معه فقام لوقته لم يحنث والا حنث . ولو اختصم رجلان فقال احدهما للآخر زوجة السفلة بكسر السين مع اسكان الفاء منا طالق فقال الآخر نعم قال أحمد السفلة الذى لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه وقال في رواية عبد الله هو الذى يدخل الحمام بلا مئزر ولا يبالي على اى معصية . روى اذا حلف بالطلاق ليفعلن محرما في وقت معين لم يحل له فعله وتطلق نص عليه فيمن حلف بالطلاق ليطأن زوجته في وقت بعينه فاذا هي حائض قال لا يطأها وتطلق فان فعله فقد عصى الله ولم تطلق وان لم يعين وقتا لفعله لم يحنث الا في آخر وقت الامكان

(١) قوله « وان قال أنت طالق إن شاء زيد الخ ، الصحيح من المذهب انه اذا مات او جن انها لا تطلق لان شرط الطلاق لم يوجد . وقال أبو بكر يقع لانه علقه على شرط تعذر الوقوف عليه فوقع كقوله انت طالق ان شاء الله تعالى وليس بصحيح لان الطلاق المعلق على شرط لا يقع اذا تعذر شرطه كالمعلق على دخول الدار وعلم انه اذا شاء وهو مجنون لا يقع طلاقه لانه لا حكم لسكلامه ، واما الاخرس فالصحيح من المذهب انه ان فهمت اشارته فهو كمنطقه

[فائدة] لو غاب لم تطلق على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان شاء وهو سكران الخ ، ذكر ذلك الاصحاب لان قوله قد شئت يترتب عليه وقوع الطلاق فوجب كونه بمنزلة نفس الطلاق واختار المصنف هنا والشارح عدم الوقوع وان وقع هناك . والفرق بينهما ان ايقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وههنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حالة زوال عقله

(٣) قوله « وان كان صديا الخ ، الصحيح من المذهب ان الصبي المميز اذا شاء تطلق قال الاصحاب هو كطلاقه وتقدم في اوائل كتاب الطلاق ان طلاقه يقع على زوجته ولان له مشيئة بدليل صحة اختياره لاحد ابويه والرواية الثانية لا تطلق كطلاقه .

زيد فمات أو جن أو خرس طلقت^(١) وإن قال أنت طالق واحدة إلا إن يشاء زيد ثلاثا فمات ثلاثا طلقت ثلاثا في أحد الوجهين^(٢) وفي الآخر لا تطلق^(٣) وإن قال أنت طالق إن شاء الله طلقت وإن قال لأمته أنت حرة إن شاء الله عتقت^(٤)

(١) قوله « وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الخ » إذا مات أو جن طلقت بلا نزاع لأنه أوقع الطلاق وعلقه بشرط ولم يوجد ويقع الطلاق في الحال على المذهب وقيل في آخر حياته وقيل يتبين حنثه وأما إذا خرس فالصحيح من المذهب أن إشارته المفهومة كمنطقه مطلقا وقيل إن حصل خرسه بعد يمينه فليس كمنطقه وقال الناظم لو قيل بعدم وقوع الطلاق إذا خرس أو جن إلى حين الموت لم يكن ببعيد .

(٢) قوله « وإن قال أنت طالق واحدة الخ » الأول المذهب لأن هذا هو السابق إلى الفهم من ذلك كما لو قال له على ألف درهم إلا أن يقيم بيته بثلاثة وخذ درهما إلا أن تريد أكثر منه

(٣) قوله « وفي الآخر الخ » يعني لا تطلق غير الواحدة المنجزة وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لأن الاستثناء من الإثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة إلا إن يشاء زيد ثلاثا فلا تطلق ولأنه علق وقوع الواحدة على عدم مشيتها الثلاث ولم يقع بمشيتها شيء أشبه قوله إلا إن يشاء زيد فاما إذا لم يشأ زيد أو شاء أقل من ثلاث فواحدة

على قوله « وفي الآخر لا تطلق » وكذا الحكم لو قال أنت طالق واحدة إلا إن تشأني ثلاثا فمات ثلاثا ووقوع الثلاث هنا من المفردات ونص عليه وكذا عكس هذه المسئلة مثلها في الحكم كقوله أنت طالق ثلاثا إلا إن تشأني أو يشاء زيد واحدة فيشأ زيد أو هي واحدة

(٤) قوله « وإن قال أنت طالق إن شاء الله الخ » وهذا المذهب نص عليه في رواية الجماعة ، وفي زاد المسير لا تختلف الرواية فيه ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى ومالك والليث والأوزاعي وأبو عبيد . وعنه ما يدل على أنهما لا يقعان وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لأنه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد وقوله ﷺ من =

وحي عنه انه يقع العتق دون الطلاق^(١) وان قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت^(٢) وان قال ان لم يشأ الله فعلى وجهين^(٣) وان قال ان دخلت الدار فانت

= حلف فقال ان شاء الله لم يحنث رواه الترمذى وحسنه. ولنا ما روى أبو جرمرة قال سمعت ابن عباس يقول اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله فهى طالق رواه أبو حفص وعن أبي بردة نحوه وروى ابن عمر وابن مسعود قال كنا معشر اصحاب النبي ﷺ نرى الاستثناء جائزا في كل شيء الا في الطلاق والعتاق ذكره أبو الخطاب ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق حالا وما لا فلم يصح كاستثناء الكل

(١) قوله « وحي عنه الخ ، وعلله أحمد بأن العتق لله تعالى والطلاق ليس هو لله تعالى ولا فيه قرينة ولان نذر العتق يلزم الوفاء به بخلاف الطلاق فافترقا . قال في المحرر ولا يصح عن أحمد التفرقة بينهما وحي هذا القول عنه أبو حامد الأسفراينى الشافعى واختار جماعة من الاصحاب هذه الرواية الأخيرة بناء على انهما من جمل الايمان قال الشيخ تقي الدين يكون معناه هى طالق ان شاء الله الطلاق بعد هذا والله لا يشاؤه الا بتكلمه بعد ذلك . وقال ايضا ان اراد بذلك وقوع الطلاق عليها بهذا التظليق طلقت لانه كقوله انت طالق بمشيئة الله وليس قوله ان شاء الله تعليقا بل توكيد للوقوع وتحقيق له وان اراد بذلك حقيقة التعليق على مشيئته مستقبلة لم يقع به الطلاق حتى تطلق بعد ذلك فاذا طلقها بعد ذلك فقد شاء الله وقوع طلاقها حينئذ وكذا ان قصد بقوله ان شاء الله ان يقع هذا الطلاق الآن فانه يكون ايضا معلقا على المشيئة فاذا شاء الله وقوعه فيقع حينئذ ولا يشاء الله وقوعه حتى يوقعه هو ثانيا . انتهى

(٢) قوله « وان قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت ، هذا المذهب نص عليه ووافق اصحاب الشافعى على هذا فى الصحيح من المذهب لأنه اوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم

(٣) قوله « وان قال ان لم الخ ، احدهما يقع وهو المذهب لتضاد الشرط والجزاء فلغى تعليقه بخلاف المستحيل ، والثانى لا يقع اختاره القاضى ذكره فى المستوعب بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله انت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه وكذا الحكم خلافا ومذهبا لو قال انت طالق ما لم يشأ الله

طالق ان شاء الله فدخلت فهل تطلق؟ على روايتين^(١) وان قال انت طالق
لرضي زيد أو لمشيئته طلقت في الحال^(٢) فان قال أردت الشرط دين ، وهل
يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين^(٣) . وان قال ان كنت تحبين أن
يعذبك الله بالنار فأنت طالق او قال ان كنت تحبينه بقلبك فأنت طالق فقالت
أنا أحبه فتمد توقف أحمد عنها وقال القاضي تطلق^(٤) والاولى انها لا تطلق

(١) قوله « وان قال ان دخلت الخ ، احدهما تطلق لما تقدم والثانية لا لان
الطلاق المعلق بشرط يمين فيدخل في عموم الخبر قال في الاقناع ان نوى رد المشيئة
الى الفعل لم يقع الطلاق ولا العتق به لان الطلاق أو العتق يمين اذ هو تعليق على
ما يمكن فعله فاذا اضافه الى مشيئة الله تعالى لم يقع لحديث ابن عمر مرفوعا من
حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حث عليه رواه الخمسة الا أبا داود ، فمن قال
لزوجته انت طالق لتدخلن الدار ان شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لانها ان
دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وان لم تدخل علمنا ان الله تعالى لم يشأ لانه لو شاء
وجد فاشاء كان وما لم يشأ لم يكن ، وان لم ينورد المشيئة الى الفعل وقع الطلاق
والعتاق لما ذكر او لا

على قوله « فانت طالق ، » او حرة

(٢) قوله « فان قال أنت طالق لرضا زيد الخ ، بلا نزاع لان معناه انت طالق
لكونه قد شاء ذلك أو رضيه

(٣) قوله « وان قال الخ ، احدهما يقبل في الحكم على الصحيح من المذهب
وهو اظهر الوجهين لأصحاب الشافعي لأن ذلك يستعمل للشرك كقوله انت طالق
للسنة والثانية لا لانه خلاف الظاهر

[فائدة] لو قال ان رضيت أبوك فانت طالق فقال أبوها ما رضيت ثم قال
رضيت طلقت لأنه مطلق فكان مترخيا ذكره في الفنون وان قوما قالوا ينقطع
بالأول وجزم بالأول في الاقناع

(٤) قوله « وان قال ان كنت تحبين الخ ، ما قاله القاضي ذكره ابن عقيل
مذهبا ومذهب العلماء كافة سوى محمد بن الحسين وجزم به في الوجيز وهو قول
اصحاب الرأي لان ما في القلب لا يوقف عليه الا من اللفظ فاقتضى تعليق الحكم
بلفظها صادقة او كاذبة

إذا كانت كاذبة (١)

فصل في مسائل متفرقة

إذا قال أنت طالق إذا رأيت الهلال طلقت إذا روى إلا ان ينوى حقيقة رؤيتها فلا يحنث حتى تراه وان قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبره به امرأته طلقت الأولى منهما إلا ان تكون الثانية هي الصادقة وحدها فتطلق وحدها (٢) وان قال من أخبرتني بقدومه فهي طالق فكذلك عند

(١) قوله « والأولى الخ » وهذا المذهب وقاله أبو ثور لأن المحبة في القلب ولا يوجد من أحد محبته وخبرها بالمحبة كذب لا يلتفت اليه

[فوائد] مثل ذلك خلافاً ومذهباً لو قال ان كنت تبغضين الجنة فانت طالق فقالت أنا أبغضها وكذا لو قال ان كنت تبغضين الحياة ونحو ذلك بما يعلم أنها تحبه (الثانية) لو قالت امرأته أريد أن تطلقني فقال ان كنت تريدين أو ان أردت ان أطلقك فانت طالق فظاهر الكلام أنها تطلق بارادة مستقبلية ودلالة الحال على أنه أراد ايقاعه للارادة التي اخبرته بها ونصر الثاني العلامة ابن القيم في الأعلام (الثالثة) تعليق عتق كطلاق فيما تقدم

على قوله « إذا رأيت الهلال » أي بعد الغروب على المذهب أو اكملت العدة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تطلق حتى تراه ولو لم ير الهلال حتى أقبر لم تطلق وهل يقمر بعد ثلاثة قدمه في الرعاية أو باستدارته أو بهر ضوئه فيه ثلاثة اقوال قال القاضي لا يهر ضوؤه الا في ليلة سابعة حكاه عن أهل اللغة

(٢) قوله « وان قال من بشرتني الخ » انما طلقت الأولى وحدها لأن التبشير خبر صدق يتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم وقد حصل بخبر الأولى ، واشترطنا صدقها لأنه متى علم انه كذب زال السرور فان كانت الثانية هي الصادقة طلقت وحدها لأن السرور انما حصل بخبرها هذا إذا أخبرته إحداها بعد الأخرى وان بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو أربع دفعة واحدة طلقن كلهن قال في الانصاف لا اعلم في هذا خلافاً لأن من تقع على الواحد فما زاد قال تعالى ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيراً ﴾ الآية ﴿ من يقنت منسكناً لله ورسوله ﴾

القاضي وعند أبي الخطاب يطلقان^(١) وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث في الطلاق والعتاق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب وعنه يحنث في الجميع وعنه لا يحنث في الجميع^(٢) وإن حلف لا يدخل على فلان بيتاً أو لا

(١) قوله « وإن قال من أخبرتني الخ » يعني أن حكم هذه المسئلة عند القاضي حكم التي قبلها من التفصيل والحكم وكذا قال في المحرر والفروع وغيرهما وجزم به في الاقتناع لأن المراد بالخبر الاعلام ولا يحصل إلا بالخبر الصادق وعند أبي الخطاب تطلق الصادقة والكاذبة لأن الخبر يدخله الصدق والكذب

[فائدة] لو قال ان لبست ثوباً فانت طالق ونوى معيناً دين على الصحيح من المذهب ويقبل حكماً وعنه لا يقبل وإن لم يقل ثوباً فالحكم كذلك على الصحيح من المذهب

[فائدة] إذا قال أول من يقوم منكم فسمى طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لأنه لا أول فيهم وإن قام واحد وواحدة ولم يقم بعده أحد فوجهان أحدهما يقع الطلاق أو العتق لأن الأول ما لم يسبقه شيء والثاني لا يقع لأن الأول ما بعده شيء ولم يوجد فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يئس من قيام أحد منهم فتتحل يمينه

(٢) قوله « وإن حلف لا يفعل شيئاً الخ » الأول المذهب وهو قول أبو عبيد وعنه لا يحنث في الجميع بل يمينه باقية وهذا قول عطاء وعمرو بن دينار وابن أبي نجیح وإسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وقدمه في الخلاصة قال في الفروع وهذا أظهر قال في الانصاف وهو الصواب واختاره الشيخ تقي الدين لقوله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وقال ﷺ ان الله تجاوز لآمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأنه غير قاصد للبخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولأنه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء وعنه يحنث في الجميع ويلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعه ومالك وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي لأنه فعل ماحلف عليه قاصداً لفعله ووجه الأولى ان الكفارة انما تجب لرفع الائم ولا إثم على الناسي للآية المتقدمة والخبر واما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج واما ان فعل المحلوف =

يكلمه ولا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتا هو فيه ولم يعلم
أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه فخرج ردينا أو حاله
بحقه ففارقه ظنا منه انه قد برىء خرج على الروايتين في الناسي والجاهل^(١) وان
حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث الا أن ينوي جميعه^(٢) وان

== مكرها أو مجنوناً أو مغمى عليه أو نائماً لم يحنث في هذه الأحوال ومن تمتنع بيمين
الحالف ويقصد الحالف منعه من المحلوف عليه كزوجته وولده وعلامه وقرابته
إذا حلف عليه كره في الجهل والنسيان والاكرام فمن حلف على زوجته أو نحوها
لا تدخل داراً فدخلها مكرهه لم يحنث مطلقاً وان دخلتها جاهلة أو ناسية فعلى
التفصيل السابق.

(١) قوله «وان حلف لا يدخل على إنسان بيتاً الخ» قال الشارح وكذا ان حلف
لا يبيع لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه فدفعه إلى الحالف فباعه من
غير علمه فهو كالناسي وكذا ان حلف لا يكلم فلاناً فسلم عليه يحسبه أجنبيّاً ففي
الناسي روايتان وتقدمتا والجاهل مقيس عليه لانه غير قاصد للمخالفة وقد سبق دليل
ذلك وجزم في الاقتناع انه يحنث في هذه المسائل كلها لانه فعل ما حلف عليه قاصداً
لفعله فحنث كما لو تعمدته إلا في السلام يعني إذا سلم على قوم هو فيهم فلم يعلم به أو
سلم عليه يظنه أجنبيّاً أو كله يظنه أجنبيّاً لانه لم يقصده بكلامه ولا سلامه

[فائدتان] اختار الشيخ تقي الدين فيمن حلف على غيره ليفعله مخالفة لم يحنث
ان قصد اكرامه لا الزامه به لانه كالامر ولا يجب لامره عليه الصلاة والسلام
أبا بكر بوقوفه في الصف ولم يقف ولان أبا بكر أقسم ليخبرنه بالصواب والخطأ
لما فسر الرؤيا فقال لا تقسم لانه علم أنه لم يقصد الاقسام عليه مع المصلحة المقضية
للكتم وقال أيضاً ان لم يعلم المحلوف عليه بيمينته فكالناسي قال في الفروع وعدم
حنثه هنا أظهر . انتهى

(الثانية) لو حلف لا تأخذ حقك مني فأكرهه على دفعه اليه أو أخذه منه قهراً
حنث جزم به المصنف وغيره لان المحلوف عليه فعل الاخذ مختاراً وان أكرهه صاحب
الحق على أخذه خرج على الخلاف اذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله مكرهاً

(٢) قوله «وان حلف لا يفعل شيئاً الخ» الاول المذهب مالم يكن له نية أو سبب ==

حلف ليفعلته لم يبرحتى يفعل جميعه^(١) واذا حلف لا يدخل داراً فأدخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب أو لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس ثوباً فيه منه أو لا يشرب ماء هذا الاثناء فشرب بعضه خرج على الروايتين^(٢). وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث^(٣) وإن حلف لا يلبس ثوباً اشتراه زيد أو نسجه أو لا يأكل طعاماً طبخه فلبس ثوباً نسجه هو وغيره أو اشتراه أو أكل من طعام طبخاه فعلى روايتين^(٤) وإن اشترى غيره شيئاً فخلطه بما اشتراه.

== أو قرينة نص عليه فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيتاً أختها لم تطلق حتى تدخل كلها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ كان يخرج رأسه وهو معتكف إلى عائشة فترجله والمعتكف ممنوع من الخروج إلى المسجد وعنه يحنث الخ حكي ذلك عن مالك وهو اختيار القاضي والخرقى وأبي بكر وغيرهم لأن اليمين تقتضى المنع من فعل المحلوف عليه فاقترضت المنع من فعل شيء منه كاليمين

(١) قوله «وان حلف ليفعلته الخ» أى بالدخول إلى الدار بجملته قال الشارح لا يختلف المذهب في ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً لأن اليمين تناولت فعل الجميع فلا يبرأ إلا بفعله

(٢) قوله «وان حلف لا يدخل داراً الخ» وكذا لو حلف لا يبيع عبده ولا يهبه فباع نصفه ووهب نصفه فحكمها حكم ما إذا فعل بعض المحلوف عليه والمذهب أنه لا يحنث كما تقدم

(٣) قوله «وان حلف لا يشرب ماء هذا النهر الخ» أى حنث وجهاً واحداً لأن فعل الجميع ممنوع فلا تنصرف يمينه اليه وكذلك ان قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فإنه يحنث بالبعض وبه قال أبو حنيفة وسلم أصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجمع

[فائدة] لو حلف لا ألبس من غزلها ولم يقل ثوباً فلبس ثوباً فيه منه أو لا آكل طعاماً اشتريته فأكل طعاماً شوركت في شرائه فقتيل هو على الخلاف اختاره القاضي وأبو الخطاب وقيل يحنث هنا قولاً واحداً وهو الصحيح قدمه في الفروع واختاره الحمد والمصنف

(٤) قوله «وان حلف لا يلبس ثوباً الخ» إحداهما يحنث وهو الصحيح من المذهب.

فأكل أكثر مما اشتراه شريكه حنث^(١) وان أكل مثله فعلى وجهين^(٢)

باب التأويل في الحلف

ومعنى التأويل ان يريد بلفظه ما يخالف ظاهره^(٣) فإن كان الحالف ظالماً لم

اختاره أبو بكر والمصنف والقاضى والشريف وأبو الخطاب وغيرهم كما لو حلف أن لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها والثانية لا يحنث وهو قول أبي حنيفة والثامى لانه لم يلبس ثوباً كاملاً من غزلها

(١) قوله « فأكل أكثر حنث » وجهاً واحداً لانه يعلم بالضرورة أنه أكل بما اشتراه زيد وهو شرط الحنث

(٢) قوله « وان أكل مثله الخ » أحدها لا يحنث وهو الصحيح لان الاصل عدم الحنث ولم يتيقنه والثانى يحنث لانه يستحيل فى العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً

(٣) قوله « ومعنى التأويل الخ » وذلك أن يحلف إنه أخى يريد بذلك أخوة الاسلام أو يعنى بالسقف والبناء السماء والبساط والفرش الارض وبالواتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول ما رأيت فلاناً أى ما ضربت رتمه ولا ذكرته أى ما قطعت ذكره أو يقول جوارى أحرار أى سفنه ونسائى طوالق يعنى نساء الافارب منه أو يقول ما كاتب فلاناً ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا شربت له ماء ولا فى بيتى فرش ولا حصير يعنى بالمكاتبه مكاتبه الرقيق وبالتعريف جعله عريفاً وبالاعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والفرش صفار الإبل والحصير الجيش أو يقول والله ما أكلت من هذا شيئاً ولا أخذت منه يعنى الباقي بعد أخذه وأكله

(فصل) ولا يتخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال : (أحدها) أن يكون مظلوماً مثل أن يستحلفه ظالم على شىء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال مسلماً منه ضرر فهذا له تأويله نص عليه فى رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة فحلف بطلاق فاطمة ونوى التى ماتت قال ان كان المستحلف له ظالماً فالنية نية صاحب الطلاق وان كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذى استحلفه

ينفعه تأويله لقول رسول الله ﷺ ديمينك على ما يصدقك به صاحبك وان لم يكن ظالماً فله تأويله فإذا أكلت تمرًا خلفت تخبرني بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت فإنها تفرد كل نواة وحدها وتعد من واحد الى عدد يتحقق دخول ما أكل فيه وان حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فإنه يدخل قصبا فينسجه فيه وان حلف ليطنخن قدرا برطل ملح وياً كل منه ولا يجد طعام الملح فإنه يسلق به بيضا وان حلف لا يأكل بيضا ولا تفاحا وليأكلن مما في هذا الوعاء فوجده بيضا وتفاحا فإنه يعمل من البيض ناطفا ومن التفاح شرابا وان كان على سلم خلف لا صعدت اليك ولا نزلت الى هذه ولا أقمت مكاني ساعة فلتنزل العليا وتصعد السفلى فتنحل يمينه وان حلف لا أقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فإنه ينتقل الى سلم آخر وان حلف لا أقمت في هذا الماء ولا خرجت منه فان كان جاريا لم يحث اذا نوى ذلك بعينه وان

(الحال الثاني) ان يكون الخالف ظالماً كالذى يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا تنصرف يمينه الى ظاهر الذي عناه المستحلف ولا ينفع الخالف تأويله وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ ديمينك على ما يصدقك به صاحبك رواه مسلم وأبو داود وعن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ البين على نية المستحلف رواه مسلم ولانه لو سأغ التأويل لبطل المعنى المبغى لليمين وصار التأويل وسيلة إلى جحد الحقوق قال ابراهيم في رجل استحلفه السلطان على شيء بالطلاق فوري في يمينه إلى شيء : اجزأ عنه وان كان ظالماً لم تجزى عنه التورية

(الحال الثالث) ان لا يكون ظالماً ولا مظلوماً فظاهر كلام أحمد ان له تأويله فانه روى عنه ان مهنا كان عنده والمرودى وجماعة فجاء رجل يطلب المرودى ولم يرد المرودى ان يكلمه فوضع مهنا اصبعه في كفه وقال ليس المرودى ههنا وما يصنع المرودى ههنا ولم ينكره أحمد وروى ان مهنا قال إني أريد الخروج بمعنى السفر إلى بلده واحب ان تسمعي الجزء الفلاني فاسمعه إياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل اني أريد الخروج فقال له قلت لك اني أريد الخروج الآن فلم ينكر عليه وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

كان واقفا حمل منه مكرها وان استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت له عنده وديعة فانه يعنى (بما) الذى وير فى يمينه وان حلف له ما فلان ههنا وعنى موضعا معيننا بر فى يمينه وان حلف على امرأته لا سرقت منى شيئا فخافته فى وديعة لم يحنث الا ان ينوى

باب الشك فى الطلاق (١)

اذا شك هل طلق او لا لم تطلق (٢) واذا شك فى عدد الطلاق بنى على اليقين (٣) وقال الخرقى اذا طلق فلم يدر أو واحدة طلق ام ثلاثا لا يحل له وطؤها حتى

(١) الشك هنا مطلق التردد سواء كان على سواء أو ترجح احد الطرفين

(٢) قوله «اذا شك الخ» هذا بلا نزاع وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك ويشهد له حديث عبد الله بن زيد مرفوعا انه سئل عن الرجل يخيل اليه انه يجد الشيء فى الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا . لكن قال المصنف ومن تابعه الورع التزام الطلاق فان كان المشكوك فيه رجعياً راجع امرأته ان كان مدخولاً بها والا جدد نكاحها ان كان غير مدخول بها او قد انقضت عدتها وان شك فى طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها حتى تنقضى عدتها فيجوز لغيره نكاحها واما اذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره

[فائدة] لو شك فى شرط الطلاق لم يلزمه مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل يلزمه مع شرط عدمى نحو لقد فعلت كذا أو ان لم أفعله اليوم فضى وشك فى فعله وأفتى الشيخ تقي الدين فيمن حلف ليفعلن شيئا ثم نسيه انه لا يحنث لأنه عاجز عن البر

(٣) قوله «وان شك فى عدد الطلاق الخ» هذا المذهب بلا ريب نص عليه وعليه الاصحاب خلا الخرقى قال احمد فى رواية ابن منصور فى رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدرى واحدة أم ثلاثا فقال اما الواحدة فقد وجبت عليه وهى عنده حتى يستيقن وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى لأن ما زاد على القدر الذى يقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك فى أصل الطلاق اذا ثبت هذا فانه تبقى أحكامه أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة واذا راجع عادت الى ما كانت عليه قبل الطلاق

يتيقن^(١) وكذلك قال فيمن حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة فوقع في تمر فأكل منه واحدة منع من وطء امرأته حتى يتيقن أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمرة كله^(٢) وان قال لامرأته احدا كما طالق ينوي

(١) قوله « وقال الخرقى الخ ، ونحوه قول مالك وهو رواية عن أحمد لأنه متيقن للتحريم شك في التحليل وعليه نفقتها ما دامت في العدة لأن الأصل بقاؤها استناداً لبقاء النكاح ولأنه لو تنجس ثوبه ولم يدر موضع النجاسة منه لا يحل أن يصل فيه حتى يغسل ما يتيقن به طهارته فكذا هنا وظاهر كلام الإمام والأصحاب انه اذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن التحريم المتعلق بما يتيقنه يزول بالرجعة يقينا فان التحريم أنواع تحريم تزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج واصابة ومن يتيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن يتيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ، ويخالف الثوب فان غسل بعضه لا يرفع ما يتيقنه من النجاسة قال الزركشي ولضعف هذا القول لم يلتفت اليه القاضي في تعليقه وحمل كلامه على الاستحباب

(٢) قوله « وكذلك قال - يعنى الخرقى - فيمن حلف الخ ، هذه المسئلة لا تخلو من أحوال ثلاثة أحدها أن يتيقن أكل التمرة المحلوف عليها اما بأن يعرفها بعينها أو صفتها أو يأكل التمرة كله أو الجانب الذي وقعت فيه كله فيحنت بلا خلاف بين أهل العلم لأنه أكل التمرة المحلوف عليها

(الثاني) ان يتحقق أنه لم يأكلها اما بأن لا يأكل من التمر شيئاً أو أكل شيئاً يعلم انه غيرها فلا يحنت أيضا بلا خلاف

(الثالث) أكل من التمر شيئاً واحدة أو أكثر الى أن لا يبقى منه الا واحدة ولم يدر أكلها أو لا فهذه مسئلة الخرقى فلا يتحقق حنثه لأن الباقية يحتمل انها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأى فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا في لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها إلا في الوطء فان الخرقى قال يمنع من وطئها لأنه شك في حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية وذكر ابو الخطاب انها باقية على الحل وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب وهو مذهب الشافعي لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح ولأن النكاح باق حكما فثبت الحل كما لو شك هل طلق أو لا

واحدة معينة طلقت وحدها فان لم ينو اخرجت المطلقة بالقرعة^(١) وان طلق

(١) قوله ، وان قال لامرأته الخ. ان نوى معينة طلقت وحدها بلا خلاف لأنه
عينها بنيتها فاشبه ما لو عينها بلفظه واذا لم ينو اخرجت واحدة بالقرعة على الصحيح
من المذهب نص عليه في رواية جماعة ربه قال الحسن وابو ثور وقال قتادة ومالك
يطلقن جميعا وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وابو حنيفة والشافعي له ان يختار
لمتين شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يمكن ايقاعه ابتداء وتعيينه فاذا اوقعه ولم يعينه
مالك تعيينه ولنا ان ما ذكرناه مروى عن علي وابن عباس ولا يخالف لهما في الصحابة
ولأنه ازالة ملك بني علي التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ولأن الحق لو احد
غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد اذا اعتقهم في مرضه ولم يخرج
جميعهم من الثلث واما الدليل على أنهم لا يطلقن جميعا انه اضاف الطلاق الى واحدة
فلم يطلق الجميع

[فوائده] الأولى لا يجوز له أن يطأ احدهما قبل القرعة او التعيين على الرواية
الاشخري وليس الوطء تعيينا لغيرها على الصحيح من المذهب

(الثانية) لا يقع الطلاق بالتعيين بل يتبين وقوعه به على الصحيح من المذهب
(الثالثة) لو مات اقرع وارثه بينهما فن وقعت عليها القرعة بالطلاق فحكمها
في الميراث حكم ما لو عينها بالتطبيق وقيل يقف الامر حتى يصطلحوا

(الرابعة) اذا مات احدهما ثم مات هو قبل البيان فكذلك والاقراع اذا
ماتت واحدة وهي من مفردات المذهب

(الخامسة) اذا مات المرأتان او احدهما عين المطلق لاجل الإرث فان كان نوى المطلقة
حلف لورثة الاخرى انه لم ينوها وورثها او الحية ولم يرث الميتة وان كان ما نوى
احدهما اقرع على الصحيح او يعين على الرواية الاخرى فان عين الحية للطلاق صح
وحلف لورثة الميتة انه لم يطلقها وورثها وان عينها للطلاق لم يرثها وحلف للحية .
وعنه يعتزلهما إذا ماتا حتى يتبين الحال

(السادسة) لو قال لزوجتيه أو أمتيه احدا كما طلق او حرة غدا فماتت احدهما
قبل الغد طلقت وعتقت الباقية على الصحيح من المذهب وهو قول أبي حنيفة وقيل
لا تطلق ولا تعتق الا بقرعة تعيينها

واحدة بعينها وانسيها فكذلك عند اصحابنا (١) وان تبين ان المطلقة غير التي خرجت عليها القرعة ردت اليه في ظاهر كلامه الا ان تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم (٢) وقال ابو بكر وابن حامد تطلق المرأتان والصحيح ان القرعة لا مدخل لها ههنا ويحرم ان عليه جميعا كما لو اشتبهت امرأته بأجنبية . وان طار طائر فقال ان كان هذا غرابا ففلانة طالق وان لم يكن غرابا ففلانة طالق ولم يعلم حاله فهي كالمنسية (٣) وان قال ان كان غرابا ففلانة طالق وان كان

(١) قوله « وان طلق واحدة الخ ، وهو المذهب نص عليه نقله جماعة عن احمد فاذا طلق امرأة من نسائه وانسيها اخرجت بالقرعة قال الزركشي هذا منصوص احمد لأنه بعد النسيان لا يعلم المطلقة منهما فوجب أن تشرع القرعة فيها قال المصنف هنا والصحيح ان القرعة لا مدخل لها الخ وهو رواية عن احمد فروى اسماعيل بن سعيد عن احمد ان القرعة لا تستعمل هنا لمعرفة الحل وانما تستعمل لبيان الميراث قال في الشرح لا ينبغي ان يثبت الحل بالقرعة وهو قول أكثر اهل العلم فالكلام إذاً في شيئين احدهما استعمال القرعة في المنسية في التوريت الثاني استعمالها في الحل والاول جائز لأن الحقوق اذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز الا بالقرعة صح كالشرط في القسمة واما الثاني فلا يصح استعمالها لانها اشتبهت زوجته بأجنبية فلم تحل احداها بالقرعة

[فائدة] اذا قال امرأتى طالق وأمتى حرة وله نساء واماء ونوى معينة انصرف اليها ، وان نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن ، وان لم ينو شيئاً فقال ابو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق امأته لان الواحد المضاف يراد به الكل لقوله تعالى وان تعدوا نعمة الله لا تحصوها ولان ذلك يروى عن ابن عباس وجزم بهذا في الاقتاع . وقال الجماعة يقع على واحدة منهن وحكمه حكم ما لو قال احداً كن طالق واحداً كن حرة لان لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازاً

(٢) قوله « وان تبين ان المطلقة الخ ، وهذا المذهب فيها وعليه جماهير الاصحاب لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه واذا كانت الفرقة من قبل الحاكم لم يمكن الزوج رفعها

(٣) قوله « وان طار طائر الخ ، يعني في الخلاف والمذهب وهو صحيح وقاله الاصحاب

حاما ففلاثة طالق لم تطلق واحدة منهما اذا لم يعلم^(١) وان قال ان كان غرابا فعبدى حر فقال آخر ان لم يكن غرابا فعبدى حر ولم يعلمها لم يعتق عبد واحد منهما فان اشترى أحدهما عبدا لآخر اقرع بينهما حينئذ^(٢) وقال القاضى يعتق الذى اشتراه^(٣) وان قال لامرأته واجنية احدا كما طالق أو قال سلسى طالق

[فائدتان] اذا رأى رجلان طائرین فحلف احدهما بالطلاق انه غراب وحلف الآخر انه حمام فطار ولم يعلمها حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لأن يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فان ادعت امرأة احدها حنثه فيهما فالقول قوله لأن الأصل معه

(الثانية) لو قال ان كان غرابا فامرأته طالق ثلاثا وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأته طالق ثلاثا فطار ولم يعلمها حاله لم تطلقا وتبقى أحكام النكاح ، فأما الوطء فذكر القاضى أنه يحرم عليهما لأن أحدهما حانث بيقين وامرأته محرمة عليه وقد أشكل فخرما جميعا قال فى الانصاف الامع اعتقاد احدهما خطأ الآخر فى اصح الوجهين منهما وقال الشافعى وأصحاب الرأى لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لأنه محكوم ببقاء نكاحه واختار ابو الفرج فى الايضاح وابن عقيل والخولانى وابنه فى التبصرة والشيخ تقي الدين وقوع الطلاق وجزم به فى الروضة فيقرع وذكره القاضى المنصوص وقال أيضا وهو قياس المذهب قال فى القاعدة الرابعة عشرة وذكر بعض الاصحاب احتمالا يقتضى وقوع الطلاق بهما قال الشيخ تقي الدين وهو ظاهر كلام الامام احمد وذكره انتهى . والاول جزم به فى الاقناع

(١) قوله « وان قال ان كان غرابا الخ » لانعلم فيه خلافا لانه يحتمل انه غيرهما فلا يزول يقين النكاح بالشك فى الحنث فان ادعت حنثه قبل قوله

(٢) قوله « وان قال ان كان غرابا فعبدى حر الخ » أى لم يحكم بعق و احد من العبدین لأن الأصل بقاء الرق وقال فى القاعدة الرابعة عشرة لو كانا امتين ففيها الوجهان وقياس المنصوص هنا أن يكف كل واحد عن وطء أمته حتى يتيقن فان اشترى احدهما عبد الآخر اقرع بينهما حينئذ هذا المذهب اختاره ابو الخطاب والمصنف والشارح لأن العبدین صاروا له وقد علم عتق احدهما لابعينه فيعتق بالقرعة الا ان يكون احدهما اقران الحانث صاحبه فيؤخذ باقراره

(٣) قوله « وقال القاضى الخ » وهو مذهب الشافعى لانه ينكر حنث نفسه وذلك يقتضى حنث رقيقه فى الحلف فيسكون مقرا بحريته فاذا اشتراه وجب الحكم عليه

مواسم امرأته سلمى طلقت امرأته^(١) فان أراد الاجنبية لم تطلق^(٢) وان ادعى ذلك دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين^(٣) وان نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال انت طالق يظنها المنادة طلقتا في احدى الروايتين والاخرى تطلق التي ناداها^(٤) وان قال علمت انها غيرها وارادت طلاق المنادة طلقتا معا^(٥) وان قال اردت طلاق الثانية طلقت وحدها^(٦) وان لقي اجنبية ظنها امرأته فقال فلانة انت طالق طلقت امرأته^(٧)

(١) قوله « وان قال لامرأته واجنبية الخ ، أى لأنه لا يملك طلاق غيرها مولانه ازالة ملك اشبه ما لو باع ما له ومال غيره صح في ماله دون مال غيره

(٢) قوله « فان اراد الخ ، أى انه لم يصرح بطلاقها ولا لفظ بما يقتضيه ولا نواه فوجب بقاء نكاحها

(٣) قوله « وهل يقبل الخ ، احدهما لا يقبل في الحكم الا بقربنة وهو المذهب نص عليه لان غير زوجته ليست محلا لطلاقه والثانية يقبل وبه قال ابو ثور وأصحاب الرأي لأنه نسر كلامه بما يحتمله

(٤) قوله « وان نادى امرأته الخ ، الرواية الأولى قال بها النخعي وقسادة والاوزاعي واصحاب الرأي واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهى محل له والرواية الاخرى تطلق التي ناداها فقط وهو المذهب نص عليه قال ابو بكر لا يختلف قول احمد انها لا تطلق غير المنادة وهو قول الحسن والزهري وابى عبيد لأنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق وقال الشافعي تطلق المجبية وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق

(٥) قوله « وان قال علمت الخ ، أى بلاخلاف نعله لان المنادة توجه اليها لفظ الطلاق ونيته والمجبية توجه اليها بخاطبها بالطلاق

(٦) قوله « وان قال اردت الخ ، أى لأنه خاطبها بالطلاق ونواها به ولا يطلق غيرها لأن لفظه غير موجه اليها

(٧) قوله « وان لقي اجنبية الخ ، نص عليه وقال الشافعي لا تطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم انها اجنبية. ولنا انه قصد زوجته بلفظ الطلاق

[تنبيه] ظاهر قوله « وان لقي اجنبية فقال فلانة الخ ، أنه إذا لم يسمها بل قال انت طالق انها لا تطلق وهو احد الوجهين . والصحيح من المذهب انها تطلق سواء سماها او لا

كتاب الرجعة (١)

إذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث والعبد واحدة بغير عوض فله رجعتها ما دامت في العدة رضيت أو كرهت (٢) وألفاظ الرجعة راجعت امرأتى أو رجعتها أو ارتجعتها ورددتها أو أمسكتها (٣) فإن قال نكحتها أو تزوجتها فعلى وجهين . وهل من شرطها الاشهاد؟ على روايتين (٤) والرجعية

[فائدة] لو نقي امرأته فظنها أجنبية عكس مسألة المصنف فقال انت طالق فني وقوع الطلاق روايتان احدها لا يقع قال ابن عقيل وغيره العمل عليه وجزم به في الوجيز واختاره ابو بكر وهو ظاهر ما قدم في المغنى والشرح وصححه في تصحيح المحرر لانه لم يردها بذلك فلم يبق شيء والثانية يقع جزم به في تذكرة ابن عقيل والمنور وكذا حكم العتق على الصحيح من المذهب

(١) الرجعة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، اما الكتاب فقوله تعالى ﴿وبعولتهن احق بردهن في ذلك﴾ والمراد الرجعة وقال تعالى ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف﴾ أى بالرجعة واما السنة فلما روى ابن عمر قال طلقت امرأتى وهى حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال مره فليراجعها متفق عليه وروى ابو داود عن عمر قال ان النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها

(٢) قوله ، اذا طلق الحر الخ ، اجمع على ذلك اهل العلم واجمعوا على انه لا رجعة له عليها بعد انقضاء عدتها وقد ذكرنا ان الطلاق معتبر بالرجال ولا يعتبر رضا المرأة لقوله تعالى ﴿وبعولتهن احق بردهن في ذلك﴾ أى فى العدة فجعل الحق لهم وقال سبحانه ﴿فامسكوهن بمعروف﴾ فخاطب الأزواج بالامرو لم يجعل لهم اختيارا وقال الشيخ تقي الدين لا يمكن من الرجعة الا من اراد اصلاحا وامسك بمعروف فلو طلق اذا فني تحريره الروايات وقال: القرآن يدل على انه لا يملكه وانه لو وقع لم يقع كما لو طلق البائن ومن قال ان الشرع ملك الانسان ما حرم عليه فقد تناقض [تنبيه] ظاهر قوله بعد دخوله بها أنه لو خلاها ثم طلقها يملك الرجعة لأن الخلوة بمنزلة الدخول وهو صحيح وهو المذهب

(٣) قوله ، وألفاظ الرجعة الخ ، الصحيح من المذهب ان هذه الالفاظ الخمسة ونحوها صريح فى الرجعة وعليه الأصحاب وقيل الصريح من ذلك لفظ الرجعة (٤) قوله ، وهل من شرطها الاشهاد الخ ، إحداها لا يشترط وهو المذهب نص

زوجة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء^(١) ويباح لزوجها وطؤها والخلووة والسفر بها ولها ان تتشرف له وتتزين^(٢) وتحصل الرجعة بوطنها نوى الرجعة به أو لم ينوه^(٣) ولا تحصل بمباشرتها والنظر الى فرجها والخلووة بها لشهوة نص

عليه في رواية ابن منصور وعليه جماهير الأصحاب وهو قول مالك وابي حنيفة لانها لا تفتقر الى قبول فلم تفتقر الى شهادة كسائر حقوق الزوج ولان ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الاشهاد كالبيع قال الشارح وهذا اولي ان شاء الله ، والثانية يشترط وهذا احد قولى الشافعى لقوله تعالى ﴿ فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وظاهر الامر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح ، فعلى هذه الرواية ان اشهد واوصى الشهود بكتبتانها فالرجعة باطلة نص عليه . ولا تفتقر الرجعة إلى ولي ولا صداق ولا رضا المرأة ولا عليها باجماع أهل العلم لأن حكم الرجعية حكم الزوجات

(١) قوله « والرجعية زوجة يلحقها الخ ، وهذا المذهب وعليه الاصحاب وعنه لا يصح الايلاء منها فعلى المذهب ابتداء المدة من حين اليمين ويرث احدها صاحبه ان مات بالاجماع وان خالها صح خلعها وقال الشافعى في أحد قولييه لا يصح لانه يراد للتحريم وهى محرمة ولنا انها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من ضرر الزوج ونكاحه

[فائدة] ظاهر قوله والرجعية زوجة ان لها القسم وهو ظاهر كلام اكثر الاصحاب وصرح المصنف فى المغنى انه لا قسم لها ذكره فى الحضانة

(٢) قوله « ويباح لزوجها وطئها الخ ، وهذا المذهب وعليه اكثر الاصحاب وهذا مذهب ابى حنيفة لانها فى حكم الزوجات فايبيحت له كما قبل الطلاق وعنه ليست مباحة حتى يراجعها بالقول فلا تحصل بوطنها وان اكرهها فلها المهر ان لم يرتجعها بعده وهو ظاهر كلام الخرقى ومذهب الشافعى وحكى ذلك عن عطاء ومالك لانها مطلقة فكانت محرمة ولا حد عليه بالوطء بغير خلاف

(٣) قوله « وتحصل الرجعة بوطنها الخ ، هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الاصحاب وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثورى والاوزاعى وابن ابى ليلى واصحاب الرأى قال بعضهم ويشمـد ، وعنه لا تحصل الرجعة بذلك الا مع نية الرجعة ، واختاره الشيخ تقي الدين ، وقاله مالك واسحاق

عليه^(١) وخرجه ابن حامد على وجهين وعنه ليست مباحة ولا تحصل الرجعة بوطئها وان أكرها عليه فلها المهران لم يرتجعها بعده . ولا يصح تعليق الرجعة بشرط^(٢) ولا الارتجاع في الردة^(٣) فان طهرت من الحيضة الثالثة ولما تغتسل فهل له رجعتها؟ على روايتين^(٤) وان انقضت عدتها ولم يرتجعها بانتهى ولم تحل

(١) قوله « ولا تحصل بمباشرتها الخ » يعني اذا قلنا تحصل الرجعة بالوطء لا تحصل بذلك اما مباشرتها والنظر الى فرجها فلا تحصل الرجعة بأحدهما على الصحيح من المذهب قال الزركشي عليه الاصحاب واما الحلوة فالصحيح من المذهب ان الرجعة لا تحصل بها كما قدمه المصنف هنا

[فائدة] لا تحصل الرجعة بانكار الطلاق

(٢) قوله « ولا يصح تعليق الرجعة الخ » هذا المذهب . فلو قال راجعتك ان شئت اركلها طمعتك فقد راجعتك لم يصح بلا نزاع لانه راجعها قبل ان يملك الرجعة فاشبهه الطلاق قبل النكاح وان قال ان قدم ابوك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط

(٣) قوله « ولا الارتجاع في الردة » ان قلنا تتعجل الفرقة بمجرد الردة لم يصح الارتجاع لانها قد بانت وان قلنا لا تتعجل فحزم المصنف هنا ان الارتجاع لا يصح وهو الصحيح من المذهب وهو صحيح مذهب الشافعي لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك

(٤) قوله « وان طهرت من الحيضة الخ » إحداها له رجعتها وهو المذهب نص ابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد ، وروى نحوه عن ابي بكر الصديق وابي موسى وعبادة وابي الدرداء ، وروى عن شريك له الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة لانه قول من سميها من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ولان اكثر احكام الحيض لا تزول بالغسل . والرواية الثانية ان العدة تنقضى بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والاوزاعي واختاره ابو الخطاب لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ﴾ والقروء الحيض وقد زالت فيزول التربص وفيما روى عنه عليه السلام انه قال قرء الأمة حيضتان وقال دعي الصلاة ايام اقرائك اي ايام حيضتك

الإلـ بنكاح جديد^(١) وتعود اليه على ما بقى من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه ان رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث^(٢) وان ارتجعها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت وتزوجت

[تنبيه] محل الخلاف في ابحاثها للأزواج وحلها لزوجها بالرجعة اما ما عدا ذلك من انقطاع نفقتها وعدم وقوع الطلاق بها وانتفاء الميراث وغير ذلك فيحصل بانقطاع الدم رواية واحدة قاله القاضى وغيره وذلك قصر اعلى مورد حكم الصحابة قاله الزركشى وجعله ابن عقيل على الخلاف وما هو ببعيد

[فائدة] اذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثانى انقطعت عدة الأول بوطء الثانى . وهل يملك الزوج رجعتها في مدة الحمل يحتمل وجهين اولاهما ان له رجعتها لأنها ما لم تقض عدته فحكم نكاحه باق وانما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه

(١) قوله « وان انقضت عدتها الخ » هذا بالاجماع

(٢) قوله « وتعود اليه على ما بقى من طلاقها الخ » المطلقة لا تحل من ثلاثة أحوال : أحدها أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود اليه برجعة او نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود اليه على ما بقى من طلاقها بغير خلاف علمناه . الثانى ان يطلقها ثلاثا فتنكح زوجا غيره ويصيدها ثم يتزوجها الأول فهذه تعود على طلاق ثلاث بالاجماع الثالث طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول ففيها روايتان اظهرهما انها تعود اليه على ما بقى من الثلاث وهو قول الاكابر من اصحاب النبى ﷺ منهم عمر وعلى وابى ومعاذ وعمران بن حصين وابو هريرة وزيد وعبد الله ابن عمرو وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثورى وابن أبى ليلى والشافعى واسحاق وابو عبيد وابو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر وهى المذهب وعنه ترجع الى طلاق ثلاث وهو قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعى وشريح وأبى حنيفة وابى يوسف لأن وطء الزوج الثانى مثبت للحل ولأن وطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث . ولنا ان وطء الثانى لا يحتاج اليه فى الاحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولانه تزويج قبل استيفاء الثلاث فاشبهه ما لو رجعت اليه قبل وطء الثانى

من أصابها ردت اليه ولا يظأها حتى تنقضى عدتها وعنه انها زوجة الثاني^(١) وان لم يكن له بيئة برجعها لم تقبل دعواه^(٢) لكن إن صدقة الزوج الثاني بانت منه وإن صدقته المرأة لم يقبل تصديقها لكن متى بانت منه عادت إلى الاول بغير عقد جديد

فصل

وإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكنا إلا أن تدعيه بالحيض في شهر فلا يقبل إلا بيينة . وأقل ما يمكن به انقضاء العدة من الاقراء تسعة وعشرون يوما ولحظة إذا قلنا الاقراء الحيض^(٣) وأقل الطهر ثلاثة عشر

(١) قوله « وان ارتجعها في عدتها الخ » هذا المذهب قال الزركشى هذا المذهب بلا ريب واختاره المصنف والشارح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وابو عبيد واصحاب الرأي وروى ذلك عن علي وعنه ان دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الاول روى ذلك عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك وروى معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد عليها في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها . ولنا ان الرجعة قد صححت وتزوجت وهي زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو يطلقها . إذا ثبت هذا فان كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت الى الأول ولا شيء على الثاني وان كان دخل بها فلها عليه المهر لأنه وطء شبهة وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضى عدتها منه واما ان تزوجها مع علسها بالرجعة او علم احدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره

(٢) قوله « وان لم يكن له بيئة الخ » وهذا المذهب في ذلك كله وعليه الأصحاب على قوله « ما يمكن به انقضاء العدة » أي عدة الحرة

(٣) قوله « تسعة وعشرون الخ » وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وان لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع الحيض ومن اعتبر الغسل فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد الانقطاع

يوما وإن قلنا الطهر خمسة عشر فتلاثة وثلاثون يوما ولحظة^(١) وإن قلنا القروء الاطهار ثمانية وعشرون يوما ولحظتان^(٢) وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر يوما فائتان وثلاثون يوما ولحظتان^(٣) وإذا قالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته فالقول قولها^(٤) وإن سبق فقال ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قوله^(٥) وقال الخرقى القول قولها^(٦) وإن تداعيا معا قدم قولها ، وقيل يقدم قول من تقع له القرعة

على قوله ، وأقل ما يمكن به انقضاء العدة من الاقراء تسعة وعشرون يوما ولحظة ، والأمة خمسة عشر ولحظة

(١) قوله ، وإن قلنا الطهر خمسة عشر الخ ، أى لأن الطهرين يزيدان أربعة أيام

على قوله ، فتلاثة وثلاثون يوما ولحظة ، والأمة سبعة عشر ولحظة (٢) قوله ، وإن قلنا القروء الاطهار ، وذلك ان يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحسب به قرءاً ، ثم تحسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما وبينهما حيضتان فاذا طعن في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها

على قوله ، ثمانية وعشرون يوما ولحظتان ، والأمة أربعة عشر ولحظتان (٣) قوله ، وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر يوما الخ ، أى فتزيد بأربعة أيام في الطهرين

على قوله ، فائتان وثلاثون يوما ولحظتان ، والأمة ستة عشر ولحظتان (٤) قوله ، وإذا قالت انقضت عدتي الخ ، قال في الانصاف بلا نزاع اعلمه لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها (٥) قوله ، وإن سبق الخ ، وهذا المذهب لأنه ادعى الرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها ولأنه يملك الرجعة وقد صحت في الظاهر فلا يقبل قولها في ابطالها

(٦) قوله ، وقال الخرقى الخ ، وجزم به الشيرازى وابن الجوزى قال في الواضح في الدعاوى نص عليه لأن الظاهر البيئوتة والاصل عدم الرجعة ولأن من قبل قوله سابقا قبل مسبقا كسائر الدعاوى

فصل

ولو طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره^(١) ويطأها في القبل^(٢)،

[فائدة] اذا اختلفا في الاصابة فقال قد اصبتك في الرجعة فانكرته او قالت قد اصابني في المهر قبل قول المنكر منهما لأن الاصل معه ولا يزول الا بيقين ، وليس له رجعتها في الموضوعين لانه إن انكر الاصابة فهو مقرر على نفسه ببينوتها وانه لا رجعة له عليها وان انكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق الا نصف المهر وان انكرها فالقول قوله هذا اذا كان المهر غير مقبوض فان كان اختلافهما بعد قبض المهر وادعى اصابها فانكرته لم يرجع عليها بشيء لأنه يقر به لها ولا يدعيه وان كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي . والخلو كالاصابة في اثبات الرجعة للزوج وهو قول الشافعي القديم وقال ابو بكر لا رجعة له عليها الا ان يصيبها وبه قال ابو حنيفة وصاحبه والشافعي في الجديد لانها غير مصابة فلا يستحق رجعتها ووجه الاول أنها معتدة يلحقها طلاقه فلك رجعتها كالتى اصابها

(١) قوله « وان طلقها ثلاثا الخ ، وذلك بالاجماع لقوله تعالى ﴿ فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ولما روت عائشة ان امرأة رفاعة القرظي جاءت رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير والله مامعها الا مثل هذه الهدية واخذت بهدية من جلبابها فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا وقال لعلك تريدان ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يدوق عسيلتك وتدوق عسيلته متفق عليه وفي اجماع اهل العلم على هذا غنية عن الاطالة وجمهور العلماء على انها لا تحل للزوج الاول حتى يطأها الثاني وطئا يوجد فيه التقاء الحتاتين الا ان سعيد بن المسيب من بينهم قال اذا تزوجها تزويجا صحيحا لا يريد فيه احلالها فلا بأس ان يتزوجها الاول قال ابن المنذر لا نعلم احدا قال بقول سعيد بن المسيب الا الخوارج اخذوا بظاهر قوله سبحانه ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ومع تصريح النبي ﷺ ببيان مراد الكتاب لا يعرج عليه شيء سواه

(٢) قوله « ويطأ في القبل » أي لأنه عليه الصلاة والسلام علق الحبل على ذواق العسيلة ولا يحصل الا بالوظء في الفرج قال في الانصاف مع الانتشار قاله الاصحاب لان الحكم يتعلق بذوق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار

وأدنى ما يكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج^(١)، وإن لم ينزل، فإن كان محبوبا بقي من ذكره قدر الحشفة فأولجه^(٢) أو وطئها زوج مراهق^(٣) أو ذمى وهي ذمية أحلها^(٤)، وإن وطئها في الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم تحل^(٥)، وإن وطئت في نكاح فاسد لم تحل في أصح الوجهين^(٦)، وإن وطئها

(١) قوله «وآدنى ما يكفي في ذلك الخ» أي لأن أحكام الوطء تتعلق به لكن بشرط الانتشار ولو كان خصيا أو نائما أو مغمى عليه وادخلت ذكره في فرجها أو مجنونا أو ظنها اجنبية وهذا المذهب في ذلك كله وليس الانزال شرطافيه لأنه عليه الصلاة والسلام جعل ذواق العسيلة غاية للحرمة وذلك حاصل بدون الانزال، قال في المبدع والذي يظهر أن هذا في الثيب، فاما البكر فآدناه أن يفتضها بآلته

(٢) قوله «وإن كان محبوبا الخ» هذا بلا نزاع لأن ذلك بمنزلة الحشفة من غيره وكذا لو بقي أكثر من قدر الحشفة فأولج قدرها على الصحيح من المذهب

(٣) قوله «أو وطئها زوج مراهق» أحلها، وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم إلا مالكا وأبا عبيد فانهما قالوا لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لأنه وطء من غير بالغ فأشبهه الصغير، ولما ظاهر النص وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح أشبه البالغ بخلاف الصغير فإنه لا يمكنه الوطء (٤) قوله «أو ذمى الخ» أي أحلها لمطلقها المسلم نص عليه وقال هو زوج

(٥) قوله «وإن وطئها في الدبر الخ» أي لأن الوطء في الدبر لا يذوق به العسيلة والوطء بشبهة أو بملك يمين وطء من غير زوج فلا يدخل في عموم النص فتبقى على المنع

(٦) قوله «وإن وطئت في نكاح فاسد الخ» هذا المذهب نص عليه وبه قال الحسن والشعبي وحامد ومالك والثوري والأوزاعي وأسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وقال في القديم يحلها ذلك وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجها في المذهب لأنه زوج فتدخل في عموم النص ولأنه ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محلا مع فساد نكاحه ولنا قوله تعالى ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ وإطلاق النكاح يقتضى الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج =

زوجها في حيض أو إحرام أو نفاس أحلها^(١) ، وقال أصحابنا لا يحلها ، وإن كانت أمة فاشتراها مطلقها لم تحل ، ويحتمل أن تحل^(٢) وإن طلق العبد امرأته طلقته لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق^(٣) ،

== فتزوج تزويجا فاسدا لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد ولأن أكثر احكام التزويج غير ثابتة فيه من الاحصان واللعان والظهار والايلاء والنفقة واشباه ذلك واما تسميته محلا فلما قصده التحليل فيما لا يحل ولو احل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وانما هذا كقوله ﷺ ما آمن بالقرآن من استحل محارمه ، وقال تعالى ﴿ يحلونہ عاما ويحرمونه عاما ﴾ ولأنه وطء في غير نكاح صحيح اشبهه وطء الشبهة وعلى هذا لو وطئها بشبهة لم تبح لانه في غير نكاح

(١) قوله « وان وطئها زوجها الخ ، وكذا لو وطئها في صوم واجب فالمذهب المنصوص انه لا يحلها وهو قول مالك لانه وطء حرام لحق الله تعالى فلا يحصل به الاحلال ، قال المصنف والشارح ظاهر النص حلها وهو قوله حتى تنكح زوجا غيره وهذه قد نكحت وايضا قوله عليه الصلاة والسلام حتى تذوق عسيلته وقد وجد ولانه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام وهذا اصح وهو قول ابن حنيفة والشافعي ، ولو وطئها وهي محرمة الوطء لمرض او ضيق وقت صلاة او في المسجد او لقبض مهر ونحوه احلها على المذهب لان الحرمة لا لمعنى فيها بل لحق الله تعالى ، وقال بعض اصحابنا لا نسلم لان احمد عله بالتحريم فنظرده

(٢) قوله « وان كانت أمة الخ ، هذا المذهب نص عليه وعليه الاصحاب وهو قول أكثر أهل العلم ، ويحتمل ان تحل وقال به بعض اصحاب الشافعي لأن الطلاق يختص الزوجية والأول اصح ورواه مالك والبيهقي عن زيد بن ثابت وقوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه

(٣) قوله « واذا طلق العبد الخ ، هذا هو المذهب لأن الطلاق معتبر بالرجال وقد ذكرنا الخلاف فيما يختلف به عند الطلاق وسواء عتقا أو لا لاستواء الحالين في السبب المقتضى للتحريم قبل زوج آخر ، والمذهب انه اذا عتق بعد طلقه ملك تمام الثلاث وان كان بعد طلقته فعلى روايتين لأنه روى انه ﷺ قضى به وقال بنى رواية أبي طالب يتزوجها ولايبالي في العدة عتقا او بعد العدة وقال هو قول ==

وإذا غاب عن مطلقة ثلاثا فذكرت أنها نكحت من أصابها أو انقضت عدتها
وكان ذلك ممكنا فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها والا فلا

كتاب الإيلاء

وهو الخلف على ترك الوطء ويشترط له أربعة شروط : أحدها الخلف

== ابن عباس وجابر لان ابن عباس افتى به وقال قضى به النبي ﷺ رواه احمد وقال
لا أرى شيئا يدفعه و ابو داود والنسائي من رواية عمرو بن مغيث عن ابي
حسن مولى بنى مرمل ولا يعرفان وقال النسائي في عمرو ليس بقوى وقال ابن
المبارك ومعمرو لقد تحمل ابو حسن هذا صخرة عظيمة وقال احمد حديث عثمان
وزيد في تحريمها عليه جيد وعمرو بن مغيث لا اعرفه و ابو حسن فهو عندي
معروف وقال ابو بكر ان صح الحديث فالعمل عليه والا فالعمل على حديث عثمان
وزيد وبه اقول

على قوله « وإذا غاب عن مطلقة فأنته فذكرت انها نكحت من اصابها
وانقضت عدتها وكان ذلك ممكنا فله نكاحها اذا غلب على ظنه صدقها ، « بأن
يمضي بعد طلاقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء ولم يرجع
قبل العقد واخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها فله ان يتزوجها وهذا المذهب
ولو كذبها الزوج الثاني في الوطء فالقول قوله في تنصيف المهر والقول قولها في
اباحتها للأول لأن قولها في الوطء مقبول ، وكذا لو تزوجت حاضرا وفارقها
وادعت اصابته وهو ينكرها حلت للأول على الصحيح من المذهب ومثل ذلك في
الحكم لو جاءت امرأة حاكما وادعت ان زوجها طلقها وانقضت عدتها كان له
تزوجها ان ظن صدقها كعامله عبد لم يثبت عتقه قاله الشيخ تقي الدين قال ولو كان
للرأة زوج معروف فادعت انه طلقها لم تزوج بمجرد ذلك باتفاق المسلمين

[فائدة] لو شهدا بأن فلانا طلق امرأته ثلاثا ووجد معها بعد وادعى العقد
ثانيا بشروطه يقبل منه . وسئل عنها المؤلف فلم يجب . ولو وطئ من طلقها ثلاثا
حد نص عليه فان جحد طلاقها ووطئها فشهد بطلاقه فلا ، لاننا لا نعلم معرفته به
وقت وطئه الا باقراره به

على ترك الوطء في القبل ، فان تركه بغير يمين لم يكن مولياً^(١)، لكن ان تركه مضراً بها من غير عذر فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم عليه بحكمه ؟ على روايتين^(٢). وان حلف على ترك الوطء في الدبر أو دون الفرج لم يكن مولياً، وإن حلف أن لا يجامعها إلا جماع سوء يريد جماعاً ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مولياً ، وان أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج صار مولياً ، واذا حلف على ترك الوطء في الفرج بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لا أدخلت ذكرى في فرجك وفي البكر خاصة لا اقتضتكم لم يدين فيه ، وان قال والله لا وطئتكم او لا جامعتكم أو لا باضعتكم أو لا باشرتكم أو لا باعلتكم أو لا قربتكم أو لا مسكتكم أو لا أتيتكم أو لا اغتسلت منك فهو صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وسائر الالفاظ لا يكون مولياً فيها الا بالنية

(١) قوله « فان تركه بغير يمين الخ » أي لأن الايلاء الحلف

(٢) قوله « لكن ان تركه الخ » إحداهما يحكم له بحكمه وتضرب له مدته قال في الانصاف وهو الصواب واختاره القاضي في خلافه وتبعه جماعة ومال اليه المصنف والشارح لأنه تارك لوطنها ضاراً بها اشبه المولى ولأن ما لا يجب اذا لم يخلف لم يجب اذا حلف على تركه كالزيادة على الواجب والرواية الثانية لا تضرب له مدة الايلاء ولا يحكم له بحكمه وهو مذهب ابي حنيفة والشافعي لأنه ليس بمول فلم تضرب له مدة الايلاء كما لو لم يقصد الاضرار

[تنبيه] ظاهر كلامه انه لو تركه من غير مضارة انه لا يحكم له بحكم الايلاء من غير خلاف وهو صحيح وهو المذهب وقال ابن عقيل في عمد الأدلة والمفردات عندي ان قصد الاضرار خرج مخرج الغالب والافتى حصل اضرار بامتناعه من الوطء وان كان ذاهلاً عن قصد الاضرار تضرب له المدة وذكر في آخر كلامه انه ان حصل الضرر يترك الوطء لعجزه عنه كان حكمه حكم العنين قال ابن رجب في كتاب تزويج امهات الأولاد يؤخذ من كلامه ان حصول الضرر بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد وسواء كان مع عجزه أو قدرته وكذا ذكر الشيخ تقي الدين في العاجز وألحقه بمن طرأ عليه جب او عنة

فصل

الشرط الثاني أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته ، وان حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصير موليا في الظاهر عنه ، وعنه يكون موليا (١) وان قال

(١) قوله « وان حلف بنذر أو عتق الخ ، وهو المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب قال الزركشي هذا المشهور والمنصوص والمختار لعامة الأصحاب قال المصنف والشارح وهذه المشهورة وهو من مفردات المذهب وعنه يكون موليا وروى عن ابن عباس انه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك واهل الحجاز والثوري وابو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف ، ووجه الأولى ان الإيلاء المطلق انما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس « يقسمون » بدل « يولون » وروى عن ابن عباس في تفسير يولون قال يحلفون بالله ذكره الامام احمد ، والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وانما يسمى حلفا تجاوزا لمشاركته القسم في المعنى المشهور فيه وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند اطلاقه كحقيقته وبدل على هذا قوله (فان فاء وان فان الله غفور رحيم) وانما يدخل الغفران في اليمين بالله تعالى وأيضا قوله ﷺ « ان الله نهاكم أن تحلفوا بأبائكم » متفق عليه ، فعلى القول بصحة الإيلاء بالطلاق لو علق طلاقها ثلاثا بوطنها يؤمر بالطلاق ويحرم الوطء على الصحيح من المذهب وعنه لا يحرم ومتى أوج أو تم أو لبث لحقه نسبه ، وفي المهر وجهان وأطلقهما في الفروع قال في المنتخب لا مهر ولا نسب ، وجزم في الرعاية الصغرى والحاوى انه لا يجب المهر ولا يجب عليه الحد على الصحيح من المذهب وقيل يجب جزم به في الترغيب وفيه ويعزر جاهل انتهى وان نزع فلا حد ولا مهر وان نزع ثم أوج فان جهلا التحريم فالمهر والنسب ولا حد والعكس بعكسه وان علم ازمه المهر والحد ولا نسب وان علمته فالحد والنسب ولا مهر وكذا ان تزوجت في عدتها

إن وطئتك فأنت زانية أو فله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا^(١)

فصل

الثالث أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر أو يعلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل منها مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى ينزل عيسى عليه السلام أو يخرج الدجال أو ما عشت أو حتى تحبلي لأنها لا تحبل إذا لم يطأها وقال القاضي إذا قال حتى تحبلي وهي ممن يحبل مثلها لم يكن موليا ، وإن قال والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن موليا حتى ينوي أربعة أشهر ، وإن حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد ونحوه بما لا يغاب على الظن عدمه في أربعة أشهر ، أو لا وطئتك في هذه البلدة لم يكن موليا^(٢) وإن قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك أو إن دخلت الدار فوالله لا وطئتك لم يصير موليا حتى يوجد الشرط ، ويحتمل أن يصير موليا في الحال . وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصير موليا حتى يطأها وقد بق

(١) قوله « وإن قال إن وطئتك الخ ، لا يختلف المذهب فيه أما أولا فلأنه لا يصح تعليق القذف بشرط فلا يلزمه بالوطء حتى فلا يكون موليا ، وأما ثانيا فلأنه إذا قال إذا وطئتك فله على صوم أمس أو صوم هذا الشهر لم يصح لأنه يصير عند وجوب الفسقة ماضيا ولا يصح نذر الماضي فلو قال إن وطئتك فله على صوم الشهر الذي أطأك فيه فكذلك فاذا وطئ صام ببقية وفي قضاء يوم وطئ . وجهان ومثله والله لا وطئتك في هذا البلد أو مخطوبة نص عليه أو حتى تصومي نفلا أو باذن زيد فيموت

(٢) قوله « حتى يقدم زيد ونحوه الخ ، أي لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولأنه يمكنه وطئها في غير البلدة المحلوف عليها وقال ابن أبي الليلى . وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها

[فائدة] إذا علقه على فعل مباح لاسفه فيه كقوله والله لا أطأك حتى تدخل الدار ونحوه لم يكن موليا بخلاف ما لو علقه على محرم كقوله والله لا أطأك حتى تشرب الخمر أو أقتل زيدا لأنه علقه على فعل ممتنع شرعا

منها أكثر من أربعة أشهر^(١)، وان قال إلا يوماً فكذلك في أحد الوجهين^(٢)، وفي الآخر يصير مولياً في الحال^(٣). وان قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر لم يصير مولياً، ويحتمل أن يصير مولياً^(٤). وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فشاءت صار مولياً والا فلا^(٥). وان قال إلا أن تشأني أو إلا باختيارك أو الا أن تختاري لم يصير مولياً^(٦)، وقال أبو

(١) قوله « وان قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة الخ » هذا بلا نزاع وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي وظاهر مذهب الشافعي وقال في القديم يكون مولياً في الحال لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً فيلحقه بالوطء ضرر ، ولنا أن يمينه معلقة بالاصابة فقبلها لا يكون حالفاً لأنه لا يلزمه بالوطء شيء

(٢) قوله « وان قال والله لا وطئتك في السنة إلا يوماً الخ » يعني انه لا يصير مولياً حتى يطأها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر وهذا المذهب وهو مذهب أبي حنيفة لان اليوم منكر فلم يختص يوماً دون يوم

(٣) قوله « وفي الآخر الخ » وهذا قول القاضي واصحابه لان اليوم المستثنى يكون في آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف المسئلة الاولى فان المرة لا تختص وقتاً بعينه

(٤) قوله « وان قال والله لا وطئتك أربعة أشهر الخ » الاول المذهب لان كل واحد من الزمانين لا تزيد مدته على أربعة أشهر والاحتمال فصره الشارح لأنه تمتنع بيمينه من وطئها مدة متوالية أكثر من أربعة أشهر وأطلق الخلاف في الفروع وكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على أربعة أشهر كثلاثة أشهر وشهرين

(٥) قوله « وان قال والله لا وطئتك ان شئت الخ » وسواء شاءت في المجلس او غيره وهو المذهب وبه قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ، لأنه لا يصير تمتعاً من الوطء حتى تشاء ، إلا أن اصحاب الشافعي قالوا إن شاءت جواباً لكلامه صار مولياً وان أخرت المشيئة انحلت يمينه لأن ذلك تخيير لها فكان على الفور

(٦) قوله « وان قال الا ان تشأني الخ » وهو المذهب لأنه منع نفسه من وطئها بيمينه الا عند ارادتها اشبه ما لو قال إلا برضائك أو حتى تشأني

الخطاب ان لم تشأ في المجلس صار موليا . وان قال لنسائه لا وطئت واحدة .
مكن صار موليا منهم^(١)، إلا أن يريد واحدة بعينها فيكون موليا منها وحدها^(٢)،
وإن أراد واحدة مهمة فقال أبو بكر تخرج بالقرعة^(٣) . وإن قال والله لا
وطئت كل واحدة منكم كان موليا من جميعهن وتنحل يمينه بوطء واحدة ،
وقال القاضي لا تنحل في البواقي . وان قال لا أطأ كن فهي كالتى قبلها في أحد
الوجهين ، وفي الآخر لا يصير موليا حتى يطاء ثلاثا فيصير موليا من الاربعة ،
فعلى هذا لو طلق واحدة منهم أو ماتت انحلت يمينه ههنا ، وفي التى قبلها لا تنحل
في البواقي . وان آلى من واحدة وقال للأخرى اشتركت معهما لم يصير موليا
من الثانية^(٤) ، وقال القاضي يصير موليا منها^(٥)

[فائدة] اذا حلف لا يطأها حتى تفطم ولدها أو ترضعه كان موليا اذا كان
بينه وبين مدة النطام والرضاعة أكثر من أربعة أشهر فان مات الولد قبل مضى اربعة
أشهر سقط الإيلاء

(١) قوله « وان قال لنسائه الخ » يعنى يصير موليا منهم اذا أطلق فيحنث
بوطء واحدة وتنحل يمينه وهذا المذهب لان النسكرة فى سياق النفى تعم ولا يمكنه
وطء واحدة الا بالحنث فان طلق واحدة منهم أو ماتت كان موليا من البواقي فان
وطيء واحدة منهم حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات لأنها يمين
واحدة فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية

(٢) قوله « الا أن يريد الخ » هذا بلا نزاع لأن اللفظ يحتمله وهو أعلم بنيته

(٣) قوله « وان أراد واحدة مهمة الخ » المذهب ما قاله أبو بكر كما إذا
طلق واحدة من نسائه لا بعينها وقيل يرجع الى تعيينه وهو مذهب الشافعى

(٤) قوله « وان آلى من واحدة الخ » الأول المذهب لأن اليمين بالله لا تصح
بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين

(٥) قوله « وقال القاضى الخ » أى كالطلاق لكن الفرق بينهما ان الطلاق
ينعقد بالكناية ولا كذلك اليمين فلو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته انت
مثل فلانة لم يكن موليا وعلم بما سبق انه لا يصح الا فى زوجة فلو حلف على ترك
وطء أمة لم يكن موليا وكذا لو حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها نص عليه =

فصل

الشرط الرابع أن يكون من زوج يمكنه الجماع (١) وتلزمه الكفارة بالحنث (٢) مسلماً كان أو كافراً أو عبداً سلبياً أو خصياً أو مريضاً يرجي برؤه (٣) فإما العاجز عن الوطء يجب أو شلل فلا يصح إيلائه ويحتمل أن يصح وفيئته أن يقول: لو قدرت لجماعتك. ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون، وفي إيلاء السكران وجهان، ومدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء. وعنه أنها في العبد على النصف، ولا حق لسيد الأمة في طلب الفية والعفو عنها وإنما ذلك إليها.

فصل

وإذا صح الإيلاء ضربت له مدة أربعة أشهر، فإن كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسب عليه بمدته، وإن كان بها لم تحتسب عليه، وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله إلا الحيض فإنه يحتسب عليه بمدته وفي النفاس وجهان، وإن طلق في أثناء المدة انقطعت، فإن راجعها أو نكحها إذا كانت

= ونصره في الشرح لأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق وقال الشريف أبو جعفر قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح فيكذا الإيلاء.

(١) قوله الرابع أن يكون من زوج الخ، هذا المذهب وعليه الأصحاب للأية بشرط أن يكون مكلفاً ولأن غير الزوج موطوءته الأمة لا حق لها في الوطء كالأجنبية والذي كالمسلم إذا ترفعوا إليها في قول أكثرهم ولأنه إذا لم يمكنه الجماع كالمجنون فيمينه يمين على استحليل فلم تنعقد

(٢) قوله وتلزمه الخ، أي لأنه إذا كان صلبياً أو مجنوناً فلا يعتبر قوله ولا يمينه ضرورة عدم الأهلية

(٣) قوله مسلماً الخ، هذا بلا نزاع وكذا لو كان مجبوراً بقي من ذكره مما يمكن الجماع به وكذا إن كان لعارض مرجو الزوال كخيس ونحوه لأنه قادر على الوطء فصح منه الامتناع

بأثنا استؤنفت المدة ، وان انقضت المدة وبها عذر الوطء لم تملك طلب
الفيئة ، وإن كان العذر به وهو بما يعجز به عن الوطء أمر أن ينفى بلسانه
فيقول متى قدرت جامعتك ، ثم متى قدر على الوطء لزمه ذلك أو يطلق ، وقال
أبو بكر لا يلزمه ، وإن كان مظاهراً فقال أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها
عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام ، وإن قال أمهلوني حتى أفضى صلاتي أو أتعدى
أو حتى ينهضم الطعام أو انام فاني ناعس أمهل بقدر ذلك فإذا لم يبق له عذر
وطلب الفيئة وهي الجماع بجامع انحلت يمينه وعليه كفارتها ، وأذن ما يكفيه
تغيب الحشفة في الفرج . وان وطئها دون الفرج أو في الدبر لم يخرج من
الفيئة ، وإن وطئها في الفرج وطأ محرماً مثل ان يطأ حال الحيض أو النفاس
أو الاحرام أو صيام فرض من احدهما فقد فاء اليها لأن يمينه انحلت به ،
وقال ابو بكر الاصح انه لا يخرج من الفيئة ، وان لم ينفى وأعفته المرأة سقط
حقها ، ويحتمل ان لا يسقط ولها المطالبة بعد ، وان لم تعفه امر بالطلاق
فان طلق واحدة فله رجعتها ، وعنه انها تكون بائنة ، وان لم يطلق حبس
وضيق عليه حتى يطلق في إحدى الروايتين ، والاخرى يطلق الحاكم عليه ،
فان طلق واحدة فهو كطلاق المولى وان طلق ثلاثاً او فسخ صح ذلك ، وان
ادعى ان المدة ما انقضت او انه وطئها وكانت ثيباً فالقول قوله ، وان كانت
بكرًا وادعت انها عذراء فشهدت بذلك امرأة عدل فالقول قولها والا فالقول
قوله ، وهل يحلف من القول قوله ؟ على وجهين

كتاب الظهار

وهو محرم^(١) ، وهو أن يشبه امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه
على التأيد أو بها أو بعضو منها فيقول انت علي كظهر أمي أو كيد أختي أو
كوجه حماتي أو ظهرك أو يدك علي كظهر أمي أو كيد أختي أو خالتي من

(١) قوله « وهو محرم » وذلك بالاجماع لقوله تعالى ﴿ وانهم ليقولون
منكراً من القول وزوراً ﴾ والزور من أكبر الكبائر

نسب أو رضاع^(١)، وان قال انت على كأمي كان مظاهرا^(٢)، وان قال أردت كأمي في الكرامة أو نحوه مدين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين^(٣) وان قال أنت كأمي أو مثل أمي فذكر أبو الخطاب فيها روايتين، والاولى أن هذا ليس بظهار إلا أن ينويه أو يقرن به ما يدل على ارادته^(٤). وان قال انت على كظهر أبي او كظهر أجنبية او أخت زوجتي او عمتها او خالتها فعلى

(١) قوله « وهو ان يشبه امرأته الخ » أما اذا شبهها بظهر أمه فهو مظاهر اجماعا، وان شبهها بظهر من تحرم عليه من ذوى الأرحام بكبدته وخالته وعمته وأخته فهذا ظهار في قول عامة أهل العلم الا في القول القديم للشافعي فانه قال لا يكون الظهار الا بأم أو جدة والصحيح من المذهب ان تشبيهه عضو من امرأته كتشبيهها كلها وعليه الأصحاب فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك كظهر أمي أو بدننا أو رأسها او يدها كان مظاهرا وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي، وعنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لأنه لو حلف بالله لا يمس عضوا منها لا يسرى الى غيره فكذلك المظاهرة ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص، وقال ابو حنيفة ان شبهها بما يحرم النظر اليه من الأم كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وان لم يحرم النظر اليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهرا فاما ان قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها او شبه شيئا من ذلك من امرأته بأمه أو بعض من أعضائها لم يكن مظاهرا لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة

(٢) قوله « وان قال أنت على كأمي الخ » وكذا قوله انت عندى أو منى او معي كأمي أو مثل امي كان مظاهرا ان نوى به الظهار لأنه شبه امرأته بأمه، وان اطلق فالصحيح من المذهب انه صريح في الظهار أيضا نص عليه وعنه ليس بظهار اختاره ابن أبي موسى في الارشاد. وقال المصنف والذي يصح عندى في قياس المذهب ان وجدت نية او قرينة تدل على الظهار فهو ظهار والا فلا

(٣) قوله « وهل يقبل في الحكم الخ » وهما روايتان إحداهما يقبل في الحكم وهو الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال انت كأمي الخ » ما قاله المصنف هو المذهب لأن اللفظ ظاهر في الكرامة فتعين حمله عليه عند الاطلاق الا ان ينويه

روايتين^(١). وان قال انت على كظهر البهيمة لم يكن مظاهرا^(٢) وان قال أنت على حرام فهو مظاهر إلا ان ينوى طلاقا او يمينا ، فهل يكون ظهارا او ما نواه؟ على روايتين^(٣)

(١) قوله « وان قال أنت على كظهر أبي الخ ، اذا قال كظهر أبي فهو ظهار على المذهب لأنه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأييد وكذا ان شبهها بظهر غيره من الرجال او قال أنت على كظهر البهيمة او كالميتة والدم ، والثانية ليس بظهار وهو قول اكثر العلماء لانه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع اشبه ما لو قال أنت على كمال زيد فعلى هذا عليه كفارة يمين لانه نوع تحريم اشبه ما لو حرم ماله ، وعنه لاشيء عليه .

(٢) قوله « وان قال أنت على كظهر البهيمة الخ ، وهذا الصحيح من المذهب لانه ليس بمحل للاستمتاع وفيه وجه كما لو شبهها بظهر ابيه

(٣) قوله « وان قال أنت على حرام الخ ، اذا قال ذلك واطلق فانصحيح من المذهب انه ظهار كما جزم به المصنف هنا وحكاه ابراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وابي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي وعنه يمين . وروى عن ابن عباس انه قال ان التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ ثم قال ﴿ قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ﴾ واما اذا نوى بذلك يمينا او طلاقا فعنه يكون ظهارا أيضا وهو الصحيح من المذهب نقله الجماعة وأكثروا الفقهاء على ان التحريم اذا لم ينو به الظهار فليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي للآية المذكورة ولأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض واحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحا في واحد منها ولا ينصرف اليه بغير نية ، ووجه الأولى انه تحريم أوقعه في امرأته فكان باطلاقة ظهارا كتشبيهها بظهر أمه ، وعنه يقع ما نواه جزم به في المنور واختاره ابن عبدوس وقدمه في المحرر والنظم والحاوي الصغير وتقدم في باب صريح الطلاق وكنايته مستوفى

[فائدة] لو قال أنت حرام ان شاء الله فلا ظهار على الصحيح من المذهب

نص عليه

فصل

ويصح من كل زوج يصح طلاقه^(١) مسلماً كان أو ذمياً^(٢) والاقوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لأنه يمين مكفرة فلم ينعقد في حقه^(٣)، ويصح من كل زوجة فإن ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين^(٤)، ويحتمل أن يلزمه كفارة ظهار. وإن قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر

(١) قوله «ويصح من كل زوج الخ»، هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب فيصح ظهار الصبي حيث صححنا طلاقه وهو من مفردات المذهب لأنه قول يختص النكاح أشبه الطلاق

(٢) قوله «مسلماً كان أو ذمياً»، الصحيح من المذهب صحة ظهار الذمي كالمسلم لأنه يجب عليه الكفارة إذا حنث فوجب صحة ظهاره وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح منه لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فعلى المذهب يكفر بالمال لا غير

(٣) قوله «والاقوى عندي الخ»، أي لم ينعقد في حقه كاليمين بالله تعالى ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول الزور والمنكر وذلك مرفوع عن الصبي لأن القلم مرفوع عنه

(تنبيه) شمل قوله «من كل زوج الخ»، العبد وهو صحيح وهو المذهب ويأتي حكم تكفيره في آخر كتاب الإيمان

على قوله «ويصح من كل زوجة»، كبيرة أو صغيرة مسلمة أو ذمية يمكن وطئها أو غير يمكن وبه قال مالك والشافعي

(٤) قوله «فإن ظاهر من أمته الخ»، هذا المذهب نقله الجماعة وروى عن ابن عمر وابن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والشافعي وأبي حنيفة واصحابه وروى عن الحسن وعكرمة وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الأمة كفارة تامة وهو رواية عن أحمد لأنها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجة ولنا قوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ فخصن به

أبي لم تكن مظهرة^(١) وعليها كفارة ظهار^(٢) وعليها التمكنين قبل التكفير^(٣) وعنه كفارة يمين وهو قياس المذهب ، وعنه لا شيء عليها ، وان قال لأجنبية انت على كظهر أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يكفر^(٤) ، وان قال انت على حرام

(١) قوله « وان قالت المرأة الخ ، وكذا لو قالت ان تزوجت فلانا فهو على كظهر أبي وهذا المذهب بلا ريب وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الزهري والأوزاعي هو ظهار وروى عن الحسن وهو رواية ولعلمهم يحتجون بأنها أحد الزوجين فصح منها كالرجل ولنا قوله والذين يظاهرون من نسائهم يخصهم بذلك

(٢) قوله « وعليها كفارة ظهار ، هذا المذهب وهو من مفرداته لأن عائشة بنت طلحة قالت : ان تزوجت مصعب بن الزبير فهو على كظهر أبي ، فاستفتت اصحاب النبي ﷺ فأمروها أن تعتق رقبة وتزوجه رواه سعيد والأثرم والدارقطني ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور كالآخر وعنه عليها كفارة يمين قال المصنف والشارح هذا أفتس على مذهب احمد واشبه بأصوله لأنه ليس بظهار ومجرد المنكر من القول والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب وما روى عن عائشة فيجوز أن يكون اعتاقها تكفيراً ليمينها فان عتق الرقبة احد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا ليكون الموجود منها ليس بظهار وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضى وجوب كفارة الظهار انما قال الأحوط أن تكفر وكذا قال ابن المنذر ، وعنه لا شيء عليها وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور لأنه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف

(٣) قوله « وعليها التمكنين الخ ، وهذا المذهب نص عليه لأن ذلك حق عليها فلا يسقط بيمينها كالمين بالله تعالى

[فائدة] يجب عليها كفارة الظهار قبل التمكنين على الصحيح من المذهب ، وقيل بعده

(٤) قوله « وان قال لأجنبية الخ ، يصح الظهار من الأجنبية ولا يطأها إذا تزوجها حتى يكفر على الصحيح من المذهب نص عليه قال الزركشى هذا منصوص احمد وسواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء على كظهر أمي وسواء اوقعه =

يريد في كل حال فكذلك ، وإن أراد في تلك الحال فلا شيء عليه لأنه صادق ،
ويصح الظهار معجلا ومعلقا بشرط ومطلقا وموقتا نحو أنت علي كظهر أمي
شهر رمضان أو إن دخلت الدار فتي انقضى الوقت زال الظهار ، وإن أصابها
فيه وجبت الكفارة عليه

فصل في حكم الظهار

يُحرم وطء المظاهر منها قبل التكفير^(١) ، وهل يحرم الاستمتاع منها بما

== مطلقا أو علقه على التزويج روى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب وبه قال سعيد بن
المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار
قبل التزويج وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي وروى ذلك عن ابن عباس
لقوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ والأجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار
مبين ورد الشرع بحكمها مقيدا بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية ولنا ما روى الإمام
أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي علي
كظهر أمي فتزوجها قال عليه كفارة الظهار

[فائدتان] لو قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله فالصحيح من المذهب أنه
ليس بظهار نص عليه وعليه أكثر الأصحاب وقيل هو ظهار اختاره ابن عقيل
(الثانية) لو ظاهر من إحدى زوجتيه ثم قال للأخرى اشركتك معها أو أنت
مثلها فهو صريح في حق الثانية أيضا على الصحيح من المذهب نص عليه
على قوله « لأنه صادق » ، وكذا إن اطلق وهذا المذهب

(١) قوله « ويحرم وطء المظاهر منها الخ » ، إن كان التكفير بالعتق والصيام
حرم الوطء إجماعا للآية ، وإن كان بالاطعام حرم أيضا على الصحيح من المذهب
وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والزهرى والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد
لا يحرم الوطء إذا كان التكفير بالاطعام اختاره أبو بكر وأبو إسحاق لأن الله
تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام وهو قول أبي ثور ولنا ما روى
عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال اني ظاهرت من امرأتى فوقعت عليها
قبل أن اكفر فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله فقال رأيت خلخالها في ضوء
القمر فقال لا تقربها حتى تفعل ما أسرك الله به رواه أبو داود والترمذي وحسنه
والنسائي وقال المرسل أولى بالصواب

دون الفرج؟ يخرج على روايتين^(١). وعنه لا يحرم وطؤها إذا كان التكفير
بالاطعام اختاره أبو بكر وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد^(٢)
وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء. وقال القاضى وأبو الخطاب هو
العزم ، ولو مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه^(٣)، فإن عاد
فتزوجها لم يطأها حتى يكفر^(٤)، وإن وطئ قبل التكفير أثم واستقرت عليه

(١) قوله « وهل يحرم الخ » أحدهما يحرم وهو المذهب وبه قال الزهرى
والأوزاعى ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأى لأن ما حرم الوطء من القول
حرم دواعيه كالطلاق والاحرام والثانية يجوز وهو قول الثورى وإسحاق وإبى
حنيفة وحكى عن مالك

(٢) قوله « وتجب الكفارة الخ » العود هو الوطء عند أحمد وهو المذهب
فتى وطئ لزمته الكفارة ولا يجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيؤمر
بها من اراده ليستحله وحكى نحو ذلك عن الحسن والزهرى وهو قول أبى حنيفة
الإنة لا يوجب الكفارة على من وطئ وهى عنده فى حق من وطئ كمن لم يطأ
وقال الشافعى العود إمساكها بعد طهارة زمنا يمكن طلاقها فيه لأن طهاره منها
يقضى ابانتها فامساكها عود فيما قال . وقال داود العود تكرار الطهار مرة ثانية .
وما قاله القاضى رواية عن أحمد قال القاضى نص عليه فى رواية جماعة منهم الأثرم
واختاره ابن عبيدوس وصاحب البلغة إلا ان القاضى وأصحابه لم يوجبوا الكفارة
على العازم على الوطء اذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء إلا أبى الخطاب فانه
أوجبها اذا مات أو طلق بعد العزم على الوطء . وهذا قول مالك وإبى عبيد وقد
أنكر أحمد هذا

(٣) قوله « فان مات أحدهما الخ » هذا مبنى على المذهب وهو ان العود الوطء
وأما ان قلنا العود هو العزم على الوطء لو عزم ثم مات أو طلقها قبل الوطء
وجب الكفارة وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك وأيهما مات ورثه صاحبه فى قول
الجمهور وقال قتادة ان مات لم يرثها حتى يكفر

(٤) قوله « فان عاد فتزوجها الخ » أى سواء كان الطلاق ثلاثا أو لا ، وسواء
رجعت اليه بعد زوج آخر أو لا نص عليه وهو قول الحسن وعطاء والزهرى
والنخعى ومالك وأبى عبيد وقال قتادة إذا بان سقط الطهار فاذا عاد فنكحها =

الكفارة^(١) ويجزئه كفارة واحدة^(٢). وإن ظاهر من امراته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر ، وقال أبو بكر يبطل الظهار وتحل له ، فإن وطئها فعليه كفارة يمين ، وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة^(٣) ، وعنه ان كرره في مجالس فكفارات ، وإن ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة ، وإن كان بكلمات فلكل واحدة كفارة^(٤)

== فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالْمذهبين ولنا عموم الآية وهذا قد ظاهر من امراته فلا يحل له مسها قبل التكفير

(١) قوله « وان وطئ قبل الخ ، اعلم ان الوطء قبل التكفير محرم عليه ، ولا تسقط الكفارة بعد وطئه بموت ولا طلاق ولا غير ذلك وتحريمها عليه باق حتى يكفر ولو كان مجنوناً نص عليه وقال في الفروع ونصه يلزم مجنوناً بوطنه قال في الفروع وظاهر كلام جماعة لا يلزم المجنون كفارة بوطنه قال وهو أظهر

(٢) قوله « ويجزئه كفارة واحدة ، وهذا قول الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومؤرق العجلي وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة لحديث سلة ابن صخر

على قوله « وان ظاهر من امراته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر ، وهو المذهب وبه يقول مالك وابو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي

(٣) قوله « وان كرر الظهار الخ ، الأول المذهب نقله الجماعة عن أحمد وسواء كان في مجلس أو مجالس ينوي به التأكيد أو الاستئناف أو أطلق ، وبه قال مالك واسحاق وأبو عبيد والشافعي في القديم لأنه قول لم يؤثر تحريم الزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى فلو كفر عن الأول لزمته للثاني كفارة بغير خلاف على قوله « وان كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة ، وقال الثوري

والشافعي في الجديد ان نوى الاستئناف فكفارتان

على قوله « وان كرره في مجالس فكفارات ، « روى ذلك عن علي وعمرو بن دينار وبه يقول أصحاب الرأي

(٤) قوله « فلكل واحدة كفارة ، هذا المذهب قال في الفروع وغيره قال ابن حامد اذا ظاهر بكلمات فلكل واحدة كفارة رواية واحدة قال المصنف ==

فصل في كفارة الظهار وما في معناها

كفارة الظهار على الترتيب ، فيجب عليه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا (١) ، وكفارة الوطء في رمضان مثلها في ظاهر المذهب (٢) ، وكفارة القتل مثلها (٣) إلا في الاطعام ففي وجوبه روايتان ، والاعتبار في الكفارات بحال الوجوب (٤) في إحدى

== والشارح اذا ظاهر بكلمة واحدة فكفارة واحدة بغير خلاف في المذهب وهو قول عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعي واسحاق وأبي ثور والشافعي في القديم

(١) قوله « كفارة الظهار على الترتيب الخ » وذلك لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ الآية ولقوله ﷺ لحولة حين ظاهر منها زوجها يعتق رقبة قلت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به صيام قال فليطعم ستين مسكينا . وهذا الترتيب لا خلاف فيه اذا كان المظاهر حراً سقماً العبد فيأتي حكمه . وعدم استطاعة الصوم اما لكبر أو مرض غير مرجو زواله أو يخاف زيادته أو بظئه أو تطاوله أو لشبق واختار في الترغيب أو اضعفه عن معيشة تلزمه وهو خلاف ما نقله ابو داود وغيره وفي الروضة لضعف عنه أو لكثرة شغل أو شدة حر

(٢) قوله « وكفارة الوطء في نهار رمضان مثلها » وتقدم ذلك مستوفى في آخر ما يفسد للصيام

(٣) قوله « وكفارة القتل مثلها » يعني انها على الترتيب في العتق والصيام إلا في الاطعام ففي وجوبه روايتان احدهما لا يجب الاطعام في كفارة القتل وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقدمه في الفروع لأنه لم يذكر في كتاب الله تعالى ولو كان واجباً لذكره كالعتق والصيام والثانية يجب لأنها كفارة فيها عتق وصوم فكان فيها اطعام ككفارة الظهار

(٤) قوله « والاعتبار في الكفارة الخ » وهو المذهب كالحديث نص عليهما لأنها تجب على وجه الطهارة فكان الاعتبار بحال الوجوب كالحديث فاذا وجب وهو عبد غلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره

الروایتین ، فاذا وجبت وهو موسر ثم أعسر لم يجزئه الا العتق^(١)، وإن وجبت وهو معسر فإيسر لم يلزمه العتق^(٢) وله الانتقال اليه ان شاء ، وعنه في العبد إذا عتق لا يجزئه غير الصوم ، والرواية الثانية الاعتبار بأغظ الاحوال فمن أمكنه العتق من حين الوجوب الى حين التكفير لا يجزئه غيره ، فان شرع في الصوم ثم أيسر لم يلزمه الانتقال عنه^(٣) ويحتمل أن يلزمه

فصل

فمن ملك رقبة أو أمكنه تحصيلها بما هو فاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجها الأصلية بضمن مثلها لزمه العتق^(٤)، ومن

(١) قوله « لم يجزئه الا العتق ، أى لأنه هو الذى وجب عليه فلا يخرج عن العهدة إلا به

(٢) قوله « وإن وجبت وهو معسر الخ ، أى لأنه غير ما وجب عليه ، لا يقال الصوم بدل عن العتق فاذا وجد من يعتقه وجب الانتقال اليه كالتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو فيها للفرق بينهما فان الماء اذا وجد بعد التيمم بطل بخلاف الصوم فان العتق لو وجد بعد فعله لم يبطل لكن له الانتقال اليه لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الاصول

(٣) قوله « فان شرع في الصوم الخ ، هذا المذهب وبه قال الشعبي وقادة ومالك والأوزاعي والليث والشافعى وابو ثور وابن المنذر ويحتمل ان يلزمه واليه ذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحامد والثوري وابو عبيد واصحاب الرأى لأنه قدر على الأصل قبل اداء فرضه بالبدل فلزمه العود اليه كالتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها . ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فاشبهه ما لو استمر العجز الى ما بعد الفراغ ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال اليه كالتيمم يجد الهدى بعد الشروع في الصيام ويفارق ما اذا وجد الماء في الصلاة فان قضاءها يسير وروى البيهقي من حديث ابى القاسم البغوى حدثنا على ابن الجعد حدثنا ابن ابي ذئب عن ابن شهاب قال السنة فيمن صام الشهرين ثم أيسر ان يمضى .

(٤) قوله « فمن ملك رقبة - الى قوله - يلزمه العتق ، هذا بالاجماع وانه ليس له =

له خادم يحتاج الى خدمته^(١) أو دار يسكنها^(٢) أو دابة يحتاج الى ركوبها أو ثياب يتجمل بها أو كتب يحتاج اليها أو لم يجد رقبة الا بزيادة عن ثمن مثلها تجحف به لم يلزمه العتق، وان وجدها بزيادة لا تجحف به فعلى وجهين^(٣). وإن وهبت له رقبة لم يلزمه قبولها^(٤)، وان كان ماله غائبا أو امكنه شراؤها بنسيئة لزمه^(٥)، ولا يجزئه في كفارة القتل الا رقبة مؤمنة^(٦) وكذلك في سائر الكفارات في

== الانتقال الى الصيام اذا كان حرا مسلما ويشترط ايضا ان يكون فاضلا عن وفاء دينه على الصحيح من المذهب وعنه لا يشترط ذلك ومحل الخلاف عند المصنف وغيره اذا لم يكن مطالبا بالدين

(١) قوله « ومن له خادم يحتاج الى خدمته ، أى تكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة على خدمته فليس عليه الاعتراف وبهذا قال الشافعي وقال مالك وابو حنيفة والأوزاعي متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال الى الصيام سواء كان محتاجا اليها أو لم يكن لأن الله تعالى شرط في الانتقال الى الصيام ان لا يجد رقبة وهذا وجد وان وجد ثمنها وهو محتاج اليه لم يلزمه شراؤها وبه قال ابو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها فعلى المذهب لو كان عنده خادم يمكنه بيعه ويشترى به رقيقين يغتني بخدمة احدهما ويعتق الآخر لزمه ذلك

(٢) قوله « أو دار يسكنها » أو عقار يحتاج الى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغنى عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق وان استغنى عن شيء من ذلك لزمه بان كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها ويشترى ما يكفيه في لباسه أو كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله

(٣) قوله « وان كانت الزيادة لا تجحف بماله الخ » أحدهما يلزمه وهو المذهب لأنه قدر على الرقبة بشمن يقدر عليه لا يجحف به

(٤) قوله « وان وهبت الخ » أى لأن عليه منة في قبولها وذلك ضرر في حقه

(٥) قوله « وان كان ماله غائبا الخ » هذا المذهب

(٦) قوله « ولا يجزى في كفارة القتل الخ » لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وهذا بلا نزاع وكذلك سائر الكفارات وهو المذهب وعليه جماهير ==

ظاهر المذهب ، ولا يجزئه إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً
بيناً^(١) كالعمى وشلل اليد والرجل أو قطعها أو قطع إبهام اليد أو سبابتها أو
الوسطى أو الخنصر والبنصر^(٢) من يد واحدة ولا يجزئ المريض المأيوس منه
ولا النحيف العاجز عن العمل^(٣) ولا غائب لا يعلم خبره^(٤) ولا مجنون مطبق ولا

== الأصحاب وهو قول الحسن ومالك والشافعي وإسحاق وإبي عبيد وعنه تجزئه رقبة .
كافرة اختاره أبو بكر فيجزي . من الظهار وغيره ما عدا القتل عتق رقبة ذمية وهو
قول عطاء والثوري والنخعي وإبي ثور وإصحاب الرأي وإبن المنذر لان الله تعالى
اطلق الرقبة في كفارة الظهار فيجب ان يجزي . ما تناوله الأطلاق ولنا ما روى
معاوية بن الحكم قال كانت لى جارية فأتيت النبي ﷺ فقلت على رقبة افاعتقها فقال
لها رسول الله ﷺ اين الله قالت فى السماء قال من انا قالت انت رسول الله فقال
رسول الله ﷺ اعتقها فإنها مؤمنة رواه مسلم فعلى جواز اعتاقها عن الرقبة التى عليه
بانها مؤمنة

(١) قوله « ولا يجزى الا رقبة سليمة الخ » أى لأن المقصود تملك العبد
منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيناً

(٢) قوله « كالعمى الخ » يعنى أن ذلك لا يجزى . وهذا المذهب وعليه الأصحاب
وعنه ان كانت اصبعه مقطوعة فارجو هذا يقدر على العمل فعلى المذهب يجزى . عتق
الأعور . وظاهر كلام المصنف انه يجزى . عتق المرهون وهو صحيح وهو المذهب ،
وقيل لا يجزى ولا يصح الا مع يسار الراهن وظاهر كلامه انه يجزى الجنانى وهو
صحيح ولو قتل فى الجناية

على قوله « من يد واحدة » مفهومة انه لو قطع واحدة من الخنصر والبنصر
أو قطعاً من يدين انه يجزئه وهو المذهب

(٣) قوله « ولا يجزى . المريض الخ » أى كمن مرضه مرض السلى لأن برئه
يندر وان كان المرض يرجى زواله اجزأ على المذهب ولا يجزى النحيف العاجز عن
العمل لأنه كالمرضى المأيوس من برئه ولا يجزى الزمن والمقعد على المذهب وعنه
يجزى . كل واحد منهما

(٤) قوله « ولا غائب لا يعلم خبره » هذا المذهب لانه مشكوك فى بقاء حياته
والأصل شغل الذمة فلا يبرأ بالشك وقيل يجزى . وجزم القاضى فى الخلاف انه
يجزى . من جهل خبره عن كفارته

أخرس لا تفهم إشارته^(١) ولا عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها ولا من يعتق عليه بالقرابة ولا من اشتراه بشرط العتق في ظاهر المذهب ولا أم ولد في الصحيح عنه ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئا في اختيار شيوختنا، وعنه يجزى ، وعنه لا يجزى مكاتب بحال ، ويجزى الاعرج يسيرا والمجدع الأنف والأذن والمحبوب والخصي ومن يخنق في الأحيان والأصم والأخرس الذي يفهم الإشارة وتفهم إشارته والمدبر والمعلق عتقه بصفة وولد الزنا والصغير ، وقال الخرقى إذا صلى ، وإن عتق نصف عبد وهو معسر ثم اشترى باقيه فأعتقه أجزاءه إلا على رواية وجوب الاستسعاء ، وإن أعتقه وهو موسر فسرى لم يجزه نص عليه ويحتمل أن يجزئه ، وإن أعتق نصفاً آخر أجزاءه عند الخرقى ولم يجزه عن أبي بكر

فصل

فمن لم يجد رقبة فعليه صيام شهرين متتابعين حراً كان أو عبداً^(٢) ، ولا

[تنبيه] محل الخلاف إذا لم يعلم خبره مطلقاً أما إن أعتقه ثم تبين بعد ذلك كونه حياً فإنه يجزى قولاً واحداً

(١) قوله « ولا آخرس الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وفيه وجه يجزى اختياره القاضي وجماعة من أصحابه قاله الزركشى

[فائدة] لا يجزى الآخرس الأصم على الصحيح من المذهب ، واختار أبو الخطاب والمصنف الأجزاء إذا فهمت إشارته لأن الإشارة تقوم مقام الكلام في الأفهام وأحكامه كلها تثبت بإشارته فكذلك عتقه ، وكذلك الآخرس الذي تفهم إشارته وهذا مذهب الشافعي وإن ثور ووجه الأول أن منفعة الحس ذاهبة فأشبهه زائل العقل ولأن الحرس نقص كبير يمنع كثيراً من الأحكام مثل القضاء والشهادة وبهذا قال أصحاب الرأي قال الشارح والأول أولى إن شاء الله تعالى

(٢) قوله « فمن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين الخ » أي إذا قدر على الصيام وهذا إجماع من أهل العلم لقول الله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ولحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر ويستوى في ذلك الحر والعبد عند أهل العلم لأنهم فيه خلافاً واجمعوا على وجوب التابع في الصيام ومعنى التابع الموالاتة بين صيام إياهما فلا يفطر فيهما ولا يصوم عن غير الكفارة

تجب نية التتابع^(١) فان تخلل صومها صوم شهر رمضان او فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس أو جنون أو مرض يخوف عليه أو فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما لم ينقطع التتابع^(٢)، وكذلك إن خافنا على ولديهما^(٣) ويحتمل أن ينقطع، وان افطر لغير عذر أو صام تطوعاً أو قضاء أو عن نذر أو كفارة أخرى لزمه الاستئناف^(٤)، وان افطر لعذر يبيح الفطر كالسفر والمرض وغير الخوف فعلى وجهين^(٥)، وان أصاب المظاهر منها

(١) قوله « ولا يجب نية التتابع ، هذا المذهب

(٢) قوله « فان تخلل صومها الخ ، اذا تخلل صوم الشهرين صوم رمضان أو فطر يوم العيدين أو حيض أو جنون لم ينقطع التتابع نص عليه ولم يلزمه كفارة عند الأصحاب وكون الصوم لا ينقطع اذا تخلله رمضان أو يوم العيدين من مفردات المذهب وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لأنه افطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه . ولنا انه صوم منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس واما اذا افطرت الحامل لأجل النفاس فحرم المصنف هنا انه لا ينقطع التتابع وهو احد الوجوه والصحيح من المذهب

(٣) قوله « وكذلك ان خافنا على ولديهما ، يعني اذا افطرتا لخوفهما على ولديهما لم يقطع التتابع وهو احد الوجهين والمذهب منهما لانه فطر ابيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع كما لو افطرتا خوفا على أنفسهما ، ويحتمل أن ينقطع وهو للقاضي واختاره لان الخوف على غيرهما ولذلك يلزمها الفدية مع القضاء

[فائدة] لو افطر مكرها أو ناسيا كمن وطئ . كذلك أو خطأ كمن اكل بظنه ليلا فبان نهارا لم ينقطع التتابع على الصحيح من المذهب كالجاهل به وقال المصنف ومن تابعه لو اكل ناسيا لوجب التتابع أو جاهلا به أو ظنا منه انه قد اتم الشهرين انقطع تتابعه

(٤) قوله « وان افطر لغير عذر الخ ، هذا بلا نزاع لانه اخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عن مانواه على الصحيح من المذهب لأن هذا الزمان ليس بمستحق معين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره

(٥) قوله « وان افطر لعذر يبيح الفطر الخ ، احدهما لا ينقطع التتابع وهو =

ليلا او نهارا انقطع التتابع^(١)، وعنه لا ينقطع بفعله ناسيا، وان أصاب

المذهب لانه مرض اباح الفطر اشبه المخوف والثاني ينقطع لانه افطر اختيارا وكذلك السفر على المذهب فانه قال في رواية الاثرم كأن السفر غير المرض وما ينبغي ان يكون اوكد من رمضان فظاهر هذا انه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن والوجه الثاني يقطعه وهو قول مالك واصحاب الراى لان السفر يحصل باختياره فقطع التتابع والصحيح الاول لانه افطر لعذر يبيح الفطر في رمضان فلم ينقطع التتابع

[فائدة] لو نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضرا كان او مسافرا لانه تحلل صوم الكفارة فطر غير مشروع وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال ابو حنيفة ان كان حاضرا اجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشروط لرمضان وان كان مسافرا اجزأه عن الكفارة دون رمضان حاضرا او سفرا. ولنا ان رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولانه صلى الله عليه وسلم قال انما الاعمال بالنيات وانما لامرىء ما نوى وهذا ما نوى رمضان ولا فرق بين الحضر والسفر

(١) قوله فان أصاب المظاهر منها الخ، هذا المذهب مطلقا وبه قال مالك والثوري وابوعبيد واصحاب الراى لان الله تعالى قال ﴿ فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتاسا ﴾ فامر بهما خاليتين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطى نهارا ذا كرا وعنه لا ينقطع التتابع بالوطء ليلا وهو مذهب الشافعي وابي ثور وابن المنذر لانه وطء لا يفسد الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها وان وطئها او وطى غيرها في نهار الشهرين عامدا افطر وانقطع التتابع اجماعا إذا كان غير معذور وإن وطئها أو وطى غيرها ناسيا نهارا افطر وانقطع التتابع في احدى الروايتين لان الوطء لا يعذر فيه بالنسيان وعنه لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وابي ثور وابن المنذر لأنه فعل الفطر ناسيا اشبهه ما لو اكل ناسيا، ولو أبيع له الفطر لعذر فوطى غيرها نهارا لم ينقطع التتابع لأن الوطء لا أثر له في قطع التتابع

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف انه إذا أصاب المظاهر منها ليلا عمداً انه ينقطع قولاً واحداً لأنه انما حكى الخلاف في النسيان وليس الامر كذلك بل الخلاف جار في العمد والسهو بلا نزاع عند الاصحاب ولذلك قال الزركشي وهو غفلة من المصنف

غيرها ليلاً لم ينقطع^(١)

فصل

فان لم يستطع لزمه إطعام ستين مسكيناً مسلماً حراً صغيراً كان أو كبيراً إذا أكل الطعام^(٢) ، ولا يجوز دفعها الى مكاتب ولا الى من تلزمه مؤنته وان

(١) قوله « وان أصاب غيرها الخ » وهذا بلا خلاف اعلمه وكذلك لو أصابها نهاراً ناسياً أو لعذر يبيح الفطر

[فائدة] لا ينقطع بوطئه في اثناء العتق أو الوطء على الصحيح من المذهب وعلية الاصحاب

(٢) قوله « فان لم يستطع الخ » أجمع أهل العلم على أن المظاهر اذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام ان فرضه اطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصوم لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو زيادته أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فان أوس بن الصامت لما أمره رسول الله ﷺ بالصوم قالت امرأته انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطمع ستين مسكيناً ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال وهل اصبت ما اصبت الا من الصيام قال فاطم فقله الى الاطعام لما اخبره ان به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما

[فائدة] يشترط في المساكين ثلاثة شروط الاسلام والحرية وان يكون قد أكل الطعام فلا يجوز دفعها الى كافر ذمياً كان او حريباً وهذا الصحيح من المذهب وعلية الاصحاب وبه قال الحسن والنخعي والأوزاعي ومالك والشافعي واسحاق وابو عبيد قال أبو ثور وأصحاب الرأي يجوز دفعها الى الذمي ولنا انهم كفارة فلم يجز اعطاؤهم كسائين أهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس عليه . الثاني أن يكونوا احراراً فلا يجوز دفعها الى مكاتب ولا عبد ولا ام ولد ، ولا خلاف في انه لا يجوز دفعها الى عبد لأن نفقته واجبة على سيده ولا ام ولد لذلك وبه قال مالك والشافعي . الثالث ان يكونوا اكلوا الطعام فان كان طفلاً لم يأكل الطعام لم يدفع اليه وهذا اختيار الحزقي والقاضي والمصنف والشارح وابن عبدوس قال المجد هذه الرواية أشهر عنه وجزم به في الخلاصة وغيرها وهو ظاهر قول مالك ، والرواية =

دفعها الى من يظنه مسكيناً فبان غنيا فعلى وجهين ^(١) وإن ردها على مسكين واحد ستين يوماً لم يجزه الا ان لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب ^(٢) وعنه لا يجزئه وعنه يجزىء وإن وجد غيره . وان دفع الى مسكين في يوم واحد من كفارتين اجزأ ^(٣) وعنه لا يجزئه والمخرج في الكفارة ما يجزىء في الفطرة

== الثانية يجوز دفعها إلى الصنير الذي لم يطعم ويقبض له وليه وهذا المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في الهداية وغيرها وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي قال ابو الخطاب وهو قول اكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج فاشبهه الكبير ولأن أكله للكفارة ليس بشرط فيصرف فيما تم به كفايتهم ووجه الأولى قوله فاطعام عشرة مساكين وهذا يقتضى اكلهم فاذا لم يعتبر حقيقة اكلهم وجب اعتبار امكانه فاما المكاتب فيجوز دفعها اليه في إحدى الروايتين وهي المذهب اختاره القاضى وابو الخطاب والشريف في خلافتهم وابن عبدوس وجزم به في الوجيز والثانية لا يجوز اختاره القاضى في المجرى والمصنف والشراح ونصراه وقدمه في الهداية وغيرها

(١) قوله « فان دفعها الى من يظنه مسكيناً الخ » كالروايتين اللتين في الزكاة خلافاً ومذهباً على ما تقدم في آخر باب ذكر أهل الزكاة ، والصحيح من المذهب الاجزاء

(٢) قوله « وان ردها على مسكين - إلى قوله - في ظاهر المذهب ، وهذا الصحيح من المذهب في ذلك فان وجد غيره من المساكين لم تجزئه على الصحيح وعليه جماهير الأصحاب وعنه يجزئه اختاره ابن بطة وابو محمد الجوزى قال الزركشى اختاره ابو البركات وان لم يجد غيره فالصحيح من المذهب الاجزاء وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف والمجد هذا ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه اختاره ابو الخطاب في الانتصار وصححها في عيون المسائل وقال اختارها ابو بكر

(٣) قوله « وان دفع الى مسكين في يوم الخ » هذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب وهذا مذهب الشافعي لأنه دفع القدر الواجب الى العدد الواجب فاجزأ كما لو دفع اليه المدين في يومين وعنه لا يجزئه وهو قول ابى حنيفة

وفي الخبز روايتان^(١) فان كان قوت بلده غير ذلك أجزاء منه^(٢) لقول الله تعالى ﴿ من اوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ وقال القاضي لا يجزئه ولا يجزىء من البر اقل من مد^(٣) ولا من غيره اقل من مدين ولا من الخبز اقل من رطلين بالعراقي إلا ان يعلم انه مد . وان اخرج القيمة او غدى المساكين

(١) قوله « والمخرج الخ » وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب واقتصر الخرقى على البر والشعير والتمر واخراج السويق والدقيق هنا من مفردات المذهب « وفي الخبز روايتان » وكذا السويق أحدهما لا يجزى وهي اختيار الخرقى قال المصنف وهذه أحسن قال فى الانصاف وهو الصواب وصححه فى التصحيح وجزم به الأدمى فى منتخبه

(٢) قوله « فان كان قوت بلده غير ذلك الخ » أى كالذرة والدخن والأرز وهو أحد الوجهين اختاره أبو الخطاب فى الهداية والمصنف قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب قال فى الانصاف وهو الصواب وهذا مذهب الشافعى وقال القاضي لا يجزئه وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب

(٣) قوله « ولا يجزىء من البر الخ » هذا المذهب ومن قال مد برزید بن ثابت وابن عباس وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد ورواه عنهم الأثرم وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار ادركت الناس اذا اعطوا فى كفارة اليمين اعطوا مداً من حنطة بالمد الأصغر مد النبي ﷺ وقال أبو هريرة رضى الله عنه يطعم مداً من أى الأنواع كان وقاله فى الأيضاح وذكره المجدرواية ونقله الأثرم وبه قال عطاء والاوزاعى والشافعى لما روى أبو داود باسناده عن أوس بن أخى عبادة بن الصامت ان النبي ﷺ أعطاه يعنى المظاهر خمسة عشر صاعاً من شعير اطعم ستين مسكيناً وعن أبي هريرة فى حديث الجامع ان النبي ﷺ أتى بعرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال خذه وتصدق به رواه الأثرم واذا ثبت فى الجامع بالخبز ثبت فى المظاهر قياساً عليه وقال مالك لسكل مسكين مدان من جميع الأنواع ومن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبى والنخعى وقال الثورى وأصحاب الرأى من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لسكل مسكين لقوله ﷺ فى حديث سلمة بن صخر فاطم وسقا من تمر رواه أحمد وأبو داود وغيرهما . ولنا ما روى أحمد قال جاءت امرأة من بنى بياضة بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ للمظاهر =

أو عشاهم^(١) وعنه يجزئه

فصل

ولا يجزىء الاخراج الابنية وكذلك الاعتاق والصيام فان كان عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتى اجزاه وان كان عليه كفارات من جنس فنوى احداها اجزأ عن واحدة وإن كانت من اجناس فكذلك عند ابى الخطاب وعند القاضى لا يجزئه حتى يعين سببها فان كانت عليه كفارة واحدة نفسى سببها أجزأته كفارة واحدة على الأول وعلى الثانى يجب عليه كفارات بعدد الاسباب . والله أعلم

كتاب اللعان

وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا فله اسقاط الحد باللعان وصفته ان يبدأ الزوج فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به امرأتى هذه من الزنا ويشير إليها وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك اربع مرات ثم يقول فى الخامسة وان لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم تقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا أربع مرات ثم تقول فى الخامسة وان غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما

= « اطعم هذا فان مدى شعير مكان مدبر ، وهذا نص ولأنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبى هريرة ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفاً فكان اجماعاً

(١) قوله « وان أخرج القيمة الخ ، وهو المذهب وبه قال مالك والشافعى وابن المنذر وهو الظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وأجازاه الأوزاعى وأصحاب الرأى واما إذا غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه على المذهب سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعى ، وعن احمد يجزئه اذا أطعمهم القدر الواجب وهو قول النخعى وأبى حنيفة واختاره الشيخ تقي الدين الا انه لم يعتبر القدر الواجب وذلك لقوله تعالى فاطعام ستين مسكينا وهذا قد أطعمهم

رمانى به من الزنا فان نقص احدهما من الالفاظ الخمسة شيئا او بدأت باللعان قبله او تلاعنا بغير حضرة الحاكم او نائبه لم يعتد به وإن أبدل لفظه أشهد بأقسم او احلف او لفظة اللعنة بالابعاد او الغضب بالسخط فعلى وجهين ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه الا بها وان عجز عنها لزمه تعلمها فى احد الوجهين وفى الآخر يصح بلسانه وإذا فهمت اشارة الاخرس او كتابته صح لعافه بها وإلا فلا وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالاشارة؟ على وجهين

فصل

والسنة ان يتلاعنا قياما بمحضر جماعة فى الاوقات والاماكن المعظمة واذا بلغ كل واحد منهما الخامسة امر الحاكم رجلا فأمسك يده على فى الرجل وامرأة تضع يدها على فى المرأة ثم يعظه ويقول اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان يكون ذلك بمحضرة الحاكم فان كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما وإذا قذف الرجل نساءه فعليه ان يفرد كل واحدة بلعان وعنه يجوز له لعان واحد فيقول أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رमितكن به من الزنا وتقول كل واحدة اشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا . وعنه ان كان القذف بكلمة واحدة أجزاء لعان واحد وإن كان بكلمات افر دكل واحدة بلعان

فصل

ولا يصح الا بشروط ثلاثة أحدها ان يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أو ذميين أو رقيقين أو فاسقين أو كان احدهما كذلك فى إحدى الروايتين^(١) والآخرى لا يصح الا بين زوجين مسلمين حرين عدلين فان اختلف

(١) قوله « أحدهما ان يكون بين زوجين الخ ، وهو المذهب وبه قال سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعه ومالك واسحاق وعنه لا يصح إلا بين زوجين الخ أى فان اختلف شرط منها فى أحدهما فلا لعان بينهما لفوات الشرط اختارها الحرقي زوى هذا عن الزهرى والثورى والاوزاعى وحماد وأصحاب =

شرط منها في أحدهما فلا لعان بينهما . وان قذف أجنبية (١) أو قال لامرأته زנית قبل أن أنكحك حد ولم يلاعن (٢) وان ابان زوجته ثم قذفها بزنا في النكاح أو قذفها في نكاح فاسد وبينهما ولد لاعن لثفيه وإلا حد ولم يلاعن (٣)

== الرأى وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان وعن عطاء والنخعي في الحدود وفي القذف يضرب في الحد ولا يلاعن وروى فيه حديث ولا يثبت كذلك قال الشافعي والساجي لان اللعان شهادة بدليل قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم وقال فشهادة أحدهم أربع شهادات ولنا عموم قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الآية ولان اللعان يمين فلا تفتقر إلى ما شرطوه كسائر الأيمان ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ لولا الأيمان لكان لي ولها شأن واما تسميته شهادة فلقوله في يمينه أشهد بالله شهادة وان كان يميناً كما قال تعالى إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله

[فائدة] لا فرق بين كون الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها فانه يلاعنها قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي لقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم

[فائدة] إذا قال لامرأته انت طالق يا زانية ثلاثاً فنقل منها عن احمد يلاعن قال منها قلت فانهم يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة قال بئس ما يقولون فهذا يلاعن لانه قذفها قبل الحكم بينوتها فأشبهه قذف الرجعية . فاما ان قال انت طالق ثلاثا يا زانية فان كان بينهما ولد لاعن لثفيه والا حد ولم يلاعن

(١) قوله ، وان قذف أجنبية ، هذا بلا نزاع

(٢) قوله ، أو قال لامرأته الخ ، هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وبه قال مالك والشافعي

(٣) قوله ، وان ابان زوجته الخ ، هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لانها أجنبية فاشبهت سائر الاجنبيات إذا لم يكن بينهما ولد . ولنا ان هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كالنكاح الصحيح ويفارق إذا لم يكن ولد فانه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية

وإن أبان امرأته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم يكن وإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزراً ولا لعان بينهما (١)

فصل

الشرط الثاني أن يقذفها بالزنا فيقول زنيته أو يا زانية أو رأيتك تزني سواء قذفها بزناً في القبل أو في الدبر (٢) فإن قال وطئت بشبهة أو مكرهة فلا لعان بينهما (٣) وعنه أنه إن كان ثم ولد لاعن لنفسه وإلا فلا (٤) فإن قال لم تزني

(١) قوله « وإن قذف زوجته الصغيرة الخ » وهو المذهب لأن القذف لا يسقط عن درجة السب فكذا هنا ولا حد لأنه لا يجب عليهما بفعل الزنا ولا لعان بينهما لأنه قول تحصل به الفرقة فلا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير مكلف كسائر الأيمان فإن ادعى أنه كان زائلاً العقل حين قذفه فإنكرت ذلك ولا حد لها بينة عمل بها والاقبل قولها مع يمينها لأن الأصل والظاهر السلامة والصحة

(٢) قوله « الشرط الثاني الخ » كل قذف يجب به الحد وسواء في ذلك الاعمى والبصير نص عليه أحمد وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو ثور وهو قول عطاء وقال يحيى الأنصاري وما لك لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين إما رؤية وإما انكار الحمل لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان رأيت بعيني وسمعت بأذني فلا يثبت اللعان إلا في مثله ولنا قوله والذين يرمون أزواجهم الآية وهذا رام لزوجه فيدخل في عموم الآية والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب وسواء القذف بالزنا في القبل أو في الدبر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت بالقذف في الدبر وبناء على أصله في أن ذلك لا يجب به الحد

(٣) قوله « وإن قال وطئت بشبهة الخ » إذا قال وطئت بشبهة فقدم المصنف أنه لا لعان بينهما مطلقاً ونص عليه أحمد قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب وقطع به في المعنى والوجيز وغيرهما لأنه لم يقذفها وإنما يوجب الحد

(٤) قوله « وعنه أن كان ثم الخ » هذا المذهب وينتفي الولد بلعان الرجل وحده نص عليه وعليه أكثر الأصحاب لأنه محتاج إلى نفي الولد وإما إذا قال وطئت مكرهة وكذا مع نوم أو إغماء أو جنون فقدم المصنف هنا أنه لا لعان بينهما =

مولكن ليس هذا الولد منى فهو ولده فى الحكم ولا لعان بينهما (١) وان قال ذلك بعد أن أبانها فشهدت امرأة مرضية انه ولد على فراشه لحقه نسبه (٢) وان ولدت توأمين فأقر أحدهما ونفى الآخر لحقه نسبهما ويلاعن لنفى الحد وقال القاضى يحد (٣)

= وهو احدى الروايتين واختاره الخرقى والمصنف وجزم به فى الوجيز وغيره قال ابن منجا هذا المذهب وعنه ان كان ثم ولد لا عن لثفيه والا فلا فينتفى بلعانه وحده نص عليه قال فى الفروع اختاره الاكثر منهم القاضى وابو بكر وابن حامد والشريف والشيرازى وغيرهم

(١) قوله « وان قال لم ترن الخ ، هذا احدى الروايتين اختاره الخرقى والمصنف وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى وقدمه فى النظم والفروع والشرح ونصره لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال انه يريد انه من زوج آخر أو من وطء شهة أو غير ذلك ولكنه يسئل فان قال زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان وعن أحمد يلاعن لنفى الولد واختاره الاكثر منهم ابو بكر وابن حامد والقاضى والشريف وابو الخطاب قال فى المحرر وهو الأصح عندى . واعلم ان هذه المسائل الثلاث على حد سواء

(٢) قوله « وان قال ذلك بعد ان أبانها الخ ، كلام المصنف فى المسئلة التى قبلها فى اللعان وعدمه وكلامه هنا فى حقوق نسب الولد وعدمه فاذا قال ذلك لمطلقة أو لزوجه أو لسريته فلا يخلو اما ان يشهد به أنه ولد على فراشه أو لا فان شهد به لحقه نسبه بلا نزاع ويكفى امرأة واحدة مرضية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن شهادة المرأة الواحدة بالولادة مقبولة لأنها مما لا يطلع عليه الرجال وعنه امرأتان وان لم يشهد به أحد انه ولد على فراشه فالقول قول الزوج على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وان ولدت توأمين الخ ، وهذا المذهب لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره فاذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت الآخر وقال القاضى يحد ولا يملك اسقاطه باللعان وهذا مذهب الشافعى لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه فى قذفه

[فائدة] التوأمين المنفيان اخوان لأم فقط على الصحيح من المذهب ، وفى الترغيب وجه يتوارثان بأخوة أبوة

فصل

الثالث ان تكذبه الزوجة ويستمر ذلك الى انقضاء اللعان فان صدقته أو سكتت لحقه النسب ولا لعان في قياس المذهب^(١) وان مات أحدهما قبل اللعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان وان مات الولد فله لعانها وفيه وان لا عن ونكلت الزوجة عن اللعان خلى سبيلها ولحقه الولد^(٢) ذكره

(١) قوله « فان صدقته الخ » واقصر عليه الشارح وهو المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب لأن الولد للفراش وانما ينتفى عنه باللعان ولم يوجد شرطه ولم يوجد اللعان لا تنفاء شرطه فبقى النسب لاحقاً به ولا لعان سواء صدقته قبل لعانه أو بعده وبهذا قال ابو حنيفة . وقال الشافعي ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له ان يلاعن الا أن يكون له نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفى النسب بمجرد لعانه وان كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد

على قوله « فان صدقته أو سكتت » ه أو عفت عنه أو ثبت زناها بأربعة سواء أو قذف مجنونة بزنا قبله أو محصنة فجنت أو خرساء أو ناطقة ثم خرس نص على ذلك

(٢) قوله « وان لا عن ونكلت الخ » ولا حد عليها على الصحيح من المذهب حتى قال الزركشي أما انتفاء الحد عنها فلا نعلم فيه مخالفاً في مذهبننا قال الشارح وان رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي فان الرجوع عن الاقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فانه لم يجب عليه لتصديقها إياه فان أراد لعانها لتنى نسب الولد فليس له ذلك في جميع هذه الصور وبه يقول أصحاب الرأي وقال الشافعي له لعانها لتنى النسب فيها كلها لانها لو كانت سالحة عفيفة فكذبته ملك نفي ولدها فاذا كانت فاجرة فصدقته فلأن ملك نفي ولدها أولى وقال الجوزجاني وابو الفرج والشيخ تقي الدين عليها الحد قال في الفروع وهو قوى وقدم المصنف هنا انه يخلى سبيلها وعن أحمد تحبس الخ قال في الانصاف وهذه المذهب ويكون اقرارها بالزنا أربع مرات ولا يقام نكولها مقام اقرار مرة على الصحيح من المذهب وبه قال مكحول والشعبي ومالك والشافعي وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر

الخرق وعن أحد أنها تحبس حتى تقر أو تلعن ولا يعرض للزوج حتى
تطالبه الزوجة فان أراد اللعان من غير طلبها فان كان بينهما ولد يريد نفيه
فله ذلك والا فلا

فصل

فإذا تم اللعان بينهما ثبت أربعة أحكام : أحدها سقوط الحد عنه أو
التعزير ولو قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما . الثاني الفرقة بينهما وعنه
لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما (١) الثالث التحريم المؤبد (٢) وعنه انه اذا كذب

(١) قوله وعنه لا تحصل الخ ، المذهب ان الفرقة تحصل بتمام لعانها فلا يقع
الطلاق ولا يعتبر تفريق الحاكم وهذا قول مالك وابي عبيد وابي ثور وداود
وزفر وابن المنذر وروى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما لما روى عن عمر
رضى الله عنه قال المتلاعنان يفرق بينهما وقال لا يجتمعان أبداً رواه سعيد ولأنه
معنى يقتضى التحريم المؤبد فلم يقف على حكم حاكم كالرضاع ولأنها لو وقعت على
تفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه وتفريقه ﷺ بينهما بمعنى اعلامه لها بمحصول
الفرقة وعنه لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي واختاره
القاضي والشريف وأبو الخطاب وغيرهم والمؤلف وبه يقول أصحاب الرأى لما
روى نافع عن ابن عمر ان رجلا لعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من
ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما والحق الولد بالمرأة رواه الجماعة . وعن سعيد
ابن جبير قال قلت لابن عمر رجل قذف امرأته قال فرق رسول الله ﷺ بين
أخوى بنى العجلان وقال الله يعلم ان أحديكما كاذب فهل منكما تائب يردها ثلاث
مرات فأبيا ففرق بينهما متفق عليه فدل ان الفرقة لا تحصل بمجرد اللعان فعلى هذه
ان طلقها قبل التفريق لحقها طلاقه ويلزم الحاكم الفرقة من غير طلب وعليها لو
يفرق الحاكم بينهما كان النكاح بحاله قاله المؤلف وقال الشافعى تحصل الفرقة بمجرد
لعان الزوج وحده قال المؤلف ولا نعلم أحداً وافقه على ذلك وعليها فرقة اللعان
فسخ لانها فرقة تقتضى تحريماً مؤبداً

(٢) قوله الثالث التحريم المؤبد ، لا خلاف بين أهل العلم في انه اذا لم
يكذب نفسه انها لا تحل له الا أن يكون قولاً شاذاً فان كذب نفسه فالمذهب انها

نفسه حلت له^(١) وان لاعن زوجته الامة ثم اشتراها لم تحل له الا أن يكذب نفسه على الرواية الاخرى وإذا قلنا تحل له الزوجة باكذاب نفسه فان لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية على النكاح وإن وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر^(٢) وينتفى عنه حملها وإن لم يذكره وقال الخرقى لا ينتفى عنه حتى يذكره في اللعان فإذا

== لا تحل له ونقله الجماعة عن أحمد وجاء عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهرى والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وابو يوسف لقول سهل بن سعد مضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا رواه الجوزجاني وأبو داود ورجاله ثقات وروى الدارقطني ذلك عن علي

(١) قوله وعنه ان اكذب نفسه الخ، أى وعاد فراشه بحاله كما لو لم يلاعن. ولكن هذه الرواية شذبا حنبلي عن أصحابه قال أبو بكر لا نعلم أحدا رواها غيره قال المؤلف وينبغي أن تحمل على ما إذا لم يفرق الحاكم فاما مع تفريقه فلا وجه لبقاء النكاح بحاله وعن سعيد بن المسيب ان اكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب وبه قال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد بن جبير ان اكذب نفسه ردت اليه ما دام في العدة

على قوله وان لاعن زوجته الامة ثم اشتراها لم تحل له، وهذا المذهب مطلقا.

(٢) قوله الرابع انتفاء الولد الخ، اعلم أن الولد ينتفى بتام تلاعنها على الصحيح من المذهب لما روى سهل بن سعد ان رسول الله ﷺ فرق بينهما ولا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها ومن رماها أورمى ولدها فعليه الحد رواه أحمد وابو داود فظاهره انه لا يشترط ذكره فيه والمذهب كما اختاره الخرقى والقاضى والمصنف والشارح انه لا ينتفى الا بدكره في اللعان وهذا مذهب الشافعي وأجابا في المغنى والشرح عن حديث سهل بأن ابن عمر روى القصة وذكر فيها ان رجلا لعن امرأته في زمن النبي ﷺ فانتفى من ولدها ففرق بينهما والحق الولد بالمرأة والزيادة من الثقة مقبولة فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظه ومع اللعن في الخامسة لأنه شخص يسقط باللعان فكان ذكره شرطا كالزوجة

قال أشهد بالله لقد زنت يقول وما هذا الولد ولدى وتقول هي أشهد بالله
لقد كذب وهذا الولد ولده وإن نفي الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند
وضعها له ويلاعن^(١)

فصل

ومن شرط نفي الولد ان لا يوجد دليل على الاقرار به فان أقر به أو
بتوأمه أو نفاه وسكت عن توأمه أو هنيء به فسكت أو أمن على الدعاء أو
آخر نفيه مع إمكانه لحقه نسبه ولم يملك نفيه وان قال أخرت نفيه رجاء موته
لم يعذر بذلك وإن قال لم أعلم به أو لم أعلم ان لى نفيه أو لم أعلم ان ذلك على
الفور وأمكن صدقه قبل قوله ولم يسقط نفيه وإن أخره لحبس أو مرض
أو غيبة أو شيء يمنع ذلك لم يسقط ومن اكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه
ولزمه الحد ان كانت المرأة محصنة أو التعزير ان لم تكن محصنة

(١) قوله « وان نفي الحمل في التعانه الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته قاله
في الانصاف وقال الشارح هذا قول أنى حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لأن الحمل
غير متيقن لجواز ان يكون ریحاً ، وقيل يصح نفيه قبل وضعه اختاره المصنف
والشارح وبه قال مالك والشافعى لحديث هلال بن أمية وانه نفي حملها فنفاه عنه
النبي ﷺ والحقه بالأم ولا خفاء بانه كان حملاً ولهذا قال ﷺ انظروها فان جاءت
به كذا وكذا قال ابن عبد البر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة واوردها
قال المصنف والشارح وهذا القول هو الصحيح لموافقه ظواهر النصوص وما
خالف الحديث لا يعمل به كائناً ما كان

على قوله « ولم يسقط نفيه » ، شمل كلامه مسئلتين احدهما ان يكون قائل
ذلك حديث عهد بالاسلام او من أهل البادية فيقبل قوله بلا نزاع . الثانية ان يكون
قائل ذلك عامياً فلا يقبل على الصحيح من المذهب

على قوله « وان أخره لحبس أو مرض أو غيبة أو شيء يمنع ذلك لم يسقط » ،
هذا المذهب مطلقاً وفصل المصنف

على قوله « ان لم تكن محصنة » ، هذا المذهب

فصل فيما يلحق من النسب

من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه وهوان تأتي به بعد ستة أشهر منذ أمكن اجتماعه بها ولا قل من أربع سنين منذ أبانها وهو ممن يولد لمثله لحقه نسبة^(١) وإن لم يمكن كونه منه مثل أن تأتي به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أو لاكثر من أربع سنين منذ أبانها^(٢) أو أقرت بانقضاء عدتها بالقروء^(٣) ثم أتت

(١) قوله « من أتت امرأته بولد الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب فيلحقه نسبة ما لم ينفه بلعان لقوله ﷺ الولد للفراش ولأنه يمكن كونه منه لقوله ﷺ واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع وعلى هذا لا يصير بالغا ولا يتقرر به مهر ولا تثبت به عدة ولا رجعة ونقل حرب فيمن طلق قبل الدخول واتت بولد فأنكره ينتفى بلا لعان فأخذ الشيخ تقي الدين من هذه الرواية أن الزوجة لا تصير فراشا إلا بالدخول واختاره هو وغيره من المتأخرين منهم والد الشيخ تقي الدين قاله ابن نصر الله وقال في الانتصار لا يلحق بمطلق إن انفقا أنه لم يمسه ونقل مهنا لا يلحق الولد حتى يوجد الدخول

(٢) قوله « أو لاكثر من أربع سنين » هذا بلا نزاع

على قوله « من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه » ولو مع غيبته عشرين سنة ذكره في المغني وعليه فصوص احمد والمراد ويخفى سيره والا فالخلاف على ما ذكره في الترغيب ولا ينقطع الامكان عنه بالحيض

(٣) قوله « أو أقرت بانقضاء الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب ، وذكر بعضهم قولاً أن أقرت لفراغ العدة أو الاستبراء من عتق ثم ولدت بعده فوق نصف سنة لحقه نسبة وقال ناظم المفردات :

امكان وطء في لحوق النسب	فعدنا معتبر في المذهب
كامرأة تكون في شيراز	وزوجها يقيم بالحجاز
فإن تلد لسته من أشهر	من يوم عقدواضحاً في النظر
فعدة الحمل مع المسير	لا بد أن تُمنى في التقدير
إن مضت به غداً ملتحقاً	ومالك والشافعي وافقوا

به لاكثر من ستة أشهر بعدها أو فارقتها حاملا فوضعت ثم أتت بأخر بعد ستة أشهر أو مع العلم بأنه لم يجتمع بها^(١) كالتى يتزوجها بمحضر الحاكم ثم يطلقها فى المجلس أو يتزوجها وبينهما مسافة لا يصل إليها فى المدة التى أتت بالولد فيها أو يكون صبيا له دون عشر سنين أو مقطوع الذكر والاثنين^(٢) لم يلحقه نسبه وإن قطع أحدهما فقال أصحابنا يلحقه نسبه وفيه بعد^(٣) وإن طلقها طلاقا رجعيا

وعندنا فى صورتين حققوا والمدتان ان مضت لا يلحق من كان كالقباضى وكالسلطان وسيره لا يخفى عن عيان أو غاصب صد عن اجتماع ونحوه فامنع ولا تراعى

(١) قوله أو مع العلم الخ، أى كشرقى يتزوج بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل الا ترى انكم قلتم اذا مضى زمن الامكان لحق بالولد وان علم انه لم يحصل وطء ولنا انه لم يحصل امكان الوطء فى هذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجة الطفل أو كالأول ولدته لدون ستة أشهر

[تنبيهان] أحدهما قوله أو تزوجها وبينهما مسافة الخ انه لو أمكن وصوله إليها فى المدة التى أتت بالولد فيها لحقه نسبه وهذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الاصحاب وقال فى التعليق والوسيلة والانتصار ولو أمكن ولا يخفى السير كأمر وتاجر كبير ونقل ابن منصور ان علم انه لا يصل مثله لم يقض بالفراش

(الثانى) مفهوم قوله أو يكون صبيا الخ ان ابن عشر سنين يولد لمثله ويلحقه نسبه وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقيل لا يولد إلا لابن اثنتى عشرة سنة واختار أبو بكر وأبو الخطاب لا يلحقه نسبه حتى يعلم بلوغه وهو ظاهر ما جزم به فى المنور فعلى الأول لا يحكم ببلوغه ان شك فيه به ولا يستقر به مهر ولا يثبت به عدة ولا رجعة قال فى الفروع ويتوجه فيه قول كشوت الاحكام بصوم يوم الغيم

(٢) قوله أو مقطوع الذكر الخ، هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم لأنه يستحيل منه الأيلاج والانزال. ونقل ابن هانئ فى من قطع ذكره واثنياء قال ان دقق فقد يكون الولد من الماء

(٣) قوله «وان قطع أحدهما الخ» فيه مستلطان إحداهما أن يكون خصيا =

فولدت لاكثر من اربع سنين منذ طلقها ولاقل من اربع منذ انقضت عدتها
فهل يلحقه نسبه؟ على وجهين (١)

فصل

ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه فأتت بولد لسته اشهر لحقه
نسبه وان ادعى العزل الا أن يدعى الاستبراء (٢) وهل يحلف؟ على وجهين . فان

== بأن تقطع أنثياه فقال أكثر الأصحاب يلحقه نسبه وهو ظاهر كلامه في الوجيز
وجزم به ابن عبدوس ، وقيل لا يلحقه نسبه وقطع به في الشرح وهو عجيب منه
الا أن تكون النسخة مغلوطة وقدمه في الفروع وجزم به في المحرر والحاوي
والنظم. الثانية أن يكون مجبوبا بأن يقطع ذكره وتبقى أنثياه فقال جماهير الأصحاب
يلحقه نسبه وهو المذهب وقيل لا يلحقه نسبه اختاره المصنف وجزم به في المحرر
والحاوي والنظم لأن من قطعت أنثياه لا منى له والولد لا يوجد إلا من منى

[فائدة] قال في الموجز والتبصرة لو كان عنيانا لم يلحقه نسبه انتهى . والصحيح
من المذهب انه يلحقه وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب

(١) قوله « وان طلقها طلاقا الخ ، وهما روايتان أحدهما يلحقه نسبه وهو
المذهب لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق اشبه ما قبل الطلاق ،
والثاني لا يلحقه لأنها علقت به بعد طلاق فأشبهت البائن

[فائدة] إذا غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا
صحيحا في الظاهر ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ثم قدم الاول فسخ نكاح
الثاني وردت الى الأول وتعنت من الثاني ولا عليه صداق مثلها والأولاد له لأنهم
ولدوا على فراشه روى ذلك عن علي وبه قال الثوري واهل العراق وابن أبي ليلى
ومالك واهل الحجاز والشافعي واسحاق وغيرهم من أهل العلم وأبو يوسف ، إلا
أبا حنيفة قال الولد للأول

على قوله « منذ طلقها » . يعني وقبل انقضاء عدتها صرح به في المستوعب وهو
مراد غيره

(٢) قوله « ومن اعترف بوطء أمته الخ » متى اعترف بوطء أمته في الفرج
فأتت بولد لسته أشهر لحقه نسبه نقله الجماعة عن احمد مطلقا فلا ينتق بلعان ولا==

أعتقها أو باعها بعد اعترافه بوطئها فأنت بولد لدون ستة أشهر فهو ولده
والبيع باطل^(١). وكذلك ان لم يستبرئها فأنت به لاكثر من ستة أشهر فادعى
المشتري انه منه سواء ادعاه البائع او لم يدعه^(٢). وان استبرئت ثم أتت بولده
لاكثر من ستة أشهر لم يلحقه نسبه^(٣) وكذلك ان لم يستبرئ ولم يقر المشتري.

== غيره لحديث عائشة في ابن زمعة ولقول عمر لا تأتيني وليدة يعترف سيدها انه ألم
بها إلا ألحقت به ولدها فانزلوا بعد ذلك او تركوا رواه الشافعي عن مالك عن ابن
شهاب عن سالم بن عبد الله عن ابيه عن عمر وبه قال مالك والشافعي . وقال
ابو حنيفة لا تصير فراشا حتى يقر بولدها فإذا أقر به صارت فراشا ولحقه أولاده.
بعد ذلك لأنها لو صارت فراشا بالوطء لصارت فراشا بإباحته كالزوجة ، وجوابه
لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا ينعقد في محل يحرم الوطء فيه كالجموسية
وذوات محارمه واما إذا اعترف بوطئها دون الفرج فالصحيح من المذهب انه
كالاقرار بالوطء في الفرج وعليه جماهير الاصحاب ونص عليه وقيل ليس
كوطئه في الفرج وقدمه في المعنى والشرح وان وطئها في الدبر لم تصر فراشا في
الأشهر لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معناه

على قوله « وهل يحلف على وجهين » ، يعني اذا ادعى الاستبراء احدهما يحلف .
وهو المذهب للخبر

(١) قوله « فان اعتقها الخ » فهو ولده بلا نزاع والبيع باطل لأنها صارت
أم ولد

(٢) قوله « وكذا ان لم الخ » وهذا بلا نزاع لكن لو ادعاه المشتري فقبل
يلحقه جزم به في المعنى والشرح وقيل يرى القافة نقله صالح وحنبل قال في
الانصاف وهو الصواب وجزم به في المحرر والراعيين وغيرهم

على قوله « فادعى المشتري انه منه » ، أي من البائع سواء ادعاه البائع أو
لم يدعه

(٣) قوله « وان استبرئت الخ » هذا بلا نزاع لأن الاستبراء يدل على برائتها
من الحمل وقد أمكن ان يكون من غيره لوجود مدة الحمل بعد الاستبراء وكذا ان لم
تستبرأ ولم يقر المشتري به لانه ولد أمة المشتري فلا تقبل دعوى غيره له

نله به فأما ان لم يكن البائع أقر بوطنها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال^(١) الا ان يتفقا عليه فيلحقه نسبه وان ادعاه البائع فلم يصدقه المشتري^(٢) ويحتمل ان يلحقه نسبه مع كونه عبداً للمشتري . وإذا وطئ المجنون من لا ملك له عليها ولا شبهة ملك فولدت منه لم يلحقه نسبه^(٣) والله اعلم

كتاب العدد^(٤)

كل امرأة فارقتها زوجها في الحياة قبل المسيس والخلوة فلا عدة عليها^(٥) وان خلاها وهي مطاوعة فعليها العدة^(٦) سواء كان بهما او بأحدهما مانع من

(١) قوله « فأما ان لم يكن البائع الخ » وهذا المذهب سواء ولدته لسته اشهر او لأقل منها لأنه يحتمل ان يكون من غيره الا إذا اتفقا على ان الولد ابن للبائع لأن الحق لها يثبت باتفاقهما

(٢) قوله « وان ادعاه البائع الخ » وهو المذهب ولا يقبل قول البائع في الإيلاد لأن الملك انتقل الى المشتري في الظاهر

(٣) قوله « وإذا وطئ المجنون الخ » أي لأنه لا يستند الى ملك ولا اعتقاد باباحة ، وعليه مهر المثل ان اكرها على الوطء ، لأن الضمان يستوى فيه المكلف وغيره

(٤) الاصل في وجوبها قبل الاجماع قوله ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ﴾ الآية ، وقوله ﴿ واللأئي يئسن من المحيض ﴾ الآية ، وقوله ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ﴾ الآية والأحاديث شهيرة في ذلك

(٥) قوله « كل امرأة الخ » هذا بالاجماع لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ﴾ الآية وكذا ان كان بعدها والزوج بمن لا يولد لثله

(٦) قوله « وان خلاها وهي مطاوعة الخ » هذا المذهب مطلقا بشرطه الآتي فإذا خلاها ولم يصبا ثم طلقها فان العدة تجب عليها روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثوري والأوزاعي واصحاق وأصحاب الرأي والشافعي في القديم وقال في الجديد لاعدة عليها لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ﴾ الآية وهذا =

الوطء كالاحرام والصيام والحيض والنفاس والمرض والجلب والعنة أو لم يكن.
الا ان لا يعلم بها كالأعمى والطفل فلا عدة عليها^(١). والمعتدات على ستة أضرب
إحداهن أو لات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن حرائر كن أو اماء من
فرقة الحياة أو الممات والحمل الذى تنقضى به العدة ما تبين فيه شيء من خلق

== نص ولأنها مطلقة لم تمس فاشبهت من لم يخل بها. ولنا اجماع الصحابة فروى أحمد
والأثرم عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سترا أو
أغلق بابا فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه أحمد أيضا عن عمر وعلى وعن
سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت . وهذه قضايا اشتهرت ولم تنكر فكانت
اجماعا وضعف احمد ما روى في خلاف ذلك . وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في
الصداق . وعنه لا عدة بخلوة مع وجود مانع شرعى كالاحرام والصيام والحيض
والنفاس والظهار والايلاء والاعتكاف

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف انه سواء كان النكاح صحيحا أو فاسدا ، وهو
المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه ، وقال ابن حامد لا عدة بالخلوة في
النكاح الفاسد بل بالوطء كالنكاح الباطل اجماعا وعند ابن حامد أيضا لا عدة
بالموت في النكاح الفاسد

[فائدة] لا عدة بتحمل المرأة ماء الرجل ولا بالقبلة ولا باللبس من غير
خلوة على الصحيح من المذهب

(١) قوله « إلا أن لا يعلم بها الخ ، وكذا لو كانت طفلة . وضابطه ان يكون
الطفل لا يولد له والطفلة لا يوطأ مثلها

على قوله « حرائر كن أو إمء من فرقة الحياة أو الممات ، » وسواء كانت مسلمة
أو كافرة وسواء فارقتها زوجها بطلاق أو فسخ أو وفاة وهذا اجماع أهل العلم الا
انه روى عن على وابن عباس من وجه منقطع انها تعتد بأطول الأجلين وروى
عن ابن عباس انه رجع الى قول الجماعة ولأن آية الحمل متأخرة عن آية الأشهر
قال ابن مسعود من شاء باهله او لاعنته ان الآية التي في سورة النساء القصوى
وأولات الأحمال أجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد آية البقرة (والذين يتوفون منكم
ويذرون أزواجا) الآية والخاص مقدم على العام والحديث أبى السنابل حين قال
ذلك فرد عليه النبي ﷺ

الانسان^(١) فان وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء انه مبتدأ خلق آدمي فهل تنقضى العدة؟ على روايتين^(٢). وان أتت بولد لا يلحقه نسبه كما مرأة الطفل لم تنقض عدتها به^(٣) وعنه تنقضى به وفيه بعد. وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة^(٤) وأكثرها اربع سنين^(٥) وعنه

(١) قوله « ما يتبين فيه شيء الخ » أى كالرأس واليد والرجل فتتقضى به العدة جماعا لأنه حمل فيدخل فى عموم النص وان القت مضغة لا يتبين فيها شيء من خلقة فشهد ثقات من القوابل ان فيه صورة خفية بان بها انها خلقة آدمى فكذلك

(٢) قوله « وان وضعت مضغة الخ » هذا هو القسم الثالث أحدهما لا تنقضى به العدة وهو المذهب لانه لم يتبين فيه خلق آدمى أشبه الدم وان القت نطفة أو دما لا تدري هل هو ما يخلق منه آدمى أو لا فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام وان وضعت صورة لا مضغة فيها ولم يشهد القوابل انه مبتدأ خلق آدمى لم تنقض ولا تنقضى بما قبل المضغة لا نعم فيه خلافا الا الحسن

(٣) قوله « وان أتت بولد لا يلحقه الخ » وكذا المجبوب او اتت به بعد اربع سنين منذ مات أو بانث منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها ان كانت رجعية لم يلحقه ولدها لأنه يعلم انها علقت به بعد زوال النكاح وصارت أجنبية فعلى هذا لا تنقضى به العدة وهو المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه لأنه حمل ليس منه يقينا فلم تعدد بوضعه كما لو ظهر بعد موته

(٤) قوله « وأقل مدة الحمل الخ » هذا المذهب وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى لما روى الأثرم والبيهقى عن أبى الأسود انه رفع الى عمران امرأة ولدت لسة أشهر فهم عمر برجمها فقال له على ليس لك ذلك قال الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال (وحمله وفضاله ثلاثون شهراً) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا لا رجم عليها بخلى عمر سيلها وقال ابن عباس كذلك رواه البيهقى

(٥) قوله « وأكثرها اربع سنين » هذا المذهب وبه قال الشافعى وهو المشهور عن مالك لأن ما لا نص فيه يرجع الى الوجود وقد وجد اربع سنين فروى الدارقطنى عن الوليد بن مسلم قلت لما لك بن أنس عن حديث عائشة لا تزيد المرأة

سنتان . وأقل ما يتبين به الولد أحد وثمانون يوماً^(١)

فصل

الثاني المتوفى عنها زوجها عدتها أربعة اشهر وعشر ان كانت حرة
وشهران وخمسة ايام إن كانت امه وسواء ما قبل الدخول وبعده^(٢) فان مات

في حملها على سنتين فقال سبحانه الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان
امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة وقال
الشافعي بقی محمد بن عجلان في بطن أمه اربع سنين وعنه سنتان روى عن عائشة وهو
مذهب الثوري وابي حنيفة لما روى الدارقطني باسناد جيد عن جميلة بنت سعد
قالت قالت عائشة لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين رواه سعيد والبيهقي وقد أنكره
مالك . إذا ثبت هذا فان المرأة إذا ولدت لاربع سنين فما دون من يوم مات الزوج
أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقرء ولا بوضع
الحمل فان الولد لاحق بالزوج وعدتها تنقضى به

(١) قوله « وأقل ما يتبين الخ » هذا المذهب وهو أقل ما تنقضى به العدة في
الحمل وهو ان تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكن وطئها لحديث ابن مسعود مرفوعاً ان
احدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون
مضغة مثل ذلك ولا شك ان العدة لا تنقضى بما دون المضغة فوجب ان يكون بعد
الثمانين فاما بعد أربعة أشهر فليس فيه إشكال

(٢) قوله « عدتها أربعة أشهر وعشر الخ » أي ان لم تكن حاملاً وذلك
بالاجماع لقوله ﴿ والذين يتوفون منكم ﴾ الآية ولقوله ﷺ « لا يحل لامرأة
تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر
وعشراً » متفق عليه ، وسواء كانت بالغة أو غير بالغة ولا يعتبر وجود
الحيض في عدة الوفاة في قول عامتهم فاما الأمة فعدتها شهران وخمسة أيام وهو
المذهب وهو قول عامة أهل العلم الا ابن سيرين فانه قال ما أرى عدة الأمة الا
كعدة الحرة الا ان تكون قد مضت في ذلك سنة فان السنة أحق أن تتبع فاخذ
بظاهر اللفظ . ولنا اتفاق الصحابة على ان عدة الأمة المطلقة على النصف من
عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة

[فائدة] من نصفها حر عدتها ثلاثة أشهر وثمانية أيام

زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق^(١) وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً ثم مات في عدتها لم ينتقل عن عدتها^(٢) وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة^(٣) وإن ارتابت المتوفى عنها لظهور إمارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم تنزل في عدة حتى تزول الريبة^(٤) وإن تزوجت

(١) قوله « فإن مات زوج الرجعية الخ ، هذا المذهب ولا خلاف فيه قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم لأن الرجعية زوجة يلحقها الطلاق وغيره

[فائدتان] لو قتل المرتد في عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه لأنه كان يمكنه ثلاثي النكاح بالإسلام بناء على أن الفسخ يقف عند انقضاء العدة (الثانية) لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل إلى عدة الوفاة في قياس التي قبلها ذكره الشيخ تقي الدين

(٢) قوله « وإن طلقها في الصحة الخ ، هذا بلا نزاع وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الأجلين ولنا قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه وغير ذلك

(٣) قوله « وإن كان الطلاق في مرض موته الخ ، وهذا المذهب وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر تبني على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة وعن أحمد مثل ذلك ووجه الأولى أنها وارثة فتجب عليها عدة الوفاة كالرجعية

[تنبيه] محل الخلاف إذا كانت ترثه ، فاما الأمة والذمية فلا يلزمها غير عدة الطلاق قولاً واحداً

[فائدة] لو مات بعد انقضاء عدة الرجعية أو بعد انقضاء عدة البائن فلا عدة عليها للوفاة على الصحيح من المذهب مطلقاً ، وعنه تعتد للوفاة إن ورثت منه اختارها جماعة من الأصحاب

(٤) قوله « وإن ارتابت الخ ، هذا بلا نزاع فتبقى في حكم الاعتداد إلى أن =

قبل زوالها لم يصح النكاح^(١) وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسده به^(٢) لكن إن أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ نكاحها فهو باطل وإلا فلا. وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضى عليها عدة الوفاة نص عليه^(٣) وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة في ذلك فإن كان النكاح مجمعا على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله وجها واحدا

فصل

الثالث ذات القروء التي فارقها في الحياة بعد دخوله وعدتها ثلاثة قروء^(٤) إن

= تزول الرية فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زالت وبان انه ليس بحمل تبينا ان عدتها انقضت بالشهور أو الاقراء ان كان فارقها في الحياة

(١) قوله « وان تزوجت الخ » وهذا المذهب لأنها تزوجت وهي في حكم المعتدات ، وقيل يصح إذا كان بعد انقضاء العدة

(٢) قوله « وان ظهر بها بعد نكاحها الخ » أي لأنه وجد بعد انقضاء العدة ظاهرا والحمل مع الرية مشکوك فيه فلا يزول ما حكمتنا بصحته فان كان النكاح بعد الدخول لم يفسد النكاح قولا واحدا لكن لا يحل لزوجها وطئها حتى تزول الرية وان كان قبل الدخول وبعد العقد لم يفسد على الصحيح من المذهب إلا أن تأتى لدون ستة أشهر

[فائدة] ظاهر كلامه انها لو ظهرت بها أمارات الحمل قبل نكاحها وبعد شهور العدة ان نكاحها فاسد وهو أحد الوجهين وهو ظاهر الوجيز وقدمه ابن رزين في شرحه والمجد في شرحه . والثاني يحل لها النكاح لأنها حكمتنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى في المذهب في التي قبلها . والوجه الثاني في هذه المسئلة لو ولدت بعد العقد لدون ستة أشهر تبينا فساد العقد فهما

(٣) قوله « واذا مات عن امرأة الخ » قد تقدم الكلام عليها في أول الباب

على قوله « واذا مات عن امرأة نكاحها فاسد » كالنكاح المختلف فيه

على قوله « وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة » وهو مذهب الشافعي

(٤) قوله « فصل الثالث ذات القروء التي فارقها زوجها في الحياة فعدتها =

== ثلاثة قروء، يعني سواء كانت مطلقة او مختلعة وهذا المذهب. قلت والصحيح ان المختلعة تعد بحیضة كما ثبت في صحيح البخارى عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما عيب عليه في خلق ولا دين الخ وفي سنن النسائي عن الربيع بنت معوذ ان ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي فأق أخوها يشتكيه الى رسول الله ﷺ فأرسل اليه فقال خذ الذي لها عليك وخل سبيلها قال نعم ، فأمرها رسول الله ﷺ ان تعد بحیضة. قال ابن القيم رحمه الله وفي أمره ﷺ المختلعة أن تعد بحیضة دليل على أنه لا يجب عليها ثلاث حيض بل يكفيها حيضة واحدة وهذا كما انه صريح السنة فهو مذهب أمير المؤمنين عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر والربيع بنت معوذ وعمها وهو من كبار الصحابة فهو لاء الأربعة من الصحابة لا يعرف لهم مخالف منهم كما رواه الليث بن سعد عن نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء وهي تخبر عبد الله بن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان فجاء عمها إلى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل فقال عبد الله بن عمر فعثمان خيرنا وأعلمنا وذهب الى هذا المذهب اسحاق ابن راهويه والامام احمد في رواية عنه اختارها شيخ الاسلام بن تيمية، قال من نصر هذا القول هو مقتضى قواعد الشريعة فان العدة انما جعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة فيتروى الزوج ويتمكن الزوج من الرجعة في مدة العدة فاذا لم يكن عليها رجعة فالمقصود مجرد براءة رحمها من الحمل وذلك يكفي فيه حيضة كالاستبراء . قالوا ولا ينتقض هذا بالمطلقة ثلاثا جعل حكم العدة فيه واحدا بائنة ورجعية . قالوا وهذا دليل على ان الخلع فسخ وليس بطلاق وهو مذهب ابن عباس وعثمان وابن عمر والربيع وعمها ولا يصح عن صحابي انه طلاق البتة فروى الامام أحمد عن يحيى بن سعيد عن سفيان عن عمرو عن طاوس عن ابن عباس انه قال الخلع تفريق وليس بطلاق وذكر عبدالرزاق عن سفيان عن عمرو عن طاوس ان ابراهيم بن سعيد سأله عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أينكحها قال ابن عباس نعم ذكر الله الطلاق في أول الآية وآخرها والخلع بين ذلك الى ان قال ثم من نظر الى حقائق العقود ومقاصدها ==

كانت حرة وقرآن ان كانت أمة (١) . والقرء الحيض في أصح الروايتين (٢)

== دون الفاظها بعد الخلع فسحا بأى لفظ كان حتى بلفظ الطلاق وهذا أحد الوجهين لأصحاب أحمد وهو اختيار شيخنا قال وهذا ظاهر كلام أحمد وكلام ابن عباس موأصحابه قال ابن جريج أخبرني عمرو بن دينار انه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول ما اجازه المال فليس بطلاق قال عبد الله بن أحمد رأيت أبى يذهب إلى قول ابن عباس وقال عمرو عن طاوس عن ابن عباس الخلع تفريق وليس بطلاق . انتهى ملخصا من الهدى

(١) قوله « فعدتها ثلاثة قروء الخ » وهذا المذهب ، فاما الحرة من ذوات القروء فعدتها ثلاثة قروء بغير خلاف لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وأما الأمة فعدتها بالقروء قرآن وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبيد الله ابن عتبة والقاسم وسالم والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة الا أن يكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لظاهر الآية . ولنا ما روت عائشة ان النبي ﷺ قال « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث غريب لا نعرفه مرفوعا الا من رواية مظاهر بن اسلم ولا يعرف له في العلم غير هذا الحديث وعن ابن عمر نحوه رواه ابن ماجه والدارقطنى من رواية عطية وهو ضعيف وقال عمر لو استطعت أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت رواه البيهقى

(٢) قوله « والقرء الحيض الخ » القرء في كلام العرب يقع على الحيض والظهر فهو من الاسماء المشتركة قال الخليل بن أحمد يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت اذا دنا طهرها واختلف أهل العلم في المراد بقوله تعالى « يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » واختلفت الرواية عن أحمد فعمه أنها الحيض وهو المذهب يروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثورى والأوزاعى والغنبرى واسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى وروى أيضا عن ابى بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبى موسى وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء وقال القاضى الصحيح عن أحمد ان الأقرء الحيض واليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله ==

ولا تعدد بالحیضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها^(١) فإذا انقطع دمها من الثالثة حلت في احدي الروایتين^(٢) والاخرى لا تحل حتى تغتسل.

