

# كفاية الأخبار

## في حل غاية الإختصار

للإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني  
الحصني الدمشقي الشافعي من علماء  
القرن التاسع الهجري

### الجزء الثاني

مَنْ يُرِدِ اللّٰهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهُهُ فِي الدِّينِ (حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

(فصل): في اللقطة <ص: 2> قال: (وإذا وجد لقطة في موات أو طريق فله أخذها أو تركها، وأخذها أولى إذا كان على ثقة من القيام بها): اللقطة بفتح القاف على المشهور وهي الشئ الملقوط. قال الأزهري: وأجمع عليه أهل اللغة، وكذا قال الأصمعي والفراء وابن الأعرابي. وقال الخليل: هي بفتح القاف الواحد، لأن فعلة للفاعل مثل ضحكة، وفعلة بالاسكان للمفعول فتكون للملقوط. قال الأزهري: وهو القياس. والالتقاط في الشرع هو أخذ مال محترم من مضيعة ليحفظه أو ليملكه بعد التعريف، وفيه نظر، لأنه يخرج منه الكلب المعلم، ولا شك في جواز التقاطه للحفظ، فينبغي أن يقال: أخذ شئ ليختص به لأن الشئ يعم كل جنس، وقولنا ليختص لأن الكلب لا يملكه.

[فائدة]: هل المقلب في اللقطة حكم الأمانة أو حكم الاكتساب؟ قولان والله أعلم. والأصل فيها أحاديث: منها حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه: {أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن لقطة الذهب والورق، فقال: اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فإن لم تعرفها فاستبقها ولتكن عندك وديعة، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه، وسأله عن ضالة الإبل فقال: مالك <ص: 3> ولها؟ دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها، وسأله عن الشاة فقال: خذها فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب} رواه الشيخان، وله طرق وألفاظ وأجمع المسلمون على الجواز في الجملة، وهل تستحب أو تجب؟ أو كيف الحال؟ ينظر إن كان الواجد فاسقاً كره الالتقاط، ومن الأصحاب من منعه الالتقاط وهو قوي، وإذا التقط نزعته من يده كما ينتزع مال ولده، وإن كان الواجد حراً رشيداً، وهو ممن يأمن على نفسه عدم الخيانة فيها نظر إن وجدها في موضع يأمن عليها لأمانة أهله، وليس الموضع مملوكاً، ولا دار شرك، فالأولى في حقه أن يأخذها لقوله صلى الله عليه وسلم: {والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه} وإن كانت في موضع لا يأمن عليها فهل يلزمه أخذها؟ فيه خلاف. قيل: يجب لقوله تعالى: {والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض} فيلزم بعضهم حفظ مال بعض، كما أن ولي مال اليتيم يلزمه حفظ ماله، وقيل لا يلزمه الالتقاط بل يستحب وهو الصحيح، لأن

الالتقاط إما أمانة أو كسب، ولا يجب شئ منهما، فإذا قلنا بالوجوب فلم يأخذها حتى تلفت لم يضمنها، لأن المال لم يحصل في يده كما لو رأى مال شخص يغرق أو يحترق وأمكته خلاصه فلم يفعل، وكذا لو لم يطعم المضطر حتى مات لا يلزمه ضمانه وإن كان عاصياً وقول الشيخ [في موات أو طريق] احترز بذلك عما إذا وجدها في ملك شخص فإنه لا يجوز له أخذها، صرح به الماوردي لأن الظاهر أنها لصاحب الملك. وقوله [وكان على ثقة] يؤخذ منه أنه إذا كان لا يثق بنفسه أن الأولى أن لا يأخذ وهو كذلك، بل في جواز أخذه لها وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد والله أعلم.

[فرع]: ليس للعبد الالتقاط على الراجح لأن الالتقاط أمانة أو ولاية في الابتداء وتملك بالانتهاء والعبد ليس أهلاً لذلك فلا يعتد بتعريفه. فإن تلفت ضمنها في رقبته إن لم يعلم السيد، سواء كان بتفريط أو غيره لأنه مال لزمه بغير رضا مستحقه فأشبهه أرش جنائته. فإن علم بها السيد فأخذها منه فهي لقطه في يد السيد ويسقط الضمان <ص: 4> عن العبد، وإن لم يأخذها منه وأقرها في يد العبد صح، واستحفظه ليعرفها. فإن كان العبد خائناً فالسيد متعد، وإن كان العبد أميناً فلا، وهل يسقط الضمان؟ الأصح في النهاية أنه لا يسقط، وقياس كلام الجمهور السقوط، وإن أهمله السيد ففيه خلاف الراجح تعلق الضمان بالعبد وسائر أموال السيد حتى لو أفلس السيد قدم صاحب اللقطة على سائر الغرماء والله أعلم. قال:

(وإذا أخذها وجب عليه أن يعرف ستة أشياء: وعاءها وعفاصها ووكاءها وجنسها وعددها ووزنها، ويحفظها في حرز مثلها) من جاز له الالتقاط فالتقط فعليه أن يعرف ما ذكره الشيخ. قال المتولي: وهو على الفور، أما معرفة العفاص والوكاء فللحديث السابق، وأما العدد فلما روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال {وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيته بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال: عرفها حولاً فعرفتها حولاً، ثم أتيتها فقال: عرفها حولاً فعرفتها حولاً، ثم أتيتها فقال: عرفها حولاً فعرفتها حولاً، ثم أتيتها الرابعة: فقال: اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها. فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها} وباقي الصفات بالقياس لأنها صفات تتميز بها فأشبهت المنصوص عليه، والوعاء الإناء، والعفاص السدادة، ويطلق على الوعاء مجازاً، والجمهور على أن العفاص الوعاء، ولكن جمع الشيخ بينهما، والوكاء هو الخيط الذي يشد به، وباقي الصفات معروفة، ويجب عليه أن يحفظها في حرز مثلها فإنها أمانة فأشبهت سائر الأمانات، ولا يجب الإشهاد عليها على المذهب لأنه عليه الصلاة والسلام لم يتعرض له، وقيل يجب، وفيه ح ديث وهو محمول على الندب عند القائلين بالمذهب والله أعلم. قال:

(ثم إذا أراد تملكها عرفها سنة على أبواب المساجد، وفي الموضع الذي وجدها فيه. فإن لم يجد صاحبها كان له أن يملكها بشرط الضمان) أخذ اللقطة إن قصد حفظها على مالكتها لم يلزمه التعريف لأنه إنما يجب لأجل التملك، ولا يملك عند إرادة الحفظ، والحديث إنما ألزمه التعريف لأنه جعلها له <ص: 5> بعده، وهذا ما ذكره الأكثرون كما قال الرافعي والنووي وغيرهما، وقيل يلزمه التعريف، وصححه الإمام وغيره. قال النووي: وهو الأقوى والمختار، قاله في الروضة، ومقتضاه أنه الصحيح لأن المختار في الروضة بمنزلة الراجح كما تقدم، وإن أراد أن يملكها عرفها سنة للحديث المتقدم، والمعنى فيه: أن السنة لا تتأخر عن القوافل إذ الظفر بصاحبها قريب التوقع، ثم إذا وجب التعريف فهل يجب على الفور أم يكفي تعريف سنة متى أراد؟ وجهان: أصحهما لا يجب على الفور،

ويكون التعريف على أبواب المساجد عند خروج الناس منها وفي الأسواق لأنها مظان وجود مالكتها فيها. وقوله [على أبواب المساجد] يؤخذ منه أنه لا يعرف في المساجد لقوله صلى الله عليه وسلم {أنت الفاقد وغيرك الواجد} فيه أنه ي عنه صح وهو كذلك. قال الرافعي: ولا تعرف في المساجد كما لا تستطلب الضالة فيه إلا أن الشاشي قال: إن أصح الوجهين جواز التعريف في المسجد الحرام بخلاف سائر المساجد، وذكر مثله النووي وابن الرفعة، ومقتضاه التحريم في بقية المساجد إلا أن النووي في شرح المهذب نقل الكراهة فأعرفه، وكيفية التعريف أن يقول من ضاع منه شيء ولا يجب عليه ذكر الأوصاف، ويستحب ذكر بعضها، وقيل يجب ذكر بعض الأوصاف. قال الإمام: ولا يستوعب الأوصاف لئلا يتعمدها الكاذب. فإن استوعبها فهل يضمن؟ وجهان: صحح النووي الضمان، ولهذا قال في المنهاج: ويذكر بعض أوصافها. وقول الشيخ [عرفها سنة] يقتضي إطلاقه أنه لا يجب الترتيب في السنة حتى لو عرف شهرين أو أقل أو أكثر في كل سنة كفى وهو كذلك على الأصح عند النووي، وقيل يجب الترتيب لأن المقصود أن يبلغ الخبر المالك، والتفريق لا يصح لهذا المقصود، وهذا هو الأحسن في المحرر، وصححه الإمام وما صححه النووي صححه العراقيون. واعلم أنه لا يجب استيعاب السنة بالتعريف بل يعرف أولاً في كل يوم ثلاث مرات ثم في كل يوم مرة، ثم في كل أسبوع مرة، ثم في كل شهر مرة بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى، ولو قطع الموالاة الواجبة وجب استئناف السنة، في صيرورته ضامناً خلاف والله أعلم. <ص: 6>

[فرع]: إذا وجد ما لا يتمول كزبيبة ونحوها فلا يعرف، ولو وجداه الاستيداد به وإن تمول وهو قليل فالأصح أنه لا يعرف سنة بل يعرف زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً، وضابط القليل ما يغلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه غالباً والله أعلم. فإذا عرف التعريف المعتبر وكان قد قصد التملك ولم يجد المالك واختار التملك ملك لأنه تملك مال ببدل فتوقف على الاختيار كالبيع وسواء في ذلك الغني والفقير، وقيل يملك بالتعريف، وإن لم يرض لأنه جاء في رواية {فإن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإن لم يأت فهي لك} والصحيح الأول فعليه أن يقول: تملكها أو نحو ذلك كالبيع، وإذا ملكها صارت قرضاً عليه. فإن هلكت قبل التملك لم يضمنها لأنها محفوظة لصاحبها ولم يفرط فيها كالمودع، ثم إذا ملكها وجاء صاحبها إن كانت مثلية ضمنها بالمثل وإلا فبالقيمة وقت التملك، جزم به الرافعي وغيره، وفي وجه وقت طلب صاحبها. فإن اختلفا في قدرها صدق الملتقط لأنه غارم، ولو لم تتلف ولكن تعيبت استردها مع الأرش على الأصح وقيل يقنع بها بلا أرش، وقيل غير ذلك والله أعلم.

[فرع]: أخذ الملتقط اللقطة بقصد الخيانة فيها صار ضامناً، ولو عرف بعد ذلك وأراد التملك بعده لم يكن له ذلك على المذهب، ولو قصد الأمانة أولاً ثم قصد الخيانة بلا تعرف فالأصح أنه لا يصير ضامناً بمجرد قصد الخيانة كالمودع والله أعلم.

[فرع]: إذا جاء صاحبها بعد التملك أخذها مع زيادتها المتصلة دون المنفصلة والله أعلم. قال:

(وجملة اللقطة أربعة أضرب: أحدها ما يبقى على الدوام كالذهب والفضة، وهذا حكمه. والثاني ما لا يبقى كالطعام الرطب فهو مخير بين أكله وغرمه أو بيعه وحفظ ثمنه. والثالث ما لا يبقى إلا بعلاج كالرطب فيفعل ما فيه المصلحة من بيعه وحفظ ثمنه أو تجفيفه وحفظه) اللقطة تارة تكون حيواناً وتارة تكون غيره. فإن

كانت حيواناً فسيأتي، وإن كانت غير حيوان فتارة تكون مما >ص: 7< يؤكل وتارة تكون مما لا يؤكل. فإن كانت لا تؤكل ولها بقاء في نفسها كالنقود ونحوها فهو الذي تقدم من اشتراط التعريف وغيره متعلق بهذه اللقطة، وإن كانت مما يؤكل فتارة تكون مما يفسد في الحال كالأطعمة والشواء والبطيخ والرطب الذي لا يتتمر والبقول، فالواجد فيها بالخيار بين أن يأكلها ويغرم قيمتها، وبني أن يبني ع ويأخذ الثمن، وهذا هو الصحيح. فإن أكل عزل قيمتها من التعريف وعرف اللقطة سنة، ثم يتصرف فيها لأن القيمة قائمة مقام اللقطة، ولو لم يقدر على البيع فلا خلاف في جواز الأكل، وهل يجب إفراز القيمة؟ فيه خلاف الأظهر في الرافي لا يجب لأن ما في الذمة لا يخشى هلاكه، فإذا أفرز صار أمانة في يده والله أعلم. وإن كانت اللقطة مما لا يفسد ويقبل العلاج كالرطب الذي يتتمر والعنب الذي يتزبب واللبن الذي يصنع منه الجبن ونحوها روعي في ذلك الحظ والمصلحة للمالك. فإن كان الحظ في البيع باعه، وإن كان في التجفيف جففه، ثم إن تبرع الواجد بتجفيفه فذاك وإلا باع بعضه وأنفقه عليه لأنه المصلحة في حق المالك وهذا بخلاف الحيوان حيث يباع جميعه لأن النفقة في الحيوان تتكرر فتؤدي إلى أن تأكل اللقطة نفسها، والله أعلم. قال:

(والرابع ما يحتاج إلى النفقة كالحیوان وهو ضربان: حیوان لا يمتنع بنفسه فهو مخیر فيه بین أكله وعزم ثمنه أو تركه، والتطوع بالانفاق عليه أو بيعه وحفظ ثمنه، وحيوان يمتنع بنفسه. فإن وجده في الصحراء تركه، وإن وجده في الحضر فهو مخیر بین الأشياء الثلاثة فيه) غير الآدمي من الحيوان ضربان: الأول ما له قوة له تمنعه من صغار السباع كالغنم والعجول والفصلان من الإبل وفي معناها الكسیر من كبار الإبل والبقر إذا وجده من يجوز التقاطه جاز له أخذه إن شاء للحفظ وإن شاء للتملك لأنها لو لم تلتقط لضاعت بیننا وبين السباع وربما أخذها خائن، ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في ضالة الغنم {وهي لك أو لأخيك أو للذئب} فإذا التقط فإن كان الالتقاط من مضیعة فهو بالخيار بین الخصال الثلاث التي ذكرها الشيخ، والأولى أن يمسكها ويعرفها، ثم >ص: 8< يليها البيع أو الحفظ، وخصلة الأكل متأخرة في الفضيلة. ولقائل أن يقول تقدم فيما يمكن تجفيفه أنه يجب مراعاة مصلحة المالك، فهلا كان هنا كذلك؟ وإن كان الالتقاط في العمران تخیر بین خصلتين فقط على الصحيح: الإمساك والبيع، ولا يأكل لإمكان البيع، وكلام الشيخ محمول على الالتقاط من المضیعة وإن أطلق كلامه والله أعلم. الضرب الثاني ما له قوة تمنعه من صغار السباع إما بقوته كالإبل أو بعدوه كالخيل وكذا البغال والحمير قاله الرافي، أو بطيرانه كالحمام ونحو ذلك ينظر إن كان وجدها في مضیعة كالبرية لم يجز للواجد أن يلتقطها للتملك، وتجوز للحفظ لقوله عليه الصلاة والسلام في ضالة الإبل {ما لك ولها؟ معها سقاؤها} الحديث، وقس على الإبل ما في معناها. فإن التقطها للتملك ضمنها لو تلفت للتعدي نعم يبرأ بالدفع إلى القاضي. قلت: يشترط عدالة القاضي وإلا فلا يسقط عنه الضمان، ولصاحبها مطالبة كل منهما، أما الملتقط فلتعديه بالأخذ وأما القاضي فلتعديه على الشريعة المطهرة والله أعلم. وإن وجدها في العمران أو قريباً منها جاز أخذها للحفظ، وهل يجوز أخذها للتملك؟ فيه خلاف، قيل لا يجوز لإطلاق الخبر، والراجح الجواز. والفرق بين البرية والعمران أنها في العمران تتطرق إليها أيدي الناس فلا تترك، وربما ضاعت على مالكها بأخذ خائن، بخلاف البرية فإن طروق الناس بها لا يعم ولها استغناء بأن تسرح وترد الماء،

وهذا المعنى مفقود في العمران، ومحل الخلاف إذا كان الزمان زمان أمن، إما إذا كان زمن نهب وفساد فيجوز قطعاً في الصحراء وغيرها قاله المتولي وغيره، وألحق الماوردي بذلك ما إذا عرف مالكة وأخذها ليردها عليه، قال: وتكون أمانة في يده والله أعلم.

[فرع]: التقط رجلان لقطة يعرفانها ويتملكانها وليس لأحدهما نقل حقه إلى صاحبه كما لا يجوز للملتقط نقل حقه إلى غيره والله أعلم.

[فرع]: قال في الت تمة: ويجوز التقاط السنابل وقت الحصاد إن أذن فيه المالك أو كان قدراً لا يشق على المالك التقاطه، وكان لا يلتقطه بنفسه. فإن كان قدراً يشق على المالك أو كان يلتقط بنفسه حرم، ووقع في عبارة الروضة في هذا الفرع <ص: 9> بعض خلل والله أعلم. قال:

(فصل): في اللقيط. وإن وجد لقيط بقارعة الطريق فأخذه وتربيته وكفالاته واجبة على الكفاية ولا يقر إلا في يد أمين) اللقيط كل صبي ضائع لا كافل له ولا فرق بين المميز وغيره، وفي المميز احتمال للأمام والمعتمد الأول لاحتياجه إلى التعهد، ويقال له دعي ومنبوذ، فقولنا: كل صبي خرج به البالغ لأنه مستغن عن الحضانة والتعهد فلا معنى لأخذه، وقولنا ضائع المراد به المنبوذ، وأما غيره فإن لم يكن له أب ولا جد ولا وصي فحفظه من وظيفة القاضي لأن له في كتاب الله الحكيم وسنة رسول الكريم ما يقوم به وبغيره من الضعفاء. قاتل الله قضاة السوء كم في ذمتهم من نفس قد هلكت! يأخذون أموالهم ويدفعونها إلى الظلمة، ومع ذلك يدعون محبة الله ورسوله، وقولنا لا كافل له: المراد بالكافل الأب والجد ومن يقوم مقامهما. إذا عرفت هذا فأخذ اللقيط فرض كفاية لقوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى} وغير ذلك. ولأنه أدعى له حرمة فوجب حفظه بالتربية وإصلاح حاله كالمضطر، وهذا أولى: لأن البالغ ربما احتال لنفسه. فإن التقط من هو أهل للحضانة سقط الإثم، وإلا أثم، وعصى كل من علم به من أهل تلك الناحية بإضاعة نفس محترمة، وقول الشيخ [ولا يقر إلا في يد أمين] إشارة إلى شروط الملتقط. أحدها التكليف: فلا يصح التقاط الصبي والمجنون. الثاني الحرية: فلا يلتقط العبد لأن الالتقاط ولاية فإن التقط انتزع منه إلا أن يأذن السيد له أو يقره الحاكم في يده. الثالث الإسلام: فلا يلتقط الكافر الصبي المسلم لأن الالتقاط ولاية نعم يلتقط الطفل الكافر، وللمسلم التقاط الطفل المحكوم بكفره لأنه من أهل الولاية عليه. الرابع العدالة: فليس للفاسق الالتقاط فلو التقط انتزع من يده لأنه لا يؤمن أن يسترقه. الخامس الرشد: فالمبذر المحجور عليه لا يقر في يده، ولا يشترط في الالتقاط الذكورة بلا خلاف، ولا الغني على الصحيح لأنه لا يلزمه نفقته. نعم يجب عليه رعايته بما يحفظه والله أعلم. قال: <ص: 10>

(فإن وجده معه مال أنفق عليه الحاكم منه، وإن لم يوجد معه مال: فنقته من بيت المال) اعلم أن اللقيط قد يكون له مال يستحقه بكونه لقيطاً أو بغيره. فالأول كالوقف على اللقطاء والوصية لهم أو لهذا بخصوصه، والثاني ما يوجد تحت يده واختصاصه. فإن للصغير يداً واختصاصاً كالبالغ، إذ الأصل الحرية ما لم يعرف غيرها وذلك كالثياب التي هي لا بسها ومفروشة تحته وملفوفة عليه، وكذا ما غطي به كاللحاف وغيره وكذا ما شد عليه أو جعل في جيبه من دراهم وحلي وغيرهما، وكذا دابة عنانها بيده ولو كان في خيمته فهي له أو في دار ليس فيها غيره أو في بستان وجهان: حكاهما الماوردي. قال النووي: وطردهما صاحب المستظهر في الضيعة وهو

بعيد، وينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها والله أعلم. فإذا عرف له مال أنفق عليه منه لأنه لو كان حضانة أبيه الموسر وله مال كانت نفقته في ماله فهذا أولى، ولا ينفق عليه إلا الحاكم لأنه الذي يلي التصرف في ماله بغير أبوة وجدوده ولا وصاية هو الحاكم فإنه ولي من لا ولي له. نعم للملتقط الاستقلال بحفظ مال الطفل على الصحيح وقيل لا يلي كالإنفاق، والقول الأول تعضده اللقطة، ولو لم يكن حاكم فليشهد فإذا أنفق بلا إشهاد ضمن لتركه الاحتياط، وقيل لا يضمن، فإن أشهد لم يضمن على الأصح. قال مجلي: ويشهد في كل مرة فإن لم يكن له مال وجبت نفقته في بيت المال من سهم المصالح لأن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط، فأجمعوا على أنها في بيت المال، ولأن البالغ المعسر ينفق عليه منه وهذا أولى، وقيل يستقرض له القاضي من بيت المال. فإن لم يكن في بيت المال شيء أو كان ولكن كان هناك ما هو أهم من نفقة اللقيط كسد ثغر استقرض له القاضي. فإن لم يجد من يقرضه جمع القاضي الناس واعد نفسه منهم، وقسط نفقته على أهل الثروة. ثم إن بان رقيقاً رجع على سيده، أو حرّاً وله مال أو قريب رجع عليه، وإن بان حرّاً لا مال له ولا قريب ولا كسب قضى الإمام حقه من سهم الفقراء والمساكين والغارمين كما يرى والله أعلم.

[فرع]: التقطه اثنان: غني وفقير، قدم الغني على الراجح. فلو اشتركا في الغنى <ص: 11> - وفضل أحدهما الآخر فوجهان: صح النووي في زيادته عدم التقدم والله أعلم.

[فرع]: ادعى شخص رقه. سواء الملتقط وغيره قال الماوردي: لا يقبل قوله لأن الظاهر حرّيته، وفيه اضرار به، وفي الروضة تبعاً للرافعي أنه إذا ادعى رقه من هو في يده فإنه عرفنا اسناد يده إلى الالتقاط لم يقبل إلا بيينة في أظهر القولين، وإلا حكم له بالرق في الأصح، ثم إذا بلغ وأنكر الرق لم يقبل منه في أصح الوجهين والله أعلم. قال:

(فصل) في الوديعة. والوديعة أمانة يستحب قبولها لمن قام بالأمانة فيها) الوديعة اسم لعين يضعها مالكها أو نائبه عند آخر ليحفظها. والأصل فيها الكتاب والسنة. قال الله تعالى {فليؤد الذي أوّتمن أمانته} وغيرها. وقال عليه الصلاة والسلام: {أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك} رواه أبو داود والترمذي. وقال: حسن غريب. وقال الحاكم: إنه على شرط مسلم، وفي الصحيحين من رواية أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: {آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف، وإذا أوّتمن خان} وفي رواية مسلم {وإن صام وصلى وزعم أنه مسلم} ولا خفاء أن الحاجة بل الضرورة داعية إلى الإيداع، ثم من عرض عليه شيء ليستودعه، نظر أن كان أميناً قادراً على حفظها ووثق من نفسه بذلك استحبه له أن يستودع لقوله عليه الصلاة والسلام: {والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه} ولو لم يكن هناك غيره فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول وهو محمول كما قاله الرافعي وتبعه النووي نقلاً عن السرخسي أنه يجب أصل القبول بشرط أن لا يتلف منفعة نفسه وحرزه بلا عوض في الحفظ وإن كان يعجز عن حفظها حرم عليها قبولها: كذا قاله الرافعي والنووي، وقيد ذلك ابن الرفعة بما إذا لم يعلم بذلك المالك فإن علم المالك بحاله فلا يحرم، وهو ظاهر وإن كان قادراً على حفظها لكنه لا يثق بأمانة نفسه فهل يحرم قبولها؟ وجهان: ليس في الشرح والروضة ترجيح، ولا شك في الكراهة والله أعلم. قال: <ص: 12>

(ولا يضمن إلا بالتعدي) لا شك أن الوديعة أمانة في يد المودع بفتح الدال كما جاء به التنزيل وإذا كان كذلك فلا ضمان عليه كسائر الأمانات. نعم إن تعدي فيها أو قصر ضمن، وأسباب التقصير تسعة، واستيعابها لا يليق بالكتاب، فلنذكر ما يتيسر ذكره. السبب الأول أن يودعها المودع بفتح الدال عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك فيضمن سواء أودع عند عبده أو زوجته أو ابنه أو أجنبي، ولو أودعها عند القاضي فهل يضمن؟ وجهان: أحدهما يضمن لأنه لم يؤذن له. قلت: هذا في القاضي العادل، أما قضاة الرشاش والظلمة فيضمنها بلا نزاع والله أعلم. وهذا إذا لم يكن عذر. فإن كان عذر بأن أراد سفراً فينبغي أن يردّها إلى مالكها أو وكيله فإن تعذر دفعها إلى قاض عدل، ووجب عليه قبولها فإن لم يجد قاضياً دفعها إلى أمين ولا يكلف تأخير السفر فإن ترك الدفع إلى المالك أو وكيله مع ال قدرة ودفعها إلى الحاكم العدل أو إلى أمين مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيله ضمن. ولو دفع إلى أمين مع القدرة على الحاكم العدل ضمن على المذهب، ولو دفن الوديعة في غير حرز عند إرادة السفر ضمن، أو في حرز ولم يعلم بها أميناً أو أعلمه حيث لا يجوز الإيداع عند الأمين ضمن وإن كان يجوز، ولكن الأمين لا يسكن الموضع ضمن. فإن كان يسكنه لم يضمن على الأصح كذا قال الجمهور. وأعلم أنه كما يجوز الإيداع بعذر السفر، وكذا سائر الأعذار كما إذا وقع في البقعة حريق أو غرق أو نهب أو غارة، وفي معنى ذلك إشراف الحرز على الخراب ولم يجد حرزاً ينقلها إليه والله أعلم. السبب الثاني السفر بها فإن سافر بها ضمن وإن كان الطريق آمناً على الصحيح وهذا حيث لا عذر، فإن حصل عذر بأن رحل أهل البلد أو وقع حريق أو غارة فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك أو وكيله أو أمين، وحينئذ يلزمه السفر في هذه الحالة، وإلا فهو مضيع ويلزمه الضمان ولو كان في وقت سلامة وعجز عن الرد إلى المالك أو وكيله أو الحاكم الأمين فسافر بها والحالة هذه فلا ضمان على الأصح لئلا ينقطع عن مصالحه وينفر الناس عن قبول الودائع، وشرط الجواز أمن الطريق وإلا فيضمن. وأعلم أن هذا في حق المقيم. أما إذا أودع مسافراً فسافر بالوديعة أو منتجعاً فانتجع بالوديعة فلا ضمان لأن المالك رضي <ص: 13> بالسفر حين أودعه والله أعلم. السبب الثالث ترك الإيضاء فإذا مرض المودع مرضاً مخوفاً أو حبس ليقتل لزمه أن يوصي. فإن سكت عن ذلك لزمه الضمان لأنه عرضها للفتوات لأن الوارث يعتمد ظاهر اليد ولا بد من الوصية من بيان الوديعة حتى لو قال: عندي لفلان ثوب ولم يوجد في تركته ضمن لعدم بيانه، وهذا كله فيما إذا تمكن من الإيداع أو الوصية فإن لم يتمكن بأن قتل غيلة أو مات فجأة فلا ضمان.

[فرع]: مات المودع ولم يذكر وديعة أصلاً فوجد في تركته كيس مختوم وعليه هذه وديعة فلان أو وجد في جريدته لفلان عندي وديعة كذا لم يلزم الورثة التسليم بهذا لاحتمال أنه كتبه غيره أو كتبه هو ناسياً أو اشترى الكيس بتلك الكتابة أو رد الوديعة بعد الكتابة في الجريدة ولم يمحصها وإنما يلزم الوارث التسلم بالإقرار، ولو مات ولم يذكر وصية أصلاً فادعى صاحب الوديعة أنه قصر وقالت الورثة: لعلها تلفت قبل نسبته إلى التقصير. قال امام الحرميين: فالظاهر براءة ذمته والله أعلم. السبب الرابع نقلها فإذا أودعها في قرية فنقلها إلى قرية أخرى إن كان بينهما ما يسمى سفراً ضمن، وإن لم يسم سفراً ضمن إن كان في النقلة خوف أو كان المنقول عنها أحرز وإلا فلا ضمان على الأصح، وهذا إن لم يكن

ضرورة. فإن وجدت فكما ذكرنا في المسافر، والنقلة من دار إلى دار، و من محلة إلى محلة، ومن قرية إلى قرية متصلة العمارة والله أعلم. السبب الخامس التقصير في دفع المهلكات فيجب على المودع دفعها على العادة، فيجب عليه نشر ثياب الصوف خوف العثة وتعريضها للريح، بل لو كان ذلك لا يندفع إلا بلبسها وجب عليه. فإن لم يفعل ضمن، وهذا عند علم المودع بذلك فإن كان في صندوق مقفل أو كيس مشدود ولم يعلمه المالك بذلك لا ضمان، إذ لا تقصير، ويقاس بما ذكرنا باقي الصور كعلف الدواب وما أشبه ذلك، والله أعلم. السبب السادس: التعدي بالانتفاع كالانتفاع بالوديعة كلبس الثوب والطحن في الأعدال ونحوها وركوب الدواب على وجه الانتفاع إلا إذا كان لعذر بأن ركبها لأجل السقي وكانت لا تقاد إلا به حيث يجوز إخراجها للسقي، فإن أمكن قودها وركبها ضمن، كذا قاله الرافعي والنووي. قلت: <ص: 14> في ذلك نظر ظاهر، وينبغي تخصيصه بناحية يسهل السقي بها، أما بعض النواحي التي يرد أهلها الماء من بعد، واطردت عاداتهم بركوب الدواب والعواري والودائع وغيرها، فلا يتجه الضمان، والحالة هذه للعادة المطردة إذا العادة محكمة، وقد جاء بها القرآن والسنة والله أعلم. السبب السابع: المخالفة في الحفظ، فإذا أمره بالحفظ على وجه مخصوص. فعدل عنه، وتلفت بسبب العدول ضمنها للمخالفة، وإن تلفت بسبب آخر فلا ضمان، وفي هذا صور: منها أودعه دراهم، وقال: اربطها في كمك فأمسكها في يده وتلفت، هل يضمن؟ فيه خلاف منتشر: الراجح منها أنها إن تلفت بنوم أو نسيان ضمن، وإن أخذها غاصب فلا ضمان، لأن اليد أحرز، ولو لم يربطها في كمه وجعلها في جيبه لم يضمن، لأنه أحرز إلا إذا كان واسعاً غير مزرر، وبالعكس يضمن قطعاً بأن قال: اجعلها في جيبك فربطها في كمه، ولو ربطها في كمه كما أمره لم يلزمه الإمساك باليد، ثم ينظر إن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها طراز ضمن، لأن فيه اظهاراً للوديعة، وتنبهياً للطراز، وسهولة في قطعه وحله، وإن ضاعت بانحلال العقد لم يضمن، إذا كان قد احتاط في الربط، وإن جعل الخيط الرابط من داخل الكم انعكس الحكم إن أخذها لص لم يضمن، وإن ضاعت بالانحلال ضمن، لأن العقدة إذا انحلت تن ائرت الدراهم إلى خارجه فلا يشعر، بخلاف العكس فإنها إن تئاثرت في الكم فيشعر بها، قاله الرافعي وتبعه النووي، وكذا قاله الأصحاب وهو مشكل، لأن المأمور به مطلق الربط، فإذا أتى به وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به. قلت: وما استشكله الرافعي قوي، وينبغي الفتوى به، ويؤيده أن ابن الرفعة قال: وقياس ما قاله الأصحاب: أنه لو قال المودع للمودع: احفظها في هذا البيت فوضعها في زاوية منه فانهدمت عليه فإنه يضمن، لأنه لو كان في غيرها لسلم، ومعلوم أنه بعيد والله أعلم. ولو أودعه دراهم في طريق أو سوق، ولم يقل اربطها في كمك ولا أمسكها في يدك فربطها في الكم وأمسكها باليد، فقد بالغ في الحفظ، وكذا لو جعلها في جيبه وهو ضيق أو واسع وزرره ولو أمسكها باليد ولم يربطها لم يضمن أن أخذها غاصب، ويضمن إن تلفت بغفلة أو نوم، ولو ربطها في <ص: 15> كمه لم يمسكها بيده، فقياس ما تقدم أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف، ولو وضعها في الكم لم يربطها فسقطت نظر إن كانت خفيفة لا يشعر بها ضمن لتقصيره، وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمن ذكره في المهذب. ولو وضعها في كور العمامة ولم يشد ضمن.



[فرع]: أودعه شيئاً في سوق ونحوه، ثم قال: احفظها في بيتك فينبغي أن يمضي إلى البيت ويحفظها فيه، فإن تأخر بلا عذر وتلفت ضمن لتقصيره. ويقاس بما ذكرنا بقية الصور.

[فرع]: أودعه خاتماً ولم يقل شيئاً، فإن جعله في غير الخنصر لم يضمن إن كان رجلاً بخلاف المرأة، لأن غير الخنصر في حقها كالخنصر في حق الرجل، وإن جعله في الخنصر فقبل يضمن، لأنه استعمال، وقيل إن قصد الحفظ لم يضمن، وإن قصد الاستعمال ضمن، وقيل إن جعل فيه إلى ظاهر ضمن وإلا فلا. قال النووي: المختار أنه يضمن مطلقاً إلا إذا قصد الحفظ والله أعلم. السبب الثامن التضييع. لأنه مأمور بالتحرز عن أسباب التلف، لو أحرز مع القدرة أو جعلها في غير حرز مثلها ضمن، ولو جعلها في أحرز من حرزها، ثم نقلها إلى حرز مثلها فلا ضمان، ولو أعلم بالوديعة من يصادر أموال المالك ويأخذها ضمن، ولو ضيعها ناسياً ضمن على الأصح لتقصيره، ولو أخذ الوديعة ظالم لم يضمن كما لو سرقت، ولو طالب ظالم المودع بفتح المدال بالوديعة لزمه دفعه بالانكار والإخفاء بكل قدرته، فإن ترك الدفع مع القدرة ضمن لتقصيره، وإن أنكر فحلفه الظالم جاز له أن يحلف لمصلحة حفظ الوديعة. و تلمزه الكفارة على المذهب، وإن أكرهه على الحلف بالطلاق تخير بين الحلف وبين الاعتراف، فإن اعترف وسلم ضمن على المذهب، لأنه فدى زوجته بالوديعة. وإن حلف بالطلاق طلقت زوجته على المذهب، لأنه فدى الوديعة بزوجه والله أعلم. السبب التاسع جحود الوديعة. فإن طلبها مالکها فجحدها فهو خائن ضامن لتعديه بالجحود.

[فرع]: قال المودع: لا وديعة لأحد عندي، إما ابتداءً، وأما جواباً لسؤال غير <ص: 16> المالك فلا ضمان سواء جرى ذلك بحضرة المالك أو في غيبته لأن إخفاءها أبلغ في حفظها. قال:

(وقال المودع مقبول في ردها على المودع) إذا قال المستودع للمودع: رددت عليك الوديعة، فالقول قوله بيمينه لقوله تعالى {فليؤد الذي أوتمن أمانته} أمره بالرد بلا اشهاد فدل على أن قوله مقبول، لأنه لو لم يكن كذلك لأرشد إليه كما في قوله تعالى {فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم}، قال القاضي أبو الطيب: ولأنه يصدق في التلف قطعاً فكذا في الرد، وفيه اشكال من جهة أن المرتهن والمستأجر القول قولهما في التلف دون الرد عند العراقيين والله أعلم. قال:

(وعليه أن يحفظها في حرز مثلها) كما إذا قبل المودع الوديعة لزمه حفظها، لأن ه المقصود وقد التزمه، ويجب عليه أن يحفظها في حرز مثلها. لأن الاطلاق يقتضيه فتوضع الدراهم في الصندوق، والأثاث في البيت، والغنم في صحن الدار ونحو ذلك والله أعلم. قال:

(وإذا طولب بها أو أحر الوديعة مع القدرة عليها حتى تلفت ضمن) إذا طالب المودع المودع بالوديعة وجب عليه الرد لقوله تعالى {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} فإن أحر بلا عذر فتلفت ضمنها لتعديه. وإن كان لعذر فلا، والعذر مثل كونه بالليل. ولم يتأت فتح الحرز حينئذ، أو كان في صلاة، أو قضاء حاجة، أو طهارة، أو أكل، أو حمام، أو ملازمة غريم يخاف هربه، أو يخشى المطر، والوديعة في موضع آخر ونحو ذلك فالتأخير جائز. قال الأصحاب: ولا يضمن وطرده في كل يد أمانة والله أعلم.

[فرع]: في فتاوى القفال، لو ترك جاره في صحن خان، وقال للخاني: احفظه كيلا يخرج، وكان الخاني ينظره فخرج في بعض غفلاته فلا ضمان، لأنه لم يقصر في الحفظ المعتاد، وفي فتاوى

القاضي حسين أن الثياب في مشلح الحمام إذا سرقت والحمامي <ص: 17> جالس مكانه مستيقظ فلا ضمان عليه، وإن نام أو قام من مكانه ولم يترك نائباً ضمن، وعلى الحمامي الحفظ إذا استحفظ، وإن لم يستحفظ حكى القاضي حسين عن الأصحاب أنه لا حفظ عليه، قال: وعندني يجب للعادة والله أعلم.

[فرع]: إذا وقع في بيت المودع أو خزائنه حريق فبادر إلى نقل أمتعته وآخر الوديعة فاحترقت لم يضمن كما لو لم يكن فيها إلا ودائع، وأخذ في نقلها فاحترقت وتأخر والله أعلم.

### {كتاب الفرائض والوصايا}

(الفرائض جمع فريضة، مأخوذة من الفرض، وهو التقدير قال الله تعالى {فنصف ما فرضتم} أي قدرتم، هذا في اللغة. وأما في الشرع فالفرض نصيب مقدر شرعاً لمستحقه، وكانوا في الجاهلية يورثون الرجال دون النساء والكبار دون الصغار، وبالحلف، فنسخ الله تعالى ذلك، وكذا كانت الموارث في ابتداء الإسلام فنسخت، فلما نزلت آيات النساء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث} واشتهر من الصحابة في علم الفرائض أربعة: علي وابن عباس وابن مسعود وزيد رضي الله عنهم أجمعين، واختار الشافعي رضي الله عنه مذهب زيد رضي الله عنه لقوله صلى الله عليه وسلم {أفرضكم زيداً}، ولأنه أقرب إلى القياس، ومعنى اختياره لمذهب زيد أنه نظر في أدلته فوجدها مستقيمة فعمل بها لا أنه قلده والله أعلم. قال:

(والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد وإن علا والأخ وابن الأخ وإن تراخيا والعم وابن العم وإن تباعدا والزوج والمولى المعتق. والوارثات من النساء سبع البنت وبنت الابن والأم والجددة والأخت والزوجة والمولاة المعتقة) والورثة، قد يكونون مختلطين وقد <ص: 18> يكونون متميزين فبدأ الشيخ بنوع المتميزين، فقال [الوارثون من الرجال] وعدهم، وللناس في عدهم طريقان: طريق الإيجاز، وهو الذي ذكره الشيخ، ومنهم من يعدهم على سبيل البسط فيقول: الوراثون من الرجال خمسة عشر: الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد وإن علا والأخ من الأبوين والأخ من الأب والأخ من الأم وابن الأخ من الأبوين وابن العم للأب والزوج والمعتق، وهؤلاء مجمع على توريثهم والمراد بالجد أبو الأب، وإذا اجتمعوا لم يرث منهم إلا ثلاثة: الأب والابن والزوج. وأما النساء فالوراثات منهن سبع: البنت وبنت الابن إلى آخره، وما ذكره على سبيل الإيجاز، وأما على سبيل البسط فعشرة: البنت وبنت الابن وإن سفلت والأم والجددة للأب والجددة للأم وإن علتا والأخت للأبوين والأخت للأب والأخت للأم والزوجة والمعتقة، وهؤلاء أيضاً مجمع على توريثهم، وإذا اجتمعن جميعهن لم يرث منهن إلا خمسة: الزوجة والبنت وبنت الابن والأم والأخت من الأبوين، وإذا اجتمع من يمكن اجتماعه من الصنفين: أعني الرجال والنساء، ورث الأبوان والابن والبنت ومن يوجد من الزوجين، والدليل على أن من ذكرنا وارث الاجتماع كما مر والنصوص الآتية، والدليل على عدم توريث غيرهم التمسك بالأصل. وأعلم أن كل من انفرد من الرجال حاز جميع التركة إلا الزوج والأخ للأم، ومن انفردت من النساء لم تحز جميع التركة إلا من كان لها الولاء والله أعلم. قال:

(ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والأبوان وولد الصلب) اعلم أن الحجب نوعان: حجب نقصان كحجب الولد للزوج من النصف

إلى الربع والزوجة من الربع إلى الثمن والأم من الثلث إلى السدس، وحجب حرمان، ثم الورثة قسماً قسم ليس بينهم وبين الميت واسطة، وهم الزوجان والأبوان والأولاد فهؤلاء لا يحجبهم أحد لعدم الواسطة بينهم وبين الميت والله أعلم. قال:

(ومن لا يرث بحال سبعة: العبد والمدبر وأم الولد والمكاتب والقاتل والمرتد وأهل الملتين) اعلم أن الإرث يمتنع بأسباب. منها الرق فلا يرث الرقيق، <ص: 19> لأنه لو ورث لكان الموروث لسيده والسيد أجنبي من الميت، فلا يمكن توريثه، وكما لا يرث لا يورث لأنه لا ملك له كما قال الله تعالى {عبدًا مملوكًا لا يقدر على شيء} وسواء في ذلك المدبر والمكاتب، وأم الولد لوجود الرق، وفي البعض خلاف: الصحيح، ونص عليه الشافعي وقطع به الجمهور أنه لا يرث لأنه لو ورث لكان بعض المال لمالك الباقي، وهو أجنبي عن الميت. وقال المزني وابن سريج: يرث بقدر ما فيه من الحرية. وهل يورث؟ قولان الأظهر نعم، وهو الجديد لأنه تام الملك فعلى هذا يورث عنه، جميع ما جمعه بنصفه الحر والله أعلم. ومن الأسباب المانعة للإرث القتل فلا يرث القاتل سواء قتل مباشرة أو بسبب، وسواء كان القتل مضموناً بالقصاص أو الدية أو الكفارة، أو غير مضمون ألبته، كوقوعه عن حد أو قصاص سواء صدر من مكلف، أو من غيره كالصبي والمجنون أم لا وسواء كان القاتل مختاراً أو مكرهاً، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام {ليس للقاتل ميراث ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث القاتل من المقتول شيئاً} ورواية النسائي {ليس للقاتل من الميراث شيء} وصحها ابن عبد البر، وزاد نقل الاتفاق على ذلك، وأما المرتد فلا يرث ولا يورث وماله فيء، وعن أبي بردة رضي الله عنه، قال: {بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل عرس بامرأة أبيه فأمرني أن أضرب عنقه وأخمس ماله، وكان مرتدًا} لأنه استحل ذلك، ولا فرق في المرتد بين المعلن والزنديق وهو الذي يتجمل بالإسلام ويخفي الكفر كذا فسره الرافعي هنا. قال ابن الرفعة: وكونه لا يرث ولا يورث محله إذا مات على الردة فإن عاد إلى الإسلام تبينا إرثه، وما قال سهو، وقد صرح أبو منصور بالمسألة وحكى الإجماع على عدم إرثه في هذه الحالة ووجهه، أنه كان كافرًا في تلك الحالة حقيقة، وهو غير مقرر على الكفر، والإسلام إنما حدث بعد ذلك، وفي توريثه مصادمة للنصوص المانعة له من التوريث والله أعلم. وقوله [وأهل الملتين] <ص: 20> يشتمل على صور: منها أنه لا يرث المسلم الكافر وعكسه لاختلاف الملتين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم} ولا فرق بين النسب والمعتق والزوج ولا بين أن يسلم قبل القسمة أو بعدها، وهل يرث اليهودي من النصراني وعكسه؟ فيه خلاف الصحيح نعم، وهذا إذا كانا ذميين أو حربيين سواء اتفقت دارهما أو اختلفت فلو كان أحدهما ذمياً والآخر حربياً ففيه خلاف أيضاً، والمذهب القطع بعدم التوارث لانقطاع الموالة قال الرافعي والنووي: وربما نقل بعض الفرضيين الإجماع على ذلك والله أعلم. والمعاهد والمستأمن كالذمي على الصحيح المنصوص لأنهما معصومان بالعهد والأمان، وقيل هما كالحربي والله أعلم.

[فرع]: شككنا في موت إنسان بأن غاب شخص وانقطع خبره أو جهل حاله بعد أن دخل في دار الحرب أو انكسرت سفينة هو فيها، ولم يعرف حاله فهذا لا يورث حتى تقوم بينة أنه مات فإن لم تقم بينة أنه مات، فقيل لا يقسم ماله حتى يتحقق موته لاختلاف الناس في الأعمار، والصحيح أنه إذا مضت مدة يحكم القاضي فيها

بأن مثله لا يعيش فيها قسم ماله بين الورثة حالة الحكم ثم قي قدر المدة أوجه أصحابها يكفي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها والله أعلم. قال:

(وأقرب العصبة الابن ثم ابنه ثم الأب ثم أبوه ثم الجد ثم الأخ للأب والأم ثم الأخ للأب ثم ابن الأخ وللأب والأم ثم ابن الأخ للأب ثم العم على هذا الترتيب ثم ابنه ثم إذا عدت العصبات فالمولى المعتقد) العصبة مشتقة من التعصيب، وهو المنع، سميت بذلك لتقوى بعضهم ببعض، ومنها العاصبة لأنها تشد الرأس، وقيل غير ذلك، وللناس في تعريف العصبة ألفاظ: منها أنه كل من ليس له سهم مقدر من المجمع على توريثهم ويرث كل المال لو انفرد، أو ما فضل عن أصحاب الفروض، ثم أولى العصبات الابن لقوله تعالى {يؤصبيكم الله في أولادكم} الآية، بدأ بالأولاد لأن العرب تبدأ بأولادهم ولأن الله تعالى أسق ط به تعصيب الأب لقوله تعالى {ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن <ص: 21> كان له ولد} وإذا سقط به تعصيب الأب فغيره أولى، لأنه إما مدل بالابن أو بالأب، ثم ابن الابن بعد الابن وإن سفل كالابن في سائر الأحكام، ثم الأب لأنه يعصبه وله الولاية عليه بنفسه ومن عداه يدلي به، فقدم لقربه ثم الجد أبو الأب وإن علا ما لم يكن أخوة لأنه كالأب أما إذا كان معه أخوة فلم يذكره الشيخ، ثم يقدم ابن الأب، وهو الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب يقدم على ابن الأخ من الأبوين، ثم يقدم بنو الأخوة من الأبوين، ثم من الأب على الأعمام، وإن تباعدوا لأن القريب من نوع مقدم على نوع متأخر عنه وإن كان أقرب منه، فلهذا يقدم ابن الأخ وإن تباعد على العم، ثم بعد بني الأخوة يقدم العم للأبوين ثم الأب، ثم بنوا العم كذلك ثم يقدم عم الأب من الأبوين ثم من الأب ثم بنوهما كذلك، ثم يقدم عم الجد من الأبوين ثم من الأب كذلك إلى حيث ينتهي فإن لم يوجد أحد من عصبات النسب والميت عتيق فالعصوبة لمن أعتقه رجلاً كان أو امرأة لأن رجلاً أتى برجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إني اشتريته وأعتقته فما أمر ميراثه؟ فقال عليه ال صلاة والسلام: {إن ترك عصبة فالعصوبة أحق وإلا فالولاية} وفي حديث آخر {الولاية لمن أعتق} فإن لم يكن وارث انتقل ماله إلى بيت المال بشرط أن تكون مصارفه مستقيمة على ما جاء به الشرع الشريف، فإن لم يستقم لكون السلطان جائراً، أو لم تجتمع فيه شروط الإقامة كزماننا هذا، فقال الشيخ أبو حامد: لا يصرف على ذوي الفروض ولا إلى ذوي الأرحام، لأنه مال المسلمين فلا يسقط بفوات الامام العادل. والثاني يرد ويصرف إلى ذوي الأرحام لأن المال مصروف إليهم أو إلى بيت المال بالاجماع، فإذا تعذر أحدهما تعين الآخر، قال الرافعي: وهذا أي الرد والصرف إلى ذوي الأرحام أفتى به أكابر المتأخرين، قال النووي: وهو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا، وممن صححه وأفتى به ابن سراقه وصاحب الحاوي والقاضي حسين والمتولي وآخرون، وقال ابن سراقه: وهو قول عامة مشايخنا، وعليه الفتوى اليوم في الأمصار ونقله الماوردي عن مذهب الشافعي، وقال: وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته، وإنما مذهب الشافعي في منعهم إذا استقام أمر بيت المال والله أعلم. قلت: قال الماوردي: وأجمع عليه <ص: 22> المحققون ومقتضى كلام الجميع أنه لا يجوز الدفع إلى الامام الجائر فلو دفع إليه عصي ولزمه الضمان لتعديه، فعلى الصحيح يرد المال على أهل الفروض على الأصح غير الزوجين على قدر فروضهم بأن كان هناك أهل فرض فإن لم يكن هناك غير الزوجين صرف إلى ذوي الأرحام

في الأصح، وهل يختص به الفقراء أو يصرف إلى الأوج فالأوج أم لا؟ الصحيح أنه يصرف على جميعهم، وهل هو على سبيل المصلحة أم على سبيل الإرث؟ وجهان قال الرافعي: أشبههما بأصل المذهب أنه على سبيل المصلحة، وقال النووي: الصحيح الذي عليه جمهور الأصحاب أنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الإرث والله أعلم. وذوو الأرحام كل قريب ليس بذئ فرض ولا عصة، وتفصيلهم كل جد و جدة ساقطين، وأولاد البنات وبنات الأخوة، وأولاد الأخوات وبنو الأخت للأم والعم للأم، وبنات الأعمام والعلمات والأخوال والخالات، فإذا قلنا بالرد أولاً على ذوي الفروض وهو الأصح، فمقصود الفتوى أنه إن لم يكن ممن يرد عليه من ذوي الفروض إلا صنف فإن كان شخصاً واحداً دفع إليه الفرض والباقي بالرد كالنبت لها النصف بالفرض والباقي بالرد وإن كانوا جماعة فالباقي بينهم على قدر فروضهم، وإن اجتمع صنفان فأكثر رد الفاضل عليهم بنسبة سهامهم. وأما توريث ذوي الأرحام، فمن ذهب إليه اختلفوا في كفيته فأخذ بعضهم بمذهب أهل التنزيل، ومنهم من أخذ بمذهب أهل القرابة، وسمى الأولون أهل التنزيل لتنزيلهم كل فرع منزلة أصله، وسمى الآخرون أهل القرابة لأنهم يورثون الأقرب فالأقرب كالعصبات قال النووي: الأصح وإلا قيس مذهب أهل التنزيل والله أعلم. واتفق المذهبان على أن من انفرد من ذوي الأرحام يحوز جميع المال ذكراً كان أو أنثى، وإنما يظهر الاختلاف عند اجتماعهم. قال:

(والفروض المقدره في كتاب الله تعالى ستة: النصف، والرابع، والثلث، والثلثان، والثلث، والسدس) اعلم أن أصحاب هذه الفروض أصناف: <ص: 23> منهم من له النصف، وهم خمسة: البنت إذا انفردت قال الله تعالى: {وإن كانت واحدة فلها النصف}. وكذا بنت الابن لها النصف عند عدم بنت الصلب بالاجماع. وأما الأخت فإن كانت من الأبوين فلها النصف إذا انفردت لقوله تعالى: {وله أخت فلها نصف ما ترك} وكذا الأخت من الأب عند عدم الأخت من الأبوين لظاهر الآية، وتتمه الخمسة الزوج وله النصف إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى: {ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد} فثبت النصف في ولد الصلب وأما ولد الابن فإن وقع اسم الولد عليه فقد تناوله النصف، ويدل لتناوله قوله تعالى: {يا بني آدم}، وقوله صلى الله عليه وسلم: {أنا ابن عبد المطلب} وإن لم يتناوله فولد الابن بمنزلة الابن للاجماع على ذلك في الإرث والتعصيب والله أعلم. قال:

(والرابع فرض اثنين: الزوج مع الولد، وولد الابن، والزوجة والزوجات مع عدم الحجب) حجة ذلك قوله تعالى: {فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو بين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد} واعلم أن الأفصح أن المرأة زوج بلا هاء كالرجل وبالهاء لغة قليلة، واستعمالها في الفرائض حسن ليحصل الفرق وعدم الالتباس، ثم الزوجة والزوجتان والأربع في ذلك سواء، لأننا لو جعلنا لكل واحدة الربع لاستغرقن المال ولزاد نصيبهن على نصيب الزوج. قال الرافعي: وهذا توجيه اقناعي، وكفى بالاجماع حجة والله أعلم. قال:

(والثمن فرض الزوجة والزوجات مع الولد أو ولد الابن) حجة ذلك قوله تعالى: {فإن كان لكم ولد فلهن الثمن} والاجماع منعقد على ذلك والله أعلم. قال:

(والثلثان فرض أربعة: البنتين وبنتي الابن) للبنتين فأكثر الثلثان لقوله تعالى: {فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك} والآية ظاهرة الدلالة فيما زاد على اثنتين، والاستدلال منها أن الآية وردت

على سبب خاص، وهو <ص: 24> أن امرأة من الأنصار أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنتان فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد وأخذ عمهما ماله ولا ينكحان ولا مال لهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقضي الله في ذلك، فنزلت هذه الآية، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم المرأة وصاحبها، فقال: {أعط البنيتين الثلثين والمرأة الثمن وخذ الباقي} واحتج بعضهم أن كلمة فوق زائدة كقوله تعالى: {فاضربوا فوق الأعناق} وقيل المعنى اثنتين فما فوق، واحتج له أيضاً بأن الأخوات أضعف من البنات، وقد جعل الله تعالى للأختين الثلثين، فالبنات أولى والله أعلم. قال:

(والأختين من الأب والأم، والأختين من الأب) للأختين فصاعداً من الأبوين، أو من الأب الثلثان لقوله تعالى: {فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك} وقال جابر رضي الله عنه: اشتكيت وعندي سبع أخوات فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت: ما أصنع بمالي وليس من يرثني إلا كلاله؟ فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع، فقال: قد أنزل الله في أخواتكم وبين وجعل لهن الثلثين. فقال جابر رضي الله عنه: في نزلت آية الكلاله، فدل على أن المراد بالآية الائتتان فما فوقهما. قال:

(والثلث فرض اثنتين فرض الأم إذا لم تحجب) للأم الثلث إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ابن ولا اثنان من الأخوة والأخوات سواء كانوا من الأبوين، أو من الأب، أو من الأم، حجة ذلك قوله تعالى: {فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس} وقد مر أن ولد الابن كالابن، وإنما اكتفينا بالأخوين مع أن الآية وردت بصيغة الجمع في قوله تعالى {فإن كان له إخوة} لأن الجمع قد يعبر به عن اثنين، وقال ابن عباس لعثمان رضي الله عنهم: كيف تردّها إلي السدس بأخوين وليس بأخوة، فقال عثمان رضي الله عنه: لا أستطيع رد شيء كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به، فأشار إلى اجتماعهم عليه قبل أن أظهر ابن عباس رضي الله عنهما الخلاف. وأعلم أن أولاد الأخوة لا يقومون <ص: 25> مقام الأخوة في رد الأم من الثلث إلى السدس لأنهم لا يسمعون أخوة فلم يندرجوا في الآية الكريمة. وأعلم أن للأم ثلث ما بقي بعد فرض الزوج أو الزوجة في صورتين: إحداهما زوج وأبوان فلزوج النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس والباقي للأب وهو الثلث، والثانية زوجة وأبوان فللزوجة الربع وللأم ثلث الباقي وهو الربع والباقي للأب لأنه يشارك الأبوين صاحب فرض، فكان للأم ثلث ما فضل عن الفرض كما لو شاركها بنت وهذا هو المذهب. وذهب ابن سريج إلى أن لها الثلث كاملاً في صورتين لظاهر الآية، وقيل غير ذلك والله أعلم. قال:

(وللاثنتين فصاعداً من الأخوة والأخوات من ولد الأم ذكورهم وإناثهم فيه سواء) لقوله تعالى: {فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث} وهذه الآية نزلت في ولد الأم بدليل قراءة سعد وابن مسعود: وله أخ أو أخت من أم، والقراءة الشاذة كالخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم فيجب العمل بها والله أعلم. قالت: وفي الاستدلال بذلك نظر لأن الشاذة لا تكون قرآناً لعدم التواتر ولا خبراً لأنه لم يقصد بها الخبر، وقد صرح بهذا النووي في شرح مسلم فاعرفه، والله أعلم. قال:

(والسدس فرض سبعة: للأم مع الولد، أو ولد الابن، أو الاثنتين فصاعداً من الأخوة والأخوات) حجة ذلك قوله تعالى: {ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد} وقوله: {فإن كان له

إخوة فلأمه السدس} وقد تقدم أن ولد الابن كالولد وتقدم الجواب عن لفظ الجمع في الأخوة والله أعلم. قال:

(وهو للجدّة عند عدم الأم) الجدّة إن كانت أم الأم وإن علت، أو أم الأب وإن علت فلها السدس لما روي قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدّة إلى أبي بكر رضي الله عنه تسأله عن ميراثها، فقال: {مالك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة رسول >ص: 26< الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس فسأل، فقال المغيرة بن شعبه: شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس، فقال: هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة فقال مثله فأنفذ لها السدس، ثم جاءت الجدّة الأخرى إلى عمر رضي الله عنه تسأله فقال: مالك في كتاب الله شيء، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك، وأما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها} وعن زيد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدّة السدس إذا لم يكن دونها أم فإن اجتمع جدتان متحاذيتان فالسدس بينهما للأثر، وإن كانت احدهما أقرب من الأخرى، فإن كانت القربى من جهة الأم كأم الأم أسقطت البعدي من الجهتين كأم أم الأم و أم أب الأب أمها تدلي بها والأخرى إنما أسقطتها وهي أم أب الأب لأنها أبعد والقربى تسقط البعدي وإن كانت القربى من جهة الأب كأم الأب وأم أم الأب فهل تسقطها؟ فيه قولان الصحيح أنها لا تسقطها بل يشتركان في السدس بخلاف العكس لأن الأب لا يحجب الجدّة من قبل الأم فلأن لا تحجبها الجدّة التي تدلي به أولى بخلاف عكسه، فإن الأم تحجب الجدّة من قبل الأب فحجبتها بها والله أعلم.

[فرع]: أم أم وأم أب ومعها أب فأم الأب ساقطة وأم الأم لها السدس كاملاً على الصحيح والله أعلم. قال:

(ولبنت الابن مع بنت الصلب) حجة ذلك أن أبا موسى سئل عن بنت و بنت ابن وأخت فقال: للبنت النصف وللأخت النصف وأت ابن مسعود فاسأله يعني فسئل ابن مسعود، فأخبر بما قال أبو موسى، وقال: قد ضللت اذن وما أنا من المهتدين لأقضي فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم {للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللأخت} فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: لا تسألوني ما دام هذا الخبر فيكم، ولو كانت بنات الابن أكثر من واحدة فالسدس بينهما بالسوية ولو استكملت بنات الصلب الثلثين فلا شيء لبنات الابن والله أعلم. قال:

(وللأخت من الأب م ع الأخت من الأب والأم) لأن الأخوات يتساوين في الدرجة وتفضل الشقيقة بالقرابة فتكون الأخت من الأب مع الأخت من الأبوين كبنت الابن مع بنت الصلب وتستوي الأخت الواحدة والأخوات في >ص: 27< السدس كبنات الابن في السدس والله أعلم. قال:

(وهو فرض الأب مع الولد أو ولد الابن) للأب السدس مع الابن وابن الابن لقوله تعالى {ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد} والمراد بالولد هنا الابن وألحقنا به ابنه كما تقدم والله أعلم. قال:

(وهو فرض الجد مع عدم الأب) الجد كالأب له السدس مع الابن وابن الابن بالاجماع والله أعلم. قال:

(وللواحد من ولد الأم) ولد الأم هو الأخ من الأم فللواحد من الأخوة من الأم السدس ذكراً كان أو أنثى لقوله تعالى {وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس}، وهذه الآية نزلت في ولد الأم

بدليل قراءة سعد بن أبي وقاص وابن مسعود رضي الله عنهما: وله أخ أو أخت من أم، والقراءة الشاذة كالخبر كما مر والله أعلم. قال: (وتسقط الجدات بالأم) أن الأم تحجب كل جدة سواء كانت من جهتها كأمها وإن علت أو من جهة الأب كما يحجب الأب كل من يرث بالأبوة، ووجه عدم إرثهن مع وجودها أنهن إنما يأخذن ما تأخذهن فلا يرثن مع وجودها كالجد مع الأب والله أعلم. قال:

(ويسقط ولد الأم بأربعة: بالولد وولد الابن، والأب والجد) لا يرث الأخ للأم مع أربعة: الولد ذكراً كان أو أنثى وكذا ولد الابن والأب والجد لأن الله تعالى جعل ارثه الكلاله، والكلالة اسم للورثة مما عدا الوالدين والمولودين، وقيل اسم للمورث الذي لا ولد له ولا والد، وقيل الكلالة اسم لكليهما والله أعلم. قال:

(ويسقط ولد الأب بأربعة: بالأب، والابن، وابن الابن وبالأخ للأب والأم) والأخ للأب يسقط بهذه الأربعة لقوله عليه الصلاة والسلام {ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض الأولى فلاولى عصبه ذكر} وقد فسر الأولى <ص: 28> بالأقرب، ولا شك في قرب الأب الابن وابنه على الأخ، وأما تقديم الأخ من الأبوين فلقربه أيضاً بزيادة الأمومة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: {أعيان بني آدم يتوارثون دون بني العلات} وبني الأعيان هو الأشقاء لأنهم من عين واحدة، وبني العلات هم الأخوة من الأب لأن أم كل واحد لم تعل الأخرى بلبنها، وبني الأخياف هم الأخوة للأم، والأخياف الاختلاط لأنهم من اختلاط الرجال والله أعلم. قال:

(ويسقط ولد الأب وال أم بثلاثة: بالابن وابن الابن والأب) لأنهم أقرب فدخلوا في عموم {أولى عصبه ذكر} والله أعلم. قال:

(وأربعة يعصبون أخواتهم: الابن وابن الابن والأخ من الأب والأم والأخ من الأب) لا يعصب أخو الأخت إلا هذه الأربعة فإنهم يعصبون أخواتهم للذكر مثل حظ الأنثيين، أما تعصيب الابن لأخته فللقوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} الآية، وأما ابن الابن فإن أطلق عليه ابن فلا كلام وإلا ثبت بالقياس على الابن، وأما الأخ فللقوله تعالى {وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين} وأما امتناع ذلك في غيرهم فلأن أخته لا أرث لها لكونها من ذوي الأرحام. واعلم أن ابن الابن يعصب من يحاذيه من بنات عمه لأنهن في درجته، فأشبهن أخواته، وكذا يعصب ابن الابن من فوقه من عماته، وبنات عماته، وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض. صوة تعصيب عماته أن يموت شخص، ويخلف بنتين وبنات ابن يسمى أبوهن زائداً أو ابن ابن يسمى أبوه عمراً، وإنما عصبهن لأنه لا يمكن إسقاطه، لأنه عصبه ذكر وإذا لم يسقط فلا يمكن إسقاطه لعماته وبنات عم أبيه لأنه لا يسقط من في درجته، وهن بنات عمه فمن فوقه أولى فتعين مشاركته لهن بالفريضة أما إذا كان لهن فرض كما إذا كان للميت بنت واحدة وبنت ابن فإن ابن أخيها أو ابن ابن عمها لا يعصبها لأنها ذات فرض ومن ورث بالفرض بقراءة لا يرث بها بالتعصيب فينفرد ابن الابن بالباقي كذا أطلقها الأصحاب. قال ابن الرفعة: ويظهر نقضه بالجد فإنه يرث بالفرض والتعصيب فيما إذا كان للميت بنت وجد فيأخذ السدس بالفرض، <ص: 29> وللبنت النصف، والباقي للجد بالتعصيب، وحكم أولاد ابن ابن من ابن الابن مع بنات ابن ابن كما ذكرنا. واعلم أنه ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمه أبيه وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه إلى بنات أعمام جده إلى عمه جده إلا المستقل من أولاد الابن إلى النازل، والله أعلم. قال:



(وأربعة يرثون دون أخواتهم، وهم الأعمام وبنو الأعمام الأخوة وعصبات المعتق) أما إرث الأعمام من الأبوين أو من الأب، وكذا بنو الأعمام، وكذا بنو الأخوة فلأنهم عصبه، وأما أخواتهن فلأنهن من ذوي الأرحام، وأما عصبات المعتق فإنهم بقوله عليه الصلاة والسلام {الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب} رواه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم، وقال: صحيح الأسناد وأعله البيهقي، وفي رواية {لا يورث} ولام اللحمه تضمن وتفتح، والنسب العصبات دون غيرهم ولو انتقل إلى غيرهم لكان مروثاً فلهذا لا ترث النساء، فإذا ثبت لشخص الولاء فمات انتقل ذلك إلى عصبته. وضابط من يرث بولاء المعتق: هو كل ذكر يكون عصبه للمعتق، فإذا مات العتيق بعد موت المعتق وللمعتق ابن وبنت أو أب وأم أو أخ وأخت ورث الذكر فقط دون الإناث، والله أعلم.

[فرع]: في ميراث الجد مع الأخوة. فإذا اجتمع مع الجد من قبل الأب أخوة وأخوات من الأبوين أو من الأب لأن الأخوة من الأم يسقطون به فتارة يكون معهم ذو فرض، وتارة لا يكون فإن لم يكن معه صاحب فرض فله الأخط من المقاسمة، وثالث جميع المال، ثم إن قاسم كان كآخ وإن أخذ الثلث فالباقي بين الأخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد تستوي له المقاسمة وثالث جميع المال، وقد يكون خيراً له والضابط في ذلك أنه إن كان معه أقل من مثليه فالمقاسمة خير له وإن كان معه مثله استوت المقاسمة، وثالث المال، وإن كان أكثر من مثليه فالثالث خير له، فهم ثلاثة أحوال: الحالة الأولى إذا كان معه أخت أو أختان أو ثلاث أخوات أو أخ أو أخ وأخت فهي خمس صور. الحالة الثانية بأن يكون أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات فهي ثلاث صور. الحالة الثالثة بأن يكون معه أزيد من مثليه كثلاثة أخوات، ونحوه فهنا يأخذ <ص: 30> الثلث لأنه الأخط لأن بالمقاسمة ينقص عنه هذا إذا لم يكن معه صاحب فرض كما ذكرنا، فإن كان معه صاحب فرض وهم ستة يرثون مع الجد والأخوة: البنت وبنت الابن والأم والجدة والزوجة فينظر إن لم يبق بعد الفروض شيء فرض له السدس كما إذا كان في المسألة بنتان وأم وزوج فيفرض للجد السدس ويزاد في العول، وإن بقي السدس فقط فيفرض له السدس كبنتين وأم وإن بقي دون السدس كبنتين وزوج، فيفرض له السدس، وتعال المسألة على هذه التقديرات الثلاثة تسقط الأخوات والأخوة، وإن كان الباقي أكثر من السدس فللجد خير أمور ثلاثة: أما مقاسمة الأخوة والأخوات أو ثلث ما بقي أو سدس جميع المال، وقد علمت أن الجد كأحد الأخوة، فإذا كان معه إخوة أو أخوات لأبوين أو لأب عادل الأخوة للأبوين والأخوة للأب في القسمة، فإذا أخذ الجد حصته، فإن كان الباقي من الأخوة الأبوين ذكوراً فالباقي لهم أو تمحضوا ذكوراً، وتسقط الأخوة للأب وإن لم يكن في الأخوة من الأبوين عصبه بل تمحضوا إناثاً، فإن كن اثنتين فصاعداً أخذن الثلثين فلا يبقى شيء فتسقط الأخوة للأب وإن كانت أختاً واحدة أخذت النصف، فإن بقي شيء فللأخوة للأب ذكوراً كانوا أو إناثاً للذكر مثل حظ الأنثيين. واعلم أن الأخت مع الجد كآخ ولا يفرض لها شيء معه إلا في الأكدرية، وهي زوج وأم وجد وأخت من الأبوين أو من الأب فللزوجة النصف وللأم الثلث وللجد السدس، ويفرض للأخت النصف أصلها من ستة وتعول إلى تسعة، ثم يضم نصيب الأخت إلى نصيب الجد، ويجعل بينهما أثلاثاً، له الثلثان ولها الثلث لأنها لا يمكن أن تفوز بالنصف لثلاث فضل عليه فيضرب مخرج الثلث في المسألة بعولها، وهي تسعة تبلغ سبعة وعشرين: للزوج تسعة، وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية،

وسميت الأكدرية لأمر: منها أنها كدرت <ص: 31> على زيد مذهبه. لأنه لا يعيل مسائل الجد ولا يفرض للأخت معه ولو كان بدل الأخت أخ سقط أو أختان لم تعل المسألة، وكان للزوج النصف وللأم السدس، والباقي للجد والأختين للذكر مثل حظ الأنثيين لأنه لم تنقصه المقاسمة عن السدس والله أعلم. قال:

(فصل): في الوصية. وتجاوز الوصية بالمعلوم والمجهول والموجود والمعدوم) الوصية مأخوذة من وصيت الشيء أوصيه إذا وصلته: فالموصى وصل ما كان له في حياته بما بعد موته. وهي في الشرع تفويض تصرف خاص بعد الموت وكانت في إبتداء الاسلام واجبة بجميع المال للأقربين لقوله تعالى {كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين} ثم نسخت بأية الموارث وبقي استحبابها في الثلث فما دونه في حق غير الوارث، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه} رواه الشيخان وغيرهم، وفي لفظ مسلم {يبيت ثلاث ليال} وأجمع المسلمون على استحبابها. نعم الصدقة. في حال الحياة أفضل للأحاديث المشهورة. إذا عرفت هذا فاعلم أن الوصية لها أركان: أحدها الموصى به، ويشترط فيه كونه غير معصية، فلو أوصى ببناء كنيسة للتعبد أو كتب التواراة وألحق الماوردي بذلك النجوم والفلسفة، وألحق القاضي حسين بذلك كتابة الغزل فإنها محرمة ووجه عدم الصحة: أن الوصية شرعت اجتلاباً للحسنات، واستدراكاً لما فات، وذلك ينافي المقصود، ولو أوصى بمال ليسرج به في الكنائس إن قصد تعظيمها لم يجز، وإن قصد الضوء على من يأوي إليها صح كذا قاله جماعة، وقد ذكرنا في نظيره في الوقف أنه لا يجوز. قال ابن الرفعة: ولا يبعد مجيئه هنا. واعلم أن الممنوع منه في الوصية يمتنع على الحي أيضاً صرف المال إليه، وكل ما يحرم الانتفاع به فلا تصح الوصية به لأن منافع معدومة شرعاً، ولا يشترط في الموصى به أن يكون طاهراً. نعم الشرط كونه يجوز الانتفاع به كالزبل والكلب الذي يجوز اقتناؤه، والزيت <ص: 32> النجس لأن هذه الأمور اختصاصات تنتقل إلى الورثة، فيجوز نقلها إلى الموصى له، بخلاف الكلب العقور والخمر والخنزير لأنه يحرم الانتفاع بها ولا تقر في اليد، ولا يشترط كون الموصى به عيناً، بل تجوز الوصية بالمنافع فتصح الوصية بمنفعة هذا العبد ونحوه، وهذا الدار ونحوها، وتجوز مؤقتة ومؤبدة والاطلاق يقتضي التأييد، ويجوز أن يوصي لزيد بمنفعة دار وآخر برقبتها وكما تجوز الوصية بالمنافع كذلك تجوز بالمجهول كما ذكره الشيخ كالوصية بشاة من شياهه واحدى دوابه، وكذا بالأعيان الغائبة وبما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والعبد الأبق، وكما تجوز الوصية بالمجهول تجوز أيضاً بالمعدوم كالوصية بما تحمله هذه ال ناقة ونحوها أو بما تحمله هذه الأشجار ونحو ذلك، ووجه ذلك بأن المعدوم يجوز أن يملك بالمساقاة والإجارة مع أنهما عقدا معاوضة فيالوصية أولى لأن باب الوصية أوسع من غيره، وقيل لا تصح مطلقاً، وقيل تصح بالثمرة دون الولد، وفرق بينهما بأن الثمرة تحدث بلا صنع بخلاف الولد، وإذا صحت الوصية بالحمل الذي سيحدث فتصح بالحمل الموجود أولى، وشرط استحقاقه تحقق وجوده حال الوصية.

[فرع]: أوصى له بحمل جارية فألقت جنينها بجناية جان فالأرش للموصى له بخلاف البهيمة فإنه لا شيء للموصى له، والفرق أن أرش الجنين بدله: أي بدل الحمل وما وجب في جنين البهيمة بدل ما نقص من قيمة الأم والله أعلم.

[فرع]: قال: أوصيت لك بهذه الدابة وهي ملك غيره أو قال: أوصيت لك بهذا العبد أن ملكته فهل تصح الوصية؟ فيه وجهان: قطع الغزالي بعدم الصحة لأن هذه العين يملك مالکها الوصية بها فلو صححنا الوصية لأدى إلى أن الشئ الواحد يكون محلاً لتصرف اثنين وهو ممتنع. والثاني أنه يصح لأنه إذا صحت الوصية بالمعدوم فبهذا أولى قاله النووي في الروضة، وهذا أفقه وأجرى على قواعد الباب. قلت: وهو الذي جرى عليه الشيخ في التنبية، وأقره النووي في الصحيح والله أعلم. قال:

(وهي من الثلث فإن زاد وقف على إجازة الورثة، ولا تجوز الوصية للوارث إلا أن يجيزها باقي الورثة) تجوز الوصية بثالث المال بعد الدين لأن <ص: 33> البراء بن معمر رضي الله عنه أوصى للنبي صلى الله عليه وسلم بثالث ماله فقبله النبي صلى الله عليه وسلم ورده على ورثته، وسواء كان الموصي عالماً بقدر ماله أو جاهلاً. فإن زاد على الثلث كما إذا أوصى بنصف ماله فهل تصح الوصية؟ وجهان: قيل لا تصح لأنه عليه الصلاة والسلام نهى سعاداً عن الزائد، والنهي يقتضي الفساد، والصحيح الصحة ويوقف على إجازة الورثة. فإن أجازوا صحت في الزائد وإلا بطلت فيه، ووجه الصحة أنها وصية صادفت ملكه، وإنما تعلق بها حق الغير فأشبهه ببيع الشقص المشفوع. ثم الرد والإجازة لا يكونان إلا بعد الموت، إذا لا حق للوارث قبله فأشبهه عفو الشفيع قبل البيع. ولو لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث لأن الأنصاري أعتق ستة أعبد فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعاً. قال الأصحاب: لم يكن له وارث إذ لو كان له وارث لموقفه على إجازتهم، وهل تستحب الوصية بالثلث؟ نظر إن كان ورثته أغنياء إما بمالهم أو بما يحصل من ثلثي التركة استحب أن يستوفي الثلث، وإن كانوا فقراء استحب أن لا يستوفي الثلث لقضية سعد. قال ابن الصباغ: في هذه الحالة يوصي بالربع فما دونه، وقال القاضي أبو الطيب: إن كان ورثته لا يفضل ماله عن غناهم. فالأفضل أن لا يوصي، وأطلق الرافعي النقص عن الثلث لخبر سعد، ولقول علي رضي الله عنه: لأن أوصي بالخمسة أحب إلي أن أوصي بالربع، وبالربع أحب إلي أن أوصي بالثلث، والتفصيل الأول هو الذي جزم به في التنبية، وأقره عليه النووي في التصحيح، وجزم به في شرح مسلم، وحكاه عن الأصحاب والله أعلم. وهل تصح الوصية للوارث؟ فيه خلاف: قيل لا تصح ألبتة لقوله عليه الصلاة والسلام {لا وصية لوارث} وهو حديث حسن صحيح. قاله الترمذي، والأصح الصحة، وتوقف على إجازة الورثة لقوله عليه الصلاة والسلام {لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة} رواه الدارقطني. قال عبدالحق: المشهور أنه منقطع ووصله بعضهم، فعلى الصحيح إجازة الورثة تنفيذ على الصحيح لا يحتاج إلى إيجاب وقبول وتكفي الإجازة والله أعلم. <ص: 34>

[فرع]: الهبة للوارث كالوصية له وكذلك ضمان المدين عنه لأجنبي، وأطلق العراقيون أن الوصية لعبد الوارث كالوصية له والله أعلم.

[فرع]: الاعتبار بكونه وارثاً عند الموت فلو أوصى لأجنبية ثم تزوجها أو لأخ وله ابن فمات الابن فهي وصية لوارث ولو أوصى لأخ ولا ولد له ثم ولد له ولد نفذت الوصية والله أعلم. قال: (وتصح الوصية من كل مالك عاقل لكل متملك أو في سبيل الله) من أركان الوصية الموصي والموصى له: فالموصي إن كان جائز التصرف في ماله جازت وصيته للأخبار، وإن لم يكن جائز التصرف

كالمجنون والمبرسم والمعتوه فلا تصح وصيته لأن صحة الوصية تتعلق بالقول، وقول من هذه صفته ملغى، والبرسام والعته نوعان من اختلال العقل كالمجنون، والصبي غير المميز كالمجنون. وأما المميز فلا تصح أيضاً وصيته وتديبره كاعتاقه وهبته إذ لا عبارة له كالمجنون، وفي السفية خلاف: المذهب صحة وصيته لأنه صحيح العبارة بخلاف الصبي والله أعلم. وقوله [لكل متملك] إشارة إلى الموصى له فالموصى له إن كان جهة عامة فالشرط أن لا تكون جهة معصية سواء أوصى به مسلم أو ذمي، فلو أوصى مسلم ببناء بقعة لبعض المعاصي كما إذا أوصى شخص بشراء بقعة ليقام فيها سماع فقراء الرجس الذي يتضلعون من أموال الظلمة، ويتقربون إلى الله تعالى بالرقص على آله اللهو مع ال أحداث والنساء ويتواجدون بسبب ذلك فهذه الوصية باطلة كما لو أوصى ببناء كنيسة حتى لو حكم بصحة ذلك نقض، وإن كانت الوصية لمعين فينبغي أن يتصور له الملك فلو أوصى بحمل جارية نظر أن قال: أوصيت بحمل فلانة أو بحملها الموجود الآن فلا بد لنفوذ هذه الوصية من شرطين: أحدهما أن يعلم وجوده حال الوصية بأن يفصل لأقل من ستة أشهر: فإن انفصل لسته أشهر فأكثر نظر إن كانت المرأة فراشاً للسيد أو لزوج لم يستحق شيئاً لاحتمال علوقه بعد الوصية وإن لم تكن فراشاً بأن فارقها زوجها أو سيدها قبل الوصية نظر أن كان الانفصال لأكثر من أربع سنين من وقت الوصية لم يستحق شيئاً فلو انفصل لدون ذلك ففيه خلاف، والراجح أنه يستحق لأن الظاهر وجوده، والشرط الثاني: <ص: 35> - أن يفصل حياً فإن انفصل ميتاً فلا شئ له والله أعلم. ولو أوصى في سبيل الله تعالى أو لسبيل الله تعالى صرف إلى الغزاة من أهل الصدقات لأنه المفهوم شرعاً، وأقل من تصرف إليه ثلاثة، ويجوز للمسلم والذمي الوصية لعمارة المسجد الأقصى وغيره من المساجد، وكذا لعمارة قبور الأنبياء والصالحين والعلماء لما في ذلك من إحياء الزيارة والتبرك بها والله أعلم. قال:

(وتجوز الوصية إلى من اجتمعت فيه خمس خصال: الاسلام، والبلوغ، العقل، والحرية، والأمانة) قال الرافي: الوصية مستحبة في رد المظالم وقضاء الديون وتنفيذ الوصايا وأمور الأطفال. قال النووي: هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة والله أعلم. فإذا علم هذا فيشترط في الوصي أمور: أولها الاسلام فلا يجوز أن يوصي المسلم إلى ذمي لأن الوصاية أمانة وولاية فاشترط فيهما الاسلام. الثاني البلوغ فلا يجوز أن يكون الصبي وصياً لأنه ليس من أهل الولاية مولى عليه فكيف يلي أمر غيره، والمجنون كالصبي، ولأنه لا يهتدي إلى التصرف ولأنه عاجز عن التصرف لنفسه فكيف يكون متصرفاً لغيره، وأما اشتراط الحرية فلأن العبد ناقص عن مرتبة الولاية مع اشتغاله بخدمة السيد، ولأنه لا يصلح أن يتصرف في مال ابنه فكيف يصلح أن يكون وصياً كالمجنون، والمدبر، والمكاتب، والمبعض، وأم الولد كذلك، وفي المدبر، والمستولدة خلاف. وأما الأمانة فلا بد منها فيشترط في الوصي العدالة فلا تجوز الوصية إلى فاسق لما فيها من معنى الولاية ومقصودها الأعظم الأمانة فالفاسق غير مأمون. وأهمل الشيخ شروطاً: منها عدم عجزه فلا تجوز الوصية إلى عاجز عن التصرف لهرم أو غيره، ومنها أن تكون له هداية في التصرف فلا يوصي إلي السفية، وهذا هو الصحيح فيهما، ومنها أن لا يكون الوصي عدواً للطفل المفوض إليه أمره، وهذا الشرط ذكره الروياني وآخرون. واعلم أن كل ما يعتبر من الشروط ففي اعتباره أوجه: أصحها حالة

الوت وقيل عند الوصاية والموت جميعاً، وتجاوز الوصية إلى المرأة، وإذا حصلت الشروط في أم الأطفال فهي أولى من غيرها، وتجاوز إلى الأعمى في الأصح. واعلم أن الوصي <ص: 36> إذا علم من نفسه الأمانة والقدرة فالمختار له القبول، وإن عدم ذلك فالمختار له الرد. قاله الروياني في البحر والله أعلم.

[فرع]: إذا أوصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب من الجوانب الأربع على الصحيح وقيل يصرف للملاصق داره، وقال النووي: ويصرف إلى عدد الدور دون عدد سكانها والله أعلم.

[فرع]: إذا أوصى لأعقل الناس في البلد صرف إلى أزهدهم في الدنيا، نص عليه الشافعي ولو أوصى لأجهل الناس حكى الروياني أنه يصرف لعبدة الأوثان، فإن قال: من المسلمين فيصرف إلى من سب الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. وقال المتولي: يصرف إلى الإمامية المنتظرة للقائم وإلى المجسمة. قاله النووي، وقيل يصرف إلى من ارتكب الكبائر من المسلمين لأنه لا شبهة لهم والله أعلم. قلت: وعلى هذا القول أولاهم بالصرف الفقهاء الذي يؤازرون أمراء الجور. لأنهم يقرونهم على أحكام الجاهلية إذ يلزم من السكوت اندراس الشريعة المطهرة مع أن الفرع مشكل والله أعلم.

## {كتاب النكاح}

### وما يتعلق به من الأحكام والقضايا

النكاح في اللغة الضم والجمع، يقال نكحت الأشجار إذا التف بعضها على بعض. وفي الشرع عبارة عن العقد المشهور المشتمل على الأركان والشروط، ويطلق على العقد وعلى الوطاء لغة. قاله الزجاج، وقال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الموطء، وقيل للزوج نكاح لأنه سبب الموطء، قال الفارسي: فرقت العرب بينهما بفرق لطيف فإذا قالوا نكح فلانة أو بنت فلان أو أخته أرادوا عقد عليها، وإذا قالوا نكح إمرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الموطء، وقال الجوهري: النكاح الموطء وقد يكون العقد. واختلف العلماء في أنه حقيقة فيما ذا؟ على أوجه: حكاها القاضي حسين. أحدها أنه حقيقة في الموطء مجاز في العقد، والثاني أنه حقيقة في العقد مجاز في الموطء، وهذا هو <ص: 37> الصحيح، وصححه القاضي أبو الطيب وأطنب في الاستدلال له، وبه قطع المتولي وغيره، وبه جاء القرآن العظيم والسنة قال الله تعالى: {فأنكحوا ما طاب لكم من النساء} وغيرها من الآيات، وقال عليه الصلاة والسلام: {أنكحوا الولود} وغيره من الأحاديث، والثالث أنه حقيقة فيها بلا اشتراك، وقوله [وما يتصل به من الأحكام] الأحكام جمع حكم، والحكم خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين سواء كان طلب فعل كالواجب والمندوب. أو طلب كف كالحرام والمكروه أو كان فيه تخيير كالأباحة وقوله [والقضايا] القضايا جمع قضية، والقضية قول يقال لقائله بأنه صادق فيه أو كاذب والله أعلم. قال:

(والنكاح مستحب لمن احتاج إليه). الأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة وإجماع الأمة. قال الله تعالى {وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم} الآية، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم} ونحوه، ثم الناس ضربان. تائق إلى النكاح، وغير تائق. فالتائق هو الذي عبر الشيخ عنه بأنه محتاج إليه. تارة يجد أهبة النكاح، وتارة لا يجدها. فإن وجد أهبة النكاح يستحب له أن يتزوج. سواء كان متعبداً أو غير متعبد لقوله عليه الصلاة والسلام: {يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه

بالصوم فإنه له وجاء} والباءة في اللغة الجماع، مأخوذ من المباءة، وهي المنزل ثم قيل لعقد النكاح بآئة لأن من نكح امرأة بواها منزله، واختلف في معناها. فقيل المراد بالباءة الجماع، وتقدير الكل ام من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤن النكاح فليتزوج ومن لم يستطع الجماع لعجزه عن المؤونة فليصم ليقطع شر منه كما يقطعه الوجاء. والوجاء بالمد ترضيض الخصية، وقيل إن المراد بالباءة مؤونة النكاح، وفي الحديث الأمر بالنكاح لمن له استطاعة وتاقت نفسه إليه وهو أمر ندب عند الشافعية وكافة العلماء. قاله النووي. وعند <ص: 38> أحمد يلزمه الزواج أو التسري إذا خاف العنت وهو الزنا، وهو وجه لنا، وحجة من قال بعدم الوجوب. قوله عز وجل: {فانكحوا ما طاب لكم من النساء} أناط الحكم باختيارنا واستطابتنا. والواجب ليس كذلك، وأما التائق ولكنه عاجز عن مؤن النكاح مثل الصداق وغيره. فالأولى في حقه عدم الزواج. وبكسر شهوته الصوم للخبر، فإن لم تنكسر به فلا يكسرها بالكافور ونحوه، بل يتزوج فلعل الله أن يغنيه من فضله. الضرب الثاني غير التائق إلى النكاح وله حالتان: الأولى أن يجد أهبة النكاح. فهذا يكره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة، وفي قوله عليه الصلاة والسلام {يا معشر الشباب} إشارة إلى مثل ذلك. الحالة الثانية أن يجد مؤن النكاح، ولكنه غير محتاج إليه. إما لعجزه بجب، أو تعنين، أو كان به مرض دائم ونحوه، فهذا يكره له النكاح، وإن لم يكن به علة وهو واجد الأهبة فهذا لا يكره له النكاح، نعم التخلي للعبادة له أفضل، فإن لم يكن مشغلاً بالعبادة فما الأفضل في حقه؟ فيه خلاف. الراجح أن النكاح أفضل لئلا تفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش والله أعلم. قال:

(ويجوز للحر أن يجمع بين أربع حرائر. والعبد بين اثنتين) يحرم على الرجل الحر أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة، لأن غيلان أسلم على عشرة نسوة، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: {أمسك عليك أربعاً وفارق سائرهن} رواه أبو داود والترمذي وابن حبان وغيرهم، فلو كان يجوز الجمع بين أكثر من أربع نسوة لما أمره بذلك، وأسلم نوفل بن معاوية على خمس، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: {أمسك أربعاً وفارق الأخرى} وأما العبد فلقوله عليه الصلاة والسلام: {لا يتزوج العبد فوق اثنتين} <ص: 39> رواه عبدالحق، ونقله غيره عن إجماع الصحابة والآية مختصة بالأحرار بدليل قوله {أو ما ملكت أيمانكم} والله أعلم.

[فرع]: المبغض إذا اشترى أمة بما ملكه ببعضه الحر، قال في التتمة: ظاهر المذهب المنصوص يحرم وطؤها والله أعلم. قال: (ولا ينكح الحر أمة إلا بشرطين، عدم صداق الحرية وخوف العنت) لا يحل للحر أن ينكح أمة الغير إلا بشروط: الأول والثاني ما ذكره الشيخ. والثالث أن لا يقدر على نكاح حرة مسلمة أو كتابية على الصحيح، فإن قدر على حرة مسلمة أو كتابية لم تحل له الأمة، فإن فقدت الحرية بالكلية أو وجدت، ولكن كان بها مانع، ككونها رتقاء، أو قرناء، أو مجذومة، أو رضية، أو معتدة عن غيره، فله نكاح الأمة على الأصح، وحجة ذلك قوله تعالى {ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات} إلى قوله {ذلك لمن خشى العنت منكم}، فذكر الله تعالى الطول، وذكر المحصنات وهن الحرائر، وذكر العنت. أما الطول فهو الصداق، ولهذا قال جابر رضي الله عنه: {من وجد صداق حر لا ينكح أمة} ومثله عن ابن عباس رضي الله عنهما {فمن وجد صداق حرة في موضعه لم يحل له نكاح الأمة} فلو قدر على صداق حرة لكن به علة لا ترضى به حرة

أصلاً بسببها، فله نكاح الأمة للضرورة، ولو كان قادراً على صدق حرة لكن في غير موضعه بأن كان الصداق في بلدة أخرى، فله نكاح الأمة كما تصرف إليه الزكاة، فقول الشيخ [عدم صداق الحرة] أي في موضعه، ولو رضيت الحرة بلا مهر، أو بمؤجل، وغلب على ظنه قدرته عليه عند الحل، أو بيع منه شئ بالأجل بقدر ما يفي بصداقها، أو وجد من يستأجره بأجرة حالة، أو كان له مسكن، أو خادم يفي ثمنه بالصداق وهو محتاج إليه حلت له الأمة في الأصح ولو وجد من يقرضه المهر حلت له الأمة في الأصح، ولو وهب له مال أو جارية لم يلزمه القبول وحلت له الأمة لكثرة المنة في ذلك، ولو لم يجد إلا حرة لم ترض إلا بأكثر من مهر مثلها <ص: 40> وهو قادر عليه. فقال البيهقي: لا ينكح الأمة نقله الرافعي. قلت: وقال القفال والطبري والله أعلم. ونقل المتولي جوازه والله أعلم. وقال الإمام الغزالي: إن كانت زيادة يعد بذلها إسرافاً حلت الأمة وإلا فلا. قال النووي: قطع آخرون بموافقة المتولي وهو الأصح.

[فرع]: لو كان للشخص ولد يلزمه إعفاف أبيه وبذلك له مهر حرة له لا يحل له نكاح الأمة، وكذا لو وجد دون مهر المثل فقط، ووجد حرة ترضى به لم تحل له الأمة في الأصح والله أعلم. وأما العنت في الأصل فهو المشقة والهلاك، والمراد به هنا الزنا. لأنه سبب مشقة الجلد أو الرجم الذي فيه هلاكه، وليس المراد بخوف الزنا أن يغلب على ظنه الوقوع فيه، بل المراد أن يتوقعه لا على وجه الندور، وليس غير الخائف من علم أن يتجنب الزنا، ولكن غلبة الظن بالتقوى، والإجتنب ينافي الخوف، فمن غلبته شهوته ورق تقواه فهو خائف، ومن ضعفت شهوته، وهو يستبشع الزنا، لدين أو مروءة، أو حياء، فهو غير خائف العنت، وإن غلبت شهوته وقوى تقواه ففيه تردد لإمام الحرمين. والأصح أنه لا يجوز له نكاح الأمة، وبه قطع الغزالي، لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا، وخائف العنت لو قدر على شراء أمة لم يحل له نكاح الأمة في الأصح، ولو كان في ملكه أمة لم يحل له نكاح الأمة والله أعلم. الشرط الرابع في جواز نكاح الأمة أن لا تكون تحته حرة يمكنه الاستمتاع بها، فإن كانت متزوجاً بحرة كذلك، فليس له نكاح الأمة سواء كانت زوجته مسلمة أو كتابية حرة أو أمة لأنه غير خائف العنت. أما لو كانت لا يمكنه الاستمتاع بها لصغرها، أو لهرمها، أو غيبتها، أو جنونها، أو جذامها، أو برصها، أو رتق أو قرن يمنع الإفضاء بها ففيه خلاف، والصحيح الحل لعدم فائدة هذه الزوجة إذ لا تمنع خوف العنت. الشرط الخامس أن تكون الأمة المنكوحة مسلمة لقوله تعالى {فمما ما ملكت أيما نكح} <ص: 41> من فتياتكم المؤمنات}. وأعلم أن سبب منع نكاح الأمة إرقاق الولد لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية والشارع متشوف إلى دفع الرق، فلو كانت الأمة المسلمة لكافر فهل يجوز أم لا؟ وجهان أحدهما لا يجوز، ويشترط كون الأمة لمسلم لئلا يملك الكافر الولد المسلم. والأصح الجواز لحصول الإسلام في الأمة المنكوحة والله أعلم.

