

الروايد

في فقه امام السنة احمد بن حنبل اشيباني رضي الله عنه

الجزء الثاني

تأليف
العالم الورع

محمد بن عبد الله آل حسين

قام بتصحيحه

عبد العزيز المسند

طبع على نفقة

الشيخ محلي الفهر العسلي الزاهد

بارك الله له وعليه وغفر له ولوالديه ولجميع المسلمين

الزوائد

في فقه امام السنة أحمد بن حنبل إشياباني رضي الله عنه

الجزء الثاني

تأليف
العالم الورع

محمد بن عبد الله آل حسين

قام بتصحيحه

عبد العزيز المسند

طبع عن نفقة

الشيخ محلي الفهر العسلي الزندع

بارك الله له وعليه وغفر له ولوالديه ولجميع المسلمين

الطبعة الثالثة

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م

(يوزع مجاناً)

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

باب المساقاة^(١)

(١) (المساقاة) مفاعلة من السقي، لأن أهل الحجاز أكثر حاجتهم إلى السقي لكونهم يسقون من الآبار فسميت بذلك، والأصل فيها ما روى عبد الله بن عمر قال «عامل رسول ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» متفق عليه.

باب المساقاة

وهي دفع أرض وشجر له ثمر مأكول لمن يغرسه، أو مغروس لمن يعمل عليه ويقوم بمصلحته بجزء مشاع معلوم من ثمرته. والمزارعة^(٢) دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو مزروع لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل^(٣) ويعتبر كون عاقديهما جائزي التصرف، فتجوز المساقاة في كل شجر له ثمر مأكول وإن لم يكن نخلاً ولا كرمًا^(٤) وقال الموفق تصح على ماله ورق يقصد^(٥) بجزء مشاع معلوم من ثمره أو ورقه ونحوه يجعل للعامل، ولو ساقاه على ما يتكرر حملة من أصول البقول والخضروات كالقطن والمقائثي والباذنجان ونحوه لم تصح، وتصح المزارعة عليه، وتصح بلفظ مساقاة ومعاملة ومفالحة وبكل لفظ يؤدي معناها، وتصح هي ومزارعة بلفظ إجارة^(٥) وتصح إجارة أرض بنقد وعروض وجزء مشاع معلوم مما

(١) (والمزارعة) مشتق من الزرع، وتسمى مخابرة من الخبار وهي الأرض اللينة، ومؤاكرة.

(٢) (من المتحصل) والأصل في جوازها ما روى ابن عمر قال: «عامل النبي ﷺ أهل خيبر» الحديث، وقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب «عامل النبي ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان ثم علي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع» وهذا عمل به الخلفاء الراشدون ولم ينكر فكان كالإجماع.

(٣) (ولا كرمًا) هذا قول الخلفاء الراشدين وسعيد بن المسيب والقاسم ومالك والثوري والأوزاعي وأبي يوسف ومحمد وإسحق وأبي ثور، وقال الشافعي: لا تجوز إلا في النخل والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان. وقال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز بحال. ولنا الحديث والإجماع ولا يجوز التعديل على ما خالفهما.

(٤) (ماله ورق يقصد) كتوت أو له زهر كورد، قال في الإنصاف: وهو الصواب.

(٥) (بلفظ إجارة) في أحد الوجهين وهو المذهب، لأنه مؤد للمعنى، اختاره المصنف والشارح، وجزم به في الوجيز.

تصحح على شجر له ثمر يؤكل^(١)، وعلى ثمرة موجودة^(٢)، وعلى شجر يغرسه

(١) (على شجر له ثمر يؤكل) هذا قول الخلفاء الراشدين وبه قال سعيد بن المسيب ومالك. ويأتي في الزوائد.

(٢) (ثمرة موجودة) وهو المذهب اختارها أبو بكر، وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى، وعنه لا تصحح صححه في النظم.

يخرج منها^(١) فإن لم يزرعها في إجازة أو مزارعة^(٢) نظر إلى معدل المغل^(٣) فيجب القسط المسمى فيه، وتصح إجازتها بطعام معلوم من جنس الخارج منها^(٤) ومن غير جنسه^(٥) وتصح المساقاة على ثمرة موجودة لم تكمل، وعلى زرع نابت ينمي بالعمل، وإن بقي مالا تزيد به الثمرة كالجذاذ والحصاد لم يصح، وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء معلوم من الثمرة أو من الشجر أو منهما — وهي المغارسة والمعاصبة — صح وللحاكم الحكم بلزومها في محل النزاع فقط^(٦) قال الشيخ: ولو كان المغارس ناظر وقف وأنه لا يجوز للناظر بعده بيع نصيب الوقف بلا حاجة اهـ^(٧). ويصح كون الغراس من مساق ومناصب، قال الشيخ: وعليه العمل^(٨) ولو دفع أرضه لمن يغرسها على أن الأرض والغراس بينهما

(١) (معلوم مما يخرج منها) سواء كان طعاماً كالبر والشعير أو غيره كالقطن والكتان، وهو إجازة حقيقة كما لو أجرها بنقد، وقيل هي مزارعة بلفظ الإجازة مجازاً.
(٢) (أو مزارعة) سواء قلنا إنها إجازة أو مزارعة.
(٣) (إلى معدل المغل) من إضافة الصفة إلى موصوفها أي المعدل الموازن لما يخرج منها لو زرعت.

(٤) (من جنس الخارج منها) في إحدى الروايتين وهي المذهب، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، مثل إن أجرها ليزرعها برأ بققير بر، أو ليزرعها شعيراً بققير شعير، كما لو أجرها بدراهم معلومة، فإن قال مما يخرج منها فسدت.
(٥) (ومن غير جنسه) بأن أجرها بشعير لمن يزرعها برأ.
(٦) (في محل النزاع فقط) وقيل لا يصح اختاره المصنف والشارح.
(٧) (بلا حاجة اهـ) ومراده بالحاجة ما يجوز معه بيع الوقف.
(٨) (وعليه العمل) قال في الإنصاف: وحكمه حكم المزارعة. وقال في المزارعة: اختاره المصنف والشارح.

ويعمل عليه حتى ينمر بجزء من الثمرة^(١). وهو عقد جائز، فإن فسح المالك قبل ظهور

(١) (بجزء من الثمرة) قال أحمد فيمن قال لرجل إغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما =

فسد^(٢) كما لو دفع إليه الشجر المغروس ليكون الأصل والثمر بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما. وقال الشيخ فيمن دفع أرضه لمن يغرسها على أن الأرض والغراس بينهما: قياس المذهب صحته، ولو عملاً في شجر لهما وهو بينهما نصفان وشرطاً التفاضل في ثمره صح^(٣)، ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء من الثمرة كالثلث والرابع^(٤) فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء، أو الجزء لرب الشجر والباقي للعامل جاز ما لم يكن حيلة على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ولو جعل له أصعاً معلومة^(٥) أو دراهم أو جعلها مع الجزء المعلوم فسدت، وكذلك إن شرط له ثمر شجر بعينه^(٦) فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها أو ثمرة شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه فسد العقد، وإذا كان في البستان شجر من أجناس كتين وزيتون وكرم فشرط للعامل من كل جنس قدر^(٧) أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدر^(٨) وهما يعرفان قدر كل نوع صح، وإن كان البستان لاثنتين فساقياً عاملاً واحداً صح، ولو ساقى واحد اثنتين ولو مع عدم التساوي بينهما أو ساقاه على بستانه ثلاث سنين على أن له في السنة الأولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع صح، ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو الصفة التي لا يختلف معها، وتصح على البعل كالسقي^(٩).

(١) (فسد) قال في المغنى: ولا نعلم فيه خلافاً، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ففسد.

(٢) (صح) على الصحيح من المذهب، لأنه من شرط له الثلثان قد يكون أقوى على العمل وأعلم به ممن شرط له الثلث.

(٣) (كالثلث والرابع) لمعاملة أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع، ويفهم منه أنه لو ساقاه بالنصف مثلاً بارداً من الخسائر أنه يصح، واستظهره بعضهم.

(٤) (أصعاً معلومة) كعشرة، لأنه قد لا يخرج من النماء إلا ذلك فيختص به العامل.

(٥) (بعينه) لأنه قد لا يحمل غيره بالكلية فيحصل الضرر والغرر.

(٦) (من كل جنس قدر) النصف من ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم.

(٧) (على البعل كالسقي) وبه قال مالك، لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها إلى المعاملة في غيره فيقاس عليه.

الثمرة فللعامل الأجرة^(١). وإن فسخها فلا شيء له. ويلزم العامل كل ما فيه صلاح

= كان من غلة فلك بعملك، كذا وكذا سهماً من كذا وكذا فأجازه واحتج بحديث خبير.
(١) (فللعامل الأجرة) أجرة مثله، لأنه منعه من إتمام عمله الذي يستحق به العوض.

(فصل) والمساقاة عقد لازم من الطرفين^(١) وكذلك المزارعة تفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها، فإن جعلا مدة لا تكمل فيها لم تصح، وللعامل إن عمل وظهرت الثمرة أجرة مثله على الأصح وإن مات تمت الوارث، فإن أبي استؤجر على العمل من تركته^(٢) فإن تعذرت فلب المال الفسخ، فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما، وإن باعه لمن يقوم مقامه جاز^(٣) وصح شرطه^(٤) وللمشتري الملك وعليه العمل، فإن لم يعلم المشتري بما لزم البائع من العمل فله الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن، وبين الإمساك وأخذ الأرش، وقدم في الإقناع وغيره أنهما عقد جائز^(٥) يبطلان بما تبطل به الوكالة ولا يفتقران إلى ضرب مدة يحصل الكمال فيها ولكل منهما فسخها، فإن فسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه، ويملك العامل حصته بالظهور، ويلزمه تمام العمل. قال المنقح: فيؤخذ منه دوام العمل على العامل في المناصب ولو فسخت إلى أن تبید^(٦) والواقع كذلك اهـ. وإن فسخ العامل أو هرب

(١) (لازم من الطرفين) وبه قال أكثر الفقهاء، لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة، واختاره الشيخ ومعاملة الناس على ذلك.

(٢) (من تركته) من يعمل، لأنه عقد لازم أشبه الإجارة، فإن لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لتكميل العمل واستؤجر من يعمله، ذكره في المغنى.

(٣) (جاز) لكن إن كان المبيع ثمراً لم يصح بيعه إلا بعد بدو الصلاح أو لمالك الأصل على أحد الوجهين.

(٤) (وصح شرطه) أي العمل من البائع على المشتري، فيقوم مقام البائع فيما له وعليه.

(٥) (عقد جائز) هذا المذهب، لما روى مسلم عن ابن عمر في قصة خبير «فقال رسول الله ﷺ: نقرمك على ذلك ماشئنا» ولو كان لازماً لم يجز بغير توقيت مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم ولا عقد على جزء من نماء المال، فكان جائزاً كالمضاربة، وفارق الإجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان.

(٦) (إلى أن تبید) الشجر التي وقعت عليها المناصب.

الثمرة من حرث وسقى وزيار وتلقيح وتشميس وإصلاح موضعه وطرق الماء وحصاد

قبل ظهورها فلا شيء له، وإن فسخ المالك فعليه للعامل أجره عمله^(١) ويصح توقيتها^(٢) وإن ساقاة إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للعامل، وإن مات العامل أو جن أو حجر عليه لسفه انفسخت كرب المال، وإن قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت، فإن مات العامل فأبى وارثه لم يجبر^(٣) ويستأجر الحاكم من تركته من يعمل العمل، وإن ظهر الشجر مستحقاً بعد العمل أخذه ربه وثمرته، ولا حق للعامل في ثمرته ولا أجره له وله على الغاصب أجره مثله، وإن استحققت بعد اقتسامها وأكلها فللمالك تضمين من شاء منهما، فإن ضمن الغاصب رجوع على العامل بقدر نصيبه^(٤) ويرجع العامل على الغاصب بأجره مثله، وإن ضمن العامل احتمال أن لا يضمه إلا نصيبه خاصة^(٥).

(فصل) ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة والزرع وزيادتهما من السقي وقطع ما يضر من شوك وغيره وتفريق الزبل والسباخ وحفظ الثمر في الشجر وفي الجرين وكذا الجذاز إن شرط عليه وصح شرطه^(٦) وإلا فعليهما بقدر حصتيهما، فإن شرط العامل أن أجر الإجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة لم يصح^(٧) وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل ومثله تحصيل السباخ والزبل، وقال الموفق وغيره والأولى أن البقر التي تدير الدولاب على العامل كبقر الحرث وحكم العامل حكم المضارب

(١) أجره عمله) بخلاف المضاربه لأن الربح يتولد من العمل ولم يحصل بعمله ربح، والثمرة تولد من عين الشجر.

(٢) (ويصح توقيتها) لأنه لا ضرر في تقدير مدتها، ولا يشترط على قول أنها عقد جائز كالوكالة.

(٣) (لم يجبر) لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل لا يدخل فيه.

(٤) (بقدر نصيبه) لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه.

(٥) (نصيبه خاصة) لأنه ما قبض الثمرة كلها بل كان مراعياً لها وحافظاً.

(٦) (وصح شرطه) لأنه لا يخل بمصلحة العقد فصح كتأجيل الثمن وشرط الرهن والضمين في البيع.

(٧) (لم يصح) الشرط على الصحيح من المذهب قدر الأجرة أو لم يقدرها كما لو شرط لنفسه أجر عمله لأنه عليه.

ونحوه^(١)، وعلى رب المال ما يصلحه كسد حائط وإجراء الأنهار والدولاب ونحوه^(٢).

(١) (وحصاد ونحوه) كآلة وبقرة. هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب، وقال ابن أبي موسى وأبو محمد: يلزم العامل بقر الدولاب كبقر الحرث.

(٢) (والدولاب ونحوه) كآلته التي يديرها ودوابه، قال الأصحاب: البقر على المالك، وتقدم قول أبي موسى وهو اختيار المصنف.

فيما يقبل قوله وما يرد فإن اتهم حلف فإن ثبتت خيانتة ولم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل العمل يقوم مقامه، ويلزم من بلغت حصته منهما نصاباً زكاته^(١) وإذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض أو الشجر بغير إذن ربه لم يجز^(٢) وأجاز مالك إذا جاء برجل أمين فإن استأجر أرضاً فله أن يزارع فيها^(٣) وكذلك لمن في يده أرض خراجية والخراج عليه دون المزارع، وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على الشجر وكذا ناظر الوقف ويتبع في الكلف السلطانية العرف ما لم يكن شرط، وما طلب من قرية من كلف سلطانية ونحوها فعلى قدر الأموال، فإن وضع على الزرع فعلى ربه، وإن وضع على العقار فعلى ربه ما لم يشرط على مستأجر، وإن وضع مطلقاً فالعادة، قال الشيخ: ومن لم يخلص ماله غيره من التلف إلا بما أدى عنه رجع به في أظهر قولي العلماء، ويعتبر معرفة جنس البذر ولو تعدد وقدره، وفي المغني أو تقدير المكان، وإن شرط إن سقى سيحاً أو زرعها شعيراً فالربع وبكلفة أو حنطة النصف أو لك نصف هذا النوع وربيع الآخر ويجهل العامل قدرهما لم يصح^(٤) أو لك الخمسان إن لزمك خسارة وإلا الربع، أو قال ما زرعت من شعير فلي ربه وما زرعت من حنطة فلي نصفه ولم يبين البذر، أو ساقيتك على

(١) (زكاته) لأن العامل يملك حصته بالظهور كرب المال، فإن لم تبلغ نصاباً إلا بجمعها لم تجب إلا على قولنا بتأثير الخلطة في غير الماشية.

(٢) (لم يجز) وبه قال أبو يوسف وأبو ثور، لأنه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب.

(٣) (أن يزارع فيها) لأن منافعتها صارت مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك، بخلاف أخذها مزارعة على قول أنها عقد جائز.

(٤) (لم يصح) في أحد الوجهين وهو المذهب، والثاني يصح، قال المصنف بناء على قوله في الإجارة: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم، فإنه يصح وهذا مثله.

متن
الكتاب
الأول

(فصل) وتصح المزارعة^(١) بجزء معلوم النسبة مما يخرج من الأرض لربها، أو

هوامش
الكتاب
الأول

(١) (وتصح المزارعة) لحديث خبير وهي دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه أو حب مزروع ينمي بالعمل لمن يقوم عليه.

متن
الكتاب
الثاني

هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح، وإن قال: ما زرعت من شيء فلي نصفه صح لما في قصة خبير، وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمرة أكثر من نصيبه صح وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فسدت ويكون الثمر بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل شيئاً لأنه متبرع، وإن شرط للعامل كل الثمرة فسدت أيضاً وله أجرة مثله.

(فصل) في المزارعة، تجوز بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع^(١) فإن كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح، وأما ما يفعل الآن أن يساقيه على النخل وتكون الأرض تبعاً بلا شيء فلا يصح^(٢) وإن كان حيلة على بيع الثمرة قبل وجودها أو بدو صلاحها بأن أجر الأرض بأكثر من أجرتها وساقاه على الشجر بجزء من ألف جزء ونحوه حرم ذلك ولم يصح، فإن قطع الشجر المثمر والحالة هذه فإنه ينقص من العوض بقدر ما ذهب من الشجر، سواء قيل بصحة العقد أو فساده، وسواء قطعه المالك أو غيره قاله الشيخ. ولا تصح إجارة أرض وشجرها لحملها^(٣) وجوزه ابن عقيل تبعاً للأرض ولو كان الشجر أكثر. واختاره الشيخ وصاحب الفائق. وتصح إجاتها لنشر الثياب عليه ونحوه. ولا يشترط كون البذر من رب الأرض واختاره

هوامش
الكتاب
الثاني

(١) (يجعل للعامل من الزرع) هذا المذهب بلا ريب، وقال عمر وعلي وسعد وابن مسعود ومعاذ والحسن وعمر بن العزيز والقاسم وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وابن سيرين وطاوس وعبدالرحمن بن الأسود والزهري وعبدالرحمن بن أبي ليلى وغيرهم، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو حنيفة، وروى عن ابن عباس الأمران، وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض النخل أقل، وإن كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها في الأرض البيضاء. هذا ملخص الأقوال فيها.

(٢) (فلا يصح) قال في شرح المنتهى: وإن لم يكن في الأرض إلا شجرات يسيرة لم يجز شرط ثمرها لعامل .

(٣) (لحملها) أي حمل الشجر وهو ثمرها وورقها ونحوه، وحكاها أبو عبيد إجماعاً.

للعامل والباقي للآخر^(١)، ولا يشترط كون البذر والغراس من رب الأرض، وعليه عمل

(١) (والباقي للآخر) في قول أكثر أهل العلم، قال البخاري «قال جعفر: ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والرابع، وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين» وقال عبد الرحمن بن الأسود: كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع.

الموفق وغيره^(١) وظاهر المذهب اشتراطه وبقر العمل من الآخر، وإن شرط أن يأخذ مثل بذره ويقتسما الباقي ففاسد^(٢) وإن شرط لأحدهما قفزاناً معلومة أو دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو ما على الجداول^(٣) فسدت، ومتى فسد العقد فالزرع لصاحب البذر والثمر لصاحب الشجر وعليه الأجرة^(٤) وحكم المزارعة، حكم المساقاة فيما ذكرنا، والحصاد والدياس وتصفية الحب من التبن واللقاط على العامل، ويكره الحصاد والجذاذ ليلاً^(٥) وإن قال رب الأرض أنا أزرع الأرض يبذري وعواملي وتسقيها بمائك والزرع بيننا لم يصح في إحدى الروايتين^(٦) وما سقط من حب وقت حصاد فنبت في العام القابل فلرب الأرض مالكاً كان أو مستأجراً أو مستعيراً^(٧) وكذا نص فيمن باع قصيلاً فحصده فبقى يسير فصار سنبلأً فلرب الأرض، ويباح التقاط ما

(١) (الموفق وغيره) لقول ابن عمر «دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها، وفي لفظ ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها، وظاهره أن البذر من أهل خيبر.

(٢) (ففاسد) لأنه قد لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر فيختص به المالك، وربما لا تخرجه وموضوعها على الاشتراك.

(٣) (الجداول) قال في المغني: بإجماع العلماء إما مفرداً أو مع نصيبه.

(٤) (وعليه الأجرة) للعامل، هذا المذهب، لأنه عمل بعوض لم يسلم إليه.

(٥) (ويكره الحصاد والجذاذ ليلاً) لأنه ربما أصابه أذى من نحو حية.

(٦) (في إحدى الروايتين) وهو الصحيح من المذهب، واختاره القاضي والمصنف والشارح، لأن موضوع المزارعة أن يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل، ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر، والثانية تصح اختارها أبو بكر وابن عبدوس في تذكرته لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما.

(٧) (أو مستعيراً) لأن رب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه، لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه.

(١) (وعليه عمل الناس) وروى ذلك عن عمر وبه قال أبو يوسف وطائفة وغيرهم: وهو الصحيح، لأن الأصل المعول عليه في المزارعة قصة خير، ولم يذكر أن البذر على المسلمين، وعامل عمر الناس على إن جاء بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا.

خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما^(١) ويحرم منعه قاله في الرعاية، وإذا غصب زرع إنسان وحصده أبيع للفقراء التقاط السنبل المتساقط كما لو حصدها المالك، وكما يباح رعي الكلاً من الأرض المغصوبة^(٢) وإن خرج الزرع باختياره وترك العمل قبل الزرع أو بعده قبل ظهوره وأراد أن يبيع عمل يديه في الأرض من حرث ونحوه وما أنفق لم يجز^(٣) ولا شيء له، وإن أخرجه مالك ذلك فله أجره عمله وما أنفق في الأرض، ولا يجوز أن يشترط على الفلاح شيئاً مأكولاً ولا غيره ولا أخذه بشرط ولا غيره إلا أن تكون العادة جارية بينهما به. ولو أجر أرضه سنة لمن يزرعها فلم ينبت الزرع تلك السنة ثم نبت في السنة الأخرى فهو للمستأجر وعليه الأجرة كرب الأرض مدة احتباسه^(٤) وليس لرب الأرض مطالبته بقلعه قبل إدراكه^(٥) ولو دفع رجل أرضه وآخر بذره وثالث يعمل وما رزقه الله بينهم فهو عقد فاسد^(٦) والزرع لصاحب البذر وعليه لصاحبيه أجر مثلهما^(٧)، وتجوز إجارة الأرض بذهب أو فضة في قول عامة أهل العلم.

(١) (من سنبل وحب وغيرهما) بلا خلاف، لجريان ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له.
(٢) (من الأرض المغصوبة) واستشكل بدخول الأرض المغصوبة، ونقل حنبل لا ينبغي أن يدخل مزرعة أحد إلا بإذنه، وقال: لم ير بأساً بدخوله يأخذ كلاً وشوكاً لإباحته ظاهراً عرفاً وعادة.

(٣) (لم يجز) ذلك خلافاً للقاضي في الأحكام السلطانية، وبعد ظهور الزرع له حصته وعليه تمام العمل.

(٤) (مدة احتباسه) فيلزمه المسمى للسنة الأولى وأجرة المثل للثانية.

(٥) (قبل إدراكه) لأنه وضعه بحق، وتأخره ليس بتقصيره.

(٦) (فهو عقد فاسد) وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة.

(٧) (أجر مثلهما) لأن نماء ماله وبه قال الشافعي وأبو ثور، وقال أصحابنا يتصدق بالفضل.

باب الإجارة^(١)

(١) (الإجارة) لقوله تعالى ﴿لو شئت لانتخذت عليه أجراً﴾، وهذا يدل على جواز أخذ الأجرة على إقامة الجدار، وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «ثلاثة أنا خصمه يوم القيامة» فذكر منهم رجلاً استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» رواه البخاري، ولا يخفى حاجة الناس إلى ذلك بل أكثر المكاسب بالصنائع.

باب الإجارة^(١)

هي عقد على منفعة مباحة معلومة^(٢) تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة^(٣) أو عمل معلوم^(٤) بعوض معلوم^(٥) ويستثنى من مدة معلومة ما فتح عنوة ولم يقسم فيما فعله عمر رضي الله عنه. وهي والمساقاة والمزارعة والعرايا والشفعة والكتابة ونحوها من الرخص المستقر حكمها على وفق القياس^(٦) ولا

(١) (الإجارة) مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجراً لأن الله يعوض العبد على طاعته أو الصبر عن معصيته. وهي ثابتة بالإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم﴾ الآية. ومن السنة حديث عائشة في خبر الهجرة قالت «واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً» والخريت الماهر في الهداية رواه البخاري، والحاجة داعية إليه إذ كل إنسان لا يقدر على عقار يسكنه ولا على حيوان يركبه ولا صنعة يعملها، وأرباب ذلك لا يبدلونهم مجاناً فجوزت طلباً للرفق.

(٢) (معلومة) في قول أكثر أهل العلم، منهم أبو حنيفة ومالك وأكثر الشافعية، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين.

(٣) (في الذمة) كأجرتك بغيراً صفته كذا، ويستقصى صفته للحمل أو ركوب سنة مثلاً.

(٤) (أو عمل معلوم) أي الإجارة ضربان: أحدهما على عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، الثاني على عمل معلوم ويأتي موضحاً.

(٥) (بعوض معلوم) في الضربين، فعلمت أن المعقود عليه هو المنفعة لا العين خلافاً لأبي اسحق المرزوي، لأن المنفعة هي التي تستوفى والأجرة مقابلتها، ولهذا تضمن دون العين. وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمر والانتفاع تابع للمنفعة المعقود عليها.

(٦) (على وفق القياس) قال في الفروع: لأن من لم يخصص العلة لا يتصور عنه مخالفة قياس صحيح، ومن خصصها فإنما يكون الشيء خلاف القياس إذا كان المعنى =

تصح بثلاثة شروط: معرفة المنفعة^(١) كسكنى دار وخدمة آدمى وتعليم علم.

(١) (معرفة المنفعة) لأنها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع فإن معرفته شرط في صحة البيع.

تصح إلا من جائز التصرف، وتنعقد بلفظ آجرت وما في معناها إضافة إلى العين نحو أجرتكها أو أكرتتكها، وإلى النفع نحو أجرتك أو أكرتتك نفع هذه الدابة، أو بلفظ بيع إضافة إلى النفع نحو بعتك نفعها أو سكنى الدار، قال الشيخ: التحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ كان من الألفاظ التي عرف بها المتعاقدان مقصودهما، وهذا عام في جميع العقود، فإن الشارع لم يحد حداً لألفاظ العقود بل ذكرها مطلقة^(١) ولا تصح إلا بشروط ثلاثة: أحدها معرفة المنفعة إما بالعرف فإن كان لهما عرف أغنى عن تعيين النفع وصفته وينصرف الإطلاق إليه، فإن كان عرف الدار السكنى واكثرها لها فله السكنى ووضع متاعه فيها ويترك فيها من الطعام ما جرت عادة الساكن به، ويستحق ماء البئر تبعاً للدار في الأضح قاله في المبدع، وله أن يأذن لأصحابه وأضيافه في الدخول والمبيت فيها، وليس له أن يعمل فيها حدادة أو قصارة ولا مخزناً للطعام ولا أن يسكنها دابة^(٢) ولا يدع فيها رماداً ولا تراباً ولا زباله ونحوها، وله إسكان ضيف وزائر. وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع كذا، ولو كان المحمول كتاباً فوجد المحمول إليه غائباً فله الأجرة لذهابه وردة^(٣) قال أحمد: يجوز أن يستأجر الأمة والحره للخدمة، ولكن يصرف وجهه عن النظر للحره^(٤) ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر إليها متجردة

= المقتضى للحكم موجوداً فيه وتخلف الحكم عنه، وقال في المنتهى: على خلاف القياس إذ الشفعة انتزاع ملك الإنسان منه بغير رضاه، والكتابة يتحد فيها المشتري والمبيع والبقية فيها الفرر، والأصح لا، أي أنها على وفق القياس ١ هـ.

(١) (بل ذكرها مطلقة) وكذا قال ابن القيم في أعلام الموقعين، وصححه في التصحيح والنظم.

(٢) (ولا أن يسكنها دابة) قلت إن لم يكن قرينة كالدار الواسعة التي فيها اصطبل معد للدواب عملاً بالعرف.

(٣) (ورده) لأنه ليس سوى رده إلا تضييعه، وقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده.

(٤) (للحره) فلا يباح النظر لشيء منها، بخلاف الأمة فينظر منها إلا الأعضاء الستة أو إلى ما عدا عورة الصلاة.

الثاني معرفة الأجرة^(١) وتصح في الأجير والظئر بطعامهما وكسوتهما^(٢)، وإن دخل

(١) (معرفة الأجرة) بما تحصل به معرفة الثمن برؤية أو صفة قياساً عليه، ولا نعلم في ذلك خلافاً.

(٢) (وكسوتهما) هذا المذهب، وبه قال مالك وإسحق، وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم.

ولا إلى شعرها المتصل، وتصح على بناء حائط ويقدر بالزمن، وإن قدر بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لأنه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب. ولا بد من ذكر طول الحائط وعرضه وسمكه، ولو استأجر لحفر بئر فوصل إلى صخر أو ما يمنع الحفر خير، ويأتي. وإن استأجر ليني له بناء معلوماً كحائط موصوف أو في زمن معلوم فبناه ثم سقط البناء فقد وفي ما عليه واستحق الأجرة إن لم يكن سقوطه من جهة العامل^(١) وإن استأجره لبناء أذرع معلومة فبنى بعضها ثم سقط فعليه إعادة ما سقط وتمام ما وقعت عليه الإجارة من الأذرع^(٢) ويصح الاستئجار لتطيين الأرض والسطوح والحيطان وتجسيصها ويقدر بالزمن، ولا يصح على عمل معين^(٣) لأن الطين يختلف في الرقة والغلظ والأرض منها العالي والنازل وكذا الحيطان والسطح، فذلك لم يصح إلا على مدة، وتصح إجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم أو لزرع ما شاء أو لغرس ما شاء كأجرتك لزرع ما شئت^(٤) أو أجره الأرض وأطلق وهي تصلح للزرع وغيره فتصح^(٥) ويجوز الاستئجار لضرب اللبن على مدة أو عمل، فإن قدر بالعمل احتاج إلى تعيين عدده وذكر قالبه وموضوع الضرب، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز، وإن قدر بالطول والعرض والسمك جاز، ولا يلزم إقامة اللبن

(١) (من جهة العامل) بأن فرط أو بناه محلولاً ونحو ذلك فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه لتفريطه.

(٢) (من الأذرع) مطلقاً لأنه لم يوف بالعمل، وعليه غرام ما تلف إن فرط.

(٣) (على عمل معين) بأن يقول: استأجرتك لتطيين هذا الحائط أو تجسيصه.

(٤) (لزرع ما شئت) هذا أحد الوجهين وهو الصحيح من المذهب، وجزم به في التلخيص. والثاني لا يصح جزم به في الشرح.

(٥) (فتصح) للعلم بالمعقود عليه، هذا أحد الوجهين وهو الصحيح من المذهب، والثاني لا يصح.

حماماً أو سفينة أو أعطى ثوبه قصاراً أو خياطاً بلا عقد صح بأجرة العادة^(١). الثالث الإباحة في العين فلا تصح على نفع محرم كالزنا والزمر والغناء^(٢) وجعل داره كنيسة

- (١) (صح بأجرة العادة) واختار المصنف والشارح أن من له عادة يأخذ الأجرة، والصحيح من المذهب أن له الأجرة مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب. وقال أصحاب الشافعي: لا أجر لأنهما فعلاً ذلك من غير عوض، ولنا أن العرف يقوم مقام القول.
- (٢) (والغناء) وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال إجارة النائحة والمغنية.

ليجف ما لم يكن شرط أو عرف، وإن استؤجر لحفر قبر لزمه رد ترابه عليه لأنه العرف، وإن استؤجر للركوب ذكر المركوب وما يركب به من سرج وغيره، ولا بد من معرفة راكب برؤية أو صفة، ويشترط معرفة توابعه العرفية كزاد وأثاث من الأغطية والأوطية والمعاليق، وله حمل ما نقص من معلومه ولو بأكل معتاد، وإن كان لحمل لم يحتج إلى ذكر ما تقدم إن لم يتضرر المحمول بكثرة الحركة أو يفوت غرض المستأجر، وإلّا شرط كحامل زجاج وخزف أي فخار وفاكهة، ويشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفة وذكر جنسه من حديد أو قطن أو غيره، وقدره بالكيل أو بالوزن فلا يكفي ذكر وزنه فقط، ويشترط معرفة أرض. الثاني معرفة الأجرة^(١) فما في الذمة كثلثين في حكمه فما صح أن يكون ثمناً في الذمة صح أن يكون أجرة والمعينة كمبيع، ولو جعل الأجرة صيرة دراهم أو غيرها صحت كبيع^(٢) ويصح استئجار أجير وظئر بطعامهما وكسوتهما وهما عند التنازع كزوجة^(٣). وعنه لا يصح في الأجير، ويصح في الظئر اختارها القاضي^(٤)، وعنه ثالثة لا يجوز في الظئر ولا في

- (١) (معرفة الأجرة) لأنه عوض عقد معاوضة فوجب علمه كالثمن، وقد روى عن النبي ﷺ «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره».
- (٢) (صحت كبيع) لأن المنفعة ههنا أجريت مجرى الأعيان لأنها متعلقة بعين حاضرة. والوجه الثاني لا يجوز.
- (٣) (كزوجة) قال في الشرح: لأن الكسوة عرف، وهي كسوة الزوجات، والاطعام في الكفارات، وفي الملبوس أقل ملبوس.
- (٤) (اختارها القاضي) وهو مذهب أبي حنيفة لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾.

أو لبيع الخمر. وتصح إجارة حائط لوضع أطراف خشبه عليه^(١)، ولا تؤجر المرأة

(١) (أطراف خشبه عليه) إذا كان الخشب معلوماً والمدة معلومة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، ولنا أن هذه مقصودة مقدور على تسليمها.

غيرها^(١) ويسن إعطاء ظئر حرة عند الفطام عبداً أو أمة إذا كان المسترضع موسراً^(٢) قال الشيخ: لعل هذا في المتبرعة بالرضاع، وإن استؤجرت للرضاع وأطلق العقد لم يلزمها الحضانة، ويجب على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر لبنها ويصلح به، وللمكربي مطالبته بذلك، وإن قالت أرضعته فأنكره المسترضع فالقول قولها، ويشترط رؤية المرتضع ولا يكفي وصفه ومدة الرضاع ومكانه هل هو عند المرضعة أو عند وليه، ولا بأس أن ترضع المسلمة طفلاً للكتابي بأجرة لا لمجوسي، ولا يصح استئجار دابة بعلفها أو بأجر معين وعلفها^(٣) إلا أن يشترطه موصوفاً، وعنه يصح مطلقاً اختاره الشيخ وجمع^(٤) وإن استغنى الأجير عن طعام المستأجر أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره لم تسقط نفقته وله المطالبة بها، وإن احتاج إلى دواء لمرض لم يلزم المستأجر، لكن يلزمه بقدر طعام الصحيح يدفعه له، وإن قبض الأجير طعامه فأحب أن يستفضل بعضه لنفسه وكان المستأجر دفع إليه أكثر من الواجب له ليأكل منه قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله ضرر على المستأجر

(١) (ولا في غيرها) وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر، لأن ذلك يختلف كثيراً. ولنا ما روى ابن ماجه عن عقبة بن النذر قال «كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ حتى بلغ قصة موسى عليه السلام قال إن موسى أجز نفسه ثمانين سنين أو عشرين على عفة فرجه وطعام بطنه»، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه وعن أبي هريرة قال «كنت أجيراً لابنة غروان بطعام بطني وعقبة رجلى، أحطب لهم إذا نزلوا وأحدو بهم إذا ركبوا» رواه الأثرم وابن ماجه.

(٢) (إذا كان المسترضع موسراً) روى أبو داود عن هشام بن عروه عن أبيه حجاج السلمى قال «قلت يا رسول الله ما يذهب عني مذمة الرضاع؟ قال: الغرة والعبد أو الأمة» قال الترمذي حسن صحيح.

(٣) (وعلفها) لأنه مجهول ولا عرف له يرجع إليه، قال في الشرح: ولا نعلم أحداً قال بجوازه.

(٤) (اختاره الشيخ وجمع) جزم به في التعليق وقدمه في الفائق وقال: نص عليه في رواية الكحال، وقال في القاعدة: أصح الروايتين الجواز.

منع منه^(١) وإن دفع إليه قدر الواجب فقط أو أكثر منه وملكه إياه ولم يكن في استفضاله لبعضه ضرر بالمستأجر جاز، وإن قدم إليه طعاماً فتهب أو تلف قبل أكله وقد خصه بذلك وسلمه إليه ليس على مائدة فمن مال الأجير^(٢) والقابلة التي تحضر الولادة يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك وأن تأخذ بلا شرط. ولا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بجزء مشاع منه كسدس ونحوه، قال أحمد: هو أحب إلي من المقاطعة يعني مع جوازها، ويجوز نفص الزيتون ونحوه ببعضه مشاعاً، ويجوز للرجل أن يؤجر أمته للإرضاع، وليس لها إجارة نفسها، فإن كان لها ولد لم يجز إيجارتها لذلك إلا أن يكون فيها فضل عن ربه^(٣) وإن أجزها للإرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا تنفسخ الإجارة.

(فصل) وإن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط ونحوهما ليعمله ولو لم تكن له عادة بأخذ أجرة ولم يعقدا عقد إجارة أو استعمل حملاً أو شاهداً إن جاز له أخذ أجرة^(٤) صح وله أجرة مثله^(٥) كتعريضه بها نحو خذه وأنا أعلم أنك متعيش أو أرضيك، وكذا حلق رأسه وغسل ثوبه وبيعه له وشربه منه ماء أو قهوة ونحوها من المباحات^(٦) وقال في التلخيص: ما يأخذه الحمامي أجرة المكان والسطل والمئزر ويدخل الماء تبعاً اهـ. وهذا بخلاف مسألة الشرب فإن الماء مبيع، ويجوز إجارة دار بسكنى دار

(١) منع منه) لأن على المستأجر ضرراً بتفويت ماله من منفعة كالجمال إذا امتنع من علف الجمال.

(٢) فمن مال الأجير) لأنه تسليم عوض على وجه التملك أشبه البيع.

(٣) فيها فضل عن ربه) لأن الحق في اللبن للولد وليس للسيد إلا الفاضل منه.

(٤) أخذ أجرة) قال الفارسي: فإن قيل يحرم الأخذ على الشهادة فالجواب أن الذي يحرم إنما هو نحو ما إذا تحمل الشهادة وأبى أن يؤديها إلا بجعل أو سئل في أن يشهد فأبى أن يشهد إلا بجعل، أما لو دعا زيداً مثلاً فذهب معه وشهد وتكلف زيد لدابة مثلاً ومضى زمن لمثله أجرة لا سيما مع بعد المكان فله أجرة مثله.

(٥) وله أجرة مثله) لأن العرف الجاري يقوم مقام القول.

(٦) ونحوها من المباحات) وما يأخذه البائع ثمن الماء أو القهوة ونحوها أجرة الآنية والساقى والمكان قياساً على المسئلة التي بعدها.

(فصل) ويشترط في العين المؤجرة معرفتها برؤية أو صفة في غير الدار ونحوها^(١)

(١) (في غير الدار ونحوها) مما يصح السلم فيه، فلو استأجر داراً فلا بد من رؤيتها، لأن الغرض يختلف بالصغر والكبر وغير ذلك.

وتزويج امرأة^(١) وتصح إجارة حلى بأجرة من غير جنسه وكذا من جنسه^(٢) مع الكراهة، وإن قال: إن خطت هذا الثوب فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم لم يصح في إحدى الروايتين^(٣) وإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم فعلى وجهين. وإن أكرهه دابة وقال إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة وإن رددتها غداً فكراؤها عشرة فقال أحمد: لا بأس به^(٤) وقال القاضي: يصح في اليوم دون الثاني، وإن أكرهه عشرة أيام ما زاد فلكل يوم كذا صح^(٥) ولا يصح أن يكترى مدة مجهولة كمدة غزاته^(٦) وإن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً جاز، وإن أكرهه كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة صح^(٧) وكلما دخل شهر

- (١) (وتزويج امرأة) لقصة شعيب عليه السلام، قال المجد: وإذا دفعت عبدك إلى خياط أو قصار ونحوهما ليعلمه ذلك العمل بعمل سنة جاز في مذهب مالك وعندنا.
- (٢) (وكذا من جنسه) وبه قال الثوري والشافعي وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي، فأشبهت ما تجوز إجارته، لأن الزينة من المقاصد الأصلية فإن الله امتن عليها بقوله ﴿لتركبوا زينة﴾ وأباح الله للنساء من التحلى واللباس ما حرم على الرجال لحاجتهن إلى الزينة للأزواج، وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه.
- (٣) (في إحدى الروايتين) وهو المذهب وبه قال مالك والثوري وإسحق والشافعي، لأنه عقد واحد اختلف فيه الغرض بالتقديم والتأخير. والثانية يصح وبه قال الحارث العكلي ومحمد، لأنه سمي لكل عمل عوضاً معلوماً كدلو بتمره.
- (٤) (لا بأس به) هذه الرواية تدل على صحة الإجارة. وحديث علي والأنصاري يدل على صحته. فإن علياً آجر نفسه ليهودي يستقى له كل دلو بتمرة وكذلك الأنصاري.
- (٥) (صح) وهذه الروايات تدل على أنه متى قدر لكل عمل أجراً معلوماً صح. وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها.
- (٦) (كمدة غزاته) هذا قول أكثر أهل العلم منهم الأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة. وقال مالك: قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفاً. ولنا أن المدة مجهولة والعمل مجهول فلم يجز. وقال الشافعي في قوله جاز: لا يجوز.
- (٧) (كل دلو بتمرة صح) هذا المذهب وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي. وحكى عن مالك =

وأن يعقد. على نفعها دون أجزائها^(١)، فلا تصح إجارة الطعام للأكل ولا الشمع
(١) (دون أجزائها) لأن الإجارة هي بيع المنافع فلا تدخل الأجزاء فيها.

لزمهما حكم الإجارة ان لم يفسخا^(٢) ولكل منهما الفسخ عقب تقضي كل شهر
على الفور^(٣) في أول الشهر. وإن قال أجرتك هذا الشهر بكذا فما زاد فبحسابه
صح في الشهر الأول، وإن قال أجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرهم صح
العقد، وإن قال استأجرتك لحمل هذه الصبرة إلى مصر بعشرة أو لتحملها كل قفيز
بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح^(٤) وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل
جميعها، وإن قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد بذلك مهما
حملته من باقيها لم يصح^(٥) ويحتمل أن تصح لأنه في معنى كل دلو بتمرة، وإن
قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة أخرى في البيت
بحساب ذلك وكانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة أو وصفها صح، وإن
جهلها أحدهما صح في الأولى وبطل في الثانية.

(فصل) الثالث أن تكون المنفعة مباحة لغير ضرورة، ولا تصح إجارة ما يجمل به
دكانه من نقد وشمع ونحوهما ولا طعام ليتجمل به على مائتته ثم يرده لأن منفعة
ذلك غير مقصودة ولا ثوب لتغطية نعش ويصح الاستئجار لإلقاء الميتة وإزاحة
الخمير^(٥) ويصح لكسح كنيف^(٦) ويكره أكل أجرته كحر لأجرة حجامه، ولو

= نحوه. لأن علياً «استسقى من يهودي كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ فأكل منه»
رواه ابن ماجه.

(١) (إن لم يفسخا) لأن دخوله بمنزلة إيقاع العقد على عينه ابتداءً، لأن شروعه في كل شهر
مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على الرضى.

(٢) (على الفور) عند المصنف والشيخ عند تقضي كل شهر قبل دخول الثاني، والصحيح أنه
لا يكون إلا بعد فراغه.

(٣) (صح) لأن القفيز معلوم وأجره معلوم، وجهالة عدد قفزاتها تزول باكتيالها، وبه قال
الشافعي.

(٤) (لم يصح) وهو مذهب الشافعي، لأن المعقود عليه بعضها وهو مجهول.

(٥) (وإزاحة الخمر) لأن ذلك مما تدعو الحاجة إليه ولا تندفع بدون إباحة الأجرة له ولا
مباشرة فيه للنجاسة غالباً.

(٦) (لكسح كنيف) وقد روى سعيد بن منصور أن رجلاً حج وأتى ابن عباس فقال له: إني =

ليشعله^(١) ولا حيوان ليأخذ لبنه إلا في الظئر. ونقع البئر وماء الأرض يدخلان تبعاً^(٢)

(١) (ولا الشمع ليشعله إلى آخره) لأن هذا لا ينتفع به إلا بإتلاف عينه فلم يجوز كما لو استأجر ديناراً لينفقه، وجوز الشيخ ليشعله في الشمع، والحيوان لأخذ لبنه. زوائد.

(٢) (يدخلان تبعاً) قال في المنتهى: فلو غار ماء بئر دار مؤجرة فلا فسخ لعدم دخوله في الإجارة اهـ، وذكر في الإقناع أنه يثبت الفسخ لمستأجر الدار إذا غار ماء بئرها، وحمل شارحه ما هنا على أنه لا يفسخ لمجرد غور الماء بل يثبت خيار الفسخ.

استأجره على سلخ بهيمة بجلدها^(١) أو على إلقاء ميتة بجلدها لم يصح وله أجرة مثله، ويصح إلقاؤها بالشعر الذي على جلدها إن كان محكوماً بطهارته، وقيل يصح الاستئجار على سلخ البهيمة بجلدها صححه في التخليص والإنصاف، ولا يصح طحن قمح بنخالته وتجوز، إجارة المسلم للذمي إذا كانت الإجارة في الذمة وكذا العمل غير خدمة، وأما إجارته للخدمة فلا تجوز^(٢) ولا تجوز إعاره الرقيق المسلم له، ولا بأس أن يحفر للذمي قبراً بالأجرة. ولا تجوز الإجارة لرعي بهائم بجزء من نمائها، ويجوز بسهم منها، ويصح استئجار بيت في دار ولو أهمل استطراره^(٣).

(فصل) والإجارة على ضربين أحدهما إجارة عين^(٤) فما حرم بيعه فإجارته مثله إلا

= رجل أنكس فما ترى في مكسي؟ قال: أي شيء تكنس؟ قال العذرة، قال ومنه حججت ومنه تزوجت؟ قال نعم. قال أنت خبيث وحجك خبيث أو نحو هذا، ولأن الحاجة داعية إليها ولا يندفع ذلك إلا بإباحة الإجارة فوجب إباحتها كالحجامة.

(١) (سلخ بهيمة بجلدها) ظاهره أن ذلك قبل الذبح لأنه يجوز بيعه منفرداً بعد الذبح لا قبله.

(٢) (إجارته للخدمة فلا تجوز) لأنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله واستخدامه مدة الإجارة.

(٣) (ولو أهمل استطراره) إذ لا يمكن الانتفاع به إلا باستطراق فاستغنى عن ذكره للتعارف.

(٤) (إجارة عين) ولها صورتان: إحداها أن تكون إلى مدة معلومة. الثانية أن تكون لعمل معلوم والعين تارة تكون معينة كاستأجرت منك هذا العبد يخدمني سنة أو ليخيط لي هذا الثوب بكذا، وتارة تكون موصوفة في الذمة كحمار صفته كذا ليركبه إلى موضع كذا بكذا.

والقدرة على التسليم فلا تصح إجارة الآبق والشارد^(١) واشتمال العين على المنفعة فلا

(١) (إجارة الآبق والشارد) لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه فلم تصح إجارته كبيعته.

الحر والحررة^(١) وإلا الوقف وأم الولد، وتصح إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، ولا تصح إجارة مالا يمكن استيفاؤه منها كأرض سبخة لا تنبت الزرع^(٢) أو لا ماء لها ولا مالا ينتفع به مع بقاء عينه كالمطعم والمشروب ونحوه، ويصح استئجار دار يجعلها مسجداً أو حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه^(٣) إذا كان الخشب معلوماً والمدة معلومة، واستئجار فهد وصقر وباز للصيد وحيوان للحراسة، ويصح استئجار كتاب للقراءة والنظر فيه^(٤) إلا المصحف فلا يصح تعظيماً له، ويجوز نسخه بأجرة، ويصح استئجار نقد للتحلي والوزن لا غير^(٥) وما احتيج إليه كالأنف، وكذا مكيل أو موزون أو فلوس ليعاير عليها فإن أطلق لم يصح^(٦) ويجوز استئجار الشجر ليجفف عليها الثياب أو يبسطها تحتها ليستظل بظلها، ويصح استئجار ولده^(٧) ووالده لخدمته، ويكره في والديه، ويصح استئجار امرأته لرضاع ولده منها أو من غيرها وحضانتها بائناً كانت أو في حباله^(٨) وقال

(١) (إلا الحر والحررة) فتصح إجارتهما لأن منافعهما مضمونة بالغصب فجازت إجارتهما كمنافع القن.

(٢) (الزرع) لأن الإجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة في هذه العين.

(٣) (أطراف خشبه) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، لنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها فجازت الإجارة عليها.

(٤) (والنظر فيه) وهذا مذهب الشافعي، لأن فيه نفعاً مباحاً يحتاج إليه.

(٥) (لا غير) وبه قال أبو حنيفة، ولأصحاب الشافعي وجهان ثانيهما المنع، ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها.

(٦) (لم يصح) في أحد الوجهين وهو المذهب، وبه قال أبو حنيفة، فعليه يكون قرصاً، ويصح في الآخر اختاره أبو الخطاب والمصنف وهو الصواب قاله في الإنصاف.

(٧) (استئجار ولده) لخدمته، قال في الإنصاف: وفي النفس منه شيء، بل الذي ينبغي أنها لاتصح، وتجب عليه خدمته بالمعروف.

(٨) (في حباله) وبه قال الخرقى وهو الصحيح من المذهب، لأن منافعها من الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج.

تصح إجارة بهيمة^(١) زمنة لحمل، ولا أرض لا تثبت للزرع، وأن تكون المنفعة

(١) إجارة بهيمة إلى آخره) لأن الإجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين فلا يجوز إجارتها.

القاضي: لا يجوز: وعند الشيخ لا أجرة لها مطلقاً^(٢).

(فصل) ولا تصح إجارة العين إلا بشروط خمسة: (أحدها) أن يقع على نفع العين دون أجزائها فلا تصح إجارة الطعام للأكل ولا الشمع ليشعله^(٣)، وأجازه الشيخ قال ليس هذا بإجارة، ولكنه إذن في الإلتلاف وهو سائغ، وقال الشيخ: يجوز إجارة حيوان لأخذ لبنه^(٤) والمذهب لا يصح ذلك في حيوان إلا في الظئر. قال ابن عقيل يجوز استئجار البئر ليستقى منه أياماً معلومة أو دلاء معلومة، لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه، فأما الماء فيؤخذ على الإباحة اهـ. ويدل أيضاً تبعاً حبر ناسخ وخيوط خياط وصبغ صباغ. وسئل أحمد عن إجارة بيت الرحي الذي يديره الماء فقال: الإجارة على البيت والأحجار والحديد والخشب، فأما الماء فإنه يزيد وينقص ويذهب فلا يقع عليه إجارة. ولا يجوز استئجار الفحل للضراب^(٥) فإن احتاج إلى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء^(٦) كشرء الأسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، ويحرم على المطرق أخذه، وإن أطرق إنسان فحله بغير

(١) لا أجرة لها مطلقاً) وتناول القاضي كلام الخرقى على أنها في حبال زوج آخر وهو قول أصحاب الرأي، وحكى عن الشافعي، لأنه استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه آخر لذلك، وقال الشيرازي إن استأجر من هي تحته لرضاع لم يجز لأنه استحق نفعها. ولنا ما تقدم.

(٢) (ولا الشمع ليشعله) هذا المذهب لأنه لا ينتفع به إلا بإتلاف عينه.

(٣) (حيوان لأخذ لبنه) فإن قام عليها المستأجر وعلفها فكاستئجار الشجر، وإن علفها ربهـ وأخذ المشتري لبناً مقدراً فبيع محض.

(٤) (استئجار الفحل للضراب) لتهيئه عليه الصلاة والسلام عن عصب الفحل متفق عليه، والعصب إعطاء الكراء على الضراب على أحد التفاسير، ولأن المقصود هو الماء وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميت.

(٥) (أن يبذل الكراء) لأنه بذل لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليها مجاناً.

للمؤجر أو مأذوناً له فيها^(١). وتجوز إجارة العين^(٢) لمن يقوم مقامه بأكثر منه ضرراً.

(١) (أو مأذوناً فيها) كالتصرف في البيع. وأركان الإجارة خمسة: المتعاقدان والعوضان والصيغة.

(٢) (وتجوز إجارة العين) المستأجرة إذا قبضها، هذا المذهب وبه قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأبو حنيفة، وعنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن، والمنافع لم تدخل في ضمانه، والأول أصح لأن قبض العين =

إجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس^(١). (الثاني): معرفة العين برؤية أو صفة^(٢) يحصل بها معرفته كبيع. فإن لم تحصل بها أو كانت لا تتأتى فيها كالدار والعقار فتشترط مشاهدته وتحديده ومشاهدة قدر الحمام^(٣). (الثالث): القدرة على التسليم، وتصح إجارة مشاع مفرد لغير شريكه اختاره جمع^(٤) والمذهب لا تصح إلا أن يأذن له شريكه^(٥) قاله في الفائق، وهو مقتضى تعليلهم بكسونه لا يقدر على تسليمه، وإن كانت لواحد فأجر نصفه صح لأنه يمكنه تسليمه، وإن أجر إثنان دارهماً من رجل واحد ثم أقاله أحدهما صح وبقي العقد في نصفه الآخر^(٦). (الرابع): اشتغالها على المنفعة، فلا تصح إجارة كافر لعمل في الحرم^(٧) ولا على تعليم الكافر القرآن، ولا على تعليم السحر والفحش والخنا أو على تعليم التوراة والإنجيل ولا حمام لحمل كتب لتعذيبه (الخامس): كون المنفعة

(١) (فلا بأس) لأنه فعل معروفاً فجازت مجازاته عليه، كما لو أهدى هدية فجوزى عليها قاله في المغنى، وقال الشيخ: فلو أنزاه على فرسه فنقص ضمن النقص، قاله في المبدع.

(٢) (أو صفة) في أحد الوجهين، لأن الغرض يختلف. والثاني تصح بدونه، وللمستأجر خيار الرؤية.

(٣) (ومشاهدة قدر الحمام) ومعرفة مائة ومطرحة الرماد وموضع الزبل، وكره أحمد بناء الحمام والعقد صحيح.

(٤) (اختاره جمع) منهم أبو حفص العكبري وأبو الخطاب وصاحب الفائق، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد، لأنه معلوم.

(٥) (يأذن له شريكه) وبه قال أبو حنيفة وزفر، لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالغصب.

(٦) (في نصفه الآخر) ذكره القاضي، ثم قال: ولا يمتنع أن نقول العقد في الكل.

(٧) (في الحرم) لأن المنع الشرعي كالحسي، ولا لمن به نجاسة تتعدى على كس المسجد.

وتصح إجارة الوقف^(١) فإن مات المؤجر^(٢) وانتقل إلى من بعده لم تنفسخ^(٣) وللثاني = قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة.

- (١) (إجارة الوقف) لأن منافعه مملوكة للموقوف عليه فجازت له إجارته كالمستأجر.
- (٢) (فإن مات المؤجر) لأنه أجر ملكه في زمن ولايته فلم تبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق. الوجه الثاني تنفسخ فيما بقي من المدة لأنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره، واختاره ابن عقيل والشيخ، قال ابن رجب: وهو المذهب الصحيح زوائد.
- (٣) (لم تنفسخ) في أحد الوجهين إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه ناظراً بأصل الاستحقاق لكونه موقوفاً عليه.

مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها^(١) وتصح إجارة من مستأجر لمن يقوم مقامه أو دونه مالم يكن المؤجر حراً كبيراً أو صغيراً فإنه ليس لمستأجر أن يؤجره لأنه لا تثبت يد غيره عليه وإنما هو يسلم نفسه أو يسلمه وليه، ويصح لغير مؤجرها بمثل الأجرة وزيادة^(٢) ولو لم يقبض المؤجر^(٣) ما لم يكن حيلة، وعنه لا تجوز الزيادة، وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا^(٤) وليس للمؤجر مطالبة المؤجر الثاني بالأجرة^(٥) وإذا تقبل عملاً في الذمة بأجرة كخياطة أو غيرها فلا بأس أن يقبله غيره بأقل منها سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن، ولمستعير إجاتها إن أذن له معير فيها

- (١) (أو مأذوناً له فيها) لأنه تصرف فيما لا يملكه ولا إذن فيه مالكة فلم يجر كبيع، ويحتمل أن يجوز ويقف على إجارة المالك بناء على بيع العين بغير إذن مالكة.
- (٢) (بمثل الأجرة وزيادة) هذا المذهب، وروى عن الزهري وعطاء والحسن وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر.
- (٣) (ولو لم يقبض المؤجر) سواء أجره لمؤجره أو غيره. بخلاف بيع المكيل ونحوه قبل قبضه. والوجه الثاني لا يجوز، وهو المشهور من قولي الشافعي قبل القبض.
- (٤) (وإلا فلا) فإن فعل تصدق بالزيادة. وبه قال الثوري وأبو حنيفة. لأنه يربح فيما لم يضمن. ويخالف ما إذا عمل فيها فإن الربح في مقابلة العمل. ولنا أنه عقد يجوز في رأس المال فجاز بزيادة.
- (٥) (بالأجرة) لأن غريم الغريم ليس بغريم. قلت: إن غاب المستأجر الأول فللمؤجر رفع الأمر إلى الحاكم فيأخذ من المستأجر الثاني ويوفيه أجرته. أو من مال المستأجر الأول إن كان لأن له القضاء على الغائب.

حصته من الأجرة وإن آجر الدار ونحوها مدة ولو طويلة يغلب على الظن بقاء العين

مدة بعينها والأجرة لربها ولا يضمن مستأجر، وتصح إجارة الوقف، فإن مات المؤجر^(١) فانتقل إلى من بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق^(٢)؛ والثاني تنفسخ الإجارة فيما بقي من المدة لأنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره^(٣) وكذا حكم مقطوع^(٤) أجر إقطاعه ثم أقطعه غيره^(٥) والنظر للموقوف عليه إذا لم يشترط الواقف ناظراً، فإما إن كان المؤجر هو الناظر العام وهو الحاكم أو من شرط له وكان أجنبياً لم تنفسخ الإجارة بموته قولاً واحداً قاله المصنف والشارح والشيخ وابن رجب^(٦) ولا بعزله كملكه الطلق وكموت المستأجر^(٧)، والذي يتوجه أنه لا يجوز للموقوف عليهم أن يستسلموا الأجرة، لأنهم لا يملكون المنفعة المستقبلية ولا الأجرة عليها. فالتسلف لهم قبض ما لم يستحقوه، بخلاف المالك. وعلى هذا فللبطن الثاني أن يطالب بالأجرة المستأجر الذي سلف المستحقين، لأنه لم يكن له التسليف، ولهم أن يطلبوا الناظر إن كان هو المتسلف^(٨) وإذا أجر الولي اليتيم أو ماله أو السيد العبد

- (١) (فإن مات المؤجر) لأنه أجر ملكه في زمن ولايته فلم تبطل كما لو أجر ملكه الطلق. فعلى هذا يأخذ المنتقل حصته من أجرة قبضها مؤجر من تركته أو منه إن كان حياً.
- (٢) (بأصل الاستحقاق) وهو من يستحق النظر لكونه موقوفاً عليه ولم يشترط الواقف ناظراً بناء على أن الموقوف عليه يكون له النظر إذا لم يشترط الواقف ناظراً وهو المذهب.
- (٣) (دون ملك غيره) واختاره ابن عقيل والشيخ، قال ابن رجب: وهو الصحيح، لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى. وقال في الفائق: وتخرج الصحة بعد الموت موقوفة لازمة وهو المختار.
- (٤) (وكذا حكم مقطوع) إقطاع إرفاق واستغلال.
- (٥) (ثم أقطعه غيره) بالبناء للمجهول، فعلى هذا يأخذ المنتقل إليه حصته من أجرة قبضها مؤجر من تركته أو منه.
- (٦) (وابن رجب) كما لو أجر سنة خمس في سنة أربع ومات أو عزل قبل دخول سنة خمس، لأنه أجر بطريق الولاية، ومن بعده إنما يملك التصرف فيما لم يتصرف هو فيه.
- (٧) (وكموت المستأجر) عطف على كملكه الطلق، أي كما لا يبطل إجارة المالك على ملكه بموته لا تبطل الإجارة بموت مستأجر.
- (٨) (إن كان هو المتسلف) ذكره في الاختيارات، وهو الحق لا شك، كمن وقف داره على =

فيها صح^(١)، وإن استأجرها لعمل كدابة لركوب إلى موضع معين أو بقر لحرث أو
(١) (صح) لأن المصحح له كون المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة منها غالباً. وظاهره ولو
ظن عدم العاقد.

مدة معلومة ثم بلغ الصبي ورشد وعتق العبد فإن كان يعلم بلوغ الصبي فيها^(١) أو
عتق العبد بأن كان معلقاً على شيء انفسخت وقت عتقه وبلوغه^(٢) وإن لم يعلم لم
تنفسخ^(٣) ولا تنفسخ بموت المؤجر ولا بعزله^(٤) ولا يرجع العتيق على سيده بشيء من
الأجرة، لكن نفقته في مدة باقي الإجارة على سيده إن لم تكن مشروطة على
المستأجر، ولو ورث المأجور أو اشترى ونحوهما فالإجارة بحالها^(٥)، وإن كانت
الإقطاع عشراً لم تصح إيجارها كتضمينه^(٦).

(فصل) وإجارة العين تنقسم قسمين: أحدهما أن تكون على مدة كإجارة الدار
شهوراً والأرض عاماً والآدمي للخدمة أو للرعي ونحوهما مدة معلومة^(٧) ويسمى فيها

= ابنته مادامت عزباء، فإن تزوجت فعلى زيد، ثم أجزت الدار مدة وتعجلت الأجرة ثم
تزوجت في أثنائها فيأخذ زيد منها ما يقابل استحقاقه.

- (١) (بلوغ الصبي فيها) في المدة بأن أجره ستين وهو ابن أربع عشرة سنة.
- (٢) (عتقه وبلوغه) أي اليتيم لئلا يفضى إلى أن تصح على جميع منافعها طول عمرهما
وبهذا قال الشافعي في اليتيم، وقال أبو حنيفة إذا بلغ الصبي فله الخيار لأنه عقد على
منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فإذا ملك ثبت له الخيار، ولنا أنه عقد لازم
عقد عليه قبل أن يملك التصرف، فإذا ملكه لم يثبت له الخيار.
- (٣) (لم تنفسخ) الإجارة، لأنه تصرف لازم يملكه المتصرف فلم يبطل كما لو باع داره أو
زوجه، ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد البلوغ لزوال الولاية كما ذكرنا في إجارة الوقف.
- (٤) (ولا بعزله) لأنه تصرف وهو أهل التصرف فيما له الولاية عليه فلم يبطل تصرفه كما لو
مات ناظر الوقف.
- (٥) (فالإجارة بحالها) لأنه عقد لازم ويكون المأجور ملكاً للمنتقل إليه مسلوب الانتفاع إلى
انقضاء المدة.

- (٦) (كتضمينه) أي كما أن تضمين العشر والخراج بقدر معلوم باطل.
- (٧) (مدة معلومة) فعلم منه أن إجارة العين تارة تكون في الآدمي، وتارة في غيره من المنازل
والدواب ونحوها، وقد حكاه ابن المنذر إجماعاً.

دياس زرع أو من يدلّه على طريق اشتراط معرفة ذلك وضبطه بما لا يختلف^(١)، ولا
(١) (وضبطه بما لا يختلف) لأن الإجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العوض فيها معلوماً
لتلا يفضي إلى الاختلاف والتنازع.

الأجير الخاص وهو من قدر نفعه بالزمن^(١) وإذا تمت الإجارة وكانت على مدة ملك
المستأجر المنافع المعقود عليها فيها وتحدث على ملكه^(٢) فإن قدر المدة بسنة
مطلقة حمل على السنة الهلالية. وإن قال عديدة أو سنة بالأيام فثلاثمائة وستون
يوماً لأن الشهر العديد ثلاثون يوماً، وإن قال رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية
وهما يعلمانها جاز، وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربيع يوم، وإن جهلا ذلك أو
أحدهما لم يصح، ولا يشترط أن تلي العقد فإن أجره سنة خمس في سنة أربع صح،
ولا تصح إجارة أرض مشغولة. بغراس أو بناء أو غيرهما لغير المستأجر^(٣) وإذا كان
الشغل لا يدوم كالزرع ونحوه جازت الإجارة لغيره وجهاً واحداً، أو كان الشغل بما
يمكن فصله عنه كبيت فيه متاع ولو أجره إلى ما يقع اسمه على شيئين كالعيد
وجمادى وربيع لم يصح^(٤) فلا بد من تعيينه، وإن علقها بشهر مفرد كرجب فلا بد
أن يعين من أي سنة ويوم، وليس لو كيل مطلق الإيجار مدة طويلة بل العرف كسنتين
ونحوهما قاله الشيخ، قال في الإنصاف: قلت الجواز إن رأى مصلحة ويعرف
بالقرائن؛ والذي يظهر أن الشيخ لا يمنع ذلك، وإذا أجره سنة هلالية في أولها عد
اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً، وإن كان في أثناء شهر
استوفى شهراً بالعدد ثلاثين من أول المدة أو آخرها نص عليه في النذر وبقاها
بالأهلة، وكذا حكم ما تعتبر فيه الأشهر كعدة وفاة وشهري صيام الكفارة ومدة
الخيار وغير ذلك، قال الشيخ: إلى مثل تلك الساعة. وإذا استأجر سنة أو سنتين أو
شهوراً لم يحتج إلى تقسيط الأجرة على سنة أو شهر أو يوم، وقال الشافعي في أحد
قوله: يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة^(٥) وإذا اكرت دابة إلى العشاء فأخر المدة

- (١) (قدر نفعه بالزمن) لاختصاص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة لا يشاركه فيها غيره.
- (٢) (على ملكه) سواء استوفاه أو تركها كاليع. وبه قال الشافعي.
- (٣) (لغير المستأجر) إلا أن يأذن مالك الغراس والبناء فينبغي القول بالصحة.
- (٤) (لم يصح) للجهالة، وقال المصنف وجماعة يصح ويصرف إلى الأول.
- (٥) (تقسيم أجر كل سنة) لأن المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد
فلا يعلم بما يرجع.

تصح على عمل يختص أن يكون فاعله من أهل القرية^(١) وعلى المؤجر كل ما

(١) (من أهل القرية) بل هي جمالة، وهذا المذهب وبه قال عطاء والضحاك بن قيس والزهري وأبو حنيفة، وكرهه الحسن وغيره، وعنه يصح، وبه قال مالك والشافعي، ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لأن رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من =

غروب الشمس^(١). الثاني: إجارتها لعمل معلوم كإجارة دابة لركوب إلى موضع معين أو يحمل عليها إليه، فإن أراد العدول إلى مثله في المسافة والحزونة والسهولة والأمن أو التي يعدل إليها أقل ضرراً جاز، وإن سلك أبعد منه أو أشق فأجرة المثل للزائد، ويشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف ولا تعرف الأرض التي يريد حرثها إلا بالمشاهدة، وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم وإما بمعرفة الأرض كهذه القطعة أو كجريب أو جريبين أو كذراع، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها وأن يستأجرها مع صاحبها، وإن اكرت حيواناً لعمل لم يخلق له كبقر للركوب وإبل وحمير للحرث جاز^(٢) وإن اكرت دابة للسقي بالغرب فلا بد من معرفته ويقدر بالزمان، وإن قدره بشرب ماشية جاز، وكل موضع وقع على مدة فلا بد من معرفة الذي يعمل عليه^(٣) وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى ذلك، وإن استأجر رحي لطحن قفزان معلومة احتاج إلى معرفة جنس المطحون، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمل^(٤) أو مدة معلومة، واستئجار رجل

(١) (غروب الشمس) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأبو ثور: آخرها زوال الشمس لأن العشاء آخر النهار لحديث ذي اليمين، ولنا قوله تعالى: ﴿من بعد صلاة العشاء﴾ يعني العتمة، وإنما تعلق بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فيدل على أن الأولى المغرب، وهو في العرف كذلك.

(٢) (جاز) لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالتي خلقت له وقولهم إنما خلقت للحرث أي معظم نفعها، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر.

(٣) (الذي يعمل عليه) لأنه يختلف في القوة والضعف والغرض يختلف باختلافه.

(٤) (كيال ووزان لعمل) وبه قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لا نعلم فيه خلافاً، وقد روى في حديث سويد بن قيس «أتانا رسول الله ﷺ فاشترى رجل منا سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله ﷺ: زن وأرجح» رواه أبو داود.

يتمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الأحمال والمحامل

= القرآن متفق عليه، وحديث أبي سعيد، ولنا ماروي عثمان بن أبي العاص قال «إن آخر ما عهد إلى النبي ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً» رواه الترمذي وحسنه، وحديث القوس والخميصة. زوائد.

ليلازم غريماً يستحق ملازمته^(١) ويجوز لحفر الآبار والأنهار والقنى، ولا بد من معرفة الأرض التي يحفرها وإن قدر بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لكونها تختلف بالصلابة والسهولة، ومعرفة دور البئر وعمقها وألتها أن طواها، وطول النهر وعرضه وعمقه، وإن حفر بئراً فعليه شيل ترابها منها، فإن تهور فيها تراب من جانبها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان غلى صاحب البئر، وإن وصل إلى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لأن ذلك مخالف لما شاهده من الأرض، فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فإن فسخ كان له من الأجر حصة ما عمل فيقسط على ما بقي وما عمل^(٢) ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه، وأسفله يشق ذلك فيه، ويجوز استئجار ناسخ فإن أخطأ بالشيء اليسير عفى عنه، وإن كان كثيراً عرفاً فهو عيب يرد، ويجوز أن يستأجر سمساراً ليشتري له ثياباً^(٣) فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف شيئاً معلوماً صح، ويجوز أن يستأجره لبيع له ثياباً بعينها.

(فصل) الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة في شيء معين أو موصوف مضبوط بصفات كالسلم فيشترط تقديرها بعمل أو مدة كخياطة ثوب أو بناء دار وحمل إلى موضع معين، ويلزم الشروع فيه عقب العقد، فلو ترك ما يلزمه قال الشيخ

- (١) (يستحق ملازمته) لأن الظاهر أنه محق، فإن الحاكم في الظاهر لا يحكم إلا بحق، لكن قال الإمام في رواية الفضل بن زياد: وغير هذا أعجب إلى، قال في المغنى: كرهه لأنه يؤدي إلى الخصومة، وفيه تضيق على مسلم، ولا يأمن أن يكون ظالماً فيساعده.
- (٢) (وما عمل) فيقال كم أجر ما عمل وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الأجر المسمى عليهما، فإذا فرضنا أن أجر ما عمل عشرة وما بقي خمسة عشر فله خمسان.
- (٣) (ليشتري له ثياباً) لأنه منفعة مباحة كالبناء، ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي، وكرهه الثوري وحماد.

والرفع والحط ولزوم البعير ومفاتيح الدار وعماراتها، فأما تفرغ البالوعة والكنيف فيلزم

بلا عذر فتلف ضمن، ولا يجوز الأجير فيه إلا آدمياً^(١) جائز التصرف ويسمى الأجير المشترك^(٢) وهو من قدر نفعه بالعمل، ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة كقوله استأجرتك لتخيظ هذا الثوب في يوم^(٣) ويحتمل أن يصح^(٤) ويصح الجمع بينهما في جمالة^(٥) ولا تصح الإجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القرية وهو المسلم كالحج أي النيابة فيه والعمرة والأذان وتعليم القرآن^(٦) وعنه يجوز^(٧) وكذا

(١) (إلا آدمياً) لأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير الآدمي.

(٢) (الأجير المشترك) لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة وتكون منفعة مشتركة بينهم.

(٣) (في يوم) وهو قول أبي حنيفة والشافعي، لأن الجمع بينهما يزيد في الإجارة غرراً لا حاجة إليه، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، فإن استعمل بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة، وهذا غرر يمكن التحرز منه.

(٤) (ويحتمل أن يصح) لما روى عن أحمد فيمن اكرى دابة إلى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست قال أضربه. فقيل يرجع عليه بالقيمة؟ قال: لا، وبصالحه. وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً وهو قول أبي يوسف ومحمد، لأن الإجارة معقودة على العمل، فالمدة إنما ذكرت للتعجيل فلا تمنع ذلك، فعلى هذا إذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لأنه وفي ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الإجارة لأن الأجير لم يف بشرطه، فإن رضى بالبقاء لم يملك الأجير الفسخ.

(٥) (في جمالة) لأنه يغتفر فيها مالا يغتفر في الإجارة.

(٦) (وتعليم القرآن) هذا المذهب لأن من شرط هذه الأفعال كونها قرينة إلى الله فلم يجز أخذ الأجرة عليها، وممن كرهه الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي، لحديث عثمان ابن العاص، ولما روى عبادة بن الصامت قال: «علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوساً قال قلت قوس وليست بمال — إلى قوله «إن سرك أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها» رواه أبو داود والأثرم، وعن أبي بن كعب «أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى إليه خميصة أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار» رواه الأثرم.

(٧) (وعنه يجوز) ذكرها أبو الخطاب، وبه قال مالك والشافعي، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال: التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين، ومن أن يتوكل لرجل من عامة =

المستأجر إذا تسلمها فارغة^(١).

(١) (إذا تسلمها فارغة) ثم امتلأت بفعل المستأجر ففريغها عليه، وهذا قول الشافعي، وقال أبو ثور: هو على رب الدار لأن به يتمكن من الانتفاع، وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكتري والاستحسان أنه على رب الدار لأن ذلك عادة الناس، ولنا أن ذلك حصل بفعل المكتري.

الإمامة في الصلاة وتعليم الفقه والحديث^(١) وفي الرعاية والقضاء فإن أعطى المعلم شيئاً من غير شرط جاز في ظاهر كلامه^(٢) ويصح أخذ جعالة على ذلك وكذا الرقية^(٣)

= الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر، لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله بأمانات الناس، التعليم أحب إليّ، وهذا يدل على أن منعه في موضع أنه للكراهة لا للتحريم، وجوز أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لأن رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن متفق عليه، وإذا جاز في باب النكاح جاز أخذ الأجرة عليه في إجارة، وقد قال ﷺ أحق ما أخذتم عليه كتاب الله حديث صحيح يعني الجعالة في مرقية لأنه ذكره في حديث أبي سعيد، ولأن الحاجة تدعو إلى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الأجرة فيه.

(١) (والحديث) واختار المصنف والشارح أخذ الأجرة عليه لكون فاعله لا يختص كونه من أهل القرية، ومذهب مالك جواز أخذ الأجرة على جميع ذلك إلا الإمامة. وكذلك عند الشافعي، ومذهب أبي حنيفة المنع مطلقاً، وجوزه الشيخ للحاجة.

(٢) (في ظاهر كلامه) فإنه قال: لا يطلب ولا يشارط، فإن أعطى شيئاً أخذه، وكرهه، طائفة من أهل العلم لحديث القوس والخميصة، ولنا ما روى الأثرم عن أبي قال «كنت أختلف إلى رجل أقرئه القرآن فيؤتى بطعام لا أكل مثله في المدينة. فذكرته للنبي ﷺ فقال إن كان ذاك طعامه وطعام أهله فكل منه» فأما حديث القوس والخميصة فقضيتان في عين، فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلا ذلك خالصاً فكره أخذ العوض عنه من غير إذنه ويحتمل غير ذلك قاله في المغنى.

(٣) (الرقية) لحديث أبي سعيد قال: «انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فأتوهم فقالوا يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ. فهل عند أحد منكم شيء؟ فقال بعضهم نعم والله إنني لأرقى. ولكن لم تضيفونا فاجعلوا لنا جعلاً، فصالحوهم على قطع من الغنم، فانطلق يتنقل عليه ويقرأ الحمد لله رب العالمين فكانما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به قلبه، قال فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له فقال: وما يدريك أنها رقية. ثم قال: قد =

(فصل) وهي عقد لازم^(١)، فإن أجره شيئاً ومنعه كل المدة أو بعضها فلا شيء له

(١) (وهي عقد لازم) من الطرفين، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأنها معاوضة فكانت لازمة فلا فسخ لغير عيب ونحوه.

وله أخذ رزق على ما يتعدى نفعه^(١) كما يجوز أخذ الوقف على من يقوم بهذه المصالح^(٢) بخلاف الأجر، وليس له أخذ رزق ولا جعل ولا أجر على ما لا يتعدى كصوم وصلاة خلفه وصلاته لنفسه وحجه وأداء زكاة نفسه ونحوه ولا أن يصلي عنه فرضاً ولا نافلة في حياته ولا في مماته^(٣) فإذا وصى بدراهم لمن يصلي عنه تصدق بها عنه لأهل الصدقة^(٤) وتجاوز الإجارة على ذبح الأضحية والهدي كتفرقة الصدقة ولحم الأضحية، وتصح على تعليم الخط والحساب والشعر المباح، وتصح على بناء المساجد وكنسها وإسراج قناديلها وفتح أبوابها وعلى بناء القناطر، وإن استأجر ليحجمه صح^(٥) كفصد، ويكره للحر أكل أجرته كما يكره ما أعطاه بلا شرط ويطعمه الرقيق والبهائم^(٦) ويصح استئجاره لحلق الشعر والختان وقطع شيء من جسده للحاجة إليه. ولا يكره أكل أجرته^(٧) ويصح أن يستأجر كحالاً ليكحل عينه،

= أصبتم اقسما واضربوا لي معكم سهماً. فضحك رسول الله ﷺ، رواه الجماعة إلا النسائي مختصراً.

- (١) (نفعه) كالقضاء والفتيا والأذان وتعليم القرآن والفقه والحديث ونحوها.
- (٢) (المصالح) المتعدى نفعها، لأنه ليس بعوض بل القصد به الإعانة على الطاعة، ولا يخرج ذلك من كونه قرينة، ولا يقدح في الإخلاص لأنه لو قدح ما استحقت الغنائم.
- (٣) (في مماته) لأن الصلاة عبادة بدنية محضة فلا تدخلها النيابة بخلاف الحج، وركعتا الطواف تدخل تبعاً كما تقدم، ولا يعارض هذا ما تقدم في آخر الصوم والجنائز لأن الصلاة ونحوها ليست واقعة على الغير بل للفاعل وتوابعها للمفعول عنه.
- (٤) (لأهل الصدقة) تحصيلاً لغرضه في الجملة.
- (٥) (صح) لما روى ابن عباس قال «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره، ولو علمه حراماً لم يعطه» متفق عليه.
- (٦) (والبهائم) لقوله عليه الصلاة والسلام «كسب الحجام خبيث» متفق عليه، وقال «أطعمه ناضحك وريقك» رواه الترمذي.
- (٧) (أكل أجرته) كما لو كسب بصناعة أخرى، وهذا النهي يخالف القياس فيختص في المحل الذي ورد فيه بالحجامة ومهر البغي.

وإن بدأ الآخر قبل انقضائها فعليه^(١). وتنفسخ بتلف العين المؤجرة وبموت المرتضع
(١) (فعليه) ولا يزول ملكه عن المنافع بل تذهب على ملكه لأنها عقد لازم وكما لو اشترى
شيئاً وقبضه ثم تركه.

وإن برىء في أثناء المدة المقررة انفسخت الإجارة فيما بقي، وكذا لو مات، فإن
امتنع المريض من ذلك مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجرة بمضي المدة، ويصح
أن يستأجر طبيباً لمداواته، ولا يصح اشتراط الدواء على الطبيب بخلاف الكحل؛
ويشترط تقدير ذلك بالمدة كشهر ونحوه، لأن تقديره بزمان البرء مجهول. وقال ابن
أبي موسى: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء لأن أبا سعيد حين رقى شارطه على
البرء^(١).

(فصل) ولو شرط زرع بر فسد الشرط؛ وله زرعه وما هو مثله ضرراً أو أقل لا أكثر
ولا يضمنها مستعير من مستأجر إن تلفت من غير تفريط^(٢) وإذا اكترى لزرع
الحنطة فله زرع الشعير ونحوه ولا يملك الغرس والبناء^(٣)، وإن اكترها لأحدهما لم
يملك الآخر^(٤) قال الشيخ: وما لم يرو من الأرض فلا أجرة له اتفاقاً^(٥) وإن اكترها
للكوب أو الحمل لم يملك الآخر؛ وإن اكترها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عرياناً،
وإن آجره مكاناً ليطرح فيه أردب قمح فطرح فيه أردبين فإن كان على غرفة ونحوها
لزمه أجرة المثل للزائد؛ وإن طرح على الأرض فلا شيء له للزائد، وإن آجره الأرض
وقال: لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت صح وله أن يزرعها كلها ما شاء، وأن
يغرسها كلها ما شاء، وإن خالف في شيء مما تقدم ففعل ما ليس له فعله أو سلك
طريقاً أشق مما عينه لزمه المسمى مع تفاوت أجر المثل؛ وأجر المثل للزائد؛ إلا فيما

- (١) (على البرء) قال أبو محمد. والصحيح إن شاء الله جواز ذلك، لكن يكون جعالة، لأن
الإجارة لا بد فيها من مدة معلومة أو عمل معلوم، والجعالة تجوز على مجهول.
- (٢) (من غير تفريط) لأنه قام مقام المستأجر في الاستيفاء، فكان حكمه كالمستأجر في
عدم الضمان.
- (٣) (والبناء) لأن ذلك يراد للتأيد، وتقدير الإجارة بمدة يقتضى تفريطها عند انقضائها.
- (٤) (لم يملك الآخر) لأن ضرر كل واحد يخالف الآخر، لأن الغرس يضر بباطن الأرض
والبناء يضر بظاهرها.
- (٥) (اتفاقاً) لأن الأرض لا تثبت الزرع والغرس بلا ماء.

والراكب إن لم يخلف بدلاً^(١) وانقلاع ضرر أو برئه^(٢) ونحوه، لا بموت المتعاقدين

- (١) (إن لم يخلف بدلاً) هذا المذهب، لأنه قد جاء أمر غالب منع المستأجر منفعة العين، هذا كلامه في المقنع، والذي في الإقناع وغيره أنها لا تبطل بموت راكب.
(٢) (أو برئه) فإن لم يبرأ وامتنع المستأجر من قلعه لم يجبر، قال المجذ: لكن الأجير إذا بذل العمل ومكن منه استحق الأجرة في مذهب الشافعي ومذهبنا على ما ذكر قبل.

إذا اكترى لحمل حديد فحمل قطعاً وعكسه فإنه يلزمه أجر المثل^(١) وإن اكتراها لحمولة شيء فزاد عليه ولو لركوبه وحده فأردف غيره أو إلى موضع فجاوزه فعليه المسمى وأجر المثل للزائد^(٢) وإن تلفت الدابة ضمن قيمتها ولو كانت في يد صاحبها^(٣) وإن اكترى لحمل قفيزين فحملها فوجدهما ثلاثة فإن كان المكتري تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك فكمن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه، وإن كان المكري تولى كيله وتعيينه ولم يعلم المكترى فلا أجر له في حمل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجنبي ولم يعلما فهو متعد عليهما، ويلزم المؤجر حبس البعير للمستأجر لينزل لقضاء حاجة الإنسان والطهارة، ويلزمه تبريكه لشيخ ضعيف وامرأة وسمين ونحوهم لركوبهم ونزولهم ولمرض ولو طارئاً فإن احتاجت الراكبة إلى أخذ يد أو مس جسم تولى ذلك محرماً دون الجمال. ولا يلزمه محمل ومظلة ونحوهما بل على المستأجر كأجرة دليل، قال الموفق: هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكترى، وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها بنفسه فكل ذلك عليه، وهو متوجه في بعض دون بعض، والأولى أن يرجع في ذلك إلى العرف والعادة، ولعله مرادهم، ولو شرط المؤجر على المكترى النفقة الواجبة لعمارة المأجور أو جعلها

- (١) (يلزمه أجر المثل) لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر فلم يتحقق كون المحمول مشتقاً على المستحق بعقد الإجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل قاله في المغني، وجزم في التنقيح وتبعه في المنتهى بأنه يلزمه المسمى مع تفاوت أجر المثل.
(٢) (وأجر المثل للزائد) هذا المذهب وحكاه أبو الزناد عن الفقهاء السبعة، لأنه متعد في ذلك فهو كغاصب.
(٣) (في يد صاحبها) بأن كان معها ولم يرض بحمل الزائد على ما وقع عليه العقد، فلا يزول الضمان إلا بإذن جديد ولم يوجد.

أو أحدهما ولا بضياح نفقة المستأجر ونحوه^(١) وإن اكرت دارا فانهدمت أو أرضا

من
الكتاب
الأول

(١) (المستأجر ونحوه) وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز للمكترت فسحها لعذر في نفسه، مثل أن يكرت دكاناً فيحترق متاعه وما أشبه هذا. ولنا أنه عقد لا يجوز فسحه لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع.

أجرة لم يصح، لكن لو عمر بهذا الشرط أو بإذنه رجع بما قال مكر، فإن اختلفا في قدر ما أنفقه ولا بينة فالقول قول المكري^(٢) وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشيء^(٣) ولا يلزم واحداً منهما تزويق ولا تجصيص ونحوهما بلا شرط، ولا يلزم الراكب الضعيف ولا المرأة المشي المعتاد عند قرب المنزل، وكذا قوى قادر، لكن المروءة تقتضي ذلك إن جرت به عادة. وإن اكرت بعيراً ليحج عليه فله الركوب إلى مكة ومن مكة إلى عرفة ثم إلى مكة ثم إلى منى لرمي الجمار. ويصح كرى العقبة بأن يركب شيئاً ويمشي شيئاً، وإطلاقها يقتضي ركوب نصف الطريق.

من
الكتاب
الثاني

(فصل) والإجارة عقد لازم من الطرفين^(٤) ويقتضي تملك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع إلا أن يجد العين معيبة عيباً لم يكن علم به فله الفسخ^(٥) والعيب الذي يفسخ به ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الأجرة إن لم يزل بلا ضرر يلحقه كأن تكون الدابة جموحاً أو عضوضاً وريض البهيمة ونحوه أو يجد الدار مهدومة الحائط أو يخاف من سقوطها وانقطاع الماء من بئر أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك، فإن رضي بالمقام ولم يفسخ لزمه جميع الأجرة المسماة ولا أرش له، هذا إذا كان العقد على عينها فإن كانت موصوفة في الذمة لم يفسخ العقد وعلى المكري إبدالها؛ فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يكن إجباره فللمكترت الفسخ أيضاً، وإن هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذها المؤجر وهرب بها أو منعه من استيفاء المنفعة من غير هرب لم تنفسخ الإجارة وثبت له

(١) (قول المكري) أيضاً لأنه منكر بأن قال أنفقت مائة وقال المكري خمسين.

(٢) (لم يرجع بشيء) لأنه متبرع، لكن له أخذ أعيان آلاته.

(٣) (من الطرفين) وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. لأنها عقد معاوضة كالبيع، ولأنها نوع من البيع.

(٤) (فله الفسخ) قال في المغني والمبدع: بغير خلاف نعلمه، لأنه عيب في المعقود عليه فأنبت الخيار كالعيب، وكذا لو حدث عند مستأجر.

هوامش
الكتاب
الثاني

لزراع فانقطع ماؤها أو غرقت انفسخت. الإجارة في الباقي^(١). وإن وجد العين معيبة
(١) (انفسخت الإجارة في الباقي) هذا المذهب، لأن المقصود بالعقد قد فات أشبه ما لو
تلف، والثاني لا تنفسخ فيهما وللمستأجر خيار الفسخ.

خيار الفسخ، فإن لم يفسخ وكانت على مدة انفسخت بمضيها يوماً فيوماً فإن عادت
العين في أثنائها استوفى ما بقي، وإن انقضت انفسخت، وإن كانت على عمل في
الذمة كخياطة ثوب ونحوه أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله،
فإن تعذر فله الفسخ^(٢) فإن لم يفسخ وصبر فله مطالبته بالعمل متى أمكن، وكل
موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع بالعين إذا
كان بعد عمل البعض فلا أجرة له إلا أن يرد المؤجر العين قبل انقضاء المدة^(٣) أو
يتم الأجير العمل، وإن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما
عمل، فأما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر
بقدر ما استوفى بكل حال، وإن هرب الجمال بدوابه استأجر عليه الحاكم إلى أن
يرجع أو باع ماله في ذلك، فإن تعذر أو كانت معينة في العقد فللمستأجر الفسخ
ولا أجرة لما مضى قبل هربه لكونه لم يوف المعقود عليه، ولا يعتبر الأشهاد على نية
الرجوع صححه في القواعد، وإن اختلفا فيما أتفق قبل قوله في قدر النفقة
بالمعروف إن لم يقدر له الحاكم.

(فصل) ومتى زرع فغرق أو تلف بحريق أو جراد ونحوه قبل حصاده أو لم تنبت
فلا خيار وتلزمه الأجرة نصاً^(٤) وإن تعذر زرعها^(٥) لغرق الأرض المؤجرة أو قل الماء
قبل زرعها أو بعده أو عابت بغرق يغيب به بعض الزرع فله الخيار^(٦) وإن غصبت
العين المؤجرة فإن كانت على عين موصوفة في الذمة لزمه بدلها، فإن تعذر فله

(١) (فله الفسخ) أو يصبر إلى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل، لأن ما في ذمته لا يفوت بهربه.
(٢) (قبل انقضاء المدة) فله الأجرة، لأنه سلم العين، لكن يسقط منها أجرة المدة التي
حبسها المؤجر.

(٣) (وتلزمه الأجرة نصاً) لأن التالف غير المعقود عليه، وسببه مضمون على المؤجر.

(٤) (وإن تعذر زرعها) لعباب دام فلم يمكن الانتفاع بها بزراع ولا غيره في بقية المدة.

(٥) (فله الخيار) لحصول ما نقص به منفعة العين المؤجرة، ثم إن اختار الفسخ وقد زرع
بقي الزرع.

أو حدث بها عيب فله الفسخ^(١) وعليه أجره ما مضى، ولا يضمن أجير

(١) (فله الفسخ) لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب فقد وجد قيل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها، وظاهره أنه ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء مجاناً وهو المذهب.

الفسخ، وإن كانت على عين معينة لعمل خير مستأجر بين فسخ وصبر إلى أن يقدر عليها ولا يفسخ العقد بمجرد الغضب، وإن كان الغاصب المؤجر فلا أجره له^(٢) فليس حكمه حكم الغاصب الأجنبي، ولو أتلّف المستأجر العين ثبت ماتقدم من ملك الفسخ مع تضمينه ما تلف، ولو حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه الأرض المستأجرة أو حصر البلد فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض فله الفسخ^(٣) وإن كان خاصاً بالمستأجر لم يملك الفسخ^(٤) وإن اكرى دابة إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل منهما فسخ الإجارة، ويصح بيع العين المؤجرة نص عليه سواء باعها للمستأجر أو لغيره^(٥) ولا تنفسخ بشراء مستأجرها في أحد الوجهين^(٥) فيجتمع لبائع على مشتر الثمن والأجرة، والثاني تبطل الإجارة فيما بقي من المدة^(٦) ولو باع الدار التي تستحق المعتدة للوفاء

(١) (فلا أجره له) سواء كانت الإجارة على عمل أو إلى مدة، وسواء كانت على معينة أو موصوفة أو كان في أثناء المدة.

(٢) (فله الفسخ) لأنه أمر غالب منع المستأجر استيفاء المنفعة فثبت به الخيار كالغضب.

(٣) (لم يملك الفسخ) لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية، لأن له أن يؤجر من يقوم مقامه.

(٤) (للمستأجر أو لغيره) وبهذا قال الشافعي في أحد قولي، وقال أبو حنيفة: البيع موقوف على إجازة المستأجر، فإن أجازته جاز وبطلت الإجارة، وإن رده بطل. ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الإجارة، فلم تعتبر إجازته. فعلى هذا فإن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجاره ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ.

(٥) (في أحد الوجهين) لأنه ملك المنفعة ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر فلم يتنافا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصلي بعقد آخر، ولذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز، فعلى هذا يكون الأجر باقياً على المشتري وعليه الثمن.

(٦) (فيما بقي من المدة) لأنه عقد على منفعة العين فبطل بملك العاقد الرقبة، كما لو تزوج =

خاص^(١) ما جنت يده خطأً ولا حجام وطيب وبيطار لم تجن أيديهم إن عرف

(١) (أجير خاص) وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي: وله قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون، وروى في مسنده أن علياً كان يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا. ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به، لأنه نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره.

سكنائها وهي حامل فقال الموفق: لا يصح بيعها، وقال المجدد: قياس المذهب الصحة^(١).

(فصل) والأجير الخاص من قدر نفعه بالزمن^(٢) يستحق المستأجر نفعه في جميع المدة المقدرة نفعها بها سوى فعل الصلوات الخمس في أوقاتها بسننها وصلاة الجمعة وعيد^(٣) سواء سلم للمستأجر أو عمل في بيته، ويستحق الأجرة بتسليم نفسه عمل أو لم يعمل. وتتعلق الإجارة بعينه فلا يستنيب، ولا ضمان عليه فيما تلف في يده إلا أن يتعدى أو يفرط، وليس له أن يعمل لغيره، فإن عمل وأضر بالمستأجر فله قيمة ما فوته عليه^(٤). والأجير المشترك من قدر نفعه بالعمل^(٥) ويتقبل الأعمال، فتتعلق الإجارة في ذمته ولا يستحق الأجرة إلا بتسليم عمله دون تسليم نفسه، ويضمن ما تلف بفعله ولو بخطئه^(٦) ويدفع القصار الثوب إلى غير ربه، ولا يحل

= أمة ثم اشتراها بطل نكاحه، فعلى هذا يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة كما لو تلفت العين، وإن كان قد دفعها رجع بها.

(١) (الصحة) قال في الإنصاف: وهو الصواب كبيع المؤجرة.
(٢) (من قدر نفعه بالزمن) بأن استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة يوماً أو أسبوعاً ونحوه.

(٣) (وصلاة الجمعة وعيد) فإن أزمته ذلك لا تدخل في العقد بل هي مستثناة شرعاً.
(٤) (ما فوته عليه) بعمله لغيره، قال أحمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحطب على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمار لرجل آخر ويأخذ الأجرة. إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة.

(٥) (من قدر نفعه بالعمل) كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين أو عمل في مدة لا يستحق نفعه في جميعها كالطبيب والكحال.

(٦) (ولو بخطئه) كتخريق القصار الثوب من دقه أو مده ونحوه، روى عن عمر وعلي وعبيد =

حذقهم ولا راع لم يتعد^(١)، ويضمن المشترك ما تلف بفعله^(٢) ولا يضمن ما تلف من

(١) (ولا راع لم يتعد) فما تلف بتعديه فعليه ضمانه كغير الأجير.

(٢) (ما تلف بفعله) وهو الصانع الذي لا يختص المستأجر بنفعه فيضمن ما جنت يده من السقوط عن دابته، وكالحائك والخياط الذي يتقبل الأعمال. وروى ذلك عن عمر وعلي وشريح، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي، وله قول آخر لا يضمن ما لم يتعد.

لقابضه لبسه والانتفاع به، وإن قطعه قبل علمه غرم أرش قطعه وأجرة لبسه ويرجع على القصار، واختار القاضي في المجرد وأصحابه أنه يضمن إن عمل في بيت نفسه لا في بيت المستأجر^(١) ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه^(٢) أو بغير فعله، ولا أجرة له فيما عمله، وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً لم يضمن ما فسد ويضمنه المشترك، وإن ادعى الراعي موت شاة ونحوها قبل قوله ولو لم يأت بجلدها أو شيء منها، ومثله مستأجر الدابة، ويجوز عقد الإجارة على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة يرعاها، فإن كانت على معينة تعينت فلا يبدلها، ويطل العقد فيما تلف منها وله أجر ما بقي بالحصة، ونماؤها في يده أمانة، وإذا عقد على موصوف في الذمة ذكر جنسه ونوعه وعدده وجوباً، ولا يلزم رعي سخالها، وإن حبس الصانع الثوب على أجرته بعد عمله فتلف أو أتلفه أو عمل على غير شرطه ضمنه، ويخير مالك بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة، وبين تضمينه معمولاً ولا يدفع إليه الأجرة، ويقدم قول ربه في صفة عمله ذكره ابن رزين، ومثله ضمان المتاع المحمول يخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجرة له وبين تضمينه في الموضع الذي أفسده وله الأجرة إلى ذلك المكان، ولأجير حبس معمول على أجرته

= الله بن عتبة، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي، وله قول آخر لا يضمن ما لم يتعد، قال الربيع هذا مذهب الشافعي وإن لم يبيع به أي يظهره.

(١) (لا في بيت المستأجر) قاله القاضي، ومذهب مالك والشافعي نحو هذا، ولو كان القصار ونحوه متبرعاً بعمله لم يضمن نص عليه.

(٢) (فيما تلف من حرزه) هذا المذهب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها.

حرزه^(١) أو بغير فعله ولا أجره له. وتجب الأجرة بالعقد إن لم تؤجل، وتستحق بتسليم
(١) (ما تلف من حرزه) هذا المذهب. وبه قال طاوس وعطاء وأبو حنيفة، وقال مالك وابن أبي
ليلى: يضمن بكل حال.

إن أفلس ربه^(١) ثم جاء بائه يطلبه^(٢) فلصانع حبه^(٣) والعين المستأجرة أمانة في يد
المستأجر إن تلفت بغير تعد ولا تفريط لم يضمنها والقول قوله في عدم التعدي، وله
إيداعها في الخان إذا قدم بلداً وأراد المضي في حاجته وإن لم يستأذن المالك في
ذلك، وإذا اشترى طعاماً في دار رجل أو خشباً أو ثمرة في بستان فله أن يدخل
ذلك من الرجال والدواب من يحول ذلك ويقطف الثمرة وإن لم يأذن المالك، وإن
قال أذنت لي في تفصيله قباء، فقال بل قميصاً، أو قميص امرأة فقال به قميص
رجل فقول خياط بيمينه^(٤) وله أجره مثله^(٥) ومثله صباغ ونحوه اختلف هو وصاحب
الثوب في لون الصبغ.

(فصل) وتجب الأجرة بنفس العقد فتثبت في الذمة وإن تأخرت المطالبة بها، وله
الوطء إذا كانت الأجرة أمة^(٦) سواء كانت إجارة عين أو في الذمة إن لم تؤجل

(١) (إن أفلس ربه) لأن زيادته للمفلس فأجرته عليه، وعروض الأجرة وعمله موجود في عين
الثوب فملك حبه مع ظهور عسرة المستأجر.

(٢) (ثم جاء بائه يطلبه) بعد فسخه البيع لوجود مناعه عند رجل أفلس.

(٣) (فلصانع حبه) على أجرته كمن أجر دابته ونحوها لإنسان بأجرة حالة ثم ظهرت عسرة
المستأجر فإن للمؤجر حبه عنده وفسخ الإجارة، ثم إن كانت أجرته أكثر مما زادت به
قيمته أخذ الزيادة وحاصص الغرماء بما بقي من الأجر.

(٤) (بل قميصاً الخ) وهذا قول ابن أبي ليلى وهو المذهب: وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور: القول
قول صاحب الثوب واختاره المصنف، ولنا أنهما اتفقا على الأذن واختلفا في صفة فكان
القول قول المأذون له.

(٥) (وله أجره مثله) لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه، ولا يستحق المسمى لأنه لا يثبت
بمجرد دعواه.

(٦) (إذا كانت الأجرة أمة) لأنه يملكها بالعقد وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: لا
يملكها ولا يستحق المطالبة بها إلا يوماً بيوم إلا أن يشترط تعجيلها، قال أبو حنيفة: إلا
أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد لأن الله قال: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ أمر =

العمل الذي في الذمة^(١). ومن تسلم عيناً بإجارة فاسدة وفرغت المدة لزمه أجره
(١) (الذي في الذمة) إذا أستؤجر على عمل في الذمة ملك الأجر بالعقد ولا يستحق تسليم
الأجر إلا عند تسليم العمل.

وتستقر بمضي المدة^(١) وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراس أو بناء شرط قلعه عند
انقضائها أو في وقت لزم قلعه مجاناً فلا تجب على رب الأرض غرامة نقص ولا على
مستأجر تسوية حفر ولا إصلاح أرض إلا بشرط، وإن لم يشترط قلعه أو شرط بقاؤه
فلمالك الأرض أخذه بالقيمة^(٢) إن كان ملكه تاماً ولا يملكه غير تام الملك
كالموقوف عليه والمستأجر، وفي الفائق: لو كانت الأرض وقفاً لم يملك إلا بشرط
واقف أو رضا مستحق. وقال في التخليص: إذا اختار المالك القلع وضمان النقص
فالقلع على المستأجر^(٣) وإن كان المستأجر شريكاً في الأرض شركة شائعة فبني أو
غرس ثم انقضت المدة فللمؤجر أخذ حصة نصيبه من الأرض ومن البناء والغراس،
وليس له إلزامه بالقلع لاستلزامه قلع ما لا يجوز قلعه^(٤) ولصاحب الشجر يبيعه لمالك
الأرض ولغيره^(٥) ومحل الخيرة في ذلك لرب الأرض مالم يختر مالكة قلعه، فإن اختاره
فله ذلك^(٦) وعليه تسوية حفر، وظاهر كلامهم كما قال صاحب الفروع لا تمنع

- = باتيانهن الأجر بعد الرضاع، ولنا أنه عوض أطلق ذكره في العقد كالثمن بالبيع، والآية
يحتمل أنه أراد الإتياء عند الشروع في الرضاع.
(١) (بمضي المدة) ولو لم ينتفع، لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهو حقه فاستقر عليه
بدله كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري.
(٢) (أخذه بالقيمة) فيملكه مع أرضه، لأن الضرر يزول بذلك، وبين تركه بالأجرة أو قلعه
وضمان نقصه، وبهذا قال الشافعي.
(٣) (على المستأجر) وقال مالك وأبو حنيفة: عليه القلع من غير ضمان النقص له لأن تقدير
المدة في الإجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع. ولنا قول النبي
ﷺ «ليس لعرق ظالم حق» مفهومة أن غير الظالم له حق وهذا غير ظالم، ولأنه غرس
بإذن المالك ولم يشترط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص.
(٤) (مالا يجوز قلعه) لعدم تمييز ما يخص نصيبه من الأرض من الغراس والبناء، والضرر لا
يزال بالضرر قاله ابن نصر الله.
(٥) (ولغيره) لأن ملكه عليه تام فله التصرف فيه بما شاء.
(٦) (فله ذلك) وليس لمالك الأرض منعه ليطمئنه بقيمته أو ليجب عليه أجر المثل.

(١) (أجرة المثل) سكن أو لم يسكن، وبهذا قال الشافعي، وعن أحمد لا شيء له وهو قول أبي حنيفة، لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها، فلم يلزمه عوضها كالتكاح الفاسد =

الخيرة من أخذ رب الأرض له أو قلعه وضمان نقصه أو تركه بالأجرة كون المستأجر وقف ما غرس أو بناه ولو على مسجد، فإذا لم يتركه في الأرض لم يبطل الوقف بالكلية بل ما يؤخذ بسبب قلعه وضمان نقصه أو تملكه بالقيمة يكون بمثابة مالو أتلف الوقف وأخذت قيمته يشتري بها ما يقوم مقامه فهكذا هنا، وهو كما قال وهو ظاهر، وظاهر كلامهم لا يقلع الغراس إذا كانت الأرض وقفاً^(١) وقال الشيخ فيمن أحتكر أرضاً بنى فيها مسجداً أو بناء وقفه عليه: ومتى فرغت المدة وانهدم البناء زال حكم الوقف وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها، ومادام البناء قائماً فيها فعليه أجرة المثل^(٢) ولو غرس أو بنى مشتر ثم فسخ البيع بعيب كان لرب الأرض الأخذ بالقيمة والقلع وضمان النقص وتركه بالأجرة، وأما المبيع بعقد فاسد إذا غرس فيه المشتري أو بنى فحكمه حكم المستعير إذا غرس أو بنى على ما يأتي^(٣) لأن تعاطيه العقد معه وإن كان فاسداً يتضمن الإذن في الانتفاع، وكذا مستأجر بعقد فاسد، وإن كان فيها زرع بقاؤه بتفريط مستأجر^(٤) فللمالك أخذه بالقيمة^(٥) وتركه بالأجر وقال الموضح: هو كزرع غاصب قاله الأصحاب فيؤخذ بنفقته^(٦) ما لم يختر مستأجر قلع زرعه في الحال وتفريغ الأرض، فإن اختاره فله ذلك ولا يلزمه^(٧) وللمالك تركه بالأجرة، وإن كان

(١) (إذا كانت الأرض وقفاً) وتقدم أنه لا يملك إلا تام الملك، وحينئذ فيبقى بأجرة المثل.

(٢) (فعليه أجرة المثل) قال في الإنصاف: وهو الصواب ولا يسع الناس إلا ذلك.

(٣) (على ما يأتي) في بابه، فلا يقلع غراسه وبنائه مجاناً بل لرب الأرض تملكه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه.

(٤) (بتفريط مستأجر) مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة.

(٥) (أخذه بالقيمة) هكذا في المقنع والمغني والتنقيح والمنتهى.

(٦) (فيؤخذ بنفقته) قاله في الكافي وغيره، وهي مثل البذر وعوض لواحقه، لأنهم جعلوه حكم الغاصب وهذا حكمه..

(٧) (ولا يلزمه) أي المستأجر قلع زرعه ولو طلبه المالك في هذه الحالة، لأن له حداً ينتهي إليه بخلاف الغرس.

باب السبق^(١)

== ولنا أن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر فرجع إلى قيمتها كما لو استوفأها. زوائد.

(١) (السبق) قال في الاختيارات: والصراع والسبق على الأقدام ونحوها طاعة إذا قصد به نصر الإسلام، وأخذ عليه بالحق والمغالبة تحل بالعوض إذا كانت مما ينفع في الدين كمرأهنة أبي بكر.

بقاؤه بغير تفريط لزم تركه بأجرة مثله إلى أن ينتهي وله المسمى وأجرة المثل لما زاد، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة الإجارة فللمالك منعه فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل انقضاء المدة، وإن اكرى أرضاً لزرع مدة لا يكمل فيها عادة وشرط بقاءه ليدرك أو سكت فسدت^(١) وإذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن^(٢) ومن لم يتسلم لم يلزمه أجرة ولو بذلها المالك، لأن العقد الفاسد لا أثر له، وإن اكرى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم^(٣) وإذا انقضت المدة رفع المستأجر يده ولم يلزمه الرد ولا مؤنته كمودع^(٤) وتكون في يده أمانة إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه ونماؤها كالأصل، فلو ولدت الدابة عنده كان ولدها أمانة كأمه ولا تقبل دعواه الرد إلا بيينة لأنه قبضه لمنفعة نفسه كالمترهن والمستعير.

باب السبق^(٥)

(١) (فسدت) أما في الأولى فإنه جمع بين متضادتين، وأما في الثانية فلأنه اكرأها لزرع شيء لا ينتفع بزعره في مدة الإجارة أشبه إجارة السبخة للزرع.

(٢) (أو لم يسكن) واختار الشيخ فيما إذا وضع يده على العين جميع المدة أن عليه الأجر المسمى؛ ذكر أنه قياس المذهب أخذاً له من النكاح.

(٣) (بالدراهم) لأن العقد إذا انفسخ رجع كل من المتعاقدين في العوض الذي بذله، وعوض العقد الدراهم. والمؤجر أخذ الدنانير ونحوها بعقد آخر ولم ينفسخ، أشبه ما إذا قبض الدراهم ثم صرفها بدنانير أو اشترى بها شيئاً.

(٤) (كمودع) لأنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضى الرد ومؤنته بخلاف العارية.

(٥) (السبق) بسكون الباء: بلوغ الغاية، وقيل غيره، وفتحتها الجعل الذي سابق عليه، وسكونها أيضاً المجارة بين الحيوان ونحوه.

يصح على الأقدام^(١) وسائر الحيوانات^(٢) والسفن والمزاريق، ولا يصح بعوض إلا

- (١) (يصح على الإقدام) تجوز بلا عوض مطلقاً كالمسابقة على الأقدام والسفن والطيور والبهائم والحمر والمزاريق، لأن النبي ﷺ سابق عائشة رواه أحمد وأبو داود، وسابق سلمة ابن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي رسول الله ﷺ. رواه مسلم.
- (٢) (وسائر الحيوانات إلى آخره) لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وبين التي لم تضم من الثنية إلى مسجد بني زريق متفق عليه، قال موسى بن عقبة: من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة أميال. والآخر ميل أو نحوه، والخيل المضمرة هي المعلفة القوية بعد السمن قاله في القاموس.

والمسابقة جمالة لكل واحد فسوخها إلا أن يظهر لأحدهما الفضل دون غيره، ولا يجوز اللعب بكل فعل يفضي إلى محرم، لأنه يكون سبباً للشر والفساد. وقال الشيخ: ما ألهى وشغل عما أمر الله به فهو منهي عنه^(١) ويكره اللعب بأرجوحة ونحوها ذكره ابن عقيل وغيره^(٢). ويستحب اللعب بآلة حرب، وليس من اللهو تأديب فرسه وملاعبة أهله ورميه للخير.

ومن شروطها إخراجها عن شبه القمار^(٣) بأن لا يخرج جميعهم، فإن كان الجعل من الإمام أو من أحد غيرهما أو من أحدهما على أن من سبق أخذه جاز، فإن أخرجاً معاً لم يجز إلا أن يدخلها معهما محللاً يكافيء فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما ورميه رمييهما، فإن سبقهما أحرز سبقيهما وإن سبقهما أحرز سبقيهما ولم

- (١) (منهي عنه) يعني وإن لم يحرم جنسه بالشرع. قلت من ذلك الراديو الذي كثر استعماله، فإنه ألهى غالب من كان في يده عن ذكر الله وعن الصلاة، وذبول شره وفساده ظاهرة لمنصف.

(٢) (ذكره ابن عقيل وغيره) وما روى عن عائشة وجوار معها كن يلعبن باللعب والنبي ﷺ يراهن رواه أحمد وغيره، وكانت لها أرجوحة قبل أن تتزوج. رواه أبو داود بإسناد جيد، فيرخص للصغار مالا يرخص للكبار قاله الشيخ في خبر ابن عمر في زمارة الراعي حين سمعها عدل عن الطريق حتى لا يسمعها.

(٣) (عن شبه القمار) لأن القمار محرم فشيء مثله، والقمار بكسر القاف مصدر قامره إذا راهنه فغلبه، لأنه إذا أخرج كل واحد منهم فهو قمار، لأنه لا يخلو من أن يغتم أو يفترم، ومن لم يخرج سالماً من الغرم.

في إبل وخيل وسهام^(١)، ولا بد من تعيين المركوبين واتحادهما^(٢) والرماة والمسافة بقدر معتاد^(٣)، وهي جعالة^(٤) لكل واحد فسخها. وتصح المناضلة على معينين

- (١) (وسهام) وبه قال الزهري ومالك لقوله عليه الصلاة والسلام «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر» رواه أبو داود، وعن خالد بن زيد قال: «كنت رجلاً رامياً وكان عقبه بن عامر الجهني يمر فيقول: يا خالد اخرج بنا نرمي — إلى أن قال — سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن الله عز وجل يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة، صانعه يحتسب في صنعته الخير، والرامي به، ومنبله. ارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا» رواه أبو داود.
- (٢) (واتحادهما) في النوع، فلا يصح بين عربي وهجين.
- (٣) (بقدر معتاد) فلو جعل مسافة بعيدة تعذر الإصابة في مثلها غالباً لم يصح، لأن الغرض يفوت بذلك ذكره في الشرح وغيره.
- (٤) (وهي جعالة) لأنها عقد على ما لا تحقق القدرة على تسليمه، فكان جائزاً كرد الآبق، =

يأخذاً منه شيئاً، وإن سبق أحدهما أحرز السبقين، وإن سبق معه المحلل فسبق الآخر بينهما، وإن زادوا على اثنين جاز، وإن قال من سبق فله عشرة ومن صلى^(١) فله كذلك لم يصح إذا كانوا اثنين، وإن قال: ومن صلى فله خمسة صح^(٢) وإن شرطاً أن السابق يطعمه أحداً معيناً لم يصح وصحت المسابقة في أحد الوجهين^(٣). ولا يكره الرمي بالقوس الفارسية، ولا يرسل مع فرسه فرساً لا راكب عليها يحثها على العدو ولا يصيح بها^(٤) ويكره للشاهد والأمين مدح أحدهما أو المصيب، وتجاوز المصارعة لأن النبي ﷺ صارع ركاة فصرعه. ومن كلام الشيخ أنه لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة^(٥) وأجاز اللعب بما يكون مصلحة بلا مضرة.

- (١) (صلى) يعني كان التابع للأول، سمي مصلياً لأن رأسه عند صلو الأول، وفي الأثر عن علي قال: «سبق أبو بكر وصلى عمر وخبطتنا فتنه» يعني موت عثمان.
- (٢) (صح) لأن كل واحد منهما يطلب السبق لفائدته فيه بزيادة الجعل.
- (٣) (في أحد الوجهين) وبه قال أبو حنيفة واختاره المصنف والشارح وصححه في النظم، والثاني لا يصح وبه قال الشافعي. وقال الشيخ: يصح شرط إطعامه للجماعة لأنه يعين على الرمي.
- (٤) (ولا يصيح بها) وقت سباقه، لقوله عليه الصلاة والسلام «لا جلب ولا جنب».
- (٥) (والنقيلة) قيل الطاب هو القابة، والنقيلة اللعب بالودع.

باب العارية^(٢)

= وبه قال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي، فعلى هذا إن ظهر لأحدهما الفضل فله الفسخ دون صاحبه.

هوامش
الكتاب
الأول

- (١) (يحسنون الرمي) لأن من لا يحسنه وجوده كعدمه.
- (٢) (العارية) والدليل على إباحتها قوله: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ روى عن ابن عباس وابن مسعود قال: «العاري» وقال عليه الصلاة والسلام «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» قال الترمذي حسن غريب. وروى صفوان بن أمية «أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: بل عارية مضمومة» رواه أبو داود.

(فصل) ولا بد في المناضلة من معرفة طول الغرض وعرضه وارتفاعه من الأرض، وعدد الرمي والإصابة لاعدد الرماة على الأصح^(١).

متن
الكتاب
الثاني

باب العارية^(٢)

وهي هبة منفعة، وللمعير الرجوع متى شاء^(٣) ما لم يأذن بشغلها بشيء يستضر المستعير برجوعه كالسفينة في لجة البحر، وإن أعاره أرضاً للزرع لم يرجع إلى الحصاد^(٤) إلا أن يكون مما يحصد قصيلاً فيحصده، وإن أعارها للغراس أو البناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه لزمه^(٥) وإن لم يشرط عليه القلع لم يلزمه إلا أن يضمن له المعير النقص^(٦) فإن قلع باختياره لزمه تسوية الأرض، وللمعير أخذه

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (لا عدد الرماة على الأصح) لأن الغرض معرفة الحدق ولا يحصل إلا بذلك.
- (٢) (العارية) بتخفيف الياء وتشديدها، وأصلها من عار إذا ذهب وجاء.
- (٣) (الرجوع متى شاء) وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: إن كانت مؤقتة فليس الرجوع قبل الوقت، ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض.
- (٤) (إلى الحصاد) لما فيه من الضرر، وله أجره المثل من حين الرجوع، هذا المذهب واختار المجرد في المحرر أنه لا أجر له جزم به في الوجيز وصححه في النظم.
- (٥) (لزمه) ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط، وظاهره ولو لم يأمره المعير بالقلع.
- (٦) (يضمن له المعير النقص) لأن المستعير إنما حصل غراسه وبنائه في الأرض بإذن ربه ولم يشرط عليه قلعه.

وهي إباحة نفع عين تبقى بعد استيفائه^(١)، وتباح إعارة كل ذي نفع مباح^(٢)، إلا البضع وعبداً مسلماً لكافر وصيداً ونحوه لمحرم وأمة شابة لغير امرأة أو محرم. ولا

- (١) (تبقى بعد استيفائه) قال الحارثي: وهو أمس بالمذهب، والوجه الثاني هبة منفعة كما في الزوائد.
- (٢) (كل ذي نفع مباح) هذا الصحيح من المذهب، وقيل تجب مع غنى المالك اختاره الشيخ.

بقيته بغير رضا المستعير أو قلعه وضمان نقصه، قال المجد: ومتى أمكن قلعه بلا نقص أجبر عليه ومؤنة القلع على المستعير كالمستأجر. وإن أبي القلع^(١) فللمعير أخذه بقيته^(٢) فإن أبي ذلك يباع لهما فإن أبا البيع ترك بحاله وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر الشجر، وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمر، ولا أجره له مدة بقاء الشجر^(٣)، ولو دفع المستعير قيمة الأرض ليمتلكها لم يكن له ذلك^(٤) والأجرة على المستعير من حين رجوع في غراس وبناء وسفينة في لجة بحر وأرض قبل أن يبلى الميت^(٥) ويحتمل أن لا يجب الأجر في شيء من المواضع، لأن حكم العارية باق فيه^(٦) وإن استعار دابة ليركبها إلى موضع معلوم فجاوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة، وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو

- (١) (وإن أبي القلع) في الحال التي لا يجبر عليها بأن كان عليه ضرر فيه ولم يشترط عليه.
- (٢) (أخذه بقيته) بغير رضا المستعير أو قلعه وضمان نقصه، لأن في ذلك دفعاً لضرره وضرر المستعير وجمعاً بين الحقيقتين.

(٣) (مدة بقاء الشجر) قال في المغنى: وقد ذكر أصحابنا فيما إذا استعار أرضاً للزرع فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع فإن عليه أجر مثله من حين رجع المعير، لأن الأصل جواز الرجوع، وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر، ففي دفع الأجر جمع بين الحقيقتين، فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه.

- (٤) (لم يكن له ذلك) نص عليه، لأن له وقتاً ينتهي إليه، ولأنها الأصل والغراس والبناء تابع بدليل تبعهما لها في البيع دون تبعها لهما، وبهذا قال الشافعي.
- (٥) (قبل أن يبلى الميت) لأن بقاء هذه بحكم العارية وفيها ما تقدم.
- (٦) (باق فيه) لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها، والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض.

أجرة لمن أعار حائطاً حتى يسقط، ولا يرد إن سقط إلا بإذنه. وتضمن العارية^(١) بقيمتها يوم تلفت — ولو شرط نفى ضمانها^(٢) — وعليه مؤنة ردها^(٣)، لا المؤجرة، ولا يعيرها^(٤)، فإن تلفت عند الثاني استقرت عليه قيمتها، وعلى معيرها أجرتها^(٥)،

(١) (وتضمن العارية) هذا المذهب سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعد، روى عن ابن عباس وأبي هريرة وبه قال الشافعي وإسحق. زوائد.

(٢) (نفى ضمانها) هذا المذهب وبه قال الشافعي. زوائد.

(٣) (وعليه مؤنة ردها) لقوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه أبو داود.

(٤) (ولا يعيرها) هذا الصحيح من المذهب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة وحكاه صاحب المحرر قولاً لأحمد، وقال مالك: إذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي أعيرها فلا ضمان. ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره، وفارق الإجارة فإنه ملك الانتفاع بها على كل وجه فملك أن يملكها.

(٥) (وعلى معيرها أجرتها) لأن للمالك الرجوع بأجرة المثل، هذا إذا لم يعلم الثاني الحال بل ظنها ملك المعير واستقر ضمان المنفعة على الأول لأنه غر الثاني بدفعها له، وإن كان عالماً بأن لها مالكاً لم يأذن في إعارتها استقر ضمان المنفعة أيضاً على الثاني، وكذا لو أجزها بلا إذنه.

غاصب يأتي حكمه^(١) وإن حمل السيل بذراً إلى أرض فنبت فيها فهو لصاحبه يبقى إلى الحصاد بأجرة مثله، ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته، فإن حمل نوى غرس رجل فنبت في أرض غيره كالزيتون والنخل ونحوه فهو لمالك النوى ويجبر على نقله هنا^(٢) ويكون كغرس الشفيع في أحد الوجهين^(٣)، وإن حمل أرضاً بشجرها فنبت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكها يجبر على إزالتها. وإذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجرة ولا غيرها^(٤) وتجب إعارة المصحف لمن يحتاج إلى القراءة فيه ولم يجد

(١) (يأتي حكمه) أي يؤخذ بقلعه وتسوية الأرض وأرش نقصها وأجرتها.

(٢) (هنا) لأن ضرره يدوم فيجبر على إزالته.

(٣) (في أحد الوجهين) وهو المذهب، قال الناظم: هذا أقوى، لأنه حصل في ملك غيره بغير تفریط ولا عدوان، والثاني كغرس الغاصب لأنه حصل في ملك غيره بغير إذنه.

(٤) (ولا غيرها) لأنه حصل بغير تفریطه ولا عدوانه، فإن شاء صاحب الأرض أخذه لنفسه وإن شاء قلعه.

ويضمن أيهما شاء^(١)، وإن أركب منقطعاً للثواب لم يضمن^(٢). وإذا قال أجزتك قال بلى أعرتني أو بالعكس عقب العقد قبل قول مدعي الإعارة، وبعد مضي مدة^(٣) قول

(١) (ويضمن أيهما شاء) ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه، فإن ضمن الأول رجع على الثاني.

(٢) (لم يضمن) لأن يدرىها عليها لم ينفرد رايها بحفظها إشارة إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا ركبها غير منقطع.

(٣) (وبعد مضي مدة إلى آخره). هذا المذهب وحكى عن مالك، وقال أصحاب الرأي: القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك =

غيره وكذا كتب علم.

(فصل) وإن أعاره أرضاً للغراس أو البناء أو لأحدهما فله ذلك، وأن يزرع ماشاء، لأن ضرره أخف^(١) وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبين وحكمه حكم المستأجر في استيفائها بنفسه أو من يقوم مقامه، وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه^(٢) وعن أحمد يضمن المستعير إن شرطه وإلا فلا^(٣) وقيل هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي^(٤) ولا يضمن مستأجر من

(١) (لأن ضرره أخف) هكذا ذكر الأصحاب ههنا، وذكر في المغنى في الإجارة إن أجرها للبناء امتنع الغراس والزرع لأن ضررها مختلف فتمتنع الزراعة ههنا وهو الصحيح.

(٢) (بشرطه) وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال: المسلمون على شروطهم، وما في المتن المذهب.

(٣) (وإلا فلا) واختاره الشيخ، قال أبو الخطاب: أوماً إليه أحمد، وبه قال قتادة. لقوله عليه الصلاة والسلام لصفوان «بل عارية مضمونة» كما لو أذن في إتلافها.

(٤) (إلا بالتعدي) وبه قال الحسن وعمر بن عبدالعزيز والشعبي والنخعي والثوري وابن سيرين ومالك وأبو حنيفة والأوزاعي، لما روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «ليس على المستعير غير المغل ضمان» قالوا وقول النبي ﷺ «العارية مؤداة» يدل عن أنها أمانة، ولنا قول النبي ﷺ في حديث صفوان «بل عارية مضمونة» وقوله «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، رواه أبو داود والترمذي وقال حسن غريب، وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني.

المالك بأجرة المثل^(١). وإن قال أعرتني أو آجرتني قال بل غصبتني^(٢)، أو قال أعرتك قال بل آجرتني والبهيمة تالفة أو اختلفا في رد فقول المالك.

- = الرابك وادعى عوضاً لها والأصل عدمه. ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى الرابك فكان القول قول المالك.
- (١) بأجرة المثل على الصحيح من المذهب صححه المصنف والشارح، وقيل: له الأقل من المسمى أو أجرة المثل.
- (٢) (بل غصبتني) فإن وقع الاختلاف في عقب العقد والبهيمة باقية أخذها المالك ولا معنى للاختلاف، وإن وقع بعد مضي مدة لها أجر فيحسب عليه أجرة المثل لأن القول قول المالك على الصحيح من المذهب.

مستعير تلف عين عنده بلا تعد ولا تفریط^(١) وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال^(٢) أو كلها لم يضمن، ومؤنة رد العارية على المستعير لا مؤنتها^(٣) وفي الاختيارات قال أبو العباس في قديم خطه. نفقة العين المعارة تجب على المالك أو على المستعير لا أعرف فيها نقلاً، إلا أن قياس المذهب فيما يظهر لي أنها تجب على المستعير^(٤) لأنهم قالوا إنه يجب عليه مؤنة ردها وضمانها إذا تلفت، وهذا دليل على أنه يجب عليه ردها إلى صاحبها كما أخذها منه سوى نقص المنافع المأذون فيها، فإن رد الدابة إلى اصطبل^(٥) المالك أو غلامه لم يبرأ^(٦) إلا أن يردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه.

- (١) (ولا تفریط) هذا إذا كان المستأجر جاهلاً أن العين لها مالك غير المؤجر، فعلى هذا يستقر على المستأجر ضمان المنفعة وعلى المستعير ضمان العين.
- (٢) (بالاستعمال) كخمل المنشقة إذا كان استعمالها بالمعروف، وهو الصحيح من المذهب، وبه قال الشافعي، لأن الإذن تضمنه.
- (٣) (لامؤنتها) فإنها على مالکها من مأكّل ومشرب مادامت عنده.
- (٤) (على المستعير) قال أبو المعالي بن المنجاء في شرح الهداية: ونفقة العين المعارة واجبة على المعير، ووافقه في الرعاية، وذكرها الحلواني في التبصرة وقال إنها على المستعير.
- (٥) (إلى اصطبل) بقطع الهمزة مكسورة وفتح الطاء وسكون الباء غير عربي، أي القائم بحوائجه.
- (٦) (لم يبرأ) وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يبرأ، ولنا أنه لم يردها إلى مالکها ولا إلى نائبه فلم يبرأ منها.

باب الغضب^(١)

متن
الكتاب
الأول

هوامش
الكتاب
الأول

(١) (الغضب) قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبِ اللَّهُ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ﴾، إنما يؤخرهم ليوم تشخص فيه الأبصار ﴿﴾ وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» متفق عليه. وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «من كانت عنده مظلمة لأحد من عرض أو شيء فليتلعل منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم، إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته، وإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه رواه البخاري.

كتاب الغضب

متن
الكتاب
الثاني

الغضب حرام إجماعاً^(١) وهو استيلاء غير حربي^(٢) على حق غيره قهراً بغير حق من عقار وغيره، لكن لا تثبت يد على بضع^(٣) ولا يشترط نقل العين فيكفي مجرد الاستيلاء عرفاً^(٤)، وعنه ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغضب^(٥).

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (إجماعاً) لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس» رواه ابن ماجه والدارقطني. وهو لغة أخذ الشيء ظلماً قاله الجوهري وابن سيده. وفي الشرع: استيلاء إلى آخره.
- (٢) (غير حربي) فإن استيلاء أهل الحرب على المسلمين ليس من الغضب المذكور حكمه بإجماع المسلمين إذ لا خلاف أنه لا يضمن بالاتلاف ولا بالعلف، وإنما الخلاف في وجوب رد عينه إذا قدرنا على أخذه.
- (٣) (على بضع) بضم الباء جمعه أيضاً، يطلق على الفرج والجماع لفظاً، فيصح تزويج سيد أمة بيد غاصب.
- (٤) (عرفاً) أي ما يعد استيلاء في العرف، فلو ركب دابة واقفة لإنسان ليس صاحبها عندها صار غاصباً.
- (٥) (لا يضمن بالغضب) قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يتصور غضبها ولا تضمن بالغضب، فإن أتلفها ضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من غصب شبراً من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» فأخبر النبي ﷺ أنه يغصب ويظلم فيه، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه مالو أخذ الدابة.

وهو الاستيلاء على حق غيره قهراً بغير حق. من عقار^(١) ومنقول^(٢)، وإن غضب كلباً يقتني أو خمر ذمي ردهما^(٣)، ولا يرد جلد ميتة، واتلاف الثلاثة هدر^(٤). وإن استولى على حر لم يضمه، وإن استعمله كرهاً أو حبسه فعليه أجرته^(٥). ويلزم رد

(١) (من عقار) هذا المذهب، وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن. هو الضبعة والنخل والأرض، لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال «من ظلم شبراً من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» متفق على معناه. وفي لفظ «من غضب» فأخبر أنه يغصب ويظلم فيه.

(٢) (ومنقول) كالأنثاء والحيوان ولو أم ولد.

(٣) (ردهما) لأنه يجوز اقتناء الكلب والانتفاع به، ويقر الذمي على شرب الخمر.

(٤) (هدر) وكذا الخنزير، وبهذا قال الشافعي. وقال مالك وأبو حنيفة: يجب ضمان الخمر والخنزير إذا أتلفهما على ذمي. ولنا ما روى جابر أن النبي ﷺ قال «ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» متفق عليه، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذمي كالمترد.

(٥) (فعليه أجرته) لأنه استوفى منافعه وهي متقومة، وفوت بالحبس منفعتها وهي ما لا يجوز أخذ العوض منها.

وتضمن أم الولد بالغصب^(١) ويحرم رد خمر على مسلم^(٢) وإن منع الحر أو العبد من العمل من غير جنس لم تلزمه أجرته، ويتوجه بلى، قلت وهو الصواب. ويلزم رد المغصوب ولو بنى عليه^(٣) إلا أن يكون قد بلى فتجب قيمته، وإن سمر بالمسامير بآباً لزمه قلعها وردها، وإن زرع الأرض^(٤) فردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرته وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها وإن ردها صاحبها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بنفقته في إحدى الروايتين^(٥) والثانية

(١) (بالغصب) وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا تضمن، لأنها لا تجرى مجرى المال، ولأنها تضمن بالقيمة.

(٢) (على مسلم) لأنه إعانة له على ما يحرم عليه، بل تجب إراقتة.

(٣) (ولو بنى عليه) وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة، لا يجب رد الخشب والحجر لأنه صار تابعاً لملكه يستنصر بقلعه. ولنا أنه مغصوب أمكن رده فوجب.

(٤) (وإن زرع الأرض) هذا المذهب، قال في الشرح: لا نعلم فيه خلافاً، لأنه نماء ماله.

(٥) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب، وهو قول أبي عبيد، فيرد البذر وعوض لواحقه من =

المغصوب^(١) بزيادته وإن غرم أضعافه. وإن بنى في الأرض أو غرس لزومه القلع^(٢) وأرش نقصها وتسويتها والأجرة. ولو غصب جارحاً أو عبداً أو فرساً فحصل بذلك

(١) (رد المغصوب) إن كان باقياً لقوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود، وعن عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليرده» رواه أبو داود، فهو لاعب في السرقة جاد في الأذية.

(٢) (لزومه القلع) إذا طالبه المالك، لا نعلم فيه خلافاً لما روي أن النبي ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق» رواه الترمذي وحسنه، ويلزومه رد الأرض إلى ما كانت عليه والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها.

يأخذه بقيمته لأنه بدل عن الزرع ولا أجرة على الغاصب مدة مكثه في الأرض إذا أخذه بنفقته، ويزكيه المالك إن أخذه قبل وجوب الزكاة وبعد على الغاصب، وقال أكثر الفقهاء: يملك إجبار الغاصب على قلعه^(١) ويؤخذ بقلع الغراس والبناء^(٢) وإن طلب رب الأرض أخذه مجاناً أو بقيمته وأبى مالكة إلا القلع فله ذلك. وقال المجد في شرح الهداية: ولصاحب الأرض تملك الغراس والبناء بقيمته مقلوعاً إذا كانت الأرض تنقص بقلعه، وإن غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض، وإن أراد الغاصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه^(٣) وإن رد إليه الشجر بعد أخذ الغاصب الثمرة فهي للمالك كما لو وجدها عليه^(٤) وعنه كالزرع إن أدركها قبل الجذاذ أخذها وإلا فهي للغاصب، وإن أخذ تراب الأرض فضره لبناً

= حرث وسقى وغيرها، لحديث رافع «وهذا خلاف القياس فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله، وصرح به أحمد للأثر.

(١) (على قلعه) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» ولنا حديث رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته» رواه أبو داود والترمذي وقال حسن.

(٢) (والبناء) لو كان شريكاً أو لم يغصبها لكن غرس من غير إذن للتعدي.

(٣) (لم يملك قلعه) لأن الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه.

(٤) (كما لو وجدها عليه) بخلاف الزرع لأنها ثمرة شجرة، قدمه في المغنى والشرح والفاائق والرعايتين والحاوي الصغير والمبدع، والقياس على الزرع ضعيف.

صيداً فلمالكه^(١). وإن ضرب المصوغ^(٢) ونسج الغزل وقصر الثوب أو صبغه ونجر

(١) (فلمالكه) هذا الصحيح من المذهب، وقيل هو للغاصب وعليه الأجرة، وهو احتمال في المغني، قال في حاشية شرح الزاد: تنمة لو زرع الغاصب في الأرض شجراً بنواه فالمنصوص عن أحمد وعليه الأصحاب أنه له، كما في الغراس، ويحتمل كونه لرب الأرض لدخوله في عموم أخبار الزرع، قاله الحارثي واقتصر عليه في الأنصاف، قال المنقول من جواب لشيخنا: اعلم أن الغرس النابت في الأرض المأجورة أو الموقوفة لم نظفر فيه بنص وتعيينا من زمن، وأرسلنا للشيخ عبد الرحمن بن عبد الله الشافعي المفتي فيمن استأجر أرضاً مدة طويلة فنبت فيها غراس الظاهر سقوطه في مدة الإجارة ما حكمه؟ فأجاب: إذا وقع منه نوى في الأرض المذكورة ولم يعرض عنه كان النابت ملكاً للمستأجر إن تحقق أن النوى ملكه، وإن لم يتحقق أو أعرض عنه وكان ممن يصح إعراضه فهو لصاحب الأرض، وإن نما بعمل المستأجر. وفي المستوعب: ولو أعاره أرضاً ببيضاء ليجعل فيها شوكاً أو دواب فتناثر فيها حب أو نوى فهو للمستعير ويجبر على قلعه، فيؤخذ منه عدم وقفه إذا نبت بعد الوقف أو الإجارة في الأرض الوقف، وأنه للمستأجر إذا نبت ونما بعمله اهـ.