== بالأطهار فقال في رواية النيسابوري كنت أقول انه الاطهار وأنا أذهب اليوم الى ان الاقراء الحيض وقال في رواية الأثرم كنت أقول الاطهار ثم وقفت لقول الأكبر . وعنه القروء الاطهار وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم وسالم وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والشافعى وأبى ثور وقال أبو بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحداً من فقهاءنا الا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر رجح احمد الى أن القروء الاطهار واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى ﴿فلقوهن لعدتهن﴾ أى فى عدتهن كقوله تعالى ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾ أى فى يوم القيامة وانما أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض ويدل عليه قوله ﷺ فى حديث ابن عمر فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر الخ متفق عليه ووجه الأولى قوله تعالى واللائى يتسنن من الحيض الآية فنقلهن عند عدم الحيض الى الاعتداد بالأشهر فيدل على أن الاصل الحيض كما قال تعالى ﴿فلم تجدوا ماء﴾ الآية ولأن المعهود فى لسان الشارع استعمال القروء بمعنى الحيض فقال ﷺ تدع الصلاة أيام اقرانها رواه أبو داود وقال لفاطمة بنت أبى حبيش انظرى فإذا أتى قرؤك فلا تصلى وإذا مر قرؤك فتطهرى ثم صلى ما بين القرء الى القرء رواه النسائى ولم يعد فى لسانه استعماله بمعنى الطهر فوجب أن يحمل كلامه على المعهود فى لسانه وقال ﷺ فى الأمة وقرؤها حيضتان ولأن ظاهر قوله يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب ثلاثة بل يكتبى بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص

(١) قوله « ولا تعدد بالحیضة الخ » لا نعلم فى ذلك خلافاً ورواه البيهقى باسناد رجاله ثقات عن ابن عمر ولان الطلاق فى الحيض انما حرم لأجل تطويل العدة فلو اعتدت بالحیضة التي طلقت فيها اكانت العدة حينئذ أقصر

(٢) قوله « واذا انقطع دمها الخ » الرواية الأولى اختارها أبو الخطاب وابن عبدوس قال فى مسبوك الذهب وهو الصحيح وهو قول سعيد بن جبیر والأوزاعى والشافعى فى القديم لقوله تعالى ﴿ يتربصن بأفسهن ثلاثة قروء ﴾ وقد مكملت القروء لوجوب الغسل عليها والصلاة وفعل الصيام وصحته فيها ولأنه لم يبق ==

والرواية الثانية القروء الاطهار . ويعتد بالطهر الذى طلقها فيه قرء ثم اذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت

فصل

الرابع اللأى يتسن من الحيض واللأى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر
ان كن حرائر (١) وان كن إماء فشهران (٢) وعنه ثلاثة وعنه شهر ونصف .

== حكم العدة فى الميراث ووقوع الطلاق بها . واللعان والنفقة فكذلك ما نحن فيه
والرواية الثانية لاتحل للأزواج حتى تغتسل وهى المذهب قال الزركشى هى انصهما
عن احمد وبه قال عمر وعلى وابن مسعود . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب
والثورى واسحاق . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعثمان وأبى موسى وعبادة
وأبى الدرداء فهذا قول الاكابر من أصحاب رسول الله ﷺ ولا يخالف لهم فى
عصرهم فيكون اجماعا

[فائدة] كل فرقة بين الزوجين فى الحيلة بعد الدخول فعدة المرأة منها عد
الطلاق وهو المذهب سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو اعسار
أو اعتاق أو اختلاف دين أو غيره فى قول اكثر أهل العلم واكثرهم يقول عد
المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز
والحسن والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وجلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك
والليث والأوزاعى والشافعى وروى عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس
وبابان بن عثمان واسحاق وابن المنذر ان عدة المختلعة حيضة ورواه ابن القاسم عن احمد
واختاره الشيخ تقي الدين فى بقية الفسوخ واوما إليه فى رواية صالح لما روى ابن
عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فامرها النبي ﷺ ان تعتد بحيضة
ورواه ابو داود والنسائى والترمذى وقال حسن غريب وجوابه عموم الآية

(١) قوله « الرابع اللأى يتسن الخ » اجمع اهل العلم على ان عدة الآيسة
والحرة الصغير التى لم تحض ثلاثة اشهر لقوله تعالى ﴿ واللأى يتسن من الحيض من
نساءكم ﴾ الآية فعلى للمذهب يكون ابتداء العدة من حين وقع الطلاق سواء كان فى
أول الليل أو النهار أو فى اثنائهما

(٢) قوله « وان كن إماء فشهران » هذا المذهب نقله الاكثر عن احمد وعليه
لاكثر الأصحاب واحتج فيه بقول عمر رضى الله عنه عدة أم الولد حيضتان ولولم ==

وعدة أم الولد عدة الأمة^(١) وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة^(٢). وحدث الإياس خمسون سنة^(٣) وعنه ان ذلك حده في نساء العجم ، وحدثه في نساء العرب ستون سنة^(٤) وان حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت

== تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهرى وإسحاق واحد أقوال الشافعى وهو من مفردات المذهب وعنه شهر ونصف اختاره أبو بكر وهو قول على رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثورى وإصحاب الراى وهو قول ثان للشافعى لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة وانما كلنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبويض الحيضة وعنه ثلاثة أشهر روى ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبد العزيز ويحيى الأنصارى وربيعه ومالك وهو القول الثالث للشافعى لعدم قوله تعالى ﴿ فعدتهن ثلاثة اشهر ﴾

(١) قوله : وعدة ام الولد الخ ، وكذا المسكاتبه والمدبرة لأنها امة مملوكة ولان ام الولد امة مملوكة وان ام الولد امة فى كل احكامها الا فى البيع
(٢) قوله : وعدة المعتق الخ ، أى على الخلاف فى الروايات فى عدة الأمة وهو المذهب فعلى الأولى عدتها شهران ونصف وعلى الثالثة شهران وسبعة ايام ونصف

(٣) قوله : وحدث الإياس خمسون سنة ، هذا المذهب لقول عائشة رضى الله عنها ان ترى المرأة فى بطنها ولدا بعد خمسين سنة

(٤) قوله : وعنه ان ذلك حده الخ ، وقد ذكر الزبير بن بكار فى كتاب النسب ان هند بنت ابى عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله ولها ستون سنة قال المصنف والصحيح انها متى بلغت خمسين فانقطع حيضها عن عاداتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراها فيها فهو حيض فى الصحيح لان دليل الحيض الوجود فى زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادرا انتهى . قال فى الانصاف وهو الصواب الذى لا شك فيه . وعنه حده ستون مطلقا . وعنه بعد الخمسين مشكوك فيه فتصلى وتصوم . اختاره الخرقى وناظمه قال فى الجامع الصغير هذا اصح الروايات واختارها الخلال فعليها تصوم وجوبا وعنه استحبابا واختار الشيخ تقي الدين انه لا احد لاكثر سن الحيض وتقدم فى باب الحيض

الى القروء ويلزمها اكالمها^(١) وهل يحتسب ما قبل الحيض قرءا اذا قلنا القروء الاطهار؟ على وجهين^(٢). وان يئست ذات القروء في عدتها انتقلت الى عدة الآيسات^(٣) وان عتقت الأمة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة وان كانت بائنا بنت على عدة أمة^(٤)

فصل

الخامس من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة^(٥) وان كانت أمة اعتدت باحد عشر شهرا ويحتمل ان تقعد للحمل

(١) قوله « وان حاضت الصغيرة الخ » اذا اعتدت الصغيرة باشهور فخاضت قبل انقضاء عدتها بساعة فاكثر لزمها استئناف العدة بالاقراء في قول عامة فقهاء الأمصار منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهرى والثورى ومالك والشافعى واصلحاق وابوعبيد واصحاب الراى واهل المدينة والبصرة وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد حكم المبدل بطل حكم البدل

(٢) قوله « وهل يحسب الخ » احدهما لا يحسب وهو المذهب وهو ظاهر كلام الشافعى لأن القروء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض . والثانى يحتسب قروء صححه فى التصحيح لأنه طهر انتقلت منه الى حيض

(٣) قوله « وان يئست الخ » هذا بلا نزاع لأن الحيضة لا تلتفق من حيضتين وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر

(٤) قوله « وان عتقت الأمة الخ » بلا نزاع لأن الحرية وجدت وهى زوجة فوجب ان تعتد عدة الحرة وان كانت بائنا بنت على عدة أمة بلا نزاع ايضا لأن الحرية لم توجد وهى زوجة فوجب ان تبني على عدة أمة وبهذا كله قال الحسن والضحاك واصلحاق واصحاب الراى وهو احد قول الشافعى . والقول الثانى تسكمل عدة امة سواء كانت بائنا او رجعية وهو قول مالك وابى ثور لان الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا تغير حكمها وقال عطاء والزهرى وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال

(٥) قوله « اعتدت سنة الخ » هذا المذهب لأن تسعة أشهر غالب مدة الحمل فتربص فيها لتعلم براءة رحمها فاذا لم يتبين الحمل فيها علم براءة الرحم فتعد بعد ذلك =

أربع سنين^(١) وعدة الجارية التي أدركت فلم تحض والمستحاضة الناسية ثلاثة أشهر وعنه سنة^(٢) فأما التي عرفت ما رفع الحيض من مرض أو رضاع ونحوه فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به الا ان تصير آيسة فتعتد عدة

== عدة الآيسات ثلاثة اشهر هذا قول عمر رضى الله عنه قال الشافعي هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منكر منهم علمناه وبه قال مالك والشافعي في احد قوليهِ وروى ذلك عن الحسن وقال في قول آخر تبرص اربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة اشهر وقال في الجديد تكون في عدة ابداء حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس فتعتد حينئذ بثلاثة اشهر وهذا قول جابر وزيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهرى والثوري وابي عبيد وأهل العراق لان الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يحز قبله وهذه ليست آيسة ولنا الاجماع الذي حكاه الشافعي

[فائدة] لا تنقضى عدتها بعد السنة بعود الحيض قبل العقد على الصحيح من المذهب للحكم بانقضاء العدة

(١) قوله « وان كانت امة الخ » هذا مبني على الصحيح من المذهب من ان عدة الأمة التي يئس من الحيض أو لم تحض شهران على ما تقدم لأن مدة الحمل تتساوى فيه الحرة والأمة فاذا آيست من الحمل اعتدت عدة آيسة شهرين

[فائدتان] إذا حاضت حيضة ثم ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه فهي كالمسئلة التي قبلها تعتد سنة من وقت انقطاع الحيض

(الثانية) اذا كانت عادة المرأة ان يتباعد ما بين حيضها لم تنقض عدتها الا بثلاث حيضات وان طال لا نعلم فيه خلافا

(٣) قوله « وعدة الجارية الخ » عدة الجارية التي ادركت سنا يحيض النساء فيه غالبا تكس عشرة ولم تحض ثلاثة اشهر وبه قال ابو حنيفة والشافعي كالأيسة وكذلك الأمة إذا ادركت عدتها شهران لقوله تعالى ﴿ واللأئي يئسن من المحيض ﴾ الآية وهذا الصحيح من المذهب وعنه عدتها كعدة من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اختاره القاضى واصحابه والصحيح من المذهب ان عدة المستحاضة الناسية لوقتها والمبتدأة المستحاضة ثلاثة أشهر كالأيسة . وعنه تعتد سنة

[فائدة] لو كانت المستحاضة لها عادة او تميز فانها تعمل بذلك وان علمت ان لها حيضة في كل شهر أو شهرين او اربعين يوما ونسيت وقتها فعدتها ثلاثة امثال ذلك

فصل

السادس امرأة المفقود الذى انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله او فى مفازة او بين الصفين اذا قتل قوم او من غرق مركبه ونحو ذلك فإنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة^(٢) وهل يفتر الى

(١) قوله «فاما التى عرفت الخ» هذا المذهب فى ذلك كله نصر عليه وعليه الاصحاب لما روى الشافعى عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عبد الله بن ابى بكر انه اخبره ان حبان بن متقذ طلق امرأته وهو صحيح وهى مرضع فكشفت سبعة اشهر لا تحيض يمنعها الرضاع ثم مرض حبان فقبل له ان مات وراثتك فجاء الى عثمان واخبره بشأن امرأته وعنده على وزيد فقال لها عثمان ماتريان فقالا نرى انها تركة ان مات ويرثها إن ماتت فانها ليست من القواعد اللأئى يئسن من المحيض وليست من اللأئى لم يحضن ثم هى على عدة حيضها ما كان من قليل وكثير فرجع حبان الى اهله فانتزع البنت منها فلما فقدت الرضاع حاضت حيضة ثم اخرى ثم مات حبان قبل ان تحيض الثالثة فاعتدت عدة الوفاة وورثته رواه البيهقى عن محمد بن يحيى بن حبان بنحوه . وعنه تنتظر زواله ثم ان حاضت اعتدت به والا اعتدت بسنة ذكره محمد بن نصر المروزى عن مالك ومن تابعه منهم احمد وهو ظاهر عيون المسائل والسكافى قال فى الانصاف وهو الصواب . ونقل ابن هانئ انها تعتد بسنة ونقل حنبل ان كانت لا تحيض او ارتفع حيضها او صغيرة فعديتها ثلاثة أشهر واختار الشيخ تقي الدين ان علمت عدم عوده فكأيسة والا اعتدت سنة

(٢) قوله «السادس امرأة المفقود الخ» وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب قال الأثرم قيل لأبى عبد الله تذهب الى حديث عمر قال هو احسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا ان عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين ، قلت فروى من وجه ضعيف ان عمر قال بخلاف هذا قال لا الا ان يكون انسان يكذب . وقلت له مرة ان انسانا قال لى ان ابا عبد الله قد ترك قوله فى المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول اى شىء يقول وهذا قول عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث =

رفع الأمر الى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة؟ على روايتين^(١). وإذا

==وعلى بن المديني وعبدالعزیز بن أبي سلمة وبه يقول مالك والشافعي في القديم إلا ان مالكا قال ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت وقال أبو قلابة والنخعي والثوري وابن ابى ليلى وأصحاب الراي والشافعي في الجديد لا تزوج امرأة المفقود حتى يتيقن موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها وروى الحكم وحماد عن علي لا تزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه. ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني والدارقطني عن عبيد بن عمير قال فقد رجل في وقت عمر فجاءت امراته الى عمر فذكرت له ذلك فقال انطلقى فربصى اربع سنين ففعلت ثم اتته فقال انطلقى فاعتدى اربعة اشهر وعشرا ففعلت ثم اتته فقال اين ولي هذا الرجل فجاء وليه فقال طلقها ففعل فقال لها عمر انطلقى فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال له عمر اين كنت فقال يا امير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما درى في اى ارض الله كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا الى انت رجل من الانس وهؤلاء الجن فالك ولهم فاخبرتهم خبري فقالوا بأى ارض الله تحب أن تصيح قلت المدينة هي ارضى فاصبحت وانا انظر الى الحرة. فغيره عمر ان شاء امراته او شاء الصداق فاختر الصداق وقال قد حبلت لاحاجة لي فيها ورواه الجوزجاني وغيره باسنادهم عن علي مثله وقضى به عثمان وابن الزبير في مولاة لهم وهذه قضايا اشهرت في الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا وحديث المغيرة لم يثبت ولم يروه اصحاب السنن [فائدتان] تربص الأمة كالحرة في ذلك على الصحيح من المذهب وقال القاضي

تربص على النصف من الحرة

(الثانية) هل يجب لها النفقة في مدة العدة ام لا فيه وجهان احدهما لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الاقناع قال المجد في شرحه هو قياس المذهب عندى لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة. والثاني يجب قاله القاضي لأن النفقة لا تسقط الا بيقين الموت ولم يوجد هنا وذكره في المغنى وزاد ان نفقتها لا تسقط بعد المدة لأنها باقية على نكاحه ما لم تزوج او يفرق الحاكم بينهما قال في الانصاف فعلى الثاني يعاينها

(١) قوله « وهل يفترق الى رفع الأمر الخ، إحداهما يفترق الى ذلك فيكون ==

حكم الحاكم بالفرقة نفذ حكمه في الظاهر دون الباطن^(١) فلو طلق الاول صح طلاقه ويتخرج ان ينفذ حكمه باطنا فينفسخ نكاح الاول ولا يقع طلاقه ، وإذا فعلت ذلك ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول ردت اليه ان كان قبل دخول الثاني بها^(٢) وان كان بعده خير الأول بين أخذها وبين تركها مع الثاني^(٣).

== ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم والثانية لا يفتقر الى ذلك : قال الشيخ تقي الدين لا يعتبر الحاكم على الأصح فلو مضت العدة والمدة تزوجت واختاره ابن عبدوس . قال في الانصاف وهو الصواب قلت وجزم به في الاقناع لانها مدة تعتبر لا باحة النكاح فلم تفتقر الى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره

[تنبيه] ظاهر كلامه انه لا يشترط ان يطلقها ولى زوجها بعد اعتدادها للوفاة وهو احدى الرويتين والمذهب منهما قال في الانصاف وهو الصواب قال المصنف والشارح وهو القياس وهو قول ابن عمر وابن عباس فان ولى الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته ولاننا حكمتا عليها بعدة الوفاة فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق (١) قوله د واذا حكم الحاكم بالفرقة الخ ، وكذا لو ظاهر منها صح ظاهره وهذا المذهب لاننا حكمتا بالفرقة بناء على ان الظاهر هلاكه فاذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه كما لو شهدت به بيئة كاذبة ولذلك خير في أخذها

[فائدة] لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا أو انه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضى فيها العدة ففي صحة النكاح قولان ذكرهما القاضى الصحيح منهما عدم الصحة اختاره المصنف والشارح

(٢) قوله د وإذا فعلت ذلك الخ ، هذا المذهب نص عليه لاننا تيمنا حياته . وكذا ان قدم بعد التزويج وقبل الدخول فانها ترد اليه وليس على الثاني صداق لاننا تيمنا ان النكاح باطل ولم يتصل به دخول قال احمد اما قبل الدخول فهي امرأته وانما يخير بعد الدخول وهذا قول عطاء والحسن وجلاس بن عمرو وقادة ومالك واسحاق

(٣) قوله د وان قدم بعد دخول الثاني الخ ، وهذا المذهب وهو من مفرداته قاله في الانصاف وقال الشارح وهذا قول مالك لإجماع الصحابة فروى معمر عن ==

ويأخذ صداقها منه^(١) وهل يأخذ صداقها الذي أعطاها الثاني؟ على روايتين^(٢). والقياس ان ترد الى الأول ولا خيار الا ان يفرق الحاكم بينهما ونقول بوقوع الفرقة باطنا فتكون زوجة الثاني بكل حال، وعنه التوقف في أمره والمذهب الأول. فأما من انقطع خبره لغيبه ظاهرها السلامة كالتاجر والسائح فان امرأته تبقى أبدا الى أن يتيقن موته^(٣)، وعنه انها تتربص تسعين

== الزهرى عن سعيد بن المسيب ان عمر وعثمان قالوا ان جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو رواه الجوزجاني والأثرم وقضى به ابن الزبير ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون اجماعا فعلى هذا ان امسكها الاول فهي زوجته بالعقد السابق ولا يحتاج الثاني الى طلاق في المنصوص لان نكاحه كان باطلا في الباطن ويجب على الأول اعتزالها حتى تنقضى عدتها من الثاني وان لم يخترها الأول فانها تكون مع الثاني بغير عقد جديد على الصحيح من المذهب وقال المصنف الصحيح انه يجب ان يحدد العقد لانا تيننا بطلان عقده بمجيء الأول وقال الشيخ تقي الدين هي زوجة الثاني باطنا وظاهرا وجعل في الروضة التخيير المذكور لهما فأيهما اختارته ردت على الآخر ما أخذته منه . انتهى

(١) قوله «ويأخذ صداقها منه» يعني اذا تركها الأول للثاني اخذ صداقها منه وهذا المذهب وعليه الأصحاب لقضاء الصحابة بذلك

(٢) قوله «وهل يأخذ الخ» إحداهما يرجع بقدر صداقها الذي أعطاها هو لا الثاني وهو المذهب لقضاء عثمان وعلي وهو قول الحسن والزهرى وقتادة وعلي بن المديني ولانه اتلف عليه المعوض فرجع بالعوض وعنه يأخذ الذي أعطاها الثاني وعلى كلا الروايتين يرجع الثاني على الزوجة بما أخذه الاول منه على الصحيح وعنه لا يرجع به عليها

(٣) قوله «فأما من انقطع خبره الخ» هذا إحدى الروايات قال الشارح هذا المذهب روى ذلك عن علي واليه ذهب ابن شبرمة وابن ابي ايلي والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وروى ذلك عن ابي قلابة والنخعي وأبي عبيد وقال مالك والشافعي في القديم تتربص اربع سنين وتعد للوفاة اربعة اشهر وعشرا وتحل للازواج لأنه اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالغيبه وتعذر النفقة بالإعسار فلان يجوز ههنا لتعذر الجميع اولى واحتجوا بحديث عمر الذي ذكرناه في المفقود مع موافقة الصحابة وتركهم انكاره

عاما مع سنة يوم ولد ثم تحل (١) وكذلك امرأة الأسير . ومن طلقها زوجها أو مات عنها وهو غائب عنها فعدتها من يوم مات أو طلق (٢)، وعنه ان ثبت ذلك بيينة فكذلك والافعدتها من يوم بلغها الخبر . وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة (٣) وكذلك عدة المزني بها (٤) وعنه انها تستبرأ بحیضة

(١) قوله « وعنه أنها تترى تسعين عاما الخ ، وهذا المذهب وقد قدمه المصنف في هذا الكتاب في باب ميراث المفقود وهو من مفردات المذهب لأن الظاهر انه لا يعيش اكثر منها ، ووجه الأولى انها غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل التسعين

[فائدة] اذا كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته ان تزوج في قول اهل العلم اجمعين الا ان يتعذر الاتفاق عليهما من ماله فلها ان تطلب فسخ النكاح فيفسخ ، واجمعوا على أن امرأة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته وهذا قول النخعي والزهري ويحي الأنصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد وابي ثور واسحاق وأصحاب الرأي واذا أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو رده وبه قال الأوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ، وقال الحسن اباقه طلاقه

(٢) قوله « ومن طلقها زوجها الخ ، وهذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب وهذا قول عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وابي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والشافعي واسحاق وابي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي لأنها لو كانت حاملا فوضعت غير عالة بفرقة زوجها لها انقضت عدتها فكذا سائر انواع العدد

(٣) قوله « وعدة الموطوءة بشبهة الخ ، هذا المذهب وهو من مفرداته قاله في الانصاف وقال الشارح وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبه قال الشافعي لأن وطء الشبهة والنكاح الفاسد في شغل الرحم والحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكأن مثله ، واختار الشيخ تقي الدين أن كل واحدة منهما تستبرأ بحیضة

(٤) قوله « وكذلك عدة المزني بها ، وهذا المذهب وبه قال الحسن والنخعي وهو من مفردات المذهب وعنه تستبرأ بحیضة وهو قول مالك واختاره الحلواني =

فصل

إذا وطئت المعتدة بشبهة أو غيرها أتمت عدة الأول ثم استأنفت العدة من الوطء^(١) وإن كانت بائناً فأصابتها المطلق عمداً فكذلك^(٢) وإن أصابها بشبهة استأنفت العدة للوطء ودخلت فيها بقية الأولى^(٣) وإن تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى يدخل بها فتقطع حينئذ^(٤) ثم إذا فارقتها بنت على عدتها من

== وابن رزين والشيخ تقي الدين واختاره أيضاً في كل فسخ وطلاق ثلاث ولأن المقصود به معرفة البراءة من الحمل . وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لا عدة عليهما وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه النسب وقد روى عن علي ما يدل على ذلك

[فائدة] من وطئت امرأته أو سريته بشبهة أو زنا حرمت عليه حتى تعشده وفيما دون الفرج وجهان .

(١) قوله « إذا وطئت المعتدة الخ » إنما كان كذلك لأن العدة من رجلين لا يتداخلان لكونهما حقين لرجلين أشبه الدينين فتم عدة الأول لأن حقه أسبق لكن لا يحسب منها مدة مقامها عند الواطء الثاني على الصحيح من المذهب ، وقيل بحسب منها وجزم به القاضى والشريف وأبو الخطاب في خلافاتهم، وله رجعتها في مدة تمة العدة على الصحيح من المذهب وقيل ليس له رجعتها وجزم به القاضى في خلافه فإذا فرغت من عدة الأول اعتدت للثاني على المذهب

على قوله « بشبهة أو غيرها » . كنهكاح فاسد

(٢) قوله « وإن كانت بائناً الخ » ، يعنى أنها كالوطوءة بشبهة من الأجنبي في عدتها وهذا المذهب لأنه وطء محرم لا يلحق فيه النسب ولأن العدة الأولى عدة طلاق والثانية عدة زنا .

(٣) قوله « وإن أصابها بشبهة الخ » ، هذا المذهب لأن الوطء قطع العدة الأولى وهو موجب للاعتداد وتدخل فيه بقية الأول لأن الوطء بشبهة يلحق به النسب

(٤) قوله « وإن تزوجت في عدتها الخ » ، وجملته إن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعاً لقوله (ولا تعزموا عقدة النكاح) الآية فإن تزوجت فالنكاح ==

الأول واستأنفت العدة من الثاني^(١) وان أتت بولد من احدهما انقضت عدتها به منه ثم اعتدت للآخر ايها كان ، وان أمكن ان يكون منهما أرى القافة معهما فألحق بمن أحقوه به منهما وانقضت عدتها به منه واعتدت للآخر وإن ألحقته بهما الحق بهما وانقضت به عدتها منهما ، وللثاني ان ينكحها بعد انقضاء العدين^(٢) . وعنه أنها تحرم عليه على التأيد . وان وطئ رجلا امرأة فعليها عدتان لهما

== باطل ويجب ان يفرق بينه وبينها فان لم يدخل بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثاني لأنه باطل ولا تستحق عليه بالعقد شيئا وتسقط نفقتها وسكنها عن الزوج الأول لأنها ناشز وان وطئها انقطعت العدة

(١) قوله « ثم اذا فارقتها بنت على عدة الأول الخ » اي لان عدة الأول اسبق فاذا كملت عدة الأول وجب عليها ان تعتد للثاني ولا تتداخل العدتان وهذا مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة يتداخلان فتأني بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني . ولنا ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحت في عدتها فضرها عمر بن الخطاب ضربات وضرب زوجها ضربات مخففة وفرق بينهما ثم قال ايما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها ابدا وروى باسناده عن علي رضي الله عنه انه قضى في التي تزوج في عدتها انه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما افسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر وهذان قول سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف .

على قوله « ثم اعتدت للآخر ايها كان » * هذا المذهب

(٢) قوله « وللثاني أن ينكحها الخ » هذا المذهب ونصره المصنف وبه قال الشافعي في الجديد فانه قال له نكاحها بعد قضاء عدة الاول ولا يمتنع من نكاحها في عدتها منه لان العدة إنما شرعت لحفظ النسب وصيانة للباء والنسب لا حق به وروى عن عمر انه رجع الى قول علي فان عليا قال اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر ردوا الجهالات الى السنة ورجع الى قول علي وقياسهم يبطل بما ==

فصل

وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانيا بنت على ما مضى من العدة^(١). وان راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة^(٢). وان طلقها قبل دخوله بها فهل تبني او تستأنف ؟ على روايتين^(٣). وان طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فيها قبل دخوله بها فعلى روايتين أولاهما انها تبني على ما مضى من العدة الاولى لان هذا طلاق من نكاح لا دخول فيه فلا يوجب عدة^(٤)

= اذازنا بها فانه قد استعجل وطئها ولا تحرم عليه على التأييد وعنه تحرم على التأييد وبه قال مالك والشافعي في القديم لقول عمر لا ينكحها ابدارواه مالك والشافعي والبيهقي باسناد جيد

[فائدة] كل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة او نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره قاله الشارح وقال المصنف والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لانه يفرض الى اشتباه النسب

[فائدة] اذا خالع الرجل امرأته او فسخ نكاحه فله ان يتزوجها في عدتها في قول الجمهور وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى والحسن وقتادة ومالك والشافعي واصحاب الراى لأن العدة لحفظ نسبه وصيانتة ولا يضان ماؤه عن مائه (١) قوله « اذا طلقها واحدة الخ » أى بلا نزاع لأنهما طلاقان لم يتخالهما وطء ولا رجعة

(٢) قوله « وان راجعها الخ » هذا بلا نزاع فاستأنفتها من الطلاق الثانى لانه طلاق من نكاح اتصل به المسيس

(٣) قوله « وان طلقها قبل الخ » احداهما تستأنف كمن فسخت بعد الرجعة بعثق او غيره وهو المذهب والثانية تبني لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزم لذلك عدة طلاق فكذلك الرجعة واختار هذه القاضى واصحابه

(٤) قوله « وان طلقها طلاقا بائنا الخ » وهذا المذهب بلا ريب وبه قال =

فصل

ويجب الاحداد على المعتدة من الوفاة^(١) وهل يجب على البائن؟ على روايتين^(٢) ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة او زنا او في نكاح فاسد او بملك يمين^(٣) وسواء في الاحداد المسلمة والذمية والمكلفة وغيرها^(٤) والاحداد

== الشافعي ومحمد بن الحسن لانه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله ثم طلقتوهن من قبل ان تمسوهن الآية قال القاضي في كتاب الروايتين لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة والثانية تستأنف وهو قول ابى حنيفة لانه طلاق لا يخلو من عدة فوجب عدة مستأنفة كالاول

(١) قوله « ويجب الاحداد على المعتدة » هذا بلا نزاع في المذهب ولا نعلم فيه خلافا بين اهل العلم الا الحسن فانه قال لا يجب وهو قول خالف السنة فلا يرج عليه

(٢) قوله « وهل يجب على البائن الخ » احدهما يجب وعليه اكثر الاصحاب ، قال في الفروع اختاره الأكثر ، قال الزركشي اختاره الحرقى والقاضى وعامة اصحابه وجزم به فى الوجيز وتذكرة ابن عبدوس وبه قال سعيد بن المسيب وابو ثور واصحاب الرأى . والثانية لا يجب وهو المذهب على المصطلح اختاره ابو بكر فى الخلاف وابن شهاب والمصنف فى العمدة وجزم به فى المنور ومنتخب الأدمى وبه قال عطاء وربيعه ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعى لقوله ﷺ لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحمد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا فدل على انه لا يجب الا فى عدة الوفاة وروت أم سلمة ان النبى ﷺ قال المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصر من الثياب ولا المشق ولا الحللى ولا تختضب ولا تكتحل رواه احمد وابو داود والنسائى ووجه الأولى انها معتدة من نكاح بائن فلزمها الاحداد كالتوفى عنها

[فائدة] حيث قلنا لا يجب الاحداد فانه يجوز اجماعا لكن لايسن ذكره فى الرعاية

(٣) قوله « ولا يجب فى نكاح فاسد » هذا المذهب وعليه اكثر الاصحاب وقال القاضى فى الجامع المنصوص يلزم الإحداد فى نكاح فاسد وجزم به فى القواعد الأصولية

(٤) قوله « وسواء فى الاحداد الخ » هذا المذهب وقال اصحاب الرأى لا

اجتناب الزينة والطيب والتحسين كلبس الحلي^(١) والملون من الثياب للتحسين
كالأحمر والأصفر والأخضر الصافي والأزرق الصافي^(٢) واجتناب
الحناء والخضاب^(٣) والكحل الأسود^(٤)

= احدات على ذمية ولاصغيرة لانهما غير مكلفتين ولنا عموم الأحاديث ولان غير
المكلفة تساوى المكلفة في اجتناب المحرمات وانما يفرقان في الأثم

(١) قوله « والاحداد الخ » وجملة أن الحادة يجب عليها اجتناب ما يدعو
الى نكاحها ويرغب في النظر اليها وذلك اربعة امور احدها الطيب ولا خلاف
في تحريمه عند من اوجب الاحداد لقوله ﷺ لا تمس طيبا الا عند ادنى طهرها اذا
طهرت نبذة قسط او اظفار متفق عليه ولا يحل لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن
الورد والبنفسج والياسمين وما اشبهه . الثاني اجتناب الزينة وذلك واجب في قول
عامة اهل العلم قالت ام سلمة دخل على النبي ﷺ حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على
عيني صبرا فقال ما هذا يا ام سلمة فقلت انما هو صبر ليس فيه طيب قال انه يشب
الوجه فلا تجعله الا بالليل وتنزعيه بالنهار رواه ابو داود والنسائي والبيهقي باسناد
فيه جماعة لا يحتج بهم ويحرم لبس الحلي كالسوار والدمليج والخاتم ولا فرق بين ان
يكون من فضة او ذهب وقال عطاء يباح حلى الفضة وجوابه عموم النهى

(٢) قوله « والملون من الثياب الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام لا تلبس
ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب وفي حديث ام سلمة ولا تلبس المعصر من الثياب
والممشق وفيه تنبيه على أن الأخضر غير الصافي والأزرق غير الصافي لا يحرم عليها
لبسه لأن ذلك لا يلبس للتحسين عادة ولم يكن ذلك زينة والمذهب انه يحرم ما صبغ
غزله ثم نسج كالمصبوغ بعد نسجه

(٣) قوله « واجتناب الحنا الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أم
سلمة ولا تحتضب

(٤) قوله « والكحل الأسود » لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ام عطية ولا
تكتحل ومراده اذا لم يكن حاجة قاله في الفروع وغيره قال المصنف والشارح فان
اضطرت الحادة الى الكحل بالأثم للتداوى فلها ان تكتحل ليلا وتمسحه نهارا
وقطعوا به ومن اجازه مع الحاجة عطاء والنخعي ومالك واصحاب الرأي واقت
به ام سلمة قال في الانصاف وذلك معارض بما جاء في الصحيحين ان امرأة جاءت =

والحفاف^(١) واسفيداج العرائس وتحمير الوجه ونحوه . ولا يحرم عليها
الايض من الثياب وان كان حسنا ولا الملون لدفع الوسخ كالكحل ونحوه
وقال الخرقى وتجنب النقاب

فصل

وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي وجبت فيه^(٢) الا ان تدعو ضرورة الى
خروجها منه بأن يحولها مالكة او تخشى على نفسها فتنتقل ولا تخرج ليلا
ولها الخروج نهارا في حوائجها وان أذن لها زوجها في النقلة الى بلد للسكنى

الى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينا
افسكحلها فقال لا مرتين فيحتمل ان يكون ذلك منسوخا ويحتمل انه كان يمكنها
التداوى بغيره فمنعها من التداوى به ويحتمل انها لم تكن وصلت الى الاضرار الى
ذلك . انتهى

(١) قوله د والحفاف ، هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وقال في
الطالع والمحرم عليها انما هو تنف وجهها فاما حلقة وجفه فهو مباح نص عليه اصحابنا
[فائدة] لا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار وتنف الابط وحلق الشعر
المندوب الى حلقة ولا من الاغتسال بالسدر والامشاط

(٢) قوله د وتجب العدة الخ ، روى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وابن
مسعود وام سلمة وبه يقول مالك والثوري وابو حنيفة والشافعي واسحاق قال ابن عبد
البر وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعمد حيث
شأت وروى ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة قال ابن عباس نسخت هذه
الآية عدتها عند أهلها وسكتت في وصيتها وان شأت خرجت لقول الله (فان خرجن
فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن) قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكن تعمد
حيث شأت رواهما ابو داود ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لفرقة امكثي في بيتك
حتى يبلغ الكتاب اجله فاعتدت اربعة اشهر وعشرا فلما كان عثمان ارسل الى فسألني
عن ذلك فاخبرته فاتبه وقضى به رواه مالك واحمد وابو داود وصححه الترمذى .
وسواء كان المنزل لزوجها او غيره فان اتاها الخير في مسكنها رجعت اليه

فيه فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود الى منزلها وان مات بعده فلها الخيار بين البلدين . وان سافر بها ثم مات في الطريق وهي قريبة لزمها العود وان تباعدت خيرت بين البلدين . وان أذن لها في الحج فأحرمت به ثم مات . فخشيت فوات الحج مضت في سفرها ^(١) وان لم تحش وهي في بلدها أو قريبة يمكنها العود أقامت لتقضى العدة في منزلها والا مضت في سفرها وان لم تكن أحرمت او أحرمت بعد موته فحكمها حكم من لم يحش الفوات وأما المتبوتة فلا تجب عليها العدة في منزله وتعتد حيث شاءت نص عليه ^(٢)

(١) قوله « وان اذن لها في الحج النخ » وجملة ان المعتدة ليس لها ان تخرج الى الحج ولا غيره روى ذلك عن عمر وعثمان وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي والثوري واصحاب الراى فان خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت ان كانت قريبة لأنها في حكم الإقامة فان تباعدت مضت في سفرها . وقال مالك ترد ما لم تحرم والصحيح ما ذكرنا لانه يضربها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وان رجعت ويحد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة . والبعيد بما تقصر فيه الصلاة وهو قول ابى حنيفة الا انه لا يرى القصر الا في مدة ثلاثة ايام فعلى قوله متى كان بينها وبين مسكنها ثلاثة ايام لزمها الرجوع اليه وقال الشافعي ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتام لانها صارت في موضع اذن زوجها فيه ولنا على وجوب الرجوع على القرية ماروى سعيد باسناده عن سعيد بن المسيب قال توفي ازواج نساء وهن حاجات او معتمرات فردهن عمر من ذى الخليفة حتى يعتدن في بيوتهن ولو كان عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمها العدة في منزلها وان فاتها الحج لان العدة في المنزل تفوت ولا يدل لها والحج يمكن الا تيان به بعدها فان مات بعد احرامها بالحج الفرض او بحج اذن لها فيه . وكان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها وان خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه وهو قول الشافعي ، وقال ابو حنيفة يلزمها المقام . ولنا انها عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو سبقت العدة

(٢) قوله « واما المتبوتة الخ » هذا المذهب نص عليه لما روت فاطمة بنت قيس ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فارسل اليها بشيء فسخطه فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها ليس لك عليه —

باب في استبراء الاماء

ويجب الاستبراء في ثلاثة مواضع (أحدها) اذا ملك أمة لم يحل له موطنها^(١) ولا الاستمتاع بها بمباشرة ولا قبلة حتى يستبرئها^(٢)، الا المسبية هل له الاستمتاع بها فيما دون الفرج؟ على روايتين^(٣). سواء ملكها من صغير أو

== نفقة ولا سكنى وامرها ان تعتد عند ام شريك ثم قال تلك امرأة ينشأها اصحابي اعتدى في بيت ابن ام مكتوم متفق عليه . وانكار عمر وعائشة ذلك يحاب عنه . وعنه انها كالتوفى عنها زوجها

(١) قوله «أحدها» إذا ملك أمة الخ ، من ملك أمة بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة والارث وغير ذلك لم يحل له وطئها حتى يستبرئها بكرا كانت او ثيبا صغيرة أو كبيرة ممن تحمل أو لا تحمل هذا قول اكثر اهل العلم منهم الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي واصحاب الراي وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءة رحمها من الحمل وهذا معلوم في البكر وقال الليث ان كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبرائها . ولنا ما روى ابو سعيد مرفوعا قال لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض رواه احمد وابو داود والبيهقي باسناد جيد وفيه شريك القاضي وعن رويغ بن ثابت قال اني لا اقول الا ما سمعت رسول الله ﷺ يقول سمعته يقول لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضه رواه ابو داود

(٢) قوله «ويحرم الاستمتاع الخ» هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وجزم به في المعنى والشرح وغيرهما قال في الشرح لا يجوز رواية واحدة وعنه يختص التحريم بمن تحيض فيجوز الاستمتاع والوطء ممن لا تحيض وعنه يختص التحريم بالوطء فقط ذكرها في الارشاد وهو قول الحسن لأنه ﷺ انما نهى عن الوطء واختاره ابن القيم في الهدى واحتج بجواز الخلوة والنظر وقال لا اعلم في جواز هذا نزاعا . ووجه الأولى انه لا يأمّن ان تكون حاملا من مالكتها الأول فتكون ام ولد فيحصل الاستمتاع بأم ولد غيره واختار الشيخ تقي الدين جواز وطء البكر ولو كانت كبيرة والأيسة اذا اخبره صادق انه لم يطأ أو انه استبرأ

(٣) قوله «الا المسبية الخ» ، يعني اذا منعنا الاستمتاع بغير المسبية احدها ==

كبير أو رجل أو امرأة^(١). وإن أعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها^(٢) ولها نكاح غيره إن لم يكن بائعها يطاها^(٣) والصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل يجب استبرؤها؟ على وجهين^(٤). وإن اشترى زوجته أو عجزت مكاتبته أو فك أمته من الرهن أو أسلمت المجوسية أو المرتدة أو الوثنية أو التي حاضت عنده أو كان هو المرتد فأسلم أو اشترى مكاتبه ذوات رحمه فحضر عنده ثم عجز أو اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم أخذها سيده حلت

== لا يحل وهو المذهب لأنه يحرم الوطء فحرم دواعيه كالعدة والثانية يحل وجزم به ابن البنا والشيرازي وصححه في البلغة والقاضي في المجرد لفعل ابن عمر

(١) قوله دسواء ملكها من صغير الخ، وهذا المذهب وعليه الأصحاب وسواء ملكها من محبوب أو من رجل قد استبرأها ثم لم يطاها الحديث أبي سعيد وعنه لا يلزم الاستبراء إذا ملكها من طفل أو امرأة قلت وهو مقتضى قواعد الشيخ تقي الدين قاله في الانصاف

[فائدة] لو ملكتها امرأة من امرأة أخرى لم يجب استبرؤها على الصحيح من المذهب وقد يقال هذا ظاهر كلام المصنف وعنه يلزم استبرؤها

(٢) قوله «وان أعتقها قبل الخ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وعنه يحل نكاحها ولا يوطأ حتى تستبرأ فعلى المذهب لو خالف وعقد النكاح لم يصح على الصحيح لأن النكاح يراد للوطء وذلك حرام قال الحنفية له ذلك ويروى أن الرشيد اشترى جارية فافتاه أبو يوسف بذلك

(٣) قوله «ولها نكاح غيره الخ، هذا إحدى الروايتين لأنها حرة لم تكن فراشا فكان لها نكاح غير معتقها وعنه ليس لها ذلك وهو المذهب على المصطلح

[فائدة] لو أراد السيد تزويج أمته قبل عتقها ولم يكن يطاها قبل ذلك فكأنه حكم ما لو أعتقها وأراد تزويجها ولم يكن يطاها على ما تقدم

(٤) قوله «والصغيرة الخ، وهما روايتان أحدهما لا يجب الاستبراء وهو المذهب وصححه المصنف في المغنى والشرح وهو قول مالك لأن سبب الإباحة متحقق وليس على تحريمها دليل والثانية يجب وهو ظاهر كلامه في أكثر الروايات عنه فإنه قال تستبرأ ولو كانت في المهدي

بغير استبراء^(١). وان وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض أجزأ وعنه لا يجزى^(٢). وان باع أمته ثم عادت اليه بفسخ او غيره بعد القبض وجب استبراؤها وان كان قبله فعلى روايتين^(٣) وان اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لزمه استبراؤها^(٤) وان كان بعده لم يجب في أحد الوجهين^(٥) (الثاني) اذا وطئ أمته ثم اراد تزويجها لم يجز حتى يستبرئها^(٦) وان اراد بيعها فعلى

(١) قوله « وان اشترى زوجته الخ » هذا المذهب في ذلك كله

(٢) قوله « وان وجد الاستبراء الخ » هذا المذهب لأن الملك ينتقل به

[فوائد] الأولى وكيل البائع اذا وجد الاستبراء في يده كالبائع على الصحيح

من المذهب

(الثانية) قال في المحرر ويجزى استبراء من ملكها بشراء أو وصية أو غنيمة

او غيرها قبل القبض وعنه لا يجزى

(الثالثة) لو حصل استبراء زمن الخيار ففي اجزائه روايتان

(٣) قوله « وان باع أمته الخ » اما اذا عادت اليه بعد القبض وافتراقها لزمه

استبراؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشتري لها رجلا أو امرأة وان كان ذلك قبل

افتراقها وقبل غيبة المشتري بالجارية فعليه الاستبراء ايضا في احدي الروايتين

وهو المذهب وهو مذهب الشافعي لأنه تجديد ملك والثانية ليس عليه استبراء

اختاره ابن عبدوس في تذكرته وهو قول ابى حنيفة اذا تقايلا قبل القبض لأنه

فائدة في الاستبراء مع يقين البراءة

(٤) قوله « وان اشترى أمة مزوجة الخ » اذا كان قبل الدخول لزم استبراؤها

بلا نزاع اعلمه ونص عليه قال احمد هذه حيلة وضعها اهل الرأي لابد من استبرائها

لأنها تجدد الملك فيها

(٥) قوله « وان كان بعده الخ » اكتفاء بالعدة وهو المذهب صححه في المعنى

والشرح

[فائدة] مثل ذلك خلافا ومذهبا لو اشترى أمة معتدة أو مزوجة فمات زوجها

(٦) قوله « الثاني اذا وطئ أمته الخ » فان فعل لم ينعقد العقد هذا المذهب

جزم به في المعنى والشرح لأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي الى اختلاط الميابه

واشتباه الأنساب . وعنه يضح من غير استبراء فيصح العقد ولا يبطأ الزوج حتى

يستبرئ .

روايتين^(١) وان لم يظأها لم يلزمه استبرأؤها في الموضوعين^(٢) (الثالث) اذا اعتق
ام ولده او امة كان يصيبها او مات عنها لزمها استبراء نفسها^(٣) الا ان تكون
مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء^(٤) وان مات زوج ام ولد او سيدها ولم يعلم
السابق منهما وبين موتها أقل من شهرين وخمسة ايام لزمها بعد موت الآخر
منهما عدة الحرة من الوفاة حسب وان كان بينهما أكثر من ذلك او جهلت
المدة لزمها بعد موت الآخر منهما أطول الأمرين من عدة الحرة او
الاستبراء وان اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراء

فصل

والاستبراء يحصل بوضع الحمل ان كانت حاملا او بحيضة ان كانت

(١) قوله « وان أراد بيعها الخ » إحداهما يجب وهو المذهب وصححه
المصنف والشارح لأن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف حين باع جارية له كان
يظأها قبل استبرائها ولأنه يجب على المشتري لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل
الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد ، والثانية
لا يلزمه صححه في التصحيح واختاره ابن عبدوس وجزم به في الوجيز وقدمه في
المحرر لأنه يجب على المشتري فاغنى عن البائع ، قال في المغني وذكر عن أصحابنا
الروايتين في كل أمة يظأها من غير تفريق بين الأيسة وغيرها والأولى أنه لا يجب في
الأيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو بعيد انتهى فعلى الأول لو خالف وباعها
صح على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وإن لم يظأها الخ » هذا المذهب نقله جماعة عن أحمد لأنه قد حصل
يقين براءتها منه

(٣) قوله « الثالث الخ » هذا بلا نزاع لأن كل واحدة منهما موطوءة ووطأ له
حرمة فلزمها استعمال براءة رحمها كالموطوءة بشبهة

(٤) قوله « إلا أن تكون الخ » وكذا لو فرغت عدتها من زوجها فأعتقها
وأراد تزويجها قبل وطئها بلا نزاع في ذلك لأنه أزال فراشه عنها قبل وجوب
الاستبراء . وكذا لو أراد تزويجها أو استبرأ بعد وطئها ثم أعتقها أو باعها فأعتقها
مشترا قبل وطئها

عن تحيض أو بمضى شهر ان كانت آيسة او صغيرة ، وعنه بثلاثة اشهر
اختاره الخرقى ، وان ارتفع حيضها ما تدرى ما رفعه فب عشرة اشهر نص
عليه ، وعنه فى ام الولد اذا مات سيدها اعتدت اربعة اشهر وعشرا والاول
أصح.

كتاب الرضاع

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . واذا حملت المرأة من رجل يثبت
منه نسب ولدها فثاب لها لبن فأرضعت به طفلا صار ولدا لهما فى تحريم النكاح
واباحة النظر والخلوة وثبوت المحرمية وأولاده وان سفلوا أولاد ولدهما
وصارا ابويه وآباؤهما اجداده وجداته واخوة المرأة واخواتها اخواله
وخالاته واخوة الرجل واخواته اعمامه وعماته . وتنتشر حرمة الرضاع من
المرتضع الى اولاده واولاد اولاده وان سفلوا فيصيرون اولادا لهما ولا
تنتشر الى من فى درجته من إخوته واخواته ولا من هو اعلى منه من آباءه
وامهاته واعمامه وعماته واخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة على ابى المرتضع
ولا اخيه ولا تحرم ام المرتضع ولا اخته على ابيه من الرضاع ولا اخيه
وان أرضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولدا لها وتحرم على الزانى
تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع فى حقه فى ظاهر قول الخرقى وقال
ابو بكر تثبت قال ابو الخطاب وكذلك الولد المنفى باللعان ، ويحتمل ان لا
يثبت حكم الرضاع فى حق الملاعن بحال لأنه ليس بلبنه حقيقة ولا حكما .
وان وطئ رجلان امرأة بشبهة فأنت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا
لمن ثبت نسب المولود منه وان الحق بهما كان المرتضع ابنا لهما وان لم يلحق
بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع فى حقهما وان ثاب لامرأة لبن من غير
حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه فى لبن البكر وعنه ينشرها ذكرها ابن
ابى موسى والظاهر انه قول ابن حامد ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو
أرضع طفلان من رجل او بهيمة او خنثى مشكل لم ينشر الحرمة وقال ابن
حامد يوقف امر الخنثى حتى يتبين امره

فصل

ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا بشرطين احدهما ان يرتضع في العامين
فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت (١). الثاني ان يرتضع خمس رضعات في ظاهر

(١) قوله « ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا بشرطين أحدهما الخ ، وهذا
المذهب بلا ريب هذا قول أكثر أهل العلم روى نحو ذلك عن عمر وعلى وابن
عمر وابن مسعود وابن عباس وابن هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة واليه
ذهب الشعبي وابن شبرمة والأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور
وهو رواية عن مالك وروى عنه انه اذا زاد شهرا جاز وروى شهران وقال
أبو حنيفة يحرم الرضاع في ثلاثين شهرا لقوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾
ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لانه يكون سنتين فعلم انه أراد الحمل في الفصال وقال
زفر مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبير تحرم ، ويروى
هذا عن عطاء والليث وداود لما روى ان سهلة بنت سهيل قالت يا رسول الله انا
كنا نرى سالما ولدا فكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا
وقد أنزل الله فيهم ما علمت فكيف ترى فيه فقال لها النبي ﷺ ارضعيه فارضعته
خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها ويدخل عليها وان كان كبيرا وأبت ذلك أم سلمة
وسائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة واحدا من الناس حتى
يرضع في المهد وقلن لعائشة والله ما ندرى لعلها رخصة من النبي ﷺ لسالم دون
الناس رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وعن عائشة ان سهلة بنت سهيل بن عمرو
جاءت الى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ان سالما مولى أبي حذيفة معنا في بيتنا وقد
بلغ ما يبلغ الرجال وعلم ما تعلم الرجال فقال ارضعيه تحرمي عليه رواه مسلم
واختار الشيخ تقي الدين ثبوت الحرمة بالرضاع الى الفطام ولو بعد الحولين أو
قبلهما فأناط الحكم بالفطام سواء كان قبل الحولين أو بعده واختار أيضا ثبوت
الحرمة بالرضاع ولو كان المرتضع كبيرا للحاجة نحو كونه محرما لقصة سالم مولى
أبي حذيفة ولنا قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ وعن
عائشة ان النبي ﷺ دخل عليها وعندها رجل قاعد فسألها عنه فقالت هو أخي من
الرضاعة فقال انظرن من اخوانك فانما الرضاعة من الجماعة متفق عليه وعن أم
سلمة مرفوعا لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام رواه الترمذي =

المذهب ، وعنه ثلاث يجر من وعنه واحدة^(١)، ومتى اخذ الثدي فامتص منه ثم تركه-

== وصححه ورواه الدارقطني والبيهقي عن عمر ورواه سعيد عن هشيم عن مغيرة عن ابراهيم بن عبد الله ورواه سعيد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ورواه الدارقطني والبيهقي عن ابن عباس قال البيهقي هذا هو الصحيح انه موقوف ورواه ابن عدى وغيره من حديث الهيثم بن جميل عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعا لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين ، والهيثم ثقة حافظ وثقة أحمد و ابراهيم الحربى والعجلي وابن حبان وغيرهم فعلى هذا يتعين خبر أبى حذيفة على انه خاص له دون الناس كما قاله سائر أزواجه عليه السلام وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة

[فائدة] لو اكرهت على الرضاع ثبت حكمه ذكره القاضى فى الجامع محل وفاق-

(١) قوله « الثانى الخ » الذى يتعلق به التحريم خمس رضعات وهو المذهب بلا ريب قال المصنف والشارح هذا الصحيح من المذهب قال المجد فى محرره وغيره هذا المذهب وروى هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعى وعنه ان قليل الرضاع يحرم كما يحرم كثيره وروى ذلك عن على وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهرى وقتادة والحكم واحتجوا بقوله تعالى ﴿ وأما تم اللاتى أرضعنكم ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وعن عقبه بن الحارث انه تزوج ام يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال وكيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما متفق عليه . وعنه ثلاث يجر من وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحرم المصاة ولا المستان وفى لفظ لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان رواه مسلم ولنا ما روى عن عائشة انها قالت انزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يجر من فنسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم والأمر على ذلك رواه مسلم ورواه مالك عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل ارضعى سالما خمس رضعات والآية فسرتها السنة وثبتت الرضاة المحرمة وصرح مارويناه يخص مفهوم مارووه . فنجمع بين الأخبار بجمعها على الصحيح الذى رويناها

لو قطع عليه فهي رضعة فمتى عاد فهي رضعة اخرى بعد ما بينهما او قرب
وسواء تركه شبعاً او لامر يلبيه او لا تتقاه من ثدى الى غيره او من امرأة
الى غيرها (١). وقال ابن حامد ان لم يقطع باختياره فهما رضعة الا ان يطول
الفصل بينهما . والسعوط والوجور كالرضاع في احدى الروايتين (٢). ويحرم
اللبن الميتة (٣) واللبن المشوب ذكره الخرقى (٤) وقال ابو بكر لا يثبت التحريم

(١) قوله «ومتى أخذ الثدي — الى قوله — أو من امرأة الى غيرها ، وهذا
المذهب في ذلك كله والمرجع في صفة الرضعة الى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقاً
ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل على انه ردهم الى العرف

(٢) قوله «والسعوط الخ ، وهذا المذهب وعليه اكثر الاصحاب منهم الخرقى
والقاضي وأصحابه والمصنف وغيرهم وهو قول الشافعي والثوري وأصحاب الرأي
وبه قال مالك في الوجور . والوجور ان يصب اللبن في حلقه من غير الثدي
والسعوط أن يصب في أنفه اللبن من إناء أو غيره والرواية الثانية لا يثبت التحريم
بهما وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود وقال عطاء الخراساني في السعوط ليس
هذا برضاع ولنا ما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ قال لا رضاع الا ما أنشز العظم
وأنبت اللحم رواه أبو داود وغيره ولأن هذا يصل اليه اللبن كما يصل بالارتضاع

[تنبيه] الذي يحرم من ذلك كالذي يحرم من الرضاع على الخلاف

(٣) قوله «ويحرم لبن الميتة ، هذا المذهب نص عليه وهو قول أبي ثور
والأوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو بكر الخلال لا ينشر
الحرمة وتوقف عنه أحمد في رواية مهنا وهو مذهب الشافعي لأنه ابن من هو ليس
بمحل للولادة ولنا انه وجد الرضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة
فانبت التحريم كحال الحياة

(٤) قوله «واللبن المشوب الخ ، هذا المذهب قال الفروع فيحرم لبن
شيب بغيره على الأصح واختاره القاضي والشريف والمصنف والشارح وغيرهم .
والمشوب المختلط بغيره قال الشارح وسواء اختلط بطعام أو شراب أو غيره في
قول الخرقى وبه قال الشافعي وقال ابو بكر قياس قول أحمد انه لا يحرم وقال ابن
حامد ان غلب اللبن حرم والا فلا وهو قول أبي ثور والمزني لأن الحكم للأغلب
بولانه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحوه قول أصحاب الرأي وزادوا =

بهما وقال ابن حامد ان غلب اللبن يحرم . والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه .
وقال ابن حامد تنشرها

فصل

واذا تزوج كبيرة ولم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة
احداهن في الحولين حرمت الكبيرة على التأيد وثبت نكاح الصغرى وعنه
ينفسخ نكاحها . وان ارضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية
الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الاولى ويثبت نكاح الثانية . وان ارضعت
الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الاولين وثبت نكاح الثالثة على الرواية
الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الجميع فان ارضعت احداهن منفردة
واثنتين بعد ذلك انفسخ نكاح الجميع على الروايتين وله ان يتزوج من شاء
من الاصاغر ، وان كان دخل بالكبرى حرم الكل عليه على الابد . كل
امراة تحرم ابنتها عليه كأمه وجدته واخته وربيبته اذا ارضعت طفلة حرمتها
عليه وفسخت نكاحها منه ان كانت زوجته

فصل

وكل من افسد نكاح امراة برضاع قبل الدخول فان الزوج يرجع عليه

== فقالوا ان كانت النار مست اللبن حتى انضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع
ووجه الأول ان اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ويحصل به انبات اللحم
وانشاز العظم حرم وهذا فيما اذا كانت صفات اللبن باقية فاما ان صب في ماء كثير
لم يتغير به لم يثبت به التحريم لأن هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذية وحكى عن
القاضي أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لان أجزاء اللبن حصلت في بطنه
[فائدة] اذا حلب من نسوة وسقى الصبي فهو كما لو رضع من كل واحدة ممن
[فائدة] اذا عمل اللبن جبناً ثم اطعمه الصبي ثبت به التحريم وبه قال الشافعي
وقال ابو حنيفة لا يحرم لزوال الاسم

على قوله « والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه » وهو المذهب

ببصرف مهرها الذى يلزمه لها^(١) وان افسدت نكاح نفسها سقط مهرها^(٢) وإن كان بعد الدخول وجب لها مهرها ولم يرجع به على احد^(٣) وذكر القاضى انه يرجع به أيضا ورواه عن احمد^(٤) ولو افسدت نكاح نفسها لم يسقط مهرها بغير خلاف فى المذهب^(٥) فاذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ

(١) قوله ، وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول الخ ، هذا بلا نزاع

(٢) قوله ، وان أفسدت نكاح نفسها الخ ، أى أفسدته قبل الدخول وهذا بلا نزاع لأن فسح نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا

(٣) قوله ، وان كان بعد الدخول الخ ، يعنى اذا أفسده غيرها ولم يرجع به على أحد وهذا اختيار المصنف والمجد فى محرره وصاحب الحاوى وجزم به فى الوجيز والمنور وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأنه لم يقرر على الزوج شيئا ولم يلزمه اياه فلم يرجع عليه بشىء كما لو أفسدت نكاح نفسها

(٤) قوله ، وذكر القاضى الخ ، أى نص عليه احمد وهو المذهب وهو مذهب الشافعى لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه كنبصف المهر فى غير المدخول بها

(٥) قوله ، ولو افسدت نكاح نفسها ، أى بعد الدخول لم يسقط لا نعم فيه خلافا كما لو ارتدت ولأن المهر استقر بالدخول والمستقر لا يسقط بعد استقراره ولا يرجع عليها الزوج بشىء اذا كان اداها اليها قال فى الانصاف قلت لو خرج السقوط من المنصوص فى التى قبلها لكان متجها وحكى فى الفروع عن القاضى انها اذا افسدت نكاح نفسها يلزم الزوج نصف المسمى وهو قول فى الرعاية ثم رأيت فى القواعد حكى انه اختيار الشيخ تقي الدين انتهى

[فائدة] قال فى القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا بمعنى انه هل يلزم المخرج له قهرا ضمانه للزوج بالمهر فيه قولان فى المذهب ويذكران روايتين عن احمد واكثر الأصحاب كالقاضى ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوصا هذا الخلاف بين عدا الزوجة فقالوا لا تضمن للزوج شيئا بغير خلاف واختار الشيخ تقي الدين انه متقوم عليها أيضا وحكامه قولان فى المذهب ويتخرج على هذه المسئلة جميع المسائل التى يحصل بها الفسخ

نكاحهما فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى ولا مهر للكبرى ان كان لم يدخل بها^(١) وان كان دخل بها فعليه صداقها وان كانت الصغرى هي التي دبت الى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها فلا مهر لها ويرجع عليها بنصف مهر الكبرى ان كان لم يدخل بها او بجميعة ان كان دخل بها على قول القاضى وعلى ما اخترناه لا يرجع بعد الدخول بشيء ولو كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه في أحد الوجهين ولم تحرم أمهات الاولاد . ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات . وهل تحرم الصغرى ؟ على وجهين أحدهما تحرم وعليه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم بينهما أخماسا فان كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فأرضعن ثلاث نسوة له صغارا حرمت الكبرى وان كان دخل بها حرم الصغار أيضا وان لم يدخل بها فهل ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أولا ؟ على روايتين . وان أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك ؟ على وجهين

فصل

إذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي فأرضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه وحرمت عليه وعلى الاول أبدا لانها صارت من حلائل أبنائه

(١) قوله « وان أرضعت امرأته الكبرى الخ » هذا بلا نزاع لأنها هي التي تسببت في انفساخ نكاحه

[فائدة] حيث أفسد نكاح المرأة فلها الأخذ بمن أفسده على الصحيح من المذهب نص عليه وقال الشيخ تقي الدين متى خرجت منه بغير اختياره بافسادها أولا أو يمينه لا تفعل شيئا ففعلته فله مهره وذكره رواية كالمفقود لأنها استحقت المهر بسبب هو تمكينها من وطئها وضمنته بسبب هو إفسادها واحتج بالمختلعة التي تسببت الى الفرقة

على قوله « ان كان دخل بها على قول القاضى » وهو المذهب المنصوص

ولو تزوجت الصبي اولا ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيرا فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي حرمت عليهما على الابد

فصل

واذا شك في الرضاع او عدده بنى على اليقين^(١) وان شهد به امرأة مرضية ثبت بشهادتها^(٢)، وعنه أنها إن كانت مرضية استحلفت فان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى يبيض ثدياها وذهب في ذلك الى قول ابن عباس رضى الله عنهما واذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي اختي من الرضاع انفسخ

(١) قوله « واذا شك في الرضاع الخ » هذا بلا نزاع لأن الأصل عدمه والأصل عدم الرضاع المحرم

(٢) قوله « وان شهدت به امرأة مرضية الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته وبه قال ظاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبى ذئب وسعيد بن عبد العزيز وعن أحمد لا يقبل الا شهادة امرأتين وهو قول الحنكف لأن الرجال أكل من النساء ولا يقبل الا شهادة رجلين فالنساء أولى وقال عطاء والشافعى لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل وقال أصحاب الرأى لا يقبل فيه الا رجلان أو رجل وامرأتان وروى ذلك عن عمر لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ ولنا ما روى عقبه بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت ذلك متفق عليه وفي لفظ رواه النسائى قال فأتيت من قبل وجهه فقلت انها كاذبة فقال كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما خل سليلها وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة وقال الزهرى فرق بين أهل ابيات في زمن عثمان بشهادة امرأة واحدة في الرضاع ولان هذه شهادة على عورة فيقبل فيه شهادة المنفردات كالولادة وعلى الشافعى أنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فيقبل فيه شهادة امرأة منفردة كالخبر ويقبل فيه شهادة المرضعة على نفسها لما ذكرنا من الخبر

على قوله « حتى يبيض ثدياها » وهو قول اسحاق وقاله ابن عباس رضى الله عنهما

النكاح^(١) فان صدقته فلا مهر^(٢) وان أ كذبتة فلها نصف المهر^(٣) وان قال ذلك بعد الدخول انفسخ النكاح ولها المهر بكل حال^(٤) وان كانت هي التي قالت هو أخى من الرضاع فأكذبها فهي زوجته في الحكم^(٥) ولو قال الزوج

(١) قوله « وإذا تزوج امرأة الخ ، أى وحرمت عليه لأنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب ولو ادعى خطأ وهذا فى الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فان علم ان الأمر كذلك فهي محرمة عليه وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله

(٢) قوله « فان صدقته الخ » أى لأنهما اتفقا على أن النكاح باطل من أصله كما لو ثبت بينة

(٣) قوله « وان كذبتة الخ ، أى يقبل قولها لأن قوله غير مقبول عليهما فى اسقاط حقوقها وتحريمها عليه حق له فقبل ولها نصف المهر لأنها فرقة قبل الدخول قال فى الانصاف بلا نزاع أعلمه يعنى فيما تقدم من المسائل

(٤) قوله « وان قال ذلك بعد الدخول الخ ، يعنى اذا تزوج امرأة وقال بعد الدخول هى أخى من الرضاع فان النكاح ينفسخ والصحيح من المذهب ان لها المهر سواء صدقته أو كذبتة وهو معنى قول المصنف ولها المهر بكل حال لأنه استقر بالدخول وهذا ما لم تطاوعه عالة بالتحريم وقيل يسقط بتصديقها له قال فى الفروع ولعل مراده يسقط المسمى فيجب مهر المثل لكن قال فى الروضة لا مهر لها عليه وقال ابن حمدان بل يجب لها مهر المثل مع جعلها بالتحريم

[تنبيه] محل هذا فى الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فينبى ذلك على علمه وتصديقه فان علم ان الأمر كما قال فهي محرمة عليه وان علم كذب نفسه فالنكاح بحاله وان شك فى ذلك لم يزل عن اليقين بالشك هذا المذهب

(٥) قوله « وان كانت الخ ، هذا بلا نزاع لأنه لا يقبل قولها فى فسخ النكاح لأنه حق له عليها لكن ان كان قوله قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فان أقرت بأنها كانت عالة بأنها أخته وبتحريمها عليه وطاوعته فى الوطء فلا مهر لها أيضا وان انكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لأنه وطء بشبهة وهى زوجته فى ظاهر الحكم وفيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها =

هي ابنتي من الرضاع وهي في سنه او أكبر منه لم تجرم لتحققنا كذبه (١) ولو تزوج امرأة لها زوج من لبن كان قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو للأول (٢) وان زاد لبنها فأرضعت به طفلا صار ابنا لهما (٣) وان انقطع لبن الاول ثم ثاب بحملها من الثاني فكذلك عند ابى بكر، وعند أبى الخطاب رضى الله تعالى عنه هو ابن الثاني وحده (٤)

= مساكنته ولا تمكينه من وطئها وعليها ان تفر منه وتفتدى نفسها كما قلنا في التي علمت ان زوجها طلقها ثلاثاً وانكر . وينبغي أن يكون الواجب لها من مهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل

(١) قوله « ولو قال الزوج الخ ، هذا بلا نزاع وان احتمل أن تكون ابنته فكما لو قال هي أختي من الرضاة على ما تقدم

[فائدة] اذا ادعى ان زوجته أخته من الرضاع فانكرته فشهد بذلك أمه أو ابنته لم يقبل لأنها شهادة الوالد لولده وان شهدت أمها أو ابنتها قبلت على الصحيح من المذهب وان ادعت ذلك المرأة وكذبها فشهدت به أمها أو ابنتها لم يقبل وان شهدت به أمه أو ابنته قبلت على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « ولو تزوج رجل امرأة الخ ، هذا بلا نزاع وكذا لو زاد قبل أو انه لأن اللبن إذا بقي بحاله لم يتغير بزيادة ولا نقص ولم تلد من الثاني فهو للأول لأن اللبن كان له والأصل بقاءه وعلم منه أنها اذا لم تحمل من الثاني فهو للأول مطلقاً وانها اذا ولدت من الثاني فاللبن له خاصة اجماعاً

(٣) قوله « وان زاد لبنها الخ ، أى زاد فى أو انه وهذا بلا نزاع كما لو كان الولد منهما لأن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنه منه وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف اليهما

(٤) قوله « وان انقطع لبن الأول الخ ، المذهب ما قاله أبو بكر يعنى انه يصير ابناً لهما كما لو لم ينقطع وما قاله أبو الخطاب جزم به فى الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وقال فى الانصاف وهو الصواب لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول =

كتاب النفقات

تجب على الرجل نفقة امرأته ما لاغنى لها عنه^(١) وكسوتها بالمعروف ومسكنها بما يصلح لمثلها^(٢) وليس ذلك مقدرًا لكنه معتبر بحال الزوجين^(٣) فإذا تنازعا

== وان لم يزد ولم ينقص من الأول حتى ولدت فانه يكون لها على الصحيح من المذهب نص عليه وذكر المصنف انه للثاني كما لو زاد جزم به في الكافي والمغنى والشرح وذكروه ابن المنذر اجماعاً

(١) قوله «تجب على الرجل نفقة امرأته الخ» هذا بالاجماع وسنده قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ الآية ومعنى قدر ضيق وقوله تعالى ﴿قد علمنا ما فرطنا عليهم في أزواجهم﴾ الآية وقوله ﷺ «اتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم ، وقوله عليه الصلاة والسلام «الا وحقن عليكم أن تحسنوا اليهن في نفقتهن وكسوتهن وطعامهن» رواه الترمذي وصححه

(٢) قوله «وكسوتها الخ» أي اذا سلبت نفسها اليه على الوجه الواجب فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن لأنه تعالى أوجب المسكن المطلقة بقوله تعالى ﴿اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ فيجب لمن هي في صلب النكاح بطريق الأولى

(٣) قوله «وليس ذلك مقدرًا الخ» هكذا ذكر أصحابنا وقال أبو حنيفة ومالك يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعروف﴾ الكفاية وقال ﷺ لهند خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف متفق عليه فاعتبر كفايتها دون حال زوجها وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده لقوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ الآية ولنا ان فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملاً بكلما النصين ورعاية لكلا الجانبين فكان أولى

[فائدة] النفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال القاضي هي مقدرة بمقدار لا يختلف في الكثرة والقلة والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات وقال الشافعي نفقة الفقير مد بمد النبي ﷺ وعلى الموسر حدان وعلى المتوسط مد ونصف ولنا قوله ﷺ لهند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وقوله ﷺ «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»

فيها رجع الأمر الى الحاكم^(١) فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع خبز البلد وأدمه الذي جرت عادة أمثالهما بأكله وما تحتاج اليه من الدهن وما يكتسى مثلها من جيد الكتان والقطن والخز والابريسم وأقله قيص وسراويل ووقاية ومقنعة ومداس وجبة في الشتاء وللنوم الفراش والحقاف والمخدة والزلى للجلوس ورفيع الحصر . وللفقيرة تحت الفقير قدر كفايتها من ادنى خبز البلد وادمه ودهنه وما تحتاج اليه من الكسوة مما يلبسه امثالهما وينامون فيه ويجلسون عليه . وللمتوسطة تحت المتوسط او اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ما بين ذلك كل على حسب عاداته . وعليه ما يعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثن الماء . ولا تجب الادوية وأجرة الطبيب فأما الطيب والحناء والحضاب ونحوه فلا يلزمه الا ان يريد منها التزين به . وان احتاجت الى من يخدمها لكون مثلها لا تخدم نفسها اولرضها لزمه ذلك فان كان لها والا اقام لها خادما اما بشراء أو كراء او عارية ويلزمه نفقته بقدر نفقة الفقيرين الا في النظافة . ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد فان قالت أنا أخدم نفسي وأخذ ما يلزمك لخادمي لم يكن لها ذلك . وان قال أنا اخدمك فهل يلزمها قبول ذلك ؟ على وجهين

فصل

وعليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء^(٢) . وأما البائن بفسخ او طلاق فان كانت حاملا فلها النفقة والسكنى^(٣) وإلا فلا شيء

(١) قوله « فان تنازعا فيها الخ » فظاهره انه يفرض لها الحما بما جرت عادة الموسرين به في ذلك الموضع وهو الصواب

(٢) قوله « ويلزمه نفقة المطلقة الرجعية الخ » هذا بلا نزاع لأنها زوجة بدليل قوله تعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ ولأنها يلحقها الطلاق والظهار والايلاء

(٣) قوله « فاما البائن بفسخ الخ » اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائناً اما ان يكون ثلاثا او بخلع او بانة بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى والكسوة =

لها^(١) وعنه لها السكنى . فان لم ينفق عليها بظنها حائلا ثم تبين انها حامل فعليه

== وهذا المذهب بلا نزاع في المذهب وهو اجماع لقوله تعالى ﴿ اسكنوهن من حيث
سكنتم من وجدكم ﴾ الى قوله ﴿ وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾
وفي بعض اخبار فاطمة بنت قيس لا نفقة لك الا ان تكوني حاملا ولأن الحمل
مولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه الانفاق عليه الا بالانفاق عليها فعلى المذهب
تستحق النفقة كل يوم تأخذها على الصحيح من المذهب نص عليه وفيه وجه
آخر انها اذا وضعت استحققت ذلك لجميع مدة الحمل ، قلت والاول أصح وهذا
الاحتمال ضعيف لان هذا الاحتمال يخالف لقوله تعالى ﴿ فانفقوا عليهن حتى يضعن
حملهن ﴾

(١) قوله « وإلا فلا شيء لها » يعني وان لم تكن حاملا فلا شيء لها وهذا المذهب
وهو من مفرداته وهو قول علي وابن عباس وجابر وبه قال عطاء وطاوس والحسن
وعمر بن ميمون وعكرمة واسحق وأبو ثور وداود وعنه لها السكنى خاصة وهو
قول عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والفقهاء
السبعة ومالك والشافعي لقول الله تعالى ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾
الآية فأوجب السكنى لمن مطلقا وعنه يجب لها النفقة والسكنى حكاهما ابن
الزاغوني وغيره وقاله أكثر فقهاء العراق منهم ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري
والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعبدي ويروى ذلك عن عمر وابن
مسعود لانها مطلقة فوجب لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بما
روى عن عمر انه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة
وسعيد بن المسيب ولنا ما روت فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها البتة وهو
غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطه فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت
رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن
تعد في بيت أم شريك متفق عليه وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ انظري يا ابنة قيس
انما النفقة للمرأة على زوجها اذا كانت له عليها الرجعة فاذا لم يكن له عليها الرجعة
فلا نفقة ولا سكنى رواه أحمد والاثرم والحيدى قال ابن عبد البر من طريق الحجية
وما يلزم منها قول احمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأرجح لانه ثبت عن النبي ﷺ
نصا صريحا فأى شيء يعارض هذا الا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله
مراده ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم انه اعلم بتأويل قول الله تعالى ﴿ اسكنوهن من ==

نفقة ماضى^(١). وان انفق عليها بظنها حاملا فبانت حائلا فهل يرجع عليها بالنفقة؟ على روايتين^(٢). وهل تجب النفقة للحامل لحملها أو لها من اجله؟ على روايتين^(٣): احدهما انها لها فتجب لها إذا كان احد الزوجين رقيقا ولا تجب

== حيث سئلتكم ع وأما قول عمرو من وافقه فقد خالفه على وابن عباس وجابرو من وافقهم والحجة معهم ولو لم يخالفه واحد منهم لما قبل قوله المخالف لقوله ع فان قوله ع حجة على عمر وغيره ولم يصح عن عمر انه قال لا ندع كتاب ربنا الخ فان احمد انكره وقال اما هذا فلا لانه قال لا يقبل في ديننا قول امرأة وهذا يردد الاجماع على قبول المرأة في الرواية فقد أخذ بقول فريضة وهي امرأة وبخبر عائشة وأزواج النبي ص

(١) قوله فان لم ينفق عليها الخ ، هذا المذهب لأننا تدبنا استحقاقها له
(٢) قوله وان انفق عليها الخ ، احدهما يرجع وهو المذهب اشبه مالو قضاها ديننا ثم تبين براءته منه

[فائدة] لو ادعت أنها حامل انفق عليها ثلاثة أشهر على الصحيح من المذهب نص عليه ثم أريت القوا بل بعد ذلك لان الحمل يتبين وتظهر اماراته بعد ثلاثة أشهر الا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتقطع النفقة

(٣) قوله وهل تجب النفقة للحامل الخ ، احدهما هي للحمل وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب لانها تجب بوجوده وتسقط بعدمه والثانية لها لانها تجب مع الاعسار ولا تسقط بمضى الزمان وواجبها الشيخ تقي الدين له ولها من اجته وجعلها كمرضعة له باجرة ولهذا الخلاف فوائد كثيرة منها ما ذكره المصنف ومنها لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة في ذمته فيه طريقان احدهما البناء فعلى المذهب لا تثبت في ذمته وتسقط بمضى الزمان لان نفقة الاقارب لا تثبت في الذمة وعلى الثانية : تثبت ولا تسقط بمضى الزمان قال في القواعد على المشهور من المذهب والطريق الثاني لا تسقط بمضى الزمان على كلا الروايتين وهي طريقة المصنف في المغنى ومنها لو مات الزوج وله حمل فعلى المذهب يلزم النفقة الورثة وعلى الثانية لا يلزمهم ومنها لو كان الزوج معسرا فعلى المذهب لا تجب لان نفقة الاقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة وعلى الثانية تجب ومنها لو دفع اليها النفقة فتلقفت بغير تفريط فعلى المذهب يجب بدلها لان ذلك حكم نفقة الاقارب وعلى الثانية لا

للناشز ولا للحامل من وطء شبهة او نكاح فاسد . والثانية انها للحمل فتجب لهؤلاء الثلاث ولا تجب لها اذا كان احدهما رقيقا واما المتوفى عنها فان كانت حائلا فلا نفقة لها ولا سكنى^(١) وان كانت حاملا فهل لها ذلك ؟ على روايتين^(٢)

فصل

وعليه دفع النفقة اليها في صدر نهار كل يوم الا ان يتفقا على تأخيرها او تعجيلها لمدة قليلة او كثيرة فيجوز . وان طلب احدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر ذلك وعليه كسوتها في كل عام فاذا قبضتها فسرقت او تلفت لم يلزمه عوضها^(٣) وان انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى ويحتمل

(١) قوله « وأما المتوفى عنها الخ » وهو المذهب قال في المبدع رواية واحدة لأن ذلك يجب للتمكين من الاستمتاع وقد فات قال في الفروع وعنه لها السكنى اختارها أبو محمد الجوزي وقال المصنف ايضا والشارح ان مات وهي في مسكنه قدمت به

(٢) قوله « وان كانت حاملا الخ » احدها لا نفقة لها ولا كسوة ولا سكنى وهو المذهب لأنه قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكنهاها أنما هو للحمل او لها من اجله ولا يلزم ذلك الورثة لانه ان كان للبيت ميراث فنفقة الحمل في نصيبه والالم يلزم وارث الميت الاتفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة والثانية لها ذلك لانها معتدة من نكاح صحيح اشبهت البائن في الحياة وبنائها ابن الزاغوني على ان النفقة هل هي للحمل او لها من اجله فان قلنا للحمل وجبت من التركة كما لو كان الأب حيا وان قلنا لها لم تجب قال في القواعد وهذا لا يصح لان نفقة الاقارب لا تجب بعد الموت قال والاظهر ان الأمر بالعكس وهو اننا ان قلنا النفقة للحمل لم تجب لهذا المعنى وان قلنا لها وجبت لانها محبوسة على الميت

على قوله « وعليه دفع النفقة في صدر كل نهار » وهذا المذهب واختار الشيخ تقي الدين لا يلزمه تملك بل ينفق ويكسو بحسب العادة فان الاتفاق بالمعروف ليس هو التملك

(٣) قوله « فاذا قبضتها الخ » وهو المذهب لأنها تملك

ان لا يلزمه^(١) وان ماتت او طلقها قبل مضي السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة؟ على وجهين. واذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضرها ولا يهلك بدنها وان غاب عنها مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى^(٢) وعنه لا نفقة لها الا ان يكون الحاكم قد فرضها لها

فصل

واذا بذلت المرأة تسليم نفسها اليه وهي ممن يوظا مثلها او يتعذر وطؤها بمرض او حيض او رتق ونحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيرا او كبيرا يمكنه الوطء او لا يمكنه كالعنين والمجبوب والمرضى^(٣) وان كانت

(١) قوله « واذا انقضت السنة الخ » هذا المذهب لان الاعتبار بمضى الزمان والثانية لا يلزمه لأنها غير محتاجة

(٢) قوله « وان غاب مدة الخ » هذا المذهب وسواء تركها لعذر او غيره لما روى الشافعي قال اخبرنا مسلم بن خالد عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان عمر كتب الى امرء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فامرهم ان يأخذوهم بان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا ورواه البيهقي وبه قال الحسن والشافعي وابن المنذر وعنه تسقط مالم يكن الحاكم فرضها وهو مذهب ابي حنيفة واختاره في الارشاد وهو ضعيف

[فوائد] لو استدان وانفقت رجعت على زوجها مطلقا نقله احمد بن هاشم

(الثانية) لو انفقت من ماله في غيبته فيان ميتا رجعت عليها الوارث على الصحيح من المذهب وعنه لا يرجع عليها

(الثالثة) لو اكلت مع زوجها عادة او كساها بلا اذن ولم يتبرع سقطت عنه مطلقا على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « واذا بذلت المرأة الى قوله والمجبوب » هذا المذهب في ذلك كله لان الاستمتاع ممكن ولا تفریط من جهتها وعنه لا يلزمها اذا كان صغيرا وهو قول مالك لانه لا يتمكن من الاستمتاع بها ولنا انها سلبت نفسها تسليما صحيحا فوجبت النفقة كما لو كان الزوج كبيرا ولان الاستمتاع بها ممكن وانما تعذر من جهته وبما قلنا قال ابو حنيفة والشافعي

صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسلمها ولا تسليمها اليه اذا طلبها^(١) فان بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يرأسه الحاكم ويمضي زمن يمكن ان يقدم في مثله وان منعت تسليم نفسها او منعها أهلها فلا نفقة لها^(٢) الا ان تمتنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقتها^(٣) وان كان بعد الدخول فعلى وجهين^(٤) بخلاف الأجل . وان سلمت الأمة نفسها

(١) قوله « فان كانت صغيرة الخ » وهو المذهب وبه قال الحسن وبكر بن عبدالله المزني والنخعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو نص الشافعي وقال في موضع لو قيل لها النفقة كان مذهبها وهو قول الثوري لان تعذر الوطء لم يكن بفعلها . ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعها اولياؤها وبهذا يبطل ما ذكره [فائدة] لو زوج طفل بطفلة فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب لعدم الموجب وقيل بلى

(٢) قوله « وان منعت تسليم نفسها الخ » هذا بلا نزاع وظاهر قوله او منعها أهلها ولو كانت باذلة للتسليم ولكن أهلها يمنعونها وقال في الروضة فيه نظر قال في الانصاف وهو الصواب ولو بذلت تسليما غير تام بان تقول اسلم اليك نفسي في منزل دون غيره او في المنزل الفلاني دون غيره لم تستحق شيئا الا ان يكون ذلك قد اشترط في العقد لأنها لم تبذل التسليم الواجب

(٣) قوله « إلا أن تمتنع نفسها قبل الخ » هذا المذهب لأن هذا يقضى الى تسليم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيه فلهذا الزمناه تسليم صداقها اولا

(٤) قوله « وان كان بعده الخ » أحدهما لا تملك المنع فلا نفقة لها اذا امتنعت وهو المذهب كما لو سلم المبيع ثم اراد منعه منه والوجه الثاني لها ذلك فتجب النفقة اختاره ابن حامد كما قبل الدخول

[تنبيه] قوله « بخلاف الأجل » يعني انها لا تملك نفسها اذا كان الصداق مؤجلا فلو فعلت لم يكن لها عليه نفقة وظاهره وسواء حل الأجل او لا والصحيح انه اذا لم يحل قبل الدخول فليس لها الامتناع فان امتنعت لم يكن لها نفقة بلا نزاع وان حل قبل الدخول لم تملك ذلك على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع وهو ظاهر كلام المصنف وقيل لها الامتناع وتجب لها النفقة ويحتمله كلام المصنف

ليلا ونهارا فهي كالحرة^(١) وان كانت تأوى اليه ليلا وعند السيد نهارا فعلى كل واحد منهما النفقة مدة مقامها عنده^(٢) واذا نشرت المرأة^(٣) او سافرت بغير اذنه^(٤) او تطوعت بصوم او حج او أحرمت بحج مندور في الذمة فلا نفقة لها^(٥).

(١) قوله « وان سلت الأمة الخ، ان كان زوج الأمة حرا فنفتها عليه للنص ولا تفتق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على ازواجهن البالغين والأمة داخلة في عمومهن وان كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته لذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان على العبد نفقة زوجته وهذا قول الشافعي والحكم وحماد واصحاب الرأي اذا آواها بيتا فاذا ثبت وجوبها على العبد فهي على سيده لان سيده اذن له في النكاح المفضى الى ايجابها وعنه في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي وقال القاضى يتعلق برقبته كالجنانية تباع فيها أو يفديه سيده وبه قال اصحاب الرأي .

(٢) قوله « وان كانت تأوى اليه ليلا الخ، أى فيلزم الزوج نفقة الليل من العشاء وتوابعه كالوطاء والغطاء ودهن المصباح ونحو هذا وهذا المذهب وقيل يجب عليهما نصفين وكذا الكسوة قطعا للنزاع اختاره المصنف وهو احد أقوال الشافعي وقال في الآخر لا نفقة لها على الزوج لأنها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان

(٣) قوله « واذا انشرت المرأة الخ، هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر لا نعم احدا خالف فيها الا الحكم

[فائدة] تشطر النفقة لناشر ليلا فقط أو نهارا فقط لا بقدر الأزمنة وتشطر النفقة لناشر بعض يوم على الصحيح من المذهب وقيل تسقط كل نفقته

(٤) قوله « أو سافرت الخ، هذا المذهب لأنها ناشر وكذا ان انتقلت من منزلها بغير اذنه

(٥) قوله « أو تطوعت الخ، هذا المذهب لما فيه من تقويت حقه وقيل لا تسقط النفقة بصوم التطوع اختاره في الرعاية

[فائدتان] لو صامت لكفارة او نذر او لقضاء رمضان ووقته متسع بلا اذنه فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب وقيل لها النفقة في قضاء صوم رمضان

وان بعثها في حاجة او أحرمت بحجة الاسلام فلها النفقة (١)، وان أحرمت بمنذور معين في وقته فعلى وجهين . وإن سافرت لحاجتها باذنه فلا نفقة لها ذكره الخرقى ويحتمل ان لها النفقة (٢). وان اختلفا في نشوزها أو تسليم النفقة اليها فالقول قولها مع يمينها (٣) وان اختلفا في بذل التسليم فالقول قوله مع يمينه (٤)

فصل

وإن أعسر الزوج بنفقتها أو بيعتها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة دينا في ذمته (٥) فان اختلفت المقام ثم بدا لها

(الثانية) لو حسبت بحق او ظلما فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب وقيل لها النفقة

(١) قوله « وان بعثها في حاجة الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب بشرط ان تحرم في الوقت من الميقات

[فائدة] لو سافرت لزهة أو تجارة أو زيارة أهلها فلا نفقة لها وفيه احتمال

(٢) قوله « وان سافرت لحاجتها الخ ، المذهب ما ذكره الخرقى

(٣) قوله « وان اختلفا في نشوزها الخ ، وهو المذهب لان الأصل عدم ذلك واختار الشيخ تقي الدين في النفقة ان القول قول من يشهد العرف له

(٤) قوله « وان اختلفا في بذل التسليم الخ ، بلا خلاف نعله لأنه منكر والأصل عدم التسليم وكذا لو اختلفا في وقته فقالت كان من شهر قال بل من يوم (٥) قوله « وان أعسر الزوج الخ ، هذا المذهب مطلقا ونقله الجماعة عن احمد

وروى ذلك عن عمرو على وابن هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعه وحماة ومالك وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وابو ثور وعنه لا تملك الفسخ بالاعسار وذهب عطاء والزهرى وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحبه الى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لانه لاحق له عليها . ولنا قوله تعالى فامسك بمعروف أو تسريح باحسان وليس الامسك مع عدم النفقة امساكا بمعروف وروى سعيد عن سفيان عن ابى الزناد =

الفسخ فلها ذلك^(١)، وعنه ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالاعسار والمذهب

== قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجدا ينفق على امرأته أي فرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنة رسول الله ﷺ قال ابن المنذر ثبت ان عمر كتب إلى امراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم فامرهم ان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ماضى اذا ثبت هذا فانه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة الفسخ من غير انظار وهذا المذهب وهو احد قولى الشافعى قال حماد بن ابى سليمان يؤجل سنة قياساً على العنين قال عمر بن عبدالعزيز اضربوا له شهراً او شهرين وقال مالك الشهر ونحوه وقال الشافعى فى القول الآخر يؤجل ثلاثاً لانه قريب ولنا ظاهر حديث عمر ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار ورفع الحاكم هنا فسخ قدمه فى الفروع وقال فى الترغيب هو قول جمهور اصحابنا فيعتبر الرفع الى الحاكم فاذا ثبت إعساره فسخ بطلها او فسخت بامرہ ولا ينفذ بدونہ على الصحيح من المذهب وقيل ظاهراً وفى الترغيب ينفذ مع تعذره وقال فى الرعاية وان تعذر اذنه نفذ مطلقاً وقيل هذه الفرقة طلاق فعلى هذا يأمره الحاكم بطلها بطلاق او نفقة فان ابى طلق عليه الحاكم فان راجع فقيل لا يصح مع عسرتة قلت فيعابا بها وقيل يصح وهو المذهب جزم به فى المغنى والشرح وغيرهما فان راجع طلق عليه ثانية فان راجع طلق عليه ثالثة

(١) قوله « فان اختارت المقام الخ » أى وتكون النفقة ديناً فى ذمته ثم ان بدا لها الفسخ او تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرتة وترك انفاقه او شرط ان لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك وهذا المذهب وبه قال الشافعى وقال القاضى ظاهر كلام احد انه ليس لها الفسخ ويبطل خيارها فى الموضوعين وهو قول مالك واختاره صاحب الرعايتين وجزم به فى الحاوى الصغير لانها رضيت بعيبه ودخلت فى العيب عالمة بعيبه فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنيماً عالمة به ووجه الاول ان وجوب النفقة تجدد فى كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح اسقاط حقها فيما لم يجب لها كاسقاط شفعتها قبل البيع فعلى القول الأخير خيارها على الفور وقيل على التراخى وهو المذهب

[فائدة] لو قدر على التمسك بوجبه عليه على الصحيح من المذهب

على قوله « فان اختارت المقام » مع عسرتة لم يلزمها التمسك من الاستمتاع

وليس له ان يجلسها

الاول، وان أعسر بالنفقة الماضية أو نفقة المورس أو المتوسط أو الادم أو نفقة الخادم فلا فسخ لها^(١) وتكون النفقة دينا في ذمته وقال القاضي يسقط^(٢)، وان أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ؟ على وجهين^(٣). وان أعسر زوج الأمة فرضيت أو زوج الصغيرة والمجنونة لم يكن لوليها الفسخ^(٤) ويحتمل ان له ذلك^(٥)

(١) قوله « وان أعسر بالنفقة الماضية الخ » وهو المذهب وقال ابن عقيل في التذكرة ان كانت بمن جرت عاداتها بأكل الطيب ولبس الناعم لزمه ذلك فان كان معسرا ملكت النسخ اذا عجز عن القيام به وجزم به في الرعاية الكبرى فيها وقال قلت فالأدم أولى

(٢) قوله « وتكون النفقة الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعي لأنها نفقة على سبيل العوض فثبتت في الذمة وقال القاضي تسقط أى الزيادة على نفقة المعسر أو المتوسط لان كلام المصنف في ذلك وصرح به الأصحاب لأنها تسقط مطلقا

(٣) قوله « وان اعسر بالسكنى الخ » أحدهما لها الفسخ وهو الصحيح لأنه لا بد لها منه اشبه النفقة والكسوة واختاره ابن عقيل وجزم به في الوجيز والمنور والثاني لا فسخ جزم به في منتخب الأدمي وتذكرة ابن عبدوس واما اذا اعسر بالمهر ففيه وجهان أحدهما لها الفسخ مطلقا اختاره ابو بكر وغيره وجزم به في الوجيز وقدمه في الحرر لانه اعسر بالعوض فكان لها الرجوع في العوض والثاني ليس لها ذلك اختاره ابن حامد قال المصنف وهو اصح لأنه دين فلم يفسخ النكاح به كالنفقة الماضية ولان تاخيره ليس فيه ضرر محذف فاشبه نفقة الخادم لانه لانص فيه وجزم به الأدمي في منتخبه قال في الانصاف وهو الصواب وقيل ان اعسر قبل الدخول فلها الفسخ وان كان بعده فلا قال الشارح وتبعه في التصحيح هذا المشهور في المذهب قال الناظم هذا اشهر وتقدم في آخر باب الصداق

(٤) قوله « وان اعسر زوج الأمة الخ » هذا المذهب قال في الفروع لا فسخ في المنصوص لأنه حق للأمة فلم يملك سيدها الفسخ كالفسخ بالعيب وكذا ولي الصغيرة والمجنونة لأنه فسخ لنكاحها فلم يملكه الولي

(٥) قوله « ويحتمل الخ » لان نفقة الأمة حق لها ولسيدها لكل واحد منهما =

فصل

وان منع النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بغير اذنه لقول النبي ﷺ لهند حين قالت له ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدى قال « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » وان لم تقدر اجره الحاكم وحبسه فان لم ينفق دفع النفقة اليها من ماله فان غيبه وصبر على الحبس فلها الفسخ وقال القاضى ليس لها ذلك^(١) وان غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ^(٢) الا عند القاضى فيما اذا لم يثبت إعساره^(٣) ولا يجوز الفسخ فى ذلك كله إلا بحكم حاكم^(٤) والله أعلم

== اسقاطها لما فى ذلك من الاضرار فعلى هذا ان اعسر الزوج فلها الفسخ كالحره وان لم تفسخ فقال القاضى لسيدها الفسخ لأن عليه ضررا فى عدمها ولانه فى حق الصغيرة والمجنونة فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ المبيع لتعذر الثمن على قوله « قال خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه وهذا المذهب

(١) قوله « فان غيبه وصبر على الحبس الخ » اذا لم يقدر الحاكم على مال يأخذه ولم يقدر على النفقة من مال الغائب فلها الفسخ وهو المذهب واختار القاضى انها لا تملك الفسخ لأن الفسخ فى المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد ههنا وهو ظاهر مذهب الشافعى ولنا ما روى عن عمر انه كتب فى رجال غابوا عن نسائهم فامرهم ان ينفقوا او يطلقوا وهذا اجبار على الطلاق عند الامتناع ولان الاتفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار بل هذا اولى فانه اذا جاء الفسخ على المعذور فعلى غيره اولى

(٢) قوله « وان غاب الخ » هذا المذهب لأنها لم تقدر على الوصول الى نفقتها اشبه ما لو ثبت اعساره

(٣) قوله « الا عند القاضى الخ » وهو ظاهر مذهب الشافعى

(٤) قوله « ولا يجوز الفسخ الخ » هذا المذهب فاذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة فيه وبهذا قال الشافعى وابن المنذر وقال مالك هو تطليقة وهو احق ==

باب نفقة الاقارب والماليك

يجب على الانسان نفقة والديه وولده بالمعروف إذا كانوا فقراء (١) وله ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه وامرأته وكذلك يلزمه نفقة سائر آباءه وان علوا وأولاده وان سفلوا (٢) ويلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب

= بها ان ايسر في عدتها لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه اشبه المولى ولنا انها فرقة لعجزه عن الواجب عليه اشبهت فرقة العنة وحكى المصنف والشارح وصاحب الفروع وغيرهم في كتاب الصداق لها ان تفسخ بغير حكم حاكم فيما اذا اعسر بالمهر وتقدم ذلك في آخر كتاب الصداق

(١) قوله « يجب على الانسان نفقة والديه الخ » اعلم ان الصحيح من المذهب وجوب نفقة ابيه وان علوا واولاده وان سفلوا بالمعروف او بعضها اذا كان المنفق عليه قادرا على البعض وكذا يلزمه لهم الكسوة والسكنى مع فقرهم اذا فضل عن نفسه وامرأته وكذا رقيقه يومه وليلته والاصل في وجوبها الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وقال تعالى ﴿ وقضى ربك ان لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا ﴾ ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما واما السنة فقوله عليه السلام « خذى ما يكفيك وولدىك بالمعروف » متفق عليه وقوله عليه السلام « ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه رواه ابو داود واما الاجماع فحكى ابن المنذر قال اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد واجمعوا على ان على المرء نفقة اولاده الأطفال الذين لا مال لهم

[تنبيه] شمل قوله واولاده وان سفلوا اولاده الكبار الأصحاء الأقوياء اذا كانوا فقراء وهو صحيح وهو من المفردات

على قوله « فاضلا عن نفقة نفسه وامرأته » ، يعنى يومه وليلته

(٢) قوله « واولاده وان سفلوا » أى وكذا الآباء وان علوا وهو المذهب وبذلك قال الشافعى والثورى واصحاب الرأى وقال مالك لا تجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجدة ليس باب حقيق ولنا قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ولأنه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل قوله تعالى ﴿ يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ فيدخل فيهم ولد البنين وقال ولأبويه لكل واحد منهما السدس

بمن سواهم سواء ورثه الآخر أو لا كعتمته وعقيقته^(١) وحكى عنه ان لم يرثه

[فائدة] يشترط لوجوب الاتفاق ثلاثة شروط احدها ان يكون لامال لهم ولا كسب يستغنون به . الثاني ان يكون يجب عليه النفقة مال فاضل عن نفقة نفسه وامرأته اما من ماله وإما من كسبه . الثالث ان يكون المنفق وارثا في الجملة لقوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾

[تنبيه] لا يشترط في نفقة الوالدين والمولودين نقص الحلقة ولا نقص الاحكام على الصحيح . وقال الشافعي يشترط نقصانه اما من طريق الحكم او من طريق الحلقة وقال ابو حنيفة ينفق على الغلام حتى يبلغ فاذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ويشترط نفقة الجارية حتى تزوج ونحوه قول مالك الا انه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الازواج ثم لا نفقة لهن فان طلقن قبل البناء فهن على نفقتهن ولنا قوله ﷺ هُند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا اذا ثبت ذلك فان الأم تجب نفقتها وتجب عليها نفقة ولدها اذا لم يكن له اب وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وحكى عن مالك انه لا نفقة لها ولا عليها

(١) قوله « ويلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب الخ ، هذا المذهب وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن ابي ليلى وابو ثور ، وعنه انها تختص العصابة من عمودي النسب وغيرهم فلا تجب على العممة والحالة ونحوهما وبه قال الأوزاعي وإسحاق لما روى عن عمر انه قضى على بنى عم منفوس بنفقته احتج به احمد فعليها هل يشترط ان يرثهم بفرض أو تعصيب في الحال ؟ على روايتين احدهما يشترط وهو الصحيح فلا نفقة على بعيد موسر يحجبه قريب معسر قدمه في الفروع وغيره واختاره القاضي والمصنف وابو الخطاب وغيرهم والآخرى يشترط ذلك في الجملة لكن ان كان يرثه في الحال ألزم بها مع اليسار دون الأبعد وان كان فقيرا جعل كالمعدوم ولزمت الأبعد الموسر فعلى هذا من له ابن فقير وأخ موسر او أب فقير وجد موسر لزمت الموسر منها النفقة ولا يلزمها على التي قبلها وقال أصحاب الرأي تجب النفقة على ذى رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقوله تعالى ﴿ واولو الأرحام ﴾ الآية وقال مالك والشافعي وابن المنذر لا نفقة على غير الوالدين والمولودين ولنا قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ثم قال ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾

الأخر فلا نفقة له . فأما ذوو الأرحام فلا نفقة عليهم رواية واحدة ذكره القاضى ^(١) وقال ابو الخطاب يخرج في وجوبها عليهم روايتان . وان كان للفقير وارث فنفقته عليهم على قدر إرثهم منه فاذا كان له أم وجد فعلى الام الثلث والباقي على الجد وان كانت جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقي على الأخ وعلى هذا المعنى حساب النفقات ، الا أن يكون له أب فتكون عليه النفقة وحده ^(٢) . ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما ^(٣) . ومن له أم فقيرة

(١) قوله « فأما ذوو الأرحام الخ » وهو المذهب اى الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب كالحالة والعمه لأن قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين بدليل تقديم الرد عليهم . ونقل جماعة يجب لكل وارث واختاره الشيخ تقي الدين لانه من صلة الرحم وهو عام كعموم الميراث فى ذوى الأرحام بل اولى

[تنبيه] قد يقال عموم كلام المصنف هنا ان اولاد البنات ونحوهم لا نفقة عليهم لأنهم من ذى الأرحام وعموم كلامه فى اول الباب ان عليهم النفقة وهو قوله وأولاده وان سفلوا والعمل على هذا الثانى وان النفقة واجبة عليهم فعموم كلام المصنف هنا مخصوص بغير من هو من عمودى النسب من ذوى الأرحام فاما عمود النسب فيجب الإتفاق عليهم سواء كانوا من ذوى الأرحام كابن الام وابن البنت او من غيرهم وسواء كانوا محجوبين او وارثين وهذا مذهب الشافعى لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية تقتضى رد الشهادة وتمنع جريان القصاص

(٢) قوله « الا ان يكون له اب الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه الاصحاب لقوله تعالى ﴿ فان ارضعن لكم ﴾ الآية وقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ الآية وقال ﷺ « لئن لم يهتد به لهدى ما يكفيك » الخبر فجعل النفقة عليه دونها ولا خلاف فى هذا فعليه الا ان لأصحاب الشافعى فيما اذا اجتمع للفقير اب وابن موسران النفقة على الأب وحده والثانى عليها لأنها سواء فى القرب وقال القاضى وابو الخطاب فى اب وابن القياس يلزم الأب السدس فقط لكن تركه اصحابنا لظاهر الآية وقال ابن عقيل فى التذكرة الولد مثل الأب فى ذلك

[فائدة] لو كان احد الورثة موسرا لزمه بقدر ارثه على الصحيح من المذهب وهو من مفردات المذهب وعنه يلزمه كل النفقة

(٣) قوله « ومن له ابن فقير الخ » هذا المذهب لان الابن لا نفقة عليه لعسرتة =

وجدة موسرة فالنفقة عليها^(١) ومن كان صحيحا مكلفا لا حرفة له سوى
والوالدين فهل تجب نفقته؟ على روايتين^(٢). ومن لم يفضل عنده الا نفقة واحد
بدأ بالأقرب فالأقرب، فان كان له ابوان جعله بينهما^(٣) فان كان معهما ابن
ففيه ثلاثة أوجه أحدها يقسمه بينهم. والثاني يقدمه عليهما. والثالث يقدمهما
عليه. وان كان له أب وجد أو ابن وابن ابن فالأب والابن أحق. ولا تجب
نفقة الاقارب مع اختلاف الدين^(٤) وقيل في عمودي النسب روايتان. وان
ترك الانفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه^(٥). ومن لزمته نفقة رجل فهل

== والاخ لانفقة عليه لعدم ارثه، وعنه تجب النفقة على الآخ

(١) قوله « ومن له أم فقيرة الخ »، وجملته ان الوارث القريب اذا كان مصرا
وكان البعيد الموسر من عمودي النسب كذه المسئلة وجبت نفقته على الموسر وهذا
مذهب الشافعي، قال الشارح هذا الظاهر وصرح به ابن عقيل في كفاية المفتي
واختاره في المستوعب، وعنه لا نفقة عليها وهو المذهب قدمه في الفروع

[فائدة] اذا كان له قرابتان موسران واحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فان كان
المحجوب من عمودي النسب فالظاهر ان المحجب لا يسقط النفقة عنه وان كان من
غيرهما فلا نفقة عليه في الظاهر فعلى هذا اذا كان له ابوان وجد والاب معسر فالأب
كالعموم فيكون على الام ثلث النفقة والباقي على الجد وان كان ابوان واخوان وجد
والأب معسر فلا شيء على الأخوين لأنهما محجوبان وليس من عمودي النسب
ويكون على الأم الثلث والباقي على الجد

(٢) قوله « ومن كان صحيحا الخ » احدهما تجب له لعجزه عن الكسب وهو
المذهب لعموم قوله عليه السلام « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فلم يستثن منهم
بالغا ولا صحيحا

(٣) قوله « فان كان له ابوان الخ » هذا احد الوجوه اختاره الشارح وقيل تقدم
الأم وقيل يقدم الأب وهو المذهب قلت والأول اولي

(٤) قوله « ولا تجب نفقة الاقارب الخ » هذا المذهب مطلقا

(٥) قوله « وان ترك الانفاق الخ » هذا المذهب لأن نفقة القريب وجبت
لدفع الحاجة واحياء النفس وقد حصل ذلك في الماضي بدونها فان كان الحاكم قد==

تلزمه نفقة امرأته؟ على روايتين (١)

فصل

وتجب نفقة ظئر الصبي على من تلزمه نفقته ، وليس للاب منع المرأة من رضاع ولدها اذا طلبت (٢) وان طلبت أجرة مثلها ووجد من يتبرع

= فرضها فينبغي ان تلزمه قاله المصنف والشارح لأنها تاكدت بفرض الحاكم قال الشيخ تقي الدين من انفق عليه باذن حاكم رجع عليه وبلا اذن فيه خلاف

[فائدة] يلزم الرجل اعفاف ابنه اذا احتاج إلى النكاح وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولهم في اعفاف الأب الصحيح وجه لا يجب . وقال أبو حنيفة لا يلزم الرجل اعفاف ابنه سواء وجبت نفقته أو لا

(١) قوله « ومن لزمه نفقة رجل الخ ، إحداهما يلزمه وهو المذهب لأن كل من لزمه نفقة رجل لزمه اعفافه سواء كان من الآباء أو الأبناء أو أبنائهم أو غيرهم على الصحيح من المذهب ولا يتمكن من الاعفاف الا بذلك

(٢) قوله « وليس له منع المرأة الخ ، وهذا المذهب سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد . وقال أصحاب الشافعي إن كانت في حبال الزوج فلزوجها منعها من ارضاعه لانه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الأحيان وان استأجرها على رضاعه لم يجز لأن المنافع حق له وان كانت مطلقة فطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسله الى من يرضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وان وجد متبرعة أو بدون أجر المثل فله انتزاعه منها لأنه يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . ولنا قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ الآية فقدمهن على غيرهن وهذا خبر يراد به الأمر وهو عام في كل والدة

على قوله « ووجد من يتبرع به فهي أحق ، وهذا المذهب وصحة عقد الاجارة على رضاع ولدها من أبيه من مفردات المذهب وقال في المنتخب واذا استأجرها من هي تحته لرضاع ولده لم يجز لانه استحق نفعها وقال القاضى لا يصح استئجارها وعند الشيخ تقي الدين لا أجرة لها مطلقا فيحلفها أنها أنفقت عليه ما أخذت منه وقال في الاختيارات وارضاع الطفل واجب على الأم بشرط أن =

برضاعه فهي أحق وان امتنعت من رضاعه لم تجبر الا أن يضطر اليها ويخشى عليه ولا تجب عليه أجره الظئر لما زاد على الحولين : وإذا تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها الا ان يضطر اليها (١)

== تكون مع الزوج ولا تستحق أجره المثل زيادة على نفقتها وكسوتها وهو اختيار القاضى فى المجرى وتكون النفقة عليها واجبة بشيئين حتى لو سقط الوجوب بأحدهما ثبت بالآخر كما لو نشزت وأرضعت ولدها فلها النفقة للارضاع لا للزوجية [فائدة] لو طلبت أكثر من أجره مثلها ولو ييسر لم تكن أحق به على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وإذا تزوجت المرأة الخ » هذا المذهب مطلقا نص عليه لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلاة ، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع فى بعض الأوقات فكان له منعها فأما ان اضطر اليها بأن لا يوجد مرضعة غيرها أو لا يقبل الارتضاع من غيرها وجب التمكين من ارضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها

[فوائد] : (احداها) لا يظلم قبل الحولين الا برضا أبويه ما لم يتضرر وقال فى الرعاية يحرم رضاعه بعدها ولو رضيا به

(الثانية) قال فى الرعاية الكبرى اللبن ظاهر مباح من رجل وامرأة وقال فى الفروع وظاهر كلام بعضهم يباح من امرأة وقال فى الانتصار وغيره القياس تحريمه ترك للضرورة ثم أبيح بعد زوالها

(الثالثة) إذا أجزت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تمضى المدة لأن منافعتها ملكت بعقد سابق على نكاحه وان نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولى الصبي منعه وبهذا قال الشافعى وقال مالك ليس له وطئها إلا برضا الولي لأن ذلك ينقض اللبن ولنا وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه

(الرابعة) إذا أجزت المرأة المزوجة نفسها للرضاع يأذن زوجها جاز ولزم العقد وان أجزت نفسها بغير إذنه لم يصح لتضمنه تقويت حق زوجها

فصل

وعلى السيد الإنفاق على رقيقه قدر كفايتهم وكسوتهم وتزويجهم اذا طلبوا ذلك^(١) الا الأمة اذا كان يستمتع بها^(٢)، ولا يكلفهم من العمل ما لا

(١) قوله «وعلى السيد الإنفاق على رقيقه الخ» هذا بلا نزاع ولو كان آبقاً أو كانت ناشرة ذكره جماعة واختلف كلام أن يعلى في المكاتب

[فائدة] يلزمه نفقة أمة ولده دون زوجها ويلزم الحرة نفقة ولدها من عبد نص على ذلك ويلزم المكاتبه نفقة ولده وكسبه لها وينفق على من بعثه حر بقدر رقه وبقية على نفسه

(٢) قوله «الا الأمة إذا كان يستمتع بها» هذا بلا نزاع لكن لو قالت انه ما يطاق صدقت للأصل ووجوب تزويج العبد إذا طلبه للاعفاف من مفردات المذهب وكذا وجوب بيعه اذا لم يعفه من المفردات

[فائدتان] قال القاضى لو كان السيد غائباً غيبة منقطعة وطلبت أمته التزويج أو كان سيدها صديقاً أو مجنوناً احتمل أن يزوجه الحاكم قال ابن رجب وهذا المعنى لا فرق فيه بين أمهات الأولاد وغيرهن للاشتراك في وجوب الاعفاف وكذا ذكر القاضى في خلافه ان سيد الامة إذا غاب غيبة منقطعة وطلبت أمته التزويج زوجها الحاكم وقال هذا قياس المذهب ولم يذكر فيه خلافاً ونقله المجد في شرحه بولم يعترض عليه بشئ وكذا ذكر أبو الخطاب في الانتصار ان السيد إذا غاب زوج أمته من بلى ماله وقال أو ما إليه في رواية بكر بن محمد انتهى

(الثانية) لو غاب عن أم ولده واحتاجت الى النفقة زوجت على الصحيح من المذهب قال في الفروع زوجت في الأصح وقيل لا تزوج ولو احتاجت الى الوطء لم تزوج قدمه في الفروع قال ويتوجه الجواز عند من جعله كنفقة قلت وهذا عين الصواب قاله في الانصاف قال والضرر اللاحق بذلك أعظم من الضرر اللاحق بسبب النفقة واختاره ابن رجب في كتاب له سماه القول الصواب في تزويج أمهات أولاد الغيباب ذكر فيه أحكام زواجها وزواج الإماء وامرأة المفقود وأطال في ذلك وأجاد واستدل لسكاحها بكلام الأصحاب ونصوص الامام احمد انتهى وقال في الانتصار وإذا بجز السيد عن النفقة على أم الولد وعجزت هي أيضا لزمه عتقها لينفق عليها من بيت المال

يطبقون ويريحهم وقت القيولة والنوم وأوقات الصلوات ويدأوبهم اذا مرضوا ويركبهم عقبه اذا سافر بهم واذا ولي أحدهم طعامه أطعمه منه ولا يسترضع الامة لغير ولدها الا ان يكون فيها فضل عن ربه ولا يجبر العبد على المخارجة^(١) فان اتفقا عليها جاز^(٢). ومتى امتنع السيد من الواجب عليه فطلب العبد البيع لزمه بيعه. وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامراته وللعبدان يتسرى باذن سيده وقيل ذلك ينبنى على الروايتين في ملك العبد بالتمليك ولو وهب له سيده أمة لم يكن له التسرى بها الا باذنه

فصل

وعليه اطعام بهائمهم وسقيها وان لا يحملها ما لا تطيق ولا يجلب من لبنها ما يضر بولدها، وان عجز عن الانفاق عليها أجبر على بيعها أو اجارتها أو ذبحها ان كانت نما يباح أكله

(١) قوله « ولا يجبر العبد الخ » هذا بلا نزاع

(٢) قوله « وان اتفقا الخ » بلا خلاف لكن بشرط أن يكون بقدر كسبه فأقل بعد نفقته وان لم يجز قال في الترغيب وغيره يؤخذ من المعنى أنه يجوز للعبد المخارج هدية طعام واعارة متاع وعمل دعوة قال في الفروع وظاهر هذا أنه كعبد مأذون له في التصرف قال وظاهر كلام جماعة لا يملك ذلك وقال ابن القيم في الهدى له التصرف فيما زاد على خراجه ولو منع منه كان كسبه كله خراجا ولم يكن لتقديره فائدة بل ما زاد تملك من سيده يتصرف فيه كما أراد

على قوله « فطلب العبد البيع لزمه بيعه » قال الشيخ تقي الدين ولو لم تلائم اخلاق العبد أخلاق سيده لزمه اخراجه عن ملكه

على قوله « وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامراته » هذا المذهب وعليه الأصحاب قال في الفروع كذا قالوا، والأولى ما رواه أحمد وأبو داود، وذكر أحاديث تدل على أن ضرب الرقيق أشد من ضرب المرأة. ونقل حرب لا يضربه إلا في ذنب بعد عفوه مرة أو مرتين ولا يضربه شديداً ونقل حرب لا يضرب إلا في ذنب عظيم ويقيده بقيد إذا خاف. عليه ويضربه غير مريح

باب الحضانة

أحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه (١) ثم أمهاتها (٢) الاقرب فالاقرب ثم الاب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته ثم الاخت للابوين ثم الأخت للأب ثم الأخت للام ثم الخالة ثم العممة في الصحيح عنه، وعنه الاخت من الام والخالة أحق من الأب فتكون الاخت من الأبوين أحق ويكون هؤلاء أحق من الأخت من الأب ومن جميع العصابات وقال الخرقى وخالة الاب أحق

[فائدتان] : (احداهما) حضانة الطفل حفظه عن ما يضره وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحله وربطه وتحريكه لينام ونحو ذلك وقيل هي حفظ من لا يستقل وتربيته حتى يستقل بنفسه

(الثانية) اعلم ان عقد الباب في الحضانة انه لا حضانة الا لرجل عصبية أو امرأة واردة أو مدلية بوارث كالخالة وبنات الأخوات أو مدلية بعصبية كبنات الاخوة والأعمام والعممة وهذا الصحيح من المذهب فاما ذوو الأرحام غير من تقدم ذكره والحاكم فيأتي حكمهم

(١) قوله : أحق الناس الخ ، هذا بلا نزاع ولو كان بأجرة المثل كالرضاع (٢) قوله : ثم أمهاتها ، هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وعنه أم الأب أولى من أم الأم قال المصنف والشارح فعلى هذه يكون الأب أولى بالتقديم لأنهن يبدلين به فعلى المذهب لو امتنعت الام لم تجبر وأمها أحق على الصحيح من المذهب وقيل الاب أحق

[فائدة] تحرير الصحيح من المذهب في ترتيب من يستحق الحضانة أحقهم بالحضانة الام ثم أمهاتها الاقرب فالاقرب ممن ثم الاب ثم أمهاته الاقرب فالاقرب ممن ثم الجد وان علا ثم أمهاته الاقرب فالاقرب ممن ثم الأب ثم أمهاته الاقرب فالاقرب ممن ثم الجد وإن علا ثم أمهاته الاقرب فالاقرب ثم للاخت للابوين ثم للأم ثم للأب ثم خالاته ثم عماته ثم خالات أبويه ثم عمات أبيه ثم بنات اخوته وأخواته ثم بنات أعمامه وعماته ثم بنات عمات أبيه وهلم جرا

من حالة الأم ثم تكون للعصبة الا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها لأنه ليس من محارمها . واذا امتنعت الام من حضانتها انتقلت الى أمها ويحتمل ان تنتقل الى الأب فان عدم هؤلاء كلهم فهل للرجال من ذوى الارحام حضانة ؟ على وجهين : أحدهما لهم ذلك فيكون أبو الام وأمها ته أحق من الخال وفي تقديمهم على الاخ من الام وجهان . ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ولا لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل^(١) فان زالت الموانع منهم رجعوا الى حقهم منها . ومتى أراد أحد الابوين النقلة الى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق بالحضانة وعنه الام أحق فان اختلف شرط من ذلك فالمقيم منهما أحق

(١) قوله « ولا لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل » هذا المذهب مطلقا ولو رضی الزوج لانها تشتغل عن الحضانة بحقوق الزوج واختار في الهدى ان الحضانة لا تسقط اذا رضی الزوج بناء على أن سقوطها لمرعاة حق الزوج

[تنبيه] مفهوم قوله مزوجة لأجنبي انها لو كانت مزوجة لغير أجنبي ان لها الحضانة وهو صحيح وهو المذهب

[فائدة] حيث اسقطنا حضانتها بالنكاح فالصحيح من المذهب انه لا يعتبر الدخول بل يسقط حقها بمجرد العقد

[فائدة] قوله فان زالت الموانع الخ هذا بلا نزاع وقد يقال شمل كلامه لو طلقت من الاجنبي طلاقاً رجعياً ولم تنقض العدة فيرجع اليها حقها من الحضانة بمجرد الطلاق وهو الصحيح من المذهب اختاره المصنف والشارح

[فائدة] نظير هذه المسئلة لو وقف على أولاده وشرط في وقفه ان من تزوج من البنات لاحق له فتزوجت ثم طلقت قاله القاضى واقصر عليه في الفروع وقال ابن نصر الله في حواشيه على الفروع وهل مثله إذا وقف على زوجته مادامت عازبة فان تزوجت فلا حق لها يحتمل وجهين لاحتمال ان يريد برها حيث لها من تلزمه نفقتها كأولاده ويحتمل ان يريد صلتها مادامت حافظة لحرمة فراشه عن غيره بخلاف الحضانة والوقف على الأولاد انتهى . قال صاحب الانصاف قلت يرجع في ذلك إلى حال الزوج عند الوقف فان دلت قرينة على أحدهما عمل به وإلا فلا شيء لها

فصل

وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما^(١) فان اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا . ولا يمنع زيارة أمه ولا تمنع هي تمريضه . وإن اختار أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه فان عاد فاختار الآخر نقل اليه^(٢) ثم ان اختار الاول رد اليه وان لم يختر أحدهما أقرع بينهما وان استوى اثنان في الحضنة كالاختين قدم أحدهما بالقرعة . وان بلغت الجارية سبعا كانت عند أيها^(٣) ولا تمنع

(١) قوله « وإذا بلغ الغلام الخ » هذا المذهب قضى به عمر رواه سعيد وعلي رواه الشافعي والبيهقي لما روى أبو هريرة قال جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت ان زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عبدة - ولعله من بئر أبي عبته كما في الشرح - ونفسي فقال النبي ﷺ « هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه فانطلقت به رواه الشافعي وأحمد والترمذي وصححه ورجاله ثقات

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف انه لا يخير لدون سبع سنين وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب ونقل أبو داود ويخير ابن ست قال صاحب الانصاف : الأولى في ذلك ان وقت الخيرة اذا حصل له التمييز ، والظاهر انه مرادهم ولكن ضبطوه بالسن وأكثر الأصحاب يقولون ان حد سن التمييز سبع سنين انتهى قال في المبدع فلو بلغ سبع سنين غير مميز او خمس عشرة معتموها فامه فلو اختار الصبي أباه ثم زال عقله رد إلى أمه

(٢) قوله « وان عاد فاختار الآخر الخ » هذا المذهب ولو فعل ذلك أبدا وعليه الأصحاب

(٣) قوله « وان بلغت الجارية الخ » هذا المذهب مطلقا قال في الفروع وغيره ولو تبرعت بحضنتها قال الزركشي هذا المعروف في المذهب وهو من مفردات المذهب ان الغرض من الحضنة الحفظ وهو لها احفظ . وعنه الأم أحق حتى تحيض قال في الهدى هي أشهر عن أحمد وأصح دليلا وقيل تخير وذكره في الهدى رواية وقال نص عليها وهو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض وقال مالك الأم حتى تزوج ويدخل بها الزوج

الام من زيارتها وتمريضها (١)

كتاب الجنائيات

القتل على أربعة أضرب (٢) عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطيئة
بالقصاص أو الدية . [(*) والعمد ان يقتله بما يغلب على الظن موته به عالماً
بكونه آدمياً معصوماً . وهو تسعة أقسام : (احدها) أن يجرحه بما له مور
في البدن من حديد او غيره (٣) مثل أن يجرحه بسكين أو يغرزه بمسلة او

(١) قوله « ولا تمنع الام الخ ، هذا صحيح وهو المذهب لكن قال في الواضح
تمنع الام من الخلوة بها اذا خيف منها أن تفسد قلبها واقتصر عليه في الفروع قال
ويتوجه في الغلام مثلها قال في الانصاف وهو الصواب فيها

[فائدة] لا يقر الطفل بيد من لا يصونه ويصلحه

(٢) قوله « القتل على أربعة أضرب ، اعلم ان المصنف قسم القتل إلى أربعة
أقسام وكذا فعل ابو الخطاب في الهداية وغيرهما وكثير من الاصحاب قسموا
القتل ثلاثة أقسام قال المصنف والشارح أكثر أهل العلم يرون القتل منقسماً الى عمد
وشبه عمد وخطأ وروى عن عمر وعلى وبه قال الشعبي والنخعي وقادة وحماد
وأهل العراق والشافعي وأصحاب الرأي وأنكر مالك شبه العمد وقال ليس في
كتاب الله إلا العمد والخطأ فاما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد
وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبد الله بن عمرو ان رسول الله
ﷺ قال ألا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الأبل منها
أربعون في بطونها أولادها رواه أبو داود وفي لفظ قتيل خطأ العمد وهذا نص

(٣) قوله « احدها أن يجرحه بماله مور الخ ، وكذا ما في معناه مما يحدد ويجرح
من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والخشب
والقصب والعظم فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيراً فمات فهو قتل عمد

(*) لما وصلنا الى هذا الموضع من طبع المقتضب وجدنا النسخة التي تنقل عنها وهي طبعة المنار
سنة ١٣٣٣ ناقصة فاجتهدنا في اكمال النقص عن الشرح الكبير المطبوع مع المقتضب سنة ١٣٤٨
ج ٩ من ص ٣٣٠ الى ص ٣٣٨

ما في معناه مما يحدد ويجرح ، فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيراً فمات فهو قتل عمد . فأما إن جرحه جرحاً صغيراً كشرطية الحجام أو غرزه بآبرة أو شوكة أو جرحه جرحاً صغيراً في غير مقتل فمات في الحال ففي كونه عمداً وجهان (١) فإن بقي من ذلك ضمناً حتى مات (٢) أو كان الغرز في مقتل كالقود والخصيتين فهو عمد محض . (٣) وإن قطع سلعة من أجنبي بغير إذنه فمات فعليه القود (٤) وإن قطعها حاكم من صغير أو وليه فمات فلا قود (٥) لأن له فعل ذلك

[فائدة] وكذا لو لم يداو المجرّوح القادر على الدواء جرحه حتى مات وهذا المذهب وقيل ليس بعمد وقال في القواعد الأصولية لو جرحه فترك مداواة الجرح أو فصدّه فترك شد فصاده لم يسقط الضمان ذكره في المغني محل وفاق ، وذكر بعض المتأخرين لا ضمان في ترك شد الفصاد ذكره محل وفاق ، وذكر في ترك تدأوى الجرح من قادر وجهين وصحح الضمان انتهى وأراد ببعض المتأخرين صاحب الفروع [فائدة] وكذا الحكم لو طال به المرض ولا علة به غيره ، قال ابن عقيل في الواضح أو جرحه وتعقبه سراية بمرض ودوام جرحه حتى مات فلا يعلق بفعل الله شيء .

(١) قوله « إلا إن يغرزه الخ » أحدهما يكون عمداً وهو المذهب وهو مذهب أبي حنيفة لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه أو أناملته ، والوجه الثاني يكون شبه عمد اختاره ابن حامد لأن الظاهر أنه لم يمت منه كالعصا

(٤) قوله « وإن بقي من ذلك ضمناً الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف هذا قول أصحابنا قال في المبدع اتفقوا على أن فيه القود قاله في الشرح انتهى لأن الظاهر أنه مات منه وفيه وجه لا يكون عمداً

(٣) قوله « أو كان الغرز بها في مقتل الخ » هذا بلا نزاع على قوله « كالفؤاد والخصيتين » ، والعين والفؤاد والخاصرة والصدر وأصل الأذن

(٤) قوله « وإن قطع سلعة الخ » هذا بلا نزاع لأنه جرحه بغير إذنه جرحاً يجوز له فكان عليه القود إذا تعمد كغيره

(٥) قوله « فإن قطعها حاكم من صغير الخ » وكذا لو قطعها ولي المجنون

وقد فعله لمصلحته فأشبهه ما لو ختنه .

(الثاني) أن يضربه بمثقل فوق عمود الفسطاط^(١) أو بما يغلب على الظن موته به كاللت والكوذين والسندان أو حجر كبير أو يلقي عليه حائطا أو سقفا أو يلقيه من شاهق^(٢) أو يعيد الضرب بصغير^(٣) أو يضربه في مقتل^(٤)

== الصحيح من المذهب انه لا قود عليهم اذا فعلوا ذلك لمصلحة

(١) قوله « فوق عمود الفسطاط » الصحيح من المذهب انه يشترط أن يكون الذى ضرب به فوق عمود الفسطاط نص عليه وعليه الأصحاب لانه ﷺ لما سئل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود الفسطاط فقتلتها وجنيتها فقضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها والعاقل لا تحمل العمد فدل على ان القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ونقل ابن مشيش يجب القود إذا ضربه بمثل عمود الفسطاط

(٢) قوله « أو يضربه بما يغلب على الظن — الى قوله — من شاهق » فهذا عمد محض بلا نزاع قال الشارح إذا قتله بغير محدد يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهو عمد موجب للقصاص وبه قال النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى ومالك والشافعي واسحق وأبو يوسف ومحمد وقال الحسن لا قود في ذلك وروى ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة لا قود الا أن يكون قتله بالنار، وعنه في مثقل الحديد روايتان واحتج بقوله ﷺ الا أن في قتل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولنا قوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) ولما روى أنس ان يهودياً قتل جارية على أوضح لها بحجر فقتله النبي ﷺ بين حجرين ولما روى أبو هريرة قال قام فينا رسول الله ﷺ فقال « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يودي واما ان يقاد » متفق عليهما

على قوله « كاللت » نوع من السلاح وكذا الدبوس وعقب الفاس

على قوله « والكوذين » الخشبة التي يدق بها الدقاق الشباب

(٣) قوله « أو يعيد الضرب بصغير » الصحيح من المذهب انه إذا أعاد الضرب

بصغير ومات يكون عمداً لأن الإعادة تقوم مقام المثقل الكبير

(٤) قوله « أو يضربه في مقتل » هذا المذهب مطلقاً لأن القتل حصل به

وقيل لا يكون عمداً إذا ضربه مرة واحدة

او في حال ضعف من مرض او صغر او كبر^(١) او حر او برد او نحوه
(الثالث) اذا ألقاه في زبية أسد^(٢) او أنهشه كلبا او سبعا او حية او ألسعه
عقربا من القوائل او نحو ذلك فقتله فيجب به التقصاص^(٣) (الرابع) اذا ألقاه
في ماء يفرقه او نار لا يمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار وإما
لعجزه عن التخلص لمرض او ضعف او صغر او كونه في حفرة لا يقدر
على الصعود منها^(٤) (الخامس) اذا خنقه بجبل او غيره او سد فمه وأنفه او

(١) قوله « أو في حال ضعف الخ » هذا بلا نزاع قال ابن عقيل وغيره
ومثله لو لسكه واقتصر عليه في الفروع لأنه قتله بما يقتل غالباً لكن لو ادعى جهل
المرض في ذلك كله لم يقبل على الصحيح من المذهب وقيل يقبل وقيل إذا كان يجمله
(٢) قوله « ألقاه في زبية أسد » وكذا لو ألقاه في زبية نمر فيكون عمداً
بلا نزاع وكذا لو ألقاه مكتوفاً بفضاء بحضرة سبع فقتله أو ألقاه بمضيق بحضرة
حية فقتله على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب . وقال القاضي لا يكون
عمداً فهما

(٣) قوله « أو أنهشه كلباً الخ » اعلم انه اذا أنهشه أو ألسعه شيئاً من ذلك
فلا يخلو اما ان يكون ذلك يقتل غالباً فان كان يقتل غالباً فهو عمد محض وان كان
لا يقتل غالباً كسبعان الحجاز أو سبع صغير وقتل به فظاهر كلام المصنف هنا
يكون قتلاً عمداً وهو أحد الوجهين وهو ظاهر ما جزم به في النظم وغيره لأن
الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به . والوجه الثاني لا يكون عمداً قدمه في
الرعايتين والحاوي وهو ظاهر كلامه في الهداية وغيره

(٤) قوله « الرابع الخ » إذا ألقاه في ماء فلا يخلو اما ان يكون يمكنه التخلص
منه أو لا فان لم يمكنه التخلص وهو مراد المصنف هنا فهو عمد وان أمكنه التخلص
كإه البئر ولم يتخلص حتى مات فالصحيح من المذهب ان موته هدر فلا يضمن الدية
ولا غيرها لأن هذا الفعل لم يقتله وانما حصل موته بلبثه فيه وقيل يضمن الدية .
وإذا ألقاه في نار فان لم يمكنه التخلص منها فهو عمد محض بلا نزاع وان أمكنه
التخلص ولم يتخلص حتى مات فقتله دمه هدر ولا شيء عليه وهو ظاهر كلامه في
المحرر لأن هذا مهلك لنفسه بإقامته وقيل يضمن الدية بالقائه قال في السكافي وان
كان لا يقتل غالباً أو التخلص منه يمكن فلا قود فيه لانه عمد خطأ ، وظاهره ان
فيه الدية

عصر خصيته حتى مات^(١) (السادس) اذا حبسه ومنعه الطعام او الشراب حتى مات جوعا او عطشا في مدة يموت في مثلها عادة فعليه القود^(٢).
(السابع) إذا سقاه سها لا يعلم به او خلطه بطعام فاطعمه او خلطه بطعامه فأكله وهو لا يعلم فأت فعليه القود إذا كان مثله يقتل غالبا^(٣) فان خلط السم بطعام نفسه فدخل انسان منزله فأكله فلا ضمان عليه^(٤). وان ادعى القاتل بالسم إنني لم أعلم انه سم قاتل لم يقبل قوله في أحد الوجهين. (الثامن) ان

(١) قوله «الخامس الخ» ظاهره انه يشترط سد الفم والأنف جميعا وهو صحيح وظاهره انه لا فرق في السد والعصر بين طول المدة وقصرها. وقال المصنف والشارح ان فعل ذلك في مدة يموت في مثلها غالبا فأت فهو عمد فيه القصاص قالوا لا بد من ذلك لأن المدة اذا كانت يسيرة لا يغلب على الظن ان الموت حصل به قال الشارح واذا مات في مدة لا يموت في مثلها غالبا فهو شبه عمد الا ان يكون يسيرا الى الغاية بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضمنا

(٢) قوله «السادس الخ» أي لأن هذا يقتل غالبا ولكنه يختلف باختلاف الزمان والناس والأحوال فاذا عطشه في شدة الحر مات في الزمن القليل وان كان ريان والزمن معتدل او بارد لم يموت الا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه

[تنبيه] مراده اذا تعذر على الجائع والعطشان الطلب لذلك فاما اذا لم يتعذر الطلب او ترك الأكل والشرب قادرا على الطلب او غيره فلا دية له

(٣) قوله «السابع اذا سقاه الخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب لما روى انس ان يهودية أتت النبي ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها النبي ﷺ وبشر بن البراء فلما مات بشر ارسل اليها النبي ﷺ فاعترفت فامر بقتلها رواه ابو داود

(٤) قوله «ان خلطه بطعام نفسه الخ» أي لانه لم يقتله وانما الداخلة قتل نفسه أشبه مالو حفر في داره بئرا ليقع فيها اللص، وكذا لو دخل باذنه فاكل الطعام المسموم بلاذنه

[تنبيه] مفهوم قوله فان علم آكله به وهو عاقل بالغ الخ ان غير البالغ لو أكله كان ضمنا له اذا مات وهو صحيح وهو المذهب وعليه الاصحاب. وقال الشيخ تقي الدين ان كان ميمزا ففي ضمناه نظر

يقتله بسحر يقتل غالباً فيلزمه القود^(١) لأنه قتله بما يقتل غالباً فأشبهه قتله بالسكين . (التاسع) أن يشهدا على رجل بقتل عمد او زنا او ردة فيقتل بذلك ثم يرجعا ويقولوا عمدنا قتله او يقول الحاكم علمت كذبها وعمدت قتله او يقول ذلك الولي فهذا كله عمد محض موجب للقصاص إذا كملت شروطه

فصل

وشبه العمد ان يقصد الجناية بما لا يقتل غالباً فيقتل^(٢) إما لقصد العدوان

(١) قوله « الثامن الخ » اذا قتله بسحر يقتل غالباً فان كان يعلم انه يقتل فهو عمد محض وان قال لم اعلمه قاتلاً لم يقبل قوله على الصحيح من المذهب وقيل يقبل ويكون شبه عمد وقيل ان كان مثله يجمله

[فائدتان] اذا وجب قتله بالسحر وقتل كان قتله به حداً وتجب دية المقتول في تركته على الصحيح من المذهب وقال المجد في شرحه وعندى في هذا نظر

(الثانية) قال ابن نصر الله في حواشي الفروع لم يذكر اصحابنا المعيان القاتل بعينه وينبغي ان يلحق بالساحر الذي يقتل بسحره غالباً ، فاذا كانت عينه يستطيع القتل بها ويفعله باختياره وجب به القصاص وان وقع ذلك منه بغير قصد الجناية فيتوجه انه خطأ يجب عليه ما يجب في قتل الخطأ وكذا ما اتلفه المعيان بعينه يتوجه فيه القول بضمانه الا ان يقع بغير قصده فيتوجه عدم الضمان انتهى . قال في الانصاف وهذا الذي قاله حسن لكن ظاهر كلامه في الرعاية الكبرى والترغيب عدم الضمان وكذلك القاضى على ما يأتي في آخر باب التعزير . وقال ابن القيم في شرح المنازل ان كان ذلك بغير اختياره بل غلب على نفسه لم يقتص منه وعليه الدية وان عمد ذلك وقدر على رده وعلم انه يقتل به ساغ للوالى ان يقتله بمثل ما قتل به فيعينه ان شاء كما عان هو المقتول واما قتله قصاصاً بالسيف فلا لانه غير مماثل للجنائية قال وسألت شيخنا عن القتل بالحال هل يوجب القصاص فقال للولى ان يقتله كما قتل به

على قوله « اذا كملت شروطه » وهو المذهب

(٢) قوله « وشبه العمد الخ » سمي بذلك لأنه قصد الفعل وأخطأ في القتل وسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماعهما فيه فقوله بقصد الجنائية يحترز عن الخطأ =

عليه او لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا
والحجر الصغير او لكره بيده او يلقيه في ماء يسير او يقتله بسحر لا
يقتل غالبا وسائر ما لا يقتل غالبا . او يصيح بصبي او معتوه وهما على
سطح فيسقطان^(١) . او يغتفل عاقلا فيصيح به فيسقط^(٢) فهو شبه عمد اذا
قتل ، لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع
العمد والخطأ فيه

= وبما لا يقتل غالبا يحترز به عن العمد المحض قال في المحرر والوجيز والفروع وغيرهم
ولم يجرحه بذلك وهو المذهب سواء قصد قتله او لم يقصده وقال جماعة من الأصحاب
لا يكون شبه عمد الا اذا لم يقصد قتله فهذا القسم لا قود فيه في قول اكثر اهل
العلم والدية على العاقلة في قول اكثرهم وجعله مالك عمدا في بعض ما حكى عنه لأنه
ليس في كتاب الله الا العمد والخطأ . ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده مرفوعا قال عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه رواه احمد
وابو داود وعمر بن عبد الله بن عمرو ومرفوعا الا ان في قتل الخطأ شبه العمد قتيل
السوط والعصافيه مائة من الأبل منها اربعون في بطونها اولادها رواه احمد وابو
داود وابن ماجه ولهم من حديث ابن عمر مثله رواهما النسائي والدارقطني مسندا
ومرسلا وهذا قسم ثبت بالسنة والقسمان الآخران ثبتا بالكتاب

(١) قوله « وهما على سطح فيسقطان » اي لأن الصياح في العادة لا يقتل غالبا
فاذا تعقبه الموت كان شبه عمد

[تنبيه] مفهوم قوله او يصيح بصبي الخ انه لو صاح برجل مكلف او امرأة
مكلفة وهما على سطح فسقطا انه لاشيء عليه فيهما وهو صحيح وهو ظاهر كلام كثير
من الاصحاب وهو المذهب قدمه في الفروع وقيل المكلف كالصبي والمعتوه وألحق
في الواضح المرأة بالصبي والمعتوه

(٢) قوله « أو يغتفل عاقلا الخ » هذا بلا نزاع ، وكذا لو فعل ذلك فذهب
عقله . والدية في ذلك على العاقلة لما روى ابو هريرة قال اقتلت امرأتان من هذيل
فمرت احدهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى النبي ﷺ ان دية جنينها
عبد او وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه فاوجب ديتها على العاقلة وهي
لا تحمل العمد

فصل

والخطأ على ضربين : احدهما ان يرمى الصيد^(١) او يفعل ماله فعله^(٢) فيأول الى إتلاف إنسان معصوم فعليه الكفارة والدفع على العاقلة بغير خلاف . الضرب الثاني ان يقتل في دار الحرب من يظنه حربيا ويكون مسلما او يرمى الى صف الكفار فيصيب مسلما او يتترس من الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين ان لم يرمهم فيرمهم فيقتل المسلم فهذا تجب به الكفارة^(٣) . والذي أجرى مجرى الخطأ كما لنا ثم يتقلب على انسان فيقتله او يقتل بالسبب مثل ان يحفر بئرا او ينصب سكيننا او حجرا فيأول الى إتلاف إنسان . وعمد

(١) قوله « احدهما ان يرمى الصيد الخ » هذا بلا نزاع قال ابن المنذر اجمع كل من احفظ عنه من أهل العلم ان القتل الخطأ ان يرمى الرامي شيئا فيصيب غيره لا اعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعي والزهرى وابن شبرمة والشورى ومالك والشافعي واصحاب الرأى لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ﴾ وسواء كان المقتول مسلما او كافرا له عهد لقوله تعالى ﴿ وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة ﴾ لا قصاص في هذا لان الله تعالى اوجب الدية ولم يذكر قصاصا والدية على العاقلة لانها اذا وجبت الدية عليها في شبه العمد فلأن تجب في الخطأ بطريق الاولى

(٢) قوله « او يفعل ماله فعله » انه لو فعل ماله فعله كأن يقصد رمى آدمى معصوم أو بهيمة محرمة فيصيب غيره ان ذلك لا يكون خطأ بل عمدا وهو منصوص الامام احمد قاله القاضى في روايته وهو ظاهر كلام الخرقى وقدم في المعنى أنه خطأ وهو مقتضى كلامه في المحرر وغيره حيث قال في الخطأ ان يرمى صيدا او هدفا او شخصا فيصيب انسانا لم يقصده

(٣) قوله « الثاني الخ » اما الكفارة فواجبة روى ذلك عن ابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والاوزاعي وابو حنيفة واما الدية ففيها روايتان احدهما لا تجب الدية وهو المذهب قال المصنف هذا ظاهر المذهب قال الزركشى هذا المشهور عن امامنا ومختار عامة اصحابنا الخرقى والقاضى والشيرازى وابن البنا وابو محمد وغيرهم . والثانية تجب الدية جزم به في الوجيز وهو قول مالك والشافعى =

الصبي المجنون (١) فهذا كله لا قصاص فيه والدية على العاقلة وعليه الكفارة في ماله لأنه خطأ

فصل

وتقتل الجماعة بالواحد (٢) إذا كان فعل كل واحد منهم لو انفرد اوجب القصاص عليه . وإن جرحه احدهما جرحا والآخر مائة فهما سواء في

لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام الا ان في قتل خطأ العمد الخبر ولنا قوله ﴿ تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ولم يذكر دية وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في انها غير واجبة وذكره لهذا قسما مفردا يدل على انه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ويخصص بها عموم الخبر الذي روه

[تنبيه] قال الشيخ تقي الدين محل هذا في المسلم الذي هو بين الكفار معذور كالأسير والمسلم الذي لا تمكنه الهجرة والخروج من صفهم فاما الذي يقف في صف قتالهم باختياره فلا يضمن بحال

على قوله « أو ينصب سكيناً أو حجراً فيؤل الى اتلاف انسان » . اى لانه مشارك للخطأ في الاتلاف وانما لم يجعل خطأ لعدم القصد في الجملة

(١) قوله « و عمد الصبي والمجنون » ، يعنى ان عمدهما من الذي اجرى مجرى الخطأ وهو كذلك لكن لو قال كنت حال الفعل صغيرا او مجنوناً وأمكن صدق يمينه

(٢) قوله « وتقتل الجماعة بالواحد » ، هذا المذهب كما قال المصنف هنا بلاريب إذا كان فعل كل واحد منهم صالحاً للقتل به روى ذلك عن عمر وعلى والمغيرة بن شعبة وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبوسلة وعطاء وقتادة ، وهو مذهب مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي . وعنه لا يقتلون يروى ذلك عن ابن الزبير والزهرى وابن سيرين وحبيب ابن أبى ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس وروى عن معاذ بن جبل وابن الزبير والزهرى أنه يقتل منهم واحد =

القصاص والدية^(١). وإن فعل أحدهما فعلا لا تبق معه الحياة كقطع حشوته أو مريئه أو ودجيه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول ويعزر الثاني^(٢) وإن شق الأول بطنه أو قطع يده ثم ضرب الثاني عنقه فالثاني هو القاتل وعلى الأول ضمان ما أتلف بالقصاص والدية^(٣) * وإن رماه من شاهق

== ويؤخذ من الباقي حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافئ له فلا يستوفى أبداً لا بمبدل واحد ولأن الله تعالى قال ﴿الحر بالحر﴾ وقال ﴿النفس بالنفس﴾ قال ابن المنذر ولا حجة مع من أوجب قتل الجماعة بالواحد. ولنا إجماع الصحابة فروى سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً وقال لو تمألاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وروى ابن عمر أن غلاماً قتل غيلة فقال عمر لو تمألاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم رواه البخارى وعن علي أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم تعرف لهم مخالفاً في عصرهم فكان إجماعاً ولأنها عقوبة تجب على الواحد للواحد فوجب على الواحد للجماعة كحد القذف وتفارق الدية فإنها تتبع القصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع بالقتل به فيؤدى إلى إسقاط حكمة الردع والزجر فعلى المذهب لو عفا الولي عنهم سقط القود ولم يلزمهم إلا دية واحدة على الصحيح من المذهب وعنه يلزمهم ديات اختاره أبو بكر وصححها الشيرازى

[فائدة] لو قتلوه بأفعال لا يصلح واحد منها لقتله نحو أن يضربه كل واحد سوطاً في حالة أو متوالياً فلا قود، وفيه عن تواضوء وجهان في الترغيب واقتصر عليه في الفروع قال في الانصاف الصواب القود

(١) قوله د وإن جرحه أحدهما الخ، هذا بلا نزاع بشرطه المتقدم

(٢) قوله د وإن فعل أحدهما فعلا الخ، هذا المذهب لأن الحياة لا تبق مع جانيته ويعزر الثاني فإن عفا الولي إلى الدية فهي على الأول وحده

(٣) قوله د وإن شق الأول بطنه الخ، أى لأن جرح الأول تبق معه الحياة ولم يخرج بجرحه من حكم الحياة ويكون القاتل الثاني لانه هو المفوت للنفس جزماً فعليه القصاص فى النفس أو الدية وينظر فى جرح الأول فان كان موجباً للقصاص ==

فتلقاه آخر بسيف فقدمه فالقاتل هو الثاني^(١). وإن رماه في لجة فتلقيه حوت. فابتلعه فالقود على الرامي في أحد الوجهين^(٢). وإن أكره إنسانا على القتل فقتل بالقصاص عليهما^(٣). وإن أمر من لا يميز أو مجنوناً أو عبده الذي لا يعلم

= كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والعفو على ديته وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش وإنما جعلنا عليه القصاص لأن الثاني بفعله قطع سراية الأول فصار كالمتدمل الذي لا يسرى وهذا مذهب الشافعي قال الشارح لا أعلم فيه خلافاً

[فائدتان] لو كان جرح الأول يفضى الى الموت لا محالة الا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى منه الحياة مستقرة مثل خرق الأمعاء أو أم الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني قاله المصنف والشارح لأنه فوت حياة مستقرة وقتل من هو في حكم الحياة بدليل صحة وصية عمر قال في الفروع ويتوجه تخريج رواية من مسألة الذكاة انهما قاتلان قال في الإنصاف وهو الصواب

(الثانية) إذا اشترك ثلاثة فقطع أحدهم يده والآخر رجله والثالث أوجهه فأت فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم الى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وإن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ويقتل الثالث.