[فرع]: للحر المسلم أن يطأ أمتة الكتابية دون المجوسية والوثنية اعتباراً بالنكاح والله أعلم.

[فرع]: من اجتمعت فيه الشروط ليس له نكاح أمة صغيرة لا توطأ على الأصح، لأنه لا يأمن العنت، ومن بعضها حر كالرقيقة فلا ينكحها حر إلا لوجود الشروط، ولو قدر على نكاح المبعوضة فهل يباح له نكاح الرقيقة المحصنة؟ فيه تردد لإمام الحرمين، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاقه كله، وإذا جاء ولد من الأمة المنكوحة فالولد رقيق لمالكها سواء كان الزوج حراً عربياً أو غيره، وفي القديم أن

العرب لا يجري عليهم الرق فيكون ولد العربي على هذا حراً، وهل على الزوج قيمته كالمغرور أم لا شيء عليه؟ لأن السيد حين زوجها عربياً رضي فيه قولان، والحاصل أن شروط نكاح الأمة أربعة: أن لا يجد صداق حرة، وأن يخاف الزنا، وأن لا يكون تحته حرة صالحة للاستمتاع، وأن تكون الأمة مسلمة والله أعلم.

[فرع]: نكح الحر الأمة بالشروط، ثم أيسر ونكح حرة لا يفسخ نكاح الأمة على الصحيح، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء والله أعلم.

[فرع]: نقل الرافعي عن فتاوى القاضي حسين. لو أن الشخص زوج أمته بواجد صداق حرة فأولادها أرقاء لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح والله أعلم. قال:

(ونظر الرجل إلى المرأة على سبعة أضرب. أحدها نظرة إلى أجنبية لغير حاجة فغير جائز) وقال صاحب المنظومة:

ونظر الفحل إلى النساء على ضروب سبعة: فالرأى <ص: 42>  
إن كان قد قيل لأجنبية فامنع لغير حاجة مرضية

والرجل هو البالغ من الذكور، وكذا المرأة هي البالغة من الإناث إن لم يرد بالألف واللام الجنس، ثم إن النظر قد لا تدعو إليه الحاجة وقد تدعو إليه الحاجة. الضرب الأول أن لا تمس إليه الحاجة. فحينئذ يحرم نظر الرجل إلى عورة المرأة الأجنبية مطلقاً، وكذا يحرم إلى وجهها وكفيها إن خاف فتنة، فإن لم يخف ففيه خلاف الصحيح التحريم، قاله الاصطخري وأبو علي الطبري، واختاره الشيخ أبو محمد، وبه قطع الشيخ أبو إسحق الشيرازي والرويانى، ووجهه الإمام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج حاسرات سافرات، وبأن النظر مظنة الفتنة وهو محرك الشهوة فالأليق بمحاسن الشرع سد الباب والاعراض عن تفاصيل الأحوال كما تحرم الخلوة بالأجنبية، ويحتج له بعموم قوله تعالى {قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم} وهل للمراهق النظر؟ وجهان. أحدهما أن نظره كنظر البالغ لظهوره فيه على عورات النساء فعلى هذا المعنى أنه كالبالغ، ويجب على المرأة أن تحتجب عنه كما أنه أيضاً يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً، ويلزم الولي أن يمنعه من النظر كما يلزمه أن يمنعه من الزنا وسائر المحرمات، وأما حكم الممسوح وهو الطواشي، قال الأكثرون: نظره إلى المرأة الأجنبية كنظر الرجل إلى محارمه، وعليه يحمل قوله تعالى {أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال} والثاني أنه كالفحل مع الأجنبية ولأنه يجلب له نكاحها. قال النووي: المختار في تفسير غير أولي الإربة أنه المغفل في عقله الذي لا يكثرث بالنساء أو لا يشتهيهن، كذا قاله ابن عباس وغيره رضي الله عنهم والله أعلم.

واعلم أن من جب ذكره فقط، أو سلت خصيتاه فقط، والعين والشيخ الهرم حكمهم كحكم الفحل على ما قاله الأكثرون، وأما مملوك المرأة وعبدها فهل هو كالمحرم؟ فيه خلاف. قال الرافعي: الأصح نعم، قال النووي: ونص عليه الشافعي وهو ظاهر الكتاب والسنة، وفيه نظر من جهة المعنى والله أعلم.

قلت: صحح النووي في نكت المذهب أنه كالرجل الأجنبي فيحرم عليه النظر، ويجب عليها الاحتجاب منه، كذا صححه ابن الرفعة في المطلب وهو قوي حسن فلتكن الفتوى عليه، والقائلون بالجواز شرطوا أن <ص: 43> يكون العبد ثقة ذكره البغوي، وكذا المرأة قاله الهروي وهو ظاهر متعين، وتسمية بعضهم له بأنه محرم لها فيه تساهل، ولهذا لمسها أو لمستته انتقض وضوءهما قطعاً، والمحرم لا ينتقض وضوءه ولا ينقض وضوءها، فأطلاق المحرمية مع



ذلك ممنوع والله أعلم. وهذا الذي ذكرناه من نظر الرجل إلى المرأة هو فيما إذا كانت حرة، وأما إذا كانت المرأة أمة فما الذي ينظره منها؟ فيه أوجه قال الرافعي: أصحابها فيما ذكره البغوي، والرويانى يحرم النظر إلى ما بين سرتها وركبتها وفيما سواه يكره، والثاني يحرم ما لا يبدو حال الخدمة دون غيره، والثالث أنها كالحرة، وهذا غريب لا يكاد يوجد لغير الغزالي انتهى. قال النووي: قد صرح العمراني وغيره بأن الأمة كالحرة، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين، وهو أرجح دليلاً والله أعلم. قلت: ينبغي أن يفصل، فيقال إن كانت الأمة شوهاء، فالمتجه ما قاله الرافعي، وإن كانت جميلة كبعض جوارى الترك، فالصواب الجزم بالتحريم، فإن بعض الجوارى لها حسن تام والبعض بالعكس، والمعنى المحرم للنظر الجمال، لأنه مظنة الافتتان والله أعلم، ولو كانت الحرة عجوزاً فالحقها الغزالي بالشابة قال: لأن الشهوة لا تنضبط وهي محل الوطاء، وقال الرويانى: إن بلغت مبلغاً يؤمن الافتتان بالنظر إليها جاز النظر إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى: {والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً} الآية.

[فرع]: ما حكم الصغيرة؟ حكى الرافعي في النظر إليها وجهان، وقال: الأصح الجواز، ولا فرق بين عورتها وغيرها غير أنه لا ينظر إلى الفرج. قال النووي: جزم الرافعي بأنه ينظر إلى فرج الصغيرة، ونقل صاحب العدة الاتفاق على هذا وليس كذلك، بل قطع القاضي حسين بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي لا تشتهي والصغير، وقطع به في الصغير المروزي، وذكر المتولي فيه وجهين، والصحيح الجواز لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس والله أعلم.

[فرع]: ما حكم نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي؟ فيه أوجه: أصحابها عند الرافعي أنها تنظر إلى جميع بدنه إلا ما بين سرتها وركبته. الثاني لا ترى منه إلا ما يرى منها <ص: 44> قال النووي وهذا هو الأصح عند جماعة، وقطع به صاحب المهذب وغيره لقوله تعالى {وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن} ولقوله صلى الله عليه وسلم: {أفعمياوان أنتما ألستما تبصرانه} الحديث وهو حديث حسن والله أعلم. قال:

(والثاني نظر إلى زوجته وأمته، فيجوز أن ينظر إلي ما عدا الفرج منهما) يجوز للرجل أن ينظر إلى جميع بدن زوجته، لأنه يجوز له الاستمتاع بها، نعم في النظر إلى فرجها وجه أنه يحرم لقوله صلى الله عليه وسلم: {النظر إلى الفرج يورث الطمس} أي العمى، وقال في العدة: يولد الولد أعمى، ومنهم من قال يورث العمى للناظر. والحديث قال ابن الصلاح فيه: ابن عدي والبيهقي روياه بإسناد جيد، والصحيح أنه لا يحرم النظر إلى الفرج، لأنه يجوز له الاستمتاع به، بل هو محل الاستمتاع الأعظم، فالنظر أولى والخبر إن صح فمحمول على الكراهة، والنظر إلى باطن الفرج أشد كراهة، ولهذا يكره للإنسان أن ينظر إلى فرجه لغير حاجة، ونظر السيد إلى أمته التي يجوز له الاستمتاع بها كنظر الزوج إلى زوجته، سواء كانت قنة أو مدبرة أو مستولدة أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن، وإن كانت مزوجة أو مكاتبه أو مشتركة بينه وبين غيره أو مجوسية أو وثنية أو مرتدة حرم نظره إلى ما بين سرتها وركبتها، ولا يحرم ما زاد على الصحيح. وأعلم أن نظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها، وقيل يجوز نظرها إلى فرجه قطعاً، ونظر الأمة إلى سيدها كنظره إليها والله أعلم. قال:

(والثالث نظره إلى ذوات محارمه أو أمته المزوجة فيجوز أن ينظر فيما عدا ما بين السرة والركبة) الرجل لا ينظر من محرمه ما بين سرتها وركبتها قطعاً لأنه عورة، وهل له النظر إلى غير ذلك من بدنها؟ المذهب نعم لقوله تعالى {ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن} الآية، ولأن المحرمية معنى توجب حرمة المناكحة فيكونان كالرجلين، ألا ترى أنه لا ينتقض وضوؤه بلمسها في الأظهر وسواء في ذلك المحرم بنسب أو مصاهرة أو رضاع على الصحيح، وقيل لا ينظر من محارمه إلا ما يبدو عند المهنة وهي الخدمة. وهل الثدي مما يبدو عند المهنة؟ فيه <ص: 45> وجهان. وكما يجوز للمحرم النظر يجوز له الخلوة بمحرمه، والمسافرة بها، وحكم الأمة قد مر والله أعلم.

(فروع) الأول. نظر إلى الرجل جائز في جميع البدن إلا ما بين السرة والركبة عند أمن الفتنة. فإن خشى الافتتان به حرم، وكذا يحرم النظر إلى المحارم بشهوة بلا خلاف وكذا يحرم النظر إلى الأورد بشهوة بلا خلاف، وهو أولى بالتحريم من النظر إلى النساء، وهذا لو لم يكن بشهوة ولم يخف من النظر فتنة. قال الرافعي: لا يحرم، فإن لم تكن شهوة وخاف الفتنة حرم على الصحيح وهو قول الأكثرين، قال النووي في غير موضع من شرح المهذب: الصحيح تحريم النظر إلى الأمر مطلقاً، ونص عليه الشافعي. ومعنى مطلقاً: أي سواء كان بشهوة أو بغير شهوة، نعم شرط في الرياض أن يكون حسناً والله أعلم. قلت: الحسن أمر نسبي يختلف باختلاف الطباع، ولا شك أن الأورد مظنة الفتنة كما أن المرأة كذلك، وإذا كانت الحكمة غير منضبطة فالقاعدة إلغاؤها وإناطة الحكم بما ينضبط، ألا ترى أن المشقة في السفر هي الحكمة في جواز القصر، فلما لم تكن منضبطة ألغيناها وأنطنا الحكم بالمظنة وهو السفر فكذلك ههنا، فالوجه المنع مطلقاً، وكذا أطلقه غير واحد من الأصحاب، بل نص الشافعي إطلاقه والله أعلم.

الفرع الثاني: إن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل، وهذا في نظر المسلمة إلى المسلمة، وأما نظر الذمية إلى المسلمة ففيه خلاف قال الغزالي: الأصح أنها كالمسلمة، وقال البغوي: الصحيح المنع، فعلى هذا لا تدخل مع المسلمات إلى الحمام، وما الذي ترى من المسلمة؟ قيل ترى ما يرى الرجل، وقيل ما يبدو عند المهنة. قال الرافعي: وهذا ما أشبهه. قال النووي: الصحيح ما صحه البغوي. وسائر الكافرات كالذمية في هذا. ذكره العمراني والله أعلم. قلت: واحتج البغوي لما قاله بقوله تعالى: {أو نسائهن} وليست الكافرات من نسائهن أي من نساء المؤمنات، بل قال الإمام العلامة الشيخ عز الدين بن عبد السلام: إن المرأة الفاسقة في ذلك حكمها حكم الذمية، فيجب على ولاة الأمور منع الذميات والفاسقات من دخول الحمامات مع المحصنات من المؤمنات، فإن تعذر ذلك لقلّة مبالاة ولاة الأمور بإنكار ذلك فليحترز <ص: 46> المؤمنة الحرة عن الكافرة والفاسقة. الفرع الثالث أنه كل ما لا يجوز النظر إليه متصلاً كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وقلامه ظفر رجلها وشعر عانة الرجل وما أشبه ذلك، فيحرم النظر إليه بعد الانفصال على الصحيح، فينبغي لمن حلق عانته، وكذا المرأة الحرة إن مشطت رأسها أن يواريا ذلك. واعلم أنه حيث حرم النظر حرم المس بطريق الأولى لأنه أبلغ لذة، فيحرم على الرجل مس فخذ الرجل بلا حائل، فإن كان من فوق حائل وخاف فتنة حرم أيضاً وقد يحرم المس وإن لم يحرم النظر فيحرم مس المحارم حتى يحرم على الشخص مس بطن أمه وظهرها، وكذلك يحرم عليه أن يكبس ساقها ورجلها، وكذا

يحرم تقبيل وجهها، قاله القفال. وكذا لا يجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أخته أن تكبس رجله ولهذا قال القاضي حسين: العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات الحرام والله أعلم. الفرع الرابع: يحرم على الرجل أن يضاجع الرجل، وكذا يحرم على المرأة أن تضاجع المرأة في فراش واحد، وإن كان كل واحد منهما في جانب الفراش، كذا أطلقه الرافعي، وتبعه النووي على ذلك في الروضة، وقيد النووي التحريم في شرح مسلم بما إذا كانا عازبين، وهذا القيد صرح به القاضي حسين والهروي وغيرهما، وقد ورد في بعض الروايات ذلك وإذا بلغ الصبي والصبية عشر سنين وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المصنع للنصوص الواردة في ذلك والله أعلم. قال:

(والرابع النظر لأجل النكاح، فيجوز إلى الوجه والفكين) تقدم أن النظر قد لا تدعو إليه الحاجة، وقد تمس الحاجة إليه وقد مضى الضرب الأول. الضرب الثاني ما تمس الحاجة إليه والحاجة أمور: منها قصد النكاح، فإذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة ورغب في نكاحها فلا شك في جواز النظر إليها، وهل يستحب لئلا يندم لأن النكاح يراد به الدوام أو يباح؟ الصحيح أنه يستحب لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة {انظر فإنه أحرى أن يؤدم بينكما} رواه النسائي وابن ماجه، وحسنه الترمذي، وصححه ابن حبان والحاكم، وقال: إنه <ص: 47> على شرط الشيخين. وغيره من الأخبار، ويجوز تكرير النظر ليتبين له، وسواء نظر بإذنها أو بغير إذنها، فإن لم يتيسر له بعث امرأة تتأملها وتصفها له لأن عليه الصلاة والسلام بعث أم سليم إلى امرأة وقال: {انظري إلى عرقوبها وشمي معاطفها} والمرأة أيضاً إذا رغبت في نكاح رجل تنظر إليه فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها قاله عمر رضي الله عنه. ثم المنظور إليه الوجه، والكفان ظهراً وبطناً، ولا ينظر إلى غير ذلك، وفي وجه ينظر إليها كنظر الرجل إلى الرجل، وهذا النظر مباح وإن خافا فتنة لغرض التزويج، ووقت النظر بعد العزم على نكاحها وقيل الخطبة لئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها، هذا هو الصحيح، وقيل ينظر حين يأذن في عقد نكاحها، وقيل عند ركون كل واحد إلى صاحبه وإذا نظر ولم تع جبهه فليسكت ولا يقول: إني لا أريدها لأنه إيذاء والله أعلم. قال:

(والخامس النظر للمداواة فيجوز إلى المواضع التي يحتاج إليها) من مواضع الحاجة النظر إلى المرأة الأجنبية لاحتياجها إلى الفصد والحجامة ومعالجة العلة لأن أم سلمة رضي الله عنها استأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحجامة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا طيبة أن يحجمها. رواه مسلم، وليكن ذلك بحضرة محرم أو زوج خشية الخلوة بشرط أن لا تكون هناك امرأة تعالجها، وكذلك يشترط في معالجة المرأة الرجل أن لا يكون هناك رجل. قاله الزبيدي والرويانى. قال النووي: وهو الأصح وبه قطع القاضي حسين والمتولي قالا: والأولى أن لا يكون ذمياً مع وجود مسلم. واعلم أن أصل الحاجة كاف في النظر إلى الوجه واليدين وفي النظر إلى بقية الأعضاء يعتبر تأكيد الحاجة وفي النظر إلى السوءتين يعتبر مزيد تأكيد الحاجة، قال الغزالي: وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعد التكشف بسببها هتكاً للمروءة وتعذراً في العادة والله أعلم. قال:

(والسادس النظر للشهادة والمعاملة، فيجوز إلى الوجه خاصة) من مواضع الحاجة جواز النظر إلى ثدي المرأة المرضعة لأجل الشهادة على الرضاع، وكذا النظر إلى فرجها لأجل الشهادة على الولادة، وكذا النظر إلى فرج الزانين لأجل <ص: 48>. الشهادة

عليهما لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، وقيل لا يجوز كل ذلك لأن الزنا مندوب إلى ستره، والولادة والرضاع بشهادة النساء مقبولة فيهما والصحيح الأول لأنه بالزنا هتك حرمة الشرع، فجاز أن تهتك حرمة، وأما الرضاع والولادة ففي الجواب عنهما وقفة، وكما يجوز النظر لهذه الأمور كذا يجوز النظر لأجل المعاملة لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك، وتقييد الشيخ بالوجه فقط لأن الحاجة به تندفع والباقي ممنوع منه فبقي على أصله والله أعلم. قال:

(والسابع النظر إلى الأمة عند ابتياعها، فيجوز إلى الموضع الذي يحتاج إليه في تقليبها) من مواضع الحاجة النظر لأجل الشراء، وقد ذكرناه في البيع فراجع، والله أعلم. قال

(فصل): ولا يصح عقد النكاح إلا بولي ذكر وشاهدي عدل، ويفتقر الولي والشاهدان إلى ستة شروط) الولي أحد أركان النكاح فلا يصح إلا بولي لقوله تعالى {فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن} نزلت في معقل بن يسار حين حلف أن لا يزوج أخته من مطلقها، وهو في البخاري. فلو كان للمرأة أن تعقد لما نهى عن عضلها، ولقوله صلى الله عليه وسلم: {لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل} رواه ابن حبان في صحيحه، وقال: لا يصح في ذكر الشاهدين غيره، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: {لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج نفسها: وكنا نقول، التي تزوج نفسها هي الزانية} رواه الدارقطني بإسناده على شرط الصحيح، وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات} رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي، وقال: إنه حسن وابن حبان والحاكم، وقال: صحيح على شرط الشيخين، وقال ابن معين: إنه أصح ما في الباب. وقوله [ذكر] احتراز به عن الخنثى والمرأة، فلا تصح عبارة المرأة في النكاح إيجاباً وقبولاً فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بغير إذنه ولا غيرها لا بول أية ولا بوكالة للأخبار، ثم شرط الولي والشاهدين ما ذكره والله أعلم. <ص: 49>

[فرع]: روى يونس بن عبد الأعلى أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها فولت أمرها رجلاً حتى زوجها جاز لأن هذا من قبيل التحكيم والمحكم يقوم مقام الحاكم. قال النووي: ذكر الماوردي فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم ثلاثة أوجه: أحدها لا تزوج. والثاني تزوج نفسها للضرورة. والثالث تولي أمرها رجلاً يزوجه، وحكى الشاشي أن صاحب المذهب كان يقول في هذا: تحكم فقيهاً مجتهداً، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناء على الأظهر في جوازه في النكاح، ولكن شرط المحكم أن يكون صالحاً للقضاء، وهذا يعسر في مثل هذه الحال، والذي نختاره صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس وهو ثقة والله أعلم. قال:

(الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورة والعدالة إلا أنه لا يفتقر نكاح الذمية إلى إسلام الولي ولا نكاح الأمة إلى عدالة السيد) لا يجوز أن يكون ولي المسلمة كافراً. قال الله تعالى: {والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض} فالكافر ليس بناصر لها لاختلاف الدين، ف لا يكون ولياً، وكذا أيضاً لا يجوز لمسلم أن يكون ولياً لكافرة لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض} فقطع سبحانه وتعالى الموالاة بين المؤمنين والكافرين، وهذا هو المذهب، ويؤخذ من الآية ولاية الكافر للكافرة كما ذكره الشيخ في قوله، إلا أنه لا يفتقر نكاح الذمية إلى

إسلام الولي، وهو كذلك على الصحيح، ولا بد أن يكون عدلاً في دينه، فلو كان يرتكب المحرمات. قال الرافعي: فتزويجه إياها كتزويج المسلم الفاسق ابنته، وقال الحلبي: إن الكافر لا يلي التزويج، وإن المسلم إذا أراد أن يتزوج بدمية زوجة القاضي، والصحيح أن الكافر يلي للآية، ثم شرط هذا أن لا يكون المولي قاضياً. فإن كان ولي الدمية قاضياً فلا يجوز للمسلم أن يقبل نكاحها من قاضيهم على المذهب. واعلم أنه يستثنى من قولنا <ص: 50> - إن المسلم لا يلي الكافرة السلطان فإنه يزوج نساء أهل الذمة إذا لم يكن لهن ولي نسب ويتولى السلطان أمرهم بالولاية العامة. وقوله [والبوغ والعقل] احترز به عن الصبي والمجنون فلا يجوز أن يكون الصبي والمجنون وليين لأنه مولى عليهما لاختلال نظرهما في مصلحتهما، فكيف يكونان وليين لغيرهما، ثم هذا في الجنون المطبق، أما المتقطع ففيه خلاف، والصحيح أيضاً أنه كالمطبق، فعلى هذا تنتقل الولاية إلى الأبعد لا إلى القاضي، ويزوج يوم جنونه دون يوم إفاقته. واعلم أن اختلال العقل لهرم أو خبل أو عارض يمنع الولاية أيضاً وينقلها إلى الأبعد، وكذا الحجر بالسفه على المذهب لاختلال نظره في حق نفسه، فغيره أولى، ولهذا ولي عليه فأشبهه الصبي، وفي معنى ذلك كثرة الأسقام والآلام الشاغلة عن معرفة مواضع النظر والمصلحة فتنتقل الولاية إلى الأبعد. نص عليه الشافعي رضي الله عنه وتبعه عليه الأصحاب رضي الله عنهم، وأما الإغماء فإن كان لا يدوم غالباً فهو كالنوم ينتظر إفاقته وإن كان يدوم يومين أو ثلاثة فقبل كالجنون، والصحيح المنع، فعلى هذا قال البغوي وغيره: ينتظر إفاقته كالنائم، وجزم به في المحرر والله أعلم. وقوله [والحرية] احترز به عن الرق، فلا يجوز أن يكون العبد ولياً لأنه لا يلي على نفسه فكيف يزوج غيره، نعم ولو وكله غيره في قبول نكاح، فإن كان باذن سيده صح قطعاً، وإن كان بغير إذن السيد جاز أيضاً على الأصح، وهل يجوز أن يكون وكيلاً في جانب الإيجاب؟ قيل نعم كما يجوز أن يكون وكيلاً في جانب القبول، والصحيح عند الجمهور المنع، والفرق أن جانب الإيجاب ولاية وهو غير أهل للولاية. وقوله [والذكورة] احترز به عن غيرها فلا تكون المرأة والخنثى وليين للأخبار السابقة. وقوله [والعدالة] احترز به عن غيرها فالفاسق هل يلي تزويج موليته؟ فيه خلاف منتشر: المذهب أنه لا يلي كولاية المال، ولقوله صلى الله عليه وسلم: {لا نكاح إلا بولي مرشد} أي رشيد لأن الفسق يقدر في الشاهد فكذا في المولي كالرق ويستثنى من هذا السيد فإنه يزوج أمته ولو كان فاسقاً لأنه يزوج بالملك على الأصح لا بالولاية. واعلم أن الرافعي قال: إن أكثر المتأخرين أفتى بأن الفاسق يلي لا سيما الخراسانيون، واختاره الروباني قال النووي: وسئل الغزالي في ولاية الفاسق فقال: إنه لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما نفسقه به ولي وإلا فلا. قال النووي: وهذا الذي قاله حسن، <ص: 51> فينبغي أن يكون العمل به والله أعلم.

[فرع]: إذا فرعنا على أن الفسق يسلب الولاية فلو تاب، قال البغوي: يزوج في الحال، وقال الرافعي: القياس الظاهر، وهو المذكور في الشهادات أنه لا بد من استبرائه لعود ولايته حيث يعتبر الشهادة والله أعلم.

[فرع]: يجوز للأعمى أن يتزوج بلا خلاف، وله أن يزوج على الأصح، وأما الأخرس فإن كان له كتابة أو إشارة مفهومة ففيه الخلاف في الأعمى وإلا فلا ولاية له والله أعلم. واعلم أن هذه الشروط كما تعتبر في الولي كذلك تعتبر في الشاهدين، فلا يصح عقد النكاح إلا بحضرة شاهدين مسلمين وإن كانت الزوجة ذمية

مكلفين حرين ذكرين عدلين، يعني في الظاهر، ويشترط مع ذلك أن يكونا ممن تقبل شهادتهما لكل واحد من الزوجين وعليه، وأن يكونا سميعين بصيرين عارفين بلسان المتعاقدين متيقظين فلا ينعقد بحضرة المغفل الذي لا يضبط، وحجة ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: {لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل} والمعنى في ذلك الاحتياط للأبضاع وصيانة النكاح عن الجحود، ولحفظ الأنساب، فلو عقد بحضرة الفاسقين كشهود قضاة الرشا وشهود الظلمة وشبههم فالنكاح باطل كما لو عقد بحضرة كافرين أو عبيدين فينبغي أن يتنبه لمثل ذلك، ويتحرى مرید النكاح شهوداً عدولاً كما جاء في التنزيل وأخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم والله أعلم.

[فرع]: يشترط في صحة عقد النكاح حضور أربعة: ولي وزوج وشاهدي عدل ويجوز أن يوكل الولي والزوج، فلو وكل الولي والزوج أو أحدهما أو حضر الولي ووكي له وعقد الوكيل لم يصح النكاح لأن الوكيل نائب الولي والله أعلم. قال:

(وأولى الولاية الأب ثم الجد أبو الأب ثم الأخ للأب والأم ثم الأخ للأب ثم ابن الأخ للأب والأم ثم ابن الأخ للأب ثم العم ثم ابنه على هذا الترتيب) أولى الولاية الأب لأن من عداه يدلي به ثم الجد: أي أبو الأب وإن علا لأن له ولاية وعصوبة، فقدم على العاصب فقط، ثم الأخ من الأبوين <ص: 52> أو من الأب ثم ابنه وإن سفل لدلائهم بالأب ثم العم لأبوين أو لأب ثم ابنه وإن سفل ثم سائر العصبات والترتيب في التزويج كالترتيب في الإرث إلا في الجد فإنه يقدم على الأخ هنا بخلاف الإرث وإلا في الابن فإنه لا يزوج بالبنوة وإن قدم في الإرث، ووجه عدم ولايته في النكاح أنه لا مشاركة بينه وبين الأم في النسب فلا يعتني بدفع العار عنه فلو شارك الأم في النسب كإبن هو ابن ابن عمها فله الولاية بذلك لا بالبنوة، وكذا إذا كان معتقاً أو قاضياً أو ولدت قرابة من وطء الشبهة، بأن كان ابنها أختها أو ابن أخيها أو ابن عمها، ولا تمنعه البنوة التزويج بالجهة الأخرى والله أعلم. قال:

(فإن عدمت العصبات فالمولى المعتقد ثم عصبته) أي الرجل ثم عصبه المولى، وهكذا على ترتيب الإرث لقوله عليه الصلاة والسلام: {الولاء لحمه كلحمه النسب} فإن كان المعتقد امرأة فالأصح أن يزوجه من يزوج المعتقدة لكن برضا العتيقة، ولا يشترط رضا المعتقدة، بكسر التاء على الأصح وأما بعد موت المعتقدة، فيزوج من له الولاء، فيقدم ابن المعتقدة، وفي وجه تبقى ولاية الأب والله أعلم.

[فرع]: تزوج عتيق بحرة الأصل، فأتت بابنة زوجها بعض العصبات الحاكم، وقيل مولى الأب والله أعلم.

[فرع]: لو خلف المعتقد ابنين قال ابن الحداد: يزوجهما كل منهما على الانفراد كالنسب والله أعلم.

(ثم الحاكم) أي حاكم الموضوع الذي هي فيه لقوله عليه الصلاة والسلام: {السلطان ولي من لا ولي له} فلو أذنت لحاكم بلد آخر لم يصح قاله الغزالي والله أعلم.

[فرع]: هذا الترتيب الذي ذكرناه في الأولياء معتبر في صحة النكاح، فلا يزوج أحد وهناك من هو أقرب منه لأنه حق مستحق بالتعصيب فأشبهه الإرث، فلو زوج أحد منهم على خلاف الترتيب المذكور لم يصح النكاح والله أعلم. قال <ص: 53>

(ولا يجوز أن يصرح بخطبة معتدة ويجوز أن يعرض نكاحها قبل انقضاء العدة) الخطبة بكسر الخاء هي التماس النكاح، ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح والعدة جازت خطبتها تصریحاً وتعريضاً قطعاً، وإن كانت مزوجة حرمت قطعاً، وإن كانت معتدة حرم

التصريح بخطبتها، وأما التعريض فإن كانت رجعية حرم التعريض، لأنها زوجة، وإن كانت في عدة الوفاء وما في معناها كالبائن والمفسوخ نكاحها فلا يحرم التعريض لقوله تعالى: {ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء} لأن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها فبت طلاقها، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: {إذا حلت فأذنيني} وفرق بين التصريح والتعريض بأنه إذا صرح تحققت الرغبة فيها، وربما كذبت في انقضاء العدة لغلبة الشهوة أو غيرها، وفي التعريض لا يتحقق ذلك، وهذا الفرق يصح فيما إذا كانت عدتها بالإقراء دون الأشهر مع أن الصحيح أنه لا فرق بين العدة بالإقراء أو بالأشهر، ثم ألقاظ التصريح ما كان نصاً في إرادة التزويج، نحو: أريد أن أنكحك، وإذا حلت نكحتك، والتعريض ما يحتمل الرغبة وعدمها كقوله: رب راغب فيك، وإذا حلت فأذنيني، ومن يجد مثلك، ونحو ذلك ثم هذا كله فيما إذا خطبها غير صاحب العدة، أما صاحبها الذي يحل له نكاحها فيها فله التصريح بخطبتها والله أعلم. قال:

(والنساء على ضربين: ثيبات وأبكار، فالبكر يجوز للأب والجد إجبارها على النكاح، والثيب لا يجوز تزويجها إلا بعد بلوغها وإذنها) قد تقدم لك ترتيب الأولياء من النسب وغيره، ولا شك أن أقوى أسباب الولاية الأبوة ثم الجدوة لكمال شفقتهما، فلهذا كان للأب والجد تزويج البكر من كفاء بغير إذنها، صغيرة كانت أو كبيرة بمهر المثل لقوله عليه الصلاة والسلام: {الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صمته} رواه مسلم، وفي رواية {وإذنها سكوتها} والإجبار منوط بالكبارة لا بالصغر عندنا لأبي حنيفة، ثم هذا إذا لم يكن بين الأب والجد عداوة ظاهرة فإن كان ففي جواز إجبارها وجهان. <ص: 54> قال ابن كج، وابن المرزبان: ليس له إجبارها. وعلى ذلك جرى الرافعي والنووي، قال الحناطي: ويحتمل الجواز. قلت: جزم الماوردي والرويانى ببقائه على ولايته وأوردا على أنفسهما بأن الأب إذا كان عدواً، ووضعها تحت غير كفاء، وأجابا بأن خوف العار يرشد إلى دفع هذا التوهم والله أعلم. ويستحب أن تستأذن البالغة للخير، ولو أقر الأب أو الجد بالنكاح حيث له الإجبار قبل على الأصح لأنه يقدر على الإنشاء ومن قدر على الإنشاء قدر على الإقرار، وفي وجه لا يقبل حتى تشاهده البالغة، ولو استأذنها في دون مهر المثل فسكتت لم يكف أو في أن يزوجه بغير كفاء فسكتت كفى في أصح الوجهين، وإن زوج غير الأب والجد، فلا بد من إذن البكر بعد البلوغ، ويكفي السكوت على الأصح لعموم الخبر، ثم حيث يكفي السكوت فسواء ضحكت أو بكيت إلا أن تبكي بصياح أو ضرب خد فلا يكفي ولا يكون رضا والله أعلم.

وأما الثيب أي العاقلة، فلا يجوز تزويجها إلا بإذنها بعد البلوغ، وإذنها النطق صلى الله عليه وسلم: {الثيب تستنطق} ولا استنطاق إلا بعد البلوغ بالإجماع فإن كانت مجنونة أو صغيرة جاز للأب والجد تزويجها لا لغيرهما لأن الجنون إذا انضم إلى الصغر تأكدت الولاية، وليس لها حالة تستأذن فيها، ولهما ولاية الإجبار في الجملة فاقتضت المصلحة تزويجها، ويكفي ظهور المصلحة وإن لم يكن بها حاجة إلى النكاح لأن النكاح يفيد المهر والنفقة، هذا هو الصحيح، وقيل لا تزوج الثيب الصغيرة المجنونة، ولو كانت كبيرة وقد بلغت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها، وكذا يجوز للحاكم عند عدم الأب والجد، وإن كان لها قريب من أخ وغيره، هذا هو الصحيح لأن ولايته عامة وله ولاية على مالها ويرجى شفاؤها وبهذا فارقت الصغيرة، وقيل يزوجها القريب كالأخ، وهل يلزمه مراجعة أقاربها أو يستحب؟ وجهان، ثم الحاكم إنما يزوجهما بظهور الحاجة بأن تظهر مخايل شهوتها، أو

لقول الأطباء إن شفاءها يتوقع به فيجب حينئذ، وقال ابن الصباغ: لا يزوجه الحاكم إلا إذا قال الأطباء إن شفاءها فيه فلو انتفى ذلك فزوج لأحل النفقة أو لمصلحة أخرى لم يجز في الأصح لأن تزويجها يقع إجباراً، وغير الأب والجد لا يجبر، وقيل يجوز كما يزوج الأب للمصلحة، أما إذا بلغت عاقلة ثم جنت فهل <ص: 55> للأب والجد تزويجها؟ إذا قلنا لا تعود ولاية المال إليهما وجهان أصحهما نعم، وفي التتمة يزوجه الأب بلا خلاف والصحيح أنه تعود ولاية من له ولاية بالجنون، ولا يلي القاضي فعلى هذا الأب والجد يزوج لا محالة. وقول الشيخ [والثيب لا تزوج إلا بعد بلوغها وإذنها] تستثنى الصغيرة والمجنونة الثيب على ما تقدم والله أعلم. وأعلم أن البكارة تزول بوطء حلال أو شبهة أو زنا، وفي القديم أن الزانية حكمها حكم البكر وهو ضعيف، ولو حصلت الثبوة بالسقطة أو بأصبع أو حدة الطمث، وهو الحيض أو طول التعيس، وهو بقاؤها زماناً بعد أن بلغت حد التزويج ولم تزوج فالصحيح أنها كالأبكار، ولو وطئت مكرهة أو نائمة أو مجنونة فالأصح أنها كالثيب، فلا بد من نطقها، وقيل كالبكر قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكارة فهي بكر والله أعلم.

[فرع]: ادعت المرأة البكارة أو الثبوة فقطع الصيمري والماوردي بأن القول قولها ولا يكشف حالها لأنها أعلم، قال الماوردي: ولا تسأل عن الوطء، ولا يشترط أن يكون لها زوج قال الشاشي: وفي هذا نظر لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها فله أن يسألها فإن اتهمها حلفها. قلت: طبع النساء نزاع إلى ادعاء نفي ما يجر إلى العار فينبغي مراجعة القوابل في ذلك وإن كان الأصل البكارة لأن الزمان قد كثر فساده، فلا بد من مراجعة القوابل، ولا يكفي السكوت احتياطاً للأبضاع والأنساب والله أعلم.

[فرع]: في أصل الروضة أقرت لمزوج وأقر وليها المقبول إقراره لآخر، فهل المقبول إقرارها أو إقراره؟ فيه وجهان بلا ترجيح والله أعلم. قلت: وفي الكفاية لابن الرفعة إذا أقرت المرأة بالنكاح وصدقها الزوج قبل على الجديد، فعلى هذا لا يكفي الاطلاق على الأصح، فلا بد أن تقول: زوجني وليي بعدلين ورضاي حيث يعتبر، وكذا لو ادعى الزوج، فهل يشترط عدم تكذيب الولي والشهود لها؟ فيه أوجه أصحها لا، ثم قال: فإذا قبلنا إقرارها وإن كذبها الولي فلو أقرت لشخص وأقر المجرى لآخر فهل يقبل إقراره أم إقرارها؟ وجهان، وحكى الإمام عن الأصحاب تردداً في قبول إقرار البكر ومعها مجبر ورجح عدم القبول انتهى ملخصاً والله أعلم. قال:

(والمحرمات بالنص أربع عشرة: سبع من جهة النسب، وهن الأم <ص: 56> - وإن علت، والبنات وإن سلفت، والأخت والعممة والخالة وبنات الأخ وبنات الأخت) أعلم أن أسباب الحرمة المؤبدة للنكاح ثلاثة: قرابة، ورضاع، ومصاهرة. السبب الأول القرابة، ويحرم بها سبع كما ذكرهن الشيخ لقوله تعالى: {حرمت عليكم أمهاتكم} إلى قوله، {وبنات الأخت} فهؤلاء محرمات بالنص ولا تحرم بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات قرين أم بعدن عكس السابقات. قال الأستاذ أبو منصور: ويحرم نساء القرابة إلا من دخلت في اسم ولد العمومة أو ولد الخؤولة والله أعلم. قال:

(واثنتان بالرضاع: وهما المرضعة والأخت من الرضاع) هذا هو السبب الثاني من المحرم، وهو الرضاعة لقوله تعالى: {وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة} وأعلم أن كل ما حرم بالنسب حرم بالرضاعة كما ذكره الشيخ بعد لقوله صلى الله عليه وسلم: {يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب} رواه الشيخان، وفي



رواية ما يحرم من الولادة و يستثنى من ذلك صور. منها أم أخيك أو أختك من الرضاع فإنها قد لا تحرم كما إذا أرضعت أجنبية أخاك أو أختك، فإنها لا تحرم عليك، وفي النسب تحرم لأنها إما أمك أو زوجة أبك، ومنها أم نافتك أي أم ولد ولدك وهي في النسب حرام لأنها إما بنتك أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لا تكون بنتاً ولا زوجة ابن بأن أرضعت أجنبية ولد ولدك، ومنها جدة ولدك حرام في النسب لأنها أم أمك أو أم زوجتك، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك بأن أرضعت أجنبية ولدك فإن أمها جدته وليست بأمك ولا بأم زوجتك، ومنها أخت ولدك حرام بالنسب لأنها إما ابنتك أو ربيبته وإذا أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخته وليست بنتك ولا ربيبته. واعلم أن أخت الأخ في النسب والرضاع لا تحرم، وصورته في النسب أن يكون لك أخت لأم وأخ لأب فيجوز له نكاحها لأنها ليست بأخته من أبيه ولا أخته من أمه بل هي من رجل آخر وأم أخرى، فهي أجنبية، وصورته من الرضاع أن امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك يجوز لأخيك نكاحها وهي <ص: 57> أختك من الرضاع وقد ذكر الرافعي هذه المسائل الأربع في كونهن لا يحرمن من الرضاع ويحرمن من النسب وقد نظمها بعضهم فقال:

أربع في الرضاع هن حلال وإذا ما ناسبتهن حرام  
جدة ابن وأخته ثم أم لأخيه وحافد والسلام

وقال في الروضة: قلت كذا. قال جماعة من أصحابنا: تستثنى الأربع وقال المحققون: لا حاجة إلى إستثنائها لأنها ليست داخلية في الضابط، ولهذا لم يستثنها الشافعي انتهى. وكذا لم يستثن في الصحيح وهو {يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب} وبيان كونها لم تدخل في الضابط أن أم الأخ في النسب لم تحرم لكونها أم أخ بل لكونها أمماً أو حليمة أب ولا كذلك الرضاع وقس الباقي والله أعلم. وزاد ابن الرفعة أم العم وأم العمة وأم الخال وأم الخالة من الرضاع لا يحرمن فلا تحرم عليك أم عمك ولا أم عمك ولا أم خالك ولا أم خالتك من الرضاع والله أعلم. قال:

(وأربع بالمصاهرة: وهن أم الزوجة، والريبة إذا خلا بالأم، وزوجة الأب، وزوجة الابن) هذا هو السبب الثالث وهو المصاهرة فيحرم بها على التأييد أربع: إحداهن أم امرأتك، وكذا جداتها بمجرد العقد سواء في ذلك من النسب أو الرضاع لقوله تعالى {وأمهات نسائكم} وفي وجه لا تحرم إلا بالدخول كالريبة، وهو ضعيف. الثانية بنت الزوجة سواء بنت النسب أو الرضاع، وكذا بنات أولادها بشرط أن يدخل بالأم فإن بانت منه قبل الدخول بها حللن له، وإن دخل بها حرمن عليه على التأييد لقوله تعالى {وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم} وقول الشيخ [إذا خلا بالأم] المراد بالخلوة الدخول بها لأنه اصطلاح عرفي، والريبة بنت الزوجة من غيره وإن لم تكن في حجره، وذكر الحجور ورد على الغالب. فإن قلت: لم حرمت أم الزوجة بمجرد العقد بخلاف البنت فإنها لا تحرم إلا بالدخول على أمها؟ فالجواب أن الزوج يتلى في العادة بمعاملة أم الزوجة عقب العقد لأنها ترتب أمر بنتها <ص: 58> فحرمت بمجرد العقد ليتمكن من الخلوة بها لذلك بخلاف النبت. واعلم أنه لا يحرم على الرجل بنت زوج الأم ولا أمه ولا بنت زوج البنت ولا ابنته ولا أم زوجة الأب ولا ابنتها ولا أم زوجة الابن ولا ابنتها ولا زوجة الريب ولا زوجة الراب. الثالثة زوجة الأب حرام، وكذا زوجة الأجداد سواء في ذلك من جهة الأب أو الأم، وسواء في ذلك من النسب أو الرضاع لقوله تعالى {ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء} فاسم الأبوة

صادق على الكل باعتبار الحقيقة والمجاز أو باعتبار الحقيقة المطلقة والله أعلم. الرابع زوجة الابن حرام وكذا بنو الابن وإن سفلوا، سواء في ذلك النسب والرضاع لقوله تعالى {وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم} والمراد أنه لا تحرم زوجة الولد الذي تبناه، وهذا التحريم بالعقد والله أعلم. واعلم أن هذا التحريم محله في العقد الصحيح، أما بالنكاح الفاسد فلا تتعلق به حرمة المصاهرة لأنه لا يفيد حل المنكوحه، نعم وطء الشبهة يحرم، فإذا تزوج امرأة ووطئها أبوة أبو ابنه بشبهة انفسخ نكاحها لأنه معنى يؤيد الحرمة فإذا طراً أبطل النكاح كالرضاع. وقول الشيخ [يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب] قد تقدم وما يستثنى منه والله أعلم. قال:

(وواحدة من جهة الجمع، وهي أخت الزوجة ولا يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها) يحرم على الرجل أن يجمع في نكاحه بين المرأة وأختها سواء في ذلك الأختان من الأبوين أو من الأب أو من الأم، وسواء في ذلك الأخت من النسب أو الرضاع لقوله تعالى {وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف} عطف سبحانه وتعالى تحريم الجمع على تحريم المحرمات المذكورات في أول الآية. وفي الحديث {ملعون من جمع ماءه في رحم أختين} وكذلك يحرم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لقوله صلى الله عليه وسلم {لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها} رواه الشيخان في منع الجمع فيما تقدم أنه يؤدي إلى قطع الرحم، وكما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها كذلك يحرم الجمع بين المرأة وبنات أخيها وبنات <ص: 59> - أولاد أخيها، وكذلك بين المرأة وبنات أختها وبنات أولاد أختها سواء في ذلك النسب والرضاع. وضابط من يحرم الجمع بينهما كل امرأتين لو قدرت إحداهما ذكراً لما حل له نكاح الأخرى لأجل القرابة واحترزنا بالقرابة عن المرأة وأم زوجها وعن المرأة وابنة زوجها فإنه يجوز الجمع بينهما، وإن كانت إحداهما لو كانت ذكراً لم تحل للأخرى والله أعلم.

[فرع]: ملك أمة فادعت أنها أخته من الرضاع: فإن كان ذلك قبل أن يملكها لم تحل له، وإن ادعته بعد أن مكنته من الوطاء لم تحرم عليه، وإن ادعته بعد الملك وقبل الوطاء فوجهان جريان فيما إذا ادعت أنها موطوءة أبيه، ولو ادعت إخوة نسب لم تحرم عليه لأن النسب لا يثبت بالنساء فلا يثبت بهن التحريم بالنسب بخلاف الرضاع قاله القاضي حسين والله أعلم.

[فرع]: كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح يحرم الجمع بينهما في الوطاء بملك اليمين لكن يجوز الجمع بينهما في أصل الملك والله أعلم. قال:

(وترد المرأة بخمسة عيوب: بالجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والقرن، ويرد الرجل أيضاً بخمسة عيوب: بالجنون، والجذام، والبرص، والجب، والعنة) لا شك أن النكاح يراد للدوام، ومقصوده الأعظم الاستمتاع، وهذه العيوب منها ما يمنع المقصود الأعظم، وهو الوطاء كالجب، وهو قطع الذكر، والعنة فإنها تمنع الجماع. أو الرتق، وهو انسداد محل الجمع باللحم، وكذا القرن لأنه عظم في الفرج يمنع الجماع أو ما يشوش النفس فيمنع كمال الاستمتاع كالجنون والجذام، وهو علة صعبة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر. نسأل الله الكريم العافية، والبرص فيثبت الخيار بسبب ذلك لانا لو لم تثبت الخيار في الفسخ بذلك لأدى إلى دوام الضرر ولا ضرر في الإسلام. والأصل في ذلك ما روي أنه عليه الصلاة والسلام تزوج امرأة من غفار فلما دخلت عليه رأى بكشجها بياضاً فقال: {البسي ثيابك والحقي بأهلك} وقال لأهلها: {دلستم علي} رواه

البيهقي في السنن الكبير من رواية ابن عمر رضي الله عنهما قال: والكشخ الجنب فثبت في البرص <ص: 60> النص، وقيس الباقي عليه لأنه في معناه في المنع من كمال الاستمتاع وأولى، وروى ابن عمر رضي الله عنهما قال: {أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لوليها} ولأن النكاح عقد معاوضة قابل للرفع فجاز رفعه بسبب العيوب المؤثرة في المقصود كالبيع ولا فرق في الجنون بين المطبق والمتقطع، سواء كان يقبل العلاج أم لا ولا يلحق به الاغماء إلى أن يزول المرض، ويبقى زوال العقل، وبالجملة فهذه العيوب سبعة: ثلاثة يشترك فيها الزوجان، وهي الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان بالزوج، وهما الجنب والعنة، واثنان يختصان بالمرأة وهما الرتق والقرن، ويمكن حصول خمسة في كل الزوجين كما ذكره الشيخ رحمه الله تعالى. قال الرافعي: والعبارة للروضة. وما سواها من العيوب لا خيار به على الصحيح الذي قطع به الجمهور، فلا يثبت الخيار بالصنان والبخر وإن لم يقبل العلاج، ولا بدوام الاستحاضة والقروح السائلة وما في معنى ذلك، وقيل يثبت في ذلك لحصول التنفير، ثم إن الرافعي ذكر في باب الديات: أن المرأة إن كانت لا تتحمل الموطء إلا بالافضاء لم يجز للزوج وطؤها. قال الغزالي: إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة فله الخيار، والمشهور من كلام الأصحاب أنه لا يثبت الخيار بمثل هذا، ثم قال: وبشبهه أن يقال إن كانت المرأة تتحمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ وإن كان بسبب ضيق المنفذ بحيث يحصل به الافضاء من كل وطء فهذا كالرتق. وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولى، وما قاله الغزالي على الحالة الثانية. قال الرافعي: ولا خيار بكون الزوج أو المرأة عقيماً ولا بكونها مفضاة، والافضاء هو رفع الحاجز بين مخرج البول ومدخل الذكر والله أعلم. قال

(فصل): ويستحب تسمية المهر في النكاح فإن لم يسم صح العقد ووجب مهر المثل بثلاثة أشياء: أن يفرضه الحاكم أو يفرضه الزوجان أو يدخل بها فيجب مهر المثل) الصداق بفتح الصاد وكسرهما هو اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الموطء، وله أسماء: صداق ونحلة وفريضة وأجر، وهذا في القرآن العزيز. ومهر وعليقة وعقر، وهذه في السنة الشريفة، والصداق مأخوذ من <ص: 61> الصدق، وهو الشديد الصلب لأنه أشد الأعواض ثبوتاً فإنه لا يسقط بالتراضي. والأصل فيه الكتاب والسنة قال الله تعالى {وأتوا النساء صدقاتهن نحلة} والنحلة الهبة، وسمي نحلة لأن المرأة تستمتع بالزوج كهو، بل هي أكثر فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابلة شيء، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: {التمس ولو خاتماً من حديد} ثم إنه لم يجده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم {زوجتكها بما معك من القرآن} إذا عرفت هذا فالمستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه لم يعقد إلا بمسمى، ولأنه أدفع للخصومة، ومقتضى كلام لاشيخ أن المهر ليس ركناً في النكاح، وهو كذلك قال الأصحاب: ليس المهر ركناً في النكاح بخلاف البيع فإن ذكر الثمن ركن فيه، والفرق أن المقصود الأعظم من النكاح الاستمتاع وتوابعه وهو قائم بالزوجين، فلهذا لم يكن ركناً في النكاح بخلاف البيع فإن العوض مقصود فيه، ويدل على ما ذكرناه في النكاح باعتبار جواز اخلائه عن ذكر الصداق قوله تعالى {لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة} وهو دليل المسألة التفويض التي ذكرها الشيخ بقوله [فإن لم يسم صح العقد] ومعنى التفويض إخلاء النكاح عن ذكر الصداق، وصورته أن يصدر من مستحق المهر، وذلك بأنه تقول

البالغة الرشيدة ثيباً كانت أو بكرًا: زوجني بلا مهر، أو على أن لا مهر لي فيزوجها الولي وينفي المهر أو يسكت، ومن التفويض الصحيح أيضاً أن يقول سيد الأمة: زوجتكها بلا مهر أو يسكت لأنه مستحق المهر فإذا وقع العقد صحيحاً لم يجب به مهر على الجديد الأظهر كما هو مقتضى كلام الشيخ رحمه الله، ووجه عدم ثبوته بالعقد أنه حقها فإذا رضيت بعدم ثبوته لم يثبت، ولأن الصداق لو وجب بالعقد لتتصف بالطلاق، وعلى الأظهر هل يقول: ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل أو أن تملك مهراً ما؟ فيه قولان. وبالجملة فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المس وهو الوطاء لأن خلوا لعقد عن المهر خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم، ولتكن على ثبوت مما تسلم نفسها به. وله طرق كما ذكره الشيخ. أحدها أن يفرضه القاضي وذلك عند امتناع الزوج من الفرض أو عند تنازعهما في القدر المفروض فيفرض الحاكم مهر المثل بنقد <ص: 62> البلد حالاً ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص كما في قيم المتلفات، نعم الزيادة والنقص اليسيران الواقع منهما في مجل الاجتهاد لا اعتبار به، ويشترط علم الحاكم بقدر مهر المثل وإذا فرض لم يتوقف لزومه على رضا الخصمين لأنه حكم منه، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه إلى رضا الخصمين. الطريق الثاني أن يفرضه الزوجان فإن قدرا قدر مهر المثل وهما يعلمانه فلا كلام وإن جهلا قدر مهر المثل أو أحدهما وقدرا فرضاً فقولان: أظهرهما عند الجمهور صحة ما قدراه نص عليه في الأم. سواء كان قدر مهر المثل أو دونه أو فوقه، وسواء كان من جنسه أو من غير جنسه، وسواء كان من نقد أو عرض، وسواء كان حالاً أو مؤجلاً لأن الفرض بمنزلة الاصداق ولو تراضيا على صداق عند العقد كذلك صح، ولهذا لو طلقها قبل الدخول يشتر ما فرضاه لأنه كالمسمى في العقد. الطريق الثالث أن يدخل بها قبل فرض من الحاكم وقبل تراضيهما على شئ فيجب لها به مهر المثل لأن الوطاء بلا مهر خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم ولأن البضع فيه حق الله، ولهذا لا يباح بالإباحة فيصان عن صورة الإباحة، ثم المعتبر مهر مثلها وقت الوطاء أم العقد أم أكثر مهراً من يوم العقد إلى الوطاء؟ فيه أوجه: أصحها في المحرر والمنهاج أن الاعتبار بيوم العقد، وهذا الوجه لم يحكه في الروضة بالكلية بل صحح أن الواجب أكثر مهراً من يوم العقد إلى الوطاء، ونقله الرافعي عن المعتبرين ثم نقل الرافعي في باب العتق أن الأكثرين على إعتبار يوم العقد ذكره عند شرائه نصيب الشريك والله أعلم.

ولو مات أحد الزوجين قبل الفرض والوطاء فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شئ؟ فيه خلاف مبني على حديث بروع بنت واشق فإنها نكحت بلا مهر فمات زوجها قيل أن يفرض لها فقضي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمهر نسائها والميراث، فاختلف الأصحاب في ذلك على طرق ف قيل إن ثبت الحديث وجب المهر وإلا فقولان، وقيل إن لم يثبت <ص: 63> فلا مهر، وقيل إن ثبت وجب المهر وإلا فلا يجب، وقيل قولان مطلقاً وهو الأصح، وبه قطع العراقيون واختلفوا في الأرجح من القولين فقال الرافعي: رجح صاحب التقريب والمتولي الوجوب، ورجح العراقيون والإمام البغوي والرويان ي أنه لا يجب، ومقتضاه رجحان الثاني وهو أنه لا يجب وصرح بتصحيحه في المحرر وقال النووي في المنهاج: الأظهر وجوبه ولفظ الروضة. قلت: الراجح ترجيح الوجوب، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح والاعتبار بما قيل في إسناده وقياساً على الدخول فإن الموت مقرر

كالدخول، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث والله أعلم. فإن أوجبنا مهر المثل فهل الاعتبار بيوم العقد أم بيوم الموت أم بأكثرهم؟ فيه أوجه ليس في أرافعي ولا في الروضة ترجيح والله أعلم. ولو طلقها قبل الدخول والفرض وجبت لها المتعة ولا تشطير تفرعاً على الأظهر أنه لا يجب بالعقد شئ فينحط الأمر إلى المتعة لمفهوم قوله تعالى {وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم} فخص سبحانه وتعالى التشطير بالمفروض. واعلم أن مهر المثل هو القدر الذي يرغب في أمثال المرأة ولكن الركن الأعظم النسب، فيراعى أقرب من ينسب إلى من تنتسب إليه هذه المرأة كالأخت ويراعى في نساء العصابات قرب الدرجة وإن متن، وأقربهن الأخت للأبوين ثم لأب ثم بنات الأخوة للأبوين ثم لأب ثم العمات كذلك ثم بنات الأعمام فإن تعذر نساء العصابات اعتبر بذوات الأرحام كالجديات والخالات ويقدم القربى فالقربى من الجهات، وكذا تقدم القرب فالقربى من الجهة الواحدة، وقد يتعذر ذلك إما بفقدن أو لأنهن لم ينكحن أو للجهل بمقدار مهورهن، وحينئذ فالاعتبار بمثلها من الأجنبية، وتعتبر العربية بعربية مثلها والأمة بأمة مثلها وينظر إلى شرف سيدها وعدمه، ويعتبر مهر المعتقة بمعتقة مثلها، ويعتبر مع ما ذكرنا نساء البلد فإن كان نساء عصابات بلدين هي في إحداها اعتبر بعصابات بلدها فإن كن كلهن بلدة أخرى فالاعتبار بهن لا بأجنيات بلدها. قلت: كذا جزم به الرافعي والنووي، وهو غير خال عن الأشكال، وبالمثال يظهر الأشكال: مثاله امرأة في قرية من قرى مدينة مهر مثل تلك المرأة في قريتها مع <ص: 64> ظهور الرغبة ألفان ومهر أخواتها في المدينة مائتان، فكيف نمهر مع الرغبة بالألفين؟ فإن فرض تساوي البلدين في المهر أو حصل تفاوت قريب سهل الأمر، وإلا فالاشكال قوي فينبغي الأخذ به والله أعلم، واعلم أنه تعتبر المشاركة في الصفات المرغبة كالعفة والسن والعقل واليسار والبركة والعلم والفصاحة وشرف الأبوين وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض ومتى اختصت بصفة مرغوبة زيد في مهرها، وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات نقص في المهر بقدر ما يليق به ولو سامحت واحدة لم تلزم المسمحة والله أعلم. قال:

(وليس لأقل الصداق وأكثره حد ويجوز أنه يتزوجها على منفعة معلومة) ليس للصداق حد في القلة ولا في الكثرة بل كل ما جاز أن يكون ثمناً من عين أو منفعة جاز جعله صداقاً، وقال أبو ثور: يتقدر بخمسة دراهم، وأبو حنيفة بعشرة دراهم، وهذا التقدير إن ثبت فيه سنة وإلا فهو تحكم، وفي السنة الشريفة ما يدل لما قلنا، ففي الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام قال: للرجل الذي أراد التزويج {التمس ولو خاتماً من حديد} وهو حديث مطول، وفي آخره {زوجتكها بما معك من القرآن} وفيه دليل للمبالغة في القلة وجواز جعل المنفعة صداقاً، وفي حديث عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {أرضيت من نفسك ومالك بنعلين، قالت: نعم فأجازه} رواه ابن ماجه والترمذي، وقال: إن حسن، وفي بعض النسخ: حسن صحيح، وقال ابن عساکر في كتابه الأطراف: إنه صحيح. قلت: وفي الاستدلال على أبي حنيفة به وقفة لجواز أن النعلين كانا يعدلان عشرة دراهم، وأحسن من هذا في الرد قوله صلى الله عليه وسلم {أدوا العلائق، قيل: وما العلائق؟ قال: ما تراضى به الأهلون} أو بالقياس فيقال إنه لا يتقدر لأنه بدل منفعتها فلا يتقدر كالأجرة، ثم هذا في المرأة الرشيدة وفي سيد الأمة. أما الولي زوج المحجور عليها فليس له

النزول عن مهر مثلها، نعم يستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم للخروج من خلاف أبي حنيفة، ويستحب أن لا يزداد على صداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو خمسمائة درهم. فإن قلت: فهذه أم حبيبة زوج النبي <ص: 65> - صلى الله عليه وسلم لأنه عليه الصلاة والسلام أصدقها أربعمائة دينار. فالجواب أن هذا القدر من فعل النجاشي رضي الله عنه من ماله اكراماً لسيد الأولين والآخرين صلى الله عليه وسلم لأنه عليه الصلاة والسلام أداه وعقد به وفعل ذلك النجاشي رضي الله عنه جرياً على أخلاق الملوك استعمالاً لحسن الصنعة والله أعلم. قال:

(ويسقط بالطلاق قبل الدخول نصف المهر) اعلم أن المرأة تملك الصداق بالعقد الصحيح أو بالفرض لأنه عقد به العروص، وهو الانتفاع بالبضع وتوابعه فتملك به العوض كالبيع، وهذا إذا كانت التسمية صحيحة، وإلا فتملك مهر المثل، ثم استقراره يحصل بطريقتين: أحدهما الموطأ وإن كان حراماً كالوطأ في الحيض أو الاحرام لقوله تعالى {وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض} وفسر الافضاء بالجماع، ويحصل بذلك بوطأة واحدة. الطريق الثاني يستقر بموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول لأن بالموت انتهى العقد فكان كاستيفاء المعقود عليه كالأجارة، ويستثنى من الموت ما إذا قتل السيد أمته المزوجة فإنه يسقط مهرها على المذهب، فلو لم يحصل وطء ولا موت وحصلت فرقة قبل الدخول نظر إن كانت الفرقة منها بأن فسخت النكاح بعيه أو أرضعت زوجة له أخرى صغيرة ونحو ذلك، أو فسح النكاح بعيها فيسقط الجميع وإن كانت الفرقة لا بسبب منها ولا منه تشطر المهر، وذلك كما إذا طلقها بنفسه أو فوض الطلاق إليها ففعلت أو علق طلاقها بدخولها المداير ونحوها فدخلت أو خالعتها، وبكل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة، واحتج للتشطير بقوله تعالى {وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم} ووجه ذلك من جهة المعنى بشيئين، وكذلك القياس سقوط جميع المهر لأن ارتفاع العقد قبل تسليم المعقود عليه يقتضي سقوط جميع العوض كما في البيع والأجارة. أحد الشيئين أن الزوجة كالمسلمة إلى الزوج نفسها بنفس العقد لأن ال تصرفات التي يملكها الزوج تنفذ من وقت النكاح، ولا تتوقف على القبض فمن حيث إنه تنفذ تصرفاته <ص: 66> - استنفذ ببعض العوض، ومن حيث إنه لم يتصل به المقصود سقط بعضه. الشئ الثاني أنا لو حكمنا بسقوط المهر جميعه لاحتجنا إلى إيجاب شئ للمتعة فكان إبقاء شئ مما هو واجب أولى من إثبات ما لم يجب. إذا عرفت هذا فمتى يرجع إليه النصف؟ الصحيح أنه يعود إليه بنفس الطلاق لقوله تعالى {فنصف ما فرضتم} أي فلكم نصف ما فرضتم، فهو كقوله {ولكم نصف ما ترك أزواجكم} والوجه الثاني أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف، فإن شاء تملكه، وإن شاء تركه كالشفعة، والثالث لا يرجع إلا بقضاء القاضي فعلى الصحيح لو حدثت في الصداق زيادة بعد الطلاق كان له نصفها سواء كانت الزيادة متصلة أو منفصلة، وإن حدثت في الصداق نقص كأن وجد من الزوجة تعد بأن طالبها برد النصف فامتعت فله النصف مع أرش النقص وإن تلف كل الصداق، والحالة هذه فعليها الضمان، وإن لم يوجد منها تعد فوجهان: أحدهما، وهو ظاهر النص، وبه قال العراقيون والرويفي: أنها تغرم أرش النقص، وإن تلف غرمت البدل، لأنه مقبوض عن معاوضة فأشبهه المبيع في يد المشتري بعد الاقالة، وفي ال أم نص يشعر بأنه لا ضمان، وبه قال المراوزة، لأنه في يده بلا تعد فأشبهه الوديعة، ولم يصح في الروضة شيئاً كالشرح

الكبير لكن رجح الرافعي في الشرح الصغير الأول. فعلى الأول وهو المصحح لو قال الزوج: حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان، وقالت: بل قبله فلا ضمان علي، فمن المصدق؟ وجهان أصحهما المرأة إذ الأصل براءة ذمتها ولو رجع إليه كل الصداق بفسخ فتلف في يدها فهو مضمون عليها كالبيع يفسخ باقالة أورد يعيب والله أعلم. وقوله [يسقط نصف المهر] يعنى في الدين، فإذا أصدقها ديناً في ذمته سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح، وعند الاختيار على الوجه الثاني فلو كان أعطاه الصداق الذي في ذمته والمؤدى باق فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه أم يتعلق حقه فيه لأنه تعين بالدفع فأشبهه الصداق المعين ابتداءً؟ وجهان أصحهما الثاني والله أعلم.

[فرع]: إذا وهبت الزوجة الزوج صداقها المعين نظر إن كان بعد أن قبضته، وطلقها قبل الدخول فهل يرجع عليها؟ قولان الأظهر عند الجمهور يرجع بنصف بدله <ص: 67>— إما المثل أو القيمة وإن وهبته إياه قبل أن تقبضه فطريقان، قيل لا يرجع قطعاً، والمذهب طرد القولين سواء قبضته أم لا، ولو كان الصداق ديناً فأبرأته منه لم يرجع على المذهب كما لو شهد شاهدان بدين وحكم به حاكم ثم أبرأ المحكوم عليه، ثم رجع الشاهدان عن الشهادة فإنهما لا يغرمان للمحكوم عليه شيئاً، ولو أصدقها ديناً فقبضته ثم وهبته منه ففيه القولان في هبته العين، وقيل يرجع بالشرط قطعاً والله أعلم.

[فرع]: خالع زوجته قبل الدخول على شئ غير الصداق فله المسمى الذي خالع عليه ولها نصف الصداق، وإن خالعا على صداقها، فقد خالعا على ماله وعلى مالها لأنه عاد إليه نصف الصداق بالخلع فتحصل البيونة، وتبطل التسمية في نصيبه، وفي نصيبها قولاً تفريق الصفة، وإن صححنا التسمية فيه، وهو الأصح أي في نصيبها فللزوجة الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق، فإن فسخ رجع عليها بمهر المثل على الأظهر، وفي قول ببدل المسمى المثل إن كان مثلياً أو القيمة وإن أجاز رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر، وعلى القول الآخر بمثل نصف الصداق أو قيمته والله أعلم. قال:

(فصل) في المتعة. وهي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها) الفرقة ضربان فرقة تحصل بالموت فلا توجب متعة بالاجماع. قاله النووي، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق، فإن كان قبل الدخول نظر إن لم يتشطر المهر فلها المتعة، وإن تشطر فلا متعة لها على المشهور، وإن كان بعد الدخول فلها المتعة على الأظهر وكل فرقة من الزوج لا سبب فيها أو من أجنبي فكالطلاق مثل أن لاعن أو وطىء أبوه أو ابنه زوجته بشبهة، ونحو ذلك والخلع كالطلاق على الصحيح، ولو علق الطلاق بفعلها ففعلت أو لامسها، ثم طلقها بعد المدة بطلبها فكالطلاق على الصحيح، وكل فرقة منها أو بسبب لها فيها لا متعة فيها كفسخها باعساره أو غيبته أو فسخه بعيبها ولو اشترى زوجته فلا متعة على الأظهر. وأعلم أن المتعة يستوي فيها المسلم والذمي والحر والعبد والحررة والأمة وهي في كسب العبد وليسيد الأمة كالمهر، ويستحب في المتعة أن تنقص عن ثلاثين درهماً، وأما الواجب فإن تراضيا بشئ <ص: 68>— فذاك وإن تنازعا قدرها القاضي باجتهاده على الصحيح، ويعتبر حالهما على الصحيح، وهو ظاهر نص الشافعي في المختصر، ويجوز أن تزداد المتعة على نصف مهرها على الصحيح لاطلاق الآية، وفي قول يشترط أن لا تزداد على النصف من صداقها وفي آخر أن تنقص عن النصف والله أعلم. قال

(فصل): والوليمة على العرس مستحبة، والإجابة إليها واجبة إلا من عذر) الوليمة من طعام العرس، مشتقة من الولم، وهو الجمع لأن الزوجين يجتمعان، وقال الشافعي، والأصحاب: الوليمة تقع على كل دعوة تتخذ لسرور حادث كنكاح أو ختان أو غيرهما، والأشهر استعمالها عند الاطلاق في النكاح وتفيد في غيره، فيقال لدعوة الختان إعدار، ولدعوة الولادة عقيقة، ولسلامة المرأة من الطلق خراس، ولقدوم المسافر نقيعة، ولأحداث البناء وكيرة، ولما يتخذ للمصيبة وضيمة، ولما يتخذ بلا سبب مادية. قال النووي: لم يبين الأصحاب من يصنع وليمة القادم من السفر، وفيه خلاف لأهل اللغة فنقل الأزهري عن الفراء أنه القادم، وقال صاحب المحكم: هو طعام يصنع للقادم وهو الأظهر والله أعلم.

قلت: ذكر الحليّ المسألة، وقال: يستحب للمسافر أن يطعم الناس ونقل فيه آثاراً عن الصحابة وغيرهم، وجزم بذلك، وهو عكس ما صححه النووي والله أعلم. وهل وليمة العرس واجبة أم لا؟ قولان أحدهما أنها واجبة لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف وقد تزوج {أولم ولو بشاة} حديث صحيح رواه الشيخان ولأنه عليه الصلاة والسلام ما تركها حضراً ولا سفراً والأظهر وهو ما جزم به الشيخ أنها مستحبة لقوله صلى الله عليه وسلم {ليس في المال حق سوى الزكاة} ولأنها طعام لا يختص بالمحتاجين فأشبهه الأضحية، وقياساً على سائر الولائم، والحديث الأول محمول على تأكيد الاستحباب، وقيل إنها فرض كفاية إذا فعلها واحد أو اثنان في ناحية وشاع وظهر سقط عن الباقيين، وأما سائر الولائم غير وليمة العرس فالمذهب الذي قطع به الجمهور أنها مستحبة، ولا تتأكد تأكيد وليمة العرس وفي قول: إن سائر الولائم واجبة وهو قول مخرج. وأقل الوليمة للقادر شاة لأنه عليه الصلاة والسلام أولم <ص: 69> على زينب بنت جحش رضي الله عنها بشاة، وبأي شيء أولم كفى لأنه عليه الصلاة والسلام على صفة رضي الله عنها بسويق وتمر. وأما الإجابة إلى الوليمة، فإن كانت وليمة عرس فإن أوجبنا الوليمة وجبت وإن لم نوجبها وجبت الإجابة أيضاً على الراجح، ورجحه العراقيون والرويانى، وغيرهم للأحاديث الصحيحة {من دعي إلى وليمة فليأتها} وفي رواية {من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله} رواه مسلم. وأما غير وليمة العرس فالمذهب أن الإجابة إليها مستحبة. ثم إذا أوجبنا الإجابة فهي فرض عين على الراجح، وقيل فرض كفاية، ثم الإجابة حثيث أوجبناها أو استحبابها إنما تجب أو تستحب بشروط وهي معنى قول الشيخ [إلا من عذر] أحدها أن يعم بدعوته جميع عشيرته أو جيرانه أو أهل جيرته أو أهل حرفته أغنيائهم وفقرائهم دون ما إذا خص الأغنياء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى إليها من يابها} رواه مسلم. الثاني أن يخصه بالدعوة بنفسه أو يبعث إليه شخصاً، أما إذا فتح باب داره، وقال: ليحضر من أراد أو يبعث شخصاً ليحضر من أراد، أو قال لشخص: احضر واحضر معك من شئت، فلا تجب الإجابة ولا تستحب. الثالث أن لا يكون إحضاره لخوف منه لكونه من الظلمة أو أعوانهم أو كونه قاضي الظلمة أو أعوانه ونحو ذلك، وأن لا يطمع في جاهه أو ليعاونه على ما طلب من باطل بل يكون للتقرب والتودد. الرابع أن لا يكون هناك من يتأذى به لحضوره لأنه لا يليق به مجالسته فإن كان فهو معذور في التخلف كأن يدعو السفلة وهو ذو شرف، والسفلة أسقاط الناس كالسوقة والجلالوة وهم رسل الظلمة وقضاة الرشا والقلندرية وفقراء الزوايا الذين يأتون ولائم من دب ودرج من المكسة وغيرهم فإنهم أرذل



الأراذل، ومثل ذلك وأشباهه وهو شئ لا يخفى، ومن ذلك طالب علم يقصد بطلبه معرفة العلم لأجل حفظ الشريعة ويدعو معه طلبه قد ظهر عليهم طلب العلم لأجل الدنيا والترفع على الأقران ونحو ذلك، فهذا لا يجب عليه الحضور وكذلك أمر الصوفي الصادق في سلوكه لا يجب عليه الحضور إذا دعا غيره من صوفية هذا الزمان الذين يأتون دعوة كل بر وفاجر ويتعبدون بآلات اللهو والطرق وما أشبه ذلك، وهذه <ص: 70> أمور ظاهرة لا تخفى إلا على أكفهم لا يعرف القمر. الخامس أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر، والملاهي من زمر وغيره، فإن كان نظر إن كان ممن إذا حضر رفع المنكر فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر وإلا حرم عليه الحضور لأنه كالراضي بالمنكر وإقراره، وفي وجه يجوز له الحضور، فلا يسمع وينكر بقلبه كما لو كان في جواره منكر يضرب فلا يلزمه التحول ن وإذا بلغه الصوت قال النووي: هذا الوجه غلط، وهو خطأ ولا يغتر بجلالة صاحب التنبيه ونحوه ممن ذكره والله أعلم. فعلى الصحيح لو لم يعلم بالمنكر حتى حضر نهاهم، فإن لم ينتهوا فليخرج فإن قعد حرم عليه القعود على الصحيح، فإن تعذر عليه الخروج بأن كان في ليل وهو يخاف من الخروج قعد وهو كارهه ولا يستمع، فإن استمع فهو عاص، وفي الحديث {إن من جلس واستمع إلى قينة صب في أذنيه الأنك} وهو الرصاص المذاب، ومن المنكر فرش الحرير وصور الحيوانات على الجدران والسقوف والثياب والحرير الملبوسة كما يصنع مخائثة الرجال من أبناء الدنيا الملعونون على لسان النبوة من تشبههم بالنساء، ومن اعتقد حله بعد تعريفه بالتحريم فهو كافر لأنه اعتقد حل ما جاء الشرع بتحريمه فيستتاب، فإن تاب وإلا ضربت عنقه، ويجب على من حضر إنكاره على اللابس ولا يسقط عنه الإنكار بصخور فقهاء السوء فإنهم مفسدون للشريعة ولا بفقراء الرجس فإنهم جهلة أتباع كل ناعق لا يهتدون بنور العلم ويميلون مع كل ريح. الشرط السادس أن يدعو في اليوم الأول فلو أولم ثلاثة أيام فلا تجب في الثاني بلا خلاف ولا يتأكد استحبابها كالיום الأول، وتكره الإجابة في اليوم الثالث. الشرط السابع أن يدعو مسلم فإن دعاه ذمي فلا تجب الإجابة على ما قطع به الجمهور، لأن مخالطة الذمي مكروهة لنجاسته وتصرفاته الفاسدة وغير ذلك، ولأن في ذلك موادة. قال الرافعي هنا: وهي مكروهة لكنه جزم في آخر باب الجزية بأن موادته حرام. قلت: وهو الصواب، وتدل له الآيات الواردة في القرآن في غير موضع. قال الله تعالى {يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا ع دوي وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة} وقال الله تعالى {لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله} <ص: 71> الآية، فقد نفى الله تعالى الوجدان ممن آمن، فدل على أن من واددهم ليس بمؤمن، وقد عدا بعض العلماء ذلك إلى موادة الفسقة من المسلمين، فحرم مجالسة الفساق على سبيل المؤانسة، وقد صرح الرافعي والنووي بذلك في كتاب الشهادات، ولهذا كان سفیان الثوري يطوف بالبيت، فقدم الرشيد يريد الطواف، فقطع سفیان طوافه وذهب وتلا هذه الآية {لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون} الآية، وكذلك صنع ابن أبي وراد وتمسك أولئك بعمود اللفظ والله أعلم.

[فرع]: لو اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة فرضى بتخلفه زال الوجوب، ولو دعاه جماعة أجاب الأسبق، فإن جاءوا معاً أجاب الأقرب رحماً، ثم الأقرب داراً كالصدقة. والصوم ليس عذراً في ترك الإجابة، فإن حضر وكان في صوم فرض مضيق حرم الفطر قطعاً، وكذا إن كان غير مضيق على الراجح، وإن كان في صوم نفل، فإن

لم يشق على صاحب الدعوة صومه استحباب إتمام صومه، وإن شق عليه استحباب له الفطر، ثم المفطر هل يجب عليه أن يأكل ولو لقمة؟ فيه خلاف: الصحيح في الروضة هنا تبعاً للرافعي أنه مستحب، لأن المقصود الحضور، وقد وجب، وكذا صححه النووي في شرح صحيح مسلم في باب الوليمة، واختار في تصحيح التنبيه وجوب الأكل، وصرح به في شرح مسلم في باب نذر الصوم، فقال: الصحيح أنه يلزمه الأكل عندنا والله أعلم.

[فرع]: المرأة إذا دعت النساء فهو كما ذكرنا في الرجال، فإن كان رجلاً أو رجلاً، قال في الروضة: وجبت الإجابة إذا لم تكن خلوة محرمة، قال الاسنائي: وفي تعبيره بالوجوب نظر من جهة أن شرط الدعوة أن تكون عامة كالعشيرة والإخوان <ص: 72> - وأهل الصناعة فكيف يجيء الوجوب عند دعوة الرجل الواحد، وعبارة الرافعي صحيحة فإنه عبر بالاستحباب. فصرح في الروضة بالوجوب فحصل الخلل انتهى. قلت: صورة المسألة عند الدعوة العامة والتنصيص على هذا الرجل بعينه فلا خلل. والله أعلم. قال:

(فصل): والتسوية في القسم بين الزوجات واجبة، ولا تدخل على غير المقسوم لها لغير حاجة) يجب على كل واحد من الزوجين معايشة صاحبه بالمعروف، ويجب على كل واحد بذلك ما يجب عليه بلا مطلق ولا إظهار كراهية، بل يؤديه وهو طلق الوجه، والمطل مدافعة الحق مع القدرة وهو ظلم. قال تعالى {ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف} والمراد تماثلها في وجوب الأداء بالنسبة إلى ما يجب عليه. وقال تعالى {وعاشروهن بالمعروف} وجماع المعروف الكف عما يكره، وإعفاء صاحب الحق من مؤنة الطلب وتأييده بلا كراهة، قاله الشافعي فإذا كان تحت الشخص زوجتان فأكثر، فلا يجب عليه أن يقسم لهن، لأن المبيت حقه فله تركه كسكنى الدار المستأجرة، والحكمة في ذلك أن في داعية الطبع ما يغني عن الإيجاب، نعم يستحب القسم ولا يعضلهن، لأنه إضرار، وفي وجه ليس له الإعراض عنهن، فإذا أراد أن يبيت عند واحدة وجب عليه القسم، ولا يبدأ بواحدة إلا بقرعة أو بإذن الباقيات، لأنه العدل، فإذا قسم وجب عليه التسوية، ولها اعتباران، اعتبار بالمكان، واعتبار بالزمان، أما المكان فيحرم عليه أن يجمع بين زوجتين أو زوجات في مسكن واحد، ولو ليلة واحدة إلا برضا هن، لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة والخروج عن الطاعة لما بينهما من الوحشة، وليس ذلك من المعايشة بالمعروف، ولأن كل واحدة تستحق السكنى فلا يلزمها الاشتراك كما لا يلزمها الاشتراك في كسوة واحدة يتناولها، وهذا عند اتحاد المرافق، وإلا فيجوز إذا كان لائقاً بالحال. وأعلم أن الجمع بين الزوجة والسرية أو السراري في بيت واحد حرام كالزوجات، صرح به الروياني والله أعلم. وأما الزمان فاعلم أن عماد القسم الليل والنهار تابع له، لأن الله تعالى جعله سكناً والنهار للتردد في المصالح، وهذا حكم غالب الناس. أما من يعمل ليلاً كالحارس، فعماد قسمه <ص: 73> - النهار والليل تبع، وعماد قسم المسافر وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً كثيراً كان أو قليلاً، إذا عرفت هذا فمن عماده القسم بالليل يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على أخرى ليلاً سواء كان لغير حاجة أو لحاجة كعبادة وغيرها، وهذا هو الصحيح، ونقل المزني في المختصر عن الشافعي أنه يجوز أن يعودها ليلاً في نوبة غيرها، وهو مقتضى كلام الشيخ، وقال عامة الأصحاب: إن المزني سها في النقل عن الشافعي، وإنما قال الشافعي: في يوم غيرها، نعم لو دخل نهاراً لحاجة، كأخذ حاجة، أو تعريف خبر، أو تسليم نفقة، أو وضع متاع ونحو ذلك، فلا قضاء على

الصحيح، وقيل النهار كالليل، نعم يجوز الدخول في نوبة الغير للضرورة بلا خلاف، واختلف في الضرورة التي تجوز الدخول ليلاً في نوبة الضرة. فقال ابن الصباغ: هي مثل أن تموت أو يكون منزولاً بها في النزح، وقال الشيخ أبو حامد وغيره: الضرورة كالمرض الشديد، وقال الغزالي، هي كالمرض المخوف، وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفاً فيدخل ليتبين الحال، وفي وجه لا يدخل حتى يتحقق أنه مخوف، ثم إذا دخل على الضرة للضرورة، فإن مكث ساعة طويلة قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك القدر في نوبة المدخول عليها، وإن لم يمكث إلا لحظة يسيرة فلا قضاء، ولو تعدى بالمدخول فدخل بلا ضرورة، ولو كان حاجة نظر إن طال الزمان قضى، وإلا فلا يقضى ولكنه يعصي، وفي الحديث من رواية أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال {فمن كان له امرأتان فمال إلى إحداهما} وفي رواية {فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقة مائل} وفي رواية {ساقط} رواه أبو داود والترمذي وغيرهما. وصححه ابن حبان، وقال الحاكم: إنه على شرط الشيخين لكن بألفاظ مختلفة، وإذا ساوى بينهما في الظاهر لم يؤخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن، ولا تجب التسوية في الجماع. لكن تستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاع، ووجه عدم التسوية في الجماع بأنه أمر متعلق بالشهوة وهي أمر لا يتأتى في كل وقت إذ لا قدرة له على ذلك، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها {كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل، ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك. فلا تلمني فيما تملك ولا أملك: يعني القلب} رواه غير واحد وصححه ابن حبان، <ص: 74> وقال الحاكم: على شرط مسلم، وقال الترمذي: كونه مرسلأً أصح. واعلم أن القسم تستحقه المريضة، والرتقاء، والقرناء، والحائض، والنفساء، والمحرمة، والمولي منها، والمظاهر منها، والمراهقة، والمجنونة التي لا يخاف منها، لأن المراد الأنس، واستثنى المتولي المعتدة عن وطء شبهة، لأنه تحرم الخلوة بها، وهذا كله عند طاعة الزوجة، أما لو نشزت عن زوجها بأن خرجت من منزلة أو أراد الدخول عليها، فأغلقت الباب ومنعته. أو ادعت أنه طلق أو منعته التمكين من نفسها فلا قسم لها كما لا نفقة لها، وإذا عادت إلى الطاعة لم تستحق القضاء، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة. لكن لا تأثم والله أعلم. قال:

(وإذا أراد السفر أقرع بينهما، ويخرج بالتي تخرج لها القرعة) الأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها: أنها قالت: {كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد السفر أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها} رواه الشيخان، فإذا سافر بالقرعة، لم يقض مدة الذهاب والإياب والإقامة في البلدان، إذا لم ينو الإقامة بها مدة تزيد على مدة المسافرين ولا امتد مقامه، وسواء كان السفر طويلاً أو قصيراً، لأنه عليه الصلاة والسلام سافر بعائشة رضي الله عنها. ولم ينقل أنه قضى بعد عوده، بل ظهر أنه كان يدور على النوبة، بل روي عن عائشة رضي الله عنها أنه ما كان يقضي، ولأن المسافرة تحملت مشاقاً بإزاء مقام الزوج معها، فلو قضى لتوفر حظ المقيمات. واعلم أن مدة السفر إنما لا تقضي بشروط: أحدها أن يقرع، فإن لم يقرع قضى للمتخلفات، ويقضي جميع مدة ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن على الصحيح. الشرط الثاني أن لا يقصد بسفره النقلة، فإن قصد النقلة، فلا يجوز أن يستحب فيه بعضهن دون بعض بقرعة ولا غيرها، فلو فعل قضى للمتخلفات على الصحيح، وقيل إن أقرع فلا يقضي مدة السفر، ولا يجوز أن يخلف نساءه. بل ينقلهن بنفسه، أو بوكيله، أو

يطلقهن لما في تخلفهن من الإضرار بهن. قال الرافعي: كذا أطلقه الغزالي، وفيما علق عن الإمام أن ذلك أدب. وليس بواجب. الشرط الثالث أن لا يعزم على الإقامة كما تقدم. فلا يقضي مدة السفر، أما إذا صار مقيماً فينظر، <ص: 75> فإن انتهى إلى مقصده الذي نوى، فإن نوى إقامة أربعة أيام فأكثر أو نواها عند دخوله قضى مدة إقامته، وفي مدة الرجوع وجهان: الصحيح لا يقضي كمدة الذهاب، وإن لم ينو الإقامة وأقام، قال الإمام والغزالي: إن أقام يوماً لم يقضه، والأقرب ما ذكره البغوي إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين وجب قضاء الزائد ولو أقام لشغل ينتظره ففي القضاء خلاف كالحلاف في الترخص. قال المتولي: إن قلنا يترخص لم يقض، وإلا فيقضي ما زاد على مدة المسافرين، والمذهب في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة بعد ساعة ترخص ثمانية عشر يوماً، وإن علم أنه لا يتنجز في أربعة أيام لم يترخص أصلاً، ولو استصحب واحدة بقرعة، ثم عزم على الإقامة في بلد، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي، ولم يرجح الرافعي والنووي فيهما شيئاً، ولو كان تحته نسوة وله إماء هل له أن يسافر بأمة بلا قرعة؟ وجهان. قال الرافعي: القياس الجواز، وقال النووي: هو الصحيح والله أعلم.

[فرع]: ولو وهبت واحدة حقها من القسم للزوج لم يلزمه القبول وله أن يبيت عندها في نوبتها، فإن رضي بالهبة نظر إن وهبت لمعينة جاز وبييت عند الموهوبة ليلتين، ولا يشترط في هذه الهبة رضا الموهوب لها على الصحيح، ولو وهبت حقها للزوج فهل له أن يختص واحدة بنوبة الواهبة؟ وجهان: أحدهما نعم، وبه قطع العراقيون والرويان وغيره، وإليه ميل الأكثرين، ولو وهبت حقها لجميع الضرات أو أسقطت حقها مطلقاً وجبت التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف، وللواهبة الرجوع متى شاءت ويعود حقها في المستقبل لأن المستقبل هبة لم تقبض حتى لو رجعت في أثناء الليل يخرج من عند الموهوب لها، وما مضى لا يؤثر الرجوع فيه، وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع لا يؤثر فيه الرجوع، فلا يقضيه على المذهب، وشبهه الغزالي، بما إذا أباحه ثمرة بستانه، ثم رجع فأكل المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع، وفي هذه الصورة طريقان: فعن الشيخ أبي محمد في وجوب الغرم قولان كمسألة الوكيل، وعن الصيدلاني القطع بالغرم، ومال إليه الإمام لأن الغرامات يستوي فيها العلم والجهل، كذا قاله الرافعي <ص: 76> والنووي، وقولهم: إن الإمام مال إلى الغرم ممنوع، ففي النهاية الجزم بعدم الغرم، والله أعلم.

(مسألة) لا يجوز للمرأة أن تأخذ عن حقها من القسم عوضاً لا من الزوج ولا من الضرة، فإن أخذت لزمها رده لأن الحقوق لا تقبل العوض كحق الشفعة وغيره، ولهذا لا يجوز أخذ العوض بالنزول عن الوظائف، وإن جرت عادة المتساهلين من الفقهاء بذلك والله أعلم. قال: (وإن تزوج جديدة خصها بسبع ليال إن كانت بكرًا وأقام عندها سبعة، وإن كانت ثيبًا بثلاث) إذا جدد الشخص نكاح امرأة وعنده زوجتان مثلاً قد قسم لهما قطع الدور للجديدة. فإن كانت بكرًا أقام عندها سبعة أو ثيبًا ثلاثاً، ولا يقضي لقول أنس رضي الله عنه: من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعة، ثم قسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم، وقال أبو قلابة: لو شئت لقلت إن أنسا رضي الله عنه رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم. رواه البخاري ومسلم، والمعنى في ذلك زوال الحشمة بين الزوجين، وهذا التخصيص واجب على الزوج على المذهب حتى قال

المتولي: لو خرج بعض تلك الليالي بعذر قضى عند التمكّن، وتجب الموالاة ب بين السبع والثلاث لأن الحشمة لا تزول بالمتفرق، فلو فرق ففي الاحتساب بالمفرق وجهان: ظاهر كلام الجمهور المنع، وإن كانت الجديدة ثيباً استحب له أن يخبرها بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء، وبين أن يقيم عندها سبعاً، ويقضي للباقيات كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بأم سلمة، فإن اختارت السبع قضى للباقيات السبع، وإن أقام بغير اختيارها لم يقض إلا الأربع الزائدة، هذا هو المذهب الذي قطع به الأصحاب، ولو التمسست أربعاً أو خمساً لم يقض إلا ما زاد على الثلاث، ولو طلبت البكر عشرراً لم تجز إجابتها فإن أجابها لم يقض إلا ما زاد على السبع والله أعلم.

[فرع]: وفي الزوج حق الجديدة من الزفاف ثم طلقها ثم راجعها فليس لها حق الزفاف لأن المرجعية باقية على النكاح الأول وقد وفي حقه، وإن أبانها ثم جدد نكاحها فقولان: الأظهر أنه يجدد حقه من الزفاف لأنه نكاح جديد والله أعلم. قال: <ص: 77>

(وإذا بان نشوز المرأة وعظها، فإن أبت إلا النشوز هجرها، فإن أقامت عليه ضربها، ويسقط بالنشوز قسمها ونفقتها) إذا ظهر من المرأة أمارات النشوز إما بالقول مثل إن اعتادت حسن الكلام، أو كان إذا دعاها أجابت بلبيك ونحوه فتغير ذلك، وإما بالفعل بأن كانت في حقه طليقة الوجه فأظهرت عبوسة، أو أبدت إعراضاً على خلاف ما ألفه من حسن الملتقى، وعظها بالكلام بأن يقول: ما هذا التغيير الذي حدث منك، وكنت ألفت منك غير ذلك فاتقي الله تعالى فإن حقي واجب عليك وبين لها أن النشوز يسقط النفقة والكسوة والقسم، ووجه ذلك قوله تعالى {واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ولا يهجرها ولا يضربها لاحتمال أن لا يكون ذلك نشوزاً، ولعلها تبدي عذراً أو تتوب، ويحسن أن يرها ويستمل قلبها، فإن أبت إلا النشوز، وظهر ذلك منها بأن دعاها إلى فراشه فأبت وصارت بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب لا امتناع دلال أو خرجت من منزله ونحو ذلك هجرها في المضجع ولا يهجرها في الكلام، وهل هجرانها في الكلام حرام أم مكروه؟ فيه وجهان عن الإمام قال الإمام: وعندي أنه لا يحرم الامتناع من الكلام أبداً نعم إذا كلم فعليه أن يجيب كجواب السلام وابتدائه، قال الرافعي: ولمن قال بالتحريم أن يقول لأمنع من ترك الكلام بلا قصد أما إذا قصد الهجران فحرام كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يآثم، ولو قصد بتركه الأحقاد آثم، وحكى عن الشافعي أنه لو هجرها بالكلام لم يزد على ثلاثة فإن زاد آثم. قال ابن الرفعة: ومحل الخلاف فوق الثلاث، أم الثلاث فلا يحرم قطعاً. قال النووي: الصواب الجزم بتحريم الهجران فيما زاد على ثلاثة أيام وعدم التحريم في الثلاثة للحديث الصحيح {لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث} قال أصحابنا وغيرهم: هذا في الهجران لغير عذر شرعي فإن كان عذر بأن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق، أو نحوهما، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور فلا يحرم، وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي صلى الله عليه وسلم كعب بن مالك وصاحبيه ونهيه عليه الصلاة والسلام الصحابة عن كلامهم، وكذا <ص: 78> ما جاء من هجران السلف بعضهم بعضاً كذا ذكره هنا، وقال في كتاب الإيمان: وهجران المسلم حرام فوق ثلاثة أيام، وهذا إذا كان الهجر لحظوظ النفس وتعبات أهل الدنيا، فأما إذا كان المهجور مبتدعاً أو متجاهراً بالظلم أو الفسق فلا تحرم مهاجرته أبداً، وكذا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية والله أعلم. قلت: وأشد الناس فسقاً من المسلمين فقهاء السوء وفقراء الرجس الذي يترددون إلى الظلمة طمعاً في

مزابلتهم مع علمهم بماهم عليه من شرب الخمر، وأنواع الفجور، وأخذ المكوس، وقهر الناس على ما تدعوهم إليه أنفسهم الامارة وسفك الدماء، وقمع من دعاهم إلى ما نزلت به الكتب وأرسلت به الرسل فلا يغتر بصنع هؤلاء الأراذل من الفقهاء والفقراء، ويجب اتباع ما جاء به سيد السابقين واللاحقين صلى الله عليه وسلم وقد حرر بعض فقهاء العصر بحثاً فيمن يتعاطى شيئاً يحصل به اعتقاد حل ما حرم الله لأجل عدم إنكاره ذلك لأن به تقام الشريعة، فقال: من ألقى مصحفاً في القاذورة كفر وإن ادعى الإيمان لأن ذلك يدل على استهزائه بالدين، فهل يكون متعاطي سبب اندراس الشريعة، أولى بالتكفير أم لا؟ وجعل هذا أولى لأن مثل ذلك قد يخفى على العوام بخلاف إلقاء المصحف شرفه الله تعالى، ولأن السبب المؤدي إلى طمس الدين، وإمانة الحق أدل دليل على خبث الوطية وإن قال إن سريرته حسنة كما قال علي رضي الله عنه، وهذا جلي لا شك فيه والله أعلم.