(٢) (المصوغ إلى آخره) هذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي لأن عين المغصوب فيه قائمة فلزم ردها إليه، فعلى هذا لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي، وعنه يكون شريكاً في الزيادة اختاره الشيخ.

رده ولا شيء له، وإن طالبه المالك بحله لزمه إن كان فيه غرض صحيح، وإن كان اللبن والأرض للمالك واختار الغاصب نقضه فللمالك منعه، وذبح الغاصب الحيوان لا يحرمها^(١) لكن لا يجوز لأحد أكلها ولا التصرف فيها إلا بإذن مالكها، وإن غضب خيطاً فخاط به حيواناً وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته إلا أن يكون لا حرمة له^(٢) أو يكون مأكولاً للغاصب^(٣) وإن غضب فحل غيره فأنزاه على دابته فالولد تبع

(١) (لا يحرمها) بمعنى أنها صارت كالمتينة لأنها مذكاة ممن فيه أهلية الذكاة، وتأتي في السرقة.
(٢) (لا حرمة له) كالمرتد والخنزير والكلب العقور، فيجب رده لأنه يتضمن تفويت ذي حرمة، أشبه ما لو خاط به ثوباً.
(٣) (لغاصب) والقول الثاني لا يجب قلعه، لأن للحيوان حرمة في نفسه، وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة.

من
الكتاب
الأول

الخشب ونحوه أو صار الحب زرعاً أو البيضة فرخاً والنوى غرساً وأرش نقصه، ولا شيء للغاصب، ويلزمه ضمان نقصه. وإن خصى الرقيق رده مع قيمته^(١)، وما نقص

مواهب
الكتاب
الأول

(١) (مع قيمته) هذا المذهب، وكذا لو قطع يديه أو ما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها وبهذا قال مالك والشافعي.

من
الكتاب
الثاني

لأمه ويلزمه أرش نقصه، وإن غصب دابة ضمن ما نقص من قيمتها ولو بتلف إحدى عينها^(١).

(فصل) وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر^(٢) خير بين أخذه مثله وبين تركه حتى يستقر فساده فيأخذه وأرش نقصه، وإن جنى المغصوب فعلى الغاصب أرشها^(٣) وتضمن زوائد الغصب^(٤) كالولد والثمرة إذا تلفت أو نقصت كالأصل، وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز لزمه مثله منه في أحد الوجهين^(٥) ولا يجوز للغاصب أن يتصرف في قدر ماله منه ولا إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المغصوب منه، فلا يقاسم نفسه إن عرف ربه وإلا تصدق به عنه، وإن اختلط درهم بدرهمين من غير غصب فتلّف اثنان فما بقي بينهما نصفين^(٦) وإن وهب الغاصب الصبغ لمالك الثوب

مواهب
الكتاب
الثاني

(١) (إحدى عينها) فيغرم أرش نقصها فقط لأنه الذي فات على المالك، وما روي عن زيد ابن ثابت «أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها» وروي عن عمر قال في المبدع: لا تعرف صحته، مع أن قول عمر محمول على أنه قدر نقصها.

(٢) (غير مستقر) كحظنة ابتلت وعفنت، لأنه لا يجب له المثل ابتداءً لوجود عين ماله، ولا أرش العيب لأنه لا يمكن معرفته ولا ضبطه إذن.

(٣) (فعل الغاصب أرشها) سواء جنى على سيده أو غيره وعلى غاصبه وماله هدر، إلا في القتل فيقتل ويرجع الغاصب بقيمته.

(٤) (زوائد الغصب) وسواء تلف منفرداً أو مع أصله، وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة: لا يجب ضمانه إلا أن يطالب بها فيمتنع من أدائها.

(٥) (في أحد الوجهين) هذا المذهب، وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء.

(٦) (بينهما نصفين) لأنه يحتمل أن يكون التالف الدرهمين فيختص صاحب الدرهم به، ويحتمل أن يكون التالف درهماً لهذا ودرهماً لهذا فيختص صاحب الدرهمين بالباقي فتساويا لا يحتمل غير هذا، وقال في تصحيح الفروع: قلت ويحتمل القرعة وهو أولى، لأننا متحققون أن الدرهم لواحد منهما لا يشركه غيره، وقد اشتبه علينا فأخرجناه بالقرعة كما في نظائره وهو كثير.

بسعر لم يضمن^(١)، ولا بمرض عاد ببرئه^(٢)، وإن عاد بتعليم صنعة ضمن النقص^(٣)،
وإن تعلم أو سمن فزادت قيمته ثم نسي أو هزل فنقصت ضمن الزيادة^(٤) كما لو

(١) (لم يضمن) هذا المذهب وبه قال جمهور العلماء، وعنه يضمن وبه قال أبو ثور وابن أبي
موسى والشيخ، لأنه يضمنه إذا تلفت العين. ولنا أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين
ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص.

(٢) (ببرئه) هذا المذهب قدمه في الفروع ونصه يضمن وحكى الحارثي وجهاً للشافعية
بالضمان وقواه.

(٣) (ضمن النقص) كما لو غصب عبداً سميناً قيمته مائة فهزل فصار يساوي تسعين وتعلم
صنعة فزادت قيمته بها عشرة لأن الزيادة الثانية غير الأولى.

(٤) (ضمن الزيادة) كما لو غصب عبداً أو أمة وقيمتها مائة فزاد بتعليمه أو في بدنه حتى
صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان صنعته حتى صارت قيمته مائة لزمه
رده وبأخذ من الغاصب مائة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب عليه =

أو تزويق الدار ونحوها لزمه قبله^(١) لا هبة مسامير سمر بها باباً مغصوباً^(٢) وإن وطىء
الجارية مع العلم بالتحريم فعليه الحد، وإن جهل فالولد رقيق تبعاً لأمه ويضمن نقص
الولادة^(٣) وإن تلفت عند مشتر جاهل بالغصب فعليه قيمتها ولا يرجع بها ولا بأرش
بكارة^(٤) بل بثمن على الغاصب سواء جهل أو علم بالغصب لانتفاء صحة العقد^(٥)
وبمهر وأجرة نفع وثمره بستان وكسب وقيمة ولد^(٦). والأيدي المترتبة على الغاصب

(١) (قبله) إذا صبغ بصبغه ثوباً مغصوباً ونحوه، هذا المذهب لأنه صار من صفات العين
كنسج الغزل وعمل حديد إبراً ونحوه: والثاني لا يلزمه، قال الحارثي: هذا أقرب إن شاء
الله تعالى.

(٢) (باباً مغصوباً) لأنها أعيان متميزة أشبهت الغراس.

(٣) (نقص الولادة) لأنه حصل بتعديه، ولا ينتجir بزيادة أمه بالولد وبه قال الشافعي، وقال أبو
حنيفة: ينتجir نقصها بولدها.

(٤) (ولا بأرش بكارة) على الغاصب. لأنه دخل على ضمان العين لأنه بذل الثمن في
مقابلتها.

(٥) (لانتفاء صحة العقد) لأن البائع وكذا المؤجر ليس مالكاً ولا مأذوناً فلا يملك الثمن
بالعقد الفاسد.

(٦) (وقيمة ولد) لأنه دخل على أن ذلك غير مضمون عليه.

عادت من غير جنس الأولى، ومن جنسها لا يضمن إلا أكثرها^(١).

= عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها فلا يردها لأنه رد العين كما أخذها. ولنا أنها زادت على ملك المفضوب منه فلزم ضمانها.
(١) (إلا أكثرها) يعني إذا نسي صنعة وتعلم أخرى وكانت الأولى أكثر ضمن الفضل بينهما لفواته وعدم عوده.

عشر: المشتري والمستعير^(١) والمستأجر^(٢) والمودع والمنتهب^(٣) ويد المتزوج^(٤) ويد المتصرف في المال بما ينمي^(٥) ويد القابض بغير عقد البيع^(٦) ويد المتلف^(٧) ويد الغاصب من الغاصب^(٨). وإن أخذه مالكة بقرض أو شراء أو هبة لم يبرأ^(٩) وقال

- (١) (والمستعير) إذا تلفت العين في يد غير الغاصب فللمالك تضمينه بقيمتها ولو طالب المالك الغاصب بالثمن إذا كان أزيد.
- (٢) (والمستأجر) عكسها إذا ضمنه استقر عليه ضمان المنفعة دون العين، ورجع على الغاصب بالأجرة.
- (٣) (والمنتهب) يرجعان بهما على الغاصب وهو الصحيح من المذهب في المنتهب لأنه دخل مع الغاصب على أن يسلم له العين فينبغي أن يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب.
- (٤) (ويد المتزوج) إن ولدت منه فمات الولد غير عالم بالغصب ولم يشترط حرته وضمنه بقيمته يرجع على الغاصب.
- (٥) (بما ينمي) كالمضارب والشريك والمساقى والمزارع إذا تلف ذلك بيد العامل ونحوه، فإن ضمنه المالك رجع على الغاصب بقيمة وأجرة عمل، وإن ضمن الغاصب رجع بما قبض عامل لنفسه من ربح وثمر وزرع بقيمته مع غاصب لأنه لا يستحق ما قبضه من ذلك لفساد العقد، وللعامل على الغاصب أجر مثله لأنه غره.
- (٦) (البيع) كمن قبض العين عن دين إن غرم قابض رجع بقيمة منفعة، وإن غرم غاصب رجع بقيمة عين والدين بحاله.
- (٧) (المتلف) للمفضوب نيابة عن الغاصب كالدبايح للحيوان والطايخ له، وهذا يرجع على الغاصب بما ضمنه للمالك مع عدم العلم بالحال.
- (٨) (من الغاصب) فالقرار على الثاني مطلقاً.
- (٩) (لم يبرأ) إلا أن يعلم، لكن القياس أن الغاصب يبرأ إذا أخذه المالك قرضاً أو شراء من العين لأن مالكة دخل على أنها مضمونة عليه.

(فصل) وإن خلط بما لا يتميز كزيت، أو حنطة بمثلهما، أو صبغ الثوب، أولت سويقاً بدهن أو عكسه^(١) — ولم تنقص القيمة ولم ترد — فهما شريكان بقدر ماليهما فيه^(٢)، وإن نقصت القيمة ضمنها، وإن زادت قيمة أحدهما فلصاحبه، ولا

(١) (أو عكسه) بأن غضب دهنأ ولت به سويقاً.

(٢) (بقدر ماليهما فيه) هذا المذهب، فيباع ويوزع الثمن على القيمتين، وكذا لو خلط نقداً بمثله.

أحمد في رجل يجد سرقة عند إنسان بعينها قال: هو ملكه يأخذه، إذهب إلى حديث سمرة^(١).

(فصل) وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيفاً أو موزوناً، وكذا لو أتلفه تماثلت أجزاؤه أو تباينت^(٢) إذا كان باقياً على أصله^(٣) وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه^(٤) وقال القاضي: يضمه بقيمته يوم قبض البدل^(٥) وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه^(٦) وإن لم يكن مثلياً^(٧) ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده، فإن كان مصوغاً^(٨) من النقدين أو تبرأ تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه^(٩) وقال القاضي وابن عقيل

(١) (سمرة) عن النبي ﷺ، من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه رواه هشيم.

(٢) (أو تباينت) هذا المذهب وعليه الأصحاب كالأثمان والحبوب والأدهان وغير ذلك، وحكاها ابن عبد البر إجماعاً في المأكول والمشروب، وعنه يضمه بقيمته.

(٣) (على أصله) على حاله حين غضبه، قال أحمد في رواية حرب: ما كان من الذهب والدنانير وما يكال وما يوزن فعليه مثله لا قيمته.

(٤) (مثله يوم إعوازه) هذا المذهب وهو من المفردات، لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم.

(٥) (يوم قبض البدل) لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان هو الواجب دون القيمة.

(٦) (يوم تلفه) لأن القيمة إنما تثبت في الذمة حين التلف.

(٧) (مثلياً) كالثوب والعبد والدابة.

(٨) (مصوغاً) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلى النساء وجب ضمانه بقيمته.

(٩) (قومه بغير جنسه) فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لثلا يفضى ذلك إلى الربا.

يجبر من أبي قلع الصبغ^(١)، ولو قلع غرس المشتري أو بناءه لاستحقاق الأرض رجوع على بائعها بالغرامة^(٢)، وإن أطعمه لعالم بغصبه فالضمان عليه وعكسه بعكسه، وإن

- (١) (من أبي قلع الصبغ) وقال أصحابنا: له ذلك وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس له أخذه لأن فيه إضراراً بالثوب المغصوب فلم يمكن منه.
(٢) (بالغرامة) لأنه يبيعه إياه غره وأوهمه أنها ملكه فكان ذلك سبباً في بنائه وغرسه.

وصاحب الفائق: يجوز تقويمه بجنسه لأن ذلك قيمة والصنعة لها قيمة^(١) فإن كان محلي بالنقدين معاً قومه بما شاء منهما وأعطاه بقيمته عوضاً^(٢) فإن كانت الصناعة حراماً فبالوزن^(٣). وفي الانتصار والمفردات لو حكم حاكم بغير المثل في المثلي وبغير القيمة في المتقوم لم ينفذ حكمه، وكذا متلف بلا غصب ومقبوض بعقد فاسد مما لم يدخل في ملكه^(٤) فلو دخل التالف في ملك متلفه بأن أخذ معلوماً بكيل أو وزن أو حوائج يقال أو نحوه في أيام ولم يقطع سعرها^(٥) ثم يحاسبه بعد فإنه يعطيه بسعر يوم أخذه^(٦) ولو غصب جماعة مشاعاً بين جماعة فرد واحد منهم سهم واحد إليه لم يجز حتى يعطى شركائه^(٧) قال في الفروع: ويتوجه أنه كبيع المشاع^(٨) وإن

- (١) (قيمة) بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرض ذلك، قال بعض أصحاب الشافعي: هذا مذهب الشافعي، وذكر بعضهم مثل القول الأول لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة ربا كالبيع.
(٢) (عوضاً لثلاث يفضى إلى الربا، ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما لأنهما قيم الأموال المتلفات وليس أحدهما بأولى من الآخر.
(٣) (فبالوزن) فلا يجوز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً كالأواني وحلى الرجال، لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً.
(٤) (في ملكه) أي القابض كالمقبوض على وجه السوم فيضمن مثلي بمثله ومتقوم بقيمته.
(٥) (ولم يقطع سعرها) ويدل على أن العقد صحيح. وهذا وإن لم يعين الثمن صحيح لأقامه العرف مقام النطق.
(٦) (بسعر يوم أخذه) لأنه ثبتت قيمته يوم أخذه لتراضيهما على ذلك ولا يراد المثل.
(٧) (حتى يعطى شركاءه) وكذلك لو صالحوه عنه بمال نقله حرب فلا يطيب الانفراد به لأن نصيبه شائع فلا يختص بالمردود.
(٨) (كبيع المشاع اهـ) فيصح ويطيب له المال قاله في الإقناع.

أطعمه لمالكة^(١) أو رهنه أو أودعه أو آجره إياه لم يبرأ إلا أن يعلم، ويبرأ باعارته^(٢)،
(١) (لمالكة) عالماً أنه طعامه برى، غاصبه، وكذا إن أكله بلا إذنه وإن لم يعلم وقال
الغاصب كله فجزم المصنف هنا أنه لا يبرأ وهو المذهب جزم به في الوجيز والفائق
والهداية وغيرهم، ويتخرج أن يبرأ ذكره ابن أبي موسى والمصنف والشارح.
(٢) (ويبرأ باعارته) لأن العارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الغاصب
رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوبه على الغاصب.

تعذر رد المغصوب مع بقاءه^(١) ضمن قيمته، وإن قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة^(٢).
(فصل) وإن كانت للمغصوب أجره فعلى الغاصب أجره مثله مدة مقامه في
يده^(٣) وعنه التوقف في ذلك، وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه، ومنافع
المقبوض بعقد فاسد كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت^(٤).

(فصل) وتصرفات الغاصب الحكمية^(٥) كالحج وسائر العبادات كالطهارة بماء
مغصوب والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في إحدى الروايتين، والأخرى
صحيحة^(٦) وتحرم التصرفات غير الحكمية^(٧) فإن اتجر بالدرهم فالربح والسلع

(١) (مع بقاءه) كعبد آبق وفرس شرد أو شيء تعذر رده.
(٢) (وأخذ القيمة) وبه قال الشافعي، ولا يملك الغاصب العين، وقال مالك وأبو حنيفة: يخير
المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها ويزول ملكه عنها.
(٣) (مدة مقامه في يده) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وسواء استوفى المنافع أو تركها
تذهب، وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع، وهو الذي نصره أصحاب مالك.
(٤) (والتفويت) فيضمنها القابض سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب لما تقدم، بخلاف
عقود الأمانات وكالوديعة ونحوها فلا ضمان في صحيحها، ولهذا يرجع من غرم بسبب
ذلك على الغاصب بما غرم.

(٥) (الحكمية) وهي ما لها حكم صحة وفساد توصف تارة بالصحة وتارة بالفساد.
(٦) (صحيحة) وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطلها المالك، فأما ما اختار المالك
إبطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً، وأما ما لم يدركه المالك فوجه الصحيح فيه
أن الغاصب تكثر تصرفاته ففي القضاء يبطلانها ضرر كثير، وربما عاد الضرر على
المالك. وأن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بزيادته ونمائه له،
والحكم يبطلانها يمنع ذلك.

(٧) (غير الحكمية) كإتلافه وإستعماله كأكله ولبسه وركوبه وحمل عليه وسكنى العقار
لحديث «إن أموالكم وأعراضكم حرام عليكم».

وما تلف أو تغيب من مغصوب مثلي غرم مثله إذن^(١)، وإلا فقيمته يوم تعذره^(٢)،

(١) (إذن) هذا المذهب وعليه الأصحاب، وحكاه ابن عبد البر إجماعاً في المأكول والمشروب، وينبغي أن يستثنى منه الماء في المفازة فإنه يضمن بقيمته في مكانه ذكره في المبدع.

(٢) (يوم تعذره) هذا المذهب وهو من المفردات، لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ، وقال مالك وأكثر أصحاب الشافعي: تجب قيمته يوم المحاكمة.

المشترأة للمالك^(١) سواء قلنا بصحة الشراء أو ببطلانه، وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك^(٢)، وعنه الربح للمشتري وهو قياس قول الخرقى، وتفيد تذكية الغاصب للحيوان حل أكلها في إحدى الروايتين وهي المذهب وتقدم، وإن لم يبق درهم مباح أكل عادته لدعاء الحاجة إلى ذلك^(٣) قال في القواعد: فعلى هذا يتخرج جواز أخذ الفقراء من الصدقة من يد من ماله حرام كقطاع طريق. وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها فسلمها إلى الحاكم ويلزمه قبولها بريء من عهدها كلقطة لم تملك بالتعريف أو لم يعرفها^(٤) وله الصدقة بها بشرط ضمانها^(٥) وبالقيمة ويتملكها^(٦) ومن

(١) (المشترأة للمالك) لحديث عروة بن الجعد، وهذه المسألة مشكلة جداً على قواعد المذهب لأن تصرفات الغاصب غير صحيحة، ولكن نصوص أحمد متفقة على أن الربح للمالك، فخرج الأصحاب ذلك على وجوه كلها ضعيفة، فبناه ابن عقيل على صحة تصرف الغاصب وتوقفه على الإجازة، وتبعه المعنى، وبناه غيرهما على غير ذلك.

(٢) (فكذلك) هذا المذهب، فعلى هذا فالعقد صحيح والإقباض فاسد بمعنى أنه غيره مبريء لعدم إذن المالك لقول ابن عمر «ادفع إليه دراهمه بنتاجها» ولم يستفصل عن عين أو ذمة، ومقتضى ما قيده في المنتهى أنه إذا لم ينو نقد الثمن من المغصوب أن الملك والربح للغاصب.

(٣) (الحاجة إلى ذلك) لا ما عنه غنى كحلوى وفاكهة، قاله في النوادر، قال في الفروع: إذ لا مبيح للزيادة على ما تندفع به الحاجة.

(٤) (أو لم يعرفها) لقيام الحاكم مقام أربابها بالقبض.

(٥) (بشرط ضمانها) لأن الصدقة بدون الضمان إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل وهو غير جائز.

(٦) (ويتملكها) نقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجراً وعلم أن البائع باعه ما لا يملك ولا يعرف له أرباب: أرجو إن أخرج قيمة الآجر فتصدق به أن ينجو من إثمه.

ويضمن غير المثلَى بقيمته يوم تلفه^(١) وإن تخمر عصير فالمثل^(٢)، فإن انقلب خلا دفعه ومعه نقص قيمته عصيراً^(٣).

(١) (يوم تلفه) هذا المذهب وهو من المفردات، لقوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة عدل» متفق عليه، فأمر بالتقويم في حصة الشريك ولم يأمر بالمثل.

(٢) (فالمثل) لأن مالية المغصوب زالت تحت يد الغاصب كما لو أتلفه.

(٣) (قيمته عصيراً) إن نقص لأنه نقص حصل تحت يده، ويسترجع الغاصب ما أداه بدلاً عنه.

الصدقة بما ذكر وقفه أو شراء عين به يقفها كما ذكره الشيخ نصاً ويسقط عنه إثم الغصب^(١) وليس لمن هي عنده أخذ شيء منها ولو كان فقيراً، وقال الشيخ: له الأكل ولو كان عاصياً إذا تاب وكان فقيراً ولو ندم ورد ما غصبه على الورثة بريء من إثمه لا من إثم الغصب^(٢) وذكر المجد فيمن أدا على أن يؤديه فعجز: لا يطالب في الدنيا ولا في الآخرة^(٣)، ولو رده وارث الغاصب فللمغصوب منه مطالبته في الآخرة نصاً^(٤).

(فصل) وإن أكره على إتلافه ضمنه مكرهه، وكذا من أغرى ظالماً بأخذ مال إنسان، وإن حفر بئراً في فنائه لنفسه ضمن ما تلف بها^(١) وإن حفرها في سابلة واسعة لنفع المسلمين لم يضمن، فإن كانت ضيقة ضمن بلا نزاع، وإن بسط في

(١) (إثم الغصب) لأنه عاجز عن ردها إلى أصحابها، فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك إثم غصبها، ولأن قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات، فإذا طلب منه عوض الغصب أحالهم بثواب الصدقة.

(٢) (لا من إثم الغصب) فلا يبرأ منه بل يبقى عليه إثم ما أدخل على قلب مالكة ومضرة المنع من ملكه مدة حياته، والقضاء بلا توبة يزول به حق الأدمي ويبقى مجرد حق الله.

(٣) (ولا في الآخرة) وقاله أبو المعالي الصغير ويقتضى أنه وفاق.

(٤) (نصاً) لأن المظالم لو انتقلت لما استقر لمظلوم حق في الآخرة.

(٥) (ضمن ما تلف بها) هذا المذهب، وسواء أذن فيها الإمام أو لا، وقال أصحاب الشافعي: إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن. وفي الأحكام السلطانية: له التصرف في فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر.

(فصل) وتصرفات الغاصب الحكمية باطلة^(١)، والقول في قيمة التالف أو قدره أو صفته قوله^(٢)، وفي رده وعدم عييه قول ربه^(٣)، وإن جهل ربه تصدق به عنه مضموناً^(٤)، ومن أتلف محترماً^(٥)، أو فتح قفصاً^(٦) أو باباً أو حل وكاء أو رباطاً أو

- (١) باطلة) في إحدى الروايتين وهي المذهب، والرواية الثانية في الزوائد.
(٢) (أو صفته قوله) لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقيم عليه حجة.
(٣) (قول ربه) لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه في يد الغاصب، وكذا إذا أنكر العيب ولا بينة.
(٤) (مضموناً) ويسقط عنه إثم الغصب، وكذا رهون وودائع وسائر الأمانات والأموال المحترمة، ولا يأكل منها إذا كان من أهل الصدقة نص عليه، وأفتى الشيخ بجوازه في الغاصب إذا تاب.
(٥) (ومن أتلف محترماً) هذا المذهب، وسواء في ذلك الخطأ والسهو، واحتراز عن الكلب والسرجين النجس ونحوهما، ويستثنى من ذلك إتلاف حربي مال مسلم وعادل مال باغ وعكسهما فلا يضمنه المتلف.
(٦) (أو فتح قفصاً إلى آخره) هذا المذهب وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا ضمان عليه إلا أن يكون أهاجها حتى ذهب.

مسجد حصيراً أو علق فيه قنديلاً لم يضمن ما تلف به، وإن ربط دابة في طريق ولو واسعاً أو أوقفها فيه^(١) ويده عليها فأتلفت شيئاً أو ترك فيه طيناً ولو قشر بطيخ فتلف به شيء ضمنه الملقى، ومن ضرب دابة مربوطة في طريق ضيق فرسته فمات ضمنه صاحبها ذكره ابن عقيل، وظاهره لو كانت واسعة لا ضمان^(٢) وله قتل هر بأكل لحم ونحوه.

(فصل) وإن مال حائظه قبل وقوعه إلى ملك غيره وكان بحيث لا يمكن نقضه فلا ضمان عليه^(٣) فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن^(٤) وإن

- (١) (أو أوقفها فيه) في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي، لأن الانتفاع بالطريق مشروط بالسلامة، والثانية لا يضمن لأنه غير متعد بوقفها في الطريق الواسع.
(٢) (لا ضمان) لعدم حاجته إلى ضربها فهو أنجاني على نفسه.
(٣) (فلا ضمان عليه) لأنه لم يتعد بينائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه.
(٤) (لم يضمن) في المنصوص عن أحمد، والظاهر عن الشافعي، ونحوه قول الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي، لأنه بناء في ملكه، والميل حادث بغير فعله، وفيه وجه عليه الضمان.

قيداً فذهب ما فيه أو أتلّف شيئاً ونحوه ضمنه، وإن ربط دابة بطريق ضيق^(١) فعثر به إنسان ضمن، كالكلب العقور لمن دخل بيته بإذنه أو عقره خارج منزله^(٢) وما أتلّفت البهيمة من الزرع ليلاً ضمنه صاحبها^(٣)، وعكسه النهار^(٤)، إلا أن ترسل

- (١) (بطريق ضيق) وكذا لو أوقفها في طريق ويده عليها بأن يكون راكباً ونحوه، لحديث النعمان، فوطأت بيد أو رجل فهو ضامن. زوائد.
- (٢) (خارج منزله) لأن اقتناء الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه، والرواية الثانية لا يضمن لقوله «العجماء جبار».
- (٣) (ضمنه صاحبها) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز، وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه. ولنا ما روي عن الزهري عن حزام بن سعيد بن محيصة «أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدته ف قضى رسول الله ﷺ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم» قال ابن عبد البر: هذا وإن كان مرسلًا فهو مشهور، وحدث به الأئمة الثقات وتلقاه أهل الحجاز بالقبول، وسواء فرط أو لم يفرط، والصحيح من المذهب لا ضمان إذا لم يفرط.
- (٤) (وعكسه النهار) قال القاضي: المسألة محمولة على موضع فيه مزارع ومراع، أما القرى التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين كساقية، وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها إرسالها =

طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها، وقال أصحابنا يضمن^(١) ولو انفلتت الدابة ممن هي بيده وأفسدت فلا ضمان^(٢) ويضمن ما وطئت برجلها^(٣) ومن طرد دابة من مزرعته لم يضمن ما أتلّفته من مزرعة غيره، وإن اتصلت المزارع صبر ليرجع على ربها بالقيمة، ولو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان رعت فيه ليلاً ووجد في الزرع أثر غنم ولم يكن هناك غنم لغيره قضى عليه^(٤) والحطب على الدابة إذا خرق ثوب بصير فهدر، وكذا لو كان مستديراً وصاح به منبهاً له فلا ضمان

- (١) (يضمن) وهو مذهب مالك، وعن أحمد رواية، ونحوه قال الحسن والنخعي، وقال أبو حنيفة استحساناً والقياس عنده عدم الضمان.
- (٢) (فلا ضمان) على أحد لقوله «العجماء جرحها جبار» وحديث حزام في الزاد.
- (٣) (ما وطئت برجلها) لما روى النعمان بن بشير مرفوعاً «من أوقف دابته في سبيل المسلمين أو أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن» رواه الدارقطني.
- (٤) (قضى عليه) أي اختص بالضمان عملاً بالقرينة، وعبرة المنتهى: لا تختص المسألة بالغنم، قال الشيخ: هذا قياسه في الأموال.

متن الكتاب الأول بقرب ما تتلفه عادة وإن كانت بيد راكب أو قائد أو سائق ضمن جنايتها بمقدمها^(١) لا بمؤخرها^(٢) وباقي جنايتها هدر كقتل الصائل عليه^(٣) وكسر مزار

مواش الكتاب الأول = بغير حافظ عن الزرع، فإن فعل فعليه الضمان لتفريطه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي.

(١) (ضمن جنايتها بمقدمها) بيد أو فم، هذا المذهب وبه قال شريح وأبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: لاضمان عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام «العجماء جبار» يعني هدر، لنا قوله عليه الصلاة والسلام «والرجل جبار» رواه سعيد بإسناده وتخصيص الرجل بكونها جبار دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها.

(٢) (لا بمؤخرها) برجلها، وبه قال أبو حنيفة. وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها، وهو قول شريح والشافعي.

(٣) (الصائل عليه) لأنه قته دفعاً عن نفسه، فإن كان الصائل بهيمة جاز قتلها إجماعاً، ولا يضمنها إذا كانت لغيره، هذا قول مالك والشافعي وإسحق.

متن الكتاب الثاني فيها ولا قصاص في المال مثل ثوب ونحوه^(١) وعنه في الثوب والعصا والقصعة ونحوها يضمنها بالمثل مراعيًا للقيمة اختاره الشيخ وصاحب الفائق وإن اصطدمت سفينتان ففرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها^(٢) وإن لم يفرط فلا ضمان على واحد منهما لعدم مباشرته التلف^(٣) فإن كانت إحداها منحدره فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون قد غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها ولو أتلف لغيره وثيقة بما لا يثبت ذلك المال إلا بها ففي إلزامه ما تضمنته احتمالان^(٤)، ومن أتلف كتب مبتدعة أو كتب أكاذيب أو كتب كفر لم يضمنها لعدم احترامها، وله الدعاء بما آلمه بقدر يوجبه ألم ظلمه، ولا يفترى على من كذب عليه، بل يدعو الله فيمن يفترى عليه نظيره.

مواش الكتاب الثاني (١) ونحوه على الصحيح من المذهب، بل أرش أو البدل.
(٢) (وما فيها) لأن التلف حصل بسبب فعلها، وإن فرط أحدهما ضمن وحده، والقول قوله في الغلبة عليه وعدم التفريط.

(٣) (لعدم مباشرته التلف) والتفريق أن يكون قادراً على ضبطها أو يكمل آلتها.

(٤) (احتمالان) أحدهما يلزمه كقول المالكية، قاله في الفائق، قال في الإنصاف: وهو الصواب.

وصليب وآنية ذهب وفضة وآنية خمر غير محترمة^(١).

باب الشفعة

وهي استحقاق انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه^(٢) بعرض مالي بثمنه الذي

(١) (غير محترمة) لما روى ابن عمر قال: أمرني رسول الله ﷺ أن آتبه بمدية — وهي

الشفرة، فأتيته بها. فأخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها. وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلم أجد فيها زق خمر إلا شققته» رواه أحمد مختصراً.

(٢) (ممن انتقلت إليه) لما روى جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ربعة أو حائط، لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، =

باب الشفعة^(١)

وهي استحقاق انتزاع الشريك حصة شريكه من يد من انتقلت إليه إن كان مثله في الدين أو دونه^(٢) ولا شفعة فيما انتقل إليه بلا عوض مالي^(٣) ولا تسقط الشفعة بالتحيل لإسقاطها. بل الشفيع على شفيعته ويدفع ما تعاقدوا عليه في الباطن أو قيمة الشقص، ومن الحيل أن يبيعه الشقص بأكثر من ثمنه ويبيعه المشتري عرضاً بأكثر من ثمنه ثم يتحصان^(٤) قال في الفائق: ومن الحيل أن ينفقه المشتري أو يهبه حيلة لإسقاطها^(٥) ولو أصدق المرأة أرضاً فباعت نصفها ثم طلقها الزوج قبل الدخول

(١) (الشفعة) بإسكان الفاء من الشفاعة أي الزيادة، أو من الشفع وهو أحسنها، فإن الشفيع هو الزوج، والشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه فصار شفيعاً.

(٢) (أو دونه) بأن يكون مسلماً والمشتري مسلماً أو كافراً.

(٣) (بلا عوض مالي) كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد لأن ذلك ليس له عوض يمكن الأخذ به كموهوب، والوجه الثاني الشفعة اختاره ابن حامد وأبو الخطاب في الانتصار وابن حمدان.

(٤) (ثم يتحصان) كشقص قيمته مائة وللمشتري عوض قيمته مائة فيبيعه بمائتين ثم يشتري الشقص بمائتين ثم يتحصان أو يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين وهي أقل منها فلا يقدم الشفيع عليه لنقصان قيمته عن المائتين.

(٥) (حيلة لإسقاطها) فلا تسقط بذلك عند الائمة الأربعة، وللشفيع أخذه بدون حكم، وقد ذكر الأصحاب للحيل في إسقاطها صوراً: منها ما تقدم، ومنها إظهار كون الثمن مائة =

استقر عليه العقد، فإن انتقل بغير عوض^(١) أو كان عوضه صداقاً أو خلعاً أو صلحاً
= فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به» وللبخاري إنما الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

(١) (بغير عوض) في قول الأكثرين منهم: مالك، والشافعي، وأبو حنيفة وأصحاب الرأي، إلا
أنه حكى عن مالك رواية أخرى أن الشفعة تجب في المنتقل بهبة أو صدقة، وبأخذه
الشفيع بقيمته. ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث.

فإنه يرجع إليه النصف الباقي في ملكها، ولا شفعة من المشتري من المرأة على
الزوج فيما رجع عليه، ولو تعذر علم قدر الثمن ولا بينة من غير حيلة فقول به يمينه^(١)
وتسقط الشفعة^(٢) ولو تواطأ على شيء وأظهر أكثر فطالبه صاحبه به لزمه في ظاهر
الحكم^(٣) ولا يحل في الباطن لمن غر صاحبه الأخذ، ولا تجب بفسخ يرجع
الشقص إلى العاقد^(٤).

(فصل) وثبتت الشفعة في عقار ينقسم قسمة إجبار، فأما المقسوم المحدود فلا
شفعة فيه لجار^(٥) وقيل تجب الشفعة بالشركة في مصالح عقار^(٦) ولا شفعة فيما لا

= ويكون المدفوع عشرين فقط فالشفيع على شفيعته فيدفع في الأولى قيمة العرض مائة أو
مثل عشرة الدنانير، وفي الثانية عشرين وهكذا، وإن تعذر دفع إليه قيمة الشقص.
(١) (فقله يمينه) بأن قال المشتري لا أعلم الثمن ولا بينة فلا شفعة حيث جهل قدر الثمن
بلا حيلة كما لو علمه عند الشراء ثم نسعى قدره.

(٢) (وتسقط الشفعة) لأنها لا تستحق بغير بدل، ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدعيه.
(٣) (في ظاهر الحكم) إذا عقدا على ثمين وأظهر مائة فطلب البائع المائة لزم أداؤها إن لم
يقم بينة وله تحليف البائع لم يتواطأ معه.

(٤) (إلى العاقد) كرده ببيع أو مقابلة أو لغبن أو اختلاف متبايعين لأنه رفع عقد لا بيع.
(٥) (لجار) هذا المذهب لما روى جابر قال «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم
يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري، وحديث «الجار أحق
بصقيه» قال في القاموس: بما يليه ويقرب منه، وحديث «جار الدار أحق بالدار» ونحوه لا
يبعد أن يراد به الشريك.

(٦) (في مصالح عقار) اختاره الشيخ وصاحب الفائق. وهو ظاهر كلام أحمد، لأنه قال إذا
كان طريقهم واحداً شركاء لم يقسموا.

عن دم عمد فلا شفعة^(١) ويحرم التحيل لإسقاطها^(٢). وتثبت لشريك في أرض تجب قسمتها^(٣) ويتبعها الغرس والبناء^(٤) لا الثمرة^(٥) والزرع فلا شفعة

(١) (فلا شفعة) والوجه الثاني الشفعة اختاره ابن حامد وأبو الخطاب في الانتصار. وابن حمدان.

(٢) (التحيل لإسقاطها) قال الإمام: لا يجوز شيء من الحيل في إبطالها ولا إبطال حق مسلم، واستدل الأصحاب بما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تركبوا ما ركب اليهود فستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي ﷺ «لعن الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوها ثم باعوها فأكلوا ثمنه» متفق عليه.

(٣) (تجب قسمتها) فلا شفعة في منقول كسيف ونحوه لأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص، ولا في الحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو ما لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع منفرداً، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي: لا شفعة في المنقولات، وروي عن مالك مرة كذلك ومرة قال: الشفعة في كل شيء حتى الثوب.

(٤) (والبناء) يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب، ودل عليه قول النبي ﷺ وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار.

(٥) (لا الثمرة) الظاهرة والزرع وبيع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وهو قول الشافعي، لأنهما لا يدخلان في البيع فلا يدخلان في الشفعة كقماش الدار. وقال أبو حنيفة ومالك: يؤخذ بالشفعة مع أصوله وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثل قولهما لأنه متصل بما فيه شفعة.

تجب قسمته كالحمام الصغير والبئر^(١) والعراض الضيقة وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في إحدى الروايتين^(٢) إلا أن البناء والغراس والنهر والبئر والقناة والدولاب يؤخذ تبعاً للأرض، فلو باع المساقى نصيبه من الشجر لغير صاحب الأرض لم يثبت لصاحب الأرض شفعة، وعنه في ذلك الشفعة اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزي والشيخ، وإذا كان علو دار مشتركاً دون أسفلها فباع أحدهم حصته من

(١) (والبئر) ولو كان يسقى أرضهما.

(٢) (في إحدى الروايتين) هذا المذهب في ذلك كله، لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» وقال عثمان «لا شفعة في بئر ولا نخل» والثانية فيه الشفعة اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزي والشيخ قال الحارثي وهو أحق.

لجار^(١). وهي على الفور وقت علمه، فإذا لم يطلبها إذن بلا عذر بطلت^(٢) وإن قال

(١) (فلا شفعة لجار) هذا المذهب وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب والزهري ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحق وأبو ثور وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: يقدم الشريك، فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كالدرج لا ينفذ فيه الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب. وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي: الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال العنبري وسوار: تثبت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال: قال رسول الله ﷺ «الجار أحق بصقبه» رواه البخاري وأبو داود، وروى الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بشفعة جاره، ينظر به إذا كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» وقال حديث حسن. ولنا قول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود صرفت الطرق فلا شفعة، رواه البخاري، وخبرنا صحيح صرح فيقدم، قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه، وما عده من الأحاديث فيها مقال:

(٢) (بطلت) وهذا ظاهر المذهب، لما روي عن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «الشفعة =

العلو فلا شفعة فيه لأنه بناء مفرد لا أرض معه له، ولا شفعة في طريق نافذ^(١) فإن كان غير نافذ لكل واحد من أهله فيه باب فباع أحدهم داره بطريقها أو باع الطريق وحده وكان الطريق لا يقبل القسمة أو يقبلها وليس لدار المشتري طريق إلى داره سوى تلك الطريق ولا يمكن فتح باب لها إلى شارع فلا شفعة^(٢) وإن كان الطريق يقبل القسمة ولدار المشتري طريق آخر إلى شارع أو أمكن فتح باب لها إلى شارع وجبت^(٣) وكذا دهليز دار وضحن دار مشتركان^(٤) ولا شفعة بالشرب^(٥) وهو النهر أو

(١) (نافذ) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» رواه أبو عبيد في الغريب، والمنقبة الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد.

(٢) (فلا شفعة) للحديث السابق ولحصول الضرر على المشتري بوجوبها، لأن الدار تبقى لا طريق لها.

(٣) (وجبت) الشفعة في الطريق المشترك المذكور، لأنه أرض مشتركة يحتمل القسمة فوجبت الشفعة كغيره.

(٤) (مشتركان) والدهليز ما بين الباب والدار، والضحن وسط الدار، فإذا بيعت دار لها دهليز مشترك أو بيت بابه في ضحن دار مشتركة ولا يمكن الاستطراق إلى المبيع إلا من ذلك الدهليز أو الضحن فلا شفعة فيها للضرر فكان كالطريق المشترك في وجوب الشفعة وعدمه على التفصيل.

(٥) (بالشرب) بكسر الشين المعجمة وسكون الراء المهملة.

المشتري يعني أو صالحني^(١) أو كذب العدل^(٢) أو طلب أخذ البعض سقطت^(٣).

= كحل العقال» رواه ابن ماجه وهو واه، وفي لفظ «الشفعة كنشط العقال إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها» وهو قول الأوزاعي وأبي حنيفة والعبري والشافعي في جديد قوله، وعن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي. زوائد.

(١) (أو صالحني) هذا الصحيح من المذهب، وقيل لا تسقط اختاره القاضي وابن عقيل، لأنه لم يرض بإسقاطهما وإنما بالمعاوضة عنها، ومحل الخلاف في سقوط الشفعة، أما الصلح عنها فلا يصح قولاً واحداً وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك فجاز كأخذ العوض عن تملك امرأة أمرها ولنا أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يظن ما قاله.

(٢) (أو كذب العدل) فإن كذب فاسقاً لم تسقط لأنه لم يعلم الحال على وجهه.

(٣) (سقطت) شفعتها، هذا المذهب وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي، وقال أبو يوسف: لا تسقط.

البئر يسقى أرض هذا وأرض هذا، فإذا باع أحدهما أرضه المفززة فليس للآخر الأخذ بسبب حقه من الشرب، ولا فيما لا تجب قسمته كحمام صغير وبئر وطرق وعراض ضيقة^(١).

(فصل) ويلزمه الطلب ساعة يعلم، وعن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد ما يدل على الرضى^(٢) وقال القاضي، له طلبها في المجلس وإن طال^(٣) فإن لم يعلم بالبيع فهو على شفعتها ولو مضى سنون^(٤) ثم إن كان المشتري

(١) (وعراض ضيقة) لحديث أبي عبيد السابق، ولقول عثمان، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفعة فيتضرر البائع، فإن كان مع البئر بياض أرض بحيث تحصل البئر بأحد النصيبين وجبت الشفعة.

(٢) (على الرضى) وهو قول مالك وقول الشافعي، إلا إن مالكا قال تنقطع بمضي سنة. ولنا الحديث، وروي عن النبي ﷺ: «الشفعة لمن واثها» رواه الفقهاء في كتبهم.

(٣) (وإن طال) لأن المجلس كحالة العقد بدليل التقابض لما يعتبر القبض.

(٤) (سنون) وكذا لو أخره لعذر بأن علم ليلاً فأخره إلى الصباح أو لحاجة أكل أو شرب أو نحوه.

والشفعة لاثنين بقدر حقيهما^(١) فإن عفا أحدهما أخذ الآخر الكل أو ترك^(٢)، وإن

- (١) (بقدر حقيهما) هذا المذهب، قال الحارثي: المذهب عند الأصحاب جميعاً تفاوتت الشفعة بتفاوت الحصص وبه قال مالك، فدار بين ثلاثة نصف وثلاث سدس. فباع رب الثلث فالمسألة من ستة: لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب السدس واحد.
- (٢) (أو ترك) هذا المذهب وحكاه ابن المنذر إجماعاً وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة، لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري.

غائباً عن المجلس حاضراً في البلد فالأولى أن يشهد على الطلب^(١) ويبادر إلى المشتري بنفسه أو وكيله، فإن بادر هو أو وكيله من غير إسهاد فهو على شفעתه، وإن اقتصر على الطلب مجرداً عن مواجهة المشتري قال الحارثي فالمذهب الإجزاء^(٢) وإن كان غائباً فسار في طلبها ولم يشهد مع القدرة على الإسهاد سقطت شفעתه في أحد الوجهين^(٣) وإن أظهر له زيادة في الثمن أو نقصاً في المبيع أو أن المشتري غيره لم تسقط، ولا يصح الصلح عنها^(٤) وإن دل في البيع أو توكل لأحد المتبايعين^(٥) أو جعل له الخيار فاختر إمضاء البيع فهو على شفעתه^(٦) وقيل تسقط إذا كان وكيلاً للمشتري اختاره القاضي، وإن أسقط شفעתه قبل البيع لم تسقط^(٧)

- (١) (على الطلب) فله أن يخاصم ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين، لأن الإسهاد دليل على رغبته خلافاً لأبي حنيفة.
- (٢) (الإجزاء) وصرح به في المحرر، لكن بقيد الإسهاد، ومفهوم إيراد بعضهم عدم الإجزاء أن الواجب المواجهة.
- (٣) (في أحد الوجهين) وهو المذهب، لأن السير يكون لطلب الشفعة وغيره.
- (٤) (الصلح عنها) قولاً واحداً، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك، وإن بذل للشفيع عوضاً ليسقط شفעתه وقيل الشفيع فليس بحيلة، وتسقط شفעתه بذلك لأنه فرط، وإن بذل له بعد ما شفع لم تسقط لأنه ملكه بالشفعة. من حاشية الزاد.
- (٥) (لأحد المتبايعين) هذا المذهب، وهو ظاهر مذهب الشافعي.
- (٦) (على شفעתه) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط. ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة كالأذن في البيع.
- (٧) (لم تسقط) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي والبيتي وأصحاب الرأي.

اشترى اثنان حق واحد^(١) أو عكسه^(٢) أو اشترى واحد شقصين من أرضين^(٣) صفقة

- (١) (حق واحد) صفقة واحدة هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي لأنهما مشتريان فجاز للشريك أخذ نصيب أحدهما.
(٢) (أو عكسه) بعدد البائع والمشتري واحد فللشفيح أخذ أحدهما في أصح الوجهين.
(٣) (من أرضين) فللشفيح أخذ أحدهما على الصحيح من المذهب، لأن الضرر قد يلحقه بأرض دون أرض، وهو من المفردات.

وقيل تسقط اختاره الشيخ^(١) وإذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء^(٢) فإن كان الأخذ أحظ لزم الولي وثبت ملك الصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ^(٣) وإن تركها الولي وفيها حظ للصبي لم تسقط، وللصبي الأخذ بها إذا كبر^(٤) وقال ابن حامد: إن تركها لحظ الصبي أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت^(٥) وقال القاضي: يحتمل أن لا تسقط^(٦).

(فصل) فإن كان الشفعاء غائبين فقدم أحدهم فليس له إلا أن يأخذ الكل أو يترك، فإذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه إن شاء أو عفا فبقي للأول، والشفعة توزع بينهم على قدر ملكهم، وعنه على عدد الرءوس، فإن كان المشتري شريكاً

- (١) (اختاره الشيخ) وهو قول الحكم والثوري وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام «من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط — إلى قوله — وإن شاء تركه ومحال أن يقول رسول الله ﷺ فإن شاء ترك ولا يكون لتركه معنى. قلت وهذا هو الحق الذي لا ريب فيه، قاله في حاشية المقنع.
(٢) (عامة الفقهاء) منهم الحسن وعطاء ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له.
(٣) (بعد البلوغ) في قول مالك والشافعي، وقال الأوزاعي: ليس للولي الأخذ بها.
(٤) (إذا كبر) وهو المذهب وبه قال الأوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن.
(٥) (سقطت) وهو ظاهر مذهب الشافعي واختاره الشيخ، لأن الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب.
(٦) (يحتمل أن لا تسقط) فإن لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب، وبه يبطل ما ذكره من الضرر في الانتظار. إذا ثبت هذا فإن للصغير إذا كبر الأخذ بها في ظاهر قول الخرقى سواء عفا أو لم يعف، وهو ظاهر كلام أحمد وقول الأوزاعي.

من
الكتاب
الأول

واحدة فللشفيع أخذ أحدهما، وإن باع شقصاً^(١) وسيفاً أو تلف بعض المبيع^(٢) فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن. ولا شفعة بشركة وقف^(٣)، ولا غير ملك

- موامش
الكتاب
الأول
- (١) (وإن باع شقصاً) وبه قال أبو حنيفة والشافعي لأنه تجب فيه الشفعة إذا بيع منفرداً فكذلك إذا بيع مع غيره. وقال مالك: تثبت فيهما. ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه شفعة فلم يؤخذ بها.
- (٢) (أو تلف بعض المبيع) ولو بفعل الله تعالى، وبه قال الثوري وأبو يوسف والشافعي، لأنه تعذر أخذ الكل فجاز له أخذ الباقي.
- (٣) (بشركة وقف) على الصحيح من المذهب، لأن مستحقه غير تام الملك.

من
الكتاب
الثاني

فالشفعة بينه وبين الآخر^(١)، فإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيره لم تصح الهبة وسقطت^(٢) وإذا كانت داراً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالبيعين، وله أن يأخذ بأحدهما، فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفעתه في أحد الوجهين^(٣)، وإن أخذ بالأول لم يشاركه، وإن أخذ بهما لم يشاركه في شفعة الأول ولا في شفعة الثاني في أحد الوجهين^(٤) وإن تلف بعض المبيع أو انهدم ولو بفعل الله تعالى فللشفيع أخذ الباقي. وقال ابن حامد: إن كان تلفه بفعل الله فليس له أخذه إلا بجميع الثمن^(٥).

(فصل) وإن تصرف مشتريه بوقفه أو هبته أو تصدق به سقطت شفעתه^(٦) وقال أبو

- موامش
الكتاب
الثاني
- (١) (وبين الآخر) وبه قال أبو حنيفة والشافعي لأنهما تساويا في الشركة، وحكى عن الحسن والشعبي لا شفعة للآخر لأنه لا ضرر في شرائه.
- (٢) (وسقطت) الشفعة، لأن ذلك دليل إعراضه عنها.
- (٣) (في أحد الوجهين) وهو الصحيح من المذهب هذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي والثاني لا يشاركه فيها.
- (٤) (وفي أحد الوجهين) قال الحارثي: وهو الأصح، قال في الإنصاف وهو الصواب، وحزم به في الإقناع لأنه لم تسبق له شركة.
- (٥) (بجميع الثمن) أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول الشافعي، لأن الأخذ بغير شيء إضرار به والضرر لا يزال بالضرر. ولنا أنه تعذر أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي.
- (٦) (سقطت شفעתه) هذا المذهب في الجميع، لأنه الشفعة إنما تثبت في المملوك، وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً.

سابق^(١)، ولا لكافر على مسلم^(٢).

- (١) (ملك سابق) للرقبة لا لمنفعة كدار موسى بمنفعتها، لأن الشفعة إنما تثبت للشريك.
(٢) (ولا لكافر على مسلم) روي ذلك عن الحسن والشعبي، وقال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي: له الشفعة، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه». ولنا ما روى الدارقطني عن أنس أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به.

بكر لا تسقط^(١) وإن باع فللشفيع الأخذ بأي البيعين شاء^(٢)، فإن أخذ بالأول رجع الثاني على الأول، ولا تسقط برهنه وإجازته، وينفسخان بأخذه بالشفعة من حين أخذه^(٣)، ولا يصح تصرفه بعد الطلب بل يحرم، وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة أو تحالف ثم علم الشفيع فله الأخذ بها، وبأخذه بالعيب والإقالة بالثمن الذي وقع عليه العقد^(٤) وفي التحالف بما حلف عليه البائع، وإن فسخ البائع لعيب في الثمن المعين قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة^(٥) وإن كان الفسخ بعد الأخذ بالشفعة استقرت للشفيع وللبيع إلزام المشتري بقيمة شقصه ويتراجع المشتري والشفيع بما بين القيمة والثمن^(٦) ولا يرجع شفيع على مشتر بأرض في ثمن عفا عنه بائع، وإن قاسم

- (١) (لا تسقط) وبأخذه بالثمن الذي وقع به البيع، وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لأن حق الشفيع أسبق فلم يملك المشتري تصرفاً يبطل حقه، قال المصنف: القياس قول أبي بكر، قال في الفائق: وخص القاضي النص بالوقف ولم يجعل غيره مسقطاً، واختاره شيخنا، يعني به تقى الدين.
(٢) (وإن باع إلى آخره) هذا المذهب، لأن سبب الشفعة الشراء وقد وجد منهما، وعلم منه صحة تصرف المشتري في الشقص قبل الطلب لأنه ملكه.
(٣) (من حين أخذه) هذا أحد الوجوه وهو المذهب، والثاني لا تنفسخ ويستحق الإجارة من يوم أخذه، والثالث للشفيع الخيار.
(٤) (الذي وقع عليه العقد) إذا رضى الشفيع بالعيب، فلا رد للمشتري لخروج الشقص عن ملكه، وله الأرض للعيب.
(٥) (فلا شفعة) لما فيها من الإضرار بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه بوجود العيب.
(٦) (بما بين القيمة والثمن) فيرجع دافع الأكثر منهما بالفضل، فإذا كان قيمة الشقص مائة وقيمة العبد الذي هو الثمن مائة وعشرين وكان المشتري أخذ المائة والعشرين من الشفيع =

(فصل) وإن تصرف مشتريه بوقفه^(١) أو هبته أو رهنه^(٢) لا بوصية سقطت الشفعة وبيع فله أخذه بأحد البيعين^(٣)، وللمشتري الغلة والنماء المنفصل^(٤) والزرع والثمرة الظاهرة^(٥)، فإن بنى أو غرس فللشفيع تملكه بقيمته^(٦) وقلعه ويغرم نقصه^(٧)، ولربه

(١) (وإن تصرف مشتريه بوقفه إلى آخره) هذا المذهب في الجميع، لأن الشفعة تثبت في المملوك وقد خرج عن كونه مملوكاً، قال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها. زوائد.

(٢) (أو رهنه) هذا أحد الوجهين: والوجه الثاني لا تسقط وهو المذهب.

(٣) (بأحد البيعين) فإن أخذ بالأول رجع الثاني على الأول بما دفعه له من الثمن وينفسخ البيع الثاني، وإن كان ثم ثالث فأكثر رجع الثاني على الأول والثالث على الثاني وهلم جرا، وإن أخذ بالأخير فلا رجوع واستقرت العقود.

(٤) (والنماء المنفصل) لأنه ملكه والخراج بالضمان.

(٥) (والثمرة الظاهرة) أي المؤبرة، ويبقى إلى الحصاد والجذاذ لأن ضرره لا يبقى بلا أجره على المذهب، وقيل تجب في الزرع الأجرة، وعلم منه أن النماء المتصل كالشجر إذا كبر والطلع إذا لم يؤبر يتبع في الأخذ بالشفعة كالرد بالعيب.

(٦) (فللشفيع تملكه بقيمته) فتقوم الأرض مغروسة أو مبنية ثم تقوم خالية منهما فما بينهما فهو قيمة الغراس والبناء.

(٧) (ويغرم نقصه) أو يترك الشفعة، وبهذا قال الأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وإسحق، لأنه يبنى ملكه الذي ملك.

المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر زيادة في الثمن ونحوه فغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص^(١) فإن اختار أخذه فأراد المشتري قلعه فله ذلك. وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط في أحد الوجهين.

= رجع الشفيع عليه بالشرين لأن الشقص إنما استقر عليه بالمائة.

(١) (ويضمن النقص) وبهذا قال الأوزاعي وجمع ذكرتهم في الزاد، وقال حماد بن سليمان والثوري وأصحاب الرأي: يكلف المشتري القلع ولا شيء له، لأنه بني فيما استحق عليه أخذه، فأشبهه الغاصب. ولنا قوله «لا ضرر ولا إضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك.

أخذه بلا ضرر^(١)، وإن مات الشفيع قبل الطلب بطلت^(٢) وبعده لوارثه^(٣) ويؤخذ بكل الثمن^(٤)، فإن عجز عن بعضه سقطت شفيعته. والمؤجل يأخذ الملىء به^(٥)، وضده

- (١) (ولر به أخذه بلا ضرر) قال في الإقناع ولو مع ضرر ولا يضمن نقص الأرض، وقيل يضمن.
- (٢) (بطلت) قال أحمد: الموت يبطل ثلاثة أشياء: الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذي اشترط له الخيار، روي سقوطها بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي، وبه قال الثوري وإسحق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي: يورث.
- (٣) (وبعده لوارثه) لأن الحق قد تقرر بالطلب، ولذلك لا تسقط بتأخير الأخذ بعده.
- (٤) (بكل الثمن) لما في حديث جابر أنه قال عليه الصلاة والسلام «هو أحق به بالثمن» رواه الجوزجاني فلو اشتراه من مدينة بمائة وهو قيمته ثمانون لزم الشفيع مائة أحق به بالثمن.
- (٥) (يأخذ الملىء به) هذا المذهب وبه قال مالك وإسحاق، وقال الثوري لا يأخذ إلا بالنقد حالاً. ولنا أن التأجيل من صفات الثمن فيأخذ به.

(فصل) وإن طلب الإمهال في الثمن أمهل يومين أو ثلاثة، وللمشتري الفسخ^(١) بعدها بلا حاكم^(٢) وإن كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالأجل^(٣) ولو لم يتفق طلب الشفعة إلا عند حلول الأجل أو بعده فقال في الإقناع: فكالحال، وقال في حاشية المقنع: ثبت له استئناف الأجل^(٤) وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله إن كان ذا مثل وإلا فقيمته^(٥) والشفعة نوع من البيع، لكن لا خيار فيها لأنه قهري، ولا شفعة في خيار قبل انقضائه^(٦) وبيع المريض كبيع الصحيح. وإن أقر بائع ببيع وأنكر مشتري أخذه الشفيع من يد البائع، وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه مع إنكاره فيدفع الثمن إلى البائع إن لم يقر بقبضه وإلا بقي في يد الشفيع

- (١) (وللمشتري الفسخ) لأنه تعذر عليه الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كبائع بضمن حال.
- (٢) (بلا حاكم) لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم حاكم فلا يقف فسخ للأخذ بها عليه كالرد بالعيب.
- (٣) (أخذه الشفيع بالأجل) هذا المذهب، وقال أبو حنيفة لا يأخذ إلا بضمن حال. ولنا أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته. زاد.
- (٤) (استئناف الأجل) قطع به الحارثي ونصره قاله في الإنصاف، والعمل على ما في الإقناع.
- (٥) (وإلا فقيمته) وقت لزومه، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي.
- (٦) (قبل انقضائه) سواء كان خيار مجلس أو شرط لهما أو لأحدهما، وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك إليه فملك الشفيع الأخذ.

بكفيل مليء ويقبل في الخلف مع عدم اليقينة قول المشتري^(١) فإن قال اشترته بألف أخذ الشفيع به ولو أثبت البائع أكثر^(٢)، وإن أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري وجبت^(٣) وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع^(٤).

- (١) (قول المشتري) وبه قال الشافعي، لأن المشتري العاقد فهو أعلم بالثمن.
- (٢) (ولو أثبت البائع أكثر) لأن المشتري مقر له بإستحقاقه بألف فلم يستحق الرجوع، بأكثر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بألفين أخذه الشفيع بهما.
- (٣) (وجبت) في أحد الوجهين، وهو المذهب وبه قال أبو حنيفة والمزني، فيقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن. الثاني لا تجب وهو قول مالك، قال الحارثي. وهذا أقوى، لأن الشفعة فرع البيع ولا يثبت إلا بثبوت الأصل.
- (٤) (على البائع) إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقاً فرجوعه بالثمن على المشتري =

أمانة حتى يطلبه المشتري أو يدفعه إلى الحاكم فيحفظه له إلى أن يدعيه، وإن أبى المشتري قبض المبيع ليسلمه للشفيع أجبره الحاكم عليه^(١) وقال أبو الخطاب: قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع^(٢) ولم ير أحمد في أرض السواد شفعة، وكذا الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر كأرض الشام ومصر وغيرها مما لم يقسم بين الغانمين إلا أن يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه فتثبت فيه^(٣) ولا شفعة للمضارب على رب المال^(٤) ولا لرب المال على المضارب^(٥) فيما يشتريه للمضاربة في أحد الوجهين.

- (١) (أجبره الحاكم عليه) هذا المذهب، لأن القبض واجب ليحصل حق المشتري من تسليمه.
- (٢) (من يد البائع) واختاره المصنف، وقال الحارثي: هو الأصح، وبه قال أبو حنيفة للزوم العقد في العقار قبل القبض وجواز التصرف فيه بنفس العقد.
- (٣) (فتثبت فيه) قاله في المغني والشرح، لأنه يختلف فيه، وحكم الحاكم ينفذ فيه وفعله كحكمه.
- (٤) (على رب المال) وصورته أن يكون للمضارب شقص في دار فيشتري من مال المضاربة بقيتها فلا شفعة له على الأصح إن ظهر ربح، وإن لم يظهر ربح وجبت لأنه أجنبي، هذا على القول بملك المضارب حصته من الربح بالظهور.
- (٥) (على المضارب) وصورته أن يكون لرب المال شقص من دار فيشتري المضارب من مال المضاربة بقيتها فلا شفعة لرب المال لأن الملك له فلا يستحق الشفعة على نفسه.

باب الوديعة^(١)

= ورجوع المشتري على البائع، وإن وجده معيباً فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه والمشتري يرده على البائع أو يأخذ الأرش منه. وبه قال الشافعي. وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري، وقال أبو حنيفة إن أخذه من المشتري فالعهدة عليه، وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه. ولنا أن الشفيع ملك الشقص من جهة المشتري فهو كبائعه.

(١) (الوديعة) أجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع، وسنده قوله تعالى: ﴿إِنِ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام: «أد الأمانة إلى من إئتمنتك، ولا تخن من خانك» رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر علياً أن يردها إلى أهلها.

باب الوديعة^(١)

والإيداع توكيل في حفظه تبرعاً، والاستيداع توكل في حفظه كذلك بغير تصرف، وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة^(٢)، وهي أمانة لاضمان عليه فيها^(٣). وإن تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين^(٤) ولو لم يتلف من ماله شيء. وإن شرط عليه ضمانها أو قال أنا ضامن لها لم يضمن، فإن أذن المالك في التصرف وفعل صارت عارية مضمونة، وهي عقد جائز من الطرفين، ومن حصل بيده أمانة بغير

(١) (الوديعة) اسم للمال أو المختص ككلب صيد، والمودع بفتح الدال أي المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض، فيخرج عن هذا مالا يحترم كالخمر، وبقيد عدم العوض الأجير على حفظ المال.

(٢) (الأمانة) لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته.

(٣) (لا ضمان عليه فيها) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ «من أودع وديعة فلا ضمان عليه» رواه ابن ماجه.

(٤) (في أصح الروايتين) والثانية إن ذهبت من بين ماله ضمنها، لما روي عن عمر أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله، والأول أصح لأن الله سماها أمانة، والضمان ينافيها وقال عليه الصلاة والسلام «ليس على المودع غير المغل ضمان» رواه الدارقطني بإسناد ضعيف.

إذا تلفت من بين ماله ولم يتعد ولم يفرط لم يضمن^(١)، ويلزمه حفظها في حرز مثلها، فإن عينه صاحبها فأحزرها بدونه ضمن، وبمثلها أو أحرز فلا^(٢)، وإن قطع العلف عن الدابة بغير قول صاحبها ضمن^(٣). وإن عين جيبه فتركها في كفه أو يده

- (١) (لم يضمن) هذا المذهب، وروى عن أبي بكر، وعليه وابن مسعود رضي الله عنهم، وبه قال شريح، والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي.
- (٢) (أو أحرز فلا) هذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله.
- (٣) (ضمن) لأن العلف من كمال الحفظ، بل هو الحفظ بعينه، وإن نهى المالك عن علفها وسقيها لم يضمن وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي.

رضا صاحبها كاللقطة. ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً وجب المبادرة إلى الرد مع العلم بصاوبها والتمكن منه، وله إعلامه ذكره جمع^(١)، وإن قال: لا تخرجها ولو خفت عليها فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن^(٢) ووديع البهيمة إن تعذر عليه صاحبها أو وكيله رفع أمرها إلى الحاكم وفعل ما يرى الحظ لصاحبها^(٣) وإن خاف المقيم على الوديعة إذا سافر بها ولم يجد مالكة ولا وكيله في قبضها دفعها إلى الحاكم المأمون^(٤)، فإن تعذر ذلك أودعها ثقة^(٥) أو دفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار، وحكم من حضرته الوفاة حكم من أراد سفراً في دفعها إلى الحاكم أو ثقة وإن منعها بعد أن طالبها شرعاً ضمن، ولا تعود وديعة إلا بعقد جديد، وإن أنكر صاحبها موجب التلف من نار أو سبيل أو أمر ظاهر لزم المستودع البينة، فإذا ثبت

- (١) (ذكره جمع) قال في الإنصاف: وهو مراد غيرهم، لأن مؤنة الرد لا تجب، وإنما يجب التمكين من الأخذ.
- (٢) (لم يضمن) هذا المذهب، فإن أخرجها في هذا الحال لغير خوف ضمن.
- (٣) (ما يرى الحظ لصاحبها) فإن أذن الحاكم لمن هي بيده أن ينفق عليها فالأولى أن يقدره له قطعاً للنزاع ويرجع به على صاحبها.
- (٤) (الحاكم المأمون) والصواب هنا أن يراعى الأصلاح في دفعها إلى الحاكم والثقة، فإن استوى الأمران فالحاكم.
- (٥) (أودعها ثقة) لفعله عليه الصلاة والسلام ولما أراد أن يهاجر، أودع الودائع التي عنده لأمر أيمن الحديث.

ضمن وعكسه بعكسه، وإن دفعها إلى من يحفظ ماله أو مال ربها لم يضمن^(١) وعكسه الأجنبي والحاكم^(٢)؛ ولا يطالبان إن جهلا^(٣) وإن حدث خوف أو سفر ردها

- (١) (لم يضمن) هذا المذهب، لجريان العادة به، ويصدق في وجود التلف والرد، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي: يضمن.
- (٢) (الأجنبي والحاكم) لغير عذر فعليه الضمان، إلا أن يدفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله، وبه قال شريح ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي وإسحق.
- (٣) (ولا يطالبان إن جهلاً) ولم يفترطاً، وإلا ضمن المستودع الوديعة لأنه ليس له أن يودع بلا عذر لخوف موت ونحوه.

لم يلزمه بينة التلف لتعذره^(١) وإن خلطها بتميز^(٢) أو اختلط غير متميز بغير تفريط منه لم يضمن، فإن ضاع البعض جعل من مال المودع، وقال المجدد: لا يبعد أن يكون الهالك منهما، وإن أخذ درهماً ثم رده أو بدله متميزاً^(٣) أو أذن له في أخذه منها ورد بدله بلا إذن فضاع الكل ضمنه وحده، وإن رد بدله غير متميز ضمن الجميع^(٤)، ويحتمل أن لا يضمن غيره^(٥)، وإن أودعه صبي وديعة ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه إلا أن يأخذها لحفظها حسنة فلا ضمان عليه^(٦)، وإن أودع الصبي وديعة فتلقت بتفريطه أو أتلفها لم يضمن^(٧)، وقال القاضي: يضمن، ويضمن العبد المكلف في رقبته إذا أتلفه؛ وإذا مات إنسان وثبت عنده وديعة ولم توجد بعينها فهي

- (١) (لتعذره) فلم يطالب بها كما لو أدى نقلها بأمر خفي، وهذا قول الشافعي.
- (٢) (وإن خلطها بتميز) كدراهم بدنانير أو دراهم بيض بسود.
- (٣) (أو بدله متميزاً) إلى آخره، هذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال مالك: لا ضمان عليه إذا رده أو مثله، ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ، بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه، فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب.
- (٤) (ضمن الجميع) هذا المذهب، لخلطه الوديعة بما لا تتميز منه.
- (٥) (أن لا يضمن غيره) وهو رواية، جزم به القاضي في التعليق وقطع به أبو الحسين القاضي واختاره أبو بكر، وقال الحارثي: وهو المذهب، ومال إليه في المعنى.
- (٦) (فلا ضمان عليه) كالمال الضائع والموجود في مهلكة إذا أخذه وتلف، وكذا لو أخذ المال من الغاصب تخلصاً له ليرده إلى مالكة.
- (٧) (لم يضمن) هذا المذهب، وهو ظاهر قول أبي حنيفة، قال ابن عقيل: وهو أصح عندي.

على ربها^(١) فإن غاب حملها معه إن كان أحرز^(٢) وإلا أودعها ثقة^(٣)، ومن أودع دابة فركبها لغير نفعها أو ثوباً فلبسه أو دراهم فأخرجها من محرز ثم ردها أو رفع الختم ونحوه أو خلطها بغير متميز فضاع الكل ضمن^(٤).

- (١) (ردها على ربها) أو وكيله فيها، لأن في ذلك تخليصاً له من دركها، فإن دفعها للحاكم إذا ضمن لأنه لا ولاية له على الحاضر.
- (٢) (إن كان أحرز) ولم ينهه عنه، وله ما أنفق بنية الرجوع قاله القاضي، وإلا دفعها إلى الحاكم لأنه يقوم مقامه عند غيبته. زوائد.
- (٣) (أودعها ثقة) لفعله عليه الصلاة والسلام عند مهاجره، ولأنه موضع حاجة.
- (٤) (ضمن) هذا المذهب، قال في التلخيص: رواية واحدة، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، وحكى عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لأنه لا يمكنه إلا ردها ناقصة، ولنا أنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر.

دين عليه تغرم من تركته^(١).

(فصل) والمودع أمين، والقول قوله في الإذن في دفعها إلى إنسان^(٢) وقيل لا يقبل^(٣) ولو سلم ودیعة إلى غير ربها كرهاً لم يضمن، وإن آل الأمر إلى الحلف حلف متأولاً^(٤) وإن حلف ولم يتأول أثم ووجبت الكفارة، لكن إثم حلفه دون إثمه بإقراره^(٥)، وإن أكره على الحلف بالطلاق فكإكراهه على إيقاعه، ولو دخل حيوان لغيره إلى داره فعليه أن يخرجها ليذهب كما دخل^(٦) ويجب رد الوديعة إلى ربها إذا طلبها، وليس على المستودع مؤنة الرد ولا مؤنة حملها بل عليه التمكين من الأخذ فقط.

- (١) (تغرم من تركته) وهكذا مضاربة ورهن ونحوها من الأمانات، لأنه لم يتحقق براءته كبقية الديون.
- (٢) (في دفعها إلى إنسان) هذا الصحيح، وهو من المفردات، وبه قال ابن أبي ليلى.
- (٣) (وقيل لا يقبل) وبه قال مالك والشافعي والثوري وأصحاب الرأي، قال الحارثي: وهو أقوى.
- (٤) (متأولاً) وإن لم يحلف حتى أخذت منه وجب الضمان.
- (٥) (دون إثمه بإقراره) أثم لكذبه، ولكن حفظ مال الغير عن الضياع أكد من بر اليمين.
- (٦) (ليذهب كما دخل) لأن يده لم تثبت عليه، بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل.

(فصل) ويقبل قول المودع في ردها إلى ربه أو غيره بإذنه وتلفها وعدم التفريط^(١)، فإن قال لم تودعني ثبتت بينة أو إقرار ثم ادعى رداً أو تلفاً سابقين لجحوده لم يقبلا

(١) (وعدم التفريط) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله، وقال أكثرهم: مع يمينه. وإن ادعى ردها إلى صاحبها فالقول قوله مع يمينه، وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإسحق.

(فصل) وإن قال لم تودعني ثم أقر بها أو ثبتت بينة فادعى الرد أو التلف قبل جحوده^(١)، وأقام بينة لم يقبل قوله، ولا بينته^(٢)، ويحتمل أن تقبل بينته^(٣)، وإن كان ما ادعاه من الرد والتلف بعد جحوده^(٤) وأقام بذلك بينة قبلت بهما لأنه ليس بمكذب لها وإن وجد خط مورثه «فلان عندي وديعة» أو على كيس ونحوه «هذا لفلان» عمل به وجوباً^(٥) وإن وجد خطه بدين له على فلان جاز للورثة الحلف مع شاهد^(٦) ودفع إليه بخلاف الشهادة^(٧) وإن وجد خطه بدين عليه عمل به^(٨) وإن ادعى الوديعة اثنان فأقر بها لأحدهما فهي له^(٩) مع يمينه ويحلف المودع أيضاً

(١) (قبل جحوده) بأن يدعى عليه الوديعة يوم الجمعة فينكرها ثم يقر أو تقوم بينة بها فيقيم بينة بأنها تلفت أو ردها يوم الخميس أو قبله مثلاً.
(٢) (ولا بينته) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وإسحق لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة.
(٣) (ويحتمل أن تقبل بينته) لأن صاحبها لو أقر بذلك سقط عنه فتسمع البينة به، قال الحارثي: وهو الحق والمذهب عندي.

(٤) (بعد جحوده) كما لو ادعى عليه بالوديعة يوم الخميس إلى آخره.
(٥) (عمل به وجوباً) على الصحيح من المذهب، وقيل لا يعمل به ويكون تركة اختاره المصنف والشارح وغيرهما.
(٦) (الحلف مع شاهد) إذا كان يعلم أن وارثه لا يكتب إلا حقاً.
(٧) (بخلاف الشهادة) فيجوز الحلف على مالا تجوز الشهادة به، إذ لا يشهد على شهادة أبيه أو غيره إذا رآها بخطه.
(٨) (عمل به) وجوباً ودفع إلى من هو مكتوب باسمه، وقيل لا يعمل به.
(٩) (فهي له) لأن اليد كانت للمودع ونقلها إلى المدعى فصارت اليد له، ومن كانت اليد له قبل قوله مع يمينه.

ولو بيينة^(١) بل في قوله مالك عندي شيء ونحوه^(٢) أو بعده بها^(٣) وإن ادعى وارثه الرد منه أو من مورثه لم يقبل إلا بيينة^(٤): وإن طلب أحد المودعين نصيبه من مكيل أو موزون ينقسم أخذه^(٥)، وللمستودع والمضارب والمرتهن والمستأجر مطالبة غاصب العين^(٦).

باب إحياء الموات^(٧)

- مواشر الكتاب الأول
- (١) (لم يقبل ولو بيينة) هذا المذهب لأنه مكذب للبينة ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وإسحق.
 - (٢) (ونحوه) أو ثبتت بيينة قبل قوله في الرد والتلف يمينه لأنه لا ينافي جوابه.
 - (٣) (أو بعده بها) كما لو ادعى عليه بالوديعة يوم الخميس فجحدها ثم أقر بها يوم السبت ثم ادعى أنه ردها أو تلفت بغير تفريط يوم الأربعاء وأقام بذلك بيينة قبلت بهما لأنه ليس بمكذب لها.
 - (٤) (لم يقبل إلا بيينة) لأن المالك لم يأت منه بخلاف المودع فإنه ائتمنه.
 - (٥) (أخذه) فيسلم إليه لأن قسمته ممكنة بغير ضرر ولا غبن اختاره أبو الخطاب، وفيه وجه لا يجوز في غيبة إلا أن يحكم بها حاكم قاله القاضي.
 - (٦) (مطالبة غاصب العين) هذا المذهب. لأنهم مأمورون بحفظها وذلك منه.
 - (٧) (الموات) الأصل في إحياء الموات ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ «من أحيا =

مستن الكتاب الثاني

للمدعى الآخر^(١). وإن أقر بها لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما، وإن قال: لا أعرف صاحبها حلف^(٢) أنه لا يعلم ويقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف وأخذها^(٣).

باب إحياء الموات^(٤)

- مواشر الكتاب الثاني
- (١) (للمدعى الآخر) لأنه منكر لدعواه، وتكون على نفي العلم قاله في المبدع، فإن نكل لزمه بدلها له لأنه فوتها عليه.
 - (٢) (حلف) إن كذبا، وإن صدقاه أو سكتا فلا يمين عليه.
 - (٣) (وأخذها) وقال الشافعي: يتحالفان وتوقف بينهما حتى يصطلحا، وهو قول ابن أبي ليلى لأنه لا يعلم المالك منهما، وللشافعي قول آخر أنها تقسم بينهما وحكاه ابن المنذر عن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه.
 - (٤) (الموات) قال الأزهري: هي الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها.

وهي الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم. فمن أحيائها ملكها من

= أرضاً ميتة فهي له رواه الترمذي وصححه، وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» رواه الترمذي وحسنه، وروى مالك وأبو داود في سننه عن عائشة مثله، قال ابن عبد البر: وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عن فقهاء المدينة وغيرهم. وروى أبو عبيد في الأموال عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «من أحيأ أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها» قال عروة: قضى بها عمر بن الخطاب في خلافته، وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا في شروطهم.

وهي الأرض الدائرة التي لا يعلم لها أنها ملكت، ولم يوجد فيها أثر عمارة ولا ينتفع بها^(١) ملك بالإحياء^(٢)، وإن علم له مالك بشراء أو عطية والمالك موجود هو أو واحد من ورثته لم يملك بالإحياء^(٣) وإن علم مالكة ولم يعقب وارثاً لم يملك وأقطعه الإمام من شاء لأنه فيء، وإن كان ملك بالإحياء ثم ترك حتى عاد مواتاً لم يملك بالإحياء إذا كان لمعصوم^(٤) وإن علم ملكه لمعين غير معصوم^(٥) إذا أحياه بدار حرب واندرس كان كموات أصلي، وإن لم يعلم مالكة وفيه آثار الملك فعلى روايتين^(٦) إلا موات الحرم وعرفات فلا يملك مطلقاً^(٧) ومنى ومزدلفة من الحرم،

(١) (ولا ينتفع بها) كالطريق والأفنية ومسيل المياه والمحتطبات ونحوها فلا يملك شيء من ذلك بالإحياء .

(٢) (ملك بالإحياء) بلا خلاف بين القائلين بالإحياء قاله من المغنى والشرح.

(٣) (لم يملك بالإحياء) حكاه ابن عبد البر إجماعاً.

(٤) (إذا كان لمعصوم) وقال مالك يملك لعوم «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له». ولنا أن هذه الأرض يعرف مالكة فلم تملك بالإحياء والخير مقيد بغير المملوك.

(٥) (غير معصوم) أي الذي لا ذمة له ولا أمان يملكه المسلم بالإحياء، لأن ملك من لا عصمة له كعدمه.

(٦) (فعلى روايتين) ما أثر الملك فيه غير جاهلي كالقرى الخربة بفتح الخاء وكسر الراء والعكس جمع خربة بسكون الراء وهي ما تهدم من البناء ملك بالإحياء في إحدى الروايتين، والصحيح التفرقة بين دار الإسلام والحرب، قال الحارثي: وبالجملة فالصحيح المنع في دار الإسلام.

(٧) (فلا يملك مطلقاً) لما فيه من التضييق على الناس في أداء المناسك وإختصاصه بمحل الناس فيه سواء.

مسلم وكافر^(١) بإذن الإمام وعدمه^(٢) في دار الإسلام وغيرها. والعنوة كغيرها^(٣)،

(١) (من مسلم وكافر) من أهل الذمة فيملكون ما أحيوا على الصحيح من المذهب، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك: لا يملك الذمي بالإحياء في دار الإسلام اختاره ابن حامد، ولنا عموم قوله «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» رواه أبو داود ومالك وغيرهما، لكن على الذمي خراج ما أحيأ من موات عنوة، وأما أهل الحرب فلا يملكون بالإحياء في دار الإسلام.
(٢) (بإذن الإمام وعدمه) وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يملكه إلا بإذن الإمام، ولنا عموم الأحاديث، ولأنها عين مباحة فلا يفترق تملكها إلى إذن كأخذ الحشيش والحطب.

(٣) (والعنوة كغيرها) إلا ما صولحوها على أنها لهم ولنا الخراج فلا تملك بالإحياء لأنهم صولحوها في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها بحال.

وموات العنوة^(١) كغيره ولا خراج عليه إلا أن يكون ذمياً، ولا يملك مسلم ما أحيأه من أرض كفار صولحوها على أنها لهم، ولنا الخراج عنها، وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه لم يملك بالإحياء كطرقه وفنائه ومحتطبه ومرعاه، وحريم النهر والبئر وما أعد للصلاة العيدين ومدافن الموتى^(٢) وإن لم يتعلق بمصالحه يملك بالإحياء^(٣) ولو اختلفوا في الطريق وقت الإحياء جعل سبعة أذرع للخبر، ولا تغير بعد وضعها إن زادت، ولا تملك معادن ظاهرة وهي تفتقر إلى عمل كملح ونحوه^(٤) ولا باطنة وهي ما يحتاج إخراجها إلى حفر ومؤنة^(٥) ظهرت أولاً كحديد ونحوه^(٦) وما

(١) (وموات العنوة) كأرض الشام ومصر والعراق كغيره مما أسلم أهله عليه كالمدينة، وما صولحوها على أن الأرض للمسلمين، وما روى عن الإمام ليس في أرض السواد موات حملة القاضي على العامر، ولعله مراد أحمد، لأنها كلها عامرة زمن عمر رضي الله عنه.
(٢) (ومدافن الموتى) فكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه قاله في المبدع بغير خلاف نعلمه، لمفهوم قوله «لا حق فيها لمسلم فهي له».
(٣) (يملك بالإحياء) وهو الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي، لعموم ما تقدم، ولحديث بلال بن الحارث. زاد.
(٤) (كملح ونحوه) كالقار والنفط ونحوهما، لأن فيه ضرراً على المسلمين وتضييقاً عليهم.
(٥) (إلى حفر ومؤنة) هذا المذهب، لأن الإحياء الذي يملك به هو العمارة التي يتهاى بها المحيا للانتفاع من غير تكرار عند كل انتفاع، بخلاف ما يحتاج إلى حفر وتخريب عند كل انتفاع.
(٦) (كحديد ونحوه) من نحاس وذهب وفضة، ومراده إذا كان ظاهراً في الأرض قبل الإحياء.

ويملك بالإحياء ما قرب من عامر إن لم يتعلق بمصلحته^(١)، ومن أحاط مواتاً^(٢) أو حفر بئراً فوصل إلى الماء^(٣) أو أجره إليه من عين أو نحوها أو حبسه عنه^(٤) ليزرع

- (١) (لم يتعلق بمصلحته) وهو الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي، لعموم قوله «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» لأنه عليه الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث العقيق وهو يعلم أنه من عمارة المدينة، والرواية الثانية لا يملك، وبه قال أبو حنيفة والليث.
- (٢) (ومن أحاط مواتاً) بأن أدار حوله حائطاً منيعاً بما جرت العادة به فقد أحياه، وهذا الصحيح من المذهب، لما روى الحسن عن سمرة مرفوعاً «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» رواه أحمد وأبو داود.
- (٣) (فوصل إلى الماء) فقد أحياه، قال في التلخيص وغيره: وإن خرج الماء استقر ملكه إلا أن يحتاج إلى طي فتمام الإحياء طيها. اهـ انتهى.
- (٤) (أو حبسه عنه) إذا كان لا يزرع معه، وجعلها بحال يمكن زرعها.

ظهر بإظهاره فإنه يملك بالإحياء، وليس للإمام إقطاع معادن ظاهرة أو باطنة^(١) وصحح في الشرح جوازه^(٢) وإذا ملك المحيي ملكه بما فيه من المعادن الجامدة كالذهب والفضة ونحوهما^(٣) وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جاز^(٤) أو كلاً أو شجر فهو أحق به، ولا يملكه في إحدى الروايتين^(٥) وما فضل من مائه لزم بذله

- (١) (ظاهرة أو باطنة) لما فيه من التضييق، لما روى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسناده عن أبيض بن حمال «أنه استقطع رسول الله ﷺ معدن الملح الذي بمأرب، فلما ولي قيل يا رسول الله أتدري ما أقطعت له؟ إنما أقطعت الماء العذب، فرجعه. قال: قلت يا رسول الله ما يحمي لي من الأراك؟ قال: ما لم تنله أخفاف الإبل» وهو حديث غريب. قال محمد بن الحسن المخزومي: أخفاف الإبل يعني أن الإبل تأكل منتهى رءوسها ويحمي ما فوقه، وفي لفظ عنه أنه قال: لا حمى في الأراك.
- (٢) (جوازه) لأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبلية جلسها بفتح فسكون وهو ما ارتفع من الأرض، وغوربها بفتح فسكون وهو ما انخفض منها، وحيث يصلح الزرع من قدس بضم وسكون ولم يعطه حق مسلم وكتب له النبي ﷺ على ذلك.
- (٣) (كالذهب والفضة ونحوهما) ظاهرة كانت أو باطنة تبعاً للأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها.
- (٤) (جاز) الذي إذا أخذ منه شيء خلفه غيره.
- (٥) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب، لقوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث: =

فقد أحياءه، ويملك حريم البئر العادية^(١) خمسين ذراعاً من كل جانب، وحريم البديية

(١) (حريم البئر العادية) بتشديد الياء، هي القديمة منسوبة إلى عاد، ولم يرد عاداً بعينها، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم، فكل من سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقوله عليه الصلاة والسلام «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له».

لبهائم غيره^(١) ويلزمه بذله لزرع غيره في إحدى الروايتين^(٢) فإن آذاه بالدخول أو حازه في إناء ونحوه فله منعه وعند الأذى بدخول الماشية إليه^(٣) وإذا حفر بئراً بموات للسابلة فالناس والحافر سواء^(٤) وإن حفرها ليرتفق بمائها^(٥) وبعد رحيلهم تكون سابلة فإن عادوا إليها كانوا أحق بها ولم يملكوه، قال في المغنى وعلى كل حال لكل أحد أن يستقى من الماء الجاري لشربه ولطهارته وغسل ثيابه والانتفاع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير أذى^(٦) قال الحارثي: الفضل الواجب بذله ما فضل عن شفته وشفة عياله وعجنهم وطبخهم ومواشيه وزرعه وبساتينه.

(فصل) إحياء الأرض أن يحوزها بحائط منيع يمنع من وراءه^(٧) أو يجرى لها ماء

= في الماء والكلأ والنار» رواه ابن ماجه والخلال وغيرهما، والثانية يملك لأنه خارج من الأرض أشبه المعادن الجامدة واختاره أبو بكر في الماء والكلأ.

- (١) (لبهائم غيره) أي الذي في قرار العين والبئر إن لم يوجد ماء مباح ولم يتضرر رب الأرض.
- (٢) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب، لحديث «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ» متفق عليه. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «من منع فضل مائة أو فضل كإله منعه الله فضله يوم القيامة» رواه أحمد، ولا يتوعد على ما يحل.
- (٣) (بدخول الماشية إليه) فيجوز لرعاتها سوق الماء إليها، ولا يلزمه بذل آلة الاستسقاء.
- (٤) (فالناس والحافر سواء) وعند الضيق يقدم الآدمي ثم البهائم ثم الزرع.
- (٥) (ليرتفق بمائها) كالأعراب ينتجعون أرضاً فيحفرون لشربهم وشرب دوابهم فهم أحق بمائها ما قاموا، وعليهم بذل الفاضل، وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين.
- (٦) (من غير أذى) أي إذا لم يدخل عليه في مكان محوط، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لحديث أبي هريرة مرفوعاً «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكهم ولهم عذاب أليم: رجل كان بفضل ماء فمنعه ابن السبيل» رواه البخاري.

- (٧) (وراءه) سواء أرادها لزرع أو غيره، وهذا الصحيح من المذهب وقطع به الخرفي لما روى الحسن عن سمرة مرفوعاً «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» رواه أبو داود.

نصفها^(١). وللإمام إقطاع موات لمن يحييه^(٢) ولا يملكه^(٣) وإقطاع الجلوس في الطرق

(١) (وحریم البدیة نصفها) إذا حفرها في موات للتملك، هذا المذهب، لما روى الدارقطني والخلال عن النبي ﷺ قال «حریم البئر البدی خمس وعشرون ذراعاً، وحریم البئر العادی خمسون ذراعاً».

(٢) (لمن يحييه إلى آخره) هذا المذهب، وقال الحارثي: قال مالك يثبت الملك بنفس الإقطاع، يبيع ويهب ويتصدق ويورث عنه، قال: وهو الصحيح إعمالاً بحقيقة الإقطاع.

(٣) (ولا يملكه) بالإقطاع بل يكون أحق به، فإن أحياء ملكه وإلا قال له السلطان: إن أحييته وإلا فارفع يدك عنه، فإن تبين عجزه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه النبي ﷺ، رواه أبو عبيد في الأموال وسعيد ابن منصور.

إن كانت لا تزرع إلا به^(١) أو يحفر بئراً^(٢) أو يغرس فيها شجراً، وإن كانت غياضاً وأشجاراً فبأن يقلع أشجارها المانعة من الزرع، ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع^(٣) وقيل إحياء الأرض ماعده الناس إحياء، وهو ما تنهياً به لما يراد منها من زرع أو بناء^(٤) وحریم عين خمسمائة ذراع نص عليه^(٥) وقيل قدر الحاجة^(٦) وحریم نخل مد جريدها^(٧) وحریم أرض لزرع ما يحتاج لسقيها وربط دابتها ونحو ذلك، ودار من موات حولها مطرح ترابها وممر بابها، ولا حریم لدار محفوفة بملك الغير،

(١) (إلا به) بأن يسوقه من نهر أو بئر أو غيره.

(٢) (أو يحفر بئراً) فإن لم يصل إلى الماء فهو كالمتجر الشارع في الإحياء فلا يملكها بذلك، لكن يصير أحق الناس به.

(٣) (والزرع) لأنه لا يراد للبقاء، بخلاف الغرس.

(٤) (من زرع أو بناء) وهو رواية اختارها ابن عقيل والقاضي والمصنف في العمدة، لأن الشرع ورد بالتعليق للملك عليه ولم يبينه فوجب الرجوع إلى ما كان إحياء في العرف.

(٥) (نص عليه) من رواية غير واحد، وبه قال أبو حنيفة.

(٦) (قدر الحاجة) ولو ألف ذراع. اختاره القاضي في المحرر وأبو الخطاب في الكافي وغيرهم.

(٧) (مد جريدها) لحديث أبي سعيد «اختصم إلى النبي ﷺ في نخلة فأمر بجريده من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك» رواه أبو داود.

الواسعة مالم يضيق على الناس^(١) ويكون أحق بجلوسها^(٢). ومن غير إقطاع لمن

(١) (مالم يضيق على الناس) لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلاً عما فيه مضرة.

(٢) (أحق بجلوسها) ولا يزول حقه بنقل متاعه منها لأنه قد استحق بإقطاع الإمام، ويسمى إقطاع إرفاق.

ومن نزل عن وظيفة لزيد وهو لها أهل لم يتقرر غيره فيها^(١) وقال الشيخ: لا يتعين المنزول له ويولى من له الولاية من يستحقها شرعاً. وقال الموضح: ملخص كلام الأصحاب يستحقها المنزول له إن كان أهلاً وإلا فلناظر تولية مستحقها شرعاً^(٢) ومثله ما صححه صاحب الفروع لو آثر شخصاً بمكانه في يوم الجمعة لم يكن لغيره سبقه إليه، ومن تحجر مواتاً^(٣) لم يملكه وهو أحق به وورثته من بعده وليس له بيعه^(٤) وقيل له ذلك لأنه أحق به وعن أحمد رواية إفادة الملك^(٥) فإن لم يتم أحيائه وطالت المدة قيل له إما أن تحييه أو تتركه^(٦) فإن طلب الإمهال أمهل الشهرين والثلاثة فإن أحياه غيره في هذه لم يملكه^(٧).

(فصل) وللإمام إقطاع الموات لمن يحييه^(٨) ولا ينبغي أن يقطع إلا ما قدر على

(١) (لم يتقرر غيره فيها) من إمامة أو خطابة أو تدريس، فإن قرره من له الولاية كالناظر تم الأمر له.

(٢) (مستحقها شرعاً) فلعلم كلام الشيخ قضية عين أو المنزول له ليس أهلاً.

(٣) (ومن تحجر مواتاً) التحجر الشروع في إحيائه، مثل أن يدير حول الأرض تراباً أو أحجاراً أو بجدار صغير ويصير أحق الناس به، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» رواه أبو داود.

(٤) (وليس له بيعه) لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه، لكن النزول عنه بعوض لا على وجه البيع جائز ذكره ابن نصر الله قياساً على الخلع.

(٥) (إفادة الملك) قاله الحارثي، قال وهو الصحيح.

(٦) (إما أن تحييه أو تتركه) لأنه ضيق على الناس في حق مشترك فلا يمكن منه، كما لو وقف في طريق ضيق.

(٧) (لم يملكه) هذا أحد الوجهين وهو الصحيح لمفهوم قوله «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم» الحديث.

(٨) (لمن يحييه) هذا المذهب، قال الحارثي قال مالك: يثبت الملك بنفس الإقطاع يبيع =

سبق بالجلوس^(١) ما بقى قماشه فيها وإن طال^(٢)، وإن سبق اثنان اقترعاً^(٣) ولمن في

(١) (لمن سبق بالجلوس) فيها بغير إذنه لقوله عليه الصلاة والسلام «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»، واتفق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار.

(٢) (وإن طال) هذا أحد الوجهين، ولا يجوز لغيره إزالته، لأن يد الأول عليه. وإن نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيها. والثاني يزال، قال في الخلاصة والرعاية الصغرى: منع في أصح الوجهين، لأنه يصير كالمتملك، ويختص بنفع يساويه به غيره.

(٣) (اقترعاً) لأنهما استويا في السبق والقرعة تميزه، وقيل يقدم الإمام من رأي منهما.

إحيائه^(١) فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه منه لفعل عمر، ويجوز الإقطاع من مال الجزية كمال الخراج وله استرجاعه بعد^(٢) وليس لجالس بطريق واسع ونحوه الجلوس بحيث يمنع جاره رؤية المعاملين متاعه أو وصولهم إليه، وله أن يظلل على نفسه بكساء ونحوه لدعاء الحاجة.

(فصل) ومن سبق إلى مباح فأخذه مثل ما بنيت بالجزائر وما ينبذه الناس رغبة عنه فهو أحق به، وإن سبق إثنان قسم بينهما بالسوية؛ ولو ترك دابة بفلاة أو مهلكة ليأسه منها لا نقطاعها أو عجزه عن علفها ملكها آخذها^(٣) لا عبداً ولا إذا ترك المتاع فلا يملك^(٤) ومن أخذ مما أحياه الإمام عزز في ظاهر كلامهم وظاهره ولا ضمان^(٥) وإذا كان الماء في نهر غير مملوك كمياه الأمطار واستوى اثنان في القرب إلى أول النهر اقتسما الماء بينهما إن أمكن وإلا أقرع بينهما فيسقى القارع بقدر حقه ثم

= ويبه ويتصدق به ويورث عنه وهو الصحيح إعمالاً بحقيقة الإقطاع وهو التملك اهـ.

(١) (إلا ما قدر على إحيائه) لأن إقطاعه أكثر ضرراً على المسلمين.

(٢) (وله استرجاعه بعد) أي بالمصلحة ابتداء ودواماً، فلو فقدت في أثناء الحال فللإمام استرجاعها.

(٣) (ملكها آخذها) على الصحيح من المذهب. لما روى الشعبي مرفوعاً «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبها فأحيها فهي له» رواه أبو داود والدارقطني.

(٤) (فلا يملك) بلا نزاع فيهما، ويرجع بالنفقة على الرقيق، وبأجرة حمل المتاع على صاحبه على الصحيح من المذهب.

(٥) (ولا ضمان) على أخذه لأنه مباح والمنع من أجل الافتئات فقط.

أعلى المباح السقى وحبس الماء إلى أن يصل إلى كعبه ثم يرسل إلى من يليه^(١)،
وللامام دون غيره حمى مرعى للدواب المسلمين ما لم يضرهم^(٢).

(١) (إلى من يليه) فيفعل كذلك وهلم جرا، فإن لم يفضل عن الأول أو من بعده شيء فلا شيء للآخر، لقوله عليه الصلاة والسلام «أسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدار» متفق عليه. فلما رأوا الجدر تختلف بالطول والقصر قاسوا ما وقعت عليه القصة فوجدوه يبلغ الكعبين فجعلوا ذلك معياراً لاستحقاق الأول فالأول.

(٢) (ما لم يضرهم) لترعى بها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال الناس التي يقوم بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به سواه من الناس، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في أصح قوليه، وقال في الآخر: ليس لغير النبي ﷺ أن يحمى لقوله «لا حمى إلا لله ولرسوله» ووجه الأول أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك فلم ينكر فكان إجماعاً، وليس له أن يحمى لنفسه شيئاً.

يتركه للآخر، وليس له أن يسقى بجميع الماء لمساواة الآخر له، فإن أراد إنسان إحياء أرض بسقيها منه جاز ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه، فإن كان الموات أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم على المذهب، واختار الحارثي أن له ذلك^(١)، وليس لهم منعه من إحياء ذلك الموات في أحد الوجهين^(٢) وإذا كان النهر بين جماعة^(٣) فهو بينهم على حسب العمل والنفقة، فإن كفى جميعهم فلا كلام، وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمه بالمهاياة جاز، وإن تشاحوا قسمه الحاكم بينهم على قدر ملكهم، فإذا حصل نصيب إنسان في ساقيته فله أن يسقى به ما شاء من الأرض^(٤) سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن، وقال القاضي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب من هذا الماء، لأن ذلك دال على أن لها قسماً من هذا الماء^(٥) وما حماه النبي ﷺ ليس لأحد نقضه بلا نزاع.

(١) (أن له ذلك) قال: وظاهر الأخبار المتقدمة وعمومها يدل على اعتبار السقى إلى أعلى النهر مطلقاً وهو الصحيح.

(٢) (في أحد الوجهين) قال الحارثي: وهو أظهر، وجزم به في الكافي. والثاني لهم منعه.

(٣) (بين جماعة) كما لو حفروا نهراً صغيراً ساقوا إليه الماء من نهر كبير فما حصل فيه ملكوه على الصحيح من المذهب، وعند القاضي أن الماء باق على الإباحة.

(٤) (ما شاء من الأرض) وله أن يعطى من يسقى به على الصحيح من المذهب.

(٥) (من هذا الماء) فربما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها كذلك.

باب الجعالة^(١)

وهي أن يجعل شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملاً معلوماً أو مجهولاً مدة معلومة أو

(١) (الجعالة) بثلاث الجيم روي عن ابن مالك قال ابن فارس: الجعل والجعالة والجعيلة ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً والأصل فيه قوله تعالى ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ وحديث أبي سعيد في رقيته لسيد الحي رواه البخاري، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الضالة والابق فلا تنعقد الإجارة عليه.

باب الجعالة

وهي جعل شيء معلوم كأجرة من مال حربي فيصح مجهولاً^(١) ولا بأس بجعالة العمل كمن حرس زرعي فله كل يوم كذا^(٢) وإن قال لمعين إن رددت لقطتي فلك كذا فلا يستحقه من رده سواء^(٣) وإن أطلق صح العقد واستحق الجعل من ردها ولو كان المسمى في رد العبد أكثر من دينار أو اثني عشر درهماً، وإن لم يكن أكثر فله في العبد ما قدره الشارع^(٤) وإن تلف الجعل مثله إن كان مثلياً وإلا فقيمته^(٥) وإن حبسه العامل على جعله فتلف ضمنه، وإن فاوت بين العاملين في الجعل جاز^(٦) وإن رده من دون المسافة المعينة فبالقسط^(٧) ومن فعله قبل أن يبلغه الجعل لم

(١) (فيصح مجهولاً) أن يجعل الإمام من مال حربي كثلث مال فلان الحربي ونحوه لمن يدلّه على قلعة ونحوها:

(٢) (فله كل يوم كذا) أو من بنى لى هذا الحائط أو إذا أقرضني فلان بجاهه أو أذن في هذا المسجد شهراً فله كذا.

(٣) (سواء) وإن كانت بيد إنسان فجعل له مالها جعلاً ليردها لم يبع أخذه، ذكره في المبدع.

(٤) (ما قدره الشارع) ديناراً أو اثني عشر درهماً، وتلغى التسمية. قطع به الحارثي وصاحب المبدع لاستقراره بتقدير الشارع كأداء ربع الكتابة عند أدائه، وقدم في الفروع لا يستحق إلا المسمى وأطلق الوجهين في المنتهى.

(٥) (وإلا فقيمته) بعد رده إذا تلف بيد الجاعل.

(٦) (جاز) بأن جعل لكل واحد أكثر من الآخر، وإلا فهم سواء إن رده جميعاً.

(٧) (فبالقسط) بأن قال: من رده من بلد كذا فرده من بعض الطريق، فإن رده من أبعد منها فله فقط المسمى.

من الكتاب الأول
مجهولة^(١)، كرد عبد ولقطة وخياطة وبناء حائط فمن فعله بعد علمه بقوله استحقه^(٢) والجماعة يقتسمونه^(٣)، وفي أثنائه يأخذ قسط تمامه^(٤). ولكل فسخها فمن العامل لا

مواش الكتاب الأول
(١) (مدة معلومة أو مجهولة) فلا يشترط العلم بالعمل ولا المدة كمن حرس زرعي.
(٢) (استحقه) لأن العقد استقر بتمام العمل، ويشترط أن يكون معلوماً على الصحيح من المذهب.

(٣) (والجماعة يقتسمونه) لأنهم اشتركوا في العمل فاشتركوا في العوض فيه، بخلاف ما لو قال «من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم ديناراً لأن كل واحد دخل دخلاً كاملاً كدخول المنفرد فاستحق العوض كاملاً، وههنا لم يرده واحد إنما اشتركوا في رده.

(٤) (قسط تمامه) لأن ما فعله قبل بلوغ الخبر غير مأذون فيه فلم يستحق به عوضاً.

من الكتاب الثاني
يستحقه وحرّم عليه أخذه^(١) ويصح الجمع بين تقدير المدة والعمل، كأن يقول: من خاط لي هذا الثوب في يوم فله كذا^(٢) وإن جعل له عوضاً مجهولاً كمن رد ضالتي فله نصفها أو ثواباً مجهولاً أو محرماً فله في ذلك أجرة المثل وقال المصنف في المغنى: يحتمل أن تصح الجعالة مع الجهل بالعوض إذا كان الجهل لا يمنع التسليم، نحو أن يقول: من رد عبدي الأبق فله نصفه^(٣) فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح قولاً واحداً، وإن قال من داوى لي هذا الجرح ونحوه حتى يبرأ فله كذا لم يصح^(٤) ومن كان معداً لأخذ الأجرة وأذن له المعمول له فله أجرة المثل^(٥) ومن خلص متاع غيره من بحر أو فم سبع أو فلاة له أجرة المثل^(٦) ويأخذ من المالك ما أنفق عليه، وعلى دابة في قوت وعلف ولم يستأذن المالك حتى لو هرب منه فله الرجوع

مواش الكتاب الثاني
(١) (وحرّم عليه أخذه) لأنه من أكل المال بالباطل، وسواء رده قبل بلوغ الجعل أو بعده، إذ الجعل في مقابلة العمل لا التسليم، إلا أن يتبرع له ربه بعد إعلامه بالحال.
(٢) (فله كذا) فإن أتى به فيها استحق الجعل، وإن لم يف به فيها فلا شيء له.
(٣) (فله نصفه) ومن رد ضالتي فله ثلثها، فإن أحمد قال: إذا قال أمير الغزو من جاء بعشرة رعوس فله رأس جاز.

(٤) (لم يصح) العقد مطلقاً، صححه في الإنصاف وغيره.
(٥) (فله أجرة المثل) كالملاح والمكاري ونحوه قد رصد نفسه لتكسب بالعمل.
(٦) (فله أجرة المثل) هذا الصحيح من المذهب وإن لم يأذن له ربه لأنه يخشى هلاكه وتلفه على مالكة، بخلاف اللقطة.

يستحق شيئاً ومن الجاعل بعد الشروع للعامل أجره عمله، ومع الاختلاف في أصله أو قدره يقبل قول الجاعل^(١)، ومن رد لقطه أو ضالة أو عمل لغيره^(٢) عملاً بغير جعل لم يستحق عوضاً إلا ديناراً أو اثني عشر درهماً عن رد الآبق^(٣) ويرجع بنفقته أيضاً^(٤).

باب اللقطة^(٥)

- (١) (قول الجاعل) مع يمينه لأنه منكر والأصل براءة ذمته.
- (٢) (أو عمل لغيره إلى آخره) إلا في تخلص متاع غيره من هلكة فله أجره المثل ترغيباً، هذا الصحيح من المذهب.
- (٣) (عن رد الآبق) وإن لم يشترط له، روى عن عمر وعلي وابن مسعود، وبه قال شريح وعمر ابن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأي، لما روى عمرو بن دينار وابن أبي ملكية أن النبي ﷺ جعل في رد الآبق إذا جاء به من خارج الحرم ديناراً.
- (٤) (ويرجع بنفقته أيضاً) لأنه مأذون في الإنفاق شرعاً لحرمة النفس إن لم ينو التبرع.
- (٥) (اللقطة) والأصل فيها ما روى زيد بن خالد الجهني قال: «سئل رسول الله ﷺ عن =

عليه بما أنفق قبل هربه ما لم ينو التبرع. لكن لا جعل له إذا هرب قبل تسليمه أو مات، وإن وجد صاحبه دفعه إليه وإلا دفعه إلى الحاكم أو نائبه^(١) ومتى كان العمل في مال الغير انقاداً له من التلف كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته كان جائزاً بغير إذن مالكة لأنه إحسان إليه، ولو وقع الحريق بدار ونحوها فهدمها غير صاحبها بغير إذنه على النار لثلاث تسري لم يضمن^(٢) وإن وجد فرساً لرجل من المسلمين مع أناس من الأعراب وأخذ الفرس منهم ثم إن الفرس مرض بحيث لم يقدر على المشي جاز بيعه^(٣) وقد نص الأئمة على هذه المسئلة ونظائرها قاله الشيخ.

باب اللقطة^(٤)

- (١) (إلى الحاكم أو نائبه) يحفظه أو ثمنه إن رأى المصلحة، ولا يملكه واجده، وإذا اعترف العبد أنه سيده قبل إن كان كبيراً.
- (٢) (لم يضمن) قال ابن القيم: ولو رأى السيل يقصد الدار المؤجرة فبادر وهدم الحائط ليخرج السيل ولا يهدم الدار كان محسناً ولا يضمن.
- (٣) (جاز بيعه) بل يجب عليه في هذه الحالة أن يبيعه لصاحبه وإن لم يكن وكله في البيع.
- (٤) (اللقطة) مفتوحة اللام والقاف قاله في القاموس. وحكى عن الخليل يضم اللام وفتح القاف.

وهي مال أو مختص ضل عن ربه وتبعه همة أوساط الناس، فأما الرغيف والسوط

= لقطة الذهب والورق فقال: أعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه. وسأله عن ضالة الإبل فقال: مالك ولها؟ فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربه. وسأله عن الشاة فقال: خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب. متفق عليه.

وهي اسم لما يلتقط من مال أو مختص ضائع لغير حربي^(١) يلتقطه غير ربه، وينقسم ثلاثة أقسام: أحدها ما لا تتبعه همة أوساط الناس كالسوط فيملك بأخذه ويتنفع به أخذه بلا تعريف^(٢) والأفضل أن يتصدق به، ولا يلزمه دفع بدله إن تلف إذا وجد ربه، وكذا لو لقي كناس ومن في معناه قطعاً صغاراً متفرقة من الفضة ولو كثرت^(٣). الثاني الضوال التي تمتنع من صغار السباع مثل ثعلب وذئب ونحوه كابل وبقر وطيور تمتنع بطيرانها فهذا القسم غير الآبق يحرم التقاطه^(٤) ولا يملك بتعريفه، وإن تبع شيء منها دوابه فطرده أو دخل داره فأخرجه فلا ضمان عليه، لكن لإمام ونائبه فقط أخذ ذلك ليحفظه ولا يلزمهما تعريفه^(٥) ولا تكفي فيه الصفة فلا يؤخذ إلا بيينة^(٦) ومن أخذه ولم يكنمه ضمنه إن تلف أو نقص كغاصب، وإن كتّمه وتلف

- (١) (لغير حربي) فإن كانت لحربي ملكها واجدها كالحربي إذا ضل الطريق فوجده إنسان فأخذه ملكه.
- (٢) (بلا تعريف) لما روى جابر قال: «رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به» رواه أبو داود.
- (٣) (ولو كثرت) بضم بعضها إلى بعض، لأن تفرقتها يدل على تغاير أربابها.
- (٤) (يحرم التقاطه) لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن ضالة الإبل «مالك ولها، فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربه» وحذاؤها وسقاؤها بطنها، ولحديث «لا يؤوى الضالة إلا ضال» رواه أحمد وابن ماجه.
- (٥) (ولا يلزمهما تعريفه) لأن عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال، ولأنه إذا عرف منه حفظ الضوال فمن له ضالة جاء يتعرف ضالته.
- (٦) (فلا يؤخذ إلا بيينة) لأن الضالة كانت ظاهرة للناس في يد مالكها فلا يختص بمعرفة صفاتها دون غيره، وإقامة البينة ممكنة لظهورها للناس.

ونحوهما فيملك بلا تعريف^(١)، وما امتنع من سبع صغير كثور وجمل ونحوهما حرم

(١) (فيملك بلا تعريف) لحديث جابر في الزوائد، وليس عن أحمد تحديد اليسير الذي يباح، ويحتمل أن لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق، وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة، لأن مادون ذلك تافه فلا يجب تعريفه، قال في المبدع: والمعروف في المذهب تقييده بما لا تتبعه الهمة.

ضمنه بقيمته مرتين^(١) ويزول عنه ضمانه بدفعه إلى الإمام أو نائبه أو رده بأمره^(٢) فإن رده بغير أمره ضمنه^(٣) ولا يحرم التقاط الكلب المعلم^(٤) ويتنفع به في الحال. الثالث سائر الأموال كالأثمان والمتاع والغنم والفصلان والعجاجيل والأفلاء، فمن أمن نفسه عليها فله أخذها والأفضل تركها^(٥) وهي على ثلاثة أضرب حيوان يتخير بين أكله وعليه قيمته^(٦) وبين يبعه وحفظ ثمنه وبين حفظه والانفاق عليه^(٧) وله أن يتولى ذلك بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الإمام في الأكل والبيع. الثاني ما يخشى فساده كبطيخ ونحوه فيلزمه فعل الأحظ من أكله وعليه قيمته، أو يبعه بلا إذن حاكم وحفظ ثمنه، إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب فيفعل ما يرى الحظ فيه.

(١) (بقيمته مرتين) قال أبو بكر في التنبية: ثبت خبر عن النبي ﷺ أنه قال في الضالة المكتومة غرامتها ومثلها معها، قال: وهذا حكم رسول الله ﷺ فلا يرد.

(٢) (أو رده بأمره) لما روى الأثرم بسنده «أن عمر قال لرجل وجد بعيراً: أرسله حيث وجدته» لأن أمره برده كأخذه منه.

(٣) (ضمنه) لأنه بأخذه لزمه حفظه وتركه تضييع له، وبه قال الشافعي، وقال مالك: لا ضمان عليه لأن عمر قال للرجل أرسله حيث وجدته.

(٤) (الكلب المعلم) للصيد عند القاضي وغيره، قال الحارثي: وهو أصح لأنه لا نص في المنع: وليس في معنى الممنوع، وقدم في شرح المنتهي تحريمه.

(٥) (والأفضل تركها) قال أحمد: الأفضل ترك الالتقاط، وروي معناه عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

(٦) (وعليه قيمته) في الحال لقوله عليه الصلاة والسلام «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فجعلها له في الحال.

(٧) (والانفاق عليه) ويرجع به إن نوى، وهو المذهب وبه قال عمر بن عبدالعزيز لأنه أنفق لحفظها، والثاني لا يرجع وهو قول الشعبي والشافعي، ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذا الموضوع، وبه قال مالك، ولنا أنها لقطة لها حفظ فوجب تعريفها.

أخذه^(١)، وله التقاط غير ذلك من حيوان وغيره إن أمن نفسه على ذلك^(٢) وإلا فهو كغاصب^(٣)، ويعرف الجميع في مجامع الناس^(٤) غير المساجد — حولاً^(٥) ويملكه

من الكتاب الأول
هوامش الكتاب الأول

(١) حرم أخذه) لقوله عليه الصلاة والسلام «مالك ولها، دعها» وقال عمر «من أخذ ضالة فهو ضال» أي مخطف، إلا الإمام ونائبه فإن عمر حمى النقيع لخيال المجاهدين والضوال.

(٢) (على ذلك) لما في حديث زيد في لقطة الذهب والورق وتقدم، وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء اذبحها وكلها، وفي المصر ضمها حتى يأتيها صاحبها. لأن النبي ﷺ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» ولا يكون الذئب في المصر. ولنا أنه أمر بأخذها ولم يفرق ولم يستفصل.

(٣) (فهو كغاصب) فليس له أخذها لما فيه من تضييع مال غيره. وبضمنها إن تلفت فرط أو لم يفرط. ولا يملكها وإن عرفها.

(٤) (في مجامع الناس) كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصلوات. لأن المقصود إشاعة ذكرها ليظهر عليه صاحبها.

(٥) (حولاً) كاملاً. روي عن عمر وعلي وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي ومالك والشافعي لحديث زيد بن خالد وأبي بن كعب عقب الالتقاط كل يوم ثم أسبوع ثم عرفا.

(فصل) الثالث سائر الأموال فيلزمه حفظه وتعريفه حولاً^(١) وأجرة المنادى عليه^(٢) ويملك بعده حكماً^(٣)؛ وعن أحمد لا يملك إلا الأثمان^(٤) وعنه لا تملك لقطة الحرم

من الكتاب الثاني
هوامش الكتاب الثاني

(١) (وتعريفه حولاً) وكيفية تعريفه أن يذكر جنسها لا غير فيقول: من ضاع منه ذهب أو فضة أو دراهم أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك، لقول عمر لو وجد الذهب «قل الذهب بطريق الشام ولا تصفها».

(٢) (وأجرة المنادى عليه) وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، لأنه سبب في العمل فكانت عليه، ولأنه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك إذا استأجر عليه. وقال مالك إن أعطى منها شيئاً لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئاً لمن حفظه.

(٣) (ويملك بعده حكماً) عروضاً كانت أو أثماناً في إحدى الروايتين لعموم الأحاديث التي في اللقطة، وروى الأثرم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال «أتى رجل رسول ﷺ فقال: يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة؟ فقال: عرفها سنة، فإن جاء صاحبه وإلا فشأنك به».

(٤) (لا يملك إلا الأثمان) لأن الخبر ورد في الأثمان، وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق =

بعده حكماً، لكن لا يتصرف فيها قبل معرفة صفاتها، فمتى جاء طالبها فوصفها لزم

بحال^(١) وقدّم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها^(٢) وإن كان يرجى وجود صاحبها لم يجب تعريفها في أحد القولين، وإن أصرّ التعريف عن الحول الأول أتم وسقط^(٣) وليس خوفه أن يأخذها سلطان جائر عذراً في ترك تعريفها.

(فصل) ولا يجوز للملتقط التصرف فيها حتى يعرفها حولاً ويشهد عليها^(٤) فإن خرجت عن يده بعد الحول ببيع أو غيره ضمنها بمثلها^(٥) وإن لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم عرف ربها^(٦) وإن وجدها في زمن خيار لهما أو للبايع وجب الفسخ^(٧) ولو أدركها مرهونة فله انتزاعها^(٨) وإن صادفها قد رجعت إليه بفسخ أو غيره أخذها بنمائها

= بعينها، ولنا عموم الأحايث في اللقطة جميعها. فإن النبي ﷺ «سئل عن اللقطة فقال: عرفها سنة» فقال في آخره «فانتفع بها أو فشاؤك بها».

(١) (لا تملك لقطة الحرم بحال) فإن التقطها عرفها أبداً حتى يأتيها صاحبها، وبه قال عبدالرحمن بن مهدي وأبو عبيد والشيخ والحارثي وغيرهم، وعن الشافعي كالمذهبيين لقوله عليه الصلاة والسلام في مكة «لا تحل ساقطتها إلا لمنشد» متفق عليه.

(٢) (لقطة الحرم كغيرها) وهو الصحيح من المذهب، وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب، وكالمدينة وهو مذهب مالك وأبي حنيفة، وعموم الأحاديث، وقوله «لمنشد» يحتمل أنه لمن عرفها عاماً، وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها.

(٣) (أتم وسقط) لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول ولم يملكها بالتعريف بعده، وهل يتصدق بها أو يحبسها أبداً؟ على روايتين.

(٤) (ويشهد عليها) استحباباً هذا المذهب. وبه قال مالك والشافعي. لحديث زيد وأبي بن كعب فإنه أمرهما بالتعريف دون الإشهاد، ولو كان واجباً لبينه. وقال أبو حنيفة: يضمنها إذا لم يشهد، وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى والحارثي وغيرهم، لقوله عليه الصلاة والسلام «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل».

(٥) (بمثلها) ولا رجوع لطالبها، لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً لأنه ملكها.

(٦) (ربها) هذا المذهب، لأنه وقت وجوب رد العين إليه لو كانت موجودة. وهذا قول أكثر العلماء القائلين بملكها بعد التعريف. فأما من قال لا يملكها إلا باختياره قال في الإنصاف وهو الصواب لم يضمه إياها حتى يملكها.

(٧) (وجب الفسخ) وعلم من كلامه أنه لو كان الخيار للمشتري وحده فليس لربها إلا البدل.

(٨) (فله انتزاعها) من المرتهن لقيام ملكه وانتفاء إذنه قاله الحارثي. وقال في الإنصاف: قلت يتوجه عدم الانتزاع لتعلق حق المرتهن.

دفعها إليه^(١)، والسفيه والصبي يعرف لقطتهما وليهما^(٢). ومن ترك حيواناً بفلاة لا انقطاعه أو عجز ربه عنه ملكه آخذه^(٣)، ومن أخذ نعله أو نحوه ووجد موضعه غيره فلقطة^(٤).

- (١) (دفعها إليه) سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب. وبه قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر بلا بينة ولا يمين لحديث زيد وفيه «فإن جاء طالبها فعرف عفاصها ووعاءها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك» رواه مسلم.
- (٢) (وليهما) لقيامه مقامهما، ويلزمه أخذها منهما فإن لم تعرف فهي لهما.
- (٣) (ملكه آخذه) بخلاف عبد ومتاع، لحديث الشعبي مرفوعاً «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبها فأخذها فهي له» رواه أبو داود مختصراً.
- (٤) (فلقطة) ويأخذ حقه منه بعد تعريفه.

المتصل، ولا يكفي تصديق عبد ملتقط لو اصف^(١) بل لا بد من بينة، لأنه إقرار على سيده، ولا يجوز دفعها بغير وصف ولا بينة ولو ظهر صدقه^(٢) ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً ويضم إلى الكافر والفساق عدل في تعريفها^(٣) ومن بعضه حر بينه وبين سيده ولا تدخل في المهايأة^(٤) ومن أخذ متاعه كتياب في حمام أو أخذ مداسه وترك بدله فلقطة ويأخذ حقه منه بعد تعريفه^(٥) ويسم الإمام ما حصل عنده من الضوال بأنها ضالة ويشهد عليها^(٦) ويجوز التقاط

- (١) (لواصف) أي لو كان بيد قن عين وجاء طالبها وقال هي لقطعة ووصفها لم يكلف تصديق القن على أنها لقطعة، لأن إقرار العبد لا يصح فيما يتعلق برقبته.
- (٢) (ولو ظهر صدقه) لاحتمال كذبه، ويضمن الدافع إن جاء آخر فوصفها، وقرار الضمان على الآخذ.
- (٣) (في تعريفها) لأنها لا تأمنه عليها، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.
- (٤) (في المهايأة) وهو الصحيح من المذهب لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم يدخل في المهايأة، والثاني تدخل في المهايأة جزم به في الوجيز، فعلى هذا تكون لمن توجد في يومه.
- (٥) (بعد تعريفه) من غير رفعه إلى الحاكم، قال الموفق: هذا أقرب إلى الرفق بالناس، لأن فيها نفعاً لمن سرقت ثيابه ونفعاً للآخر إن كان سارقاً بالتخفيف عنه من الإنتم، وقيل لا يعرف مع قرينة سرقة، قال في الإنصاف وهو عين الصواب.
- (٦) (ويشهد عليها) لاحتمال تغييره، ثم إن كان له حصى يرعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك، وإن رأى بيعها وحفظ ثمنها.

باب اللقيط^(١)

وهو طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبد أو ضل. وأخذه فرض كفاية، وهو حر^(٢)، وما وجد معه أو تحته ظاهراً أو مدفوناً طرياً أو متصلاً به كحيوان وغيره أو قريباً منه فله^(٣)، وينفق عليه منه، وإلا فمن بيت المال^(٤) وهو مسلم^(٥). وحضائته لواجده الأمين وينفق عليه بغير إذن الحاكم^(٦)، وميراثه وديته لبيت المال^(٧)، ووليه في العمد

(١) (اللقيط) والتقاطه واجب لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ وقد روي عن أبي جميلة قال: «وجدت ملقوفاً فأتيت به عمر فقال عريفي: يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح، فقال عمر: أكذلك هو؟ قال: نعم. قال: فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته» رواه سعيد.

(٢) (وهو حر) في قول عامة أهل العلم إلا النخعي، وروي عن عمر وعلي وبه قال عمر بن عبد العزيز، والشعبي والثوري والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي.

(٣) (فله) عملاً بالظاهر، ولأن له يداً صحيحة كالبالغ. وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي.

(٤) (وإلا فمن بيت المال) لقول عمر «وعلينا نفقته» ولا يجب على الملتقط، فإن تعذر من بيت المال فعلى من علم حاله من المسلمين، فإن تركوه أثموا.

(٥) (وهو مسلم) إذا وجد في دار الإسلام، وإن كان فيها أهل ذمة، تغليباً لأهل الإسلام والدار.

(٦) (بغير إذن الحاكم) لأنه وليه لفعل عمر مع أبي جميلة حين قال له عريفة «إنه رجل صالح» ولا يقر بيد غير عدل.

(٧) (لبيت المال) إن لم يخلف وارثاً هذا المذهب كغير اللقيط، ولا ولاء عليه لحديث «إنما الولاء لمن أعتق». وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وقال شريح وإسحق: عليه الولاء لملتقطه لقول عمر لأبي جميلة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إنما الولاء لمن أعتق».

ضالة في مسبعة^(١) أو بمحل يستحل أهلها أموال المسلمين فالأولى أخذها للحفظ، ولا ضمان ولا يملكها قال في الإنصاف: ولو قيل بوجوب أخذها والحالة هذه لكان له وجه..

باب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ إلى سن التمييز، وقيل والمميز إلى البلوغ وعليه الأكثر، ولا

(١) (في مسبعة) يغلب على الظن أن الأسد يفترسها إن تركت.

الإمام يتخير بين القصاص والدية^(١)، وإن أقر رجل أو امرأة ذات زوج مسلم أو كافر أنه ولده ألحق به ولو بعد موت اللقيط^(٢). ولا يتبع الكافر في ديته إلا ببينة تشهد أنه ولد على فراشه. وإن اعترف بالرق مع سبق مناف^(٣)، أو قال إنه كافر لم يقبل منه.

- (١) (بين القصاص والدية) يراعى الأصلح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر، إلا أن أبا حنيفة يخيره بين القصاص والمصالحة.
- (٢) (بعد موت اللقيط) لأن الإقرار محض مصلحة الطفل لإيصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه، وإن أدعت امرأة لم يلحق بزوجها كعكسه، ويحتمل أن لا يثبت النسب بحال وهو قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، ولنا أنها أحد الوالدين.
- (٣) (مع سبق مناف) إذا ادعى إنسان رق اللقيط بعد بلوغه فصدقه وكان اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه حق لله.

يقر بيد فاسق، ولا تجب نفقته على واجده^(١) وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيراً أو مجنوناً فللإمام العفو على مال ينفق عليه^(٢) وإن كان عاقلاً انتظر بلوغه سواء كان له مال يكفيه أو لم يكن لأن له حالة تنتظر، ويحبس الجاني إلى أن يصير اللقيط أهلاً فيستوفى لنفسه^(٣) وقال في الإقناع: إلا أن يكون فقيراً ولو عاقلاً فلا يجب على الإمام العفو على مال ينفق عليه^(٤) وإن ادعاه اثنان فألحقته القافه بهما لحق بهما^(٥) فيرث كل واحد منهما إرث ولد كامل^(٦) ويرثانه إرث أب واحد، ولأمي أبويه مع أم أمه نصف سدس، وإن اتفق اثنان وخالفهما ثالث أخذ بهما، ومثله طبيبان وبيطران في عيب.

- (١) (على واجده) لقول عمر «وعلينا نفقته» وفي لفظ «رضاعه».
- (٢) (ينفق عليه) لأن المعتوه ليست له حال معلومة تنتظر، لأن ذلك قد يدوم به.
- (٣) (فيستوفى لنفسه) وهذا المذهب ومذهب الشافعي.
- (٤) (ينفق عليه) دفعاً لحاجة الإنفاق، قال في شرح المنتهى: إنه المذهب، وصححه في الإنصاف.
- (٥) (لحق بهما) روى ذلك عن عمر وعلي وهو قول أبي ثور، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى، وقال الشافعي: لا يلحق بأكثر من واحد فإن ألحقته بهما سقط قولهما، ولنا ما روى سعيد عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر واحد، فقال القائف قد اشتركا فيه جميعاً ف جعله بينهما.
- (٦) (إرث ولد كامل) فإن لم يخلفا غيره ورث جميع مالهما.

وإن ادعاه جماعة قدم ذو البينة. وإلا فمن ألحقته القافة به^(١).

كتاب الوقف^(١)

(١) (فمن ألحقته القافة به) لقضاء عمر به بحضرة الصحابة، ولحديث عائشة «أن النبي ﷺ دخل عليها مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: ألم ترى أن مجزراً المدلجي نظر أنفاً إلى زيد وأسامة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» متفق عليه. ولولا جواز الاعتماد عليهم لم يسر به النبي ﷺ.

(٢) (الوقف) روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له» رواه الترمذي وصححه، وروى مسلم قال «تصدق أبو بكر بداره على ولده، وعمر بربيعه عند المروة على ولده، وعثمان برومة، وتصدق علي بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر على ولده وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده وعمرو بن العاص بالهوط وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده، فذلك كله إلى اليوم» وهذا إجماع منهم فإنه اشتهر ولم ينكره أحد فكان إجماعاً.

كتاب الوقف^(١)

وهو تحبب مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف^(٢) وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى^(٣) ممن يصح

(١) (الوقف) وهو مما اختص به المسلمون، قال الشافعي: لم يحبس أهل الجاهلية، وإنما حبس أهل الإسلام، والأصل فيه ماروي ابن عمر قال: «أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأثنى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت مالا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه، فما تأمرني فيه؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه» متفق عليه.

(٢) (بقطع تصرف الواقف) أي إمساك المال عن أسباب التملكات بقطع تصرف مالكة.

(٣) (تقرباً إلى الله تعالى) بأن ينوي به القرية فيترتب عليه الثواب، فإن الإنسان قد يقف على غيره تودداً أو على أولاده خشية بيع عقاره بعد موته وإتلاف ثمنه أو تكون عليه ديون فيخاف أن يحجر عليه فيباع في دينه أو رياء ونحوه فهو وقف لازم لا ثواب فيه لأنه لم يتبع به وجه الله تعالى، وربما كان بعضه محرماً.

وهو تحبب الأصل وتسهيل المنفعة^(١)، ويصح بالقول وبالفعل الدال عليه^(٢) كمن

(١) (وتسهيل المنفعة) لقوله عليه الصلاة والسلام لعمر «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» الحديث، قال الترمذي: العمل على هذا الحديث عند أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٢) (وبالفعل الدال عليه) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة، لأن العرف جار بذلك. والثانية لا يصح إلا بالقول وبه قال الشافعي.

تصرفه^(١) وهو مسنون^(٢) ولو جعل سفلى بيته مسجداً وانتفع بعلوه أو عكسه أو وسطه، ولو لم يذكر استطرافاً كما لو باع أو أجر بيتاً من داره، ويشترط أن يكون في عين يصح بيعها^(٣) غير مصحف^(٤) ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً كاستغلال ثمر ونحوه، ويصح وقف المشاع^(٥)، ويصح وقف الحللي للباس والعارية^(٦)، ولو أطلق وقفه لم يصح^(٧)، ولا يصح الوقف في الذمة كقوله وقفت عبداً أو داراً، ولا مبهماً غير معين كأحد هذين^(٨) واختار الشيخ الصحة ويخرج بالقرعة^(٩) ولا يصح

(١) (ممن يصح تصرفه) القول بصحة الوقف قول عامة أهل العلم من السلف ومن بعدهم.

ولم يره شريح وقال لا حبس عن فرائض الله، قال أحمد: هذا مذهب أهل الكوفة.

(٢) (وهو مسنون) لقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ ولفعله عليه الصلاة والسلام وفعل أصحابه،

وقال جابر: لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذا مقدرة إلا وقف.

(٣) (في عين يصح بيعها) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لأن النبي ﷺ قال: «أما خالد

فقد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله» متفق عليه.

(٤) (غير مصحف) فيصح وقفه وإن لم يصح بيعه على ما فيه من خلاف.

(٥) (ويصح وقف المشاع) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف، لحديث عمر

«أنه أصاب مائة سهم من خبير فأذن له النبي ﷺ في وقفهما» رواه النسائي، وهذا صفة

المشاع.

(٦) (والعارية) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً بعشرين

ألفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته» رواه الخلال.

(٧) (لم يصح) قطع به في الفائق، وقال في الإنصاف: لو قيل بالصحة ويصرف إلى اللبس

والعارية لكان متجهاً.

(٨) (كأحد هذين) لأن الوقف نقل ملك على وجه الصدقة فلم يصح في غير عين.

(٩) (بالقرعة) وقال الشيخ: المجهول نوعان مبهم وهذا قريب، ومعين مثل أن يقف داراً لم

يرها فممنع هذا بعيد وكذلك هبته.

جعل أرضه مسجداً وأذن الناس في الصلاة فيه أو مقبرة وأذن في الدفن فيها
وصريحه «وقفت، وحبست وسبلت^(١)» وكنايته «تصدقت، وحرمت، وأبدت»
(١) (وسبلت) فمتى أتى بصفة منها صار وقفاً، لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال
في الوقف.

مرهون وكلب^(١) ولا مالا ينتفع به مع بقائه دائماً كالأثمان والمطعوم^(٢) والمشروب
غير الماء فيصح، وقيل يصح في المطعوم ويكون إذناً في الإتلاف، وعنه يصح وقف
الدراهم وينتفع بها في القرض ونحوه اختاره الشيخ، ولا يصح الوقف على نفسه وعنه
يصح^(٣) واختاره الشيخ وعليه العمل^(٤)، وهو أظهر^(٥)، وإن وقف على غيره واستثنى
كل الغلة له^(٦) أو لولده أو غيره مدة حياته أو مدة معينة أو الأكل أو النفقة عليه
وعلى عياله أو يطعم صديقه صح، ولو وقف على الفقراء فافتقر شمله وتناول منه على
الصحيح، وإن وقف وشرط في الوقف أن يبيعه أو يرجع فيه متى شاء بطل الشرط

(١) (ولا يصح مرهون وكلب) وفي الاختيارات: يصح، إلى أن قال: وأقرب الحدود في الموقوف
أنه كل عين تجوز عاينتها.

(٢) (والمطعوم) هذا في قول عامة أهل العلم، إلا شيئاً حكى عن مالك والأوزاعي في وقف
المطعوم أنه يجوز.

(٣) (وعنه يصح) وبه قال ابن أبي ليلى وابن شيرمة وأبو يوسف، قال ابن عقيل: وهي أصح،
فعلى الأول هل يبطل على من بعده؟ على وجهين أحدهما لا يبطل ويصرف في الحال
إلى من بعده. زاد.

(٤) (وعليه العمل) في زمننا، وقبله عند حكامنا في أزمنة متطاولة، قال في شرح المنتهى:
يؤخذ منه جواز القضاء بالمرجوح من الخلاف.

(٥) (وهو أظهر) قال في الإنصاف: وهو الصواب، وفيه مصلحة عظيمة، وترغيب في فعل
الخير، وهو من محاسن المذهب.

(٦) (كل الغلة له) هذا المذهب وهو من المفردات، لما روى أحمد عن ابن عيينة عن طاوس
عن أبيه عن حجر المدري «إن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف
غير المنكر» ولأن عمر لما وقف قال: لا بأس على من وليها أن يأكل منها» وكان الوقف
في يده إلى أن مات. ثم ابنته حفصة، ثم ابنه عبدالله، ولأنه إذا وقف وقفاً عاماً
كالسقايات والمقابر كان الانتفاع فكذلك، وبهذا قال ابن أبي ليلى والزيبر. وقال مالك
والشافعي، ومحمد لا يصح الوقف.

فتشترط النية مع الكناية أو اقتران أحد الألفاظ الخمسة^(١) أو حكم الوقف^(٢)،

(١) (أحد الألفاظ الخمسة) الباقية من الصريح والكناية كصدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة.

(٢) (أو حكم الوقف) كتصدقت بكذا لا يباع ولا يورث.

والوقف على الصحيح، وقيل الشرط وحده، وقيل يصح في الكل، واختاره الشيخ. (فصل) وإن قال هو وقف بعد موتي صح^(١) ويكون لازماً من حين قوله^(٢) ويعتبر من ثلثه^(٣)، ولو شرط شرطاً فاسداً كخيار فيه^(٤) لم يصح، ولو شرط البيع عند خرابه وصرف ثمنه في مثله أو شرطه للمتولى بعده فسد الشرط فقط^(٥).