(١) قوله « وإن رماه من شاهق الخ » أي لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال يئس فيها من حياته وبه قال الشافعي أن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان أحدهما كقولنا والثاني الضمان عليهما بالقصاص لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف

(٢) قوله « وإن ألقاه في لجة الخ » وهو المذهب لأنه ألقاه في مهلكة هلك بها والثاني لا قود عليه ويكون شبه عمد فاما إن ألقاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لأن الذي فعله لا يقتل غالباً وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله

(٣) قوله « وإن أكره إنسانا الخ » هذا المذهب وقال أبو حنيفة القصاص على الأمر دون المأمور لأن المأمور صار بالأكراه بمنزلة الآلة ولنا أن المأمور قاتل فيجب عليه القصاص كما لو لم يؤمر ولأن المسكرة تسبب الى قتله بما يقتل غالباً والمسكرة قتله ظلماً لاستيفاء نفسه كما لو قتله في المجاعة لياً كله فعلى هذا أن صار الأمر الى الدية فهي عليهما

ان القتل محرم بالقتل فقتل فالقصاص على الأمر^(١) وإن أمر كبيراً عاقلاً عالماً
بتحريم القتل به فقتل فالقصاص على القاتل^(٢). وإن أمر السلطان بقتل انسان

(١) قوله « وان أمر من لا يميز الخ » إذا أمر السيد عبده ان يقتل رجلاً
وكان العبد ممن لا يعلم بتحريم القتل كمن نشأ في غير بلاد الاسلام وجب القصاص
على الأمر فاما ان اقام في بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر
في فعله ومتى كان عالماً بذلك فالقصاص على العبد ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى
القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير ، واذا لم يكن عالماً أدب العبد . ونقل
أبو طالب عن أحمد قال يقتل المولى ويحبس العبد حتى يموت لأن العبد سوطه
وسيفه كذا قال علي وأبو هريرة قال علي يستودع السجن ومن قاله بهذه الجملة
الشافعي ومن قال ان السيد يقتل علي وأبو هريرة وقال قتادة يقتلان جميعاً

[فائدة] وكذا الحكم لو أمر كبيراً يجهل تحريمه وهذا المذهب في ذلك كله
وعليه الأصحاب

[تنبيه] مفهوم قوله « وان أمر من لا يميز بالقتل الخ » انه لو أمر بالقتل من
يميز بالقتل فقتل ان القصاص على القاتل ومفهوم قوله « وان أمر كبيراً عاقلاً عالماً
بتحريم القتل فالقصاص على القاتل » انه لا قصاص على غير الكبير العاقل فشمّل من
يميز فقال ابن منجا في شرحه لا قصاص عليه ولا على الأمر اما الأول فلأنه غير
مكلف وأما الثاني فلأن تمييزه يمنع أن يكون كالآلة فلا قود على واحد منهما وقال في
الفروع ومن أمر صبياً بالقتل فقتل لزم الأمر فظاهره إدخال المميز في ذلك
ويؤيده ان بعد ذلك حكى ما قاله ابن منجا في شرحه

(٢) قوله « وان أمر كبيراً عاقلاً الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه
الأصحاب قال الشارح لا نعلم فيه خلافاً . وأما الأمر فالصحيح من المذهب انه
يعزّر ولا غير نص عليه . وعنه يحبس كمسك . وفي المبج رواية يقتل أيضاً . وعنه
يقتل بأمر عبده ولو كان كبيراً عاقلاً عالماً بتحريم القتل

[فائدة] لو قال لرجل اقتلني أو اجرحتني ففعل فدمه وجرحه هدر على
الصحيح من المذهب نص عليه وعنه عليه المدينة

بغير حق من يعلم ذلك فالقصاص على القاتل وان لم يعلم فعلى الأمر (١) . وان أمسك انسانا لآخر ليقته فقتله قتل القاتل وحبس المسك حتى يموت في إحدى الروايتين (٢) والأخرى يقتل أيضا . وان كتف انسانا وطرحه في

(١) قوله « وان أمر السلطان الخ ، أى لأنه غير معذور في فعله اذا كان عالما لأنه ﷺ قال « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وعنه عليه الصلاة والسلام . من أمركم من الولاة بمعصية الله فلا تطيعوه ، وان لم يعلم فالقصاص على الأمر لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الامام في غير المعصية . فالظاهر انه لا يأمر إلا بالحق وان كان الأمر غير السلطان فالقصاص على القاتل بكل حال علم أو لم يعلم لأنه لا يلزمه طاعته وليس له القتل بحال بخلاف السلطان فان اليه القتل في الزنا والردة . وقطع الطريق ويستوفى القصاص للناس وهذا ليس اليه شيء من ذلك

(٢) قوله « وان أمسك إنسانا الخ ، هذا المذهب فاما وجوب القصاص على القاتل فلا خلاف فيه واما المسك فان لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه لأنه متسبب والآخر مباشر فيسقط حكم التسبب وان أمسكه له ليقته مثل ان أمسكه له حتى ذبحه فاختلفت الرواية فيه عن أحمد فعنه يحبس حتى يموت وهو المذهب وهو قول عطاء وربيعة وروى عن علي وهو من مفردات المذهب وعنه يقتل أيضا وهو قول مالك قال سليمان بن موسى الاجتماع فينا أن يقتلا لأنه لو لم يمسه ما قدر على قتله واختاره أبو محمد الجوزي وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لأن النبي ﷺ قال « ان أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله ، والمسك غير قاتل ولنا ما روى الدارقطني عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك وروى الشافعي نحوه من قضاء علي ولأنه حبسه الى الموت فيحبس الآخر إلى الموت فعلى المذهب لو قتل الولي المسك فقال القاضي عليه القصاص قال المجد وهذا ان أراد به فيمن فعل ذلك معتقدا جوازه ووجوب القصاص له فليس بصحيح قطعاً وان أراد معتقدا للتحريم فيجب أن يكون على وجهين أحدهما سقوط القصاص لشبهة الخلاف كما في الحدود قلت وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى لأن سليمان بن موسى حكاه يقتل إجماعاً وهو مذهب مالك واختيار أبي محمد الجوزي

[فائدة] مثل هذه المسئلة في الحكم لو أمسكه ليقطع طرفه ذكره في الانتصار =

أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فحكمه حكم المسك (١)

فصل

وان اشترك في القتل اثنان لا يجب القصاص على أحدهما (٢) كالأب واجنبي

= وكذا ان فتح فيه وسفاه آخر سما وكذا لو اتبع رجلا ليقته فهرب فأدرکه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثاني فقتله فان كان الأول حبسه بالقطع فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم المسك على الصحيح من المذهب وفيه وجه ليس عليه الا القطع

(١) قوله « وان كنف إنسانا الخ » وهذا احدى الروايات جزم به في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة ومنتخب الأدمى وعنه عليه القود وهو المذهب جزم به في الوجيز وغيره وعنه تلزمه الدية كغير الأرض المسبعة اختاره المصنف لأنه مما لا يقتل غالباً

(٢) قوله « وإذا اشترك في القتل الخ » وهذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعنه لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأي لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطيء والصبي والبالغ والمجنون والعاقل ولنا انه شارك في القتل العمدة العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي وعنه يقتصر من الشريك مطلقاً اختاره أبو محمد الجوزي وجزم به في الوجيز ومنتخب الأدمى وقدمه في المحرر والنظم والرايعتين والحاوي الصغير وعنه لا يقتصر من الشريك مطلقاً قال في القنون انا اختار رواية عن أحمد ان شركة الأجانب تمنع القود

[فائدة] لو اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ فالصحيح من المذهب انه لا قصاص على البالغ وبه قال الحسن والأوزاعي وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولى الشافعي وعنه يجب القود على البالغ وحكى ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي وروى عن قتادة والزهرى وحماة لأن القصاص عقوبة تجب عليه لفعله ولنا أنه شارك من لا اثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطيء وأما شريك الخاطيء فلا يجب عليه قصاص في قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وعنه عليه القصاص وحكى عن مالك لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً

في قتل الولد والحر والعبد في قتل العبد والخاطيء والعامة مدني وجوب القصاص على الشريك روايتان أظهرهما وجوبه على شريك الاب والعبد، وسقوطه عن شريك الخاطيء. وفي شريك السبع وشريك نفسه وجهان^(١) ولو جرحه إنسان عمدا فداوى جرحه بسم أو خاطه في اللحم أو فعل ذلك وليه أو الامام مات في وجوب القصاص على الجارح وجهان^(٢)

باب شروط القصاص

وهي أربعة : (أحدها) ان يكون الجاني مكلفا فأما الصبي والمجنون فلا قصاص عليهما^(٣) ، وفي السكران وشبهه روايتان أصحهما وجوبه

على قوله ، أظهرهما وجوبه على شريك الاب والعبد ، تقديره أظهرهما وجوبه على شريك الاب ووجوبه على العبد فالعبد معطوف على لفظة شريك ولا يجوز عطفه على لفظة الاب لفساد المعنى وهو واضح

(١) قوله ، وفي شريك السبع الخ ، أحدهما يجب القود اختاره أبو بكر وصححه في المذهب والتصحيح وجزم به في الوجيز والثاني لا قود وهو المذهب وهو قول أصحاب الرأي لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص

[فائدة] حيث استقطنا القصاص عن الشريك وجب نصف الدية على الصحيح من المذهب

(٢) قوله ، ولو جرحه إنسان الخ ، أحدهما يجب القصاص على الجارح صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز والثاني لا يجب القصاص وهو المذهب

(٣) قوله ، أحدهما ان يكون الجاني مكلفاً الخ ، لا خلاف بين أهل العلم في أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمغمى عليه ونحوهما لقوله ﷺ ، رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ،

[فائدة] إذا اختلف الجاني وولى الجناية فقال الجاني كنت صدياً حال الجناية وقال ولى الجناية كنت بالغا فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق لأن الأصل الصغر وبرائة ذمته من القصاص ، وان قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه فان عرف له حال جنون فالقول قوله مع يمينه وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي

عليه (١)

فصل

(الثاني) أن يكون المجنى عليه مكافئاً للجاني ، وهو أن يساويه في الدين والحرية أو الرق ، فيقتل كل واحد من المسلم الحر أو العبد والذمي الحر أو العبد بمثله (٢) ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكور في الصحيح عنه (٣) ، وعنه يعطى الذكر نصف الدية إذا قتل بالانثى وعنه لا يقتل العبد بالعبد إلا أن تستوى قيمتهما ولا عمل عليه ويقتل الكافر بالمسلم (٤) والعبد بالحر والمرتد بالذمي وإن

(١) قوله « وفي السكران الخ » وهذا المذهب وتقدم الكلام محرراً في أول باب الطلاق فليعاود

(٢) قوله « فيقتل كل واحد الخ » أي لحصول المكافأة بينهما ويقتل الذمي بالذمي إن انفقت أديانها أو اختلفت نص عليه في النصراني يقتل المجوسي وذمي بمسأمن وعكسه والعبد المسلم بالعبد المسلم تساوت قيمتهما أو اختلفت في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي والشعبي والزهري وقتادة والثوري ومالك والشافعي وأبي حنيفة ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس ويقتل العبد القن بالمسكاتب والمسكاتب بالقن ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وأم الولد ويقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما

[فائدة] إذا قتل الكافر الحر عبداً مسلماً لم يقتل به لأن الحر لا يقتل بالعبد

(٣) قوله « ويقتل الذكر بالانثى الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعنه يعطى الذكر نصف الدية لما روى سعيد باسناده عن علي قال يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أو لياؤه نصف الدية وحكى ذلك عن الحسن وعطاء وحكى عنهما مثل قول الجماعة ولنا قوله تعالى ﴿ النفس بالنفس ﴾ وقوله ﴿ الحر بالحر ﴾ مع عموم سائر النصوص وقد ثبت أنه ﷺ قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار

(٤) قوله « ويقتل الكافر بالمسلم » لأنه ﷺ قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار

عاد الى الاسلام نص عليه . ولا يقتل مسلم بكافر^(١) ولا حر بعبد^(٢) الا ان يقتله

(١) قوله « ولا يقتل مسلم بكافر » ، ولو ارتد أي كافر كان ، هذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية وبه قال عمر ابن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهرى ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي واسحاق وابو عبيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي يقتل المسلم بالذمي خاصة قال أحمد : الشعبي والنخعي قالوا دية المجوسي والنصراني مثل دية المسلم ما هذا القول واستثنه وقال : النبي ﷺ يقول لا يقتل مسلم بكافر وهما يقولان يقتل بكافر فأى شيء أشد من هذا واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها وبما روى ابن السلبي (*) ان النبي ﷺ أقاد مسلماً بذمي وقال أنا أحق من وفي بذمته ولنا قوله ﷺ « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدانهم ولا يقتل مؤمن بكافر » رواه احمد وأبو داود والنسائي وفي لفظ « ولا يقتل مسلم بكافر » وعن علي قال من السنة ان لا يقتل مؤمن مسلم بكافر رواه أحمد وحديثهم ليس له اسناد قال أحمد وقال الدارقطني يرويه ابن السلبي (*) وهو ضعيف

(٢) قوله « ولا يقتل حر بعبد » ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وروى عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز وعكرمة وعمر بن دينار ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وروى عن سعيد ابن المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي يقتل به لعموم الآيات والأخبار . وقال الشيخ تقي الدين ليس في العبد نصوص صريحة صحيحة تمنع قتل الحر به وقوى أنه يقتل به وقال هذا أقوى وأرجح على قول أحمد ولنا قوله تعالى ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ ولما روى أحمد عن علي قال من السنة ان لا يقتل حر بعبد وعن ابن عباس مرفوعاً مثله رواه الدارقطني ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة

على قوله « فانه يقتل به » ، يعني اذا قتل عبد عبداً أو ذمي أو مرتد ذمياً او جرحه ثم أسلم القتال أو الجراح أو عتق ويموت الجروح فانه يقتل به على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب لأن الاعتبار بحال الوجوب وهما متكافئان حال الجنابة ولأن القصاص حد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لو جن وهذا =

وهو مثله أو يجرحه ثم يسلم القاتل أو الجرح أو يعتق ويموت المجروح فانه يقتل به . ولو جرح مسلم ذمياً أو حر عبداً ثم أسلم المجروح أو عتق ومات فلا قود وعليه دية حر مسلم في قول ابن حامد^(١) وفي قول أبي بكر عليه في الذمى دية ذمى وفي العبد قيمته لسيدة^(٢) . وان رمى مسلم ذمياً عبداً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم اذا مات من الرمية ذكره الخرقى^(٣) وقال ابو بكر عليه القصاص . ولو قتل من يعرفه ذمياً عبداً فبان انه قد اسلم وعتق فعليه القصاص^(٤) وان كان يعرفه مرتداً فكذلك قاله ابو بكر^(٥) قال ويحتمل ان لا يلزمه الا الدية

فصل

(الثالث) أن يكون المقتول معصوماً فلا يجب القصاص بقتل حربي

= قول الشافعي ويحتمل أن لا يقتل به وهو قول الأوزاعي لقوله ﷺ لا يقتل مؤمن بكافر

(١) قوله « وعليه دية حر مسلم الخ » هذا المذهب اختاره المصنف والشارح لأن الاعتبار في الأرش بحال استقرار الجنابة بدليل ما لو قطع يدي رجل ورجليه فسرى الى نفسه ففيه دية واحدة اعتباراً بحال استقرار الجنابة ، ولو اعتبر حال الجنابة وجب ديتان

(٢) قوله « وفي قول أبي بكر الخ » هذا اختيار القاضى وأصحابه لأن حكم القصاص معتبر بحال الجنابة فكذا هنا

(٣) قوله « وان رمى مسلم ذمياً عبداً الخ » ما قاله الخرقى هو المذهب

(٤) قوله « ولو قتل من يعرفه الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأنه قتل من يكافئه بغير حق أشبه ما لو علم حاله ، وقيل لا قصاص ذكره في القواعد الأصولية

[فائدة] مثل ذلك في الحكم لو قتل من يظنه قاتل أبيه فلم يكن

(٥) قوله « وان كان يعرفه مرتداً الخ » وهو المذهب لأنه قتل مكافئاً عدواناً عمداً ، ويحتمل ان لا يلزمه الا الدية لأنه لم يقصد قتل معصوم

بولا مرتد ولا زان محصن وان كان القاتل ذميا^(١). ولو قطع مسلم أو ذمى يد مرتد أو حربى فأسلم ثم مات أو رمى حربيا فأسلم قبل ان يقع به السهم فلا شىء وان رمى مرتدا فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص عليه وفى الدية وجهان^(٢) وان قطع يد مسلم فارتد ومات فلا شىء على القاطع فى أحد الوجهين وفى الآخر يجب القصاص فى الطرف أو نصف الدية^(٣) وان عاد الى الاسلام ثم مات وجب القصاص فى النفس فى ظاهر كلامه وقال القاضى ان كان زمن الردة مما تسرى فيه الجنائية فلا قصاص فيه^(٤)

(١) قوله « الثالث ان يكون المقتول معصوما الخ » وهو المذهب مطلقا وعليه الأصحاب ويحتمل قتل ذمى وأشار بعض أصحابنا اليه فعلى المذهب لادية أيضا عليه وعلى المذهب يعزر فاعل ذلك للاقتيات على ولى الأمر

(٢) قوله « ولو قطع مسلم الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأنه لم يجز على معصوم

(٣) قوله « وان قطع يد مسلم الخ » إذا قطع يد مسلم ثم ارتد المقطوع ومات لم يجب القود فى النفس بلا نزاع ولا يجب القود فى الطرف أيضا على الصحيح من المذهب لأنها نفس مرتد غير معصوم فعلى المذهب يجب عليه الأقل من دية النفس أو الطرف يستوفيه الامام على الصحيح من المذهب لأن الصحيح من المذهب أن مال المرتد فيه وقد تقدم الخلاف فيه فى ميراث أهل الملل وقيل لا يجب عليه شىء

(٤) قوله « وان عاد الى الاسلام الخ » وهو المذهب نص عليه. وقال القاضى يتوجه عنى ان زمن الردة ان كان مما تسرى فيه الجنائية لم يجب القصاص فى النفس وهل يجب فى الطرف الذى قطع فى اسلامه على وجهين وهذا مذهب الشافعى لأن القصاص يجب بالجنائية والسراية كلها فاذا لم يوجد جميعها فى الاسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه أحدهما فى الاسلام والآخر فى الردة فأت منها . ولنا انه مسلم حال الجنائية والموت فوجب القصاص بقتله واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لأنها غير معلومة فلا يجب ترك السبب المعلوم لاحتمال المانع ، فعلى قول القاضى لا يجب إلا نصف الدية على الصحيح من المذهب

فصل

(الرابع) ان لا يكون أبا للمقتول فلا يقتل الوالد بولده وان سفل والاب والام في ذلك سواء^(١) ويقتل الولد بكل واحد منهما في أظهر الروايتين^(٢)

(١) قوله « فلا يقتل الوالد الخ ، أى الوالد وان علا بالولد وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وهذا المذهب ، وعن نقل عنه ان الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب وبه قال ربيعة والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر يقتل به لظاهر آى الكتاب والاختبار الموجبة للقصاص . وقال مالك ان قتله حذفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به وان ذبحه أو قتله قتلاً لا يشك في انه عمد الى قتله دون تأديبه أقيده به . ولنا ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس رضى الله عنهم ان النبي ﷺ قال « لا يقتل والد بولده ، أخرج النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجه وذكروهما ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وتبوله والعمل به عن الاسناد فيه حتى يكون الاسناد فيه مع شهرته تكلفاً . والجد وان علا كالآب في هذا سواء كان من قبل الأب أو الأم في قول أكثر مسقطي القصاص عن الأب . وقال الحسن بن حى يقتل به . ولنا انه والد فيدخل في عموم النص ولقوله ﷺ ان ابني هذا سيد وعنه تقتل الأم ورضا القاضي وقال لا تقتل الأم رواية واحدة ، وعنه يقتل الأب والأم ، وعنه يقتل أبو الأم بولده بنته وعكسه

[تنبيهان] أحدهما عموم كلامه انه لا تأثير لاختلاف الدين والحرية كاتفقهما وهو صحيح وقاله الأصحاب فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل المسلم أباه الكافر أو قتل العبد ولده الحر أو قتل الحر والده العبد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده

(الثاني) مراده بقوله فلا يقتل الوالد بولده غير ولده من الزنا فانه يقتل به على الصحيح من المذهب وقيل لا وهو ظاهر كلام المصنف

[فائدة] يقتل الوالد بقتل ولده من الرضاع قاله في الفروع

(٢) قوله « ويقتل الولد الخ ، وهو المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي

ومتى ورث ولده القصاص أو شيئا منه أو ورث القاتل شيئا من دمه سقط القصاص (١) فلو قتل امرأته وله منها ولد أو قتل أخاها فورثته ثم ماتت فورثها ولده سقط عنه القصاص (٢). ولو قتل أباه أو أخاه فورثه أخواه ثم قتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عن الأول لأنه ورث بعض دم نفسه. ولو قتل أحد الابنين أباه والآخر أمه وهي زوجة الأب سقط القصاص عن الأول (٣)

(١) قوله «ومتى ورث الخ»، وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب فلو قتل أحد الزوجين صاحبه ولها ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على أبيه لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكرا أو أنثى أو كان للقتول ولد سواء أو من يشاركه في الميراث أو لم يكن لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه وإذا لم يثبت بعضه سقط كله فان لم يكن للقتول ولد منهما وجب القصاص في قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال الزهري لا يقتل الزوج بامرأته لأنه ملكها بعقد النكاح أشبه الأمة وعنه لا يسقط بارت الولد

(٢) قوله «ولو قتل أخا زوجته الخ»، أى سواء كان لها ولد من غيره أو لا لأن القصاص فيما ورثه ولده منها سقط فسقط جميعه لأن القصاص لا يتبعض فاشبه ما لو عفا أحد الشريكين لما ذكرنا. وكذلك لو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لأنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من ابنه أو من غيره لما ذكرنا

[فائدة] لو قتل رجل أخاه فورثه ابن القاتل أو أحد يرث ابنه منه شيئا لم يجب القصاص لما ذكرنا

(٣) قوله «وإذا قتل أحد الابنين أباه والآخر أمه»، والزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على القاتل الثاني دون الأول، لأن القاتل الثاني ورث جزءا من دم الأول فلما قتل ورثه قاتل الأول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص ووجب له القصاص على أخيه فان قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواء لأنه قتله بحق وان لم تكن الأم زوجة الأب فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لأنه ورث الذى قتله أخوه وحده دون قاتله وان بادر أحدهما فقتل أخاه فقد =

لذلك وله ان يقتص من أخيه ويرثه . فان قتل من لا يعرف وادعى كفره
أورقه أو ضرب ملفوفا فقدته وادعى انه كان ميتا وأنكر وليه أو قتل
رجلا في داره وادعى انه دخل يكابره على أهله وماله فقتله دفعا عن
نفسه وأنكر وليه أو تجارح اثنان وادعى كل واحد انه جرحه دفعا عن
نفسه وجب القصاص والقول قول المنكر (١)

= استوفى حقه وسقط القصاص عنه لأنه يرث أخاه لكونه قتله بحق فلا يمنع
الميراث الا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القتائل فيكون له قتل عمه
ويرثه ان لم يكن له وارث سواه فان تشاحا في المبتدى منهما بالقتل احتمال أن
يبدأ بالقتال الأول لأنه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما وهو قول القاضى ومذهب
الشافعى لأنهما تساويا في الاستحقاق

[فائدة] نقل حنبل فيمن أريد قتله قوداً فقال رجل آخر أنا القتال لا هذا
أنه لا قود، والدية على المقر لقول على أحيا نفسا ذكره الشيرازى فى المنتخب
وحمله القاضى على ان الولى صدقه بعد قوله لا قاتل سوى الأول ولزمته الدية لصحة
بذله منه وذكر فى المنتخب فى القسامة لو شهدا عليه بقتل فاقربه غيره فذكر رواية
حنبل انتهى

(١) قوله « وان قتل من لا يعرف الخ ، وهذا المذهب فى ذلك كله وكذا لو
قطع طرف انسان وادعى شلله أو قلع عيننا وادعى عماها أو قطع ساعداً أو ادعى
انه لم يكن عليه كف أو قطع ساقا وادعى انها لم يكن لها قدم وسأل ابن عقيل
القاضى عن من ضرب ملفوفا فقدته فقال القاضى أفلا يعتبر بالدم وعدمه فقال لا لم
يعتبره الفقهاء قال فى الفروع ويتوجه يعتبر قال فى الانصاف وهو قوى عند أهل
الخبرة بذلك وذكر فى الفروع فيمن قتل شخصا وادعى انه دخل يكابره على أهله
أو ماله فقتله توجها بعدم القصاص فى معروف بالفساد ، قال فى الانصاف وهو
الصواب ويعمل بالقرائن والأحوال

[فائدتان] لو ادعى القاتل ان المقتول زنا وهو محصن لم تقبل دعواه من غير
سينة لأن الاصل عدم ذلك وان أقام شاهدين باحصانه قبل بخلاف الزنا فلا بد فيه
من أربعة

باب استيفاء القصاص

ويشترط له ثلاثة شروط : (أحدها) ان يكون مستحقه مكلفا فان كان صبيا او مجنونا لم يجز استيفاؤه^(١) ويحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون^(٢) الا ان يكون لهما اب فهل له استيفاؤه لهما؟ على روايتين^(٣). فان كانا محتاجين الى النفقة فهل لوليها العفو على الدية؟ يحتمل وجهين^(٤). وان قتلا

(الثانية) لو اختصم قوم بدار فجرح بعضهم بعضا وقتل بعضهم بعضا وجعل الحال بان لم يعلم القاتل ولا الجراح فعلى عاقلة المجروحين دية القتلى يسقط منها ارش الجراح قضى به على رواه أحمد فان كان في المختصمين من ليس به جرح شارك المجروحين في دية القتلى في أحد الوجهين وهو الصحيح والوجه الثاني لا دية عليهم (١) قوله « فان كان صبيا الخ » أى لأنه غير مكلف وغير المكلف ليس أهلا للاستيفاء به بدليل انه لا يصح اقراره ولا تصرفه

(٢) قوله « ويحبس الخ » أى ويقدم الغائب لأن فيه حظا للقاتل بتأخير قتله وحظا للمستحق بإيصاله الى حقه وقد حبس معاوية هدية بن خشرم في قود حتى يبلغ ابن القتييل فلم ينكر ذلك

(٣) قوله « الا أن يكون لهما أب الخ » احدهما ليس له استيفاؤه وهو المذهب وبه قال الشافعي ، والثانية له استيفاؤه وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن القصاص أحد بدلى النفس فكان الأب استيفاؤه كالدية فعلى هذه الرواية يجوز له العفو إلى الدية نص عليه. ولنا انه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجه فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصى ولان القصد التثني ودرك الغيظ فلا يحصل ذلك باستيفاء الولى ويخالف الدية فان الغرض يحصل باستيفاء الاب فافترقا

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف ان الوصى والحاكم ليس لواحد منهما استيفاؤه لهما وهو المذهب وعنه يجوز لهما استيفاؤه كالأب

(٤) قوله « وان كانا محتاجين الخ » وكذا قال في الهداية والمذهب وهما روايتان احدهما العفو وهو الصحيح ، قال ، القاضى وهو الصحيح وصححه الشارح وغيره . والثاني ليس له ذلك لأنه لا يملك اسقاط قصاصه ونفقته في بيت المال ، والأول أصح لأن وجوب نفقته في بيت المال لا تغنيه إذا لم تحصل قال في =

قاتل أبيهما او قطعاً قاطعها قهراً احتمل ان يسقط حقهما واحتمل أن تجب
لها دية أبيهما في مال الجاني وتجب دية الجاني على عاقلتهما^(١) وان اقتصا من لا
تحمل دية العاقلة سقط حقهما وجها واحداً

فصل

(الثاني) اتفاق جميع الأولياء على استيفائه وليس لبعضهم استيفاؤه
دون بعض فان فعل فلا قصاص عليه^(٢) وعليه لشركائه حقهم من الدية
ويسقط عن الجاني في احد الوجهين^(٣) وفي الآخر لهم ذلك في تركة الجاني

= الانصاف والمنصوص جواز عفو ولي المجنون دون الصبي وهو المذهب صححه في
التصحيح وجزم به في الوجيز والمنور لأن المجنون ليست له حالة معتادة ينتظر فيها
افاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي

(١) قوله « وان قتلا قاتل أبيهما الخ » الاحتمال الأول هو المذهب لأنه أتلف
عين حقه فسقط حقه أشبه ما لو كانت لها وديعة عند شخص فأخذها منه قهراً وكما
لو اقتصا من لا تحمل العاقلة دية . والاحتمال الثاني جزم به في الترغيب وعيون
المسائل لأنه ليس من أهل الاستيفاء فلا يكون مستوفياً لحقه فتجب لها دية أبيهما
في مال الجاني وعلى عاقلتهما دية المقتول لأن عمد الصبي والمجنون خطأ
على قوله « وان اقتصا من لا تحمل دية العاقلة » . كالعبد

(٢) قوله « الثاني اتفاق جميع الأولياء الخ » هذا بلا نزاع لأنه يكون مستوفياً
لحق غيره بلا إذنه ولا ولاية عليه

(٣) قوله « وعليه لشركائه الخ » أي الذي لم يقتل قسطه من الدية لان حقه
من القود سقط بغير اختياره لكن هل تجب في تركة الجاني أو على قاتل الجاني فيه
وجهان : أحدهما يرجع على قاتل الجاني لأنه أتلف محل حقه فكان له الرجوع عليه
بعوض نصيبه ، والثاني يرجع في تركة الجاني كما لو أتلفه أجنبي أو عفا شريكة عن
القصاص ويرجع ورثة الجاني على قاتله بما فوق حقه وهذا المذهب فعلى هذا لو كان
الجاني أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنان قتلها أحدهما بغير إذن
الآخر فلآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها =

ويرجع ورثة الجاني على قاتله ، وان عفا بعضهم سقط القصاص^(١) وان كان العافي زوجا أو زوجة وللباقيين حتمهم من الدية على الجاني ، فان قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به فعليهم القود^(٢) والا فلا قود وعليهم ديته

== على قاتلها وهو ربع دية الرجل وعلى الوجه الاول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لانه لم يفوت على أخيه الا نصف المرأة وهذا يدل على ضعف هذا الوجه

(١) قوله « وان عفا بعضهم الخ ، القصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوهم وسقط القصاص ولم يكن لأحد اليه سبيل ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعي والحكم وحامد والثوري وأبو حنيفة والشافعي ، وروى معنى ذلك عن عمر وطاوس والثعبي وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمة والليث والأوزاعي ليس للنساء عفو والمشهور عن مالك انه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعي لانه يثبت لدفع العار فاخص به العصبات كولاية النكاح وهذا رواية عن احمد ذكرها ابن البنا واختاره الشيخ تقي الدين ، وفيه وجه انه يختص بذوى الأنساب . ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام فاهله بين خيرتين وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قوله ﷺ « من يعذرني من رجل بلغني أذاه في أهلي وما علمت على أهلي الا خيراً ، وروى زيد بن وهب ان رجلا قتل قتيلا فأتى به عمر فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل : قد عفوت عن حق فقال عمر الله أكبر عتق القتيل رواه أبو داود ومتى عفا بعضهم للباقيين حتمهم من الدية سواء عفا مطلقا أو الى الدية وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهم مخالفاً

(٢) قوله « فان قتله الباقون الخ ، إذا قتله الشريك الذي لم يعف عالما بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليهم القود سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم وهو المذهب وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، وقيل له قول آخر لا يجب القصاص لانه له فيه شبهة لوقوع الخلاف فيه . ولنا انه قتل معصوماً مكافئاً له عمداً يعلم انه لاحق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم ، والاختلاف لا يسقط القصاص فانه لو قتل مسلماً بكاغر قتلناه به مع الاختلاف في =

سواء كان الجميع حاضرين او بعضهم غائبا، وان كان بعضهم صغيرا او مجنونا فليس للبالغ العاقل الاستيفاء حتى يصيرا مكلفين في المشهور عنه^(١)، وعنه لهم ذلك. وكل من ورث المال ورث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى الزوجان وذوو الارحام. ومن لا وارث له وليه الامام ان شاء اقتص وان شاء عفا^(٢).

فصل

(الثالث) ان يؤمن في الاستيفاء التعدى الى غير القاتل^(٣) فلو وجب

= قتله فاما ان قتله قبل العلم بالعمو فلا قصاص عليه بلا نزاع وبه قال أبو حنيفة لأنه معتقد ثبوت حقه فيه مع ان الأصل بقاؤه وقال الشافعي متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعمو أو لم يعلم فاما ان كان القاتل هو العافي فعليه القصاص سواء عفا مطلقاً أو اثنى مال، وبهذا قال عكرمة والثوري ومالك والشافعي وابن المنذر، وروى عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل

(١) قوله «وان كان بعضهم صغيراً الخ»، اذا كان ورثة القتل أكثر من واحد لم يجوز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقيين وان كان بعضهم غائبا انتظر قدومه ولم يجوز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وان كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فذهب أحمد انه ليس لغيرهما الاستيفاء وبه قال ابن سيرين وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف وإسحاق ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وعنه للكبار العقلاء استيفاؤه وبه قال حماد ومالك والأوزاعي والليث وأبو حنيفة لأن الحسن بن علي قتل ابن ملجم قصاصاً وفي الورثة صغار. ولنا انه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجوز لأحدهم استيفاؤه استقلالاً كما لو كان لحاضر وغائب.

(٢) قوله «ومن لا وارث له الخ»، هذا المذهب المقطوع به فيفعل ما يرى فيه المصلحة للمسلمين من القصاص أو العفو على مال وهو الدية لا أقل وليس له العفو مجاناً على الصحيح من المذهب لأن ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في ذلك وهذا قول أصحاب الرأي

[قائدة] لو مات الصبي والمجنون قبل البلوغ والعقل قام وارثهما مقامهما في القصاص على الصحيح من المذهب

(٣) قوله «الثالث أن يؤمن الخ»، لقوله تعالى ﴿ فلا يسرف في القتل ﴾ =

القصاص على حامل او حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع الواد وتسقيه اللبن^(١) ثم ان وجد من يرضعه والاركت حتى تقطمه^(٢) ولا يقتص منها في الطرف حال حملها^(٣). وحكم الحد في ذلك حكم القصاص^(٤) فان ادعت الحمل احتمل ان يقبل منها فتحبس حتى يتبين أمرها واحتمل ان لا يقبل الا بيينة^(٥). وان اقتص من حامل وجب ضمان جنينها على قاتلها^(٦) وقال أبو الخطاب يجب على السلطان الذي يمكنه من ذلك

== والقتل المفضى الى التعدى فيه إسراف

(١) قوله « فلو وجب القصاص الخ » هذا بغير خلاف نعله لما روى ابن ماجه باسناده عن عبد الرحمن بن غنيم قال حدثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله ﷺ قال اذا قتلت المرأة عمداً فلا تقتل حتى تضع ما في بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترحم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها ، ولانه يخاف على ولدها وقله حرام

(٢) قوله « ثم ان وجد من يرضعه الخ » اى لما تقدم وهذا المذهب مطلقاً وقال فى المغنى وتبعه الشارح له القود ان غذى بلبن شاة

(٣) قوله « ولا يقتص منها فى الطرف الخ » هذا بلا نزاع والصحيح من المذهب أنه يقتص منها بالوضع وقال فى المغنى حتى تسقى اللبن وفى المستوعب وغيره ويفرغ نفاسها

(٤) قوله « وحكم الحد الخ » أى للخبر السابق ولأنه فى معناه

(٥) قوله « وان ادعت الحمل الخ » الاحتمال الاول هو المذهب لأن للحمل امارات خفية تعلمها من نفسها دون غيرها فوجب ان يحتاط له

(٦) قوله « وان اقتص من حامل الخ » وهذا المذهب لانه المباشر فلو انفصل ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش فى مثله ففيه غرة ، وان انفصل حياً لوقت يعيش مثله فيه ثم مات من الجناية ففيه الدية . وقال المصنف وينظر فان كان الولي والامام عالين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالأميرين أو احدهما أو كان =

فصل

ولا يستوفى القصاص الا بحضرة السلطان^(١) وعليه تفقد الآلة التي يستوفى بها القصاص فان كانت كالة منعه الاستيفاء بها وينظر في الولى ان كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه أمكنه منه والا أمره بالتوكيل ، وان احتاج الى أجره فمن مال الجاني^(٢) والولى مخير بين الاستيفاء بنفسه ان كان يحسن وبين التوكيل^(٣) وقيل ليس له ان يستوفى في الطرف بنفسه بحال . وان تشاح أولياء المقتول في الاستيفاء قدم أحدهم بالقرعة

== الولى عالما بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لأنه مباشر والحاكم الذى مكنته صاحب سبب وان علم الحاكم دون الولى فالضمان على الحاكم وحده لأن المباشر معذور انتهى . وقال القاضى ان كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده وان كانا عالمين فالضمان على الحاكم وان كانا جاهلين ففيه وجهان أحدهما الضمان على السلطان والثانى على الولى . فعلى القول بأن السلطان يضمن هل تجب الغرة في مال الامام أو في بيت المال فيه روايتان : احدهما في بيت المال وهذا المذهب على ما يأتى في العاقلة ، وان القته حياً ثم مات وقتلنا يضمه السلطان فهل تجب دية على عاقلة الامام أو في بيت المال فيه روايتان : احدهما في بيت المال وهى المذهب لأنه من خطأ الامام وخطأه في بيت المال على ما يأتى

(١) قوله « ولا يستوفى القصاص الخ ، هذا المذهب مطلقاً لأنه يفتقر إلى اجتهاده ولا يؤمن منه الحيف فلو خالف وقع الموقع لأنه استوفى حقه ، وفي المغنى والشرح يعزر للافتئات ، ويحتمل جوازه بغير حضرته اختاره الشيخ تقي الدين لأنه عليه الصلاة والسلام أتاه رجل يقود آخر فقال ان هذا قتل أخى فاعترف بقتله فقال النبي ﷺ اذهب فاقتله رواه مسلم . ولان اشراط حضوره لا يثبت الا بدليل ولم يوجد

(٢) قوله « وان احتاج الى أجره الخ ، هذا المذهب كالحمد ولانها أجره للإيفاء ما عليه من الحق

(٣) قوله « والولى مخير الخ ، هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الاححاب لان التوكيل حق له فكان له الخيرة فيه

فصل

ولا يستوفى القصاص في النفس الا بالسيف في احدى الروايتين (١) وفي الأخرى يفعل به كما فعل به (٢) فلو قطع يده ثم قتله بجرح أو غرقه أو غير ذلك فعل به مثل فعله . وان قطع يده من مفصل أو غيره أو أوضحه فمات فعل به كفعله . فان مات والا ضربت عنقه وقال القاضى يقتل ولا يزداد على ذلك رواية واحدة (٣) وان قتله بمحرم في نفسه كتجريب الخمر واللواط ونحوه قتل بالسيف

(١) قوله « ولا يستوفى القصاص الخ » وهو المذهب قال في الفروع نص عليه واختاره الأصحاب قال الزركشى هو المشهور واختيار الاكثرين وبه قال عطاء والثورى وأبو يوسف ومحمد لقوله ﷺ لا قود الا بالسيف رواه ابن ماجه

(٢) قوله « وفي الأخرى الخ » وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى وأبي حنيفة وأن ثور لقوله تعالى (وان عاقبتم فعاقبوا) الآية وقوله (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأن النبي ﷺ رضخ رأس يهودى لرسمه رأس جارية من الأنصار بين حجرين وعنه ﷺ انه قال « من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه » ولأن القصاص موضوع على المائة ولفظه مشعر به وهذا اختيار الشيخ تقي الدين وقال هذا أشبه بالكتاب والسنة والعدل ، قال الزركشى وهى أصح دليلاً

(٣) قوله « وان قطع يده من مفصل الخ » في هذه المسئلة طريقان أحدهما ان فيها الروايتين المتقدمتين وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، والطريق الثانى انه هنا يقتل ولا يزداد عليه رواية واحدة وهذا قول أبى بكر والقاضى قال المصنف فى المعنى وتبعه الشارح وهو الصحيح من المذهب . واعلم ان محل ذلك فيما لو انقرد لم يكن فيه قصاص كما لو أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أو رجله من نصف ساقه أو يداً ناقصة أو سلاء أو زائدة ونحوه فسرى ومثل المصنف بما لا يجب فيه قصاص كالقطع من غير مفصل والموضحة ومثل بما يجب فيه القصاص كالقطع من مفصل واعلم انه لو قطع يده أو رجله أو جرحه جرحاً يوجب القصاص لو انقرد فسرى الى النفس ففيه طريقان أيضاً والصحيح منهما انه على الروايتين . وحيث قلنا يفعل به مثل ما فعل وفعل فان مات والا ضربت عنقه فعلى المذهب =

رواية واحدة^(١). ولا تجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة ولا قطع شيء من أطرافه فإن فعل فلا قصاص فيه^(٢) وتجب فيه دية سواء عفا عنه أو قتله^(٣)

فصل

وان قتل واحد جماعة فرضوا بقتله قتل لهم ولا شيء لهم سواء^(٤) وان

== في أصل المسئلة لو فعل به مثل فعله فقد أساء ولم يضمن وانه لو قطع طرفه ثم قتله قبل البرء ففي دخول قود طرفه في قود نفسه كدخوله في الدية روايتان احدهما يدخل قود الطرف في قود النفس ويكفي قتله صححه في النظم وقدمه في الرايتين وهو ظاهر ما قطع به الخرقى ، والرواية الثانية لا يدخل قود الطرف في قود النفس فله قطع طرفه ثم قتله وعلى المذهب أيضاً لو قطع طرفاً ثم عفا الى الدية كان له تمامها وان قطع ما يوجب الدية ثم عفا لم يكن له شيء وان قطع أكثر مما يوجب دية ثم عفا فهل يلزمه ما زاد على الدية أم لا فيه احتمالان قال في الانصاف الصواب انه لا يلزمه الزائد وعلى الرواية الثانية الاقتصار على ضرب عنقه أفضل ، فان قطع ما قطع الجاني أو بعضه ثم عفا مجانا فله ذلك وان عفا الى الدية لم يجز بل له ما بقي من الدية فان لم يبق شيء سقط

(١) قوله « وان قتله بمحرم الخ » وهذا اتفاق

(٢) قوله « ولا قطع شيء من أطرافه فان فعل الخ » هذا بلا خلاف نعلمه

(٣) قوله « وتجب فيه دية الخ » وهذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لأنه قطع طرفاً من جملة استحق اتلافها فلم يضمنه كما لو قطع إصبعاً من يد يستحق قطعها . ولنا انه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبي فاما ان قطعه ثم قتله احتمل ان يضمنه أيضاً لأنه يضمنه اذا عفا عنه فكذلك اذا لم يعف لأن العفو احسان واحتمل ان لا يضمنه وهو قول أبي حنيفة لأنه لو قطع متعدياً ثم قتل لم يضمن الطرف فلأن لا يضمنه اذا كان القتل مستحقاً أولى

[فائدة] لو قطع يده فقطع الجنى عليه رجل الجاني فليل هو كقطع يده وقيل يلزمه دية رجله قال في الانصاف وهو الصواب

(٤) قوله « وان قتل واحد جماعة الخ » هذا أحد الوجوه والمذهب منها لأنه ==

تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال أقيد للأول وللباقي دية قتلهم وان
رضى الاول بالدية أعطيها وقتل للثاني وان قتل وقطع طرفا قطع طرفه ثم
قتل لولى المقتول وان قطع أيدي جماعة فحكمه حكم القتل

باب العفو عن القصاص

والواجب بقتل العمد أحد شيئين القصاص او الدية في ظاهر المذهب (١)
والخيرة فيه الى الولي فان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية وان شاء عفا إلى غير

== اذا قتل لهم وقدر ضوابه لم يكن له شيء سواه لأن الحق لا يتسع لأكثر من واحد
واما اذا أراد أحدهم القود والآخرون الدية أقيد لمن اراد القود وللآخرين الدية
من مال القاتل سواء كان المختار للقود الأول أو الثاني أو من بعدهم وسواء قتلهم
دفعه أو دفعات وان بادر أحدهم فقتله وجب للباقي دية قتلاهم في ماله أيهم كان .
وقال أبو حنيفة ومالك يقتل بالجماعة وليس لهم الا ذلك فان أحب بعضهم الدية
فليس له وان بادر أحدهم فقتله سقط حق الباقي لان الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا
به ، وقال الشافعي لا يقتل الا بواحد سواء انفقوا على الطلب بالقصاص أو
لم ينفقوا

(١) قوله « والواجب بقتل العمد الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو
من مفرداته قاله في الانصاف وبه قال سعيد بن المسيب وابن سيرين وعطاء ومجاهد
والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وهي رواية عن مالك لقوله تعالى ﴿ فمن
عنى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ﴾ قال ابن عباس كان في
بنى اسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فأنزل الله هذه الآية ﴿ كتب عليكم
القصاص في القتلى ﴾ الآية ﴿ فمن عنى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه
باحسان ﴾ والعفو أن يقبل في العمد الدية فاتباع بالمعروف يتبع الطالب بمعروف
ويؤدى اليه المطلوب باحسان ذلك تحفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من قبلكم
رواه البخارى وعن أبي هريرة قال قام فينا رسول الله ﷺ فقال « من قتل له قتيلا
فهو بخير النظرين اما ان يودي واما ان يقاد » متفق عليه

شيء والعفو أفضل^(١) فإن اختار القصاص فله العفو على الدية^(٢) وإن اختار الدية سقط القصاص ولم يملك طلبة^(٣) وعنه أن الواجب القصاص عينا^(٤) وله العفو إلى الدية وإن نخط الجاني^(٥) فإن عفا مطلقاً وقلنا الواجب أحد شيئين فله الدية^(٦) وإن قلنا الواجب القصاص عينا فلا شيء له^(٧) وإن مات القاتل وجبت الدية في

(١) قوله « والعفو أفضل » هذا المذهب ، وقال الشيخ تقي الدين : استيفاء الإنسان حقه من الدم عدل والعفو احسان والاحسان هنا أفضل لكن هذا الاحسان لا يكون احساناً الا بعد العدل وهو ان لا يحصل بالعفو ضرر فاذا حصل منه ضرر كان ظلماً من العاقب اما لنفسه واما لغيره فلا يشرع . قال في الانصاف وهذا عين الصواب . وقال في القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة قال الشيخ تقي الدين : مطالبة المقتول بالقصاص توجب تحتمه فلا يمكن الورثة بعد ذلك من العفو

(٢) قوله « فإن اختار القصاص الخ » هذا الصحيح من المذهب لأن القصاص أعلى فكان له الانتقال إلى الأذن ويكون بدلاً عن القصاص

(٣) قوله « وان اختار الدية الخ » وهذا المذهب لأن القصاص اذا سقط لا يعود فلو قتل بعد أخذ الدية قتل به وعلى المذهب أيضاً لو اختار القصاص كان له الصلح على أكثر من الدية

(٤) قوله « وعنه ان الواجب الخ » وبه قال النخعي ومالك وأبو حنيفة ، قالوا ليس للأولياء الا القتل الا ان يصطلحوا على الدية برضى الجاني لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ والمكتوب لا يتخير فيه ولقوله عليه الصلاة والسلام « من قتل عمداً فهو قود »

(٥) قوله « وله العفو الى الدية الخ » يعني اذا قلنا الواجب القصاص عينا وهذا هو الصحيح على هذه الرواية وعنه ان موجه القود عينا وانه ليس له العفو على الدية بدون رضا الجاني

(٦) قوله « فان عفا مطلقاً الخ » هذا المذهب لأن الواجب أحدهما فاذا ترك أحدهما تعين الآخر وان هلك الجاني تعينت في ماله كتعذره في طرفه

(٧) قوله « وان قلنا الواجب القصاص الخ » أي لأن الدية غير واجبة فاذا سقط الدم لم يبق له شيء

تركته^(١) واذا قطع اصبعاً عمدا فعفا عنه ثم سرى إلى الكف أو النفس وكان العفو على مال فله تمام الدية^(٢) وان عفا على غير مال فلا شيء له على ظاهر كلامه ويحتمل ان له تمام الدية وان عفا مطلقاً انبنى على الروايتين في موجب

[فوائد] اذا كان القصاص لمجنون أو صغير لم يجز العفو الى غير مال

(الثانية) يصح عفو المفلس والمجور عليه لسفه عن القصاص لأنه ليس بمال وان أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه اجباره على تركه ، وان أحب العفو الى مال فله ذلك ، وان أراد العفو الى غير مال انبنى على الروايتين ان قلنا الواجب القصاص عيناً فله ذلك وان قلنا الواجب احد شيئين لم يملكه

(الثالثة) اختار الشيخ تقي الدين ان العفو لا يصح في قتل الغيلة لتعذر الاحتراز كالقتل مكابرة ، وذكر القاضي وجهها في قاتل الائمة يقتل حدا لان فساد عام

(١) قوله « وان مات القاتل الخ ، وكذا لو قتل وهذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه تعذر استيفاء القصاص من غير اسقاط وان لم يخلف تركه سقط الحق وقيل تسقط بموته واختار الشيخ تقي الدين انه يسقط بموته أو قتله وخرجه وجهها وسواء كان موسراً أو معسراً وسواء قلنا الواجب القصاص عيناً أو أحد شيئين

(٢) قوله « واذا قطع اصبعاً الخ ، وجملة انه اذا جنى على انسان فيما دون النفس جنائية توجب القصاص كالاصبع فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكى عن مالك ان القصاص يجب لأن الجنائية صارت نفساً . ولنا انه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عني عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الأولياء فان كان عفا على مال فله الدية كاملة وان عفا على غير مال وجبت الدية على المذهب الا ارش الجراح الذي عني عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة فان كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعني عن القصاص فيه ثم سرى الى النفس فنولية القصاص لأن القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه وانما وجب القصاص بعد عفوه

العمد . وان قال الجاني عفوت مطلقا او عفوت عنها وعن سرايتها قال بل عفوت الى مال أو عفوت عنها دون سرايتها فالقول قوله مع يمينه^(١) وان قتل الجاني العافي فوليه القصاص او الدية كاملة^(٢) وقال القاضي له القصاص او تمام الدية . واذا وكل رجلا في القصاص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شيء عليه^(٣) وهل يضمن العافي يحمّل وجهين^(٤) ويتخرج ان يضمن الوكيل ويرجع به على الموكل في أحد الوجهين لانه غره والآخر لا يرجع به ويكون الواجب حالا في ماله وقال ابو الخطاب يكون على عاقلته . وإذا عفا عن قاتله بعد الجرح صح^(٥) وان ابرأه من الدية وأوصى له بها فهي وصية لقاتل

(١) قوله « وان قال الجاني الخ ، أى لان الأصل عدم العفو عن الجميع

(٢) قوله « وان قتل الجاني الخ ، وهو المذهب

[فائدة] اذا قال لمن عليه قود عفوت عنك أو عن جنائتك برىء من الدية كالقود على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل يبرأ من الدية ان قصدتها بقوله وقيل ان ادعى قصد القود فقط قبل والا برىء وقال في الترغيب ان قلنا موجه احد شيئين بقيت الدية في أصح الروايتين

(٣) قوله « وان وكل رجلا في القصاص ثم عفا الخ ، يعنى على الوكيل وهذا المذهب لأنه لا تفريط منه كما لو عفا بعد ما رماه

(٤) قوله « وهل يضمن العافي الخ ، يعنى اذا قلنا ان الوكيل لا شيء عليه ، أحدهما لا يضمن وهو المذهب لأن عفوه لم يصح لأنه عفا في حال لا يمكنه تلافى ما وكل فيه كالعفو بعد رمى الحربة الى الجاني ولأن العفو احسان فلا يقتضى وجوب الضمان

(٥) قوله « وان عفا عن قاتله الخ ، أى سواء كان بلفظ العزو أو الوصية وهذا المذهب لأنه سقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع وكفؤ وارثه بعد موته وسواء كان عمداً أو خطأ

[فائدة] لو قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح ولم يضمن السراية فان كان عمداً لم يضمن شيئاً مطلقاً وان كان خطأ اعتبر خروجها من الثلث قاله في المغنى والشرح . وظاهر ما قدمه في الفروع السقوط مطلقا وهو ظاهر كلامه في النظم =

هل تصح؟ على روايتين^(١) إحداهما تصح ويعتبر من الثلث ويحتمل ان لا يصح عفوهُ عن المال ولا وصيته به لقاتل ولا غيره اذا قلنا انه يحدث على ملك الورثة. وان أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته او العبد من جنائته التي يتعلّق إرثها برقبته لم يصح^(٢) وان أبرأ العاقلة أو السيد صح^(٣) وان وجب لعبد قصاص او تعزير او قذف فله طلبه والعفو عنه وليس ذلك للسيد الا ان يموت العبد^(٤)

== والمحرر . وان قال عفوت عن هذه الضربة او هذا الجرح فعنه يضمن السراية بقسطها من الدية وعنه لا يضمن واطنقهما في المحرر والفروع وان قال عفوت عن هذه الجنائية واطلق لم يضمن السراية وان قصد بالجنائية الجرح ففيه على المذهب في أصل المسئلة وجهان قدم في النظم عدم الضمان وقدمه في المحرر على الرواية الأولى في التي قبلها وصححه في الرعايتين والحاوي الصغير

(١) قوله « وان أبرأه من الدية الخ » احدهما تصح وهي المذهب وتعتبر من الثلث كبقية ماله وكذا قال في الهداية والخلاصة . قال الشارح هكذا ذكره في كتاب المقنع ولم يفرق بين العمد والخطأ . والذي ذكره في المغنى ان كان خطأ اعتبر من الثلث والا فلا وقيل يصح من كل ماله ذكره في الرعايتين

(٢) قوله « وان أبرأ القاتل الخ » اما في الأولى فلا يصح قولاً واحداً لأنه أبرأه من حق على غيره لأن الدية الواجبة على العاقلة غير واجبة على القاتل ، وأما في الثانية فلا يصح على الصحيح من المذهب لأن الجنائية المتعلقة ارشها برقبة العبد غير واجبة عليه بل متعلقة بملك السيد وقيل يصح

(٣) قوله « وان أبرأ العاقلة الخ » وهذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأنه أبرأهما من حق عليهما كالدين الواجب عليهما

(٤) قوله « وان وجب لعبد الخ » هذا المذهب لأنه مختص به والقصد من ذلك التشفّي وليس بحق للسيد الا اذا مات العبد فينتقل اليه وحيثئذ فله طلبه واسقاطه كالوارث

باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس

كل من أقيد بغيره في النفس أقيد به فيما دونها ومن لا فلا^(١) ولا يجب الا بمثل الموجب في النفس وهو العمد المحض^(٢) وهو نوعان أحدهما في الاطراف فتؤخذ العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجفن بالجفن والشفة بالشفة واليد باليد والرجل بالرجل^(٣) ويؤخذ كل واحد من الأصابع والكف والمرفق والذكر والأنثيين بمثله وهل يجرى في الإلية والشفر على وجهين^(٤)

(١) قوله « كل من أقيد بغيره في النفس الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأن من أقيد به في النفس انما أقيد به لحصول المساواة المعتبرة للقود فوجب أن يقاد به فيما دونها فعلى هذا لو قطع مسلم يد مسلم قطعت يده لأنه يقاد به في النفس ومن لا يقاد به في النفس لا يقاد به فيما دونها فلو قطع مسلم يد كافر لم تقطع يده وعنه لا قود بين العبيد في الاطراف لانها أموال

(٢) قوله « ولا يجب إلا بمثل الخ » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ وحديث أنس في قضية الربيع فقال النبي ﷺ كتاب الله القصاص متفق عليه واجمعوا على حرمان القصاص فيما دون النفس اذا أمكن لأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة الى حفظه بالقصاص وظاهره انه لا يجب في الخطأ وهو كذلك اجماعا ولا في شبه العمد وقاله السامري وصححه في المعنى والشرح ، وعنه يجب فيه اختارها أبو بكر وابن أبي موسى والشيرازي لعموم الآية ولأن العضو يتلف بأيسر مما يتلف به النفس وجوابه بأن الآية مخصوصة بالخطأ فكذا هنا

على قوله « فتؤخذ العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن » لقوله تعالى ﴿ وكتبنا عليهم فيها ﴾ الآية

(٣) قوله « والجفن الخ » أي لأنه في معنى المنصوص فوجب ان يلحق به ويؤخذ جفن كل واحد من البصير والضرير بالآخر

(٤) قوله « وهل يجرى في الإلية الخ » أحدهما يجرى القصاص فهما وهو المذهب لظاهر الآية لأن الإلية متصلة باللحم والشفر لحم لا مفصل له والثاني لا قود فهما قال في الانصاف وهو الصواب واختاره في الاخير صاحب الخلاصة والقاضي وصححه في النظم وقدمه في الرعايتين

فصل

ويشترط للقصاص في الطرف ثلاثة شروط (أحدها) الأمن من الحيف (١) بأن يكون القطع من مفصل (٢) أو له حد ينتهي إليه كإرن الأنف (٣) وهو ما لان منه فان قطع القصبه أو قطع من نصف الساعد أو الساق فلا قصاص في أحد الوجهين (٤)، وفي الآخر من حد المارن ومن الكوع والكعب (٥)، وهل يجب

(١) قوله « أحدها الأمن من الحيف » أى لأن الحيف جور وظلم وإذا لم يمكن القصاص إلا به لم يجز فعله

(٢) قوله « بأن يكون القطع الخ » أى لان المائلة في غير ذلك غير ممكنة ولا يؤمن أن يستوفى أكثر من الحق

(٣) قوله « أو له حد الخ » أى لان ذلك حد ينتهي إليه فهو كاليد ويؤخذ البعض بالبعض فيقدر ما قطعه بالاجزاء كالنصف والثالث ولا يؤخذ بالمساحة لأنه يفضى الى أخذ جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف الجنى عليه لكبره وكذا في الاذن واللسان والشفة

[فائدة] لا يجب القصاص في اللطمة ونحوها وهو المذهب وعليه الاصحاب لان المائلة فيها غير ممكنة ونقل حنبل والشائنجى القود في اللطمة ونحوها ونقل حنبل قال الامام أحمد: الشعبي والحكم وحماد قالوا ما أصاب بسوط أو عصا وكان دون النفس ففيه القصاص قال أحمد وكذا أرى ونقل ابن منصور كل شيء من الجراح والكسر يقدر على الاقتصاص يقتص منه للأخبار واختار ذلك الشيخ تقي الدين وقال ثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين

(٤) قوله « فان قطع القصبه الخ » وهو المذهب نص عليه وعليه الاصحاب ، قال الشارح لا قصاص من موضع القطع بغير خلاف علمناه لخبر ان رجلا ضرب آخر على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي ﷺ فأمر له بالدية فقال انى أريد القصاص قال خذ الدية بارك الله لك فيها رواه ابن ماجه ولان القطع ليس من مفصل فلا يؤمن فيه الحيف فلو قطع يده من الكوع ثم تاكلت إلى نصف الذراع فلا قود اعتباراً بالاستقرار قاله القاضى قال في المحرر وعندى يقتص ههنا من الكوع

على قوله « أو قطع من نصف الساعد أو الساق » * أو العضد أو الورك

(٥) قوله « وفي الآخر الخ أى لانه دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه أشبه =

أرش الباقي؟ على وجهين (١) ويقتص من المنكب اذالم يخف جائفة (٢) فاذا أوضح إنسانا فذهب ضوء عينه او سمعه او شمته فانه يوضحه فان ذهب ذلك والا استعمل فيه ما يذهب من غير ان يجنى على حدقته أو اذنه او انفه (٣) فان لم يمكن الا بالجناية على هذه الأعضاء سقط (٤)

فصل

(الثاني) المماثلة في الموضع فتؤخذ كل واحدة من اليمنى واليسرى والعليا والسفلى من الشفتين والأجفان بمثلها والإصبع والسن والأنملة بمثلها في الموضع والاسم (٥) ولو قطع انملة رجل العليا وقطع الوسطى من تلك الإصبع

== ما لو شجه هاشمة أو أستوفى موضعه

(١) قوله « وهل يجب الخ ، أحدهما ليس له ذلك صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز وغيره قال الزركشى هذا أشهر الوجهين لانه يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية والثاني له الارش اختاره ابن حامد لانه حق له تعذر استيفاؤه فوجب ارشه كغيره

(٢) قوله « ويقتص من المنكب الخ ، هذا بلا نزاع لانه مفصل يؤمن فيه الحيف فوجب كالقطع من الكوع ويرجع في الخوف في هذا الى أهل الخبرة لكن ان خيف قبل له أن يقتص من مرفقه فيه وجهان أحدهما له ذلك وهو الصحيح

(٣) قوله « فاذا أوضح إنسانا الخ ، وهذا المذهب اعني استعمال ذلك لانه يستوفى حقه من غير زيادة فيطرح في العين كافوراً أو يقرب منه مرآة أو يحمي له حديدة ثم يقطر عليها ماء ثم يقطر منه في العين لينذهب بصرها ولا يقتص منه بمثل شجته بغير خلاف علناه

[فائدة] وكذا الحكم فيما إذا لطمه فأذهب ضوء عينه أو غيرها

(٤) قوله « فان لم يمكن الخ ، أى لتعذر المماثلة وتعين الدية

(٥) قوله « الثاني المماثلة في الموضع - الى - والاسم الخ ، هذا قول أكثر أهل العلم مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكى عن ابن سيرين وشريك أن ==

من آخر لم يكن له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقد ائلمته وبين ان يصبر حتى يقطع العليا ثم يقتص من الوسطى ولا يؤخذ شي من ذلك بما يخالفه ولا تؤخذ أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية وان تراضيا عليه لم يجز (١) فان فعلا أو قطعها تعديا أو قال اخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها أجزاء على كل حال وسقط القصاص (٢)، وقال ابن حامد ان أخرجها عمدا لم تجز ويستوفى من يمينه بعد اندمال اليسار وان أخرجها دهشة أو ظنا انها تجزى فعلى القاطع ديتها (٣) وان كان من عليه القصاص مجنونا فعلى القاطع القصاص وان كان عالما بها وانها لا تجزى ، وان جهل أحدهما فعليه الدية ، وان كان المقتص مجنونا والآخر عاقلا ذهب هدرًا

= احدهما تؤخذ بالأخرى لاستوائهما في الخلقة والمنفعة ولنا ان كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احدهما بالآخرى كاليد مع الرجل ، وكذلك كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدن والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والاليتين والاثنيين لا تؤخذ احدهما بالآخرى وكذلك ما انقسم إلى أعلا وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى كذلك

(١) قوله « ولا تؤخذ أصلية بزائدة الخ » وهذا بلا نزاع لان ما لا يجوز أخذه قصاصا لا يجوز بتراضيهما لان الدماء لا تستباح بالولاية والبذل فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود لان القود فى الاول سقط باسقاط صاحبها وفى الثانية باذن صاحبها فى قطعها وديتها متساوية

(٢) قوله « فان فعلا الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله وفيه مسائل (الاولى) إذا فعل ذلك بلا تعد مثل ان يأخذ باختيار الجانى وتقدم الكلام عليها (الثانية) إذا قطعها تعديا لأنهما متساويان فى الدية والالم والاسم فتساقطا ولأن ايجاب القود يفضى إلى قطع يدى كل منهما وإذهاب منفعة الجنس وكل من القطعين مضمونة سرايته لانه عدوان ، واما فى (الثالثة) فكذلك سواء قطعها عالما بها أو جاهلا

(٣) قوله « وان أخرجها دهشة الخ » هذا ظاهر كلام ابن حامد واختياره وجزم به الأدمى فى منتخبه قال الشارح وغيره فعلى القاطع ديتها ان علم انها يسار وانها لا تجزى ويعزر وجزم به لانه لو كان عالما بها كانت مضمونة عليه وما وجب =

فصل

(الثالث) استواءهما في الصحة والكمال فلا تؤخذ صحيحة بشلاء ولا كاملة الاصابع بناقصة^(١) ولا عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس^(٢)

= ضمانه في العمد وجب في الخطا كإتلاف المال والقصاص باق في اليمين ولا يقتصر حتى تندمل اليسار فان عفا وجب بدلها ويتقاصان ، وان سرت اليسار الى نفسه فلورثة الجاني نصف الدية لأن اليسار مضمونة ويقبل قول الجاني في العلم وعدم اباحتها لأنه أعلم بنيته

على قوله « وان كان من عليه القصاص مجنوناً ، مثل ان يجن بعد وجوب القصاص عليه

(١) قوله « الثالث استواءهما في الصحة والكمال الخ ، وهذا المذهب قال الشارح لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح باشلاء الا ما حكى عن داود انه أو جب ذلك لاشتراكهما في الاسم . ولنا ان الشلاء لا يقع فيها سوى الجمال فلا تؤخذ بما فيه منفعة كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة واذا لم نوجب القصاص في العينين مع قوله تعالى ﴿ العين بالعين ﴾ لأجل تفاوتهما في الصحة والمعنى فلأن لا نوجب ذلك فيما لا نص فيه أولى . ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أصابع أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث أصابع لم يجب القصاص لأنها دون حقه ، وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه فيه وجهان . وان قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها اصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجوز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص ، وفي الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان فان قلنا له أن يقتصر فله الحكومة في الشلاء وارش ما تحتها من الكف وان قطع اليد كاملة ذو يد فيها اصبع زائدة وجب القصاص فيما ذكره أبو عبد الله بن حامد لان الزائد عيب ونقص في المعنى واختار القاضي انها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعي لانها زيادة وان قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجوز القصاص لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة

(٢) قوله « ولا عين الخ ، أى لانها ليست بمائة لها ولانه يأخذ أكثر من حقه

ولا ذكر فخل بذكر خصى ولا عنين^(١) ويحتمل أن يؤخذ بهما^(٢) إلا مارن
الاشم الصحيح يؤخذ بمارن الاخشم والمخزوم والمستحشف وأذن السميع بأذن
الاصم الشلاء في أحد الوجهين^(٣) ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح
وبمثله إذا أمن من قطع الشلاء التلف^(٤) ولا يجب له مع القصاص أرش في
أحد الوجهين ، وفي الآخر له دية الاصابع الناقصة^(٥) ولا شيء له من أجل
الشلل^(٦) واختار ابو الخطاب ان له ارشه . وان اختلفا في شلل العضو وصحته

(١) قوله « ولا ذكر فخل الخ » وهذا المذهب فهما وهو قول مالك لانه
لا منفعة فهما فان ذكر العنين لا يوجد معه وطء ولا انزال والخصى لا يولد له
ولا يكاد يقدر على الوطء ولا ينزل

(٢) قوله « ويحتمل الخ » هذا رواية عن أحمد واختارها أبو بكر وهو
مذهب الشافعي لانهما عضوان صحيحان

(٣) قوله « إلا مارن الاشم الخ » وهذا المذهب في ذلك كله لان عدم الشم
علة في الدماغ والانف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم لكون ذهاب
السمع نقص في الرأس

[تنبيه] ذكر المصنف أخذ أذن السميع بأذن الاصم الشلاء على أحد الوجهين
ولم أر الاصحاب ذكروا الا الصمم منفرداً والشلل كذلك من غير جمع فلعل
سقط من هنا واو ويكون تقديره بأذن الاصم والشلاء موافقة لكلام الاصحاب
مع أنه لا يمتنع وجود الخلاف في صورة المصنف . انتهى من الانصاف

على قوله « بمارن الاخشم » وهو الذي لا يشم به

(٤) قوله « ويؤخذ المعيب الخ » هذا بلا نزاع فان شاء أخذ الدية فله أخذ
دية يده لا نعم فيه خلافا لانه مجز عن استيفاء حقه على السكال بالقصاص وهذا
قول مالك والشافعي وأبي حنيفة

(٥) قوله « ولا يجب مع القصاص الخ » وهو المذهب لان الشلاء كالصحيحة
في الحلقة وانما نقصت في الصفة وفي الوجه الآخر له دية الاصابع الناقصة واختاره
ابن حامد والقاضي

(٦) قوله « ولا شيء له الخ » أى من أجل شلل العضو وهو المذهب

مفاهيمهما يقبل قوله؟ فيه وجهان (١)

فصل

وان قطع بعض لسانه او مارته او شفته او حشفته أو أذنه أخذ بمثله يقدر بالأجزاء كالنصف والثلث والرابع (٢) وان كسر بعض سنه برد من سن الجاني مثله اذا أمن قلعها (٣) ولا يقتص من السن حتى يأس من عودها فان اختلفا في ذلك رجح الى قول أهل الخبرة (٤) فان مات قبل اليأس من عودها فعليه ديتها ولاقتصاص فيها (٥) ، وان اقتص من سن فعادت غرم سن

(١) قوله « وان اختلفا الخ » أحدهما القول قول ولي الجناية وهو المذهب نص عليه لأن الظاهر من الناس سلامة الاعضاء وخلق الله تعالى لهم بصفة الكمال ، والثاني القول قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته من عضو سالم ولأنه لو كان سالماً لم يخف لأنه يظهر فيراه الناس

(٢) قوله « وان قطع بعض لسانه الخ » هذا المذهب وقطع به الأصحاب في غير قطع بعض اللسان والصحيح من المذهب انه كذلك لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولا يؤخذ بالمساحة لأنه يفضى الى أخذ لسان الجاني جميعه ببعض لسان المجني عليه

(٣) قوله « وان كسر بعض سنه الخ » لحديث الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقتل بالقتل ويقدر ذلك بالأجزاء . وان قلع سناً زائدة وهي التي نبتت فضلة في غير سمات الأسنان إلى داخل الفم أو الى الشفة وكانت للجاني في موضعها مثلها فللمجني عليه القصاص أو حكومة في سنه وان لم يكن له مثلها في محلها فليس له الا الحكومة

(٤) قوله « ولا يقتص من السن الخ » أي بقول أهل الخبرة وهذا المذهب ولا ييش من عودها الا اذا أضر وهو من سقطت روضه ثم نبتت فان قلع سن من لم ينغر لم يقتص من الجاني في الحال لانها تعود بحكم العادة فلا يجب ضمانها كالشعر فان عاد بدل السن على صفتها في موضعها فلا شيء على الجاني

(٥) قوله « فان مات الخ » الصحيح من المذهب ان ديتها تجب اذا مات قبل اليأس من عودها لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه ولا قصاص لان الاستحقاق غير متحقق

الجاني، ثم إن عادت سن الجاني رد ما أخذ، وإن عادت سن المجنى عليه قصيرة أو معيبة فعلى الجاني أرش نقصها^(١)

فصل

النوع الثاني الجروح . فيجب القصاص في كل جرح ينتهي الى عظم كالموضحة وجرح العضد والفخذ والساق والقدم^(٢) ولا يجب في غير ذلك من الشجاج والجروح^(٣) الا ان يكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة

[فائدة] الظفر كالسن في ذلك

(١) قوله « وان اقتص من سن الخ ، هذا المذهب المقطوع به لأنه قد تبين ان القصاص لم يكن يجب ويضمنها بالدية دون القصاص لأنه لم يقصد التعدي ، وان عادت سن الجاني رد ما أخذ اذا لم تعد سن المجنى عليه وإن عادت قصيرة أو معيبة فعلى الجاني ارش نقصها بالحساب

(٢) قوله « فيجب القصاص في كل جرح الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب . وقطعوا به لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولحديث الربيع ولان الله تعالى نصر على القصاص في الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية ، وهذا قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي

(٣) قوله « ولا يجب في غير ذلك الخ . وهذا بلا نزاع وعن روى عنه منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومنعه فيما فوقها عمر ابن عبد العزيز وعطاء والنخعي والزهرى والحكم وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم أحداً أوجب القصاص فيما فوق الموضحة الا ما روى عن ابن الزبير انه أقاد في المنقلة وليس بثابت عنه قال ابن المنذر لا أعلم أحداً خالف في ذلك ولأنها جراحات لا تؤمن الزيادة فيها فاشبهه الجائفة واما مادون الموضحة فقد روى عن مالك ان القصاص يجب في الدامية والباضعة والسحق ونحوه عن أصحاب الرأي . ولنا انها جراحة لا تنتهي الى عظم فلم يجب فيها القصاص كالجائفة ولأنها لا تؤمن فيها الزيادة . ولا قصاص في المأمومة وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ ولا في الجائفة وهي التي تصل الى الجوف عند أحد من أهل العلم الا ما روى عن ابن الزبير انه اقتص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً

قوله أن يقتصر موضحة^(١) ولا شيء له على قول أبي بكر^(٢) ، وقال ابن حامد له ما بين دية موضحة ودية تلك الشجة^(٣) فيأخذ في الهاشمة خمسا من الأبل وفي المنقلة عشرة . ويعتبر قدر الجرح بالمساحة^(٤) فلو أوضح انسانا في بعض رأسه مقدار ذلك البعض جميع رأس الشجاج وزيادة كان له أن يوضحه في جميع رأسه وفي الأرض للزائد وجهان^(٥)

= اقتصر منها قبل ابن الزبير وعن علي رضي الله عنه لا قصاص في المأمومة وهو قول مكحول والزهرى والشعبي وقال عطاء والنخعي لا قصاص في الجائفة وروى ابن ماجه في سنته عن العباس بن عبد المطلب عن النبي ﷺ أنه قال لا قود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة

(١) قوله « إلا أن يكون أعظم الخ » هذا بلا نزاع وهو مذهب الشافعي لأنه يقتصر على بعض حقه ويقتصر من محل جنائته

(٢) قوله « ولا شيء له الخ » وجزم به الأدمي لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية

(٣) قوله « وقال ابن حامد الخ » وجزم به في الوجيز والمنور وهو مذهب الشافعي لأنه تعذر القصاص فيه فانتقل فيه الى البدل كما لو قطع إصبعيه فلم يمكن الاستيفاء الا من واحدة وجزم به الاقناع

(٤) قوله « ويعتبر قدر الجرح بالمساحة الخ » هذا بلا نزاع أعلمه فاذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فان كان على موضعها شعر أزاله ويعمد الى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم طولها وعرضها بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشجاج ويعلم طرفيه بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة ويجريها الى آخرها فيأخذ مثل الشجة طولاً وعرضاً ولا يراعى العمق لأن حده العظم

(٥) قوله « وفي الأرض للزائد الخ » أحدهما لا يلزمه للزائد أرض صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز ومنتخب الأدمي وهو مذهب أبي حنيفة وجزم به في الاقناع لئلا يجمع قصاص ودية في جرح واحد والثاني له الأرض اختاره ابن حامد وصححه في الرعايتين وجزم به في المنور وهو مذهب الشافعي لان القصاص تعذر فيها جنى عليه

فصل

وان اشترك الجماعة في قطع طرف أو جرح موجب للقصاص .
وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديد على يده ويتحاملوا عليها جميعا حتى
تبين فعلى جميعهم القصاص في احدى الروايتين^(١) وان تفرقت أفعالهم أو قطع
كل إنسان من جانب فلا قصاص رواية واحدة^(٢) . وسراية الجناية مضمونة
بالقصاص او الدية^(٣) فلو قطع إصبعاً فتأكلت أخرى إلى جانبها وسقطت من
مفصل أو تأكلت اليد وسقطت من الكوع وجب القصاص في ذلك وإن

[فائدة] لو كانت الصفة بالعكس بان أوضح كل رأسه وكان رأس الجاني
أكبر منه فله قدر شجته من أى الجانبين شاء فقط على الصحيح من المذهب ، واما اذا
كانت الشجة بقدر بعض الرأس منهما لم يعدل عن جانبها إلى غيره بلا نزاع

(١) قوله « وان اشترك جماعة الخ ، وهو المذهب وبه قال مالك والشافعي
وأبو ثور وقال الحسن والزهرى والثورى وأصحاب الرأى وابن المنذر لا تقطع
يدان بيد واحدة وهى الرواية الأخرى لانه روى عنه ان الجماعة لا يقتلون بالواحد
وهذا تنبيه منه على أن الاطراف لا تؤخذ بطرف واحد . ولنا ما روى أن شاهدين
شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاء بآخر فقالا هذا
هو السارق وأخطأنا فى الاول فرد شهادتهما على الثانى وغرمهما يد الاول وقال :-
لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما فاخبر ان القصاص عليهما لو تعمدتا قطع يد واحدة .
ولانه أحد نوعى القصاص فتؤخذ فيه الجماعة بالواحد كالانفس

(٢) قوله « فان تفرقت أفعالهم الخ ، أى لان كل واحد منهم لم يقطع اليد
ولم يشارك فى قطع جميعها ، وان كان فعل كل واحد منهم بمفرده يمكن الاقتصاص
منه اقتص منه وهذا مذهب الشافعي

(٣) قوله « وسراية الجناية الخ ، هذا بلا نزاع نعله وهو من مفردات
المذهب قال الشارح سراية الجناية مضمونة بتغير خلاف لانها أثر جنائية والجناية
مضمونة فكذلك أثرها ثم ان سرت الى النفس وما لا يمكن مباشرته بالاتلاف
مثل ان يهشمه فى رأسه فيذهب ضوء عينه وجب القصاص فيه ولا خلاف فى ذلك
فى النفس وفى ضوء العين خلاف ذكرناه فيما مضى وان سرت الى ما يمكن مباشرته =

شل ففيه ديته دون القصاص (١). وسراية القود غير مضمونة (٢) فلو قطع اليد قصاصا فسرى إلى النفس فلا شيء على القاطع. ولا يقتص من الطرف إلا بعد برئه (٣) فإن اقتص قبل ذلك بطل حقه من سراية جرحه فلو سرى إلى

== بالاتف مثل ان قطع اصبعاً فتأكلت أخرى وسقطت ففيه القصاص أيضاً في قول امامنا وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وقال أكثر الفقهاء لا قصاص في الثانية وتجب ديتها لان ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية. ولنا ان ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس

(١) قوله «وان شل الخ» وهذا الصحيح من المذهب وجزم به في المعنى والشرح وغيرهما وبه قال مالك والشافعي قالوا يجب الأرش في الثانية التي شلت والقصاص في الأولى وقال أبو حنيفة لا يجب القصاص فيهما ويجب أرشهما جميعاً لان حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو سرت الى النفس. ولنا انها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر الى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى الى جنينها

(٢) قوله «وسراية القصاص الخ» هذا بلا نزاع وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي واسحاق وابو يوسف ومحمد وابن المنذر وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وقال عطاء وطاوس وعمر بن دينار والحارث العكلي والشعبي والنخعي والزهرى وابو حنيفة عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كمال الدية في ماله وقال غيره هي على عاقلته لانه فوت نفسه ولا يستحق الا طرفه. ولنا ان عمر وعلياً قالوا من مات من حد أو قصاص لا دية له الحق قتله رواه سعيد ولانه قطع مستحق مقدر فلا يضمن سرايته كقطع السارق لسكن لو اقتص قهراً مع حر أو برد أو بآلة كالة أو مسمومة ونحوه لزمه بقية الدية على الصحيح من المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في الفروع وصححه في الرعايتين وعند القاضي يلزمه نصف الدية

(٣) قوله «ولا يقتص من الطرف الخ» الصحيح من المذهب انه يحرم ان يقتص من الطرف قبل برئه وهو قول أكثر اهل العلم منهم النخعي والثوري ومالك وابو حنيفة واسحاق وابو ثور وروى ذلك عن الحسن قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من اهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ وعنه لا يحرم وهو تخريج في المعنى والشرح وهو قول الشافعي قال ولو سأل القود ساعة قطعت اصبعه ==

نفسه كان هدرا وإن سرى القصاص إلى نفس الجاني كان هدرا أيضا (١)

كتاب الديات

كل من أتلف إنسانا أو جزءا منه بمباشرة أو سبب فعلية ديته (٢) فإن كان عمدا محضا فهي في مال الجاني حالة (٣) وإن كان شبه عمد أو خطأ أو ما أجرى مجراه فعلى عاقلته (٤). ولو ألقى على إنسان أفعى أو ألقاه عليها فقتلته أو طلب

== أقيده به لما روى جابر أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فقال يارسول الله اقدني قال حتى تبرأ فأبى وعجل فاستقاده رسول الله ﷺ فعميت رجل المستقيم وبرأت رجل المستقاده منه فقال النبي ﷺ « ليس لك شيء انك عجلت » رواه سعيد مرسلا ولنا ما روى جابر أن النبي ﷺ نهى أن يستقاده من الجرح حتى يبرأ المجرح رواه الدارقطني

(١) قوله « فان فعل ذلك الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته وقال الشافعي هي مضمونة لأنها سرية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص ولنا الخبر المذكور في المسئلة التي قبلها ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله فبطل حقه

(٢) قوله « كل من أتلف انسانا الخ » لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ ﴾ الآية ، وفيها ﴿ وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله ﴾ وعبر عن الذمة بالميثاق وحديث ابى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم حين كتب له النبي ﷺ كتابا الى أهل اليمن ذكر فيه الديات وأجمع أهل العلم على ذلك في الجملة

(٣) قوله « فان كان القتل عمدا الخ » أجمع أهل العلم على ان دية العمد تجب في مال الجاني لا تحملها العاقلة وتجب حالة وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة تجب في ثلاث سنين لأنها دية آدمى فكانت مؤجلة كدية شبه العمد ولنا ان ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وارش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لان القاتل معذور لسكونه لم يقصد القتل

(٤) قوله « وان كان شبه عمد الخ » شبه العمد على العاقلة وهو المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ابن سيرين والزهرى وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور هي على القاتل في ماله واختاره أبو بكر لأنها موجب فعل قصده فلم تجمله العاقلة وهكذا يجب أن ==

إنسانا بسيف مجرد فهرب فوقه في شيء تلف به بصيرا كان أو ضريرا أو
حفر بئرا في فئانه أو وضع حجرا (١) أو صب ماء في طريق (٢) أو بالت فيها دابته

== يكون مذهب مالك لان شبه العمدة عنده من باب العمدة ولنا ما روى أبو هريرة
قال اقتلت امرأتان من هذيل فرمت احدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها
فقضى رسول الله ﷺ بديه المرأة على عاقلتها متفق عليه وتجب مؤجلة لا نعلم فيه
خلافاً بين أهل العلم وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشعبي
والنخعي وقتادة وأبو هاشم وعبيد الله بن عمر ومالك والشافعي وإسحاق وأبو
ثور وابن المنذر وأما دية الخطأ فلا نعلم خلافاً بين أهل العلم في انها على العاقلة قال
ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وقد ثبتت الأخبار عن
رسول الله ﷺ انه قضى بديه الخطأ على العاقلة ، فأما الكفارة ففي مال القاتل
لا يدخلها تحمل

[فائدة] لا يلزم القاتل شيء من دية الخطأ وبه قال مالك والشافعي وقال أبو
حنيفة هو كواحد من العاقلة لأنها وجبت عليهم إعانة فلا يزيدان عليه فيها . ولنا
ما روى أبو هريرة ان النبي ﷺ قضى بديه المرأة على عاقلتها متفق عليه

(١) قوله « وان ألقى على إنسان أفعى الخ ، وفيه مسائل الأولى اذا ألقى على
إنسان أفعى أو ألقاه عليها فقتلته فعليه ضمانه وهو المذهب لأنه تلف بعدوانه . الثانية اذا
طلب انسانا بالسيف الخ فيضمنه وهو المذهب سواء سقط من شاحق أو انخسف
به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في هربه أو احترق بنار
وسواء كان المطلوب صغيراً أو كبيراً أعمى أو بصيراً . وقال الشافعي لا يضمن
البالغ العاقل البصير إلا أن ينخسف به سقف . ولو شهر سيفاً في وجه إنسان أو
دلأه من شاحق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه دية . الثالثة اذا حفر بئراً الخ
وكذا لو حفرها في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه فراد
المصنف اذا كان الحفر محرماً سواء كان في فئانه أو غيره فراده ضرب مثال لاحصر
المسئلة في ذلك وروى عن شرح انه ضمن رجلاً حفر بئراً فوقه فيها رجل فمات
ووروى ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق

(٢) قوله « أو صب ماء الخ ، هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب
وقال في الترغيب ان رشه لذهاب الغبار فصلحة عامة كحفر بئر في سابلة

ويده عليها أو رمى قشر بطيخ فيها فقتل به إنسان وجبت عليه ديته^(١) وإن حفر بئراً ووضع آخر حجراً فعثر به إنسان فوقع في البئر فالضمان على واضع الحجر^(٢) وإن غضب صغيراً فنهشته حية أو أصابته صاعقة ففيه الدية^(٣) وإن مات بمرض فعلى وجهين^(٤) وإن اصطدم نفسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد

(١) قوله « أو بآلت دابته الخ » وهذا المذهب سواء كان راكباً أو قائداً أو سائقاً وعليه الأصحاب لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها فاشبه ما لو جنت بيدها أو فيها ، وقال المصنف والشارح وصاحب الفروع : وقياس المذهب لا يضمنه كمن سلم على غيره أو أمسك يده فمات ونحوه لعدم تأثيره ، قال في الانصاف وهذا الصواب

(٢) قوله « وإن حفر بئراً الخ » وهذا المذهب لأن الحجر كالدافع له وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده وبهذا قال الشافعي . وعن أحمد الضمان عليهما قال في الفروع فيخرج فيه ضمان المتسبب اختاره ابن عقيل وغيره وجعله أبو بكر كقاتل وممسك

[تنبيه] محل الخلاف إذا تعديا بفعل ذلك أما إن تعدى أحدهما فالضمان عليه وحده قاله الأصحاب وتقدم أحكام البئر في آخر الغصب

(٣) قوله « وإن غضب صغيراً الخ » هذا المذهب لأنه تلف في يده العادية (٤) قوله « وإن مات بمرض الخ » وكذا لومات فجأة أحدهما تجب عليه الدية صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز كالعبد الصغير ، والثاني لا تجب جزم به في المنور وقدمه في المحرر وجزم به في الاقناع قال الحارثي في الغصب وعن ابن عقيل لا يضمن ولم يفرق بين الصاعقة والمرض وهو الحق انتهى

[فائدتان] قال الشيخ تقي الدين مثل الحية والصاعقة كل سبب يختص بالبقعة كالوباء وانهدام سقف عليه ونحوهما

(الثانية) لو قيد حراً مكلفاً وغله فقتل بصاعقة أو حية ففيه الدية على الصحيح من المذهب وقيل لا تجب

على قوله « وإن اصطدم نفسان » بصيران أو ضريران أو أحدهما على قوله « فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر » وهذا المذهب وسواء كان تصادمهما عمداً أو خطأ روى عن علي ولا يجب قصاص لأن الصدمة لا تقتل غالباً

منهما دية الآخر وان كانا راكبين فانت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر^(١) وإن كان أحدهما يسير والآخر واقفا فعلى السائر ضمان الواقف ودابته إلا أن يكون في طريق ضيق قاعدا أو واقفا فلا ضمان فيه^(٢) وعليه ضمان ما تلف به^(٣) وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتتا فعلى

(١) قوله « فعلى كل واحد الخ » هذا المذهب سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين أو كان أحدهما فرسا والآخرى غيرها مقبلين أو مدبرين وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباؤه واسحاق . وقال مالك والشافعي على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر وهو قول في المذهب لأن التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسما عليهما وإنما ان كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وإنما هو قربها إلى محل الجنابة فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة . إذا ثبت ذلك فإن قيمة الدابتين ان تساوتا تساقطا وإن كانت احدهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة وإن ماتت إحدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وإن نقصت فعليه نقصها وقدم في الرعايتين إذا غلبت الدابة راكبا بلا تفریط لم يضمن وجزم به في الترغيب والوجيز والحاوي الصغير

(٢) قوله « وان كان أحدهما يسير الخ » هذا المذهب نص عليه لان السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه فان مات هو أو دابته فهدر لانه أتلف نفسه ودابته وان انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرین لأن التلف حصل من فعلهما

(٣) قوله « وعليه ضمان ما تلف به » جزم المصنف هنا ان ما أتلفه الواقف أو القاعد للسائر في الطريق الضيق أنه يضمنه وجزم به في الشرح وشرح ابن منجا واختاره المصنف والصحيح من المذهب انه لا يضمن نص عليه لأنه لم يجز عليه وأما ما يتلف للسائر إذا كانت الطريق واسعة فلا ضمان على الواقف والقاعد على الصحيح من المذهب

[تنبيهان] أحدهما قوله فعلى السائر ضمان الخ ضمان الواقف يكون على عاقلة السائر وضمان دابة الواقف يكون على نفس السائر صرح به الأصحاب فظاهر كلام المصنف غير مراد

عاقلته ديتهما^(١) وان رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر إنسانا فعلى عاقلة كل

(الثاني) قوله الا ان يكون في طريق ضيق قاعدا أو واقفاً قال ابن منجا لا بد أن يلحظ ان الطريق الضيق غير مملوك للواقف أو القاعد لانه اذا كان مملوكا له لم يكن متعديا بوقوفه بل السائر هو المتعدى لسوكة ملك غيره بغير اذنه انتهى. قلت ووجزم به في الاقناع

[فائدة] لو اصطدم عبدان ماشيان فاتا فهدر . وان مات أحدهما فقيمته في رقة الآخر كسائر جنائياته ، وان اصطدم حر وعبد فاتا ضمننت قيمة العبد في تركة الحر على الصحيح من المذهب وقيل نصفها وتجب دية الحر كاملة في تلك القيمة لتعلق جنائياته برقبته والقيمة قائمة مقامها فان تساويا تقاسوا وان كانت القيمة أكثر سقط منها بقدر الدية وان كانت الدية أكثر فلا شيء عليه

(١) قوله « وان اركب صبيين الخ » هذا أحد الوجهين جزم به في الترغيب والنظم والوجيز ومنتخب الادبي والشرح وشرح ابن منجا لانه متعد بذلك ، والصحيح من المذهب ان الضمان على الذي أركبهما لأنه متعد بذلك وتلفهما بسبب من جهته

[تنبيهان] أحدهما محل الخلاف في نفس الدية اما ان كان التالف مالا فان الذي أركبهما يضمه قولا واحداً

(الثاني) ظاهر كلام المصنف انه لو أركبهما من له ولاية عليهما فهما كما لو كانا عاقلين بالغين وركبا على ما تقدم وتحريم ذلك انه ان اركبهما لمصلحة فلا شيء عليه على الصحيح من المذهب وقال ابن عقيل انما ذلك إذا أركبهما ليرتد عليا الركوب اذا كانا يثبتان بأنفسهما فأما ان كانا لا يثبتان بأنفسهما فالضمان عليه ، وقال في الترغيب ان صلحا للركوب وأركبهما ما يصلح لركوب مثلهما لم يضمن والا ضمن ، قال في الانصاف وهو الصواب ولعله مراد من أطلق

[فائدة] لو اصطدم كبير وصغير فان مات الصغير ضمنه الكبير ، وان مات الكبير ضمنه الذي ركب الصغير

[فائدة] لو تجاذب اثنتان جبلا أو نحوه فانقطع فسقطا فاتا فهما كالمتصادمين سواء انكبا أو استلقيا أو انكب أحدهما واستلقى الآخر ، لكن نصف دية المنكب على عاقلة المستلق مغلظة ونصف دية المستلق على عاقلة المنكب مخففة قاله في الرعاية

واحد منهم ثلث ديته^(١)، وان قتل أحدهم ففيه ثلاثة أوجه^(٢) (أحدها) يلغى فعل نفسه وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية ، و(الثاني) عليهما كمال الدية^(٣)، و(الثالث) على عاقلة ثلث الدية لورثته وثلثاها على عاقلة الآخرين^(٤)، وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم^(٥). وإن جنى إنسان على نفسه أو طرفه خطأ

(١) قوله « وان رمى ثلاثة الخ » أى ولا قود لعدم امكان القصد غالباً وهو المذهب وعليه الأصحاب لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد وسواء قصدوا رمى واحد بعينه أو جماعة أو لم يقصدوا ذلك واختار في الرعاية ان ذلك عمد ان كان الغالب الاصابة قال في الانصاف قلت ان قصد رميه كان ذلك عمدا والا فلا . انتهى . قلت وهذا هو الصواب ان شاء الله تعالى

(٢) قوله « وان قتل أحدهما الخ » الوجه الأول هو المذهب جزم به القاضى في المجرد والمصنف في العمدة وقال في المغنى هذا أحسن وأصح وهو مذهب الشافعى لأنه شارك في إتلاف نفسه فلم يضمن ما قابل فعل نفسه كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده قال المصنف وقد روى عن على رضى الله عنه في مسألة القارصة والقامصة والواقصة نحوه قال الشعبي وذلك ان ثلاث جوار اجتمعن فركبت احدهن على عنق الأخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت الرابكة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك الى على فقضى بالدية اثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسئلتنا

(٣) قوله « والثانى الخ » قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب وقدمه في الرعاية والفروع وجزم به في الوجيز كالتصادمين

(٤) قوله « والثالث الخ » أى لأن كل واحد منهم شارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمه ديتها كالأجانب وهذا ينبى على أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ يتحمل عقابها العاقلة

(٥) قوله « وان كانوا أكثر الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب أى اذا كانوا أربعة فقتلوا أحدهم أو غيرهم فالدية على الخمسة لأن العاقلة لا تحمل مادون الثلث لأن المقتول يلغى فعل نفسه ويكون هدرأ لأنه لا يجب عليه لنفسه شىء . ويكون باقى الدية فى أموالهم حالة لأن التأجيل فى الدية انما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا دون الثلث وأما على الوجه الذى اختاره أبو الخطاب فان الدية تجب على عاقلة =

فلا دية له ، وعنه على عاقلته ديته لورثته ودية طرفه لنفسه . وإن نزل رجل بئراً نخر عليه آخر فمات الأول من سقطته فعلى عاقلته ديته ^(١) وإن سقط ثالث فمات الثاني به فعلى عاقلته ديته وإن مات الأول من سقطتهما فديته على عاقلتهما . وإن كان الأول جذب الثاني وجذب الثاني الثالث فلا شيء على الثالث وديته على الثاني في أحد الوجهين ^(٢) وفي الثاني على الأول والثاني نصفين ودية الثاني على الأول ^(٣) وإن كان الأول هلك من وقعة الثالث احتمل

== كل واحد من الثلاثة اثلاثاً لأنهم تحملوا بها كلها لأن الرابع المقتول لا شيء على عاقلته ولا يسقط ما قابل فعله

(١) قوله « وان نزل رجل بئراً الخ ، اذا نزل رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه كما لو رمى عليه حجراً فان كان عمد رمى نفسه عليه وهو ما يقتل مثله غالباً فعليه القصاص وان كان بما لا يقتل غالباً فهو شبه عمد وان وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة وان مات الثاني بوقوعه على الأول فدمه هدر لأنه مات بفعله وقد روى على بن رباح اللخمي ان رجلاً كان يقود أعمى فوقها في بئر خر البصير فوقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم :

يا أيها الناس لقيت منكراً هـ هل يعقل الأعمى الصحيح المبصر

خرا معاً كلاهما تسكرا

رواه الدارقطني وهذا قول ابن الزبير وشرح والنخعي والشافعي واسحاق ولا نعلم فيه خلافاً قال في المعنى : ولو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصير لأنه الذي قاده الى المكان الذي وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصدا لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى الا ان يكون مجعاً عليه

(٢) قوله « وان كان الأول جذب الثاني الخ ، وهو المذهب لأن الثالث لا فعل له وتجب ديته على الثاني لأنه هو الذي جذب به وبأشبهه بذلك والمباشرة تقطع حكم التسبب ، وفي الوجه الآخر ديته على الأول والثاني نصفين لأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركاً للثاني في إتيانها

(٣) قوله « ودية الثاني على الأول ، هذا أحد الوجوه قدمه في الرعايتين وجزم به في الاقتناع لأنه هلك بجذبه ، والوجه الثاني يجب على الأول نصف ديته ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه

أن يكون ضمانه على الثاني واحتمل أن يكون نصفها على الثاني وفي نصفها الآخر وجهان^(١). وإن خر رجل في زبية أسد فجذب آخر وجذب الثاني ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد فالقياس أن الدم الأول هدر^(٢) وعلى عاقلته دية الثاني وعلى عاقلة الثاني دية الثالث وعلى عاقلة الثالث دية الرابع. وفيه وجه آخر أن دية الثالث على عاقلة الأول والثاني نصفين ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثا. وروى عن علي رضي الله عنه أنه قضى للأول بربع الدية ولثاني بثلثها ولثالث بنصفها وللرابع بكاملها على من حضرهم ثم رفع إلى النبي ﷺ فأجاز قضاءه فذهب أحمد إليه توقيفا^(٣) ومن اضطر إلى طعام إنسان

(١) قوله «وان كان الأول هلك الخ» الاحتمال الثاني جزم به في الاقتناع فيكون نصفها على الثاني والباقي هدر لان الهلاك حصل بفعل الثاني والأول فيلغى فعل الأول في نفسه ويجب على عاقلة الثاني نصف الدية

(٢) قوله «فالقياس الخ» هذا المذهب وكذا لو تدافع أو تزاحم عند حفرة جماعة فسقط منهم أربعة متجاذبين بأن سقط منهم واحد فجذب آخر وجذب الثاني ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد

على قوله «فالقياس أن دم الأول هدر» لأنه لا صنع لاحد في القائه

على قوله «وعلى عاقلته دية الثاني» لأنه تسبب في قتله

على قوله «وعلى عاقلة الثاني دية الثالث» لما ذكرنا

على قوله «وفيه وجه أن دية الثالث على عاقلة الأول والثاني نصفين» لأن جذب الأول للثاني سبب في جذب الثالث كما لو قتلاه خطأ

على قوله «ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثا» لأن جذب الثلاثة سبب في إتلافه

(٣) قوله «وروى عن علي الخ» روى حنش الصنعاني أن قوما من أهل اليمن حضروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا وجذب الثاني ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى علي فقضى فيها بما =

او شرابه وليس به مثل ضرورته فنعه حتى مات ضمنه نص عليه^(١) وخرج عليه أبو الخطاب كل من أمكنه انجاء إنسان من هلكة فلم يفعل^(٢) وليس ذلك مثله^(٣) ومن أفرغ إنسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث دينته وعنه لا شيء عليه^(٤)

== ذكر وقال فاني أجعل الدية على من حضر رأس البئر ثم رفع إلى النبي ﷺ فأجاز قضاءه رواه سعيد بن منصور ورواه أحمد أيضا وفي رواية لأحمد فجعل الدية على قبائل المذنبين ازدحموا أي عواقلمهم وهو ظاهر في الثلث والنصف وأما الربع فلا يتوجه حمل العاقلة لها لكن ذكر بعض أهل العلم ان الحديث لا يشته أهل النقل وانه ضعيف والقياس ما قلناه فلا ينتقل عنه إلى ما لا يدري ثبوته ولا معناه

[فائدة] نقل جماعة ان ستة تغاطوا في الفرات فمات واحد فرفع إلى علي فشهد رجلان على ثلاثة وثلاثة على اثنين فقضى بخمس الدية على الثلاثة وثلاثة أخماس الدية على الاثنين

(١) قوله « ومن اضطر إلى طعام إنسان الخ » من أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لأنه سبب هلاكه ، وكذلك ان اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه وهذا المذهب لما روى ان رجلا أتى أهل ابيات فاستسقام فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر رضي الله عنه الدية حكاة أحمد في رواية ابن منصور وقال أقول به وهو من مفردات المذهب ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً فاذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه ويكون ضمانه عليه وقال القاضي يكون على عاقلته

[فائدة] مثل المسئلة في الحكم لو أخذ منه ترسا كان يدفع به عن نفسه ضرباً

(٢) قوله « وخرج عليه الخ » أي لا شترأ كهما في القدرة على سلامته وخلصه من الموت

(٣) قوله « وليس ذلك مثله الخ » أي لأنه هنا لم يتسبب إلى هلاكه فلم يضمه كما لو لم يعلم بحاله ، وأما في مسألة الطعام فانه منعه منعاً كان سبباً في هلاكه فافترقه

(٤) قوله « من أفرغ إنساناً الخ » هذا المذهب نص عليه قضى بذلك عثمان =

فصل

ومن أدب ولده او امرأته في النشوز أو المعالم صبيه أو السلطان رعيته ولم يسرف فأفضى الى تلفه لم يضمه^(١) ويتخرج وجوب الضمان على ما قاله فيما إذا أرسل السلطان الى امرأة ليحضرها فأجهضت جنينها أو ماتت فعلى عاقلته الدية^(٢) وإن سلم ولده إلى السابح ليعلمه فغرق لم

== قال أحمد لا أعلم شيئاً يدفعه وبه قال اسحاق، وعنه لا شيء عليه وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان الدية انما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال وليس ههنا شيء من ذلك قال الشارح وهذا هو القياس وانما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان رضی الله عنه لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فتكون اجماعاً ولأن قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على انه توقيف

[فائدة] وكذا الحكم لو أحدث ببول، ونقل ابن منصور الاحداث بالريح كالاحداث بالبول وهو المذهب وذكره القاضى وأصحابه وجزم به في الرعايتين والحاوى وناظم المفردات وهو منها وقال المصنف والشارح والاولى التفريق بين البول والريح لان البول والغائط أخش

(١) قوله « ومن أدب ولده الخ » هذا المذهب لانه أدب ما ذون فيه شرعاً فلم يضم ما تلف به كالجذ والتعزير

(٢) قوله « ويتخرج وجوب الضمان الخ » أفادنا المصنف رحمه الله ان السلطان اذا أرسل الى امرأة ليحضرها فاجهضت جنينها أو ماتت انه يضمن أما اذا أجهضت جنينها فانه يضمه بلا نزاع أعلمه لما روى ان عمر بعث الى امرأة مغيبه كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر فينما هي في الطريق اذ فرغت فضرها الطلق فألقت ولدًا فصاح الصبي صيحة أو صيحتين ثم مات فاستشار عمر الصحابة فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء وانما انت وال مؤدب وصمت على فأقبل عليه عمر فقال ما تقول يا أبا الحسن فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديتك عليك لأنك أفرعتها فألقته فقال عمر أقسمت عليك ان لا تبرح حتى تقسمها على قومك واما اذا ماتت فزناً من ارسال السلطان فجزم المصنف هنا انه يضمها وهو أحد الوجهين والمذهب منها لأنها نفس هلكت =

يضمنه^(١) ويحتمل ان تضمنه العاقلة^(٢) وإن أمر عاقلاً ينزل بثراً او يصعد شجرة
فهلك لم يضمنه^(٣) إلا أن يكون الأمر السلطان فهل يضمنه ؟ على وجهين^(٤)
وإن وضع جرة على سطح فرمها الريح على إنسان فتلف لم يضمنه^(٥)

== بسببه فوجب ان يضمن كما لو ضربها فانت ، والوجه الثاني لا يضمنها جزم به في
الوجيز لانه ليس بسبب عادة وان استعدى انسان على امرأة فألقت جنينها أو
ماتت فزاعاً فعلى عاقلة المستعدى الضمان ان كان ظالماً لها وان كانت هي الظالمة
وأحضرها عند الحاكم فينبغي ان لا يضمنها لأنها سبب احضارها بظلمها

[فائدة] لو أذن السيد في ضرب عبده فضربه المأذون له ففي ضمانه وجهان
وأطلقهما في الفروع قال في الانصاف والصواب انه لا يسقط ، ولو أذن الوالد في
ضرب ولده فضربه المأذون له ضمنه جزم به في الرعاية والفروع

(١) قوله « وان أسلم ولده الخ » ، يعني لم يضمنه إذا كان حاذقاً وهذا المذهب
قال في الفروع لم يضمنه في الأصح قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب لأنه فعل
ما جرت العادة به لمصلحته كضرب المعلم الصبي الضرب المعتاد ، وكذا لو سلم بالغ
عاقل نفسه

(٢) قوله « ويحتمل الخ » ، أى لأنه سلمه اليه ليحتاط في حفظه فاذا غرق
فقد نسب الى التفريط في حفظه

(٣) قوله « وان أمر عاقلاً الخ » ، أى كما لو استأجره لأنه لم يجز ولم يتعد
فأشبه ما لو أذن له ولم يأمره

(٤) قوله « إلا أن يكون الخ » ، أحدهما لا يضمنه كما لو استأجره لذلك وهو
المذهب صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر والفروع وغيرهما ،
والوجه الثاني يضمنه وهو من خطأ الامام اختاره القاضى في المجرد ولأنه يخاف
منه اذا خالفه وهو مأمور بطاعته

[فائدة] لو أمر من لا يميز بذلك ضمنه وكذا لو كان غير مكلف

(٥) قوله « وان وضع جرة الخ » ، أو وضعها على حائطه ولو مستطرفة وهذا
المذهب لأن ذلك يغير فعله ووضعه لذلك كان في ملكه
على قوله « دية الحر المسلم مائة من الإبل أو مائتا بقرة أو ألفا شاة » ، وكون
البقر والغنم من أصول الدية من المفردات

باب مقادير ديات النفس

دية الحر المسلم مائة من الابل او مائتا بقرة او الفا شاة أو ألف مثقال أو اثنا عشر ألف درهم فهذه الخمس اصول في الدية^(١) اذا أحضر من عليه الدية شيئاً منها لزمه قبوله^(٢) وفي الحلال روايتان احداها ليست أصلاً في الدية^(٣) وفي الأخرى أنها أصل وقدرها مائتا حلة من حلال اليمن كل حلة بردان^(٤)، وعنه ان الابل هي الاصل خاصة وهذه أبدال عنها فان قدر على الابل والانتقل اليها^(٥) فان كان القتل عمدا او شبه عمد وجبت ارباعاً خمس وعشرون بنت

(١) قوله « فهذه الخمس اصول في الدية » هذا المذهب قال القاضي لا يختلف المذهب ان اصول الدية هذه الخمسة وهذا قول عمر وعطاء وطاوس والفقهاء السبعة وبه قال الثوري وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد لما روى محمد بن عمرو بن حزم في كتابه ان رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن « وان في النفس المؤمنة مائة من الابل وعلى أهل الورق ألف دينار » رواه النسائي وروى ابن عباس ان رجلاً من بني عدى قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً رواه ابو داود والترمذي وروى عن عكرمة مرسلًا وهو أصح وأشهر وعن عطاء عن جابر قال فرض رسول الله ﷺ في الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة التي شاة رواه ابو داود وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله ﷺ ان من كان عقله في البقر مائتي بقرة ومن كان عقله في الشاة التي شاة رواه أحمد وأبو داود والنسائي

(٢) قوله « فاذا أحضر الخ » أى سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لأنها اصول في قضاء الواجب فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة

(٣) قوله « وفي الحلال الخ » إحداها ليست أصلاً وهو المذهب للأخبار ولأنها تختلف ولا تنضب

(٤) قوله « والأخرى الخ » ونصرها القاضي وأصحابه وصحها السامري لحديث عمر ، وعلى أهل الحلال مائتا حلة رواه أبو داود

(٥) قوله « وعنه أن الابل الخ » قال ابن منجا في شرحه هذه الرواية هي =

مخاض وخمس وعشرون بنت ليون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة^(١) وعنه أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها^(٢). وهل يعتبر كونها ثانياً؟ على وجهين^(٣). وان كان خطأ وجبت أخماسا

== الصحيحة من حيث الدليل قال الزركشى هي أظهر دليلاً ونصرها وهي ظاهر كلام الخرقى حيث لم يذكر غيرها لقول رسول الله ﷺ إلا ان في قتيل السوط والعصا مائة من الابل ولأنه فرق بين دية العمد والخطأ فملاظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الابل

(١) قوله «وجبت أرباعاً الخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهذا قول الزهري وربيعه ومالك وسليمان بن يسار وأبي حنيفة وروى ذلك عن ابن مسعود

(٢) قوله «وعنه أنها ثلاثون الخ» وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي وروى ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة وجزم بها أبو الخطاب في الانتصار وجزم به في العمد واختاره الزركشى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال من قتل عمداً دفع الى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوا وان شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وما صلحوا عليه فهو لهم رواه الترمذي وقال حسن غريب وعن عبد الله بن عمر ان رسول الله ﷺ قال ان في قتيل عمد الخطا قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها رواه الامام احمد وابو داود وعن عمرو بن شعيب ان رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه رواه مالك ووجه الأولى ما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ ارباعاً خمساً وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنت ليون وخمسا وعشرين بنت مخاض، وذكر في الروضة رواية العمد اثلاثاً وشبه العمد ارباعاً

(٣) قوله «وهل يعتبر كونها ثانياً الخ» احدهما يعتبر ذلك وهو المذهب وهو الذي ذكره القاضي وصححه في النظم وقدمه في الفروع لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق الخلفات ولم يقيدها فاعتبار السن تقييد لا يصار اليه إلا بدليل والثاني يعتبر لأن في بعض الفاظ الحديث من ثنية الى بازل عامها رواه أحمد وابوداود =

عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
حقة وعشرون جذعة^(١) ويؤخذ من البقر النصف مسنات والنصف أتبعه^(٢)
وفي الغنم النصف ثنايا والنصف أجدعة^(٣) ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك بعد
أن يكون سليما من العيوب^(٤) وقال أبو الخطاب يعتبر أن يكون قيمة كل بعير
مائة وعشرين درهما^(٥) فظاهر هذا أنه يعتبر في الأصول كلها أن تبلغ دية من
الائمان والاول أولى^(٦) وتؤخذ من الحلال المتعارف فان تنازعا فيها جعلت

== والثنية ما لها خمس سنين ودخلت في السادسة وقيل يعتبر كونها ثنايا الى بازل عام
وله سبع سنين

(١) قوله «وان كان خطأ الخ» هذا المذهب بلا نزاع وهذا قول ابن مسعود
والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار
والزهري والليث وربيعة ومالك والشافعي كقولنا الا أنهم جعلوا مكان بني مخاض
بني لبون وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود وروى عن علي
والحسن والشعبي والحارث العكلي وإسحاق أنها ارباع كدية العمدة سواء، ولنا
ما روى ابن مسعود قال قال رسول الله في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة
وعشرون بني مخاض وعشرون بنت لبون رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وقال
في اسناده عن الحجاج حدثنا زيد بن جبير، والترمذي وقال لا نعرفه مرفوعا الا
من هذا الوجه، ورواه الدارقطني وقال هذا حديث غير ثابت

(٢) قوله «ويؤخذ من البقر الخ» هذا المذهب لأن ذلك هو العدل لانه لو
أخذ الكل مسنات لكان فيه إجحافا على الجاني وبالعكس فيه تحامل على
المجني عليه

(٣) قوله «وفي الغنم الخ» هذا المذهب لما ذكرنا

(٤) قوله «ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك الخ» هذا المذهب قال المصنف
هنا وهذا أولى وصححه هو والشارح لأنه عليه الصلاة والسلام أطلقها فقيدها
بقيمة يخالف ظاهر الخبر

(٥) قوله «وقال أبو الخطاب الخ» لأن عمر قوم الابل على أهل الذهب
بألف مثقال وعلى أهل الورق باثني عشر الف درهم رواه سعيد

(٦) قوله «فظاهر هذا الخ» هذا رواية عن أحمد ذكرها في الكافي وغيره
وعليها أكثر الأصحاب منهم القاضي وأصحابه وجزم به في الهداية والمذهب وغيرهما =

قيمة كل واحدة ستين درهما

فصل

ودية المرأة نصف دية الرجل^(١) ويساوى جراحها جراحه الى ثلث الدية فاذا زادت صارت على النصف^(٢) ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف

== ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس ابله وقال القاضى الواجب عليه أن تكون من جنس ابله سواء كان القاتل أو العاقلة فان لم يكن نه ابل فمن غالب ابل بلده فان لم يكن فيها ابل وجب من غالب ابل أقرب البلاد اليه

(١) قوله « ودية المرأة الخ » هذا بلا نزاع أجمع على ذلك أهل العلم ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم انهما قالوا ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل وهذا قول شاذ يخالف قول الصحابة وسنة النبي ﷺ فان فى كتاب عمرو بن حزم « دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وهو أخص بما ذكروه وهما فى كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له

(٢) قوله « ويساوى جراح المرأة الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب قاله فى الانصاف روى ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرى وقتادة وربيعه ومالك قال ابن عبد البر وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وقال الحسن يستويان إلى النصف وروى عن على أنها على النصف فيما قل أو كثر رواه سعيد وروى ذلك عن ابن سيرين وبه قال الثورى والليث وابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور والشافعى فى ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر لأنهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف ارش أطرافهما كالمسلم والكافر ولأنها جناية لها ارش مقدر فكانت على النصف من الرجل ، ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها رواه النسائى وألدارقطنى من رواية اسماعيل بن عياش عن ابن جريح وهذا نص يقدم على ما سواه وروى ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب كم فى اصبع المرأة قال عشر من الابل قلت فى اصبعين قال عشرون قلت فى ثلاث اصابع قال ثلاثون قلت فى أربع اصابع قال عشرون قلت لما عظمت مضيتها قل عقلها قال هكذا السنة يا ابن أخى رواه مالك عن ربيعة

دية أثى وكذلك أرش جراحه (١)

فصل

ودية الكتابي مثل دية المسلم (٢) وعنه ثلث ديته وكذلك جراحهم ونساؤهم

[تنبيه] [يحتمل قوله الى ثلث الدية عدم المساواة في الثلث فلا بد أن يكون أقل منه وهو ظاهر كلام المصنف وهو المذهب والصحيح من الروايتين وصححه في المعنى والشرح لقوله حتى تبلغ الثلث وحتى للغاية فيجب أن يكون ما بعدها مخالفاً لما قبلها]

(١) قوله « ودية الخنثى الخ » هذا بلا نزاع وهو من مفردات المذهب لأن ميراثه كذلك فكذا ديته فتكون ديته ثلاثة أرباع دية ذكر لأنه يحتمل الذكورية والأنوثية قال الشارح وهذا قول أصحاب الرأي وعند الشافعي الواجب دية الأثى لأنها اليقين

(٢) قوله « ودية الكتابي » وهذا المذهب بلا ريب وهو قول عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب وعنه ثلث ديته الا انه رجح عنها وروى عن عمرو وعثمان ان ديته أربعة آلاف درهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعي وإسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت ان النبي ﷺ قال دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف أربعة آلاف ورواه الشافعي عن عمر باسناد جيد وقال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة ديته كدية المسلم وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية، ولنا ما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال دية المعاهد نصف دية المسلم وفي لفظ ان النبي ﷺ قضى ان عقل أهل الكتاب نصف عقل المسلمين رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أبين من هذا ولا بأس باسناده وقد قال به أحمد وقول رسول الله أولى وأما حديث عبادة فلم يذكره أصحاب السنن وحديث عمر انما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا يزيل الاشكال وفيه جمع للأحاديث فيكون دليلاً لنا

على النصف من دياتهم ودية المجوسى والوثى ثمانمائة درهم^(١) ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه^(٢) وعند ابى الخطاب ان كان ذا دين ففيه دية أهل دينه والا فلا شيء فيه

على قوله « ونسأؤهم على النصف من دياتهم » لا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم

(١) قوله « ودية المجوسى الخ » وكذا من ليس له كتاب كالترك ومن عبد ما استحسن ومراة المجوسى الذمى والمستأمن من غير المجوس ثمانمائة درهم وهذا بلا نزاع وكذا المعاهد والمستأمن بدارنا على الصحيح من المذهب فى المعاهد ويقدر جراحهم بالنسبة الى دياتهم وذهب أكثر أهل العلم الى هذا فى دية المجوسى قال احمد ما أقل من اختلف فى دية المجوسى ومن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعى وإسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال دية نصف دية المسلم كدية الكتابى لقوله ﷺ سنوا بهم سنة أهل الكتاب وقال النخعى والشعبى وأصحاب الرأى دية كدية المسلم ولنا ما روى عقبه بن عامر مرفوعا قال دية المجوسى ثمانمائة درهم رواه ابن عدى وطعن فيه بعضهم ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فيكون اجماعا

(٢) قوله « ومن لم تبلغه الدعوة الخ » أى لأنه لا أمان له ولا عهد اشبه الحربى وهذا المذهب فان كان له عهد ففيه دية أهل دينه فان لم يعرف دينه فدية مجوسى لانه اليقين

على قوله « ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغت » هذا المذهب بلا ريب وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس ابن معاوية والزهرى ومكحول ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى يوسف وقال النخعى والشعبى والثورى وأبو حنيفة ومحمد لا يبلغ به دية الحر واحتجوا بأنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر ولنا انه مال متقوم فيضمن بكال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس بخلاف الحر فانه يضمن بما قدره الشارع فلم تتجاوزته وحكم المدبر وام الولد والمسكاتب والمعلق عتقه بصفة كذلك

فصل

ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغت وعنه لا يبلغ بها دية الحر
وفى جراحه ان لم يكن مقدرًا من الحر ما نقصه وإن كان مقدرًا في الحر
فهو مقدر في العبد من قيمته ففي يده نصف قيمته وفي موضحة نصف عشر
قيمه نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر^(١) وعنه انه يضمن بما نقص اختاره
الخلال ، من نصفه حر ففيه نصف دية حر ونصف قيمته وهكذا في
جراحه^(٢) وإذا قطع خصيتي عبد أو أنفه أو أذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل
ملكه عنه^(٣) وان قطع ذكره ثم خصاه لزمته قيمته لقطع الذكر وقيمة
مقطوع الذكر وملك سيده باق عليه^(٤)

(١) قوله من ذلك أو أكثر ، وجملته ان الجناية على العبد يجب ضمانها بما
نقص من قيمته لان الواجب انما وجب جبرًا لما فات بالجناية ولا يتخير إلا
بإيجاب ما نقص من القيمة فان كان الفئات بالجناية مؤقتًا في الحر كيدته وموضحة
ففيه روايتان احدهما ان فيه أيضاً ما نقصه بالغاً ما بلغ قال أحمد انما تأخذ قيمة
ما نقص منه على قول ابن عباس وهذا اختيار الخلال والمصنف والشارح وصاحب
الترغيب وأبي محمد الجوزي والشيخ تقي الدين قال في الانصاف وهو الصواب لان
ضمانه ضمان الأموال فيجب فيه ما نقص كالهائم ولأن ما ضمن بالقيمة بالغاً ما بلغ
ضمن بعضه بما نقص كسائر الأموال والرواية الأخرى ان ما كان مؤقتاً في الحر
فهو مؤقت في العبد من قيمته وهذا المذهب لأنه ساوى الحر في ضمان الجناية
بالقصاص والكفارة فساواه في اعتبار ما دون النفس كالرجل والمرأة وروى ذلك
عن علي قال أحمد هذا قول سعيد بن المسيب

(٢) قوله ومن نصفه حر الخ ، هذا مبني على المذهب وأما على الرواية
الأخرى ففي لسانه نصف دية حر ونصف ما نقص

(٣) قوله وإذا قطع خصيتي عبد الخ ، لأنها بدل عن الأعضاء المملوكة
للسيد ، وأما ملكه فباق لأنه لم يوجد سبب يقتضى الزوال فوجب بقاؤه
على ملكه وهذا على المذهب وأما على الرواية الأخرى فانه يلزمه ما نقص

(٤) قوله فان قطع ذكره ثم خصاه الخ ، وهذا أيضاً مبني على الرواية الأولى
وعلى الثانية يلزمه ما نقص

فصل

ودية الجنين الحر المسلم اذا سقط ميتا غرة عبد او أمة ^(١) قيمتها خمس من الابل موروثه عنه كأنه سقط حيا ذكر اكان او أنثى ^(٢). ولا يقبل في الغرة خنثى

[فائدة] الأمة كالعبد لكن اذا بلغت جراحا ثلث قيمتها فقال المصنف يحتمل ان ترد جنيتها الى النصف فيكون في ثلاثة أصابع ثلاثة أعشار قيمتها وفي الأربع خمس قيمتها ويحتمل ان ترد الى النصف لأن ذلك في الحرة على خلاف الأصل قال الزركشى قلت وهذا هو الصواب

(١) قوله « ودية الجنين الحر الخ » وهذا بلا نزاع وهو قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وعطاء والشعبي والنخعي والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه استشار الناس في املاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة وعن أبي هريرة قال اقتلت امرأتان من هذيل فرمت احدهما الأخرى فقتلتها وما في بطنها فأختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى ان دية جنينها عبد او أمة وقضى بدية المرأة على عاقبتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه

[فائدة] انما تجب الغرة اذا سقط من الضربة ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو تبقى منها متألمة إلى أن يسقط ، ولو قتل حاملا ولم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين وبهذا قال مالك وقتادة والأوزاعي والشافعي وابن المنذر واذا القته من الضربة وجب ضمانه سواء القته في حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة ان القته بعد موتها لم يضمنه

(٢) قوله « قيمتها خمس من الابل » وذلك نصف عشر الدية روى ذلك عن عمر وزيد وبه قال النخعي والشعبي وربيعه ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي والغرة موروثه عنه لأنها دية له وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي

[فائدة] اذا ضرب بطن امرأة فالقت أجنة في كل واحد غرة وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر وقال لا أحفظ عن غيرهم خلافهم ويستوى في ذلك الذكر والأنثى في انه يجب لكل واحد غرة

ولا معيب^(١) ولا من له دون سبع سنين^(٢) وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه ذكرًا كان أو أُنثى^(٣) وإن ضرب بطن أمة فعتقت ثم أسقطت الجنين ففيه غرة^(٤) وإن كان الجنين محكوماً بكفره ففيه عشر دية أمة^(٥) وإن كان أحد أبويه كتابياً والآخر مجوسياً اعتبر أكثرهما^(٦) وإن سقط الجنين حياً:

[فائدة] يشترط فيه أي الجنين أن يكون مصوراً على الصحيح من المذهب صححه في المغنى والشرح قال الزركشي الولد الذي تجب فيه الغرة هو ما تصير به الامة أم ولد وما لا فلا

(١) قوله « ولا يقبل في الغرة الخ » أي لأنه حيوان يجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب ومراده بالمعيب أن يسكون عيباً يرد في البيع ولا يقبل خصي ونحوه (٢) قوله « ولا من له دون سبع سنين » هذا المذهب وهو قول أصحاب الشافعي لأنه محتاج إلى من يكفله ويحضنه ، وظاهر كلام الخرقى أن سنها غير مقدر وهو قول أبي حنيفة

(٣) قوله « وإن كان الجنين مملوكاً الخ » هذا المذهب نقله جماعة عن أحمد وعليه الأصحاب وهذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ونحوه قال الزهري والنخعي وتعتبر قيمة أمه يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف أنه لا يضمن إلا الجنين فقط وهو المذهب وقيل يجب معه ضمان نقصها وولد المدبرة والمكاتبة وأم الولد والمعتقة بصفة حكمه حكم ولد الأمة لأنه مملوك ، وجنين المعتق بعضها مثلها فيه من الحرية مثل ما فيها (٤) قوله « وإن ضرب بطن أمة الخ » هذا المذهب وأحدى الروايات لأنه كان حراً اعتباراً بحال الاستقرار وعنه حكمه حكم الجنين المملوك اختاره أبو بكر وأبو الخطاب اعتباراً بحال الجناية

(٥) قوله « وإن كان الجنين محكوماً الخ » هذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة إلا أن أصحاب الرأي يرون دية الكافر كدية المسلم فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف

(٦) قوله « وإن كان أحد أبويه الخ » أي فيجب دية عشر كتابية على كل حال لأن ولد المسلم من الكافرة يعتبر بأكثرهما دية كذا ههنا

ثم مات ففيه دية حر إن كان حراً أو قيمته إن كان مملوكاً (١) إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله وهو أن تضعه لسته أشهر فصاعداً والآخر حكم الميت وإن اختلفا في حياته ولا بينة في أيهما يقدم قوله؟ وجهان (٢)

فصل

وذكر أصحابنا أن القتل تغلظ ديته بالحرم والاحرام والأشهر الحرم والرحم المحرم فيزداد لكل واحد ثلث الدية فإذا اجتمع الحرمات الأربع

(١) قوله « وان سقط الجنين الح » هذا المذهب وعليه الأصحاب ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حياً من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهرى والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وإسحاق وأبو نور وأصحاب الرأي ، وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فأشبهه قتله بعد وضعه فتى علمت حياته وجبت فيه الدية وهذا المذهب وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد لا يثبت له حكم الحياة حتى يستهل صارخاً وهذا قول الزهرى وقتادة ومالك وإسحاق وروى معنى ذلك عن عمر وابن عباس والحسن بن علي وجابر بن عبد الله لقوله ﷺ « إذا استهل المولود ورث وورث عنه » ومفهومه أنه لا يرث ما لم يستهل والاحتلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعي ، ولنا أنه قد علمت حياته فأشبهه المستهل والخبر يدل بمعناه وتنبهه على ثبوت الحكم في سائر الصور فإن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه ضرب منه ولا تجب فيه الدية إلا إذا كان سقوطه لسته أشهر فصاعداً فإن كان لدون ذلك ففيه الغرة كما لو سقط ميتاً وهذا المذهب وبهذا قال المزني ، وقال الشافعي فيه دية كاملة لأننا علمنا حياته وقد تلف من جنايته ولنا أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها

(٢) قوله « وان اختلفا الح » أحدهما القول قول الجاني وهو المذهب لأن الأصل براءة ذمته من الدية كاملة

فائدة [في جنين الدابة ما نقص أمه على الصحيح من المذهب نص عليه

وجب ديتان وثلاث^(١). وظاهر كلام الخرقى أنها لا تغلظ بذلك^(٢) وهو ظاهر الآية والأخبار، وان قتل المسلم كافراً عمداً أضعفت الدية لإزالة القود كما حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه^(٣)

(١) قوله « و ذكر أصحابنا الخ »، عن روى عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والأوزاعي وإسحاق. واختلف القائلون بالتغليظ فقال أصحاب تغلظ الدية لكل واحد من الحرمات تلك الدية فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجب ديتان قال أحمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرماً في الحرم في الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون الفاً وهذا قول التابعين والقائلين بالتغليظ قلت وقدمه في الإقناع إلا في الرحم المحرم فلا تغلظ فيه وقال أصحاب الشافعي صفة التغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فاحتج أصحاب بما روى أن امرأة وطئت في الطواف فقتل عثمان رضي الله عنه فيها بستة آلاف والفين تغليظاً للحرم وعن ابن عمر أنه قال من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلاث وعن ابن عباس أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال دية إثنين عشر الفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف وهذا بما ظهر وانتشر ولم ينكر فكان إجماعاً

(٢) قوله « و ظاهر كلام الخرقى الخ »، وهذا قول الحسن والشعبي والنخعي وأبي حنيفة وابن المنذر وروى ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم واختاره المصنف والشارح قال ابن رزين وهو أظهر قلت وذكره في الإقناع بعد الأول وكأنه مال إليه وهو ظاهر الآية والأخبار [تنبيه] يحتمل قوله الحرم أن المراد به حرم مكة فتكون الألف واللام للعهد وهو الصحيح من المذهب. وقيل تغلظ في حرم المدينة وهو وجه اختاره بعض الأصحاب

(٣) قوله « وان قتل المسلم الخ »، وسواء كان كتابياً أو مجوسياً وهذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب حكم به عثمان رواه أحمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه عن عثمان وهو من مفردات المذهب. وذهب جمهور العلماء إلى أن دية الذمي في العمد والخطأ واحد لعموم الأخبار فيها

فصل

وان جنى العبد خطأ فسيده بالخيار بين فدائه بالاقل من قيمته أو أرش جنائته أو تسليمه لبياع فى الجناية ، وعنه إن أبى تسليمه فعليه فداؤه بأرش الجناية كله . فان سلمه و أبى ولى الجناية قبوله وقال بعه أنت فهل يلزمه ذلك ؟ على روايتين (١) . وان جنى عمدا فعفا الولى عن القصاص على رقبته فهل يملكه بغير رضا السيد؟ على روايتين (٢) . وان جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص فان عفا أحدهما أو مات المجنى عليه فعفا بعض ورثته فهل يتعلق حق الباقيين بجميع العبد أو بحصتهم منه ؟ على وجهين . وان جرح حرا فعفا عنه ثم مات من الجراحة ولا مال له وقيمة العبد عشر ديته واختار السيد فداءه وقلنا يفديه ب قيمته صح العفو فى ثلثه وان قلنا يفديه بالدية صح العفو فى خمسة أسداسه وللورثة سدسه لان العفو صح فى شىء من قيمته وله بزيادة الفداء تسعة أشياء بقى للورثة ألف الا عشرة أشياء تعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشىء نصف سدس الدية وللورثة شيئان فتعدل السدس

على قوله « أو تسليمه لبياع فى الجناية » ، هذا المذهب بلا ريب وعليه الاصحاب وبه قال الثورى ومحمد بن الحسن واسحاق وروى ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهرى وحماد لأنه ان دفع ارش الجناية فهو الذى وجب للمجنى عليه ولم يملك المطالبة بأكثر منه وان سلم العبد فقد أدى المحل الذى يتعلق الحق به

(١) قوله « فان سلمه فابى ولى الجناية الخ » ، إحداهما لا يلزمه فيبيعه الحاكم صححه فى الخلاصة والتصحيح قال فى الانصاف وهو الصواب لأنه اذا سلم العبد فقد أدى المحل الذى يتعلق الحق به ولأن حقه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد اداها

(٢) قوله « وان جنى عمداً الخ » ، احداهما لا يملكه بغير رضاه وهو المذهب لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى ، والثانية يملكه بغير رضاه جزم به فى المنور

باب ديات الأعضاء ومنافعها

ومن أتلف ما في الانسان منه شيء واحد ففيه الدية وهو الذكر والانف واللسان الناطق ولسان الصبي الذي يحركه بالبكاء (١) . وما فيه منه شيان ففيهما الدية وفي أحدهما نصفها (٢) كالعينين (٣) والاذنين (٤) والشفقتين

(١) قوله « من أتلف ما في الانسان منه شيء واحد الخ » أما الذكر فبالاجماع لما روى عمرو بن حزم ان النبي ﷺ قال وفي الذكر الدية وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية وفي اللسان الدية رواه أحمد والنسائي وظاهره ولو من صغير فص عليه وشيخ وقيد ابن حزم الاجماع بأن ينتشر وهذا إذا أبق الأثنين سالمين وكذا الأنف فيه الدية كاملة ولو مع عوجه وكذا اللسان الناطق السليم إذا استوعب كله من الحر المسلم اجماعا لما تقدم من الحديث وكذا لسان الصبي الذي يحركه بالبكاء لأن في إتلافه إذهاب منفعة الجنس ، وظاهره ولو لم يبلغ حد النطق فلو بلغه ولم يتكلم لم تجب فيه الدية كلسان الأخرس ، وان كبر فنطق ببعض الحروف وجب منه بقدر ما ذهب

(٢) قوله « وما فيه منه شيان الخ » أي لان في اتلافهما إذهاب منفعة الجنس فكان فيهما الدية وفي أحدهما نصفها وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا وقد روى الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ كتب له وكان في كتابه « وفي الشفتين الدية وفي البيصتين الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية » رواه أحمد والنسائي ورواه ابن عبد البر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيه متفق عليه إلا قليلا

(٣) قوله « كالعينين » أي اذا أذهبهما من المسلم خطأ ويستوى فيه الصغيرتان والصحيحتان وضدهما فان كان فيهما بياض ينقص البصر نقص من الدية بقدره على الصحيح من المذهب وعنه تجب دية كاملة جزم به في الترغيب كحولا وعمشاء مع رد المعيب بهما

(٤) قوله « والاذنين » وفاقا قضى به عمرو على وما روى أن أبا بكر قضى في الأذن بخمسة عشر بعيراً رواه سعيد فمتطوع وذكر ابن المنذر انه لا يثبت وقال في الوسيلة في اشراف الأذنين الدية وهو جلد بين العذار والبياض الذي حولها تص عليه وقال في الواضح في اصداف الأذنين الدية

واللحين (١) وثدي المرأة (٢) وثندوتي الرجل (٣) واليدين (٤) والرجلين (٥)
والإيتين (٦) والائتين (٧) واسكتي المرأة (٨). وعنه في الشفة السفلى ثلثا الدية
وفي العليا ثلثها وفي المنخرين ثلثا الدية (٩) وفي الحاجز ثلثها وعنه في المنخرين

(١) قوله « واللحين ، وهما العظام اللذان فيهما الأسنان لأن فيهما نفعا
وجمالا وليس في البدن مثلهما

(٢) قوله « وثدي المرأة ، أي فيهما الدية وفي أحدهما نصفها بالاجماع

(٣) قوله « وثندوتي الرجل ، أي فيهما الدية نص عليه وهو مغرز الثدي
والواحدة ثندوة بفتح الثاء بلا همزة ولأنه يحصل بهما الجمال وليس في البدن غيرهما
من جنسهما ، وقال النخعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر فيها حكومة وهو
ظاهر مذهب الشافعي لانه ذهب بالجمال من غير منفعة

(٤) قوله « واليدين ، أي فيهما الدية وفي احدهما نصفها للأخبار حتى يد
مرتعش ويد أعسم وهو عوج في الرسغ

(٥) قوله « والرجلين ، أي فيهما الدية لما ذكرنا حتى قدم أعرج ، وقال
أبو بكر حكومة

(٦) قوله « والإيتين ، وهما ما علا وأشرف على الظهر وعن استواء
الفخذين وان لم يصل الى العظم ذكره جماعة ونقل ابن منصور فيهما الدية إذا قطعنا
حتى يصل الى العظم

(٧) قوله « والائتين ، أي لخبير عمرو بن حزم ، فان رض اثنيه أو أشلهما
كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره وان قطع احدها فذهب النسل لم يجب أكثر
من نصف الدية

(٨) قوله « واسكتي المرأة ، بكسر الهمزة وفتحها وهما شفراها لأن فيهما
منفعة وجمالا وليس في البدن غيرهما من جنسهما

(٩) قوله « وفي المنخرين ثلثا الدية ، هذا المذهب وبه قال اسحاق وهو أحد
الوجهين لاصحاب الشافعي لأن المارن شمل ثلاثة أشياء منخران وحاجز فوجب
توزيع الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من الاصابع

الدية وفي الحاجز حكومة (١) وفي الاجفان الاربعة الدية وفي كل واحد ربعها (٢) وفي أصابع اليدين الدية وفي أصابع الرجلين الدية وفي كل إصبع عشرين (٣) وفي كل أتملة ثلاث عقلا (٤) الا الإبهام فانها مفصلان ففي كل مفصل نصف عقلا وفي الظفر خمس دية الاصبع (٥) وفي كل سن خمس من الابل إذا قلعته ممن قد ثغر والاضراس والأنياب كالأسنان (٦) ويحتمل أن

(١) قوله « وعنه في المنخرين الخ » وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأن المنخرين ليس في البدن لها ثالث والأول أظهر ، فلو قطع احد المنخرين ونصف الحاجز وجب نصف الدية ، وان شق الحاجز بينهما ففيه حكومة ، وان بقي منفرجا فلحكومة فيه أكثر

(٢) قوله « وفي الأجفان الخ » وعلى هذا الأئمة لأنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فانها تسكن العين وتحفظها من الحر والبرد . وتجب في أجفان عين الأعمى لأن ذهاب البصر عيب غير الأجفان

(٣) قوله « وفي أصابع اليدين الخ » أي اذا كانت سليمة ، لما روى الترمذي وصححه عن ابن عباس مرفوعا « دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الابل لكل اصبع » وفي البخاري عنه مرفوعا قال « هذه وهذه سواء » يعني الخنصر والإبهام

(٤) قوله « وفي كل أتملة الخ » أي لأن في كل إصبع ثلاث أنامل فتقسم دية الأصابع عليها كما قسمت دية اليد على الأصابع بالسوية

(٥) قوله « وفي الظفر الخ » وهو بعيران وهذا بلا نزاع وهو من مفردات المذهب وسواء كانت من يد او رجل إذا لم تعد نص عليه لقول زيد رواه ابن عباس قال الشارح والتقديرات يرجع فيها الى التوقيف فان لم يكن فيها توقيف فالقياس ان فيه حكومة كسائر الجراح

(٦) قوله « وفي كل سن الخ » لا نعلم خلافاً في أن دية الأسنان خمس خمس في كل سن وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي حنيفة وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ في السن خمس من الابل رواه النسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال في

يجب في جميعها دية واحدة . وتجب دية اليد والرجل في قطعها من الكوع والكعب فان قطعها من فوق ذلك لم يزد على الدية في ظاهر كلامه^(١) وقال القاضي في الزائد حكومة وفي مارن الانف وحشفة الذكر وحلبتي الثديين وكسر ظاهر السن دية العضو كاملة^(٢)، ويحتمل أن يلزم من استوعب الانف

== الأسنان خمس خمس رواه أبو داود وأما الأضراس فأكثر أهل العلم أنها مثل الأسنان منهم عروة وطاوس وقادة والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو حنيفة وروى ذلك عن ابن عباس ومعاوية لما روى أبو داود عن ابن عباس ان النبي ﷺ قال الأصابع سواء والاسنان سواء الثنية والضرس هذه وهذه سواء وهذا نص لا يعدل عنه . وقوله في الأحاديث المتقدمة في الأسنان خمس خمس ولم يفصل وإنما تجب الدية إذا قلعت من قدر بضم التاء أى إذا سقطت رواجه فاما سن الصبي الذى لم يشعر فلا يجب بقعها في الحال شيء هذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأن العادة عود سنه فلم يجب فيها في الحال شيء كنتف شعره لكن ينتظر عودها فان مضت مدة يبئس من عودها وجبت ديتها فان عاد مكانها أخرى لم يجب فيها شيء لكن ان عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر ان ذلك بسبب الجناية عليها

(١) قوله « وتجب دية اليد الخ » أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين والرجلين ووجوب نصفها في إحداهما وقد روى عن معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال في اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي كتاب النبي ﷺ لعمر بن حزم وفي اليد خمسون من الأبل . واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لان اسم اليد عند الإطلاق ينصرف اليها لأن الله تعالى أمر بقطع يد السارق والسارقة وكان الواجب قطعها من الكوع فان قطع يده من فوق الكوع بأن قطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية واحدة نص عليه وهو المذهب وهذا قول عطاء وقادة وابن أبي ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعى وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد لأن اسم اليد لها إلى الكوع . ولنا ان اليد اسم للجميع بدليل قوله « وأيديكم الى المرافق »

(٢) قوله « وفي مارن الانف الخ » في الأنف الدية اذا قطع مارنه بغير خلاف نعلمه منهم حكاه ابن المنذر وابن عبد البرلان في كتاب عمرو بن حزم عنه ==

جدعا دية وحكومة في القصبه ^(١) وفي قطع بعض المارن والاذن والحلته
واللسان والشفة والحشفة والانملة والسن وشق الحشفة طولا بالحساب من
ديته يقدر بالأجزاء ^(٢)، وفي شلل العضو او ذهاب نفعه والجناية على الشفتين
بحيث لا ينطبقان على الاسنان ^(٣) وتسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته ^(٤)،

== ^{عنه} وفي الانف اذا أوعب جدعا دية وفي رواية مالك في الموطأ اذا أوعى جدعا
يعنى استوعب وكذلك حشفة الذكر لأن منفعته تكمل بالحشفة كما تكمل منافع اليد
بالاصابع وهذا قول جماعة أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً وكذلك حلته الثديين فهما
الدية نص عليه يروى هذا عن الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري ان
ذهب اللبن وجبت ديتهما والا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة إذا
ذهب الرضاع بقطعهما ولنا انه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما
كالاصابع مع الكف وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي وان حصل مع
قطع الثديين جائفة وجب فيها تلك الدية مع ديتهما وان ضربهما فأشلهما فهما الدية
وان جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت ولم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا
ان الجناية سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده وان قالوا
انقطع بغير الجناية لم يجب عليه شيء ، وكذلك كسر ظاهر السن وهو ما ظهر من
الثثة لأن ذلك هو المسمى سنًا

(١) قوله « ويحتمل ان يلزم الخ ، هذا مذهب الشافعي

(٢) قوله « وفي قطع بعض المارن الخ ، فيقدر بالأجزاء كالثلك والرابع ثم

يؤخذ مثله من الدية لأن ما وجبت الدية في جميعه وجبت في بعضه

(٣) قوله « وفي شلل العضو الخ ، وهذا المذهب لأنه عطل نفعهما فأشبهه مالو

أشله يده وكذلك ان استرختا فصارتا لا ينفصلان عن الأسنان لأنه أذهب جمالها
وكذلك الحكم لو أشل ذكره أو أنثيه أو لسانه أو أسكتى المرأة ففي الجميع الدية
وكذلك الأصابع

(٤) قوله « وفي تسويد السن الخ ، إذا اسود الظفر بحيث لا تزول وجبت

ديته قال في الانصاف بلا خلاف أعليه ، وان اسود السن بحيث لا يزول سواده
فالصحيح من المذهب ان فيه ديته ويروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن
المسيب والحسن وابن سيرين وشرح الزهري والنخعي ومالك والليث والثوري ==

وعنه في تسويد السن ثلث ديتها وقال ابو بكر فيها حكومة . وفي العضو الاشل من اليد والرجل والذكر والثدى ولسان الاخرس والعين القائمة وشحمة الاذن وذكر الخصى والعين والسن السوداء والثدى دون حلمته والذكر دون حشفته وقصبة الانف واليد والاصبع الزائدين حكومة^(١) وعنه ثلث ديته وعنه في ذكر الخصى والعين كمال ديته^(٢) فلو قطع الاثنيين والذكر

== وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي وعن أحمد انه إذا أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيه ديتها وان لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضي . والقول الثاني للشافعي وهو المختار عند أصحابه قال الشارح وهو أقيس قال في الانصاف وهو الصواب لأنه لم يذهب نفعها فأما ان اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها لأنه لم يذهب الجمال على الكمال وان اخضرت ففيها أيضاً حكومة على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وفي العضو الاشل الخ » وهذا المذهب في ذلك كله وعليه أكثر الأصحاب لأنه لا يمكن ايجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومة كاليد الزائدة . واليد الشلاء هي اليابسة التي ذهب منها منفعة البطش وكذلك الرجل مثلها في الحكم والعين القائمة هي التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة وعنه يجب في ذلك كله ثلث دية كل عضو من ذلك لما روى النسائي ورجاله ثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة لمكانها ثلث الدية وفي اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها وفي السن السوداء اذا قلعت ثلث ديتها وأخرجه أبو داود في العين وحدها وهو قول عمر رواه سعيد . قلت وما ورد في الحديث يجب العمل به والمصير اليه ولا يلتفت إلى قول من خالفه

(٢) قوله « وعنه في ذكر الخصى الخ » أما ذكر العين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية فيه لأن في كتاب النبي ﷺ لعمر بن حزم وفي الذكر الدية ولأنه غير ما يوس من جماعه وهو عضو سليم في نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ والرواية الثانية لا تكمل ديته وهو قول قتادة لأن منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك وهذا المذهب وهو من مفرداته قال في الانصاف ومال المصنف والشارح الى وجوب الدية في ذكر العين قلت وهو الصواب انتهى واختلفت الرواية في ==

معا او الذكر ثم الاثنيين لزمه ديتان (١) ولو قطع الاثنيين ثم قطع الذكر وجبت دية الاثنيين وفي الذكر روايتان إحداهما دية والاخرى حكومة وثالث الدية (٢) وان أشل الأنف او الأذن أو عوجهما ففيه حكومة (٣) وفي قطع الأشل منهما كمال ديته (٤). وتجب الدية في أنف الاخشم والمخزوم

= ذكر الخصى فعنه دية كاملة وهو قول عمر بن عبد العزيز والشافعي وابن المنذر للخبر ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه والثانية لا تجب فيه وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وهو المذهب وبه قال قتادة واسحاق لما ذكرنا في ذكر العنين

[فائدة] في اليد والرجل والاصبع والسن الزوائد حكومة واختلفت الرواية في قطع الذكر دون حشفته وعلى قياسه الثدي دون حلمته وقطع الكف بعد أصابعه فعنه في ذلك كله حكومة وهو الصحيح من المذهب لعدم التقدير فيه والرواية الثانية فيه تلك ديته

(١) قوله « فلو قطع الاثنيين الخ ، أى لأن كل واحد منهما لو انفرد لوجب في قطعه الدية فكذا إذا اجتمع

(٢) قوله « ولو قطع الاثنيين الخ ، احدهما دية لقوله عليه الصلاة والسلام وفي الذكر الدية والاخرى حكومة وهي المذهب أو تلك الدية لأنه ذكر خصى

[فائدة] إذا قطع نصف الذكر طولا فقال أصحابنا يجب نصف الدية ونصر في المعنى والشرح ان الدية تجب كاملة لأنه ذهب منفعة الجماع به أشبه ما لو أشله ، وان قطع منه قطعة مما دون الحشفة وخرج البول على عادته وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية ، وان خرج من موضع القطع وجب الأكثر من الدية أو الحكومة

(٣) قوله « وان أشل الأنف الخ ، وهذا المذهب لأن نفع الأنف والأذن باق مع الشلل بخلاف اليد فان نفعها قد زال وانما قلنا ببقاء نفع الأذن كونها تجمع الصوت وتمنع دخول الهوام في السباح وهذا باق مع الشلل وكذلك الأنف فنفعه جميع الراحة ومنع وصول شيء إلى دماغه

(٤) قوله « وفي قطع الأشل الخ ، أى فيه الدية كاملة وهذا المذهب لأنه قطع أذنا فيها جمال ونفعها كالصحيحة وكما لو قلع عيناً عمشاء أو حولاء والأنف مثلها

وأذني الأصم^(١) وإن قطع أنفه فذهب شمه أو أذنية فذهب سمعه وجبت ديتان^(٢) وسائر الاعضاء إذا أذهبها بنفعها لم تجب الادية واحدة

فصل في دية المنافع

وفي كل حاسة دية كاملة^(٣) وهي السمع والبصر^(٤) والشم^(٥) والذوق^(٦)

(١) قوله «وتجب الدية في أنف الأخرم الخ»، وهذا المذهب لأن أنف الأخرم لا عيب فيه وإنما العيب في غيره، وأما الخروم فأنته كامل غير أنه معيب فاشبه العضو المريض، وكذلك أذن الأصم لأن الصمم نقص في غير الأذن وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

(٢) قوله «وان قطع أنفه الخ»، قطع به في المغنى والشرح وشرح ابن منجا والوجيز وغيرهم من الأصحاب قال في الانصاف ولا أعلم فيه خلافاً وفرقوا بينهما بفرق جيدة منها ان تفويت منافع سائر الأعضاء وقع ضمناً للعضو والفئات ضمناً لا شيء فيه دليله القتل فإنه يوجب دية واحدة وان أتلّف أشياء يجب لكل واحد منها الدية بخلاف منفعة الأنف أو الأذن اذا ذهبها بقطع الأنف والأذن لأن كل واحد من المنفعتين في غير الأنف والأذن فذهب أحدهما مع الآخر ذهاب لما ليس أحدهما تبعاً للآخر

(٣) قوله «وفي كل حاسة دية كاملة الخ»، لا خلاف في وجوب الدية بذهاب السمع قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على ان في السمع الدية روى ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثوري والأوزاعي وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم، وقد روى ان النبي ﷺ قال وفي السمع الدية، وروى المهلب عن أبي قلابة ان رجلاً رمى رجلاً بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه ففضى فيه عمر بأربع ديات والرجل حي

(٤) قوله «وفي البصر الدية»، أي من العينين البصيرتين اجماعاً

(٥) قوله «وفي الشم الدية»، أي لأنه حاسة تختص بمنفعة فكان في ذهابها الدية كسائر الحواس ولا نعلم في هذا خلافاً، وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ انه قال وفي المشام الدية

(٦) قوله «وفي الذوق الدية»، وهذا الصحيح من المذهب لأن الذوق حاسة =

وكذلك تجب في الكلام (١) والعقل (٢) والمشى (٣) والأكل (٤) والنكاح (٥)
وتجب في الحـب (٦)

== أشبه الشم وقيل فيه حكومة واختاره المصنف في المغنى قال الشارح وقياس المذهب
انه لا دية فيه فانه لا يختلف في أن لسان الأخرس لا دية فيه وقد نص أحمد على أن
فيه تلك الدية ولو وجب في الذوق دية لوجب في ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق
الأولى

(١) قوله « وكذلك الكلام » أى اذا جنى عليه غرس وجبت ديته لأن
كل ما تعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد

(٢) قوله « والعقل » أى تجب فيه الدية ولا نعلم فيه خلافاً وفي كتاب النبي
ﷺ لعمر بن حزم وفي العقل الدية ولأنه أكثر المعاني قدراً واعظها نفعاً فانه
يتميز به عن الهيمة ويعرف به صحة حقائق المعلومات ويمتد به الى المصالح إلى غير
ذلك فان نقصاً نقصاً معلوماً وجب بقدره وان لم يعرف قدره فحكومة وان أذهب
بجناية توجب ارشاً كالموضحة وجبت الدية وارش الجراح ولا يدخل ارش الجناية
المذهبة له في ديته نص عليه كما لو أوضحه فذهب بصره وهذا قال مالك والشافعى
في الجديد وقال أبو حنيفة والشافعى في القديم يدخل الأقل منهما في الأكثر

[فائدة] إذا جنى عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات
مع ارش الجرح ، قال أبو قلابة روى رجل رجلاً بجرح فذهب عقله وسمعته وبصره
ولسانه فقضى عليه عمر ب أربع ديات وهو حى ، فان مات من الجناية لم يجب الا دية
واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل تبعاً في دية النفس كديات الأعضاء

(٣) قوله « والمشى » أى لأن منفعته مقصودة أشبه الكلام

(٤) قوله « والأكل » أى لأنه تقع مقصود كالشم

(٥) قوله « والنكاح » أى اذا كسر صلبه فذهب نكاحه ففيه الدية روى

عن على

(٦) قوله « وتجب في الحذب » أى الدية كاملة وهذا المذهب لأن بذلك
تذهب المنفعة والجمال قال في الفصول أطلق الامام أحمد في الحذب الدية ولم يفصل
وهذا محمول على انه يمنع من المشى وأجراه في الهداية والمذهب والمستوعب على =

والصعر^(١) وهو ان يضربه فيصير الوجه في جانب، وفي تسويد الوجه اذا لم يزل^(٢) واذا لم يستمسك الغائط أو البول ففي كل واحد من ذلك دية كاملة^(٣) وفي نقص شيء من ذلك إن علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن يوماً ويفيق يوماً أو ذهب بصر إحدى العينين أو سمع إحدى الاذنين وفي بعض الكلام بالحساب يقسم على ثمانية وعشرين حرفاً^(٤) ويحتمل أن يقسم على الحروف التي للسان فيها عمل دون الشفوية كالباء والفاء والميم وان لم يعلم

== ظاهره فقالوا يجب في الحذب الدية وكذا المصنف هنا وغيره وجزم بوجود الدية فيه في المحرر والشرح والوجيز وغيرهم وقال القاضى وغيره لا تجب فيه الدية قال ابن الجوزى وهذا ظاهر المذهب

(١) قوله «تجب في الصعر الخ» هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول زيد رواه مكحول، وقال الشافعى ليس فيه الاحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة، ولنا قول زيد ولم يعرف له في الصحابة مخالف فكان إجماعاً

(٢) قوله «وفي تسويد الوجه الخ» وهذا بلا نزاع لأنه فوت الجمال على الكمال وقال الشافعى فيه حكومة

(٣) قوله «واذا لم يستمسك الخ» يعنى اذا ضربه ففي كل واحد من ذلك الدية وهو المذهب وبه قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولا نعلم فيه مخالفاً لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثلها فان نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط والضرر بفواتهما عظيم فان فأت المنفعتان بجنابة واحدة وجب ديتان

[فائدة] تجب الدية في إذهاب منفعة الصوت وكذا في ذهاب منفعة إذهاب البطش وقال في الفنون لو سقاه ذرق الحمام فذهب صوته لزمه حكومة في إذهاب الصوت

(٤) قوله «وفي بعض الكلام الخ» وهذا المذهب سوى «لا» فان مخرجها مخرج اللام والألف فهما نقص من الحروف نقص من الدية بقدره لأن الكلام يتم بجميعها فالذاهب يجب ان يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية وفي الحرفين نصف سبعها ولا فرق بين ما خف على اللسان أو نقل

قدره مثل أن صار مدهوشاً أو نقص سمعه أو بصره أو شمّه أو حصل تمتمة أو عجلة أو نقص مشيه أو انحنى قليلاً أو تقلست شفته بعض التقليل أو تحركت سننه أو ذهب اللب من ندى المرأة ونحو ذلك ففيه حكومة (١) . وإن قطع بعض اللسان فذهب بعض الكلام اعتبر أكثرهما فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام أو ربع الكلام ونصف اللسان وجب نصف الدية (٢) فإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع آخر بقيته فعلى الأول نصف الدية وعلى الثاني نصفها (٣) ويحتمل أن يجب عليه نصف الدية وحكومة لربع اللسان (٤) وإن قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه لم يجب الا دية (٥) ، وإن ذهب مع بقاء اللسان ففيه ديتان (٦) . وإن كسر صلبه فذهب مشيه ونكاحه ففيه

(١) قوله « وإن لم يعلم قدره الخ » وهذا المذهب في ذلك كله فتجب الحكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لأن المنفعة باقية وقيل إن ذهب اللب ففيه الدية

(٢) قوله « فلو ذهب ربع اللسان الخ » هذا بلا نزاع لأن كل واحد منهما مضمون بالدية منفرداً فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف

(٣) قوله « فإن قطع ربع اللسان الخ » وهذا أحد الوجوه اختاره القاضى قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب لأن الأول أذهب بجنايته نصف الكلام وعلى الثاني نصفها لأن السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام

(٤) قوله « ويحتمل الخ » وهذا المذهب لانه لو كان جميعه أشل كان قيمه حكومة فكذا في بعضه

على قوله « ويحتمل أن يجب عليه » أى على الثانى

(٥) قوله « وإن قطع لسانه الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب لانها ذهبا تبعاً فوجب ديته دون ديتها كما لو قتل إنساناً

(٦) قوله « وإن ذهب مع بقاء اللسان الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب كما لو ذهبت منافع الانسان مع بقاءه فعلى هذا في كل منفعة دية ، وعنه تجب دية واحدة

ديتان^(١) ويحتمل ان تجب دية واحدة^(٢) وان اختلفا في نقص بصره أو سمعه فالقول قول المجنى عليه وإذا اختلفا في ذهاب بصره أرى أهل الخبرة وقرب الشيء الى عينه في وقت غفلته . وإن اختلفا في ذهاب سمعه أو شمه أو ذوقه صيح به في أوقات غفلته وتتبع بالرائحة المنتنة واطعم الأشياء المرة فان فزع مما يدنو من بصره او انزعج للصوت أو عبس للرائحة او الطعم المرسقطت دعواه والا فالقول قوله مع يمينه

فصل

ولا تجب دية الجرح حتى يندمل^(٣) ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى يئس من عودها^(٤) ولو قلع سن كبير او ظفر ثم نبت^(٥) أو رده فالتحم

[فائدة] لا يدخل ارش جنائية أذهبت عقله في ديته على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل تدخل

(١) قوله « وان كسر صلبه الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لان في كل منهما دية منفردة فكذا إذا اجتمعا

(٢) قوله « ويحتمل الخ » هذا رواية لانها منفعة عضو كبقية الاعضاء الذاهبة بنفعها فلو ضعف المشي أو الجماع فحكومة

(٣) قوله « ولا تجب دية الجرح الخ » هذا المذهب لانه لا يدري أقتل هو أم ليس يقتل فينتظر ليعلم حكمه وما الواجب ولهذا لا يجوز الاستيقاء في العمدة قبل الاندمال فكذا في الخطأ

(٤) قوله « ولا دية سن الخ » وهذا المذهب لانه مما يحتمل العود فلا يجب شيء مع الاحتمال فعلى المذهب لو مات في المدة فلوليه دية سن وظفر على الصحيح من المذهب وقيل هدر كما لو لم يثبت شيء فيه

(٥) قوله « فلو قطع سن كبير الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب ونص عليه في السن وقال القاضى تجب ديتها وهو مذهب الشافعى وتقدم ذلك فيما يوجب القصاص فيما دون النفس في الفصل الرابع فعلى المذهب يجب عليه حكومة لنقصها ان نقصت وضعفها ان ضعفت وان قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها على الصحيح من المذهب

أو ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديبته^(١) وإن كان قد أخذها ردها ، وإن عاد ناقصا أو عادت السن أو الظفر قصيرا أو متغيرا فعليه أرش نقصه ، وعنه في قطع الظفر إذا نبت على صفتة خمسة دنائير وإن نبت أسود ففيه عشرة ، وإن قلع سن صغير ويئس من عودها وجبت ديبتها وقال القاضى فيها حكومة . وإن مات المجنى عليه فادعى الجانى عود ما أذهبه فأنكره الولى فالقول قول الولى . وإن جنى على سنه اثنان واختلفا فالقول قول المجنى عليه في قدر ما أتلف كل واحد منهما

فصل

وفى كل واحد من الشعور الأربعة الدية وهى شعر الرأس واللحية والحاجبين واهداب العينين^(٢) وفى كل حاجب نصفها وفى كل هذب ربعها^(٣) وفى

(١) قوله « أو رده فالتحم » ، يعنى الظفر « سقطت ديبته » هذا المذهب وقال القاضى تجب ديبتها وهو مذهب الشافعى

[فائدة] لو التحمت الجائفة أو الموضحة وما فوقها على غير شين لم يسقط موجبا رواية واحدة قاله فى المحرر وغيره

(٢) قوله « وفى كل واحد من الشعور الأربعة الدية الخ » ، وهذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وبه قال أبو حنيفة والثورى ، ومن أوجب فى الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشریح والحسن وقتادة ، وروى عن على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما أنهما قالوا فى الشعر الدية وقال مالك والشافعى فيه حكومة واختاره ابن المنذر لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة . ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنف الأخشم وقولهم لا منفعة فيه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وعن أحد فى كل شعر من ذلك حكومة كالشارب نص عليه

[فائدة] لا قصاص فى ذلك لعدم إمكان المساواة

(٣) قوله « وفى كل حاجب نصفها الخ » ، فى أحد الحاجبين نصف الدية لأن كل شيتين فهما الدية فى أحدهما نصفها كاليدين ، وفى كل هذب ربعها لأن الدية إذلة وجبت فى أربعة أشياء وجب فى كل واحد ربعها كالأجفان

بعض ذلك بقسطه من الدية ^(١) وإنما تجب ديته إذا أزاله على وجه لا يعود فان عاد سقطت الدية وان أبقى من لحيته ما لا جمال فيه احتمل أن يلزمه بقسطه واحتمل أن يلزمه كمال الدية ^(٢) وإن قلع الجفن بهدبه لم يجب الا دية الجفن ^(٣) وإن قلع اللحين بما عليهما من الاسنان فعليه ديتهما ودية الاسنان ^(٤) وإن قطع كفا بأصابعه لم يجب الا دية الاصابع وإن قطع كفاه عليه بعض الاصابع دخل ما حاذى الاصابع في ديتها وعليه أرش باقي الكف ^(٥) وإن قطع أملة بظفرها فليس عليه الا ديتها

(١) قوله « وفي بعض ذلك الخ » أى يقدر بالمساحة كالأذنين ومارن الأنف ، ولا فرق بين هذه الشعور في كونها كثيفة أو خفيفة جميلة أو قبيحة أو كونها من صغير أو كبير لأن سائر ما فيه الدية من الاعضاء لا يفترق الحال فيه بذلك

(٢) قوله « وان أبقى من لحيته الخ » المذهب يلزمه كمال الدية واليه مال المصنف والشارح في مجئهما لأنه أذهب المقصود كله فاشبه ما لو أذهب ضوء العينين ولان جنايته ربما احوجت إلى إذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سبباً لذهاب الكل . والوجه الثانى يؤخذ بالقسط لأنه محل يجب في بعضه بحصته فاشبه الاذن والانف

(٣) قوله « وان قلع الجفن الخ » أى لان الشعر يزول تبعاً لزوال الاجفان فلم يجب فيه شىء

(٤) قوله « وان قلع اللحين الخ » أى عليه دية الكل ولم تدخل دية الاسنان في اللحين كما تدخل دية الاصابع في اليد لوجوه : أحدها ان الاسنان ليست متصلة باللحين وإنما هى مغرزة فيها بخلاف الاصابع . الثانى ان أحدهما ينفرد باسمه عن الآخر بخلاف الاصابع مع الكف فان اسم اليد يشملها . الثالث ان اللحين يؤخذان منفردين عن الاسنان فانهما يوجدان قبل وجود الاسنان ويبقيان بعد قلعهما بخلاف الكف مع الاصابع

(٥) قوله « وان قطع كفأ عليه بعض الخ » هذا المذهب لان الاصابع لو كانت سالمة كلها لدخل ارش الكف كله في دية الاصابع فكذلك ما حاذى الاصابع السالمة يدخل في ديتها وما حاذى المقطوعات ليس له ما يدخل في ديته فوجب ارشه كما لو كانت الاصابع كلها مقطوعة

فصل

وفي عين الاعور دية كاملة نص عليه^(١) وإن قلع الاعور عين صحيح بمائة لعينه الصحيحة عمدا فعليه دية كاملة ولا قصاص^(٢) ويحتمل ان تعلق عينه ويعطى نصف الدية وإن قلعها خطأ فعليه نصف الدية . وإن قلع عيني صحيح عمدا خير بين قلع عينه ولا شيء له غيرها وبين الدية^(٣) وفي يد الاقطع نصف

(١) قوله « وفي عين الاعور الخ ، وهذا المذهب وعليه الاصحاب وبه قال الزهري ومالك والليث وقتادة وإسحاق وقال مسروق وعبد الله بن مغفل والنخعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي فيها نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفي العين خمسون من الابل وقال عليه السلام وفي العينين الدية يقتضى أن لا يجب فيها أكثر من ذلك سواء قلعها واحداً أو اثنان في وقت واحد أو في وقتين ولأن ما يضمن بنصف الدية مع نظيره ضمن به مع ذهابه ولنا أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر رضى الله عنهم قضوا في عين الاعور بالدية ولا نعلم لهم مخالفاً في الصحابة فيكون إجماعاً ولأن قلع عين الاعور يتضمن إذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل من العينين فإنه يرى الاشياء البعيدة ويدرك الاشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصر أو يجوز أن يكون قاضيا وتجزيء في الكفارة والاضحية إذا لم تكن العين محسوفة قال الشارح ولولا ما روى عن الصحابة لكان القول الآخر أولى لظاهر النص والقياس على ذهاب سمع إحدى الأذنين وما ذكر من المعاني موجود فيها

(٢) قوله « وان قلع الأعور الخ ، اذا قلع الأعور عين صحيح نظرنا فان قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة أو قلع المائة خطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا نعلم فيه خلافاً لأن ذلك هو الأصل وان قلع المائة عمداً فلا قصاص وعليه دية كاملة وهذا المذهب وهو من مفرداته وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك في إحدى روايتيه وقال في الأخرى عليه نصف الدية ولا قصاص وقال المخالفون في المسئلة الأولى له القصاص لعنومات النص . ولنا ان عمر وعثمان رضى الله عنهما قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهم مخالفاً في الصحابة فكان إجماعاً

(٣) قوله « وان قلع عيني صحيح الخ ، وهذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب وأكثر أهل العلم على ان له القصاص ونصف الدية للعين الأخرى قال الشارح وهذا مقتضى الدليل

الدية^(١) وكذلك في رجله وعنه فيها دية كاملة

باب الشجاج وكسر العظام

الشجة اسم لجرح الرأس والوجه خاصة وهي عشر: خمس لا مقدر فيها أولها الحارصة التي تحرص الجلد أي تشقه قليلا ولا تدميه ثم البازلة التي يسيل منها الدم ثم الباضعة التي تبضع اللحم ثم المتلاحمة التي أخذت في اللحم ثم السمحاق التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة فهذه الخمس فيها حكومة^(٢) في ظاهر المذهب. وعنه في البازلة بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق أربعة^(٣)

(١) قوله « وفي يد الاقطع الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب . وان اختار القصاص فله ذلك لانه عضو أمكن القصاص في مثله فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله وعنه فيها دية كاملة

(٢) قوله « فهذه الخمس لا مقدر فيها » هذا المذهب وعليه الاصحاب وهو قول أكثر الفقهاء لأنها جراحات لم يرد فيها تقدير من الشرع أشبه جراحات البدن . وذكر القاضى أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس الجنى عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحات منها فان كانت تقدر بالنصف وجب نصف ارش الموضحة وان كانت بقدر الثلث وجب ثلث الارش وعلى هذا الا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فيوجب ما تخرجه الحكومة وهذا مذهب الشافعى

على قوله « ثم البازلة » وتسمى الدامية والدامغة

(٣) قوله « وعنه في البازلة الخ » رواه سعيد عن زيد وهذه نقلها أبو طالب عنه وقال أنا أذهب إلى قول زيد واختاره أبو بكر في التنبيه وقد اعتمد أصحابنا قول زيد وفي تقدير ارش الهاشمة بعشر من الابل ولم يعتمدوا عليه هنا وروى عن علي رضي الله عنه في السمحاق مثل ذلك رواه سعيد وعن عمر وعثمان فيها نصف ارش الموضحة

فصل

وخمس فيها مقدر أولها الموضحة التي توضح العظم أى تبرزه ففيها خمسة أبعرة^(١) وعنه في موضحة الوجه عشرة^(٢) والأول المذهب فان عمت الرأس ونزلت الى الوجه فهل هي موضحة أو موضحتان؟ على وجهين^(٣) وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه عشرة^(٤) فان خرق ما بينهما^(٥) أو ذهب بالسراية

(١) قوله «ففيها خمسة أبعرة» والموضحة التي توضح العظم أى تبرزه والوضح البياض قاله ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمر بن حزم وفي الموضحة خمس من الابل رواه الشافعي والنسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال وفي المواضع خمس خمس من الابل رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن والعمل على هذا عند أهل العلم وقال غيره اسناده ثقات

(٢) قوله «وعنه في موضحة الوجه الخ» وهذا قول سعيد بن المسيب لأن شينها أكثر وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة

(٣) قوله «فان عمت الرأس الخ» أحدهما هي موضحتان وهو الصحيح من المذهب لأنه أوضحه في عضوين فكان لكل منهما - كم نفسه كما لو أوضحه في الرأس ونزل إلى القفا

[فائدة] يجب ارش الموضحة في الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يشمل الجميع . وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة ذكره ابن القاسم والقاضي وليس في الموضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر أهل العلم منهم امامنا ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وقال ابن عبد البر على ذلك جماعة العلماء إلا الليث قال الموضحة تكون في الجسد أيضا وقال الأوزاعي في جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون دينارا

(٤) قوله «وان أوضحه موضحتين الخ» هذا بلا نزاع لأنهما موضحتان

(٥) قوله «فان خرق ما بينهما» أى صاروا موضحة واحدة كما لو أوضح الكل بغير حاجز بينهما وهذا بلا نزاع

صارا موضحة واحدة^(١) وإن خرقة المجنى عليه أو أجنبي فهي ثلاث مواضع^(٢) وإن اختلفا فيمن خرقة فالقول قول المجنى عليه^(٣) ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الابل فإن قطع الرابعة عاد الى عشرين فإن اختلفا في قاطعها فالقول قول المجنى عليه . وإن خرق ما بين الموضحين في الباطن فهل هي موضحة أو موضحتان؟ على وجهين^(٤) وإن شج جميع رأسه سمحاقا إلا موضعا منه أو ضحه فعليه ارش موضحة^(٥) ثم الهاشمة وهي التي توضح العظم وتهشمه ففيها عشر من الابل^(٦) فإن ضربه بمثقل فهشمه من غير أن يوضحه

(١) أو ذهب بالسراية الخ ، أى ذهب بالسراية قبل الاندمال وهذا بلا نزاع لأن سراية الجناية لها حكم أصل الجناية بدليل ما لو أتلف ما بينهما بنفسه

(٢) قوله « وإن خرقة المجنى عليه أو أجنبي الخ ، إذا خرقة أجنبي فعلى الاول ارش موضحتين وعلى الثانى ارش موضحة لأن فعل أحدهما لا ينبئ على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنائيه

(٣) قوله « وإن اختلفا الخ ، هذا الصحيح من المذهب فإذا قال الجاني أنا شققت ما بينهما وقال المجنى عليه بل أنا أو أزالها آخر سواك كان القول قول المجنى عليه لأن سبب ارش موضحتين قد وجد والجاني يدعى زواله والمجنى عليه ينكره والقول قول المنكر لأن الأصل معه . ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الابل فإن قطع الرابعة عاد الى عشرين ، فإن اختلفا في قاطعها فالقول قول المجنى عليه لما ذكرنا

(٤) قوله « وإن خرق ما بين الموضحين في الباطن الخ ، أحدهما موضحة واحدة وهو المذهب لاتصالها في الباطن والثانى موضحتان لانفصالها في الظاهر

(٥) قوله « وإن شج جميع رأسه الخ ، إذا شجحه في رأسه شجحة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من ارش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك وهكذا لو شجحه شجحة بعضها هاشمة وباقيه دونها لم يلزمه أكثر من ارش هاشمة ، وإن كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه ارش منقلة ومأمومة لما ذكرنا

(٦) قوله « ثم الهاشمة الخ ، وهذا بلا نزاع ولم يبلغنا عن النبي فيها تقدير =

ففيه حكومة وقيل يلزمه خمس من الابل^(١) ثم المنقلة وهي التي توضح العظم وتشم وتنقل عظامها ففيها خمس عشرة من الابل^(٢) ثم المأمومة وهي التي تصل الى جلدة الدماغ وتسمى أم الدماغ وتسمى المأمومة آمة ففيها ثلث الدية^(٣) ثم الدامغة وهي التي تحرق الجلدة ففيها ما في المأمومة^(٤)

== وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن ارشها مقدر بعشر من الابل روى ذلك عن قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت وبه قال قتادة والشافعي والعنبري ونحوه قول الثوري وأصحاب الرأي إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لا يوقت فيها شيئاً وحكى عن مالك انه قال لا أعرف الهاشمة لكن في الايضاح خمس وفي الهشم حكومة . قال ابن المنذر والنظر يدل على قول الحسن إذ لاسنة فيها ولا اجماع . ولنا قول زيد . ومثل ذلك الظاهر انه توقيف ولانه لا يعرف له مخالف في عصره فان هشمة هاشمتين بينهما حاجز ففيها عشرون من الابل على ما ذكر من التفصيل في الموضحة وتستوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة كالموضحة وان شجها شجة بعضها هاشمة وبعضها موضحة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب ارش الهاشمة لانه لو كان جميعها هاشمة أجزأ ارشها

(١) قوله « وان ضربه بمثقل الخ » وهذا المذهب ولا تجب دية الهاشمة بغير خلاف لان الارش المقدر وجب في هاشمة معها موضحة ، وفي الواجب وجهان احدهما حكومة وهو المذهب لانه كسر عظاما فاشبهه كسر قصبه الأنف ، والثاني فيه خمس من الابل لانه لو أوضح وهشم لوجب عشر فاذا وجد أحدهما وجب خمس

(٢) قوله « ثم المنقلة الخ » المنقلة زائدة على الهاشمة وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فتحتاج إلى نقل للعظم ليلتم وفيها خمس عشرة من الابل باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر ، وفي كتاب النبي ﷺ لعمر بن حزم « وفي المنقلة خمس عشرة من الابل ، وفي تفصيلها ما في تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى

(٣) قوله « ثم المأمومة الخ » وأرشها ثلث الدية بلا نزاع وهو قول عامة أهل العلم الا مكحولاً فانه قال ان كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وان كانت خطأ فثلثها ولنا قوله ﷺ في كتاب عمرو بن حزم « وفي المأمومة ثلث الدية » وعن ابن عمر مرفوعاً نحو ذلك وروى نحوه عن علي رواه سعيد

(٤) قوله « ثم الدامغة الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب قال القاضي لم ==

فصل

وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل الى باطن الجوف من بطن او ظهر
أو صدر او نحر^(١) فان خرقة من جانب شرج من جانب آخر فهي جائفتان^(٢)
وإن طعنه في خده فوصل الى فمه ففيه حكومة^(٣) ويحتمل ان تكون جائفة
فان جرحه في وركه فوصل الجرح الى جوفه أو أوضحه فوصل الجرح
الى قفاه فعليه دية جائفة وموضحة وحكومة لجرح القفاء والورك^(٤) وإن

يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في ارشها ، ويحتمل انهم تركوا ذكرها
لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب وهذا قال ابن حمدان بل يجب فيها كل الدية لأنه
لا يعيش وقيل فيها مع ما ذكر حكومة

(١) قوله « وفي الجائفة الخ » هذا بلا نزاع ، وهذا قول عامة أهل العلم منهم
أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأي الا مكحولاً قال فيها في
العمد ثلثا الدية ، ولنا قوله عَلَيْهِ السَّلَام في كتاب عمرو بن حزم « وفي الجائفة ثلث الدية ،
وعن ابن عمر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مثل ذلك

[فائدة] إذا اجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية وان خرق الجاني
ما بينهما أو ذهب بالسراية صار جائفة واحدة

(٢) قوله « وان خرقة من جانب الخ » هذا المذهب نص عليه وهو قول
أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومجاهد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن
عبد البر لا أعلمهم يختلفون في ذلك ، وحكى عن بعض أصحاب الشافعي انه قال هي
جائفة واحدة وحكى عن أبي حنيفة ، ولنا ما روى سعيد بن المسيب أن رجلاً رمى
رجلاً بسهم فانقذه ففضى أبو بكر رضى الله عنه بثلثي الدية ولا يخالف له فيكون
اجماعاً أخرجه سعيد وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان عمر رضى الله
عنه قضى في الجائفة اذا نفذت الجوف بارش جائفتين

(٣) قوله « وان طعنه الخ » وهو المذهب لأن باطن الفم حكم الظاهر

(٤) قوله « وان جرحه في وركه الخ » هذا بلا نزاع لأن الجرح في غير
موضع الجائفة فانقرده فيه بالضمان كما لو لم يكن معها جائفة

أجافه ووسع آخر الجرح فهي جائفتان^(١) وإن وسع ظاهره دون باطنه أو باطنه دون ظاهره فعليه حكومة، وإن التحمت الجائفة ففتحها آخر فهي جائفة أخرى^(٢)

فصل

وفي الضلع بعير^(٣) وفي الترقوتين بعيران^(٤) وفي كل واحد من الذراع والزند

(١) قوله « وان أجافه ووسع الخ » هذا بلا نزاع لان فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره

(٢) قوله « وان التحمت الخ » أى فعليه أرشها لانه عاد الى الصحة فصار كالذى لم يجرح

[فائدة] إذا وطئ زوجته وهي صغيرة ففتحها لزمه ثلث الدية، ومعنى الفتق خرق ما بين مسلك البول والمثني. وقيل بل معناه خرق ما بين القبل والدبر. والكلام في ذلك في أمرين أحدهما في أصل وجوب الضمان والثاني في قدره أما الاول فان الضمان انما يجب بوطء الصغيرة أو النخيفة التي لا تحتمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع لانه جنابة فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية. ولنا أنه وطئ مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ولانه فعل مأذون فيه ممن يصح اذنه فلم يضمن ما تلف بسرأيته فيلزمه الأرش في ماله ان كان عمداً محضاً وهو ان يعلم انها لا تطيقه وان وطأه يفضيها فاما ان علم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضي اليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته. الثاني في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبه قال قتادة وأبو حنيفة، وقال الشافعي يجب الدية كاملة وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز لأنه أتلّف منفعة الوطء. وثنا ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الافضاء بثلث الدية ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فان استطلق بولها مع ذلك لزمته دية كاملة من غير زيادة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب دية وحكومة

[فائدة] إذا أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها

(٣) قوله « وفي الضلع بعير » هذا المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه وهو من مفردات المذهب

(٤) قوله « وفي الترقوتين الخ » وهذا المذهب وهو من المفردات والترقوتان =

والفخذ والعضد والساق بعيران^(١) وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب والعصص ففيه حكومة . والحكومة ان يقوم المجنى عليه كأنه عبد لا جنائية به ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقص فله مثله من الدية فان كان قيمته وهو صحيح عشرين وقيمته وبه الجناية تسعة عشر ففيه نصف عشر ديته الا أن تكون الحكومة في شيء فيه مقدر فلا يبلغ به ارش المقدر^(٢) فاذا كانت في الشجاج التي دون الموضحة لم يبلغ بها ارش الموضحة وان كانت في اصبع لم يبلغ بها دية الاصبع وان كانت في أنملة لم يبلغ بها ديتها .