أما إذا تكرر منها الهجران وأصرت عليه فله الهجران والضرب بلا خلاف، وهذه هي الطريقة الصحيحة المعتمدة في المراتب الثلاث، وفي قول يجوز الهجران والضرب في المرتبة الأولى وهي عند خوف النشور وظاهر الآية يدل لذلك، وهل يجوز الضرب في المرتبة الثانية، وهي ما إذا ظهر منها النشور ولم يتكرر؟ في ه خلاف، رجح الرافعي في المحرر المنع وصح النووي في المنهاج، الجواز واختاره في الروضة، وقال: إنه الموافق لظاهر القرآن، وحيث جاز له الضرب فهو ضرب تأديب وتعزير وينبغي أن لا يكون مدمياً، ولا مبرحاً ولا مهلكاً ولا على الوجه، فإن فعل وأدى إلى تلف وجب الغرم لأنه تبين أنه إتلاف لا إصلاح، ثم الزوج وإن جاز له الضرب فالأولى له العفو بخلاف الولي فإنه لا يترك ضرب التأديب للصبي لأنه مصلحة له وفي الحديث <ص: 79> {النهي عن ضرب النساء} وأشار الشافعي فيه إلى تأويلين: أحدهما أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر ورد بضربهن، والثاني حمل النهي على الكراهة أو ترك الأولى. قال الرافعي: وقد يحمل النهي على الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب. قال النووي: وهذا التأويل الأخير هو المختار فإن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر الجمع وعلمنا بالتاريخ والله أعلم.

[فرع]: ليس من النشور الشتم وبذاءة اللسان لكنها تائم بإيذاء، وتستحق التأديب، وهل يؤديها الزوج أم يرفع الأمر إلى القاضي؟ وجهان حكاهما الرافعي هنا بلا ترجيح، وجزم في باب التعزير بأن الزوج يؤديها وصححه النووي هنا من زيادته فقال: قلت: الأصح، أنه يؤديها بنفسه لأن في رفعها إلى القاضي مشقة، وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد وتوحيشاً للقلوب والله أعلم. ولو مكنت من الجماع ومنعت من بقية الاستمتاع، فهل هو نشور يسقط النفقة؟ فيه وجهان ذكرهما الرافعي بلا ترجيح وصح النووي من زيادته أنها تسقط والله أعلم. قال

(فصل): في الخلع. والخلع جائز على عوض معلوم) الخلع مشتق من الخلع، وهو النزاع، ومنه خلع الثوب، فإذا فارقها، فقد خلعها منه. وهو في الشرع عبارة عن الفرقة، على عوض يأخذه الزوج، وفيه نظر من جهة أنه لو خالعهما على ما ثبت لها عليه من القصاص أو الديون ونحو ذلك فإنه يصح ولا أخذ، فالأحسن أن يقال: فرقة على عوض راجع إلى الزوج. وأصل الخلع مجمع على جوازه وجاء به القرآن والسنة. قال الله تعالى {فلا جناح عليهما فيما افتدت به} وعن ابن عباس رضي الله عنهما، {أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما

أُعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة {رواه البخاري، ولا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على الصداق أو على بعضه أو على مال آخر سواء <ص: 80> كان أقل من الصداق أو أكثر، ولا فرق بين العين والدين والمنفعة وضابطه أن كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لعموم قوله تعالى {فلا جناح عليهما فيما افتدت به} ولأنه عقد على بضع فأشبهه النكاح. ويشترط في عوض الخلع أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغير ذلك، لأن الخلع عقد معاوضة فأشبهه البيع والصداق، وهذا صحيح في الخلع الصحيح، أما الخلع الفاسد فلا يشترط العلم به فلو خالعه على مجهول كثوب غير معين أو على حمل هذه الدابة أو خالعه بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل أو لا سكنى لها أو خالعه بألف إلى أجل مجهول، ونحو ذلك بانته منه في هذه الصورة بمهر المثل، أما حصول الفرقة فلأن الخلع، إما فسخ أو طلاق، إن كان فسخاً فالنكاح لا يفسد العوض، فكذا فسخه إذ الفسوخ تحكي العقود، وإن كان طلاقاً فالطلاق يحصل بلا عوض وماله حصول بلا عوض فيحصل مع فساد العوض كالنكاح بل أولى لقوة الطلاق وسرايته وأما الرجوع إلى مهر المثل فلأن قضية فساد العوض ارتداد العوض الآخر والبضع لا يرتد بعد حصول الفرقة فوجب رد بدله كما مر في فساد الصداق ويقاس بما ذكرنا ما يشبهه لأن ما لم يكن ركناً في شيء لا يضر الجهل بل كالصداق. ومن صور ذلك ما لو خالعه على ما في كفها ولم يعلمه فإنها تبين منه بمهر المثل فإن لم يكن في كفها شيء ففي الوسيط أنه يقع الطلاق رجعيًا والذي نقله غيره أنه يقع بائناً بمهر المثل قاله الرافعي: ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالماً بالحال، والثاني فيما إذا ظن أن في كفها شيئاً. قال النووي: المعروف الذي أطلقه الجمهور وقوعه بائناً بمهر المثل والله أعلم.

واعلم أن الخلع على ما ليس بمال ولكن قد يقصد يقع به الطلاق بائناً بمهر المثل كما لو خالعه على خمر أو حر أو مغصوب بخلاف ما لو خالعه على دم فإنه يقع الطلاق رجعيًا، وفرق بأن الدم لا يقصد بحال فكأنه لم يطع في شيء، والخلع على الميتة كالخمر لا كالدّم لأنها قد تقصد للضرورة والجوارح، وقال القاضي حسين: يقع في ذكر الخمر والمغصوب رجعيًا لأن المذكور ليس بمال فلا يظهر طمعه في شيء، والصحيح أنه يقع بائناً بمهر المثل وقطع به الأصحاب، والخلع على ما لا يقدر على تسليمه <ص: 81> وما لم يتم الملك عليه كالخلع على الخمر، ولو خالعه على عين فتلفت قبل القبض أو خرجت مستحقة للغير أو معيبة فردها أو فانت منها صفة مشروطة فردها رجع بمهر المثل في الأصح، وقيل بقيمة العين بخلاف ما لو خالعه على شيء موصوف في الذمة بصفات معتبرة فأعطته ذلك الشيء فبان معيباً فله رده وبطالها بسليم كما في السلم ولو قال: إن أعطيتني ثوباً صفته كذا فانت طالق فأعطيته ثوباً بتك الصفة طلقت. فإن خرج معيباً فردته رجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة ذلك الثوب سليماً على قول ضعيف والله أعلم. واعلم أنه يشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي. فإن تخلل كلام كثير بطل الارتباط بينهما ولا يضر اليسير على الصحيح.

[فرع كثير الوقوع] قالت الزوجة: إن طلقني فأنت بريء من صداقي، أو فقد أبرأتك فطلق وقع الطلاق رجعيًا ولم يبرأ من

الصداق لأن تعليق الأبراء لا يصح، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً. قال الرافعي: وكان لا يبعد أن يقال طلق طمعاً في حصول البراءة وهي رغبت في الطلاق بالبراءة فيكون ذلك عوضاً فاسداً فأشبهه ما إذا ذكر خمرًا ونحوه والله أعلم، وهذا هو الذي بحثه الرافعي نقله الخوارزمي، ونقل في المسألة وجهين. بل جزم به القاضي حسين، ونقله عن الرافعي في آخر الباب الخامس من الخلع فقال: ولو قالت إن طلقنتي أبرأتك من صداقي أو فأنت بريء فطلق لا يحصل الإبراء لأن تعليق الإبراء لا يصح لكن عليها مهر المثل لأنه لم يطلق مجاناً بل بالإبراء وظن صحته والله أعلم. قال لأسنوي: وما نقله من وجوب مهر المثل وأقره المشهور خلافه. فلا يجب شئ ويقع رجعيًا والله أعلم. قلت: يعضد قول الرافعي مسائل. منها ما احتج به من ذكر الخمر والخنزير والجر والمغصوب والميثة، وعللوا البيونة بالطمع فيما قد يقصد، وفي مسألتنا البراءة من الصداق مقصودة لا محالة، ومنها ما تقدم أيضاً فيما إذا خالعا على ما في كفاها ولا شئ فيه أنها تبين بمهر المثل، لأنه إنما طلق طمعاً في شئ كذا ذكره في الشامل والتممة، ورحجه النووي واعتمدوا في البيونة على تعليل الطمع، ومنها لو تخالعا بما بقي من صداقها ولم يكن بقي لها شئ <ص: 82> فهل تبين بمهر المثل؟ فيه وجهان في فتاوى البغوي، ورجح الحصول، وفي فتاوى القفال أنه إذا خالعا على صداقها وقد أبرأته منه، فإن جهلت الحال فعليها مهر المثل أم مثل ذلك القدر؟ قولان، وإن كانت عالمة فإن جرى لفظ الطلاق فهل تبين أو يقع رجعيًا؟ وجهان، وإن جرى لفظ الخلع. فإن قلنا في الطلاق يجب المال فهنا أولى، وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع يقتضيه أم لا. انتهى كلام القفال، والصحيح أن مطلق الخلع يقتضي المال، وقد يجاب بأن هذه الصورة فيها تعليق من جهة الزوج بخلاف مسألة البراءة فإنه لا تعليق فيها من جهته بل من المرأة والله أعلم. قال: (وتملك به المرأة نفسها ولا رجعة له عليها) إذا طلق الرجل زوجته على عوض أو خالعا فلا رجعة له سواء كان العوض صحيحاً أو فاسداً سواء قلنا الخلع فسخ أو طلاق لأنها بذلت المال لتملك البضع فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليه كما أن الزوج إذا بذل المال صداقاً ليملك البضع لا يكون للمرأة ولاية الرجوع إلى البضع والله أعلم.

[فرع]: قال لزوجته: خالعتك بدينار على أن لي عليك رجعة فهل يقع الطلاق رجعيًا ولا مال أو يلغو شرط الرجعة وتجعل البيونة بمهر المثل؟ في ذلك نصوص للشافعي قال ابن مسلمة وابن الوكيل: في المسألة قولان: جمهور الأصحاب على القطع بوقوعه رجعيًا بلا مال. ولو خالعا بمائة على أن متى شاء رد المائة وكانت له الرجعة؟ نص الشافعي على أنه يفسد الشرط وتحصل البيونة بمهر المثل ف قيل بطر الخلاف في المسألة الأولى، وقيل بالجزم بالمنصوص لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا، ومتى سقطت لا تعود والله أعلم.

[فرع]: وكل رجل أمر امرأة بطلاق زوجته أو خالعا صح علي الأصح، وقيل لا، لأنها لا تستقل ويجوز أن يوكل في الخلع عبداً، والسفيه والمحجور عليه، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض فإن فعل وقبض. ففي التتمة أن المختلعة تبرأ ويكون الزوج مضيعاً لماله، ولو وكلت المرأة الاختلاع محجوراً عليه بسفه قال البغوي: لا يصح، وإن أذن الولي فلو فعل وقع الطلاق رجعيًا كاختلاع السفیه، وهذا على ما ذكره <ص: 83> المتولي فيما إذا أطلق. أما



إذا أضاف المال إليها فتحصل البيونة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفية والله أعلم. قال:

(ويجوز الخلع في الطهر والحيض ولا يلحق المختلعة طلاق) الطلاق في زمن الحيض حرام على ما سيأتي، ويستثنى من ذلك ما إذا طلقها على عوض وكذا إذا خالعتها، واحتج لذلك بإطلاق قوله تعالى {فلا جناح عليهما فيما افتدت به} وبأن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق الإذن لثابت بن قيس في الخلع من غير بحث واستفصال عن حال الزوجة وليس الحيض بأمر نادر الوجود في حق النساء قال الشافعي: ترك الاستفصال في قضايا الأحوال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل هل هي حائض أم لا. ثم المعنى المحجوز للخلع اختلف فيه على وجهين: أحدهما أن المنع في الحيض إنما كان محافظة على جانبها لتضررها بطول العدة فإذا اختلعت بنفسه ا فقد رضيت بالتطويل، والثاني أن بذل المال يشعر بقيام الضرورة أو الحاجة الشديدة إلى الخلاص وفي مثل هذا لا يحسن الأمر بالتأخير ومراقبة الأوقات. وتظهر ثمرة الخلاف في مسألتين: إحداهما إذا سألت الطلاق ورضيت به بلا عوض في الحيض فهل يكون الطلاق حراماً؟ إن عللنا بالرضا فلا يحرم كرضائها بتطويل العدة والثاني وهو الأصح يحرم لأن الضرورة لم تتحقق لعدم بذل المال. المسألة الثانية: لو خال الزوج أجنبي في الحيض فهل يحرم؟ وجهان: وجه الجواز أن وجود بذل المال يدل على الضرورة، والأصح التحريم لأنه لم يوجد منها رضا ولا بذل. وقوله [ولا يلحق المختلعة طلاق] لأنها تبين بالخلع والبائن لا يلحقها طلاق لأنها أجنبية بدليل عدم جواز النظر والخلوة ونحوهما والله أعلم.

[فرع]: قد علمت أن الخلع يصح مع الزوجة للنص وكما يصح معها كذلك يصح مع الأجنبي إذا قلنا إن الخلع طلاق وهو الأصح، ووجهه أن للزوجة حقاً على الزوج، ولها أن تسقطه بعوض فجاز ذلك لغيرها كالدين، وفي وجه لا يصح فلو قلنا إن الخلع فسخ لم يصح من الأجنبي لأن الفسخ بلا علة لا ينفرد به الزوج فلا يصح طلبه والله أعلم. قال:

(فصل): والطلاق ضربان: صريح وكناية) الطلاق في اللغة هو حل القيد والإطلاق، ولهذا يقال ناقة طالق: أي مرسله ترعى حيث شاءت. وهو في الشرع اسم لحل قيد النكاح، وهو لفظ جاهلي ورد الشرع بتقريره، ويقال طلقت المرأة بفتح اللام على الأصح ويجوز ضمها. والأصل فيه الكتاب والسنة وإجماع أهل الملل مع أهل السنة، وسنورد ذلك في محله. ثم للطلاق أركان: منها اللفظ فلا يقع الطلاق بمجرد النية ولو حرك لسانه بكلمة الطلاق ولم يرفع صوته قدراً يسمع نفسه؟ نقل المزني فيه قولين: أحدهما تطلق لأنه أقوى من الكناية مع النية، والثاني لا. لأنه ليس بكلام، ولهذا اشترط في صلاته أن يسمع نفسه. قال النووي: الأظهر الثاني لأنه في حكم النية المجردة بخلاف الكناية فإن وقوع الطلاق به حصول الإفهام ولم يحصل هنا والله أعلم. ثم اللفظ. إما صريح، وإما كناية: فالصريح ما لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية لأنه لذلك وضع أي وضعه الشارع لذلك، وأما الكناية فهو ما يتوقف على النية وهذا بالإجماع ولا يقع الطلاق في الكناية بلا نية. قال:

(فالصريح ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح ولا يفتقر صريح الطلاق إلى النية) أما كون الطلاق صريحاً. فلأنه قد تكرر في القرآن واشتهر في معناه، وهو حل قيد النكاح في الجاهلية والإسلام، وأطبق عليه معظم الخلق ولم يختلف فيه أحد قال الله

تعالى {الطلاق مرتان} {والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء} {وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة} {يا أيها النبي إذا طلقتم النساء} إلى غير ذلك. وأما الفراق والسراح فلورودهما في الشرع ولتكرهما في القرآن بمعنى الطلاق قال الله تعالى {وسرحوهن سراحاً جميلاً} وقال تعالى {فتعالين أمتعن وأسرحكن} وقال تعالى {أو فارقوهن بمعروف} وقال تعالى {وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته} وروي أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الطلقة الثالثة فقال: {أو تسريح بإحسان} رواه الدارقطني، وصوب إرساله، لكن ابن <ص: 85> القطان صححه، وفي القديم أن الفراق والسراح كنايةان لأنهما يستعملان في الطلاق وغيره فأشبهها لفظ البائن، والجديد الصحيح الأول لما ذكرنا. واعلم أن لفظ الطلاق مصدر، والمشتق منه في حكمه في الصراحة فلو قال: أنت طالق أو مطلقة أو يا طالق أو يا مطلقة بتشديد اللام وقع الطلاق، وإن لم ينو لأنه صريح في حل قيد النكاح مشتهر، بخلاف المش تيق من الإطلاق كقوله أنت مطلقة بإسكان الطاء أو يا مطلقة فليس بصريح على الصحيح لعدم اشتهاؤه وإن كان الإطلاق والتطليق متقاربين كالإكرام والتكريم وفي قوله أنت طالق أو الطلاق أو طلقة وجهان: أحدهما أنه كناية، ولو قال: أنت مفارقة أو فارقتك أو سرحتك وأنت مسرحة طلقت وإن لم ينو الطلاق والله أعلم.

[فرع]: قال: أردت بقولي أنت طالق إطلاقها من الوثائق وليس هناك قرينة، وبالفراق المفارقة في المنزل وبالسراح إلى منزل أهلها أو قال: أردت خطاب غيرها فسبق لساني إليها لم يقبل منه في ظاهر الحكم فلو صرح بذلك فقال: أنت طالق من وثاق أو سرحتك إلى موضع كذا أو فارقتك في المنزل خرج عن كونه صريحاً وصار كناية والله أعلم.

(مسألة) إذا اشتهر في الطلاق لفظ سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة، كقول الناس: أنت علي حرام ففي إلحاقه بالصريح أوجه، أحدها عند الرافعي أنه يلحق بالصريح حتى يقع الطلاق، وإن لم ينو لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم، ونسبه إلى التهذيب، وفتاوى القفال، والقاضي حسين والمتأخرين والثاني لا يلتحق بالصرائح قاله الرافعي ورجحه المتولي، ووجهه بأن الصرائح تؤخذ من ورود القرآن بها وتكررها على لسان حملة الشريعة، وإلا فلا فرق إذا نظرنا إلى مجرد اللغة، والاستعمال بين الفراق والبينونة. قال النووي: الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون أنه كناية مطلقاً والله أعلم، وأما البلاد التي لم يشتهر فيها هذا اللفظ للطلاق فهو كناية في حق أهلها بلا خلاف، ولو قال: أنت حرام ولم يقل علي قال البغوي: هو كناية بلا خلاف والله أعلم. قال: <ص: 86>

(والكناية كل لفظ احتمل الطلاق وغيره، ويفتقر إلى النية) هذا هو الضرب الثاني وهو الكناية ويقع الطلاق بها مع النية بالإجماع، وروي أن عمر رضي الله عنه، قال لرجل قال لزوجته: حبلك على غاربك. أنشدك برب هذه البنية، هل أردت الطلاق؟ فقال الرجل: أردت الفراق فقال: هو ما أردت، وعن عائشة رضي الله عنها {أن ابنة الجون لما دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال: لقد عدت بعظيم الحقي بأهلك} رواه البخاري، فإن لم ينو لم يقع الطلاق لأثر عمر لأنه لو كان يقع بلا نية لم يكن للتحليف فائدة، ولما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كعب بن مالك أن يعتزل امرأته، قال لها كعب: الحقي بأهلك، فلما نزلت توبته لم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينه ما ولأن ألفاظ الكناية تحتل الطلاق وغيره، فلا يقع ما لم ينو كما

أن الامساک عن الطعام لما احتمل العبادۃ وغيرها لم ينصرف إليها إلا بالنیة. ثم ألفاظ الكناية كثيرة جداً فنقتصر على ذکر بعضها، فمنها قوله: أنت خلیة. أي خلیة من الأزواج، وبریة. أي برئت من الزوج، وبتة. أي قطعت الوصلة بیننا، وبتلة من تبتل الرجل، إذا ترك النکاح وانفرد، وبائن من البین، وهو الفراق ويجوز بائة والأفصح بائن كحائض وطالق، وأنت حرة وأنت واحدة، واعتدي واستبرئي رحمك والحق بأهلك، وحبلک على غاربک، وما أشبه ذلك كقوله: أخرجني واذهبي وسافري وتقنعي وتستري وبیني وابعدي وتجرعی، وما أشبه ذلك كقوله: أنت حرام وأنت محرمة أو حرمتک، ثم إن نوى الطلاق بقوله أنت علي حرام ونحوها يقع رجعیاً، وإن نوى عدداً وقع ما نوى الظهار فهو ظهار، وإن نوى الطلاق والظهار معاً فأوجه أصحابها يتخير بین جعله طلاقاً أو ظهاراً، وبهذا قال ابن الحداد، وأكثر الأصحاب ولا یفخذ الإثنان معاً بلا خلاف، وقيل یكون طلاقاً، وقيل یكون ظهاراً. قال الأسنوي: وتقرير منع الجمع ممنوع یعنی كونه طلاقاً وظهاراً، فإنه یجوز استعمال اللفظ فی المعنیین معاً على مذهب الشافعی، سواء كان اللفظ حقيقة فیهما كالمشترك أو حقيقة فی أحدهما مجازاً فی الآخر، وقد صرح الرافعی بأن الجمع بین الحقيقة والمجاز غیر ممتنع ذكره فی كتاب الأیمان. وإن أطلق قوله: أنت علي حرام، ولم ینو الطلاق ولا الظهار <ص: 87> فقولان. وهذا كله تفریع على ما صحه النووي إن قوله: أنت علي حرام كناية، أم على قول الرافعی فإنه یكون طلاقاً وإن أراد بقوله: أنت علي حرام تحريم عینها أو ذاتها أو وطئها لزمه كفارة یمین فی الحال، وكذا إن لم یكن له فی الأظهر وإن قال: أنت كالمیئة والدم ولحم الخنزیر، وقال: أردت به الطلاق أو الظهار نفذاً، وإن نوى التحريم لزمه الكفارة وإن أطلق فالنص أنه كالحرام، فیکون على الخلاف، وعلى هذا جرى الإمام والذي ذكره البغوي وغيره أنه لا شئ علیه، ولو قال: أردت أنها حرام علي، فإن جعلناه صریحاً وجبت الكفارة وإلا فلا لأنه لیس للكناية كناية وتبعه على هذا جماعة، وقال الرافعی: ولا یكاد یتحقق هذا التصویر، ولو قال: أردت أنها كالمیئة فی الاستقذار صدق ولا شئ علیه والله أعلم. واعلم أن نية الكناية لا بد أن تقترن باللفظ فلو تقدمت أو تأخرت لم تؤثر ولو نوى فی أوله عند قوله: أنت أو عكسه كمن نوى عند قوله: بائن ففیه وجهان: الأصح فی الشرح الصغیر الوقوع فی الصورة الأولى وخالف فی المحرر فرجح أنه لا بد من اقترانها بجميع اللفظ، واختلف كلام الروضة والمنهاج أيضاً فرجح فیها اقتران النية بكل اللفظ، وقال فی الروضة: ولو اقترنت النية بأول اللفظ دون آخره أو عكسه طلقت فی الأصح، وقال الأسنوي: والفتوى أنه يقع فی الأولى فیما إذا نوى فی أول اللفظ دون الثانية قال الماوردي بعد تصحيحه: إنه أشبه بمذهب الشافعی والله أعلم.

[فرع]: قال هذا الطعام أو الثوب أو الشاة حرام علي فهو لعو لا یتعلق به كفارة ولا غيرها والله أعلم. قال:

(فصل): والنساء فیہ ضربان: ضرب فی طلاقهن سنة وبدعة وهن ذوات الحيض. فالسنة أن یوقع الطلاق فی طهر غیر مجامع فیہ، والبدعة أن یوقع الطلاق فی الحيض أو فی طهر جامعها فیہ وضرب لیس فی طلاقهن سنة ولا بدعة وهن أربع: الصغیرة، والآیسة والحامل والمختلعة التي لم یدخل بها الزوج) لم یزل العلماء قديماً وحديثاً یصفون <ص: 88> الطلاق بالسنة والبدعة، وفي معنهما اصطلاحان: أحدهما أن السني ما لا یحرم إيقاعه، والبدعي ما یحرم وعلى هذا فلا قسم سواهما، والثاني هو المتداول وعليه جرى الشيخ

أن السني طلاق المدخول بها وليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة، والبدعي طلاق المدخول بها في حيض أو نفاس أو طهر جامعها فيه ولم يتبين حملها، ويبقى قسم آخر وهو لا سنة فيه ولا بدعة كطلاق غير المدخول بها والحامل والآيسة والصغيرة كما ذكره الشيخ، وهو الضرب الثالث. إذا عرفت هذا فطلاق السنة أو يوقعه في طهر لم يجمعها فيه وهي مدخول بها لأن ابن عمر رضي الله عنهما طلق زوجته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: {مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن شاء أمسكها وإن شاء طلقها قبل أن يجمع} فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء، وفي رواية {قبل أن يمسه}، والأمر المشار إليه قوله تعالى {فطلقوهن لعدتهن} أي في عدتهن لأن اللام تأتي بمعنى في قال الله تعالى {ونضع الموازين القسط ليوم القيامة} أي في يوم القيامة، وقيل المراد لوقت يشرعن عقبه في العدة، وروي أنه عليه الصلاة والسلام قرأ [فطلقوهن لقبل عدتهن] قال الإمام: والظاهر أنه كان يذكره تفسيراً، فانتظم من الآية والخبر أن الطهر الذي لم يجمع فيه محل لطلاق السنة. وقول الشيخ [فالسنة أن يوقع الطلاق في طهر غير مجامع فيه] يرد عليه أنه لو وطئها في آخر الحيض ثم طلق في الطهر الذي يليه قبل أن يجمع فيه فإنه لا يكون سنة على الأصح في الروضة والله أعلم. وأما طلاق البدعة فهو أن يطلقها في الحيض مختاراً وهي ممن تعتد بالأقراء من غير عوض من جهتها، أو يطلقها في طهر جامعها فيه بلا عوض منها وهي ممن يجوز أن تحبل ولم يتحقق حملها، ودليله حديث ابن عمر، وادعى الإمام الإجماع عليه، والحكمة في ذلك أن الطلاق في الحيض يطول عليها العدة لأن بقية الحيض لا يحسب من العدة وفيه إضرار بها. وأما الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه فلأنه ربما يعقبه ندم عند ظهور الحمل فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل وإذا ندم فقد لا يتيسر التدارك فيتضرر الولد والله أعلم. قال:

(فصل): ويملك الحر ثلاث تطليقات <ص: 89> والعبد تطليقتين) يملك الحر على زوجته حرة كانت أو أمة ثلاث تطليقات لما روى أنس رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني أسمع الله يقول {الطلاق مرتان} فأين الثالثة، فقال عليه الصلاة والسلام {إمسك بمعروف أو تسريح بإحسان} صححه ابن القطان وبرهن عليه، وقال المدارقطني: الصواب إرساله، وبهذا فسرت عائشة وابن عباس رضي الله عنهم، وقيل الثالثة في قوله تعالى {فإن طلقها فلا تحل له من بعد} الآية ولأنه حق خالص للزوج يختلف بالرق والحرية، فكان كعدد الزوجات. وأما العبد فلا يملك إلا تطليقتين لقوله عليه الصلاة والسلام {طلاق العبد ثتان}، وروى الشافعي أن مكاتباً أم سلمة طلق حرة طلقتين وأراد الرجعة، فسأل عثمان ومعه زيد بن ثابت رضي الله عنهما فابتدراه وقالوا: حرمت عليك، ولا فرق بين القن والمدبر والمكاتب، وكذا المبعوض ومتى طلق الحر أو العبد جميع ما يملك لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ويفارقها وتنقضي عدتها والله أعلم. قال:

(ويصح الاستثناء في الطلاق إذا وصله به). الاستثناء صحيح معهود، وفي الكتاب والسنة موجود ثم تارة يقع في الع د وتارة يقع بلفظ المشيئة، فإن وقع في العدد فله شرطان: أحدهما، يكون متصلاً باللفظ، فإن انفصل فهو باطل وسكتة التنفس والعي لا يمنعان الاتصال. قال إمام الحرمين: والاتصال المشروط هنا أبلغ من اشتراطه بين الإيجاب والقبول لأنه يحتمل بين كلامي الشخصين ما لا

يحتمل بين كلام شخص واحد، ولهذا لا ينقطع التخلل بين الإيجاب والقبول كلام يسير على الأصح، وينقطع الاستثناء على الصحيح، وهل يشترط قرن الاستثناء بأول اللفظ؟ فيه وجهان: أحدهما لا، بل لو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه فاستثنى حكم بصحة الاستثناء. وثانيهما وادعى الفارسي الإجماع عليه لا يصح الاستثناء حتى يتصل بأول الكلام. قال النووي: الأصح وجه ثالث، وهو صحة الاستثناء بشرط وجود النية قبل فراغ اليمين، وإن لم يقارن أولها والله أعلم. ثم ما ذكرناه من اتصال اللفظ، <ص: 90> واقتران القصد بأول الكلام يجري في الإستثناء بالأ وأخواتها، وسواء في ذلك التعليق بالمشيئة، وسائر التعليقات. الشرط الثاني أن لا يكون الاستثناء مستغرقاً، فإن استغرق فهو باطل ويقع الجميع، والله أعلم.

مثاله قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو اثنتين متصلاً مع ا لنية المعتبرة لم يقع المستثنى فإن قال: إلا ثلاثاً وقع الثلاث للإستغراق والله أعلم. أما إذا كان الاستثناء بالمشيئة بأن قال: أنت طالق إن شاء الله، فينظر، إن سبقت إن شاء الله إلى لسانه لتعوده لها كما هو الأدب أو قصد التبرك بذكر الله تعالى أو قصد الإشارة إلى أن الأمور كلها بمشيئة الله، أو لم يقصد تعليقاً محققاً لم يؤثر على ذلك ووقع الطلاق، وإن قصد التعليق حقيقة لم تطلق على المذهب لأمرين: أحدهما وهو طريق المتكلمين أنه يقتضي مشيئة جديدة، ومشيئة الله تعالى قديمة، فإذا تعذرت الصفة لم تطلق. والثاني وهو طريق الفقهاء أنا لم نتحقق وجود المشيئة فلم تطلق لأن الأصل بقاء النكاح كما لو علق بمشيئة زيد فمات ولم تعلم مشيئته فإنها لا تطلق، وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال: {من أعتق أو طلق واستثنى فله ثنياه} بالقياس على غيره من الشروط كما لو قال: أنت طالق إن شاء أبوك أو أمك أو شئت ونحو ذلك، ولا فرق في الاستثناء بين أن يقول: أنت طالق إن شاء الله أو إن شاء الله فأنت طالق أو متى شاء أو إذا شاء الله، وكذا لو قال: إن شاء الله أنت طالق، وفي هذه الصيغة وجه أنه يقع. ولو قال: أنت طالق أن شاء الله بفتح الهمزة، حكى في أصل الروضة هنا ثلاثة أوجه فقال: ولو قالت: أنت طالق إن شاء الله بفتح الهمزة وقع في الحال، وفي وجه لا يقع، وفي ثالث يفرق بين عارف النحو وغيره، واختاره الروياني، ومقتضاه وقوع الطلاق على الصحيح، لكنه صح من زيادته خلاف ذلك، ذكره قبيل الفصل المعقود للتعليق بالحمل، فقال هناك في أصل الروضة: إن الشرطية بكسر الهمزة، فإن فتحت صارت للتعليل، فإذا قال: أنت طالق أن لم أطلقك بفتح الهمزة في الحال إلا أن يكون الرجل ممن لا يعرف اللغة ولا يميز بين إن وأن، وقال: قصدت التعليق فيصدق، وقال الرافعي: وهذا أشبه، وقال النووي من زيادته: إن من لم يعرف اللغة لا يقع عليه مطلقاً ويحمل على <ص: 91> التعليق قال: وهو الأصح، وبه قطع الأكثرون والله أعلم. انتهى ملخصاً.

ولو قال: أنت طالق إن لم يشأ الله، أو إذا لم يشأ الله لم تطلق على الصحيح الذي قطع به الجمهور، ولو قال: أنت طالق إلا أن يشاء الله تعالى فوجهان: أحدهما في أصل الروضة لا يقع الطلاق كما لو قال: أنت طالق إن شاء الله والثاني يقع الطلاق، وبه قال العراقيون لأنه أوقع الطلاق وجعل الملخص منه مشيئة الله وهي غير معلومة، فلا يحصل الخلاص كما لو قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد ولم يعلم بمشيئته فإنه يقع الطلاق، والقائلون بالصحيح يقولون: إن هذا تعليق بعدم المشيئة وهي غير معلومة، وأيضاً فمعناه حصر الوقوع في حال عدم مشيئة الوقوع وهو تعليق على مستحيل

لأن الوقوع بخلاف مشيئة الله محال، والتعليق على المستحيل لا يقع به طلاق كما لو قال: أنت طالق إن سعدت السماء، وهذا ما صححه الإمام والغزالي وغيرهما وجرى عليه القفال، ونقله عن نص الشافعي. قال الرافعي: وهو أقوى، ولهذا صححه النووي في أصل الروضة: يعني عدم الوقوع، والله أعلم.

(مسألة) قال: أنت طالق إن شاء الله، ولم يقصد تبركاً ولا تعليقاً، بل أطلق فهل يقع الطلاق أم لا؟ وهذه الحالة وهي حالة الإطلاق لم يذكرها الرافعي ولا النووي. قال الأسنوي: وحكمه أن لا يقع والله أعلم.

[فائدة]: إذا فرعنا على المذهب أن قوله: إن شاء الله لا يقع معه طلاق بشروطه، كذلك أيضاً الاستثناء يمنع انعقاد التعليق كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، ونحوه <ص: 92> إن شاء الله، ويمنع أيضاً العتق كقوله: أنت حر إن شاء الله، ويمنع إنعقاد النذر واليمين، ويمنع صحة البيع وسائر التصرفات والله أعلم. قال:

(ويصح تعليقه بالصفة والشرط). كما يصح تنجيز الطلاق كذلك يصح تعليقه، واستأنس الأصحاب لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام {المؤمنون عند شروطهم} وقاسوه على العتق، فإن العتق ورد بالتدبير، وهو تعليق عتق بالموت، والطلاق والعتاق يتقاربان في كثير من الأحكام. والمعنى في ذلك أن المرأة قد تخالف الزوج في بعض مقاصده، ويكره طلاقها لكون الطلاق أبغض المباحات إلى الله، ولكنه يرجو موافقتها فيعلق طلاقها بفعل ما يكرهه أو ترك ما يريده، فإن تركت ما يكرهه أو فعلت ما يريده فذاك وإلا فهي مختارة للطلاق، كذا قاله الرافعي، وفيه منازعة من جهة أن المعنى الذي ذكره يقتضي وجود التعليق عند وجوده لا عند عدمه، ولا قائل بالفرق، وأيضاً فالقياس على العتق ممنوع فإنه ضده لأن العتق محبوب إلى الله سبحانه وتعالى، فناسب أن يوسع فيه بالتطبيق، والطلاق مبغوض إلى الرب، فلا يناسب ذلك، ولهذا روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن جبل رضي الله عنه: {ما خلق الله عز وجل على وجه الأرض أبغض إليه من الطلاق} فإذا عرفت هذا فاعلم أن التعليق بالصفة والشرط باب متسع جداً، فتقتصر على بعض الأمثلة ليدل على ما ذكرناه على ما لم نذكره إذ هذا الكتاب لا يليق به الاتساع، وقبل ذكر الأمثلة يعلم أن الطلاق إذا علق على شرط لم يجز الرجوع في التعليق وسواء علقه بشرط معلوم الحصول أو محتمله لا يقع الطلاق إلا بوجود الشرط، ولا يحرم الوطاء قبل وجود الشرط ووقوع الطلاق ولو شك في وجود الصفة أو الشرط المعلق عليهما لم يقع طلاق، إذ الأصل عدم ذلك، ولو علق الطلاق بصفة ثم قال: عجلت تلك الطلقة المعلقة لا يتعجل على الصحيح. فمن الأمثلة ما إذا قال لزوجته عند التخاصم أو غيره: أنت طالق إن شئت، فيشترط مشيئتها في مجلس التجاوب: يعني التخاطب، فإن أخرجت لم تطلق وإن قالت: شئت على الفور طلقت، ووجه اشتراط الفور بشيئين: أحدهما أن هذا التعليق استدعاء رغبة جواب منها فينزل منزلة القبول في العقود. والثاني أن يتضمن تخيرها وتمليكها <ص: 93> البضع، فكان كما لو قال: طلقي نفسك، ولو قال لها: طلقي نفسك فهو تفويض الطلاق إليها، وهو تمليك الطلاق على الجديد فيشترط لوقوع الطلاق تطبيقها على الفور، وكذا لو قال: طلقي نفسك على كذا: يعني على مائة ونحوها، فيشترط الفور، وتبين منه ويلزمها المسمى، فلو أخرجت وطلقت لم يقع، هذا إذا كانت الزوجة مكلفة راضية، أما لو كانت مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تطلق، فإن كانت مميزة فوجهان: صحح النووي أنها لا

تطلق أيضاً، ولو كانت غير راضية في الباطن طلقت في الظاهر، وهل تطلق باطناً؟ وجهان: أحدهما لا يقع، وبه قال غير واحد كما لو علق على حيضها، فقالت: حضت وهي كاذبة، فإنه لا يقع باطناً، والأصح في المحرر والمنهاج والتهذيب، وبه قال القفال وغيره: أنه يقع لأن التعليق في الحقيقة بلفظ المشيئة، وقد وجدت لا بما في الباطن، ولو شاءت بقلبها ولم تنطق بلسانها قال الإمام: الذي يجب القطع به أنها لا تطلق ظاهراً ولا باطناً لأن الكلام الجاري على النفس ليس جواباً، وأبدي الرافعي في الوقوع تردداً، وحكى في الروضة في ذلك وجهين ولو قالت: شئت فكذبها فإن قلنا إن المعلق عليه اللفظ، فالقول قوله، وإن قلنا ما في نفس الأمر فالقول قولها. حكاه مجلي، ولو علق الطلاق بمشيئتها لا على مخاطبتها لها، فقال: زوجتي طالق إن شاءت لم تشترط المشيئة على الفور على الأصح سواء كانت حاضرة أم غائبة، ولو قال لأجنبي: إن شئت فزوجتي طالق، فالأصح أنه لا يشترط مشيئته على الفور إذ لا تملك له، ولو قال: إن شئت وشاء فلان فأنت طالق اشترط مشيئتها على الفور، وفي مشيئة فلان وجهان: الصحيح لا يشترط الفور وإذا علق بمشيئتها فأراد أن يرجع مشيئتها لم يكن كسائر التعليقات، ثم هذا كله إذا علق بقوله: أنت طالق إن شئت، أما إذا قال: أنت طالق متى شئت طلقت متى شاءت وإن فارقت المجلس، لأنه تعليق على صفة لا تقتضي فوراً، ولو قال: أنت طالق إن شئت أنا فمتى شاء وقع الطلاق، ولو قال: أنت طالق كيف شئت. قال البغوي، وأبو زيد، والقفال: تطلق، شاءت أم لم تشأ وقال الشيخ أبو علي: لا تطلق حتى توجد مشيئته في المجلس: مشيئة أن تطلق، وأن لا تطلق. قال البغوي: وكذا الحكم إذا قال علي: أي وجه شئت، كذا نقله الرافعي هنا، ثم أعاد ذلك في باب العتق قبيل المولاء، <ص: 94> واقتضى نقله هناك رجحان اشتراط المشيئة والله أعلم. ومنها إذا قال: أنت طالق، إلا أن يشاء أبوك أن لا تطلقي فلا يقع طلاق كما لو قال: إلا أن لا يدخل أبوك الدار، فإنها لا تطلق إذا دخل، ولو قال: أنت طالق لولا أبوك لم تطلق على الصحيح. ومنها له زوجتان، فقال: من أخبرني منكما بكذا فهي طالق، فلفظ الخبر يقع على الصدق والكذب، ولا يختص بالخبر الأول، فإن أخبرته صادقاً أو كاذباً معاً، أو على الترتي ب طلقتهما معاً، وسواء قال: من أخبرني منكما بقدم زيد ونحوه، أو من أخبرني أن زيداً قدم، أو بأن زيداً قد قدم على الصحيح. ومنها أنت طالق يوم يقدم زيد، فقدم نهاراً طلقت، ويتبين الوقوع من أول النهار على الصحيح، وقيل يقع الطلاق عقب القدوم، فلو ماتت، ثم قدم زيد ذلك اليوم، فعلى الصحيح ماتت مطلقة، فلا يرثها الزوج إن كان الطلاق بائناً، وكذا لو مات الزوج بعد الفجر، فقدم زيد في يومه لم ترث منه ولو خالعه في أول النهار، ثم قدم زيد، فعلى الصحيح الخلع باطل إن كان الطلاق المعلق بقدم زيد بائناً، وإن كان رجعيًا، فعلى الخلاف في خلع الرجعية: والأظهر صحة خلع الرجعية، لأنها زوجة، ولو قدم زيد ليلاً لم تطلق على المذهب الذي قطع به الجمهور والله أعلم. ومنها إذا قال: إن دخلت الدار، أو كلمت زيداً فأنت طالق. أو أنت طالق إن دخلت الدار، أو كلمت زيداً طلقت بأيهما وجد. وتنحل اليمين فلا يقع بالصفة الأخرى شيء، ولو قال: إن دخلت الدار، وإن كلمت زيداً بلا ألف فأنت طالق. فدخلت وكلمته وقع طلقتان، وإحدى الصفتين طلقة، وإن قال: إن دخلت وكلمت بلا إذن فأنت طالق، فلا بد من وجود الدخول والتكليم وي قع طلقة واحدة، وسواء تقدم الكلام على الدخول أو تأخر على الصحيح، وقيل يشترط تقدم الدخول، فلو أتى

بثم بأن قال: إن دخلت الدار، ثم كلمت زيدا فلا بد منهما، ويشترط تقدم الدخول والله أعلم. ومنها إذا قال: إن أكلت هذا الزبيب فأنت طالق، فأكلته طلق، فإن تركت واحدة فلا يحنث، ويقاس بهذا أشباهه، ولو قال: إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق فأكلته إلا فتاتا.

قال القاضي حسين: لا يحنث كما لو قال: إن أكلت هذه الرمانة فأنت طالق فأكلتها إلا حبة فإنه لا يحنث. وقال الإمام: >ص: 95< وإن بقي قطعة تحس ويجعل لها موضع لم يحنث، وربما يضبط بأن تسمى قطعة خبز، وإن دق مدركه لم يبق له أثر في بر ولا حنث. قال الرافعي: والموجه تنزيل إطلاق القاضي حسين على هذا التفصيل والله أعلم. ومنها لو وقع حجر في الدار، فقال: إن لم تخبرني هذه الساعة من رماه وإلا فأنت طالق، ففي فتاوى القاضي حسين أنها إن قالت: رماه مخلوق لم تطلق، وإن قالت: رماه آدمي طلقت لجواز أن يكون رماه الهوى أو هرة، لأنه وجد سبب الحنث وشككنا في المانع، وشبهوه بما إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد اليوم فمضى اليوم ولم تعرف مشيئته، فإن يقع الطلاق على خلاف فيه سبق، هذا كلام الروضة هنا. وذكر في آخر الباب الرابع أنه لو قال: أنت طالق إن لم يشأ زيد، أو إن لم يدخل الدار، أو إن لم يفعل كذا ومات ولم يعلم وجود الصفة، فالأكثر قالوا بالوقوع عند الشك، لأن الأصل في عدم وجود المعلق عليه، وإخثاره الإمام عدم الوقوع. قال الرافعي: وهو أوجه وأقوى. قال النووي: الأصح عدم الوقوع للشك في الصفة الموجبة للطلاق والله أعلم. قلت: وإيضاح ما قاله النووي: أنه وإن كان الأصل عدم مشيئة زيد، أو عدم دخول الدار، إلا أن عارضه أصل النكاح، واحتمال وجود مشيئة زيد ودخوله الدار ممكن فضعف أصل عدم الدخول، والمشية بهذا الإحتمال ولا كذلك النكاح، وقياس المصحح هناك عدم الوقوع في مسألة الحجر لاحتمال صدقها فيما أخبرت به، مع أن الخبر يصدق على الصدق والكذب والله أعلم. ومنها لو قال: كل كلمة كلمتني بها إن لم أقل مثلها فأنت طالق، فقالت المرأة: أنت طالق ثلاثاً فطريق الخلاص من ذلك أن يقول: أنت تقولين أنت طالق ثلاثاً إن شاء والله أعلم. ومنها لو قيل يا زوج القحبة، فقال: إن كانت امرأتي بهذه الصفة فهي طالق نظر إن قصد التخلص من عارها وقع الطلاق، وإلا فهو تعليق في نظر إن كانت بالصفة المذكورة طلقت وإلا فلا، وكذا لو قالت له: يا خسيس، فقال: إن كنت كما تقولين فأنت طالق نظر إن أراد المكافأة طلقت سواء كان خسيساً أم لا، وإن قصد التعليق لم تطلق إلا بوجود الخسية، وإن أطلق ولم يقصد المكافأة ولا حقيقة اللفظ فهو للتعليق، فإن عم العرف بالمكافأة كان على الخلاف في أنه يراعي الوضع أو العرف. >ص: 96< والأصح وبه قطع المتولي مراعاة اللفظ، فإن العرف لا يكاد ينضبط في مثل هذا فأجاب القاضي حسين بمقتضى الوجه الآخر، فإن شك في وجود الصفة، فالأصل أن لا طلاق والله أعلم. ومنها لو قالت له: يا أحمق، فقال: إن كنت أحمق فأنت طالق، فالأمر راجع مع معرفة الأحمق. قال الرافعي: قال أبو العباس الروياني: الأحمق من نقصت مرتبة أموره وأحواله عن مراتب أمثاله نقصاناً بيناً بلا سبب ولا مرض، وقال النووي: قال صاحب المذهب والتهديب: الأحمق من يفعل الشيء في غير موضعه مع العلم بقبحه، وفي التتمة والبيان أنه من يعمل ما يضره مع علمه بقبحه. وفي الحاوي الكبير من يضع كلامه في غير موضعه فيأتي بالحسن في موضع القبيح وعكسه. وقال ثعلب: الأحمق من لا ينتفع بعقله والله أعلم. ومنها قال رجل لزوجته: سرقت أو زنت، فقالت: لم أفعل ذلك، فقال: إن كنت سرقت أو زنت فأنت



طالق حكم بوقوع الطلاق في الحال بإقراره السابق، كذا قاله الرافعي والنووي جازمين به وفيه نظر. ومنها لو قال: إن ضربتك فأنت طالق فتطلق إذا حصل الضرب بالسوط أو الوكز أو اللكز، ولا يشترط أن لا يكون حائل، ويشترط الإيلاء على الأصح، والعص وقطع الشعر لا يسمى ضرباً فلا يقع به الطلاق. وتوقف المزني في العص. ولو قصد ضرب غيرها فأصابها طلقت، ولم يقبل قوله، لأن الضرب يتيقن ويحتمل أن يصدق، قاله البغوي في فتاويه. ومنها لو قال: إن رأيت فلاناً فأنت طالق، فرأته حياً، أو ميتاً، أو نائماً طلقت، ويكفي رؤية شيء من بدنه وإن قل. وقيل يعتبر الوجه، وإن رأته مستوراً أو ان رأته في المنام لم تطلق، وإن رأته في ماء صاف أو من وراء زجاج شفاف طلقت على الصحيح. ومنها لو قالت: إن كلمت زيداً فأنت طالق فكلمته ولو كان سكراناً أو مجنوناً طلقت. قال ابن الصباغ: يشترط أن يكون السكران بحيث يسمع ويتكلم، ولو كلمته وهو مغمى عليه، أو وهو نائم لم تطلق، وإن كلمته وهي مجنونة. قال ابن الصباغ: لا تطلق، وعن القاضي حسين أنها تطلق. قال الرافعي: و الظاهر تخريجه على حث الناسي، وإن كلمته وهي سكرانة طلقت على الأصح، ولو خفضت صوتها بحيث لا يسمع لم تطلق، وإن وقع في سمعه شيء فهو المقصود اتفاقاً، لأنه لا يقال كلمته، ولو نادته من <ص: 97> مسافة بعيدة لا يسمع منها الصوت لم تطلق، فلو حملت الريح كلامها، ووقع في سمعه فالمذهب أنها لا تطلق، وإن كانت المسافة بحيث يسمع فيها الصوت، فلم يسمع لذهول أو شغل طلقت، فإن لم يسمع لعارض ریح أو لصمم فيه وجهان، لم يصح الرافعي ولا النووي هنا شيئاً وصح الرافعي في الشرح الصغير الوقوع، وجزم به في الشرح الكبير في صلاة الجمعة عند إسماع أربعين إلا أنه فرض المسألة في الصمم فقط، ونقله في التتمة عن نص الشافعي. وأما النووي فأختلف تصحيحه فصح في تصحيح التنبيه أنه لا يقع، وجزم في صلاة الجمعة بالوقوع والله أعلم.

ومنها لو قال: إن سرقت مني شيئاً فأنت طالق، فدفعت إليها كيساً فأخذت منه شيئاً لا تطلق، لأنه خيانة لا سرقة. قلت: كذا جزم به الرافعي والنووي، وفيه نظر من جهة أن العامي لا يفرق بين السرقة والخيانة، فإذا فسرت السرقة بالخيانة وأخذنا بذلك أوقعنا عليه الطلاق عملاً بعرفه واعتقاده والله أعلم.

ومنها لو قال المديون لصاحب الدين: إن أخذت مالك علي فامرأتي طالق، فأخذه صاحب الدين مختاراً طلقت امرأة المديون سواء كان المديون مختاراً في الإعطاء أو مكرهاً، وسواء أعطى بنفسه أو استسغله صاحب الدين، قال البغوي: وكذا لو أخذه الحاكم ودفعه إلى صاحب الدين. وفي كتب العراقيين لا يقع الطلاق إذا أخذه الحاكم ودفعه إليه، لأنه إذا أخذه الحاكم برئت ذمة المديون، وصار المأخوذ حقاً لصاحب الدين، فلا يبقى له حق عليه، ولا يصير بأخذه من الحاكم أخذاً حقه من المديون، ولو قضى حقه أجنبي، قال الدارمي: لا تطلق، لأنه بدل حقه لا حقه بنفسه، ولو قال: إن أخذت حقه مني لم تطلق بإعطاء وكيله ولا بإعطاء السلطان من ماله، فإن أكرهه السلطان حتى أعطى بنفسه فعلى القولين في المكره، ولو قال: إن أعطيتك حقه فامرأتي طالق فأعطاه باختياره طلقت سواء كان الأخذ مختاراً في الأخذ أم لا، ولا تطلق بإعطاء الوكيل والسلطان، لأنه لم يعطه، وإنما أعطاه غيره. قلت: هذا صحيح أراد أن لا يعطيه بنفسه أو أطلق، أما إذا أراد بالإعطاء عدم الوفاء وبقاء الحق عليه فيحنت بإعطاء الوكيل والحاكم، لأنه غلظ <ص:

98 < على نفسه، لأن صرف اللفظ عن حقيقته إلى المعنى ال مجازي الصحيح مستعمل فيعمل به والله أعلم.  
ومنها إذا قال: إن كلمتك فأنت طالق، ثم أعاده طلقت، وكذا لو قال: أعرفي ذلك طلقت، لأنه كلمها، ولو قال: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، أو بالسلام فأنت طالق فبدأته لم تطلق وتنحل اليمين والله أعلم.

ومنها سئل القاضي حسين عن امرأة صعدت السطح بالمفتاح، فقال: إن لم تلق المفتاح فأنت طالق فلم تلقه ونزلت به، فقال: لا يقع الطلاق ويحمل قوله إن لم تلقه على التأييد كما قال أصحابنا فيمن دخل عليه صديقه، فقال: تغد معي فامتنع، فقال: إن لم تتغد معي فامرأتي طالق فلم يفعل لا يقع الطلاق، فلو تغدى بعد ذلك معه، وإن طال الزمان انحلت يمينه، وإن نوى أن يتغدى معه في الحال فامتنع، وقع الطلاق، ورأي البغوي حمل المطلق على الحال لأجل العادة. وسئل القاضي أيضاً عن رجل، قال لامرأته: إن لم تبيعي هذه الدجاجات فأنت طالق فقتلت واحدة منهن طلقت لتعذر بيع الجميع، وإن ذبحت واحدة وباعتهن مع المذبوحة لم تطلق. وسئل عن قال: إن قرأت سورة البقرة في صلاة الصبح فأنت طالق فقرأتها، ثم فسدت صلاتها في الركعة الثانية لم تطلق على الصحيح، لأن الصلاة عبادة واحدة يفسد أولها بفساد آخرها والله أعلم.

ومنها لو قال: لزوجته إن غسلت ثوبي فأنت طالق، فغسلته أجنبية، ثم غمسته زوجته في الماء تنظيفاً، ففي فتاوى القاضي حسين أنها لا تطلق، لأن العرف في مثل هذا يغلب، والمراد بالعرف الغسل بالصابون والأشنان ونحوهما وإزالة الوسخ. وقال غير القاضي: إن أراد الغسل من الوسخ لم تطلق، وإن أراد التنظيف حنث. وإن أطلق فلا حنث. هذا كلام الروضة، وقوله فلا حنث سهو لموافقته لما قبله وصوابه حنث، وكذا هو في الرافعي والله أعلم.

ومنها لو حلف شخص أنه لا يخرج من البلد حتى يقضي دين فلان بالعمل فعمل له ببعض دينه، وقضى الباقي من موضوع آخر، ثم خرج طلقت، فلو قال: أردت أني <ص: 99> لا أخرج حتى أخرج إليه من دينه وأقضي حقه قبل قوله في الحكم، قاله البغوي في فتاويه.

ومنها حلف شخص أن هذا الذي أخذه من فلان وشهد به عدلان أنه ليس ذلك طلقت على الصحيح، لأنها وإن كانت شهادة على النفي إلا أنه نفي يحيط به العلم، كذا نقله الرافعي عن أبي العباس الروياني، وأقره وتبعه النووي، قال الاسنوي: الحنث غير صحيح على قاعدته، فإنه إذا حلف معتقداً أنه ذلك الشيء وليس إياه لكونه جاهلاً به فالأصح أن الجاهل لا يحنث، وقد صرح الرافعي بهذه القاعدة في أول كتاب الأيمان، إذا حلف بالطلاق أنه لم يفعل كذا فشهد عدلان عنده أنه فعله، وتيقن صدقهما أو غلب على ظنه صدقهما لزمه الأخذ بالطلاق، كذا نقله الرافعي عن أبي العباس الروياني، وتبعه النووي. وقال الاسنوي: هذا إنما يجيء إذا فرعنا على حنث الناسي فأعرفه وهو قريب مما مر والله أعلم.

ومنها لو قال: لزوجته إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق. فأخرجها هو فهل يكون إذناً؟ وجهان القياس المنع، كذا نقله الرافعي عن الروياني، وتبعه النووي، ومقتضاه وقوع الطلاق والله أعلم.

ومنها أنه لو قال: إن لم تخرجي الليلة من داري فأنت طالق. فخالعها مع أجنبي في الليل وجدد نكاحها ولم تخرج لم تطلق، وأنه لو حلف لا يخرج من البلد إلا معها فخرجها أو تقدم بخطوات

فوجهان: أحدهما لا يحنث للعرف. والثاني يحنث، ولا يحصل البر إلا بخروجهما معاً بلا تقدم، وأنه لو حلف لا يضربها إلا بالواجب فشمته فضربها بالخشب طلقت، لأن الشتم لا يوجب الضرب بالخشب، وإنما تستحق به التعزير، وقيل خلافه، كذا نقله الرافعي عن أبي العباس الروياني وأقره، وقال النووي: الأصح أنها لا تطلق في مسألة الضرب ولا في مسألة التقدم بخطوات يسيرة والله أعلم.

ولو سرقت من زوجها ديناراً فحلف بالطلاق لتردينه، وكانت قد أنفقت لا تطلق حتى يحصل اليأس من رده بالموت، فإن تلف الدينار وهما حيان فوقع الطلاق على الخلاف في الحنث بفعل المكره، قال النووي: إن تلف بعد التمكن من الرد طلقت على المذهب والله أعلم. <ص: 100> ومنها أنه لو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، وأشار إلى موضع من الدار فدخلت غير ذلك الموضع من الدار، ففي وقوع الطلاق وجهان، قال النووي: أصحهما لوقوع ظاهراً، لكنه إن أراد ذلك الموضع دين فيما بينه وبين الله، والله أعلم.

ومنها قالت له زوجته: هذا ملكك، فقال: إن كان ملكي فأنت طالق، ثم وكل من يبيعه، فهل يكون ذلك إقراراً بأنه ملكه؟ وجهان، وكذا لو تقدم التوكيل على التعليق، قال النووي: المختار في الحاليين أنه لا طلاق إذ يحتمل أن يكون وكيلاً في التوكيل يبيعه أو كان لغيره وله عليه دين، وتعذر استيفاؤه فيبيعه ليطمئن منه، أو باعه غصباً، أو باعه بولاية كالوالد، والوصي، والناظر والله أعلم.

ومنها لو قال: إن لم تصومي غداً فأنت طالق فحاضت فوقع طلاق على الخلاف في المكره.

ومنها لو قال: إن لم أطأك الليلة فأنت طالق فوجدتها حائضاً. فعن المزني أنه حكى عن الشافعي ومالك وأبو حنيفة أنه لا طلاق، واعترض وقال: يقع الطلاق لأن المعصية لا تعلق لها باليمين، ولهذا لو حلف أن يعصي الله فلم يعصه حنث. وقيل ما قاله المزني هو المذهب واختاره القفال، وقيل على قولين كفوات البر بالإكراه، وكذا ذكر الرافعي هذه المسألة هنا عن الروياني وتبعه النووي ثم أعاد الرافعي المسألة في الباب السادس من كتاب الأيمان في النوع السابع عند الحلف على استيفاء الحقوق، وجزم بما قاله المزني حكماً وتعليقاً والله أعلم.

ومنها لو حلف لا يعيد بالمكان الفلاني وأقام به يوم العيد ولم يخرج إلى العيد قال البوشنجي: حنث ويحتمل المنع. نقله الرافعي عنه وأقره، وتبعه النووي. ومنها لو تخاصم رجل وامرأته على المراودة فقال: إن لم تجيئي إلى الفراش الساعة فأنت طالق ثم طالت الخصومة بينهما حتى مضت الساعة ثم جاءت إلى الفراش فقال البوشنجي: القياس أنها طلقت، كذا نقله الرافعي وأقره، وتبعه النووي.

ومنها لو قال لزوجته: إن خرجت من الدار فأنت طالق وللدار بستان بابه مفتوح إليه، فخرجت إلى البستان <ص: 101> قال البوشنجي: الذي يقتضيه المذهب أنه إن كان بحي ث يعد من جملة الدار ومرافقها لا تطلق وإلا فتطلق، كذا نقله الشيخان عنه وأقره، قال البوشنجي: لو حلف أنه لا يعرف فلاناً وقد عرفه بوجهه وطالت صحبته له إلا أنه لا يعرف اسمه حنث على قياس المذهب، وبه قال الاسترابادي قال البوشنجي: ولو قال: إن نمت على ثوب لك فأنت طالق فوضع رأسه على مرفقة لها لا تطلق كما لو وضع عليها يديه أو رجيله والله أعلم.

(مسألة) حلف لا يأكل من طعام فلان فتناهدا. قال البوشنجي: حنث وأقره الرافعي قال النووي: هذا مشكل لأن المناهدة في معنى المعاوضة وإن لم تكن في معنى المعاوضة فتتخرج على مسألة الضيف والله أعلم. والمناهدة خلط المسافرين نفقتهم واشتراكهم في الأكل من المختلط ثم أعاد الرافعي المسألة في آخر كتاب الأيمان وفسرها بتفسير هو أعم مما فسرہ النووي وذكر ما ذكره النووي من التخريج على مسألة الضيف والله أعلم.

ومنها قال البوشنجي: لو قال: إن دخلت دار فلان ما دام فيها فأنت طالق فتحول فلان منها ثم عاد إليها فدخلتها لا تطلق، وأقره الشيخان على ذلك، قال البوشنجي: لو قال: إن أغضبتك فأنت طالق فضرب ابنها طلقت وإن كان ضرب تاديب. قلت: كذا أطلقه الشيخان، وينبغي أن يقال: إن أمرته بضربه أو لم تأمره وادعت أنها لم تغضب لم يقع لعدم وجود الصفة إذا لم يلزم من الضرب الغضب والله أعلم.

ومنها لو قال: إن أكلت من الذي تطبخه فهي طالق فوضعت القدر على الكانون وأوقد غيرها، لم تطلق، وكذا لو سجر التنور غيرها ووضعت القدر فيه كما قاله العبادي وأقره الشيخان. قلت: وهو صحيح فيمن عادت تباشر الطبخ نفسها، وأما ما جرت به عادة أصحاب الثروة من أن المرأة لها خادم هي تتولى وضع القدر على الكانون والوقيد، والزوجة تراقبها في أمر الطبخ فيتجه الحنث إذ يصدق عليها أنها طبخت في عرفهم واستعمالهم، ولهذا لم تنزل الزوجة تقول عند مخاصمتها: لم أقصر في حقه ولم أزل أطبخ له وأغسل عليه فهو عندهم عرف شائع يطرد والله أعلم. <ص: 102>

ومنها لو قال: إن كان في بيتي نار فامرأتي طالق وفيه سراج طلقت قاله العبادي وأقره الشيخان. قلت: وفيه نظر، لأن مقتضى العرف لا يقتضيه، وهذا عند عدم القرينة الدالة على النار المعتادة أما عند وجود القرينة الدالة على ذلك كمن جاء بآنية لأخذ نار الطبخ ونحوه فالوجه القطع بعدم الوقوع والله أعلم.

ومنها لو قالت له زوجته: لا طاقة لي بالجوع معك فقال: إن جعت يوماً في بيتي فأنت طالق ولم ينو المجازاة فيعتبر حقيقة الصفة ولا تطلق بالجوع في أيام الصوم. قاله العبادي، وأقره الشيخان.

ومنها لو قال لزوجته: إن لم تكوني أحسن من القمر، أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق. قال القاضي أبو علي والقفال وغيرهما: لا تطلق: واستدلوا بقوله تعالى {لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم} قال النووي: هذا الحكم والاستشهاد متفق عليه، وقد نص عليه الشافعي قال المروزي: لو قال: إن لم أكن أحسن من القمر فأنت طالق لا تطلق ولو كان زنجياً أسود والله أعلم.

ومنها إذا علق طلاقها بحيضها فقالت: حضت وأنكر الزوج صدقت بيمينها، وكذا الحكم في كل ما لا يعرف إلا منها كقوله: إن أضمرت لي سوءاً فقالت: أضمرت فإنه يقع الطلاق ولو علق طلاقها بزناها فقال: زנית فوجهان: أحدهما تصدق لأنه خفي تندر معرفته فأشبهه الحيض، وأصحهما عند الإمام وأخريين لا تصدق كالتعليق بالدخول وغيره لأن معرفته ممكنة، والأصل بقاء النكاح وطرد الخلاف في الأفعال الخفية التي لا يكاد يوقف عليها، ولو علق بالولادة فادعتها وأنكر وقال: هذا الولد مستعار لم تصدق هي على الأصح وتطالب بالبينه كسائر الصفات، ولو علق الطلاق غيرها بحيضها لم يقبل قولها فيه إلا بتصديق الزوج، ولو قال: إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت: حضت وكذبها طلقت ولم تطلق ضررتها على الصحيح،

ويشترط التعليق بالحيز أن تحيض ثم تطهر، وحينئذ يقع الطلاق إن قال: إن حضت حيضة. فلو قال: إن حضت وأطلق فالمذهب أنه يقع برؤية الدم فإن انقطع قبل يوم وليلة ولم يعد إلى خمسة عشرة يوماً تبينا أنه لم يقع والله أعلم. <ص: 103>

ومنها في فتاوى القفال لو قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق فقالت: أنا حامل فإن صدقها الزوج حكم بوقوع الطلاق في الحال وإن كذبها لم تطلق حتى تلد فإن لمسها النساء فقال أربع منهن فصاعداً: إنها حامل لم تطلق لأن الطلاق لا يقع بقول النسوة، ولو علق الطلاق بالولادة فشهد أربع نسوة بها لم يقع الطلاق وإن ثبت النسب والميراث لأنهما من توابع الولادة وضرورتها بخلاف الطلاق والله أعلم.

ومنها لو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق لم يقع الطلاق حتى يحصل اليأس من التطليق، وفي معنى ذلك التعليق بنفي دخول الدار أو الضرب وسائر الأفعال، بخلاف ما إذا قال: إذا لم أطلقك فأنت طالق فإنها تطلق إذا مضى زمان يمكن أن تطلق فيه ولم تطلق، وهذا هو المذهب في إن وإذا وهو المنصوص، والفرق بين إن وإذا: أن إن حرف دل على مجرد الاشتراط فلا اشعار له بالزمان بخلاف إذا فإنها ظرف زمان، وقيل فيها قولان. ولو قال: متى لم أطلقك أو مهما أو أي حين أو كلما لم أفعَل أو تفعلِي كذا فأنت طالق فمضَى زمن الفعل ولم تفعل طلقت على المذهب كلفظة إذا. واعلم أن لفظة إن المكسورة إذا فتحت صارت للتعليل، فلو قال: أن لم أطلقك فأنت طالق بفتح أن طلقت في الحال قال الرافعي: الأشبه أنه يقع في الحال إلا أن يكون ممن لا يعرف اللغة، وقال: قصدت التعليق فيقبل منه ويصدق. قال النووي: يكون ذلك التعليق مطلقاً إذا كان عامياً لا يفرق بين إن وأن، وهو الأصح، وبه قطع المحققون، وما قاله النووي نقله الرافعي عن الشيخ أبي حامد والإمام الغزالي والبيهقي. واعلم أن قول العامي: أنت طالق أن دخلت الدار بفتح أن كذلك، وكذا قوله: أنت طالق إذ دخلت الدار وإن كانت للتعليل لأنه فرق بين إذ وإذا والله أعلم.

[فرع]: علق طلاق زوجته بصفة كدخول الدار مثلاً ثم أبانها قبل الدخول بخلع أو بالثلاث في المدخول بها أو بواحدة في غير المدخول بها ثم وجدت الصفة في حال البينونة ثم جدد نكاحها ثم وجدت الصفة ثانياً في النكاح الثاني لم تطلق على المذهب الذي قطع به الأصحاب، ويجري الخلاف في عود الإيلاء والظهار ولو لم توجد الصفة في حال البينونة ثم وجدت في النكاح الثاني لم تطلق على الراجح لأن التعليق يتعلق <ص: 104> بالنكاح الذي وجد التعليق فيه، والنكاح المجدد غيره. فلو كان الطلاق رجعياً ثم راجعها ثم وجدت الصفة طلقت بلا خلاف لأنه ليس نكاحاً مجدداً ولم تحدث حالة تمنع وقوع الطلاق، وهذه المسألة التي يعبر عنها بعود اليمين والله أعلم. قال:

(ولا يقع الطلاق قبل النكاح) شرط وقوع الطلاق الولاية على المحل كالزوجية فلا يصح طلاق غير الزوج سواء كان بالتنجيز كقوله لأجنبية: أنت طالق أو بالتعليق كقوله لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق أو إن تزوجت فلانة فهي طالق، وحجة ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: {لا طلاق إلا فيما يملك} رواه غير واحد، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال الترمذي: إنه حسن، وأحسن شيء روي في الباب، وسألت البخاري: أي شيء أصح في الطلاق قبل النكاح؟ فقال: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروي {لا طلاق إلا بعد نكاح} وبالقياس على ما لو قال: لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم

تزوجها ثم دخلت الدار فإنها لا تطلق بالاتفاق، ولنا قول في المعلق أنه يقع، والمذهب أنه لا يقع والله أعلم. قال:

(وأربعة لا يقع طلاقهم: الصبي، والمجنون، والنائم، والمكره) أما الثلاثة الأول فلقوله صلى الله عليه وسلم {رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل} أخرجه أبو داود والترمذي، وقال: حسن، وأما المكره فلقوله صلى الله عليه وسلم: {لا طلاق ولا عتاق في غلاق} رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم، وقال: إنه على شرط مسلم. ولفظ ابن ماجه والحاكم إغلاق بالألف وهو المحفوظ، والإغلاق الاكراه قاله أبو عبيد والقتيبي، وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال: {وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه} رواه ابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم، وقال: إنه على شرط الشيخين. واعلم أن المبرسم والمغمى عليه كالنائم، وأما السكران فيقع طلاقه على المذهب أنه مكلف، وحجته قوله تعالى {لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون} ولأن علياً رضي الله عنه رأى إيجاب حد المفترى عليه لهذيانه، ووافق الصحابة رضي الله عنهم على ذلك. فدل على أن لكلامه حكماً <ص: 105> كالصاحي ولأنه كالصاحي في قضاء صلاته زمن سكره، فكذا في وقوع الطلاق، وهل يقع طلاقه باطناً؟ وجهان، ومن شراب دواء أزال عقله لغير حاجة حكمه حكم السكران لاشتراكهما في التعدي بالشرب. واعلم أن المكره على تعليق الطلاق لا يصح منه التعليق كما يمنع الاكراه تنجيز الطلاق ولا بد من معرفة شروط الاكراه لأنها قد تلبس على كثير من الفقهاء فضلاً عن المتفهمة، وكثيراً ما يقع في الفتاوى ما يقول العلماء في شخص أكرهه على طلاق زوجته الاكراه الشرعي فهل يقع طلاقه، فيقول المفتي: إذا أكرهه الاكراه الشرعي لا يقع، وهذا الجواب وإن كان يقال إنه صحيح إلا أنه خطأ باعتبار عدم استفسار السائل، وقد كان بعض مشايخنا يفتي بمثل ذلك فاتفق أنه استفسر السائل في واقعة فأبان عن معنى الاكراه الشرعي عنده فوجده باعتبار عرف ذلك السائل، وكانت الصورة أن شخصاً حلف بالطلاق لا يشرب الخمر فمر على أمير كبير وهو يشرب الخمر فحلف الأمير بالطلاق عليه ليشرن معه فشرب واعتقد أن ذلك اكراه، فبعد أن كتب له لا يقع الطلاق أخذ الفتوى منه وأفتاه بالوقوع وكان بعد ذلك إذا كتب على فتوى يذكر شروط الاكراه ولا يقتصر على قوله إذا أكرهه الاكراه الشرعي لا يقع. إذا عرفت هذا فيشترط في الاكراه كون المكره بكسر الراء غالباً قادراً على تحقيق ما هدد به المكره بفتح الراء، وقدرته إما بولاية أو تغلب أو فرط هجوم، وبشترط كون المكره مغلوباً عاجزاً عن الدفع بهرب أو مقاومة أو استغاثة بغيره، وبشترط أيضاً أن يغلب على ظنه أنه امتنع مما أكرهه عليه أن يوقع به المكروه، والصحيح أنه لا يشترط تنجيز ما توعد به بل يكفي التوعيد، نعم لا يحصل الاكراه بالتخويف بعقوبة آجله كقوله: لأقتلنك غداً، وبشترط أيضاً ألا يظهر ما يدل على إختيار المكره بفتح الراء فإن ظهر خلافه وقع الطلاق كما إذا أكرهه أن يطلق زوجته ثلاثاً فطلق واحدة فإنه يقع، وكذا عكسه، وكذا إن أكرهه على أن يطلق بصريح الطلاق فطلق بالكناية أو بصريح آخر وبالعكس أو أكرهه على تنجيز الطلاق فعلقه أو بالعكس فلا عبرة بالاكراه في هذه الصور، ويقع الطلاق لظهور اختياره. إذا عرفت هذا فلا بد من معرفة ما يحصل به الاكراه من الأمر المكروه، <ص: 106> وللأصحاب فيه خلاف. قال النووي في أصل الروضة: وفيما يكون التخويف به اكرهاً سبعة أوجه، ونحن نقتصر على ما يفتى به،

والأصح أنه يحصل بالتخويف وبالقتل والقطع والضرب الشديد والحبس، كذا أطلقه في الروضة، وقيده في المذهب وغيره بما لحبس الطويل، وكذا يحصل الاكراه بالتخويف بأخذ المال واتلافه، وزاد الشيخ أبو علي التوعد بنوع استخفاف لرجل وجيه، قال النووي: الأصح أن الاكراه يحصل بأن يكرهه على فعل يؤثر العاقل الاقدام عليه حذراً مما يهدد به، فعلى هذا ينظر فيما طلب منه وما هدد به فقد يكون الشيء اكرهاً في مطلوب دون مطلوب وفي شخص دون شخص والله أعلم. ولا يحصل الاكراه بأن يقول شخص: طلق امرأتك وإلا قتلت نفسي أو كفرت أو تركت الصلاة، ولا يقول مستحق القصاص: طلق امرأتك وإلا اقتصت منك والله أعلم. واعلم أن الناسي والجاهل لا يقع طلاقه على الراجح. قال النووي: لحديث {رفع عن أمي} والمختار أنه عام فيعمل بعمومه إلا فيما دل الدليل على تخصيصه كغرامة المتلفات والله أعلم.

[فرع]: أخذ الحاكم الظالم شخصاً بسبب غيره وطالبه به فقال: لا أعرف موضعه أو طالبه بماله فقال: لا شيء له عندي لم يخله حتى يحلف بالطلاق فحلف به كاذباً وقع طلاقه ذكره القفال وغيره لأنه لم يكرهه على الطلاق بخلاف ما أمسكه اللصوص وقالوا: لا نخليك حتى تحلف أنك لا تذكر ما جرى فحلف لا يقع الطلاق إذا ذكره لأنهم أكرهوه على الحلف بالطلاق هنا والله أعلم.

[فرع]: تلفظ با لطلاق ثم قال: كنت مكرهاً وأنكرت المرأة لا يقبل قوله إلا أن يكون محبوساً أو كان هناك قرينة أخرى فيقبل ولا يحل لأحد أن يشهد عليه في مثل ذلك وأشباهه بمطلق الطلاق، ومن شهد بذلك فهو شاهد زور أثم قلبه ولسانه، وشهادته مكتوبة في صحيفته الخبيثة ويسأل عنها والله بصير بما شهد والله أعلم.

[فرع]: طلق إحدى زوجتيه بعينها ثم نسيها حرم عليه الاستمتاع بكل منهما حتى يتذكر فلو بإدركت واحدة وقالت: أنا المطلقة فلا يقنع منه بقوله: نسيت أو لا أدري، بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها، فإن نكل حلفت وقضى باليمين المردودة ولو طلق <ص: 107> مبهماً بأن قال: إحدكما طالق ولم يقصد واحدة بعينها طلقت واحدة على الإبهام وعينها هو باختياره والله أعلم.

[فرع]: قال لزوجته المدخول بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق. نظر إن سكت بين الطلقتين سكتة فوق سكتة التنفس ونحوه وقع الثلاث فلو قال: أردت التأكيد لم يقبل ظاهراً، ويدين وإن لم يسكت وقصد التأكيد قبل ولم يقع إلا طلقة وإن قصد الاستئناف وقع الثلاث، وكذا إن أطلق على الأظهر جرياً على ظاهر اللفظ لأن التأسيس فيه أولى من التأكيد والله أعلم.

[فرع]: لو قال شخص لزوجته: أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث، ولو قال: أنت طالق ونوى اثنتين أو ثلاثاً وقع ما نوى، ويدل لذلك حديث ركانة في تحليف النبي صلى الله عليه وسلم له {الله ما أردت إلا واحدة} فلو كانت الثلاث واحدة لما كانت للتحليف فائدة، ولحديث مسلم في غير المدخول بها لأنها تبين بالأولى والله أعلم. قال:

(فصل): في الرجعة. وإذا طلق امرأته واحدة أو اثنتين فله مراجعتها ما لم تنقض عدتها، فإن انقضت عدتها كان له نكاحها وتكون معه على ما بقي من عدد الطلاق) الرجعة بفتح الراء على الأفصح وكسرهما لغة، وهي في الشرع عبارة عن الرد إلى النكاح بعد طلاق غير بائن على وجه مخصوص. والأصل فيها الكتاب والسنة وإجماع الأمة قال الله تعالى {وبعولتهن أحق بردهن} الآية. قال إمام الحرمين: والرد الرجعة باجماع المفسرين، وقال عليه الصلاة والسلام

في قصة ابن عمر رضي الله عنهما: {مره فليراجعها} وعن عمر رضي الله عنه {أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها} رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين. فإذا طلق الحر امرأته واحدة أو طلقتين أو العبد طليقة بعد الدخول بلا عوض فله مراجعتها قبل أن تنقضي العدة لما تقدم من الأدلة، وتصح الرجعة بالعجمية على الصحيح سواء أحسن العربية أم لا، ولا يشترط فيها الاشهاد على الصحيح، ولا تقبل لتعليق فلو قال: راجعتك إن شئت فقالت: شئت لم <ص: 108> تصح، ويشترط أن تكون المرتجة معينة فلو طلق إحدى زوجته مبهماً ثم قال: راجعت المطلقة لم يصح على الأصح، ولا يشترط رضا الزوجة في ذلك، نعم يشترط أن تكون الرجعة بالقول الصريح للقادر لأن الرجعة استباحة بضع مقصود فلم تصح بغير القول كالنكاح، وقد تصح بالوطء والقبلة والمباشرة بشهوة. وصيغة الرجعة أن يقول: راجعتك أو ارتجعتك أو رجعتك، وهذه الثلاث صريحة ويستحب أن يضيف إلى النكاح أو الزوجية أو نفسه، ولا يشترط ذلك، نعم لا بد من إضافة هذه الألفاظ إلى مظهر أو مضمرة كقوله: راجعت فلانة أو راجعتك، أما مجرد راجعت فلا يكفي، ولو قال: رددتها فالأصح أنه صريح، فعلى هذا يشترط أن يقول: إلى نكاحي على الصحيح، ولو قال: أمسكتك فهل هو كناية أم صريح؟ فيه خلاف: صحح الرافعي في المحرر أنه صريح، ونقله عنه في الروضة، وسكت عليه قال الاسنوي: الصواب أنه كناية فقد قال في البحر إن الشافعي نص عليه في عامة كتبه. ولو قال: تزوجتك أو نكحتك فهل هو كناية أم صريح؟ فيه خلاف: الأصح في أصل الروضة أنه كناية. واعلم أن صرائح الرجعة محصورة على الصحيح لأن صرائح الطلاق محصورة، فالرجعة التي تحصل اباحتها أولى، ثم شرط صحة الرجعة بقاؤها في العدة وكونها قابلة للحل فلو ارتدت أو هو فراجعها في العدة لم تصح الرجعة لأن المحل غير حلال في هذه الحالة كما لا يصح نكاحها فلو انقضت عدتها فاتت الرجعة بحصول البيونة ثم إن جدد نكاحها قبل أن تنكح زوجاً آخر أو بعده وقبل الاصابة أو بعد الاصابة عادت إليه بما بقي عن عدد الطلاق، ولا يهدم الزوج الثاني ما وقع من الطلاق، واحتج الأصحاب بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه سئل عن من طلق امرأته طلقتين وانقضت عدتها فتزوجت غيره وفارقها ثم تزوجها الأول فقال: هي عنده بما بقي من الطلاق، وروي ذلك عن علي وزيد ومعاذ وعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم أجمعين، وبه قال عبيدة السلماني وسعيد بن المسيب والحسن البصري رضي الله عنهم، ولأن الطليقة والطلقتين لا يؤثران في التحريم المحجوج إلى زوج آخر، فالنكاح الثاني والدخول فيه لا يهدمانها كوطء السيد الأمة المطلقة والله أعلم. قال: <ص: 109>

(فإن طلقها ثلاثاً فلا تحل له بعد وجود خمسة أشياء: انقضاء عدتها منه، وتزوجها بغيره، ودخوله بها، وبينونتها، وانقضاء عدتها منه) إذا طلق الحر امرأته ثلاثاً أو العبد طلقتين سواء كان قبل الدخول أو بعده، وسواء كان الطلاق في نكاح واحد أو أكثر سواء كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو أكثر حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها في الفرج ويطلقها وتنقضي عدتها لقوله تعالى {فإن طلقها} أي ثلاثة {فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره}. واعلم أن النكاح جاء بمعنى العقد في قوله تعالى {ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم} وبمعنى الوطاء في قوله تعالى {الزاني لا ينكح إلا زانية} وترجعت هنا إرادة الوطاء بورود السنة قالت عائشة رضي الله عنها: {جاءت امرأة رفاعة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إني كنت



عند رفاة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده بعيد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي، وإن ما معه مثل هدية الثوب، فقال عبد الرحمن: كذبت يا رسول الله، والله إني لأعركها عرك الأديم، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: تريدان أن ترجعي إلى رفاة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك} وأراد به الوطاء، وسميت عسيلة تشبيهاً بالعسل، ولأننا لو لم نجعل الإصابة شرطاً لكان التزويج لأجل الاحلال، لا للاستمتاع والنكاح إنما يراد للاستمتاع لا للاحلال والله أعلم.

[فرع]: العدة تكون بالحمل أو الاقراء أو الأشهر. فإذا ادعت المعتدة بالأشهر انقضاء عدتها فأنكر الزوج صدق بيمينه لأنه اختلاف في وقت طلاقه، وأما عدة الحامل فتتقضي بوضع الحمل التام المدة حياً كان أو ميتاً أو ناقص الأعضاء وبانقضاء ما ظهر فيه صورة الأدمي فإنه لم يظهر فقولان. فإذا ادعت وضع حمل أو سقط أو مضغة إذا اكتفينا بها صدقت بيمينها، وقيل لا بد من بينة، وأما المعتدة بالاقراء فإن طلقت في الطهر حسبت بقية الطهر قرءاً، وإن طلقت في الحيض اشترط مضي ثلاثة أطهار طاملة ثم إن لم يكن لها عادة في الحيض مستقيمة بأن لم تكن حاضت ثم طراً حيضها <ص: 110> أو كان لها عادة مطردة صدقت بيمينها إذا ادعت انقضاء الأقرء لمدة الامكان. فإن نكلت عن اليمين حلف الزوج وكان له الرجعة وإن كان لها عادة مستقيمة صدقت في انقضائها على وفق العادة وهل تصدق فيما دونها مع الامكان؟ وجهان. أصحهما عند الأكثرين تصدق بيمينها لأن العادة قد تتغير والله أعلم.

[فرع]: طلق زوجته ثلاثاً ثم غاب عنها، ثم حضر أو لم يحضر وادعت أنها تزوجت بزواج آخر أحلها أو كان قد مضى زمن يمكن فيه صدقها ولم يقع في قلبه صدقها كره له أن يتزوجها للاحتياط ولا يحرم لاحتمال صدقها ولتعذر البينة على الوطاء وانقضاء العدة، قال الإمام، وكيف لا والأجنبية تنكح اعتماداً على قولها إنها خلية عن الموانع، وهل يجب على الزوج البحث عن الحال؟ قال الروياني: يجب عليه في زماننا هذا، وقال أبو إسحاق: يستحب والله أعلم. قال:

(فصل) في الإيلاء. وإذا ألى الشخص أن لا يوطأ زوجته مطلقاً أو مدة تزيد على أربعة أشهر فهو مول) هذا فصل الإيلاء. وهو في اللغة الحلف، وفي الشرع الحلف عن الامتناع من وطء الزوجة مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر، وكان طلاقاً في الجاهلية فغير الشارع صلى الله عليه وسلم حكمه. والأصل فيه قوله تعالى {للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم} وقال: أنس رضي الله عنه، {ألى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه شهراً، وكانت انفكت رجله الشريفة فأقام في مشربة له تسعاً وعشرين يوماً، ثم نزل فقالوا: يا رسول الله إنك آليت شهراً فقال: الشهر تسع وعشرون يوماً} رواه البخاري، وهل يختص الحلف بالله تعالى أم لا؟ قولان: الجديد الأظهر لا يختص كما هو ظاهر إطلاق الشيخ لا طلاق الآية، فعلى هذا لو قال: إن وطأتك فعلي صوم أو صلاة أو حج أو فعبدي حر أو إن وطأتك فأنت طالق أو فضرتك طالق ونحو ذلك كان مولياً ثم شرط انعقاده بهذه الالتزامات أن يلزمه شئ لو وطئ بعد أربعة أشهر فلو كانت اليمين تنحل قبل مجاوزته أربعة أشهر لم تتعقد فلو قال: إن وطأتك فعلي أن أصلي هذا الشهر أو أصومه أو أصوم الشهر <ص: 111> الفلاني وهو ينقضي قبل مجاوزة أربعة أشهر من حين اليمين لم ينقذ الإيلاء، ولو قال: إن وطأتك فعلي أن أطلقك فليس بمول لأنه لا يلزمه بالوطء شئ والله أعلم. قال:

(ويؤجل لها إن سألت ذلك أربعة أشهر ثم يخير بين التكفير والطلاق فإن امتنع طلق عليه القاضي). إذ صح الإيلاء ضربت المدة وهي أربعة أشهر بنص القرآن العظيم، سواء كان حرين أو رقيقين أو أحدهما حر والآخر رقيق لظاهر الآية، ولأنها مدة شرعت لأمر جبلي، وهي قلة الصبر عن الزوج فلم تختلف بالبرق والحربة كمدة العنة، وكسن الحيض، وليس المراد بضرب المدة أنها تفتقر إلى من يضربها كالعنة بل المراد أن يمهل أربعة أشهر من غير حاكم لأنها ثابتة بالنص والإجماع. نعم إن كان المولى عنها رجعية فالمدة تضرب من الرجعة، وهذا الأجل هو حق للزوج كالأجل في حق المديون فإذا انقضت المدة والزوج حاضر وطالبت المرأة بالفيئة ولا مانع، والفيئة الجماع، وسمي به من فاء إذا رجع لأنه امتنع ثم رجع فإن جامع وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج فقد وافاها حقها لأن سائر الأحكام تتعلق بالحشفة ولا فرق في ذلك بين الثيب والبكر لكن من شرط البكر اذهب العذرة نص عليه الشافعي لأن الالتقاء لا يكون غالباً إلا به، ثم لا فرق بين أن يطأها في حالة يباح له الوطء أم لا مع قيام الزوجية ولا فرق بين أن يكون اختياراً أو إكراهاً على الصحيح، وتحصل الفيئة ويرتفع الإيلاء ولو وطئها وهو مجنون فالنص حصول الفيئة لأن وطأه كوطء العاقل في التحليل وتقرير المهر وسائر الأحكام، وفي وجه لا تحصل فيطالب عقب افاقته. واعلم أن الصحيح أنه إذا وطء وهو مكره أو مجنون لا تنحل اليمين وإن حصلت الفيئة وبطل حقها من المطالبة فإن وطئها سواء كان في المدة أو بعدها سواء كان بعد التضييق أو قبله فإن كانت اليمين بالله لزمه كفارة على الأظهر للأخبار الدالة على ذلك والآية، وقيل لا كفارة لقوله تعالى {فإن فاؤوا} الآية، وأجاب القائلون بالأظهر بأن المغفرة والرحمة، إنما ينصرفان إلى ما يعصى به، والفيئة الموجبة للكفارة مندوب إليها، فإن لم يف طولب بالطلاق، لما روي عن سهل بن أبي صالح عن أبيه، قال: {سألت اثني عشر نفساً من الصحابة عن الرجل يولي، فقالوا كلهم ليس عليه شيء حتى تمضي عليه <ص: 112> أربعة أشهر فيوقف} فإن فاء، وإلا طلق فإن لم يطلق فقولان: أحدهما يجبر عليه بالحبس والتضييق بما يليق بحاله ليفيء أو يطلق ولا يطلق الحاك م لقوله تعالى {وإن عزموا الطلاق} فأضافه إلى الأزواج ولأنه مخير بين شيئين الفيئة أو الطلاق فإذا امتنع لم يقم القاضي مقامه كمن أسلم على أكثر من أربع نسوة، والثاني يطلق القاضي عليه وهو الأصح، لأنه حق لمعين تدخله النيابة فينوب عنه الحاكم كالدين ويفارق اختيار الأربع لأنه لم يتعين حق واحدة منهن، وإذا طلق القاضي فإنما يطلق واحدة رجعية فلو طلق الحاكم ثم بان أن الزوج وطئ قبل الطلاق تبين أنه لم يقع وكذا لو بان أنه طلق قبله لم يقع طلاق الحاكم ولو وقع طلاق الحاكم أولاً وقع على الأصح وقيل إن جهل الزوج طلاق الحاكم لم يقع. وقوله [إن سألت] يؤخذ منه أنها إذا لم تسأل لا يطالب الزوج بشيء وهو كذلك كالمديون لا يطالب بشيء ما لم يطلبه ربه، ثم إذا لم تسأل لا يسقط حقها بالتأخير حتى لو تركت حقها، ورضيت به ثم بدا لها فلها العود إلى المطالبة، لأنه الضرر متجدد، وتختص المطالبة بالزوجة، فليس لولي المراهقة والمجنونة المطالبة نعم يحسن من الحاكم أن يقول له: اتق الله بالفيئة أو الطلاق، وإنما يضيق عليه إذا بلغت أو أفاقت وطلبت، وكذا ليس للسيد المطالبة لأن الاستمتاع حق الأمة. وقول الشيخ [ثم يخير بين التكفير والطلاق] يفيد شيئين: أحدهما أن المطالبة تكون بالفيئة، وهو الوطء، أو بالطلاق وليس لها أن توجه الطلب نحو أحدهما بل يجب أن

تكون المطالبة مترددة بين الأمرين وهو كذلك جزم به الرافعي والنووي، الشئ الثاني أنه إذا رغب في الفئنة فلا يطأ حتى يكفر إذ الوطاء قبل التكفير لا يجوز فعبر بالتكفير ليفيد ذلك والله أعلم.