(فصل) وإذا كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى القبول من ناظرها ولا غيره، وكذا إن كان على آدمي معين^(٦) فإن لم يقبله أو رده بطل في حقه^(٧) دون من بعده، ومن وقف شيئاً فالأولى أن يذكر جهة تدوم كالفقراء ونحوهم^(٨) وبصرف منقطع الابتداء كوقفه على

(١) (هو وقف بعد موتي صح) لأنه تبرع مشروط بالموت. واحتج أحمد بأن عمر وصى فكان في وصيته هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين: إن حدث الموت إن ثمناً صدقة. وذكر بقية الخبر، رواه أبو داود بنحو من هذا ووقفه هذا بأمر النبي ﷺ. قال في القاموس: وتمغ بالفتح مال بالمدينة لعمر وقفه.

(٢) (من حين قوله) وبين أحمد في رواية الميموني الفرق بينه وبين المدبر أن المدبر ملك الساعة، وهذا شيء وقفه على مساكين فكيف يحدث به شيئاً. قال الحارثي: الفرق عسر جداً.

(٣) (ويعتبر من ثلثه) فإن زاد لزم في الثلث ووقف الباقي على الإجازة.

(٤) (كخيار فيه) بأن قال: وقفته بشرط الخيار أبداً أو مدة معينة.

(٥) (فسد الشرط فقط) وقيل يصح أيضاً لأن البيع عند الخراب ثابت فيكون تأكيداً.

(٦) (على آدمي معين) كزيد فلا يفتقر إلى قبول لأنه إزالة ملك يمنع البيع كالعق. والوجه الثاني يشترط.

(٧) (بطل في حقه) لكن اختلفوا إن رده ثم قبله هل يعود أم لا.

(٨) (كالفقراء ونحوهم) وخروجاً من خلاف من قال يبطل الوقف إن لم يذكر في مصرفه جهة تدوم.

ويشترط فيه المنفعة دائماً من عين ينتفع به مع بقاء عينه كعقار وحيوان ونحوهما^(١)،

(١) (وحيوان ونحوهما) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لما روي عن أم معقل أنها جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله، وإني أريد الحج، أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ اركبيه، فإن الحج والعمرة من سبيل الله.

من لا يجوز ثم على من يجوز^(١) والوسط في الحال إلى من بعده^(٢) وإن وقف على من لا يصح الوقف عليه ولم يذكر له مالاً صحيحاً بطل الوقف^(٣) وبصرف منقطع الآخر — كما لو وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مالاً — إلى ورثة الواقف نسباً وقفاً عليهم في إحدى الروايتين^(٤) وقال القاضي في موضع آخر: يكون وقفاً على المساكين^(٥) وإن انقطعت الجهة الموقوف عليها في حياة الواقف رجع إليه وقفاً عليه^(٦) وإن قال: وقفته سنة لم يصح^(٧) ويحتمل أن يصح وبصرف بعدها مصرف المنقطع.

(١) (ثم على من يجوز) كعلى عبد ثم على أولاده أو الفقراء يصرف إلى من بعده.

(٢) (بعده) فلو وقف داره على زيد ثم على عبد ثم على المساكين صرفت بعد زيد للمساكين لأن وجود من لا يصح عليه كعدمه.

(٣) (بطل الوقف) كأن يقول وقفته على الأغنياء أو الكنيسة ونحوهما لأنه عين المصروف الباطل واقتصر عليه.

(٤) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوله لأن الوقف مصرفه البر وأقاربه أولى الناس بيره لقوله عليه الصلاة والسلام «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عائلة يتكفون الناس» ويقع الحجب بينهم قال القاضي فلبنت مع ابن الثلث وله الباقي فإن عدموا لفقراء والمساكين والثانية إلى أقرب عصبه الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصباء قال المصنف وهذا لا يقوى عندي إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا نعلم فيه ذلك وأصح الوجهين لا يختص فقراؤهم به.

(٥) (وقفاً على المساكين) واختاره ابنه أبو الحسن والمصنف، قال في الشرح: وهو أقرب الأقوال لأنهم مصارف الله تعالى وحقوقه.

(٦) (وقفاً عليه) قال ابن الزاغوني في الواضح بعد كلام: هل يعود إلى ملكه أو إلى عصبته؟ فيه روايتان.

(٧) (لم يصح) لأن مقتضاه التأييد، والتأقيت ينافية وقيل يصح ويلغو توقيته.

وأن يكون على بر كالمساجد والقناطر والمساكين والأقارب من مسلم وذمي^(١)، غير

(١) (من مسلم وذمي) لأنهم تجوز الصدقة عليهم، لقوله تعالى: ﴿لَا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ الآية.

(فصل) يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة وينتقل الملك فيها إلى الله تعالى إن كان الوقف على مسجد وفقراء ونحوه، وعلى الموقوف عليه إن كان آدمياً معيناً أو جمعاً محصوراً^(١) فينظر الموقوف عليه أو وليه إن لم يكن رشيداً، وله تزويج الجارية إن لم يشترطه لغيره^(٢) ويلزمه بطلبها وبأخذ المهر ولا يتزوجها^(٣) وعليه فطرته وزكاته ونفقته، ويقطع سارق الوقف إن كان على معين ويملك الموقوف عليه نفعه وثمرته، وليس له وطء الأمة ولو أذن فيه الواقف^(٤) فإن وطئها فلا حد ولا مهر وولده حر وعليه قيمته يوم الوضع يشتري بها قن يقوم مقامه وتصير أم ولده وتعتق بموته وتجب قيمتها في تركته يشتري بها مثلها فتكون وقفاً بمجرد الشراء، وإن قتل ولو عمداً فليس لموقوف عليه عفو ولا قود^(٥)، وإن قطعت يده أو بعض أطرافه عمداً فللقن استيفاء القصاص لأنه حقه^(٦)، وإن جنى الوقف خطأ فالأرض على الموقوف عليه إن كان معيناً ولم يلزم الموقوف عليه أكثر من قيمته، وإن كان غير معين كالمساكين إذا جنى ففي كسبه، وإن وقف على ثلاثة كزيد وعمر وبكر ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه إلى من بقي^(٧) فإذا ماتوا فللمساكين، وإن لم يذكر له مالا فمن مات منهم صرف نصيبه إلى الباقي كالتي قبلها خلافاً لما في الإقناع^(٨).

- (١) (أو جمعاً محصوراً) كأولاده أو أولاد زيد.
- (٢) (إن لم يشترطه لغيره) بأن وقف الأمة على زيد وشرط تزويجها لعمره فيعمل بشرطه.
- (٣) (ولا يتزوجها) لأن الملك لا يجمع النكاح، فإن وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح.
- (٤) (ولو أذن الواقف) لأن ملكه ناقص ولا يمكنه منع حبلها.
- (٥) (عفو ولا قود) لأنه لا يختص بالموقوف عليه بل يشتري بقيمته بدله.
- (٦) (لأنه حقه) فإن عفا أو كان القطع لا يوجب قصاصاً وجب نصف قيمته وإلا فبحسابه.
- (٧) (إلى من بقي) منهم لأنه الموقوف عليه أولاً وعوده إلى المساكين مشروط بانقراضهم إذ استحقاق المساكين مرتب بضم.
- (٨) (لما في الإقناع) حيث قال: فمن مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع يصرف مصرف الوقف المنقطع كما لو ماتوا جميعاً.

حربي وكنيسة ونسخ التوراة والإنجيل وكتب زندقة^(١)، وكذا الوصية والوقف على
(١) (وكتب الزندقة) لأنه معصية، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً استكتبه
من التوراة وقال. أفي شك أنت الحديث.

(فصل) ويرجع إلى شرط الواقف^(١) واستثناء كشرط^(٢) وكذا مخصص من صفة ومن
بدل كمن له أربعة أولاد وقال وقفت على ولدي فلان وفلان وأولاد أولادي فإن الوقف
يكون لأولاده الثلاثة وأولاد الأربعة^(٣) ويجب العمل به في عدم إيجاره وقدر المدة، لكن
عند الضرورة يزداد بحسبها^(٤) وقسم الربع على الموقوف عليه في تقدير الاستحقاق،
ولو جهل شرط الواقف عمل بعادة جارية إن وجدت ثم عرف، ولو وقف على أولاده
وشرط أن من تزوج من البنات فلا حق لها^(٥) أو على زوجته مادامت عازية صح، قال
الشيخ كل متصرف بولاية إذا قيل يفعل ما يشاء فإنما هو إذا كان فعله لمصلحة
شرعية حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه أو ما يراه أو مطلقاً فشرط باطل على
الصحيح المشهور، قال: وعلى الناظر بيان المصلحة فيعمل بما ظهر، ومع الاشتباه
إن كان عالماً عدلاً ساغ له الاجتهاد، وإن خصص الإمامة في مسجد بمذهب
تخصصت به ما لم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة أو
ظاهرها سواء كان لعدم الإطلاع أو تأويل ضعيف، وإن خصص المصلين فيه
بمذهب لم يتخصص بهم^(٦) خلافاً لصاحب التلخيص^(٧) وقال في الاختيارات:

(١) (ويرجع إلى شرط الواقف) كقوله: لزيد كذا ولعمر كذا، لأن ابن الزبير وقف على ولده،
ويأتي.

(٢) (واستثناء كشرط) فلو وقف على جماعة أو قبيلة واستثنى زيدا لم يكن له شيء.
(٣) (وأولاد الأربعة) لأنه أبدل بعض الولد وهو فلان من اللفظ المتناول للجمع وهو ولدي.
(٤) (بحسبها) ولم يزل عمل القضاة عليه في عصرنا وقبله، ونقل عن أبي العباس وأفتى به
شيخنا المرادوي ولم نزل نفتي به إذ هو أولى من بيعه إذا. اهـ إقناع.
(٥) (فلا حق لها) لأن ابن الزبير وقف على أولاده وجعل للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة
ولا مضر بها، فإذا استغنت بزواج فلا حق لها فيه، ولأن الوقت متلقى من جهته فاتبع ما
شرطه.

(٦) (لم يتخصص بهم) لأن إثبات المسجدية يقتضي عدم الاختصاص.

(٧) (خلافاً لصاحب التلخيص) حيث قال: يختص بهم على الأشبه لاختلاف المذاهب في
أحكام الصلاة.

نفسه^(١)، ويشترط في غير المسجد ونحوه أن يكون على معين يملك^(٢) لا ملك

(١) (على نفسه) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لأن الوقف تمليك للرقبة أو للمنفعة ولا يجوز أن يملك نفسه من نفسه. زوائد.

(٢) (على معين يملك) هذا المذهب، لأن الوقف تمليك فلا يصح على مجهول كرجل ونحوه.

ويجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصح وإن اختلف ذلك باختلاف الزمان^(١) وقال: قول الفقهاء نصوص الواقف كنصوص الشارع^(٢) يعني في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل، مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها^(٣). وقال: والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي، ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود الشرعي اهـ، ولو سبل ماء للشرب لم يجز الوضوء منه ولا الغسل^(٤).

(فصل) ويرجع أيضاً إلى شرط الواقف في الناظر فيه^(٥) فإن عين الإنفاق عليه من غلته أو غيرها عمل به وإن لم يعينه وكان ذا روح فمن غلته^(٦)، فإن لم يكن له غلة فعلى الموقوف عليه، فإن تعذر بيع وصرف في عين أخرى^(٧) وإن كان الواقف على

(١) (باختلاف الزمان) حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند.

(٢) (كنصوص الشارع) الصحيح أنه في وجوب العمل، لأن الوقف متلقى من جهته فأتبع شرطه.

(٣) (ولغته إلى آخره) وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أو لا.

(٤) (ولا الغسل) قال في الفروع: فشرب ماء موقوف للوضوء يتوجه وأولى.

(٥) (في الناظر فيه) سواء شرطه لنفسه أو لغيره، وفي وقف على رضى الله عنه شرط النظر لابنه الحسن ثم لإبنة الحسين رضى الله عنهما.

(٦) (فمن غلته) لأن الوقف يقتضى تحبب الأصل وتسهيل منفعته، ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه.

(٧) (في عين أخرى) تكون وفقاً إن لم تمكن إجازته، فإن أمكنت أجر بقدر نفقته لاندفاع الضرورة المقتضية البيع بها.

وحیوان وقبر وحمل^(١)، لا قبوله ولا إخراجہ عن یدہ^(٢).

- (١) (وحمل) أصالة كأن يقول: على ما في بطن هذه المرأة، واختار الشيخ صحته أصالة وهو قول ابن عقيل، ويدخل الحمل تبعاً كوقفت على أولادي وفيهم حمل فيشملة، لكن لا يستحق شيئاً حتى يوضع وأفتى الشيخ باستحقاقه.
- (٢) (ولا إخراجہ عن یدہ) لأنه إزالة ملك يمنع البيع فلا يعتبر فيه ذلك كالعق.

غير معين كالمساكين ونحوهم فنفقته في بيت المال، وإن كان مالا روح فيه كالعقار ونحوه لم تجب عمارته على أحد إلا بشرط^(١) وقيل تجب إبقاء للأصل ليحصل دوام الصدقة، وهو معنى قول الشيخ تجب عمارة الوقف بحسب البطون، فإن شرط الواقف عمارته عمل به فمع الإطلاق تقدم على أرباب الوظائف، وقال الشيخ: الجمع بينهما حسب الإمكان أولى، وللناظر الاستدانة على الوقف بلا إذن حاكم لمصلحة كشرائه للواقف بنسيئة أو بنقد لم يعينه^(٢) ويتعين صرف الوقف إلى الجهة التي عينها الواقف حيث أمكن، وإن وقف على مسجد أو مصالحه جاز صرفه في نوع عمارة ومكانس وقناديل وزيت ورزق إمام ومؤذن، وفي فتاوى الشيخ إذا وقف على مصالح الحرم وعمارته فالقائمون بالوظائف التي يحتاج إليها المسجد^(٣) يجوز الصرف إليهم، وما يأخذه الفقهاء من الوقف كرزق من بيت المال لا يجعل ولا كأجرة في أصحابها^(٤) وقال الشيخ: ما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة بل رزق للإعانة على الطاعة، قال: وكذلك المال الموقوف على أعمال البر والموصى به أو المنذور. وقال القاضي في خلافه: ولا يقال منه ما يؤخذ أجرة عن عمل

- (١) (إلا بشرط) واقفه كالطلق، ذكره الحارثي وغيره، مع أنه قال بعد في عمارة الوقف تجب إبقاء للأصل.
- (٢) (لم يعينه) لأن الناظر مؤتمن مطلق التصرف، فالإذن والائتمان ثابتان.
- (٣) (التي يحتاج إليها المسجد) من التنظيف والحفظ والفرش وفتح الأبواب وإغلاقها ونحو ذلك.
- (٤) (في أصحابها أي الأقوال الثلاثة) قاله في التنقيح، وكذلك لا يشترط العلم بالقدر وينى على هذا أن القائل بالمنع من أخذ الأجرة على نوع القرب لا يمنع من أخذ المشروط في الوقف قاله الحارثي في الناظر.

(فصل) ويجب العمل بشرط الواقف^(١) في جمع^(٢) وتقديم^(٣) وضد ذلك^(٤) واعتبار

(١) (بشرط الواقف) لأن عمر وقف وفقاً وشرط فيه، ولو لم يجب اعتبار شرطه لم يكن في اشتراطه فائدة.

(٢) (في جمع) بأن يقول: على أولاده وأولاد أولاده ونسله وعقبه.

(٣) (وتقديم) بأن يقول: على أولاده مثلاً يقدم الأقفه والأدين أو المريض ونحوه.

(٤) (وضد ذلك) ففقد الجمع الأفراد بأن يقول: على ولده زيد ثم أولاده، وضد التقديم التأخير بأن يقول على ولد فلان بعد بني فلان.

كالتدريس ونحوه^(١) يعني إذا لم يكن الوقف من بيت المال، فإن كان منه فليس بوقف حقيقي^(٢) وقال أيضاً: من أكل المال بالباطل قوم لهم رواتب أضعاف حاجاتهم لهم جهات معلومها كثير يأخذونه ويستنيبون بيسير، قال: والنيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة^(٣) جائزة ولو عينه الواقف إذا كان النائب مثل مستنبيه^(٤).

(فصل) فإن لم يشترط ناظراً أو شرطه لإنسان فمات فليس للواقف ولاية النصب^(٥) ويكون النظر للموقوف عليه إن كان آدمياً معيناً أو جمعاً محصوراً كل واحد على حصته، وإن كان الوقف على جهة لا تتحصر كالفقراء والمساكين أو على مسجد ونحو ذلك فللحاكم أو من يستنيبه ووظيفة الناظر حفظ الوقف وعمارته وإيجاره وزرعه ومخاضمة فيه وتحصيل ريعه من أجرة أو زرع أو ثمر والاجتهاد في تنميته وصرفه في جهاته من عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق ونحوه^(٦) وله وضع يده عليه

(١) (كالتدريس ونحوه) لأننا نقول: لا نسلم أن ذلك أجرة محضه، بل رزق وإعانة على العلم بهذه الأموال.

(٢) (فليس بوقف حقيقي) كأوقاف السلاطين من بيت المال، بل كل من جاز له الأكل من بيت المال جاز له الأكل منها، أفتى به صاحب المنتهى موافقة للشيخ الرملي وغيره في وقف جامع طولون ونحوه.

(٣) (الأعمال المشروطة) من تدريس وإمامة وخطابة وأذان وغلق باب ونحوه.

(٤) (مثل مستنبيه) في كونه أهلاً لما استنيب فيه إذا لم يكن في ذلك مفسدة.

(٥) (ولاية النصب) أي نصب ناظر لانتفاء ملكه فلم يملك النصب والعزل.

(٦) (مستحق ونحوه) كشرء طعام وشراب شرطه الواقف، لأن الناظر هو الذي يلي الوقف، وتنفيذ شرط واقفه وحفظ ريعه.

- وصف وعدمه^(١) وترتيب^(٢) ونظر^(٣) وغير ذلك. فإن أطلق ولم يشترط استوى الغني
- (١) (واعتبار وصف وعدمه) بأن يقف على أولاده الفقهاء فتختص بهم، أو يطلق فيعمهم وغيرهم.
- (٢) (وترتيب) بأن يقول: على أولادي ثم أولادهم ثم أولادهم.
- (٣) (ونظر) بأن يقول: الناظر فلان، فإن مات فلان، لأن عمر جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم يليه ذوو الرأي من أهلها.

والتقرير في وظائفه^(١) وإن أجر الناظر العين بأقص من أجرة المثل صح وضمن، وفيه وجه بعدم الصحة^(٢) ولا تنفسخ الإجارة لو طلب زيادة^(٣) قال المنقح: لو غرس أو بنى فيما هو وقف عليه وحده فهو له محترم^(٤) وإن كان شريكاً أو له النظر فقط فغير محترم^(٥) ويتوجه إن أشهد^(٦) وإلا فللوقف تبعاً للأرض ولو غرسه للوقف أو من مال الوقف فوقف، ويتوجه في غرس أجنبي أنه للوقف^(٧). قال الشيخ: يد الواقف ثابتة مالم يأت حجة تدفع موجبها^(٨)، وقال أيضاً: من وقف وقفاً مستقلاً ثم ظهر عليه دين ولم يمكن وفاء الدين إلا ببيع شيء من الوقف وهو في مرض الموت يبيع باتفاق العلماء^(٩)

- (١) (والتقرير في وظائفه) ذكروه في ناظر المسجد فينصب من يقوم بوظائفه من إمام ومؤذن وقيم وغيرهم.
- (٢) (بعدم الصحة) قال الحارثي: وهو الأصح لانتفاء الإذن فيه.
- (٣) (لو طلب زيادة) عن الأجرة الأولى لأنها عقد لازم من الطرفين.
- (٤) (فهو له محترم) لأنه وضعه بحق. قلت مات وانتقل الوقف لغيره فينبغي أن يكون كفرس وبناء مستأجر انقضت مدته.
- (٥) (فغير محترم) فليس له إبقاؤه بغير رضا أهل الوقف، بل لباقي المستحقين هدمه.
- (٦) (إن أشهد) فغرسه وبناءه له محترم أو غير محترم على ما سبق تفصيله.
- (٧) (أنه للوقف) والمراد بالأجنبي غير الناظر والموقوف عليه، والتوجيهان لصاحب الفروع.
- (٨) (تدفع موجبها) كعمرة كون الغارس غرسه له بحكم إجارة أو إعارة أو غضب ويد المستأجر على المنفعة فليس له دعوى البناء بلا حجة ويد عرصه مشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه.
- (٩) (باتفاق العلماء) قال: وليس هذا بأبلغ من التدبير، وقد ثبت أن النبي ﷺ باع المدبر في الدين. قلت وظاهر كلام أبي العباس ولو كان الدين حادثاً بعد الوقف، قاله في حاشية الزاد.

والذكر وضدهما، والنظر للموقوف عليه^(١) وإن وقف على ولده أو ولد غيره ثم على

(١) (والنظر للموقوف عليه) لأنه ملكه وغلته له إذا لم يشترط النظر لأحد، أو شرط لإنسان فمات، فإن كان واحداً استقبل به مطلقاً، وإن كانوا جماعة فهو بينهم على قدر حصصهم، وإن كان صغيراً قام وليه مقامه.

وإن كان الوقف في الصحة فهل يباع لوفاء الدين؟ فيه خلاف في مذهب أحمد وغيره، ومنعه قوي.

(فصل) ويأكل ناظر الوقف بالمعروف نصاً، وظاهره ولو لم يكن محتاجاً قاله في القواعد، قال الشيخ: له أخذ أجره عمله مع فقره، ويشترط في الناظر المشروط إسلام^(١) وتكليف وقوة في التصرف لا الذكورية^(٢) ولا العدالة، ويضم إلى الفاسق عدل، وإلى ناظر ضعيف قوي أمين، فإن كان الناظر لغير الموقوف عليه وكانت ولايته من حاكم أو من ناظر أصلي فلا بد من شرط العدالة فيه^(٣) وفي الأحكام السلطانية في العامل يستحق ماله إن كان معلوماً فإن قصر فترك بعض العمل لم يستحق ما قبله، وإن شرط الواقف لناظر أجره فكلفته عليه حتى يتبقى أجره مثله^(٤) وقال الحارثي: ولا شك أن التقدير بقدر معين صريح في اختصاص الناظر به وإن لم يسم له شيئاً فقياس المذهب إن كان مشهوراً بأخذ الجاري على عمله فله جاري عمله وإلا فلا شيء له^(٥) وإن كان الموقوف عليه صغيراً أو سفيهاً أو مجنوناً قام وليه في النظر مقامه، ولو شرط الواقف الناظر لغيره ثم عزله لم يصح عزله إلا أن يشترطه، فإن شرط الناظر لنفسه ثم جعله لغيره فله عزله لأنه نائبه، ولناظر بالأصالة وهو الموقوف

(١) (ويشترط في الناظر المشروط إسلام) إن كان الموقوف عليه مسلماً أو كانت للجهة كمسجد ونحوه لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾.

(٢) (لا الذكورية) لأن عمر أوصى بالنظر إلى حفصة رضي الله عنهما.

(٣) (فلا بد من شرط العدالة فيه) لأنها ولاية على مال فاشترط لها العدالة كالولاية على مال اليتيم.

(٤) (أجره مثله) إلا أن يكون الواقف شرطه له خالصاً، نقله الحارثي عن الأصحاب.

(٥) (فلا شيء له) إذا لم يكن معداً لأخذ العوض على عمله، وهذا في عامل الناظر واضح، وأما الناظر فقد تقدم إذا لم يسم له شيء يأكل بالمعروف.

المساكين فهو لولده الذكور والإناث بالسوية^(١) ثم ولد بنيه دون بناته^(٢)، كما لو قال

- (١) (بالسوية) لأنه شراء بينهم، وإطلاقها يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء.
(٢) (دون بناته) هذا المذهب فلا يدخل ولد البنات في الوقف على الأولاد إلا بنص أو قرينة لعدم دخولهم في قوله تعالى ﴿يُورِثُكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾.

عليه وحاكم نصب ناظر وعزله، وأما الناظر المشروط فليس له نصب ناظر ما لم يكن مشروطاً له أن ينصب من شاء، وإن مات ناظر بشرط في حياة واقف لم يملك الواقف نصب غيره مطلقاً بدون شرط وانتقل للحاكم إن كان على غير معين وإلا إليه. ولا نظر لحاكم مع ناظر خاص لكن للحاكم النظر العام فيعترض عليه إن فعل ما لا يسوغ، وله ضم أمين إليه مع تفریطه أو تهمة ليحصل المقصود من حفظ الوقف ولا تزال يد الأول عن المال ولا نظره، ولا يجوز أن يقوم بالوظائف كلها شخص وتنحصر فيه، وقال الشيخ: إن أمكن أن يجمع بين الوظائف لواحد فعل، وما بناه أهل الشوارع والقبائل من المساجد للإمامة لمن رضوا به لا اعتراض للسلطان عليهم وليس لهم بعد الرضا به عزله ما لم تتغير حاله، وليس له أن يستنيب إن غاب^(١) قال الحارثي: والأصح أن للإمام النصب أيضاً لكن لا ينصب إلا من يرضاه الجيران، وكذلك الناظر الخاص لا ينصب إلا من يرضاه الجيران^(٢) وقال أيضاً ليس لأهل المسجد مع وجود إمام أو نائبه نصب ناظر في مصالحه ووقفه، فإن لم يوجد كالقرى الصغار والأماكن النائية أو وجد القاضي وكان غير مأمون أو ينصب غير مأمون فلهم النصب، وكذا ما عداه من الأوقاف لأهله نصب ناظر فيه لذلك^(٣) وإن تعذر النصب من جهة هؤلاء فلرئيس القرية أو المكان النظر والتصرف^(٤) ومن لم يقم

- (١) (إن غاب) قال في الأحكام السلطانية: لأن تقديم الجيران له ليس ولاية وإنما قدم لرضاهم به، ولا يلزم من رضاهم به الرضا بنائبه، بخلاف من ولاه الناظر، أو الحاكم، إلا أن الحق صار له بالولاية. فجاز أن يستنيبه.

- (٢) (من يرضاه الجيران) في كتاب أبي داود وابن ماجه عن عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ كان يقول: «ثلاثة لا يقبل الله منهم صلاة. من تقدم قوماً وهم له كارهون» الحديث.

- (٣) (لذلك) أي لعدم وجود القاضي المأمون.
(٤) (النظر والتصرف) لأنه محل حاجة، وقد نص أحمد على مثل هذا. اهـ كلامه.

على ولد ولده وذريته لصلبه^(١). ولو قال على بنيه أو بني فلان اختص بذكورهم^(٢) إلا

- (١) ﴿وذريته لصلبه﴾ فيدخل ولد البنين وجدوا حالة الوقف أولاً دون ولد البنات إلا بنص أو قرينة لأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم، والعطف بشم للترتيب فلا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض الأول، والعطف بالواو للتشريك.
- (٢) (اختص بذكورهم) عند الجمهور، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأن لفظ البنين وضع لذلك حقيقة لقوله تعالى: ﴿اصطفى البنات على البنين﴾.

بوظيفته بدله من له الولاية بمن يقوم بها، ولا يجوز أن يؤم في المساجد السلطانية وهي الكبار إلا من ولاة السلطان أو نائبه لثلاثا يفتأت عليه فيما وكل إليه، وإن ندب له إمامين وخص كل واحد منهما ببعض الصلوات الخمس جاز^(١) قال القاضي: وإن غاب من ولاة السلطان فثابته أحق ثم من رضيه الجيران، ولو وقف على المشتغلين بالعلم استحق من اتصف به^(٢) وقال الشيخ: لو تعطل مغل سنة تقسّطت الأجرة المستقبلية عليها وعلى السنة الأخرى لتقوم الوظيفة فيهما ولا ينقص الإمام بسبب تعطيل الزرع بعض العام، قال في الفروع: فقد أدخل سنة في سنة، وأفتى غير واحد منا في زمننا فيما ينقص عما قدره الواقف كل شهر أنه يتم فيما بعد، وحكم به بعضهم بعد سنتين، ورأيت غير واحد لا يراه اهـ. وإن شرط النظر للأفضل من أولاده فهو له، ولو فرضه حاكم لإنسان لم يجز لآخر نقضه ولا اعتراض لأهل الوقف على من ولاة الواقف الوقف إذا كان أميناً، ولهم مسألته إلى ما يحتاجون إلى علمه^(٣) ولهم مطالبته بانتساخ كتاب الوقف^(٤) وأجرة تسجيل كتاب الوقف من الوقف، ولولي الأمر أن ينصب ديواناً مستوفياً لحساب أموال الأوقاف عند المصلحة، كما له أن ينصب دواوين لحساب الأموال السلطانية كالقوى وغيره، ولو وقف داره على مسجد وعلى إمام يصلي فيه كان للإمام نصف الربيع.

(فصل) وإن وقف على ولده أو أولاده فحدث للواقف ولد بعد وقفه استحق

- (١) (جاز) فإن لم يختص فهما سواء وأيهما سبق كان أحق.
- (٢) (من اتصف به) فإن ترك الاشتغال زال استحقاقه، فإن عاد عاد استحقاقه.
- (٣) (إلى علمه) من أمور وقفهم حتى يستوي علمهم فيه.
- (٤) (بانتساخ كتاب الوقف) لتكون نسخة في أيديهم وثيقة لهم.

أن يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء^(١) دون أولادهن من غيرهم^(٢)، والقراة وأهل بيته

(١) (فيدخل فيه النساء) لأن اسم القبيلة يشمل ذكرها وأثاها، قال تعالى: ﴿يأبى آدم﴾ يريد الجميع.

(٢) (دون أولادهن من غيرهم) لأنهم لا ينسبون إلى القبيلة الموقوف عليها بل إلى غيرهم.

كالموجودين اختاره ابن أبي موسى وأفتى به ابن الزاغوني، وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل، وجزم به في المبهج^(١) خلافاً لما في التنقيح^(٢) وإن قال: على أولادي وأولادهم فلا ترتيب^(٣) وإن قال وقفت على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب فلا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض الأول^(٤) ومتى بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له، وإن رتب بين أولاده وأولادهم بشم ثم قال ومن مات عن ولد فنصيبه لولده استحق كل ولد بعد أبيه الأصلي والعائد مثل أن يكون ثلاثة إخوة فيموت أحدهم عن ولد ويموت الثاني عن غير ولد فنصيبه لأخيه الثالث، فإذا مات الثالث عن ولد استحق جميع ما كان في يد أبيه من الأصلي والعائد إليه^(٥) وإن قال: وقفته على ولدي ما تناسلوا، على أن من مات عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته والوقف مرتب فهو لأهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف^(٦) وإن قال: وقفت على أولادي ثم أولادهم الذكور والإناث ثم أولاد الذكور من ولد الظهر فقط ثم نسلهم ثم الفقراء، على أن من مات منهم وترك ولداً وإن سفل فنصيبه له فمات أحد الطبقة الأولى وترك بنتاً ثم ماتت عن ولد فله ما استحقه قبل

(١) (في المبهج) والعمل بها أولى نظراً إلى عرف الناس، فإن الواقف لا يقصد حرمان ولده المتجدد بل هو أشفق عليه لصغره وحاجته، ولهذا كان بعض مشايخنا النجديين يختار العمل بذلك.

(٢) (خلافاً لما في التنقيح) وتبعه في المنتهى حيث قال: دخل الموجودون فقط.

(٣) (فلا ترتيب) لأن الواو لا تقتضيه واستحقوا مع آبائهم.

(٤) (قبل انقراض الأول) لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه، وكذا قرناً بعد قرن.

(٥) (والعائد إليه) من أخيه لعموم «فنصيبه لولده» لأنه مفرد مضاف لمعرفة فيعم.

(٦) (من أهل الوقف) فلو كان البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن

ابنين ثم مات أحد الإبنين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابناً لعمه الحي كان نصيبه لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه دون عمه وابنه.

وقومه يشمل الذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه^(١). وإن وجدت قرينة تقتضي إرادة الإناث أو حرمانهن عمل بها، وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم

(١) (وجد أبيه) هذا المذهب لأن الله تعالى قال: ﴿وما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى﴾ يعني قربي النبي ﷺ أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأثاهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبنى عبد شمس وبنى نوفل شيئاً.

موتها^(١) ولو وقف على أولاده وفيهم بنات وقال: من مات عن ولد فنصيبه لولده فمن مات من البنات عن ولد فنصيبها لهم، وإذا وقفت المرأة على أولادها وعقبها ونسلها وأولاد أولادها فأجاب العسكري يدخل ولد البنات^(٢).

(فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده للذكر مثل حظ الأنثى، واختار الموفق وتبعه في الشرح والمبدع وغيره مثل حظ الانثيين^(٣) فإن فضل بعضهم على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض على أن بعضهم له عيال أو به حاجة كمسكنة أو عمى أو خص المشتغلين بالعلم أو ذا الدين دون الفساق أو من له فضيلة من أجل فضيلته فلا بأس^(٤) وإن كان على طريق الأثرة كره، ويجدد حق حمل بوضعه فيستحق بوضعه من ثمر وزرع ما يستحق مشتر^(٥) ويشبه الحمل إن قدم إلى ثغر موقوف عليه فيه، وقياسه من نزل في مدرسة ونحوه. وقال في الاختيارات: يستحق بحصته من المغل. ومن جعله كالولد فقد أخطأ، وللورثة من

(١) (قبل موتها) قاله الشيخ، قال في الفروع: ويتوجه لا، ومال إليه في تصحيح الفروع، لأنه من الطبقة الثالثة والاستحقاق فيها مشروط لولد الظهر فقط وهو من ولد البطون، إلا أن يحمل كلام الشيخ على ما إذا كان الولد من البنت من أولاد الظهر أيضاً بأن كانت مزوجة ابن عمها.

(٢) (ولد البنات) لجعل الانتساب إليها لغوياً لا شرعياً، فالتقييد فيها لبيان الواقع لا للإخراج.

(٣) (مثل حظ الأنثيين) على حسب قسمة الله في الميراث كالعصبة، والذكر في مظنة الحاجة غالباً بوجوب حقوق ترتبت عليه، بخلاف الأنثى.

(٤) (فلا بأس) بذلك نص عليه لأنه لغرض مقصود شرعاً.

(٥) (ما يستحق مشتر) فيستحق من ثمر لم يتشقق ومن أصول نحو بقل بخلاف ثمر تشقق وزرع لا يحصد إلا مرة فلا شيء له منه لأنه لا يتبع أصله والثمرة قبل التشقق تتبع أصلها فيستحقها مستحق الأصل.

وجب تعميمهم والتساوي، وإلا جاز التفضيل^(١) والاقتصار على أحدهم^(٢).

- (١) (جاز التفضيل) لبعضهم على بعض لأنه إذا جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه.
(٢) (على أحدهم) لأن مقصود الوقف بذلك الجنس وذلك يحصل بالدفع إلى واحد منهم.

المغل بقدر ما باشر مورثهم اهـ. قال في القواعد الفقهية: واعلم أن ما ذكرنا في استحقاق الموقوف عليه ههنا إنما هو إذا كان استحقاقه بصفة محضة مثل كونه ولداً فقيراً ونحوه، أما إذا كان استحقاقه الوقف عوضاً عن عمل وكان المغل كالأجرة فيقسط على جميع السنة حتى من مات في أثناءه استحق بقسطه وإن لم يكن الزرع قد وجد^(١) وإن وقف على عقبه أو نسله أو ولد ولده أو ذريته دخل فيه ولد البنين وإن نزلوا ولا يدخل ولد البنات بغير قرينة^(٢) وعنه يدخلون قدمها في المحرر^(٣) والعترة العشييرة وهي قبيلته^(٤) والأشراف أهل بيت النبي ﷺ، وكثير من أهل الشام وغيرهم لا يسمون شريفاً إلا من كان علويًا اهـ^(٥) والأيامي والعزاب من لا زوج له من رجل وامرأة، والأرامل النساء اللاتي فارقت أزواجهن بموت أو حياة، وأهل الوقف المتناولون له، والعلماء حملة الشرع من غني وفقير، وأهل الحديث من عرفه ولو

- (١) (قد وجد) قال ونحو ذلك أفنى الشيخ، وأفنى الشيخ شمس الدين أبو عمر بأن الاعتبار في ذلك بسنة المغل دون السنة الهلالية في جماعة مقررين في قرية حصل لهم حاصل في قريتهم الموقوفة عليهم فطلبوا أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضي وهو مغل سنة خمس وأربعين مثلاً فهل يصرفه إليهم الناظر بحساب سنة خمس بالهلالية أو بحساب سنة المغل مع أنه قد تنزل بعد هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا في حساب سنة المغل فإن أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية لم يبق للمتقررين إلا شيء يسير، أجب بأنه لا يحتسب إلا بسنة المغل دون الهلالية، ووافقه جماعة من الشافعية والحنفية على ذلك.
(٢) (بغير قرينة) بقوله وقتت على فلان وفلان وفلانة ثم أولادهم ونحو ذلك.
(٣) (قدمها في المحرر) والرعاية واختارها أبو الخطاب في الهداية، لأن البنات أولاده وأولادهن أولاد أولاده حقيقة لقوله: ﴿ومن ذريته داود إلى قوله وعيسى﴾ وهو ولد بنته، وقوله عليه الصلاة والسلام وإن ابني هذا سيده الحديث، يعني الحسن لأن البخاري قال في الشرح والقول بدخولهم أصح وأقوى دليلاً.
(٤) (وهي قبيلته) قال الصديق رضي الله عنه في محفل من الصحابة: نحن عترة رسول الله ﷺ وببيضته التي تفقت عنه، ولم ينكره أحد وهم أهل اللسان.
(٥) (علويًا) بل لا يسمون شريفاً إلا من كان من ذرية الحسن والحسين.

(فصل) والوقف عقد لازم^(١) لا يجوز فسخه ولا يباع، إلا أن تتعطل^(٢) منافعه

(١) (عقد لازم) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم، لأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرد كالتعطل.

(٢) (إلا أن تتعطل منافعه) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عمر «لا يباع ولا يبتاع ولا يورث» وجوز الشيخ ذلك لمصلحة وقال: هو قياس الهدى. وهو من المفردات. زوائد.

حفظ أربعين حديثاً لا من سمعه، والقراء الآن حفاظ القرآن وفي الصدر الأول هم الفقهاء، وأعقل الناس الزهاد، قال ابن الجوزي وليس من الزهد ترك ما يقيم النفس ويصلح أمرها ويعينها على طريق الآخرة فإنه زهد الجهال، وإنما هو ترك فضول العيش وما ليس بضرورة في بقاء النفس؛ وكان على هذا النبي ﷺ وأصحابه، واليتيم من لم يبلغ ولا أب له.

(فصل) والوقف عقد لازم وهو المذهب لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها، ويلزم بمجرد القول الدال عليه بغير حكم حاكم^(١) ولا يصح بيعه ولا هبته ولا المناقلة به^(٢) إلا أن تتعطل منافعه المقصودة منه بخراب أو غيره وتتعذر عمارته وعود نفعه ولو مسجداً حتى بضيقه على أهله وتعذر توسيعه أو خراب محلته فيصح بيعه ويصرف في مثله ويصير الحكم للثاني^(٣) وعنه لا يلزم إلا بالقبض كالهبة^(٤) وعنه تجوز

(١) (بغير حكم حاكم) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يباع أصلها ولا توهب ولا تورث» قال الترمذي العمل على هذا عند أهل العلم وإجماع الصحابة على ذلك.

(٢) (المناقلة به) أي إيداله ولو بخير منه للحديث السابق، وقد صنف المرادوي كتاباً لطيفاً في رد المناقلة وأجاد.

(٣) (ويصير الحكم للثاني) واحتج الإمام بأن ابن مسعود رضي الله عنه حول مسجد الجامع بالتمارين وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان كالإجماع، وأما إذا نقلت آتته من غير بيع فالبقعة باقية على أنها مسجد.

(٤) (كالهبة) اختاره ابن أبي موسى، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرد، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم، وحكاها بعضهم عن علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم، وخالف أبا حنيفة صاحبه فقالا بقول سائر العلماء.

ويعصرف ثمنه في مثله^(١)، ولو أنه مسجد وآلته^(٢) وما فضل عن حاجته جاز صرفه إلى
(١) (في مثله) لأنه أقرب إلى غرض الواقف.
(٢) (وآلته) وصرفها في عمارته.

المناقلة به لنقصه أو رجحان مغله نص عليه^(١) وجوز الشيخ بيع الوقف للمصلحة^(٢)
والوقف على قوم بعينهم أحق بجواز نقله إلى مدينتهم من المسجد، ويصح بيع
شجرة يبست وجذع انكسر أو بلى أو خيف عليه الكسر والهدم ويعصرف ثمنه في
مثله أو بعض مثله، ويصح بيع بعضه لإصلاح ما بقي إن اتحد الواقف كالجبهة إن
كان عينين^(٣) وأفتى عبادة من أئمة أصحابنا بجواز عمارة وقف من وقف آخر من
ربعه على جهته^(٤) ويجوز تجديد بناء المسجد لمصلحة^(٥) وحكم فرس حبيس إذا
لم يصلح لغزو كوقف، وبمجرد شراء البديل يصير وفقاً كبديل أضحية ورهن أتلف،
والاحتياط وقفه ويبيعه حاكم إن كان على سبيل الخيرات^(٦) وإلا فناظره الخاص؛
والأحوط إذن حاكم^(٧) قال في الاختيارات: وجوز جمهور العلماء تغيير صورة الوقف

- (١) (نص عليه) وصنف صاحب الفائق في جواز المناقلة للمصلحة مصنفًا وسماه «المناقلة
بالأوقاف وما في ذلك من النزاع والخلاف» أجاد فيه ووافقه أيضاً جماعة من أهل عصره
وكلهم تبع الشيخ تقي الدين في ذلك، لأن الإبدال جرى مجرى الأعيان، ولعل تركه في
بعض الأحوال تضييع للغرض.
- (٢) (للمصلحة) قال وهو قياس الهدى وهو من المفردات. واختاره صاحب الفائق وحكم به
نائباً عن القاضي جمال الدين المسلاتي، فعارضه القاضي جمال الدين المرادوي وقال:
حكمه باطل على قواعد المذهب، وصنف في ذلك مصنفًا.
- (٣) (إن كان عينين) على جهة واحدة من واقف واحد، أو عيناً ولم تنقص القيمة بتشقيص.
(٤) (على جهته) ذكره ابن رجب في طبقاته، قال في الإنصاف: وهو قوي، بل عمل الناس
عليه، لكن قال شيخنا يعني ابن قندس في حواشي الفروع، إن كلامه في الفروع أظهر،
أي لا يعمر وقف من ربع آخر وإن اتحدت الجهة.
- (٥) (لمصلحة) لحديث عائشة أن النبي ﷺ قال لها «لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية
لأمرت بالبيت فهدم فأدخلت فيه ما أخرج منه وأزقته بالأرض وجعلت له بابين باباً شرقياً
وباباً غربياً فبلغت به أساس إبراهيم» رواه البخاري.
- (٦) (على سبيل الخيرات) لأنه فسخ عقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً فتوقف على الحاكم.
(٧) (إذن حاكم) للناظر الخاص في بيعه لأنه يتضمن البيع على من سيتقل إليهم بعد =

مسجد آخر والصدقة به على فقراء المسلمين^(١).

من
الكتاب
الأول

هوامش
الكتاب
الأول

(١) (على فقراء المسلمين) هذا المذهب، لأن شيبة بن عثمان الحجي كان يتصدق بخلقان الكعبة. وروى الخلال بإسناده أن عائشة أمرته بذلك. وعنه يجوز صرفه في مثله دون الصدقة به واختاره الشيخ.

من
الكتاب
الثاني

كجعل الدور حوانيت ونحوه، وفضل غلة موقوفة على معين استحقاؤه مقدر فقال الشيخ: إن علم ريعه يفضل دائماً وجب صرفه لأن بقاءه فساد له، وإعطاؤه فوق ما قدر له الواقف جائز. وذكر أبو الحسين يتعين إرصاده واقتصر عليه الحارثي. ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل^(٢) ومن وقف على ثغر فاختل صرف في ثغر مثله، وعلى قياسه مسجد ورباط ونحوهما، قال الحارثي: والشرط قد يخالف للحاجة كالوقف على المتفقهة على مذهب معين، فإن الصرف يتعين عند عدم المتفقهة على ذلك المذهب إلى المتفقهة على مذهب آخر^(٣) ونص أحمد فيمن وقف على قنطرة فانحرف الماء أو انقطع يرصد لعله يرجع^(٤) ويحرم حفر بئر^(٥) وغرس شجرة في مسجد فإن فعل قلعت وطمت، فإن لم تقلع فثمرها لمساكين المسجد، ويتوجه جواز حفرها فيه إن كان فيه مصلحة ولم يحصل به ضيق، وإن كانت مغروسة قبل بنائه ووقفها معه فإن عين مصرفها عمل به وإلا فكوقف منقطع. ويجوز رفع المسجد إذا أراد أكثر أهله ذلك وجعل تحت سفله سقاية وحوانيت^(٦). قال في الفنون: لا بأس بتغيير حجارة الكعبة إن عرض لها مرمة لأن كل عصر احتاجت فيه إليه قد فعل ولم يظهر نكير، وإن تعينت الآلة لم يجز كالحجر الأسود، ولا يجوز نقله ولا يقوم غيره مقامه ولا ينتقل النسك معه^(٧) ويكره نقل حجارتها عند عمارتها إلى غيرها، كما لا

= الموجودين الآن أشبه البيع على الغائب.

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (صرف الفاضل) لأنه افتتات على من له ولايته. قلت: والظاهر لا ضمان كتفرقة أضحية.
- (٢) (على مذهب آخر) أخذاً من مسألة بيع الوقف إذا خرب.
- (٣) (لعله يرجع) فيحتاجون إلى القنطرة. وقدم الحارثي يصرف إلى قنطرة أخرى.
- (٤) (ويحرم حفر بئر) لأنه منفعة مستحقة للصلاة فتعطيها عدوان.
- (٥) (وحوانيت) نص عليه في رواية أبي داود، ومنع منه الموفق وابن حامد.
- (٦) (النسك معه) إذا نقل من موضعه إلى موضع آخر.

باب الهبة والعطية

وهي التبرع بتملك مال المعلوم الموجود في حياته غيره^(١)، فإن شرط فيها

(١) (غيره) هذا المذهب بما يعد هبة عرفاً. زوائد.

يجوز ضرب تراب المساجد لبناً لبناء غيرها بطريق الأولى^(١) ولا يجوز أن تعلق أبنيتها زيادة على ما وجد من علوها، قال في الفروع ويتوجه جواز البناء على قواعد إبراهيم^(٢) قال ابن هبيرة في حديث عائشة: يدل على تأخير الصواب لأجل قالة الناس، وروى مالك والشافعي تركه لكلاً يصير البيت ملعبة للملوك.

خاتمة: قال الشيخ والأرزاق التي يقدرها الواقفون ثم يتغير النقد فيما بعد^(٣) فإنه يعطي المستحق من نقد البلد ما قيمته قيمة المشروط.

باب الهبة والعطية

الهبة تملك جائز التصرف مالم معلوماً موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض^(٤) يعد هبة عرفاً من لفظ هبة وتملك، فتجهيز المرأة إلى بيت زوجها تملك، وهبة الثلجئة باطلة^(٥) وأنواع الهبة صدقة^(٦) وهدية ونحلة، ومعانيها

(١) (بطريق الأولى) لما تقدم من أنه يتعين صرف الوقف للجهة المعينة.

(٢) (على قواعد إبراهيم) عليه السلام، يعني إدخال الحجر في البيت لأن النبي ﷺ لولا المعارض في زمنه لفعله كما في حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) ثم يتغير النقد فيما بعد) نحو أن يشترط مائة درهم ناصرية ثم يحرم التعامل بها وتصير الدراهم ظاهرة.

(٤) (بلا عوض) فخرج بالمال الاختصاصات، وبالمعلوم المجهول الذي لا يتعذر علمه فلا تصح هبته كبيعته، وبالموجود المعدوم كعبد في ذمته، وبالمقدور على تسليمه الحمل، وبغير الواجب الديون والنفقات ونحوها، وبغير الحياة الوصية، وبلا عوض عقود المعاوضات.

(٥) (باطلة) بحيث توهب في الظاهر وتقبض مع اتفاق الواهب والموهوب له أنه ينتزعه منه إذا شاء.

(٦) (صدقة إلى آخره) الصدقة والهبة متغايران وإن دخلا في اسم الهبة، فإن النبي ﷺ يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، فالصدقة أن ينوي التقرب إلى الله والهدية الدفع إلى =

عضواً معلوماً فبيع^(١). ولا يصح مجهول إلا ما تعذر علمه^(٢). وتنعقد بالإيجاب والقبول والمعاطاة الدال عليهما^(٣) وتلزم بالقبض^(٤) بإذن واهب إلا ما كان في يد

(١) (فبيع) فثبت فيه الخيار والشفعة وغيرهما، وبه قال أصحاب الرأي، وعنه يغلب فيها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به. قال الحارثي: هذا المذهب وهو الصحيح.

(٢) (ما تعذر علمه) بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز فوهب أحدهما الآخر ماله منه.

(٣) (الدالة عليهما) هذا المذهب اختاره ابن عقيل وغيره، لأن النبي ﷺ كان يهدي ويهدي إليه ويعطي ويفرق الصدقات ويأمر ساعاته بأخذها وتفريقها، وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر بعينه فقال: هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: هو لك يا عبد الله فاصنع به ما شئت، ولم ينقل عن النبي ﷺ قبول من عمر ولا قبول لابن عمر من النبي ﷺ.

(٤) (وتلزم بالقبض) لما روى مالك عن عائشة أن أبا بكر نحلها جزاذ عشرين وسقا، وساق الحديث.

مقاربة، فإن قصد بإعطائه ثواب الآخرة فصدقة، وإن قصد إكراماً وتودداً أو مكافأة فهدية، وإلا فهبة وعطية ونحلة، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع بها ما لم يرض منها^(١) وإذا علم المهدي له أنه أهدى حياءً وجب رد هديته إليه قاله ابن الجوزي^(٢) وهي مستحبة^(٣) قال الحارثي: وجنس الهبة مندوب إليه لشموله على التوسعة على الغير ونفي الشح، والصدقة على قريب محتاج أفضل من عتق^(٤) قال

= إنسان للتقرب إليه والمحبة له وجميع ذلك مندوب إليه لقوله عليه الصلاة والسلام «تهادوا تحابوا».

(١) (مالم يرض منها) لقول عمر: من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها، وروي معناه عن علي.

(٢) (قاله ابن الجوزي) قال في الآداب: وهو حسن، لأن المقاصد في العقود عندنا معتبرة. انتهى.

(٣) (هي مستحبة) إذا قصد بها وجه الله تعالى كالهبة للعلماء والفقراء والصالحين وما قصد به صلة رحم.

(٤) (أفضل من عتق) لما في الصحيحين عن ميمونة أنها أعتقت وليدة في زمان رسول الله =

متهب، ووارث الواهب يقوم مقامه^(١). ومن أبرأ غريمه من دينه بلفظ الإحلال أو
(١) (يقوم مقامه) في الإذن والرجوع، لأنه عقد يثول إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت.

الشيخ والصدقة أفضل من الهبة إلا أن يكون في الهبة معنى تكون به أفضل من
الصدقة مثل إهداء إلى قريب يصل به رحمه أو لأخ في الله فهذا قد يكون أفضل من
الصدقة، ووعاء هدية كهي مع عرف، ومن أهدي ليهدى له أكثر فلا بأس لغير النبي
ﷺ^(١) ولا تقتضي عوضاً^(٢) وتلزم بقبضها ولو في غير مكيل ونحوه^(٣) وعنه تلزم في
غير مكيل وموزون بمجرد الهبة^(٤) ولا يصح قبض إلا بإذن واهب، ولو اهب الرجوع
في هبته قبل قبض مع الكراهة، ويقبل لطفل أبوه فقط من نفسه^(٥) ومن غيره وليه
الأمين ثم وصى، وعند عدمهم يقبض له من يليه من أم وقريب^(٦) ويصح قبض صغير
للمأكل الذي يدفع مثله للصغير^(٧) وما يدفع إلى شيخ زاوية ونحوها من صدقة

- = ﷺ فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: لو أعطيتها لأخوالك كان أعظم لأجرك.
(١) (لغير النبي ﷺ) فكان ممنوعاً منه لقوله تعالى: ﴿ولا تمنن تستكثر﴾ أي لا تعط شيئاً
لتأخذ أكثر منه.
(٢) (ولا تقتضي عوضاً) ولو مع قرينة فكأن يعطيه ليعاوضه لأن مدلول اللفظ انتفاء العوض
والقرينة لا تساويه.
(٣) (في غير مكيل ونحوه) وهو قول أكثر أهل العلم، قال المروزي: اتفق أبو بكر وعمر
وعثمان وعلي، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة. وروي عن النخعي والثوري والشافعي
والحسن بن صالح وأصحاب الرأي.
(٤) (بمجرد الهبة) فروي عن علي وابن مسعود أنهما قالوا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة
قبضت أولم تقبض، وهو قول مالك وأبي ثور. ولنا إجماع الصحابة فإنه مروى عن أبي
بكر وعمر ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف، وقد روي عن عائشة أن أبا بكر تحلها
جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال يابنية كنت نحلكت جذاذ عشرين
وسقا ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث فافتسموه على كتاب الله
تعالى.
(٥) (من نفسه) فيقول: وهبت ولدي كذا وقبضته له ولا يحتاج إلى قبول.
(٦) (من أم وقريب) سئل أحمد: يعطى الصبي من الزكاة؟ قال: نعم، يطعى أباه أو من يقوم
بشأنه.
(٧) (يدفع مثله للصغير) لحديث أبي هريرة «كان الناس إذا رأوا أول الثمار جاءوا به إلى =

الصدقة أو الهبة أو نحوها برئت ذمته ولو لم يقبل^(١). ويجوز هبة كل عين تباع
وكلب يقتنى^(٢).

- (١) (ولو لم يقبل) لأنه إسقاط حق فلم يفتقر إلى قبول ولو كان المبرأ منه مجهولاً
(٢) (وكلب يقتنى) ونجاسة يباح نفعها واختار الموفق وجماعة صحة هبة الكلب ونجاسة يباح
الانتفاع بها.

الظاهر أنه لا يختص به، وله التفضيل في القسم بحسب الحاجة^(١) والهبة من
الصبي لغيره باطلة ولو أذن فيها وليه لأنه تبرع. ولو وهب الغائب هبة وأنفذها مع
رسول الموهوب أو وكيله ثم مات الواهب أو الموهوب قبل وصولها لزم حكمها، وأن
أنفذها مع رسوله نفسه ثم مات أحدهما قبل وصولها بطلت^(٢) ويصح أن يهب شيئاً
ويستثنى نفعه مدة معلومة، وأن يهب أمة، ويستثنى ما في بطنها. وتصح هبة
المشاع^(٣) وإن وهب أو وصى أو باع أرضاً احتاج إلى أن يحدها^(٤) ويصح هبة
مصحف وكل ما يصح بيعه فقط^(٥) وإذنه في جز الصوف على الظهر وحلب اللبن

= رسول الله ﷺ، فإذا أخذه قال: اللهم بارك لنا في ثمرنا، ثم يعطيه أصغر من يحضره من
الولدان» أخرجه مسلم.

(١) (بحسب الحاجة) لأن الصدقة يراد بها سد الخلة، مع أنه لم يصدر إليه ما يقتضي
التسوية، والظاهر تفويض الأمر إليه في ذلك.

(٢) (بطلت) وكانت للواهب أو ورثته لعدم القبض، لحديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت «لما
تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: أني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق مسك،
ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة عليّ، فإن ردت فهي لك.
قالت: فكان كما قال النبي ﷺ، وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من
المسك واعطى أم سلمة بقية المسك والحلة» رواد أحمد.

(٣) (هبة المشاع) وبه قال مالك والشافعي، منقولاً كان أو غير منقول، لما في الصحيح «إن
وفد هوازن لما جاعوا يطلبون من النبي ﷺ أن يرد ما غنمه منهم فقال رسول الله ﷺ: ما
كان لي ولبنني المطلب فهو لكم» رواه البخاري.

(٤) (أن يحدها) بأن يقول: كذا سهم من كذا، قيل له وهبت لك نصيبي من الدار؟ قال: إن
كان يعلم نصيبه فجاؤز.

(٥) (وكل ما يصح بيعه فقط) لأنها تملك في الحياة فما لا يصح بيعه لا تصح هبته على
المذهب اختاره القاضي وقدمه في الفروع.

(فصل) يجب التعديل في عطية أولاده بقدر إرثهم، فإن فضل بعضهم سوى

إباحة لا هبة، قال أبو العباس: ويظهر لي صحة هبة الصوف على الظهر قولاً واحداً، وإن مت — بضم التاء — فأنت في حل صح الإبراء عند وجود شرطه.

ولا يصح تعليقها على شرط مستقبل^(١) واختار الشيخ الجواز، ولا توقيتها كقوله: وهبتك هذه سنة إلا في العمرى والرقي وهو أن يقول: أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتها لك عمرك أو حياتك أو ما عشت فيقبلها، فتصح وتكون للمعمر بتفتح الميم ولورثته من بعده^(٢) ولا يصح إعمار المنفعة ولا إرقابها، فلو قال: سكنى هذه الدار لك عمرك أو غلة هذا البستان لك عمرك فعارية له الرجوع فيها متى شاء في حياته وبعد موته^(٣) ونصه لا يظاً الجارية المعمرة^(٤) وقال مالك والليث: العمرى تملك المنافع لا تملك بها الرقبة بحال^(٥) وإن شرط رجوعها إلى المعمر عند موته

(١) (تعليقها على شرط مستقبل) كإذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك كذا، وقوله عليه السلام في الحلة المهداة للنجاشي.

(٢) (ولورثته من بعده) هذا المذهب وبه قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وروى جابر عنه عليه الصلاة والسلام «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنه من أعمار عمرى فهي للذي أعمارها حياً وميتاً ولعقبه» أخرجه مسلم، وفي لفظ «أقضى رسول الله عليه السلام في العمرى لمن وهبت له» متفق عليه.

(٣) (وبعد موته) لأنها هبة منفعة، وبه قال أكثر أهل العلم، منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي، وقال الحسن وقتادة: هي كالعمرى يثبت فيها مثل حكمها.

(٤) (الجارية المعمرة) نقل يعقوب وابن هانئ من يعمر الجارية لا يظاً؟ قال: لا أراه، وحمله القاضي على الورع، لأن بعضهم جعلها تملك المنافع، قال ابن رجب: وهو بعيد، والصواب تحريمه، وحمله على أن الملك بالعمرى قاصر.

(٥) (بحال) ويكون للمعمر السكنى، فإذا مات عادت إلى المعمر، لما روى يحيى بن سعيد عن عبدالرحمن بن القاسم قال: سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا. ولنا ما روى جابر مرفوعاً في العمرى وتقدم رواه مسلم ومتفق عليه.

برجوع أو زيادة^(١) فإن مات قبله ثبتت^(٢). ولا يجوز لوأهب أن يرجع في هبته

(١) (سوى برجوع أو زيادة) هذا المذهب وبه قال طاوس وابن المبارك، وقال مالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي: يجوز ذلك، لأن أبا بكر نحل عائشة دون سائر أولاده، ولنا حديث النعمان بن بشير قال «تصدق عليّ أبي ببعض ماله فقال النبي ﷺ: أكل ولدك أعطيت مثله؟ قال: لا. قال: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، قال فرجع أبي فرد تلك الصدقة» وفي لفظ «قال فارجعها، وفي لفظ «فلا تشهدني على جور» متفق عليه، وهو دليل على التحريم، وأمر برده.

(٢) (فإن مات قبله ثبتت) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وكثير من أهل العلم لقول أبي بكر لعائشة: وودت أنك حزتيه، وعنه لا يثبت وللباقيين الرجوع واختاره ابن عقيل والشيخ وصاحب الفائق. زوائد.

أو قال هي: لأخرنا موتا صح الشرط^(١) وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته^(٢).

(فصل) والمشروع في عطية الأولاد على قدر ميراثهم^(٣) إلا في الشيء التافه، وإلا في نفقة وكسوة فتجب الكفاية دون التعديل، وعنه المشروع أن يكون الذكر كالأنثى^(٤) ويحتمل دخول أولاد الولد كالأولاد^(٥) فإن خص بعضهم أو فضله فعليه

(١) (صح الشرط) وهذا إحدى الروايتين، وبه قال القاسم بن محمد والزهري وأبو سلمة بن عبدالرحمن وأحد قولي الشافعي واختاره الشيخ.

(٢) (ولورثته) من بعده، وهذا المذهب وبه قال الشافعي في الجديد كما ذكرنا في الأحاديث المطلقة، وقال ﷺ «لا رقي، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته».

(٣) (على قدر ميراثهم) على حسب قسمة الله تعالى، وبه قال عطاء وشريح وإسحق ومحمد ابن الحسن.

(٤) (الذكر كالأنثى) وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وابن المبارك، لقوله عليه الصلاة والسلام «أيسرك أن يستووا في برك؟ فقال نعم، قال: فسو بينهم» والبنت كالولد في استحقاق برها. فكذلك في عطيتها واختاره ابن عقيل في الفنون والحارثي لما روى ابن عباس مرفوعاً «سوا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مؤثراً أحداً لآثرت النساء على الرجال» رواه سعيد. ولنا أن الله قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى به قسمة الله تعالى، وحديث ابن عباس الصحيح أنه مرسل، ولأن الذكر أحوج من الأنثى لأنهما إذا تزوجا فالصداق والنفقة على الذكر.

(٥) (كالأولاد) هذا المذهب، وقيل يختص بأولاده لصلبه.

اللازمة^(١) إلا الأب^(٢). وله أن يأخذ ويتملك من مال ولده مالا يضره ولا يحتاجه^(٣)،

(١) (في هبته اللازمة) هذا المذهب لحديث ابن عباس مرفوعاً «العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه» متفق عليه. وروى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد من ولده».

(٢) (إلا الأب) قصد التسوية أولاً لقوله عليه الصلاة والسلام، يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطيه ولده» رواه الخمسة وصححه الترمذي من حديث عمر وابن عباس.

(٣) (ما لا يضره ولا يحتاجه) لحديث عائشة مرفوعاً «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وأن أولادكم من كسبكم» رواه الترمذي وحسنه، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن أبي اجتاح مالي، فقال : «أنت ومالك لأبيك» رواه الطبراني في معجمه مطولاً، ورواه ابن ماجه.

التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا^(١) كما لو زوج أحد بنيه في صحته وأدى عنه الصداق ثم مرض الأب فإنه يعطى ابنه الآخر كما أعطى الأول لا يحسب من الثلث، لأنه تدارك للوجوب أشبه قضاء الدين، وإن مات قبل التسوية ثبت للمعطي^(٢) وعنه لا يثبت وللباقي الرجوع اختاره أبو عبدالله بن بطة^(٣) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا إعطاؤهم على قدر ميراثهم^(٤) وقال أبو الخطاب: المشروع في عطية سائر الأقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم، ومثى عليه في

(١) (حتى يستووا) هذا المذهب وبه قال طاوس وابن المبارك، وكان الحسن يكرهه ويجيزه في القضاء، وقال مالك إلى آخره. زاد.

(٢) (ثبت للمعطي) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم، لقول أبي بكر «وودت» الحديث.

(٣) (ابن بطة) وهو قول عروة بن الزبير وإسحق واختاره ابن عقيل والشيخ وصاحب الفائق، لأن النبي ﷺ سمي ذلك جوراً والجور لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطي تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً، ولأن أبا بكر وعمر أمراً قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد لم يكن علم به ولا أعطاه شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد.

(٤) (على قدر ميراثهم) سواء كانوا من جهة واحدة كأخوة وأخوات أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم.

متن الكتاب الأول فإن تصرف في ماله ولو فيما وهبه له ببيع أو عتق أو إبراء^(١) أو أراد أخذه قبل رجوعه،

هوامش الكتاب الأول (١) (أو إبراء) لأن ملك الإبن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه، وإنما للأب انتزاعه منه، إلا إذا كان للولد عقار يكفي أباه ولا مال له غيره ولا مال لأبيه فإن أحمد قال إن اعترض عليه الولد رأيت أن يرده الحاكم ولا يبقى فقيراً لا حيلة له ذكره في الإرشاد.

متن الكتاب الثاني الاقتناع والمنتهى^(١) قال في المغنى: إن خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم ونحوه من الفضائل أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها، فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك^(٢) ولا يكره قسم ماله بين ورائه^(٣) فإن حدث له وارث سوى بينه وبينهم وجوباً^(٤) وإن سأل امرأته هبة مهرها فوهبته أو قال أنت طالق إن لم تبرئني فأبرأتها ثم ضرها بطلاق أو غيره فلها الرجوع^(٥) وغير الصداق كالصداق^(٦) وإن نقصت العين الموهوبة أو زادت منفصلة لم يمنع رجوع الأب، وإن باعه المتهب ثم رجع إليه ببيع أو هبة أو رهنة لم يملك الرجوع^(٧).

- هوامش الكتاب الثاني (١) (والمنتهى) قياساً على الأولاد بجامع القرابة، بخلاف الزوجات والموالي فلا يجب التعديل بينهم في الهبة، وفي الواضح يستحب التسوية بين أب وأم وأخ وأخت. انصاف.
- (٢) (على جواز ذلك) لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس إذا كان لحاجة، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة، ويحتمل المنع من التفضيل على كل حال لأن النبي ﷺ لم يستفضل بشيراً، والأول أولى لحديث أبي بكر.
- (٣) (بين ورائه) على فرائض الله ولو أمكن أن يولد له، لأنها قسمة ليس فيها جور.
- (٤) (وجوباً) ليحصل التعديل، لقوله عليه الصلاة والسلام «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم».
- (٥) (فلها الرجوع) لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفساً، وإنما أباحه الله عن طيب نفسها بقوله «فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً».
- (٦) (كالصداق) ويؤيده قول عمر «إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة، فأیما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعصره فهي أحق به» رواه الأثرم، وقال الحارثي: المشهور عنه لا رجوع لواحد من الزوجين فيما وهب للآخر، إلا أن تهب المرأة مهرها لسؤال منه ونحو ذلك فترجع.
- (٧) (لم يملك الرجوع) فيها، لأنها عادت إلى الولد بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه =

أو تملكه بقول أو نية وقبض معتبر لم يصح^(١) بل بعده، وليس للولد مطالبة أبيه بدين
(١) (لم يصح) لأنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية.

(فصل) ويشترط فيما يأخذه الأب من مال ابنه أن لا تتعلق حاجة الإبن به ولا يجحف به وأن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر^(٢) وقال الشيخ: قياس المذهب أن لا يأخذ في مرض موته ما يخلفه تركة كما لا يأخذ من مال ولده في مرض موت ابنه، وقال: لو أخذ من مال ولده ثم انفسخ سبب استحقاقه بحيث وجب رده إلى الذي كان مالكة فالأقوى أن للمالك الأول الرجوع على الأب^(٣) وإن وطىء جارية ابنه فأحبها صارت أم ولد له^(٤) وولده حر لا تلزمه قيمته^(٥) ولا مهر ولا حد^(٦) ويعزر في أحد الوجهين^(٧) ولولد الولد مطالبة جده بدينه الذي في ذمته^(٨) ويثبت دين ابن في ذمة أبيه علي المذهب^(٩) والهدية تذهب الحقد وتجلب المحبة ولا ترد وإن قلت

- = فلم يملك إزالته كما لو لم تكن موهوبة.
- (١) (فيعطيه الآخر) والأصل في ذلك حديث عائشة مرفوعاً «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم» رواه سعيد والترمذي وحسنه، وقال مالك والشافعي: ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته.
- (٢) (الرجوع على الأب) مثل أن يأخذ صداق ابنته ثم يطلقها الزوج، أو يأخذ ثمن السلعة التي باعها الولد ثم ترد السلعة بعيب أو يأخذ المبيع الذي اشتراه الولد ثم يفسد بالثمن ونحو ذلك فميله في هذه الصور إلى الرجوع على الأب.
- (٣) (صارت أم ولد له إلى آخره) إن كان الإبن لم يكن يطؤها صارت أم ولد لأبيه بلا نزاع، وإن كان الإبن يطؤها فالصحيح من المذهب أنها لا تصير أم ولد للأب نص عليه، وظاهر كلام الموفق أنها تصير أم ولد لأن إحيالها يوجب نقل الملك إليه.
- (٤) (حر لا تلزمه قيمته) لأنها لم تأت بالولد إلا في ملك الأب.
- (٥) (ولا مهر ولا حد) هذا المذهب لشبهة قوله «أنت ومالك لأبيك» والرواية الثانية يجب الحد قال في الإنصاف وهو أولى.
- (٦) (ويعزر في أحد الوجهين) في الأصح لأنه وطىء وطأ محرماً.
- (٧) (الذي في ذمته) إن لم يكن انتقل إليه من أبيه لأنه ليس لورثة الولد مطالبة أبيه.
- (٨) (علي المذهب) فإن مات الأب رجع الإبن بدينه في تركة أبيه.

ونحوه^(١) إلا بنفقتة الواجبة عليه فإن له مطالبته بها وحبسه عليها^(٢).

(فصل في تصرفات المريض) من مرضه غير مخوف كوجع ضرس وعين وصداع فتصرفه لازم كالصحيح ولو مات منه^(٣) وإن كان مخوفاً كبير سام وذات الجنب ووجع قلب ودوام قيام ورعاف وأول فالج وآخر سل والحمى المطبقة والربع وما قال طبيبان مسلمان عدلان إنه مخوف ومن وقع الطاعون ببلده ومن أخذها الطلق لا يلزم تبرعه لو ارث بشيء ولا بما فوق الثلث إلا بإجازة الورثة لها إن مات منه^(٤)، وإن عوفى

- (١) (بدين ونحوه) كقيمة متلف وأرث جنابة، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: له ذلك، ولنا «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال «أنت ومالك لأبيك» رواه الخلال، لكن يثبت في ذمته على المذهب، وورثة الابن كهو في عدم المطالبة.
- (٢) (وحبسه عليها) لضرورة حفظ النفس، وله الطلب بعين مال له بيد أبيه.
- (٣) (ولو مات منه) اعتباراً بحال العطية، لأنه إذ ذاك في حكم الصحيح.
- (٤) (إن مات منه) لأن توقع التلف من أولئك كتوقع المريض، وبهذا قال الجمهور، لما روى أبو هريرة مرفوعاً «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم» رواه ابن ماجه، وهذا يدل بمفهومه أنه ليس له أكثر من الثلث، وروى عمر أن ابن حصين. «أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول =

خصوصاً الطيب^(١) ويسن أن يثبت عليها^(٢) وقد يجب الرد كهدية الصيد للمحرم.

(فصل) وأما معاوضة المريض بثلث المثل فتصح من رأس المال وإن كانت مع وارث^(٣) وإن حابى وارثه صح في قدر الثمن وبطل فيما عداه^(٤) وإن باع أجنبياً وحاباه لم يمنع صحة العقد عند الجمهور^(٥) فعلى هذا لو باع عبداً لا يملك غيره

- (١) (خصوصاً الطيب) للحديث «ثلاثة لا ترد» فعد منها الطيب مع انتفاء مانع القبول.
- (٢) (أن يثبت عليها) فإن لم يستطع فليش وليقل جزاك الله خيراً، لحديث «من قال جزاك الله خيراً فقد أبلغ في الشاء» رواه الترمذي وقال حسن غريب.
- (٣) (مع وارث) لعدم المحاباة فلا اعتراض للورثة فيها كما لو وقعت مع غير وارث.
- (٤) (فيما عداه) مثل أن يبيع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن لأنه تبرع له بنصف الثمن فبطل التصرف فيما تبرع به، وللمشتري الخيار لأن الصفقة تبعضت في حقه فشرع له ذلك لدفع الضرر.
- (٥) (عند الجمهور) خلافاً لأهل الظاهر لعموم قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾.

فكصحيح^(١)، ومن امتد مرضه بجذام أو سل أو فالج ولم يقطعه بفراش فمن كل ماله، والعكس بالعكس^(٢). ويعتبر الثلث عند موته، ويسوى بين المتقدم والمتأخر في الوصية^(٣) ويبدأ بالأول فالأول في العطية، ولا يملك الرجوع فيها^(٤)، ويعتبر القبول لها

= الله ﷻ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، رواه مسلم، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى.

- (١) (وإن عوفى فكصحيح) في نفوذ عطايه كلها لعدم المانع.
- (٢) (والعكس بالعكس) هذا المذهب وبه قال الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور لأنه مريض يخشى عليه التلف أشبهه صاحب الحمى الدائمة.
- (٣) (في الوصية) لأنها تبرع بعد الموت يوجد دفعة واحدة.
- (٤) (ولا يملك الرجوع فيها) في العطية بعد قبضها لأنها تقع لازمة في حق المعطى في الحياة ولو كرت.

قيمته ثلاثون بعشرة فقد حايى المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فإن أجاز ذلك لزم البيع، فإن ردوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك، وإن اختار إمضاء البيع فقال المصنف: الصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي^(١).

(فصل) وإن وهب في الصحة وأقبض في المرض لغير وارث فمن الثلث^(٢) وإن عجز الثلث عن التبرعات^(٣) المنجزة بدىء بالأول فالأول منها، ولو قضى المريض

(١) (ويفسخ البيع في الباقي) لأن ما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه، فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمان فانفسخ البيع في إحدهما لعيب أو غيره، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن. وقال مالك: له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة. وقال المصنف: إذا فسخ لا يستحق شيئاً لأن المحاباة إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل بطلت.

(٢) (فمن الثلث) اعتباراً بوقت القبض لأنه وقت لزومها، قال في الاختيارات: ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده، وأقرب ما يقال ما يكثر حصول الموت منه.

(٣) (عن التبرعات) إزالة ملك فيما ليس بواجب بغير عوض، وإن وقعت دفعة واحدة =

عند وجودها^(١) ويثبت الملك إذن^(٢). والوصية بخلاف ذلك.

كتاب الوصايا^(٣)

- (١) (عند وجودها) لأنها تملك في الحياة بخلاف الوصية فإنها تملك بعد الموت فاعتبرت عند وجوده.
- (٢) (إذن) عند قبولها كالهبة، لكن يكون مراعى لأننا لا نعلم هل هو مرض الموت أو لا، ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يتلف شيء من ماله فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره لنعمل بها.
- (٣) (الوصايا) قال تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ وعن سعد بن أبي وقاص قال: «جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت يارسول الله قد بلغ بي الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: فالشطر؟ قال: لا قلت فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس» متفق عليه. وعن أبي أمامة قال: سمعت رسول =

لبعض غرمائه صح ولم يكن لبقية الغرماء الاعتراض عليه، وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكن دفعه وإسقاطه^(١) وما عاوض عليه بثلثي المثل ولو مع وارث^(٢) وما يتغابن الناس بمثله فمن رأس المال^(٣) ولا يبطل تبرعه بإقراره بعده بدين^(٤) وعطية المريض تملك من حينها ويكون مراعى^(٥) وللمريض لبس الناعم وأكل الطيب لحاجة^(٦).

كتاب الوصايا

الوصية الأمر بالتصرف بعد الموت^(٧) ولا تجب إلا على من عليه دين أو عنده

- = قسم الثلث بين الجميع بالحصص، والسابق يستحقه ولا يسقط بما بعده.
- (١) (لا يمكن دفعه وإسقاطه) كأرش جناية عبده وأرش جنايته.
 - (٢) (ولو مع وارث) فمن رأس المال لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة.
 - (٣) (فمن رأس المال) لأنه يندرج في ثمن المثل لوقوع التعارف به.
 - (٤) (إقراره بعده بدين) لأن الحق ثبت بالتبرع في الظاهر.
 - (٥) (ويكون مراعى) فإن خرجت من الثلث بعد الموت تبين أن الملك ثابت من حينه.
 - (٦) (وأكل الطيب لحاجة) لأن حق الورثة لم يتعلق بماله، وإن فعله لتفويت الورثة منع.
 - (٧) (بعد الموت) كأن يوصى إلى إنسان بتزويج بناته أو غسله أو الصلاة عليه إماماً أو يتكلم على صغار أولاده أو تفريق ثلثه. وقوله بعد الموت أخرج الوكالة، والأصل فيها قوله تعالى: =

يسن لمن ترك خيراً — وهو المال الكثير^(١) — أن يوصى بالخمس^(٢)، ولا تجوز بأكثر من الثلث لأجنبي، ولا لوارث بشيء إلا بإجازة الورثة لها بعد الموت فتصح تنفيذاً^(٣) وتكره وصية فقير وارثه محتاج^(٤)، وتجوز بالكل لمن لا وارث له^(٥)، وإن لم

= الله ﷺ يقول: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث» رواه أبو داود والترمذي وصححه، وقضى النبي ﷺ بالدين قبل الوصية.

(١) (المال الكثير) عرفاً، هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿إن ترك خيراً﴾ قال المصنف: الذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا تستحب الوصية.

(٢) (أن يوصى بالخمس) هذا المذهب زوي عن أبي بكر وعلي، وهو ظاهر قول السلف وعلماء البصرة لحديث سعد.

(٣) (فتصح تنفيذاً) لأن الحق لهم، وهذا قول الجمهور لقوله «والثلث كثير» وقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند مماتكم» يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه، وقوله «إن الله أعطى كل ذي حق حقه» الحديث.

(٤) (وارثه محتاج) لأن الله تعالى قال: ﴿إن ترك خيراً﴾ وقال صلى الله عليه وسلم لسعد «إنك أن تذر ورثتك أغنياء» وقال «أبدأ بنفسك ثم بمن تعول».

(٥) (لا وارث له) بفرض أو عصابة أو رحم، وبه قال ابن مسعود وعبيدة السلماني ومسروق وإسحق وأهل العراق وهذا المذهب، وعنه لا يجوز إلا بالثلث، وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وابن شبرمة والنعيري، لأن له من يعقل عنه.

وديعة أو عليه واجب يوصى بالخروج منه إذا لم يكن بينه. والوصية التبرع به بعد الموت^(١) وإن وصى لولد وارثه صح^(٢) وتصح وصية لكل وارث بمعين بقدر إرثه ولو لم تجز الورثة^(٣) وكذا لو أوصى بوقف ثلثه على بعضهم. ولا تصح الإجازة والرد إلا بعد

= ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى به يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده» متفق عليه. وأوصى أبو بكر بالخلافة لعمر، ووصى بها عمر لأهل الشورى.

(١) (التبرع به بعد الموت) أي ما لم يعاينه، ولعل المراد ملك الموت لأن عمر عهد إلى الناس ووصى بعدما خرج اللين مع جرحه، واتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته، وعلي بعد ضرب ابن ملجم وصى وأمر ونهى فلم يحكم بيطان قوله.

(٢) (صح) فإن قصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى.

(٣) (ولو لم تجز الورثة) أي من صحيح ومريض كرجل خلف ابناً وبتناً وعبداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصى له به ووصى لها بها.

يف الثلث بالوصايا فالنقص بالقسط^(١). وإن أوصى لوارث فصار عند الموت غير وارث صحت والعكس بالعكس^(٢)، ويعتبر القبول بعد الموت وإن طال لا قبله، وبثبت

- (١) (فالنقص بالقسط) هذا المذهب وبه قال ابن سيرين والشعبي وأبو ثور، وعنه يقدم العتق روى عن عمر وبه قال شريح ومسروق وعطاء والزهري ومالك والثوري وإسحق.
- (٢) (والعكس بالعكس) اعتباراً بحال الموت لأنه الحال الذي ينتقل إلى الوارث والموصى له، فمن أوصى لأخيه مع وجود ابنه فمات بطلت الوصية.

موت الموصي^(١) والإجازة تنفيذ لا هبة فلا تفتقر إلى ما تتوقف عليه الصحة من الإيجاب والقبول والقبض ونحوه، ولو قال هذا من مالي لفلان فهو وصية، وتصح من البالغ الرشيد ولو سفيهاً في ماله، ومن الصبي العاقل^(٢) وتصح من الأخرس بالإشارة إذا فهمت، ولا تصح ممن اعتقل لسانه^(٣) ويحتمل أن تصح^(٤) وإن وجدت وصية بخطه الثابت بإقرار وارثه أو بيينة صحت، ويحتمل أن لا تصح حتى يشهد عليها^(٥) وإن كتب وصيته وقال: اشهدوا علي بما هذه الورقة لم يصح، وقيل يصح^(٦) وعكسها الحكم فإنه لا يجوز برؤية خط الشاهد، وإن أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دين وارثه فكالوصية، ولو أجاز المريض في مرض موته جازت غير معتبرة من ثلثه^(٧) وإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت، ولو كان الموصى به زكويًا

- (١) (بعد موت الموصي) فلو أذنوا لمورثهم في صحته أو مرضه بالوصية بجميع ماله فلهم الرد بعد موته.
- (٢) (الصبي العاقل) إذا جاوز العشر، ولا تصح ممن له دون سبع سنين، وفيما بينهما روايتان أصحهما الصحة لصحة عبادته.
- (٣) (ممن اعتقل لسانه) إذا لم يكن مأيوساً من نطقه، وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة.
- (٤) (ويحتمل أن تصح) وهو قول الشافعي وابن المنذر، لأنه غير قادر على الكلام أشبه الأخرس.
- (٥) (حتى يشهد عليها) وبه قال الحسن والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وهو رواية عن أحمد، ووجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام «ما حق امرئ» فلم يذكر شهادة.
- (٦) (وقيل يصح) وبه قال مكحول ومالك والأوزاعي وإسحق وهو مذهب أهل البصرة وقضاتهم واختاره المصنف والشارح وصاحب الفائق، والأول المذهب.
- (٧) (من ثلثه) لأنها تنفيذ لا عطية؛ هذا طريقة أبي الخطاب، وخالف في المنتهي تبعاً للقاضي في خلافه وصاحب المحرر فقال: تعتبر من ثلثه لأنه بالإجازة قد ترك حقاً مالياً =

الملك به عقب الموت^(١). ومن قبلها ثم ردها لم يصح الرد^(٢). ويجوز الرجوع في الوصية^(٣)، وإن قال إن قدم زيد فله ما أوصيت به لعمره فقدم في حياته فله، وبعدها لعمره^(٤)، ويخرج الواجب كله من دين وحج وغيره من كل ماله بعد موته وإن لم يوص به^(٥)، فإن قال أدوا الواجب من ثلثي بدىء به، فإن بقي منه شيء أخذه

- (١) (عقب الموت) قدمه في الرعاية وهو ظاهر مذهب الشافعي، والصحيح أن الملك حين القبول، وهو المذهب وبه قال مالك وأهل العراق، وروى عن الشافعي لأنه تملك لمعين فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود.
- (٢) (لم يصح الرد) لأن ملكه قد استقر عليها بالقبول، إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم.
- (٣) (الرجوع في الوصية) لقول عمر «يغير الرجل ما شاء في وصيته» فإذا قال رجعت في وصيتي ونحوه بطلت.
- (٤) (وبعدها لعمره) لأنه مات قبل قدمه فاستقرت له.
- (٥) (وإن لم يوص به) لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ ولقول علي «قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية» رواه الترمذي.

وتأخر لإلقبال فلا زكاة فيه^(١) والأفضل أن يجعلها لأقاربه الذين لا يرثونه إذا كانوا فقراء، ومن أجاز الوصية ثم قال: ظننت المال قليلاً قبل مع يمينه، وإن مات الموصى له بعد موت الموصي قام وارثه مقامه في الرد والقبول، وإن وصى له بأرض فغرس أو بنى الوارث قبل القبول فكبناء المشتري الشقص المشفوع، ويجوز الرجوع في الوصية^(٢) والوصية مستحبة^(٣) إلا من عليه حق فيجب ولو رأى الحاكم حكمه

- = كان يمكنه أن لا يتركه فهو كمحابة صحيح في بيع خيار له ثم مرض في زمنه ولم يختار فسح البيع حتى لزم، فإن المحابة تعتبر من ثلثة لتمكنه من استدراكها.
- (١) (فلا زكاة فيه) على الموصى له لأنه لم يكن في ملكه وقت الوجوب، وظاهر كلامه ولا على الوارث، قال في الإنصاف: وهو أولى، لأن ملكه عليه غير تام، وتردد فيه ابن رجب.
 - (٢) (ويجوز الرجوع في الوصية) هذا المذهب وبه قال جماعة منهم مالك والشافعي، وقال عمر: يغير الرجل ما شاء من وصيته.
 - (٣) (والوصية مستحبة) وهو المذهب روي عن جماعة منهم الشافعي ومالك، لأن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا.

صاحب التبرع وإلا سقط^(١).

باب الموصى له

(١) (وإلا سقط) هذا المذهب لأنه لم يوص له بشيء إلا أن يجيز الورثة فيعطى ما أوصى له به.

بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر شهادته لم يجز للحاكم ولا للشاهد إنفاذهما احتياطاً^(١) ويأتي.

باب الموصى له

تصح لمن يصح تملكه من مسلم وكافر، ولا يعتبر فيها القرية^(٢) وإن وصى لقاتله لم تصح^(٣) وإن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل^(٤) وإن وصى في أبواب البر صرف في القرب^(٥) ولا يصح حج وصي^(٦) بإخراجها إلا أن يأذن له، والوصية بالصدقة أفضل من الوصية بحج التطوع^(٧) وإن قال: حجوا عني حجة

(١) احتياطاً على الصحيح، والفرق بين ذلك والوصية أنها سُمح فيها بصحتها مع الفرر وبالمعدوم والمجهول فجازت المسامحة فيها بالعمل بالخط كالرواية، بخلاف الحكم والشهادة.

(٢) (ولا يعتبر فيها القرية) قال تعالى: ﴿إِلا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا﴾ قال محمد بن الحنفية: هي وصية المسلم لليهودي والنصراني ولو مرتداً أو حربياً، قال تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ الآية.

(٣) (لم تصح) كما لو قتل الموصى له الموصي قتلاً مضموناً بقصاص أو دية أو كفارة، لأن القتل يمنع الميراث الذي هو أكد منها، فالوصية أولى، ومعاملة له بنقيض قصده.

(٤) (لم تبطل) لأنها بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها.

(٥) (صرف في القرب) هذا المذهب، لأن اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومهم، وقيل عنه في أربع جهات: القرب والمساكين والحج والجهاد، وعنه فداء الأسرى مكان الحج.

(٦) (حج وصي) أي أوصى إنساناً يخرج عنه حجة فلا يجوز أن يحجها لأنه منفذ إلا أن يأذن له الموصي، ويجزى من الميقات لمن أوصى بصرف ألف في حج وإن لم يبلغ فمن حيث يبلغ.

(٧) (والوصية بالصدقة أفضل من الوصية بحج التطوع) كما في صلاة التطوع أن صدقة التطوع أفضل من حجة.

تصح لمن يصح تملكه^(١). ولعبده بمشاع كثلثه^(٢)، ويعتق منه بقدره^(٣) ويأخذ الفاضل^(٤)، وبمائة أو بمعين لا تصح له^(٥)، وتصح بحمل، ولحمل تحقق وجوده قبلها^(٦) وإذا أوصى من لا حج عليه أن يحج عنه بألف صرف من ثلثه مؤونة حجة

(١) (لمن يصح تملكه) أما صحة الوصية للمسلم والذمي فلانعلم فيها خلافاً، وأما الحربي فالمذهب أنه تصح له وإن كان في دار الحرب وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي، وقد روي أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال: يارسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطار ما قلت، فقال: إني لم أعطكها لتلبسها، فكساها عمر أحملاً له مشركاً بمكة. وعن أسماء بنت أبي بكر قالت: «أتنتي أمي وهي راغبة — تعني عن الإسلام فسألت رسول الله ﷺ فقلت: يارسول الله أتنتي أمي وهي راغبة تعني أفأصلها؟ قال نعم» وهذان فيهما صلة أهل الحرب. ثم قد حصل الإجماع على صحة الهبة للحربي، والوصية في معناها، والنهي ورد عن توليهم لا عن برهم.

(٢) (ولعبده بمشاع كثلثه) هذا المذهب وبه قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة، إلا أنهم قالوا: إن لم يخرج من الثلث استسعى في باقية. وقال الشافعي: الوصية باطلة إلا أن يوصي بعتقه. ولنا أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح فيعتق.

(٣) (بقدره) بقدر الثلث، فإن كان ثلثه مائة وقيمة العبد مائة فأقل عتق كله.

(٤) (ويأخذ الفاضل) لأنه يصير حراً فملك الوصية، فكأنه قال: أعتقوه من ثلثي وأعطوه الباقي.

(٥) (لا تصح له) هذا المذهب، وقال الثوري وأصحاب الرأي والشافعي واسحق وحكي عن أحمد أنها تصح، وهو قول مالك وأبي ثور.

(٦) (تحقق وجوده قبلها) لأنها تملك فلا تصح لمعدوم، ولا نعلم في صحة الوصية للحمل خلافاً.

بألف صرف الكل إلى من يحج به إن عينه، فإن أبي الحج دفع إلى إنسان ثقة قدر ما يحج به ويرد الفاضل إلى ورثته وبطلت في حق الموصى له، وإن أوصى لأقرب قرابته فالأب والابن سواء، والأخ والجد سواء^(١) ويحتمل تقديم الابن على الأب^(٢) والأخ

(١) (والأخ والجد سواء) لأن كل واحد يدلي بالأب بنفسه من غير واسطة.
(٢) (على الأب) لأنه يسقط تعصيه، والأول المذهب لأن إسقاط تعصيه لا يمنع مساواته في القرب.

بعد أخرى حتى ينفذ^(١)، ولا تصح لملك وبهيمة^(٢) وميت، فإن وصى لحي وميت يعلم موته فالكل للحي^(٣)، وإن جهل فالنصف، وإن وصى بماله لابنيه وأجنبي فرداً فله التسع^(٤).

باب الموصى به

- (١) (حتى ينفذ) لأنه وصى بجميعه في جهة قرينة فوجب صرفه فيها، فإن لم يف أو البقية حج حجة من حيث يبلغ.
- (٢) (وبهيمة) إن أوصى لفرس حبيس صح إذا لم يقصد تملكه ويصرف في علفه، والمنع التملك للبهيمة.
- (٣) (فالكل للحي) لأنه لما أوصى بذلك مع علمه بموته فكأنه قصد الحي وحده، والمذهب ليس له إلا النصف وبه قال أبو حنيفة وإسحق، وعن الشافعي كالمذهبيين.
- (٤) (فله التسع) وهو المذهب، لأنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث والموصى له ابنان وأجنبي فلأجنبي ثلث الثلث.

من الأبوين أولى من الأخ من الأب^(١) ويتوجه رواية أنه كأخيه لأبيه^(٢) والأخ من الأب والأخ من الأم سواء^(٣) وكل من قدم على غيره قدم ولده إلا الجد فإنه يقدم على بني إخوة الموصي^(٤) وتصح بمصحف ليقراً فيه ويوضع بجامع أو موضع حرز، والذكر والأنثى فيها سواء^(٥).

باب الموصى به

فلا تصح بمال الغير ولو ملكه بعد، وتصح الوصية بالمنفعة المفردة عن الرقبة^(٦)

- (١) (أولى من الأخ من الأب) هذا المذهب لأن من له قرابتان أقرب ممن له قرابة واحدة.
- (٢) (كأخيه لأبيه) لسقوط الأمومة كالنكاح، وجزم به في التبصرة. قلت: واختاره الشيخ لكن ذكره في الوقت.
- (٣) (سواء) وهذا بلا نزاع، لكن مبنى على أن الأخ من الأم يدخل في القرابة، وقد قال في الاقتناع وشرحه: لا يدخل في القرابة من كان من جهة الأم.
- (٤) (على بني إخوة الموصي) مع أنه يستوى مع آبائهم وإلا أخاه لأبيه يقدم على ابن أخيه لأبويه في الميراث مع أن الأخ لأبوين مقدم على الأخ لأب.
- (٥) (والذكر والأنثى فيها سواء) فابن وبنت سواء وأخ وأخت سواء وعم وعمة سواء.
- (٦) (بالمنفعة المفردة عن الرقبة) هذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب =

تصح بما يعجز عن تسليمه كآبق وطير في الهواء^(١). وبالمعدوم كما يحمل حيوانه وشجرته أبداً أو مدة معينة، فإن لم يحصل منه شيء بطلت الوصية. وتصح بكلب صيد ونحوه ووزيت منتجس وله ثلثهما ولو كثر المال إن لم تجز الورثة^(٢). وتصح بمجهول كعبد وشاة، ويعطى ما يقع عليه الاسم العرفي^(٣)، وإذا أوصى بثلثه فاستحدث مالاً ولو دية^(٤) دخل في الوصية. ومن أوصى بمعين فتلغ بطلت. وإن

- (١) (وطير في هواء) وحمل في بطن ولبن في ضرع كما صحت في المعدوم، فإذا خرج من الثلث أو أجاز الورثة أخذه.
- (٢) (إن لم تجز الورثة) لأن موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به.
- (٣) (الاسم العرفي) فالشاة في العرف للأنتى الكبيرة من الضأن وفي الحقيقة اسم للذكر والأنتى من الضأن والمعز، والبعير والثور في العرف للذكر من الإبل والبقر وفي الحقيقة للذكر والأنتى، غلب العرف كالإيمان.
- (٤) (مالاً ولو دية) في إحدى الروايتين وهي المذهب لأنها بدل نفسه، ونفسه له فكذلك بدلها.

فلو وصى لرجل بمنافع أمته أبداً أو مدة معينة صح، وإذا وصى بها أبداً فللورثة عتقها لا عن كفارة^(١) وبيعها^(٢) وقيل لا يصح بيعها إلا لمالك نفعها، ولهم ولاية تزويجها وليس لهم تزويجها إلا بإذن مالك المنفعة، ويجب بطلبها والمهر في كل موضع للموصى له^(٣) وليس لواحد منهما وطؤها، فإن وطئها أحدهما أثم ولا حد عليه وولده حر ولا تصير أم ولد لصاحب المنفعة وعليه قيمة ولدها يوم وضعه للورثة لأنه جزء منها وإن كان الواطئ مالك الرقبة صارت أم ولد له وعليه المهر ويعتبر خروج جميعها من الثلث^(٤) وإلا أجزى منها بقدر الثلث؛ وتصح بسكنى دار وثمرة بستان

= الرأي، قال ابن أبي ليلى: لا تصح لأنها معدومة.

- (١) (لا عن كفارة) لعجزها عن الاستقلال بنفعها ومنفعتها باقية للموصى له.
- (٢) (وبيعها) هذا المذهب مطلقاً لأن المشتري قد يرجو الكمال بحصول منافعها إما بهبة أو غيرها.
- (٣) (للموصى له) هذا المذهب، لأنه بدل بضعها وهو من منافعها، واختار المصنف وابن عقيل وغيرهما خلافه، لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها.
- (٤) (من الثلث) هذا أحد الوجهين وهو الصحيح من المذهب لأن أمة لا منفعة لها لا قيمة =

أُتلف المال غيره فهو للموصى له^(١) إن خرج من ثلث المال الحاصل للورثة.

باب الوصية بالأنصاء والأجزاء

إذا وصى بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسألة^(٢)، فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث^(٣) وإن كانوا ثلاثة فله الربع، وإن كان معهم بنت فله التسعان. وإن وصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يبين كان له مثل ما لأقلهم نصيباً: فمع ابن و بنت ربع، ومع زوجة وابن تسع، وبسهم من ماله فله سدس^(٤)، وبشيء أو جزء أو حظ أعطاه الوارث ماشاء.

(١) (للموصى له) وإن كان ماعدا المعين ديناً أو غائباً أخذ الموصى له ثلث الموصى به، وكلما اقتضى من الدين أو حضر من الغائب شيء ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله.

(٢) (مضموماً إلى المسألة) فتصح مسألة الورثة وتزيد عليها مثل نصيب ذلك المعين فهو الوصية، هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

(٣) (فله الثلث) هذا المذهب وبه قال مالك وأهل المدينة وأهل البصرة وابن أبي ليلى.

(٤) (سدس) بمنزلة سدس مفروض وهو مفردات المذهب، وهو قول علي وابن مسعود، لأن =

أبدأً أو مدة معينة، ولا يملك واحد من الموصى له وللوارث إجبار الآخر على السقي، وإن يبست الشجرة فحطبها للوارث.

باب الوصية بالأنصاء والأجزاء

إذا وصى بمثل نصيب ابنه فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسألة وبضعفه فله مثله مرتين وبضعفيه فله ثلاثة أمثاله وهلم جرا، وإن وصى له بسهم فله سدس، فإن كملت فروضها أعيلت به^(١) وإن زادت الوصايا على المال عملت فيها عملاً في مسألة العول^(٢).

= لها. والثاني تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما، وهذا اختيار القاضي.
(١) (أعيلت به) كزوج وأخت لأبوين أو لأب فتعمل إلى سبعة للموصى له السبع واحد وللزوج والأخت على ثلاثة.

(٢) (في مسألة العول) فإذا أوصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر فيقسم المال كذلك إن أجزى لها والثلث إن رد.

باب الموصى إليه

تصح وصية المسلم إلى كل مسلم مكلف عدل رشيد ولو عبداً^(١)، ويقبل بإذن سيده. وإذا أوصى إلى زيد وبعده إلى عمرو ولم يعزل زيدا اشتراكاً^(٢)، ولا ينفرد أحدهما

- السهم في كلام العرب السدس قاله إياس بن معاوية، وروي ابن مسعود «أن رجلاً أوصى لآخر بسهم من ماله فأعطاه النبي ﷺ وسلم السدس» وعنه له سهم مما تصح منه المسألة مضموماً إليها اختاره الخزقي، وحديث ابن مسعود لو صح لقلنا به.
- (١) (عدل رشيد ولو عبداً) قال ابن حامد: سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره، وبه قال مالك، وقال النخعي والأوزاعي وابن شبرمة: تصح إلى عبده ولا تصح إلى عبد غيره. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا تصح إلى عبد بحال. ولنا أنه تصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى إليه كالححر.
- (٢) (اشتراكاً) يجوز أن يجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول: أوصيت إلى كل واحد منكما وجعلت له أن ينفرد بالتصرف.

باب الموصى إليه^(١)

الدخول في الوصية للقوى عليها قرينة^(٢) وتصح وصية المنتظر أهليته بأن يجعله وصياً بعد بلوغه، وإذا قال أوصيت إليك فإذا بلغ ابني فهو وصى صح^(٣)، وتصح الوصية إلى المرأة^(٤)، وإن قال الإمام: الخليفة بعدي فلان فإن مات في حياتي أو تغير حاله ففلان صح^(٥) وللوصي عزل نفسه متى شاء^(٦) وعنه ليس له ذلك بعد موته

- (١) (الموصى إليه) وهو المأمور بالتصرف بعد الموت.
- (٢) (قرينة) مندوب لفعل الصحابة، روي عن أبي عبيدة لما عبر الفرات أوصى إلى عمر، وأوصى إلى الزبير سنة من الصحابة منهم عثمان وابن مسعود وعبدالرحمن بن عوف.
- (٣) (صح) للخبر الصحيح وأميركم زيد، فإن قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن رواحة، والوصية كالتأمير.
- (٤) (الوصية إلى المرأة) في قول أكثر أهل العلم، وروي عن شريح وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح والشافعي وأصحاب الرأي، ولم يجزه عطاء لأنها لا تكون قاضية، ولنا إن عمر أوصى إلى حفصة.
- (٥) (ففلان صح) إن قال فلان ولي عهدي فإن ولي ثم مات ففلان بعده لأن النظر صار له.
- (٦) (متى شاء) في حياة الموصي وبعد موته مع القدرة والعجز، وبه قال الشافعي، والثاني قال أبو حنيفة.

بتصرف لم يجعله له^(١). ولا تصح وصية إلا في تصرف معلوم يملكه الموصي كقضاء دينه وتفرقة ثلثه والنظر لصغاره^(٢)، ولا تصح بما لا يملكه الموصي كوصية

- (١) (لم يجعله له) مع الإطلاق، وبه قال مالك والشافعي، لأنه لم يرض بنظره وحده فلم يكن لأحدهما الانفراد بالتصرف، فإن مات أحدهما أو غاب أقام الحاكم مقامه أميناً.
- (٢) (النظر لصغاره) لأن الوصي يتصرف بالإذن فلم يجز إلا فيما يملكه الموصي.

وللموصي عزله متى شاء وليس للوصي أن يوصي^(١) وعنه له ذلك^(٢) ويصح الإيصاء بتزويج مولاته ولو كانت صغيرة دون تسع سنين، ويجوز أن يجعل للوصي جعلاً، وإن وصى بدينار من غلة داره صح^(٣) فإن لم يخرج من الثلث فللورثة بيع ما زاد عليه. وأما النظر على ورثته في أموالهم فإن كان ذا ولاية عليهم كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده فله أن يوصي إلى من ينظر في أموالهم^(٤) ومن لا ولاية عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الإخوة أو الأعمام وأولاد ابنه وسائر من عدا أولاده لصلبه فلا تصح الوصية عليهم ولا من المرأة على أولادها وقد ذكره في الزاد، وقال أبو حنيفة والشافعي: للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل^(٥) ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجد وجهان^(٦) وقال الشيخ: ما أنفقه وصى متبرع بالمعروف في ثبوت الوصية فمن مال اليتيم^(٧) وإذا أوصى إليه بتفرقة ثلثه وقضاء دينه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم أو جحدوا ما في أيديهم وأبوا قضاء الدين أو جحدوه

- (١) (وليس للوصي أن يوصي) هذا المذهب وبه قال الشافعي وإسحق، لأنه تصرف بتولية فلم يكن له التفويض.
- (٢) (وعنه له ذلك) وبه قال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف كالأب.
- (٣) (صح) فإن أراد الورثة بيع بعضها وترك ما أجرته دينار فله منهم لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار.
- (٤) (إلى من ينظر في أموالهم) بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه.
- (٥) (وإن سفل) لأن له ولادة وتعصياً فأشبهه الأب، ولنا أن الجد يدلي بواسطة أشبه الأخ والعم بخلاف الأب.
- (٦) (وجهان) أحدهما لها ولاية لأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب، ولنا أن المرأة قاصرة لا تلي النكاح بحال.
- (٧) (فمن مال اليتيم) وعلى قياسه كل ما فيه مصلحة له.

المرأة بالنظر في حق أولادها الأصاغر^(١) ونحو ذلك^(٢)، ومن وصى في شيء لم يضر وصياً في غيره^(٣) وإن ظهر على الميت دين يستغرق بعد تفرقة الوصي لم يضمن^(٤)

- (١) (أولادها الأصاغر) إذ لا ولاية لغير الأب إلا على قول أصحاب الشافعي.
- (٢) (ونحو ذلك) كوصية الرجل بالنظر على بالغ رشيد لعدم ولاية الموصي في حال الحياة أو على إخوة وأخوات وأعمام وبه يقول مالك.
- (٣) (في غيره) مثل أن يوصى له بتفريق ثلثه لأنه استفاد التصرف بالإذن فكان فيما أذن فيه، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يكون وصياً في كل ما يملكه الموصي، لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تبعض ولنا أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي فكان محصوراً بما أذن فيه كالوكيل.
- (٤) (لم يضمن) الوصي لرب الدين شيئاً لأنه معذور لعدم علمه بالدين، وكذا إن جهل موصي فتصدق به هو أو حاكم ثم علم.

وتعذر ثبوتها قضى الدين باطناً وأخرج بقية الثلث مما في يده إن لم يخف تبعه^(١) ويبرأ مدين باطناً بقضاء دين يعلمه على الميت^(٢) ولمدين دفع دين موصى به لمعين إليه وإلى الوصي^(٣) وإن وصى به لغير معين دفعه إلى الوصي^(٤) وإن جهل موصى له فتصدق به ثم ثبت لم يضمن^(٥) وإن أمكن الرجوع على آخذ رجوع عليه، وإن وصى بإعطاء مدع عينه ديناً يمينه نفذه الوصي من رأس ماله^(٦) ولو أمره ببناء مسجد فلم يجد عرصه لم يجز شراء عرصه يزيد بها مسجد صغير، وإن دعت حاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين مستغرق^(٧) أو لحاجة الصغار وفي بيع بعضه ضرر مثل

- (١) (إن لم يخف تبعه) هذا المذهب، وعنه يخرج ثلث ما بيده ويحبس باقيه حتى يخرجوا.
- (٢) (على الميت) فيسقط عن ذمته بقدر ما يقضي عن الميت.
- (٣) (وإلى الوصي) وصي الميت في تنفيذ وصاياه ويبرأ بذلك أو إلى المعين له به بلا حضور ورثة موصي لأنه قد دفعه لمستحقه.
- (٤) (دفعه إلى الوصي) يفرقه عليهم كالفقراء ونحوهم.
- (٥) (لم يضمن) كقوله أعطوا قريبي فلاناً ثلثي فلم يعلم له قريب بهذا الاسم ثم ثبت لأنه معذور.
- (٦) (من رأس ماله) لإمكان أنه يعلم الموصى بالدين ولا يعلم قدره ويريد خلاص نفسه منه.
- (٧) (دين مستغرق) لما له غير العقار واحتيج إلى تميمه من العقار.

وإن قال ضع ثلثي حيث شئت^(١) لم يحل له ولا لولده^(٢)، ومن مات بمكان لا حاكم به ولا وصي جاز لبعض من حضره من المسلمين تولى تركته وعمل الأصلح حينئذ فيها من بيع وغيره.

كتاب الفرائض^(٣)

- (١) (حيث شئت) أو أعطه لمن شئت أو تصدق به على من شئت.
- (٢) (ولا لولده) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي، ولا سائر ورثته. ويحتمل جواز ذلك مع القرينة.
- (٣) (الفرائض) روى أبو داود بإسناده عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال «العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل: آية محكمة، وسنة قائمة، وفريضة عادلة» وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «تعلموا الفرائض وعلموها فإنها نصف العلم وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من أمتي» أخرجه ابن ماجه.

نقص الثمن على الصغار باع الوصي على الصغار والكبار إن أبوا وكانوا غائبين^(١) ويحتمل أنه ليس له البيع على الكبار وهو أقيس^(٢) لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره. وهذا الحكم لا يتقيد بالعقار بل يثبت فيما عداه لا الفروج نص عليه، وإن كان شريكهم غير وارث لم يبيع عليه^(٣) ويكف من مات بمكان لا حاكم به ولا وصي من تركته إن أمكن، وإلا من عنده ويرجع عليها أو على من يلزمه كفته إن نواه.

كتاب الفرائض^(٤)

- (١) (وكانوا غائبين) لأن الوصي قائم مقام الأب، ولأب يبيع الكل فالوصي كذلك. وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه.
- (٢) (وهو أقيس) وبه قال الشافعي، وهو اختيار المصنف والشارح.
- (٣) (لم يبيع عليه) لأن الوصي فرع عن الأب وهو لا يبيع على شريكه بغير إذنه فنائبه أولى.
- (٤) (الفرائض) روي عن عبدالله أن النبي ﷺ قال: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما» وعن مروق العجلي قال: قال عمر «تعلموا الفرائض واللجن والسنة كما تعلموا القرآن».

وهي العلم بقسمة الموارث^(١). (أسباب الإرث^(٢)) رحم^(٣) ونكاح^(٤) وولاء^(٥) و(الورثة) ذو فرض وعصبة ورحم^(٦)، فذوو الفرض عشرة: الزوجان والأبوان والجد والجددة والبنات وبنات الابن والإخوات من كل جهة والإخوة من الأم، فللزوج النصف^(٧) ومع وجود ولد أو ولد ابن وإن نزل الربع؛ وللزوجة فأكثر نصف حاله فيهما^(٨). ولكل من الأب والجد السدس بالفرض مع ذكور الولد أو ولد الابن، ويرثان بالتعصيب مع عدم الولد وولد الابن، وبالفرض والتعصيب مع إنائهما^(٩).

(فصل) والجد لأب وإن علا مع ولد أبوين أو أب كأخ منهم^(١٠)، فإن نقصته

(١) (العلم بقسمة الموارث) وهو المال المخلف عن ميت، ويسمى العارف بهذا العلم فارضاً وفريضاً وفرضياً.

(٢) (أسباب الإرث) وهو انتقال مال الميت إلى حي بعده.

(٣) (رحم) أي قرابة قربت أو بعدت، قال تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾.

(٤) (ونكاح) وهو عقد الزوجية الصحيح، قال تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ الآية.

(٥) (وولاء) لحديث «الولاء لحمة كلحمة النسب» رواه ابن حبان وصححه والحاكم وصححه.

(٦) (ورحم) لقوله عليه الصلاة والسلام «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» متفق عليه.

(٧) (فللزوج النصف) مع عدم الولد وولد الابن، قال تعالى ﴿فإن كان لهن ولد فلكم الربع﴾.

(٨) (نصف حاله فيهما) لقوله تعالى: ﴿ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لكم ولد﴾ الآية :

(٩) (مع إنائهما) إناث الأولاد أو أولاد الابن، واحدة كن أو أكثر، فمن مات عن أب و بنت أو جد فلبنت النصف وللأب أو الجد السدس فرضاً لما سبق والباقي تعصياً، لحديث ابن عباس «فلأولى رجل ذكر».

(١٠) (كأخ منهم) في مقاسمتهم المال أو ما أبقث الفروض، لأنهم تساوا في الإدلاء بالأب

أسباب التوارث ثلاثة: رحم ونكاح^(١) وولاء. وولد البنت لا يحجب الزوج^(٢) والورثة

(١) (ونكاح) وإن لم يوجد وطء، هذا الصحيح من المذهب، وعنه أنه يثبت بالموالاة وهي المؤاخاة والمعاقدة وهي المحالفة وإسلامه على يده والتقاط الطفل، واختار الشيخ أن كل هؤلاء يرثون مع عدم الرحم والنكاح والولاء، وقيل يرث العبد سيده عند عدم الوارث واختاره الشيخ.

(٢) (الزوج) عن النصف وإن ورثناهم في باب ذوي الأرحام. ومن قام به مانع من الأولاد فوجوده كعدمه.

المقاسمة عن ثلث المال أعطيه^(١)، ومع ذي فرض^(٢) بعده الأخط من المقاسمة أو ثلث ما بقي^(٣) أو سدس الكل، فإن لم يبق سوى السدس وسقط الإخوة — إلا في الأكدرية^(٤) ولا يعول ولا يفرض لأخت معه إلا بها، وولد الأب إذا انفردوا معه كولد الأبوين، فإن اجتمعوا فقاموه أخذ عصبه ولد الأبوين ما بيد ولد الأب^(٥) وأنشأهم تمام فرضها^(٦)، وما بقي لولد الأب.

- = فتساوا في الميراث، وهذا قول زيد ومن وافقه وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد، فجد وأخت له سهران ولها سهم، جد وأخ لكل واحد سهم.
- (١) (أعطيه) كجد وأخوين وأخت فأكثر له الثلث والباقي لهم للذكر مثل حظ الأنثيين.
- (٢) (ومع ذي فرض) كبنت أو بنت ابن أو زوج أو زوجة أو أم أو جدة.
- (٣) (أو ثلث ما بقي) كأب وجد وخمسة إخوة من ثمانية عشر، للأم ثلاثة أسهم وللجد ثلث الباقي خمسة ولكل أخ سهران.
- (٤) (إلا في الأكدرية) وهي زوج وأم وأخت وجد، للزوج النصف وللأم الثلث، فضل سدس يأخذه الجد ويفرض للأخت النصف فتعول لتسعة ثم يرجع الجد والأخت للمقاسمة وسهامهما أربعة على ثلاثة عدد رعوسهما فتضربها في المسألة وعولها وهي تسعة تكن سبعة وعشرين للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة فيعابا بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث الباقي والرابع ما بقي.
- (٥) (ما بيد ولد الأب) هذا مذهب زيد بن ثابت، وأما علي وابن مسعود فإنهما يقاسمان به ولد الأبوين ويسقطان ولد الأب لأنه محجوب بولد الأبوين، فإذا كان جد وأخ لأم وأب وأخ لأب قسما المال في هذه المسألة بينهما نصفين، وزيد يجعلها من ثلاثة: للجد سهم ولكل أخ سهم ثم يرجع الأخ من الأم والأب على ما في يد أخيه لأبيه فيأخذه.
- (٦) (تمام فرضها) كجد وأخت من أبوين وأخت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهران ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأبوين فأخذت ما في يد أختها كله، وإن كان معهم أخ من أب فللجد الثلث وللأخت النصف يبقى للأخ وأخته السدس =

ذو فرض وعصبه ورحم، والجد لا يسقط الإخوة^(١) وعنه أنه يسقط الإخوة^(٢)

- (١) (لا يسقط الإخوة) هذا الصحيح من المذهب وبه قال علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن مسعود، فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع.
- (٢) (يسقط الإخوة) وبه قال أبو بكر الصديق وابن الزبير وابن عباس وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم وصنف من العلماء والشيخ.

(فصل) وللأم السدس مع وجود ولد أو ولد ابن^(١) أو اثنين من إخوة أو أخوات^(٢)،
والثلث مع عدمهم^(٣)، والسدس مع زوج وأبوين، والرابع مع زوجة وأبوين^(٤)، وللأب
مثلاهما.

(فصل) ترث أم الأم وأم الأب وأم أب الأب وإن علون أمومة السدس^(٥) فإن تحاذين
فبينهن، ومن قربت فلها وحدها^(٦)، وترث أم الأب والجد معها كعم العم^(٧) وترث

= فتصح من ثمانية عشر: للأخت تسعة وللجد ستة وللأخ سهمان وللأخت سهم، وإن
كان معهم أم فلها السدس وللجد ثلث الباقي وللأخت النصف والباقي لهما فتصح من
أربعة وخمسين، وتسمى مختصرة زيد.

(١) (أو ولد ابن) ذكراً كان أو أنثى واحداً أو متعدداً لقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما
السدس مما ترك إن كان له ولد﴾.

(٢) (أو أخوات) أو منهما لقوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ هذا قول الجمهور،
وقال ابن عباس: لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس إلا ثلاثة، وحكى ذلك عن معاذ،
واختار الشيخ أن الإخوة لا يحجبون الأم من الثلث إلا إذا كانوا وارثين معها، فإن كانوا
محجوبين بالأب ورثت الثلث، والأصحاب على خلافه.

(٣) (مع عدمهم) لقوله تعالى: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾.

(٤) (مع زوجة وأبوين) لها في المسألتين ثلث الباقي بعد فرض الزوجين، ويسميان العمريتين،
لأن عمر قضى بذلك وتبعه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود، وروي عن علي، وبه قال
الحسن والثوري ومالك والشافعي، وأصحاب الرأي، وجعل ابن عباس ثلث المال كله في
المسألتين، وروي عن أحمد أنه قال ظاهر القرآن أن للأم الثلث، واحتج ابن عباس بعموم
قوله: ﴿فإن لم يكن له ولد فلأمه الثلث﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «ألحقوا الفرائض
بأهلها» قال الموفق: والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على خلافه.

(٥) (وإن علون أمومة السدس). روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود، وبه قال
الأوزاعي وإسحق، لما روى سعيد في سننه عن ابن عيينة عن منصور عن أبي هريرة «أن
النبي ﷺ أورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم، وأخرجه أبو عبيد
والدارقطني.

(٦) (فلها وحدها) مطلقاً، وتسقط البعدى من كل جهة بالقربى وهذا المذهب وإحدى
الروايتين عن زيد، وبه قال مالك والأوزاعي وأحد قولي الشافعي.

(٧) (والجد معها كعم العم) هذا المذهب وبه قال عمر وابن مسعود وأبو موسى وعمران بن =

والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن وابنه وإن نزل، والأب والجد وإن علا،

الجدة بقرابتين ثلثي السدس، فلو تزوج بنت خالته فجدهته أم أم أم ولدها وأم أم أبيه، وإن تزوج بنت عمته فجدهته أم أم أمه وأم أبي أبيه.

(فصل) والنصف فرض بنت وحدها^(١) ثم هو لبنت ابن وحدها^(٢)؛ ثم لأخت لأبوين^(٣) أو لأب وحدها، والثلثان لثنتين من الجميع فأكثر^(٤) إذا لم يعصبين بذكر، والسدس لبنت ابن فأكثر مع بنت^(٥)، ولأخت فأكثر لأب مع أخت لأبوين مع عدم معصب فيهما^(٦)، فإن استكمل الثلثين بنات أو هما سقط من دونهن إن لم يعصبهن ذكر بإزائهن أو أنزل منهن^(٧) وكذا الأخوات من الأب مع أخوات الأبوين وإن لم يعصبهن أخوهن^(٨)، والأخت فأكثر ترث بالتعصيب ما فضل عن فرض البنت

= حصين وشريح وابن المنذر، وهو من المفردات، وعنه لا ترث بل محجوبة بأبنها، روي عن علي وعثمان، وبه قال زيد ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي.

(١) (فرض بنت وحدها) بأن انفردت عن يساويها ويعصبها لقوله تعالى: ﴿فإن كانت واحدة فلها النصف﴾.

(٢) (لبنت ابن وحدها) إذا لم يكن ولد صلب وانفردت عن يساويها.

(٣) (ثم لأخت لأبوين) عند انفرداها عن يساويها أو يعصبها.

(٤) (فأكثر) لقوله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾، وأعطى النبي ﷺ ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وعمهما ما بقي» رواه أحمد من حديث جابر، ورواه أبو داود والترمذي، وقال تعالى في الأختين ﴿فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك﴾.

(٥) (مع بنت) واحدة لقضاء ابن مسعود وقوله «قضى رسول الله ﷺ فيها» رواه البخاري.

(٦) (فيهما) أي بنت الابن مع بنت، والأخت لأب مع الشقيقة «فإن كان مع إحداها معصب اقتسما الباقي للذكر مثل حق الأثنتين».

(٧) (أو أنزل منهن) من بني الابن فلا يعصب ابن ابن وإن نزل ذات فرض أعلى منه بل له ما فضل، ولا من هي أنزل منه بل يحجبها.

(٨) (وإن لم يعصبهن أخوهن) المساوي لهن وابن الأخ لا يعصب أخته ولا من فوقه.

والأخ مطلقاً، وابن الأخ لا من الأم، والعم لغير أم وابنه، والزوج، وذو الولاء. ومن الإناث سبع: البنت وبنت الابن وإن نزل، والأم والجدة، والأخت، والزوجة، والمعتقة. وإذا اجتمع جميع الذكور ورث منهم ثلاثة: الابن والأب والزوج، وجميع النساء ورث

فأزيد^(١) وللذكر أو الأنثى من ولد الأم السدس، ولاتنين فأزيد الثلث بينهم بالسوية^(٢).
(فصل في الحجب)^(٣) تسقط الاجداد بالأب، والأبعد بالأقرب، والجندات بالأم^(٤)،
وولد الابن بالابن، وولد الأبوين بابن، وابن ابن وأب^(٥) وولد الأب بهم وبالأخ للأبوين^(٦)،
وولد الأم بالولد وبولد الابن وبالأب وأبيه^(٧)، ويسقط به^(٨) كل ابن أخ وعم.

باب العصابات^(٩)

وهم كل من لو انفرد لأخذ المال بجهة واحدة^(١٠)، ومع ذي فرض يأخذ ما
بقي^(١١). فأقربهم ابن فابنه وإن نزل، ثم الأب ثم الجد وإن علا مع عدم أخ لأبوين أو

(١) فأزيد) فالأخوات مع البنات أو بنات الابن عصابات، ففي بنت وأخت شقيقة وأخ لأب
للبنات النصف وللشقيقة الباقي، ويسقط الأخ لأب بالشقيقة لكونها صارت عصبه مع
البنات.

(٢) بينهم بالسوية) لا يفضل ذكرهم على أنثاهم لقوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو
امراً وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾
أجمع العلماء على أن المراد هنا ولد الأم.

(٣) (في الحجب) وهو لغة المنع، واصطلاحاً منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية
أو من أوفر حظية.

(٤) (والجندات بالأم) لأن الجندات يرثن بالولادة، والأم أولى منهن لمباشرتها الولادة.

(٥) (وابن ابن وأب) حكاها ابن المنذر إجماعاً.

(٦) (وبالأخ للأبوين) وبالأخت لأبوين إذا صارت عصبه مع البنت إلى بنت ابن.

(٧) (وأبيه) وإن علا.

(٨) (ويسقط به أي بأبي الأب وإن علا. ومن لا يرث لمانع فيه لا يحجب.

(٩) (العصابات) من العصب، سمو بذلك لشد بعضهم أزر بعض.

(١٠) (بجهة واحدة) كالأب والابن والعم ونحوهم، واحترز بقوله بجهة واحدة عن ذي الفرض،
فإنه إذا انفرد بأخذه بالفرض والرد فقد أخذه بجهتين.

(١١) (يأخذ ما بقي) ويسقط إذا استغرقت الفروض التركية، فالعصبه من يرث بلا تقدير.

منهن خمس: البنت وبنت الابن والأم والزوجة والشقيقة، ويمكن الجمع من الصنفين
ورث الابوان والولدان وأحد الزوجين، وللام حال رابعة وهي إذا لم يكن لولدها أب

من
الكتاب
الأول

لأب، ثم هما ثم بنوهما^(١) أبداً ثم عم لأبوين، ثم عم لأب ثم بنوهما كذلك^(٢). ثم أعمام أبيه لأبوين، ثم لأب، ثم بنوهم كذلك، ثم أعمام جده، ثم بنوهم كذلك لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب وإن نزلوا^(٣) فأخ لأب أولى من عم وابنه وابن أخ لأبوين، وهو أو ابن أخ لأب أولى من ابن ابن أخ لأبوين، ومع الاستواء يقدم من لأبوين، فإن عدم عصبه النسب ورث المعتق^(٤) ثم عصبته^(٥).

(فصل) يرث الابن وابنه والأخ لأبوين أو لأب مع أخته مثلها^(٦)، وكل عصبه غيرهم^(٧) لا ترث أخته معه شيئاً، وابنا عم أحدهما أخ لأم^(٨) أو زوج له فرضه، والباقي، لهما، ويبدأ بذوي الفروض، وما بقي للعصبة، ويسقطون في الحمارية^(٩).

- هوامش
الكتاب
الثاني
- (١) (ثم بنوهما) بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب وإن نزلوا.
 - (٢) (كذلك) يقدم ابن الشقيق على ابن الأب.
 - (٣) (وإن نزلوا) لحديث ابن عباس يرفعه «الْحَقُّوا الْفَرَاثُضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَلأُولَى رَجُلٍ ذَكَرَهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَأُولَى بِمَعْنَى أَقْرَبٍ.
 - (٤) (ورث المعتق) ولو أنثى، لقوله عليه الصلاة والسلام «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» متفق عليه.
 - (٥) (ثم عصبته) الأقرب فالأقرب للنسب، ثم مولى المعتق ثم عصبته كذلك، ثم الرد ثم ذوو الأرحام.
 - (٦) (مثلها) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى﴾.
 - (٧) (وكل عصبه غيرهم) أي غير هؤلاء الأربعة، كابن الأخ أو العم وابن العم وابن المعتق وأخيه لأنهم من ذوى الأرحام.
 - (٨) (أحدهما أخ لأم) الباقي بينهما نصفان، هذا قول جمهور الفقهاء، وروي عن عمر وعلي وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم، وقال ابن مسعود: المال الذي هو لأم، وبه قال شريح وعطاء والنخعي وأبو ثور، لأنه فضله بالأم فصار كأخوين أو عمين أحدهما لأبوين والآخر لأب.
 - (٩) (في الحمارية) وهو زوج وأم وإخوة لأم وإخوة أشقاء، للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة من الأم الثلث، وتسقط الأشقاء لاستغراق الفروض التركية، روي عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى وبه قال الشعبي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وابن المنذر، وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد =

لكونه ولد زنا أو منفياً بلعان فإنه ينقطع تعصبيه من جهة من نفاه فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته وترثه أمه، وذوو الفروض منه فروضهم، وعصبه أمه، وعنه أنها هي

باب أصول المسائل^(١)

(الفروض) ستة: نصف وربع وثمان وثلث وسدس^(٢)، و(الأصول) سبعة^(٣):
فنصفان أو نصف وما بقي من اثنين^(٤)، وثلثان أو ثلث وما بقي^(٥) أو هما^(٦) من
ثلاثة، وربع أو ثمن وما بقي أو مع النصف من أربعة ومن ثمانية^(٧)، فهذه أربعة لا
تعول^(٨). والنصف مع الثلثين أو الثلث أو السدس أو هو وما بقي من ستة وتعول إلى
عشرة شفعاً ووتراً^(٩)، والربع مع الثلثين أو الثلث أو السدس من اثني عشر وتعول إلى
سبعة عشر ووتراً^(١٠)، والثلث مع سدس أو ثلثين من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة

- = الأم في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثى، وبه قال مالك والشافعي
وإسحق، ولنا قوله: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت﴾ الآية.
- (١) (أصول المسائل) والعول والرد، أصل المسألة مخرج فرضها أو فروضها.
(٢) (وسدس) هذه الفروض القرآنية، وثلث الباقي ثبت بالاجتهاد.
(٣) (والأصول سبعة) أربعة لا تعول، وثلاثة تعول.
(٤) (وما بقي من اثنين) مخرج النصف، كزوج وأخت لأبوين أو لأب وكزوج وعم.
(٥) (وما بقي) من ثلاثة، كبنيتين وعم وكأم وأب.
(٦) (أوهما) أي الثلثان والثلث، كأختين لأم وأختين لغيرها.
(٧) (ومن ثمانية) كزوج وابن مخرج الربع، وكزوجة وابن من ثمانية مخرج الثمن، أو مع
النصف لدخول مخرج النصف في الربع والثمن.
(٨) (لا تعول) لأن العول ازدحام الفروض، ولا يتصور وجوده في أحد من هذه الأربعة.
(٩) (شفعاً ووتراً) فتعول إلى سبعة كزوج وأخت لغير أم وجدة، ولثمانية كزوج وأم وأخت لغير
أم، وإلى تسعة كزوج وأختين لأم وأختين لغيرها، وإلى عشرة كزوج وأم وأخوين لأم وأختين
لغيرها وتسمى ذات الفروع.
(١٠) (إلى سبعة عشر ووتراً) فتعول لثلاثة عشر كزوج وبنيتين وأم، وإلى خمسة عشر كزوج
وبنيتين وأبوين، وإلى سبعة عشر كلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات لأم وثمان أخوات
لأبوين وتسمى أم الأراامل وأم الفروج، ولا يكون الميت فيها إلا رجلاً.

- عصبته. فإن لم تكن فعصبتها عصبته^(١) وإذا مات ابن ملاءنة وخلف أمه وجدته أم
(١) (فعصبتها عصبته) فإذا خلف أمأ وخالاً فلأمه الثلث وباقيه للخال، وعلى الرواية الأخرى
الكل للأم، وبه قال ابن مسعود وأبو حنيفة إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبته
والباقون بالرد، وعند زيد الباقي لبيت المال.

وعشرين^(١)، وإن بقي بعد الفروض شيء ولا عصبه^(٢) رد على كل فرض بقدره^(٣) غير الزوجين^(٤).

باب التصحيح^(٥) والمناسخات وقسمة التركات

إذا انكسر سهم فريق عليهم ضربت عددهم إن باين سهامهم^(٦) أو وفقه إن وافقه بجزء كثلث ونحوه في أصل المسألة وعولها إن عالت فما بلغ صحت منه^(٧) وبصير

(١) (إلى سبعة وعشرين) كزوجة وأبوين وبتين، وتسمى البخيلة لقله عولها، والمنبرية لأن علياً سئل عنها على المنبر فقال: صار ثمنها تسعاً.

(٢) (ولا عصبه إلى آخره) روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وحكى عن الحسن والثوري وعطاء، وقال زيد: الفاضل لبيت المال ولا يعطى فوق فرضه، وهو رواية عن أحمد وفاقاً لمالك والشافعي.

(٣) (بقدره) فإن كان واحداً أخذ الكل فرضاً ورداً، وإن كانوا جماعة من غير جنس فخذ عدد سهامهم من أصل ستة واجعل عدد السهام المأخوذة أصل مسألتهم، فجدة وأخ لأم من اثنتين، وأم وأخ لأم من ثلاثة، وأم و بنت من أربعة، وأم وبنات من خمسة.

(٤) (غير الزوجين) فلا يرد عليهما لأنهما ليسا من ذوي القرابة.

(٥) (التصحيح) تحصيل أقل عدد ينقسم على الورثة بلا كسر، ويتوقف على أمرين: أحدهما معرفة أصل المسألة، والثاني معرفة جزء السهم، ويأتي بيانه.

(٦) (إن باين سهامهم) كثلاث أخوات لغير أم وعم، لهن سهمان على ثلاثة لا تنقسم وتباين، فتضرب عددهن في أصل المسألة ثلاثة فتصح من تسعة لكل أخت سهمان وللم ثلثة.

(٧) (فما بلغ صحت منه) كزوج وست أخوات لغير أم، أصل المسألة من ستة وعالت لسبعة وسهام الأخوات منها أربعة توافق عددهن بالنصف، فتضرب ثلاثة في سبعة تصح من أحد وعشرين للزوج تسعة ولكل أخت سهمان.

أبيه فلأمه الثلث والباقي لها بالرد^(١) وأما أم أبي وأم أبي الجد فلا ميراث لها^(٢).

باب قسمة التركات

(١) (والباقي لها بالرد) على قول علي، وعلى الرواية الأخرى الباقي لأم أبيه وهي الملاعنة لأنها عصبه أبيه، وهذا قول ابن مسعود، ويعاها بها فيقال: جدة ورثت مع أم أكثر منها.

(٢) (فلا ميراث لها) وكذا كل من تدلى بغير وارث وهذا الإجماع، واختار الشيخ وصاحب الفائق ترث أم أبي الجد وليست من ذوي الأرحام، ومثلها أم جد الجد.

للوأحد ما كان لجماعته^(١) أو وفقه.

(فصل^(٢)) إذا مات شخص ولم تقسم تركته حتى مات بعض ورثته فإن ورثوه كأول كإخوة فاقسمها على من بقى^(٣)، وإن كان ورثة كل ميت لا يرثون غيره كإخوة لهم بنون فصحح الأولى واقسم سهم كل ميت على مسألته وصحح المنكسر كما سبق^(٤). وإن لم يرثوا الثاني كأول صححت الأول وقسمت أسهم الثاني على ورثته، فإن انقسمت صحت من أصلها^(٥)، وإن لم تنقسم ضربت كل

(١) (ما كان لجماعته إلى آخره) عند التباين (أو وفقه) عند التوافق، وإن كان الإنكسار على فريقين فأكثر نظرت بين كل فريق وسهامه وتثبت المباين ووفق الموافق وتحصل كل عدد ينقسم عليها فما كان فهو جزء السهم تضربه في المسألة وعولها إن عالت فما بلغ فمناه تصح، كجدتين وثلاثة أخوة لأم وستة أعمام، أصلها ستة وجزء سهمها ستة عدد الأعمام لدخول عدد الإخوة والجدات فيه. وتصح من ستة وثلاثين لكل جدة ثلاثة ولكل أخ أربعة ولكل عم ثلاثة.

(٢) (فصل) في المناسخات جمع من النسخ بمعنى الإبطال أو الإزالة، وفي الاصطلاح موت ثان فأكثر من ورثة الأول قبل قسم تركته.

(٣) (على من بقى) مثال ذلك ميت خلف أربعة بنين وثلاث بنات أو إخوة وأخوات ثم ماتت بنت ثم مات ابن ثم ماتت أخرى ثم مات ابن وبقى اثنان وبنت فاقسم المال بينهم على عدد رؤوسهم خمسة ولا يحتاج إلى عمل مسائل.

(٤) (كما سبق) مثال ذلك رجل خلف أربعة بنين فمات أحدهم عن اثنين والثاني عن ثلاثة والثالث عن أربعة والرابع عن ستة فالمسألة الأولى من أربعة عدد البنين ومسألة الابن الأول من اثنين والثاني من ثلاثة والثالث من أربعة والرابع من ستة فالانان تدخل في الأربعة والثلاثة في الستة فأسقط الاثنين والثلاثة يبقى أربعة وستة وهما متوافقان فاضرب وفق الأربعة في الستة تكن اثني عشر ثم تضربها في المسألة الأولى وهي أربعة تكن ثمانية وأربعين لورثة كل واحد اثنا عشر فللكل واحد من بني الأول ستة ولكل واحد من بني الثاني أربعة ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة ولكل واحد من بني الرابع سهمان.

(٥) (من أصلها) كرجل خلف زوجة وبتاً وأخاً ثم ماتت البنت عن زوج وبنت وعم، فالمسألة الأولى من ثمانية وسهام البنت أربعة ومسألتها أيضاً من أربعة فصحتا من الثانية لزوجها أبيها سهم ولزوجها سهم ولبنتها سهمان ولعمها أربعة ثلاثة من أخيه وسهم منها.

إذا خلف تركة معلومة فأمكن نسبة نصيب كل وارث من المسألة فأعطه مثل

الثانية أو وفقها للسهام في الأولى^(١)، ومن له شيء منها فاضربه فيما ضربته فيها^(٢)،
ومن له من الثانية شيء فاضربه فيما تركه الميت أو وفقه^(٣) فهو له. وتعمل في الثالث
فأكثر عملك في الثاني مع الأول^(٤).