== هما العظان المستديران حول العنق وروى سعيد عن سفيان عن زيد بن أسلم عن سلم بن جندب عن أسلم مولى عمر عن عمر قال في الضلع جمل والترقوة جمل . وظاهر الخرقى وجزم به في الارشاد ان في الترقوة الواحدة بعيرين فيكون فيهما أربعة وهذا قول زيد بن ثابت . وبما قلنا قال عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب ومجاهد وسعيد ابن جبير وقناة واسحاق وهو قول الشافعي ، والمشهور من قوله عند أصحابه في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق ومالك وأبي حنيفة وابن المنذر

(١) قوله « وفي كل واحد من الذراع الخ » في الزندين أربعة أبرة لأن فيها أربعة عظام وهذا المذهب يروى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي فيه حكومة ، ولنا ما روى سعيد باسناده ان عمرو بن العاص كتب الى عمر في احد الزندين اذا كسر فكتب فيه عمر ان فيه بعيرين وإذا كسر الزندان ففيهما أربعة من الابل ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك وهذا لم يظهر له في الصحابة من مخالف فيكون إجماعا ولا مقدر في هذه العظام في ظاهر قول الخرقى وهو قول أكثر أهل العلم والمذهب أن فيهما ما ذكره المصنف هنا ، قال المصنف والصحيح انه لا تقدير في غير الخمسة الضلع والترقتين والزندين واختار المصنف ان فيما سوى الزند حكومة

على قوله « مثل خرزة الصلب والعصص ففيه حكومة » . لا نعلم فيه خلافا

(٢) قوله « والحكومة الخ » وهذا الذي ذكره في تفسير الحكومة قول أهل العلم لا نعلم من بينهم فيه خلافا فيجعل العبد أصلا للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت في المشهور في المذهب

وان كانت بما لا تنقص شيئا بعد الاندمال قومت حال جريان الدم فان لم تنقص شيئا بحال أو زادته حسنا فلا شيء فيها والله أعلم^(١)

باب العاقلة وما تحمله

عاقلة الانسان عصباته كلهم قريتهم وبعيدهم من النسب والولاء
الاعمودى النسبة آباؤه وأبناؤه^(٢) وعنه انهم من العاقلة أيضا . وليس على فقير

(١) قوله « الا أن تكون الحكومة الخ » هذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول الشافعى وأصحاب الراى ، وحكى عن مالك أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائنا ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص ولا يكون التقويم إلا بعد بره الجرح لأن ارش الجرح المقدر انما يستقر بعد بره

[فائدة] سميت عاقلة لأنهم يعقلون نقله حرب وجزم به فى الفروع . وقيل لأنهم يمنعون عن القاتل جزم به فى المعنى والشرح . وقيل لأن الابل تجمع فتعقل بفناء أولياء المقتول أى يشد عقلها لتسلم اليهم ولذلك سميت الدينة عقلا . وقيل لاعطائهم العقل الذى هو الدينة

(٢) قوله « عاقلة الانسان الخ » اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى العاقلة فروى عنه أنهم جميع العصبات من النسب والولاء يدخل فيهم الأبناء والآباء والإخوة وسائر العصبية من العمومة وأبنائهم وهذا المذهب وهو مذهب مالك وأبى حنيفة لما روى أبو هريرة قال قضى رسول الله ﷺ فى جنين امرأة بنى لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة ثم ان المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ ان ميراثها لبنيها وزوجها وان العقل على عصبيتها متفق عليه . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قضى ان يعقل عن المرأة عصبيتها من كانوا ولا يرثون منها الا ما فضل عن ورثتها رواه الحنسة إلا الترمذى . ولأن الآباء والأبناء عصبية فاشبهوا سائر العصبات . وعنه أن الآباء والأبناء ليسوا من العاقلة وهو قول الشافعى وجزم به فى الوجيز قال ابن المنجا وهو المذهب لما روى جابر ان امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها فقال عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال النبي ﷺ لا ، ميراثها لزوجها وولدها رواه ابوداود

ولا صبي ولا زائل العقل ولا امرأة ولا خنثى مشكل ولا رقيق ولا مخالف
لدين الجاني حمل شيء^(١) وعنه ان الفقير يحمل من العقل ويحمل الغائب كما يحمل
الحاضر^(٢) وخطأ الامام والحاكم في أحكامه في بيت المال^(٣) وعنه على

== وهذا يقتضى ان الأولاد ليسوا من العاقلة وكذا الآباء قياساً لأحدى العمودين
على الأخرى وعنه ان الجميع عاقلة الا ابناه اذا كانت امرأة قال في المحرر وهي أصح
قال الزركشى وعليها يقوم الدليل

(١) قوله « وليس على فقير الخ » هذا المذهب في ذلك كله وأكثر أهل العلم
على انه لا مدخل لاحد من هؤلاء في تحمل العقل قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ
عنه من أهل العلم على ان المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة وأجمعوا
على ان الفقير لا يلزمه شيء وهذا قول مالك والشافعي واصحاب الرأي

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف أن الهرم والزمن والاعمي يحمل من العقل
بشرطه وهو أحد الوجهين وهو ظاهر كلام الأكثر وهو المجزوم به عند المتأخرين
على قوله « وليس على فقير » أي فلا تجب إلا على موسر والموسر هنا من
ملك انصافاً زكويًا عند الحلول فاضلاً عن حاجته كحج وكفارة ظاهر

(٢) قوله « ويحمل الغائب الخ » وهذا قول أبي حنيفة وقال مالك يختص به
الحاضر لأن التحمل بالنصرة وانما هي من الحاضرين. وعن الشافعي كالمذهبيين. ولنا
الخبر وانهم استووا في التعصيب والارث فاستووا في التحمل كالحاضرين

(٣) قوله « وخطأ الإمام الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب لأن
خطأه يكثر في أحكامه فإيجاب ما يجب به على عاقته يحذف بهم وبه قال الأوزاعي
والثوري والشافعي وإسحاق ، ولأن الامام والحاكم نائب عن الله تعالى في أحكامه
وأفعاله فكان ارش جنائته في مال الله تعالى. وللشافعي قولان كالروايتين. وعنه على
عاقلتها لما روى أن عمر رضى الله عنه بعث الى امرأة مغنية كان يدخل عليها فقالت
يا ويلها ما لها ولعمر فاسقطت ولداً فصاح الصبي صيحيتين ثم مات فاستأثر عمر
أصحاب رسول الله ﷺ فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء انما أنت وال ومؤدب
فقال على ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا وان كانوا في هواك فلم ينصحوا لك
ان ديتك عليك لأنك أفرعتها. فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى
تقسمها على قومك

عاقلته . وهل يتعاقل أهل الذمة ؟ على روايتين^(١) ولا يعقل ذمى عن حربى ولا حربى عن ذمى . ومن لا عاقلة له أو لم تكن له عاقلة تحمل الجميع فالدية أو باقيا عليه إن كان ذميا^(٢) وإن كان مسلما أخذ من بيت المال^(٣) فإن لم يمكن فلا شيء على القاتل^(٤) ويحتمل أن تجب في مال القاتل وهو أولى^(٥) كما قالوا فى المرتد يجب أرش خطائه فى ماله ولو روى وهو مسلم فلم يصب السهم حتى ارتد كان عليه فى ماله ولو روى الكافر سهما ثم أسلم ثم قتل السهم لإنسانا فديته فى ماله ولو جنى ابن المعتقة ثم انجر ولاؤه ثم سرت جنائيه فأرش الجناية فى ماله لتعذر حمل العاقلة فكذا هذا

(١) قوله « وهل يتعاقل أهل الذمة الخ » أحدهما يتعاقلون وهو المذهب قياساً على المسلمين لأن قرابتهم تقتضى التوريث فاقتضت التعاقل كالمسلمين . والثانية لا يتعاقلون لأن حمل العاقلة ثبت على خلاف الاصل لحرمه قرابة المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم

(٢) قوله « ومن لا عاقلة له الخ » وهذا المذهب لأن بيت المال لا يعقل عنه الزهري والشافعي لأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته فتؤخذ حالة دفعة واحدة لأنه عليه الصلاة والسلام أدى دية الانصارى دفعة واحدة وكذا عمر لان الدية انما أجلت على العاقلة تخفيفاً ولا حاجة الى ذلك فى بيت المال

(٤) قوله « فان لم يمكن الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب ونقله الجماعة عن أحمد وهذا أحد قولى الشافعي لان الدية تلزم العاقلة ابتداءً بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها فلا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل

(٥) قوله « ويحتمل الخ » وهذا القول الثانى قال المصنف هنا وهذا أولى لعموم قوله (ودية مسلمة الى أهله) ولان قضية الدليل وجوبها على الجانى جبراً للحل الذى فوته وانما سقط عن القاتل لقيام العاقلة فى مقامه فاذا لم يوجد ذلك بقى واجبا عليه بمقتضى الدليل ولانه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل الى الاخذ من بيت المال فتضييع الدماء واستشهد المصنف على صحة ما اختاره بهذه المسائل وذكر ان الاصحاب قالوا بها ونحن نذكرها فيها ان خطأ المرتد يجب فى =

فصل

ولا تحمل العاقلة عمدا^(١) ولا عبدا^(٢) ولا صلحا^(٣) ولا اعترافا^(٤) ولا

== ماله وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وحكى وجه لاشيء عليه كالمسلم . ومنها قوله ولو روى وهو مسلم الخ وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب وقيل لاشيء عليه . ومنها قوله ولو روى الكافر الخ وهذا الصحيح من المذهب وقيل لاشيء عليه . ومنها قوله ولو جنى ابن المعتقة الخ وهذا المذهب مثال ذلك إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولأؤهم لمولى أمهم فان جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه لانه عصيته ووارثه فان أعتق أبوه ثم سرت الجناية أوى بسهم فلم يقع السهم حتى عتق أبوه لم يحمل عقله أحد لان موالى الام قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالى الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه في ماله

(١) قوله « ولا تحمل العاقلة الخ »، وجملته ان العاقلة لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا ، ولا خلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص ، وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بحال . وحكى عن مالك أنها تحمل الجنابات التي لا قصاص فيها كالمأمومة والجانفة وهذا قول قتادة لانها جناية لا قصاص فيها فاشبهت جناية الخطأ . ولنا ما روى ابن عباس مرفوعاً انه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحا ولا اعترافاً وروى عن ابن عباس موقوفاً ولم يعرف له في الصحابة مخالف فيكون إجماعاً وعن عمر قال العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة رواه الدارقطني ، وقال الزهري مضت السنة ان العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد الا أن يشاء ورواه مالك

(٢) قوله « ولا عبداً »، وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور ، وقال عطاء والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب بقتله القصاص والكفارة ، وعن الشافعي كالمذهبيين ، ولنا ما تقدم

(٣) قوله « ولا صلحا »، ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعى على مال فلا تحمله العاقلة لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة وبه قال ابن عباس والزهري والشعبي والثوري والليث والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس

(٤) قوله « ولا اعترافاً »، وهو أن يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو ==

ما دون ثلث الدية^(١) ويكون ذلك في مال الجاني حالاً الاغرة الجنين اذا مات مع أمه فان العاقلة تحملها مع دية أمه وان ماتا منفردين لم تحملها العاقلة لنقصها عن الثلث وتحمل جنابة الخطأ على الحر اذا بلغت الثلث قال ابو بكر ولا تحمل شبه العمدة ويكون في مال القاتل في ثلاث سنين^(٢) وقال الخرقى تحملها العاقلة . وما

== شبه عمد فتجب الدية عليه فلا تحمله العاقلة لا نعلم فيه خلافاً وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى والثورى ومالك والأوزاعي والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى وقد ذكرنا حديث ابن عباس ويلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله وهو قول الأكثرين

(١) قوله « ولا ما دون الثلث » وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك واسحاق وعبد العزيز بن أبى سلة وقال الزهرى لا تحمل الثلث أيضاً وقال الثورى وأبو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقهما لأنه صلى الله عليه وسلم جعل الغرة التى فى الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل ما دون ذلك والصحيح عن الشافعى انها تحمل القليل والكثير لأن من حمل الكثير حمل القليل

على قوله « ولا ما دون ثلث الدية » ، كارش الموضحة نص على ذلك لقضاء عمر انها لا تحمل شيئاً حتى يبلغ عقل المأمومة

على قوله « وتحمل جنابة الخطأ على الحر إذا بلغت الثلث » ، لحديث أبى هريرة وفى تقييده بالخطأ والحر وبلوغ الثلث احتراز عن العمدة والعبد وما دون الثلث

(٢) قوله « وقال أبو بكر لا تحمل شبه العمدة الخ » ، ان الاصحاب اختلفوا فى شبه العمدة هل تحمله العاقلة أم لا والصحيح من المذهب انها تحمله نص عليه وعليه جماهير الاصحاب وبه قال الشعبي والنخعى والحكم والشافعى والثورى واسحاق وأصحاب الرأى وابن المنذر لحديث أبى هريرة قال اقتلت امرأتان الخ وقول أبى بكر هو رواية عن أحمد قال فى الرعايتين ولا تحمل شبه عمد فى الأصح وبه قال ابن سيرين والزهرى والحارث العكلى وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وهى على القاتل فى ماله لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمدة المحض ، ولأنها دية مغلظة فاشبهت دية العمدة ، ولنا حديث أبى هريرة

يحملة كل واحد من العاقلة غير مقدر لكن يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيحمل كل إنسان منهم ما يسهل ولا يشق^(١) وقال أبو بكر يجعل على الموسر نصف دينار وعلى المتوسط ربعا وهل يتكرر ذلك في الاحوال الثلاثة أولا؟ على وجهين . ويبدأ بالأقرب فالأقرب فمتى اتسعت أموال الأقربين لها لم يتجاوزهم^(٢) والا انتقل الى من يليهم فان تساوى جماعة في القرب وزع القدر الذى يلزمهم بينهم

(١) قوله « وما تحمله العاقلة الخ » لا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة لا تكلف من العقل ما يحسف بها ويشق عليها . واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد يحملون على قدر ما يطيقون فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدرا يسهل ولا يؤذى وهذا مذهب مالك لأن التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأى والتحكم ولا يرضى فى هذه المسئلة فوجب الرجوع فيها الى اجتهاد الحاكم كقضايا النفقات وعن أحمد أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لأنه أقل مال يتقدر فى الزكاة وهذا اختيار أبى بكر ومذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم ، وليس لأقله حد

(٢) قوله « ويبدأ بالأقرب فالأقرب الخ » أى كالعصابات فى الميراث وهذا المذهب فيقسم على الاخوة وبنهم والأعمام وبنهم ثم أعمام الاب ثم بنهم ثم أعمام الجد ثم بنهم كذلك أبدا حتى اذا انقرض المتناسبون فعلى المولى المعتبر ثم عصباته ثم على مولى المولى ثم عصباته الأقرب فالأقرب كالميراث . وان قلنا الآباء والأبناء من العاقلة بديء بهم ويقدم من يدلى بأبوين على من يدلى بأب كالميراث فى الأشهر

[فائدة] لا يحمل العقل من لا يعرف نسبه من القاتل الا أن يعلم انه من قوم يدخلون كلهم فى العقل ومن لا يعرف ذلك فيه لا يدخل وان كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لم يلزم قرشيا كلهم التحمل فان قرشيا وان كانوا كلهم يرجعون الى أب واحد الا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينسبون الى أب يتميزون به فيعمل عنهم من يشاركهم فى نسبهم الى الأب الأدنى ألا ترى ان الناس كلهم بنو آدم لكن ان كان من نخذ يعلم ان جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعهم سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف

فصل

وما تحمله العاقلة يجب مؤجلا في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه إن كان دية كاملة^(١) وإن كان الواجب ثلث الدية كارش الجائفة وجب في رأس الحول^(٢) وإن كان نصفها كديه اليد وجب في رأس الحول الاول الثالث وباقيه في رأس الحول الثاني^(٣) وإن كان دية امرأة أو كتابي فكذلك^(٤) ويحتمل أن يقسم في ثلاث سنين^(٥) وإن كان أكثر من دية كما لو جنى عليه

على قوله «والا انتقل إلى من يليهم» وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم لأن النبي ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة

(١) قوله «وما تحمله العاقلة الخ» لا خلاف بين أهل العلم في ان دية الخطأ على العاقلة حكاة ابن المنذر وانها تجب مؤجلة في ثلاث سنين فان عمر وعليا رضى الله عنهما جملا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لها في الصحابة مخالفا وتبعهم أهل العلم على ذلك ويجب في آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ابتداؤها من حين حكم الحاكم

(٢) قوله «وان كان الواجب ثلث الدية الخ» أى في آخر السنة الأولى ، ولم يجب منه شيء . حالا لأن العاقلة لا تحمل حالا وهذا بلا نزاع

(٣) قوله «وان كان نصفها الخ» أى لان الثلث قدر ما يؤدي من الدية الكاملة فوجب لتساويهما في وقت الوجوب والباقي في رأس الحول الثاني لان ذلك القسط الثاني من الكاملة وهذا بلا نزاع

(٤) قوله «وان كان دية امرأة الخ» يجب ثلثها في رأس الحول الاول يعنى وهو قدر ثلث دية الحر المسلم وباقيها في رأس الحول الثاني وهذا المذهب لان هذه تنقص عن الدية فلم تقسم في ثلاث سنين كارش الطرف وهذا مذهب أبي حنيفة

(٥) قوله «ويحتمل الخ» أى لان ذلك دية نفس كاملة اشبه دية المسلم [فائدة] اذا كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية الجوسى وهى ثمانمائة درهم ودية الجنين وهى خمس من الابل لم تحمله العاقلة لانه ينقص عن الطرف الا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لانها جنانية واحدة

فأذهب سمعه وبصره لم يزد في كل حول على الثلث^(١) وابتداء الحول في الجرح من حين الاندمال وفي القتل من حين الموت^(٢) وقال القاضي ان لم يسر الجرح الى شيء فحوله من حين القطع . ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر مسقط ما عليه وإن مات بعد الحول لم يسقط ما عليه^(٣) وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة^(٤) وعنه في الصبي العاقل ان عمده في ماله

باب كفارة القتل

من قتل نفساً محرمة خطأ أو ما أجرى مجراه^(٥) أو شارك

(١) قوله « وان كان أكثر الخ ، وكذا لو قتلت الضربة الام وجنينها بعد ما استهل وهذا المذهب لان الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذا لا يزيد عليه إذا زاد عن الثلث

(٢) قوله « وابتداء الحول الخ ، هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب لان الجرح لا يستقر ارشه إلا بالبرء وفي القتل لانه حالة الوجوب سواء كان قلاموجيا أو عن سراية

(٣) قوله « ومن مات من العاقلة الخ ، من مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لا نعلم في هذا خلافا لانه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فاشبه الزكاة وان كان بعد الحول لم يسقط الواجب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط بالموت

[فائدة] من صار أهلا عند الحول لزمه ما تحمله العاقلة على أصح الوجهين قاله في الفروع وغيره

(٤) قوله « وعمد الصبي الخ ، عمد المجنون خطأ تحمله العاقلة بلا نزاع وكذا الصبي على الصحيح من المذهب مطلقا ونص عليه لأنه لا يتحقق منهما كمال القصد فوجب ان يكون كخطأ البالغ وعنه في الصبي العاقل ان عمده في ماله قال ابن عقيل والحلواني وتكون مغلظة

(٥) قوله « من قتل نفساً محرمة الخ ، الاصل في الكفارة قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً) الآية فذكر في الآية ثلاث كفارات احدها من يقتل المسلم في دار الاسلام =

فيها^(١) أو ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا أو حيا ثم مات فعليه الكفارة^(٢) مسلما كان المقتول أو كافرا^(٣) حرا أو عبدا^(٤) وسواء كان القاتل كبيرا

== خطأ، الثاني بقتله في دار الحرب وهو لا يعرف إيمانه بقوله (فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن) الآية. الثالث بقتل المعاهد وهو الذي في دار الإسلام بقوله (وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق) الآية وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ الكفارة سواء كان المقتول ذكرا أو أنثى ويجب في قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب تضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة لا تجب بالتسبب لأنه ليس بقتل . ولنا أنه كالمباشر في الضمان فكان كالمباشر في الكفارة ولأنه سبب لإتلاف الآدمي يتعلق به ضمانه فتعلقت به الكفارة وقياسهم ينتقض بالآب إذا أكره على قتل ابنه فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة

(١) قوله « أو شارك فيها » أى يلزم كل واحد من الشركاء كفارة هذا قول أكثر أهل العلم منهم عكرمة والحسن والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وعنه على المشتركين كفارة واحدة وهو قول أبي ثور وحكى عن الأوزاعي وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي وأنكره سائر أصحابه واحتج من أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) الآية ومن تناول الواحد والجماعة ولنا أنها لا تتبعض وهي من موجب قتل الآدمي فكملت في حق كل واحد من المشتركين كاقصاص

(٢) قوله « أو ضرب بطن امرأة الخ » هذا المذهب وبه قال الحسن وعطاء والزهرى والنخعي والحكم ومالك والشافعي وإسحاق . وقال أبو حنيفة لا تجب فعلى المذهب لو أُلقت مضغة لم تتصور فلا كفارة فيها

(٣) قوله « مسلما كان المقتول الخ » وبهذا قال أكثر أهل العلم . وقال الحسن ومالك لا كفارة فيه لقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) الآية ففهمه أنه لا كفارة في المؤمن ولنا قوله تعالى (فإن كان بينكم وبينهم ميثاق) الآية وهذا منطوق

(٤) قوله « أو عبداً » أى تجب الكفارة بقتل العبد وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا تجب به لأنه مضمون بالقيمة أشبه الهيمة ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً) خطأ الآية

عاقلاً أو صدياً أو مجنوناً حراً أو عبداً^(١) ويكفر العبد بالصيام^(٢) وعنه أن على المشتركين كفارة واحدة وأما القتل المباح كالتقصاص والحد وقتل الباغي والصائل فلا كفارة فيه^(٣) وفي قتل العمد روايتان أحدهما لا كفارة فيه اختارها أبو بكر والقاضي والأخرى فيه الكفارة^(٤)

باب القسامة

وهي الإيماة المكررة في دعوى القتل^(٥) ولا تثبت الا بشروط أربعة

(١) قوله « وسواء كان القاتل الخ ، وهذا بلا نزاع في ذلك الا المجنون فانه قال في الانتصار لا كفارة عليه ومن أوجب الكفارة على الصبي والمجنون الشافعي وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهما لأنها عبادة محضة تجب بالشرع فلا تجب على الصبي والمجنون ولنا انه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم الدية

(٢) قوله « ويكفر العبد بالصيام ، أى لأنه لا مال له ويأتى حكم العبد في التكفير في آخر كتاب الإيماة فيما إذا عتق أو لم يعتق قبل التكفير

(٣) قوله « فاما القتل المباح الخ ، هذا بلا نزاع إلا في الباغي إذا قتله العادل فانه حكي في الترغيب فيه وجهين لأنه قتل مأمور به ، والكفارة لا تجب لمحو المأمور به

(٤) قوله « وفي قتل العمد الخ ، الصحيح من المذهب أنه لا كفارة في قتل العمد وبه قال الثوري ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وعنه فيه الكفارة وهو قول الشافعي واختارها الخرق وأبو محمد الجوزى لما روى واثلة بن الاسقع قال أتيت النبي ﷺ بصاحب لنا قد أوجب القتل فقال اعتقوا عنه رقة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار رواه أبو داود باسناد ضعيف ولنا مفهوم قوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ ﴾ الآية ثم ذكر العمد فلم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه انه لا كفارة فيه فاما شبه العمد فالصحيح من المذهب وجوب الكفارة به نص عليه لأنه أجرى مجرى الخطأ في نفي التقصاص وحمل العاقلة دية وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة

(٥) قوله « وهي الإيماة المكررة الخ ، مراده في قتل معصوم والأصل فيها =

أحدها دعوى القتل^(١) ذكرنا كان المقتول أو أثنى حراً أو عبداً مسلماً أو

== ما روى عن سهل بن أبي حشمة ورافع بن خديج أن محبصة بن مسعود وعبد الله ابن سهل انطلقا إلى خيبر ففترقا في النخل فقتل عبد الله بن سهل فاتهموا اليهود به فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحبصة إلى النبي ﷺ فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه وهو أصغرهم فقال كبر كبر فتكلم في أمر صاحبهما فقال أتخلفون وتستحقون قاتلكم قالوا كيف نخلف ولم نشهد ولم نر قال فتبرئكم يهود بخمسين يمينا قالوا كيف نأخذ إيمان قوم كفار قال فعهله النبي ﷺ من عنده رواه الجماعة . وعن أبي سلة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار أن النبي ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية رواه أحمد ومسلم . قال ابن قتيبة في المعارف أول من قضى بالقسامة في الجاهلية الوليد بن المغيرة فأقرها النبي ﷺ في الإسلام

(١) قوله « أحدها دعوى القتل » أي عمداً كان أو خطأ نص عليه ولا تسمع الدعوى إلا محررة بأن يقول ادعى أن هذا قتل ولي فلان بن فلان عمداً أو خطأ أو شبه عمداً ويصف القتل فإن كان عمداً قال قصد إليه بسيف أو بما يقتل غالباً فإن كانت الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل وإن أنكر وثم بينة حكم بها والا صار الأمر إلى الإيمان وإن كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال أحدها أن يقول قتله هذا وهذا تعمد قتله ويصف العمد بصفته فيقال له عين واحداً فإن القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد . الثاني أن يقول تعمد هذا وهذا كان خاطئاً فهو يدعى قتلاً غير موجب للقود ويقسم عليهما ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من مال الخاطيء . الثالث أن يقول عمداً ولا أدري أكان قتل الثاني عمداً أو خطأ ، فقيل لا تسوغ القسامة هنا لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً فيكون موجباً الدية عليهما ويحتمل أن يكون عامداً فلا تسوغ القسامة وهنا ويجب تعيين واحد والقسامة عليه فيكون موجباً للقود فلم تجز القسامة مع هذا فإن عاد فقال علمت أن الآخر كان عامداً فله أن يعين واحداً ويقسم عليه وإن كان مخطئاً ثبتت القسامة حينئذ ويستل الآخر فإن أنكر ثبتت القسامة وإن أقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية في ماله لأنه يثبت باقراره لا بالقسامة وقال القاضي يكون على عاقلة الرابع أن يقول قتلاه خطأ أو شبه عمداً أو أحدهما خاطئاً والآخر شبه عمداً فله أن يقسم عليهما وإن ادعى أنه قتل وليه عمداً فستل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على ما فسره به لأنه أخطأ في وصف ==

ذميا^(١) فاما الجراح فلا قسامة فيه . اثناني اللوث وهو العداوة

= القتل بالعمد به ونقل المزنى عن الشافعي لا يحلف عليه لأنه بدعوى العمد برأ
المعاقله فلم تسمع دعواه بعد ذلك ما يوجب عليهم المال . ولنا ان دعواه قد تحمرت
وانما غلط في تسمية شبه العمد عمداً وهذا مما يشتبه فلا يؤاخذ به

(١) قوله « وسواء كان المقتول الح ، أما اذا كان المقتول حرا مسلما فليس
فيه اختلاف سواء كان المدعى مسلما أو كافرا لقصة عبد الله بن سهل وأما ان كان
المقتول كافرا أو عبداً أو كان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له
في حاله أو دونه ففيه القسامة وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي . وقال الزهري
ومالك والأوزاعي لا قسامة في العبد لأنه مال فلم يجب فيه كالبهيمة ولنا انه قتل
موجبه القصاص فأوجب القسامة كقتل الحر بخلاف البهيمة فانه لا قصاص فيها
ويقسم على العبد سيده لأنه المستحق لدمه وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق
عتقه بصفة كالفن وان كان القتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافرا والحر
يقتل عبداً فقال القاضي فيهما القسامة وهو المذهب وهو قول الشافعي وأصحاب
الرأي لأنه قتل آدمي يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كقتل الحر ولأن
ما كان حجة في قتل الحر المسلم كان حجة في قتل العبد والكافر وظاهر الخرقى
لا قسامة فيه لأنها عنده لا تشرع الا فيما يوجب القصاص على ما يأتي وهو قول
مالك لأنه قتل لا يوجب القصاص فأشبهه قتل البهيمة

[فائدة] المحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه في دعوى القتل
والدعوى عليه الا انه اذا أقر بمال أو لزمته الدية بالثكول عن اليمين لم يلزمه في
حال حجره لأن اقراره بالمال في الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله
في الحال

[فائدة] لو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه لأن نفسه غير
مضمونة ولا قسامة فيما دون النفس وان مات مسلما فارتد وارثه قبل القسامة فقال
أبو بكر ليس له أن يقسم وان أقسم له لم يصح لأن ملكه يزول عن ماله وحقوقه
فلا يبقى مستحقا للقسامة وهذا قول المزنى لأن المرتد قد أقدم على الكفر فلا
يستحق بيمينه دم مسلم ، وقال القاضي الاولى أن تعرض عليه القسامة فان أقسم
وجبت الدية وهذا قول الشافعي قال الشارح والصحيح ان شاء الله ما قاله أبو بكر
ونصره

الظاهرة (١) كنجوما كان بين الأنصار وأهل خيبر وكما بين القبائل التي يطلب بعضها بعضا بشار في ظاهر المذهب وعنه انه ما يغلب على الظن صحة الدعوى به (٢)

على قوله « فاما الجراح فلا قسامة فيه » لا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجراح لا نعلم فيه خلافا وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي لأن القسامة تثبت في النفس لحرمتها وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى في سائر الحقوق ، « البينة على المدعى واليمين على من أنكر ،

(١) قوله « الثاني اللوث الخ ، وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو من مفردات المذهب نص عليه وكما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضمن يغلب على الظن انه قتله نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلاً في المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه في حياته شيء - يعني ضمننا - يؤخذون به ولا يشترط مع العداوة أن لا يكون في الموضع الذي به القتل غير العدو نص عليه ونصره المؤلف لأنه عليه الصلاة والسلام لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها لأنها كانت أملاكاً للمسلمين وشرطه القاضي وهذا مذهب الشافعي لان الأنصارى قتل بخيبر ولم يكن بها الا اليهود وهم أعداء ثم ناقض القاضي قوله بأن قال في قوم ازدحموا في مضيق وتفرقوا عن قتيل فقال ان كان في القوم من بينه وبينه عداوة وأمكن أن يكون قتله فهو لوث فجعل العداوة لوثاً مع وجود غير العدو

(٢) قوله « وعنه ما يدل الخ ، اختار هذه الرواية أبو محمد الجوزي وابن رزين والشيخ تقي الدين وغيرهم قال في الانصاف وهو الصواب فاذا تفرق جماعة عن قتيل كان ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم فان ادعى الولي على واحد فانكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان الاصل عدم ذلك الا أن يثبت بينه واذا ازدحم الناس في مضيق فوجد بينهم قتيل فظاهر كلام أحمد ان هذا ليس بلوث فانه قال فيمن مات في الزحام يوم الجمعة فديته في بيت المال وهذا قول اسحاق وروى ذلك عن عمر وعلى فان سعيداً روى في سننه عن ابراهيم قال قتل رجل في زحام الناس بعرفة فجاء أهله الى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم ان علمت قاتله والا فاعط ديته من بيت المال وقال أحمد فيمن وجد مقتولاً في المسجد الحرام ينظر من كان بينه وبينه شيء في حياته يعني عداوة فلم يجعل الحضور لوثاً وانما جعل اللوث =

كتفرق جماعة عن قتيل ووجود قتيل عند من معه سيف ملطخ بدم وشهادة

== العداوة وقال الحسن والزهرى فيمن مات فى الزحام ديته على من حضر لان قتله حصل منهم وقال دمه هدر لانه لا يعلم له قاتل ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة وقد روى عن عمر بن عبد العزيز انه كتب اليه فى رجل وجد قتيلاً لم يعرف قاتله فكاتب اليهم ان من القضايا قضايا لا يحكم فيها الا فى الدار الآخرة وهذا منها ، وأما اذا وجد قتيل لا يوجد بقربه الا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن قتله مثل أن يرى رجلاً هارباً يحتمل انه القاتل أو سبعة يحتمل ذلك فيه وأما اذا اقتتل فتان فافترقا عن قتيل من إحداهما فاللوث على الأخرى ذكره القاضى فان كانوا بحيث لا يصل بعضهم سهام بعض فاللوث على طائفة القتيل وهذا قول الشافعى وروى عن أحمد ان عقل القتيل على الذين نازعوه فيما اذا اقتتل الفتان الا أن يدعوا على واحد بعينه وهذا قول مالك وقال ابن أبى ليلي عقله على الفريقين جميعاً لانه يحتمل انه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه ، وعن أحمد فى قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعض فدية المقتولين على المجرحين يسقط منها دية الجراح قال أحمد قضى به على رواه أحمد . وان كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شيء فيه وجهان . قال المصنف والصواب أن من لا جرح فيه يشارك فى الدية ، وأما اذا شهد بالقتل عبيد أو نساء ففيه عن أحمد روايتان احدهما انه لوث لانه يغلب على الظن صدق المدعى فاشبهه العداوة والثانية ليس بلوث لانها شهادة مردودة فلم يكن لوث كما لو شهد به كفار وان شهد به فساق أو صبيان ففيه وجهان أحدهما ليس بلوث لانه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها كشهادة الاطفال والمجانين والثانى يثبت بها اللوث لانها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى وهذا مذهب الشافعى ، ويعتبر ان يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم التواطؤ على الكذب

[فائدتان] اذا شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين لم تثبت هذه الشهادة ولم يكن لوثاً عند أحد علمنا قوله ، وان شهد ان هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين أو شهد أحدهما ان هذا قتله وشهد الآخر انه أقر بقتله أو شهد أحدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر أنه قتله بسكين لم تكمل الشهادة ولم يكن لوثاً هذا قول القاضى واختياره والمنصوص عن أحمد فيما إذا شهد أحدهما بقتله والآخر =

جماعة ممن لا يثبت القتل بشهادتهم كالنساء والصبيان ونحو ذلك فاما قول القتييل
فلان قتلنى فليس بلوث^(١) ومتى ادعى القتل مع عدم اللوث عمدا فقال الخزقي
لا يحكم له يمين ولا غيرها^(٢) وعن احمد انه يحلف يمينا واحدة وهى الاولى

== بالاقرار بقتله انه يثبت القتل واختاره أبو بكر وفيما اذا شهد أحدهما أنه قتله
بسيف وشهد الآخر انه قتله بسكين لانهما اتفقا على القتل واختلفا في صفته ، وقال
الشافعي هو لوث في هذه الصور في أحد القولين وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث
لانها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى ، ولنا انها شهادة مردودة للاختلاف فيها
(الثانية) ليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر وبهذا قال مالك والشافعي
وعن أحمد يشترط وهو قول حماد وأبي حنيفة

(١) قوله « فاما قول القتييل الخ ، وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم
منهم الثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك والليث هو لوث لأن قتييل
بنى اسرائيل قال قتلنى فلان فكان حجة ، ولنا قوله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم
لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ، رواه مسلم ونقل
الميموني اذهب الى القسامة إذا كان ثم لطح اذا كان ثم سبب اذا كان ثم عداوة اذا
كان مثل المدعى عليه يفعل مثل هذا

(٢) قوله « ومتى ادعى القتل الخ ، اذا ادعى القتل مع عدم اللوث لم يخجل
من حالين أحدهما اذا وجد قتييل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة
ولم تكن بينهم عداوة ولا لوث فهى كسائر الدعاوى ان كانت لهم بينة حكم لهم بها
والا فالقول قول المنكر وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة
وأصحابه اذا ادعى أولياؤه قتله على أهل المحلة أو على معين فللولى أن يختار من
الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يمينا بالله ما قتلنا ولا نعلم قاتلا فان نقصوا
عن الايمان كررت الايمان عليهم حتى تتم فاذا حلفوا وجبت الدية على بائى الخطة
فان لم يكن وجبت على سكان الموضع فان لم يحلفوا حسبوا حتى يحلفوا أو يقرؤا
لما روى أن رجلا وجد قتيلا بين حين خلفهم عمر رضى الله عنه خمسين يمينا
وقضى بالدية على أقرب الحيين فقالوا والله ماوفت ايماننا أموالنا ولا أموالنا ايماننا
فقال عمر حقتم بأموالكم ونقل حنبل اذهب الى حديث عمر قيسوا ما بين الحيين ==

وإن كان خطأ حلف يمينا واحدة . الثالث اتفاق الاولياء في الدعوى فان ادعى بعضهم وأنكر بعض لم تثبت القسامة . الرابع أن يكون في المدعين رجال عقلاء^(١) ولا مدخل للنساء والصبيان والمجانين في القسامة عمدا كان القتل أو

== قالى ايها كان أقرب نخذوهم به فقالوا يا أمير المؤمنين أتغرمتنا وتحلفنا قال نعم ولنا حديث عبد الله بن سهل وقوله عليه الصلاة والسلام « لو يعطى الناس بدعواهم ، الخبر [فائدة] لا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأى تسمع ويستحلف خمسون منهم ، الحال الثاني أنه اذا ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث فانه لا يحكم على المدعى عليه بيمين في إحدى الروايتين ويحلى سبيله هذا الذى ذكره الخرقى وسواء كانت الدعوى عمداً أو خطأً والثانية يستحلف وهو المذهب لعموم قوله ﷺ اليمين على المدعى عليه وهذا قول الشافعي وتكون اليمين واحدة وعنه خمسون يمينا فان نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف في المذهب وقال أصحاب الشافعي ان نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى خلف خمسين يمينا واستحق القصاص أو الدية ان كانت الدعوى عمدا موجبا للقتل لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة أو القصاص . ولنا أن القتل لم يثبت ببينة ولا اقرار ولم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل

(١) قوله « الرابع ان يكون الخ ، وهذا المذهب وعليه الاحباب وقطعوا به وهو من مفردات المذهب ، فأما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الاولياء أو مدعى عليهم ، وأما النساء فاذا كن من أهل القتل لم يستحلفن وبه قال ربيعة والثوري والليث والأوزاعي ، وقال مالك لهن مدخل في قسامة الخطأ دون العمد ، وقال الشافعي يقسم كل وارث بالغ لانها يمين في دعوى فتشعر في حق النساء كسائر الايمان . ولنا قوله ﷺ « يقسم خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم ، ولانها حجة يثبت بها قتل العمد فلا تسمع من النساء كالشهادة واما ان كانت المرأة مدعى عليها القتل فان قلنا يقسم من العصابة رجال لم تقسم المرأة أيضاً لأن ذلك مختص بالرجال وان قلنا يقسم المدعى عليه فينبغي أن تستحلف لانها لا تثبت بقولها حقا ولا قتلا وانما هي لتبرئتها منه فتشعر في حقها اليمين فعلى المذهب ان كان في الاولياء نساء أقسم الرجال فقط فان كان الجميع نساء فهو كما لو نكل الورثة وقال ابن عقيل للنساء مدخل في القسامة في قتل الخطأ

خطأ ، فان كانا اثنين أحدهما غائب أو غير مكلف فللحاضر المكلف ان يحلف ويستحق نصيبه من الدية^(١) وهل يحلف خمسين أو خمسا وعشرين ؟ على وجهين^(٢) وإذا قدم الغائب أو بلغ الصبي حلف خمسا وعشرين وله بقيتها . والاولى عندى انه لا يستحق شيئا حتى يحلف الآخر وذكر الخرقى من شروط القسامة ان تكون الدعوى عمدا توجب القصاص اذا ثبت القتل^(٣) وان

[فائدة] لا مدخل للخنثى فى القسامة على الصحيح من المذهب

[فائدة] اذا أقام المدعى عليه القتل بينة انه كان يوم القتل فى بلد بعيد من بلد المقتول لا يمكن المدعى عليه بحجته اليه أى الى بلد المقتول فى يوم واحد بطلت الدعوى لعدم امكان القتل

(١) قوله « فان كانا اثنين الخ ، هذا المذهب لأن القسامة حق له ولغيره فقيام المانع بصاحبه لا يمنع استحقاقه نصيبه كامال المشترك بينهما ، وقال المصنف هنا والاولى عندى انه لا يحلف شيئا حتى يحلف الآخر فلا قسامة إلا بعد أهلية الآخر ومحل الخلاف فى غير العمد

(٢) قوله « وهل يحلف الخ ، يعنى إذا قلنا يحلف ويستحق نصيبه ، أحدهما يحلف خمسين يميناً اختاره أبو بكر فى الخلاف وجزم به فى المنور ومنتخب الأدمى وهو مذهب الشافعى لأن الحكم لا يثبت الا بالبينة الكاملة والبينة هنا هى الايمان والثانى يحلف بقسطه اختاره ابن حامد وجزم به فى الوجيز . قلت وجزم به فى الاقناع قال فى المبدع وهو أشهر لانه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه من الايمان فكذا مع المانع ، ومحل الخلاف اذا كان القتل خطأ أو شبه عمد فأما ان كان عمدا لم تثبت القسامة حتى يحضر الغائب ويبلغ الصبي ويعقل المجنون ، ويشترط أن لا يكون للمدعين بينة فان كان حكم لهم بها ولا قسامة

(٣) قوله « وذكر الخرقى من شروط القسامة الخ ، ظاهر كلام الخرقى فى القسامة أن تكون الدعوى عمدا ومال اليه المصنف لأن اللوث من شروطها وفاقاً ولا يتحقق الا فى العمد لأن الخطأ يصدر عن غير قصد وقال غيره ليس بشرط وهو المذهب قال الزركشى لم أر الاصحاب عرجوا على كلام الخرقى قال الشارح وعند غير الخرقى من أصحابنا تجزىء القسامة فيما لا قود فيه فيجوز أن يقسموا على جماعة

تكون الدعوى على واحد^(١) وقال غيره ليس بشرط لكن ان كانت الدعوى عمدا محضا لم يقسموا الا على واحد معين ويستحقون دمه وإن كانت خطأ أو شبه عمد فلم يقسموا على جماعة معينين ويستحقون الدية

== وهذا قول مالك والشافعي لأن القسامة حجة فوجب أن يثبت بها الخطأ كالعمد فعلى هذا اذا ادعى على رجلين على أحدهما لوث دون الآخر حلف على من عليه اللوث خمسين يمينا واستحق الدية عليه وحلف الآخر يمينا واحدة وبرىء وان نكل عن اليمين فعليه نصف الدية وان ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر الا أحدهم حلف على الحاضر منهم خمسين يمينا واستحق ثلث الدية فإذا حضر الثاني ففيه وجهان أحدهما يحلف خمسين أيضا ويستحق ثلث الدية فإذا حضر الثاني ففيه وجهان أحدهما يحلف خمسين أيضا ويستحق ثلث الدية والثاني يحلف خمسا وعشرين واذا قدم الثاني فالخلاف وان حضروا جميعا حلف عليهم خمسين يمينا واستحق الدية عليهم اثلاثا

(١) قوله « وان تكون الدعوى على واحد » اذا كانت الدعوى عمدا محضا لم يقسموا الا على واحد معين ويستحقون دمه وهذا بلا نزاع قال الشارح لا يختلف المذهب انه لا يستحق القسامة أكثر من قتل واحد وبهذا قال الزهري ومالك وبعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لأنها بيئة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة وقول أبي ثور نحو هذا . ولنا قوله ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » فخص بها الواحد ولأنها بيئة ضعيفة خولف بها الاصل في قتل الواحد فيقتصر عليه وتبقى على الاصل وأما ان كانت الدعوى خطأ أو شبه عمد قال في الانصاف فالصحيح من المذهب والروايتين ليس لهم القسامة ولا تشرع على أكثر من واحد وعليه جماهير الأصحاب منهم الخرقى والقاضى وجماعة من أصحابه كالشريف وأبي الخطاب والشيرازى وابن البنا وابن عقيل وغيرهم وجزم به فى الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وغيرهم وقدمه فى المحرر والنظم والحاوى الصغير والفروع وغيرهم ، وعنه لهم القسامة على جماعة معينين ويستحقون الدية وهو الذى قاله المصنف هنا وجزم به فى الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة وقدمه فى الرايعتين وظاهر كلام المصنف هنا ان غير الخرقى ما قال ذلك وتابعه الشارح وابن منجا وليس الامر كذلك فقد ذكرنا عن غير ==

فصل

ويبدأ في القسامة بإيمان المدعين^(١) فيحلفون خمسين يمينا ويختص ذلك

== الخرق من اختار ذلك انتهى قلت والذي جزم به في الاقتناع ان لهم القسامة في الخطأ كالعمد لان الخطأ أحد القتلين أنبه العمد ويقسمون على واحد معين كالعمد وهو معنى ما جزم به في الانصاف

(١) قوله « ويبدأ في القسامة الخ » هذا المذهب فان لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرى. وهذا قول يحيى بن سعيد وربيعه وأبي الزناد والليث ومالك والشافعي وقال الحسن يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا ويبرأون فان أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين ان حقتا قبلكم ثم يعطون الدية بقوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وقال الشعبي والنخعي والثوري وأصحاب الرأي يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التي وجد فيها القتل تالله ما قتلنا ولا نعلم قاتلا ويغرمون الدية لقضاء عمر رضى الله عنه بذلك ولم نعرف له في الصحابة مخالفا فيكون إجماعا وتسكلموا في حديث سهل بما روى أبو داود عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي عن عبد الرحمن بن نجيد بن قبطى أحد بنى حارثة قال محمد بن إبراهيم وإيم الله ما كان سهل بأعلم منه ولكنه كان أسن منه قال والله ما قال رسول الله ﷺ احلفوا على ما لا علم لكم به ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الانصار انه وجد بين أبياتكم قتيل فدوه فكتبوا يحلفون بالله ما قتلوه ولا يعدون له قاتلا فوداه رسول الله ﷺ من عنده . ولنا حديث سهل وهو متفق عليه ورواه مالك في موطنه وعمل به وما عارضه من الحديث لا يصح لوجوه أحدها انه نقي فلا يرد به قول المثبت، والثاني ان سهلا من أصحاب رسول الله ﷺ شاهد القصة وعرفها حتى انه قال فركضتني ناقة من تلك الابل والآخر يقول برأيه وظنه من غير أن يرويه عن أحد ولا حضر القصة ، الثالث انهم لا يعملون بمحدثهم ولا حديثنا فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه وأما حديث اليمين على المدعى عليه فالمراد غير هذه القضية بدليل ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا فان البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر الا في القسامة رواه الدارقطني من رواية مسلم بن خالد الزنجي وذكر أنه روى مرسلا وروى أيضا بإسناد فيه ضعف عن أبي هريرة مرفوعا كذلك وهذه الزيادة يتعين العمل بها

بالوارث^(١) وتقسم الايمان بين الرجال منهم على قدر ميراثهم فان كان الوارث واحدا حلفها وان كانوا جماعة قسمت عليهم على قدر ميراثهم فان كان فيها كسر جبر عليهم مثل زوج وابن يحلف الزوج ثلاثة عشر يمينا والابن ثمانية وثلاثين وان خلف ثلاثة بنين حلف كل واحد سبع عشرة يمينا ، وعنه يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلا كل واحد يمينا^(٢) وان لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرى^(٣) وان لم يحلف المدعون ولم

(١) قوله « ويختص ذلك بالوارث ، يعنى العصبة على ما تقدم وهذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب وهو قول الشافعي لأنها ايمان في دعوى فلم تشرع في حق غير الوارث كسائر الأيمان

(٢) قوله « وعنه يحلف من العصبة الخ ، هذا قول لمالك ونصرها جماعة من الاصحاب منهم الشريف وأبو الخطاب والشيرازي وابن البنا لقوله عليه الصلاة والسلام يحلف خمسون منكم مع علمه انه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثا لانه لا يرثه الا اخوه أو من هو في درجته أو أقرب منه نسبا ولانه خاطب ابني عمه وهما غير وارثين فعلى هذه الرواية يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه فان لم يبلغوا يؤخذ بالأقرب فالأقرب من قبيلته التي ينتسب اليها

[فائدتان] اذا مات المستحق فوارثه كفو على الصحيح من المذهب ويستأنف وارثه الايمان سواء حلف قبل موته شيئا أو لا

(الثانية) اذا حلف الاولياء استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمدا الا ان يمنع مانع روى ذلك عن ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وعن معاوية وابن عباس والحسن واسحق لا يجب بها الا الدية لقوله عليه الصلاة والسلام لليهود « اما ان تدوا صاحبكم واما أن تؤذوا مجرب من الله ، ولأن ايمان المدعين انما هي لغلبة الظن فلا يجوز اشاطة الدم بها . وللشافعي قولان كالمذهبين ولنا قوله ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته ، وفي رواية لمسلم ويسلم اليكم وفي لفظ وتستحقون دم صاحبكم ولأنها حجة ثبتت بها العمد فيجب بها القتل كالبنية وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الاحول أن النبي ﷺ أفاد بالقسامة في الطائف وهذا نص

(٣) قوله « فان لم يحلفوا الخ ، وكذلك ان كانوا نساء وهذا المذهب وهذا =

يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال^(١) وان طلبوا ايمانهم فنكلوا لم يجسوا وهل تلمزمهم الدية أو تكون في بيت المال؟ على روايتين^(٢)

كتاب الحدود

لا يجب الحد الا على بالغ عاقل^(٣) عالم

= قول يحيى الأنصاري وربيعة وابن الزناد والليث والشافعي ، وعن أحد يملفون ويغرمون الدية لقضية عمر وخبر سليمان بن يسار وهو قول أصحاب الرأي . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فتبرئكم يهود بايمان خمسين وقد ثبت انه صلى الله عليه وسلم لم يغرم اليهود وأنه أداها من عنده . ويعتبر حضور المدعى عليه وقت يمينه كالبينة وحضور المدعى ذكره المؤلف

(١) قوله « وان لم يخلف الخ ، هذا بلا نزاع لقصة عبد الله بن سهل

(٢) قوله « وهل تلمزمهم الدية الخ ، يعنى اذا نكلوا وقلنا انهم لا يجسبون احداهما تلمزمهم الدية وهو المذهب لأنه حكم ثبت بالسكول فيثبت في حقهم كسائر الدعاوى

[فائدة] سأله ابن منصور عن قتيل بين قريتين قال هذا قسامة قال المروذى احتج أحمد بأن عمر جعل الدية على أهل القرية ونقل حنبل اذهب الى حديث عمر فيسوا ما بين الحيين فإلى ايهما كان أقرب لخدمهم به وعن أبي سعيد الخدرى قال وجد قتيل بين قريتين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم فذرع ما بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فكأنى أنظر إلى شهر النبي صلى الله عليه وسلم فالقاه على أقربهما رواه أحمد فى مسنده

(٣) قوله « ولا يجب الحد إلا على بالغ عاقل ، لا خلاف فى اعتبارهما فى وجوب الحد وصحة الاقرار لأنهما قد رفع القلم عنهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن النصى حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ رواه أبو داود والترمذى وقال حسن صحيح ، وفى حديث ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة ما عثر ان النبي صلى الله عليه وسلم سأل قومه ما أجنون هو قالوا ليس به باس وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده أبلك جنون وروى أبو داود بإسناده قال أتى عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها ناسا فأمر بها عمر أن ترجم فر بها على بن أبى طالب فقال ماشأن هذه قال مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر ان ترجم فقال ارجعوا بها ثم أتاه فقال =

بالتحريم^(١)، ولا يجوز أن يقيم الحد إلا الامام أو نائبه^(٢)، إلا السيد فان له إقامة الحد بالجلد خاصة على رقيقه القن^(٣) وهل له القتل في الردة والقطع

== يأمر المؤمنين أما علمت ان العلم قد رفع عن ثلاثة عن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يعقل قال فما بال هذه قال لا شيء قال فارسلها فارسلها قال فجعل عمر يكبر

[فائدتان] لا يجب على النائم لما ذكرنا من الحديث فلو زنى بنايمة أو استدخلت المرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه ، ولو أقر حال نومه لم يلتفت الى إقراره لأن كلامه ليس بمعتبر

(الثانية) إذا كان يحن مرة ويفيق أخرى فأقر في إفاقة أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بينة أنه زنى في افاقة فعلية الحد لا نعلم فيه خلافاً وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

(١) قوله « عالم بالتحريم » وبه قال عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وبه قال عامة اهل العلم وقد روى سعيد بن المسيب قال ذكرنا الزنا بالشام فقال رجل زنت البارحة قالوا ما تقول قال ما علمت ان الله حرمه فكتب بها إلى عمر فكتب ان كان يعلم ان الله حرمه فحدوه وان لم يكن علم فاعلموه فان عاد فارجموه . وسواء جهل تحريم الزنا او تحريم عين المرأة مثل ان يزف اليه غير امرأته فيظنها امرأته او يدفع اليه جارية فيظنها جاريته فيطأها

(٢) قوله « ولا يجوز أن يقيم الحد الخ » هذا المذهب بلا ريب من حيث الجملة وعليه الاصحاب لانه حق لله تعالى فيفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن من استيفائه الحيف فوجب تفويضه إلى نائب الله تعالى في خلقه ولأنه ﷺ كان يقيم الحد في حياته وخلفاؤه من بعده ولا يلزم حضور الامام لإقامته لقوله ﷺ اغد يا أنيس الخبر واختار الشيخ تقي الدين انه لا يجوز إلا لقرينة كطلب الامام له ليقضه فيجوز لغير الامام أو نائبه قتله وقيل يقيم الحد ولي المرأة فعلى المذهب لو خالف وفعل لم يضمه نص عليه

(٣) قوله « إلا السيد الخ » يعني السيد المكلف وهذا المذهب وهو قول أكثر العلماء روى نحو ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وأبي حميد وأبي أسيد الساعديين وفاطمة بنت النبي ﷺ وعلقمة والأسود والحسن والزهرى ومالك =

في السرقة؟ على زوايتين^(١) ولا يملك إقامته على مكاتبه^(٢) ولا على من بعضه حر^(٣) ولا أمته المزوجة^(٤) وان كان السيد فاسقا أو امرأة فله إقامته

== والثوري والشافعي وأبي ثور وابن المنذر قال ابن أبي ليلى أدركت بقايا الأنصار يجلدون ولا تدم في مجالسهم الحدود إذا زنوا وعن الحسن بن محمد ان فاطمة حدث جارية لها زنت وعن ابراهيم ان علقمة والاسود كانا يقيمان الحدود على من زنا من خدم عشائهم روى ذلك سعيد في سننه وقال أصحاب الرأي ليس له ذلك لأن الحدود إلى السلطان ولنا ما تقدم ولما روى أبو هريرة ان النبي ﷺ قال إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولا يثرب عليها متفق عليه، وعن علي مرفوعا أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم رواه أحمد وأبو داود والدارقطني

[تنبيه] مفهوم كلامه انه ليس لغير السيد إقامة الحد وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقيل للوصى إقامته على رقيق موليه

(١) قوله « وهل له القتل الخ » احدهما ليس له ذلك وهو المذهب قال الشارح هذا قول أكثر أهل العلم وصححه المصنف والشارح وعنه له ذلك صححه في التصحيح وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله ﷺ أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم ولان عمر قطع عبدا له سرق ، وحفصة قتلت أمة لها سحرتها ووجه الأول انه عليه الصلاة والسلام أمر بالجلد فلا يثبت في غيره ولأن في الجلد ستر على رقيقه كيلا يفتضح باقامة الامام له فتنقص قيمته وذلك منتف فيهما

(٢) قوله « ولا يملك إقامته على مكاتبه » هذا أحد الوجهين اختاره المصنف وابن عبدوس وجزم به في الوجيز وغيره لأنه معه كالأجنبي. والوجه الثاني له إقامته عليه وهو المذهب قدمه في الفروع لانه عبء

(٣) قوله « ولا على من بعضه حر » أي لأنه لا ولاية له على كله

(٤) قوله « ولا أمته المزوجة » وهذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقيل له إقامته عليها صححه الحلواني وبه قال مالك والشافعي لعموم الخبر ولأنه مختص بملكها وانما ملك الزوج بعض نفقها ونقل مهنا ان كانت ثيبا ولنا ما روى عن ابن عمر قال إذا كانت الأمة ذات زوج رفعت إلى السلطان وان لم يكن لها زوج جلدها سيدها نصف ما على المحصن ولا نعرف له مخالفا في عصره ولأن نفقها يملك لغيره مطلقا اشبهت المشتركة

في ظاهر كلامه^(١) ويحتمل ان لا يملكه ولا يملكه المكاتب^(٢) ويحتمل ان يملكه
وسواء ثبت بيينة أو إقرار^(٣) وإن ثبت بعلمه فله إقامته نص عليه^(٤) ويحتمل
ان لا يملكه كالامام . ولا يقيم الامام الحد بعلمه^(٥) ولا يقيم الحدود في

(١) قوله « وان كان السيد فاسقاً الخ ، وهو المذهب لأنها ولاية استفادها
بالمالك فلم ينافها الفسق كبيع العبد ولأن فاطمة حدت أمة لها وعائشة قطعت أمة لها
سرفت وحفصة قتلت أمة سحرتها

(٢) قوله « ولا يملكه المكاتب ، هذا المذهب لأنه ليس من أهل الولايات
(٣) قوله « وسواء ثبت الخ ، اذا ثبت باعتراف فللسيد إقامته ان كان يعرف
الاعتراف الذي ثبت به الحد وشروطه ، واما البيينة فان لم يعلم شروطها فليس له
إقامته قولاً واحداً وان علم شرط سماعها فله إقامته وهو أحد الوجيزين جزم به
المصنف هنا وجزم به في الوجيز وهذا ظاهر نص الشافعي

(٤) قوله « وان ثبت بعلمه الخ ، هذا المذهب نص عليه لأنه قد ثبت عنده
فذلك إقامته كما لو أقر به ، وعنه لا يقيمه بعلمه وهو قول مالك لأن الامام لا يقيمه
بعلمه فالسيد أولى وولاية الامام للحد أقوى من ولاية السيد وهذا اختيار القاضي
وصححه ابن رزين

(٥) قوله « ولا يقيم الامام الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وروى ذلك
عن أبي بكر الصديق رضی الله عنه وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو أحد قولي
الشافعي وقال في الآخر له إقامته بعلمه وهو قول أبي ثور لأنه إذا جازت له إقامته
بالبيينة والاعتراف الذي لا يفيد الا الظن فبما يفسد العلم أولى ووجه في الفروع
تخریجاً من كلام الشيخ تقي الدين جواز إقامته بعلمه ولنا قوله تعالى (فاستشهدا عليهما
أربعة منكم) وقال سبحانه (فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون)
ولأنه متهم في حكمه بعلمه وذلك شبهة يدرأ بها الحد

[فائدة] نقل الميموني وجوب بيع رقيق اذا زنى في رابعة قال الشيخ تقي
الدين ان عصى الرقيق علانية أقام السيد عليه الحد وان عصى سراً فينبغي أن
لا يجب عليه إقامته بل يتخير بين ستره واستتابته بحسب المصلحة في ذلك كما يخير
الشهود على إقامة الحد عند الامام وبين الستر على المشهود عليه واستتابته بحسب =

المساجد^(١) ويضرب الرجل في الحد قائما بسوط لا جديد ولا خلق^(٢) ولا يمد ولا يربط ولا يجرد بل يكون عليه القميص والقميصان ولا يباليخ في ضربه بحيث يشق الجلد ويفرق الضرب على أعضائه الا الرأس والوجه والفرج وموضع المقتل والمرأة كذلك الا أنها تضرب جالسة ويشد عليها ثيابها وتمسك يداها لثلاث تنكشف . والجلد في الزنا أشد الجلد ثم جلد القذف ثم الشرب ثم التعزير . وان رأى الامام الضرب في حد الخمر بالجرید والتعال فله ذلك^(٣) ، قال أصحابنا ولا يؤخر الحد للرض^(٤) وإن كان جلد أو خشي عليه من السوط أقيم باطراف الثياب والعشكول^(٥) ويحتمل ان يؤخر

= المصلحة فان ترجح عندهم انه يتوب ستروه وان كان في ترك الحد عليه ضرر للناس كان الراجح رفعه الى الامام

- (١) قوله « ولا تقام الحدود في المساجد » ، يحتمل أنه أراد التحريم قال في الانصاف وهو الصواب وجزم به ابن تميم وغيره وقال ابن عقيل وغيره لما روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ نهى أن تقام الحدود في المساجد وقيل يكره ولا يحرم
- (٢) قوله « ويضرب الرجل الخ » ، هذا المذهب وعليه الاصحاب وبه قال أبو حنيفة والثافعي ، وعنه يضرب جالسا وهو قول مالك فعليها يضرب الظهر وما قاربه ، ولنا انه قول على لان قيامه وسيلة الى اعطاء كل عضو حظه من الضرب
- (٣) قوله « وان رأى الامام الخ » ، هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال أتى النبي ﷺ برجل قد شرب فقال اضربوه قال أبو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه رواه أبو داود
- (٤) قوله « قال أصحابنا الخ » ، هذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الاصحاب وهو من مفردات المذهب وبه قال اسحاق وأبو ثور لأن عمر رضى الله عنه أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك في الصحابة ولم ينكروه فكان اجماعا ولأن الحد واجب على الفور فلا يؤخر ما أوجبه الله تعالى بغير حجة
- (٥) قوله « فان كان جلد أو خشي عليه الخ » ، هذا المذهب وقال الشارح فان كان المرض لا يرجح برؤه فهذا يقام عليه الحد في الحال ولا يؤخر بسوط يؤمن معه التلف كالقضب الصغير وثمر اخ النخل فان خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه =

في المرض المرجو زواله^(١) واذا مات المحدود في الجلد فالحق قتله^(٢) وان

==مائة شراخ فضرب به ضربة واحدة وبهذا قال الشافعي وأنكر مالك هذا وقال: قال الله تعالى ﴿فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ وهذه جلدة واحدة ولنا ما روى أبو امامة بن سهل بن حنيف عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ أن رجلاً اشتكى حتى أنضى فدخلت عليه امرأة ففش لها فوقع بها فسئل له رسول الله ﷺ فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا مائة شراخ فيضربوه ضربة واحدة رواه أبو داود والنسائي وقال ابن المنذر في إسناده مقال

(١) قوله «ويحتمل أن يؤخر الخ» ، يعني يؤخر إذا كان جلدأ فأما الرجم فلا يؤخر لأنه لا فائدة فيه اذا كان قتله متحتما وبهذا الاحتمال قال مالك والشافعي وأبو حنيفة لقول علي أن أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجدها فاذا هي حديثة عهد بنفاس فحشيت ان أنا جلدتها ان أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال أحسنت رواه مسلم فعلى هذا الاحتمال لو خالف وفعل ضمن واليه ميل الشارح واختاره المصنف وجزم به في العمدة

[فاندتان] إذا وجب الحد على حامل لم يقم عليها حتى تضع وسواء كان الحمل من زنا أو غيره لا نعلم في هذا خلافا وروى بريدة ان امرأة من بني غامد قالت يا رسول الله طهرني قال وما ذاك قالت انها حبلى من زنا قال انت قالت نعم قال ارجعي حتى تضعي ما في بطنك قال فكفها رجل من الأنصار حتى وضعت قال فأنى النبي ﷺ قال قد وضعت الغامدية قال إذا لا ترجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه فقال إلى رضاعه يانبي الله قال فرجمها رواه مسلم

(الثانية) يؤخر شارب الخمر حتى يصحو نص عليه وقاله الأصحاب لكن لو حد في حال سكره فقال ابن نصر الله في حواشي الفروع الظاهر انه يجزى ويسقط الحد انتهى قال في الإنصاف والصواب انه ان حصل به ألم يوجب الزجر سقط والا فلا انتهى وقال أيضا الأشبه انه لو تلف والحالة هذه لا يضمه قلت الصواب انه يضمه إذا قلنا لا يسقط به ويؤخر قطع السارق خوف التلف

(٢) قوله «واذا مات المحدود الخ» ، أى ولا يجب على أحد ضمانه جلدأ كان أو تعزيراً لأنه حد وجب لله عز وجل فلم يؤد من مات به كالقطع في السرقة وهذا قول مالك وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي اذا لم يزد على الأربعين في حد الخمر ==

زاد سوطا أو أكثر فقتل ضيمته^(١) وهل يضمن جميعه أو نصف الدية ؟ على وجهين . وإذا كان الحد رجما لم يحفر له رجلا كان أو امرأة في أحد الوجهين^(٢) وفي الآخر ان ثبت على المرأة باقرارها لم يحفر لها وان ثبت بينة حفر لها

== وان زاد عليها فمات فعليه الضمان لان ذلك تعزير بما يفعله الامام برأيه وفي قدر الضمان قولان أحدهما نصف الدية لأنه تلف من فعلين مضمون وغير مضمون والثاني يقسط الضمان على عدد الضربات كلها فيجب من الدية بقدر زيادته على الأربعين وروى عن علي رضي الله عنه انه قال ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت فأجد في نفسى الا صاحب الخمر لو مات وديته لأنه ﷺ لم يسنه لنا . ولنا أنه حد وجب لله فلم يجب ضمان من مات به كسائر الحدود وما زاد على الأربعين فهو من الحد على ما تذكره

(١) قوله د وان زاد سوطا الخ ، اذا زاد الحد فقتل المحدود وجب الضمان بغير خلاف فعليه لأنه تلف بعدوانه وفي قدر الضمان وجهان وهما روايتان إحداهما يضمن جميع الدية وهو المذهب لانه قتل حصل من جهة الله تعالى وعدوان الضارب فكان الضمان على العادى كما لو ضرب مريضا سوطا فقتل به ، والثاني يضمن نصف الدية لانه تلف بفعل مضمون وغير مضمون فوجب نصف الدية كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات وهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر يجب من الدية بقدر ما تعدى به تقسط الدية على الأسواط كلها وسواء زاد خطأ أو عمدا لأن الضمان يجب في الخطأ والعمد فان كان الجلاد زاد من عنده بغير أمر فالضمان على عاقلته لأن العدوان منه وكذلك ان قال له الامام اضرب ما شئت وان كان له من يعد عليه فزاد في العدد ولم يخبره فالضمان على من يعد سواء تعدد ذلك أو أخطأ في العد لأن الخطأ منه وان أمره الامام بالزيادة على الحد فزاد فقال القاضى الضمان على الامام وان كان عالما بذلك فالضمان عليه كما لو أمره الامام بقتل رجل ظلما فقتله

(٢) قوله د وإذا كان الحد رجما الخ ، وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب ونص عليه فان كان رجلا لم يوثق ولم يحفر له سواء ثبت الزنا بينة أو اقرار لا نعلم فيه خلافا لأنه ﷺ لم يحفر لماعز وأما في المرأة فلأن أكثر الأحاديث على ترك الحفر فانه ﷺ لم يحفر للجنية ولا لليهوديين

الى الصدر^(١) ويستحب ان يبدأ الشهود بالرجم وإن ثبت بالاقرار استحباب
ان يبدأ الامام ومتى رجع المقر بالحد عن اقراره قبل منه وان رجع في أثناء
الحد لم يتم^(٢) وإن رجم بيينة فهرب لم يترك وان كان باقرار ترك^(٣)

فصل

وإن اجتمعت حدود لله فيها قتل استوفى وسقط سائرهما^(٤) وان لم يكن
فيها قتل فان كانت من جنس مثل ان زنى أو سرق أو شرب مرارا أجزأ

(١) قوله « وفي الآخر الخ » اختاره القاضى فى المجرى وأبو الخطاب وابن
عقيل وهو قول أصحاب الشافعى لما روى أبو بكر وبريدة أن النبى ﷺ رجم
امراً فخر لها إلى الشدوة رواه أبو داود ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب لكون
الحد ثبت بالبيينة

(٢) قوله « ومتى رجع المقر الخ » هذا المذهب فى جميع الحدود أعنى حد الزنا
والسرقة والشرب وعليه الجمهور إذا كان الحد بالاقرار وبهذا قال عطاء ويحيى بن
يعمر والزهرى وحماد ومالك والثورى واسحاق وأبو حنيفة وأبو يوسف . وقال
الحسن وسعيد بن جبير وابن أبى ليلى يقام عليه الحد ولا يترك لأن ما عزا هرب
فقتلوه وروى انه قال ردونى إلى رسول الله ﷺ فان قومى غرونى من نفسى
وأخبرونى ان النبى ﷺ غير قاتلى فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه رواه أبو داود . ولنا أن
ما عزا هرب فذكر ذلك للنبى ﷺ فقال هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه قال
ابن عبد البر ثبت من حديث أبى هريرة وجابر ونعيم بن هزال ونصر بن داهر
 وغيرهم ان ما عزا لما هرب فقال لهم ردونى الى رسول الله ﷺ قال فهلا تركتموه
يتوب فيتوب الله عليه فى هذا أوضح الدلائل على انه يقبل رجوعه

(٣) قوله « وان رجم بيينة الخ » هذا بلا نزاع لأن زناه ثبت على وجه
لا يبطل رجوعه فلم يؤثر فيه هربه كسائر الأحكام

(٤) قوله « وإذا اجتمعت حدود الخ » اذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة
أقسام أحدها أن يكون فيها قتل مثل أن يسرق ويبنى وهو محصن ويشرب ويقتل
فى المحاربة فهذا يقتل ويسقط سائرهما وهذا قول ابن مسعود وعطاء والشعبى
والنخعى والأوزاعى ومالك وحماد وأبو حنيفة وقال الشافعى يستوفى جميعها لأن =

حد واحد وان كانت من أجناس استوفيت كلها ويبدأ بالأخف فالأخف .
واما حقوق الأدميين فتستوفى كلها سواء كان فيها قتل أو لم يكن ويبدأ بغير
القتل (١) وان اجتمعت مع حدود الله تعالى بدىء بها (٢) فاذا زنى وشرب
وقذف وقطع يدا قطعت يده أولا ثم حد للقذف ثم للشرب ثم للزنى . ولا
يستوفى حد حتى يبرأ من الذى قبله (٣)

== ما وجب مع غير القتل وجب مع القتل كقطع اليد قصاصا ولنا قول ابن مسعود
قال سعيد حدثنا حسان بن منصور حدثنا مجالد بن عامر عن مسروق عن عبد الله
قال اذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك وقال ابراهيم يكفيه القتل
وقال حدثنا هشيم عن ابراهيم والشعبي وعطاء انهم قالوا مثل ذلك . وهذه أقوال
انتشرت في عصر الصحابة ولم تسكر فكانت إجماعا . الثاني أن لا يكون فيها قتل فان
كانت من جنس مثل ان زنى او سرق او شرب مرارا قيل إقامة الحد عليه أجزأ
حد واحد بغير خلاف علمناه قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من
أهل العلم . الثالث اذا كانت من أجناس استوفيت كلها من غير خلاف نعلمه ويبدأ
بالأخف فالأخف على سبيل الوجوب على الصحيح من المذهب ، وقال المصنف
والشارح على سبيل الاستحباب

(١) قوله « وأما حقوق الأدميين الخ ، وهى القصاص وحد القذف فهذه
تستوفى كلها ويبدأ بأخفها فيحد للقذف ثم يقطع ثم يقتل لأنها حقوق لأدميين أمكن
استيفاؤها وهذا قول الاوزاعي والشافعى وقال أبو حنيفة يدخل ما دون القتل فيه
لما روى عن عبد الله بن مسعود وقد ذكرناه . ولنا ما دون القتل حق لأدمى فلم
يسقط به كديونهم وفارق حق الله فانه مبنى على المسامحة

(٢) قوله « فان اجتمعت مع حدود الله تعالى الخ ، وهذا المذهب وعليه
أكثر الأصحاب وبه قال أبو حنيفة والشافعى وعن مالك ان حد القذف والشرب
يتداخلان لاستوائهما فهما كالقتلين والقطعين ولنا انهما حدان من جنسين لا يفوت
بهما المحل فلم يتداخل كحد الزنا والشرب ، ولا نسلم استواءهما فان حد الشرب
أربعون وحد القذف ثمانون

(٣) قوله « ولا يستوفى حد الخ ، هذا المذهب بلا ريب مطلقا لئلا يؤدي
إلى تلفه بتوالى الحدود

فصل

ومن قتل أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إليه لم يستوف منه فيه ولكن لا يبايع ولا يشارى حتى يخرج فيقام عليه^(١) وإن فعل ذلك في الحرم استوفى منه فيه^(٢) وإن أتى حداً في الغزو لم يستوف منه في أرض العدو حتى يرجع إلى

[فائدة] لو قتل وارتد أو سرق وقطع يداً قتل وقطع لها على الصحيح من المذهب وقيل يقتل ويقطع للعود فقط جزم به في الفصول والمذهب والمغنى

(١) قوله « ومن قتل أو أتى حداً الخ » وكذا لو لجأ إليه حربى أو مرتد هذا المذهب في ذلك كله وعليه الأصحاب فإذا قتل خارج الحرم ثم لجأ إليه لم يستوف منه فيه ، هذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهري ومجاهد وإسحاق والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه ، وأما غير القتل من الحدود كلها فمن أحمد روايتان أحدهما لا يستوفى من الملتجئ إلى الحرم فيه وهو المذهب والثانية يستوفى في كل حد وقود مطلقاً غير القتل وهو مذهب أبي حنيفة لأن المروى عن النبي ﷺ النهى عن القتل بقوله عليه الصلاة والسلام فلا يسفك بها دم وحرمة النفس أعظم فلا يقاس عليها ولنا قوله تعالى ﴿ ومن دخله كان آمناً ﴾ يعنى الحرم بدليل قوله تعالى ﴿ فيه آيات بينات مقام إبراهيم ﴾ والخبر أريد به الأمر لأنه لو أريد به الخبر لافضى إلى وقوع الخبر بخلاف الخبر وقال ﷺ « ان الله حرم مكة ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك فيها دمًا ولا يعضد بها شجرة الخ » فحرم سفك الدم بها على الإطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على انه أراد العموم فانه لو أراد سفك الدم الحرام لم يختص مكة فلا يكون التخصيص مفيداً . وقال مالك والشافعي وابن المنذر يستوفى منه لعموم الأمر بجلد الزانى وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص فعلى المذهب لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى فإذا خرج استوفى حق الله تعالى منه وهذا قول جميع من ذكرناه

(٢) قوله « وان فعل ذلك في الحرم الخ » لا نعلم في هذا خلافاً وقد روى الأثرم عن ابن عباس أنه قال من أحدث حدثاً في الحرم أقيم عليه ما أحدث فيه ولقوله تعالى ﴿ ولا تقاتلوه عند المسجد الحرام حتى يقاتلوك فيه ﴾ فأباح قتالهم عند قتلهم في الحرم

دار الاسلام في مقام عليه (١)

[فوائد] الألف واللام في الحرم للعهد وهو حرم مكة فأما حرم المدينة فليس كذلك على الصحيح من المذهب

(الثانية) الأشهر الحرم لا تعصم من شيء من الحدود والجنايات على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وتردد الشيخ تقي الدين في ذلك قال في الفروع ويتوجه احتمال تعصم واختاره ابن القيم في الهدى

(الثالثة) لو قوتلوا في الحرم دفعوا عن أنفسهم فقط قدمه في الفروع وصححه ابن الجوزي لقوله تعالى (ولا تقتلواهم عند المسجد الحرام) الآية وذكر ابن الجوزي أن مجاهداً وغيره قالوا الآية محكمة وفي التمهيد أنها نسخت بقوله (اقتلوا المشركين) الآية وفي الهدى الطائفة الممتنعة بالحرم من متابعة الامام لا تقاتل لا سيما ان كان لها تأويل وفي الأحكام السلطانية يقاتل البغاة إذا لم يندفع بغيم إلا به لأنه من حقوق الله تعالى وحفظها في حرمه أولى من إضعافها وذكره الماوردي عن جمهور الفقهاء ونص عليه الشافعي وحمل الخبر على ما يعم اتلافه كالمجنين إذا أمكن إصلاح بدون ذلك وذكر أبو بكر بن العربي لو تغلب فيها كفار أو بغاة وجب قتالهم بالاجماع وفي الخلاف وعيون المسائل وغيرهما اتفق الجميع على جواز القتال فيها متى عرض تلك الحال ورده في الفروع وقال الشيخ تقي الدين ان تعدى أهل مكة أو غيرهم على الركب دفع الركب كما يدفع الصائل وللإنسان أن يدفع مع الركب بل قد يجب ان احتج اليه

(١) قوله (وان أتى حدا الخ ، وجملة ان من أتى حدا من الغزاة أو ما يوجب قصاصاً في أرض العدو والحرب لم يقيم عليه حتى يقفل فيقام عليه وبهذا قال الأوزاعي وإسحاق وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يقام الحد في كل موضع لأن أمر الله تعالى بإقامته مطلق في كل مكان وزمان إلا أن الشافعي قال إذا لم يكن أمير الجيش الامام أو أمير اقليم فليس له إقامته يؤخر حتى يأتي الامام لأن إقامة الحدود اليه وكذلك ان كان بالمسلمين حاجة الى الحدود أو قوة به وقال أبو حنيفة لا حد ولا قصاص في دار الحرب ولا إذا رجع ولنا على وجوب الحد أمر الله تعالى ورسوله ﷺ وعلى تأخيره ما روى بسر بن ارطاة أنه أتى رجل في الغزاة قد سرق فقتل لولا اني سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تقطع الأيدي في الغزاة =

باب حد الزنا

إذا زنى الحر المحصن فحده الرجم حتى يموت^(١) . وهل يجلد قبل الرجم ؟
على روايتين^(٢) والمحصن من وطئ امرأته في قبلها في نكاح صحيح وهما بالغان

== لقطعتك رواه أبو داود وغيره ولأنه إجماع الصحابة فروى سعيد بإسناده أن عمر
كتب إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سريّة ولا رجلاً من المسلمين حدا وهو
غاز حتى يقطع الدرب قافلاً لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار ، وعن أبي
الدرداء مثل ذلك

(١) قوله « فحده الرجم حتى يموت » هذا قول عامة أهل العلم من الصحابة
والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار في جميع الأعصار ولا نعلم أحداً خالف
فيه إلا الخوارج فانهم قالوا الجلد للبكر والثيب للآية . ولنا أنه قد ثبت الرجم عن
رسول الله ﷺ على ما نذكره في مواضعه إن شاء الله تعالى وقد أنزل الله تعالى في
كتابه وإنما نسخ رسمه دون حكمه فروى عن عمر بن الخطاب أنه قال ان الله تعالى
بعث محمداً ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها
وعقلتها ووعيتها ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده فأخشى ان طال بالناس زمان
يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى فالرجم
حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت به البيّنة أو كان الحبل أو
الاعتراف وقد قرأتها الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله
عزير حكيم متفق عليه

(٢) قوله « وهل يجلد الخ » إحداهما لا يجلد وهو المذهب نص عليه قال في
الفروع نقله الأكثر قال الزركشي هي أشهر الروايتين وروى عن عمر وعثمان
أنهما رجما ولم يجلدا وروى عن ابن مسعود أنه قال اذا اجتمع حدان لله فهما قتل
أحاط القتل بذلك وبهذا قال النخعي والزهرى والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو
نور وأصحاب الرأي واختاره أبو اسحاق الجوزجاني والاثرم ونصراه في سنتهما
لأن جابرا روى ان النبي ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده ورجم الغامدية ولم يجلدها
وقال اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها متفق عليه ولم يأمره بجلدها
وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله ﷺ فيجب تقديمه . والثانية يجلد ثم يرم
فعل ذلك على وبه قال ابن عباس وأبي بن كعب وأبو ذر رضى الله عنهم وبه قال ==

عاقلان حران^(١) فان اختل شرط من ذلك في أحدهما فلا احصان لواحد منهما

== الحسن وداود وابن المنذر واختاره الخرق وأبو بكر عبد العزيز والقاضي ونصرها الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما وصحها الشيرازي قال أبو يعلى الصغير اختارها شيوخ المذهب وجزم به في الوجيز ونظم المفردات وهو منها لقوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ الآية ولهذا قال علي رضي الله عنه جلدها بكتاب الله ورجمها بسنة رسول الله ﷺ وقد صرح به النبي ﷺ في حديث عبادة بقوله والثيب بالثيب الجلد والرجم وهذا صريح ثابت يمتنع لا يترك الا بمثله والأحاديث الباقية ليست صريحة فانه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد فلا يعارض به الصريح بدليل ان التعريب يجب بذكره في هذا الحديث وليس بمذكور في الآية

(٢) قوله = والمحصن من وطئ امرأته الخ ، يشترط للاحصان شروط الأول الوطء في القتيل ولا خلاف في اشتراطه ولا بد من تعييب الحشفة في الفرج فلو وجد النكاح من غير وطء أو وطئ دون الفرج أو في الدبر لم يحصل ذلك لأنها لا تصير نيبا ولا تخرج عن حد الابكار ولا خلاف في أن النكاح الخالي عن الوطء لا يحصل به احصان . الثاني أن يكون في نكاح لأن النكاح يسمى احصاناً بدليل قوله تعالى والمحصنات من النساء يعني المتزوجات ولا خلاف ان وطء الزنا والشبهة لا يصير به الواطئ محصناً ولا نعلم خلافاً ان التسرى لا يحصل به الاحصان لواحد منهما لكونه ليس بنكاح . الثالث ان يكون النكاح صحيحاً وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقناة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور يحصل الاحصان بالوطء في نكاح فاسد وحكى عن الليث والأوزاعي ، ولنا انه وطء في غير ملك فلم يحصل به الاحصان كوطء الشبهة . الرابع الحرية وهي شرط في قول جميع أهل العلم الا أبا ثور قال العبد والأمة هما محصنان يرجمان إذا زنيا الا ان يكون الاجماع يخالف ذلك وحكى عن الأوزاعي في العبد تحته حرة وهو محصن يرجم اذا زنا وان كان تحته أمة لم يرجم وهذه أقوال تخالف النص والاجماع فان الله تعالى قال ﴿فان أتيتن بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ والرجم لا يتنصف . الخامس والسادس البلوغ والعقل فلو وطئ وهو صبي أو مجنون ثم بلغ أو عقل لم يكن محصناً هذا قول أكثر أهل العلم وقول الشافعي ومن أصحابه من قال يكون محصناً وكذلك العبد اذا عتق بعد الوطء يكون محصناً لأنه وطئ يحصل =

ولا يثبت الاحسان بالوطء بملك اليمين ولا في نكاح فاسد ويثبت الاحسان للذمين وهل تحصن الذمية مسلماً؟ على روايتين . ولو كان لرجل ولد من امرأته فقال ما وطئتها لم يثبت احصانه^(١) وان زنى الحر غير المحصن جلد مائة جلدة وغرب عاماً الى مسافة القصر^(٢) وعنه ان المرأة تنفى الى دون

== به الاحلال للطلق ثلاثاً فحصل به الاحسان . ولنا قوله ﷺ ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم ، فاعتبر الثيوبة خاصة ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله وهو خلاف الاجماع . السابع ان يوجد السكال منهما جميعاً حال الوطء فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ونحوه قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري واسحاق قالوه في الرقيق وقال مالك اذا كان أحدهما كاملاً صار محصناً إلا الصبي إذا وطئ الكبيرة لم يحصنها ونحوه عن الأوزاعي واختلف عن الشافعي فقيلاً له . قولان : أحدهما كقولنا ، والثاني ان الكامل يصير محصناً وهو قول ابن المنذر وذكر في الارشادات المراهق يحصن غيره وذكره الشيخ تقي الدين رواية . ولنا انه وطء لم يحصن أحد المتواطئين فلم يحصن الآخر كالتسرى

على قوله ، ويثبت الاحسان للذمين ، ، بلا نزاع بين الأصحاب ويلزم الامام اقامته على الصحيح من المذهب وكذا الحكم في المستأمنين لأنه ﷺ رجم اليهوديين متفق عليه

على قوله ، على روايتين ، ، إحداهما تحصننه وهو المذهب

(١) قوله ، وان كان لرجل ولد من امرأة الخ ، هذا بلا نزاع وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يرجم لأن الولد لا يكون الا من وطء فقد حصل بالوطء ضرورة الحكم بالولد ولنا ان الولد يلحق بامكان الوطء واحتماله والاحسان لا يثبت إلا بحقيقة الوطء فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى به في الامكان وجود ما يعتبر فيه الحقيقة

(٢) قوله ، وان زنى الحر غير المحصن الخ ، لا خلاف في وجوب الجلد على الزاني إذا لم يكن محصناً لقوله تعالى ، والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، وجاءت الأحاديث عنه ﷺ موافقة لما جاء به الكتاب ويجب مع الجلد تعريبه عاماً في قول الجمهور روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وأبي ذر وابن مسعود وابن عمر واليه ذهب عطاء وطاوس وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو ثور سواء ==

مسافة القصر ويخرج معها محرماً فان أراد أجرة بذلت من مالها فان تعذر
فمن بيت المال فان أبي الخروج معها استوجرت امرأة ثقة فان تعذر نفيت
بغير محرم ويحتمل ان يقسط النفي . وإن كان الزاني رقيقاً فحده خمسون جلدة
بشكل حال ولا يغرب^(١) وإن كان نصفه حراً فحده خمس وسبعون جلدة

== كان رجلاً أو امرأة وهو المذهب وقال مالك والأوزاعي يغرب الرجل دون المرأة
لأن المرأة تحتاج الى حفظ واصانة ولأنها لا تخلو من التغريب بمحرم أو بغير محرم
لقوله ﷺ لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر مسيرة يوم وليلة الا
مع ذي محرم، ولأن تغريبها بغير محرم اغراء لها بالفجور وان غربت بمحرم أفضى
الى تغريب من ليس بزنان وان كلفت أجرة ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لا يرد
الشرع به والخبر الخاص في التغريب انما هو في حق الرجل وكذلك فعل الصحابة
وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لا يجب التغريب لأن علياً قال حسبهما من الفتنة
أن ينفيا . ولنا قوله ﷺ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، وروى أبو هريرة
وزيد بن خالد ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما ان ابني كان
عسيفاً على هذا فزني بامرأته وانني اقتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت رجلاً من
أهل العلم فقالوا انما على ابنك جلد مائة وتغريب عام والرجم على امرأة هذا فقال
النبي ﷺ والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله على ابنك جلد مائة وتغريب
عام ووجد ابنه وغربه عاما وأمر أنيسا الأسلمي ان يأتي امرأة الآخر فان اعترفت
فارجمها فاعترفت فرجمها متفق عليه

[فائدة] لو زنى محصن ببكر فعلى كل واحد منهما حده نص عليه لهذا الحديث

على قوله « إلى مسافة القصر » . هذا المذهب

على قوله « ويخرج معها محرماً » . لا تغرب المرأة الا مع محرم ان تيسر على
الصحيح من المذهب

على قوله « فان تعذر فمن بيت المال » . هذا المذهب مطلقاً وعليه الأصحاب

على قوله « فان تعذر نفيت بغير محرم » . وهو المذهب قال احمد تنفي بغير محرم

(١) قوله « وان كان الزاني رقيقاً الخ » أي سواء كانا بكرين أو ثيبين في قول

أكثر العلماء منهم عمر وعلي وابن مسعود والحسن والنخعي ومالك والأوزاعي ==

وتغريب نصف عام ويحتمل ألا يغرب وحد اللوطى كحد الزانى سواء (١)، وعنه

وأبو حنيفة والشافعى والبتى والعنبرى وقال ابن عباس وأبو عبيد ان كانا مزوجين فعليهما نصف الحد ولاحد على غيرهما لقوله تعالى ﴿فاذا أحصن﴾ الآية قولنا ما روى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله وزيد بن خالد قالوا سئل رسول الله ﷺ عن الأمة اذا زنت ولم تحصن فقال « إذا زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضيفير ، متفق عليه قال ابن شهاب وهذا نص فى جلد الأمة إذا لم تحصن وهو حجة على ابن عباس وموافقيه

(١) قوله « وحد اللوطى الخ » يعنى الفاعل والمفعول فيه وهو المذهب وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والنخعى وقادة والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد ابن الحسن وهو المشهور من قولى الشافعى لأن النبي ﷺ قال « اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » وعنه حده الرجم بكرا كان أو ثيباً هذا قول على وابن عباس وجابر ابن زيد وعبد الله بن معمر والزهرى وأنى حبيب وربيعة ومالك وإسحاق وأحمد قولى الشافعى وروى عن أنى بكر رضى الله عنه أمر بتحريق اللوطى وهو قول ابن الزبير وقال الحنك وأبو حنيفة لا حد عليه لأنه ليس بمحل للوط.

على قوله « وعنه حده الرجم بكل حال » لقوله ﷺ « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أبو داود وهذا اختيار الشريف أنى جعفر وابن القيم فى الداء والدواء وغيرهم وروى الحديث أيضا أحمد والترمذى واسناده ثقات وعن ابن عباس رضى الله عنهما فى البكر يرمم رواه أبو داود بإسناد جيد واحتج به أحمد

[فوائد] قال الشيخ تقى الدين فى رده على الرافضى إذا قتل الفاعل كزان فقتل يقتل المفعول مطلقا وقيل لا يقتل وقيل بالفرق كفاعل

(الثانية) قال فى التبصرة والترغيب دبر الأجنبية كاللواط وقيل كالزنا وانه لا حد بدبر أمته ولو كانت محرمة برضاع

(الثالثة) الزانى بذات محرمه كاللواط على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقدمه فى الفروع وغيره وجزم ناظم المفردات ان حده الرجم مطلقا حتما وهو منها ونقل جماعة عن أحمد ويؤخذ ماله أيضا لخبر البراء وأوله الاكثر على عدم وارث وقد قال احمد يقتل ويؤخذ ماله على خبر البراء إلا رجلا يراه مباحا =

حده الرجم بكل حال ومن أتى بهيمة فعليه حد اللوطى عند القاضى^(١) واختار الخرقى وأبو بكر أنه يعزر^(٢) وتقتل البهيمة^(٣) وكره أحمد أكل لحمها وهل تحرم؟ على وجهين

== فيجد قلت فالمرأة، قال كلاهما فى معنى واحد وعند أبى بكر ان خبر البراء عند أحمد على المستحل كزان نقل صالح وعبد الله انه على المستحل

(الرابعة) يعزر غير البالغ منهما ولا حد على من وطئ امرأته فى دبرها بل يعزر

(١) قوله « ومن أتى بهيمة الخ » قول القاضى رواية منصوصة ولو سمكة لما روى ابن عباس ان النبى ﷺ قال « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » رواه احمد وأبو داود والترمذى واختاره الشيرازى والشريف وابو الخطاب

(٢) قوله « واختار الخرقى الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال فى الفروع نقله واختاره الأكثر وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء والشعبى والنخعى والحكم ومالك والثورى واصحاب الرأى وهو قول الشافعى لأنه لم يصح فيه نص ولا يمكن قياسه على الوطء فى فرج الأدمى لأنه لا حرمة لها والنفوس تعافها والحديث يرويه عمرو بن أبى عمرو ولم يثبتته احمد وقال الطحاوى هو ضعيف ومذهب ابن عباس خلافه وهو الذى روى عنه قال ابو داود هذا يضعف الحديث عنه قال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عن الرجل يأتى البهيمة فوقف عندها ولم يثبت حديث عمرو بن ابى عمرو وقال الترمذى لا نعرف الحديث إلا من رواية عمرو بن أبى عمرو وهو مخرج عنه فى الصحيحين

(٣) قوله « وتقتل البهيمة » هذا الصحيح من المذهب وهذا قول أبى سلية بن عبد الرحمن وأحد قولى الشافعى وسواء كانت مملوكة له أو لغيره ، وقال أبو بكر الاختيار قتلها فان تركت فلا بأس وقال الطحاوى ان كانت مأكولة ذبحت والا تركت وهذا القول الثانى للشافعى لأنه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير ما كله ، ووجه الأول الحديث المذكور وفيه الأمر بقتل البهيمة فلم يفرق بين كونها مأكولة أو غير مأكولة ولا بين ملكه وملك غيره

فصل

ولا يجب الحد الا بثلاثة شروط أحدها ان يطأ في الفرج سواء كان قبل او دبراً^(١) وأقل ذلك تغيب الحشفة في الفرج فان وطئ دون الفرج^(٢) أو أتت المرأة المرأة فلا حد عليهما^(٣)

فصل

(الثاني) انتفاء الشبهة فان وطئ جارية ولده^(٤) أو جارية له فيها

(١) قوله « أحدها أن يطأ في الفرج الخ » مراده بالحشفة الحشفة الأصلية من فحل أو خصى أو قدرها عند العدم ومراده بالفرج الفرج الأصلي فاذا وطئ امرأة في قبلها حراماً لا شبهة له في وطئها فلا خلاف بين أهل العلم في انه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه والوطء في الدبر مثله في كونه زناً لأنه وطئ في فرج امرأة لا ملك له فيه ولا شبهة ملك فكان زناً كالوطء في القبل ولأن الله تعالى قال ﴿واللآتي يأتين الفاحشة من نسائكم﴾ الآية ثم بين ﷺ أنه قد جعل لمن سيلا البكر بالبكر جلد مائة وتعريب عام والوطء في الدبر فاحشة لقوله تعالى في قوم لوط أتأتون الفاحشة يعني الوطء في أدبار الرجال

(٢) قوله « فان وطئ دون الفرج » وهذا المذهب لما روى ابن مسعود قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال اني وجدت امرأة في البستان فأصبت منها كل شيء غير اني لم أنكحها فافعل بي ما شئت فقرأ عليه ﴿ وأقم الصلاة طرفي النهار وزلفاً من الليل ان الحسنات يذهبن السيئات ﴾ الآية رواه النسائي وعليه التعزير لأنها معصية ليس فيها حد وظاهر الحديث يدل على انه لا تعزير عليه إذا جاء تائباً

(٣) قوله « أو أتت المرأة الخ » وهذا المذهب أي اذا تساحقت المرأتان فهما ملعونتان قال النبي ﷺ إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان رواه مسلم وعليهما التعزير لأنه زنا لا حد فيه فأشبهه مباشرة الرجل المرأة وقال ابن عقيل في اتیان المرأة المرأة يحتمل وجوب الحد للخبر

[فائدة] لو وجد رجل مع امرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم هل وطئها أم لا فلا حد عليهما فان قالوا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالتقول قولهما وبه قال الحكم وحماد والشافعي وأصحاب الرأي

(٤) قوله « الثاني انتفاء الشبهة الخ » لاحد على من وطئ جارية ولده وهو =

شرك^(١) أو لولده^(٢) أو وجد امرأة على فراشه ظنها امرأته أو جاريتها^(٣) أو دعا الضرير امرأته أو جاريتها فأجابه غيرها فوطئها ، أو وطئ في نكاح مختلف في صحته^(٤) أو وطئ امرأته في دبرها أو حيضها أو نفاسها أو لم يعلم

= المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر وأبو ثور عليه الحد إلا أن يمنع منه اجماع . ولنا أنه وطئ تمكنست الشبهة منه فلا يجب به الحد كوطئ الجارية المشتركة والدليل على تمكنها قوله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » فأضاف مال ولده إليه فاذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من جعله شبهة دائرة للحد

[تنبيه] محل هذا إذا لم يكن الابن يطأها فإن كان الابن يطأها ففي وجوب الحد روايتان منصوصتان تقدمتا في باب الهبة فليعاود

[تنبيه] ظاهر قوله فإن وطئ جارية ولده فلا حد عليه ان الولد لو وطئ جارية والده ان عليه الحد وهو صحيح فلو وطئ جارية أحد أبويه فعليه الحد على الصحيح من المذهب وقيل لا حد بل يعزر بمائة جلدة

(١) قوله « أو جارية له فيها شرك » وهذا بلا نزاع وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يجب ولنا أنه فرج له فيه ملك أشبه المكاتب والمرهونة وظاهره ولو لبنت المال صرح به في الرعاية اذا كان له فيه حق

(٢) قوله « أو لولده » وهذا بلا نزاع لأن الشرك في إسقاط الحد كملك الكل

(٣) قوله « أو وجد امرأة الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعي وحكى عن أبي حنيفة ان عليه الحد لأنه وطئ في محل لا ملك له فيه . ولنا أنه وطئ اعتقد اباحتها بما يعذر مثله فيه أشبه ما لو قيل له هذه زوجتك فوطئها بعقدها زوجته فانه لا حد عليه بغير خلاف نعلمه لكن عليها الحد ان علمت انه أجنبي فاما ان دعا محرمة عليه فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد سواء كانت المدعوة بمن له فيها شبهة كالجارية المشتركة أو لم يكن لأنه لا يعذر بهذا فاشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه فبان أجنبياً

(٤) قوله « أو وطئ في نكاح مختلف في صحته الخ » أي كنكاح الشغار والمتعة والنكاح بلا ولي والتحليل والنكاح بلا شهود ونكاح الأخت في عدة =

بالتحريم لحدائمه عهده بالاسلام او نشوئه بيادية بعيدة^(١) او أكره على الزنا
قلا حد فيه^(٢) وقال اصحابنا ان اكره الرجل فزنى حد. وان وطى.

== أختها والخامسة فى عدة الرابعة البائن ونكاح الجوسية وهذا قول أكثر أهل العلم
وهذا المذهب سواء اعتقد تحريمه أو لا لأن الاختلاف فى اباحة الوطء فيه شبهة
والحد يدرأ بالشبهات وعنه عليه الحد إذا اعتقد تحريمه وكذلك ان وطى امرأته فى
دبرها أو جاريته لأن الوطء قد صادف ملكاً فيدرأ بالشبهة ولأن بعض العلماء قد
ذهب إلى حله

(١) قوله « أو لم يعلم بالتحريم الخ » قال عمر وعلى وعثمان لا حد الا على
من علمه وهو قول عامة أهل العلم فان ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن
يجهله كحديث العهد بالاسلام والناشئ بيادية قيل منه لأنه يجوز أن يكون صادقاً وان
كان بما لا يخفى عليه كالناشئ بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل لأن تحريم الزنا لا
يخفى على من كان كذلك

(٢) قوله « أو أكره على الزنا الخ » اذا أكرهت المرأة أو الغلام على الزنا
بالجاء أو تهديد أو منع طعام مع الاضطرار اليه ونحوه فلا حد عليهما مطلقاً على
الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم روى عن
عمر والزهرى وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى لقوله ﷺ رفع عن أمتى
الخطأ والنسيان وما استكروها عليه ، رواه النسائى وروى عبد الجبار بن وائل
عن أبيه ان امرأة استكرهت على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد ، رواه الأثرم
ورواه سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال أتى عمر بامرأة قد زنت قالت انى
كنت نائمة فلم استيقظ الا برجل قد جثم على نغلى سليلها ولم يضرها وأتى عمر رضى
الله عنه بامرأة قد زنت فأقرت فأمر برجمها فقال على لعل لها عذراً ثم قال لها ما حملك
على الزنا قالت كادنى العطش وفى ابله ماء وابن ولم يكن فى ابلى ماء ولا ابن فظلمت
فاستسقيته فأنى أن يسقيني حتى أعطيه نفسى فأبيت عليه ثلاثاً ، فلما ظممت وظننت
أن نفسى ستخرج أعطيته الذى أراد فسقانى فقال على رضى الله عنه الله أكبر (فن
اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ان الله عفو رحيم) وفى سنن البيهقى عن أبى
عبد الرحمن السلى أتى عمر بامرأة جهدها العطش . فاما إذا اكره الرجل فزنا
فالمذهب عليه الحد وبه قال محمد بن الحسن وأبو ثور لأن الوطء لا يكون إلا =

ميتة^(١) أو ملك امه أو اخته من الرضاع فوطئها فهل يحد أو يعزر؟ على وجهين . وان وطئ في نكاح يجمع على بطلانه كنكاح المزوجة والمعتدة والخامسة وذوات المحارم من النسب والرضاع^(٢) أو استأجر امرأة للزنا أو

== بالانتشار والاكراه ينافيه وقال أبو حنيفة ان أكرهه السلطان فلا حد وان أكرهه غيره حد استحساناً وقال الشافعي وابن المنذر لا حد عليه وهو رواية عن أحمد واختاره المصنف والشارح لعموم الخبر ولأن الحدود تدرأ بالشبهات

(١) قوله « وان وطئ ميتة ، إذا وطئ ميتة ففيه روايتان إحداهما لا حد عليه على الصحيح من المذهب وهو قول الحسن لأنه لا يقصد فلا حاجة إلى الزجر عنه فعليها يعزر ، والثانية يحد وهو قول الأوزاعي لأنه وطئ في فرج آدمية أشبه وطئ الحية وهو اختيار أبي بكر والناظم ، وأما إذا ملك أمه أو اخته من الرضاع ووطئها فالصحيح من المذهب أنه لا حد فيه وهو قول أصحاب الرأي والشافعي لأنه وطئ في فرج مملوك له بملك المعاوضة فلم يجب الحد كوطئ الجارية المشتركة ، والوجه الثاني عليه الحد قال القاضي قال أصحابنا عليه الحد قال في الفروع وهو أظهر واختاره جماعة منهم الناظم وجزم به في المنور ومنتخب الأدمي وناظم المفردات وهو منها لأنه فرج لا يستباح بحال فوجب الحد كفرج الغلام فعلى المذهب يعزر ومقداره يأتي الخلاف فيه في باب التعزير

[فائدة] لو وطئ أمته المزوجة لم يحد على الصحيح من المذهب بل يعزر ، وعنه يحد ولا يجرم ويأتي الخلاف في باب التعزير ويأتي في التعزير إذا وطئ جارية امرأته بإباحتها له

(٢) قوله « وان وطئ في نكاح يجمع على بطلانه الخ ، النكاح باطل بإجماع أهل العلم وعليه الحد إذا وطئها بلا نزاع وهو قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والثوري لا حد عليه لأنه وطئ تمكنت الشهة منه كما لو اشترى اخته من الرضاع ثم وطئها . ولنا انه وطئ في فرج امرأة يجمع على تحريمه من غير ملك ولا شهة ملك والواطيء من أهل الحد عالم بالتحريم فلزمه الحد . واختلف في حده فعن أحمد يقتل على كل حال وبهذا قال جابر بن زيد وإسحاق وأبو أيوب وابن أبي خيثمة وعن أحمد في رجل تزوج امرأة أبيه قال يقتل . ويؤخذ ماله إلى بيت المال وعنه حده حد ==

لغيره وزني بها (١) او زني بامرأة له عليها القصاص (٢) او بصغيرة (٣) او
مجنونة او بامرأة ثم تزوجها او بامة ثم اشتراها او امكنت العاقلة من نفسها
مجنونا او صغيرا فوطئها فعليهم الحد (٤)

فصل

(الثالث) ان يثبت الزنا . ولا يثبت الا بشيئين : احدهما ان يقر اربع

= الزاني وهو الصحيح من المذهب وبه قال الحسن ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر
ووجه الأولى حديث البراء رواه أبو داود والترمذي والجوزجاني وان كان جاهلا
تحريم ذلك فقال جماعة من الأصحاب لا حد عليه ان كان مثله يجمله وقال الشيخ تقي
الدين وقدمه في المعنى وجزم به في الشرح وان وطئ في نكاح يجمع على بطلانه
كنكاح خامسة أو مزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً اذا وطئ. علماً بالتحريم
فهو زنا وبه قال الشافعي

(١) قوله « أو استأجر امرأة الخ » هذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة
لا حد عليهما في هذه المواضع إلا إذا استأجرها لعمل شيء لأن ملكة لمنفعتها شبهة
دارمة للحد . ولنا عموم الآية والاخبار ووجود المعنى المقتضى لوجوب الحد

[فائدة] لو وطئ في حال سكره فلا حد

(٢) قوله « أو زنا بامرأة الخ » لأن الحد ما وجب عليه بوطء بملوكته ولا
زوجته وانما وجب بوطء أجنبية فتغير حاله لا يسقطه

(٣) قوله « أو زني بصغيرة » ان كان يوطأ مثلها فعليه الحد بلا نزاع وان
كان لا يوطأ مثلها فظاهر كلامه هنا انه يحد وهو أحد الوجوه ، وقيل لا يحد وهو
المذهب لأنها لا يشتهي مثلها

(٤) قوله « أو أمكنت المكلفة الخ » وكذا لو استدخلت ذكر نائم فعليها
الحد دونه وقال أبو حنيفة لا حد عليها لأن فعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلم يجب
عليها الحد ولنا ان سقوط الحد عن أحد المتواطئين لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه
عن الآخر كما لو زني المستامن بمسلة أو زني بمجنونة أو نائمة

[فائدة] لو أمكنت من لا يحد لجمله او مكنت حربياً مستامناً أو استدخلت
ذكر نائم فعليها الحد

مرات في مجلس او مجالس وهو بالغ عاقل^(١) ويصرح بذكر حقيقة الوطء^(٢).

(١) قوله « أحدهما ان يقر اربع مرات الخ ، هذا المذهب نص عليه وبه قال الحكم وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وقال الحسن وحماد ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يحد باقراره مرة لقوله ﷺ ، واغديا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها، واعتراف مرة اعتراف، ورجم الجهنية وانما اعترفت مرة ولنا ما روى أبو هريرة قال أتى رجل من الأسلميين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فقال يا رسول الله انى زينت فأعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال أباك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال رسول الله ﷺ ارجموه متفق عليه ولو وجب الحد بمرة لم يعرض عنه رسول الله ﷺ لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله تعالى وروى نعيم بن هزال حديثه وفيه حتى قالها أربع مرات فقال رسول الله ﷺ انك قلتها أربع مرات فيمن قال بفلانة رواه أبو داود وسواء كان في مجلس واحد أو مجالس متفرقة قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الزاني يردد أربع مرات قال نعم على حديث ما عر هو احوط قلت له في مجلس واحد أو في مجالس شتى قال اما الأحاديث فليست تدل إلا على مجلس واحد إلا ذلك الشيخ بشير بن مهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه وعندى ذلك منكر الأحاديث وقال ابو حنيفة لا يثبت الا بأربع اقرارات في اربعة مجالس

(٢) قوله « ويصرح بذكر حقيقة الوطء ، أى لتزول الشبهة لأن الزنا يعبر به عن ما ليس بموجب للحد ، وقد روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي ﷺ قال لما عر « لعلك قبلت او غمزت قال لا قال أفنسكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال أتدرى ما الزنا قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً ، وذكر الحديث رواه أبو داود

[فائدة] اذا أقر انه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة وأبو يوسف لا حد عليه لانا صدقناها في انكارها فصار محكوماً يكذبه ولنا ما روى ابو داود بإسناده ان رجلاً أتاه فأقر عنده انه زنى بامرأة فسامها له فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت ان تكون زنت فجلبه الحد وتركها

ولا ينزع عن اقراره حتى يتم الحد ، الثاني ان يشهد عليه اربعة رجال احرار عدول^(١) يصفون الزنا ويحيئون في مجلس واحد سواء جاؤا متفرقين او

[فائدة] لو شهد اربعة على اقراره بالزنا اربعا ثبت بلا نزاع ولا يثبت بدون اربعة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يثبت باثنين ويأتي في أقسام المشهود به

(١) قوله ، الثاني الخ ، يشترط في الشهود شروط أحدها أن يكونوا اربعة وهذا اجماع ليس فيه اختلاف لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ الآية. الثاني أن يكونوا رجالا كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ولا نعلم فيه خلافاً الا شيئاً روى عن عطاء وحماد انه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان وهو قول شاذ لا يعول عليه. الثالث الحرية فلا تقبل شهادة العبيد قال الشارح لا نعلم فيه خلافاً إلا رواية عن أحمد قال في الانصاف وهذه الرواية هي المذهب على ما يأتي في شروط من تقبل شهادته محرراً مستوفياً وهذا قول أبي ثور لعموم النصوص ولانه عدل مسلم ذكر فقيل شهادته كالحر ، ووجه الأول انه مختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة ، الرابع العدالة ولا خلاف في اشتراطها ، الخامس أن يكونوا مسلمين فلا تقبل شهادة أهل الذمة سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمي لأن أهل الذمة كفار فلا تتحقق العدالة فيهم ، السادس أن يصفوا الزنا ولا يعتبر مع ذلك ان يذكروا المسكان ولا المزني بها على الصحيح من المذهب وبه قال معاوية ابن أبي سفيان والزهري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لما روينا في قصة ماعز ، السابع يجيء الشهود كلهم في مجلس واحد فان جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وهذا الصحيح من المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي والبيهقي وابن المنذر لا يشترط ذلك لقوله تعالى ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ ولم يذكر المجلس وقال تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ وكسائر الشهادات . ولنا ان أبا بكره ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد لحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشروط لم يجز ان يحدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر

على قوله ، وان كانوا فاسقاً أو عمياناً أو بعضهم فعليهم الحد ، ه هذا المذهب نص عليه وهو قول مالك لأنها شهادة لم تكمل

بجتماعين فان جاء بعضهم بعد ان قام الحاكم او شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة او لم يكملها فهم قذفة وعليهم الحد ، وان كانوا فساقا او عميانا او بعضهم فعليهم الحد ، وعنه لا حد عليهم ، وان كان احدهم زوجا حد الثلاثة ولا عن الزوج ان شاء . وان شهد اثنان انه زنى بها في بيت او بلد واثنان انه زنى بها في بيت او بلد آخر فهم قذفة وعليهم الحد^(١) ، وعنه يحذ المشهود عليه وهو بعيد وان شهدا انه زنى بها في زاوية بيت وشهد الآخر ان انه زنى بها في زاويته الأخرى^(٢) او شهدا انه زنى بها في قيص ابيض وشهد الآخر ان انه زنى بها في قيص احمر كملت شهادتهم ويحتمل ان لا تكمل كالتى قبلها^(٣) وان شهدا

على قوله « وعنه لا حد عليهم » . وهو قول الحسن والشعبي وأبي حنيفة ومحمد لأنهم قد جاءوا بأربعة شهداء . ولأن عددهم قد كمل ورد الشهادة لمعنى غير تفریطهم . وعنه ان كانوا عبيداً أو فساقاً فلا حد عليهم وهو قول الثوري واسحاق

(١) قوله « وان شهد اثنان الخ » هذا المذهب ، وكذا لو شهد كل اثنين في بلد غير البلد الذى شهد به صاحباهما أو اختلفوا في الجميع وبهذا قال مالك والشافعي واختار أبو بكر انه لا حد عليهم وبه قال النخعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنهم كملوا أربعة . ولنا انه لم يكمل أربعة على زنا واحد فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان وأما المشهود عليه فلا حد عليه في قولهم جميعاً وقال أبو بكر عليه الحد وحكاه قولاً لأحمد وهو بعيد لأنه لم يثبت زنا واحد بشهادة أربعة

(٢) قوله « وان شهدا الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا حد عليه لأن شهادتهم لم تكمل ولأنهم اختلفوا في المكان أشبه ما لو اختلفا في البيتين . ولنا أن التصديق ممكن فلم يجز التكذيب وقال الشارح هذا إذا كانت الزاويتان متقاربتين

(٣) قوله « أو شهدا أنه زنى بها في قيص الخ » وهذا المذهب ويحتمل أن لا تكمل وهو قول الشافعي لتناقى الشهادتين ولنا أنه لا يتنافا ما بينهما فانه يمكن أن يكون عليه قيصان فذكر كل اثنين واحداً وتركاً ذكر الآخر ويمكن أن يكون عليه قيص ابيض وعليها قيص احمر وإذا أمكن التصديق لم يجز التكذيب

انه زنى بها مطاوعة وشهد الآخرا ان انه زنى بها مكرهة لم تكمل شهادتهم^(١) وهل يحد الجميع او شاهدا المطاوعة؟ على وجهين^(٢). وعند ابى الخطاب يحد الزانى المشهود عليه دون المرأة والشهود. وان شهد أربعة فرجع احدهم فلا شىء على الراجع ويحد الثلاثة^(٣)، وان كان رجوعه بعد الحد فلا حد على

(١) قوله « وان شهدا أنه زنا بها مطاوعة الخ »، أما المرأة فلا حد عليها إجماعاً لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد

(٢) قوله « وهل يحد الجميع الخ »، أحدهما يحد شاهدا المطاوعة فقط لفظها وهو المذهب ولا يجب على شاهدى الاكراه لأنهما لم يقذفا المرأة، وأما الرجل ففيه وجهان أحدهما لا حد عليه وهو قول أبى بكر والقاضى وأكثر الأصحاب وهو قول أبى حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى لأن البيئنة لم تكمل على فعل واحد فان فعل المطاوعة غير فعل المكرهة. والوجه الثانى يجب الحد على الرجل اختاره أبو الخطاب وهو قول أبى يوسف ومحمد، ووجه ثان للشافعى لان الشهادة كملت على وجود الزنا منه واختلافهما انما هو فى فعلهما لا فى فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه

(٣) قوله « وان شهد أربعة الخ »، أى يحد الثلاثة فقط هذا لإحدى الروايتين اختاره أبو بكر وابن حامد وجزم به فى الوجيز والمنور ومنتحب الأدمى لانه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ولأن فى درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذى يحصل به مصلحة المشهود عليه. والرواية الثانية يحد الراجع معهم أيضاً قدمه فى المحرر والنظم والكافى قال ابن رزىن فى شرحه حد الأربعة فى الأظهر وصححه فى المغنى قال فى الانصاف هذا المذهب لاتفاق الشيخين انتهى. لأنه نقص العدد فلزمهم الحد كما لو كانوا ثلاثة وان رجعوا كلهم فعليهم الحد لأنهم يقرون أنهم قذفة وهذا قول أبى حنيفة وقال الشافعى يحد الراجع دون الثلاثة لأنه أقر على نفسه بالكذب وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم وانما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع

[فوائد] إذا ثبتت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه لم يسقط الحد وقال أبو حنيفة يسقط لأن صحة البيئنة يشترط لها الانكار وما كمل الاقرار. ولنا قوله تعالى ﴿ فان شهدوا فامسكوهن فى البيوت ﴾ الآية وبين النبي ﷺ السبيل

الثلاثة^(١) ويغرم الراجع ربع ما أتلّفوه^(٢). وإن شهد أربعة بالزنا بامرأة فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود نص عليه^(٣). وإن شهد أربعة على رجل انه زنى بامرأة فشهد أربعة آخرون على الشهود انهم هم الزناة بها لم يحد المشهود عليه، وهل يحد الشهود الاولون حد الزنا؟ على روايتين^(٤). وإن حملت امرأة لا زوج لها ولا سيد لم تحمد بذلك

(الثانية) إذا شهد شاهدان واعترف مرتين لم تكمل البيّنة ولم يجب الحد لا نعم في ذلك خلافاً عند من اعتبر إقرار أربع مرات لأن احدى الحجّتين لم تكمل. ولا تلفق احدهما بالأخرى

(الثالثة) إذا شهدوا بزنا قديم أو اقربه وجب الحد وبهذا قال مالك والأوزاعي والثوري واسحاق وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا أقبل بيّنة على زنا قديم واحدة بالاقرار به وهذا قول ابن حامد وذكره ابن أبي موسى مذهبا لأحمد لأن تأخيرها للشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة، ولنا عموم الآية وانه حق يثبت على الفور فيثبت بالبيّنة بعد تطاول الزمن

(١) قوله « وان كان رجوعه بعد الحكم الخ »، أى لأن الشهادة كملت واتصل الحكم بها فلم يجب عليهم شيء لعدم كونهم قذفة

(٢) قوله « ويغرم الراجع ربع ما أتلّفوه »، أى لأنه أقر على نفسه برجوعه لأن التلف حصل بفعله وفعل غيره فيقبل على نفسه فقط، وظاهره انه لا حد على الراجع أيضاً ونقله أبو النظر لأنه نائب، والمذهب انه يحد وحده ان ورث حد القذف على ما تقدم في آخر خيار الشرط في البيع فان كان رجما ضمن ربع المتلف بدية أو غيرها ان صرح بالخطأ وان قال عمدنا الكذب ليقتل قتل وحده

(٣) قوله « وان شهد أربعة بالزنا الخ »، وبهذا قال الشعبي والثوري والشافعي وأبو ثور و أصحاب الرأي وقال مالك عليها الحد لأن شهادة النساء لا مدخل لها في الحدود. ولنا ان البكارة تثبت بشهادة النساء ووجودها يمنع من الزنا ظاهراً لأن الزنا لا يحصل بدون الايلاج في الفرج وانما لم يجب الحد على الشهود لاحتمال صدقهم فانه يحتمل انه وطئها ثم عادت عذرتها

(٤) قوله « وهل يحد الخ »، إحداها لا يجب الحد على واحد منهم وهذا قول =

بمجرده (١)

باب حد القذف

وهو الرمي بالزنا ومن قذف محصنا فعليه جلد ثمانين جلدة ان كان القاذف حراً وأربعين ان كان عبداً (٢). وهل حد القذف حق لله تعالى او للآدمي؟ على

== أبي حنيفة لأن الأولين قد جرحهم الآخرون بشهادتهم عليهم والآخرون تتطرق اليهم التهمة. والثانية يجب الحد على الشهود الأولين وهو الصحيح من المذهب لأن شهادة الآخرين صحيحة فيجب الحكم بها وهذا قول ابى يوسف

(١) قوله « وان حملت امرأة الخ ، هذا المذهب فان ادعت انها أكرهت او وطئت بشبهة او لم تعترف بالزنا لم تحد وهذا قول ابى حنيفة والشافعي ، وقال مالك عليها الحد اذا كانت مقيمة غير غريبة الا ان تظهر امارات الاكراه بأن تأتي مستغنية او صارخة لقول عمر رضى الله عنه والرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف . وروى ان عثمان اتى بامرأة ولدت لسته اشهر فأمر عثمان ان ترجم فقال على ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وهذا يدل انه رجمها بحملها وعن عمر نحو هذا وعن على رضى الله عنه انه قال يا أيها الناس ان الزنا زنا أن زناء سر وزناء علانية فرنا السر ان يشهد الشهود وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف . وهذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فيكون اجماعاً وعن احمد انها تحد اذا لم تدع شبهة اختاره الشيخ تقي الدين ، ووجه الأول انه يحتمل انه من اكراه او شبهة والحد يسقط بالشبهات وقد قيل ان المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها اما بفعلها أو فعل غيرها

(٢) قوله « ومن قذف حراً محصنا الخ ، المحصنات فى القرآن جاءت بأربعة معان احدها العفائف وهو المراد ههنا والثانى بمعنى المزوجات كقوله (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم) وقوله (محصنات غير مسالحات) والثالث بمعنى الحرائر كقوله (ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات) الآية وقوله (والمحصنات من المؤمنات) وقوله (فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب) الرابع بمعنى الاسلام كقوله فاذا أحسن فان أتيت بفاحشة قال ابن مسعود احصانها ==

روايتين^(١). وقذف غير المحصن يوجب التعزير. والمحصن هو الحر المسلم العاقل العفيف الذي يجمع مثله^(٢) وهل يشترط البلوغ؟ على روايتين. وإن قال زينت وأنت صغيرة وفسره بصغر عن تسع سنين لم يحمد والا خرج على الروايتين وإن قال لحرمة مسلمة زينت وأنت نصرانية أو أمة ولم تكن كذلك فعليه الحد، وإن كانت كذلك وقالت أردت قذفي في الحال فأنكرها فعلى وجهين

== اسلامها واجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف محصنا إذا كان القاذف مكلفا فيجب بقذف المحصن ثمانون جلدة اجماعا لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية والرقيق على النصف من ذلك في قول اكثر العلماء ويروى ان ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم جلد عبداً قذف حراً ثمانين وبه قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز لعموم الآية والصحيح الاول لاجماع الصحابة قال عبد الله بن عامر بن ربيعة ادركت ابا بكر وعمر وعثمان والخلفاء هم جرا ما رأيت احداً جلد عبداً في فرية اكثر من اربعين رواه مالك، وكحد الزنا وهذا الحكم جار ولو عتق قبل الحد على المذهب

[تنبيه] يشترط في صحة قذف القاذف ان يكون مكلفا وهو العاقل البالغ

(١) قوله « وهل حد القذف الخ » احداها هو حتى لا دمي وهو المذهب جزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الفروع والكافي وغيرهما وصححه في النظم وغيره قال الزركشي هو المنصوص المختار للأصحاب والثانية حق لله فعلى المذهب يسقط بالعفو والبراء وعلى كلا الروايتين لا يحمد ولا يجوز ان يعرض له الا بطلب وذكره الشيخ تقي الدين اجماعا

[فائدة] ليس بالمقدوف استيفاءه بنفسه على الصحيح من المذهب وذكره ابن عقيل اجماعا وانه لو فعل لم يعتد به

على قوله « وقذف غير المحصن يوجب التعزير » وكذا يعزر بقذف العبد وهو المذهب

(٢) قوله « والمحصن الخ » زاد في الرعاية والوجيز الملتزم وهذا المذهب وبه يقول جماعة العلماء قديما وحديثا سوى ما روى عن داود انه اوجب الحد على قاذف العبد ولا يجب الحد بقذف الكافر والعبد، وقال ابن عقيل في عمد الادلة عندى يحد بقذف العبد لعدالته وانه أشبه بالمذهب وهو أحسن حالا من الفاسق

ومن قذف محصنا فزال إحصانه قبل إقامة الحد لم يسقط الحد عن القاذف (١)

فصل

والقذف محرم الا في موضعين : أحدهما ان يرى امرأته تزنى في طهر لم يصبا فيه فيعتزلها وتأتى بولد يمكن ان يكون من الزانى (٢) فيجب عليه قذفها ونفى ولدها . والثانى ان لا تأتى بولد يجب نفيه او استفاض زناها فى الناس .

على قوله « وهل يشترط البلوغ على روايتين ، احدها لا يشترط بلوغه بل يكون مثله يظاً أو توطأ وهذا المذهب قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله انه يحد قاذفه اذا كان ابن عشرة أو اثنتى عشرة سنة لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول . وهو من مفردات المذهب ، والثانية يشترط وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأنه أحد شرطى التكليف فاشبه العقل فعلى المذهب لايقام الحد على القاذف حتى يبلغ المقذوف ويطالب به بعده وعلى المذهب يشترط ان يكون ابن عشر وان تكون ابنة تسع كما قال المصنف بعد ذلك

(١) قوله « ومن قذف محصناً الخ ، هذا المذهب وعليه الاصحاب ونص عليه . وهو من مفردات المذهب وبه قال الثورى وأبو ثور والمزنى وداود وقال مالك والشافعى وأبو حنيفة لا حد عليه لأن الشروط يجب استدامتها إلى حالة إقامة الحد . بدليل انه لو ارتد أو جن لم يقم الحد ولنا ان الحد قد وجب وتم بشروطه فلم يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها

(٢) قوله « أحدهما ان يرى امرأته الخ ، وهذا بلا نزاع لأن ذلك يجرى مجرى اليقين من ان الولد من الزانى لكونها أمت به لسته أشهر من حين الوطء فاذا لم ينفع لحقه الولد وورثه وورث أقاربه وورثوا منه وانظر الى بناته واخواته . وليس ذلك بجائز فيجب نفيه لازالة ذلك وقد روى عنه عليه السلام انه قال أيما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء وان يدخلها الله جنته وإيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رموس الأولين . والآخريين رواه أبو داود . وكذا لو أقرت بالزنا ووقع فى نفسه صدقها فهو كما لو رآها

او أخبره به ثقة ورأى رجلا يعرف بالفجور يدخل اليها^(١) فيباح قذفها ولا يجب . وان أنت بولد يخالف لونه لونهما لم يباح نفيه بذلك وقال أبو الخطاب ظاهر كلامه بإباحته^(٢)

فصل

والفاظ القذف تنقسم الى صريح وكناية ، فالصريح قوله يا زاني يا عاهر زنى فرجك مما لا يحتمل غير القذف فلا يقبل قوله بما يحمله^(٣) وإن قال بالوطى أو يا معفوج فهو صريح^(٤). وقال الخرقى إذا قال أردت انك من قوم

(١) قوله « الثاني ان لا تأتي بولد يجب نفيه » ، يعنى يراها تزنى ولا تأتي بولد يجب نفيه « أو استفاض الخ ، أى لأنه يغلب على ظنه فجورها فيباح قذفها ولا يجب قال الاصحاب فراقها أولى من قذفها ولا يجوز قذفها بغير من لا يوثق بغيره لأنه غير مأمون من الكذب عليها ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها لأنه يجوز أن يكون دخل سارقا او هاربا او لحاجة او لغرض فاسد فلم يمكنه

(٢) قوله « وان أنت بولد يخالف الخ » ، هذا المذهب وعليه الاصحاب لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال جاء رجل من بنى فزارة إلى النبي ﷺ فقال ان امرأتى جاءت بولد اسود يعرض بنفيه فقال النبي ﷺ هل لك من ابل قال نعم قال فما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق قال ان فيها لورقا قال فاني أتاها ذلك ؟ قال عسى ان يكون نزع عرق قال فهذا عسى ان يكون نزع عرق قال ولم يرخص له في الانتفاء منه متفق عليه

(٣) قوله « والصريح قوله يا زاني الخ » ، هذا المذهب وعليه الاصحاب فلا يقبل قوله أردت يا زانى العينين ولا يا عاهر اليد وقال فى التبصرة لم يقبل مع سبقه ما يدل على قذف والصريح والاقبل

(٤) قوله « وان قال يا لوطى الخ » ، اذا قال له بالوطى فهو صريح على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية الجماعة وسواء كان فاعلا أو مفعولا به وهو قول الحسن والنخعى والزهرى ومالك وابو يوسف ومحمد وابى ثور وقال عطاء وقتادة وأبو حنيفة لا حد عليه لأنه قذف بما لا يوجب الحد عنده . وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه وكذلك لو قذف امرأة انها وطئت فى دبرها او قذف رجلا بوطء =

لوط فلا حد عليه وهو بعيد وان قال أردت انك تعمل عمل قوم لوط غير
أتیان الرجل احتمال وجهين وان قال لست بولد فلان فقد قذف أمه^(١) وان قال
لست بولدى فعلى وجهين^(٢) وان قال انت ازنى الناس أو ازنى من فلانة أو قال
لرجل یا زانية أو لامرأة یا زانى^(٣) أو قال زنت يدك ورجلاك فهو صريح

== امرأة في دبرها فعليه الحد عندنا وعن أبي حنيفة لاحد عليه ومبنى الخلاف هنا على
وجوب الحد على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه وان قذف رجلا یا تیان بهيمة
انبنى ذلك على وجوب الحد على فاعله واما اذا قال یا معفوج فهو صريح أيضا
على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قال الامام أحمد يحد به

[فائدة] من الألفاظ الصريحة قوله یا منيوك أو یا منيوكه لكن ان فسر قوله
یا منيوكه بفعل الزوج لم يكن قذفا ذكره في التبصرة والرعاية واقتصر عليه في
الفروع قال صاحب الانصاف : لو قيل انه قذف بقريئة غضب وخصومة
لـكان متبها

(١) قوله « وان قال لست بولد فلان الخ » وهذا المذهب الا ان يكون منفيا
بلعان ولم يستلحقه ابوه ويحتمل ان لا يكون قذفا لأنه يجوز ان يريد انك لا تشبهه
في كرمه وأخلاقه

[فائدة] وكذا الحكم لو نفاه عن قبيلته على المذهب وبه قال النخعي واسحاق
فاما ان نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه لم يقذف أحداً بالزنا ، وان قذف ابن
الملاعة حد

(٢) قوله « وان قال لست بولدى الخ » أحدها ليس بقذف اذا فسره بما يحتمله
فيكون كناية وهو الصحيح من المذهب نص عليه لأن للرجل ان يغاظ لولده في
القول والفعل

(٣) قوله « وان قال انت ازنى الناس الخ » إذا قال انت ازنى الناس أو ازنى من
فلانة فهو صريح على الصحيح من المذهب وليس بصريح عند ابن حامد وكذا الحكم لو
قال لرجل یا زانية أو لامرأة یا زانى وهذا مذهب الشافعي واختار ابن حامد انه
ليس بقذف الا ان يفسره به وهو قول أبي حنيفة لأنه يحتمل ان يريد بقوله
یا زانية یا علامة في الزنا كما يقال للعالم علامة ولنا ان ما كان قذفا لأحد الجنسين ==

في القذف في قول ابى بكر^(١) وليس بصريح عند ابن حامد . وان قال زناً
في الجبل مهموزاً فهو صريح عند أبى بكر^(٢) وقال ابن حامد ان كان يعرف
العربية لم يكن صريحاً^(٣) وان لم يقل في الجبل فهل هو صريح او كالتى قبلها ؟
على وجهين^(٤)

== كان قذفاً للآخر كقوله زנית بفتح التاء وكسرهما لهما جميعاً فعلى الأول في قذف فلانة
وجهان أحدهما ليس بقاذف لها قدمه في الكافي قال في الرعاية وهو أقيس وجزم
به في الاقناع لأن لفظة أفعال تستعمل للنفرد بالفعل كقوله ﴿ أفن يهدى الى الحق أحق
ان يتبع ﴾ والثانى هو قذف لها أيضاً وقال الشافعى وأصحاب الرأى ليس بقذف
للأول ولا للثانى الا ان يريد القذف وهو قول ابن حامد

(١) قوله « أو قال زنت يداك الخ » المذهب انه ليس بصريح قال المصنف
والشارح هذا ظاهر المذهب واختاره لان زنا هذه الاعضاء لا يوجب الحد لقوله
عليه الصلاة والسلام « العينان تزنيان وزناهما النظر » الخبر
[فائدة] اذا قال يا زانى ابن الزانية فعليه حدان فان تشاحا قدم حق الابن
وعنه حد واحد

(٢) قوله « وان قال زناً في الجبل الخ » المذهب قول ابى بكر لأن عامة الناس
لا يفهمون من ذلك الا القذف فكان قذفاً كما لو قال زנית

(٣) قوله « وقال ابن حامد الخ » أى لأن معناه في العربية طلعت

(٤) قوله « وان قال زناً ولم يقل في الجبل الخ » احدهما هو صريح وهو
المذهب وقال الشافعى ومحمد بن الحسن ليس بقذف وقال الشافعى يستحلف
على ذلك

[فائدة] إذا قال لرجل زנית بفلانة كان قاذفاً لها ، وان أقر رجل انه زنا
بامرأة فهو قاذف لها سواء لزمه باقراره حد الزنا أو لم يلزمه وبهذا قال ابن المنذر
وابو ثور ويشبهه مذهب الشافعى ، وقال ابو حنيفة لا يلزمه حد القذف لأنه
يتصور منه الزنا بغير زناها لاحتمال ان تكون مسكره او موطوءة بشبهة . ولنا
ما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلاً من بنى بكر بن ليث أتى النبي ﷺ
فأقر انه زنا بامرأة اربع مرات فجلده مائة وكان بكرأ ثم سأله البيهقي على المرأة فقالت
كذب والله يا رسول الله فجلده حد القرية ثمانين رواه ابو داود

والكناية نحو قوله لامرأته قد فضحتيه وغطيت او نكست رأسه وجعلت له قرونا وعلقت عليه اولادا من غيره وأفسدت فراشه^(١) او يقول لمن يخاصمه يا حلال ابن الحلال ما يعرفك الناس بالزنا والفجور يا عفيف او يا فاجرة يا قحبة يا خبيثة او يقول لعربي يانبطي يافارسي يارومي او يسمع رجلا يقذف رجلا فيقول صدقت او اخبرني فلان انك زنت وكذبه الآخر فهذا كناية إن فسره بما يحتمله غير القذف قبل قوله في أحد الوجهين وفي الآخر جميعه صريح، وان قذف أهل بلدة او جماعة لا يتصور الزنا من جميعهم عزر ولم يحد وان قال لرجل اذفني فقذفه فهل يحد؟ على وجهين وان قال لامرأته بازانية قالت بك زنت لم تكن قاذفة ويسقط عنه الحد بتصديقها وإذا قذف المرأة لم يكن لولدها المطالبة اذا كانت الام في الحياة^(٢) وان قذفت وهي ميتة مسلمة كانت او كافرة حرة او امة حد القاذف اذا طالب الابن وكان حرا مسلما ذكره الخرقى^(٣) وقال ابو بكر لا يجب الحد بقذف ميتة وان

(١) قوله «والكناية الخ»، وهما روايتان وهذا المذهب في ذلك كله وفي الوجه الآخر جميعه صريح اختاره القاضى وجماعة كثيرة من أصحابه . واختلفت الرواية عن احمد في التعريض بالقذف كقوله لمن يخاصمه يا حلال ابن الحلال الخ فعنه لا حد عليه وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار ابى بكر وبه قال عطاء وعمرو ابن دينار وقتادة والثورى والشافعى وأبو ثور واصحاب الرأى وابن المنذر لما روى ان النبي ﷺ قال له رجل ان امرأتى ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فلم يلزمه بذلك حد وروى الأثرم وغيره ان عليه الحد روى ذلك عن عمر رضى الله عنه وبه قال اسحاق

(٢) قوله «وإذا قذف المرأة الخ»، لأن الحق لها فلا يطالب به غيرها ولا يقوم غيرها مقامها سواء كانت محجورا عليها او غير محجور لأنه حق يثبت للتشني فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه

(٣) قوله «وان قذفت وهي ميتة الخ»، هذا المذهب صححه في الحرر وانصره المصنف والشارح وجزم به في الوجيز والزرکشى لأنه قدح في نسبه لانه بقذف أمه ينسبه الى انه من زنا

مات المقدوف سقط الحد^(١) ومن قذف أم النبي ﷺ قتل مسلماً كان أو كافراً^(٢) وان قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد اذا طالبوا أو واحد منهم^(٣) وعنه

(١) قوله « وان مات المقدوف سقط الحد » اذا قذف قبل موته ثم مات فلا يخلو اما ان يكون قد طالب أو لا فان مات ولم يطالب سقط الحد بلا اشكال وعليه الاصحاب ونص عليه وان كان طالب فالصحيح به من المذهب انه لا يسقط وللورثة طلبه نص عليه وعليه الاصحاب وحد القذف لجميع الورثة على الصحيح من المذهب حتى الزوجين ونص عليه فلو عفا بعضهم حد للباقيين كاملاً على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « ومن قذف أم النبي ﷺ الخ » هذا المذهب فيكون حده القتل ولا تقبل توبته نص عليه ويكفر المسلم بذلك وعليه الأصحاب . وعنه ان تاب لم يقتل وبه قال ابو حنيفة والشافعي مسلماً كان أو كافراً لأن هذا منه ردة والمرتب يستتاب وتصح توبته . ولنا ان هذا حد قذف فلا يسقط بالتوبة كقذف غير أم النبي ﷺ ولأنه لو قبلت توبته وسقط حده لكان أخف حكماً من آحاد الناس لأن قذف غيره لا يسقط بالتوبة ولا بد من اقامته ولما في ذلك من القدح في النبوة المعرض للكفر . واختلفت الرواية فيما اذا كان القاذف كافراً فاسلم فروى عنه لا يسقط باسلامه وهو المذهب لانه حد قذف فلم يسقط باسلام . وعنه يسقط باسلام لأنه لو سب الله تعالى ثم أسلم سقط عنه القتل فسب نبيه أولى ولأن الاسلام يجب ما قبله والخلاف في سقوط القتل عنه فأما توبته فيما بينه وبين الله تعالى فمقبولة

[فائدة] قذفه عليه الصلاة والسلام كقذف أمه ويسقط سبه بالاسلام كسب الله تعالى وفيه خلاف في المرتد قاله المصنف وغيره . وقال الشيخ تقي الدين وكذا من سب نساءه لقدحه في دينه وانما لم يقتلهم لأنهم تكلموا قبل علمه براءتها وانها من أمهات المؤمنين

(٣) قوله « وان قذف الجماعة بكلمة واحدة الخ » فحد لمن طلب ثم لا حد بعده على الصحيح من المذهب وبه قال طاوس والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وحماد ومالك والثوري وأبو حنيفة وصاحباہ وابن ابى ليلى واسحاق . وعنه يحد لكل واحد حداً وبه قال الحسن وابو ثور وابن المنذر وللشافعي قولان كالروايتين ووجه هذا انه قذف كل واحد منهم فلزمه له حد كامل كما لو قذفهم بكلمات . ولنا =

ان طالبوا متفرقين حد لكل حداً وان عاد للقذف فاعاده لم يعد عليه الحد^(١)

باب حد السكر^(٢)

كل شراب اسكر كثيره فقليله حرام من أى شيء كان ويسمى خمرا^(٣) ولا

== قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ لم يفرق بين قذف واحد أو جماعة ولأن الذين شهدوا على المغيرة بن شعبه قذفوا امرأة فلم يحدهم عمر إلا حداً واحداً

(١) قوله «وان قذفهم بكلمات الخ» هذا المذهب مطلقاً وبه قال عطاء والشعبي وقتادة وابن أبي ليلى والشافعي وابو حنيفة وقال حاد ومالك لا يجب الاحد واحد لأنها جنائية توجب حداً فاذا تكررت كفي حد واحد كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء . ولنا انها حقوق لأدميين فلم تتداخل كالديون والقصاص وفارق ما قاسوا عليه فانه حق لله تعالى

(٢) وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله-فيل أتم منتهون﴾ واما السنة فقوله ﷺ «كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه احمد وابو داود ومسلم من حديث ابن عمر الى غير ذلك من الأحاديث وأجمعت الأمة على تحريمها وانما حكى عن قدامة بن مظعون وعمر بن معدى كرب وابي جندل بن سهيل بن عمرو انهم قالوا هي حلال نقوله تعالى ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ الآية فيمن لهم علماء الصحابة معنى هذه الآية وتحريم الخمر وأقاموا عليهم الحد لشرهم اياه فرجعوا إلى ذلك فأنعقد الاجماع فمن استحلمها الآن فقد كذب النبي ﷺ فيكفر بذلك ويستتاب فان تاب وإلا قتل

(٣) قوله «كل شراب الخ» هذا المذهب مطلقاً نص عليه في رواية الجماعة وحكمه حكم عصير العنب في تحريمه ووجوب الحد على شاربه وروى تحريم ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابي هريرة وسعد بن أبي وقاص وابي بن كعب وأنس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال عطاء ومجاهد وطاوس والقاسم وقتادة وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وابو ثور وابو عبيد واسحاق وقال ابو حنيفة في عصير العنب اذا طبخ وذهب ثلثاه ونقيع التمر والزبيب اذا طبخ وان لم ==

يحل شربه للذة ولا للتداوى ولا لعطش ولا غيره الا ان يضطر اليه لدفع لقمة غص بها فيجوز^(١). ومن شربه مختاراً عالماً ان كثيره يسكر قليلاً كان

يذهب ثلثاه ونبيد الخنطة والذرة والشعير ونحو ذلك نقيماً كان أو مطبوخاً كل ذلك حلال الا ما بلغ السكر فأما عصير العنب اذا اشتد بغير طبخ فهذا محرم قليله وكثيره لما روى ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي ﷺ قال وحرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب» ولنا ما روى جابر رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال وما اسكر كثيره فقليله حرام، رواه ابو داود وابن ماجه والترمذى وحسنه وروى ابن عمر رضى الله عنهما ان عمر رضى الله عنه قال على منبر رسول الله ﷺ: أما بعد أيها الناس ان الله أنزل تحريم الخمر وهى من خمسة من العنب والتمر والعسل والخنطة والشعير والخمر ما خامر العقل متفق عليه وأباح ابراهيم الحربى تقيع التمر اذا طبخ ما دون السكر قال الخلال فتياه على قول أبى حنيفة قال الامام احمد ليس فى الرخصة حديث صحيح وقال ابن المنذر جاء أهل الكوفة بأحاديث معولة وحديث ابن عباس رواه سعيد عن ابن عباس وقال والمسكر من كل شراب وقيل انه موقوف على ابن عباس وروت عائشة مرفوعاً ما اسكر الفرق منه ثلث الكف منه حرام رواه سعيد وأحمد وابو داود والترمذى وحسنه واسناده ثقات وعن احمد لا يحد باليسير المختلف فيه واختار الشيخ تقي الدين وجوب الحد بأكل الحشيشة العنبية وقال هى حرام سواء سكر منها أو لم يسكر والسكر منها حرام باتفاق المسلمين وضررها من بعض الوجوه أعظم من ضرر الخمر ولهذا أوجب الفقهاء منها الحد كالخمر وتوقف بعض المتأخرين فى الحد بها وان اكلها موجب التعزير بما دون الحد فيه نظر اذ هى داخلة فى عموم ما حرم الله

(١) قوله «ولا يحل شربه الخ» أى فان فعل فعليه الحد وقال ابو حنيفة يباح شربها للتداوى وللشافعى وجهان كالمذهبين. ولنا ما روى وائل بن حجر ان طارق بن سويد الجعفى سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه او كره له أن يصنعها فقال انما أصنعها للدواء فقال انه ليس بدواء ولكنه داء رواه مسلم وقال ابن مسعود ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم رواه البخارى ورواه احمد من حديث حسان بن مخارق عن ام سلة مرفوعاً وصححه ابن حبان

أو كثيراً فعليه الحد ثمانون جلد^(١) وعنه أربعون إن كان حراً والرقيق على النصف من ذلك إلا الذي فإنه لا يحد بشره في الصحيح من المذهب وهل يجب الحد بوجود الرأحة؟ على روايتين . والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام حرم إلا أن يغلى قبل ذلك فيحرم نص عليه وعند أبي الخطاب إن هذا

(١) قوله « ومن شربه مختاراً الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في عصير العنب غير المطبوخ . واختلفوا في سائرهما فذهب أحمد التسوية بين عصير العنب وغيره من المسكرات وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والأوزاعي ومالك والشافعي وقالت طائفة لا يحد إلى أن يسكر منهم أبو وائل والنخعي وكثير من أهل الكوفة وأصحاب الرأي وقال أبو ثور من شربه معتقداً تحريمه حد ومن شربه متأولاً فلا حد عليه لأنه مختلف فيه فأشبهه النكاح بلا ولي . ولنا ما روى عنه عليه السلام أنه قال « من شرب الخمر فاجلدوه » رواه أبو داود وغيره وقد ثبت أن كل مسكر خمر فيتناول الحديث قليله وكثيره . وحده ثمانون وهو المذهب وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة ومن تبعهم لإجماع الصحابة فإنه روى أن عمر استشار الناس في حد الخمر فقال عبد الرحمن اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وأبي عبيدة بالشام وروى أن علياً قال إذا سكر هذى وإذا هذى افتري فحده حد المفتري روى ذلك الجوزجاني والدارقطني وغيرهما . وعنه أربعون إن كان حراً اختاره أبو بكر والمصنف والشارح وجزم به في العمدة والتسهيل وهو مذهب الشافعي .

على قوله « وعنه أربعون إن كان حراً » لأن علياً جلد الوليد بن عقبة أربعين ثم قال جلد النبي عليه السلام أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة رواه مسلم وعن أنس رضي الله عنه قال أتى رسول الله عليه السلام برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحواً من أربعين ثم أتى به أبو بكر فصنع به مثل ذلك ثم أتى به عمر فاستشار الناس في الحدود فقال ابن عوف أقل الحدود ثمانون فضربه عمر متفق عليه وفعله عليه السلام حجة لا يجوز تركه لفعل غيره ولا ينعقد الإجماع على ما خالف فعله عليه السلام وأبي بكر وعلى فيحمل الزيادة على التعزير .

على قوله « فإنه لا يحد بشره على الصحيح من المذهب » وكذا الحرابي والمستأمن وهو المذهب لأنه يعتقد حله .