[فرع]: قال: والله لا أجامعك ثم أعاد ذلك مرتين فصاعداً، وقال: أردت التأكيد قبل وكانت يميناً واحدة سواء طال الفصل أم لا، وسواء اتحد المجلس أو تعدد على الصحيح، وإن قال أردت الاستئناف تعددت اليمين، وإن أطلق فقولان: قال المتولي: إن اتحد المجلس فالأظهر الحمل على التأكيد وإن تعدد فعلى الاستئناف لبعده التأكيد مع اختلاف المجلس فإن لم يحكم بالتعدد لم يجب بالوطء إلا كفارة وإن <ص: 113> حكمتنا بالتعدد تخلص من اليمين بوطئة واحدة، وفي تعدد الكفارة قولان: الأظهر عند الجمهور أنه لا يجب إلا كفارة واحدة، وقيل تتعدد بتعدد الأيمان والله أعلم. قال:

(فصل): في الظهار. الظهار أن يقول الرجل لزوجته أنت علي كظهر أمي، فإذا قال ذلك ولم يتبعه بالطلاق صار عائداً ولزمته الكفارة) الظهار مشتق من الظهر، لأنه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج، وقيل إنه مأخوذ من العلو قال الله تعالى {فما استطاعوا أن يظهره} أن يعلوه فكأنه قال علوي عليك كعلوي على أمي، وكان طلاقاً في الجاهلية ثم نقل الشارع صلى الله عليه وسلم حكمه إلى تحريمها بعد العود ووجوب الكفارة وبقي محله وهي الزوجة، والظهار حرام بالإجماع لقوله تعالى {وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً} بخلاف قوله: أنت علي حرام فإنه مكروه وإن كان إخباراً بما لم يكن لأن في الظهار الكفارة العظمى، وهي إنما تجب في المحرم كالقتل والفطر بجماع في رمضان وفي لفظ التحريم كفارة يمين واليمين والحنت ليسا بمحرمين، ثم صورة الظهار الأصلية كما ذكره الشيخ أن يقول: أنت علي كظهر أمي وهي صريحة في الظهار، وفي معناها سائر الصلوات كقوله: أنت معي أو عندي أو مني أو لي كظهر أمي وكذا لو ترك الصلة فقال: أنت كظهر أمي ولم يقل علي، وعن المداركي أنه إن ترك الصلة كان كناية لاحتتمال أن يريد أن محرمة على غيري والصحيح الأول كما أن قوله: أنت طالق صريح ولم يقل مني ومتى أتى بصريح الظهار، وقال: أردت غيره لم يقبل منه على الصحيح كما لو أتى بصريح الطلاق وادعى غيره لا يقبل، ولو قال: جملتك أو نفسك أو ذاتك أو جسمك أو بدنك وكذا قوله: أنت كبدن أمي أو جسمها أو ذاتها، فهو كظهر أمي وإن شبهها ببعض أجزاء الأم نظر إن كان ذلك العضو مما لا يذكر في معرض الأكرام والاعزاز كالبطن والفرج، والصدر واليد والرجل والشعر فقولان: الأظهر أنه ظهار لأنه تشبيهه بعضو محرم فأشبهه الظهر وإن كان مما يذكر في معرض الاعزاز والاكرام كقوله: أنت علي كعين أمي فإن أراد الكرامة فليس بظهار وإن أراد الظهار فظهار على الأظهر وإن أطلق فوجهان، الأصح أنه لا يكون ظهاراً، ولو قال: <ص: 114> كروح أمي فكقوله كعين أمي، ولو قال: كراس أمي، فهل هو كيد أمي؟ وبه قطع العراقيون، وهو الأظهر في المنهاج أو كعين أمي وهي طريقة المراوغة فيجيبه الخلاف والتفصيل، قال الرافعي: وهو الأقرب ولو قال: أنت علي كأمي أو مثل أمي فإن أراد الظهار فظهار وإن أراد الكرامة فلا وإن أطلق فليس بظهار على الأصح وبه قطع كثيرون إذ الأصل عدمه. وأعلم أن تشبيه الزوجة بالجدة سواء كانت من قبل الأب أو الأم يكون ظهاراً، قطع به الجمهور لأنهن أمهات ولدتهن ولأنهن يشاركن الأم في العتق وسقوط القصاص ووجوب النفقة، وقيل فيه خلاف كالتشبيه بالبنت ولو شبهها بالمحرمات من النسب كالبنات والأخوات

والعمات والخالات وبنات الأخ والأخت ففيه خلاف، المذهب أنهظهار،  
وأما المحرمات بالنسب كالمحرمات بالرضاع والمصاهرة ففيهن خلاف  
منتشر، المذهب منه إن شبهها بمن لم تزل محرمة عليه منهن فهو  
ظهار وإلا فلا ولو شبهها بمن لا تحرم عليه أبداً كأجنبية ومطلقة  
ومعتدة وأخت مرآته ونحو ذلك فليس بظهار قطعاً سواء طراً ما  
يؤبد التحريم بأن نكح بنت الأجنبية أو وطئ أمها وطأ محرماً أو لم  
يطراً، ولو شبه بملاعنة فليس بظهار لأن تحريمها وإن كان مؤبداً إلا  
أنه ليس للمحرمة ولا للوصلة، ولو شبهها بظهر أبيه أو ابنه أو  
غلامه فليس بظهار والله أعلم. فإن صح الظهار ترتب عليه حكمان:  
أحدهما تحريم الوطاء إلى أن يكفر ولا يحرم سائر الاستمتاع على  
الأظهر عند الجمهور، الحكم الثاني وجوب الكفارة بالعود، والعود هو  
أن يمسكها في النكاح زمنياً يمكنه أن يطلقها فيه ولم تطلق لأن  
تشبيهها بالأم يقتضي أن لا يمسكها زوجة، فإذا أمسكها زوجة، فقد  
عاد فيما قال لأن ال عود للقول مخالفته، ولهذا يقال فلان قال  
قولاً ثم عاد فيه، وعاد له أي خالفه ونقضه فإذا وجد ذلك وجبت  
الكفارة للآية الكريمة، لأنه عاد لما قال فكان من حقه أنه إذا قال:  
أنت علي كظهر أمي أن يقول: أنت طالق ونحو ذلك مما تحصل به  
الفرقة والله أعلم.:

[فرع]: أعلم أن الرجعية زوجة ويلحقها الطلاق قطعاً، ويصح  
خلعها على الأظهر، وكذا يصح الإيلاء منها والظهار، فإذا ظاهر من  
الرجعية لم يصر بترك الطلاق عائداً، لأنها صائرة إلى البينونة فلم  
يحصل الإمساك على الزوجية، فلو راجعها <ص: 115> فلا خلاف أنه  
يعود الظهار، وأحكامه فلو لم يراجعها وتركها حتى انقضت عدتها  
وبانت منه ثم نكحها ففي عود الظهار الخلاف في عود الحنث،  
والمذهب أنه لا يعود ولو لم تكن رجعية، بل زوجة وعاد وجبت  
الكفارة، ثم طلقها رجعياً أو بائناً لم تسقط الكفارة، فإذا جدد النكاح  
استمر التحريم إلى أن يكفر سواء حكمنا بعود الحنث أم لا، لأن  
التحريم حصل في النكاح الأول وقد وجد، وقد قال الله تعالى  
{فتحير رقبة من قبل أن يتماسا} والله أعلم. قال:

(والكفارة عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب، فإن لم يجد  
فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً كل  
مسكين مد، ولا يحل وطؤها حتى يكفر). كفارة الظهار كفارة ترتيب  
بنص القرآن العظيم قال الله تعالى {والذين يظاهرون من نسائهم  
ثم يعودون لما قالوا فتحير رقبة من قبل أن يتماسا إلى قوله  
فإطعام ستين مسكيناً} وبمثل ذلك أمر رسول الله صلى الله عليه  
وسلم سلمة بن صخر البياضي لما ظاهر من امرأته، وخصال الكفارة  
ثلاثة: الأولى العتق، ولا بد في الكفارة من النية للحديث المشهور،  
ولأن الكفارة حق مالي وجب تطهيراً، فتجب فيه النية كالزكاة  
وتكفي نية الكفارة ولا يشترط ذكر الوجوب لأن الكفارة لا تكون إلا  
واجبة ولا تكفيه نية العتق الواجب من غير ذكر الكفارة لأن العتق  
قد يجب بالنذر ولا يجب تعيين سببها لكونها عن ظهار أو قتل أو  
كفارة يمين كما لا يجب تعيين المال المزكى، ولو لزمه كفارة ظهار  
وجماع مثلاً فأعتق رقبة بنية الكفارة حسبت عن إحداهما، وكذا لو  
صام أو أطعم. فإن قلت: وما الفرق بين الكفارة والصلاة حيث تعتبر  
فيها التعيين؟ فالفرق أن العبادة البدنية أضيقت، ولهذا امتنع التوكيل  
فيها وأيضاً فإن مراتب الصلاة متفاوتة في المشقة، فإن وقت الصبح  
أشق وعدد الظهر أكثر، ولا تفاوت بين كفارة الظهار والجماع ثم  
إذا عين بعد ذلك ما أتى به عن كفارة تعيين وامتنع صرفه إلي  
غيرها كما لو عين ابتداء، ولو عين في الابتداء كفارة الظهار مثلاً،

وكانت عليه كفارة يمين لم يجزه عمداً كان أو خطأ كما لو نوى زكاة مال يعينه فكان تالفاً لا ينصرف إلى غيره بخلاف ما نوى رفع حدث غلطاً وعليه <ص: 116> غيره فإنه يرتفع على الأصح لأن رفع المنوي يتضمن رفع الكل، والعتق عن كفارة معينة لا يتضمن الإجزاء عن أخرى، وهل يشترط أن تكون النية مقارنة للإعتاق والإطعام؟ قال في أصل الروضة: الصحيح أن يشترط، وقيل يجوز تقديمها كما ذكرناه في الزكاة، وقال في شرح المذهب: أصح الوجهين جواز تقديم نية الزكاة على الدفع. قال أصحابنا: والكفارة والزكاة في ذلك سواء، وهذا هو الصواب وظاهر النص انتهى. واعلم أن شرط الجواز في الزكاة أن تكون النية مقارنة للعزل فاعرفه وقياسه هنا كذلك، وإذا عرفت هذا فيشترط في الرقبة المجزئة عن الكفارة أربعة شروط: الإسلام ولفظ الإيمان أولى لأنه نص القرآن العظيم، والسلامة عن العيوب المضرة بالعمل، وكمال الرق، والخلو عن العوض، فلا يجزئ اعتاق الكافر في شئ من الكفارات، وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجوز إعتاق الكافر إلا في كفارة القتل لأن الله تعالى قال فيها {فتحرير رقبة مؤمنة} وحجتنا قياس غير كفارة القتل عليها، وحمل الشافعي المطلق على المقيد، وشبهه بقوله {واستشهدوا شهيدين من رجالكم} فإنه محمول على المقيد في قوله {واشهدوا ذوي عدل منكم}. وقول الشيخ [سليمة] أي من العيوب التي تضر بالعمل ضرراً بيناً، لأن المقصود تكميل حالة التفرغ للعبادة، ووظائف الأحرار وإنما يحصل ذلك إذا استقل وقام بكفايته، وإلا فيصبر كلاً على نفسه وعلى غيره، فلا يجزئ الزمن ولا من يجزه أكثر الأوقات فإن كانت إفاقته أكثر أجزاء، وكذا إذا استويا على المذهب ولا يجزئ مريض لا يرجى زوال مرضه فإن رجا أجزاء، ولو أعتق من وجب عليه القتل قال القفال: إن أعتقه قبل أن يقدم للقتل أجزاء، وإن قدم فهو كمريض لا يرجى، ولا يجزئ مقطوع إحدى الرجلين ولا مقطوع أنملة من إبهام اليد ويجوز مقطوع أنملة من غيرها، ولا يجوز مقطوع أنملتين من السبابة أو الوسطى ويجزئ مقطوع الخنصر من يد والبنصر من أخرى، ولا يجزئ مقطوعهما من يد ويجزئ مقطوع جميع أصابع الرجلين على الصحيح، ويجزئ قصير الخلق الذي يقدر على العمل والكسب ويجزئ الشئ خ إن قدر على العمل على الأصح، ويجزئ الأعرج إلا أن يكون شديداً يمنع <ص: 117> متابعة المشي ويجزئ الأعور دون الأعمى والمراد عور لا يضعف عينه بالعمل قاله الشافعي ويجزئ الأصم الأخرس إن فهم الإشارة وإلا فلا، ويجزئ الخصي والمجبوب والأمة الرتقاء والقرناء ومفقود الأسنان وولد الزنا وضعيف البطش والصغير والله ناقد وبصير والله أعلم. وأما كمال الرق بلا بد منه فلا تجزي أم الولد وكذا المكاتب كتابة صحيحة، وإن لم يؤد شيئاً من النجوم، ولو ملك من يعتق عليه بشراء أو غيره ونوى عتقه عن الكفارة لم يجزه على الصحيح، لأن العتق مستحق بجهة القرابة ولو اشترى عبداً بشرط العتق فالمذهب أنه لا يجزيه عن الكفارة، لو أعتق من تحتم قتله في المحاربة أجزاءه قاله القاضي حسين ويجزئ المدبر والمعلق عتقه بصفة والعبد الغائب المنقطع الخبر لا يجزئ على المذهب والابق والمغصوب يجزيان إذا علم حياتهما على الصحيح لكامل الرق، وهذا هو الصحيح في المغصوب عند الرافعي وقال النووي: إن كان لا يقدر على الخلاص فلا يجزئ كالزمن لعدم قدرته على التصرف وكذا قضية تصحيح التنبيه، وحكى القطع به عن أكثر العراقيين، وحكى عن جمهور الخراسانيين الأجزاء لتمام الم لك والمنفعة وهو الذي جرى

عليه الرافي، وأما الخلو عن العوض فلا بد منه فلو أعتق عبداً على أن يرد عليه ديناراً مثلاً لم يجزه عن الكفارة على الصحيح ولو شرط عوضاً على غير العبد بأن قال لإنسان: أعتقت عبدي هذا عن كفارتي بألف عليك فقبل، أو قال له إنسان: أعتقه عن كفارتك وعلي كذا ففعل لم يجزه عن الكفارة والله أعلم. الخصلة الثانية الصيام فمن لم يجد الرقبة فعليه صيام شهرين متتابعين للآية، ثم عدم الرقبة قد يكون بأن لا يجدها أو لا يجد ثمنها أو يجدها بثمن غال أو يجدها وهو محتاج إليها للخدمة أو إلى ثمنها للنفقة، أما العادم بالكلية فللآية، وأما المحتاج فلأن الحاجة تستغرق ما معه، فصار كالعادم كمن وجد الماء وهو محتاج إليه، فإنه ينتقل إلى البدل كذلك وهنا ولأن الجماع منعقد على أن المسكن لا يمنع الانتقال إلى الصوم للحاجة والمراد بحاجة الخدمة أن يكون به مرض أو كبر أو زمانة أو ضخامة لا يقدر معها على خدمة نفسه أو كان لا يخدم نفسه في العادة مع الصحة، فلو كان يخدم نفسه كأوساط الناس لزمه الاعتاق على الراجح والمراد بالنفقة قوته وقوت عياله وكسوتهم وما لا بد <ص: 119> منه من الأثاث وكذا شراء عبد يحتاج إليه للخدمة وهل تتقدر النفقة والكسوة بمدة؟ قال الرافي: لم يقدره الأصحاب فيجوز أن يعتبر كفاية العمر ويجوز أن يعتبر كفاية سنة، ويؤيده قول البغوي أنه يترك له ثوباً للشتاء وثوباً للصيف قال النووي: الصواب الثاني يعني سنة. قال ابن الرفعة: قد تعرض له الأصحاب في كفارة اليمين، فقالوا: ما حكاه المحاملي وغيره أنه من ليس له كفاية على الدوام ولو كان له ضيعة أو رأس مال يتجر فيه وكان يحصل منهما كفايته بلا مزيد ولو باعهما لتحصيل رقبة لصار في حد المساكين لم يكلف بيعهما على المذهب الذي قطع به الجمهور، ولو كان له ماشية تحلب في ملكه فهي كالضيعة إن كان لا تزيد غلتها على كفايته لم يكلف بيعها، وإن زادت لزم بيع الزائد. ذكر الماوردي والله أعلم.

[فرع]: شخص له مال حاضر ولم يجد الرقبة أو له مال غائب لا يجوز له العدول إلى الصوم في كفارة القتل والجماع واليمين، بل يصبر حتى يجد الرقبة أو يصل إلى المال لأن الكفارة على التراخي وتقدير أن يموت تؤدي من تركته، بخلاف العاجز عن ثمن الماء فإنه يتيمم لأنه لا يمكن قضاء الصلاة لو مات، وفي كفارة الظهر وجهان: لتضرره بفوات الاستمتاع، وأشار الغزالي والمتولي إلى ترجيح وجوب الصبر. هذه عبارة الروضة، وما ذكره الغزالي والمتولي من وجوب الصبر صححه النووي في تصحيح التنبيه، ويؤخذ من كلام الرافي والروضة هنا أن الكفارات الواجبة هنا بسبب محرم تكون على الفور، وقد ذكر ذلك في مواضع، وذكر في مواضع آخر أن الكفارات كلها على الفور، وقد صرح النووي في شرح مسلم في حديث المجامع في رمضان بأنها على التراخي، وفيه من الاختلاف الكثير ما ظهر والله أعلم.

ولو تعسر عليه الاعتاق كفر بالصوم، وهل الاعتبار باليسار والاعسار بوقت الأداء أم بوقت الوجوب أم بأغلظ الحالين؟ فيه أقوال: أظهرها أن الاعتبار بوقت الأداء لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حالة الأداء كالوضوء والتيمم والقيام والقعود في الصلاة، فعلى هذا إن كان موسراً وقت الأداء ففرضه الإعتاق، وإن كان معسراً ففرضه الصوم، وإن كان موسراً من قبل، ولو شرع في الصوم ثم <ص: 119> أيسر أتمه، ولم يجب عليه الانتقال إلى العتق على الأصح، وقال المزني: يلزمه، فعلى الصحيح في جواز

الخروج من الصوم وجهان كالوجهين في رؤية الماء في صلاة يسقط فرضها بالتيمة والله أعلم.

[فرع]: إذا صار واجبة الصوم وجب أن ينوي من الليل لكل يوم، ولا يجب تعي ين جهة الكفارة ولا نية التتابع على الأصح، ويجب تتابع الصوم كما هو نص القرآن العظيم، فلو وطئ المظاهر في الليل قبل تمام الصوم عصي إلا أنه لا يقطع التتابع ولو أفطر يوماً، ولو أفطر اليوم الأخير لزمه الاستئناف، ولو غلبه الجوع فأفطر بطل التتابع، ونسيان النية في بعض الليالي يقطع التتابع كتركها عمداً. ولو شك بعد فراغه من صوم يوم هل نوى فيه أم لا؟ لم يلزمه الاستئناف على الصحيح ولا أثر للشك بعد فراغ اليوم، ذكره الروباني، والمرض يقطع التتابع على الأظهر لأنه لا ينافي الصوم، يخلاف الجنون والإغماء كالجنون، وقيل كالمرض، وفي السفر خلاف، قيل كالمرض وقيل يقطع قطعاً لأنه باختياره، كذا حكاه الرافعي والنووي، وبالجملة فالمذهب أنه ينقطع التتابع بالفطر في السفر ولو أكره على الأكل فأكل، وقلنا يبطل صومه انقطع التتابع لأنه سبب نادر. هذا هو المذهب، ولو اشتشق فوصل الماء إلى دماغه، وقلنا يفطر ففي انقطاع تتابعه الخلاف، ولو أوجر مكرهاً لم يفطر ولم ينقطع التتابع على ما قطع به الأصحاب في كل الطرق، وفي وجه يبطل ويقطع التتابع والله أعلم.

الخصلة الثالثة الإطعام فمن لم يستطع الصوم لهرم أو مرض أو مشقة شديدة أو خاف زيادة المرض فله أن يكفر بالإطعام للآية الكريمة، وهل يشترط في المرض أن لا يرجى زواله أم لا؟ قال الأكثرون: يشترط، وقال الإمام والغزالي: إن كان يدوم شهرين في غالب الظن المستفاد من الأطباء أو من العرف فله العدول إلى الإطعام، وصح النووي ما قاله يعني الإمام والغزالي. قال النووي: وقد وافق الإمام على ذلك آخرون والله أعلم. فيطعم ستين مسكيناً للآية الكريمة لكل مسكين مداً من قوت البلد إذا كان مما تجب فيه الزكاة، والمد رطل وثلث بالبغدادي، وهو مد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يجوز صرف الكفارة إلى كافر، ولا إلى هاشمي ومطلبي، ولا إلى من تلزمه نفقته <ص: 120> - كزوجة وقريب، ولا إلى عبد، فلو صرف إلى عبد وسيد بصفة الاستحقاق جاز إن كان بإذن السيد لأنه صرف إلى السيد، ويجوز الصرف إلى ولي الصغير والمجنون والله أعلم.

[فرع]: لو عجز عن العتق والصوم ولم يقدر إلا على إطعام عشرة أو على مد واحد لزمه إخراجه بلا خلاف لأنه لا بدل للإطعام، فلو عجز عن جميع خصال الكفارة استقرت الكفارة في ذمته على الأظهر. وقول الشيخ [ولا يحل وطؤها حتى يكفر] للآية، والله أعلم.

[فرع]: قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي أنت علي كظهر أمي أنت علي كظهر أمي، نظر إن كان أراد التأكيد بالثانية، والثالثة فهو ظهار واحد، فإن أمسكها بعد المرات فهو عائد وعليه كفارة واحدة، وإن أراد بالثانية ظهاراً آخراً تعددت الكفارة على الجديد، وإن أطلق ولم ينو شيئاً فهل يتحد الظهار أم يتعدد؟ فيه خلاف والأظهر الاتحاد، وبه قطع ابن الصباغ والمتولي وقد تقدم أن الطلاق إذا كرر لفظه وأطلق يتعدد الطلاق، والفرق بين الظهار والطلاق أن الطلاق أقوى لأنه يزيل الملك بخلاف الظهار، وبأن الطلاق له عدد محصور والزوج مالك له، فإذا كرره كان الظاهر استئناف المملوك، والظهار ليس بمتعدد في وضعه ولا هو مملوك للزوج، ولو تفاصلت المرات وقصد بكل واحدة ظهاراً أو أطلق فكل مرة ظهار برأسه والله أعلم. قال

(فصل) في اللعان. وإذا رمى الرجل زوجته بالزنا فعليه حد القذف إلا أن يقيم البينة أو يلاعن فيقول عند الحاكم على المنبر في جماعة من المسلمين: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة من الزنا وأن هذا الولد من زنا وليس مني أربع مرات، ويقول في الخامسة بعد أن يعظه الحاكم: وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين) هذا فصل اللعان، وهو مصدر لاعن، وهو مشتق من اللعن، وهو الإبعاد وسمي المتلاعنان بذلك لما يعقب اللعان من الإثم والإبعاد، ولأن أحدهما كاذب فيكون ملعوناً وقيل لأن كل واحد منهما يبعد عن صاحبه بتأييد التحريم. وهو في الشرع عبارة عن كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر <ص: 121> إلى قذف من لطح فراشه وألحق به العار، واختير لفظ اللعان على الغضب والشهادة لأن اللعان لفظة غريبة، والشئ يشتهر بالغريب، وقيل لأنه في لعان الرجل وهو متقدم. والأصل فيه قوله تعالى {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم} الآيات، وسبب نزولها أن هلال بن أمية قذف زوجته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بشريك بن السمحاء، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: {البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول: البينة أو حد في ظهرك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إنني لصادق ولينزلن الله ما يبريء ظهري من الحد} فنزلت هذه الآيات وقيل غير ذلك، فإذا قذف الرجل زوجته وجب عليه الحد كما جاء به النص، وله ملخصان عنه. إما البينة، أو اللعان كما نص عليه الخبر، ثم متى يتقن الزوج أنها زنت بأن رآها تزني جاز له قذفها، وكذا لو أقرت به عنده ووقع في قلبه صدقها أو أخبره به ثقة أو شاع أن رجلاً زنى بها ورآه خارجاً من عندها في أوقات الريبة، فلو شاع ولم يره أو رآه ولم يشع لم يجز في الأصح، وقال الإمام: لو رآه معها تحت شعارها على هيئة منكرة أو رآها معه مرات كثيرة في محل ريبة كان كالاستفاضة مع الرؤية وتبعه الغزالي وغيره، ولا يجوز القذف عند عدم ما ذكرنا، وهذا كله إذا لم يكن ولد. قال النووي قال أصحابنا: وإذا لم يكن ولد فالأولى أن لا يلاعن بل يطلقها إن كرهها والله أعلم.

وإن كان ولد يتيقن أنه ليس منه وجب عليه نفيه باللعان، هكذا قطع به الجمهور حتى ينتفي عنه من ليس منه، وفي وجه لا يجب النفي. قال البغوي وغيره: فإن يتقن مع ذلك أنها زنت قذفها ولاعن وإلا فلا يقذفها لجواز أن يكون الولد من زوج قبله أو من وطء شبهة. قال الأئمة: وإنما يحصل اليقين إذا لم يطأها أصلاً أو وطئها وأنت به لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء أو لأقل من ستة أشهر، فإذا انتهى الأمر إلى اللعان فيأتي بخمس كلمات كما ذكره الشيخ، ويكون ذلك بأمر الحاكم أو نائبه ويسمى امرأته إن كانت غائبة عن البلد أو المجلس، ويرفع في نسبها حتى تتميز عن غيرها وإن كانت حاضرة تكفي الإشارة إليها على الصحيح لأن بها يحصل التمييز فلا يحتاج مع <ص: 122> ذلك إلى ذكر النسب والاسم، وقيل يجمع بين الاسم والإشارة، ويقول في الخامسة: {إن لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا} للنص، وإن كان هناك ولد ذكره في الكلمات الخمس لأن كل مرة بمنزلة شهادة، فيقول: إن هذا الولد أو الحمل من زنا وليس مني، فلو اقتصر على قوله من زنا هل يكفي؟ قال الأكثرون: لا، لاحتمال أن يعتقد وطء الشبهة زنا، فلا ينتفي به الولد، وأصحهما أنه يكفي، ولو اقتصر على قوله: ليس مني لم يكف، ولو أغفل ذكر الولد في بعض



الكلمات احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه. وقول الشيخ [فيقول عند الحاكم] هذا لا بد منه في الاعتداد بصحة اللعان لأن اللعان يمين فلا بد فيه من أمر الحاكم كسائر الإيمان. وقوله [على المنبر في جماعة من المسلمين] هذا من الآداب وأقلهم أربعة وليكونوا من أعيان البلد وصلحائهم لأن في ذلك تعظيماً للأمر وهو أبلغ في الردع. وقوله [أشهد] هذا اللفظ متعين، فلو بدله بقوله: أحلف بالله أو أقسم بالله ونحوه إني لمن الصادقين، أو أبدل لفظ الدهن بالإبعاد أو أبدل لفظ الغضب بالسخط أو أبدل لفظ الغضب باللعن أو عكسه لم يصح علي الأصح في جميع ذلك، وقيل لا يصح قطعاً لأنه أخل باللفظ المأمور به فأشبهه الشاهد إذا أخل بلفظ الشهادة. وإذا بلغ الرجل لفظ اللعان أو المرأة لفظ الغضب استحب للحاكم أن يقول: {إن هذه الخامسة موجبة للعذاب في الدنيا وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فاتق الله تعالى فإني أخشى عليك إن لم تكن صادقاً أن تبوء بلعنة الله تعالى} كي يرجع، ويتلو عليه {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم}، ومعنى لا خلاق لهم: أي لا نصيب لهم في الآخرة، فإن أبا إلا اللعان تركهما، وينبغي للحاكم أن يذكر هذا الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم: {أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله الجنة، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رعوس الأولين والآخرين} وفي رواية {على رعوس الخلائق يوم القيامة} رواه أبو داود والنسائي وابن <ص: 123> ماجه، وصححه ابن حبان والحاكم، وقال: إنه على شرط مسلم والله أعلم. قال:

(ويتعلق بلعانه خمسة أحكام: سقوط الحد عنه، ووجوب الحد عليها، وزوال الفراش، ونفي الولد والتحريم على الأبد) اعلم أن الزوج لا يجبر على اللعان بعد القذف، بل له الامتناع، وعليه حد القذف كالأجنبي، وكذا المرأة لا تجبر على اللعان بعد لعانه، فإذا لعن الزوج وأكمل اللعان ترتب عليه أحكام: منها سقوط الحد عنه للآية الكريمة فإنها أقامت اللعان في حقه مقام الشهادة، ومنها وجوب الحد عليها إذا قذفها بزنا أضافه إلى حالة الزوجية، وكانت مسلمة لقوله تعالى {ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين} ومنها حصول الفرقة بينهما، وهو الذي عبر الشيخ عنه بزوال الفراش، وهذه الفرقة تحصل ظاهراً وباطناً، سواء صدقت أم صدق وقيل إن صدقت لم تحصل باطناً، والصحيح الأول، وحجة ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين رجل وامرأته تلاعنا في زمنه عليه الصلاة والسلام، وألحق الولد بالأم. رواه ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه البخاري ومسلم. ومنها نفي الولد عنه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما. ومنها التحريم بينهما إذا كانت البيونة باللعان على التأيد لأن العجلاني قال بعد اللعان: كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا سبيل لك عليها} فنفي السبيل مطلقاً، فلو لم يكن مؤبداً لمبين غايته كما بينها في المطلقة ثلاثاً وروي {المتلاعنان لا يجتمعان أبداً} ولو كان قد أبانها قبل اللعان، ثم لاعنها فهل تتأبد الحرمة؟ وجهان أصحهما نعم، هذه الأحكام تتعلق بمجرد لعان الزوج ولا يتوقف شيء منها على لعانها، ولا على قضاء القاضي، ولو أقام بينة بزناها لم تلاعن المرأة لدفع الحد لأن اللعان حجة ضعيفة فلا يقاوم البينة والله أعلم.

[فرع]: لو كانت الملاعنة أمة فملكها الزوج ففي حل وطئها طريقان، والذي قطع به العراقيون المنع، وقيل فيها الخلاف فيما إذا طلق زوجته الأمة ثلاثاً، ثم ملكها <ص: 124> هل تحل له أم لا؟ الأصح لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويطلقها بشروطه لظاهر الآية وهي قوله تعالى {فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره}، وقيل تحل لأن الطلقات الثلاث لا تمنع الملك فلا تمنع الوطاء فيه بخلاف النكاح الأول والله أعلم. قال:

(ويسقط الحد عنها بأن تلعن، فتقول أشهد بالله أن فلاناً هذا من الكاذبين فيما رماني به من الزنا أربع مرات، وتقول في الخامسة بعد أن يعظها الحاكم: وعلي غضب الله إن كان من الصادقين) قد علمت أن المرأة لا تجبر على اللعان لكن لها أن تلعن لدرء الحد عنها لقوله تعالى ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين يعني زوجها وتشير إليه كما تقدم إن كان حاضراً أو تذكر ما يتميز به من اسم ونسب إن لم يكن حاضراً، وتقول في الخامسة: {إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين} للآية ولا تحتاج إلى ذكر الولد لأن لعانها لا يؤثر، ولو تعرضت لا يؤثر، وقيل تذكره ليتقابل اللعانان والله أعلم.

[فرع]: قال شخص لآخر يا لوطي فهل هو كناية في القذف أم صريح؟ المذهب عند الرافعي أنه كناية وليس بصريح. قال النووي: قد غلب في العرب لإرادة الوطاء في الدبر، بل لا يفهم منه إلا هذا فينبغي أن يق طع بأنه صريح، ثم قال: بل الصواب الجزم بأنه صريح، وبه جزم صاحب التنبية، وإن كان المعروف في المذهب أنه كناية، والعجب أنه قال في تصحيح التنبية: الصواب أنه كناية والله أعلم.

[فرع]: كثير من ألسنة الناس قولهم للصبي وغيره: يا ولد الزنا، وهذا قذف لأم المقول له، فيجب فيه الحد، لأنه قذف صريح والله أعلم. قال

(فصل): والمعتدة ضربان: متوفى عنها زوجها، وغير متوفى، فالمتوفى عنها إن كانت حاملاً فعدتها بوضع الحمل، وإن كانت حائلاً، فعدتها أربعة أشهر وعشر) العدة اسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة ليعرف براءة رحمها، وذلك يحصل بالولادة تارة، وبالأشهر أو الأقراء أخرى، ولا شك أن المعتدة على ضربين متوفى عنها زوجها وغيرها، فالمتوفى <ص: 125> عنها زوجها، تارة تكون حاملاً، وتارة تكون حائلاً، فإن كانت حاملاً، فعدتها بوضع الحمل بشروط نذكرها فيما بعد في عدة الطلاق، ولا فرق بين أن يتعجل أو يتأخر، قال الأئمة الأربعة: وظاهر الآية يقتضي وجوب الاعتداد بالمدة، وإن كانت حاملاً، لكن ثبت أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {حللت فانكحي من شئت} أخرجه البخاري وغيره. وعن عمر رضي الله عنه قال: {لو وضعت وزوجها على السرير حلت} ثم لا فرق في عدة الحمل بين الحرة والأمة، وإن كانت حائلاً أو حاملاً بحمل لا يجوز أن يكون منه اعتدت الحرة بأربعة أشهر وعشر لقوله تعالى {والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً} أخرجت الحامل منه بدليل فبقي ما عدا ذلك على عمومته، وأما الحامل من غيره فلا يمكن الاعتداد به، ثم لا فرق في ذلك بين الصغيرة والكبيرة وذات الأقراء وغيرها، ولا فرق بين زوجة الصبي والممسوح وغيرهما، وتعتبر الأشهر بالأهله ما أمكن. وأعلم أن عدة الوفاة تختص بالنكاح الصحيح، فلو نكحت فاسداً ومات قبل الدخول فلا عدة، وإن دخل

ثم مات أو فرق بينهما اعتدت للدخول كما تعتد عن الشبهة والله أعلم. قال:

(وغير المتوفي عنها زوجها، إن كانت حاملاً فعدتها بوضع الحمل، وإن كانت حائلاً من ذوات الحيض، فعدتها بالأقراء وهي الإطهار، وإن كانت صغيرة أو آيسة فعدتها ثلاثة أشهر). هذا هو الضرب الثاني، وهو عدة غير المتوفى عنها زوجها، ولا شك أنها أصناف: إما ذات حمل، وإما ذات أقراء، وإما ذات أشهر. الصنف الأول ذات الحمل وعدتها بوضع الحمل لعموم قوله تعالى {وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن} لكن للاعتداد بذلك بشرطان: أحدهما كون الولد منسوباً إلى من العدة منه. إما ظاهراً. وإما احتمالاً كالمنفي باللعان، فإذا لاعن حاملاً، ونفى الولد الذي هو حمل انقضت عدتها بوضعه لإمكان كونه منه، أما إذا لم يمكن كونه منه بأن مات صبي لا ينزل، وامرأته حامل فلا تنقضي عدتها بوضع <ص: 126> الحمل على المذهب، والخصي الذي يبقى ذكره كالفحل في لحوق الولد على المذهب فتتقضي العدة منه بوضعه سواء فيه عدة الطلاق أو الوفاء، وأما من جب ذكره وبقي أنثياه فيلحقه الولد فتعتد امرأته عن الوفاء بوضع الحمل، ولا يلزمها عدة الطلاق لعدم الدخول والله أعلم.

الشرط الثاني أن تضع الحمل بتمامه، فإن كان الحمل توءمين فلا بد من وضعهما، ولا تنقضي العدة بخروج بعض الولد لو بقي البعض متصلاً كان أو منفصلاً، وطلق لحقه الطلاق، ولو مات وورثه، ثم متى انفصل الولد بتمامه انقضت العدة حياً كان أو ميتاً، ولا تنقضي بإسقاط العلقة والدم، وإن سقطت مضغة نظر إن ظهر فيها شئ من صورة الأدمي كيد، أو أصبع، أو ظفر، أو غيرها فتتقضي العدة، وإن لم يظهر شئ من صورة الأدمي لكل أحد لكن قال القوابل: فيه صورة خفية وهي بينة لنا، وإن خفيت على غيرنا فتقبل شهادتهن ويحكم بانقضاء العدة وسائر الأحكام، وإن لم تكن صورة ظاهرة ولا خفية يعرفها القوابل إلا أنهن قلن: إنه أصل آدمي ولو بقي لتصور وخلق. فالنص أن العدة تنقضي به وهو المذهب، وإن كانت لا تجب به غرة على النص ولا يثبت به الاستيلاء، لأن المراد من ال عدة براءة الرحم وقد حصلت، والأصل براءة الذمة من العدة، وأمومة الولد إنما تثبت تبعاً للولد، ولو شكت القوابل في أنه لحم آدمي أم لا لم يثبت شئ من هذه الأحكام بلا خلاف، ولو اختلف الزوج وهي، فقالت: كان السقط الذي وضعته مما تنقضي به العدة، وأنكر الزوج وضع السقط، فالقول قلوها بيمينها لأنها مأمونة في العدة والله أعلم.

النوع الثاني ذات الأقراء. والأقراء جمع قرء بفتح القاف، ويقال بضمها. قال النووي: وزعم بعضهم: أنه بالفتح للطهر، وبالضم للحيض، ويقعان على الطهر والحيض في اللغة على الصحيح. والصحيح أنه حقيقة فيهما، وقيل إنه حقيقة في الطهر مجاز في الحيض، واختلف في المراد بالطهر هنا، والأظهر أنه المحتوش بدمين، وقيل إنه مجرد الانتقال من الطهر إلى الحيض، والمذكور في أول الطلاق أنه لو قال: للتي لم تحض قط: أنت طالق في كل قرء طلقة تطلق في الحال على ما قاله الأكثرون، وفيه <ص: 127> مخالفة للمذكور هنا. قال الرافعي: ويجوز أن يجعل ترجيحهم للوقوع في تلك الصورة لمعنى يخصها لا لرجحان القول بأن الطهر هو الانتقال. إذا عرفت هذا فلو طلقها، وقد بقي من الطهر بقية حسبت تلك البقية قرء سواء كان جامعها في تلك البقية أم لا، فإذا حاضت، ثم طهرت، ثم حاضت، ثم طهرت، ثم شرعت في الحيض انقضت عدتها على

الأظهر، لأن الظاهر أنه دم الحيض، وقيل لا بد من مضي يوم وليلة. فعلى الأظهر لو انقطع الدم لدون يوم وليلة ولم يعد حتى مضت خمسة عشر يوماً تبيناً أن العدة لم تنقض، ثم لحظة رؤية الدم أو اليوم والليلة هل هما من نفس العدة أم يتبين بهما الإنقضاء، وليستا من العدة؟ وجهان: أحدهما الثاني، فإن جعلناه من العدة صحت فيه الرجعة، ولا يصح نكاحها لأجنبي فيه وإلا انعكس الحكم والله أعلم.

النوع الثالث من لم تر دمًا: إما لصغر، أو إياس، أو بلغت سن الحيض، ولم تحض فعدة هؤلاء بالأشهر، قال الله تعالى {واللآئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللآئي لم يحضن} يعني كذلك. قال أبي بن كعب رضي الله عنه: أول ما نزل من العدة {والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء} فارتاب ناس في عدة الصغار والآيسات فأنزل الله تعالى {واللآئي يئسن} الآية. واختلف في سن الإياس: فالأشهر أنه اثنان وستون سنة، وقيل ستون، وقيل خمسون، وقيل تسعون، قال السرخسي: ورأينا امرأة حاضت لتسعين، وبم يعتبر إياسها؟ قيل بإياس أقاربها من الأبويهن لتقاربهن في الطبع، ونص عليه الشافعي، ورجحه الرافعي في المحرر، وقيل نساء عصباتها كمهر المثل، فعلى المرجح لو اختلفن فهل يعتبر أقلهن أو أكثرهن؟ فيه خلاف، وقيل يعتبر إياس جميع النساء أي أقصى إياسهن لتحقيق الإياس، وهذا هو الأصح عند النووي وغيره. وإليه ميل الأكثرين، كما قاله الرافعي. قال إمام الحرمين: ولا يمكننا طواف العالم، وإنما المراد بما بلغنا خبره، وقيل المعتبر سن الإياس غالباً، لا أقصاه، وعلى الوجهين هل المعتبر نساء زمانها، أم نساء أي زمن كان؟ الذي في الإبانة والتتمة وتعليق القاضي حسين الأول، وغيرهم لم يتعرضوا إلى ذلك، وقيل يعتبر إياس نساء بلدها، لأن للأهوية تأثيراً، فلو اختلفت عادتهم اعتبرنا أقصاهن والله أعلم.

<ص: 128>

[فرع]: ولدت امرأة ولم تر حيضاً قط ولا نفاساً. فهل تعتد بالأشهر أم هي كمن انقطع حيضها بلا سبب؟ وجهان الصحيح الاعتداد بالأشهر لدخولها في قوله تعالى {واللآئي لم يحضن} قال الأذري: قال الرافعي في آخر العدد عن فتاوى البغوي: إن التي لم تحض قط إذا ولدت ونفست تعتد بثلاثة أشهر، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقراء، فجزم البغوي بهذا، ولم يذكر الرافعي هناك خلافه والله أعلم. قال:

(والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها). المطلقة قبل الدخول بها إن لم تحصل خلوة فلا عدة عليها بلا خلاف، بل بالاتفاق، وإن طلقها بعد الخلوة بها سواء باشرها فيما دون الفرج أم لا ففيه قولان: الأظهر أنه لا عدة عليها قوله تعالى {ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها} ولأن البراءة متحققه، وقيل تجب العدة لقول عمر وعلي رضي الله عنهما: إذا أغلق باب وأرخى ستراً فلها الصداق كاملاً وعليها العدة. وأعلم أن زوجة المجهوب الذكر الباقي الاثنيين لا عدة عليها إن كانت حائلاً لاستحالة الإيلاج، وإن كانت حاملاً لحقه الولد وعليها العدة، وزوج الممسوح لا عدة عليها بناء على الأصح أن الولد لا يلحقه والله أعلم. قال:

(وعدة الأمة كعدة الحرة في الحمل، وبالأقراء تعتد بقريين، وبالشهور عن الوفاة بشهرين وخمس ليال، وعن الطلاق بشهر ونصف). الأمة المطلقة إن كانت حاملاً فعدتها بوضع الحمل لعموم قوله تعالى {وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن} ولأن الحمل لا يتبعض، فأشبهه قطع السرقة، وإن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بقريين لقوله صلى الله عليه وسلم: {يطلق العبد طلقين وتعتد

الأمة حيضتين} وهو مخصص لعموم الآية، ولأنه على النصف في القسم والحد إلا أنه لا يمكن تنصيف القرء فكمثل الثاني كما كمل طلاق العبد بشتين، ولأن استبراء الزوجة الحرة بثلاثة أقراء لكمالها بالحرة والعقد، واستبراء الأمة الموطوءة بالملك بحيضة <ص: 129> لنقصانها برقها، فكان استبراء الأمة المنكوحه بينهما لوجود العقد دون الحرة، وإن كانت من ذوات الأشهر ففيها ثلاثة أقوال: أحدها ثلاثة أشهر لعموم الآية، ولأنه أقل زمن تظهر فيه أمارات الحمل من التحرك وكبر البطن، فإذا لم يظهر ذلك علمت البراءة. والثاني شهران بدلاً عن القرءين كما كانت الأشهر الثلاثة للحرة بدلاً عن الأقرء. والثالث شهر ونصف، لتجري على الصحة في التنصيف كعدة الوفاء، وهذا هو الأصح، وبه جزم الشيخ. واعلم أن أم الولد والمكاتبه والمبعضه كالقنة فيما ذكرنا والله أعلم.

[فرع]: إذا طلقت الزوجة الأمة وعتقت في أثناء العدة فهل تعتد عدة الإماء أم الحرائر؟ فيه أقوال: أحدهما تتم عدة الإماء إعتباراً بحال وجوب العدة، والثاني تتم عدة الحرائر احتياطاً للعدة، والثالث إن كانت رجعية تمت عدة الحرائر لأنها كالزوجة، و لهذا لو مات عنها انتقلت إلي عدة الوفاة، وإن كانت بائناً أتمت عدة أمة لأنها كالأجنبية والله أعلم. قال:

(فصل): في الإستبراء. ومن استحدث ملك أمة حرم عليه الاستمتاع بها حتى يستبرئها إن كانت من ذوات الحيض بحيضة، وإن كانت من ذوات الشهور بشهر، وإن كانت من ذوات الحمل بوضع الحمل). هذا فصل الإستبراء. وهو عبارة عن التبرص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثاً وزوالاً وسمي بذلك لأنه مقدر بأقل ما يدل على البراءة من غير عدة، وسميت العدة عدة لتعدد ما يدل على البراءة. إذا عرفت هذا فالأصل في هذا قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس {لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة} رواه أبو داود وصححه الحاكم وقال: هو على شرط مسلم، نعم أعله ابن القطان بشريك القاضي وقد وثقه ابن معين وغيره، وأخرج له مسلم متابعة. ثم لوجوب الاستبراء سبيان: أحدهما حدوث الملك في الأمة كما ذكره الشيخ بقوله [ومن استحدث ملك أمة] فمن ملك جارية وجب عليه استبرائها سواء ملكها بارث أو شراء أو هبة أو وصية أو سبي أو عاد <ص: 130> ملكه فيها بالرد بالعيب أو التخالف أو الإقالة أو الرجوع في الهبة وإذا عادت إليه بفسخ كتابة أو ارتدت ثم أسلمت فإنه يلزمه الاستبراء على الأصح لزوال ملك الاستمتاع ولو زوج أمته ثم طلقت قبل الدخول فهل يجب على السيد استبرائها؟ قولان. ولو باعها بشرط الخيار فعادت إليه بفسخ في مدة الخيار ففي وجوب الاستبراء خلاف. المذهب أنه يجب إن قلنا يزول ملك البائع بنفس العقد وإلا فلا، ثم لا فرق في الأمة بين أن تكون صغيرة أو كبيرة حائلاً كانت أو حاملاً بكرأ كانت أو ثيباً وسواء ملكها من رجل أو امرأة أو طفل وسواء كانت مستبرأة من قبل أم لا وهذا هو المذهب لعموم الخبر مع العلم بأنهن كان فيهن أ بكر وعجائز والله أعلم.

[فرع]: اشترى زوجته الأمة فهل يجب عليه أن يستبرئها؟ وجهان. الصحيح المنصوص لا، ويدوم حلها لكن يستحب لتمييز ولد النكاح عن ولد اليمين، وقيل يجب التجدد الملك والله أعلم. ثم إن كانت الأمة التي حدث ملكها من ذوات الحيض استبرأها بحيضة على الجديد الأظهر للحديث، وقيل بطهر كالعدة، وإن كانت ممن لا تحيض لصغر أو إياس فيماذا تعتد؟ فيه خلاف: قيل بثلاثة أشهر لأنه أقل مدة تدل على البراءة، وهذا ما صححه في التنبيه، وقيل بشهر لأنه

كفرء في الحرة فكذا في الأمة، وهذا هو الذي صححه الرافعي والنووي وغيرهما.

[فرع]: وطئها من يجب عليه الاستبراء قبل الاستبراء عصى ولا ينقطع الاستبراء لأن قيام الملك لا يمنع الاحتساب فكذا المعاشرة بخلاف المعتدة، ولو أحبلها بالوطء، وفي الحيض فانقطع الدم حلت لتمام الحيض، وإن كانت طاهرة عند الوطاء لم ينقض الاستبراء حتى تضع والله أعلم. وإن كانت حاملاً استبرأها بوضع الحمل لعموم الخبر، وظاهر كلام الشيخ أنه لا فرق بين أن يكون الحمل من نكاح أو شبهة أو زنا وهو موافق لما حكاه المتولي، وقال الرافعي: الأصح، وعبارة الروضة التفصيل: إن ملكت بسببي كفى الوضع وإن ملكت بشراء وحملها من زوج، وهي في نكاحه أو عدته أو من وطء شبهة وهي في عدته فالمشهور أنه لا استبراء في الحال، وفي وجوبه بعد العدة وجهان، وإذا كان كذلك <ص: 131> لم يحصل الإستبراء بالوضع مطلقاً، وأما حمل الزنا ففي الاكتفاء بوضعه حيث يكتفي بثبات النسب وجهان أصحهما نعم وإن لم يكتف به ورأت دمًا وهي حامل، وقلنا إنه حيض كفى في الأصح ولو ارتابت بالحمل في مدة الاستبراء أو بعده فكما في العدة. واعلم أن المرتابة بالحمل إن كان ارتبابها بعد انقضاء عدتها سواء كانت بالأقراء أو الأشهر يكره نكاحها، والارتباب يحصل بارتفاع البطن أو حركته مع ظهور الدم ولكن شككنا هل ثم حمل أم لا؟ وهل يصح النكاح؟ قولان: أحدهما يصح لأنا حكمنا بانقضاء العدة فلا تنقضه بالشك كما لو حصلت الرية بعد النكاح، وهذا هو الأصح فعلى هذا لو ولدت لدون ستة أشهر من العقد تبينا البطلان، وقيل لا يصح العقد لأنها لا تدري أعتدها بالحمل فلم تنقض أم بغيره فلا تنكح مع الشك كما لو ارتاب بذلك في أثناء العدة والله أعلم.

[فرع]: مذكور في العدد لو نكح شخص امرأة حاملاً من الزنا صح نكاحه بلا خلاف وهل له وطؤها قبل الوضع؟ وجهان: الأصح إذ لا حرمة له، ومنعه ابن الحداد والله أعلم. قال:

(وإذا مات سيد أم الولد استبرأت نفسها بشهر كالأمة). هذا هو السبب الثاني مما يوجب الاستبراء وهو زوال الفراش عن موطوءة بملك يمين فإذا مات سيد عن أم ولده وليست في زوجية ولا عدة نكاح لزمها الاستبراء لأنه زال عنها الفراش بأشبهت الحرة ويكون استبرأؤها بشهر إن كان من ذوات الأشهر، وإلا فبحيضة إن كانت من ذوات الأقراء كالمملكة، ولو أعتقها فالأمر كذلك وكذا لو أعتق أمته التي وطئها لزوال الفراش، ولو استبرأ الأمة الموطوءة، ثم أعتقها. قال الأصحاب: لا استبراء عليها ولها أن تتزوج في الحال، ولم يطردها فيه الخلاف في المستولدة لأن المستولدة يشبه فراشها فراش النكاح والأصح في المستولدة أنه إن استبرأها ثم أعتقها أنه يجب استبرائها ولو لم تكن الأمة موطوءة لم تكن فراشاً، ولا يجب الاستبراء بإعتاقها، ولو أعتق مستولدة وأراد أن يتزوجها قبل تمام الاستبراء جاز على الأصح كما يتزوج المعتدة منه بنكاح أو وطء شبهة، والله أعلم. <ص: 132>

[فرع]: لا يجوز تزويج الأمة الموطوءة قبل الاستبراء بخلاف بيعها لأن مقصود النكاح الوطاء فينبغي أن يستعقب الحل، وإن استبرأها ثم أعتقها فهل يجوز تزويجها في الحال أم يحتاج إلى استبراء جديد؟ وجهان: يعني أم الولد أصحهما يجب الاستبراء، وكلام الروضة هذا يوهم أن الوجهين في الأمة لا في أم الولد فاعرفه، ولو اشترى أمة وأراد تزويجها قبل الاستبراء، فإن كان البائع قد وطئها لم يجز إلا أن يتزوجها به وإن لم يكن وطئها البائع أو كان قد وطئها

واستبرأها قبل البيع أو كان الانتقال من امرأة وصبي جاز تزويجها في الحال على الأصح كما يجوز للبائع تزويجها بعد الاستبراء، وقيل لا يجوز له كما لا يجوز له وطؤها حتى يستبرئها، والقائلون بالأصح يلزمهم الفرق، وهذا الوجه قوي، ونسبه القفال إلى أكثر الأصحاب. قال الرافعي: ونوقش في مثل هذه النسبة والله أعلم. قال

(فصل): في المعتدة الرجعية السكنى والنفقة وللبائن السكنى دون النفقة إلا أن تكون حاملاً. المعتدات أنواع: منها الرجعية فلها النفقة والسكنى بالإجماع وروى الدارقطني حديث فاطمة بنت قيس حين طلقها ثلاثاً أنه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، وقال: {إنما النفقة والسكنى لمن تملك الرجعة} وخرجه النسائي أيضاً، وفي رواية أبي دواد {ولا نفقة لك إلا أن تكون حاملاً} والذي في مسلم {لا نفقة لك ولا سكنى} وكانت بائناً حائلاً، ولأن الرجعية زوجة، والمانع من جهة الزوج لأنه يقدر على إزالته، وكما تجب النفقة والسكنى تجب لها بقية مؤن الزوجات إلا آلات التنظيف، والله أعلم. ومنها البائن والبينونة إن كانت بخلع أو استيفاء الطلقات الثلاث، فلها السكنى حاملاً كانت أو حائلاً لقوله تعالى: {أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم} وقال الله تعالى: {لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة} وإن كانت معتدة عن وفاة ففي استحقاقها السكنى قولان: أحدهما لا يجب كما لا تجب النفقة والأظهر الوجوب لأن فريضة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنه <ص: 133> قتل زوجها فسألت النبي صلى الله عليه وسلم أن ترجع إلى أهلها فإنه لم يتركها في مسكن يملكه فأذن لها في الرجوع، قالت: فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني، فقال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت: فاعتددت أربعة أشهر وعشراً. وإن كانت معتدة عن نكاح بفرقة غير طلاق في الحياة كفسخ بعيب ورضاع أو غيرهما ففي وجوب السكنى بمثل تلك طرق عديدة، واختلف ترجيح الرافعي في ذلك فصح في المحرر الاستحقاق في جميع الصور، فقال: الأظهر أن المعتدة عن سائر الفراق في الحياة كالمطلقة وذكر الوجوب في المطلقة وقال في باب الخيار: لا تستحق إن كانت حائلاً على المشهور، وكذا إن كانت حاملاً على أصح القولين وذكر في باب أصل الروضة هنا خمسة طرق، وقال: الرابع يعني الطريق الرابع ذكر البغوي إن كانت الفرقة بعيب أو غرر فلا سكنى وإن كانت برضاع أو ماهرة فلها السكنى على الأصح لأن السبب لم يكن موجوداً يوم العقد ولا استند إليه، والملاعنة تستحق قطعاً كالمطلقة ثلاثاً، وبالجملة فالمذهب وجوب السكنى إذا وقع فسخ سواء كان بردة أو إسلام أو رضاع أو عيب ونحوه والله أعلم.

[فرع]: طلقها وهي ناشزة فلا سكنى في العدة لأنها لا تستحق النفقة والسكنى في صلب النكاح فبعد البينونة أولى كذا قاله القاضي حسين، وقال الإمام: إن طلق في مسكن النكاح فعليها ملازمته لحق الشرع فإن أطاعت استحققت السكنى والله أعلم. وقوله: [إلا أن تكون حاملاً] يعني البائن بخلع أو طلاق ثلاث فلها النفقة إذا كانت حاملاً وقضية كلام الشيخ أن الفقة لها، وهو الصحيح، وقيل إنه للحمل فعلى الصحيح لا تجب لحامل عن وطء الشبهة، ولا في النكاح الفاسد، وكذا أيضاً لا تجب النفقة لمعتدة عن وفاة وإن كانت حاملاً، نص عليه الشافعي، وبه قال مالك، وأبو حنيفة تبعاً لابن عباس رضي الله عنهما، وقال علي وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم: ينفق عليها من التركة حتى تضع، وبه

قال شريح والنخعي والشعبي، وحماد وابن أبي ليلى وسفيان والله أعلم. قال:

(وعلى المتوفى عنها زوجها الإحداد وهو الامتناع من الزينة والطيب). <ص: 134> يجب الإحداد في عدة الوفاة، وهو مأخوذ من الحد وهو المنع لأنها تمنع الزينة ونحوها. والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم {لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلى على زوج أربعة أشهر وعشراً} وفي رواية {لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً} فلا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت فنبذة من قسط أو أظفار} رواه الشيخان ولا فرق في وجوب الإحداد بين المسلمة والذمية، ولو كان زوجها ذمياً ولا بين الحرة والأمة ولا بين المكلفة وغيرها، والمولى يمنع الصغيرة والمجنونة مما تمتنع منه المكلفة، ويؤخذ من كلام الشيخ أن المعتدة عن غير الوفاة أنه لا يجب، وهو كذلك. أما الرجعية فلأنها زوجة في الأحكام: نعم نص الشافعي أنه يستحب، وذهب بعض الأصحاب إلى أن الأولى أن تتزين بما يدعو إلى رجعتها، وأما المطلقة بخلع أو استيفاء العدد ففيه قولان: أصحهما أنه لا يجب الإحداد أيضاً لأنها معتدة عن طلاق فأشبهت الرجعية وأيضاً فهي مجفوة بالطلاق فلا تكلف التفجع بخلاف المتوفى عنها زوجها، والقديم أنه يجب الإحداد لأنها بائن معتدة فأشبهت المتوفى عنها زوجها. وأما المفسوخ نكاحها بعيب ونحوه ففيها طريقان: أحدهما على القول في البائن بالطلاق، وقيل لا يجب قطعاً لأن الفسخ إما لمعنى فيها أو بمباشرتها فلا يليق بها إظهار التفجع هذا في الإحداد، وأما كيفيته: فهو ترك الزينة بالثياب والحلي والطيب. أما الثياب فلا يحرم جنس القطن والصوف والوبر والشعر، بل يجوز لبس المنسوج منها على ألوانها الخلقية، وكذا الكتان والقصب والديبقي من أصل وإن كانت نفيسة ناعمة لأن نفاستها وحسنها من أصل الخلقة لا من زينة دخلت عليها، وأما الأبريسم فلم ينقل فيه نص عن الشافعي، وهو عند معظم الأصحاب كالكتان وغيره إذا لم يحدث فيه زينة. وقال القفال: يحرم الأبريسم. قلت: إطلاق جواز لبس الصوف بأنواعه وكذا الديبقي ونحوه صحيح عن أهل الثروة من المدن وغيرهم. أما غير أهل الثروة لا سيما المستشعنين من أهل البوادي فيتجه الجزم بتحريم ذلك عليهم، وأي نسبة بين ثوب كرباس مصبوغ إلى صوف مربع، وقد قال في <ص: 135> البحر: إن الحلى من الصفر ونحوه إن كان في قوم يتزينون به حرم، وإلا فلا ينبغي أن يراعى عادة اللبس ومحل ما يحصل به الزينة عندهم دون ما لا يحصل والله أعلم. وأما ما لا يحرم في جنسه لو صبغ ينظر في صبغه إن كان مما يقصد به الزينة غالباً كالأحمر والأصفر فليس لها لبسه، ولا فرق بين أن يكون لينا أو خشناً في ظاهر المذهب، ونص عليه في الأم، ويدخل في هذا الديباج المنقش والحريير الملون فيحرمان والمصبوغ غزله قبل النسج كالبرود وهو حرام على الأصح كالمصبوغ بعد النسج، وإن كان الصبغ مما لا يقصد منه الزينة بل يصبغ للمصيبة واحتمال الوسخ كالأسود والكحلي فلها لبسه وهو أبلغ في الحداد بل حكى الماوردي وجهاً أنه يلزمها لبس السواد في الحداد، وإن كان المصبوغ متردداً بين الزينة وغيرها كالأزرق: فإن كان براقاً في اللون فحرام، وإن كان كدرأً أو أكهب وهو الذي يضرب إلى الغبرة جاز، وأما الطراز على الثوب فإن كان كثيراً فحرام وإلا فأوجه. ثالثها إن نسج مع الثوب جاز، وإن ركب حرم لأنه محض زينة والله أعلم.



وأما الحلبي فيحرم عليها لبسه سواء فيه السوار والخلخال والخاتم والذهب والفضة، وبهذا قطع الجمهور، وقال الإمام: يجوز لها أن تتختم بخاتم الفضة كالرجل، وفي اللآئى تردد الإمام، وبالتحريم قطع الغزالي وهو الأصح والله أعلم. وأما الطيب فيحرم عليه في بدنها وثيابها ويحرم عليها دهن رأسها، ويجوز لها دهن البدن بما لا طيب فيه كالدهن والشيرج، ولا يجوز بما فيه طيب كدهن البان والبنفسج، ويحرم عليها أكل طعام فيه طيب وأن تكتحل بما فيه طيب، وأما ما لا طيب فيه فإن كان أسود وهو الإثمد فحرام لأنه زينة ولا فرق بين البيضاء والسوداء، وفي وجه يجوز للسوداء، والصحيح الأول لإطلاق الأحاديث فإذا احتاجت إلى الاكتحال به لرمد وغيره اكتحلت به ليلاً ومسحته نهاراً فإن دعت ضرورة إلى الاستعمال نهاراً جاز ويجوز استعماله في غير العين إلا الحاجب فإنه زينة، وأما الكحل الأصفر وهو الصبر فحرام على السوداء وكذا البيضاء على الأصح لأنه يحسن العين، ويحرم الاسفيداج، وكذا الخضب بالحناء ونحوه فيما يظهر من البدن كاليدن والرجلين والوجه. قال الإمام: وتجعيد <ص: 136> الأصداع، وتصفيف الطرة لا تقل فيه، ولا يمتنع أن يكون كالحلي، ويجوز للمعدة التزين في الفرش والبسط وأثاث البيت، لأن الحداد في البدن لا في الفراش، ويجوز لها التنظيف بغسل الرأس، والامتشاط، ودخول الحمام، وقلم الأظفار، وإزالة الأوساخ، لأنها ليست من الزينة والله أعلم.

[فرع]: يجوز الإحداد على غير الزوج ثلاثة أيام فما دونها للحديث الصحيح المتقدم، وقد صرح بذلك الغزالي والمتولي. والله أعلم. قال:

(وعلى المتوفى عنها زوجها والمبتوتة ملازمة البيت إلا لحاجة). يجب على المعتدة ملازمة مسكن العدة، فلا يجوز لها أن تخرج منه، ولا إخراجها إلا لعذر، نص عليه القرآن العظيم، قال الله تعالى: {لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن} فلو اتفق الزوجان على أن تنتقل إلى منزل آخر بلا عذر لم يجرز وكان للحاكم المنع من ذلك، لأن العدة حق الله تعالى وقد وجبت في ذلك المنزل، فكما لا يجوز إبطال أصل العدة، كذلك لا يجوز إبطال صفاتها، وقوله [إلا الحاجة] يعني يجوز الخروج، والحاجة أنواع: منها إذا خافت على نفسها أو مالها من هدم أو حريق أو غريق سواء في ذلك عدة الوفاء والطلاق، وكذا لو لم تكن الدار حصينة وخافت اللصوص، أو كانت بين فسقة تخاف على نفسها، أو كانت تتأذى بالجيران والأحماء تأذياً شديداً، ولو كانت تذبو وتستطيل بلسانها عليهم جاز إخراجها، وتتحرى القرب من مسكن العدة. ومنها إذا احتاجت إلى شراء طعام، أو قطن، أو بيع غزل ونحوه فينظر إن كانت رجعية فهي زوجة فعليه القيام بكفائتها بلا خلوة ولا تخرج إلا بإذنه. قال المتولي: إلا إذا كانت حاملاً وقلنا تستحق النفقة فلا يباح لها الخروج. ومنها إذا كان المسكن مستعاراً ورجع المعير، أو مستأجراً ومضت المدة وطالبه المالك فلا بد من الخروج. ومنها إذا لزمها حق فإن كان يمكن استيفاؤه في البيت كالدين فعل فيه، وإن لم يكن واحتيج فيه إلى الحاكم فإن كانت برزة خرجت ثم عادت إلى المسكن، وإن كانت مخدرة بعث الحاكم إليها نائباً، أو حضر بنفسه، ولا تعذر في الخروج لأغراض تعد من الزيادات دون الأمور المهمات كالزيارة والعمارة واستنماء المال بالتجارة، وتعجيل حجة <ص: 137> الإسلام، وزيادة بيت المقدس، وقبور الصالحين، ونحو ذلك فهي عاصية بذلك والله أعلم.

[فرع]: يحرم على الزوج مساكنة المعتدة في الدار التي تعتد فيها ومدخلتها، لأنه يؤدي إلى الخلوة وخلوته بها كخلوة الأجنبية، وكثير من الجهلة لا يرون ذلك حراماً، ويقول: هي مطلقتي وهو يعرف الحال، فإن اعتقد حله بعدما عرف كفر فإن تاب وإلا ضربت عنقه، وكذا حكم العكامين الذي يحجون مع النساء لا يحل لهم الخلوة بهن، ولا يقتدى في ذلك بمن يفعله من المتفهمة فإن ذلك حرام حرام البتة والله أعلم.

[فرع]: مضت مدة من العدة أو كلها ولم تطلب حق السكن سقط ولم يصر ديناً في ذمته نص عليه الشافعي، ونص أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان بل تصير ديناً في ذمته، فقيل قولان والمذهب تقرير النصين، والفرق أن النفقة تجب بالتمكين وقد وجد، والسكنى لصيانة ما به على موجب نظره ولم يتحقق، وحكم السكنى في صلب النكاح كما ذكرناه في العدة والله أعلم. قال:

(فصل): في الرضاع. إذا أرضعت المرأة بلبنها ولداً صار الرضيع ولدها بشرطين: أحدهما أن يكون له دون الحولين، والثاني أن ترضعه خمس رضعات متفرقات). الرضاع بكسر الراء وفتحها، ويقال رضع بكسر الضاد يرضع بفتحها وبالعكس. والأصل فيه الكتاب والسنة، وإجماع الأمة قال الله تعالى: {وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة}. وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب} رواه الشيخان، ثم الرضاعة المحرمة لها أركان. منها: المرضعة ولها ثلاث شروط: الأول كونها امرأة، فلبن البهيمة لا يتعلق به تحريم، فلو شربه صغيران لم يثبت بينهما أخوة، وكذا لبن الرجل لا يحرم على الصحيح. الشرط الثاني كونها حية، فلو ارتضع صغير من ميتة أو حلب منها لم يتعلق به التحريم كما لا يثبت حكم المصاهرة بوطء الميتة، ولو <ص: 138> حلب لبن حية ثم أوجر الصبي بعد موتها حرم على الصحيح ونص عليه الشافعي. الشرط الثالث كونها محتملة للولادة، فلو ظهر لصغيرة دون تسع سنين لبن لم يحرم، وإن كانت بنت تسع سنين حرم وإن لم يحكم بالبلوغ، لأن احتمال البلوغ قائم، والرضاع كالنسب فيكفي فيه الاحت مال، ولا فرق في المرضعة بين كونها مزوجة أم لا، ولا بين كونها بكر أم لا، وقيل لا يحرم لبن البكر، والصحيح أنه يحرم ونص عليه الشافعي. ومنها: أي من أركان الرضاع اللبن، ولا يشترط لثبوت التحريم بقاء اللبن على هيئة حالة انفصاله عن الثدي، فلو تغير بجموضة، أو انعقاد، أو أغلاه، أو صار جنباً، أو أقطا، أو زبداً، أو مخيضاً، وأطعم الصبي حرم لحصول اللبن إلى الجوف وحصول التغذية به، ولو خلط بغيره نظراً: إن كان اللبن غالباً تعلق الحرمة بالمخلوط، ويشترط أن يكون اللبن قدراً يسقي منه الولد خمس رضعات على المذهب. منها: أي من الأركان المحل وهي معدة الصبي الحي وما في معنى المعدة. فهذه ثلاثة قيود: الأول المعدة فالوصول إليها يثبت التحريم سواء ارتضع الطفل أو حلب، أو أوجر، أو صب في أنفه فوصل إلى جوفه ودماغه حرم على المذهب بخلاف ما إذا احتقن به، أو كان في بطنه جراحة فصبت فيها فوصل إلى الجوف لم يثبت التحريم على الأظهر، ولو ارتضع وتقياً في الحال ثبت التحريم على الصحيح. القيد الثاني كون الصغير دون الحولين، فإن بلغ سنتين فلا أثر لارتضاعه، ويعتبران بالأهلة. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا رضاع إلا ما كان في الحولين} رواه الدارقطني، وفي رواية الترمذي: {لا يحرم من الرضاع إلا ما فتح الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام} قال الترمذي: حسن صحيح. القيد الثالث: حياة الرضيع فلا أثر للوصول إلى معدة الصغير

الميت. ثم شرط الرضاعة المحرمة خمس رضعات، هذا هو الصحيح ونص عليه الشافعي، وقيل يثبت برضعة واحدة، وقيل بثلاث، وبه قال ابن المنذر وجماعة. وحجة الصحيح قول عائشة رضي الله عنها، قالت: {كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرم، ثم نسخ بخمس معلومات، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن}. وفي رواية: لا تحرم المصاة ولا المصتان <ص: 139> ولا الرضعة ولا الرضعتان رواه مسلم. ثم شرط الرضعات أن يكن متفرقات، والرجوع في الرضعة والرضعتين إلى العرف، فمتى تخلل فصل كثير تعددت الرضعات، فلو رضع ثم قطع إعراضاً واشتغل بشئ آخر ثم عاد وارتضع فهما رضعتان، ولو قطعت المرضعة رضاعه ثم عادت إلى الارضاع فهما رضعتان على الأصح، كما لو قطع الصبي، ولا يحصل التعدد بأن يلفظ الصغير الثدي ثم يعود إلى التقامه في الحال، ولا بأن يتحول من ثدي إلى آخر، أو تحوله المرضعة لنفاذ ما في الأول، ولا بأن يلهو عين الامتصاص، ولا بأن يقطع التنفس، ولا بتخلل النوم الخفيفة. ولا بأن تقوم المرضعة وتشتغل بشغل خفيف ثم تعود إلى الإرضاع. فكل ذلك رضعة واحدة والله أعلم.

[فرع]: أرضعت صغيراً وشكت هل أرضعته خمساً أو أقل؟ وهو وصل اللبن إلى جوفه أم لا؟ فلا تحريم. ولا يخفى الورع، ولو تحققت أنها أرضعته خمساً ولكن شككت هل هي في الحولين أم بعضها؟ فلا تحريم أيضاً على الراجح والله أعلم. قال:

(ويصير زوجها أباً له). هذا معطوف على قوله صار الرضيع ولدها فإذا حذف المتخلل بين المعطوف والمعطوف عليه يبقى الكلام صار الرضيع ولدها ويصير زوجها أباً له. وحجة ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها {أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعدما أنزل الحجاب، فقلت: والله ما أذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني إنما أرضعني امرأة أبي القعيس، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يا رسول الله، إن الرجل ليس هو أرضعني وإنما أرضعني امرأته، فقال عليه الصلاة والسلام: ائذني له فإنه عمك تربت يمينك} قال عروة: فلذلك كانت عائشة رضي الله تعالى عنها تقول: {حرموا من الرضاعة ما يحرم من النسب} رواه البخاري ومسلم، وأبو القعيس زوج أمها من الرضاعة، فهو أبوها، لأن اللبن له، وأفلح أخوه فهو عمها، وقولها {إنما أرضعني امرأته} الضمير راجع إلى أخي أفلح، وفي مسلم: <ص: 140> {إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة} وفي رواية: {يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة} وقوله صلى الله عليه وسلم: {تربت يمينك} في معنى ذلك خلاف منتشر جداً للسلف والخلف من جميع الطوائف. قال النووي: والأصح الأقوى الذي عليه المحققون في معناه أنها كلمة أصلها افتقرت يمينك ولكن العرب اعتادت استعمالها غير قاصدة حقيقة معناها الأصلي مثل: قاتله الله. ما أشجعه. ولا أم له. ولا أباً له. وويل أمه. ونحو ذلك. والله أعلم. قال:

(ويحرم على المرضع التزويج إلى من ناسبها، ويحرم عليها التزويج إلى المرضع وولده دون من كان في درجته أو أعلى طبقة منه). الكلام الآن فيمن يحرم بالرضاع، ولا شك أن قطب ذلك الرضيع والمرضع، وكذا الفحل الذي له اللبن، ثم تنتشر الحرمة إلى غيرهم فيحرم على المرضع بفتح الضاد أن يتزوج بمن ناسب المرضعة أي من انتسب إليها بالنسب أو بالرضاع وولده وإن سفل، ومن انتسب إليه وإن علا، لأن الرضيع وولده وإن سفل أبنائها إما

على سبيل الحقيقة أو المجاز كأبناء النسب، وإذا صدقت النسبة حرم على الشخص أن يتزوج أخته، أو بنت أخته، أو بنت أخيه وإن نزلت، وكذا يحرم عليه أن يتزوج أم أمه، وأم أبيه من الرضاع وإن علت، لأنهما أما أمه وأبيه حقيقة أو مجازاً، ونكاح تلك حرام وإن علت في الرضاع كالنسب، وكذا يحرم عليه أن تتزوج بالمرضع أي بالرضيع وبولده وإن سفل لأنهما أهمهم وإن سفلوا دون من في درجته. لأن أخوة الرضيع إذا لم يرضعوا فهم أجنب منها، وكذا لا يحرم من هو أعلى من في درجة الرضيع كأعمامه. والحاصل أن كل ما حرم من النسب حرم بالرضاع للأدلة المتقدمة، واستثنى بعضهم مسائل تحرم في النسب وقد لا تحرم في الرضاع، فمنهم من صحح الاستثناء، ومنهم من منعه، وعلي كل حال فقد ذكرنا ذلك مفصلاً في (فصل): والمحرمات بالنص أربعة عشر) فراجع، والله أعلم. قال:

(فصل): ونفقة الأهل واجبة للوالدين والمولودين، ص: 141 <

فأما الوالدون فتجب نفقتهم بشرطين: الفقر والزمانة، والفقر والجنون، وأما المولودون فتجب نفقتهم بشروط: الفقر والصغر، والفقر والزمانة، والفقر والجنون). النفقة مأخوذة من الإنفاق والإخراج، ويوجبها ثلاثة أسباب: القرابة والملك والزوجية أما السببان الأخيران فيوجبان للمملوك على المالك، وللزوجة على الزوج ولا عكس. وأما السبب الأول وهو القرابة فيوجب لكل منهم على الآخر لشمول البعضية والشفقة ولهذا إنما تجب بقرابة البعضية وهي الأصول والفروع، فيجب للوالد على الولد وإن علا، وللولد على الوالد وإن سفل لصدق الأبوة والبنوة، ولا فرق في ذلك بين الذكور والإناث، ولا بين الوارث وغيره ولا فرق بين اتفاق الدين والاختلاف فيه، وفي وجه لا تجب على مسلم نفقة كافر، والدليل على وجوب الإنفاق على الوالدين قوله تعالى: {وصاحبهما في الدنيا معروفاً} وقوله تعالى: {ووصينا الإنسان بوالديه حسناً} وقوله صلى الله عليه وسلم {أطيب ما يأكل الرجل من كسبه} وولده من كسبه، يدل عليه قوله تعالى: {ما أغنى عنه ماله وما كسبه} يعني ولده. وقد روي {إن أولادكم هبة من الله وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها} والأجداد والجدات ملحقون بالأبوين إن لم يدخلوا في عموم الأبوة كما ألحقوا بهما في العتق وسقوط القصاص وغيرهما لوجود البعضية، وإنما تجب نفقة الوالدين بشروط: منها يسار الولد. والموسر من فضل عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته ما يصرفه إليهما، فإن لم يفضل فلا شئ عليه لاعساره، وبيع في نفقة القريب ما يباع في الدين من العقار وغيره لأنه حق مالي لا يدل له فأشبه الدين، ولو كان الولد لا مال له إلا أنه يقدر على الاكتساب ويحصل ما يفضل عن كفايته، فهل يكلف الكسب؟ فيه خلاف: قيل لا كما لا يكلف الكسب لقضاء الديون والصحيح أنه يكلف، وبه قطع الجمهور لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب. ومنها: أي من الشروط أن لا يكون لهما مال، فإن كان ويكفيهما فلا تجب سواء كانا زمنيين أو مجنونين أو بهما مرض وعمى أم لا لعدم الحاجة. ومنها أن لا يكونا مكتسبين، فإن كانا مكتسبين لم تجب نفقتهما لأن الإكتساب بمنزلة المال العتيد، فلو >ص: 142 < كانا صحيحين إلا أنهما غير مكتسبين، فهل يكلفان الكسب؟ فيه قولان: أحدهما في التنبيه لا تجب للقدرة على الكسب، والثاني أنها تجب لقوله تعالى: {وصاحبهما في الدنيا معروفاً} وليس من المصاحبة بالمعروف تكليفهما الكسب، وهذا هو الصحيح عند الرافعي والن ووي، ومنهم من قطع به، فإن فقدت هذه الشروط وكانا فقيرين زمنيين أو مجنونين أو بهما عجز من

مرض أو عمى كما قاله البغوي وجبت نفقتها لتحقق الحاجة والله أعلم.

[فرع حسن]: لو كانت الأم تقدر على النكاح لكثرة الطلاب فلا تسقط نفقتها عن الابن، فلو تزوجت سقطت، فلو نشزت لم يلزم الولد نفقتها. قاله الماوردي والله أعلم. وأما الدليل على وجوب نفقة المولودين وإن سفلوا ذكوراً كانوا أو إناثاً، فقوله تعالى: {وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} وقوله تعالى: {ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق} الآية. وفي السنة الشريفة {جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن معي ديناراً فقال: أنفقه على نفسك فقال: معي آخر قال: أنفقه على ولدك}، وقال عليه الصلاة والسلام لزوجة أبي سفيان في الحديث المشهور: {خذي من ماله ما يكفيك بالمعروف ويكفي بنيك} وإنما تجب النفقة لهم بشروط: منها يسار الوالدين كما مر في حق الولد فإن لم يكن لهما مال ولكن كانا ذا كسب لائق بهما، فهل يجب عليهما أن يكتسبا لنفقة الولد؟ فيه خلاف: الصحيح تجب، وبه قطع الأكثرين، والثاني لا تجب، ومنها أن لا يكون للولد مال ولا كسب، فإن كان لم تجب لعدم حاجته، سواء كان الولد زمنياً أو مجنوناً أو مريضاً أو به عمى، فإن كان الولد أو الأولاد فقراء زمنين، أو فقراء مجانين، أو فقراء أطفالاً لا يتهاى منهم العمل، وجبت نفقتهم للآيات الدالة على ذلك، ولعجزهم، وأوجب أبو ثور نفقتهم مع اليسار، فلو كانت الأولاد أصحاء إلا أنهم غير مكتسبين بأيديهم، فهل تجب نفقتهم والحالة هذه؟ فيه خلاف، والأحسن عند الرافعي تجب كما تجب للأب والحالة هذه، والثاني هو الصحيح عدم الوجوب لأن الطفل محل النص، والصحيح المتمكن من الحيلة <ص: 143> والتكسب ليس في معناه فلا يلحق به بخلاف الزمن والمجنون والله أعلم.

[فرع]: لو كان للابن مال غائب لزم الوالد أن ينفق عليه قرصاً موقوفاً، فإن قدم ماله رجع عليه بما أنفق، وإن لم يأذن الحاكم فإذا قصد الرجوع، وإن هلك المال لم يرجع بما أنفق من حين التلف قاله الماوردي والله أعلم. واعلم أنه يؤخذ من كلام الشيخ: أن غير الأصول والفروع لا تجب نفقتهم وهو كذلك، وقال أبو ثور: يلزم الوارث النفقة لقوله تعالى: {وعلى الوارث مثل ذلك}، وأوجب عن ذلك بأن النفقة لو كانت على الوارث للزم الأب ثلثا النفقة والأم ثلثها وليس كذلك والله أعلم.

[فرع]: نفقة القريب لا تقدر، بل هي بقدر الكفاية، وتختلف بالكبر والصغر والزهادة والرغبة لأنها لتجزية الوقت، ولا يشترط انتهاء المنفق عليه إلى حد الضرورة ويعطيه ما يستقل به دون ما يسد الرمق، وتجب له الكسوة والسكنى، ولو احتاج إلى خادم وجب، ولو اندفعت هذه الأمور بضيافة وتبرع سقطت ولا يجب عليه بدلها، فلو سلم النفقة إلى القريب فتلفت في يده أو أتلفها وجب الإبدال لكن إذا أتلفها لزمه الإبدال إذا أيسر، فلو ترك الإنفاق على قريبه حتى مضى زمان لم تصر ديناً، سواء تعدى أم لا لأنها شرعت على سبيل المواساة بخلاف نفقة الزوجة لأنها عوض والله أعلم. قال:

(ونفقة الرقيق والبهائم واجبة بقدر الكفاية ولا يكلف من العمل ما لا يطيق). هذا هو السبب الثاني مما يوجب النفقة وهو ملك اليمين، فمن ملك عبداً أو أمة لزمه نفقة رقيقه قوتاً وأدماً وكسوة وسائر المؤن، سواء كان قنناً أو مدبراً أو أم ولد، وسواء كان صغيراً أو كبيراً، وسواء كان زمنياً أو أعمى أو سليماً، وسواء كان مرهوناً أو مستأجراً أو غير ذلك لوجود السبب الموجب لذلك

وهو ملك اليمين، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق} رواه مسلم، وفي رواية {كفى بالمرء إثماً أن يحبس عمن يملكه <ص: 144> - قوته} ولأن السيد يملك كسبه وتصرفه فلزمته مؤنته، وقد اتفق العلماء على ذلك فيلزمه إطعامه ومؤنته بقدر الكفاية ويعتبر في ذلك رغبته وزهاده ولا يكلف من العمل ما لا يطيق، وإذا استعمله ليلاً أراحه نهاراً وبالعكس، ويربحه في الصيف في وقت القيلولة وما خفف عنه فله أجره، ففي الحديث {ما خفت عن خادمك من عمله كان لك أجر في موازينك} رواه ابن حبان في صحيحه من حديث عمرو بن حريث، وعلى المملوك ذكراً كان أو أنثى بذل المجهول وترك الكسل والله أعلم. وكما يجب عليه مؤنة مملوكه، كذا يجب عليه نفقة دابته، سواء في ذلك العلف والسقي، نعم يقوم مقام ذلك أن يخليها لترعى وترد الماء إن كانت ممن ترعى وتكتفي بذلك لخصب الأرض ونحوه ولم يكن مانع من ثلج وغيره، فإن امتنع من ذلك أجبره الحاكم عليه وأثم، وفي الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام قال: {عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت، فدخلت فيها النار، لا هي أطعمتها وسقتها، إذ هي حبستها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض. قال: والخشاش الحشرات، ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم حائط رجل من الأنصار، والحائط البستان، فإذا فيه جمل فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذرفت عيناه، فأتاه النبي صلى الله عليه وسلم ومسح عليه فسكن ثم قال: من رب هذا الجمل؟ فجاء فتى من الأنصار فقال: هو لي يا رسول الله صلى الله عليه عليك، فقال: ألا تتقي الله في هذه البهيمة التي ملكك الله إياها، فإنها تشكو إلي أنك تجيعه وتدأبه} رواه الإمام أحمد والبيهقي وإسناده في مسلم واستدركه الحاكم، وقال: هو صحيح الإسناد، وفي رواية أن الجمل حن إليه، ولأن الدابة ذات روح فأشبهت المملوك، ولا يكلفها من العمل إلا ما تطيق كالرقيق والله أعلم.

[فرع]: الدابة اللبون لا يجوز نزع لبنها بحيث يضر ولدها، وإنما يحلب ما فضل عن ري ولدها. قال المتولي: ولا يجوز الحلب إذا كان يضر البهيمة لقلة العلف، ويستحب أن لا يستقصى في الحلب ويدع في الضرع شيئاً، ويستحب أن يقص الحالب أظفاره لئلا تؤذيها، وكذا أيضاً يبقى للنحل شيئاً من العسل في الكوارة والله أعلم. قال:

(ونفقة الزوجة الممكنة من نفسها واجبة وهي مقدرة، إذا كان <ص: 145> - الزوج موسراً فمدان من غالب قوتها ومن الأدم والكسوة ما جرت به العادة، وإن كان معسراً فمد وما يتادم به المعسرون ويكتسونه، وإن كان متوسطاً فمد ونصف ومن الأدم والكسوة الوسط). قد علمت أن أسباب النفقة ثلاثة: القرابة البعضية، وملك اليمين وقد تقدم، وهذا هو السبب الثالث، وهو ملك الزوجية ولا شك في وجوب نفقة الزوجة، وقد تظاهرت الأدلة على ذلك من الكتاب والسنة وإجماع الأمة قال الله تعالى: {الرجال قوامون على النساء} والقيم على الغير هو المتكلف بأمره، وقال تعالى: {وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن} والآيات في ذلك كثيرة، وفي السنة الشريفة أحاديث: منها حديث هند امرأة أبي سفيان لما جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وشكت إليه أمرها، فقال عليه الصلاة والسلام: {خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف}، وفي حديث جابر الطويل {فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم

أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقد تركت فيكم ما لن تضلوا بعده إن اعتصمتم به: كتاب الله {الحديث بطوله، والإجماع منعقد على وجوب نفقة الزوجة في الجملة، ونفقة الزوجة أنواع: منها الطعام وهو الحب المقتات في البلد غالباً ويختلف الواجب باختلاف حال الزوج في اليسار والإعسار، ويستوي في ذلك المسلمة والذمية والحررة والأمة لأنه عوض، فعلى الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف، والأعتبار بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهو مائة وثلاثة وسبعون درهماً وثلاث درهم على ما صححه الرافعي. قال النووي: وهو تفريع من الرافعي على أن رطل بغداد مائة وثلاثون درهماً والمختار أنه مائة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم والله أعلم.

ودليل التفاوت قوله تعالى: {لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه} أي ضيق {فلينفق مما آتاه الله} وأما اعتبار الحب المقتات في البلد فلأن الله تعالى أوجب النفقة بالمعروف، ومن المعروف أن يطعمها مما يأكل <ص: 146> أهل البلد، وأما وجوب الحب دون غيره من الدقيق والخبز فبالقياس على الكفارة وسواء في ذلك القمح والشعير والتمر، وكذا الأقط في أهل البادية الذي يفتاتونه، ولنا مقالة إن كان الأغلب في بلدهما أنهم لا يطحنون بأيديهم لم يفرض لها إلا الدقيق، وإن اعتدن الطحن فلا بأس بفرض الحنطة، وقيل لا نظر إلى الغالب بل إلى ما يليق بحال الزوج، والمذهب الأول، ويجب لها أجره الطحن والخبز، وقيل إن اعتادت ذلك لزمها فعله وإلا فلا، ومنها أي من الأنواع الواجبة للزوجة الأدم وجنسه غالب أدم البلد من الزيت وغيره، ويختلف باختلاف الفصول، وقد تغلب الفواكه في أوقاتها فتجب، ويجب أن يطعمها اللحم، وفي كلام الشافعي أنه يطعمها في كل أسبوع رطل لحم وهو محمول على المعسر، وعلى الموسر رطلان، وعلى المتوسط رطل ونصف، واستحب الشافعي أن يكون يوم الجمعة فإنه أولى بالتوسع فيه، ثم قال الأكثرون: إنما قال الشافعي هذا على عادة أهل مصر لعزة اللحم عندهم ذلك الوقت، وأما حيث يكثر اللحم فيزداد بحسب عادة البلد وقال القفال وآخرون: لا مزيد على ما قاله الشافعي في جميع البلاد لأن فيه كفاية لمن قنع، ويجب على الزوج آلات الطبخ والشرب كالقدر والجرة والكوز ونحوها، ويكفي كونها من خزف أو حجر أو خشب، والزيادات على ذلك من رعونات الأنفس.

ومنها أي ومن الأنواع الواجبة الإخدام: فمن لا تخدم نفسها في عادة البلد فعلى الزوج إخدامها على المذهب الذي قطع به الجمهور لأنه من المعاشرة بالمعروف، فإن قال الزوج: أنا أخدمها بنفسني لم يلزمها ذلك لأنها تستحي منه فتمتنع من استيفاء الخدمة ولأنه عار عليها وهذا هو الصحيح، وقيل له ذلك

ومنها: أي من الأنواع الواجبة الكسوة، وتجب على قدر الكفاية وتختلف بطول المرأة وقصرها وهزلها وسمنها، وباختلاف البلد في الحر والمبرد ولا يختلف عدد الكسوة بيسار الزوج وإعساره وفي الحاوي للماوردي: أن نساء أهل القرى إذا جرت عاداتهن أن لا يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت لم يجب لأرجلهن شيئ، ثم جنس الكسوة تختلف باختلاف يسار الزوج وإعساره. فيجب لامرأة الموسر من رفيع <ص: 147> ما يلبس أهل البلد من قطن أو كتان أو حرير لأن الكسوة مقدرة بالكفاية فلا يمكن فيها الزيادة فيرجع إلى تفاوت النوع لأنه العرف بخلاف النفقة، ويجب لامرأة المعسر من غليظ القطن والكتان، ولامرأة المتوسط ما بينهما هذا هو المذهب،

وقيل ينظر في الكسوة إلى حال الزوجين فيلزمه ما يكسو مثله مثلها عادة، وقيل يعتبر حال الزوجة والله أعلم.

وقول الشيخ [ونفقة الزوجة الممكنة من نفسها] احترز به عن غير الممكنة وعدم التمكين يحصل بأمور: منها النشور، فلا نفقة لناشر وإن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً فلو نشزت بعض النهار فوجهان أحدهما لا شيء لها، والثاني يجب لها بقسط زمن الطاعة، قال الرافعي: والأول أوفق بما سبق، وهذا الذي أشار الرافعي إلى ترجيحه وهو عدم الوجوب تبعه النووي هنا، ثم رجح في آخر النكاح القطع بعدم الوجوب ذكره في أول الباب الحديث عشر من زيادته فقال: قلت: الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا شيء لهما في هذه الحالة والله أعلم.

ولا يشترط النشور الامتناع الكلي. بل لو امتنعت من الوطاء وحده أو من بقية الاستمتاع حتى قبلة سقطت نفقتها. فلو قالت: سلم المهر لأسلم نفسي فإن جرى دخول أو كان المهر مؤجلاً فهي ناشز إذ ليس لها الامتناع والحالة هذه، لأنها بالتسليم أسقطت حقها من حبس نفسها فلو حل الأجل فهل هو كالمؤجل أو كالحال؟ وجهان، لم يرجح الرافعي والنووي هنا شيئاً، وصحح في الروضة والمنهاج في الصداق تبعاً للمحرر عدم الحبس، ونقله الرافعي في الصداق عن أكثر الأئمة لكنه صحح في الشرح الصغير أن لها الحبس، وعلته أن لها المطالبة بعد الحلول كما في الإبتداء، لكن جزم الرافعي في نظيره من البيع أنه لا حبس للبائع إذا حل الأجل ويحتاج إلى الفرق. نعم لو كانت مريضة أو كان بها قرح يضرها الوطاء فهي معذورة في الامتناع عن الوطاء وعليه النفقة بشرط أن تكون عنده، وكذا لو كان الرجل عبلاً، وهو كبير الذكر بحيث لا تطيقه فليس لها الامتناع عن الزفاف بعذر عبالته، ولها الامتناع بعذر المرض لأنه متوقع الزوال، ولو قالت: لا أمكنه إلا في بيتي أو في موضع كذا فهي ناشز وهربها من بين <ص: 148> الزوج وسفرها بلا إذنه نشوز. قال النووي: ولو حبست ظلماً أو بحق فلا نفقة كما لو وطئت بشبهة فاعتدت والله أعلم.

ومنها الصغر: فإذا كانت صغيرة وهو كبير أو صغير فلا نفقة لها على الأظهر وإن كانت كبيرة وهو صغير وجبت النفقة على الأظهر إذ لا عذر منها، ومنها العبادات فإذا أحرمت بحج أو عمرة، فإذا أحرمت بإذنه وخرجت فقد سافرت في غرض نفسها، فإن سافر الزوج معها لم تسقط نفقتها على المذهب، وإلا سقطت على الأظهر، وإن أحرمت بغير إذنه فله أن يحللها من حجة التطوع قطعاً، وكذا الفرض على الأظهر لأن حقه على الفور، فإن لم يحللها فلها النفقة ما لم تخرج لأنها في قبضته وهو قادر على تحليلها والاستمتاع بها، وقيل لا نفقة لأنها ناشز بالاحرام، ولو صامت في رمضان فلا تمنع منه ولا تسقط النفقة بحال، وأما قضاء رمضان فإن تعجل لتعديها بالافطار لم تمنع منه ولا تسقط به النفقة على الأصح، وفي جواز إلزامها الإفطار إذا شرعت فيه وجهان مخرجان من القولين في التحليل من الحج، فإن قلنا لا يجوز ففي سقوط النفقة وجهان: صحح في زيادة الروضة السقوط، وأما صوم التطوع فلا تشرع فيه إلا بإذنه فإن أذن لم تسقط نفقتها، وإن شرعت فيه بغير إذنه فله قطعه، فإن أفطرت فلها النفقة وإن أبت فلا نفقة على الأصح، وقيل تجب لأنها في داره وقبضته. قلت: وهو قوي لأنه متمكن من وطئها والاستمتاع بها، وإلا فما الفرق بين الصوم والحج إلا أن تفرض الصورة في امتناعها من التمكين، وفيه نظر لأن السقوط



والحالة هذه إنما هو لأجل عدم التمكين، وحينئذ فلا مدخل للصوم والله أعلم.

ولو كان الصوم نذراً فإن كان نذراً مطلقاً فللزواج منعها منه على الصحيح لأنه موسع، وإن كان أياماً معينة، نظر إن نذرتها قبل النكاح أو بعده بإذنه فليس له منعها وإلا فله، وحيث قلنا له المنع فشرعت فيه وأبت أن تفسخ فكصوم التطوع، وأما صوم الكفارة فهو على التراخي فللزواج منعها. وحيث قلنا إن الصوم يسقط فهل يسقط كل النفقة أم لا لتمكنه من الاستمتاع ليلاً؟ وجهان: صحح النووي سقوط الجميع والله أعلم. قال: <ص: 149>

(وإن أعسر بنفقتها فلها الفسخ، وكذا إن أعسر بالصداق قبل الدخول). إذا عجز الزوج عن ال قيام بمؤن الزوجية الموظفة عليه، فالذي نص عليه الشافعي قديماً وجديداً أنها بالخيار إن شاءت صبرت وأنفقت من مالها أو افترضت وأنفقت على نفسها، ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر وإن شاءت طلبت فسخ النكاح، وقال في موضع آخر: وقيل لا خيار لها، وللأصحاب خلاف في ذلك وبالجملة فالمذهب أن لها أن تفسخ وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما. روي أنه عليه الصلاة والسلام سئل عمن يعسر بنفقة امرأته فقال: {يفرق بينهما} رواه الدارقطني، وسئل ابن المسيب عن ذلك فقال: يفرق بينهما فقيل له: سنة فقال: سنة. قال الشافعي: الذي يشبه قول ابن المسيب أنه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأيضاً فالجب أو العنة يثبت حق الفسخ فالعجز عن النفقة أولى، لأن الصبر عن الاستمتاع أسهل من الصبر عن النفقة فربما عدم النفقة يوقع الزوجة في الزنا، ولو كان الرجل حاضراً وله مال غائب فإن كان دون مسافة القصر فلا فسخ ويؤمر بتعجيل الاحضار، وإن كان على مسافة القصر فما فوقها فلها الفسخ، ولا يلزمها الصبر لشدة الضرر، وإن كان له دين على زوجته فأمرها بالانفاق منه، فإن كانت موسرة فلا خيار كما لو كان له دين على موسر حاضر، وإن كانت معسرة فلها الفسخ لأنها لا تصل إلى حقها، والمعسر ينظر، ولو تبرع شخص بأداء النفقة عن المعسر فلها الفسخ، ولا يلزمها القبول كما لو كان له دين على إنسان فتبرع غيره بقضائه لا يلزمه القبول، لأن فيه منة للمتبرع.