- (١) (في الأولى) فما بلغ فهو الجامعة.
(٢) (فيها) وهي الثانية عند التباين أو وفقها عند التوافق.
(٣) (أو وفقه) عند التوافق أو في عدد سهامه من الأولى عند التباين، مثال الموافقة أن تكون
الزوجة أما للبنات الميتة في المثال السابق فتصير مسألتهما من اثني عشر، توافق سهامها
الأربعة من الأولى بالربع فتضرب ربعها ثلاثة في ثلاثة في الأولى ثمانية تكن أربعة وعشرين:
للزوجة من الأولى سهم في ثلاثة وفق الثانية بثلاثة، ومن الثانية سهامان في واحد وفق
سهام البنت بائتين، فيجتمع لها خمسة، وللأخ من الأولى ثلاثة في ثلاثة وفق الثانية
بتسعة، ومن الثانية واحد في واحد بواحد فله عشرة، وللزوج الثانية ثلاثة ولبناتها ستة. ومثال
المباينة أن تموت البنت في المثال المذكور عن زوج وبنتين وأم فإن مسألتهما تعول لثلاثة
عشر تباين سهامها الأربعة فتضربها في الأولى تكن مائة وأربعة للزوجة من الأولى سهم في
الثانية بثلاثة عشر، ولها من الثانية سهامان مضروبان في سهامها من الأولى أربعة بشمانية
يجتمع لها أحد وعشرون، وللأخ من الأولى ثلاثة في الثانية بتسع وثلاثين، ولا شيء له من
الثانية لاستغراق الفروض المال، وللزوج من الثانية ثلاثة في أربعة بائتين عشر، ولبناتها من
الثانية ثمانية في أربعة بائتين وثلاثين.
(٤) (مع الأول) فتصح الجامعة للأولين وتعرف سهام الثالث منها وتقسّمها على مسألته، فإن
انقسمت لم تحتج لضرب وتقسّم كما سبق، فإن لم تنقسم فاضرب الثانية أو وفقها في
الجامعة ثم من له شيء من الجامعة الأولى أخذه مضروباً في مسألة الثالث أو وفقها، ومن
له شيء من الثالثة أخذه مضروباً في سهامه أو وفقها، وهكذا إن مات رابع فأكثر.

تلك النسبة من التركة^(١) وإن شئت قسمت التركة على المسألة وضربت الخارج
بالقسم في نصيب كل وارث فما اجتمع فهو نصيبه^(٢) وإن شئت ضربت سهامه في

- (١) (من التركة) كزوج وأبوين وبنتين، المسألة أصلها من اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر
والتركة أربعون ديناراً فللزوجة ثلاثة وهي خمس المسألة فله خمس التركة ثمانية دنانير
ولكل واحد من الأبوين ثلثا خمس المسألة فله ثلثا الثمانية ولكل واحدة من البنتين مثل ما
للأبوين كليهما وذلك عشرة وثلثان.

(٢) (فهو نصيبه) ففي المثال إذا قسمت الأربعين على الخمسة عشر خرج اثنان وثلثان =

(فصل^(١)) إذا أمكن نسبة سهم كل وارث من المسألة بجزء^(٢) فله كنسبته^(٣).

باب ذوي الأرحام^(٤)

- (١) (فصل) في قسمة التركات، والقسمة معرفة نصيب الواحد من المقسموم.
- (٢) (بجزء) كنصف وعشر ونحوه.
- (٣) (كنسبته) فلو قسمت على القراريط فهي أربعة وعشرون قيراطاً فاجعل عددها كتركة معلومة واقسم على ما مر، فإن انقسمت على المسألة فاقسمها بلا ضرب كزوج وأم وثلاث أخوات متفرقات والتركة ربع دار أو خمسها تعول المسألة إلى تسعة: للزوج ثلاثة، وللشقيقة مثله، ولكل واحدة من الباقيات سهم مخرج سهام العقار عشرون والموروث منها تسعة وهي ربع العشرين وخمسها منقسمة على المسألة، فللزوج عشر الدار ونصف عشرها، وللشقيقة مثله، ولكل واحدة من الباقيات نصف عشرها.
- (٤) (ذوي الأرحام) وهم كل قريب ليس بذئ فرض ولا عصبية، واختلف في توريثهم فروي عن عمر وعلي وعبدالله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم توريثهم عند عدم العصبية وذوي الفروض غير الزوجين، وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز وعطاء وأبو حنيفة والشافعية إذا لم ينتظم بيت المال، وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور، لما روى سعيد عن عطاء «أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والخالة، فأنزل الله أن لأميرات لهما» ولنا قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وحديث عمر «أن رسول الله ﷺ قال: الخال وارث من لا وارث له» رواه أحمد والترمذي وحسنه، وحديث المقدم مرفوعاً «الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه» رواه أبو داود وحديثهم مرسل، ثم يحمل أنه لا ميراث لهما مع ذوي الفروض والعصبية، ولذلك سمي الخال وارث من لا وارث له إلا عند عدم الوارث.

التركة وقسمتها على المسألة فما خرج فهو نصيبه^(١) وإن شئت في مسائل

- = فاضرب فيها نصيب الزوج ثلاثة يخرج له ثمانية واضرب فيها اثنين لكل واحد من الأبوين يخرج خمسة وثلاث واضرب فيها أربعة لكل واحدة من البنيتين يخرج لها عشرة وثلاثان.
- (١) (فهو نصيبه) ففي المثال للزوج ثلاثة تضربها في التركة أربعين بمائة وعشرين وتقسّمها على المسألة خمسة عشر يخرج له ثمانية، ولكل من الأبوين اثنان تضربهما في أربعين بثمانين وتقسّمها على خمسة عشر يخرج خمسة وثلاث فهي له، وتضرب لكل من البنيتين أربعة في أربعين بمائة وستين وتقسّمها على خمسة عشر يخرج عشرة وثلاثان.

يرثون بالتنزيل^(١) الذكر والأنثى سواء^(٢). فولد البنات وولد بنات البنين وولد الأخوات كأمهاتهم، وبنات الأخوة والأعمام لأبوين أو لأب وبنات بنينهم وولد الأخوة لأم كآبائهم. والأحوال والخالات وأبو الأم كالأُم، والعمات والعم لأم كالأب^(٣)، وكل جدة أدلت بأب بين أمين هي إحداهما كأم أبي أم، أو بأب أعلى من الجد كأم أب الجد، وأبو أم أب وأبو أم أم وأخواهما وأختاهما بمنزلتهم فيجعل حق كل وارث لمن أدلى به^(٤)، فإن أدلى جماعة بوارث واستوت منزلتهم منه بلا سبق كأولاده فنصيبه لهم: فابن وبنات لأخت مع بنت لأخت أخرى: لهذه حق أمها وللأوليين حق أمهما، وإن اختلفت منازلهم منه جعلتهم معه كميته اقتسموا إرثه، فإن خلف ثلاث خالات متفرقات وثلاث عمات متفرقات فالثالث للخالات أخصاً والثلاث للعمات أخصاً وتصح من خمسة عشر، وفي ثلاثة أحوال متفرقين لذي الأم السدس والباقي لذي الأبوين، فإن كان معهم أبو أم أسقطهم، وفي ثلاث بنات عمومة متفرقين المال للتي للأبوين، وإن أدلى جماعة بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم فما صار لكل واحد أخذه المدلى به، وإن سقط بعضهم ببعض عملت به.

- (١) يرثون بالتنزيل) بتزويلهم منزلة من أدلوا به من الورثة، هذا المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والثوري وسائر من ورثهم.
- (٢) (الذكر والأنثى سواء) هذا المذهب، لأنهم يرثون بالرحم المجرى فاستوى ذكروهم وأنثاهم كولد الأم.
- (٣) (والعم لأم كالأب) هذا الصحيح من المذهب لما روى الزهري أن رسول الله ﷺ قال: «العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن أب، والخال بمنزلة الأم إذا لم يكن أبينها أم» رواه أحمد.
- (٤) (لمن أدلى به) من ذوي الأرحام، لما روي عن علي وعبدالله أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنات الأخ وبنات الأخت بمنزلة الأخت والعمة بمنزلة الأب والخالة بمنزلة الأم، وروي عن عمر في العمة والخالة.

المناسخات قسمت التركة على المسألة الأولى: ثم أخذت نصيب الثاني وقسمته على مسألته وكذلك الثالث^(١) وإن كان بين التركة والمسألة موافقة^(٢) فوافق بينهما

- (١) (الثالث) فلو مات إنسان عن أربعة بنين وأربعين ديناراً ثم مات أحدهم عن زوجته وإخوانه فإذا قسمت التركة على المسألة الأولى خرج لكل واحد عشرة ثم تقسم نصيب المتوفى وهو عشرة على مسألته أربعة فتعطي الزوجة دينارين ونصفاً ولكل أخ كذلك.
- (٢) (موافقة) في المثال السابق فإن الأربعين توافق الخمسة عشر بالخمس.

و(الجهات) أبوة^(١) وأمومة^(٢) وبنوة^(٣).

باب ميراث الحمل^(٤) والخنثى المشكل^(٥)

من خلف ورثة فيهم حمل فطلبوا القسمة وقف للحمل الأكثر من إرث ذكرين أو اثنتين^(٦) فإذا ولد أخذ حقه وما بقى فهو لمستحقه^(٧). ومن لا يحجبه يأخذ ارثه كالجدة، ومن ينقصه شيئاً اليقين، ومن سقط به لم يعط شيئاً، ويرث ويورث إن

(١) أبوة) ويدخل فيها فروع الأب من الأجداد والجندات السواقط وبنات الإخوة وأولاد الأخوات وبنات الأعمام والعمات وعمات الأب والجد.

(٢) وأمومة) ويدخل فيها فروع الأم من الأخوال والخالات وأعمام الأم وأعمام أبيها وأما وعمات الأم وعمات أبيها وجدها وأما وأحوال الأم وخالاتها.

(٣) وبنوة) ويدخل فيها أولاد البنات وأولاد بنات الإبن، ومن أدلى بقرابطين ورث بهما.

(٤) (الحمل) بفتح الحاء والمراد ما في بطن الآدمية، يقال امرأة حامل وحاملة إذا كانت حبلية، فإذا حملت شيئاً على ظهرها أو رأسها فهي حاملة لا غير. وحمل الشجر ثمرة بكسر الحاء وفتحها. والحمل يرث بلا نزاع في الجملة، لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت مورثه؟ وجزم به في الإقناع كما يدل عليه نصه في النفقة على أنه من نصيبه أو يثبت ذلك بخروجه حياً أو لا يثبت له الملك حتى ينفصل حياً كما يدل عليه نصه في كافر مات عن حمل منه بدارنا، فيه خلاف بين الأصحاب.

(٥) (الخنثى المشكل) الذي لم تتضح ذكوريته ولا أنوثيته بأن كان له شكل ذكر رجل وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول، ويعتبر أمره ببوله من أحد الفرجين فإن بال منهما معاً اعتبر أكثرهما، فإن استويا فهو المشكل.

(٦) (ذكرين أو اثنتين) لأن وضعهما كثير معتاد، وما زاد عليها نادر فلم يوقف له شيء، ففي زوجة حامل وابن يدفع للزوجة ثمنها ويقف للحمل نصيب ذكرين لأنه أكثر من نصيب اثنتين، ونصح من أربعة وعشرين وبعد الوضع لا يخفى الحال وفي زوجة حامل وأبوين يوقف للحمل نصيب اثنتين لأنه أكثر، ويدفع للزوجة الثمن عائلاً لسبعة وعشرين وللأب السدس وللأم سدس كذلك.

(٧) (وما بقى لمستحقه) وإن وقفنا ميراث ذكرين فولدت ثلاثة رجوع على من هو بيده.

وأقسم وفق التركة على وفق المسألة، وإن أردت القسمة على قراريط الدينار^(١) فاجعل

(١) (على قراريط الدينار) وهو أربعة وعشرون في اصطلاح أهل مصر والشام ومن وافقهما.

استهل صارخاً^(١) أو عطس أو بكى أو رضع أو تنفس وطال زمن التنفس أو وجد دليل حياته غير حركة واختلاج، وإن ظهر بعضه فاستهل ثم مات وخرج لم يرث^(٢) وإن جهل المستهل من التوأمين واختلف إرثهما يعين بقرة^(٣). والخشى المشكل^(٤) يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى^(٥).

باب ميراث المفقود

من خفى خبره بأسر أو سفر غالبه السلامة كتجارة انتظر به تمام تسعين سنة منذ ولد^(١)، وإن كان غالبه الهلاك كمن غرق في مركب فسلم قوم دون قوم أو فقد

- (١) (إن استهل صارخاً) لحديث أبي هريرة مرفوعاً «إذا استهل المولود صارخاً ورث» رواه أحمد وأبو داود.
- (٢) (لم يرث) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث للحديث.
- (٣) (يعين بقرة) إذا كان إرثهما مختلفاً، وإن لم يختلف كولد الأم أخرج السدس لورثة الجنين بغير قرة لعدم الحاجة إليها.
- (٤) (والخشى المشكل) فإن رجي كشفه لصغره أعطى ومن معه اليقين ووقف الباقي لتظهر أنوثته أو ذكوريته.
- (٥) (ميراث أنثى) فابن وولد خنثى مسألة الذكورية من اثنين والأنوثة من ثلاثة وهما متباينان فإذا ضربت إحداهما في الأخرى فالحاصل ستة فاضربها في اثنين تصح من اثني عشر: للذكر سبعة وللخنثى خمسة وإن صالح الخنثى من معه على ما وقف له صح إن صح تبرعه.
- (٦) (منذ ولد) هذا المذهب، لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، وعنه ينتظر به أبداً حتى يعلم موته أو يمضى عليه مدة لا يعيش في مثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم وبه قال الشافعي، وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة.

عدد القراريط كالتركة المعلومة واعمل على ما ذكرنا^(١) فإن كانت التركة سهاماً من

- (١) (واعمل على ما ذكرنا) فإن كنت السهام كثيرة وأردت أن تعلم القيراط منها فاقسم ما صحت منه المسألة على أربعة وعشرين فما خرج فهو سهم القيراط، فإذا قسمت عليها ستمائة فاقسمها على ستة لأنها أحد ضلعي القيراط يخرج مائة اقسماً على الضلع الآخر وهو أربعة يخرج خمسة وعشرون وهي سهم القيراط، وإن شئت قسمت وفق =

من بين أهله أو في مفازة مهلكة انتظر به تمام أربع سنين منذ تلف^(١)، ثم يقسم ماله فيهما^(٢) فإن مات مورثه في مدة التبرص أخذ كل وارث إذا اليقين ووقف ما بقي، فإن قدم أخذ نصيبه، وإن لم يأت فحكمه حكم ماله^(٣). ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن حق المفقود فيقتسموه^(٤).

باب ميراث الفرقي

إذا مات متوارثان كاخوين لأب يهدم أو غرق أو غربة أو نار وجهل السابق بالموت ولم يختلفوا فيه^(٥) ورث كل واحد من الآخر من تلاد ماله دون ماورثه منه

(١) (منذ تلف) لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله يغلب على الظن هلاكه.

(٢) (ثم يقسم ماله فيهما) فإن رجع بعد قسم ماله أخذ ما وجد ورجع على من أتلّف شيئاً.

(٣) (فحكمه حكم ماله) الذي لم يخلفه مورثه، هذا الصحيح من المذهب فيقضى منه دينه وينفق على زوجته منه مدة تبرصه ولأنه لا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن انتظاره، وقيل يرد إلى ورثة الميت الذي مات في مدة التبرص، قطع به في المغنى وتبعه في الإقناع.

(٤) (فيقتسموه) على حسب ما يتفقون عليه لأنه لا يخرج عنهم.

(٥) (ولم يختلفوا فيه) بأن لم يدع كل من الورثة سبق الآخر، فالصحيح من المذهب أن كل

واحد من الموتى يرث صاحبه من تلاد ماله، وبه قال عمر وعلي وشريح وعطاء والشعبي والحسن، وقال الشعبي: وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم، فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض. وعن أحمد: إذا اختلف ورثة كل واحد في السابق منهما أنه لا يرث بعضهم من بعض، فعلى هذا يقسم ميراث كل ميت على الأحياء من ورثته دون من مات معه، روى ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وزيد وابن عباس والحسن بن علي، وبه قال عمر بن عبدالعزيز والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه، واختاره المصنف والمجد وحفيده الشيخ وصاحب الفائق، لما روي أن قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرّة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء. وروي أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها.

عقار كثلث وربيع ونحو ذلك فإن شئت اجمعها من قراريط الدينار واقسمها على ما

= السهام على وفق القيراط فتأخذ سدس الستمائة فتقسمها على سدس الأربعة وعشرين وهو أربعة خمسة وعشرون.

باب ميراث أهل الملل^(٢)

لا يرث المسلم الكافر^(٣) إلا بالولاء^(٤)، ولا الكافر المسلم إلا بالولاء، ويتوارث الحربي والذمي والمستأمن، وأهل الذمة يرث بعضهم بعضاً مع اتفاق أديانهم لا مع اختلافها وهم ملل شتى^(٥). والمرتد لا يرث أحداً^(٦) وإن مات على رده فماله

- (١) دفعاً للدور) هو قول عمر وعلى كما تقدم، فيقدر أن أحدهما مات أولاً ويورث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه على الأحياء من ورثته ثم يصنع بالثاني كذلك، ففي أخوين أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو ماتا وجهل الحال يصير مال كل واحد لمولى الآخر؛ وإن ادعى كل من الورثة سبق موت الآخر ولا بينة تحالفاً ولم يتوارثا على الصحيح من المذهب نص عليه، قال المصنف: هذا أحسن إن شاء الله تعالى.
- (٢) ميراث أهل الملل) جمع ملة بكسر الميم وهي الدين والشريعة.
- (٣) لا يرث المسلم الكافر إلى آخره) أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء: لا يرث المسلم الكافر، روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله، وبه قال عمر وابن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبدالعزيز وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل، وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم، وحكى ذلك عن جماعة، ولنا ما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» متفق عليه.
- (٤) (إلا بالولاء) لحديث جابر أن النبي ﷺ قال: «لا يرث النصراني المسلم إلا أن يكون عبده أو أمته». رواه الدارقطني. (تتمة) إذا أسلم كافر قبل قسم ميراث مورثه المسلم فيرثه.
- (٥) (وهم ملل شتى) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يتوارث أهل ملتين شتى» رواه أبو داود.
- (٦) (والمرتد لا يرث أحداً) من المسلمين ولا من الكفار، لأنه لا يقر على ما هو عليه فلم يثبت له حكم دين من الأديان.

قلنا فثلث دار وربعها أربعة عشر قيراطاً فاجعلها كأنها دنانير وأعمل على ما سبق^(١)

(١) (وأعمل على ما سبق) فإذا خلفت زوجاً وأماً وأختاً لأبوين أو لأب فالمسألة من ثمانية للزوج ثلاثة هي ربعها وثمانها.

فيء^(١)، ويرث المحوسي بقرايتين^(٢) وإن أسلموا وتحاكموا إلينا قبل إسلامهم، وكذا حكم المسلم يثاً ذات رحم محرم منه بشبهة^(٣)، ولا يرث بنكاح ذات رحم محرم^(٤) ولا يعقد لا يقر عليه لو أسلم^(٥).

باب ميراث المطلقة

من أبان زوجته في صحته أو مرضه غير المخوف ومات به أو المخوف ولم يمت به لم يتوارثا^(٦) بل في طلاق رجعي لم تنقض عدته، أو أبانها في مرض موته المخوف منهما بقصد حرمانها^(٧). أو علق أبانها في صحته على مرضه أو على فعل له ففعله في مرضه ونحوه لم يرثها، وترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج أو ترتد^(٨).

باب الإقرار بمشارك في الميراث

إذا أقر كل الورثة — ولو أنه واحد — بوارث للميت وصدق أو كان صغيراً أو

- (١) (فماله فيء) وعنه لورثته من المسلمين، وعنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره.
- (٢) (بقرايتين إلى آخره) فلو خف أمه وهي أخته بأن وطىء أبوه ابنته فولدت هذا الميت ورثت الثلث بكونها أمًا والنصف بكونها أختاً.
- (٣) (بشبهة) نكاح أو تسر، ويثبت النسب.
- (٤) (ذات رحم محرم) كأمه وبنته وبنات أخته.
- (٥) (لو أسلم) لمطلقته ثلاثاً وأم زوجته من الرضاع.
- (٦) (لم يتوارثا إلى آخره) لانقطاع النكاح وعدم التهمة، قال في المستوعب: وإن طلقها رجعياً في مرض موته المخوف فمات بعد انقضاء العدة ورثته، ولم يرثها إن ماتت، قال بعضهم: وهذا لا ينافي قولهم لم يتوارثا، لم ينفوا إرثها منه.
- (٧) (بقصد حرمانها) بأن أبانها ابتداءً أو سألته أقل من ثلاث بأن قالت طلقني واحدة أو اثنتين، أما لو سألته الطلاق مطلقاً فثبته لم ترث، وكذا لو سألت الخلع أو طلاقاً على عوض.
- (٨) (أو ترتد) ويثبت له الإرث دونها إن فعلت في مرض موتها المخوف ما يفسخ نكاحها إن اتهمت بقصد حرمانه.

وإن شئت وافقت بينها وبين المسألة وضربت المسألة إن باينت السهام أو وفقها إن وافقتها في مخرج سهام العقار، ثم كل من له شيء من المسألة أضربه في سهام

مجنوناً أو المقر به مجهول النسب ثبت نسبه وإرثه^(١)، وإن أقر أحد بنيه بأخ مثله فله ثلث ما بيده، وإن أقر بأخت فلها خمسة^(٢).

باب ميراث القاتل والمبعض والولاء

فمن انفرد بقتل مورثه أو شارك فيه مباشرة أو سبباً بلا حق لم يرثه إن لزمه قود أو دية أو كفارة^(٣) والمكلف وغيره سواء^(٤)، وإن قتل بحق^(٥) قوداً أو حداً أو كفراً أو

(١) ثبت نسبه إلى آخره) بشرط أن يمكن كون المقر به من الميت، وأن لا ينازع المقر في نسب المقر به، لأن الوارث يقوم مقام الميت في بيناته ودعاويه وغيرها فكذلك في النسب.

(٢) (فلها خمسة) لأنه لا يدعي أكثر من خمسي المال، وطريق العمل أن تضرب مسألة الإقرار أو وقفها في مسألة الإنكار أو وقفها وتدفع إلى المقر سهمه من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار أو وقفها، وإلى المنكر سهمه من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار أو وقفها، والمقر له ما فضل.

(٣) (أو كفارة) لحديث عمر «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس للقاتل شيء» رواه مالك وأحمد وفي حديث ابن عباس «وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه أحمد.

(٤) (سواء) ذهب كثير من أهل العلم إلى أن قاتل الخطأ لا يرث وهو المذهب، يروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس، وبه قال عروة والنخعي والثوري والشافعي وجمع. وذهب قوم إلى أنه يرث من المال دون الدية.

(٥) (وإن قتل بحق إلى آخره) هذا المذهب في ذلك كله، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال وهو مذهب الشافعي.

الموروث من العقار أو وقفها فما بلغ فانسبه من مبلغ سهام العقار فما خرج فهو نصيبه^(١).

(١) (فهو نصيبه) ففي المثال المذكور والتركة ثلث دار وربيعها المسألة من ثمانية وبسط الثلث والربع من سبعة وليس بين الثمانية والسبعة موافقة فاضرب الثمانية في مخرج السهام وهو اثنا عشر تكن ستة وتسعين للزوج من المسألة ثلاثة مضروبة في سبعة تكن إحدى وعشرين، فانسبها إلى الستة والتسعين تجدها ثمنها وثلاثة أرباع ثمنها، فله من الدار مثل تلك النسبة، ولأخت مثله، وللأم سهمان في سبعة بأربعة عشر وهي ثمن الستة والتسعين =

بيغي أو صيالة أو حرابة أو شهادة وارثه أو قتل العادل الباغي وعكسه ورثه، ولا يرث الرقيق^(١) ولا يورث، ويرث من بعضه حر ويورث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية^(٢)، ومن أعتق عبداً فله عليه الولاء^(٣) وإن اختلف دينهما، ولا يرث النساء بالولاء إلا لمن اعتقن أو اعتقه من أعتقن^(٤).

(١) (ولا يرث الرقيق) لأنه لو ورث لكان لسيدته وهو أجنبي، فأما المكاتب فإن ملك ما يؤدي فقيه روايتان: إحداهما أنه عبد لا يرث ولا يورث، روي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن عمر وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم، والثانية أنه حر يرث ويورث وبه قال النخعي والحسن ومالك والشافعي وجمع، وفي الأولى حديث «المكاتب عبد» وفي الثانية «إذا كان لإحداكن مكاتب» الحديث.

(٢) (يقدر ما فيه من الحرية) هذا المذهب وبه قال علي وابن مسعود وابن المبارك، لما روى عبدالله بن أحمد بسنده إلى ابن عباس مرفوعاً في العبد يعتق بعضه «يرث ويورث على قدر ما اعتق منه».

(٣) (فله عليه الولاء) لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لمن أعتق»، متفق عليه. وله أيضاً الولاء على أولاده وأولادهم وإن سفلوا وعلى من له أو لهم ولاؤه لأنه ولي نعمته وبسببه عتقوا، ولأن الفرع يتبع الأصل.

(٤) (أو أعتقه من أعتقن) أي عتيق عتيقهن وأولادهما أي أولاد عتيقهن، وأولاد عتيق عتيقهن لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، ميراث الولاء للكبير من الذكور، ولا يرث النساء من الولاء الأولاء من أعتقن، والكبير بضم الكاف وسكون الموحدة أقرب عصبة السيد إليه يوم موت عتيقه، وعنه في بنت المعتقة خاصة ترث، وهذا قول الجمهور وإليه ذهب مالك والشافعي وأهل العراق وداود واختاره القاضي وأصحابه منهم أبو الخطاب في خلافه وإليه ميل المجدد في المنتقى، قال المصنف والشارح: والصحيح الأول.

باب المفقود

إذا فقد ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم، واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو بيوم.

= سدس ثمنها فله من الدار مثل تلك النسبة.

كتاب العتق^(١)

وهو أفضل القرب^(٢)، ويستحب عتق من له كسب وعكسه بعكسه، ويصح العتق

(١) (العتق) هو لغة الخلاص، وشرعاً تحرير الرقبة وتخليصها من الرق.

(٢) (وهو أفضل القرب) لأن الله جعله كفارة القتل والوطء في نهار رمضان والأيمان وجعله النبي ﷺ فكاكاً لمعتقه من النار.

كتاب العتق^(١)

وهو تحرير الرقبة وتخليصها من الرق^(٢) وأفضل الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمناً^(٣) وعتق الذكر أفضل من عتق الأنثى^(٤)، ويصح العتق ممن تصح وصيته، وإن لم يبلغ^(٥) ويحصل العتق بالقول وبالمملك، فأما القول فصريحه لفظ العتق والحرية كيف صرفاً^(٦) وإن قال لعبده وهو أكبر منه: أنت ابني لم يعتق^(٧). وأما المملك فمن ملك ذا رحم محرّم^(٨) ولو مخالفاً له في الدين عتق عليه، وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله^(٩) وإلا عتق منه بقدر ما هو موسر به، وإن

(١) (العتق) أجمع العلماء على صحته وحصول الرقبة به، سمي البيت الحرام العتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة وفسر العتيق بالقديم لأنه أول بيت وضع للناس.

(٢) (الرق) وسنده قوله: ﴿تحرير رقبة﴾ وقوله: ﴿فك رقبة﴾ وحديث أبي هريرة مرفوعاً «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل أرب منها أرباً منه من النار، حتى أنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج» متفق عليه.

(٣) (وأغلاها ثمناً) قال في الفروع: فظاهره ولو كافراً وفاقاً لمالك، وخالفه أصحابه.

(٤) (أفضل من عتق الأنثى) وهما في الفكاك من النار إذا كانا مؤمنين سواء.

(٥) (وإن لم يبلغ) قاله في الرعايتين والفائق نص عليه، وقال طائفة من الأصحاب لا يصح عتق الصغير.

(٦) (كيف صرفاً) وإن قصد بلفظ الحرية عفته وكرم أخلاقه أو عدم طاعته له لم يعتق.

(٧) (لم يعتق) وهو المذهب، ويحتمل أن يعتق وهو قول أبي حنيفة.

(٨) (ذا رحم محرّم) روي ذلك عن عمر وابن مسعود، وبه قال الحسن وجابر بن زيد ومالك وأبو حنيفة لما روي الحسن عن سمرة مرفوعاً «من ملك ذا رحم محرّم فهو حر» رواه أبو داود والترمذي وحسنه.

(٩) (كله) وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، ويعتق في الحال على المذهب، واختار

الشيخ وصاحب الفائق بعد أداء القيمة.

(١) (وهو التدبير) سمي بذلك لأن الموت دبر الحياة.

ملكه بالميراث ولو موسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك منه^(١) وإن مثل بعده عتق^(٢) ومن أعتق عبده أو مكاتبه ويده مال فهو لسيده، وإذا كان العبد بين ثلاثة لرجل نصف ولآخر ثلث ولآخر سدس فأعتق صاحب النصف والسدس معاً ضمنا حق شريكهما نصفين^(٣).

(فصل) ويصح تعليق العتق بصفة كدخول دار ومجيء المطر، ولا يملك إبطالها بالقول^(٤) وله بيعه^(٥) وهبته ووقفه وغير ذلك. فإن عاد إلى ملكه عادت الصفة^(٦) إلا أن تكون قد وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود؟ على روايتين^(٧) وإن قال: إن ملكت فلاناً أو كل مملوك أملكه فهو حر لم يصح في إحدى الروايتين^(٨) والثانية

(١) (إلا ما ملك منه) وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف، لأنه لم ينسب إلى اعتاقه لحصول ملكه بدون فعله وقصده.

(٢) (وإن مثل بعده عتق) هذا المذهب لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهل يعتق بمجرد ذلك أم يعتقه السلطان؟ على روايتين.

(٣) (نصفين) وبه قال الشافعي، لأن عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان وصار ولاؤه بينهما أثلاثاً ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكيهما فيه وهو إحدى الروايتين عن مالك.

(٤) (بالقول) هذا المذهب لأنه ألزم نفسه شيئاً فلم يملك إبطاله بالقول كالنذر.

(٥) (وله بيعه إلى آخره) وكذا لو وطىء كالتدبير، وبه قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر، فإذا خرج عن ملكه لم يعتق لقوله عليه الصلاة والسلام «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم».

(٦) (عادت الصفة)، لأن التعليق وتحقق الشرط موجودان في ملكه، وبهذا قال أبو حنيفة، وعن أحمد رواية لا تعود ذكرها الشيخ.

(٧) (على روايتين) إحداهما تعود وهو المذهب لأنها لم توجد الصفة التي يعتق بها أشبه مالو عاد إلى ملكه قبل وجودها. والثانية لا تعود جزم به أبو الجوزي في الطريق الأقرب، قال في الفائق: وهو أرجح لأنها انحلت بوجودها فلم تعد.

(٨) (في إحدى الروايتين) روي ذلك عن علي بن أبي طالب وابن عباس وجابر بن عبد الله

وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب وعروة والحسن وعطاء والشافعي وابن المنذر، وهو =

باب الكتابة^(١)

(١) (الكتابة) وهي مشتقة من الكتب وهو الجمع لأنها تجمع نجومًا.

يصح التعليق ويعتق إن ملكه^(١) وإن أعتق عبداً ثم أنسيه أخرج بالقرعة، فإن علم أن المعتق غيره عتق وبطل عتق الأول^(٢) ولو أعتق في مرض موته ستة أعبد لا مال له غيرهم جزأناهم ثلاثة أجزاء^(٣) فمن خرج له سهم حرية عتق ورق الباقي، وإن ظهر له مال يخرجون منه عتق من رق.

باب التدبير، وهو تعليق العتق بالموت^(٤)

ويعتبر من الثلث^(٥) وإن رهن المدبر لم يبطل تدبيره^(٦) وإذا قال: رجعت في تدبيري أو أبطلته لم يبطل^(٧) لأنه تعليق للعتق بصفة، وعنه يبطل^(٨) كالوصية، وله

= قول أكثر أهل العلم، لما روى أبو داود الطيالسي عن النبي ﷺ أنه قال «لا عتق قبل ملك».

(١) (ويعتق إن ملكه) وهو المذهب وبه قال الثوري وأصحاب الرأي، لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه أشبه ما لو كان التعليق في ملكه، بخلاف ما لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لأن التعليق مقصود من الملك والنكاح لا يقصد به الطلاق.

(٢) (وبطل عتق الأول) ويرد إلى الرق لأنه تبين له المعتق دون غيره، هذا أصح الوجهين.

(٣) (ثلاثة أجزاء) كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم سهم حرية وسهمي رق، وإن ظهر عليه دين يستغرق بيعوا له جميعاً.

(٤) (تعليق العتق بالموت) والأصل فيه حديث جابر «أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن

دبر لم يكن له مال غيره، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم فدفعها إليه» متفق عليه، وفي رواية قال «أنت أحوج منه».

(٥) (ويعتبر من الثلث) روي ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز ومالك والشافعي والثوري وجمع، وعن ابن مسعود ومسروق ومجاهد وسعيد بن جبير والنخعي أنه يعتق من رأس المال قياساً على أم الولد. ولنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث.

(٦) (تدبيره) فإن مات السيد عتق إن خرج من الثلث وأخذ من تركته قيمته رهناً مكانه.

(٧) (لم يبطل) هذا المذهب، لأنه تعليق للعتق بصفة فلا يبطل.

(٨) (يبطل) لأنه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه «وهذا قول

الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الأولى.

وهو بيع عبده نفسه بمال مؤجل في ذمته. و(تسن) مع أمانة العبد، وكسبه^(١)

(١) (مع أمانة العبد وكسبه) لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ ويملك كسبه ونفعه وكل تصرف يصلح ماله كبيع وإجارة.

بيع المدبر^(١) وهبته ولو أمة، وله وطء الأمة، وما ولدته المدبرة من غير سيدها بعد تدبيرها كهي^(٢) وإن أنكر السيد التدبير ولا بينة حلف على البت، والوارث يحلف على نفي العلم.

باب الكتابة

وهي مندوبة لمن يعلم فيه خيراً، ولا تصح كتابة المرهون بعد قبضه، ولا تصح إلا على عوض معلوم منجم نجمين فصاعداً^(٣) ويعلم قدر ما يؤدي في كل نجم، وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبريء منه عتق^(٤) وما فضل في يده فهو له، وعنه أنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً^(٥)، ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيدته ويضع عنه بعض كتابته^(٦)

(١) (المدبر إلى آخره) هذا المذهب مطلقاً، وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز، وهو قول الشعبي، وكره بيعه ابن عمر وابن المسيب والشعبي والنخعي والزهري ومالك وجمع، لأن ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه قال «لا يباع المدبر ولا يشتري» ولنا ما روى جابر «أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر فاحتاج» الحديث، زاد. ولعل خيرهم لم يصح مرفوعاً.

(٢) (كهي) يعتق بموت سيدها، فإن بطل تدبيرها ببيع أو غيره لم يبطل في الولد.
(٣) (نجمين فصاعداً) هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي، وروي عن علي أنه قال الكتابة نجمين والإيتاء من الثاني.

(٤) (عتق) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم ومالك والشافعي، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» رواه أبو داود.

(٥) (صار حراً) لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «إذا كان لأحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه، رواه الترمذي وحسنه وصححه.

(٦) (بعض كتابته) روي عن طاوس والزهري والنخعي وأبي حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز لأنه بيع ألف بخمسائة وهو ربا الجاهلية وهو أن يزيد في الدين لأجل الأجل وهذا يضاويه، ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح.

وتكره مع عدمه^(١)، ويجوز بيع المكاتب^(٢)، ومشتريه يقوم مقام مكاتبه، فإن أدى

(١) (وتكره مع عدمه) لئلا يصير كلاً على الناس.

(٢) (ويجوز بيع المكاتب) هذا المذهب لقصة بريرة، وهو من المفردات، وبه قال عطاء والنخعي والليث وابن المنذر، وعن أحمد لا يجوز بيعه وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو الجديد من قول الشافعي. ولنا حديث عائشة في قصة بريرة، ولحديث «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» رواه أبو داود.

لا أن يزيد بها، ويزيد في الأجل، ويلزم السيد أخذ معجله^(١)، وإذا حضر مال الكتابة فقال السيد: هذا حرام أو غصب وثبت ببينة أو إقرار المكاتب لم يلزم السيد قبوله، وينفق على نفسه وزوجته ورفيقه وولده التابع له من أمته^(٢) وليس له أن يتزوج ولا يتسرى، ولا يزوج رقيقه إلا بإذن سيده.

(فصل) ولا يملك السيد شيئاً من كسبه، ولا يبيعه درهماً بدرهمين^(٣) وليس له أن يبطأ مكاتبته إلا أن يشترط^(٤) فإن أولدها صارت أم ولد له.

والكتابة عقد لازم من الطرفين، لا يدخلها خيار، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل، ولا تنفسخ بموت السيد، وإن حل نجم. فلم يؤده فلسيده الفسخ بلا حكم^(٥) وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان، ويجوز فسخها باتفاقهما. ويجب على

(١) (أخذ معجله) فإن أبي جعله إمام في بيت المال ثم آداه السيد وقت حلوله وحكم بعقده، لما روى الأثرم بإسناده عن أبي بكر بن حزم، أن رجلاً أتى عمر فقال: يا أمير المؤمنين، إني كاتب على كذا وكذا، وإني أيسرت بالمال وأتيت به فزعم أن لا يأخذ إلا نجوماً، فقال عمر: يا يرفأ خذ هذا المال فاجعله في بيت المال وأداليه نجوماً في كل عام، وقد عتق هذا. فلما رأى ذلك سيده أخذ المال. وعن عثمان نحو هذا.

(٢) (من أمته) فإن لم يكن تابعاً له بأن كان من زوجة لم تلزمه نفقته.

(٣) (درهماً بدرهمين) وهو المذهب، لأنه معه في المعاوضة كالأجنبي. وقال ابن أبي موسى: لا ربا بينهما لأنه عبد في الأظهر.

(٤) (إلا أن يشترط) فإن شرط وطأها فله ذلك، وبه قال سعيد بن المسيب وهو المذهب، وقال بعض العلماء: لا يجوز.

(٥) (بلا حكم) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وروي عن علي: لا يرد حتى يتوالى نجمان، وقال به بعض العلماء.

عتق وولائه له، وإن عجز عاد قنا^(١).

(١) (وإن عجز عاد قنا) هذا المذهب، وروي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهرى، وبه قال عطاء والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي لأنه قن ما بقى عليه درهم.

سيده أن يؤتیه ربع مال الكتابة^(١) وإن كاتبه ثلاثة فادعى الدفع إليهم فأنكر أحدهم قبلت شهادتهما عليه^(٢)، وإن اختلفا في قدر العوض فقول السيد^(٣) والكتابة الفاسدة يغلب فيها حكم الصفة^(٤).

باب الولاء^(٥)

ومعنى الولاء إذا أعتق نسمة صار عصبه لها في جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبه من النسب من الميراث وولاية النكاح والعقل وغير ذلك قاله في المطلاع والزركشي، فكل من أعتق عبداً أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استيلاء أو وصية يعتقه فله عليه الولاء وإن اختلف دينهما^(٦) وعلى أولاده من زوجة معتقة أو من أمته ويرث به عند عدم عصبه النسب^(٧) ومن كان أحد أبويه حر الأصل ولم يمسه

(١) (ربع مال الكتابة) روي عن علي وبه قال الشافعي وإسحق وهو المذهب، لقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾.

(٢) (قبلت شهادتهما عليه) إن كانا عدلين، أو أحدهما مع يمين المكاتب.

(٣) (فقول السيد) في إحدى الروايتين، هذا المذهب وبه قال الثوري والأوزاعي وإسحق، وقال أبو بكر: اتفق أحمد والشافعي على أنهما يتحالفان ويترادان، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

(٤) (حكم الصفة) هذا المذهب في أنه إذا أدى عتق، ولا يعتق بالإبراء.

(٥) (الولاء) بفتح الواو والمد: لغة الملك، وشرعاً ثبوت حكم شرعي بعتق أو تعاطى سببه كاستيلاء وتدبير.

(٦) (وإن اختلف دينهما) لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن اعتق» وهذا لاختلاف فيه نعلمه.

(٧) (عند عدم عصبه النسب) الأقرب فالأقرب من عصباته لمولاه، وكذلك أبداً، روي هذا عن عمر، وبه قال مالك والثوري والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وصاحباه.

باب أحكام^(١) أمهات الأولاد

(١) (أحكام) جمع حكم، وهو في اللغة القضاء والحكمة، واصطلاحاً خطاب الله المفيد فائدة شرعية.

رق فلا ولاء عليه^(١).

ومن أعتق من زكاته أو كفارته أو نذره ففيه روايتان^(٢) والولاء لا يورث وإنما يورث به^(٣) ولا يباع ولا يوهب^(٤) وهو للكبير^(٥) فإذا مات المعتق وخلف عتيقه وابنين فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات العتيق فالميراث لابن المعتق^(٦) فإن مات الابنان بعده وقبل المولى وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة فولاه بينهم على عددهم لكل واحد عشرة^(٧) وإذا اشترى رجل وأخته أباهما وأخاهما فعتق عليهما ثم اشترى

(١) (فلا ولاء عليه) وهذا قول أكثر أهل العلم، لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً في انتفاء الرق والولاء، فلأن يتبعها في انتفاء الولاء أولى، وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه، فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى.

(٢) (ففيه روايتان) هل هو لمن جرى عتقه على يده، أو لسائر المسلمين؟ يجعل في بيت المال، أو لصاحب الصدقة؟ وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» فالذي أعتق من الزكاة أعتق من غير ماله فلم يكن الولاء له.

(٣) (يورث به) هذا المذهب وبه قال الجمهور، روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وأسامة بن زيد وأبي مسعود البدرى وأبي بن كعب، وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعي لما تقدم ولقوله «الولاء لحمة كلحممة النسب» والنسب إنما يورث به فكذلك الولاء.

(٤) (ولا يوهب) هذا المذهب وبه قال الجمهور لنهي عليه الصلاة والسلام عن بيع الولاء وعن هبته رواه البخاري، ولقوله «كلحممة النسب» والنسب إنما يورث به فكذلك الولاء.

(٥) (وهو للكبير) هذا قول أكثر أهل العلم، روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود رضي الله عنهم، وتفسيره أن يرث المعتق من عصابات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد لأن عصبة السيد يرثون مال مولاهم بولاء معتقه.

(٦) (لابن المعتق) لأن الولاء للكبير. وقد شبهه بالنسب فلا ينتقل عن المعتق أبداً، ويتضح لك بأنه لو كان موروثاً لكان ابن الابن له النصف بمنزلة أبيه، والآن اختص به ابن المعتق لأنه أقرب عصبة للسيد.

(٧) (لكل واحد عشرة) كإرثهم جدهم بالنسب، فلو كان الولاء موروثاً لاختلف الحكم.

إذا أولد حر أمته أو أمة له ولغيره أو أمة لولده^(١) خلق ولده حراً — حياً ولد أو ميتاً

(١) (أو أمة لولده) ولم يكن الابن وطئها، فإن كان الابن وطئها لم يملكها الأب بالإجبال ولم تصر أم ولد وحرمت عليهما ولا حد.

عبداً فاعتقه ثم مات المعتق^(١) ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته^(٢) وإذا ماتت امرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها فولأؤه لابنها^(٣) وعقله على عصبتها^(٤) ومع اختلاف الدين هل يرث السيد؟ على روايتين^(٥).

(فصل) في جر الولاء. كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه بحال^(٦) فأما

(١) (ثم مات المعتق) أي الأب أو الأخ.

(٢) (دون أخته) لأنه أقرب عصبية المعتق فقد قدم على مولاه بخلاف أخته، وغلط فيها خلق كثير، قال في الإصناف: يروى عن مالك أنه قال سألت عنها سبعين قاضياً من قضاة العراق فأخطأوا.

(٣) (فولأؤه لابنها) لما روى إبراهيم أنه اختصم علي والزبير في موالي صفة بنت عبد المطلب فقال علي: أنا أحق بهم، أنا أرثهم وأعقل عنهم، وقال الزبير هم موالي أمي وأنا أرثهم. ف قضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علي رواه سعيد واحتج به أحمد، ولا يمتنع كون العقل على العصبية والميراث لغيرهم كما قضى النبي ﷺ وسلم في ميراث التي قتلت وجنيها لابنها وعقلها على العصبية.

(٤) (وعقله على عصبتها) لما تقدم، فإن انقرض بنوها فولأؤه لعصبتها الأقرب فالأقرب دون عصبية ابنها، لأن المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها، فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبية ابنها، يروى نحو هذا عن علي، وبه قال عطاء وطاوس والزهري ومالك والشافعي وأهل العراق.

(٥) (على روايتين) إحداهما يرث، روي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر، واحتج أحمد بقول علي: الولاء شعبة من الرق. وقال مالك. يرث المسلم مولاه النصراني لأنه يصلح له تملكه، ولا يرث النصراني مولاه المسلم لأنه لا يصلح تملكه، وجمهور الفقهاء على أنه لا يرث مع اختلاف دينهما لقوله: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» فعلى هذا إن كان للسيد عصبية على دين العبد ورثه دون سيده، فإن أسلم الكافر ورث المعتق رواية واحدة.

(٦) (بحال) لقوله عليه الصلاة والسلام «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على عبده بالعتق وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء.

— قد تبين فيه خلق الإنسان^(١)، لا مضغة أو جسم بلا تخطيط — صارت أم ولد له

(١) (خلق الإنسان) من رأس أو يد أو رجل أو تخطيط، قال عمر: إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت، وإن كان سقطاً، وهذا قول الحسن والشافعي، قال المصنف: ولا أعلم في هذا خلافاً بين من قال بثبوت الاستيلاء.

إن تزوج العبد معتقة لغير سيده فأولدها فولاء ولدها لموالي أمه^(١) فإن أعتق العبد الذي هو أب أولاد المعتقة سيده فله ولاؤه وجر ولاء ولده إليه عن موالى أمه^(٢) ولا يعود إلى موالى أمه بحال^(٣) وإن لم يعتق الأب لكن عتق الجد لم يجزهم في أصح الروايتين^(٤) وإن اشترى الابن أباه^(٥) عتق عليه وله ولاؤه وولاء أخوته لأنهم تبع لأبيهم ويبقى ولاؤه لموالي أمه^(٦) ولو أعتق الحربى عبداً فأسلم العبد ثم سبى معتقه فلكل واحد منهما ولاء صاحبه ويرث كل واحد منهما الآخر.

باب أحكام أمهات الأولاد^(٧)

إذا علقت الأمة من سيدها فوضعت منه ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان صارت

- (١) (لموالي أمه) أي زوجة العبد يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الإنعام بعتق أمهم فصاروا بذلك أحراراً.
- (٢) (عن موال أمه) فيصير له الولاء على العتيق وأولاده، لأن الأب لما كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في النكاح فكان ابنه كولد الملائنة فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليها، فإذا عتق العبد صلح الانتساب إليه وعاد وارثاً وولياً بمنزلة ما لو استلحق الملائن ولده، وهذا قول جمهور الصحابة والعلماء.
- (٣) (ولا يعود إلى موالى أمه بحال) فلو انقرض موالى الأب عاد إلى بيت المال دون موالى الأم في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالى الأم، والأول أرجح:
- (٤) (في أصح الروايتين) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وصاحبه وعن أحمد يجزه وبه قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن المبارك وأبو ثور والشافعي في أحد قوله، فإن عتق الأب بعد ذلك جره إليه.
- (٥) (وإن اشترى الابن أباه) أي ابن المعتقة، هذا قول جمهور الفقهاء: مالك من أهل المدينة وأبو حنيفة من أهل العراق والشافعي.
- (٦) (لموالي أمه) لأنه لا يجز ولاء نفسه كما لا يرث نفسه، هذا قول الجمهور كما تقدم.
- (٧) (أمهات الأولاد) أي جواز الانتفاع بهن وتزويجهن وتحريم بيعهن.

تعتق بموته من كل ماله^(١). وأحكام أم الولد أحكام الأمة من وطء وخدمة وإجارة ونحوه، لا في نقل الملك في رقيتها، ولا بما يراد له كوقف وبيع ورهن ونحوها^(٢).

مش
الكتاب
الأول

- (١) (من كل ماله) ولم يملك غيرها لحديث ابن عباس يرفعه «من وطئ أمته فولدت فهي معتقة عن دبر منه» رواه أحمد وابن ماجه.
(٢) (ونحوها) لحديث ابن عمر وفيه «يستمتع منها السيد ما دام حياً فإذا مات فهي حرة» رواه الدارقطني.

هوامش
الكتاب
الأول

بذلك أم ولد تعتق بموته وإن لم يملك غيرها، وإن أصابها في ملك غيره بنكاح أو شبهة بزوجته الرقيقة التي يشترط حرية ولدها ثم ملكها عتق الحمل ولم تصر أم ولد^(١) وإن وطئ أمته المزوجة أدب^(٢) وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما في يدها لورثته وله تزويجها ولو كرهت ولا يجوز ولا يصح بيع أم الولد بل تعتق بموت سيدها ويؤول الملك عنها^(٣) ثم إن ولدت من غير سيدها فحكمه حكمها، وإن مات سيدها وهي حامل منه فهل تستحق النفقة على رواتين^(٤) ولا حد على قاذفها بل يعزر. تنمة: إذا تزوج بكرة فدخل بها فوجدتها حبلية قال النبي ﷺ «لها الصداق بما استحلتت منها والولد عبد لك وإذا ولدت فاجلدوها ولها الصداق ولا حد لعلها

مش
الكتاب
الثاني

- (١) (ولم تصر أم ولد) هذا المذهب وبه قال الشافعي، سواء ملكها حاملاً أو ملكها بعد ولادتها، وقال في الشرح: أما إذا ملك حاملاً فظاهر كلام أحمد أنها تصير أم ولد وهو مذهب مالك، لأنها ولدت في ملكه أشبه مالهو أحبها في ملكه.
(٢) (أدب) لأنه وطء محرم، ولا حد عليه لأنها ملكه.

هوامش
الكتاب
الثاني

- (٣) (عنها) هذا الصحيح من المذهب، روي عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء؛ وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير بإباحة بيعهن، وإليه ذهب داود وابن عقيل في الفنون واختاره الشيخ؛ قال في الفائق: وهو أظهر لما روي عن جابر قال «بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا فانتهينا» رواه أبو داود، فعلى هذا تعتق بموت سيدها على نصيب ولدها إن كان وإلا فكسائر رقيقه، ولنا ما روى عكرمة: عن ابن عباس قال قال رسول الله: «أيا امرأة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه» رواه ابن ماجه، وقال ابن عباس: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: «أعتقها ولدها» رواه ابن ماجه وابن حزم في المحلى وقال: خير جيد السند رجاله ثقات.
(٤) (على رواتين) هذا مبني على هل النفقة للحمل أو لها من أجله؟

كتاب النكاح^(١)

(١) (النكاح) قال ابن جنى عن أبي علي الفارسي: فرقت العرب فرقاً لطيفاً يعرف به موضع العقد من الوطاء، فإذا قالوا نكح فلانة أو بنت فلان أرادوا تزوجها وعقد عليها، وإذا قالوا نكح امرأته لم يريدوا إلا المجامعة.

استكرهت» رواه أبو داود بمعناه من طرق، قال الخطابي لا أعلم أحداً من الفقهاء قال به وهو مرسل، وفي التهذيب قيل لما كان ولد زنا وقد غرته من نفسها وغرم صداقها أخدم ولدها وجعله له كالعبد، ويحتمل أنه أرقه عقوبة لأمه على زناها وغرورها ويكون خاصاً بالنبي ﷺ ويحتمل أنه منسوخ.

كتاب النكاح وخصائص النبي ﷺ^(١)

وهو^(٢) شرعاً عقد التزويج^(٣) والمعقود عليه منفعة الاستمتاع لا ملك المنفعة، وقال القاضي في أحكام القرآن: المعقود عليه الحل لا ملك المنفعة^(٤)، ويستحب لمن له شهوة ولا يخاف زنا^(٥) ولو فقيراً^(٦) ويباح لمن لا شهوة له^(٧) ويجب على من يخاف العنت ولا يكتفي بالمرة الواحدة بل يكون في مجموع العمر، ويقدم حينئذ على حج واجب نصاً. قال أبو العباس: إذا كانت العبادات فرض كفاية كالعلم والجهاد قدمت على النكاح إذا لم يخش العنت، ومن أمره به والداه أو أحدهما، قال أحمد

(١) خصائص النبي ﷺ ذكرت هنا لأنها أكثر منها في غيره.
(٢) (وهو) أي النكاح لغة الضم، ومنه تناكحت الأشجار أي انضم بعضها إلى بعض.
(٣) (عقد التزويج) عقد يعتبر فيه لفظ النكاح أو التزويج في الجملة، إلا إذا جعل صداق أمته عتقها انعقد بدونه.

(٤) (لا ملك المنفعة) ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها، وهو مشروع بالإجماع، ودليله من الكتاب والسنة.

(٥) (ولا يخاف زنا) على الصحيح من المذهب وهو قول أصحاب الرأي وظاهر قول الصحابة وفعلهم، وعنه أنه واجب على الإطلاق، واختاره أبو بكر وأبو حفص البرمكي.

(٦) (ولو فقيراً) وقيل لا يتزوج فقير إلا عند الضرورة، قلت: وهو الصواب في هذه الأزمنة قاله في الإنصاف.

(٧) (لمن لا شهوة له) كالعينين ومن ذهبت شهوته، وقيل يكره وما هو بعيد في هذه الأزمنة.

وهو سنة^(١)، وفعله مع الشهوة أفضل من نوافل العبادات^(٢). (ويجب) على من

- (١) (وهو سنة) لذي شهوة لا يخاف زناً من رجل وامرأة 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» رواه الجماعة.
- (٢) (أفضل من نوافل العبادات) لاشتماله على مصالح كثيرة، كتحصين فرجه وفرج زوجته، وتكثير الأمة، وتحقيق مباحة النبي ﷺ.

أمرته أن يتزوج وليس له أن يتزوج ولا يطاء زوجته بدار حرب إلا عند الضرورة، ويصح النكاح ويجب عزله وأراد أحمد أن يتزوج أو يتسرى فقال يكون لهما لحم^(١) ولرجل نظر وجه ورقبة ويد وقدم ورأس وساق من الأمة المستامة^(٢) وكذا من الأمة غير المستامة^(٣) ومن ذات محارمه^(٤) ولا تسافر المسلمة مع أبيها الكافر، ونص أحمد أن الأمة الجميلة تنتقب، وللعبد نظر ذلك من مولاته^(٥) ولغير أولى الإرية وهو من لا شهوة له النظر إلى ذلك^(٦) وبياح أن ينظر ممن لا تشهى كعجوز وبرزه وقيحة ومريضة إلى غير عورة الصلاة ولشاهد نظر وجه المشهود عليها ومن تعامله مع

- (١) (لهما لحم) يريد كونهما سميتين كما قال ابن عبد البر كان يقال لو قيل للشيخ أين تذهب؟ لقال: أقيم الأعوج، وكان يقال: من تزوج امرأة فليستجد شعرها فإن الشعر وجه فتخيروا أحد الوجهين.
- (٢) (من الأمة المستامة) وروى أبو حفص أن ابن عمر كان يضع يده فوق الثياب ويكشف عن ساقها.
- (٣) (غير المستامة) لأن عمر رأى أمة مثلثة فضربها بالدرة وقال: يالكاع تشبهين بالحرائر؟ وقد روى أنس «أن النبي ﷺ لما أخذ صفة وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس» متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الإمام كان مستفيضاً بينهم، ولأن الحجب لغيرهن كان معلوماً.
- (٤) (ومن ذات محارمه) بنسب أو سبب مباح، ويحرم نظر الزاني لأم المزني بها.
- (٥) (من مولاته) هذا الصحيح من المذهب أن للعبد أن ينظر من مولاته ما ينظر الرجل من محارمه للآية، قال في الفروع: وظاهر كلامهم لا ينظر عبد مشترك ولا ينظر الرجل من أمة مشتركة.
- (٦) (النظر إلى ذلك) أي الوجه والكتفين والقدمين والرأس والساق.

- يخاف زنا بتركه^(١) و(يسن) نكاح واحدة دينة^(٢) أجنبية^(٣) بكر ولود^(٤). وله نظر ما
- (١) (على من يخاف زناً بتركه) ولو ظناً من رجل وامرأة، لأنه طريق إعفاف نفسه وصونها عن الحرام.
- (٢) (نكاح واحدة دينة) لحديث أبي هريرة مرفوعاً «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» متفق عليه.
- (٣) (أجنبية) لأن ولدها يكون أنجب، ولأنه لا يؤمن الطلاق فيفرض مع القرابة إلى قطيعة الرحم.
- (٤) (ولود) لقوله عليه الصلاة والسلام لجابر «فهلا بكراً» ولقوله في حديث أنس «إني مكاتر بكم الأمم يوم القيامة» رواه سعيد.

- حاجة^(١)، ولطبيب نظر ولمس ما تدعو الحاجة إلى نظره ولمسه^(٢) وليكن ذلك بحضور محرم أو زوج^(٣) ومثله من يلي خدمة مريض أو مريضة في وضوء واستجمار، وكتخليصها من غرق أو حرق ونحوهما، ولمعرفة بكارة وثبوبة وبلوغ^(٤) ولصبي مميز غير ذي شهوة نظر ما فوق السرة وتحت الركبة^(٥) والمميز ذو الشهوة كذي المحرم، ولا يحرم النظر إلى عورة الطفل والطفلة قبل سبع سنين ولا لمسها^(٦) وللمرأة مع المرأة ولو كافرة، وللرجل مع الرجل ولو أمرد نظر ما فوق السرة وتحت الركبة^(٧) ويحرم النظر إلى واحد منهم لشهوة، ومعنى الشهوة التلذذ بالنظر، ولمس

- (١) (مع حاجة) قال أحمد: لا يشهد إلا على امرأة يعرفها بعينها.
- (٢) (ولمسه) حتى فرجها وباطنه وظاهره ولو ذمياً قاله في المبدع ومثله المغنى.
- (٣) (أو زوج) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يخلون رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما» متفق عليه.
- (٤) (وبلوغ) لأنه لما حكم سعداً في بني قريظة فكان يكشف عن مؤنزر الغلام، وعثمان أتى بغلام قد سرق فقال انظروا إلى مؤنزره، فلم يجده أنبت الشعر فلم يقطعه.
- (٥) (وتحت الركبة) وهذا المذهب، لأن الله قال: ﴿ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن﴾ ثم قال: ﴿وإذا بلغ الأطفال﴾ الآية.
- (٦) (ولا لمسها) لأن إبراهيم ابن النبي ﷺ غسله النساء.
- (٧) (وتحت الركبة) وهذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت قيس «اعتدى في بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك» وقالت عائشة «كان رسول الله ﷺ يسترنني بردائه وأنا أنظر إلى الحبشه يلعبون في المسجد». وأما حديث أم سلمة في قولها «استأذن ابن أم مكتوم» فكان أحمد لم يصححه.

يظهر غالباً^(١) مراراً بلا خلوة و(يحرم) التصريح بخطبة المعتدة من وفاة والمبانة^(٢) دون

(١) (ما يظهر غالباً) كوجه ورقبة ويد وقدم، هذا المذهب، لما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل. قال فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها» رواه أبو داود.

(٢) (والمبانة) لأن التصريح ما لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الأخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها.

كنظر وأولى، ويحرم النظر إلى الحرة الأجنبية قصداً^(١) وقال القاضي: يحرم النظر إلى ما عدا الوجه والكفين لأنه عورة، ويباح له النظر إليهما مع الكراهة إذا أمن الفتنة ونظر بغير شهوة^(٢) قلت وفي هذا نظر لا يخفى على متأمل. وعرف أصول الشرع ومقاصده وأنه أتى بما فيه صلاح الخلق في الدنيا والآخرة فكيف يطلقونه على النظر ويجرثون الفساق على مقاصدهم لاسيما في هذه الأزمنة، فإن الفاسق ينظر إلى ما انتهى ويدعى مع ذلك أنه ينظر بلا شهوة فالصواب حسم المادة وسد الذريعة قاله في حاشية المقنع^(٣) ويحرم نظر شعرها، وصوتها ليس بعورة^(٤) ويحرم التلذذ

(١) (قصداً) هذا المذهب، قال أحمد: لا يأكل مع مطلقتة، وهو أجنبي لا يحل له أن ينظر إليها. وقوله «فملك ما يؤدي فلتحتجب منه».

(٢) (بغير شهوة) وهذا مذهب الشافعي، وروت عائشة «أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على النبي ﷺ في ثياب رفاق فأعرض عنها وقال: يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا، وأشار إلى وجهه وكفيه» رواه أبو بكر وغيره.

(٣) (في حاشية المقنع) لما روى جرير بن عبدالله قال: «سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجأة، فأمرني أن أصرف بصري» حديث صحيح، وعن علي: قال رسول الله ﷺ «لا تتبع النظرة النظرة، فإنما لك الأولى وليست لك الآخرة» رواهما أبو داود وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه، فصرف وجهه عنها. وإباحه النظر إلى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك، إذ لو كان مباحاً على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال؟ وأما حديث أسماء إن صح فيحمل أنه كان قبل نزول الحجاب فيحل عليه.

(٤) (ليس بعورة) قال في الفروع: على الأصح، وعنه أنه عورة اختاره ابن عقيل.

التعريض^(١). ويباحان لمن أبانها دون الثلاث^(٢) كرجعية، ويحرمان منها على غير زوجها^(٣). والتعريض: إنى في مثلك لراغب، وتجييه: ما يرغب عنك ونحوهما^(٤). فإن

(١) (دون التعريض) وهو المذهب لما روت فاطمة بنت قيس «أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً: إذا حللت فأذنيني» وفي لفظ «لا تسبقيني نفسك» وهذا تعريض بخطبتها في عدتها.

(٢) (دون الثلاث) فلزوجها التصريح والتعريض بخطبتها في عدتها لأنه مباح له نكاحها في عدتها.

(٣) (على غير زوجها) فيحرم على الرجعية أن تجيب من من خطبها في عدتها تصريحاً أو تعريضاً.

(٤) (نحوهما) كقوله «لا تفوتيني بنفسك» إن قضي شيء كان.

بسماعه ولو بقراءة. وتحرم الخلوة لغير محرم على الكل مطلقاً^(١) وقال الشيخ الخلوة بأمرد حسن ومصافحته كامراً ولو لمصلحة^(٢) وكره أحمد مصافحة المرأة وشدد أيضاً حتى لمحرم، وجوزه لوالد^(٣) ولكل واحد من الزوجين نظر جميع بدن الآخر ولمسه بلا كراهة^(٤) وكذلك السيد، قال القاضي: له تقبيل فرج المرأة قبل الجماع ويكره بعده^(٥) ويكره نوم رجلين أو امرأتين أو مراهقين متجردين تحت ثوب واحد^(٦)

(١) (على الكل مطلقاً) أي بشهوة وبدونها، لحديث ابن عباس مرفوعاً «لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذى محرم» متفق عليه.

(٢) (لمصلحة) كتعليم وتأديب.

(٣) (وجوزه لوالد) قال في الفروع: ويتوجه ومحرم، وسأل ابن منصور أحمد: يقبل ذوات المحارم منه؟ قال: إذا قدم من سفر ولم يخف على نفسه، لكن لا يفعل على الفم أبداً، الجبهة والرأس، وذكر حديث خالد بن الوليد أنه ﷺ قدم من غزوة فقبل فاطمة.

(٤) (بلا كراهة) حتى الفرج، لما روى بهن بن حكيم عن أبيه عن جده قال: «قلت يارسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك» رواه الترمذي وحسنه، وقالت عائشة «ما رأيت فرج رسول الله ﷺ ولا رآه مني».

(٥) (ويكره بعده) وذكره عن عطاء، ويكره النظر إليه حال الطمث، قال في الترغيب وغيره. ويكره إلى عورة بلا حاجة.

(٦) (تحت ثوب واحد) أو لحاف واحد، قال في الآداب: ذكره في المستوعب والرعاية، وقد نهى النبي ﷺ عن مباشرة الرجل الرجل في ثوب واحد والمرأة المرأة، قال في =

أجاب ولي مجبرة أو أجابت غير المجبرة لمسلم حرم على غيره خطبتها^(١) وإن
(١) (حرم على غيره خطبتها) بلا إذن، لحديث. أبي هريرة مرفوعاً «لا يخطب الرجل على
خطبة أخيه حتى ينكح أو يرد» رواه البخاري والنسائي.

وإذا بلغ الإخوة عشر سنين ذكوراً أو إناثاً وذكوراً فرق وليهم بينهم في المضاجع
فيجعل لكل واحد فراشاً وحده^(١).

(فصل) ويحرم التصريح بخطبة المعتدة إلا لزوج تحل له، ويجوز لغيره التعريض
في عدة البائن بغير الثلاث في أحد الوجهين^(٢) لا خطبته على كافر كما لا
ينصحه^(٣) فإن صرح أو عرض ثم تزوجها بعد حلها صح العقد، ولا يكره للمرأة ولا
للولي الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح، وبلا غرض يكره لما فيه من إخلاف الوعد
والرجوع عن القول، ولم يحرم لأن الحق لم يلزم، وأشد من الخطبة على الخطبة
تحريماً من فرض له ولي الأمر على الصدقات أو غيرها ما يستحقه فيجاء من
يزاحمه أو ينزعه عنه، والتعويل في الرد والإجابة عليها إن لم تكن مجبرة وإلا فعلى
الولي، لكن لو كرهت المجاب واختارت غيره وعينته سقط حكم إجابة وليها^(٤) قال
الشيخ ولو خطبت المرأة أو وليها الرجل ابتداء فأجابها فينبغي أن لا يحل لرجل آخر
خطبتها^(٥) ونظيره أن تخطبه امرأة أو وليها بعد أن خطب امرأة فإن هذا إيذاء
للمخطوب في الموضوعين كما أن ذلك إيذاء للخاطب^(٦) وذلك ينبغي أن يكون

- = المستوعب. ما لم يكن بينهما ثوب فلا يكره نومهما تحت ثوب واحد أو لحاف.
(١) (وحده) لقوله عليه الصلاة والسلام «وفرقوا بينهم في المضاجع» أي حيث كانوا ينامون
متجردين كما في المستوعب والرعاية.
(٢) (في أحد الوجهين) هو المذهب لعموم قوله تعالى: «ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من
خطبة النساء» وهما روايتان وقولان للشافعي، ولأنها بائن. والثاني لا يجوز لأن الزوج يملك
أن يستيحبها فأشبهت الرجعية.
(٣) (كما لا ينصحه) لحديث «الدين النصيحة، قلنا: لمن يارسول الله؟ قال لله ولكتابه
ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم» رواه مسلم.
(٤) (إجابة وليها) لأن اختيارها إذا تم لها تسع سنين يقدم على اختياره.
(٥) (لآخر خطبتها) لأنه إيذاء له إلا أنه أضعف من أن يكون هو الخاطب لأنه دونه إيذاء.
(٦) (إيذاء للخاطب) وهذا بمنزلة البيع على بيع أخيه قبل انعقاد العقد.

رد^(١) أو أذن أو جهل الحال^(٢) جاز. (ويسن) العقد يوم الجمعة^(٣) مساء بخطبة ابن مسعود^(٤).

(١) (وإن رد) لما روت فاطمة بنت قيس «أنها أتت رسول الله ﷺ فذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها، فقال: أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، انكحى أسامة بن زيد فخطبها بعد اخبارها إياه بخطبتها». (٢) (أو جهل الحال) بأن لم يعلم الثاني إجابة الأول جاز للثاني أن يخطب في أحد الوجهين.

(٣) (يوم الجمعة) وقد روى أبو حفص بإسناده عن أبي هريرة مرفوعاً «أمسوا بالإملاك فإنه أعظم للبركة» واستحبه جماعة من السلف.

(٤) (بخطبة ابن مسعود) وهو: إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونتوب إليه، ونعوذ =

حراماً. والسعي من الأب للأيم في التزويج واختيار الأكفاء غير مكروه^(١). وتستحب خطبة ابن مسعود، ويجزى عنها أن يتشهد ويصلي على النبي ﷺ^(٢) ويسن أن يقال للمتزوج: بارك الله لك وعليك وجمع الله بينكما بخير وعافية. وإذا زفت إليه قال: اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه^(٣).

(فصل) ومن خصائص النبي ﷺ أنه خص بواجبات ومحظورات ومباحات وكرامات قاله أحمد، فالواجبات الوتر، وهل هو قيام الليل أو غيره؟ احتمالان، الأظهر الثاني^(٤)، والسواك وقيام الليل^(٥) لم ينسخ وجوبه، وإنكار المنكر على كل حال،

(١) (غير مكروه) بل مستحب لفعل عمر حيث عرض حفصة على عثمان، قاله ابن الجوزي. (٢) (ويصلي على النبي ﷺ) لما روي عن ابن عمر أنه إذا دعي ليزوج قال: الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد ﷺ، إن فلانا يخطب إليك فلانة، فإن أنكحتموه فالحمد لله، وإن رددتموه فسبحان الله.

(٣) (ما جبلتها عليه) لحديث عمرو بن شعيب، وروي استحباب الركعتين إذا دخل على أهله جماعة من الصحابة منهم ابن مسعود.

(٤) (الأظهر الثاني) لخبر «ثلاث هن علي فرائض ولكم تطوع: النحر والوتر وركعتا الفجر» واحتيج إلى ذكرها لئلا يرى جاهل بعض الخصائص في الخبر الصحيح فيعمل أخذاً بأصل التأسي وأي فائدة أهم من هذا.

(٥) (وقيام الليل إلى آخره) على الصحيح من المذهب، وقيل نسخ.

(فصل) وأركانه: الزوجان الخاليان من الموانع، والإيجاب^(١) والقبول^(٢). ولا يصح ممن يحسن العربية بغير لفظ: زوجت أو أنكحت^(٣)، وقبلت هذا النكاح أو تزوجتها

- = بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمد عبده ورسوله».
- (١) (والإيجاب) وهو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه.
- (٢) (والقبول) وهو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه.
- (٣) (أو أنكحت) لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن. هذا الصحيح من المذهب وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعه والشافعي، وقال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتملك. وقال مالك: ينعقد بذلك إذا ذكر المهر، واحتجوا بأن النبي ﷺ زوج رجلاً امرأة فقال: «ملكتهما بما معك من القرآن» رواه البخاري. ولنا أنه لفظ انعقد به غير النكاح كلفظ الإباحة، ولأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية ولا تمكن الشهادة على النية، قال الشيخ: الذي عليه أكثر العلماء أن النكاح ينعقد بغير لفظ النكاح والتزويج، قال وهو المنصوص عن أحمد وقياس مذهبه وعليه قدماء أصحابه، قال: ونص أحمد في =

والمشاورة مع أهله وأصحابه^(١) ومن نزع لأمة الحرب إذا لبسها حتى يلقي العدو، ومن نكاح الكتابية كالأمة، ومن الصدقة ولو تطوعاً والزكاة على أهل بيته وهم بنو هاشم وبنو المطلب^(٢). ومن المباحات أن يتزوج بأي عدد شاء، وأن يردف الأجنبية خلفه لقصة أسماء وأبيح له الوصال في الصوم، والصفى من المغنم، وجعل كتابه محفوظاً عن التبديل، وظاهر كلام الأصحاب أنه في وجوب القسم والتسوية بين الزوجات كغيره^(٣) وظاهر كلام ابن الجوزي أنه غير واجب عليه^(٤) والنجس منا ظاهر

- (١) (مع أهله وأصحابه) ليستن به الحكام بعده لأنه غنى عنها بالوحي.
- (٢) (وبنو المطلب) على قول في بني المطلب أما صدقة النفل فلا تحرم عليهم.
- (٣) (كغيره) قاله في الفروع وذكره في المحرر والفنون والفصول اهـ. لقوله، اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك، ولا أملك» رواه ابن حبان وصححه الحاكم على شرط مسلم، قال الترمذي: زروي مرسلًا وهو أصح.
- (٤) (غير واجب عليه) قال الشيخ في المستورد أبيح له ترك القسم قسم الإبتداء وقسم الإنتهاء قاله أبو بكر والقاضي في الجامع.

أو تزوجت أو قبلت. من جهلها لم يلزمه تعلمها^(١) وكفاه معناهما الخاص بكل لسان^(٢)، فإن تقدم القبول لم يصح^(٣)، وإن تأخر عن الإيجاب صح ما دام في

= غير موضع على أنه ينعقد بقوله: «جعلت عتقك صداقك» وليس هذا لفظ إنكاح ولا تزويج.

(١) لم يلزمه تعلمها في أحد الوجهين اختاره القاضي ونصره المصنف والشارح، وهو المذهب.

(٢) بكل لسان لأن المقصود هنا المعنى دون اللفظ، واختار الموفق والشارح والشيخ وصاحب الفائق انعقاده بغير العربية لمن يحسنها، وهو قول أبي حنيفة.

(٣) لم يصح لأن القبول إنما يكون قبولاً بعد الإيجاب. فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: يصح فيهما جميعاً لأنه قد وجد الإيجاب والقبول. ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح.

منه، ولم يكن له فيء في الشمس والقمر لأنه نوراني^(١) ومعجزاته باقية إلى يوم القيامة^(٢) ولا لأحد أن يناديه باسمه بل يارسول الله يانبي الله، وكانت الهدية حلالاً له^(٣) بخلاف غيره^(٤) ومن رماياهم. ومن رآه في المنام فقد رآه حقاً فإن الشيطان لا يتخيل به^(٥)، وكان لا يتشاءب، وزيارة قبره مستحبة للرجال والنساء^(٦) ويكره للنساء

(١) (نوراني) والظل نوع ظلمة ذكره ابن عقيل وغيره، ويشهد له أنه سأل ربه أن يجعل في جميع أعضائه وجهاته نوراً.

(٢) (إلى يوم القيامة) وانقضت معجزات الأنبياء بموتهم إذ أكثر معجزات بني إسرائيل كانت حية تشاهد بالابصار كنافذة صالح، وعصا موسى فانقرضت بانقراض أعصارهم، ولم يشاهدها إلا من حضرها، ومعجزات القرآن تشاهد بالبصيرة فتستمر إلى يوم القيامة لا يمر عصر إلا ويظهر فيه شيء أخير أنه سيكون.

(٣) (له) فكان إذا أتى بطعام سأل عنه أهديه أم صدقة؟ فإن قيل صدقة قال لأصحابه كلوا ولم يأكل معهم وإن قيل هدية ضربه بيده وأكل معهم، متفق عليه من حديث أبي هريرة.

(٤) (بخلاف غيره) من ولاة الأمور فلا تحل الهدية له، لما روى أبو حميد الساعدي قال: قال رسول الله ﷺ «هدايا العمال غنول» رواه أحمد.

(٥) (لا يتخيل به) لأن الله عصمه منه، لكن لا يعمل الرائي بما سمعه منه مما يتعلق بالأحكام لعدم الضبط لا الشك في رؤيته.

(٦) (الرجال والنساء) لعموم ما روى الدارقطني عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ، من =

المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه، وإن تفرقا قبله بطل^(١).

(١) (وإن تفرقا قبله بطل) الإيجاب، وهذا المذهب، وعنه لا يبطل، قال الشيخ: أخذت هذه الرواية من قوله في رواية أبي طالب في رجل مشى إليه قوم فقالوا: زوج فلاناً فقال: قد زوجته على ألف، فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت، هل يكون هذا نكاحاً؟ قال نعم، فأشكل هذا النص على الأصحاب. وقال ابن عقيل: رواية أبي طالب تعطي أن النكاح الموقوف صحيح، قال الشيخ: قد أحسن ابن عقيل، فإن هذا ليس تراخياً للقبول، وإنما تراخ للإجازة اهـ.

زيارة من عداه على الصحيح، ويبلغه سلام الناس بعد موته^(١).

باب أركان النكاح^(٢) وشروطه

أركانه الزوجان الخاليان من الموانع والإيجاب والقبول^(٣)، ولا يصح إيجاب ولا قبول إلا بلفظ النكاح والتزويج، ولمن يملك أمة أو بعضها وبعضها الآخر حر^(٤) إذا أذنت له هي ومعق البقية: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ونحوه لقصة صفية وتأتي، ولو قال الخاطب للولي: أزوجت؟ فقال: نعم، وقال للمتزوج: أقبلت؟ فقال نعم انعقد^(٥) إذا علمت هذا فمن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها^(٦) واختار الموفق والشارح والشيخ وغيرهم انعقاده بغير العربية لمن يحسنها^(٧)

= حج وزار قبري بعد وفاتي فكأنما زارني في حياتي) وفي رواية (من زار قبري وجبت له شفاعتي) وكقبره الشريف في عموم الزيارة تبعاً له قبراً صاحبيه.

(١) (بعد موته) لحديث أحمد عن أبي هريرة مرفوعاً (ما من) أحد يسلم علي عند قبري إلا رد

الله عليّ روي حتى أرد عليه السلام، وخصائصه لا تحصر، ولكن ذكرنا أنموذجاً منها.

(٢) (أركان النكاح) أركان الشيء أجزاء ماهيته، والماهية لا توجد بدون جزئها فكذا الشيء لا

يتم بدون ركنه، والشرط ما ينتفي المشروط بانتفائه وليس جزءاً للماهية.

(٣) (الإيجاب والقبول) لأن ماهية النكاح مركبة منهما ومتوقفة عليهما.

(٤) (وبعضها الآخر حر) لأنه يصح جعل من بعضه حر وبعضه رقيق له عتق ذلك البعض

صداقاً إذا أذنت هي ومعق البعض.

(٥) (انعقد) لقوله تعالى: ﴿هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم﴾.

(٦) (بغيرها) هذا الصحيح من المذهب وهو أحد أقوال الشافعي.

(٧) (يحسنها) وهو قول أبي حنيفة، وقال الشيخ لم ينقل عن أحمد أنه خصه بهذين =

متن
الكتاب
الأزلي

(فصل) وله شروط: (أحدها) تعيين الزوجين، فإن أشار الولي إلى الزوجة أو سماها أو وصفها بما تتميز به^(١) أو قال زوجتك بنتي وله واحدة لا أكثر صح^(٢).

هوامش
الكتاب
الأزلي

(١) (أو وصفها بما تتميز به) كالطويلة والكبيرة صح النكاح لحصول التمييز، ومأخذه أن الشهادة شرط في النكاح.

(٢) (صح) ولو سماها بغير اسمها لعدم الالتباس.

متن
الكتاب
الثاني

قال الشيخ أيضاً ينعقد بما عده الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ كان، وقد سئل عن رجل لم يقدر أن يقول إلا قبلت تجوزها بتقديم الجيم فأجاب بالصحة بدليل قوله جوزتي طالق فإنها تطلق^(١) وإن مثله كل عقد^(٢) وإن الشرط بين الناس ما عدوه شرطاً؛ وكذا قال تلميذه ابن القيم^(٣) فالأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع^(٤) وتارة باللغة^(٥) وتارة بالعرف^(٦) وكذلك العقود أهد.

ويصح إيجاب الأخرس بإشارة مفهومة^(٧) أو كتابة^(٨) ولو قال الولي للمتزوج: زوجتك موليتي بفتح التاء عجزاً أو جهلاً باللغة العربية صح، ومثله لو قال الزوج قبلت بفتح التاء، وكذا تعليقه بمشيئة الله^(٩) أو قال: زوجتك ابنتي إن شئت، فقال: قد شئت وقبلت، فيصح. وإذا وجد الإيجاب والقبول انعقد النكاح ولو من هازل أو

هوامش
الكتاب
الثاني

= اللفظين، وأول من قال من أصحاب أحمد فيما علمت أن يختص بلفظ الإنكاح والتزويج ابن حامد، وتبعه على ذلك القاضي ومن جاء بعده بسبب انتشار كتبه وكثرة أصحابه وأتباعه.

(١) (تطلق) قال في الإنصاف يكتفى منه بقوله قبلت على ما يأتي ويكون هذا قول الأصحاب وهو المذهب.

(٢) (مثله كل عقد) فينعقد البيع بما عده الناس بيعاً بأي لغة ولفظ كان وكذا الإجارة وغيرها.

(٣) (وكذا قال تلميذه ابن القيم) فلو تزوج من قوم لم تجز العادة بالتزويج على نساءهم كان بمنزلة شرط أن لا يتزوج عليها، وتأتي الإشارة إليه.

(٤) (تارة بالشرع) كالصلاة والزكاة والصوم والحج والوضوء والغسل ونحوه.

(٥) (وتارة باللغة) كرجل وفرس وشجر ونحوها.

(٦) (تارة بالعرف) العام كالداية لذوات الأربع، والخاص الفاعلي والمبتدي.

(٧) (بإشارة مفهومة) يفهمها العاقد والشهود.

(٨) (أو كتابة) لأنها أولى من الإشارة لا من أحرص لا تفهم إشارته كسائر تصرفاته.

(٩) (تعليقه بمشيئة الله) كقوله زوجتكها إن شاء أو قبلت إن شاء الله.

(فصل) : (الثاني) رضاهما، إلا البالغ المعتوه^(١) والمجنونة والصغير والبكر ولو

(١) (إلا البالغ المعتوه) هو مختلط الكلام قليل الفهم فاسد الترتيب لا يضرب ولا يشتم، والمجنون من زاد على هذه الأشياء.

ملجئ^(١)، وإن اختلف لفظ الإيجاب والقبول^(٢) صح.

(فصل) وشروطه خمسة: أحدها تعيين الزوجين^(٣) وإن سمي له في العقد غير التي خطبها فقبل يظنها المخطوبة لم يصح^(٤) وإن علمت أنها ليست زوجته وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فهي زانية لا صداق لها^(٥). الثاني رضاهما، لكن للأب تزويج بنيه الصغار والمجانين ولو بالغين^(٦) وثيب لها دون تسع سنين^(٧) ويسن استئذان بكر بالغة هي وأمها^(٨) بنفسه أو بنسوة ثقات ينظرون ما في نفسها، وأمها بذلك أولى، وحيث أجبرت أخذ بتعيين بنت تسع فأكثر كفواً لا بتعيين المجبر^(٩) وله قبول النكاح لابنه الصغير والمجنون وكذا المعتوه^(١٠) وله أن يفوضه إلى الصغير

(١) (ولو من هازل أو ملجئ) لقوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث هزلهن جد وجدهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة» رواه الترمذي. وعن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ «من نكح لاعباً أو طلق لاعباً أو أعتق لاعباً جاز» وقال به عمر وعلي:

(٢) (الإيجاب والقبول) بأن قال الولي: زوجتك ابنتي مثلاً، وقال المتزوج قبلت هذا النكاح أو بالعكس.

(٣) (تعيين الزوجين) فلا بد من تسميتها أو وصفها بما تتميز به عن غيرها.

(٤) (لم يصح) ولو رضى بعد علمه بالحال، وإن أصابها وهي جاهلة بالحال والتحريم فلها الصداق يرجع به على وليها لأنه غره. قاله أحمد.

(٥) (لا صداق لها) وعليها الحد، وجميع ما في تعيين الزوجة يأتي نظيره في الزوج، ولم ينبه عليه لوضوحه.

(٦) (ولو بالغين) أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن للأب تزويجهم كذلك، قال ابن المنذر: وكذا المعتوه، وقال الشافعي: لا يجوز.

(٧) (دون تسع سنين) على الصحيح من المذهب، لأنها لا إذن لها.

(٨) (هي وأمها) لحديث ابن عمر مرفوعاً «أمروا النساء في بناتهن» رواه أبو داود.

(٩) (لا بتعيين المجبر) من أب ووصيه، لأن النكاح يراد للرغبة فلا تجبر على من لا رغبة فيه.

(١٠) (وكذا المعتوه) في ظهور أمارات الشهوة وعدمها، وقال القاضي: إنما يجوز إذا ظهرت منه أمارات الشهوة وهو مذهب الشافعي، وسواء أذنوا في ذلك أم لا.

مكلفه^(١) — لا الثيب — فإن الأب ووصيه في النكاح يزوجانهم بغير إذنهم كالسيد

(١) (ولو مكلفة) على الصحيح من المذهب، وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحق، وعنه لا يجبرها وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وأبي بكر والشيخ، قال في الفائق: وهو أصح، لما روى ابن عباس «أن جارية بكرًا =

المميز^(١) وإذا كان نصف الأمة حراً اعتبر إذنها وإذن مالك البقية، ويقول كل منهما: زوجتكها ولا يقول بعضها^(٢) ويملك السيد إجبار إمامه مطلقاً وعنده الصغير والمجنون، ولا يملك إجبار الكبير، وللأولياء تزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجال^(٣) ويعرف ذلك من كلامها وتبعها الرجال وميلها إليهم، وكذا إن قال الطبيب إن علتها تزول بتزويجها^(٤) ويزوجها الحاكم مع عدمهم، وإن احتاج الصغير العاقل أو المجنون المطبق البالغ إلى النكاح لحاجة زوجها بعد الأب ووصيه الحاكم^(٥) وليس لسائر الأولياء ولا للحاكم تزويج صغيرة لها دون تسع سنين^(٦) خلافاً لما في الفروع، ولهم تزويج بنت تسع^(٧) فأكثر بإذنها، ولها إذن صحيح معتبر نصاً. والثيب من وطئت في القبل بآلة الرجال ولو بزنا^(٨) ولا يشترط الإشهاد على إذنها والاحتياط للإشهاد على إذنها لوليها. وإن ادعى زوج إذنها فأنكرت صدقت قبل الدخول لا بعده^(٩).

(١) (يفوضه إلى الصغير المميز) وحيث قلنا يزوج الصغير والمجنون فواحدة، وفي أربع وجهان.

(٢) (ولا يقول بعضها) لأن النكاح لا يقبل التشقيص والتجزئ بـ بخلاف البيع والإجارة.

(٣) (الميل إلى الرجال) لأن لها حاجة إلى النكاح ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها كالنبت مع أبيها.

(٤) (علتها تزول بتزويجها) لأن ذلك من أعظم مصالحها كالمداواة، فلكل ولي تزويجها.

(٥) (الحاكم) ولا يملك ذلك بقية الأولياء لأنه لا نظر لغير هؤلاء على مالهما ومصالحهما.

(٦) (دون تسع سنين) بحال من الأحوال، لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبدالله بن عمر، فرفع ذلك للنبي ﷺ فقال: أنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها.

(٧) (بنت تسع) لما روى أحمد بسنده إلى عائشة «إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة».

(٨) (ولو بزنا) لأنه لو وصى للثيب دخلت في الوصية، ولو وصى للأبكار لم تدخل فيهن.

(٩) (لا بعده) لأن تمكينها من نفسها دليل إذنها فلم تقبل دعواها.

مع إمامته^(١) وعنده الصغير. ولا يزوج باقي الأولياء صغيرة دون تسع ولا صغيراً^(٢) ولا كبيرة عاقلة ولا بنت تسع إلا بإذنها^(٣)، وهو صمات البكر ونطق الثيب^(٤).

= أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ «رواه أبو داود وأحمد، وله علة ذكرها أبو داود وغيره وهي الإرسال، ووجه الأول ما روى ابن عباس مرفوعاً «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها صماتها» رواه مسلم وأبو داود.

- (١) (كالسيد مع إمامه) فيزوجهن بغير إذنه لأنه يملك منافع بعضهن.
- (٢) (ولا صغيراً) إلا الحاكم لحاجة دون صغيرة ولو ثيباً.
- (٣) (إلا بإذنها) لحديث أبي هريرة مرفوعاً «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكنت فهو إذنها، وإن أبت لم تكره» رواه أحمد وقالت عائشة: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة» رواه أحمد، وروي مرفوعاً عن ابن عمر، ومعناه في حكم المرأة.
- (٤) (ونطق الثيب) بوطء في القبل لحديث «ولا تنكح الأيم حتى تستأمر».

(فصل) الثالث الولي فلا نكاح إلا بولي^(١) فلو زوجته المرأة نفسها أو غيرها لم يصح^(٢) فإن حكم بصحته حاكم أو كان المتولي العقد حاكماً يراه لم ينقض، وكذلك الأنكحة الفاسدة كما لو حكم بالشفعة للجار، ويزوج أمة المحجور عليها وليها في مالها^(٣) وكذلك الحكم في أمة ابنه وغير المحجور عليها من يزوج سيدتها^(٤) بشرط إذنها نطقاً ولو بكراً^(٥) ويزوج العتيقة بإذنها أقرب عصبتها نسباً، ولا إذن لسيدتها^(٦) فإن اجتمع ابن المعتقة وأبوها فالابن أولى^(٧) ويجبرها من يجبر

- (١) (إلا بولي) لما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل» الحديث رواه أحمد وأبو داود وغيرهما.
- (٢) (لم يصح) وهو المذهب، وعنه لها تزويج أمتها ومعتقتها.
- (٣) (وليها في مالها) إن كان لمصلحة، لأن الأمة مال والتزويج تصرف.
- (٤) (من يزوج سيدتها) من أب وجد ونحوهما، لأنهم يلونها لو عتقت ففي حال رفقها أولى.
- (٥) (ولو بكراً) لأنها إنما اكتفى بضماتها في تزويج نفسها لحياتها، ولا تستحي في تزويج أمتها.
- (٦) (ولا إذن لسيدتها) في تزويجها، لأنه لا ولاية لها ولا ملك.
- (٧) (فالابن أولى) لأن الولاية بمقتضى ولاء العتق، والولاء يقدم فيه الابن على الأب.

(فصل) : (الثالث) الولي^(١)، وشروطه: التكليف، والذكورية، والحرية^(٢)، والرشد في العقد^(٣)، واتفاق الدين^(٤) — سوى ما يذكر — والعدالة^(٥)، فلا تزوج امرأة نفسها ولا

- (١) (الولي) لقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح إلا بولي، رواه الخمسة إلا النسائي، وصححه أحمد، وابن معين.
- (٢) (والذكورية والحرية) لأن المرأة والعبد لا ولاية لهما على أنفسهما ففي غيرهما أولى.
- (٣) (والرشد في العقد) بأن يعرف الكفو ومصالح النكاح، لاحفظ المال، فرشد كل مقام بحسبه.
- (٤) (واتفاق الدين) فلا ولاية لكافر على مسلمة ولا لنصراني على مجوسية لعدم التوارث بينهما.
- (٥) (والعدالة) ولو ظاهرة إلا في السلطان وسيد يزوج أمته.

مولاتها^(١) وأحق الناس بنكاح الحرة أبوها ثم أبوه^(٢) وعنه يقدم الابن وابنه على الأب والجد^(٣) ويشترط بلوغ الولي في إحدى الروايتين^(٤) وكذا عدالته^(٥) ويلي الذمي نكاح موليته الذمية من المسلم^(٦) والسلطان هو الإمام الأعظم ونائبه الحاكم أو من فوض

- (١) (من يجبر مولاتها) فلو كانت العتيقة بكرًا ولمولاتها أب أجبرها وفيه نظر، قال الزركشي وهو بعيد، وقال عن عدم الإيجاب إنه الصحيح المقطوع به عند الشيخين وغيرهما.
- (٢) (ثم أبوه) وهذا المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة، إنما قيد بالحرية لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها بغير خلاف.
- (٣) (على الأب والجد) وبه قال مالك والعبدي وأبو يوسف وإسحق وابن المنذر، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصياً لأنه يسقط تعصيب جده. ولنا أن الولد موهوب لأبيه قال تعالى: ﴿ووهبنا له يحيى﴾ وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس.
- (٤) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب وبه قال الثوري والشافعي وإسحق وابن المنذر وأبو ثور، قال في الشرح: وهو الصحيح لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال.
- (٥) (وكذا عدالته) في إحدى الروايتين وبه قال الشافعي، لما روى ابن عباس، لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان، رواه البيهقي، والثانية لا تشترط وبه قال مالك وأبو حنيفة لأنه يلي نكاح نفسه فثبت له الولاية على غيره كالعدل.
- (٦) (من المسلم) وهو المذهب وهو قول أبي حنيفة، لأنه وليها كما لو زوجها كافر، والثاني لا يزوجه إلا الحاكم قاله القاضي.

غيرها^(١). ويقدم أبو المرأة في نكاحها، ثم وصيه فيه^(٢)، ثم جدها لأب وإن علا، ثم

- (١) (ولا غيرها) إذا لم يصح منها لم يصح أن تتوكل فيه ولا أن تتوكل فيه، روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعائشة، وإليه ذهب ابن المسيب عمر بن عبد العزيز والحسن والثوري والشافعي وجماعة، وقال أبو حنيفة: لها ذلك لقوله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن﴾ الآية أضاف النكاح إليهن. ولنا أن النبي ﷺ قال «لا نكاح إلا بولي، روته عائشة وأبو موسى وابن عباس، والآية نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع عن تزويج أخته دعاه النبي ﷺ فزوجها، فلو لم يكن لمعقل ولاية النكاح لما عاتبه الله على ذلك.
- (٢) (ثم وصيه فيه) هذا المذهب لقيامه مقامه، وهو قول الحسن وحماد بن سليمان ومالك، =

إليه. ومقتضاه أن الأمير لا يزوج^(١) ولو كان الإمام أو الحاكم من بغاة إذا استولوا على بلد^(٢) ولا ولاية لغير العصابات من الأقارب^(٣) ولا لمن أسلمت على يديه، فإن عدم العصابة مطلقاً زوجها ذو سلطان في ذلك المكان^(٤) فإن تعذر زوجها عدل بإذنها، قال أحمد: دهقان قرية^(٥) أو رئيسها يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفو والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض^(٦) فإن أباه حاكم إلا بظلم كطلبه جعلاً

- (١) (الأمير لا يزوج) وهو مقتضى نص الإمام في رواية أبي طالب: القاضي يقضي في التزويج والحقوق والرجم، وصاحب الشرط إنما هو مسلط في الأدب والجنابة وليس إليه الموارث والوصايا والفروج والحدود، وهو إلى القاضي أو إلى الخليفة الذي ليس بعده شيء.

(٢) (إذا استولوا على بلد) لأنه يجري فيه حكم سلطانهم وقاضيه مجرى حكم الإمام وقاضيه.

(٣) (من الأقارب) كالأخ من الأم ونحوه من ذوي الأرحام، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة، والثانية كل من يرث بفرض أو بعصبة يلي، لأنه وليها كعصابات، ولنا ما روي عن علي قال. إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى، يعني إذا أدركن، رواه أبو عبيد في الغريب.

(٤) (في ذلك المكان) كولي البلد أو كبيره أو أمير القافلة.

(٥) (دهقان قرية) بكسر الدال وتضم، قال في رواية المروزي في الرستاق يكون فيه الولي وليس فيه قاض: يزوج إذا احتاط لها في المهر والكفو، أرجو أن لا يكون به بأس.

(٦) (قاض) لأن اشتراط الولاية في هذه الحالة يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط كون الولي عصبة في حق من لا عصبة له.

ابنها^(١) ثم بنوه وإن نزلوا، ثم أخوها لأبوين، ثم لأب^(٢)، ثم بنوهما كذلك، ثم عمها = فيجبر من يجبره الوصي. وقيل: ليس له أن يجبر، فلا تزوج من لا إذن لها، اختاره أبو بكر.

(١) (ثم ابناها) هذا المذهب، وبه قال أصحاب الرأي. لما روت أم سلمة «أنها لما انقضت عدتها أرسل إليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت: يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهداً، قال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك فقالت: قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ، فزوجه» رواه النسائي. والمراد بعمر ابن أبي سلمة لا عمر بن الخطاب اهـ.

(٢) (ثم لأب إلى آخره) هذا المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي، وهو الصحيح إن شاء الله، وعنه سواء، وهو المذهب عند المتقدمين مثل الخرقى والقاضي وغيرهما، وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لأنهما سواء في جهة العصوبة وهي جهة الأب.

لا يستحقه^(١) صار وجوده كعدمه وإن اشتجر أولياء الأمة لم يكن للحاكم ولاية^(٢) وإن كان المعتقد أو المعتقد واحدًا وله عصبتان فألحدهما الاستقلال بتزويجها، وإذا زوج الأبعد من غير عذر أو زوج أجنبي لم يصح ولو أجازته^(٣).

(فصل) ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً^(٤)، والولي ليس بوكيل للمرأة، ولو كان وكيلًا لتمكنت من عزله، فله توكيل بغير إذنها «ولا يفتقر توكيله إلى حضور شاهدين لأنه إذن من الولي في التزويج^(٥)» وبثبت له ما يثبت لموكله حتى في الإيجاب^(٦) لكن لا بد من إذن غير مجبرة لوكيل فلا يكفي إذنها

(١) (جعلاً لا يستحقه) إما أن يكون له في بيت المال ما يكفيه أو طلب زيادة على جعل مثله.

(٢) (لم يكن للحاكم ولاية) لأنها مملوكة لمكلف رشيد فإن اعتقاها معاً فهما ولياها فإن اشتجرا أقام الحاكم مقام الممتنع لأنها صارت حرة.

(٣) (ولو أجازته) الولي لفقد شرطه وهو الولي، فإن وطئ فلا حد لأنه مختلف فيه.

(٤) (وإن كان حاضراً) لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع وقياساً على توكيل الزوج، فإنه روي أنه عليه الصلاة والسلام وكل أبا رافع في تزويج ميمونة، ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة.

(٥) (في التزويج) فلا يفتقر إلى إذن المرأة ولا الإشهاد عليه كالحاكم.

(٦) (حتى في الإيجاب) لأنه نائبه وكذا الحكم في السلطان، والحاكم يأذن لغيره في التزويج.

لأبوين، ثم لأب، ثم بنوهما كذلك، ثم أقرب عصبته نسباً كالإرث^(١)، ثم المولى المنعم، ثم أقرب عصبته نسباً، ثم ولاء، ثم السلطان^(٢). فإن عضل الأقرب، أو لم

(١) (كالإرث) فأحق العصابات بعد الإخوة بالميراث أحقهم بالولاية لأن مبنى الولاية على الشفعة والنظر، وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة.
(٢) (ثم السلطان) لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم الأولياء أو عضلهم، وبه يقول مالك والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي لما في حديث عائشة «فإن اشجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» رواه أحمد وأبو داود وغيره، قال أحمد: والقاضي أحب إلي من الأمير في هذا.

لوليها بالتزويج^(١) ولا إذنها بالتوكيل من غير مراجعة الوكيل لها وإذنها له بعد توكيله فيما يظهر^(٢). ولا يشترط في وكيل الزوج عدالته، ويصح توكيله مطلقاً كقول المرأة لوليها وكقول الولي لوكيله: زوج من شئت^(٣) ومقيداً كزوج فلاناً بعينه فلا يزوج من غيره «وليس للوكيل ولا للولي أن يزوجها لنفسه إذا أذنت له المرأة وأطلقت^(٤) ويجوز لولده ووالده إذا كان كفواً وقال في الإنصاف: وأما من ولايته بالشرع كالولي والحاكم وأمينه فله أن يزوج نفسه^(٥) ويشترط قول ولي أو وكيله لوكيل زوج: زوجت فلاناً فلانة أو زوجت موكلك فلاناً فلانة^(٦) ويقول وكيل زوج: قبلته لفلان أو لموكلتي فلان^(٧) ووصي كل واحد من الأولياء في النكاح بمنزلته إذا نص له على التزويج مجبراً

(١) (إذنها لوليها بالتزويج) من غير مراجعة وكيل وإذنها له.
(٢) (فيما يظهر) قاله في التنقيح وجزم به في المنتهى لأنه قبل أن يوكله الولي أجنبي، وبعد توكيله ولي.
(٣) (زوج من شئت) أو من ترضاه، لأن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر فقال: إذا وجدت كفواً فزوجه ولو بشراك نعله فزوجها عثمان بن عفان واشتهر ذلك فلم ينكر، ولأنه أذن في النكاح فجاز مطلقاً.
(٤) (وأطلقت) لأنه إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره، قطع به في الشرح والمبدع في آخر تولى طرفي العقد.
(٥) (نفسه) ولو قلنا ليس لهم أن يشتروا من المال، ذكره القاضي في خلافه.
(٦) (فلاناً فلانة) ولا يقول زوجتها منك ولا أنكحتها.
(٧) (فلان) فإن لم يقل ذلك لم يصح بخلاف البيع ونحوه.

يكن أهلاً، أو غاب غيبة منقطعة^(١) لا تقطع إلا بكلفة ومشقة^(٢) زوج الأبعد^(٣). وإن زوج الأبعد أو أجنبي^(٤) من غير عذر لم يصح.

(١) (غيبة منقطعة) ولو قريية لا يمكن مراجعته كأسير ومحبوس لتعذر الوصول إلى التزويج، وكذا لو كان الولي مجهولاً لا يعلم أنه عصبه ثم عرف بعد العقد قاله الشيخ أو جهل مكانه.

(٢) (إلا بكلفة ومشقة) هذا المذهب، لأن التحديدات بابها التوقيف، ولا توقيف في هذه المسألة فيرد إلى ما يتعارفه الناس بينهم.

(٣) (زوج الأبعد) وبه قال أبو حنيفة لقوله «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي.

(٤) (أو أجنبي إلى آخره) فلا تملك المرأة توكيل غير وليها فإن فعلت لم يصح، روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم «إليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وإسحق وجمع.

كان الولي كآب أو غير مجبر كأخ^(١) وحكم تزويج صغير بالوصية حكم تزويج أنثى^(٢) قال ابن عقيل: صفة الإيصاء أن يقول الأب لمن اختاره: وصيت إليك بنكاح بناتي أو جعلتك وصياً في نكاح بناتي^(٣)، وأما الوصي في المال فيملك تزويج أمة من يملك النظر في ماله نصاً.

(فصل) وإن استوى وليان فأكثر في الدرجة فأذنت لواحد منهم تعين، ويصح نكاح غيره، وإن أذنت لهم فزوج وليان لاثنتين وعلم السابق فالنكاح له^(٤) سواء دخل بها أو لم يدخل^(٥) فإن وطئها الثاني وهو يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به مهر

(١) (كأخ) لغير أم، وكذا عم وابنته، هذا المذهب وهو قول الحسن وحماد بن سليمان ومالك، وعنه لا تستفاد ولاية النكاح بالوصية، وبه قال النخعي والشعبي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر لأنها ولاية شرطاً فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة، ولنا أنها ولاية ثابتة للأب فجازت وصيته بها كالمال.

(٢) (حكم تزويج أنثى) على الصحيح «وقال في الفروع: وظاهر كلام القاضي للوصي مطلقاً تزويجه، يعني سواء كان وصياً في التزويج أو غيره، وجزم به الشيخ.

(٣) (وصياً في نكاح بناتي) ولا خيار لمن زوجه إذا بلغ، كما روى الأثرم «أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير، فاخصموا إلى زيد فأجازه جميعاً».

(٤) (فالنكاح له) لحديث سمرة مرفوعاً «أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول» رواه أبو داود.

(٥) (أو لم يدخل) بها، وهذا قول الحسن والزهرري وقتادة وابن سيرين والأوزاعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي.

(فصل): (الرابع) الشهادة^(١) فلا يصح إلا بشاهدين عدلين ذكرين مكلفين

(١) (الشهادة) لحديث جابر مرفوعاً «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، رواه البرقاني وروى معناه عن ابن عباس.

المثل^(١)، ولا يجب لها المهر إلا بالوطء^(٢) وإن جهل السابق فسخها الحاكم ولها نصف المهر يقترعان عليه^(٣) وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها بقرعة من غير يمين^(٤) ولو زوج السيد عبده الصغير من أمته أو زوج ابنه من بنت أخيه صح أن يتولى طرفي العقد^(٥) ويكفي زوجت فلاناً فلانة أو تزوجتها إن كان هو الزوج^(٦) إلا ابنة عمه وعتيقته المجنونتين فيشترط ولي غيره أو حاكم^(٧).

(فصل) وإذا قال لأمته القن أو المدبرة التي تحل له إذن^(٨) لو كانت حرة: أعتقتك وجعلت عتقك صدائقك أو جعلت عتق أمتي صداقها أو صدق أمتي عتقها^(٩) ونحوه صح إن كان متصلاً بحضور شاهدين^(١٠) فإن طلقها سيدها قبل

(١) (المثل) وترد للأول، ولا محل له حتى تنقضي عدتها، ولا ترد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها على الزوج الذي دفعت إليه لأنه لا يملك التصرف في بعضها فلا يملك عوضه، بخلاف منفعة العين المؤجرة فإنها ملك للمستأجر فعوضها له.

(٢) (إلا بالوطء) دون مجرد الدخول، والوطء دون الفرج لأنه نكاح باطل لا حكم له.

(٣) (يقترعان عليه) فمن خرجت عليه القرعة غرمه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف المهر.

(٤) (من غير يمين) قال الشيخ إنه المذهب، قال: وكيف يحلف من قال لا أعرف الحال؟

(٥) (يتولى طرفي العقد) لما روى البخاري: قال عبدالرحمن بن عوف لأم حكيم بنت قارظ أتجعلين أمرك إلي قالت: نعم قال: قد تزوجتك.

(٦) (إن كان هو الزوج) ولو لم يقل قبلت نكاحها لنفسي أو لفلان لحديث عبدالرحمن.

(٧) (ولي غيره أو حاكم) لأن الولي اعتبر الاحتياط له فلا يجوز له التصرف فيما هو مولى عليه فيزوجه ولي غيره ولو أبعد منه إن وجد.

(٨) (التي تحل له إذن) ليدخل فيه الكتابية واحترازاً عن المجوسية والوثنية والمحرمة، وكذا لو كان معه أربع نسوة.

(٩) (عتقها) وإن لم يقل وتزوجتك أو تزوجتها، والأصل في ذلك ما روى أنس «أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها» رواه أحمد والنسائي وأبو داود والترمذي وصححه.

(١٠) (بموجود شاهدين) عدلين نص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بولي وشاهدين».

متن
الكتاب
الأول

سميعين ناطقين، وليست الكفاءة وهي دين ومنصب — وهو النسب والحرية — شرطاً في صحته^(١) فلو زوج الأب عفيفة بفاجر أو عربية بعجمي فلمن لم يرض من المرأة أو الأولياء الفسخ^(٢).

هوامش
الكتاب
الأول

(١) (شرطاً في صحته) أي النكاح لأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد فنكحته متفق عليه.

(٢) (الفسخ) فيفسخ أخ مع رضى أب لأن العار عليهم أجمعين، وخيار الفسخ على التراخي لا يسقط إلا بإسقاط أو ما يدل على الرضى.

متن
الكتاب
الثاني

الدخول رجع عليها بنصف قيمتها وقت الاعتاق، فإن فعلت ما يفسد نكاحها قبل الدخول فعليها قيمة نفسها. ولا بأس أن يعتق الرجل أمته ثم يتزوجها سواء أعتقها لله سبحانه أو ليتزوجها.

(فصل) الرابع الشهادة، فلا يصح إلا بشاهدين عدلين^(١) ولا ينعقد بشهادة ابني الزوجين في أحد الوجهين^(٢) ولا يبطل بالتواصي بكتمانه، وإذا ادعت المرأة خلوها وأنها لا ولي لها زوجت ولو لم يثبت بينة ذكره الشيخ^(٣). ووجدت حاشية أن منصوص الشافعي لا تزوج إذا ادعت أنها لا ولي لها إذا لم يثبت ذلك لابن قندس.

(فصل) الخامس الكفاءة شرط للزوم النكاح لا لصحته^(٤) لكن إن لم ترض المرأة

هوامش
الكتاب
الثاني

(١) (عدلين) روي عن عمر وعلي، وهو قول ابن عباس كما مر.

(٢) (في أحد الوجهين) وهو المذهب.

(٣) (ذكره الشيخ) ذكره ابن مفلح عنه، والظاهر أن ابن مفلح وافق، والذي يظهر أنها كمسألة ما إذا غاب عن مطلقته ثلاثاً فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم مات عنها أو طلقها وانقضت عدتها فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها لدينها وصلاحتها فكذا هنا.

(٤) (لا لصحته) وهو قول أكثر أهل العلم، روي نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبدالعزيز وابن سيرين ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى: ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْفَاكُمْ﴾ وقالت عائشة: إن أبا حنيفة بن عتبة بنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد ابن عتبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار وأخرجه البخاري. وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره، متفق عليه. وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية، وفيه حديث أبي هند «يا بني بياضة» الحديث. وضعفه أحمد.

باب المحرمات في النكاح

متن
الكتاب
الأول

تحرم أبداً لأم وكل جدة وإن علت، والبنيت وبنيت الابن وبنيتاهما من حلال وحرām^(١)، وإن سلفن^(٢)، وكل أخت وبنيتها وبنيت بنتها، وبنيت كل أخ وبنيتها وبنيت ابنه

(١) (من حلال وحرām) أي زنا خلافاً للشافعي، لأن ابنته من الزنا خلقت من مائة فحرمت عليه كتحريم الزانية على ولدها، ويكفي في التحريم أن يعلم أنها ابنته ظاهراً وإن كان النسب لغيره، قال الشيخ: ظاهر كلام أحمد أن الشبه يكفي في ذلك لأنه قال: أليس أمر النبي ﷺ سودة أن تحتجب من ابن زمعة وقال الولد للفراش؟ وقال: إنما حجبتها للشبه الذي رأي بعينه اهـ.

مواش
الكتاب
الأول

(٢) (وإن سلفن إلى آخره) وارثة كانت أو لا، لعموم قوله: ﴿وبناتكم﴾ وقوله: ﴿وبنات الأخ﴾.

والأولياء فلمن لم يرض الفسخ^(١) وعنه أنها شرط لصحته^(٢) فلو رضيت المرأة والأولياء بغيره لم يصح^(٣)، وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب: ما هو بكفو يفرق بينهما، ولا يكون صاحب صناعة ذنيئة كفواً لصاحب صناعة جلييلة، ولا يكون المعسر كفواً للموسرة، ولا تعتبر هذه الصفات في المرأة، فليست الكفاءة شرطاً في حقها للرجل، والعرب بعضهم لبعض أكفاء، وسائر الناس بعضهم لبعض أكفاء^(٤).

متن
الكتاب
الثاني

باب المحرمات في النكاح

وهو ضربان: محرمات على الأبد، وهن أربعة أقسام: أحدها بالنسب^(٥) الثاني

(١) (الفسخ) وهو المذهب لأن للزوجة ولكل من الأولياء فيها حقاً، ولما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته جعل لها النبي ﷺ الخيار فاخترت ما صنع أبوها.

(٢) (شرط لصحته) هذه الرواية هي المذهب عند المتقدمين وهو من المفردات، قال أحمد: إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما، وهذا قول سفيان وقال لو كان المتزوج حائكاً فرتق بينهما لقول عمر «لأمتن تزويج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء» رواه الخلال.

(٣) (لم يصح) وهذا اختيار الخرفي. وإذا قلنا باشتراطها فإنما يعتبر وجودها حال العقد، فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح.

(٤) (أكفاء) هذا المذهب، لأن النبي ﷺ زوج ابنته عثمان، وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بني شمس، وزوج علي ابنته أم كلثوم عمر، وتزوج عبدالله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي، وتزوج مصعب بن الزبير أختها سكينه.

(٥) (بالنسب) كما هو موضح في الزاد وغيره، ولا تحرم عمه لأم، ولا خالة العمه لأب ولا خالة الخالة لأم، لأنهن أجنبيات، قاله في الإنصاف.

مواش
الكتاب
الثاني

متن
الكتاب
الأزدي
وبنتها وإن سفلت، وكل عمّة وخالة وإن علّتا، والملاعنة على الملاعن^(١)، ويحرم
بالرضاع ما يحرم بالنسب^(٢)، إلا أم أخته^(٣) وأخت ابنه، ويحرم بالعقد زوجة أبيه،

هوامش
الكتاب
الأزدي
(١) (على الملاعن) ولو كذب نفسه ولا يملك اليمين، وكذا منفية بلعان لأنه لا يسقط
احتمال كونها خلقت من مائه. اقناع.

(٢) (ما يحرم بالنسب) هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب» متفق عليه.

(٣) (إلا أم أخته إلى آخره) قال ابن البناء: إلا أم أخته وأخت ابنه فلا يحرم بالرضاع، لكن
أم أخته من النسب إنما حرمت من أجل أنها زوجة أبيه فكان ذلك بالمصاهرة، وكذا
أخت ابنه لكونها ربيته.

متن
الكتاب
الثاني
المحرمات بالرضاع^(١) الثالث المحرمات بالمصاهرة^(٢) وثبت تحريم المصاهرة
بالوطء الحلال والحرام^(٣) وإن كانت الموطوءة ميتة^(٤) أو صغيرة^(٥) لم يثبت، وإن
تلوط بغلام فهو كالوطء دون الفرج عند أبي الخطاب^(٦) قال في الشرح: والصحيح

هوامش
الكتاب
الثاني
(١) (بالرضاع) هذا المذهب، واختار الشيخ أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على
الرجل نكاح أم زوجته من الرضاع وابنتها، ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه، قال
أحمد في حليلة الابن: لا يعجبني أن يتزوجها، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
(٢) (بالمصاهرة) وهن أمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه فيحرم بمجرد العقد، وهذا المذهب
دون بناتهن، والربائب وهن بنات نسائه اللاتي دخل بهن.

(٣) (والحرام) في قبل أو دبر. أما الحلال فبالإجماع، وأما الحرام فإذا زنى بامرأة حرمت على
أبيه وابنه، وحرمت عليه أمها وابنتها، هذا المذهب، وروى نحو ذلك عن عمران بن
حصين، وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري واسحق وأصحاب
الرأي. وروى عن ابن عباس: أن وطء الحرام لا يحرم، وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى
ابن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، لما روي عن النبي ﷺ
أنه قال «لا يحرم الحرام الحلال» رواه ابن ماجه واختاره الشيخ، ولنا قوله تعالى: ﴿ولا
تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾ والوطء يسمى نكاحاً.

(٤) (وإن كانت الموطوءة ميتة) لم يثبت التحريم بذلك وهو المذهب، وبه قال أبو حنيفة
والشافعي لأنه ليس بسبب للبضعية.

(٥) (أو صغيرة) لا يوطء مثلها لم يثبت التحريم بوطئها وهو المذهب، وبه قال أبو حنيفة،
لأنه ليس بسبب للبضعية، والثاني يثبت وهو قول أبي يوسف كوطء الكبيرة.

(٦) (عند أبي الخطاب) فيكون فيه الروايتان قال في الشرح. والصحيح أن هذا لا ينشر =

وكل جد^(١) وزوجة ابنه، وإن نزل^(٢) دون بناتهن وأمهاتهن^(٣)، وتحرم أم زوجته وجداتها بالعقد^(٤) وبناتها وبنات أولادها بالدخول^(٥)، فإن بانت الزوجة أو ماتت بعد الخلوة أبحن^(٦).

- (١) (وكل جد) وإن علا، وبه يقول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران ابن حصين وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وإن لم يحصل دخول، ولا خلوة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾.
- (٢) (وإن نزل) ولو من إرضاع، لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلَ أَبْنَانِكُمُ﴾ الحلائل الزوجات سميت بذلك لأنها تحل زرار زوجها وهي محللة له.
- (٣) (وأمهاتهن) فتحل له ربيبة والده وولده، وأم زوجة والده، لقوله تعالى: ﴿وَأَحْلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾.
- (٤) (بالعقد) هذا المذهب وبه قال من تقدم.
- (٥) (بالدخول) أي بالوطء وظاهره سواء كانت الربيبة في حجره أو لا وهو المذهب، وبه قال عامة الفقهاء، وقيل لا تحرم إلا إذا كانت في حجره، روي ذلك عن عمر وعلي واختاره ابن عقيل لظاهر القرآن، قال ابن المنذر: أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول، وقال النبي ﷺ: «لا تعرضن علي بناتكن ولا أخواتكن قاله لأُم حبيبة، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط بل تعريفاً لها بغالب حالها.
- (٦) (أبحن) إذا لم يطق في إحدى الروايتين وهو المذهب، وهو قول عامة العلماء لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

أن هذا لا ينشر الحرمة، والمذهب تحرم على كل واحد أم الآخر وابنته^(١) وتحرم عليه بنت ابن زوجته. وذكر الشيخ أنه لا يعلم فيه نزاعاً، ولا تحرم زوجة ربيبه، وبياح للمرأة ابن زوجة ابنها وابن زوج بنتها وابن زوج زوجة أبيها وزوج زوجة ابنها. الرابع الملاعنة تحرم على الأبدي^(٢).

- = الحرمة، فإن هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله: ﴿وَأَحْلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾ والمنصوص عليهن حلائل الأبناء إلى آخره.
- (١) (وابنته) هذا المذهب، وهو قول الأوزاعي، لأنه وطء في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة.
- (٢) (على الأبدي) لما روى الجوزجاني عن سهل بن سعد قال: مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً.

متن
الكتاب
الأول
(فصل) وتحرم إلى أمد أخت معتدته وأخت زوجته وبناتها وعمتها
وخالاتهما^(١)، فإن طلقت وفرغت العدة أبحن، وإن تزوجهما في عقد أو عقدين معاً

هوامش
الكتاب
الأول
(١) (وخالاتهما) سواء كانت العممة والخالة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائهما وأمهاتهن وخالاتهن
وإن علت درجاتهن من نسب أو رضاع، وخالف الشيخ فلم يحرم الجمع مع الرضاع،
والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وإن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ وقوله عليه الصلاة
والسلام: «لا تجمعوا بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» متفق عليه عن أبي هريرة.

متن
الكتاب
الثاني
(فصل) الضرب الثاني المحرمات لأجل الجمع، فيحرم الجمع بين الأختين
وبين كل اثنين لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى حرم نكاحه لها لقربة أو رضاع،
ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم ولا بين ابنتي الخال^(١) ولا بين مبانة شخص وابنته من
غيرها^(٢)، وإن ملك أخت زوجته أو عمتها أو خالتها صح، وحرم أن يطأها حتى
يفارق زوجته وتنقضي عدتها^(٣)، وإن اشتراه في عقد واحد صح^(٤) فإن وطئ
إحداهما لم تحل له الأخرى^(٥) حتى يحرم على نفسه الأولى بإخراج عن ملكه^(٦) أو
تزويج بعد استبراء ليعلم أنها ليست بحامل. ويجوز وطء إحداهما ابتداء^(٧) قبل
تحريم الأخرى، وإن وطئ أمته ثم أراد تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر^(٨)، وظاهر

هوامش
الكتاب
الثاني
(١) (ابنتي الخال) في قول عامة أهل العلم، ولكن يكره في إحدى الروايتين، وروي عن ابن
مسعود.

(٢) (من غيرها) ولو في عقد واحد، لأنه وإن حرمت إحداهما على الأخرى لو قدرت ذكراً لم
يكن إلا للمصاهرة لأنه لا قرابة بينهما.

(٣) (وتنقضي عدتها) لثلاث يكون جامعاً بينهما في فراش أو جامعاً ماءه في رحم أختين، وذلك
لا يحل.

(٤) (صح) لأن الشراء يراد به الاستمتاع وغيره، ولذلك صح شراء من لا تحل كالمجوسية.

(٥) (لم تحل له إلى آخره) هذا المذهب، وبه قال علي وابن عمر والحسن والأوزاعي
وإسحق والشافعي.

(٦) (إخراج عن ملكه) قال ابن عقيل: لا يكفي مجرد إزالة ملكه، بل لابد أن تمضي حيضة
وتنقضي، قال الشيخ: ليس هذا القيد في كلام أحمد ولا عامة أصحابه.

(٧) (وطء إحداهما ابتداء) وهو المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم، وقال الحكم وحمام: لا
تقرب واحدة منهما.

(٨) (عند أبي بكر) هذا المذهب، لأن النكاح تصير به المرأة فراشاً، فلم يجوز أن يرد على
فراش الأخت كالوطء.

بطلا، فإن تأخر أحدهما أو وقع في عدة الأخرى وهي بائن أو رجعية بطل^(١)، وتحرم المعتدة^(٢) والمستبرأة من غيره والزانية^(٣) حتى تتوب وتنقضي عدتها^(٤) ومطلقاته ثلاثاً حتى يطأها زوج غيره، والمحرمة حتى تحل^(٥). ولا ينكح كافر مسلمة^(٦) ولا مسلم

(١) (بطل) الثاني، وإن جهل أسبق العقدین فسحاً وإحداهما نصف المهر يقترعان عليه، لأن نكاح إحداهما صحيح، وله أن يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الأخرى قبل الدخول لأنه لا عدة عليها.

(٢) (وتحرم المعتدة إلى آخره) لقوله تعالى: ﴿ولا تعزما عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾.

(٣) (والزانية) على الزاني وغيره، هذا المذهب وهو من المفردات، وبه قال قتادة وإسحق وأبو عبيدة لقوله تعالى: ﴿وحرم ذلك على المؤمنين﴾ وهي قبل التوبة في حكم الزنا، فإذا تاب زال ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «والثائب من الذنب كمن لا ذنب له» قال ابن رجب: فقد التوبة لم أر من صرح بالبطلان فيه، وكلام ابن عقيل يدل على الصحة حيث خص البطلان بفقد انقضاء العدة اهـ.

(٤) (تتوب وتنقضي عدتها) وتوتها أن تراود على الزنا فتمتنع على الصحيح من المذهب نص عليه، روي عن ابن عباس ونصره ابن رجب، وقيل توتها كتوبة غيرها من الندم والاستغفار والعزم أن لا تعود اختاره المصنف وغيره.

(٥) (والمحرمة حتى تحل) من إحرامها لقوله عليه الصلاة والسلام «المحرم لا ينكح ولا يخطب» رواه مسلم.

(٦) (كافر مسلمة إلى آخره) لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾.

كلام أحمد أنه يصح، ولا يطأها حتى يحرم الموطوءة^(١)، فإن عادت إلى ملكه^(٢) لم يطأ واحدة حتى يحرم الأخرى ومن وطئ امرأة بشبهة أو زنا حرم في عدتها نكاح أختها أو وطؤها^(٣) إن كانت زوجة أو أمة، وأن يزيد على ثلاث غيرها بعقد أو وطء^(٤)

(١) (حتى يحرم الموطوءة) وبه قال أبو حنيفة، لأنه سبب يستباح به الوطء، فجاز أن يرد على وطء الأخت ولا يبيحه به كالشراء.

(٢) (فإن عادت إلى ملكه) سواء وطئ الثانية أو لا، وهذا المذهب، واختار المصنف والناظم والشارح أنها إن عادت قبل وطء أختها فهي المباحة دون أختها، واختار المجد في المحرر أنها إذا رجعت إليه بعد وطء الباقية أنه يقيم على وطئها ويجتنب الرجعية.

(٣) (أو وطؤها) لثلاثا يجمع ماء في رحم أختين أو نحوهما.

(٤) (بعقد أو وطء) لو كان له أربع زوجات ووطئ امرأة بشبهة أو زنا لم يحل له أن يطأ =

— ولو عبداً — كافرة إلا حرة كتابية^(١)، ولا ينكح حر مسلم أمة مسلمة إلا أن يخاف عنت العزوبة لحاجة المتعة أو الخدمة^(٢) ويعجز عن طول حرة أو ثمن أمة، ولا ينكح عبد سيدته^(٣) ولا سيد أمته^(٤)، وللحر نكاح أمة أبيه دون أمة ابنه، وليس

(١) (إلا حرة كتابية) لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾، ومن دان بالتوراة والإنجيل.

(٢) (المتعة أو الخدمة) لكونه كبيراً أو مريضاً أو نحوهما ولو مع صغر زوجته الحرة أو مرضها.

(٣) (ولا ينكح عبد سيدته) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم عليه.

(٤) (ولا سيد أمته) لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجمع معه عقد أضعف منه.

ولا يحل نكاح موطوءة بشبهة في عدتها إلا من واطىء لها^(١) إن لم يلزمها عدة من غيره^(٢).

(فصل) وليس للحر أن يجمع أكثر من أربع^(٣) ولا للعبد أن يجمع أكثر من اثنتين^(٤) ولمن نصفه حر نكاح ثلاث: اثنتين بنصفه الحر، وواحدة بنصفه الرقيق نص

= منهن أكثر من ثلاث حتى تنقضي عدة موطوءة بشبهة أو زنا لتلا يجمع ماءه في أكثر من أربع نسوة.

(١) (إلا من واطىء لها) بشبهة فيحل له أن يتزوجها لأن منعها من النكاح لإفضائه إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، وهو مأمون هنا لأن النسب كما يلحق في النكاح يلحق في وطء الشبهة.

(٢) (عدة من غيره) حتى تنقضي العدتان كما في المحرر وغيره، قال ابن نصر الله: القياس أن له نكاحها إذا دخلت في عدة وطئه، وصاحب المغني أشار إليه.

(٣) (أكثر من أربع) لأنه عليه الصلاة والسلام قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحتة عشر نسوة «أمسك أربعاً وفارق سائرهن» وأمر نوفلاً أن يفارق واحدة من الخمس رواه الشافعي في مسنده.

(٤) (أكثر من اثنتين) هذا المذهب وبه قال عمر وعلي وعبد الرحمن وعطاء والحسن والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور: له نكاح أربع لعموم الآية، ولنا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن ابن سيرين «أن عمر سأل كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: اثنتين وطلاقه =

للحرّة نكاح عبد ولدها^(١)، وإن اشترى أحد الزوجين أو ولده الحر أو مكاتبه الزوج الآخر أو بعضه انفسخ نكاحهما^(٢)، ومن حرم وطؤها بعقد حرم بملك يمين إلا أمة

- (١) (عبد ولدها) لأنه لو ملك زوجها أو بعضه لانفسخ النكاح، وللعبد نكاح أمة ابنه، وللأمة نكاح عبد ولو لولدها.
(٢) (انفسخ نكاحهما) ولا يكون طلاقاً، وبه قال الحكم وحماد ومالك والشافعي وابن المنذر وإسحق، وقال الحسن والزهري والأوزاعي: وكذا إن ملكته المرأة، إذا ملكها إياه يقتضي وجوب نفقته عليها وغير ذلك.

عليه. ومن طلق واحدة من نهاية جمعه^(١) حرم تزوجه بدلها حتى تنقضي عدتها^(٢) بخلاف موتها^(٣) فإن قال أخبرتني بانقضاء عدتها فكذبته فله نكاح أختها أو بدلها^(٤)، وتسقط الرجعة^(٥) ولا تسقط عنه السكنى والنفقة^(٦) ولا نسب الولد.
(فصل) الثاني لعارض يزول كمطلقته ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره، وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها^(٧) ولا يحل لمسلم نكاح نساء المجوس والدروز والنصيرية^(٨) وللعبد نكاح أمة على حرة في إحدى الروايتين^(٩) والكتابي كالمسلم في

= اثنتين وهذا بمحض من الصحابة فلم ينكر، والآية دالة على إرادة الأحرار لقوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾.

- (١) (من نهاية جمعه) كحر طلق واحدة من أربع، أو عبد واحدة من اثنتين.
(٢) (حتى تنقضي عدتها) نصاً لأن المعتدة في حكم الزوجة، إذ العدة أثر النكاح، فلو جاز له أن يتزوج غيرها لكان جامعاً بين أكثر مما يباح له في الحال نص عليه.
(٣) (بخلاف موتها) فله نكاح غيرها في الحال نصاً لأنه لم يبق لنكاحها أثر.
(٤) (أو بدلها) لأنه لا يقبل قولها عليه لأنها متهمة في ذلك بإرادة منعه نكاح غيرها.
(٥) (وتسقط الرجعة) فليس له رجعتها إن كان الطلاق رجعيّاً مؤاخذاً له بإنقضاء عدتها.
(٦) (والنفقة) لها إن كانت رجعية مع تكذيبها له، لأنهما حق لها عليه يدعى سقوطه وهي منكورة له.
(٧) (عدتها) بأن تضع إن كانت حاملاً، وبه قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة والأخرى يصح نكاحها ويحل وهو مذهب الشافعي، وإذا ثبت هذا لزمتهما العدة كغيرها. وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليها.
(٨) (النصيرية) كأهل الأوثان لهم أحوال شنيعة ولا تحل ذبائحهم.
(٩) (إحدى الروايتين) وبه قال مالك والشافعي لأنها مساوية له.

كتابية، ومن جمع بين محللة ومحرمة في عقد صح فيمن تحل^(١)، ولا يصح نكاح خنثى مشكل قبل تبين أمره.

(١) (صح فيمن تحل) هذا المذهب، وبه قال مالك والثوري وأصحاب الرأي، مثاله عقد على أخته وأجنبية معاً بأن يكون لرجل أخت وابنة عم إحداهما رضية للمتزوج فيقول له زوجته كما يقبل ذلك فالمنصوص صحة نكاح الأجنبية. ونص فيمن تزوج حرة وأمة يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة.

نكاح الأمة^(١) وولد الجميع من مسلم وكتابي من الإمام رقيق للسيد إلا أن يشترط الزوج على مالكتها حرته^(٢)، ويصح نكاح أمة من بيت المال^(٣)، ومن حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين كالمجوسية إلا إماء أهل الكتاب^(٤) ومن حرمها النكاح حرمها الوطء بملك اليمين^(٥) وقال الخرقى في الخنثى المشكل: إذا قال أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء، وإن قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً. وقال الشيخ: ولا يحرم في الجنة زيادة العدد والجمع بين المحارم^(٦).

(١) (الأمة) إذا كان حراً فلا يحل له نكاح الأمة إلا بشرطين كما ذكر في الزاد وغيره.
(٢) (حرته) فيكون حراً قاله في الروضة وابن القيم، لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً» ولقول عمر «مقاطع الحقوق عند الشروط».

(٣) (من بيت المال) مع أن فيه شبهة تسقط الحد، لكن تجعل الأمة أم ولد ذكره في الفنون لأن للإمام التصرف في بيت المال.

(٤) (إماء أهل الكتاب) فيجوز في قول عامة أهل العلم إلا الحسن وأما غيرهن، من المجوسيات وسائر الكوافر فلا يباح وطئهن بملك اليمين في قول أهل العلم منهم الزهري وسعيد بن جبيرة والأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة والشافعي، ولم يبلغنا إباحت ذلك إلا عن طاوس لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكحكم﴾ ولحديث سبأيا أوطاس لقوله عليه الصلاة والسلام فيهن «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» رواه أبو داود، وهذا ظاهر في إباحتهم لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه.

(٥) (بملك اليمين) من أمهات النساء وبناتهن وحلائل الآباء والأبناء.

(٦) (والجمع بين المحرم) لأنها ليست دار تكليف.

باب الشروط والعيوب في النكاح

إذا شرطت طلاق ضررتها^(١)، أو أن لا يتسرى، أو أن لا يتزوج عليها، أو لا

(١) (طلاق ضررتها) لأن لها فيه نفعاً، وحكم شرط بيع أمته حكم شرط طلاق ضررتها على الصحيح من المذهب قاله في الإنصاف.

باب الشروط في النكاح^(١)

ومحل المعتبر منها صلب العقد^(٢)، وكذا لو اتفقا عليه قبله^(٣) ولا يلزم الشرط بعد العقد ولزومه وهي قسمان: صحيح وهو نوعان: أحدهما ما يقتضيه العقد كتسليم الزوجة وتمكينه من الاستمتاع بها وتسليمها المهر فوجوده كعدمه. الثاني ما تنتفع به المرأة كأن لا يسافر بها أو أن لا يفرق بينها وبين أبويها أو ولدها أو على أن ترضع ولدها الصغير أو طلاق ضررتها أو بيع أمته، فهذا صحيح لازم للزوج بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه^(٤) ولا يجب الوفاء به بل يسن^(٥) فإن لم يفعل فلها الفسخ لقول عمر، واختار المصنف وأشار - وهو الصحيح - إذا شرطت طلاق ضررتها أنه باطل لقول رسول الله ﷺ «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في صحفتها فإن لها ما قدر لها» ونهى عليه الصلاة والسلام المرأة أن تشرط طلاق أختها رواهما البخاري، وحيث قلنا تفسخ بفعله ما شرط أن لا يفعله لا بعزمه^(٦) وهو على التراخي لا يسقط إلا بما يدل على الرضى^(٧)، وقال الشيخ: لو خدعها فسافر بها ثم كرهته

(١) (الشروط) ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر مما له فيه غرض.

(٢) (صلب العقد) قال الشيخ في فتاويه: إنه ظاهر المذهب ومنصوص أحمد، وقول قدماء أصحابه، ومحقق المتأخرين.

(٣) (قبله) قاله الشيخ وغيره، لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولاً واحداً.

(٤) (بعدمه) لقول عمر «لها شرطها» الحديث، وبما قال الزهري وجمع ذكر من أحفظ بالزاد.

(٥) (بل يسن) لأن عمر لم يجبره بل قال «لها شرطها» ومال الشيخ إلى وجوب الوفاء.

(٦) (لا بعزمه) عليه قبله لعدم تحقق المخالفة، خلافاً للقاضي، لأن العزم على الشيء ليس كفعله.

(٧) (بما يدل على الرضى) من قول أو تمكين منها مع العلم، فإن لم تعلم بعدم الوفاء ومكنته لم يسقط خيارها.

يخرجها من دارها^(١) أو بلدها، أو شرطت نقداً معيناً، أو زيادة في مهرها صح^(٢). فإن خالفه فلها الفسخ^(٣)، وإذا تزوج وليته على أن يزوجه الآخر وليته ففعلاً ولا مهر بطل

(١) (من دارها إلى آخره) هذا المذهب، روي ذلك عن عمر وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والأوزاعي، وحكى القاضي أبو الحسين عن شيخه أبي جعفر رواية أنه لا يصح شرط أنه لا يسافر بها ولا يتزوج عليها ولا يتسرى، وبه قال الزهري ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر لقوله عليه الصلاة والسلام «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج» متفق عليه، لأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعرف لهم مخالفاً في عصرهم فكان إجماعاً، وروي الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها فأراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال: لها شرطها، فقال الرجل إذا تطلق. فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط.

(٢) (صح) الشرط وكان لازماً، فليس للزوج فكه بدون إبانته، ويسن وفاؤه.

(٣) (فلها الفسخ) على التراخي لقول عمر للذي قضى عليه وتقدم.