محمول على عصير يتخمر في ثلاث غالباً^(١) ولا يكره ان يترك في الماء تمرا او زيبيا ونحوه لياخذ ملوخته مالم يشتد أو يأتي عليه ثلاث . ولا يكره الانتباز في الدباء والحتم والنقير والمزفت^(٢) وعنه يكره ويكره الخليطان وهو ان ينبذ شيتين كالتمر والزبيب ولا بأس بالفقاع^(٣)

على قوله « وهل يجب الحد بوجود الرائحة على روایتين ، ه احداها لا يحد وهو قول عامة أهل العلم منهم الثوري وأبو حنيفة والشافعي . وعنه يحد وهو قول مالك لأن ابن مسعود رضى الله عنه جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر . وعنه يحد اذا لم يدع شبهة قال ابن أبي موسى وهى أظهر عن احمد واختارها ابن عبدوس فى تذكرته والشيخ تقي الدين ووجه الاول انه يحتمل أنه تمضمض بها أو ظنها ماء فلما صارت فى فيه مجها أو ظنها لا تسكر أو كان مكرهاً

على قوله « والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام حرم ، ه هذا المذهب وعليه الاصحاب وبين ذلك فى المحرر والوجيز وغيرها فقالوا بليالهن وهو من مفردات المذهب

(١) قوله « ان هذا محمول الخ ، لقوله عليه الصلاة والسلام « اشربوا فى كل وعاء ولا تشربوا مسكرا ، ولأن التحريم محتص بالمسكر قال المصنف ويحتمل ان يكون شربه بعد الثلاث ووجه الاول إذا لم يغل مكرها غير محرم فان أحمد لم يصرح بالتحريم ، وقال فى موضع آخره لان النبي ﷺ لم يكن يشربه بعد الثلاث ووجه الاول ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ كان ينبذ له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء ثالثة ثم يأمر به فيسقى الخادم أو يهراق رواه مسلم

(٢) قوله « ولا يكره الانتباز الخ ، الدباء القرعة اليابسة المجمولة وعاء والحتم جزار مدهونة واحدها حنمة والنقير أصل النخلة ينقر ثم ينبذ فيه التمر فصيل بمعنى مفعول والمزفت هو الوعاء المطلى بالزفت نوع من القار لما روى بريدة أن رسول الله ﷺ قال نهيتكم عن ثلاث وأنا أمركم بهن نهيتكم عن الأشربة فى ظروف الأدم واشربوا فى كل وعاء ولا تشربوا مسكرا رواه مسلم وهذا دليل على نسخ النهى ولا حكم للنسوخ

(٣) قوله « ويكره الخليطان الخ ، وكذا البسر والتمر ونحوه وهذا المذهب بلاريب وعليه جماهير الاصحاب ونقله الجماعة عن أحمد لما روت عائشة رضى الله =

باب التعزير

وهو التأديب . وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة^(١) كالاستمتاع الذي لا يوجب الحد وإتيان المرأة المرأة وسرقة ما لا يوجب القطع والجناية على الناس بما لا قصاص فيه والقذف بغير الزنا ونحوه . ومن وطئ أمة امرأته فعليه الحد إلا أن تكون احتلتها له فيجلد مائة^(٢) وهل يلحقه

== عنها قالت كنا ننبت لرسول الله ﷺ فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنظر حبا فيه ثم نصب عليه الماء فنبت به غدوة فيشربه عشية ونبت به عشية فنبت به غدوة رواه أبو داود وابن ماجه وقد روى أبو داود بإسناده عن رسول الله ﷺ انه نهى أن ينبذ البسر والرطب جميعا ونهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعا وفي رواية انتبذوا كل واحد على حدة وعن أبي قتادة قال نهى رسول الله ﷺ أن يجمع بين التمر والزهو والتمر والزبيب وليتبدل كل واحد منهما على حدة متفق عليه قال القاضي يعني أحمد بقوله هو حرام اذا اشتد وأسكر واذا لم يسكر لم يحرم وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى وإنما نهى النبي ﷺ لعله إسرعه إلى السكر المحرم فاذا لم يوجد لم يثبت التحريم وقد دل على هذا حديث عائشة رضی الله عنها يعني المتقدم

(١) قوله « وهو واجب في كل معصية الخ » أى وكاليمين الغموس وكعداء عليه ولعنه وليس لمن لعن ردها لعموم النهى عن اللعن وكتهب وغصب واختلاس وسب صحابي وغير ذلك من المحرمات التي لا حد فيها ولا كفارة فيعزر عنها المكلف وجوبا لأن المعصية تقتدر إلى ما يوجب المنع من فعلها وقال صاحب الروضة إذا زنى ابن عشر وبنت تسع عزرا وقال الشيخ تقي الدين : لا نزاع بين العلماء ان غير المكلف كالصبي المميز يعاقب على فعله الفاحشة تعزيرا بليغا وكذا المجنون يضرب على ما فعل لينزجر لكن لا عقوبة بقتل أو قطع . وفي الرعاية الصغرى ما أوجب حدا على مكلف عزر به المميز كالقذف انتهى وان ظلم صبي صبيا أو مجنون مجنونا أو بهيمة بهيمة اقتصر للظلم من الظالم وان لم يكن في ذلك زجر لكن للشفق

(٢) قوله « ومن وطئ أمة امرأته الخ » هذا بلا نزاع في الجملة إلا أن تكون احتلتها له فيجلد مائة وهذا المذهب ولا يرجح ان كان نيبا وان كان بسكراً لم يغرب وحكى عن النخعي انه يعزر ولا حد عليه لأنه يملك امرأته فكانت له شبهة في ==

نسب ولدها؟ على روايتين^(١). ولا يسقط الحد بالاباحة في غير هذا الموضع ولا يزداد في التعزير على عشر جلدات في غير هذا الموضع لقول النبي ﷺ «لا يجلد أحد فوق عشر جلدات الا في حد من حدود الله»^(٢) وعنه ما كان سببه الوطء كوطء جاريتة المشتركة المزوجة ونحوه ضرب مائة ويسقط عنه النبي^(٣) وكذلك يتخرج فيمن أتى بهيمة وغير الوطء لا يبلغ به أدنى الحدود

== ملوكها وعن عمر وعلى وقتادة ومالك والشافعي انه كوطء الأجنبية سواء أحلتها له أو لم تحلها لأنه لا شبهة له فيها فأشبهه جارية أخته وعن ابن مسعود والحسن ان كان مستكرها فليليه غرم مثلها وتعتق وان كانت طاوعته فليليه غرم مثلها ويملكها لأن هذا يروى عن النبي ﷺ وقد رواه ابن عبد البر وقال هذا حديث صحيح ولنا ما روى أحمد وابو داود وغيرهما عن حبيب بن سالم ان رجلا يقال له عبد الرحمن ابن حنين وقع على جارية امرأته فرفع إلى النعمان بن بشير وهو أمير على الكوفة وقال لأقضين فيك بقضاء رسول الله ﷺ ان كانت أحلتها لك جلدتك مائة وان لم تكن أحلتها لك رجمتك ، قال الترمذى سألت محمداً عنه فقال أنا أتقي هذا الحديث وقال الخطابي ليس بمتصل وقال غيره رجاله ثقات إلا حبيب بن سالم قال البخارى فيه نظر وقد روى له مسلم ووثقه ابو حاتم

(١) قوله «وهل يلحقه الخ» احدهما لا يلحقه نسبه وهو المذهب نقله الجماعة عن احمد انه وطء لا في ملك ولا شبهة ملك أشبه الزنا المحض والثانية يلحقه جرم به في الوجيز كوطء الجارية المشتركة. وقال الشيخ تقي الدين ان ظن جوازه لحقه والا فروايتان فيه وفي حده

(٢) قوله «ولا يزداد في التعزير الخ» الحديث متفق عليه من حديث أبي بردة ونص عليه أحمد في مواضع وهو قول اسحاق. والثانية لا يبلغ به الحد فيحتمل انه أراد لا يبلغ به أدنى حد مشروع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي فعلى هذا لا يبلغ به أربعين سوطاً لأنها حد العبد في الحر والقذف وهذا قول أبي حنيفة وان قلنا ان حد الحر أربعين لم يبلغ به عشرين سوطاً في حق العبد وأربعين في حق الحر وهذا مذهب الشافعي فلا يزداد العبد على تسعة عشر ولا الحر على تسعة وثلاثين وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف أدنى الحدود ثمانون فلا يزداد في التعزير عن تسعة وسبعين

(٣) قوله «وعنه ما كان سببه الوطء الخ» اعلم انه اذا وطئ جاريتة المشتركة =

ومن استمنى بيده لغير حاجة عزز وان فعله خوفا من الزنا فلا شيء عليه

باب القطع في السرقة

ولا يجب الا بسبعة أشياء أحدها السرقة وهي أخذ المال على جهة الاختفاء. ولا قطع على منتهب ولا مختلس ولا غاصب ولا خائن ولا جاحد وديعة^(١) ولا عارية^(٢) وعنه يقطع جاحد العارية أيضا ويقطع الطرار الذي

== يعزرمائة الاسوطا على الصحيح من المذهب نص عليه في رواية الجماعة وعنه يضرب مائة ويسقط عنه النفي وعنه لا يزداد على عشر جلدات وهو الذي قدمه المصنف هنا وأما اذا وطئ جاريته المزوجة او المحرمة برضاع اذا قلنا لا يحسد بذلك على ما تقدم في حد الزنا فعنه ان حكمه حكم وطء الجارية المشتركة على ما تقدم قال في الفروع وهي أشهر عند جماعة وجزم به في الهداية والمذهب والمستوعب والمصنف هنا والمحرر والراعيين والحاوي الصغير وغيرهم وعنه لا يزداد على عشرة أسواط وان زدنا عليها في وطء الجارية المشتركة قال في الانصاف وهو المذهب على ما اصططحناه [فائدة] اذا وطئ ميتة وقلنا لا يحسد على ما تقدم عزز بمائة جلدة وان وطئ جارية ولده عزز على الصحيح من المذهب وتكون مائة ولو وجد مع امرأته رجلا فانه يعزر بمائة جلدة قال ذلك في الراعيين وغيره واما العبد على القول بأن الحر يعزر بمائة او بمائة الاسوطا فانه يجلد خمسين الاسوطا على الصحيح من المذهب [فائدة] يشترط في السارق ان يكون مكلفا بلا نزاع وان يكون مختاراً على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه او مكرها وعنه أو سكران وتقدم أحكام السكران في أول كتاب الطلاق

(١) قوله « فلا قطع على منتهب الخ » هذا بلا نزاع نعلمه قال الشارح ولا نعلم فيه خلافا غير اياس بن معاوية قال اقطع المختلس وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه وقد روى عن النبي ﷺ انه قال على الخائن والمختلس قطع رواه ابو داود والترمذي وقال لم يسمعه ابن جريج من ابى الزبير وعن جابر مرفوعا ليس على المنتهب قطع رواه أبو داود وروى جابر ان النبي ﷺ قال « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » رواه احمد والنسائي والترمذي وصححه والدارقطني واسناده ثقات

(٢) قوله « ولا عارية » اختلف عن احمد رحمه الله فيه فعنه يقطع وهو المذهب ==

يبط الجيب وغيره ويأخذ منه^(١) وعنه لا يقطع

فصل

(الثاني) ان يكون المسروق مالا محترما^(٢) سواء كان مما يسرع اليه الفساد

== نقله الجماعة عن الامام احمد وهو من مفردات المذهب وهو قول اصحاب لما روت عائشة رضي الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجده فأمر النبي ﷺ بقطع يدها رواه مسلم قال احمد لا أعرف شيئا يدفعه . وعنه لا قطع اختاره الخرقى وابن شاقلا وأبو الخطاب والمصنف والشارح وابن منجا في شرحه وهو قول سائر فقهاء الأماصار لقوله ﷺ ، لا قطع على خائن ، ولأن الواجب قطع السارق والخائن ليس بسارق فأشبهه جاحد الوديعه فأما المرأة التي كانت تستعير المتاع فلانها قطعت لسرقها لا لجحدها ألا تسمع الى قوله في الحديث ، إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، وقوله ، والذي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها ، وفي بعض ألفاظ رواية هذه القصة عن عائشة ان قريشا أهمهم شأن المخزومية التي سرقت وذكرت القصة رواه البخارى . وفي حديث انها سرقت قطيفة رواه الأثرم . وانما عرقها عائشة بحمد العارية لسكونها مشهورة بذلك . قال المصنف وفيما ذكرناه جمع بين الأحاديث فيكون أولى

(١) قوله « ويقطع الطرار الخ » هذا المذهب لأنه أخذ مال غيره على وجه الاختفاء أشبه السارق وسواء بطله أو قطعه فأخذه فلو بط جيبه فسقط منه نصاب فأخذه فعليه القطع نص عليه والثانية لا يقطع كالمختلس

(٢) قوله « الثاني أن يكون المسروق مالا الخ » الى قوله كالخشب والقصب وكذلك يقطع بسرقة الأحجار والصيد والنورة والجص والزرنخ والتوابل والفخار والزجاج ونحوه وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع على سارق الطعام والرطب الذى يتسارع اليه الفساد كالغواكه لقوله ﷺ ، لا قطع في ثمر ولا كثر ، رواه ابوداود ولا قطع فيما كان أصله مباحا في دار الاسلام كالصيود والخشب الا في الساج والأبنوس والصندل والقنا والمعمول من الخشب فانه يقطع به وما عدا هذا لا يقطع به لأنه يوجد كثيرا في دار الاسلام فأشبهه التراب ولا قطع عنده في القرون والتوابل والنورة والجص والزرنخ والملح والحجارة واللبن ==

كالفاكهة والبطيخ أولا ومساواة كان ثمينا كالمناج والذهب أو غير ثمين كالخشب

== والزجاج والفخار، قال الثوري ما يفسد في يومه كالثريد واللحم لا قطع فيه ولنا عموم قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ سئل عن الثمر المعلق فذكر الحديث ثم قال ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن الجن ففيه القطع رواه أبو داود وغيره. وروى أن عثمان أتى برجل قد سرق أترجة فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع رواه سعيد ورواه (*) عن (*) وقال هي الأترجة التي يأكلها الناس ، ولأن ما وجب القطع في معموله وجب فيه قبل العمل كالذهب والفضة وحديثهم أراد به الثمر المعلق بدليل حديثنا فإنه مفسر له

[تنبيه] دخل في قوله ما لا محترما الملح فاذا سرق من الملح ما قيمته نصاب قطع على الصحيح من المذهب وقيل لا يقطع اختاره أبو بكر

[فوائد] هل يقطع بسرقة تراب وكلا وسرجين طاهر؟ على وجهين أحدهما يقطع بذلك وهو المذهب وهو ظاهر كلام المصنف وكثير من الأصحاب واختاره أبو إسحاق وابن عقيل . والوجه الثاني لا يقطع به اختاره الناظم في السرجين والتراب قال أبو بكر لا قطع بسرقة كلا وجزم به في المغني والكافي والشرح في السرجين لأنه لا يتمول عادة وأما السرجين البخس فالصحيح من المذهب أنه لا يقطع لأنه ليس بمال وقيل يقطع به اختاره ابن عقيل

(الثانية) الثلج وفيه وجهان أطلقهما في الفروع وظاهر ما جزم به في الرعاية الكبرى أنه يقطع به وجزم به في الإقناع واختار القاضي عدم القطع بسرقة وقال المصنف في المغني الأشبه أنه كالملاح

(الثالثة) لا يقطع بسرقة الماء على الصحيح من المذهب قطع به في المغني والشرح وقالوا لا نعم فيه خلافا وقال ابن عقيل يقطع وقدمه في الرعايتين وجزم به ابن هبيرة

(الرابعة) يقطع بسرقة الصيد على الصحيح من المذهب

والقصب ويقطع بسرقة العبد الصغير^(١) ولا يقطع بسرقة حران كان صغيراً^(٢) وعنه انه يقطع بسرقة الصغير فان قلنا لا يقطع بسرقة وعليه حلي فهل يقطع؟ على وجهين^(٣). ولا يقطع بسرقة مصحف^(٤) وعند أبي الخطاب

(١) قوله « ويقطع بسرقة العبد الصغير » هذا المذهب مطلقاً وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم الحسن ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وأبو حنيفة ومحمد. قال الشارح والصغير الذي لا يميز بين سيده وغيره في الطاعة وقال أبو يوسف لا يقطع سارق العبد وان كان صغيراً لأن من لا يقطع بسرقة كبيراً لا يقطع بسرقة صغيراً كالحر. ولنا انه سرق مالا يملوكا تبلغ قيمته نصاباً فوجب القطع عليه كسائر الحيوانات وفارق الحر فانه ليس بمال وفارق الكبير فانه لا يسرق وانما يخدع

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف انه لا قطع بسرقة عبد كبير وهو صحيح وهو المذهب

[فائدتان] احدهما يقطع بسرقة العبد المجنون والنائم والاعمى الذي لا يميز على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب

(الثانية) لا يقطع بسرقة مكاتب ولا أم ولد على الصحيح من المذهب لأن ام الولد لا يحل بيعها ولا نقل الملك فيها. والثاني يقطع بسرقتها لأنها مملوكة تضمن بالقيمة وقال ابن رزين في المكاتب ينبغي ان يقطع ان قلنا بجواز بيعه

(٢) قوله « ولا يقطع بسرقة حر الخ » هذا المذهب وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وعنه يقطع بسرقة الصغير وهو قول الحسن والشعبي ومالك واسحاق لأنه غير يميز أشبه العبد. ولنا أنه ليس بمال فلا يقطع بسرقة كالكبير النائم

(٣) قوله « فان قلنا لا يقطع الخ » احدهما لا يقطع وهو الصحيح اختاره المصنف والشارح وبه قال أبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي. والثاني يقطع وبه قال أبو يوسف لظاهر الكتاب ولأنه سرق نصاباً من المال فأشبهه ماله سرقة منفرداً ولنا انه تابع لما لا قطع فيه فأشبهه ثياب الكبير

(٤) قوله « ولا يقطع بسرقة مصحف » هذا أحد الوجهين جزم به ابن هبيرة

يقطع ويقطع بسرقة سائر كتب العلم^(١) ولا يقطع بسرقة آلة لهو ولا محرّم كالخنزير^(٢) وان سرق آنية فيها الخمر او صليباً او صنم ذهب لم يقطع وعند أبي الخطاب يقطع^(٣)

فصل

(الثالث) ان يسرق نصاباً^(٤) وهو ثلاثة دراهم أو قيمة ذلك من الذهب

== في الافصاح وابن عبدوس وقدمه في الهادى قلت وجزم به في الاقتناع لأن المقصود منه كلام الله ولا يجوز أخذ العوض عنه وعند أبي الخطاب يقطع وقال هو ظاهر كلام احمد وجزم به في الوجيز وصححه في تصحيح المحرر واختاره في الفصول وهذا قول مالك والشافعى وأبي ثور وابن المنذر لعموم الآية في كل سارق لأنه متقوم تبلغ قيمته نصاباً فوجب القطع ككتب الفقه والأول قول أبو حنيفة

(١) قوله « ويقطع بسرقة سائر كتب العلم » لا نعلم فيه خلافاً بين أصحابنا

[فائدة] اذا سرق عيناً موقوفة وجب القطع لأنها مملوكة للوقوف عليه ويحتمل أن لا يقطع بناء على عدم الملك فعلى هذا اذا كان وقفاً على غير معين لم يقطع بسرقة

(٢) قوله « ولا يقطع بسرقة آلة لهو الخ » وكذا كتب بدع وتصاوير وهذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال أبو حنيفة لأنه للبعصية بالاجماع فلم يقطع بسرقة الخنزير وكذا المحرم كالخنزير والميتة ونحوها سواء سرقة من مسلم أو ذمى وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وحكى عن عطاء ان سارق خمر الذى يقطع وان كان السارق مسلماً لأنه مال لهم ولنا أنها غير محترمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير وما لا يقطع بسرقة من المسلم لا يقطع بسرقة من الذمى كالميتة وما ذكره ينتقض بالخنزير

(٣) قوله « وان سرق آنية الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه متصل بما لا قطع فيه فأشبهه ما لو سرق شيئاً مشتركاً بينه وبين غيره وعند أبي الخطاب يقطع وهو مذهب الشافعى كما لو سرقة ولا شيء فيه

(٤) قوله « الثالث أن يسرق نصاباً » لا يجب القطع بسرقة دون النصاب فى قول الفقهاء كلهم إلا الحسن وداود وابن بنت الشافعى والخوارج فانهم قالوا يقطع فى القليل والكثير لعموم الآية ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ =

والعروض^(١) وعنه انه ثلاثة دراهم أو ربع دينار أو ما يبلغ قيمة أحدها من غيرها^(٢) وعنه لا تقوم العروض الا بالدرهم . واذا سرق نصاباً ثم نقصت قيمته أو ملكه ببيع أو هبة أو غيرها لم يسقط القطع^(٣) وان دخل الحرز

== قال ولعن الله السارق يسرق الجبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده، متفق عليه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ولا تقطع اليد إلا في ربع دينار فصاعداً، متفق عليه واجماع الصحابة على ما سنذكره وهذا يخص عموم الآية والجبل يحتمل ان يساوى ذلك وكذلك البيضة يحتمل أن يراد بها بيضة السلاح

(١) قوله « وهو ثلاثة دراهم الخ » هذا احدى الروايات أعنى ان الأصل هو الدرهم لا غير والذهب والعروض يقومان بها قال في المبهج وهذا الصحيح من المذهب قال في الفروع اختاره الاكثر فعلى هذا ان نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه وهذا يحكى عن الليث وأبي ثور لما روى ابن عمر ان النبي ﷺ قطع في بجن قيمته ثلاثة دراهم متفق عليه . قال ابن عبد البر هذا أصح حديث روى في هذا الباب وفيه ان العرض يقوم بالدرهم لأن المجن قوم بها ويعتبر في الدرهم أن تكون خالصة فلو كانت مغشوشة فلا خلافاً للشيخ تقي الدين فيها

(٢) قوله « وعنه انه ثلاثة الخ » يعنى ان كلا من الذهب والفضة أصل بنفسه وهذه الرواية هي المذهب وهو قول مالك واسحاق لحديث عائشة ولقوله ﷺ « اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك » وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنا عشر ، رواه أحمد وقالت عائشة لا قطع الا في ربع دينار فصاعداً وروى هذا عن عمر وعثمان وعلي وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي والشافعي وابن المنذر لحديث عائشة ان رسول الله ﷺ قال « لا قطع الا في ربع دينار فصاعداً » وقال عطاء وأبو حنيفة وأصحابه لا تقطع اليد الا في دينار أو عشرة دراهم لما روى الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال « لا قطع إلا في عشرة دراهم »

(٣) قوله « وان سرق نصاباً الخ » هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يسقط لأن النصاب شرط فتعتبر استدامته ، ولنا قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ولأنه نقص حدث في العين فلم يمنع القطع كما لو حدث باستعماله وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده وسواء نقصت بفعله أو فعل ==

فذبح شاة قيمتها نصاب فنقصت عن النصاب ثم أخرجها لم يقطع^(١) وان سرق فرد خف قيمته منفردا درهمان وقيمته مع الآخر أربعة لم يقطع^(٢) وان اشترك جماعة في سرقة نصاب قطعوا سواء أخرجوه جملة أو أخرج كل واحد جزءا^(٣) وان هتك اثنان حرزا ودخله فأخرج احدهما نصابا

== غيره وان ملك العين المسروقة ببيع أو هبة أو غير ذلك من أسباب الملك وكان ملكها قبل رفعه الى الحاكم والمطالبة بها عنده لم يجب القطع وبه قال مالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا . وان ملكها بعده لم يسقط عند مالك والشافعي واسحاق وقال أصحاب الرأي يسقط لأنها صارت ملكة فلا يقطع في عين هي ملكة ولنا ما روى صفوان بن أمية أنه نام في المسجد على رداءه فأخذ من تحت رأسه نجاء بسارقه الى النبي ﷺ فأمر بقطعه فقال صفوان يا رسول الله لم ارد هذا رداي عليه صدقة فقال النبي ﷺ هلا كان هذا قبل أن تأتيني به ، رواه ابن ماجه قال احمد اذا رفع إلى الحاكم لم يكن لرافعه عفو

(١) قوله « وان دخل الحرز فذبح الخ ، وكذا لو دخل الحرز فأتلفها فيه بأكل أو غيره وهذا بلا نزاع لأن من شرط القطع أن يخرج العين من الحرز وهي نصاب ولم يوجد الشرط ويحل أكله اذا ذبحه السارق على الصحيح من المذهب ويأتى الخلاف فيه في الزكاة ان شاء الله تعالى

(٢) قوله « وان سرق فرد خف الخ ، هذا بلا خلاف نعلمه لأنه لم يسرق نصابا لكن لو أتلفه لزمه أربعة على الصحيح من المذهب قيمة المتلف ونقص التفرقة وكذا الحكم لو سرق جزءا من كتاب

(٣) قوله « وان اشترك جماعة في سرقة نصاب الخ ، هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وبه قال مالك وأبو ثور ، وقال الثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا لأن كل واحد منهم لم يسرق نصابا فلم يجب عليه قطع كما لو انفرد بدون النصاب وهذا القول رواية عن أحمد واختاره المصنف واليه ميل الزركشي لأن القطع هنا لانص فيه ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه فلا يجب ، والاحتياط باسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه لأنه مما يدرأ بالشبهات واحتج من أوجب بأن النصاب أحد شرطي القطع =

وحده^(١) اودخل احدهما فقدمه الى باب النقب وأدخل الآخر يده فأخرجه
قطعا^(٢) وان رماه الداخل الى خارج وأخذه الآخر فالتقط على الداخل
وحده^(٣) وان نقب أحدهما ودخل الآخر فأخرجه فلا قطع عليهما ويحتمل

= فإذا اشترك جماعة كانوا كالأول واحد قياسا على هتك الحرز وقال مالك ان انقرد
كل واحد منهم بجزء لم يقطع واحد منهم

[فائدتان] لو اشترك جماعة في سرقة نصاب لم يقطع بعضهم بشبهة أو غيرها
كما لو كان أحد الشريكين لا قطع عليه كأبي المسروق منه فهل يقطع . الثاني فيه قولان
أحدهما يقطع وهو المذهب ، والقول الثاني لا يقطع قال الشارح وهو أصح
واختاره المصنف والناظم

(الثانية) لو سرق جماعة نصابا قطع على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وان هتك اثنان حرزا الخ » أما اذا هتك أحدهما حرزا ودخله
فأخرج أحدهما نصابا وحده فقال أصحابنا القطع عليهما وبه قال أبو حنيفة وصاحبا
اذا أخرج نصابين وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يختص القطع بالخارج
لأنه هو السارق وان أخرج أحدهما دون النصاب والآخر أكثر من نصاب قنبا
نصابين، فعند أصحابنا وأبي حنيفة وصاحبيه يجب القطع عليهما ، وعند الشافعي
وموافقيه لا قطع على من لم يخرج نصابا وان أخرج أحدهما دون النصاب والآخر
نصابا فعند أصحابنا عليهما القطع ، وعند الشافعي القطع على مخرج النصاب وحده ،
وعند أبي حنيفة لا قطع على واحد منهما

(٢) قوله « وان نقبا حرزا الخ » هذا المذهب وقال الشافعي القطع على الخارج
لأنه مخرج المتاع وقال أبو حنيفة لا قطع على واحد منهما ولنا انهما اشتركا في هتك
الحرز واخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معا فأخرجه

[فائدة] قال أحمد في رجلين دخلا دارا أحدهما في سفلهما جمع المتاع وشده بحبل
والآخر في علوها مسد الحبل فرمى بها وراء الدار ، فالتقط عليهما لأنهما اشتركا
في اخراجه

(٣) قوله « وان رماه الداخل الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وان اشتركا
في النقب لأن الداخل أخرج المتاع وحده

ان يقطعا^(١) الا ان ينقب ويذهب فيأتى الآخر من غير علم فيسرق فلا قطع

فصل

(الرابع) ان يخرج منه من الحرز^(٢) فان سرق من غير حرز^(٣) أو دخل الحرز فأتلفه فيه فلا قطع عليه^(٤) وان ابتلع جوهرًا أو ذهبًا

(١) قوله « وان نقب أحدها الخ » إذا لم يتواطئا فلا قطع على واحد منهما وصرح به المصنف بعد ذلك بقوله الا أن ينقب أحدها الخ وان تواطئا على ذلك فقدم المصنف هنا أنه لا قطع عليهما وهو أحد الوجبين والمذهب منهما لأن الأول لم يسرق والثاني لم يهتك الحرز ويحتمل أن يقطعا وهو الوجه الثاني جزم به في الوجين والمنثور وقدمه في المحرر وصرحه الناظم قال في الانصاف وهو الصواب

(٢) قوله « الرابع أن يخرج منه من الحرز » هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والشعبي وأبو الأسود الدؤلى وعمر بن عبد العزيز والزهرى وعمر بن دينار والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ولانعلم أحدًا من أهل العلم خالفهم الاقولا حكى عن عائشة والحسن والنخعي فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز عليه القطع وعن الحسن مثل قول الجماعة وحكى عن داود انه لا يعتبر الحرز لأن الآية لا تفصيل فيها وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عن من نقلت عنه قال ابن المنذر ليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم الا ما ذكرناه فهو كالأجماع والاجماع حجة على من خالفه وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا من مزينة سأل رسول الله ﷺ عن الثمار فقال ما أخذ من غير أكمامه واحتمل ففيه قيمته ومثله معه وما كان في الجران ففيه القطع اذا بلغ ثمن المجن رواه ابن ماجه وبهذا تخص الآية كما خصت بالنصاب

(٣) قوله « وان سرق من غير حرز » أى فلا قطع فيه لفوات شرطه مثل أن يجد حرزا مهتوكا أو بابا مفتوحا فيأخذ منه فلا قطع

(٤) قوله « أو دخل الحرز الخ » أى لأنه لم يسرق ولكنه يلزمه ضمانه لأنه أتلفه ومتى أخرجه من الحرز فعليه القطع سواء حمله الى منزله أو تركه خارجا من الحرز

وخرج به^(١) أو نقب ودخل فترك المتاع على بهيمة فخرجت به أو في ماء جار فأخرجه^(٢) أو قال لصغير أو معتوه ادخل فأخرجه ففعل فعليه

(١) قوله «أو ابتلع جوهر الخ» هذا أحد الوجهين، والمذهب منهما لأنه أخرجهما في وعائها أشبه أخرجهما في كفه والوجه الثاني لا قطع عليه مطلقاً لأنه ضمنها بالبلع فكان اتلافاً لها وقيل يقطع أن خرجت والا فلا اختاره المصنف والشارح وابن عبدوس لأنه أتلفها في الحرز

(٢) قوله «أو نقب الخ» هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأن العادة مشي البهيمة بما وضع عليها وقيل لا قطع عليه إلا إذا ساقها

[تنبيه] ظاهر قوله أو تركه في ماء جار فأخرجه انه لو تركه في ماء راكد ثم انفتح بعد ذلك انه لا يقطع وهو صحيح وهو المذهب

[فائدة] لو علمم فرداً السرقة فسرق لم يقطع المعلم لكن يضمنه ذكره أبو الوفاء ابن عقيل وابن الزاغوني

[فوائد] الأولى إذا سرق الضيف من مال مضيفه نظرت فإن كان من الموضع الذي أنزل فيه أو موضع لم يحزره عنه لم يقطع لأنه لم يسرق من حرز وإن سرق من موضع محرز عنه فإن كان منعه قراه فسرق بقدره فلا قطع فإن لم يمنعه قراه فعليه القطع وقد روى عن أحمد لا قطع على الضيف وهو محمول على إحدى الحالتين الأولتين وقال أبو حنيفة لا قطع عليه بحال لأن المضيف بسطه في ماله وبيته فأشبه ابنته

(الثانية) إذا أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المال الذي وكل فيه فسرقه أجنبي فعليه القطع لا نعلم فيه خلافاً

(الثالثة) إذا غصب عيناً وأحرزها أو سرقها وأحرزها فسرقاً سارق فلا قطع عليه وقال مالك عليه القطع لأنه سرق نصاباً من حرز مثله لا شبهة له. وللشافعي قولان كالمذهبين وقال أبو حنيفة كقولنا في السارق وكقول مالك في الغاصب ولنا انه لم يسرق المال من مالكه ولا بمن يقوم مقامه فأشبهه ما لو وجده ضائعاً فأخذه

(الرابعة) أطلق الامام أحمد أنه لا قطع على سارق في عام مجاعة وروى الجوزجاني عن عمر انه قال لا قطع في عام سنة وقال سألت أحمد عنه فقلت تقول =

القطع^(١) . وحرز المال ما جرت العادة يحفظه فيه^(٢) ويختلف باختلاف

== به فقال أى لعمرى إذا حملته الحاجة والناس في شدة ومجاعة وعن الازواعى مثل ذلك وقال المصنف والشارح عن كلام احمد هذا محمول على من لا يجد ما يشتريه أو لا يجد ما يشتري به فان له شبهة في أخذ ما يأكله أو ما يشتري به ما يأكله وقد روى ان غلمان حاطب بن أبي بلتعة انتحروا ناقة للزنى فأمر عمر بقطعهم ثم قال لحاطب انى أراك تجيعهم فدرأ عنهم القطع لما ظنه يجيعهم فأما الواجد لما يأكله أو لما يشتري به فعليه القطع وان كان بالثمن الغالى وبه يقول الشافعى

(١) قوله « أو قال لصبي الخ ، أى لأنه آله له

[فوائد] الأولى : لا فرق بين ان يدخل الحرز فيخرجه أو ينقبه ثم يدخل اليه يده أو عصى لها حنية فاجتذبه وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لاحد عليه الا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله لأنه لم يترك الحرز أشبه المختلس . ولنا انه سرق نصاباً من حرز مثله لا شبهة له فيه فوجب عليه القطع

(الثانية) اذا أخرج المتاع من بيت في الدار أو الخان إلى الصحن فان كان باب البيت مغلقاً ففتحه فقد أخرج المتاع من الحرز وان لم يكن مغلقاً فما أخرجه من الحرز . وقد قال احمد اذا أخرج المتاع من البيت الى الدار يقطع وهو محمول على الصورة الأولى

(الثالثة) اذا دخل الحرز فاحتلب لبناً من ماشية فأخرجه فعليه القطع وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا يقطع عليه لأنه من الاشياء الرطبة فأما ان شربه في الحرز أو شرب منه فانتقص النصاب فلا يقطع

(الرابعة) اذا نقب الحرز ثم دخل فأخرج ما دون النصاب ثم دخل فأخرج ما بقى من النصاب وكان في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لأن كل واحدة منهما سرقة منفردة لا تبلغ نصاباً وكذلك ان كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة وان تقاربا وجب القطع لأنها سرقة واحدة

(٢) قوله « والحرز الخ ، هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه علم انه رد ذلك الى أهل العرف وقال أبو بكر ما كان حرزاً لمال فهو حرز لمال آخر

الاموال والبسلدان وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه ، فخرز الأثمان والجواهر والقماش في الدور والدكاكين في العمران وراء الابواب والاغلاق الوثيقة^(١) وحرز البقل والباقلاء ونحوه وقدوره وراء الشرائح اذا كان في السوق حارس^(٢) وحرز الحطب والخشب الحظائر^(٣) وحرز المواشي الصير وحرزها في المرعى بالرعى ونظره اليها^(٤) وحرز حمولة الابل بتقطيرها

(١) قوله « فخرز الأثمان - الى قوله - الوثيقة ، هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب وقال ابن الجوزي في تفسيره ما جعل للسكنى وحفظ المتاع كالدور والخيام حرز سواء سرق من ذلك وهو مفتوح الباب أو لا باب له الا أنه محجور للبناء

[فائدة] الصندوق في السوق حرز إذا كان له من يحفظه على الصحيح من المذهب وقيل أو لم يكن له حارس

[فائدة] الخيمة والحركاه ان نصبت وكان فيها أحد نائماً أو منتبها فهي محرزة وما فيها لأنها هكذا تحرز في العادة وان لم يكن فيها أحد ولا عندها حافظ فلا قطع على سارقها . ومن أوجب القطع في السرقة من الفسطاط الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي الا أن أصحاب الرأي قالوا يقطع السارق من الفسطاط دون سارق الفسطاط ولنا انه محرز بما جرت به العادة أشبه ما فيه

(٢) قوله « وحرز البقل الخ ، واحدها شريحة وهي شيء يعمل من قصب أو نحوه يضم بعضه الى بعض بجبل أو غيره لأن العادة جرت باحرازها به

(٣) قوله « وحرز الخشب الخ ، هذا المذهب والحظائر واحدها حظيرة وهي ما تعمل للابل والغنم من الشجر تأوى اليه . وأصل الحظر المنع فيعني بعضه على بعض ويقيد بقيد بحيث يعسر أخذ شيء منه على ما جرت به العادة

[فائدة] حرز السفن في الشط بربطها

(٤) قوله « وحرزها في المرعى الخ ، لأن العادة حرزها بذلك فما غاب عن مشاهدته فقد خرج من الحرز لأن الراعية هكذا تحرز

[تنبيه] مراده اذا كان يراها في الغالب

موقائدها وسائقها اذا كان يراها^(١) وحرز الثياب في الحمام بالحافظ^(٢) وحرز الكفن في القبر على الميت فلو نبش قبراً وأخذ الكفن قطع^(٣) وحرز

(١) قوله « وحرز حمولة الابل الخ ، وهذا المذهب في ذلك . اذا ثبت ذلك فالابل على ثلاثة أضرب بركة وراعية وسائرة فاما البركة فان كان معها حافظ لها وهي معقولة فهي محرزة وان لم تكن معقولة فهي محرزة إذا كان الحافظ ناظراً اليها أو مستيقظاً بحيث يراها وان كان نائماً او مشغولاً عنها فليست محرزة لان العادة اذا أرادوا النوم عقلوا ابلهم . وأما الراحية فتقدم الكلام عليها . وأما السائرة فان كان معها من يسوقها فخرزها بنظره اليها سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة فما كان منها بحيث لا يراها فليس بمحرز وان كان معها قائد فخرزها أن يكثُر الالتفات اليها والمراعاة لها وتكون بحيث يراها اذا التفت وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يحرز القائد إلا التي زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها

(٢) قوله « وحرز الثياب الخ ، أى فيقطع من سرق منه مع وجود الحافظ . وهذا المذهب وعنه ليس على سارق الحمام قطع اختاره المصنف والناظم واليه ميل الشارح وهو قول أبي حنيفة لانه مأذون للناس في دخوله فجري مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له في دخوله والمذهب الاول وبه قال مالك والشافعي واسحاق . وأبو ثور وابن المنذر لانه متاع له حافظ يجب قطع سارقه فان لم يكن في الحمام حافظ فلا قطع عليه في قول عامتهم

(٣) قوله « وحرز الكفن الخ ، يعنى اذا كان كفننا مشروعاً وهذا المذهب وعليه الاصحاب وروى عن ابن الزبير انه قطع نباشاً وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وقال أبو حنيفة لاقطع عليه لان القبر ليس بمحرز فأما ان كان الكفن غير مشروع كأن يكفن الرجل في أكثر من ثلاثة أثواب والمرأة في أكثر من خمس لفائف فسرق الزائد عن ذلك أو ترك في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيب مجموع أو ذهب او فضة أو جوهر لم يقطع لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً

[فائدة] هل يفتقر في قطع النباش الى المطالبة؟ يحتمل وجهين أحدهما يفتقر فعلى هذا المطالب الوارث على الصحيح من المذهب لأنه يقوم مقام الميت في حقوقه

الباب تركيبه في موضعه فلو سرق رتاج الكعبة أو باب مسجد أو تأزيه
قطع^(١) ولا يقطع بسرقة ستائرهما وقال القاضي يقطع بسرقة الخيطة عليها .
وان سرق قناديل المسجد او حصره فعلى وجهين^(٢) . وان نام انسان على
ردائه في المسجد فسرقه سارق قطع وان مال رأسه عنه لم يقطع بسرقة^(٣)
وان سرق من السوق غزلا وثم حافظ قطع والا فلا^(٤) ومن سرق من النخل
والشجر من غير حرز فلا قطع عليه ويضمن عوضهما مرتين وقال ابو
بكر ما كان حرزا لمال فهو حرز لمال آخر^(٥)

(١) قوله « وحرز الباب تركيبه الخ » وهذا المذهب وسواء كان مغلقا أو
مفتوحا لأنه هكذا يحفظ . ورتاج الكعبة هو الباب الكبير . وحلقة الباب ان كانت
مسمورة فهي محرزة والا فلا

(٢) قوله « وان سرق قناديل الخ » أحدهما لا يقطع وهو المذهب وهو قول
أبي حنيفة لان له فيه حقا وشبهة فأشبهه السرقة من بيت المال ولانه لا مالك له من
المخلوقين وقد ذكر المصنف في المعنى انه لا يقطع بسرقة ذلك وجها واحداً والثاني
يقطع لان المسجد حرز لها

(٣) قوله « وان نام انسان الخ » لما روى صفوان بن أمية أنه نام في المسجد
على ردائه فأخذه من تحت رأسه سارق فأمر النبي ﷺ بقطعه رواه أبو داود وكذا
الحكم ان نام على بحر فرسه ولم يزل عنه أو نعله في رجله وهذا المذهب

(٤) قوله « وان سرق من السوق الخ » هذا المذهب لان حرزه يحافظه

(٥) قوله « ومن سرق من النخل الخ » يعني بذلك الثمر في البستان قبل ادخاله
الحرز وهذا بلا نزاع * وهو قول أكثر الفقهاء روى معنى هذا القول عن ابن عمر
وبه قال عطاء ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور ان كان
من بستان محرز ففيه القطع وبه قال ابن المنذر اذا لم يصح خبر رافع قال ولا
أحسبه ثابتا ولنا ما روى رافع بن خديج عن النبي ﷺ انه قال لا قطع في ثمر ولا
كثر أخرجه أبو داود وابن ماجه وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن =

(* قوله بلا نزاع أى بين أصحابنا لأنه قد نازع فيه أبو ثور وابن المنذر كما هنا

فصل

(الخامس) انتفاء الشبهة فلا يقطع بالسرقة من مال ابنه وان سفل ولا الولد من مال أبيه وان علا والاب والام في هذا سواء ولا العبد بالسرقة من مال سيده ولا مسلم بالسرقة من بيت المال ولا من مال له فيه شركة أو لأحد ممن لا يقطع بالسرقة منه . ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لوالده أو لسيده لم يقطع . وهل يقطع أحد الزوجين بالسرقة من مال الآخر المحرز عنه ؟ على روايتين . ويقطع سائر الاقارب بالسرقة من مال اقاربهم ويقطع المسلم بالسرقة من مال الذمي والمستامن ويقطعان بسرقة ماله . ومن سرق عينا وادعى أنها ملكه لم يقصع وعنه يقطع وعنه لا يقطع الا ان يكون معروفا بالسرقة . واذا سرق المسروق منه مال السارق أو المغصوب منه مال الغاصب من الحرز الذي فيه العين المسروقة أو المغصوبة لم يقطع وان سرق من غير ذلك الحرز أو سرق من مال من له عليه دين قطع الا ان يعجز عن أخذه فيسرق قدر حقه فلا يقطع وقال القاضي يقطع . ومن قطع بسرقة عين ثم عاد فسرقها قطع . ومن اجر داره أو أعارها ثم سرق منها مال المستعير أو المستأجر قطع

== رسول الله ﷺ انه سئل عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبئة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع رواه ابو داود وابن ماجه وعليه غرامة مثليه بلا نزاع وبه قال اسحق للخبز وقال أكثر الفقهاء لا يجب أكثر من مثله قال ابن عبد البر لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بوجود غرامة مثليه ولنا قوله ﷺ وهو حجة لا يجوز خلافه

[فائدة] واذا سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه وكذا على الصحيح من المذهب لو سرق ماشية من غير حرز قال المصنف والشارح قاله أصحابنا لان في سياق حديث عمرو بن شعيب ان السائل قال الشاة الحريسة منهن يانبي الله قال ثمنها ومثله معه والفكاك وما كان من المراح ففيه القطع اذا كان ما يأخذه من ذلك ثمن المجن هذا لفظ رواية ابن ماجه

فصل

(السادس) ثبوت السرقة بشهادة عدلين^(١) أو إقرار مرتين^(٢) ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع^(٣) (السابع) مطالبة المسروق منه بماله^(٤) وقال أبو بكر ليس ذلك بشرط

(١) قوله « السادس الخ » يشترط في البينة أن يكونا رجلين مسلمين حرين عدلين سواء كان السارق مسلما أو ذميا وهذا بلا نزاع لكن من شرط قبول شهادتهما أن يوصفا السرقة والحرز وجنس النصاب وقدره ايزول الاختلاف ، فإذا اجتمعت هذه الشروط وجب القطع في قول عامتهم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن قطع السارق يجب إذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلان وصفا ما يوجب القطع ، وإذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيتهما ولا بموتهما على ما مضى في الزنا وإذا اختلف الشاهدان في الوقت أو الزمان أو المسروق لم يقطع في قولهم جميعا والصحيح من المذهب أنه لا تسمع البينة قبل الدعوى

[تنبيه] اشتراط شهادة العدلين لأجل القطع أما ثبوت المال فإنه يثبت بشاهد ويمين وباقراره مرة على ما يأتي إن شاء الله

(٢) قوله « أو إقرار مرتين » وهذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب وروى ذلك عن علي رواه الجوزجاني وبه قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة وقال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن يقطع باعتراف مرة لأنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه التكرار . ولنا ما روى أبو داود عن أبي أمية الخزومي أن النبي ﷺ أتى بلص قد اعترف فقال له ما إخالك سرقت قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره وروى سعيد بإسناده عن علي أنه أتاه رجل فأقر بالسرقة فرده وفي لفظ فأنهره وفي لفظ فسكت عنه ثم عاد بعد ذلك فأقر فقال له علي شهدت علي فسك مرتين فأمر به فقطع ويعتبر أن يذكر في إقراره شروط السرقة من النصاب والحرز وإخراجه منه والحر والعبد في هذا سواء نص عليه

(٣) قوله « ولا ينزع عن إقراره الخ » هذا قول أكثر الفقهاء وقال ابن أبي ليلى وداود لا يقبل رجوعه لأنه لو أقر لآدمى بقصاص لم يقبل رجوعه ولنا قوله ﷺ « ما إخالك سرقت ، يعرض له ليرجع

(٤) قوله « السابع الخ » أي لا يقطع السارق وإن اعترف أو قامت بيته =

فصل

وإذا وجب القطع قطعت يده اليمنى من مفصل الكف^(١) وحسنت^(٢) وهو ان تغمس في زيت مغلي فان عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب^(٣)

== حتى يأتي مالك المسروق يدعيه وهذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو بكر لا يقتصر إلى دعوى وهو اختيار الشيخ تقي الدين ولا مطالبة وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لعموم الآية. ولنا ان المال يباح بالبذل والاباحة فيحتمل ان مالكة أباحه إياه أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم فاعتبرت المطالبة لتزول الشبهة

[فائدة] لو أقر بسرقة لرجل فقال المالك لم يسرق مني ولكن غضبني أو قال السارق كان لي قبلك ودبعت فجدتني لم يقطع لأن إقراره لم يوافق دعوى المدعى وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي . وان أقر أنه سرق نصابا من رجلين فصدقه أحدهما دون الآخر أو قال الآخر بل غضبته أو جدتني لم يقطع وبه قال أصحاب الرأي وقال أبو ثور يقطع

(١) قوله « وإذا وجب القطع الخ » لا خلاف بين أهل العلم في أن أول ما يقطع من السارق يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع وفي قراءة عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا أيماهما وهذا ان كان قراءة وإلا فهو تفسير وقد روى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قالا إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولا مخالف لهما في الصحابة

(٢) قوله « وحسنت » الصحيح من المذهب ان الحسم واجب ، واختار المصنف والشارح ان الحسم مستحب

(٣) قوله « فان عاد الخ » هذا قول الجماعة الاعطاء حتى عنه أنه تقطع يده اليسرى لقوله فاقطعوا أيديهما وروى ذلك عن ربيعة وداود وهذا شديد مخالف قول أبي بكر وعمر وفقهاء الامصار وقد روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال في السارق إن سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله وانما قطعت اليسرى لقوله تعالى « أو تقطع أيديهم وأرجلهم »، وإذا ثبت ذلك في المحاربة ثبت في هذا قياسا عليه والآية المراد بها قطع يد كل واحد منهما وتقطع الرجل من مفصل الكعب في قول أكثر أهل العلم فعل ذلك عمر وكان على يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ويدع له عقبا يمشى عليه وهو قول أبي ثور

وحسنت فإن عاد حبس ولم يقطع^(١) وعنه انه تقطع يده اليسرى في الثالثة

[فائدة] لا يقطع في شدة حر ولا برد لأن الزمان ربما أمان على قتله ولا يقطع مريض في مرضه

(١) قوله « فإن عاد حبس الخ »، يعني بعد قطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهذا المذهب بلا ريب وبه قال على رضى الله عنه والحسن والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري وأصحاب الرأى وعنه تقطع يده اليسرى في الثالثة وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر وهذا قول قتادة ومالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال في السارق « ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » رواه الدارقطني ورواه سعيد عن أبي بكر وعمر بإسناد جيد ووجه الأول ان قطع السكك يفوت منفعة الحس فلم يشرع كالقتل وقول أبي بكر وعمر معارض بقول على وروى ان عمر رجع الى قول على رواه سعيد وروى عن عثمان وعمر و ابن العاص وعمر بن عبد العزيز أنه يفعل به كذلك ثم يقتل في الخامسة لأن جابراً رضى الله عنه قال جرى الى النبي ﷺ بسارق فقال اقطعه قال فقطع ثم جرى به الثالثة قال اقطعه قال ثم أتى به الرابعة قال اقطعه ثم أتى به في الخامسة قال اقلوه قال فانطلقنا به فقتلناه ثم اجترناه فألقيناه في بئر رواه أبو داود والنسائي (*) وفي اسناده مصعب بن ثابت قال أحمد وابن معين هو ضعيف وقال أبو حاتم لا يحتج به وقال أبو مصعب المالكي يقتل في الخامسة . وقياس قول الشيخ تقي الدين انه كالشارب يقتل عنده في الرابعة فعلى المذهب يحبس في الثالثة حتى يتوب وأطلق المصنف وجماعة الحبس ومرادهم الأول

(*) كذا بالأصل وفيه اختصار ولفظه عن جابر رضى الله عنه قال جرى بسارق إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق فقال اقطعه قال فقطع ثم جرى به الثانية فقال اقلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق فقال اقطعه قال فقطع ثم جرى به الثالثة فقال اقلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق فقال اقطعه ثم أتى به الرابعة فقال اقلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق فقال اقطعه فأتى به الخامسة فقال اقلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجترناه فألقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة . ١٥٠ من سنن أبي داود

والرجل اليمنى فى الرابعة ومن سرق وليس له يد يمنى قطعت رجله اليسرى (١) وان سرق وله يمنى فذهبت سقط القطع وان ذهبت يده اليسرى لم تقطع اليمنى على الرواية الاولى وتقطع على الاخرى وان وجب قطع يمناه فقطع القاطع يسراه عمدا فعليه القود وان قطعها خطأ فعليه ديتها وفى قطع يمنى السارق وجهان . ويجتمع القطع والضمان فيرد العين المسروقة الى مالكها وان كانت تالفة غرم قيمتها وقطع وهل يجب الزيت الذى يحسم به من بيت المال أو من مال السارق؟ على وجهين

باب حد المحاربين (٢)

وهم قطاع الطريق (٣) وهم الذين يعرضون للناس بالسلاح فى الصحراء

(١) قوله « ومن سرق وليس له يمنى الخ » هذا بلا نزاع وكذا لو سرق وله يمنى لكن لا رجل له يسرى فان يده اليمنى تقطع بلا نزاع بخلاف ما لو كان الذاهب يده اليسرى ورجله اليمنى فانه لا يقطع لتعطيل منفعة الجنس وذهاب عضوين من شق ولو كان الذاهب يده اليسرى فقط أو يديه فى قطع رجله اليسرى وجهان قال فى المغنى أحقهما لا يجب القطع ولو كان الذاهب رجله أو يمناه قطعت يمنى يديه على الصحيح من المذهب

على قوله « وهل يجب الزيت الذى يحسم به من بيت المال أو من مال السارق على وجهين » المذهب يجب من مال السارق

(٢) الأصل فى حد المحاربين قوله تعالى ﴿ انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ الآية قال ابن عباس وأكثر العلماء نزلت فى قطاع الطريق من المسلمين لقوله تعالى ﴿ الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ﴾ ولأن الكفار تقبل توبتهم قبل القدرة وبعدها فلما خصه بما قبل القدرة علم أنه أراد المحاربين لأن ذلك الحكم يجب عليهم حداً لا كفراً والحد لا يسقط بالتوبة وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وعن ابن عمر أنها نزلت فى المرتدين وقاله الحسن وعطاء لأن سبب نزولها قضية العربيين

(٣) قوله « وهم قطاع الطريق » أى هم كل مكلف ملتزم ليخرج الحربى ولو أنثى والعبد والذى كضدهما وعنه ينتقض عهده فيحل دمه وماله بكل حال

فيغضبونهم المال مجاهرة^(١) فاما من يأخذه سرقة فليس بمحارب وان فعلوا ذلك في البنيان لم يكونوا محاربين في قول الخرقى^(٢) وقال أبو بكر حكمهم في المصر والصحراء واحد. واذا قدر عليهم فمن كان منهم قد قتل من يكافئه وأخذ المال قتل حتا وصلب حتى يشتهر^(٣) وقال أبو بكر يصلب قدر ما يقع عليه اسم

(١) قوله « وهم الذين يعرضون للناس الخ ، هذا أحد الشروط فيهم ولو كان سلاحهم العصي والحجر على المذهب قال في الفروع والأصح وعصى وحجر وقطع به المصنف والشارح والزركشي وقيل لا يعطون حكم قطاع الطريق وهو قول أبي حنيفة والأول قول الشافعي وهو ظاهر كلام المصنف هنا وقال في البلغة وغيرها لو غضبوهم بأيديهم من غير سلاح كانوا من قطاع الطريق

(٢) قوله « وان فعلوا ذلك في البنيان الخ ، قد توقف أحمد فيهم وظاهر كلامه أنهم غير محاربين وبه قال أبو حنيفة والثوري واسحاق ، قال في تجريد العناية هو الأشهر وجزم به في الوجيز والمنور ومنتخب الأدمي وغيرهم وما قاله أبو بكر هو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الأوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وقال الشيخ تقي الدين هو قول الأكثرين لتناول الآية بعمومها كل محارب ولأن ذلك اذا وجد في المصر كان أعظم ضررا

(٣) قوله « واذا قدر عليهم الخ ، هذا بلا نزاع ولا يزداد على القتل على الصحيح من المذهب روى نحو هذا عن ابن عباس وبه قال قتادة وأبو مجلز وحماد والليث وعن أحمد أنه يقطع مع القتل والصلب أو لا اختارها أبو محمد الجوزي لأن كل واحدة من الجنائيتين يوجب حدا منفردا فاذا اجتمعا وجب حدهما معا كما لو زنا وسرق وذهبت طائفة الى أن الامام مخير فيهم بين القتل والصلب والقطع والنفي لأن أو تقتضى التخيير لقوله ﴿ فكفارة إطعام عشرة مساكين ﴾ الآية وهذا قول سعيد بن المسيب ومجاهد وعطاء والحسن والضحاك والنخعي وأبي الزناد وأبي ثور وداود وروى عن ابن عباس ما كان في القرآن أو فصاحبه بالخيار

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف ان الصلب بعد قتله وهو صحيح وهو المذهب

[فائدة] لو مات أو قتل قبل قتله للمحاربة لم يصلب على الصحيح من المذهب

وقيل يصلب

الصلب وعن احمد أنه يقطع مع ذلك . وان قتل من لا يكافئه فهل يقتل ؟
على روايتين^(١) . وان جنى جنابة توجب القصاص فيما دون النفس فهل يتحتم
استيفاؤه ؟ على وجهين^(٢) . وحكم الردء حكم المباشر^(٣) . ومن قتل ولم يأخذ

(١) قوله « وان قتل من لا يكافئه الخ » ، يعنى كولدء والذمى والعبد . إحداهما
يقتل وهو المذهب لأن هذا القتل حد لله تعالى فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنا والسرقه
والثانية لا يقتل قال الزركشى هذا مبنى على قاعدة المذهب واختاره الشريف وابو
الخطاب والشيرازى وهو ظاهر ما جزم به فى المنور وممتخب الأدمى لقوله ﷺ
« لا يقتل مسلم بكافر » ، فعلى هذه الرواية إذا قتل المسلم ذميا والحر عبدا وأخذ ماله
قطعت يده ورجله لأخذه المالم وغرم دية الذمى وقيمة العبد وان قتله ولم يأخذ
ماله غرم ديته ونفى

(٢) قوله « وان جنى جنابة الخ » ، يعنى اذا جرح المحارب جرحا فى مثله
القصاص احداهما لا يتحتم وهو المذهب لأن الشرع لم يرد بشرع الحد فى حقه
بالجراح فلا يتحتم

[فائدة] لا يسقط تحتم القتل على كلا الروايتين . وان جرح انسانا وقتل آخر
لم يسقط تحتم القود فى الطرف على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب . وقال فى
المحرر ويحتمل عندى أن يسقط قود طرف بتحتم قتله وبه قال أبو حنيفة
لأن الحدود اذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سوى القتل . ولنا انها جنابة يجب فيها
القصاص فى غير المحاربة فيجب فيها القصاص فى المحاربة كالقتل ولا نسلم ان القصاص
فى الجراح حد انما هو قصاص متمحض

(٣) قوله « وحكم الردء الخ » ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال مالك
وأبو حنيفة . وقال الشافعى ليس على الردء إلا التعزير لأن الحد يجب بارتكاب
المعصية فلا يتعلق بالمعين كسائر الحدود . ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه
الردء والمباشر كاستحقاق الغنيمه وذلك لأن المحاربة مبنية على حصول المنفعة
والمعاوضة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء فعلى هذا اذا قتل
واحد منهم ثبت حكم القتل فى حق جميعهم فيجب قتل الكل وان قتل بعضهم وأخذ
بعضهم المالم جاز قتلهم وصلبهم

المال قتل (١) وهل يصلب؟ على روايتين (٢). ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى في مقام واحد وحسمتا وخلي (٣) ولا يقطع منهم الا من أخذ ما يقطع السارق في مثله (٤) وان كانت يمينه مقطوعة او مستحقة في

[فائدة] وكذا الطليع وهو الذى يكشف للحارب حال القسافة حكمة حكم المباشر وذكر أبو الفرج السرقة كذلك فرده غير مكلف كهو فيلزم الردء المكلف ما باشر أخذه غير المكلف ولا حد لأن الردء تبع للبإشر ودية قتيل مكلف على عاقلته وقيل يضمن المال أخذه وقيل قراره عليه وقال في الارشاد من قاتل اللصوص وقتل قتل القاتل فقط . واختار الشيخ تقي الدين يقتل الآخر كردء وانه في السرقة كذلك وفي السرقة في الانتصار الشركة تلحق غير الفاعل به كردء مع مباشر

[فائدة] اذا كان فهم صبي أو مجنون أو ذو رحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره في قول أكثر أهل العلم

[فائدة] لو كانت فهم امرأة ثبت لها حكم المحاربة فتى قتلت أو أخذت فحكمها حكم قطاع الطريق وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجب عليها الحد ولا على من معها لأنها ليست من أهل المحاربة فأشبهت الصبي والمجنون . ولنا انها تحد في السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل

(١) قوله « ومن قتل ولم يأخذ المال الخ ، يعنى قتل حتما وهذا المذهب بلا ريب فعلى المذهب لا أثر لعفو ولى فيعابا بها

(٢) قوله « وهل يصلب الخ ، احدهما لا يصلب وهو المذهب صححه المصنف والشارح وغيرهما لأن الخبر المروى فيهم قال فيه ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ولم يذكر صلبا

(٣) قوله « ومن أخذ المال ولم يقتل الخ ، يعنى يكون ذلك حتما وحكى ان هذا معنى قوله سبحانه (من خلاف) وانما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذى قطعنا به يمين السارق ثم قطعنا رجله اليسرى لتتحقق المخالفة ويكون أرفق به في امكان مشيه ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معا

(٤) قوله « ولا يقطع منهم الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر للامام أن يحكم عليه =

قصاص أو شلاء قطعت رجله اليسرى وهل تقطع يسرى يديه؟ ينبني على الروايتين في قطع يسرى السارق في المرة الثالثة^(١) ومن لم يقتل ولا أخذ المال نفي وشرذ ولا يترك يأوى الى بلد^(٢) وعنه ان نفيه تعزيره بما يردعه . ومن تاب منهم قبل القدرة عليه سقطت عنه حدود الله من الصلب والقطع والنفي وانحتمام القتل وأخذ بحقوق الأدميين من الأنفس والجراح والاموال الا ان يعنى له عنها^(٣)

== حكم المحارب لأنه محارب لله ورسوله ساع في الارض فسادا فيدخل في عموم الآية ولأنه لا يعتبر الحرز فكذلك النصاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع الا في ربيع دينار ، ولم يفصل . والحرز معتبر فانهم لو أخذوا مالا ضائعا لا حافظ له لم يجب القطع فان أخذوا مالا يبلغ نصابا ولا يبلغ حصة كل واحد منهم نصابا قطعوا على قياس قولنا في السرقة وقياس قول الشافعي وأصحاب الرأي أنه لا يجب القطع حتى يبلغ حصة كل واحد منهم نصابا

[فائدة] من شرط القطع أن يأخذ من حرز فان أخذ من منفرد عن القافلة ونحوه لم يقطع . ومن شرطه أيضا انتفاء الشبهة في المال المأخوذ على ما تقدم في المسروق

(١) قوله « وهل تقطع يسرى يديه الخ » المذهب هناك عدم القطع فكذا هنا هذا هو الصحيح

[فائدة] لو حارب مرة ثانية لم تقطع أربعته على الصحيح من المذهب وقيل بلى (٢) قوله « ومن لم يقتل الخ » يعني اذا أحافوا السبيل لقوله تعالى ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ يروى عن ابن عباس ان النفي يكون في هذه الحالة وهو قول النخعي وقتادة وعطاء الخراساني . والنفي هو تشريدهم عن الامصار والبلدان فلا يتركون يأوون بلدا وهذا المذهب ويروى نحوه عن الحسن والزهرى وعن ابن عباس انه ينبني من بلده الى غيره كمنفى الزاني وبه قال طائفة من أهل العلم قال أبو الزناد كل منفي الناس الى باضع من أرض الحبشة ودهلك أقصى تهامة اليمن وقال مالك يحبس في البلد الذى نفي اليه وقال أبو حنيفة نفيه حبسه حتى يحدث توبة ونحو هذا قال الشافعي فانه قال في هذه الحالة يعزروهم الامام وان رأى أن يحبسهم حبسهم

(٣) قوله « ومن تاب منهم - إلى قوله - إلا أن يعنى له عنها ، صحيح لانعلم ==

ومن وجب عليه حد الله سوى ذلك فتاب قبل اقامته لم يسقط ^(١) وعنه انه يسقط بمجرد التوبة قبل اصلاح العمل ومن مات وعليه حد سقط عنه

فصل

ومن اريدت نفسه أو حرمة او ماله فله الدفع عن ذلك بأسهل ما يعلم دفعه به ^(٢) فان لم يحصل الا بالقتل فله ذلك ولا شيء عليه وان قتل كان

= فيه خلافا وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور لقوله تعالى ﴿الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾

(١) قوله « ومن وجب عليه حد الله الخ » يعنى من تاب وعليه حد من المحاربين ففيه روايتان إحداهما لا يسقط فاذا زنا أو شرب أو سرق أخذ به بعد التوبة وذكرها أبو بكر المذهب قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب وجزم به الأدمى فى منتخبه وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى لقوله تعالى ﴿الزانية والزانى﴾ الآية وهو عام فى التائب وغيره وقال تعالى ﴿والسارق والسارقة﴾ الآية ولأنه صلى الله عليه وسلم رحم ماعزا والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة وقد جاءوا تائبين يطلبون التطهير باقامة الحد وسمى فعلهم توبة

على قوله « وعنه انه يسقط بمجرد التوبة قبل إصلاح العمل » وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهو من مفردات المذهب لقوله تعالى ﴿فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ وذكر حد السارق ثم قال ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه﴾ وقال صلى الله عليه وسلم « التائب من الذنب كمن لا ذنب له »

(٢) قوله « ومن أرادت نفسه الخ » هذا أحد الوجهين اختاره صاحب المستوعب والمصنف والشارح وجزم به الزركشى وقيل له الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه أنه يندفع به وهذا المذهب وقيل ليس له ذلك اذا أمكنه هرب أو احتماء ونحوه جزم به فى الوجيز وذكر جماعة منهم المصنف له دفعه بغير الأسهل ابتداء ان خاف أن يبدره قال فى الانصاف وهو الصواب وقد روى عن عمر أنه رأى لصا فأصلت عليه السيف قال الراوى فلو تركناه لقتله وجاء رجل الى الحسن فقال لص دخل بيتى ومعه حديدة أقتله ؟ قال نعم بأى قتلة قدرت أن تقتله . ووجه الأولى انه أمكنه ازالة العدوان بغير القتل فلم يجوز القتل كما لو غصب منه شيئا فأمكن =

الذى مر فى المتن
والصواب
والله اعلم
بشأنه

شهيذا^(١) وهل يجب عليه الدفع عن نفسه؟ على روايتين^(٢). وسواء كان

أخذه بغير القتل وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب لا على قصد إيقاع الفعل. فان علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا وان ذهب هاربا لم يكن له قتله ولا اتباعه كالبغاة وان ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه لأنه كفى شره وان ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونة بالقصاص أو الدية لأنه في حال لا يحل ضربه ولا قطعه وقطع اليد غير مضمون فان مات من سراية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين

(١) قوله « فان لم يمكنه دفعه الا بالقتل الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن ضرره اذا لم يندفع إلا به تعين وروى عن عبيد بن عمير أن رجلا ضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقال عمر والله لا يودى أبداً فان قتل كان شهيداً لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » رواه أبو داود والترمذي وصححه وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد » رواه أبو داود والترمذي وصححه

[فوائد] يلزمه الدفع عن حرمة على الصحيح من المذهب نص عليه

(الثانية) لا يلزمه الدفع على ماله على الصحيح من المذهب وعنه يلزمه قال في التبصرة يلزمه في الأصح

(الثالثة) لا يلزمه حفظ ماله عن الضياع والهلاك على الصحيح من المذهب

(الرابعة) له بذل المال وذكر القاضى أنه أفضل وان حنبلا نقله

(الخامسة) يلزمه الدفع عن نفس غيره على الصحيح من المذهب واختار صاحب الرعاية يلزمه مع ظن سلامة الدافع وكذا ماله مع ظن سلامتهما وذكر جماعة يجوز مع ظن سلامتهما والا حرم ونقل أحمد والترمذي وغيره لا يقايله لأنه لم يبيح له قتله لمال غيره وأطلق صاحب التبصرة والشيوخ تقي الدين لزومه عن مال غيره.

(٢) قوله « وهل يجب عليه الدفع عن نفسه الخ » الأصح أن يلزمه الدفع عن

الصائل آدمياً أو بهيمة . وإذا دخل رجل منزله متلصصاً أو صائلاً فحكه حكم ما ذكرنا . وإن عض إنسان إنساناً فانتزع يده من فيه فسقطت ثناياه ذهبت هدرًا^(١) وإن نظر في بيته من خصاص الباب أو نحوه فحذف عينه ففقأها فلا شيء عليه^(٢)

== نفسه لقوله تعالى ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ وكما يحرم عليه قتل نفسه يحرم عليه إباحة قتل نفسه . والثانية لا يلزمه وصحها ابن المنجاء لما روى عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال «ما يمنع أحدكم إذا جاء من يريد قتله أن يكون مثل ابني آدم القاتل في النار والمقتول في الجنة» رواه أحمد وعن أبي موسى رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال «إذا دخل أحدكم فتنة فليكن كخير ابني آدم» رواه أحمد وأبو داود والترمذي ولأن عثمان رضى الله عنه ترك القتال على من بغى عليه مع القدرة عليه ومنع غيره من قتاله وصبر على ذلك ولو لم تجز لأنكر الصحابة عليه ذلك

(١) قوله « وإن عض إنسان يده الخ » هذا المذهب مطلقاً وبه قال الشافعي وأبو حنيفة لما روى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله أن رجلاً عض رجلاً فانتزع يده من فيه فسقطت بعض أسنان العاض فاختمها إلى شريح فقال شريح انزع يدك من في السبع وابطل أسنانه وحكى عن مالك وابن أبي ليلى عليه الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام «في السن خمس من الأبل» ولنا ما روى يعلى بن أمية قال كان لي أجير فقاتل رجلاً فعض أحدهما يد الآخر قال فانتزع المعضوض يده من في العاض فانتزع إحدى ثنيتيه فأتى النبي ﷺ فأهدر ثنيتيه فحسبت أنه قال قال النبي ﷺ «أفيدع يده في فك تقضمها قضم الفحل» متفق عليه

[تنبيه] محل هذا إذا كان العض محرماً

(٣) قوله « وإن نظر في بيته الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمنها ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «لو امرأطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح» وعن سهل بن سعد رضى الله عنه أن رجلاً اطلع في حجر من باب النبي ﷺ ورسول الله ﷺ يحك رأسه بمدري في يده فقال رسول الله ﷺ «لو علمت أنك تنظرني لطمست أو لطعت بها في عينك» متفق عليهما

باب قتال أهل البغي^(١)

وهم القوم الذين يخرجون على الإمام بتأويل سائغ ولهم منعة

[تنبيهان] (الأول) ظاهر كلامه انه سواء تعمد الناظر أو لا وهو صحيح إذا ظنه صاحب البيت متممداً قال في المغنى في هذه الصورة ولو خلت من نساء

(الثاني) مفهوم كلامه انه لو كان الباب مفتوحاً ونظر الى من فيه ليس له رميه وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب ، وقيل هو كالنظر من خصاص الباب جزم به بعضهم

[فائدة] لو تسمع الأعمى على من في البيت لم يجز طعن اذنه على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الاصحاب واختار ابن عقيل طعن اذنه وقال لا ضمان عليه

[تنبيه] قال في القواعد الأصولية هكذا ذكره الاصحاب الاعمى اذا تسمع وحكوا فيه القولين قال والذي يظهر ان البصير يلحق بالاعمى على قول ابن عقيل سواء كان أعمى أو بصيراً انتهى قال في الانصاف وهو الصواب

(١) الاصل في قتال أهل البغي قوله تعالى ﴿ وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ﴾ الآية ، ففيها [خمس فوائد] : (الاولى) انهم لم يخرجوا بالبغى عن الايمان فانه سماهم مؤمنين (الثانية) انه أوجب قتالهم (الثالثة) انه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله (الرابعة) انه أسقط عنهم التبعة فيما ألتفوه في قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله (الخامسة) ان الآية أفادت جواز قتال من منع حقاً واجبا عليه وعن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أعطى اماماً صفقة يده وثمره قلبه فليطعمه ما استطاع فان جاء أحد ينازعه فاضربوا عنق الآخر » رواه مسلم وروى عرجة رأيت رسول الله ﷺ على المنبر يخطب الناس فقال « انها هنات وهنات فمن رأيتموه فارق الجماعة أو يريد أن يفرق أمة محمد كائناً من كان فاقتلوه فان يد الله على الجماعة وان الشيطان مع من فارق الجماعة يركض ، أخرجه النسائي بهذا اللفظ ومسلم بلفظ آخر وعن أبي أسامة بن شريك قال قال رسول الله ﷺ « أيما رجل خرج يفرق بين أمتي فاضربوا عنقه ، أخرجه النسائي وروى عبادة ابن الصامت رضى الله عنه قال بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في المنشط والمكروه وان لا تنازع الأمر أهله متفق عليه فكل من ثبتت امامته وجبت طاعته =

وشوكة^(١) وعلى الامام ان يرأسهم ويسألهم ما ينقمون منه ويزيل ما يذكرونه

== وحرّم الخروج عليه لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا
الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ ولما تقدم والاحاديث في هذا كثيرة وأجمعت الصحابة
رضى الله عنهم على قتال البغاة فان أبا بكر رضى الله عنه قاتل مانعى الزكاة وعلى
قاتل أهل الجمل وصفين والنهروان

[فائدة] نصب الامامة فرض كفاية قال في الفروع فرض كفاية على الاصح
فمن ثبتت امامته بنص أو إجماع أو باجتهاد أو بنص من قبله عليه ويجبر متعين لها
حرم قتاله وكذا لو قهر الناس بسيفه حتى أذعنوا له ودعوه اماما قاله في السكافي
وغيره وذكره في الرعاية رواية وقدم أنه لا يكون اماما بذلك وهما روايتان في
الأحكام السلطانية فان بويج لاثنين فالامام الأول ويعتبر كونه قرشياً حراً عدلاً
ذكرنا علماً كافيًا ابتداءً ودواماً قاله في نهاية ابن رزين وغيره . ولو تنازعها اثنتان
متكافئتان في صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة

(١) قوله « وهم الذين يخرجون الخ ، الخارجون عن قبضة الامام أربعة
أصناف أحدها قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بغير تأويل فهؤلاء
قطاع طريق حكمهم ما تقدم . الثاني قوم لهم تأويل إلا أنهم نقر يسير لا منعة لهم
كالعشرة ونحوهم فهؤلاء قطاع طريق على الصحيح من المذهب فلا يعطون حكم البغاة
وهذا مذهب الشافعي لأن ابن ملجم لما جرح علياً رضى الله عنه قال للحسن ان برئت
رأيت رأيي وان مت فلا تمثلوا به فلم يثبت لفعله حكم البغاة ولأننا لو أثبتنا للعدد
اليسير حكم البغاة في سقوط ضمان ما أتلّفوه أفضى إلى اتلاف أهوال الناس وقال
أبو بكر بغاة أيضاً وهو رواية ذكرها أبو الخطاب . الثالث الخوارج الذين يكفرون
بالذنب ويكفرون علياً وعثمان وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون
دماء المسلمين وأموالهم فظاهر قول الفقهاء المتأخرين من أصحابنا أنهم بغاة لهم حكمهم
وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث وأما مالك
فيرى استتابتهم فان تابوا والاقتلوا على افسادهم لا على كفرهم وذهبت طائفة من
أهل الحديث إلى انهم كفار مرتدون حكم المرتدين تباح دماؤهم وأموالهم
فان تحيزوا إلى مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار
وان كانوا في قبضة الامام استتابهم كاستتاب المرتدين فان تابوا والاقتلوا والقول ==

من مظالمه ويكشف ما يدعونه من شبهة فان فاؤوا والا

= بكفرهم رواية عن أحد قال في الانصاف وهو الصواب الذى ندين الله به قال في الترغيب والرعاية هي أشهر وذكر ابن حامد انه لا خلاف فيه لما روى أبو سعيد رضى الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرأون القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ينظر في النصل فلا يرى شيئاً ويتارى في الفوق ، رواه البخارى ومالك وفي لفظ « يخرج قوم في آخر الزمان احداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرأون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينا لقيتهم فاقتلهم فان قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة ، رواه البخارى وروى معناه من وجوه يقول كما يخرج هذا السهم نقياً خالياً من الفرث والدم كذلك خروج هؤلاء من الدين يعنى الخوارج وعن أبي امامة أنه رأى رءوساً منصوبة على درج دمشق فقال كلاب النار شر قتلى تحت أديم السماء خير قتلى من قتلوه ثم قرأ (يوم تبيض وجوه) الآية فقيل انت سمعته من رسول الله ﷺ قال لو لم أسمعه إلا مرة أو مرتين أو أربعاً حتى عد سبعا ما حدثتكموه قال الترمذى حديث حسن وفي لفظ رواه مالك عن أبي امامة كانوا مسلمين فصاروا كفاراً . وذكر ابن عقيل في الارشاد عن أصحابنا تكفير من خالف في أصل كخوارج وروافض ومرجئة وذكر غيره روايتين فيمن قال لم يخلق الله المعاصي أو وقف فيمن حكمتنا بكفره وفيمن سب صحابياً غير مستحل وان مستحله كافر . وقال الشيخ تقي الدين نصوصه صريحة على عدم كفر الخوارج والقدرية والمرجئة وغيرهم وانما كفر الجهمية لا أعيانهم قال وطائفة تحكى عنه روايتين في تكفير أهل البدع مطلقاً حتى المرجئة والشيعية المفضلة لعل قال ومذهب الأئمة أحمد وغيره مبنية على التفصيل بين النوع والعين ونقل الجماعة عن أحمد من قال علم الله مخلوق كفر

[فائدة] قال الامام أحمد في مبتدع داعية له دعاة أرى حبسه وكذا قال في التبصرة على الامام منعهم وردعهم ولا يقاتلهم إلا أن يجتمعوا لحره فكبغاة وقال أحمد في الداعية الحورية يقاتل كبغاة ونقل ابن منصور ويقا تل من منع الزكاة وكل من منع فريضة فعلى المسلمين قتاله حتى يأخذوها منه واختاره أبو الفرج =

قاتلهم^(١) وعلى رعيته معوته على حربهم فان استنظروه مدة رجاء رجوعهم فيها أنظرهم وإن ظن انها مكيدة لم ينظرهم وقاتلهم . ولا يقاتلهم بما يعم اتلافه كالمنجنيق والنار الا لضرورة ولا يستعين في حربهم بكافر وهل يجوز ان يستعين عليهم بسلاحهم وكراعهم؟ على وجهين . ولا يتبع لهم مدبر ولا يجاز لهم على جريح^(٢) ولا يغنم لهم مال ولا تسبى لهم ذرية^(٣) ومن أسر من رجالهم

= والشيخ تقي الدين وقال أجمعوا ان كل طائفة ممتعة من شريعة متواترة من شرائع الاسلام يجب قتالها حتى يكون الدين كله لله كالمحاربين وأولى وقال في الراضة شر من الخوارج اتفاقا قال وفي قتل الواحد منهما وكفره ونحوهما روايتان والصحيح جواز قتله كالداعية ونحوه ، الرابع قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الامام ويرومون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج في كفهم الى جمع الجيش فهؤلاء البغاة الذين يذكر في الباب حكمهم

(١) قوله « وعلى الامام الخ » أى لا يجوز قتالهم حتى يبعث اليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب الا أن يخاف كلبيهم فلا يمكن ذلك في حقهم فان لجوا قاتلهم حينئذ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالاصلاح قبل القتال فقال (وان طائفتان) الآية وروى ان عليا راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ولما اعتزلته الحرورية بعث اليهم عبد الله بن عباس رضى الله عنهما

(٢) قوله « ولا يتبع لهم مدبر الخ » يعنى إذا تركوا القتال اما بالرجوع الى الطاعة أو بالقاء السلاح أو بالهزيمة إلى فئة أو غير فئة واما لعجز اما لجراح أو مرض أو أسر فانه يحرم قتالهم واتباع مدبرهم وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة إذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا وان كانت لهم فئة يلجأون اليها جاز قتل مدبرهم وأسرمهم والاجازة على جريحهم . ولنا ما روى عن على رضى الله عنه انه قال يوم الجمل لا يذفف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق بابا أو بابا فهو آمن ولا يتبع مدبر وروى نحو ذلك عن عمار وعن على رضى الله عنه أنه ودى قوما من بيت المال قتلوا مدبرين وروى القاضى فى شرحه عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه عليه السلام قال يا ابن أم عبد ما حكم من بغى على أمتى قلت الله ورسوله أعلم فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم مالهم

(٣) قوله « ولا يغنم لهم مال الخ » لا نعلم فى تحريره بين أهل العلم خلافا لما =

حبس حتى ينقضى الحرب ثم يرسل^(١). وان أسر صبي او امرأة فهل يفعل به ذلك أو يخلى في الحال؟ يَحْتَمَل وجهين. وإذا انقضى الحرب فمن وجد منهم ماله في يد إنسان أخذه^(٢) ولا يضمن أهل العدل ما اتلفوا عليهم حال الحرب من نفس أو مال. وهل يضمن البغاة ما اتلفوه على أهل العدل في الحرب؟ على روايتين^(٣). ومن اتلف في غير حال الحرب شيئاً

== تقدم من حديث أبي امامة وابن مسعود ولأنهم معصومون وانما أبيع من دمايمهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم وقد روى أن علياً يوم الجمل قال من عرف شيئاً من ماله مع أحد فليأخذه وكان من جملة ما نقم الخوارج على علي أنهم قالوا إنه قاتل ولم يسب ولم يغم

(١) قوله «ومن أسر من رجالهم الخ» يعني يخلى سبيله ان دخل في الطاعة. فان أبي ذلك وكان رجلاً جلداً من أهل القتال حبس ما دامت الحرب قائمة فاذا انقضت الحرب خلى سبيله وشرط عليه أن لا يعود الى القتال

[فائدة] إذا أسر كل فريق أسارى جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى البغاة. فان قتل أهل البغي أسارى أهل العدل لم يجوز لأهل العدل قتل اسارهم لأنهم لا يقتلون بجنابة غيرهم ولا تزر وازرة وزر أخرى فان أبي أهل البغي مفاداة الأسرى الذين معهم وحبسهم احتمال أن يجوز لأهل العدل حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص اسارهم واحتمل ان لا يجوز حبسهم ويطلقون

(٢) قوله «وان انقضى الحرب الخ» لما ذكرنا من قول علي من عرف شيئاً أخذه ولأنه مال معصوم بالاسلام فاشبهه مال غير البغاة

(٣) قوله «وهل يضمن البغاة الخ» إحداهما لاضمان عليهم فيما أتلّفوه من نفس أو مال وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه والثانية يضمنون وهو القول الثاني للشافعي لقول أبي بكر رضى الله عنه لأهل الردة تدون قتلتانا ولا ندى قتلاكم ولأنها نفوس وأموال معصومة أتلّفت بغير حق ولنا ما روى الزهرى قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البديريون فأجمعوا على ان لا يقام حد على رجل ارتكب فرجاً حراماً بتأويل القرآن ولا يلزم ما لا أتلّفه بتأويل القرآن ولأنها طائفة ممتعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلّفت فأما قول أبي بكر رضى الله ==

ضمنه^(١) وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج أو جزية لم يعد عليهم ولا على صاحبه ومن ادعى دفع زكاته اليهم قبل بغير يمين وان ادعى ذمی دفع جزيته اليهم لم يقبل الا بيينة وان ادعى إنسان دفع خراجه اليهم فهل يقبل بغير بيينة؟ على وجهين . وتجاوز شهادتهم ولا ينقض من حكم حاكمهم الا ما ينقض من حكم غيره . وان استعانوا بأهل الذمة فاعانواهم انتقض عهدهم الا ان يدعوا أنهم ظنوا انه يجب عليهم معونة من استعان بهم من المسلمين ونحو ذلك فلا ينتقض عهدهم ، ويغرمون ما أتلّفوه من نفس ومال^(٢) . وإن استعانوا بأهل

== عنه فقد رجع عنه فان عمر قال له أما أن يدوا قتلانا فلا فان قتلانا قتلوا في سبيل الله على ما امر الله فواقفه أبو بكر ورجع الى قوله فصار اجماعا ولم ينقل انه غرم أحدا شيئا من ذلك

(١) قوله « ومن أتلّف في غير حال الحرب الخ ، وبهذا قال الشافعي ولذلك لما قتل الخوارج عبد الله بن خباب أرسل اليهم على أقيدوننا من عبد الله بن خباب ولما قتل ابن ملجم عليا رضي الله عنه في غير المعركة قتل به وهل يتحتم قتل الباغي إذا قتل أحدا في غير المعركة ؟ فيه وجهان أحدهما يتحتم لأنه قتل بأشهرار السلاح والسعي في الأرض بالفساد فأشبهه قطاع الطريق والثاني لا يتحتم وهو الصحيح لقول علي ان شئت اعفو وان شئت استقدت

[فائدة] من قتل من أهل البغي غسل وصلى عليه وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي ان لم يكن لهم فئة صلى عليهم فان كانت لهم فئة لم يصل عليهم لأنه يجوز قتلهم في هذه الحالة فلم يصل عليهم كالسكفار ولنا قوله ﷺ صلوا على من قال لا إله إلا الله رواه الخلال في جامعه ولم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم في هذا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وظاهر كلام أحمد أنه لا يصل على الخوارج فانه قال أهل البدع ان مرضوا فلا تعودوهم وان ماتوا فلا تصلوا عليهم وقال : الرافضة والجهمية لا يصل على عليهم وقال مالك لا يصل على الإباضية ولا القدرية وسائر أهل الاهواء ولا تتبع جنازهم ولا تعاد مرضاهم

(٢) قوله « ويغرمون ما أتلّفوه الخ ، يعني أهل الذمة إذا قاتلوا وهذا المذهب بخلاف أهل البغي لأنهم أتلّفوه بتأويل سائغ وهؤلاء لا تأويل لهم

الحرب وامنوهم لم يصح امانهم وأبيح قتلهم (١) وإن أظهر قوم رأى الخوارج ولم يجتمعوا للحرب لم يتعرض لهم (٢) فإن سبوا الامام عزهم وإن جنوا جنابة أو أتوا حدا اقامه عليهم وان اقتتلت طائفتان لعصية أو طلب رياسة فهما ظالمتان وتضمن كل واحدة ما أتلفت على الأخرى (٣)

باب حكم المرتد (٤)

وهو الذى يكفر بعد اسلامه . فمن أشرك بالله أو جحد ربوبيته أو

(١) قوله « وان استعانوا بأهل الحرب الخ ، لأن الامان من شرط صحته التزام كفهم عن المسلمين وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح ولاهل العدل قتلهم كمن لا يؤمنون سواء وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب فأما البغاة فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز الغدر بهم

(٢) قوله « وان أظهر قوم رأى الخوارج الخ ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور أهل الفقه روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسأله المروذى عن قوم من أهل البدع يتعرضون ويكفرون قال لا تعرضوا لهم قلت وأى شىء تكره أن يحبسوا قال لهم والديات وأخوات وقال فى رواية ابن منصور الحرورية إذا دعوا الى ما هم عليه فقاتلوهم والا فلا وسأله ابراهيم الأطروشى عن قتل الجهمى قال أرى قتل الدعاة منهم ونقل ابن الحكم ان مالكا قال عمرو بن عبيد يستتاب فان تاب والا ضربت عنقه قال أحمد أرى ذلك إذا جحد العلم وذكر له المروذى عمرو بن عبيد قال كان لا يقر بالعلم وهذا كافر وقال له المروذى . الكرايبسى يقول من لم يقل لفظه بالقرآن مخلوق فهو كافر فقال هو الكافر

(٣) قوله « وان اقتتلت طائفتان الخ ، أى لأنها أتلفت نفساً معصومة أو مالا معصوما قال فى الانصاف وهذا بلاخلاف اعلمه لكن قال الشيخ تقي الدين ان جهل قدر ما نهبه كل طائفة من الأخرى تساويا كمن جهل قدر المحرم من ماله أخرج نصفه والباقي له وقال أيضا أوجب الأصحاب الضمان على مجموع الطائفة وان لم يعلم عين المتلف وقال أيضا وان تقابلا تقاصا لأن المباشر والمعين سواء عند الجمهور . انتهى

[فائدة] لو دخل أحد فهما ليصلح بينهما فقتل وجعل قاتله ضمنته الطائفتان

(٤) المرتد هو الذى يكفر بعد إسلامه قال تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن

وحدانيته أو صفة من صفاته أو اتخذ الله صاحبة أو ولدا أو جحد نيبا أو كتابا من كتب الله تعالى أو شيئا منه أو سب الله تعالى أو رسوله كافر^(١). ومن

== دينه == الآية وقال ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتدين

[فائدتان] احدهما قوله « فمن أشرك بالله الخ قال ابن عقيل في الفصول أو جحد صفة من صفاته المتفق على اثباتها

(الثانية) قوله أو سب الله أو رسوله الخ قال الشيخ تقي الدين وكذا لو كان مبغضاً لرسوله أو لما جاء به اتفاقاً

(١) قوله « فمن أشرك بالله الخ » هذا بلا نزاع في الجملة ، ومراده إذا أتى بذلك طوعا ولو هازلا وكان ذلك بعد أن أسلم طوعا وقيل وكرها قال في الانصاف ظاهر كلام الأصحاب أن هذه الأحكام مرتبة عليه حيث حكنا باسلامه طوعا أو كرها

[فائدة] قال الشيخ تقي الدين : وكذا الحكم لو جعل بينه وبين الله وسائط يتوكل عليهم ويدعوهم ويسألهم إجماعا . قال جماعة من الأصحاب أو سجد لشمس أو قر قال في الترغيب لو أتى بقول أو فعل صريح في الاستهزاء بالدين وقيل أو كذب على نبي أو أصر في دارنا على خمر أو خنزير غير مستحل وقال القاضي رأيت بعض أصحابنا يكفر جاحد تحريم النبيذ والمسكر كله كالخنزير ولا يكفر بمجرد قياس اتفاقا للخلاف بل بسنة ثابتة . قال ومن أظهر الاسلام وأسر الكفر فنافق وان أظهر انه قائم بالواجب وفي قلبه أن لا يفعل فنافق وهل يكفر على وجهين قال وظاهر كلام أحمد والأصحاب لا يكفر إلا منافق أسر الكفر قال ومن أصحابنا من أخرج الحجاج عن الاسلام لأنه أخاف أهل المدينة وانتكح حرم الله وحرّم رسوله قال في الفروع فيتوجه عليه يزيد ونحوه ونص أحمد خلاف ذلك وعليه الأصحاب وانه لا يجوز التخصيص باللجنة خلافا لأبي الحسين وابن الجوزي وغيرهما وقال الشيخ تقي الدين ظاهر كلامه الكراهة

[فائدة] قال الشيخ تقي الدين وكذا من اعتقد أن الكنائس بيوت الله أو أنه يعبد فيها أو أنه يحب ذلك أو يرضاه أو أعانهم على فتحها أو إقامة دينهم وان ذلك ==

جحد وجوب العبادات الخمس أو شيئاً منها أو أحل الزنا أو الخمر أو شيئاً من المحرمات الظاهرة المجمع عليها لجهل عرف ذلك وإن كان ممن لا يجهل ذلك كفر . وإن ترك شيئاً من العبادات الخمس تهاونا لم يكفر^(١) وعنه يكفر إلا الحج لا يكفر بتأخيره بحال . فمن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وهو بالغ عاقل دعى إليه ثلاثة أيام وضيق عليه فإن لم يتب قتل^(٢) وعنه لا تجب استنابته بل تستحب ويجوز قتله في الحال . ويقتل بالسيف ولا يقتله إلا الامام أو نائبه فإن قتله غيره بغير اذنه أساء وعزر ولا ضمان عليه سواء قتله قبل

== قربة أو طاعة وإن لاحد طريقاً إلى الله من غير متابعة الرسول محمد ﷺ ولا يجب عليه اتباعه أو قال أنا محتاج إلى محمد في علم الظاهر دون علم الباطن أو في علم الشريعة دون علم الحقيقة أو قال إن من الاولياء من يسعه الخروج عن شريعته كما وسع الخضر الخروج عن شريعة موسى أو لعن التوراة لا ما بأيديهم الآن أو زعم أن الله بذاته في كل مكان مختلط بالخلقوات أو أن عباد الاصنام ما عبدوا إلا الله أو ادعى الوهية على أو نبوته أو أن جبريل غلط أو أن القرآن نقص منه شيء أو كتم أو ان له تأويلات باطلة تسقط الأعمال المشروعة كالقراطة أو الباطنية أو قذف عائشة بما برأها وفي قذف غيرها من نساته قولان صحح الشيخ انه كهو أو زعم أن الصحابة ارتدوا بعد رسول الله ﷺ إلا نفرأ قليلا لا يبلغون بضعة عشر أو أنهم فسقوا كفر في الكل قاله في الصارم المسلول

(١) قوله « وإن ترك شيئاً من العبادات الخمس الخ » ، يعني إذا عزم على أن لا يفعله أبداً استتيب وجوباً كالمترد فإن اصر لم يكفر ويقتل حداً وعنه يكفر إلا الحج لا يكفر بتأخيره بحال وعنه يكفر بالجميع نقلها أبو بكر واختارها هو وابن عبدوس وعنه يختص الكفر بالصلاة وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وعنه يختص الكفر بالصلاة والزكاة

(٢) قوله « فمن ارتد عن الإسلام الخ » ، في هذه المسئلة مسائل : (الأولى) انه لا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل روى ذلك عن أبي بكر وعمر وبه قال الحسن والزهرى والنخعي ومكحول وحماد ومالك والليث والشافعي وإسحاق وروى عن علي والحسن وقتادة انها تسترق ولا تقتل لأن أبا بكر استرق نساء بني =

الاستتابة او بعدها . وان عقل الصبي الاسلام صح اسلامه وردته ^(١) وعنه يصح

== حنيفة وذراهم واعطى عليها امرأة منهم فولدت له محمد بن الحنفية وهذا بمحض من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا . وقال ابو حنيفة تجبر على الاسلام بالحبس والضرب ولا تقتل لقوله ﷺ « لا تقتلوا امرأة » ، ولأنها لا تقتل بالكفر الاصلى فلا تقتل بالطارىء . كاصبي ولنا قوله ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » ، رواه البخارى وابو داود وقال ﷺ لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث إلى قوله والتارك لدينه المفارق للجماعة متفق عليه وروى الدارقطنى ان امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فبلغ امرها النبي ﷺ فأمر أن تستتاب فان تابت والاقلت . وأما نهيه ﷺ عن قتل المرأة فالمراد به الأصلية قال ذلك حين رأى امرأة مقتولة وكانت كافرة أصلية (الثانية) انه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً هذا المذهب وجوباً وهو قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعطاء والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وهو احد قولى الشافعى . وعن احمد لا تجب استتابته بل تستحب وهو القول الثانى للشافعى وبه قال عبيد بن عمير وطاوس ويروى عن الحسن لقوله ﷺ من بدل دينه فاقتلوه ولم يذكر استتابه وروى أن معاذاً قدم على أبى موسى فوجد عنده رجلاً موثقاً فقال ما هذا قال رجل كان يهودياً فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فهود فقال لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات فأمر به فقتل متفق عليه ولم يذكر استتابة ، ووجه الأول حديث ام مروان المتقدم وروى فى الموطأ انه قدم على عمر رجل من قبل أبى موسى فقال له عمر : هل كان من مغربة خير ؟ قال نعم رجل كفر بعد اسلامه . فقال ما فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه . فقال عمر فهلا حبستموه ثلاثاً فأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله ، اللهم لم أحضر ولم أمر ولم ارض اذ بلغنى . ولو لم تجب لما برىء من فعلهم . واما حديث معاذ فانه قد جاء فيه وكان قد استتب ويروى ان ابا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه وفى رواية فدعاه عشرين ليلة او قرياً من ذلك فجاء معاذ فدعاه وأبى فضربت عنقه رواه ابن داود . ومدة الاستتابة ثلاثة أيام روى ذلك عن عمر وبه قال مالك واسحاق وأصحاب الرأي وأحد قولى الشافعى وفى الآخر ان تاب وإلا قتل مكانه وهو أصح قوليه وهو قول ابن المنذر لحديث ام مروان ومعاذ وقال الزهرى يدعى ثلاث مرات فان أبى ضربت عنقه . (الثالثة) انه ان لم يتب قتل فى قول عامة الفقهاء .

(١) قوله « وان عقل الصبي الخ » ، يعنى اذا كان مميزاً وهذا المذهب فأما الطفل ==

اسلامه دون رده وعنه لا يصح شيء منهما حتى يبلغ والمذهب الاول ، وان أسلم ثم قال لم أدر ما قلت لم يلتفت الى قوله واجبر على الاسلام^(١) ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز ثلاثة أيام من وقت بلوغه فان ثبت على كفره قتل^(٢). ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يصحو وتتم له ثلاثة أيام من وقت رده فان

= الذي لا يعقل والمجنون ومن زال عقله بنوم أو إغماء أو شرب دواء مباح شره فلا تصح رده ولا حكم لكلامه بغير خلاف . ولو قتنه قاتل عمداً فطلب أولياؤه القود كان عليه القود حكاه ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه لقوله عليه السلام ، رفع القلم عن ثلاثة ، وأما اسلام الصبي فيصح في الجملة وبه قال ابو حنيفة واسحاق وابن ابي شيبة وابو ايوب . وقال الشافعي وزفر لا يصح اسلامه حتى يبلغ لقوله عليه السلام رفع القلم الخ ولنا عموم قوله عليه السلام ، من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وقوله وأمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، وقال عليه الصلاة والسلام ، كل مولود يولد على الفطرة ، وعنه يصح اسلامه دون رده قال في الفروع وهي اظهر واليه ميل المصنف والشارح وعنه لا يصح شيء منهما حتى يبلغ وعنه من بلغ عشرة وجزم به في الوجيز واختاره الخرقى والقاضى في المجرى في صحة اسلامه قال الزركشى هذا هو المذهب المعروف والمختار لعامة الأصحاب حتى ان جماعة منهم ابو محمد في المغنى والكافي جزموا بذلك وعنه يصح من بلغ سبعا فعلى الروايات كلها يحال بينه وبين الكفار قال في الانتصار ويتولاه المسلمون ويدفن في مقابرهم

(١) قوله ، وان أسلم ثم قال الخ ، يعنى الكافر صغيرا كان او كبيرا وهذا المذهب ، قال ابو بكر والعمل عليه وعنه يقبل منه وعنه يقبل ان ظهر صدقه وروى عن أحمد انه يقبل من الصبي ولا يجبر على الاسلام فعلى المذهب اذا ارتد صحت رده وأجبر على الاسلام وهو قول ابى حنيفة والظاهر من مذهب مالك وعند الشافعي لا يصح اسلامه ولا رده

(٢) قوله ، ولا يقتل الخ ، هذا المذهب وعليه عامة الأصحاب لأن الغلام لا يجب عليه عقوبة بدليل انه لا يتعلق به حكم الزنا والسرقه وسائر الحدود ولا يقتل قصاصاً

مات في سكره مات كافراً^(١). وعنه لا تصح رده وهل تقبل توبة الزنديق ومن تكرر رده أو من سب الله تعالى أو رسوله والساحر؟ على روايتين^(٢)

(١) قوله « ومن ارتد وهو سكران الخ » تصح ردة السكران على الصحيح من المذهب نص عليه وهو مذهب الشافعي وعنه لا تصح رده وهو مذهب أبي حنيفة لأن ذلك يتعلق بالاعتقاد والتصد والسكران لا يصح قصده . ووجه الأولى ان الصحابة قالوا في السكران إذا سكر هذى وإذا هذى افترى لحدوه حد المفترى وأوجبوا عليه حد الفرية التي يأتي بها في حال سكره واقاموا مظنتها مقامها ولأنه يقع طلاقه فصحت رده وقولهم ليس بمكلف ممنوع فان الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر أركان الاسلام ويأثم بفعل المحرمات وهذا معنى التكليف والمذهب ان ابتداء الأيام الثلاثة من حين صحوه فتؤخر استنابته إلى حين صحوه وان قتله قاتل في حال سكره لم يضمنه لأن عصمته زالت برده وان مات او قتل مات كافراً ولا يرثه ورثته فان اسلم في سكره صح اسلامه

(٢) قوله « وهل تقبل توبة الزنديق الخ » احدهما لا تقبل توبته ويقتل بكل حال وهو المذهب صححه في التصحيح وادراك الغاية وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المحرر وغيره وهو اختيار ابى بكر والشريف وابى الخطاب وابن البنا والشيرازى في الزنديق ، وبه قال مالك والليث واسحاق في الزنديق ومن تكرر رده . والأخرى تقبل توبته كغيره أى كفر كان وهو ظاهر كلام الخرقى وهو اختيار الخلال في الساحر ومن تكرر رده والزنديق وآخر قولى الامام احمد وهو مذهب الشافعي والعنبري ويروى ذلك عن علي وابن مسعود وعن أبي حنيفة روايتان كهاتين ووجه الرواية الأولى قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا ﴾ والزنديق لا يظهر منه ما يبين رجوعه لأنه كان مظهرأ للاسلام مسراً للكفر فاذا أظهر التوبة لم يرد على ما كان منه قبلها وهو اظهار الاسلام ولقوله تعالى ﴿ ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً ﴾ الآية وروى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة ان رجلاً من بنى سعيد مر على مسجد بنى حنيفة فاذا هم يقرأون برجز مسيلة فرجع الى ابن مسعود فذكر ذلك له فبعث اليهم فأتى بهم فاستتابهم فتابوا فغلى سبيلهم إلا رجلاً منهم يقال له ابن النواحة قال قد =

احداها لا تقبل توبته ويقتل بكل حال والأخرى تقبل توبته كغيره. وتوبة المرتد اسلامه وهو ان يشهد ان لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله الا أن تكون ردة بانكار فرض او احلال محرم أو جحد نبي او كتاب أو الى دين من يعتقد ان محمدا بعث الى العرب خاصة فلا يصح اسلامه حتى يقر بما جحد

== أتيت بك مرة فرعمت أنك قد تبنت وأراك قد عدت فقتله ولأن ظاهر ما نقل عن الصحابة انهم لم يستتيبوا الساحر وما نقل عن احمد من الصحابة انه استتاب ساحراً ووجه الرواية الأخرى قوله تعالى ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ يَنْتَهُوا ﴾ الآية وروى ان رجلا سار رسول الله ﷺ فلم يدر ما سار به فاذا هو يستأذنه في قتل رجل من المنافقين فقال رسول الله ﷺ أليس يشهد أن لا إله الا الله الخ وعنه مثلهم من ولد على الفطرة ثم ارتد ذكره الشيخ تقي الدين

[تنبيه] محل الخلاف في الساحر حيث يحكم بقتله بذلك

[فوائد] (الأولى) حكم من تنقص النبي ﷺ حكم من سبه على الصحيح من المذهب ونقله حنبل وقيل ولو تعريضا نقل حنبل من عرض بشيء من ذكر الرب فعليه القتل مسلما كان أو كافرا وانه مذهب اهل المدينة

(الثانية) محل الخلاف المتقدم في عدم قبول توبتهم وقبولها في أحكام الدنيا من ترك قتلهم وثبوت أحكام الاسلام فاما في الآخرة فان صدقت توبتهم قبلت بلا خلاف ذكره ابن عقييل والمصنف والشارح وجماعة

(الثالثة) الزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويسر الكفر ويسمى منافقاً في

الصدر الأول

(الرابعة) تقبل توبة القاتل على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قاطبة فعلى المذهب لو اقتص من القاتل أو عفى عنه هل يطالبه المقتول في الآخرة ؟ فيه وجهان . قال ابن القيم في الداء والدواء وغيره والتحقيق في المسئلة ان القتل يتعلق به ثلاثة حقوق حق لله وحق للمقتول وحق للولى فاذا أسلم القاتل نفسه طوعا واختيارا الى الولى ندما على ما فعل وخوفا من الله وتوبة نصوحا سقط حق الله بالتوبة وحق الأولياء بالاستيفاء او الصلح او العفو وبقي حق المقتول يعوضه الله تعالى عنه يوم القيامة عن عبده التائب المحسن ويصلح بينه وبينه فلا يبطل حق هذا ولا تبطل توبة هذا . انتهى

ويشهد أن محمداً بعث إلى العالمين أو يقول أنا بريء من كل دين يخالف دين الإسلام^(١). وإذا مات المرتد فاقام وارثه بينة انه صلى بعهد الردة حكمه بالإسلام^(٢) ولا يبطل احصان المسلم برده^(٣) ولا عبادته التي فعلها في اسلامه اذا عاد الى الاسلام^(٤)

(١) قوله « الا أن تكون رده الخ »، يعني يأتي بذلك مع الاتيان بالشهادتين اذا كان ارتداده بهذه الصفة وهذا المذهب

[فائدة] إذا أتى الكافر بالشهادتين ثم قال لم أرد الإسلام صار بذلك مرتدًا ويجبر على الإسلام نص عليه . وعنه يقبل منه ولا يجبر على الإسلام

(٢) قوله « واذا مات المرتد الخ »، متى صلى الكافر حكمه بالإسلام أصلياً كان أو مرتداً جماعة أو فرادى في دار الإسلام أو في دار الحرب . وقال الشافعي يحكمه بالإسلام إذا صلى في دار الحرب ولا يحكمه بالإسلام إذا صلى في دار الإسلام لأنه يحتمل انه صلى رياء وتقية . ولنا ان ما كان اسلاما في دار الحرب كان اسلاما في دار الإسلام كالشهادتين واحتمال التقية والرياء يبطل بالشهادتين وأما سائر أركان الإسلام من الزكاة والصيام والحج فلا يحكمه بالإسلام به فان المشركين كانوا يجنون في عهد رسول الله ﷺ حتى منعهم فقال لا يحج بعد العام مشرك والزكاة صدقة وهم يتصدقون وأما الصيام فلكل أهل دين صيام بخلاف الصلاة فانها أفعال تتميز عن أفعال الكفار ويختص بها أهل الإسلام ولا يثبت بها الإسلام حتى يأتي بصلاة تتميز عن صلاة الكفار فمتى أقام الوارث بينة انه صلى بعد رده حكم له بالميراث الا ان يثبت انه ارتد بعد صلاته أو تكون رده بمجرد فريضة أو كتاب أو نبي أو ملك أو نحو ذلك من البدع التي ينسب أهلها الى الإسلام فانه لا يحكمه بالإسلام بصلاته

(٣) قوله « ولا يبطل احصان المسلم الخ »، هذا المذهب نص عليه فاذا كان محصنا فارتد ثم أسلم لم يصر غير محصن بل متى زنى رجم

(٤) قوله « ولا عبادته الخ »، يعني لا يبطل إذا عاد الى الإسلام . اما الحج فالصحيح من المذهب انه لا يلزمه قضاؤه بل يجزئه نص عليه وعنه يلزمه اعادته اختاره القاضي وجزم به ابن عقيل في الفصول وجزم به في الافادات لابن حمدان =

فصل

ومن ارتد لم يزل ملكه بل يكون ملكه موقوفاً وتصرفاته موقوفة^(١) فإن

== واختاره ابن عبدوس في تذكرته واما الصلاة اذا أسلم بعدها في وقتها فحكمها حكم الحج على الصحيح من المذهب خلافاً ومذهباً وقال القاضي لا يعيد الصلاة وان أعاد الحج لفعلها في اسلامه الثاني وأما غيرها من العبادات فقال الأصحاب لا تبطل عبادة فعلها في الاسلام اذا عاد الى الاسلام ولا قضاء عليه الا ما تقدم من الحج والصلاة

(١) قوله « ومن ارتد الخ » اعلم ان مال المرتد إذا مات مرتداً لا يخلو اما أن نقول يرثه ورثته من المسلمين او يرثه ورثته من دينه الذي اختاره او يكون فيثاً على ما تقدم في باب ميراث أهل الملل ، فان قلنا يرثه ورثته من المسلمين او من الدين الذي اختاره فان تصرفه في ملكه في حال رده كالمسلم ويقر بيده وهذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقال ابو الخطاب في الانتصار لا قطع بسرقة مال مرتد لعدم عصمته ، وان قلنا يكون فيثاً ففي وقت مصيره فيثاً ثلاث روايات إحداهن يكون فيثاً من حين موته مرتداً وهذا الصحيح من المذهب قاله في الفروع والرواية الثانية يصير فيثاً بمجرد رده اختاره ابو بكر وابو اسحاق وابن أبي موسى وصاحب التبصرة والطريق الأقرب وهو قول المصنف وقال ابو بكر يزول ملكه برده ولا يصح تصرفه فان أسلم رد اليه تملكاً مستأنفاً ، والرواية الثالثة يتبين بموته مرتداً كونه فيثاً من حين الردة فعلى الصحيح من المذهب يمنع من التصرف فيه واختار المصنف والشارح وغيرهما ان تصرفه يوقف ويترك عند ثقة كالرواية الثالثة وهو ظاهر كلام المصنف هنا . قال ابن منجا وغيره المذهب لا يزول ملكه برده ويكون ملكه موقوفاً وكذلك تصرفاته على المذهب انتهى فعلى الرواية الثالثة يحفظه الحاكم وتوقف تصرفاته كلها فان أسلم أمضيت والا تبيننا فسادها وعلى الأولى والثالثة ينفق على من تلزمه نفقته وتقضى ديونه فان أسلم أخذه او بقيته ونفذ تصرفه والا بطل وقال الشارح لا يحكم بزوال ملك المرتد برده في قول أكثر أهل العلم وقال مالك يزول ملكه برده فان راجع الاسلام رد اليه تملكاً مستأنفاً وقال أصحاب أبي حنيفة ماله موقوف ان أسلم تبيننا بقاء ملكه وان مات او قتل تبيننا زواله من حين رده وعن الشافعي الأقوال الثلاثة وان لحق المرتد بدار الحرب فالحكم فيه حكم من هو ==

اسلم ثبت ملكه وتصرفاته والا بطلت وتقضى ديونه واروش جنائياته وينفق على من تلزمه مؤنته وما اتلف من شيء ضمنه^(١)، ويتخرج في الجماعة الممتنعة ان لا تضمن ما اتلفته، وقال ابو بكر يزول ملكه برده ولا يصح تصرفه وإن اسلم رد اليه تمليكا مستأنفا. وإذا أسلم فهل يلزمه قضاء ما ترك من العبادات؟ على روايتين^(٢). وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب ثم قدر عليهما لم يجوز استرقاقهما ولا استرقاق اولادهما الذين ولدوا في دار الاسلام ومن لم يسلم منهم قتل. ويجوز استرقاق من ولد بعد الردة، وهل يقرون على كفرهم؟ على روايتين

فصل

والساحر الذى يركب المكنتة وتسير به فى الهواء ونحوه يكفر ويقتل

== فى دار الاسلام الا ان ما كان معه من ماله يصير مباحا لمن قدر عليه كما أبيع دمه وأما أملاكه وماله الذى فى دار الاسلام فملكه ثابت فيه ويتصرف فيه الحاكم بما ترى المصلحة فيه وقال ابو حنيفة يورث ماله كما لو مات لأنه قد صار فى حكم الموقد بدليل حل دمه وماله الذى معه لكل من قدر عليه

(١) قوله « وما أتلف من شيء ضمنه » هذا المذهب لأن الاتلاف يوجب الضمان على المسلم فلأن يوجب على المرتد بطريق الأولى وعنه ان فعله بدار حرب أو فى جماعة مرتدة ممتنعة فلا يضمن اختساره الخلال وصاحبه أبو بكر والمصنف والشيخ تقي الدين وغيرهم لفعل الصحابة وكالكافر الأصلي إجماعا، وقال الشافعى حكمهم حكم أهل البغى فيما أتلفوه من الأنفس والأموال

(٢) قوله « واذا أسلم فهل يلزمه الخ » إحداهما لا يلزمه وهو المذهب لقوله تعالى ﴿ قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ ولأن أبا بكر رضى الله عنه لم يأمر المرتدين حين أسلدوا بقضاء ما فاتهم

على قوله « والساحر الذى يركب المكنتة فتسير به فى الهواء ونحوه » كالذى يزعم ان الكواكب تخاطبه وهذا المذهب
على قوله « فأما الذى يسحر بالأدوية والتدخين وسق شيء يضر فلا يكفر ولا يقتل » وهذا المذهب

فاما الذى يسحر بالادوية والتدخين وسقى شيء يضر فلا يكفر ولا يقتل ولكن يعزر ويقتص منه ان فعل ما يوجب القصاص (١)، فاما الذى يعزم على الجن ويزعم انه يجمعها فطبيعته فلا يكفر ولا يقتل، وذكره ابو الخطاب فى السحرة الذين يقتلون (٢)

(١) قوله « فلا يكفر الخ »، وهذا المذهب ويعزر تعزيراً بليغاً لا يبلغ به القتل على الصحيح

(٢) قوله « وذكره أبو الخطاب الخ »، وكذلك القاضى وجزم به فى الهداية والمذهب والخلاصة وغيرهم

[فوائد] حكم الكاهن والعراف كذلك خلافاً ومذهباً قاله فى الفروع وهو ظاهر كلامه فى المعنى والشرح والكاهن الذى له رأى من الجن يأتبه بالأخبار والعراف الذى يحدس ويتخرص وقال فى الترغيب الكاهن والمنجم كالساحر عند أصحابنا وإن ابن عقيل فسقه فقط ان قال أصبت بحدسى وفراحتى

(الثانية) لو أوهم قوماً بطريقته انه يعلم الغيب فللامام قتله لسعيه بالفساد . قال الشيخ تقي الدين التنجيم كالأستدلال بالأحوال الفلسكية على الحوادث الأرضية من السحر قال ويحرم إجماعاً

(الثالثة) المشعبد والقائل بضرب الطير والضارب بحصى وشعير وقده زاد فى الرعاية والنظر فى ألواح الاكتاف ان لم يكن يعتقد اباحته وانه يعلم به يعزر ويكف عنه وإلا كفر

(الرابعة) يحرم طلسم ورقية بغير عربى ، وقيل يكفر ، وقال فى الرعايتين والحاوى وتحرم الرقى والتعوذ بطلسم وعزيمة واسم كوكب وحرز وما وضع على نجم من صورة أو غيرها

(الخامسة) توقف أحمد فى حل مسحور بسحر وفيه وجهان وأطلقهما فى الفروع قال المصنف فى المعنى توقف أحمد فى الحل وهو الى الجواز أميل ، وسأله مهنا عن تأتية مسحورة فيطلقه عنها قال لا بأس قال الخلال انما كره فعاله ولا يرى به بأساً كما بينه مهنا وهذا من الضرورة التى تبيح فعلها وقال فى الرعايتين والحاوى ويحرم العطف والربط وكذا الحل بسحر وقيل يكره الحل وقيل يباح بكلام مباح

كتاب الأطعمة

والأصل فيها الحل فيحل كل طعام طاهر لا مضرة فيه من الحبوب والثمار وغيرها فاما النجاسات كالميتة والدم وغيرها وما فيه مضرة من السموم ونحوها فحرمته . والحيوانات مباحة الا الحمر الأهلية^(١) وما له ناب يفرس به كالأسد والنمر والذئب والفهد والكلب والخنزير وابن آوى^(٢)

(السادسة) هذه الأحكام كلها في الساحر المسلم فأما الساحر الكفار فلا يقتل على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وعنه يقتل (السابعة) من اعتقد ان السحر حلال كفر قولاً واحداً

(١) قوله د الا حمر الأهلية ، أكثر أهل العلم يرون تحريم الحمر الأهلية قال أحمد رحمه الله تعالى خمسة وعشرون من أصحاب رسول الله ﷺ كرهوها قال ابن عبد البر لا خلاف بين أهل العلم اليوم في تحريمها وحكى عن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهم أنهما كانا يقولان بظاهر قوله تعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً ﴾ الآية وتلاها ابن عباس رضى الله عنهما وقال ما خلا هذا حلال وسئلت عائشة رضى الله عنها عن الفأرة فقالت ما هي بجرام وتلت هذه الآية ولم ير عكرمة وأبو وائل بأكل لحم الخنزير بأساً وروى غالب بن الحر قال أصابتنا سنة فقلت يا رسول الله أصابتنا سنة ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي الا سمان حمر وانك حرمت لحوم الحمر الأهلية فقال اطعم أهلك من سمين حمر فانا حرمتها من أجل جوار القرية . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل متفق عليه وحديث غالب لا يعرج على مثله مع ما عارضه وأبان الحمر محرمة في قول أكثر أهل العلم ورخص فيها عطاء وطاوس والزهرى

(٢) قوله د وما له ناب يفرس به الخ ، أما الخنزير فهو محرم بالنص لقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ الآية وله ناب يفرس به . فأما ما سوى الخنزير مما ذكره فأكثر أهل العلم يرون تحريم كل ذى ناب قوى من السباع يعدو ويكسر الا الضبع منهم مالك والشافعي الا ان الشافعي لا يحرم ابن عرس وأبو ثور وأصحاب الحديث وقال الشعبي وسعيد بن جبير وبعض أصحاب مالك هو مباح لعموم قوله =

والسنور^(١) وابن عرس والنمس والقرد الا الضبع^(٢) وما له مخلب من الطير

== تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الى) الآية ولنا ما روى أبو ثعلبة الحشني رضى الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع متفق عليه وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال كل ذى ناب من السباع حرام رواه مسلم قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح ثابت يجمع على صحته وهو نص صريح يخص عموم الآيات . والقرد محرم كرهه ابن عمر وعطاء والحسن قال ابن عبد البر لا أعلم خلافاً بين علماء المسلمين في أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه

(١) قوله « والسنور ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن أكل الهر رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقال غريب قال أحمد ليس يشبهه السباع قال الشيخ تقي الدين ليس فى كلام أحمد الا الكراهة وجعله أحمد قياساً وأنه قد يقال يعمها اللفظ

[تنبيه] شمل قوله فيما له ناب يفرس الدب وهو محرم على الصحيح من المذهب مطلقاً وقال ابن رزين فى مختصره للنهاية لا يحرم وقال الامام أحمد رحمه الله تعالى ان لم يكن له ناب فلا بأس . ويشمل كلام المصنف أيضاً الفيل وهو كذلك فيحرم على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ونقل عنه جماعة يكره

(٢) قوله « الا الضبع ، يعنى انه مباح وهذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب ورويت الرخصة فيه عن سعد وابن عمر وأبي هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة واسحاق . وقال مالك وابو حنيفة والثورى هى حرام وروى نحو ذلك عن سعيد بن المسيب لأنها من السباع وقد نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع وروى عنه ﷺ أنه سئل عن الضبع فقال ومن يأكل الضبع . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه قال أمرنا رسول الله ﷺ بأكل الضبع قلت صيد هى قال نعم احتج به أحمد وفى لفظ قال سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم رواه أبو داود وعن عبد الرحمن بن أبي عمار قال قلت لجابر الضبع أصيد هى قال نعم قلت أقاله رسول الله ﷺ قال نعم رواه النسائي وأبو داود والترمذى وقال حسن صحيح

على قوله « وما له مخلب من الطير يصيد به كالعقاب والبازى والصقر والشاهين والحدأة والبومة ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعى وأبو ثور وأصحاب==

يصيد به كالعقاب والبازي والصقر والشاهين والحداة والبومة ، وما يأكل الجيف كالنسر والرخم واللقاق وغراب البين والابقع^(١) وما يستخيث كالقنفذ والفأر والحيات والعقارب والحشرات كلها^(٢) وما تولد من ما كول وغيره

= الرأى وقال مالك والليث والأوزاعي ويحيى بن سعيد لا يحرم من الطير شيء قال مالك لم أر أحداً من أهل العلم يكره سباع الطير واحتجوا بعمومات الآيات المبيحة وقول أبي الدرداء وابن عباس ما سكت الله عنه فهو بما عني عنه ولنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير رواه أبو داود وهذا يخص عموم الآيات

(١) قوله « وما يأكل الجيف الخ » ، يعنى يحرم وهو الصحيح من المذهب نص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم الخبر فذكر منها الغراب وغيره كمو للمشاركة بينهما فى أكلها الجيف ولأنه عليه الصلاة والسلام أباح قتلها فى الحرم ولا يجوز قتل صيد ما كول فى الحرم ونقل عبد الله وغيره يكره وجعل فيه الشيخ تقي الدين رحمه الله تعال روايتى الجلالة وقال عامة أجوبة الامام احمد رحمه الله تعالى ليس فيها تحريم وقال الخلال الغراب الأسود والابقع مباحان إذا لم يأكل الجيف قال وهذا معنى قول أبي عبد الله رحمه الله تعالى

(٢) قوله « وما يستخيث الخ » ، أى يستخيثه العرب وهذا المذهب فأما القنفذ فهو حرام قاله أبو هريرة رضى الله عنه وكرهه مالك وأبو حنيفة ورخص فيه الشافعى والليث وأبو ثور ولنا ما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه قال ذكر القنفذ عند رسول الله ﷺ فقال هو خبيثة من الخبائث رواه أبو داود وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وعند أحمد رحمه الله تعالى وقدماء الأصحاب لا أثر لاستخيث العرب وان لم يحرمه الشرع حل واختاره وقال أول من قال تحرم الخرقى وان مراده ما يأكل الجيف لأنه تبع الشافعى وهو حرمه بهذه العلة فعلى المذهب الاعتبار بما يستخيثه ذو اليسار من العرب مطلقا على الصحيح من المذهب

[فائدة] من المحرم أيضا الوطواط نص عليه وهو الحشاف والحشاف وكذا يحرم الزنبور والنحل على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب [تنبيه] دخل فى قوله الحشرات الذباب وهو الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

كالبلغل والسمع ولد الضبع من الذئب والعسار ولد الذئبة من الذئخ^(١) وفي الثعلب والوبر وسنور البر واليربوع روايتان^(٢). وما عدا هذا مباح كبهيمة الأنعام والخيل^(٣) والدجاج والوحشى من البقر والظباء والحمر والزرافة

(١) قوله « وما تولد من ما كول وغيره الخ » وهذا بلا نزاع

(٢) قوله « وفي الثعلب الخ » أما الثعلب فالصحيح من المذهب انه حرام ونقل عبد الله لا أعلم أحداً رخص فيه وهذا قول أبي هريرة ومالك وأبي حنيفة لأنه سبع فيدخل في عموم النهى والثانية مباح قال ابن عقيل في التذكرة مباح واختارها الشريف أبو جعفر والخرقي ورخص فيه عطاء وقتادة والليث وطاوس وسفيان ابن عيينة والشافعي لأنه يفسد في الحرم والاحرام وأما سنور البر فالصحيح من المذهب انه يحرم والخلاف فيه كالخلاف في الثعلب وللشافعي في سنور البر وجهان . وأما الوبر فالصحيح من المذهب انه مباح وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي وابن المنذر وابو يوسف وقال القاضي حرام وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف ولنا انه يفسد في الاحرام والحرم وهو كالأرنب يأكل النبات والبقول وليس له ناب يفرس به ولا هو من المستخبات فكان مباحاً وأما اليربوع فهو مباح على الصحيح من المذهب وهو قول عروة وعطاء الخراساني والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وعنه محرم روى ذلك عن ابن سيرين والحكم وحماد وأصحاب الرأي لأنه يشبه الفأر ولنا أن عمر رضى الله عنه حكم فيه بحفرة والأصل الاباحة ما لم يرد التحريم

[فائدة] في هدهد وصرد روايتان إحداهما يحرمان قال الناظم هذه الرواية أولى وجزم به في المنور وفي المنتخب في الأول والثانية لا يحرم اختاره ابن عبدوس وفي الخطاف وجهان الأصح التحريم

(٣) قوله « والخيل » أى مباحة كلها عرابها وبراذينها وهو الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وبه قال ابن سيرين وروى ذلك عن ابن الزبير والحسن وعطاء والأسود بن يزيد وبه قال حماد بن زيد والليث وابن المبارك والشافعي وأبو ثور وحرما أبو حنيفة وكرها مالك والأوزاعي وأبو عبيد لقوله تعالى ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها ﴾ وعن خالد قال قال رسول الله ﷺ حرام عليكم الحر الأهلية وخيلها وبغالها ولنا حديث جابر رضى الله عنه نهى رسول الله ﷺ

والنعامة والأرنب وسائر الوحش والضبي والضبع والزاع وغراب الزرع وسائر الطير وجميع حيوان البحر^(١)، إلا الضفدع^(٢) والحية والتمساح^(٣)، وقال ابن حامد وإلا الكوسج وقال أبو علي النجاد لا يباح من البحري ما يحرم نظيره في البر كخنزير الماء وإنسانه وتحرم الجلالة التي أكثر علفها النجاسة^(٤)

== **عنه** يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل متفق عليه وقالت أسماء نحرنا فرس على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة متفق عليه وأما الآية فانهم إنما يتعلقون بدليل خطابها وهم لا يقولون به وحديث خالد ليس إسناده جيداً قاله أحد رحمته الله تعالى قال وفيه رجلان لا يعرفان والدجاج مباح لقول أبي موسى رضي الله عنه رأيت رسول الله ﷺ يأكل الدجاج متفق عليه

(١) قوله « وجميع حيوان البحر ، مباح أى لقوله تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه ﴾

(٢) قوله « إلا الضفدع ، قال في الانصاف أما الضفدع فحرمة بلاخلاف أعلمه ونص عليه أحد انتهى . قلت وذكر في الشرح عن الشعبي انه قال لو أكل أهل الضفادع لأطعمتهم . ووجه التحريم انه ﷺ نهى عن قتل الضفدع رواه النسائي ، فيدل على تحريمه

(٣) قوله « والتمساح ، هذا الصحيح من المذهب لأنه يأكل الناس وعنه يباح وما عدا هذه الثلاثة فباح على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وتحرم الجلالة الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب قال أحمد أكره لحوم الجلالة وأبانتها قال القاضي هي التي تأكل العذرة فإذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها وفي بعضها روايتان وان كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم أكلها ولا لبنها قال المصنف وهذا التحديد لم نسمعه عن أحمد ولا هو ظاهر كلامه لكن يمكن تحديده بأن يكون كثيراً في مأكلها ويعنى عن اليسير وقال الليث إنما كانوا يكرهون الجلالة التي لا طعام لها إلا الرجيع وما أشبهه وقال ابن أبي موسى في الجلالة روايتان احدهما هي محرمة والثانية مكروهة غير محرمة وهذا قول الشافعي وكرهه أبو حنيفة لحومها والعمل عليها حتى تبس ورخص الحسن في لحومها وأبانتها ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى النبي ﷺ عن أكل الجلالة وأبانتها رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال حسن غريب وفي =

ولبنها^(١) وييضها حتى تحبس وعنه تكره ولا تحرم وتحبس ثلاثا^(٢) وعنه يحبس الطائر ثلاثا والشاة سبعا وما عدا ذلك أربعين يوما^(٣) وما سقى بالماء النجس من الزرع والتمر محرم فان سقى بالطاهر طهر وحل^(٤) وقال ابن عقيل ليس بنجس ولا محرم بل يطهر بالاستحالة كالدم يصير لبنا

فصل

ومن اضطر الى محرم ————— اذكرنا^(٥)

= رواية لأبي داود نهى عن ركوب الجلالة في أخرى له نهى عن ركوب جلالة الابل وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية وعن ركوب الجلالة وأكل لحما رواه أحمد وأبو داود والنسائي

(١) قوله « ولبنها » وذلك لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال نهى النبي ﷺ عن شرب لبن الجلالة رواه احمد وأبو داود والترمذى وصححه وإسناده ثقات
(٢) قوله « وتحبس ثلاثا » يعنى تطعم الطاهر وتمنع من النجاسة وهذا المذهب نص عليه لأن ابن عمر اذا أراد أكلها حبسها ثلاثا وأطعمها الطاهرات وهذا قول أبي ثور

(٣) قوله « وعنه يحبس الخ » وذلك لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال « نهى رسول الله ﷺ عن الابل الجلالة أن يؤكل خمها ولا يشرب لبنها ولا يحمل عليها الا الادم ولا يركبها الناس حتى تعلف أربعين ليلة » رواه الخلال

(٤) قوله « وما سقى بالماء النجس الخ » وهذا المذهب نص عليه ، وقال ابن عقيل يكره ولا يحرم وجزم به فى التبصرة وهذا قول أكثر الفقهاء منهم ابو حنيفة والشافعى وكان سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه يدمل أرضه بالعرّة ويقول مكثل عرّة مكثل بر والعرّة عذرة الناس . ولنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال كنا نسكّر اراضى رسول الله ﷺ ونشترط عليهم أن لا يدملوهما بعذرة الناس ولولا ان ما يزرع فيها محرم لم يكن فى الاشتراط فائدة فعلى هذا تطهر اذا سقيت الطاهرات كالجلالة اذا حبست وأطعمت الطاهرات

(٥) قوله « ومن اضطر الخ » أجمع العلماء على تحريم الخنزير والميتة حالة =

حل له منه ما يسد رمقه^(١) وهل له الشبع؟ على روايتين^(٢). فان وجد طعاما لا يعرف مالكة وميته أو صيدا وهو محرم فقال أصحابنا يأكل الميتة ويحتمل أن يحل له الطعام والصيد اذا لم تقبل نفسه الميتة وإن لم يجد الاطعاما لم يبذله مالكة فان كان صاحبه مضطر إليه فهو أحق به وإلا لزمه بذله بقيمته فان أبي فللمضطر أخذه قهرا ويعطيه قيمته فان منعه فله قتاله على ما يسد رمقه أو قدر

== الاختيار وعلى اباحة الأكل منهما حالة الاضطرار والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾ الآية وقوله ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ وبياح له ما يسد رمقه ويأمن معه الموت بالإجماع ويحرم ما زاد على الشبع بالإجماع

[فائدة] الاضطرار هنا أن يخاف التلف فقط على الصحيح من المذهب نقل حنبل اذا علم ان النفس تكاد تلف وقيل أو خاف ضرراً وقال في المنتخب أو مرضاً أو انقطاعاً عن الرفقة قال في الفروع ومراده ينقطع فيهلك

(١) قوله « حل له منه ما يسد رمقه » ، يعني ويجب عليه أكل ذلك على الصحيح من المذهب نص عليه وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وفاقاً

(٢) قوله « وهل له الشبع الخ » احدهما ليس له ذلك ولا يحل له إلا ما يسد رمقه وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب وهو قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن مالك وأحد القولين عن الشافعي وقال الحسن يأكل قدر ما يقيمه لأن الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر اليه فاذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل والثانية له الأكل حتى يشبع لما روى جابر بن سمرة ان رجلاً نزل الحرة فنفتت عنده ناقة فقالت له امرأته أسلخها حتى تقدر شحمها ولحمها ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله ﷺ فسأله فقال هل عندك غناء يغنيك قال لا قال فكلوها رواه ابو داود وقيل له الشبع ان دام خوفه وهو قوی وفرق المصنف وتبعه جماعة بين ما اذا كانت الضرورة مستمرة فيجوز له الشبع وبين ما اذا لم تكن مستمرة فلا يجوز

[فوائد] هل له ان يتزود منه مبنى على الروايتين في جواز شبعه قاله في الترغيب وجوز جماعة التزود منه مطلقاً قال في الانصاف وهو الصواب وهو قول مالك لأنه لا ضرر في استصحابها ولا في اعدادها لدفع ضرورتها

شبعه على اختلاف الروايتين^(١) فان قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه^(٢) وان قتل المضطر فعليه ضمانه^(٣) فان لم يجد الا آدمياً مباح الدم كالحربي والزاني المحسن حل قتله وأكله^(٤) وإن وجد معصوماً ميتاً في جواز أكله وجهان^(٥)

(الثانية) يجب تقديم السؤال على أكل المحرم على الصحيح من المذهب نص عليه وذكر الشيخ تقي الدين انه لا يجب ولا يأثم وانه ظاهر المذهب

(الثالثة) ليس للمضطر في سفر المعصية الأكل من الميتة كقاطع الطريق والآبق على الصحيح من المذهب وقال صاحب التلخيص له ذلك وهو ظاهر كلام المصنف وجماعة

(الرابعة) حكم المحرمات حكم الميتة فيما تقدم

(١) قوله « فان منعه فله قتاله » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب

(٢) قوله « فان قتل صاحب الطعام الخ » أي لأنه ظالم بقتاله أشبه الصائل

(٣) قوله « وان قتل المضطر الخ » أي لأنه قتله ظلماً

(٤) قوله « فان لم يجد إلا آدمياً مباح الدم الخ » هذا المذهب لأنه لا حرمة

له وقال في الترغيب يحرم أكله قال في الانصاف وما هو ببعيد

(٥) قوله « فان وجد معصوماً الخ » أحدهما لا يجوز وعليه جمهور الأصحاب

والوجه الثاني يباح وهو المذهب على المصطلح صححه في التصحيح واختاره

أبو الخطاب في الهداية والمصنف والشارح وجزم به في الوجيز وغيره وهو قول

الشافعي وبعض الحنفية لأن حرمة الحي أعظم

[فائدة] يحرم عليه أكل عضو من أعضائه على الصحيح من المذهب

[فائدة] من اضطر الى نفع مال الغير مع بقاء عينه لدفع حر أو برد أو

استقاء ماء وجب بذله مجاناً على الصحيح من المذهب

[فائدة] الترياق محرم وهو دواء يعالج به من السم يجعل فيه لحوم الحيات

ويمعجن بالخنزير لأن الخنزير ولحوم الحيات حرام ومن كرهه الحسن وابن سيرين ورخص

فيه الشعبي ومالك ويقضيه مذهب الشافعي لآباحتها التداوي ببعض المحرمات ولا

يجوز التداوي بشيء محرم ولا ما فيه شيء محرم

فصل

ومن مر بثمر في شجره لاحاط عليه ولا ناظر فله أن يأكل منه ولا يحمل^(١) وعنه لا يحل ذلك إلا الحاجة^(٢) وفي الزرع وشرب لبن الماشية روايتان^(٣) ويجب على المسلم ضيافة المسلم المجتاز به يوماً وليلة فإن أبي فللضيف طلبه به عند الحالك ، وتستحب ضيافته ثلاثاً فما زاد فهو صدقة ، ولا يجب عليه انزاله في بيته الا ان لا يجد مسجداً أو رباطاً يبني فيه

(١) قوله « ومن مر بثمر الخ ، هذا المذهب مطلقاً لما روى أبو سعيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « إذا أتيت حائط بستان فناد صاحب البستان فإن أجابك . والا فكل من غير أن تفسد ، رواه أحمد وابن ماجه ورجاله ثقات ، وروى سعيد بإسناده عن الحسن عن سمرة مرفوعاً نحوه وفعله أنس وعبد الرحمن بن سمرة وأبو برزة وهو قول عمر وابن عباس وهو من مفردات المذهب ، وظاهره انه إذا كان محوطاً بحائط أو ناظراً فلا يأكل منه وكذا ان كان مجموعاً إلا لمضطر . ولا يحمل شيئاً سواء كان محتاجاً أو لا

(٢) قوله « وعنه لا يحل له الخ ، وهو قول أكثر الفقهاء لقوله ﷺ « ان دماءكم وأموالكم ، الخبر دل على حرمة الأكل من مال الغير مطلقاً ترك العمل به مع الحاجة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً انه سئل عن الثمر المعلق فقال « ما أصاب منه من ذى الحاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن أخرج منه شيئاً فعليه غرامة مثله والعقوبة ، رواه الترمذي وحسنه وروى العرياض بن سارية رضي الله عنه مرفوعاً قال « الاوان الله لم يحل لكم أن تدخلوا بيوت أهل الكتاب إلا بإذن ولا ضرب نساءهم ولا أكل ثمارهم إذا أعطوكم الذي عليهم ، رواه أبو داود

[فائدتان] ليس له أن يرمى الشجر بشيء ولا يضربه ولا يحمل نص عليه

(الثانية) حيث جوزنا الأكل فانه لا يضمن ما أكله على الصحيح من المذهب وعنه يضمن وحيث جوزنا الأكل فالأولى تركه إلا بإذن

(٣) قوله « وفي الزرع الخ ، يعني إذا أبحنا الأكل من الثمار أحدهما له ذلك كالثمرة وهو المذهب فيأكل من الفريك لأن العادة جارية بأكله رطباً أشبه التمر وكذا

باب الذكاة

لا يباح شيء من الحيوانات المقدور عليه بغير ذكاة^(١) الا الجراد وشبهه^(٢) والسمك وسائر ما لا يعيش الا في الماء فلا ذكاة له وعنه في السرطان وسائر

الحكم في الباقلاء والخص وشبهه مما يؤكل رطبا. وأما اللبن فلباروى الحسن عن سمرة مرفوعا قال «إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذن وإن لم يجبه أحد فليحتلب وليشرب ولا يحمل» رواه الترمذى وصححه وقال العمل عليه عند بعض أهل العلم، والثانية لا يجوز لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لا يحتلبن أحد ماشية أحد إلا يأذنه» متفق عليه

(١) قوله «لا يباح شيء الخ» ان كان بما لا يعيش إلا في البر كالصيد والأنعام فلا يباح إلا بالذكاة بغير خلاف لقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة - الى قوله - الا ما ذكيتم ﴾ الا ما استثنى . وان كان مأواه البحر ويعيش في البر ككلب الماء وطيره والسلاحفة ونحو ذلك فهذا أيضا لا يباح المقدور عليه إلا بالتذكية وهذا المذهب مطلقا الا ما استثنى قال الزركشى هذا احدى الروايتين واختيار عامة الأصحاب، والرواية الثانية - وعن بعض الأصحاب انه صححها - تحل ميتة كل بحرى . انتهى على قوله «إلا الجراد» لقوله ﷺ وأحل لنا ميتتان الجراد والحوت، رواه أحمد وابن ماجه

(٢) قوله «الا الجراد وشبهه الخ» أما السمك وشبهه مما لا يعيش إلا في الماء فانه يباح بغير ذكاة لا نعم في هذا خلافا لقوله ﷺ في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته، وقد صح ان أبا عبيدة وأصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها العنبر فأكلوا منها شهرا حتى سمئوا وادهنوا فلما قدموا على رسول الله ﷺ أخبروه فقال «هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء تطعمون» متفق عليه ولا فرق في ذلك بين ما مات بسبب أو بغير سبب لما ذكرنا من الحديثين، وقد أجمع أهل العلم على إباحة ما مات بسبب مثل ان صاده انسان أو نبذه البحر أو جزر عنه وكذلك ما حبس في الماء بمظيرة حتى يموت فانه يحل قال، أحمد رحمه الله تعالى في الطافي يؤكل وما جزر عنه الماء أجود والسمك الذى نبذه البحر لم يختلف فيه وإنما اختلفوا في الطافي وليس به بأس ومن أباح الطافي من السمك أبو بكر وأبو أيوب =

البحرى انه يحل بلا ذكاة وعنه في الجراد لا يؤكل الا ان يموت بسبب
ككسبه وتغريقه . ويشترط للذكاة شروط أربعة (أحدها) أهلية الذابح وهو
ان يكون عاقلاً مسلماً او كتابياً فتباح ذبيحته ذكر اكان أو أنثى وعنه لا تباح
ذبيحة نصارى بنى تغلب ولا من أحد أبويه غير كتابي^(١) ولا تباح ذكاة

رضى الله عنهما وبه قال مالك والشافعى وروى ذلك عن عطاء ومكحول والثورى
والنخعى وكره الطافى جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد وأصحاب الرأى لما
روى جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « ما ألقى البحر أو جزر عنه
فكلوه وما مات فيه وطنى فلا تأكلوه » رواه أبو داود ولنا قول الله تعالى ﴿ أحل
لكم صيد البحر وطعامه ﴾ الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامه ما مات
فيه وما تقدم من الحديثين وحديث جابر موقوف عليه قال أبو داود رواه الثقات
فأوقفوه على جابر وقد أسند من وجه ضعيف

على قوله « أو كتابياً » ولو كان الكتابى حربياً وهذا المذهب في الجملة وأجمع
أهل العلم على اباحه ذبائح أهل الكتاب لقوله تعالى ﴿ وطعام الذين أتوا
الكتاب حل لكم ﴾ يعنى ذبائحهم قال البخارى قال ابن عباس رضى الله عنهما
طعامهم ذبائحهم وكذلك قال مجاهد وقتادة ، وروى سميد بإسناد جيد عن ابن
مسعود رضى الله عنه قال لا تأكلوا من الذبائح الا ما ذبح المسلمون وأهل الكتاب
والعدل والفاستى سواء . وأما من أحد أبويه غير كتابى فظاهر كلام المصنف أنه
قدم اباحته وهو احدى الروايتين قال ابن منجاء في شرحه هذا المذهب واختاره
الشيخ تقي الدين وابن القيم والصحيح من المذهب ان ذبيحته لا تحل

(١) قوله « ولا من أحد أبويه غير كتابى » هذا المذهب قال الشيخ تقي الدين
رحمه الله تعالى والقول بأن أهل الكتاب المذكورين في القرآن هم من كان أبوه أو
أجداده دخل في ذلك الدين قبل النسخ والتبديل قول ضعيف بل المقطوع به بأن
كون الرجل كتابياً أو غير كتابى هو حكم يستفیده بنفسه لا ينسبه فكل من تدين
بدين أهل الكتاب فهو منهم سواء كان أبوه أو جده قد دخل في دينهم أو لم يدخل
وسواء كان دخوله بعد النسخ والتبديل أو قبل ذلك وهو المنصوص الصريح
عن أحمد وان كان بين أصحابه خلاف معروف وهو الثابت بين الصحابة بلا نزاع
بينهم وذكر الطحاوى أن هذا اجماع قديم . والمأخذ الصحيح المنصوص عن أحمد =

مجنون (١) ولا سكران (٢) ولا طفل غير مميز (٣) ولا وثني ولا مجوسى (٤) ولا مرتد (٥)

في ذبائح بني تغلب انهم لم يتدينوا بدين أهل الكتاب في واجباتهم ومخظوراتهم بل أخذوا منهم حل المحرمات فقط ولهذا قال على انهم لم يتمسكوا من دين أهل الكتاب الا بشرب الخمر . انتهى

(١) قوله « ولا تباح ذكاة مجنون ، هذا بلا نزاع لعدم القصد

(٢) قوله « ولا سكران ، هذا الصحيح من المذهب ان ذبيحته تباح ، وعنه لا تباح وبه قال مالك في المجنون والسكران

(٣) قوله « ولا طفل غير مميز ، هذا الصحيح من المذهب وبه قال مالك وقال الشافعى لا يعتبر العقل والأول أولى لأن الذكاة يعتبر لها العقل كالعبادة ومن لا عقل له لا يصح منه القصد وأما المميز فالصحيح من المذهب اباحه ذبيحته

(٤) قوله « ولا مجوسى ، هذا قول أكثر أهل العلم وشذ أبو ثور فأباح صيده وذبيحته لقوله ﷺ سنوا بهم سنة أهل الكتاب وهذا قول يخالف الاجماع فلا عبرة به قال ابراهيم الحربى خرق أبو ثور الاجماع قال أحمد ههنا قوم لا يرون بذبائح المجوس بأساً ما أعجب هذا يعرض بأبى ثور وقد روى الامام أحمد بإسناده عن قيس بن سكن الأسدى قال قال رسول الله ﷺ « انكم نزلتم بفارس من التبط فاذا اشترىتم لحماً فان كان من يهودى أو نصرانى فكلوا وان كان من ذبيحة مجوسى فلا تأكلوا

[فائدة] سائر الكفار من عبدة الاوثان والزنادقة وغيرهم حكمهم حكم المجوس فى تحريم ذبائحهم قياساً عليهم بل هم شر منهم لأن المجوس لهم شبهة كتاب بخلاف هؤلاء . قال أحمد طعام المجوس ليس به بأس ان يؤكل انما كره ذبائحهم أو شئ فيه دسم من اللحم ولم يرب بالسمن والجبن بأساً . وعن الشعبي قال كل مع المجوسى وان زمزم وروى أحمد ان سعيد بن جبير كان يأكل من كواخ المجوس فأعجبه ذلك وعن الحسن انه لا يرى بطعام المجوس بأساً

(٥) قوله « ولا مرتد ، هذا المذهب وان كانت رده الى دين أهل الكتاب وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وقال اسحاق ان تدين بدين أهل الكتاب =

فصل

(الثاني) الآلة وهو ان يذبح بمحدد^(١) سواء كان من حديد او حجر أو قصب أو غيره إلا السن والظفر لقول النبي ﷺ « ما أنهر الدم فكل الا السن والظفر ، فإن ذبح بآلة مغسوبة حل في أصح الوجهين

فصل

(الثالث) ان يقطع الحلقوم والمرى^(٢)، وعنه يشترط مع ذلك قطع

== حلت ذبيحته ويحكي عن الأوزاعي لأن علياً قال من تولى قوما فهو منهم ولنا أنه كافر لا يقر على دينه فلم تحل ذبيحته كالوثني ولأنه لا تثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدين بدينهم فانه لا يقر بالجزية ولا يسترق ولا يحل نكاح المرتدة وأما قول علي فهو منهم فلم يرد في جميع الأحكام بدليل ما ذكرنا ولأنه لم يكن يرى حل ذبائح بني تغلب ولا نكاح نسائهم مع توليهم للنصارى ودخولهم في دينهم ومع اقرارهم على ما صولحوا عليه فلأن لا يعتقد ذلك في المرتدين أولى

(١) قوله « الثاني الآلة الخ ، الآلة لها شرطان أحدهما أن تكون محددة تقطع أو تحرق بحدها لا بثقلها والثاني ان لا يكون سناولا ظفراً فاذا اجتمع هذان الشرطان في شئ حل الذبح به لقوله ﷺ « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه ليس السن والظفر، متفق عليه وعن عدى بن حاتم قال قلت يارسول الله ان أحدنا صاد صيداً وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا فقال أبرز الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه وعن رجل من بني حارثة أنه كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئاً ينحرها به فوجد وتداً فوجأ به في لبتها حتى اهريق دمها ثم جاء الى النبي ﷺ فأمره بأكلها رواها ابو داود ولأن جارية كعب بن مالك أبصرت بشاة من غنمه موتاً فكسرت حجراً فذبحتها به فأمر رسول الله ﷺ بأكلها رواه البخارى وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ونحوه قول مالك وعمرو بن دينار

[تنبيه] ظاهر قوله إلا السن أنه يباح بالعظم وهو إحدى الروايتين والمذهب منهما وهو مقتضى قول الشافعي وهو قول مالك وعمرو بن دينار وأصحاب الرأي قلت قد صرح النووي في شرح مسلم بأن مذهب الشافعي وأصحابه منع التذكية بالعظم مطلقاً قال وبه قال النخعي والحسن بن صالح والليث وداود وفقهاء الحديث

(٢) قوله « الثالث أن يقطع الحلقوم والمرى ، هذا المذهب وبه قال الشافعي ==

الودجين ، وان نحره اجزأه^(١) وهو ان يطعنه بمحدد في لبتة ، والمستحب ان ينحر البعير ويذبح ما سواه فان عجز عن ذلك مثل ان يند البعير أو يتردى في بئر فلا يقدر على ذبحه صار كالصيد اذا جرحه في أى موضع أم كنهه فقتله حل أ كله الا أن يموت بغيره مثل ان يكون رأسه في الماء فلا يباح^(٢)

= وعن أحمد انه يشترط مع ذلك قطع الودجين اختاره ابو بكر وابن البنا وجزم به في الروضة واختاره أبو محمد الجوزى وبه قال مالك وأبو يوسف لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال نهى النبي ﷺ عن شريطة الشيطان وهى التى تذبح فيقطع الجلد ولا تقرى الأوداج رواه أبو داود وروى سعيد فى سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال اذا اهريق الدم وقطع الودج فكل اسناده حسن وهما عرفان محيطان بالحلقوم ووجه الأول أنه قطع فى محل الذبح لا تبقى الحياة معه أشبه ما لو قطع الأربعة

[تنبيه] محل الذبح الحلق واللبة وهى الوهدة التى بين أصل العنق والصدر ولا يجوز فى غير ذلك اجماعا قال عمر النحر فى اللبة والحلق احتج به أحمد وروى سعيد والأثرم عن أبى هريرة قال بعث النبي ﷺ بدليل بن ورقاء يصيح فى فجاج منى : ألا إن الذكاة فى الحلق واللبة رواه الدارقطنى بإسناد جيد

(١) قوله : وان نحره اجزأه ، هذا بلا نزاع وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والزهرى وقتادة ومالك والليث وأبو حنيفة والشافعى واسحاق وأبو ثور وحكى عن داود أن الابل لا تباح الا بالنحر ولا يباح غيرها الا بالذبح ولنا قوله ﷺ : امرر الدم بما شئت ، وقالت أسماء نحرنا فرسأ على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة متفق عليه ، وعن عائشة قالت : نحر رسول الله ﷺ فى حجة الوداع بقرة واحدة

(٢) قوله : وان عجز عن ذلك - الى قوله - مثل أن يكون رأسه فى الماء فلا يباح ، هذا المذهب مطلقاً وهو قول أكثر الفقهاء وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال مسروق والأسود وعطاء وطاوس واسحاق والشعبى والحكم وحامد والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وقال مالك لايجوز أكله الا ان يذكى وهو قول ربيعة والليث ولنا ما روى =

وإن ذبحها من قفاها وهو مخطيء فأتت السكين على موضع ذبحها وهي في الحياة أكلت^(١) وإن فعله عمدا فعلى وجهين^(٢). وكل ما وجد فيه سبب الموت كالمنخقة والمتردية والنطيحة واكلة السبع إذا أدرك ذكاتها وفيها حياة مستقرة أكثر من حركة المذبح حلت^(٣) وإن صارت حركتها حركة المذبح لم تحل^(٤)

== رافع بن خديج رضى الله عنه قال كنا مع النبي ﷺ فند بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعيامهم فأهوى إليه رجل بسهم فحسبه لهم فقال النبي ﷺ « إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا ، متفق عليه وحرب ثور في بعض دور الأنصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه فسئل عنه على فقال ذكاه وحسبه فأمر بأكله . وتردى بعير في بئر فذكى من قبل شاكلته فبيع بعشرين درهما فأخذ ابن عمر رضى الله عنهما عشرة بدرهمين

(١) قوله « وإن ذبحها من قفاها الخ ، يعنى الحياة المستقرة وهذا المذهب لأنها ماتت بالذبح وعنه يحرم مع حياة مستقرة

(٢) قوله « وإن فعله عمدا الخ ، وهما روايتان احدهما تباح إذا أتت السكين على الخلقوم والمرى بشرط أن يبقى فيها حياة مستقرة قبل قطعهما وهو المذهب اختاره القاضى والشيرازى وغيرهما وصححه فى المغنى والشرح وهذا مذهب الشافعى لأن الذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكلة السبع والنطيحة والمتردية ، والثانية لا تباح وهو ظاهر كلامه فى الوجيز وصححه فى الرعايتين والنظم وقدمه الزركشى وقال هو منصوص أحمد وحكى هذا عن على وسعيد بن المسيب ومالك واسحاق وعن أحمد ما يدل على إباحتها مطلقا فلو ضرب عنقا بالسيف فأطار رأسها حلت بذلك وروى ذلك عن على وأقضى بأكلها عمران بن حصين رضى الله عنهما وبه قال الشعبي وأبو حنيفة والثورى لأنه اجتمع قطع ما لا تبقى الحياة معه مع الذبح فأبيح

(٣) قوله « وكل ما وجد فيه الخ ، لقوله تعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ ولحديث جارية كعب ولما روى سعيد بإسناده عن أبى طلحة الأسدى قال أتيت ابن عباس رضى الله عنهما فسمعتة يقول فى شاة وقع قصبها أى الأمعاء فى الأرض فأدركتها فذبحتها بحجر يلقى ما أصاب ويؤكل ساثرها وسواء انتهت الى حال يعلم أنها لا تعيش معه أو تعيش قاله فى الشرح

(٤) قوله « وإن صارت الخ ، هكذا قال فى الرعاية الكبرى وغيرها وعنه يحل =

فصل

(الرابع) ان يذكر اسم الله عند الذبح^(١) وهو ان يقول بسم الله لا يقوم غيرها مقامها^(٢) الا الأخرس فانه يوصى الى السماء^(٣) فان ترك التسمية عمدا لم تبسح وان تركها ساهيا أبيحت^(٤) وعنه تبسح في الحالين وعنه لا تبسح فيهما

== إذا ذكى قبل موته اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى : متى ذبح فخرج منه الدم الأحمر الذي يخرج من المذكي المذبوح في العادة ليس هو دم الميت فانه يحل أكله وان لم يتحرك

(١) قوله «الرابع» ان يذكر اسم الله عند الذبح ، اعلم ان الصحيح من المذهب ان ذكر الله يكون عند حركة يده وقال جماعة من الأصحاب يكون عند الذبح أو قبله قريبا فصل بكلام أو لا واختاروه

(٢) قوله « وهو ان يقول بسم الله الخ » ، هذا المذهب نص عليه لأن اطلاق التسمية ينصرف اليها وقد ثبت ان رسول الله ﷺ كان إذا ذبح قال بسم الله والله أكبر وقيل يكفي تكبير الله تعالى ونحوه كالتسبيح والتحميد . وان ذكر اسم الله بغير العربية أجزأه وإن أحسن العربية وهذا المذهب لأن المقصود ذكر اسم الله تعالى وهو يحصل بجميع اللغات

(٣) قوله « إلا الأخرس الخ » ، تبسح ذبيحة الأخرس إجماعا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحتها الأخرس ، وقال الأصحاب يشير عند الذبح إلى السماء ونحوه قال الشعبي وهو من مفردات المذهب لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق

(٤) قوله « فان ترك التسمية الخ » ، هذا المذهب فيهما روى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما وبه قال أبو حنيفة والثوري ومالك واسحاق ومن أباح ما نسيت التسمية عليه عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن أبي ليلى وجعفر بن محمد وربيعة وعن أحمد انها مستحبة وليست شرطا في عمد ولا سهو وبه قال الشافعي واختاره أبو بكر لما روى انه رخص أصحاب رسول الله ﷺ في أكل ما لم يذكر اسم الله عليه وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال يا رسول الله أرأيت الرجل يذبح وينسى أن يسمى فقال اسم الله على كل مسلم =

وتحصل ذكاة الجنين بذكاة أمه اذاخرج ميتا او متحركا كحركة المذبوح^(١) وان

== رواه ابن عدى والدارقطنى ولأن التسمية لو اشترطت لما حلت الذبيحة مع الشك في وجودها لأن الشك في الشرط شك في المشروط والذبيحة مع الشك في وجود التسمية حلال بدليل حل ذبيحة أهل الكتاب مع ان الأصل عدم إتيانهم بها بل الظاهر انهم لا يسمون ووجه الأول ما روى الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد أن النبي ﷺ قال ذبيحة المسلم حلال وان لم يسم ما لم يتعد ، رواه سعيد لكن الأحوص ضعيف وعن ابن عباس رضى الله عنهما فيمن نسي التسمية قال المسلم فيه اسم الله تعالى وان لم يذكر التسمية رواه سعيد بإسناد جيد وعن القاسم ابن محمد قال قال عمر رضى الله عنه : لا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه رواه سعيد والآية محمولة على تركها عمداً لقوله تعالى ﴿ وانه لفسق ﴾ والأكل مما نسيته عليه التسمية ليس بفسق لقوله ﷺ ﴿ عني لأمتي عن الخطأ والنسيان ، الخ قال أحمد رحمه الله تعالى في قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ﴾ يعنى الميتة إذا ثبت هذا فالتسمية مع العمد شرط سواء كان الذابح مسلماً أو كتابياً فان ترك الكتابى التسمية عمداً وذكر اسم غير الله لم تبج ذبيحته روى ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال النخعي والشافعى وحماد واسحاق وأصحاب الرأى وقال عطاء ومكحول إذا ذبح الكتابى باسم المسيح حل لأن الله تعالى أحل لنا ذبيحتهم وقد علم انهم يقولون ذلك ولنا قول الله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ وقوله ﴿ وما أهل لغير الله به ﴾ والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم وان لم يعلم أسمى الذابح أم لا أو ذكر اسم غير الله أم لا فذبيحته حلال لأن الله تعالى أباح لنا كل ما ذبحه المسلم والكتابى وقد علم اننا لا نقف على كل ذابح ، وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنهم قالوا يا رسول الله ان قوماً هم حديثو عهد بشرك يأتوننا بلحم لا ندرى أذكروا اسم الله أم لم يذكروه قال ﴿ سمو أتمم وكلوا ، أخرجه البخارى

(١) قوله ذكاة الجنين الخ ، ما قاله المصنف هنا هو المذهب روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب والنخعي والشافعى واسحاق وابن المنذر وقال ابن عمر رضى الله عنهما ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر وروى ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد والزهرى والحسن وقتادة ومالك والليث والحسن بن صالح لأن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون إذا أشعر ==

كانت فيه حياة مستقرة لم يبيح الا بذبحه وسواء أشعر أو لم يشعر^(١)

فصل

ويكره توجيه الذبيحة الى غير القبلة^(٢) والذبح بألة كالة وإن يحد السكنن والحيوان يبصره ، وان يكسر عنق الحيوان أو يسلخه حتى يبرد^(٣) فان فعل أساء وأكلت . وإذا ذبح الحيوان ثم غرق في ماء أو وطئ عليه شيء يقتله مثله فهل يحل؟ على روايتين^(٤) . وإذا ذبح الكتابي ما يحرم عليه كذى الظفر لم

== الجنين فذكاته ذكاة أمه رواه سعيد وقال أبو حنيفة لا يحل إلا أن يخرج حياً فيذكى لأنه حيوان ينفرد بحياته فلا يذكى بذكاة غيره كما بعد الوضع . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال ذكاة الجنين ذكاة أمه ، رواه أبو داود بإسناد جيد ولاحد والترمذى وحسنه ابن ماجه مثله من حديث أبي سعيد قال الترمذى والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، ورواه الدارقطنى من حديث ابن عمر وأبي هريرة قال ابن المنذر وكان الناس على اباحتها يعنى ما شعر لا نعلم أحداً خالف ما قالوا إلا النعمان

(١) قوله ، وان كان فيه حياة مستقرة الخ ، هذا المذهب نقله الجماعة لأنه نفس أخرى وهو مستقل بحياته

(٢) قوله ، ويكره توجيه الذبيحة الخ ، هذا المذهب روى ذلك عن ابن عمر وابن سيرين وعطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وكره ابن عمر وابن سيرين أكل ما ذبح لغير القبلة والأكثر على أنه لا يكره لأن أهل الكتاب يذبحون لغير القبلة وقد أحل سبحانه ذبائحهم

(٣) قوله ، وان يكسر عنق الخ ، وكذا لا يقطع عضواً منه حتى تزهد نفسه يعنى يكره ذلك وهذا المذهب وقال القاضى وغيره يحرم فعل ذلك فى الانصاف وما هو بعيد

(٤) قوله ، وإذا ذبح الحيوان الخ ، أحدهما لا يحل وهو المذهب وهو من مفرداته قال المصنف هذا المشهور قال فى الفروع هذا الأشهر واختاره الحرقي وأبو بكر قال فى الكافى وهو المنصوص لقوله ﷺ فى حديث عدى بن حاتم فى==

يحرم علينا^(١) وإن ذبح حيوانا غيره لم تحرم علينا الشحوم المحرمة عليهم^(٢) وهو شحم الثرب والكليتين في ظاهر كلام أحمد رحمه الله واختاره ابن حامد وحكاه عن الخرقى في كلام مفرد . واختار أبو الحسن التميمي والقاضي تحريمه^(٣) وإن ذبح لعبيده أو ليتقرب به الى شيء مما يعظمونه لم يحرم نص عليه^(٤)

== الصيد وان وقعت في الماء فلأن كل وقال ابن مسعود رضى الله عنه من رمى طائراً فوق في ماء فغرق فيه فلا يأكله ولأن الغرق سبب يقتل فاذا اجتمع ما يبيح ويحرم غلب التحريم والثانية محل قال المصنف والشارح وبه قال أكثر أصحابنا المتأخرين قال في الفروع اختاره الأكثر قال الزركشى وهو الصواب وهو قول أكثر الفقهاء لأنها إذا ذبحت صارت في حكم الميت

(١) قوله : و اذا ذبح الكتابي ما يحرم عليه ، أى كذى الظفر مثل الابل والنمامة والبط وما ليس بمشقوق الأصابع ، هذا أحد الوجوهين أو الروايتين لأنه من أهل الذكاة وذبح ما يحل لنا أشبه المسلم ، والثانية يحرم علينا قال في الحاوى الكبير لفقد قصد الذكاة منه وجزم به في الوجيز والمنور

(٢) قوله : وان ذبح حيوانا غيره الخ ، ما قدمه المصنف هنا هو المذهب ، لما روى عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال أصبت جراباً من شحم يوم خيبر فالترمته فقلت لا أعطى اليوم أحداً شيئاً فالتفت فاذا رسول الله ﷺ يضحك رواه مسلم . ولأنها ذكاة أباح اللحم فأباح الشحم كذكاة المسلم

(٣) قوله : واختار أبو الحسن الخ ، وحكاه التميمي عن الضحاك ومجاهد وهو قول مالك لأن الله تعالى قال ﴿ وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم ﴾ وليس هذا من طعامهم

[فائدتان] لا يحل لمسلم أن يطعمهم شحماً من ذبحنا نص عليه لبقاء تحريمه جزم به المجد وغيره وقدمه في الفروع وغيره وقال ابن عقيل في كتاب الروايتين نسخ في حقه أيضاً انتهى . وتحل ذبيحتنا لهم مع اعتقادهم تحريمها لأن الحكم لا اعتقادنا

(الثانية) في بقاء تحريم السبب عليهم وجهان وأطلقهما في المحرر وشرحه والنظم والرعايتين والحاويين ، وفائدتهما حل صيدهم فيه وعدمه

(٤) قوله : وان ذبح لعبيده الخ ، هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب لما ==

ومن ذبح حيوانا فوجد في بطنه جرادا او طائرا فوجد في حوصلته حبا او وجد الحب في بعر الجمل لم يحرم ^(١) وعنه يحرم

كتاب الصيد ^(٢)

ومن صاد صيدا فأدركه حيا حياة مستقرة لم يحل الا

== روى عن الرباض بن سارية رضى الله عنه انه سئل عنه فقال كلوا وأطعموني رواه سعيد وعن أبي امامة وأبي الدرداء رضى الله عنهما كذلك رواهما سعيد ورخص فيه عمر بن الأسود ومكحول وضمرة بن حبيب لقوله تعالى ﴿ وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم ﴾ وهذا من طعامهم وعنه لا يحرم اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال ابن عقيل عندي أن يكون ميتة لأنه أهل به لغير الله تعالى وهو قول ميمون بن مهران

[تنبيه] محل ما تقدم إذا ذكر اسم الله عليه ، فأما إذا ذكر اسم غير الله عليه فقال في المحرر والحاوي الكبير فيه روايتان منصوصتان أصحابهما عندي تحريمه قال في الفروع ويحرم على الأصح ان يذكر غير اسم الله عليه قطع به المصنف وغيره وعنه لا يحرم وتقدم نقل الخلاف فيه عند قول المصنف الثاني التسمية قريبا (١) قوله « ومن ذبح حيوانا الخ ، هذا الصحيح من المذهب ، وهو مذهب الشافعي في السمكة توجد في بطن أخرى دون ما في حوصلة الطائر لأنه صار كالجميع ولنا قوله ﷺ أحلت لنا ميتتان ودمان الخ

(٢) الأصل في إباحة الصيد الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ الآية وقوله ﴿ وإذا حلتم فاصطادوا ﴾ وقوله تعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين ﴾ الآية وأما السنة فروى ابو ثعلبة الخشني رضى الله عنه قال أتيت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله أنا بأرض صيد أصيد بقوسى وأصيد بكلي المعلم وأصيد بكلي الذى ليس بمعلم فأخبرني ماذا يصلح لى قال أما ما ذكرت انكم بارض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكليك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكليك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل متفق عليه وعن عدى بن حاتم قال قلت يا رسول الله انانرسل الكلب المعلم فيمسك علينا قال كل قلت فان قتل قال كل وان قتل ما لم ==

بالذكاة^(١) فان خشى موته ولم يجد ما يذكيه به أرسل الصائد له عليه حتى يقتله في إحدى الروايتين^(٢) واختاره الخرقى فان لم يفعل وتركه حتى مات لم يحل وقال القاضى يحل والرواية الأخرى لا يحل الا أن يذكيه وإن رمى صيدا فأثبتته^(٣)

== يشركه كلب غيره قال وسئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض قال ما خرق فكل وما قتل بعرضه فلا تأكل ، متفق عليه

(١) قوله « ومن صاد صيدا الخ ، مراده بالاستقرار ان تكون حركته فوق حركة المذبوح مطلقا وان يتسع الوقت لتذكيته ، فاذا كانت حركته فوق حركة المذبوح واتسع الوقت لتذكيته لم يبيح إلا بالذكاة على الصحيح من المذهب قال قتادة يأكله ما لم يتوان في ذبحه أو يتركه عمدا وهو قادر على ذكاته ونحوه قول مالك والشافعى وروى ذلك عن الحسن والنخعي وقال أبو حنيفة لا يحل لأنه أدركه وفيه حياة مستقرة فتعلقت إباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان ولنا أنه لم يقدر على ذكاته من وجه ينسب فيه إلى التفريط ولم يتسع لها الزمان فكان عقره ذكاته وأما اذا أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها زمناً طويلاً وأمكنه ذكاته ولم يذكه لم يبيح سواء كان بجرح لا يعيش معه أولاً ، وبه قال مالك والليث والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى

(٢) قوله « فان خشى موته الخ ، اختلف قول أحمد في هذه المسئلة فعنه مثل قول الخرقى وهو قول الحسن وإبراهيم وهذه الرواية من مفردات المذهب وهى اختيار أكثر الأصحاب والرواية الأخرى لا يحل حتى يذكيه قال فى موضع انى لأشعر من هذا وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم لأنه مقدور عليه فلم يبيح بقتل الجارح ووجه الأول أنه صيد قتله الجارح له من غير امكان ذكاته فأبيح كما لو أدركه ميتاً

[فائدتان] (الأولى) لو اصطاد بآلة مضمومة كان الصيد للمالك جزم به ناظم المفردات وهو منها

(الثانية) لو امتنع الصيد على الصائد من الذبح بأن جعل يعدو منه يومه حتى مات تعباً ونصباً فذكر القاضى انه يحل واختار ابن عقيل لا يحل لأن الاتعاب يعينه على الموت فصار كالماء وظاهر الفروع الاطلاق

(٣) قوله « فأثبتته ، أى منعه عن الامتناع وحبسه عنه ملسكه

ثم رماه آخر فقتله لم يحل^(١) ولمن أثبتته قيمته مجروحاً على قاتله إلا أن يصيب الأول
مقتله دون الثاني أو يصيب الثاني مذبحه فيحل^(٢) وعلى الثاني ما خرق من جلده^(٣)
وان أدرك الصيد متحركاً كحركة المذبوح فهو كالميتة ومتى أدركه ميتاً حل^(٤)
بشروط أربعة أحدها أن يكون الصائد من أهل الذكاة^(٥) فان رمى مسلم ومجوسى
صيداً أو أرسل عليه جارحاً أو شارك كلب المجوسى كلب المسلم في قتله لم يحل^(٦)

(١) قوله « لم يحل » أى لأنه صار مقدوراً عليه فلم يبيح إلا بذبحه

(٢) قوله « فيحل » أى لأنه ذكاة فان ادعى كل واحد منهما انه الأول حلف
وبرىء من الضمان لأن الأصل براءة ذمته

(٣) قوله « وعلى الثاني ما خرق من جلده » لأنه لم يتلف سوى ذلك وهذا
المذهب فى ذلك

(٤) قوله « ومتى أدرك الصيد الخ » وكذا لو كان فوق حركة المذبوح ولكن
لم يتسع الوقت لتذكية أى فلا يحتاج إلى تذكية لأن عقره ذكاته

(٥) قوله « أحدها أن يكون الصائد الخ » هذا المذهب لقوله عليه الصلاة
والسلام « فان أخذ الكلب ذكاة » متفق عليه والصائد بمنزلة المذكى فيشترط فيه
الاهلية وفى المجوسى رواية ما صاده من سمك وجراد أنه يحل لما روى سعيد حدثنا
اسماعيل بن عياش حدثنى عبد الله بن عبيد الكلاعى عن سليمان بن موسى عن
الحسن قال أدركت سبعين رجلاً من أصحاب النبي ﷺ يأكلون من صيد المجوس .
اسماعيل عن الشاميين حجة

(٦) قوله « فان رمى مسلم ومجوسى الخ » بلا نزاع لقوله ﷺ « إذا أرسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان وجدت معه غيره فلا تأكل ، انما
سميت على كلبك ولم تسم على غيره » متفق عليه ولأنه اجتمع فى قتله مبيح ومحرم
فغلبنا التحريم ولأن الأصل الحظر فاذا شككنا فى المبيح رد إلى أصله

[فائدة] لو وجد مع كلبه كلباً آخر وجعل حاله هل سعى أم لا وهل استرسل
بنفسه أم لا أو جعل حال مرسله هل هو من أهل الصيد أم لا ولا يعلم أيهما قتله
أو يعلم انهما قتلاه معاً أو علم ان المجهول هو القاتل لم يبيح قولاً واحداً وان علم =

وان أصاب سهم أحدهما المقتل دون الآخر فالحكم له^(١) ويحتمل أن لا يحل وإن رد كلب المجوسى الصيد على كلب المسلم فقتله حل وإن صاد المسلم بكلب المجوسى حل وعنه لا يحل وإن صاد المجوسى بكلب مسلم لم يحل وإن أرسل المسلم كلباً فزجره المجوسى حل صيده وإن أرسله مجوسى فزجره مسلم لم يحل