واعلم أن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال، فلو كان يكتسب كل يوم قدر النفقة فلا خيار، فلو عجز عن العمل لمرض فلا فسخ إن رجي زواله في ثلاثة أيام، وإن كان يطول فلها الفسخ للضرر والله أعلم.

[فرع]: لو لم يعطها الموسر إلا نفقة المعسر فلا فسخ ويصير الباقي ديناً عليه، والقادر على الكسب إذا امتنع من الانفاق عليها فهو كالموسر إذا امتنع، والأصح أنها لا تفسخ إذا منع الموسر النفقة سواء كان حاضراً أو غائباً، والاعسار بالكسوة كالأعسار بالنفقة، وكذا الأعسار بالمسكن، وهل لها أن تفسخ بالعجز عن الأدم؟ <ص: 150> فيه خلاف، الأصح عند الرافعي نعم، والأصح عند النووي لا فسخ، لأنه غير ضروري والله أعلم.

[فرع كثير الوقوع]: شرط الفسخ تحقق اعسار الزوج أو غلبة الظن بالبينة المقبولة شرعاً سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً، فلو غاب ولم يعلم اعساره فلا فسخ في الأصح، كما لو كان الزوج موسراً وهو غائب، ولو ضمن النفقة ضامن بإذنه في قيل لها الفسخ، وجزم القاضي حسين، والمتولي بالمنع إن كان مليئاً، وإن ضمن بغير إذنه فوجهان، والله أعلم. والاعسار بالمهر فيه خلاف منتشر، حاصل المذهب ما ذكره الشيخ إن كان قبل الدخول فلها الفسخ وإلا فلا،

والفرق أن بالدخول قد تلف المعوض فصار العوض ديناً في الذمة، ولأن تسليمها يشعر برضاها بذمته بخلاف ما قبل الدخول. وأعلم أن حيث جوزنا الفسخ فشرطه أن لا تكون المرأة قبضت شيئاً من الصداق، وإن قبضت شيئاً منه امتنع عليها الفسخ بخلاف البائع إذا قبض بعض الثمن فإنه يجوز له الفسخ بإفلاس المشتري عن باقيه، والفرق أن الزوج باقباض بعض المهر قد استقر له بعض البضع. فلو جاز للمرأة الفسخ لعاد إليها البضع بكماله، لأنه لا يمكن فيه التشريك فيؤدي إلى الفسخ فيما استقر، بخلاف البيع فإنه وإن استقر بعضه بقبض بعض الثمن إلا أن الشركة فيه ممكنة فجوزنا الفسخ في الباقي خاصة. كذا ذكره ابن الصلاح وتوقف ابن الرفعة في المسألة ذكره في المطلب والله أعلم.

[فرع]: الصحيح المشهور أن المرأة لا تستقل بالفسخ، بل لا بد من الرفع إلى الحاكم كما في العنة لأنه أمر مجتهد فيه وقيل لها أن تفسخ بنفسها كالرد بالعيب. فعلى الصحيح إذا ثبت عنده الاعسار تولى الفسخ بنفسه أو أذن لها أن تفسخ فلو لم ترفع إلى القاضي، وفسخت بنفسها لعلمها بعجزه لم ينفذ في الظاهر، وهل ينفذ باطناً؟ وجهان. قال الإمام: الذي يقتضيه كلام الأئمة أنه لا ينفذ باطناً. وأعلم أن القاضي إنما يفسخ أو يأذن لها فيه بعد إمهاله ثلاثة أيام من اعساره في الأصح والله أعلم.

[فرع]: له أم ولد وعجز عن نفقتها فعن أبي زيد أنه يجبر على عتقها وتزويجها <ص: 151> إن وجد خاطباً راعياً وقال غيره: لا يجبر عليه بل يخليها لتكتسب وتنفق على نفسها كذا ذكره الرافعي، وصح النووي في زيادة الروضة الثاني والله أعلم. قال:

(فصل): في الحضانة. وإذا فارق الرجل زوجته وله منها ولد فهي أحق بحضانتها إلى سبع سنين، ثم يخير بين أبويه فأيهما اختار سلم إليه). الحضانة بفتح الحاء هي عبارة عن القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه، وهي نوع ولاية إلا أنها بالاناث أليق لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، ومؤنة الحضانة على الأب لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة، فإذا فارق الرجل زوجته فالأم أحق بحضانة الولد منه، ومن غيره من النساء بالشروط التي تأتي، واحتج لتقديهما بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده {أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي} رواه أبو داود والحاكم، وقال: صحيح الإسناد، ثم إنما يحكم بالطفل للأم دون الأب إذا كان صغيراً لا يميز، فإن ميز خير بين الأبوين فيكون عند من اختاره منهما، وسواء في ذلك الابن والبنات واحتج للتخير بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم {خير غلاماً بين أبيه وأمه} رواه ابن ماجه والترمذي، وقال الترمذي: حسن، وفي الأطراف لابن عساكر زيادة أنه صحيح، وفي رواية لأبي داود والحاكم {فأخذ بيد أمه فانطلقت به}، قال الحاكم: صحيح الإسناد. واختلف في سن التمييز فالذي جزم به هنا في أصل الروضة أنه في الغالب ابن سبع سنين أو ثمان سنين تقريباً. وأعلم أن المدار على التمييز سواء حصل قبل السبع أو بعدها، ولا بد مع التمييز أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار وإلا أحر إلى حصول ذلك لأن التخير إنما فوض إليه لأنه أعرف بحظه لأنه قد يعرف من أبويه ما يدعو إلى اختياره، وللناس عبارات في ضبط التمييز وأحسن ما ذكر أن



عند الأم، وقال في التهذيب: لا يسقط حق الجدة فقد يرجعان فيتضرر الولد فلو تزوجت أم الطفل بعمه، فهل تبطل حضانتها؟ وجهان أصحهما لا تبطل لأن العمل صاحب حق في الحضانة وشفقته تحمله على رعاية الطفل فيتعاونان على كفالته بخلاف الأجنبي وبهذا قطع الامامان القفال وحجة الإسلام الغزالي. واعلم أن الخلاف مطرد في حق كل من لها الحضانة ونكحت قريباً للطفل له حق في الحضانة بأن نكحت أمه ابن عم الطفل أو عم أبيه، وكذا تبقى حضانتها إذا كان زوجها جد الطفل أي أب أب يه لأن له حقاً في الحضانة، وصورة المسألة إذا كانت الحاضنة جدة أن يتزوج رجل بامرأة وابنه بنتها من غيره ثم يجيء للابن ولد ثم تموت الأم والأب فتنقل الحضانة إلى أم الأم وهي زوجة الجد والله أعلم. السابع الإقامة، وإنما تكون <ص: 154> الأم أحق بالطفل إذا كان الأبوان مقيمين في بلد واحد، فأما إذا أراد أحدهما سفراً يختلف فيه بلدهما نظر إن كان سفر حاجة كحج وتجارة وغزو لم يسافر بالولد، لما في السفر من الخطر والمشقة بل يكون مع المقيم إلى أن يعود المسافر سواء طال مدة السفر أم قصرت، وقيل للأب السفر به إذا طال سفره، وإن كان السفر سفر نقلة إن كان ينتقل إلى مسافة القصر فللأب انتزاعه من الأم ويستصحبه معه سواء كان المنتقل الأب أم الأم أو أحدهما إلى بلد والأخرى إلى بلد آخر احتياطاً للنسب فإن النسب يتحفظ بالآباء وفيه مصلحة للتأديب والتعليم وسهولة القيام بمؤنثة وسواء نكحها في بلدها أو في الغربة، فلو رافقته الأم في الطريق دام حقها، وكذا في المقصد ولو عاد من سفر النقلة عاد حقها، ويشترط أمن الطريق وأمن البلد الذي ينتقل إليه، فلو كان مخوفين لغارة ونحوها لم يكن له انتزاعه منها، وإن كانت النقلة إلى دون مسافة القصر، فهل يؤثر ذلك؟ وجهان: أحدهما لا، ويكونان كالمقيمين في دارين من بلد وأصحهما أنه كمسافة القصر، ولو قالت: إنما تريد سفر التجارة، فقال: بل النقلة فهو المصدق بيمينه على الأصح، وقال القفال: يصدق بلا يمين، فعلى الصحيح لو نكل حلفت وأمسكت الولد. واعلم أن سائر العصابات من المحارم كالجد والأخ والعم بمنزلة الأب في انتزاع الولد منها ونقله إذا أراد الانتقال احتياطاً للنسب، وكذا غير المحارم كابن العم إن كان الولد ذكراً، فإن كانت أنثى لم تسلم إليه، قال المتولي: إلا إذا لم تبلغ حداً تشتهى، وفي الشامل لابن الصباغ أنه لو كان له بنت ترافقه سلمت إلى ابنته. واعلم أن المحرم الذي لا عصوبة له كالخال والعم للأم فليس له نقل الولد إذا انتقل لأنه لا حق له في النسب والله أعلم.، وقوله الشيخ [فإن اختل شرط سقطت] وجه ذلك أن علة استحقاق الحضانة مركبة من هذه الصفات ولا شك أن الماهية المركبة من أجزاء تنفي بانتفاء جزء منها، ألا ترى أن الصلاة المستجمعة للشروط تصح بوجود شروطها ولو انتفى شرط منها بطلت كذلك ههنا والله أعلم.

[فرع]: هل يشترط مع هذه الشروط في استحقاق الأم الحضانة أن ترضع الولد إن كان رضيعاً؟ وجهان: أحدهما لا بل لها الحضانة وإن لم يكن لها لبن أو امتنعت من <ص: 155> الارضاع، فعلى الأب على هذا أن يستأجر مرضعة ترضعه عند الأم، وهذا ما صحه البغوي والصحيح الذي قطع به الأكثرون يشترط ذلك لعسر استئجار مرضعة. قال الاسنوي: ولم يذكروا من الشروط كونها بصيرة ومقتضاه ثبوت الحضانة للعمياء وهو كذلك والله أعلم. قال:

## {كتاب الجنایات}

(القتل على ثلاثة أضرب: عمد محض، وخطأ محض، وعمد خطأ. فالعمد المحض أن يعمد إلى ضربه بما يقتل غالباً فيقصد قتله بذلك: فيجب القود) الجنايات جمع جناية والجناية مصدر والمصدر لا يثنى ولا يجمع إلا إذا قصد التنوع والجناية كذلك لتنوعها إلى عمد وخطأ عمد خطأ كما ذكره الشيخ، فالعمد المحض أن يقصد الفعل احترازاً والشخص المعين بشئ يقتل غالباً، فقولنا أن يقصد الفعل احترازاً عما إذا لم يقصد الفعل كما إذا زلق فسقط على غيره فمات فإنه لا يجب القصاص، وقولنا أن يقصد الشخص المعين احترازاً عما إذا لم يقصد شخصاً معيناً كما إذا رمى إلى جماعة، ولم يقصد واحداً بعينه فإنه لا يجب القصاص على الراجح، وقولنا بشئ يقتل غالباً أعم من أن يكون بألة أو غيرها، والآلة أعم من أن تكون محددة أو مثقلة فالآلة المحددة كالسكين وما في معناها والمثقلة كالدبوس وما في معناها وكذا لو حرقه أو غرقه أو صلبه أو هدم عليه جائطاً أو سقفاً أو داسه بدابة أو دفنه حياً أو عصر خصيته عصراً شديداً فمات وجب القصاص، وغير الآلة أنواع، منها لو حبسه ومنعه من الطعام والشراب والطلب حتى مات وجب القصاص، ولو حبسه وعراه حتى مات بالبرد فه ي كما لو حبسه ومنعه الأكل ذكره القاضي حسين، بخلاف ما لو أخذ طعامه وشرابه أو ثيابه في مفازة فمات جوعاً أو عطشاً أو برداً فلا ضمان لأنه لم يحدث فيه صنعا، ومنها إذا شهدوا على رجل بما يوجب قتله قصاصاً أو ردة أو زنا وهو محصن فحكم القاضي بشهادتهم وقتله بمقتضاها، ثم رجعوا وقالوا تعمدنا، وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا لزمهم القصاص، وكذا لو شهدوا بما يوجب القطع سواء كان قصاصاً، أو سرقة يجب >ص: 156< عليهم القطع، ومنها أن يقدم الشخص إلى شخص طعاماً مسموماً فأكله ومات وجب القصاص إن كان مجنوناً أو صيباً، وكذا حكم الأعجمي الذي يعتقد أنه لا بد من الطاعة في كل ما يشار إليه به، لأنه والحالة هذه بمنزلة الصغير والمجنون وإن كان المقدم إليه بالغاً عاقلاً فإن علم حال الطعام فلا شئ على المقدم والأكل هو القاتل نفسه وإلا ففي وجوب القصاص قولان جاريان فيما لو غطى رأس بئر في دهليز، ودعاه إلى داره ضيفاً وكان الغالب، أنه يمر على ذلك الموضع فهلك بالبئر، والأظهر لا قصاص وإذا كان لا قصاص وجبت الدية على الأظهر فإن هذا أقوى من حفر البئر، وقيل لا تجب الدية تغليباً للمباشرة، ومنها لو سحر رجلاً فمات، سألتناه فإن قال: قتلته بسحري وسحري يقتل غالباً لزمه القصاص. إذا عرفت هذا فقتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر قاله الرافعي والنووي، وقاله البغوي: هو أكبر الكبائر بعد الكفر وكذا نص عليه الشافعي والله أعلم،، والآيات والأخبار في التحذير منه كثيرة: منها قوله تعالى {ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم} الآية فانظر إلى جزاء من قتل بغير حق جعل جزاءه جهنم مع الخلود والغضب والبعد والعذاب الموصوف بالعظمة عافانا الله من ذلك، وفي صحيح مسلم {لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير حق ظلماً وعدواناً}. وفي الخبر {لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا} رواه الترمذي والنسائي واسنادهما صحيح، ورواه غير واحد بالفاظ مختلفة، وقال عليه الصلاة والسلام. {من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة لقي الله وهو مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله} هذا كله في العمد وقد ذكره الشيخ بقوله [أن يعمد إلى ضربه] وهو قصد الفعل إلى الشخص والهاء في ضربه عائد إليه وقوله [بما يقتل غالباً] ما يمعنى شئ، وهو أعم من الآلة وغيرها كالسبب كما مر، وقوله [غالباً] احترز به عما لا يقتل

غالباً وسيأتي إن شاء الله تعالى، وقوله [فيقصد قتله] هذه الزيادة طريقة ضعيفة شرطها بعض الأصحاب، والصحيح أن قصد القتل غير شرط لوجوب القصاص بل الحد المعتبر قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً والله أعلم. قال: <ص: 157>

(فإن عفا عنه وجبت دية مغلظة حالة في مال القاتل). مستحق القود، وهو القصاص بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو، لقوله صلى الله عليه وسلم {ثم أنتم معشر خزاعة قد قتلتم هذا القتل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية}. خرجه أبو داود والترمذي، وقوله {من قتل قتيلاً} إلى آخره خرجه البخاري، ووجه الدلالة أنه عليه الصلاة والسلام، خير الورثة بين الدية والقتل، فإن اقتص المستحق فلا كلام وإن عفا على الدية وجبت فتجب بقتل الحر المسلم مائة من الإبل، ثم إن كان القتل عمداً تغلظت من ثلاثة أوجه: أحدها أنها تجب على الجاني ولا تحملها العاقلة. والثاني أنها تجب حالة بلا تأجيل. والثالث أنها تتغلظ بالسن والتثليث، فتجب ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه، والخلفة الحامل وسواء كان العمد موجباً للقصاص فعفا على الدية كما ذكره الشيخ أم لو يوجب العمد ال قود كقتل الوالد ولده، واحتج لما ذكرناه بقوله عليه الصلاة والسلام {من قتل متعمداً، دفع إلى أولياء المقتول، فإن شأؤوا قتلوا وإن شأؤوا أخذوا الدية، وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه، وما صالحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل} رواه الترمذي، وقال: حديث حسن غريب. قال:

(والخطأ المحض هو أن يرمي إلى شئ فيصيب رجلاً فيقتله، ولا قود عليه بل تجب دية مخففة على العاقلة مؤجلة ثلاث سنين). قد علمت أن الجنابة على ثلاثة أضرب، وقد تقدم الكلام على العمد والكلام الآن على الخطأ، وله تفسيران: أحدهما ما ذكره الشيخ أن يرمي إلى الشئ سواء كان صيداً أو رجلاً أو غيرها فيصيب رجلاً، وهذا ما ذكره القاضي أبو الطيب والقاضي حسين، وقال غيرهما: إن الخطأ هو ما لم يقصد فيه الفعل كمن زلق فوقه على غيره فمات أو تولد الهلاك من يد المرتعش. ثم الخطأ لا قصاص فيه لقوله تعالى {ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله} أوجب الله الدية ولم يتعرض <ص: 159> للقصاص، وفي الخبر أنه عليه الصلاة والسلام كتب إلى أهل اليمن {إن في دية النفس مائة من الإبل} ثم الدية في الخطأ تخفف إلى ثلاثة أوجه، أحدها بإعت بار التخميس فتجب عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة قال الرافعي: واحتج الأصحاب بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في دية الخطأ مائة من الإبل وفصلها على ما ذكرنا، وقوله وفصلها أي ابن مسعود، ولهذا روى بعضهم أن ابن مسعود رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم. وأعلم أن جمهور الصحابة على تخميسها، قال سليمان بن يسار: كانوا يقولون دية الخطأ مائة من الإبل وذكر ما ذكرناه، وسليمان تابعي فدل على أنه اجماع الصحابة، الوجه الثاني كونها على العاقلة فإذا جنى الحر على نفس حر آخر خطأ أو عمداً خطأ وجبت الدية على عاقلة الجاني. والأصل في ذلك أن امرأتين من هذيل اقتلتا فرمت احدهما الأخرى بحجر ويروى بعمود فسقاط، فقتلتها وأسقطت جنينها، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عاقلة القاتلة وفي الجنين بغرة عبد أو أمة، وهذه صورة شبه العمد، وإذا جرى التحمل في شبه العمد ففي بدل الخطأ أولى، قال العلماء:

وتغريم غير الجاني خارج عن الأقيسة الظاهرة إلا أن القبائل في الجاهلية كانوا يقومون بنصرة من جنى منهم ويمنعون أولياء القاتل من أن يدركوا وبتأريهم وبأخذوا من الجاني حقهم فجعل الشارع صلى الله عليه وسلم بدل تلك النصرة بذلك المال وخصص العاقلة بهما لأن الخطأ وشبه العمد مما يكثر فحسنت إعانة القاتل لئلا يفتقر الذي هو معذور فيه بخلاف العمد إذا لا عذر له فلا يليق به الرفق، وأجلت على العاقلة لئلا يشق عليهم الأداء، وادعى الإمام الاجماع على تحمل العاقلة في الخطأ وشبه العمد، وقيل لا تحمل العاقلة دية شبه العمد، والمذهب الأول لورود النص فيه والله أعلم.

الوجه الثالث كون الدية في ثلاث سنين، روي عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم. قال الشافعي: ولم أعلم مخالفاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة في ثلاثة سنين، فإن ورد النص بذلك كما ذكره الشافعي فلا كلام، وإلا فقد ضربها عمر وعلي وابن عباس كذلك، ولم ينكر عليهم فكان إجماعاً ولا <ص: 159>. يقولون ذلك إلا توقيفاً. فإن قلت: قال ابن المنذر: وما ذكره الشافعي لا نعلم له أصلاً من كتاب الله ولا سنة، وقال الإمام أحمد لما سئل عن ذلك، قال: لا أعرف فيه شيئاً. فالجواب أن من عرف حجة على من لا يعرف، وكيف يرد قول الشافعي بذلك وهو أعلم القوم بالأخبار والتاريخ بمثل ذلك والله أعلم. قال:

(وعمد الخطأ أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً فيموت. فلا قود عليه، بل تجب دية مغلظة على العاقلة مؤجلة). قد مر ذكر العمد والخطأ. وبقي شبه العمد، وهو أن يقصد الفعل والشخص معاً بما لا يقتل غالباً كما إذا ضربه بسوط، أو عصى ضربة خفيفة، أو رماه بحجر صغير ولم يوال به الضرب، ولم يشتد الألم بسبب ذلك، ولم يكن وقت حر ولا برد شديدين، أو لم يكن المضروب ضعيفاً أو صغيراً فهو شبه عمد، وإن كان شيء من ذلك وجب القصاص، لأنه قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً، ولو ضربه اليوم ضربة وغداً ضربة، وهكذا فرق الضربات حتى مات فوجهان، لأن الغالب السلامة عند تفريق الضرب، قال المسعودي: ولو ضربه ضربة وقصد أن لا يزيد عليها فشمته فضربه ثانية، ثم شتمه فضربه ثالثة حتى قتله فلا قصاص لعدم الموالة. قال الرافعي: وينبغي أن لا ينظر إلى صورة الموالة. ولا إلى قدر مدة التفريق، بل يعتبر أثر الضربة السابقة والألم الحاصل بها، فإن تيقن ثم ضربه أخرى فهو كما لو والى، ولو طبق كفه ولكمه فهو كالضرب بالعصا الخفيفة فيفصل، وقول الشيخ [فلا قود عليه، بل تجب دية مغلظة] دليله حديث المرأتين من هذيل. وقوله [مغلظة] يعني من وجه. وقوله [على العاقلة مؤجلة] يعني مخففة من وجهين، لأن جناية الخطأ مخففة من ثلاثة جهه: كونها على العاقلة، ومؤجلة ومخمسة، وجناية العمد مغلظة من ثلاثة أوجه: كونها على الجاني حالة مثلثة، وجناية شبه العمد تنزع إلى العمد من وجه. كونها فيها قصد الفعل والشخص، وتنزع إلى الخطأ بكون الآلة لا تقتل غالباً، فلهذا خففت بكونها على العاقلة، وبالتأجيل، وغلظت بكونها مثلثة والله أعلم. قال:

(وشرائط وجوب القصاص أربعة: أن يكون القاتل بالغاً عاقلاً وأن يكون والداً للمقتول. وأن لا <ص: 160>. يكون المقتول انقض من القاتل بكفر أو رق). لما ذكر الشيخ رحمه الله الجناية ونوعها باعتبار ما يجب فيها القصاص وما لا يجب، شرع الآن في ذكر ما يجب عليه القصاص ومن لا يجب، ولا شك أن القصاص هو المماثلة، كما قاله الأزهرى، وهو مأخوذ من اقتصاص الأثر وهو تتبعه، لأنه تتبع

الجنابة فيأخذ مثلها، والمثلية تعتبر في الجنابة، وكما تعتبر في الجنابة كذلك تعتبر المساواة بين القتل والقاتل، وليس المراد المساواة في كل خصلة، لأن بعض الخصال لم يعتبرها الشارع قطعاً كنضو الخلقة مع كبير الضخامة ونحو ذلك كالقوة والضعف وغيرهما، ومدار ذلك على صفات تذكر، فمتى فضل القاتل على المقتول بخصلة منها فلا قود، فمنها الإسلام والحرية والولادة، فلا يقتل مسلم بكافر، ولا حر بعبد، ولا والد بولد، ولنا عودة إلى ذلك، ويشترط مع ذلك كون القاتل مكلفاً، فلا يجب القصاص على صبي ولا مجنون، لأن القلم مرفوع عنهما كما مر في الخبر فلا يجب عليهما كما لا قصاص على النائم فيما إذا انقلب على إنسان فقتله ولا على البهيمة لعدم التكليف، ولأن القصاص عقوبة، فلا يجب عليهما كالحمد، نعم من زال عقله بمحرم كالسكران، ومن تعدى بشرب دواء مزيل العقل، هل يجب عليه القصاص؟ قيل لا كمعتوه، والمذهب القطع بوجوب القصاص لتعديده بفعل ما يحرم عليه كما توقع عليه الطلاق وغيره من المؤاخذات، ولأننا لو لم نوجب القصاص بذلك لأدى إلى تركه بذلك، فإن من رام قتل شخص لا يعجز أن يسكر حتى لا يقتص منه فيؤدي ذلك إلى سفك الدماء والله أعلم.

[فرع]: لو قال القاتل: كنت يوم القتل صغيراً صدق بيمينه بشرط إمكان ما يدعيه، ولو قال: أنا الآن صغير صدق بلا يمين على الأصح، ولو قال: كنت مجنوناً عند القتل وعهد له جنون صدق على الأصح، وقيل يصدق الوارث، لأن الأصل السلامة والله أعلم، ويشترط أن لا يكون المقتول أنقص من القاتل بصفة الكفر، فلا يقتل مسلم بكافر حربياً كان المقتول أو ذمياً أو معاهداً لقوله صلى الله عليه وسلم {لا يقتل مسلم بكافر} رواه البخاري والله أعلم، ويشترط في وجوب القصاص أيضاً أن لا يكون المقتول >ص: 161< أنقص من القاتل بصفة الرق، فلا يقتل حر بعبد، قناً كان أو مديراً، أو مكاتباً، أو أم ولد لقوله تعالى {الحر بالحر والعبد بالعبد} فظاهره عدم قتل حر بعبد، وعن علي رضي الله عنه قال: من السنة ألا يقتل حر بعبد، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه، فأولى ألا يقتل به والله أعلم.

[فرع]: قتل الحر المسلم شخصاً لا يعلم أنه مسلم أو كافراً، ولا يعلم أنه حر أو عبد فلا قصاص للشبهة ذكره الروياني في البحر والله أعلم. ويشترط في وجوب القصاص ألا يكون القاتل أباً أو جداً وإن علا، وإن نزل المقتول لقول عمر رضي الله عنه في قصة وقعت: {لولا أنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يقاد الأب من ابنه لقتلتك هلم ديتة}. فأتاه بها فدفعها إلى ورثته. رواه البيهقي، وقال: إسناده صحيح، وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ولأن الوالد سبب في وجوده، فلا يحسن أن يصير الولد سبباً في إعدامه، وقيل يقتص من الأجداد والجندات والصحيح الأول والله أعلم.

[فرع]: لو حكم قاض بقتل الوالد لقتل الولد. قال ابن كج: ينقض حكمه والله أعلم.

[فرع]: قتل مسلم مرتداً فلا قصاص عليه، ولو قتل زانياً محصناً. فالأصح المنصوص، وبه قطع المراوزة أنه لا قصاص، وظاهر كلام الرافعي أنه لا فرق في عدم وجوب القصاص بين أن يثبت زناه بالبينة أو بالاقرار، وقد ذكره كذلك في حد الزنا، وفي الأطعمة، وتبعه النووي على ذلك: لكنه صحح في تصحيح التنبيه وجوب القصاص إذا ثبت بالإقرار، ويجري الخلاف فيما لو قتل محارباً هل فيه قصاص أم لا؟ والله أعلم. قال:



(وتقتل الجماعة بالواحد). إذا اشترك جماعة في قتل واحد قتلوا به بشرط أن يكون فعل كل واحد لو انفرد لقتل لعموم قوله تعالى {ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً} يعني القصاص، وقتل عمر رضي الله عنه سبعة أو خمسة من أهل صنعاء اليمن بواحد، وقال: لو توالى عليه أهل صنعاء لقتلتهم به، وقتل علي رضي الله >ص: 162< عنه ثلاثة بواحد، وقتل المغيرة سبعة بواحد، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: إذا قتل جماعة واحداً قتلوا به ولو كانوا مائة، ولم ينكر عليهم أحد، فكان ذلك اجماعاً، وأيضاً فالتشفي لا يحصل إلا بقتل الكل، وكذا الزجر. وإذا آل الأمر إلى المال فهل يلزمهم على عدد الضربات أم بالسوية؟ الراجح الثاني لأن الجراحة الواحدة قد يكون لها نكايه ما لا يكون للجراحات، ثم كيف الاستحقاق؟ قال الجمهور: يستحق روح كل واحد إذ الروح لا يتجزأ، ولا استحق بعضها لم يقتل، وقال الحلبي: إذا كانوا عشرة مثلاً لم يستحق إلا عشر روح كل واحد، بدليل أنه لو آل الأمر إلى الدية لم يلزمه إلا عشرها غير أنه لا يمكن استيفاء العشر إلا بالكل فاستوفى لتعذره، وصار هذا بمثابة ما إذا أدخل الغاصب المغصوب في مكان ضيق، واحتج في رده إلى قلع الباب وهدم الجدار، ورد الإمام ذلك بأنه لو قطع يد غيره من نصف الساعد لا يجزي القصاص فيه خوفاً من استيفاء الزيادة على الجناية بجزء يسير، فكيف يريق تسعة أعشار الدم بلا استحقاق لاستيفاء عشر واحد، واعتبار القصاص بالدية ممنوع، ألا ترى أن الرجل يقتل بالمرأة، وإذا آل الأمر إلى المال لم يلزمه إلا نصف دية نفسه، ولو ضربه كل واحد بسوط أو بعصى خفيفة فمات، ففي وجوب القصاص عليهم أوجه: أصحابها ثالثها، وبه قطع البغوي وشيخه القاضي حسين أنه إذا صدر ذلك عن تواطئ منهم لزمهم القصاص وإلا فلا والله أعلم. قال:

(وكل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس يجري بينهما في الأطراف، وشرائط وجوب القصاص في الأطراف بعد الشرائط المذكور اثنان، الاشتراك في الاسم الخاص، اليمنى باليمنى، واليسرى باليسرى، وأن لا يكون بأحد الطرفين شلل). قد علمت أن القصاص هو المماثلة، وكما تعتبر في النفس كذلك تعتبر في الأطراف، لأن الاعتداء به يقابل بمثله فمن لا يقتل بشخص لا يقطع طرفه بطرفه لانتفاء المماثلة المرعية شرعاً، وإذا تقرر هذا فلا يقابل طرفه بغير جنسه كاليد بالرجل ونحوه، وكما لا يقابل العضو بغير جنسه كذلك لا يقابل عند اختلاف >ص: 163< المحل، فلا تقطع اليمنى باليسرى، وبالعكس، وكذا بقية الأعضاء فلا تؤخذ العين اليمنى باليسرى، وبالعكس ولا السفلى بالعلية من الشفتين، وبالعكس كما لا يؤخذ خنصر بإبهام، ولا أنملة بأخرى لاختلاف محلها ومنافعها، كما لا يؤخذ أنف بعين، وكما يؤثر اختلاف المحل في منع القصاص لعدم المماثلة، كذلك يؤثر تفاوت الصفات المعتبرة، فلا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلء، وإن رضي، لأن الشلاء مسلوقة المنفعة، فلا تؤخذ بها كاملة، كما لا تؤخذ العين البصيرة با لعمياء، بخلاف الأذن الشلاء، حيث تؤخذ بها الصحيحة على الراجح، لأن منفعتها من جميع الصوت ودفع الهوام باقية، ولأن الشلل موت، كما نص عليه الشافعي فلا يقتص من حي بحز رقبة ميت، وكما لا تقطع الصحيحة بالشلء، كذلك لا تقطع الصحيحة بيد فيها أصبع شلاء، نعم له لقط الأصابع الصحيحة، وأخذ الأرش عن الأشل، وهل تجب حكومة جميع الكف، أو حكومة ما قابل الأصابع الصحيحة التي اقتص منها وتسقط حكومة الأشل الذي أخذ حكومته؟ وجهان جزم العراقيون بالثاني، وصحح ابن الرفعة في الكفاية الأول، وبه جزم القاضي حسين. وأعلم أنه إذا اتحد

الجنس والمحل والمنفعة، فلا اعتبار بالتفاوت، في الصغر، والكبير، والطول، والقصر، والقوة، والضعف، والضخامة، والنحافة كما لا يعتبر مماثلة النفس في هذه الأمور، ولهذا انقطع يد الصانع بالأخرق كما يقتل العالم بالجاهل والله أعلم. قال:

(وكل عضو أخذ من مفصل ففيه القصاص، ولا قصاص في الجراح إلا في الموضحة). لا شك في جريان القصاص في الجراحات في الجملة. قال الله تعالى {والجروح قصاص}، ثم الجراحة تارة تحصل معها إبانة، وتارة لا تحصل، فإن حصل معها إبانة، فتارة تكون الإبانة من مفصل، وتارة لا تكون، فإن لم تكن من مفصل فلا قصاص لعدم الوثوق بالمماثلة، كما لو قطع يده من نصف الكف فلا قصاص في الكف، وله التقاط الأصابع، وله حكومة نصف الكف على الأصح، ولو قطع نصف الساعد قطع من الكوع وأخذ حكومة نصف الساعد، فلو عفا فله دية الكف وحكومة نصف الساعد، وكذا لا قصاص في كسر العظام لعدم الوثوق <ص: 164> بالمماثلة، وإن كانت الإبانة من مفصل وجب القصاص بشرط إمكان المماثلة ومن استيفاء الزيادة، ويحصل ذلك بأن يكون العضو مفصل توضع الحديدية عليه، ثم اتصال العضو بالعضو قد يكون بمجاورة محضة، وقد يكون مع دخول عظم في عظم، كالمرفق، والركبة، فمن المفاصل، الأنامل، والكوع، والركبة، ومفصل القدم، فإذا وقعت الجناية على بعضها اقتصر من الجاني لإمكان المماثلة بلا زيادة، ومن المفاصل الفخذ والمنكب، فإن أمكن القصاص بلا إجابة اقتصر وإلا فلا سواء كان الجاني أجاف أم لا، لأن الجوائف لا تنضبط، ولهذا لا يجري فيها القصاص، وفي وجه شاذ أن القصاص يجري إذا كان الجاني أجاف، وقال أهل الخبرة: يمكن أن يقطع ويجاف مثل ذلك الجائفة، وإن كانت الجراحة لا إبانة معها فلا قصاص في شيء، إما قطعاً، وإما على الرأس إلا في الموضحة سواء كانت في الرأس أو الوجه أو الصدر أو غيرها كالساعد والأنامل، وسميت بذلك لأنها أوضحت العظم ووجب القصاص فيها لإمكان المماثلة بالمساحة فتذرع موضحة المشجوج بخشبة أو بخيط ويحلق ذلك الموضع من رأس الشجاج إن كان عليه شعر ويخط عليه بسواد أو حمرة ويضبط الشجاج حتى لا يضطرب ويوضح بحديدة حادة كالموسى ولا يوضح بالسيف وإن كان أوضح به لأنه لا تؤمن معه الزيادة، وكذا لو أوضحه بحجر أو دبوس أو عصا بل يقتصر منه بالحديدة، كذا ذكره القفال وغيره وتردد فيه الروباني، ثم يفعل ما هو أسهل عليه من الشق دفعة واحدة، أو شيئاً فشيئاً، ولا عبرة بتفاوت الجلد في الغلظ واللحم بين الجاني والمجني عليه، كما لا عبرة بالضخامة والنحافة في قصاص النفس والطرف والله أعلم.

وقوله [ولا قصاص إلا في الموضحة] هذا استثناء من الشجاج والمنقلة وهي تسعة غير الموضحة، فمنها الخارصة وهي التي تشق الجلد قليلاً نحو الخدش وفيها الحكومة ولا يبلغ بها أرش الموضحة. الثانية الدامية وهي التي يدمي موضعها من الشق والخدش ولا يقطر منها دم، كذا نص عليه الشافعي وأهل اللغة. وقال أهل اللغة: إن سال منها دم فهي الدامعة بالعين المهملة، وفيها حكومة أيضاً. الثالثة الباضعة وهي التي تقطع اللحم بعد الجلد، وفيها حكومة أيضاً. الرابعة المتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم ولا تبلغ الجلد بين اللحم والعظم، <ص: 165> وفيها حكومة أيضاً. الخامسة السمحاق وهي التي تبلغ تلك الجلدة، وتسمى تلك الجلدة السمحاق وفيها حكومة أيضاً كالتى قبلها. السادسة الهاشمة وهي التي تكسر العظم وفيها خمس من الإبل فإن أوضح مع الهشم وجب عشرة من الإبل.

السابعة المنقلة وهي التي تنقل العظم من موضع إلى موضع، وفيها مع الهشم والإيضاح خمسة عشر. الثامنة المأمومة وهي التي تبلغ أم الرأس وهي خريطة الدماغ المحيطة به، وفيها ثلث الدية. التاسعة الدامغة، وهي التي تخرق الخريطة وتصل إلى أم الدماغ، وفيها ثلث الدية. العاشرة الموضحة، ومحلها بعد السمحاق وهي الجلدة، لأن الموضحة تزيلها فيظهر العظم فتوضحه وفيها خمس من الإبل عند عدم وجوب القصاص، وقد ذكر الشيخ ما يجب فيها من الدية، وفي الجائفة ثلث الدية وهي الجناية التي تصل إلى الجوف والله أعلم. قال:

(فصل): في الدية. والدية على ضربين: مغلظة، ومخففة، فالمغلظة من الإبل ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه). الدية هي المال الواجب بالجناية على الحر سواء كانت في نفس أو طرف وهي في الحر المسلم مائة من الإبل كذا نص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه إلى اليمن، وادعى ابن يونس الإجماع على ذلك، ثم إن كان القتل عمداً سواء أوجب القصاص أم لا كقتل الوالد الولد، أو شبه عمد وجبت الدية أثلاثاً، ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه في بطونها أولادها كذا ورد النص به والله أعلم. قال:

(والمخففة مائة من الإبل عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض). لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: {دية الخطأ أخماس} وجمهور الصحابة على تخميسها، وقد مر أن سليمان بن يسار قال: كانوا يقولون دية الخطأ مائة من الإبل، وذكر ما ذكره الشيخ من التخميس، وسليمان تابعي فدل على أنه إجماع من الصحابة والله أعلم. قال:

(فإن أعوزت الإبل انتقل إلى قيمتها، وقيل ينتقل إلى ألف دينار، <ص: 166> أو اثني عشر ألف درهم، وإن غلظت زيد عليها الثلث). حيث وجبت الدية إما على القاتل، أو على العاقلة، وله إبل وجبت الدية من نوعها كما تجب الزكاة من نوع النصاب سواء كانت من نوع إبل البلد، أو من فوقها، أو دونها. هذا هو الصحيح المنصوص. وفي وجه: تجب من غالب إبل البلد. ورجحه الإمام لأنه عوض متلف، فعلى الصحيح لو كانت إبل الجاني أو العاقلة مختلفة الأنواع فوجهان: أحدهما تجب من الغالب فإن استوت تخير. والثاني تجب من كل نوع بقسطه، فإن أخرج الكل من نوع واحد وكان أجود جاز، كذا حكاه الرافعي. وقال الماوردي: إن أخرج القاتل من الأغلب جاز وإن كان أردأ، وإن استوى جاز من الأعلى دون الأسفل إلا أن يرضى الولي، وأما العاقلة فإن كان لكل منهم أنواع فهل كالقاتل، لكن له إخراج الأدنى لأنها تؤخذ منه مواساة، ومن الجاني استحقاقاً فإن لم يكن للجاني ولا للعاقلة إبل وجبت من غالب إبل البلد، فإن لم يكن فمن غالب إبل البلاد إليهم كزكاة الفطر، فإن لم يكونوا من أهل البلاد فمن غالب إبل القبيلة، فإن لم يكن فمن أقرب القبائل إليهم، فإن أعوزت الإبل وجب قيمتها بالغة ما بلغت على الأظهر لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقوم الإبل على أهل القرى، فإذا غلت رفع قيمتها، وإذا هانت نقص من قيمتها، ولأن الإبل بدل متلف فرجع إلى قيمته عند إعواز أصله. هذا هو الجديد. وفي القديم تجب ألف دينار على أهل الذهب، أو اثنا عشر ألف درهم على أهل الورق، لأنه عليه الصلاة والسلام كتب إلى أهل اليمن: {إن على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم} فعلى القديم يزداد في التخليط قدر الثلث أي ثلث الدية

لفعل عمر وعثمان رضي الله عنهما، فإن تعدد بسبب التغليظ بأن قتل محرماً يفتح الرءاء في الحرم، ففي التعدد خلاف، الراجح لا تعدد والله أعلم. قال:

(وتغلظ دية الخطأ في ثلاث مواضع: إذا قتل في الحرم، أو في الأشهر الحرم، أو قتل ذا رحم). قد تقدم أي دية الخطأ مخففة من ثلاثة أوجه: كونها خمسة، وكونها على العاقلة، وكونها مؤجلة. وقد يطرأ ما يوجب التغليظ، فإذا <ص: 167> قتل خطأ في حرم مكة دون حرم المدينة، أو في الأشهر الحرم وهي ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب، أو قتل ذا رحم، أي محرم، دون ما إذا قتل ذا رحم غير محرم فإنه لا تغليظ في الأصح، وكذا محرمية الرضاع والمصاهرة لا تغليظ قطعاً ووجبت الدية مغلظة. والدليل على التغليظ بهذه الأسباب أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم غلظوا به، وادعى الاشتهار بذلك وحصول الاتفاق. أما عمر رضي الله تعالى عنه فقال: {من قتل في الحرم، أو ذا رحم، أو في الأشهر الحرم فعليه دية وثلاث}. وقضى عثمان رضي الله تعالى عنه في امرأة وطئت في الطواف بديتها ستة آلاف درهم وألفين تغليظاً لأجل الحرم وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام، وفي البلد الحرام، فقال: ديته اثنا عشر ألف درهم، وللشهر الحرام أربعة آلاف، وللبلد الحرام أربعة آلاف. ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فكان إجماعاً. وهذه الأمور لا تدرك بالاجتهاد بل بالتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم. واعلم أن الشيخ قال [وتغلظ] ولم يذكر كيفية التغليظ. قال الرافعي: تكون مغلظة باعتبار التثليث، فتجب على العاقلة ومؤجلة ومثلثة كدية شبه العمد، والتغليظ باعتبار التثليث يرجع إلى الصفة والسن دون العدد، وقضاء الصحابة رضي الله عنهم يرجع إلى الزيادة على القدر والاستدلال بفعل الصحابة كذلك يحتاج إلى تأمل فاعرفه والله أعلم. قال:

(ودية المرأة على النصف من دية الرجل). لما روى عمرو بن حزم أن النبي صلى الله عليه وسلم. قال: {ودية المرأة نصف دية الرجل} ويروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وعن العبادلة رضي الله عنهم ولم يخالفهم أحد مع اشتهاره فصار إجماعاً، والعبادلة أربعة أبائهم صحابة: عبدالله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وعبد الله بن الزبير. وعد ابن الرفعة في الكفاية هنا العبادلة ثلاثة، وأسقط عبدالله بن الزبير، والله أعلم. قال:

(ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم). دية اليهودي والنصراني، ذمياً كان أو مستأمناً، أو معاهداً ثلث دية المسلم، روي ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. <ص: 168> وروي أن عمر رضي الله تعالى عنه قضى في دية اليهودي بأربعة آلاف، وفي المجوسي بثمانمائة درهم. قال البيهقي: روي عنه ذلك بإسناد صحيح، ولأنه أقل ما قيل، والأصل براءة الذمة فيما زاد، والسامرة والصابئة إن ألحقوا بهم في الجزية والذبائح والمناכה فكذلك في الدية وإلا فديتهم إن كان لهم أمان دية المجوسي والله أعلم. قال:

(ودية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم). شرطه أن يكون له أمان وحينئذ فديته ثلثا عشر دية المسلم لأن عمر رضي الله تعالى عنه جعل ديته ثمانمائة درهم، وكذا عثمان رضي الله عنه وابن مسعود، وانتشر في الصحابة بلا نكير فكان إجماعاً، ومثل هذه التقديرات لا تفعل إلا توقيفاً، ولأن اليهود والنصارى كان لهم كتاب ودين حق بالإجماع وتحل مناكحتهم وذبائحهم ويقرون بالجزية، وليس للمجوسي من هذه الخمسة إلا التقرير بالجزية فكان ديتهم خمس

دية اليهود والنصارى، واعلم أن الوثنى كالمجوسي، وكذا عبدة الشمس والبقر والشجر، والله أعلم.

[فرع]: من لم تبلغه دعوة محمد صلى الله عليه وسلم إلى الله تعالى وبلغته دعوة غيره، فالذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه أنه إن كان يهودياً أو نصرانياً ففيه ثلث الدية، وإن كان مجوسياً أو وثنياً ففيه ثلثا عشر الدية، لأنه ثبت له بجهله نوع عصمة فألحق بالمستأمن من أهل دينه، فعلى هذا إن لم يعرف دينه، فهل تجب دية ذمي أو مجوسي؟ فيه وجهان. قال البندنجي: المذهب منها الثاني، والله أعلم. قال:

(وتكمل دية النفس في اليدين والرجلين والأنف والأذنين والعينين والجفون الأربعة واللسان والشفتين، وذهاب الكلام، وذهاب البصر. وذهاب السمع، وذهاب الشم، وذهاب العقل، والذكر، والانشين). قد علمت أن دية النفس مائة من الإبل على الجديد، أو ألف دينار، أو إثنا عشر ألف درهم على القديم، وقيل غير ذلك. إذا عرفت هذا فالجناية قد تكون على نفس، وقد تكون على غير نفس، وإذا كانت على غير نفس فقد تكون على طرف، وقد تكون على غير طرف، وإن كانت على غير طرف فقد يكون لها أرش مقدر، وقد لا يكون لها أرش، فإن لم يكن لها أرش مقدر ففيها الحكومة وسيأتي الكلام عليها، <ص: 169> وإن كان لها أرش مقدر، فتارة يكون الفائت بالجناية منفعة فقط كذهاب البصر مثلاً، وقد تكون المنفعة مع الجرم، وذلك مثل اليدين، وفي إبانتهما الدية كاملة، وفي إحداهما نصفها، بل تكمل الدية في لقط الأصابع. والدليل على إكمال الدية فيهما قوله عليه الصلاة والسلام: {وفي اليدين الدية} كذا ورد في حديث جابر وفي كتابه عليه الصلاة والسلام إلى اليمن، وفي اليد خمسون من الإبل، ولأنهما أعظم نفعاً من الأذنين، والمراد باليد الكفان، ويدل له قوله تعالى: {فاقطعوا أيديهما}، وقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من مفصل الكف فدل على أنها اليد لغة وشرعاً، ولو قطع الأصابع ثم قطع الكف بعد الاندمال وجب دية وحكومة، وإن كان قبل الاندمال فكذلك على الأصح، ثم هذا كله إذا كانت اليد صحيحة، فإن كانت شلاء ففيها الحكومة لأن في اليد منفعة وجمالاً، فالحكومة في مقابلة الجمال والله أعلم. ويجب في الرجلين كمال الدية لقوله عليه الصلاة والسلام: {وفي الرجلين الدية} كذا ورد في خبر عمرو بن شعيب، وفي كتاب اليمن، وفي الرجل الواحدة نصف الدية، ولا فرق بين الرجل العرجاء والسليمة، لأن العيب ليس في نفس العضو وإنما العرج في الفخذ أو الساق أو تشنج الأعصاب ولو قطع رجلاً تعطل مشيها بكسر الفجار فالصحيح وجوب الدية لأن الرجل صحيحة والخلل في غيرها وتكمل الدية في لقط الأصابع والقدم كالکف والله أعلم. وفي الأنف الدية وتكمل في المارن منه، والمارن ما لان منه وخلا من العظم لقوله عليه الصلاة والسلام: {وفي الأنف إذا أوعت جذعاً الدية} ولا فرق بين الخشم وغيره، والمارن ثلاث طبقات الطرفان والوترة الحاجزة، ولو قطع المارن وبعض القصبة لزمه دية وحكومة، لأن القصبة مع المارن كالذراع مع الكف ولا يبلغ بالحكومة دية الأنف لأنها تبع ولا تنقص عن دية منقلة بل تزيد، وهذا ما ذكره في التنبيه وأقره النووي عليه في التصحيح، والصحيح تجب دية فقط كالکف مع الأصابع والله أعلم.

وتجب في الأذنين الدية إذا قطعهما من أصلهما، وقيل تجب فيهما حكومة لأن السمع لا يخلهما، وليس فيهما منفعة ظاهراً إنما هما جمال وزينة فأشبهها الشعور. قال <ص: 170> الإمام: ولهذا لم

يجر لهما ذكر في كتاب عمرو بن حزم إلى اليمن وفيه الديات، ووجه المذهب قضاء عمر وعثمان رضي الله عنهما ولا مخالف ولأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة فأشبهها اليدين، ومنفعتهما جمع الصوت لتأديته إلى الصماخ ومحل السمع ولمنع الماء والهوام فإنه يحس بحسب معاطفهما، وسواء في ذلك السميع والأصم، لأن السمع في الصماخ لا في الأذن والله أعلم.

ويجب في العينين الدية كذا ورد في كتاب عمرو بن حزم، ولأنهما من أعظم الجوارح نفعاً فكانتا أولى بإيجاب الدية، وسواء في ذلك الصغيرة والكبيرة، والحادة والكليّة، والصحيحة والعليلة، والغشياء والعمشاء والحولاء، إذا كان النظر سليماً قاله الماوردي وألحق الغزالي الأخفش وهو الذي لا يبصر نهراً بالأعمش، وفي إحداهما نصفها لوروده ولأن كل دية وجبت في عضوين وجب نصفها في أحدهما كاليدين والله أعلم.

وتجب في الجفون الأربعة الدية لأنها من تمام الخلقة وفيها جمال ومنفعة ويخشى على النفس من سرايتها فأشبهت اليدين، وسواء في ذلك البصير والضرير، وفي كل واحد ربعها، لأنه قضية التوزيع والله أعلم.

وتجب في اللسان الدية إذا كان سالم الذوق ناطقاً لقوله عليه الصلاة والسلام {وفي اللسان الدية} وهو قول أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم ولا مخالف ولأن فيه جمالاً ومنفعة وأي منفعة، وسواء في ذلك الصغير والكبير والأعجمي والألكن والعجل والثقل والأرت والأثغ وغيره. قال الروياني: ويحتمل أن يقال بخلافه، وفي لسان الأخرس حكومة سواء كان خرسه أصلياً أم عارضاً، هذا إذا لم يذهب الذوق بقطع الأخرس، أو كان قد ذهب ذوقه قبله، فأما إذا ذهب ذوقه بقطع لسانه ففيه الدية، كذا ذكره في أصل الروضة والله أعلم.

[فرع]: إذا كان لسان الشخص ناطقاً إلا أنه فاقد الذوق فقطعه شخص ففيه الحكومة. قاله الماوردي والله أعلم.

[فرع]: لسان الطفل إن عرفت سلامته بنطقه بحرف من حروف الحلق لأنها <ص: 171> أول ما تظهر منه عند البكاء، أو بحروف الشفة كبابا وماما، أو بحروف اللسان في زمانه كملت فيه الدية. قال ابن الصباغ: ويجب فيه القصاص، وإن لم ينطق بذلك في زمانه ففيه حكومة، لأن الظاهر خرسه، ولو قطعه قاطع حالة ولادته فالأصح وجوب الدية حملاً على الصحة وقيل حكومة، ولو تعذر نطقه لا لخلل في لسانه بل لأنه ولد أصم فلم يحسن الكلام لعدم سماعه إياه، فهل تجب فيه دية أم حكومة؟ وجهان والله أعلم.

وتجب في الشفتين الدية لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر ذلك في كتاب عمرو بن حزم، ولأن فيهما جمالاً ومنفعة فأشبهها اليدين وفي إحداهما نصفها وفي بعضها بحسابه لأنه قضية التوزيع ولو جنى عليهما فشلتا وجبت الدية كشلل اليدين والله أعلم. قال:

(وتجب في زهاب الكلام الدية) هذا شروع فيما يتعلق بفوات المنافع، فإذا جنى شخص على لسان ناطق فأذهب كلامه وجبت الدية لأنه سلبه أعظم منافع فأشبهه البصر، وإن ذهب بعض الكلام وجب بقسطه وإنما تؤخذ الدية إذا قال أهل الخبرة لا يعود نطقه، فلو أخذت ثم عاد استرددت منه. واعلم أن التوزيع على جميع الحروف على ظاهر النص وبه قال الأكثرين وهي ثمانية وعشرون حرفاً في اللغة العربية، ولو كان شخص لا يعرف الحروف كلها كالأرت والأثغ الذي لا يتكلم إلا بعشرين حرفاً مثلاً، فإذا ذهب كلامه فالصحيح تجب دية كاملة لأنه أذهب كلامه، فعلى هذا لو ذهب بعض

الحروف وزع على ما يحسنه لا على الجميع والله أعلم. وتجب في ذهاب البصر الدية لأن منفعة العينين البصر فذهابه كشلل اليدين والله أعلم. ويجب في ذهاب السمع كمال الدية لأن عمر قضي بذلك ولم يخالف، ولأنه من أشرف الحواس فأشبهه البصر، ولو جنى عليه فارتتق داخل الأذن ارتتاقاً لا وصول إلى زواله فالأصح وجوب حكومة لبقاء السمع، وقيل تجب الدية لفوات السمع والله أعلم. ويجب في ذهاب الشم كمال الدية لأنه أحد الحواس فأشبهه البصر، وقيل فيه حكومة لضعف منفعته والله أعلم. ويجب في ذهاب العقل كمال الدية لأنه كذلك في كتاب عمرو بن حزم ولأن عمرو وزيداً رضي الله عنهما قضيا بذلك ولم يخالفاً، لأنه من أشرف <ص: 172> الحواس فكان أحق بكمال الدية من جميع الحواس لأنه لا يقع التمييز بينه وبين البهيمة إلا به.

وأعلم أنه لا يجزي فيه قصاص للاختلاف في محله لأن منهم من يقول إن محله القلب وهو المصحح، أو الدماغ، أو مشترك بينهما، ولأنه يتعذر استيفاؤه لأنه قد يذهب بقليل الجناية، ولا يذهب بكثيرها. وأعلم أن المراد بالعقل الموجب للدية العقل الغريزي الذي يتعلق به التكليف، فأما المكتسب الذي به حسن التصرف فيه حكومة والله أعلم. وقول الشيخ [وتجب في الذكر والأنثيين] يعني الدية أي في كل منهما، وكان من حق الشيخ أن يقدم هذين لأنهما من قبيل الإجماع لا من قبيل المنافع. والأصل في وجوب الدية فيهما حديث عمرو بن حزم، ولأن الذكر فيه منفعة التناسل وهي من أعظم المنافع فأشبهه الأنف وسواء في ذلك ذكر الشيخ والشاب والصغير والعيون وغيرهم، لأن العنة عيب في غير الذكر، وفي الحشفة الدية لأن ما عداها من الذكر كالتابع لها كالكف مع الأصابع، وإن قطع بعض الحشفة وجب بقسطه في الراجح، ولو جنى على ذكره فشل وجبت الدية كشلل اليد، وأما الأنثيان فوجوب الدية فيهما مع ذكرهما في الخبر لأنهما من تمام الخلقة ومحل التناسل، ولا فرق في ذلك بين العينين والمجبوب والطفل والشيخ، والأنثيان هما البيضتان، وقد جاء في بعض الرويات {وفي البيضتين الدية} وفي إحداهما نصف الدية لأنه قضية التوزيع كاليدين، فلو قطعتهما فذهب ماؤه لزمه ديتان والله أعلم. قال:

(وفي الموضحة والسن خمس من الإبل). لأنه الموارد في حديث عمرو بن حزم فلو أوضح موضحتين فأكثر تعدد الأرش. وأما الأسنان ففي الواحدة خمس من الإبل فلو قلع جميع الأسنان إما في دفعة أو بضربة أو أسقاه شيئاً فسقطت أسنانه أو والى بين القلع بحيث لم يتخلل اندمال فهل تجب دية نفس لأنه الأسنان جنس ذو عدد فأشبهه الأصابع؟ أم يجب في كل سن خمس من الإبل؟ المذهب أنه يجب في كل سن خمس كما أطلقه الشيخ. وبه قطع جماعة لعموم قوله عليه الص لاة والسلام {وفي كل سن خمس} ولأنها تزيد غالباً على قدر الدية بخلاف الأصابع فعلى المذهب يجب مائة وستون بغيراً إذا كان كامل الأسنان، وهي إثنتان وثلاثون سنناً أربع ثنانيا <ص: 173> وأربع رباعيات، وأربعة أنياب وأربع ضواحك وإثنا عشر ضرساً وأربعة نواجذ وهي آخرها فلو زادت على ذلك فهل يجب لكل من الزوائد خمس من الإبل لظاهر الخبر أو حكومة كالأصابع الزوائد؟ فيه وجهان، وقال:

(وفي كل عضو لا منفعة فيه حكومة). أقول وكذا في كسر العظام بل في جميع الجنايات التي لا تقدير فيها لأن الشرع لم ينص عليها ولم تنته في شبهها إلى النصوص فوجب فيها حكومة وكذا تجب الحكومة في تعويج الرقبة والوجه وتسويده وتصغيره، وما

أشبه ذلك ثم الحكومة أن يقوم المجني عليه بتقدير أنه عبد بعد الاندمال ويؤخذ بنسبة النقص من الدية وهي الإبل على الأصح، وقيل نقد البلد كذا ذكره الرافعي عند إفضاء المرأة فاعرفه. مثاله يساوي المجني عليها مائة عند السلامة وبعد الجناية والاندمال تسعين، فتجب عشر دية لكن بشرط أن ينقص عن دية العضو المجني عليه إن كان له أرش مقدر فإن لم ينقص نقص الحاكم ما يراه، وأقله ما جاز جعله ثمناً أو صداقاً والله أعلم. قال:

(و دية للعبد قيمته عبداً كان أو أمة) إذا قتل شخص ممن يجب عليه الضمان عبداً أو أمة لزمه قيمته ما بلغت لأنهما مال فأشبهها سائر الأموال المتقومة والله أعلم. قال:

(ودية الجنين المملوك عشر قيمة أمة ذكراً كان أو أنثى). لأنه جنين آدمية فيضمن بعشر ما تضمن به الأم كالحرة، وفي الوقت الذي يعتبر فيه قيمتها وجهان: أحدهما حالة الضرب لأن الضرب سبب الإسقاط، وهذا هو المصحح في المحرر والمنهاج والشرح الصغير ونص عليه الشافعي وذكره الشيخ في التنبية وأقره النووي عليه في التصحيح، وقيل تعتبر القيمة أكثر ما كانت من وقت الضرب إلى الإسقاط، وهذا ما صححه النووي في أصل الروضة ونص عليه الشافعي ولك ألا تجعل بين التصحيحين مخالفة، وتقول تصحيح المنهاج جرياً على الغالب لأن قيمة الأم وقت الجناية في الغالب أكثر قيمة مما بعدها. لأن وقت الجناية وقت سلامة ولا شك أن وقت السلامة تكون القيمة فيه أكثر من غيره، والله أعلم. وقول الشيخ [ودية <ص: 174> الجنين المملوك] احترز به عن الجنين الحر فدية الجنين الحر المسلم إذا انفصل ميتاً بالجناية غرة عبد أو أمة ثبت ذلك من قضاؤه صلى الله عليه وسلم رواه الشيخان ويشترط بلوغها نصف عشر دية ال أب أو عشر دية الأم وهي قيمة خمس من الإبل لأن عمر رضي الله عنه قوم الغرة خمسين ديناراً وكذا علي وزيد رضي الله عنهما ولا مخالف لهم ولأنها دية تقدرت كسائر الديات فقدرت بأقل أرش ورد من الشرع وهو الموضحة ولا ترد الأنملة، فإن فيها ثلاثة وثلاثاً فإن ديتها مقدرة بالإجتهد والله أعلم.

[فرع]: صاح على صبي غير مميز على طرفٍ سطح أو نهر أو بئر فارتعد وسقط ومات منه وجبت الدية قطعاً ولا قصاص على الراجح، ولو كان على وجه الأرض ومات من الصيحة فلا ضمان على الراجح لأن الموت به غاية البعد والمجنون والمعتوه الذي يعتريه الوسواس والنائم والمرأة الضعيفة كالصبي الذي لا يميز وشهر السلاح والتهديد الشديد كالصياح ولو صاح على بالغ على طرف سطح ونحوه فلا ضمان على الراجح، والمراهق المتيقظ كالبالغ، وإن صاح على صغير فزال عقله وجب الضمان والله أعلم.

[فرع]: ابتغ شخص إنساناً بسيف فهرب، وألقى نفسه من الخوف في نهر أو من شاهق عال أو في بئر فهلك فلا ضمان لأن الهارب هو الذي باشر هلاك نفسه قصداً، والمباشرة مقدمة على السبب فلو لم يعلم بالمهلك فوقع بلا قصد بأن كان أعمى أو في ظلمة أو في ليل وجب على الطالب الضمان ولو انخس ف به سقف في هربه وجب الضمان على الراجح، ونص عليه الشافعي والعراقيون ولو كان المطلوب صيباً أو مجنوناً فألقى نفسه في بئر ونحوه، فهل يضمن الطالب؟ يبني على أن عمدتها خطأ أو عمد، وإن قلنا إن عمدتها عمد فهما كالبالغ، وإن قلنا خطأ وجب الضمان والله أعلم.

[فرع]: سلم الصبي إلى سباح ليعلمه السباحة فغرق وجبت فيه دية شبه العمد على الصحيح كما لو ضرب المعلم الصبي



للتأديب فهلك، ولو ختن الحجام فأخطأ فأصاب الحشفة وجب الضمان، وتحمله العاقلة لأن قطع ما لم يؤذن له فيه والله أعلم. [فرع]: كناية البيت وقشور البطيخ ونحوهما إذا طرحها في موات فهلك بها إنسان أو تلف بها مال فلا ضمان، وإن طرحها في الطريق فحصل بها تلف وجب <ص: 175> الضمان على الصحيح وبه قطع الجمهور وقيل لا ضمان للعادة، وقيل إن ألقاها في متن الطريق ضمن، وإن ألقاها في منعطف لا ينتهي إليه المارة غالباً فلا ضمان. فعلى الصحيح شرط الضمان أن يكون الذي يعثر بها جاهلاً أما إذا أمشي عليها قصداً فلا ضمان كما لو نزل في البئر العدوان فزلق ولو رش الماء في الطريق فزلق به إنسان أو بهيمة نظر إن رش لمصلحة عامة كدفع الغبار عن المارة فلا ضمان، وإن كان لمصلحة نفسه وجب ب الضمان قال الرافعي: ويجيء فيه الوجه المذكور في طرح القشور ولو جاوز القدر المعتاد في الرش. قال المتولي: وجب الضمان قطعاً كما لو بل الطين في الطريق فإنه يضمن ما تلف به، ولو بنى على باب داره دكة فتلّف بها إنسان أو دابة وجب الضمان، وكذا الطواف إذا وضع متاعه في الطريق فتلّف به شيء لزمه الضمان بخلاف ما لو وضعه على طرف حانوته والله أعلم. قال:

(فصل): في القسامة. وإذا اقترن بدعوى القتل لوث يقع به صدق في النفس حلف المدعي خمسين يميناً واستحق الدية فإن لم يكن هناك لوث فاليمين على المدعي عليه). هذا فصل القسامة وهي الأيمان في الدماء، وصورتها أن يوجد قتيل بموضع لا يعرف من قتله ولا بينة ويدعي عليه قتله على شخص معين أو جماعة معينين وتوجد قرينة تشعر بصدقة ويقال له اللوث فيحلف على ما يدعيه خمسين يميناً ولا يشترط موالاتها على الراجح، فإذا حلف وجبت الدية في العمد على المقسم عليه، وفي الخطأ وشبه العمد على العاقلة. واللوث طرق: منها أن يوجد قتيل في قبيلة أو حصن أو قرية صغيرة أو محلة منفصلة عن الكبيرة، وبين القتل وبين أهلها عداوة ظاهرة فهذا اللوث في حقهم، ومنها أن يتفرق جماعة عن قتيل في دار دخلها عليهم وهو ضعيف أو لحاجة أو في مسجد أو بستان أو طريق أو صحراء فهو لوث، وكذا لو ازدحم قوم على بئر أو مضيق، ثم تفرقوا عن قتيل ولا يشترط في هذا أن يكون بينه وبينهم عداوة، ومنها لو شهد عدل أن زيدا قتل فلاناً فلوث على المذهب سواء تقدمت شهادته على الدعوى أو تأخرت، ولو شهد عبيد ونسوة فإن جاءوا متفرقين فلوث ولو جاءوا دفعة على الراجح ولو شهد من لا يقبل روايته كصبيان <ص: 176> وفسقة وذميين، فالصحيح أنه لوث، ومنها قال البغوي: لو وقع في السنة الخاص والعام أن زيدا قتل فلاناً فهو لوث في حقه وسواء في القسامة ادعى مسلم على كافر أو عكسه. والأصل في القسامة ما روى سهل بن أبي خيثمة قال: انطلق عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود إلى خيبر، وهي يومئذ صلح فتفرقا فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل، وهو يتشحط في دمه قتيلاً فدفنه ثم قدم المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل وحوبيصة ومحبيصة ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم، فقال: {كبر كبر، وهو أحدث القوم فسكت فتكلما فقال: أتخلفون وتستحقون دم قاتلكم أو صاحبكم؟ فقالوا: كيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟ قال: فتبريكم يهود بخمسين يميناً منهم، فقالوا: كيف نأخذ بأيمان قوم كفار؟ فعقله النبي صلى الله عليه وسلم من عنده} رواه الشيخان، وهذا الحديث مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام {البينة على المدعي واليمين على المدي عليه} مع أن

الدارقطني روى {إلا في القسامة} ووجه تقديم المدعي في القسامة أن جانيه قوي باللوث فتحولت اليمين إليه كما لو أقام شاهداً في غير الدم. وقوله [فإن لم يكن هناك لوث فاليمين على المدعى عليه] جرياً على القاعدة، وقوله [بمدعى القتل] احترز به عن غير القتل فلا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجروح والأموال بل القول فيها قول المدعى عليه بيمينه، وإن كان هناك لوث لأن النص ورد في النفس، وفي وجه تجري في الأطراف وغلظ قائله والله أعلم.

[فرع]: إذا أنكر المدعي عليه اللوث في حقه، وقال: لم أكن مع المتفرقين عنه صدق بيمينه والله أعلم. قال:

(وعلى قاتل النفس المحرمة كفارة، وهي عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب فإن لم يجد فيصام شهرين متتابعين). إذا قتل من هو من أهل الضمان سواء كان القاتل مسلماً أو كافراً وسواء كان حراً أو عبداً وسواء كان صبيّاً أو مجنوناً وسواء كان مباشراً أو بسبب وسواء كان عامداً أو مخطئاً من يحرم قتله لحق <ص: 177> الله تعالى وجبت الكفارة وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً وسواء كان ذمياً أو معاهداً وسواء كان حراً أو عبداً وسواء كان عبده أو عبد غيره وسواء كان عاقلاً أو مجنوناً وسواء كان صغيراً أو جنيناً، وضابطه أن يكون المقتول آدمياً معصوماً بإيمان أو أمان فلا تجب الكفارة بقتل حربي ومرتد وقاطع طريق وزان محصن ولا يقتل نساء أهل الحرب ولا أولادهم وإن كان قتلهم محرماً لأن تحريمهم ليس لحرمتهم بل لمصلحة المسلمين لئلا يفوتهم الارتفاق بهم، وعن هذا احترزنا بقولنا من يحرم قتله لحق الله، أو وجوب الكفارة في قتل الخطأ فلإجماع والنص قال الله تعالى {ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة} الآية، وأما في العمد، فلما روى واثلة بن الأسقع قال: {أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد أوجب يعني النار بالقتل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقوا عنه} وفي رواية {فليعتق رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار} رواه النسائي وأبو داود وصححه ابن حبان والحاكم، وقال: صحيح على شرط الشيخين، والقاتل لا يستوجب النار إلا في العمد، ولأنه قتل آدمي محقون لحرمة فوجب فيه الكفارة كالخطأ. قول الشيخ [وعلى قاتل النفس] أعم من كونه واحداً أو جماعة فلو اشترك جماعة في قتل واحد لزم كل واحد منهم كفارة لأنه حق متعلق بالقتل لا يتبعض فوجب أن يكمل في حق كل واحد كالقصاص، ولأن فيها معنى العبادة وهي لا توزع، وقيل تجب كفارة لأنها مال يجب بالقتل فوجب أن لا تكمل في حق كل واحد كالدية وكفارة قتل الصيد، ومن قال بالصحيح فرق بأن الدية وجزاء الصيد بدل نفس وهي واحدة والكفارة لتكفير إثم القتل لا بدلاً كذلك لم تختلف بصغر المقتول وكبره ولم تجب في الأطراف، ويصدق على كل منهم أنه قاتل، والكفارة عتق رقبة مؤمنة بنص القرآن العظيم على واجدها فاضلة عن كفايته على الدوام، قاله الماوردي والبندنجي فإن لم يجدها صام شهرين متتابعين للآية الكريمة، فإن لم يستطع فقولان: أحدهما يطعم ستين مسكيناً كل مسكين مداً من طعام ككفارة الظهار، ولأنه المنصوص عليه في الظهار فحمل المطلق عليه هنا، والأظهر <ص: 178> لا يطعم شيئاً لأن الإبدال في الكفارات موقوف على النص دون القياس، ولا يحمل المطلق على المقيد إلا في الأوصاف دون الأصل كما حمل مطلق اليد في التيمم على تقييدها بالمرفق في الوضوء ولم يحمل ترك الرأس والرجلين فيه على ذكرهما في الوضوء فعلى الصحيح لو مات

قبل الصوم أخرج من تركته لكل يوم مد طعام كفوات صوم رمضان. واعلم أن القول في الرقبة والصيام على ما ذكرنا في الظهار والله أعلم.

[فرع]: إذا وجبت الكفارة بقتل الصبي والمجنون أعتق الولي من مالهما كما تخرج الزكاة والفطرة ولا يصوم عنهما بحال فلو صام الصبي في صغره فهل يجزيه؟ وجهان كما لو قضى في صغره حجة أفسدها والله أعلم.

### {كتاب الحدود}

الحدود جمع حد، وهو في اللغة العربية المنع، ومنه سمي حد الدار لمنعه مشاركة غيره، وسمي البواب حداً لمنعه الداخل والخارج، وسميت الحدود حدوداً لمنعها من ارتكاب الفواحش، وقيل لأن الله تعالى حددها وقدرها فلا يزداد عليها ولا ينقص منها، وكانت الحدود في صدر الإسلام بالغرامات ثم نسخت بهذه الحدود والله أعلم. قال:

(الزاني على ضربين: محصن وغير محصن فالمحصن حده الرجم، وغير المحصن حده مائة جلدة وتغريب عام). الزنا من الكبائر وموجب للحد وهو مقصور وقد يمد، وضابط ما يوجب الحد: هو إيلاج قدر الحشفة من الذكر في فرج محرم مشتهى طبعاً لا شبهة فيه، ثم إن كان الزاني محصناً فحده الرجم ولا جلد معه، وقال ابن المنذر: يجلد ثم يرحم، وإن كان غير محصن فحده الجلد والتغريب، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة لأن عمر رضي الله عنه خطب فقال: {إن الله تعالى بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعينها ورحم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورحمنا وإني خشيت إن طال الزمان أن يقول قائل: ما نجد الرجم في كتاب الله تعالى فيضلون بترك فريضة أنزله الله تعالى، فالرجم حق على من زنى من الرجال >ص: 179< والنساء إذا كان محصناً إذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف، وإيم الله لولا أن يقول الناس: زاد عمر في كتاب الله تعالى لكتبته} رواه الشيخان وأبو داود والترمذي والنسائي مختصراً ومطولاً، وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكره أحد. وإن كان غير محصن، فإن كان حراً فحده جلده مائة للآية الكريمة، وهي قوله تعالى {فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة} وتغريب عام لقوله عليه الصلاة والسلام {البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة} رواه مسلم والله أعلم.

واعلم أنه لا ترتيب بين الجلد والتغريب فيقدم ما شاء منهما، نعم يشترط في التغريب أن يكون إلى مسافة تقصر فيها الصلاة على الصحيح لأن المقصود به الإيحاء عن أهله ووطنه، وما دون مسافة القصر في حكم الحضر، فإن رأى الإمام تغريبه إلى أكثر من ذلك فعل لأن الصديق رضي الله عنه غرب إلى فدك، والفاروق عمر رضي الله عنه إلى الشام، وعثمان رضي الله عنه إلى مصر، وعلي رضي الله عنه إلى البصرة، وقال المتولي: إن وجد على مسافة القصر موضعاً صالحاً لم يجر إلى الأبعد وهو وجه، والصحيح الذي قطع به الجمهور الأول لقضية الصحابة، ولا تغ رب المرأة إلا بمحرم أو زوج، فلو لم يخرج إلا بأجرة لزمت وتكون من مالها على الأصح، فإذا زنى البالغ العاقل المختار وهو مسلم أو ذمي أو مرتد وجب عليه الحد، أما المسلم فبالاجماع، وأما الذمي فلأن أهل الملل مجمعون على تحريم الزنا، وقد التزم أحكامنا فأشبه المسلم، وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين زنيا وكان محصنين،

وأما المرتد فمن طريق الأولى لجري أحكام الإسلام عليه، وأما الصبي والمجنون فلا يجب عليهما لحديث {رفع القلم} نعم يؤدب الولي الصبي بما يزجره ولا يحد المكروه رجلاً كان أو امرأة، وهو بناء على تصور الاكراه من الرجل وهو الصحيح، ويتصور الاكراه في حق المرأة بلا خلاف، ويشترط لوجوب الحد أيضاً أن يكون عالماً بالتحريم، فلا حد على من جهله كمن قرب عهده بالإسلام، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لما عز: {هل تدري ما الزنا؟} فلو لم يكن الجهل مانعاً لم يسأله صلى الله عليه وسلم، ولأن الحد يتبع الاثم وهو غير آثم، ولو علم التحريم وجهل وجوب الحد >ص: 180< حد لأن من علم التحريم كان في حقه أن يكف والله أعلم. قال:

(وشرائط الاحصان أربعة أشياء: البلوغ والعقل والحرية ووجود الوطاء في نكاح صحيح). لا بد من التمييز بين من حده الجلد والرجم وإلا أهريق دم بغير حق وترك من لادم له، ثم الإحصان في اللغة المنع. قال الله تعالى {لتحصنكم من بأسكم}. واعلم أنه ورد في الشرع بمعان: منها الإسلام ومنها البلوغ ومنها العقل، وقد قيل كل منها في قوله تعالى {فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة} ومنها أن الاحصان ورد بمعنى الحرية، ومنه قوله تعالى {فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب} ومنها أنه يرد بمعنى العفة، ومنه قوله تعالى {والذين يرمون المحصنات}. ومنها إنه يرد بمعنى التزويج ومنه قوله تعالى {والمحصنات من النساء}. ومنها إنه يرد بمعنى الوطاء ومنه قوله تعالى محصنين غير مسافحين ويدل على أن المراد هنا هو الوطاء في نكاح صحيح ما ثبت في الصحيحين من قوله عليه الصلاة والسلام {لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة} وأجمعوا على أن المراد بالثيوبة هنا هو الوطاء في النكاح الصحيح، والمعنى في ذلك أن الشهوة مركبة في النفوس، فإن وطئ في النكاح فقد أنالها حقها، فحقه أن يمتنع عن الحرام، وأيضاً إذا أصلب امرأته فقد أكد افتراشها، فلو لطح غيره فراشه عظمت وحشته، فإذا لطح هو فراش الغير غلظت جنايته. إذا عرفت هذا، فيشترط في المحصن ثلاث صفات: الأولى التكليف فلا حد على صبي ولا مجنون لكن يؤدبان بما يزجرهما كسائر المحرمات. الثانية الحرية فليس الرقيق والمكاتب وأم الولد والمبعض بمحصن وإن وطئ في نكاح صحيح لأن الحرية صفة كمال وشرف، والشريف يصون نفسه عما يدنس عرضه بخلاف الرقيق فإنه مبتذل مهان لا يتحاشى عما يتحاشى منه الحر، ولهذا قالت هند رضي الله عنها عند البيعة: أو تزني الحرة. الثالثة الوطاء في نكاح صحيح ويكفي فيه تغييب الحشفة، ولا يشترط كونه ممن ينزل، ويحصل الاحصان وان كان بوطء حرام كالوطء في الحيض والاحرام وعدة الشبهة. وقول الشيخ [في نكاح صحيح] >ص: 181< احترز به عن الفاسد فإنه لا يحصل الاحصان بالوطء فيه لأنه حرام فلا يحصل به صفة كمال. واعلم أنه لا يشترط الاحصان من الجانبين فإذا زنى البكر بمحصنة أو عكسه رجم المحصن منهما وجلد الآخر وغرب والله أعلم.

[فرع]: لا يحصل الاحصان بالوطء في ملك اليمين بلا خلاف، بل حكى بعضهم الاتفاق على ذلك والله أعلم. قال:  
(والعبد والأمة حداهما نصف حد الحر) إذا زنى الرقيق جلد خمسين لقوله تعالى {فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب} ولأنه ناقص بالرق فليكن على النصف من الحر كالنكاح والعدة

وسواء في ذلك القن والمكاتب وأم والولد، وفي البعض خلاف: الراجح أنه كالقن، وهل يغرب العبد نصف سنة؟ فيه خلاف: الراجح نعم لأنه حد يتبعض فأشبهه الجلد، وقيل لا يغرب لحق السيد، وقيل يغرب سنة، وقال أبو ثور: يجلد العبد أيضاً مائة والله أعلم. قال: (وحكم اللواط وإتيان البهائم حكم الزنا). من لاط أي من أتى ذكراً في دبره وهو من أهل حد الزنا لكونه مكلفاً مختاراً عالمياً بالتحريم وهو مسلم أو ذمي أو مرتد، ففيمآذا يحد به؟ خلاف: الصحيح أن حده حد الزنا فيرجم إن كان محصناً، ويجلد ويغرب غير المحصن، لأن الله تعالى سمي ذلك فاحشة في قول تعالى {أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين} وقال تعالى {واللذان أتياها منكم فأذوهما} الآية، ثم قال عليه الصلاة والسلام {خذوا عني الحديث} فدل على أن ذلك حد الفاحشة، وقال عليه الصلاة والسلام {إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان}، وقيل يقتل مطلقاً محصناً كان أو غير محصن لقوله عليه الصلاة والسلام {من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به} وفي رواية {فارجموا الأعلى والأسفل} رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد إلا أنه خولف، وفي كيفية قتله خلاف، قيل يقتل بالسيف كالمرتد لأنه السابق إلى الفهم من لفظ <ص: 182> القتل، وهذا ما صححه النووي، وقيل يرجم لأجل الرواية الأخرى ولأنه قتل وجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزاني، وقيل يهدم عليه جدار أو يرمى من شاهق حتى يموت أخذاً من عذاب قوم لوط، ولا فرق في اللواط بين الأجنبي وغيره ولا بين مملوكه ومملوك غيره لأن المدبر لا يباح بحال والله أعلم. قلت: ذهبت طائفة من الملحدة إلى عدم تحريم الفروج وهم قوم لهم معرفة بالعلوم العقلية تقع منهم مناظرة مع الضعفة من المتفهمة يحتجون بعمومات أدلة فيقطعونهم، فيظن من لا دراية له بالعلوم الشرعية صحة دعواهم بذلك فيأخذ بقولهم فليحذر ذلك فإن هذه الطائفة من أخبت الخليفة اعتقاداً، فعليهم وعلى أتباعهم لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، وأما إتيان البهائم فحرام قطعاً لأنه فاحشة وفيما يجب بفعله؟ فيه خلاف: قيل يحد حد الزنا فيفرق بين المحصن، وغيره لأنه إيلاج في فرج فأشبهه الإيلاج في فرج المرأة، وهذا ما جزم به <ص: 183> الشيخ، والثاني حده القتل محصناً كان أو غير محصن لقوله عليه الصلاة والسلام {من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوه معها} رواه أبو داود والترمذي وغيرهما، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقيل يجب التعزير فقط، وهو الصحيح لقول ابن عباس رضي الله عنهما {ليس على الذي يأتي البهيمة حد} رواه النسائي، وهذا لا يقوله إلا عن توقيف، وإذا انتفى الحد ثبت التعزير لأنه أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة، ولأنه فرج لا تميل إليه النفس فلا يشتهي طبعاً فلا يحد لأن الحد إنما شرع زجراً لما يشتهي، ألا ترى أن الشخص لا يحد بشرب البول لما ذكرنا، وهذا القول نص عليه الشافعي وقطع به بعضهم، ولو أولج في فرج ميتة فلا حد على الراجح لأنه لا يشتهي طبعاً والله أعلم. قال:

(ومن وطئ دون الفرج عزر ولا يحد ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود). إذا وطئ أجنبية فيما دون الفرج عزر ولا يحد لما رواه أبو داود عن ابن مسعود رضي الله عنهما، قال: {جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني عالجت امرأة من أقصى المدينة، فأصبت منها دون أن أمسها فأنا هذا، فأقم على ما شئت فقال عمر: سترك الله تعالى لو سترت على نفسك، فلم يرد النبي صلى الله عليه وسلم شيئاً فانطلق الرجل فاتبعه النبي صلى الله عليه

وسلم رجلاً فدعاه فتلا عليه "وأقم الصلاة طرفي النهار وزلفاً من الليل إن الحسنات يذهبن السيئات" الآية فقال رجل من القوم: يا رسول الله أله خاصة أم للناس عامة فقال: للناس كافة} وأخرجه مسلم والترمذي، وكذا لو وطئ صبياً أو رجلاً فيما دون الفرج والله أعلم. وقوله [ولا يبلغ به أدنى الحدود] لقوله عليه الصلاة والسلام {لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله} رواه الشيخان وفي رواية {من ضرب حداً في غير حد فهو من المعتدين} والله أعلم.

[فرع]: الصلح حرام، فإذا استمنى شخص بيده عزز لأنها محرمة بغير إيلاج ويفضي إلى قطع النسل فيحرم كمباشرة الأجنبية، فيما دون الفرج، وقد جاء ملعون من نكح يده والله أعلم. <ص: 184

[فرع]: تساحق النساء حرام ويعزرن بذلك لأنه فعل محرم. قال القاضي أبو الطيب: وإثم ذلك كإثم الزنا لقوله عليه الصلاة والسلام {إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان} والله أعلم.

[فائدة]: لو استمنى الرجل بيد امرأته أو أمته جاز لأنها محل استمتاعه، وفي فتاوى القاضي حسين لو غمزت المرأة ذكر زوجها أو سيدها بيدها كره وإن كان بإذن ه إذا أمني، لأنه يشبه العزل والعزل مكروه، ونسخت إباحته والله أعلم. قال:

(فصل) في القذف. فإذا قذف غيره بالزنا فعليه حد القذف). القذف الرمي ومنه فاقذفه في اليم والمراد به هنا الرمي بالزنا على وجه التعزير، وهو من الكبائر ويتعلق به الحد بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. قال:

(وشرائطه ثمانية: ثلاثة في القاذف: أن يكون بالغاً عاقلاً وأن لا يكون والد المقذوف). لا يحد الصبي والمجنون إذا قذفا لحديث {رفع القلم عن ثلاثة} وبالقياس على الزنا والسرقه، قال الرافعي: تبعاً للبعوي ويعزران إذا كان لهما تمييز، وأطلق البيهقي أنه لا شيء عليهما، وفي الحاوي أنه إن كان الصبي مراهقاً يؤذي قذف مثله عزز وإلا فلا، ويشترط لوجوب الحد أن لا يكون القاذف أصلاً كالأب والأم وإن علياً لأنه إذا لم يقتل الأصل به فعدم حده بقذفه أولى نعم يعزر لأن القذف أذى، وقال أبو ثور وابن المنذر: يحد لظاهر القرآن لكنه يكره له إقامته، ويشترط أيضاً، أن يكون القاذف مختاراً فلو أكره على قذف الغير فلا حد للحديث المشهور والله أعلم. قال:

(وخمسة في المقذوف: أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً حراً عفيفاً) شرط وجوب الحد في القذف أن يكون المقذوف محصناً كما دلت عليه الآية الكريمة في قوله تعالى {والذين يرمون المحصنات} الآية وشروط الاحصان الاسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والعفة عن الزنا، فإذا قذف كافراً أو صغيراً أو مجنوناً أو عبداً أو فاجراً، يعني زانياً فلا حد لعدم الاحصان، الذي دلت عليه الآية الكريمة نعم يعزر للأيذاء والله أعلم. قال: <ص: 185

(ويحد الحر ثمانين سوطاً والعبد أربعين). إذا قذف البالغ العاقل المختار، وهو مسلم أو ذمي أو مستأمن أو مرتد محصناً ليس بوالد وجب عليه الحد للنص والإجماع ثم إن كان حراً جلد ثمانين قال الله تعالى {فاجلدوهم ثمانين جلدة} وروى أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت: {لما نزل عذري قام النبي صلى الله عليه وسلم وتلا القرآن وأمر بالرجلين والمرأة فضربوا، وهم حسان ومسطح وحمنة} قال الطحاوي: ثمانين ثمانين، ولأن القذف بالزنا أقل من الزنا فكان أقل منه حداً والله أعلم.

وإن كان القاذف رقيقاً جلد أربعين سواء كان قنّاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد أو مبعوضاً لأن أبا بكر وعمر وعلياً رضي الله عنهم ومن بعدهم كانوا لا يضربون إلا أربعين، ولم يخالفهم أحد، ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف كحد الزنا. فإن قلت: الآية مطلقة. قلت في الجواب: المراد الأحرار بدليل قوله سبحانه {ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً} والعبد لا تقبل شهادته وإن لم يقذف والله أعلم. قال:

(ويسقط حد القذف بثلاثة أشياء: إقامة البينة، أو عفو المقذوف، أو اللعان في حق الزوجة) إذا قذف الشخص من يجب الحد بقذفه فلاسقاط الحد عنه ثلاث طرق. منها إقامة البينة سواء كان المقذوف زوجة أو أجنبية، أما غير الزوجة فلقوله تعالى {ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين} أمرنا بالجلد عند عدم إقامة البينة، وأما في الزوجة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية لما قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن السمحاء: {البينة أو حد في ظهرك} كثر ذلك مراراً ثم أنزل الله تعالى آية اللعان، فصار للزوج طريقان: في إسقاط حد القذف بالبينة، واللعان بالنص، وأما السقوط بالعفو فلأن الحد حق المقذوف، ولهذا لا يستوفى إلا بإذنه ومطالبته فجاز له العفو عنه فإذا عفا سقط لأنه محض حقه كالقصاص والله أعلم.

[فرع]: قذف شخص آخر فطالبه المقذوف بالحد، فقال القاذف: قذفته وهو مجنون، فقال: بل قذفتي وأنا عاقل، وعرف له حال جنون فالقول قول القاذف على الراجح، لأن ما يدعيه كل منهما ممكن، والأصل براءة الذمة فإن حلف القاذف عزر إن طلب <ص: 186> المقذوف تعزيره، ولو قذف شخصاً وهو عفيف ولم يحد القاذف حتى زنى المقذوف لم يحد لسقوط حصانته، ولأن ظهور زناه يدل على تكرره فلم يحد القاذف، وقد روي أنه حمل إلى عمر رضي الله عنه زان فقال: والله ما زنت قبلها، فقال عمر رضي الله عنه: كذبت إن الله لا يفضح عبده بأول معصية والله أعلم.

(فصل): ومن شرب خمراً أو شرباً مسكراً حد أربعين. ويجوز أن يبلغ به ثمانين على وجه التعزير. شرب الخمر من الكبائر، وزوال العقل به على وجه المحذور حرام في جميع الملل، ولا يتعاطاه منهم إلا كل فاسق كفسقة المسلمين، لأن حفظ العقل من الخمس الكليات الذي اتفق أهل الملل على حفظه وقد أمر الله باجتنابه في كتابه العزيز، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {كل مسكر حرام} رواه مسلم، وفي البخاري عن أبي مالك أنه سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: {ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الحرير والخمر والمعازف} ذكره تعليقاً بصيغة الجزم، وفي غيره عن أبي مالك الأشجعي رضي الله عنه أيضاً {ليشربن أناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها، وتضرب على رؤوسهم المعازف، ويخسف الله بهم الأرض، ويجعل الله منهم القردة والخنازير} والمعازف آلات اللهو قاله الجوهري. قال الأصحاب: وعصير العنب الذي اشتد، وقذف بالزبد حرام بالإجماع وسواء في ذلك قليله وكثيره، ويفسق شاربه ويلزمه الحد، ومن استحله كفر. قال النبي صلى الله عليه وسلم: {ما أسكر كثيره فقليله حرام} رواه النسائي وأبو داود، وقال الترمذي: إنه حسن، وفي رواية للنسائي {نهى عن قليل ما أسكر كثيره} وإسناده صحيح. قال المنذري: وهو أجود أسانيد الباب: فمن شرب المسكر وهو مسلم بالغ عاقل مختار علم بأنه مسكر وعالم بتحريمه وجب عليه الحد سواء سكر أم لا، ثم إن كان حراً جلد أربعين، لأن عبد الرحمن بن جعفر جلد الوليد بين يدي

عثمان وعلي رضي الله عنه يعد حتى بلغ أربعين فقال: أمسك. ثم قال: جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين، والكل سنة وهذا أحب إلي رواه مسلم، وفي مسلم أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام {جلد شارباً بجريدتين أربعين} فإذا رأى الإمام <ص: 187> أن يبلغ بالحد ثمانين في الحر وفي العبد أربعين فعل، لما روى مسلم {أن عمر رضي الله عنه جعله ثمانين} وقال علي لعمر رضي الله عنهما: إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وحد المفتري ثمانون. فأخذ به عمر ولم ينكره أحد وروي أنه عليه الصلاة والسلام: {جلد ثمانين} إلا أنه مرسل فالعمل على اتفاق الصحابة رضي الله عنهم، وقيل تمنع الزيادة على الأربعين، والصحيح الأول: فعليه هل الزائد عن الأربعين إلي الثمانين تعزير أم حد؟ وجهان: أصحهما أنه تعزير، لأنه لو كان حداً لما جاز تركه مع أنه يجوز، وقيل فلو كان تعزيراً لما بلغ أربعين. فالجواب أنه تعزيرات على جنایات تصدر منه من هذيان وافتراء ونحوهما، ويجوز أن يبلغ بها الحد، وفي ذلك إشكال من وجهين: أحدهما إنما يعزر به بشرط تحققه وهو غير معلوم. الثاني أنه لو كان تعزيرات لكان يجوز الزيادة على الثمانين، وقد منعوا من ذلك، كذا قاله الرافعي. واعلم أنه لا يقام الحد حال السكر فإن أقيم عليه في حال سكره ففي الاعتداد به وجهان جريان فيما إذا حد في حال جنونه والله أعلم. قال:

(ويجب عليه بأحد أمرين: بالبينة، أو الاقرار، ولا يحد بالقيء والاستنكاه). الحد عقوبة، وإنما يقام على المحدود عند ثبوته، وثبوته يحصل بطريقتين: أحدهما إقراره بغير إكراه. الثانية أن يشهد عليه رجلان فصاعداً من أهل الشهادة عليه، ثم صيغة الإقرار والشهادة إن كانت مفصلة بأن قال: شربت الخمر أو قال: شربت مما شرب منه غيري فسكر منه وأنا عالم به مختار فلا كلام، وكذا إن فصل الشاهد، فإن قال: شربت الخمر واقتصر على ذلك، أو شهد اثنان أنه شرب الخمر من غير تعرض للعلم والاختيار فوجهان: أحدهما لا حد لاحتمال جهله بأنه خمر أو أنه أكره، وكما لا بد من التفصيل في الزنا: كذلك هنا، والصحيح أنه يجب الحد لأن إضافة الشرب إلى الخمر قد أقر بها. والأصل عدم الإكراه، والظاهر في حال الشارب علمه بما شربه فصار كالإقرار بالبيع والطلاق وغيرهما، والشهادة عليهما لا يشترط التعرض فيها للاختيار والعلم بخلاف الزنا فإنه يطلق على مقدمات الجماع، وقد جاء في الحديث {العينان يزيانان}. وقوله [ولا يحد بالقيء والاستنكاه] لاحتمال كونه <ص: 188> غلطاً أو مكرهاً، ولأن غير الخمر يشاركها في رائجتها، والأصل براءة الشخص من العقوبة والشارع صلى الله عليه وسلم متشوف إلى درء الحدود والله أعلم.