لم يكن له أن يكرهها بعد ذلك^(١) ولو شرط لها أن يخرجها من منزل أبويها فمات الأب بطل الشرط، وفيه احتمال أن لا يخرجها من أمها إلا أن تزوج قاله الشيخ، وقال الشيخ فيمن شرط لها أن يسكنها بمنزل أبيه فسكنت ثم طلبت سكنى منفردة وهو عاجز فلا يلزمه ما عجز منه، بل لو كان قادراً فليس لها عند مالك وأحد القولين في مذهب أحمد وغيره غير ما شرط لها، وقال في المنتهى إذا شرطت سكنها مع أبيه ثم أرادتها منفردة فلها ذلك، ولو شرطت نفقة ولدها مدة معلومة صح وكانت من المهر. القسم الثاني فاسد، وهو نوعان: أحدهما ما يبطل النكاح وهو أربعة أشياء: الشغار^(٢) فإن جعلاً بضع كل واحدة ودراهم معلومة مهراً للأخرى لم يصح، فإن سموا لكل واحدة مهراً صح^(٣) ولا يصح بعوض قليل حيلة. الثاني نكاح المحلل بأن

(١) (بعد ذلك) هذا إذا لم تسقط حقها. قال في الإنصاف: الصواب إذا أسقطت حقها يسقط مطلقاً.

(٢) (الشغار) بكسر الشين، وقد فسره أحمد بأنه فرج بفرج، ولا تختلف الرواية عن أحمد أن نكاح الشغار فاسد وروي عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه بين المتناكحين. زاد.

(٣) (صح) كأن يقول: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة مائة أو واحدة تزداد على الأخرى، هذا المذهب.

النكاحان^(١)، فإن سمي لهما مهر صح^(٢)، وإن تزوجها بشرط أنه متى حللها للأول طلقها، أو نواه^(٣) بلا شرط^(٤)، أو قال زوجتك^(٥) إذا جاء رأس الشهر، أو إن رضيت أمها، أو إذا جاء غد فطلقها، أو وقته بمدة^(٦) بطل الكل.

(١) (بطل النكاحان) وهو المذهب، ولما روى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار» والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق. متفق عليه.

(٢) (صح) هذا المذهب لأنه قد سمي صداقاً فصح كما لو لم يشترط ذلك، وذكر الشيخ وجهاً واختار بطلانه لاشتراط عدم المهر قال: وهو الذي عليه قول أحمد وقدماء أصحابه الخلال وصاحبه، وعن أحمد يفسد وإن سمي مهراً، اختاره الخرقى.

(٣) (أو نواه) وهذا ظاهر قول الصحابة، وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والليث والثوري ومالك وإسحاق، لما روى نافع عن ابن عمر أن رجلاً قال له: امرأة تزوجها أحلها لزوجها، لم يأمرني ولم يعلم. قال لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقها. قال وإن كنا نعهده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً، قال لا يزالا زانين وإن مكثا عشرين سنة إذا علما أنه يريد أن يحلها. وعند أبي حنيفة والشافعي النكاح صحيح إذا لم يكن شرط.

(٤) (بلا شرط) يذكر في العقد واتفق عليه ولم يرجع بطل النكاح، لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا أخيركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله. قال: هو المحلل. لعن الله المحلل والمحلل له» رواه ابن ماجه وحديث ذي الرقعتين. زوائد.

(٥) (زوجتك إلى آخره) لأن النكاح عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع، وعنه يصح. قال الشيخ الأنص من كلامه جوازه، قال ابن رجب رواية الصحة أقوى. قال في الفائق: وهو المختار.

(٦) (أو وقته بمدة) بأن قال: زوجتك شهراً أو سنة أو يتزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج، وهذا النوع هو نكاح المتعة، قال سيرة «أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين =

ينوي ذلك ولا يرجع عنه عند العقد وهو حرام غير صحيح^(١) ولا يحصل به إحصان ولا الإباحة للزوج الأول، ويلحق به النسب^(٢) وإن نوى عند العقد أنه نكاح رغبة

(١) (غير صحيح) وهو قول الفقهاء من التابعين، قال ابن مسعود: المحلل والمحلل له ملعونان على لسان رسول الله ﷺ.

(٢) (ويلحق به النسب) للشبهة بالاختلاف فيه.

متن الكتاب الأول
(فصل) وإن شرط أن لا مهر لها، أو لانفقة^(١) أو أن يقسم لها أقل من ضررتها أو أكثر، أو شرط فيه خياراً^(٢)، أو إن جاء بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما

هوامش الكتاب الأول
= دخلنا مكة فلم يخرج حتى نهانا عنها» رواه مسلم. وفي الصحيحين عن علي «أن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأهلية».

(١) (أو لا نفقة إلى آخره) هذا المذهب، وقال الشيخ: ويحتمل صحة الشرط وعدم النفقة،

قال: لا سيما إذا قلنا إنه إذا أعسر الزوج فرضيت به أنها لا تملك المضالبة.

(٢) (أو شرط فيه خياراً) بطل الشرط، واختار الشيخ صحة العقد والشرط إذا شرط الخيار.

متن الكتاب الثاني
صح^(١) ولا أثر لنية الزوجة والولي قاله في إعلام الموقعين وقال: صرح أصحابنا بأن ذلك يحلها، وذكر كلامه في المغني فيها، قال في المحرر والفروع وغيرهما: ومن لا فرقة بيده لا أثر لنيته. وقال المنقح: الأظهر عدم الإحلال^(٢) وقال في الفنون فيمن طلق زوجته الأمة ثلاثاً ثم اشتراها لتأسفه على طلاقها: حلها بعيد في مذهبنا^(٣). الثالث نكاح المتعة، وهو أن يتزوجها إلى مدة^(٤) ويلحقه فيه النسب ويرث ولده ويرثه

هوامش الكتاب الثاني
(١) (صح) قاله الموفق وغيره، وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين، وهو ما روى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين قال «قدم من مكة رجل ومعه إخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة، فسأل عمر فلم يعطه شيئاً، فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثاً، فقال هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحل لك لي؟ قالت: نعم إن شئت. فأخبروه بذلك، قال: نعم. فتزوجها فدخل بها، فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلب على امرأته، فأتى عمر فقال: يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتى، قال: من غلبك؟ قال: ذو الرقعتين، قال: أرسلوا إليه. فلما جاءه الرسول قالت له المرأة: كيف موضعك من قومك؟ قال ليس بموضعى بأس. قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك، فقال: لا والله لا أطلقها، فإنه لا يكرهك. فألبسته حلة. فلما رآه عمر من بعيد قال: الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين، فدخل عليه فقال: أتطلق إمرأتك؟ قال: لا والله لا أطلقها، قال عمر: لو طلقته لأوجعت رأسك بالسوط» رواه سعيد بن نحو هذا، وقال: من أهل المدينة.

(٢) (الأظهر عدم الإحلال) قال في المنتهى: والأصح قول المنقح اه، وهي قياس التي قبلها. قال في الواضح: نيتها كنيته.

(٣) (بعيد في مذهبنا) لأن الحل يقف على زوج، ومتى زوجها مع ما ظهر من تأسيه عليها لم يكن قصده بالنكاح إلا التحلل، والقصد عندنا يؤثر في النكاح.

(٤) (إلى مدة) وقد ذكرت سيرة وقول الشافعي في الزاد.

بطل الشرط^(١) وضح النكاح^(٢)، وإن شرطها مسلمة فبانت كتابية، أو شرطها بكرة^(٣) أو جميلة أو نسيية. أو نفى عيب لا يفسخ به النكاح فبانت بخلافه فله الفسخ، وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها^(٤) بل تحت عبد^(٥).

(١) (بطل الشرط) والعقد جائز، هذا المذهب، وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والأوزاعي. لأن النكاح عقد لازم لا يدخله خيار لما في ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر. والثانية يبطل العقد لأن النكاح لا يكون لازماً وهذا يوجب جوازه. وهذا قول الشافعي. ونحوه عن مالك وأبي عبيد.

(٢) (وضح النكاح) في إحدى الروايتين وهو المذهب. لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره.

(٣) (أو شرطها بكرة إلى آخره) لأن هذه صفات مقصودة فصح شرطها كالحرية، والرواية الثانية لا خيار له، جزم به في الوجيز والمنور، لأن النكاح لا يرد بعيب سوى العيوب السبعة، وروى الزهري أن رجلاً تزوج امرأة فلم يجدها عذراء «وكانت الحيضة حرقت عذرتها، فأرسلت إليه عائشة أن الحيضة تذهب بالعذرة اه. والحيضة تذهب العذرة والثبة والتعنس والحمل الثقيل، قاله الحسن والشعبي وإبراهيم.

(٤) (فلا خيار لها) هذا المذهب، وبه قال ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحق، لأنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها خيار.

(٥) (بل تحت عبد) لحديث بريدة وكان زوجها عبداً أسود، رواه البخاري وغيره عن ابن عباس وعائشة.

ولده. الرابع إذا علق ابتداءه على شرط لم يصح^(١) غير مشيئة الله كقوله: زوجتك إن شاء الله، وإن تزوج الحر أمة يظنها حرة فبانت أمة وهو ممن لا يجوز له نكاح الإماء فرق بينهما، فإن دخل بها فلها المهر، وإن ولدت فولده حر يفديه بقيمته يوم ولادته^(٢) وإن كان المغرر عبداً فولده أحرار^(٣).

(١) (لم يصح) كزوجتك إذا جاء رأس الشهر، هذا الصحيح، وقد ذكرت كلامه إلى آخره في الزاد.

(٢) (بقيمته يوم ولادته) وهو المذهب قضى به عمر وعلي وابن عباس، وهو قول الشافعي. (فولده أحرار) ويفديهم إذا عتق لتعلقه بذمته، هذا المذهب، وقيل بقرنته وهو رواية اختارها الشيخ.

(فصل^(١)) ومن وجدت زوجها محبوباً أو بقي له مالا يظاً به فلها الفسخ^(٢)، وإن ثبتت عنته بإقراره^(٣) أو بيينة على إقراره أجل سنة منذ تحاكمه^(٤) فإن وطئ فيها وإلا فلها الفسخ، وإن اعترفت أنه وطئها فليس بعينين، ولو قالت في وقت رضيت به عنيناً سقط خيارها أبداً.

(١) (فصل) اعلم أن كل واحد من الزوجين يثبت له الخيار في الفسخ للعب يجده في الآخر في الجملة، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس، وبه قال جابر بن زيد والشافعي وإسحق، وروي عن علي: لا ترد الحرة بعيب، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

(٢) (فلها الفسخ) فإن اختلفا في إمكان الجماع بالباقي فالقول قولها.

(٣) (بإقراره) على أنه لو أنكر لا يؤجل ما لم تقم بيينة، وهو المذهب، قال في الفروع: والأصح يؤجل.

(٤) (منذ تحاكمه) لأن العنة عيب تستحق به المرأة الفسخ بعد أن تضرب له مدة، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة والأوزاعي والشافعي وإسحق وأبو عبيد.

(فصل) وإن عتقت الأمة وزوجها حر فلا خيار لها^(١) وإن كان عبداً فلها فسخ النكاح بنفسها بلا حاكم^(٢) فتقول فسخت نكاحي أو اخترت نفسي ولو متراخياً ما لم يوجد منها دليل رضى^(٣) كتمكين من وطء أو قبلة ونحوها ولو جاهلة بالعتق أو ملك الفسخ، وعنه العذر بالجهل فيهما، اختاره جماعة من الأصحاب^(٤) فإن

(١) (فلا خيار لها) هذا المذهب وبه قال جماعة؛ وعنه لها الخيار، واختاره الشيخ.

(٢) (بلا حاكم) لأنه فسخ مجمع عليه غير مجتهد فيه كالرد بالعيب في البيع، وروي الحسن عن عمرو بن أمية قال «سمعت رجلاً يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال: إذا عتقت الأمة فهي بالخيار ما لم يظأها، إن شاءت فارقت، وإن وطئها فلا خيار لها، رواه أحمد.

(٣) (دليل رضى) وممن قال أنه على التراخي مالك والأوزاعي. وروي عن عبدالله بن عمر وأخته حفصة، وبه قال نافع والزهري؛ لحديث عمرو بن أمية.

(٤) (اختاره جماعة من الأصحاب) لأنها إذا أمكنته من وطئها قبل علمها لم يوجد منها ما يدل على الرضى، والأول المذهب.

(فصل) والرتق والقرن والعفل والفتق^(١) واستطلاق بول ونجو^(٢) وقروح سيالة في فرج وباسور وناصور^(٣) وخصاء^(٤) وسل ووجاء وكون أحدهما خنثى واضحاً^(٥) وجنون ولو

(١) (والفتق) هذه تختص بفرج المرأة.

(٢) (ونجو) كغائط منها أو منه.

(٣) (وناصور) مشترك، وهذان بالمقعدة.

(٤) (وخصاء) من القسم الأول، لأن ذلك يمنع الوطء أو يضعفه.

(٥) (خنثى واضحاً) من المشترك.

اختارت الفرقة كان فسخاً ليس بطلاق^(١) وإن عتق قبل فسخها أو اختارت المقام معه بطل خيارها، وإن عتقا جميعاً فعلى نكاحهما^(٢) ويستحب لمن أراد عتقهما أن يبدأ بعق العبد قبلها^(٣) لثلاثي ثبت للمرأة الخيار، ويجوز للزوج الإقدام على الوطء إذا كانت غير عالمة.

باب العيوب في النكاح

إذا علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك، وإن ادعى الجهل من له الخيار أن له الخيار ومثله يجمله فالأظهر ثبوت الفسخ قاله الشيخ^(٤)، ولو بان عقيماً أو يظاً ولا ينزل^(٥) فلا خيار لها، ونقل ابن منصور إن كان عقيماً أعجب إلى أن يبين لها^(٦) وخيار العيوب والشروط على

(١) (ليس بطلاق) وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والثوري، وذهب مالك والأوزاعي والليث إلى أنه طلاق بائن، ولنا قول النبي ﷺ: «الطلاق لمن أخذ بالساق».

(٢) (فعلى نكاحهما) هذا المذهب، وعنه يفسخ، نقله الجماعة، قال ابن القيم: وللبطلان وجه دقيق وهو أنه إنما زوجهما بحكم الملك لهما وقد زال ملكه عنهما بخلاف تزويجها لعبد غيره.

(٣) (بعق العبد قبلها) وقد روى أبو داود والأثرم بإسناده عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجها فأمرها النبي ﷺ أن تعتق الرجل قبل المرأة.

(٤) (قاله الشيخ) عملاً بالظاهر، وقال في المنتهى: ولو جهل الحكم، أي يسقط بما بدل على الرضى.

(٥) (ولا ينزل) لأن حقها في الوطء لا في الإنزال.

(٦) (أن يبين لها) قياس قولنا ثبوت الخيار للمرأة، لأن لها حقاً في الولد. وعن أحمد ما =

ساعة وبرص وجذام يثبت لكل واحد منهما الفسخ، ولو حدث بعد العقد أو كان بالآخر عيب مثله^(١). ومن رضى بالعيب أو وجدت منه دلالة مع علمه فلا خيار له^(٢)، ولا يتم فسخ أحدهما إلا بحاكم^(٣)، فإن كان قبل الدخول فلا مهر، وبعده لها المسمى^(٤) ويرجع به على الغار إن وجد^(٥)، والصغيرة والمجنونة والأمة لا تزوج واحدة منهن بمعيب، فإن رضيت الكبيرة مجبواً أو عنيماً لم تمنع، بل من مجنون ومجذوم وأبرص^(٦). ومتى علمت العيب أو حدث به لم يجبرها وليها على الفسخ^(٧).

- هوامش الكتاب الأول
- (١) (عيب مثله) أو مغاير له، لأن الإنسان يأنف من عيب غيره ولا يأنف من عيب نفسه، قال ابن القيم في الهدي: كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار وأنه أولى من البيع.
- (٢) (فلا خيار له) ولو جهل الحكم أو ظنه يسيراً فبان كثيراً، لأنه من جنس ما رضى به.
- (٣) (إلا بحاكم) فيفسخه الحاكم بطلب من له الخيار، أو يرده إليه فيفسخه.
- (٤) (لها المسمى) لأنه وجب بالعقد واستقر بالدخول فلا يسقط.
- (٥) (إن وجد) لأنه غره، ولقول عمر، والغار من علم العيب، وكتمه من زوجة عاقلة وولي وكيل لقول عمر: إذا تزوجها فرآها جذماء أو برصاء فإن لها صداقها بمسيسه إياها ووليها ضامن للصداق.
- (٦) (ومجذوم وأبرص) لأن في ذلك عار عليها وعلى أهلها، وضرر يخشى تعديه إلى الولد.
- (٧) (على الفسخ) إذا رضيت به، لأن حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه.

هوامش الكتاب الثاني

التراخي إلا أن يوجد منه دلالة على الرضا؛ ولا يصح فسخ إلا بحاكم أو يرده إلى من له الخيار فيفسخه^(١) والفسخ لا ينقص به عدد الطلاق، وله رجعتها بنكاح جديد^(٢) وتكون عنده على طلاق ثلاث وكذا سائر الفسوخ إلا فرقة اللعان، ويجب على ولي صغير وصغيرة زوجهما معيب الفسخ إذا علم^(٣).

- هوامش الكتاب الثاني
- = يقتضيه. وقد روى سعيد أن عمر بعث رجلاً على بعض عمله فتزوج امرأة وكان عقيماً فقال له عمر: أعلمتها أنك عقيم؟ قال لا. قال: فأعلمها ثم خيرها.
- (٢) (فيفسخه) ويصح مع غيبة الرجل، والأولى حضوره قال الشيخ. وليس هو الفاسخ وإنما يأذن ويحكم.
- (١) (بنكاح جديد) بولي وشاهدي عدل.
- (٢) (إذا علم) قاله في المغني والشرح وشرح ابن منجا.

باب نكاح الكفار

حكمه^(١) كنيكاح المسلمين، ويقرون على فاسده إذا اعتقدوا صحته في شرعهم ولم يرتفعوا إلينا^(٢) فإن أتونا قبل عقده عقدناه على حكمنا، وإن أتونا بعده أو أسلم

- (١) (حكمه) من أهل الكتاب وغيرهم، وجملة ذلك أن أنكحتهم تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من الطلاق وغيره.
- (٢) (ولم يرتفعوا إلينا) لأنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من مجوس هجر، ولم يتعرض عليهم في أنكحتهم مع علمه أنهم يستحلون نكاح محارمهم.

باب نكاح الكفار

حكمه حكم نكاح المسلمين^(١) فيما يجب به^(٢) وتحريم المحرمات، فإذا طلق كافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج وإصابة أو أقام على نكاحها ثم أسلم لم يقرأ عليه وإلا فهي عنده على ما بقي من طلاقها^(٣) ولا نتعرض لأنكحتهم ما اعتقدوا حلها^(٤) وإن ترافعوا إلينا لم نقرهم على نكاح محرم^(٥)، وإن كانت المرأة تباح إذن أقرأ، وأما قهر الذمي الذمية ولو اعتقده نكاحاً فلا يتأتى لعصمتها^(٦).

- (١) (نكاح المسلمين) لأن الله أضاف النساء إليهم فقال: ﴿وامراته حمالة الحطب﴾ ﴿وامرأة فرعون﴾ قال عليه الصلاة والسلام «ولدت من نكاح لا من سفاح».
- (٢) (فيما يجب به) مهر وقسم ونحوهما ووقوع الطلاق والظهار والإيلاء والإباحة للزوج الأول وغير ذلك.
- (٣) (على ما بقي من طلاقها) وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي، والزهري والنخعي والثوري، والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، ولم يجوز الحسن وربيعة ومالك، ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح.
- (٤) (ما اعتقدوا حلها) هذا المذهب، لقوله: ﴿فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ ومالا يعتقدون حله لا يقرون عليه.
- (٥) (على نكاح محرم) حال الترافع كالمحرمات في النسب إن كانت تحته فرق بينهما على الصحيح من المذهب.
- (٦) (لعصمتها) قال الشيخ: إن قهر ذمي ذمية لم يقرأ مطلقاً اه، فإن قهر حربية واعتقده نكاحاً أقرأ، الإقناع والراد.

الزوجان والمرأة تباح إذن^(١) أقرا وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها^(٢) فرق بينهما، وإن وطىء حربى حربية فأسلما وقد اعتقدها نكاحا أقرا^(٣) وإلا فسخ، ومتى

- (١) (تباح إذن) أي وقت الترافع إلينا أو الإسلام كعقد في عدة فرغت أو على أخت زوجة ماتت أو كان العقد بالأولى أو بلا شهود، قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حالة واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن نسب أو رضاع.
- (٢) (لا يجوز ابتداء نكاحها) كذات محرم أو معتدة لم تفرغ عدتها أو مطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً غيره.
- (٣) (أقرا) لأننا لا نتعرض لكيفية النكاح بينهم، وظاهر كلام الموفق أن أهل الذمة كأهل الحرب، وصوبه في الإنصاف زوائد.

(فصل) وإن أسلم الزوجان فسبقته بالإسلام قبل الدخول فلا مهر لها، وإن سبقها فلها نصفه وإن أسلمت بعد الدخول قبله فلها نفقة كعدة، وإن وطئها في العدة ولم يسلم فيها فلها المهر^(١)، وإن أسلم فلا شيء لها، وإن ارتد أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة^(٢) ولها نفقة العدة إن كان هو المرتد^(٣) وإن انتقل أحدهما إلى دين لا يقر عليه أو تمجس أحد الزوجين الكتابيين فكالردة^(٤).

(فصل) وإن أسلم حر وتحتة أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه أمسك أربعاً^(٥) وفارق سائرهن^(٦) وعليه النفقة إلى أن يختار، وإن أسلم بعضهم وليس البواقي

- (١) (فلها المهر) ويؤدب لأنه وطىء في غير ملك.
- (٢) (على انقضاء العدة) قال الزركشي: هذا المذهب، ونصره المصنف والشارح، وبه قال الشافعي، والثانية تتعجل الفرقة، وبه قال مالك وأبو حنيفة، لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده والأول ظاهر المذهب.
- (٣) (إن كان هو المرتد) هذا على القول بأنها تقف على انقضاء العدة.
- (٤) (فكالردة) كاليهودي تنصر أو عكسه فيفسخ قبل الدخول ويوقف بعده.
- (٥) (أمسك أربعاً) لما روى قيس بن الحارث قال «أسلمت وتحتي ثمان نسوة، فأتيت النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال: اختر منهن أربعاً» رواه أبو داود وأحمد. وفي حديث غيلان «أن النبي ﷺ أمره أن يختار أربعاً من العشرة» رواه الترمذي.
- (٦) (وفارق سائرهن) لأن الاختيار استدامة النكاح وتعيين للمنكوحة كالرجعية، بخلاف ابتداء النكاح.

كان المهر صحيحاً أخذته وإن كان فاسداً وقبضته استقر، وإن لم تقبضه، ولم يسم فرض لها مهر المثل^(١).

(فصل) وإن أسلم الزوجان معاً أو زوج كتابية فعلى نكاحهما، فإن أسلمت هي^(٢) أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول بطل، فإن سبقته فلا مهر، وإن

(١) (فرض لها مهر المثل) هذا المذهب، لأن الخمر ونحوه لا يكون مهراً للمسلمة فيبطل.
(٢) (فإن أسلمت هي) الزوجة الكتابية تحت كافر قبل دخول انفسخ النكاح، لأن المسلمة لا تحل لقوله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ الآية.

كتابيات ملك إمساكاً وفسخاً في مسلمة خاصة^(١) وسواء اختار الأوتل أو الأواخر^(٢)، وله تعجيل إمساك مطلقاً وتأخيره حتى تنقضي عدة البقية^(٣) أو يسلمن؛ وصفة الاختيار: اخترت نكاح هؤلاء أو أمسكتهن ونحوه، وعدة ذوات الفسخ منذ اختار، وفرقتهن فسخ، وعدتهن كعدة المطلقات، وإن طلق واحدة أو وطئها فقد اختارها^(٤) وإن مات فعلى الجميع أطول عدة وفاة أو ثلاثة قروء، والميراث لأربع منهن بالقرعة^(٥). ومن هاجر إلينا بذمة مؤبدة أو أسلم الزوجان بدار الحرب أو أحدهما والآخر في أخرى لم ينفسخ النكاح^(٦) وإن أسلم وتحتة أختان اختار منهما واحدة^(٧) فإن كانتا أمماً وبتناً فسد نكاح الأم، وإن دخل بهما أو بالأم فسد نكاحهما، وإن

(١) (في مسلمة خاصة) إن زادت المسلمات على أربع، وليس له أن يختار واحدة ممن لم يسلمن لعدم حلها.

(٢) (أو الأواخر) نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحق ومحمد، لحديث قيس.

(٣) (عدة البقية إلى آخره) فمن أسلم وتحتة ثمان فأسلم منهن خمس فله اختيار أربع منهن وله تأخير الاختيار إلى أن يسلم البواقي أو تنقضي عدتهن.

(٤) (فقد اختارها) وإن وطئ الكل تعين الأول، وإن ظاهر أو آلى أو قذفها لم يكن اختياراً.

(٥) (بالقرعة) وإن اخترن جميعهن الصلح جاز ما اصطلحن عليه.

(٦) (لم ينفسخ النكاح) لأن أم حكيم أسلمت بمكة وزوجها عكرمة قد هرب إلى اليمن ثم أسلم وأقرا على النكاح مع اختلاف الدار.

(٧) (اختار منها واحدة) لما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال: «أسلمت وعندى أختان فأمرني النبي ﷺ أن أطلق إحداهما» رواه الخمسة، وفي لفظ الترمذي «أيهما شئت».

سبقها فلها نصفه^(١). وإن أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة^(٢)، وإن أسلم الآخر فيها دام النكاح، وإلا بان فسخه منذ أسلم الأول، وإن كفرا أو أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة، وقبله بطل.

- (١) (فلها نصفه) لمجيء الفرقة من قبله، وكذا إن قال سبق أحدنا ولا نعلم عينه.
- (٢) (العدة) هذا المذهب وبه قال الزهري والليث والأوزاعي والشافعي وإسحق وعنه تتعجل بإسلام أحدهما كما قبل الدخول. ولنا ما روى مالك عن ابن شهاب قال بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت المغيرة نحو من شهر، ولم يفرق النبي ﷺ بينهما استقرت عنده امرأته بذلك النكاح، وقال ابن عبد البر شهرة هذا الحديث أقوى من إسناده، وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما يسلم قبل انقضاء العدة فهي امرأته.

اختار إحدى الأختين ونحوها لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها وكذا إذا أسلم وتحتته أكثر من أربع^(١) وقال الشيخ وفي هذا نظر فإن ظاهر السنة يخالف ذلك^(٢)، وإن طلق الجميع فأسلم أربع منهن أو أقل في عدتهن ولم يسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن. وإن أسلم وتحتته إماء فأسلمن معه أو في العدة اختار منهن واحدة إن كانت تعفه وإلا إلى أربع^(٣) وإن أسلم وتحتته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن من أو بعدهن انفسخ نكاحهن وتعينت الحرة. وإن أسلم عبد وتحتته إماء فأسلمن معه أو في العدة ثم عتق أولاً اختار منهن اثنتين. فإن أسلم وعتق ثم أسلمن أو أسلمن ثم عتق ثم أسلم اختار ما يعفه إلى أربع بشرطه.

- (١) (أكثر من أربع) فلو كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة وعلى هذا فقس.
- (٢) (ذلك) قال وتأملت كلام أصحابنا فوجدتهم قد ذكروا أنه يمسك أربعاً ولم يشترطوا في جواز وطئه انقضاء العدة في جميع العدد ولا في الرحم ولو كان لهذا أصل عندهم لم يغفلوه فإنهم دائماً ينيهون على مثل هذا على اعتزال الزوجة كما ذكره أحمد فيما إذا وطئ أخت امرأته بنكاح فاسد أو زنا بها قال وهذا الصواب فإن هذه العدة تابعة لنكاحها وقد عفا الله عن جميع نكاحها فكذلك يعفو عن توابع ذلك النكاح وهذا بعد الإسلام لم يجمع عقداً ولا وطئاً اهـ. قاله في شرح المحرر.
- (٣) (وإلا إلى أربع) إن كان يباح له نكاح الإماء، وإلا فسد نكاحهن.

باب الصداق

يسن تخفيفه^(١) وتسميته في العقد من أربعمئة درهم إلى خمسمئة^(٢). وكل ما

- (١) (يسن تخفيفه) لحديث عائشة مرفوعاً «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة» رواه أبو حفص بإسناده.
- (٢) (إلى خمسمئة) درهم فضة صداق أزواجه وأربعمئة صداق بناته ﷺ، وإن زاد فلا بأس.

باب الصداق^(١)

وهو العوض في النكاح ونحوه كوطء الشبهة والزنا بأمة مكرهه. ويسن تخفيفه^(٢) ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم^(٣) فإن زاد فلا بأس^(٤) ويصح من عين ومنفعة معلومة كمرعاية غنمها مدة معلومة فإن طلقها قبل الدخول وقبل استيفاء المنفعة فعليه نصف أجره ذلك، وإن تزوجها على منافع مدة معلومة صح كقصة موسى، ويصح على دين سلم أو غيره^(٥)، وإن علمها ما أصدقها تعليمه ثم نسيته فلا شيء عليه، وإن طلقها قبل الدخول وبعد تعليمها رجع عليها بنصف الأجرة^(٦) وإن أصدقها تعليم

- (١) (الصداق) بفتح الصاد وكسرها، وله أسماء منها المهر والنحلة والفريضة والأجر وغير ذلك.
- (٢) (تخفيفه) لحديث عائشة «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة» رواه أبو حفص بإسناده. وعن أبي هريرة «أن رجلاً من الأنصار تزوج امرأة فقال له النبي ﷺ: على كم تزوجتها؟ فقال على أربع أواق فقال النبي ﷺ: على أربع أواق؟ تحتون الفضة من عروق هذا الجبل». (أن لا ينقص عن عشرة دراهم) وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه زوَّج رجلاً امرأة ولم يسم لها مهراً.
- (٣) (فلا بأس) لما روت أم حبيبة أن النبي ﷺ تزوجها وهي بأرض الحبشة، زوجها النجاشي وأمهرها أربعة آلاف — إلى قوله — ولم يبعث إليها النبي ﷺ بشيء» ولو كره ذلك لأنكره رواه أحمد والنسائي. وروي أن امرأة تزوجت بنعلين فأجازها النبي ﷺ رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه.
- (٤) (على دين سلم أو غيره) لأن الصداق ليس ركناً في النكاح فاغتفر الجهل اليسير والفرر الذي يرجى زواله، فإن تعذر فبقيته.
- (٥) (بنصف الأجرة) وإن جاءت الفرقة من قبلها رجع عليها بما غرم إن كان قبل الدخول.

صح ثمناً أو أجرة صح مهراً وإن قل^(١). وإن أصدقها تعليم قرآن لم يصح^(٢)، بل فقه

- (١) (وإن قل) لقوله عليه الصلاة والسلام «التمس ولو خاتماً من حديد» متفق عليه.
(٢) (لم يصح) الإصداق، لأن الفروج لا تستباح إلا بالأموال لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾. وروى البخاري «أن النبي ﷺ زوج رجلاً على سورة من القرآن ثم قال: لا تكون لأحد بعدك مهراً» زوائد.

شيء معين من القرآن لم يصح^(١) وعنه يصح؛ وإذا تزوج نساء بمهر واحد أو خالعهن بعوض واحد صح^(٢) وإن قال زوجتك بنتي وبعثت هذه الدار بألف صح^(٣).
(فصل) ويشترط أن يكون الصداق معلوماً كالثمن، فإن أصدقها داراً غير معينة أو

- (١) (لم يصح) لأن الفروج لا تستباح إلا بالمال، وعن أحمد في جعله صداقاً فقال في موضع: أكرهه، وقال في موضع: لا بأس أن يتزوج امرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين، وهذا مذهب الشافعي قال أبو بكر: في المسألة قولان، يعني روايتين، قال: واختياري أنه لا يجوز، وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول وإسحق، واحتج من أجاز به بما روى سهل بن سعد الساعدي «أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت، إني وهبت نفسي لك. فقامت طويلاً، فقال رجل: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال: هل عندك شيء تصدقها؟ فقال: ما عندي إلا إزارى. فقال رسول الله ﷺ: إزارك إن أعطيتها إياه جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئاً. قال لا أجد. قال: التمس ولو خاتماً من حديد، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال رسول الله ﷺ: زوجتكها على ما معك من القرآن» متفق عليه، ووجه الرواية الأخرى أن الفروج لا تستباح إلا بالأموال، ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قرينة لفاعله، فأما حديث الموهوبة فقد قيل معناه أنكحتكها بما معك من القرآن أي زوجتكها لأنك من أهل القرآن، كما زوج أبا طلحة على إسلامه فروى ابن عبد البر بإسناده عن أنس «أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم، فقالت: أتزوجك وأنت تعبد خشبة تحتها عبد بني فلان؟ إن أسلمت تزوجتك، قال فأسلم أبو طلحة فتزوجها على إسلامه».
(٢) (بعوض واحد صح) ويقسم بينهما على قدر مهرهن في أحد الوجهين، وبهذا قال أبو حنيفة، وأشهر قول الشافعي، وقال أبو بكر: يقسم بينهم بالسوية، لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة.
(٣) (بألف صح) ويقسم على قدر مهرها وقيمة الدار.

وأدب وشعر مباح معلوم. وإن أصدقها طلاق ضررتها لم يصح^(١) ولها مهر مثلها، ومتى بطل المسمى وجب مهر المثل^(٢).

- (١) (لم يصح) هذا المذهب. فعليه لها مهر مثلها وهو أكثر الفقهاء. لما روى عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ قال: «لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى» قال الشيخ: لو قيل ببطان النكاح لم يبعد لأن المسمى فاسد لابدل له، فهو كالخمر ونكاح الشغار اهـ. وحكى القاضي في المجرد أنها تستحق مهر الضرة قال وهو أجود.
- (٢) (وجب مهر المثل) بالعقد، لأن المرأة لا تسلم إلا ببذل ولم يسلم البذل وتعذر رد العوض فوجب بدله ولا يضر جهل يسير.

دابة مبهمة لم يصح^(١) ويجب أن يكون له نصف يتمول عادة^(٢) وإن نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية^(٣) وإن أصدقها دابة من دوابه أو قميصاً من قمصانه صح ويخرج بالقرعة، وإن أصدقها عبداً موصوفاً صح^(٤) وإن تزوجها على عبد فلان هذا وأشار إلى عبده صحت التسمية ولها المشار إليه^(٥) وإذا قال لسيدته: أعتقيني على أن أتزوجك ففعلت عتق ولا شيء عليه، وإن زوج ابنه الصغير لزم الصداق في ذمة الابن، فإن كان معسراً احتمل وجهين^(٦) وللأب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها، لا الكبيرة إلا بإذنها.

- (١) (لم يصح) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لأن الصداق عوض في عقد معاوضة فاشتراط العلم به كالعوض في البيع، وتقدم اغتفار اليسير، وقال القاضي: يصح مجهولاً ما لم تزد جهالته على مهر المثل.
- (٢) (عادة) وببذل العوض في مثله عرفاً، هذا معنى كلام الخرقى. وتبعه ابن عقيل في الفصول والموفق والشارح. قال الزركشي: وليس في كلام أحمد هذا الشرط، وكذا أكثر أصحابه، حتى بالغ ابن عقيل في ضمن كلام له فجوز الصداق بالحبة والتمرة التي يبذل مثلها ولا يعرف ذلك اهـ، والمراد نصف القيمة لا نصف العين.
- (٣) (لم تصح التسمية) لأن الحملان مجهول لا يوقف له على حد.
- (٤) (صح) لأنه يجوز أن يكون عوضاً في البيع فجاز أن يكون صداقاً.
- (٥) (ولها المشار إليه) لأنه التعيين أقوى من التسمية، فقدم عليها، كما لو قال، بعتك هذا الأسود وأشار إلى الأبيض.
- (٦) (احتمل وجهين) أحدهما يضمه الأب لأنه التزم العوض عرفاً فضمه كما لو نطق بالضمان، والثاني لا يضمه وهو والمذهب.

(فصل) وإن أصدقها ألفاً إن كان أبوها حياً^(١) وألفين إن كان أبوها ميتاً وجب

(١) (إن كان أبوها حياً) هذا المذهب إذا كانت حالة الأب غير معلومة، وحينئذ لها صداق نسائها.

(فصل) وإن تزوج عبد بإذن سيده صح وله نكاح أمة لأنها تساويه، ولو أمكنه نكاح حرة. وتعلق صداق ونفقة وكسوة ومسكن بذمة سيد^(١) وإن زوج عبده من أمته وجب المهر في ذمته يتبع به بعد العتق^(٢) وإن دفع الأب الصداق عن ابنه الصغير أو الكبير ثم طلق قبل الدخول فالنصف للإبن دون الأب^(٣).

(فصل) وتملك المرأة الصداق المسمى^(٤) فإن كان معيناً كالعبد والدار والماشية فلها التصرف فيه، وإن كان غير معين كقفيز من صبرة ملكته ولم تملك التصرف فيه إلا بقبضه^(٥) وإن تصرفت فيه بإجارة فطلقها قبل الدخول خير الزوج بين الرجوع في نصفه ناقصاً وبين نصف قيمته^(٦) وإن كان تالفاً أو مستحقاً بدين رجع في المثلى بنصف مثله وفي غيره بنصف قيمته يوم العقد، ولو طلق قبل أخذ الشفيع بعد المطالبة قدم الشفيع^(٧) وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق وبعد طلبه ومنعته فعليها الضمان، وإن تلف أو نقص قبل المطالبة بعد الطلاق ففيه وجهان^(٨)، والزوج

(١) (بذمة سيد) نص عليه وهو المذهب، والثانية بوقته لأنه وجب بفعله كجنائته، ولا ينكح إلا واحدة ولا يصح أن يتسرى.

(٢) (بعد العتق) هذا المذهب، وقيل لا يجب لأنه لا يجب للسيد على عبده مال، وقيل يجب ويسقط.

(٣) (للإبن دون الأب) لأن الإبن هو المباشر للطلاق الذي هو سبب استحقاق الرجوع بنصف الصداق، ولا رجوع للأب فيه لأن الإبن لم يملكه من قبله لأنه ملكه من الزوجة، ولا يملكه من حيث أنه يملك من مال ولده ما شاء بشرطه، وما تقدم أن المراجع للإبن قال ابن نصر الله: محله ما لم يكن زوجه لوجوب الإعفاف وعليه فإنه يكون للأب.

(٤) (المسمى بالعقد) لقوله عليه الصلاة والسلام «إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك». (٥) (إلا بقبضه) كجميع ولا يدخل في ضمانها.

(٦) (وبين نصف قيمته) فإن رجع في نصفه صبر حتى تنقضي الإجارة لأنه عقد لازم.

(٧) (قدم الشفيع) لسبق حقه إن قلنا تثبت الشفعة فيما يؤخذ صداقاً وهو مرجوح.

(٨) (ففيه وجهان) أحدهما لا تضمنه اختاره المصنف والشارح وقالوا هو قياس المذهب لأنه

دخل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة. والثاني تضمنه وهو =

مهر المثل، وعلى إن كانت لي زوجة بألفين أو لم تكن بألف يصح بالمسمى^(١). وإذا
(١) (يصح بالمسمى) هذا المذهب، لأن خلو المرأة من ضرة أكبر أغراضها المقصودة لها،
واختار أبو بكر والموفق والشارح عدم صحة التسمية.

هو الذي بيده عقدة النكاح^(٢) فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب
له من المهر وهو جائز الأمر في ماله برىء منه صاحبه^(٣) وعنه أنه الأب واختاره
الشيخ^(٤)، وقال: ليس في كلام أحمد أن عفوه صحيح لأن بيده عقدة النكاح، بل
لأن له أن يأخذ من مالها ما شاء.

(فصل) وإذا أبرأت المرأة من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع
عليها بنصفه^(٥) وعنه لا يرجع بشيء^(٦) ولو اشترى إنسان عبداً بمائة ثم أبرأه البائع من

= المذهب لأنه حصل في يدها من غير إذن الزوج لها في إمساكه أشبه الغاصب، وهذا
ظاهر قول أصحاب الشافعي.

(١) (بيده عقدة النكاح) هذا المذهب، روي عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله
عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبيرة ونافع مولى ابن عمر وابن سيرين
والشعبي والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد، وروى الدارقطني عن عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «ولي عقدة النكاح الزوج» ولأنه يتمكن
من قطعه وفسخه.

(٢) (برىء منه صاحبه) وإن لم يقبل لأنه أسقط حقه فلم يفتقر إلى قبول، ولذلك صح إبراء
الميت مع عدم القبول منه، فإن كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفو الولي.

(٣) (واختاره الشيخ إلى آخره) قال: وتعليقه بالأخذ من مالها ما شاء يقتضي جواز العفو بعد
الدخول عن الصداق كله وكذلك سائر الديون، وحكى عن ابن عباس وعلقمة والحسن
وطاوس والزهري وربيعه، ومالك لأنه الولي لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة
النكاح لكونها خرجت عن يد الزوج، ولنا حديث عمرو بن شعيب وتقدم، وهو نص في
محل النزاع فلا ينبغي التعويل على ما عداه، ولأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو
الزوج.

(٤) (رجع عليها بنصفه) هذا المذهب وأحد قولي الشافعي. لأنه عاد إلى الزوج بعقد
مستأنف فهو كما لو أبرأ إنساناً من دين عليه ثم استحق عليه مثل ما أبرأه منه بوجه
آخر فلا يتساقطان بذلك.

(٥) (لا يرجع بشيء) وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وهو قول أبي حنيفة.

أجل الصداق أو بعضه صح، فإن عين أجلاً وإلا فمحلها الفرقة^(١). وإن أصدقها مالا منصوباً أو خنزيراً ونحوه^(٢) وجب مهر المثل^(٣). وإن وجدت المباح معيماً خيرت بين

من
الكتاب
الأزلي

- (١) (وإلا فمحلها الفرقة) البائنة بموت أو غيره عملاً بالعرف والعادة، وبه قال النخعي والشعبي.
- (٢) (ونحوه إلى آخره) هذا المذهب وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وعنه أنه يعجبه استقبال النكاح.
- (٣) (مهر المثل) هذا المذهب، لأن فساد العوض يقتضي رد المعوض فوجب قيمته وهو مهر المثل.

الثلث أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشتري به عيباً فله رد المبيع بالثلث كما تقدم، ولو قضى المهر أجنبي متبرعاً ثم سقط أو تنصف فالراجع للزوج، وإن أبرأت مفوضة من المهر صح، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف مهر المثل ولا متعة لها في أحد الوجهين، والثاني لا تسقط^(١) وإن ارتدت رجع بجميعة. وكل فرقة جاءت من الزوج كطلاقه وخلعه^(٢) وإسلامه وردته، أو من أجنبي كرضاع ونحوه قبل الدخول يتنصف المهر بينهما^(٣) وكل فرقة جاءت من قبلها يسقط بها مهرها ومتعتها ويقرر المهر كاملاً موت أحد الزوجين^(٤) كالدخل ولو بقتل أحدهما الآخر، ووطؤها في فرج ولو دبر، أو طلاق في مرض موته قبل دخول بها مالم تتزوج أو ترتد وخلوة

من
الكتاب
الثاني

- (١) (والثاني لا تسقط) وصححه الناظم وقدمه في المحرر والرعايتين والحاوي الصغير وقطع به في المنتهى، وهو مقتضى الآية ﴿فتمتوهن﴾ فأوجب لها المتعة بالطلاق، وهي إنما وهبته مهر المثل فلا تدخل المتعة فيه ولا يصح إسقاطها قبل الفرقة.
- (٢) (كطلاقه وخلعه) جزم المصنف بأن الخلع يتنصف به المهر لأنه من قبله، وهو قول القاضي وأصحابه، وفيه وجه يسقط الجميع.
- (٣) (يتنصف المهر بينهما) هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ الآية.

(٤) (موت أحد الزوجين) هذا المذهب، لما روى معقل بن سنان «أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق — وكان زوجها مات ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً — فجعل لها مهر نساها لا وكس ولا شطط» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وحسنه وصححه.

مواش
الكتاب
الثاني

أرشه وقيمته. وإن تزوجها على ألف لها وألف لأبيها صحت التسمية^(١)، فلو طلق قبل الدخول وبعد القبض رجع بالألف^(٢) ولا شيء على الأب لهما^(٣)، ولو شرط ذلك لغير

(١) (صحت التسمية) لما روي عن مسروق أنه زوج ابنته وشرط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين، ثم قال للزوج: جهز امرأتك، وروي ذلك عن علي بن الحسين. وقال الشافعي: إذا فعل ذلك فلها مهر المثل. ولنا أن للولد الأخذ من مال ولده، ولقصة شعيب.

(٢) (رجع بالألف) عليها دون أبيها، وكذا لو شرط الكل له وقبضه بالنية ثم طلق قبل الدخول رجع عليه بقدر نصفه، ولا شيء على الأب على الصحيح. وقيل يرجع بنصف ما أخذ، قال في الإنصاف: والنفس تميل إلى ذلك.

(٣) (ولا شيء على الأب لهما) للمطلق والمطلقة، لأننا قدرنا أن الجميع لها ثم أخذه الأب منها.

بها^(١) إن كان يظاً مثله بمن يوطأ مثلها، ولا يثبت بالخلوة الإحصان ولا الإباحة لمطلقها ثلاثاً، وهديّة الزوج ليست من المهر نصاً، وما قبض بسبب النكاح فكمهر^(٢) وقال الشيخ فيما قبل العقد: إن وعدوه بالعقد ولم يوفوا رجع بها. وقال فيما إن اتفقوا على النكاح من غير عقد فأعطاها الخاطب لأجل ذلك شيئاً فماتت قبل العقد: ليس له استرجاع ما أعطهاها^(٣) وثبتت الهدية مع فسخ مقرر للصدّق أو لنصفه^(٤) وإن كانت العطية لغير العاقدين بسبب العقد كأجرة الدلال ونحوها، قال ابن عقيل: إن فسخ بيع بإقالة ونحوها مما يقف على تراض لم يردّه وإلا رده^(٥)

(١) (وخلوة بها) على الصحيح من المذهب، وهو من المفردات. روي عن الخلفاء الراشدين، وزيد وابن عمر، روي أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال «قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد أوجب المهر ووجبت المدة» وروي أيضاً عن ابن عمر وعلي، وهذه قضايا. اشتهرت ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان كالأجماع.

(٢) (فكمهر) يتنصف بما يتنصف به ويملك بما يملك به.
(٣) (ليس له استرجاع ما أعطهاها) لأن عدم التمام ليس من جهتهم، وعلى قياس ذلك لو مات الخاطب لا رجوع لورثته.

(٤) (أو لنصفه) فلا رجوع له في الهدية إذن، لأن زوال العقد ليس من قبلها.

(٥) (وإلا رده) أي الدلال ما أخذه كالفسخ لغيب ونحوه، لأن المبيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه.

الأب فكل المسمى لها^(١). ومن زوج بنته ولو ثيباً بدون مهر مثلها صح^(٢)، وإن زوجها به ولي غيره بإذنها صح، وإن لم تأذن فمهر المثل^(٣)، وإن زوج ابنه الصغير بمهر المثل أو أكثر صح في ذمة الزوج^(٤)، وإن كان معسراً لم يضمه الأب^(٥).

(فصل) وتملك المرأة صداقها^(٦) بالعقد، ولها نماء المعين قبل القبض وضده

- (١) (فكل المسمى لها) لأنه عوض بضعها.
- (٢) (صح) هذا المذهب مطلقاً وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي: ليس له ذلك. ولنا أن عمر خطب الناس فقال: لا تغالوا في صداق النساء، فما أصدق رسول الله ﷺ أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية، وكان بمحضر الصحابة فلم ينكر فكان اتفاقاً.
- (٣) (فمهر المثل) على الزوج لأنه قيمة بضعها، فإن تعذر ضمنه الولي والنكاح صحيح، لأن فساد التسمية لا يؤثر.
- (٤) (في ذمة الزوج) لأن المرأة لم ترض بدونه. وقد تكون مصلحة الابن في بذل الزيادة.
- (٥) (لم يضمه الأب) هذا المذهب. لأن الأب نائب، والنائب لا يلزمه ما لم يلزمه. والرواية الثانية يضمه الأب.
- (٦) (وتملك المرأة صداقها) وهذا المذهب. قال ابن عبد البر: هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار، وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه، وقول النبي ﷺ «إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك» دليل على أن الصداق كله للمرأة.

وقياسه نكاح فسخ لفقد كفاءة أو عيب فيرده^(١).
(فصل) وإن اختلف الزوجان أو ورثتهما في قدر الصداق فقول زوج مع يمينه^(٢) وعنه القول قول من يدعى مهر المثل منهما^(٣)، وإن تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية^(٤) وقال القاضي: الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سراً كان أو

- (١) (فيرده) أي الخاطب ما أخذ، لا برده بردة أو رضاع أو مخالعة.
- (٢) (مع يمينه) هذا المذهب وبه قال الشعبي وابن أبي ليلى، وأبو ثور؛ لأنه منكر ومدعى عليه، وقال عليه الصلاة والسلام «لكن اليمين على المدعى عليه».
- (٣) (من يدعى مهر المثل منهما) وبه قال أبو حنيفة ونصره القاضي وأصحابه، منهم الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب وابن عقيل، فإن ادعت مهر المثل أو أقل فقولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فقله.
- (٤) (أخذ بالعلانية) هذا المذهب، وبه قال الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وأبو عبيد.

بضده^(١)، وإن تلف فمن ضمانها^(٢) إلا أن يمنعها زوجها قبضه فيضمنه، ولها التصرف فيه وعليها زكاته^(٣). وإن طلق قبل الدخول أو الخلوة فله نصفه حكماً دون نمائه المنفصل^(٤). وفي المتصل له نصف قيمته بدون نمائه^(٥). وإن اختلف الزوجان أو ورثتهما في قدر الصداق أو عينه أو فيما يستقر به فقوله^(٦)، وفي قبضه فقولها.

- (١) (وضده بضده) أي ضد المعين كقفيز من صيرة ورطل من زبرة، فمأوه له وضمانه عليه ولا تملك تصرفاً فيه.
- (٢) (فمن ضمانها) سواء قبضته أو لم تقبضه، لأن ذلك كله من توابع الملك.
- (٣) (وعليها زكاته) إذا تم عليه الحول، فلو زكت ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان زكاته عليها لأنها قد ملكته.
- (٤) (دون نمائه المنفصل) قبل الطلاق فتختص به لأنه نماء ملكها والنماء بعد الطلاق لهما.
- (٥) (بدون نمائه) كطلع نخل وثمر شجر وحرث أرض لأنها نماء ملكها، ويفارق نماء المعيب لأن سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة، وسبب تنصيف الصداق الطلاق وهو حادث بعدها.
- (٦) (فقوله) هذا المذهب لأنه منكر والأصل براءته مع يمينه.

علانية^(١) والزيادة على الصداق بعد العقد تلحق به^(٢) وإن اتفقا قبل العقد على مهر وعقدها بأكثر تجملاً أخذ بما عقد به^(٣).

(فصل) في المفوضة^(١) وهو ضربان: تفويض البضع، والثاني تفويض المهر. ولها المطالبة بفرضه فإن تراضيا عليه وإلا فرضه الحاكم، فإذا فرضه لزمهما فرضه

(١) (سراً كان أو علانية) وحمل كلام الخرقى إن المرأة لم تقر بنكاح السر، وهذا قول سعيد ابن عبدالعزيز وأبي حنيفة والأوزاعي والشافعي، ونحوه عن شريح والحسن والزهري ومالك وإسحق.

- (٢) (تلحق به) لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاظَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾.
- (٣) (بما عقد به) مثل أن اتفقا على ألف وعقدها على ألفين فالصحيح من المذهب أن المهر الألفان قاله القاضي وجزم به المصنف، وقيل ما اتفقا عليه، وقال أبو حفص يجب عليها الوفاء بذلك، قال في الأنصاف وهو الصواب.
- (٤) (المفوضة) بكسر الواو وفتحها، فالكسر على نسبة التفويض إلى المرأة على أنها فاعلة، والفتح على نسبهته إلى وليها. وهو لغة الإهمال كأن المهر أهمل حيث لم يسم.

(فصل) يصح تفويض البضع بأن يزوج الرجل ابنته المجبرة، أو تأذن امرأة لوليها أن يزوجها بلا مهر^(١). وتفويض المهر بأن يزوجها على ما يشاء أحدهما أو أجنبي. ولها مهر المثل بالعقد ويفرضه الحاكم بقدره^(٢). ومن مات منهما قبل الإصابة والفرض ورثه الآخر، ولها مهر نسائها، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة^(٣) بقدر يسر زوجها وعسره. ويستقر مهر المثل بالدخول، وإن طلقها بعده فلا متعة^(٤) وإذا افترقا في الفاسد قبل الدخول والخلوة فلا مهر، وبعد أحدهما يجب المسمى^(٥).

- (١) (أن يزوجها بلا مهر إلى آخره) ولها مهر المثل بالعقد، لما روي عن ابن مسعود أنه «سئل عن امرأة تزوجها رجل، ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها ومات، فقال ابن مسعود: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث. فقال معقل بن سنان الأشجعي: قضى رسول الله ﷺ في بروع بمثل ما قضيت» رواه الخمسة وصححه الترمذي وغيره.
- (٢) (وفرضه الحاكم بقدره)، وإن تراضيا على قليل صح، لأن الحق لا يعدوهما، ويصح إبرؤها من مهر المثل لأنه حق لها.
- (٣) (فلها المتعة) وبه قال ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي، لقوله تعالى: ﴿ومتعوهن﴾ الآية.
- (٤) (فلا متعة) هذا المذهب لأنه لما خص بالآية من لم يفرض لها ولم يمسه دل على أنها لا تجب لمَدْخول بها ومفروض لها، وعن أحمد لكل مطلقة متاع.
- (٥) (يجب المسمى) وهو المذهب، لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها» فعليه يفرق بين النكاح والبيع، فإن البيع الفاسد إذا تلف يضمه بقيمته لا بالثمن على المنصوص. فإن النكاح مع فساده منعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ونحوه.

كحكمه، فلا يغيره حاكم آخر ما لم يتغير السبب كيساره وإعساره في النفقة والكسوة^(١) وطلاقها قبل الدخول لها المتعة بقدر يسر الزوج وعسره (على الموسر قدره وعلى المقتر قدره) أعلاها خادم وأدناها كسوة تجزيها في صلاتها^(٢)، وتستحب

- (١) (والكسوة) فإن الحاكم يغيره ويفرضه ثانياً باعتبار الحال، وليس ذلك نقصاً للحكم السابق.
- (٢) (تجزئها في صلاتها) لأن ذلك أقل كسوة هذا المذهب، روي هذا عن ابن عباس والزهري والحسن.

ويجب مهر المثل لمن وطئت بشبهة أو زنا كرهاً^(١) ولا يجب معه أرش بكارة. وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها الحال^(٢) فإن كان مؤجلاً أو حل قبل

(١) (أو زنا كرهاً) لقوله عليه الصلاة والسلام «فلها المهر بما استحل من فرجها» أي نال، وهو الوطء إتلاف للبضع بغير رضا مالكة.

(٢) (صداقها الحال) ولها النفقة زمنه.

المتعة لكل مطلقة غيرها^(١) ويستحب إعطاؤها شيئاً قبل الدخول^(٢) ويجوز الدخول قبله^(٣) ومهر المثل معتبر يساويها من جميع أقاربها من جهة أبيها وأمها، فإن عدم فمن أقرب نساء بلدها، وإن كان عادتهم التخفيف على عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك، وإن دخل بها في النكاح الفاسد أو خلا بها استقر المسمى^(٤) ولا يصح نكاح من تزويجها فاسد قبل طلاق أو فسخ^(٥) ويتعدد المهر بتعدد وطء شبهة^(٦) مثل أن تشبهه بزوجه ثم يتبين له الحال ويعرف أنها ليست زوجته ثم تشبهه عليه الموطوءة أخرى، ويتعدد بوطء الزنا إذا كانت مكروهة كل مرة أو بأمة بغير إذن سيدها ولو

(١) (لكل مطلقة غيرها) روي ذلك عن علي رضي الله عنه والحسن والزهري وسعيد بن جبير وأبي قلابة والضحاك وأبي ثور، واختاره الشيخ في موضع من كلامه، قال أبو بكر: والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات بخلافه.

(٢) (قبل الدخول) روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر والزهري ومالك، قال الزهري: مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً، قال ابن عباس: يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها، وعن ابن عباس قال «لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله: أعطها شيئاً، قال: ما عندي شيء، قال: فأعطها درعك الحظمية» رواه النسائي وأبو يعلى الموصلي بإسناد صحيح، وفي رواية «أن علياً لما أراد أن يدخل بها منعها رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً، فقال: يا رسول الله ليس عندي شيء فقال: أعطها درعك، فأعطها درعه ثم دخل بها» رواه أبو داود.

(٣) (ويجوز الدخول قبله) لما روي عن عائشة قالت «أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً» رواه أبو داود وابن ماجه، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي، وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب.

(٤) (المسمى) هذا المذهب في الزاد.

(٥) (أو فسخ) فإن أبي الزوج الطلاق فسخ حاكم، لأنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد.

(٦) (شبهة) كأن وطئها ظاناً أنها زوجته خديجة ثم وطئها ظاناً أنها زوجته زينب فيجب لها ثلاثة مهور.

التسليم أو سلمت نفسها تبرعاً فليس لها منعها^(١). فإن أعسر بالمهر الحال فلها الفسخ^(٢) ولو بعد الدخول، ولا يفسخه إلا حاكم^(٣).

باب وليمة العرس^(٤)

- (١) (فليس لها منعها) هذا المذهب لرضاها بالتسليم واستقرار الصداق. وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد. والثاني لها ذلك اختاره ابن حامد، وبه قال أبو حنيفة.
- (٢) (فلها الفسخ إلى آخره) هذا المذهب فيما قبل الدخول كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع، وكذا بعد الدخول ما لم تكن تزوجته عالمة بعسرته.
- (٣) (ولا يفسخه إلا حاكم) كالفسخ لعنة ونحوها للاختلاف فيه.
- (٤) (وليمة العرس) أصل الوليمة تمام الشيء واجتماعه، ثم نقلت لطعام العرس خاصة لاجتماع الرجل والمرأة.

مطابرة لا بتعدد وطء في شبهة واحدة مثل إن اشتبهت عليه زوجته ودامت تلك الشبهة حتى وطئ مراراً^(١) ولا يتعدد بتعددته في نكاح فاسد^(٢) وإن دفع أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبع فعليه أرش بكارتها^(٣) وإن فعل ذلك الزوج فليس عليه إلا نصف المسمى إن طلق قبل الدخول.

باب الوليمة وآداب الأكل^(٤)

قال الشيخ: وتستحب بالدخول^(٥) والأطعمة التي يدعى إليها الناس أحد عشر:

- (١) (مراراً) فعليه مهر واحد لأن ذلك بمنزلة إتلاف واحد.
- (٢) (في نكاح فاسد) لدخولها على أن تستحق مهراً واحداً.
- (٣) (أرش بكارتها) لأنه لم يطأها وهو إتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير عوضه فرجع فيه إلى أرشه وهو ما بين مهر البكر والثيب، قاله في الشرح والمبدع.
- (٤) (وآداب الأكل) والشرب وما يتعلق بذلك، قال في المستوعب: وليمة الشيء كماله وجمعه.
- (٥) (بالدخول) وقال ابن الجوزي: بالعقد، واقتصر عليه في المبدع قال في الإنصاف: الأولى أن يقال: وقت الاستحباب موسع من عقد النكاح إلى انتهاء أيام العرس، صحت الأخبار في هذا وفي هذا، وجرت العادة قبله بيسير.

تسن بشاة فأقل^(١)، وتجب في أول مرة إجابة مسلم يحرم هجره^(٢) إليها إن عينه

(١) (بشاة فأقل) من شاة، لقوله عليه الصلاة والسلام لعبد الرحمن بن عوف حين قال له تزوجت أولم ولو بشاة وأولم النبي ﷺ على صفة بحيس وضعه على نطح صغير كما في الصحيحين عن أنس.

(٢) (يحرم هجره) بخلاف رافضي متجاهر بمعصية إن دعاه، وذكر الشيخ في فتاويه أنه لا ينبغي أن يسلم على من لا يصلي، ولا تجب دعوته.

الوليمة^(١)، وطعام إملاك على زوجة، وطعام ختان^(٢) وطعام ولادة^(٣) وعقيقة المولود، والبناء، وما يصنع للقدام من سفره وطعام القدام يصنعه هو، وطعام عند حذاق صبي^(٤) وطعام المأكول عند ختمة القاريء، والحادي عشر الإخاء والتسرى ذكرهما بعض الشافعية. والقرى اسم لكل دعوة بسبب أو غيره، والآدب صاحب المأدبة، وجميعها جائز، وليس منها شيء واجباً^(٥) فإن عم الداعي لم تجب الإجابة وهي الجفلى^(٦). ووليمة العرس سنة مؤكدة^(٧) والإجابة إليها واجبة^(٨) إذا عينه داع مسلم يحرم هجره ومكسبه طيب، وهي حق الداعي تسقط بعفوه، وقدم في الترغيب لا يلزم

(١) (الوليمة) بيانها: هي اسم لطعام العرس لا تقع على غيره حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أئمة اللغة، وقال بعض أصحابنا وغيرهم: يقع على كل طعام لسرور حادث، وقول أهل اللغة أقوى.

(٢) (ختان) وروي عن الحسن، قال عثمان بن العاص: كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى إليه، رواه أحمد، وقد دعي أحمد إلى ختان فأجاب وأكل.

(٣) (وطعام ولادة) لخلاصها وسلامتها من الطلق.

(٤) (حذاق صبي) قال في القاموس: يوم حذاق الصبي يوم ختمه القرآن.

(٥) (واجباً) لقوله عليه الصلاة والسلام لعبد الرحمن بن عوف «أولم ولو بشاة» متفق عليه، محمول على الاستحباب.

(٦) (الجفلى) بفتح الجيم والفاء، بل تكره على الصحيح كقوله: يا أيها الناس هلموا إلى الطعام، زاد.

(٧) (سنة مؤكدة) لأنه عليه الصلاة والسلام أمر بها وفعلها، لما روى البخاري «أن النبي ﷺ أولم على صفة بمدين من شعير».

(٨) (والإجابة إليها واجبة) لحديث أبي هريرة يرفعه «شر الطعام طعام الوليمة» إلى آخره في الزاد، وعن ابن عمر مرفوعاً «أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها» متفق عليه.

- ولم يكن ثم منكر^(١) فإن دعا الجفلي^(٢) أو في اليوم الثالث أو دعاه ذمي كرهت
- (١) (ولم يكن ثم منكر) لحديث أبي هريرة يرفعه «شر الطعام الوليمة يمنعها من يأتيها، ويدعى إليها من أبابها، ومن لم يجب فقد عصى رسول الله ﷺ» رواه مسلم، وعن ابن عمر مرفوعاً «أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها» متفق عليه.
- (٢) (فإن دعا الجفلي) فلا تجب الإجابة، وحديث أنس يدل على عدم الكراهة. قال: «تزوج النبي ﷺ بأهله فصنعت أم سليم حيساً فذهبت به إلى رسول الله ﷺ فقال ادع فلاناً وفلاناً ومن لقيت فدعوت من سمي ومن لقيت» متفق عليه.

القاضي حضور وليمة عرس^(١) وقال ابن الجوزي: وإن كان هناك مضحك بالفحش والكذب لم يجز الحضور ويجب الإنكار، وكذا متفاخر بدعوته، فإن كان مع ذلك مزح لا كذب فيه ولا فحش أبيض ما يقل من ذلك^(٢) وتكره إجابة من ماله حلال وحرام^(٣) وقيل يحرم كما لو كان كله حراماً^(٤) وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقتله، وينبغي صرف الشبهات في الأبعد عن المنفعة فالأقرب ما يدخل في الباطن من الطعام والشراب، فيجرى فيه الحلال ثم ما ولي الظاهر من اللباس، وتكره الإجابة في اليوم الثالث^(٥) وإن دعت امرأة فكرجل إلا مع خلوة محرمة، وسائر الدعوات مباحة نصاً، ويكره لأهل الفضل والعلم الإسراع إلى الإجابة والتسامح فيه^(٦)

- (١) (وليمة عرس) لعله في مظنة الحاجة لدفع ما هو أهم من ذلك.
- (٢) (ما يقل من ذلك) وروى أبو داود عن عكرمة عن ابن عباس «أن النبي ﷺ نهى عن طعام المتبارزين أن يؤكل» إسناده جيد، ثم هل يحرم أكل هذا الطعام، أو يكره؟ يحتمل وجهين.
- (٣) (حلال وحرام) كأكله منه ومعاملته وقبول هديته وصدقته، جزم به في المغني والشرح، قال في الإنصاف: وهذا المذهب على ما اصطالحناه في الخطبة اهـ. ويؤيده حديث «من ترك الشبهات» الحديث.
- (٤) (كان كله حراماً) قطع به الشيرازي في المنتخب وقدمه أبو الخطاب في الانتصار، وسأل المروزي أحمد عن الذي يعامل بالربا أو يؤكل عنده أم لا؟ قال: لا، وفي الرعاية: ولا يؤكل مختلط بحرام بلا ضرورة.
- (٥) (في اليوم الثالث) لقوله عليه الصلاة والسلام «الوليمة أول يوم حق، والثاني معروف، والثالث رياء وسمعة» رواه أبو داود.
- (٦) (والتسامح فيه) لأن فيه بذلة ودناءة وشرهاً، لا سيما الحاكم لأنه ربما كان ذريعة للتهاون به وعدم المبالاة.

الإجابة^(١). ومن صومه واجب دعا وانصرف^(٢)، والمتنفل يفطر إن جبر^(٣) ولا يجب

- (١) كرهت الإجابة) لأن المطلوب إذلال أهل الذمة، وسائر الدعوات مباحة، غير عقيقة فتسن، وماتم فكره.
- (٢) دعا وانصرف) لحديث أبي هريرة يرفعه «إذا دعى أحدكم فليجب، فإن كان صائماً فليدع، وإن كان مفطراً فليطعم» رواه أبو داود.
- (٣) (إن جبر) قلب أخيه المسلم وأدخل عليه السرور، لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل اعتزل عن القوم ناحية وقال إني صائم «أخوكم وتكلف لكم، كل ثم صم يوماً مكانه إن شئت».

وإن دعاه ذمي كرهت الإجابة، وقيل يجوز من غير كراهة وهو أصح دليلاً^(١) وإن حضر وهو صائم تطوعاً وفي ترك الأكل كسر لقلب الداعي أفطر، وإلا كان تمام الصوم أولى من الفطر، قال الشيخ: وهو أعدل الأقوال: وإن دعاه اثنان أجاب أسبقهما بالقول، فإن استويا أجاب أدينيهما ثم أقربهما رحماً ثم جواراً^(٢) ثم يقرع. (فصل) وخرج أحمد من وليمة فيها آنية فضة، فقال الداعي: نحولها فأبى أن يرجع^(٣) ويحرم حضور دعوة فيها منكر لا يقدر على تغييره^(٤) وإن شاهد ستوراً معلقة فيها صور حيوان وأمكنه حطها أو قطع رأسها فعل وجلس، وإن لم يمكنه ذلك كره الجلوس، قال في الإنصاف: والمذهب لا يحرم اه^(٥). وإن علم بها قبل

- (١) (وهو أصح دليلاً) لأن النبي ﷺ دعاه يهودي إلى خبز شعير وإهالة سنخة فأجابه، ذكره أحمد في الزهد وقيل لأحمد: نجيب الذمي؟ قال، نعم.
- (٢) (ثم جواراً) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما باباً» فإن أقربهما باباً أقربهما جواراً.
- (٣) (فأبى أن يرجع) نقله حنبل، وروى نافع قال «كنت أسير مع ابن عمر، فسمع زمارة راع، فوضع إصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق، فلم يزل يقول: أسمع؟ حتى قلت: لا، فأخرج إصبعيه من أذنيه ثم رجع إلى الطريق، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع» رواه أبو داود والخلال. ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمير فإن تلك حال حاجة، لما في الخروج من المنزل من الضرر.
- (٤) (لا يقدر على تغييره) لحديث ابن عمر «سمعت رسول الله ﷺ يقول: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر» رواه أحمد، ورواه الترمذي من حديث جابر.
- (٥) (لا يحرم اه) لما روى «أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل =

الأكل. وإباحته متوقفة على صريح إذن أو قرينة^(١). وإن علم أن ثم منكرًا يقدر على

(١) (أو قرينة) ولو من بيت قريب أو صديق لم يجزه عنه، لحديث عمر «من دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً» رواه أبو داود.

الدخول كره الدخول، وإن كانت مبسوطة أو على وسادة فلا كراهة^(١) ويحرم تعليق ما فيه صورة حيوان وستر الجدر به وتصويره. فإن قطع رأس الصورة^(٢) أو صور رأساً بلا بدن أو قطع منها ما لا تبقى الحياة بعد ذهابه فهو كقطع الرأس^(٣) وإن كان الذاهب يبقى الحيوان بعده^(٤) حرم ويكره ستر حيطان بستور لا صورة فيها أو فيها صورة غير الحيوان إن كانت غير حرير نصاً^(٥). ولا يملك الطعام الذي يقدم إليه بل يملك بالأكل على ملك صاحبه بالإباحة، ويجوز للضيفان قسمه. وإن حلف أن لا يهبه فأضافه لم يحث. والدعاء إلى الوليمة وتقديم الطعام إذن فيه.

(فصل) في آداب الأكل. يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده ولو كان على وضوء^(٦) ولا يكره غسل يديه في الإناء الذي أكل فيه، ويكره بطعام وهو القوت ولو

= يستقسمان بالأزلام، فقال: قاتلهم الله، لقد علموا أنهما ما استقسما بهما قط» رواه أبو داود. وكون الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة لا يوجب تحريم دخوله كما لو كان فيه كلب، ولا يحرم علينا صحبة رقيقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم. (١) (فلا كراهة) لأن فيه إهانة لها، ولقول عائشة «رأيت رسول الله ﷺ متكئاً على نمرة فيها تصاوير» رواه ابن عبد البر.

(٢) (فإن قطع رأس الصورة) فلا كراهة، لقول ابن عباس «الصورة الرأس» أو جعل لها رأساً منفصلاً عن بدنها لأن ذلك لم يدخل في النهي.

(٣) (كقطع الرأس) كصدرها وبطنها، أو صورها بلا رأس أو بلا صدر أو بلا بطن.

(٤) (يبقى الحيوان بعده) كعين ويد ورجل.

(٥) (غير حرير نصاً) قال سالم بن عبدالله بن عمر «أعرست في عهد أبي، فدعا أبا أيوب فأقبل؛ فرأى البيت مستوراً فقال: يا عبدالله لم تسترون الجدار؟ إلى قوله ثم قال: لا أطعم لكم طعاماً ولا أدخل لكم بيتاً ثم خرج» رواه الأثرم. وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن فقال لا ينبغي لأن يكون شيء معلقاً فيه القرآن يستهان به ويتمسح به، وقال: إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس، وكره أن يشتري الثوب فيه ذكر الله يجلس عليه اهـ. قال أحمد: دعي حذيقة فخرج. وإنما رأى شيئاً من زى الأعاجم.

(٦) (ولو كان على وضوء) متقدماً به ربه ومتأخراً به. لقوله عليه الصلاة والسلام «من أحب أن =

تغييره حضر وغيره، وإلا أبي. وإن حضر ثم علم به أزاله، فإن دام لعجزه عنه

بدقيق حمص ونحوه، قال الشيخ الملح ليس بقوت، وإنما يصلح به القوت. ولا بأس
بنخالة لأنها ليست قوتاً، وإن دعت الحاجة إلى استعمال القوت مثل الدبغ بدقيق
الشعير والتطبيب للجرب باللبن والدقيق ونحو ذلك رخص فيه. ويسن أن يلعق أصابعه
قبل الغسل والمسح أو يلعقها غيره^(١) ولا يعرض الطعام بل يقدمه^(٢).

(فصل) وتسن التسمية على الطعام والشراب ويجهر بها^(٣) فليقل بسم الله، قال
الشيخ ولو زاد الرحمن الرحيم لكان حسناً، وأن يأكل بيمينه ومما يليه، ويكره
تركها^(٤) ولا يأكل ولا يشرب بشماله إلا من ضرورة^(٥) وإن جعل بيمينه خبزاً وبشماله
شيئاً يأتدم به وجعل يأكل من هذا وهذا كره لأنه أكل بشماله، فإن أكل أو شرب
بشماله أكل معه الشيطان، ويسمى الشارب عند ابتداء ويحمد عند كل قطع، وقد
يقال عند كل لقمة فعله أحمد وقال: أكل وحمد خير من أكل وصمت، ويسمى
عمن لا عقل له ولا تمييز، ويحمد الله جهراً إذا فرغ ويقول ما ورد، منه: الحمد لله
الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين^(٦) ويسن الدعاء لصاحب الطعام^(٧)، ويكره

= يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع، رواه ابن ماجه.

(١) (أو يلعقها غيره) لحديث كعب بن مالك «أن النبي ﷺ كان يأكل بثلاث أصابع ولا
يمسح يده حتى يلعقها» رواه الخلال بإسناده.

(٢) (بل يقدمه) لثلاث يستحيوا فلا يطلبوه.

(٣) (ويجهر بها) ندباً لئيبه غيره. لحديث عائشة مرفوعاً «إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله.
فإن نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل. بسم الله أوله وآخره». والشراب مثله. وظاهره
ولو بعد فراغه.

(٤) (ويكره تركها) لما روي عن عمر بن أبي سلمة قال «كنت يتيماً في حجر رسول الله
ﷺ، وكانت يدي تطيش في الصحيفة. فقال النبي ﷺ: يا غلام سم الله، وكل بيمينك
وكل مما يليك» متفق عليه.

(٥) (إلا من ضرورة) لحديث ابن عمر مرفوعاً «إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه. فإن الشيطان
يأكل بشماله ويشرب بشماله» متفق عليه.

(٦) (وجعلنا مسلمين) ومنه ما روى معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله ﷺ قال «من أكل
طعاماً فقال: الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه بغير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم
من ذنبه» رواه ابن ماجه.

(٧) (الدعاء لصاحب الطعام) ومنه «أفطر عندكم الصائمون، وأكل طعامكم الأبرار، وصلت =

انصرف، وإن علم به ولم يره ولم يسمعه خير^(١). وكره النثار والتقاطه، ومن أخذه أو
 (١) (خير) بين الجلوس والأكل والإنصراف لعدم وجوب الإنكار حينئذ.

الأكل من ذروة الطعام ومن وسطه بل من أسفله^(١) وكذا الكيل، ويكره نفخ الطعام
 والشراب^(٢) والتنفس في إنايهما وأكله حاراً إن لم يكن حاجة ومما يلي غيره^(٣) وإن
 كان يأكل وحده فلا بأس، وكره أحمد أن يتعمد القوم حين وضع الطعام فيفجأهم،
 وكذا أن يتبع الضيف من غير أن يدعى وهو الطفيلي. وفي الشرح: لا يجوز. وإن
 فجأهم بلا تعمد أكل نص عليه. وكره الخبز الكبار وقال: ليس فيه بركة^(٤) وكره أن
 يستبدل الخبز فلا يمسح يده ولا السكين به، ولا يضعه تحت القصة ولا
 المملحة^(٥) وينوي بأكله وشربه التقوى على الطاعة ندباً^(٦) ويبدأ الأكبر والأعلم
 وصاحب البيت، ويسن مسح الصحفة وأكل ما تناثر منه، والأكل بثلاث أصابع،
 ويكره بدونها وبما فوقها إن لم يكن حاجة، ولا بأس بالأكل بالملقعة^(٧).

- = عليكم الملائكة، رواه أبو داود.
- (١) (من أسفله) لما روى ابن عباس مرفوعاً «إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى
 الصحفة، ولكن ليأكل من أسفلها، فإن البركة تنزل من أعلاها» وحديث آخر «كلوا من
 جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها» رواهما ابن ماجه.
- (٢) (ويكره نفخ الطعام والشراب) ليبرد، قال الأمدى: لا يكره النفخ والطعام حار قال في
 الانصاف: وهو الصواب.
- (٣) (ومما يلي غيره) إن كان الطعام واحداً. فإن كان أنواعاً أو فاكهة فلا بأس، لحديث
 عكراش بن ذؤيب قال «أتى النبي ﷺ بجفنة كثيرة الشريد والودك، فأقبلنا نأكل، فنخبطت
 يدي في نواحيها فقال: يا عكراش، كل من موضع واحد. ثم أتينا بطبق فيه ألوان من
 الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال: يا عكراش: كل حيث شئت، فإنه غير
 لون واحد» رواه ابن ماجه.
- (٤) (ليس فيه بركة) وذكر معمر أن أبا أسامة قدم لهم طعاماً فكسر الخبز، قال أحمد: لثلا
 يعرفوا ما يأكلون.
- (٥) (ولا المملحة) أي آنية الملح، لأنه استبدال له.
- (٦) (ندباً) لحديث «إنما الأعمال بالنيات».
- (٧) (الأكل بالملقعة) وإن كان بدعة لأنها تعترها الأحكام الخمسة، وربما يؤخذ كراهتها من
 قول الإمام: أكره كل بدعة.

وقع في حجره فله^(١). ويسن إعلان النكاح والدف فيه للنساء^(٢).

- (١) (فله) قصد تملكه أو لا، لأنه حازه ومالكة قصد تمليكه لمن حازه.
(٢) (النساء) لقوله عليه الصلاة والسلام «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف» رواه النسائي وتحرم ملهاة سوى الدف، كمزمار وطنبور.

(فصل) ويكره القران في التمر ونحوه مما جرت العادة بتناوله أفراداً^(١) ولا بأس
بوضع الخل والبقول على المائدة، وأن يكون عنده ما يدفع به الغصة، ويكره أن
يغمس اللقمة التي أكل منها في المرققة، وأن يغمس اللقمة الدسمة في الخل^(٢) وأن
يأكل متكئاً أو مضطجعاً، ويكره أن يعيب الطعام وأن يحتقره، ولا بأس بمدحه^(٣)
ويستحب أن يجلس على رجله اليسرى وينصب اليمنى أو يتربع، وجعله بعضهم من
الإتكاء. قال ابن الجوزي: ولا يشرب الماء في أثناء الطعام فإنه أجود في الطب^(٤)،
ويشرب الماء مصاً مقطعاً ثلاثاً^(٥)، ويتنفس خارج الإناء، ويكره أن يشرب من في
السقاء وثلمة الإناء؛ ولا يكره الشرب قائماً وشربه قاعداً أكمل، وظاهر كلامهم لا
يكره أكله قائماً، وإذا شرب ناوله الأيمن^(٦) ويبدأ في ذلك بأفضلهم ثم بمن على
اليمين، ويؤثر على نفسه، ويفض نظره عن جليسه، قال أحمد: يأكل بالسرور مع
الإخوان، وبالإيثار مع الفقراء، وبالمرورة مع أبناء الدنيا. زاد في الرعاية الكبرى
والآداب: ومع العلماء بالتعلم، ويخلل أسنانه^(٧) ويكره أن يتلعه، وإن قلعه بلسانه لم
يكره ابتلاعه. ولا يلقم جليسه. ولا يفسح لغيره إلا أن يأذن رب الطعام. وفي معنى
ذلك تقديم بعض الضيفان ما لديه. قال في الفروع: وما جرت العادة به كإطعام

- (١) (بتناوله أفراداً) أو فعل ما يستقذر من بصاق ونحوه.
(٢) (في الخل) قلت فإن أحب الكل فلا بأس كما لو كان وحده.
(٣) (ولا بأس بمدحه) لقول أبي هريرة «أن النبي ﷺ ما عاب طعاماً قط، إذا اشتهى شيئاً
أكله، وإن لم يشتهه تركه» متفق عليه.
(٤) (أجود في الطب) إلا إذا كان له عادة. قال بعض العلماء: إلا إذا صدق عطشه.
(٥) (مقطعاً ثلاثاً) لقوله عليه الصلاة والسلام «مصوا الماء مصاً، ولا تعبهو تعباً».
(٦) (ناول الأيمن) ويتوجه أن يستأذنه في تناوله الأكبر، فإن لم يأذن ناوله له.
(٧) (ويخلل أسنانه) من الطعام، وروي «تخللوا من الطعام فإنه ليس شيء أشد على الملك
الذي على العبد أن يجد من أحدكم ربح الطعام» قال الأطباء: وهو نافع أيضاً للثة ومن
تغير النكهة.

باب عشرة النساء^(١)

(١) (عشرة النساء) بكسر العين: الاجتماع، يقال لكل جماعة عشرة ومعشر، وهي هنا ما يكون بين الزوجين.

سائل وسنور ونحوه وتلقيم غيره. وتقديم بعض الضيفان يحتمل وجهين وجوازه أظهر لحديث أنس في الدباء^(١) ولا يكره قطع اللحم بالسكين والنهي عنه لا يصح، قاله أحمد. ولا بأس بالنهد. وأن يتصدق منه بعضهم^(٢) وعلى هذا يتوجه صدقة أحد الشريكين بما يسامح به عادة وعرفاً. والسنة أن يكون البطن أثلاثاً^(٣) ويجوز أكله أكثر بحيث لا يؤذيه ويكره إدمان اللحم وتقليل الطعام بحيث يضره. وليس من السنة ترك أكل الطيبات. ولا بأس بالجمع بين طعامين من غير خلط^(٤) ومن أذهب طيباته في حياته الدنيا واستمتع بها نقصت درجاته في الآخرة^(٥) ولا تصنع بانقباض ويتكلف الانبساط. ويستحب الأكل مع الزوجة والولد^(٦) ويسن لمن أكل مع جماعة أن لا يرفع يده قبلهم حتى يكتفوا^(٧).

(١) (لحديث أنس في الدباء) وهو عن أنس قال: «دعا رسول الله ﷺ رجل فانطلقت معه فجيء بمرقة فيها دباء، فجعل رسول الله ﷺ يأكل من ذلك الدباء ويعجبه، قال: فلما رأيت ذلك جعلت ألقيه إليه ولا أطعمه» وفي لفظ: «فرايته يتبع الدباء من حوالي الصحفة، فلم أزل أحب الدباء منذ يومئذ».

(٢) (وأن يتصدق منه بعضهم) قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس، لم يزل الناس يفعلون ذلك.

(٣) (أثلاثاً) لقوله عليه الصلاة والسلام «بحسب ابن آدم لقيمات يقمن صلبه. فإن كان لأبٍ فثلث لطعامه وثلث لشرايه، وثلث لنفسه».

(٤) (من غير خلط) لحديث عبد الله بن جعفر قال: «رأيت رسول الله ﷺ يأكل القثاء بالرطب».

(٥) (نقصت درجاته في الآخرة) للأحاديث الصحيحة، وقال أحمد: يؤجر في ترك الشهوات. ومراده ما لم يخالف. قال الشيخ: من امتنع من الطيبات بلا سبب شرعي فمبتدع.

(٦) (الأكل مع الزوجة والولد) ولو طفلاً، أو المملوك، وأن تكثر الأيدي على الطعام ولو من أهله وولده.

(٧) (حتى يكتفوا) لثلاث يخلجهم، قال الشيخ عبدالقادر: إلا أن يعلم منهم الإنبساط.

يلزم للزوجين العشرة بالمعروف^(١). ويحرم مظل كل واحد بما يلزمه للآخر والتكره

(١) (بالمعروف) لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾، وينبغي إمساكها مع كراهته لها لقوله ﴿فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً﴾ قال ابن عباس: ربما رزق منها ولداً فجعل الله فيه خيراً كثيراً.

(فصل) ويستحب أن يياسط الإخوان بالحديث الطيب والحكايات التي تليق بالحال إذا كانوا منقبضين، ويقدم ما حضر من الطعام من غير تكلف، ولا يحتقره لأنه نعمة من الله وإن قل. وإذا كان الطعام قليلاً والضيوف كثيرة فالأولى ترك الدعوة^(١)، ويسن أن يخص بدعوته الأتقياء والصالحين^(٢) ولا خير فيمن لا يضيف كما في الخبر، ومن التكلف أن يقدم جميع ما عنده^(٣) قال الشيخ: إذا دعى إلى أكل دخل بيته فأكل ما يكسر نهمته قبل ذهابه اهـ. ولا يجمع بين النوى والتمر في طبق واحد^(٤) ولرب الطعام أن يخص الضيفان بشيء طيب إذا لم يتأذ غيره^(٥) ويستحب للضيف أن يفضل شيئاً^(٦)، ويكره أن يأكل ما انتفخ من الخبز ووجهه ويترك الباقي^(٧) وظاهر كلامهم لا يكره غسل اليد بالطيب، ولا بأس بالنخالة والملح^(٨)، ومن أكل طعاماً فليقل: اللهم بارك لنا فيه وأطعمنا خيراً منه، وإذا شرب لبناً قال: اللهم بارك فيه وزدنا منه، وإذا وقع الذباب ونحوه في طعام أو شراب سن

(١) (فالأولى ترك الدعوة) قال بعض العلماء: هذا محمول على من كان واجداً للزيادة وتركها، أما الذي لا يجد إلا ما قدمه فلا ينبغي الترك.

(٢) (الأتقياء والصالحين) لئناله بركتهم، ولأنهم يتقون به على طاعة الله، بخلاف ضدهم.

(٣) (جميع ما عنده) قال عليه الصلاة والسلام «لا تكلفوا للضيف فتبغضوه فإن من أبغض الضيف فقد أبغض الله، ومن أبغض الله أبغضه الله».

(٤) (في طبق واحد) ولا يجمعه في كفه، وكل ما فيه ثفل، والثفل بضم التاء وسكون الفاء.

(٥) (إذا لم يتأذ غيره) لأن له أن يتصرف في ماله كيف شاء.

(٦) (أن يفضل شيئاً) والأولى النظر في قرائن الحال، فإن دلت قرينة على بقاء شيء أبقاه، وإلا مسح الإناء لأنها تستغفر للاعقها.

(٧) (ويترك الباقي) لأنه كبير، ولا يقترح طعاماً بعينه، وأن خير اختار الأيسر.

(٨) (بالنخالة والملح) واستدل الخطابي بقوله للمرأة «اجعلي مع الماء ملحاً» في غسل الحويض، ويغسل يديه عند النوم خشية اللمم.

لبذله، وإذا تم العقد لزم تسليم الحرة التي يوطأ مثلها في بيت الزوج إن طلبه ولم

غمسه كله ثم ليطرحة^(١)، وفي الثريد فضل على غيره من الطعام^(٢) وإذا ثرد غطاه حتى يذهب فوره فإنه أعظم للبركة، ولا يقوم عن الطعام حتى يرفع وإن أكل تمرًا عتيقًا فتشه وأخرج سوسه. ومن السنة أن يخرج مع ضيفه إلى باب الدار، ويحسن أن يأخذ بركابه^(٣) ولا بأس بالغزل في العرس^(٤) وغسل الفم بعد الطعام مستحب، ويسن أن يتمضمض من شرب اللبن، ويكره أكل الثوم والبصل وماله رائحة كريهة.

باب عشرة النساء والقسم والنشوز

وهي ما يكون بين الزوجين من الألفة والانضمام. يلزم الزوجين الصحبة الجميلة وكف الأذى^(٥) وحقه عليها أعظم من حقها عليه^(٦) ويسن تحسين الخلق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه^(٧) وقال ابن الجوزي: معاشرة المرأة التلطف مع إقامة الهيئة^(٨) ولا يكتر الهبة لها، ويجب تسليم الحرة بعد العقد والطلب، لكن إن خافت على

(١) ليطرحه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا وقع الذباب في شراب أحدكم أو قال طعام أحدكم — إلى — فإن في أحد جناحيه داء وفي الآخر شفاء، وإنه يتقى بالداء».

(٢) فضل على غيره من الطعام) لحديث «فضل الثريد على الطعام كفضل عائشة على النساء».

(٣) أن يأخذ بركابه) وروى مرفوعاً «من أخذ بركاب من لا يرجوه ولا يخافه غفر له».

(٤) الغزل في العرس) لقوله عليه الصلاة والسلام «لأنصار «أتيناكم آتيناكم فحيونا نحييكم. ولولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم» إلى آخره. لا على ما يصنعه الناس اليوم.

(٥) وكف الأذى) لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ قال أبو زيد: تتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيكم. قال ابن عباس: أحب أن أتزين لها كما أحب أن تتزين لي، لأن الله يقول: ﴿ولهن مثل الذي عليهن﴾.

(٦) أعظم من حقها عليه) لقوله تعالى: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾ وقال ﷺ «لو كنت امرأةً أهدأ أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن. لما جعل الله لهم عليهن من الحق» رواه أبو داود.

(٧) واحتمال أذاه) لقوله عليه الصلاة والسلام «إن المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة» الحديث وقال «خياركم خياركم لنسائه».

(٨) مع إقامة الهيئة) لئلا تسقط حرمة عندها، وينبغي أن لا يفشى لها سرًا يخاف إذاعته. وليكن غيوراً من غير إفراط.

تشرط دارها أو بلدتها^(١)، وإذا استتمهل أحدهما أمهل العادة وجوباً، لا لعمل

(١) (دارها أو بلدتها) فيعمل بالشرط، ولا يلزم ابتداء تسليم محرمة ومريضة وصغيرة وحائض، ولو قال لا أطأ فيه خيراً كثيراً.

نفسها الإفضاء من عظمه فلها منعه من جماعها وعليها النفقة، وإن أنكر أن الوطاء يؤذيها لزمتهما البينة، ويقبل قول امرأة ثقة في ضيق فرجها وعبالة ذكره، وللمرأة أن تنظرهما وقت اجتماعهما للحاجة، ولا يلزم ابتداء تسليم مع ما يمنع الاستمتاع بالكلية^(١) وله السفر بلا إذنها وبها، إلا أن يكون مخوفاً أو اشترطت ضده، وليس لزواج الأمة ولا لسيدها السفر بها بغير إذن الآخر، وللزوج الاستمتاع بزوجه كل وقت على أي صفة كانت إذا كان في القبل^(٢) فإن زاد عليها في الجماع صلح على شيء منه^(٣) ولا يجوز لها تطوع بصلاة ولا صوم وهو شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه ويحرم وطؤها في الدبر فإن فعل عزز^(٤) فإن تطاوعا أو أكرهها عليه ونهى عنه فلم ينته فرق بينهما^(٥) ولها لمس ذكره وتقبيله ولو بشهوة، وقال القاضي: يجوز تقبيل فرج المرأة قبل الجماع ويكره بعده، ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها^(٦) ولا عن الأمة إلا بإذن سيدها^(٧) وتمنع من أكل ماله رائحة كريهة، وكذا تناول ما

(١) (الاستمتاع بالكلية) ويرجى زواله كإحرام ومرض وصغر وحيض، ولو قال لا أطأ.

(٢) (إذا كان في القبل) ولو على التنور أو على قتب كما رواه أحمد وغيره.

(٣) (صلح على شيء منه) أي الجماع، قال القاضي لأنه غير مقدر فرجع فيه إلى اجتهاد الإمام، قال الشيخ: فإن تنازعا فينبغي أن يفرضه الحاكم كالنفقة، وجعل عبدالله بن الزبير أربعاً بالليل وأربعاً بالنهار.

(٤) (فإن فعل عزز) لإرتكابه معصية لاحت فيها ولا كفارة.

(٥) (فرق بينهما) قال الشيخ: كما يفرق بين الرجل وبين من يفجر به من رقيقه.

(٦) (إلا بإذنها) روي عن ابن عمر قال «نهى النبي ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها» رواه أحمد وابن ماجه، ومعنى العزل أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارج الفرج.

(٧) (إلا بإذن سيدها) العزل مكروه، رويت كراهته عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود، لأنه فيه قطع اللذة عن الموطوءة وتقليل النسل، إلا لحاجة كأمة يخشى الرق على ولده أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها، فقد روي عن علي أنه كان يعزل عن إمانه.

ورويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وا بن عباس والحسن بن علي وخباب بن الأرت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي =

جهاز^(١). ويجب تسليم الأمة ليلاً فقط^(٢). ويباشرها مالم يضر بها أو يشغلها عن

- (١) (لا لعمل جهاز) وقد قال عليه السلام «لا تطرقوا النساء ليلاً حتى تمتشط شعته وتستحد المغيبة» فمنع من الطروق وأمر بامهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبتها له فههنا أولى.
- (٢) (ليلاً فقط) هذا المذهب مع الإطلاق، لأنه زمان الإستماع للزوج، وللسيد استخدامها نهاراً لأنه زمنه.

يمرضها، ولا تجب النية ولا التسمية في غسل الذمية ولا تتعد به لو أسلمت، وتمنع من دخول كنيسة وبيعة وتناول محرم^(١) ولا تكره الذمية على الوطاء في صومها نصاً وكذا إفساد صلاتها وسبتها، ولا يشتري لها زناً بل تشتري لنفسها.

(فصل) وإن أبي المبيت ليلة من أربع إن كانت حرة، أو سبع إن كانت أمة، فرق بينهما بطلبها^(٢) ويكره أن يبيت وحده، قال أحمد: لا يبيت وحده^(٣) ولم يوجب الشافعي قسم الابتداء وكذا لم يوجب الوطاء، وأوجب مالك الوطاء، وقال أحمد في رجل يقول أدخل بها غداً إلى شهر هل يجبر على الدخول؟ قال: أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما^(٤)، وقال الشيخ أيضاً إن تعذر الوطاء لعجزه فهو كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره إجماعاً في الإيلاء^(٥) وقال الشيخ أيضاً: خرج ابن عقيل أن لها الفسخ في الغيبة المضرة بها ولو لم يكن مفقوداً^(٦)، ولو سافر عنها لعذر

= ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، لما روى أبو سعيد قال «ذكر — يعنى العزل — عند رسول الله عليه السلام قال: فلم يفعل أحدكم» ولم يقل فلا يفعل «فإنه ليس نفس مخلوقة إلا الله خالقها» متفق عليه. وفي رواية: «اصنعوا ما بدالكم فما قضى الله فهو كائن، وليس من كل الماء يكون الولد». رواه أحمد.

- (١) (وتناول محرم) فلا تشرب ما يسكرها، وكذا مسلمة تعتقد إباحة شرب النبيذ.
- (٢) (فرق بينهما بطلبها) وهو من المفردات وبه قال الثوري وأبو ثور، لما روى كعب. زاد.
- (٣) (لا يبيت وحده) إلا أن يضطر، وعن أبي هريرة مرفوعاً «لعن راكب الفلاة وحده، والبائت وحده» رواه أحمد، وفيه طيب بن محمد.
- (٤) (وإلا فرق بينهما) فجعله أحمد كالمولى، قال أبو جعفر هذه الرواية فيها نظر، لأنه لو ضربت له المدة لذلك لم يكن للإيلاء أثر، ولا خلاف في اعتباره.
- (٥) (في الإيلاء) وقاله أبو يعلى الصغير ذكره في المبدع، والفرق أنها لا تبقى بدون النفقة بخلاف الوطاء.
- (٦) (ولو لم يكن مفقوداً) كما لو كوتب فلم يحضر بلا عذر.

فرض. وله السفر بالحره مالم تشترط ضده^(١)، ويحرم وطؤها في الحيض^(٢) والدبر^(٣) وله إجبارها على غسل حيض ونجاسة، وأخذ ما تعافه النفس من شعر وغيره، ولا

- (١) (ما لم تشترط ضده) أن لا يسافر بها فيوفي لها بالشروط وإلا فلها الفسخ.
(٢) (ويحرم وطؤها في الحيض) لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَرَلُوا نِسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ الآية.
(٣) (والدبر) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم، لما روى أبو هريرة مرفوعاً «لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه.

أو حاجة سقط حقها من الفسخ والوطء وإن طال سفره، بدليل أنه لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقتها أو وجد له مال ينفق عليها منه، وإن كان في حج أو غزو واجبين أو طلب رزق يحتاج إليه نصاً فلا يلزمه القدوم، وإن غاب غيبة ظاهرها السلامة ولم يعلم خبره وتضررت زوجته بترك النكاح مع وجود النفقة عليها لم يفسخ نكاحها^(١) ويسن أن يقول عند الوطء: بسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا^(٢) وأن يلاعها قبل الجماع لتنهض شهوتها^(٣) وأن يغطي رأسه عند الجماع وعند الخلاء^(٤) ويكره وهما متجردان^(٥) ويكره أن يقبلها أو يباشرها عند الناس، وله الجمع بين نسائه وإمائه بغسل واحد، ويسن أن يتوضأ لمعاودة الوطء^(٦)

- (١) (لم يفسخ نكاحها) لتضررها بترك الوطء لأنه يمكن أن يكون له عذر، وذلك كتاجر وأسير عند من ليست عاداتهم القتل ولم تعلم حياته وموته.
(٢) (ما رزقنا) قال ابن نصر الله وت قوله المرأة، وروى ابن أبي شيبه عن ابن مسعود مرفوعاً قال: إذا أنزل يقول «اللهم لا تجعل للشيطان فيما رزقنا نصيباً» قال في الإنصاف: فيستحب أن يقول ذلك عند الإنزال.
(٢) (لتنهض شهوتها) فتال من لذة الجماع مثل ما يناله، وروي عن عمر بن عبدالعزيز عن النبي ﷺ بمعناه. زاد.
(٤) (وعند الخلاء) لحديث عائشة قالت «كان رسول الله ﷺ إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه».
(٥) (ويكره وهما متجردان) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر، ولا يتجردان تجرد العيرين» رواه ابن ماجه.
(٦) (لمعاودة الوطء) لما روى مسلم عن أبي سعيد مرفوعاً «إذا أراد أن يعود فليتوضأ بينهما وضوءاً».

تجبر الذميمة على غسل الجنابة^(١).

(١) (على غسل الجنابة) في رواية، والصحيح من المذهب له إجبارها عليه كما في الإنصاف وغيره.

والغسل أفضل^(١) وليس عليها خدمة زوجها في عجن وخبز وطحن ونحوه نصاً^(٢) وأوجب الشيخ المعروف من مثلها لمثله وفاقاً للمالكية^(٣)، وأما خدمة نفسها في ذلك فعليها، ألا أن يكون مثلها لا تخدم نفسها، فإن أجرت نفسها ثم تزوجت صح العقد ولم يملك فسخ الإجارة. وله الاستمتاع بها إذا نام الصبي أو اشتغل، وإن رضيتا كونهما في مسكن واحد أو نومه بينهما في لحاف واحد جاز، وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة منهما في بيت جاز إذا كان مسكن مثلها، وكذا السرية مع زوجة إلا برضا الزوجة، وله منعها من الخروج من منزلها إلى مالها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما^(٤) ويحرم عليها الخروج بلا إذنه إذا قام بحوائجها^(٥) ولا يملك منعها من كلام أبويها ولا منعها من زيارتها، ولا يلزمها طاعة أبويها في فراقه.

(١) (والغسل أفضل) لحديث رافع «أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل واحدة منهن غسلًا، فقلت يا رسول الله لو جعلته غسلًا واحداً، قال: هذا أزكى وأطيب وأظهر» رواه أحمد وأبو داود، وقد «طاف عليهن في ليلة بغسل واحد» رواه أحمد والنسائي.

(٢) (نصاً) لأن المعقود عليه منفعة البضع فلا يملك غيره من منافعها.

(٣) (وفاقاً للمالكية) وقال أبو بكر بن شيبه وأبو اسحق الجوزجاني واحتجا بقضية علي وفاطمة فإن النبي ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجاً من البيت من عمل رواه الجوزجاني من طرق، وقد قال عليه الصلاة والسلام «لو كنت أمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل ذلك» رواه بإسناده قال: فهذا طاعة فيما لا منفعة فيه، فكيف بمؤنة معاشه؟ قال في الإنصاف: والصواب أن يرجع إلى عرف البلد.

(٤) (أو عيادتهما) قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعته أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها.

(٥) (إذا قام بحوائجها) وإلا فلا بد لها، ومتى كان خروجها مظنة الفاحشه صار حقاً لله يجب على ولي الأمر رعايته.

(فصل) ويلزمه أن يبيت عند الحرة ليلة من أربع^(١)، وينفرد إن أراد في الباقي، ويلزمه

(١) (ليلة من أربع) ليال إذا طلبت، وبه قال الثوري وأبو ثور، لما روى سعيد وغيره « أن كعب ابن سوار قضى في المرأة التي جاءت تشكو زوجها أنه مشتغل بالعبادة عنها فقال: أي كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن، فأقضى له ثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيها، ولها يوم وليلة، فقال عمر: نعم القاضي أنت. وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً، يؤيده قوله ﷺ لعبد الله بن عمرو «ولزوجك عليك حق» متفق عليه.

(فصل) في القسم: وهو توزيع الزمان على زوجاته^(١) ليلة وليلة إلا أن يرضين

بزيادة، فإن تعذر عليه المقام عندها لعذر أو غيره قضاه لها، وليس له البداءة بأحدهن ولا السفر بها إلا بقرعة أو رضاهن^(٢) فإن شق على المريض القسم استأذن أزواجه أن يكون عند إحداهن^(٣) فإن لم يأذن له أقام عند إحداهن بقرعة أو اعتزلهن جميعاً إن أحب، ولا يجب عليه التسوية بينهن في الوطاء ودواعيه^(٤) ولا في نفقة وشهوات أو كسوة إذا قام بالواجب^(٥) ويحرم دخوله نهاراً إلى غيرها إلا لحاجة^(٦) ويجوز أن يقضي ليلة صيف عن ليلة شتاء وأول الليل عن آخره وعكسه. والأولى أن يكون لكل واحدة من نسائه مسكن يأتيها فيه^(٧) فإن كانت امرأتان في

(١) (على زوجاته) إن كن اثنتين فأكثر، وعن عائشة «كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما لا أملك، رواه أبو داود.

(٢) (ورضاه) لأنه عليه الصلاة والسلام «كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فمن خرج سهمها خرج بها» متفق عليه.

(٣) (عند إحداهن لأنه عليه الصلاة والسلام «استأذن نساءه أن يكون عند عائشة فأذن له» رواه أبو داود.

(٤) (في الوطاء ودواعيه) لأن طريق ذلك الشهوة والميل، وهذا مذهب الشافعي، وإن أمكنه التسوية كان أولى.

(٥) (إذ قام بالواجب) وإن فعله كان أحسن وأولى، لأن النبي ﷺ كان يسوي بين زوجاته في القبلة.

(٦) (إلا لحاجة) قال في المغنى والشرح: كدفع نفقة وعبادة، فلو قبل أو باشر أو نحوه لم يقض، لقول عائشة «كان رسول الله ﷺ يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع» والأولى القضاء.

(٧) (مسكن يأتيها فيه) لفعله عليه الصلاة والسلام، فإن اتخذ لنفسه مسكناً يدعو إليه كل واحدة في ليلتها جاز.

من
الكتاب
الأول

الوطء إن قدر كل ثلث سنة مرة^(١)؛ وإن سافر فوق نصفها وطلبت قدومه وقدر لزمه^(٢) فإن أبي أحدهما فرق بينهما بطلبها^(٣). وتسن التسمية عند الوطء وقول

هو
من
الكتاب
الأول

(١) (كل ثلث سنة مرة) الوطء واجب وبه قال مالك والقاضي، إلا أن يتركه للإضرار. وقال الشافعي لا يجب لأنه حق له. ولنا ما تقدم. إذا ثبت هذا فيجب في كل أربعة أشهر مرة، أن الله قدره بأربعة أشهر في حق المولى فكذلك في حق غيره، واختار الشيخ وجوب الوطء بقدر كفايتها ما لم ينهك بدنه أو يشغله عن معيشته من غير تقدير بمدّة.

(٢) (لزمه) إن لم يكن عذر كحج وجهاد وكسب وغيره.

(٣) (بينهما بطلبها) وهذا من مفردات المذهب، وعنه لا يفرق بينهما بذلك وهو قول الفقهاء، وظاهره أنها إذا طلبت قدومه من السفر بعد ستة أشهر أن لها الفسخ، سواء قلنا الوطء واجب أم لا، قال في الإنصاف: وهو الصواب.

من
الكتاب
الثاني

بلدين فعليه العدل بينهما، فإن قسم في بلديها جعل المدّة بحسب ما يمكن^(١) ولو كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشرًا، فإن نشرت إحداهن وظلم واحدة ولم يقسم لها وأقام عند الاثنتين ثلاثين ليلة ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة قسم لها ثلاثًا وللناشز ليلة خمسة أدوار^(٢).

(فصل) وإن أراد النقلة من بلد إلى البلد بنسائه فأمكن استصحاب الكل في سفره فعل، ولا يجوز له إفراد إحداهن بغير قرعة^(٣) فإن انفرد بإحداهن بقرعة فإذا وصل البلد الذي انتقل إليه فأقامت معه قضى للباقيات كونها معه في البلد خاصة ولا يجوز هبته قسمها بمال^(٤) فإن كان عوضها غير المال كإرضاء زوجها عنها أو غيره جاز^(٥) وقال الشيخ: قياس المذهب جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من

هو
من
الكتاب
الثاني

(١) (بحسب ما يمكن) الشهر والشهر أو أكثر أو أقل على حسب تفاوت البلدين وبعدهما، لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

(٢) (خمس أدوار) ليكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمس ليال لأنها واحدة من أربع فيكون لها ربع الزمان، والأولى والثانية قد استوفتا مدتهما.

(٣) (بغير قرعة) فإن فعل قضى للباقيات.

(٤) (قسمها بمال) فإن أخذت عليه مالا لزمها رده، وعليه أن يقضى لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها.

(٥) (جاز) لأن عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفيّة فأخذت يومها وأخبرت رسول الله ﷺ فلم ينكره.

الوارد^(١). ويكره كثرة الكلام^(٢)، والنزع قبل فراغها^(٣)، والوطء بمرأى أحد، والتحدث به، ويحرم جمع زوجتيه في مسكن واحد بغير رضاهما^(٤)، وله منعها من الخروج من

(١) (وقول الوارد) لحديث ابن عباس مرفوعاً «لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال: بسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا، فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً» متفق عليه.

(٢) (ويكره كثرة الكلام) حالته لقوله عليه السلام «لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفة».

(٣) (والنزع قبل فراغها) وروى عن عمر بن عبد العزيز عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يواقعها إلا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاه، لا يسبقها بالفراغ».

(٤) (بغير رضاهما) هذا المذهب، لأن عليهما ضرراً في ذلك لما بينهما من الغيرة، وسواء كان المنزل صغيراً أو كبيراً.

القسم وغيره، ووقع في كلام القاضي ما يقتضي جواز^(١) ولها هبة ذلك ونفقتها وغيرهما لزوجها ليمسكها، ولها الرجوع في المستقبل، قال في الهدي: يلزم ذلك ولا مطالبة لأنها معاوضة كما صالح عليه من الحقوق. والأموال^(٢) ولا يجوز نقل ليلة الواهبة لثلي ليلة الموهوبة^(٣) وإن تزوج امرأتين فزفتا إليه في ليلة واحدة كره له ذلك ويقدم أسبقهما دخولاً ثم يعود إلى الثانية. وإن أراد السفر فخرجت القرعة لإحداهن سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر، فإذا قدم وفي الأخرى حقها^(٤) وإذا طلق إحدى نسائه في ليلتها أتم، فإن تزوجها بعد قضاها. وإذا كان له امرأتان فبات عند إحداها ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها ثم يبيت عند المظلومة ثم نصف ليلة للجديدة. واختار الموفق والشارح بل ليلة كاملة لأنه

(١) (ما يقتضي جوازه) كأخذ العوض عن العقود وفي الخلع.

(٢) (من الحقوق والأموال) لما فيه من العداوة، ومن علامة المنافق إذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، كذا قال.

(٣) (ليلة الموهوبة) على الصحيح من المذهب، وقيل له ذلك واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

(٤) (وفي الأخرى حقها) والوجه الثاني لا يقضيه لثلا يكون تفضيلاً لها على التي سافر بها، لأنه لا يحصل للمسافرين من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلاً، ويحتمل أن في المسألة وجهاً ثالثاً وهو أن يستأنف حق العقد لكل واحدة منهما ولا يحسب على المسافرة بمدة سفرها.

منزله^(١)، ويستحب إذنه أن تمرض محرماً وتشهد جنازته^(٢)، وله منعها من إجارة نفسها ومن إرضاع ولدها من غيره إلا لضرورته^(٣).

- مواهب
الكتاب
الأول
- (١) (من منزله) ولو لزيارة أبيها أو عيادتهما، ويحرم عليها الخروج بلا إذنه لغير ضرورة.
 - (٢) (وتشهد جنازته) لما في ذلك من صلة الرحم، ومنعها منه ربما حملها على مخالفته.
 - (٣) (إلا لضرورته) بأن لم يقبل ثدي غيرها فليس له منعها إذن لما فيه من إهلاك نفس معصومة.

حرج^(١) ثم يتدي.

مواهب
الكتاب
الثاني

(فصل) في النشوز^(٢) فإن رجعت الناشز إلى الطاعة والأدب حرم الهجر والضرب، وإن أصرت ولم ترتدع فله أن يضربها غير شديد، فإن تلفت من ذلك فلا ضمان عليه، ويمنع منها من علم بمنعه حقها حتى يؤديه ويحسن عشرتها^(٣) ولا يسأل أحد لم ضربها ولا أبوها^(٤) وله تأديبها على ترك فرائض الله تعالى نصاً^(٥) فإن ادعى كل منهما ظلم صاحبه أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة يشرف عليهما ويكشف حالهما^(٦) فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة وبلغا إلى المشاتمة بعث الحاكم حكيمين^(٧) والأولى أن يكونا من أهلها برضاها وتوكيلهما فيكشفان عن حالهما

- مواهب
الكتاب
الثاني
- (١) (لأنه حرج) وربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه، وله الخروج في نهار القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس.
 - (٢) (النشوز) من النشز وهو ما ارتفع من الأرض، فكأنها ارتفعت وتعال عما فرض عليها من المعاشرة بالمعروف.
 - (٣) (ويحسن عشرتها) نقل ابن منصور: حسن الخلق أن لا تغضب ولا تحقد، وقال أحمد: العافية عشرة أجزاء كلها في التغافل.
 - (٤) (ولا أبوها) لما روى أبو داود عن الأشعث عن عمر أنه قال «يا أشعث احفظ مني شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ: لا تسألن رجلاً فيم ضرب امرأته، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحيا وإن أخبر بغيره كذب.
 - (٥) (نصاً) كالصلاة والصوم الواجبين، فإن لم تصل فقال أحمد أخشى أن لا يحل للرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من الجنابة ولا تتعلم القرآن ولا يؤديها في حادث يتعلق بحق الله تعالى كسحاق.
 - (٦) (ويكشف حالهما) من خيرة باطنة ويكون الإسكان المذكور قبل بعث الحكيمين.
 - (٧) (حكيمين) حريين مسلمين ذكريين عدلين مكلفين فقيهين عالمين بالجمع والتفريق.

(فصل) وعليه أن يساوي بين زوجاته في القسم^(١) لا في الوطاء^(٢)، وعماد الليل لمن معاشه النهار والعكس بالعكس^(٣). ويقسم لحائض ونفساء ومريضة ومعينة ومجنونة مأمونة وغيرها. وإن سافرت بلا إذنه أو بإذنه في حاجتها أو أبت السفر أو المبيت عنده في فراشه فلا قسم لها ولا نفقة^(٤). ومن وهبت قسمها لضررتها بإذنه أو له فجعله لأخرى جاز، فإن رجعت قسم لها مستقبلاً^(٥)، ولا قسم لإمائه^(٦) ولا أمهات أولاده، بل يطأ من شاء متى شاء، وإن تزوج بكرة أقام عندها سبعا^(٧) ثم دار، وثيباً ثلاثاً، وإن أحببت سبعاً فعل وقضى مثلهن للبوقي.

(١) (في القسم) وهذا بالإجماع، لقوله تعالى: ﴿وعاشرهن بالمعروف﴾ وليس مع الميل معروف. روى أبو هريرة مرفوعاً «من كان له امرأتان فمال إلى إحدهن جاء يوم القيامة وشقه مائل» رواه أحمد والدارقطني وأبو داود والترمذي.

(٢) (لا في الوطاء) لا نعلم فيه خلافاً، لأن الوطاء طريقه الشهوة، ولا سبيل إلى التسوية بينهما في ذلك.

(٣) (والعكس بالعكس) فمن معيشتها بليل كحارس يقسم بين نسائه بالنهار، ويكون النهار في حقه كالليل في حق غيره.

(٤) (فلا قسم لها ولا نفقة) لأنها عاصية، ويحرم أن يدخل إلى غير ذات ليلة فيها لضرورة وفي نهارها إلا لحاجة.

(٥) (قسم لها مستقبلاً) لأنه حقه يتجدد شيئاً فشيئاً، لأنها هبة لم تقبض فصح الرجوع فيها. وقاله في الهدى. زوائد.

(٦) (ولا قسم لإمائه إلى آخره) وقد كان للنبي ﷺ مارية وريحانة فلم يكن يقسم لهما. وعليه أن لا يعضلن إن لم يرد استمتاعاً بهن.

(٧) (أقام عندها سبعاً) هذا المذهب. روي عن أنس وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر. لما روي أبو قلابة عن أنس «من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً. وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم» قال أبو قلابة: =

ويفعلان ما يريانه من جمع أو تفريق^(١) وينبغي أن ينوي الإصلاح فإن امتنعا من التوكيل

(١) (من جمع أو تفريق) بطلاق أو خلع، ولا يملكان التفريق إلا بإذنهما، وبه قال عطاء وأحد قولي الشافعي، وعن أحمد أن الزوج إن وكل في الطلاق بعوض أو غيره ووكلت المرأة في بذل العوض برضاها وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك، روي عن علي وابن عباس وجماعة ومالك، واختاره ابن هبيرة والشيخ.

(فصل) النشوز: معصيتها إياه فيما يجب عليها، فإذا ظهر منها أمارته بأن لا تجيب إلى الاستمتاع أو تجيبه متبرمة أو متكرهة وعظها، فإن أصرت هجرها في المضجع ما شاء^(١) وفي الكلام ثلاثة أيام^(٢)، فإن أصرت ضربها غير مبرح^(٣).

باب الخلع^(٤)

لو شئت لقلت إن إنساً رفعه إلى النبي ﷺ وعن أم سلمة « أن رسول الله ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام فقال: إنه ليس بك هوان بك أهلك، إن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائي» رواه مسلم. والأمة كالحرّة.

- (١) (هجرها في المضجع ما شاء) لأن القرآن مطلق فلا يتقيد بغير دليل.
- (٢) (وفي الكلام ثلاثة أيام) هذا المذهب لما روى أبو أيوب مرفوعاً «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» متفق عليه.
- (٣) (ضربها غير مبرح) أي شديد لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم» ولا يزيد على عشرة أسواط لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يجلد أحدكم فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله» متفق عليه، ويجتنب الوجه والمواضع المخيفة.
- (٤) (الخلع) وهو فراق الزوجة بعوض، سمي بذلك لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج كما تخلع اللباس.

لم يجبرا عليه^(١) وإن خافت امرأة نشوز زوجها أو إعراضه عنها لكبر أو غيره فوضعت عنه بعض حقها أو كله تسترضيه بذلك جاز، ولها أن ترجع في المستقبل.

باب الخلع^(٢)

وهو فراق امرأته بعوض يأخذه الزوج وبألفاظ مخصوصة، وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها بعقد جديد، ويسن إجابتها إذا طلبته

- (١) (لم يجبر عليه) لكن لا يزال الحاكم يبحث حتى يظهر له من الظالم فيردعه ويستوفى منه الحق.
- (٢) (الخلع) يقال خلع امرأته وخالعها واختلعت هي منه، وأصله من خلع الثوب، قال تعالى: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾.

من صح تبرعه من زوجة وأجنبي صح بذله لعوضه، فإذا كرهت خلق زوجها أو خلقه^(١) أو نقص دينه أو خافت إثمًا بترك حقه أبيع الخلع^(٢) وإلا كره ووقع، فإن

- (١) (خلق زوجها أو خلقه) والخلق بفتح الخاء صورته الظاهرة، وبضمها صورته الباطنة.
(٢) (أبيع الخلع) لقوله تعالى: ﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اتدتا به﴾ =

مع كراهتها له وخوفها إثمًا بترك القيام بحقه^(١) إلا أن يكون له إليها ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها^(٢) وإن خالعه لغير ذلك كره ووقع^(٣) ولا يفتقر الخلع إلى الحاكم^(٤) ولا بأس به في الحيض^(٥) والطهر الذي أصابها فيه. ويصح من زوج يصح طلاقه وأن يتوكل فيه مسلماً كان أو ذمياً. وليس للأب خلع زوجة ابنه الصغير ولا طلاقها في إحدى الروايتين^(٦) وإن تواطأ على أن تهبه الصداق أو تبرأه منه على أن يطلقها فأبرأته ثم طلقها كان بائناً، ولا يصح تعليقه على شرط، قال ابن نصر الله كالبيع، فلو قال إن بذلت لي كذا فقد خلعتك لم يصح^(٧) ولو قال إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك إبطال هذه الصفة^(٨).

- (١) (ترك القيام بحقه) لحديث ابن عباس في امرأة ثابت في الزاد وبهذا قال جميع الفقهاء بالشام والحجاز.
(٢) (وعدم افتدائها) قال الشيخ: وكراهة الخلع في حق هذا متوجهة.
(٣) (كره ووقع) وهذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم، وعنه لا يجوز، لحديث ثوبان مرفوعاً «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة» رواه أبو داود.
(٤) (ولا يفتقر الخلع إلى حاكم) نص عليه أحمد، وروى البخاري عن عمر وعثمان، وبه قال شريح، والزهرى ومالك والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي.
(٥) (في الحيض إلى آخره) وهو المذهب، لأن المنع من الطلاق في الحيض لأجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها.
(٦) (في إحدى الروايتين) وهو المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي، لحديث «الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجه، ولأنه إسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين، والثانية له ذلك، وهو قول عطاء وقتادة، وذكر الشيخ أنه ظاهر المذهب.
(٧) (لم يصح) الخلع، ولو بذلت له ما سماه كسائر المعاوضات لاشتراط العوض فيه.
(٨) (ملك إبطال هذه الصفة) لأنه وكالة وهي جائزة، وليس من تعليق الطلاق في شيء، إلا أن ينوي به الطلاق.

عضلها ظلماً للافتداء، ولم يكن لزنائها ونشوزها أو تركها فرضاً ففعلت، أو خالعت الصغيرة والمجنونة والسفيهة، أو الأمة بغير إذن سيدها، لم يصح الخلع، ووقع

= وتمس إجابتها إذن، وعن ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال النبي ﷺ: تردين عليه حديثه قالت: نعم. قال: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة، رواه البخاري.

(فصل) ولا يصح إلا بعوض^(١) فإن خالعتها بغير عوض لم يقع خلع ولا طلاق. وعن أحمد يصح الخلع بغير عوض^(٢) ولا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه^(٣) وقال أبو بكر: لا يجوز ويرد الزيادة، وهو رواية عن أحمد^(٤)، وإن خالعتها على رضاع ولده المعين أو سكنى دار معينة معلومة صح فإن مات الولد أو خربت الدار أو ماتت المرضعة أو جف لبنها رجع بأجرة المثل لباقي المدة يوماً^(٥)

(١) (إلا بعوض) لأن العوض ركن فيه فلا يصح تركه كالثمن في البيع، هذا المذهب نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب: القاضي وأصحابه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، لأن الخلع إن كان فسخاً فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا بعيها، وكذلك إذا قال فسخ النكاح ولم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً، بخلاف ما إذا دخله العوض، فإن يصير معاوضة فلا يجمع له العوض والمعوض.

(٢) (بغير عوض) اختارها الخرقى وابن عقيل، وهو قول مالك، ولهذا مأخذان: أحدهما أن الرجعة حق الزوجين فإذا تراضيا بإسقاطها سقطت، الثاني أن ذلك فرقة بعوض لأنها رضيت بترك النفقة والسكنى ورضى بترك ارتجاعها وكان له أن يجعل العوض إسقاط ما كان ثابتاً لها كالدين، فله أن يجعله إسقاط ما كان ثابتاً لها بالطلاق كما لو خالعتها على نفقة الولد، وهذا قول قوي كما ترى، وهو أدخل في الفقه من غيره.

(٣) (أكثر مما أعطاه) هذا المذهب، وإذا تراضيا على أكثر من الصداق صح في قول أكثر أهل العلم، منهم عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومالك والشافعي وغيرهم.

(٤) (رواية عن أحمد) وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شبيب، إذا ثبت هذا فإنه يكره أن يأخذ أكثر مما أعطاه وهو المذهب، فإن فعل جاز مع الكراهة جمعاً بين الآية والخبر، لأن في حديث جميلة «أن يأخذ منها حديثه ولا يزداده» رواه ابن ماجه، فنقول الآية دالة على الجواز والخبر على الكراهة ولم يكرهه مالك وأبو حنيفة والشافعي.

(٥) (يوماً فيوماً) لأنه ثبت مؤجلاً، فلا يستحقه معجلاً.

الطلاق رجعيًا إن كان بلفظ الطلاق أو نيته^(١).

(فصل) والخلع بلفظ صريح الطلاق أو كنيته وقصده طلاق بائن^(٢)، وإن وقع

- (١) (أونيته) لأنه لم يستحق به عوضاً، فإن تجرد عن لفظ الطلاق أو الخلع فلفو.
(٢) (طلاق بائن) لأنها بذلت العوض لتملك نفسها، وإجابها لسؤالها، لكن له أن يراجعها بعقد جديد.

وإن أطلق الرضاعة فحولان أو بقيتهما، وكذا لو خالعت على كفاله أو نفقته مدة معينة كعشر سنين ونحوها صح. وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الولد وما يحتاج إليه^(٣) وإن أذن لها في الإنفاق عليه جاز، فإن مات الولد بعد مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤنة يوماً بيوم كما تقدم، ولو خالعتها وأبرأته من نفقة حملها صح ولا نفقة لها ولا للولد حتى تفضمه، فإذا فطمته فلها طلب نفقته^(٤) وتعتبر الصيغة منهما^(٥) فلا يصح بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج، بل لا بد من الإيجاب والقبول في المجلس.

(فصل) ويصح الخلع بالمجهول وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده^(٦) وإن قال: إن أعطيتني هذا الثوب أو هذا البعير أو هذا العبد فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت، فإن خرج معيماً فلا شيء له غيره^(٧) وإن خرج مفضوباً أو حراً لم يقع الطلاق^(٨) وإن قالت أخلعني على هذا الثوب المروى فبان هروياً صح وليس له غيره^(٩).

- (١) (وما يحتاج إليه) فإن أحب أنفق عليه، وإن أحب أخذه لنفسه وأنفق على الولد غيره.
(٢) (فلها طلب نفقته) لأنها أبرأته مما يجب لها، فإذا فطمته لم تكن النفقة لها فلها طلبها منه، ويتوجه لو ماتت قبل فطامه فلا شيء عليها.
(٣) (وتعتبر الصيغة منهما) فيقول: خلعتك أو فسخت نكاحك على كذا أو فاديتك، فتقول: قبلت أو رضيت أو بمعناه.
(٤) (الذي ينتظر وجوده) وللزوج ما جعل له، هذا المذهب وبه قال أصحاب الرأي، وقال أبو بكر لا يصح الخلع فلا يصح بالمجهول.
(٥) (فلا شيء له غيره) لأنه شرط لوقوع الطلاق أشبهه مالو قال إن ملكته فأنت طالق ثم ملكه.

- (٦) (لم يقع الطلاق) هذا المذهب، لأن الإعطاء إنما يتناول ما يصح تملكه منها.
(٧) (وليس له غيره) لأن الخلع وقع على عينه، ولأن الإشارة أقوى من التسمية، وهذا المذهب =

بلفظ الخلع أو الفسخ أو الفداء^(١) ولم ينوه طلاقاً كان فسخاً لا ينقص عدد الطلاق^(٢) ولا يقع بمعتدة من خلع طلاق ولو واجهها به^(٣) ولا يصح شرط الرجعة فيه. وإن خالعتها بغير عوض أو بمحرم لم يصح، ويقع الطلاق رجعياً إن كان بلفظ

- (١) (أو الفداء) بأن قال: خلعت أو فسخت أو فاديت.
- (٢) (لا ينقص عدد الطلاق) هذا المذهب، روي عن ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحق وأبي ثور، وهو أحد قولي الشافعي، وعنه أنه طلقة بائنة بكل حال، روي عن سعيد بن المسيب وعطاء وجماعة والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي، ولنا ما احتج به ابن عباس وهو قوله: ﴿الطلاق مرتان﴾ ثم قال: ﴿فلا جناح عليهما فيما اتحدت﴾، ثم قال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ الآية. فذكر تطليقتين والخلع وتطلقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان رابعاً.
- (٣) (ولو واجهها به) روي عن ابن عباس وابن الزبير ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما، وبه قال مالك والشافعي وإسحق وأبو ثور.

(فصل) وطلاق معلق أو منجز بعوض كخلع في الإبانة^(١) وإن علق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التملك كأن أعطيتني ألفاً فأنت طالق فالشرط لازم من جهة الزوج لا يصح إبطاله^(٢) ومتى أعطته على صفة يمكنه القبض للألف فأكثر وازنة إن كان شرطها وزنية طلقت بائناً بإحضار الألف وإذنها في قبضه وإن كانت ناقصة في العدد، وملكه وإن لم تقبضه^(٣) وقيل يكفي عدد بلا وزن وهذا العرف في زمننا وغيره^(٤) وإن قالت أخلعني بألف أو على ألف ففعل على الفور بانت واستحق

- = وبه قال أبو الخطاب. والوجه الثاني له الخيار بين رده وإمساكه، جزم به في الوجيز، لأنه من الجنس، ولأن مخالفة الصفة بمنزلة العيب. في الزاد.
- (١) (كخلع في الإبانة) لأن القصد إزالة الضرر عنها، ولو جازت رجعتها لعاد الضرر.
- (٢) (لا يصح إبطاله) كسائر التعاليق، وقال الشيخ: ليس بلازم من جهة كالكناية عنده، ووافق على شرط محض كأن قدم زيد، إلى أن قال: لا يلزم الخلع قبل القبول. وقول من قال التعليق لازم دعوى مجردة.
- (٣) (وإن لم تقبضه) وفي الترغيب وجهان في إن أقبضتني فأحضره ولم تقبضه فلو قبضه فهل يملكه فيقع الطلاق بائناً أم لا يملكه فيقع رجعياً؟ فيه احتمالان، قلت: الصواب أنه يكون بائناً بالشرط المتقدم به.
- (٤) (في زمننا وغيره) لحصول المقصود، فلا يكفي وازنة ناقصة عدداً.

الطلاق أو نيته. وما صح مهراً صح الخلع به، يكره بأكثر مما أعطاها^(١). وإن خالعت حامل بنفقة عدتها صح^(٢) ويصح بالمجهول، فإن خالعت على حمل

- (١) (بأكثر مما أعطاها) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديقة جميلة «ولا تزاد» ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾.
- (٢) (بنفقة عدتها صح) وتكون عوضاً للخلع، ولو قلنا النفقة للحمل لأنها في التحقيق في حكم المالكة لها مدة الحمل.

الألف، ولها أن ترجع قبل أن يجيبها الزوج إلى الطلاق أو الخلع^(١) وإن قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئاً، ويحتمل أن يستحق ثلثه^(٢) وإن كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة فقال أنتما طالقتان بألف إن شئتما فقلتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الألف^(٣) وطلقت بائناً ووقع الطلاق بالأخرى رجعياً ولا شيء عليها، وإن قال الأب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ^(٤) ولم يرجع على الأب^(٥).

(فصل) وإن خالعت الزوجة في مرض موتها صح وله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها، وإن صحت من مرضها ذلك فله جميع ما خالعتها به^(٦)، وإن خالعتها

- (١) (أو الخلع) لأن قولها ذلك إنشاء على سبيل المعاوضة فلها الرجوع قبل تمامه بالجواب كالباع، لأنه وإن كان بلفظ التعليق فهو تعليق لوجوب العوض لا للطلاق بخلاف تعليق الزوج الطلاق على عوض فإنه لا يملك الرجوع كما تقدم.
- (٢) (أن يستحق ثلثه) وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه ومالك والشافعي، كما لو قال: من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم.
- (٣) (نصف الألف) وعند ابن حامد يسقط على قدر مهرهما، وذكره المصنف والشارع ظاهر المذهب.
- (٤) (ولم يبرأ) الزوج من المهر لأنه أبرأه مما ليس له الإبراء منه أشبه الأجنبي.
- (٥) (ولم يرجع على الأب) بشيء. وقال أحمد: تبين زوجته بذلك ولم يبرأ من مهرها ويرجع بنظيره على الأب. وحمله القاضي وغيره على جهل الزوج بأن إبراء الأب لا يصح فيكون قد غر وإلا فخلع بلا عوض يقع رجعياً فلا يرجع بشيء.
- (٦) (ما خالعتها به) وإن طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها فللورثة منعها من ذلك كالوصية لو ارث.

شجرتها أو أمتها أو ما في يدها أو بيتها من درهم أو متاع أو على عبد صح^(١) وله مع عدم الحمل والمتاع والعبد أقل مسماه^(٢)، ومع عدم الدرهم ثلاثة^(٣).

- هوامش الكتاب الأول
- (١) (أو على عبد صح) هذا المذهب أقل ما يطلق عليه الاسم من هذه الأشياء.
 - (٢) (والعبد أقل مسماه) هذا المذهب أقل ما يطلق عليه الاسم من هذه الأشياء.
 - (٣) (ومع عدم الدرهم ثلاثة) لأنها أقل الجمع.

شئ الكتاب الثاني

في مرضه وجابها فمن رأس المال^(١)، وإذا وكل الزوج في خلع امرأته مطلقاً فخالعها بمهرها فما زاد صح وإن نقص عن المهر رجع على الوكيل بالنقص^(٢)، وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد^(٣) وصح عند أبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص^(٤)، وإن وكلت المرأة في ذلك فخالع بمهرها فما دون أو بما عينته فما دونه صح^(٥)، وإن زاد صح ولزمت الوكيل الزيادة^(٦) ولو كان وكيل الزوج والزوجة واحداً فله أن يتولى طرفي العقد كالنكاح، وإذا تخالعا تراجعا بما بينهما من حقوق النكاح^(٧) وعنه أنها تسقط^(٨).

(فصل) وإذا قال خالعتك على ألف فأنكرته أو قالت إنما خالعت غيري بانث

- هوامش الكتاب الثاني
- (١) (فمن رأس المال) لا يحتسب من الثلث، لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فمعه أولى.
 - (٢) (رجع على الوكيل بالنقص) وصح الخلع، هذا المذهب لأنه عقد معاوضة أشبه البيع.
 - (٣) (عند ابن حامد) قدمها المصنف والشارح وهو المذهب؛ لأنه خالف موكله كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى.
 - (٤) (بالنقص) لأن المخالعة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الإطلاق، وجزم به في الوجيز.
 - (٥) (صح) هذا المذهب، لأنه زادها خيراً.
 - (٦) (ولزمت الوكيل الزيادة) هذا المذهب، لأنه التزم للزوج فلزمه الضمان، ويحتمل أن لا يصح وتبطل الزيادة لأن الموكلة ما أذنت فيها.
 - (٧) (من حقوق النكاح) هذا المذهب، وبه قال عطاء والنخعي والزهري والشافعي، فعليه إن كان قبل الدخول فلها نصف المهر.
 - (٨) (تسقط) وقال أبو حنيفة: ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر، ولنا المهر لا يسقط بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع كسائر الديون، وهذا في حقوق النكاح، وأما غيرها فلا تعلق للخلع بها.

(فصل) وإذا قال متى أو إذا أو إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق طلقت بعطيته وإن تراخى^(١)، وإن قالت اخلعني على ألف أو بألف أو ولك ألف ففعل بانة واستحقها، وطلقتني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً استحقها، وعكسه بعكسه^(٢)، إلا في

- (١) (وإن تراخى) الإعطاء لوجود المعلق عليه، ولا سبيل للزوج إلى رفعه، لأن المقلب فيها حكم التعليق.
(٢) (بعكسه) فلو قالت طلقتني ثلاثاً بألف فطلق أقل منها لم يستحق شيئاً لأنه لم يجبهها لما بذلت العوض في مقابله.

والقول قولها مع يمينها في العوض، وإن قالت نعم لكن ضمنه غيري لزمها الألف وعوض الخلع حال ومن نقد البلد، وإن اختلفا في قدر العوض فقولها^(١) وإن علق طلاقها بصفة ثم خالها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه^(٢) ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التميمي^(٣) وإن لم توجد الصفة حال البيونة عادت رواية واحدة^(٤).

- (١) (فقولها) مع يمينها، وكذا تأجيله وجنسه، ويحتمل أن يتحالفا ويرجعا إلى المهر.
(٢) (نص عليه) هذا المذهب، وكذا إن كانت في عدة طلاق رجعي، لا يقال الصفة انحلت بفعلها حال البيونة ولا تقتضي التكرار بل إنما تنحل على وجه يحث به، لأن لليمين حلا وعقداً، والعقد يفترق إلى الملك فكذا الحل لا يحصل بفعلها حال بينونها فلا تنحل اليمين به.

- (٣) (واختاره أبو الحسن التميمي) وهو قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار فطلق ثلاثاً ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق، وهذا مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك، فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم، وإن لم توجد الصفة في البيونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي.

- (٤) (رواية واحدة) هذا المذهب، لأن اليمين لم تنحل لأنه الصفة لم توجد حال البيونة وذكر الشيخ رواية أن الصفة لا تعود مطلقاً، يعني سواء وجدت في حال البيونة أو لا، وهو قول أكثر أهل العلم كما تقدم في كلام ابن المنذر، قال في حاشية المقنع: قلت وهو الصحيح في منهج الشافعية.

واحدة بقيت^(١)، وليس للأب خلع زوجة ابنه الصغير، ولا طلاقها^(٢) ولا خلع ابنته بشيء من مالها، ولا يسقط الخلع غيره من الحقوق^(٣). وإن طلقها بصفة ثم أبانها^(٤) فوجدت ثم نكحها فوجدت بعده طلقت^(٥) كعتق^(٦) وإلا فلا.