فصل

(الثانى) الآلة وهو نوعان محدد^(٢) فيشترط له ما يشترط لآلة الذكاة ولا بد من جرحه به^(٣) فإن قتله بثقله لم يبيح^(٤) وإن صاد بالمعراض أكل ما قتل بحده دون عرضه^(٥) وإن نصب مناجل أو سكاكين وسمى عند نصبها فقتلت صيدا

== حال الكلب الذى وجده مع كلبه وإن الشرائط المعتبرة قد وجدت فيه حل ثم إن كان الكلبان قتلاه معا فهو لصاحبهما وإن علم أن أحدهما قتله فهو لصاحبه وإن جهل الحال فإن كان الكلبان متعلقان به فهو بينهما وإن كان أحدهما متعلقاً به فهو لصاحبه وعلى من حكم له به التمين

(١) قوله « وإن أصاب سهم أحدهما الخ » هذا المذهب لأنه هو القاتل فوجب أن يرتب عليه الحكم

[فائدة] مالا يفتقر الى الذكاة كالخوت والجراد يباح إذا صاده المجوسى ومن لا تحل ذبيحته وقد أجمع على ذلك أهل العلم غير أن مالكا والليث وأبا ثور شذوا عن الجماعة فقال مالك والليث لا نرى أن يؤكل الجراد إذا صاده المجوسى ورخصا فى السمك وأباح أبو ثور صيد المجوسى وذبيحته

(٢) قوله « الثانى الآلة الخ » أى فيشترط لها ما يشترط لآلة الذكاة على ما تقدم فى باب الذكاة

(٣) قوله « ولا بد من جرحه به » نص عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي « ماريت بالمعراض فخرق فلكه وإن أصاب بعرضه فلا تأكله » متفق عليه

(٤) قوله « فإن قتله بثقله لم يبيح » أى كشبكة وفخ وبندقه ولو شنته نقله الميمونى ولو قطعت حلقومه ومر به لأنه وقيد فيدخل فى عموم الآية

(٥) قوله « وإن صاد بالمعراض الخ » قال أحمد المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد فربما أصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح بلا نزاع وربما أصاب بعرضه ==

أبيح^(١) وإن قتل بسهم مسموم لم يبيح إذا غلب على الظن أن السم اعان على قتله^(٢)، ولو رماه فوق في ماء أو تردى من جبل أو وطئ عليه شيء فقتله لم يحل^(٣) إلا أن يكون الجرح موحياً كالذكاة فهل يحل؟ على روايتين^(٤). وإن

== فقتل بثقله فيكون موقوذاً فلا يباح مطلقاً وهذا الصحيح من المذهب وهذا قول على وعثمان وعمار وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال النخعي والحكم ومالك والثوري والشافعي وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور، وقال الأوزاعي والحكم وأهل الشام يباح ما قتل بحده وعرضه وقال في المستوعب والترغيب ولم يجرحه لم يبيح فظاهر كلامهما أنه إذا جرحه بعرضه يباح قال في الفروع وهو ظاهر نصوصه وقال ابن عمر ما رمى الصيد بجلاهدق أو معراض فهو من الموقوذة وبه قال الحسن . ولنا ما روى عدى بن حاتم قال سئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض فقال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فهو وقيد فلا تأكل ، متفق عليه وهذا نص صريح » (١) قوله « وإن نصب مناجل الخ ، إذا سمي عند نصبها وقتلت صيداً فلا يخلو إما أن يجرحه أو لا فإن جرحه حل بلا نزاع وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما وقاله الحسن وقادة لأن النصب جرى مجرى المباشر في الضمان فكذا في الإباحة . وقال الشافعي لا يباح بحال كما لو نصب سكيناً فذبحت شاة وأما إذا لم يجرحه المعراض فإنه لا يباح على الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي

(٢) قوله « وإن قتل بسهم مسموم الخ ، أي لأنه اجتمع مبيح ومحرم فغلب المحرم لأن القتل بالسهم محرم فإما أن علم أن السم لم يعن على قتله لكون السهم أوحى منه فهو مباح

(٣) قوله « وإن رماه فوق في إماء الخ ، أي لأنه يغلب على الظن موته بالمشارك

(٤) قوله « إلا أن يكون الجرح موحياً الخ ، إحداهما لا يحل وهو المذهب وهو ظاهر قول ابن مسعود وعطاء وأصحاب الرأي والثانية يحل قال المصنف وبه قال أكثر أصحابنا المتأخرين قال في الفروع اختاره الأكثر قال الزركشي وهو الصواب وصححه ابن عقيل في الفصول وصاحب تصحيح الحرر واختاره ابن عبدوس وهو قول الشافعي ومالك والليث وقادة وأبي ثور لأن هذا صار في حكم ==

رماه في الهواء فوق على الأرض فمات حل^(١) وإن رمى صيدا فغاب عنه ثم
وجده ميتا لا أثر به غير سهمه حل^(٢) وعنه ان كانت الجراح موحية حل وإلا
فلا^(٣) وعنه ان وجده في يومه حل والافلا^(٤)، وان وجد به غير أثر سهمه بما

== الميت بالذبح فلا يؤثر فيه ما أصابه ووجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام « فان
وجدته غريقا في الماء فلا تأكل » متفق عليه ولأنه يحتمل ان الماء أعان على خروج
روحه فصار بمنزلة ما لو كانت الجراحة غير موحية ولا خلاف في تحريمه اذا كانت
الجراح غير موحية فاما إن وقع في الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجا
عن الماء أو يكون من طير الماء الذي لا يقتله الماء أو كان التردى لا يقتل مثل ذلك
الحيوان فلا خلاف في اباحته

(١) قوله « فان رماه في الهواء الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعي وأبو ثور
وأصحاب الرأي وقال مالك لا يحل الا أن تكون الجراح موحية أو يموت قبل
سقوطه وعن أحمد مثل ذلك لقوله تعالى ﴿ والمتردية ﴾ ولأنه اجتمع المبيح
والحاضر فغلب الحظر كما لو غرق ولنا أنه سقط بالاصابة سقوطا لا يمكن الاحتراز
منه فوجب أن يحل كما لو أصاب الصيد فوقع على جنبه

(٢) قوله « وان رمى صيدا الخ » ما قدم المصنف هنا هو المذهب وهذا قول
الحسن وقتادة لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي ﷺ
فقال يا رسول الله أفنتي في سهمي قال ما رد عليك سهمك فكل قال فان تغيب عنى
قال وان تغيب عنك ما لم تجد فيه غير سهمك رواه أبو داود . ولان جرحه بسهمه
سبب اباحته وقد وجد يقينا والمعارض له مشكوك فيه . ولا فرق بين أن تكون
الجراحة موحية أو لا وجده ميتا في يومه أو غيره لكن لو غاب قبل تحقق الاصابة
ثم وجده عقيرا وحده والسهم والكلب ناحية لم يبيح

(٣) قوله « وعنه ان كانت الخ » أى لأنه اذا كان كذلك ظهر اسناد الزهوق
اليه وان لم يكن موحيا لم يظهر اسناد الزهوق اليه

(٤) قوله « وعنه ان وجده في يومه الخ » لما روى ابن عباس رضى الله عنهما
قال إذا رميت فأقعصت فكل وان رميت فوجدت فيه سهمك من يومك أو ليلتك
فكل وان غاب عنك فلا تأكل لأنك لا تدري ما حدث بعدك لكن لا يقال الأول ==

يحتمل ان يكون اعان على قتله لم يبيح^(١) وان ضربه فابان منه عضوا وبقيت فيه حيوة مستقرة لم يبيح ما بان منه^(٢) وان بقي معلقا بجلده حل^(٣) وان ابانه ومات في الحال حل الجميع^(٤) وعنه لا يباح ما ابان منه وان أخذ قطعة من حوت وأفلت حيا أبيع ما أخذ منه^(٥) واما ما ليس بمحدد كالبنديق والحجر

== مطلق وهذا مقيد فيحمل عليه لأن هذا مبين له وقد جاء مصرحا به في حديث عبد مرفوعا انه قال إذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس فيه إلا أثر سهمك فكل وان وجدته غريبا في الماء فلا تأكل متفق عليه

(١) قوله « وان وجد به غير أثر سهمه الخ ، أى لما تقدم وهذا المذهب وعليه الأصحاب

(٢) قوله « وان ضربه الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من حى فهو ميت ، وعنه ان ذكى حل بكبئته

(٣) قوله « وان بقي معلقا بجلده حل ، هذا بلا نزاع

(٤) قوله « وان ابانه ومات في الحال الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وسواء كانت القطعتان متساويتين أو متفاوتتين وبهذا قال الشافعي وروى ذلك عن عكرمة والنخعي وقتادة وقال أبو حنيفة ان كانتا متساويتين أو التي مع الرأس أقل حلتا وان كانت الأخرى أقل لم تحل وحل الرأس وما معه لقوله صلى الله عليه وسلم « ما أبين من حى فهو ميت ، وأما إذا ابان منه عضوا ولم تبق فيه حياة مستقرة ففيها روايتان أشهرهما عن أحمد اباحهما قال أحمد رحمه الله تعالى انما حديث النبي صلى الله عليه وسلم ما أبين من حى فهو ميتة اذا قطعت وهى حية تمشى وتذهب فاما ان كانت البينونة والموت جميعاً أو بعده بقليل إذا كان في علاج الموت فلا بأس به ألا ترى الذى يذبح ربما مكث ساعة وربما مشى حتى يموت وهذا مذهب الشافعي وروى ذلك عن علي وعطاء والحسن وقال قتادة والحسن وعكرمة ان وقعا معاً أكلهما وان مشى بعد قطع العضو أكله ولم يأكل العضو ، والرواية الثانية لا يباح ما بان منه وهو قول أبي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « ما أبين من حى فهو ميتة ،

(٥) قوله « وان أخذ قطعة الخ ، أى لأن أقصى ما فيه أن يكون ميتة وميتته

حلال لقوله صلى الله عليه وسلم « في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته ،

والعصا والشبكة والفتح فلا يباح ما قتل به لانه وقيد . النوع الثاني :
الجارحة فيباح ما قتله اذا كانت معلية (١) الا الكلب الاسود البهم
فلا يباح صيده (٢) . والجوارح نوعان : ما يصيد بناه كالكلب والفهد
فتعليمه بثلاثة أشياء : ان يسترسل إذا أرسل ، وينزجر إذا زجر (٣) ، وإذا
أمسك لم يأكل ، ولا يعتبر تكرر ذلك منه (٤) ، فان أكل بعد تعلمه لم يحرم

(١) قوله « فيباح ما قتله النخ ، لا خلاف في اعتبار شرط التعليم في الجارحة
لقوله تعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونن مما علمكم الله فكلوا مما
أمسكن عليكم ﴾ . وحيث ما قتله الجارحة جرحا وغنه وصدما وخنقا اختاره ابن
حامد ومحمد الجوزي

(٢) قوله « الا الكلب النخ ، الأسود البهم هو الذي لا يبيض فيه على الصحيح
من المذهب نص عليه وعليه أكثر الاصحاب فيحرم صيده مطلقا على الصحيح من
المذهب وعليه الاصحاب وهو من مفردات المذهب . ومن كره صيده الحسن
والنخعي وقتادة وإسحاق ، وأباح صيده مالك والشافعي وأبو حنيفة لعدم الآية
والخبر والقياس على غيره من الكلاب . ولنا انه كلب محرم اقتناؤه فلم يباح صيده
كغيره المعلم لقوله ﷺ « د اقلوا منها كل اسود بهم » ، رواه سعيد ولأنه عليه الصلاة
والسلام أمر بقتله وقال انه شيطان رواه مسلم وهو العلة والسواد علامة كما يقال
إذا رأيت صاحب السلاح فاقله فانه مرتد فالعلة الردة ، قال أحمد ما أعلم أحدا
يرخص فيه يعني من السلف . ونقل اسماعيل بن سعيد الكراهة وعنه ومثله في احكامه
ما بين عينيه بياض جزم به في المغني والشرح

[فائدة] يحرم اقتناؤه قولاً واحداً قال جماعة من الاصحاب للأمر بقتله قال
في الفروع فدل على وجوبه ونقل موسى بن سعيد لا بأس به

(٣) قوله « وينزجر إذا زجر » ، قال في المغني : لا في وقت رؤية الصيد
وقاله في الوجيز

(٤) قوله « وإذا أمسك لم يأكل النخ » ، هذا المذهب وحكى عن ربيعة ومالك
انه لا يشترط ترك الاكل لما روى أبو ثعلبة قال قال رسول الله اذا أرسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل ذكره أحمد ورواه ابو داود ولنا ما روى =

ما تقدم من صيده^(١) ولم يبيع ما أكل منه في إحدى الروايتين^(٢) والأخرى

== عدى بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال فان أكل فلا تأكل فاني أخاف انما يكون أمسك على نفسه متفق عليه وهذا أولى لأنه أصح ولا يعتبر تكرار ذلك منه وهذا المذهب لأنه تعلم صنعة أشبه سائر الصنائع. وقال القاضي يعتبر تكرار ذلك منه مرة بعد أخرى حتى يصير معلما في العرف وأقل ذلك ثلاثا نصره في المغنى وهو قول أبي يوسف ومحمد

(١) قوله لم يحرم ما تقدم من صيده ، هذا المذهب بلا ريب وعليه جماهير الاصحاب وهذا قول أكثر أهل العلم، وعنه يحرم واختاره بعضهم قال في الانصاف وهو بعيد انتهى وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه لو كان معلما ما أكل . ولنا عموم الآية والاحبار

(٢) قوله ولم يبيع ما أكل منه الخ ، وهو المذهب يروى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم وبه قال عطاء وطاوس وعبيد بن عمير والشعبي وسويد بن غفلة وأبو بردة وسعيد بن جبير وعكرمة والضحاك وقتادة واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه والثانية يباح روى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وسليمان وأبي هريرة وابن عمر حكاها عنهم الامام احمد وبه قال مالك ، وللشافعي قولان كالمذهبين ، واحتج من أباحه بعموم قوله سبحانه ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ ولحديث أبي ثعلبة ولأنه صيد جارح معلم فأبيع ولنا قوله ﷺ في حديث عدى بن حاتم واذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل مما أمسك عليك قلت وان قتل قال وان قتل الا أن يأكل الكلب فان أكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه ، متفق عليه ولأن ما كان شرطا في الصيد الاول كان شرطا في سائر صيده كالارسال والتعليم فاما الآية فلا تتناول هذا الصيد لأنه قال بما أمسكن عليكم وهذا انما أمسك على نفسه وأما حديث أبي ثعلبة فقال أحمد رحمه الله تعالى يختلفون فيه عن هشيم

[فائدتان] لو شرب من دمه لم يحرم نص عليه وعليه الاصحاب

(الثانية) لا يخرج بأكله عن كونه معلما على الصحيح من المذهب

يحل . والثاني ذو الخلب كالبازي والصقر والعقاب والشاهين فتعليمه بأن
يسترسل اذا أرسل ويجب اذا دعي^(١) ولا يعتبر ترك الأكل . ولا بد ان
يجرح الصيد فان قتله بصدمة أو خنقه لم يباح^(٢) وقال ابن حامد يباح ، وما
أصابه فم الكلب هل يجب غسله ؟ على وجهين^(٣)

فصل

(الثالث) ارسال الآلة قاصدا للصيد فان استرسل الكلب بنفسه أو غيره

(١) قوله « فتعليمه بأن يسترسل الخ » ، فعلى هذا يباح صيده وان أكل منه بلا
نزاع وبه قال ابن عباس واليه ذهب النخعي وحامد والثوري وأبو حنيفة وأصحابه
وعن الشافعي على أنه كالكلب في تحريم ما أكل منه من صيده لأن مجالدا روى
عن الشعبي عن عدى عن النبي ﷺ فان أكل الكلب والبازي فلا تأكل ولنا اجماع
الصحابة فروى الخلال بإسناده عن ابن عباس قال إذا أكل الكلب فلا تأكل وان
أكل الصقر فكل لأنك تستطيع ان تضرب الكلب ولا تستطيع ان تضرب الصقر
وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة اباحة ما أكل منه الكلب وخالفهم ابن عباس في
الكلب ووافقهم في الصقر ولم ينقل عن احد في عصرهم خلافهم

(٢) قوله « ولا بد ان يجرح الخ » ، وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وهو
قول أكثر أهل العلم وقال ابن حامد يباح وهو رواية عن احمد واختاره ابو محمد
الجوزى وهو ظاهر كلام الخرقى وهو قول الشافعي لعموم الآية والخبر . ولنا انه
قتله بغير جرح أشبه ما لوقته بالحجر والبندق ولأن الله تعالى حرم الموقوذة وهذا
كذلك وهذا يخص ما ذكروه وقوله ﷺ « ما أنهر الدم فكل » يدل على انه لا يباح
ما لم ينهر الدم

(٣) قوله « وما أصابه فم الكلب الخ » ، وهما روايتان أحدهما يجب غسله
وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأن نجاسته قد تيقنت فيجب غسل ما أصابه
كبوله والثاني لا يجب صححه في التصحيح وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز لان
الله تعالى ورسوله ﷺ أمرا بأكله ولم يأمرنا بغسله

لم يبيع صيده وان زجره^(١) الا أن يزيد عدوه بزجره فيحل^(٢). وان أرسل كلبه او سهمه الى هدف فقتل صيدا أو أرسله يريد الصيد ولا يرى صيدا لم يحل صيده إذا قتله^(٣) وإن رمى حجرا يظنه صيدا فأصاب صيدا لم يحل^(٤) ويحتمل ان يحل. وان رمى صيدا فأصاب غيره او رمى صيدا فقتل جماعة حل^(٥). وإن

(١) قوله « الثالث الخ » هذا المذهب عند أكثر الأصحاب رواية واحدة وبه قال ربيعة ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقال عطاء والاوزاعي يؤكل صيده إذا جرح الصيد وقال عطاء إذا سمى عند انقلابه ابيع وروى بإسناده عن ابن عمر رضی الله عنهما انه سئل عن الكلاب تنقلب من مرابطها فتصيد الصيد قال اذا ذكر اسم الله تعالى فكل قال اسحاق فهذا الذي اختار اذا لم يتمم هو ارساله من غير ذكر اسم الله عليه قال الخلال هذا قول ابى عبد الله ولنا قوله ﷺ إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل متفق عليه ، ولأن ارسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح ولهذا اعتبرت التسمية معه

(٢) قوله « الا ان يزيد الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يباح وعن مالك كالمذمومين . ولنا ان زجره له أثر في عدوه فصار كما لو أرسله لأن فعل الآدمي اذا انضاف الى فعل البهيمة كان الاعتبار بفعل الانسان (٣) قوله « وان أرسل كلبه الى هدف الخ » هذا المذهب لأن قصد الصيد شرط وكذلك ان قصد انسانا او حجرا فأصاب صيدا لم يحل لأنه لم يقصد صيدا ليكون القصد لا يتحقق الا بعلبه وبهذا قال الشافعي. وقال الحسن ومعاوية بن قرة يأكله لعموم الآية والخبر ولأنه قصد الصيد فحل له ما صاده كما لو رآه

على قوله « هدف » الهدف ما ارتفع من بناء أو كتيب رمل أو جبل (٤) قوله « وان رمى حجراً الخ » هذا أحد الوجهين جزم به في الوجيز وغيره لأنه لم يقصد صيداً على الحقيقة ويحتمل ان يحل اختاره المصنف والناظم لأنه قصد الصيد أشبه ما لو رآه

(٥) قوله « وان رمى صيدا فأصاب غيره الخ » قال في الانصاف بلا نزاع أعله وكذا لو أرسل كلبه إلى صيد فصاد غيره على الصحيح من المذهب نص عليه وبه قال الثوري وقتادة وأبو حنيفة والشافعي. وقال مالك إذا أرسل كلبه على صيد بعينه فأخذ غيره لم يبيع . ولنا عموم الآية والخبر

أرسل سهمه على صيد فاعاته الريح فقتله ولو لاها ما وصل حل . وإن رمى صيدا فأنبته حل (١) فإن تحامل فأخذه غيره لزمه رده وإن لم يثبتته فدخل خيمة إنسان فأخذه فهو لأخذه (٢) ولو وقع في شبكته صيد فخرقها وذهب بها فصاده آخر فهو للشاني (٣) . وإن كان في سفينة فوثبت سمكة فوقعت في حجره فهي له دون صاحب السفينة (٤) . وإن صنع بركة ليصيد بها السمك فما

[فائدة] لو رأى سوادا وسمع حسا فظنه آدميا أو بهيمة أو حجرا فرماه فقتله فإذا هو صيد لم يبيع وبهذا قال مالك ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة يباح وقال الشافعي يباح إن كان المرسل سهمها وإن كان جارحاً لم يبيع ، واحتج من أباحه بعموم الآية والخبر

(١) قوله « وإن رمى صيداً الخ ، هذا بلا نزاع لأنه أزال امتناعه أشبه ما لو قتله

(٢) قوله « وإن لم يثبتته فدخل خيمة إنسان الخ ، ظاهره أنه لا يملكه من دخل في خيمته إلا بأخذه وهذا أحد الوجوه والمذهب منها لأن الأول لم يملكه لكونه ممتنعاً فملكه الثاني بأخذه وقيل يملكه بمجرد دخول الخيمة قال في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة هو لصاحب الخيمة قال في تصحيح المحرر هذا المذهب وقال في الترغيب إن دخل الصيد داره فأغلق بابه أو دخل برجه فسد المنافع أو حصلت سمكة في بركته فسد مجرى الماء فقيل يملكه وقيل إن سهل تناوله منه والأفكته حجر للأحياء قال في الفروع ويحتمل اعتبار قصد التملك بغلق

[فائدة] مثل هذه المسئلة في الحكم لو دخلت داره ظبية فأغلق بابه وجعلها أو لم يقصد تملكها ومثلها أيضا أرض بها كنز قاله في الفروع

(٣) قوله « ولو وقع في شبكته الخ ، هذا بلا نزاع ونص عليه

[فائدة] لو اصطاد صيدا فوجد عليه علامة مثل قلادة في عنقه أو وجد في أذنه قرطاً لم يملكه لأن الذي صاده ملكه فلا يزول ملكه بالانقلاط وكذلك إن وجد طائراً مقصوص الجناح ويكون لقطه

(٤) قوله « وإن كان في سفينة الخ ، هذا المذهب كمن فتح حجره للأخذ ولأن السمكة من الصيد المباح فملكها بالسبق فإن وقعت السمكة في السفينة فهي لصاحب السفينة

حصل فيها ملكة^(١) وان لم يقصد بها ذلك لم يملكه^(٢) وكذلك ان حصل في أرضه سمك او عشش فيها طائر لم يملكه ولغيره أخذه . ويكره صيد السمك بالنجاسة^(٣) وصيد الطير بالشباش^(٤) وإذا أرسل صيدا وقال اعتقتك لم يزل ملكة عنه ويحتمل ان يزول ويملكه من أخذه

فصل

(الرابع) التسمية عند ارسال السهم أو الجارحة فان تركها لم يبيع سواء

(١) قوله « وان وضع بركة الخ ، قال في الانصاف هذا بلا نزاع أعله ونص عليه وكذا لو نصب خيمة لذلك أو فتح حجره للأخذ أو نصب شبكة أو شركا نص عليه أو فخا أو منجلا أو حبس جارح له أو بالجائه الى مضيق لا يمكنه أن يفلت منه

(٢) قوله « وان لم يقصد بها الخ ، هذا بلا نزاع

(٣) قوله « ويكره صيد السمك الخ ، مثل ذلك أن يترك في الماء شيء نجس كالعذرة والميتة وشبههما لياً كله السمك ليصيده كره احمد ذلك وقال هو حرام لا يصاد به وانما كرهه لما يتضمن من أكل السمك بالنجاسة فيشبهه الجلالة وكره احمد الصيد ببنت وردان وقال ان مأواها الحشوش وكره الصيد بالصفادع وقال نهى عن قتل الصفدع وعنه يحرم الصيد بالنجاسة وهو المذهب على المصطلح نقله الأكثر عن أحمد رحمه الله تعالى

(٤) قوله « وصيد الطير الخ ، وهو طائر يخيط عينيه ويربط لأن فيه تعذيب الحيوان

[فائدتان] : (الأولى) لو منعه الماء حتى صاده حل أكله نص عليه

(الثانية) تحل الطريدة وهي الصيد بين قوم يأخذونه قطعاً قال أحمد حدثنا هشيم عن منصور عن الحسن انه كان لا يرى بالطريدة بأساً كان المسلمون يفتلون ذلك في مغازيهم واستحسنه ابو عبد الله قال والطريدة الصيد يقع بين القوم فيقطع ذا بسيفه قطعة ويقطع الآخر قطعة حتى يوثق عليه وهو حي قال وليس هو عندي الا أن الصيد يقع بينهم ولا يتدرون على ذكاته فيقطعونه قطعاً . ويكره الصيد من وكره ولا يكره الصيد بليل ولا صيد فرخ من وكره ولا بما يسكر نص على ذلك

تركها عمدا او سهوا في ظاهر المذهب وعنه ان نسيها على السهم أبيع وان
نسيها على الجارحة لم يبيع

كتاب الإيمان^(١)

واليمين التي تجب به ————— الكفارة هي اليمين بالله

(١) الأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع وسنده قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ الآية وقوله ﴿ ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾ والسنة شهيرة بذلك منها قوله عليه الصلاة والسلام اعبد الرحمن بن سمره ، إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك ، متفق عليه وقوله عليه الصلاة والسلام ، اني ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها الا أتيت الذي هو خير وتحللتما ، متفق عليه وأجمعت الأمة على مشروعية اليمين وثبوت احكامها

[فوائد] تصح من مكلف مختار قاصد لليمين ولا تصح من غير مكلف للخبر وفي السكران وجان ولا تعتقد يمين مكره وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة تعتقد وتصح من الكافر وتلزمه الكفارة بالحنث سواء حنث في كفره أو بعد اسلامه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إذا حنث بعد إسلامه وقال الثوري وأصحاب الرأي لا تعتقد يمينه لعدم تكليفه . ولنا ان عمر رضي الله عنه نذر في الجاهلية ان يعتكف في المسجد الحرام فأمره النبي ﷺ بالوفاء بنذره ولا نسلم أنه غير مكلف وانما تسقط عنه العبادات باسلامه لأن الاسلام يجب ما قبله فاما ما التزمه بنذره أو يمينه فينبغي أن يبق حكمه ، والايمان تنقسم خمسة أقسام :

(احدها) واجب وهي التي ينجي بها انسانا معصوما من هلكة كما روى عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد النبي ﷺ ومعنا وائل بن حجر فأخذته عدو له فخرج القوم ان يخلصوا وحلفت أنا أنه أخى فذكرت للنبي ﷺ فقال صدقت المسلم أخو المسلم رواه أبو داود ، وكذلك انجاء نفسه مثل ان تتوجه أيمان القسامة في دعوى القسامة عليه وهو برىء

(الثاني) مندوب وهو الخالف الذي يتعلق به مصلحة من إصلاح ذات بين متخاصمين أو ازالة حقد عن قلب مسلم عن الخالف أو غيره أو دفع شر . وان حلف على فعل طاعة أو ترك معصية ففيه وجان احدهما انه مندوب اليه والثاني لا

تعالى (١) أو صفة من صفاته (٢) وأسماء الله تعالى قسيان : أحدهما ما لا يسمى به غيره نحو والله والقديم الازلي والأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء وخالق الخلق ورزاق العالمين فهذا القسم به يمين بكل حال . والثاني ما يسمى به غيره وإطلاقه ينصرف الى الله سبحانه كالرحمن والرحيم والعظيم والقادر والرب والمولى والرزاق ونحوه فهذا ان نوى بالقسم به اسم الله أو أطلق فهو يمين وإن نوى غيره فليس يمين (٣) . وأما ما لا يعد من أسمائه كالشيء

(الثالث) مباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه ، والحلف على الخبر بشيء هو صادق فيه أو يظن أنه فيه صادق فانه قال (لا يؤخذكم الله باللغو) ومن صور اللغو أن يحلف على شيء يظنه كما حلف ويتبين بخلافه

(الرابع) المكروه وهو الحلف على مكروه أو ترك مندوب قال الله تعالى ﴿ ولا تجعلوا الله عرضة لإيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس ﴾ ولقصة أبي بكر رضى الله عنه لما حلف أن لا ينفق على مسطح . ومن قسم المكروه الحلف فى البيع والشراء فانه عليه السلام قال : الحلف منفق للسلة محقق للبركة ، رواه ابن ماجه

(الخامس) المحرم وهو الحلف الكاذب قال تعالى ﴿ ويحلفون على الكذب وهم يعلمون ﴾ الآية ولأن الكذب حرام فاذا كان محل حلفه كان أشد فى التحريم وإن أبطل به حقاً واقتطع به مال معصوم كان أشد فعنه عليه السلام أنه قال : من حلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال مسلم لقي الله وهو عليه غضبان ، متفق على معناه ولقول الله فى ذلك ﴿ ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ﴾ الآية ، ومتى كانت اليمين على فعل واجب أو ترك محرم كان حلها حراماً

(١) قوله : واليمين التى يجب الخ ، أجمع أهل العلم على ان من حلف بالله فحنت ان عليه الكفارة

(٢) قوله : أو صفة من صفاته ، أى كوجه الله نص عليه وعظمته وعزته وإرادته وقدرته وعلمه فتعتقد بذلك اليمين وتجب الكفارة ولو نوى مقدوره أو معلومه أو مراده على الصحيح من المذهب

(٣) قوله : فهذا إذا نوى القسم به الخ ، أى لأنه باطلاقة ينصرف اليه وهذا =

والموجود فان لم ينو به الله تعالى لم يكن يمينا وإن نواه كان يمينا وقال القاضي لا يكون يمينا أيضا وإن قال وحق الله وعهد الله وإيم الله وأمانة الله وميثاقه وقدرته وعظمته وكبريائه وجلاله وعزته ونحو ذلك فهو يمين (١)، وإن قال

= مذهب الشافعي وإن نوى به غيره فليس بيمين لأنه يستعمل في غيره قال تعالى ﴿فارجع إلى ربك - واذكري عند ربك - فأنساه الشيطان ذكر ربه - فارزقوه منه - بالمؤمنين رءوف رحيم﴾ . وقيل رحمان الإمامة ورجل رحيم والمولى المعتق والقادر باكتسابه والعالم في البلد ورازق الجند لأنه لما أراد به غيره لم يبق يمينا لعدم تناوله لما يوجب القسم . والصحيح من المذهب أن الرحمن من أسماء الله الخاصة التي لا يسمى بها غيره قال المصنف والشارح وهذا أولى قال في الفروع والرحمن يمين مطلقا على الأصح قال الزركشي هذا الصحيح لأن ذلك إنما يسمى به غير الله تعالى مضافا كقولهم في مسيلة رحمن الإمامة وأما الرب والخالق والرازق فالصحيح من المذهب ما قاله المصنف

(١) قوله « وإن قال وحق الله الخ ، وهذا المذهب في ذلك كله فإذا قال وحق الله فهي يمين مكفرة وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا كفارة لها لأن حق الله تعالى طاعته ومفروضاته وليست صفة له . ولنا إن الله حقوقاً يستحقها لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعزة وقد اقترن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة فينصرف إلى صفة الله تعالى كقوله وقدره الله عليه

[فوائد] إذا قال وعهد الله فهي يمين مكفرة وكذا لو قال وكفالاته . وبهذا قال الحسن وطاوس والشعبي والحارث العكلي وقتادة والحكم والأوزاعي ومالك وقال عطاء وابن المنذر وأبو عبيد لا يكون يمينا إلا أن ينوى وقال الشافعي لا يكون يمينا إلا أن ينوى اليمين بعهد الله الذي هو صفته وقال أبو حنيفة ليس بيمين ولعلمهم ذهبوا إلى أن العهد من صفات الفعل فلا يكون الحلف به يمينا . ولنا أن عهد الله يحتمل كلامه الذي أمرنا الله به ونهانا لقوله تعالى ﴿ ألم أعهد إليكم يا بني آدم ﴾ وكلامه قديم صفة له ويحتمل أنه استحقاؤه لما تعبدنا به وقد ثبت له عرف الاستعمال فوجب أن يكون يمينا

(الثانية) إذا قال وأيم الله فهي مكفرة لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقسم به وانضم إليه عرف الاستعمال فوجب أن يصرف له

والعهد والميثاق وسائر ذلك^(١) ولم يصفه الى الله تعالى لم يكن يمينا^(٢) الا ان ينوى به صفة الله تعالى وعنه يكون يمينا ، وان قال لعمر الله كان يمينا^(٣)

[فائدة] : أيم كأيمن وهمزته همزة وصل تفتح وتكسر وميمه مضمومة وقالوا
أيمن الله بضم الميم والنون مع كسر الهمزة وفتحها

(الثالثة) إذا قال وأمانة الله فهي يمين مكفرة قال القاضى لا يختلف المذهب فيه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا تتعقد اليمين بها إلا أن ينوى الحلف بصفة الله لأن الأمانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق قال تعالى ﴿ انا عرضنا الأمانة ﴾ الآية وقال ﴿ ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ يعنى الودائع . ولنا أن امانة الله صفة من صفاته بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها إذا نوى ويجب حملها على ذلك عند الاطلاق

(١) قوله « وسائر ذلك » أى كالأمانة والقدرة والعظمة والكبرياء والجلال والعزة

(٢) قوله « ولم يصفه الى الله تعالى الخ » إذا نوى بذلك صفة الله كان يمينا قولاً واحداً وان أطلق لم يكن يمينا على الصحيح من المذهب لأنه يحتمل غير الله تعالى فلم يكن يمينا كالشيء والموجود وعنه يكون يمينا باطلاقه لأن اللام اذا كانت للتعريف صرفته الى عهد الله وان كانت للاستغراق دخل فيه ذلك والأول أشهر لأنه يحتمل غير ما يجب به الكفارة مع أن أحمد غلط أمر العهد وقال هو شديد فى عشرة مواضع من كتاب الله تعالى

(٣) قوله « وان قال لعمر الله الخ » هذا المذهب مطلقاً وان لم ينو به قال أبو حنيفة وقول أبي بكر هو قول الشافعى لأنها انما تكون يمينا بتقدير خبر محذوف فكأنه قال لعمر الله ما أقسم به . ولنا انه أقسم بصفة من صفات الله تعالى فكأن يمينا موجبا للكفارة كالحلف ببقاء الله وحياته كقوله تعالى ﴿ لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون ﴾ قال الشاعر :

إذا رضيت كرام بنى قشير لعمر الله أعجبنى رضاها

وقال النابغة :

فلا لعمر الذى قد زرته حججا وما أريق على الأنصاب من جسد

وقال ابو بكر لا يكون يمينا الا أن ينوى . وان حلف بكلام الله أو بالمصحف أو بالقرآن فهو يمين فيها كفارة واحدة^(١) وعنه عليه بكل آية كفارة وإن قال أحلف بالله أو أشهد بالله أو أقسم بالله أو أعزم بالله كان يمينا^(٢) وان لم

== وأما احتياجه الى التقدير فلا يضر لأن اللفظ اذا اشهر في العرف صار من الاسماء العرفية فيحمل عليه عند الاطلاق دون موضوعه الاصلى ، واما ان قال لعمرى أو لعمرك فليس بيمين في قول اكثرهم وقال الحسن هو يمين عليه الكفارة . ولنا انه أقسم بحياة مخلوق فلم تلزمه كفارة كما لو قال وحياتي وذلك لأن هذا اللفظ يكون قسما بحياة الذى أضيف اليه العمر فان التقدير لعمرك قسمى أو ما أقسم به والعمر الحياة والبقاء

(١) قوله « وان حلف بكلام الخ ، وكذا لو حلف بسورة منه أو آية ففيها كفارة » به قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك والشافعى وأبو عبيد وعامة أهل العلم وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بيمين ولا تجب كفارة فمنهم من زعم أنه مخلوق ومنهم من قال لا تعهد اليمين به . ولنا أن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته فتتعهد اليمين به وقولهم مخلوق قلنا هذا كلام المعتزلة وانما الخلاف مع الفقهاء اذا علمت ذلك فالصحيح من المذهب أنه لا يلزمه إلا كفارة واحدة وهو قياس مذهب الشافعى وأبي عبيد ، وعنه يلزمه بكل آية كفارة وهو الذى ذكره الخرقى وهو قول ابن مسعود والحسن لما روى مجاهد قال قال رسول الله ﷺ « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر فمن شاء بر ومن شاء فجر ، رواه الأثرم ولأن ابن مسعود رضى الله عنه قال ذلك ولم يعرف له فى الصحابة مخالف . ووجه الاول ان الحلف بصفات الله تعالى وتكرار اليمين بها لا يوجب أكثر من كفارة فهذا أولى

(٢) قوله « وان قال احلف بالله الخ ، هذا المذهب مطلقا وهو قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا

[فائدة] قال ابن نصر الله فى حواشيه لو حلف بالتوراة أو الانجيل ونحوهما من كتب الله فلا نقل فيها والظاهر انها يمين . انتهى

يذكر اسم الله لم يكن يمينا الا أن ينوى ^(١) وعنه يكون يمينا

فصل

حروف القسم الباء والواو والتاء في اسم الله تعالى خاصة ويجوز القسم
بغير حرف القسم فيقول الله لأفعلن بالجر والنصب ^(٢) فان قال الله لأفعلن
مرفوعا كان يمينا ^(٣) الا ان يكون من أهل العربية ولا ينوى اليمين . ويكره

[فائدة] لو قال حلفت بالله أو أقسمت بالله أو آليت بها أو شهدت بالله فهو
كقوله أحلف بالله أو أقسم بالله أو أشهد بالله خلافا ومذهبا ، لكن لو قال نويت
بأقسمت بالله الخبر عن قسم ماض أو بأقسم الخبر عن قسم يأتي دين ويقبل في
الحكم في أحد الوجهين اختاره المصنف والشارح وهو الصحيح والثاني لا يقبل
اختاره القاضي

(١) قوله دوان لم يذكر اسم الله الخ ، يعنى فيما تقدم كقوله أحلف أو
أشهد أو أقسم أو حلفت أو أقسمت أو شهدت أما اذا نوى اليمين بذلك فانه يكون
يمينا بلا نزاع وان لم ينو تقدم المصنف أنه لا يكون يمينا وهو المذهب

[فائدة] لو قال قسما بالله لأفعلن كان يمينا وتقديره أقسمت بالله قسما وكذا
لو قال آليت بالله بلا نزاع ولو قال آلى بالله أو آلية بالله او حلفا بالله فهو حلف
سواء نوى به اليمين أو أطلق

(٢) قوله فيقول الله لأفعلن الخ ، هذا بلا نزاع . وقال الشافعى لا يكون
يمينا إلا أن ينوى لأنه ليس بصريح . ولنا أنه شائع في العربية وقد ورد به عرف
الاستعمال في الشرع فروى ان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخبر النبي ﷺ انه
قتل أبا جهل فقال آله إنك قتلت فقال آله انى قتلته ذكره البخارى وقال لركانة بن
عبد يزيد آله ما أردت إلا واحدة فقال آله ما أردت إلا واحدة ، وقال امرىء
القيس * فقلت يمين الله أبرح قاعدا *

(٣) قوله ، فان قال الله بالرفع الخ ، هذا المذهب لأنه ليس بيمين في عرف
أهل اللغة ولا نواها ومقتضاها انه إذا نواها كان يمينا لأنه قصد القسم وقال في
الفروع فان نصبه بواو أو رفعه معها أو دونها فيمين الا أن لا يريد بها عربى وقيل أو
عابى وجزم به في الترغيب مع رفعه وقال القاضي في القسامة ولو تعدمه لم يضر =

الحلف بغير الله تعالى^(١) ويحتمل ان يكون محرماً . ولا تجب الكفارة باليمين به سواء اضافه الى الله تعالى مثل قوله ومعلوم الله وخلقه ورزقه وبيته أو

== لأنه لا يحيل المعنى وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى الاحكام تتعلق بما أراده الناس بالالفاظ الملحونة كقوله حلفت بالله رفعا ونصباً والله باصوم باصلى وكقول الكافر أشهد أن محمد رسول الله برفع الاول ونصب الثانى وأوصيت لزيداً بمائة وأعتقت سالم ونحو ذلك قال فى الانصاف وهو الصواب . وقال أيضاً من رام جعل جميع الناس فى لفظ واحد بحسب عادة قوم بعينهم فقد رام مالا يمكن عقلا ولا يصلح شرعاً

(١) قوله « ويكره الحلف بغير الله تعالى » هذا أحد الوجهين قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب ويحتمل أن يكون محرماً وهذا المذهب . وقال الشافعى أخشى أن يكون معصية قال ابن عبد البر هذا أمر يجمع عليه وجزم به فى الوجيز وغيره . ونصره المصنف والشارح لما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن النبى ﷺ أدركه وهو يحلف بأبيه فقال ان الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت قال عمر رضى الله عنه فوالله ما حلفت بها بعد ذلك ذا كراً ولا آثراً متفق عليه يعنى ولا حاكياً عن غيرى وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال « من حلف بغير الله تعالى فقد أشرك » رواه الترمذى وحسنه ورجاله ثقات وقال ابن مسعود رضى الله عنه لان أحلف بالله كاذباً أحب إلى من أن أحلف بغيره صادقا قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لأن حسنة التوحيد أعظم من حسنة الصدق وسيئة الكذب أسهل من سيئة الشرك واختار انه يعزى مع تحريمه واختار فيمن حلف بعق أو طلاق وحنث يخير بين أن يوقعه أو يكفر كلفه بالله ليوقعنه وذكروا ان الطلاق يلزمنى ونحوه يمين بالانفساق وخرجه على نصوص احمد وهو خلاف صريحها وعن احمد انه يجوز لقوله ﷺ للأعرابي الذى سأله عن الصلاة أفلح وأبىه ان صدق ولأن الله تعالى أقسم بمخلوقاته وجوابه ما قاله ابن عبد البر ان هذه اللفظة غير محفوظة وإنما أقسم الله بمخلوقاته لأنها دالة على عظمته والله سبحانه أن يقسم بما يشاء

لم يصفه^(١) مثل والكعبة وأبي قال أصحابنا تجب الكفارة بالهلف برسول الله ﷺ خاصة

فصل

ويشترط لوجوب الكفارة ثلاثة شروط (أحدها) ان تكون اليمين منعقدة وهى التى يمكن فيها البر والحنت^(٢) وذلك الهلف على مستقبل يمكن

(١) قوله « ولا تجب الكفارة باليمين به الخ » اعلم ان الصحيح من المذهب ان الكفارة لا تجب بالهلف بغير الله تعالى إذا كانت بغير رسوله ﷺ وأما الهلف برسول الله ﷺ فقدم المصنف هنا عدم وجوب الكفارة وهو قول أكثر الفقهاء واختيار المصنف والشارح وابن منجا فى شرحه والشيخ تقي الدين وجزم به فى الوجيز والمذهب ان الكفارة تجب بالرسول ﷺ خاصة وهو المذهب وهو من مفرداته وحمل المصنف ما روى عن احمد على الاستحباب

[تنبيه] ظاهر قوله خاصة ان الهلف بغيره من الانبياء لا تجب به الكفارة وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب ، والتزم ابن عقيل وجوب الكفارة بكل نبي

[فائدة] نص الامام أحمد على كراهة الهلف بالعق والطلاق وفى تحريره وجهان أحدهما يحرم اختاره الشيخ تقي الدين وقال ويعزر وفاقا للمالك ، والثانى لا يحرم واختاره الشيخ تقي الدين أيضا فى موضع آخر بل ولا يكرهه قال وهذا قول غير واحد من أصحابنا

(٢) قوله « أحدها أن تكون اليمين منعقدة الخ » هذا بلا نزاع فى الجملة قال ابن عبد البر اليمين التى فيها الكفارة باجماع المسلمين هى التى على المستقبل من الأفعال كمن هلف ليضربن غلامه أو لا يضربه فان فعل فعليه الكفارة وذهبت طائفة إلى ان الحنت اذا كان طاعة لم يوجب الكفارة ، وقال قوم من هلف على معصية فكفارتها تركها وقال سعيد بن جبير اللغو أن يحلف الرجل فيما لا ينبغى له يعنى لا كفارة عليه فى الحنت وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا فى معصية الله ولا فى قطيعة رحم ومن هلف على يمين فرأى غيرها خيرا منه فليدعها وليأت الذى =

فأما اليمين على الماضي فليست منعقدة^(١) وهي نوعان يمين الغموس^(٢) وهي التي يحلف بها عالماً بكذبه وعنه فيها الكفارة ومثلها الحلف على استحيل كقتل الميت وأحيائه وشرب ماء الكوز ولا ماء فيه . الثاني لغو اليمين وهي ان يحلف على شيء يظنه فيبين بخلافه فلا كفارة فيها^(٣)

= هو خير فان تركها كفارة رواه أبو داود ولأن الكفارة انما تجب لدفع الائم فلا اثم في الطاعة ولنا قوله ﷺ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » ، وقال « انى والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يميني » أخرجه البخارى وحديثنا أصح وأثبت

(١) قوله « فأما اليمين على الماضي الخ » ، أى لأن شرط الانعقاد امكان البر والحنث وذلك فى الماضي متعذر

(٢) قوله « يمين الغموس » ، وهي اليمين الكاذبة الفاجرة يقطع بها حق غيره وسميت غموساً لأنها تغمس صاحبها فى النار وغموس للمبالغة والصحيح من المذهب أنها لا تنعقد ولا كفارة فيها وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وسعيد بن المسيب والحسن ومالك والأوزاعي والثورى والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وأصحاب الرأى من أهل الكوفة قال ابن مسعود كنا نعد اليمين التى لا كفارة لها اليمين الغموس رواه البيهقي وعن سعيد بن المسيب قال هي من الكبائر وهي أعظم من أن تكفر وعن أحمد فيها الكفارة مع الائم وروى ذلك عن عطاء وازهرى والحكم والبتى وهو قول الشافعى لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمت الكفارة . ولنا انها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو ولانه لا يمكن فيها بر ولا توجبه . ودليل انها كبيرة ما روى عن النبي ﷺ انه قال « من الكبائر الاشرار بالله تعالى وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس » . رواه البخارى

(٣) قوله « الثانى لغو الخ » ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم قاله ابن المنذر ويروى هذا عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي مالك^(*) ووزارة بن اوفى والحسن والنخعي ومالك والشافعى والثورى ومن قال =

(*) كذا بالأصل ، وفى الغنى والشرح : وأبي مالك

فصل

(الثاني) ان يحلف مختاراً فان حلف مكرها لم تنعقد يمينه وان سبقت اليمين على لسانه من غير قصد اليها كقوله لا والله وبلى والله في عرض حديثه فلا كفارة عليه^(١)

== هذا لغو اليمين مجاهد وسليمان بن يسار والاوزاعي والثوري وابوجنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم على ان لغو اليمين لا كفارة فيه قال ابن عبد البر أجمع المسلمون على هذا وعن احمد فيها الكفارة وليس من لغو اليمين

[فائدة] قال في المحرر والحاوي والفروع وغيرهم ان عقدها يظن صدق نفسه فبان بخلافه فهو كمن حلف على مستقبل وفعله ناسيا وهذا الصحيح من المذهب فيدخل في ذلك الطلاق والعتاق واليمين المكفرة وتقدم في آخر تعليق الطلاق بالشروط فيما اذا حلف على شيء وفعله ناسيا ان المذهب الحنث في الطلاق والعتاق وعدمه في غيرها فكذا هنا فالصحيح من المذهب انه اذا حلف يظن صدق نفسه فبان بخلافه يحنث في الطلاق والعتاق ولا يحنث في غيرها

[تنبيه] محل ذلك اذا عقد اليمين على زمن ماض على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ تقي الدين وكذا لو عقدها على زمن مستقبل ظاناً صدقه كمن حلف على غيره ظاناً انه يطيعه فلم يفعله أو ظن المحلوف عليه خلاف نية الحالف ونحو ذلك وقال ان المسئلة على روايتين كما ظن امرأة أجنبية فطلقها فبان امرأته ونحوها مما يتعارض فيه التعبير الظاهر والقصد فلو كانت يمينه بطلاق ثلاث ثم قال انت طالق مقرأ بها أو مؤكداً له لم يقع وان كان منثماً فقد أوقعه بمن يظنها أجنبية ففيها الخلاف . انتهى

(١) قوله « وان سبقت اليمين الخ » هذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم لأنها من لغو اليمين نقل عبد الله عن أبيه اللغو عندى أن يحلف على اليمين يرى أنها كذلك والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شيء . ومن قال ان اللغو اليمين التي لا يعقد عليها قلبه عمر وعائشة رضی الله عنهما وبه قال عطاء والقاسم وعكرمة والشعبي والشافعي لما روت عائشة رضی الله عنها ان رسول الله ﷺ قال « اللغو في اليمين هو كلام الرجل في بيته لا والله وبلى والله » رواه أبو داود

فصل

(الثالث) الحنث في يمينه بان يفعل ما حلف على تركه او يترك ما حلف على فعله مختاراً ذا كراً وإن فعله مكرهاً أو ناسياً فلا كفارة عليه^(١) وعنه على

(١) قوله « وان فعله مكرها الخ » اذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله مكرها لم يحنث على الصحيح من المذهب . قال الشارح والمكره على الفعل ينقسم قسمين أحدهما أن يلجأ اليه مثل من حلف لا يدخل داراً فدخلها أو لا يخرج منها فأخرج محمولا ولم يمكنه الامتناع فلا يحنث في قول الأكثرين وبه قال أصحاب الرأي وقال مالك ان دخل مربوطاً لم يحنث وذلك لأنه لم يفعل الدخول والخروج والثاني ان يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه فقال أبو الخطاب فيه روايتان كالناسي وللشافعي قولان وقال مالك وأبو حنيفة يحنث لأن الكفارة لا تسقط بالثبته ولنا قوله ﷺ « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » انتهى . وأما اذا فعله ناسياً فالصحيح من المذهب انه لا كفارة عليه نقله الجماعة عن احمد إذا كان في غير الطلاق والعتاق فاما الطلاق والعتاق فانه يحنث فيهما في ظاهر المذهب وعنه لا يحنث في الطلاق والعتاق أيضا وهو قول عطاء وعمرو بن دينار وإسحاق وهو ظاهر مذهب الشافعي لقوله تعالى ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ﴾ الآية وتقادم الخلاف في ذلك في آخر تعليق الطلاق بالشروط وعن أحمد انه يحنث وتلزمه الكفارة في اليمين وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعه ومالك وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي لأنه خالف ما حلف عليه قاصداً وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق . ولنا على أن الكفارة لا تجب قوله تعالى ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ﴾ الآية وقوله ﷺ « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان » الخ ولأنها تجب لمحو الائم ولا اثم على الناسي وعنه لا حنث بفعله ناسياً ويمينه باقية قال في الفروع وهو أظهر واختاره ابن عبيدوس في تذكرته واختاره الشيخ تقي الدين وقال ان رواها بقدر رواية التفريق وان هذا يدل ان أحمد جمعه حالفاً لا معلقاً والحنث لا يوجب وقوع المحلوف به

على قوله « اذا كان متصلاً باليمين » * يعني بذلك اليمين المكفرة لا غير كاليمين بالله والنذر والظهار ونحوه لا غير وهذا المذهب

الناسي كغفارة وإن حلف فقال إن شاء الله لم يحنث فعل أو ترك إذا كان متصلا باليمين وإذا حلف ليفعلن شيئا ونوى وقتا بعينه تعقيد به وإن لم ينو لم يحنث حتى يئس من فعله أما بتلف المحلوف عليه أو موت الحالف ونحو ذلك وإذا حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها استحب له الحنث والتكفير ولا يستحب تكرار الحلف وإن دعي إلى الحلف عند الحاكم وهو محق استحب له افتداء يمينه فإن حلف فلا بأس

فصل

وإن حرم أمته أو شيئا من الحلال لم يحرم وعليه كغفارة يمين إن فعله^(١)

(١) قوله « وإن حرم أمته أو شيئا من الحلال ، يعنى غير زوجة كالطعام واللباس وغيرهما أو قال ما أحل الله على حرام أو لا زوجة له ، لم يحرم وعليه كغفارة يمين إن فعله ، هذا المذهب نص عليه وإذا قال هذا حرام على أن فعلت ثم فعل فهو بخير إن شاء ترك ما حرمه على نفسه وإن شاء كفر . وإن قال هذا الطعام حرام على فهو كالحلف على تركه ويروى نحو هذا عن ابن مسعود والحسن وجابر بن زيد وقاتدة وإسحاق وأهل العراق . وقال سعيد بن جبير فيمن قال الحل على حرام يمين من الإيمان يكفرها وقال الحسن هي يمين إلا أن ينوى امرأته وعن إبراهيم مثله . وعنه إن نوى طلاقا والافليس بشيء . وعن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم قالوا الحرام يمين وقال طاوس هو ما نوى . وقال مالك والشافعي ليس بيمين ولا شيء عليه لأنه قصد تفسير الشرع فلغى ما قصده كما لو قال هذه ابنتي ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك - إلى قوله - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ سمي تحريم ما أحل الله يميننا وفرض له تحلته وهو الكفارة ، وقالت عائشة رضى الله عنها كان النبي ﷺ يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة أن أيتنا دخل عليها النبي ﷺ فلتقل انى أجد منك ريح مغاير فدخل على إحدانا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش وإن أعود فنزلت ﴿ يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ متفق عليه وزاد البخارى تعليقا وقد حلفت

ويحتمل ان يحرم تحريماً تزيله الكفارة وان قال هو يهودى او كافر أو برىء من الله تعالى أو الاسلام أو القرآن أو النبي عليه السلام إن فعل ذلك فقد فعل محرماً^(١) وعليه كفارة ان فعل في احدى الروايتين^(٢) وإن قال انا أستحل الزنا او نحوه فعلى وجهين ، وإن قال عصيت الله أو انا أعصى الله فى كل ما أمرنى به او محوت المصحف ان فعلت فلا كفارة فيه . وان قال عبد فلان حر لأفعلن فليس بشيء وعنه عليه كفارة ان حنت . وإن قال ايمان البيعة تلزمنى فهى يمين^(٣) رتبها الحجاج تشتمل على اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق وصدقة المال فان كان الخالف يعرفها ونواها انعقدت يمينه بما فيها^(٤) وإلا فلا

(١) قوله « فقد فعل محرماً ، هذا بلا نزاع لما روى ثابت بن الضحاك ان النبي ﷺ قال « من حلف على يمين ملة غير الاسلام كاذباً فهو كما قال ، متفق عليه وعن بريدة رضى الله عنه مرفوعاً قال « من قال انه برىء من الاسلام وان كان كاذباً فهو كما قال وان كان صادقاً لم يعد الى الاسلام سالماً ، رواه أحمد والنسائى وابن ماجه بإسناد جيد وسواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط

(٢) قوله « وعليه كفارة يمين الخ ، هذا المذهب يروى عن الحسن وطاوس والشعبي والثوري والأوزاعي واسحاق وأصحاب الرأى وروى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه . وعن أحمد لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعى والليث وأبى ثور وابن المنذر لأنه لم يحلف باسم الله تعالى ولا صفته فلم تلزمه كفارة كما لو قال عصيت الله وهذا اختيار المصنف والناظم . قال الشارح ويحتمل ان يحمل كلام أحمد فى الرواية الأولى على الندب دون الإيجاب فانه قال فى رواية حنبل إذا قال اكفر بالله أو اشرك بالله فأحب الى أن يكفر كفارة يمين إذا حنت . ووجه الأولى ما روى عن زيد بن ثابت ان النبي ﷺ سئل عن الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء من الاسلام فى اليمين يحلف بها فيحنت فى هذه الأشياء قال « عليه كفارة يمين ، رواه أبو بكر

(٣) قوله « وان قال ايمان البيعة الخ ، لا تشمل ايمان البيعة إلا ما ذكره المصنف على الصحيح من المذهب وقيل وتشتمل أيضاً على الحج

(٤) قوله « فان كان الخالف الخ ، هذا الصحيح من المذهب لأن اليمين بهما تنعقد بالكتابة فكذا ما عداها

شيء عليه^(١) ويحتمل ان لا تنعقد بحال الا في الطلاق والعتاق . وان قال على نذر او يمين ان فعلت كذا وفعله فقال أصحابنا عليه كفارة يمين^(٢)

(١) قوله « والا فلا شيء عليه » ، يعنى اذا لم يعرفها بأن كان يجهلها ولم ينوها وهذا المذهب لأن هذا ليس بصريح فى القسم والكناية لا تصلح بالنية ومن لم يعرف شيئا لم يصح أن ينويه وان عرفها ولم ينو عقد اليمين بما فيها لم يصح أيضا لما ذكرنا وفيه وجه يلزمه موجهها نواها أو لم ينوها وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه وصرح به فى بعض تعاليقه وان نواها وجعلها فلا شيء عليه على الصحيح من المذهب

[فائدتان] لو قال أيمان المسلمين تلزمنى ان فعلت ذلك وفعله لزمته يمين الظهار والطلاق والعتاق والنذر إذا نوى ذلك على الصحيح من المذهب ويلزمه حكم اليمين أيضا على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع قال المجد قياس المشهور عن أصحابنا فى يمين البيعة انه لا يلزمه شيء حتى ينويه ويلزمه أو لا يلزمه شيء بالكيفية حتى يعمله أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها

(الثانية) لو حلف بشيء من هذه الخمسة فقال له آخر يمينى مع يمينك أو أنا على مثل يمينك يريد التزام مثل ذلك لزمه مثل ذلك إلا فى اليمين بالله تعالى فانه على وجهين أحدهما لا يلزمه حكمها قاله القاضى واقتصر عليه فى الفروع وجزم به فى الكافي والثانى يلزمه صححه فى النظم وتصحيح المحرر

على قوله « إلا فى الطلاق والعتاق » ، لانعقادها بالكناية

(٢) قوله « وان قال على نذر الخ » ، هذا المذهب لما روى الترمذى وصححه عن عقبة مرفوعا قال كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين وقيل فى قوله على يمين يكون يميناً بالنية جزم به فى الرعاية الصغرى واختار المصنف أنه لا يكون يميناً مطلقاً قال فى المعنى والكافي ولو قال على يمين ونوى الخبر فليس بيمين على أصح الروايتين وان نوى القسم فقال أبو الخطاب هو يمين وقال الشافعى ليس بيمين وهذا أصح [فائدة] اذا قال حلفت ولم يكن حلف فقال الامام هى كذبة ليس عليه يمين وهذا المذهب قاله المصنف المعنى فى والكافي والشارح . وعنه عليه كفارة لأنه أقر على نفسه . وتقدم نظير ذلك فى باب صريح الطلاق وكنائته

فصل

في كفارة اليمين . وهي تجمع تخييراً وترتيباً فيخير فيها بين ثلاثة أشياء :
اطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة . والكسوة للرجل ثوب
يجزئه ان يصل فيهِ وللمرأة درع وخمار^(١) فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام^(٢)
متتابعة^(٣) إن شاء قبل الحنث وإن شاء بعده^(٤) ولا يجوز تقديمها على اليمين .

(١) قوله « والكسوة الخ » هذا الصحيح من المذهب وهذا قول مالك وقال
الحسن كل مسكين حلة ازار ورداء وقال ابن عمر رضى الله عنهما وعطاء وطاوس
ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأي يجزئه ثوب ثوب ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة ،
وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة واحتجوا بأن ذلك يقع عليه اسم الكسوة .
ولنا انها أحد أنواع التكفارة فلم يجزىء فيها أقل ما يقع عليه الاسم كالاطعام
والاعتاق

[تنبيه] يجزىء ما يسمى كسوة ولو عتيقاً على الصحيح من المذهب إذا لم تذهب
قوته . ولو أطم خمسة وكسا خمسة أجزاء على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « فمن لم يجد الخ » . لا ينتقل الى الصوم الا اذا عجز عجزاً كعجزه
عن زكاة الفطر على الصحيح من المذهب وقيل كعجزه عن الرقبة في الظهار على
ما تقدم في الظهار وهو ظاهر كلامه في الشرح

(٣) قوله « متتابعة » هذا الصحيح من المذهب والمنصوص عن أحمد اذا لم يكن
عذر لأن في قرأة أبي وابن مسعود رضى الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات
حكاه أحمد ورواه الأثرم والظاهر انهما سمعا من النبي ﷺ وكصوم الظهار . وعنه
له تفريقها

(٤) قوله « ان شاء قبل الحنث الخ » هذا المذهب بلا ريب وسواء كان صوماً
أو غيره فيما سوى الظهار في قول أكثر أهل العلم منهم مالك ومن روى عنه تقديم
التكفير قبل الحنث عمر وابنه وابن عباس وسليمان الفارسي وسلمة بن مخلد وبه
قال الحسن وابن سيرين وربيعه والأوزاعي والثوري وابن المبارك واسحاق
وأبو عبيد وأبو خيثمة وسليمان بن داود لما روى عبد الرحمن بن سمرة ان النبي =

ومن كررايمانا قبل التكفير فعليه كفارة واحدة وعنه لكل يمين كفارة والظاهر
انها ان كانت على فعل واحد فكفارة واحدة وإن كانت على أفعال فعليه لكل
يمين كفارة وان كانت الايمان مختلفة الكفارة كالظهار واليمين بالله تعالى
فلكل يمين كفارتها . وكفارة العبد الصيام وليس لسيدته منعه منه . ومن نصفه
حر فحكمه في الكفارة حكم الاحرار

باب جامع الايمان

ويرجع في الايمان الى النية^(١) فان لم يكن فيها نية رجع الى سبب اليمين

== عنه قال يا عبد الرحمن إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن
يمينك ثم ائت الذي هو خير رواه أبو داود والنسائي ورجاله ثقات . وقال أصحاب
الرأى لا تجزىء الكفارة قبل الحنث لأنه يكفر قبل وجود سببه وقال الشافعي
كقولنا الا في الصيام فقال كقولهم لانها عبادة بدنية فلم يجز فعله قبل وجوبه .
قال ابن عبد البر العجب من أصحاب أبي حنيفة أجازوا تقديم الزكاة من غير أن
يروا فيها مثل هذه الآثار في تقديم الكفارة وأبوا تقديم الكفارة ههنا مع كثرة
الرواية الواردة فيها والحجة في السنة ومن خالفها محجوج

[فوائد] حيث قلنا بالجواز فالتقديم والتأخير سواء في الفضيلة على الصحيح
من المذهب

(الثانية) ظاهر كلام المصنف ان التخيير جار ان كان الحنث حراما وهو
ظاهر الخرق وكثير من الأصحاب وهو أحد الوجهين والوجه الثاني لا يجزئه التكفير
(الثالثة) لو كفر بالصوم قبل الحنث لعقره ثم حنث وهو موسر فقال المصنف
في المعنى والشارح وغيره لا يجزئه لاننا تبيننا ان الواجب غير ما أتى به قال في القاعدة
الخامسة واطلاق الأكثر مخالف لذلك لأنه فرضه في الظاهر

(الرابعة) نص احمد رحمه الله تعالى على وجوب كفارة اليمين والنذر على الفور
وهو الصحيح من المذهب

(١) قوله ويرجع في الايمان الى النية ، هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب
وقال القاضي يقدم عموم لفظه على النية احتياطاً وبه قال مالك والشافعي

وما هيجهبا^(١) فاذا حلف ليقضينه حقه غدا فقضاه قبله لم يحنث اذا قصد ان لا يتجاوزه او كان السبب يقتضيه^(٢) وان حلف لا يبيع ثوبه الالبائة فباعه بأكثر لم يحنث وان باعه بأقل حنث^(٣) وإن حلف لا يدخل دارا ونوى اليوم لم يحنث بالدخول في غيره^(٤) وإن دعى الى غداء فحلف لا يتغدى اختصت يمينه

[تنبيه] قوله « يرجع في الايمان الى النية » مقيد بأن يكون الحالف غير ظالم نص عليه على ما تقدم وان احتملها لفظه مطلقا على الصحيح من المذهب وقال في المحرر وجماعة وتقبل منه في الحكم إذا قرب الاحتمال وان قوى بعده منه لم يقبل وان توسط فروايتان وتقدم بعض ذلك في التأويل في الحلف

(١) قوله « فان لم يكن له نية الخ » هذا المذهب لموافقته الوضع

(٢) قوله « فاذا حلف الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو ثور وقال الشافعي يحنث إذا قضاه قبله لأنه ترك فعل ما حلف عليه مختاراً . ولنا ان مقتضى اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد فاذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاده خيراً . ولأن مبنى الايمان على النية فان لم يكن له نية ولا كان السبب يقتضيه حنث على الصحيح من المذهب وعند القاضي وأصحابه لا يحنث

[فائدة] مثل ذلك في الحكم لو حلف لا آكلن شيئاً غداً أو لأبيعنه أو لأفعلنه فأما ان حلف لأقضينه حقه غداً وقصده مطلقه فقضاه قبله حنث

(٣) قوله « وان حلف لا يبيع ثوبه إلا بمائة الخ » أى لأن قصده أن لا يبيعه بأقل منها فيحنث اذا باعه بالأقل ولا يحنث اذا باعه بالأكثر لأن قرينة الحال تدل على ذلك ومقتضى مذهب الشافعي أنه يحنث إذا باعه بأكثر منها

[فائدة] اذا حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعها بها أو بأقل منها حنث وان باعه بأكثر لم يحنث وقال الشافعي يحنث وان حلف لا اشترته بعشرة فاشتراه بأقل لم يحنث وان اشتراه بها أو بأكثر منها حنث ومقتضى مذهب الشافعي أن لا يحنث إذا اشترى بأكثر منها لأن يمينه لم تتناولها

(٤) قوله « وان حلف لا يدخل دارا الخ » ويقبل في الحكم أيضاً وهذا الصحيح من المذهب

به اذا قصد^(١) وان حلف لا يشرب له الماء من العطش يقصد قطع المنة حنث بأكل خبزها واستعارة دابته وكل ما فيه المنة^(٢) وان حلف لا يلبس ثوبا من غزلها يقصد قطع متها فباعه واشترى بثمانه ثوبا فلبسه حنث وكذلك ان انتفع بثمانه^(٣) وإن حلف لا يأوى معها في دار يريد جفائها ولم يكن للدار سبب هيح يمينه فأوى معها في غيرها حنث^(٤) وان حلف لعامل لا يخرج الا باذنه فزول او على زوجته فطلقها او على عبده فاعتقه ونحوه ، يريد ما دام كذلك انحلت يمينه وان لم تكن له نية انحلت أيضا ذكره القاضى لان الحال

(١) قوله « وان دعى الى غداء الخ ، هذا المذهب وعنه يحنث

(٢) قوله « وان حلف لا يشرب له الماء الخ ، هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب لأن ذلك تنبيه على ما هو أعلى منه كقوله تعالى ﴿ ولا تظلمون شيئا ﴾ يريد لا تظلمون شيئا

(٣) قوله « وان حلف لا يلبس ثوبا من غزلها الخ ، وكذا ان انتفع بثمانه لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملواها فباعوها وأكلوا ثمنها ،

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف انه لو انتفع بشيء من مالها غير الغزل وثمانه انه لا يحنث وهو صحيح وهو المذهب جزم به في المغنى والشرح وقيل يحنث بقدر منته فأزيد جزم به في الترغيب

[فائدة] إذا امتنت عليه امرأته بثوب حلف أن لا يلبسه قطعاً لمنهها فاشتراه غيرها ثم كساه اياه أو اشتراه الخالف ولبسه على وجهه لا منته لها فيه فوجهان أحدهما يحنث لمخالفته لفظه والثاني لا لأن السبب اقتضى تقييد لفظه بما وجد فيه السبب فصار كالمثوى

(٤) قوله « وان حلف لا يأوى معها الخ ، وكذا لو قال لا عدت رأيتك تدخلينها ينوى منعها حنث ولو لم يرها لمخالفتها ما حلف على تركه ومعنى الإيواء الدخول يقال أويت أنا وأويت غيرى كقوله تعالى ﴿ إذ أوى القتيبة إلى الكهف ﴾ فان اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنث سواء كانت الدار سبب يمينه أو لم تكن لأنه قصد جفائها

تصرف اليمين اليه وذكر في موضع آخر أن السبب اذا كان يقتضى التعميم
عمناها به وان اقتضى الخصوص مثل من نذر لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه
فزال الظلم فقال أحمد الذر يوفى به والأول أولى لأن السبب يدل على إرادته
فصار كالمثوى سواء وإن حلف لا رأيت منكرا إلا رفعته الى فلان القاضى
فعزل انحلت يمينه ان نوى ما دام قاضيا وان لم ينو احتمال وجهين

فصل

فان عدم ذلك رجوع الى التعيين^(١) فاذا حلف لا يدخل دار فلان هذه
فدخلها وقد صارت فضاء أو حماما أو مسجدا أو باعها فلان ، أو لا لبست
هذا القميص فجعله سراويل او رداء او عمامة ولبسه ، أو لا كلمت هذا الصبي
فصار شيخا او امرأة فلان او صديقه فلانا أو غلامه سعدا فطلقت الزوجة
وزالت الصداقه وعتق العبد فكلمهم ، أو لا أكلت لحم هذا الحمل فصار كبشا ،
أو لا أكلت هذا الرطب فصار تمرا أو دبسا أو خلا ، أو لا أكلت هذا اللبن
فتغير وعمل منه شيء فأكله حنث في ذلك كله ويحتمل ان لا يحنث

فصل

فان عدم ذلك رجعنا الى ما يتناوله الاسم . والأسماء تنقسم ثلاثة أقسام :
شرعية وحقيقية وعرفية^(٢) . فاما الشرعية فهى أسماء لها موضوع فى الشرع

(١) قوله « فان عدم ذلك الخ » هذا المذهب يعنى اذا عدم التعيين مع عدم
النية والسبب لأن الاسم دليل على ارادة المسمى ولا معارض له هنا فوجب ان
يرجع اليه عملا به لسلامته عن المعارضة

(٢) قوله « والأسماء تنقسم الخ » ما له مسمى واحد كالرجل والمرأة تنصرف
اليمين الى مسماه بغير خلاف ، وما له موضوع شرعى وموضوع لغوى كالوضوء
فتنصرف اليمين الى الموضوع الشرعى عند الاطلاق لا نعلم فيه خلافا وما له موضوع
حقيقى ومجازه لم يشتهر كالاسد فتصرف اليمين الى الحقيقة ككلام الشارع

وموضوع في اللغة كالصلاة والصوم والزكاة والحج ونحوه واليمين المطلقة تنصرف إلى الموضوع الشرعي وتتناول الصحيح منه^(١)، فإذا حلف لا يبيع فباع يبيعا فاسدا أو لا ينكح فنكح نكاحا فاسدا لم يحنث إلا أن يضيف اليمين إلى شيء لا يتصور فيه الصحة^(٢) مثل أن يحلف لا يبيع الخمر أو الخمر فيحنث بصورة البيع وذكر القاضي فيمن قال لامرأته ان سرقت مني شيئا وبعثنيه فأنت طالق ففعلت لم تطلق والأول أولى وإن حلف لا يصوم لم يحنث حتى يصوم يوما^(٣) وإن حلف لا يصلي لم يحنث حتى يصلي

(١) قوله « فاليمين المطلقة الخ » وهذا الصحيح من المذهب فإذا حلف أن لا يبيع ولا ينكح انصرف إلى الصحيح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال لعبدك ان بعثك أو زوجتك فأنت حر فزوجه تزويجا فاسدا لم يعتق به وإن باعه يبيعا فاسدا يملك به حنث لأن البيع الفاسد عنده يثبت به الملك إذا اتصل به القبض ولنا ان اسم البيع ينصرف إلى الصحيح بدليل قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وأكثر ألفاظه في البيع انما تنصرف إلى الصحيح

(٢) قوله « إلا ان يضيف اليمين الخ » هذا المذهب قال المصنف والشارح وابن منجا في شرحه هذا أولى لأنه يتعذر حمل يمينه على عقد صحيح فتعين محلا لها [فوائد] الشراء مثل البيع في ذلك على الصحيح من المذهب
(الثانية) لو حلف لا تسريت فوطيء جاريتك حنث وقال القاضي لا يحنث حتى ينزل فلا كان أو خصيا

(الثالثة) لو حلف لا يبيع أو لا يتزوج فأوجب ولم يقبل المشتري والزوج لم يحنث لا نعم فيه خلافاً لأنه لا يتم إلا بالقبول

(٣) قوله « وإن حلف لا يصوم الخ » هذا أحد الوجوه وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب والشرح وشرح ابن منجا واختاره المجد وجزم به في الهداية والخلاصة لأن امساك بعض يوم ليس بصوم شرعي وهذا اذا لم ينو عدداً وأقل ذلك يوم لأنه ليس في الشرع صوم مفرد أقل من يوم وقيل يحنث بالشروع الصحيح وهو المذهب اختاره القاضي وغيره وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الفروع وقال قاله الأصحاب

ركعة^(١) وقال القاضي ان حلف لا صليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يقع عليه اسم الصلاة^(٢) وان حلف لا يصلي حنث بالتكبير . وان حلف لا يهب زيدا شيئا ولا يوصى له ولا يتصدق عليه ففعل ولم يقبل زيد حنث^(٣) وإن حلف لا يتصدق عليه فوهبه لم يحنث^(٤) وإن حلف لا يهبه فتصدق عليه حنث^(٥) وقال أبو الخطاب لا يحنث وإن أعاره لم يحنث الا عند أبي الخطاب^(٦) وإن وقف عليه حنث^(٧) وان وصى له لم يحنث^(٨) وإن باعه وحاباه حنث

[فاندتان] لو حلف لا يصوم صوما لم يحنث حتى يصوم يوما بلا نزاع

(الثانية) لو حلف لا يحج حنث باحرامه على الصحيح من المذهب ، وقيل لا يحنث إلا بفراغ أركانه

(١) قوله « وان حلف لا يصلي الخ ، يعني بسجدها هذا أحد الوجوه اختاره

أبو الخطاب وقال ابن منجا هذا أصح لأنه أقل ما يطلق عليه اسم الصلاة

(٢) قوله « وقال القاضي الخ ، هذا المذهب لأنه يطلق عليه أنه متصل فيجب

أن يكون ما هو فيه صلاة ولأنه يدخل في الصلاة بذلك

(٣) قوله « وان حلف لا يهب زيدا شيئا الخ ، هذا بلا نزاع أعلمه قاله في

الانصاف لأن ذلك لا عوض له فيحنث بالإيجاب فقط

(٤) قوله « وان حلف لا يتصدق عليه الخ ، هذا المذهب لأن الصدقة نوع

من الهبة ولا يحنث الخائف على نوع بفعل نوع آخر ولا يثبت للجنس حكم النوع

ولهذا حرمت الصدقة على النبي ﷺ ولم تحرم الهدية

(٥) قوله « وان حلف لا يهبه الخ ، هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب منهم

القاضي والمصنف والشارح لأنه من أنواع الهبة كالوهدى إليه أو امره وقيل

لا يحنث اختاره ابو الخطاب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل واختاره ابن

عبدوس في تذكرته وجزم به الأدمي في منتخبه

[تنبيه] محل الخلاف في صدقة التطوع أما الصدقة الواجبة والنذر والكفارة

والضيافة الواجبة فلا يحنث به قولاً واحداً

(٦) قوله « وان أعاره الخ ، وهو المذهب

(٧) قوله « وان وقف عليه الخ ، هذا المذهب

(٨) قوله « وان وصى له الخ ، هذا بلا نزاع أعلمه لأن الهبة تملك في الحياة =

ويحتمل ان لا يحنث

فصل

القسم الثاني الاسماء الحقيقية اذا حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم أو
المنخ أو الكبدة أو الطحال أو القلب أو الكرش أو المصران أو الإلية والدماغ
والقائصة لم يحنث^(١) وإن أكل المرق لم يحنث^(٢) وقد قال أحمد لا يعجبني ،

= بخلاف الوصية

(١) قوله إذا حلف لا يأكل اللحم الخ ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة
ومالك يحنث بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم
الفخذ . ولنا انه لا يسمى لحما وينفرد عنه باسمه وصفته . ولو أمر وكيله بشراء لحم
فاشترى هذا لم يكن ممثلا لامره ولا ينفذ الشراء للوكل وقد دل على ان الكبدة
والطحال ليس بلحم قول النبي ﷺ : أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبدة
والطحال ، وقال القاضي يحنث بأكل الشحم الذي على الظهر والجنب وفي تضاعيف
اللحم وهو لحم ولا يحنث بأكله من حلف لا يأكل شحما على ما يأتي وكذلك الحكم
في أنه لا يحنث بأكله الكراع والكلية ولا يحنث في ذلك الا ان ينوى اجتناب
الدمم فان نوى ذلك حنث

[تنبيه] ظاهر كلامه انه لو أكل لحم الرأس أو لحما لا يؤكل انه يحنث وهو
أحد الوجهين قال أبو الخطاب يحنث بأكل لحم الفخذ قال في الخلاصة يحنث بأكل
لحم الرأس في الأصح قال الزركشي ظاهر كلام الخرقى أنه يحنث بأكل كل لحم فتدخل
اللحوم المحرمة كلحم الخنزير ونحوه وهو أشهر الوجهين وبه قطع أبو محمد انتهى
والوجه الثاني لا يحنث حتى ينويه قال الزركشي ظاهر كلام الامام احمد واختيار
القاضي أنه لا يحنث بأكل خد الرأس وقال الزركشي لا يحنث بأكل الرأس على
أظهر الاحتمالين

(٢) قوله وان أكل المرق لم يحنث ، هذا الصحيح من المذهب وقد قال
أحمد في رواية صالح لا يعجبني لأن طعم اللحم قد يوجد في المرق قال أبو الخطاب
هذا على سبيل الورع قال والأقوى انه يحنث وقال ابن أبي موسى والقاضي يحنث .
ولنا انه ليس بلحم حقيقة ولا يطلق على اسمه فلم يحنث به كالكبد ولا نسلم أن أجزاء
اللحم فيه وانما فيه ماء اللحم ودهنه وليس ذلك بلحم

قال ابو الخطاب هذا على سبيل الورع وإن حلف لا يأكل الشحم فأكل شحم
الظهر حنت^(١) وإن حلف لا يأكل لبنا فأكل زبدا أو سمنا أو كشكا أو مضلا
أو جبنا لم يحنت^(٢) وإن حلف على الزبد والسمن فأكل لبنا لم يحنت^(٣) وإن
حلف على الفاكة فأكل من ثمر الشجر كالموز واللوز والتمر والرمان حنت^(٤)

(١) قوله «فإن حلف لا يأكل الشحم الخ» هذا المذهب فظاهر هذا إن الشحم كل ما
يذاب بالنار مما في الحيوان والعرف يشهد لذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد وقيل
لا يحنت اختاره ابن حامد والقاضي وقل الشحم هو الذي يكون في الجوف من
شحم السكلى أو غيره قال الزركشى وهو الصواب فعلى هذا لا يحنت بأكل الإلية
واللحم الأبيض. وقال القاضي أيضا وإن أكل من كل شيء من الشاة من لحمها الأحمر
والأبيض والإلية والكبد والطحال والقلب فقال شيخنا يعني به ابن حامد لا يحنت
لأن اسم الشحم لا يقع عليه وهذا قول أبو حنيفة والشافعى

(٢) قوله «وإن حلف لا يأكل لبنا الخ» وكذا لو أكل اقطا وهذا المذهب
وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه في أكل الزبد وقال القاضي يحتمل أن يقال في
الزبد إن ظهر فيه لبن حنت بأكله والأفلاكا لو حلف لا يأكل سمنا فأكل خبيصا
فيه سمن وهذا مذهب الشافعى وهو ظاهر ما جزم به في الفروع وظاهر ما جزم به
المصنف وغيره في قوله إذا حلف لا يأكل شيئا فأكله مستهلكا في غيره

(٣) قوله «وإن حلف على الزبد الخ» هذا المذهب لأنه لا يسمى زبداً
ولا سمناً

(٤) قوله «وإن حلف على الفاكة الخ» إن أكل من ثمر الشجر رطبا حنت
بلا نزاع وإن أكل منه يابساً كحب الصنوبر والعناب والزبيب والتمر والمشمش اليابس
والأجاص ونحوه حنت على الصحيح من المذهب وهذا قال الشافعى وأبو يوسف
ومحمد وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحنت بأكل ثمرة النخل والرمان لقول الله
تعالى ﴿فهما فاكة ونخل ورمان﴾ والمعطوف يغير المعطوف عليه. ولنا أنهما
ثمرة شجرة يصفكهما فكانا من الفاكة كساتر الأثمار ولأنهما فاكة في
عرف الناس

[فاندتان] الزيتون ليس من الفاكة وكذا البلوط وسائر ثمر الشجر البرى
الذى لا يستطاب كالزعرور الأحمر وثمر القصب والعفص وحب الآس ونحوه

وإن أكل البطيخ حنث ويحتمل أن لا يحنث^(١)، ولا يحنث بأكل القثاء والخيار^(٢) وإن حلف لا يأكل رطبا فأكل مذنبا حنث^(٣) وإن أكل تمرا أو بسرا أو حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا أو دبسا أو ناطقا لم يحنث^(٤) وإن حلف لا يأكل أدماء حنث بأكل الشواء والبيض والجن والمالح والزيتون واللبن وسائر ما يصطبغ به وفي التمر وجهان وإن حلف لا يلبس شيئا فلبس ثوبا أو درعا أو جوشنا أو خفا أو نعلا حنث وإن حلف لا يلبس حليا فلبس حلية ذهب أو فضة أو جوهر حنث وإن لبس عقيقا أو سبجا لم يحنث وإن لبس الدراهم والدنانير في مرسة فعلى وجهين وإن حلف لا يركب دابة فلان ولا يلبس ثوبه ولا يدخل داره فركب دابة عبده ولبس ثوبه ودخل داره أو فعل ذلك فيما استأجره فلان حنث^(٥) وإن ركب دابة استعارها لم يحنث

(الثانية) الثمرة تطلق على الرطبة واليابسة شرعا ولغة

(١) قوله « وان أكل البطيخ حنث » هذا المذهب اختاره القاضى وغيره وجزم به فى الهداية وغيرها لأنه ينضح ويحلو أشبه ثمر الشجر . ويحتمل أن لا يحنث لأنه ثمر بقلة كالخيار

(٢) قوله « ولا يحنث بأكل القثاء والخيار » هذا بلا نزاع وكذا لا يحنث بأكل القرع والبادنجان لأنهما من الخضرا وكذا لا يحنث بأكل ما يكون فى الارض كالجزر واللفت الفجل والقلقاس والسوطل ونحوه

(٣) قوله « وان حلف لا يأكل رطبا الخ » المذنب هو الذى بدأ فيه الإرتاب من ذنبه وباقيه بسر ، أو منصفاً وهو الذى بعضه بسر وبعضه رطب ، أو لا يأكل بسرا فأكل ذلك حنث وهذا المذهب وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد والشافعى وقال أبو يوسف وبعض أصحاب الشافعى لا يحنث لأنه لا يسمى رطبا ولا تمرا وبه قال ابن عقيل ولنا أنه أكل رطبا وبسرا حنث

(٤) قوله « وان أكل تمرا أو بسرا الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب وذكر فى المهج رواية بأنه يحنث اذا حلف لا يأكل رطبا وأكل تمرا وان حلف لا يأكل عنبا فأكل زيببا لم يحنث بغير خلاف

(٥) قوله « وان حلف لا يركب دابة فلان الخ » هذا بلا نزاع وبه قال أبو

وإن حلف لا يركب دابة عبده فركب دابة جعلت برسمه حنث . وإن حلف لا يدخل دارا فدخل سطحها حنث^(١) وإن دخل طاق الباب احتمل وجهين^(٢) وإن حلف لا يكلم إنسانا حنث بكلام كل إنسان^(٣) وإن زجره فقال تنح أو

== ثور وأصحاب الرأي وقال الشافعي لا يحنث إلا بدخول دار يملكها لان الاضافة حقيقة الى المالك ولنا أن الدار تضاف الى ساكنها كماضافتها الى مالكها قال الله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ وأراد بيوت أزواجهن اللاتي يسكنها وقال تعالى ﴿ وقرن في بيوتكن ﴾ وأما اذا ركب دابة عبده أو لبس ثوبه أو دخل داره فإنه يحنث لأن ما في يد العبد لسيدته وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا فيما اذا حلف لا يدخل دار زيد فدخل دار عبده فان حلف لا يلبس ثوب السيد ولا يركب دابته فلبس ثوب عبده وركب دابته حنث وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا يحنث لأن العبد بهما أخص

(١) قوله « وان حلف لا يدخل دارا الخ ، هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وبه قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الشافعي لا يحنث ولاصحابه فيما اذا كان السطح محجرا وجهان واحتجوا بأن السطح يقبها الحر والبرد ويحجزها ولنا أن سطح الدار منها وحكمه حكمها فحنث بدخوله كالحجر

(٢) قوله « وان دخل طاق الباب الخ ، هذه المسئلة من جملة مسائل من حلف على فعل شيء ففعل بعضه على ما تقدم في آخر تعليق الطلاق بالشروط وقد صرح بهذه المسئلة المصنف هناك ، أحدهما يحنث بذلك مطلقا وهو ظاهر ما اختاره إلا أكثر هناك لأنه دخل في أحدهما ، والثاني لا يحنث به مطلقا وهذا المذهب على ما تقدم لأنه لا يسمى داخلا

(٣) قوله « وان حلف ان لا يكلم إنسانا الخ ، هذا بلا نزاع ولوصلى به اماما ثم سلم من الصلاة لم يحنث نص عليه وان ارتج عليه في الصلاة ففتح عليه الخائف لم يحنث بذلك

[فائدة] لو كاتبه أو أرسل اليه رسولا حنث الا أن يكون أراد أن لا يشافه وروى الأثرم عنه ما يدل على انه لا يحنث بالمكاتبة الا أن تكون نيته أو سبب عيینه يقتضى هجرانه وترك صلته واختاره المصنف والشارح وبه قال أبو حنيفة ==

اسكت حنث^(١) وإن حلف لا يبتديه بكلام فتكلما معا حنث^(٢) وإن حلف لا يكلمه حيناً فذلك ستة أشهر نص عليه^(٣) وإن قال زمناً أو دهرًا أو بعيداً

= والشافعي وابن المنذر لأن ذلك ليس بتكليم في الحقيقة ولهذا يصح نفيه فيقال ما كلفته وإنما كاتفته أو راسلته واحتج الأصحاب بقوله تعالى ﴿ وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحى بإذنه ما يشاء ﴾ فاستثنى الرسول من التكليم ، والأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وبهذا قال مالك والشافعي في القديم ، وإن أشار إليه ففيه وجهان أحدهما يحنث اختاره القاضي لأنه في معنى المسكاتبة والمراسلة في الإفهام والثاني لا يحنث اختاره أبو الخطاب وإليه ميل المصنف والشارح لأنه ليس بكلام قال الله تعالى لمريم ﴿ فقولى ائني نذرت للرحمن صوما فلن أكلم اليوم إنسيا - الى قوله - فأشارت إليه ﴾

(١) قوله « وإن زجره الخ ، هذا المذهب وقال أصحاب أبي حنيفة لا يحنث بالكلام القليل لأن هذا من تمام الكلام الأول والذي تقتضيه يمينه أن لا يكلمه كلاما مستأنفا ولنا أن هذا الكلام كلام منه حقيقة وقد وجد بعد يمينه فيدخل فيما حلف على عدمه وقال المصنف والشارح قياس المذهب أن لا يحنث لأن صلة هذا الكلام بيمينه قرينة تدل على ارادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل فلا يحنث به كما لو وجدت التية حقيقة وإن نوى كلاما غير هذا لم يحنث

(٢) قوله « وإن حلف لا يبتدئه بكلام الخ ، هذا أحد الوجهين والمذهب منهما لأن كل واحد منهما مبتدئ ، إذا لم يتقدمه كلام سواه

[فائدة] لو حلف لا كلفته حتى يكلمني أو يبدأني بالكلام فتكلما معا حنث على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وإن حلف لا يكلمه حيناً الخ ، هذا المذهب مطلقا نص عليه وروى ذلك عن ابن عباس وبه قال أصحاب الرأي وقيل إن عرفه فلا بد كالدهر والعمر وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك هو سنة لقوله تعالى ﴿ توتى أكلها كل حين إذاذن ربها ﴾ أى كل عام وقال الشافعي وأبو ثور ليس بمقدر ويبر بأذني زمن لأن الحين اسم مبهم يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى ﴿ ولتعلن نبأ بعد حين ﴾ قيل أراد يوم القيامة وقال تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ وقال تعالى ﴿ فذرهم في غمرتهم حتى حين ﴾ وقال تعالى ﴿ حين تمسون =

أو مليا أو الزمان رجح الى أقل ما يتناوله اللفظ^(١) وإن قال عمرا احتمل ذلك واحتمل أن يكون أربعين عاما وقال القاضى هذه الألفاظ كلها مثل الحين الا بعيدا ومليا فإنه على أكثر من شهر^(٢) وإن قال الأبد والدهر فذلك على الزمان كله^(٣) والحقب ثمانون سنة^(٤) والشهور اثنا عشر شهرا عند القاضى^(٥) وعند أبي الخطاب ثلاثة كالأشهر^(٦) والأيام ثلاثة^(٧) وإن حاف

«وحين تصبحون» ولنا أن الحين المطلق في كلام الله تعالى أقله ستة أشهر قال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد في قوله تعالى ﴿تَوَقَّى أَكْلِهَا كُلِّ حِينٍ يَا ذَنبَى﴾ أى ستة أشهر فيحمل مطلق كلام الآدى على مطلق كلام الله تعالى [تنبيه] محل الخلاف إذا أطلق ولم ينو شيئا

(١) قوله «وإن قال زمنا الخ» وكذا طويلا وهذا الصحيح من المذهب وكذلك وقتاً أو قريبا وهذا مذهب الشافعى لأن هذه الأشياء لا حد لها في اللغة وتقع على القليل والكثير فوجب حمله على أقل ما يتناوله الاسم

(٢) قوله «ولو قال عمرا احتمل ذلك» يعنى انه كزمن ودهر وهو الصحيح من المذهب واحتمل أن يكون أربعين عاما لقوله تعالى ﴿فَقَدْ لَبِثْتُ فِيكُمْ عَمْرًا مِنْ قَبْلِهِ﴾ وكان ذلك أربعين سنة قال المصنف والشارح هذا قول حسن

(٣) قوله «وإن قال الأبد الخ» يعنى معرفة بالالف واللام فذلك على الزمان كله وكذا العمر على الصحيح من المذهب جزم به فى المغنى والمحرر والشرح لأن الالف واللام للاستغراق فتقتضى الدهر كله

(٤) قوله «والحقب ثمانون سنة» وقال مالك أربعون عاما لأن ذلك يروى عن ابن عباس رضى الله عنهما. وقال القاضى وأصحاب الشافعى هو أدنى زمان لانه لم ينقل فيه عن أهل اللغة تقدير. ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال فى تفسير قوله تعالى ﴿لَابِثِينَ فِيهَا أَحْقَابًا﴾ الحقب ثمانون سنة

(٥) قوله «والشهور اثنا عشر شهرا عند القاضى» لقوله تعالى ﴿إِنْ عُدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾

(٦) قوله «وعند أبي الخطاب الخ» هذا المذهب لأنها أقل الجمع ولأن جمع الكثرة يستعمل بمعنى جمع القلة كقوله تعالى ﴿ثَلَاثَةٌ قُرُوءٌ﴾

(٧) قوله «والايام الخ» أى لأنها أقل الجمع قال الله تعالى ﴿وَإِذْ كَرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ﴾ وهى أيام التشريق

لا يدخل باب هذه الدار فحول فدخله حنث^(١) وإن حلف لا يكلمه الى حين الحصاد انتهت يمينه بأوله^(٢) ويحتمل ان يتناول جميع مدته^(٣) وان حلف لا مال له وله مال غير زكوى أو دين على الناس حنث واذا حلف لا يفعل شيئاً فوكل من يفعله حنث الا أن ينوى^(٤)

فصل

فاما الأسماء العرفية فهي أسماء اشتهر مجازها حتى غلب على الحقيقة كالراوية والظعينة والدابة والغائط والعذرة ونحوها فتعلق اليمين بالعرف دون الحقيقة^(٥) وان حلف على وطء امرأة تعلقت يمينه بجماعها^(٦) وان حلف

-
- (١) قوله « وان حلف لا يدخل باب الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب
- (٢) قوله « وان حلف لا يكلمه إلا حين الحصاد الخ » هذا المذهب بلا ريب وعليه الاصحاب لان إلى لانتهاى الغاية فتنتهى عند أولها لقوله تعالى ﴿ ثم أتوا الصيام إلى الليل ﴾
- (٣) قوله « ويحتمل الخ » لأن الى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم إلى أموالكم ﴾
- (٤) قوله « واذا حلف لا يفعل شيئاً الخ » هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الاصحاب ونص عليه لأن الفعل ينسب الى الموكل كما ينسب الى الوكيل فيحنث كما لو حلف لا يخلق رأسه فأمر بخلقه فانه يحنث وكذا تجب الفدية على من حلق رأسه في الاحرام بإذنه
- (٥) قوله « فأما الأسماء العرفية الخ » أى لأن الراوية اسم للزادة فى العرف وفى الحقيقة للجمل الذى يستقى عليه والغائط والعذرة فى العرف للخارج المستقذر وفى الحقيقة الغائط المكان المظلم والعذرة فناء الدار والظعينة فى العرف للبرأة وفى الحقيقة الناقة لأنها يظمن عليها والدابة فى الحقيقة كل ما يدب قال الله تعالى ﴿ والله خلق كل دابة من ماء ﴾ وفى العرف اسم للخيل والبغال والحمير فلهذا قلنا اليمين تنصرف الى العرف دون الحقيقة لأنه يعلم أن الحالف لا يريد غيره
- (٦) قوله « واذا حلف على وطء امرأة الخ » لا نعلم فيه خلافاً لانه الذى ينصرف اللفظ فى العرف اليه

على وطء دار تعلقت بدخولها راكبا أو ماشيا أو حافيا أو منتعلا^(١) وإن حلف لا يشم الريحان فشم الورد والبنفسج والياسمين أو لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما أو ماء الورد فالقياس أنه لا يحنث^(٢) وقال بعض أصحابنا يحنث^(٣) وإن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا حنث عند الخرقى ولم يحنث عند ابن أبي موسى^(٤) وإن حلف لا يأكل رأسا ولا بيضا حنث بأكل رءوس الطيور والسمك وبيض السمك والجراد عند القاضى^(٥) وعند أبي الخطاب لا يحنث إلا بأكل رأس جرت العادة بأكله منفردا أو بيضا يزايل بأئضه حال الحياة^(٦)

(١) قوله « وإن حلف على وطء دار الخ ، لا نعلم فيه خلافا أى لانها غير قابلة للجماع فتعلق يمينه بدخولها

(٢) قوله « فالقياس أنه لا يحنث ، اختاره القاضى والمصنف والشارح وجزم به فى الوجيز أى لانه المسمى عرفا فتختص يمينه بالريحان الفارسى وهذا مذهب الشافعى لان الحالف فى الظاهر لا يريد يمينه سواه

(٣) قوله « وقال بعض اصحابنا يحنث ، هذا المذهب لان الشم انما هو للرائحة دون الذات وعلم منه أنه لا يحنث بشم الفاكة وجها واحدا

(٤) قوله « وإن حلف لا يأكل لحما الخ ، ما قاله الخرقى هو المذهب وبه قال قتادة والثورى ومالك وأبو يوسف وعند ابن أبي موسى لا يحنث إلا أن ينوى وهذا قول أبي حنيفة والشافعى وأبي ثور لانه لا ينصرف اليه إطلاق اسم اللحم ولو وكل وكبلا فى شراء اللحم فاشتري له سمكا لم يلزمه ولنا قوله تعالى ﴿ وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا ﴾ ولانه جسم حيوان يسمى لحما حنث بأكله وتقديما للشرح واللغة

(٥) قوله « وإن حلف لا يأكل رأسا الخ ، ما قاله القاضى هو المذهب لعموم الاسم فيه حقيقة وعرفا أشبه ما لو حلف لا يشرب ماء فانه لا يحنث بشرب الماء الملح والنجس

(٦) قوله « وعند أبي الخطاب الخ ، واختاره المصنف والشارح فى البيض وهو قول الشافعى وأبي ثور وأصحاب الرأى وأكثر العلماء لان هذا لا يفهم من =

وان حلف لا يدخل بيتنا فدخل مسجداً أو حماماً أو بيت شعر أو آدم
أولاً يركب فركب سفينة حنت عند أصحابنا ويحتمل أن لا يحنت^(١) وان حلف
لا يتكلم فقرأ أو سبح أو ذكر الله تعالى لم يحنت^(٢) وان دق عليه انسان فقال

== اطلاق البيض ولا يذكر الامضافا الى بايضا وقال الشافعي لا يحنت الا باكل
رءوس هيمة الانعام دون غيرها الا أن يكون ببلد يكثُر فيه الصيود وتميز رءوسها
فيحنت بأكلها وقال ابو حنيفة لا يحنت بأكل رءوس الابل لان العادة لم تجر
بيعيها للأكل وقال صاحباه لا يحنت إلا بأكل رءوس الغنم

(١) قوله « وان حلف لا يدخل بيتاً الخ » الاول المذهب نص عليه تقديماً
للشرع واللغة قال الشارح إذا دخل مسجداً أو حماماً حنت ويحتمل أن لا يحنت
وهو قول أكثر الفقهاء لانه لا يسمى بيتاً في العرف والاول المذهب لانهما بيتان
حقيقة وقد سمي الله المساجد بيوتاً فقال تعالى ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾
وروى في الحديث « بئس البيت الحام » وان دخل بيت شعر أو آدم حنت سواء كان
الحالف حضرياً أو بدوياً فان اسم البيت يقع عليه حقيقة قال الله تعالى ﴿ والله
جعل لكم من بيوتكم سكناً وجعل لكم من جلود الانعام بيوتاً ﴾ وأما ما لا يسمى
في العرف بيتاً كالخيمة فالاولى أن لا يحنت بدخوله من لا يسميه بيتاً لان يمينه
لا تنصرف اليه . انتهى

(٢) قوله « وان حلف لا يتكلم الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب وبه
قال الشافعي إذا قرأ وقال ابو حنيفة ان قرأ في الصلاة لم يحنت وان قرأ خارجاً
منها حنت لانه يتكلم بكلام الله تعالى ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنه يحنت اذا ذكر
الله تعالى وتوقف فيه أحد في رواية لقوله تعالى ﴿ والزمهم كلمة التقوى ﴾ وقال
عليه الصلاة والسلام « كلتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان في الميزان سبحان الله
وبحمده سبحان الله العظيم » ولنا ان الكلام في العرف لا يطلق الا على كلام
الآدميين ولهذا قال ﷺ « ان الله يحدث من أمره ما يشاء وقد أحدث أن
لا تتكلموا في الصلاة » ولم يتناول المختلف فيه وقال زيد بن أرقم كنا نتكلم في
الصلاة حتى نزلت ﴿ وقوموا لله قانتين ﴾ فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام
وقال تعالى ﴿ آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً واذكر ربك كثيراً
وسبح بالعشي والابكار ﴾ فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه

ادخلوها بإسلام آمنين يقصد تنبيهه لم يحث^(١) وإن حلف لا يضرب امرأته
تفثتها أو تنف شعرها أو عضها حث^(٢) وإن حلف ليضربته مائة سوط فجمعها
فضربه بها ضربة واحدة لم يبر في يمينه^(٣)

فصل

وإن حلف لا يأكل شيئاً فأكله مستهلكاً في غيره^(٤) مثل أن لا يأكل
لبناً فأكل زبداً أو لا يأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لا يظهر طعمه^(٥) أو
لا يأكل بيضاً فأكل ناطفاً^(٦) أو لا يأكل شحماً فأكل اللحم الأحمر^(٧) أو لا

(١) قوله «وان استأذن عليه الخ» هذا المذهب لأن هذا من القرآن وان لم
يقصد القرآن حث لأنه من كلام الناس

(٢) قوله «وان حلف لا يضرب امرأته الخ» أي لأنه يقصد ترك تأليها
وقد ألمها

(٣) قوله «وان حلف ليضربته الخ» هذا المذهب وبه قال مالك وأصحاب
الرأى وعنه يبر اختاره ابن حامد وقال لأن أحمد قال في المريض عليه الحد يضرب
بعشكال النخل يسقط عنه الحد وبه قال الشافعي إذا علم أنها مسته كلها وان شك لم
يحث في الحكم

(٤) قوله «وان حلف لا يأكل شيئاً الخ» شمل كلام المصنف مسائل منها
إذا حلف لا يأكل لبناً فانه يحث بأكل لبن ولو من صيد وآدمية على الصحيح
من المذهب وعليه الاصحاب ، وان أكل زبداً لم يحث على الصحيح من المذهب كما
قطع به المصنف هنا إذا لم يظهر فيه طعمه ونص عليه لأنه لم يأكل لبناً وجزم
المصنف قبل ذلك بأنه لا يحث مطلقاً وذكر الذي ذكره هنا احتمالاً للقاضي ولعل
كلام الاصحاب في تلك المسئلة محمول على ما إذا لم يظهر فيه طعمه كما صرحوا به هنا
أو يقال الزبد ليس فيه شيء من اللبن مستهلكاً

(٥) قوله «لو حلف لا يأكل سمناً الخ» بلا خلاف نعله

(٦) قوله «لو حلف لا يأكل بيضاً الخ» قولاً واحداً

(٧) قوله «لو حلف لا يأكل شحماً الخ» الصحيح من المذهب أنه لا يحث =

لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها حبات شعير لم يحنث^(١) وإن ظهر طعم السمن أو طعم شيء من المحلوف عليه حنث وقال الخرقى يحنث بأكل اللحم الأحمر وحده وقال غيره يحنث بأكل حنطة فيها حبات شعير

فصل

وإن حلف لا يأكل سويقاً فشربه أو لا يشربه فأكله فقال الخرقى يحنث^(٢) وقال أحمد فيمن حلف لا يشرب نبيذاً فترد فيه وأكله لا يحنث فيخرج في كل ما حلف لا يأكله فشربه أو لا يشربه فأكله وجهان . وقال القاضى إن عين المحلوف عليه حنث وإن لم يعينه لم يحنث وإن حلف لا

قال الشارح هو قول غير الخرقى من أصحابنا لأنه لا يسمى شحماً ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذي يظهر في المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذى كان فيه (١) قوله « لو حلف لا يأكل شعيراً ، فالصحيح من المذهب أنه لا يحنث لأنه مستهلك فى الحنطة أشبه السمن فى الخيض وقال غير الخرقى يحنث قال فى الخلاصة والترغيب حنث فى الأصح لأنه أكل شعيراً أشبه ما لو أكل منفرداً

(٢) قوله « وإن حلف لا يأكل سويقاً الخ ، إذا حلف لا يأكل شيئاً فشربه أو لا يشربه فأكله فقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه على روايتين أحدهما يحنث لأن اليمين على ترك أكل شيء أو شربه يقصد بها فى العرف اجتناب ذلك الشيء . حملت اليمين عليه ألا ترى أن قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ﴾ لم يرد به الاكل على الخصوص ولو قال طبيب لمريض لا تأكل العسل لكان ناهياً عن شربه . والثانية لا يحنث وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى لأن الأفعال أنواع كالإعيان ولو حلف على نوع من الإعيان لم يحنث بغيره كذلك الأفعال

[فائدة] إذا حلف لا شرب شيئاً فضه ورمى به فقد روى عن أحمد رحمه الله تعالى فيمن حلف لا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث وهذا قول أصحاب الرأى وكذا لو مص حب الرمان ورمى بالتفل وهذا المذهب اختاره ابن أبى موسى وغيره ويحیی على قول الخرقى أنه يحنث وهو رواية عن أحمد وكذا الحكم لو حلف لا يأكل فمصه

يطعمه حنث بأكله وشربه^(١) وإن ذاقه ولم يتبلعه لم يحنث^(٢) وإن حلف لا يأكل مائعا فأكله بالخبز حنث

فصل

وإن حلف لا يتزوج ولا يتطهر ولا يتطيب فاستدام ذلك لم يحنث^(٣) وإن حلف لا يركب ولا يلبس فاستدام ذلك حنث^(٤) وإن حلف لا يدخل دارا هو داخلها فاقام فيها حنث عند القاضي^(٥) ولم يحنث عند أبي الخطاب وإن

(١) قوله « وإن حلف لا يطعمه الخ » ، هذا بلا نزاع لأن ذلك كله طعم قال الله تعالى في النهر ﴿ ومن لم يطعمه فإنه مني ﴾

(٢) قوله « وإن ذاقه الخ » ، بلا نزاع لأنه ليس بأكل ولا شرب ولذلك لا يفطر به الصائم

(٣) قوله « وإن حلف لا يتزوج الخ » ، قطع بذلك الاصحاب قال الشارح لم يحنث في قولهم جميعا لانه لا يطلق اسم الفعل على مستديم هذه الثلاثة فلا يقال تزوجت شهرا ولا تطهرت شهرا ولا تطيبت شهرا وإنما يقال منذ شهر ولم ينزل الشارح استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائهما في تحريمه في الاحرام

(٤) قوله « وإن حلف لا يركب ولا يلبس الخ » ، هذا المذهب وعليه الاصحاب وقطع به أكثرهم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور لا يحنث باستدامة اللبس والركوب حتى يبتدئه لانه لو حلف أن لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذا ههنا . ولنا أن استدامة اللبس والركوب يسمى ركوبا ولبسا ويسمى لابسا وراكبا ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهرا وركبت دابتي يوما فحنث باستدامته وفارق التزويج فانه لا يطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهرا وإنما يقال منذ شهر ولهذا لم تحرم استدامته في الاحرام ويحرم ابتداءه

[فائدة] وكذا الحكم لا يلبس من غزلها وعليه منه شيء نص عليه وكذا لو حلف لا يقوم وهو قائم ولا يقعد وهو قاعد ولا يسافر وهو مسافر أو حلف لا يضاجعها على فراش فضاجمته ودام نص عليه أو حلف لا يشاركه فدام

(٥) قوله « وإن حلف لا يدخل داراً الخ » ، المذهب قول القاضي لأن استدامة المقام في تلك العين كابتدائه في التحريم قال أحمد في رجل حلف على أمراته =

حلف لا يدخل على فلان بيتا فدخل فلان عليه فاقام معه فعلى الوجهين (١) وإن حلف لا يسكن دارا أو لا يساكن فلانا وهو مساكنه فلم يخرج في الحال حنث (٢) إلا أن يقيم لنقل متاعه أو يخشى على نفسه الخروج فيقيم إلى أن يمكنه فإن خرج دون متاعه وأهله حنث إلا أن يودع متاعه أو يعيره وتأتي أمرته الخروج معه ولا يمكنه إكراهها فيخرج وحده فلا يحنث وإن حلف لا

== لا دخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعا فيها قال أخاف أن يكون قد حنث والثاني لا يحنث وهو قول أصحاب الرأي لأن الدخول لا يستعمل في الاستدامة ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهراً

(١) قوله « وإن حلف لا يدخل على فلان الخ » أحدهما يحنث قال في الفروع حنث في الأصح وصححه في التصحيح وجزم به في الوجيز ومنتخب الأدمي لأن الإقامة ههنا كالإقامة في المسئلة التي قبلها فيحنث إن لم يكن له نية

[تنبيه] محل الخلاف في المسئلتين إن لم يكن له نية

(٢) قوله « وإن حلف لا يسكن دارا الخ » إذا حلف لا يسكن دارا هو ساكنها خرج من وقته فإن أقام فيها بعد يمينه زمنا يمكنه الخروج فيه حنث وهذا المذهب لأن استدامة السكنى سكنى كابتدائها في وقوع السكنى عليها ألا تراه يقول سكنت هذه الدار شهرا كما يقال لبست هذا الثوب شهرا وبهذا قال الشافعي فإن أقام لنقل قماشه ومتاعه وأهله لم يحنث لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال فيحتاج أن ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلا وهذا المذهب وحكى عن مالك أنه إن أقام دون اليوم واللييلة لم يحنث لأن ذلك قليل يحتاج فيه إلى الانتقال وعن زفر أنه قال يحنث وإن انتقل في الحال لأنه لا بد أن يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظه وبما قلنا قال أبو حنيفة وقال الشافعي إذا أقام لنقل أهله ومتاعه حنث فعلى ما قلنا لو خرج بنفسه وترك أهله وماله في المسكن مع إمكان نقلهم حنث وهو المذهب وقال الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية الانتقال لأنه إذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن لأنه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله . ولنا أن السكنى إنما تكون بالأهل والمال ولهذا يقال فلان ساكن في البلد الفلاني وهو غائب عنه بنفسه وحكى عن مالك أنه اعتبر نقل عياله دون ماله قال الشارح والأولى إن شاء الله أنه إذا انتقل بأهله فسكن في موضع آخر أنه لا يحنث وإن بقي متاعه في الدار الأولى ==

يساكن فلانا فبينا بينهما حائطا وهما متساكنان حث^(١) وان كان في الدار
حجرتان كل حجرة تخصص ببناها ومرافقها فسكن كل واحد حجرة لم يحث^(٢)

== لان مسكنه حيث حل به ونوى الإقامة انتهى واختاره المصنف وقيل أو خرج
وحده بما يتأث به فلا يحث اختاره القاضى

[فائدة] اذا أكره على المقام لم يحث لقوله ﷺ وعنى لآتى عن الخطأ
والنسيان وما استكروها عليه ، وكذلك ان كان في جوف الليل في وقت لا يجد
منزلا يتحول اليه أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكنه فتحها أو خوف
على نفسه أو أهله أو ماله فأقام في طلب النقلة أو انتظار زوال المانع أو خرج
طالباً للنقلة فتعذرت عليه اما لكونه لم يجد مسكناً تعذر الكراء أو غيره أو لم
يجد بها تم ينقل عليها متاعه ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام ناوياً للنقلة متى قدر عليها
لم يحث وان أقام أياماً وليالى لأن الإقامة بغير اختيار منه ويكون نقله لما يحتاج
اليه على ما جرت العادة بنقله فلو كان ذا متاع كثير فنقله قليلاً قليلاً على العادة
بحيث لا يترك النقل المعتاد لم يحث وان أقام أياماً ولا يلزمه جمع دواب البلد لنقله
ولا النقل بالليل ولا وقت الاستراحة من التعب ولا أوقات الصلوات لان العادة
لم تجر بالنقل فيها

(١) قوله « وان حلف لا يساكن فلانا الخ » هذا المذهب اذا كانا في دار
حالة اليمين وتشاغلا ببناء الحائط لانهما متساكنان قبل انفراد احدى الدارين من
الآخرى وهذا قول الشافعى قال الشارح ولا نعم فيه خلافاً

(٢) قوله « وان كان في الدار حجرتان الخ » هذا المذهب لان كل واحد
ساكن في حجرته قال في الفروع لم يحث اذا لم يكن نية ولا سبب

[فائدة] لو حلف لا ساكنت فلانا في هذه الدار فقسمها حجرتين وبنا بينهما
حائطا وفتح كل واحد منهما باباً لنفسه وسكننا فيهما لم يحث وهذا الصحيح من
المذهب وهو قول الشافعى وابن المنذر وأبى ثور وأصحاب الرأى . وقال مالك
لا يعجنى ذلك قال الشارح ويحتمله قياس المذهب لكونه عين الدار فلا تنحل
يمينه بتغيرها كما لو حلف لا يدخلها فصارت فضاء قال والأول أصح

وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة فخرج وحده دون أهله بر^(١) وإن حلف ليخرجن من الدار فخرج دون أهله لم يبر^(٢) وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة أو ليرحلن عن هذه الدار ففعل فهل له العود إليها؟ على روايتين^(٣)

فصل

إذا حلف لا يدخل داراً فحمل فادخلها ويمكنه الامتناع فلم يمتنع أو حلف لا يستخدم رجلاً فخدمه وهو ساكت فقال القاضي يحنث ويحتمل أن لا يحنث^(٤) وإن حلف ليشربن الماء أو ليضربن غلامه غدا فتلف المحلوف عليه قبل الغد حنث عند الخرقى ويحتمل أن لا يحنث^(٥) وإن مات الحالف لم

(١) قوله « وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة الخ » هذا المذهب المشهور لأن حقيقة الخروج لم يعارضها معارض وقيل لا يبر بخروجه وحده

(٢) قوله « وإن حلف ليخرجن من هذه الدار الخ » هذا المذهب لأن الدار يخرج منها صاحبها كل يوم عادة وظاهر حاله ارادة خروج غير المعتاد بخلاف البلدة [فائدة] مثل ذلك في الحكم لو حلف لا ينزل في هذه الدار ولا يأويها نص عليهما وكذا لو حلف ليرحلن من البلد

(٣) قوله « وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة الخ » احدهما له العود ولا يحنث إذا لم يكن نية ولا سبب وهو المذهب لأن يمينه على الخروج وقد خرج فانحلت يمينه وإذا كان كذلك صار بمنزلة من لم يحلف والثانية يحنث لأن ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه

(٤) قوله « إذا حلف لا يدخل داراً الخ » ما قاله القاضي هو المذهب ونص عليه أحمد لأنه في الأولى دخلها غير مكره فأشبهه ما لو حمل بأمره وفي الثانية لأنه قصد اجتناب خدمته ولم يحصل

(٥) قوله « وإن حلف ليشربن الماء الخ » ما قاله الخرقى هو المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب ويحلف حال تلفه على الصحيح من المذهب نص عليه

مكلف^(١) مسلماً كان أو كافراً^(٢) ولا يصح الا بالقول فان نواه من غير قول لم يصح^(٣) ولا يصح في محال^(٤) ولا

== وقوله عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه ، رواه البخارى من حديث عائشة رضى الله عنها ويتعين الوفاء به وهو مكروه على الصحيح من المذهب لما روى ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعاً أنه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل متفق عليه وهذا نهى كراهة لأنه لو كان حراماً لما مدح الموفين به لان ذنهم في ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم في وفائه وتوقف الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى في تحريمه

(١) قوله « ولا يصح إلا من مكلف ، أى فلا ينعقد من غير مكلف كالاتفاق وكالطفل

(٢) قوله « مسلماً كان أو كافراً ، يصح النذر من المسلم مطلقاً بلا نزاع ويصح من الكافر مطلقاً على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب لحديث عمر انى كنت نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال النبي ﷺ أوف بنذرك وهذا قول المغيرة والخزومي والبخارى وابن جرير وقال الأكثر لا يصح نذره وحملوا خبر عمر رضى الله عنه على النذب

(٣) قوله « ولا يصح الا بالقول الخ ، هذا بلا نزاع لانه التزام فعل فلم ينعقد بغيره كالنكاح والطلاق واليمين

[فائدة] قال في الفروع وظاهره لا يعتبر صفة خاصة يؤيده ما يأتي في رواية ابن منصور فيمن قال أنا أهدي جاريتي أو دابتي فكفارة يمين ان أراد اليمين قال وظاهر كلام جماعة أو الاكثر يعتبر قوله لله على كذا أو على كذا وقد قال في الرعاية الصغرى وغيره وهو قول يلتزم به المكلف المختار لله تعالى حقابلى لله أو نذرت لله

(٤) قوله « ولا يصح في محال ، هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب لأن المستحيل لا يتصور انعقاده والوفاء به أشبه اليمين على المستحيل ولأنه لو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى وقيل تجب الكفارة قال المؤاف والصحيح في المذهب أن النذر كاليمين وموجبها موجبها الا في لزوم الوفاء به اذا كان قرينة وأمكنه فعله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام لأخت عقبة لما نذرت المشى ولم =

واجب^(١) فلو قال لله على صوم أمس أو صوم رمضان لم ينعقد . والنذر المنعقد على خمسة أقسام : أحدها النذر المطلق وهو أن يقول لله على نذر فيجب به كفارة يمين^(٢) . الثاني نذر اللجاج والغضب وهو ما يقصد به المنع من شيء أو الخلل عليه كقوله ان كلمتك فلله على الحج أو صوم سنة أو عتق عبدي أو الصدقة بمالي فهذا يمين يتخير بين فعله والتكفير^(٣) . الثالث نذر المباح كقوله لله

تطهه فقال لتكفر عن يمينها وتركب وفي رواية فلتصم ثلاثة أيام قال أحمد رحمه الله تعالى أذهب اليه وعن عقبة ابن عامر رضى الله عنه مرفوعا كفارة النذر كفارة اليمين رواه مسلم

(١) قوله « ولا واجب ، هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم وحكى في المغنى احتمالا وجعله في الكافي قياس المذهب ينعقد النذر في الواجب وتجب كفارة يمين ان لم يفعله

[فائدة] من نذر فعل واجب أو حرام أو مكروه أو مباح انعقد نذره موجبا لكفارة ان لم يفعل ما قال مع بقاء الوجوب والتحريم والكرهه والاباحة بالمحل كما لو حلف على فعل ذلك وعنه انه لاغ ولا كفارة فيه

(٢) قوله « أحدها النذر المطلق الخ ، وكذا قوله لله على نذر ان فعلت كذا ولا نية له وهذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة رضى الله عنهم وبه قال الحسن وطاوس وسالم والقاسم والشعبي والنخعي وعكرمة وسعيد بن جبير ومالك والثوري ومحمد بن الحسن ولا نعلم فيه مخالفا إلا الشافعي قال لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه مرفوعا كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجه والترمذي وقال حسن صحيح غريب وروى ابو داود وابن ماجه معناه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما

(٣) قوله « الثاني نذر اللجاج والغضب الخ ، يعنى يتخير . إذا وجد الشرط وهذا المذهب قاله في الفروع قال الزركشى هذا المذهب بلا ريب لما روى عمران ابن حصين رضى الله عنهما قال سمعت النبي ﷺ يقول « لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين ، رواه سعيد ولأنها يمين فيستخير فيها بين الأمرين كاليمين بالله تعالى وعنه تتعين كفارة يمين للخبر وقال في الواضح إذا وجد الشرط لزمه وظاهر الفروع إطلاق الخلاف

على أن ألبس ثوبي أو أركب دابتي فهذا كاليمين يتخير بين فعله وبين كفارة اليمين^(١)، فإن نذر مكروها كالطلاق استحبان يكفر ولا يفعله^(٢). الرابع نذر المعصية كشرب الخمر وصوم يوم الحيض ويوم النحر فلا يجوز الوفاء به ويكفر^(٣) إلا أن ينذر نحر ولده ففيه روايتان احدهما انه كذلك والثانية يلزمه

[فائدتان] احدهما لا يضر قوله على مذهب من يلزم بذلك أو لا أقلد من يرى الكفارة ونحوه ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لأن الشرع لا يتغير بتوكيد قال الشيخ تقي الدين وان قصد لزوم الجزاء عند الشرط لزمه مطلقا عند أحمد نقل الجماعة فيمن حلف بحجة أو بالمشى الى بيت الله ان أراد يمينا كفر يمينا وان أراد نذرا فعلى حديث عقبة ونقل ابن منصور من قال أنا أهدي جاريتي أو دارى فكفارة يمين ان أراد اليمين وقال في امرأة حلفت ان لبست قيصى هذا فهو مهدي تكفر باطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد ونقل مهنا ان قال غنمى صدقة وله غنم شركة ان نوى يمينا فكفارة يمين

(الثانية) لو علق الصدقة به ببيعه والمشتري علق الصدقة به بشراه فاشتراه كفر كل منهما كفارة نص عليه وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى اذا حلف بمباح أو معصية لا شيء عليه كنذرهما فان ما لم يلزم بنذره لا يلزم به شيء اذا حلف به فمن يقول لا يلزم الناذر شيء لا يلزم الحالف بالأولى فان ايجاب النذر أقوى من ايجاب اليمين

(١) قوله « الثالث الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لما روى ان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت انى نذرت ان أضرب على رأسك بالدف فقال أوف بنذرك رواه أبو داود وهو من مفردات المذهب ويحتمل ان لا ينعقد نذر المباح ولا المعصية على ما يأتي ولا تجب به كفارة وهو رواية مخرجة وجزم به في العمدة واختاره ابن عبدوس في تذكرته في نذر المباح وقال مالك والشافعي لا ينعقد نذره

(٢) قوله « فان نذر مكروها الخ » أفادنا المصنف رحمه الله تعالى انه اذا لم يفعل المكروه ان عليه الكفارة وهو المذهب وعنه لا كفارة عليه

(٣) قوله « الرابع نذر المعصية الخ » أما الوفاء به فلا يجوز بلا نزاع وينعقد على الصحيح من المذهب نص عليه ويكفر روى نحو هذا عن ابن مسعود وابن

ذبح كبش^(١). ويحتمل ان لا ينعقد النذر المباح ولا المعصية ولا يجب به كفارة^(٢)

== عباس وعمران بن حصين وسمرة بن جندب رضى الله عنهم وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد ما يدل على انه لا كفارة عليه وسنذكره ان شاء الله تعالى فغلب المذهب ان فعل ما نذره أثم ولا شيء عليه على الصحيح من المذهب ويحتمل وجوب الكفارة مطلقا وهو للمصنف ، وأما اذا نذر صوم يوم النحر فالصحيح من المذهب أنه لا يصح صومه ويقضى نصره القاضى وأصحابه وهو من مفردات المذهب وعنه لا يقضى قال فى الشرح وهى الصحيحة وعلى كلا الروايتين يكفر على الصحيح من المذهب كما قال المصنف هنا

[فائدة] نذر صوم أيام التشريق كنذر صوم يوم العيد اذا لم يجز صومها عن الفرض وان أجزنا صومها عن الفرض فهو كنذر سائر الأيام على الصحيح من المذهب

(١) قوله « الا أن ينذر ذبح ولده ، وكذا ذبح نفسه » ففيه روايتان احدهما هو كذلك ، يعنى ان عليه الكفارة لا غير وهذا المذهب لأن هذا نذر معصية أو نذر لجأج وكلاهما يوجب الكفارة وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما ، والثانية يلزمه ذبح كبش ، ورواه سعيد عن ابن عباس وهو قول ابى حنيفة وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الفروع وقال ابن هبيرة هى أظهر لأن الله تعالى جعل الكبش عوضاً عن ذبح اسماعيل بعد أن أمر ابراهيم بذبحه وقد أمر النبي ﷺ باتباع ابراهيم

(٢) قوله « ويحتمل ان لا ينعقد النذر الخ ، وجزم به المصنف فى العمدة وقد روى عن احمد ما يدل على ذلك فانه قال فيمن نذر ليهدمن دار غيره لبنة ابنة لا كفارة عليه وهذا فى معناه وروى هذا عن مسروق والشعبي وهو مذهب مالك والشافعي لقوله ﷺ « لا نذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك العبد ، رواه مسلم ولقوله ﷺ « لا نذر الا فيما ابتغى به وجه الله تعالى ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال عينا النبي ﷺ يحط إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو اسراييل نذر أن يقوم فى الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم فقال النبي ﷺ مروه فليجلس وليستظل وليتكلم وليتم صومه رواه البخارى وعن أنس رضى الله عنه قال قد نذرت امرأة أن تمشى الى بيت الله فسل نبي الله ﷺ عن ذلك فقال ان الله لغنى عن مشها ==

ولهذا قال أصحابنا لو نذر الصلاة أو الاعتكاف في مكان معين فله فعله في غيره ولا كفارة عليه ولو نذر الصدقة بكل ماله فله الصدقة بثلثه ولا كفارة عليه^(١) وإن نذر الصدقة بألف لزمه جميعه وعنه يجوز ثلثه

== مروها فلتركب رواه الترمذى وصححه ولم يأمر بكفارة وروى انه عليه السلام رأى رجلا يهادى بين رجلين فسأل عنه فقالوا نذر أن يحج ماشيا فقال ان الله لغنى عن تعذيب هذا نفسه مروه فلتركب متفق عليه . والمذهب ان عليه الكفارة لما روت عائشة رضى الله عنها ان رسول الله عليه السلام قال لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الامام احمد وأبو داود والترمذى ، وأما حديث التى نذرت المشى فقصد أمر فيه بالكفارة فى حديث آخر فروى عقبه بن عامر أن أخته نذرت ان تمشى الى بيت الله الحرام فسئل رسول الله عن ذلك فقال مروها فلتركب ولتسكفر عن يمينها اخرجه أبو داود وهذه زيادة يجب العمل بها واذا نذر فعل طاعة وما ليس بطاعة لزمه فعل الطاعة كالذى فى خبر أبى اسرائيل فانه عليه السلام أمره باتمام الصوم وترك ما سواه فان كان المتروك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة

(١) قوله ولو نذر الصدقة بكل ماله الخ ، وهذا الصحيح من المذهب نص عليه وبهذا قال الزهرى ومالك وقال ربيعة يتصدق منه بقدر الزكاة لأن المطلق يحمل على معهود الشرع ولا يجب فى الشرع الا قدر الزكاة وقال أبو حنيفة يتصدق بالمال الزكوى كله وعنه فى غيره روايتان ، وقال النخعى والبتى والشافعى يتصدق بماله كله لقوله عليه السلام من نذر أن يطيع الله فليطعه ، وهذا نذر طاعة فيلزم الوفاء به كنذر الصلاة والصيام ، ولنا ما روى عن كعب قال قلت يا رسول الله ان من توبتى ان انخلع من مالى صدقة لله ولرسوله عليه السلام فقال النبى عليه السلام أمسك عليك بعض مالك متفق عليه وفى قصة أبى لبابة : وان من توبتى ان انخلع من مالى صدقة لله ولرسوله عليه السلام فقال النبى عليه السلام يحزى . عنك الثلث رواه احمد . فان قالوا ليس هذا بنذر وانما أراد الصدقة بجميعه فأمره بالاعتصار على الثلث كما أراد سعد حين أراد الوصية ولنا عنه جوابان احدهما ان قوله يحزى . عنك الثلث دليل على انه أتى بلفظ يقتضى الإيجاب ولأنها انما تستعمل غالبا فى الواجبات ولو كان مخيرا لما لزمه شيء يحزى . عنه بعضه الثانى ان منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة لأنه عليه السلام لا يمنع أصحابه من القرب

فصل

الخامس نذر التبرر، كندر الصلاة والصيام والصدقة والاعتكاف والحج والعمرة ونحوها من القرب على وجه التقرب سواء نذره مطلقا أو علقه بشرط يرجوه فقال ان شئني الله مريضى أو سلم مالى فله على كذا فتى وجد شرطه انعقد نذره ولزمه فعله^(١)، وان نذر صوم سنة لم يدخل فى نذره رمضان ويوما العيدين^(٢) وفى أيام التشريق روايتان وعنه ما يدل على انه يقضى

على قوله « وان نذر الصدقة بألف لزمه جميعه » هذا المذهب لأنه مال مندور وهو قرينة فلزمه الوفاء به

(١) قوله « فتى وجد شرطه انعقد نذره الخ » نذر التبرر يتنوع انواعا أحدها هذا الذى ذكره المصنف اذا كان فى مقابلة نعمة استجلبها أو نعمة استدفعها كقوله ان شفانى الله فله على صوم شهر وتكون الطاعة الملتزمة بما له أصل فى الشرع كالصوم والصلاة والصدقة والحج فهذا يلزمه الوفاء باجماع أهل العلم . النوع الثانى التزام طاعة من غير شرط كقوله ابتداء لله على صوم شهر فيلزم الوفاء به فى قول أكثر أهل العلم وهو قول أهل العراق وظاهر مذهب الشافعى وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به لأن أبا عمر و غلام ثعلب قال النذر عند العرب وعد بشرط . الثالث نذر طاعة ولا أصل له فى الوجوب كالاعتكاف وعبادة المريض فيلزم الوفاء به عند عامة أهل العلم وحكى عن أبى حنيفة انه لا يلزم الوفاء به

[فوائد] لو نذر صوم نصف يوم لزمه يوم كامل ذكره المجد فى المسودة قياس المذهب قال فى القواعد الأصولية فيه نظر

(الثانية) مثل ذلك فى الحكم لو حلف يقصد التقرب مثل ما لو قال والله لئن سلم الله مالى لاتصدقن بكذا على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل ليس هذا بنذر (الثالثة) لو نذر عتق عبد معين فمات قبل عتقه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه لعجزه عن المنذور . وان قتله السيد فهل يلزمه ضمانه على وجهين أحدهما لا يلزمه قاله القاضى وأبو الخطاب والثانى يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمته فى الرقاب ولو أتلفه أجنبى فقال أبو الخطاب لسيدة القيمة ولا يلزمه صرفها فى العتق وخرج بعض الأصحاب وجها بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل

(٢) قوله « وان نذر صوم سنة الخ » إذا نذر صوم سنة فلا يخلو اما أن يطلق =

يومي العيدين وأيام التشريق . وإذا نذر صوم يوم الخميس فوافق يوم عيد أو
حيض أفطر وقضى وكفر^(١) وعنه يكفر من غير قضاء ونقل عنه ما يدل على
أنه إن صام يوم العيد صح صومه وإن وافق أيام التشريق فهل يصومه؟ على

== السنة أو يعينها فإن عينها لم يدخل في نذره رمضان على الصحيح من المذهب وعليه
الأصحاب ولا يدخل في نذره أيضا يوما العيدين على الصحيح من المذهب وعليه
الأصحاب لأن رمضان لا يقبل الصوم عن النذر ويوما العيدين لا يصح صومهما ولا
يدخل في نذره أيام التشريق على الصحيح من المذهب إذا قلنا لا يجزئ عن صوم
الفرض وعنه يدخل في نذره رمضان فيقضى ويكفر أيضا على الصحيح وعنه ما يدل
على أنه يقضى يوم العيدين وعنه يدخل في نذره أيام التشريق ، وأما إذا نذر صيام
سنة واطلق ففي لزوم التتابع فيها ما في نذر صوم شهر مطلق على ما يأتي ، إذا علمت
ذلك فيلزمه صيام اثني عشر شهراً سوى رمضان وأيام النهي وإن شرط التتابع
على الصحيح من المذهب

[فائدتان] لو نذر صوم سنة من الآن أو من وقت كذا فهي كالمعينة على الصحيح من
المذهب وعليه الأصحاب وقيل كطلقة في لزوم اثني عشر شهراً للنذر واختاره المجد
(الثانية) لو نذر صوم الدهر كان له صيام يوم واطار يوم عند الشيخ تقي
الدين والصحيح من المذهب أنه يلزمه صومه ، وحكمه في دخول رمضان والعيدين
والتشريق حكم السنة المعينة

(١) قوله « وإن نذر صوم يوم الخميس الخ » هذا المذهب لأنه نذر نذراً
يمكن الوفاء به غالباً فكان منعقداً كما لو وافق غير يوم العيد أو غير يوم الحيض
والنفاس ولا يجوز أن يصوم يوم العيد لأن الشرع حرمه ويلزمه القضاء لأنه نذر
منعقد وقد فات الصيام للعذر فلزمته الكفارة كما لو فاته لمرض وعنه يكفر من غير
قضاء لأنه وافق يوماً صومه معصية كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها

[فائدة] لو نذر أن يصوم يوماً معيناً أبدأ ثم جهله فافق بعض العلماء بصيام
الأسبوع كصلاة من خمس وقال الشيخ تقي الدين بل يصوم يوماً من الأيام مطلقاً
أي يوم كان وهل عليه كفارة لفوات التعيين يخرج على روايتين

روايتين^(١)، وإذا نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم ليلا فلا شيء عليه^(٢) وان قدم نهارا فعنه ما يدل على أنه لا ينعقد نذره ولا يلزمه الا إتمام صيام ذلك اليوم ان لم يكن أفطر^(٣) وعنه انه يقضى ويكفر سواء قدم وهو مفطر أو صائم وان وافق قدومه يوما من رمضان فقال الخرقى يجوز له صيامه لرمضان ونذره^(٤)

(١) قوله « وان وافق أيام التشريق الخ ، احدهما يصومها لقول عائشة رضى الله عنها لم يرخص في هذه الايام أن يصمن الا للتمتع إذا لم يجد الهدى وقسنا عليه سائر الواجبات والثانية لا يصومها للنهي عن ذلك

(٢) قوله « واذا نذر صوم يوم يقدم فلان الخ ، هذا بلا نزاع لانه لم يتحقق شرطه فلم يجب نذره ولا يلزمه أن يصوم صبيحته وفي المنتخب يستحب

(٣) قوله « وان قدم نهاراً الخ ، اذا نذر صوم يوم يقدم فلان و قدم نهارا فلا يخلو اما أن يقدم وهو صائم أو يقدم وهو مفطر فان قدم وهو مفطر فالصحيح من المذهب أنه يقضى ويكفر وهو من المفردات قال المصنف والشارح لو قدم يوم فطر أو أضحي فعنه لا يصومه ويقضى ويكفر نقله عن أحمد جماعة وهو قول أكثر أصحابنا ومذهب الحكم وحماد والرواية الثانية يقضى ولا يكفر وهو قول الحسن والأوزاعي وأبي عبيد وقادة وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنه فاته الصوم الواجب بالنذر فزومه قضاؤه كما لو تركه نسيانا ولم تلزمه كفارة لأن الشرع منعه من صومه فهو كالمكروه . وعنه ان صامه صح صومه وهو مذهب ابى حنيفة وان قدم وهو صائم تطوعا فان كان قد بيت النية للصوم لخبر سمعه صح صومه وأجزأه وان نوى حين قدم أجزاءه أيضا على احدى الروايتين اختاره القاضى وجزم به فى الوجيز وعنه لا يجوز له الصوم والحالة هذه وعليه القضاء وهو المذهب وتلزمه كفارة أيضا على الصحيح من المذهب وهو من مفردات المذهب

(٤) قوله « وان وافق قدومه يوما من رمضان الخ ، ما قاله الخرقى رواية عن أحمد وجزم به ابن عقيل فى تذكرته وصاحب الوجيز لأنه نذر صومه وقد وفى به وقال غيره عليه القضاء وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهو رواية عن احمد قال الزركشى هي أنصهما لأنه لم يصمه عن نذره وفى الكفارة روايتان احدهما تجب لتأخر النذر والثانية لا تجب لانه أخره لعذر

وقال غيره عليه القضاء وفي الكفارة روايتان وان وافق يوم نذره وهو مجنون فلا قضاء عليه ولا كفارة^(١) وان نذر صوم شهر معين فلم يصمه لغير عذر فعليه القضاء وكفارة يمين^(٢) وان لم يصمه لعذر فعليه القضاء وفي الكفارة روايتان^(٣) وان صام قبله لم يجزئه^(٤) وان أفطر في بعضه لغير عذر لزمه استثنائه

[فائدتان] لو وافى قدومه وهو صائم عن نذر فالصحيح من المذهب أنه يتم ولا يلزمه قضاؤه بل يقضى نذر القدوم كصوم في قضاء رمضان أو كفارة (الثانية) مثل ذلك في الحكم لو نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان فقدم في أول شهر رمضان

(١) قوله « وان وافق يوم نذره وهو مجنون الخ » قال في الفروع فيمن نذر صوم شهر بعينه وجن كل الشهر لم يقض على الأصح وكذا قال في المحرر وغيره وجزم به في المغنى والشرح وغيرهما لأنه خرج على أهلية التكليف قبل وقت النذر أشبه ما لو فاته وعنه يقضى

(٢) قوله « وان نذر صوم شهر معين الخ » هذا بلا نزاع لأنه صوم واجب آخره فلزمه قضاؤه كرمضان ولزمته الكفارة لتأخر النذر عن وقته

(٣) قوله « وان لم يصمه لعذر الخ » أما وجوب القضاء فلا نزاع فيه وأما الكفارة ففيها روايتان أحدهما عليه الكفارة أيضا وهو المذهب لتأخر النذر والثانية لا كفارة لأنه آخره لعذر

[فوائد] صومه في كفارة الظهار في الشهر المنذور كفطره على الصحيح من المذهب وعنه لا يلزمه كفارة أيضا

(الثانية) لو جن الشهر كله لم يقضه على الصحيح من المذهب ولا كفارة وعنه يقضيه وبه قال أبو يوسف لأنه من أهل التكليف حال نذره وقضائه فلزمه القضاء كالمغنى عليه . ولنا أنه ليس من أهل التكليف في وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء كما لو كان في شهر رمضان

(الثالثة) اذا لم يصمه لغير عذر وقضاه فالصحيح من المذهب أنه يلزمه القضاء متابعا متواصلا ، وعنه له تفريقه وعنه له ترك مواصلته

(٤) قوله « وان صام قبله لم يجزئه » هذا بلا نزاع وكذلك ان نذر الحج في =

ويكفر^(١) ويحتمل ان يتم باقيه ويقضى ويكفر^(٢) واذا نذر صوم شهر لزمه التتابع^(٣) وان نذر صيام أيام معدودة لم يلزمه التتابع الا ان يشترطه^(٤) وان نذر صياما متتابعا فأفطر لمرض أو حيض قضى لاغير^(٥) وإن افطر لغير عذر

== عام فحج قبله وقال ابو يوسف يجزئه كما لو حلف ليقضينه حقه في وقت فقضاه قبله ولنا ان المنذور محمول على المشروع ولو صام قبل رمضان لم يجزئه ولانه لم يأت بالمنذور في وقته لكن لو نذره بصدقة مال جاز اخراجها قبل الوقت الذي عينه للنفع كالزكاة قاله الأصحاب

(١) قوله « ولو أفطر في بعضه الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته لأنه صوم يجب متابعا بالنذر فأبطله الفطر لغير عذر كما لو شرط التتابع وفارق رمضان فان تتابعه بالشرع لا بالنذر وههنا أوجبه على نفسه ثم فوته

(٢) قوله « ويحتمل أن يتم باقيه الخ » هذا رواية عن أحمد وهذا قول الشافعي لأن وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط فلم يبطله الفطر في أثناءه كشهر رمضان ولأن الاستئناف يجعل الصوم في غير الوقت الذي عينه والوفاء بنذره في غير وقته وتقويت البعض لا يوجب تقويت الجميع قال المصنف والشارح وهذه الرواية أصح وأقرب

[فائدتان] لو قيد الشهر المعين بالتتابع فأفطر يوما بلا عذر ابتداء وكفر

(الثانية) لو أفطر في بعضه لعذر بنى على ماضى من صيامه وكفر على الصحيح من المذهب وعنه لا يكفر

(٣) قوله « واذا نذر صوم شهر الخ » هذا المذهب وهو قول ابى ثور وهو من مفردات المذهب وعنه لا يلزمه التتابع إلا بشرط أو نية وفاقا للأئمة الثلاثة لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى ثلاثين يوما ولا خلاف في أنه يجزئه ثلاثون يوما فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوما

(٤) قوله « وان نذر أياما معدودة الخ » والا أن ينويه وهذا المذهب نص عليه لأن الأيام لا دلالة لها على التتابع وكذا الحكم لو نذر ثلاثين يوما وعنه يكره التتابع مطلقا اختاره القاضى

(٥) قوله « وان نذر صياما متتابعا الخ » يعنى غير معين كما لو أفطر في رمضان والمرض والحيض لا يقطع التتابع فلم يجب الاستئناف

لزمه الاستئناف وان أفطر لسفر أو ما يبيح الفطر فعلي وجهين^(١)، وان نذر صياما فمعجز عنه لكبر أو مرض لا يرجى برؤه أطعم عنه لكل يوم مسكينا^(٢) ويحتمل ان يكفر ولا شيء عليه ، وان نذر المشى إلى بيت الله^(٣) أو

على قوله ، وان أفطر لغير عذر لزمه الاستئناف ، ، بلا نزاع ولا كفارة وفاقا (١) قوله ، وان أفطر لسفر الخ ، أى مع القدرة على الصوم أحدهما لا ينقطع للتابع وهو الصحيح من المذهب لأنه عذر في رمضان فأشبهه المرض والثاني ينقطع التابع بذلك لأنه أفطر باختياره أشبهه ما لو أفطر لغير عذر

(٢) قوله ، وان نذر صياما الخ ، من نذر طاعة لا يطيقها أو كان قادراً عليها فعجز عنها فعليه كفارة يمين وذكره ابن عقيل رواية قال في الحاوي وهو أصح عندي ومال إليه المصنف والشارح وجزم به في الوجيز لقوله ﷺ ، من نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ، رواه ابن ماجه والدارقطني واسناده ثقات ورواه أبو داود وذكر أنه روى موقوفا على ابن عباس رضى الله عنهما ، وعنه يطعم ولا يكفر وعنه يطعم لكل يوم مسكينا ويكفر كفارة يمين وهذا المذهب نص عليه لأن سبب الكفارة عدم الوفاء بالنذر والاطعام المعجز عن واجب الصوم فقد اختلف السببان واجتمعا فلم يسقط واحد منهما لعدم ما يسقطه . ويتخرج ان لا يلزمه كفارة في المعجز عنه كما لو عجز عن الواجب بأصل الشرع

(٣) قوله ، وان نذر المشى إلى بيت الله الخ ، من نذر المشى إلى بيت الله الحرام لزمه الوفاء به وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافاً لقوله ﷺ ، من نذر أن يطيع الله فليطعه ، وقال ، لا تشد الرجال الا إلى ثلاثة مساجد المسجد الحرام ومسجدي هذا والمسجد الأقصى ، ولا يجوز المشى إلا في حج أو عمرة ، وبه يقول الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وذلك لأن المشى إليه في الشرع هو المشى في حج أو عمرة فإذا أطلق الناذر حمل على المعهود الشرعي ويلزم المشى لنذره إياه فان عجز عن المشى ركب وعليه كفارة يمين وعنه عليه دم وهو قول الشافعي وأفتى به عطاء لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان اخت عقبة ابن عامر نذرت المشى إلى بيت الله الحرام فأمرها النبي ﷺ أن تركب وتهدى هديا رواه أبو داود وفيه ضعف وفي رواية لأبي داود أيضا انها نذرت أن تمشى إلى البيت وأنها لا تطيق ذلك فأمرها النبي ﷺ أن تهدى هديا وروى أحمد عن عمران =

موضع من الحرم^(١) لم يجزئه الا ان يمشى في حج أو عمرة فان ترك المشى

== قال ما قام فينا رسول الله ﷺ خطيبا الا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وفيه
« وان من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشياً فاذا نذر أحدكم أن يحج ماشياً فليهد
هديا وليركب ، وعن ابن عمر وابن الزبير قال لا يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشى
ما ركب ونحوه قال ابن عباس وزاد ويهدى وعن الحسن مثل الأقوال الثلاثة وعن
النخعي روايتان احدهما كقول ابن عمر والثانية كقول ابن عباس وهذا قول
مالك وقال ابو حنيفة يهدى سواء قدر على المشى أو عجز عنه وأقل الهدى شاة
وقال الشافعي لا يلزمه مع العجز كفارة بحال ووجه الأول ما روى عقبه انه قال
يا رسول الله ان اختي نذرت ان تحج ماشية فقال ان الله لا يصنع بشقاء أختك شيئا
لتخرج راكبة ولتسكفر يمينها رواه أحمد وأبو داود والبيهقي وقال تفرد به شريك
[تنبيه] مراده بقوله لزمه المشى ان لم يرد اتيانه لا حقيقة المشى صرح به
المصنف والشارح وصاحب الفروع وغيرهم

(١) قوله « أو إلى موضع من الحرم ، أى كالصفا والمروة وأبي قبيس لزمه
حج أو عمرة نص عليه وبه يقول الشافعي وقال ابو حنيفة لا يلزمه الا أن ينذر
المشى الى الكعبة أو الى مكة . ولنا أنه نذر المشى إلى موضع من الحرم أشبه النذر
إلى مكة فاما ان نذر المشى إلى غير مكة كعرفة ومواقيت الاحرام وغير ذلك لم
يلزمه ذلك ويكون كئذ المباح وكذلك ان نذر اتيان مسجد سوى المساجد الثلاثة
لم يلزمه اتيانه وان نذر الصلاة فيه أى فى أى مسجد كان سوى المساجد الثلاثة
لزمته الصلاة دون المشى اليه فى أى موضع صلى أجزاءه لأن الصلاة لا تختص مكانا
دون مكان فلزمته الصلاة دون الموضع ولا نعلم فى هذا خلافا إلا عن الليث فانه قال
لو نذر صلاة أو صياما بموضع لزمه فعله فى ذلك الموضع ومن نذر المشى الى مسجد
مشى اليه قال الطحاوى ولم يوافق على ذلك أحد من الفقهاء لأن النبي ﷺ قال
لا تشد الرحال الخبز متفق عليه

[فوائد] حيث لزمه المشى أو غيره فيكون ابتداءه من مكانه إلا أن ينوى
موضعا بعينه نص عليه وذكره القاضى اجماعا

(الثانية) لو نذر الصلاة فى المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة فى غيره لأنه أفضل
المساجد وان نذر الصلاة فى المسجد الأقصى أجزأته الصلاة فى المسجد الحرام لما ==

لعجز او غيره فعليه كفارة يمين وعنه عليه دم^(١) وان نذر الركوب فمضى ففيه
الروايتان^(٢) وان نذر رقبة فهي التي تجزى عن الواجب^(٣) الا ان ينوى
رقبة بعينها^(٤) وان نذر الطواف على أربع طوافين نص عليه

== روى جابر أن رجلا قام يوم الفتح فقال يا رسول الله انى نذرت ان فتح الله عليك
ان أصلى فى بيت المقدس ركعتين فقال صل ههنا ثم أعاد عليه فقال صل ههنا ثم أعاد
عليه فقال صل ههنا ثم أعاد عليه فقال شأنك رواه أحمد ولفظه والذى نفسى بيده
لو صليت ههنا لأجزأ عنك كل صلاة فى بيت المقدس

(الثالثة) اذا أفسد الحج المنذور مشيا وجب القضاء مشيا لأن القضاء يكون
على صفة الاداء وكذا ان فاته الحج سقطت اربع الوقوف من البيت بمزدلفة ومنى
والرمى وتحلل بعمرة

(١) قوله « فان ترك المشى الخ » المذهب عليه كفارة يمين وقد تقدم الخلاف
فى ذلك قريبا

(٢) قوله « وان نذر الركوب الخ » يعنى المتقدمتان هل عليه كفارة يمين أو
دم وقد علمت المذهب منهما

(٣) قوله « واذا نذر رقبة الخ » وهى المؤمنة السليمة من العيوب المضرة
بالعمل على ما ذكرنا فى باب الظهار

(٤) قوله « الا أن ينوى رقبة الخ » فيجزئه ما عينه بلا نزاع لكن لو مات
المنذور قبل أن يعتقه لزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد نص على ذلك وقاله
الأصحاب ولو أتلف العبد المنذور عتقه لزمه كفارة يمين على الصحيح من المذهب
وقيل يلزمه قيمتها

[فائدة] من نذر حجاً أو صياماً أو صدقة أو اعتكافاً أو صلاة أو غيره من
الطاعات ومات قبل فعله فعلة الولى عنه وعن أحمد فى الصلاة لا يصلى عن الميت
لأنها لا بدل لها بحال وأما سائر الأعمال فيجوز أن ينوب الولى عنه فيها وليس
بواجب على الولى لكن يستحب له على سبيل الصلوة وافق بذلك ابن عباس رضى
الله عنهما فى امرأة نذرت أن تمشى الى قباء فماتت ولم تقضه ان تمشى ابنتها عنها
وروى سعيد فى سننه عن سفيان عن عبد الكريم بن أبى أمية أنه سأل ابن عباس

كتاب القضاء

وهو فرض كفاية قال احمد رحمه الله تعالى لا بد للناس من حاكم ،
أذهب حقوق الناس ؟ فيجب على الامام ان ينصب في كل اقليم قاضيا
ويختار لذلك أفضل من يجد وأورعهم ويأمرهم بتقوى الله وايشار طاعته
في سره وعلايته وتحري العدل والاجتهاد في اقامة الحق وان يستخلف في كل
صقع أصح من يقدر عليه لهم ويجب على من يصلح له اذا طلب ولم يوجد
غيره ممن يوثق به الدخول فيه وعنه انه سئل هل يأثم القاضي بالامتناع اذا
لم يوجد غيره ؟ قال لا يأثم وهذا يدل على انه ليس بواجب فان وجد غيره
كره له طلبه بغير خلاف في المذهب وان طلب فالأفضل له ان لا يجيب اليه
في ظاهر كلام أحمد وقال ابن حامد الأفضل الاجابة اليه اذا أمن نفسه .
ولا تثبت ولاية القضاء الا بتولية الامام او نائبه . ومن شرط صحتها معرفة
المولى كون المولى على صفة تصلح للقضاء ويعين ما يوليه الحكم فيه من
الأعمال والبلدان ومشافهته بالولاية أو مكاتبته بها واشهاد شاهدين على
توليته وقال القاضي تثبت بالاستفاضة اذا كان بلده قريبا تستفيض فيه
اخبار بلد الامام ، وهل تشترط عدالة المولى ؟ على روايتين . وألفاظ التولية
الصريحة سبعة: وليتك الحكم وقادتك واستنبتك واستخلفتك ورددت اليك

= رضى الله عنهما عن نذر كان على أمه من اعتكاف قال صم عنها واعتكف عنها
وروى سعيد عن عائشة رضى الله عنها أنها اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد
ما مات وقال مالك لا يمشى أحد عن أحد ولا يصوم عنه ولا يصلى وكذلك سائر
أعمال البدن قياساً على الصلاة . وقال الشافعي يقضى عنه الحج ولا تقضى الصلاة
قولا واحداً ولا يقضى الصوم في أحد الوجهين لأن ابن عمر رضى الله عنهما قال
قال رسول الله ﷺ من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه لكل يوم مسكين رواه
ابن ماجه وقال أهل الظاهر يجب القضاء على وليه لظاهر الأخبار الواردة فيه .
ولنا على جواز الصيام ما روت عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ من
مات وعليه صيام صام عنه وليه متفق عليه

وفوضت اليك وجعلت لك الحكم. فاذا وجد لفظ منها والقبول من المولى انعدت الولاية. والكناية نحو اعتمدت عليك أو عولت عليك ووكلت اليك واستندت اليك الحكم فلا ينعقد بها حتى يقترن بها قرينة نحو فاحكم أو قول ما عولت عليك فيه وما اشبهه

فصل

وإذا ثبتت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر في عشرة أشياء فصل الخصومات واستيفاء الحق ممن هو عليه ودفعه الى ربه والنظر في أموال اليتامى والمجانين والسفهاء والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس والنظر في الوقوف في عمله باجرائها على شرط الواقف وتنفيذ الوصايا وتزويج النساء اللاتي لا ولي لهن واقامة الحدود واقامة الجمعة والنظر في مصالح عمله بكف الاذى عن طريق المسلمين وأفئتهم وتصفح حال شهوده وامنائه والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم. فاما جباية الخراج وأخذ الصدقة فعلى وجهين. وله طلب الرزق لنفسه وامنائه وخلفائه مع الحاجة فاما مع عدمها فعلى وجهين

فصل

ويجوز ان يوليه عموم النظر في عموم العمل ويجوز ان يوليه خاصا في احدها او فيهما فيوليه عموم النظر في بلد او محلة خاصة فينفذ قضاؤه في أهله ومن طرأ اليه أو يجعل اليه الحكم في المدائبات خاصة أو في قدر من المال لا يتجاوزه أو يفوض اليه عقود الأناكحة دون غيرها ويجوز ان يولى قاضين أو أكثر في بلد واحد يجعل الى كل واحد عملا فيجعل الى أحدهما الحكم بين الناس والى الآخر عقود الأناكحة دون غيرها فان جعل اليهما عملا واحدا جاز وعند القاضى لا يجوز وان مات المولى أو عزل المولى مع صلاحيته لم تبطل ولايته في أحد الوجهين وتبطل في الآخر وهل يعزل قبل العلم بالعزل؟ على وجهين بناء على الوكيل وإذا قال المولى من نظر في

الحكم في البلد الفلاني من فلان وفلان فهو خليفتي أو قد وايتة لم تنعقد
الولاية لمن ينظر، وان قال وليت فلانا وفلانا فمن نظر منهم فهو خليفتي
انعقدت الولاية

فصل

ويشترط في القاضي عشر صفات أن يكون بالغاً عاقلاً ذكراً حراً
مسلياً عدلاً سميماً بصيراً متكلماً مجتهداً، وهل يشترط كونه كاتباً؟ على وجهين
والمجتهد من يعرف من كتاب الله تعالى وسنة رسوله عليه السلام الحقيقة
والمجاز والامر والنهي والمجمل والمبين والمحكم والمتشابه والخاص والعام
والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ والمستثنى والمستثنى منه ويعرف من
السنة صحيحها من سقيمها وتواترها من آحادها ومرسلها ومتصلها ومسندها
ومنقطعها بما له تعلق بالأحكام خاصة ويعرف ما أجمع عليه بما اختلف فيه
والقياس وحدوده وشروطه وكيفية استنباطه والعربية المتداولة بالحجاز
والشام والعراق وما يواليهم وكل ذلك المذكور في أصول الفقه وفروعه فمن
وقف عليه ورزق فهمه صلح للقضاء والفتيا وبالله التوفيق

فصل

وان تحاكم رجلان الى رجل يصلح للقضاء فحماه بينهما فحكم نفذ حكمه
في المال وينفذ في القصاص والحد والنكاح واللعان في ظاهر كلامه ذكره
أبو الخطاب وقال القاضي لا ينفذ الا في الاموال خاصة

باب أدب القاضي

ينبغي أن يكون قويا من غير عنف لينا من غير ضعف حليماً ذا أناة
وفطنة بصيراً بأحكام الحكم قبله . واذا ولى في غير بلده سأل عن من فيه
من الفقهاء والفضلاء والعدول وينفذ عند مسيره من يعلمهم يوم دخوله
ليتلقوه ويدخل البلد يوم الاثنين أو الخميس او السبت لابسا أجمل ثيابه
فيأتي الجامع فيصلي فيه ركعتين ويجلس مستقبل القبلة فاذا اجتمع الناس أمر

بعده فقرأ عليهم وأمر من ينادى من له حاجة فليحضر يوم كذا ثم يمضى الى منزله وينفذ فيسلم ديوان الحكم من الذى كان قبله ثم يخرج فى اليوم الذى وعد بالجلوس فيه على أعدل أحواله غير غضبان ولا جائع ولا شعبان ولا حاقن ولا مهموم بأمر يشغله عن الفهم فيسلم على من يمر به ثم يسلم على من فى مجلسه ويصلى تحية المسجد ان كان فى مسجد ويجلس على بساط ويستعين بالله ويتوكل عليه ويدعوه سرا أن يعصمه من الزلل ويوفقه للصواب ولما يرضيه من القول والعمل ويجعل مجلسه فى مكان فسيح كالجامع والفضاء والدار الواسعة فى وسط البلد ان أمكن ولا يتخذ حاجبا ولا بوابا الا فى غير مجلس الحكم ان شاء ويعرض القصص فيبدأ بالاول فالاول ولا يقدم السابق فى أكثر من حكومة واحدة فان حضروا دفعة واحدة وتشاحوا قدم أحدهم بالقرعة ويعدل بين الخصمين فى لحظة ولفظه ومجلسه والدخول عليه الا أن يكون أحدهما كافرا فيقدم المسلم عليه فى الدخول ويرفعة فى الجلوس وقيل يسوى بينهما ولا يسار أحدهما ولا يلقنه حجة ولا يعله كيف يدعى فى أحد الوجهين وفى الآخر يجوز له تحرير الدعوى له اذا لم يحسن تحريرها وله أن يشفع الى خصمه لينظره أو ليضع عنه ويزن عنه (١) وينبغى أن يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب إن أمكن ويشاورهم فيما يشكل عليه فلان اتضح له حكم والا أخره ولا يقلد غيره وان كان أعلم منه ولا يقضى وهو غضبان (٢) ولا حاقن ولا فى شدة الجوع والعطش والههم

(١) قوله «وله أن يشفع الى خصمه لينظره» هذا بلا خلاف نعله ويجوز له أن يشفع ليضع عنه على الصحيح من المذهب لما روى سعيد بإسناده ان معاذاً رضى الله عنه أتى النبي ﷺ فكله ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد تركوا لمعاذ لأجل النبي ﷺ . ونقل حنبل أن كعب بن مالك تقاضى ابن أبى حدرد ديناً عليه وأشار النبي ﷺ بيده أن ضع الشطر من دينك قال قد فعلت قال النبي ﷺ قم فاعطه قال أحمد هذا حكم من النبي ﷺ

(٢) قوله «ولا يقضى وهو غضبان» لما روى ابوبكرة أن النبي ﷺ قال =

والوجع والنعاس والبرد المؤلم والحر المزعج فان خالف وحكم فوافق الحق
نفذ حكمه وقال القاضى لا ينفذ وقيل ان عرض ذلك بعد فهم الحكم جاز
والا فلا . ولا يحل له ان يرتشى^(١) ولا يقبل الهدية^(٢) الا بمن كان يهدى اليه

== ولا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان ، متفق عليه ولأنه ربما حمله الغضب على الجور
فى الحكم وفيه من الوعيد ما رواه ابن أبى أوفى مرفوعا ، ان الله تعالى مع القاضى
ما لم يجر فاذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان ، رواه الترمذى

(١) قوله ، ولا يحل له أن يرتشى ، الرشوة بتثليث الراء وقد اتفق العلماء على
تحريمها قال الله تعالى ﴿ أكلون للسحت ﴾ قال الحسن وسعيد بن جبير فى تفسيره
هو الرشوة قال اذا قبل القاضى الرشوة بلغت به الى الكفر وروى عبد الله بن
عمر رضى الله عنهما ان النبي ﷺ قال ، لعنة الله على الراشى والمرتشى ، رواه أحمد
وأبو داود والترمذى وصححه واسناده ثقات وروى أحمد والترمذى وحسنه من
حديث أبى هريرة رضى الله عنه وزاد فى الحكم ، وفيه عمر ابن أبى سلمة ورواه أحمد
من حديث ثوبان وزاد ، والرائش ، يعنى الذى يمشى بينهما بها

[فائدة] اذا رشاه على واجب أو ليدفع ظلمه فقال عطاء وجابر بن زيد لا بأس
أن يصانع عن نفسه وقال جابر ما رأينا فى زمن ابن زياد أنفع لنا من الرشا ولأنه
يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره .

(٢) قوله ، ولا يقبل الهدية ، وذلك لما روى أبو حميد الساعدى قال قال
رسول الله ﷺ ، هدايا العمال غلول ، رواه أحمد من رواية اسماعيل بن عياش عن
يحيى بن سعيد وعنه قال بعث النبي ﷺ رجلا من الازد يقال له ابن اللثبية على
الصدقة فقال هذا لكم وهذا أهدى الى فقام النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ثم قال
« ما بال العامل نبعثه فيجىء فيقول هذا لكم وهذا أهدى الى ألا جلس فى بيت أبيه
فينظر أهدى له أم لا ، والذى نفس محمد بيده لا نبعث أحدا منكم فىأخذ شيئا إلا
جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته ان كان بعيرا له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة
تيعر ، ثم رفع يديه حتى رأيت عفرة أبطيه فقال ، اللهم هل بلغت ، ثلاثا متفق عليه
وقال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية فيما مضى هدية فأما اليوم فهى رشوة

[فوائد] لا يحرم على المفتى أخذ الهدية جزم به فى الفروع وغيره وقال فى
آداب المفتى وأما الهدية له فله قبولها وقيل يحرم اذا كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد ==

قبل ولايته بشرط ان لا يكون له حكومة ويكره ان يتولى البيع والشراء بنفسه ويستحب أن يوكل في ذلك من لا يعرف انه وكيله . ويستحب له عيادة المرضى وشهود الجنائز ما لم يشغله عن الحكم وله حضور الولائم فان كثرت

== قلت أو يكون له فيه نفع من جاه أو مال فيفتيه لذلك بما لا يفنى به غيره ممن لا ينتفع به كنفع الأول انتهى وقال ابن مفلح في أصوله وله قبول هدية والمراد لا ليفتية بما يريد والا حرمت زاد بعضهم أو لنفعه بجاهه أو ماله وفيه نظر ونقل المروذي لا يقبل الهدية الا أن يكافي.