[فرع]: الذي يزيل العقل من غير الأشربة: كالبنج ونحوه، والحشيش الذي يتعاطاه الأراذل والسفلة حرام لأن ذلك مسكر {وكل مسكر حرام} رواه مسلم، وفي رواية لمسلم أيضاً {كل مسكر خمر، وكل خمر حرام} وهذه الثانية نتيجتها الرواية الأولى وهي {كل مسكر حرام} لأنك إذا حذفته محمول الأولى وموضوع الثانية أنتج ما ذكرناه، ولو احتيج في قطع يد متأكلة ونحوها إلى استئصال البنج ونحوه لزوال العقل هل يجوز ذلك؟ قال الرافعي: يخرج على الخلاف في التداوي بالخمر، والمذكور في التداوي بالخمر إذا لم يجد غيرها أنه حرام على الصحيح الذي قاله الأكثرون، ونص عليه إمام المذهب: الإمام الشافعي رضي الله عنه لعموم النصوص الناهية عن ذلك، لكن قال النووي هنا من زيادة الروضة: الأصح



الجواز يعني في البنج ونحوه بخلاف التداوي فإنه لا يجوز والله أعلم. قال:

(فصل): في حد السارق. وتقطع يد السارق بست شرائط: أن يكون بالغاً عاقلاً السرقة بفتح السين وكسر الراء هي أخذ مال الغير على وجه الخفية وإخراجه من حرزه، وهي موجبة للقطع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. قال الله تعالى {والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما} والأخبار تأتي في مواضعها إن شاء الله تعالى. ثم للقطع شروط. منها ما هو معتبر في السارق، ومنها ما هو معتبر في المسروق، أما السارق فيشترط أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً سواء كان مسلماً أو ذمياً أو مرتداً فلا قطع على صبي ولا مجنون ولا مكره للحديثين المشهورين، ولو سرق المعاهد لم يقطع في الأصح، ولو سرق مسلم مال معاهد فهل يقطع؟ فيه قولان مبيحان على قطع المعاهد بسرقة مال المسلم فإن قطع قطع وإلا فلا والله أعلم. قال:

(وأن يسرق نصاباً قيمته ربع دينار من حرز مثله). يشترط في المال المسروق أن يكون نصاباً وهو ربع دينار من الذهب الخالص الضروب فلا قطع فيما <ص: 189> دونه، واحتج له بما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {لا تقطع يد سارق إلا في ربع دينار فصاعداً} رواه البخاري ومسلم واللفظ له، والمراد ربع دينار مصكوك، فلو سرق سبيكة وزنها ربع مثقال ولا تساوي ربع دينار مصكوك لم يقطع على الأصح في الروضة صححه تبعاً لتصحيح إمام الحرمين وغيره، وصحح جماعة أنه يقطع، ولو سرق مصوغاً يساوي ربع دينار ووزنه أقل لم يقطع في الأصح، ويجري الوجهان في ربع دينار قراضة لا تساوي ربع دينار مصكوك، ولو سرق شيئاً قيمته ربع دينار مصكوك قطع بلا خلاف. قاله الإمام، والدينار يعادل اثني عشر درهم وربعه ثلاثة دراهم وهو نصاب السرقة، ولهذا قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقاً في مجزئ قيمته ثلاثة دراهم، ولا فرق بين أن يعتقد السارق أنه أخذ نصاباً أم لا وكان في نفس الأمر يعدل نصاباً؛ فلو سرق فلوسياً في ظنه أنها لا تعدل نصاباً فكانت دنائير قطع لأنه سرق نصاباً وظنه خطأ، ولو عكس بأن سرق ما يظنه دنائير فكانت فلوسياً لا تعدل ربع دينار فلا قطع، ولو سرق جبة لا تعدل درهماً فكان فيها ما يبلغ نصاباً من دينار أو غيره ولم يشعر به قطع في الأصح. ثم هذا إذا كان المسروق مالاً، أما ما ليس بمال كالكلب والسرجين وجلود الميتة ونحوها لم يقطع به لأنها ليست بمال والله أعلم.

[فرع]: فلو سرق شخص آلة لهو كالطنبور والمزمار والرباب ونحوها من الآلات الخبيثة، وكذا الأصنام نظر إن لم يبلغ مفضل تلك الآلة نصاباً فلا قطع وإن بلغ نصاباً فهل يقطع؟ فيه خلاف: الراجح في الروضة: أنه يقطع لأنه مال يقوم على متلفه فأشبه ما لو سرق مفصلاً، وقيل لا يقطع بحال وصححه في المحرر. قلت: وهو قوي، واختاره الإمام أبو الفرج الرازي وإمام الحرمين لأنه آلة محرمة يجب اتلافها لأنها غير محترمة ولا محرزة كالخمر، وكل أحد مأمور بإفسادها، ويجوز الهجوم على المساكن لكسرها وإبطالها، ولا يجوز امسакها، ويجب اتلافها فهي كالمغصوب سرق من حرز الغاصب ثم هذا إذا قصد السرقة بإخراجها. أما إذا قصد أن يشهد تغييرها وإفسادها فلا قطع على المذهب المقطوع به، ولو سرق آنية ذهب أو فضة، ففي المذهب <ص: 190> - والتهديب أنه يقطع. قال الرافعي: والوجه ما قاله العمراني أنه يبنى على جواز اتخاذها إن جوزنا قطع وإلا فلا كالملاهي والله أعلم. وكما يشترط كون

المسروق نصاباً يشترط كونه محرراً فلا يقطع فيما ليس بمحرر للنص، ويختلف الحرز باختلاف الأموال لأنه صلى الله عليه وسلم فرق في الحديث بينهما والرجوع في ذلك إلى العرف لأن الحرز لم يرد فيه ضابط من جهة الشرع ولا له في اللغة ضابط، وإذا كان لا ضابط له شرعاً ولغة، رجعنا فيه إلى العرف كما في القبض في البيع والاحياء في الموات وغيرهما. قال الماوردي: فعلى هذا قد يكون الشيء حرزاً في وقت دون وقت لأن الزمان لا يبقى على حال. قال الأصحاب: والاصطبل حرز للدواب وإن كانت غالية الأثمان دون الثياب. قلت: وهذا الاطلاق فيه نظر لأن في كثير من المدن الاصطبل أحرز من كثير البيوت، فينبغي الرجوع إلى عرف المحلة والله أعلم. قال الأصحاب: وصفة الدار وعرضتها حرز للأواني وثياب البذلة أي الخدمة دون الحلبي والنقود لأن العادة احرازها في المخازن، والثياب النفيسة تحرز في الدور وبيوت الخان والأسواق المنعة والمتبن حرز للتبن، وكل شيء بحسبه حتى لو سرق الكفن من القبر قطع على المذهب المقطوع به لأنه حرز مثله والله أعلم.

[فرع]: سرق شخص طعاماً في وقت القحط والمجاعة فإن كان يوجد عزيزاً بثمن غال قطع وإن كان لا يوجد ولا يقدر عليه فلا قطع وعلى هذا يحمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام المجاعة والله أعلم. قال:

(لا ملك له فيه ولا شبهة في مال المسروق منه). يشترط لوجوب القطع أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق فلا قطع على من سرق مال نفسه من يد غيره كيد المرتهن والمست أجر والمستعير والمودع وعامل القراض والوكيل وكذا الشريك وهو قول الشيخ [لا ملك له فيه]، وإذا كان لا قطع في المال المشترك فلا قطع فيما هو محض ملكه أولى، ولو سرق ما اشتراه من يد البائع في زمن الخيار أو بعده فلا قطع وإن سرق معه مالاً آخر، فإن كان قبل أداء الثمن قطع وإن كان بعده فلا قطع على الراجح كمن سرق من دار اشتراها، ولو سرق شيئاً وهب له بعد القبول وقبل القبض فالصحيح أنه لا قطع بخلاف ما لو أوصى له بشيء فسرقه قبل موت الموصي <ص: 191> فإنه يقطع، وإن سرقه بعد موت الموصي وقبل القبول بني على أن الملك في الوصية بماذا يحصل؟ إن قلنا بالموت لم يقطع وإلا قطع، ولو أوصى للفقراء بمال، فسرقه فقير بعد موته لم يقطع كسرقة مال بيت المال، وأن سرقة غني قطع والله أعلم. وقول الشيخ [لا شبهة له في مال المسروق] احترز به عما إذا سرق مالاً له فيه شبهة أي للسارق، وفيه صور: منها سرق من يستحق النفقة بالعضية كالأب من مال ولده، وبالعكس فلا قطع، ولو سرق أحد الزوجين مال الآخر، إن لم يكن محرراً فلا قطع، وإلا فتلاثة أوجه، الراجح القطع لعموم الآية، والفرق بينه وبين نفقة الأقارب أنها لأجل إحياء النفوس، فأشبه نفسه، و نفقة الزوجة معاوضة، فأشبهه الإجارة، وقيل لا تقطع لأنها تستحق النفقة من ماله ويقطع الزوج إذا لا نفقة له فلا شبهة، وقيل غير ذلك. ومنها إذا سرق من بيت المال، وفيه تفاصيل ملخصها، وهو الصحيح أن يفصل: إن كان السارق صاحب حق في المسروق بأن سرق فقير من مال الصدقات، أو مال المصالح فلا قطع، وإن لم يكن صاحب حق فيه كالغني، فإن سرق من الصدقات قطع، وإن سرق من مال المصالح فلا قطع على الراجح، لأنه قد يصرف ذلك في عمارة مسجد أو رباط أو قنطرة فينتفع بها الغني والفقير، ولو سرق ذمي من مال المصالح قطع على الصحيح، لأنه مخصوص بالمسلمين، وانتفاع أهل الذمة إنما هو تبع، ومنها إذا سرق مستحق

الدين مال المديون، وفيه نص واختلاف، والصحيح التفصيل، فإن أخذه لا يقصد استيفاء الحق أو بقصده والمديون غير جاحد ولا مماطل قطع، وإن قصده وهو جاحد أو مماطل فلا قطع، ولا فرق بين أن يأخذ من جنس حقه أو من غيره على الصحيح، ولو أخذ زيادة على قدر حقه فلا قطع على الصحيح، لأنه إذا جاز له الدخول والأخذ لم يبق المال محرراً عنه. ومنها إذا سرق العبد من مال سيده، لأن له شبهة استحقاق نفقته. وقال أبو ثور: يقطع لعموم الآية الكريمة، والصحيح الأول، ولا فرق بين القن والمدير وأم الولد والمبعض، وكذا المكاتب في الأصح، وكذا عبد مكاتبه، قاله الماوردي. ومنها لو سرق حصر المسجد أو القناديل التي تسرح فلا قطع، لأنها معدة لانتفاع الناس، بخلاف ما لو سرق باب المسجد وسواربه ونحوهما فإنه يقطع، وكذا لو سرق ستر <ص: 192>. الكعبة شرفها الله تعالى وهو محرز بالخياطة فالمذهب أنه يقطع، وبه قطع الجمهور. وهذه المسألة، ومسألة بيت المال ملحقة بما ذكره الشيخ لأجل الشبهة، وبقي صور تركناها خشية الاطالة تعرف مما ذكرناه والله أعلم. قال:

(وتقطع يده اليمنى من الكوع، فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثاً قطعت يده اليسرى، فإن سرق رابعاً قطعت رجله اليمنى، فإن سرق بعد ذلك عزراً) إذا ثبتت السرقة المقتضية للقطع وجب شيئان. أحدهما رد المال المأخوذ إن كان باقياً، أو يد له إن كان تالفاً، يستوي في ذلك الغني والفقير. الثاني وجوب القطع فتقطع يده اليمنى، أما وجوب القطع فللآية والأخبار، وأما كونها اليمنى فللقراءة ابن مسعود رضي الله عنه في قوله تعالى {فاقطعوا أيديهما} والقراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل وهي مفسرة للأيدي المذكورة في القراءة المشهورة، وروي أنه عليه الصلاة والسلام أمر به وفعله الخلفاء الأربعة بعده رضي الله عنهم، ومن جهة المعنى أن اليمنى أقوى بالبداية بها أقطع في الردع، وادعى القاضي أبو الطيب الاجماع على ذلك، وتقطع من مفصل الكوع، لأنه عليه الصلاة والسلام {أمر به في قطع سارق رداء صفوان}، وادعى الماوردي الاجماع على ذلك سواء كان له يسرى أم لا، ولا يضاف إلى القطع التعزير، وعن الفوراني أنه يعزر، فإن عاد قطعت رجله اليسرى، لأمره به عليه الصلاة والسلام، رواه الشافعي بسنده، ولأننا لو قطعنا الرجل اليمنى لاستوفينا حد الجانبين، فيضعف فيكون فيه ضم عقوبة إلى عقوبة، وكذلك لم تقطع يده اليسرى، لئلا يستوفى منفعة الجنس فتزداد العقوبة وتقطع من مفصل القدم، كذا فعله عمر، وشرط قطعها بعد اندمال اليد، لئلا يفضي به توالي القطع إلى الهلاك بخلاف قطع المحاربة، لأن قطعها هناك حد واحد، فإن عاد قطعت اليسرى فإن عاد قطعت اليمنى، لأمره عليه الصلاة والسلام بذلك، وروى ذلك من فعل الصديق فإنه جيء برجل مقطوع اليد والرجل، فقطع يده اليسرى. فإن عاد بعد قطع الأربعة عزراً، لأن القطع ثبت بالكتاب والسنة ولم يذكر بعه شيء آخر، <ص: 193> والسرقة معصية فعزر بسببها، قال في الكافي. ويحبس حتى يثوب، وفي الجبلي: حتى تظهر توبته، وعن القديم أنه يقتل، لأنه عليه الصلاة والسلام {أمر بقطع السارق في الأربعة وقال في الخامسة اقتلوه} رواه أبو داود والنسائي، والمذهب أنه يعزر كما ذكرناه، والحديث، قال النسائي: إنه منكر، وقال الزهري: إن القتل منسوخ، لأنه عليه الصلاة والسلام {رفع إليه في الخامسة فلم يقتله} وقال الشافعي: القتل منسوخ بلا خلاف بين العلماء ولأن كل معصية أوجبت حداً لم يوجب تكرارها القتل كالزنا والقذف والله أعلم. قال:

(فصل): في حد قطاع الطريق. وقطاع الطريق على أربعة أوجه، إن قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا، وإن قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإن أخذوا المال ولم يقتلوا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، فإن أخافوا ولم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا حبسوا وعزروا) قطاع الطريق سموا بذلك لانقطاع الناس من المرور فيه خوفاً منهم، وعقوبتهم نص عليها القرآن العظيم. قال الله تعالى {إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا} الآية، فقطاع الطريق طائفة يترصدون في المكامن للرفقة، فإذا رأوهم برزوا إليهم قاصدين الأموال معتمدين في ذلك على قوة وقدرة يتغلبون بها، وفيهم شرعت هذه العقوبات الغليظة. واعلم أنه لا يشترط في قطاع الطريق الذكورة ولا العدد ولا كونهم في غير العمران، بل لو كان واحد له فضل قوة يغلب بها الجماعة على النفس والمال مجاهراً بذلك فهو قاطع الطريق، فإذا علم الامام من رجل أو من جماعة أنه يخيفون السبيل، وجب عليه المبادرة إلى زجرهم وطلبهم ثم ينظر إن لم يأخذوا المال ولا قتلوا نفساً عرزهم بالحبس وغيره، فإن أخذوا من المال قدر نصاب السرقة قطعت أيديهم اليمنى وأرجلهم اليسرى، فإذا عادوا قطعت أيديهم اليسرى وأرجلهم اليمنى، وإنما قطعوا من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة، فإن كان المال دون النصاب فلا قطع على الراجح، وإن قتل قاطع الطريق قتل وهو قتل متحتم، ولا يجوز تخليته ولا العفو عنه، وليس سبيله سبيل <ص: 194> القصاص، فلعنة الله على الظالمين، الذين يترصدون ويصدون عن سبيل الله، وإن جمع قاطع الطريق بين القتل وأخذ المال قتل وصلب، وقيل تقطع يده ورجله ويقتل ويصلب، فإذا صلب ترك مصلوباً ثلاثاً على الصحيح المنصوص، فإن نزل ودكه نزل، وإن لم ينزل ففيه خلاف الراجح: أنه لا يبقى، وقيل يترك حتى ينزل صديده، وهو الودك. والصلب يكون على خشبة ونحوها، وقيل يطرح على الأرض حتى يسيل صديده والله أعلم. قال:

(ومن تاب منهم قبل القدرة عليه سقطت عنه الحدود وأخذ بالحقوق). قاطع الطريق يجب على الامام طلبه فإن هرب يتبعه إلى أن يظفر به أو يتوب، فإن ظفر به قبل التوبة أقام عليه ما يستوجه من العقوبة المذكورة، فإن تاب بعد القدرة عليه لم تسقط عنه العقوبات لمفهوم الآية الكريمة هذا هو المذهب، وإن تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بقطاع الطريق من العقوبات لقوله تعالى {إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم} وهذا هو المذهب، فإن كان قد قتل سقطت عنه انحتام القتل، وللولي أن يقتص ويعفو، وإن كان قد قتل وأخذ المال سقط الصلب وانحتام القتل، وبقي القصاص وضمن المال، وإن كان قد أخذ المال سقط قطع الرجل، وكذا قطع اليد على المذهب وأخذ المال، وهو معنى قول الشيخ [سقطت عنه الحدود] أي انحتامها لأنها حقوق الله تعالى وبقيت حقوق الآدميين من القصاص والمال فإنها لا تسقط إن جعلنا الألف واللام في كلام الشيخ للعهد، وإن جعلناهما للجنس وكان على قاطع الطريق حدود أخرى كالزنا وشرب الخمر فهل تسقط عنه أيضاً؟ فيه قولان: رجح جماعة من العراقيين السقوط، والأظهر أنها لا تسقط لاطلاق الأدلة والله أعلم. قال:

(فصل): ومن قصد بأذى في نفسه أو ماله أو حريمه. فقتل دفعاً عنه فلا شيء عليه). من صال على شخص مسلم بغير حق يريد قتله، جاز للمقصود دفعه عن نفسه إن لم يقدر على هرب أو تحصن بمكان أو غيره، فإن قدر على ملجأ وجب عليه ذلك لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون، وهذا هو الصحيح من اختلاف <ص:

195< كثير، وقيل له الثبات ومقاتلته فإن لم يقدر على ملجأ فله مقاتلته بشرط أن يأتي بالأخف فالأخف، فإن أمكنه الدفع بالكلام أو الصياح أو الاستغاثة بالناس لم يكن له الضرب، فإن لم يندفع إلا بالضرب فله أن يضربه، ويراعى فيه المترتيب، فإن أمكن باليد لم يضربه بالسوط، وإن أمكن بالسوط لم يجر بالعصا، وإن أمكن بجرح لم يقطع عضواً، إن أمكن بقطع عضو لم يذهب نفسه، فإن لم يندفع إلا بالأتان على نفسه فله ذلك ولا قصاص عليه ولا دية ولا كفارة لقوله تعالى: {ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل} الآية، ولأن الصائل ظالم، والظالم معتد، والمعتدي مباح القتال، ومباح القتال لا يجب ضمانه والله أعلم.

وهل يجب الدفع عن نفسه إذا كان الصائل مسلماً مكلفاً؟ قيل يجب لقوله تعالى {ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة} وكما يجب على المضطر إحياء نفسه بالأكل، والراجح أنه لا يجب بل له الاستسلام أنه عليه الصلاة والسلام {لما وصف ما يكون من الفتن فقال حذيفة رضي الله عنه إنه لو أدركني ذلك الزمان فقال: ادخل بيتك واخمل ذكرك فقال: يا رسول الله أرأيت لو دخل بيتي فقال: إذا راعك بريق السيف فاستر وجهك وكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل} وفي بعض الألفاظ {وكن خير ابني آدم} أي القاتل {لئن بسطت إلي يدك لتقتلني} إلى قوله تعالى {إنني أخاف الله رب العالمين} وضح أن عثمان رضي الله عنه، منع عبدة عنه وكانوا أربعمئة فقال: من ألقى سلاحه فهو حر، وقال عليه الصلاة والسلام: {إن بين يدي الساعة فتناً كقطع الليل المظلم يصبح الرجل فيها مؤمناً ويمسي كافراً، ويمسي مؤمناً ويصبح كافراً: القاعد فيها خير من القائم، والقائم خير من الماشي، والماشي خير من الساعي: فاكسروا قسيكم واقطعوا أوتاركم واضربوا سيوفكم بالحجارة، فإن دخل على أحد منكم فليكم كخير ابني آدم} رواه ابن ماجه وأبو داود والترمذي، وقال: حسن، وصححه ابن حبان، وقال الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد <ص: 196> في الاقتراح: هو على شرط البخاري، ويخالف المضطر فإن في القتل شهادة بخلاف ترك الأكل والله أعلم. وإن قصد في ماله وإن قل كدرهم فله أن يدفعه عنه لقوله عليه الصلاة والسلام {من قتل دون ماله فهو شهيد} رواه الشيخان، وله تركه لأنه يجوز إباحته. نعم، إن كان المال حيواناً وقصد اتلافه وجب الدفع لحرمة الروح، قاله البغوي، ما لم يخف على نفسه والله أعلم.

وإن قصد حريمه كزوجته وأمته وولده ونحوه بقتل أو لينال من أحدهم فاحشة كما قاله الماوردي وجب عليه الدفع لتحريم إباحة ذلك لأنه حق غيره، وقد روي أن امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل يراودها عن نفسها فرمته بفهر فقتلته، فرفع ذلك لعمر فقال: قتل الله والله لا يودي هذا أبداً، ولم يخالفه أحد، فكان إجماعاً، وقيل في الوجوب الخلاف في الدفع عن نفسه، والمذهب الأول، وبه جزم البغوي والمتولي، وشرطاً في الوجوب: أن لا يخاف على نفسه، وإليه أشار الإمام الغزالي هل يجب الدفع عن الغير إذا لم يكن من حريمه؟ فيه طرق للأصحاب: أصحهما أنه كالدفع عن نفسه فإن كان القاصد كافراً وجب الدفع، وكذا إن كان القاصد بهيمة، وإن كان مسلماً بالغاً ففيه الخلاف، وقيل يجب الدفع هنا قطعاً لأن الحق للغير لكن بشرط أن لا يغلب على ظنه هلاك نفسه وقيل لا يجب قطعاً، وحكاه الإمام عن المحققين من علماء الأصول لأن ذلك من وظيفة الولاة دون الآحاد، فعلى هذا في جوازه خلاف والله أعلم. قال:

(وعلى راكب الدابة ضمان ما تتلفه). إذا كان مع الشخص دابة ضمن ما تتلفه من نفس أو مال سواء أتلفت ليلاً أو نهاراً، وسواء كان سائقها أو قائدها أو راكبها، وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها لأنها تحت يده وعليه تعهدها، وسواء كان الذي مع الدابة مالكة أو أجيراً أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاضباً لشمول اليد، وسواء في ذلك البهيمة الواحدة أو العدد كالإبل المقطورة أو المساقفة، وفي وجه إن كانت مما تساق كالغنم فساقها لا يضمن، وإن كانت مما تقاد فساقها ضمن، والصحيح أنه يضمن الحالين، وبه قطع الجمهور. واعلم أن ضمان <ص: 197> النفس يكون على العاقلة إذا كانت الدية طوعاً وقول الشيخ [وعلى راكب الدابة] يشمل ما إذا كان وحده، وما إذا كان معه سائق أو قائد وهو كذلك لقوة يده، ولو كان مع الدابة سائق وقائد فالضمان عليهما نصفين، ولو كان يسير الدابة فنخسها إنسان فرمحت وأتلفت شيئاً فالضمان على الناخس على الصحيح، ولو أمسك اللجام فوكبت رأسها فهل يضمن ما تتلفه؟ قولان: ليس في الروضة والراف عي ترجيح، ولو انفلتت الدابة من يد صاحبها وأتلفت شيئاً فلا ضمان عليه لخروجها من يده. قال الإمام: والدابة النزقة التي لا تنضبط بالكبح والترديد في معاطف اللجام لا تتركب في الأسواق ومن ركبها فهو مقصر وضامن لما تتلفه والله أعلم.

[فرع]: إذا كان للدابة التي هي معه ولد سائب فأتلف شيئاً ضمنه والله أعلم.

[فرع]: والدواب المرسله إذا أتلفت زرعاً أو غيره نظراً: إن أتلفته نهاراً فلا ضمان على صاحبها، وإن أتلفته ليلاً لزم صاحبها الضمان للحديث الصحيح في ذلك، والفرق من حيث المعنى أن العادة أن أصحاب الزروع والبساتين يحفظونها نهاراً، ولا بد من إرسال الدواب للمرعى، والعادة أن الدواب لا تترك منتشرة ليلاً فصاحبها مقصر في الحفظ فيضمن، فلو جرت عادة ناحية بالعكس انعكس الأمر على الصحيح جرياً على العادة واتباعاً لمعنى الخبر والله أعلم.

[فرع]: دخلت بهيمة مزرعة فصاح عليها صاحب الزرع فخرجت إلى زرع الجار، فإن اقتصر على تنفيرها من زرعه لم يضمن، وإن تبعها بعد الخروج من زرعه حتى أوقعها في زرع الغير ضمن، فلو كانت مزرعته محفوفة بالمزارع لم يجر له إخراجها لأنه لا يجوز له أن يقي ماله بمال الغير، فإن فعل ضمن ف عليه أن يتركها ويضمن مالكة ما أتلفته والله أعلم.

(تنبيه) جميع ما تقدم من الضمان على صاحب الدابة هو فيما إذا لم يوجد من صاحب المال تقصير، فإن وجد بأن عرضه للدابة أو وضعه في الطريق فلا ضمان على صاحب الدابة والله أعلم.

[مسألة كثيرة الوقوع]: وهي أن الماشي إذا وقع مقدم مداسه على مؤخر <ص: 198> مداس غيره وتمزق لزمه نصف الضمان، لأنه تمزق بفعله وفعل صاحبه والله أعلم.

(مسألة أخرى) كذلك إذا كان لشخص قطة تخطف الطيور وتقلب القذور فأتلفت شيئاً ضمنه صاحبها على الصحيح سواء أتلفت ليلاً أو نهاراً. لأن مثل هذه الهرة ينبغي أن تربط ويكف شرها وكذا الحكم في كل حيوان يولع بالتعدي ولو لم يكن للهرة ونحوها عادة بذلك فلا ضمان على الراجح لأن العادة حفظ الطعام عنها لا ربطها، وهل يجوز قتل الهرة في حال سكونها إذا كانت ضارية؟ فيه وجهان: الراجح لا، لأن ضراوتها عارضة والتحرز منها سهل بالتحفظ، وقال القاضي حسين: تقتل وتلحق بالفواسق والله أعلم. قال:

(فصل): ويقا تل أهل البغي بثلاث شرائط: أن يكون في منعة، وأن يخرجوا عن قبضة الامام وأن يكون لهم تأويل سائغ). البغي: الظلم، والباغي في اصطلاح العلماء: هو المخالف للامام العدل الخارج عن طاعته بامتناعه من أداء ما وجب عليه أو غيره بالشروط الآتية قال العلماء: ويجب قتال البغاة، ولا يكفرون بالبغي، وإذا رجع إلى الطاعة ترك قتاله وقبلت توبته. قال النووي: وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة، فإذا خرج على الامام طائفة ورامت عزله وامتنعوا من أداء الحقوق فينظر فيهم. إن وجدت فيهم شروط البغاة أجرى حكمهم عليهم وإلا فلا، وللبغاة صفات يتميزون بها عن غيرهم من الخارجين على الامام: منها أن يكونوا في منعة بأن يكون لهم شوكة وعدد بحيث يحتاج الامام في ردهم إلى الطاعة إلى كلفة ببذل مال واعداد رجال أو نصب قتال فإن كانوا أفراداً، ويسهل ضبطهم فليسوا ببغاة، ولا يشترط انفرادهم بموضع من قرية أو صحراء على الراجح عند المحققين، قال الرافعي: وربما يعتبر خروجهم عن قبضة الامام، وهذا هو الشرط الثاني عند الشيخ. ومنها أن يكون لهم تأويل يعتقدون بسببه جواز الخروج على الامام أو منع الحق المتوجه عليهم، فلو خرج قوم عن الطاعة ومنعوا الحق بلا تأويل سواء كان حداً أو قصاصاً أو مالاً لله تعالى أو للآدميين عباداً ولم يتعلقوا بتأويل فليس لهم حكم البغاة، وكذا المرتدون، ثم التأويل إن كان بطلانه مقطوعاً به فوجهان: أفقهما لاطلاق الأكثرين أنه لا يعتبر كتأويل <ص: 199> المرتدين وشبههم وإن كان بطلانه مظنوناً فهو معتبر، ولهذا قال الشيخ [تأويل سائغ]، ومن الأصحاب من يعبر عن ذلك بتأويل محتمل والكل يرجع إلى معنى فمن ذلك تأويل الخارجين على سيدنا علي رضي الله عنه حيث تمسكوا باعتقادهم أنه يعرف قتلة عثمان رضي الله عنه، ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لرضاه بقتله ومواطأته إياهم، ومن أمثلة التأويل الحامل على منع الحق ما وقع لمانع الزكاة في زمن الصديق رضي الله عنه حيث قالوا: أمرنا بدفع الزكاة إلى من صلته سكن لنا وهو رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى {خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكّهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم} وصلاة غيره ليست سكناً لنا. ومنها أن يكون لهم متبوع مطاع إذ لا قوة لمن لا تجتمع كلمتهم على مطاع، إذا عرفت هذا فمن له تأويل بلا شوكة أو شوكة بلا تأويل ليس لهم حكم البغاة والله أعلم. قال:

(ولا يقتل أسيرهم ولا يغنم مالهم ولا يذفف على جريحهم).  
قد عرفت شروط البغاة والكلام الآن في كيفية قتالهم وطريقهم طريق دفع الصائل كما مر لأن المقصود ردهم إلى الطاعة ودفع شرهم لا القتل، فإذا أمكن الأسر فلا قتل وإذا أمكن الإثخان فلا تذييف، فإن التحم القتال خرج الأمر عن الضبط فلو أسر واحد منهم أو أثن بالجرّاحة أو غيرها فلا يقتل الأسير ولا يذفف على الجريح، والتذييف تتميم القتل وتعجيله، وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقتل الأسير ويذفف على الجريح، وحثنا قوله عليه الصلاة والسلام لابن مسعود رضي الله عنه {يا بن أم عبد ما حكم من بغى من أمتي؟ قلت الله ورسوله أعلم. قال: لا يتبع مدبرهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم} ودخل الحسين بن علي رضي الله عنهما على مروان، فقال: ما رأيت أكرم من أبيك ما إن ولينا ظهورنا يوم الجمل حتى نادى مناديه ألا لا يتبع مدبر ولا يذفف على جريح، ولأن المقصود كف شرهم لا قتلهم، وتمسك الشافعي رضي الله عنه في ذلك بالآية الكريمة في قوله تعالى {فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله} وفسر الفيء في الآية

يترك القتال، <ص: 200> وبالعود إلى الطاعة أو الهزيمة، وقال أيضاً: أمر الله بقتالهم لا بقتلهم، وإنما يقال قاتلوا لمن يقاتل ويقال للمنهزم اقتلوه. قلت: وكذا يقال للأسير والمثخن إذ لا مقاتلة فيهما إذ هذه الصيغة مفاعلة وضاعاً والله أعلم. وقوله: [ولا يغنم ما لهم] لأنهم مسلمون ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب قلب، والآيات والأخبار في ذلك كثيرة والله أعلم. قال:

(فصل): في الردة. ومن ارتد عن الإسلام استتيب ثلاثاً، فإن تاب وإلا قتل ولم يغسل ولم يصل عليه ولم يدفن في مقابر المسلمين). الردة في اللغة الرجوع عن الشيء إلى غيره ومنه قوله تعالى {ولا تتردوا على أدياركم} وفي الشرع الرجوع عن الإسلام إلى الكفر وقطع الإسلام، ويحصل تارة بالقول وتارة بالفعل وتارة بالاعتقاد وكل واحد من هذه الأنواع الثلاثة فيه مسائل لا تكاد تحصر، فنذكر كل نبذة ما يعرف بها غيره. أما القول فكما إذا قال شخص عن عدوه: لو كان ربي ما عبدته فإنه يكفر، وكذا لو قال: لو كان نبياً ما أمنت به، أو قال عن ولده أو زوجته: هو أحب إلي من الله أو من رسوله، وكذا لو قال مريض بعد أن شفي: لقيت في مرضي هذا ما لو قتلت أبا بكر وعمر لم استوجهه فإنه يكفر. وذهب طائفة من العلماء إلى أن يتحتم قتله لأنه يتضمن قوله نسبة الله تعالى إلى الجور. وقضية هذا التعليل أن يلتحق بهذه الصورة ما في معناها لأجل تضمن هذه النسبة. عافانا الله تعالى من ذلك. وكذا لو ادعى أنه أوحى إليه وإن لم يدع النبوة أو ادعى أنه يدخل الجنة ويأكل من ثمارها وأنه يعانق الحور العين فهو كفر بالإجماع، ومثل هذا وأشباهه كما يقول زنادقة المتصوفة قاتلهم الله ما أجهلهم وأكفرهم وأظلم من اعتقدهم - ولو سب نبياً من الأنبياء أو استخف به، فإنه يكفر بالإجماع. ومن صور الاستهزاء ما يصدر من الظلمة عند ضربهم فيستغيث المضروب بسيد الأولين والآخرين رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول: خل رسول الله صلى الله عليه وسلم يخلصك، ونحو ذلك، ولو قال شخص: أنا نبي، وقال آخر: صدق كُفراً، ولو قال لمسلم: يا كافر بلا تأويل كفر، لأنه سمي الإسلام كُفراً، وهذا اللفظ كثير يصدر من الترك فليتفطن لذلك، ولو قال: إن مات ابني تهودت أو <ص: 201> تنصرت كفر في الحال ولو سأله كافر يريد الإسلام أن يلقنه كلمة التوحيد فأشار عليه بأن يثبت كفر، وكذا إن لم يلقته التوحيد كفر، ولو أشار على مسلم أن يكفر كفر، ولو قيل له: قلم أظفارك أو قص شواربك فإنه سنة، فقال: لا أفعل وإن كان سنة كفر، قاله الرافعي عن أصحاب أبي حنيفة وتبعهم، وقال النووي: المختار لا يكفر إلا أن يقصد استهزاء والله أعلم. ولو تقاول شخصان فقال أحدهما: لا حول ولا قوة إلا بالله فقال الآخر: لا حول ولا قوة لا تغني من جوع كفر، ولو سمع المؤذن فقال: إنه يكذب كفر، ولو قال: لا أخاف القيامة كفر، ولو ابتلى بمصائب فقال: أخذ مالي وولدي وكذا وكذا وماذا يفعله أيضاً وما بقي ما يفعل كفر، ولو ضرب غلامه وولده، فقال له شخص: ألسنت بمسلم، فقال: لا متعمداً كفر، ولو قال له شخص: يا يهودي أو يا نصراني فقال: لبيك كفر كذا نقله الرافعي وسكت عليه، وقال النووي: في هذا نظر إن لم ينو شيئاً والله أعلم. ولو قال معلم الصبيان: إن اليهود خير من المسلمين بكثير لأنهم يقضون حقوق معلمي صبيانهم كفر كذا نقله الرافعي عن أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه وسكت عليه وتبعه النووي. قلت: وهذا اللفظ كثير الوقوع من الصنائعية والمتعيشة وفي التكفير بذلك نظر ظاهر إذ إخراج مسلم عن دينه بلفظة لها محمل صحيح لا سيما عند القرينة الدالة على أن المراد أن معاملة هذا



أجود من معاملة هذا لا سيما إذا صرح بأن هذا مراده أو وقع في لفظ صريح كالمسألة المنقولة والله أعلم. ولو عطس السلطان أو نحوه من الجبابة فقال رجل: يرحمك الله فقال آخر: لا تقل للسلطان هذا كفر نقله الرافعي عن أصحاب أبي حنيفة وأقرهم، وقال النووي: إنه لا يكفر بمجرد هذا ولو قيل لرجل ما الإيمان؟ فقال: لا أدري كفر كذا نقله الرافعي عن أصحاب أبي حنيفة وأقرهم وتبعه النووي. قلت: هذه المسألة وأشباهاها كثيرة الوقوع وفي التكفير بذلك نظر لا يخفى، ولو قال مسلم لمسلم: سلبه الله الإيمان هل يكفر؟ أو قال لكافر: لا رزقه الله الإيمان، قال القاضي حسين عن بعض الأصحاب في مسألة سلب الإيمان: إنه يكفر لأنه رضي بالكفر والجمهور لا يكفر لأنه دعا بتشديد الأمر عليه والعقوبة به لا رضى بالكفر، والله أعلم. وأما الكفر بالفعل فالكالسجود للصنم والشمس والقمر <ص: 202> - وإلقاء المصحف في القاذورات والسحر الذي فيه عبادة الشمس، وكذا الذبح للأصنام والسخرى باسم من أسماء الله تعالى أو بأمره أو وعيده أو قراءة القرآن على ضرب الدف، وكذا لو كان يتعاطى الخمر والزنا ويقدم اسم الله تعالى استخفافاً به فإنه يكفر، ونقل الرافعي عن أصحاب أبي حنيفة أنه لو شد الزنار على وسطه كفر. قال: واختلفوا فيمن وضع قلنسوة المجوس على رأسه والصحيح أنه يكفر، ولو شد على وسطه حبلاً فسئل عنه فقال: هذا زنار فالأكثر على أنه يكفر وسكت الرافعي على ذلك، وقال النووي: الصواب أنه لا يكفر إذا لم يكن له نية وما ذكره النووي ذكره الرافعي في أول الجنائيات في الطرف الرابع ما حاصله موافقة النووي وإن لبس زي الكفارة بمجرد لا يكفون ردة، ونقل الرافعي عن أصحاب أبي حنيفة أن الفاسق إذا سقى ولده خمراً فنثر أقرباؤه الدراهم والدنانير فإنهم يكفرون وسكت الرافعي عليه، وقال النووي: الصواب أنهم لا يكفرون، ولو فعل فعلاً أجمع المسلمون على أن لا يصدر إلا من كافر، وإن كان مصرحاً بالإسلام مع فعله كالسجود للصليب أو المشي إلى الكنائس مع أهلها بزيتهم من الزنابير وغيرها فإنه يكفر، ولو صلى شخص بغير وضوء متعمداً أو في ثوب نجس أو إلى غير القبلة هل يكفر؟ قال النووي: مذهبنا ومذهب الجمهور أنه لا يكفر إن لم يستحله، والله أعلم. وأما الكفر بالاعتقاد فكثير جداً: فمن اعتقد قدم العالم أو حدوث الصانع أو اعتقد نفي ما هو ثابت لله تعالى بالاجماع أو أثبت ما هو منفي عنه بالاجماع كالألوان والاتصال والانفصال كان كافراً، أو استحله ما هو حرام بالإجماع، أو حرم حلالاً بالاجماع أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب كفر، أو نفي وجوب شيء مجمع عليه علم من الدين بالضرورة كفر كذا ذكره الرافعي والنووي. هذا لكن هنا تنبيه هو أن المجسمة ملتزمون بالألوان والاتصال والانفصال وكلام الرافعي في كتاب الشهادات يقتضي أن المشهور أنا لا نكفرهم وتبعه النووي على ذلك إلا أن لنووي جزم في صفة الصلاة من شرح المذهب بتكفير المجسمة. قلت: وهو الصواب الذي لا محيد عنه إذ فيه مخالفة صريح القرآن، قاتل الله المجسمة والمعطلة ما أجرأهم على مخالفة من {ليس كمثله شيء وهو السميع البصير} وفي هذه الآية رد على الفرقتين والله <ص: 203> أعلم.

ومن استحله الخمر أو لحم الخنزير أو الزنا أو اللواط أو أن السلطان يحلل أو يحرم ككثير من الظلمة يعتقد أن السلطان إذا غضب على أحد وأنعم على آخر من دونه من ماله أنه يحل له ذلك ويدخل على الأموال والابضاع مستحلاً له بإذن السلطان، وكذا من استحله المكوس، ونحو ذلك مما هو حرام بالإجماع، والرضا بالكفر

كفر، والعزم على الكفر كفر في الحال وكذا لو تردد هل يكفر كفر في الحال، وكذا تعليق الكفر بأمر مستقبل كفر في الحال، ولو قال شخص لخطيب أو واعظ: أريد الإسلام فلقني كلمة الشهادة فقال: أقعد حتى أفرغ وألقنك كفر في الحال ولو تمنى شخص أن لا يحرم الله الخمر أو لا يحرم المناكحة بين الأخ والأخت لا يكفر، بخلاف ما لو تمنى أن لا يحرم الله الظلم والزنا وقتل النفس بغير حق فإنه يكفر، والضابط فيه أن ما كان حلالاً في زمان فتمنى حله لا يكفر والله أعلم.

[فرع]: ارتكاب ك بائر المحرمات ليس بكفر ولا يسلب اسم الإيمان، والفاسق إذا مات ولم يتب لا يخلد في النار والله أعلم. إذا عرفت هذا فمن ثبت رده فهو مهدور الدم لأنه أتى بأفحش أنواع الكفر وأغلظها حكماً. قال الله تعالى {ومن يرتدد منكم عن دينه إلى قوله {خالدون} وهل تستحب توبته أو تجب قولان: أحدهما تستحب لقوله عليه الصلاة والسلام {من بدل دينه فاقتلوه} والصحيح أنها تجب لما روت عائشة رضي الله عنها {أن امرأة ارتدت يوم أحد فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تستتاب، فإن تابت وإلا قتل} ولأن الأغلب في الردة أن تكون عن شبهة عرضت فلم يجز القتل قبل كشفها، والاستتابة منها كاهل الحرب فإننا لا نقتلهم إلا بعد بلوغ الدعوة وإظهار المعجزة، وقيل لا يقبل إسلام الزنديق وهو الذي يخفي الكفر ويظهر الإسلام. قال الروياني: والعمل على هذا، وقيل إن كان من المتناهين في الخبث كدعاة الباطنية لا تقبل توبته ورجوعه إلى الإسلام ويقبل من عوامهم، وقيل إن أخذ ليقتل لم تقبل توبته، وإن جاء ابتداءً تائباً وظهرت أمارات الصدق قبلت، وقيل إن تكررت منه الردة لم تقبل توبته، والصحيح الذي نص عليه الشافعي، وبه قطع العراقيون أنها تقبل توبته بكل حال وهل يمهل؟ قيل نعم ويكون ثلاثاً، لأنه قدم <ص: 204> رجل على عمر رضي الله عنه من الشام، فقال له: هل من معرفة خبر؟ قال: نعم رجل كفر بعد إسلامه فقتلناه، فقال عمر: هلا حبستمونه في بيت ثلاثاً. اللهم لم أحضر ولم أمرهم ولم أرض إذ بلغني. اللهم إني أبرأ إليك من دمه. والصحيح أنه يستتاب في الحال لحديث عائشة رضي الله عنها وغيره، ولأنه حد فلم يؤخر كسائر الحدود، فإن تاب قبلت توبته لقوله تعالى قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف، ولقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وغير ذلك من الآيات والأخبار، وإلا قتل لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الحديث، وإذا قتل فلا يغسل ولا يصلى عليه ولا يدفن مع المسلمين لأنه كافر لا حرمة له والله أعلم. قال:

(وتارك الصلاة إن تركها غير معتقد لوجوبها فحكمه حكم المرتد، وإن تركها معتقداً لوجوبها فيستتاب، فإن تاب وإلا قتل حداً، وحكمه حكم المسلمين). إذا امتنع شخص من فعل الصلاة نظر إن كان لكونه منكرًا لوجوبها وهو غير معذور لعدم إسلامه ومخالطة المسلمين كفر لأنه جحد أصلاً مقطوعاً به، ولا عذر له فيه فتضمن جرده تكذيب الله تعالى ورسوله، ومن كذبهما فقد كفر، ويقتل لقوله عليه الصلاة والسلام {من بدل دينه فاقتلوه} رواه البخاري وحكمه حكم المرتد فيما تقدم، وإن تركها وهو يعتقد وجوبها إلا أنه تركها تكاسلاً حتى خرج الوقت فهل يكفر؟ قيل نعم لقوله عليه الصلاة والسلام {بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة} رواه مسلم وأخذ به خلائق: منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه والسيد الجليل عبد الله بن المبارك، وكذا إسحاق بن راهويه، وهو رواية عن

الإمام أحمد، والصحيح وبه قال الجمهور أنه لا يكفر لقوله عليه الصلاة والسلام { لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير حق } ولقوله صلى الله عليه وسلم { من شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأن عيسى عبد الله وكلمته ألقاها إلى مريم وروح منه وأن >ص: 205< الجنة حق، وأن النار حق، أدخله الله الجنة على ما كان من عمله } رواه الشيخان، ولأن الكفر بالاعتقاد واعتقاده صحيح، والحديث الذي استدل به من قال بالتكفير محمول على جاحد الوجوب، فعلى الصحيح يستتاب لأنه ليس بأسوأ حالاً من المرتد، فإن تاب، وتوبته أن يص لي وإلا قتل بضرب عنقه على المذهب لقوله صلى الله عليه وسلم { فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة } وقيل يضرب بالخشب إلى أن يموت، وقيل ينحس بحديدة إلى أن يصلي أو يموت، فإذا مات غسل وصلي عليه ودفن في مقابر المسلمين لأنه مسلم، وقيل لا يغسل ولا يصلى عليه ولا يرفع نعشه ويطمس قبره اهانة له باهماله هذا الفرض الذي هو شعار ظاهر في الدين والله أعلم.

[فرع]: تارك الوضوء والغسل يقتل على الصحيح، ولو ترك الجمعة وقال: أنا أصلي الظهر ولا عذر له قال الغزالي: لا يقتل لأن لها بدلاً وتسقط بالأعذار، وجزم الشاشي بأنه يقتل ورجحه النووي واختاره ابن الصلاح والله أعلم.

### {كتاب الجهاد}

الجهاد فرض على الكفاية، لقوله تعالى { لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله } الآية وغير ذلك، ولأنه لو كان فرض عين لتعطلت المعاش والمزروعات وخربت البلاد، نعم قد يعرض ما يوجب ذلك على كل أحد كما سنذكره إن شاء الله تعالى، فإذا قام بالجهاد من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقيين، لأن هذا شأن فروض الكفايات، ثم الكفاية تحصل بشيئين: أحدهما شحن الثغور بجماعة يكفون من بازائهم من العدو، فإن ضعفوا وجب على كل من وراءهم من المسلمين أن يمدوهم بمن يتقون به على قتال عدوهم. والثاني أن يدخل الإمام دار الكفار غازياً بنفسه أو يبعث جيشاً ويؤمر عليهم من يصلح لذلك، فلو امتنع الكل من القيام بذلك حصل الاثم، لكن هل يعم الجميع أم يختص بالذين يدنون إليه؟ فيه وجهان: المذكور في الحاوي للماوردي وتعليق القاضي أبي الطيب أنه يأثم الكل، >ص: 206< وصح النووي أنه يأثم كل من لا عذر له. واعلم أنه يستحب الاكثار من الجهاد للآيات والأخبار الواردة في ذلك وأقل ما يجب في السنة مرة لأنه عليه الصلاة والسلام { لم يتركه منذ أمر به في كل سنة } والافتداء به واجب، ولأنه سبحانه وتعالى قال { أو لا يرون أنهم يفتنون في كل عام مرة أو مرتين } قال مجاهد: نزلت في الجهاد ولأنه فرض يتكرر، وأقل ما يجب التكرر في كل سنة مرة كالصوم والزكاة، فإن دعت الحاجة إلى أكثر من مرة في السنة وجب لأنه فرض كفاية، فيقدر بقدر الحاجة والله أعلم. قال:

(وشروط وجوب الجهاد سبعة: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورة والصحة والطاقة على القتال). قد علمت مما مر أن الجهاد فرض كفاية، وأنه لا يجب إلا على مسلم بالغ عاقل حر ذكر مستطيع، فمن اجتمعت فيه هذه الصفات فهو من أهل فرض الجهاد بالاتفاق، أما الكافر فلا جهاد عليه لأن الشخص لا يخاطب بقتل نفسه، وأما الصبي فلقوله تعالى { ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج } الآية، قيل المراد

بالضعفاء الصبيان لضعف أيدانهم، وقيل المجانين لضعف عقولهم، وللخبر المشهور {رفع القلم عن ثلاثة} منهم الصبي والمجنون ولأنه عليه الصلاة والسلام رد زيد بن ثابت ورافع بن خديج والبراء بن عازب وابن عمر رضي الله عنهم يوم بدر واستصغروهم، وفي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: {عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ولم يجزني في القتال، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني} وأما الحرية فاحتراز عن الرق فلا جهاد على رقيق لقوله تعالى {وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم} فلم يتوجه له الخطاب لأنه لا مال له، فدخل في قوله تعالى {ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج}، وروى جابر رضي الله عنه {أن عبداً قدم فبايع رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعه على الإسلام والجهاد، فقدم صاحبه فأخبر أنه مملوكه فاشتراه رسول الله صلى الله عليه وسلم منه <ص: 207> - بعبدين فكان بعد ذلك إذا أتاه من لا يعرفه يبايعه سأله أحر هو أم مملوك، فإن قال حر بايعه على الإسلام والجهاد، وإن قال: عبد بايعه على الإسلام، دون الجهاد} ولأنه لا يسهم له ولو كان من أهل فرض الجهاد لأسهم له، والمدبر والمكاتب والمبعض كالقن. وأما الذكورة فاحتراز عن الأنوثة فلا يجب الجهاد على المرأة لقوله تعالى {يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال} واطلاق المؤمنين لا يدخل فيه النساء عند الشافعي إلا بدليل، وسئلت عائشة رضي الله عنها عن الجهاد فقالت: جادهن الحج وأما الاستطاعة فاحتراز عن لا يستطيع كالمريض والأعمى والأعرج لأنهم لا يقدر على الجهاد، ولهذا أنزل الله تعالى فيهم {ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج} الآية وسورة الفتح نزلت في الجهاد بالاتفاق، ولا يجب على مقطوع الرجل واليد، فإن قطع بعضها فإن كان الأقل وجب أو الأكثر فلا. قاله الماوردي، ولا يجب على الفقير الذي لا يجد ما ينفق على نفسه وعياله، أو لا يجد ما يحمل عليه وهو على مسافة القصر، وإن قدر على المشي لقوله تعالى {ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج} ولو كان العدو دون مسافة القصر لم يشترط وجود الراحلة إن قدر على المشي، ويشترط في هذه الحالة وجدان النفقة إلا أن يكون العدو باب بلده والله أعلم. ثم هذا كله إذا لم يظأ الكفار بلد المسلمين، فإن وطؤوها وغشوا المسلمين وعلم كل واقف عليه من الكفار أنه إن أخذه قتله فعليه أن يتحرك ويدفع عن نفسه بما أمكن، يستوي في ذلك الحر والعبد والمرأة والأعمى والأعرج والمريض، ولأنه قتال دفاع عن الدين لا قتال غزو فلزم كل مطيق والله أعلم. قال:

(ومن سبي من الكفار يكون على ضربين: ضرب يكون رقيقاً بنفس السبي، وهم النساء والصبيان، وضرب لا يرق بنفس السبي، وهم الرجال البالغون، والامام مخير فيهم بين أربعة أشياء: القتل والاسترقاق والم ن والفدية بالمال أو بالرجال يفعل من ذلك ما فيه المصلحة). يحرم <ص: 208> - قتل نساء الكفار وصبيانهم، وكذا المجانين إلا أن يقاتلوا لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتلهم وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتلهم بعض غزواته فوجد امرأة مقتولة فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم قتل النساء والصبيان} رواه الشيخان، فإذا سبي رقيق بالأسر لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقسم السبي كما يقسم المال، وحكم المجنون كالصبي، صرح به القاضي حسين، وإن كان المسيبي امرأة رقت بالأسر لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقسم السبي كما يقسم المال، قال الماوردي: هذا في الكتابية، فإن كانت مما لا كتاب لها

كالدهرية وعبدة الأوثان فإن امتنعت من الإسلام قتلت عند الشافعي. قال ابن الرفعة: يظهر أن يجيء فيها ما سنذكره في الأسير، وإن أسر حر مكلف من أهل القتال، فللإمام أو أمير الجيش كما قاله الماوردي وغيره أن يختار ما فيه المصلحة من القتال أو الاسترقاق عربياً كان، أو أعجمياً ممن له كتاب أو ممن لا كتاب له، والمن والمفاداة بمال المأسور أو غيره أو بمن أسير من المسلمين. ودليل جواز القتل إذا رآه مصلحة، ككونه شجاعاً أو ذا رأي قوله تعالى {فاقتلوا المشركين} وقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم عقبة بن أبي معيط، والنضر بن الحارث صبراً يوم بدر.

ودليل الاسترقاق إذا رآه مصلحة لكونه كثير العمل ولا رأي له ولا شجاعة، أنه عليه الصلاة والسلام {استرق بني قريظة وبني المصطلق وهوازن} وادعى القاضي أبو الطيب الاجماع على ذلك. ودليل جواز المن بكونه مائلاً إلى الإسلام أو ذا مال أو شرف قوله تعالى {فإما منا بعد وإما فداء} ومن رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر على أبي العاص بن الربيع، ومن على أبي عزة الجمحي على أن لا يقاتله، ففقتل فقاتله في أحد فأسر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده، وأسر المسلمون ثمانية بن أثال الحنفي وربطوه بسارية في المسجد فأطلقه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفادى أهل بدر بالأموال، وقال القاضي حسين: يخير في خصلة خامسة، وهو تخليده في السجن إلى أن يرى فيه رأيه والله أعلم.

[فرع]: لو كان المأسور عبداً فلا يجري فيه التخيير بل يتعين استرقاقه، فلو رأى أن يمن عليه لم يجز إلا برضا الغانمين، وفي الحاوي للماوردي أنه لو رأى أن يفادى به أسرى من المسلمين ويعوض عنه الغانمين جاز، وفي المهذب أنه لو رأى قتله، قتله وضمنه <ص: 209> للغانمين لأنه مال، ويجوز استرقاق بعض الشخص على الصحيح والله أعلم. قال:

(ومن أسلم قبل الأسر أحرز ماله ودمه وصغار أولاده). من أسلم من الكفار قبل أسره والظفر به عصم دمه وماله، كما نص عليه الشارع صلى الله عليه وسلم {فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم} سواء أسلم وهو محصور، وقد قرب الفتح أو أسلم حال أمنه وسواء أسلم في دار الحرب أو الإسلام لإطلاق الخبر، ويعصم أيضاً أولاده الصغار عن السبي، ويحكم بإسلامهم تبعاً له، والحمل كالمفصل فلا يسترق ويتبع أمه، وهل يعصم إسلام الجد ولد ابنه الصغير؟ فيه أوجه الصحيح نعم، والمجنون من الأولاد كالصغار، وإن كان بالغاً عاقلاً، ثم جن عصم أيضاً على الصحيح، وكذا لو أسلمت المرأة قبل الظفر بها عصمت نفسها ومالها وأولادها الصغار، وفي أولادها الكبار قول، وهو شاذ مردود. وقول الشيخ [وصغار أولاده] احتراز به عن الأولاد البالغين العقلاء فلا يعصمهم إسلام الأب لاستقلالهم بالإسلام، وقضية كلام الشيخ أن إسلامه لا يعصم زوجته عن الاسترقاق وهو كذلك على المذهب، ونص عليه الشافعي والله أعلم. قال:

(ويحكم للصبي بالإسلام عند وجود ثلاثة أسباب: أن يسلم أحد أبويه، أو يسبي منفرداً عن أبويه، أو يوجد لقيطاً في دار الإسلام). الإسلام صفة كمال وشرف {يعلو ولا يعلى عليه}، كما قاله ابن عباس ذكره البخاري في صحيحه {ويزيد ولا ينقص}، كما قاله رسول الله صلى الله عليه رواه أبو داود، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وإذا كان كذلك ناسب أن يحكم بإسلام الصبي تبعاً للسابي، قال الشيخ أبو حامد: وهذا بالإجماع، وعلته أن الصبي لا يستقل بنفسه

إذاً لا حكم لكلامه فيتبع السابي، لأنه كالأب في الحضنة، وقال إمام الحرمين: السبي قلبه عما كان عليه قلباً كلياً. فإنه كان محكوماً بحريته وباستقلاله إذا بلغ، والآن قد استترق بالسبي حتى كأنه عدم وافتتح له وجود، وقيل يبقى محكوماً بكفره، لأن يده يد مالك فأشبهت يد المشتري والصحيح الأول، وعلى هذا هل يحكم بإسلامه ظاهراً فقط أم ظاهراً وباطناً؟ وجهان. فإذا بلغ <ص: 210> ووصف بالكفر أقر على الأول دون الثاني، ولو كان السابي ذمياً لم يحكم بإسلام الصبي المسي على الصحيح، ولو كان السابي مجنوناً أو مراهقاً حكم بإسلام المسي تبعاً أيضاً حكاه البغوي. هذا حكم السابي. وأما إذا كان أحد أبويه مسلماً وقت العلق فهو مسلم، ويعلو ولا يعلو عليه، ولأنه إذا تبع السابي في الإسلام فتبعته لأحد أبويه أولى للبعضية. ومن الأسباب الذي يحكم بها بإسلام الصغير أن يوجد لقيطاً بدار الإسلام تغليياً للإسلام والمدار، لأنه يعلو ولا يعلو عليه، ولقوله صلى الله عليه وسلم {ما من مولود إلا يولد علي الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، وفي لفظ أو يشركانه، فقال رجل أرأيت يا رسول الله لو مات يقبل ذلك فقال: الله أعلم بما كانوا عاملين} رواه الشيخان. واعلم أن الحكم بإسلام اللقيط لا يختص بدار الإسلام، بل لو كانت دار كفر وفيها مسلمون، بل مسلم أسير أو تاجر أو وجد لقيط هناك فإننا نحكم بإسلامه على الأصح، لأن الإسلام يزيد ولا ينقص. واعلم أن من حكمنا بإسلامه بالدار لو جاء ذمي وأقام بينة مقبولة بنسبه لحقه وتبعه في الكفر، لأن البينة أقوى من الدار ولو اقتصر على الدعوى فالمذهب أنه لا يتبعه في الكفر والله أعلم. وقد يؤخذ من كلام الشيخ أن الصبي لا يصح إسلامه استقلالاً وهو كذلك على الصحيح، وإن كان مميزاً لأنه لا عبارة له، ولهذا لا يصح كفره ولا يقع طلاقه ولا ينفذ عتقه وبيعه وجميع معاملاته والله أعلم. قال:

(فصل): ومن قتل قتيلاً أعطي سلبه. وتقسم الغنيمة بعد ذلك فيعطى أربعة أخماسها لمن شهد الوقعة للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم). من غرر بنفسه وهو من أهل السهمان في قتل كافر ممنوع في حال القتال استحق سلبه سواء شرط له الإمام ذلك أم لا لقوله صلى الله عليه وسلم {من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه} رواه الشيخان وغيرهما، وروى أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال: {من قتل كافراً فله سلبه} فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم. ولا فرق بين أن يقتله مبارزة أو انغمر في الصف فقتله أو جاءه من ورائه وهو يقاتل <ص: 211> فقتله، لأن أبا قتادة رضي الله عنه قال: خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر فرأيت رجلاً من المشركين قد علا رجلاً من المسلمين فاستدرت حتى أتته من ورائه فضربته على حبل عاتقه ضربة فأقبل علي فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت، ثم أدركه الموت فأرسلني إلى أن قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه} فقامت فقصت القصة، فقال رجل: صدق يا رسول الله، قال: فأعطه فأعطانيه فابتعت به مخرفاً في بني سلمة فإنه أول مال تأثلته في الإسلام. المخرف بفتح الميم البستان وبكسرهما ما يجنى فيه الثمار، وفي معنى القتل ما إذا أزال كفاية شره بأن أثخنه أو أزال امتناعه بعمي أو قطع يده ورجليه أو يديه في الأظهر لا قطع يد أو رجل، ولو أسره استحق سلبه في الأظهر لأنه كفى شره ولو لم يكن من أهل السهمان إلا أنه من أهل الرضخ كالعبد والصبي والمرأة، وكذا الكافر وحضر بإذن الإمام فإنه يستحق السلب على الأصح إلا الكافر على المذهب، ولو

اشترك جماعة في قتل واحد اشتركوا في سلبه، والسلب هو ما على القتل من ثياب وخف وآلات حرب كدرع ومغفر وسلاح ومركوب يقاتل عليه أو ماسكاً عنانه ويقا تل راجلاً وما على المركوب من سرج ولجام ومقود وغيرها، وكذا طوق وسوار ومنطقة وهميان ونفقة فيه وجنيبة يقاد معه في الأظهر لا حقيبة مشدودة على الفرس وما فيها من دراهم وأمتعة على المذهب ولا ثياب وأمتعة خلفه في الخيمة، فإذا أخذ السلب فلا يخمس على المذهب، ثم بعده يخرج الإمام أو نائبه المؤمن اللازمة كأجرة حمال وحافظ وغيرهما، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية، ويأخذ خمس رقا ع يكتب على واحدة لله أو للمصالح وعلى أربع للغانمين وي درجها في بنادق من طين ويخرج لكل قسم رقعة بعد الخلط، فمن خرج عليه أسهم الله تعالى جعله بين أهل الخمس على خمسة، ومنه يكون النفل في الأصح، ويقسم الباقي على الغانمين لقول تعالى: {واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة} الآية فإذا خرج سهم الخمس صار الباقي للغانمين، وهذه الآية نظير قوله تعالى: {وورثه أبواه فلأمه الثلث} أي ولأبيه الباقي فيعطي للراجل سهم ولل فارس ثلاثة أسهم، لأنه عليه الصلاة والسلام {فعل ذلك يوم خيبر} رواه ابن ماجه، وفي رواية لأبي <ص: 212> داود {سهم للراجل ولل فارس ثلاثة أسهم سهمين لفرسه وسهماً له} وفي لفظ البخاري {جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهماً} وفي رواية ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم {قسم يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهماً} رواه البخاري ومسلم وفسره نافع مولى ابن عمر، فقال: إذا كان مع الرجل فرس فله ثلاثة أسهم، فإن لم يكن له فرس فله سهم. والمراد بالفارس هنا من حضر الوقعة وهو من أهل فرض القتال بفرس يقاتل عليه مهيناً للقتال سواء كان عتيقاً أو برذوناً أو هجيناً أو مقرفاً سواء قاتل عليه أم لا لعدم الحاجة إليه، وكذا لو قاتل على حصار حصن أسهم لفرسه، لأنه أعده ليلحق به أهل الحصن لو هربوا وكذا لو قاتل في البحر يسهم لفرسه، لأنه ربما انتقل إلى البر فقاتل عليه، نص عليه الشافعي في الأم، وحمله ابن كج على ما إذا قربوا من الساحل، واحتمل أن يخرج ويركب، أما إذا لم يحتمل الحال الركوب فلا معنى لاعطاء الفرس ونحوه والله أعلم. قال:

(ولا يسهم إلا لمن استكملت فيه خمس شرائط، الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورة، فإن اختل شرط من ذلك رضح له ولم يسهم) لا سهم لهؤلاء لأنهم ليسوا من أهل فرض الجهاد، وأما الرضح فلعله صلى الله عليه وسلم. أما الكفار إذا حضروا بإذن الإمام فإنه يرضخ لهم إذا لم يستأجروا، لأنه عليه الصلاة والسلام {استعان بيهود بني قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم} فإن حضر بغير إذن الإمام لم يرضخ له على الأصح، لأنه متهم في موالة أهل دينه بل للإمام تعزيره إن رأى ذلك، وأما الصبي فإنه يرضخ له سواء أذن له الإمام أم لا، لأنه حصل به نفع وتكثير سواد، ولفظ الشافعي دال على أنه عليه الصلاة والسلام {أرضخ له} ولا يسهم له، لأنه ليس من أهل فرض الجهاد، وفي الحاوي للماوردي إلحاق المجنون بالصبي، وادعى أنه عليه الصلاة والسلام أرضخ له. وأما العبد فلا يسهم له ويرضح، لأنه ليس من أهل فرض الجهاد وفيه نفع قوي وتكثير، وقد رضح رسول الله صلى الله عليه وسلم لعмир مولى أبي اللحم يوم خيبر، رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح ولم يسهم له. وأما العقل فقد مر حكم المجنون. وأما المرأة فلا يسهم لها فإنها ليست <ص: 213> من أهل فرض الجهاد، نعم يرضخ لها سواء كان

لها زوج أم لا وسواء أذن الإمام أم لا، لأن كتاب ابن عباس رضي الله عنهما إلى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما أن يضرب لهن بسهم فلا، وقد كان يرضخ لهن، أخرجه مسلم والله أعلم. قال:

(ويقسم الخمس على خمسة أسهم: سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم ويصرف بعده للمصالح، وسهم لذوي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل). قد مر أن الغنيمة تخمس وأن الخمس الواحد يكتب عليه لله عز وجل أو للمصالح فهذا الخمس يخمس أيضاً لقوله تعالى {واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول} الآية، فأضيف لله وللرسول ولبقية الأصناف، وصدر بذكر الله تعالى تبركاً، وقيل ليعلم أنه ليس مختصاً بالنبي صلى الله عليه وسلم اختصاصاً يسقط يموته، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يقسم الخمس أيضاً أخماساً سهم له صلى الله عليه وسلم كان ينفق منه على نفسه الكريمة، وعلى عياله ومصالحه وما فضل جعله في السلاح عدة في سبيل الله تعالى وسائر للمصالح ويصرف بعده للمصالح لقوله عليه الصلاة والسلام {والخمس مردود فيكم} ولا يمكن رده إلى جميع المسلمين إلا بجعله في المصالح، وأهمها سد الثغور بالرجال والعدد لإصلاحها لأن فيها حفظ المسلمين. والثغور مواضع الخوف ثم الأهم فالأهم من أرزاق القضاة والمؤذنين وغيرهم من المصالح، قاتل الفقهاء المؤازرين للأمراء الجورة الذين لم يزالوا يمشون إليهم ويقرونهم على مخالفة الشريعة، حتى أماتوا العمل بكلام الله وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم في مثل ذلك وغيره والله أعلم.

السهم الثاني من الخمس لذوي القربى وهم أقرباء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم بنو هاشم وبنو المطلب دون غيرهم، لما روى جبير بن مطعم رضي الله عنه قال: مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا: أعطيت بني هاشم وبني المطلب من خمس خبير وتركتنا ونحن وهم بمنزلة واحدة منك فقال {إنما بنو هاشم وبنو المطلب شئ واحد فقال جبير: ولم يقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم لبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً} رواه <ص: 214> - البخاري، وجبير من بني نوفل، وعثمان من بني عبد شمس، ورسول الله صلى الله عليه وسلم من بني هاشم. وهاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس هم أولاد عبد مناف والله أعلم.

السهم الثالث لليتامى والفقراء لأن ذلك شرع إرفاقاً فكان لمن يتوجه إليهم المعونة والرحمة وهم الفقراء دون الأغنياء، وهذا هو الصحيح، وقيل يشترك فيه الأغنياء والفقراء كذوي القربى، ولا طلاق الآية، ولأنه لو اعتبر فيهم الفقر لدخلوا في جملة المساكين، وهذا ضعيف جداً لأن غنا اليتيم بالمال فوق غناه بالأب ومع الأب لا يعطى، فكذا مع المال، فعلى الصحيح لا تجب التسوية بل يجوز تفضيل بعضهم على بعض بالاجتهاد ولا التعميم بخلاف بني هاشم وبني المطلب فإنه يجب تعميمهم ويعطى الذكر مثل حظ الانثيين لأن سهمهم مستحق بالشرع بقراءة الأب فأشبه الأثر. واليتيم اسم لصغير لا أب له عند الجمهور، وقيل لا أب له ولا جد والله أعلم.

السهم الرابع للمساكين للآية الكريمة ويندرج فيه الفقراء، والأصح أنه عام لجميع المساكين، وقيل يختص به مساكين المجاهدين، الذين عجزوا عنه لمسكنة أو زمانة، فعلى الصحيح يجوز أن يختص به البعض ويجوز التفضيل ويجوز لهم الجمع بينه وبين



الزكاة والكفارة قاله الماوردي، وجزم الرافع ي بمنع الاقتصار على ثلاثة منهم، وكذا في بني السبيل والله أعلم.

[فرع]: لو كان اليتيم مسكيناً أعطى بسهم اليتيم لأنه صفة لازمة والمسكنة زائلة قاله الماوردي. قلت: وفيه نظر لأن اليتيم صفة محققة الزوال عند الحياة لا محالة بالبلوغ، والمسكنة قد تستمر إلى الممات إلا أن يزول اللزوم في الحال والله أعلم.

(فصل): ويقسم مال الفيء على خمس فرق خمسة على من يفرق عليهم خمس الغنيمة ويعطى أربعة أخماسه للمقاتلة، وفي مصالح المسلمين). لما <ص: 215> ذكر الشيخ حكم الغنيمة عقبه بحكم الفيء ولا بد من معرفة كل منهما: أما الغنيمة فهي مشتقة من الغنم، وهو الفائدة الحاصلة بلا بذل. وأما الفيء فهو مأخوذ من قولهم، فإذا رجع: أي صار للمسلمين، هذا من حيث اللغة. وأما من جهة الشرع فالغنيمة ما أخذ من الكفار بالقتال وإيجاف الخيل، والركاب. والإيجاف الأعمال، وقيل الإسراع، وأما الفيء فهو كل ما أخذ من الكفار من غير قتال كالمال الذي تركوه فزعاً من المسلمين والجربة والخراج والأموال التي يموت عنها من لا وارث له من أهل الذمة، ونحو ذلك كمال المرتد، إذا قتل أو مات وعشر تجارتهم، وفي مال الفيء خلاف المذهب أنه يخمس ويصرف خمسه إلى الأصناف الذين تقدم ذكرهم في الغنيمة، وأما الأربعة الأخماس الباقية فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم في حياته مع خمس الخمس لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقها لإرهابه العدو، وأما بعده فالأظهر أنها للمرتزقة، وهم الأجناد الذين عينهم الإمام للجهاد وأثبت أسماءهم في الديوان بعد أن تجتمع فيهم شروط، وهي الإسلام، والتكليف، والحرية، والصحة لأن بهم يحصل إرهاب العدو ودفع شرهم فعلى هذا لو زادت الأربعة الأخماس على قدر حاجاتهم صرف الفاضل إليهم أيضاً على قدر مؤناتهم فمن احتاج ألفين يعطى من الفاضل إليه ضعف من يحتاج ألفاً، وهذا هو الأصح، وقيل يرد عليهم بالسوية، وهل يجوز أن يصرف من الفاضل شيء إلى إصلاح الحصون وإلى السلاح والكراع؟ وجهان: أحدهما نعم والله أعلم، وقيل إن الأربعة أخماس تكون للمصالح لأنها كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته فتصرف بعده إلى المصالح كخمس الخمس، وعلى هذا فيعطون منها الأجناد لأن إعاتتهم من أهل المصالح والله أعلم. قال

(فصل): وشرائط وجوب الجزية خمس خصال البلوغ والعقل والحرية والذكورة وأن يكون من أهل الكتاب أو ممن له شبه كتاب). الجزية هي المال المأخوذ بالتراضي لإسكاننا إياهم في ديارنا أو لحقن دمائهم وذرايرهم وأموالهم أو لكفنا عن قتالهم، واختار القاضي حسين الأخير وضعف الأول بالمرأة لأنها تسكن دارنا ولا جزية عليها، وضعف الثاني بأنها تكرر أي الجزية بتكرر السنين <ص: 216> وبذل الحقن لا يتكرر، وقال إمام الحرمين: الوجه أن يجمع مقاصدهم، ويقول هي: أي مقاصدهم تقابل بالجزية. ثم الأصل في الجزية قبل الإجماع قوله تعالى: {قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله} إلى قوله {وهم صاغرون} أي يلتزموها، وهذا نظير قوله تعالى: {فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم} أي التزموا ذلك بالنطق بالشهادتين المتضمنة لذلك، وقيل إن آية الجزية ناسخة لهذه الآية، وأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر، ومن أهل نجران ومن أهل أيلة. والمعنى في أخذها المعونة لنا وإهانة لهم، وربما يحملهم ذلك على الإسلام.

واعلم أن عقد الذمة لا يصح إلا من الإمام أو ممن فوض إليه الإمام، لأنه من المصالح العظام فاخص بمن له ال نظر العام، إذا عرفت هذا فيشترط في المعقود له شروط: أحدها البلوغ والثاني العقل فل تعقد الجزية لصبي ولا مجنون لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ لما بعثه إلى اليمن أن يأخذ الجزية من كل حالم أي محتلم ديناراً، فدل مفهومه على المنع في الصبي ومن طريق الأولى المجنون وفي المجنون وجه كالمريض ولأن الصبي والمجنون محقونا الدم ومال من الأموال بدليل ملكهما بنفس الأسر كما تقدم، فلم يجب عليهما شيء بالسكنى كسائر الأموال والله أعلم.

الثالث الحرية فلا تؤخذ الجزية من عبد ولا على سيده شيء لقول عمر رضي الله عنه: لا جزية على مملوك، وعزاه الماوردي إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه مال والمال لا جزية عليه، والمدبر والمكاتب وأم الولد وولد أم الولد التابع لها كالقن، وكذا المبعوض على الراجح، وقيل تجب بقدر ما فيه من الحرية والله أعلم.

الرابع الذكورة فلا تؤخذ من امرأة لقوله تعالى: {قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله} الآية فلا تدخل المرأة في ذلك ولأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد أن اضربوا الجزية ولا تضربوها على النساء والصبيان، ولأن المرأة محقونة الدم ومال من الأموال ولا جزية على مال، ولا فرق في المرأة بين أن تكون زوجة لذمي أو استتبعها معه في العقد أم لا وسواء ولدت في دارنا أو كانت في دار الحرب وطلبت الذمة لتقيم بدارنا فيجوز أن يعقد لها بشرط أن تجري عليهما أحكامنا من غير جزية والله أعلم. <ص: 217>

الخامس أن يكون المعقود له كتاب أو شبه كتاب، أما من لا كتاب له ولا شبه كتاب كعبدة الأوثان والشمس والقمر ومن في معناهم والمرتد فلا يعقد له لأن الله تعالى أمر بقتل جميع المشركين إلى أن يسلموا بقوله تعالى: {اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم} وخص أهل الكتاب بالآية الأخرى ومن له شبه كتاب وهو المجوسي بالخبر فيقي الحكم فيما عدا المذكورين لعموم الآية وتعقد الجزية لمن زعم أنه مستمسك بصحف إبراهيم وزيور داود عليهما الصلاة والسلام، ومن أحد أبويه كتابي والآخر وثني تعقد له الذمة أيضاً على المذهب، وكذا تعقد لأولاد من تهود أو تنصر قبل النسخ وشككنا في وقته لأن لهؤلاء كتاباً قال الله تعالى: {وإنه لفي زبر الأولين} وقال تعالى: {لفي الصحف الأولى. صحف إبراهيم وموسى} وغير ذلك والله أعلم. قال:

(وأقل الجزية دينار في كل حول ويؤخذ من متوسط الحال ديناران ومن الموسر أربعة دنائير استحباباً). لا يصح عقد الذمة إلا بشرطين: أحدهما أن يلتزموا أحكام المسلمين، ولا يشترط التصريح بكل حكم قاله البندنجي. الثاني أن يبذلوا الجزية فيجب التعرض لهذين في نفس العقد ويشترط التعرض أيضاً لمقدار الجزية ولا يجب التعرض لغير ذلك على الصحيح، فيقول الإمام أو نائبه: أقررتكم أو أذنت لكم في الإقامة في دار الإسلام على أن تنقادوا لأحكام الإسلام وتبذلوا الجزية في كل سنة كذا، ويقول الذمي: قبلت أو رضيت بذلك، ولا يصح عقد الذمة مؤقتاً على الراجح لأنه بدل عن الإسلام، والإسلام لا يؤقت، والأولى أن تقسم الجزية على الطبقات فيجعل على الفقير الكسوب دينار، وعلى المتوسط ديناران، وعلى الغني أربعة دنائير اقتداء بعمر رضي الله عنه لما بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة، أمره أن يجعل على الغني ثمانية وأربعين درهماً، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهماً، وعلى الفقير اثني عشر

درهماً والاعتبار في الغني والفقير بوقت الأخذ لا بوقت العقد، ومن ادعى منهم أنه فقير أو متوسط قبل قوله إلا أن تقوم بينة بخلافه، نعم أقل الجزية دينار لكل سنة نص عليه الشافعي وهو الموجود في كتب الأصحاب، وحجة ذلك {أنه عليه الصلاة والسلام، لما وج ه معاذاً إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً، أو عدله من المغافر} وفي ثياب تكون باليمن رواه أبو <ص: 218> داود والترمذي، وقال: حسن صحيح، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وقال ابن عبد البر: إسناده صحيح ثابت متصل والله أعلم. قال:

(ويجوز أن يشترط عليهم الضيافة فضلاً عن مقدار الجزية). قوله [ويجوز] فيه تساهل فإن ذلك مستحب، ويستحب للإمام أن يشترط عليهم بعد الدنانير ضيافة من يمر بهم من المسلمين ومن المجاهدين وغيرهم إذا رضوا بذلك لأنه عليه الصلاة والسلام ضرب على نصارى أيلة ثلاثمائة دينار في كل سنة، وكانوا ثلاثمائة نفر، وأن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين ثلاثاً، وأن لا يغشوا مسلماً، وضرب عمر رضي الله عنه الجزية على أهل الشام وشرط عليهم ضيافة ثلاثة أيام ولأن فيه مصلحة للمسلمين لا سيما الفقراء، ولا تزداد على ثلاثة أيام لقوله {الضيافة ثلاثة وما زاد عليها صدقة} وفي رواية {مكرمة}، وتضرب الضيافة على الغني والمتوسط، وفي ضربها على الفقير أوجه: أصحها في أصل الروضة والمنهاج لا تضرب، وهو ظاهر ونص عليه الشافعي لأنها تتكرر فيعجز عنها والله أعلم.

[فرع]: لو أراد الضيف أن يأخذ منهم ثمن الطع ام لم يلزمهم ولو أراد أن يأخذ الطعام ويذهب به ولا يأكله فله ذلك بخلاف طعام الوليمة، والفرق أن هذه معلومة وتلك مكرمة. ولهذا يبين الطعام والأدم وجنسهما فيقول: لكل واحد كذا من الخبز، كذا من السمن، أو الزيت ويتعرض لعلف الدواب ولا يحتاج إلى ذكر قدره لهن. نعم إن ذكر الشعير يبين قدره بخلاف التبن والحشيش ونحوهما وإطلاق العلف يقتضي الشعير، نص عليه الشافعي والله أعلم. قال:

(ويتضمن عقد الذمة أربعة أشياء: أو يؤدوا الجزية، وأن تجري عليهم أحكام الإسلام، وأن لا يذكروا دين الإسلام إلا بخير، وأن لا يفعلوا ما فيه ضرر على المسلمين). الذمة العهد والإلزام فإذا صح عقد المدة لزمنا شيء ولزمهم شيء، أما ما يلزمنا فأمران: أحدهما الكف عنهم بأن لا تتعرض لهم نفساً ولا مالاً ويضمنهما المتلف لأنهم إنما بذلوا الجزية لعصمة الدماء والأموال ولا تتلف خمورهم إلا إذا أظهروها، ومن أتلفها من غير إظهار عصي ولا ضمان عليه إذ لا قيمة لها والله أعلم. <ص: 219> الأمر الثاني أنه يلزم الإمام دفع من قصدهم من أهل الحرب إن كانوا في بلاد الإسلام، فإن كانوا مستوطنين في دار الحرب وبذلوا الجزية لم يجب الذب عنهم، وإن كانوا منفردين ببلدة في جوارنا وجب الذب على الأصح ويجب دفع أهل الذمة والمسلمين عنهم كما يجب دفع أهل الحرب والله أعلم. وأما ما يلزمهم فأمران: منها أداء الجزية لأنها أجرة الرافعي: وتؤخذ على وجه الصغار والإهانة بأن يكون الذمي قائماً والمسلم جالساً، ويأمره أن يخرج يده من جيبه، ويحني ظهره ويطأطئ رأسه ويصب ما معه في كفة الميزان ويأخذ المستوفي بلحيته ويضرب في لهزمته، وفي مجمع اللحم بين الماضغ والأذن وهذا معنى الصغار عند بعضهم، وهل هذه الهيئة واجبة أم مستحبة؟ وجهان أصحهما مستحبة قال النووي: هذه الهيئة باطلة ولا نعلم لها أصلاً معتمداً، وإنما ذكرها بعضهم، قال الجمهور: تؤخذ برفق كأخذ الديون فالصواب الجزم بطلانها وردّها على من اخترعها، ولم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام

ولا أحد من الخلفاء الراشدين فعل شيئاً منها. قال الرافعي: والأصح عند الأصحاب تفسير الصغار بالتزام أحكام الإسلام وجريانها عليهم، وقالوا: أشد الصغار على المرء أن يحكم عليه بما لا يعتقد ويضطر إلى احتماله والله أعلم. قلت: روى أبو داود أن هشام بن حكيم بن حزام وجد رجلاً وهو على حمص سمر ناساً من القبط في أداء الجزية، فقال: ما هذا؟ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول {إن الله عز وجل يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا} وأخرجه مسلم، وقد نص الشافعي على ذلك: أي على الأخذ بالرفق والله أعلم. ومنها الانقياد لحكم الإسلام من ضمان النفس والمال والعرض بالنسبة إلى المسلمين لأنهم يعتقدون وجوب ذلك، وقد التزموا إجراء أحكام الإسلام عليهم، فإن أتوا بما يعتقدون تحريمه كالزنا والسرقة أقيم عليهم الحد، لأنه عليه الصلاة والسلام {أتي يهودي ويهودية قد زنيا فأمر بهما فرجما} رواه البخاري ومسلم وإن أتوا بما لا يعتقدون تحريمه كشرب الخمر ونكاح المجوس والمحارم فهل يقام عليهم الحد؟ قيل نعم، كما يحد الحنفي بالنبيذ على الأصح مع اعتقاده حله. والمذهب أنهم لا يحدون لأنهم يقرون على الكفر بالجزية لأجل اعتقادهم فكان إقرارهم على ما يعتقدون إباحته أولى، وسواء رضوا بحكمنا عند الترافع إلينا أم لا، <ص: 220> ويخالفون الحنفية فإن المعنى الذي لأجله حد شارب الخمر موجود في النبيذ قطعاً فأطرح الخلاف، والحنفي مزجور بالحد بخلاف الذمي فإنه يشرب الخمر استحلالاً وتديناً، وعلى كل حال فليس لهم إظهار ذلك فإن أظهروا عزروا والله أعلم.

ومنها كف اللسان والامتناع من إظهار المنكرات كإسماع المسلمين شركهم وقولهم: ثالث ثلاثة، تعالى الله عما يصفون، واعتقادهم في المسيح والعزير عليهما الصلاة والسلام أنهما ابنا الله تعالى ويمنعون أيضاً من إظهار قراءتهم الإنجيل والتوراة والناقوس ونحو ذلك، فإن أظهروا شيئاً من ذلك عزروا ومنعوا، ولكن لا ينتقض العهد بذلك، وإن شرط عليهم الامتناع من ذلك بخلاف ما لو قاتلوا وامتنعوا من الجزية، ومن إجراء أحكام الإسلام فإنه ينتقض عهدهم، ولو تزوج بمسلمة ذمي أو زنى بها أو دل أهل الحرب على عورة المسلمين، أو فتن مسلماً عن دينه، أو طعن في الإسلام أو القرآن أو ذكر سيد الأولين والآخرين صلى الله عليه وسلم، فالأصح أنه إن شرطنا انتقاض العهد بذلك انتقض وإلا فلا، ولو قطعوا الطريق أو أتوا بالقتل الذي يوجب القصاص، فالمذهب أنه كالزنا بمسلمة، وقيل كالقتال ومن الأمور التي فيها ضرر على المسلمين إيواء عيون الكفار، وهو كما إذا تطلع على عورة المسلمين ونقلها إلى دار الحرب والله أعلم.

واعلم أنا حيث حكمنا بانتقاض العهد فهل يبلغهم المأمّن؟ فيه خلاف والراجح لا، بل يتخير الإمام فيهم بين القتل والاسترقاق والمن والفداء لأنهم كفار لا أمان لهم والله أعلم. قال:

(ويؤخذون بلبس الغيار والزنا ويمنعون من ركوب الخيل). قوله [يؤخذون بلبس الغيار] هذه عبارة الروضة تبعاً للرافعي، ولفظ المنهاج ويؤمر بالغيار أي الذمي ولم يبين أن الأمر للوجوب أو للندب، ولفظ التنبيه {ويلزمهم أن يتميزوا عن المسلمين في اللباس}، وقيده في المذهب بدار الإسلام. والحاصل أنهم يتميزون عن المسلمين ليعرفوا فيعاملوا بما يليق بهم، والأولى أن تلبس كل طائفة ما اعتادته. قال الأصحاب: عادة اليهود العسلي وهو الأصفر، وعادة النصارى الأكهب والأدكن وهو نوع من الفاختي. قال ابن الصباغ: الدكنة السوداء، وعادة المجوس الأسود <ص: 221> والأحمر،

ويكفي ذلك في بعض الثياب الظاهرة من العمامة وغيرها قاله الماوردي وغيره، وقال القاضي حسين وغيره: تكفي خرقه من الألوان تحط على أكتافهم دون الذيل، وتبعه البغوي. قال الرافعي: الأشبه أن لا تختص بالكتف، واشترط الحط على موضع لا يعتاد، وكما يؤخذون بالغيار يؤخذون بشد الزنار وهو خيط غليظ على أوساطهم خارج الثياب، واحتج لذلك بأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأمصار في أهل الكتاب أن يجزوا نواصيهم وأن يربطوا الكستجات في أوساطهم، ويروى المن اطق، والكستجات هي الزنانير، والمراد بها المناطق أيضاً، ولا فرق في الخيط الأسود والأبيض وغيره من الألوان، قاله الماوردي ولا يكفي شدة باطناً. قال القاضي حسين: لأنهم يتدينون بذلك. قال الرافعي وتبعه في الروضة تبعاً للماوردي: وليس لهم إبداله بالمنطقة والمنديل ونحوهما وإنما جمع بين العلامة والزنانير. قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: ليكون أثبت للعلامة فإن المسلم قد يفعل أحدهما، وإذا دخلوا الحمام جعل في رقابهم طوق من رصاص أو نحاس أو جرس ليميزوا عن المسلمين وكذا الحكم حيث تجردوا من الثياب، وكل هذه الأمور حتى يعاملوا بما يليق بهم حتى لا يتصدرون في المجالس إهانة لهم ولا يبدؤون بالسلام، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عند بداءتهم به، وقال: {إذا لقيتموهم في الطريق فاضطروهم والجئوهم إلى أضيقتها} كما رواه مسلم وغيره والله أعلم.

ويمنعون من ركوب الخيل لقوله تعالى: {ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله} أمر أوليائه بإعدادها لأعدائه، وقال عليه الصلاة والسلام {الخيل معقود ينواصيها الخير إلى يوم القيامة} أي الغنيمة، وقد روي {ظهورها عز} وقد ضربت عليهم الذلة كما قال تعالى: {ضربت عليهم الذلة} وفي وجه لا يمنعون من البراذين، ولا خلاف أنهم يمنعون من تقليد السيوف وحمل السلاح وتختم الذهب والفضة، ولا يمنعون من ركوب الحمير النفيسة وكذا البغال إذ لا شرف فيها، وقيل يمنعون من البغال النفيسة كالخيل. قلت: وهو قوي في زماننا لأن فيه شرفاً بدليل تعاطيه قضاة البراطيل وغيرهم من أصحاب الوجاهة من المسلمين، وقد اختار ذلك <ص: 220> الإمام الغزالي، وجزمه الفوراني وهو متجه والله أعلم. قال:

## {كتاب الصيد والذبائح والضحايا والأطعمة}

(فصل): ما قدر على ذكاته فذكاته في حلقه ولبته، وما لا يقدر على ذكاته فذكاته حيث قدر عليه). الأصل في الصيد قوله تعالى: {وإذا حلتكم فاصطادوا} وهو أمر بإباحة لأنه أمر بعد التحريم إذ القاعدة الأصولية أن الأمر بعد الحظر للإباحة. والأصل في الذبائح قوله تعالى: {أحل لكم الطيبات} ولا شك أن المذكي من الطيبات، وأجمعت الأمة عليها، وأما السنة فكثيرة في ذلك وسنوردها في محلها إن شاء الله تعالى، وكذا نذكر أمر الضحايا والأطعمة. إذا عرفت هذا فالحيوان الذي يحل بالذكاة تارة يقدر على ذكاته وتارة لا يقدر، فإن قدر على ذكاته فلا بد منها والذكاة الذبح ومحلها الحلقوم واللبة، فلا يد في حل الحيوان من قطع جميع الحلقوم والمريء بآلة ليست عظماً ولا ظفراً، وسيأتي إيضاح هذا، وأما ما لا يقدر على ذبحه في المحل المذكور فهو نوعان: أحدهما الصيد وستأتي إن شاء الله تعالى.

النوع الثاني غير الصيد بأن ند البعير أو الجاموس أو شردت الشاة وتعذر الوصول إليها لإفضائها إلى مهلكة أو مسبعة أو وقعت بهيمة في بئر نحوها وتعذر إخراجها حية ولم يتمكن من ذبحها

فحكمتها حكم البعير المتوحش، فيجل عقر ذلك كله، سواء أصاب المذب ح أم لا وصارت كلها منحراً، وفي أبي داود وغيره عن أبي العشر عن أبيه أنه {قال: يا رسول الله أما تكون الذكاة إلا في الحلق واللبة؟ فقال صلى الله عليه وسلم: لو طعنت في فخذها أجزاء عنك} قال أبو داود: وهذا لا يصح إلا في المتردية والمتوحش، وفي الصحيحين {أنه عليه الصلاة والسلام أصاب نهياً فند منها بعير ولم يكن معهم خيل فرماه رجل بسهم فحبسه أي فمات، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن لهذه البهائم أوابد كأابد الوحش، فما فعل منها هكذا فافعلوا به مثل ذلك} وروى {وما عليكم منها فاصنعوا به هكذا} والأوابد: هي التي تابدت أي توحشت، وهل يشترط في الجرح الذي يفيد الحل المتردية <ص: 223> والناد أن يكون مذبفاً أم يكفي جرح مدم يجوز وقوع القتل به؟ فيه وجهان: والصحيح الثاني لأنه يحصل المقصود بخروجه عن كونه ميتة، ولو أرسل كلباً على الناد حل، ولو أرسله على المتردي فوجهان: صح النووي التحريم، ونقل ابن الرفعة عن النووي أنه صح الحل وهو سهو والله أعلم.

[فرعان]: أحدهما. تردى بعير فوق بعير فغرز رمحاً في الأول فنفذ إلى الثاني. قال القاضي حسن: إن كان عالمياً بالثاني حل، وكذا إن كان جاهلاً على المذهب، ك ما لو رمى صيداً فنفذ منه وأصاب الآخر. الفرع الثاني إذا صال عليه صيد أو بعير فدفعه عن نفسه وجرحه فقتله. قال القاضي حسين: فالظاهر الحل إن أصاب المذبح وإلا فوجهان والله أعلم. قال:

(وكمال الذكاة أربعة أشياء: قطع الحلقوم والمريء والودجين، والمجزئ منها شيئان: قطع الحلقوم والمريء). الذكاة في اللغة التطيب من قولهم رائحة ذكية أو طيبة، فسمي بها الذبح لتطيب أكله بالإباحة، وفي الشرع قطع مخصوص قاله الماوردي، وقال النووي: معنى الذكاة في اللغة التميم، فمعنى ذكاة الشاة ذبحها التام المبيع، ومنه فلان ذكي أي تام الفهم إذا عرفت أن الذكاة في الشرع قطع مخصوص، فهذا المقطوع تارة يكون معتبراً للفضيلة، وتارة يكون معتبراً لأجل الأجزاء، فالمعتبر لأجل الأجزاء قطع جميع الحلقوم والمريء، فالحلقوم هو مجرى النفس خروجاً ودخولاً، والمريء مجرى الطعام والشراب وهو تحت الحلقوم، ووراءهما عرقان في صفحتي العنق يحيطان بالحلقوم، وقيل بالمريء يقال لهما الودجان فيستحب قطع الودجين مع الحلقوم والمرئ لأنه أوجى، والغالب أنهما ينقطعان بقطع الحلقوم والمريء، فإن تركهما جاز ولو ترك شيئاً يسيراً من الحلقوم أو المريء ومات الحيوان فهو ميتة، وكذا لو انتهى إلى حركة المذبوح فقطع المتروك فهو ميتة، وفي وجه أن اليسير لا يضر، واختاره الروياني، والصحيح الأول، وقال الاصطخري: يكفي قطع الحلقوم، أو المريء لأن الحياة تفقد بفقد أحدهما وهو ضعيف، ولا بد من قطع جميعهما كما تقدم لأن ما قاله تعذيب للحيوان، والمقصود تعجيل التوجيه بلا تعذيب والله أعلم. <ص: 224>

(تنبيه) لا بد في المذبوح أن يكون فيه حياة مستقرة، فلو انتهى إلى حركة المذبوح لم يحل، وإن ذبح وقطع منه جميع الحلقوم والمريء، فإن قلت: فما الحياة المستقرة وما حركة الذبوح؟ فالجواب قال النووي: ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والعمراني وغيرهم أن الحياة المستقرة ما يجوز أن يبقى معه الحيوان اليوم واليومين، فإن ذكيت حلت، وقال قبل ذلك: إذا جرح السبع شاة أو انهدم سقف على بهيمة فذبحت إن كان فيها حياة مستقرة حلت، وإن تيقن أنها

تهلك بعد يوم أو يومين، فإن لم تكن فيها حياة مستقرة لم تحل على المذهب المنصوص الذي قطع به الجمهور، وإن شك هل فيها حياة مستقرة أم لا؟ فالصحيح التحريم للشك في الذكاة المبيحة، ومن العلامات الدالة على الحياة المستقرة الحركة الشديدة، وانفجار الدم وتدفقه بعد الذبح المجزي، وصحح أنه تكفي الحركة الشديدة وحدها. قلت: قال ابن الصباغ بأن الحياة المستقرة بحيث لو تركت لبقيت يوماً أو بعض يوم، وغير المستقرة أن تموت في الحال، قال ابن الرفعة، وقال غيره: أن لا ينتهي إلى حركة المذبوحين، وقال في المرشد: يعرف بشيئين أن يكون عند وصول السكين إلى الحلقوم تطرف عينه، ويتحرك ذنبه. وأما حركة المذبوح أن ينتهي الأدمي إلى حالة لا يبقى معها إبطار ونطق وحركة اختيارية لأن الشخص قد يقد نصفين، ويتكلم بكلام منتظم إلا أنه غير صادر عن روية واختيار والله أعلم.