- (١) بقيت) من الثلاث، هذا المذهب واستحق الألف لأنها كملت وحصلت ما يحصل بالثلاث.
- (٢) (ولا طلاقها) لحديث «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجه والدارقطني.
- (٣) (غيره من الحقوق) فلا يسقط ما لها من حقوق الزوجية وغيرها بسكوتها.
- (٤) (أبانها) بخلع أو ثلاث ثم تزوجها فوجدت طلقت ولو كانت الصفة وجدت حال بينوتها على الأصح، وهو المذهب، قال في المقنع ويتخرج أن تطلق. زوائد.
- (٥) (طلقت) وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث وإن لم توجد حال البيونة فإن أبانها بدون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قول لهم.
- (٦) (كعتق) فلو علق عتق قه على صفة ثم باعه فوجدت ثم ملكه فوجدت عتق لما سبق على المذهب، وعن أحمد في رجل قال لعبد أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتره فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق، وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه، فإن دخل عتق.

(فصل) ويحرم الخلع حيلة لإسقاط يمين طلاق ولا يصح^(١) وقال الشيخ: لو اعتقد البيونة بذلك ثم فعل ما حلف عليه فكطلاق أجنبية فبين امرأته، ولو خالع المحلوف عليه معتقداً زوال النكاح ولم يكن كذلك فهو كما لو حلف على شيء يظنه فبان بخلاف ظنه^(٢) ولو أشهد على نفسه بطلاق ثلاث ثم استفتى فأفتى بأنه لا شيء عليه لم يؤخذ بإقراره لمعرفة مستنده^(٣).

- (١) (ولا يصح) على الصحيح من المذهب، قال في المغنى: هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق، والحيل خداع لا تحل ما حرم الله، قال الشيخ: خلع الحيلة لا يصح على الأصح كما لا يصح نكاح المحلل.
- (٢) (بخلاف ظنه) فيحنت في طلاق وعتاق لعدم صحة الخلع، وقال في القواعد الأصولية عن أبي العباس: فبان بخلافه، وفيه روايتان يأتيان في كتاب الأيمان، وجزم المصنف هناك أنه لا يحنت.
- (٣) (لمعرفة مستنده) هو اليمين، ويقبل يمينه أن مستنده في إقرار ذلك ممن يجهل مثله اهـ كلام الشيخ.

كتاب الطلاق^(١)

يباح للحاجة^(٢) ويكره لعدمها^(٣)، ويستحب للضرر^(٤)، ويجب للإيلاء^(٥)، ويحرم

- (١) (الطلاق) هو في اللغة التخلية، يقال طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت والإطلاق إرسال، وشرعاً حل قيد النكاح أو بعضه.
- (٢) (يباح للحاجة) اعلم أن الطلاق ينقسم إلى أحكام التكليف الخمسة، فيباح عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وعشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها.
- (٣) (ويكره لعدمها) على الصحيح من المذهب لحديث «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»، وعنه أنه يحرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته.
- (٤) (ويستحب للضرر) وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله، وهي كالرجل، فيسن أن تختلع إن ترك حقاً لله تعالى.
- (٥) (ويجب للإيلاء) على المولى إذا أبقى الفيئة.

كتاب الطلاق^(١)

وهو حل قيد النكاح^(٢) ويكره من غير حاجة، ويستحب لتفريطها في حقوق الله الواجبة ولا يمكنه إجبارها عليها، وفي الحال التي تحوج المرأة إلى المخالعة، وكونها غير عفيفة^(٣) وعنه يجب لكونها غير عفيفة، وتفريطها في حقوق الله تعالى. قال الشيخ: إذا كانت تزني لم يكن له أن يمسه على تلك الحال بل يفارقها وإلا كان ديوتاً أه. ولا بأس بعضلها في ذلك والتضييق عليها لتفتدى منه؛ والزنا لا يفسخ نكاحها لكن يستبرئها إذا أمسكها بالعدة، وإذا ترك الزوج حقاً لله فللمرأة التخلص منه بخلع ونحوه، ولا يجب الطلاق إذا أمره أبوه، وعنه يجب، وعنه بشرط أن يكون أبوه عدلاً. وإن أمرته أمه فقال أحمد: لا يعجبني طلاقه، ومنعه الشيخ منه، ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار ولو مميزاً بعقله ولو دون عشر^(٤) يعلم أن زوجته تبين

- (١) (الطلاق) أجمعوا على جوازه لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ وقوله: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ وقوله: ﴿الطلاق لمن أخذ بالساق﴾ والمعنى يدل عليه، لأن الحال ربما فسد بين الزوجين فيؤدي إلى ضرر عظيم فبقاؤه مفسدة محضة.
- (٢) (النكاح) أو بعضه إذا طلقها رجعيّاً.
- (٣) (غير عفيفة) قال أحمد: لا ينبغي له إمساكها لأنها لا تؤمن، وربما أفسدت فراشه.
- (٤) (ولو دون عشر) لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه =

- للبدعة^(١) ويصح من زوج مكلف ومميز بعقله^(٢)، ومن زال عقله معذوراً لم يقع
(١) (ويحرم للبدعة) وهو طلاق الحائض أو في طهر أصابها فيه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.
(٢) (ومميز بعقله) بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه وهو المذهب، روي عن سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي وإسحق.

منه وتحرم عليه^(١) وعنه لا يصح حتى يبلغ^(٢) ومن أجاز طلاقه أجاز توكيله وتوكله فيه، وإذا لم يعقل فلا طلاق له، ويصح من كتابي وسفيه^(٣) وممن لم تبلغه الدعوة^(٤) وتعتبر إرادة الطلاق لمعناه فلا طلاق لفقيه يكرره وحاك عن نفسه أو غيره، ولا من زال عقله بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمغمى عليه والمبرسم ومن به تشاف^(٥) ولا لمن أكره على شرب مسكر أو أكل بنجاً ونحوه ولو لغير حاجة^(٦) فإن ذكر المجنون والمغمى عليه بعد إفاقتها أنهما طلقا وقع نصاً^(٧) وقال: الموفق هذا

- = والمغلوب على عقله» رواه الترمذي. وعن علي «اكنموا الصبيان النكاح» فيفهم من فائدته أن لا يطلقوا.
(١) (وتحرم عليه) فأكثر الروايات عن أحمد أنه يقع طلاقه وهو المذهب، روى نحوه عن سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي وإسحاق.
(١) (حتى يبلغ) وهو قول النخعي والزهرري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد، وذكر أنه قول أهل الحجاز والعراق، وروى عن ابن عباس لقوله عليه الصلاة والسلام؛ رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، الحديث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الطلاق جائز، الإطلاق المعتوه» وهذا طلاق صادف محله فاشبهه طلاق البالغ.
(٢) (كتابي وسفيه) في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي. ومنعه منه عطاء.
(٣) (لم تبلغه الدعوة) كسائر تصرفاته، قال في المبدع: من لم تبلغه الدعوة فهو غير مكلف. ويقع طلاقه ذكره في الانتصار والمفردات.
(٤) (نشاف) لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة: الصبي حتى يحتلم. وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق».
(٥) (ولو لغير حاجة) لأنه لا لذة فيه، وفرق الإمام بينه وبين السكران فألحفه بالمجنون.
(٦) (وقع نصاً) لأنه إذا ذكر الطلاق وعلم به دل ذلك على أنه كان عاقلاً حال صدوره منه فلزمه.

- طلاقه^(١) وعكسه الآثم^(٢) ومن أكره عليه ظلماً بإيلام له أو لولده أو أخذ مال يضره أو
- (١) (لم يقع طلاقه) لكن لو ذكر المجنون والمغنى عليه لما أفاق أنهما طلقا وقع، وقاله الموفق. زوائد.
- (٢) (وعكسه الآثم) وهو المذهب كالسكران طوعاً ولو خلط في كلامه أو سقط تمييزه بين الأعيان، يؤخذ بسائر أقواله وكل فعل يعتبر له العقل، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء. زوائد.

— والله أعلم — فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه، وأما من كان جنونه لتشاف أو كان مبرسماً فإن ذلك يسقط حكم تصرفه مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق إن شاء الله تعالى، وقال الشيخ: إن غيره الغضب ولم يزل عقله أو غشى لم يقع الطلاق، وإن زال السبب لا يعذر فيه^(١) وقع في إحدى الروايتين^(٢) ويقتل بالقتل ويقطع بالسرقة^(٣)، والثانية لا يقع^(٤)، قال جماعة من الأصحاب: لا تصح عبادة السكران أربعين يوماً حتى يتوب. وقال الشيخ: والحشيشة حكمها حكم السكر حتى في إيجاب الحد لأنها تشتبه وتطلب فهي كالخمر بخلاف البنج، والغضبان مكلف في حال غضبه بما صدر منه^(٥) لكن إن

- (١) (لا يعذر فيه) كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله.
- (١) (في إحدى الروايتين) وهو المذهب، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي والحكم ومالك والأوزاعي والشافعي وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحبه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه» قال ابن عباس: طلاق السكران جائز لأنه معصية من معاصي الله فلم ينفعه ذلك، بدليل أن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد والقذف وغيره.
- (٣) (ويقطع بالسرقة) وهذا دليل تكليفه، وبهذا فارق المجنون.
- (٤) (والثانية لا يقع) وبه قال عثمان، ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم ويحيى الأنصاري والليث والعمري وإسحاق وأبي ثور والشيخ وإليه ميل المصنف والشارح، قال الزركشي: ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر. وقال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه.
- (٥) (بما صدر منه) قال ابن رجب في شرح النواوية: ما يقع من الغضبان من طلاق وعتاق ويمين فإنه يؤخذ بذلك كله بغير خلاف، واستدل بأدلة صحيحة، وأنكر على من يقول بخلاف ذلك.

هدده بأحدها قادر يظن إيقاعه به فطلق تبعاً لقوله لم يقع^(١) ويقع الطلاق في نكاح مختلف فيه^(٢) ومن الغضبان^(٣) ووكيله كهو، ويطلق واحدة ومتى شاء إلا أن يعين له

- (١) (لم يقع) الطلاق حيث لم يرفع عنه ذلك حتى يطلق، لحديث عائشة مرفوعاً «لا طلاق في إغلاق» رواه أبو داود، والإغلاق الإكراه. ومن قصد إيقاع الطلاق دون دفع الإكراه وقع طلاقه كمن أكره على طلاقه فطلق أكثر.
- (٢) (مختلف فيه) كبلا ولي، واختار أبو الخطاب أنه لا يقع حتى يعتقد صحته.
- (٣) (ومن الغضبان) ما لم يغم عليه.

غضب حتى أغمى عليه وغشى عليه لم يقع طلاقه^(١).

(فصل) ومن أكره على الطلاق ظلماً لم يقع طلاقه^(٢) وعنه لا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب، وخرج عن ذلك ما لو أكره بحق كإكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التريص إذا لم يف، وإكراه الحاكم رجلين زوجهما وليان ولم يعلم السابق منهما، قال القاضي الإكراه يختلف، قال ابن عقيل: هو حسن^(٣)، ولو سحر ليطلق كان إكراهاً قاله الشيخ، وينبغي لمن أكره على الطلاق أن يتأول^(٤) فإن ترك التأويل بلا عذر أو أكره على طلاق مبهمه فطلق معينة لم يقع^(٥) ولو قصد إيقاع

- (١) (لم يقع طلاقه) أي في تلك الحال أشبه المجنون، وقال الشيخ: إن غيره من الغضب ولم يزل عقله وأغشى عليه يقع لم طلاقه.
- (١) (طلاقه) قول جماعة من الصحابة، قال ابن عباس فيمن يلزمه اللص فطلق: ليس بشيء، ذكره البخاري، ولقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه ابن ماجه والدارقطني، قال عبد الحق: إسناده متصل صحيح، وعن عائشة قالت «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق» رواه أبو داود، وهذا لفظه، والإغلاق الإكراه، لأن المكره مغلق عليه في أمره مضيق عليه في تصرفه، وروى سعيد وأبو عبيد أن رجلاً على عهد عمر تدلى في حبل ليشتر عملاً فوقفت امرأته فجلست على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً وإلا قطعته، فذكرها الله والإسلام فقالت: لتفعلن أو لأفعلن، فطلقها ثلاثاً فردها عمر إليه.
- (٢) (هو حسن) أي الضرب في ذوي المروءات على وجه يكون إخرافاً لصاحبه أي إهانة وعضالة وشهرة فهو كالضرب الكثير قاله الموفق والشارح.
- (٣) (أن يتأول) فينوي بقلبه غير امرأته ونحو ذلك.
- (٤) (لم يقع) لأن المبهم التي أكره على طلاقها متحقق في معينة فلا قرينة تدل على

اختيارها.

وقتاً وعدداً، وامراته كوكيله في طلاق نفسها^(١).

(١) (في طلاق نفسها) فلها أن تطلق نفسها طليقة متى شاءت، ويطلب برجوعه.

الطلاق دون دفع الإكراه أو أكره على امرأة فطلق غيرها أو على طليقة فطلق ثلاثاً وقع^(١) ويقع الطلاق في النكاح المختلف في صحته^(٢) وعند أبي الخطاب لا يقع حتى يعتقد صحته لا في نكاح باطل إجماعاً^(٣) ولا في نكاح فضولي قبل إجارته^(٤) وإن خير الموكل الوكيل من ثلاث ملك اثنتين فأقل^(٥) ويقبل قول الزوج أنه رجع عن الوكالة قبل إيقاع الوكيل الطلاق^(٦) وعنه لا يقبل إلا بينة^(٧) وإن وكله في ثلاث فطلق واحدة^(٨) أو وكله في واحدة فطلق ثلاثاً طليقت واحدة.

باب طلاق السنة والبدعة^(٩)

(١) (وقع) لأنه غير مكره على الثلاث، لا يقال لو كان الوعيد إكراهاً لكننا مكرهين على

العبادات فلا ثواب لأن أصحابنا قالوا: يجوز أن يقال إننا مكرهون عليها والثواب من فضله لا مستحقاً عليه عندنا، ثم العبادات تفعل للرغبة ذكره في الانتصار اهـ شرح منتهى.

(٢) (المختلف في صحته) كالنكاح بولاية فاسق أو شهادة فاسقين أو بنكاح الأخت في عدة أختها البائن.

(٣) (إجماعاً) كنكاح خامسة وأخت على أختها.

(٤) (قبل إجارته) وإن نفذناه بإجازة بعد، ونقل حنبل إن تزوج عبد بلا إذن سيده جاز طلاقه وفرق بينهما.

(٥) (اثنتين فأقل) وإن كل اثنتين في ثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر وقع ما اجتمعا عليه.

(٦) (قبل إيقاع الوكيل الطلاق) عند أصحابنا قاله في المحرر وغيره وقدمه في الفروع.

(٧) (لا يقبل إلا بينة) وحزم به في الوجيز واختاره الشيخ وغيره وقال: كذا دعوى عتقه ورهنه ونحوه.

(٨) (فطلق واحدة) وقعت لدخولها في ضمن المأذون فيه.

(٩) (طلاق السنة والبدعة) طلاق السنة: ما أذن الشارع فيه، والبدعة: ما نهى عنه. والأصل

فيه قوله: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقهن لعدتهن﴾ قال ابن مسعود وابن عباس: طاهرات من غير جماع، وحديث ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فقال ﷺ «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، ثم إن شاء طلقها طاهراً قبل أن يمسه» وهو في الصحيحين.

متن الكتاب الأول
(فصل) إذا طلقها مرة في طهر لم يجامع فيه وتركها حتى تنقضي عدتها فهو سنة^(١). فتحرم الثلاث إذن^(٢)، وإن طلق من دخل بها في حيض أو طهر وطىء فيه

هوامش الكتاب الأول
(١) (فهو سنة) هذا المذهب وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد، وقال أبو حنيفة والثوري: السنة أن يطلقها ثلاثاً في كل قرء طلقة، واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ: «راجعها ثم أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر» ولنا ما روي عن علي قال: لا يطلق للسنة فيندم، رواه الأثرم. وهذا لا يحصل إلا في حق من لم يطلق ثلاثاً وقال علي أيضاً: «لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً، يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً فمتى شاء راجعها» رواه النجاد. وروي أن ابن مسعود قال «طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء».

(٢) (فتحرم الثلاث إذن) أي طهر لم يصبها فيه، هذا المذهب، روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر، وهو قول مالك وأبي حنيفة.

متن الكتاب الثاني
السنة في الطلاق أن يطلقها واحدة في طهر لم يصبها فيه ثم يدعها فلا يتبعها طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها^(١). وأما طلاق البدعة فيقع^(٢) ويستحب رجعتها^(٣) وعنه أنها واجبة^(٤) فإن طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسه فهو طلاق سنة قاله في الشرح، وقال في المبدع: بدعة في ظاهر المذهب، واختاره الأكثر^(٥)

هوامش الكتاب الثاني
(١) (حتى تنقضي عدتها) هذا المذهب، وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد، لما تقدم من حديث ابن عمر، وقال «فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء» رواه البخاري.

(٢) (فيقع) أي إذا طلق مدخولاً بها في حيض أو طهر أصابها فهو بدعة محرم ويقع، هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر وابن عبد البر: لم يخالف في هذا إلا أهل البدع والضلال، لما في حديث ابن عمر أمر بمراجعتها، قال نافع: كان عبد الله يطلقها تطليقة فحسبت من طلاقها.

(٣) (ويستحب رجعتها) هذا المذهب وبه قال الثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب الرأي.

(٤) (واجبة) وبه قال مالك وأبو داود وابن أبي موسى لظاهر الأمر، قال مالك، وأبو داود: يجبر على رجعتها.

(٥) (واختاره الأكثر) بل يستحب أن يمسه حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث ابن عمر.

فبدعة يقع^(١) وتسن رجعتها^(٢)، ولا سنة ولا بدعة لصغيرة وآيسة وغير مدخول بها ومن بان حملها^(٣) و(صريحه) لفظ الطلاق وما تصرف منه غير أمر ومضارع ومطلقة اسم

- (١) (يقع) هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم، لحديث ابن عمر «إنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ بمراجعتها» رواه الجماعة إلا الترمذي.
- (٢) (وتسن رجعتها) هذا المذهب، وبه قال الثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب الرأي.
- (٣) (ومن بان حملها) هذا المذهب، فإذا قال لإحدها أنت طالق للسنة طلقة وللبدعة طلقة وقعتا في الحال إلا أن يريد في غير الآيسة إذا صارت من أهل ذلك، وإن قاله لمن لها سنة وبدعة فواحدة في الحال والأخرى في ضد حالها إذا.

وإن علق طلاقها بشرط فوجد وهي حائض طلقت للبدعة ولا إثم، وإن طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة وقعت الثلاث وحرمت عليه^(١) ولا فرق في ذلك بين ما قبل الدخول وبعده، ويحرم لفظ الطلاق بالثلاث في إحدى الروايتين^(٢) والثانية لا يحرم^(٣) وأوقع

- (١) (وحرمت عليه) حتى تنكح زوجاً غيره، روي عن ابن عباس وأبي هريرة وعبد الله بن عمر وابن مسعود وأنس رضي الله عنهم، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم، وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون: من طلق البكر ثلاثاً فهو واحدة.

- (٢) (في إحدى الروايتين) هذا المذهب روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وأبي حنيفة لما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال «أخبرني النبي ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب وقال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟ حتى قام رجل فقال: يا رسول ألا أقتله؟ وعن مالك بن الحارث قال «جاء رجل إلى ابن عباس فقال إن عمي طلق امرأته ثلاثاً، فقال عمك عصي الله وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً» وفي حديث ابن عمر قال: «قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً، قال: إذن عصيت ربك وبانت منك امرأتك».

- (٣) والثانية (لا يحرم) فعلى هذا يكره، روي عن عبد الرحمن بن عوف والحسن بن علي والشعبي وبه قال الشافعي، وأبو داود وأبو ثور، لأن عويمرا العجلاني «لما لاعن امرأته قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره النبي ﷺ» ولم ينقل إنكار النبي ﷺ عليه. وعن عائشة «أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي» متفق عليه. وجواب الأول أن الفرقة لم تقع بالطلاق بل بمجرد لعانها.

متن
الكتاب
الأول

فاعل^(١) فيقع به، وإن لم ينوه جاد أو هازل^(٢)، فإن نوى بطالق من وثاق أو في نكاح سابق منه أو من غيره أو أراد طاهراً فغلط لم يقبل حكماً^(٣) ولو سئل أطلقت

(١) (اسم فاعل) فلا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة طلاق.

هوامش
الكتاب
الأول

(٢) (جاد أو هازل) لحديث أبي هريرة يرفعه «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» رواه الخمسة إلا النسائي.

(٣) (لم يقبل حكماً) لأنه خلاف ما يقتضيه، ويدين فيما بينه وبين الله لأنه أعلم بنيته، ويقبل على المذهب.

متن
الكتاب
الثاني

الشيخ من ثلاث مجموعة أو متفرقة قبل رجعة واحدة^(١) قال إنه لا يعلم أحداً فرق بين الصورتين، وإن طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو مطلق للسنة^(٢) وإن قال طالق للبدعة وهي حائض طلقت في الحال وإلا إذا أصابها^(٣) وإن قال أنت طالق ثلاثاً للسنة طلقت ثلاثاً في طهر لم يصحها فيه في إحدى الروايتين^(٤) والثانية تطلق واحدة والثانية والثالثة في طهرين في نكاحين إن أمكن.

باب صريح الطلاق وكنايته

الصريح ما لا يحتمل غيره من كل شيء وضع له اللفظ، فصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه في الصحيح، وقال الخرقى صريحه ثلاثة ألفاظ: الطلاق والفراق

هوامش
الكتاب
الثاني

(١) (رجعة واحدة إلخ) روى طاوس عن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة» رواه أبو داود لكن قال الأثرم وسألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي شيء تدفعه؟ قال ادفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه قيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، ولا يكون لابن عباس أن يروي هذا ويفتي بخلافة.

(٢) (للسنة) لكنه ترك الأولى فكره لأنه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة له كتضييع المال قاله في الشرح.

(٣) (إذا أصابها) لكن ينزع في الحال بعد إبلاج الحشفة إن كان الطلاق ثلاثاً فإن استدام حد عالم وعزر غيره.

(٤) (في إحدى الروايتين) هذا المنصوص عن أحمد، وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا طهرت وهو مذهب الشافعي.

امراتك؟ فقال نعم وقع^(١)، أو ألك امرأة؟ فقال لا وأراد الكذب فلا^(٢).

- (١) (وقع) هذا المذهب مطلقاً وبه قال الشافعي والمزني لأن نعم صريح في الجواب.
(٢) (فلا) تطلق، هذا المذهب لأنه كناية تفتقر إلى نية.

والسراح^(١) والأول أصح وهو إنشاء وقال الشيخ: هذه صيغ إنشاء^(٢) من حيث أنها تثبت الحكم وبها تم، وهي إخبار لدلالاتها على المعنى الذي في النفس. وإن قال امرأتي طالق وأطلق النية طلق جميع نسائه^(٣) ومعنى التدين أي دين مع نفي القبول ظاهراً كما قال الشيخ إن له الطلب وعليها الهرب^(٤)، ولو قال لزوجته: كلما قلت لي شيئاً ولم أقل لك مثله فأنت طالق فقالت له أنت طالق بفتح الطاء أو كسرهما فلم يقله^(٥) أو قاله طلقت^(٦) ولو قيل له أخليت امرأتك؟ فقال نعم فكناية. ولو قيل لنحوي ألم تطلق امرأتك؟ فقال نعم لم تطلق^(٧) ولو لطم امرأته أو أطعمها أو سقاها وقال هذا طلاقك طلقت^(٨) إلا أن ينوي أن هذا سبب طلاقك ونحوه قبل حكماً.

(١) (والسراح) هذا مذهب الشافعي واختاره أبو بكر ونصره القاضي واختاره الشريف وأبو الخطاب في خلافهما، لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب في معنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق، والأول أصح، فإن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيداً، ولفظ الفراق والسراح قد يردان لغير الفرقة بين الزوجين كثيراً.

- (٢) (إنشاء) كسائر صيغ الفسوخ والعقود.
(٣) (جميع نسائه) على الصحيح من المذهب، لأنه مفرد مضاف فيعم، وكذا لو قال عبدي أو أمتي، واختار المصنف وصاحب الفائق أنه لا يطلق إلا واحدة، وتخرج بالقرعة.
(٤) (وعليها الهرب) وفي شرح المنهاج لتركيب معنى دين وكل إلى دينه فيما نواه فلا يقبل ظاهراً لمخالفته مقتضى اللفظ، ويعمل بما نواه باطناً إن كان صادقاً بأن يراجعها ويطلبها، ولها تمكينه إن ظنت صدقه بقرينة، وإن ظنت كذبة فلا.
(٥) (فلم يقله) طلقت لوجود الصفة.
(٦) (طلقت) لأنه واجهها بالطلاق، ووقع نحوها في زمن ابن جرير فأفتى بأنه لا يقع إذا علقه بأن قال لها أنت طالق ثلاثاً إن أنا طلقتك، وقال في الفروع: طلقت ولو علقه.
(٧) (لم تطلق) لأن نعم ليست جواباً للنفي، وتطلق امرأة غير النحوي لأنه لا يفرق بينهما في الجواب.
(٨) (طلقت) لأن هذا كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية، نصره المصنف =

(فصل) وكنائياته الظاهرة نحو أنت خلية وبرية وبائن وبنة وبنتلة^(١) وأنت حرة وأنت

(١) (وبنتلة) أي مقطوعة الوصلة.

وقال أكثر الفقهاء: لا يقع به طلاق وإن نوى، لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق^(٢) وإن قال أنت طالق ولا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت^(٣) ولا يقع الطلاق بغير لفظ، فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم^(٤) وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع^(٥) وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع^(٦) وإن لم ينو شيئاً لم يقع في أحد الوجهين^(٧) والثاني يقع^(٨) وإن كتبه بشيء لا يتبين لم يقع^(٩)

= والشارح، وقال في المستوعب والبلغة: منصوص أحمد أنه يقع نواه أو لم ينوه، قال في الإنصاف: على الصحيح من المذهب.

(١) (لا يؤدي معنى الطلاق) ولا هو سبب له، فعلى المذهب لو فسره بمحتمل غيره قبل. قاله ابن حامد والزرکشي.

(٢) (طلقت) هذا المذهب، لأن هذا رفع لجميع ما أوقعه فلم يصح كاستغناء الجميع، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً.

(٣) (أهل العلم) منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبیر ويحيى بن كثير وإسحق، روي أيضاً عن الحسن والقاسم وسالم والشعبي، وقال الزهري: إذا عزم على ذلك طلقت. وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله؟ ولنا قوله ﷺ «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل، رواه النسائي والترمذي وصححه، لأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بمجرد النية كالبيع.

(٤) (وقع) يعني صريحه، هذا المذهب وبه قال الشافعي والنخعي والزهري والحكم وأبو حنيفة ومالك والمنصوص عن الشافعي لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق وتقوم مقام قول الكاتب، ويدل له أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة.

(٥) (لم يقع) وتقبل دعواه في الحكم على إحدى الروايتين وهي المذهب، لأن ذلك يقبل اللفظ الصريح فهنا مع أنه ليس بلفظ أولى.

(٦) (الوجهين) لأنه كناية فلا يقع من غير نية جزم به في الوجيز، قال في الرعاية: وهو أظهر، وبه قال مالك وأبو حنيفة ومنصوص الشافعي، قال في الإنصاف وهو الصواب.

(٧) (يقع) وهو المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم.

(٨) (لم يقع) على الصحيح من المذهب مثل إن كتبه على وسادة أو على الماء أو الهواء لأنها بمنزلة الهمس بلسانه بما لا يفهم.

الخرج. والخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرجعي واعتدى واستبري واعتزلي
ولست لي بامرأة وألحقي بأهلك وما أشبهه. ولا يقع بكناية ولو ظاهرة طلاق إلا بنية
مقارنة للفظ^(١)، إلا حال خصومة أو غضب أو جواب سؤالها^(٢) فلو لم يرد أو أراد
غيره في هذه الأحوال لم يقبل حكماً^(٣)، ويقع مع النية بالظاهرة ثلاث^(٤) وإن نوى
واحدة، وبالخفية ما نواه^(٥).

- (١) (إلا بنية مقارنة للفظ) هذا المذهب، لأنه موضوع لما يشابهه ويجانسه.
(٢) (أو جواب سؤالها) هذا المذهب للدلالة الحال عليه، وعنه لا يقع إلا بنية، وبه قال
الشافعي في الخصومة والغضب.
(٣) (حكماً) لأنه خلاف الظاهر لدلالة الحال، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، قال في
الإنصاف على أصح الروايتين قاله في الفروع وغيره، قال ابن قندس في حواشي المحرر:
الذي يظهر لي أنه لا بد من النية في حال الغضب وسؤال الطلاق.
(٤) (ثلاث) هذا المذهب بلا ريب وهو من المفردات، لقول علماء الصحابة منهم ابن عباس
وأبو هريرة وعائشة.
(٥) (مانواه) هذا المذهب، لأن اللفظ لادلالة له على العدد.

ويقع بإشارة مفهومة من أحرس فقط، وأما القادر على الكلام فلا يصح طلاقه
بالإشارة، وصريحه بلسان العجم «بهشتم» فإن قاله العربي ولا يفهمه أو نطق
العجمي بلفظ الطلاق ولا يفهمه لم يقع^(١).

(فصل) وقال ابن عقيل: إذا قالت طلقني فقال: إن الله قد طلقك هذا كناية خفية
أسندت إلى دلالتها الحال وهي ذكر الطلاق وسؤالها إياه^(٢) وقال الشيخ: في إن
أبرأتني فأنت طالق فقالت: أبرأك الله مما تدعى النساء على الرجال فظن أنه يبرأ
فطلق قال يبرأ. ونظير ذلك إن الله قد باعك أو أقالك. وشرط وقوع الطلاق أن ينويه
إلا أن يأتي بها في حال خصومة أو غضب، فعلى روايتين^(٣) وإن جاءت جواباً

- (١) (لم يقع) في أحد الوجهين وهو المذهب، لأنه لا يتحقق اختياره لما لا يعلمه.
(٢) (وسؤالها إياه إلخ) وقال ابن القيم: الصواب أنه إن نوى وقع وإلا لم يقع، ونقل أبو داود
إذا قال فرق الله بيني وبينك في الدنيا والآخرة قال: إن كان دعاء يدعو به فأرجو أنه ليس
بشيء، قال في الفروع بعد كلام الشيخ: فهذه المسائل الثلاث الحكم فيها سواء. وظهر
أن في كل مسألة قولين، هل يعمل بالإطلاق للقرينة وهي تدل على النية، أم تعتبر النية؟
(٣) (فعلى روايتين) أي في الكناية، إحداهما يقع وإن لم يأت بالنية وهي المذهب، والثانية لا =

(فصل) وإن قال أنت عليّ حرام^(١) أو كظهر أمي فهوظهار ولو نوى به الطلاق،

(١) (أنت عليّ حرام) إذا قال ذلك وأطلق فهوظهار على المذهب، وقال الشافعي: لا شيء عليه. وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس يمين، وممن قال إنهظهار عثمان بن عفان وأبو قلابة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبيرة وميمون بن مهران والبتى، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً، ولأنه صريح في تحريمها فكانظهاراً.

لسؤالها الطلاق طلقت، وعنه لا يقع إلا بنية^(١) ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث، وإن نوى واحدة^(٢) وعنه يقع ما نواه^(٣) وعنه ما يدل على أنه يقع بها واحدة بائنة^(٤)، ولو قال أنت طالق واحدة بائنة أو واحدة بنة وقع رجعيًا^(٥) وأما ما لا

= يقع إلا بنية صححه في التصحيح وبه قال الشافعي.
(١) (إلا بنية) واختار المصنف في الألفاظ التي لا تستعمل في غير الفرقة إلا نادراً أن يقع في حال الغضب وجواب السؤال من غير نية، والتي كثر استعمالها في غير الطلاق لا يقع إلا بينة، وإليه ميل الشارح.

(٢) (وإن نوى واحدة) هذا المذهب بلا ريب، وهو من المفردات، روي عن علي وابن عمر في الخلية والبرية والبتة، وعن ابن عباس وأبي هريرة وعائشة وابن الزبير وعاصم فيمن طلق البتة، وهذه أقوال علماء الصحابة في عصرهم ولم يعرف لهم مخالف فيكون إجماعاً.
(٣) (يقع ما نواه) اختارها الخرقفي وأبو الخطاب، وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى ما نواه، فإن لم ينو وقعت واحدة، ونحوه قول النخعي إلا أنه قال يقع طلقة بائنة لحديث ركانة وفي بعض ألفاظه «هو علي ما أردت» رواه أبو داود وصححه ابن ماجه والترمذي وقال: سألت محمداً — يعني البخاري — فقال: فيه اضطراب، وروى أبو داود بإسناده «أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال: والله ما أردت إلا واحدة. فردها إليه النبي ﷺ» وفيه الزبير بن سعد الهاشمي مختلف فيه وقال ربيعة ومالك: يقع بها الثلاث وإن لم ينو، إلا في خلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحدة لأنها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها.

(٤) (واحدة بائنة) لأن لفظه اقتضى البينونة دون العدد. وقال الثوري وأصحاب الرأي إن نوى اثنتين وقعت واحدة لأن الكناية تقتضي البينونة دون العدد.

(٥) (وقع رجعيًا) على الصحيح من المذهب. وعنه بائناً. وعنه ثلاثاً.

وكذلك ما أحل الله عليّ حرام^(١)، وإن قال ما أحل الله عليّ حرام أعني به الطلاق
طلقت ثلاثاً^(٢) وإن قال أعني به طلاقاً^(٣) فواحدة، وإن قال كالميتة والدم والخنزير

(١) (ما أحل الله عليّ حرام) وفيه ثلاث روايات إحداهن أنه ظهار وإن نوى الطلاق اختاره
الخرقي، والثانية كناية ظاهرة ويمكن حمله على الكنايات الخفية إذا قلنا إن الرجعية
محرومة لأن أقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين روي أحمد ما يدل
عليه، والثالثة يمين كما ذكرنا في الروائد عن الصحابة.

(٢) (طلقت ثلاثاً) لأنه أتى بالألف واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فدخل الطلاق كله
لعدم معهود يحمل عليه.

(٣) (طلاقاً) هذا المذهب روي عن عمر بن الخطاب والزهري، وعن أحمد إذا قال أنت عليّ
حرام أعني به طلاقاً فهي واحدة.

يدل على الطلاق^(١) فلا يقع بها طلاق وإن نوى، وكذا أنا طالق أو أنا منك طالق^(٢)
وإن قال أنت عليّ حرام أو ما أحل الله عليّ حرام فهو ظهار^(٣)، وأما إن نوى غير
الظهار فالمنصوص عن أحمد أنه ظهار نوى الطلاق أو لا^(٤) وعن أحمد أنه إذا نوى به
الطلاق كان طلاقاً^(٥)، وقال أبو حنيفة: هو يمين، وهو رواية عن أحمد^(٦) ومن جعل

(١) (وأما مالا يدل على الطلاق) نحو كلي واشربي واقعدي وبارك الله عليك وأنت مليحة
ونحوه.

(٢) (وأنا منك طالق) وإن قال أنا منك بائن أو حرام فجزم في الوجيز والإقناع لا يقع لأن
الرجل ليس محلاً للطلاق.

(٣) (فهو ظهار) لأنه صريح فيه فلا يكون كناية في الطلاق، ولا يكون الطلاق كناية في
الظهار، وفيه الروايات. زاد.

(٤) (نوى الطلاق أو لا) وممن قال إنه ظهار عثمان بن عفان وأبو قلابة إلخ في الزاد.

(٥) (كان طلاقاً) فإنه قال: إذا قال ما أحل الله عليّ حرام يعني به الطلاق أخاف أن يكون
ثلاثاً ولا أفتى به، فكأنه جعله من كنايات الطلاق الظاهرة يقع به الطلاق إذا نواه، وممن
روي عنه طلاق ثلاث عليّ وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلي وهو
مذهب مالك في المدخول بها.

(٦) (وهو رواية عن أحمد) روي ذلك عن أبي بكر وعمر وابنه وابن مسعود وابن عباس، وروي

سعيد بسنده إلى الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام إنه يمين، وبه قال
ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبيرة لقوله تعالى: ﴿لم تحرم ما أحل الله لك﴾، =

متن الكتاب الأول
وقع ما نواه من طلاق وظهار ويمين^(١) وإن لم ينو شيئاً فظهار^(٢)، وإن قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه حكماً^(٣)، وإن قال أمرك بيدك^(٤) ملكت ثلاثاً ولو نوى واحدة،

- مواش الكتاب الأول
- (١) (ويمين) لأنه يصلح للجميع فيقع ما نواه، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً وقع واحدة.
 - (٢) (فظهار) في أحد الوجهين لأن معناه أنت عليّ حرام كالميتة في التحريم.
 - (٣) (حكماً) مؤاخذة له بإقراره، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. ومعنى الدين أنه لا يفسخ فيما بينه وبين الله ولا يقبل في الحكم، وقد ذكرنا زوائد.
 - (٤) (بيدك) هذا المذهب لأنه كناية ظاهرة وأفتى به أحمد مراراً، روي ذلك عن عثمان وعليّ وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري، وعن عمر وابن مسعود أنها طلقة واحدة وبه قال عطاء ومالك والأوزاعي والشافعي، وقال الشافعي: إن نوى ثلاثاً فلها أن تطلق ثلاثاً، وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثاً، والقول قوله في نيته، وهو رواية عن أحمد.

متن الكتاب الثاني
أمر امرأته بيدها لا يقع بقولها أنت طالق أو أنت مني طالق أو طلقتك^(١) بل بقولها طلقت نفسي ونحوه، وإن وهبها لأهلها أو لأجنبي أو لنفسها فردت^(٢) أو لم ينو طلاقاً أو نواه ولم ينوه موهوب له^(٣) فلغو، وإن قبلوها فواحدة رجعية^(٤) وإن نوى الزوج بالهبة الطلاق في الحال وقع ولم يحتج إلى قبولها، ومن شرط وقوع الطلاق النطق به إلا في موضعين الأخرس بالإشارة وإذا كتب صريح طلاقها بما يتبين^(٥).

مواش الكتاب الثاني
ثم قال: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ وقال ابن عباس ﴿لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة﴾، ولأنه تحريم للحلال أشبه تحريم الأمة، ووجه الأول أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت كظهر أمي.

- (١) (أو طلقتك) لما روى أبو عبيد والأثرم أن رجلاً جاء إلى ابن عباس فقال: ملكت امرأتي أمرها وطلقتني ثلاثاً، فقال ابن عباس: خطأ الله نواها، إن الطلاق لك وليس لها عليك، واحتج به أحمد.
- (٢) (فردت) بالبناء للمفعول أي رد الموهوب له من أهلها الهبة فلغو، روي عن ابن مسعود، ولأن ذلك تمليك للبضع فافتقر إلى القبول.
- (٣) (موهوب له) لأنه كناية في حق الواهب والموهوب له فاعتبرت النية كسائر الكنايات.
- (٤) (فواحدة رجعية) إذا نواها أو أطلق نية الطلاق أو دلت دلالة الحال.
- (٥) (بما يتبين) وقال في الانصاف: والنفس تميل إلى عدم الوقوع بذلك، لأنه قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالإشارة.

ويتراخى مالم يطأ أو يطلق أو يفسخ. ويختص اختياري نفسك بواحدة وبالمجلس المتصل مالم يردّها فيهما؛ فإن ردت أو وطىء أو طلق أو فسخ بطل خيارها^(١).

باب ما يختلف فيه عدد الطلاق^(٢)

يملك من كله أو بعضه حر^(٣) ثلاثاً والعبد اثنتين^(٤) حرة كانت زوجتهما أو

- (١) (بطل خيارها) كسائر الوكالات، ومن طلق بقلبه لم يقع، وإن حرك لسانه وقع.
- (٢) (عدد الطلاق) وهو معتبر بالرجال وهو المذهب. زوائد.
- (٣) (حر) المعتقد بعضه كالحر على الصحيح من المذهب، والمكاتب كالقن وكذا المدير.
- (٤) (والعبد اثنتين) وعن عمر يطلق العبد تطليقتين رواه الشافعي والدارقطني بإسناد جيد. زوائد.

باب ما يختلف به عدد الطلاق

الطلاق بالرجال^(١) وعنه الطلاق بالنساء^(٢) فعلى المذهب لا يملك العبد غير طليقتين ولو طراً رقه^(٣) وقال الموفق ومن تابعه: يملك الثالثة^(٤) وذكر الشيخ أن قوله الطلاق يلزمني ونحوه كعليّ الطلاق يمين باتفاق العقلاء والفقهاء، وخرجه على نصوص أحمد^(٥) وقال: إن حلف به ونوى النذر كفر عند أحمد^(٦) وإن قال أنت

- (١) (بالرجال هذا المذهب، روي عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واسحق وابن المنذر، لما روى أبو رزين قال «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ فأين الثالثة؟ قال: تسريح بإحسان» رواه أحمد وأبو داود وابن جرير وابن المنذر وصححه ابن القطان، وعن عائشة مرفوعاً «طلاق العبد ثنتان» رواه الدارقطني بإسناد ضعيف.
- (٢) (بالنساء) فيملك زوج الحرة ثلاثاً وإن كان عبداً، وزوج الأمة اثنتين إن كان حراً، روي ذلك عن علي وجماعة.
- (٣) (ولو طراً رقه) باعتباره بالرجال كلحوق ذمي بدار حرب فاسترق وقد كان طلق طليقتين فلا يملك الثالثة، هذا أحد الوجهين أطلقهما في الترغيب.
- (٤) (يملك الثالثة) لأن اثنتين لما وقعتا كانتا غير محرمتين فلا تنقلبان محرمتين برقه.
- (٥) (على نصوص أحمد) قال في الفروع وهو خلاف صريحها.
- (٦) (عند أحمد) ونصره في أعلام الموقعين وهو كالذي قبله.

متن
الكتاب
الأول

أمة^(١). فإذا قال أنت الطلاق^(٢) أو طالق أو على أو يلزمني وقع ثلاث بنيتها، وإلا فواحدة، ويقع بلفظ كل الطلاق أو أكثره أو عدد الحصى أو الريح أو نحو ذلك

(١) (أو أمة) لأن الطلاق خالص حق الزوج فاعتبر به.

هوامش
الكتاب
الأول

(٢) (أنت الطلاق إلخ) هذه الألفاظ صريحة في الطلاق وعليه جماهير الأصحاب، لكن هل هو صريح في الثلاث أو واحدة؟ فعنه يقع بها واحد وهو المذهب اختاره المصنف وإليه =

متن
الكتاب
الثاني

طالق ونوى الثلاث طلقت ثلاثاً^(١) وعنه واحدة^(٢) وإن قال الطلاق يلزمني أو عليّ الطلاق وله أكثر من واحدة فإن كان هناك سبب أو نية تقتضي تخصيصها أو تعميمها عمل به وإلا وقع بكل واحدة واحدة^(٣) وإن قال أنت طالق أشد الطلاق أو أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا طلقت واحدة^(٤) إلا أن ينوي ثلاثاً فيقع وكذا أقصاه^(٥) على ما صححه في الإنصاف، وإن قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت طلقتين^(٦) ويحتمل أن تطلق ثلاثاً^(٧) وإن قال أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى موجبه عند الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين^(٨).

هوامش
الكتاب
الثاني

(١) (طلقت ثلاثاً) وهو المذهب على ما اصطالحناه «صححه في الشرح، وبه قال مالك وأبو عبيد والشافعي وابن المنذر.

(٢) (واحدة) اختارها الخرقى والقاضي والشريف وأبو الخطاب، وهو المذهب عند المتقدمين، وبه قال الحسن وعمرو بن دينار والأوزاعي وأصحاب الرأي، لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم يقع به ثلاث؛ ووجه الأول أنه نوى بلفظه ما يحتمل كقوله أنت طالق ثلاثاً.

(٣) (بكل واحدة واحدة) وخرجها بعض الأصحاب على الرويتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة، ذكر مضمون ذلك الشيخ.

(٤) (طلقت واحدة) هذا المذهب، لأن الواحدة توصف بأنها يملأ الدنيا ذكرها.

(٥) (وكذا أقصاه) وصحح في التنقيح وتصحيح الفروع أنها ثلاث وإن نوى واحدة وتبعها في المنتهى.

(٦) (طلقتين) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة، وقال زفر: تطلق واحدة.

(٧) (ثلاثاً) وهي رواية عن أحمد، وبه قال أبو يوسف ومحمد. ولنا أن ما بعد الغاية لا يدخل فيها بمقتضى اللغة.

(٨) (طلقتين) وإن لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد وهو المذهب. وعند القاضي تطلق واحدة واقتصر عليه في المغنى، وإن نوى بغى (مع) طلقت ثلاثاً.

ثلاث^(١) ولو نوى واحدة، وإن طلق عضواً أو جزءاً مشاعاً أو معيناً أو مبهماً أو قال
= ميل الشارح لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى المعهود يريد الطلاق الذي أوقعته،
ولأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثاً ولا يفهمون أنهما للاستغراق، والثانية أنها ثلاث لأن
الألف واللام للاستغراق فيقتضى استغراق الكل وهو الثلاث.
(١) (ثلاث) هذا المذهب فيهن لأن هذا يقتضى عدداً، وأكثر الطلاق ثلاث.

(فصل) وجزء من طلقة كهي، وإن قال نصفي طلقتين فنتان، وإن قال ثلاثة
أنصاف طلقتين فتلاث^(١) وإن قال لأربع أوقعت بينكن طلقة أو طلقتين أو ثلاثاً أو
أربعاً وقع بكل واحدة طلقة^(٢) وإن أضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل والروح لم
تطلق^(٣).

(فصل) فيما تخالف المدخول بها غيرها. إذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت
طالق ونوى إيقاع طلقتين فتطلق طلقتين، وأما أن لا يكون لا نية له فيقع طلقتان^(٤)
وإن قال أنت طالق طالقة قبلها طلقة وادعى أنه في نكاح سابق أو أن زوجاً قبلي
طلقتها قبل إن وجد ذلك. وإن قال لها أنت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة أو
طالق وطالق طلقت طلقتين^(٥) وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة طلقت واحدة
عند القاضي^(٦) وعند أبي الخطاب تطلق طلقتين^(٧) والمعلق كالمنجز في هذا سواء

(١) (ثلاث) هذا المذهب. ويحتمل أن تطلق طلقتين اختاره ابن حامد، لأن معناه ثلاثة
أنصاف من طلقتين.

(٢) (طلقة) وعنه إذا قال أوقعت بينكن ثلاثاً ما أرى إلا قد بن منه. واختاره القاضي.

(٣) (لم تطلق) هذا المذهب، لأن الروح أشبهت السواد والبياض. وحكم العتق في ذلك كله
كالطلاق.

(٤) (طلقتان) وبه قال مالك وأبو حنيفة والصحيح من قولي الشافعي. وإن نوى التأكيد أو
الإفهام فواحدة إذا اتصل.

(٥) (طلقتين) ولو غير مدخول بها. هذا المذهب وبه قال مالك والأوزاعي والليث وربيعة. وقال
الثوري؛ لا يقع إلا واحدة.

(٦) (عند القاضي) إن كانت غير مدخول بها. لأن بعضه قبل بعض كما لو قال طلقة بعد
طلقة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

(٧) (طلقتين) وبه قال أبو حنيفة وأبو بكر، وصححه المصنف، وأما المدخول بها فالصحيح
أنها تطلق طلقتين.

نصف طلقة أو جزءاً من طلقة طلقت^(١)، وعكسه الروح والسن والشعر والظفر ونحوه^(٢) وإذا قال لمدخول بها أنت طالق وكره وقع العدد^(٣) إلا أن ينوي تأكيداً يصح^(٤) أو إفهاماً، وإن كرره ببل أو ثم أو بالفاء أو قال بعدها أو قبلها أو معها طلقة

- (١) (طلقت) هذا المذهب لأن الطلاق لا يتبعض، وبه قال عامة أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم تطلق بذلك، منهم الشعبي والزهري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد.
- (٢) (ونحوه) هذا المذهب لأن الروح ليست عضواً ولا يستمتع بها، والوجه الثاني تطلق بتطبيق الروح لأن الحياة لا تبقى بدونها فهي كالدم، وقدمه في المقنع.
- (٣) (وقع العدد) فإن كرره مرتين وقع اثنتين وبه قال مالك وأبو حنيفة، وهو الصحيح من قولي الشافعي، وإن كرره ثلاثاً وقع ثلاث.
- (٤) (يصح) بأن يكون متصلاً، فإن انفصل وقع.

قدم الشرط أو أخره أو كرره، فلو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق ثم طالق فدخلت طلقت ثلاثاً، وإن كانت غير مدخول بها فواحدة^(١) وقال الشيخ فيمن قال الطلاق لزمني لا أفعل كذا وكرره لم يقع أكثر من واحدة إذا لم ينو، قال في الفروع: فيتوجه مثله إن قمت فأنت طالق وكرره ثلاثاً، وحكى المصنف وقوع الثلاث بذلك إجماعاً^(٢).

باب الاستثناء في الطلاق^(٣)

وهو إخراج بعض الجملة^(٤) بإلا أو ما يقوم مقامها، وحكى عن أبي بكر أنه قال

- (١) (فواحدة) وإن كرر الجملة فإن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت مدخولاً بها وغير مدخول بها طلقتين.
- (٢) (إجماعاً) وكأنه يلزم من الشرط الجزاء فيقع الثلاث معاً للتلازم، ولا رابط لليمين.
- (٣) (الاستثناء في الطلاق) ولا بد من اتصال الكلام عادة، أو حكماً كإنقطاعه بتنفس أو سعال أو عطاس، بخلاف كلام معترض أو سكوت طويل لا يسير.
- (٤) (بعض الجملة الخ) كغير وسوى وليس وحاشا وخلا أو عدا من متكلم واحد والاستثناء واقع في الكتاب والسنة ولسان العرب، قال تعالى عن خليله إبراهيم ﴿إني براء مما تعبدون إلا الذي فطرنى﴾ يريد به البراءة من غير ربه، وقال ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾ وليس الاستثناء رافعاً لواقع، وإنما هو مانع لدخول المستثنى في المستثنى منه ولولاه لدخل.

وقع اثنتان^(١)، وإن لم يدخل بها بانت بالأولى ولم يلزمه مابعدهما^(٢)، والمعلق كالمنجز في هذا.

(فصل) ويصح منه استثناء النصف فأقل^(٣) من عدد الطلاق والمطلقات، فإذا قال أنت طالق طلقتين إلا واحدة وقعت واحدة^(٤)، وإن قال ثلاثاً إلا واحدة فطلقتان، وإن

(١) (وقع اثنتان) قال في الإنصاف: وقوع طلقتين بقوله أنت طالق طلقة لا نزاع فيه في المذهب في المدخول بها وغيرها.

(٢) (ما بعدها) هذا المذهب فيما تقدم سوى طلقة معها طلقة، وبه قال عكرمة والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وابن المنذر، لأن البائن لا يلحقها طلاق.

(٣) (فأقل) فلا يصح استثناء الكل ولا أكثر من النصف نص عليه ونصره في الشرح وقواه ابن حمدان، وقيل يصح وهو قول الأكثر.

(٤) (وقعت واحدة) لصحة استثناء النصف ويشترط اتصال الكلام.

لا يصح الاستثناء في الطلاق^(١)، والمذهب أنه يصح استثناء ما دون النصف^(٢) ولا يصح فيما زاد على النصف^(٣) وفي النصف وجهان^(٤) وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة طلقت اثنتين في أحد الوجهين^(٥).

(تمة) : قال في القواعد الأصولية للعلامة علاء الدين اللحام: قاعدة المذهب أن

(١) (في الطلاق) قال الشيخ: قول أبي بكر رواية منصوطة عن أحمد ولكن أكثر أجوبته كقول الجمهور.

(٢) (ما دون النصف) وهو قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أنها تطلق طلقتين، منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وليس الاستثناء رافعاً لواقع، وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد في الكلام.

(٣) (ولا يصح فيما زاد على النصف) ونصره في الشرح وأجاز الأكثر أنه مسلم في قوله: ﴿إلا من اتبعك من الغاوين﴾ لأنه لم يصرح بالعدد، وأنه يجوز فيه الكل نحو اقتل من في الدار إلا بني تميم فيحرم قتلهم.

(٤) (وجهان) أحدهما يصح وهو المذهب، والثاني لا يصح واختاره ابن عقيل في الفصول.

(٥) (في أحد الوجهين) وهو المذهب، لأنه لم يسكت عليها بل وصلها فصار عبارة عن واحدة، ولم يجيزوا من الاستثناء سوى هذه فلا يصح ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة فيقع ثلاثاً.

استثنى بقلبه من عدد المطلقات صح^(١) دون عدد الطلقات^(٢)، وإن قال أربعتكن إلا فلانة طوالق صح الاستثناء، ولا يصح استثناء لم يتصل عادة^(٣)، فلو انفصل وأمكن الكلام دونه بطل، وشرطه النية قبل كمال ما استثنى منه^(٤).

باب الطلاق في الماضي والمستقبل

إذا قال أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ولم ينو وقوعه في الحال لم يقع^(٥)، وإن أراد بطلاق سبق منه أو من زيد وأمكن^(٦) فإن مات^(٧) أو جن أو خرس قبل بيان

(١) (صح) الاستثناء فلا تطلق المستثناة لأن قوله نسائي طوالق عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له لأن استعمال اللفظ العام لمخصوص سائغ في الكلام.

(٢) (دون عدد الطلقات) فإذا قال هي طالق ثلاثاً ونوى إلا واحدة وقعت الثلاث، لأن العدد نص فيما يتناوله فلا يرتفع بالنية، لأن اللفظ أقوى من النية.

(٣) (لم يتصل عادة) فإن الاتصال يجعل اللفظ جملة واحدة فلا يقع الطلاق قبل تمامها.

(٤) (ما استثنى منه) لأنها صوارف اللفظ عن مقتضاه فوجب مقارنتها لفظاً ونية.

(٥) (لم يقع) هذا المذهب وهو من المفردات، لأنه رفع للاستباحة، ولا يمكن رفعها في الماضي، وقال القاضي يقع وبه قال الشافعي، وإن أراد وقوعه الآن وقع في الحال لأنه مقرر على نفسه بما هو أغلظ في حقه.

(٦) (وأمكن) بأن كان صدر منه طلاق قبل ذلك أو كان صدر من زيد.

(٧) (فإن مات إلخ) راجع لقوله أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك عملاً بالمتبادر من اللفظ.

الاستثناء يرجع إلى ما يملكه لا إلى ما لفظ به، والعطف بالواو يصير الجملتين واحدة، وقاله جمع. قال في التنقيح: وليس ما قاله في القواعد على إطلاقه، بدليل ما تقدم في قوله أنت طالق أربعاً إلا اثنتين يقع ثنتان، ولو رجع إلى ما يملكه وقع ثلاث لأن استثناء أكثر من النصف لا يصح.

باب الطلاق في الماضي والمستقبل

إذا قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضيه أو معه لم تطلق ويحرم وطؤها من حين عقد الصفة إن كان الطلاق بينها^(١) قال أبو العباس: تأملت

(١) (إن كان الطلاق بينها) لأن كل شهر يأتي محتمل وقوع الطلاق فيه.

مراده لم تطلق، وإن قال طالق ثلاثاً قبل قدوم زيد بشهر^(١) فقدم قبل مضيه لم تطلق، وبعد شهر وجزء تطلق فيه^(٢) يقع، فإن خالعهما بعد اليمين بيوم وقدم بعد شهر ويومين صح الخلع^(٣) وبطل الطلاق، وعكسها بعد شهر وساعة^(٤)، وإن قال طالق قبل موتي

- (١) (بشهر) هذا المذهب ولم تسقط نفقتها ولم يجز وطؤها من حين عقد الصفة إلى موته.
- (٢) (تطلق فيه) أي يتسع لوقوع الطلاق فيه تبيناً وقوعه لوجود الصفة، وبه قال الشافعي وزفر.
- (٣) (صح الخلع) لأنها كانت زوجة في حينه.
- (٤) (وساعة) من التعليق إذا كان الطلاق بائناً، لأن الخلع لم يصادف عصمة، وخلع بائن غير صحيح، وحيثئذ لها الرجوع بالعوض.

نصوص أحمد فوجدته يأمر باعتزال الرجل زوجته في كل يمين حلف عليها بالطلاق وهو لا يدري أبار هو أو حانث حتى يتبين أنه بار، فإن لم يعلم أنه بار اعتزلها أبداً، وإن علم أنه بار في وقت وشك في وقت اعتزلها وقت الشك ولها النفقة إلى أن يتبين وقوع الطلاق^(١) فإن وطئ فتبين وقوعه فيه وأن وطأه محرم لزمه المهر^(٢) إن كان الطلاق بائناً^(٣) وكذا الحكم لو قال أنت طالق قبل موتي بشهر لكن لا يرث لبائن، وإن مات أحدهما بعد عقد الصفة بيومين ثم قدم بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لعدم التهمة، إلا أن يكون رجعيّاً فإنه لا يمنع التوارث مادامت في العدة، وإن قال طالق يوم موتي طلقت في أوله^(٤) وإن تزوج أمة أبيه ثم قال إن مات أبي واشتريتك فأنت طالق فمات أبوه أو اشتراها لم تطلق^(٥) ويحتمل أن تطلق^(٦).

- (١) (وقوع الطلاق) لأن الأصل بقاء الزوجية وهي محبوسة من أجله فيعابا بها.
- (٢) (لزمه المهر) بما نال من فرجها، وإن كان رجعيّاً فلا تحريم ولا مهر لأنها زوجة إذن وحصلت به رجعتها.
- (٣) (بائناً) يعني إن بان أنه حال الوطء قد وقع الطلاق.
- (٤) (طلقت في أوله) على قياس ما تقدم من قول الشيخ إنه يحرم وطؤها في كل يوم من حين التعليق لأن كل يوم يحتمل أن يكون يوم الموت.
- (٥) (لم تطلق) اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وجزم به في الكافي والوجيز، لأنه بالموت والشراء يملكها فيفسخ النكاح بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع.
- (٦) (يحتمل أن تطلق) وهو المذهب اختاره القاضي في الجامع والخلال وأبو الخطاب والشريف وابن عقيل في عمد الأدلة، لأن الموت سبب ملكها وطلاقها، وفسخ النكاح =

طلقت في الحال، وعكسه معه أو بعده^(١).

(فصل) وإن قال أنت طالق إن طرت أو سعدت السماء أو قلبت الحجر ذهباً

(١) (أو بعده) فلا يقع لأن البيونة حصلت بالموت فلم يبق نكاح يزيله الطلاق.

(فصل) ويستعمل طلاق ونحوه كما يأتي استعمال القسم ويجعل جواب القسم جواباً له في غير المستحيل، فإذا قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق^(١) وإن علق الطلاق على وجود مستحيل عادة أو في نفسه فمثال الأول كأنت طالق إن سعدت السماء أو شاء الميت أو البهيمة أو طرت أو قلبت الحجر ذهباً أو شربت ماء هذا النهر كله أو حملت الجبل، ومثال الثاني كأن رددت أمس أو جمعت بين الضدين أو إن كان الواحد أكثر من اثنين أو شربت ماء هذا الكوز ولا ماء فيه فأنت طالق لم تطلق، وإن علقه على عدمه طلقت في الحال^(٢) وأنت طالق ثلاثاً على مذهب اليهود والنصارى والشيعنة طلقت ثلاثاً^(٣).

(فصل) في الطلاق في زمن مستقبل. وإن قال أنت طالق اليوم وغداً وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فواحدة في الأول ويقع في الثانية ثلاث^(٤)، وإن قال لعبدك إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق فمات العبد أو الحالف أو المرأة في اليوم طلقت^(٥) أو إن قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد فماتت أو مات أو ماتا أو لم يمتم

= يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فنبت.

(١) (لم تطلق) فإن لم يقع في الوقت الذي عينه حنث، هذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد ابن المسيب والحسن وجمع. وقال شريح: يقع طلاقه. وإن قام، وضعفه الشيخ. ولنا أنه حلف قد بر فيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى.

(٢) (في الحال) كأنت طالق لأشرين ماء الكوز ولا ماء فيه علم أن فيه ماء أو لم يعلم، أو إن لم أشربه ولا ماء فيه، أو لأصعدن السماء أو إن لم أصعد.

(٣) (ثلاثاً) لاستحالة الصيغة لأنهم لا مذهب لهم، وكذا على سائر المذاهب وإن لم يقل ثلاثاً وقع ما نواه وإن لم ينو فواحدة.

(٤) (ثلاث) هذا المذهب، والوجه الثاني تطلق في الأول ثلاثاً لأن ذكره لأوقات الطلاق يدل على تعداده.

(٥) (طلقت) قبل ذلك لأنه فاته بيعه فيه.

ونحوه من المستحيل^(١) لم تطلق، وتطلق في عكسه فوراً^(٢) وهو النفي في المستحيل مثل لأقتل الميت أو لأصعدن السماء ونحوهما، وأنت طالق اليوم إذا جاء غد لغو^(٣)، وإذا قال أنت طالق في هذا الشهر أو اليوم طلقت في الحال، وإن قال في غد أو السبت أو رمضان طلقت في أوله^(٤)، وإن قال أردت آخر الكل دين وقبل،

- (١) (المستحيل) عادة أو لذاته كان رددت أمس أو جمعت بين الضدين أو شاء الميت.
- (٢) (فوراً) لأنه علق على عدم فعل المستحيل وعدمه معلوم.
- (٣) (لغو) هذا المذهب لعدم تحقق شرطه، لأن الغد لا يأتي اليوم بل بعد ذهابه.
- (٤) (في أوله) إذا علق الطلاق على وقت تعلق بأوله، وفي أول آخره تعلق بطلوع فجر أول آخر يوم منه.

واحد منهما في ذلك اليوم تبين أن طلاقها وقع من أول اليوم^(١) أو أنت طالق في آخر الشهر تطلق بآخر جزء منه^(٢) وقيل تطلق بآخر فجر اليوم وفي آخر أوله تطلق بآخر أول يوم منه^(٣) وقيل تطلق بطلوع فجر أول يوم منه^(٤) وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم نهائياً مختاراً حنث^(٥) وإن قدم ليلاً طلقت إن نوى الوقت، وإن قدم به ميتاً أو مكرها لم تطلق^(٦)، وإن قال لزوجته إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فأنفلت بغير اختيارها فخرج فإن كان نوى أن لا يخرج حنث، وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث.

- (١) (اليوم) الذي قدم فيه زيد من طلوع فجره، كما لو قال أنت طالق يوم الجمعة.
- (٢) (بآخر جزء منه) قدمه في الفروع، وهو الصواب وهو المذهب على ما اصطلاحناه قاله في الإنصاف.
- (٣) (بآخر أول يوم منه) قاله في المقنع، قال في المبدع على المذهب، قال في الإنصاف: هذا أحد الوجوه، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، قال في المغنى والشرح: هذا أصح، وقدمه في الهداية والمستوعب والرعايتين والحاوي الصغير وجزم به في الوجيز.
- (٤) (أول يوم منه) هو المذهب، قال في الفروع: طلقت بطلوع فجر أول يوم منه على الأصح، جزم به في المنور وقدمه في المحرر.
- (٥) (حنث) علم القادم باليمين أو جهلها، وسواء كان القادم ممن لا يمتنع بيمينه أو لا.
- (٦) (لم تطلق) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وإن قدم بنفسه لإكراه فعلى قول الخرقى لا يحنث لأنه بالإكراه زال اختياره، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وقال أبو بكر: يحنث لأن الفعل منه حقيقة، وحكاه عن أحمد.

وأنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه إلا أن ينوي في الحال، فيقع، وطلق إلى سنة تطلق باثني عشر شهراً^(١) فإن عرفها باللام طلقت بانسلاخ ذى الحجة^(٢).

باب تعليق الطلاق بالشروط^(٣)

- (١) (شهرًا) بالأهلة، ويكمل ما حلف في أثنائه بالعدد، وصفته أنه إذا كان قد مضى منه عشرة ناقصاً بقي تسعة عشر فإذا فرغ من الأحد عشر شهراً بالأهلة أضاف إلى التسعة عشر أحد عشر يوماً.
- (٢) (بانسلاخ ذى الحجة) فإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل منه على المذهب.
- (٣) (بالشروط قال بعض الفقهاء: إن تعليق الشرط يصير إيقاعاً في ثاني الحال.

باب تعليق الطلاق بالشروط^(١)

وهي ترتيب شيء غير حاصل^(٢) على شيء حاصل^(٣) وغير حاصل^(٤) بأن أو إحدى أخواتها، وتصح مع تقدم الشرط^(٥) ومع تأخره، ولو قال إن تزوجت فلانة أو إن تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق إن تزوجها^(٦) وعنه تطلق^(٧)، وإن قال لأجنبية إن

- (١) (بالشروط) قال في الاختيارات: تعليق الطلاق على الشرط هو إيقاع له عند ذلك الشرط كما لو تكلم به عند الشرط، ولهذا قال الفقهاء: إن التعليق يصير إيقاعاً في ثاني الحال، وقال بعضهم إنه منتهى لأن يصير إيقاعاً.
- (٢) (غير حاصل) حين الترتيب وهو الطلاق والعنق ونحوهما.
- (٣) (حاصل) أي موجود في الحال كإن كنت حاملاً فأنت طالق وكانت كذلك.
- (٤) (وغير حاصل) كإن دخلت الدار فأنت طالق.
- (٥) (الشرط الخ) كإن دخلت الدار فأنت طالق وكأنت طالق إن دخلت الدار.
- (٦) (إن تزوجها) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم، روي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال عطاء والحسن وعروة وجابر بن زيد وسوار والقاضي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، ورواه الترمذي عن علي وجابر بن عبدالله وسعيد بن جبيرة وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد.
- (٧) (تطلق) وبه قال الثوري وأصحاب الرأي، والأول أصح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا طلاق ولا عتاق لابن آدم فيما لا يملك» رواه أبو داود والترمذي بإسناد جيد وحسنه الترمذي، ورواه الدارقطني من حديث عائشة وزاد «وإن عينها» وقوله «لا طلاق قبل نكاح ولا عتاق قبل ملك» رواه ابن ماجه بإسناد حسن.

لا يصح إلا من زوج^(١)، فإذا علقه بشرط لم تطلق قبله^(٢) ولو قال عجلته^(٣) وإن قال سبق لساني بالشرط ولم أرده وقع في الحال، وإن قال أنت طالق وقال أردت إن

(١) (إلا من زوج) يعقل الطلاق، هذا المذهب لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «لا نذر لإبن آدم فيما لا يملك، ولا عتق فيما لا يملك، ولا طلاق فيما لا يملك» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه.

(٢) (قبله) أي قبل وجوده، وإن كان الشرط متحقق الوجود على المذهب حكاه ابن المنذر وابن عبد البر إجماعاً، ويقطعه سكوته بين شرط وجواب سكوتاً يمكنه كلام فيه.

(٣) (عجلته) هذا المذهب لأنه علقه فلم يملك تغييره، وقيل يتعجل إذا عجله، وهو ظاهر =

قمت فأنت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق رواية واحدة ولو قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة أي جميع حبها طلقت ثلاثاً^(١) ولو جعل مكان كلما إن أكلت لم تطلق إلا اثنتين^(٢) وإن علق طلاقها على صفات فاجتمعن في عين واحدة طلقت ثلاثاً^(٣) فإذا قال إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم تقم قرينة بفور ولم يتزوج عليها لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما^(٤) فإن كان المعلق طلاقاً بائناً لم يرثها إن ماتت كما لو أبانها، وترثه هي نصاً^(٥) ولا يمتنع من وطئها قبل فعل ما حلف عليه^(٦).

(١) (ثلاثاً) هذا المذهب، قال في الإنصاف: بلا نزاع لوجود صفة النصف مرتين والجميع مرة فتطلق بكل نصف طلقة وبالرمانة طلقة.

(٢) (اثنتين) هذا المذهب بصفة النصف مرة والكمال مرة، ولا تطلق بالنصف الآخر لأنها لا تقتضي التكرار واختار الشيخ تطلق واحدة.

(٣) (ثلاثاً) هذا المذهب لوجود الثلاث الصفات فيه مثل أن يقول إن رأيت رجلاً فأنت طالق وإن رأيت أسود فأنت طالق وإن رأيت فقيهاً فأنت طالق فرأت رجلاً أسود فقيهاً أشبه ما لو رأته ثلاثة فيهم الصفات الثلاث، وقال الشيخ: لا تطلق إلا واحدة مع الإطلاق.

(٤) (من حياة أحدهما) إذا بقي من حياة الميت مالا يتسع لإيقاعه لأنه علقه على ترك التزويج فإذا مات أو ماتت فقد وجد الترك، ولم يقع قبل ذلك لأن إن ولو مع لم للتراخي فكان له تأخير ما دام وقت الإمكان، فإذا ضاق عن الفعل تعين.

(٥) (نصاً) إن مات هو، لأنه يقع بها الطلاق في آخر حياته فهو كالطلاق في مرض موته بلا سؤلها فهو مقتض لقصده حرمانها.

(٦) (عليه) وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، لأنها زوجته وإن عزم على الترك، وقال سعيد بن =

قمت لم يقبل حكماً.

وأدوات الشرط: إن وإذا ومتى وأي ومن وكلما — وهي وحدها للتكرار^(١) — وكلما

= بحث الشيخ فإنه قال: فيما قال جمهور الأصحاب نظر.

(١) (للتكرار) وهو المذهب، لأنها تعم الأوقات فهي بمعنى كل وقت، وأما متى فهي اسم زمان بمعنى أي وقت، أو بمعنى إذا فلا تقتضي التكرار.

(فصل) وإن قال عامي أن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط كنيته^(١) وإن قاله عارف بمقتضاه وهو التعليل طلقت في الحال إن كان الدخول وجد^(٢) ولا تطلق إذا لم تكن قبل ذلك^(٣) ولا فرق عند الشيخ بين أن يطلقها لعل مذكورة في اللفظ أو غير مذكورة فإذا تبين انتفاؤها لم يقع الطلاق، وقال في أعلام الموقعين: وهذا هو الذي لا يليق في المذهب غيره ولا تقتضي قواعد الأئمة غيره^(٤) ولذلك أفتى ابن عقيل في فنونه فيمن قيل له زنت زوجتك فقال هي طالق ثم تبين أنها لم تزن أنها لا تطلق، وجعل السبب كالشرط اللفظي وأولى^(٥) وقال القاضي تطلق مطلقاً سواء كانت دخلت أو لم تدخل^(٦).

= المسيب والحسن والشعبي ومالك وأبو عبيد: لا يبطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق.

(١) (كنيته) أي كما لو نوى بهذا الكلام الشرط لأن العامي لا يريد بذلك إلا الشرط.
(٢) (وجد) لأن المفتوحة في اللغة إنما هي للتعليل فمعناه أنت طالق لأنك دخلت الدار أو لدخولك قال تعالى: ﴿يخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم﴾ وقال تعالى: ﴿يؤمنون عليك أن أسلموا﴾.

(٣) (قبل ذلك) لأنه إنما يطلقها لعل فلا يثبت الطلاق بدونها، هذا قول ابن أبي موسى ومن تابعه.

(٤) (غيره) فإذا قيل له امرأتك شربت مع فلان وباتت عنده فقال اشهدوا على أنها طالق ثلاثاً ثم علم أنها كانت تلك الليلة في بيتها قائمة تصلى فإن هذا الطلاق لا يقع قطعاً، وأطال فيه.

(٥) (وأولى) قال في الاختيارات: وهو قول عطاء بن رباح وأطال فيه.

(٦) (أو لم تدخل) وهو ظاهر المنتهى. ويؤيده نص أحمد في رواية المروزي في رجل قال لامرأته إن خرجت فأنت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فرأها زوجها حين خرجت من الباب فقال: قد فعلت؟ أنت طالق، قال يقع طلاقه بامرأته.

ومهما بلا لم أو نية فور أو قرينة للتراخي، ومع لم للفور، إلا أن مع عدم نية فور أو قرينة، فإذا قال إن قمت أو إذا أو متى أو أي وقت أو من قامت أو كلما قمت فأنت طالق فمتى وجد طلقت. وإن تكرر الشرط^(١) لم يتكرر الحنث إلا في كلما^(٢). وإن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم تقم قرينة بفور ولم يطلقها طلقت في آخر

- (١) (الشرط إلخ) بخلاف ما إذا كرره المطلق فإنه يقع بقدر التكرار للشرط.
(٢) (في كلما) فتكرر معها الحنث عند تكرر الشرط.

(فصل) فإن قالت من علق طلاتها بحيضها: قد حضت وكذبها قبل قولها في نفسها^(١) وإن قال قد حضت وأنكرته طلقت بإقراره، وإن قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت وأكذبها طلقت^(٢) دون ضرتها، وإن قال إن حضت فأتما طالقتان فقلنا قد حضنا فكذبها لم تطلقا^(٣) وإن كذب إحداهما طلقت وحدها^(٤) وإن قال ذلك لأربع فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن وإن صدق واحدة أو اثنتين لم يطلق منهن شيء، وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها^(٥)، وإن قال إن حضتما حيضة فأتما طالقتان لم يطلقا حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة.

(فصل) إذا علقه بالحمل أو بعدمه حرم عليه وطؤها حتى يتبين له عدم وقوع

(١) (في نفسها) لقوله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ قيل هو الحمل فلولا أن قولها مقبول فيه ما حرم عليها كتمانها، ولأنه لا يعرف إلا من جهتها مع يمينها لا احتمال صدقه قاله في الإقناع وهو أولى في هذه الأزمنة اهـ. وقال في المبدع بغير يمين في ظاهر المذهب، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

(٢) (طلقت) لأنها مقبولة على نفسها دون ضرتها فلا تطلق الضررة إلا أن تقيم بينة على حيضها.

(٣) (لم تطلقا) لأن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرطين حيضها وحيض ضرتها ولم يوجد الشرطان.

(٤) (وحدها) لأن قولها مقبول على نفسها وقد صدق الزوج ضررتها فوجد الشرط في حقها ولم تطلق المصدقة لأن قول المكذبة غير مقبول عليها فلم يوجد شرط طلاقها.

(٥) (وحدها) لأن قولها مقبول في حق نفسها وقد صدق ضررتها فوجد الشرط في حقها، ولم تطلق المصدقات لأن قول المكذبة غير مقبول عليهن.

حياة أولهما موتاً^(١)، ومتى لم وإذا لم أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق ومضى زمن يمكن إيقاعه فيه ولم يفعل طلقت، وكلما لم أطلقك فأنت طالق ومضى زمن يمكن إيقاع ثلاث مرتبة فيه طلقت المدخول بها ثلاثاً وتبين غيرها بالأولى، وإن قمت فقعدت أو ثم قعدت أو قعدت إذا قمت أو إن قعدت إن قمت فأنت طالق لم

(١) (أولهما موتاً) لأنه علق الطلاق على ترك الطلاق فإذا مات الزوج فقد وجد الترك منه، وإن ماتت هي فات طلاقها بموتها فتبين أنه يقع إذا لم يبق من حياته ما يتسع لتطبيقها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً.

الطلاق^(١) إن كان الطلاق بائناً^(٢) وإن قال لها إن أو إذا حملت فأنت طالق لم يقع إلا بحمل متجدد ولا يبطأ إن كان وطيء في طهر حلفه حتى تحيض، ولا يبطأ أكثر من مرة في كل طهر، والمعلق على الولادة يقع بإلقاء ما تصير به أمة أم ولد^(٣).

(فصل) وإن قال: كلما وقع عليك طلاقي أو إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم قال أنت طالق فلا نص فيها عن أحمد رحمه الله تعالى، وقال أبو بكر والقاضي: تطلق ثلاثاً^(٤) وقال ابن عقيل: تطلق بالطلاق المنجز ويلغو ما قبله^(٥)، وإن قال لزوجاته الأربع: أيتكن وقع عليها طلاقي فصواحبه طوالق ثم وقع على إحداهن طلاقه طلقت ثلاثاً ثلاثاً^(٦) وإن قال إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب إليها إذا

(١) (الطلاق) حين اليمين بأن يتبين عدم الحمل في الأولى وأنها حامل في الثانية.
(٢) (بائناً) نص عليه، وهذا المذهب لأن وطء الرجعية جائز مباح وتحصل به الرجعة.
(٣) (أم ولد) وهو ما يتبين فيه خلق إنسان ولو خفياً لأنها ولدت ما يسمى ولداً لا بإلقاء علقه ولا مضغة لأنها تسمى ولداً.

(٥) (تطلق ثلاثاً) على قول القاضي وأبي بكر وهو المذهب، لأنه وصف الطلاق المعلق بصفة يستحيل وصفه بها فلغت صفتها بالقبلية فصار كأنه قال إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، فعلى هذا يقع بالمنجز واحدة ثم يتم من المعلق على الصحيح، وحزم به في المعنى.

(٦) (ويلغو ما قبله) لأنه طلاق ماض أشبه قوله طالق أمس وبه قال أبو العباس بن القاضي من الشافعية، وقيل لا يقع شيء وذكر لذلك أجوبة المنع.

(١) (ثلاثاً) لأنه إذا وقع طلاق على واحدة وقع على صواحبه، ووقوعه على واحدة منهن يقتضي وقوعه على صواحبه، فيتسلسل الوقوع عليهن إلى أن يكمل الثلاث.

تطلق حتى تقوم ثم تقعد، وبالواو تطلق بوجودهما ولو غير مرتين، وبأو بوجود أحدهما^(١).

(١) (بوجود أحدهما) بالقيام أو العقود، لأن أوه لأحد الشئيين كقوله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾.

أتاك كتابي هذا فأنت طالق فأتاها الكتاب ولم يمح منه ذكر الطلاق طلقت طلقتين^(١) ولو كتب إليها إذا قرأت كتابي فأنت طالق فقريء عليها وقع إن كانت لا تحسن القراءة وإلا فلا^(٢) ولا يثبت الكتاب إلا بشاهدين^(٣).

(فصل) والحلف بالطلاق تعليق حقيقة^(٤) والحلف بالطلاق مجاز في الحلف لمشاركته له في المعنى المشهور وهو الحنث على الفعل أو المنع منه^(٥)؛ وإن قال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان وأعادته طلقت كل واحدة منهما طلقة^(٦) وإن قال: إن حلفت بعق عبدي فأنت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر طلقت^(٧).

(فصل) إذا علقه في الكلام فسمعها تذكره فقال: الكاذب عليه لعنة الله حنث، فإن جامعها ولم يكلمها لم يحنث إلا أن يكون نيته هجرانها؛ فإن قال: إن كلمت

(١) (طلقتين) لأنه علق طلاقها بصفتين مجيء الطلاق ومجيء كتابه وقد اجتمعا في مجيء الكتاب، وإن قال أردت أنك طالق بذلك الطلاق الأول دين وقيل في أصح الروايتين. (٢) (وإلا فلا) أي فلا تطلق لأنها لم تقرأه، والأصل على الحقيقة إلا مع العذر. (٣) (إلا بشاهدين) قال أحمد: لا تزوج حتى يشهد عندها شاهداً عدل لا حامل الكتاب وحده.

(٤) (تعليق حقيقة) لأنه ترتيب للطلاق على المحلوف عليه، وذلك حقيقة التعليق، وحقيقة الحلف القسم.

(٥) (أو المنع منه) واختار الشيخ العمل بعرف المتكلم في مسمى اليمين وأنه موجب نصوص أحمد وأصوله.

(٦) (طلقة) وإن كانت إحداها غير مدخول بها وأعادته لم تطلق واحدة منهن بعد وقوع الطلاق.

(٧) (طلقت) زوجته لوجود شرط طلاقها وهو الحلف بعق عبده.

(فصل) إذا قال إن حضت فأنت طالق طلقت بأول حيض متيقن^(١)، وإذا حضت
حيضة تطلق بأول الطهر من حيضة كاملة. وفي إذا حضت نصف حيضة تطلق في
نصف عاداتها^(٢).

- (١) (متيقن) فإن لم يتيقن أنه حيض كما لو يتم لها تسع سنين أو نقص عن اليوم والليله لم تطلق.
- (٢) (في نصف عاداتها) لأن الأحكام تتعلق بالعادة، لكن إذا مضى حيضة تبين وقوعه في نصفها لأن النصف لا يعرف إلا بوجود الجميع.

فلاناً فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته أو كاتبته أو راسلته حنث^(١)
كتكليمها غيره وهو يسمع تقصده به إلا أن يكون أراد أن تشافهه، وروي عن أبي
بكرة ما يدل على أنه لا يحنث^(٢) ولو أرسلت إنساناً يسأل أهل العلم عن مسألة أو
حدث فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث^(٣)، وإن أشارت إليه بيد أو عين
أو غيرهما لم تطلق^(٤)، وإن كلمته ميتاً أو غائباً أو مغمى عليه أو نائماً أو سكراناً أو
مجنوناً مصروعين لم يحنث، وإن سلمت عليه حنث^(٥) وإن حلف لا يقرأ كتاب
فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفثيه به حنث، وإن قال لامرأته: إن كلمتما هذين
فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة واحداً منهما طلقتما^(٦) ويحتمل أن لا يحنث حتى
يكلما جميعاً كل واحد منهما^(٧)، وإن قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل

- (١) (حنث) هذا المذهب، إلا أن تخالفه نية، وعنه لا يحنث إذا كاتبته أو راسلته. والأول المذهب.
- (٢) (لا يحنث) فإنه حلف أن لا يكلم أخاه زياداً فأراد زياد الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال: إن أباك يريد الحج والدخول على أزواج رسول الله ﷺ بهذا السبب، وقد علم أنه غير صحيح، ثم خرج ولم ير أنه كلمه.
- (٣) (لم يحنث) قولاً واحداً قاله المصنف، لأنها لم تقصده بإرسال الرسول.
- (٤) (لم تطلق) هذا أحد الوجهين وهو المذهب، لأنه لم يوجد الكلام. والثاني بلى، لأنه يحصل به مقصود الكلام، واختاره القاضي.
- (٥) (حنث) لأنها كلمته، ولا يحنث بتسليم الصلاة مع حضوره إن لم يقصد.
- (٦) (طلقتما) هذا المذهب لأن تكليمهما وجد منهما كما لو قال: إن ركبتما هاتين الدابتين فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة منهما دابة.
- (٧) (كل واحد منهما) وهو تخريج لأبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي، قال في =

(فصل) إذا علقه بالحمل فولدت لأقل من ستة أشهر^(١) طلقت منذ حلف^(٢)، وإن قال إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق حرم وطؤها قبل استيرائها بحيضة في البائن، وهي عكس الأولى في الأحكام^(٣) وإن علق طلقة إن كانت حاملاً بذكر وطلقتين بأثنى فولدتها طلقت ثلاثاً، وإن كان مكانه إن كان حملك أو ما في بطنك لم تطلق بهما^(٤).

(١) (لأقل من ستة أشهر) من زمن الحلف ويعيش سواء كان يطأ أم لا، ولدون أربع سنين ولم يطأ بعد حلفه.

(٢) (منذ حلف) ويحرم وطؤها قبل استيرائها بحيضة في صورة النفي والإنبات.

(٣) (في الأحكام) فإن ولدت لأكثر من أربع سنين طلقت لأنا تبينا أنها لم تكن حاملاً.

(٤) (بهما) لأن الصيغة تقتضي حصر الحمل في الذكورية أو الأنثوية.

واحدة منهما رغيفاً فإنه يحنث^(١)، وإن قال إن أمرتك فخالفيني فنهاها فخالفته لم يحنث^(٢) إلا أن ينوي مطلق المخالفة، وقال أبو الخطاب: إن لم يعرف حقيقة الأمر والنهي حنث^(٣) وإن قال إن نهيتك فخالفيني فأنت طالق فأمرها وخالفته لم يحنث في قياس التي قبلها^(٤).

(فصل) في تعليقه بالإذن. وعن أحمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أنه لا يخرج من بغداد إلا لنزهة فخرج إلى نزهة ثم مر إلى مكة فقال: النزهة لا تكون إلا مكة، وظاهر هذا أنه أحثه. وقال أحمد في رجل حلف بالطلاق لا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته، فقالت امرأته: اذهب حيث شئت، فقال أحمد: لا حتى تقول إلى أرمينية^(٥) قال في الشرح: الصحيح أنها متى أذنت له إذناً عاماً لم يحنث.

= الشرح: وهو أولى إن شاء الله إذا لم يكن له نية. قال في المبدع: هذا أظهر الوجهين.

(١) (يحنث) لأنه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين.

(٢) (لم يحنث) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لأنها خالفت نهيها لا أمره.

(٣) (حنث) قال في القواعد الأصولية: ولعل هذا أقرب إلى الفقه، قال في الإنصاف: وهو قوي جداً.

(٤) (قبلها) ولو لم تعرف حقيقة الأمر والنهي إلا أن ينوي مطلق المخالفة فيحنث كما تقدم.

(٥) (أرمينية) قال القاضي: وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة، ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذناً منها وله الخروج وإن كان بلفظ عام.

(فصل) إذا علق طلقة على الولادة بذكر وطلقتين بأثنى فولدت ذكراً ثم أثنى حياً أو ميتاً طلقت بالأول وبانت بالثاني^(١) ولم تطلق به، وإن أشكل كيفية وضعهما فواحدة^(٢).

(فصل) إذا علقه على الطلاق ثم علقه على القيام أو علقه القيام ثم على وقوع الطلاق فقامت طلقت طلقتين فيهما^(٣)، وإن علقه على قيامها ثم على طلاقه لها فقامت فواحدة، وإن قال كلما طلقتك أو كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فوجدا طلقت بالأولى طلقتين وفي الثانية ثلاثاً^(٤).

- (١) (بالثاني إلخ) هذا المذهب لأن العدة انقضت بوضعه فصادفها الطلاق بانئاً كقوله أنت طالق مع انقضاء عدتك وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن حامد تطلق.
- (٢) (فواحدة) هذا المذهب لأنها المتيقنة، وقال القاضي: قياس المذهب أن يقرع بينهما، واختاره ابن عقيل.
- (٣) (فيهما) فلو قال ما عنيت بقولي هذا إيقاع طلاق سوى ما باشرت به دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين، الظاهر أنه لا يقبل.
- (٤) (ثلاثاً) إن وقعت الأولى والثانية رجيعتين لأن الثانية طلقة واقعة عليها فتقع بها الثالثة.

(فصل) إذا علقه بمشيئة زيد فمات أو جن قبل المشيئة لم تطلق^(١) وإن خرس أو كان أخرس وفهمت إشارته فكنتقه، وإن شاء وهو سكران لم تطلق في إحدى الروايتين وهي أقوى^(٢) والثانية تطلق^(٣)، وإن غاب لم تطلق، وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء زيد فمات أو جن أو خرس طلقت^(٤)، وإن قال فأنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيد ثلاثاً فشاء ثلاثاً طلقت ثلاثاً في أحد الوجهين^(٥)، وإن قال أنت طالق إن شاء الله

- (١) (لم تطلق) على الصحيح من المذهب، اختاره ابن حامد وغيره، لعدم وجود الشرط.
- (٢) (أقوى) اختارها المصنف والشارح، لأنه زائل العقل أشبه المجنون، ثم الفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه، وههنا إنما يقع الطلاق بغيره، فلا يصح منه في حال زوال عقله.
- (٣) (تطلق) لأنه يصح الطلاق منه فصحت مشيئته لغيره.
- (٤) (طلقت) بلا نزاع في الحال. هذا المذهب لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد.
- (٥) (في أحد الوجهين) هذا المذهب، وفي الآخر لا تطلق وهو قول لأصحاب الشافعي وأبي حنيفة، لأن الإثبات نفي تقديره أنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيد ثلاثاً فلا تطلق.

(فصل) إذا قال إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق إن قمت^(١) طلقت في الحال. لا إن علقه بطلوع الشمس ونحوه لأنه شرط لا حلف^(٢)، وإن حلفت بطلاقك فأنت طالق أو إن كلمتك فأنت طالق وأعادته مرة أخرى طلقت واحدة، ومرتين فثنتان، وثلاثاً فثلاث^(٣).

(١) (إن قمت) أو إن لم تقومي وإن هذا القول لحق لما في ذلك من المعنى المقصود بالحلف من الحنث أو الكف أو التأكيد.

(٢) (شرط لا حلف) كقدوم زيد فتطلق بالطلوع والقدوم على الصحيح من المذهب.
(٣) (ثلاث) لأن كل مرة موجود فيها شرط الطلاق ويتعقد شرط طلاقه أخرى ما لم يقصد أفهامها في أن حلفت بطلاقك، وغير المدخول بها تبيين بالأولى.

طلقت^(١) وعنه لا يقع^(٢)، وإن قال؛ أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت^(٣)، وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت لم تطلق في إحدى الروايتين^(٤)، ولو قال: إن كان أبوك يرضى بما فعلته فأنت طالق فقال ما رضيت ثم قال رضيت به

(١) (طلقت) هذا المذهب وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهرى ومالك والليث والأوزاعي وأبو عبيد.

(٢) (لا يقع) وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي، لأنه علقه في مشيئة لم يعلم وجودها فلم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث» رواه أحمد والنسائي والترمذي وحسنه من حديث ابن عمر بإسناد ثقات «قال الشيخ ويكون معناه هي طالق إن شاء الله الطلاق بعد هذا، والله لا يشاؤه إلا أن يتكلم به بعد ذلك، ولنا ما روى أبو جمره قال سمعت ابن عباس يقول «إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق» رواه أبو حفص بإسناده، وعن أبي بردة نحوه، وقال ابن عمر وأبو سعيد «كنا معاشر أصحاب النبي ﷺ نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء إلا الطلاق والعناق» رواه أبو الخطاب، وهذا نقل للإجماع وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف فهو إجماع.

(٣) (طلقت) هذا المذهب، ووافق أصحاب الشافعي على هذا لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم.

(٤) (في إحدى الروايتين) صححه في التصحيح وقال: لا تطلق من حيث الدليل، وهو قول محققي الأصحاب، وهو قول أبي عبيد، لأن الطلاق المعلق بشرط يمين فيدخل في عموم الخير، والثانية تطلق جزم به في الوجيز، وصححه في المذهب والخلاصة.

(فصل) إذا قال إن كلمتك فأنت طالق فتحقيقي، أو قال تنحي أو اسكتي طلقت^(١)، وإن بدأتك بكلام فأنت طالق فقالت إن بدأتك به فعبدني حر انحلت يمينه^(٢) ما لم ينو عدم البداءة في مجلس آخر^(٣).

- (١) (طلقت) هذا المذهب، اتصل يمينه أو لا، ما لم ينو كلاماً غير هذا فعلى ما نوى.
- (٢) (يمينه) هذا المذهب لأنها كلمته أولاً.
- (٣) (في مجلس آخر) فإن نوى ذلك فعلى ما نوى، ثم إن بدأته بكلام عتق عبدها وإن بدأها به انحلت يمينها.

طلقت^(١)، بخلاف إن كان أبوك راضياً، وإن قال: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار أو قال إن كنت تحبينه بقلبك فأنت طالق فقالت أنا أحبه فقد توقف الإمام أحمد عنها، وقال القاضي: تطلق، والأولى أنها لا تطلق إذا كانت كاذبة^(٢)، وتعليق عتق كطلاق فيما تقدم.

(فصل) في مسائل متفرقة: إذا علقه على رؤية الهلال فلم ير حتى أقمر لم تطلق^(٣)، وإن قال إن رأيت فلاناً فأنت طالق فأطلق فرأته ولو ميتاً أو في ماء أو زجاج شفاف طلقت. وإن قال لزوجاته من بشرتني أو قال من أخبرتني بقدم زيد فهي طالق فأخبره به نساؤه أو عدد منهن معاً طلقن^(٤)، وإن أخبرته متفرقات طلقت الأولى فقط إن كانت صادقة وإلا فأول صادقة بعدها ولا تطلق كاذبة، وإن حلف على غيره ليفعله أو لا يفعله فخالفه حنث الحالف، وقال الشيخ لا يحنث إن قصد إكراهه لا إلزامه به^(٥). وإن حلف لا يدخل على فلان بيتاً أو لا يكلمه ولا يسلم عليه

- (١) (طلقت) لأنه علقه على رضا مستقبل وقد وجد، بخلاف التي بعدها فلا تطلق لأنه علقه على ماضٍ والذي صدر منه مستقبل فلم يوجد المعلق عليه.
- (٢) (كاذبة) هذا المذهب لاستحالة عادة أهـ.
- (٣) (لم تطلق) وهو هلال إلى الثالثة ثم بعدها يقمر، قدمه في الرعاية. وقيل باستدارته أو ببهر ضوئه، فيه ثلاثة أقوال.
- (٤) (طلقن) لأن «من» تقع على الواحد فما زاد قال تعالى: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره﴾.
- (٥) (لا إلزامه به) بالمحلولف عليه، لأن الإكراه قد حصل قال لأنه كالأمر ولا يجب، لأمره عليه السلام أبا بكر بوقوفه في الصف ولم يقف، ولأن أبا بكر أقسم لتخبرته بالصواب والخطأ لما فسر الرؤيا فقال: لا تقسم لأنه علم أنه لم يقصد الإقسام عليه مع المصلحة المقتضية للكتم.

(فصل) إذا قال إن خرجت بغير إذني أو إلا بإذني أو حتى آذن لك أو إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق فخرجت مرة بإذنه ثم خرجت بغير إذنه أو آذن لها ولم تعلم^(١) أو خرجت تريد الحمام وغيره أو عدلت منه إلى غيره طلقت^(٢) في الكل، لا إن آذن فيه كلما شاءت أو قال إلا بإذن زيد فمات زيد ثم خرجت.

- (١) (ولم تعلم) بالإذن هذا المذهب، لأن الإذن هو الإعلام ولم يعلمها.
(٢) (طلقت) هذا المذهب لأنه صدق عليها أنها خرجت إلى غيره.

أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتاً هو فيه ولم يعلم أو سلم على قوم هو فيهم أو عليه يظنه أجنبياً ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئاً أو أحاله بحقه ففارقه ظناً منه أنه قد بريء خرج على الروائيتين في الناسي والجاهل^(١)، وكذا إن حلف لا يبيع لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه فدفعه الوكيل إلى الحالف فباعه من غير علمه فكالناسي، وعنه يحنث في الجميع فنلزمه الكفارة في اليمين المكفرة^(٢) وعنه لا يحنث في الجميع بل يمينه باقية، واختاره الشيخ وغيره^(٣) ولو حلف لا شاركت فلاناً ففسخ الشركة وبقيت بينهما ديون مشتركة أو أعيان قال أبو العباس أفتيت أن اليمين تنحل بإنفساخ عقد الشركة، وإن حلف المدين لا تأخذ حقه مني فأكرهه على دفعه إليه أو أخذه قهراً حنث^(٤)، وإن أكرهه صاحب الحق على

(١) (والجاهل) يحنث في طلاق وعنت فقط، هذا المذهب، لأن الكفارة تجب لدفع الإثم فلا إثم على الناسي والجاهل، وأما الطلاق والعنت فهو بشرط فيقع لوجود شرطه من غير قصد، كما لو قال أنت طالق إذا قدم الحاج، ولأنهما يتعلق بهما حق آدمي فتعلق الحكم بهما مع النسيان والجهل كالإتلاف.

(٢) (في اليمين المكفرة) وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وربيعه ومالك وأصحاب الرأي وقول الشارح، لأنه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله أشبه الذاكِر.

(٣) (واختاره الشيخ وغيره) وبه قال عطاء وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح واسحق وابن المنذر، وهو ظاهر مذهب الشافعي لقوله تعالى: ﴿ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «أن الله تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان» قال في الفروع؛ وهو أظهر، قال في الإنصاف: وهو الصواب، هذا ملخص ما ذكر في الناسي والجاهل.

(٤) (حنث) لوجود أخذ المحلوف عليه اختياراً.

(فصل) إذا علقه بمشيئتها بأن أو غيرها من الحروف لم تطلق حتى تشاء ولو تراخى، فإن قالت قد شئت إن شئت فشاء لم تطلق^(١)، وإن قال إن شئت وشاء أبوك أو زيد لم يقع حتى يشاء معاً وإن شاء أحدهما فلا، وأنت طالق وعبدي حر إن شاء الله وقعا^(٢). وإن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله طلقت إن دخلت^(٣)، وأنت طالق لرضا زيد أو لمشيئته طلقت في الحال، فإن قال أردت الشرط قبل حكماً^(٤)، وأنت طالق إن رأيت الهلال فإن نوى رؤيتها لم تطلق حتى تراه وإلا

(١) (لم تطلق) لأنه المشيئة أمر خفي لا يصح تعليقه على شرط، وهذا قول سائر أهل العلم منهم الشافعي وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم.

(٢) (وقعا) هذا المذهب، لأنه تعليق على ما لا سبيل إلى علمه فبطل، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والزهري ومالك والليث والأوزاعي، وعنه لا يقعان. زوائد.

(٣) (إن دخلت) الدار إن لم ينو رد المشيئة إلى الفعل، فإن نواه لم تطلق دخلت أو لم تدخل، لأن الطلاق إذا يمين فيدخل تحت عموم حديث «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه».

(٤) (قبل حكماً) لأن لفظه يحتمله، وحينئذ لم تطلق حتى يرضى زيد أو يشاء إلا إن مات أو غاب قبلها.

أخذه لم يحنث^(١) وإن حلف لا شربت ماء هذا النهر فشرب منه حنث وجهاً واحداً^(٢) وإن حلف لا شربت من ماء الفرات فشرب منه حنث^(٣) وإن حلف لا يلبس ثوباً اشتراه زيد أو نسجه أو لا يأكل طعاماً طبخه فلبس ثوباً نسجه هو وغيره أو أكل من طعام طبخه حنث في إحدى الروايتين^(٤)، وإن اشترى غيره شيئاً فخلطه بما

(١) (لم يحنث) مطلقاً كما لو فعله مكرهاً، لأن الفعل لا ينسب إلى المكره.

(٢) (واحداً) وكذلك كل ما علق على اسم جنس أو جمع فإنه يحنث بالبعض لأن فعل الجميع ممتنع، وبه قال أبو حنيفة، فإن نوى فعل الجميع لم يحنث إلا بفعل الجميع بلا خلاف.

(٣) (حنث) سواء كرع أو اغترف، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه.

(٤) (في إحدى الروايتين) وهو المذهب، والثانية لا يحنث وهو قول أبي حنيفة والشافعي، لأنه لم يلبس ثوباً كاملاً من غزلها، واختاره القاضي والشريف وأبو الخطاب وابن البناء وغيرهم.

طلقت بعد الغروب برؤية غيرها^(١).

(فصل) وإن حلف لا يدخل داراً أو لا يخرج منها فأدخل أو أخرج بعض جسده^(٢) أو دخل طاق الباب، أو لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس ثوباً فيه منه. أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه لم يحنث^(٣)، وإن فعل المحلوف عليه ناسياً أو جاهلاً^(٤) حنث في طلاق وعتاق فقط^(٥)، وإن فعل بعضه لم يحنث إلا أن ينويه، وإن حلف ليفعلنه لم يبر إلا بفعله كله^(٦).

- (١) (برؤية غيرها) وبهذا قال الشافعي، وكذا بتمام العدة إن لم ينو العيان لأن رؤية الهلال في عرف الشرع العلم به.
- (٢) (بعض جسده) لم يحنث لعدم وجود الصفة إذ البعض لا يكون كلا كما أن الكل لا يكون بعضاً.
- (٣) (لم يحنث) لأنه لم يشرب ماءه وإنما شرب بعضه بخلاف شرب بعض ماء النهر.
- (٤) (أو جاهلاً) أنه الفعل المحلوف عليه كمن حلف لا يدخل دار زيد ثم دخلها جاهلاً أنها داره.
- (٥) (فقط) هذا المذهب وبه قال أبو عبيد.
- (٦) (كله) وبه قال أبو حنيفة، فمن حلف ليأكلن هذا الرغيف لم يبر حتى يأكله كله لأن اليمين تناولت فعل الجميع.

اشتراه فأكل أكثر مما اشتراه شريكه حنث، وإن أكل أقل لم يحنث. وإن أكل مثله فعلى وجهين^(١) ولو حلف لا يستحق على فلان شيئاً فقامت بينة بسبب الحق من قرض أو نحوه دون أن يقولوا وهو عليه لم يحنث^(٢) ولكن يحكم عليه بما شهدا به، وقال الشيخ: ولو حلف على شيء يعتقد أنه حلف عليه فتبين بخلافه فهذه المسألة أولى بعدم الحنث من مسألة فعل المحلوف عليه ناسياً أو جاهلاً^(٣).

- (١) (فعلى وجهين) أحدهما لا يحنث وهو الصحيح جزم به في الوجيز، لأن الأصل عدم الحنث، والثاني بلى.
- (٢) (لم يحنث) لإمكان صدقه بدفع ذلك أو أبرأته منه.
- (٣) (جاهلاً) وقد ظن طائفة من الفقهاء أنه إذا حلف بالطلاق يحنث قولاً واحداً، وهذا خطأ بل الخلاف في مذهب أحمد اهـ.

باب التأويل في الحلف

ومعناه أن يريد بلفظه ما يخالف ظاهره، فإذا حلف وتأول يمينه نفعه إلا أن يكون ظالمًا^(١) فإن حلفه ظالم^(٢) ما لزيد عندك شيء وله عنده ودیعة بمكان فنوى غيره أو

- هوامش
الكتاب
الأول
- (١) (ظالمًا) لقوله عليه الصلاة والسلام «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» رواه مسلم وأبو داود، وعن أبي هريرة مرفوعاً «اليمين على نية المستحلف» رواه مسلم.
 - (٢) (ظالم) مثل أن يستحلفه على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره فهذا له تأويله، ويأتي حديث سويد. زوائد.

باب التأويل في الحلف^(١)

فإذا تأول على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال مسلماً منه ضرر فهذا له تأويله^(٢) ويقبل في الحكم مع قرب الاحتمال وتوسطه^(٣)، ويجوز التعريض في المخاطبة لغير ظالم بلا حاجة وقيل لا يجوز^(٤) فإذا أكل تمرأ ونحوه مما له نوى فحلف على زوجته لتخبرني بعدد ما أكلت بضم التاء وكسرها أو لتميزن نوى ما أكلت ولم تعلم فإنها تفرد كل نواة وحدها وتعده عددأ يتحقق دخول ما أكل فيه^(٥) وقد ذكروا من ذلك صوراً كثيرة وجوزه جماعة من الأصحاب، قال في الإنصاف: والذي يقطع به أن ذلك ليس بمذهب لأحمد^(٦) وإن حلف بالطلاق إني أحب

- هوامش
الكتاب
الثاني
- (١) (التأويل في الحلف) وسواء في ذلك الطلاق والعتاق واليمين المكفرة كالحلف بالله وبالظهار والنذر. ولا يخلو حال الحالف المتأول من أحوال أحدهما أن يكون مظلوماً أو يظلم غيره فهذا له تأويله.
 - (٢) (له تأويله) لحديث سويد بن حنظلة قال: «خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتنحرج القوم أن يحلفوا فحلفت أنه أخي فخلى سبيله، فأتينا رسول الله ﷺ فذكرنا ذلك له فقال: أنت أصدقهم وأبرهم، المسلم أخو المسلم.»
 - (٣) (وتوسطه) لا مع بعده، فمن التأويل أن ينوي باللباس الكيل وبالفراس الأرض ونحو ذلك.
 - (٤) (لا يجوز) ذكره الشيخ واختاره لأنه تدليس كتدليس البيع، وكره أحمد التدليس.
 - (٥) (دخول ما أكل فيه) مثل أن يعلم أن عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد له، الألف كله يدخل فيه ما أكلت، وإن قصد الكمية بلا زيادة ولا نقص لم يبر إلا بذلك ولا يبر بالحيلة بما سبق. منتهى.
 - (٦) (ليس بمذهب لأحمد) لأن قواعد مذهبه وأصوله تأباه وتصريحه بالحنث.

بما الذي، أو حلف مازيد هاهنا ونوى غير مكانه، أو حلف على امرأته لاسرقت مني شيئاً فخانته في ودیعة ولم ينوها لم يحنث في الكل^(١).

من
الكتاب
الأول

باب الشك في الطلاق^(٢)

(١) (في الكل) للتأويل المذكور، ولأن الخيانة ليست سرقة، فإن نوى بالسرقة الخيانة حنث.
(٢) (الشك في الطلاق) التردد في وجود لفظه وعدده أو شرطه.

مواش
الكتاب
الأول

الفتنة^(١) وأكره الحق وأشهد بما لم تره عيني ولا أخاف من الله ولا من رسوله وأنا عدل مؤمن مع ذلك فلم يقع عليه الطلاق فهذا رجل يحب المال والولد ويكره الموت ويشهد بالبعث والنشور والحساب ولا يخاف من الله ولا من رسوله الظلم والجور.

من
الكتاب
الثاني

باب الشك في الطلاق^(٢)

إذا شك هل طلق أو لا لم تطلق^(٣) قال المصنف ومن تابعه: والورع التزام الطلاق، فإن كان المشكوك فيه رجعيّاً راجع امرأته إن كانت مدخولاً بها وإلا جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها أو انقضت عدتها، وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها حتى تنقضي عدتها فيجوز لغيره نكاحها، وأما إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره، وإذا شك في عدد الطلاق بنى على اليقين^(٤)، وقال الخرقي: إذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً لا يحل له وطؤها حتى يتيقن^(٥)

(١) (الفتنة إلخ) قال تعالى: ﴿إنما أموالكم وأولادكم فتنة﴾ وقال تعالى: ﴿كل نفس ذائقة الموت﴾ وقال تعالى: ﴿إن الله يبعث من في القبور﴾ وقال تعالى: ﴿إن الله سريع الحساب﴾ ولم يرهما وقال تعالى: ﴿وما ربك بظلام للعبيد﴾ وقد قام الدليل على عصمة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام.

مواش
الكتاب
الثاني

(٢) (الشك في الطلاق) وهو لغة ضد اليقين، واصطلاحاً تردد على السواء، والمراد هنا مطلق التردد سواء كان على السواء أو ترجح أحد الطرفين.

(٣) (لم تطلق) هذا المذهب، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك لحديث عبدالله بن زيد في الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة الحديث.

(٤) (على اليقين) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي لما ذكرنا.

(٥) (حتى يتيقن) ونحوه قول مالك لأنه حكى عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه لأنه متيقن للتحريم شك في التحليل، وعليه نفقتها ما دامت في العدة لأن الأصل بقاء

النكاح.

من شك في طلاق أو شرطه لم يلزمه^(١)، وإن شك في عدده فطلقة، وتباح له^(٢)، فإذا قال لامرأته إحداكما طالق طلقت المنوية وإلا من قرعت^(٣). كمن طلق

- (١) (لم يلزمه) الطلاق لأنه شك طراً على اليقين فلا يلزمه هذا المذهب وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، قال الموفق والورع التزام الطلاق.
(٢) (وتباح له) المشكوك في طلاقها ثلاثاً لأن الأصل عدم التحريم.
(٣) (قرعت) لأنه لا سبيل إلى معرفة المطلقة منهما عيناً فشرعت القرعة لأنها طريق شرعي لإخراج المجهول.

ولو حلف لا يأكل ثمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة فأكثر إلى أن لا يبقى منه إلا واحدة ولم يدر أكل المحلوف عليها أم لا لم تطلق ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله^(١)، وقال الخرقى يمنع من وطء امرأته حتى يتيقن أن الذي أكل ليست الثمرة التي حلف عليها^(٢) وقال أبو الخطاب: هي باقية على الحل^(٣) وإن حلف ليأكلها لم يتحقق بره حتى يعلم أنه أكلها، وإن طلق إحدى نساءه ولم ينو أخرجت بالقرعة^(٤) لا بتعيينه^(٥) ولا يجوز له وطء إحداهن قبل القرعة إن كان الطلاق بائناً وتجب النفقة حتى يقرع، وإن مات قبل البيان أقرع الورثة بينهما^(٦)، وإن ماتت المرأتان أو إحداهما وكان نوى المطلقة حلف الورثة الأخرى أنه لم ينوها وورثها

- (١) (حتى يأكل التمر كله) لأنه إذا بقى منه واحدة احتمل أنها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك.
(٢) (عليها) وهذا فيه ثلاثة أحوال: أحدها أن يتحقق أكل الثمرة بعينها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذي وقعت فيه كله فيحنث بغير خلاف، الثاني أن يتحقق أنه لم يأكلها بأن لا يأكل من التمر شيئاً أو يأكل ما يعلم أنه غيرها فلا يحنث بغير خلاف، الثالث أكل من التمر شيئاً واحدة أو أكثر إلى أن لا يبقى منه إلا واحدة ولم يدر أكلها أو لا فهذه مسألة الخرقى فلا يتحقق ولا يزول النكاح بالشك، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقياً إلا الوطء على قول الخرقى.
(٣) (على الحل) وبه قال الشافعي، لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك.
(٤) (بالقرعة) روي عن علي وابن عباس ولا مخالف لهما من الصحابة.
(٥) (لا بتعيينه) أي بغير القرعة خلافاً لما ذهب إليه أكثر العلماء.
(٦) (أقرع الورثة بينهما) إذا لم يبين أنه نوى إحداهما، فمن قرعت لم ترث ولو بعد موت إحداهما.

إحداهما بائناً وأنسيها^(١). وإن تبين أن المطلقة غير التي قرعت ردت إليه مالم تتزوج^(٢) أو تكن القرعة بحاكم^(٣). وإن قال إن كان هذا الطائر غرباً ففلانة طالق،

من
الكتاب
الأول

- (١) (وأنسيها) فيقرع بينهما ويجب نفقتهما إلى القرعة، وإن مات أقرع ورثته.
- (٢) (مالم تتزوج) فلا ترد إليه لأنه لا يقبل قوله في إبطال حق غيره.
- (٣) (القرعة بحاكم) لأن فرقة حكم، قلت إن أمكن إقامة البينة على ذلك وشهدت أن المطلقة غير المخرجة ردت إليه وإن تزوجت أو حكم بالقرعة.

مواضع
الكتاب
الأول

ويكون وقوع الطلاق حين طلق^(١) فإن مات فقال ورثته لإحداهن هذه المطلقة فأنكرت وأنكر ورثتها ولم يكن بينة فقولها، فإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثه^(٢) وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقاً تبين به فأنكرها فقله، فإن مات لم ترثه^(٣) وعليها العدة^(٤).

من
الكتاب
الثاني

(فصل) وإذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتها طلقها فللتى تزوجها ربع ميراث النسوة نص عليه ثم يقرع بين الأربع^(٥).

(فصل) وإذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها فقله^(٦) فإن طلقها ثلاثاً وسمعت ذلك أو ثبت عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها^(٧) وعليها أن تفر

- (١) (حين طلق) لأنه صدر من أهله في محله ونسيانه لا يرفعه، فعدتها من حين طلقها لا من حيث عينها.
- (٢) (ميراثه) ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهات ونحوها.
- (٣) (لم ترثه) مؤاخذه لها لمقتضى اعترافها.
- (٤) (وعليها العدة) لأن قولها لا يقبل فيما عليها ظاهراً.
- (٥) (بين الأربع) فأيتها خرجت قرعتها حرمت وورثه الباقيات أثلاثاً، وذهب الحكم والشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأبو حنيفة إلى أن الباقي بين الأربع.
- (٦) (فقله) واستحلف في أصح الروايتين.
- (٧) (من نفسها) لأنها حرمت عليه إلا بعد زوج غيره: وتفتدي منه إن قدرت ولا تقيم معه إن قدرت وهذا قول أكثر أهل العلم، وروي عن الحسن والنخعي يستحلف ثم يكون عليه، والصحيح ما قال الأولون.

مواضع
الكتاب
الثاني

متن
الكتاب
الأول

وإن كان حماماً ففلانة وجهل لم تطلقاً^(١). وإن قال لزوجته وأجنبية اسمها هند^(٢) إحدكما أو هند طالق طلقت امرأته، وإن قال أردت الأجنبية لم يقبل حكماً إلا بقرينة، وإن قال لمن ظنها زوجته أنت طالق طلقت الزوجة وكذا عكسها^(٣).

مواشر
الكتاب
الأول

(١) (لم تطلقاً) لاحتمال كون الطائر ليس غراباً ولا حماماً.
(٢) (هند) واسم امرأته هند لأنه لا يملك طلاق غيرها.
(٣) (عكسها) لمن ظنها أجنبية جزم به في المنتهى، قال في شرحه: على الأصح، قال في المقنع: طلقت امرأته وهو المذهب لأنه واجهها بصريح الطلاق. زوائد.

متن
الكتاب
الثاني

منه ما استطاعت ولا يصيبها إلا مكرهة ولو طلقها ثلاثاً ثم جحد طلاقها لم ترثه^(١) ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها^(٢) ولا تقتله قصداً فإن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ولا ضمان في الباطن^(٣) وتتأخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها وكذا لو ادعى نكاح امرأة كذباً وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم له بالزوجة^(٤)، وإذا طلقها ثلاثاً فشهد عليه أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد نصاً^(٥) فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت عليه بينة بطلاقها فلا حد عليه^(٦) وإن طار طائر فقال إن كان هذا غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً وقال آخر إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق ولم يعلماه لم تطلق المرأتان ويحرم عليهما الوطء^(٧) إلا مع اعتقاد أحدهما خطأ الآخر، وإن نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى أو لم تجبه وهي حاضرة فقال أنت طالق يظنها المناداة طلقت المناداة فقط^(٨)، وإن قال لزوجته طائناً أنها أجنبية أنت

مواشر
الكتاب
الثاني

(١) (لم ترثه) نص عليه أحمد، وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وابن المنذر لأنها تعلم أنها أجنبية.
(٢) (حتى يظهر طلاقها) لئلا يتسلط عليها شخصان أحدهما يظهر النكاح والآخر يبطئه.
(٣) (ولا ضمان في الباطن) وتتأخذ بالظاهر إلا أن تقوم بينة بقصدها.
(٤) (بالزوجة) فإن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته الباطنة ولا تحل له بذلك.
(٥) (نصاً) لأنه لا نكاح ولا شبهة نكاح ولم يعتبروا شبهة القول بأن طلاق الثلاث واحدة لضعف مأخذه.
(٦) (فلا حد عليه) وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والأوزاعي وربيعه والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لأن جرده لطلاقه يوهمن أنه نسيه، وذلك شبهة في درء الحد عنه.
(٧) (ويحرم عليهما الوطء) لأن أحدهما حائض ييقين وامرأته محرمة عليه.
(٨) (المناداة فقط) إذا سماها باسمها طلقت لأنه قصدتها بخطابه.

باب الرجعة^(١)

من طلق بلا عوض زوجة مدخولاً بها أو مخلولاً بها^(٢) دون ماله من العدد فله

- (١) الرجعة وهي إعادة مطلقه غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق دون الثلاث والعبد دون اثنتين أن لهما الرجعة في العدة، وروى أبو داود عن عمر أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها.
- (٢) (أو مخلولاً بها) هذا ظاهر كلام الخرقى، قال في الإنصاف: نص عليه وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب. وقال أبو بكر لا رجعة بالخلوة من غير دخول اهـ. وهذا قول =

طالق فبانة زوجته لم تطلق^(٣) وإن قال لزوجته كلمة وشك هل هي طلاق أوظهار لم يلزمه شيء.

باب الرجعة^(٤)

ويملك ولي مجنون الرجعة له^(٥) وليس من شرطها الإشهاد على إحدى الروایتين^(٦)، وتعود إليه على ما بقي من طلاقها^(٧)، وعنه ترجع بطلاق ثلاث^(٨) وإن

- (١) (لم تطلق) لأنها لم يقصدها بالطلاق ولم يخاطبها به ونصره في الشرح وصححه في الاختيارات. زاد.
- (٢) (الرجعة) بفتح الراء أفصح من كسرهما قاله الجوهري، وقال الأزهري الكسر أكثر وهو لغة المرأة من الرجوع، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿ويعولنهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾ أي رجعة قاله الشافعي والعلماء، ومن السنة حديث ابن عمر «مره فليراجعها».
- (٣) (الرجعة له) على الصحيح لأنه حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة.
- (٤) (على إحدى الروایتين) وهو المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة، ويحمل الأمر على الاستحباب، والثانية تجب للأمر.

- (٥) (ما بقي من طلاقها) سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله.
- (٦) (بطلاق ثلاث) إما أن يطلقها ثلاثاً فتنكح زوجاً غيره فيصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه تعود على طلاق بالإجماع وإن طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم تزوجت غيره ثم تزوجت الأول ففيها روايتان أظهرهما ذكرناهما في الزاد وهي قول أكثر الصحابة، والثانية ترجع بطلاق ثلاث وهو قول ابن عمر وابن عباس وشريح وعطاء والنخعي وأبي حنيفة وأبي يوسف، لأن وطء الزوج الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم مادونها. ولنا أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد.

رجعتها في عدتها ولو كرهت^(١) بلفظ «راجعت امرأتي» ونحوه، لا «نكحتها» ونحوه^(٢) ويسن الإشهاد^(٣). وهي زوجة لها وعليها حكم الزوجات لكن لا قسم لها.

- = أبي حنيفة وصحابه والشافعي في الجديد.
- (١) (ولو كرهت) هذا المذهب لعموم النص، وقال الشيخ: لا يمكن من الرجعة إلا من أراد صلاحاً وأمسك بمعروف.
- (٢) (ونحوه) لأن ذلك كناية والرجعة استباحة بضع مقصود فلا تحصل بالكناية.
- (٣) (ويسن الإشهاد) وليس مشروطاً فيها، وجملة ذلك أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها.

أشهد وأوصى بكتمانها فصحيحة، وإذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدة الأولى بوطء الثاني وملك الزوج رجعتها في مدة الحمل كما يملكه بعد وضعها ولو قبل طهرها من نفاسها، وإن أمكن أن يكون الحمل منهما فله رجعتها قبل وضعه، وإن راجعها بعد الوضع وبان الحمل من الثاني صحت رجعته، وإن بان من الأول لم تصح لأن العدة انقضت بوضعه، وإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول^(١) وعنه أنها زوجة الثاني إن دخل بها^(٢) ولا تقبل دعوى الرجعة إلا ببينة إن أنكره الثاني، وإن صدقته هي والزوج ردت إليه، وإن صدقه الزوج فقط انفسخ نكاحه ولم تسلم إلى الأول والقول قولها، وهل هو مع يمينها؟ على وجهين^(٣) فإن كان تصديقه قبل دخوله بها فلها عليه نصف المهر، وبعده لها الجميع، وإن صدقته وحدها لم يقبل قولها، فإن بان منه بطلاق أو غيره ردت إلى الأول بغير عقد ولا يلزمها مهر للأول بحال^(٤)، وإن مات الأول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لإقراره بزواجيتها وإقرارها بذلك^(٥) ويرثها الزوج

- (١) (وردت إلى الأول) ولا شيء على الثاني من مهر ولا حد لعدم موجه، وبه قال أكثر الفقهاء منهم الشافعي والثوري وأصحاب الرأي.
- (٢) (إن دخل بها) وبطل نكاح الأول، روي عن عمر وسعيد بن المسيب ونافع وعبد الرحمن ابن القاسم وهو مذهب مالك.
- (٣) (على وجهين) وصحح في المغنى أنها لا تستحلف لأنها لو أقرت لم يقبل.
- (٤) (بحال) وقيل يلزمها اختاره القاضي.
- (٥) (وإقرارها بذلك) قاله الموفق ومن تبعه وجزم به في المبدع، وإن ماتت لم يرثها الزوج الأول.

وتحصل الرجعة أيضاً بوطئها^(١). ولا تصح معلقة بشرط، فإذا طهرت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل فله رجعتها^(٢)، وإن فرغت عدتها قبل رجعتها بانت وحرمت قبل

(١) (بوطئها) هذا المذهب، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي، وقال مالك: لا تحصل الرجعة بالوطء إلا بالنية.

(٢) (فله رجعتها) هذا المذهب وهو من المفردات، روي عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود ولم نعرف لهم مخالفاً فيكون إجماعاً. والثانية تنقضي بمجرد الطهر، وبه قال طاوس والأوزاعي واختاره أبو الخطاب.

الثاني^(١) وإن مات الثاني لم ترثه^(٢) قال الزركشي: ولا يمكن الزوج الأول من تزوج أختها ولا أربع سواها^(٣).

(فصل) وإن ادعت المرأة انقضاء عدتها في أقل من شهر لم تقبل^(٤) وإن بقيت على دعواها المردودة لم تسمع ولو أتى عليها ما يمكن صدقها فيه^(٥) فإن ادعت ذلك بوضع الحمل فإن ادعته لتمام لم يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد، وإن ادعت أنها أسقطت لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوماً^(٦)، وكل موضع قلنا القول قولها فأنكر الزوج فقال الخرقى عليها اليمين^(٧) وإن

(١) (ويرثها الزوج الثاني) لأنها زوجته ظاهراً ولا تصدق في إبطال نكاحه.

(٢) (لم ترثه) لإعترافها بأنها ليست زوجة له.

(٣) (ولا أربع سواها) مؤاخذة له بموجب دعواه اهـ، وكذا الثاني بطريق الأولى.

(٤) (لم تقبل) ولو بينة لأنها كاذبة، وقال الشافعي: لا تقبل في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك، وقال أبو حنيفة لا يقبل في أقل من ستين يوماً.

(٥) (ما يمكن صدقها فيه) إذا ادعت انقضاء عدتها في زمن لا يمكن واستمرت على دعواها لم تسمع. وإن رجعت وقالت انقضت في زمن ممكن قبلت كمن ادعته في شهر ورد ثم ادعته فيما بعده.

(٦) (من ثمانين يوماً) من حين إمكان الوطء بعد العقد، لأنه أقل سقط تنقضي العدة به، وهذا قول الشافعي.

(٧) (عليها اليمين) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد، وقال القاضي قياس المذهب أن لا تجب عليها اليمين وهو قول أبي حنيفة، والأول أولى لحديث «اليمين على المدعى عليه» فإن نكلت فقال القاضي: لا يقضى بالنكول، قال المصنف يحتمل أن يستحلف =

عقد جديد. ومن طلق دون ما يملك ثم راجع أو تزوج لم يملك أكثر مما بقى،
وطئها زوج غيره أو لا^(١).

(فصل) وإن ادعت انقضاء عدتها في زمن يمكن انقضاؤها فيه أو بوضع الحمل
الممكن وأنكره فقولها، وإن ادعته الحرة بالحيض^(٢) في أقل من تسعة وعشرين يوماً
ولحظة لم تسمع دعواها^(٣)، وإن بدأته فقالت انقضت عدتي فقال كنت راجعتك،
أو بدأها به فأنكرته فقولها^(٤).

(١) (أو لا) أما قبل زوج ثان فهذه تعود إليه ما بقى من طلاقها بغير خلاف علمناه، وأما إذا
نكحت غيره ثم تزوجها الأول ففيها الروايتان أظهرهما أنها تعود إليه على ما بقى من
الثلاث، وهو أول قول الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عمر وعلي وأبي معاذ
وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد وعبد الله بن عمر وابن العاص رضي الله عنهم وبه قال
سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحق وأبو
نور ومحمد بن الحسن وابن المنذر، وعنه ترجع بطلاق، تأتي في الزوائد.

(٢) (وإن ادعته الحرة بالحيض) لأن شريحاً قال: إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في
شهر وجاءت بينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرجى صدقه وعدله أنها رأته
ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلّي فقد انقضت عدتها، وإلا
فهي كاذبة، فقال علي: قالون، ومعناه بالرومية أصبت وأحسن، فأخذ أحمد بقول علي.
(لم تسمع دعواها) لأن ذلك أقل زمن يمكن انقضاء العدة فيه.

(٣) (فقولها) قاله الخرقى، والمذهب في الثانية أو فيما إذا بدأها أن القول قوله لأنه ادعى
الرجعة قبل الحكم بإنقضائها وصححه في الفروع.

طلق زوجته الذمية فوطئها ذمي أحلها لمطلقها المسلم نصاً^(١)، ولو علق عبد طلاقاً
ثلاثاً بشرط غير عتقه فوجد بعد عتقه لزمته الثلاث^(٢) فلو تزوجت مطلقة ثلاثاً بآخر
ثم طلقها وذكرت للأول أن الثاني وطئها وكذبها الثاني في وطء فالقول قوله في

= وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعى وهو مذهب الشافعي.
(١) (نصاً) إذا كان في نكاح يقران عليه لو أسلما أو ترافعا إلينا كما أشار إليه الشيخ لأنه
زوج، هذا المذهب وبه قال الحسن والزهري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن
المنذر، وقال ربيعة ومالك لا يحلها، ولنا ظاهر النص.
(٢) (لزمته الثلاث) وفي تعليقها بعته تبقى له طلاقة. قال في المبدع على الأصح.

(فصل) إذا استوفى ما يملك من الطلاق^(١) حرمت حتى يطأها زوج^(٢) في قبل ولو مراهقاً، ويكفي تغييب الحشفة أو قدرها مع جب في فرجها مع انتشار وإن لم ينزل^(٣)، ولا تحل بوطء دبر وشبهة وملك يمين ونكاح فاسد، ولا في حيض^(٤) ونفاس واحرام وصيام فرض. ومن ادعت مطلقتها المحرمة وقد غابت نكاح من أحلها وانقضاء عدتها منه فله نكاحها^(٥) إن صدقها وأمكن^(٦).

(١) (الطلاق) بأن طلق الحر ثلاثاً والعبد اثنتين، وهذا بالإجماع، لقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ بعد قوله: ﴿الطلاق مرتان﴾ وعن عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته «أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل الهدية، قال رسول الله ﷺ: لعلك تريدان أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى يدوق عسيلتك وتذوق عسيلته» رواه البخاري.

(٢) (زوج) فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم تحل لأنه ليس بزواج، وكذلك لو اشتراها مطلقها في قول أكثر أهل العلم.

(٣) (وإن لم ينزل) لوجود حقيقة الوطء وحصول ذوق العسيلة.

(٤) (حيض) وهو المذهب، وبه قال مالك والمنصوص عن أحمد. لأنه وطء حرام لحق الله فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة، وظاهر النص حلها وهو قوله: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «حتى تذوق عسيلته» وقد وجد، واختاره الموفق والشارح، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

(٥) (فله نكاحها) قال في الشرح في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والأوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما خبرت به ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها.

(٦) (وأمكن) بأن مضى زمن يتسع له.

تنصيف المهر^(١) والقول قولها في إباحتها للأول^(٢)، فإن صدقه الأول لم يحل له نكاحها، فإن عاد فصدقها أبيحت له^(٣) ولو جاءت امرأة حاكماً وادعت أن زوجها

(١) (تنصيف المهر) إذا لم يقر بالخلوة بها لأن الأصل براءته منه.

(٢) (لأول) لأنها مؤتمنة على نفسها.

(٣) (أبيحت له) لأنه إذا علم حلها لم تحرم بكذبه، ولأنه قد يعلم في المستقبل ما لم يكن

علمه في الماضي.

كتاب الإيلاء^(١)

وهو حلف زوج بالله تعالى أو صفته على ترك وطء زوجته في قبلها أكثر من أربعة أشهر^(٢). ويصح من كافر وقن ومميز وغضبان وسكران ومريض ومرجو برؤه وممن لم يدخل بها. لا من مجنون ومغمى عليه وعاجز^(٣) عن وطء لجب كامل أو شلل. فإذا قال والله لأوطئتك أبداً أو عين مدة تزيد على أربعة أشهر أو حتى ينزل عيسى أو

متن
الكتاب
الأول

هوامش
الكتاب
الأول

- (١) (الإيلاء) وكان أبي وابن عباس يقولان: يقسمون وهو محرم لأنه يمين على ترك واجب قاله في الفروع.
- (٢) (أكثر من أربعة أشهر) قال تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ الآية.
- (٣) (وعاجز) هذا المذهب، لأن من شرطه إمكان الوطء وهو معدوم وكذا لو كانت رتقاء ونحوها.

طلقها وانقضت عدتها جاز له تزويجها، إن ظن صدقها وكان الزوج مجهولاً ولم تعينه، وقال الشيخ: وقد نص أحمد أنه إذا كتب إليها أنه طلقها لم تتزوج حتى يثبت الطلاق، وكذلك لو كان للمرأة زوج معروف فادعت أنه طلقها لم تتزوج بمجرد ذلك باتفاق المسلمين^(١) وإن طلقها رجعيًا وغاب فانقضت عدتها وأرادت التزوج فقال لها وكيله توقفي كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف.

كتاب الإيلاء

وهو حلف زوج يمكنه الجماع بالله أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأة الممكن جماعها^(٢) أو هو محرم في ظاهر كلامهم^(٣) وله أربعة شروط: أحدها الحلف على ترك الوطء في القبل. الثاني أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته فإن

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (باتفاق المسلمين) لأن الأصل عدم الطلاق بخلاف ما إذا لم تعينه فإن النكاح لم يتعين بل لمجهول.
- (٢) (الممكن جماعها) قبل الدخول أو بعده أبداً أو أكثر من أربعة أشهر.
- (٣) (في ظاهر كلامهم) وكان هو والظاهر طلاقاً في الجاهلية، قال في المبدع ذكره جماعة. قال ابن عباس ﴿لِلَّذِينَ يُولُونَ﴾: يحلفون حكاة أحمد، وكان أهل الجاهلية إذا طلب الرجل من امرأته شيئاً فأبت عليه حلف أن لا يقربها السنة والستين والثلاث فيدعها لا أيما ولا ذات بعل، فلما كان الإسلام جعل الله ذلك للمسلمين أربعة أشهر، ذكره في المبدع.

يخرج الدجال أو حتى تشربي الخمر أو تسقطي دينك أو تهبي مالك ونحوه فمولى، فإذا مضى أربعة أشهر من يمينه ولو قنا فإن وطىء ولو بتغييب حشفة فقد فاء^(١)، وإلا أمر بالطلاق^(٢) فإن أبي طلق حاكم عليه واحدة أو ثلاثاً أو فسخ^(٣). وإن وطىء في الدبر أو دون الفرج فما فاء^(٤) وإن ادعى بقاء المدة أو أنه وطئها وهي ثيب صدق مع يمينه، وإن كانت بكرأ وادعت البكارة وشهد بذلك امرأة عدل صدقت، وإن ترك وطئها اضراً بها بلا يمين ولا عذر فكمول.

- (١) (فاء) لأن الفيئة الجماع، وقد أتى به ولو ناسياً أو جاهلاً أو مجنوناً.
- (٢) (بالطلاق) إن طلبت ذلك منه، لقوله تعالى: ﴿وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾.
- (٣) (أو فسخ) لقيامه مقام المولى عند امتناعه.
- (٤) (فما فاء) لأن الإيلاء يختص بالحلف على ترك الوطء في القبل، والفيئة الرجوع عن ذلك.

حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصير مولياً^(١). وعنه يكون مولياً^(٢). الثالث أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر. الرابع أن يكون من زوج يمكنه الجماع، وتلزمه الكفارة بالحنث^(٣) ولا يصح إيلاء الصبي^(٤) ومدة الإيلاء في الأحرار والعبيد سواء^(٥) وعنه أنها في العبد على النصف^(٦) وإذا صح الإيلاء ضربت له أربعة أشهر، فإن كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسب عليه، وإن طراً بها استأنفت المدة عند زواله إلا الحيض، وإن طلقها في أثناء المدة انقطعت، ولا تملك طلب الفيئة إذا كان بها عذر يمنع الوطء، وإن كان العذر به أمر أن يفيء بلسانه.

- (١) (لم يصير مولياً) هذا المذهب وبه قال الشافعي في القديم.
- (٢) (مولياً) روى عن ابن عباس أنه قال «كل يمين منعت من جماعها فهو إيلاء» وبه قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم.
- (٣) (بالحنث) وهو المكلف للآية، وكذا الذمي في قول أكثرهم.
- (٤) (الصبي) وإن كان مميزاً صح على الصحيح من المذهب لأنه يصح طلاقه، واختار المصنف هنا أنه لا يصح إيلاء الصبي ولا ظهاره.
- (٥) (سواء) هذا المذهب لعموم النص.
- (٦) (على النصف) نقل أبو طالب أن أحمد رجع إليه وأنه قول التابعين إلا الزهري وحده. واختاره أبو بكر كالطلاق والنكاح.

كتاب الظهار^(١)

وهو محرم^(٢)، فمن شبه زوجته أو بعضها ببعض أو بكل من تحرم عليه أبداً بنسب أو رضاع من ظهر أو بطن أو عضو آخر لا يفصل بقوله لها أنت عليّ أو معي أو مني كظهر أمي أو كيد أختي أو وجه حماتي — ونحوه، أو أنت عليّ حرام^(٣) أو كالميتة والدم فهو مظاهر^(٤)، وإن قالته لزوجها فليس بظهار وعليها كفارته^(٥)، ويصح من كل زوجة^(٦).

(فصل) ويصح الظهار معجلاً ومعلقاً بشرط، فإذا وجد صار مظاهراً ومطلقاً

- (١) (الظهار) مشتق من الظهر، وخص به من بين سائر الأعضاء لأنه موضع الركوب ولذلك سمي المركوب ظهراً.
- (٢) (محرم) لقوله تعالى: ﴿وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾.
- (٣) (حرام) قال في الشرح أكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار فليس بظهار، وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي.
- (٤) (مظاهر) وإن نوى به طلاقاً أو يمينا وقع لأنه يصلح للجميع، ويقع ما نواه من العدد، وإن لم ينو فواحدة.
- (٥) (كفارته) هذا المذهب لأن عائشة بنت طلحة قالت إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو عليّ كظهر أبي، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوج رواء سعيد والأثرم، وقال في رواية حرب عن ابن مسعود: الظهار من الرجل والمرأة سواء، وهو من مفردات المذهب. زوائد.
- (٦) (زوجة) لا من أمة وأم ولد، وعليه كفارة يمين.