(الثانية) الرشوة ما يعطى بعد طلبه والهدية الدفع اليه ابتداء قاله في الترغيب.

(الثالثة) حيث قلنا لا يقبل الهدية وخالف وفعل أخذت منه لبيت المال على

قول لخبر ابن اللثبية وهو احتمال في المغنى والشرح ، وقيل يملكها ان عجل مكافئتها فعلى الوجه الأول تؤخذ هدية العامل للصدقات ذكره القاضى واقتصر عليه في الفروع وقال فدل ان في انتقال الملك في الرشوة والهدية وجبين ، وجزم ابن تيمم في عامل الزكاة اذا ظهرت خيانه برشوة أو هدية أخذها الامام لا أرباب الأموال وتبعه في الرعاية ثم قال قلت ان عرفوا رد الهم قال أحمد رحمه الله تعالى من ولى شيئاً من أمر السلطان لا أجز له أن يقبل شيئاً يروى هدايا العمال غلول والحاكم خاصة لا أحبه له الا من كان له به خلطة ووصلة قبل أن يلى واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى فيمن كسب مالا محرماً برضى الدافع ثم تاب كشمخ خمر ومهر بنى وحلوان كاهن ان له ما سلف ، وقال أيضاً لا ينتفع به ولا يرد له لقبضه عوضه ويتصدق به كما نص عليه الامام أحمد رحمه الله تعالى في حامل الخمر . وقال في مال مكتسب من خمر ونحوه يتصدق به فاذا تصدق به فللفقير أكله ولولى الأمر أن يعطيه لأعوانه . وقال أيضاً فيمن تاب ان علم صاحبه دفعه اليه والادفعه في مصالح المسلمين وله مع حاجته أخذ كفايته . وقال في الرد على الرافضى في بيع سلاح في فتنه وعنب بخمر يتصدق بثمره وقال هو قول محقق الفقهاء قال في الفروع كذا قال وقوله مع الجماعة أولى

(الرابعة) لا يجوز اعطاء الهدية لمن يشفع عند السلطان ونحوه ذكره القاضى

وأوماً اليه لانها كالأجرة والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليه وفيه حديث صريح في السنن

تركها كلها ولم يجب بعضهم دون بعض . ويوصى الوكلاء والاعوان على بابه بالرفق بالخصوم وقلة الطمع ويجتهد ان يكونوا شيوخا أو كهولا من أهل الدين والعفة والصيانة ويتخذ كاتباً مسلماً مكلفاً عدلاً حافظاً عالماً يجلسه بحيث يشاهد ما يكتبه ويجعل القمطر محتوماً بين يديه . ويستحب ان لا يحكم الا بحضرة الشهود ولا يحكم لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له ويحكم بينهم بعض خلفائه وقال ابو بكر يجوز ذلك

فصل

وأول ما ينظر فيه أمر المحبسين فيبعث ثقة الى الحبس فيكتب اسم كل محبوس ومن حبسه وفيم حبسه في رقعة منفردة ثم ينادى في البلد ان القاضي ينظر في أمر المحبسين غداً فمن له منهم خصم فليحضر فاذا كان الغد وحضر القاضي أحضر رقعة فقال هذه رقعة فلان ابن فلان فمن خصمه؟ فان حضر خصمه نظر بينهما وان كان حبس في تهمة أو افتيات على القاضي قبله خلى سبيله . وان لم يحضر له خصم وقال حبست ظلماً ولا حق على ولا خصم لي نادى بذلك ثلاثاً فان حضر له خصم والا أحلفه وخلي سبيله . ثم ينظر في أمر الأيتام والمجانين والوقوف . ثم في حال القاضي قبله فان كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه الا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً^(١) وإن كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وان وافقت الصحيح^(٢) ويحتمل ان لا ينقض

(١) قوله « أو إجماعاً » الإجماع إجماعان إجماع قطعي وإجماع ظني فاذا خالف حكمه الإجماع القطعي نقض حكمه قطعاً وان كان ظنياً لم ينقض على الصحيح من المذهب وقيل ينقض وهو ظاهر كلام المصنف هنا

[تنبيه] صرح المصنف انه لا ينقض الحكم اذا خالف القياس وهو صحيح وهو المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب وقيل ينقض اذا خالف قياساً جليلاً وفاقاً للمالك والشافعي واختاره في الرعايتين وقال أو خالف حكم غيره قبله

(٢) قوله « وان كان ممن لا يصلح نقض أحكامه » هذا المذهب وعليه كثير الأصحاب وهو مذهب الشافعي لأن وجود قضائه كعدمه

الصواب منها^(١) وان استعداه على القاضى خصم له أحضره^(٢) وعنه لا يحضره حتى يعلم ان لما ادعى أصلا . وان استعداه على القاضى قبله سأله عما يدعيه فان قال لى عليه دين معاملة أو رشوة راسله فان اعترف بذلك أمره بالخروج منه وإن أنكر وقال انما يريد تبذيلي فان عرف ان لما ادعاه أصلا أحضره والا فهل يحضره؟ على روايتين . وان قال حكم على بشهادة فاسقين فانكر فالقول قوله بغير يمين . وان قال الحاكم المعزول كنت حكمت فى ولايتي فلان على فلان بحق قبل قوله^(٣) ويحتمل ان لا يقبل قوله ، وان ادعى على امرأة غير برزة لم يحضرها وأمرها بالتوكيل وان وجبت عليها اليمين أرسل

(١) قوله « ويحتمل الخ ، وهذا اختيار المصنف وابن عبدوس والشيخ تقي الدين وغيرهم وجزم به فى الوجيز والمنور وهو ظاهر كلام الخرقى وابن البنا وابن عقيل حيث أطلقوا أنه لا ينقض من حكمه الا ما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا ، قال فى الانصاف وهذا الصواب وعليه عمل الناس من مدد ولا يسع الناس غيره وهو قول أبى حنيفة ومالك . وأما إذا خالفت الصواب فانها تنقض بلانزاع قال فى الرعاية ولو ساغ فيها الاجتهاد

(٢) قوله « وان استعداه على القاضى الخ ، قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى تخصيص الحاكم المعزول بتحرير الدعوى لا معنى له فان الخليفة ونحوه فى معناه وكذلك العالم الكبير والشيخ المتبوع قال فى الانصاف وهذا هو الصواب وكلامهم لا يخالف ذلك والتعليل يدل عليه

(٣) قوله « وان قال الحاكم المعزول الخ ، وهذا المذهب سواء ذكر مستنده أولا وبه قال اسحاق وهو من مفردات المذهب ويحتمل أن لا يقبل وهو قول أكثر الفقهاء لأن من لا يملك الحكم لا يملك الإقرار كمن أقر بعق عبد بعد بيعه ثم اختلفوا فقال الأوزاعى وابن أبى ليلى هو بمنزلة الشاهد اذا كان معه شاهد آخر قيل وقال أصحاب الرأى لا يقبل الا بشاهدين سواء يشهدان بذلك وهذا ظاهر مذهب الشافعى لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل . ولنا انه لو كتب الى غيره ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب اليه قبول كتابه ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم

اليها من يملفها . وإذا ادعى على غائب عن البلد في موضع لا حاكم فيه كتب الى ثقات من أهل ذلك الموضع ليتوسطوا بينهما فان لم يقبلوا قيل للخصم حقق ما تدعيه ثم يحضره وان بعدت المسافة

باب طريق الحكم وصفته

إذا جلس اليه خصمان فله ان يقول من المدعى منكما وله ان يسكت حتى يتديا فان سبق أحدهما بالدعوى قدمه وان ادعى معا قدم أحدهما بالقرعة فإذا انقضت حكومته سمع دعوى الآخر ثم يقول للخصم ما تقول فيما ادعاه ويحتمل أن لا يملك سؤاله حتى يقول المدعى أسأل سؤاله عن ذلك فان أقر له لم يحكم حتى يطالبه المدعى بالحكم وان أنكر مثل ان يقول المدعى أقرضته ألفا أو بعته فيقول ما أقرضني ولا باعني أو ما يستحق على ما ادعاه ولا شيئاً منه أو لاحق له على صح الجواب^(١)، وللمدعى ان يقول لي بينة فان لم يقل قال الحاكم ألك بينة فان قال لي بينة أمره باحضارها فان أحضرها سمعها الحاكم وحكم بها إذا سأله المدعى ولا خلاف في انه يجوز له الحكم بالإقرار والبينة في مجلسه إذا سمعه معه شاهدان فان لم يسمعه معه أحد أو سمعه معه شاهد

(١) قوله «صح الجواب» مراده ما لم يعترف بسبب الحق وذلك مثل ما لو ادعت على من يعترف بأنها زوجته المهر فقال لا أستحق على شيئاً لم يصح الجواب ويلزمه المهر ان لم يتم بينة باسقاطه كجوابه في دعوى قرض اعترف به لا يستحق على شيئاً ولهذا لو أقرت في مرضها لا مهر لها عليه لم يقبل إلا ببينة انها أخذته نقله مهنا قال في الفروع والمراد أو انها أسقطته في الصحة وهو كما قال

[فوائد] لو قال لمدعى دينار لا يستحق على حبة فعند ابن عقيل أن هذا ليس بجواب لأنه لا يكتفي في دفع الدعوى الا بنص ولا يكتفي بالظاهر ولهذا لو حلف والله اني لصادق فيما ادعيته عليه أو حلف المنكر أنه لكاذب فيما ادعاه على لم يقبل

(الثانية) لو قال لي عليك مائة فقال ليس لك على مائة فلا بد أن يقول ولا شيء منها على الصحيح من المذهب كاليمين وقيل لا يعتبر فعلى الأول لو نكل عما دون المائة حكم عليه بمائة الاجزاء

واحد فله الحكم به نص عليه (١) ، وقال القاضى لا يحكم به وليس له الحكم بعلمه مما رآه وسمعه نص عليه (٢) وهو اختيار الأصحاب وعنه ما يدل على

(الثالثة) ظاهر قوله فاذا أحضرها سمعها الحاكم وحكم ان الشهادة لا تسمع قبل الدعوى واعلم ان الحق حقان حق لآدمى معين وحق لله ، فان كان الحق لآدمى معين فالصحيح من المذهب أنها لا تسمع قبل الدعوى جزم به فى المعنى والشرح ، وان كان الحق لله تعالى كالعبادات والحدود والصدقة والكفارة لم تصح به الدعوى بل ولا تسمع وتسمع البيئته من غير تقدم دعوى وهذا المذهب وعليه الأصحاب (الرابعة) تقبل بيئته عتق ولو أنكر العبد

(الخامسة) اذا شهدت البيئته لم يجز له ترديدها ويحكم فى الحال على الصحيح من المذهب وقال فى الرعاية ان ظن الصلح اخر الحكم وقال فى الفصول وأحببنا له أمرهما بالصلح ويؤخره فان أبا حكم

(١) قوله « فان لم يسمعه معه أحد الخ » نص عليه فى رواية حرب وهو المذهب لأن الاقرار احدى البيئتين فجاز الحكم به فى مجلسه كالشهادة وقال القاضى لا يحكم به وهو رواية عن أحمد وجزم به فى الروضة قال فى الخلاصة لم يحكم به فى الاصح لأنه اذا لم يسمعه معه أحد كان كالحكم بعلمه

(٢) قوله « وليس له الحكم بعلمه الخ » هذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب وسواء كان حدا أو غيره وسواء فى ذلك ما عليه قبل الولاية أو بعدها وهذا قول شرح والشعبى ومالك وإسحاق وأبى عبيد ومحمد بن الحسن وهو أحد قولى الشافعى وعن أحمد يجوز ذلك وهو قول أبى يوسف وأبى ثور والقول الثانى للشافعى لقوله صلى الله عليه وسلم « خذنى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فحكم لها بغير بيئته ولا اقرار لعلمه بصديقها وروى ابن عبد البر فى كتابه ان عروة ومجاهداً رويان رجلا من بنى مخزوم استعدى عمر بن الخطاب رضى الله عنه على أبى سفيان بن حرب أنه ظله حداً فى موضع كذا وكذا فقال عمر انى لأعلم الناس بذلك وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان فأتى بأبى سفيان فأتاه به فقال عمر رضى الله عنه : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا فقال والله لا أفعل فقال والله لتفعلن فقال والله لا أفعل فعلاه بالدرة وقال خذه لا أم لك فضعه ههنا فانك ما علمت قديم الظلم =

جواز ذلك سواء كان في حد أو غيره . وان قال المدعى مالى بينة فالتقول قول المنكر مع يمينه^(١) فيعلمه ان له اليمين على خصمه وان سأل احلافه أحلفه وخلي سيبله وان أحلفه أو حلف هو من غير سؤال المدعى يعتد بيمينه وان نكل قضى عليه بالنكول نص عليه واختاره عامة شيوخنا^(٢) فيقول له ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثا فان لم يحلف قضى عليه اذا سأل المدعى ذلك وعند أبي

== فأخذ أبو سفيان الحجر فوضعه حيث قال عمر رضى الله عنه وعنه يجوز في غير الحدود وقال أبو حنيفة ما كان من حقوق الله تعالى لا يحكم فيه بعلمه لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة وأما حقوق الأديين فما علمه قبل ولايته وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته . ولنا قوله ﷺ « انما أنا بشر وانكم تختصمون إلى ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع ، فدل على أنه انما يقضى بما يسمع لا بما يعلم وقال ﷺ في قصة الحضرمي « شاهدك أو يمينه ليس لك منه الا ذلك ، رواه مسلم وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما أنت شاهدي فقال ان شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد . وعن أبي بكر رضى الله عنه انه قال لو رأيت رجلا على حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحدا حتى يكون معي غيري حكاه احمد

(١) قوله « وان قال المدعى مالى بينة الخ ، وذلك لما روى وائل بن حجر ان رجلا من حضرموت ورجلا من كندة اتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي ان هذا غلبني على ارض ورثتها من ابي وقال الكندي ارضي وفي يدي لا حق له فيها فقال النبي ﷺ شاهدك أو يمينه قال انه لا يتورع من شيء قال ليس لك إلا ذلك رواه مسلم

(٢) قوله « وان نكل قضى عليه بالنكول الخ ، هذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد مرىضا كان أو غيره لما روى أحمد ان ابن عمر رضى الله عنهما باع زيد بن ثابت عبداً فادعى زيد عليه انه باعه اياه علما بعيبه فأنكره ابن عمر فتحاكما إلى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان رضى الله عنه احلف انك ما علمت به عيباً فأبى ابن عمر رضى الله عنهما أن يحلف فرد عليه العبد ولأنه ﷺ قال اليمين على المدعى عليه رواه مسلم فخصرها في جنبه فلم تشرع في غيره وهذا مذهب أبي حنيفة

الخطاب ترد اليمين على المدعى^(١) وقال قد صوبه أحمد وقال ما هو ببعيد يحلف ويأخذ فيقال للتناكل لك رد اليمين على المدعى فان ردها حلف المدعى وحكم له وان نكل أيضا صرفهما فان عاد أحدهما فبذل اليمين لم يسمعها في ذلك حتى يحتكما في مجلس آخر . وان قال المدعى لى بيته بعد قوله مالى بيته لم تسمع^(٢) ذكره الخرقى ويحتمل ان تسمع وان قال ما أعلم لى بيته ثم قال قد علمت لى بيته سمعت وان قال شاهدان نحن نشهد لك فقال هذان بينتى سمعت وان قال ما أريد ان تشهدا لى لم يكلف اقامة البينة . وان قال لى بيته وأريد يمينه فان كانت غائبة فله احلافه^(٣) وان كانت حاضرة فهل له ذلك ؟ على

(١) قوله « وعند أبي الخطاب الخ ، وقال في الفروع يجوز ردها وذكرها جماعة فقالوا وعنه ترد اليمين على المدعى قال ولعل ظاهره يجب واختار المصنف في العمدة ردها واختاره ابن القيم رحمه الله تعالى في الطرق الحكيمة وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى مع علم مدع وحده بالمدعى به لم ردها وان كان المدعى عليه هو العالم بالمدعى به دون المدعى مثل أن يدعى الورثة أو الوصى على غريم للبيت فينكر فلا يحلف المدعى قال وأما ان كان المدعى يدعى العلم والمنكر يدعى العلم فهنا يتوجه القولان يعنى الروايتين ووجه قول أبي الخطاب ما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي ﷺ رد اليمين على صاحب الحق رواه الدارقطنى ، وروى أيضا من رواية ابراهيم بن أبي يحيى عن علي رضى الله عنه قال المدعى عليه أولى باليمين وان نكل حلف صاحب الحق وأخذه وروى ان المقداد اقترض من عثمان مالا فقال عثمان هو سبعة آلاف وقال المقداد هو أربعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف انه سبعة آلاف فقال عمر رضى الله عنه انصفك ، وهذا مذهب عمر وعثمان رضى الله عنهما

(٢) قوله « وان قال المدعى لى بيته بعد قوله الخ ، هذا المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب لأنه أكذب بيته لكونه أقر أنه لا يشهد له أحد فاذا شهد له انسان كان تكديبا له ويحتمل ان تقبل واختاره ابن عقيل وغيره قال في الفروع وهو متجه حلقه أولا لأنه يجوز أن ينسى ويكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه أكذب نفسه

(٣) قوله « وان قال لى بيته وأريد يمينه الخ ، يعنى اذا كانت غائبة عن المجلس =

وجمين^(١). وان حلف المنكر ثم أحضر المدعى بينة حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق^(٢) وان سكت المدعى عليه فلم يقر ولم ينكر قال له القاضي ان أجبت والا جعلتك ناكلا وقضيت عليك^(٣) وقيل يحبس حتى يجيب وان قال لي مخرج مما

== فله أخلافه وهذا المذهب سواء كانت قريبة أو بعيدة فيقول له الحاكم لك يمينه فان شئت فاستحلفه وان شئت أخرته الى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة وهذا مذهب الشافعي لقوله ﷺ شاهدك أو يمينه ليس لك الا ذلك وان أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق لأن اليمين انما يصار اليها عند عدم البينة فاذا وجدت البينة بطلت يمينه وتبين كذبه بها

(١) قوله « وان كانت حاضرة الخ ، أحدهما له ذلك أو تحليفه اذا كانت حاضرة في المجلس وهو المذهب نصره المصنف والشارح وفي الآخر يملكها فيحلفه ويقيم البينة بعده . ولنا قوله ﷺ شاهدك أو يمينه ليس لك الا ذلك واول للتخير بين شيئين فلا يكون له الجمع بينهما . وان قال المدعى لا أريد إقامتها وانما أريد يمينه أكتفي بها استحلف لأن البينة حق له

(٢) قوله « فان حلف المنكر الخ ، وجملة ان المدعى اذا ذكر ان بينته بعيدة أو لا يمكنه احضارها أو لا يريد إقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه احلف له ، فاذا حلف ثم أحضر المدعى بينته حكم له وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وإسحاق وحكى عن ابن أبي ليلى وداود ان بينته لا تسمع لأن اليمين حجة على المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعى . ولنا قول عمر رضی الله عنه البينة الصادقة أحب الى من اليمين الفاجرة . وظاهر هذه البينة الصدق

[فائدة] إذا طلب المدعى حبس المدعى عليه أو اقامة كفيل به إلى اقامة البينة البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمته نص عليه لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلاً

(٣) قوله « قال له القاضي الخ ، هذا المذهب لأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين وقيل يحبس حتى يجيبه اختاره القاضي في الجرد . والمراد بهذا الوجه اذا لم يكن للمدعى بينة فان كان له بينة قضى بها وجها واحداً

ادعاه لم يكن مجيبا وان قال لي حساب أريدان انظر فيه لم يلزم المدعى انظاره^(١) وان قال قد قضيته أو أبرأني ولي بينة بالقضاء أو الإبراء وسأل الانظار أنظر ثلاثا وللمدعى ملازمته^(٢) فان عجز حلف المدعى على نفي ما ادعاه واستحق^(٣) فان ادعى عليه عينا في يده فأقر بها لغيره جعل الخصم فيها^(٤) وهل يحلف المدعى عليه؟ على وجهين^(٥). فان كان المقر له حاضرا مكلفا سئل فان ادعاها لنفسه

[فائدة] مثل ذلك في الحكم لو قال لا أعلم قدر حقه

(١) قوله « وان قال لي حساب الخ ، هذا أحد الوجهين جزم به في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والخلاصة والوجيز وشرح ابن منجا ومنتخب الأدمي لأن حق الجواب ثبت له حالا فلا يلزمه انظاره كما لو ثبت عليه الدين وقيل يلزمه انظاره ثلاثا وهو المذهب صححه في المغنى والشرح قال في الفروع لزمه انظاره في الأصح ثلاثة أيام لأنه يحتاج الى ذلك لمعرفة قدر دينه أو يعلم هل عليه شيء أو لا والثلاث مدة يسيرة

(٢) قوله « وان قال قضيته الخ ، هذا المذهب لأن الثلاث قريبة ويلزمه لثلاث يهرب أو يتغيب .

[فائدة] اذا شهدت البينة للدعى فقال المدعى عليه احلفوه انه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلف لأن في ذلك طعنا على البينة

[تنبيهان] محل الخلاف اذا لم يكن الخصم أنكر أو لا سبب الحق اما ان كان انكر أو لا سبب الحق ثم ثبت فادعى قضاء أو ابراء سابقا لم تسمع منه وان أتى ببينة نص عليه

(الثاني) مثل ذلك في الحكم لو ادعى القضاء أو الإبراء وجعلناه مقرا بذلك

(٣) قوله « فان عجز الخ ، هذا بلا نزاع لكن لو نكل المدعى حكم عليه وقيل ترد البين فله تحليف خصمه فان أبي حكم عليه

(٤) قوله « وان ادعى عليه عينا في يده فأقر بها الخ ، أى وكان صاحب اليد لأنه اعترف أن يده نائبة عن يده واقرار الإنسان بما في يده اقرار صحيح

(٥) قوله « وهل يحلف المدعى عليه — يعنى المقر — على وجهين ، أحدهما يحلف وهو المذهب فيحلف انه لا يعلم انها للدعى والثاني لا يحلف لأن الخصومة انقلبت الى غيره

ولم تكن بينة حلف وأخذها وان أقر بها للمدعى سلمت اليه وان قال ليست لي ولا أعلم لمن هي سلمت الى المدعى في أحد الوجهين وفي الآخر لا تسلم اليه إلا بينة ويجعلها الحاكم عند أمين . وان أقر بها الغائب أو صبي أو مجنون سقطت عنه الدعوى^(١) . ثم ان كان للمدعى بينة سلمت اليه وهل يحلف على وجهين^(٢) وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه انه لا يلزمه تسليمها اليه وأقرت في يده^(٣) الا ان يقيم بينة انها لمن سمي فلا يحلف . وان أقر بها لمجهول قيل له إما ان تعرفه او نجعلك ناكلا

فصل

ولا تصح الدعوى الا محررة تحريرا يعلم بها المدعى^(٤) الا في الوصية

(١) قوله « وان أقر بها الغائب الخ ، أى لأن الدعوى صارت على غيره وبصير الغائب والولى خصمين

(٢) قوله « وهل يحلف على وجهين ، احدهما لا يحلف وهو المذهب لان البينة وحدها كافية للخبر

(٣) قوله « وان لم يكن له بينة الخ ، هذا المذهب فيوقف الأمر حتى يقدم الغائب وبصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة له فلو نكل المدعى عليه غرم بدلها فان كان المدعى اثنين لزمه لها عوضان

(٤) قوله « ولا تصح الدعوى إلا محررة الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب الا ما استثنى لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عن ما دعاه المدعى فان اعترف به ألزمه ولا يمكنه أن يلزمه مجهولا واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ان مسألة الدعوى وفروعها ضعيفة لحديث الجضرى وان الثبوت المحض يصح بلا مدعى عليه وقال اذا قيل لا تسمع الا محررة فالواجب ان من ادعى بجحلا استفضله الحاكم وقال المدعى عليه قد يكون مبهما كدعوى الأنصار قتل صاحبهم ودعوى المسروق منه على بنى ابيرق ثم المجهول قد يكون مطلقا وقد ينحصر في قوم كقوله نكحني أحدهما وقوله زوجني احدهما . انتهى

والاقرار فانها تجوز بالمجهول^(١) فان كان المدعى 'عيننا حاضرة عينها وان كانت غائبة ذكر صفاتها ان كانت تنضب بها^(٢) والاولى ذكر قيمتها^(٣) وان كانت تالفة

[فائدة] قال في الرعاية لو كان المدعى به مشهوراً عند الخصمين والحاكم كفت شهرته عن تحديده ، قال في الفروع وتسكن في شهرته عند أحدهما أو عند حاكم عن تحديده لحديث الحضرمي والسكندي

(١) قوله : الا في الوصية والاقرار الخ ، وكذا في العبد المطلق في المهر إذا قنا يصح وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه لو أوصى أو أقر بشيء مجهول لصح فكذا هذا

[فوائد] من شرط صحة الدعوى ان تكون متعلقة بالحال على الصحيح من المذهب ، وقيل تسمع بدين مؤجل لاثباته . قال في الترغيب الصحيح انها تسمع فيثبت أصل الحق للزوم في المستقبل كدعوى تدبير وانه يحتمل في قوله قتل أبي أحد هؤلاء الخمسة انها تسمع للحاجة لوقوعه كثيراً ويخلف كل واحد منهم وكذا دعوى غصب واتلاف وسرقة مال لاقرار وبيع إذا قال نسيت لأنه مقصر وقال في الرعاية تسمع الدعوى بدين مؤجل لاثباته إذا خاف سفر الشهود أو المديون مدة لغير أجله

(الثانية) يشترط في الدعوى انفساً كما عن ما يكذبها فلو ادعى عليه انه قتل أباه منفرداً ثم ادعى على آخر المشاركة فيه لم تسمع الثانية ولو أقر الثاني ، الا أن يقول غلطت وكذبت في الأولى فالأظهر يقبل قاله في الترغيب وقدمه في الفروع لامكانه والحق لا يعدوهما

(الثالثة) لو قال كان لك أمس أو بيدك أمس لزمه سبب زوال يده على اصح الوجهين والثاني لا يلزمه

(الرابعة) لو أحضر ورقة فيها دعوى محررة وقال ادعى بما فيها مع حضور خصمه لم تسمع قاله في الرعاية والفروع

(الخامسة) تسمع دعوى استيلاء وكتابة وتدبير على الصحيح من المذهب

(٢) قوله : ذكر صفاتها الخ ، أى لأنها تتميز بذلك

(٣) قوله : والاولى ذكر قيمتها ، أى مع ذكر صفاتها

من ذوات الامثال ذكر قدرها وجنسها وصفتها^(١) وان ذكر قيمتها كان أولى وان لم تنضب بالصفات فلا بد من ذكر قيمتها^(٢) وان ادعى نكاحاً فلا بد من ذكر المرأة بعينها ان حضرت والا ذكر اسمها ونسبها وذكر شروط النكاح وانه تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها في الصحيح من المذهب^(٣) وان ادعى بيعاً أو عقداً سواه فهل يشترط ذكر شروطه؟ يحتمل وجهين وان ادعت المرأة نكاحاً على رجل وادعت معه نفقة أو مهراً سمعت دعواها وان لم تدع سوى النكاح فهل تسمع دعواها؟ على وجهين. وان ادعى قتل موروثه ذكر القاتل وانه انفرد به أو شارك غيره وانه قتله عمداً أو خطأً أو شبه عمد ويصفه. وان ادعى الارث ذكر سببه وان ادعى شيئاً محلي قومته بغير جنس حليته فان كان محلي بذهب وفضة قومته بما شاء منهما للحاجة

(١) قوله «وان كانت تالفة الخ» أي فيذكر هنا ما يذكر في صفة السلم وان ذكر قيمتها مع ذكر صفات السلم كان أولى لانه أضبط وأحصر

(٢) قوله «وان لم تنضب الخ» أي كالجواهر ونحوها وهذا بلا نزاع لأنها لا تعلم الا بذلك

(٣) قوله «وان ادعى نكاحاً الخ» ما ذكره الصحيح من المذهب هو المذهب كما قال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج إلى ذكر شرائطه لأنه نوع فأشبهه ملك العبد ولنا ان النكاح مختلف في شرائطه وقد يدعى نكاحاً يعتقد صحياً والحاكم لا يعتقده صحياً ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها ولا يعلمها إلا بذكر الشروط وقيام البينة بها ويفارق المال فان أسبابه لا تنحصر

[فائدتان] قال المصنف والشارح لو كانت الزوجة أمة والزوج حراً فقياس ما ذكرناه يحتاج إلى ذكر عدم الطول وخوف العنت

(الثانية) لو ادعى زوجية امرأة فأقرت فهل يسمع اقرارها وهو ظاهر كلام الحنفي وصححه المجد أو لا يسمع أو ان ادعى زوجيتها واحد قبل وان ادعاه اثنان لم يقبل قطع به المصنف في المغني فيه ثلاث روايات

فصل

ويعتبر في البيئته العدالة ظاهراً وباطناً^(١) في اختيار أبي بكر والقاضي وعنه

[فائدة] قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لا يعتبر في أداء الشهادة قوله وان الدين باق في ذمة الغريم الى الآن بل يحكم الحاكم باستصحاب الحال اذا ثبت عنده سبق الحق إجماعاً . وقال أيضاً فيمن بيده عقار فادعى رجل بمشبوته عند الحاكم أنه كان لجده الى موته ثم لورثته ولم يثبت انه مخلف عن موروثه لا ينزع منه بذلك لأن أصلين تعارضاً وأسباب انتقاله أكثر من الارث ولم تجر العادة بسكوته المدة الطويلة ولو فتح هذا لا تنزع كثير من عقار الناس بهذه الطريق وقال فيمن بيده عقار فادعى آخر انه كان ملكاً لأبيه فهل تسمع بغير بيئته قال لا تسمع إلا بحجة شرعية أو اقرار من هو في يده أو تحت حكمه . وقال في بيئته شهدت له بملكه إلى حين وقفه وأقام الوارث بيئته أن مورثه اشتراه من الواقف قبل وقفه قدمت بيئته وارث لأن معها مزيد علم كتقديم من شهد بأنه ورثه من أبيه وآخر انه باعه . انتهى

(١) قوله « ويعتبر في البيئته العدالة ظاهراً وباطناً » هذا المذهب وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وعن أحمد تقبل شهادتهما اذا عرف اسلامهما بظاهر الحال الا أن يقول الخصم هما فاستقان وهذا قول الحسن وسواء في ذلك الحد والمال وهذا اختيار أبي بكر وصاحب الروضة لأن الظاهر من المسلمين العدالة ولهذا قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض . وروى أن اعرابياً جاء الى النبي ﷺ فشهد برؤية الهلال فقال النبي ﷺ أتشهد أن لا إله إلا الله فقال نعم فقال أتشهد أني رسول الله قال نعم فصام وأمر الناس بالصيام . وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الأولى وفي سائر الحقوق كالثانية لأن الحدود والقصاص مما يحتاج لها وتدرأ بالشبهات بخلاف غيرها ولنا أن العدالة شرط فوجب العمل بها كالاسلام . والأعرابي المسلم فانه من أصحاب رسول الله ﷺ وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله ﷻ عنده فلهذا فالمراد به الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك وجوب العدالة فقد روى عنه أنه أتى بشاهدين فقال لهما لست كما فأتيا برجل فقال عمر رضي الله عنه تعرفهما قال نعم صحبتهما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس قال لا قال لدرهم التي تقطع فيها الرحم قال لا قال كنت جاراً لهما تعرف =

تقبل شهادة كل مسلم لم تظهر منه ريبة اختاره الخرقى وان جهل اسلامه رجع الى قوله والعمل على الاول واذا علم الحاكم عدالتهما عمل بعلبه وحكم بشهادتهما^(١) الا ان يرتاب بهما فيفرقهما ويسأل كل واحد كيف تحملت ومتى^(٢) وفي أى

== صباحهما ومساءهما قال لا قال يا ابن أخى لست تعرفهما جيئاً بمن يعرفكما وهذا بحث يدل على انه لا يكتفى بدونه . إذا ثبت هذا فيعتبر أربعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة وليس فيها ما يخفى إلا العدالة فيحتاج الى البحث عنها قال الله تعالى ﴿ من ترضون من الشهداء ﴾ ولا نعلم انه مرضى حتى نعرفه أو نخبر عنه وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى من قال ان الأصل في الانسان العدالة فقد أخطأ وانما الأصل فيه الجهل والظلم قال الله تعالى ﴿ وحملها الانسان إنه كان ظلوماً جهولاً ﴾ وقال ابن القيم رحمه الله تعالى فى أواخر بدائع الفوائد إذا شك فى الشاهد هل هو عدل أم لا لم يحكم بشهادته إذ الغالب فى الناس عدم العدالة وقول من قال الأصل فى الناس العدالة كلام مستدرك بل العدالة حادثة تتجدد والأصل عدمها فان خلاف العدالة مستنده جهل الانسان وظلمه والانسان جهول ظلوم فالؤمن يكمل بالعلم والعدالة وهما جماع الخير وغيره يبقى على الأصل

(١) قوله « واذا علم الحاكم الخ » لا نعلم فى هذا خلافاً واذا عرف عدالة الشهود قال للشهود عليه قد شهدا عليك فان كان عندك ما يقدر فى شهادتهما فيبينه عندى فان لم يقدر حكم عليه

[فائدة] لا يجوز الاعتراض عليه لتركه تسمية الشهود وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ان له طلب تسمية البينة ليتمكن من القدرح بالاتفاق قال فى الفروع ويتوجه مثله لو قال حكمت بكذا ولم يذكر مستنده

(٢) قوله « إلا أن يرتاب الخ » يلزم الحاكم سؤال الشهود والبحث عن صفة تحملها وغيره إذا ارتاب فهما على الصحيح من المذهب وروى عن على رضى الله عنه أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم فأتمت زوجته علياً رضى الله عنه فدعا الستة فسألهم فأنكروا ففرقهم وأقام كل واحد منهم عند سارية ووكل به من يحفظه ودعا واحداً منهم فسأله فأنكر فقال الله أكبر فظن الباكون أنه قد اعترف فدعاهم فاعترفوا فقال للأول قد شهدوا عليك وأنا قاتلك فاعترف فقتلهم

موضع وهل كنت وحدك أو أنت وصاحبك فان اختلفا لم يقبلهما وان
اتفقا وعظهما وخوفهما فان ثبتا حكم بهما اذا سأل المدعى فان جرحهما
المشهود عليه كلف البيئته بالجرح^(١) فان سأل الانظار أنظر ثلاثا وللمدعى
ملازمته فان لم يقم بيئته حكم عليه . ولا يسمع الجرح الا مفسرا بما يقدر في
العدالة^(٢) اما ان يراه او يستفيض عنه . وعنه انه يكفي ان يشهد انه فاسق

[فائدة] إذا اتصلت به الحجة واستنارت الحجة لأحد الخصمين حكم اذا
سأله فان كان فيها لبس أمرهما بالصلح فان أياها أخرهما الى البيان . ومن رأى
الاصلاح بين الخصوم شريح وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشافعي والعنبري .
وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل
القضاء يحدث بين القوم الضغائن . قال أبو عبيد انما يسهه الصلح في الأمور المشككة
أما اذا استنارت الحجة لأحد الخصمين فليس له أن يحملهما على الصلح ونحوه قول
عطاء واستحسنه ابن المنذر

(١) قوله « وان جرحهما المشهود عليه الخ » هذا الصحيح من المذهب وذلك
لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال في كتابه الى أبي موسى واجعل لمن ادعى
حقاً غائباً أمدا ينتهى اليه فان أحضر بيئته أخذت له حقه والا استحكمت القضية
عليه لأنه أتى للشك وأجل للعمى ويحتمل أن لا يميل

(٢) قوله « ولا يسمع الجرح الخ » أى فلا يكفي مطلق الجرح وهذا المذهب
وبهذا قال الشافعي وسوار وعنه يكفي أن يشهدا انه فاسق وبه قال أبو حنيفة لأن
التعديل يسمع مطلقاً فكذلك الجرح ولأن التصريح بالسبب يجعل الجرح فاسقا
يوجب عليه الحد في بعض الحالات وهو أن يشهد عليه بالزنا فيفضى إلى جرح
الجرح ولنا أن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب يسير النبيذ
ولئلا يجرحه بما لا يراه القاضى جرحا . وقولهم يفضى إلى جرح الجرح وإيجاب
الحد عليه قلنا ليس كذلك لأنه يمكنه التعريض من غير تصريح

[فائدتان] قوله « أو يستفيض » اعلم ان له أن يقدر في العدالة فيشهد بها
بالاستفاضة على الصحيح من المذهب وقيل ليس له ذلك كالتزكية في أصح الوجهين
فيها وفي التزكية وجه اختاره الشيخ تقى لدين وقال المسلمون يشهدون في مثل عمر
ابن عبد العزيز والحسن بما لا يعلمونه إلا بالاستفاضة وقال لا نعم في الجرح
بالاستفاضة نزاعا بين الناس

وليس بعدل وان شهد عنده فاسق يعرف حاله قال للمدعى زدنى شهودا (١)
وان جهل حاله طالب المدعى بتزكيته (٢) ويكفي في التزكية شاهدان يشهدان انه

(الثانية) يعرض الجرح بالزنا فان صرح ولم يأت بتام أربعة شهود حد
خلافاً للشافعي

[فوائد] إذا أقام المدعى بينة ان هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم
غرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما لأن الشهادة إذا ردت لفسق لم تقبل
مرة ثانية

(الثانية) لا يقبل الجرح والتعديل من النساء ، وقال أبو حنيفة يقبل لأنه
لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فأشبه الرواية وأخبار الديانات . ولنا أنها شهادة فيما ليس
بمال ولا يقصد منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال

(الثالثة) لا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء

(الرابعة) لا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند
الحاكم لا يعرفهما لم يقبل شهادتهما . وقال مالك يقبلهما إذا رأى منهما سيما الخير
لأنه لا سبيل إلى معرفة عدالتهما في التوقف عنهما تضييع للحقوق ولنا أن عدالتهما
مجهولة فلم يجوز الحكم بشهادتهما كشاهدي الحظر وما ذكره معارض بأن قولها يفضي
إلى القضاء بشهادتهما في دفع الحق إلى غير مستحقه

(١) قوله « وان شهد عنده فاسق الخ ، أى يقول ذلك لثلاث يفضحه

(٢) قوله « وان جهل حاله الخ ، هذا بناء على اعتبار العدالة ظاهرا وباطنا
وهو المذهب كما تقدم لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أتى بشاهدين فقال لهما انى
لا أعرفكما ولا يضركما ان لم أعرفكما جيئنا بمن يعرفكما

[فوائد] لا يكفي قولها لانعلم الاخيرا

(الثانية) لا تجوز التزكية إلا لمن له خبرة باطنة قطع به الأصحاب زاد في
الترغيب ومعرفة بالجرح والتعديل

(الثالثة) التزكية حق للشرع يطلبها الحاكم وان سكت عنها الخصم هذا الصحيح
من المذهب وقيل حق للخصم فلو أقر لها حكم عليه بدونها وعلى الأول لا بد منها

عدل مرضى ولا يحتاج ان يقول على ولى . وان عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى^(١) وان سأل المدعى حبس المشهود عليه حتى يزكى فهل يحبس شهوده؟ على وجهين^(٢). وان أقام شاهدا وسأله حبسه حتى يقيم الآخر حبسه ان كان فى المال وان كان فى غيره فعلى وجهين^(٣). وان حاكم اليه من لا يعرف لسانه ترجم له من يعرف لسانه ولا يقبل فى الترجمة والجرح والتعديل والتعريف والرسالة الا قول عدلين^(٤) وعنه يقبل قول واحد ومن ثبتت عدالته مرة فهل يحتاج الى تجديد البحث عن عدالته مرة أخرى؟ على وجهين

على قوله « يشهدان أنه عدل مرضى » ، أو عدل مقبول الشهادة ويكفى قوله
عدل على الصحيح

(١) قوله « وان عدله اثنان وجرحه الخ » ، هذا بلا نزاع وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال مالك ينظر أيهما أعدل فيؤخذ بقول أعدلها . ولنا أن الجرح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه

[فائدة] إذا قلنا يقبل جرح واحد فجرحه واحد وزكاه اثنان فالتركية أولى على أصح الوجهين قاله فى الفروع وجزم به فى المحرر والمنثور والزركى وغيرهم . وقيل الجرح أولى وهو أولى وقال الزركشى لو عدله ثلاثة وجرحه اثنان وبيننا السبب فالجرح أولى وان لم بيننا السبب فالتعديل أولى

(٢) قوله « وان سأل المدعى حبس الخ » ، أحدهما يجاب ويحبس وهو المذهب لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق والثانى لا يحبس لأن الأصل براءة الذمة

[فائدة] مدة حبسه ثلاثة أيام على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وان أقام شاهدا الخ » ، هذا المذهب لأن الشاهد حجته فيه وانما العين مقوية له وان كان فى غيره لم يحبس لأنه لا يكون حجة فى إثباته وهذا المذهب أيضاً

(٤) قوله « ولا يقبل فى الترجمة الخ » ، وهذا المذهب بلا ريب ، وعنه يقبل واحد وهذا اختيار أبى بكر وابن المنذر وقول أبى حنيفة قال ابن المنذر فى حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه ان النبى ﷺ أمره أن يتعلم كتابة يهود قال فكنت =

فصل

وان ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو وصي أو مجنون وله بيعة سمعها الحاكم وحكم بها^(١). وهل يحلف المدعى انه لم يبرأ اليه منه ولا من

= أكتب له إذا كتب اليهم وأقرأ إذا كتبوا اليه ولأنه بما لا يفترق فيه إلى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كأخبار الديانات . ولنا أنه نقل ما خفي عن الحاكم فيما يتعلق بالمتحاكين فوجب فيه كالشهادة ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كغيبته فعلى المذهب يكون ذلك شهادة يفترق إلى ذكر العدد والعدالة ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الاقرار بذلك الحق فان كان بما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ولم يكف الا شاهدان ذكران وان كان مالا كفى فيه رجل وامرأتان ولم تعتبر الحرية . وان كان في حد زنا فالأصح أربعة وقيل يكفي اثنان بناء على الروايتين في الشهادة على الاقرار بالزنا بناء على ما تقدم ويعتبر فيه لفظ الشهادة

[فائدتان] اذا ادعى العبد أن سيده اعتقه وأقام شاهدين لم يعدلا فسأل الحاكم أن يحول بينه وبين سيده الى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة ينفق عليه من كسبه

(الثانية) إذا أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها وان أقامت شاهدا واحدا لم يحل بينهما لأن البيعة لم تتم وهذا لا يثبت إلا بشاهدين

(١) قوله « وإن ادعى على غائب الخ » وهذا المذهب في ذلك كله فاذا ادعى حقا على غائب في بلد آخر طلب من الحاكم سماع البيعة والحكم بها عليه فعلى الحاكم إيجابته إذا كملت الشروط وبهذا قال ابن شبرمة ومالك والشافعي والأوزاعي والليث وسوار وأبو عبيد وإسحاق وابن المنذر وكان شريح لا يرى الحكم على الغائب وعن أحمد رحمه الله تعالى مثله وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم والشعبي إلا أن أبا حنيفة قال إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه واحتجوا بما روى عن النبي ﷺ أنه قال لعلي رضي الله عنه إذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض الأول حتى تسمع كلام الآخر فانك تدري =

شيء منه؟ على روايتين^(١). ثم إذا قدم الغائب أو بلغ الصبي أو أفاق المجنون

== بما قضى قال الترمذى هذا حديث حسن ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدر فيها فلم يجز الحكم ولنا أن هنداً قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدى قال خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف متفق عليه فقضى عليه لها ولم يكن حاضراً ولأن هذا له بينة عادلة مسموعة فجاز الحكم بها وأما حديثهم فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال إذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجاً ثاباً وله مال في يد رجل وتحتاج إلى النفقة واعترف لها بذلك فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة ولو ادعى على حاضر أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة وأقام بيته بذلك حكم بالبيع والأخذ بالشفعة وكذلك الحكم في المستتر في البلد لأنه تعذر حضوره أشبه الغائب بل أولى لأنه لا عذر له

[فوائد] ظاهر كلام المصنف أنه إذا حكم له أنه يعطى العين المدعاة وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى قال الزركشى هذا أشهر الوجهين وقيل يعطى بكفيل وما هو بعيد

(الثانية) مراده بالمستتر هنا الممتنع من الحضور

(الثالثة) الغيبة هنا مسافة القصر على الصحيح من المذهب

(الرابعة) ظاهر كلام المصنف صحة الدعوى على الغائب في جميع الحقوق وهو ظاهر كلام الخرقى والمجد وغيرهم وقال ابن البنا والمصنف وابن حمدان وغيرهم إنما يقضى على الغائب في حقوق الأدميين لا في حقوق الله تعالى كالزنا والسرقة نعم يقضى في السرقة بالمال فقط وفي حد القذف وجهان بناء على أنه حق لله أو لآدمي

(١) قوله وهل يحلف المدعى الخ ، أحدهما لا يحلف وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب لقوله ﷺ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه والثانية يستحلف معها صححة في الخلاصة والرايتين وجزم به في الوجيز وهو قول الشافعي لأنه يجوز أن يكون استوفى ما قامت به البينة

[تنبيه] قوله ثم إذا قدم الغائب الخ هذا صحيح لكن لو جرح البينة بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقاً لم يقبل لجواز كونه بعد الحكم فلا يقدر فيه والإقبال

فهو على حجته. وان كان الخصم في البلد غائبا عن المجلس لم تسمع البيئته حتى يحضر^(١) فان امتنع عن الحضور سمعت البيئته وحكم بها في احدى الروايتين^(٢) والآخرى لا تسمع حتى يحضر فان أبي بعث الى صاحب الشرطة ليحضره فان تكرر منه الاستتار أقعد على بابه من يضيق عليه في دخوله وخروجه حتى يحضر . وان ادعى ان أباه مات عنه وعن أخ له غائب وله مال في يد فلان او دين عليه فاقر المدعى عليه أو ثبتت بيئته سلم الى المدعى نصيبه وأخذ الحاكم نصيب الغائب فيحفظه له . ويحتمل أنه اذا كان المال ديناً ان يترك نصيب الغائب في ذمة الغريم حتى يقدم^(٣) وان ادعى انسان ان الحاكم حكم له بحق فصدقه

(١) قوله : وان كان الخصم في البلد غائبا الخ ، ولا تسمع أيضاً الدعوى وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم ولأصحاب الشافعي وجه يقضى عليه لأنه غائب أشبه البعيد ولنا ان حضوره ممكن فلم يجز الحكم عليه كحاضر المجلس ، ونقل أبو طالب يسمعان ولا يحكم عليه حتى يحضر صححه في المحرر واختاره الناظم وجزم به في المنور

(٢) قوله : فان امتنع من الحضور الخ ، هذا المذهب وهو مذهب الشافعي لأنه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد بل هذا أولى لأن البعيد معذور وهذا لا عذر له

(٣) قوله : ويحتمل انه اذا كان المال ديناً الخ ، من ادعى ان أباه مات وخلفه وأخاه غائبا لا وارث له سواهما وترك في يد انسان داراً أو عيناً منقولة فأقر له صاحب اليد أو أنكر فثبتت بيئته بما ادعاه ثبت ما في يد المدعى عليه للبيت وانتزعت من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعى وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب يكره له ان كان يمكن كراه وبهذا قال الشافعي وهو الصحيح من المذهب . وقال أبو حنيفة ان كان مما لا ينقل ولا يحول او بما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه لأن الغائب لم يدعه ولا وكيهه . ولنا أنها تركه ميت ثبتت بيئته فوجب ان ينزع نصيب الغائب كالمقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً

قبل قول الحاكم وحده^(١) وان لم يذكر الحاكم ذلك فشهد عدلان انه حكم له به قبل شهادتهما وامضى القضاء^(٢) وكذلك ان شهدا ان فلانا وفلانا شهدا عندك بكذا قبل شهادتهما^(٣) وان لم يشهد به أحد لكن وجده في قطره في صحيفة تحت ختمه بخطه فهل ينفذه؟ على روايتين^(٤) . وكذلك الشاهد اذا رأى خطه في كتاب بشهادة ولم يذكرها فهل له ان يشهد بها؟ على روايتين^(٥)

(١) قوله « وان ادعى انسان ان الحاكم الخ ، إذا قال الحاكم المنسوب حكمت فلان على فلان بكذا أو نحوه وليس اباه ولا ابنه قبل قوله على الصحيح من المذهب نص عليه وسواء ذكر مستندا أو لا وليس هذا حكما بالعلم انما هو امضاء لحكمه السابق

(٢) قوله « وان لم يذكر الحاكم ذلك الخ ، هذا المذهب وبه قال ابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي لا يقبل لأنه لا يمكنه الرجوع إلى الاحاطة والعلم فلا يرجع إلى الظن كالشاهد إذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان انه شهد لم يكن له أن يشهد . ولنا انه لو شهدا عنده بحكم غيره قبله فكذلك إذا شهدا عنده بحكمه

(٣) قوله « وكذا ان شهدا ان فلانا الخ ، هذا بلا نزاع فيقبل شهادتهما على الشاهدين كما يقبل شهادتهما على الحق نفسه

(٤) قوله « وان لم يشهد به أحد الخ ، أحدهما ليس له تنفيذه وهو المذهب إلا أن يذكره نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في الشهادة لأنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز إنفاذه إلا بينة حكم غيره ولا يجوز أن يزور عليه وعلى خطه وختمه والثانية يحكم به سواء كان في قطره أو لا اختاره في الترغيب وجزم به في الوجيز ومنتخب الأدمى والمنور وقدمه في المحرر والنظم ، قال في الانصاف وعليه العمل

(٥) قوله « وكذلك الشاهد الخ ، أحدهما ليس له أن يشهد وهو الصحيح من المذهب لما تقدم والثانية له ان يشهد إذا حرره وإلا فلا لأن الظاهر انها خطه وعنه له ان يشهد مطلقاً اختاره في الترغيب وجزم به في الوجيز ومنتخب الأدمى والمنور

فصل

ومن كان له على إنسان حق ولم يمكنه أخذه بالحكم وقدر له على مال لم يجوز له ان يأخذ قدر حقه نص عليه واختاره عامة شيوخنا، وذهب بعضهم من المحدثين الى جواز ذلك، فان قدر على جنس حقه أخذ قدر حقه والا قومه وأخذ بقدر حقه متحرياً للعدل في ذلك لحديث هند خذ ما يكفيك وولدك بالمعروف، وكقوله عليه السلام «الرهن مر كوب ومحبوب»^(١)،

(١) قوله «ومن كان له على إنسان الخ» إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له ان يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فان أخذ من ماله شيئاً بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه وان كان مانعاً لأمر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجوز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئاً لزمه رده ما كان باقياً أو عوضه ان كان تالفاً ولا يحصل التقاص مطلقاً. وان كان مانعاً له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحكم أو السلطان لم يجوز له الأخذ أيضاً بغير خلاف واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى جواز الأخذ ولو قدر على أخذه بالحكم في الحق الثابت باقرار أو بيعة أو كان سبب الحق ظاهراً قال في الفروع وهو ظاهر كلام ابن شهاب وغيره وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بيعة به أو لا يجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه إجباره وهي مسألة الكتاب فالمذهب لا يجوز له الأخذ نقله الجماعة عن أحمد رحمه الله تعالى قال المصنف والشارح هذا المشهور في المذهب قال الزركشي هذا المذهب المنصوص وذهب بعض الأصحاب من المحدثين إلى جواز ذلك وهو رواية عن أحمد وخرجه ابو الخطاب ومن تبعه من الأصحاب من قول أحمد في المرتين يركب ويحلب بقدر نفقته والمرأة تأخذ مؤنتها والبائع للسلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضاه فعلى هذا ان قدر على جنس حقه أخذ بقدره وإلا قومه وأخذ بقدره وقال الشافعي ان لم يقدر على استخلاص حقه بيئته فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه وان كانت له به بيعة وقدر على استخلاصه فقيه وجهان والمشهور من مذهب مالك انه ان لم يكن لغيره عليه دين فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عليه دين لم يجوز لأنهما جنس حقه وان كان عرضاً لم يجوز لأنهما يتحصان في ماله اذا أفلس وقال له ان يأخذ بقدر حقه وان كان =

وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في الباطن^(١) وذكر ابن أبي موسى عنه رواية انه يزيل العقود والفسوخ

باب كتاب القاضى الى القاضى

يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى المال وما يقصد به المال^(٢) كالقرض

== عيناً أو ورقاً أو من جنس حقه وان كان عرضاً لم يحز لأن أخذ العرض اعتياض ولا يجوز المعاوضة إلا برضاء المتعاضين ووجه الاول قوله ﷺ « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذى وقال حسن وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه »

[تنبيه] محل الخلاف فى هذه المسئلة إذا لم يكن الحق الذى فى ذمته قد أخذه قهراً فاما ان كان قد غصب ماله فيجوز له الأخذ بقدر حقه ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وغيره وقال ليس هذا من هذا الباب

(١) قوله « وحكم الحاكم الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهذا قول الجمهور منهم مالك والاوزاعى والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة إذا حكم بعقد أو فسخ أو طلاق نفذ حكمه ظاهراً وباطناً فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل انه طلق امرأته فقبلهما القاضى لعدتهما ففرق بين الزوجين جاز ل احد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها ، ولو ان رجلا ادعى نكاح امرأة وهو يعلم انه كاذب وأقام شاهدى زور فختم الحاكم حلت له بذلك وصارت زوجته واحتج بما روى عن على رضى الله عنه ان رجلا ادعى على امرأة نكاحها فرفها إلى على فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية فقالت والله ما تزوجت يا أمير المؤمنين اعقد بيننا عقدا حتى أحل له فقال شاهدك زوجك فدل على أن النكاح ثبت بحكمه . ولنا قول النبي ﷺ « انما أنا بشر وانكم تختصمون إلى ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما أقطع له قطعة من النار ، متفق عليه وخبر على رضى الله عنه ان صح فلا حجة فيه لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ولم يجها إلى التزويج لأن فيه طعنا على الشهود

(٢) قوله « يقبل كتاب القاضى الخ » هذا بلا نزاع قال الشارح يقبل فى المال بغير خلاف علمناه

والنصب والبيع والاجارة والرهن والصلح والوصية له والجناية الموجبة للمال ، ولا يقبل في حد الله تعالى^(١) ، وهل يقبل فيما عدا ذلك مثل القصاص والنكاح والطلاق والخلع والعق والنسب والكتابة والتوكيل والوصية اليه ؟ على روايتين . فأما حد القذف فان قلنا هو لله تعالى فلا يقبل فيه وان قلنا للآدمي فهو كلقصاص . ويجوز كتاب القاضى فيما حكم به لينفذه في المسافة القريبة ومسافة القصر^(٢) ويجوز فيما ثبت عنده ليحكم به في المسافة البعيدة دون

(١) قوله « ولا يقبل في حد الله تعالى ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به وذكر في الرعاية رواية يقبل وأما ما عدا ذلك كما ذكر المصنف ففيه روايتان احدهما يقبل وهو المذهب وقال أصحاب الشافعى يقبل في كل حق آدمى من الجراح وغيرها وهل يقبل في الحدود التي لله تعالى على قولين أحدهما يقبل وهو قول مالك وأبي ثور وحد القذف ينبئ على الخلاف فيه ولنا أنها لا تقبل في الحدود انها مبنية على السر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار وكتاب القاضى شهادة على شهادة وفيها شبهة فانه يتطرق اليها الاحتمال والسهو والغلط في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الأصل ولأن كتاب القاضى إلى القاضى لا يقبل إلا للحاجة ولا حاجة في اقامة الحد وقال المصنف والشارح ظاهر كلام احمد أنه لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى في القصاص وهو قول أبي حنيفة والمذهب انه يقبل فيه أيضاً وهو قول مالك والشافعى وأبي ثور لأنه حق آدمى لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به أشبه الأموال

(٢) قوله « ويجوز كتاب القاضى الخ ، كتاب القاضى على ضربين : أحدهما أن يكتب بما حكم به وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيتغيب قبل وفائه أو يدعى حقاً على غائب ويقم به بينة ويسأل الحاكم الحكم عليه ويسأله أن يكتب كتاباً بحكمه إلى قاضى البلد الذى فيه الغائب فيكتب له اليه أو تقوم البينة على حاضر فهرب قبل الحكم عليه فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتاباً بحكمه ففي هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم اجابته الى الكتاب ويلزم المكتوب اليه قبوله سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة حتى لو كانا في مجلس الحكم أو جاني البلد لزمه قبوله وإمضاؤه وسواء كان حكماً على حاضر أو غائب بلانزاع في المذهب ولا نعلم فيه خلافاً لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم وعند الشيخ تقى الدين =

القريبة ويجوز ان يكتب الى قاض معين والى من يصل اليه كتابى هذا من
قضاة المسلمين وحكامهم ولا يقبل الكتاب الا ان يشهد به شاهدان يحضرها
القاضى الكاتب فيقرأه عليهما ثم يقول أشهدكما ان هذا كتابى الى فلان
ابن فلان ويدفعه اليهما فاذا وصلا الى المكتوب اليه دفعا اليه الكتاب وقال
نشهد ان هذا كتاب فلان اليك كتبه من عمله وأشهدنا عليه والاحتياط ان
يشهدا عليه بما فيه ويختمه ولا يشترط ختمه . وان كتب كتابا وأدرجه وختمه
وقال هذا كتابى الى فلان اشهدا على بما فيه لم يصح (١) لان أحمد قال فيمن
كتب وصية وختمها ثم اشهد على ما فيها : فلا حتى يعلمه ما فيها . ويتخرج

= رحمه الله وفي حق الله أيضاً . الضرب الثانى ان يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده
يحق لفلان مثل أن تقوم البيئته عنده لرجل على آخر ولم يحكم به فيسأل صاحب الحق
أن يكتب له كتاباً بما حصل عنده فانه يكتب له أيضاً قال القاضى ويكون فى كتابه
شهد عندى فلان وفلان بكذا ويكون المكتوب اليه هو الذى يقضى ولا يكتب
ثبت عندى لأن قوله ثبت عندى حكم بشهادتهما فهذا لا يقبله المكتوب اليه إلا
فى المسافة البعيدة التى هى مسافة القصر ولا يقبله فيما دونها لأنها نقل شهادة فاعتبر
فيه ما يعتبر فى نقل الشهادة على الشهادة وهذا المذهب وعليه الأصحاب ونحوه قول
الشافعى وعن أحمد رحمه الله تعالى فوق يوم وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى
وقال خرجته فى المذهب وأقل من يوم تكبر انتهى يعنى إذا أخبر حاكم لآخر بحكمه
يجب العمل به فلولا ان حكم الحاكم كالخبر لما اكتفى فيه بخبره ولما جاز للحاكم الآخر
العمل به حتى يشهد شاهدان قاله ابن نصر الله وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أن
يقبله فى بلده

(١) قوله « وان كتب كتابا وأدرجه الخ » لا بد من شاهدين يشهدان بكتاب
القاضى الى القاضى وهذا المذهب ولا يكتفى معرفة المكتوب اليه خط الكاتب
وختمه ولا يجوز له قبوله بذلك فى قول الجمهور وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى
أنهم قالوا إذا كان يعرف خطه وختمه قبله وهو قول أبى ثور والإصطخرى
ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه يحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين . ولنا ان
ما أمكن اثباته لم يجز الاقتصار على الظاهر كاثبات العقود ولأن الخط يشبه الخط
والختم يمكن التزوير عليه

الجواز^(١) لقوله اذا وجدت وصية الرجل مكتوبة عند رأسه من غير أن يكون أشهد أو اعلم بها أحدا عند موته وعرف خطه وكان مشهورا فانه ينفذ ما فيها، وعلى هذا اذا عرف المكتوب اليه انه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله والعمل على الاول فاذا وصل الكتاب فاحضر المكتوب اليه الخصم المحكوم عليه في الكتاب فقال لست فلان ابن فلان فالقول قوله مع يمينه الا ان تقوم به بيينة فان ثبت انه فلان ابن فلان بيينة أو اقرار فقال المحكوم عليه غيرى لم يقبل منه الا بيينة تشهد أن في البلد من يساويه فيما سمي ووصف به فيتوقف الحكم حتى يعلم من المحكوم عليه منهما وان تغيرت حال القاضي الكاتب بعزل أو موت لم يقدرح في كتابه وان تغيرت

على قوله « وان كتب كتابا الخ ، وهذا المذهب وبه قال ابو حنيفة والشافعى لانهما شهدا بمجهول لا يعلبانه فلم تصح شهادتهما كما لو شهدا ان لفلان على فلان مالا

(١) قوله « ويتخرج لنا الخ ، واختار هذه الرواية المخرجة في الوصية المصنف والشارح وصاحب الفائق وغيرهم على ما تقدم في أول كتاب الوصايا وعلى هذه الرواية المخرجة إذا عرف المكتوب اليه انه خط القاضي وختمه جاز قبوله على الصحيح . وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى من عرف خطه باقرار أو انشاء أو عقد أو شهادة عمل به كيت ، فان حضر وأنكر مضمونه فكاعتراه بالصوت وانكار مضمونه وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى في كتاب اصدده إلى السلطان في مسألة الزيارة وقد تنازع الفقهاء في كتاب الحاكم هل يحتاج إلى شاهدين على لفظه أم واحد أو يكفي بالكتاب المختوم أم يقبل الكتاب بلا ختم ولا شاهد على أربعة أقوال معروفة في مذهب احمد وغيره . وذكر الشيخ تقي الدين قولاً انه يحكم بخط شاهد ميت وقال الخط كاللفظ إذا عرف انه خطه ، وقال انه مذهب جمهور العلماء وهو يعرف ان هذا خطه كما يعرف ان هذا صوته ، واتفق العلماء على انه يشهد على الشخص إذا عرف صوته مع إمكان الاشتباه وجوز الجمهور كالك وأحمد الشهادة على الصوت من غير رؤية المشهود عليه والشهادة على الخط أضعف لكن جوازه قوى أقوى من منعه

بفسق لم يقدح فيما حكم به وبطل فيما ثبت عنده ليحكم به وإذا تغيرت حال المكتوب اليه فلمن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به

فصل

وإذا حكم عليه فقال اكتب لي الى الحاكم الكتاب أنك حكمت على حتى لا يحكم على ثانيا لم يلزمه ذلك ولكنه يكتب له محضرا بالقضية وكل من ثبت له عند حاكم حق أو ثبتت براءته مثل ان أنكر وحلفه الحاكم فسأل الحاكم ان يكتب له محضرا بما جرى ليثبت حقه أو براءته لزمه اجابته وان سأل من ثبت محضره عند الحاكم ان يسجل له فعل ذلك وجعله نسختين نسخة يدفعها اليه والاخرى يحبسها عنده والورق من بيت المال فان لم يكن فمن مال المكتوب له . وصفة المحضر : بسم الله الرحمن الرحيم حضر القاضى فلان ابن فلان الفلانى قاضى عبد الله الامام على كذا وكذا وان كان نائبا كتب خليفة القاضى فلان قاضى عبد الله الامام فى مجلس حكمه وقضائه بموضع كذا مدع ذكر انه فلان ابن فلان وأحضر معه مدعى عليه ذكر انه فلان ابن فلان فادعى عليه كذا فأقر له او فانكر فقال القاضى للمدعى ألك بيته فقال نعم فاحضرها وسأله سماعها ففعل أو فانكر ولم يقم له بيته وسأل إحلافه فاحلفه وان نكل عن اليمين ذكر ذلك وأنه حكم عليه بنكوله وان رد اليمين فحلفه حكى ذلك وسأله ان يكتب له محضرا بما جرى فاجابة اليه فى يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ويعلم فى الاقرار والاحلاف جرى الامر على ذلك وفى البينة شهد عندى بذلك . واما السجل فهو لانفاذ ما ثبت عنده والحكم به وصفته ان يكتب : هذا ما أشهد عليه القاضى فلان ابن فلان ويذكر ما تقدم من حضره من الشهود أشهدهم انه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان وقد عرفهما بما رأى معه قبول شهادتهما بمحضر من خصمين يذكرهما ان كانا معروفين والا قال مدع ومدعى عليه جاز حضورهما وساع الدعوى من أحدهما على الآخر بمعرفة فلان ابن فلان ويذكر المشهود عليه واقاراره فى صحة منه وسلامة وجواز أمر بجميع ما سمي ووصف به فى كتاب نسخته

كذا . وينسخ الكتاب المثبت أو المحضر جميعه حرفا بحرف فاذا فرغ منه قال وان القاضى امضاه وحكم به على ما هو الواجب عليه فى مثله بعد ان سأله ذلك والا شهد به الخصم المدعى ويذكر اسمه ونسبه ولم يدفعه الخصم الحاضر معه بحجة وجعل كل ذى حجة على حجته وأشهد القاضى فلان على انفاذه وحكمه وامضائه من حضره من الشهود فى مجلس حكمه فى اليوم المؤرخ فى اعلاه وأمر بكتب هذا السجل نسختين متساويتين نسخة منهما بجلد ديوان الحكم ويدفع الأخرى الى من كتبها له وكل واحد منهما حجة ووثيقة فيما أنفذه فيهما وهذا يذكر للخروج من الخلاف ولو قال انه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ما فى كتاب نسخته كذا ولم يذكر بمحضر من الخصمين ساغ ذلك لجواز القضاء على الغائب . وما يجتمع عنده من المحاضر والسجلات فى كل أسبوع أو شهر على قلبها وكثرتها يضم بعضها الى بعض ويكتب عليها محاضر وقت كذا فى سنة كذا

باب القسمة

وقسمة الاملاك جائزة وهى نوعان قسمة تراض وهى ما فيها ضرر أو رد عوض من أحدهما كاللدور الصغار والحمام والعضائد^(١) المتلاصقة اللاتى لا يمكن قسمة كل عين مفردة والارض التى فى بعضها بئر أو بناء ونحوه لا يمكن قسمته بالإجزاء^(٢) والتعديل^(٣) اذ ارضوا بقسمتها أعيانا بالقيمة

(١) قوله « والعضائد » واحدها عضادة وهى ما يصنع لجريان الماء فيه من السواقي وذرات الكتفين ومنه عضادتا الباب وهما حنبتان من جانبيه

(٢) قوله « لا يمكن قسمتها بالأجزاء » أى لأنه إذا أمكن قسمتها بالأجزاء مثل أن تكون البئر واسعة يمكن ان يجعل نصفها لواحد ونصفها للآخر ويجعل بينهما حاجز فى أعلاها أو البناء كثيرا يمكن أن يجعل لكل واحد منهما نصفه ، فاذا أمكن ذلك وجب القسم

(٣) قوله « والتعديل » وذلك مثل أن يكون فى أحد جانبي الأرض بئر يساوى =

جاز^(١) وهذه جارية مجرى البيع في انه لا يجبر عليها الممتنع منها^(٢) ولا يجوز

== مائة وفي الآخر منها بناء يساوي مائة فتكون القسمة في مثل هذه قسمة إجبار لا قسمة تراض لأنه يمكن ان يجعل البئر لأحد الشريكين مع نصف الأرض والبناء للآخر مع نصف الأرض

(١) قوله « إذا رضوا بقسمتها أعيانا بالقيمة جاز ، هذا بلا نزاع لأن الحق لها وان طلب من الحاكم ان يقسمه بينهما اجابهما اليه وان لم يثبت عنده انه ملكهما لأن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت من طريق الظاهر ولهذا يجوز له التصرف فيه من البيع والاتهاب ونحوه وبهذا قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ان كان عقاراً نسبهه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة لأن الميراث باق على حكم الميت فلا يقسم احتياطاً للميت وما عدا العقار يقسمه وان كان ميراثاً لأنه يتوى ويهلك وقسمته تحفظه وكذلك العقار الذي لا ينسب إلى الميراث وظاهر قول الشافعي انه لا يقسم عقاراً كان أو غيره ما لم يثبت ملكهما

(٢) قوله « وهذه جارية مجرى البيع الخ ، أى لما فيها من الرد فتصير بيعاً بهذا لأن صاحب الدار بذل المال عوضاً عما حصل في حق شريكه وهذا هو البيع فلا يجبر على ذلك الممتنع لما روى احمد عن عبد الرزاق عن معمر عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعاً قال لا ضرر ولا ضرار رواه ابن ماجه والدارقطنى ولها أيضاً من حديث عمرو بن يحيى المازنى عن ابيه عن أبى سعيد رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال « لا ضرر ولا ضرار ، رواه مالك في الموطأ عن عمرو عن ابيه مرسلًا قال النووى حديث حسن وله طرق يقوى بعضها بعضها قال في الترغيب وغيره فلو قال احدهما أنا آخذ الادنى ويبقى لى فى الاعلى قيمة حصتى فلا إجبار وقال فى الروضة إذا كان بينهم مواضع اذا اخذ احدهم من كل موضع منها حقه لم ينتفع به جمع له حقه من كل مكان فى واحد فاذا كان له سهم يسير لا يمكنه الانتفاع به الا بادخال الضرر على شركائه واقتيساته عليهم منع من التصرف فيه وأجبر على بيعه قال فى الفروع كذا قال قلت كأنه لم يرتضه ويشهد لهذا ما ذكره فى باب الصلح عن الخلال وصاحبه فيمن له نخلة بأرض رجل يلحق رب الأرض من دخوله ضرر فى رواية حنبل أن سمرة كان له نخل فى حائط فأذاه بدخوله فشكاه الى النبي ﷺ فقال لسمرة بعه فأبى فقال ناقه فأبى فقال هبه لى ولك مثله فى الجنة ==

فيها الا ما يجوز في البيع . والضرر المانع من القسمة هو نقص القيمة بالقسم في ظاهر كلامه^(١) أو لا ينتفعان به مقسوما في ظاهر كلام الخريفي^(٢) فان كان الضرر على أحدهما دون الآخر كرجلين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث ينتفع صاحب الثلثين بقسمها ويتضرر الآخر فطلب من لا يتضرر القسم لم يجبر عليه الآخر وان طلبه الآخر أجبر الأول^(٣) وقال القاضي ان

== فأبي فقال انت مضار اذهب فاقلع نخله قال احمد كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع منه والا أجبره السلطان ولا يضر بأخيه اذا كان مرفقاه وقال القاضي في التعليق وصاحب المبهج والمصنف في الكافي البيع ما فيه رد عوض وان لم يكن فيها رد عوض فهي افراز النصيبين وتمييز الحقين وليست بيعاً واختاره الشيخ تقي الدين

[فائدة] من دعا شريكه الى البيع في قسمة التراضي أجبر فان أبي بيع عليهما وقسم الثمن نقله الميموني وحنبل وذكره القاضي وأصحابه وغيرهم وجزم به في القاعدة السابعة والسبعين وقدمه في الفروع قال في الفروع وكلام الشيخ- يعني به المصنف- والمجد يقتضى المنع وكذا حكم الاجارة ولو في وقف ذكره الشيخ تقي الدين في الوقف

(١) قوله : والضرر المانع الخ ، وهذا المذهب وهذا ظاهر كلام الشافعي لأن نقص قيمته ضرر وهو منفي شرعا وظاهره سواء انتفعوا به مقسوما أو لا

(٢) قوله : أو لا ينتفعان به الخ ، هذا رواية عن أحمد اختاره المصنف وجزم به في العمدة لأن ضرره يجرى مجرى الائتلاف بخلاف نقصان القيمة فان اعتباره يؤدي الى بطلان القسمة غالباً فوجب أن لا يعتبر ولأن ضرر نقص القيمة ينجر بزوال ضرر الشركة وقال مالك يجبر الممنوع وان استضر قياساً على ما لا ضرر فيه

(٣) قوله : فان كان الضرر على أحدهما الخ ، ما قدمه المصنف هو اختيار جماعة من الأصحاب منهم أبو الخطاب والمصنف والشارح ونصراه وجزم به في الوجيز والمنور ومنتخب الأدمي وتذكرة ابن عبدوس قال أحمد في رواية حنبل كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمها وهذا قول ابن أبي ليلى وأبي ثور لأن فيه اضعاء مال ولأنها قسمة يضر بها صاحبها فلم يجبر عليها

طلبه الاول أجبر الآخر وان طلبه المضروب لم يجبر الآخر^(١). وان كان بينهما عبيد أو بهائم أو ثياب ونحوها فطلب أحدهما قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر عليه وقال القاضي يجبر^(٢). وان كان بينهما حائظ لم يجبر الممتنع من قسمه وان الآخر استهدم لم يجبر على قسم عرصته^(٣) وقال أصحابنا ان طلب قسمه طولاً بحيث يكون له نصف الطول في كمال العرض أجبر الممتنع وان طلب قسمه عرضاً وكانت تسع حائطين أجبر والا فلا وان كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمها لاحدهما العلو والآخر السفل^(٤) أو كان بينهما

(١) قوله « وقال القاضي الخ » وهذا رواية عن أحد قال الزركشي وفيه بعد وهذا قول الشافعي وأهل العراق لأنه طلب افراز نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه فوجب اجابته اليه ووجه الأول قوله ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » والصحيح من المذهب انه لا اجبار على الممتنع منهما وعليه أكثر الاصحاب

(٢) قوله « وان كان بينهما عبيد الخ » هذا أحد الوجوه واليه ميل أبي الخطاب وقال القاضي يجبر وظاهره انه سواء تساوت القيمة أو لا وهذا اذا لم يكن فيه ضرر ولا رد عوض وهذا ظاهر مذهب الشافعي والمذهب ان تساوت القيمة أجبر نص عليه والا فلا

[تنبيه] محل الخلاف اذا كانت من جنس واحد على الصحيح من المذهب ، وقال المصنف والشارح اذا كانت من نوع واحد

(٣) قوله « وان كان بينهما حائظ - الى قوله - عرصته » هذا أحد الوجهين والمذهب منهما أي لأن القسمة افراز حق أحد الشريكين من حق الآخر على وجه يمكن كل واحد منهما الانتفاع بحقه مفرداً ولا يمكن ذلك في الحائظ لأنه ان طلب قسمته طولاً في كمال العرض فقطع الحائظ ففيه اتلاف وان لم يقطعه أفضى الى الضرر

(٤) قوله « وان كان بينهما دار الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقسمه الحاكم فيجعل ذراعاً من السفل بذراع من العلو وقال أبو يوسف ذراعاً بذراع وقال محمد يقسمها بالقيمة

منافع لم يجبر الممتنع من قسمها^(١) وان تراضيا على قسمها كذلك أو على قسم المنافع بالمهاياة جاز^(٢) وان كان بينهما أرض ذات زرع فطلب أحدهما

[فائدة] وكذا الحكم لو طلب قسمة السفل دون العلو أو العكس أو قسمة كل واحد على حدة ولو طلب أحدهما قسمتهما معاً ولا ضرر وجب وعدل بالقيمة لا ذراع سفلى بذراعى علو ولا ذراع بذراع

[فائدة] اذا كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين لم يجبر الممتنع وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد اذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربتا أو تفرقتا لأنه أنفع وأعدل وقال مالك اذا كانتا متجاورتين اجبر الممتنع من ذلك لأن المتجاورتين تتقارب كيفيةهما بخلاف المتباعدتين وقال أبو حنيفة ان كانت احدهما حجرة الاخرى أجبر والا فلا لأنها بحريان بحرى الدار الواحدة . ولنا انه نقل حقه من عين الى أخرى فلم يجبر كالمفترقتين عند مالك وكما لو لم تكن حجرتهما حجرة الاخرى عند أبي حنيفة وكما لو كانتا دارا ودكانا مع أبي يوسف ومحمد والحكم في الدكاكين كالحكم في الدور

(١) قوله د أو كان بينهما منافع الخ ، هذا المذهب مطلقاً لأن قسمة المنافع انما يكون بقسمة الزمان والزمان انما ينقسم بأن يأخذ أحدهما قبل الآخر وهذا لا تسوية فيه فان الآخر يتأخر حقه فلا يجبر على ذلك

(٢) قوله د وان تراضيا الخ ، اذا اقتسم المنافع بالزمان أو المكان صح وكان ذلك جائزاً على الصحيح من المذهب لأن الحق لها لا يخرج عنها فيجوز تراضيها واختار في المحرر لزومه ان تعاقدا مدة معلومة وجزم به في الوجيز وذكر ابن البناء في الخصال ان الشركاء اذا اختلفوا في منافع دار بينهما ان الحاكم يجبرهم على قسمها بالمهاياة أو يؤجرها عليهم فعلى المذهب لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وان رجع بعد الاستيفاء غرم ما انفرد به وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لا يفسخ حتى ينقضى الدور ويستوفى كل واحد حقه انتهى . ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع في مدة الآخر قبل تمكنه من القبض فأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى بأنه يرجع على الاول بقدر حصته من تلك المدة ما لم يكن رضى بمنفعة الزمن المتأخر على أى حال كان

قسمها دون الزرع قسمت^(١) وان طلب قسمها مع الزرع^(٢) أو قسم الزرع مفردا لم يجز الآخر^(٣) وان تراضوا عليه والزرع قصيل او قطن جاز وان

[فائدتان] لو انتقلت كانتقال وقف فهل تنتقل مقسومة أم لافيه نظر فان كانت الى مدة لزمت الورثة والمشتري قال ذلك الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال أيضا معنى القسمة هنا قريب من معنى البيع فقد يقال يجوز التبديل كالحب والهدى وقال أيضا صرح الاصحاح بأن الوقف انما تجوز قسمته اذا كان على جهتين فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقا لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة لكن تجوز المهايأة وهي قسمة المنافع ولا فرق في ذلك بين مناقلة المنافع وبين تركها على المهايأة بلا مناقلة انتهى . قال في الفروع والظاهر ان ما ذكره شيخنا عن الاصحاح وجه وظاهر كلامهم لافرق وهو أظهر وفي المهبج لزومها اذا اقتسموا بأنفسهم قال وكذا ان تهايتوا ونقل أبو الصقر فيمن وقف ثلث قريبته فأراد بعض الورثة بيع نصيبه كيف يبيع قال يفرز الثلث بما للورثة فان شاءوا باعوا أو تركوا (الثانية) نفقة الحيوان مدة كل واحد عليه وان نقص الحادث عن العادة فلآخر الفسخ

(١) قوله د وان كان بينهما أرض الخ ، هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاح كالحالية منه لأن الزرع في الأرض كالمقاس في الدار وهو لا يمنع القسم كذا هنا وسواء خرج الزرع أو كان بذراً فاذا اقتسماها بقي الزرع بينهما مشتركا كما لو باعوا الأرض لغيرهما قال في الكافي هكذا ذكر أصحابنا والأولى أنه لا يجب لانه يلزم منه بقاء الزرع المشترك في الأرض المقسومة الى الجذاذ بخلاف المقاس

(٢) قوله د وان طلب قسمها مع الزرع ، لم يجز هذا المذهب لأنها مشتملة على ما لا يجز على قسمها وحده وهو الزرع وقال المصنف في المغني والكافي يجز سواء اشتد حبه أو كان قصيلا لأن الزرع كالشجر في الأرض والقسمة إفراز حق وليست بيعاً وان قلنا هي بيع لم يجز ولو اشتد الحب لتضمنه بيع السنبل بعضه ببعض ويحتمل الجواز اذا اشتد الحب لأن السنابل هنا دخلت تبعاً للأرض وليست المقصود فأشبهه بيع النخلة المثمرة بمثلاً

(٣) قوله د أو قسمة الزرع الخ ، أي لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن لبقائه في الأرض المشتركة

كان بذرا او سنابل قد اشدت حبها فهل يجوز؟ على وجهين . وقال القاضى يجوز في السنابل ولا يجوز في البذر وان كان بينهما نهر أو قناة أو عين ينبع ماؤها خالما بينهما على ما اشترط عند استخراج ذلك وان اتفقا على قسمه بالمياه آة جاز وان أرادا قسم ذلك بنصب خشبة أو حجر مستوفى مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز فان أراد أحدهما ان يسقى نصيبه أرضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر جاز ويحتمل أن لا يجوز ويجيء على أصلنا ان الماء لا يملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته

فصل

النوع الثانى قسمة الاجبار وهى مالا ضرر فيها ولا رد عوض كالارض الواسعة والقرى والبساتين والدور الكبار والدكاكين الواسعة^(١) والمكيلات والموزونات من جنس واحد^(٢) سواء كانت مما مسته النار كالدبس وخل التمر أو لم تمسه كخل العنب والادهان والالبان فاذا طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر أجبر عليه^(٣) وهذه القسمة افراز حق أحدهما من الآخر فى ظاهر

(١) قوله «كالارض الواسعة» الى قوله «والدكاكين الواسعة» أى سواء كانت متساوية الأجزاء أو لا اذا أمكن قسمها بالتعديل بأن لا يجعل شىء معها فلهما قسم أرض بستان وحدها وعكسه والجميع فان قسما الجميع أو الارض فقسمة اجبار ويدخل الشجر تبعا وان قسما الشجر فقط فتراض

(٢) قوله «والمكيلات الخ» أى لأن الغرض تمييز الحق وذلك لا يختلف فان كان فيها أنواع كحظمة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته أجبر الممتنع فان طلب قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر لان هذا يبيع نوع بنوع آخر فلم يجبر فان تراضيا جاز وكان يبيعا ويعتبر له التقابض قبل التفرق فيما يعتبر فيه التقابض وسائر شروط البيع

(٣) قوله «فاذا طلب أحدهما الخ» هذا بلا نزاع وكذا يجبر ولى من ليس أهلا للقسمة لكن مع غيبة الولى هل يقسم الحاكم عليه فيه وجهان أحدهما يقسمه الحاكم قال فى الانصاف وهو الصواب لأنه يقوم مقام الولى قال فى المحرر ويقسم الحاكم على الغائب فى قسمة الاجبار وكذا فى الوجيز وغيره وقال فى القاعدة الثالثة =

المذهب وليست بيعاً^(١) فتجوز قسمة الوقف وان كان نصف العقار طلقاً

والعشرين فان كان المشترك مثلياً في قسمة الاجبار وهو المكيل والموزون فهل يجوز للشريك أخذ قدر حقه اذا امتنع الآخر أو غاب على وجهين أحدهما الجواز وهو قول أبي الخطاب والثاني المنع وهو قول القاضي

[فائدة(*)] يشترط لقسمة الاجبار ثلاثة شروط اذا تمت أجبر الشريك على القسمة : الأول ان يثبت عند الحاكم ملكهما بيينة لأن في الاجبار على القسمة حكماً على الممتنع منهما فلا يثبت الا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضاء . الثاني ان لا يكون فيها ضرر . الثالث ان يمكن تعديل السهام من غير شيء . يجعل معها فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه فاذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منهما على القسمة لأنها تتضمن ازالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما لأن نصيب كل واحد منهما اذا تميز كان له أن يتصرف في بيعه بحسب اختياره ويتمكن من احداث الفراس والزرع والبناء والمساقاة والاجارة والعارية ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك . الى أن قال : وان كانت بينهما أرض يمكن قسمتها ويتحقق فيها الشروط أجبر الممتنع على قسمتها سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء وكل مقسوم اذا أمكنت التسوية فيه بين جيده ورديه كان أولى . انتهى ملخصاً من المعنى

(١) قوله وهذه القسمة افراز حق أحدهما الخ ، وهذا المذهب كما قال وهذه أحد قول الشافعي وقيل هي بيع وحكى عن أبي عبد الله بن بطه ما يدل على أنها بيع وهو القول الثاني للشافعي وحكى الأمدى فيه روايتين قال الشيخ مجد الدين الذي تحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وافراز في الباقي لأن أصحابنا قالوا في قسمة الطلق عن الوقف اذا كان فيها رد من جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشتري به الطلق وان كان من صاحب الطلق لم يجز انتهى وينبئ على هذا الخلاف [فوائد] ذكر المصنف بعضها (فيها) :

(الأولى) انه يجوز قسم الوقف يعني بلا رد عوض وعلى الثاني لا يجوز وجزم به في الفروع

(الثانية) اذا كان نصف العقار طلقاً ونصفه وفقاً جازت قسمته على المذهب =

(*) وجدنا هذه الفائدة في حاشية المقنع بغير قلم كاتب الأصل وهو جامعها (كاتبه)

ونصفه وفقاً جازت قسمته . وتجوز قسمة الثمار خرساً وقسمة ما يكال وزناً

== وقال في المبدع ان طلبها صاحب الطلق فان كان فيها رد عوض وفعلاً ذلك في وقف لم يجز لأن بيعه غير جائز وان كان من أهل الوقف جاز لأنهم يشترون بعض الطلق والطلق بكسر الطاء الحلال وسمي المملوك طلقاً لأن جميع التصرفات فيه حلال والموقوف ليس كذلك

(الثالثة) قول المصنف وتجوز قسمة الثمار خرساً الخ وهذا المذهب لأن التفرق انما منع منه في البيع ونص عليه في رواية الاثرم في جواز القسمة بالحرص وان قلنا هي بيع لم يصح في ذلك كله

(الرابعة) قوله اذا حلف لا يبيع الخ وهذا المذهب ويحتمل ان قلنا هي بيع (الخامسة) ما قاله في القواعد لو حلف لا يأكل ما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاماً مشاعاً وقلنا يحتمل بالأكل منه فقاسمناه ثم أكل الخالف من نصيب عمرو فذكر الآمدى أنه لا يحتمل لان القسمة إفراز حق لا يبيع وهذا يقتضى أنه يحتمل اذا قلنا هي بيع وقال القاضى المذهب أنه يحتمل مطلقاً لان القسمة لا تخرجه عن أن يسكون زيد اشتراه ويحتمل عند أصحابنا بأكل ما اشتراه زيد وان انتقل الملك الى غيره

(السادسة) لو كان بينهما ماشية مشتركة فاقسماها في أثناء الحول واستداما خلطة الأوصاف فان قلنا القسمة افراز لم ينقطع الحول بغير خلاف وان قلنا هي بيع خرج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا

(السابعة) اذا تقاسما وصرحا بالتراضى ان قلنا افراز صحت وان قلنا هي بيع فوجهان

(الثامنة) قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعاً ان قلنا هي افراز صح وان قلنا هي بيع لم يصح

(التاسعة) ثبوت الخيار وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فان قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وان قلنا هي بيع ثبت والطريق الثاني يثبت فيها الخيار خيار الشرط وخيار المجلس على الوجهين

(العاشرة) ثبوت الشفعة بالقسمة وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف ان قلنا افراز لم تثبت والا ثبتت، والطريق الثاني لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله ==

وما يوزن كيلا والتفرق في قسمة ذلك قبل القبض وإذا حلف لا يبيع قسم
لم يحنث وحكى عن أبي عبد الله بن بطة ما يدل أنها كالبيع فلا يجوز فيها ذلك
وان كان بينهما أرض بعضها يسقى سيحا وبعضها بعلا أو في بعضها نخل وفي
بعضها شجر فطلب أحدهما قسم كل عين على حدة وطلب الآخر قسمها اعينانا
بالقيمة قسمت كل عين على حدة إذا أمكن (١)

فصل

ويجوز للشركاء ان ينصبوا قاسما يقسم بينهم وان يسألوا الحاكم نصب
قاسم يقسم بينهم (٢). ومن شرط من ينصب ان يكون عدلا عارفا بالقسمة (٣) فتنى

= القاضى وصاحب المحرر وقدمه في الفروع لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر لثبت
للآخر فيتنافيان وهذه الطريقة هي الصواب قاله في الانصاف . ومن الفوائد المبينة
على الخلاف قسمة المتشاركين في الهدى والأضاحى فان قلنا افراز حق جازت وان
قلنا بيع لم تجز وهو ظاهر كلام الأصحاب قال صاحب الانصاف لو قيل بالجواز على
القولين لكان أولى والذي يظهر أنه مرادهم

(الحادية عشرة) لو ظهر في القسمة غبن فاحش فان قلنا هي افراز لم يصح لتبين
فساد الافراز وان قلنا هي بيع صحت وثبت خيار الغبن

(الثانية عشرة) قسمة الدين في ذمم الغرماء وتقدم ذلك مستوفى في أول كتاب
الشركة في أثناء شركة العنان عند قوله وان تقاسموا الدين في الذمة

(١) قوله « فان كان بينهما أرض الخ ، أى لأنه أقرب الى العدل لأن لكل
واحد منهما حقاً في الجميع وحينئذ فيتعين إجابة طالبه لأن ضرر صاحبه يزول
باجابته وإذا لم يمكن قسم كل عين على حدة قسم الجميع ان كان قابلاً لها والا فلا

(٢) قوله « ويجوز للشركاء الخ ، وكذا يجوز ان يقتسموا بينهم وهذا
بلا نزاع

(٣) قوله « ومن شرط من ينصب الخ ، وكذا يشترط اسلامه وهذا المذهب
وقال المصنف والشارح والزركشى يعرف الحساب لأنه كالخط للكاتب وهذا قول =

عدلت السهام وأخرجت القرعة لزمت القسمة^(١) ويحتمل ان لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك^(٢) وإذا كان في القسمة تقويم لم يجوز أقل من قاسمين وان خلت من تقويم أجزاء قاسم واحد^(٣) وإذا سألوا الحاكم قسمة عقار لم يثبت عنده انه لهم قسمة^(٤) وذكر في كتاب القسمة ان قسمة بمجرد

= الشافعي الا أنه يشترط أن يكون حراً وان نصبوا قاسماً يقسم بينهم وكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة وان كان كافراً أو فاسقاً أو جاهلاً بالقسمة لم تلزم قسمته الا بتراضيهما بها ويكون وجوده فيما يرجع الى القسمة كعدمه

(١) قوله «فتى عدلت السهام الخ» هذا المذهب مطلقاً نص عليه لأنها كالحكم من الحاكم وقرعته كالحكم بدليل أنه يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته وقسمة التراضي اذا لم يكن فيها رد عوض فتلزم كما اذا كان فيها رد عوض على المذهب

(٢) قوله «ويحتمل الخ» أي حتى يرضيا بذلك بعد القرعة سواء قسمها الحاكم أو قاسمه أو قاسمهم

[فائدة] لو خير أحدهما صاحبه لزم برضاها وتفرقهما ذكره جماعة من الأصحاب واقتصر عليه في الفروع

(٣) قوله «وإذا كان في القسمة تقويم الخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنها شهادة بالقيمة فلم يقبل فيه أقل من اثنين كسائر الشهادات، وقيل يكفي واحد كما لو خلت من تقويم

[فائدة] تباح أجرة القاسم على الصحيح من المذهب وقيل كقربة نقل صالح أكرهه ونقل عبد الله أتوقاه والأجرة على قدر الاملاك على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب، زاد في الترغيب اذا أطلق الشركاء العقد وأنه لا ينفرد واحد بالاستئجار بلا إذن وقيل بعدد الملاك وقال في السكافي هي على ما شرطاه فعلى المذهب المنصوص أجرة شاهد يخرج لقسم البلاد ووكيل وأمين للحفاظ على مالك وفلاح كاملاك ذكره الشيخ تقي الدين

(٤) قوله «وإذا سألوا الحاكم الخ» أي لأن اليد دليل الملك ولا منازع لهم فيثبت من طريق الظاهر

دعواهم لا عن بينة شهدت لهم بملكهم^(١) وان لم يتفقوا على طلب القسمة لم يقسمه

فصل

ويعدل القاسم السهام بالاجزاء ان كانت متساوية وبالقيمة ان كانت مختلفة وبالردان كانت تقتضيه ثم يقرع بينهم فمن خرج له سهم صار له وكيف ما أقرع جاز الا ان الأحوط ان يكتب اسم كل واحد من الشركاء في رقعة ثم يدرجها في بنادق شمع او طين متساوية القدر والوزن وتطرح في حجر من لم يحضر ذلك ويقال له اخرج بندقة على هذا السهم فمن خرج اسمه كان له ثم الثاني كذلك والسهم الباقي للثالث اذا كانوا ثلاثة وسهامهم متساوية وان كتب اسم كل سهم في رقعة وقال اخرج بندقة باسم فلان واخرج الثانية باسم الثاني والثالثة للثالث جاز . وان كانت السهام مختلفة كشلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فانه يجزئها ستة اجزاء ويخرج الاسماء على السهام لا غير فيكتب باسم صاحب النصف ثلاثا وباسم صاحب الثلث اثنتين وباسم صاحب السدس واحدة ويخرج بندقة على السهم الاول فان خرج اسم صاحب النصف اخذه والثاني والثالث وان خرج اسم صاحب الثلث اخذه والثاني ثم يقرع بين الآخرين والباقي للثالث

فصل

فان ادعى بعضهم غلطا فيما تقاسموه بأنفسهم وأشهدوا على تراضيهم به لم يلتفت اليه^(٢) وان كان فيما قسمه قاسم الحاكم فعلى المدعى البينة والا فالقول

(١) قوله « وذاكر الخ » أى ذكر الحاكم القاسم وهذا بلا نزاع لثلاث يتوهم الحاكم بعده أن القسمة وقعت بعد ثبوت ملكهم فيؤدى الى ضرر من يدعى فى العين حقاً وقد سبق ذكر الخلاف فيه أول الباب

على قوله « فيكتب باسم صاحب النصف ثلاثا » أى ثلاث رقاع

(٢) قوله « فان ادعى بعضهم غلطا الخ » هذا المذهب لأنه قد رضى بذلك =

قول المنكر مع يمينه . وان كان فيما قسمه قاسمهم الذي نصبوه وكان فيما اعتبرنا فيه الرضا بعد القرعة لم نسمع دعواه والا فهو كقاسم الحاكم^(١) وان تقاسموا ثم استحق من حصه أحدهما شيء معين بطلت^(٢) وان كان شائعا فيها فهل تبطل القسمة؟ على وجهين^(٣) واذا اقتسما دارين قسمة تراض فبني أحدهما في

== ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه تلزمه وقيل يقبل قوله مع يمينه اختاره المصنف لأن ما ادعاه محتمل فتنقض القسمة أشبه ما لو شهد عليه بضمن قبضه أو مسلم فيه ثم ادعى غاظا في كيله أو وزنه وقولهم ان حقه في الزيادة سقط برضاه ممنوع فانه انما يسقط اذا علمه وقال في الرعايتين والحاوي لم يقبل قوله وان أقام بينة إلا أن يكون مستمرلا زاد في الرعاية الكبرى أو مخبونا بما لا يساع به عادة أو بالثلث أو بالسدس كما سبق

(١) قوله «وان كان فيما قسمه الخ- الى قوله- والا فهو كقاسم الحاكم» هذا بلا نزاع

[فائدة] تقبل شهادة القاسم ان زيدا أخذ حقه وان كان يجعل فلا ، ذكره في المستوعب والرعاية

(٢) قوله «وان تقاسموا ، هذا المذهب مطلقا وبه قال للشافعي وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقى من حقه كما لو وجد عيبا فيما أخذه . ولنا أنه تبين أن أحد المتقاسمين لم يأخذ حقه وكما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال

[فائدة] لو كان المستحق من الحصتين وكان معيناً لم تبطل القسمة فيما بقى على الصحيح من المذهب لأن الباقي مع كل واحد قدر حقه الا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر كسد طريقه أو مجرى مائه ونحوه بطلت لأن هذا يمنع التعديل

(٣) قوله «وان كان شائعا الخ» أحدهما تبطل وهو الصحيح من المذهب لأن الثالث شريكهما لم يحضر ولم يأذن أشبه ما لو غلساه ، والثاني لا كما لو كان المستحق في نصيبهما على السواء

[فائدة] لو كان المستحق مشاعا في نصيب أحدهما فهي كالتى قبلها خلافا ومذهبا

نصيبه ثم خرجت الدار مستحقة ونقض بناؤه رجع بنصف قيمته على شريكه^(١) وإن خرج في نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة وإذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر على الميث دين فإن قلنا هي إفراز حق لم تبطل القسمة^(٢) وإن قلنا هي بيع انبى على بيع التركة قبل قضاء الدين هل يجوز؟ على وجهين^(٣)

(١) قوله « وإذا اقتسما دارين الخ ، أى لأن هذه القسمة بمنزلة البيع لأن الدارين لا يقتسمان قسمة اجبار وإنما هو بالتراضى ولو باعه نصف الدار رجع عليه بنصف ما غرم فيه وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ليس له الرجوع عليه بشيء لأنه بنى وغرس باختياره قال الشارح وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضى كالتى فيها رد عوض وما لا يجبر على قسمه لضرر فيه فأما قسمة الاجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغراس فنقض البناء وقلع الغراس فإن قلنا القسمة بيع فكذلك وإن قلنا ليست بيعة لم يرجع هذا الذى يقتضيه قول أصحابنا انتهى وقال فى القواعد إذا اقتسما أرضا فبني أحدهما فى نصيبه وغرس ثم استحققت الأرض فقلع غرسه وبناءه فإن قلنا هي إفراز حق لم يرجع على شريكه وإن قلنا هي بيع رجع عليه بقيمة الشقص إذا كان عالما بالحال دونه . وقال فى الفروع وإن بنى أو غرس شجر مستحقا فقلع رجع على شريكه بنصف قيمته فى قسمة الاجبار إذا قلنا هي بيع كقسمة قراض وإلا فلا

على قوله « فله فسخ القسمة » ، يعنى إذا كان جاهلا به وله الامساك مع الارش هذا المذهب . ويحتمل ان تبطل القسمة لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

(٢) قوله « وإذا اقتسم الورثة العقار الخ ، هذا المذهب لأن الدين يتعلق بالتركة بعد القسمة فلم يقع ضرر فى حق أحد لكن ان امتنعوا من وفاة الدين بطلت لأن الدين مقدم على الميراث وإن امتنع بعضهم بطل فى نصيبه وحده

(٣) قوله « وإن قلنا هي بيع الخ ، أحدهما يصح بيعها قبل قضاء الدين وهو المذهب قال المصنف والشارح هذا المذهب وهو أولى قال فى المحرر ويصح البيع على الأصح ان قضى لأن العبد الجانى يتعلق برقبته حق المجنى عليه ويتمكن ماله من بيعه فكذا الوارث ، والثانى لا يصح لأن تعلق الدين بالعين يمنع التصرف فيها كالرهن فعليه يصح العتق على الصحيح من المذهب واختار ابن عقيل فى نظرياته لا يصح إلا مع يسار الورثة قال فى الانصاف وهو الصواب

[فوائد] لا يمنع الدين الذي على الميت نقل تركته الى الورثة على الصحيح من المذهب نص عليه أحمد فيمن أفلس ثم مات فقال قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملكا لهم وعلى هذا جماهير الأصحاب قال الزركشى هذا المنصوص المشهور المختار للأصحاب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة وان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها وقال الاصطخري يمنع بقدره وقد أوما إليه أحمد رحمه الله تعالى فانه قال في أربعة بنين ترك أبوهم دارا وعليه دين فقال أحد البنين أنا أعطى ودعوا الى الربع فقال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئا حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على انها لم تنتقل اليهم عنده والمذهب الأول بدليل ان الغريم لا يخلف على دين الميت لأن الدين محله الذمة وانما يتعلق بالتركة فيخير الوارث بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجسائي

(الثانية) اذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم ظهر عليه دين لا وفاء له الا ما اقتسموه لم تبطل القسمة اذا قلنا هي افراز حق لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع تصرف الوارث فيها لكن ان امتنعوا من وفاء الدين بيعت في الدين وبطلت القسمة لأن الدين يقدم على الميراث لقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾

(الثالثة) قال أحمد رحمه الله تعالى في قوم اقتسموا دارا فحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة قسمت الدار بينهم على قدر الأذرع يعني أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها ، وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الأذرع لزيادة ملكه فيها مثل أن يكون لأحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس يحصل له ستون ذراعا فان الثمن يقسم بينهما أخماسا على قدر ملكهما في الدار ، فأما ان كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذها صاحبها كدار تكون بينهما نصفين فأخذ أحدهما نصيبه من جيدها أربعين ذراعا وأخذ الآخر من رديها ستين فلا ينبغي أن يقسم الثمن على قدر الأذرع بل يقسم بينهما نصفين لأن الستين هاهنا مبدلة بالأربعين

(الرابعة) قال أحمد رحمه الله تعالى في قوم اقتسموا دارا كانت أربعة أسطحة يجرى عليها الماء من أحد الأسطحة فلما اقتسموا أراد أحدهما منع جريان ماء =

وان اقتسما فحصلت الطريق في نصيب أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت القسمة (١)
ويجوز للأب والوصى قسم مال المولى عليه مع شريكه (٢)

باب الدعاوى والبيئات

المدعى من اذا سكت ترك والمنكر من اذا سكت لم يترك (٣) ولا تصح

= الآخر عليه وقال هذا شيء قد صار لي قال ان كان بينهما شرط برد الماء فله ذلك
وان لم يشترط فليس له منعه ووجه ذلك أنهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقضى ذلك
أن يملك كل واحد حصته بحقوقها كما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان ماها
فيما كان يجري اليه معتاداً

(١) قوله « وإذا اقتسما الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لعدم التعديل
والنفع ولأن من شرط الإيجاب على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما
يمكن الانتفاع به وهذا لا ينتفع به أخذه فان كان قد أخذه راضياً علماً بأنه لا طريق
له جاز قال المصنف وقياس المسئلة التي قبلها يعني الفائدة التي قبل هذه المسئلة أن
الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر ما لم يشترط صرفه عنها بجرى الماء فعلى هذا
الاحتمال يشتركان في الطريق

[فوائد] مثل ذلك في الحكم لو حصل طريق الماء في نصيب أحدهما قاله
الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال في الفروع ونصه هو لها ما لم يشترط رده
وهو المذهب وجزم به في المعنى والشرح والمصنف وقاس المسئلة الأولى على هذه
(الثانية) لو كان للدار ظلة فوقت في حق أحدهما فهي له بمطلق العقد قاله
الأصحاب

(الثالثة) لو ادعى كل واحد أن هذا البيت من سهمي تحالفاً ونقضت القسمة
(٢) قوله « ويجوز للأب الخ » هذا بلا نزاع ويجبران في قسمة الاجبار
ولها أن يقاسما في قسمة التراضي ان رأيا المصلحة وتقدم حكم ما إذا غاب الولى في
قسمة الاجبار هل يقسم الحاكم وتقدم اذا غاب أحد الشريكين في فصل قسمة
الاجبار

(٣) قوله « المدعى من اذا سكت الخ » هذا المذهب وقيل المدعى من يدعى
خلاف الظاهر وعكسه المنكر والأصل في الدعاوى قوله ﷺ « لو يعطى الناس
بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأمواهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم
وقوله ﷺ « البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه » رواه البيهقي

الدعوى والانكار الا من جاز التصرف^(١) وإذا تداعيا عينا لم تخل من ثلاثة أقسام أحدها ان تكون في يد أحدهما فهى له مع يمينه أنها له لاحق الآخر فيها اذا لم يكن بينة^(٢) ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهى للاول^(٣) وان تنازعا قيصا أحدهما لابسه والآخر أخذ بكمه فهو للابسه^(٤) وان تنازع صاحب الدار والخياط الابرة والمقص فيها

(١) قوله « ولا تصح الدعوى الخ » هذا صحيح لأن من لا يصح تصرفه لا قول له في المال ولا يصح اقراره به ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولكن تصح الدعوى على السفه فيما يؤخذ به حال سفهه وبعد فك حجره ويحلف إذا أنكر

(٢) قوله « أحدها أن يكون في يد أحدهما الخ » هذا بلا نزاع لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه ولقوله ﷺ في قصة الحضرمي شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك رواه مسلم لكن لا يثبت له الملك بذلك كشبوته بالبينة فلا شفعة له بمجرد اليمين لأن الظاهر لا تثبت به الحقوق وانما ترجح به الدعوى

(٣) قوله « ولو تنازعا دابة الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأن تصرفه أقوى ويده أكد لأنه المستوفى للنفعة

[فائدة] إذا كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبها فهى للراكب قاله المصنف والشارح فان ادعى الحمل فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معا

(٤) قوله « وان تنازعا قيصا الخ » هذا بلا نزاع فان كان كفه في يد أحدهما وبأقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وبأقيا بيد الآخر تحالفا وهى بينهما فيمين كل واحد على النصف الذى أخذه وعنه يقرع بينهما فن قرع حاف وأخذها

[فائدة] لو كانت دار فيها أربعة بيوت في أحدها ساكن وفي الثلاثة ساكن واختلفا فلكل واحد منهما ما هو ساكن فيه وان تنازعا المساحة التى يتطرق منها الى البيوت فهى بينهما نصفين

للخياط^(١) وان تنازع هو والقرباب القربة فهي للقرباب^(٢) وان تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لاحدهما فهي له^(٣) وان تنازعا حائطا معقودا ببناء أحدهما وحده أو متصلا به اتصالا لا يمكن إحداثه أو له عليه ازج فهو له^(٤) وان كان محلولا من بنائهما أو معقودا بهما فهو بينهما^(٥) ولا ترجح الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه ولا بوجوده الآجر والتزويق والتجسيص ومعاهد القمط في الخص^(٦) وان تنازع صاحب العلو والسفل في سلم منصوب أو درجة فهي

(١) قوله « وان تنازع صاحب الدار الخ ، هذا بلا نزاع لأن تصرف الخياط في ذلك أظهر والظاهر معه فكان أقوى فان نازعه الخياط في قيس يخيطه فيها والنجار في خشب ينجره فيها أو فرش وقطن وصوف فهو لصاحب الدار عملا بالعادة

(٢) قوله « وان تنازع هو والقرباب الخ ، هذا بلا نزاع لما تقدم

(٣) قوله « وان تنازعا عرصة الخ ، هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأن ذلك دليل الملك ظاهراً وقيل لا تكون له إلا بيئنة

(٤) قوله « وان تنازعا حائطا الخ ، يعنى هي له مع يمينه وهذا المذهب بهذا الشرط أعنى اذا كان متصلا اتصالا لا يمكن إحداثه وعليه الاصحاب لأن ذلك يرجح قول مدعيه فكان له عملا بالظاهر ويحلف لخصمه ، والأزج ضرب من الابنية ويقال له الطاق فلو كان متصلا ببناء أحدهما اتصالا يمكن إحداثه فظاهر كلام المصنف هنا أنه لا يرجح بذلك وهو المذهب

[فائدة] لو كان له عليه جذوع لم يرجح بذلك على الصحيح من المذهب

(٥) قوله « وان كان محلولا من بنائهما الخ ، هذا بلا نزاع لأنه لا ترجيح لاحدهما على الآخر ويحلف كل منهما لصاحبه ان نصف الحائط له وان حلف كل واحد على جميعه أنه له وما هو لصاحبه جاز وان نكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وان نكل أحدهما قضى عليه وكان الكل للآخر فان أقام كل منهما بيئنة تعارضتا وصارا كمن لا بيئنة لهما

(٦) قوله « ولا ترجح الدعوى الخ ، هذا الصحيح من المذهب في ذلك كله وعليه الأصحاب قال الشارح قال أصحابنا لا ترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على =

لصاحب العلو^(١) الا ان يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفلى فيكون بينهما^(٢) وان تنازعا في السقف الذي بينهما فهو بينهما^(٣) وان تنازع المؤجر والمستأجر في رف مقلوع او مصراع له شكل منصوب في الدار فهو

الحائط وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه وهو عندنا حتى يجب التمكين منه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك لأنه ينتفع به بوضع ماله عليه فأشبهه الباني عليه . وكذا لا ترجح الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الحجارة الصحيحة مما يلي أحدهما ولا بمعاهد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومعاهد القمط لما روى عمران بن جارية التيمي عن أبيه أن قوما اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم لمن يليه معاهد القمط ثم رجع الى النبي ﷺ فأخبره فقال أصبت وأحسن رواه سعيد وابن ماجه ولنا عموم قوله البيهقي على المدعى والحديث ضعفه جماعة منهم احمد وإسحاق وابن المنذر

على قوله « ومعاهد القمط » المعاهد جمع معقد بكسر القاف ما يسد به الأخصاص

على قوله « في الخص » بيت يعمل من خشب وقصب وجمعه أخصاص

(١) قوله « وان تنازع صاحب العلو الخ » هذا بلا نزاع لأن الظاهر ان ذلك له لكونه يراد للصعود

(٢) قوله « الا أن يكون الخ » هذا بلا نزاع لأن يدهما عليها لكونها سقفا للسفلاقي وموطئا للفقاقى قال في الشرح وان كان تحتها طاق صغير لم تبين الدرجة لأجله وانما جعل مرفقا يجعل فيه حب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله

(٣) قوله « وان تنازعا في السقف الخ » هذا المذهب وهو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفلى لأن السقف على ملكه فكان القول قوله وحكى عن مالك كالتولين ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفلى يبطل بحيطان العلو قال ابن عقيل هو لرب العلو

لصاحبها^(١) والافو بينهما^(٢) وان تنازعا دارا في يدهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعلت بينهما نصفين واليمين على مدعى النصف^(٣) وان تنازع الزوجان أو ورتتهما في قاش البيت فما كان يصلح للرجل فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو بينهما^(٤) وان اختلف صانعان في قاش دكان لهما حكم بآلة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد والخرقي وقال القاضي ان كانت أيديهما عليه من طريق الحكم فكذلك وان كانت من طريق المشاهدة فهو بينهما على كل حال وكل من قلنا هو له فهو مع يمينه اذا لم تكن بينة وان كان لاحدهما بينة حكم بها^(٥) وان كان لكل واحد منهما بينة حكم بها

(١) قوله « وان تنازع المؤجر الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن الظاهر أن الرف والمصراع تابع للنصب

(٢) قوله « والافو بينهما » هذا المذهب لأنه لا مزية لاحدهما على الآخر ويتحالفان . قال في الانصاف والمنصوص عن أحمد أنه لرب الدار مطلقا وهو المؤجر كما يدخل في البيع عند الاطلاق واعله المذهب

(٣) قوله « وان تنازعا داراً الخ » هذا المذهب نص عليه ولا يمين على مدعى الكل لأن في يده نصفاً ولا منازع له فيه قال الشارح ولا أعلم في هذا خلافاً إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن مدعى الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما وكذا الحكم لو ادعى أقل من نصفها فادعى الآخر كلها أو أكثر

(٤) قوله « وان تنازع الزوجان الخ » هذا المذهب نص عليه

(٥) قوله « وان كان لاحدهما بينة حكم له بها » يعني اذا كانت البينة للمدعى وحده وكانت العين في يد المدعى عليه فانه يحكم له بها من غير يمين هذا الصحيح من المذهب قال الشارح بغير خلاف نعله ولم يحلف وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار منهم الزهري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قال شريح لو اثبت كذا كذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف ، قيل لشرح ما هذا الذي أحدثت في القضاء قال رأيت الناس أحدثوا فأحدثت ، قال شمس الدين بن القيم رحمه الله تعالى وهذا =

للدعى في ظاهر المذهب^(١)، وعنه ان شهدت بيته المدعى عليه انها له تجت في ملكه أو قطيعة من الامام قدمت بينته والافهى للدعى بينته^(٢) وقال القاضى

== ليس ببعيد لاسيما مع التهمة قال الخلال في جامعه حدثنا محمد بن على حدثنا مهنا قال سألت أبا عبد الله عن الرجل يقيم الشهود أيستقيم للحاكم أن يقول لصاحب الشهود احنف قال قد فعل ذلك على قلت من ذكره قال حدثنا حفص بن غياث حدثنا ابن أبى ليلى عن الحكم عن خداس قال استحنف على عبيد الله بن الحر مع الشهود . ووجه الاول قول النبي ﷺ للحضري د بينتك أو يمينه ليس لك الا ذلك ، وقوله ﷺ د البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، ولأن البينة أحد حجتي الدعوى فيكتفى بها كالمين . إذا ثبت ذلك فقال أصحابنا لا فرق بين الحاضر والغائب والحى والميت والعاقل والمجنون والصغير والكبير . وقال الشافعى اذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له لأنه لا يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك وهذا اختيار المصنف وتقدمت المسئلة في قول المصنف في باب طريق الحكم وصفته ، وان ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو صبي أو مجنون وله بينة سمعها الحاكم وحكم بها وهل يحلف المدعى أنه لم يبرأ اليه منه ؟ على روايتين وذكرنا الصحيح منهما

(١) قوله د وان كان لكل واحد بيته الخ ، يعنى تقدم بيته الخارج وهو المدعى وهو المذهب كما قال وعليه جماهير الاصحاب وهو قول اصحاب لأن النبي ﷺ جعل البينة في جنبه المدعى بقوله البينة على المدعى فلا يبقى في جنبه المدعى عليه بينة ولأن بيته المدعى أكبر فائدة لأنها تثبت شيئاً لم يكن فوجب تقديمها كبيته الجرح على التعديل

(٢) قوله د وعنه ان شهدت بيته المدعى عليه الخ ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى ثور في التناج والنساج فيما لا يتكرر نسجة فأما ما يتكرر نسجه كالخز والصوف فلا تسمع بينته لأنها اذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما تفيد اليد ولما روى جابر أن رجلين اختصما الى النبي ﷺ في دابة أو يعبر وأقام كل منهما البينة انها له اتجها فمضى بها النبي ﷺ انها للذى في يده وعنه تقدم بيته الداخل وهو المدعى عليه الا أن تمتاز بيته الخارج بسبب الملك أو سببه فانها تقدم وعلى هذا يكنى مطلق السبب

فيهما اذا لم يكن مع بيئته الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة^(١). وقال ابو الخطاب فيه رواية أخرى انها مقدمة بكل حال^(٢) فان أقام الداخل بيئته أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بيئته انه اشتراها من الداخل فقال القاضي تقدم بيئته الداخل وقيل تقدم بيئته الخارج^(٣)

فصل

القسم الثاني : ان تكون العين في يديهما فيتحالقان وتقسم بينهما^(٤) وان

(١) قوله د وقال القاضي الخ ، أى لأن بيئته الخارج أقوى منها لأنها لا يجوز أن يكون مستندهما اليد بخلاف بيئته الداخل

(٢) قوله د وقال أبو الخطاب الخ ، أى بيئته الداخل واختارها أبو محمد الجوزي وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى ذلك عن طاوس لأن جنبته أقوى من جنبته الخارج بدليل أن يمينه تقدم يمينه وانكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقدم بيئته الداخل اذا لم تقد الا ما افادته يده رواية واحدة

(٣) قوله د وان أقام الداخل الخ د وكذا قال المصنف والشارح وابن منجا في شرحه وجزم به في الوجيز وتسهيل الحلواني لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت بالبيئته ان المدعى صاحب اليد وان يد الداخل نائبة عنه وقيل تقدم بيئته الخارج لأنه المدعى

[فوائد] لو أقام كل واحد منهما بيئته انها نتجت في ملكة تعارضتا على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع وقدم في الارشاد أن بيئته المدعى تقدم

(الثانية) لو كانت في يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بيئته انه اشتراها من زيد أو أتمها منه فعنه انها كبيئته الداخل والخارج على ما سبق وهى المذهب عند القاضي وعنه يتعارضان وهو المذهب

(الثالثة) لا تسمع بيئته الداخل قبل بيئته الخارج وتعديلها على الصحيح من المذهب

(٤) قوله د القسم الثاني أن تكون العين الخ ، هذا بلا خلاف نعلمه لأن يد كل واحد منهما على تصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وان نكلا جميعا عن =

تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وارض الآخر تحالفا وهي بينهما^(١) وان تنازعا صيا في يديها فكذلك^(٢) وان كان يمزا فقال اني حر فهو حر الا ان تقوم بيته برقه^(٣) ويحتمل ان يكون كالطفل فان كان لاحدهما بيته حكم له بها^(٤) وان كان لكل واحد _____ د بيته^(٥) قدم اسبقهما

== العين فكذلك وان نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله

(١) قوله « وان تنازعا مسناة الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب لانه حاجز بين ملكهما ينتفع به كل واحد منهما أشبه الحائط بين الدارين وقيل هي ثرب النهر وقيل لرب الأرض

(٢) قوله « وان تنازعا صيبا الخ » وجزم به في المعنى والشرح وغيرهما فيتحالفاً وهو بينهما لانه لا يعبر عن نفسه أشبه الهيمة الا أن يعرف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لأن اللقيط محكوم بحريته فاما غيره فقد وجد فيه دليل الملك فعلى هذا اذا بلغ وادعى الحرية لم يقبل منه لانه محكوم برقه قبل دعواه

(٣) قوله « وان كان يمزا الخ » هذا المذهب لأن الظاهر الحرية وهي الأصل في بني آدم ولأنه يعرب عن نفسه أشبه البالغ

(٤) قوله « ويحتمل الخ » أى يكون بينهما لانه غير مكلف

[فائدة] اذا ادعى رق بالغ فأنكر لم يثبت رقه إلا بيته وان لم يكن بيته خالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي فان ادعى رقه اثنان فأقر لها بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له به وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه . ولنا أنه انما ثبت رقه باعترافه فكان مملوكا لمن اعترف له

(٥) قوله « وان كان لكل واحد بيته » أما إذا أقام كل واحد منهما بيته وتساوتتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى رضى الله عنه أن رجلين اختصما الى النبي ﷺ في بيع فأقام كل ==

تاريخاً^(١) فان وقتت احداها وأطلقت الأخرى فهما سواء^(٢) ويحتمل تقديم المطلقة^(٣) وان شهدت احداها بالملك والاخرى بالملك والتاج او سبب من أسباب الملك فهل تقدم بذلك على وجهين^(٤) ولا تقدم احداها بكثرة العدد

== واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من رواية ابن أبي عروبة عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبي موسى رضى الله عنه وقال النسائي اسناده جيد

(١) قوله « قدم أسبقهما تاريخاً ، هذا رواية عن أحمد نصرها القاضى وأصحابه وجزم به فى الوجيز وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى لأنها أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البيئنة الأخرى وظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما وهو المذهب وهو أحد قولى الشافعى ووجهه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول بدليل أنه لو ذكر انه اشتراه من الآخر أو وهبه اياه لقدمت بينته اتفاقاً فاذا لم يرجح بها فلا أقل من التسوية وقولهم إنه ثبتت الملك فى الزمان الماضى من غير معارضة قلنا انما يثبت تبعاً لثبوته فى الحال ولو انفرد بأن يدعى الملك فى المعنى لم تسمع دعواه ولا بينته

(٢) قوله « فان وقتت الخ ، اختاره القاضى وغيره وجزم به فى الوجيز ونصره المصنف والشارح وهذا بناء من المصنف على ما قاله قبل ذلك من تقديم أسبقهما تاريخاً والصحيح من المذهب انهما سواء لأنه ليس فى احداها ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك وغيره

(٣) قوله « ويحتمل الخ ، وهذا قول أبى يوسف ومحمد لأن الملك بها يجوز أن يكون ثابتاً قبل الموقنة

(٤) قوله « وان شهدت احداها الخ ، أحدهما لا تقدم بذلك بل هما سواء وهو المذهب لأنهما تساويا فيما يرجع به الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما فى الحكم والثانى تقدم وهو قول أبى حنيفة والقاضى وجماعة من أصحابه لأنها تتضمن زيادة علم وهو السبب والأخرى خفى عليها ذلك

على قوله « ولا تقدم احداها بكثرة العدد ولا اشتهاى العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ، وهذا المذهب فى ذلك كله قال الشارح ولا ترجح احدى =

ولا اشتهار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين وإذا تساوتا تعارضتا^(١) وقسمت العين بينهما بغير يمين^(٢) . وعنه انهما يتحالفان كمن لا بينة لهما^(٣) وعنه انه يقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وأخذها . فان ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد لم تسمع البيعة على ذلك حتى يقول وهي ملكه وتشهد البيعة به^(٤) فان ادعى

== البيعتين بكثرة العدد واشتهار العدالة وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويتخرج أن ترجح بذلك وهو قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لأنها خبر ولأن الشهادة انما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به ، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن أقوى . ولنا أن الشهادة مقدره بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فانه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين

على قوله « في أحد الوجهين » ، قال في الانصاف وهو المذهب اختاره المصنف والشارح وغيرها وهو الصواب لأنها حجة متفق عليها والثاني لا يقدمان قال في الانصاف وهو المذهب على ما اصططحناه

(١) قوله « وإذا تساوتا الخ » ، هذا بلا نزاع لما تقدم من حديث أبي موسى وتقدم الكلام عليه عند قول المصنف وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا قريبا

(٢) قوله « وقسمت العين الخ » ، يعني اذا كانت العين في يديهما وهذا احدي الروايات فتستعمل البيعتان بقسمة العين بينهما بغير يمين وجزم به في الوجيز وصححه في المغني والشرح وهو قول مالك وأبي حنيفة والقول الثاني للشافعي للخبر والمعنى الذي ذكرناه

(٣) قوله « وعنه انهما يتحالفان الخ » ، أي فيسقطان بالتعارض وهذه الرواية هي المذهب وجزم به في العمدة وعليه جماهير الاصحاب وهو أحد قولي الشافعي لأن البيعتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطهما كالخبرين إذا تعارضا فيحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به

(٤) قوله « فان ادعى أحدهما انه اشتراها من زيد الخ » ، أي لأن مجرد الشراء =

أحدهما انه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه واقاما بذلك بينتين تعارضتا (١) وان اقام أحدهما بينة انها ملكه واقام الآخر بينة انه اشتراها منه أو وقفها عليه أو اعتقه قدمت بينته (٢) ولو اقام رجل بينة ان هذه الدار لابن خلفها تركه واقامت امرأته بينة ان أباه أصدقها اياها فهي للمرأة (٣)

فصل

القسم الثالث تداعيا عينا في يد غيرها فانه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها (٤) فان كان المدعى عبدا فأقر لاحدهما لم يرجح

== لا يوجب نقل الملك لجواز أن يقع من غير مالك فلم يكن بد من انضمام الملك للبائع ولأن مجرد الشراء لو أفاد لتمكن من أراد انتزاع ملك من يد شخص بذلك بأن يوافق شخصا لا ملك له على ايقاع الشراء على الملك الذي في يد ذلك الشخص وينتزع منه وذلك ضرر عظيم

(١) قوله «وان ادعى أحدهما الخ» أي لأنهما استويا في السبب وثبوت الملك وذلك يوجب التعارض

[تنبيه] مراده إذا لم يؤرخا قاله في الفروع وغيره فان كانت في يد أحدهما انبى ذلك على بينة الداخل والخارج على ما تقدم

(٢) قوله «وان اقام أحدهما بينة الخ» هذا بلا نزاع وسواء كان داخلا أو خارجا لانها شهدت بأمر خفي على بينة الملك ولا تعارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه للثاني

(٣) قوله «ولو اقام رجل بينة الخ» أي سواء كانت داخلة أو خارجة لأن بينتها شهدت بالسبب المقتضى لنقل الملك وقول الابن لا يعارضها وان نأفها مستندها وهو الاستصحاب وقد تبين قطعه بقيام البينة على سبيل النقل فان لم يكن لها بينة صدق الابن ان حلف

(٤) قوله «القسم الثالث الخ» اذا تداعيا عينا في يد غيرها ولا بينة لها فأنكرها فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف، وان اعترف أنه لا يملكها وقال لا أعرف صاحبها أو قال هي لاحد كما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه ==

بأقراره^(١) وان كان لاحدهما بيينة حكم له بها^(٢) وان كان لكل واحد بيينة تعارضتا والحكم على ما تقدم^(٣) فان أقر صاحب اليد لاحدهما لم ترجح

حلف انها له وأخذها لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن رجلين تداخيا في دابة ليس لواحد منهما بيينة فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على الثمن رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه واسناده ثقات ولأن القرعة تميز عند التساوى ولأنه لامرية لاحدهما فان أقر بها لها فهي لها لكل واحد منهما الجزء الذى أقر به وان أقر بها لاحدهما بعينه حلف وهي له ويحلف أيضا المقر للآخر على الصحيح من المذهب وقيل لا يحلف فعلى المذهب ان نكل أخذ منه بدلها واذا أخذها المقر له فأقام الآخر بيينة انها له أخذها منه

(١) قوله «وان كان المدعى عبدا الخ» وجزم به فى الشرح وشرح ابن منجا والهداية والمذهب والخلاصة لأنه محجور عليه أشبه الطفل

(٢) قوله «وان كان لاحدهما الخ» هذا بلا خلاف نعلمه ، وقال فى الفروع ان ادعيا رق بالغ ولا بيينة فصدقها فهو لها وان صدق أحدهما فهو له كمدع واحد وعنه لا يصح اقراره نصره القاضى وأصحابه وان جحد قبل قوله على الصحيح من المذهب وحكى لا يقبل قوله . انتهى

(٣) قوله «وان كان لكل واحد بيينة الخ» قال الشارح فيه روايتان احدهما تسقطان ويقترح المدعيان كما لو لم تكن بيينة ، هذا الذى ذكره القاضى وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه ذكر القرعة ولم يفرق روى هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وابو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولى الشافعى لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ فى أمر وجاء كل واحد منهما بشهود عدول فسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعى فعلى هذا من خرجت له القرعة حلف وأخذها من غير يمين والرواية الثانية تستعمل البينتان وفى كيفية استعمالها روايتان احدهما تسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقناة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وقول الشافعى لحديث أبى موسى ولأنهما تساوتا فى دعواه فتساوتا فى قسمته والرواية الثابتة تقدم احدهما بالقرعة وهو قول للشافعى وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبن وهو قول أبى ثور لأنه اشتبه الأمر فوجب التوقف

بذلك^(١) وان ادعاها صاحب اليد لنفسه فقال القاضى يحلف لكل واحد منهما
وهى له وقال ابو بكر بل يقرع بين المدعين فتكون لمن تخرج له القرعة^(٢)
وان كان في يد رجل عبد فادعى انه اشتراه من زيد وادعى العبد أن زيدا اعتقه
وأقام كل واحد بينة انبنى على بينة الداخل والخارج^(٣) وان كان العبد في يد زيد
فالحكم فيه حكم ما اذا ادعى عينا في يد غيرها^(٤) وان كان في يد عبد فادعى
عليه رجلان كل واحد منهما انه اشتراه منى بثمان سباه فصدقهما لزمه الثمن

[فائدة] لو أقام بينة برقه وأقام بينة بجزيته تعارضنا على الصحيح من المذهب
وقيل تقدم بينة الحرية وقيل عكسه

(١) قوله « وان أقر صاحب اليد الخ ، أى كإقرار العبد لاحدى البيتين اذا
قلنا لا تسقط البيتان وان قلنا بسقوطهما فأقر لأحدهما أو لها قبل إقراره ويحلف
هو لمن أقر له وهذا الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان ادعاها صاحب اليد الخ ، ما قاله القاضى هو المذهب لأنه
صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين للخبر ووجه قول أبى بكر أن بيتهما أظهرت
انهما المستحقان لها وأنه لا حق لصاحب اليد فرجحت احدى البيتين بالقرعة

(٣) قوله « وان كان في يد رجل عبد الخ ، مراده اذا كانت البيتان مؤرختين
بتاريخ واحد أو مطلقتين أو احدهما مطلقة وتقول هما سواء فان كان في يد
المشترى فالمشترى داخل والعبد خارج لأن يد المشترى على العبد فهو داخل والعبد
خارج لأنه ليست له يد

(٤) قوله « وان كان العبد في يد زيد الخ ، أى لأن العبد عين وهوى يد غير
المتنازعين فعلى هذا يرجع الى قول زيد فان أنكرهما فالقول قوله مع يمينه لأنه
منكر وان أقر لأحدهما قبل إقراره وحلف للآخر وان أقام أحدهما بينة حكم له
بها وان أقام كل منهما بينة قدمت السابقة وان قلنا بالقرعة أقرع بين المتري والعبد
فن خرجت له القرعة حلف وحكم له وان قلنا بالقسمة جعل نصف العبد ميبعا
ونصفه حرأثم يسرى الى باقيه ان كان البائع موسراً

لكل واحد منهما ^(١) وان أنكرها حلف لها وبرى ^(٢) فان صدق أحدهما لزمه ما ادعاه ^(٣) وحلف للآخر ^(٤) وان كان لأحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر ^(٥) وان أقام كل واحد منهما بينة فأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو إطلاقهما أو إطلاق أحدها وتاريخ الأخرى عمل بهما ^(٦) وان اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم ^(٧) وان ادعى كل واحد منهما انه باعني اياه بألف وأقام بينة قدم أسبقهما تاريخاً ^(٨) وان لم تسبق أحدهما تعارضتا. وان قال أحدهما غصني اياه وقال الآخر ملكنيه أو أقر لي به واقام كل واحد بينة فهو

(١) قوله «وان كان في يده عبد الخ» هذا بلا نزاع لأنه يجوز أن يكون اشتراه من أحدهما ثم ملكه الآخر فاشتراه منه فان قال اشتريته من كل واحد منكما صفقة واحدة فقد أقر لكل منهما بنصف الثمن وله تحليفه على الباقي

(٢) قوله «وان أنكرها الخ» بلا نزاع لأن من أنكر وجبت عليه اليمين ويحلف لكل منهما يمينا

(٣) قوله «وان صدق أحدهما الخ» بلا نزاع لتوافقهما على صحة دعواه

(٤) قوله «ويحلف للآخر» أي لأنه منكر

(٥) قوله «وان كان لأحدهما بينة الخ» أي لان البينة مقدمة على الانكار للخبر

(٦) قوله «وان أقام كل واحد منهما الخ» هذا المذهب لان البينة حجة شرعية فاذا أمكن صدقها من الجانبين ويجب العمل بها كالخبرين اذا أمكن العمل بهما

(٧) قوله «وان اتفق تاريخهما الخ» هذا بلا نزاع فاذا قلنا بالتساقط رجحنا الى قول المدعى عليه كما لو لم تكن بينة فعلى هذا لا يلزم المدعى عليه شيء من الثمن وان قلنا بالقرعة وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للآخر ويبرأ وان قلنا بالقسمة قسم الثمن بينهما ويحلف لكل منهما على الباقي

(٨) قوله «وان ادعى كل واحد الخ» بلا نزاع لأن نقل الملك حاصل لمن

سبق فوقع العقد بعد ذلك لا يصح

للمغضوب منه ولا يغرم للآخر شيئا^(١)

باب تعارض البينتين

إذا قال لعبده متى قتلت فأنت حر فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم^(٢) وإن أقام كل منهم بينة بما ادعاه فهل تقدم بينة العبد فيعتق أو يتعارضان ويبقى على الرق؟ فيه وجهان^(٣). وإن قال إن مت في المحرم فسالم حر وإن مت في صفر فغانم حر فأقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه قدمت بينة سالم^(٤) وإن قال إن مت في مرضي هذا فسالم حر وإن برئت فغانم حر

(١) قوله « وإن » قال أحدهما غضبني إياه الخ ، هذا بلا نزاع لأنها لا تعارض بينهما لجواز أن يكون غضبه من هذا ثم ملكه الآخر ولا يغرم للآخر شيئا لأنه لم يحل بيته وبين ما أقرب به وإنما حالت البينة . قلت ذكر المصنف في باب طريق الحكم وصفته مسائل حقا أن تذكر في باب الدعوى والبيئات فن لم يجدها في هذا الباب فليراجعها فيه لعله أن يظفر بها إما في لفظ المصنف وإما في الشرح عليه

(٢) قوله « إذا قال لعبد الخ » هذا بلا نزاع لأن الأصل عدم القتل

(٣) قوله « وإن أقام كل واحد الخ » أحدهما يقدم بينة العبد ويعتق وهو المذهب نص عليه لأنها تشهد بزيادة وهو القتل . والثاني يتعارضان ويبقى على الرق صححه في المستوعب لأن أحدهما تشهد بصد ما شهدت به الأخرى ، وقيل يفرع بينهما وقيل يقسم

(٤) قوله « وإن قال إن مت في المحرم الخ » هذا أحد الوجوه في المسئلة وجزم به ابن منجا في شرحه والهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة وغيرهم لأن معها زيادة علم ، والوجه الثاني يتعارضان ويسقطان ويقيان على الرق ويصير كمن لا بينة لهما قال في المبدع وهذا المذهب كما قدمه في الفروع وجزم به في الوجيز وقيل تقدم بيته غانم فيعتق وقيل يفرع بينهما

[فائدة] لو لم تقم بيته وجمل وقت موته رقما معا بلا نزاع وإن علم موته في أحد الشهرين أقرع بينهما على الصحيح من المذهب وقيل يعمل فيهما بأصل الحياة فيعتق غانم

وأقاما بينتين تعارضتا وبقيتا على الرق ذكره أصحابنا (١) والقياس ان يعتق أحدهما بالقرعة (٢) ويحتمل ان يعتق غانم وحده لان بينته تشهد بزيادة (٣) وان أتلف ثوبا فشهدت بينة ان قيمته عشرون وشهدت اخرى ان قيمته ثلاثون يلزمه أقل القيمتين (٤) ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم

(١) قوله «ولو قال ان مت في مرضي هذا الخ» هذا احدى الروايتين والمذهب منهما وعليه أكثر الاصحاب لأن كل واحدة تكذب الاخرى وتثبت زيادة تنفيها الاخرى وهو مذهب الشافعي

(٢) قوله «والقياس الخ» هذا رواية عن أحد اختاره المصنف والشارح قال في الانصاف وهو الصواب وهو ظاهر ما قدمه في الفروع انتهى لانه لا يخلو اما أن يكون برا أو لا فيعتق أحدهما بكل حال فلا تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو اعتق أحدهما فأشكل علينا قال الشارح وقول الاصحاب ظاهر الفساد لأن التعارض أثر في اسقاط البينتين ولو لم يكونا اعتق أحدهما فكذلك اذا سقطنا

(٣) قوله «ويحتمل الخ» قال في الانصاف وهو قوى

[فائدتان] لو قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فحكها حكم التي قبلها عند جماهير الاصحاب، وقال في الترغيب هنا يرقان وجها واحدا

(الثانية) لو قال ان مت في مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر وجعل بما مات أفرع بينهما على الصحيح من المذهب وقيل يعتق سالم وقيل غانم

(٤) قوله «وان أتلف ثوبا الخ» هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه أكثر القيمتين لانه قد شهد بهما شاهدان وهما حجة فيؤخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فانه يجب له ألفان قال القاضى ويتوجه لنا مثل ذلك وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى في نظيرها فيمن أجر حصة موليه فقالت بينة أجرها بأجرة مثلها وقالت بينة بنصف الأجرة المثل ولنا أن من شهد ان قيمته عشرون ينبغي أن قيمته ثلاثون فقد تعارضت البينتان في الزائد وتخالف الشهادة الاخبار فان من روي الناقص لا ينبغي الزيادة

مات ابني فورثته وقال اخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها ولا بينة خلف كل واحد على ابطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لايه وميراث المرأة لآخيهما ونزولها نصفين وان اقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا^(١) وقياس مسائل الغرقى ان يجعل للاخ سدس مال الابن والباقي للزوج

فصل

اذا شهدت بينة على ميت أنه وصى بعقق سالم وهو ثلث ماله وشهدت أخرى انه وصى بعقق غانم وهو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع له القرعة عتق دون صاحبه الا ان يخبر الورثة^(٢). وقال ابو بكر وابن ابي موسى يعتق من كل واحد نصفه بغير قرعة^(٣) وان شهدت بينة غانم انه رجع عن عتق سالم

(١) قوله « وان ماتت امرأة الخ ، وهذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب قال في الفروع في باب ميراث الغرقى والهدمى اختاره الأكثر قال المصنف في هذا الكتاب في باب ميراث الغرقى والهدمى هذا أحسن ان شاء الله تعالى وقطع به الحرقى وصاحب الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وغيرهم وقدمه في المحرر والشرح والنظم والرايعتين والحاوى الصغير والفروع والفاائق والزركشى وغيرهم وهذا مذهب الشافعى لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود وانما يتمتع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا الأمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لآيه وميراث المرأة بين زوجها وأخيهما نصفين وقال أبو الخطاب ومن تبعه يرث كل واحد منهما من صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه عن الميت معه كما لو جهل الورثة موتهما على ما تقدم في باب ميراث الغرقى ، قال المصنف هناك هذا ظاهر المذهب

(٢) قوله « واذا شهدت بينة على ميت الخ ، هذا المذهب لأن الوصيتين ثبتا بشهادة العدول فهما سواء فيقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لأن الوصية يستوى فيها المتقدم والمتأخر فمن خرجت له القرعة عتق دون صاحبه

(٣) قوله « وقال أبو بكر الخ ، أى لأن القرعة انما تجب اذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً أولاً فكذلك ههنا فيجب أن يقسم بينهما ويدخل النقص على =

عتق غانم وحده سواء كانت وارثة أو لم تكن^(١) وإن كانت قيمة غانم سدس المال وبينته أجنبية قبلت وإن كانت وارثة عتق العبدان^(٢) . وقال أبو بكر يحتمل أن يقرع بينهما فإن خرجت القرعة لسالم عتق وحده وإن خرجت لغانم عتق هو ونصف سالم^(٣) وإن شهدت بيته أنه أعتق سالما في مرضه وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده^(٤) وإن شهدت بيته غانم أنه اعتقه في مرضه أيضا عتق أقدمها تاريخا فإن جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة^(٥) فإن كانت بيته أحدهما وارثة ولم تكذب

== كل واحد منهما بقدر وصيته كالووصى لاثنين بمال قال المصنف والشارح والأول قياس المذهب لأن الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران كذلك بعد الموت

(١) قوله « وإن شهدت بيته غانم الخ » ، قال في الانصاف لا أعلم فيه خلافا لأنهما لا يجزان لأنفسهما بشهادتهما نفعاً ولا يدفعان عنها ضراً فإن قيل هما بيتان يجزان لأنفسهما ولاء سالم قلنا وهما يسقطان ولاء غانم أيضاً

(٢) قوله « وإن كانت قيمة غانم الخ » ، يعني شهدت الوارثة بأنه رجع عن عتق سالم عتق العبدان ولم تقبل شهادتهما وهذا المذهب لأن البيته الوارثة متهمة في شهادتها لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته فردت شهادتها في الرجوع كما لو كانت فاسقة ويعتق غانم كله بالبيته العادلة ويعتق سالم لأن غانما لما عتق بشهادة الاجنبيين صار كالمفصوب فصار سالم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه عن ثلث الباقي لأن الباقي يصير كأنه التركة جميعها وإنما يعتق بأقرارهم لا بشهادتهم

(٣) قوله « وقال أبو بكر الخ » ، أي لأن التهمة في حق الوارثة إنما هو في حق الرجوع فبطلت الشهادة بهما ويبقى أصل العتق لغانم فاحتجج إلى القرعة ليشتم المستحق من غيره

(٤) قوله « وإن شهدت بيته أنه أعتق سالما الخ » ، أي لأنه لا ينفذ تصرفه في مرضه إلا في ثلثه إذا لم يجز الوارثة وعتق سالم منجز وعتق غانم وصية فيقدم عتق سالم على الوصية

(٥) قوله « وإن شهدت بيته غانم الخ » ، يعني إذا أقام كل واحد منهما بيته ==

الاجنبية فكذلك^(١) وان قالت ما اعتق سالما انما اعتق غانما عتق غانم كله^(٢) وحكم سالم حكمه لو لم يطعن في بينته في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة والا فلا^(٣) وان كانت الوارثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله^(٤) وينظر في غانم فان كان تاريخ عتقه سابقا أو خرجت القرعة له عتق كله^(٥) وان كان متأخرا أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شيء^(٦) وقال

==بدعواه فلا تعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بينة لا تنفي ما شهدت به الأخرى فيثبت اعتاقه لهما فان كانت الينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين قدم أسبقهما ورق الثاني الا أن يجيز الورثة لأن المريض اذا تبرع بتبرعات منجزة يعجز ثلثه عنها قدم الاول فالاول فان اتفق تاريخهما أو أطلقنا أو احدهما فهما سواء لأنه لازمية لاحدهما على الأخرى فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في الصبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولو لم يكن له مال غيرهم أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة وهذا المذهب وقيل يعتق من كل واحد نصفه وهو قول الشافعي لانه أقرب الى التعديل بينهما فان القرعة قد يرق بها السابق للعتق

(١) قوله « ولم تكذب الأخرى فكذلك » أي يعتق أقدمهما تاريخيا مع العلم به وأحدهما بالقرعة مع الجهل به لأن الوارثة غير متهمة

(٢) قوله « عتق غانم كله » هذا الصحيح من المذهب لاقرار الورثة بعتقه

(٣) قوله « وحكم سالم الخ » أي لأن طعن الوارثة في الاجنبية غير مقبول لأن الاجنبية مثبتة والوارثة نافية والمثبت مقدم على النافي واذا لم يقبل طعنهما صار طعنهما كلا طعن

(٤) قوله « عتق سالم كله » أي لان البينة العادلة شهدت بعتقه ولم يوجد ما يعارضها

(٥) قوله « وينظر في غانم الخ » أي لاقرار الورثة انه هو المستحق للعتق

(٦) قوله « وان كان متأخرا الخ » وهذا المذهب لأن بينته لو كانت عادلة لم يعتق منه شيء فاذا كانت فاسقة أولى

القاضي يعتق من غاتم نصفه^(١) وان كذبت بيته سالم عتق العبدان^(٢)

فصل

اذا مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً فادعى كل واحد منهما انه مات على دينه فان عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه وان لم يعرف فال ميراث للكافر لان المسلم لا يقر ولده على الكفر في دار الاسلام^(٣) وان لم

(١) قوله ، وقال القاضي الخ ، أى لأنه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصارت بالنسبة اليه كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه في الاحوال كلها ، قال المؤلف وهذا لا يصح ورده

(٢) قوله ، وان كذبت بيته سالم الخ ، هذا المذهب لأن سالماً مشهود بعتقه وغاتم مقر له بأنه لا مستحق للعتق سواء

[فائدتان] لو شهدت بيته عادلة أنه وصى لزيد بثلك ماله وشهدت بيته أخرى انه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمر و بثلك ماله وشهدت بيته ثالثة انه رجع عن الوصية لعمر ووصى ل بكر بثلك ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية ل بكر سواء كانت البيتان من الورثة أو لم تكن لأنه لا تهمة في حقهم ، وان كانت شهادة البيته الثالثة أنه رجع عن احدى الوصيتين لم تعد هذه الشهادة لأنه قد ثبت بالبيته الثانية انه رجع عن الوصية لزيد وهى احدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمر و

(الثانية) اذا شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلك ماله وشهد واحد انه وصى لعمر و بثلك ماله انبى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين وفيه وجهان تقدم توجههما

(٣) قوله ، اذا مات رجل وخلف ولدين الخ ، وهذا المذهب بشرط أن يعترف المسلم أنه أخوه وهو الذى قاله الخرقى لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعى كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على رده في دار الاسلام ، أو يقول ان أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الاصل ما قاله أخوه وهو مدع =

يعترف المسلم انه أخوه ولم تقم به بيته فالميراث بينهما ويحتمل ان يكون للمسلم لان حكم الميت حكم المسلمين في غسله والصلاة عليه . وقال القاضى القياس ان يقرع بينهما ، ويحتمل ان يقف الامر حتى يظهر أصل دينه^(١) وان أقام كل واحد بيته انه مات على دينه تعارضتا^(٢) وان قال شاهدان نعرفه مسلما وقال شاهدان نعرفه كافرا فالميراث للمسلم اذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم^(٣) وان

زواله وانتقاله والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وهو من مفردات المذهب وذكر ابن موسى عن أحد أنهما في الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين وهو ظاهر كلام القاضى فى الجامع الصغير والشريف وأبى الخطاب فى خلافهما ، ويحتمل ان يكون للمسلم وهو مذهب أبى حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للنيت فيها اذا لم يعرف حكم الاسلام

(١) قوله « ويحتمل أن يقف الامر الخ ، وهذا قول الشافعى ، وهذا اذا لم يثبت أصل دينه فان ثبت أصل دينه فالقول قول من بيته عليه مع يمينه وهذا قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما تقدم

(٢) قوله « وان أقام كل واحد بيته الخ ، اذا شهدت البيتان بذلك فلا يخلو اما أن نعرف أصل دينه أو لا فان لم نعرف أصل دينه فجزم المصنف هنا بالتعارض وهو المذهب لأنهما تساوتا وذلك موجب التعارض ، وعنه تقدم بيته الاسلام وجزم به فى الوجيز والعمدة وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى الهداية لأنه يجوز أن يكون اطلعت على أمر خفى على البيته الاخرى ، وان عرف أصل دينه قدمت البيته الناقلة عنه على الصحيح من المذهب واختاره المصنف وغيره

(٣) قوله « وان قال شاهدان الخ ، اذا شهد الشهود بهذه الصفة فلا يخلو اما أن نعرف أصل دينه أو لا فان لم نعرف أصل دينه فالميراث للمسلم اذا لم يؤرخ الشهود كما هو ظاهر كلام المصنف وهو المذهب لان المسلم لا يقر على الكفر فى دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وعنه يتعارضان وهو المذهب على ما اصطالحناه وان عرف أصل دينه قدمت البيته الناقلة له عن أصل دينه وهذا المذهب وقال أبو حنيفة تقدم بيته الاسلام على كل حال

خلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فاختلّفوا في دينه فالقول قول الابوين (١) ويحتمل ان القول قول الابنين (٢) وان خلف ابنا كافرا وأخا وامرأة مسلمين فاختلّفوا في دينه فالقول قول الابن على قول الحرقى (٣). وقال القاضى يقرع بينهما (٤)، وقال ابو بكر قياس المذهب ان تعطى المرأة الربع ويقسم الباقي بين الابن والأخ نصفين (٥) ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلما وكافرا فأسلم الكافر وقال أسلمت قبل موت أبى وقال اخوه بل بعده فلا ميراث له (٦) فلان

[فائدة] لو شهدت بيّنة أنه مات ناطقاً بكلمة الاسلام وبيّنة بأنه مات ناطقاً بكلمة الكفر تعارضتا سواء عرف أصل دينه أو لا

(١) قوله « وان خلف أبوين كافرين الخ » قال المصنف والشارح هذا ظاهر المذهب وجزم به في الوجيز وقدمه في الرعاية لأن كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فيثبت أنه كان كافراً في صغره

(٢) قوله « ويحتمل ان القول قول الابنين » أى لأن كفر أبويه يدل على أصل دينه في صغره وإسلام ابنيه يدل على إسلامه في كبره فيعمل بهما جميعاً قال في الرعاية الكبرى وهو أولى والذي قدمه في المحرر والفروع وغيرهما ان حكمهم حكم الابن المسلم والابن الكافر على ما تقدم من التفصيل والخلاف

(٣) قوله « وان خلف ابنا كافراً الخ » أى لان الظاهر كون الاب كافراً لانه لو كان مسلماً لما أقر ولده على الكفر في دار الاسلام

(٤) قوله « وقال القاضى الخ » أى لأنها مشروعة في الابهام وهو موجود هنا

(٥) قوله « وقال ابو بكر الخ » أى لأن الولد الكافر لا يحجب الزوجة ويقسم الباقي بين الأخ والابن نصفين لتساويهما في الدعوى وعلى هذا تصح المسألة من ثمانية

(٦) قوله « ولو مات مسلم الخ » وكذا الحكم لو أسلم بعد الموت قبل قسم التركة وقلنا يرد وهذا المذهب لأن الأصل بقاء الكفر الى أن يعلم زواله وعلى أخيه العين لانه منكر ويكون على نفي العلم فان أقاماً بيّنتين بما قالاً قدمت بيّنة الكافر سواء انفقا على وقت موت أبيهما أو لا وان لم يثبت انه كان كافراً فادعى عليه أنه كان كذلك فأنكر فالميراث بينهما

قال أسلمت في المحرم ومات أبي في صفر وقال أخوه بل مات في ذى الحجة
فله الميراث مع أخيه^(١)

كتاب الشهادات

تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفي سقط عن
الباقيين وإن لم يقم بها من يكفي تعينت على من وجد^(٢) قال الخرقي ومن لزمته

(١) قوله : وإن قال أسلمت في المحرم الخ ، هذا المذهب لأن الأصل بقاء
حياته إلى أن يعلم زوالها وإن أقام كل واحد بينة بدعواه فقبل يتعارضان وقبل
تقدم بينة من ادعى تقديم موته لأن معها زيادة علم

(٢) قوله : تحمل الشهادة وأداؤها الخ ، تحمل الشهادة لا يخلو أما أن يكون
في حق الله تعالى أو في حق غير الله فإن كان في حق غير الله كحق الآدمي والمال
وهو مراد المصنف فالصحيح من المذهب أن تحملها فرض كفاية إذا قام بها من
يكفي سقطت عن الباقيين وإن لم يقم بها أحد تعينت على من وجد لقوله تعالى ﴿ ولا
يأبى الشهداء إذا ما دعوا ﴾ لكن هل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه
فيه وجهان أحدهما يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع بقوله
﴿ ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا ﴾ والثاني لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في
حقه كما لو لم يدع إليها وأما إن كان في حقوق الله تعالى فليس تحملها فرض كفاية على
الصحيح من المذهب

[فوائد] يشترط في وجوب التحمل والاداء أن يدعى إليها ويقدر عليها بلا
ضرر يلحقه قاله في الفروع وغيره ونص عليه لقوله تعالى ﴿ ولا يضار كاتب ولا
شهيد ﴾ وقول النبي ﷺ : لا ضرر ولا ضرار ، ولا يلزمه أن يضرب نفسه لنفع غيره
فإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم تجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه

(الثانية) يختص الاداء بمجلس الحكم ومن تحملها أو رأى فعلا أو سمع قولاً
بحق لزمه اداؤها على القريب والبعيد والنسيب وغيره

(الثالثة) لو أدى شاهد وأبى الشاهد الآخر وقال احلف أنت بدلى أثم اتفاقاً
قاله في الترغيب وقدم في الرعاية أنه لا يأثم إن قلنا فرض كفاية

الشهادة فعليه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك . ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تعين عليه في أصح الوجهين^(١) ومن كانت عنده شهادة في حد الله أبيع إقامتها ولم يستحب ، وللحاكم ان يعرض له بالوقوف عندها في أحد الوجهين^(٢) ومن كانت عنده شهادة لآدمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله^(٣) فان لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله إقامتها قبل ذلك^(٤) . ولا يجوز ان يشهد الا بما يعلمه بروية أو سماع^(٥) . والروية تختص بالأفعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب

(١) قوله « ولا يجوز لمن الخ » هذا المذهب مطلقا لأنه لا يجوز أخذ العوض عن فرض العين وقال الشارح من له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة لأنه أداء فرض وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله يجوز الأخذ لحاجة تعينت عليه أولا واختاره

(٢) قوله « ومن كانت عنده شهادة الخ » هذا المذهب لأن أبا بكره وأصحابه شهدوا على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولا يستحب أداؤها لقول رسول الله ﷺ من ستر عورة مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة

(٣) قوله « ومن كانت عنده شهادة الخ » هذا المذهب لما روى عن النبي ﷺ أنه قال « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون ، رواه البخاري

(٤) قوله « وان كان لا يعلمها الخ » هذا المذهب لقوله ﷺ « ألا أنبئكم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها ، رواه أبو داود فتعين حمل الحديث على هذه الصورة جمعا بين الحديثين . وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى الطلب العرفي أو الحالى كاللفظي عليها أو لا قال في الانصاف وهذا عين الصواب ويجب إعلامه اذا لم يعلم بها وهذا مما لا شك فيه . وقال الشيخ تقي الدين في رده على الراضى اذا أداها قبل طلبه قام بالواجب وكان أفضل كمن عنده أمانة أداها عند الحاجة وان المسئلة تشبه الخلاف في الحكم قبل الطلب

(٥) قوله « ولا يجوز أن يشهد الخ » هذا بلا نزاع في الجملة لقوله تعالى =

الخمر والرضاع والولادة وغيرها . والسماع على ضربين سماع من المشهود عليه نحو الاقرار والعقود والطلاق والعتاق^(١) وسماع من جهة الاستفاضة فيما

== (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم) الآية وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فأشهد أودع، رواه الخلال . اذا ثبت هذا فان مدرك العلم الذى تقع به الشهادة اثنان السمع والبصر وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللس لا حاجة اليها فى الأغلب فى الشهادة لكن لو جهل رجلا حاضراً جاز له أن يشهد فى حضرته لمعرفة عينه على الصحيح من المذهب قال مهنا سألت أحمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أن يشهد له فقال اذا قال أشهد ان لهذا على هذا كذا وكذا وهما شاهدان جميعاً فلا بأس واذا كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه . والمرأة كالرجل فى أنه ان عرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها الا فى حال حضورها قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية الجماعة لا يشهد الا لمن يعرف وعلى من يعرف ولا يشهد الا على امرأة قد عرفها فأما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر الى وجهها قال أحمد رحمه الله تعالى ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من يتيقن معرفتها ويعرف صوتها يقينا فيجوز أن يشهد عليها اذا تيقن صوتها وهذا الصحيح

[فائدة] اذا لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فقد روى عن أحمد أنه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها وقال القاضى يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجوز الشهادة بالاستفاضة

(١) قوله : سماع من المشهود عليه الخ ، أى فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقينا ولا يعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما وهذا قال ابن عباس رضى الله عنهما والزهرى وربيعه والليث وشريح وعطاء وابن أبى ليلى ومالك وذهب أبو حنيفة والشافعى الى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لأن الأصوات تشبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط . ولنا أنه عرف المشهود عليه يقينا فجازت شهادته عليه كما لو رآه . وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور

يتعذر علمه في الغالب الا بذلك كالتسبب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك^(١). ولا تقبل الاستفاضة الا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام احمد والخرقي^(٢) وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعدا^(٣) وان سمع إنساناً يقر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز ان يشهد به وان كذبه لم يشهد وان سكت جاز ان يشهد ويحتمل ان لا يشهد حتى يتكرر وان رأى شيئاً في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقص والبناء والاجارة والاعارة ونحوها جاز ان يشهد بالملك له^(٤) ويحتمل ان لا يشهد الا باليد والتصرف^(٥)

(١) قوله «وسماع من جهة الاستفاضة الخ» المذهب أن يشهد بالاستفاضة في ذلك كله فأما النسب فبالاجماع قال ابن المنذر لا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال الأصحاب هو تسعة أشياء وهو ما ذكره المصنف هنا وبه قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز في الوقف والولاء والعق والزوجية لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع لأنه شهادة بعقد فأشبهه سائر العقود وقال أبو حنيفة لا تقبل الا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لأنها شهادة بمال فأشبه الدين وقال صاحباه تقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس. ولنا ان هذه تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها ومشاهدة أسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالتسبب، قال مالك: ليس عندنا من يشهد على أحباس رسول الله ﷺ إلا بالسمع

(٢) قوله «ولا تقبل الاستفاضة الخ» هذا المذهب لأنه هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة فإنها مأخوذة من فيض الماء لكثرة

(٣) قوله «وقال القاضي الخ» وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي لأن الحقوق تثبت بقول اثنين، وقيل تقبل أيضا من تسكن النفس اليه ولو كان واحداً، واختاره المجد وحفيده

(٤) قوله «وان رأى شيئاً في يد الخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي لأن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها

(٥) قوله «ويحتمل أن لا يشهد» وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن اليد =

فصل

ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه وانه تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها^(١) وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وانه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه^(٢) وان شهد بالقتل احتاج ان يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك وان قال جرحه فمات لم يحكم به^(٣) وان شهد بالزنا فلا بد أن يذكر بمن زنا وأين زنا وكيف زنا وانه رأى ذكره في فرجها^(٤) ومن أصحابنا من قال لا يحتاج الى ذكر المزني بها ولا

ليست منحصرة في الملك فانه قد يكون بإجارة وإعارة وغصب ووكالة قال في الانصاف وهو الصواب خصوصا في هذه الأزمنة ومع القول بجواز الاجارة مدة طويلة [تنبيه] ظاهر قوله يتصرف تصرف الملاك سواء رأى ذلك مدة طويلة أو قصيرة وهو ظاهر ما ذكره ابن هبيرة عن أحمد وقاله الأصحاب في كتب الخلاف واقتصر على المدة الطويلة القاضي وابن عقيل والمصنف والمجد وابن حمدان وصاحب الوجيز وغيرهم ، وقال في الفروع ويتوجه احتمال يعتبر حضور المدعى وقت تصرفه وأن لا يكون قرابته ولا يخاف من سلطان ان عارضه وفاقا لمالك انتهى (١) قوله ومن شهد بالنكاح الخ ، وهذا المذهب وعليه الأصحاب لثلاثا يعتقد الشاهد صحته وهو فاسد

(٢) قوله وان شهد بالرضاع الخ ، هذا المذهب أى لأن الناس يختلفون في الرضعات وفي الرضاع المحرم فان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر أن ذلك في الحولين

(٣) قوله وان شهد بالقتل الخ ، أى لجواز أن يكون مات بغير هذا وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه أو فقتله فأعاد القول الأول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

(٤) قوله وان شهد بالزنا الخ ، هذا المذهب لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لثلاثا تكون بمن يحل له أو له في وطئها شبهة وذكر المكان لثلاثا تكون الشهادة منهم على فعلان

ذكر المكان ومن شهد بالسرقه فلا بد من ذكر المسروق منه والنصاب
والحرز وصفة السرقه وان شهد بالقذف ذكر المقذوف وصفة القذف وان
شهدا أن هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم له به حتى يقولوا ولدته في ملكه^(١)
وان شهدا انه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لم يحكم له بها حتى
يقولوا وهي في ملكه . وان شهدا ان هذا الغزل من قطنه أو الطير من بيضته
والدقيق من حنطته حكم له بها . وإذا مات رجل فادعى آخر انه وارثه فشهد
له شاهدان انه وارثه لا يعلبان له وارثا سواء سلم المال اليه سواء كانا
من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا^(٢) وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره في
هذا البلد احتمل ان يسلم الماء اليه^(٣) واحتمل ان لا يسلم اليه حتى
يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر اليها^(٤) . وتجاوز شهادة

(١) قوله . وان شهدا أن هذا العبد الخ ، هذا المذهب لجواز أن تكون ولدته
قبل تملكها فاما ان قالت البينة ولدته في ملكه حكم له بالولد وقيل يكفي بأن أمته
ولدته وتقدم ذلك في باب اللقيط

(٢) قوله . وان مات رجل الخ ، هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك
لأن هذا بما لا يمكن علمه فكفي فيه الظاهر . قال المصنف والشارح ويحتمل أن
لا يقبل الا أن يكون من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس
بديل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فان الظاهر أنه لو كان وارث آخر لم
يخف عليهم وهذا قول الشافعي وصححه الناظم