(مسألة) مرضت شاة، وصارت إلى أدنى الرمق وذبحت حلت قطعاً لأنه لم يوجد سبب يحال عليه الهلاك، ولو أكلت شاة نباتاً مضراً فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت قال القاضي حسين مرة في حلها وجهان، وجزم مرة بالتحريم، لأنه وجد سبب يحال عليه الهلاك فصار كجرح السبع. قال:

(ويجوز الاصطياد بكل جارحة معلمة من سباع البهائم وجوارح الطير، وشرائط تعليمها أربع: أن تكون إذا أرسلت استرسلت وإذا زجرت انزجرت، وإذا قتلت لم تأكل منه، ويتكرر ذلك منها فإن عدم أحد الشرائط لم تحل إلا أن يدرك حياً فيذكى). يجوز الاصطياد بجوارح السباع <ص: 225> كالكلب والفهد والنمر وغيرها وبجوارح الطير كالصقر والشاهين والباز لقوله تعالى: {قل أحل لكم الطيبات، وما علمتم من الجوارح مكلبين} الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما: الجوارح الكلاب والطيور المعلمة، مشتقة من الجرح وهو الكسب لكسب أهلها بها، ومنها {ويعلم ما جرحتم بالنهار} أي كسبتم، وقيل من الجراحة وقوله {مكلبين} قيل: من التكليب وهو الإغراء، وقيل من التضرية يقال تكلب إذا ضرى، وروى الترمذي عن عدي بن حاتم قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد الباز فقال: {ما أمسك عليك فكل} وروى مسلم عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله فإن أمسك عليك فأدرته حياً فاذبحه، وإن أدركته قد قتل ولم يأكل منه فكل} وقيل لا يحل صيد الكلب الأسود البهيم لأمره صلى الله عليه وسلم بقتله. والمذهب الأول والخبر محمول على غير المعلم أو العقور. وأعلم أن المراد بجواز الاصطياد بها أن ما أخذته وجرحته وأدرته صاحبها ميتاً أو في حركة مذبوح أنه يحل أكله، ويقوم إرسال الصائد وجرح الجارح في أي موضع كان مقام الذبح، ويشترط في كون الكلب معلماً أمور: منها أن يكون بحيث أن يسترسل بإرساله ومعناه أنه إذا أغراه بالصيد هاج، ومنها أن يكون بحيث إذا زجره أنزجر، وهذا هو المذهب. ومنها أنه إذا أمسكه لم يأكل منه على المشهور ويحبسه على صاحبه ولا يخليه. ثم هذه الأمور يشترط تكررها في التعليم ليغلب على الظن تأدب الجارحة، والرجوع في عدد ذلك إلى أهل الخبرة على الصحيح. وقيل يشترط تكرر ذلك ثلاثاً، وقيل مرتين ولو ظهر أنه معلم ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده ففي حل ذلك الصيد قولان: الأظهر لا يحل. قال إمام الحرمين: وددت لو فصل مفصل بين أن يكف زمان لم يأكل وبين أن يأكل بنفس الأكل لكن لم يتعرضوا له كذا نقله الرافعي عن الإمام. قال النووي: وقد فصل الجرجاني وغيره فقالوا: إن أكل عقب القتل فيه

القولان، وإلا فيحل قطعاً والله أعلم. وإذا قلنا بالتحريم فلا بد من استئناف التعليم، ولا ينعطف التحريم على ما صطاده من قبل، ولو أكل حشو <ص: 226>ـ الصيد ففيه طريقان: قيل لا يضر لأنها غير مقصودة. والصحيح أنه على القولين في الأكل من اللحم، ولو لعق الدم لم يضر على المذهب، ولو أراد الصائد أخذ الصيد منه فامتنع، وصار يضارب ويقاتل دونه فهو كالأكل قاله القفال والله أعلم. وقوله [فإن عدم أحد الشرائط لم يحل] لأن المشروط يفوت بفوات شرطه والشروط المركب يفوت بفوات جزء من أجزائه فإذا أدركه حياً وذبحه حل كسائر الصيد المقدور عليها والله أعلم.

[فرع]: موضع عض الكلب من الصيد نجس يجب غسله سبعاً مع التعفير بالتراب كغيره فإذا غسل حل أكله هذا هو المذهب المشهور، وقيل إنه نجس معفو عنه، وقيل طاهر، وقيل نجس لا يمكن تطهيره بل يجب تقوير ذلك الموضوع ورميه لأنه تشرب من لعاب الكلب فلا يتخلله الماء، وقيل غير ذلك والله أعلم.

[فرع]: يؤخذ مما تقدم إلا أنا نقصد إيضاحه إذا قتلت الجارحة الصيد بثقلها ومات ففي حله قولان أحدهما يحرم لمفهوم قوله عليه الصلاة والسلام {ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا} والصحيح الحل لعموم قوله تعالى: {فكلوا مما أمسكن عليكم} ولأنه يعز تعليمه بأن لا يقتل إلا جرحاً وطرد الخلاف فيما لو عض ولم يجرحه أو ضمه فمات. قال مجلي: وطرد بعضهم القولين فيما لو مات الصيد فزاعاً من الجارحة قال: ويحتمل أن يكون كموته تبعاً فإنه لا يحل قطعاً والله أعلم. قال:

(وتجوز الذكاة بكل ما يجرح إلا بالسن والظفر). يجوز الذبح بكل ما له حد يقطع سواء كان من الحديد كالسيف والسكين والرمح، أو من الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الخشب المحدد أو القصب أو الزجاج أو الحجر فيحل الذبح بذلك كله، ويحل الصيد المقتول بها إلا السن والظفر وبقية العظام فإنه لا يحل بها سواء في ذلك عظم الآدمي أو غيره، وسواء في ذلك المنفصل والمتصل، واحتج لذلك بحديث رافع بن خديج {قال أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: يا رسول الله إنا نلقى العدو غداً وليس معنا مدى فقال صلى الله عليه وسلم: ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة} أخرجه البخاري ومسلم <ص: 227>ـ في حديث طويل، ويستثنى من ذلك ما قتلته الجارحة كلباً كان أو غيره بسنها أو ظفرها، فإنه يحل للحاجة، وقيل يحل الذبح بسن ما يؤكل لحمه لأن له حداً يقطع، وهو شاذ ضعيف والمذهب الأول والله أعلم.

[فائدة]: اختلف العلماء في معنى قوله صلى الله عليه وسلم {أما السن فعظم} فعن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه قال: للشرع علة تعبدنا بها كما أن له أحكاماً تعبدنا بها، وقال غيره: ورد الشرع بمنع الاستنجاء بالعظم لكونه زاد الجن وما ذاك إلا للنجاسة والدم بهذه المثابة، وقال ابن الرفعة: الذي يظهر أن ه كان الذبح عندهم بالعظم لا يجوز وأن حكمته أن لا يكون موت الحيوان ببعضه مباحاً له على أن سياق حديث رافع يدل على أن المعهود عندهم أنه لا ذكاة إلا بالمدينة والله أعلم. قال:

(ويحل ذكاة كل مسلم وكتابي ولا يحل ذكاة مجوسي ولا وثني). يعتبر في الذابح لحل الذبيحة إما كونه مسلماً أو كتابياً سواء كان يهودياً أو نصرانياً وسواء ذبح ما هو حلال عندنا وعندهم أو ما هو حلال عندنا دونهم كالإبل. والأصل في ذلك قوله تعالى: {إلا ما ذكيتم} وقوله تعالى: {وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم} والمراد



بالطعام هنا الذبائح، وأما تحريم ذبائح المجوس فالدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام {سُئِلُوا بِهِمُ سُئِلَ أَهْلُ الْكِتَابِ غَيْرَ أَكَلِي ذَبَائِحِهِمْ وَنَاكِحِي نِسَائِهِمْ} والوثني لا كتاب له، وكذا المرتد، ولهذا لا تعقد لهم الجزية فهما أسوأ حالاً من المجوس، وكذا لا يحل ذبح نصارى العرب، وهم نجران وتنوخ وتغلب لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح نصارى العرب وقال عمر رضي الله عنه: ليس نصارى العرب بأهل كتاب ولا تحل لنا ذبائحهم ولا تحل لنا ذبائح بني تغلب لأنهم لم يأخذوا من دين أهل الكتاب إلا شرب الخمر وأكل الخنزير. وأعلم أن الزنادقة كال مجوس، وكذا الدرروز لا تحل ذبائحهم، والقريشة المصنوعة من ذبائحهم لا تحل والله أعلم.

[فرع]: تحل ذبيحة الصبي المميز على الصحيح، وفي غير المميز والمجنون والسكران قولان: الصحيح عند الإمام والغزالي وجماعة عدم الحل، لأنهم لا قصد لهم فأشبهوا <ص: 228> النائم إذا كانت بيده سكين فوقعت على حلقوم شاة فإنها لا تحل، وإن قطعت مع المريء. والثاني الحل وبه قطع الشيخ أبو حامد والشيخ أبو إسحاق الشيرازي كما قطع حلق شاة يظنه خشبة، فإنها تحل لأن لهم قصداً وإرادة في الجملة بخلاف النائم، والصحيح في المحرر وزيادة الروضة، وشرح المهذب الحل، والأخرس إن كان له إشارة مفهومة حلت ذبيحته وإلا ففيه خلاف، والصحيح الذي قطع به الأكثرون الحل، وكذا تحل زكاة الأعمى والمرأة، وإن كانت حائضاً، واحتج لحل ذبحها بما رواه البخاري أن جارية لآل كعب كانت ترعى غنماً لهم فمرضت شاة منها فكسرت مروة وذبحتها فسأل مولاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز لهم أكلها والمروة: الحجر الأبيض، وفيه دلالة على جواز الذبح به والله أعلم. قال:

(وزكاة الجنين بذكاة أمه وإن وجد حياً فيذكى). الجنين الذي يوجد في بطن أمه المذكاة ميتاً أو فيه حياة غير مستقرة بحل وإن لم يذك ظاهراً لقوله صلى الله عليه وسلم {زكاة الجنين ذكاة أمه} خرجه الإمام أحمد، وهو برفع الذكاة فيهما كما هو المحفوظ فتكون ذكاة أمه ذكاة له. ويؤيد ذلك ما روى مسدد قال: {كنا يا رسول الله ننحر الناقة وننحر البقرة والشاة فنجد في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله؟ فقال: كلوا إن شئتم، فإن ذكاته ذكاة أمه} وهذا يعد رواية نصب الذكاة الثانية، يعني ذكاته مثل ذكاة أمه فيذبح إن أمكن وإلا حرم ولو خرج رأس الجنين ميتاً فذبحت أمه قبل انفصاله حل. قاله البغوي لانا تحققنا أنه لا حياة فيه، وفي كلام الإمام ما يدل على عدم حله، ولو خرج الجنين وفيه حياة مستقرة يتسع معها الزمان لذبحه فلم يذبح، ولو كان مع فقد الآلة حتى مات فإنه لا يحل، وإن لم يتسع الزمان للذبح حل، ولو خرج بعضه والحياة فيه ففي حله بذبح الأم خلاف. صح <ص: 229> النووي في شرح المهذب الحل وهو مقتضى تصحيح الرافعي في كتاب العدد. واليد الشلاء من المأكول إذا ذبح ففي حل أكلها وجهان: أصحهما الحل، والوجهان مبنيان على أنها كالميتة أم لا والله أعلم. قال:

(وما قطع من حي فهو ميت إلا الشعور المنتفع بها في المفارش والملابس وغيرهما). الأصل في ذلك حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم {سئل عن جباب أسمنة الإبل وأليات الغنم فقال: ما قطع من حي فهو ميت} رواه الحاكم، وقال: صحيح على شرط الشيخين ورواه أبو داود والترمذي وقال: حسن، وفي رواية {وما قطع من بهمية وهي حية فهو ميت} ويستثنى من عموم ذلك شعر المأكول وريشه وصوفه ووبره إذا انفصل في حياته بقطع أو قص فإنه طاهر، وكذا ما تناثر

أو نتف في الأصح لأن لنا في ذلك أثاثاً ومتاعاً إلى حين وقول الشيخ [إلا الشعور] يؤخذ منه أن القرن والظلف والظفر والسن والعظم إذا انفصل في الحياة أنه ليس كذلك، وفي ذلك كله طريقان: أحدهما أنها كالشعور فتكون طاهرة من المأكول نجسة من غيره، وأصحهما أنها نجسة لأنها بالأعضاء أشبه، وقد قال تعالى: {من يحيي العظام وهي رميم} والإحياء للميت، ولأنها تحس وتألم فدل على أنها تحلها الحياة فتنجس بالموت، بخلاف الشعود فإنها لا تحلها الحياة، ولهذا لا تحس ولا تألم بالقطع، ولنا في شعور غير المأكول وجه أنها لا تنجس لهذه العلة والله أعلم. قال:

(فصل): وكل حيوان استطابته العرب فهو حلال إلا ما ورد الشرع بتحريمه). طلب الحلال فرض عين لأن اللحم النبات من الحرام النار أولى به، كما جاء في الخبر. ثم الأصل في حل الأطعمة الآيات والأخبار قال الله تعالى {يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات} والمراد به هنا ما تستطيبه النفس وتشتهيه، ولا يجوز أن يراد به الحلال لأنهم سألوه عما أحل لهم فكيف يقول أحل لكم الحلال، وقال تعالى: {ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث} وقال تعالى: {قل لا أجد في ما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه} الآية: أي فيما أوحى إلي قرآناً فإن غير ذلك حرمة السنة، وقيل معناه لا أجد في ما أوحى إلي محرماً فيما كانت العرب <ص: 230> تستطيبه إلا هذه الثلاثة قال الأصحاب: ما يمكن أكله من الجمادات والحيوانات لا يتأتى حصر أنواعه، لكن الأصل في الأكل الحل لأن الأعيان مخلوقة لمنافع العبد.

### [فإن القول ما قالت حذام]

ويستثنى من ذلك ما ورد الشرع بتحريمه. وقول الشيخ [استطابته العرب] احترز به عن العجم فإنه لا اعتبار بهم، لأن الله تعالى لما أناط الحكم بالطيبات والتحرير بالخبائث علم بالعقل أنه لم يرد ما تستطيبه وتستخبثه كل الناس لست حالة اجتماعهم على ذلك لاختلاف طباعهم فتعين إرادة بعضهم، والعرب أولى بذلك لنزول القرآن بلغتهم، وهم المخاطبون به، ثم طبائع العرب مختلفة فيتعذر اعتبار جميعهم فيرجع إلى من كان في عصره عليه الصلاة والسلام كما قاله القاضي حسين وغيره، وأبدى الرافعي لنفسه احتمالاً في عدم اختصاصهم بذلك، وأنه يرجع في كل زمان إلى عربيه وعلي كل حال فيشترط فيهم شروط: منها أن يكونا قريبين من البلاد والأرياف دون أهل البوادي والمواضع المنقطعة فإنهم يأكلون ما دب ودرج. ومنها أن يكونوا ذوي طباع سلمية. ومنها أن يستطيبوا الحيوان في حال الرخاء دون حالة القحط، فإن استطابه البعض واستخبثه البعض اعتبر بالأكثر، فإن استوا رجح بقريش. قاله العبادي وغيره، فإن اختلفت قريش أو لم يحكموا بشيء رجع إلى شبيه الحيوان في صورته أو طعم لحمه أو طبعه من السلامة والعدوان. فإن استوى الشبهان أو لم يوجد ما يشبهه فالأصح الحل، وقيل يحرم، وبناهما الماوردي على الخلاف في أن الاعتبار قبل الشرع في الأشياء هل هي على الإباحة أو الحظر، ولو وجدنا حيواناً وتعذر معرفة حكمه من شرعنا وثبت تحريمه في شرع من قبلنا فهل يستصحب تحريمه؟ قولان: الأظهر لا، وإنما يثبت أنه شرع من قبلنا بالكتاب والسنة أو بعد أن أسلم منهم أناس عارفين بالتنزيل.

إذا عرفت هذا فلا بد من ذكر نبذة مما يستطاب ومما يستخبث: أما المستطاب فكثير مع اختلاف أنواعه، وهو أنسي ووحشي. فمن الإنسي الإبل والبقر والغنم، وحلها بالإجماع بعد قوله تعالى: {أحلت لكم بهيمة الأنعام} وقوله: {ومنافع} <ص: 231> ومنها

تأكلون} ومنها الخيل لما روى جابر رضي الله عنه قال: {نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر وأذن في لحوم الخيل} أخرجه الشيخان، وفي رواية أبي داود {نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحمير والبغال ولم ينهنا عن الخيل} والله أعلم. ويحل من دواب الوحش البقر لأنها من الطيبات، ويستوي في ذلك الإبل والوعل، وكذا جميع كباش الجبل وغنمه، وكذا الحمار لأنه عليه الصلاة والسلام أكل منه، ولا فرق بين المتوحش والمستأنس كما لا يحل الحمار الأهلي في الحالين، والطبي والضيع والثعلب والأرنب واليربوع والقنفذ والوبر وابن عرس لأنها مستطابة، وفي بعضها خلاف، وكذا يحل الضب لأنه أكل بحضرته عليه الصلاة والسلام، ولهذا تنمة تأتي إن شاء الله تعالى. وأما ما يستخيث فكثير جداً. منها الحيات والعقارب والخنافس ونحوها، كالقراد والقمل ونحو ذلك، لأنها من الخبائث قال الله تعالى: {ويحرم عليهم الخبائث} والله أعلم. قال:

(ويحرم من السباع ما له ناب قوي يعدو به، ويحرم من الطيور ما له مخلب قوي يجرح به). كل ما كان من السباع له ناب يعدو به على الحيوان ويتقوى به فيحرم كالأسد والفهد والنمر والذئب والدب والقرد والفيل والتمساح والزرافة وابن آوى، لأن عليه الصلاة والسلام {نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع} أخرجه الشيخان وغيرهما، لأن هذه الأنواع تعدو بناها غير مطلوبة كما قاله الشافعي رضي الله عنه وقال أبو إسحاق: لأنها لا تأكل إلا من فريستها، ولهذا لا يحرم الضيع والثعلب ونحوهما لفقد هذين المعنيين، وفي وجه يحل الفيل، وفي آخر يحل التمساح، وفي آخر يحل ابن آوى، وفي آخر تحل الزرافة، ولا يؤكل الكلب لأنه من الخبائث، وكذا الخنزير للآية، وفي السنور خلاف. والصحيح التحريم وإن كان وحشياً لأنه يتقوى بناه ويأكل الجيف فأشبهه الأسد، وفي صحيح مسلم عن أبي الزبير قال: سألت جابراً عن ثمن الكلب والسنور فقال: زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال: {إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه} ويحل السمور والسنجاب والفنك والقاقم على الأصح، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه والله أعلم. وكذا يحرم <ص: 232> من الطيور كل ما يتقوى بمخلبه كالنسر والصقر والشاهين والبازي والحدأة بأنواعها لأنه عليه الصلاة والسلام {نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور} رواه مسلم، وكذا يحرم ما يأكل الجيف كالغراب الأبقع والأسود الكبير لأنهما مستخثان، وفي تحريم الزاغ خلاف. فيحل منه محمر المنقار والرجلين على الأصح دون الغداف وهو رمادي صغير الجثة على الأصح كذا صححه النووي في أصل الروضة وهو سهو والذي في الشرح الصغير الحل فيهما لأنهما يلقتان الحب كالقواخت ولا يأكلان الجيف بخلاف الأسود الكبير، ويحل الكركي، وفي الشقراق خلاف والله أعلم.

[فرع]: تکره الدابة الجلالة سواء الشاة والبقرة والدجاجة وغيرها لأنه عليه الصلاة والسلام {نهى عن أكل الجلالة وألبانها} رواه الترمذي وحسنه، والجلالة: هي التي أكثر أكلها العذرة اليابسة كذا قاله الشيخ أبو حامد، وقال غيره هي: التي تأكل العذرة وأطلقوا ذلك، ثم الكراهة منوطة بتغير الرائحة والنتن. فإن وجد في عرقها أو غيره ريح النجاسة فجلالة وإلا فلا، كذا صححه النووي في أصل الروضة. والذي قاله في التحرير: إن الاعتبار بكثرة العلف، فإن كان الأكثر النجاسة فجلالة وإلا فلا، وهل النهي عن أكل الجلالة للتحريم أو للكراهة؟ وجهان: صحح النووي أنها للتنزيه، وعلته أن النهي إنما

كان للنجاسة وما تأكله من الطاهرات ينجس في كرشها فلا تتغذى إلا بالنجاسات أبداً فأكلها النجاسات إنما يؤثر في تغيير لحمها، وذلك يقتضي الكراهة كما أن المذكي إذا جاف لا يحرم أكله على المذهب، وصحح الرافعي في المحرر تبعاً للإمام والغزالي وغيرهما التحريم لظاهر الخبر، ولأنها صارت من الخبائث، لكنه حكى في الشرح الكبير عن الأكثرين، ومنهم العراقيون ما صححه النووي والله أعلم. قال: <ص: 233>

(ويحل للمضطر في المخمصة أن يأكل من الميتة ما يسد به رmqه). نص القرآن العظيم على تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به، وما في معناها كالموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع، وهذا في غير حالة الضرورة، وأما المضطر فيباح له الأكل كما قال تعالى: {فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه} أي فأكل فلا إثم عليه، ثم الأكل قد يجب لدفع الهلاك.

واعلم أنه لا خلاف أن الجوع القوي لا يكفي لأكل الحرام، ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى أن يشرف على الموت فإن الأكل حينئذ لا يفيد، بل لو انتهى إلى هذه الحالة لم يحل له أكل الميتة فإنه غير مفيد، ولا خلاف في الحل إذا كان يخاف على نفسه لو لم يأكل من جوع أو ضعف عن المشي وعن الركوب، أو ينقطع عن الرفقة أو يضع ونحو ذلك، فلو خاف حدوث مرض مخيف حبسه فهو كخوف الموت، وإن خاف طول المرض فكذلك على الراجح، ولو عيل صبره وجهده الجوع فهل يحل له المحرم أم لا حتى يصل إلى أدنى الرmq؟ قولان: فقال في زيادة الروضة: الأظهر الحل، ولا يشترط فيما يخاف منه تيقن وقوعه لو لم يأكل بل يكفي غلبة الظن، فإذا انتهى إلى الحالة التي يباح له فيها الأكل فماذا يأكل؟ أما أكله ما يسد به الرmq فلا خلاف في ذلك، ولا تحل له الزيادة على الشبع بلا خلاف، وفي حل الشبع أقوال. ثالثها إن كان قريباً من العمران لم يجز وإلا جاز، ورجح القفال وكثير من الأصحاب المنع، ورجح الروباني وغيره الحل، كذا أطلق الخلاف أكثرهم، وفصل الإمام والغزالي تفصيلاً. حاصلة إن كان في بلد وتوقع الحلال قبل عود الضرورة وجب القطع بالاقتصار على سد الرmq، وإن كان لا يظهر حصول طعام حل ال وأمكنه الرجوع إلى المحرم مرة بعد أخرى إن لم يجد الحلال فهو موضع الخلاف، وقد اختلف ترجيح الشيخين في ذلك، وبالجملة فالصحيح أنه يأكل ما يسد الرmq لأنه بعد سد الرmq غير مضطر، فزال الحكم بزوال علته لأن القاعدة المقررة أن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا. قال السدي قوله تعالى: {ولا عاد} أي في الاستيفاء إلى حد الشبع، ومن قال بالشبع علل بأنه <ص: 234> طعام جاز منه ما يسد الرmq فجاز قدر الشبع كالمذكي، والاضطرار علة لابتداء الأكل دون استدامته كما أن فقد طول الحرّة علة لابتداء نكاح الأمة دون استدامته وعلى هذا فليس المراد أن يمتلئ حتى لا يبقى للطعام مساع فإن هذا حرام بلا خلاف، ولكن المراد أن يأكل حتى يكسر سورة الجوع بحيث لا يطلق عليه اسم جائع. واعلم أن الرافعي جزم في المحرر بما فصله الإمام والغزالي، وهل له أن يتزود من الميتة؟ إن لم يرج الوصول إلى الحلا فله التزود وإن رجا ففيه خلاف: الأصح في شرح المهذب وزيادة الروضة الجواز والله أعلم. قال:

(وميتتان حلالان، السمك والجراد). واعلم أن الحيوان ثلاثة أقسام: الأول ما لا يؤكل فهذا ميتته وذبيحته سواء. القسم الثاني حيوان مأكول ولا تحل ميتته فهذا لا يحل إلا بالتذكية المعتبرة على ما مر. القسم الثالث حيوان مأكول تحل ميتته وهو السمك والجراد،

واحتج له بحديث ابن عمر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: {أحلت لنا ميتتان، الحوت والجراد} رواه ابن ماجه لكن بإسناد ضعيف، لأجل عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، وإن كان الحاكم قال في مستدركه في حديث هو سنده: هذا حديث صحيح الإسناد، نعم قال المبيهقي: وقفه أصح، وهو في معنى المسند، ويحتج للسّمك بقوله تعالى: {أحل لكم صيد البحر} وهل يحل أكل السمك الصغار إذا شويت، ولم يشق جوفها، ولم يخرج ما فيه؟ وجهان: صح جماعة التحريم بسبب ما في الجوف فإنه نجس وينجس ما يقلى به، ووجه الجواز مشقة تتبعها. قال الرافعي: وعلى المسامحة جرى الأولون، وقال في الطاهر: أطبقوا على أكل المملح منه، ولو وجدت سمكة في جوب سمكة فهي حلال كما لو ماتت حتف أنفها، ولو تقطعت سمكة في جوف سمكة وتغير لونها لم تحل على الأصح، لأنها كالروث، ويكره ذبح السمك إلا أن يكون كبيراً تطول حياته، فيستحب ذبحه على الأصل إراحة له، ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقه منها لم تحرم على الأصح، لكن تكره وطرده الوجهان في الجراد، ولو ذبح من لا تحل ذكاته سمكة حلت، لأنه نهايته إنها ميتة وميتها حلال، ويحرم القاء السمك في الزيت الحار قبل موته. عافانا الله من عذابه. <ص: 235>

[فرع]: حيوان البحر إذا خرج منه ما لا يعيش إلا عيش المذبوح كالسمك بأنواعه فهو حلال، ولا حاجة إلى ذبحه، وسواء مات بسبب ظاهر كصدمة، أو ضرب الصيد أو غيره أو مات حتف أنفه، وأما ما ليس على صورة السموك المشهورة ففيه ثلاث مقالات: أصحها الحل، ونص عليه الشافعي، واحتج له بعموم قوله تعالى: {أحل لكم صيد البحر} وبقوله صلى الله عليه وسلم {الحل ميتته}، وقد نص الشافعي رضي الله عنه على أنه قال: يؤكل فار الماء وخنزير الماء. قال النووي في أصل الروضة: الأصح أن السمك يقع على جميعها، فعلى الصحيح هل يشترط الذكاة؟ الراجح لا، وتحل ميتته كالسمك، واحتج لذلك بقول الصديق رضي الله عنه: كل دابة تموت في البحر فقد ذكاه الله تعالى لكم. نعم قال الشافعي رضي الله عنه: إن كان فيه ما يطول خروج روحه كإيل الماء وبقره لم يكره ذبحه إراحة له، ويستثنى من ذلك التمساح، لأنه يتقوى بناه والله أعلم.

[فرع]: يحرم الضفدع والسرطان والسلحفاة على الراجح والله أعلم.

[فرع]: صاد س مكة في بطنها درة هل يملك الدرة؟ ينظر إن كان مثقوبة فالدرة لقطعة ولا يملكها إلا بطريقة على ما مر في اللقطة، وإن كانت غير مثقوبة ملكها مع السمكة والله أعلم. قال: (فصل: الأضحية سنة). الأضحية بتشديد الياء هو ما يذبح من النعم تقرباً إلى الله يوم العيد وأيام التشريق. ويقال لها ضحية. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: {والبدن جعلناها لكم من شعائر الله} الآية، وقوله سبحانه: {فصل لربك وانحر} على المشهور وغير ذلك، وهي سنة مؤكدة وشعار ظاهر ينبغي لمن قدر عليها أن يحافظ عليها وذهب مالك رحمه الله إلى وجوبها، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجب على المقيم بالبلد الموسر، وهذا الذي يملك نصاباً، ودعوى الوجوب ممنوعة بالسنة الشريفة، ففي الترمذي أنه عليه الصلاة والسلام قال: {أمرت بالنحر وهو سنة لكم} وأصرح من ذلك ما روى الدارقطني {كتب علي النحر وليس بواجب عليكم} وفي صحيح مسلم من حديث أم سلمة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام قال: {إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن

يضحي فليمسك <ص: 236> عن شعره وأظفاره { وقال الحاكم: هو على شرط البخاري. وجه الدلالة منه أنه علق التضحية على الإرادة وما هو واجب ليس هذا شأنه، والحديث الوارد بوجودها رواية مجهول، وإن صح حمل على الاستحباب جمعاً بين الأدلة. إذا عرفت هذا فالتضحية سنة على الكفاية، إذا فعلها واحد من أهل بيت تآدى عن الكل حق السنة، ولو تركها أهل بيت كره لهم ذلك، والمخاطب بها الحر القادر، قال الماوردي: وللإمام أن يضحي عن المسلمين من بيت المال، ولا يجوز عن الميت على الأصح إلا أن يوصي بها، نعم تجوز النيابة عنه فيما عينه بنذر قبل موته والله أعلم. قال:

(ويجزىء فيها الجذع من الضأن، والثني من المعز، والإبل والبقر، وتجزىء البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة، والشاة عن واحد). يشترط فيما يضحي به أمور: أحدها الذبح. والثاني الذابح، وقد مر ذكرهما. والثالث الوقت، وسبأتي إن شاء الله تعالى. والرابع أن يكون من الإبل والبقر والغنم بأنواعها للآيات والأخبار. قال الله تعالى: {ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام} ولفعله صلى الله عليه وسلم، ولا يجزئ من غيرها بالإجماع، ولا يجزئ من الضأن إلا الجذع وهو من الغنم ما له سنة على الأصح، وفي التهذيب وغيره أنه الذي له سنة أو أسقط أسنانه فيكون كالبلوغ، فإنه إما بالسن أو الاحتلام قبله، ويشهد له قول القاضي أبي الطيب أن الاجذاع سقوط أسنان اللبن ونبات غيرها، والذي قاله الجوهري أن الجذع اسم لزمانه، وليس هو سناً يسقط وينبت، وقيل ابن الرفعة: نقل بعضهم عن أهل البادية أن الصوفة تكون على ظهره قائمة، فإذا نامت علم أنه جذع، وقيل ما له ستة أشهر، وقيل ثمان. وأما الثني من المعز فما له سنتان على الأصح، وخالف الضأن، لأن لحمها دون لحم الضأن فجبر بزيادة السن، وسمي ثنياً لطلوع ثنيته، وقيل يجزىء ما له سنة، ودخل في الثانية. وأما الثني من الإبل فما له خمس سنين، ودخل في السادسة على الأصح، وقيل ما دخل في السابعة. وأما من البقر فما له سنتان، ودخل في الثالثة على الأصح، وقيل ما دخل في الرابعة. وأعلم أنه لا فرق في الأجزاء بين الأنثى والذكر إذا وجد السن المعتبر، نعم الذكر أفضل على الراجح، لأنه أطيب لحماً، ونقل عن الشافعي أنه <ص: 237> قال: الأنثى أحب من الذكر وهو مؤول على جزاء الصيد، لأنها أكثر قيمة فيشترى بها طعاماً وتجزئ البدنة عن سبعة، وكذا البقرة لما روى جابر رضي الله عنه قال: {نحرنا مع رسول الله بالحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة} رواه مسلم، وقال أبو إسحاق: تجزئ البدنة عن عشرة، وفي البخاري ما يشهد له، ورواه الترمذي، وقاله: إنه حسن غريب، وقال ابن القطان: إنه صحيح، وتجزىء الشاة عن واحد، وكذا عن أهل البيت كما مر والله أعلم. قال:

(وأربع لا تجزئ في الضحايا، العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي ذهب مخها من الهزال). يشترط في الاضحية سلامتها من عيب ينقص اللحم ويدخل فيه مسائل: منها العوراء التي ذهبت حدقتها، وكذا إن بقيت على الأصح لاطلاق الخبر وهو قوله صلى الله عليه وسلم {أربعة لا تجزئ في الأضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ضلعها والعجفاء التي لا تنقى} قال الترمذي: حسن صحيح، والنقي الشحم، وقيل مخ العظم. ووجه عدم الإجزاء أن التي ذهبت حدقتها فات منها جزء مأكول مستطاب وإن لم تذهب فرعيها ينقص من جانب العور فتهازل لو بقيت. ومنها العرجاء للخبر فلا تجزئ العرجاء التي اشتد عرجها بحيث تسبقها الماشية إلى الكلاً الطيب

وتتخلف عن القطيع، فإن كان يسيراً لا يخلفها عن الماشية لم يضر، ولو أضجعها ليضحى بها، وهي سليمة فاضطربت وانكسرت رجلها أو عرجت تحت السكين لم تجز على الأصح لأنها عرجاء عند الذبح فأشبه ما لو انكسرت رجل شاة فبادر إلى التضحية بها فإنها لا تجزئ. ومنها المريضة للخبر، فالمريضة إن كان مرضها يسيراً لم يمنع الإجزاء وإن كان بيناً يظهر بسببه الهزال وفساد اللحم منع الإجزاء، هذا هو المذهب، وفي قول المرض لا يمنع مطلقاً، والمرض محمول في الحديث على الجرب، وفي وجه أن المرض يمنع مطلقاً وإن كان يسيراً حكاه الماوردي قولاً. ومن المرض الهيام وهو شدة العطش، فلا تروى من الماء قال أهل اللغة: هو داء يأخذها فتهيم في الأرض فلا ترعى. ومنها العجفاء للخبر فلا تجزئ العجفاء التي ذهب مخها من شدة هزالها لأنه داء مؤثر <ص: 238> في اللحم فإن قل أجزاء، وضبط الأصحاب الذي يضر بأن ينتهي إلى حد تأباه نفوس المترفين في الرخاء والرخص. قال ابن الرفعة: ينبغي أن يكون المرجع في ذلك العرف. وقال الماوردي: التي ذهب مخها إن كان لمرض ضر وإن كان لخلقة فلا يضر. ومنها الجرباء فإن كثر جربها ضر، وكذا إن قل على الأصح، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه بأنه داء يفسد اللحم والودك، واختار الإمام والغزالي أنه لا يمنع الإجزاء إلا الكثير كالمرض، وكذا قيده الرافعي في المحرر بالكثير. ومنها التولاء وهي التي تدور في المرعى ولا ترعى. ومنها أي من العيوب فقد الأسنان فإن ذهب بعض أسنانها لم يضر وإن تآثرت بالكسر أو غيره جميع الأسنان قال الإمام: قال المحققون: يجزئ لأنه لم يفت جزء مأكول، وأطلق البيهقي وجماعة أنها لا تجزئ وصححه النووي، واحتج بأن في الحديث النهي عن المشيعة وقال بعضهم: إن كان ذلك لمرض أو أثر في العلف ونقص اللحم فلا تجزئ وإلا أجزاء قال الرافعي: وهو حسن وقال الشافعي: لا نحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم في الأسنان شيئاً ولا يجوز فيها إلا واحد من قولين: إما المنع لأنه يضر باللحم وإن قل، أو الإجزاء كفقده القرن والله أعلم. قال:

(ولا تجزئ مقطوعة الأذن أو الذنب). لا تجزئ مقطوعة الأذن، وكذا المقطوع أكثر أذنها بلا خلاف فإن كان يسيراً ففيه خلاف الأصح عدم الإجزاء لفوات جزء مأكول. وضبط الإمام الفرق بين القليل والكثير بأنه إن لاح من بعد فكثير وإلا فيسير، ولو قطعت وبقيت متدلّية أجزاء على الأصح ولو كويت أجزاء على المذهب وقيل لا تجزئ لتصلب موضع الكي وتجزئ صغيرة الأذن ولا تجزئ التي لم يخلق لها أذن على الراجح وتسمى المكاء، وتجزئ التي خلقت بلا آية أو ضرع في الأصح، والفرق أن الأذن عضو لازم بخلاف الضرع والآلية بدليل جواز التضحية بالذي كر من المعز فلا تجزيء مقطوعة الآلية والضرع على الأصح لفوات جزء مأكول، وكذا مقطوعة الذنب والله أعلم. قال:

(ويجزئ الخصي ومكسور القرن). الخصي هو مقطوع الأنثيين. والمذهب أنه يجزئ لأن نقصهما سبب لزيادة اللحم وطيبه، وأغرب ابن كج فحكى فيه قولين. <ص: 239> وجه عدم الإجزاء لما فيه من فوات جزء مأكول مستطاب، وتجزئ القصعاء وهي التي كسر قرناها من أصلهما سواء سال الدم أم لم يسل، وكذا تجزئ الجماء وهي التي كسر أحدهما، وكذا الجلحاء وهي التي لم يخلق لها قرن، وقيل هي التي ذهب بعض قرنها، وكذا القصماء وهي التي انكسر غلاف قرنها وكذا العصباء وهي التي انكسر قرنها الباطن لأن ذلك كله لا يؤثر في اللحم فأشبهه الصوف نعم تكره التضحية بذلك كله

وتجزئ التي يشرب لبنها، وهل تجزئ الحامل؟ فيه خلاف، قال ابن الرفعة: المشهور أنها تجزئ لأن نقص اللحم يجبر بالجنين، وفيه وجه لا تجزئ، قال ابن النقيب: وهذا الوجه اقتصر عليه النووي في شرح المذهب على حكايته عن أبي الطيب أنه نقله عن الأصحاب، ومقتضاه أنها لا تجزئ، وقال الأسنوي: وما قاله ابن الرفعة على الوجه الضعيف وأن المشهور خلافه عجيب، فقد صرح بكونه عيباً يعني الحمل خلائق: منهم المتولي، وجزم به شيخ الأصحاب الشيخ أبو حامد الغزالي والعمراني والنووي في شرح المذهب نقلاً عن الأصحاب وفرقوا بين التضحية والزكاة بأن المقصود من الأضحية اللحم وهو يهزلها، والمقصود من الزكاة القيمة، وصرح به أيضاً البندنجي ورأته في شرح المذهب المسمى بالاستقصاء ونقله عن الأصحاب فهؤلاء أئمة المذهب جزموا به، ولعل السبب في قول ابن الرفعة ذلك كونهم ذكروا المسألة في غير مظنها. قلت: ينبغي أن يفصل، فيقال إن كانت الحامل سميناً فتجزئ قطعاً، للمعنى المقصود من الأضحية، وليس في الحديث ما يمنعها ولا هي في معنى المنصوص عليه، وإن لم تك سميناً فإن بان بها الهزال، فلا تجزئ وإلا أجزاء كنظيرها ممن لا حمل بها. على أن في كلام الرافعي ما يدل على إجزائها مطلقاً ولهذا قال: إنها لو عينت عما في الذمة أجزاء ثم قال في أثناء كلامه: ولهذا لو عابت عادت إلى ملكه وهو يقتضي أن الحمل ليس بعيب هنا لأن المعيب لا يجوز تعيينه عما في الذمة، وما ذكره الرافعي في البيع من أن الحمل ينقص لحمها طريقة والله أعلم. قال:

(ووقت الذبح من وقت صلاة العيد إلى غروب الشمس من آخر أيام التشريق). يدخل وقت التضحية إذا طلعت الشمس يوم النحر، ومضى قدر ركعتين <ص: 240> وخطبتين خفيفات على المذهب هذا لفظ الروضة لكنه أقر الشيخ صاحب التنبيه في التصحيح على اعتبار زيادة على ذلك، وهو أن ترتفع الشمس قدر رمح، وهذا الذي اعتبره الشيخ في التصحيح ذكره الرافعي في المحرر، وحجة اعتبار مضي قدر الصلاة والخطبتين قوله صلى الله عليه وسلم {من ذبح قبل الصلاة فإنما يذبح لنفسه، ومن ذبح بعد الصلاة والخطبتين فقد أتم نسكه وأصاب سنة المسلمين} رواه الشيخان. قيل ظاهر الخبر يدل على اعتبار الصلاة، فلم عدلتم عن ذلك إلى اعتبار الوقت؟ فالجواب أن فعل الصلاة ليس بشرط في دخول الوقت بالنسبة إلى أهل السواد بالانفاق، فكذلك في أهل الأمصار والله أعلم. ويخرج وقت التضحية بانقضاء أيام التشريق لقوله صلى الله عليه وسلم {أيام منى كلها منحر} ولأن حكم ثالث أيام التشريق حكم اليومين قبله في الزمن وفي تحريم الصوم فكذا في الذبح والله أعلم.

[فرع]: تكره التضحية ليلاً خشية أن يخطئ المذبح أو يصيب نفسه أو يتأخر بتفريق اللحم طرياً والله أعلم. قال:  
(ويستحب عند الذبح خمسة أشياء: التسمية والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم واستقبال القبلة بالذبيحة والتكبير والمدعاء بالقبول). تستحب التسمية لقوله تعالى {فكلوا مما ذكر اسم الله عليه} وفي الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام حين ذبح أضحيته قال: {بسم الله} فلو لم يسم حلت لأن الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب، وهم لا يسمون غالباً، وفي الصحيحين: {أن أناساً قالوا: يا رسول الله إن قوماً من الأعراب يأتوننا باللحم ما ندري أذكروا اسم الله عليه أم لا؟ فقال صلى الله عليه وسلم: سموا الله تعالى واكلوا} فدل على أنها غير واجبة، وغير ذلك من الأدلة. وأما الصلاة



على النبي صلى الله عليه وسلم فقد نص الشافعي على استحبابها قياساً على سائر المواضع، ولأن الله تعالى رفع ذكره، فلا يذكر إلا ويذكر معه، وقد ثبت ذكر التسمية، وأما توجيه الذبيحة إلى القبلة فلأنها خير الجهات، ولأنه عليه الصلاة والسلام وجه ذبيحته إلى القبلة. وقيل ينبغي أن يكره لأنها حالة إخراج نجاسة فهي كالبول. وأجيب بأنها <ص: 241> حالة يستحب فيها ذكر الله تعالى بخلاف تلك، وفي كيفية التوجيه أوجه: أصحابها توجيه المذبح ليكون الذابح مستقبلاً كما هو الأفضل، وأما التكبير ففي رواية أنس رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام {ضحى بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده الكريمة سمى وكبر، ووضع رجله المشرفة على صفحاتهما} رواه الشيخان. وأما الدعاء بالقبول فمستحب، ولفظه: اللهم هذا منك وإليك فتقبل مني، ومعنى ذلك هذه نعمة وعطية منك سقتها وتقربت بها إليك، واحتج لذلك بأنه عليه الصلاة والسلام قال عند التضحية بذلك الكبشين: {اللهم تقبل من محمد وآل محمد} والله أعلم. قال:

(ولا يأكل المضحي شيئاً من الأضحية المنذورة ويأكل من المتطوع بها ولا يبيع منها). الأضحية المنذورة تخرج من ملك الناذر بالنذر كما لو أعتق عبداً حتى لو أتلها لزمه ضمانها فإذا نحرها لزمه التصدق بلحمها فلو أخره حتى تلف لزمه ضمانه، ولا يجوز له أن يأكل منها شيئاً قياساً على جزاء الصيد ودماء الجبرانات فلو أكل منها شيئاً غرم، ولا يلزمه إراقة دم ثانياً لأنه قد فعله، وفيما يضمن أوجه الراجح ونص عليه الشافعي رضي الله عنه أنه يغرم قيمته كما لو أتلفه غيره، والثاني يلزمه مثل اللحم والثالث يشارك به في ذبيحة أخرى. وأما المتطوع بها فيستحب له أن يأكل منها، بل قيل بالوجوب لقوله تعالى {فكلوا منها} والصحيح الاستحباب لقوله تعالى {والبدن جعلناها لكم من شعائر الله} جعلها الله سبحانه وتعالى لنا لا علينا، وبالقياس على العقيقة، والأفضل التصدق بالجميع إلا اللقمة أو اللقمتان يأكلها فإنها مسنونة، وقال الإمام والغزالي: التصدق بالكل أحسن على كل قول فلو لم يرد التصدق بالكل فما الذي يفعل؟ قيل يأكل النصف ويتصدق بالنصف لقوله تعالى {فكلوا منها} وأطعموا البائس الفقير} فجعلها الله نصفين، وهذا نص عليه الشافعي رضي الله عنه في القديم، وقيل يأكل الثلث ويهدي الثلث ويتصدق بالثلث لقوله تعالى {وأطعموا القانع والمعتر} فجعلها ثلاثة، والقانع الجالس في بيته، والمعتر <ص: 242> السائل.

وقيل غير ذلك، وهذا هو الجديد الأصح فعلى هذا فما المراد بالذي يهدي إليهم؟ قيل هم المتجملون من الفقراء، فيرجع حاصله إلى التصدق بالثلثين، وهذا ما حكاه أبو الطيب عن الجديد وصححه، وقيل هم الأغنياء، وقال الشيخ أبو حامد: يأكل الثلث، ويتصدق بالثلث، ويهدي الثلث للأغنياء والمتجملين، ولو تصدق بالثلثين كان أحب ونقل البندنجي كون التصدق بالثلثين أفضل عن النص والله أعلم. واعلم أن موضع الأضحية الانتفاع فلا يجوز بيعها بل ولا بيع جلدتها، ولا يجوز جعله أجره للجزار وإن كان تطوعاً، بل يتصدق به المضحي أو يتخذ منه ما ينتفع به من خف أو نعل أو دلو أو غيره، ولا يؤجره والقرن كالجلد، وعند أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز بيعه ويتصدق بثمنه وأن يشتري بعينه ما ينتفع به في البيت، لنا القياس على اللحم وعن صاحب التقريب حكاية قول غريب أنه يجوز بيع الجلد ويصرف ثمنه مصرف الأضحية والله أعلم.

[فرع]: محل التضحية بلد المضحي، وفي نقل الأضحية وجهان تخريجاً من نقل الزكاة والصحيح هنا الجواز والله أعلم.

[فرع]: لو وهب غنياً من الأضحية هبة تمليك قال الإمام:  
فالأظهر أنه ممتنع فإن الهبة ليست صدقة والأضحية ينبغي أن تكون  
مترددة بين الصدقة والاطعام والله أعلم. قال:

(فصل): والعقيقة مستحبة، وهي الذبيحة عن المولود يوم  
السابع، ويذبح عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة). العقيقة في  
اللغة. اسم للشعر الذي على رأس المولود، وهي في الشرع اسم  
لما يذبح في اليوم السابع يوم حلق رأسه تسمية لها باسم ما  
يقارنها، وقيل غير ذلك. والأصل في استحبابها حديث عائشة رضي  
الله عنها، وحديث سمرة وغيرها قال: قال رسول الله صلى الله  
عليه وسلم: {الغلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه في اليوم السابع،  
ويحلق رأسه ويسمى} رواه الامام أحمد والترمذي، وصححه الحاكم.  
ويذبح عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة، وحجته حديث أم كرز  
رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {عن الغلام  
شاتان وعن الجارية شاة} وحديث عائشة رضي <ص: 243> الله  
عنها قالت: {أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نعق عن  
الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة} رواه الترمذي وابن ماجه وابن  
حبان في صحيحه، وحسنه الترمذي. ويوم الولادة معدود من السبعة  
على الصحيح، وقيل ليس منها، ونقل عن نص الشافعي رضي الله  
عنه. وقال الرافعي وغيره: ولا تفوت بفوات السابع، وفي العدة  
والحاوي للماوردي، أنها بعد السابع تكون قضاء، والمختار أن لا يتجا  
وز بها النفاس فإن تجاوزته فيختار أن لا يتجاوز بها الرضاع، فإن  
تجاوز فيختار أن لا يتجاوز بها سبع سنين فإن تجاوزها فيختار أن لا  
يتجاوز بها البلوغ، فإن تجاوزه سقطت عن غيره وهو المخير في  
العق عن نفسه في الكبر، واحتج له الرافعي بأنه عليه الصلاة  
والسلام عق عن نفسه بعد النبوة، واحتج غيره به، وزاد بعد ما  
أنزلت سورة البقرة، وهذا الحديث ضعيف من جميع طرقه، وقد نص  
الشافعي رحمه الله على أن لا يعق عن نفسه. قال النووي: وقد  
رأيت النص في البويطي. وأعلم أن الشاة هنا كالشاة في الأضحية  
في السن والسلامة من العيوب بالقياس عليها، وهذا هو الأصح،  
وقيل تجزئ هنا دون جذعة ضأن وثنية معز بخلاف الأضحية فإنها  
أكد، لأنها أعني الأضحية متعلقة بسبب راتب وأمر عام، وفي وجه  
أنه يسامح بالعيب أيضاً. والأصح أن البدنة والبقرة أفضل من الغنم،  
وقيل بل الغنم أفضل أعني شاتين من الغلام وشاة في الجارية  
لظاهر السنة، ويستحب أن يقول عند ذبحها: بسم الله اللهم منك  
وإليك عقيقة فلان، ويستحب ذبحها عند طلوع الشمس. قال البندنجي:  
وحلق رأسه يكون قبل الذبح، وعن النص وفي التهذيب وغيره أنه  
بعده، وقوة لفظ الخبر تعطيه، قال ابن ووي: فهو أرجح، ويستحب  
أن ينزع اللحم بلا كسر عظم تفاقماً بسلامة أعضاء المولود قال ابن  
الصباغ: ولو كسره لم يكره في أصح الوجهين، ويفرق على الفقراء  
والمساكين لتعود البركة على المولود، ويستحب أن لا يتصدق به نيئاً  
بل مطبوخاً على الأصح، ويستحب طبخه بحلو على الأصح تفاقماً  
بحلاوة أخلاق المولود، وقيل يطبخ بحامض. قال الرافعي في مجموع  
الصيدلاني ما نقله الإمام عنه: إذ طبخ فلا يتخذ عليه دعوة، بل  
الأفضل أن يبعث به مطبوخاً إلا الفقراء. نص عليه الشافعي رضي  
الله عنه، <ص: 244> فلو دعاهم إليه فلا بأس والله أعلم.

[فرع]: يستحب أن يحنك المولود بشيء حلو لأنه عليه الصلاة  
والسلام كان يحنك أولاد الأنصار بالتمر، ويستحب أن يؤذن في أذنه  
اليمنى ويقم في اليسرى. وروي ذلك عن الصحابة رضي الله عنهم  
وقد أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في أذن الحسين حين

ولدتها فاطمة رضي الله عنها رواه الإمام أحمد والترمذي وصححه، ولعله الحسن وأذن في اليمنى وأقام في اليسرى عمر بن عبد العزيز في أولاده. رواه ابن المنذر عنه، وفي البحر والابانة يستحب أن يقرأ في أذنه {وإني أعيدها بك وذريتها من الشيطان الرجيم} والله أعلم. قال:

### {كتاب السبق والرمي}

(وتصح المسابقة على الدواب والمناضلة بالسهم إذا كانت المسافة معلومة، وصفة المناضلة معلومة). المسابقة تطلق على المسابقة بالخيول والسهم إلا أنها بالخيول تختص بالرهان، وبالسهم تختص بالنضال. والأصل في ذلك الكتاب والسنة قال الله تعالى {وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل} الآية: قال عليه الصلاة والسلام: {ألا إن القوة الرمي} وفي السنة عليه الصلاة والسلام {سابق بين الخيل التي أضمرت من الحفيا، وكان أمدها من ثنية} ص: 245. الوداع، وسابق بين الخيل التي لم تضر من الثنية إلى مسجد بني زريق} رواه الشيخان، وكانت ناقته عليه الصلاة والسلام العضباء لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود فسبقها، فشق ذلك على المسلمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن حقا على الله أن لا يرفع شيئاً من هذه الدنيا إلا وضعه} رواه البخاري، وأما الرمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {أرموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً} وفي صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال {من تعلم الرمي ثم تركه فليس منا، أو قد عصى الله}، ويجوز شرط المال في المناضلة والمسابقة لقوله عليه الصلاة والسلام {رهان الخيل يلق} أي حلال رواه أبو نعيم في أسماء الصحابة، وقيل لعثمان رضي الله عنه: أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال نعم، رواه الإمام أحمد والدارقطني والبيهقي، ولأن فيه حثاً على الاستعداد للجهاد، ويجوز على الدواب إذا كانت المسافة معلومة لما تقدم من الخبر، وتكون معلومة الابتداء والانتهاء ويمكن وصول الدابتين إليها غالباً، لأنهما لو تسابقا لا إلى غاية لم يؤمن من أن تعطب الفرس لأن كلاً يحرص على المال ودفع عار السبق، ولأنه تتعذر البيئة على السبق في مثل ذلك.

وأما المناضلة فلا بد من العلم بها أيضاً إما بالمسافة والعلم بها إما بالشرط أو بأن تكون هناك عادة فلو ذكر غاية لا تبلغها السهم بطل العقد، أو بالاصابة كخمسة من عشرين، وليبينا أيضاً صفة الاصابة من القرع. وهي الاصابة المجردة، أو الخرق وهو أن يثقب الغرض ولا يثبت فيه، أو الخسق وهو أن يثبت في الغرض، أو الخرم وهو أن يقطع الغرض، أو المرق وهو أن ينفذ من الغرض من الجانب الآخر، وإذا أطلق العقد حل على القرع لأنه المتعارف والله أعلم.

[فرع]: تناضلا على أن يكون المال لأبعدهما رمياً، أو لم يقصدا غرضاً صح على الأصح لأن الأبعاد مقصود أيضاً في مقابلة القلاع وغيرها، وحصول الارعاب وامتحان شدة الساعد. قال امام الحرمين: والذي أراه على هذا أنه يشترط استواء القوسين في الشدة، وبراعي خفة السهم ورزائته لأنهما يؤثران في القرب والبعد تأثيراً عظيماً والله أعلم. قال: <ص: 246>

(ويخرج العوض أحد المتسابقين حتى إذا سبق استرده، وإن سبق أخذه صاحبه فإن أخرجاه معاً لم يجر إلا أن يدخل محلاً بينهما إن سبق أخذه وإن سبق لم يغرم). المال المخرج للمسابقة

قد يخرج أحدهما على أن من سبق منهما أحرزه جاز لأنه عليه الصلاة والسلام مر بحزبين من الأنصار يتناضلون، وقد سبق أحدهما الآخر فأقرهما على ذلك ولأن المقصود يحصل بذلك مع خلوه عن القمار، لأن المخرج حريص على أن يسبق لئلا يغرم، والآخر حريص حتى يأخذه، وإن أخرجه المتسابقان على أن من سبق منهما أخذ الجميع لم يجر لقوله عليه الصلاة والسلام {من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبقهما فهو قمار، وإن لم يأمن أن يسبق فليس بقمار} فإذا كان قماراً عند الأمن من سبق فرس المحلل فعند عدم المحلل أولى، ولأن معنى القمار موجود فيه، فإن كلا منهما دائر بين أن يغرم ويغرم، وهذا هو القمار فإذا دخل محلل كفؤ لهما لا يخرج شيئاً فيجوز للخبر، ولأنه خرج عن صورة القمار. قلت: إلا أن علة القمار موجودة لأن كلا منهما دائر بين أن يغرم ويغرم والله أعلم.

[فرع]: لو شرط على السابق أنه يطعم المال أصحابه بطل العقد على الصحيح، وقيل يصح والاطعام وعد، وقيل يصح العقد ولا عوض، وقيل يصح العقد ويجب عوض المثل والله أعلم.

[فرع]: تجوز المسابقة على الحمير على المذهب، ولا تجوز المسابقة على البقر على المذهب، ولا على ما لا يصلح للحرب، وإن كان من الخيل كالجدع، ولا تجوز على الكلب، وتجوز على الحمام وغيره من الطيور بلا عوض، والأصح المنع بالعوض، ولا تجوز المسابقة باشالة الحجر باليد على المذهب الذي قطع به الأكثرون.

وأما مرامة الأحجار وهو أن يرمي كل واحد منهما بالحجر إلى صاحبه فباطلة قطعاً وتجزو المسابقة على الأقدام والسباحة في الماء والصراع بلا عوض، والأصح المنع بالعوض، وفي حديث عائشة رضي الله عنها {تسابقنا أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فسبقته فلبثنا حتى إذا أرهقني اللحم سابقني فسبقني، فقال عليه الصلاة <ص: 247> والسلام: هذه بتلك} رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه واللفظ له.

[فرع]: لا تجوز المسابقة على مناطحة الكباش ومهارشة الديكة لا بعوض ولا بغيره، وكذا لا يجوز عقد المسابقة على اللعب بالشطرنج والخاتم والأكرة ورمي البندق ومعرفة ما في اليد من زوج وفرد وسائر أنواع اللعب والله أعلم. قال:

### {كتاب الأيمان والندور}

(لا تتعقد اليمين إلا بالله تعالى أو باسم من أسمائه أو صفة من صفات ذاته). اليمين في أصل اللغة اليد اليمنى، وأطلقت على الحلف لأنهم كانوا إذ تحالفوا أخذ كل يمين صاحبه، وقيل لأن اليمين تحفظ الشيء كما تحفظه اليد. واليمين والحلف والإيلاء والقسم ألفاظ مترادفة. وهي في الشرع: تحقيق الأمر أو توكيده بذكر الله تعالى أو صفة من صفاته كذا ذكره الرافعي والنووي هنا، وقال بعضهم: تحقيق ما يحتمل المخالفة أو تأكيده، وأظنه ابن الرفعة، وهو معنى ما ذكرناه، وأوضح من هذه العبارة ما ذكره الرافعي والنووي في الطلاق أن الحلف ما تعلق به حنث أو منع أو تحقيق خبر. والأصل في الأيمان الآيات والأخبار قال الله تعالى {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان} وقوله تعالى {إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً} وقوله تعالى {واحفظوا أيمانكم} وغيرها، ومن السنة أحاديث كثيرة جداً. منها حلفه صلى الله عليه وسلم {والله لأغزون قريشاً} وقول ابن عمر رضي

الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام كان كثيراً ما يحلف فيقول {لا ومقلب القلوب} وغير ذلك من الأخبار. ثم اليمين لا تتعقد إلا بما ذكره الشيخ ولا شك أن الأسماء على ثلاثة أنواع: أحدها ما يختص بالله تعالى ولا يطلق في حق غيره كالله، ورب العالمين ومالك يوم الدين، وخالق الخلق، والحي الذي لا يموت، ونحو ذلك، فهذا تتعقد به اليمين سواء أطلق أم نوى الله تعالى أو غيره، وإذا قال: قصدت غيره لم يقبل ظاهراً قطعاً، وكذا لا يقبل فيما بينه وبين الله تعالى على الصحيح. الثاني ما يطلق <ص: 248> على الله تعالى وعلى غيره إلا أن الأغلب استعماله في حق الله تعالى ويقيد في حق غيره بضرب من التقييد كالجبار، والحق، والرب، والملك، والقادر، والظاهر، ونحو ذلك، فإذا حلف باسم منها ونوى الله سبحانه وتعالى أو أطلق فيمين، فإذا نوى غير الله تعالى فليس بيمين. الثالث ما يطلق على الله تعالى وعلى غيره على السواء كالحي، والموجود، والغني، والكريم، ونحو ذلك فإن نوى غير الله أو أطلق فليس بيمين، وإن نوى الله تعالى ففيه خلاف الأصح في الرافي وبه أجاب الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وسائر العراقيين، والإمام والغزالي لا يكون يميناً لأن اليمين إنما تتعقد باسم معظم وهذه الأسماء التي تطلق في حق الخالق والمخلوق إطلاقاً واحداً ليس لها ح رمة ولا عظمة. وقال النووي: الأصح أنه يمين، وبه قطع الرافي في المحرر وصاحب التنبية والجرجاني، وغيرهما من العراقيين لأنه اسم يطلق على الله تعالى وعلى غيره وقد نواه، وقولهم ليس له حرمة ممنوع والله أعلم. قلت: وبه قطع البغوي وصاحب التقريب وأبو يعقوب ونقلوه عن شيوخ الأصحاب، وقال الماوردي: إن أكثر استعماله في الله تعالى وقل في غيره فيكون يميناً ظاهراً لا باطنياً. وأعلم أن السميع، والبصير والعليم، والحكيم من هذا النوع على الأصح لا من الثاني والله أعلم. قال:

(ومن حلف بصدقة ماله فهو مخير بين الصدقة والكفارة، ولا شيء في لغو اليمين) هذه المسألة لها شبه باليمين من حيث إن فيها حثاً أو منعاً، ولهذا ذكرها الرافي في كتاب الأيمان، ولها شبه بالنذر من حيث الالتزام، ولهذا ذكرها في الروضة في باب النذر، وللأصحاب فيها فيما يلزمه الوفاء بما التزم لأنه التزم عبادة في مقابلة شرط فيلزمه عند وجود الشرط. والثاني يلزمه كفارة يمين لقوله صلى الله عليه وسلم {كفارة النذور كفارة اليمين} رواه مسلم وروي أن رجلاً قال لعمر رضي الله عنه: إني جعلت مالي في رتاج الكعبة إن كلمت أخي، فقال: إن الكعبة لغنية عن مالك، كلم أخاك وكفر عن يمينك، وروي نحوه عن عائشة وحفصة وأم سلمة رضي الله عنهن وكذا عن ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم ولم يظهر لهم مخالف، وهذا ما صححه الرافي وقطع <ص: 249> به جماعة لأنه في المعنى يمين. والوجه الثالث أن يتخير بين الوفاء بما التزم وبين أن يكفر كفارة يمين لأنه يشبه النذر من حيث إنه التزم قرينة واليمين من حيث إن مقصوده مقصود اليمين فلا سبيل إلى الجمع بين موجبيهما ولا إلى تعطيلهما فوجب التخيير، وهذه المسألة يعبر عنها تارة بنذر اللجاج والغضب، ويقال لها أيضاً نذر الغلق ويمين الغلق، لأنه يغلق عنه ما يريد فعله أو تركه. وصورتها كأن يقول: إن كلمت فلاناً أو دخلت داره أو إن لم أسافر أو إن سافرت، ونحو ذلك فله علي صوم شهرين أو صلاة، أو اعتاق رقبة، أو أتصدق بمال، أو أجد ونحو ذلك، ثم يفعل المعلق عليه، وقيل يلزمه الحج أو العمرة تفرغاً على قول التخيير، لأن

الحج أو العمرة لما كانا يلزمان بالدخول فيهما لقوتهما دون غيرهما لزمنا بالندر، وهو ضعيف جداً، لأن العتق أيضاً يلزم اتمامه بالتقويم، وهو لا يلزم بالندر والله أعلم.

[فرع]: إذ قال شخص: إن فعلت كذا فعلي كفارة يمين لزمته بلا خلاف، وإن قال: فله علي يمين فالأصح أنه لغو فإنه لم يأت بندر ولا بصيغة يمين. وليست اليمين مما يثبت في الذمة، وقيل يلزمه كفارة يمين والله أعلم. وقول الشيخ [ولا شيء في لغو اليمين] صورته فيمن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد كقوله في حال غضبه: لا والله، بلى والله، وكذا في حال عجلته أو صلة كلامه فهذا لا ينعقد يمينه ولا تتعلق به كفارة واحتج له بقوله تعالى {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم} قالت عائشة رضي الله عنها: وهو قول الإنسان لا والله وبلى والله، رواه البخاري موقوفاً ومرفوعاً، وفي رواية أبي داود عنها، هو قول الرجل في بيته كلا والله وبلى والله، وروى ابن عباس رضي الله عنهما مثل قول عائشة رضي الله عنها، وفي معنى اللجاج والغضب ما لو كان يحلف على شيء فسبق لسانه إلى غيره فكل هذا يسمى لغو اليمين، فإذا حلف وقال: لم أقصد اليمين صدق، وفي الطلاق، والعتاق، والإيلاء، لا يصدق في الظاهر. قال الإمام: والفرق أن العادة جارية بإجراء لفظ اليمين بلا قصد بخلاف الطلاق والعتاق فدعواه فيهما يخالف الظاهر، فلا يقبل، ولو اقترن باليمين ما يدل على القصد لم يقبل قوله على خلاف الظاهر والله أعلم. قلت: قضية هذا الفرق أن يقبل قول <ص: 250> أهل البوادي من أجلاف الفلاحين ومن نحا نحوهم فإن الحلف بالطلاق عندهم في الكثرة أكثر من الحلف بالأيمان، وينبغي أن يفرق بأن الحلف بالطلاق والعتاق أمر يتعلق بالإيضاع والحربة فاحتيط فيهما بعدم القبول لتأكد أمرهما والله أعلم.

[فرع]: إذا قال شخص: إن فعلت كذا، فهو يهودي أو نصراني أو يريء من الله أو من رسوله أو مستحل الخمر ونحوه لم يكن يميناً ولا كفارة في الحنث به، ثم إن قصد بذلك تباعد نفسه عنه يعني عن هذا اليمين لم يكفر، وإن قصد به الرضا بذلك أو ما في معناه إذا فعله فهو كافر في الحال وإذا لم يكفر في الصورة الأولى فليقل: لا إله إلا الله محمد رسول الله ويستغفر الله تعالى، ويستحب لكل من تكلم بقبيح أن يستغفر الله تعالى، وتجب التوبة من كل كلام محرم والله أعلم. قال:

(ومن حلف أن لا يفعل شيئاً فأمر غيره بفعله لم يحنث، ومن حلف لا يفعل شيئين ففعل أحدهما لم يحنث). اعلم أن مدار البر أو الحنث راجع إلى مقتضى اللفظ الذي تعلق به اليمين، فإذا حلف لا يضرب عبده أو لا يبيع أو لا يشتري فوكل غيره لم يحنث، لأن مقتضى اللفظ أن لا يباشر ذلك بنفسه نعم إن أراد المعنى المجازي بأن حلف أن لا يشتري الشيء الفلاني وأراد عدم دخوله في ملكه فإنه يحنث لأنه غلظ على نفسه، ويقاس بما ذكرته ما يشابه ذلك، ولا فرق في ذلك بين الحلف بالله أو الطلاق والله أعلم. وإذا حلف على شيئين ففعل أحدهما لم يحنث، لأنه لم يوجد المحلوف عليه كما إذا حلف لا يأكل هذين الرغيفين فأكل أحدهما فإنه لا يحنث، ويقاس بهذه الصورة ما شابهها والله أعلم.

[فرع]: لو حلف شخص أن لا يتزوج فوكل شخصاً قبل له نكاح امرأة، فهل يحنث؟ فيه وجهان ليس في الروضة والشرحين هنا تصحيح، وفي التنبيه أنه لا يحنث كالبيع، وسكت النووي عليه في التصحيح، والذي في المحرر والمنهاج أنه يحنث، وهو الصحيح، وقد

جزم به الرافعي في كتاب النكاح في باب الأولياء عند توكيل الوكيل، والله أعلم. قال:

(وكفارة اليمين هو مخير فيها بين ثلاثة أشياء: عتق رقبة أو إطعام <ص: 251> عشرة مساكين كل مسكين مداً أو كسوتهم ثوباً ثوباً فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام). سميت الكفارة كفارة لأنها تكفر الذنب أي تستره، ولهذا سمي الأكار كافرًا أي الفلاح، لأنه يستر البذر، ومنه الكافر لأنه يغطي نعمة الله تعالى، لا يحصي ثناء على الله تعالى هو كما أتى على نفسه، فإذا حلف الشخص وحنث وجبت الكفارة لقوله تعالى {ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان} إلى قوله {ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتكم} أي وحنثتم، وفي سبب وجوبها خلاف: الصحيح أنه اليمين والحنث معاً ثم كفارة اليمين أولها تخيير وآخرها ترتيب، فيتخير أولاً بين الخصال الثلاث التي ذكرها الشيخ لقوله تعالى {فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة} فلا يجوز أن يطعم خمسة، ويكسو خمسة كما لا يجوز أن يعتق نصف رقبة، ويطعم خمسة، لأن الله تعالى إنما خير بين ثلاثة أشياء فلو جوزنا إخراج جنسين لأثبتنا تخييراً رابعاً، فإن أراد اعتاق رقبة أعتق رقبة كما في الظهار والجامع التكفير، وإن أراد الإطعام أطعم كل مسكين رطلاً وثلاثاً لأنه سداد الرغيف وكفاية المقتصد، ونهاية الزهيد، وإن أراد الكسوة دفع إلى كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص وسراويل ومئزر بالهمز. وهو الأزار الذي يتزر به المحرم، ومثل ذلك العمامة، والجبّة والمقنعة والخمار والكساء لأن الشرع أطلق الكسوة ولا عرف له فيها، ولا يجب لكل مسكين بدلة اتفاقاً فاكتمى بما ينطلق عليه الاسم وهو الصحيح، وقيل يكفي ستر العورة، وهل يشترط تمكن الآخذ من لبسه حتى لا يجزي دفع ثوب طفل لكبير؟ فيه وجهان: أصحهما لا يشترط كما يجوز أن يدفع ثوب الرجل إلى المرأة وبالعكس، ولا يشترط أن يكون مخيطاً والله أعلم.

[فرع]: أعطى عشرة ثوباً طويلاً هل يكفي؟ قال الماوردي: إن أعطاهم بعد قطعه أجره، أو قبله فلا لأنه ثوب واحد والله أعلم. ولا تجزئ القلنسوة أي الطاقية على الأصح ولا الغزل قبل النسج ولا البسط ولا الانطلاع، ويجزئ ما يلبس من الجلود <ص: 252> واللبود، ولا يجزئ الخف والمكعب والتبان ولا يجزئ الثوب البالي كما لا يجزئ ما يلبس من الجلود واللبود، ولا يجزئ الخف والمكعب والتبان ولا يجزئ الثوب البالي كما لا يجزئ الطعام المسوس والعبد الزمن والله أعلم.، فإن لم يجد المال الذي يصرفه في الكفارة كفر بالصوم للآية الكريمة قال البندنجي والمحاملي: والمراد من يفضل عن كفايته على الأبد. وقال ابن الصباغ والرافعي: المراد من له الأخذ من الزكاة بصفة الفقر والمسكنة أو من الكفارة فله الصوم حتى لو ملك نصاباً ولا تحصل به الكفاية لزمته الزكاة وله الصوم لأننا لو أسقطنا الزكاة عنه لخلا النصاب عنها، وهنا ينتقل إلى البدل، وهو الصوم، وهذا هو المنصوص وفي الحاوي للماوردي لا يصوم من فضلت الكفارة عن كفاية وقته لقدرته على المال وإن حل له أخذ الزكاة وأبدى الرافعي احتمالاً أن يكون فاضلاً عن كفاية سنة وهذا الاحتمال صرح به البغوي، ويجوز صوم الثلاثة متفرقة على الراجح، لاطلاق الآية الكريمة، ووجه التتابع قراءة ابن مسعود رضي الله عنه {ثلاثة أيام}، والله أعلم.

[فرع]: لو كان الحانث كافراً لم يكفر بالصوم لأنه ليس من أهله ويكفر بالمال والله أعلم.

(مسألة) حلف شخص لا يفعل شيئاً كأن حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها ناسياً لليمين أو جاهلاً أنها الدار المحلوف عليها هل يحنث؟ فيه قولان: سواء كان الحلف بالله تعالى أو بالطلاق أو غير ذلك ووجه الحنث قوله تعالى {ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان} وهي عامة في جميع الأحوال ووجه عدم الحنث وهو الراجح لقوله تعالى {وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به} الآية، وقوله صلى الله عليه وسلم {إن الله تعالى تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه} واليمين داخلة في هذا العموم. والجواب عن قوله تعالى {ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان} إن فيها إضماراً أي وحنثتم فلا نسلم الحنث، وكان الماوردي والصيمري وأبو الفياض لا يفتون في يمين الناسي بشيء والله أعلم. قال:

(فصل): النذر يلزم في المجازاة على المباح بطاعة كقوله: إن شفى الله مريضى فله علي أن أتصدق أو أصوم ويلزمه من ذلك ما يقع عليه الإسم). النذر <ص: 253> في اللغة. الوعد بخير أو شر، وفي الشرع: الوعد بالخير دون الشر. قاله الماوردي، وحده بعضهم بأنه التزام قرينة غير لازمة بأصل الشرع، وقيل غير ذلك. والأصل في ذلك قوله تعالى {يوفون بالنذر} وقوله صلى الله عليه وسلم {من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه} رواه البخاري وغيره، وهل هو مكروه أم قرينة؟ فيه خلاف، ثم النذر قسمان: نذر لجأح وغضب، وقد تقدم. ونذر تبرر وهو نوعان: أحدهما نذر المجازاة وهو أن يلتزم قرينة في مقابلة حدوث نعمة أو اندفاع بلية كقوله: إن شفى الله مريضى أو رزقني ولداً ونحو ذلك فله علي اعتاق أو صوم أو صلاة، فإذا حصل المعلق عليه لزمه الوفاء بما التزم، وكذا لو قال: فعلي ولم يقل لله على الصحيح، ووجه ذلك قوله تعالى {وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم} وقوله تعالى {ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين} وغير ذلك من الآيات {ونذرت امرأة ركبت البحر إن نجاها الله أن تصوم شهراً فنجت ولم تصم حتى ماتت، فجاءت بنتها أو أختها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تصوم عنها} رواه أبو داود والنسائي. الثاني أن يلتزم ابتداءً من غير تعليق على شيء فيقول: الله علي أن أصلي أو أصوم أو أعتق فقولان: الراجح اللزوم، كالنوع الأول، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه واحتج له باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم {من نذر أن يطيع الله فليطعه}. والثاني لا يصح ولا يلزمه لعدم المقابل كما أن البيوعات لما لم يكن لها عوض لم تلزمه بالعد، ولأن النذر عند العرب وعد بشرط قاله ثعلب وقول الشيخ [على المباح] احترز به عن المعصية وسيأتي إن شاء الله تعالى.

واعلم أن السبب الذي تعلق به النذر أي المنذور قد يكون مباحاً كشفاء المريض، وقد يكون طاعة كقوله: إن صليت أو حججت فله علي كذا، ومعناه إن وفقني الله تعالى للصلاة أو يسر لي الحج فعلي كذا، وقد يكون معصية كقوله: إن حصلت لي المعصية الفلانية فله علي كذا، وتتمة هذا تأتي. وقول الشيخ [ويلزمه من ذلك ما يقع عليه الإسم] أي من المنذور، كما إذا علق بمطلق الصدقة أو الصوم أو الاعتاق فيصح أن <ص: 254> يعتق رقبة، وإن كانت معينة غير مؤمنة على ما صححه النووي لصدق اسم الرقبة ك الصدقة بالقليل، وقيل لا بد من رقبة كفارة، والخلاف مبني على أن النذر يسلك به مسلك جائز الشرع أو واجبه. ومن فروع هذه القاعدة أنه هل يجب عليه التبييت في الصوم المنذور أم يكفي بنية قبل الزوال؟ قال الرافعي: إن قلنا أن النذر ينزل على أقل الواجب وهو الأصح أوجبنا



التبويت. وإن قلنا على أقل الجائز فلا، ووافق النووي الرافعي هنا على تصحيح وجوب التبويت، وأن يسلك به مسلك واجب الشرع، وخالف هذه القاعدة في باب الرجعة، فقال من زيادته: المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من الوجهين، بل يختلف الراجح منهما بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها، أو عكسه في بعض، وقال في شرح المذهب: إنه الصواب والله أعلم. قال:

(ولا نذر في معصية كقوله: إن قتلت فلاناً فله علي كذا). لا يصح نذر المعصية لقوله عليه الصلاة والسلام {لا نذر في معصية} رواه مسلم، ولقوله عليه الصلاة والسلام {من نذر أن يعصي الله فلا يعصه} رواه البخاري، وقد مثل الشيخ لذلك بما ذكره وكان ينبغي أن يمثل بغير ما ذكره بأن يجعل الملتزم معصية بنفسه كنذر شرب الخمر أو الزنا أو القتل أو الصلاة في حال الحدث أو نذر أن يذبح نفسه أو ولده، فإذا نذر ذلك ولم يفعل المحلوف عليه فقد أحسن ولا كفارة عليه أيضاً على المذهب الذي قطع به الجمهور، وحكى الربيع قولاً أنه تجب الكفارة، واختاره المبيهي لحديث {لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين} قال الرافعي: قال الجمهور: والمراد بالحديث نذر اللجاج قالوا ورواية الربيع من كيسه قال النووي: هذا الحديث بهذا اللفظ ضعيف باتفاق المحدثين وإنما صح {لا نذر في معصية} رواه مسلم من حديث عمران بن حصين وحديث عقبة {كفارة النذر كفارة يمين} رواه مسلم أيضاً والله أعلم. قال:

(ولا يلزم النذر على ترك مباح كقوله لا أكل لحمًا ولا أشرب لبنًا وما أشبهه). اعلم أن المباح الذي لم يرد فيه ترغيب كالأكل والنوم والقيام والقعود، سواء كان نفيًا كقوله: لا أكل كذا، أو اثباتًا: كقوله أكل كذا أو ألبس كذا، <ص: 255> - فهذا وما أشبهه لا ينعقد نذره لأن لا قرينة فيه {ولأنه صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً قائماً في الشمس فسأل عنه، فقال: هذا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال عليه الصلاة والسلام: مروه فليتكلم وليقعد وليتم صومه} رواه البخاري وغيره، ولو خالف في المباح وفعله فهل يلزمه كفارة يمين؟ قضية الرافعي والروضة أن المذهب أنه لا يلزمه، وبه صرح الرافعي في أوائل الإيلاء، لكن صح في المحرر وجوب الكفارة وتبعه النووي في المنهاج والله أعلم.

[فرع]: قال القفال: من نذر أن لا يكلم الأدميين يحتمل أن يقال إنه يلزمه لأنه مما يتقرب به ويحتمل أن يقال إنه لا يلزمه لم فيه من التضييق والتشديد وليس ذلك من شرعنا، كما لو نذر الوقوف في الشمس كذا ذكره الرافعي، وصححه النووي أنه لا يلزمه، وحديث أبي إسرائيل يدل له، ففي البخاري {أن امرأة حجت صامته عن الكلام، فقال لها الصديق رضي الله عنه: تكلمي فإن هذا لا يحل} والله أعلم.

[فرع]: إذا نذر زيتاً أو شمعاً أو نحوه ليسرج في مسجد أو غيره ينظر إن كان ذلك في مكان بحيث قد ينتفع به ولو على النذور مثل مصل هناك أو نائم أو غيرها صح النذر ولزم الوفاء، وإن كان مغلقاً ولا يتمكن أحد من الدخول إليه ولا الانتفاع به لم يصح، وكذا لو وقف شيئاً ليشتري من غلته زيتاً أو غيره ليسرج في مسجد أو غيره فحكمه في الصحة ما ذكرناه في النذور والله أعلم. قال: <ص: 256>

### {كتاب الأقضية}

الأقضية جمع قضاء بالمد كأغطية جمع لغطاء ككساء، وأصل القضاء إحكام الشيء وفراغه. قال الجوهرى: قضى بمعنى أنهى وفرغ،

فالقاضي ينهي الأمر ويفرغ منه، وقضى بمعنى أوجب، ومنه قوله تعالى: {وقضى ربك} والقاضي يوجب الحكم، وقضى بمعنى أتم، ومنه قوله تعالى: {فإذا قضيتم مناسككم} فالقاضي يتم الأمر بحكمه، ويكون بمعنى أدى وبمعنى قدر، وسمي القضاء حكماً لما فيه من منع الظالم، مأخوذ من الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله، أو من إحكام الشيء مأخوذ من حكمة اللجام لمنعها الدابة والله أعلم.

ثم الأصل في ذلك الآيات والأخبار والإجماع. قال الله تعالى: {وأن احكم بينهم بما أنزل الله} وقال الله تعالى: {وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل} وغير ذلك، وفي السنة الشريفة أحاديث. منها قوله صلى الله عليه وسلم {إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر واحد، وإن أصاب فله أجران} رواه الشيخان. ومنها قوله صلى الله عليه وسلم {إذا جلس القاضي في مكانه هبط عليه ملكان يسددانه ويوفقانه ويراشدانه ما لم يجر، فإذا جار عرجاً وتركاه} رواه البيهقي، وفي رواية الطبراني {ما لم يرد غيره} أي غير الحق، فإن أراد غيره وجار متعمداً تبرأ منه ووكلاه إلى نفسه، وهذا كله في القاضي الذي هو بصفة القضاء. وصفة القضاء تأتي، أما من ليس أهلاً له كالجهلة والفسقة كقضاة الرشا، والبراطيل فهم بشهادة سيد الأولين والآخرين صلى الله عليه وسلم في النار لقول عليه الصلاة والسلام {القضاة ثلاثة: قاض في الجنة وقاضيان في النار. قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض عرف الحق فحكم بخلافه فهو في النار، وقاض قضى على جهل فهو في النار} رواه أبو داود وغيره وقال عليه الصلاة والسلام: {من كان قاضياً فقضى بحق >ص: 257< أو بعدل يسأل التفلت كفافاً} رواه ابن حبان في صحيحه، والأحاديث في ذلك كثيرة. قال العلماء: كل من ليس بأهل للحكم فلا يحل له الحكم، فإن حكم فهو أثم ولا ينفذ حكمه، وسواء وافق الحق أم لا لأن إصابة الحق اتفاقية ليست صادرة عن أصل شرعي فهو عاص في جميع أحكامه، سواء وافق الصواب أم لا، وأحكامه مردودة كلها ولا يعذر في شيء من ذلك، وكذا جزم به النووي في شرح مسلم والله أعلم. قال:

(فصل): ولا يجوز أن يلي القضاء إلا من استكملت فيه خمس عشرة خصلة: الاسلام والبلوغ والعقل والحرية والعدالة والذكورة). من لا يصلح للقضاء تحرم توليته ويحرم عليه أن يتولى ويحرم عليه أن يطلبه للخبر المتقدم، فمن الصفات المعتبرة الإسلام فلا تجوز تولية القضاء للكافر لا على المسلمين ولا على غيره لأنه ولاية وسبيل وهو ليس أهلاً لذلك، وانتهر عمر رضي الله عنه أبا موسى رضي الله عنه حين استعمل كاتباً نصرانياً، ثم قال: لا تدنوهم وقد أقصاهم الله ولا تكرموهم وقد أهانهم الله ولا تامنوهم وقد خونهم الله، وقد نهيتكم عن استعمال أهل الكتاب فإنهم يستحلون الرشا. ومنها البلوغ والعقل، لأن الصبي والمجنون إذا لم يتعلق بقولهما حكم على أنفسهما، فعلى غيرهما أولى وقد ادعى الإجماع عليه في المجنون. قال الماوردي ولا يكتفي بالعقل الذي يتعلق به التكليف حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً من السهو والغفلة ليتوصل إلى وضوح المشكل، وذكر الإمام نحوه، وكذا الغزالي: نعم قال الرافعي: يستحب كونه وافر العقل مثبتاً ذا فطنة وبقطة. ومنها الحرية، لأن العبد ناقص عن ولاية نفسه فعن ولاية غيره أولى، وبالقياس على الشهادة، ومن لم تكمل فيه الحرية كالقن ومنها العدالة، لأن الفسق إذا منع من النظر في مال الإبن مع عظيم شفقتة فمنع ولاية القضاء التي بعضها حفظ مال اليتيم أولى، وسواء كان فسقه مما لا

شبهة له فيه أو بما فيه شبهة، وفي وجه لا يضر ماله فيه شبهة وتأويل. ومنها الذكورة لقوله تعالى: {الرجال قوامون على النساء} ولقوله صلى الله عليه وسلم {لمن يفلح <ص: 258> قوم ولوا أمرهم امرأة} رواه البخاري، وكذا الحاكم، وقال: إنه على شرط الشيخين، ولأن القاضي محتاج إلى مخاطبة الرجال، والمرأة مأمورة بالتحرز عن ذلك والله أعلم. قال:

(ومعرفة أحكام الكتاب والسنة وإجماع الأمة والاختلاف وطرق الاجتهاد وطرف من لسان العرب). من صفات القاضي أن يكون أهلاً للاجتهاد، فلا يجوز تولية الجاهل بالأحكام الشرعية كالمقلد لقوله تعالى: {ولا تقف ما ليس لك به علم} ولقوله صلى الله عليه وسلم {القضاة ثلاثة} فالمقلد في حكمه مقتف ما ليس له به علم، وقاضي الجهل لا يدرى طريقه وله لا يصلح للفتوى، فالقضاء أولى، لأن الافتاء أخبار غير ملزم، والقضاء إخبار ملزم، وإنما تحصل أهلية الاجتهاد بأمور: أحدها أن يعرف من القرآن آيات الأحكام، وهي كما قيل خمسمائة فيعرف الناسخ والمنسوخ والعام والخاص، والعام الذي أريد به الخصوص وعكسه، والمطلق والمقيد، والمحكم والمتشابه، والمجمل والمفصل، ولا يشترط حفظه على ظهر القلب، قاله الروياني. قال الرافعي: ومنهم من ينازع ظاهر كلامه فيه. الثاني أن يعرف من السنة الأخبار المتعلقة بالأحكام، ويعرف منها ما ذكرناه في الكتاب العزيز، ويعرف المتواتر والآحاد والمرسل والمسند والمنقطع والمتصل والجرح والتعديل. الثالث أن يعرف أقاويل علماء الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم إجماعاً واختلافاً، لئلا يحكم بما أجمعوا على خلافه أو بقول ثالث. الرابع القياس فيعرف جليته وخفيه وتمييز الصحيح من الفاسد. الخامس أن يعرف كلام العرب لغة وإعراباً وكصيغ الأمر والنهي، والخبر والاستخبار، والوعد والوعيد، وغير ذلك مما لا بد منه في فهم الكتاب والسنة، لأن الشرع ورد بالعربية، وبها يعرف ما ذكرناه ويعرف إطلاقه وتقييده وإجماله وبيانه. قال الأصحاب: ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، قال الغزالي: واجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً لئلا تتعطل مصالح المسلمين. قال الرافعي: وهذا أحسن. قال ابن الصلاح وابن أبي الدم: لا نعلم أحداً ذكر ما ذكره الغزالي، والذي قطع به العراقيون والمراورة أن الفاسق <ص: 259> لا تنفذ أحكامه، وقد ظهر بذلك بطلان ما قاله والله أعلم. قال:

(وأن يكون سمعياً بصيراً كاتباً متيقظاً). يشترط في القاضي السمع والبصر، فإن الأصم لا يفرق بين الإقرار والإنكار، والأعمى لا يعرف الطالب من المطلوب، وقيل تصح ولاية الأعمى، لأنه عليه الصلاة والسلام استخلف ابن أم مكتوم على المدينة وكان أعمى، والمذهب القطع بالمنع، والخبر قيل بضعفه وبتقدير الصحة محمول على ولاية الصلاة دون الحكم، وفي معنى الأعمى من يرى الأشباح ولا يعرف الصور، ولا يشترط أن يكون متيقظاً، فلا يصح قضاء مغفل اختل رأيه ونظره بمرض أو كبر ونحوهما. ويشترط أيضاً كونه ناطقاً متكلماً، فإن الأخرس لا يقدر على انفاذ الأحكام والله أعلم. قال:

(ويستحب أن ينزل القاضي في وسط البلد ويجلس في موضع بارز للناس لا حاجب دونه ولا يقعد للقضاء في المسجد). اعلم أن للقضاء أداباً: منها أن ينزل في وسط البلد، لأنه أقرب إلى التسوية وحصول العدل، وهذا نص عليه الشافعي رضي الله عنه. ومنها أن يجلس في موضع فسيح لئلا يتأذى الحاضرون بضيقه. وأن

يكون بارزاً ليس دونه حجاب ليهتدي إلي ه المتوطن والغريب، ويصل إليه كل أحد، ويستحب أن يكون خالياً من الحر والبرد والغبار والدخان، فيجلس في الصيف حيث يليق به، وكذا في الشتاء، وكذا في زمن الرياح. ومنها أن لا يتخذ حاجباً ولا بواباً، لأنه ربما قدم المتأخر ومنع من له ظلامه، فلو اتخذته كره إلا لحاجة. قال الماوردي: تجب فيه العفة والعدالة والأمانة، ويندب كونه حسن المنظر جميل المخبر عارفاً بمقادير الناس بعيداً عن الهوى معتدل الأخلاق بين الشراسة واللين. قال إمام الحرمين: إن كثرت الزحمة ورأى المصلحة في اتخاذهِ وإلا فلا، وفي الروضة إذا جلس للقضاء ولا زحمة كره أن يتخذ حاجباً على الأصح، ولا كراهة فيه في أوقات الخلوة على الصحيح، وليحذر من الاحتجاب لقوله عليه الصلاة والسلام {من ولاه الله شيئاً من أمور المسلمين فاحتجب دون حاجتهم وخلتهم و فقرهم احتجب الله عنه دون <ص 260> حاجته وخلته و فقره} رواه أبو داود والترمذي. ومنها أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء، فإن اتخذته كره، لأنه ينزه عن رفع الأصوات وحضور الحيض والكفار والمجانين وغيرهم، وقد يحضرون بمجلس القضاء، وقيل لا يكره الجلوس فيه كما لا يكره لقراءة القرآن وسائر العلوم الشرعية والإفتاء. ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها فلا بأس بفصلها فيه والله أعلم. قال:

(ويسوي بين الخصمين في ثلاثة أشياء، في المجلس واللفظ واللحظ). لا شك أن منصب الحكم موضوع للعدل، وميل القاضي عن ذلك جور وظلم، فهذا يسوي بين الخصمين مع ما ذكره الشيخ في الدخول عليه وفي القيام لهما، وكذا في المجلس فلا يقرب أحدهما أكثر من الآخر بعد أن يسوي بينهما في جواب السلام، فإن سلما أجابهما معاً، وإن سلم أحدهما. قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر فيجيبهما. قال الرافعي: وقد يتوقف في هذا عند طول الفصل، فإنه يمنع انتظامه جواباً، فإذا انتهيا إلى المجلس أجلس أحدهما عن يمينه، والآخر عن شماله، والأولى على الإطلاق أن يكونا بين يديه، وفي حديث {ثم ليقل عليهما بمجامع قلبه} ولا يمازح أحدهما، ولا يشير إليه، ولا يسارره، ولا يلغن المدعي بأن يقول: ادع عليه كذا، ولا المدعى عليه الإقرار أو الإنكار. وكذا يسوي بينهما في النظر إليهما والاستماع لهما وطلاقة الوجه وسائر وجوه الإكرام، فلا يخص أحدهما بشيء من ذلك. قال الله تعالى: {كونوا قوامين بالقسط} الآية، ثم هذه الأمور التسوية ف يها واجبة على الصحيح، واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب. نعم يرفع المسلم على الكافر في المجلس على الصحيح الذي قطع به العراقيون، وقيل يسوي بينهما فيه. قال الرافعي: ويشبه أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام، وما بحثه الرافعي صرح به الفوراني والله أعلم.