كتاب الظهار^(١)

وهو محرم إجماعاً^(٢)، ويكره أن يسمى الرجل امرأته بمن تحرم عليه^(٣) وإن قال:

- (١) (الظهار) وخص الظهر كأنه قال ركوبك عليّ حرام كركوب أمي للنكاح.
- (٢) (إجماعاً) حكاه ابن المنذر للآية، ولحديث أوس بن الصامت حين ظاهر من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة فجاءت النبي ﷺ تشتكيه فأنزل الله أول سورة المجادلة، رواه أبو داود وصححه ابن حبان والحاكم.
- (٣) (بمن تحرم عليه) كقوله يا أختي يا بنتي، وكذا المرأة.

موقتاً^(١)، فإن وطىء فيه كفر، وإن فرغ الوقت زال الظهار. ويحرم قبل أن يكفر وطء ودواعيه ممن ظاهر منها^(٢)، ولا تثبت الكفارة في الذمة إلا بالوطء وهو العود^(٣)، ويلزم إخراجها قبله عند العزم عليه^(٤)، وتلزمه كفارة واحدة بتكريره قبل التكفير من واحدة

- (١) (وموقتاً) كانت عليّ كظهر أمي شهر رمضان.
- (٢) (منها) إن كان التكفير بالعتق أو الصيام حرم الوطء قبله للآية، وإن كان بالإطعام حرم أيضاً على الصحيح من المذهب، وبه قال عطاء والزهري والشافعي وأصحاب الرأي لحديث ابن عباس «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني تظاهرت من امرأتي فوعدت عليها قبل أن أكفر، فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، فقال لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله» رواه أبو داود والترمذي وحسنه.
- (٣) (وهو العود) هذا المذهب نص عليه، وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء، ولو مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه على المذهب، وبه قال عطاء، والحسن، والأوزاعي، والثوري، ومالك وأصحاب الرأي.
- (٤) (عليه) لقوله في الصيام والعتق: ﴿من قبل أن يتماسا﴾.

أنت عليّ كأمي كان مظاهراً^(١) وإن قال أردت في الكرامة قبل في الحكم^(٢) ويصح ظهار الصبي المميز، وقال الموفق: الأقوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لأنه يمين مكفرة فلم تنعقد في حقه^(٣) ويصح من الذمي^(٤) ومن السكران والعبد، وإن قالت لزوجها أنت عليّ كظهر أبي أو قالت إن تزوجت فلاناً فهو عليّ كظهر أبي فليس بظهار^(٥) وعليها كفارة ظهار، وعنه كفارة يمين^(٦)، وعنه لا شيء

- (١) (مظاهراً) في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحبه والشافعي وإسحق.
- (٢) (في الحكم) في أصح الروايتين، وكذا عندي ومني.
- (٣) (في حقه) ولأن الكفارة وجبت من قول المنكر والزور، وذلك مرفوع عن الصبي لأن القلم مرفوع عنه.
- (٤) (الذمي) لأنه تجب عليه الكفارة إذا حنث ويكفر بغير صوم.
- (٥) (فليس بظهار) هذا قول أكثر العلماء للآية وهو من المفردات، وعنه ظهار واختاره أبو بكر وابن أبي موسى، وقاله الزهري والأوزاعي.
- (٦) (يمين) وهو قياس المذهب لأنه تحريم لحلال كتحريم الأمة وما روي عن عائشة يتعين حمله على ذلك لأن الموجود ليس بظهار.

لظهاره من نسائه بكلمة واحدة^(١)، وإن ظاهر منهن بكلمات فكفارات^(٢).

(١) (واحدة) هذا المذهب وبه قال عمر وعلي وعروة وطاوس، ومالك، والأوزاعي، وعنه لكل مرة كفارة، ولنا قول عمر وعلي.

(٢) (فكفارات) بعددهن، هذا المذهب إذا قال لكل واحدة أنت عليّ كظهر أمي وبه قال عروة وعطاء، وقال أبو بكر فيه رواية أنه يجزيه كفارة واحدة.

عليها^(١)، أو عليها التمكين قبل التكفير^(٢) ولا تجب عليها حتى يطأها مطاوعة. وإن قال لأجنبية أنت عليّ كظهر أمي أو إن تزوجت فلانة فهي عليّ كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر^(٣) وعنه لا يصح^(٤)، وإن قال أنت عليّ كظهر أبي^(٥) أو كظهر أجنبية أو أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها فعلى روايتين^(٦)، وإن قال أنت عليّ كظهر البهيمة لم يكن مظاهراً، ولو ظاهر من إحدى زوجاته ثم قال لأخرى أشركتك معها فهو صريح في حق الثانية أيضاً، وإن ظاهر من زوجته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر^(٧) وكفارة الوطء في نهار رمضان مثلها. وكفارة القتل مثلها إلا

(١) (عليها) وهو قول أكثر العلماء لأنه قول منكر وزور، وما روي عن الصحابة في بنت طلحة في الزاد.

(٢) (التكفير) لأن ذلك حق عليها فلا يسقط بينهما كاليمين بالله تعالى.

(٣) (يكفر) روي عن عمر بن الخطاب، وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء ومالك وإسحق.

(٤) (لا يصح) ذكره الشيخ، قال في الانتصار هذا قياس المذهب، وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي وروي عن ابن عباس لقوله تعالى: ﴿والذين يولون من نسائهم﴾ والأجنبية ليست من نسائه، ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي عليّ كظهر أمي فتزوجها قال: عليه كفارة الظهار ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى، والطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده.

(٥) (أبي الخ) إحداهما هو ظهار وهو المذهب لأنه شبهها بظهر من تحرم عليه على التأيد أشبه الأم، والثانية ليس بظهار واختاره فيما إذا قال أنت عليّ كظهر الأجنبية. ابن حامد والقاضي في التعليق والشريف وأبو الخطاب والشيرازي.

(٦) (فعل روايتين) وهل فيه كفارة؟ على روايتين: إحداهما فيه كفارة لأنه نوع تحريم أشبه ما لو حرّم ماله.

(٧) (يكفر) هذا المذهب وبه قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي للآية.

(فصل) كفارته عتق رقبة فإن لم يجد صام شهرين متتابعين فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً^(١)، ولا تلزم الرقبة^(٢) إلا لمن ملكها أو أمكنه ذلك بثمن مثلها فاضلاً عن كفايته دائماً وكفاية من يمونه وعمّا يحتاجه من مسكن وخادم ومركوب وعرض

- (١) (أطعم ستين مسكيناً) على الترتيب لقوله: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ الآية.
- (٢) (ولا تلزم الرقبة) والمعتبر في الكفارات وقت الوجوب فلو أعسر موسر قبل تكفير لم يجزئه صوم وتبقى الرقبة بذمته، ولو أيسر معسر لم يلزمه عتق ويجزيه.

في الإطعام^(١)، والاعتبار بحالة الوجوب في إحدى الروايتين^(٢)، فإن وجبت وهو معسر ثم أيسر لم يلزمه العتق وله الانتقال إليه إن شاء^(٣)، وعنه في العبد إذا عتق لا يجزيه إلا الصوم. والرواية الثانية الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير^(٤)؛ ووقت الوجوب في المظاهرة من العود، وفي اليمين من الحنث، وفي القتل من الزهوق، وإن كفر الذمي بالعتق لم يجزئه إلا رقبة مؤمنة فإن كانت عنده وإلا فلا سبيل إلى شراء رقبة مؤمنة ويتعين تكفير بالإطعام^(٥).

(فصل) ومن له خادم يحتاج إلى خدمته لم يلزمه عتقه^(١) ولو وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها^(٢) ولا يجزي غائب لم يعلم خبره ولا يجزي مكاتب قد

- (١) (إلا في الإطعام) فيها فقيه روايتان: إحداهما لا تجب وهو المذهب لأن الله لم يذكره، والثانية تجب جزم به في الوجيز والمنور والنظم قياساً على كفارة الظهار.
- (٢) (في إحدى الروايتين) لأنه تجب على وجه الطهارة؛ فكان الاعتبار بحال الوجوب كالحديث، وهو المذهب وأحد قولي الشافعي.
- (٣) (إن شاء) لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزيه كسائر الأصول.
- (٤) (التكفير) فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الإعتاق، وللشافعي قول ثالث أن الاعتبار بحالة الأداء، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة.
- (٥) (تكفير بالإطعام) لعجزه عن العتق والصيام.
- (٦) (لم يلزمه عتقه) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة والأوزاعي: متى وجد رقبة لزمه إعتاقها ولم يجزئه الانتقال إلى الصوم سواء كان محتاجاً إليها أو لم يكن، لأن الله شرط للانتقال إلى الصوم أن لا يجد رقبة وهذا واجد.
- (٧) (لم يلزمه شراؤها) وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها.

بدلة وثياب تجمل ومال يقوم كسبه بمؤنته وكتب علم ووفاء دين، ولا يجزي في الكفارات كلها إلا رقبة مؤمنة^(١) سليمة من عيب يضر بالعمل ضرراً بيناً كالعمى

(١) (إلا رقبة مؤمنة إلخ) وبهذا قال الحسن ومالك وإسحق وأبو عبيد. وعن أحمد أنه يجزيه فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية اختاره أبو بكر. وبه قال عطاء والنخعي والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر. لأن الله أطلق في كفارة الظهار. ولنا حديث معاوية بن الحكم قال: «كانت لي جارية فأتيت النبي ﷺ فقلت على رقبة فأعتقها؟ فقال رسول الله ﷺ أين الله؟ قالت في السماء قال من أنا؟ قالت رسول الله ﷺ. قال أعتقها فإنها مؤمنة» أخرجه مسلم، فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها مؤمنة فدل على أنه لا يجزيه عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة. والمطلق الذي احتجوا به محمول على المقيد، وقياساً على كفارة القتل.

أدى من كتابته شيئاً^(١) ويجزي الأعرج يسيراً: ولا يجزي إعتاق الجنين^(٢) ومن أعتق غيره عنه عبداً بغير إذنه لم يقع عن المعتق عنه إذا كان حياً وولاًؤه لمعتقه، ولا يجزي عن كفارته وإن نوى ذلك^(٣)، وكذا من كفر عنه غيره بالإطعام، فأما الصيام فلا يصح أن ينوب عنه ولو بإذنه لأنه عبادة بدنية فلا تدخله النيابة كالصلاة، وإن أعتق عنه بأمره ولو لم يجعل له عوضاً صح عن المعتق عنه وله ولاؤه. وأجزأ عن كفارته^(٤)، وإن كان المعتق عنه ميتاً وكان قد أوصى بالعتق صح، وإن لم يوص فأعتق عنه أجنبي لم يصح لأنه ليس بنائب عنه. وإن أعتق عنه وارثه ولم يكن عليه واجب

(١) (من كتابته شيئاً) قال القاضي: هذا الصحيح، وبه قال الليث والأوزاعي وإسحق وأصحاب الرأي لأنه إذا أدى شيئاً فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجز، وظاهره إذا لم يؤد شيئاً أنه يجزي على المذهب، وعنه لا يجزي مكاتب بحال، وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد، وعنه يجزي مطلقاً.

(٢) (ولا يجزي إعتاق الجنين) في قول أهل العلم، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو بكر يجزي.

(٣) (وإن نوى ذلك) وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكى عن مالك أنه يجزي إذا أعتق عن واجب على غيره كما لو قضى عنه ديناً. ولنا أنه عبادة من شرطها النية، فلم يصح أداؤها عن غيره عليه بغير أمره مع كونه من أهل الأمر كالحج.

(٤) (وأجزأ عن كفارته) هذا إحدى الروايتين، وهو قول مالك والشافعي، لأنه أعتق عنه بأمره فصح. كما لو شرط عوضاً.

والشلل ليد أو رجل أو أقطعهما أو أقطع الإصبع الوسطى أو السبابة أو الإبهام أو الأنملة من الإبهام أو أقطع الخنصر والبنصر من يد واحدة^(١)، ولا يجزي مريض

(١) (من يد واحدة) لأن نفع اليد يزول أكثره. ومفهومه أنه إذا قطعت كل واحدة منهما من يد جاز لأن نفع الكفين باق.

لم يصح عنه ووقع عن المعتق أجنبياً أو وارثاً. وقد ذكر في الولاء يصح ويقع عن الميت في المسألتين. وإن كان عليه واجب صح من الوارث لأنه وليه. فإن كان عليه كفارة يمين فأطعم عنه أو كسا جاز^(٢)، ولو قال من عليه كفارة أطعم أو اكس عن كفارتي صح. وإن أعتق نصفين من عبيد أجزاء^(٣).

(فصل) ولا تجب نية التتابع^(٤). وإن كان عليه نذر صوم في كل شهر قدم الكفارة وقضاه بعدها^(٥): وإن صام شهرين بالأهلة أجزاءه وإن كانا ناقصين أو أحدهما، وإن بدأ من أثناء شهر فصام ستين يوماً أو صام شهراً بالأهلة وشهراً بالعدد أجزاءه، وإن كان ناقصاً.

(فصل) فإن عدل إلى الإطعام لعجزه عن الصوم لمرض أو لضعف عن معيشة يحتاج إليها اشترط في المساكين الإسلام^(٦) والحرية^(٧)، وقال الشريف أبو جعفر:

(١) (جاز) لأنه قائم مقامه ونائب عنه، وإن أعتق عنه ففيه وجهان تقدم أنه يصح. (٢) (أجزاءه) هذا المذهب، قال الشريف وأبو الخطاب هذا قول أكثرهم لأن الأشخاص كالأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير، ولم يجزه عند أبي بكر، قال المصنف والأولى أنه لا يجزي إعتاق نصفين إذا لم يكن الباقي منهما حراً لأن إطلاق الرق إنما ينصرف إلى الكامل.

(٣) (نية التتابع) هذا لوهب لأنه شرط، وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية، وإنما تجب لأفعالها كالتابعة بين الركعات.

(٤) (بعدها) لوجوبها بأصل الشرع، إذا كان يقطع التتابع كيوم الخميس والاثنين أو أيام البيض.

(٥) (الإسلام) لا يجوز دفعها إلى كافر ذمياً كان أو حريباً، وبذلك قال الحسن والأوزاعي والنخعي ومالك وإسحق والشافعي وأبو عبيد، وقال أبو ثور: يجوز دفعها إلى ذمي، وهو قول أصحاب الرأي، ونحوه عن الشعبي. ولنا أنهم كفار فلا يجوز إعطاؤهم.

(٦) (والحرية) فلا يجوز دفعها إلى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد، وبهذا قال مالك والشافعي.

مأبوس منه ونحوه^(١) ولا أم ولد، ويجزى المدبر وولد الزنا والأحمق والمرهون والجاني^(٢) والأمة الحامل ولو استثنى حملها^(٣).

(فصل) يجب التتابع في الصوم^(٤)، فإن تخلله رمضان أو فطر يجب كعيد و أيام تشريق وحيض وجنون ومرض مخوف ونحوه أو أفطر ناسياً أو مكرهاً أو لعذر يبيح الفطر لم ينقطع، ويجزىء التكفير بما يجزىء في فطرة فقط^(٥)، ولا يجزىء من البر

- (١) (ونحوه) ومفهومه أنه إن كان المرض يرجى زواله كالحمي ونحوه جاز عتقه في الكفارة.
- (٢) (والجاني) ولو قتل في الجنابة لأن الإجزاء حصل بمجرد العتق لا يرتفع عتقه بذلك.
- (٣) (حملها) لأن ما في هؤلاء من النقص لا يضر بالعمل.
- (٤) (التتابع في الصوم) لقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ وينقطع بصوم غير رمضان ويقع ما نواه.
- (٥) (في فطرة فقط) وهو البر والشعير والتمر والزبيب والأقط سواء كان قوت بلده أو لم يكن، وإخراج الحب أفضل عند المصنف. والمذهب أن التمر أفضل. فإن عدم الأصناف الخمسة أجزأه مما يقتات من حب وتمر كما ذكره في الفطرة. زوائد.

يجوز دفعها إلى مكاتبه^(١) وإن يكونوا أكلوا^(٢)، وعن أحمد يجوز دفعها إلى الصغير الذي لم يطعم ويقبض عليه له^(٣)، وإن ردها على مسكين واحد ستين يوماً لم يجزئه إلا أن لا يجد غيره^(٤) وعنه لا يجزئه^(٥)، وعنه يجزىء وأن وجد غيره^(٦) وفي الخبز روايتان^(٧) وإن دفع إلى مسكين في يوم واحد من كفارتين أجزأه، وإن كان قوت

- (١) (مكاتبه) وهو المذهب، اختاره القاضي لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته أشبه المساكين.
- (٢) (أكلوا) الطعام في ظاهر قول الخرقى اختاره القاضي والمصنف والشارح لقوله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾ وهو ظاهر قول مالك.
- (٣) (ويقبض عليه له) وهو المذهب وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأكثر الفقهاء. لأنه مسلم يحتاج أشبه الكبير.
- (٤) (لا يجد غيره) فيجزئه، وهو المذهب. لأنه معذور بعدم وجدان غيره.
- (٥) (لا يجزئه) وبه قال الشافعي. واختارها أبو الخطاب في الانتصار. وصححها في عيون المسائل.
- (٦) (وإن وجد غيره) وبه قال أبو حنيفة واختاره ابن بطة وأبو محمد الجوزي، قال الزركشي وأبو البركات: قلت هذا باطل وخلاف للقرآن.
- (٧) (وفي الخبز روايتان) المذهب لا يجزىء وبه قال الشافعي. والثانية يجزىء اختاره الخرقى =

أقل من مد^(١) ولا من غيره أقل من مدين لكل واحد ممن يجوز دفع الزكاة إليهم^(٢). وإن غدى المساكين أو عشاها لم يجزئه^(٣). وتجب النية في التكفير من صوم

(١) (أقل من مد الخ) هذا المذهب، وممن قال مدبر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر رواه عنهم الأثرم وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مداً من الحنطة بالمد الأصغر مد النبي ﷺ وقال أبو هريرة يطعم مداً من أي الأنواع كان، وبه قال عطاء والأوزاعي والشافعي، لحديث أوس عند أبي داود، وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع. ولنا ما روى أحمد حدثنا إسماعيل حدثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال: جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق من شعير، فقال النبي ﷺ للمظاهر: أطعم هذا، فإن مدى شعير مكان مدبره قلت: هذا مرسل لأن أبا يزيد تابعي، ولأنه قول زيد وابن عباس وابن عمر ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة فكان إجماعاً.

(٢) (دفع الزكاة إليهم) لحاجتهم كالفقير، ومفهومه إن كان الغارم لمصلحة غيره فلا.

(٣) (لم يجزئه) هذا المذهب سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر، لو غدى كل واحد بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي، وعن أحمد يجزيه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم وهو قول النخعي وأبي حنيفة واختاره الشيخ إلا أنه لم يعتبر القدر الواجب، وأطعم أنس في فدية الصيام، قال أحمد: أطعم شيئاً كثيراً وضع الجفان وذلك لقول الله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾ وهذا قد أطعم فينبغي أن يجزيه، ولأنه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم، ووجه الأول أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم مداً لكل مسكين كما تقدم.

البلد غير المعتاد كالذرة والدخن والأرز أجزأ إخراجها، واختاره أبو الخطاب وغيرهما^(١)، وقال القاضي: لا يجزيه^(٢) فإن أخرج القيمة لم يجزئه^(٣) وعنه يجزئه^(٤).

= والقاضي وأصحابه والمصنف. قال في الإنصاف: وهو الصواب لقوله تعالى: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾، ويخرج رطلين بالعراقي أو يعلم أنه مد. والسويق كالخبز خلافاً ومذهباً.

(١) (وغيرهما) وبه قال الشافعي لقوله تعالى: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ وصوبه في الإنصاف.

(٢) (لا يجزيه) وهو المذهب لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف في الفطرة فلم يجز غيرها.

(٣) (لم يجزئه) وهو المذهب وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر. وهو الظاهر من قول عمر وابن عباس.

(٤) (يجزيه) وأجزاه الأوزاعي وأصحاب الرأي. والأول المذهب للآية. ومن أخرج القيمة لم يطعمهم.

وغيره^(١). وإن أصاب المظاهر منها ليلاً أو نهاراً انقطع التتابع^(٢)، وإن أصاب غيرها ليلاً لم ينقطع.

كتاب اللعان^(٣)

يشترط في صحته أن يكون بين زوجين، ومن عرف العربية لم يصح لعانه بغيرها، وإن جهلها فبلغته، فإذا قذف امرأته بالزنا فله إسقاط الحد^(٤) باللعان فيقول قبلها أربع مرات «أشهد بالله لقد زنت زوجتي هذه» ويشير إليها، ومع غيبتها يسميها وينسبها،

- (١) (من صوم وغيره) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما الأعمال بالنيات» الحديث.
- (٢) (انقطع التتابع) وبه قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي للآية وعنه لا ينقطع بوطئها ليلاً وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لأنه وطء لا يفسد الصوم، وعنه لا ينقطع ناسياً وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر كما لو أكل ناسياً.
- (٣) (اللعان) مشتق من اللعن، لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً.
- (٤) (فله إسقاط الحد) إن كانت محصنة والتعزير إن كانت غير محصنة كما إذا لم تكن عفيفة أو كانت ذمية أو كانت رقيقة والمحصن هو الحر العاقل العفيف عن الزنا اهـ.

كتاب اللعان^(١) أو ما يلحق من النسب

وهو شرعاً شهادات مؤكدات بأيمان الجانبين^(٢). إذا قذف الرجل زوجته بالزنا ولم تصدقه ولم يأت بالبينة لزمه ما يلزم أجنبية^(٣)، وإن لاعن ولو وحده سقط عنه، فإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها، وصفته ما ذكر في كتاب الله^(٤) وإن أتى به

- (١) (اللعان) قال القاضي يسمى به لأن أحدهما لا ينفك من أن يكون كاذباً فتحصل اللعنة عليه.
- (٢) (من الجانبين) مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد أو قذف في جانبه وفي جانبها مقام حد زنا أو حبس حتى تقرأ أو تلعن. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهن﴾ الآية.
- (٣) (أجنبية) من حد أو تعزير. وحكم بفسقه ورد شهادته.
- (٤) (في كتاب الله) أي لمن الصادقين ويلعن نفسه في الخامسة ثم هي وتدعو بالغضب على نفسها في الخامسة.

وفي الخامسة» وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين» ثم تقول هي أربع مرات «أشهد بالله لقد كذب فيما رماني به من الزنا» ثم تقول في الخامسة «وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين»، فإن بدأت باللعان قبله أو نقص أحدهما شيئاً من الألفاظ الخمسة أو لم يحضرهما حاكم أو نائبة أو أبدل لفظة أشهد بأقسم أو أحلف أو لفظة اللعنة بالابعاد أو الغضب بالسخط لم يصح^(١).

(١) (لم يصح) لمخالفته النص. وفيه وجه.

أحدهما قبل إلقائه عليه أو أتى به قبل مطالبتها له بالحد مع عدم ولد يريد نفيه لم يعتد به. والسنة أن يتلاعنا قياماً بحضرة جماعة في الأوقات والأماكن المفضلة^(١)؛ فإذا بلغ الخامسة أمر الحاكم رجلاً فأمسك بيده فم الرجل، وامرأة تضع يدها على فم المرأة ثم يعظه^(٢)، وإن كانت المرأة خفرة بعث الحاكم من يلاعن بينهما.

(فصل) ويتنفي الولد إن ذكر في اللعان صريحاً أو تضحماً^(٣) ولم يوجد دليل على الإقرار به^(٤)، ومن أكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد، وإن أقرت بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر بعدها^(٥) أو فارقها^(٦) فوضعت ثم أتت بآخر بعد ستة أشهر أو مع العلم بأنه لم يجتمع بها^(٧) أو مقطوع الذكر

(١) (والأماكن المفضلة) ففي مكة بين الركن والمقام ولو قيل بالحجر لكان أولى لأنه من البيت، وفي المدينة عند منبر النبي ﷺ، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلدان في جوامعها، وتقف الحائض عند باب المسجد وفي الزمان بعد العصر.

(٢) (يعظه) فيقول: اتق الله فإنها الموجبة عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة.

(٣) (أو تضحماً) كأن يقول أشهد بالله لقد زنت في طهر لم أصابها فيه وإني اعتزلتها حتى ولدت.

(٤) (على الإقرار به) فإن أقر به أو بتوأمه أو هنيء فسكت أو أمن على الدعاء أو أخر نفيه مع إمكانه لحقه نسبه ولم يملك نفيه.

(٥) (بعدها) هذا المذهب وبه قال أبو العباس بن سريح، وقال غيره من أصحاب الشافعي يلحقه.

(٦) (حاملاً للبخ) لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملاً واحداً وبينهما مدة الحمل، ومفهومه أنها إذا وضعت لدون ستة أشهر يلحقه، قاله في المبدع.

(٧) (لم يجتمع بها) هذا المذهب كالتى يتزوجها بمحضر الحاكم ثم يطلقها في المجلس =

(فصل) وإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان، ومن شرطه قذفها بالزنا لفظاً كزنيته أو يازانية أو رأيتك تزنين في قبل أو دبر، فإن قال وطئت بشبهه أو مكرهه أو نائمة أو قال لم تزني ولكن ليس هذا الولد مني فشهدت امرأة ثقة أنه ولد على فراشه لحقه نسبه^(١) ولا لعان، ومن شرطه أن تكذبه الزوجة، وإذا تم سقط عنه الحد والتعزير وثبتت الفرقة بينهما بتحريم مؤبد^(٢).

(فصل) من ولدت زوجته من أمكن كونه منه لحقه، بأن تلده بعد نصف سنة منذ

- (١) لحقه نسبه) لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش» ولم يقذفها بما يوجب الحد.
(٢) (بتحريم مؤبد) ولو لم يفرق الحاكم بينهما ولو أكذب نفسه بعد.

والأثنيين لم يلحقه نسبه^(١) وإن قطع أحدهما فقال أصحابنا يلحقه نسبه^(٢) وإن أقرت دون أربع مرات أو أربع مرات ثم رجعت فلا حد عليها، وإن لاعن ونكلت عن اللعان فلا حد عليها وخلقى سبيلها ولحقه الولد ذكره الخرقى، ولا يعرض للزوج بحد حتى تطالبه^(٣)، وله ثلاثة شروط: أحدها أن يكون بين زوجين، الثاني أن يقذفها بالزنا، الثالث أن تكذبه المرأة ويستمر إلى انقضاء اللعان.

(فصل) وإذا تم اللعان ثبت أربعة أحكام سقوط الحد عنه أو التعزير، ولو قذفها برجل بعينه سقط عنه الحد لهما. الثاني الفرقة بينهما وعنه لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما^(٤). الثالث التحريم المؤبد، وعنه إذا كذب نفسه حلت له^(٥). الرابع

- = أو يتزوجها وبينهما مسافة لا يصل إليها في المدة التي أتت بالولد فيها لأنه لم يحصل إمكان الوطاء في هذا العقد.
(١) (لم يلحقه) نسبه لأن الولد لا يوجد إلا من مني، ومن قطعت خصيتاه لا مني له، لأنه لا ينزل إلا ماء رقيقاً لا يخلق منه الولد.
(٢) (يلحقه نسبه) وهو المذهب وقاله جماهير الأصحاب، وقيل لا يلحقه نسبه اختاره المصنف وحزم به في المحرر والحاوي والنظم.
(٣) (حتى تطالبه) فإن أراد من غير طلبها فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله ذلك قاله القاضي وغيره.
(٤) (بينهما) وتفريق الحاكم بينهما بمعنى إعلامه لهما حصول الفرقة.
(٥) (حلت له) فإذا قلنا تحل له بإكذاب نفسه فإن لم يوجد طلاق فهي باقية على النكاح.

أمكن وطؤه^(١) أو دون أربع سنين منذ أبانها، وهو ممن يولد لمثله كابن عشر^(٢)، ولا يحكم ببلوغه إن شك فيه^(٣). ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه فولدت لنصف سنة أو أزيد لحقه ولدها^(٤) إلا أن يدعى الاستبراء^(٥) ويحلف عليه^(٦) وإن قال

(١) منذ أمكن وطؤه ولو مع غيبة فوق أربع سنين. وقال في المغني: ولو بعد عشرين سنة. وعليه نصوص أحمد. قال في الفروع والمبدع: ولعل المراد ويخفي سيره وإلا فالخلاف على ما يأتي.

(٢) (كابن عشر) هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفرقوا بينهم في المضاجع» فأمره بالتفريق يدل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولد.

(٣) (إن شك فيه) لأن الأصل عدمه. وإنما ألحقنا الولد به حفظاً للنسب واحتياطاً.

(٤) (لحقه ولدها) وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري: لا تصير فراشاً حتى يقر بولدها فيلحقه، ولنا ما روت عائشة قالت: «كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه، قالت فلما كان يوم الفتح أخذه سعد ابن أبي وقاص وقال ابن أخي عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه. فتساوقا إلى النبي ﷺ قال سعد يا رسول الله كان قد عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه، فقال رسول الله ﷺ: هو لك يا عبد بن زمعة. ثم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ: احتجبي منه يا سودة لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله متفق عليه واللفظ للبخاري، والعاهر معناه الزاني قال النووي ومعنى «وللعاهر الحجر» الخيبة ولا حق له في الولد، ولا يراد بالحجر هنا معنى الرجم لأنه ليس كل زان يرحم، وقال عمر: ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلون لا تأتين وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا.

(٥) (الاستبراء) لأنه دليل على براءة الرحم والقول قوله في حصوله لأنه أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه إلا بعسر ومشقة.

(٦) (ويحلف عليه) هذا المذهب وبه قال الشافعي لأنه حق للولد لولاه لثبت نسبه.

انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان^(١)، وإذا نفى الحمل في التعانه لم ينتف بنفيه عند وضعها له ويلاعن، وإن طلقها طلاقاً رجعياً فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها

(١) (بمجرد اللعان) ذكره أبو بكر، وينتفى عنه الحمل وإن لم يذكره، وقال الخرقى لا ينتفى عنه حتى يذكر في اللعان.

من
الكتاب
الأول
وطئها دون الفرج أو فيه ولم أنزل أو عزلت لحقه، وإن أعتقها أو باعها بعد اعترافه
بوطئها فأتت بولد لدون نصف سنة لحقه والبيع باطل.

كتاب العدد^(١)

تلزم العدة كل امرأة^(٢) فارقت زوجاً خلا بها مطاوعة مع علمه بها وقدرته على
وطئها ولو ما يمنعه منهما أو أحدهما حساً أو شرعاً أو وطئها أو مات عنها حتى في

- هوامش
الكتاب
الأول
(١) (العدد) واحدها عدة بكسر العين، وهي التريص المحدود شرعاً مأخوذة من العدد لأزمة
العدة محصورة مقدرة.
(٢) (امرأة) حرة أو أمة أو مبعوضة بالغة أو صغيرة يوطأ مثلها.

من
الكتاب
الثاني
ولأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها لحقه نسبه في أحد الوجهين^(٣) وإذا غاب
عن زوجته سنتين وبلغتها وفاته واعتدت ونكحت نكاحاً صحيحاً في الظاهر وأولدها
أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثاني والأولاد له^(٤)، وإن وطئ رجل امرأة بشبهة فأتت
بولد لحقه نسبه^(٥)، وولد الزنا لا يلحق به وإن اعترف به نص عليه^(٦)، وفي الانتصار
يسوغ فيه الاجتهاد^(٧).

كتاب العدد^(٨)

- هوامش
الكتاب
الثاني
(١) (في أحد الوجهين) وهو المذهب وهما روايتان، لأنها في حكم الزوجات في السكنى
والنفقة والطلاق ونحوه، والثاني لا يلحقه نسبه ويتنفي عنه بغير لعان لأنها علقت به بعد
طلاقه فأشبهت البائن.
(٢) (والأولاد له) روى عن علي رضي الله عنه، وهو قول الثوري وأهل العراق وابن أبي ليلى
ومالك وأهل الحجاز والشافعي وإسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم إلا أبي حنيفة
قال الأولاد للأول.
(٣) (لحقه نسبه) وبه قال مالك والشافعي.
(٤) (نص عليه) واختار الشيخ أن استلحق ولده من الزنا ولا فراش لحقه.
(٥) (يسوغ فيه الاجتهاد) وذكره ابن اللبان عن ابن سيرين وعروة والنخعي والحسن وإسحاق.
(٦) (العدد) والأصل فيها الإجماع، ودليله الكتاب والسنة، والقصد منها استبراء رحم المرأة
من الحمل لئلا يطأها غير المفارق لها قبل العلم فيحصل الاشتباه وتضيع الأنساب.

نكاح فاسد فيه خلاف^(١)، وإن كان باطلاً وفاقاً^(٢) لم تعدد للوفاة^(٣)، ومن فارقها حياً

(١) (فيه خلاف) كنكاح بلا ولي إلحاقاً له بالصحيح ولذلك وقع فيه الطلاق.

(٢) (وفاقاً) أي إجماعاً كنكاح خامسة أو معتدة.

(٣) (للوفاة) إذا مات عنها وجهاً واحداً ولا إذا فارقها في الحياة قبل الوطء لأن وجوده كعدمه.

وإن خلا بها^(١) مطاوعة فعليها العدة إذا كان مثلهما يطأ ويوطأ^(٢) إلا أن لا يعلم

بها. ولا تجب بلا وطء في نكاح مجمع على بطلانه^(٣)، وإن وطئها ثم مات أو

فارقها اعتدت لوطنه ثلاثة قروء^(٤) وتجب العدة على الذمية من الذمي^(٥) والمسلم.

وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الأمصار^(٦) ولا تجب بتحملها ماء الرجل^(٧).

(فصل) والمعتدات ست: الحامل بوضع كل الحمل^(٨). والحمل الذي تنقضي به

(١) (وإن خلا بها) ولو لم يصبها ثم يطلقها فإن العدة تجب عليها روي عن الخلفاء

الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والثوري والأوزاعي

وإسحق وأصحاب الرأي والشافعي في قديم قوله، وقال في الجديد لا عدة عليها واختاره

ابن عقيل في عمد الأدلة لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات﴾ الآية وهذا

نص، ولنا إجماع الصحابة فروى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال:

قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت العدة،

ورواه الأثرم أيضاً عن عمر وعلي، وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت، وهذه

قضايا اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً.

(٢) (ويوطأ) كابن عشر وبنت تسع.

(٣) (بطلانه) كالخامسة والمعتدة.

(٤) (ثلاثة قروء) منذ وطئها كالمزني بها.

(٥) (الذمي) ولو لم تكن العدة في دينهم، وقال أبو حنيفة إن لم يكن في دينهم لم يلزمها،

ولنا عموم الآيات.

(٦) (علماء الأمصار) منهم مالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي، إلا ما روي

عن مالك أنها تعدد للوفاة بحيضة. ولنا عموم قوله ﴿يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر﴾ الآية.

(٧) (ماء الرجل) وقال ابن حمدان: إن كان ماء زوجها اعتدت وإلا فلا، وقال في المبدع إذا

تحملت زوجها لحقه نسب من ولدته منه، وفي العدة والمهر وجهان.

(٨) (الحمل) وهذا بإجماع من أهل العلم، إلا ما روي عن علي من وجه منقطع، وعن ابن

قبل وطء وخلوة أو بعدهما أو أحدهما وهو ممن لا يولد لمثله^(١) أو تحملت بماء الزوج أو قبلها أو لمسها بلا خلوه فلا عدة.

(فصل) والمعتدات ست: (الحامل) وعدتها من موت وغيره إلى وضع كل الحمل بما تصير به أمة أم ولد^(٢)، فإن لم يلحقه لصغره أو لكونه ممسوحاً أو ولدت لدون ستة أشهر منذ نكحها ونحوه وعاش لم تنقض به^(٣)، وأكثر مدة الحمل أربع سنين^(٤)

- (١) لمثله) أو كانت لا يوطأ مثلها، بخلاف المتوفى عنها فتعتد مطلقاً تعبداً لظاهر الآية.
(٢) (أم ولد) وهو ما تبين فيه خلق إنسان ولو خفياً.
(٣) (لم تنقض به) عدتها من زوجها لعدم لحوقه به لإنتفائه عنه يقيناً.
(٤) (أربع سنين) هذا المذهب، وعنه سستان وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لما روي عن عائشة، وقال الزهري. تحمل المرأة ست سنين. زوائد.

العدة ما تبين به خلق الإنسان^(١). أو إن وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء أنه مبتدأ خلق آدمي لم تنقض به العدة في إحدى الروايتين^(٢)، ولو ألفت مضغة لم يتبين فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية بأن بها أنها خلقة آدمي انقضت به العدة. وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه لم تنقض عدتها به^(٣)، وأقل مدة الحمل ستة أشهر^(٤) وأكثرها أربع سنين^(٥)،

- (١) (الإنسان) أجمع أهل العلم أن عدة المرأة تنقضي بالقسط إذا علم أنه ولد، قاله ابن المنذر.
(٢) (في إحدى الروايتين) وهو المذهب، وقد ذكر قولاً للشافعي لأنه لم يبين فيه خلق آدمي أشبه الدم، والثانية تنقضي به العدة وبه قال الحسن وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنهم شهدوا بأنه خلقة أشبه مالم تصور.
(٣) (عدتها به) هو المذهب كما مرأة الطفل والمجبوب ومطلقة عقب عقد ومن أتت بولد لدون نصف سنة منذ عقد عليها فعليها تعتد بالأشهر وبهذا قال مالك والشافعي.
(٤) (ستة أشهر) لما روى الأثرم والبيهقي عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر بن الخطاب أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها، فقال له علي: ليس لك ذلك قال الله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ وقال: ﴿وحمله وفضاله ثلاثون شهراً﴾ فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم.
(٥) (أربع سنين) هذا المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك، وروى الدارقطني =

وأقلها ستة أشهر^(١) وغالبها تسعة أشهر، ويباح إلقاء النطفة أربعين يوماً بدواء مباح^(٢).
(فصل) الثانية (المتوفى عنها زوجها بلا حمل منه) قبل الدخول أو بعده، للحررة
أربعة أشهر وعشر وللأمة نصفها^(٣)، فإن مات زوج رجعية في عدة طلاق سقطت

- (١) (وأقلها ستة أشهر) وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وذكرنا حديث
على مع عمر في الزوائد.
- (٢) (بدواء مباح) وكذا شرهه لحصول حيض إلا قرب رمضان لتفطره ولقطعه لا فعل ما يقطع
حيضها من غير علمها.
- (٣) (نصفها) فعدتها شهران وخمسة أيام لبلياليها لأن الصحابة أجمعوا على تنصيف عدة الأمة
في الطلاق فكذا عدة الموت.

وأقل ما يتبين به الحمل أحد وثمانون يوماً^(١). الثانية المتوفى عنها زوجها ولو طفلاً أو
طفلة لا يولد لمثلها^(٢) وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً ثم مات في عدتها لم
تنتقل^(٣) وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الأجلين^(٤)، وعن أحمد تعتد
للطلاق لا غير^(٥)، وإن مات المريض المطلق في مرضه بعد انقضاء عدتها بالحيض

عن الوليد بن مسلم عن مالك قال هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق
تحمل أربع سنين قبل أن تلد، وقال الشافعي بقى محمد بن عجلان في بطن أمه أربع
سنين، وقال أبو عبيد ليس لأقصاه وقت يوقف عليه، ولنا أن مالا نص فيه يرجع إلى
الوجود وقد وجد الحمل أربع سنين، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين، ولم يكن
ذلك إلا لأنه غاية الحمل.

- (١) (ثمانون يوماً) لحديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «إن أحدكم يجمع
خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل
ذلك، ولا تنقضي العدة فيما دون المضغة.
- (٢) (لا يولد لمثلها) ولو قبل الدخول أربعة أشهر وعشراً للحررة والأمة نصفها.
- (٣) (لم تنتقل) وهو المذهب فتبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة وبه قال مالك والشافعي
وابن المنذر لأنها أجنبية منه.
- (٤) (أطول الأجلين) من عدة طلاق ووفاة إن كانت ترثه، هذا المذهب وبه قال الثوري وأبو
حنيفة ومحمد بن الحسن.
- (٥) (للطلاق لا غير) وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر، لأنه مات
وليست زوجة، ومحل الخلاف إذا كانت وارثة.

وابتدأت عدة وفاة منذ مات، وإن مات في عدة من أبنائها في الصحة لم تنتقل^(١)، وتعتد من أبنائها في مرض موته الأطول من عدة وفاة وطلاق^(٢) ما لم تكن أمة أو ذمية أو جاءت البيونة منها فلطلاق لا غير^(٣) وإن طلق بعض نسائه^(٤) أو مبهمة أو معينة ثم أنسبها ثم مات قبل قرعة اعتد كل منهن سوى حامل الأطول منهما^(٥).

- (١) (لم تنتقل) عن عدة الطلاق لأنها ليست زوجة ولا في حكمها لعدم التوارث :
- (٢) (من عدة وفاة وطلاق) هذا المذهب وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد. زوائد.
- (٣) (فلطلاق لاغير) لإنقطاع أثر النكاح بعدم ميراثها، ومن انقضت عدتها قبل موته لم تعتد له ولو ورثت.
- (٤) (بعض نسائه) هذا إذا كان الطلاق بائناً، فإن كان رجعيًا اعتدت كل واحدة عدة وفاة.
- (٥) (الأطول منهما) لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون المخرجة بقرعة والحامل بوضع الحمل كما سبق.

أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته، ولا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة الفقهاء لظاهر الآية، وإن ارتابت المتوفى عنها لظهور أمارات الحمل قبل أن تنكح ولو بعد فراغ شهور العدة لم تزل في عدة حتى تزول الريبة، وإن تزوجت قبل ذلك لم يصح^(١) وإن كان بعد الدخول لم يفسد نكاحها لكن لا يحل وطؤها حتى تزول الريبة^(٢)، وإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فالنكاح باطل^(٣). وتجب عدة الوفاة في النكاح الفاسد لا الباطل، الثالثة ذات القروء^(٤) المفارقة في الحياة بعد دخوله بها والقرء الحيض في أصح الروايتين^(٥) فإذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة واغتسلت حلت في

- (١) (لم يصح) ولو تبين عدم الحمل لأنها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر، ويحتمل أن يصح إذا كان بعد انقضاء العدة.
- (٢) (حتى تزول الريبة) لشكنا في حل وطئها لقوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره».
- (٣) (فالنكاح باطل) لأنه نكحها وهي حامل، وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لا حق به ونكاحه صحيح.
- (٤) (القروء) والقرء في كلام العرب يقع على الحيض والطمهر جميعاً فهو من الأسماء المشتركة، واختلفت الرواية عن أحمد في المراد به في الآية فالصحيح عنه أنها الحيض.
- (٥) (في أصح الروايتين) وهو المذهب، روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأبي موسى =

الثالثة (الحائل ذات الأقراء) وهي الحيض^(١) المفارقة في الحياة فعدتها إن كانت حرة أو مبعضة ثلاثة قروء كاملة، وإلا قرآن^(٢).

(١) (وهي الحيض) هو المذهب، روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأبي موسى وابن عباس. زوائد.

(٢) (وإلا قرآن) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ومالك والزهري وأبو ثور، لما روي عن النبي ﷺ «طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان» رواه أبو داود وغيره.

إحدى الروایتين^(١)، وفي الأخرى تحل بانقطاع الدم^(٢)، والرواية الثانية القروء الأطهار^(٣) وتعتد بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً ثم إذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت. وكل فرقة بين زوجين في الحياة بعد الدخول فعدة المرأة منها عدة الطلاق^(٤)، وأكثر أهل العلم على أن عدة المختلعة عدة المطلقة^(٥)، وعن أحمد عدة المختلعة حيضة^(٦)، وعمر

= وابن عباس وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء رضي الله عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي والعباسي وإسحق وأبو عبيد وأصحاب الرأي.

(١) (في إحدى الروایتين) هذا المذهب روي عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء وسعيد بن المسيب والثوري وإسحق، قال أحمد: عمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة.

(٢) (بانقطاع الدم) وهو قول سعيد بن جبيرة والأوزاعي والشافعي في القديم واختاره أبو الخطاب.

(٣) (الأطهار) وهو قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم وسالم وعمر بن عبدالعزيز ومالك وأبي ثور، وقال القاضي: الصحيح عن أحمد أن القروء الحيض ورجع عن قوله بالأطهار.

(٤) (عدة الطلاق) في قول أكثر أهل العلم، وعن ابن عباس عدة الملائنة تسعة أشهر، وأبي ذلك سائر أهل العلم.

(٥) (المطلقة) وهو المذهب وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبدالعزيز والحسن والشعبي والنخعي والزهري والليث ومالك والأوزاعي والشافعي.

(٦) (حيضة) وروى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وإسحق وابن المنذر واختاره الشيخ في بقية الفسوخ لما روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة. رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وقال أبو داود رواه عبد الرزاق =

الرابعة: (من فارقها حياً) ولم تحض لصغر أو إياس، فتعتد حرة ثلاثة أشهر وأمة شهرين^(١) ومبعضه بالحساب ويجبر الكسر^(٢).

- (١) (شهرين) هذا المذهب وبه قال عمر وعطاء والزهري وإسحق وأحد أقوال الشافعي، وعنه شهر ونصف وبه قال علي وروى عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وغيره لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة، وعنه ثلاثة أشهر لعموم الآية.
- (٢) (ويجبر الكسر) فلو كان ربعها حراً فعدتها شهران وثمانية أيام.

وعلي قال عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى. الرابعة اللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر إن كن حرائر^(١) وإن كن إماء فشهران، وعنه ثلاثة^(٢)، وعنه شهر ونصف. وحد الإياس خمسون سنة^(٣)، وعنه أن ذلك حده في نساء العجم وفي نساء العرب ستون^(٤)، واختار الشيخ لأحد لأكثر من سنة؛ وقال الموفق أو الصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة، فانقطع حيضها عن عاداتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لأن وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر، وإن انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من انقطع حيضها لا تدري ما رفعه على ما سنذكره إن شاء الله، وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراها فيه فهو حيض صحيح لأن دليل الحيض

= مرسلًا، ولنا قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ وحديثهم قال أبو بكر ضعيف مرسل.

- (١) (حرائر) بالإجماع للآية، فإن كان الطلاق في أول الشهر اعتدت بالأهله، وإن وقعت في أثناء شهر اعتدت بقيته ثم اعتدت بشهرين بالأهله ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً وتحسب من الساعة التي فارقها فيها زوجها في قول الأكثر.
- (٢) (وعنه ثلاثة) روي عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبدالعزيز ويحيى الأنصاري وربيعه، والأول المذهب، وبه قال عمر وعطاء والزهري وإسحق وأحد أقوال الشافعي، لأن عدتها قرآن فبدلها شهران.
- (٣) (خمسون سنة) هذا المذهب لقول عائشة «لن ترى المرأة في بطنها ولدًا بعد خمسين».
- (٤) (ستون) لأنهن أقوى جبلة وطبيعة، وقد روى أن أم موسى بن عبدالله بن حسن بن حسن ابن علي ابن أبي طالب ولدته ولها ستون سنة، ويقال أنه لن يلد بعد خمسين إلا عربية ولا يلد لستين إلا قرشية.

الخامسة: (من ارتفع حيضها ولم تدر سببه) فعدتها سنة: تسعة أشهر للحمل^(١)، وثلاثة للعدة^(٢)، وتنقص الأمة شهراً. وعدة من بلغت ولم تحض^(٣) والمستحاضة الناسية والمستحاضة المبتدأة ثلاثة أشهر، والأمة شهران. وإن علمت ما رفعه من مرض أو رضاع أو غيرهما فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعد به^(٤) أو تبلغ

- (١) (للحمل) وهذا المذهب، وهو قول عمر، قال الشافعي: هذا قضاء عمر. زوائد. وقال الشافعي في الجديد تكون في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس فتعد ثلاثة أشهر؛ وبه قال جابر بن زيد وعطاء وطاوس والنخعي والثوري ولنا الإجماع الذي حكاه الشافعي. ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا يحصل به فاكفى به.
- (٢) (وثلاثة للعدة) ولا تنقض العدة بعود الحيض بعد المدة وقبل العقد على الصحيح.
- (٣) (ولم تحض إلخ) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي واختاره أبو بكر والمصنف والشارح.
- (٤) (فتعد به) لما روى الشافعي في مسنده بإسناده عن حبان بن منقذ أنه طلق امرأته واحدة وكانت ترضع. زوائد.

الوجود في زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً وإن رآته بعد الستين فقد ييقن أنه ليس بحيض^(١) وإن حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت إلى القروء ويلزمها إكمالها^(٢)، وأن يئست ذات القروء انتقلت إلى عدة الآيسات، وإن عتقت الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة^(٣)، وإن كانت بائناً بنت على عدة أمة. الخامسة من ارتفع حيضها ولو بعد حيضة أو حيضتين لا تدري ما رفعه اعتدت سنة^(٤)، فإن عاد الحيض قبل انقضاء عدتها ولو في آخرها لزمها الانتقال إليه، وعدة

- (١) (ليس بحيض) قال الخرقى: فإذا رآته بعد الستين فقد ييقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعد به وتعد بالأشهر.
- (٢) (ويلزمها إكمالها) لأن الشهور بدل عنها فإذا وجد المبدل بطل البدل كالمتميم يجد الماء.
- (٣) (عدة حرة) هذا المذهب وبه قال الحسن والشعبي والضحاك وإسحق وأصحاب الرأي وهو أحد أقوال الشافعي، والثاني تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية وبه قال مالك وأبو ثور لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة.
- (٤) (سنة) تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة عدة آيسة وهو المذهب وهذا قول عمر، قال الشافعي هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه.

سن الإياس فتعتد عدته.

السادسة: (امرأة المفقود) تبرص ما تقدم في ميراثه^(١) ثم تعتد للوفاة، وأمة كحرة في التبرص، وفي العدة نصف عدة الحرة، ولا تفتقر إلى حكم حاكم بضرب المدة وعدة الوفاة^(٢)، وإن تزوجت فقدم الأول قبل وطء الثاني فهي للأول، وبعده له أخذها زوجة بال عقد الأول ولو لم يطلق الثاني، ولا يطأ قبل فراغ عدة الثاني، وله تركها معه

(١) ما تقدم في ميراثه أربع سنين فيما ظاهره الهلاك وتسعين سنة فيما غلبه السلامة هذا المذهب وبه قال عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير رضی الله عنهم وعطاء وعمر ابن عبد العزيز، والحسن، والزهرى، والليث، ومالك والشافعي في القديم، إلا أن مالكا قال ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت، وقال النخعي والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو فراقه، لما روى المغيرة «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها» ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني عن عبيد ابن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال: انطلقني فتبرصي أربع سنين ففعلت، ثم أتته فقال انطلقني فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ففعلت، ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل؟ فجاء وليه فقال طلقها ففعل فقال لها عمر: انطلقني فتزوجي من شئت، فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول فقال له عمر أين كنت إلى قوله فيخبره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق فاختر الصداق وقال: قد حبلت لا حاجة لي فيها. قال أحمد يروى عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف وقضى به عثمان وقضى به علي وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم فاشتهر في الصحابة فكان إجماعاً.

(٢) (عدة الوفاة) كما لو قامت البينة، قال الشيخ: لا يعتبر الحاكم على الأصح.

الجارية التي أدركت فلم تحض ثلاثة أشهر^(١)، وعنه سنة^(٢) وكذا المستحاضة الناسية^(٣) وأما التي عرفت ما رفع الحيض فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد

(١) ثلاثة أشهر هذا المذهب، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي واختاره أبو بكر والمصنف والشارح.

(٢) (وعنه سنة) لأن يجوز أن يكون بها حمل منع من حيضها فيجب أن تعتد بسنة. ولنا قوله تعالى: ﴿واللاتي يسنن من المحيض﴾ الآية وهذه من اللاتي لم يحضن.

(٣) (الناسية) لأنه عليه الصلاة والسلام أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة، وعنه سنة لأنها لم تتيقن لها حيض.

من غير تجديد عقد^(١)، ويأخذ قدر الصداق الذي أعطاها من الثاني^(٢)، ويرجع الثاني عليها بما أخذه منه^(٣).

من
الكتاب
الأول

- (١) (من غير تجديد عقد) للثاني، قال في الرعاية وإن قلنا يحتاج الثاني عقداً جديداً أطلقها الأول لذلك اهـ وعلى هذا فتعبد له.
- (٢) (من الثاني) إذا تركها له، لقضاء عمر وعثمان أنه يخير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو.
- (٣) (بما أخذه منه) لأنها غرامة لزمته بسبب وطفه لها فرجع بها عليها، والرواية الثانية لا يرجع.

به إلا أن تصير في سن الإياس فتعبد حينئذ عدة الآيسات^(١)، وعنه تنتظر ثم إن حاضت اعتدت به وإلا اعتدت بسنة^(٢). واختار الشيخ إن علمت عدم عودة فكآيسة وإلا اعتدت سنة، السادسة امرأة المفقود الذي انقطع خبره لغيبه ظاهراً الهلاك^(٣) تربص أربع سنين ثم تعبد للوفاة ولا يشترط طلاق ولي زوجها بعد اعتدادها^(٤)، وإذا حكم الحاكم بالفرقة أو مضت المدة نفذ الحكم في الظاهر^(٥)، ولو تزوجت امرأة قبل الزمان المعتبر. ثم تبين أنه كان أطلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة لم يصح^(٦). وإن تزوجت بعد مدة التربص والعدة فقدم الأول وتركها مع

من
الكتاب
الثاني

- (١) (الآيسات) لما روى الشافعي عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عبدالله بن أبي بكر أنه أخبره أن حبان بن منقذ طلق امرأته وهو صحيح وهي مرضع فمكثت سبعة شهور ولا تحيض منعها الرضاع، ثم مرض حبان فقبل له إن مات ورثك فجاء إلى عثمان وأخبره بشأن امرأته وعنده علي وزيد فقالا نرى أنها ترثه إن مات ورثها إن ماتت فإنها ليست من القواعد اللائي يسن من المحيض وليست من اللائي لم يحضن ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل وكثير. الحديث.
- (٢) (وإلا اعتدت بسنة) ذكره محمد بن نصر الله عن مالك ومن تبعه منهم أحمد، قال في الإنصاف: وهو الصواب.
- (٣) (لغيبه ظاهراً الهلاك) كالذي يفقد من بين أهله أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب يقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر.
- (٤) (بعد اعتدادها) وهو قول ابن عمر وابن عباس وهو المذهب.
- (٥) (في الظاهر) لأن عمر لما حكم بالفرقة نفذ ظاهراً دون الباطن فلو طلق الأول صح طلاقه لبقاء نكاحه بدليل تخييره في أخذها.
- (٦) (لم يصح) النكاح لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه، والثاني هو صحيح لأنها ليست =

من
الكتاب
الثاني

من
الكتاب
الأول

(فصل) ومن مات زوجها الغائب أو طلقها اعتدت منذ الفرقة وإن لم تحد^(١)،
وعدة موطوءة بشبهه أو زنا أو بعقد فاسد كمطلقة^(٢)، وإن وطئت معتدة بشبهه أو

(١) (وإن لم تحد) لأن الإحداد ليس شرطاً لانقضاء العدة.

(٢) (كمطلقة) لأنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجب العدة منه كالنكاح الصحيح، ولا يحرم
على زوج وطئت زوجته بشبهه أو زناً زمن عدة وطء في فرج.

من
الكتاب
الثاني

الثاني حلت من غير تجديد عقد^(١)؛ واختار الموفق التجديد^(٢). فإن رجع الأول بعد
موتها لم يرثها لأنها زوجة الثاني ظاهراً. وإن رجع بعد موت الثاني ورثته واعتدت
لوفاته عدة وفاة ورجعت إلى الأول^(٣). وإن كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي
كتابه فليس لامرأته أن تزوج إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها الفسخ^(٤) ومن
ظهر موته باستفاضة كأن تتظاهر الأخبار بموته أو بيينة فاعتدت للوفاة أبيض لها أن
تزوج. فإن عاد زوجها بعد ذلك فكمفقود. فإن تركها مع الثاني فله تضمين البينة ما
تلف من ماله. وإن اختارت امرأة المفقود المقام والتصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة
من ماله مادام حياً^(٥): وإن ضرب لها حاكم مدة التربص فلها فيها النفقة لأنه لم
يحكم بموته إلا في العدة^(٦). والوجه الثاني لها النفقة قاله القاضي^(٧). وكذا ذكر
صاحب المغنى والشرح وزاد أن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضاً^(٨) وإذا تزوج
امرأة لها ولد من غيره وليس للولد ولد ولا ولد ابن ولا أب ولا جد وهي غير آيسة

من
الكتاب
الثاني

= في نكاح ولا عدة فصح تزويجها. ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع النكاح فيها فلم
يصح، كما لو تزوجت المعتدة في عدتها والمرتبة في زمن الرية.

(١) (من غير تجديد عقد) لأن الصحابة لم ينقل عنهم تجديد عقد.

(٢) (واختار الموفق التجديد) وهو القياس، وعلى ذلك فيحتاج إلى طلاق الأول ثم تعتد كما
في الرعاية.

(٣) (ورجعت إلى الأول) لعدم المعارض، رواه الجوزجاني عن عثمان وعلي. قال الشيخ:
هي زوجة الثاني ظاهراً وباطناً ورثته، ذكره أصحابنا.

(٤) (فلها الفسخ) لا بتعذر الوطء إذا لم يقصد بغيبته الإضرار بتركه.

(٥) (ما دام حياً) فإن تبين أنه مات أو فارقها رجع عليها بما بعد ذلك من النفقة.

(٦) (إلا في العدة) لأنه حكم بموته بعد مدة التربص فصارت معتدة للوفاة.

(٧) (قاله القاضي) وهو نص أحمد لأن النفقة لا تسقط إلا بيقين الموت ولم يوجد ههنا.

(٨) (بعد العدة أيضاً) لأنها باقية على نكاحه ما لم تزوج أو يفرق الحاكم بينهما.

نكاح فاسد فرق بينهما وأتمت عدة الأول — ولا يحتسب منها مقامها عند الثاني^(١) — ثم اعتدت للثاني^(٢)، وتحل له بعقد بعد انقضاء العدتين^(٣)، وإن تزوجت في

(١) عند الثاني) على الصحيح من المذهب وجزم به المصنف والشارح، وله رجعتها في تنمة العدة على الصحيح من المذهب.

(٢) ثم اعتدت للثاني) لأنها حقان لرجلين فلم يتداخلا وقدم أسبقهما كما لو تساويا في مباح غير ذلك.

(٣) بعد انقضاء العدتين) هذا المذهب لقول علي إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، وقال مالك والشافعي في القديم تحرم عليه على التأيد، وهي رواية عن أحمد لقول عمر لا تنكحها أبداً، ولنا على إباحتها قول علي وقال الشافعي في الجديد له نكاحها بعد انقضاء عدة الأول، ولا يمنع من نكاحها منه واختاره المصنف.

فمات اعتزلها الزوج وجوباً حتى تحيض أو يتبين حملها^(١) لأن حملها يرثه. وإن أقر العدل وقد غاب أنه طلقها من مدة تزيد على العدة قبل قوله^(٢). وكل معتدة من غير نكاح صحيح قياس المذهب تحريم نكاحها على الواطيء وغيره في العدة قاله الشارح، وقال الموفق والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها^(٣). وإذا خال الرجل امرأة وفسخ نكاحها فله أن يتزوجها في عدتها^(٤). وإن وطئ رجلاً امرأة فعليها عدتان لهما^(٥).

(فصل) وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت علي ما مضى

(١) أو يتبين حملها) روي عن علي وابنه الحسن ونحوه عن عمر والحسين بن علي والصعب ابن جثامة، فإن لم يعتزلها وأتت بولد قبل ستة أشهر ورث، وإن أتت به بعدها من حين وطئها بعد موت الولد لم يرث.

(٢) قبل قوله) قال في الاختيارات: إنه المشهور عن أحمد بخلاف الفاسق ومجهول الحال إذا كان فيها حق لله، قاله في الاختيارات.

(٣) نسب ولدها) كالموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد. وإن لم يلحقه كالمزني بها لم تحل.

(٤) في عدتها) في قول الجمهور، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهرى ومالك والشافعي وأصحاب الرأي.

(٥) عدتان لهما) لحديث عمر وعلي رضي الله عنهما فيما إذا تزوجت يفرق بينهما. ولها الصداق بما استحل من فرجها. وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر.

من
الكتاب
الأول
عدتها لم تنقطع حتى يدخل بها^(١). فإذا فارقتها بنت علي عدتها من الأول ثم استأنفت العدة من الثاني. وإن أتت بولد من أحدهما انقضت منه عدتها به ثم اعتدت للآخر^(٢). ومن وطئ معتدته البائن بشبهة استأنفت العدة بوطئة ودخلت

هوامش
الكتاب
الأول
(١) حتى يدخل بها) أي يطأها لأن عقده باطل فلا تصير فراشاً.
(٢) (تم اعتدت للآخر) بثلاثة قروء، ويكون الولد للأول إذا أتت به لدون ستة أشهر من وطء الثاني وعاش أو لأكثر من أربع سنين منذ أبانها الأول فهو للثاني وانقضت عدتها به منه أو ألحقته به قافة وأمكّن، وإن أشكل اعتدت بعد وضعه بثلاثة قروء لتخرج من العدتين.

من
الكتاب
الثاني
من العدة^(١). وإن راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة^(٢). وإن طلقها قبل دخوله بها استأنفت العدة في إحدى الروايتين^(٣)، وإن طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فيها قبل دخوله بها بنت في إحدى الروايتين^(٤).

(فصل) ويجب الإحداد على المعتدة من الوفاة اجتناب الزينة^(٥) ولها تزين في فرش، ولا تكتحل بأثمد إلا من ضرورة^(٦).

هوامش
الكتاب
الثاني
(١) (بنت علي ما مضى من العدة) لأنهما طلاقان لم يتخللها وطء ولا رجعة فأشبهه الطلقتين في وقت واحد.

(٢) (استأنفت العدة) لأنه طلاق من نكاح اتصل به الميسس.
(٣) (في إحدى الروايتين) وهو المذهب لأن الرجعة إعادة للمرأة إلى النكاح الأول فصار الطلاق الثاني طلاقاً من نكاح اتصل به الميسس، والثانية تبين اختاره الخرقى والقاضي وهو من المفردات.

(٤) (في إحدى الروايتين) على ما مضى من العدة وهي المذهب بلا ريب كمن عقد ثم طلق قبل خلوة، وبه قال الشافعي ومحمد.

(٥) (اجتناب الزينة) في قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة، فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها وأن تبيضه باسفيداج العرائس.

(٦) (من ضرورة) قال المصنف والشارح فإن اضطرت الحادة إلى الكحل بأثمد للتداوي فلها أن تكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً وأفتت به أم سلمة، قال في الإنصاف: ذلك معارض في الصحيح عن أم سلمة «أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت، يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال: لا، مرتين أو ثلاثاً. فيحتمل أن يكون ذلك منسوخاً، ويحتمل أنه كان يمكنها التداوي بغيره فمنعها منه أو أنها لم تكن وصلت إلى الاضطرار إلى ذلك، والله أعلم.

فيها بقية الأولى^(١). وإن نكح من أبانها في عدتها ثم طلقها قبل الدخول بنت^(٢).
(فصل) يلزم الإحداد مدة العدة كل متوفى زوجها عنها في نكاح صحيح^(٣). ولو

(١) (بقية الأولى) هذا المذهب لأنهما عدتان من واحد لو طئمتين يلحق النسب فيهما لحقوقاً واحداً فتداخلا.

(٢) (بنت) على ما مضى من عدتها لأنه طلاق في نكاح ثان قبل المسيس والخلوة، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن.

(٣) (في نكاح صحيح) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً» متفق عليه من حديث أم حبيبة زوج النبي ﷺ.

(فصل) وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي مات فيه زوجها وهي ساكنة فيه^(١) إذا تطوع به الورثة أو السلطان، ولا يلزمها بذل أجره المسكن، فيجب عليها السكنى لا تحصيل المسكن^(٢)، ويجوز نقلها لإذاها، ولا نفقة في مال الميت ولا على الورثة إذا لم تكن حاملاً، ولها الخروج نهاراً لحوائجها^(٣) ولو وجدت من يقضيها لها، وليس لها المبيت في غير بيتها^(٤) والأمة كالحرّة في الأحداد والبدوية كالحضرية فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم وإذا أذن لها زوجها في النقلة إلى بلد للسكنى فيه

(١) (وهي ساكنة فيه) وهو المذهب، روي ذلك عن عمر وابنه وعثمان وابن مسعود وأم سلمة، وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي، وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعمد حيث شاءت وروي عن علي وابن عباس، ولنا حديث فريعة أنها سألت رسول الله ﷺ أن ترجع إلى أهلها قالت: إن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فقال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله.

(٢) (لا تحصيل المسكن) قال المصنف، وقال في المغني وغيره: أو يطلب منها فوق أجرته فتسقط السكنى وتسكن حيث شاءت، وهو المذهب لأن الواجب سقط.

(٣) (لحوائجها) من بيع وشراء ونحوهما.

(٤) (في غير بيتها) لما روى مجاهد قال «استشهد رجال يوم أحد، فجاء نساؤهم إلى رسول الله ﷺ وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا بادرنّا إلى بيوتنا؟ فقال رسول الله ﷺ: تحدثن عند إحداكن حتى إذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة إلى بيتها، والأمة في العدة كسكنها في حياة زوجها.

من
الكتاب
الأول

ذمية أو أمة أو غير مكلفة^(١). وبياح لبائن من حي^(٢). ولا يجب على رجعية^(٣) وموطوءة بشبهة أو زنا أو في نكاح فاسد أو باطل أو ملك يمين، و(الإحداد) اجتناب ما يدعو إلى جماعها ويرغب في النظر إليها من الزينة والطيب^(٤) والتحسين

هو أمش
الكتاب
الأول

(١) (أو غير مكلفة) فيجنبها وليها الطيب ونحوه، وسواء كان الزوج مكلفاً أو لا. لعموم الأحاديث.

(٢) (لبائن من حي) ولا يسن، وبه قال عطاء ومالك وابن المنذر، ونحوه قول الشافعي، لأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته، والبائن قد قطع نكاحه باختياره فلا معنى لتكليفها الحزن عليه.

(٣) (ولا يجب على رجعية) لأنها ليست زوجة متوفى عنها.

(٤) (والطيب) لما روت أم سلمة قالت: «دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبراً فقال: ماذا يا أم سلمة؟ قلت: إنما هو صبر ليس فيه طيب، قال =

من
الكتاب
الثاني

فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود إلى منزلها، وإن مات بعده فلها الخيار بين البلدين وإن سافر بها لغير النقلة ثم مات في الطريق وهي قريبة دون مسافة القصر لزمها العود^(١) وإن مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ما فصلنا وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكن فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرماً لزمها أن تعتد به فإن كانت ضيقة وليس معها محرماً لزمها الانتقال إلى موضع سواها، وإن أذن لها في الحج فأحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت في سفرها^(٢) وإن لم تخش وهي في بلدها أو قريبة يمكنها العود أقامت لتقضي العدة وإلا مضت وتحلل لفوته بعمرة^(٣) وإن لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر^(٤).

هو أمش
الكتاب
الثاني

(١) (لزمها العود) وإن كان فوقها خيرت بين البلدين لما روى سعيد بإسناده عن سعيد بن المسيب قال «توفى أزواج نساء وهن حاجات أو معتمرات، فذهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن».

(٢) (في سفرها) ومتى رجعت وقد بقي من عدتها شيء لزمها الإتيان به في بيت زوجها بغير خلاف منهم.

(٣) (بعمرة) وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج.

(٤) (المحصر) كالتي يمنعها زوجها من السفر.

والحناء وما صبغ للزينة^(١) وحلى وكحل أسود^(٢)، لا توتيا ونحوها ولا نقاب، وأبيض ولو كان حسناً^(٣).

وتجب عدة الوفاة في المنزل حيث وجبت^(٤)، فإن تحولت خوفاً أو قهراً أو

= إنه يشب الوجه، لا تجعله إلا بالليل وتزعينه بالنهار، ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب. قالت: قلت بأي شيء أمتشط؟ قال بالسدر وتغلفين به رأسك.

(١) للزينة) لما روت أم سلمة مرفوعاً «المتوفي عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا المشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل ولا تمس طيباً» رواه أحمد وأبو داود والنسائي، فيحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين في سائر الألوان لقوله: «ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب بفتح العين وإسكان الصاد، فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه كالأسود فلا تمنع منه. وما صبغ غزله ثم نسج فقال القاضي هو العصب فيباح، وصحح المصنف والشارح أنه نبت في اليمن تصبغ به الثياب، وصح أن صبغ غزله يحرم عليها لبسه وهو المذهب.

(٢) (وكحل أسود) لحديث أم عطية أن رسول الله ﷺ قال: «لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند طهرها إذا طهرت من حيضها نبذة من قسط أو أظفار» متفق عليه، ومر حديث أم سلمة وقول المصنف والشارح.

(٣) (ولو كان حسناً) كإبريسم أو من قطن لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم أن يغيره كما أن المرأة الحسنة لا يلزم أن تغير لونها.

(٤) (حيث وجبت) هذا المذهب، فلا تتحول عنه بلا عذر، وتقف، عليه في الزوائد أبسط من هذا. إذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان لزوجها أو بإجارة أو عارية، لأن فريضة قال لها امكثي في بيتك ولم تكن في بيت يملكه زوجها.

(فصل) وتعتد بائن حيث شاءت من بلدها في مكان مأمون^(١) ولا تبيت إلا في منزلها وجوباً فلو كانت دار المطلق متسعة لهما وأمكنها السكنى في موضع منفرد وبينهما باب مغلق وسكن الزوج في الباقي جاز. ولو غاب من لزمته السكنى لها أو

(١) (مأمون) لما روى جابر قال «طلقت خالتي ثلاثاً فخرجت تجد نخلها، فلقبها رجل فناها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: أخرجني فجدى نخلك لعلك أن تصدقى منه أو تفعلني خيراً» رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي.

بحق^(١) انتقلت حيث شاءت. ولها الخروج لحاجتها نهاراً لا ليلاً^(٢)، وإن تركت الإحداد أثمت وتمت عدتها بمضي زمانها^(٣).

باب الاستبراء^(٤)

- (١) (أو بحق) أو بتحويل مالك لها أو لا تجد ما يكتري به إلا من مالها.
- (٢) (لا ليلاً) ولأنه مظنه الفساد ولو لحاجة في أحد الوجهين، والثاني يجوز لها الخروج ليلاً لحاجة اختارها ابن عبدوس.
- (٣) (بمضي زمانها) لأن الإحداد ليس شرطاً في انقضاء العدة.
- (٤) (الاستبراء) مأخوذ من البراءة وهي التمييز والقطع، وشرعاً تريض يقصد منه العلم ببراءة رحم ملك يمين.

منعها منها اكتراه الحاكم من ماله^(١) ولو سكنت ملكها فلها أجرته ومع حضوره وسكوته فلا أجره لها، وليس له الخلوة مع امرأته البائن^(٢) وإن أراد إسكان البائن في منزله أو غيره مما يصلح لها فله ذلك^(٣) ولو لم تلزمه نفقة. وحكم الرجعية في العدة حكم المتوفى عنها في لزوم المنزل^(٤).

باب الاستبراء

- وهو قصد علم براءة رحم ملك يمين حدثاً أو زوالاً^(١)، وعن أحمد يختص التحريم بالوطء فقط واختارها ابن القيم في الهدى^(٢) والمسبية ليس له الاستمتاع
- (١) (من ماله) لقيامه مقام الغائب والممتنع أو افترض عليه أو فرض الحاكم أجرته لتأخذ منه إذا حضر نظير ما فرضه.
 - (٢) (مع امرأته البائن) إلا مع محرم أحدهما كأمه أو أمها أو امرأته أو أمته.
 - (٣) (فله ذلك) ولا محذور فيه تحصيناً لفراشه لأن الحق له فيه.
 - (٤) (في لزوم المنزل) سواء أذن لها الزوج في الخروج أو لم يأذن لأن ذلك من حقوق العدة وهي حق الله فلا يملك الزوج إسقاط شيء، من حقوقها كما لا يملك إسقاطها.
 - (٥) (أو زوالاً) حدثاً عند حدوث ملك بشراء وهبة ونحوهما، أو عند إرادة زوال ملك ببيع ونحوه بأحد ما يستبرأ به.
 - (٦) (في الهدى) واحتج بجواز الخلوة والنظر وقال: لا أعلم في هذا نزاعاً، فعليها يجوز الاستمتاع بما دون الفرج، وقال الليث إن كانت ممن لا تحمل لم يجب استبرأؤها. ولنا ما روى أحمد وأبو داود والبيهقي بإسناد جيد عن أبي سعيد مرفوعاً «لا توطأ حامل حتى =

من ملك أمة يوطأ مثلها من صغير وذكر وضدهما حرم عليه وطؤها ومقدماته قبل

منها بما دون الفرج في إحدى الروايتين^(١) وإن أعتق الأمة قبل استيرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها^(٢) ولها نكاح غيره إن لم يكن بائعها يطؤها أو وطىء ثم استبرأ^(٣) وعنه ليس له ذلك^(٤) والصغيرة التي لا يوطأ مثلها لا تستبرأ^(٥) وقال ابن عمر: لا يجب استبراء البكر^(٦) وإن اشترى زوجته أو فك أمته من الرهن أو اشترى مكاتبه ذوات رحمته^(٧) فحظن عنده ثم عجز، أو اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم

= تضع، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة^١ وأخرجه الحاكم وصححه؛ وأعله ابن القطان بشريك القاضي. وقد أخرج له مسلم.

(١) (في إحدى الروايتين) هذا المذهب قياساً على العدة، والثانية لا يحرم صححه القاضي

في المجرد وصاحب البلغة، لما روى عن ابن عمر أنه قال: وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كأن عنقها إبريق فضة فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها والناس ينظرون، ولأنه لا نص في المسبية، ولا يصح قياسها على المبيعة لأنها يحتمل أن تكون أم ولد للبايع.

(٢) (حتى يستبرئها هذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي له ذلك، وروى أن

الرشيد اشترى جارية فقامت نفسه إلى جماعها قبل استيرائها فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها، وقال أبو عبدالله: وبلغني أن المهدي اشترى جارية فأعجبته فقيل له اعتقها وتزوجها، قال أبو عبدالله: ما أعظم هذا، أبطلوا كتاب الله والسنة، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا وتعتد من أجل الحمل، وسن رسول الله ﷺ استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل، ففرج يشتره ثم يعتقها على المكان ثم يتزوجها فيطؤها رجل اليوم ويطؤها آخر غداً، فإن كانت حاملاً كيف يصنع؟.

(٣) (ثم استبرأ) يعني إذا أعتقها في هذه الصورة لأنها حرة لم تكن فراشاً فأبيح لها النكاح من غير سيدها.

(٤) (ليس له ذلك) قدمه في المحرر والنظم والفروع، قال في الإنصاف وهو المذهب عل ما اصطلاحناه.

(٥) (لا تستبرأ) في أحد الوجهين وهو المذهب، وبه قال مالك وصححه المصنف والشارح واختاره ابن أبي موسى، والثاني يجب.

(٦) (لا يجب استبراء البكر) واختاره الشيخ وكذلك الآيسة ومن أخبره صادق أنه لم يطأها لأن الغرض معرفة براءتها من الحمل وهو معلوم في البكر، ولنا ما روى أحمد وأبو داود والبيهقي بإسناد جيد عن أبي سعيد مرفوعاً الحديث وتقدم.

(٧) (ذوات رحمته) لأنه يصير حكمها حكمه إن رق رقت وإن عتقت، والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

- استبرائها^(١)، واستبراء الحامل بوضعها. ومن تحيض بحیضة^(٢) والآیسة والصغيرة
- (١) (استبرائها) هذا المذهب، وبه قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك، والشافعي وأصحاب الرأي.
- (٢) (بحیضة) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبي أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تحيض حیضة» رواه أحمد وأبو داود.

أخذها سيده حلت بغير استبراء، وكذا لو زوج سيده أمته ثم طلقت قبل الدخول، ويحرم وطء مستبرأة زمن استبرائها، فإن فعل أثم ولم ينقطع به^(١) وإن وطئ المشتري الجارية وهي حامل حملاً كان موجوداً حين البيع من غير البائع انقضى استبرؤها بوضعه^(٢) وإن وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض أجزأ^(٣) وإذا وطئ أمته ثم أراد تزويجها لم يجر حتى يستبرئها^(٤) وإن أراد بيعها فكذلك في إحدى الروايتين^(٥) فلو خالف وفعل صح البيع دون النكاح، وإن لم يطأ لم يلزمه استبرؤها. وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل فادعى كل واحد أنه من الآخر عرض على القافه فالحق بمن ألحقه به منهما وإن ألحقه بهما فالحق بهما وينبغي أن يبطل البيع^(٦). وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراء^(٧) وقيل يكفي استبراء واحد^(٨).

- (١) (ولم ينقطع به) لأنه حق عليه فلا يسقط بعدوانه، فإن لم تعلق منه بنى على ما مضى الاستبراء.
- (٢) (بوضعه) قال أحمد ولا يلحق المشتري ولا يبيعه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد. اهـ.
- (٣) (أجزأ) هذا المذهب، لأن الملك ينتقل به. والثاني لا يجرىء لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع ولا يحصل ذلك مع كونها في يده واختاره ابن عبدوس.
- (٤) (حتى يستبرئها) لأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضى إلى اختلاط المياه ولم يصح العقد.
- (٥) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب، وصححه في الشرح فيما إذا كانت تحمل، لأن عمر أنكر على عبدالرحمن بن عوف يبيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها، ولأنه يجب على المشتري لحفظ مائه فكذلك البائع والثانية لا يلزمه وهو قول الأكثر لأنه يجب على المشتري فأغنى عن استبراء البائع.
- (٦) (وينبغي أن يبطل البيع) وتكون الجارية أم ولد للبائع، لأن علوقها كان قبل البيع.
- (٧) (استبراءان) هذا المذهب إن لم تكن مزوجة، لأنهما حقان لآدميين فلم يدخل أحدهما في الآخر، والزوجة تعتد كما تقدم.
- (٨) (يكفي استبراء واحد) واختاره في الرعاية الكبرى. قال في الإنصاف: وهو الصواب، لأن =

كتاب الرضاع^(٢)

- (١) (بمضي شهر) هذا المذهب لقيام الشهر مقام الحيضة في العدة.
- (٢) (الرضاع) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾ وذكرها الله سبحانه في جملة المحرمات. ومن السنة ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة» متفق عليه، وفي لفظ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» رواه النسائي.

كتاب الرضاع^(١)

وهو مص لبن أو شربه ونحوه، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(٢)، ولا يثبت بقية أحكام النسب^(٣) لأن النسب أقوى، وإن أرضعت بلبن ولدها من الزنا طفلاً صار ولداً لها وحرم على الزاني تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع في حقه^(٤) وكذا لبن ولد المنفى بلعان، وإن أرضعت طفلاً بلبن رجلين وطأها بشبهة وثبتت أبوتها للمولود فالمرتضع ابنهما، وإن ألحق بأحدهما فهو ابنه، وإن نفته القافة عنهما أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ثبت التحريم بالرضاع في حقهما^(٥) وإن

- = القصد به براءة الرحم، ومقتضى كلامه لا فرق بين وطء الشبهة والزنا، وعلى كلامه في المنتهى يكفي في الزنا استبراء واحد.
- (١) (الرضاع) بفتح الراء وكسرها.
- (٢) (ما يحرم من النسب) قال النبي ﷺ حين أريد على ابنة حمزة «أنها لا تحل لي، أنها ابنة أخي من الرضاع، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» متفق عليه من حديث ابن عباس.
- (٣) (أحكام النسب) من النفقة والإرث والعقود إذا ملك رحمه المحرم من الرضاع ورد الشهادة لأصله وفرعه من الرضاع والعقل وولاية النكاح والمال.
- (٤) (في حقه) هذا المذهب واختاره ابن حامد، لأن من شرط ثبوت المحرمية بين المرتضع وبين الرجل الذي تاب اللبن بوطئه أن يكون لبن حمل ينسب إلى الواطئ، فأما ولد الزنا ونحوه فلا. وقال أبو بكر يثبت لأنه ينشر الحرمة فاستوى فيه مباحه ومحظوره كوطء.
- (٥) (في حقهما) تغليظاً للحظر كما لو اختلطت اخته بأجنبيات.

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(١). والمحرم خمس رضاعات^(٢) في

- (١) (من النسب) لحديث عائشة رواه الجماعة، وعن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ في بنت حمزة: «لا تحل لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهي ابنة أخي من الرضاع» متفق عليه، وأجمع علماء الأمة على التحريم في الرضاع.
- (٢) (خمس رضاعات) لحديث عائشة قالت: «أنزل في القرآن عشر رضاعات معلومات يحرمن، فسخ من ذلك خمس رضاعات» الحديث في الزوائد.

انتفى عنهما جميعاً حرمت عليهما تحريم المصاهرة^(١) وإن ثاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة^(٢) وعنه ينشرها^(٣)، ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة.

(فصل) ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشرطين أحدهما أن يرتضع في العامين^(٤)، الثاني أن يرتضع خمس رضاعات فصاعداً^(٥)، وعنه ثلاث يحرمن^(٦) وعنه واحدة^(٧)،

- (١) (المصاهرة) يعني لو أتت به لوقت لا يلحقهما نسبه فإن كانت أنثى صارت ربيبة لهما وكذلك أولادهما، وإن كانت ذكراً حرم عليه بناتهما وأمهاتهما ونحوها، وظاهره لا تثبت المحرمية ولا إباحة النظر والخلوة لأولادهما ونحوهم.
- (٢) (لم ينشر الحرمة) نص عليه في لبن البكر، وهذا المذهب لأنه رطوبة كلبين الرجل.
- (٣) (ينشرها) واختاره ابن حامد وابن أبي موسى والمصنف والشارح، وبه قال مالك والشافعي والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ ولأنه لبن امرأة فتعلق به الحكم.
- (٤) (في العامين) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم، روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة، وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع في ثلاثين شهراً، واختار الشيخ ثبوت المحرمية بالرضاع إلى العظام ولو بعد الحولين أو قبلهما فأناط الحكم بالرضاع.
- (٥) (خمس رضاعات فصاعداً) هذا المذهب، روي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي.
- (٦) (يحرمن) وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر، لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تحرم المصاة ولا المصتان» رواه مسلم.
- (٧) (وعنه واحدة) روي ذلك عن علي وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي واحتجوا بقوله: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ الآية وقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من =

الحولين^(١)، والسعوط^(٢) والوجور ولبن الميتة والموطوءة بشبهة أو بعقد فاسد أو باطل

(١) (في الحولين) هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ وهذا قول أكثر أهل العلم، وروى عن مالك إن زاد شهراً جاز، وروى شهران، وكانت عائشة رضي الله عنها ترى رضاعة الكبير تحرم، وروى عن عطاء والليث وداود لحديث سهلة بنت سهيل قال النبي ﷺ أرضعيه فأرضعته خمس رضاعات فكان بمنزلة ولدها من الرضاعة؛ فبذلك كانت عائشة تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها أن يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيراً خمس رضعات، وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي ﷺ أن يدخلن عليهن بتلك الرضاعة أحداً من الناس حتى يرضع في المهد، وقلن لعائشة: والله ما ندري لعلها كانت رخصة من النبي ﷺ لسالم دون الناس رواه أبو داود والنسائي وغيرهما، ولنا الآية المتقدمة وحديث أم سلمة مرفوعاً «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام» أخرجه الترمذي وحسنه وصححه. وفي حديث عائشة «انظرن من أخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة» متفق عليه.

(٢) (والسعوط إلخ) السعوط أن يصب من اللبن في أنفه من إناء أو غيره، والوجور أن يصب في حلقه صباً من غير الثدي.

ويشترط أن تكون الرضعات متفرقات^(١)، ومتى أخذ الثدي فامتص منه ثم تركه أو قطع عليه فهي رضعة، فمتى عاد فهي رضعة أخرى^(٢) وأن يصل اللبن إلى جوفه من

= الرضاع ما يحرم من النسب، ولنا ما روت عائشة قالت «أنزل في القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرمن، فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك» رواه مسلم، والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة، وصريح ما رويناه يخص مفهومه ما رووه، فنجمع بين الأخبار بحملها على الصريح الذي روينا.

(١) (متفرقات) وبه قال الشافعي، والمرجع في معرفة الرضاعة إلى العرف لأن الشرع لم يحدّها.

(٢) (رضعة أخرى) وهو المذهب، وهذا اختيار أبي بكر لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وإن عاد، والوجه الثاني أن جميع ذلك رضعة وبه قال الشافعي، قال ابن أبي موسى: وجه الرضعة أن يمص ثم يمسك عن الامتنصاص لتنفس أو غيره سواء أخرج الثدي من فيه أو لم يخرج له حديث «لا تحرم المصّة ولا المصتان» فيدل على أن لكل مصّة أثراً.

أو زنا محرم^(١)، وعكسه البهيمة^(٢) وغير حبل^(٣) ولا موطوءة، فمتى أرضعت امرأة طفلاً صار ولدها في النكاح والنظر والخلوة والمحرمية، وولد من نسب لبنها إليه

(١) (أو زناً محرم) لكن المرتضع يكون ابناً لها من الرضاع فقط في الأخيرتين ولا تثبت الحرمة.

(٢) (وعكسه البهيمة) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم كما لو ارتضع ابنان من بهيمة لم يصيرا أخوين.

(٣) (وغير حبل^(٣) إلخ) هذا المذهب وبه قال جماعة من الأصحاب، لأنه ليس بلبن حقيقة مع أنه نادر، ومذهب الثلاثة في الزوائد.

حلقه، والسعوط والوجور كرضاع^(١) في إحدى الروايتين، ويحرم من ذلك خمس^(٢)، ويحرم لبن الميتة واللبن المشوب ذكره الخرق^(٣) وقال أبو بكر: لا يثبت التحريم بهما، وقال ابن حامد: إن غلب اللبن يحرم، والحقنة لا تنشر الحرمة^(٤).

(فصل) وإذا تزوج كبيرة ذات لبن من غيره ولم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة إحداهن حرمت الكبيرة على التأيد^(٥) وثبت نكاح الصغرى^(٦) وعنه

(١) (والوجور كرضاع) وهذا المذهب وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي، وبه قال مالك في الوجور لأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالإرضاع ويحصل به من نبات اللحم ما يحصل به من الرضاع.

(٢) (ويحرم من ذلك خمس) لأنه فرع عن الرضاع فيأخذ حكمه. فإن ارتضع دونها وأكلها سعوطاً أو وجوراً أو أسعط وأوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم.

(٣) (ذكره الخرق) لبن الميتة ينشر الحرمة على المذهب وبه قال أبو بكر بن جعفر وأبو ثور والأوزاعي وأصحاب الرأي وابن المنذر، قال في الشرح ونجاسته لا تؤثر كما لو حلب في إناء نجس، يعني إن قلنا ينجس الآدمي بالموت، وقال أبو بكر الخلال: لا ينشرها وبه قال الشافعي، واللبن المشوب ينشر الحرمة على المذهب، والجبن يحرم على الأصح.

(٤) (لا تنشر الحرمة) نص عليه وهو المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك. وقال ابن حامد تنشرها وبه قال الشافعي واختاره ابن أبي موسى. ولنا أن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذية.

(٥) (على التأيد) وبه قال الشافعي وأبو ثور والثوري وأصحاب الرأي، وعكس الأوزاعي، والأول أصح.

(٦) (نكاح الصغرى) هذا المذهب، لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها فلا تحرم لقوله: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾.

بحمل أو وطء^(١)، ومحارمه^(٢) محارمه^(٣) ومحارمها محارمه دون أبويه وأصولهما
(١) (بحمل أو وطء) بنكاح أو شبهة، فينشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه «لقوله عليه الصلاة
والسلام لعائشة لما سأته عن أفلح حين قال لها: «أحتجيين مني وأنا عمك فقالت
كيف ذلك؟ قال أرضعتك امرأة أخي فقال صدق أئذني له فإنه عمك تربت يمينك»
وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت إحداها جارية والأخرى غلاماً هل
يتزوج الغلام الجارية؟ فقال: لا، اللقاح واحد.

(٢) (ومحارمه) محارم الواطيء اللاحق به النسب كآبائه وأمهاته ونحوها.

(٣) (محارمه) أي محارم المرتضع.

ينفسخ نكاحها^(١) فإن أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما^(٢) وإن أرضعت
الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الأوليين وثبت نكاح الثالثة^(٣) وعلى الثانية ينفسخ نكاح
الجميع^(٤) فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين معاً انفسخ نكاح الجميع على
الروايتين^(٥) وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر^(٦) وإن كان دخل بالكبرى حرم الكل
على الأبد^(٧).

(١) (نكاحها) وبه قال الشافعي وأبو حنيفة لأنهما صارتا أما وبنتا اجتمعتا في نكاحه والجمع
بينهما محرم كما لو صارتا أختين. ولنا أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي
أولى به لأن نكاحهما محرم على التأييد فلم يبطل نكاحهما، وكما لو عقد على أخته
وأجنبية.

(٢) (انفسخ نكاحهما) على الرواية الأولى وهي المذهب لأنهما صارتا أختين واجتمعتا في
الزوجية كما لو أرضعتها معاً، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الأولى ويثبت نكاح الثانية لأن
الكبيرة لما أرضعت الصغيرة أولاً انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معها
في النكاح فلم ينفسخ نكاحها.

(٣) (وثبت نكاح الثالثة) على الرواية الأولى، أما انفساخ نكاح الأوليين فلأنهما صارتا أختين في
نكاحه وأما ثبوت نكاح الثالثة فلأن إرضاعها بعد انفساخ نكاح الكبيرة والصغيرتين اللتين
قبلها فلم تصادف أخواتها جمعاً في النكاح.

(٤) (ينفسخ نكاح الجميع) لأن الصغيرة إذا انفسخ نكاحها ثم أرضعت الكبيرة الثانية لم
ينفسخ نكاحها لأنها لم تصادف أخواتها جمعاً في النكاح فإذا أرضعت الثالثة انفسخ
نكاحهما لأنهما اجتمعا في نكاحه وهما أختان وحينئذ ينفسخ نكاح الجميع.

(٥) (على الروايتين) لأنهن صرن أخوات في نكاحه.

(٦) (من الأصاغر) لأن تحريمهن لأجل الجمع لأنهن ربائب لم يدخل بأهمن.

(٧) (على الأبد) لأنهن ربائب دخل بأهمن.

وفروعهما، فتباح المرضعة لأبي المرتضع وأخيه من النسب، وأمه وأخته من النسب لأبيه وأخيه^(١). ومن حرمت عليه بنتها فأرضعت طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها

هوامش
الكتاب
الأول

(١) (لأبيه وأخيه) من الرضاع إجماعاً كما يحل لأخيه أخته من أمه.

من
الكتاب
الثاني

(فصل) وكل امرأة تحرم عليه بنتها إذا أرضعت طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها منه وإن كانت زوجته^(١) وكل رجل تحرم عليه ابنته كأخيه وأبيه وجده وابنه^(٢)، وإذا أرضعت امرأته بلبنه طفلة حرمتها عليه أبداً، وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه^(٣). وإن أرضعتها من لا تحرم ابنتها عليه كعمته وخالته لم تحرمها عليه^(٤)، ولو تزوج^(٥) بنت عمه فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح^(٦).

(فصل) وإن أفسدت نكاح نفسها قبل الدخول سقط مهرها^(٧) وإن أفسدته بعد الدخول لم يسقط مهرها بغير خلاف في المذهب^(٨) وإن أفسده غيرها بعد الدخول وجب لها مهرها ولم يرجع به على أحد^(٩). وذكر القاضي أنه يرجع به أيضاً ورواه عن

هوامش
الكتاب
الثاني

(١) (إن كانت زوجته) كأمه وجدته وأخته وربيبته كبنته من النسب.

(٢) (وابنه) فإن كانت المرضعة امرأة أخيه فالمرتضعة بنت أخيه، وإن كانت زوجة أبيه فالمرتضعة أخته وانفسخ نكاحها منه فيهما إن كانت زوجته، وإن كانت زوجة جده فالمرتضعة عمته وإن كانت زوجة ابنه فهو جدها.

(٣) (لم تحرم عليه) لأنها صارت ربيبة زوجها.

(٤) (عليه) وكذا لو أرضعتها زوجة عمه أو خاله بلبنه.

(٥) (ولو تزوج) طفل طفلة هي بنت عمه.

(٦) (انفسخ النكاح) إذا كان دون الحولين لأنها لما أرضعت الزوج صار عم زوجته وإن أرضعت الزوجة صارت عمته.

(٧) (سقط مهرها) لأن الفسخ من جهتها، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً.

(٨) (في المذهب) هذا المذهب. قال في المغنى: لا نعلم خلافاً في ذلك كما ارتدت ولأن المهر استقر بالدخول والمستقر لا يسقط بعد استقراره. ولا يرجع عليها الزوج بشيء إذا كان أداءه إليها. وقيل يجب نصف المسمى، ذكره في الفروع عن القاضي.

(٩) (على أحد) هذا اختيار المجد والمصنف وصاحب الحاوي وجزم به في الوجيز لأنه لم =

منه إن كانت زوجة^(١). وكل امرأة أفسدت نكاح نفسها برضاع قبل الدخول فلا مهر
(١) (إن كانت زوجة) له لما تقدم أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

أحمد^(١)، وإن دبت الصغرى إلى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها فلا مهر لها ويرجع عليها بنصف مهر الكبرى إن كان لم يدخل بها^(٢) أو بجميعه إن كان دخل بها على قول القاضي، وعلى ما اخترناه لا يرجع بعد الدخول بشيء^(٣) وإن كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه^(٤) في أحد الوجهين ولم تحرم أمهات الأولاد.

(فصل) وإذا أرضعت أم زوجته الكبرى المدخول بها زوجته الصغرى بطل نكاحهما وله نكاح أيتها شاء بعد، ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات وحرمت الصغرى^(٥). ولو كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فأرضعن ثلاث نسوة له صغاراً حرمت الكبرى^(٦)، وإن كان دخل بها حرم الصغار أيضاً^(٧) وإذا كان لامرأة لبن من زوج

= يقرر على الزوج شيئاً ولم يلزمه إياه فلم يرجع بشيء كما لو أفسدت المرأة نكاح نفسها، ويأتي المذهب.

(١) (عن أحمد) هذا المذهب وبه قال الشافعي لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه، واعتبر ابن أبي موسى للرجوع العمدة والعلم بحكمه.

(٢) (لم يدخل بها) هذا المذهب المنصوص عن أحمد، لأنها تسببت إلى فسخ نكاحها الموجب لتقرير نصف المسمى.

(٣) (بشيء) على ما اخترناه، وحيث أفسد نكاح المرأة فلها الأخذ ممن أفسده على الصحيح من المذهب.

(٤) (حرمت عليه) هذا المذهب لأنها رضعت من لبنه خمس رضعات فصار أباً لها، والوجه الثاني لا تحرم عليه لأنه رضاع لا تثبت به أمومة فلا يثبت به أبوة.

(٥) (وحرمت الصغرى) في أحد الوجهين وهو الصحيح، وعليه نصف مهرها يرجع به على قدر رضاعهن بينهما أحماًساً فيكون على الأولى خمسة وعلى الثانية خمسة وعلى الثالثة عشرة لأن التحريم حصل منها برضعة واحدة وقد اشتركن في الإلتلاف فكان على كل واحدة بقدر ما أتلفت.

(٦) (حرمت الكبرى) لأنها من جدات النساء ولم يفسخ نكاح الصغار لأنهن لسن أخوات.

(٧) (حرم الصغار أيضاً) بغير خلاف لأنهن ربائب قد دخل بأمهن، وإن لم يدخل بها فتقدم =

متن
الكتاب
الأول

لها، وكذا إن كانت طفلة فدبت فرضت من نائمة وبعد الدخول مهرها بحاله^(١). وإن أفسدة غيرها فلها على الزوج نصف المسمى قبله وجميعه بعده، ويرجع الزوج

مواهب
الكتاب
الأول

(١) (وبعد الدخول مهرها بحاله) لاستقرار المهر بالدخول، قال أبو محمد لا نعلم فيه خلافاً، واختار الشيخ أنه يسقط مهرها.

متن
الكتاب
الثاني

فأرضعت طفلاً ثلاث رضعات فانقطع لبنها ثم تزوجت بآخر فصار لها منه لبن فأرضعت منه الطفل رضعتين صارت أمّاً له ولم يصر واحد من الزوجين أباً له، ويحرم عليهما إن كان أنثى لكونه ربيباً لهما لا لكونه ولدهما.

(فصل) وإذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي فأرضعته بلبنه^(١) انفسخ نكاحها وحرمت عليه وعلى الأول أبداً^(٢)، ولو تزوجت الصبي أولاً ثم فسخت نكاحها^(٣) ثم تزوجت كبيراً فصار لها لبن منه فأرضعت به الصبي حرمت عليهما أبداً^(٤)، ولو زوج رجل أم ولده أو أمته بصبي مملوك بلبن سيدها حرمت عليهما^(٥).

(فصل) وإذا شك في الرضاع أو عدده بنى على اليقين^(٦) وإن شهدت به امرأة مرضية ثبت بشهادتها^(٧)، ولو قال الزوج هي ابنتي ونحوه من الرضاع وهي في سنه

= أن المذهب لا ينفسخ نكاح الصغرى.

(١) (بلبنه) إرضاعاً كاملاً دون الحولين.

(٢) (وعلى الأول أبداً) لأنها صارت من حلائل أبنائه.

(٣) (فسخت نكاحها) المقتضى له كعيب وفقد نفقة وإعسار بمقدم صداق.

(٤) (عليهما أبداً) على الكبير لأنها صارت من حلائل أبنائه وعلى الصغير لأنها صارت أمه،

قال في المستوعب: وهي مسألة عجيبة لأنه تحريم طراً برضاع أجنبي.

(٥) (حرمت عليهما) ولا يتصور هذا إن كان الطفل حراً إلا أن يتزوجها لحاجة الخدمة.

(٦) (بنى على اليقين) والأولى تركها لأنها من الشبهات قاله الشيخ لقوله «من اتقى الشبهات

الخ».

(٧) (بشهادتها) لما روى عقبه بن الحارث قال «تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة

سوداء فقالت قد أرضعتكما، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت

ذلك» متفق عليه، وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة، وعن أحمد لا يقبل إلا

امراتان. وقال عطاء والشافعي لا يقبل من النساء إلا أربع لأن كل امرأتين كرجل. ولنا ما

تقدم من حديث عقبه.

به على المفسد^(١). ومن قال لزوجته أنت أختي بالرضاع بطل النكاح، فإن كان قبل الدخول وصدقته فلا مهر^(٢)، وإن أكذبتة فلها نصفه، ويجب كله بعده^(٣)، وإن

(١) (المفسد) لأنه غره، فإن تعدد المفسد وزع الغرم على الرضعات المحرمة، كما أفسده غيرها، وحكى رواية اهـ.

(٢) (فلا مهر) لأنهما اتفقا على أن النكاح باطل من أصله.

(٣) (ويجب كله بعده) ما لم تكن مكنته من نفسها مطاوعة، وقيل إن صدقته سقط.

لم تحرم، وإن تزوج امرأة لها لبن من زوج قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو للأول وإن زاد لبنها فأرضعت به طفلاً صار ابناً لهما، وإن انقطع لبن الأول ثم تاب بحملها من الثاني فكذلك عند أبي بكر^(١)، وعند أبي الخطاب هو ابن الثاني وحده^(٢). وإن ولدت من الثاني فهو له خاصة^(٣) وإن ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته أو أبوه لم تقبل شهادتهم. وإن شهد بذلك أمها أو ابنتها أو أبوها قبلت لأنها عليها لا لها. وإن أدعت ذلك المرأة وأنكرها الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها أو أبوها لم تقبل، وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته أو أبوه قبل^(٤)، وإذا ادعته لم تأت ببينة فهي زوجته في الحكم، وأما فيما بينها وبين الله فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته ولا تمكينه من وطئها وعليها أن تفتدي وتفر منه لأن وطأه لها زنا^(٥). ويكره لبن الفاجرة والمشاركة

(١) (عند أبي بكر) وهو المذهب وهو أحد أقوال الشافعي إذا انتهى الحمل إل حال ينزل به اللبن.

(٢) (وحده) وهو القول الثاني للشافعي. وجزم به في الوجيز والمنور ومنتخب الأدمي. قال في الإنصاف وهو الصواب. قال الحلواني وهو حسن لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه وحدث من الثاني وإن لم تحمل من الثاني فهو للأول بكل حال زاد أو نقص أو انقطع ثم عاد.

(٣) (له خاصة) قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثاني.

(٤) (قبل) منهم ماشهدوا به لأن شهادتهم عليه لا له.

(٥) (زنا) فعلها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وأنكر.

قالت هي ذلك وأكذبها فهي زوجته حكماً^(١)، وإذا شك في الرضاع أو كماله أو شكت المرضعة ولا بينة فلا تحريم^(٢).

كتاب النفقات^(٣)

- (١) (حكماً) أي ظاهراً لأن قولها لا يقبل عليه في فسخ النكاح لأنه حقه، وأما باطناً فإن كانت صادقة فلا نكاح.
- (٢) (فلا تحريم) لأن الأصل عدم الرضاع.
- (٣) (النفقات) وهي في اللغة الدراهم ونحوها جمع نفقة وهي كفاية من يمونه.

لقول عمر وابنه والذمية والحمقاء والجذماء والبرصاء^(١) والبهيمة، ويستحب أن تعطى الظئر عبداً أو أمة. وليس للزوجة أن ترضع غير ولدها إلا بإذن الزوج قاله الشيخ.

كتاب النفقات

وهي كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة^(٢) وسكناً وتوابعها^(٣) ويلزم الزوج لزوجته ما لا غنى لها عنه^(٤) ولو ذمية ولو معتدة من شبهة غير مطاوعة والاعتبار بحالهما^(٥) ولا يجب لها ملحفة للخروج ولا خف ونحوه^(٦)، ولا بد من ماعون الدار^(٧) والعدل ما

- (١) (والبرصاء) خشية وصول ذلك إلى الرضيع.
- (٢) (كسوة) بضم الكاف وكسرها.
- (٣) (وتوابعها) كثمن الماء والغطاء والوطاء ونحوها.
- (٤) (مالا غنى لها عنه) نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ الآية، وأما السنة فما روى جابر «أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم وأبو داود.
- (٥) (بحالهما) فليس مقدراً، وقال مالك وأبو حنيفة يعتبر حال المرأة لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ولحديث هند. وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده. ولنا أن فيما ذكرنا جمعاً بين الدليلين وعملاً بكلا التصيين ورعاية لكلا الجانبين فكان أولى بل عادة أمثالها بأكله لأنه عليه السلام جعل ذلك بالمعروف وليس بالمعروف طعام الموسرة خبز المعسرة.

- (٦) (ونحوه) لأنها ممنوعة من الخروج لحقه فلا تلزمه نفقة ما هي ممنوعة لأجله.
- (٧) (ماعون الدار) لدعاء الحاجة إليه ويكتفي بخزف وهو آنية الطين قبل أن يطبخ وهو الصلصال فإذا شوى فهو الفخار ذكره في الحاشية.

يلزم الزوج نفقة زوجته قوتاً وكسوة وسكناها بما يصلح لمثلها^(١)، ويعتبر الحاكم ذلك بحالهما^(٢) عند التنازع، فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع

(١) (لمثلها) لقوله عليه الصلاة والسلام «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم وأبو داود، «وجاءت هند الرسول ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، فقال خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف» متفق عليه وفيه دلالة على وجوب النفقة كلها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها، وأن نفقة ولده عليه دونها مقدراً بكفايتهم وأن ذلك بالمعروف، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه.

(٢) (بحالهما) أي بيسارهما أو يسار أحدهما وإعسار الآخر.

يليق بهما. قال في المبدع الموسر من يقدر على النفقة بماله أو كسبه وعكسه المعسر^(١) وعليه نفقة البدوية من غالب قوت البادية. ويجب ما تحتاج إليه من الدهن للسراج أول الليل أو كله على اختلاف أنواعه في بلدانه^(٢) ولا يملك الحاكم فرض غير الواجب كدراهم مثلاً^(٣) ولا يعتاض عن الماضي بربوي^(٤) وعليه مؤنة نظافتها. ولا يلزم ثمن الطيب والحناء ونحوه إلا أن يريد منها التزين به أو قطع رائحة كريهة منها. وإن احتاجت إلى من يخدمها لكون مثلها لا تخدم نفسها أو لمرضها ولا خادم لها لزمه لها خادم^(٥) ولا يلزمه أن يملكها إياه فإن طلبت منه أجر خادمها وتخدم نفسها جاز، ولا يكون الخادم إلا ممن يجوز له النظر إليها^(٦) ويجوز أن تكون كتابية وتلزمه نفقة الخادم وكسوته بقدر الفقيرين^(٧) فإن احتاجت الخادم إلى خف وملحفة لحاجة

(١) (وعكسه المعسر) وقيل هو الذي لا شيء له، والمتوسط من يقدر على بعض النفقة بماله أو كسبه.

(٢) (في بلدانه) السمن في موضع والزيت في آخر والشحم في آخر والشيرج في آخر.

(٣) (مثلاً) قال في الهدى وأما فرض الدراهم فلا أصل له في كتاب ولا سنة ولا نص عليه أحد من الأئمة لأنها معاوضة بغير الرضا عن غير مستقر.

(٤) (بربوي) كأن عوضها عن الخبز حنطة أو دقيقاً فلا يصح ولو تراضيا عليه لأنه ربا.

(٥) (خادم) لقوله «وعاشروهن بالمعروف» حرراً كان أو عبداً لا خدام لرقيقة ولو كانت جميلة.

(٦) (يجوز له النظر إليها) إما امرأة وإما ذو محرّم فإن كان الخادم ملكها كان تعيينه إليها وإن كان ملكه أو استأجره أو استعاره فتعيينه إليه.

(٧) (الفقيرين) لأنه معسر وحاله حال المعسرين إلا في النظافة فلا يجب عليه لها.

خبز البلد وأدمه ولحمأ عادة الموسرين بمحلهمأ، وما يلبس مثلها من حرير وغيره^(١) وللنوم فراش ولحاف وإزار ومخدة، وللجلوس حصير جيد وزلي وللفقيرة تحت الفقير
 (١) (من حرير وغيره) كجيد كتان وقطن، وأقل ما يفرضه من الكسوة قميص وسراويل ووقاية ومقنعة ومداس وجبة للشتاء.

الخروج لزمه ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد^(٢)، وإن قال أنا أخدمك لم يلزمها قبوله^(٣) ويلزمه مؤنسة لحاجة.

(فصل) وعليه نفقة المطلقة الرجعية^(٤)، وأما البائن بفسخ أو طلاق فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى^(٥) والكسوة وإلا فلا شيء لها^(٦)، وإن لم ينفق عليها يظنها حائلاً ثم تبين أنها حامل فعليه نفقة ما مضى^(٧)، وإن أنفق عليها يظنها حاملاً فبانت حائلاً رجع عليها^(٨)، وإن ادعت أنها حامل أنفق عليها ثلاثة أشهر فإن

- (١) (واحد) لأن ما زاد إنما هو للتجمل أو نحوه وليس بواجب عليه.
 (٢) (لم يلزمها قبوله) لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادماً لها، ولو أرادت من لا خادم لها أن تتخذ خادماً وتنفق عليه من مالها فليس لها ذلك إلا بإذن الزوج لها.
 (٣) (الرجعية) كالزوجة إلا فيما يعود بنظافتها لأنها غير معتدة للاستمتاع.
 (٤) (والسكنى) هذا بالإجماع، قال في المبدع وفي حكاية الإجماع نظر قال ابن حمدان نص في رواية ذكرها الخلال أن لها النفقة دون السكنى.
 (٥) (وإلا فلا شيء لها) هذا المذهب وهو من المفردات قاله جمع من الصحابة منهم علي وابن عباس وجابر وغيرهم لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لك نفقة قاله لفاطمة بنت قيس رواه البخاري ومسلم وزاد ولا سكنى. وفي لفظ قال النبي ﷺ لفاطمة «إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة، فإن لم تكن له عليها رجعة فلا نفقة ولا سكنى» رواه أحمد، وعنه لها السكنى وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة والفقهاء السبعة وبه قال أكثر أهل العلم لقوله تعالى: ﴿أَسْكُون﴾ الآية قال ابن عبد البر وقول أحمد ومن تابعه أصح وأرجح لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأى شيء يعارض هذا.
 (٦) (فعليه نفقة ما مضى) سواء قلنا النفقة للحمل أو لها من أجله في ظاهر كلامهم، قلت المذهب أن نفقة الحامل للحمل فتسقط بمضي الزمان لأنها نفقة قريب فيتوجه أنهم إنما خصوا هذه المسألة بعدم السقوط لأن الحامل هي التي تأكلها لا الحمل نفسه. والله أعلم.
 (٧) (عليها) هذا الصحيح كما لو قضى ديناً ثم تبين براءته منه.

من أدنى خبز البلد وأدم يلائمه، وما يلبس مثلها ويجلس عليه. وللمتوسطة مع المتوسط والغنية مع الفقير وعكسها ما بين ذلك عرفاً، وعليه مؤنة نظافة زوجته^(١)

(١) (مؤنة نظافة زوجته) من دهن وسدر وصابون وثن ماء شرب ووضوء وغسل وحيض ونحوه ومشط وأجرة قيمة.

مضت ولم يتبين رجوع عليها^(١) ولا يرجع بالنفقة في نكاح فاسد^(٢) وتجب النفقة للحامل لحملها على إحدى الروايتين^(٣) والثانية من أجله، وأوجبها الشيخ له ولها من أجله وجعلها كمرضعة له بأجرة فتجب على زوج لناشر حامل ولملاعة حامل، وتجب لحامل من وطء شبهة أو نكاح فاسد على الواطئيء، ولملك يمين على سيد، وعلى وارث زوج ميت^(٤) ومن مال حمل موسر، وإن تلفت من غير تفريط وجب بدلها^(٥) ولا فطرة لها. ولا تجب على زوج رقيق^(٦) ومعسر ولا غائب^(٧) ما لم تستدن بإذن حاكم أو تنفق بنية الرجوع^(٨) ولا تجب على وارث مع عسر زوج^(٩)، ويصح جعل نفقة الحامل عوضاً في الخلع^(١٠) وقيل لا يصح لأن النفقة ليست لها^(١١)، ولو

(١) (رجع عليها) على الصحيح من المذهب، وكذا إن ظهرت براءتها بحيض أو غيره.
(٢) (فاسد) إذا تبين فساده لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع وإن لم يكن عالماً فهو مفرط فلا يرجع بشيء.

(٣) (على إحدى الروايتين) هذا المذهب كما في الزاد، والثانية اختارها ابن عقيل وجزم به في الوجيز لأنهما تجب مع الإعسار ولا تسقط بمضي الزمان.
(٤) (زوج ميت) فعلى المذهب تلزم الورثة النفقة، وعلى الثانية لا.
(٥) (وجب بدلها) لأنها أمانة في يدها فلا تضمنها هذا المذهب. وعلى الثانية لا يلزمه بدلها.

(٦) (رقيق) لولده فإن كان حراً فنفقته على وارثه بشرطه، وإن كان رقيقاً فعلى مالكة.
(٧) (غائب) لأنها نفقة قريب فلا تثبت في الذمة كنفقة الأقارب وتسقط بمضي الزمان.
(٨) (الرجوع) إذا امتنع من الإنفاق على الحمل لأنها قامت عنه بواجب.
(٩) (زوج) كأخيه لحجبه به إلا أن يكون الوارث من عمودي النسب.
(١٠) (في الخلع) وجزم به المصنف في الخلع لأنها في حكم المالكة لها لأنها التي قضتها وتستحقها وتتصرف فيه فإنها في مدة الحمل هي المالكة لها وبعد الولادة هي أجرة رضاعها إياه وهي الآخذة لها.

(١١) (ليست لها) قال الشيرازي إن قلنا النفقة لها تصح وإن قلنا للحمل لم تصح لأنها لا تملكها، وقال القاضي والأكثر: يصح على كلا الروايتين.

دون خادمها^(١) لا دواء وأجرة طيب^(٢).

(فصل) ونفقة المطلقة^(٣) الرجعية وكسوتها وسكناها كالزوجة، ولا قسم لها.

(١) (دون خادمها) فلا يلزمه لأن ذلك يراد للزينة وهي غير مطلوبة من الخادم.

(٢) (وأجرة طيب) إذا مرضت لأن ذلك ليس من حاجتها الضرورية المعتادة.

(٣) (المطلقة إلخ) لأنها زوجة بدليل قوله تعالى: ﴿ويعولنهن أحق بردهن في ذلك﴾ وقال النبي ﷺ في بعض أفاظ فاطمة «إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة» الحديث.

وطئت الرجعية بشبهة أو بنكاح فاسد ثم بان بها حمل يمكن أن يكون من الزوج والواطيء فعليهما النفقة حتى تضع، وبعد الوضع حتى ينكشف الأب منهما^(١) ولا ترجع على زوجها^(٢) ومتى ثبت نسبه من أحدهما رجع عليه الآخر بما أنفق^(٣) وإن وطئت مطاوعة تظنه زوجها فلا نفقة قاله في المبدع، ولا نفقة من التركة لمتوفى عنها زوجها ولا كسوة ولو حاملاً^(٤) ولا سكنى، وعنه لها السكنى^(٥) وإن كان الحمل موسراً بأن يوصي له بشيء فيقبله الأب سقطت عن أبيه^(٦)، ولا تجب النفقة في النكاح الفاسد لغير حامل ولا لناشر غير حامل.

(فصل) ولا يلزمه تملك الزوجة النفقة، بل ينفق ويكسو بحسب العادة^(٧) وإن

(١) (منهما) هذا المذهب فيرجع عليه بما أنفق لأنه أدى عنه شيئاً هو واجب عليه بناء على أنه واجب على الدافع فرجع عليه به لأنه قام عنه بواجب.

(٢) (زوجها) ومنه يؤخذ أن الزوجة إذا حملت من وطء شبهة نفقتها على الواطيء دون زوجها.

(٣) (بما أنفق) لأنه إنما أنفق لاحتمال كون الحمل منه لا متبرعاً فإذا ثبت لغيره ملك الرجوع عليه.

(٤) (حاملاً) هذا المذهب لأن النفقة للزوجة تجب للتمكين من الإستمتاع وقد فاتت ونفقة الحمل من نصيبه فينفق عليها من نصيبه لأن ثبوت ملكه من حين موت مورثه وإنما خروجه حياً يبين به ذلك فعلى هذا يجوز التصرف به في النفقة عليه ومن يمونه.

(٥) (لها السكنى) اختاره أبو محمد الجوزي لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾.

(٦) (عن أبيه) وعن وارثه وهو المذهب، لأن النفقة له، وإن قلنا لأنه لم تسقط.

(٧) (العادة) قاله الشيخ فإن الإنفاق بالمعروف، فلو أكلت عادة أو كساها بلا إذن ولم يتبرع سقطت عنه مطلقاً على الصحيح من المذهب.

والبائن بفسخ أو طلاق لها ذلك إن كانت حاملاً^(١)، والنفقة للحمل^(٢) لا لها من أجله ومن حبست ولو ظلماً أو نشزت^(٣) أو تطوعت بلا إذنه بصوم أو حج أو

(١) (حاملًا) هذا بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً» ولأن الحمل ولده والإنفاق عليه دونها متعذر فوجب كما وجبت أجرة الرضاع، وتستحق النفقة كل يوم.

(٢) (للحمل) هذا المذهب اختاره أبو بكر والخرقي والقاضي وأصحابه لأنها تجب بوجوده وتسقط بعده.

(٣) (أو نشزت) لا تجب نفقة الناشز في قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر لا نعلم أحداً خالف فيه إلا الحكم.

رضيت بالحب لزمه أجره طحنه وخبزه، وإذا قبضت النفقة والكسوة فسرت أو تلفت لم يلزمه عوضها^(١) وإذا انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى^(٢) ويحتمل أن لا يلزمه قال في الإنصاف وهو قوي جداً^(٣)، وإن مات أو ماتت أو بانث قبل مضي السنة أو تسلفت النفقة أو الكسوة فحصل ذلك قبل مضيها رجع بقسطه^(٤)، وإذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضر بها ولا ينهك بدنها، ولو أهدى لها كسوة لم تسقط كسوتها.

(فصل) ولو امتنعت من التسليم وهي صحيحة ثم حدث لها مرض فبذلت فلا نفقة مادامت مريضة^(٥) وإن بذلت تسليم نفسها والزوج غائب لم يفرض لها حتى يرأسه حاكم الشرع^(٦)، فإن سار إليها أو وكل من يتسلمها فوصل فتسلمها هو أو

(١) (عوضها) لأنها قبضت حقها فلم يلزمه غيره كالدين إذا أوفاه إياه ثم ضاع، لكن لو بليت في الوقت الذي يلي فيه مثلها لزمه بدلها لأن ذلك من تمام كسوتها.

(٢) (الأخرى) هذا المذهب لأن الإعتبار بمضي الزمان دون بقائها بدليل لو تلفت.

(٣) (وهو قوي جداً) لأنها غير محتاجة إلى الكسوة ولا تملك المسكن وأوعية الطعام والمعاون ونحو ذلك لأنه متاع قاله في الرعاية.

(٤) (بقسطه) في أحد الوجهين لأنه وقع لمدة مستقبلية، والوجه الثاني لا يرجع والأول أصح.

(٥) (مادامت مريضة) عقوبة بمنعها نفسها في حال يمكنه الاستمتاع بها فيها وبدلها في ضدها.

(٦) (الشرع) فيكتب القاضي إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك.

أحرمت بنذر حج أو صوم أو صامت عن كفارة أو قضاء رمضان مع سعة وقته أو سافرت لحاجتها ولو بإذنه سقطت^(١)، ولا نفقة ولا سكنى لمتوفى عنها^(٢)، ولها أخذ

- (١) سقطت) هذا المذهب ويحتمل أن لها النفقة إذا سافرت بإذنه.
- (٢) (لمتوفى عنها) هذا المذهب ولو حاملاً، لأن المال انتقل عن الزوج إلى الورثة ولا سبب لوجوب النفقة عليهم.

نائبه وجبت النفقة^(١) وإن غاب بعد تمكينها فالنفقة واجبة عليه في غيبته، وإن منعت تسليم نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها، وعلى المكاتب نفقة زوجته، ونفقة زوجة العبد على سيده، ولو زوج طفل بطفلة فلا نفقة لها على الأصح^(٢)، وإن اعتكفت بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى، وعلى قول القاضي لها النفقة، وإن بعثها في حاجته أو أحرمت بحجة الإسلام أو مكتوبة في وقتها بسنتها، أو طردها وأخرجها من منزله فلها النفقة، وإن اختلفا في نشوزها فقولها، وفي بذل التسليم فقله، وإن دفع إليها شيئاً زائداً على الكسوة مثل مصاغ وقلائد وما أشبه ذلك على وجه التملك فقد ملكته، وإن كان قد أعطهاها للتجمل به^(٣) فهو باق على ملكه، وإن طلقها وكانت حاملاً فوضعت فقال طلقتك حاملاً فانقضت عدتك بوضع الحمل فقالت بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فقولها ولا رجعة له عليها، وإن رجع فصدقها فله الرجعة.

(فصل) وإن أعسر الزوج بنفقتها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة ديناً في ذمته^(٤) فإن اختارت المقام أو رضيت بعسرته أو تزوجته عالمة

- (١) (النفقة) فإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي يمكن الوصول إليها وتسلمها.
- (٢) (على الأصح) لعدم الموجب وهو وطؤها ولو مع تسليم نفسها أو تسليم وليها لها لأنها ليست محلاً للاستمتاع بها، وإن طلبها لم يجب تسليمها إليه وبه قال الحسن وبكر بن عبدالله المزني والنخعي وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي.
- (٣) (للتجمل به إلخ) كما يركبها دابته ويخدمها غلامه لا على وجه التملك فله أن يرجع فيه متى شاء.
- (٤) (في ذمته) هذا المذهب روي عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبدالعزيز وربيعة وحماد ومالك والشافعي وإسحق وأبو عبيد وأبو ثور. =

نفقة كل يوم من أوله لا قيمتها، ولا عليها أخذها^(١)، فإن اتفقا عليه أو على تأخيرها أو تعجيلها مدة طويلة أو قليلة جاز، ولها الكسوة كل عام مرة في أوله^(٢)، وإذا غاب ولم ينفق لزمته نفقة ما مضى^(٣)، وإن أنفقت في غيبته من ماله فبان ميتاً غرمها الوارث ما أنفقت بعد موته^(٤).

(١) (أخذها) أي أخذ قيمة النفقة لأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليه من امتنع منهما، ولا يملك الحاكم فرض غير الواجب بدراهم إلا بتراضيهما قال في الفروع وهذا متوجه مع عدم الشقاق فأما مع الشقاق والحاجة كالعائب فيتوجه الفرض للحاجة إليه على ما لا يخفى.

(٢) (في أوله) على الأصح لأنه أول وقت الحاجة.

(٣) (ما مضى) ولو لم يفرضها الحاكم ترك الإنفاق لعذر أو لا، هذا المذهب لأنه حق يجب مع اليسار والإعسار فلم يسقط بمضي الزمان كالأجرة، وبه قال الحسن والشافعي وإسحق وابن المنذر، لما روى أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى قال ابن المنذر هو ثابت عن عمر.

(٤) (ما أنفقت بعد موته) لانقطاع وجوب النفقة عليه بموته.

بها أو شرط أن لا ينفق عليها أو أسقطت النفقة المستقبلية ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك^(١) وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضوعين^(٢) وإن أعسر بنفقتها فبذلها غيره لم تجبر على قبولها^(٣) وإن أتاها بنفقة حرام لم يلزمها قبولها، وإن أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ^(٤) وإن أعسر

= وذهب عطاء وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباها إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن ترفع يده لتكتسب. ولنا قوله تعالى: ﴿فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ ولا معروف مع ترك الإنفاق، وقوله عليه الصلاة والسلام «امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني» رواه أحمد وذكر في الزاد عن عمر وأبي هريرة.

(١) (فلها ذلك) وهو المذهب وبه قال الشافعي.

(٢) (في الموضوعين) وبه قال مالك لأنها رضيت بعيه فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عينا عالمة بعنته. ولنا أن وجوب النفقة يتجدد كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب، فعلى هذا يجوز أن تمكنه من نفسها وليس له أن يحبسها.

(٣) (على قبولها) لما يلحقها من المنة، إلا إن ملكها الزوج أو دفعها إلى وكيله.

(٤) (الفسخ) لأن البدن قد قام بدونها وهي دين كسائر الديون.

(فصل) ومن تسلم زوجته أو بذلت نفسها ومثلها يوطأ وجبت نفقتها ولو مع صغر زوج^(١) ومرضه وجبه وعنته، ولها منع نفسها حتى تقبض صداقها الحال^(٢)، فإن سلمت نفسها طوعاً ثم أرادت المنع لم تملكه^(٣) وإذا أعسر بنفقة القوت أو الكسوة

- (١) (صغر زوج إلخ) لأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج وعنه لا تلزمه إذا كان الزوج صغيراً وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه وعلى الأول يجبر الولي على النفقة من مال الصبي.
- (٢) (صداقها الحال) لأنه لا يمكنها استدراك منفعة البضع لو عجزت عن أخذه بعد ولها النفقة مدة الامتناع لأنه بحق.
- (٣) (لم تملكه) هذا أحد الوجهين وهو المذهب ولا نفقة لها مدة الامتناع. والوجه الثاني لها ذلك قياساً على ما قبل الدخول.

بنفقة الخادم أو الموسر أو المتوسط أو الأدم فلا فسخ وتبقى النفقة في ذمته^(١)، وإن أعسر بالسكنى فلها الفسخ، وإن كان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدنيه مكان النفقة فله ذلك إن كانت موسرة وإلا فلا، وإن أعسر زوج الأمة فرضيت أو زوج الصغيرة لم يكن للولي الفسخ^(٢)، وقال القاضي: لسيدها الفسخ، وإن منع النفقة مع اليسار أو بعضها وقدرت له على مال أخذت ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بغير إذنه^(٣)، وإن لم تقدر أجبره الحاكم وحجسه^(٤)، ولا يصح الفسخ في

- (١) (في ذمته) هذا المذهب لأنها نفقة تجب على سبيل العوض فثبتت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً.
- (٢) (لم يكن للولي الفسخ) لأن النفقة حق لهن فلم يملك الفسخ كالفسخ للعب، ويحتمل أن يملك الفسخ لأنه فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ لتعذر الثمن.
- (٣) (بغير إذنه) لحديث هند، فإن ظاهر الحديث دل على أن يعطيها بعض الكفاية ولا يتمها لها فرخص لها النبي ﷺ في أخذ تمام الكفاية بغير علمه، فإن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق المرافعة بها إلى الحاكم والمطالبة بها كل يوم، وحديث «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» يقتضى المنع مطلقاً، وجوابه أن حديث هند خاص بالنفقة فقدم على غيره.
- (٤) (وحجسه) فإن لم ينفق دفع إليها من ماله، فإن لم يقدر له على مال وصبر على الحبس فلها الفسخ، وقال القاضي ليس لها ذلك، وهو مذهب الشافعي، لأن الفسخ للمعسر كعيب الإعسار ولم يوجد هنا.

أو ببعضها أو المسكن فلها فسخ النكاح^(١)، فإن غاب^(٢) ولم يدع لها نفقة وتعذر أخذها من ماله واستدانها عليه فلها الفسخ بإذن حاكم.

باب نفقة الأقارب^(٣) والمماليك

- (١) (فلها فسخ النكاح) لحديث أبي هريرة مرفوعاً في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما فتفسخ فوراً أو متراجياً بإذن حاكم، ولها الصبر مع منع نفسها أو بدونه.
- (٢) (فإن غاب إلخ) هذا المذهب لأن الإنفاق عليها من ماله متعذر فكان كحال الإعسار.
- (٣) (الأقارب) والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع، ويأتي في مواضعه.

ذلك كله إلا بحكم حاكم^(١)، وفسخ الحاكم تفريق لا رجعة فيه^(٢) وقيل هو طلاق، فعليه يأمره الحاكم بطلبها بطلاق أو نفقة. فإن أبي طلق عليه. فإن راجع فقيل يصح^(٣) فيطلق عليه ثانية. فإن راجع طلق الثالثة.

باب نفقة الأقارب والمماليك والبهائم

ولا يشترط في نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة^(١) ولا نقص الأحكام^(٢) في ظاهر المذهب. وإن أعسر الأب بالنفقة على الولد وجبت على الأم^(٣) فأما ذوو الأرحام من غير عمودي النسب فلا نفقة لهم ولا عليهم. واختار الشيخ الوجوب لأنه

- (١) (إلا بحكم حاكم) لأنه فسخ مختلف فيه فيفسخ بطلبها أو تفسخ بأمره.
- (٢) (لا رجعة فيه) وبهذا قال الشافعي وابن المنذر.
- (٣) (يصح) وهو المذهب، جزم به في المغنى والشرح، قال مالك تطليقة وهو أحق بها إن أيسر في عدتها لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه.
- (٤) (نقص الخلقة) كالزمن، وقال الشافعي يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة.

- (٥) (ولا نقص الأحكام) كالصغير والمجنون، وقال أبو حنيفة ينفق على الغلام حتى يبلغ، فإذا بلغ صحيحاً انقطعت نفقته، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تزوج، ونحوه قال مالك إلا أنه قال: فإن طلق قبل البناء بهن فهن على نفقتهن. ولنا قول النبي ﷺ لهند «أخذي ما يكفيك وولدك بالمعروف، ولم يستثن منهم صحيحاً ولا بالغاً، ووافق أبو حنيفة على نفقة الوالد وإن كان صحيحاً إذا لم يكن ذا كسب. ولنا أنه والد محتاج فأشبهه الزمن.
- (٦) (على الأم) ولم ترجع بها على الأب إن أيسر. وقال أبو يوسف ومحمد ترجع. ولنا إنما وجب عليه الإنفاق بالقرابة ولم يرجع كالأب.

تجب — أو تمتتها — لأبويه وإن علوا^(١)، ولولده وإن سفلا^(٢)، حتى ذوي الأرحام منهم^(٣) حجبه معسر^(٤) أو لا، وكل من يرثه بفرض أو تعصيب لا يرحم سوى

(١) (وإن علوا) لقوله تعالى: ﴿وبالوالدين إحساناً﴾ ومن الإحسان الانفاق عليهما عند حاجتهما، ومن السنة قول النبي ﷺ «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن أولاده من كسبه» رواه أبو داود.

(٢) (وإن سفلا) ذكراً كان أو أنثى لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾ وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي، وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما واجبة في مال الولد، وأجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن على الرجل نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم، وحديث هند. (٣) (حتى ذوي الأرحام منهم) كأجداده المدلين بإناث وجداته الساقطات ومن أولاده كوالد البنت وهذا مذهب الشافعي.

(٤) (حجبه معسر) فمن له أب وجد معسران وجبت عليه نفقتهما ولو كان محجوباً من الجد بأبيه المعسر.

من صلة الرحم^(١). وتجب نفقة من لا حرفة له ولو كان صحيحاً مكلفاً ولو من غير الوالدين^(٢) ومن لم يفضل عنده إلا نفقة واحد بدأ بالأقرب فالأقرب، فإن كان له أبوان جعل بينهما^(٣)، فإن كان معهما ابن قدمه عليهما. وقال القاضي: إن كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدمه، وإن كان الابن كبيراً والأب زماً فهو أحق، وظاهر كلامهم يأخذ من وجبت له النفقة بغير إذنه^(٤) ومن ترك الانفاق الواجب مدة لم يلزمه

(١) (صلة الرحم) وهو عام كعموم الميراث في ذوي الأرحام بل أولى ولم يرد به نص. (٢) (من غير الوالدين) هذا المذهب لحديث هند ولم يستثن بالغا ولا صحيحاً، فإن كان له حرفة لم تجب نفقته، قال في المبدع بغير خلاف.

(٣) (بينهما) هذا أحد الوجوه اختاره الشارح لتساويهما في القرب، والثاني تقدم الأم لأنها أحق بالبر لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل سأله «من أبر؟ قال أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب» رواه أبو داود. ولها فضيلة الحمل والرضاع وزيادة النفقة وهي أضعف وأعجز، والثالث يقدم الأب وهو المذهب جزم به في الوجيز لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده وإضافة النبي ﷺ الولد وماله لأبيه بقوله «أنت ومالك لأبيك».

(٤) (بغير إذنه) لحديث هند «خذني ما يكفيك وللدك بالمعروف» وقيس عليه سائر من تجب له، نقل أبناؤه والجماعة يأخذ من سأل والده بلا إذنه بالمعروف إذا احتاج ولا يتصدق.

عمودي نسبه سواء ورثه آخر كآخ أو لا كعمة^(١) وعتيق بمعروف مع فقر من تجب له وعجزه عن تكسب^(٢) إذا فضل عن قوت نفسه وزوجته ورقيقة يومه وليلته وكسوة وسكنى من حاصل أو متحصل^(٣) — لا من رأس مال وثمان ملك وآلة صنعة —

- (١) (كعمة إلخ) هذا المذهب، وتكون النفقة فاضلة عن نفسه لقوله عليه الصلاة والسلام «أبدأ بنفسك ثم بمن تعول» وحكى عنه إن لم يرثه الآخر فلا نفقة له.
- (٢) (عن تكسب) لأن النفقة لأجل المواساة فلا تجب لغنى ولا مستعن بتكسب.
- (٣) (أو متحصل) من صناعة أو تجارة أو أجرة عقار أو ريع وقف ونحوه، لحديث جابر مرفوعاً «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن كان فضل فعلى عياله، فإن كان فضل فعلى قرابته».

عوضه^(١)، فإن كان الحاكم قد فرضها أو استدان بإذنه فينبغي أن تلزمه، ويجب إعفاف من وجبت له نفقة من أب وإن علا وابن وان نزل وغيرهم^(٢) ولا يملك استرجاع ما دفع إليه من جارية ولا عوض ما زوجه به، ويصدق أنه تائق بلا يمين، وإن ماتت أعفه ثانياً، إلا إن طلق لغير عذر أو اعتق مجاناً^(٣)، وإن اجتمع جدان قدم الذي من جهة الأب، ويلزمه إعفاف أمه^(٤) كأبيه، ويجب على المعتق نفقة عتيقه^(٥)، فإن مات فالنفقة على الوارث من عصبائه، ويجب على المكاتب نفقة أولاده من أمته^(٦).

- (١) (عوضه) هذا الصحيح من المذهب، لأن نفقة القريب لدفع الحاجة وإحياء النفس وقد حصل ذلك في الماضي بدونها.
- (٢) (وغيرهم) كآخ وعم إذا احتاج إلى النكاح لزوجة حرة أو سرية تعفه أو يدفع إليه مالاً يتزوج به حرة أو يشتري به أمة.
- (٣) (أو أعتق مجاناً) بأن لم يجعل عتقها صداقها فلا يلزم إعفاه ثانياً.
- (٤) (أمه) إذا طلبت ذلك وخطبها كفو، قال في الفروع ويتوجه تلزمه نفقته إن تعذر تزويج بدونها.
- (٥) (عتيقه) لأنه يرثه فدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك ومولاك الذي يلي ذاك حقاً واجباً ورحماً موصولاً» رواه أبو داود.
- (٦) (من أمته) لأنه تابع له، وكسبه له لا نفقة أولاده الأحرار لأن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة وحاجتهن إلى فك رقبتهم أشد.