(٣) قوله . وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره الخ ، الاحتمال الاول المذهب
وبه قال أبو حنيفة كما لو قالوا لا نعلم له وارثا

(٤) قوله . واحتمل أن لا يسلم الخ ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي يوسف
ومحمد قال الشارح وهو أولى لأنهما قد يعلبان أنه لا وارث له في ملك الأرض
ويعلبان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما

[فائدة] إذا مات رجل فشهد رجل ان هذا الغلام ابن فلان الميت لا نعلم له
وارثا سواء وشهد آخران لآخر ان هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثا
سواء فلا تعارض بينهما ويثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز
أن تعلم كل بيته ما لم تعلمه الأخرى

المستخفي^(١) ومن سمع رجلا يقر بحق^(٢) أو يشهد شاهدا بحق أو سمع الحاكم يحكم أو يشهد على حكمه وانفاذه في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك

فصل

وان شهد أحدهما انه غصبه ثوبا أحمر وشهد آخر انه غصبه ثوبا أبيض أو شهد أحدهما انه غصبه اليوم وشهد آخر انه غصبه أمس لم تكمل البيئته^(٣)

(١) قوله « ويجوز شهادة المستخفي ، هذا المذهب والمستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه لئلا يسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سرا فيختبئ . شاهدان في موضع لا يعلم بهما لئلا يسمع اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وبهذا قال عمرو بن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر وروى مثله ذلك عن شرح وهو قول الشافعي ، وعن أحد رواية أخرى لا تسمع شهادتهما وروى ذلك عن شرح والشعبي واختاره أبو بكر وابن أبي موسى لقوله تعالى (ولا تجسسوا) وقال مالك ان كان المشهود عليه ضعيفا ينخدع لم يقبل عليه وان لم يكن كذلك قبلت . ولنا أنهما شهدا بما سمعاه يقينا فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

(٢) قوله « أو من يقر بحق ، وهذا المذهب نص عليه وبه قال الشعبي والشافعي وعن أحد لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد على والصحيح الأول لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه

[فائدة] لو حضر شاهدان حسابا بين رجلين وشرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئا كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما وكذلك يشهدان على العقود بحضورهما وعلى الجنائيات بمشاهدتهما ولا يحتاجان الى اشهاد وبه قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(٣) قوله « فصل ، واذا شهد أحدهما الخ ، متى كانت الشهادة على فعل فاختلفت الشهادة على فعله أو مكانه أو زمنه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما وهذا المذهب في ذلك لأن ذلك فعل لم يشهد به شاهدان وقال أبو بكر تكمل البيئته واختاره القاضي وأبو الخطاب وغيرهما وقيل بل يخلف مع كل شاهد ويأخذ ما شهد به من مال

وكذلك كل شهادة على الفعل اذا اختلفا في الوقت لم تكمل البيئته^(١) وان شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر أنه أقر له بألف اليوم^(٢) أو شهد

(١) قوله ، وكذلك كل شهادة على الفعل الخ ، وكذلك لو اختلفا في المكان أو الصفة بما يدل على تغير الفعلين وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأن أحد الفعلين غير الآخر لأن الفعل الواقع في يوم غير الفعل الواقع في يوم آخر . وقال أبو بكر تكمل البيئته ولو في قود وقطع وذكره القاضي أيضا في القطع

[فوائد] لو اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسا أسود أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخر أنه سرقه عشية لم تكمل الشهادة على الصحيح من المذهب وقدمه في المعنى والشرح ومحقاه وجزم به في الفروع وقال أبو بكر تكمل (الثانية) لو شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في المكان أو الزمان أو الصفة ثبتا جميعا ان ادعاهما والا ثبت ما ادعاه الا أن يكون الفعل بما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه تعارضتا جزم به في المعنى والشرح لعلنا أن احدهما كاذبة ولا نعلم أيهما هي بخلاف ما يتكرر لأن كل واحد منهما قد شهدت به بيئته عادلة لو انفردت اثبتت الحق وشهادة الاخرى لا تعارضها لامكان الجمع بينهما

(الثالثة) لو شهد شاهدان أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض وشهد شاهدان آخران أنه سرق مع الزوال كيسا أسود أو شهد أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران أنه سرقه عشية تعارضتا قاله القاضي وغيره وهو مذهب الشافعي وقال المصنف والصحيح ان هذا لا تعارض فيه لامكان صدقهما بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض واسود وتشهد كل بيئته بأحدهما ويمكن أن يسرق كيسا غدوة ثم يعود الى صاحبه أو غيره فيسرقة عشيا ومع امكان الجمع لا تعارض فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا في الصورة الاولى وأما في الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلم يجب أكثر من ضمانه وان لم يدع الا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه

(٢) قوله ، وان شهد أحدهما أنه أقر له بألف الخ ، هذا المذهب لأن الالف التي شهد بها أحدهما هي الالف التي شهد بها الآخر

أحدها انه باعه داره أمس وشهد آخر أنه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والاقرار^(١) وكذلك كل شهادة على القول^(٢) إلا النكاح إذا شهد أحدها انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل البينة^(٣) وكذلك القذف^(٤)

(١) قوله « أو شهد أحدها أنه باعه الخ » هذا المذهب وكذا لو شهد أحدها أنه طلقها أمس وشهد آخر انه طلقها اليوم . وقال الشافعي لا تكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به الا واحد أشبه ما لو شهدا بالنصب في وقتين ووجه الاول ان المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحدا فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كالأول لو شهد أحدها بالعربية والآخر بالفارسية

(٢) قوله « وكذلك الخ » هذا المذهب

(٣) قوله « إلا النكاح الخ » وهذا المذهب قال الشارح لم تكمل الشهادة في قولهم جميعا لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كالفعل

(٤) قوله « وكذلك القذف » فاذا شهد أحدهما أنه قذفه غدوة والآخر عشية أو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية والآخر بالفارسية لم يثبت القذف على الصحيح من المذهب لأن القذف في مكان غير القذف في المكان الآخر

[فائدتان] لو كانت الشهادة على الاقرار بفعل أو غيره ولو نكاحا جمعت قاله المصنف والشارح وغيرهم وذلك مثل ان يشهد أحدهما انه أقر عندي يوم الخميس بدمشق انه قتله أو قذفه أو غصبه كذا او ان له في ذمته كذا ويشهد الآخر انه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهم وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال أبو بكر لا تكمل شهادتهما لأن كل اقرار لم يشهد به إلا واحد . ولنا ان المقر به واحد وقد شهد به اثنان

(الثانية) لو شهد واحد بالفعل وآخر على اقراره كملت الشهادة على الصحيح من المذهب نص عليه اختاره ابو بكر والمصنف في المعنى لأنه يجوز أن يكون النصب الذي أقر به هو الذي شهد به الشاهد فلم يختلف الفعل وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الآخر

وقال ابو بكر يثبت القذف وان شهد شاهد انه اقر له بألف وشهد آخر انه اقر له بألفين ثبت ألف ويحلف على الآخر مع شاهده ان أحب^(١) وان شهد أحدهما ان له عليه ألفا من قرض وشهد آخر ان له عليه ألفا من ثمن مبيع لم تكمل البينة^(٢) وان شهد شاهدان ان له عليه ألفا وقال أحدهما قضاء بعضه بطلت شهادته نص عليه^(٣) وان شهدا انه أقرضه ألفا ثم قال أحدهما قضاء نصفه صححت شهادتهما^(٤) واذا كانت له بينة بألف فقال أريد ان تشهدا لي بخمس

(١) قوله « ان أحب » اذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صححت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهو المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وابن يوسف ومحمد والنخعي وأبي عبيد وحكى عن الشعبي انه شهد عنده رجلان شهد أحدهما انه طلقها تطليقة وشهد آخر انه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوما وحكى عن أبي حنيفة انه إذا شهد شاهد انه اقر بألف وشهد آخر انه اقر بألفين لم تكمل الشهادة . ولنا ان الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به فأما ما انفرد به أحدهما فان للدعي ان يحلف معه ويستحق وهذا المذهب وهو قول من يرى الحكم بشاهد ويمين

قوله « وان شهد أحدهما أن له عليه ألفا الخ » أحدهما تكمل البينة في الألف وهو المذهب كالتى قبلها والثانى لا تكمل فيحلف مع كل شاهد لأنه يحتمل أن يكون الألف المنفردة من غير الألفين

(٢) قوله « وان شهد أحدهما أن له عليه الف من قرض الخ » أما اذا اختلفت الاسباب والصفات مثل ما ذكره المصنف أو مثل أن يشهد أحدهما بألف دينار والآخر بألف درهم وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقهما

(٣) قوله « وان شهد شاهدان الخ » هذا المذهب لأنه شهد ان الالف جميعه عليه فاذا قضاء بعضه لم يكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضا فتفسد شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بخمسائة لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسة اقرار بغلط نفسه

(٤) قوله « وان شهدا الخ » هذا المذهب نص عليه قال الشارح وجها واحدا لأنه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

مائة لم يجوز^(١) وعند أبي الخطاب يجوز^(٢)

[فوائد] لو شهد عند الشاهد عدلان أو عدل انه اقتضاه ذلك الحق أو قد باع ما اشتراه لم يشهد له نقله ابن الحكم وسأله ابن هاني. لو قضاه نصفه ثم جرده بقيته أله أن يدعيه أو بقيته قال يدعيه كله وتقوم البينة فتشهد على حقه كله ثم يقول للحاكم قضائي نصفه

(الثانية) لو شهدا على رجل أنه طلق من نسائه أو أعتق من أمانته أو أبطل من وصاياه واحدة بعينها وقالنا نسينا عينها لم تقبل هذه الشهادة على الصحيح من المذهب وقيل تقبل وجزم به في المهبج في صورة الوصية وفيها قال في الترغيب قال أصحابنا يفرع بين الوصيتين فمن خرجت قرعتها فهي الصحيحة

(الثالثة) هل يشهد عقداً فاسداً مختلفاً فيه ويشهد به قال في الفروع يتوجه دخولها فيمن أتى فرعاً مختلفاً فيه وقال القاضي في التعليق يشهد وقال المصنف في المغنى لو رهن الرهن بحق ثان كان رهنا بالاول فقط فان شهد بذلك شاهدان فاعتقدا فساداً لم يكن لهما وان اعتقدا صحته جاز أن يشهد بكيفية الحال فقط ومنه أحمد في رواية الجماعة اذا علمه في تخصيص بعض ولده أو تفضيله وذكره الحارثي فيه عن الاصحاب وقال في الفروع ويتوجه يكره ما ظن فساداً ويتوجه وجه يحرم

(الرابعة) لو شهد واحد بعقد نكاح أو قتل خطأ وآخر على اقراره لم تسكمل ولمدعي القتل أن يحلف مع أحدهما ويأخذ الدية

(الخامسة) متى جمعنا البينة مع اختلاف زمن في قتل أو طلاق فالعدة والابث تلى آخر المدتين

(١) قوله « واذا كانت له بينة بألف الخ » هذا المذهب بلا ريب ونص عليه إذا كان الحاكم لم يبول الحكم بأكثر منها لقوله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة) على وجهها ولأنه لو ساغ ذلك لساغ للقاضي أن يقضى ببعض ما علم

(٢) قوله « وعند أبي الخطاب الخ » أي لأن مالك الشيء مالك لبعضه فمن شهد بألف فقد شهد بخمسةائة

[فائدة] إذا شهد اثنان في محفل على واحد منهم أنه طلق أو أعتق قبل ، وكذا لو شهدا على خطيب انه قال أو فعل على المنبر في الخطبة شيئاً لم يشهد به غيرها مع المشاركة في سماع وبصر ذكره في المغنى وغيره

باب شروط من تقبل شهادته - وهي ستة

أحدها البلوغ : فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل من هو في حال أهل العدالة وعنه لا تقبل الا في الجراح اذا شهدوا قبل الاقتراق عن الحال التي تجارحوا عليها^(١)، الثاني العقل فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون الا من يخفق في

(١) قوله « أحدها البلوغ الخ » اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله تعالى في ذلك فالمشهور عنه انه لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب قال الزركشى وهو المشهور من الروايات والمختار للاصحاب متقدمهم ومتأخرهم وبه قال ابن عباس رضي الله عنهما رواه سعيد بإسناد جيد والقاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه . وعنه تقبل من هو في حال أهل العدالة فتصح من ميمز . ونقل ابن هانيء إذا كان ابن عشر واستثنى ابن حامد على هاتين الروايتين الحدود والقصاص . وعنه لا تقبل الا في الجراح اذا شهدوا قبل الاقتراق عن الحال التي تجارحوا عليها فان تفرقوا لم تقبل وهو قول مالك لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الاقتراق لاحتمال أن يلقنوا قال ابن الزبير رضي الله عنهما ان أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يقبلوا ويحفظوا . وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويحلف ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان وروى عن علي رضي الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان اصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد وروى الامام بإسناده عن مسروق قال كنا عند علي رضي الله عنه فجاء خمسة غلبة فقالوا انا كنا ستة تنغاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة أخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق ، ووجه الأول قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ وقال تعالى ﴿ واشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وقال ﴿ بمن ترضون من الشهداء ﴾ والصبي ممن لا يرضى وقال ﴿ ومن يكتمها فانه آثم قلبه ﴾ والصبي لا يأثم فدل انه ليس بشاهد ولأن الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فلا تحصل الثقة بقوله ولأن من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح

الاحيان إذا شهد في افاقته^(١)، الثالث الكلام فلا تقبل شهادة الاخرس^(٢) ويحتمل ان تقبل فيما طريقه الرؤية اذا فهمت اشارته، الرابع الاسلام^(٣) فلا تقبل شهادة كافر الا اهل الكتاب في الوصية في السفر اذا لم يوجد غيرهم وحضر الموصى الموت فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر : لا نشترى

(١) قوله « الا من يخنق في الاحيان الخ » هذا المذهب لانها شهادة من عاقل أشبه من لم يخنق

(٢) قوله « فلا تقبل شهادة الأخرس » هذا المذهب بلا ريب نص عليه قيل له وان كتبها قال لا أدري وهو قول أصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل اذا فهمت اشارته لقيامها مقام نطقه في احكامه من طلاقه ونكاحه وغير ذلك فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بإشارته ﷺ للناس وهو في الصلاة بالجلوس فجلسوا قال في الانصاف ويحتمل أن تقبل فيما طريقه الرؤية اذا فهمت اشارته واختاره بعضهم قلت وهو قوى جداً وقد أوماً اليه أحمد . انتهى . ووجه الأول أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كإشارة الناطق لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتبني بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة

(٣) قوله « الرابع الاسلام » وجملة أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر إلا في الوصية في السفر بشرطه وهو ما ذكره المصنف هنا وهذا المذهب روى ذلك عن أحمد نحو من عشرين نقساحتي قال المصنف وصاحب الروضة والشيخ تقي الدين أنه نص القرآن وهو من مفردات المذهب ومن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والأوزاعي ومالك وأبو ثور وعنه تقبل بشهادة بعضهم على بعض نقلها حنبل وخطأه الخلال في نقله واختار هذه الرواية الشيخ تقي الدين وابن رزین وصاحب عيون المسائل ونصروه . وذهبت طائفة من أهل العلم الى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودى على النصرانى وعكسه وهذا قول حماد وسوار والثورى وأبي حنيفة وأصحابه . وعن قتادة والحكم وأبي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودى على نصرانى ولا عكسه ويروى عن الشعبي والزهرى كقولنا وكقولهم واحتجوا بما روى عن جابر ان النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه وكالمسلمين ولنا قوله تعالى =

به ثمنا ولو كان ذا قرى ولا نكتم شهادة الله وانها لوصية الرجل ، فان عشر على انهما استحقا إنما قام آخران من أولياء الموصى خلفا باقته لشهادتنا أحق من شهادتهما ولقد خانا وكتما ويقضى لهم . وعنه ان شهادة بعض أهل الذمة تقبل على بعض والاول المذهب ، الخامس ان يكون ممن يحفظ فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان

فصل

السادس العدالة ، وهى استواء أحواله فى دينه واعتدال أقواله وأفعاله (١)

== (وأشهدوا ذوى عدل منكم واستشهدوا شهيدين من رجالكم ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذى عدل ولا هو من رجالنا ولا ممن نرضاه ، فأما شهادة أهل الكتاب بالوصية فتقبل على ما ذكره المصنف قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين ومن قاله شريح والنخعي والأوزاعي ويحيى بن حمزة وقضى به عبد الله بن مسعود وأبو موسى . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا تقبل لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل فى الوصية كالفاسق وأولوا الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم من قال المراد من غيركم من غير عشيرتكم ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت ﴾ الآيات نزلت فى تميم الدارى وعدى بن بدء شهدا بوصية سهى رواه البخارى من حديث عباس وقضى به أبو موسى الأشعري وأخبر أنه كان فى عهد النبي ﷺ رواه أبو داود ورجاله ثقات قال ابن عمر آخر سورة نزلت المائدة رواه الترمذى قالت عائشة ما وجدتكم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتكم فيها من حرام فحرموه رواه أحمد وقضى به ابن مسعود فى زمن عثمان رواه أبو عبيد وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح لأن جماعة منهم ابن مسعود وابن عباس قالوا من غير ملتكم ودينكم ولأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهما ولا يصح حملها على التحمل لأنه لا إيمان فيه وحملها على اليمين غير مقبول لقوله ولا نكتم شهادة الله

(١) قوله « وأفعاله » هذا المذهب بلا ريب لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ وقرئ . بالمشقة ولأن غير العدل لا يؤمن أن ==

وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة ، ويعتبر لها شيطان : الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض^(١) واجتناب المحارم وهو أن لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة^(٢) وقيل ان لا يظهر منه الا الخير . ولا تقبل شهادة فاسق سواء كان فسقه

== يتحامل على غيره فيشهد عليه بغير حق وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غم على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت والقانع الذى ينفق عليه أهل البيت رواه احمد وأبو داود واسناده جيد وفيه سليمان بن موسى الأشدق وزاد ابو داود وزان وزانية وروى نحوه جماعة من حديث عائشة رضى الله عنها منهم الترمذى وقال لا يصح عندنا من قبل اسناده

(١) قوله « وهو أداء الفرائض » ، يعنى ولو لم يصل سننها وهو الصحيح من المذهب وذكر القاضى وغيره أداء الفرائض بسننها الراتبية وقد أوما أحمد رحمه الله الى ما ذكره القاضى والجماعة لقوله فيمن يواظب على ترك سنة الصلاة رجل سوء ونقل جماعة من ترك الوتر فليس يعدل وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى فى الجماعة على أنها سنة لأنه يسمى ناقص الايمان

(٢) قوله « واجتناب المحارم الخ » ، هذا المذهب لأن اعتبار اجتناب كل المحارم يؤدى إلى أن لا تقبل شهادة أحد لأنه لا يخلو من ذنب ما لقوله تعالى ﴿ الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللغم ﴾ فدهم لاجتناب ما ذكر وان كان قد وجد منهم صغيرة ولأن من لا يرتكب الكبيرة ويدمن الصغيرة لا يعد مجتنباً للمحارم وفى الكافى ان الاعتبار فى الصغائر بالاغلب لأن الحكم له لقوله تعالى ﴿ فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون ﴾ وقيل ولا تكرر منه صغيرة وقيل ثلاثا وفى الخبر الذى رواه الترمذى لا صغيرة مع إصرار ولا كبيرة مع استغفار والكبيرة نص أحمد ان ما فيه حد فى الدنيا كالشرك بالله وقتل النفس الحرام أو وعيد فى الآخرة كأكل الربا وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ما فيه حد أو وعيد أو غضب أو لعنة أو نفي الايمان . وعنه فيمن أكل الربا إن أكثر لا يصلى خلفه وعنه ترد بكذبه وهو ظاهر المعنى واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى كشهادة الزور وكذب على النبي ﷺ ويجب الكذب إذا كان فيه تخليص مسلم من القتل ويباح لاصلاح وحرب وزوجة وقال ابن الجوزى وكل مقصود محمود ==

من جهة الافعال أو الاعتقاد^(١) ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به اذا لم يتدين بالشهادة لموافقته على مخالفته . واما من فعل شيئا من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ ما لا يسكره أو أخرج الحج الواجب مع امكانه ونحوه متأولا فلا ترد شهادته^(٢) وان فعله معتقدا تحريمه ردت شهادته^(٣) ويحتمل ان لا ترد الثاني

== لا يتوصل اليه الابيه وهو التورية في ظاهر نقل حنبل وقال أحمد لا تجوز شهادة قاطع الرحم ومن لم يؤد زكاة ماله وإذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة ولا يكون ابنه عدلا اذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين

(١) قوله « ولا تقبل شهادة فاسق الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لقوله سبحانه ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ فأما من جهة الأفعال كالزنا والقتل ونحوهما فلا خلاف في رد شهادته وأما من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة ومن قلده في خلق القرآن ونفي الرؤية ونحوهما فسق على الصحيح من المذهب وعنه يكفر كجهنم وعنه فيه لا يكفر اختاره المصنف في رسالته الى صاحب التلخيص لقول أحمد رحمه الله تعالى للمعتصم يا أمير المؤمنين ونقل يعقوب الدورقي فيمن يقول القرآن مخلوق كنت لا أكفره حتى قرأت ﴿ أنزله بعلمه ﴾ وغيرها فمن زعم انه لا يدري علم الله مخلوق أو لا كفر

(٢) قوله « وأما من فعل شيئا من الفروع الخ » هذا المذهب نص عليه لأن الاختلاف في الفروع رحمة للعباد والتأويل فيها سائغ جائز بدليل اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم ولم يعب بعضهم على بعض ولم يفسقه وقال في الارشاد تقبل شهادته الا أن يجيز ربا الفضل أو يرى الماء من الماء لتحريمهما الآن وذكروهما الشيخ تقي الدين رحمه الله بما ينقض فيه حكم الحاكم لمخالفته النص وعنه ان أخرج مع امكان قدرته عليه فسق وحملها القاضى على اعتقاد تحريم التأخير فأما ان اعتقد الجواز فلا صححه في الرعاية وكذا حملها في الشرح ثم قال وقيل ترد ثم استدلل يقول عمر رضى الله عنه ما هم بمسلمين

(٣) قوله « وان فعله معتقدا تحريمه ردت » هذا المذهب نص عليه لأنه فعل شيئا يعتقد تحريمه أشبه فعل المحرم اجماعا

استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يدنسه ويشينه (١)
فلا تقبل شهادة المصافع (٢) والتمسخر والمعنى والرقاص (٣)

(١) قوله « الثاني استعمال المروءة الخ ، أى لأن من فقدهما فقد انصف بالدناءة
والسقاطة فلا تحصل الثقة بقوله

(٢) قوله « فلا تقبل شهادة المصافع ، قال الجوهري الصفع كلمة مولدة
فالمصافع إذا من يصفع غيره ويمكن غيره من قفاه فيصفعه

(٣) قوله « والتمسخر والمعنى الخ ، الملاهى على ثلاثة أضرب محرم وهو
ضرب الأوتار والنبايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها
فمن أدام استعمالها ردت شهادته لأنه يروى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال
إذا ظهرت في أمتي خمس عشرة خضلة حل بهم البلاء ذكر منها إظهار المعازف
والملاهى قال سعيد حدثنا فرج بن فضالة عن علي بن زيد عن القاسم عن أبي امامة رضي
الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « ان الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بحق المعازف
والمزامير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فبهن وثمنهن حرام »
يعنى الضاربات وروى نافع قال سمع ابن عمر رضي الله عنهما مزارا فوضع
إصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئا قال فقلت لا
قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل
هذا رواه الخلال في جامعه من طريقين ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر
وقد احتج قوم بهذا الخبر على اباحة المزار وقالوا لو كان حراما لمنع النبي ﷺ
ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزامر بها قلنا
أما الأول فلا يصح لأن المحرم استماعها دون سماعها ولهذا فرق العلماء في سجود
التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع محرماً سد أذنيه قال الله تعالى
(وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي
يقصد السماع ولم يوجد من ابن عمر رضي الله عنهما ولأن بالنبي ﷺ حاجة إلى
معرفة انقطاع الصوت عنه وأما الانكار فلعله كان في أول الهجرة حين لم يكن
الانكار واجبا أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة المسلمين وأما تضعيفه
أبي داود للخبر فقد رواه الخلال من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا
من احدي الطريقين وقد رواه أيضا أحمد وابن ماجه . الضرب الثاني مباح وهو

واللاء

==الدف فان النبي ﷺ قال و اعلنوا النكاح واضربوا، أخرجه مسلم وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي انه مكروه في غير النكاح لأنه يروى عن عمر رضى الله عنه انه أنه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في ولية سكت وان كان في غيرها عمد بالدره . ولنا ما روى عن النبي ﷺ ان امرأة جاءت فقالت انى نذرت ان رجعت من سفرك سالما ان أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ أوفى بنذرك رواه ابو داود ولو كان مكروها لم يأمرها به وروى الربيع بنت معوذ قالت دخل على رسول الله ﷺ صبيحة بنى فجعلت جويرياب يضرب بدف لهن ويندبن من قتل من آبائهن يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفينا نبي يعلم ما فى غد فقال دعى هذا وقولى الذى كنت تقولين متفق عليه . فأما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال وهذا مذهب الشافعي . واختلف أصحابنا فى الغناء فذهب الخلال وصاحبه ابو بكر عبد العزيز الى اباحته قال ابو بكر الغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يمكن معه منكر ولا طعن وكان الخلال يحمل الكراهة من أحد على الأفعال المذمومة لا على القول بعينه ومن ذهب الى اباحته من غير كراهة ابراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كان عندى جاريتان يغتبان فدخلى ابو بكر رضى الله عنه فقال مزور الشيطان فى بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ و دعهما فانها أيام عيد، متفق عليه وروى عن عمر رضى الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب . واختار القاضى انه مكروه غير محرم وقال فى الفروع ويكره غناء وهو قول الشافعي وقال هو من اللهو المكروه وقال احمد رحمه الله تعالى الغناء يذبت النفاق فى القلب لا يعجبني وذهب آخرون من أصحابنا الى تحريمه قال فى الترغيب اختاره الأكثر واختاره المصنف قال احمد رحمه الله تعالى فيمن مات وخلف ولداً يتيماً وجارية مغنية فاحتاج الصبي الى بيعها تباع ساذجة قيل له انها تساوى مغنية ثلاثين الفاً وتساوى ساذجة عشرين ديناراً فقال لا تباع الا على انها ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنيفة فى قوله تعالى ﴿ واجتنبوا قول الزور ﴾ قال الغناء وقال ابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم فى قوله تعالى ﴿ ومن الناس من يشتري لهو الحديث ﴾ قالوا هو الغناء وعن ابن امامة رضى الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات ويبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام أخرجه الترمذى وقال لا نعرفه إلا==

بالشط رنج (١)

من حديث علي بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه وروى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال : الغناء ينبت النفاق في القلب ، قال الشارح والصحيح انه من قول ابن مسعود وفي المستوعب والترغيب وغيرهما يحرم مع آلة لهو بلا خلاف بيننا . وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى اليه ويأتى له أو اتخذ غلاما او جارية مغنيين يجتمع عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسقه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . فأما الحداء وهو الانشاد الذى تساق به الابل فباح لا بأس به في فعله واستماعه . والشعر كالكلام حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحة وسأله ابن منصور ما يكره منه قال الهجاء والرقيق الذى يشب بالنساء واختار جماعة قول أبي عبيد أن يغلب الشعر قال في الفروع وهو أظهر ولو أفرط شاعر بالمدحة باعطائه وعكسه بعكسه أو شيب بمدح خمر أو بمرء وفيه احتمال أو بأمرأة مغنية محرمة فسق لأن شيب بأمرأة أو أمته ذكره القاضى واختار في الفصول والترغيب ترد كديوث . وسأله ابن منصور عن الحديث لأن يمتلىء جوف أحدكم قيسا خيرا له من أن يمتلىء شعرا فلكأ فذكر له قول النضر لم يمتلىء أجوافنا لأن فيها القرآن وغيره وهكذا كان في الجاهلية فأما اليوم فلا فقال ما أحسن ما قال

(١) قوله « والللاعب بالشطرنج ، هذا المذهب وهو محرم أيضا وهو المذهب وعليه الأصحاب ومن ذهب إلى تحريمه على بن أبي طالب رضى الله عنه قال : هو ميسر العجم وأبو موسى وأبو سعيد وابن عمر رضى الله عنهم وقال : هوشر من النرد وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالك وأبو حنيفة . وذهب الشافعي إلى اباحتها وحكى أصحابه ذلك عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الاباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على الاباحة ولأن فيه تديين الحرب فأشبهه اللعب بالخراب ولنا قوله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر ﴾ الآية قال علي رضى الله عنه الشطرنج من الميسر ومرضى الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ﴿ ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ﴾ رواه البيهقي وقال هو الأشبه بمذهب الشافعي قال أحمد رحمه الله تعالى أصح ما في الشطرنج قول علي رضى الله عنه وقال :

والنرد^(١) والحمام^(٢) والذي يتغدى في السوق ويمد رجله في مجمع الناس ويحدث بمباضعة أهله أو أمته ويدخل الحمام بغير مئزر ونحو ذلك فأما الشين في الصناعة كالحجسام والحائك والنخال والنفاط والقمام والزبال والمشعوذ والديباغ والحارس والقراد والكباش فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم؟ على روايتين^(٣)

فصل

ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون وأسلم الكافر أو

==مالك قال الله تعالى ﴿ فماذا بعد الحق الا الضلال ﴾ وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال فاما ان كان بعوض أو ترك واجب أو فعل محرم فهو محرم إجماعاً

(١) قوله « والنرد » وهو محرم وهو قول أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم مكروه غير محرم . ولنا ما روى بريدة رضى الله عنه مرفوعاً قال من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه رواه مسلم وروى أبو موسى رضى الله عنه مرفوعاً قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه مالك وأحمد وغيرهما قال أحمد النرد أشد من الشطرنج والنرد اسم أجمعي معرب وشير بمعنى حلو [فائدة] ذكر ابن عقيل أن حكم اللعب بالأربعة عشر والصدر - وهو حفر يجعل في الأرض - والكعب حكم النرد وعن أبي موسى رضى الله عنه مرفوعاً من لعب بالكعب فقد عصى الله ورسوله رواه أحمد ولأنه من الميسر

(٢) قوله « والحمام » أى اللاعب بها فان قصد المراهنة وأخذ حمام غيره حرم وان كان عبثاً وهوا فهو دناءة وسفه لأن النبي ﷺ رأى رجلاً يتبع حمامة فقال شيطان يتبع شيطانة فاما ان قصد بتعليمها حمل الكعب بما تدعو الحاجة اليه أو استفراخها أو اللأنس بأصواتها جاز

(٣) قوله « وأما الشين في الصناعة الخ » احدهما تقبل إذا حسنت طريقتهم وهو المذهب لأن بالناس حاجة اليهم فرد شهادتهم منع من تعاطيه فيؤدى إلى ضرر عظيم ولأن بعض ذلك تولاه كثير من الصالحين وأهل المروآت . زاد في المحرر والوجيز لا تقبل شهادة مستور الحال منهم وان قبلناه من غيرهم

تاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك ولا يعتبر اصلاح العمل ، وعنه يعتبر في التائب اصلاح العمل سنة ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب وتوبته ان يكذب نفسه وقيل ان علم صدق نفسه فتوبته ان يقول قد ندمت على ما قلت ولا أعود الى مثله وانا تائب الى الله منه

فصل

ولا يعتبر في الشهادة الحرية ، بل تجوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود والقصاص على احدى الروايتين^(١) وتقبل شهادة الأمة فيما تجوز فيه

[فائدة] لا تقبل شهادة الطفيل وبه قال الشافعي لا نعلم فيه خلافا

(١) قوله « ولا يعتبر في الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد في كل شيء الخ » الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول أحدها في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص والصحيح من المذهب أنها مقبولة نص عليه وعليه الأصحاب وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور وداود وابن المنذر . وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل شهادته . ونقل أبو الخطاب رواية يشترط في الشهادة الحرية ذكره لخلال في أن الحر لا يقتل بالعبد ووجه هذا القول أن العبد لا مروءة له ولأنها مبنية على الكمال لا تتبع فم يدخل فيها العبد كالميراث وقال الشعبي والنخعي والحكم يقبل في السير . ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عن عقبه بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال كيف وقد زعمت ذلك متفق عليه وفي رواية أبي داود فقلت يا رسول الله إنها لكاذبة قال وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك . ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر وقولهم ليس بذى مروءة ممنوع بل هو كالحر ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له وقد يكون منهم العلماء والأمرأ والصالحون والأتقياء . الفصل الثاني في حكم شهادته في الحدود والقصاص والصحيح من المذهب أنها تقبل فيهما أيضا نص عليه واختاره ابن حامد وأبو الخطاب في الانتصار وابن عقيل والقاضي يعقوب وغيرهم وجزم به في الوجيز وغيره واختاره =

شهادة النساء^(١) وتجاوز شهادة الأصم على ما يراه على المسموعات التي كانت قبل صممه^(٢) وتجاوز شهادة الأعمى في المسموعات اذا تيقن الصوت وبالاستفاضة^(٣)

== في القواعد الأصولية وقدمه في المحرر والنظم والراياتين والفروع وغيرهم لما تقدم وعنه لا تقبل فيما قال في الفروع وهي أشهر قال ابن هبيرة هذا المشهور من مذهب أحمد قال المصنف والشارح هذا ظاهر المذهب وقطع به للقاضي في التعليق وتابعه جماعة لما فيها من الخلاف وذلك شبهة والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات

[فائدتان] حيث تعينت عليه حرم على سيده منعه

(الثانية) لو عتق بمجلس الحكم فشهد حرم رده قال في الانتصار والمفردات فلو رده الحاكم مع ثبوت عدالته فسق

(١) ان شهادة الأمة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياساً عليهن فان النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وانما تقبل في المال أو شبهه والأمة كالحرمة فيما عداهما وقد دل عليه حديث عقبه بن الحارث وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعنى بعضه حكم الفن ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

(٢) قوله « وتجاوز شهادة الأصم الخ » أما شهادته على المريات فهو فيها كالذى يسمع فتقبل شهادته فيها وتجاوز في المسموعات التي كانت قبل صممه

(٣) قوله « وتجاوز شهادة الأعمى الخ » هذا بلا نزاع وروى هذا عن علي وابن عباس رضى الله عنهم وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهرى ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته روى ذلك عن النخعي وأبي هاشم واختلف فيه عن الحسن وإياس وابن أبي ليلى . وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه فشهد عند الحاكم عليه ولم يجزها في غير ذلك لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبي ولأن الأصوات تشبهه فلا يحصل اليقين . ولنا قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالصبي وفارق الصبي فإنه ليس برجل ولا عدل

وتجوز في المريات التي تحملها قبل العمى اذا عرف الفاعل باسمه ونسبه وما يتميز به^(١) فان لم يعرفه الا بعينه فقال القاضى تقبل شهادته أيضا^(٢) ويصفه لحاكم بما يتميز به ويحتمل ان لا تجوز لان هذا بما لا ينضبط غالبا وان شهد عند الحاكم ثم عمى قبلت شهادته وجها واحدا . وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره^(٣) وتقبل شهادة الانسان على فعل نفسه كالمرضعة على الرضاع والقاسم على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل^(٤) وتقبل شهادة البدوى على القروى

(١) قوله « وتجوز في المريات الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلا لأنه لا يجوز أن يكون حاكما ولنا ما تقدم

(٢) قوله « فان لم يعرفه إلا بعينه الخ » ما قاله القاضى هو المذهب نص عليه لعموم الأدلة ويحتمل أن لا يجوز لأن هذا بما لا ينضبط غالبا

[فائدة] قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى : وكذا الحكم ان تعذر معرفة العين المشهود لها أو عليها أو بهالموت أو غيبة

(٣) قوله « وشهادة ولد الزنا الخ » هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبى والزهرى والشافعى واسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لأنه منهم فان العادة فيمن فعل قبيحا أنه يجب أن يكون له نظير . ولنا عموم الآيات وأنه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كغيره ولأن من قبلت شهادته في القتل قبلت شهادته في الزنا . قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه فذكرها

(٤) قوله « وتقبل شهادة الانسان الخ » أما المرضع فالصحيح من المذهب أن شهادتها تقبل على رضاع نفسها مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لحديث عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال كيف وقد زعمت ذلك متفق عليه وفي رواية أبي داود فقلت يا رسول الله انها كاذبة فقال وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك وقال بعض الأصحاب لا تقبل ان كان بأجرة والا قبلت وأما القاسم فالصحيح من المذهب قبول شهادته على قسم نفسه مطلقا لأنه يشهد لغيره فصح كما لو شهد على فعل غيره . وقال القاضى وأصحابه لا تقبل وقال صاحب التبصرة والترغيب لا تقبل =

والقروى على البدوى^(١)، وعنه في شهادة البدوى على القروى اخشى ان لا تقبل
فيحتمل وجهين

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة خمسة أشياء (أحدها) قرابة الولادة فلا تقبل شهادة
والد لولده وان سفل ولا ولد لوالده وان علا في أصح الروايات^(٢). وعنه

= من غير متبرع للثمة وهو ظاهر كلامه في الهداية وغيرها وقال في المغنى وتقبل
شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعا ولا تقبل إذا كان بأجرة ، وأما شهادة الحاكم
على حكم نفسه بعد عزله فقبولة وتقدم في آخر أدب القاضى إذا أخبر بعد عزله
أنه حكم بكذا

(١) قوله « وتقبل شهادة البدوى الخ » أما شهادة القروى على البدوى فتقبل
بلا نزاع . وأما شهادة البدوى على القروى فالمذهب قبولها وهو قول ابن سيرين
وأبى حنيفة والشافعى وأبى ثور ، وعنه في شهادة البدوى على القروى أخشى أن
لا تقبل وهو قول القاضى فى الجامع والشرىف وأبى الخطاب فى خلافيهما
والشيرازى وجزم به فى المنور وغيره قال فى الفروع وهو المنصوص وهو مذهب
أبى عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقيين فى الجراح
احتياطا للدماء ، واحتج من رد شهادته بما روى أبو داود عن أبى هريرة رضى الله
عنه عن النبى ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية » قال أبو عبيد
ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فهم من الجفاء لحقوق الله تعالى . ووجه الأول أن
من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على غيرهم ويحمل الحديث على من
لم تعرف عدالته من أهل البدو

(٢) قوله « أحدها قرابة الولادة فلا تقبل الخ » وسواء فى ذلك الآباء
والامهات وهذا المذهب وعليه الاصحاب ونقله الجماعة عن احمد قال المصنف
والشارح هذا ظاهر المذهب قال الزركشى لا شك ان هذا المذهب وبه قال شريح
والحسن والشعبى والنخعى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى
قال الترمذى هذا قول أكثر أهل العلم لما روى الزهرى عن عروة عن عائشة
رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال « لا تجوز شهادة حائن ولا خائنة ولا ذى غم على =

تقبل فيما لا يجر به نفعا غالبا^(١) نحو ان يشهد أحدها لصاحبه بعقد نكاح او قذف . وعنه تقبل شهادة الولد لوالده^(٢) ولا تقبل شهادة الوالد لولده^(٣) وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين^(٤) ولا تقبل شهادة احد

== أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء ، وفي اسناده يزيد بن زياد وهو ضعيف قال الترمذى لا يصح عندنا من قبل اسناده ورواه الخلال بنحوه من حديث عمر وأبي هريرة والظنين المتهم وكل منهما متهم في حق صاحبه لأنه يميل اليه بطبعه وسواء اتفق دينهما أو اختلف

[تنبيه] قال القاضى وأصحابه والمصنف والشارح وصاحب الترغيب وغيرهم وتقبل شهادته لوالده وولده من زنا أو رضاع وفي المبهج والواضح رواية لا تقبل نقله حنبل

(١) قوله « وعنه تقبل فيما لا يجر به نفعا الخ » أى لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يحصل للآخر فتتنفي التهمة عنه في شهادته قال فى المغنى والقاضى وأصحابه والفروع وغيرهم وعنه تقبل فيما لم يجر نفعا كشهادته له بمال وكل منهما غنى قال فى المغنى والشرح كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه

(٢) قوله « وعنه تقبل شهادة الولد لوالده » أى للعموم

(٣) قوله « ولا تقبل الخ » أى لأن مال ابنه كانه للخبر فكانت شهادته لنفسه وعنه تقبل شهادتهما مطلقا وروى ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر لأنهما عدلان من رجالنا فيدخلان فى عموم الآيات والأخبار

(٤) قوله « وتقبل شهادة بعضهم الخ » وهذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم قال المصنف ولم أجد عن أحد فى الجامع عنه اختلافا قال الزركشى هذا المذهب بلا ريب وذلك لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ، ولأنها انما ردت للتهمة فى إيصال النفع ولا تهمة فى شهادته عليه

[فوائد] قال ابن نصر الله فى حواشيه على الفروع لو شهد عند حاكم من لا تقبل شهادة الحاكم له فهل له الحكم بشهادته كشهادة ولد الحاكم عنده لأجنى أو والده أو زوجته فيما تقبل فيه شهادة النساء يتوجه عدم قبوله لأن قبوله تزكية له وهى شهادة

الزوجين لصاحبه في احدى الروايتين (١) ولا تقبل شهادة السيد لعبده (٢)
ولا العبد لسيدة (٣) وتقبل شهادة الأخر

(الثانية) قال ابن نصر الله في الحواشي أيضا لو شهد على الحاكم بحكمه من شهد
عنده بالمحكوم فيه فهل تقبل شهادته؟ الأظهر لا تقبل لأنه يشهد عليه أنه قبل شهادته
وحكم فيما ثبت عنده بشهادته بكذا فيكون قد شهد لنفسه بأن الحاكم قبله وقال أيضا
تزكية الشاهد رفيقه في الشهادة لا تقبل لافضائه إلى انحصار الشهادة في أحدهما

(الثالثة) لو شهد ابنان على أبيهما بقذف ضرة أمهما وهي تحتها أو طلاقها
فقطع الشارح بقبوله فيهما وقطع الناظم بقبولها في الثانية وفي المعنى في الثانية
وجهان

(١) قوله « ولا تقبل شهادة أحد الزوجين الخ »، وهي المذهب نقلها الجماعة
عن احمد وعليه جماهير الأصحاب وبه قال الشعبي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة
والثانية تجوز قال بعض الأصحاب والقبول ليس بمنصوص ولا اختاره أحد من
الأصحاب وقال بالجواز شرح والحسن والشافعي وأبو ثور لأنه عقد على منفعة فلم
يمنع قبول الشهادة كالأجارة وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته
لأنه لا تهمة في حقه ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل
بشهادتها له بالمال فهي متهمة . ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير
حجب ويتبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته كالابن مع أبيه ولأن يسار الرجل يزيد
نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد في بضعها المملوك لزوجها

(٢) قوله « ولا تقبل شهادة السيد لعبده »، بلا نزاع ولا نعلم فيه خلافا لأن
مال العبد لسيدة

(٣) قوله « ولا العبد لسيدة »، بلا نزاع لأنه يتبسط في ماله وينتفع به قال
في القواعد الأصولية لا تقبل شهادة العبد لسيدة وهو المذهب عند الأصحاب قال
وفي المنع نظر وبالغ ابن عقيل فقال لا تقبل شهادته لمكاتب سيدة قال ويحتمل
على قياس ما ذكرناه أن شهادته لا تصح لزوج مولاته انتهى فعلى المذهب لو اعتق
عبدین فادعى رجل أن المعتق غصبها منه فشهد العتيقان بصدق المدعى وإن المعتق
غصبها لم تقبل شهادتهما لعودهما إلى الرق ذكره القاضى وغيره وكذا لو شهدا بعد
عتقهما أن معتقهما غير بالغ حال العتق أو يجرحا الشاهدين بحريتهما ولو عتقا =

لاخيه^(١) وسائر الاقارب والصديق لصديقه^(٢) والمولى لعتيقه

== بتدبير أو وصية فشهدا بدين مستوعب للتركة أو وصية مؤثرة في الرق لم تقبل لاقرارهما بعد الحرية برقهما لغير السيد ولا يجوز . قلت فيعابا بذلك كله

(١) قوله « وتقبل شهادة الأخ لآخيه » قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لآخيه جائزة وروى ذلك عن ابن الزبير رضى الله عنهما وبه قال شرح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وحكى ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لآخيه إذا كان منقطعاً اليه في صلته وبره لأنه متهم في حقه . ولنا عموم الآيات ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته وشهادة العم وابن الخال وابنه وسائر الاقارب أولى بالجواز فان شهادة الأخ إذا أُجيزت مع قربه كان تنبيهاً على قبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى

(٢) قوله « والصديق لصديقه » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم إلا مالكا قال لا تقبل شهادة الصديق للملاطف لأنه يجر الى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل . وقال ابن عقيل ترد شهادة الصديق بصدقة وكيدة والعاشق لمعشوقه لأن العشق يطيش ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله مالك يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر عليه وان كان ربما قضاة دينه منه فيجر الى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا من الصديقين

[فائدة] قال في الترغيب ومن موانع الشهادة الحرص على أدائها قبل استشهاد من يعلم بها قبل الدعوى أو بعدها فتردد وهل يصير مجروحاً بذلك يمتثل وجهين . قال ومن موانعها العصبية فلا شهادة لمن عرف بها وبالافراط في الحمية كتعصب قبيلة على قبيلة وان لم تبلغ رتبة العداوة انتهى . واقصر عليه في الفروع وقال في الرعايتين والحاوى ومن حرص على شهادة لم يعلمها وأداها قبل سؤاله ردت إلا في طلاق وعتق ونحوهما من شهادة الحسبة قال في الانصاف والصواب عدم قبولها مع العصبية خصوصاً في هذه الأزمنة

فصل

(الثاني) ان يجر الى نفسه نفعاً^(١) لشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال^(٢) والوصى للبيت^(٣) والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه^(٤) والشريك لشريكه^(٥) والغرماء للمفلس بالمال وأحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفيعته

فصل

(الثالث) ان يدفع عن نفسه ضرراً كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل

(١) قوله « الثاني أن يجر إلى نفسه نفعاً ، هذا المذهب قاله الامام أحد والأصحاب

(٢) قوله « والوارث الخ ، أي لأنه قد يسرى فتجب الدية له

(٣) قوله « والوصى للبيت ، لأنه يثبت له فيه حق التصرف فهو متهم فيها ولا تقبل شهادته للوصى عليهم إذا كانوا في حجره وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لأنه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم . ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه فانه الذي يطالب بمحقوقهم ولأنه يأكل من مالهم عند الحاجة فيكون متهما . وقوله في حجره احتراز بما لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فانها تقبل فاما شهادته عليهم فقبولة لا نعلم فيه خلافاً

(٤) قوله « والوكيل الخ ، وكذا الوصى لموليه على الصحيح من المذهب ولو بعد العزل وقيل ترد ان كان خاصم فيه وإلا فلا

(٥) قوله « والشريك لشريكه ، أي بما هو شريك فيه ولا نعلم فيه خلافاً . فاما ان شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لمورثه بما لو في مرض الموت أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفيعته على الآخر أو أحد الوصيين على الآخر بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو نحو ذلك بما لا تهمه فيه قبلت

الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصى بجرح الشاهد على الايتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لانسان اذا شهد بجرح الشاهد عليه

فصل

(الرابع) العداوة كشهادة المقدوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزوج بالزنا على امرأته^(١)

(١) قوله «الرابع العداوة الخ» شهادة العدو لا تقبل على عدوه في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي . والمراد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المقدوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه بل نزاع فلو شهدوا أن هؤلاء قطعوا الطريق علينا أو على القافلة لم تقبل ولو شهدوا أن هؤلاء قطعوا الطريق على هؤلاء قبلوا . وليس للحاكم أن يسأل هل قطعوها عليكم معهم لأنه لا يبحث عما يشهد به الشهود . ولو شهدوا أنهم عرضوا لنا وقطعوا الطريق على غيرنا فقال في الفصول تقبل قال وعندى لا تقبل . فاما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر والمحق من أهل السنة يشهد على المبتدع فلا ترد شهادته لأن العداوة في الدين والدين يمنع من ارتكاب محظور في دينه وقال أبو حنيفة لا تمتنع العداوة الشهادة لأنها لا تخل بالعدالة ولا تمتنع الشهادة كالصداقة لا تمتنع الشهادة له . ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال «لا تجوز شهادة خائن على خائنه ولا زان ولا زانية ولا ذى غم على أخيه» رواه أبو داود . والغمر الحقد

[فوائد] يعتبر في عدم قبول الشهادة بالعداوة كونها لغير الله تعالى سواء كانت موروثية أو مكتسبة وقال في الترغيب تكون ظاهرة بحيث يعلم أن كلا منهما يسر بمساءة الآخر ويقم بفرحه ويطلب له الشر قال في الرعاية أو حاسد

(الثانية) تقبل شهادة العدو لعدوه على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه لا تقبل

(الثالثة) لو شهد بحق مشترك بين من ترد شهادته له وبين من لا ترد شهادته له لم يقبل على الصحيح من المذهب نص عليه لأنها لا تتبع في نفسها . وقيل يصح لمن لا ترد شهادته له

فصل

(الخامس) ان يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فانها لا تقبل للتهمة^(١) ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت^(٢) ولو شهد كافر او صبي او عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والرق والصبي قبلت^(٣) وان شهد لمكاتبه أو لموروثه بجرح قبل برئه فردت ثم أعادها بعد

(الرابعة) لو شهد عنده ثم حدث مانع لم يمنع الحكم إلا كفر أو فسق أو تهمة فتمنع الحكم الا عداوة ابتدأها المشهود عليه لقتله البينة وكذا مقاولته وقت غضب ومحاكمة بدون عداوة ظاهرة مستأنفة قال في الترغيب ما لم يصل الى حد العداوة أو الفسق وحدث مانع في شاهد أصل كحدوثه فيمن أقام الشهادة وفي الترغيب ان كان بعد الحكم لم يؤثر وان حدث مانع بعد الحكم لم يستوف حد بل مال وفي قود وحد قذف وجهان وأطلقهما في الفروع وغيرها والمعنى في موضع وقطع في آخر أنه لا يستوفى الحد والقصاص وصححه الناظم في القصاص قال في الانصاف وهو الصواب

(١) قوله ، الخامس ان يشهد الفاسق الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وذكر في الرعاية رواية تقبل وبه قال أبو ثور والمزني ودادود قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل تقبل في غير هذه الشهادة فقبلت فيها قياساً على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بعد إسلامه . ولنا أنه متهم في ادائها لأنه يعير بردها فيلحقه غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فلحقه التهمة في أنه قصد إظهار العدالة واعادة الشهادة ليقبل

(٢) قوله ، ولو لم يشهد بها حتى صار عدلا الخ ، وذلك لأن التحمل لا يعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لأنه لا تهمة في ذلك وانما يعتبر ذلك في الاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعليه ، وهكذا الصبي والكافر إذا شهدا بعد الاسلام والبلوغ قبلت

(٣) قوله ، ولو شهد وهو كافر الخ ، هذا الصحيح من المذهب لأنها لم ترد أولاً بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم =

عق المكاتب وبرء الجرح في ردها وجهان^(١) وان شهد الشفيح بعفو شريكه في الشفعة عنها فردت ثم عفا الشاهد عن شفيعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي ويحتمل ان تقبل^(٢)

باب أقسام المشهود به

والمشهود به ينقسم خمسة أقسام (أحدها) الزنا وما يوجب حده فلا تقبل فيه الا شهادة أربعة رجال أحرار^(٣). وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين أو

== في أنه فعلها لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت وحكى عن النخعي والزهرى وقتادة وأبي الزناد ومالك انها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ. وعن أحمد رواية لا تقبل أبداً لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كالفاسق

[قائدة] مثل ذلك في الحكم خلافاً ومذهبا لو رده لجنونه ثم عقل أو لخرسه ثم نطق

(١) قوله « وان شهد لمكاتبه الخ » أحدهما تقبل وهو المذهب صححه المصنف والشارح وغيرهما لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبهه زوال الصبا والبلوغ، والثاني لا تقبل لأن ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده

[قائدة] لوردت لدفع ضرر أو جلب نفع أو عداوة أو رحم أو زوجية فزال المانع ثم أعادها لم تقبل على الصحيح من المذهب وقيل تقبل قال في المغنى والقبول أشبه بالصحة

(٢) قوله « وان شهد الشفيح الخ » ما ذكره القاضي هو المذهب لأنه منهم فأشبهه الفاسق

(٣) قوله « أحدها الزنا الخ » أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة وأجمعوا على أنه يشترط أن يكونوا عدولا ظاهراً أو باطنا مسلماً كان المشهود عليه أو ذمياً وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ أبو ثور فقال تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب والشريف رواية في المذهب وحكى عن حماد وعطاء أنهما قالاً تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين وتقدم الخلاف في ذلك في باب حد الزنا

لا يثبت الا بأربعة؟ غلى روايتين^(١) (الثاني) القصاص وسائر الحدود^(٢) فلا يقبل فيه إلا رجلان حران^(٣) (الثالث) ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال غير الحدود والقصاص كالطلاق والنسب والولاء والوكالة في غير المال والوصية اليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه الا رجلان^(٤) وعنه في النكاح والرجعة والعقق انه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين^(٥). وعنه

على قوله « وما يوجب حده » كاللواظ وإتيان الهيمة إذا قلنا يجب الحد (١) قوله « وهل يثبت الاقرار الخ » أحدهما لا يثبت إلا بأربعة وهو المذهب وعليه الأصحاب لأنه موجب لحد الزنا فأشبهه فعله والثانية يثبت بشاهدين قياساً على سائر الأقاير وللشافعي قولان كالروايتين

[تنبيه] محل الخلاف إذا شهدوا بان اقراره به تكرر أربعاً وهو واضح

[فائدة] قال في الرعاية لو كان المقر به أعجمياً قبل فيه ترجمانان وقيل أربعة

(٢) قوله « الثاني القصاص الخ » الصحيح من المذهب انه يقبل في القصاص وسائر الحدود رجلان وعليه الأصحاب وعنه لا يقبل في القصاص إلا أربعة روى عن عطاء وحامد أنهما قالوا يقبل فيه رجل وامرأتان

(٣) قوله « حران » مبنى على ما تقدم من أن شهادة العبد لا تقبل في الحدود والقصاص وتقدم ان الصحيح من المذهب يقبل فيهما

(٤) قوله « الثالث ما ليس بمال الخ » الصحيح من المذهب أنه لا يقبل فيه إلا رجلان ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال قال القاضي هذا المعول عليه في المذهب لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ قاله في الرجعة والباقي قياساً ولأنه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات ولأن الشارع متشوف الى عدم الطلاق

(٥) قوله « وعنه في النكاح والرجعة الخ » أي لأنه لا يسقط بالشبهة أشبه المال ولأن العبد مال وقال أبو الخطاب في النكاح والعنق أيضاً روايتان إحداها لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق . والثانية يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي =

في العتق انه يقبل فيه شاهد ويمين المدعى^(١)، وقال القاضي النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت الا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين قال أحمد في الرجل يوكل وكلا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين ان كانت في المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا . (الرابع) المال وما يقصد به المال كالبيع والقرض والرهن والوصية له وجناية الخطأ فيقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعى^(٢) وهل

= والثورى وسمح وأصحاب الرأي وروى ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة أشبه المال . ولنا أنه ليس بمال ولا يقصد منه المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص

(١) قوله « وعنه في العتق الخ » وجزم به الخرق وناظم المفردات واختاره أبو بكر وابن بكروس وهو من مفردات المذهب ، واختلف اختيار القاضي فتارة اختار الأول وتارة اختار الثاني ، قال القاضي في التعليق يثبت العتق بشاهد ويمين في أصح الروايتين قال وعلى قياسه الكتابة والولاء ونص عليه في رواية منها واختار هذه الرواية الشيخ تقي الدين قال في الفروع ولم اجد مستندها عن أحمد لأن الشارع متشوف الى العتق وفي قبول شاهد ويمين المعتق توسعة في ثبوت العتق قال القاضي والمعمول عليه في جميع ما ذكرنا انه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي ، وقد روى الدارقطني بأسناده عن النبي ﷺ قال استشرت جبريل عليه السلام في القضاء بالشاهد واليمين فأشار علي في الأموال لا تعد ذلك

[فائدتان] يقبل قول طبيب واحد ويطار لعدم غيره في داء دابة وموضحة ونحوه وهذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب ولا يقبل مع عدم التعذر الا اثنان على الصحيح من المذهب واطلق في الروضة قبول الواحد

(الثانية) لو اختلف الأطباء أو البيطرة قدم قول المثبت

(٢) قوله « الرابع المال الخ » وكذا الخيار في البيع واجله والإجارة والشركة والشفعة والحوالة والغصب والصلح والمهر وتسميته واتلاف المال وضمانه وفسخ عقد معاوضة ووقف على معين ودعوى رقب مجبول النسب صادق ودعوى قتل كافر لاستحقاق سلبه وهبة قال في الرعاية ووصية مال وقيل المعين فهذا واشباهه تقبل =

يقبل في جنابة العمد الموجبة للمال دون القصاص كالأشمة والمنقلة شهادة

== فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعى على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب لقوله تعالى ﴿ يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين ﴾ الآية نص على المدانة وقسنا عليه سائر ما ذكره ولان المقصود منها المال اشبه الشهادة فنقيس المال ولا خلاف ان المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال للنص وقيل يقبل في ذلك كله امرأتان ويمين وهذا احتمال ذكره المصنف في المقنع في باب الدعاوى . وقال الشيخ تقي الدين لو قيل تقبل امرأة ويمين توجه لأنهما إنما اقيما مقام رجل في التحمل وتكبر الديانة . ونقل ابو طالب في مسألة الأسير يقبل امرأة ويمينه اختاره ابو بكر وعنه في الوصية يكفي واحد وعنه ان لم يحضره الا النساء فأمرأة واحدة . وسأله ابن صدقة : الرجل يوصى ويعتق ولا يحضره الا النساء تجوز شهادتين قال نعم في الحقوق انتهى . قال في الإنصاف وهذا ليس ببعيد

[فائدة] أكثر اهل العلم يرون ثبوت المال للمدعية بشاهد ويمين روى ذلك عن ابى بكر وعثمان رضى الله عنهما وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن واياس وعبد الله بن عتبة وابو سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعه ومالك وابن ابى ليلى وابو الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي واصحاب الرأي والأوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين قال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ ولانه ﷺ قال « البينة على المدعى واليمين على من انكر » فخص اليمين على من انكر . ولنا ما روى الشافعي واحمد ومسلم عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي ﷺ قضى بيمين وشاهد زاد الشافعي قال عمر وفي الأموال ولاحمد في رواية إنما كان ذلك في الأموال وروى سهيل عن ابيه عن ابى هريرة رضى الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه سعيد والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذى غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وقال النسائي اسناد ابن عباس في الشاهد مع اليمين اسناد جيد [فوائد] كل موضع قبل فيه الشاهد مع اليمين لا فرق فيه بين كون المدعى مسلما أو كافرا عدلا أو فاسقا رجلا أو امرأة نص عليه

رجل وامرأتين؟ على روايتين^(١) (الخامس) ما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء. تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والثبوبة والحيض ونحوه فيقبل فيه شهادة امرأة واحدة^(٢) وعنه لا يقبل فيه أقل من امرأتين وان شهد به الرجال كان أولى بثبوته

(الثانية) قال احمد رحمه الله تعالى مضت السنة ان يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان ابى ان يحلف استحلف المطلوب يعنى وسقط الحق وهذا قول مالك والشافعى وان نكل حكم عليه على الصحيح من المذهب

(الثالثة) لا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى وبه قال الشافعى . وقال مالك يقبل ذلك فى الاموال لانها فى الاموال اقينا مقام الرجل . ولنا أن البينة على المال اذا خلت من رجل لم تقبل فكذلك هنا

(الرابعة) لو كان لجماعة حق بشاهد فأقاموه فمن حلف منهم اخذ نصيبه ولا يشاركه ناكل ولا يحلف ورثة ناكل الا ان يموت قبل نكله

(١) قوله د وهل يقبل فى جنابة العمدة الخ ، وكذا العمدة الذى لا قود فيه مجال ، احدهما يقبل وهو المذهب صححه المصنف والشارح ويقبل فيه أيضا شاهد ويمين لانه لا يوجب الا المال اشبه البيع . والثانية لا يقبل الا رجلان اختاره ابو بكر وابن ابى موسى لانها جنابة عمد اشبهت الموضحة

(٢) قوله د الخامس الخ ، المذهب يقبل فيه امرأة واحدة مطلقا ونص عليه فى رواية الجماعة وعليه الاصحاب وقبول شهادتها منفردة فى الاستهلال والرضاع من المفردات ولحديث عقبة بن الحارث المتفق عليه . وعن على رضى الله عنه انه اجاز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال رواه احمد وسعيد من رواية جابر الجعفي . وعن ابى حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع وكذا حكى عنه فى الاستهلال لانه يكون بعد الولادة وخالفه صاحباؤه وأكثر اهل العلم واجازه شريح والحارث العكلى وحامد . وعن احمد رحمه الله تعالى رواية لا يقبل فى ذلك كله الا امرأتان وهو قول الحكم وابن ابى ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثورى لان كل جنس يثبت به الحق يكتفى فيه اثنتان كالرجال وقال عثمان يكتفى ثلاث وقال ابو حنيفة يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة فى ولادة المزوجات دون ولادة المطلقة وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعى لا يقبل فيه إلا أربع لانها شهادة من شرطها الحرية =

فصل

وإذا شهد بقتل العمد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية^(١) وان شهدوا بالسرقه ثبت المال دون القطع^(٢) وان ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان^(٣) وان ادعته المرأة لم يقبل فيه الا رجلان^(٤) واذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية انها أم ولده وولدها منه قضى له بالجارية أم ولدوهل تثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه؟ على روايتين

= فلم تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولأن النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل ، ولنا حديث عقبة بن الحارث

[فائدة] مما تقبل فيه امرأة واحدة الجراحة وغيرها في الحمام والعرس ونحوهما مما لا يحضره رجال على الصحيح من المذهب نص عليه وخالف ابن عقيل وغيره (١) قوله « وإذا شهد بقتل العمد الخ ، هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب لأن القتل يوجب القصاص والمال بدل منه فاذا لم يثبت الاصل لم يجب بدله وان قلنا موجه أحد شيئين لم يتعين إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها أوجبنا معيننا . وعنه يثبت المال ان كان المجنى عليه عبداً قال في الرعاية أو حراً فلا قود وثبت المال

(٢) قوله « وان شهدوا بالسرقه الخ ، هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن السرقه توجب المال والقطع فاذا قصرت عن أحدهما أوجب الآخر واختار في الارشاد والمهجع أنه لا يثبت المال كالقطع

(٣) قوله « وان ادعى رجل الخلع الخ ، لأنه يدعى المال الذي خالعه به ، فأما البيئونة فتحصل بدعواه على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان ادعته المرأة الخ ، بلا نزاع لانها لا تقصد بذلك إلا الفسخ ولا يثبت إلا بعدلين فاما ان اختلفا في عوض الخلع أو الصداق ثبت بشاهد وعين لأنه مال

باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة

تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضى وترد فيما يرد فيه (١) ولا تقبل الا أن تتعذر شهادة شهود الاصل بموت أو مرض أو غيبة الى مسافة القصر وقيل لا تقبل الا بعد موتهم (٢) ولا يجوز لشاهد الفرع ان يشهد

على قوله « واذا شهد رجل وامرأتان لرجل الخ » لأنه يدعى ملكها وقد أقام بيعة كافية فيه ويثبت لها حكم الاستيلاء باقراره وأما حرية الولد ونسبه فالذهب أنه لا يثبت وصحة المصنف والشارح لأن البيعة لا تصلح لإثبات ذلك ، والثانية يثبت صحته في التصحيح وجزم به في الوجيز وغيره لان الولد نماء الجارية وقد ثبتت له فتبعها

(١) قوله « تقبل الشهادة على الشهادة الخ » الشهادة على الشهادة جائزة بالاجماع وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى قال أبو عبيد أجمع العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الأموال لأن الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل . ولا تقبل في حد وهو المذهب وهو قول الشافعى والنخعى وأبى حنيفة . وقال مالك والشافعى في قول وأبو ثور تقبل في الحدود وفي كل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الاصل وفي القصاص روايتان احدهما لا يقبل وهو قول أبى حنيفة والثانية يقبل وبه قال مالك والشافعى وتقدم الخلاف في ذلك مستوفى في كتاب القاضى إلى القاضى فأما ما عدا الحدود والأموال كالنكاح والطلاق والرجعة والتوكيل وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين ففيه روايتان تقدم توجيههما في كتاب القاضى إلى القاضى فليراجع

(٢) قوله « ولا تقبل إلا أن تتعذر شهادة الخ » وكذا حبس أو خوف من سلطان أو غيره وهذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى وحكى عن أبى يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهود الاصل قياسا على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبي أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل وعن أحمد مثل هذا . ولنا أن الحاكم إذا أمكنه أن يسمع شهادة شاهد الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع وكان أحوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم فينبغى أن لا يثبت إلا عند عدم شهادة الاصل كسائر الإبدال

الا ان يسترعيه شاهد الاصل فيقول اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي واشهدني على نفسه طوعا بكذا أو شهدت عليه أو أقر عندي بكذا^(١) فان سمعه يقول أشهد على فلان بكذا لم يجوز ان يشهد^(٢) الا ان يسمعه يشهد عندالحاكم أو يشهد بحق يعزوه الى سبب من بيع او إجارة أو قرض فهل يشهد به؟ على وجهين^(٣). وثبت شهادة شاهدي

(١) قوله « ولا يجوز لشاهد الفرع الخ ، هذا المذهب قال أحمد لا تكون شهادة حتى يشهدك لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النياية ، والنياية بغير إذن لا تجوز . وعنه يجوز مطلقا وقدمها في التبصرة

[تنبيه] ظاهره انه اذا استرعى غيره لم يجوز أن يشهد حتى يسترعيه بعينه وهو أحد الوجهين وهو ظاهر الوجيز وغيره وهو قول أبي حنيفة . والوجه الثاني يجوز أن يشهد فيكون شاهد فرع وهو الصحيح قدمه في المغنى والسكافي وغيرهما وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد

(٢) قوله « فان سمعه يقول أشهد على فلان الخ ، أى إذا كان من غير ذكر سبب ولا شهادة عند الحاكم لان شاهد الاصل لم يسترعه الشهادة لانه يحتمل ان ذلك وعد ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجوز أن يشهد مع الاحتمال . فان قيل لو سمع رجلا يقول لفلان على الف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما ان الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الاقرار ذلك لان الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وأنه لا يراعى فيه العدد لأن الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم فيها

(٣) قوله « الا أن يسمعه يشهد عند الحاكم الخ ، أحدهما يجوز أن يشهد به وهو المذهب وهو مذهب الشافعي لانه إذا أتى بالشهادة عند الحاكم وأسند الحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرفع الاشكال والثاني لا يجوز الا أن يسترعيه وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد

[فائدة] يشترط أن يعينا شاهدي الاصل ويسميأهما وقال ابن جرير إذا قالوا حرين ذكرين عدلين جاز وان لم يسميا لأن الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجرد حين عند غيرهما ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود

الاصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما سواء شهدا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع^(١) وقال ابو عبدالله بن بطة لا تثبت حتى يشهد أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع^(٢) ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع^(٣). وعنه لمن مدخل فيشهد رجلان على رجل وامرأتين أو رجل

(١) قوله « وثبتت شهادة شاهدي الأصل الخ ، هذا المذهب قال الامام أحمد رحمه الله تعالى لم يزل الناس على هذا قال الزركشي هذا المذهب المنصوص وهو قول شرح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق والبقى والعنبري قال إسحاق لم يزل أهل العلم على هذا وثبتت شهادة شاهد على شاهد من مفردات المذهب

(٢) قوله « وقال أبو عبد الله الخ ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وحكاه في الخلاصة رواية لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين . ولنا أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبت فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ، ولان شاهدي الفرع بدل من شهود الأصل فيسكني في عددهما ما يكفي في شهادة الأصل

(٣) قوله « ولا مدخل للنساء الخ ، اختلفت الرواية هل الذكورية شرط في شهود الفرع أم لا فعنه انها شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بمال سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أم لا وهذا قول مالك والثوري والشافعي لانهم يثبتون بشهادتهم شهود الأصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال . والرواية الثانية لمن مدخل وهو المذهب اختاره المصنف وابن عبدوس وقدمه في الرعايتين والفروع قيل لاحد رحمه الله تعالى شهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز قال نعم يعني اذا كان معهما رجل وذكر الازاعي قال سمعت نعيم بن أوس يميز شهادة المرأة على شهادة المرأة ولأن المقصود بشهادتهن لإثبات الحق الذي يشهد به شهود الأصل ولأن شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الأصول فهي تثبت بشهادتهن وان كانوا يثبتون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهن ولأن النساء شهدن بالمال أو ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن

على قوله « فيشهد رجلان على رجل وامرأتين ، » يعني على الرواية الاولى والاخيرة

وامرأتان على رجل وامرأتين . وقال القاضى لا تجوز شهادة رجلين على رجل وامرأتين نص عليه أحمد . قال ابو الخطاب وفي هذه الرواية سهو من ناقلها . ولا يجوز للحاكم ان يحكم بشهادة شاهدى الفرع حتى يثبت عنده عدالتهما وعدالة شاهدى الاصل^(١) وان شهدا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهم وان حدث منهم ما يمنع قبول الشهادة لم يجز الحكم^(٢) وان حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان^(٣) وان رجع شهود الاصل لم يضمنوا^(٤) ويحتمل ان يضمنوا^(٥)

على قوله ، أو رجل وامرأتان على رجل وامرأتين ، أو على رجلين أيضا
على الرواية الأخيرة

(١) قوله ، ولا يجوز للحاكم الخ ، وذلك لأن الحكم ينبنى على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط فى كل واحد منهما لا نعلم فى هذا خلافاً فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعدالتهما جاز بغير خلاف نعلمه وان لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك فان علم عدالتهما حكم وان لم يعرفهما بحك عنهما وهذا مذهب الشافعى وقال الثورى وأبو يوسف ان لم يعدل شاهد الفرع شاهدى الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لان ترك تعديله يرتاب به الحاكم

[فائدة] لو شهد شاهد فرع على أصل وتعذرت الشهادة على الآخر حلف واستحق ذكره فى التبصرة واقتصر عليه فى الفروع

(٢) قوله ، وان حدث منهم مانع الخ ، أى لا بد من استمرار العدالة فى الجميع إلى الحكم لما ذكرنا فى شاهدى الاصل فان رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها

(٣) قوله ، وان حكم بشهادتهما الخ ، بلا نزاع لأن الاتلاف كان بشهادتهم

(٤) قوله ، وان رجع شهود الاصل الخ ، يعنى لم يضمن شهود الاصل وهذا المذهب لان الاتلاف حصل بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالتسبب مع المباشر

(٥) قوله ، ويحتمل الخ ، وقطع به القاضى قاله فى النسكت لان الحكم يضاف اليهم بدليل أنه تعتبر عدالتهم

فصل

ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزيمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء ما قبل القبض وبعده وسواء كان المال قائماً أو تالفاً^(١) وان رجع شهود العتق

[فوائد] لو قال شهود الاصل كذبنا أو غلطنا ضمنوا على الصحيح من المذهب وقيل لا يضمنون وحكى هذه الصورة ومسئلة المصنف مسألتين في الرعايتين وحكاها بعضهم مسألة واحدة

(الثانية) قال في الفروع أطلق جماعة من الاصحاب أنه إذا أنكر الاصل شهادة الفرع لم يعمل بها لتأكد الشهادة بخلاف الرواية قال في المحرر والوجيز وغيرهم لو قال شهود الاصل ما أشهدناهما بشيء لم يضمن الفريقان شيئاً
(الثالثة) اذا مات شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم وكذا لو مات شهود الاصل قبل اداء الفرع

(١) قوله « متى رجع شهود المال الخ » هذا بلا نزاع نعلمه فأما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً أنه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم في قول أهل الفتيا من أهل الامصار وحكى عن سعيد بن المسيب والاوزاعي أنهما قالوا ينقض الحكم وان استوفى الحق لان الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين . ولنا أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لانفسهما ، يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر الى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق ، وفارق ما إذا كانا كافرين لانا تبيننا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وأما الرجوع على الشاهدين به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وقول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمننا قيمته لانه لم يوجد منهما إتلاف للسأل ولا يد عادية . ولنا أنهما أقرأ أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص

[تنبيه] محل الضمان إذا لم يصدقهم المشهود له فان صدق الراجعين لم يضمن الشهود شيئاً ويستثنى من الضمان لو شهدا بدين فأبرأ منه مستحقه ثم رجعا فانهما ==

غرّموا القيمة^(١) وان رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرّموا نصف
المسمى^(٢) وان كان بعده لم يغرّموا شيئاً. وان رجع شهود القصاص
أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف^(٣) وان كان بعده وقالوا أخطأنا فعليهم دية

== لا يغرمان شيئاً للشهود عليه ذكره المصنف في المغنى في الصداق في مسألة تنصف
الصداق بعد هبتها للزوج قال ولو قبضه المشهود له ثم وهبه المشهود عليه ثم
رجعا غرما

(١) قوله « وان رجع شهود العتق الخ ، بلا نزاع ولا خلاف بينهم فيه فان
المخالف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف
فيه لكنه مقيد بما إذا لم يصدقهم المشهود له وهو واضح وأما المزكون فانهم
لا يضمنون شيئاً

(٢) قوله « وان رجع شهود الطلاق الخ ، أو بدله بلا نزاع وبه قال
أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليّه يجب مهر المثل لأنهما أتلفا عليه البضع
فلزمهما عوضه وفي القول الآخر يلزمهما نصف مهر المثل ولنا أن خروج البضع
من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو اسلامها أو
قتلها نفسها فانها لا تضمن شيئاً

على قوله « وان كان بعده لم يغرّموا شيئاً ، ه هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ،
وعنه يغرّمون كل المهر وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى يغرّمون مهر المثل
وهو مذهب الشافعي قال في الانصاف الصواب يغرّمون

(٣) قوله « وان رجع شهود القصاص - إلى قوله - لم يستوف ، هذا المذهب
وهو قول عامة أهل العلم وحكى عن أبي ثور أنه شد فقال يحكم بها لأن الشهادة قد
اديت فلا تبطل بالرجوع ، وهذا فاسد لأن الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم
يجز كما لو فسقا ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما وهذا إذا رجعوا قبل الحكم بها
فان رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء لم يجز استيفاؤه على الصحيح من المذهب
لأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات وفارق المسال فانه يمكن
جبره بالزام الشاهد عوضه والحد والقصاص لا ينجبر بإيجاب مثله على الشاهدين
فعلى المذهب يجب دية القود وان وجب علينا فلا قاله في الفروع وابن الزاغوني
في الواضح

ماتلف^(١) ويتسقط الغرم على عددهم فان رجع أحدهم وحده غرم بقسطه^(٢) وإذا شهد عليه ستة بالزنا فرجم ثم رجع منهم اثنان غرما ثلث الدية وان رجع الكل لزمتهم الدية اسداسا^(٣) وان شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجع الجميع لزمتهم الدية اسداسا في أحد الوجبين وفي الآخر على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف^(٤) وان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان

(١) قوله « وان كان بعده الخ » إذا رجعا بعد الاستيفاء لم يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة فان كان المشهود به اتلافاً في مثله القصاص كالقتل والجرح وقالوا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعلهما القصاص وبه قال ابن أبي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد ، وقال أصحاب الرأي لا قود عليهما لأنهما لم يباشرا الاتلاف . ولنا أن علياً رضى الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا السارق فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة وان كان بعد الاستيفاء وقالوا أخطأنا فعلهم دية ما تلف بلا نزاع أو ارش الضرب وتكون الدية في أموالهما مخففة لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف

(٢) قوله « ويتسقط الغرم على عددهم » هذا بلا نزاع

(٣) قوله « وإذا شهد عليه ستة الخ » إذا رجع اثنان غرما ثلث الدية وهو المذهب وبه قال أبو عبيد . وقال أبو حنيفة ان رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لأن بينة الزنا قائمة قدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب أبي حنيفة قال في الانصاف وقيل لا يفرمان شيئاً قال صاحب الرعاية وهو أقيس انتهى

(٤) قوله « وان شهد أربعة بالزنا الخ » الوجه الاول هو المذهب وهما روايتان عند ابن هبيرة وقال أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهادات فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعاً على الزنا فيكون الضمان على عدد الرؤس . والوجه الثاني على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لأنهما حزبان لكل حزب نصف

منهم بالاحصان صححت الشهادة فان رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالاحصان ثلثا الدية على الوجه الاول وعلى الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها^(١) وان حكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم المالك كله ويتخرج ان يغرم النصف^(٢) وان بان بعد الحكم ان الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض

[فائدة] لو رجع شهود الاحصان كلهم أو شهود الزنا كلهم غرموا الدية كاملة على الصحيح من المذهب وقيل يغرمون النصف اختاره ابن حمدان

(١) قوله « وان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم الخ ، هذا تفريع صحيح وقد علمت المذهب منهما

[فائدة] لو شهد قوم بتعليق عتق أو طلاق وقوم بوجود شرطه ثم رجع الكل فالغرم على عددهم على الصحيح من المذهب وقيل تغرم كل جهة النصف

(٢) قوله « وان حكم بشاهد ويمين الخ ، هذا الصحيح من المذهب نص عليه في رواية جماعة ويتخرج أن يضمن النصف وبه قال مالك والشافعي لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف . ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين يحققه ان اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس بحجة وانما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكره وهو من مفردات المذهب

[فوائد] لو رجع شهود تزكية فحكمهم حكم رجوع من زكواهم

(الثانية) لا ضمان برجوع عن شهادة بكفالة عن نفس أو برأته منها أو انها زوجته أو أنه عني عن دم عمد لعدم تضمنه مالا . قال في المبسوط وقال القاضي هذا لا يصح لأن الكفالة متضمنة بهرب المكفول والقود قد يجب به مال

(الثالثة) لو شهد بعد الحكم بمناف للشهادة الأولى فكرجوعه وأولى قاله الشيخ تقي الدين واقتصر عليه في الفروع

(الرابعة) لو زاد في شهادته أو نقص قبل الحكم أو أدى بعد انكارها قبل نص علمها كقوله لا أعرف الشهادة وقيل لا تقبل كبعد الحكم وقيل يؤخذ بقوله المتقدم وان رجع لغت ولا حكم ولم يضمن وان لم يصرح بالرجوع بل قال للحاكم توقف فتوقف ثم عاد اليها قبلت في أصح الوجهين وفي جواب إعادتها احتمالان قال في الانصاف الأولى عدم الاعادة

الحكم^(١) ويرجع بالمال أو يبدله على المحكوم له^(٢) وان كان المحكوم به إتلافا فالضمان على المزكين^(٣) فان لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم^(٤) . وعنه لا ينقض اذا كانا فاسقين وان شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم اذا ثبتت عدالتهم وإذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال انا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه . ولا تقبل الشهادة الا بلفظ الشهادة فان قال اعلم أو أحق لم يحكم به^(٥)

(١) قوله « وان بان بعد الحكم الخ » اذا بان بعد الحكم أن الشاهدين كانا كافرين نقض الحكم بلا خلاف وكذا ان كانا فاسقين على الصحيح من المذهب لأن شهادة الفاسقين يجمع على ردها وقد نص الله على التبين فيها فقال ﴿ يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ وأمر بالشهاد العدول فقال ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ فيجب نقض الحكم لفوات العدالة . واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا . فأما ان قامت اليينة انه حكم بشهادة والدين أو مولودين أو عدوين فان كان الحاكم الذي حكم بشهادتهما ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً وان كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لأن الحاكم يعتقد بطلانه

(٢) قوله « ويرجع بالمال الخ » لأن الحكم قد نقض فيجب أن يرجع الحق إلى مستحقه وان كان المال موجوداً بعينه ألزم برده بعينه

(٣) قوله « وان كان المحكوم به اتلافاً الخ » أى كقتل أو كان الحكم لله باتلاف حتى أو ما يسرى اليه وهذا المذهب لأن المحكوم به قد تعذر رده وشهود التزكية ألبأوا الحاكم إلى الفعل فلزمهم الضمان وقال القاضي الضمان على الحاكم لأنه فرط وقال أبو الخطاب الضمان على الشهود لأنهم فوتوا الحق على مستحقه بشهادتهم الباطلة كما لو رجعوا

(٤) قوله « فان لم يكن ثم تزكية الخ » هذا المذهب لان التلف حصل بفعله وبأمره فلزمه الضمان لتفريطه ، وكذا ان كان مزكون فأتوا ذكره في الكافي ولا قود لأنه مخطئ . ويجب الدية في بيت المال وعنه على عاقلته

(٥) قوله « ولا تقبل الشهادة الخ » هذا المذهب قال في الشرح ولا أعلم فيه =

باب اليمين في الدعاوى

وهي مشروعة في حق المنكر في كل حق لآدمي^(١). قال ابو بكر الا في النكاح والطلاق^(٢). وقال ابو الخطاب الا في تسعة أشياء النكاح والرجعة والطلاق والرق والولاء والاستيلاء والنسب والقذف والقصاص^(٣). وقال القاضى في الطلاق والقصاص والقذف روايتان وسائر الستة لا يستحلف فيها رواية واحدة وقال الخرقى لا يحلف في القصاص ولا في المرأة اذا

== خلافاً لان الشهادة مصدر فلا بد من الايمان بفعالها المشتق منها وعنه يقبل إذا قال أعلم أو أحق اختاره أبو الخطاب والشيخ تقي الدين وقال لا نعرف عن صحابي ولا تابعي اشتراط لفظ الشهادة وفي الكتاب والسنة اطلاق لفظ الشهادة على الخبر المجرد عن لفظ الشهادة واختاره ابن القيم قال على بن المديني أقول أن العشرة في الجنة ولا أشهد فقال له أحمد متى قلت فقد شهدت ونقل الميموني وهل معنى القول والشهادة إلا واحداً ونقل أبو طالب العلم شهادة

(١) قوله «وهي مشروعة في حق المنكر في كل حق لآدمي» هذا رواية عن أحمد اختارها المصنف والشارح وجزم به أبو محمد الجوزي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لقوله بما لا يثبت لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأمواهم ولكن اليمين على المدعى عليه، متفق عليه وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكراها في الدعوى مع عموم الاحاديث

(٢) قوله «وقال أبو بكر الخ» قال وهو الغالب على قول أبي عبد الله لان أمرهما أشد ولا يدخلهما البديل

(٣) قوله «وقال أبو الخطاب الخ» وكذلك ما ليس بمال ولا يقصد منه المال ولا يثبت إلا بشاهدين فيه روايتان احدهما لا يستحلف المدعى عليه قال أحمد ولم أسمع من مضي جوزوا الايمان إلا في الاموال والعروض خاصة وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والقيصة في الابلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لان هذه الأشياء لا يدخلها البديل وانما ترد اليمين فيما يدخله البديل وان المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم

أنكرت النكاح وتحلف اذا ادعت انقضاء عدتها واذا أنكر المولى مضى
الاربعة الاشهر حلف واذا أقام العبد شاهدا بعثقه حلف معه^(١) ولا يستحلف
في حقوق الله تعالى كالحدود والعبادات ونحوها^(٢) ويجوز الحكم في المال
وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعى^(٣) ولا تقبل فيه شهادة امرأتين ويحتمل
ان تقبل وهل يثبت العتق بشاهد ويمين؟ على روايتين^(٤). ولا يقبل في النكاح
والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه شاهد ويمين^(٥) ومن حلف على فعل نفسه
أو دعوى عليه حلف على البت^(٦) ومن حلف على فعل غيره أو دعوى عليه

(١) قوله « واذا أقام العبد الخ » مراد المصنف هنا دخول اليمين في العتق
اذا قلنا يقبل فيه رجل واحد

(٢) قوله « ولا يستحلف في حقوق الله تعالى الخ » أما الحدود فلا نعم فيها
خلافًا لأنه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه من غير يمين وخلي فان لا يستحلف
مع عدم الاقرار أولى وأما الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال فقال
أحمد القول قول رب المال بغير يمين كالحدود كالصلاة وكذا لو ادعى عليه كفارة
يمين أو ظهار أو نذر أو صدقة قبل قوله في نفي ذلك بغير يمين وهذا المذهب لأنه
لا حق للمدعى فيه ولا ولاية له عليه . وقال الشافعي وأبو يوسف يستحلف اذا
ادعى الساعي الزكاة على رب المال أو ان الحول قد تم وكمل النصاب لأنها دعوى
مسموعة يتعلق بها حق آدمي

(٣) قوله « ويجوز الحكم في المال الخ » قد تقدم ذلك مستوفى في أقسام
المشهود به في القسم الرابع

(٤) قوله « وهل يثبت العتق الخ » إحداهما يثبت اختاره الخرق وأبو بكر
والقاضي في بعض كتبه لأنه إزالة ملك فقيل فيه شاهد ويمين كالبيع والثانية لا يثبت
ولا يعتق إلا بشاهدين ذكرين وهو المذهب لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال
ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال وتقدم ذلك في أقسام المشهود به

(٥) قوله « ولا يقبل في النكاح الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب لقوله
تعالى في الرجعة ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وقسنا عليه سائر ما ذكرنا

(٦) قوله « ومن حلف على فعل نفسه الخ » هذا المذهب وعليه جماهير =

في الاثبات حلف على البت^(١) وان حلف على النفي حلف على نفي عليه^(٢) ومن توجهت عليه يمين جماعة فقال احلف يمينا واحدة لهم فرضوا جاز^(٣) وان ابوا حلف لكل واحد يمينا^(٤)

== الأصحاب فثال فعل نفسه أن يدعى بمائة على شخص ويقوم شاهدا ويريد أن يحلف معه ومثال الدعوى عليه أن يدعى عليه بمائة فيقول ما يستحق على شيئا لأن النبي ﷺ استحلف رجلا فقال قل والله الذي لا إله الا هو ماله عليك حق . وعنه في البائع يحلف لنفي عيب السلعة واختاره أبو بكر . وحكى عن أحمد رواية ان اليمين في ذلك كله على نفي العلم لأن أحمد استشهد له بقوله عليه الصلاة والسلام لا تضطروا الناس في أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون قال الشارح والإيمان كلها على البت والقطع الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم لما تقدم وقال ابن أبي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

(١) قوله « ومن حلف على فعل غيره الخ ، وهذا المذهب مثال فعل غيره بأن يدعى ان غيره غصبه ثوبه لحديث الحضرمي لما اختصم هو والكندى إلى النبي ﷺ قال الحضرمي يا رسول الله ان أرضي اغتصبها أبو هذا وهي في يده فقال هل لك بينة قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم انها أرضي اغتصبها أبوه فتهياً الكندى لليمين رواه أبو داود ولم يشكر ذلك النبي ﷺ

(٢) قوله « وان حلف على النفي الخ ، يعني اذا حلف على فعل غيره أو نفي دعوى على ذلك الغير ، أما الأولى فلا خلاف انه يحلف على نفي العلم وأما الثانية فالصحيح من المذهب أنه يحلف فيها أيضاً على نفي العلم

(٣) قوله « ومن توجهت عليه الخ ، هذا المذهب لأن الحق لهم

(٤) وان أبو الخ ، هذا بلا نزاع ولا نعلم فيه خلافاً لأنه منكر لكل

واحد منهم

[فائدتان] الذي يقضى فيه بالنكول هو المال أو ما مقصوده المال هذا المذهب قاله في الفروع وغيره وعنه هو المال أو ما مقصوده المال وغير ذلك الا قود النفس وعنه الا قود النفس وطرفها صححه في الرعاية

فصل

واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه وان رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز في اللفظ يقول : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور . واليهودى يقول : والله الذى أنزل التوراة على موسى وخلق له البحر ونجاه من فرعون وملائه . والنصرانى : والله الذى أنزل الانجيل على عيسى وجعله يحيى الموتى ويبرىء الأكمه والابرس . والمجوسى يقول : والله الذى خلقتى وصورنى ورزقتى . والزمان يحلفه بعد العصر أو بين الاذنين . والمكان يحلفه بمكة بين الركن والمقام وفى الصخرة بيت المقدس وفى سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة فى المواضع التى يعظمونها . ولا تغلظ اليمين الا فيما له خطر كالجنائيات والعناق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال وقيل ما يقطع به السارق وان رأى الحاكم ترك الغايظ فتركه كان مصيباً

كتاب الاقرار

يصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه^(١) فاما الصبي والمجنون

(الثانية) كل جنابة لم يثبت قودها بالنكول فهل يلزم الناكل ديتها؟ على روايتين احدهما لا تلزمه اختاره ابن عبدوس والثانية يلزمه وكل ناكل قلنا لا يقضى عليه بالنكول كاللعان ونحوه فهل يخلى سبيله أو يحبس حتى يقر أو يحلف على وجهين احدهما يخلى سبيله اختاره ابن عبدوس والناسخ وصححه فى تصحيح المحرر والثانى يحبس حتى يقر أو يحلف قدمه فى تجريد العناية قال فى الانصاف هذا المذهب فى اللعان قال الشيخ تقي الدين إذا قلنا يحبس فينبغى جواز ضربه كما يضرب الممتنع من اختيار بعض نسائه إذا أسلم والممتنع من قضاء الدين كما يضرب المقر بالمجهول حتى يفسر

(١) قوله « ويصح الاقرار الخ » هذا المذهب من حيث الجملة فأما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغشى عليه لا نعم فيه خلافاً =

فلا يصح إقرارها الا أن يكون الصبي مأذوناً له في البيع والشراء فيصح إقراره في قدر ما أذن له دون ما زاد^(١) وكذلك العبد المأذون له في التجارة ولا يصح اقرار السكران ويتخرج صحته بناء على طلاقه^(٢) ولا يصح اقرار

وقد قال عليه الصلاة والسلام «رفع القلم عن ثلاثة» الخبر فأما الصبي المميز فإن كان محجوراً عليه لم يصح اقراره للنص وان كان مأذوناً له في البيع والشراء صح اقراره في قدر ما أذن له فيه دون ما زاد عليه نص عليه وهو قول أبي حنيفة . وقال الشافعي لا يصح اقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ أشبه الطفل

[تنبيه] قوله غير محجور عليه شمل المفهوم مسائل منها ما صرح به المصنف بعد ذلك ومنها ما لم يصرح به فاما الذي لم يصرح به فهو السفیه والصحيح من المذهب صحة اقراره بمال سواء لزمه باختياره أو لا وقيل لا يصح مطلقاً وهو احتمال ذكره المصنف في باب الحجر واختاره المصنف والشارح وتقدم ذلك مستوفى في باب الحجر عند كلام المصنف فيه فعلى المذهب يتبع به بعد فك حجره كما صرح به المصنف هناك

[فائدة] مثل اقراره بالمال اقراره بنذر صدقته بمال فيكفر بالصوم ان لم يقل بالصحة وأما غير المال كالحلود والقصاص والنسب والطلاق ونحوه فيصح ويتبع به في الحال

(١) قوله « فأما الصبي والمجنون الخ » هذا المذهب مطلقاً نص عليه وهو محقيد بما إذا قلنا بصحة تصرفه بإذن وليه على ما مر في كتاب البيع

[فائدة] لو قال بعد بلوغه لم أكن حال اقرارى أو بيعى أو شرائى ونحوه بالغاً فقال في المعنى والشرح لو أقر مرأق ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول بقوله الا أن تقوم بيته ببلوغه ولا يحلف الا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين انه لم يكن حين أقر بالغاً قال الشيخ تقى الدين ويتوجه وجوب اليمين عليه وقال في الكافي فان قال أقرت قبل البلوغ فالقول قوله مع يمينه اذا كان اختلافهما بعد بلوغه

(٢) قوله « ولا يصح اقرار السكران الخ » هذا إحدى الروايات قال ابن حنبل في شرحه هذا المذهب واختاره المصنف والشارح وصحة الناظم وجزم به

المكروه^(١) إلا أن يقرّ بغير ما أكره عليه^(٢) مثل أن يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح وان أكره على وزن ثمره فباع داره في ذلك صح^(٣) وأما المريض مرض الموت المخوف فيصح اقراره بغير المال^(٤) وان أقر بما لم لا يرثه صح في أصح الروايتين^(٥) وفي الأخرى لا يصح بزيادة على الثلث

== في الوجيز ويتخرج صحته بناء على صحة طلاقه وتقدم في أول كتاب الطلاق أن في أفعال السكران وأقواله خمس روايات أوست وان الصحيح من المذهب أنه مؤاخذ بهما فيكون هذا التخريج هو المذهب

(١) قوله « ولا يصح اقرار المكروه » هذا بلا نزاع وهو منصوص الشافعي لقوله ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(٢) قوله « إلا أن يقر الخ » هذا بلا نزاع لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء وتقبل دعوى الاكراه بقريئة كتوكيل به أو أخذ مال أو تهديد قادر

[فائدة] تقدم بينة الاكراه على بينة الطواعية وقيل يتعارضان

(٣) قوله « وان أكره على وزن ثمره الخ » أى لأنه لم يكره على البيع

(٤) قوله « وأما المريض الخ » أى لأنه لا تهمة عليه في ذلك وانما تلحقه التهمة في المال

(٥) قوله « وان أقر بما لم لا يرثه الخ » وهو المذهب وعليه الأصحاب لأنه غير متهم في حقه وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز والأخرى لا يصح بزيادة على الثلث فلا محاصة فيقدم دين الصحة لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون . وعنه لا يصح مطلقاً لأنه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث

ولا يحاص المقرله غرماء الصحة^(١) وقال أبو الحسن التميمي والقاضي يحاصهم
وان أقر لوارث لم يقبل الابينة^(٢) الا أن يقر لامرأته بمهر مثلها فيصح^(٣). وان
أقر لوارث واجنبي فهل يصح في حق الاجنبي؟ على وجهين^(٤). وان أقر لوارث

(١) قوله « ولا يحاص المقرله الخ » هذا مبنى على المذهب وهو الصحيح
وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لأنه بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن
لا يشارك المقرله من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه
وظاهر كلام الخرقى أنهما يتحصان وبه قال أبو الحسن التميمي والقاضي وقطع به
الشريف وأبو الخطاب والشيرازي في موضع واختاره ابن أبي موسى وبه قال مالك
والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر العلماء بالمدينة فان
أقر لها جميعاً في المرض تساويها من رأس المال أشبه ما لو أقر به في الصحة وكما لو
ثبتا ببينة

(٢) قوله « وان أقر لوارث الخ » هذا المذهب بلا ريب نص عليه وبه قال
شرح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه
وروى ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور يقبل لأن
من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي . وللشافعي قولان كالمذهبين
وقال مالك يصح إذا لم يتهم وقاله أبو الخطاب في الانتصار

(٣) قوله « الا أن يقر لامرأته الخ » قال الشارح لا يعلم فيه خلافاً إلا الشعبي
قال لا يجوز اقراره لها لأنه اقرار لوارث ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعل وجوده
ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر أنه لم يوفه قال في الانصاف
والصحيح من المذهب ان لها مهر مثلها بالزوجية لا باقراره نص عليه ونقل
أبو طالب يكون من الثلث ونقل أيضاً لها مهر مثلها وان على الزوج البينة بالزائد
قال الشارح وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمن مثله لأن القول قول
المقرله في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(٤) قوله « وان أقر لوارث وأجنبي الخ » أحدهما يصح في حق الاجنبي
وهو الصحيح من المذهب صححه المصنف والشارح وغيرهما وقال أبو حنيفة أن
أقر لها بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الاقرار لها وان جحدتها
صح له دون الوارث ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي كما لو أقر بلفظين
وكما لو جحد الأجنبي الشركة

فصار عند الموت غير وارث لم يصح اقراره^(١) وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقيل ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية وان أقر لامرأته بدين ثم ابانها ثم تزوجها لم يصح إقراره وان أقر المريض بوارث صح^(٢) وعنه لا يصح وان أقر بطلاق امرأته في صحته لم يسقط ميراثها^(٣)

فصل

وان أقر العبد بجد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس فنص احمد انه يتبع به بعد العتق^(٤) وقال ابو الخطاب

(١) قوله « وان أقر لوارث فصار الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه قال في الفروع اعتبر بحال الاقرار لا الموت وقيل الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية وهو رواية منصوصة ذكرها ابو الخطاب وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار بحالة الموت كالوصية . ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة

[فائدتان] مثل ذلك في الحكم لو أعطاه وهو غير وارث ثم صار وارثا ذكره في الترغيب وغيره واقتصر عليه في الفروع

(الثانية) يصح اقراره بأخذ دين صحة ومرض من أجنبي في ظاهر كلام أحمد وقاله القاضي وأصحابه وقال في الرعاية لا يصح الاقرار بقبض مهر وعوض خلع بل حوالة وبيع وقرض

(٢) قوله « وان أقر المريض الخ » هذا المذهب بلا ريب

(٣) قوله « وان أقر بطلاق امرأته الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأنه متهم بقصد حرمانها الميراث فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه

(٤) قوله « وان أقر العبد الخ » إذا أقر بجد أو طلاق أو قصاص فيما دون النفس أخذ به على المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأن ذلك يستوفي من دونه وذلك له دون سيده لأن السيد لا يملك منه إلا المال ولقوله عليه الصلاة والسلام الطلاق =

يؤخذ به في الحال^(١) وان أقر السيد عليه بذلك لم يقبل الا فيما يوجب القصاص فيقبل فيما يجب به من المال^(٢). وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق^(٣) وعنه يتعلق برقبته وان أقر السيد عليه بمال أو ما

== لمن أخذ بالساق ومن ملك الانشاء ملك الاقرار به ويؤخذ به في الحال وقيل لا يصح اقراره بقود في النفس فما دونها واختاره القاضي أبو يعلى وإذا أقر بقصاص في النفس لم يقتص منه في الحال ويتبع به بعد العتق على الصحيح من المذهب نص عليه وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لأنه يسقط حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطأ ولأنه يتهم في أن يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيخلص بذلك من سيده واختار أبو الخطاب يصح اقراره به ويؤخذ به في الحال واختاره ابن عقيل وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لأنه أحد نوعي القصاص فصح به كما دون النفس وليس للمقر له العفو على رقبته أو مال على الثاني قاله المصنف والشارح

(١) قوله « وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال ، قال المصنف والشارح وصاحب الفروع وغيرهم وينبغي أن لا يصح عفو ولي الجنابة على رقبته أو مال على هذا القول إلا باختيار سيده لئلا يفضى إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره [فائدة] لا يقبل اقرار العبد بجنابة الخطأ ولا شبه العمدة ولا بجنابة عمد موجها المال كالجائفة والمأمومة لأنه إيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق الولي

(٢) قوله « وان أقر السيد عليه الخ ، يعني ان أقر على عبده بما يوجب القصاص لم يقبل منه في القصاص ويقبل منه فيما يجب به من المال فيؤخذ منه دية ذلك وهو أحد الوجوهين لأن المال للسيد ولا يقبل في القصاص لأن البدن للعبد لا للسيد والصحيح من المذهب أن اقرار السيد على عبده فيما لا يوجب مالا لا يقبل مطلقا وانما يقبل اقراره فيما يوجب مالا كالخطأ ونحوه

(٣) قوله « وان أقر العبد غير المأذون له الخ ، وهذا المذهب لأنه تصرف فيما هو حق للسيد وأما بعد العتق فيتبع به عملا باقراره وعنه يتعلق برقبته كجنابته اختاره الحرقي وغيره وتقدم في آخر الحجر اقرار العبد المأذون له في كلام المصنف فليعاود

يوجبه كجناية الخطأ قبل وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل إقراره في القطع دون المال^(١) وان أقر السيد لعبده أو العبد لسيدته بمال لم يصح^(٢) وان أقر أنه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت المال^(٣) وان أنكر عتق ولم يلزمه الالف وان أقر لعبد غيره بمال صح وكان للمالكه وان أقر لهيمة لم يصح . وان تزوج بمجولة النسب فأقرت بالرق لم يقبل إقرارها^(٤) وعنه يقبل في نفسها ولا يقبل في فسخ النكاح ورق الأولاد . وان أولدها بعد الإقرار ولدا كان رقيقا^(٥) . وإذا أقر بولد أمته انه ابنه ثم مات ولم يبين هل أتت به في

(١) قوله « وان أقر العبد بسرقة مال الخ ، هذا المذهب نص عليه وسواء كان ما أقر بسرقة باقياً أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد في عبد أقر بسرقة مال في يده ان أقر بسرقة ذلك من رجل والرجل يدعى ذلك والسيد يكذبه فالدراهم لسيدته ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق . وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان وقيل لا يقطع لأن ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لأن العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع فيها

[فائدتان] لو أقر المكاتب بالجناية تعلقت بذمته والصحيح من المذهب وبرقبته أيضاً وقيل لا تتعلق برقبته ولا يقبل إقرار سيده عليه بذلك (الثانية) إذا أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل إقراره لأنه إذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملسكه

(٢) قوله « وان أقر السيد لعبده الخ ، هذا المذهب لأن مال العبد لسيدته (٣) قوله « وان أقر أنه باع عبده من نفسه الخ ، هذا المذهب وقطع به الأصحاب لأنه أقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لا تلزم غيره لكن يلزم العبد أن يحلف على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان تزوج بمجولة النسب الخ ، هذا المذهب لأن الحرية حق لله تعالى فلم ترتفع بقول أحد كالأقرار على حق الغير . وعنه تقبل في نفسها لاتفاء التهمة كما لو أقرت بمال ولا يقبل في فسخ النكاح ورق الأولاد لأن ذلك حق للزوج (٥) قوله « وان أولدها بعد الإقرار الخ ، لأنه حدث بعد ثبوت رقبها ومراده ان لم تكن حاملا وقت الإقرار فان كانت حاملا وقت الإقرار فهو حر

ملكه أو غيره فهل تصير أم ولد؟ على وجهين^(١)

فصل

وإذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب انه ابنه ثبت نسبه منه^(٢) وإن كان ميتاً ورثه^(٣) وإن كان كبيراً عاقلاً لم يثبت حتى يصدق^(٤) وإن كان ميتاً فعلى وجهين^(٥). ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت

(١) قوله « وإن أقر بولد أمته الخ » أحدهما لا تصير أم ولد لاحتمال انها أتت به في غير ملكة والثاني بلى لأنه أقر لولدها وهي في ملكة فالظاهر أنه استولدها وهي في ملكة

(٢) قوله « وإذا أقر الرجل بنسب صغير الخ » وهذا المذهب لأن الظاهر ان الشخص لا يلحق به من ليس منه كما لو أقر بمال . ويشترط للاقرار بالنسب شروط : أحدها أن يقر على نفسه خاصة . الثاني أن يقر عليه وعلى غيره وإن أقر على نفسه خاصة بنسب ولد فلا بد أن يكون المقر به مجهول النسب الثاني أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضاً فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر . الثالث أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يولد لمثل المقر . الرابع أن يكون مما لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لأن نسبه ثابت

(٣) قوله « وإن كان ميتاً ورثه » يعني بالميت الصغير أو المجنون وهذا المذهب لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه قال في الانصاف وهو الصواب . وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ميراثه

(٤) قوله « وإن كان كبيراً الخ » أي لأن له قولاً صحيحاً فاعتبر اقراره بتصديقه وحينئذ اذا صدقه ثبت نسبه ولو كان بعد موت المقر لأن بتصديقه يحصل اتفاقهما على التوارث من الطرفين جميعاً

(٥) قوله « وإن كان ميتاً الخ » أحدهما يثبت نسبه وهو المذهب لأنه لا قول له أشبه الصغير . والثاني لا لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد

الزوجية لم يثبت بذلك^(١). وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه أو جده لم يقبل وان كان بعد موتهما وهو الوارث وحده صح إقراره وثبت النسب^(٢) وان كان معه غيره لم يثبت النسب وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وان أقر من عليه ولاء بنسب وارث لم يقبل إقراره الا ان يصدقه مولاه^(٣)

(١) قوله « ومن ثبت نسبه الخ ، أى لأنها مجرد دعوى فلم يثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولأنه يحتمل أن يكون بوطء شهة أو من نكاح فاسد

[فائدة] إذا أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية أمه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست تقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية

(٢) قوله « وان أقر بنسب أخ الخ ، انما لم يقبل إقراره في حياتهما لأنه يقر على غيره فلا يقبل فان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل إقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبه قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون التي عليه فان كان الميت قد نفاه لم يثبت نسبه وان كان معه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه وقد دل على ثبوت النسب بإقرار الواحد إذا كان وارثاً حديث عائشة رضی الله عنها أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني عتبة إذا قدمت أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ، فقضى به لعبد بن زمعة وقال احتجني منه يا سودة والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة وقد تقدم في باب الاقرار بمشارك في الميراث ما فيه كفاية فليعاود

(٣) قوله « وان أقر من عليه ولاء الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه لأن الحق لمولاه فلا يقبل إقراره بما يسقطه وخرج في المحرر وغيره يقبل إقراره واختاره الشيخ تقي الدين قال في الانصاف وهو قوي جداً

وان أقرت المرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين^(١) وان أقر الولي عليها به قبل ان كانت مجبرة والا فلا^(٢). وان أقر ان فلانة امرأته أو أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر الا بعد موت المقر صرح وورثه^(٣) وان

[فائدة] اذا أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه عتق في الحال ويكون البيع صحيحا بالنسبة الى البائع لانه محكوم له برفقه وفي حق المشتري للاستنفاذ فاذا صار العبد في يده حكم بحريته لاقراره السابق والولاء موقوف فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن إقراره فالمال له لان أحداً لا يدعيه سواء وان رجعا معاً احتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لاحدهما ولا تعرف عينه واحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لانه منكر

(١) قوله « وان أقرت المرأة بنكاح الخ ، أحدهما تقبل لروال التهمة باضافة الاقرار إلى شرائطه وهو الصحيح من المذهب ولانه حق عليها فقبل كما لو أقرت بمال والثانية لا تقبل لانها تدعى النفقة والكسوة فلا تقبل

[فائدة] لو ادعى الزوجية اثنان وأقرت لهما وأقاما بينتين قدم اسبقهما فان جهل عمل بقول الولي ذكره في المهج والمنتخب ونقله الميموني وقدمه في الفروع وقال في الرعاية يعمل بقول الولي المجبر انتهى وان جهله فسحنا نقله الميموني وقال في المغنى يسقطان ويحال بينهما وبينها ولم يذكر الولي انتهى . ولا يحصل الترجيح باليد على الصحيح من المذهب وقال الشيخ تقى الدين مقتضى كلام القاضى انها إذا كانت بيد أحدهما مسألة الداخل والخارج

(٢) قوله « وان أقر الولي الخ ، لأن المرأة لا قول لها في حال الإيجاب وان لم تكن مجبرة وأنكرت الإذن في النكاح لم يقبل قوله عليها به قولاً واحداً وان كانت مقرة بالإذن فيه فالصحيح من المذهب ان اقرار وليها عليها به صحيح مقبول نص عليه وقيل لا يقبل

(٣) قوله « وان أقر أن فلانة امرأته الخ ، شمل مسلتين احدهما أن يسكت المقر له إلى بعد موت المقر ثم صدقه فهنا يصح تصديقه ويرثه على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وفيها تخرج بعدم الارث . الثانية ان يكذبه المقر له في حياة المقر ثم يصدق بعد موته فهنا لا يصح تصديقه ولا يرثه في أحد الوجهين وجزم به في الوجيز قال الناظم وهو أقوى لانه إذا كذبه في حياته فهو متهم لحصول ما ينافيه =

أقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة وان أقر بعضهم لزمه منه بقدر ميراثه فان لم يكن له تركة لم يلزمهم شيء

فصل

وإذا أقر لخل امرأة صح فان ألقته ميتا أو لم يكن حمل بطل وان ولدت حيا وميتا فهو للحي وان ولدتهما حين فهو بينهما سواء الذكر والاثني ذكره ابن حامد وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزوه الى سبب من ارث أو وصية فيكون بينهما على حسب ذلك . ومن أقر لكبير عاقل بمال فلم يصدقه بطل إقراره في أحد الوجهين وفي الآخر يؤخذ المال الى بيت المال

باب ما يحصل به الاقرار^(١)

إذا ادعى عليه الفاقال نعم أو أجل أو صدق أو انا مقربها أو بدعواك

= قبله . والثاني يصح تصديقه ويرث وهو ظاهر كلام المصنف هنا قال في الروضة الصحة قول أصحابنا لأنه وجد كل منهما بشرطه إذ ليس من شرط التصديق الفورية وقال القاضي وغيره إذا أقر أحدهما بزوجة الآخر فجدده ثم صدقه حل له ينسكح جديد

[فائدة] في صحة اقرار مزوجة بولد روايتان احدهما يلحقها وهو المذهب جزم به في المحرر فيما يلحق من النسب قال في الرعاية الكبرى وان أقرت مزوجة بولد لحقها دون زوجها واهلها كغير المزوجة وعنه لا يصح اقرارها

على قوله د لزمهم قضاؤه من التركة ، ، بلا نزاع

على قوله د وان أقر بعضهم لزمه منه بقدر ميراثه ، ، هذا المذهب مطلقاً لأنه لا يستحق أكثر من ذلك كما لو أقر الورثة كلهم فاذا ورث النصف فنصف الدين ومراده اذا أقر من غير شهادة فأما إذا شهد منهم عدلان أو عدل ويمين فان الحق يثبت

(١) قوله د باب ما يحصل به الاقرار ، [تنبيه] تقدم في صريح الطلاق =

كان مقراً^(١) وان قال انا اقر ولا أنكر^(٢) أو يجوز ان يكون محقاً^(٣) أو عسى أولعل أو أظن أو أحسب أو أقدر أو أؤخذ أو اتزن أو أحرص أو أفتح كك لم يكن مقراً . وان قال انا مقر أو أخذها أو اتزنها أو اقبضها أو أحرصها أو هي صحاح فهل يكون مقراً ؟ يحتمل وجهين^(٤) وان قال له على ألف ان شاء

= وكنايته هل يصح الاقرار بالخط وتقدم أيضاً في أول كتاب الاقرار

(١) قوله « واذ ادعى عليه ألفاً الخ ، هذا بلا نزاع لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق ولو قال أليس عليك كذا قال بلى كان اقراراً صحيحاً

(٢) قوله « وان قال أنا أقر ولا أنكر ، لم يكن مقراً وهو المذهب لأن قوله أنا أقر وعد بالاقرار والوعد بالشيء لا يكون إقراراً به وفي لا أنكر لأنه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما

(٣) قوله « وان قال يجوز الخ ، هذا بلا نزاع لأن قوله يجوز أن تكون محقاً يجوز ان لا يكون محقاً لأنه لا يلزم من جواز الشيء وجوبه . وقوله عسى أو لعل لأنهما وضعا للشك وقوله أظن الخ فانها تستعمل في الشك أيضاً وقوله خذ لأنه يحتمل خذ الجواب مني وقوله اتزن أي احرص مالك على غيري وقوله افتح كك لأنه يستعمل استهزاء لا إقراراً وكذا قوله اختم عليه الخ

(٤) قوله « وان قال أنا مقر الخ ، أحدهما يكون مقراً وهو المذهب واختاره الشيخ تقي الدين لأنه عقب الدعوى فيصرفه اليها ولأن الضمير يرجع إلى ما تقدم والوجه الثاني لا يكون مقراً جزم به في المنور وجزم به الناظم في غير قوله إني مقر لأنه لم يقر بوجوبه لأنه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجباً عليه فأمره بأخذها أولى ان لا يلزم منه الوجوب ولأنه يحتمل اني مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك

[فوائد] قال ابن الزاغوني قوله كافي جاحد لك أو كافي جمحدتك حقك أقوى في الاقرار من قوله خذه

(الثانية) لو قال اليس لي عليك الف فقال نعم لم يكن مقراً قال في التروع ويتوجه ان يكون مقراً من عامي كقوله عشرة غير درهم يلزمه تسعة قال في =

الله^(١) أو في علمي أو في ما أعلم^(٢) أو قال اقضني ديني عليك ألفاً أو أسلم
الى ثوبى هذا أو فرسى هذه فقال نعم فقد أقر بها^(٣). وان قال ان قدم
فلان فله على ألف لم يكن مقراً^(٤) وان قال له على ألف ان قدم فعلى

== الانصاف هذا التوجيه عين الصواب الذى لاشك فيه ونظائره كثيرة ولا يعرف
ذلك إلا الحذاق من اهل العربية فكيف يحكم بأن العامى يكون كذلك هذا من
ابعد ما يكون وفي نهاية ابن رزين اذا قال لى عليك فقال بلى او نعم فمقر وفي عيون
المسائل لفظ الاقرار يختلف باختلاف الدعوى فاذا قال لى عليك كذا فجوابه نعم
وكان اقراراً

(الثالثة) لو قال اعطنى ثوبى هذا أو اشتر ثوبى هذا او اعطنى الفاً من الذى
لى عليك او قال ألى عليك الف او هل لى عليك الف فقال فى ذلك كله نعم او
امهلنى يوماً او حتى افتح الصندوق او قال له على الف إلا ان يشاء زيد وإلا أن
أقوم أو فى علم الله فقد أقر به فى ذلك كله . وان قال له على الف فما أظن لم
يكن مقراً

(١) قوله « وان قال له على الف ان شاء الله ، فقد أقر بها نص عليه وكذا
ان قال له على الف لا تلمنى إلا أن يشاء الله وهو المذهب فهما وعليه الأصحاب
وهو من مفردات المذهب فى قوله إلا أن يشاء الله . وقال أصحاب الشافعى لا يكون
إقراراً لأنه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد . ولنا أنه
وصل اقراره بما لا يرفعه ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل
ما وصل به كما لو قال له على الف الا الفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً

[فائدة] لو قال بعتك أو زوجتك أو قبلت ان شاء الله صح كالاقرار قال فى
عيون المسائل كما لو قال أنا صائم غداً ان شاء الله تصح نيته وصومه ويكون
ذلك تأكيداً

(٢) قوله « أو فى علمي الخ ، أى لأن ما علمه لا يحتمل غير الوجوب

(٣) قوله « أو قال اقضنى ديني ، الخ أى لأنه جواب صريح

(٤) قوله « وان قال ان قدم فلان الخ ، يعنى إذا قدم الشرط وكذا فى نظائره
وهذا المذهب لأنه ليس بمقر فى الحال وما لا يصير واجباً فى الحال لا يصير واجباً
عند وجوب الشرط لأن الشرط لا يقتضى إيجاب ذلك وقيل يصح فى قوله ان جاء
وقت كذا فعلى لفلان كذا وسيحكى المصنف الخلاف فى نظائرها

وجيهين^(١) وان قال له على ألف اذا جاء رأس الشهر كان اقرارا^(٢) وان قال اذا جاء رأس الشهر فله على ألف فعلى وجيهين^(٣). وان قال له على ألف ان شهد به فلان أو ان شهد به فلان صدقته لم يكن مقرا^(٤) وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمال وجيهين^(٥) وان أقر العربي بالعجمية أو العجمي بالعربية وقال لم أدر معنى ما قلت فالقول قوله مع يمينه

(١) قوله « وان قال له على الف الخ » ، يعنى ان آخر الشرط . أحدهما لا يكون مقراً وهو المذهب كالتى قبلها وقدمه فى المعنى ونصره والثانى يكون مقراً وهو ظاهر كلامه فى الوجيز واختاره القاضى لأنه قدم الاقرار فيثبت حكمه وبطل الشرط لأنه لا يصلح أن يكون اجلا ولأن الحق الثابت فى الحال لا يقف على شرط فيسقط [فائدة] مثل ذلك فى الحكم لو قال له على الف ان جاء المطر أو شاء فلان خلافاً ومذهباً

(٢) قوله « وان قال له على الف اذا جاء الخ » ، وهذا المذهب وعليه الاصحاب وهو منصوص الشافعى لأنه بدأ بالاقرار فعمل به ، وقوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل انه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل [فائدة] لو فسره بأجل أو وصية قبل منه

(٣) قوله « وان قال اذا جاء رأس الشهر الخ » ، أحدهما لا يكون مقراً وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب وهو منصوص الشافعى لأنه بدأ بالشرط وعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال ، والثانى بلى كالتى قبلها وصححه فى التصحيح . قال الشارح ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فهما جميعاً وجهان

(٤) قوله « وان قال له على الف ان شهد به فلان الخ » ، هذا المذهب لأنه علقه على شرط ولأنه يجوز أن يصدق الكاذب وقيل يكون مقراً اختاره القاضى

(٥) قوله « وان قال ان شهد به فلان الخ » ، أحدهما لا يكون مقراً وهو المذهب لأنه علقه على شرط والثانى يكون مقراً فى الحال وان لم يشهد بها عليه لأنه لا يتصور صدقه إلا مع ثبوته فيصح إذا صححه فى التصحيح وتصحيح المحرر والنظم وجزم به فى الوجيز

باب الحكم فيما إذا وصل باقراره ما يغيره

إذا وصل به ما يسقطه مثل ان يقول له على ألف لا تلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو ألف من ثمن خمر أو تكفلت به على انى بالخيار أو ألف الا ألفاً أو إلا ستائة لزمه الا ألف (١) وان قال كان له على ألف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة فقال الخرقى ليس باقرار والقول قوله مع يمينه (٢) وقال أبو الخطاب يكون مقرامدعي للقضاء فلا يقبل الا بينة (٣) فان لم يكن بينة حلف المدعى انه لم يقض ولم يبرأ واستحق وقال هذا رواية واحدة ذكرها ابن أبي موسى

(١) قوله « إذا وصل باقراره ما يسقطه مثل أن يقول الخ ، وهذا المذهب في ذلك كله وهو قول أبي حنيفة وأحد قولى الشافعى لأن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل أو نقول رفع جميع ما أقر فلم يقبل كاستثناء الكل

[فائدتان] مثل ذلك في الحكم لو قال له على الف من ثمن مبيع تلف قبل قبضه أو لم أقبضه أو مضاربة تلفت وشرط على ضمانها بما يفعله الناس عادة مع فساده

(الثانية) لو قال على من ثمن خمر الف لم تلزمه وجهاً واحداً أعنى اذا قدم قوله على من ثمن خمر على قوله الف

(٢) قوله « وان قال كان له الخ ، ما قاله الخرقى هو المذهب اختاره القاضى وقال لم أجد عن أحد رواية بغير هذا قال الزركشى هذا منصوص أحد في رواية جماعة لأنه كلام متصل تمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرتفع بعضه باستثناء ولا غيره فإى بعده من دعوى القضاء تكون دعوى مجردة لا تقبل إلا بينة ، وأما استثناء الكل فتناقض ، وعنه يقبل قوله في الخمسمائة فقط مع يمينه

(٣) قوله « وقال أبو الخطاب الخ ، وهذا قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناءه الكل وللشافعى قولان كاللذهبين

فصل

ويصح استثناء ما دون النصف^(١) ولا يصح فيما زاد عليه^(٢) وفي استثناء النصف

(١) قوله « ويصح استثناء ما دون النصف » تقدم حكم الاستثناء في باب الاستثناء في الطلاق ويعتبر أن لا يسكت سكوتاً يمكنه السلام فيه على الصحيح من المذهب قال الناظم وغيره وعليه الاصحاب ونص عليه وذكر في الواضح رواية لابن الزاغوني يصح وان أمكنه وظاهر كلامه في المستوعب أنه كالأستثناء في اليمين على ما تقدم في كتاب الايمان وذكره الشيخ تقي الدين واختار أن المتقارب متواصل

(٢) قوله « ولا يصح فيما زاد على النصف » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وقال المصنف في المعنى لا يختلف المذهب فيه وهو من مفردات المذهب وقيل يصح استثناء الاكثر اختاره أبو بكر الخلال ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له على مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحداً بدليل قوله ﴿ قال فبعضتك لاغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين ﴾ وقوله ﴿ إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك ممن الغاوين ﴾ وأيهما كان أكثر فقد دل على استثناء الأكثر وأنشدوا :

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالقسط قواماً

فاستثنى تسعين من مئة لأنه في معنى الاستثناء ولأنه استثنى البعض فجاز كالأقل ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الا استثناء القليل من الكثير ، ولو قال قائل مئة إلا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية وكان عيباً من الكلام ، ويقال صمت الشهر إلا يوماً ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما اقر به كاستثناء الكل . وأما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الأولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل كما قال ﴿ إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم ﴾ وفي الأخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأكثر . أوجب عنه بأنه استثنى المخلصين من بني آدم وهم أقل والغاوين من العباد وهم أقل لأن الملائكة كلهم طائعون والبيت ليس فيه استثناء مع ان ابن فضال النحوي قال هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب

وجهان^(١) فإذا قال له علي هؤلاء العبيد العشرة الا واحدا لزمه تسليم تسعة^(٢) فان ماتوا الا واحدا فقال هو المستثنى فهل يقبل؟ علي وجهين^(٣). وان قال له هذه الدار الا هذا البيت أو هذه الدار له وهذا البيت لي قبل منه^(٤) واذا قال له علي درهمان وثلاثة الا درهمين^(٥) أو له علي درهم ودرهم الا درهما فهل يصح

(١) قوله « وفي استثناء النصف وجهان ، أحدهما يصح وهو المذهب لأنه ليس بالأكثر ، والوجه الثاني لا يصح قال الشارح وابن منجا في شرحه وشارح الوجيز هذا أولى وصححه الناظم واختاره ابو بكر ، وقال ابن عقيل : وقال طائفة الاستثناء جائز ما لم يبلغ النصف والثلث وبه أقول انتهى لأنه لم يأت في لسانهم إلا استثناء القليل من الكثير

[فائدة] حكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا

(٢) قوله « فإذا قال له علي هؤلاء الخ ، أي لأنه استثنى الأقل ويرجع في تعيين المستثنى إليه لأنه أعلم بمراده

(٣) قوله « فان ماتوا الخ ، أحدهما يقبل قوله وهو المذهب اختاره القاضي وغيره وصححه المصنف والشارح لأنه يحتمل ما قاله ، والثاني لا يقبل اختاره أبو الخطاب

[فائدة] لو قال غصبتهم إلا واحدا فأتوا أو قتلوا إلا واحدا صح تفسيره به ، وإن قال غصبت هؤلاء العبيد إلا واحدا صدق في تعيين الباقي

(٤) قوله « وان قال له هذه الدار الخ ، هذا بلا نزاع ولو كان أكثرها وان قال له هذه الدار نصفها صح وكذا نحوه لان هذا بدل البعض وهو سائغ كقوله تعالى ﴿ قم الليل إلا قليلا نصفه ﴾

(٥) قوله « وإذا قال له علي درهمان الخ ، الصحيح من المذهب انه لا يصح الاستثناء لرفع إحدى الجملتين لان عوده إلى ما يليه متيقن وما زاد مشكوك فيه فعلى هذا يكون قد استثنى الاكثر أو الكل وكلاهما باطل ، والوجه الثاني يصح صححه في التصحيح والنظم وجزم به في الوجيز وتذكرة ابن عبدوس قال في الانصاف وهو الصواب لان العطف جعل الجملتين كجملة واحدة فعاد الاستثناء الهمما كقوله عليه الصلاة والسلام « لا يؤمن الرجل في بيته ولا يجلس على تكمرته إلا يأذنه »

الاستثناء؟ على وجهين^(١). وان قال له على خمسة الادرهمين ودرهما لزمته الخمسة في أحد الوجهين^(٢) وفي الآخر يلزمه ثلاثة^(٣) ويصح الاستثناء من الاستثناء^(٤) فإذا قال له على سبعة الا ثلاثة الا درهما لزمه خمسة^(٥) وان قال له على عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهما لزمته عشرة في أحد الوجوه وفي الآخر لزمه ستة وفي الآخر سبعة وفي الآخر ثمانية ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه^(٦) فإذا قال له على مائة درهم الا ثوباً لزمته المائة الا ان يستثنى عينا

(١) قوله « أو له على درهم ودرهم الخ ، قال في الانصاف ان قلنا لا يصح استثناء النصف فمننا لا يصح بطريق الأولى وان قلنا يصح فيتوجه فيها وجهان كالتى قبلها هذا ما ظهر لى وان كان ظاهر كلام المصنف والمجد الاطلاق . انتهى

(٢) قوله « وان قال له على خمسة الخ ، وهو المذهب جمعا للستنى لأنهما صارا بكلمة واحدة

(٣) قوله « وفي الآخر الخ ، لأنهما لا يصيران جملة فبطل الاستثناء الثانى لكلا يكون مستثنياً للأكثر

(٤) قوله « ويصح الاستثناء من الاستثناء ، وذلك لقوله تعالى ﴿ إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته ﴾

(٥) قوله « فإذا قال له على سبعة الخ ، لأنه من الاثبات نقي ومن النقي إثبات . وجزم به في المعنى والشرح والمحرر والفروع وغيرهم لأنه أثبت سبعة ثم نقي منها ثلاثة ثم أثبت واحداً وبقى من الثلاثة المنفية درهماً مستثنيان من السبعة فيكون حقراً بخمسة

(٦) قوله « ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه ، وهو المذهب . وهذا قال زفر ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من مكيل أو موزون لم يجز وقال مالك والشافعى يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لأنه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى ﴿ وإذ قلنا لللائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن ﴾ وقال تعالى ﴿ إلا يسمعون ﴾ فيها لغواً ولا تأتينا إلا قيلاً سلاماً سلاماً ، وقال الشاعر :

من ورق أو ورقاً من عين فيصح ذكره الخرقى^(١) وقال أبو بكر لا يصح^(٢)
فاذا قال له على مائة درهم إلا ديناراً فهل يصح؟ على وجهين

فصل

وإذا قال له على ألف ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً
أو صغاراً أو إلى شهر لزمه ألف جياذ وافية حالة^(٣) إلا أن يكون في بلد

وبلدة ليس بها أنيس إلا العفاير وإلا العيس

ولنا إن الاستثناء صرف اللفظ عما كان يقتضيه لولاه لأنه مشتق من قولهم
ثبت فلاناً عن رأيه إذا صرفته عما كان عليه وغير الجنس المذكور ليس بداخل
في الكلام فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا نثاء عن وجه استرساله
فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناء تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك . وإلا
هنا بمعنى لكن . هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاة عن سيبويه وهذا
جواب قوله تعالى ﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ
الْجِنِّ ﴾ ، و ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيهَا إِلَّا قِيلاً سَلَاماً سَلَاماً ﴾ ،
وقول الشاعر : وبلدة ليس بها أنيس الخ

(١) قوله « إلا أن يستثنى عيناً الخ » ما قاله الخرقى في إحدى الروايتين
اختاره أبو حفص العكبرى وصاحب التبصرة قال في الانصاف وهو الصواب
لأنهما كالجنس الواحد لاجتماعهما في أنهما قيم المتلفات وأروش الجنائيات ويعبر
بأحدهما عن الآخر وتعلم قيمته منه فأشبهها النوع الواحد

(٢) قوله « وقال أبو بكر لا يصح » وهو رواية عن أحمد وهو المذهب
لاختلاف جنسهما

(٣) قوله « فاذا قال له على ألف الخ » لأن الاطلاق يقتضى ذلك كما لو باعه
بألف درهم وأطلق فإنه يلزمه له ذلك فاذا استقرت في ذمته كذلك فلا يمكن من
تغييرها ولا فرق في الاقرار بها ديناً أو ودیعة أو غضباً . وقال أبو حنيفة يقبل
إقراره في الغضب والوديعة كما لو أقر بغضب عبد ثم جاء به معيماً . وجوابه أن
الغيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه بخلاف مسئلتنا

أوزانهم ناقصة او مغشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها؟ على وجهين^(١). وان قال له على ألف الى شهر فأنكر المقر له الاجل لزمه مؤجلاً^(٢) ويحتمل ان يلزمه حالاً. وان قال له على ألف زيوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل فان فسره بمغشوشة قبل وان قال له على^٣ دراهم ناقصة لزمته ناقصة وان قال له عندى رهن وقال المالك وديعة فالقول قول المالك مع يمينه^(٤) وان قال له على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين^(٥). فان قال له عندى ألف وفسره بدين او وديعة قبل منه^(٥)

(١) قوله « الا أن يكون في بلد الخ » أحدهما يلزمه من دراهم البلد وهو المذهب لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصدقات

(٢) قوله « وان قال له على الف الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب لأنه هكذا أقر فعلى المذهب او عزاه الى سبب يقبل الأمرين قبل قوله في الضمان وفي غيره وجهان والأشهر قبوله وصححه في الانصاف

(٣) قوله « وان قال له عندى رهن الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب نقله احمد بن سعيد عن احمد لأن العين تثبت له بالاقرار وادعى المقر ديناً فكان القول قول من ينكره وكما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وفيه تخريج من قوله كان له على وقضيته

(٤) قوله « وان قال له على الف من ثمن مبيع الخ » أحدهما القول قول المقر له صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز وتذكرة ابن عبدوس لأنه اعترف له بالألف وادعى المقر له سبباً أشبه التي قبلها ، والثاني القول قول المقر قال ابن منبج في شرحه هذا أولى قال القاضي هو قياس المذهب لأنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر فاذا لم يسلم له ماله لم يسلم ما عليه كما لو قال بعثك هذا بكذا فقال بل ملكته بغير شيء فارق التي قبلها لأن الدين ينفك عن الرهن والثمن لا ينفك عن المبيع ولو قال الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه قبل كالتصل لأن اقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض . ولو قال له على الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل

(٥) قوله « وان قال له عندى الف وفسره الخ » هذا بلا نزاع ولانعلم فيه =

وان قال له على ألف وفسره بوديعة لم يقبل^(١) ولو قال له في هذا المال ألف لزمه تسليمه وان قال له من مالي أو في مالي أو في ميراثي من أبي ألف أو نصف داري هذه وفسره بالهبة وقال بدا لي من تقيضه قبل^(٢) وان قال له في ميراث أبي ألف فهو دين على التركة^(٣) وان قال له نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية^(٤) وان أقر أنه

= خلافاً ذكره في الشرح سواء فسره متصلاً أو منفصلاً لأنه فسر لفظه بأحد مدلوليه فقبل كما لو قال له على ألف وفسره بدين فعلى هذا تثبت أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها أو رداً قبل

[فائدة] لو قال له عندى وديعة رددتها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله قدمه في المغنى والشرح واختاره ابن رزين وقال القاضى يقبل وصححه الناظم (١) قوله « وان قال له على ألف الخ ، هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول أكثر العلماء لأن على للإيجاب في الذمة والاقرار فيه يظهر اللفظ بدليل ما لو قال ما على فلان على كان ضامناً فاذا فسره بالوديعة لم يقبل لأن تفسيره يناقض ظاهر اقراره وهذا اذا كان التفسير منفصلاً فان كان متصلاً قبل قولاً واحداً لكن ان زاد في المتصل وقد تلفت لم يقبل وقيل يقبل ولو كان منفصلاً قال القاضى يقبل قوله على تأويل على حفظها وردها ونحو ذلك

[فائدة] لو قال له عندى مائة وديعة بشرط الضمان لغى وصفه لها بالضمان وبقيت على الأصل

(٢) قوله « وان قال له من ميراثي الخ ، هذا المذهب لأن التفسير يصلح ان يعود اليها من غير تناف . و ذكر القاضى وأصحابه أنه لا يقبل وهو رواية عن أحمد

(٣) قوله « وان قال له في ميراث أبي الخ ، هذا المذهب لأن ذلك في قوة قوله له على أبي دين كذا فلو فسره بانشاء هبة لم يقبل على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال له هذه الدار عارية الخ ، وكذا لو قال له هذه الدار هبة أو سكنى وهذا المذهب فهما لاقراره بذلك فعارية بدل من الدار ولا يكون اقراراً بالدار لانه رفع بآخر كلامه ما دخل في أوله وهو بدل اشتغال لان الاول =

وهب أو رهن وأقبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت ولا أقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين^(١) ومن باع شيئاً ثم أقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري ولم يفسخ البيع^(٢) ولزمه غرامته للمقر له^(٣) وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله إلا ببينة^(٤) وان كان قد أقر انه ملكه أو قال قبضت ثمن ملكي ونحوه لم تسمع بينته أيضا^(٥)

= مشتمل على الثاني كقوله تعالى ﴿ يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ﴾

[فائدة] لو قال هبة سكنى أو هبة عارية عمل بالبدل

(١) قوله « وان أقر أنه وهب الخ » أحدهما تلزمه اليمين وهو المذهب لأن العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله والثاني لا يستحلف نصره القاضى وأصحابه لأن دعواه مكذب لاقراره فلا تسمع ولأن الاقرار أقوى من البينة ولو شهدت البينة به وقال استحلفوه لى لم يستحلفه واختار الأول الشيخ تقي الدين

[فائدة] اذا أقر ببيع أو هبة أو اقباض ثم ادعى فساده وأنه أقر يظن الصحة لم يقبل وله تحليف المقر له فان نكل حلف هو ببطلانه . وكذا ان قلنا برد اليمين فحلف المقر قاله فى الرعايتين

(٢) قوله « وان باع شيئاً الخ » لأنه يقر على غيره ولأنه متهم فيه ولأن حق المشتري قد تعلق بالمبيع فلم يفسخ بغير رضاه ما لم يوجد ما يوجب ذلك

(٣) قوله « ولزمته غرامته الخ » أى لأنه فوته عليه بالبيع

(٤) قوله « وان قال لم يكن ملكي الخ » أى لأن الاصل ان الانسان انما يتصرف فيما له التصرف فيه ولان التهمة هنا أكثر

(٥) قوله « وان كان قد أقر انه ملكه الخ » أى لأنها تشهد بخلاف ما أقر به فهو مكذب لها وذكر الشيخ تقي الدين فيما اذا ادعى بعد البيع أنه كان وفقاً عليه فهو بمنزلة ان يدعى انه قد ملكه الآن

[فائدة] اذا قال هذه العين من زيد فقد أقر له بملكها ولا يحكم له إلا ببينة أو تصديق زيد وان قال أخذتها من يده فقد اعترف له باليد ويلزمه ردها اليه وان =

فصل

وإن قال غضبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو^(١) أو ملكته لعمرو
وغضبته من زيد لزمه دفعه الى زيد ويغرم قيمته لعمرو^(٢) وإن قال غضبته
من أحدها أخذ بالتعيين فيدفعه الى من عينه ويحلف للآخر^(٣) وإن قال لا
أعرف عينه وصدقاها انتزع من يده وكانا خصمين فيه^(٤) وإن كذباها فالقول

== قال ملكتها على يده لم يكن مقرراً له باليد ولا بالملك لانه يريد معاوته
وسفارته ، فلو أقر له بشيء ثم جاءه به وقال هذا الذي أقرت لك به قال بل هو
غيره لم يلزمه تسليمه الى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس عنده سواء
فان رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه لانه لا منازع له فيه ، وإن قال المقر له صدقت
والذي أقرت به آخر عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر

(١) قوله « وإن قال غضبت هذا العبد الخ » هذا الصحيح من المذهب لانه
أقر لزيد ولم يقبل رجوعه عنه لانه حق لآدمي ويغرم قيمته لعمرو لانه حال بينه وبين
ملكه لا قراره به لغيره فلزمه ضمانه كما لو تلف ولانه أضرب عن الاول وأثبت
للثاني فلا يقبل الاضراب بالنسبة الى الاول وقيل لا يغرم قيمته لعمرو وقيل لا
إقرار مع استدراك متصل واختاره الشيخ تقي الدين قال في الانصاف وهو الصواب
[فائدة] مثل ذلك في الحكم خلافاً ومذهباً لو قال غضبته من زيد وغضبه
هو من عمرو أو هذا لزيد بل لعمرو ونص أحد على هذه الاخيرة

(٢) قوله « أو ملكته لعمرو الخ » هذا المذهب لانه أقر به لزيد ويغرم
قيمته لعمرو للحيلولة وقيل لا يلزمه لعمرو شيء قاله القاضي وابن عقيل لانه
لا تفريط منه وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويغرم قيمته لزيد لانه لما أقر به لعمرو
أولاً لم يقبل إقراره لزيد قال المصنف وهذا وجه حسن قال في المحرر وهو الاصح
وتقدم اختيار الشيخ تقي الدين

(٣) قوله « وإن قال غضبته من أحدهما الخ » هذا بلا نزاع لعله لانه أقر
بمجملة ومن أقر بمجملة لزمه البيان ويدفعه الى من عينه لانه المستحق ويحلف
للآخر ان ادعاه

(٤) قوله « وإن قال لا أعلم عينه الخ » هذا الصحيح من المذهب لانه ظهر
باقراره أنه لا حق له فيه ولم يتعين مستحقه ويكونان خصمين فيه لان كلا منهما
يدعيه

قوله مع يمينه (١) وإن أقر له بألف في وقتين لزمه ألف واحد (٢) وإن أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه ألفان (٣) وإذا ادعى رجلان دارا في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لاحدهما بنصفها فالمقر به بينهما (٤) وإن قال في مرض موته هذا بألف لقطعة فتصدقوا به ولا مال له غيره لزم الورثة الصدقة بثلثه (٥) وحكى عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعة (٦)

(١) قوله « وإن كذبا الخ » ، هذا الصحيح من المذهب لأنه منكر وينتزع من يده فإن كان لاحدهما بيعة حكم له به وإن لم يكن بيعة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلم إليه وإن بين الغاصب بعد ذلك مالهما قبل منه كما لو بينه ابتداء وتقدم ذلك في كتاب الدعاوى فيما إذا كانت العين بيد ثالث

(٢) قوله « وإن أقر بألف الخ » ، أى لأن الاصل براءة الذمة ، والعرف شاهد بذلك

(٣) قوله « وإن أقر بألف من ثمن عبد الخ » ، لاختلاف سببهما كقوله رأيت زيدا الطويل ثم رأى زيدا القصير لم يكن الثاني الاوّل البتة وكذا ان ذكر ما يقتضى التعدد كأجلين لها أو سكتين أو صفتين لزمه الفان كمن قال قبضت الفأ يوم السبت والفأ يوم الاحد بخلاف تعدد الاشهاد فلو قيد أحدهما بسبب وأطلق الآخر حمل المطلق على المقيد ولزمه الف واحدة مع اليمين ، ولو شهد بكل اقرار شاهد جمع قولها لاتحاد المخبر عنه ولا جمع في الافعال

(٤) قوله « وإذا ادعى رجلان الخ » ، هذا المذهب لاعترافهما ان الدارمشاعة فالنصف المقر به بينهما كالباقى وقال القاضي وجزم به في الوجيز ان أضافا الشركة إلى سبب واحد من ارث أو غنيمة أو شراء ونحوه ولم يكونا قبضاها بعد الملك لها فكذلك والا اختص المقر له بالمقر به

(٥) قوله « وإن قال في مرض موته الخ » ، هذا رواية عن احمد وجزم به في الوجيز لأنه جميع ماله فالامر بالصدقة به وصية بجميع المال فلا يلزم منه الا الثلث وظاهره لا فرق بين أن يصدقوه أو يكذبوه

(٦) قوله « وحكى عن القاضي الخ » ، وهو الرواية الاخرى وهو المذهب سواء صدقوه أو لا لان امره بالصدقة به يدل على تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة =

فصل

إذا مات رجل وخلف مائة فادغاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها آخر فأقر له فهي للأول ويغرمها للثاني^(١) وان أقر بها لهما جميعا فهي بينهما وان أقر لاحدها وحده فهي له ويخلف للآخر^(٢) وان ادعى رجل على الميت مائة ديناً ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان كان في مجلس واحد فهي بينهما^(٣) وان كانا في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني^(٤) وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدقه أحداً لابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها^(٥) الا

= بجميعه فيكون ذلك اقراراً منه لغير وارث فيجب امتثاله وكاقرار في الصحة وجزم في المستوعب بالتصدق بثمنها ان قلنا يملك اللقطة

(١) قوله « اذا مات رجل الخ » هذا المذهب وقطع به الأصحاب لأنه أقر بها الأول ولا معارض له فوجب كونها له عملاً بالاقرار السالم عن المعارض ويغرمها للثاني لأنه حال بينه وبينها فلزمه غرامتها له كما لو شهد له بمال ثم رجع بعد الحكم

(٢) قوله « وان أقر بها لهما الخ » وقطع به الأصحاب لتساويهما

(٣) قوله « فاذا ادعى رجل على الميت الخ » هذا المذهب لأن حكم المجلس الواحد حكم الحالة الواحدة

(٤) قوله « وان كانا في مجلسين الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن الأول استحق تسلمه كله بالاقرار فلا يقبل اقرار الوارث بما يسقط حقه لأنه اقرار على غيره وقيل يقدم الأول مطلقاً وأطلق الأزهري احتمالاً بالاشتراك يعني سواء كان في مجلس أو مجلسين كقرار مريض لها قال في المجرد وظاهر كلام أحمد يتشاركان ان تواصل الكلام بالاقرارين والا قدم الأول وقال الشافعي يتشاركان مطلقاً كقرار الموروث

(٥) قوله « وان خلف ابنين الخ » أي يلزم المقر نصفها من سهمه لأنه يقبل اقراره على نفسه ولأنه لا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولكونه لا يرث إلا نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت ببينة أو اقرار الميت ويخلف المنكرو ويرأ

ان يكون عدلا فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة^(١) وتكون المائة الباقية بين الابنين^(٢) وان خلف ابنين وعبدين متساويي القيمة لا يملك غيرها فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا وقال الآخر يل أعتق هذا الآخر عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس الذي أقر بعته ونصف العبد الآخر^(٣) وان قال أحدهما أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما أقرع بينهما فان وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعته عتق منه ثلثاه ان لم يجيزا عتقه كاملا^(٤) وان وقعت على الآخر كان حكمه حكم مالوعين العتق في العبد الثاني سواء^(٥)

(١) قوله « الا أن يكون عدلا الخ » أي لان المال ثبت بشاهد ويمين ولو لزم المقر جميع الدين لم تقبل شهادته على أخيه لانه يدفع عن نفسه ضرراً

(٢) قوله « وتكون المائة الخ » أي لانها ميراث لا تعلق لاحد بها سواهما

(٣) قوله « وان خلف ابنين - إلى قوله - عتق من كل واحد ثلثه » أي لان كل واحد منهما حقه نصف العبدين فقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك الثلث لانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه وقد بينه بقوله وصار لكل ابن سدس الخ أي لان كل ابن يملك نصف كل عبد وقد عتق ثلث الذي أقر بعته يبقى سدس سدسه ونصف الآخر على ما كان عليه قبل الاقرار

(٤) قوله « وان قال أحدهما أبي أعتق هذا الخ » أي لان رجلا أعتق ستة مملوكين عن دبر فأقرع بينهم النبي ﷺ فأعتق اثنين وأرق أربعة ، ولان القرعة شرعت للتمييز وانها تقوم مقام الذي لم يعين عتقه

(٥) قوله « وان وقعت على الآخر الخ » أي لان القرعة جعلته مستحقاً للعتق بالنسبة الى الابن المدعى عدم المعرفة فصار بمنزلة مالو عينه فعلى هذا يعتق ثلث كل واحد ويبقى سدس الخارج بالقرعة الذي قال لا أدري ونصفه للابن الآخر ويبقى نصف العبد الآخر للابن الذي قال لا أدري وسدس الآخر . وهذه =

باب الاقرار بالمجمل

اذا قال له على شيء أو كذا قيل له فسر فان أبي حبس حتى يفسر^(١) فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه والا فلا^(٢) فان فسره بحق شفعة أو مال قبل وان قل وان فسره بما ليس بمال كقشر جوزة أو ميتة أو خمر لم يقبل^(٣) وان فسره بكلب أو حد قذف فعلى وجهين . وان

— المسئلة من قول المصنف : وان خلف ابنين الى آخر الباب قال صاحب الانصاف قال الشارح هذه المسئلة محمولة على ان العتق كان في مرض الموت الخوف أو بالوصية وهو كما قال وقوة كلام المصنف تعطى ذلك من قوله عتق من كل واحد ثلثه وهذه الاحكام صحيحة لا أعلم فيها خلافاً لكن لو رجع الابن الذي جهل عتق المعتق وقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل وان كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق بالذي عتق بالقرعة على وجهين وأطلقهما في المغنى والشرح . انتهى

(١) قوله « اذا قال له على شيء أو كذا الخ » أى يقع إقراره بذلك بغير خلاف نعلمه ويفارق الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكن الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه دون ما له فاذا امتنع من التفسير حبس وهو المذهب لان التفسير حق عليه وقال القاضى يجعلنا كلا ويؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وان كذبه وامتنع من البيان قيل له ان بينت والا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك

(٢) قوله « فان مات أخذ وارثه الخ » هذا المذهب لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته كما لو كان معيناً وعنه ان صدق الوارث موروثه في اقراره أخذ به والا فلا وقال في المحرر وعندى ان أبى الوارث وقال لا أعلم لي بذلك حلف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم كما في الوصية لفلان بشيء . قال فى الانصاف وهذا هو الصواب

(٣) قوله « فان فسره بحق شفعة الخ » هذا بلانزاع وان قل لانه يصح اطلاقه على ما ذكر حقيقة وعرفاً الا أن يكذبه المقر له ويدعى جنساً آخر او لا يدعى شيئاً فيبطل اقراره

قال غصبت منه شيئاً ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل^(١) وإن قال له على مال عظيم أو خطير أو كثير أو جليل قبل تفسيره بالقليل والكثير^(٢) وإن قال له على دراهم كثيرة قبل تفسيرها بثلاثة فصاعداً^(٣) وإن قال له على كذا درهم أو كذا وكذا أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم^(٤) وإن قال بالخفض لزمه بعض درهم يرجع في تفسيره إليه^(٥) وإن قال كذا درهما بالنصب لزمه

(١) قوله « وإن قال غصبت منه شيئاً الخ » هذا المذهب لأن الغصب لا يثبت عليه ولا على ولده إذ الغصب الاستيلاء على مال الغير

(٢) قوله « وإن قال له على مال عظيم الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه لا حد لذلك في لغة ولا شرع ولا عرف والناس يختلفون في ذلك قال في الفروع ويتوجه العرف وإن لم ينضب كيسير اللقطة والدم الفاحش قال الشيخ تقي الدين يرجع إلى عرف المتكلم فيحمل مطلق كلامه على أقل احتمالاته ويحتمل أنه أراد عظمه لقلة ماله أو لحسنة نفسه قبل تفسيره بالقليل والأفلا قال في النكح وهو معنى قول ابن عبد القوي في نظمه انتهى . واختار ابن عقيل في مال عظيم أنه يلزمه نصاب السرقة ومال خطير ونفيس صفة لا يجوز الغاؤها كسليم

(٣) قوله « وإن قال له على دراهم كثيرة الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب كقوله له على دراهم ولم يقبل كثيرة نص عليه لأن الثلاثة أقل الجمع قال في الفروع ويتوجه يلزمه فوق العشرة لأنه اللغة

[فائدة] لو فسر ذلك بما يوزن بالدرهم عادة كبريسم وزعفران ونحوهما ففي قبوله احتمالان أحدهما لا يقبل بذلك اختاره القاضي قال في الانصاف وهو الصواب

(٤) قوله « وإن قال له على كذا درهم الخ » إذا قال له على كذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع فيهما لزمه درهم بلا نزاع أعلمه لأن تقديره مع عدم التكرير شيء هو درهم فيجعل الدرهم بدلاً من كذا والتكرار للتأكيد لا يقتضى الزيادة كأنه قال شيء شيء هو درهم وإن قال كذا وكذا درهم لزمه درهم على الصحيح من المذهب لأن التكرار مع الواو بمنزلة قوله شيئان هما درهم لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما وقال التيمسي يلزمه مع التكرار درهما

(٥) قوله « وإن قال بالخفض الخ » هذا المذهب لأن الدرهم مخفوض بالاضافة فيكون المعنى له على بعض درهم وقال القاضي يلزمه درهم وقال المجذ من جهل العربية لزمه درهم

درهم^(١) وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد يلزمه درهم وقال ابو الحسن التميمي يلزمه درهمان^(٢) وان قال له على ألف رجوع في تفسيره اليه فان فسر به بأجناس قبل منه^(٣) وان قال له على ألف ودرهم أو الف ودينار او الف وثوب أو فرس او درهم وألف أو دينار وألف فقال ابن حامد والقاضي الالف من جنس ما عطف عليه^(٤) وقال التميمي وابو الخطاب يرجع في تفسير الالف اليه^(٥) وان قال له على الف وخمسون درهما أو خمسون وألف درهم فالجميع دراهم ويحتمل على قول التميمي ان يرجع في تفسير الالف اليه^(٦) وان قال له على

(١) قوله « وان قال كذا درهما بالنصب لزومه درهم ، وهو المذهب لأن الدرهم وقع ميّزاً لما قبله والمميز مفسر

(٢) قوله « وان قال كذا وكذا الخ ، ما قاله ابن حامد هو المذهب لأن كذا يحتمل أقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد صح وكان كاملاً صحيحاً . ووجه قول أبي الحسن أنه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير الى كل واحد منهما كقوله عشرون درهما

(٣) قوله « وان قال له على الف الخ ، هذا بلا نزاع لأنه يحتمل ذلك كالجنس الواحد لكن لو فسر به بنحو كلاب وجهان صحح ابن أبي المجد في مصنفه أنه لا يقبل تفسيره بغير المال ، وقال في الانصاف ظاهر كلام الأصحاب قبول تفسيره بذلك

(٤) قوله « وان قال له على الف ودرهم الخ ، ما قاله القاضي وابن حامد هو المذهب وهو قول أبي ثور لأنه ذكر مهتما مع مفسر فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما لأن العرب تستكفي بتفسير احدي الجملتين عن الأخرى كقوله تعالى ﴿ ولبشوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا ﴾ ولو قال المؤلف من جنس ما ذكر معه كان أولى وهو من مفردات المذهب في غير المسكيل والموزون فان أبا حنيفة قال ان عطف على المبهم مكبلاً أو موزوناً كان تفسيراً وان عطف مذروعا أو معدوداً لم يكن تفسيراً

(٥) قوله « وقال التميمي الخ ، قال في المبدع وهو قول أكثر العلماء لأن العطف لا يقتضى التسوية بين المعطوفين في الجنس كقولك رأيت رجلاً وحمراً ولأن الالف مبهم فيرجع في تفسيره اليه كما لو لم يعطف عليه

(٦) قوله « وإن قال له على ألف وخمسون الخ ، هذا المذهب وهو من =

الف الا درهما فالجميع دراهم^(١) وان قال له في هذا العبد شرك او هو شريك
فيه او هو شركة بيننا رجع في تفسير نصيب الشريك اليه وان قال له على
أكثر من مال فلان قيل له فسر فان فسره بأكثر منه قدرأ قبل وان قل
وان قال اردت بقاء ونفعا لان الحلال أنفع من الحرام قبل مع يمينه سواء
علم مال فلان او جهله او ذكر قدره او لم يذكره ويحتمل ان يلزمه أكثر منه
قدرأ بكل حال . وان ادعى عليه دينا فقال لفلان على أكثر من مالك وقال
أردت التهزى لزمه حق لهما يرجع في تفسيره اليه في أحد الوجهين
وفي الآخر لا يلزمه شيء.

فصل

اذا قال له على ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية وان قال من درهم الى
عشرة لزمه تسعة ويحتمل ان يلزمه عشرة وان قال له على درهم فوق درهم
او تحت درهم او فوقة أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم او درهم
أو درهم بل درهمان او درهمان بل درهم لزمه درهمان وان قال له درهم بل
درهم أو درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان ؟ على وجهين ذكرهما
ابو بكر . وان قال له على هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة وان

قوله . وان قال له على الف وخمسون الخ ، هذا المذهب وهو من مفرداته
لأن المفسر إذا تعقب أشياء رجع الى جميعها في لسان العرب كقوله تعالى (ان
هذا أخى له تسع وتسعون نعجة) و (أحد عشر كوكبا) قال عنتره :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سودا تخافية الغراب الاسم

(١) قوله . وان قال له على ألف لإدرهما الخ ، هذا المذهب لأن العرب
لا تستثنى في الاثبات الا من الجنس وقال أبو الحسن التيمي وأبو الخطاب يكون
الألف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي لأن الاستثناء عندهما
يصح من غير الجنس

قال قفيز حنطة بل قفيز شعير او درهم بل دينار لزماه معاوان قال
درهم في دينار لزومه درهم وان قال درهم في عشرة لزومه درهم الا ان يريد
الحساب فيلزمه عشرة. وان قال له عندي تمر في جراب او سكين في قراب
او ثوب في منديل او عبد عليه عمامة او دابة عليها سرج فهل يكون
مقرا بالظرف والعمامة والسرج؟ يحتمل وجهين وان قال له عندي خاتم فيه
فص كان مقرا بهما وان قال فص في خاتم احتمل وجهين. وان قال له على
درهم او دينار لزومه أحدهما يرجع اليه في تعيينه

تم (المقنع) وقله الحمد والمنة



خاتمة نسخة الحاشية المطبوع عنها

هذا آخر ما وجدت من الأصل مما علق على متن المقنع. والحمد لله رب العالمين
وصلى الله على أشرف خلقه وأنبيائه نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين. بقلم
الفقيه إلى الله تعالى عبد الرحمن بن عبد الله بن حمود التويجري وفقه الله لما يحبه
وبرضاه آمين

بلغ مقابلة وتصحيحا حسب الطاقة بقلبي الفقيرين إلى الله تعالى حمود
وعبد الرحمن ابني عبد الله بن حمود التويجري وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى
آله وصحبه

فهرس

الجزء الثالث من (المنع) وما شابهته

	صفحة
(كتاب النكاح) : حكمه	٣
الخطبة : التصريح أو التعريض بها	٧
أركان النكاح	١٠
شروطه	١٢
المحرمات في النكاح	٣٠
الشروط في النكاح	٤٤
حكم العيوب في النكاح	٥٥
نكاح الكفار	٦١
(كتاب الصداق)	٧٢
المفوضة	٩١
الولية	٩٨
عشرة النساء	١٠١
القسم	١٠٨
النشوز	١١١
(كتاب الخلع)	١١٣
(كتاب الطلاق)	١٣٢
سنة الطلاق وبدعته	١٣٧
صريح الطلاق وكنايته	١٤٢
ما يختلف به عدد الطلاق	١٥٦
ما تخالف به المدخول بها غيرها	١٦٣
الاستثناء في الطلاق	١٦٦
الطلاق في الماضي والمستقبل	١٦٨
تعليق الطلاق بالشروط	١٧٧

	صفحة
تعليقه بالحيض	١٨٨
تعليقه بالحمل	١٩١
تعليقه بالولادة	١٩٣
تعليقه بالطلاق	١٩٤
تعليقه بالخلف	١٩٨
تعليقه بالكلام	١٩٩
تعليقه بالإذن	٢٠٢
تعليقه بالمشيئة	٢٠٣
مسائل متفرقة	٢٠٩
التأويل في الخلف	٢١٣
الشك في الطلاق	٢١٥
(كتاب الرجعة)	٢٢١
(كتاب الإيلاء) وما يشترط له	٢٣٠
مدة الإيلاء	٢٣٦
(كتاب الظهار)	٢٢٧
حكم الظهار	٢٤٢
كفارته وما في معناها	٢٤٥
(كتاب اللعان)	٢٥٥
شروط اللعان	٢٥٦
الأحكام بعد ثبوته	٢٦١
ما يلحق من النسب	٢٦٤
(كتاب العدد)	٢٦٨
أنواع المعتدات	٢٦٩
استبراء الإمام	٢٩٣
(كتاب الرضاع)	٢٩٧

	صفحة
شرطا الحرمه بالرضاع	٢٩٨
(كتاب النفقات)	٣٠٧
نفقة الاقارب والماليك	٣١٩
(الحضانه)	٣٢٧
(كتاب الجنائيات) وأقسام القتل	٣٣٠
أقسام القتل العمد	٣٣٠
قتل شبه العمد	٣٣٥
الخطأ على ضربين	٣٣٧
شروط قتل الجماعة بالواحد	٣٣٨
شروط القصاص	٣٤٤
استيفاء القصاص	٣٥٢
العفو عن القصاص	٣٦٠
ما يوجب القصاص فيما دون النفس	٣٦٥
(كتاب الديات)	٣٧٦
مقادير ديات النفس	٣٨٧
ديات الأعضاء	٣٩٩
دية منافع الأعضاء	٤٠٦
الشجاج وكسر العظام	٤١٤
العاقلة وما تحمله	٤٢١
كفارة القتل	٤٢٨
القسامه	٤٣٠
(كتاب الحدود)	٤٤١
حد الزنا	٤٥٢
حد القذف	٤٦٨
حد السكر	٤٧٦

	صفحة
التعزير	٤٨٠
القطع في السرقة	٤٨٢
حد المجاريين	٥٠٠
الدفاع عن النفس والحرمة والمال	٥٠٥
قتال أهل البغي	٥٠٨
حكم المرتد	٥١٤
(كتاب الأطعمة)	٥٢٥
الذكاة	٥٣٤
(كتاب الصيد)	٥٤٤
(كتاب الإيمان)	٥٥٧
شروط وجوب الكفارة	٥٦٤
كفارة اليمين	٥٧١
باب جامع الإيمان	٥٧٢
النذر	٥٩٣
(كتاب القضاء)	٦٠٧
أدب القاضي	٦٠٩
طريق الحكم وصفته	٦١٥
تحرير الدعوى	٦٢١
العدالة في البيعة	٦٢٤
الدعوى على الغائب أو الميت	٦٢٩
كتاب القاضي الى القاضي	٦٣٤
القسمة : قسمة التراضى	٦٣٩
قسمة الاجبار	٦٤٥
للشركاء أن ينصبوا قاسماً	٦٤٨
الدعاوى والبيعات	٦٥٤
تعارض البيعتين	٦٦٨
(كتاب الشهادات)	٦٧٦

شروط من تقبل شهادته	٦٨٧
موانع الشهادة	٦٩٩
أقسام المشهود به	٧٠٦
الشهادة على الشهادة	٧١٢
الرجوع عن الشهادة	٧١٦
اليمين في الدعاوى	٧٢١
(كتاب الاقرار)	٧٢٤
ما يحصل به الاقرار	٧٣٤
الحكم فيما اذا وصل باقراره ما يغيره	٧٣٨
الاقرار بالجمل	٧٥٠
فهرس	٧٥٥

١٣٧٤

المطبعة السلفية - ومكتبتها
٢١ شارع الفتح، الروضة، تبينغ ٢٩٣٦٤