[فرع]: لا يجوز أن يجلس الموكل إلى جانب القاضي، ويقول: وكيلي جالس مع الخصم والله أعلم. قال:

(ولا يجوز أن يقبل هدية من أهل عمله). لا شك أن الرشوة حرام، <ص: 261> لأنها من قبيل الأكل بالباطل، وقد نهى الله عنه، وهي صفة اليهود، وقال عليه الصلاة والسلام {لعن الله الراشي والمرتشى في الحكم} رواه الإمام أحمد والترمذي وصححه، ولفظ ابن ماجه {لعنة الله على الراشي والمرتشى} وأما الهدية فالأولى سد بابها، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته في محل ولايته، وإن كان له عادة بالهدية لصداقة أو قرابة، وكذا لا يقبل هدية ما لم تكن له عادة قبل الولاية، وإن لم تكن له حكومة. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {هدايا العمال غلال} ويروي

{سحت} رواه الإمام أحمد رضي الله عنه، وفي الصحيحين بمعناه واللفظ {ما بال العامل نبعثه فيقول هذا لكم وهذا أهدي لي هلا جلس في بيت أبيه وأمه؟ والذي نفسي بيده، وفي رواية: والذي نفس محمد بيده لا يأتي بشيء إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة إن كان بغيراً له رغاء أو بقر لها خوار أو شاة تبحر ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي إبطيه ألا هل بلغت؟ ثلاثاً} وإذا كان هذا في العمال فالقاضي أولى، وإن كان المهدي لا خصومة له وله عادة بالهدية وأهدى قدر عاداته ومثله جاز أن يقبلها لخروج ذلك عن سبب الولاية، وهذا هو الصحيح المنصوص، وقيل لا يجوز لإطلاق الأخبار ولاحتمال حدوث محاكمة، فلو أهدى أكثر من المعتاد أو أرفع منه مثل إن كان يهدي المآكل فأهدى الثياب لم يجر القبول صرح به الماوردي وتبعه البغوي وغيره، قال الماوردي: ونزوله على أهل عمله ضيفاً كقبول هديتهم والله أعلم، ولو كانت الهدية في غير عمله من غير أهله، فقيل يحرم، والأصح المنصوص أنه لا يحرم، ولو أهدى إليه في عمله من هو من غير عمله بإرسال الهدية، وللمهدي حكومة حرم، وكذا إن دخل بها بنفسه ولا حكومة له، لأنه صار من عمله بالدخول، وإن أرسلها ولا حكومة، في جواز القبول وجهان. قلت: ينبغي أن يكون جواز القبول حيث جاز إذا كان يثق من نفسه بعدم الميل والجور، فإن لم يثق بذلك من نفسه فالوجه التحريم، لأن القبول حينئذ سبب حامل على ترك العدل لا سيما في زماننا هذا الذي قد ظهرت فيه الرشوة فضلاً عن الهدية. واعلم أن الهدية لغير الحكام كهدايا الرعايا بعضهم لبعض <ص: 262> إن كانت لطلب محرم أو إسقاط حق أو إعانة على ظلم، حرم القبول والشفاعة، والمتوسط بين المهدي والأخذ من قاض وغيره، وكذا بين المرتشي والراشي حكمه حكم موكله، فإن وكلاه معاً، وكان المهدي أو الراشي معذوراً لأجل خلاص حقه حرم على المتوسط، لأنه وكيل الأخذ وهو محرم عليه والله أعلم. قال:

(ويجتنب القضاء في عشرة مواضع: عند الغضب وعند الجوع والعطش وشدة السهر والحزن والفرح المفرط، وعند المرض ومدافعة الأخبثين وغلبة النعاس وشدة الحر والبرد). الأصل في ذلك كله قوله عليه الصلاة والسلام {لا يقضي الحاكم بين اثنين وهو غضبان} رواه الشيخان، ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام لم يرد الغضب نفسه، بل الاضطراب الحاصل له به المغير للعقل والخلق وهو في هذه الأحوال التي ذكرها الشيخ مغير للعقل، وإن تفاوتت فلا يتوفر الاجتهاد، وهل المنع للكراهة؟ الذي صرح به الرافعي وجماعة أنه يكره، وكلام الماوردي يقتضي أنه أولى، فإن حكم في هذه الأحوال نفذ حكمه. قال الإمام البغوي وجماعة: والغضب المنهي عن الحكم فيه إذا كان لغير الله تعالى، أما إذا كان لله تعالى فليس منهيّاً عنه واستغربه الروياني، وقال: المحذور هو عدم توفيره على الاجتهاد، ولا يختلف الحال فيه بين الغضبين والله أعلم. قال:

(ولا يسأل المدعى عليه إلا بعد كمال الدعوى). إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي، فله أن يسكت حتى يتكلما، وله أن يقول: ليتكلم المدعي منكما، وأن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم، وخطاب الأمين الواقف على رأسه أولى، فإذا ادعى المدعي وفرغ من دعواه سأل حينئذ القاضي الخصم أن يجيب، ويقول له: ما تقول، وفي وجه لا يطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي، كما لا يطالب بالمال حتى يسأل المدعي، والصحيح الأول، لأن بسؤال القاضي تنفصل الخصومة ويظهر أثر الدعوى، فإذا سأل في الجواب، إن أقر بالمدعي فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم، وحينئذ يحكم

بأن يقول: أخرج من حقه، أو ألزمتك الخروج من حقه، وما أشبه ذلك، وهل يثبت الحق بمجرد الإقرار أم لا بد في ثبوته من قضاء القاضي كالبيئة؟ وجهان أصحهما يثبت بمجرد <ص: 263>- الإقرار بخلاف البيئة. والفرق أن دلالة الإقرار على وجوب الحق جلية، والبيئة تحتاج إلى نظر واجتهاد، وإن أنكر المدعى عليه، فللقاضي أن يسكت، وله أن يقول للمدعي: ألك بيئة، هذا هو الصحيح، وقيل لا يذكر شيئاً، لأنه كالتلقين، فعلى الصحيح إن قال المدعي: لي بيئة حاضرة وأقامها فلا كلام، وإن قال: لا أقمها وأريد يمينه مكن منه، وإن قال: ليس لي بيئة حاضرة، فحلف المدعى عليه ثم جاء ببيئة سمعت، وإن قال: لا بيئة لي لا حاضرة ولا غائبة سمعت أيضاً على الأصح، لأنه ربما لم يعرف أو نسي، ثم عرف أو تذكر، وقيل لا تسمع للمناقضة والله أعلم. قال:

(ولا يحلف إلا بعد سؤال المدعي). لا يحلف القاضي المدعي عليه إلا بعد أن يطلب ذلك المدعي، لأن استيفاء اليمين حقه فيتوقف على إذنه كالدين، فإن حلفه قبل الطلب، فلا يعتد بها على الصحيح، فعلى هذا يقول القاضي للمدعي: حلفه إن شئت وإلا فاقطع طلبك عنه، ولو حلف المدعي عليه بعد طلب المدعي يمينه وقبل إحلاف القاضي لم يعتد بها أيضاً، صرح به القاضي حسين، ولو فوض القاضي إلى الحالف اليمين فاستوفاه على نفسه، ففي الاعتداد بها وجهان والله أعلم.

[فرع]: قال المدعي: أبرأتك عن اليمين سقط حقه في هذه الدعوى وله استئناف الدعوى وتحليفه، قاله في التهذيب والمهذب، وجزم به النووي في أصل الروضة قال ابن الرفعة: ويظهر أنه مبني على قول العراقيين، أما على قول المراوزة فيظهر أن لا تسوغ الدعوى عليه ثانياً والله أعلم. قال:

(ولا يلحق خصماً حجة، ولا يتعنت بالشهداء). ليس للقاضي أن يلحق خصماً دعوى ولا كيف يدعي على الأصح لما في ذلك من إظهار الميل، وضابطه أن لا يلحق أحدهما ما يضر بالآخر، ولا يهديه إليه مثل أن يقصد الإقرار فليقنه الإنكار، أو يقصد النكول فيجرؤه على اليمين أو بالعكس، وفي معنى ذلك أن يتوقف الشاهد فيجرؤه على الشهادة أو بالعكس إلا في الحدود التي تدرأ بالشبهات وقول الشيخ [ولا يتعنت بالشهداء] هذا نص عليه الشافعي رحمه الله، فقال: ولا يجوز أن يتعنت بالشاهد، قال الماوردي: وذلك من أوجه: <ص: 264>- الأول أن يظهر التكبر عليه والاستهزاء به وهو طاهر الستر وافر العقل، وكذا ذكره أبو الطيب وابن الصباغ. الثاني أن يسأله من أين علمت هذا أو كيف تحملت أو لعلك سهوت؟ الثالث أن يتبعه في ألفاظه ويعارضه، لأن في ذلك ميلاً على المشهود له وإفضاء إلى ترك الشهادة، ولا يجوز أن يصرخ على الشاهد ولا ينهره والله أعلم. قال:

(ولا تقبل الشهادة إلا ممن ثبتت عدالته). العدالة في الشهادة معتبرة بنص القرآن العظيم، وصفتها تأتي إن شاء الله تعالى، فإذا شهد عند القاضي شهود، فإن عرف فسقمهم رد شهادتهم ولم يحتج إلى بحث، وإن عرف عدالتهم قبل شهادتهم ولا حاجة إلى التعديل، وإن طلبه الخصم ولم يعرف حالهم لم يجز قبول شهادتهم والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل، سواء طعن الخصم فيهم أو سكت، لأنه إذا قبلهم وسأل الحكم بشهادتهم لزمه، ولا يجوز الحكم إلا بعد البحث عن شروط الشهادة، ولا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال المسلم العدالة، كما لا يجوز بأن الظاهر من حال من في دار الإسلام الإسلام اكتفاء بالدار، فلو أقر الخصم بعدالتهم فهل يحكم بلا

بحث؟ وجهان: قيل نعم، لأن البحث حقه وقد اعترف بعدالتهم، والصحيح لا بد من البحث والتعديل من أجل حق الله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله، والتعديل لا يثبت بقول واحد، ويكفي في التعديل أن يقول: هو عدل، لأنه أثبت العدالة التي اقتضاها ظاهر إطلاق الآية الكريمة في قوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} وهذا هو الصحيح الذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه في كتاب حرملة، ونص في موضع آخر منه أنه يقول: عدل رضي واشترطه بعض الأصحاب، وقيل لا بد أن يقول: هو عدل علي ولي، قال الإمام: وهو أبلغ عبارات التزكية، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه في الأم والمختصر، لأن قوله عدل لا يثبت العدالة على الإطلاق، لجواز أن يكون عدلاً في شيء دون شيء، فهذه الزيادة يزول الاحتمال، كذا علله أبو إسحاق، وعلله غيره بأن العدل قد يكون ممن لا تقبل شهادته له بأن يكون أباه أو ابنه أو لا تقبل عليه لعداوة، فإذا قال: علي ولي زال الاحتمال، فإن علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة لزم <ص 265> ذلك على التعليل الأول دون الثاني، قاله الماوردي والله أعلم. قال:

(ولا تقبل شهادة عدو على عدوه، ولا شهادة والد لولده ولا ولد لوالده). يشترط في الشاهد عدم التهمة ولها أسباب. منها البعضية التي تشتمل على الأصول والفروع. ومنها العداوة فلا تقبل شهادة العدو على عدوه إذا كانت لأمر دنيوي لقوله تعالى: {وأدنى أن لا ترتابوا} والعداوة أقوى الريب ولقوله صلى الله عليه وسلم {لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا ذي غمر ولا جنة ولا ظنين في قرابة} رواه أبو داود ولم يضعفه، نعم ضعفه الترمذي. والغمر بكسر الغين المعجمة: الشحنة، وقيل العداوة. فإن قيل بم تعرف العداوة؟ فالجواب قال القاضي حسين: العدو هنا من يظهر من أقواله وأفعاله ما يظن به العداوة بحيث يشمت بمصائبه ويحزن بمساره ويتمنى له كل شر، وكلام الرافعي قريب منه. وعد الماوردي من أسباب العداوة القذف والغصب والسرقة والقتل وقطع الطريق، فلا تقبل شهادة المغصوب منه على الغاصب ولا المسروق منه على السارق، ولا ولي المقتول على القاتل، وكذا المقذوف على القاذف، ما ذكره الماوردي نص عليه الشافعي رضي الله عنه والله أعلم. ولا تقبل شهادة الوالد لولده وإن سفل، ولا شهادة الولد لوالده وإن علا، لقوله تعالى: {ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا} والريبة هنا حاصلة لشدة الميل والمحبة، وقد قال صلى الله عليه وسلم: {فاطمة بضعة مني أي قطعة}، وإذا كان الولد جزءاً أشبهت الشهادة له شهادة الشخص لنفسه، وقد جاء زيادة من تنمة الحديث {ولا شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده} وتكلم العلماء في هذه الزيادة، فإن صحت وإلا ففي قوله {ولا ظنين في قرابة} دليل عليه، وفي القديم أنها تقبل، وبه قال المزني، وأبو ثور، وابن المنذر، واحتجوا بأن الشخص لا يكون صادقاً في شيء دون شيء، والمذهب المعروف الأول، وما ذكره باطل يمنع شهادته لنفسه، ويؤخذ من قول الشيخ أنه يقبل شهادة بعضهم على بعض وهو كذلك، وفي مقالة لا تقبل شهادة الولد على والده مما يقتضي قصاصاً أو حد قذف لأنه لما لم يقتل بقتله <ص: 266> ولا يحد بقذفه لم يحد ولم يقتل بقوله، والأول هو الصحيح، والله أعلم.

[فرع]: شهد الابن على أبيه أنه طلق ضرة أمه فهل يقبل؟ قولان: قيل لا لأنه متهم يجر إلى أمه نفعاً، لا نفرادها به فهي شهادة لأمه، والأصح القبول، لأنها شهادة على أبيه لغير أمه ولو

شهدا على أبيهما أنه قذف أمهما لم تسمع لأنها شهادة للأُم، والله أعلم. قال:

(ولا يقبل كتاب قاض إلى قاض في الأحكام إلا بعد شهادة شاهدين يشهدان بما فيه). اعلم أن يجوز الدعوى على الميت الذي لا وارث له معين، وعلى الصبي الذي لا نائب له بالاتفاق منا ومن أبي حنيفة رحمه الله، وكذا يجوز الدعوى على الغائب الذي لا وكيل له على المشهور المقطوع به، واحتج بقوله تعالى: {فاحكم بين الناس بالحق} وما شهدت به البينة حق فوجب الحكم، ولقوله عليه الصلاة والسلام لزوجة أبي سفيان {خذي ما يكفيك} فإنه قضاء على غائب، وقام علمه عليه الصلاة والسلام بأنها زوجته مقام البينة، وقوله صلى الله عليه وسلم {خذي} دليل على أنه ليس بفتوى وإلا لقال: لا بأس به ونحوه، وقال عمر رضي الله عنه في قضية الأسيف: {من كان له دين فليأتنا غداً فإننا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه} وكان غائباً. رواه مالك في الموطأ، وفي آخر الأثر {وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب} ولأن في الامتناع على الغائب إضاعة الحقوق إذ لا يعجز الممتنع من الوفاء عن الغيبة، وألحق القاضي حسين بالغيبة ما إذا حضر المجلس فهرب قبل أن يسمع الحاكم البينة أو بعده وقبل الحكم، فإنه يحكم عليه قطعاً، فإذا حكم حاكم على غائب بشهادة شاهدين أو بإقراره أو بنكوله، ويمين المدعي والمحكوم به حق في ذمته أو قصاص إن جوزنا القضاء على الغائب به كما هو الصحيح أو عقار في يده، فسأل المدعي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم لتعذر اجتماعهما أو خشية التأخير أو غير ذلك كتب إليه بما حكم به، وهذا لا نزاع فيه لأنه حكمه لزم، فلزم كل واحد تنفيذه بخلاف ما لو ثبت عنده ولم يحكم حيث يفصل بين قرب المسافة وبعدها لأن مع القرب يسهل إحضار الشهود، ثم للإبقاء طريقان: أحدهما أن يشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد، <ص: 267> والأولى أن يكتب بذلك كتاباً أولاً ثم يشهد. وصورة الكتاب: حضر فلان وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا، وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان وعدلا عندي، وحلف المدعي وحكمت له بالمال فسألني أن أكتب إليك كتاباً في ذلك فأجبتة وأشهدت بذلك فلاناً وفلاناً، ويجوز أن يقتصر على حكمت بكذا لحجة أوجبت الحكم لأنه قد يحكم بشاهد ويمين أو بعلمه إن جوزناه، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح الحنفية إذا حكم بشاهد ويمين، فإذا كتب، فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما، ثم يقول لهما: اشهدا علي بما فيه أو على حكمي المبين فيه، وفي الشامل لابن الصباغ: أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله: هذا كتابي إلى فلان أجزاء، وفي وجه يكفي مجرد القراءة عليهما، ولو لم يقرأ الكتاب عليهما، ولم يعلم بما فيه، وقال القاضي: أشهدكما على أن هذا كتاب وما فيه خطي لم يكف، ولم يكن لهما أن يشهدا على حكمه لأن الشيء قد يكتب لا قصد تحقيقه، ولو قال: أشهدكما على أن ما فيه حكمي أو على أنني قضيت بمضمونه لم يكف على الصحيح حتى يفصل ما حكم به. واعلم أن التعويل على الشهود، والمقصود من الكتاب التذكرة، ولهذا لو ضاع الكتاب أو انمحي، وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما قبلت شهادتهما وقضى بها، ويشترط إشهاد رجلين عدلين، فلا يقبل رجل وامرأتان، وقيل يقبل إن تعلقت بمال، والصحيح الأول، والله أعلم. قال:

(فصل): ويفتقر القاسم إلى سبعة شرائط: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحريّة، والذكورة، والعدالة، والحساب، فإن تراضى الشريكان بمن يقسم بينهما لم يفتقر إلى ذلك). الأصل في القسمة:



الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة. قال الله تعالى: {وإذا حضر القسمة} وقال عليه الصلاة والسلام: {الشفعة فيما لم يقسم} الحديث، وقسم عليه الصلاة والسلام الغنائم، وكذا الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم من بعده. ثم القسمة تارة يتولاها الشركاء بأنفسهم، وتارة يتولاها منصوب القاضي، فإن تولاها منصوب القاضي، فيشترط فيه الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والعدالة، لأنها ولاية، ومن لم يتصف <ص: 268> بذلك فليس أهلاً للولاية، ويشترط أيضاً، أن يكون عالماً بالقسمة يعني بالحساب والمساحة لأنهما آلة القسمة، واعتبر الماوردي والبغوي مع ذلك أن يكون نزهاً قليل الطمع، وهل يشترط أن يكون عالماً بالقيم لاحتياجه إلى ذلك أم يستحب؟ وجهان، ولو نصب الشركاء من يقسم بينهم، فإن جعلوه وكيلاً فلا يشترط ذلك بل يجوز أن يكون عبداً أو فاسقاً صرح به جماعة. قال الرافعي: كذا أطلقوه، وينبغي أن يكون في العبد الخلاف في توكيله في البيع، وإن نصبه الشركاء حكماً فقد أطلق البندنجي وأبو الطيب وغيرهما أنه يعتبر فيه صفات قاسم الحاكم. قال ابن الصباغ بعد ذكره ذلك: ينبغي إذا قلنا باعتبار الرضا بعد القرعة أنه لا يشترط عدالته وحرية، وقال ابن الرفعة: بل ينبغي اشتراطهما وإن اعتبرنا الرضا بعد القرعة لأن القائل به يجعل تمام التحكيم موقوفاً على هذا الرضا، فهي حينئذ بعد الرضا قسمة من حاكم، فاشتترطت فيه صفات الحاكم كما اشتترطناها في التحكيم في الأموال، وإن لم يلزم حكمه فيها إلا بالرضا بعده عند هذا القائل، وهذا كله إذا لم يكن في القسمة تقويم، فإن كان فسيأتي إن شاء الله تعالى، والله أعلم. قال:

(وإذا كان فيها تقويم لم يقتصر فيها على أقل من اثنين).  
اعلم أن أملاك المشتركة فسمتها على نوعين عند العراقيين: قسمة فيها رد، وقسمة لا رد فيها، وعند المراوزة على ثلاثة أنواع: قسمة فيها رد، وقسمة تعديل، وقسمة إفراز: فقسمة الإفراز تسمى قسمة المتشابهات، وإنما تجري في الحبوب والدرهم والأدهان وسائر المثليات، وكذا تجري في الدار المتفقة الأبنية والأرض المتشابهة الأجزاء، وما في معناه، فتعبدل الأنصاء في الميكل بالكيل، وفي الموزون بالوزن والأرض المتساوية تجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصاء إن تساوت بأن كانت لثلاثة أثلاثاً فيجعل ثلاثة أجزاء متساوية، ثم يؤخذ ثلاث رقاع متساوية، ويكتب على كل رقعة اسم شريك أو جزء من الأجزاء، ويميز بعضها عن بعض بحد أو جهة أو غيرهما، وتدرج في بنادق متساوية وزناً وشكلاً من طين أو شمع ونحوهما، وتجعل في حجر رجل لم يحضر الكتابة والإدراج، فإن كان صيباً، أو أعجمياً كان أولى، ثم يؤمر بإخراج رقعة على الجزء الأول <ص: 269> إن كتبت أسماء الشركاء، فمن خرج اسمه أخذ، ثم يؤمر بإخراج رقعة أخرى على الجزء الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه أخذه، وتعين الباقي للثالث، وكما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة تجوز بالعصى والحصى ونحوهما، وإذا طلب أحد الشركاء في هذه القسمة فامتنع أجبر الممتنع على الصحيح لأنه لا ضرر ويتخلص من سوء المشاركة، وتسمى هذه قسمة إجبار كما تسمى قسمة إفراز.

النوع الثاني: قسمة التعديل والمشارك الذي تعدل سهامه تارة يكون شيئاً واحداً، وتارة يكون شيئين فصاعداً، فإن كان شيئاً واحداً كالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة النبات والقرب من الماء ونحو ذلك، فيكون ثلثها لجودته كثليتها بالقيمة مثلاً، فيجعل هذا سهماً، وهذا سهماً إن كانت بينهما نصفين، وإن كانت شيئين فصاعداً، فإن كانت عقاراً كدارين أو حانوتين متساوي القيمة، فطلب

أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا داراً، ولهذا داراً، لم يجبر الممتنع سواء تجاوز الحانوتان أو المداران أم لا، لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية، فلو كانت دكاكين صغاراً متلاصقة لا يحتمل أحادها القسمة ويقال لها العضائد، فطلب أحدهما القسمة أعياناً، فهل يجبر الممتنع؟ وجهان: أحدهما لا كالمفترقة، وكالدور وأصحهما نعم يجبر للحاجة، وكذا حكم الخان المشتمل على بيوت ومساكن، ولو كانت دار بين اثنين لها علو أو سفلى، فطلب أحدهما قسمتها علواً أو سفلاً أجبر الآخر عند الإمكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفلى لآخر لا يجبر كذا أطلقه الأصحاب وإن كان غير عقار كان اشتركا في دواب، أو أشجار، أو ثياب ونحوها، فإن كانت من نوع واحد، وأمكن التسوية بين الشريكين عدداً فالمذهب أن يجبر على قسمتها أعياناً لقلة اختلاف الأغراض، فيها، بخلاف الدور، وإن لم تمكن التسوية كثلاثة أعبد بين اثنين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة، فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة وهو المذهب، فهنا قولان كالأرض المختلفة الأجزاء، وإن كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبدتين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له القسمة بالخسيس، ويكون له في النفيس ربه فيه خلاف: والأرجح لا إجبار هنا لأن <ص: 270> الشركة لا ترتفع بالكلية، وإن كانت الأعيان أجناساً كدواب، وثياب، وحنطة، وشعير، ونحو ذلك، أو أنواعاً كجمل بختي، وعربي، وضان، ومعز، وثوبين كتان، وقطن ونحو ذلك، فطلب أحدهما أن يقسم أجناساً أو أنواعاً لم يجبر الآخر، وإنما يقسم بالتراضي، وكذا لو اختلطت الأنواع وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء، فلا قسمة إلا بالتراضي على ما قطع به الجمهور وهو المذهب. النوع الثالث: قسمة الرد. وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر أو في الدار بيت لا يمكن قسمته، فتضبط قيمة ما اختص ذلك الجانب به، وتقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب تلك القيمة، وهذه لا إجبار عليها بلا خلاف، لأنه دخل في ذلك ما لا شركة فيه، وكذا لو كان بينهما عبدان ونحوهما بالسوية، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ستمائة، واقتسما على أن يرد أخذ النفيس مائتين ليستويا، هذا هو المذهب المشهور، نعم لو تراضيا بقسمة الرد جاز وبالجملة فالراجح أن قسمة الرد والتعديل بيع، وقسمة الأجزاء إفرار على الراجح، ويشترط الرد في الرضا بعد خروج القرعة، وكذا لو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد القرعة على الراجح كقولهما: رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة. إذا عرفت هذا فإن لم يكن في القسمة تقويم، وقد أمر الحاكم بها جبراً جاز قاسم واحد لأن قسمته تلزم بنفس قوله فأشبه الحاكم، وهذا هو المذهب وبه قطع جماعة، وإن كان في القسمة تقويم لم يكف إلا قاسمان لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين كذا حكاه الرافعي، والنبدنجي، والماوردي، والرويانى، والبغوي، وصاحب الكافي، وتبعهم النووي. قال ابن الرفعة: وقضيته أن الحاكم لو فوض لواحد سماع البينة بالتقويم وأن يحكم به لا يكفى، وقد قال الإمام: إن ذلك سائغ، وعياره الروضة إن كان تقويم اشترط اثنان، وللإمام أن ينصب قاسماً يجعله حاكماً في التقويم، ويعتمد على عدلين، وقال ابن الرفعة: إن تعلقت بصبي أو مجنون اشترط اثنان وإلا فلا، وقضية كلام ابن الرفعة أن ذلك يجري فيما لا تقويم فيه. واعلم أنه لو فوض الشركاء القسمة إلى واحد بالتراضي جاز بلا خلاف. قاله الرافعي وتبعه النووي والله أعلم. قال: <ص: 271>

وإذا دعي أحد الشريكين إلى قسمة ما لا ضرر فيه لزم الآخر إجابته). الأعيان المشتركة إذا طلب أحد الشريكين أو الشركاء قسمتها وامتنع الآخر ينظر: إن كان لا ضرر في القسمة أجبر الممتنع وذلك كالثياب الغليظة التي لا تنقص بقطعها والأراضي والدور والحبوب ونحو ذلك لأنه لا ضرر، وإن كان عليها ضرر كالجواهر، والثياب النفيسة التي تنقص بقطعها أو الرجا، أو البئر، أو الحمام الصغير لم يجبر الممتنع لقوله صلى الله عليه وسلم {لا ضرر ولا ضرار} ولنهيه عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال فلو طلبوها من الحاكم، وكانت المنفعة تبطل بالكلية لم يجبههم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم، وإن كان على أحدهما ضرر دون الآخر مثل أن يكون لأحدهما عشر الأرض، والآخر تسعة أعشار، وإذا قسمت أمكن صاحب الاعشار الانتفاع بها دون الآخر، فإن طلب صاحب العشر لم يجبر الآخر على الأصح، وإن طلبها الآخر أجبر صاحب العشر على الأصح لأن صاحب العشر متعنت في طلبه، إذ لا نفع له فيما يملك بعد القسمة بخلاف الآخر، فإنه ينتفع فيعذر. قلت: ينبغي أن يقال إن كان صاحب العشر له ملك ملاصق إلى ما يحصل له بالقسمة أو موات، وبالإضافة إلى ذلك ينتفع به، فينبغي الاجبار لدفع سوء المشاركة وحصول الانتفاع، والله أعلم. قال:

(فصل): في البينة. وإذا كان مع المدعى بينة سمعها الحكم وحكم له بها، فإن لم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه). الأصل في الدعاوي قوله صلى الله عليه وسلم {لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه} رواه الشيخان واللفظ لمسلم، وفي الميهقي {البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه} والمعنى في جعل البينة في جانب المدعي لأنها حجة قوية بانتفاء التهمة لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً، ولا تدفع عنها ضرراً، وجانب المدعي ضعيف لأن ما يقوله خلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية ليقوي بها ضعفه، واليمين حجة ضعيفة، لأن الحالف متهم يجلب لنفسه النفع وجانبه قوي إذ الأصل <ص: 272> براءة ذمته فاكتفوا منه بالحجة الضعيفة، والصحيح أن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعي عليه من يوافق قوله الظاهر، فإذا أقام المدعي البينة قضى له بها ولو كان بعد حلف المدعى عليه لاطلاق الخبر، وقدمت البينة على اليمين لأن اليمين من جهة الخصم، وهو قول واحد بخلاف البينة فيها، فإن لم تكن بينة، فالقول قول المدعي عليه للحديث، وفي الصحيحين {قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين على المدعي} والله أعلم. قال:

(وإن نكل عن اليمين ردت على المدعي فيحلف ويستحق). إذا كان الحق المدعى به لشخص معين يمكن تحليفه، ونكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعي لأنه عليه الصلاة والسلام {رد اليمين على طالب الحق} ذكره الميهقي والدارقطني، وقد ردت اليمين على زيد بن ثابت، فحلف، وعلى عثمان رضي الله عنه فلم يحلف وهو مستفيض عن الصحابة رضي الله عنهم ولم يظهر منهم مخالف، فإن لم يمكن تحليفه الآن كالصبي والمجنون، فالمشهور انتظار البلوغ والافاقه، وإن كان الحق لغير معين كالمسلمين كمن مات، ولا وارث له إذا وجد في دفتره ما يدل على أو ادعى الموصى إليه أنه أوصى للفقراء بكذا فإنه والحالة هذه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يدفع الحق، لأنه لا يمكن القضاء بالنكول بلا يمين، لأن الحق يثبت بالقرار أو بالبينة، وليس النكول واحداً منهما ولا يمكن رد اليمين لأن المستحق غير معين، ولا يمكن تركه لما فيه من ترك الحق، فتعين الحبس لفصل الخصومة، وقيل يقضى بالنكول ويؤخذ منه

الحق للضرورة وفي وجه يخلي، ومتولي المسجد والوقف هل يحلف إذا نكل المدعى عليه؟ ففيه أوجه المرجح لا، وقيل نعم، وقيل إن بأشر السبب بنفسه حلف، وإلا فلا، فعلى الصحيح هل يقضي بالنكول أو يقف حتى تقوم بينة؟ وجهان والله أعلم. قال:

(وإذا تداعيا عيناً في يد أحدهما، فالقول قول صاحب اليد، وإن كان في أيديهما تحالفاً ويجعل بينهما). إذا تداعيا اثنان عيناً ولا بينة، فإن كانت في يد أحدهما، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال: {كان بيني وبين رجل <ص: 273> من اليهود أرض، فجددني، فقدمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال صلى الله عليه وسلم: ألك بينة؟ قلت: لا، فقال لليهودي: احلف، فقلت: يا رسول الله إذن يحلف، ويذهب بمالي}، فأنزل الله تعالى {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً} الآية. رواه أبو داود، وأخرجه مسلم بنحوه والبخاري بآتم منه، وإن كان المدعى في أيديهما أو لم يكن في يد واحد منهما حلفاً، وجعل بينهما، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بمثل ذلك، والله أعلم.

[فرع]: تداعيا دابة ولأحدهما عليها حمل، فالقول قول صاحب الحمل مع يمينه لانفراده في الانتفاع بالدابة، فلو تداعيا عبداً لأحدهما عليه ثوب لم يحكم له بالعبد، والفرق أن كون الحمل الدابة انتفاع به فيده عليها، والمنفعة في لبس الثوب للعبد لا لصاحبه الثوب فلا يد له. قاله البغوي، ولو تداعيا دابة حاملاً، واتفقا على أن الحمل لأحدهما، فهي لصاحب الحمل، ولو تداعيا دابة ثلاثة واحد سائقها، والآخر أخذ بزمامها، والآخر راكبها، فالقول قول الراكب لوجود الانتفاع في حقه، هذا هو الصحيح بخلاف، ما إذا تنازع اثنان جداراً وعليه جذوع لأحدهما، فإنه بينهما ينتفعان به، وإن امتاز صاحب الجذوع بزيادة كما لو كان في دار، ولأحدهما فيها متاع، فإنها بينهما، ولو تنازع اثنان دابة في اصطبل أحدهما ويدهما عليها، فهي لهما إن كان فيه دواب لغير مالكه وإلا فهي لصاحب الاصطبل، فلو تنازعا عمامة في يد أحدهما عشرها، وفي يد الآخر باقيها حلفاً، وجعلت بينهما كما لو كان أحدهما في صحن الدار، والآخر في دهليزها، أو على سطحها، ولو كان غير محوط فإنها لهما. قال الماوردي: ولو تنازعا شيئاً في ظرف، ويد أحدهما على الشيء، ويد الآخر على الظرف، واختص كل منهما بما في يده لانفصال أحدهما عن الآخر، بخلاف ما لو تنازعا عبداً، ويد أحدهما عليه، ويد الآخر على ثوبه، فإنه لمن يده على العبد لا لمن يده على ثوبه بخلاف العكس، والله أعلم. قال: ص: 274 <

(ومن حلف على فعل نفسه حلف على القطع والبت، ومن حلف على فعل غيره، فإن كان إثباتاً حلف على البت، وإن كان نفيًا حلف على نفي العلم). من حلف على فعل نفسه حلف على القطع نفيًا كان المحلوف عليه أو إثباتاً لاحاطته بعلم حاله، وإن حلف على فعل غيره، فإن كان على نفي حلف على نفي العلم إذا لم يكن عبده أو بهيمته، فيقول: والله ما علمت أنه فعل كذا، لأنه لا طريق له إلى القطع بنفيه، فلم يكلف به كما لا يكلف الشاهد بالقطع فيما لا يمكن فيه القطع، فلو حلف على القطع اعتد به. قال القاضي أبو الطيب وغيره، وإن كان إثباتاً حلف على البت لامكان الاحاطة. قال الرافعي هنا: وكل ما يحلف فيه على البت لا يشترط فيه اليقين بل يكفي ظن مؤكد ينشأ من خطه، أو خط أبيه، أو نكول خصمه، وقال ابن الصباغ: إذا وجد بخط أبيه أو أخيره به عدل جاز أن يحلف عليه إن غلب على ظنه صدق ذلك، وإن وجدته بخط نفسه لم يطالب به، ولم يحلف عليه حتى يتيقنه لأنه في خطه يمكنه التذكر بخلاف خط

أبيه، واقتصر الرافعي على حكايته عنه عن الأصحاب في كتاب القضاء. قلت: وكلام الماوردي يوافق المذكور هنا ولفظه: إذا رآه في جانب يغلب على ظنه صحته أو أخبره به عدل، فيجوز أن يدعى بـ هـ، وهل له أن يحلف إذا ردت اليمين عليه أو شهد له به شاهد؟ فيه وجهان: أصحابهما نعم، والله أعلم. وقول الشيخ [إن كان نفيًا حلف على نفي العلم] كذا ذكره الرافعي والنوري وغيرهما، وينبغي أن يكون ذلك في النفي المطلق. أما نفي الفعل المقيد بزمن فيكون على البت لامكان الاحاطة، ويشهد له قولهم إن الشهادة على النفي لا تجوز إلا أن يكون محصوراً فتجوز، والله أعلم.

[فرع]: من له عند شخص حق وليس له بينة وهو منكر، فله أن يأخذ حقه من ماله إن قدر، ولا يأخذ غير الجنس مع قدرته على الجنس، وفيه وجه، فإن لم يجد إلا غير الجنس جاز له الأخذ على المذهب الذي قطع به جمهور الأصحاب، ولو أمكن تحصيل الحق بالقاضي بأن من عليه الحق مقرراً مماطلاً أو منكراً وعليه البينة، أو كان يرجو إقراره لو حضر عند القاضي وعرض عليه اليمين، فهل يستقل بالأخذ أم يجب الرفع إلى القاضي؟ فيه خلاف: الراجح جواز الأخذ، ويشهد له قضية هند، <ص: 275> ولأن في المرافعة مشقة مؤنة وتضييع زمان، ثم متى جاز له الأخذ فلم يصل إلى حقه إلا بكسر الباب، ونقب الجدار جاز له ذلك، ولا يضمن ما أتلف كمن لم يقدر على دفع الصائل إلا باتلاف ماله، فأتلفه لا يضمن هذا هـ و الصحيح، وفي مقالة شاذة يضمن، والله أعلم. قال

(فصل): في الشهادة. ولا تقبل الشهادة إلا ممن اجتمعت فيه خمسة أو صاف: الاسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والعدالة). الشهادة: الاخبار بما شوهد. والأصل فيها الكتاب والسنة وإجماع الأمة. قال الله تعالى {وأشهدوا إذا تباعتم} وهو أمر إرشاد {وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة، فقال ترى الشمس. قال: نعم، فقال على مثلها فاشهد أو دع} والآيات والأخبار فيها كثيرة. ثم للشاهد صفات معتبرة في قبول شهادته. منها الاسلام فلا تقبل شهادة كافر ذمياً كان أو حربياً سواء شهد على مسلم أو كافر، واحتج له الرافعي صلى الله عليه وسلم {لا تقبل شهادة أهل دين على غير دين أهلهم إلا المسلمون فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم} وهذا الحديث رواه عبد الرزاق بمعناه مرسلًا، ورواه البيهقي وضعفه، ويحتج بذلك بأن الشهادة نفوذ قول على الغير، وذلك ولاية، والكافر ليس من أهل الولايات. ومنها البلوغ: فلا تقبل شهادة الصبي وإن كان مرافقاً. ومنها العقل: فلا تقبل شهادة المجنون لأن الصبي والمجنون إذا لم ينفذ قولهما في حق أنفسهما إذا أقر، ففي حق غيرهما أولى، ويحتج أيضاً بقوله تعالى {واستشهدوا شهيدين من رجالكم} و {ممن ترضون من الشهداء} فالصبي ليس من الرجال وهو والمجنون ممن لا يرضون للشهادة. ومنها الحرية: فلا تقبل شهادة الرقيق قنًا كان، أو مدبراً، أو مكاتباً، أو أم ولد، لقوله تعالى {وأشهدوا ذوي عدل منكم} والخطاب للأحرار لأنهم المشهود في حقهم، وأيضاً فقوله {منكم} ليس لإخراج الكافر، لأنه خرج بقوله: {ذوي عدل منكم}، فتعين أنه لإخراج العبد، ولأن الشهادة صفة كمال وتفضيل بقوله: {ذوي عدل منكم}، فتعين أنه لإخراج العبد، ولأن الشهادة صفة كمال وتفضيل بدليل نقص شهادة النساء، <ص: 276> فوجب أن لا يدخل فيه العبد، ولأنها نفوذ قول على الغير، فهي ولاية العبد ليس أهلاً للولايات. ومنها العدالة: لقوله تعالى {وأشهدوا ذوي عدل منكم، ولقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا} وقال عليه الصلاة والسلام: {لا تقبل شهادة خائن، ولا خائنة،

ولا زان، ولا زانية} ثم معرفة العدل تحتاج إلي معرفة أمور بها يتميز العدل من غيره، فهذا ذكر الشيخ لها شروطاً. قال:  
(وللعدالة خمس شرائط: أن يكون مجتنباً للكبائر غير مصر على الصغائر). لا تقبل الشهادة من صاحب كبيرة، ولا من مدمن على صغيرة، لأن المتصف بذلك فاسق، وإنما قلنا إنه فاسق لأن الفسق لغة: الخروج، ولهذا يقال فسقت الرطبة إذا خرجت من قشرها، والفسق في الشرع: الميل عن الطريق وهو كذلك، والمراد بإدمان الصغيرة أن تكون الغالب من أفعاله لا أن يفعلها أحياناً ثم يقلع عنها، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: إذا كان الأغلب الطاعة والمروءة قبلت الشهادة، وإن كان الأغلب المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته، وهل المراد بالإدمان السالب للعدالة المداومة على نوع واحد من الصغائر أم الاكثار منها سواء كانت من نوع أو أنواع؟ قال الرافعي: منهم من يفهم كلامه الأول، ومنهم من يفهم كلامه الثاني، ويوافق قول الجمهور: من غلبت معاصيه طاعته رد شهادته، ولفظ المختصر قريب منه. قلت: ومتقضى ترجيحه الثاني أن المداومة على الصغيرة لا تسلب العدالة، وليس كذلك فقد صرح هو نفسه في غير موضع أن المداومة على الصغيرة تصير كبيرة فأعرفه، والله أعلم. وللأصحاب اختلاف في حد الكبيرة، وليس هذا الكتاب من متعلقات البسط، فلنذكر حدين مما ذكره الرافعي: أحدهما ذكره البغوي، فقال: الكبيرة ما توجب الحد، وقال غيره: ما يلحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة. قال الرافعي: وهم إلى ترجيح الأول أميل يعني إلى ما قاله البغوي، لكن الثاني أوفق لما ذكره عند <ص: 277>-. تفصيل الكبائر. قلت: وقال الماوردي: الكبيرة ما أوجبت الحد أو توجه إلى الفاعل الوعيد والصغيرة ما قل فيها الاثم، والله أعلم. قال:

(وأن يكون سليم السريرة مأموناً عند الغضب محافظاً على مروءة مثله). قوله [سليم السريرة] احترز به عن سيئها من أهل البدع والأهواء. وللناس خلاف منتشر في تكفيرهم، وإن كانوا من أهل القبلة، ولا شك أن منهم من هو كافر قطعاً، ومنهم من ليس بكافر قطعاً، ومنهم من فيه خلاف، وليس هذا موضع بسطه. والكلام فيمن تقبل شهادته منهم ومن لا تقبل. قال النووي في أصل الروضة: من كفر من أهل البدع لا تقبل شهادته، وأما من لم يكفر من أهل البدع والأهواء فقد نص الشافعي في الأم والمختصر على قبول شهادتهم إلا الخطائية، وهم قوم يرون جواز شهادة أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول: لي عند فلان كذا، فيصدق به يمين أو غيرها، ثم يشهد له اعتماداً على أنه لا يكذب هذا نصه. والأصحاب فيه على ثلاث فرق: فرقة جرت على ظاهر نصه وقبلت شهادة جميعهم وهذه طريقة الجمهور، واستدلوا بأنهم مصيبون في زعمهم، ولم يظ هر منهم ما يسقط الثقة بقوله حتى قبل هؤلاء شهادة من سب الصحابة والسلف رضي الله عنهم، لأنه يقدم عليه عن اعتقاد لا عن عداوة وعناد، قالوا: لو شهد خطابي، وذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد على قول المدعي بأن قال: سمعت فلاناً يقر بكذا لفلان أو رأيت أقر به قبلت شهادته، وفرقة منهم الشيخ أبو حامد، ومن بتعه حملوا النص على المخالفين في الفروع وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا: هم بالرد أولى من الفسقة وفرقة ثالثة توسطوا فردوا شهادة بعضهم دون بعض، فقال أبو إسحاق: من أنكر إمامة أبي بكر الصديق رضي الله عنه ردت شهادته لمخالفة الإجماع، ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة، ويقذفون أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وعن الصحابة أجمعين، فإنها محصنة كما

نطق به القرآن العظيم، وعلى هذا جرى الامام والغزالي والبيغوي واستحسنه الرافعي. وفي الرقم أن شهادة الخوارج مردودة لتكفيرهم أهل القبلة، ثم قال النووي: قلت: الصواب مقالة الفرقة الأولى، وهو قبول شهادة الجميع فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الأم: ذهب <ص: 278> الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تبايناً شديداً، واستحل ب عضهم من بعض ما تطول حكايته، وكان ذلك متقادماً منه ما كان في عهد السلف، وإلى يومنا هذا ولم نعلم أحداً من سلف الأئمة يقتدي به، ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل، وإن خطاه وضلله، وراه استحل ما حرم الله تعالى عليه فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل إذا كان له وجه يحتمله، وإن بلغ فيه استحلل المال والدم. وهذا نصه بحروفه. وفيه التصريح بما ذكرناه من تأويل تكفير القائل بخلق القرآن نعم قاذف عائشة رضي الله عنها كافر فلا تقبل شهادته انتهى كلام النووي. قلت: كلام النووي صريح في قبول شهادة من يستحل في تأويله الدم والمال، وقد بالغ في ذلك فقال الصواب كذا، ولا شك أن البغاة نوع من المخالفين بتأويل، وقد ذكر الرافعي هنا أن الباغي إن كان يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لا ينفذ حكم حاكمهم، ولا تقبل شهادة شاهدهم ونقله عن المعتبرين، وتبعه النووي على ذلك، وعلله بالفسق بل جزماً بذلك في المحرر والمنهاج، ولفظه: وتقبل شهادة البغاة وقضاء قاضيهم فيما يقبل قضاء قاضينا إلا أن يستحل دماءنا، وقد ذكر النووي قبل هذا ما يقتضي قبول شهادة المجسمة، لكنه جزم في شرح المذهب بتكفيرهم ذكره في صفة الأئمة، فلينتبه له. والخطابية هم أصحاب ابن خطاب الكوفي وهم يعتقدون أن الكذب كفر، وإن كان على مذهبهم لا يكذب فيصدقونه على ما يقوله ويشهدون له بمجرد إخباره، وهذه شهادة زور، لأنها شهادة على غير مشهود عليه، والله أعلم.

وقول الشيخ [مأموناً عند الغضب] احترز به عمن لا يؤمن عند غضبه ككثير في زماننا هذا، فلا تقبل شهادته لأنه غير مأمون فسقطت الثقة به، وقول الشيخ [محافظاً على مروءة مثله] احترز به عمن ليس كذلك، فلا تقبل شهادة القمام، وهو الذي يجمع القمامة أي الكناساة ويحملها، وكذا القيم في الحمام، ومن يلعب بالحمام يعني يطيرها لينظر قلبها في الجو، وكذا المغني سواء أتى الناس أو أتوه، وكذا الرقاص كهذه الصوفية الذين يسعون إلى ولاءم الظلمة والمكسة، ويظهرون التواجد عند رقصهم، وتحريك رؤوسهم، وتلويح لحاهم الخسيصة كصنع المجانين، وإذا قرئ القرآن لا يستمعون <ص: 279> له، ولا ينصتون، وإذا نعق مزمار الشيطان صاح بعضهم على بعض بالوسواس قاتلهم الله ما أفسقهم وأزهدهم في كتاب الله، وأرغبهم في مزمار الشيطان، عافانا الله من ذلك.

وكذا لا تقبل شهادة من يأكل في الأسواق ومثله لا يعتاد بخلاف من يأكل قليلاً على باب دكانه لجوع كما قاله البنديجي، أو كان ممن عادتهم الغذاء في الأسواق كالصباغين والسماصرة، وكذا لا تقبل شهادة من يمد رجله عند الناس بلا مرض كما قاله البنديجي، وكذا لا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج على الطريق، وكذا لا تقبل شهادة من يكشف عن بدنه ما لا يعتاد، وإن لم يكن عورة وكذا لا تقبل شهادة من يكثر من الحكايات المضحكة، أو يذكر أهله أو زوجته بالسخف كما ذكره ابن الصباغ ونحو ذلك، ومدار ذلك كله على حفظ المروءة لأن الأصل في ذلك أن حفظ المروءة من الحياء ووفور العقل، وطرح ذلك: إما لخبيل بالعقل أو قلة حياء أو قلة مبالاته بنفسه وحينئذ فلا يوثق بقوله في حق غيره وهو أولى، لأن

من لا يحافظ على ما يشينه في نفسه فغيره أولى، فإن من لا حياء فيه يصنع ما يشاء. وقد اختلفت عبارات الأصحاب في حد المروءة مع تقاربها في المعنى، ف قيل أن يصون نفسه عن الأذناس وما يشينها بين الناس، وقيل أن يسير كسير أشكاله في زمانه ومكانه، وقيل غير ذلك والضابط العرف، وللماوردي وغيره من الأصحاب في ذلك أمور مهمة مستكثرة لا يحتملها هذا المختصر، والله أعلم. قال:

(فصل): والحقوق ضربان: حق الله، وحق الآدمي، فأما حقوق الآدميين، فعلى ثلاثة أضرب، ضرب لا يقبل فيه إلا شاهدان ذكران، أو رجل وامرأتان، أو شاهد ويمين المدعي وهو ما كان القصد منه المال). المقصود من هذه الجملة بيان عدد الشهود وصفتهم من الذكورة والأنوثة، ولا شك أن الحقوق على ضربين: حق الله سبحانه وتعالى، وحق الآدميين. أما حق الله: فسيأتي إن شاء الله، وأما حقوق الآدميين فهي على ثلاثة أضرب كما ذكره الشيخ: الأول ما هو مال <ص: 280> أو كان المقصود منه المال، أما المال كالأعيان والديون، وأما ما كان المقصود منه المال وذلك كالبيع، والإجارة، والرهن، والاقرار، والغصب، وقتل الخطأ، ونحو ذلك، فيقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان، لقوله تعالى {واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان} فكان على عمومه إلا ما خصه دليل. قال القاضي أبو الطيب: وهذا بالإجماع.

ثم لا فرق بين أن تتقدم شهادة الرجل على المرأتين أو تتأخر، وسواء قدر على رجلين أو لم يقدر، وكما يقبل في هذا الضرب رجل وامرأتان كذلك يقبل فيه شاهد ويمين المدعي، لأنه صلى الله عليه سلم قضى بشاهد ويمين. رواه مسلم من رواية ابن عباس، وقال الماوردي ورواه من الصحابة عن النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية: علي، وابن عباس، وأبو هريرة، وجابر، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وأبي ابن كعب، وزيد بن ثابت، وسعد بن عبادة رضي الله عنهم.

ولا فرق في ذلك بين أن يتمكن من البينة الكاملة أم لا لأنها حجة تامة، وفيها وجه، نعم يشترط أن يتعرض في يمينه لصدق شاهده، فيقول: والله إن شاهدي فيما شهد به، وإني لمستحق لكذا، هذا هو الصحيح، وقيل لا يشترط ذلك، ويكفي الاقتصار على الاستحقاق، لأن اليمين بمنزلة الشاهد الآخر، ووجه مقابلة أن اليمين مع الشاهد حجتان مختلفتا الجنس، فوجب ربط إحداهما بالأخرى، ويجب تأخير اليمين على الشاهد وتعديله على الصحيح الذي قطع بن الجمهور، والله أعلم.

[فرع]: هل يقبل في الوقف ما يقبل في المال من رجل وامرأتين أو رجل ويمين؟ فيه خلاف: الصحيح أنه يقبل، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه، وإن قلنا ينتقل إلى الله تعالى لأن المقصود من الوقف تمليك غلة للموقوف عليه، وهي منفعة مالية فأشبه الإجارة، ولو شهد بالسرقة رجل وامرأتان ثبت المال دون القطع على الصحيح، وكذا لو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح، فإن ثبت ت الصداق لأنه المقصود، والله أعلم. قال: <ص: 281>

(وضرب يقبل فيه شاهدان ذكران وهو النسب). هذا هو الضرب الثاني وهو ما ليس بمال ولا يقصد منه المال وهو مما يطلع عليه الرجال كالنسب، والنكاح، والطلاق، والعناق، والولاء، والوكالة، والوصية، وقتل العمد الذي يقصد به القصاص، وسائر الحدود غير حد الزنا، وكذا الإسلام والردة، أعادنا الله منها. والبلوغ



وانقضاء العدة، والعتق عن القصاص، والإيلاء، والظهار، والموت، والخلع من جانب المرأة والتدبير، وكذا الكتابة في الأصح، فلا يقبل في ذلك إلا رجلان. والأصل في بعض ذلك قوله تعالى {حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم} وقال تعالى {فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم} قال صلى الله عليه وسلم: {لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل} وقال ابن شهاب: مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق، وفيه إرسال، والله أعلم.

[فرع]: ادعى شخص على آخر أنه غصبه مالا، فقال: إن كنت غصبته فامرأتي طالق، فأقام المدعي على الغاصب شاهداً وحلف معه، أو رجلاً وامرأتين ثبت الغصب وترتب ع ليه الضمان، ولا يقع الطلاق كما لو قال: إن ولدت فأنت طالق، فأقامت أربع نسوة على الولادة ثبت النسب والولادة ولا تطلق، والله أعلم. قال:

(وضرب لا يقبل فيه إلا أربع نسوة وهو ما لا يطلع عليه الرجال). هذا هو الضرب الثالث، وهو ما لا يطلع عليه الرجال ويختص النساء بمعرفته غالباً فيقبل فيها شهادتهن منفردات، وذلك كالولادة، والبكارة، والثبوبة، والرتق، والقرن، والحيض، والرضاع، وكذا عيوب المرأة من برص وغيره تحت الإزار، حرة كانت أو أمة، وكذا استهلال الولد على المشهور، فكل هذا الضرب لا يقبل فيه إلا أربع نسوة، واحتج لشهادتهن منفردات، بقول الزهري: مضت السنة بأن تجوز شهادة النساء في كل شيء لا يليه غيرهن، رواه عبد الرزاق عنه بمعناه، ولأن الرجال لا يرون ذلك غالباً، فلو لم تقبل منهن لتعذر إثباته واعتبار الأربع، لأن الله تعالى أقام كل امرأتين حيث قبلت شهادة النساء مقام رجل، وقال عليه الصلاة والسلام: {أما نقصان عقلهن، <ص: 282> فإن شهادة المرأتين بشهادة رجل واحد} وإذا جاز شهادة النساء الخالص جاز شهادة رجل وامرأتين أو رجلين، وهو أولى بالقبول، والله أعلم.

[فرع]: ما يثبت بشهادة النساء الخ لص الأصح أنه لا يثبت بشاهد وبيمين ولا بامرأتين وبيمين، وقيل يثبت في كل ذلك بامرأتين وبيمين، وكل ما يثبت بشهادة النساء المنفردات بالنسبة إلى الشهادة على الفعل لا تقبل فيه شهادتهن على الإقرار صرح به المتولي وغيره في الإقرار بالرضاع، والله أعلم. قال:

(وأما حقوق الله تعالى فلا تقبل فيها النساء، وهي على ثلاثة أضرب: ضرب لا يقبل فيه أقل من أربعة وهو الزنا). لا يقبل في حد الزنا، واللواط، وإتيان البهائم إلا أربعة من الرجال، وحجة ذلك في الزنا واللواط قوله تعالى: {واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم} وقوله تعالى: {لولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء} وفي مسلم، أن سعد بن عبادة رضي الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: {لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال: نعم}، ولأن الزنا واللواط من أعظم الفواحش، فغلظ في الشهادة عليهما ليكون أستر للمحارم، وأما إتيان البهائم فإنه إتيان فرج في فرج يوجب الغسل فأشبهه الآدمي، وقيل إن قلنا الواجب في إتيان البهائم التعزير وهو الراجح، قيل فيه شاهدان لخروجه عن حكم الزنا، وهذا ضعيف جداً لأن نقصان العقوبة لا يدل على نقصان الشهادة بدليل زنا الأمة. فلو شهد ثلاثة بالزنا فهل يجب الحد على الشهود؟ فيه خلاف، الراجح أنهم يحدون لعدم تمام الحجة، ولأننا لو لم نوجب الحد لاتخذ الناس الشهادة ذريعة إلى القذف فتستباح الأعراض بصورة الشهادة، والله أعلم. قال:

(وضرب يقبل فيه شاهدان وهو غير الزنا من الحدود). وهذا هو الضرب الثاني من حقوق الله تعالى ولا مدخل للنساء فيه، ولا يقبل فيه إلا رجلان كحد الشرب، وقطع الطريق، والقتل بالرد، ونحو ذلك، لقوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} وقياساً على النكاح والوصية، والله أعلم. قال:

(وضرب يقبل فيه شاهد واحد: وهو هلال رمضان). لا يقبل <ص: 283> الواحد إلا في هلال رمضان على الراجح، واحتج له بقول ابن عمر رضي الله عنهما {ترأى الناس الهلال، فأخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أنني رأيتَه فصام، وأمر الناس بصيامه} رواه أبو داود وابن حبان في صحيحه، ورواه الدارقطني، وأخرجه الحاكم في مستدركه وقال: صحيح على شرط مسلم ويستثنى مع مسألة الهلال مسألة أخرى ذكرها المتولي، ونقلها عنه النووي في شرح المذهب، فقال: فرع ذكر المتولي أنه لو مات كافر فشهد واحد أنه أسلم فلا يحكم به في جواز الصلاة عليه؟ قولان: كما في ثبوت هلال رمضان، واستثنى الشيخ تاج الدين بن الفركاح مسألة نقلها عن الماوردي وهم فيها فليعلم ذلك، والله أعلم. قال:

(ولا تقبل شهادة الأعمى إلا في خمسة مواضع: النسب، والموت، والملك المطلق، والترجمة، وعلى المضبوط، وما تحمله قبل العمى). اعلم أن المشهود به قد يكون العلم به من جهة حاسة البصر، وقد يكون من جهة حاسة السمع، فبأي الجهتين حصل العلم جاز الاعتماد فيه على قبول الشهادة، فما يستفاد العلم به بحاسة السمع ما طريقه الاستفاضة، وذلك كالنسب، والموت، والملك المطلق لأن الشهادة والحالة هذه معتمدة على السماع، فالأعمى والبصير في ذلك على السواء، هذا هو الصحيح الذي قاله الجمهور، وقيل لا تقبل شهادة الأعمى في ذلك لأن المخبرين لا بد من العلم بعدالتهم، والأعمى لا يشاهدهم فلا يعرف عدالتهم. قال القاضي أبو الطيب: وهذا يعني القبول محمول على ما إذا سمع ذلك في دفعات وتكرر من قوم مختلفين في أزمان مختلفة حتى يتيقنه وبصير كالتواتر عنده ولا يجوز التحمل إلا على هذا الوجه، وكما تجوز الشهادة في هذه المواضع كذلك تجوز شهادته في الترجمة على الأصح، وكذا تجوز شهادة الأعمى على المضبوط، وصورة المسألة: أن يقر شخص في أذنه بشيء فيمسكه إما بأن يضع يده على رأسه أو بأن يمسك بيده ويحمله إلى القاضي ويشهد عليه بما قاله في أذنه لحصول العلم بذلك، هذا هو الأصح، وفي وجه لا يقبل لجواز أن يكون المقر غيره وهو بعيد. قال القاضي حسين: ومحل الخلاف إذا جمعها مكان خال وأصق فاه بإذنه <ص: 284> - وضبطه، فلو كان هناك جماعة وأقر في أذنه لم يقبل، وكذلك تقبل شهادة الأعمى فيما تحمله قبل العمى، بشرط أن يعرف اسم المشهود عليه ونسبه. لأن الأعمى كالبصير في العلم بذلك، والبصر له أن يشهد والحالة هذه وإن لم ير المشهود عليه لغيبه أو موت، فكذلك الأعمى، والله أعلم.

قلت: وأيدى ابن الصلاح احتمالاً في إلحاق موضع سادس، وهو أن يألف شخصاً ويعرف صورته ضرورة فينبغي أن يجوز أن يشهد عليه لأنه يقين، ولهذا قال أصحابنا: لو أن يشهد بالاستفاضة، وهذا الذي قاله ابن الصباغ أورده بضعهم سؤالاً، وقال: ينبغي إذا عرف صوت شخص وألفه أن تسمع شهادته عليه كما أن له أن يطق زوجته بمثل ذلك.

وأجيب بأن وطء الزوجة أحق بدليل أنه أبيع له الوطاء اع  
تماداً على اللمس إذا عرف به علامة فيها ويقبل خبر الواحدة إذا  
زفتها إليه وقالت إنها زوجته، ولا تجوز الشهادة بمثل ذلك، والله  
أعلم.

[فرع]: تقبل رواية الأعمى فيما تحمله قبل العمى بلا خلاف،  
وكذا فيما تحمله بعد العمى على الأصح إذا حصلت الثقة الظاهرة  
بقوله، وصح الإمام مقابله.

فإن قلت: ما الفرق بين الرواية والشهادة؟ فالجواب قال  
القرافي: بقيت زماناً أتطلب الفرق بالحقيقة فلم أجد الأكثرين  
يفرقون بالحكم كاشتراط العدالة والحرية والذكورة. وحاصل الفرق أن  
المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين فهذه الرواية، فإن  
اختص بمعين فهو شهادة كقول العدل للحاكم: لهذا على هذا كذا،  
والله أعلم. قال:

(ولا تجوز شهادة الجار لنفسه نفعاً، ولا الدافع عنها ضرراً).  
من شرط الشهادة عدم التهمة، وللتهمة أسباب: منها أن يجر إلى  
نفسه نفعاً، وذلك كشهادة الوارث لمورثه بجراحة قيل الاندمال حيث  
كانت مما تسري، لأن الشاهد هو مستحق موجب الجراحة، فيصير  
شاهداً لنفسه، وكذلك أيضاً لا تصح شهادة الغرماء للمفلس بعد  
الحجر، لأن حقوقهم تتعلق بما يثبتونه، فتصير شهادة لأنفسهم، >ص:  
285< وكذا لا تصح شهادة الوصي لليتيم، وال وكيل والموكل فيما  
فوض إليهما النظر فيه ونحو ذلك من الصور الكثيرة، واحتج لذلك  
بقوله تعالى: {وأدنى أن لا ترتابوا} والريبة حاصلة هنا، وبقوله صلى  
الله عليه وسلم {لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين} والظنين المتهم،  
وهذا لا تقبل شهادة الدافع عن نفسه ضرراً كشهادة العاقلة الأغنياء  
الأقربين على شهود القتل بالفسق للتهمة. لأنهم يدفعون عن أنفسهم  
التحمل، وكذا لا تقبل شهادة الضامن ببراءة الممضون عنه. قال  
الرافعي: وكذا شهادة المشتري شراء فاسداً بعد القبض بأن العين  
المبيعة لغير بائعة لما في ذلك من نقل الضمان وما أشبه ذلك،  
والله أعلم. قال:

### {كتاب العتق}

العتق في الشرع: عبارة من إزالة الملك عن الآدمي لا إلى  
مالك، تقرباً إلى الله تعالى، مأخوذ من قولهم: أعتق الفرس إذا  
سبق ونجا، وعتق الفرخ إذا طار واستقل وقوي، وهو قرينة مندوب  
إليها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. قال الله تعالى: {فك رقبة} وفي  
صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال: {من أعتق رقبة أعتق  
الله سبحانه بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار حتى فرجه  
بفرجه} وغير ذلك من الأخبار، وخصت الرقبة بالذكر لأن ملك السيد  
له كالحبل في رقبته فهو محبس به كما تحبس الدابة بحبل في  
عنقها، فإذا أعتق فكأنه أطلق من ذلك لأن في العتق فكاً من  
الذل، وتكميلاً للأحكام والتصرف، فكان من أعظم القرب، وأجزل  
النعم، والله أعلم. قال:

(ويصح العتق من كل مالك جائز الأمر). شرط صحة العتق أن  
يكون المعتق مطلق التصرف في ماله سواء كان مسلماً أو ذمياً أو  
حربياً. لأنه تصرف في المال في حالة الحياة فأشبهه الهبة. أما من  
ليس بمالك ولا مالك التصرف، فلا يصح إعتاقه لعدم سلطته على  
ذلك. نعم لنا قول في صحة عتق المفلس ويكون موقوفاً على فك  
الحجر، >ص: 286< ولنا وجه في صحة عتق السفية، والصبي في  
مرض الموت إذا جو زنا وصيتها، والله أعلم. قال:

(بصریح العتق والكتابة مع النية). قوله [بصریح] الباء متعلقة بصریح والكنایة معطوف علیه، وتقدير الكلام، وبصریح العتق بالصریح والكنایة بالنية، ووجهه أنها ألفاظ تفید قطع الملك، فأشبهت الطلاق، ثم صریح العتق والحرية، لأنه ثبت لهما عرف الشرع والاستعمال، فإذا قال: أعتقتك، أو أنت معتق، أو حررتك، أو أنت محرر، أو أنت حر عتق وإن لم يقصد بذلك إيقاع العتق لأن هزله جد كما جاء في الخبر، والله أعلم.

[فرع]: لشخص أمة كانت تسمى حرة قبل العتق، فقال لها سيدها: يا حرة، إن قصد النداء لم تعتق وإن أطلق فوجهان: أشبههما لا تعتق كذا ذكره ابن الرفعة، والذي ذكره النووي في أصل الروضة إن لم يقصد نداءها باسمها القديم عتقت وإن قصد لم تعتق في الأصح، ولو كان اسمها في الحال حرة، فإن قصد النداء لم تعتق وإن أطلق فكذا لا تعتق في الأصح، والله أعلم.

قلت: لو قصد توبيخها فما الحكم؟ لم أرها في الشرح والروضة وهي مسألة كثيرة الوقوع، وفي بعض الشروح عن القاضي حسين أنها لا تعتق، والله أعلم.

وأما ألفاظ الكناية، فكقوله: لا ملك لي عليك، ولا سلطان لي عليك، ولا سبيل لي عليك، وأنت لله، وأنت طالق، وأنت حرام، وحيلك على غارك، وما أشبه ذلك، وكقوله: لا حكم لي عليك، ولا أمراً، ولا يداً، ولا خدمة، وكذا لو قال: أنت سيدي فهو كناية عند الإمام، ولغو عند القاضي حسين، وكل كنايات الطلاق وصرائه كنايات في العتق. والكناية كل ما احتمل معنيين فصاعداً. نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الأم، والله أعلم.

[فرع]: قال لأتمته: أنت علي كظهر أمي فكناية في الأصح، وقيل لغو، ولو قال: ملكتك نفسك أو وهبتك نفسك فالذي جزم به القاضي حسين والبعثي أنه إن قبلت <ص: 287> في المجلس عتقت وإلا فلا. وفي التتمة أن ملكتك رقبتك كناية، ونقله الروياني في البحر عن الإمام، والله أعلم. قال:

(وإذا أعتق بعض عبد عتق جميعه). يجوز للشخص أن يعتق بعض العبد كما أن له أن يعتق جميعه، فإذا عتق بعضه عتق كله، واحتج له بأن شخصاً أعتق شقياً من غلام، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: {ليس لله شريك} رواه أبو داود، وفي رواية {هو حر كله} ولأنه لو ملك بعضه فأعتقه وهو موسر عتق عليه كله كما سيأتي، فإذا ملك جميعه كان أولى، والله أعلم. قال:

(فإن أعتق شركاً له في عبد وهو موسر سرى العتق إلى باقيه وعليه قيمة نصيب شريكه). إذا أعتق شريك في عبد، وحصه الشريك قابلة للعتق، وكان المعتق موسراً حالة العتق بنصيب الشريك قوم عليه نصيب شريكه ويسرى العتق إليه، وإن كان معسراً عتق نصيبه، ورق الباقي لقوله صلى الله عليه وسلم {من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق} رواه الشيخان، وفي رواية البخاري {فإن كان موسراً قوم عليه ثم يعتق} وفي رواية أيضاً: {فهو عتيق} والله أعلم. قال:

(ومن ملك واحداً من والديه أو مولوديه عتق عليه). من ملك أحد من أصوله وإن علا أو من فروعه وإن سفل عتق عليه. أما في الآباء فلقوله صلى الله عليه وسلم {لن يجزي ولده والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتري فيعتقه} رواه مسلم، وفي رواية {فيعتق عليه} ولأن بين الوالد والولد بعضية، ولا يجوز أن يملك بعض

الشخص بعنه، وأما في الأولاد، فلقوله تعالى: {وقالوا اتخذ الرحمن ولداً سبحانه بل عباد مكرمون} وقوله تعالى: {وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً . إن كل من في السماوات والأرض إلا آتي الرحمن عبداً} فدل على امتناع اجتماع البنوة والملك. وأعلم أنه لا فرق بين أن يتفق الوالد والولد في الدين أو يختلفا، ولا فرق بين <ص: 288> جهة الأب وجهة الأم، ولا فرق بين الذكور والإناث وفي المنفي باللعان وجهان، ومتى يحكم بنفوذ العتق؟ قال أبو إسحاق: مع دخوله في الملك، وقال إمام الحرمين: يترتب على الملك، والله أعلم.

[فرع]: ملك ابن أخيه ثم مات وهو معسر عليه دين مستغرق ووارثه أخوه فقط، وقلنا الدين لن يمنع الإرث وهو الأصح، فإن الأخ يملك ابنه ولا يعتق عليه، ولو كان الوارث غير الأخ ممن لا يعتق عليه العبد، فإن عتقه والحالة هذه وهو معسر لم يعتق في الأصح لأنه مرهون بالديون وقيل يعتق، والله أعلم. قال

(فصل): في الولاء. والولاء من حقوق العتق وحكمه حكم التعصيب عند عدمه، وينتقل من المعتق إلى المذكور من عصبته). الولاء بالمد وفتح الواو وهو مشتق من الموالة وهي المعاونة فكان العبد أحد أقارب المعتق، وقيل غير ذلك. وهو في الشرع عصوبة متراخية عن عصوبة النسب تقتضي للمعتق الإرث، والعقل، وولاية أمر النكاح، والصلاة عليه وعصبته المذكور من بعده، واسم المولى يقع على المعتق وعلى العتق.

والأصل في الباب بعد السنة الإجماع. وقول الشيخ [الولاء من حقوق العتق] حجة قوله صلى الله عليه وسلم {الولاء لمن أعتق} رواه الشيخان، وفي رواية لهما {الولاء لمن ولي النعمة} وقوله [وحكمه حكم التعصيب عند عدمه] أي عند عدم المعتق، فينتقل الولاء إلى عصبات المعتق دون سائر الورثة أي أصحاب الفروض ومن يعصبهم العاصب. لقوله صلى الله عليه وسلم {الولاء لحمة كلحمه النسب لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث} رواه ابن خزيمة وابن حبان، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، والنسب إلى العصبات دون غيرهم، فلو انتقل إلى غيرهم لكان موروثاً، ومعنى الحديث اختلاط كاختلاط النسب، ولحمه بضم اللام وفتحها، فإذا كان للعصبة ابن وابن ابن فالولاء للابن، وإن كان له أب وأخ فالولاء للأب كالإرث، وإن كان له أخ من أب وأم، وأخ من أب فالولاء للأخ من الأبوين كالإرث، وقيل هما سواء. لأن الأم لا تترث بالولاء وإن كان له أخ وجد <ص: 289> - فقولان: أحدهما يقدم الأخ لأن تعصبيه يشبه تعصيب الابن، والجد تعصبيه يشبه تعصيب الأب، والابن مقدم على الأب، وكان القياس تقديمه في الميراث أيضاً إلا أن الإجماع قام على عدم التقديم هناك فصرفنا عنه هنا ولا إجماع هنا، وهذا هو الأصح، والثاني أنه بينهما كالإرث، وإن كان له ابن وأخ وعم فالولاء لابن الأخ كالميراث وهكذا، فإن لم يكن عصبة انتقل إلا مواله لأنهم كالعصبة ثم إلى عصبته كما مر، ولا يرث النساء بالولاء إلا من أعتقن لقوله صلى الله عليه وسلم {إنما الولاء لمن أعتق} أو أعتقن من أعتقن، فإن ماتت المرأة المعتقة انتقل حقها من الولاء إلى أقرب الناس إليها من العصبات على ما تقدم، والله أعلم. قال:

(ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته). في صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الولاء وعن هبته. قال النووي: فيه تحريم بيع الولاء وهبته وأنها لا يصحان وأنه لا ينتقل الولاء عن مستحقه بل هو لحمة كلحمه النسب، وبهذا قال جماهير العلماء من السلف والخلف وأجاز بعض السلف نقله ولعله لم يبلغهم الحديث، والله أعلم. قال

(فصل): في المدبر. ومن قال لعبده إذا مت فأنت حر فهو مدبر يعتق بعد وفاته من ثلث المال). هذا فصل التدبير. وهو في اللغة: النظر في عواقب الأمور، وفي الشرع تعليق عتق بالموت. والتدبير مأخوذ من الدبر لأن الموت دبر الحياة، وقيل لأنه لم يجعل تدبيره إلى غيره، وقيل لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعنقه، وكان معروفاً في الجاهلية فأقره الشرع: قد دبر المهاجرون والأنصار، ودبرت عائشة رضي الله عنها أمة، وأجمع المسلمون عليه، وأما المغلب فيه هل هو تعليق العتق بصفة لأن صيغته تعليق كما ذكره، أو حكم الوصية لأنه من الثلث؟ فيه قولان: أصحهما التعليق. وأما حجة اعتباره من الثلث فلقول ابن عمر رضي الله عنهما: المدبر من الثلث <ص: 290> - رواه الشافعي رضي الله عنه ولا يصح رفعه. قال الدارقطني: روي مرفوعاً وموقوفاً والموقوف أصح، ولأنه تبرع يتجزء بالموت كالوصية، فإن خرج من الثلث عتق كله بالموت وإن خرج منه بعضه عتق بقدر ما خرج إن لم تجز الورثة، والله أعلم. قال:

(ويجوز أن يبيعه في حال حياته ويبطل تدبيره). التدبير لا يزيل الملك عن المدبر، وإنما هو تعليق عتق بصفة أو في حكم الوصية، وذلك لا يمنع التصرف فيه بإزالة الملك كما لو قال لعبده: أنت حر إن دخلت الدار، أو أوصى به لزيد مثلاً فله الرجوع، واحتج له أيضاً بأن جابراً رضي الله عنه أخبر بأن رجلاً دبر غلاماً له ليس له مال غيره، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من يشتريه مني؟} فاشتراه نعيم بن النحام. رواه الشافعي رضي الله عنه بهذا اللفظ، وهو حديث متفق على صحته. وفي الصحيحين {فاشتراه نعيم بن عبد الله} وفي لفظ البخاري {فاشتراه نعيم النحام} وهو الصواب، لأن النحام وصف لنعيم، والنحام بالحاء المهملة، فللسيد إزالة الملك عنه بالبيع والهبة وغيرهما وبكل ما ينقل الملك مثل جعله صداقاً أو أجرة أو رأس مال سلم، والهبة مع الإقباض ونحو ذلك، وهل يجوز الرجوع عن التدبير بالقول كقوله: فسخت التدبير أو نقضته أو رجعت عنه ونحو ذلك؟ فيه قولان مبنيان على أن التدبير تعليق عتق بصفة أو وصية، والصحيح أنه لا يجوز الرجوع بالقول، لأن الصحيح أنه تعليق عتق بصفة، وقيل يجوز لأنه وصية، والله أعلم. قال: <ص: 291>

(وحكم المدبر في حياة السيد كحكم عبده القن). قد علمت أن التدبير لا يزيل الملك عن العبد، وإن كان كذلك فللسيد اكتسابه والجنابة عليه ك الجنابة على القن، فإن قتل فللسيد القصاص أو القيمة بحسب الجنابة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يدبره وإن جنى على طرفه فللسيد القصاص والأرش ويبقى التدبير بحاله، ولو جنى المدبر فهو في الجنابة كالعبد القن أيضاً، فإن جنى جنابة توجب القصاص فاقترض منه، فات التدبير لفوات محله، وإن جنى جنابة توجب المال أو عفى عن القصاص فللسيد أن يفديه، وأن يسلمه لبيع في الجنابة، فإن فداه بقي التدبير، وإن سلمه للبيع فبيع في الجنابة بطل التدبير. والحاصل أن المدبر قن للسيد غنمه، وعليه غرمه والله أعلم. قال

(فصل): والكتابة مستحبة إذا سألها العبد وكان مأموناً مكتسباً). الكتابة تعليق عتق بصفة ضمننت معاوضة، وهي معدولة عن القياس لأنها بيع ما له بما له أداء، وهي مشتقة من الكتب، وهو الضم لأن فيها ضم نجم إلى نجم. والنجم الوقت الذي يحل فيه مال الكتابة، وسميت به لأن العرب ما كانت تعرف الحساب والكتابة، وإنما تعرف الأوقات بالنجوم، وهي ثمانية وعشرون نجماً منازل القمر فيقول: أعطيتك إذا طلع نجم كذا أو سقط نجم كذا، فسميت باسمها مجازاً،

وقد يطلق النجم على المال الذي يحل في الوقت، وقال الروياني: الكتابة إسلامية، ثم الكتابة مستحبة إذا طلبها العبد بشرطين: أن يكون أميناً قادراً على الكسب، واحتج لذلك بقوله تعالى: {فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً} قال الشافعي رضي الله عنه: المراد بالخير الاكتساب والأمانة فإن الخير ورد بمعنى المال في قوله تعالى: {وإنه لحب الخير لشديد} ويعنى العمل الصالح في قوله تعالى: {فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره} فحمل هنا عليهما لجواز إرادتهما لتوقف المقصود عليهما، لأن غير المكتسب عاجز عن الأداء، وغير الأمين لا يوثق بوفائه، وفي قول تجب الكتابة لظاهر الآية، والمشهور الذي قطع به الجمهور لا تجب لأنها بيع مال السيد بماله وهو حرام لأنه سفه ولأنه عتق بعوض، فلا يلزم السيد كالاتسعاء، فإن الآية محمولة على الندب، والله أعلم. قال: <ص: 292>

(ولا تصح إلا بمال معلوم إلى أجل معلوم وأقله نجمان). أما شرط كون المال معلوماً فلأن الجهالة به غرر ويؤدي إلى النزاع وكلاهما منهي عنه، وكذلك يشترط العلم بالمحل كما ذكرنا، وأما اشتراط النجمين فإنه لا يجوز على أقل منهما، فلفظ الكتابة يبنى على ذلك إذ لا ضم إلا بين اثنين فصاعداً، واحتج له أيضاً بفعل الصحابة رضي الله عنهم كما قاله الشافعي رضي الله عنه في البويطي، وقال علي رضي الله عنه: الكتابة على نجمين والإيفاء من الثاني، وهذا يقتضي أن أقل ما يجوز نجمان لأن ما فوقهما يجوز للإجماع، وأصرح من ذلك في الدلالة قوله عثمان رضي الله عنه لعبد له لما غضب عليه: لأكاتبنك على نجمين، فلو جاز على أقل لفعله لأنه أزيد في العقوبة، ولم ينقل عن أحد من الصحابة رضي الله عنهم أنه كتب على أقل منهما فلو جاز لابتدروا إليه تعجيلاً للقربة، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: {الكتابة على نجمين} وهذا نص عليه إن صح وإلا ففي ما مر كفاية، والله ولي الهداية. قال:

(وهي لازمة من جهة السيد، ومن جهة العبد جائزة، وله تعجيز نفسه، وفسخها متى شاء). العقود منها ما هو لازم من الطرفين كالبيع ونحوه. ومنها ما هو جائز منهما كالقراض ونحوه. ومنها ما هو لازم من أحد الطرفين دون الآخر. ومن ذلك الكتابة، وهو جائزة من جهة العبد، فله فسخها متى شاء لأن عقد الكتابة لحظة فأشبه المرتهن، وهذا هو المذهب، وقيل ليس له الفسخ إذ لا ضرر عليه في بقائها. قال العراقيون: قولهم لا ضرر عليه ممنوع، فإنه قد يضرر بكون النفقة على نفسه فيستفيد بالفسخ رفعها عنه، وأما من جهة السيد فهي لازمة فليس له فسخها لأن الكتابة عقدت لحظ المكاتب لا لحظ السيد، فكان السيد فيها كالراهن، ولأنه لو جاز له الفسخ لم يثق المكاتب ببقائه على الكتابة فيتكاسل في التحصيل. ثم إن عجز المكاتب عن الأداء عند المحل فللسيد فسخها كما يفسخ البائع البيع بعجز المشتري عن الثمن، ولو لم يعجز ولكن امتنع المكاتب عن الأداء فللسيد الفسخ أيضاً، وخالف عقد الكتابة البيع فإنه لازم من جهة المشتري، فيجبر المشتري على الأداء فيندفع <ص: 293> - الضرر بخلاف الكتابة فإنها جائزة من جهة المكاتب فلا إجبار، وال خيار في هذا على التراخي فلو صرح بالإمهال، ثم عن له الفسخ جاز، والله أعلم. قال:

(وعلى المكاتب التصرف بما فيه تنمية المال). المكاتب يملك بعقد الكتابة منافعه وأكسابه إلا أنه محجور عليه في استهلاكها بغير حق لحق السيد فله البيع والشراء والاستئجار ونحوها لكن على وجه الغبطة، فلا يجابى، ولا يهب، ولا يرهن بلا ضرورة، ولا ينفق على أقاربه لأنه كالمعسر بدليل عدم نفوذ تبرعاته، ولا يبرع بنسيئة أي

بأجل وإن ربح أضعاف الثمن وأخذ رهناً أو كفيلاً، وقيل يجوز كولي المحجور عليه في الارتهان، والأصح المنصوص الأول، فلو أذن له السيد في شيء من ذلك فهل يجوز؟ قولان: أحدهما لا يجوز لأن المكاتب ناقص الملك، والسيد لا يملك ما في يده فلا يصح باتفاقهما، ولأن لله تعالى حقاً في ذلك فلا يفوت برضا السيد والثاني يصح وهو الأصح لأن المنع إنما كان لحقه فزال بإذنه كالمرتهن، وهذا فيما عدا العتق. فإن أعتق المكاتب عن نفسه فالمذهب في الروضة تبعاً للرافعي أنه لا ينفذ لأنه يترتب عليه الولاء والمكاتب ليس أهلاً له، وقيل ينفذ وهو مقتضى ما في صحيح التنبيه، فإن أعتق عن السيد أو عن أجنبي فقولان أيضاً، والصحيح النفوذ، والله أعلم. قال:

(وعلى السيد أن يضع عنه من مال الكتابة ما يستعين به، ولا يعتق إلا بأداء جميع المال بعد القدر الموضوع عنه). يجب على السيد في الكتابة الصحيحة أن يحط عن المكاتب بعض ما عليه، أو يؤتبه شيئاً من عنده يستعين به على الأداء لقوله تعالى: {وآتوهم من مال الله الذي آتاكم} فظاهره الوجوب، وعن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في قوله تعالى: {وآتوهم من مال الله الذي آتاكم} قال: ربع الكتابة. رواه النسائي وقال: الصواب وقفه، وأما الحاكم فقال: إن رواية الربع صحيحة الإسناد، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما في الآية: ضعوا عنهم من مكاتبتهم فلو لم يحط السيد عنه شيئاً وجب عليه أن يؤتبه مالاً من عنده، >ص: 294< والحط هو الأصل والإيتاء بدل عنه هذا هو الأصح المنصوص، وقيل الإيتاء هو الأصل فيعطيه إذا أعتقه شيئاً ليهيء به أمر نفسه، والحط لا يقوم مقامه، وقيل يتخير بينهما. قال الماوردي: فلو أراد السيد أن يعطيه، وأراد العبد الحط أجيب العبد لأنه يروم تعجيل العتق، ثم قيل وقت الوجوب بعد العتق كالمتعة، والأصح قبل العتق ليستعين به على العتق وخالفت المتعة لأنها لجبراً لكسر وهو بعد الطلاق، وعلى هذا محله النجم الأخير، وعبارة الروضة: وعلى هذا إنما يتعين النجم الأخير، وعبارة المنهاج: والنجم الأخير أليق، وعبارة بعضهم: يجب إذا بقي عليه قدر يجب دفعه إليه. وأعلم أنه لو حط أو أدى من حيث العقد جزءاً على الأصح، وقيل إنما يجوز بعد أن يأخذ شيئاً لقوله تعالى: {وآتوهم من مال الله الذي آتاكم} وعلى الصحيح المراد من قوله تعالى: {آتاكم} أي أوجبه لكم على نفسه بالعقد أو يعود الضمير على الله تعالى، وفي قدر الواجب وجهان: أحدهما يعتبر بقدر مال الكتابة فيؤتبه من الكثير بقدره، ومن القليل بقدره كالمتعة تكون بقدر يساره وإعساره، وأصحهما ونص عليه الشافعي رضي الله عنه يكفي أقل ما يتمول ولو حبة لأن الله تعالى لم يقدر شيئاً، بخلاف المتعة فإن الله تعالى قدرها بحسب الموسر والمعسر، ويستحب حط الربع على الأصح، وقيل الثلث والكتابة الفاسدة لا حط فيها على الأصح، ولو قبض المال كله رد عليه بعضه لظاهر الآية. قال بعضهم: والإيتاء يقع على الحط والرفع إلا أن الحط أولى لأنه أنفع له، وبه فسر الصحابة رضي الله عنهم. وأعلم أنه لا يعتق المكاتب ولا شئ منه ما بقي عليه درهم لقوله صلى الله عليه وسلم {المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم} رواه أبو داود ولأنه إن غلب فيه العتق بالصفة فلا يعتق قبل استكمالها، وإن غلب معنى المعاوضة، فالمبيع لا يجب تسليمه إلا بقبض جميع الثمن، كذلك هذا، والله أعلم. قال:

(فصل): وإذا أصاب السيد أمته فوضعت منه ما تبين فيه شيء من خلق آدمي حرم عليه بيعها وهبتها وجاز له التصرف فيها



بالاستخدام والوطء). <ص: 295> إذا وطء الحر أمته فحبلت منه انعقد ولده حراً، وتصير الأمة بالولادة مستولدة تعتق بموت السيد، ويقدم عتقها على المديون كما سيأتي، وكما يثبت الاستيلاء بوضع الولد التام كذلك يثبت بإلقائه مضغة ظهر فيها خلقة الآدمي. إما لكل أحد أو للقوابل أو وأهل الخبرة من النساء، فإن لم تظهر وقلن: هو أصل آدمي ولو بقي لتصور، فهل يثبت الاستيلاء؟ فيه خلاف قيل يثبت كما تنقضي به العدة، والمذهب أنه لا يثبت أمية الولد وإن انقضت به العدة، وقد مر الفرق في العدد، واحتج أمية الولد وحريته بحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: {لما ولدت مارية أم إبراهيم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أعتقها ولدها} رواه ابن جزم بإسناد صحيح كما قاله في البيع وقال هنا: كل رجاله ثقات، ويقوله صلى الله عليه وسلم {من أشراط الساعة أن تلد الأمة ربتها أي سيدتها} فأقام عليه الصلاة والسلام الولد مقام أبيه والأب حر فكذا الولد، ولا ولاء عليه لأحد لأن مانع الرق قارن سبب الملك فرفعه بخلاف ما لو اشترى زوجت ه الحامل منه، فإن الولد يعتق عليه وولأؤه له، وإذا ثبت حرية الولد وأميه أمه ثبت لها حق الحرية، وحرم بيعها، وهبتها، ورهنها، والوصية بها، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: {لا يبعن، ولا يوهبن، ولا يورثن، ليستمتع بها سيدها ما دام حياً، فإن مات فهي حرة} رواه الدارقطني، والبيهقي، وابن القطان، وقال: كل روايته ثقات وهو عندي حسن أو صحيح، ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما. فإن قلت ففي حديث جابر رضي الله عنه {كنا نبيع أمهات الأولاد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نرى بذلك بأساً} رواه النسائي، وابن ماجه، وابن حبان في صحيحه بمعناه، وفي رواية أبي دواد وابن حبان أيضاً من حديث جابر {بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه، فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتبهينا} وأجيب على تسليم صحة ذلك أن هذا الفعل منهم في زمنه عليه الصلاة وهو لا يشعر لأن هذا الأمر نادر، ويحتمل أنه كان مباحاً، ثم نهى عنه، ولم يعلم بذلك الصديق رضي الله عنه ومثل هذا يعني عدم العلم كثير وقد وقع لعمر <ص: 296> رضي الله عنه وغيره، ولهذا كان الصديق وغيره إذا وقعت له الواقعة ولم يعلم فيها شيئاً سأل، ويجوز للسيد استخدامها وإجارتها ووطؤها للحديث، وفي تزويجها أقوال أصحابنا أنه يجوز أيضاً لأنه يملك رقبته ومنافعها حتى الوطاء فملك تزويجها برضاها وبدونه كالمديرة، وهذا هو الصحيح، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه في الجديد، والله أعلم. قال:

(وإذا مات السيد عتقت من رأس ماله قبل الديون والوصايا). أما إعتاقها فلما مر من الأخبار ولأن الولد انعقد حراً وبعضه منها، فقد صار بعضها حراً، فاستتبع باقيها كالعتق إلا أن في العتق قوة، فاستتبع في الحال، وهذا ضعيف فأثر في المستقبل، وأما كونها من رأس المال فلأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فأشبهه الإتلاف بالأكل واللبس وبالقياس على من تزوجها في مرض الموت، وقيل لا تعتق بموت السيد، وخطب علي رضي الله عنه في الكوفة، فقال: أجمع رأيي ورأي عمر رضي الله عنه على أن لا تباع أمهات الأولاد وأنا الآن أرى بيعهن فقال له عبيدة السلماني: رأيك مع الجماعة أحب إلينا من رأيك في الفرقة، فأطرق علي، ثم قال: اقضوا ما أنتم مقضون، فإني أكره أن أخالف أصحابي.

ولهذا اختلف ال أصحاب هل رجع علي رضي الله عنه أم لا؟ قال النووي في أصل الروضة: فإن قلنا بالمذهب أنه لا يجوز بيعها ففرض بجوازه قاض. حكى الروياني عن الأصحاب أنه ينقض قضاءه، وما كان فيه خلاف بين الفرق الأول فقد انقطع، وصار مجمعاً على منعه، ونقل الإمام فيه وجهين انتهى. ومقتضاه رجحان النقض قال الرافي: وللأصوليين خلاف في أنه هل يشترط لحصول الإجماع انقراض العصر؟ ولأصحابنا وجهان: فيما إذا اختلفت الصحابة رضي الله عنهم في مسألة، ثم أجمع التابعون على أحد القولين هل يرتفع به الخلاف الأول؟ قال النووي: الأصح أنه إجماع. وقال الغزالي، وابن برهان: إنه مذهب الشافعي رضي الله عنه: وقال إمام الحرمين: ميل الشافعي رضي الله عنه إليه ومن عبارته الرشيقة في ذلك أن المذاهب لا تموت بموت أصحابها، والله أعلم. قال:

(وولدها من غيره بمنزلتها). أولاد المستولدة إن كانوا من السيد فلا <ص: 297> خلاف في حرمتهم وإن حدثوا من نكاح أو زنا فلهم حكم الأم لأن الولد يتبع الأم في الحرية فكاذ في حق الحرية فليس للسيد بيعهم ويعتقون بموته، وإن كانت الأم قد ماتت في حياة السيد، ولو أعتق السيد الأم لا يعتق الولد، وكذا حكم العكس كما في التدبير بخلاف ما لو أعتق المكاتبه يعتق ولدها، والفرق أن التبعية في أم الولد والمدبرة وإنما هي بسراية التدبير وأمية الولد والصفة موت السيد، ولا كذلك المكاتبه، ولو ولدت المستولدة من وطء شبهة، فإن كان الواطئ يعتقد أنها زوجته الأمة، فالولد رقيق للسيد كالأمة وهو كما لو أتت به من نكاح أو زنا، وإن كان يعتقد أنها زوجته الحرة، أو أمته الحرة العقد الولد حراً وعليه قيمته للسيد، وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاء بنكاح أو زنا، فليس لهم حكم الأم بعد الاستيلاء بل للسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه ولا يعتقون بموته لأنهم حدثوا قبل ثبوت الحرية للأم، والله أعلم. قال:

(ومن أصاب أمة غيره في نكاح فولده منها مملوك لسيدها). إذا أولد شخص جارية أجنبي بنكاح أو زنا فالولد مملوك لصاحب الجارية لأنه يتبع الأم في الرق كما يتبعها في الحرية. قال:

(وإن أصابها بشبهة فولده منها حر وعليه قيمته لسيدها، فإن ملك الأمة بعد ذلك لم تصر أم ولد له بالوطء في النكاح وصارت أم ولد له بالوطء بالشبهة). إذا وطئ الشخص أمة الغير ظاناً أنها زوجته الحرة أو أمته أو أم ولده، فالولد حر نظراً إلى ظنه وعليه قيمته للسيد لأنه فوت رقه بظنه، ولا تصير الأمة أم ولد في الحال لعدم ملكه لها، فإن ملكها بعد ذلك فهل تصير أم ولد له؟ قولان أحدهما نعم تصير أم ولد له لأن العلق بالحر في الملك بسبب الحرية بعد الموت كما أن القرابة عند الملك بسبب العتق في الحال، فلما كان الملك إذا طرأ على القرابة حصل العتق في الحال، فكذا إذا طرأ بعد انعقاد الولد حراً يحصل بعد الموت، والثاني <ص: 298> لا تصير، وهذا هو الصحيح وهو ما جزم به الشيخ لأنها علقت منه في غير ملكه، فأشبهه ما لو علقت به في نكاح، وكذا لو غر بحرية أمة فنكحها، فإن ولده منها حر وفي صيرورتها أم ولد له إذا ملكها هذان القولان وقول الشيخ [وصارت أم ولد له بالوطء بالشبهة] هذا قول مرجوح وعلته ما قدمنا أن حرية الولد سبب لأمية الأم عند الملك، والمذهب أنها لا تصير لأنها علقت في غير ملك اليمين، وأعدنا التعليل للإيضاح.

فنسأل الله العزيز القادر أن يرشدنا إلى طرق النجاح والفلاح، إنه سبحانه فالحب والإصباح، وقد كان في النفس من الزيادة على ما مر ولاح، إلا أنني عارضني في ذلك عدول النفس عن طلب

العلم وتسريحها في رياض الارتياح، فضرربنا صفحاً عن التطويل والمغلاة، ونادينا بلسان الحال: هلموا إلى هذه اللقحة فإن السماح رباح، والحمد لله على ما يسر من تعليق هذه الأحرف حمداً لا ينقطع عند المساء والصباح. وصل اللهم علي سيد الأولين والآخريين، وقائد الغر المحجلين، رسول رب العالمين، محمد صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم وعلي جبريل وميكائيل، وعلي كل الملائكة والمقربين، وعلي جميع الأنبياء والمرسلين، وعلي آل كل وسائر الصالحين، وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

قال مؤلفه. نفع الله به الإسلام والمسلمين: فرغت منه يوم الجمعة في العشر الأول من شهر ربيع الأول سنة ثمان وثمانمائة، وكان ذلك بالمدرسة الصالحة بالقدس الشريف زاده الله شرفاً وكرامة. إنه علي ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير، غفر الله لنا ولمن أحبنا ولمن قرأ في كتابنا هذا، ودعا لنا بالمغفرة وللمسلمين آمين، والحمد لله رب العالمين.

علق هذه النسخة المباركة العبد الفقير الحقير الذليل أحمد بن إبراهيم عرف بابن الكردي القادري، سكنه تحت قلعة حلب المحروسة، غفر الله له ولوالديه ولمشايقه ولأصحابه وأحبابه وإخوانه ولكل المسلمين أجمعين، سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين. وذلك بتاريخ سلخ جمادى الآخرة من شهور سنة ثلاث وخمسين وثمانمائة. ومذيل عليها أيضا ما يلي: بلغ مقابلة هذه النسخة الكريمة على نسخة قوبلت علي نسخة المصنف رحمه الله تعالى وأسكنه فسيح جناته بمنه وكرمه آمين.