متن
الكتاب
الأول
ومن له وارث غير أب فنفقته عليهم على قدر إرثهم، فعلى الأم الثلث، والثلاثان على
الجدة، وعلى الجدة السدس، والباقي على الأخ. والأب ينفرد بنفقة ولده^(١)، ومن له

مواهب
الكتاب
الأول
(١) بنفقة ولده) لقوله عليه الصلاة والسلام لهند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فجعل
النفقة عليه بدونها.

متن
الكتاب
الثاني
(فصل) ولا تلزم نفقة الظئر لما فوق الحولين ولا يقطع قبلها إلا بإذن أبويه^(١). وإن
طلبت الأم أجره المثل ووجد من يتبرع برضاعه فهي أحق به. وللأب منع امرأته من
خدمة ولدها منه^(٢). ويجب على الأم أن تسقيه اللبن^(٣) وإن آجرت نفسها للرضاع ثم
تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسوخ الإجارة ولا منعها من الرضاع حتى
تمضي المدة، وللسيد إجبار أم ولده على إرضاعه مجاناً.

(فصل) يلزمه نفقة رقيقة^(٤) وهي واجبة بالملك^(٥) ويطعمه مما يطعم^(٦) وإذا كان
للعبد زوجة فلسيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلاً، ومن غاب عن أم ولده زوجت
لحاجة نفقة^(٧) وأما الأمة فقال القاضي إذا غاب سيدها غيبة منقطعة زوجها
الحاكم^(٨). وأباق العبد كبيرة. وإذا هاجر من أرض الحرب فهو حر. وقال الشيخ: لو

مواهب
الكتاب
الثاني
(١) أبويه) إلا أن ينفرد فلا ولو رضيا. وقال في الرعاية هنا يحرم رضاعه بعدما ولو رضيا به
وقال في تحفة الودود ويجوز أن تستمر الأم على إرضاعه بعد الحولين إلى نصف الثالث
أو أكثر.

(٢) (منه) لأنه يفوت عليه حقه من الاستمتاع بها بل تخدمه خادمها أو غيرها عندها لتحصل
حضانتها.

(٣) (اللبن) لتضرره بعدمه بل يقال لا يعيش إلا به.

(٤) (نفقة رقيقة) من غالب قوت البلد الذي هو به لأمثال العبيد لحديث أبي هريرة «للمملوك
طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل مالا يطيق» رواه الشافعي والبيهقي بإسناد
جيد.

(٥) (بالملك) فلذلك وجبت للآبق والزمن وغيرهما وإن ماتوا جهزهم.

(٦) (مما يطعم) فإن وليه فإن سيده يجلسه يأكل معه أو يطعمه منه لحديث أبي هريرة يعرفه
« إذا ولي أحدكم خادمه طعامه حره ودخان فليدعه فليجلسه معه فإن أبي فليروغ له
اللقمة واللقتين» رواه البخاري ومعنى الترويع غمسها في المرق والدمس.

(٧) (لحاجة نفقة) وكذا حاجة وطء، قال في الرعاية: زوجها الحاكم وحفظ مهرها لسيدها.

(٨) (زوجها الحاكم) وقال أبو الخطاب يزوجه من يلي ماله.

ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما. ومن أمه فقيرة وجدته موسرة فنفته على الجدة^(١). ومن عليه نفقة زيد فعليه نفقة زوجته كظئر لحولين^(٢). ولا نفقة مع اختلاف دين^(٣) إلا بالولاء وعلى الأب أن يسترضع لولده ويؤدي الأجرة. ولا يمنع أمه

(١) (على الجدة) ولا يمنع ذلك حجيتها بالأم لعدم اشتراط الميراث في عمودي النسب كما تقدم. زاد.

(٢) (لحولين) لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - إلى قوله - وعلى الوارث مثل ذلك.

(٣) (دين) ولو من عمودي نسبه، وعنه لهم وهو مذهب الشافعي إلا أن لا يوجد من يرضعه إلا بمثل تلك الزيادة وقال في المنتخب للشيرازي إن استأجرها من هي تحته لرضاع ولده لم يجز لأنه استحق نفعها كاستئجارها للخدمة شهراً ثم استأجرها في ذلك الشهر للبناء. وقال القاضي لا يصح مطلقاً كما تقدم وعند الشيخ لا أجرة لها مطلقاً قال في الإختيارات وإرضاع الطفل واجب على الأم بشرط أن تكون مع الزوج ولا تستحق أجرة المثل زيادة على نفقتها وكسوتها وهو اختيار القاضي في المجرد.

لم تلائم أخلاق العبد أخلاق سيده لزمه إخراجه عن ملكه^(١) وللسيد تأديتهم باللوم والضرب كولد وزوجة^(٢) ولا يضربه إلا في ذنب عظيم نصاً^(٣) ويؤديه على فرائضه وعلى ما إذا كلفه ما يضيق فامتنع، وليس له لطمه في وجهه^(٤) ولا خصاؤه ولا التمثيل به ولا يجوز تكليف الأمة بالرعي^(٥) والصحيح جوازها^(٦) ويحمل الولد على أحسن

(١) (عن ملكه) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعذبوا عباد الله».

(٢) (كولد وزوجة) والأحاديث الصحيحة تدل على جواز الزيادة، منها ما رواه أحمد وأبو داود عن لقيط أن النبي ﷺ قال «لا تضرب ظعيتك ضرب أمتك» ولأحمد والبخاري «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد لعله يجامعها أو يضاجعها من آخر اليوم» ولابن ماجه بدل العبد الأمة، فهذه تدل على أن ضرب العبد أشد من ضرب المرأة ويسن العفو عنه.

(٣) (في ذنب عظيم نصاً) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها».

(٤) (في وجهه) لحديث ابن عمر مرفوعاً «من لطم غلامه فكفارته عتقه» رواه مسلم.

(٥) (بالرعي) لأن السفر مظنة الطمع لبعدها عن يذب عنها، ويأتي رعي جارية الحكم.

(٦) (جوازها) وقد ذكرها صاحب المحرر عن نقل أسماء بنت أبي بكر زوج الزبير بن العوام

النوى على رأسها للزبير من نحو ثلثي فرسخ من المدينة أنه حجة في سفر المرأة السفر

القصير بغير محرم، ورعي جارية الحكم في معناه وأولى. وقال غيره يجوز قولاً واحداً لأنه

ليس بسفر شرعاً ولا عرفاً.

ارضاعه. ولا يلزمها إلا لضرورة كخوف تلفه. ولها طلب أجره المثل — ولو أرضعه غيرها مجاناً — بئناً كان أو تحته. وإن تزوجت آخر فله منعها من إرضاع ولد الأول ما لم يضطر إليها.

(فصل) وعليه نفقة رقيقه^(١) طعاماً وكسوة وسكنى. وألا يكلفه مشقاً كثيراً، وإن انفق على المخارجه جاز^(٢). ويربحة وقت القائلة والنوم والصلاة، ويركبه في السفر عقبة، وإن طلب نكاحاً زوجته أو باعه، وإن طلبته أمة وطئها أو زوجها أو باعها.

- (١) نفقة رقيقه لحديث أبي ذر مرفوعاً: «إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم. فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يطعم ويلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فاعينوهم عليه، متفق عليه.
- (٢) جاز) وهي أن يضرب عليه خراجاً معلوماً يؤديه إلى سيده وما فضل للعبد.

الأخلاق ويجنب سيئها. ومن الغلط ترك تزويجه إذا بلغ فصنه عن الزلل خصوصاً البنات^(١) وإياك أن تزوج البنات بشيخ أو شخص مكروه وأما المملوك فلا ينبغي أن تسكن إليه بحال، وإن بعته سيده لحاجة فوجد مسجداً يصلي فيه قضى حاجته ثم صلى^(٢) ولا يجبر على بيعه مع القيام بما يجب له، وللعبد أن يتسرى بإذن سيده^(٣) وقيل يبنى ذلك على الرويتين في ملك العبد بالتمليك^(٤) فإذا قال له سيده أذنت لك في التسرى أو وطئها أو ما دل عليه أبيع له ولا يملك السيد الرجوع بعد التسرى، ولو وهب له سيده أمة لم يكن له التسرى إلا بإذنه.

(فصل) ويلزمه إطعام بهائمهم ولو عطبت^(٥) ويسن للحالب أن يقص أظافره لثلاث

- (١) خصوصاً البنات) فإن عارهن أعظم.
- (٢) ثم صلى) فيجمع بين حق الله وحق مواليه وهو ممن يؤتى أجره مرتين إذن، وإن صلى فلا بأس.
- (٣) بإذن سيده) هذا أحد الطريقتين وهو الصحيح من المذهب وبه قال ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري والأوزاعي وأبو ثور وأصحاب الرأي.
- (٤) بالتمليك) وهي طريقة القاضي وأصحابه وقدمها في الفروع، قال في الانصاف وهي المذهب على ما أسلفنا في الخطبة، ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً، ولأن العبد يملك النكاح فملك التسرى كالححر.
- (٥) ولو عطبت) فلم ينتفع بها، فإن كانت مما لا يؤكل أجبر على الإنفاق عليها كالعبد الزمن.

(فصل) وعليه علف بهائمه وسقيها وما يصلحها^(١)، وأن لا يحملها ما تعجز عنه، ولا يحلب من لبنها ما يضر ولدها، فإن عجز عن نفقتها أجبر على بيعها أو إجازتها أو ذبحها إن أكلت.

(١) (يصلحها) لحديث ابن عمر مرفوعاً «عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً فلا هي أطعمتها ولا هي أرسلتها تأكل من خشاش الأرض» متفق عليه.

يجرح الضرع وجيفتها له ونقلها عليه^(١) ويحرم وسم وضرب في الوجه^(٢) ويكره تعليق جرس وجز ناصية ومعرفة وذنوب للخبر، ويكره خصي غير غنم وديوك^(٣) ويحرم في الآدميين^(٤) ويحرم لعن دابة^(٥) قال أحمد قال الصالحون لا تقبل شهادته، ويجوز الإنتفاع بها في غير ما خلقت له^(٦) ولا يحصل حبس شيء من البهائم لتهلك جوعاً. ويباح تجفيف دود القز في الشمس إذا استكمل وتدخين الزنابير^(٧) ولا يجب إعادة الملك الطلق — أي المختص به — إذا كان مما لا روح فيه كالعقار ونحوه، وإن كان لمحجور عليه وجب على وليه عمارة داره وحفظ ثمره وزرعه بالسقي وغيره.

(١) (ونقلها عليه) فيلزمه نقلها إلى مكان يدفع فيه ضررها عن الناس.

(٢) (في الوجه) إلا لمداواة، وفي الآدمي أشد.

(٣) (وديوك) قال في الفروع: وكره أحمد خصاء غنم وغيرها إلا خوف غضاضة. وقال: لا يعجبني أن يخصى شيء.

(٤) (في الآدميين) لغير قصاص ولو رقيقاً.

(٥) (دابة) لما روى أحمد ومسلم عن عمر «أن النبي ﷺ كان في سفر فلعلت امرأة ناقة فقال خذوا ما عليها ودعوها مكانها ملعونة، فكأنني أراها الآن تمشي في الناس ما تعرض لها أحد ولها من حديث ابن بركة «لا تصحبنا ناقة ملعونة».

(٦) (له) كبقر للحمل والركوب وإبل وحمير لحرث ونحوه ولهذا يجوز استعمال اللؤلؤ في الأدوية وقوله ﷺ «بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها قالت إنني لم أخلق لذلك وإنما خلقت للحرث» متفق عليه أي أنه معظم النفع ولا يلزم منه منع غيره.

(٧) (الزنابير) دفعاً لأذاها بالأسهل فإن لم يندفع ضررها إلا بإحراقها جاز إحراقها أخرجه المصنف في شرحه على منظومة الآداب على القول في النمل والقمل وغيرهما إذا لم يندفع ضرره إلا بالحرق جاز بلا كراهة على ما اختاره الناظم، أما إذا اندفع ضرره بدون حرق فقال الناظم يكره، وظاهر كلام الأصحاب التحريم حتى في القمل للخبر.

باب الحضانة^(١)

تجب لحفظ صغير ومعتوه ومجنون^(٢)، والأحق بها أم^(٣) ثم أمهاتها القربى فالقربى

(١) (الحضانة) من الحضن لأن المرابي يضم الطفل إلى حضنه. وهي حفظ صغير ونحوه عما يضره وتربيته بمصالحه.

(٢) (ومجنون) لأنهم يهلكون بتركها ويضيعون فلذلك وجبت.

(٣) (أم) لقوله عليه الصلاة والسلام «أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه أبو داود ولقضاء أبو بكر على عمر بعاصم بن عمر فقال ريحها وشمها ولطفها خير له منك. رواه سعيد.

باب الحضانة

ويقدم من يدلى بالأم على من يدلى بالأب وعنه عكسها^(١) فإن كانت أنثى فلا حضانة لعصبة غير محرم واختار ابن القيم في الهدى أن له الحضانة مطلقاً ويسلمها إلى ثقة يختارها أو إلى محرمه^(٢) ولو استؤجرت للرضاع والحضانة لزمها وإن استؤجرت للرضاع وأطلق لزمتهما الحضانة تبعاً، وللحضانة وأطلق لم يلزمها الرضاع^(٣) ولا حضانة لعاجز عنها كأعمى، فإن كان بالأم برص أو جذام سقط حقها من الحضانة^(٤) وليس للجارية الإفراد، ولأبيها وأوليائها عند عدمه منعها منه^(٥) وليس لهم إقامة الحد عليها^(٦).

(فصل) وإذا اختار الغلام أباه كان عنده ليلاً ونهاراً^(٧) وإن اختار أمه كان عندها

(١) (وعنه عكسها) اختاره الشيخ وهو مذهب الخرقى، لأن الولاية للأب فكذلك قرابته.

(٢) (أو إلى محرمه) لأنه أولى من أجنبي وحاكم، وكذلك قال فيمن تزوجت وليس للولد غيرها.

(٣) (لم يلزمها الرضاع) قال في تصحيح الفروع: والصواب والرجوع إلى العرف والعادة فيعمل بهما.

(٤) (من الحضانة) كما أفتى به المجدد بن تيمية صرح بذلك العلاء الشافعي في قواعده قال أنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها.

(٥) (منعها منه) لأنه لا يؤمن عليها أن تخدع، وعلى عصبة المرأة منعها من المحرمات وحسبها وقيدها.

(٦) (إقامة الحد عليها) لأنها تختص بالحاكم والسيد.

(٧) (ونهاراً) وذلك بعد السبع، ولا يمنع زيارة إمه فإن مرض كانت أحق بتمريضه في بيتها لأنه صار بالمرض كالصبي.

ثم أب ثم أمهاته كذلك ثم جد ثم أمهاته كذلك ثم أخت لأبوين^(١) ثم لأم ثم لأب ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم عمات كذلك^(٢) ثم خالات أمه ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه ثم بنات إخوته وأخواته ثم بنات أعمامه وعماته ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه ثم لباقي العصابة الأقرب فالأقرب، فإن كان أنثى فمن محارمها^(٣) ثم لذوي أرحامه^(٤) ثم لحاكم. وإن امتنع من له الحضانة أو كان غير أهل انتقلت إلى من بعده. ولا حضانة لمن فيه رق ولا لفاسق^(٥) ولا لكافر ولا لمزوجة بأجنبي من محضون من حين عقد^(٦) فإن زال المانع رجع إلى حقه وإن أراد أحد أبويه سفراً

- (١) (أخت لأبوين إلخ) هذا الصحيح من المذهب وعنه الأخت من الأم والخالة أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق لأنهن يدلين بالأم فكن أولى من الأب كالجندات.
- (٢) (ثم عمات كذلك) وهو المذهب اختاره القاضي في كتاب الروايتين وابن عقيل في التذكرة وقدمه في الفروع لأن الأم مقدمة على الأب.
- (٣) (محارمها) ولو برضاع أو مصاهرة إن تم لها سبع سنين.
- (٤) (أرحامه) من الذكور والإناث أبو أم ثم أمهاته فأخ لأم فخال.
- (٥) (ولا لفاسق) هذا المذهب، لأنه لا يوثق به فيها، واختار في الهدى أن له الحضانة وقال: لا يعرف أن الشارع فرق لذلك.
- (٦) (من حين عقد) لحديث «ما لم تنكحني» ولو رضى الزوج، واختار في الهدى أن الحضانة لا تسقط إذا رضى الزوج بناه على أن سقوطها لمراعاة حق الزوج.

ليلاً وعند أبيه نهاراً^(١) ولا تمنع الأم من زيارة بنتها^(٢) وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب، وعنه الأم أحق بالأنتى بعد السبع وفاقاً لأبي حنيفة، قال في الهدى: وهي أشهر عن أحمد وأصح دليلاً، وقيل تخير وفاقاً للشافعي^(٣)، وقال أحمد الأم أحق بها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج وقال الشيخ إذا قدر أن الأب تزوج بضرة وهو يتركها عند ضرة أمها لا تعمل مصلحتها بل تؤذيها وتقصر في مصلحتها وأمها

- (١) (نهاراً) ليعلمه الصناعة والكتابة والأدب، فإن عاد فاختر الآخر رد إليه ثم إن اختار الأول نقل إليه وهكذا.
- (٢) (بنتها) والورع إذا أرادت زيارة بنتها تحرى أوقات خروج أبيها إلى معاشه لئلا يسمع كلامها.
- (٣) (للشافعي) وذكره في الهدى رواية كالفلام.

طويلاً^(١) إلى بلد بعيد ليسكنه وهو وطريقه آمان فحضانته لأبيه^(٢)، وإن بعد السفر
لحاجة أو قرب لها^(٣) أو للسكنى فلأمه^(٤).

(فصل) وإذا بلغ الغلام سبع سنين عاقلاً خيراً بين أبويه فكان مع من اختار
منهما^(٥)، ولا يقر بيد من لا يصونه ويصلحه. وأبو الأنتى أحق بها بعد السبع، ويكون
الذكر بعد رشده حيث شاء^(٦)، والأنتى عند أبيها^(٧) حتى يتسلمها زوجها.

كتاب الجنایات^(٨)

- (١) (سفرًا طويلاً) لغير إضرار، قاله الشيخ وابن القيم.
- (٢) (لأبيه) لأنه الذي يقوم بتأديبه فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع.
- (٣) (أو قرب) أي لحاجة ويعود فالمقيم منهما أولى لأن في السفر إضراراً به.
- (٤) (فلأمه) لأنها أتم شفقة، وإنما أخرجنا كلام المصنف عن ظاهره ليوافق ما في المنتهى
وغيره.

- (٥) (مع من اختار منهما) قضى به عمر وعلي وشريح وهو مذهب الشافعي، وروي عن أبي
هريرة قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن
يذهب بابني وقد سقاني من بئر عتبة وقد نفعني، فقال له النبي ﷺ: هذا أبوك وهذه
أملك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به» رواه أبو داود.
- (٦) (حيث شاء) لأنه لم يبق عليه ولاية لأحد، ويستحب له أن لا ينفرد عن أبويه.
- (٧) (عند أبيها) منذ يتم لها سبع سنين، وهذا المذهب وهو من المفردات لأنه أحفظ لها
زوائد.

(٨) (الجنایات) وتسمى الجنایة على المال غصباً ونهباً وسرقة وجنایة وإتلافاً، وأجمع
المسلمون على تحريم القتل بغير حق لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ
وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾. وحديث ابن مسعود.

تعمل مصلحتها ولا تؤذيها فالحضانة للأُم قطعاً، والمعتوه ولو أنتى عند أمه ولو بعد
البلوغ^(١).

كتاب الجنایات^(٢)

- (١) (بعد البلوغ) لحاجته إلى من يقوم بأمره، والنساء أعرف بذلك.
- (٢) (الجنایات) جمع جنایة، وهي لغة التعدى على بدن أو مال، وشرعاً التعدى على الأبدان
بما يوجب قصاصاً أو غيره.

وهي عمد يختص القود به^(١) بشرط القصد، وشبه عمد، وخطأ^(٢). (فالعمد) أن يقصد من يعلمه آدمياً معصوماً فيقتله بما يغلب على الظن موته به، مثل أن يجرحه

(١) (القود به) والقود قتل القاتل بمن قتله.

(٢) (وخطأ) روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي.

قتل الآدمي بغير حق ذنب عظيم^(١) وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مقبولة^(٢) ولا يسقط حق المقتول في الآخرة بمجرد التوبة^(٣) فإن اقتصر من القاتل أو عفا عنه فهل يطالبه في الآخرة؟ على وجهين^(٤). وتجب دية المقتول في تركته. والعيان الذي يقتل بعينه ينبغي أن يلحق بالساحر الذي يقتل بسحره غالباً^(٥)

(١) (عظيم) وفاعله فاسق لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ الآية وقوله 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» متفق عليه.

(٢) (مقبولة) لعموم الأدلة، وقاله أكثر أهل العلم وحجتهم قوله تعالى: ﴿إن الله لا يفرق بين شركه﴾ به — إلى قوله — لمن يشاء.

(٣) (التوبة) قال الشيخ: فعلى هذا يأخذ المقتول من حسنات القاتل بقدر مظلمته.

(٤) (على وجهين) أحدهما يطالبه، قال القاضي عياض وحديث صاحب النسمة وهو حديث صحيح مشهور فيه أن النبي ﷺ قال «إنما تريد أن تبوء بائعك وأثم صاحبك» وجاء في الحديث الآخر فهو كفارة له أي لحق الله قال في النهاية في باب النون مع السين بالكسر سير مضفور يجعل زماماً للبعير وغيره قد ينسج عريضة يجعل على صدر البعير.

(٥) (غالباً) قاله ابن نصر الله في حواشي الفروع فإذا كانت عينه يستطيع القتل بها ويفعله باختياره وجب به القصاص، وإن فعل ذلك بغير قصد الجنابة فيتوجه أنه خطأ يجب فيه ما يجب في قتل الخطأ وكذا ما أتلفه بعينه يتوجه فيه القول بضمانه، قال ابن القيم في شرح منازل السائرين: إن كان ذلك بغير اختياره بل غلب على نفسه لم يقتص منه وعليه الدية، وإن عمد ذلك وقدر على رده وعلم أنه يقتل ساغ للوالي أن يقتله بمثل ما قتل به فيعينه إن شاء كما عان هو المقتول، وأما قتله قصاصاً بالسيف فلا لأنه غير مماثل للجنانية، والعين نظر باستحسان مشوب بحسد من حيث الطبع يحصل للمنظور منه ضرر، قال بعضهم وإنما يحصل ذلك من سم يصل من عين العائن في الهواء إلى بدن المعيون.

بما له أمور في البدن أو يضره بحجر كبير ونحوه أو يلقي عليه حائطاً أو يلقيه من شاهق أو في نار أو ماء يغرقه ولا يمكنه التخلص منهما أو يخنقه أو يحبسه ويمنعه الطعام أو الشراب فيموت من ذلك في مدة يموت فيها غالباً أو يقتله بسحر أو بسم، أو شهدت عليه بينة بما يوجب قتله ثم رجعوا وقالوا عمدنا قتله ونحو ذلك^(١). و(شبه العمد) أن يقصد جنابة لا تقتل غالباً ولم يجرحه بها، كمن ضربه في غير مقتل بسوط^(٢) أو عصا صغيرة أو لكزه^(٣) ونحوه. (والخطأ) أن يفعل ما له

(١) (ونحو ذلك) فيقاد بهذا كله لأنهم تواطئوا على قتله بما يقتل غالباً.
(٢) (بسوط إلخ) كما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها» رواه أبو داود.

(٣) (أو لكزه) لما روى أبو هريرة قال: «اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ففضى النبي ﷺ أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها» متفق عليه، فأوجب ديتها على العاقلة والعاقلة لا تحمل العمد.

وإن أمسك إنساناً لآخر ليقتله فقتله قتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت في إحدى الروايتين^(١) والرواية الثانية يقتل أيضاً^(٢) وإن شهد اثنان فأكثر على شخص يقتل عمداً وأربعة فأكثر بزنا محصن ونحو ذلك مما يوجب القتل فقتل بشهادتهم ثم رجعوا واعترفوا بتعمد القتل فعليهم القصاص^(٣) وكذا الحاكم إذا حكم على شخص بالقتل عالماً بذلك فعليه القصاص، وإن أقر الشاهدان والولي والحاكم

(١) (في إحدى الروايتين) هذا المذهب وبه قال عطاء وربيعة وروى ذلك عن علي لما روى الدارقطني عن ابن عمر: «إذا أمسك الرجل وقتله آخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك» ومقتضى كلام المصنف أنه يطعم ويسقى وفي المبدع يحبس عن الطعام والشراب حتى يموت.

(٢) (يقتل أيضاً) اختارها أبو محمد الجوزي وبه قال مالك، وقال سليمان بن موسى الإجماع فينا أن يقتل لأنه لو لم يمسه ما قدر على قتله، وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو نور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل فعلى المذهب لو قتل الولي الممسك فقال القاضي عليه القصاص، ومفهوم كلام المجد سقوط القصاص بشبهة الخلاف وتابعه الشارح.

(٣) (القصاص) لقول علي: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما، وغرمها دية يده.

فعله، مثل أن يرمى صيداً أو غرضاً أو شخصاً فيصيب آدمياً لم يقصده^(١)، وعمد الصبي والمجنون^(٢).

(١) (لم يقصده) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى شيئاً فيصيب غيره، هذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي.

(٢) (والمجنون) لأنه لا قصد لهما كالمكلف المخطيء، فهذا كله لا قصاص فيه والدية على العاقلة والكفارة في ماله لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً خطأ فحرير ربة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾.

جميعاً بذلك فعلى الولي القصاص وحده^(١) فيختص به مباشر للقتل عالم بأنه ظلم ثم الولي ثم بينة وحاكم علموا^(٢) واختار الشيخ أن الدال يلزمه القود إن تعمد وإلا فالدية.

(فصل) وشبه العمد^(٣) أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو التأديب له فيسرف فيه بما لا يقتل غالباً ولم يجرحه بها فلا قود فيه^(٤) إن مات وفيه الكفارة في مال جان والدية على عاقلته^(٥) وإمساك الحية جنابة فلو قتلت ممسكها فقاتل نفسه، ومع الظن فشبهه عمد^(٦).

(١) (القصاص وحده) لأنه باشر القتل عمداً عدواناً، قال في الشرح: ينبغي أن لا يجب على غيره شيء لأنهم متسبيون، والمباشرة تبطل حكم التسبب كالدافع مع الحافز، ومتى لزمتم الدية الحاكم والبيئة فهي بينهم سواء على الحاكم مثل واحد منهم.

(٢) (علموا) وبهذا قال الشافعي، وروى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال علي: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما، وغرمهما دية يده.

(٣) (شبه العمد) وسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لإجماعهما فيه لأنه عمد الفعل وخطأ القتل.

(٤) (فلا قود فيه) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قال «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه» رواه أحمد وأبو داود.

(٥) (على عاقلته) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الهذليتين «دية المرأة على عاقلتها» متفق عليه.

(٦) (فشبهه عمد) ونظير ذلك ما يقتل غالباً من المشي في الهواء على الجبال في المواضع =

(فصل) تقتل الجماعة بالواحد^(١)، وإن سقط القود أدوا دية واحدة^(٢)، ومن أكره مكلفاً على قتل مكافئة فقتله فالقتل أو الدية عليهما^(٣)، وإن أمر بالقتل غير مكلف

(١) (بالواحد) لإجماع الصحابة، وروى عن عمر أنه قال: لو تمالأ أهل صنعاء على قتله لقتلتهم جميعاً وعن علي أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً. وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة فكان إجماعاً وهو مذهب مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحق وأبي ثور وأصحاب الرأي.

(٢) (دية واحدة) لأن القتل واحد فلا يلزم أكثر من دية، والفرق بين الجماعة والدية أن الدم لا يتبعض بخلاف الدية.

(٣) (عليهما) هذا المذهب لأن القاتل قصد استبقاء نفسه بقتل غيره، والمكره بما يفضي به =

(فصل) ومن الخطأ أن يقتل في دار الحرب من يظنه حربياً فيتين مسلماً أو يرمى إلى صف الكفار فيصيب مسلماً أو يتترس الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين إن لم يرمهم فيرميهم فيقتل المسلم فهذا فيه الكفارة^(١) بلا دية، قال الشيخ: هذا في المسلم الذي بين الكفار معذوراً^(٢) وفي قتل الكافر الذي له عهد دية وكفارة^(٣).

(فصل) تقتل الجماعة بالواحد إذا كان فعل كل واحد منهم صالحاً للقتل^(٤) وإلا فلا^(٥) ما لم يتواطؤوا على ذلك.

= البعيدة مما يفعله أرباب البطالة والشطارة، ويحرم إعاتتهم على ذلك وإقرارهم عليه، قاله في شرح الإقناع.

(١) (فيه الكفارة) روي عن ابن عباس لقوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحريروا ربة مؤمنة﴾.

(٢) (معذوراً) كالأسير والمسلم الذي لا يمكنه الهجرة والخروج من صفهم، فأما الذي يقف في صف قتالهم باختياره فلا يضمن بحال.

(٣) (وكفارة) لقوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحريروا ربة مؤمنة﴾.

(٤) (للقتل) به لو انفرد به لقوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ الآية فلو لم يشرع القصاص في الجماعة بالواحد بطلت مشروعية القصاص؛ وإجماع الصحابة، وروي ابن المسيب أن عمر قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً.

(٥) (وإلا فلا) أي وإن لم يصلح فعل كل واحد من الجماعة للقتل كما لو ضربة كل واحد بحجر صغير فمات ما لم يتواطؤوا.

أو مكلفاً يجهل تحريمه أو أمر به السلطان ظلماً^(١) من لا يعرف ظلمه فيه فقتل فالقود أو الدية على الأمر^(٢)، وإن قتل المأمور المكلف عالماً بتحريم القتل فالضمان عليه^(٣) دون الأمر. وإن اشترك فيه اثنان لا يجب القود على أحدهما مفرداً

= غالباً. وقال أبو حنيفة يجب على الأمر دون المأمور. وقال أبو يوسف ومحمد لا يجب على واحد منهما.

(١) (ظلماً) قال الشيخ وهذا بناء على وجوب طاعة السلطان في القتل المجهول وفيه نظر بل لا يطاع حتى يعلم جواز قتله فحينئذ تكون الطاعة معصية لا سيما إذا كان معروفاً بالظلم فهنا الجهل بعدم الحل كالعلم بالحرمة اهـ.

(٢) (على الأمر) دون المباشر لأنه معذور لوجوب طاعة الإمام في غير معصية.

(٣) (فالضمان عليه) لأنه غير معذور في فعله فإن النبي ﷺ قال: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» وعنه عليه الصلاة والسلام «من أمركم من الولاة في معصية فلا تطيعوه».

(فصل) وإذا اشترك عامد وخاطيء في قتل شخص مسلم معصوم الدم فلا قصاص على العامد^(١) وعلى شريك الخاطيء نصف الدية في ماله دون عاقلته، وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ فلا قصاص على البالغ^(٢) ولا على شريك السبع وشريك نفسه في أحد الوجهين^(٣) ولو جرحه إنسان عمداً فداوى جرحه بسم قاتل فقد قتل نفسه بعد أن جرح، وينظر في الجرح فإن كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه وإلا فله الأرش، وإن كان لا يقتل غالباً أو خاطه في اللحم الحي فمات فلا قود، وإذا لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية^(٤).

(١) (على العامد) في إحدى الروايتين وهو المذهب وبه قال أكثر العلماء، لأنه يتمحض عمداً، وعن أحمد يقتص مطلقاً.

(٢) (البالغ) على الصحيح من المذهب وبه قال الحسن والأوزاعي وإسحق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قول الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى أن القود يجب على البالغ حكاه ابن المنذر وحكى ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي، وروي عن قتادة والزهرى وحماة.

(٣) (في أحد الوجهين) وهو المذهب وبه قال أصحاب الرأي، فعلى هذا يجب نصف الدية عليه في ماله على الصحيح من المذهب.

(٤) (نصف الدية) لأن فعله في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطيء.

لأبوة أو غيرها فالقود على الشريك^(١)، فإن عدل إلى طلب المال لزمه نصف الدية.

باب شروط القصاص

وهي أربعة: (عصمة المقتول) فلو قتل مسلم أو ذمي حربياً^(٢) أو مرتداً لم يضمنه

(١) (على الشريك) إذا اشترك الأب وغيره، فظاهر المذهب وجوب القصاص على شريك الأب وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور، وعن أحمد لا قصاص على واحد منهما وبه قال أصحاب الرأي.

(٢) (حربياً) لا نعلم فيه خلافاً ولا دية ولا كفارة لأنه مباح الدم على الإطلاق قال تعالى: ﴿اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾.

باب شروط القصاص

إذا قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه في حال جنونه ولو ثبت عليه حد زنا أو غيره بإقراره ثم جن لم يقيم حال جنونه^(١) أو القاتل لزان محصن ولو قبل ثبوته عند الحاكم فلا قود عليه ولا دية^(٢) ويعذر فاعل ذلك لافتاتته على الإمام ويقتل الكافر المسلم إلا أن يقتله وهو حربياً ثم يسلم فلا يقتل^(٣) وإن كان القاتل ذمياً قتل لنقضه العهد^(٤) ولو جرح مسلم ذمياً أو حر عبداً ثم أسلم المجروح أو عتق ومات فلا قود عليه دية حر مسلم في قول ابن حامد^(٥). ولو قتل من يظنه قاتل أبيه فلم يكن فعله القصاص ويؤخذ حر قتل ولده بالدية^(٦) إلا أن يكون ولده من رضاع أو زنا فيقتل

- (١) (حال جنونه) لأن رجوعه عن ذلك يمنع إقامته بخلاف القصاص.
- (٢) (ولا دية) ولو أنه مثله بعدم العصمة، وكذا قاتل حربياً أو مرتد قبل توبته ظاهراً.
- (٣) (فلا يقتل) لقوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يقتل قاتل حمزة.
- (٤) (لنقضه العهد) قطع به في الفروع وغيره، وعليه دية حر أو قيمة عبد إن كان المقتول المسلم عبداً.
- (٥) (في قول ابن حامد) وهو المذهب، لأن اعتبار الأرض بحال استقرار الجنانية، بدليل ما لو قطع يدي رجل ورجليه فيسرى إلى نفسه فعليه دية واحدة، ولو اعتبرنا حال الجنانية وجبت ديتان.
- (٦) (بالدية) في ماله كما تجب على الأجنبي لعموم الأدلة، وذكر في الشرح عن عمر أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه.

بقصاص ولا دية. الثاني التكليف فلا قصاص على صغير ولا مجنون^(١)، الثالث (المكافأة) بأن يساويه في الدين والحرية والرق، فلا يقتل مسلم بكافر^(٢) ولا حر بعبد^(٣) وعكسه يقتل، ويقتل الذكز بالأنتى والأنتى بالذكر^(٤). الرابع (عدم الولادة) فلا

(١) (ولا مجنون) لا خلاف بين أهل العلم في أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون، لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «رفع القلم عن ثلاثة النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق».

(٢) (بكافر) ذمي أو معاهد لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقتل مسلم بكافر» رواه البخاري وأبو داود.

(٣) (بعبد) هذا المذهب روي عن عمر وعلى وأبي زيد وابن الزبير وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وإسحق وأبو ثور: وقال سعيد بن المسيب والنخعي والثوري وأصحاب الرأي: أنه يقتل به لعموم الآيات والأخبار، ولنا ماروي أحمد عن علي؛ من السنة أن لا يقتل حر بعبد. وعن ابن عباس مثله، رواه الدارقطني.

(٤) (بالذكر) هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز =

الوالد به^(١) ومتى ورث ولده القصاص أو شيئاً منه سقط القصاص^(٢) أو قتل رجل أخوا زوجته فورثته ثم ماتت فورثها أو ورثها ولده لم يجب القصاص، ولو قتل أباه أو أخاه فورثه أخواه ثم قتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عن الأول ولو قتل أحد الابنين أباه والآخر أمه سقط القصاص عن الأول وله أن يقتص من أخيه ويرثه^(٣) وله قتل من وجده يفجر بأهله وظاهر كلام أحمد لا فرق بين كونه محصناً أو غيره^(٤) والحر

(١) (فيقتل الوالد به) هذا الصحيح من المذهب في ولده من الزنا، وقيل لا يقتل به وهو ظاهر كلام المصنف وكثير من الأصحاب.

(٢) (سقط القصاص الخ) لأنه لو لم يسقط لوجب للولد على الوالد وهو ممنوع.

(٣) (ويرثه) لأن القتل بحق لا يمنع الميراث إنما سقط القصاص عن قاتل الأب لأن القاتل الثاني وهو الأم ورث جزءاً من دم الأول وهو الثمن فلما قتل ورثه قاتل الأب ضرورة أن القاتل لا يرث سقط القصاص عن قاتل الأب لأنه ورث ثمن أمه فصار له جزء من دم نفسه وعليه سبعة أثمان ديتة لأخيه قاتل أمه لإرثه ذلك من أبيه.

(٤) (أو غيره) روي عن عمر وعلى وجزم به الشيخ لأنه ليس بحد وإنما هو عقوبة على فاعله، وقال الشافعي له قتله فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان الزاني محصناً. وللمالكية قولان في اعتبار أحصانه.

يقتل أحد الأبوين وإن علا بالولد وإن سفل^(١) ويقتل الولد بكل منهما^(٢).

باب استيفاء القصاص

- = ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وإسحق وغيرهم لعموم ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ وقد ثبت أن النبي ﷺ قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار.
- (١) (وإن سفل) هذا المذهب سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات، روي عن عمر بن الخطاب وبه قال ربيعة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد الولد بالولد» رواه أحمد وابن ماجه والترمذي، قال ابن عبد البر هو حديث مشهور عند أهل العلم والعراق مستفيض عندهم.
- (٢) (بكل منهما) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي، للآيات والأخبار وموافقة القياس.

المسلم يقاد به قاتله وإن كان مجدع الأطراف^(١).

باب استيفاء القصاص^(٢)

فلو قتلت أم صبي ليست زوجة لأبيه فالقصاص له، وليس لأبيه ولا لغيره استيفاءؤه^(٣)، وإذا وجب لصبي أو مجنون فلولي مجنون مع حاجة النفقة العفو على الدية دون الصبي^(٤). الوجه الثاني يجوز في الصبي للنفقة^(٥) وإن قتلا قاتل أبيهما أو قطعاً قاطعهما قهراً سقط حقهما^(٦) وإذا وجب القصاص لجماعة فاقص أحدهم

- (١) (الأطراف) معدوم الحواس والقاتل صحيح سوى الخلقة أو بالعكس.
- (٢) (استيفاء القصاص) وهو فعل مجنى عليه أو وليه بجان عامد مثل ما فعل أو شبهه.
- (٣) (استيفاءؤه) وبهذا قال الشافعي وهو المذهب، وعن أحمد للأب استيفاءؤه، وبه قال مالك وأبو حنيفة فعلى هذه الرواية له العفو على الدية. ولنا أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجه فلا يملك استيفاء القصاص له.
- (٤) (دون الصبي) هذا المذهب جزم به في الوجيز والمنور، لأن المجنون ليست له حالة معتادة تنتظر فيها إفاقة ورجوع عقله، بخلاف الصبي.
- (٥) (للفنقة) صححه القاضي والمؤلف والناظم وصاحب تجريد العناية.
- (٦) (سقط حقهما) هذا المذهب لأنه أتلف عين حقه فسقط حقه أشبه ما لو كان لهما ودیعة فأخذها قهراً.

يشترط له ثلاثة شروط: (أحدها) كون مستحقه مكلفاً، فإن كان صبيّاً أو مجنوناً لم يستوف^(١) وحبس الجاني إلى البلوغ والإفاقة^(٢)، (الثاني) اتفاق الأولياء المشتركين

- (١) (لم يستوف) لهما أب ولا وصي ولا حاكم، هذا المذهب وبه قال الشافعي لأن القصاص ثبت لما فيه من التشفى والانتقام ولا يحصل ذلك لمستحقه باستيفاء غيره.
- (٢) (والإفاقة) لأن معاوية حبس هدية بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل، وكان في عصر الصحابة ولم ينكر، وبذل الحسن والحسين وسعد بن العاص لابن المقتول سبع ديات فلم يقبلها.

بغير إذن الباقيين فلا قصاص عليه^(١) ولشركائه في تركة الجاني حقهم من الدية وترجع ورثة الجاني على المقتص بما فوق حقه^(٢) وإن عفا بعضهم ولو إلى الدية سقط القصاص^(٣) وللباقيين حقهم من الدية على الجاني^(٤) وإن كان العافي زوجاً أو زوجة^(٥) فإن قتله الباقيون عالمين بالعمو وسقوط القصاص فعليهم القود^(٦) وإلا فلا

- (١) (فلا قصاص عليه) لأنه شارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه قود.
- (٢) (حقه) هذا المذهب، كما لو أتلفه أجنبي أو عفا شريكه عن القصاص، والوجه الثاني يرجع على قاتل الجاني لأنه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه ويسقط عن الجاني، فعلى الأول لو كان الجاني أقل دية من المقتول. كأمراة قتلت رجلاً له إبنان فقتلها أحدهما بغير إذن الآخر فلآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل لأنه لا يستحق سوى نصف دمها وقد استوفاه.

(٣) (القصاص) إذا كان العافي مكلفاً؛ هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعي والثوري وروى معنى ذلك عن عمر.

(٤) (على الجاني) سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص.

(٥) (أو زوجة) وقال الحسن والزهري والليث والأوزاعي ليس للنساء عفو، والمشهور عن مالك أن القصاص موروث للعصبات خاصة اختارها الشيخ لأنه ثبت لدفع العار فاخص به العصبات كولاية النكاح، ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «أهله بين خيرتين وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله» وروى زيد بن وهب عن عمر رضي الله عنه أنه أتى برجل قتل فتيلاً فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي فقال عمر الله أكبر عتق القاتل، رواه أبو داود.

(٦) (القود) هذا المذهب، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور، وهو المشهور من مذهب الشافعي.

فيه على استيفائه وليس لبعضهم أن ينفرد به^(١)، وإن كان من بقى غائباً أو صغيراً أو
مجنوناً انتظر القدم والبلوغ والعقل^(٢). (الثالث) أن يؤمن في الاستيفاء أن يتعدى

- (١) (إن ينفرد به) لأنه يكون مستوفياً لحق غيره بغير إذنه فإن فعل عزز ولا قصاص وبه قال أبو
حنيفة وأحد قولي الشافعي. زوائد.
(٢) (والعقل) للمجنون، ومن مات منهما قام وارثه مقامه.

وعليهم دية^(١) وكل من ورث المال ورث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى
الزوجان وذوو الأرحام، ومن لا وارث له وليه الإمام إن شاء اقتص وإن شاء عفا^(٢) وإذا
اشترك جماعة في قتل واحد فعفا ورثته عنهم إلى الدية فعليهم دية واحدة^(٣) وإن
اقتص من حامل فألقته حياً وبقي خاضعاً ذليلاً زماناً يسيراً ثم مات ففيه دية كاملة^(٤)
وإن ألقته ميتاً أو حياً في وقت لا يعيش مثله ففيه غرة مع الكفارة^(٥) ولا يقام عليها
الحد في الطرف إلا بعد النفاس^(٦).

(فصل) ولا يستوفى إلا بحضرة سلطان، فإن استوفاه من غير حضرة سلطان وقع
الموقع^(٧) ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص في
النفس^(٨) وينظر إلى الولي فإن ادعى المعرفة ويقدر عليه أمكنه منه فإن ضرب عنقه

- (١) (ديته) أي القاتلين إذا قتله قبل العلم بالعمو، وبه قال أبو حنيفة، لأنه معتقد ثبوت حقه
مع أن الأصل بقاءه.
(٢) (عفا) هذا المذهب، لكن إن عفا إلى دية كاملة فالأصح جواز ذلك وإن عفا مجاناً
فالأصح ليس له ذلك لأن ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في ذلك وهذا قول أصحاب الرأي
إلا أنهم لا يرون العفو إلى مال برضاء الجاني.
(٣) (واحدة) وإن عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه منها.
(٤) (كاملة) إذا كان لوقت يعيش مثله وهو ابن ستة أشهر.
(٥) (الكفارة) لأنه قاتل نفس والضمان على المقتص من أمه، وقال أبو الخطاب على
السلطان الذي مكته من ذلك.
(٦) (بعد النفاس) وكانت قوية يؤمن تلفها ولا يخاف على الولد الضرر من تأثر اللبن وكذا
الجلد.
(٧) (الموقع) ويعزر لافتاتته بفعل ما منع فعله.
(٨) (في النفس) اختاره الشيخ لأن رجلاً أتى النبي ﷺ برجل يقوده بتسعة فقال إن هذا قتل
أخي فاعترف بقتله فقال النبي ﷺ. اذهب فاقتله. رواه مسلم.

الجاني. فإذا وجب على حامل أو حائل فحملت لم تقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبن^(١)، ثم إن وجد من يرضعه وإلا تركت حتى تطفمه^(٢)، ولا يقتصر منها في الطرف حتى تضع^(٣)، والحد في ذلك كالقصاص.

- (١) (اللبن) لأن الولد يتضرر بتركه وفي الغالب لا يعيش إلا به.
- (٢) (تطفمه) لحولين لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها، وإذا زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها» رواه ابن ماجه وهذا نص، ولأنه عليه الصلاة والسلام قال للغامدية المقررة بالزنا ارجعي حتى تضعي ما في بطنك ثم قال لها ارجعي حتى ترضيعه ولأن هذا إجماع من أهل العلم لا نعلم فيه خلافاً.
- (٣) (تضع) وإن لم تسقه اللبن.

فأبانه فقد استوفى وإلا أمره بالتوكيل وإن احتاج إلى أجره فمن مال الجاني^(١) ويخير الولي بين الاستيفاء بنفسه وبين التوكيل.

(فصل) ولا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف في إحدى الروايتين^(٢) والأخرى يفعل به كما فعل^(٣) ويدخل قود الطرف قبل برئه في قود النفس وكفى قتله، وإن قطع يده من مفصل أو غيره أو أوضحه فمات فعل به كفعله فإن مات وإلا ضربت عنقه^(٤) وإن قتله بمحرم لعينه كتجريع خمر ولواط قتل بالسيف رواية واحدة،

- (١) (الجاني) لأنها أجره لإيذاء ما عليه من الحقوق فكانت لازمة كأجرة الكيال، وذكر بعض أصحابنا أنه يرزق رجل من بيت المال يستوفى الحدود والقصاص.
- (٢) (في إحدى الروايتين) هذا المذهب وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد لأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الجملة وإتلافها، وقد أمكن هذا بضرب العنق.
- (٣) (فعل) وبه قال عمر بن عبدالعزيز ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور واختاره الشيخ وقال هذا أشبه بالكتاب والسنة والعدل لقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ وقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ولأن النبي ﷺ رض رأس اليهودي لرضه رأس الجارية الأنصارية بين حجرين، ولأن الله قال: ﴿والعين بالعين﴾ والأولى تقديم هذه على الرواية الأولى.
- (٤) (عنقه) في هذه المسألة طريقتان أحدهما أن فيها الروايتين المتقدمتين. والطريق الثاني أن يقتل هنا ولا يزداد على ذلك رواية واحدة وهو قول أبي بكر والقاضي وهو الصحيح من المذهب.

متن
الكتاب
الأول

(فصل) ولا يستوفى قصاص إلا بحضرة سلطان أو نائبه^(١) وآلة ماضية^(٢)، ولا يستوفى في النفس إلا بضرب العنق بالسيف^(٣) ولو كان الجاني قتله بغيره.

باب العفو عن القصاص

- مواضع
الكتاب
الأول
- (١) (أو نائبه إلخ) هذا المذهب مطلقاً وهو مذهب الشافعي، لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي.
- (٢) (وآلة ماضية) وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته» رواه مسلم.
- (٣) (بالسيف إلخ) هذا المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال لا وقود إلا بالسيف. رواه ابن ماجه قال أحمد ليس إسناده بجيد.

متن
الكتاب
الثاني

ولا يجوز في طرف إلا بسكين لثلا يحيف وإن زاد في الاستيفاء من الطرف فحكمه حكم الابتداء فعليه القصاص في الزيادة عمداً إلا أن يكون ذلك بسبب الجاني فلا شيء على المقتص وإن قطع بعض أعضائه^(١) ثم قتله بعد أن برئت الجراح فلولي القتل الخيار بين العفو وأخذ ديات الأعضاء ودية النفس وبين قتله وأخذ دية الأعضاء، وإن ظن ولي دم أنه اقتص في النفس فلم يكن وداواه أهله حتى بريء فإن شاء الولي دفع إليه دية فعله وقتله وإلا تركه^(٢) وإن قتل واحد اثنين فأكثر فاتفق أولياؤهم على قتله قتل لهم ولا شيء لهم سواه وإن تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال أقيد للأول وللباقيين دية قتلهم وإن قتل رجلاً وقطع طرف آخر قطعه طرفه أولاً ثم قتل لولي المقتول بعد الاندمال، ولو اقتص الجاني من نفسه جاز^(٣).

باب العفو عن القصاص^(٤)

- مواضع
الكتاب
الثاني
- (١) (أعضائه إلخ) مثل أن قطع يديه ورجليه فبرئت جراحته ثم قتله فقد استقر حكم القطع بالبرء.
- (٢) (تركه) ولم يتعرض له، قال في الفروع: وهذا قضاء عمر وعلي ويعلى بن أمية ذكره أحمد.
- (٣) (جاز) وهو الصحيح جزم به في الوجيز والمنور. والثاني لا يجوز صححه في النظم.
- (٤) (عن القصاص) أجمعوا على جواز العفو عن القصاص وأنه أفضل، وكان القصاص حتماً على اليهود وحرم عليهم العفو، وكان النبي ﷺ لا يرفع إليه أمر فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو، رواه الخمسة إلا النسائي.

يجب بالعمد القود أو الدية فيخير الولي بينهما^(١) وعفوه مجاناً أفضل^(٢)، فإن اختار القود أو عفا عن الدية فقط فله أخذها الخ^(٣) والصلح على أكثر منها، وإن اختارها أو عفا مطلقاً^(٤) أو هلك الجاني فليس له غيرها^(٥)، وإذا قطع إصبعاً عمداً

(١) (بينهما) لحديث أبي هريرة مرفوعاً «من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين إما أن يؤدي وإما أن يقاد» متفق عليه، وعن ابن عباس قال كان القصاص في بني إسرائيل ولم يكن فيها الدية فأنزل الله تعالى الآية: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى - إلى قوله - فمن عفى له من أخيه شيء﴾ قال ابن عباس أن يقبل الدية في العمد رواه البخاري.

(٢) (أفضل) لقوله تعالى: ﴿وإن تعفوا أقرب للتقوى﴾ وحديث أبي هريرة مرفوعاً «ما عفا رجل عن مظلمة إلا زاده الله عزاء» رواه أحمد ومسلم والترمذي.

(٣) (أخذها الخ) أي الدية لأن القصاص أعلى فإذا اختاره لم يمتنع عليه.

(٤) (مطلقاً) بأن قال عفوت ولم يقيده بقصاص ولا دية فله الدية لانصراف العفو إلى القصاص لأنه المطلوب الأعظم.

(٥) (غيرها) أي الدية من تركة الجاني.

واختار الشيخ أن العفو لا يصح في قتل الغيلة لتعذر الاحتراز كالقتل مكابرة، وذكر القاضي وجهاً في قاتل الأئمة يقتل حداً لأن فساده أعظم من المحارب. وقال الشيخ العدل نوعان أحدهما هو الغاية وهو العدل بين الناس، والثاني ما يكون الإحسان أفضل منه وهو عدل الإنسان بينه وبين خصمه من الدم والمال والعرض فإن استيفاء حقه عدل والعفو إحسان، والإحسان هنا أفضل لكن هذا الإحسان لا يكون إحساناً إلا بعد العدل وهو أن لا يحصل بالعفو ضرر^(١) وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه، وإن أحب العفو عنه إلى مال فله ذلك لا مجاناً^(٢) وإن قلنا الواجب القصاص عيناً صح عفوه عنه مجاناً^(٣) وإن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة فعفا عن القصاص ثم سرى إلى نفس فلوليه القصاص^(٤) وإن

(١) (ضرر) فإذا حصل منه ضرر كان ظلماً من العافي إما لنفسه وإما لغيره فلا يشرع قاله في الإنصاف وهذا عين الصواب.

(٢) (لا مجاناً) لأن المال واجب وليس له إسقاطه إذا قلنا الواجب أحد شيئين القصاص أو الدية، وفي المنتهى وغيره يصح مجاناً لأن الدية لم تتعين وقاله في المغنى.

(٣) (مجاناً) لأنه لم يجب إلا القود وقد أسقطه، هذا معنى كلامه في الكافي والشرح.

(٤) (القصاص) لأنه لا يصح العفو عن قود مالا قود فيه.

من
الكتاب
الأول

فعفا عنها^(١) ثم سرت إلى الكف أو النفس وكان العفو على غير شيء فهدر^(٢) وإن كان العفو على مال فله تمام الدية، وإن وكل من يقتص ثم عفا فاققص وكيله ولم يعلم فلا شيء عليهما^(٣)؛ وإن وجب لرفيق قود أو تعزير قذف فطلبه وإسقاطه إليه^(٤) فإن مات فلسيده.

- هوامش
الكتاب
الأول
- (١) (عفا) أما القصاص فلا يجب وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وحكى عن مالك أنه يجب. ولنا على مالك أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الأولياء.
- (٢) (فهدر) هذا قدمه في المقنع وتبعه بعضهم لأنه لم يجب بالجنابة شيء فسرايتها أولى، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وزوائد.
- (٣) (فلا شيء عليهما) هذا المذهب، لأن الموكل محسن بالعفو وما على المحسنين من سبيل ولا على الوكيل لأنه لا تفریط منه وفيه وجه يضمن بناء على أن الوكيل ينزل بعزل الموكل قبل علمه فعليه يرجع به على الموكل على الأصح لأنه غره، والأخرى لا يرجع به.
- (٤) (إليه) لأنه مختص به والقصد منه التشفى وليس له إسقاط المال.

من
الكتاب
الثاني

مات القاتل وجبت الدية في تركته^(١) ومن قطع طرفاً عمداً كإصبع فعفا عنه ثم سرت إلى عضو آخر أو إلى النفس فلا قصاص وله الدية إلا أُرش الجرح الذي عفا عنه^(٢) وإن عفا مجروح عن جنايته وما يحدث منها صح ولم يضمن السراية، فإن كان عمداً لم يضمن شيئاً^(٣) وإن كان خطأ اعتبر خروجهما من الثلث وإلا سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث، وإن وصى لقاتله بالدية فهي وصية لقاتل تصح في إحدى الروايتين وتعتبر من الثلث^(٤) وإن أبرأ القاتل من الدية الواجبة على العاقلة لم

- هوامش
الكتاب
الثاني
- (١) (في تركته) هذا الصحيح من المذهب لأنه تعذر استيفاء القصاص من غير إسقاط فوجبت الدية، واختار الشيخ أنه يسقط بموته وقتله.
- (٢) (عنه) وهو المذهب وبه قال الشافعي وقدمه في المعنى والشرح ونصره وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة لأن الجنابة صارت نفساً وحقه في النفس لا فيما عفا عنه، وإنما سقط القصاص للشبهة.
- (٣) (شيئاً) ولم يعتبر خروج ذلك من الثلث لأن الواجب القود أو أحد شيئين فلم يتعين إسقاط أحدهما.
- (٤) (من الثلث) وبه قال مالك والثوري وأصحاب الرأي، ونحوه قال عمر بن عبدالعزيز والأوزاعي وإسحق لأن الوصية ههنا بمال.

باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس^(١)

من أقيد بأحد في النفس أقيد به في الطرف والجروح^(٢)، ومن لا فلا^(٣). ولا يجب إلا بما يوجب القود في النفس^(٤)، وهو نوعان: أحدهما في (الطرف) فتؤخذ

(١) (فيما دون النفس) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم أن النفس بالنفس﴾ — إلى قوله — والجروح قصاص».

هوامش
الكتاب
الأول

(٢) (والجروح) لما روى أنس بن مالك أن الربيع أخت أنس بن النضر عمه أنس بن مالك كسرت ثنية جارية فطلبوا إليها العفو فأبوا فعرضوا الارش فأبوا، فأتوا رسول الله ﷺ فأبوا إلا القصاص فأمرهم النبي ﷺ بالقصاص، فقال أنس بن النضر يا رسول الله اتكسر ثنية الربيع؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيته. فقال رسول الله ﷺ: يا أنس كتاب الله القصاص، فرضى القوم فعفوا، فقال رسول الله ﷺ «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره» متفق عليه.

(٣) (ومن لا فلا) كالمسلم بالكافر والحر بالعبد والأب بالولد فلا يقاد به في طرف ولا جرح لعدم المكافأة.

(٤) (القود في النفس) وهو العمد المحض.

يصح^(١) ويصح قول مجروح ابرأتك أو أحللتك من دمي أو قتلى معلقاً بموته^(٢).

متن
الكتاب
الثاني

باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس^(٣)

وهو نوعان أحدهما في الطرف، ومن لا يجري بينهما القصاص في النفس لا يجري بينهما في الطرف^(٤) ولا قود إلا في عمد محض^(٥) وأما الأمن من الحيف

(١) (لم يصح) وكذا العبد الذي يتعلق إرشها بربقته، وإن أبرأ العاقلة والسيد صح.

(٢) (بموته) بأن يقول إن مت فأنت بريء من دمي أو وهبتك دمي إن مت فلو بريء بقي حقه.

(٣) (دون النفس) أي الأطراف والجراح، وأجمعوا على وجوب القصاص فيما دون النفس إذا أمكن.

(٤) (الطرف) كالأب مع ابنه ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم، وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور واسحق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا قصاص بين مختلفي البدل.

(٥) (في عمد محض) خلافاً لأبي بكر وأبي موسى في شبه العمد.

هوامش
الكتاب
الثاني

من
الكتاب
الأذن
العين والأنف والأذن والسن والجفن والشفة واليد والرجل والإصبع والكف والمرفق
والذكر والخصية والإلية^(١) والشفر^(٢) كل واحد من ذلك بمثله^(٣)، وللقصاص في
الطرف شروط: (الأول) الأمن من الحيف بأن يكون القطع من مفصل، أو له حد

هوامش
الكتاب
الأذن
(١) (والإلية) في أحد الوجهين وهو المذهب، وهو ظافر مذهب الشافعي، والثاني لا قصاص
فيهما قال في الإنصاف وهو الصواب واختاره القاضي.

(٢) (والشفر) بضم الشين، وهو المذهب وهو أحد اللحمين المحيطين بالرحم كإحاطة
الشفتين بالقم.

(٣) (بمثله) قال تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾.

من
الكتاب
الثاني
فشرط لجواز الاستيفاء بأن يكون القطع من مفصل أو له حد ينتهي إليه فإن قطع
القصبة أو قطع من نصف الساعد أو الساق فلا قصاص^(١) وله الدية ولا أرش
للباق^(٢) ولا قود في اللطمة ونحوها لأن المماثلة غير ممكنة، وتقلع عين الشاب بعين
الشيخ المريضة وأذن السميع بأذن الأصم ومن قطعت أذنه ونحوها قصاصاً فألصقتها
فالتصقت فطلب المجني عليه أبانتها لم يكن له ذلك^(٣) وتؤخذ السن — ربطها
بذهب أولاً — بالسن ممن قد نغر، فإن لم يكن أنغر لم يقتص من الجاني في
الحال^(٤) فإن عاد مثلها في موضعها على صفتها فلا شيء عليه، وإن أوضح إنساناً
فذهب ضوء عينه أو سمعه أو شمه فإنه يوضحه فإن ذهب وإلا استعمل ما
يذهبه^(٥) وإن ذهب ذلك بشجة لا قود فيها مثل أن تكون دون الموضحة، أو لطمه

هوامش
الكتاب
الثاني
(١) (فلا قصاص) في أحد الوجهين وهو المذهب لأن رجلاً ضرب آخر بالسيف على ساعده
فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي ﷺ فأمر له بالدية فقال إني أريد القصاص
قال خذ الدية بارك الله فيها. رواه ابن ماجه.

(٢) (للباق) صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز لثلا يجمع في عضو واحد بين دية
وحكومة. والثاني: بلي.

(٣) (لم يكن له ذلك) لأنه استوفى القصاص، قطع به في المغني والشرح. والمنصوص أنه
يقاد ثانياً واقتصر عليه في الفروع وقدمه في المحرر.

(٤) (في الحال) لأنه لا قود ولا دية لما يرجى عوده من عين ومنفعة في مدة تقولها أهل
الخبرة.

(٥) (استعمل ما يذهبه) من غير أن يجنى على حدقه أو أذنه أو أنفه، فإن لم يذهب سقط
القود إلى الدية.

ينتهي إليه كمارن الأنف وهو مالان منه. (الثاني) المماثلة في الاسم والموضع. فلا تؤخذ يمين يسار ولا يسار يمين^(١) ولا خنصر بينصر ولا أصلى بزائد ولا عكسه، ولو تراضيا لم يجز^(٢). (الثالث) استوائها في الصحة والكمال فلا تؤخذ صحيحة بشلا، ولا كاملة الأصابع بناقصة، ولا عين صحيحة بعائمة^(٣)، ويؤخذ عكسه ولا أرش^(٤).

- (١) (يمين) لأن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ إحداها بالأخرى وكذا ما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجفنين والشفقتين.
- (٢) (لم يجز) وهذا بلا نزاع، لأن ما لا يجوز أخذه قصاصاً لا يجوز بتراضيهما، لأن الدماء لا تستباح بالإباحة والبذل، وكذا لو بذلها ابتداء لم يحل له أخذها.
- (٣) (بعائمة) وهي التي بياضها وسوادها صافيان غير أن صاحبها لا يبصر بها قاله الأزهرى.
- (٤) (ولا أرش) هذا المذهب اختاره أبو بكر والمصنف والشارح، لأن الأشل كالصحيح في الخلقة وإنما نقص في الصفة.

فاذهب ذلك لم يجز أن يفعل به كما فعل^(١). الثاني المماثلة في الاسم والموضع^(٢) ولو قطع أنملة رجل العليا وقطع الوسطى من تلك الإصبع من آخر لم يكن له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقل أنملته وبين أن يبصر حتى تقطع العليا ثم يقتصر من الوسطى ولا يؤخذ شيء من ذلك بما يخالفه، فإن فعل^(٣) فقطع يسار جان من له قود في يمينه أو يمين جان من له قود في يساره بتراضيهما أو قطعها تعدياً أو خنصراً بينصر أو قال أخرج يمينك فأخرج يساره^(٤) أجزأ على كل حال^(٥). الثالث استوائهما في الصحة والكمال فلا يؤخذ لسان ناطق بأخرس ولا ذكر فحل

- (١) (كما فعل) لأن المماثلة فيها غير ممكنة، لكن يعالج بما يذهب ذلك فإن لم يذهب انتقل إلى الدية.
- (٢) (والموضع) هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي.
- (٣) (فعل الخ) هذا المذهب اختاره أبو بكر وغيره وحزم به في الوجيز، لأن القود سقط في الأولى بإسقاط صاحبها وفي الثانية بإذن صاحبها.
- (٤) (يساره) عمداً أو خطأ أو ظناً أنها تجزى، قال في الإنصاف هذا المذهب ولم يبق قود ولا ضمان.
- (٥) (حال) هذا المذهب اختاره أبو بكر وغيره، وسواء قطعها عالماً أو جاهلاً، وقال ابن حامد إن أخرجها عمداً لم تجز ويستوفى من يمينه بعد اندمال اليسار، ومذهب الشافعي قريب من هذا.

(فصل) النوع الثاني (الجراح)، فيقتصر في كل جرح ينتهي إلى عظم، كالموضحة وجرح العضد والساق والفخذ والقدم^(١)، ولا يقتصر في غير ذلك من الشجاج والجروح^(٢) غير كسر سن، إلا أن يكون أعظم من الموضحة — كالهاشمة

- (١) (والقدم) في قول أكثر أهل العلم وهو المنصوص عن الشافعي لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾.
(٢) (والجروح) كالجائفة لعدم أمن الحيف والزيادة.

بذكر خصي وعنين^(١) ويحتمل أن يؤخذ بهما^(٢) أو يؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح وبمثله وظفر كسن في انقلاع وعود، وإن قطع بعض لسانه أو مارنه أو شفته أو ذكره أو أذنه أخذ بمثله^(٣).

(فصل) النوع الثاني الجراح، ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف، فإن كان الجرح موضحة أو شبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك لحديث «إن الله كتب الإحسان على كل شيء»، ولا يستوفى إلا من له علم بذلك^(٤)، وأما دون الموضحة فروي عن مالك أن القصاص يجب في الدامية والباضعة والسحاق، ونحوه عن أصحاب الرأي، والمذهب خلافه، ولا قصاص في المأمومة ولا في الجائفة. ويعتبر الجرح بالمساحة فلو أوضح إنساناً في بعض رأسه مقدار ذلك البعض جميع رأس الشجاج وزيادة كان له أن يوضحه في جميع رأسه. وفي الأرش للزائد وجهان^(٥)، وإذا أراد أن يقتصر من موضحة أو شبهها فيعلم طولها وعرضها بخشبة أو خيط ثم يضعها على رأس الشجاج ويعلم طرفيه ثم يأخذ حديدة عرضها

- (١) (وعنين) هذا المذهب اختاره أبو بكر والشريف وأبو الخطاب في خلافهما وصححه المصنف والشارح وبه قال مالك.
(٢) (بهما) هذا رواية وبه قال الشافعي، لأنهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان، وإنما علم الإنزال لذهاب الخصية والعنة لعله في الظهر.
(٣) (بمثله) بالأجزاء كنصف وثلث وربيع وأخذ منه مثل ذلك لا بالمساحة.
(٤) (بذلك) كالجرائح وما أشبهه ممن له خبرة بذلك.
(٥) (وجهان) أحدهما له الأرش اختاره ابن حامد وصححه في الرعايتين والمنور وبه قال الشافعي، والثاني لا يلزمه أرش للزائد صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز والإقناع وبه قال أبو حنيفة.

والمنقلة والمأمومة — فله أن يقتص موضحة، وله أرش الزائد^(١). وإذا قطع جماعة طرفاً أو جرحوا جرحاً يوجب القود^(٢) فعليهم القود^(٣)، وسراية الجناية مضمونة في النفس فما دونها^(٤) وسراية القود مهدورة^(٥)، ولا يقتص من عضو وجرح قبل برئه^(٦)

- (١) (الزائد) فيأخذ بعد اقتصاصه من موضحة في هاشمة خمساً من الإبل وفي منقلة عشرأ وفي مأمومة ثمانية وعشرين وثلاثاً ويعتبر قدر الجرح بالمساحة دون كثافة اللحم.
- (٢) (يوجب القود) ولم تتميز أفعالهم كأن وضعوا حديده على يد وتحاملوا عليها حتى بانت.
- (٣) (فعليهم القود) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال الحسن والزهري والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر: لا تقطع يدان بيد واحدة وهي الرواية الأخرى، ولنا ما روي أن شاهدين شهدا عند علي على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاء بآخر فقلا هذا هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الأول وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما.
- (٤) (فما دونها) لاختلاف في أنها مضمونة لأنها أثر جناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها، ثم إن سرت إلى النفس وجب القصاص.
- (٥) (مهدورة) وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي وإسحق وأبو يوسف وابن المنذر. وروي عن أبي بكر وعمر وعلي.
- (٦) (قبل برئه) هذا قول أكثر أهل العلم منهم النخعي وأبو حنيفة ومالك وأبو ثور، وروي عن عطاء والحسن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته فجاء إلى النبي ﷺ فقال أفدني فقال حتى تبرأ، ثم جاء إليه فقال أفدني فأفاده، ثم جاء إليه فقال يا رسول الله عرجت، فقال لقد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك، ثم نهى رسول الله ﷺ أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه» رواه الدارقطني. ولأن الجرح لا يدري أيؤدي إلى القتل أو لا فيجب أن ينظر ليعلم ما حكمه.

كعرض الشجة فيضعها في أول الشجة ويجرها إلى آخرها^(١).

(فصل) وإن اشترك جماعة في قطع طرف أو جرح موجب للقصاص فعليهم القصاص، وإن تفرقت أفعالهم أو قطع كل إنسان من جانب فلا قصاص رواية واحدة^(٢)، وسراية الجناية مضمونة بالقصاص أو الدية فلو قطع إصبعاً فتأكلت أخرى

- (١) (آخرها) ولا يراعى العمق لأن حده العظم ولو روعي لتعذر الاستيفاء لأن الناس يختلفون في قلة اللحم.
- (٢) (رواية واحدة) لأن كل واحد لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها، وبه قال الشافعي.

كما لا تطلب له دية^(١).

كتاب الديات^(٢)

هوامش
الكتاب
الأدب

- (١) (دية) قبل برئه لاحتمال السراية، فإن اقتص قبل فسرايتها هدر.
- (٢) (الديات) الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع، قال تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فحرير رقية مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾، وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمر بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه «وفي النفس مائة من الإبل» رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه، قال ابن عبد البر: وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

هوامش
الكتاب
الثاني

إلى جانبها وسقطت من مفصل أو تأكلت اليد وسقطت من الكوع وجب القصاص في ذلك^(١) وإن شل^(٢) ففيه دية دون القصاص، وسراية القود غير مضمونة فلو قطع اليد قصاصاً فسرى إلى النفس فلا شيء على القاطع^(٣) ويحرم أن يقتص من طرف قبل برئه. وعن أحمد لا يحرم^(٤).

كتاب الديات

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (في ذلك) وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن «وقال أكثر الفقهاء لا قصاص في الثانية وتجب ديتها.
- (٢) (وإن شل الخ) فسد وزهبت حركته إذا قطع إصبعاً فثلت إل جانبها أخرى وجب الأرش في الشلاء وبهذا قال مالك والشافعي، قالوا يجب الأرش في الثانية التي ثلثت والقصاص في الأولى، وقال أبو حنيفة لا قصاص فيهما ويجب أرشهما جميعاً، ويجب الأرش في ماله ولا تحمله العاقلة لأنها جناية عمد.
- (٣) (على القاطع) وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كمال الدية في ماله، وقال غيره على عاقلته. ولنا أن عمر وعلياً قالوا: من مات في حد أو قصاص لا دية له الحق قتله. رواه سعيد بمعناه.
- (٤) (لا يحرم) وبه قال الشافعي لما روى جابر «أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته فقال يارسول الله إفدني قال حتى تبرأ فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعييت رجل المستفيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال له النبي ﷺ: ليس لك شيء إنك عمجت» رواه سعيد مرسلًا. ولنا أن ما روى جابر أن النبي ﷺ نهى أن يستقاد من جرح حتى يبرأ =

كل من أتلّف إنساناً بمباشرة أو سبب لزمته ديته، فإن كانت عمداً محضاً ففي مال الجاني^(١) حالة^(٢)، وشبه العمد^(٣) والخطأ على عاقلته^(٤)، وإن غصب حراً

(١) (الجاني) قال النبي ﷺ: «لا يجني جان إلا على نفسه» وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده ابنك هذا قال نعم قال أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه. وإنما خولف هذا الأصل في قتل الحر المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع قيام عذره تخفيفاً عنه ورفقاً به، والعامد لا عذر له.

(٢) (حالة) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: تجب في ثلاث سنين لأنها دية آدمي.

(٣) (وشبه العمد إلخ) في ظاهر المذهب وبه قال الشافعي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال ابن سيرين والزهري وأبو ثور وابن شبرمة هو على القاتل في ماله، واختاره أبو بكر بن عبد العزيز، وهذا يجب أن يكون مذهب مالك لأن شبه العمد عنده من باب العمد. ولنا ما روى أبو هريرة قال «اقتلت امرأتان من هذيل — إلى قوله — فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها» متفق عليه.

(٤) (على عاقلته) عاقلة الجاني مؤجلة عليهم، روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم =

وهي جمع دية^(١) وهي المال المؤدى^(٢) إلى مجني عليه أو وليه. كل من أتلّف إنساناً مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً أو مهادناً لزمته ديته^(٣) وشبه العمد والخطأ وما جرى مجراه على عاقلته لا يلزم القاتل شيء منها^(٤) وتجب مؤجلة^(٥) فأما الكفارة ففي

المجروح. وحديث عمرو بن شعيب وفيه «ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه» وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة.

(١) (دية) مخففة وأصلها ودى والهاء. بدل من الواو وكالعدة من الوعد والزنة من الوزن يقال وديت القتيل إذا أعطيت ديته وائتديت إذا أخذت الدية.

(٢) (المودى) شرعاً كالخلق بمعنى المخلوق وهي ثابتة بالإجماع وفي الخبر «في النفس مائة من الإبل».

(٣) (ديته) أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة، وهذا يقتضيه الأصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف.

(٤) (منها) وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: هو كواحد من العاقلة ولنا أن النبي ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها وهذا يقتضي أنه قضى عليهم بجمعها.

(٥) (مؤجلة) لا نعلم فيه خلافاً، واقتضت الحكمة أن دية الخطأ على العاقلة لأنها تكثر فتجحف في مال الجاني فكانت على العاقلة على سبيل المواساة.

صغيراً فنهشته حية أو أصابته صاعقة أو مات بمرض^(١) أو غل حراً مكلفاً وقيده فمات بالصاعقة أو الحية وجبت الدية فيهما^(٢).

و به قال الشعبي والنخعي وعبيد الله بن عمر ومالك والشافعي وإسحق وأبو ثور وابن المنذر وقد روي عن عمر وعلى أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان إجماعاً ودية الخطأ على العاقلة لا نعلم فيه خلافاً، وقد ثبت الأخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة: وأجمع أهل العلم على القول به.

(١) (أو مات بمرض) وجبت الدية، جزم به في الوجيز. وعنه لا دية عليه أي في صورة الموت بالمرض فقط، قال الحارثي وعن ابن عقيل لا يضمن، ولم يفرق بين المرض والصاعقة وهو الحق.

(٢) (فيهما) على الصحيح من المذهب لأنه هلك في حال تعديه بحبسه.

مال القاتل لا يدخلها تحمل^(١) وإن حفر في فئائه بئراً أو وضع حجراً أو رمى قشر بطيخ في طريق أو صب فيها ماء فتلف به إنسان وجب ضمانه^(٢) وإن بالت فيها دابته ويده عليها فتلف بها حيوان وجب ضمانه^(٣) وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يد له على ذلك ولا يمكنه التحرز منه^(٤) وإن حفر بئراً ووضع آخر حجراً فعثر به إنسان فوقع في البئر فالضمان على واضع الحجر^(٥) وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده، وعن أحمد الضمان عليهما^(٦) ولو حفر

(١) (تحمل) وقال أصحاب الشافعي تكون في بيت المال في أحد الوجهين لأنها تكثر.

(٢) (ضمانه) هذا المذهب مطلقاً، وقال في الترغيب إن رشه لذهاب الغبار فمصلحة عامة كحفر بئر في سابلة وفيه روايتان.

(٣) (وجب ضمانه) هذا المذهب سواء كان راكباً أو سائقاً أو قائداً لأنه تلف من جهة دابته التي يده عليها.

(٤) (التحرز منه) قاله المصنف والشارح وصاحب الفروع، قال في الإنصاف وهو الصواب.

(٥) (الحجر) وكذا لو نصب سكيناً فالضمان على ناصب السكين دون الحافر لأنه لم يقصد به القتل لمعين فكان واضع الحجر كالدافع.

(٦) (عليهما) قال في الفروع فيخرج منه ضمان المتسبب كما اختاره ابن عقيل وغيره، ومحل الخلاف إذا تعديا بفعل ذلك، أما إن تعدى أحدهما فالضمان عليه وحده. وقال به الشافعي في ضمان الدافع وحده.

(فصل) وإذا أدب الرجل ولده^(١) أو سلطان رعيته أو معلم صبيه ولم يسرف لم يضمن ما تلف به ولو كان التأديب لحامل فأسقطت جنيئاً ضمنه المؤدب، وإن (١) (ولده إلخ) هذا المذهب لأنه فعل ماله فعله شرعاً ولم يتعد فيه.

إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به فلا ضمان على الحافر^(١). (فصل) وإن اصطدم نفسان فعل عاقلة كل واحد منهما دية الآخر^(٢) وقيل نصفها وهذا هو العدل لأنه هلك بفعل نفسه وفعل صاحبه فهدر فعل نفسه، وإن كانا راكبين فماتت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر^(٣) وإن كان أحدهما يسير والآخر واقفاً فعلى السائر ضمان الواقف ودابته إلا أن يكون في طريق ضيق فلا ضمان فيه، وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فديتهما على الذي أركبهما في ماله^(٤) وإن اصطدمت امرأتان فماتتا فكل جليل وإن أسقطت كل واحدة منهما جنيئاً فعلى كل واحدة نصف ضمان جنيئها ونصف جنين صاحبها وعلى كل واحدة عتق ثلاث رقاب^(٥) وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر إنساناً فعلى

- (١) (الحافر) لأنه لا عدوان منه إذا دخل بغير إذنه، وإن دخل بإذنه والبئر ظاهرة مكشوفة والداخل بصير فلا ضمان على الحافر، وإن كان أعمى أو في ظلمة فوقع فيها ضمنه، وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي.
- (٢) (دية الآخر) سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ، وروي عن علي رضي الله عنه، لأن الصدمة لا تقتل غالباً.
- (٣) (قيمة دابة الآخر) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وصاحبه وإسحاق لأن العاقلة لا تحملها، وقال مالك والشافعي على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر لأن التلف حصل بفعلها، وقدم في الرعاية إن غلبت الدابة راكبها بلا تفریط لم يضمن وجزم به في الوجيز والترغيب والحاوي الصغير. ولنا أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه، إذا ثبت هذا فإن قيمة الدابتين إن تساوتا تقاصا وسقطا، وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة.
- (٤) (في ماله) وهو الصحيح من المذهب اختاره ابن عبدوس وقدمه في الفروع، فإن كان له ولاية مع مصلحتها فكما لو كانا بالغين عاقلين على ما تقدم، والوجه الثاني على عاقلته جزم به في الوجيز وغيره.
- (٥) (ثلاث رقاب) واحدة لقتل صاحبها واثنان لمشاركتهما في الجنين وإن أسقطت إحداهما =

طلب السلطان امرأة لكشف حق الله أو استعدى عليها رجل بالشرط في دعوى له فأسقطت ضمنه السلطان والمستعدى^(١). ولو ماتت فزَعاً لم يضمنا^(٢)، ومن أمر

(١) (والمستعدى) لما روي أن عمر بعث إلى امرأة مغبية كان يدخل عليها فقالت يا ويلها مالها ولعمر فبينما هي في الطريق فزعت فضرها الطلق وألقت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات، واستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال مؤدب، وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هোক فما نصحوا لك إن ديتك عليك لأنك أفرعتها فألقتك. فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك.

(٢) (لم يضمنا) السلطان في الأول والمستعدى في الثانية لأن ذلك ليس بسبب لهلاكها في العادة جزم به في الوجيز، وعنه أنهما ضامنان لها كجنيها لهلاكها وهو المذهب كما في الزوائد والإنصاف وغيره.

عاقلة كل واحد ثلث ديتك، وإن قتل أحدهم سقط فعلى نفسه، وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية^(١) ويتعلق الضمان بالرامي لا من وضع الحجر وأمسك الكفة^(٢) وإن جنى إنسان على نفسه أو طرفه خطأ فلا دية له^(٣) وعنه على عاقلته ديتك لورثته ودية طرفه لنفسه^(٤) وإن نزل رجل بئراً فخر عليه آخر فمات الأول من سقطته فعلى عاقلته

= دون الأخرى اشتركا في ضمانه وعلى كل واحدة منهما عتق رقبتين.

(١) (ثلثا الدية) هذا هو المذهب جزم به القاضي في المجرد والمصنف في العمدة وبه قال الشافعي وقد روي نحوه عن علي في مسألة القارصة والقامصة والواقصة قال الشعبي: وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فركبت إحداهن على عنق الأخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك إلى علي فقضى بالدية أثلاثاً على عواقلهن وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها، وكما لو مات من جراحتهم وجراحة نفسه، وفيه وجه ثالث أن عليها كمال الدية.

(٢) (الكفة) هذا المذهب كمن أوتر القوس وقرب السهم.

(٣) (فلا دية له) هذا المذهب قياساً على العمد لأن العمد لا شيء له إجماعاً وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة ومالك والشافعي والثوري وأصحاب الرأي، لأن عامر بن الأكواع رجع سيفه عليه يوم خيبر فقتله ولم يتقل أن النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبينها النبي ﷺ.

(٤) (لنفسه) نص عليه في رواية ابن منصور وأبي طالب وهو من المفردات، وبه قال الأوزاعي =

شخصاً مكلفاً أن ينزل بئراً أو يصعد شجرة فهلك به لم يضمه، ولو أن الأمر

ديته^(١)، وإن كان الأول جذب الثاني وجذب الثاني الثالث فلا شيء على الثالث وديته على الثاني^(٢) ودية الثاني على الأول ودية الأول نصفها يقابل فعل نفسه فيلغو ونصفها على عاقلة الثاني والثالث. وإن خر رجل في زبية أسد فجذب آخر وجذب الثاني ثالثاً وجذب الثالث رابعاً فقتلهم فالقياس أن دم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثاني وعلى عاقلة الثاني دية الثالث وعلى عاقلة الثالث دية الرابع^(٣).

= وإسحق، وهو ظاهر كلام الخرقى لما روي أن رجلاً ساق حماراً فضره بعضاً كانت معه فطارت منها شظية فأصابته عينه فقأتها فجعل عمر بن الخطاب ديته على عاقلته وقال: يد من أيدي المسلمين لم يصيبها اعتداء على أحد، ولم نعرف له مخالفاً في عصرهم، والأول أصح في القياس.

(١) (ديته) هذا المذهب وبه قال ابن الزبير وشريح والنخعي والشافعي وإسحق، لما روي علي بن رباح اللخمي أن رجلاً كان يقود أعمى فوقاً في بئر وخر البصير فوق الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فإن مات الثاني بوقوعه على الأول فدمه هدر لأنه مات بفعله، وإن سقط ثالث فمات الأول من سقطتهما فديته على عاقلتهما ودية الثاني على عاقلة الثالث ودم الثالث هدر، هذا إذا كان الوقوع هو الذي قتله فإن كان البئر عميقاً يموت الواقع بمجرد وقوعه فيه فلا ضمان على أحد.

(٢) (على الثاني) في أحد الوجهين هذا المذهب جزم به في الوجيز ومنتخب الأدمي لأنه هو الذي جذبته وباشره بذلك والمباشرة تقطع حكم السبب وفي الثاني على الأول والثاني نصفين صححه في التصحيح.

(٣) (دية الرابع) ولا شيء عليه لأنه لم يفعل شيئاً وهذا المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في المحرر والفروع وفيه وجه آخر أن دية الثالث على عاقلة الأول والثاني نصفين ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثاً لأن جذب الثاني للأول سبب في جذب الثالث وجذب الثالث سبب لإتلاف الرابع، وقد روى حنش الصنعاني «أن قوماً من أهل اليمن حفرُوا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانياً وجذب الثاني ثالثاً ثم جذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد، فرفع ذلك إلى علي فقال: للأول ربع الدية لأنه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لأنه هلك فوقه إثنان وللثالث نصف الدية لأنه هلك فوقه واحد. وللرابع كمال الدية وقال: إني أجعل الدية على من حضر رأس البئر، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال هو كما قاله رواه سعيد بن منصور فذهب أحمد إلى ذلك توقيفاً على =

سلطان^(١) كما لو استأجره سلطان أو غيره.

(١) (سلطان) هذا المذهب لعدم إكراهه، والوجه الثاني يضمنه اختاره القاضي في المحرر لأنه يخاف إذا خالفه وهو مأمور بطاعته.

(فصل) ومن اضطر إلى طعام إنسان غير مضطر أو شرا به فطلبه منه فمنعه إياه حتى مات بذلك ضمنه المطلوب منه بديته في ماله^(١) فإن لم يطلبه المضطر لم يضمنه. ومن أمكنه إنجاء آدمي أو غيره من هلكة كماء ونحوه فلم يفعل حتى هلك لم يضمن^(٢) ولو أخذ منه ترساً يدفع به عنه ضرباً أو ما يدفع به صائلاً قتل فضمنه.

(فصل) ومن أضرع إنساناً أو ضربه فأحدث بغائط^(٣) أو بول ونصر أحمد أو ربح ولم يدم فعله ثلث ديته، وعنه لا شيء عليه^(٤) ومن أسقطت بطلب سلطان أو تهديده لحق الله أو غيره أو ماتت بوضعها أو فرعاً أو ذهب عقلها ضمن السلطان^(٥) وضمن المستعدي ما كان بسببه، قال في المغنى: وإن كانت ظالمة فاحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها^(٦) وإن سلم ولده إلى السابح ليعلمه ففرق لم يضمنه

= خلاف القياس. وقد ذكر بعض أهل العلم أن هذا الحديث لا يثبت أهل النقل وأنه ضعيف والقياس ما قلناه فلا نتقل عنه إلى مالا ندري ثبوته ولا معناه. قال ابن القيم: والصواب أنه مقتضى القياس والعدل لأن الجناية إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون إلى آخر كلامه.

(١) (في ماله) لما روي أن رجلاً أتى أهل أبيات فاستقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر ديته حكاه أحمد في رواية ابن منصور وقال أقول به، قال القاضي وأبو الخطاب في رؤس مسائله ولم يعرف له مخالف، ولا تحمله العاقلة في ظاهر كلام أحمد لأن مانع الطعام تعمد الفعل الذي يقتل غالباً، وقال القاضي تكون على عاقلته.

(٢) (لم يضمن) لأنه لم يتسبب لهلاكه بخلاف التي قبلها.

(٣) (بغائط) هذا المذهب وبه قال إسحق لأن عثمان قضى بثلث الدية قال أحمد لا أعرف شيئاً يدفعه وقضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف.

(٤) (لا شيء عليه) وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وجزم به في الوجيز وصححه الناظم لأن الدية إنما تجب لإتلاف ونحوه ولم يوجد.

(٥) (السلطان إلخ) هذا المذهب ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال لا يضمن المرأة.

(٦) (أن لا يضمنها) لأنه استوفى حقه كالقصاص، ويضمن جنينها لأنه تلف بفعله، وكلام المغنى والشرح في المستعدي لا في السلطان.

باب مقادير ديات النفس

دية الحر المسلم مائة بعير أو ألف مثقال ذهباً أو إثنا عشر ألف درهم فضة أو مائتا

إذا لم يفرط السابح، وإن وضع جرة على سطح فرمتها الريح على إنسان فتلف لم يضمه^(١) ولو دفع الجرة حال نزولها عن وصولها إليه لم يضم ما تلف به.

باب مقادير ديات النفس

أصل الدية خمس: الإبل والبقر والغنم والذهب والفضة إذا أحضر من عليه الدية شيئاً منها لزم قبوله وفي الحلل روايتان^(٢) أو قدرها مائتا حلة من حلل اليمن كل حلة بردان. وعنه أن الإبل هي الأصل^(٣) وهذه أبدال منها، فإن قدر على الإبل وإلا انتقل إليها^(٤)، وعنه في الإبل تجب ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها^(٥) ويؤخذ من البقر النصف مسنات والنصف أتبعه ومن الغنم النصف ثانياً

- (١) (لم يضمه) هذا المذهب مطلقاً لأنه وضعها في ملكه ولو متطرفة وقيل يضم إن وضعها متطرفة جزم به في الوجيز.
- (٢) (روايتان) إحداهما ليست أصلاً، وهذا المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في الفروع لأنها تختلف ولا تنضب، والأخرى أصلاً اختارها القاضي وأصحابه وهي من المفردات لما في حديث عمر وعلى أهل الحلل مائتا حلة رواه أبو داود.
- (٣) (الأصل) قال ابن منجا هي الصحيحة من حيث الدليل، وقال الزركشي هي أظهر دليلاً ونصره لقول رسول الله ﷺ في قتل السوط والعصا مائة من الإبل، ولأنه فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الإبل.
- (٤) (انتقل إليها) فله العدول إلى ألف دينار أو إثني عشر ألف درهم وهذا قول الشافعي في القديم، وقال في الجديد تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت.
- (٥) (أولادها) روى عن عمر وزيد والمغيرة وأبي موسى وبه قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاعوا قتلوا وإن شاعوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وما صولحوا عليه من ذلك فهو لهم رواه الترمذي وقال حسن غريب، وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال ألا إن قتل الخطأ شبه العمد السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها. رواه أحمد وأبو داود، والمذهب ما في الزاد. ووجه المذهب ما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أربعاً خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة =

من
الكتاب
الأزلي

بقرة أو ألفاشاة هذه أصول الدية فأبها أحضر من تلزمه لزم الولي قبوله^(١)، ففي قتل
العمد وشبهه خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس

مواهب
الكتاب
الأزلي

(١) (قبوله) هذا المذهب وهذا قول عمر وطاوس وعطاء والفقهاء السبعة، وبه قال الثوري وابن
أبي ليلى ومالك وأبو يوسف، لأن عمرو بن حزم روى أن النبي ﷺ كتب إلى أهل
اليمن «أن في النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار» رواه النسائي وعن
ابن عباس قال: «قتل رجل رجلاً على عهد رسول الله ﷺ فجعل النبي ﷺ دية إثني
عشر ألفاً» وعن عطاء عن جابر قال: «فرض رسول الله ﷺ في الدية على أهل الإبل
مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة»، رواه أبو داود وعن
عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال: إن الإبل قد غلت قال تقوم =

من
الكتاب
الثاني

والنصف أجدعة^(١) وتؤخذ من الحلل المتعارف فإن تنازعا فيها جعلت قيمة كل حلة
ستين درهماً ودية المرأة نصف دية الرجل^(٢) وتساوي جراحها جراحه إلى ثلث
الدية^(٣)، فإذا زادت صارت على النصف، وأما الثلث ففيه روايتان عدم المساواة^(٤)،

مواهب
الكتاب
الثاني

= وخمساً وعشرين بنت لبون وخمساً وعشرين بنت مخاض» كما في الزاد.
(١) (أجدعة) لأن دية الإبل من الأسنان المقدرة في الزكاة فكذلك في البقر والغنم وللمساواة
عن الإجحاف.

(٢) (نصف دية الرجل) أجمع أهل العلم على ذلك، ذكره ابن المنذر وابن عبد البر.

(٣) (إلى ثلث الدية) هذا المذهب وهو من المفردات، روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وبه
قال سعيد ابن المسيب وعمر بن عبدالعزيز وعروة والزهري وقتادة وربيعه وحكي عن
الشافعي في القديم، وعن أحمد المرأة في الجراح على النصف من جراح الرجل مطلقاً
كالزائد على الثلث، وروي ذلك عن عكرمة وابن سيرين وبه قال الثوري والليث أبي ليلى
وابن أبي شبرمة وأبو حنيفة وأصحابه وأبو نور والشافعي في ظاهر مذهبه واختاره ابن
المنذر. ولنا ماروي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «عقل المرأة مثل عقل
الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها» رواه النسائي وهو نص يقدم على ما سواه. وقال ربيعة
قلت لسعيد بن المسيب كم في إصبع المرأة قال عشر قلت ففي إصبعين قال عشرون،
قلت ففي ثلاث قال ثلاثون قلت ففي أربع قال عشرون قال فقلت لما عظمت مصيبتها
قل عقلها، قال هكذا السنة يا ابن أخي: وهذا يقتضي سنة رسول الله ﷺ.

(٤) (عدم المساواة) وهو المذهب، لقوله حتى تبلغ الثلث وحتى للغاية، والأخرى المساواة
وهي أولى قاله في الإنصاف واختاره الشريف وأبو الخطاب.

وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة، وفي الخطأ تجب أخماساً ثمانون من الأربعة المذكورة وعشرون من بني مخاض^(١)، ولا تعتبر القيمة في ذلك^(٢). بل السلامة. ودية

= على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق إثني عشر ألفاً وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة، رواه أبو داود.

(١) (من بني مخاض) هذا المذهب وبه قال ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عمر ابن عبد العزيز والزهري والليث وربيعة ومالك والشافعي هي أخماس إلا أنهم جعلوا مكان بني مخاض بني لبون. وعن ابن مسعود مرفوعاً «دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بني مخاض» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه.

(٢) (في ذلك إلخ) هذا المذهب فمتى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها سواء قلت قيمتها أو كثرت وبه قال الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل وهو مطلق فتقيده بقيمة البعير مائة وعشرين يخالف إطلاقه، وقول عمر في حديثه إن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق إثني عشر ألفاً دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك.

ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى^(١).

(فصل) ودية الكتاني نصف دية المسلم إن كان ذمياً أو معاهداً أو مستأمناً^(٢) وعنه ثلث ديته إلا أنه رجع عنها^(٣) ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه^(٤) ودية العبد والأمة قيمتها بالغة ما بلغت^(٥) وفي جراحه إن لم يكن مقدراً من الحر ما نقصه بغير

(١) (ونصف دية أنثى) وكذا جراحه هذا قول أصحاب الرأي، وعند الشافعي الواجب دية أنثى لأنها اليقين وما زاد مشكوك فيه.

(٢) (أو مستأمناً) لاشتراكهم في حقن الدم، وأما الحرى فهدر. (٣) (رجع عنها) روي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم وبه قال سعيد بن المسيب والشافعي وجمع.

(٤) (فلا ضمان فيه) لأنه لا عهد له ولا أمان أشبه الحرى، وعند أبي الخطاب إن كان ذا دين ففيه دية أهل دينه وإلا فلا شيء فيه وهو مذهب الشافعي.

(٥) (بالغة ما بلغت) أجمع أهل العلم على أن في العبد الذي لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته بالغة ما بلغت وإن بلغت دية الحر وزادت، فذهب أحمد في المشهور عنه إلى أن فيه قيمته سواء ضمن بالجناية أو باليد، وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن

=

الكتابي نصف دية المسلم^(١)، ودية المجوسي والوثني ثمانمائة درهم^(٢)، ونساؤهم على النصف كالمسلمين^(٣). ودية قن قيمته^(٤)، وفي جراحه ما نقصه بعد البرء^(٥)

- (١) (المسلم) هذا المذهب وبه قال عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «دية الكتابي نصف دية المسلم» رواه أحمد وأبو داود بإسناده، وهذا هو الصحيح عن عمرو بن شعيب.
- (٢) (ثمانمائة درهم) هذا المذهب، أما المجوسي فهي قول الأكثر منهم عمر وعثمان وابن مسعود وسعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعي وإسحق.
- (٣) (كالمسلمين) لأن في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل.
- (٤) (قيمه) بالغة ما بلغت عمداً كان أو خطأ لأنه متقوم. وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والزهري ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحق.
- (٥) (بعد البرء) قال أحمد إنما نأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس لأن ضمانه ضمان الأموال.

خلاف، وإن كان مقدرًا في الحر فهو مقدر في العبد من قيمته^(١) وعنه أنه يضمه مما نقص مطلقاً^(٢) وإذا قطع خصيتي عبد أو أنفه وأذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل ملكه عنه^(٣).

(فصل) وإن سقط الجنين حياً ثم مات ففيه دية حر إن كان حراً وقيمه إن كان مملوكاً إن كان سقوطه لوقت يعيش مثله وإلا فحكمه حكم الميت^(٤)، وإن مات

- = عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي والأوزاعي وإسحق وأبي يوسف وعن أحمد لا يبلغ بها دية الحر هذا إذا ضمن بالجناية وإن ضمن باليد مثل أن يغصب عبد فيموت في يده فإن قيمته تجب وإن زادت على دية الحر. ولنا أنه مال متقوم فيضمن بكامل قيمته.
- (١) (من قيمته) ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته، هذا المذهب وروري عن علي.
- (٢) (مطلقاً) اختارها الخلال والمصنف والشارح والشيخ.
- (٣) (ولم يزل ملكه عنه) هذا مبني على الرواية الأولى، وأما على الرواية الثانية فإنه يلزمه ما نقص.
- (٤) (حكم الميت) ففيه غرة قيمتها خمس من الإبل موروثه عنه وبه قال المزني. وقال الشافعي فيه دية كاملة.

ويجب في الجنين^(١) ذكراً كان أو أنثى عشر دية أمه غرة^(٢) وعشر قيمتها إن كان مملوكاً، وتقدر الحرة أمة^(٣)، وإن جنى رقيق خطأ أو عمداً لا قود فيه، أو فيه قود

- (١) (في الجنين) إذا سقط ميتاً بجناية على أمه عمداً أو خطأ.
- (٢) (غرة) عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل إذا كان حراً مسلماً، لقضائه عليه الصلاة والسلام في جنين التي قتلت وما في بطنها موروثاً عنه.
- (٣) (وتقدر الحرة أمة) هذا المذهب، ويؤخذ عشر قيمتها، وبه قال الحسن ومالك والشافعي وإسحق وابن المنذر، ويعتبر تقويم الحرة الحامل برقيق يوم الجناية عليها، وهذا منصوص الشافعي، وفيه وجه حين أسقطت.

ذمي بدارنا عن حامل ثم جنى عليها فأسقطته ففيه غرة وتقدر مسلمة^(١) وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً وتعنتق ربة^(٢) ولو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة ولا يرث منها شيئاً ويعتق ربة وإن لم يجد الغرة وجبت قيمتها من أحد الأصول في الدية^(٣) فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ومن عبد ما استحسن فلا ذمة لهم وفي نسخة فلا دية لهم^(٤) وإنما تحقن دماؤهم بالأمان.

(فصل) وظاهر كلام الخراقي أن الدية لا تغلظ بالقتل في الحرم والإحرام ولا في الأشهر الحرم ولا في الرحم المحرم وهو ظاهر الآيات والأخبار^(٥) وقال أصحابنا تغلظ

- (١) (وتقدر مسلمة) اعتباراً بصفة الجنين لأنه مسلم على قاعدة مذهبنا أن من مات بدار الإسلام وله ولد غير بالغ فهو مسلم تبعاً للدار، كما أن الأمة إذا كان ولدها حراً لغرر أو شرط أو اعتاقه وحده تقدر حرة لتكون بصفة الجنين.
- (٢) (وتعتق ربة) وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما، وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنابتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها وتكون الغرة لسائر ورثته لأن القاتل لا يرث من المقتول شيئاً وعليها عتق ربه كما قدمنا.
- (٣) (من أحد الأصول في الدية) لأن الخيرة للجاني في دفع ما شاء من الأصول الخمسة.
- (٤) (فلا دية لهم) فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسى لأنها أقل الديات فلا تنقص عنها، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل مناكحته فأشبهه المجوسى قال في الإقناع وقد أخبرت عن قوم بآخر بلاد السودان لا يفقهون ما يقال لهم من غيرهم وحينئذ فهؤلاء لم تبلغهم الدعوة اهـ.

(٥) (والأخبار) وبه قال الحسن والشعبي والنخعي وأبو حنيفة وابن المنذر وعمر بن عبدالعزيز =

واختير فيه المال، أو أتلف مالا بغير إذن سيده تعلق ذلك برقبته^(١) فيخير سيده بين أن يفديه بأرث جنايته أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه أو يبيعه ويدفع ثمنه^(٢).

- مواهب
الكتاب
الأزرق
- (١) (برقبته) لأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فالعبد أولى، ولا يمكن تعليقها بذمية لأنه يفضي إلى إلغائها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد لأنه لم يجز فتعين تعليقها برقبة العبد كالقصاص.
- (٢) (ويدفع ثمنه) لأن حق المجني عليه لا يتعلق بغير رقبة الجاني

مناقب
الكتاب
الثاني

دية النفس لا الطرف في قتل الخطأ في هذه المواضع^(١) فيزداد لكل واحد ثلث الدية^(٢) وإن قتل مسلم كافراً عمداً أضعفت عليه الدية لإزالة القود كما حكم عثمان^(٣) وذهب جمهور العلماء إلى أن دية الذمي في العمد والخطأ واحدة لعموم الأخبار.

مواهب
الكتاب
الثاني

= وروي عن الفقهاء السبعة لأن النبي ﷺ قال «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» ولم يزد على ذلك. وعلى أهل الذهب ألف مثقال، قال ابن المنذر. وليس بثابت ما روي عن الصحابة في هذا ولو صح ففعل عمر في حديث قتادة المدلجي أولى وهو مخالف لغيره فيقدم.

(١) (هذه المواضع) وهو المذهب لا حرم المدينة لما روي أن امرأة وطئت في طواف ففضى عثمان فيها بستة آلاف وألفين تغليظاً للحرم. وعن ابن عباس «أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال دية اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف» وعن ابن عمر أنه قال «من قتل في الحرام أو ذا رحم في الشهر الحرام فعليه دية وثلاث، وتقدم قول ابن المنذر.

(٢) (ثلث الدية) فيه مسائل: (١) تغلظ الدية في حرم مكة وهذا المذهب وهو من المفردات (٢) تغلظ بالإحرام والأشهر الحرم وهو المذهب وهو من المفردات (٣) الرحم المحرم اختاره القاضي وأصحابه وأبو بكر وهو من المفردات. وعنه لا تغلظ به وهو المذهب ومفهومه أن غير المحرم لا تغلظ به.

(٣) (كما حكم عثمان) هذا المذهب، لما روى عبد الرزاق ومعمر عن الزهري عن سالم عن أبيه أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار فذهب أحمد إليه، وله نظائر في مذهبه فإنه أوجب على الأعرور إذا قلع عين صحيح مماثلة لعينه دية كاملة لما درأ عنه القصاص، وأوجب على سارق الثمر المعلق مثلى قيمته لما درأ عنه القطع.

باب ديات الاعضاء ومنافعها

من أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد كالأنف واللسان والذكر ففيه دية النفس^(١)، وما فيه منه شيان كالعينين والأذنين والشفيتين واللحيين وثدي المرأة

(١) (دية النفس) على التفصيل السابق لحديث عمرو بن حزم مرفوعاً وفي الذكر والأنف إذا عيب جدعا الدية وفي اللسان الدية، رواه أحمد والنسائي واللفظ له. وسئل الشيخ عن =

(فصل) وإن جنى العبد بإذن سيده أو أمره فداه بأرشها كله^(١) وإن جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص فإن عفا أحدهما تعلق حق الباقيين بجميع العبد^(٢).

باب ديات الأعضاء ومنافعها

وفي الظفر خمس دية الأصبع، وفي كل سن خمس من الإبل^(٣) والأضراس^(٤) والأنياب كالأسنان وإنما تجب إذا قلعت ممن قد أثمر^(٥) ويحتمل أن يجب في جميعها دية واحدة^(٦) وتجب دية اليد والرجل في قطعها من الكوع والكعب^(٧) فإن

(١) (بأرشها كله) قال أحمد إذا أمر غلامه فجنى فعليه ما جنى وإن كان أكثر من ثمنه.
(٢) (بجميع العبد) هذا المذهب لأن سبب استحقاقه موجود وإنما امتنع ذلك لمزاحمة الآخر وقد زال.

(٣) (خمس من الإبل) هذا المذهب روي عن عمر وابن عباس لحديث عمرو بن حزم وفي السن خمس من الإبل، رواه أحمد وأبو داود والنسائي.

(٤) (والأضراس الخ) لما روى أبو داود بإسناد صحيح عن ابن عباس مرفوعاً «الأصابع سواء والأسنان سواء الثنية والضرس هذه وهذه سواء»، رواه البزار وهذا نص.

(٥) (أثمر) سقطت روضه، يحترز بذلك من الصغير الذي لم يثمر فإنه لا يجب لقلعها شيء في الحال وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً لأن العادة عود سنه فينتظر فإن مضت مدة يبئس من عودها وجبت ديتها.

(٦) (دية واحدة) وهو رواية عن أحمد وعن سعيد بن المسيب أنه قال لو كنت إماماً لجعلت في الأضراس بعيرين بعيرين فتلكت الدية سواء رواه مالك، وعن عطاء نحوه، قال المصنف والشارح يتعين حمل الرواية عن أحمد على مثل قول سعيد بن المسيب للإجماع أن في كل سن خمس من الإبل وورد الحديث به.

(٧) (والكعب) لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف إليها لأن الله لما أمر بقطع يد السارق والسارقة كان الواجب قطعهما من الكوع.

وتندوتي الرجل واليدين والرجلين والإليتين والأنثيين وإسكتى المرأة ففيهما الدية، وفي أحدهما نصفها^(١)، وفي المنخرين ثلثا الدية، وفي الحاجز بينهما ثلثها^(٢) وفي الأُجفان الأربعة الدية^(٣)، وفي كل جفن ربعها، وفي أصابع اليدين كأصابع الرجلين

= رجل ضرب رأس رجل فادعى المضروب أنه قد أذهب ضوء إحدى عينيه وجفف خياشيمه وأحرس لسانه من الضربة فقال: هذا المضروب يقام مستقبل الشمس فإن لم يطرف فهو صادق، ويشم الحراق فإن لم يؤثر عليه فهو صادق، ويغرز لسانه بإبرة فإن سال منه دم أسود فهو صادق اهـ.

- (١) (نصفها) وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً.
- (٢) (ثلثها) هذا المذهب وبه قال إسحق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة.
- (٣) (الأربعة إلخ) هذا المذهب وعليه الأئمة.

قطعها من فوق ذلك لم يزد على الدية في ظاهر كلامه^(١) وفي شلل العضو أو ذهاب نفعه وتسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته^(٢) وفي العضو الأشل حكومة^(٣) وعنه ثلث ديته^(٤) وإن قطع أنفه فذهب شمه أو أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان^(٥) وسائر الأعضاء إذا أذهبها بمنفعتها لم يجب إلا دية واحدة^(٦) كالعين إذا قلعت فذهب

- (١) (في ظاهر كلامه) هذا، وبه قال عطاء وقتادة وابن أبي ليلى وهو قول بعض أصحاب الشافعي، وقال القاضي: في الزائد حكمة وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه. ولنا أن اليد اسم للجميع إلى المنكب بدليل قوله: ﴿وأيديكم إلى المرافق﴾.
- (٢) (ديته) على الصحيح من المذهب، وعنه في تسويد السن ثلث ديتها، وقال أبو بكر حكومة.
- (٣) (حكومة) من اليد والرجل والذكر ونحوه، هذا المذهب لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لعدم المنفعة فيه.
- (٤) (ديته) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال «قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة لمكانها ثلث الدية، واليد الشلاء إذا قطع ثلث ديتها» رواه النسائي وإسناده ثقات، وإخراجه في العين وحدها وهو قول عمر رضي الله عنه.
- (٥) (ديتان) أما أولاً فلأن الشم من غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر، وأما ثانياً فلأن السمع من غير الأذن كالبصر مع الأُجفان والنطق مع الشفتين.
- (٦) (واحدة) لأن نفعها فيها فدخلت ديته في ديتها ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها =

وفي كل إصبع عشر الدية^(١) وفي كل أنملة ثلث عشر الدية^(٢)، والإبهام مفصلان،
وفي كل مفصل نصف عشر الدية كدية السن^(٣).

(فصل) وفي كل حاسة دية كاملة، وهي، السمع، والبصر، والشم، والذوق^(٤) وكذا

- (١) (عشر الدية) لحديث ابن عباس مرفوعاً «دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل لكل أصبع» رواه الترمذي وصححه.
- (٢) (ثلث عشر الدية) لأن في كل أصبع ثلاثة مفاصل.
- (٣) (كدية السن) أي في كل سن خمس هذا المذهب، وقد روي عن عمر بن الخطاب وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعروة وعطاء وطاوس والزهري ومالك والثوري والشافعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن لخبر عمرو بن حزم مرفوعاً «في السن خمس من الإبل» رواه النسائي فيكون في جميعها مائة وستون بغيراً لأنها اثنان وثلاثون سنأ.
- (٤) (والذوق) لحديث «وفي السمع الدية» ولقضاء عمر في رجل ضرب رجلاً فاذهب سمعه وبصره ونكاحه وعقله بأربع ديات، والرجل حي.

ضوؤها لم يجب إلا دية واحدة^(١).

(فصل) وفي كل حاسة دية كاملة^(٢) وفي نقص شيء من ذلك وإن علم بقدره وإلا فحكومة وإن اختلف في ذهاب بصره أرى أهل الخبرة وقرب الشيء إلى عينه في أوقات غفلته، وفي ذهاب سمعه أو شمه أو ذوقه صحيح به في أوقات غفلته وتتبع الرائحة المنتنة وأطعم الأشياء المرة فإن ظهر منه ما يدل على خلاف قوله وإلا فالقول قوله مع يمينه، وفي الصعر الدية^(٣) وهو أن يجني عليه فيصير وجهه في جانب^(٤).

= فوجبت دية العضو دون المنفعة كما لو قلعه لم يجب إلا ديته وكما لو قلع لسانه فذهب ذوقه وكلامه.

- (١) (دية واحدة) لأن ضوءها فيها.
- (٢) (كاملة) قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر.
- (٣) (وفي الصعر الدية) رواه مكحول عن زيد بن ثابت ولا يعرف له مخالف.
- (٤) (في جانب) ولا يعود فلا يقدر على النظر أمامه ولا يمكنه لي عنقه. وأصل الصعر داء يأخذ البعير في عنقه قال: «ولا تصعر خدك للناس» أي تعرض عنهم بوجهك تكبيراً، وإن كان أدنى من ذلك فحكومة.

متن
الكتاب
الأذن

في الكلام والعقل^(١)، ومنفعة المشي والأكل والنكاح، وعدم استمسك البول والغائط^(٢). وفي كل واحدة من الشعور الأربعة الدية^(٣)، وهي: شعر الرأس، واللحية، والحاجبين، وأهداب العينين^(٤). فإن عاد فثبت سقط موجب، وفي عين الأعور الدية كاملة^(٥). وإن قلع الأعور^(٦) عين الصحيح المماثلة لعينه الصحيحة عمداً فعليه دية

مواشر
الكتاب
الأذن

(١) (والعقل إلخ) لا نعلم فيه خلافاً، وروي عن عمر وزيد، وفي كتاب عمرو بن حزم «وفي العقل الدية».

(٢) (والغائط) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ولا نعلم فيه خلافاً، غير ابن أبي موسى ذكر رواية فيه ثلث الدية.

(٣) (الدية) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والثوري، وممن أوجب في الحاجبين الدية سعيد ابن المسيب وشريح والحسن، وروي عن علي وزيد بن ثابت، وعن أحمد في كل شعر من ذلك حكومة كالشارب وبه قال مالك والشافعي واختاره ابن المنذر لأنه اتلاف جمال من غير منفعة. ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجبت ديته كأذن الأصم وأنف الأخرس.

(٤) (وأهداب العينين) وفي حاجب نصفها وفي هذب ربعها.

(٥) (الدية كاملة) هذا المذهب وبه قال الزهري ومالك والليث وإسحق. وقال عبد الله بن مغفل والنخعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي: فيها نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفي العين خمسون من الإبل» وقوله: «وفي العينين من الدية». ولنا أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر قضوا في عين الأعور بالدية ولا نعلم لهم مخالفاً في الصحابة فيكون إجماعاً قال في الشرح: ولولا ما روي عن الصحابة لكان القول الآخر أولى لظاهر النص والقياس على ذهاب سمع إحدى الأذنين فإنهم لم يوجبوا في الباقية من الأذنين دية كاملة.

(٦) (الأعور إلخ) أما إذا قلع الأعور عين صحيح لا تماثل لعينه الصحيحة أو قلع المماثلة =

متن
الكتاب
الناسي

(فصل) ولا تجب دية الجرح حتى يندمل، ولا تجب دية سن وظفر ولا منفعة حتى يبئس من عودها وإن جنى على سنه اثنان واختلفاً فالقول قول المجني عليه في قدر ما أتلّف كل واحد منهما وإن قلع الجفن بهدبه لم يجب إلا دية واحدة وإن قلع اللحيين بما عليهما من الأسنان فعليه دية الأسنان^(١) وإنما تجب دية

مواشر
الكتاب
الناسي

(١) (ودية الأسنان) فلا تدخل دية الأسنان في دية اللحيين بخلاف أصابع اليدين لأن الأسنان ليست متصلة باللحيين وإنما هي مغروزة فيها بخلاف الأصابع، وأيضاً كل من اللحيين =

كاملة ولا قصاص^(١). وفي قطع يد الأقطع نصف الدية كغيره^(٢).

باب الشجاج وكسر العظام

الشجة الجرح في الرأس والوجه خاصة^(٣)، وهي عشر: الحارصة، وهي التي

= خطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا نعلم فيه خلافاً، وعن مالك في إحدى الروايتين عليه نصف الدية حتى في العمد.

(١) (ولا قصاص) في قول عمر وعثمان ولا نعرف لهما مخالفاً من الصحابة، لأن القصاص يفرض إلى استيفاء جميع بصر الأعور وهو إنما أذهب بعض بصر الصحيح فيكون المستوفى أكثر من جنايته.

(٢) (كغيره) أي غير الأقطع وكذلك رجله، ولو قطع يد صحيح أقيد بها بشرطه.

(٣) (الشجة) باعتبار تسميتها المنقولة عن العرب، فإن كان في غيرها سمي جرحاً لا شجة.

الشعر إذا أزاله على وجه لا يعود، وإن قطع كفاً بأصابعها لم يجب إلا دية اليد، وإن قطع كفاً عليه بعض الأصابع دخل ما حاذى الأصابع في ديتها وعليه أرش باقي الكف.

(فصل) وإن قلع الأعور عين صحيح عمداً خير بين قلع عينه ولا شيء له غيرها وبين الدية^(١).

باب الشجاج وكسر العظام

منها خمس لا مقدر فيها^(٢)، وعنه في البازلة بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفي السمحاق أربعة أبعرة^(٣).

= والأسنان ينفرد باسم واللحيان يوجدان قبل وجود الأسنان ويبقيان بعد قلعهما بخلاف الكف مع الأصابع.

(١) (وبين الدية) لأن عينه فيها دية كاملة لقضاء عمر وعثمان وعلي وابن عمر رضي الله عنهم زاد: وأكثر أهل العلم على أن له القصاص ونصف الدية للعين الأخرى وهذا مقتضى الدليل قاله في الشرح.

(٢) (لا مقدر فيها) وهو المذهب كما في الزاد وبه قال أكثر الفقهاء.

(٣) (أربعة أبعرة) اختارها أبو بكر، وحكى الشيرازي عن ابن أبي موسى أنه اختار ذلك في السمحاق لأن ذلك يروى عن زيد بن ثابت. وروى عن علي في السمحاق مثل ذلك رواه =

تحرص الجلد أي تشقه قليلاً ولا تدميه. ثم البازلة الدامية الدامعة، وهي التي يسيل منها الدم. ثم الباضعة، وهي التي تبضع اللحم. ثم المتلاحمة، وهي الغائصة في اللحم. ثم السمحاق، وهي ما بينها وبين العظم قشرة رقيقة، فهذه الخمس^(١) لا مقدر فيها، بل حكومة، وفي الموضحة — وهي ما توضح العظم وتبرزه — خمسة أبعرة^(٢). ثم الهاشمة، وهي التي توضح العظم وتهشمه^(٣) وفيها عشرة أبعرة. ثم المنقلة — وهي ما توضح العظم وتهشمه وتنقل عظامها — وفيها خمسة عشر من

- (١) (الخمس إلخ) هذا المذهب وبه قال أكثر الفقهاء، وزوي عن عمر بن عبد العزيز ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، لأنه لا توقيف فيها في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراح بقية البدن.
- (٢) (خمسة أبعرة) لحديث عمرو بن حزم «وفي الموضحة خمس من الإبل» وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «في المواضع خمس خمس» رواه الخمسة.
- (٣) (وتهشمه إلخ) روى عن زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف في عصره من الصحابة وبه قال قتادة والعنبري والشافعي.

(فصل) فإن عمت الموضحة الرأس ونزلت إلى الوجه فموضحتان في أحد الوجهين^(١) وموضحة المرأة كموضحة الرجل عند أحمد^(٢) وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه سواء^(٣) وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه

= سعيد عنهما. وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحة، والصحيح الأول لأنها جراحات لم يرد فيها توقيف في الشرع فالواجب فيها حكومة كجراحات البدن. قلت هذا من العجب فكيف يحتجون بقضاء الصحابة في عين الأعور بالدية وفيما إذا قلع الأعور عين صحيح مماثلة لعينه الصحيحة عمداً بسقوط القصاص ووجوب الدية كاملة مع مخالفته للأحاديث، ولا يحتجون به هنا مع عدم ورود ما يخالفه.

- (١) (في أحد الوجهين) وهو الصحيح من المذهب لأنه أوضحه في عضوين.
- (٢) (عند أحمد) لأن المرأة تساوي جراحها جراح الرجل إلى ثلث الدية، وعند الشافعي على النصف.

- (٣) (سواء) في ظاهر المذهب، روي ذلك عن أبي بكر وعمر وبه قال شريح ومكحول والشعبي والنخعي والزهرري وربيعه وأبو حنيفة والشافعي وإسحق. وعن أحمد أن موضحة الوجه عشرة أبعرة لأن شينها أكثر وبه قال سعيد بن المسيب. ولنا عموم الأحاديث ولا عبرة بكثرة الشين.

الإبل^(١)، وفي كل واحدة من المأمومة^(٢) والدامغة ثلث الدية. وفي الجائفة ثلث الدية، وهي التي تصل إلى باطن الجوف^(٣). وفي الضلع^(٤) وكل واحدة من الترقوتين بعير^(٥)، وفي كسر الذراع وهو الساعد الجامع لعظمي الزند^(٦) والعضد، والفخذ والساق إذا جبر ذلك مستقيماً بعيران^(٧). وما عدا ذلك من الجراح وكسر العظام ففيه

(١) (من الإبل) بإجماع أهل العلم حكاه ابن المنذر، ولأن كتاب عمرو بن حزم «وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل».

(٢) (المأمومة إلخ) وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ، وهي جلدة فيها الدماغ تحوطه وتجمعه، وأرأسها ثلث الدية في قول عامة أهل العلم لما في حديث عمرو بن حزم «وفي المأمومة ثلث الدية» وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك، وروي عن علي نحوه، وفي الدامغة وهي التي تخرق الجلدة ما في المأمومة لأنها أبلغ من المأمومة.

(٣) (الجوف) وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث. وفي كتاب عمرو «وفي الجائفة ثلث الدية» وعن ابن عمر مثل ذلك، والجائفة ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره. وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا في الجوف.

(٤) (وفي الضلع إلخ) هذا المذهب إذا جبر: مستقيماً لقول عمر: وفي الضلع جمل.

(٥) (بعير) لقول عمر: في الترقوة جمل، هذا المذهب وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وإسحق وهو قول للشافعي، والمشهور من قوله عند أصحابه أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة، وهو قول مسروق وأبي حنيفة ومالك وابن المنذر، لأنه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة. ولنا قول عمر. والترقوة العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف، ولكل واحد ترقوتان.

(٦) (الزند) وفي كل يد زندان أحدهما الكوع والآخر الكرسوع.

(٧) (بعيران) وهو المذهب لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر، فكتب إليه عمر أن فيه بعيرين، وإذا كسر الزندان ففيهما أربعة من الإبل ولم يظهر له مخالف من الصحابة فكان إجماعاً، وقال مالك والشافعي: فيه حكومة.

عشرة^(١)، ومن وطيء زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية^(٢) فإن استطلق بولها

(١) (عشرة) فإن خرق ما بينهما أو ذهب بالسراية صاراً موضحة واحدة.

(٢) (ثلث الدية) فتقها أي خرق ما بين مسلك البول والمنى، وقيل القبل والدبر، إلا أن هذا =

من الكتاب الأدب
حكومة. والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به، ثم يقوم وهي به قد برئت، فما نقص من القيمة فله مثل نسبه من الدية، كان كانت قيمته عبداً سليماً ستين وقيمته بالجناية خمسين ففيه سدس ديته. إلا أن تكون الحكومة في محل له مقدر فلا يبلغ بها المقدر^(١).

باب العاقلة وما تحمله

مواضع الكتاب الأدب
(١) (المقدر) هذا المذهب وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن مالك أنه يجب ماخرجه الحكومة كائناً ما كان.

من الكتاب الثاني
لزمته دية من غير زيادة^(١) وإن أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث الدية ومهر مثلها، وإن كانت الجناية لا تنقص شيئاً بعد الإندمال قومت حال جريان الدم فإن لم تنقصه أو زادته حسناً فلا شيء فيها.

باب العاقلة^(٢)

وهي من غرم ثلث الدية بسبب غيره وهم العصبات سوى أبائهم وآبائهم^(٣) وعنه أنهم من العاقلة، وعنه الجميع عاقلة إلا أبناؤه إذا كان امرأة^(٤) وسائر العصبات من

مواضع الكتاب الثاني
= بعيد وإنما بوطء الصغيرة والنحيفة التي لا تحتل الوطاء دون الكبيرة والمحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع. ولنا أنه، وطاء مستحق مأذون فيه فلم يجب ضمان ما تلف به. وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا إذا ثبت هذا فالواجب ثلث الدية وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: تجب الدية كاملة. ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الإفضاء بثلث الدية.

(١) (من غير زيادة) وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: تجب دية وحكومة لأنه فوت منفعتين فلزمه ولنا أنه إتلاف عضو واحد لم يفت غير منافعه كقطع لسانه فذهب كلامه وذوقه.
(٢) (العاقلة) وهي جمع عاقل، وأصله من عقل الإبل وهي الجبال التي تنشأ بها أيديها إلى ركبها، سميت لأنه تعقل لسان ولي المقتول.

(٣) (وآبائهم) هذا إحدى الروايات وبه قال الشافعي، لما روى أبو هريرة قال «اقتلت امرأتان من هذيل» الحديث وفي آخره وورثها ولدها ومن معه متفق عليه وفي رواية لجابر بن عبد الله «فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ منها زوجها ولدها» رواه أبو داود. إذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه بمعناه.

(٤) (امرأة) قال في المجرد وهي أصح، قال الزركشي وعليها يقوم الدليل، نقل حرب الابن لا =

عاقلة الإنسان عصباته كلهم من النسب والولاء قريتهم وبعيدهم حاضرهم وغائبهم حتى عمودي نسبه^(١) ولا عقل على رقيق وغير مكلف ولا فقير ولا أنثى^(٢) ولا مخالف

- (١) (عمودي نسبه) وهم آباء الجاني وإن علوا وأبناؤه وإن نزلوا، هذا المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «قضى رسول الله ﷺ أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئاً إلا ما فضل عن ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها» رواه أبو داود وعن أبي هريرة قال: «قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً بغرة عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيق فقضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبتها» متفق عليه. وبنو لحيان بطن من هذيل.
- (٢) (ولا أنثى إلخ) هذا المذهب في ذلك كله، وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء.

العاقلة بعدوا أو قربوا^(١) وخطأ الإمام والحاكم في أحكامه في بيت المال^(٢)، وعنه على عاقلته^(٣) ويتعاقل أهل الذمة^(٤) ومن لا عاقلة له أو له عاقلة لا تحمل الجميع أخذت الدية أو باقياها من بيت المال إن كان مسلماً^(٥) وإن لم يمكن فلا شيء على

- = يعقل عن أمه لأنه من قوم آخرين لأن في حديث جابر مرفوعاً «وبرأ زوجها وولدها فقالت عاقلة المقتولة ميراثهما لنا فقال رسول الله ﷺ ميراثها لزوجها وولدها» رواه أبو داود.
- (١) (أو قربوا) من النسب والولاء وبهذا قال عمر بن عبدالعزيز والنخعي وحماد ومالك والشافعي وأبو حنيفة ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، ولا يعتبر أن يكونوا وارثين في الحال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب، ولا خلاف أن إخوة الأم وذوي الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة.
- (٢) (في بيت المال) هذا المذهب، وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وإسحق، لأن خطأه يكثر في أحكامه وإيجاب ما يجب على عاقلته يجحف بهم.
- (٣) (على عاقلته) لما روي أن عمر «بعث إلى امرأة مغبية كان يدخل عليها» الحديث، إلى قول علي «أن ديتك عليك» وتقدم.
- (٤) (أهل الذمة) على المذهب، لآدمي عن حربي ولا حربي عن ذمي.
- (٥) (مسلماً) هذا إحدى الروايتين والمذهب منهما، وبه قال الزهري والشافعي، لأن النبي ﷺ ودى الأنصاري الذي قتل بخبير من بيت المال، وروي أن رجلاً قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر يأمر المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم، فأدى ديتة من بيت المال، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته، والثانية =

متن
الكتاب
الأول

لدين الجاني. ولا تحمل العاقلة عمداً محضاً^(١) ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً لم تصدق به^(٢) ولا ما دون ثلث الدية التامة^(٣).

مواهب
الكتاب
الأول

(١) (عمداً محضاً) ويجب القصاص فيه بغير خلاف، وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة. ولنا ماروي عن ابن عباس مرفوعاً ولا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً وقد رواه الدارقطني عن ابن عباس موقوفاً.

(٢) (لم تصدق) به بأن يقر على نفسه بجناية وتكره العاقلة لحديث ابن عباس، ولأنه متهم في أن يواطيء من يقر له بذلك ليأخذ الدية فيقاسمه إياه.

(٣) (ثلث الدية التامة) دية مسلم لقضاء عمر، إلا غرة جنين. زوائد.

القاتل^(١) ويحتمل أن تجب في مال القاتل وهو أولى^(٢).

متن
الكتاب
الثاني

(فصل) ولا تحمل العاقلة عمداً ولا ما دون ثلث الدية^(٣) إلا غرة الجنين إذا مات مع أمه فإن العاقلة تحملها مع دية أمه^(٤)، وتحمل شبه العمدة في قول الخرقى^(٥)، وما

مواهب
الكتاب
الثاني

= لا تحمل ذلك لأن بيت المال فيه حق للنساء ومن لا عقل عليه فعلى المذهب تكون حالة في بيت المال.

(١) (القاتل) هذا المذهب وهو من المفردات وهو أحد قولي الشافعي، فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي.

(٢) (أولى) وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني، وإنما سقط لقيام العاقلة مقامه، فإذا لم يوجد ذلك بقي واجباً عليه بمقتضى الدليل.

(٣) (الدية) وبهذا قال سعيد بن المسيب ومالك وغيرهما، وقال الزهري لا تحمل الثلث، وقال الثوري وأبو حنيفة تحمل للسن والموضحة وما فوقها لأن النبي ﷺ جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية، والصحيح عن الشافعي أنها تحمل القليل والكثير. ولنا ماروي عن عمر أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة:

(٤) (مع دية أمه) هذا المذهب مع أنها أقل من ثلث الدية مع انفرادها، وإن مات قبلها لم تحملها، وما تقدم من قول الثوري وأبي حنيفة أنها تحملها وهو ظاهر الدليل.

(٥) (الخرقى) وهو المذهب وبه قال الشعبي والشافعي والنخعي والحكم والثوري وأصحاب الرأي وإسحق وابن المنذر، لحديث أبي هريرة في المرأتين من هذيل، وقال أبو بكر، لا =

(فصل) من قتل نفساً محرمة خطأ^(١) مباشرة أو تسبباً فعليه الكفارة^(٢).

(١) (خطأً) لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية وسواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب تضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا تجب بالتسبب لأنه ليس بقتل ولنا أنه كالمباشرة في الضمان فكذلك في الكفارة.

(٢) (الكفارة) عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، وإطعام فيها.

يحملة كل واحد غير مقدر لكن يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم^(١) ويبدأ بالأقرب فالأقرب، فمتى اتسعت أموال الأقربين لم يتجاوزهم وإلا انتقل إلى من يليهم.

(فصل) وما تحمله العاقلة يجب مؤجلاً في ثلاث سنين^(٢) وابتداء الحول في الجرح حين الاندمال وفي القتل من حين الموت، ومن مات بعد الحول لم يسقط ما عليه^(٣).

باب كفارة القتل

من قتل نفساً محرمة خطأً أو ما جرى مجراه ففيه الكفارة^(٤) ولا تجب الكفارة في قتل العمد في إحدى الروايتين^(٥) ويكفر العبد بالصيام، ولا كفارة في قتل مباح

= تحمل شبه العمدويه قال ابن سيرين والزهرى وأبو ثور، ويجب أن يكون مذهب مالك لأنه عنده من باب العمد.

(١) (اجتهاد الحاكم) هذا المذهب وبه قال مالك لأن التقدير لا يثبت إلا بالتوقيف فيحمل كل إنسان ما يسهل ولا يشق. وقال أبو بكر يجعل على الموسر نصف دينار وعلى المتوسط ربع وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة أكثر ما يجب على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله أحد، وهل يتكرر يعني على قول أبي بكر؟ قال في الإنصاف: إن بقى الغنى في الحول الثاني والثالث تكرر، وكذا المتوسط.

(٢) (ثلاث سنين) في كل سنة ثلثه إن كان دية واحدة، وإن كان الواجب ثلث الدية كأرش الجائفة وجب في رأس الحول، وإن كان نصفها كدية اليد والمرأة وجب في رأس الحول الأول الثلث وباقيه في رأس الحول الثاني.

(٣) (ما عليه) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وإن مات أو افتقر قبل الحول سقط.

(٤) (الكفارة) مسلماً كان المقتول أو كافراً ذمياً أو مستأماً وبهذا قال أكثر أهل العلم لقوله تعالى: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾.

(٥) (في إحدى الروايتين) هذا الصحيح من المذهب وبه قال الثوري ومالك وأبو ثور =

باب القسامة

وهي أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم^(١)، ومن شرطها اللوث. وهي العداوة

(١) (معصوم) عمداً أو خطأ وهو المذهب، فإن كانت الدعوى عمداً محضاً لم يقسموا إلا على واحد معين ويستحقون دمه لقوله عليه الصلاة والسلام: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته» وإن كانت خطأ أو شبه عمد فلهم القسامة على جماعة معينين ويستحقون الدية، واختار الخرقى وغيره أن القسامة لا تشرع على أكثر من واحد مطلقاً.

كقتل حربي وباغ وزان محصن وصائل وقتل قصاصاً أو حداً، وأكبر الذنوب الشرك بالله ثم القتل ثم الزنا.

باب القسامة

وهي الأيمان المكررة في دعوى القتل، ولا تثبت إلا بثلاثة شروط أحدها دعوى القتل^(١) وأما الجراح فلا قسامة فيه. الثاني اللوث وهو العداوة الظاهرة نحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر، الثالث اتفاق الأولياء في الدعوى^(٢) وأن يكون في المدعين رجال عقلاء ولا مدخل للنساء فيها^(٣) ولا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد^(٤).

= وأصحاب الرأي وابن المنذر، وعن أحمد فيه كفارة اختارها أبو محمد الجوزي وجزم بها في الوجيز والمنور وحكى عن الزهري وهو قول الشافعي. ولنا مفهوم قوله: «ومن قتل مؤمناً خطأ» ثم ذكر العمد ولم يوجب فيه كفارة.

(١) (دعوى القتل) سواء كان عمداً أو خطأ، لأن كل حق لآدمي لا يثبت لشخص إلا بعد دعواه ولا تسمع الدعوى إلا محررة، فإن كانت الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل، وإن أنكر وثم بينة حكم بها، وإلا صار الأمر إلى الأيمان. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي ﷺ من الأنصار «أن النبي ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية» رواه مسلم.

(٢) (في الدعوى) فإن ادعى بعضهم وأنكر بعض لم تثبت الدعوى.

(٣) (ولا مدخل للنساء فيها) ولا الصبيان والمجانين.

(٤) (واحد) وبه قال الزهري ومالك وبعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يستحق بها قتل

الجماعة كالبينة، وقول أبي ثور نحو هذا. ولنا قوله عليه السلام «يقسم خمسون منكم =

الظاهرة كالقبايل التي يطلب بعضها بعضاً بالثأر، فمن ادعى عليه القتل من غير لوث حلف يميناً واحدة وبرى^(١) ويبدأ بأيمان الرجال من ورثة الدم، فيحلفون خمسين يميناً، فإن نكل الورثة أو كانوا نساء حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرى^(٢).

كتاب الحدود

- (١) (وبرىء) حيث لا بينة للمدعى كسائر الدعاوى.
(٢) (وبرىء) إن رضى الورثة، وإلا فدى الإمام القاتل من بيت المال كميته في زحمة جمعة وطواف.

(فصل) ويبدأ بإيمان المدعين فيحلفون خمسين يميناً ويختص ذلك بالوارث^(١) وتقسم الأيمان على الرجال منهم على قدر ميراثهم، فإن كان الوارث واحداً حلفها وإن كانوا جماعة قسمت بينهم. وعنه يحلف العصابة الوارث وغير الوارث خمسون رجلاً كل واحد يميناً واحدة^(٢) وإن لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء، وإن لم يحلف المدعون^(٣) ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال.

فائدة : سأله ابن منصور عن قتيل بين قريتين قال: هذا قسامة. قال المرزوي احتج أحمد بأن عمر جعل الدية على أهل القرية. ونقل حنبل ذهب إلى حديث عمر قيسوا ما بين الحيين فأيهما كان أقرب فخذهم به.

كتاب الحدود^(٤)

- = على رجل منهم فيدفع إليكم برمته» فخص بها الواحد.
(١) (بالوارث) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لأنها يمين في دعوى فلا تشرع في حق غير المتداعيين كسائر الأيمان.
(٢) (واحدة) وبه قال أبو حنيفة واختاره أبو الخطاب والشافعي والشيرازي وابن البناء، قال الزركشي والقاضي لقوله عليه الصلاة والسلام «لأنصاري» يحلف خمسون رجلاً منكم.
(٣) (المدعون الخ) لقضية عبدالله بن سهل، فإن تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شيء.
(٤) (الحدود) هي جمع حد، وهو لغة المنع. وحدود الله محارمه وما حده وقدره فلا يجوز أن يتعدى، وما حده الشرع فلا يجوز فيه الزيادة والنقصان.

لا يجب الحد إلا على بالغ عاقل^(١) ملتزم^(٢) عالم بالتحريم^(٣)، فيقيمته الإمام أو نائبه^(٤) في غير مسجد^(٥)، ويضرب الرجل في الحد قائماً بسوط لا جديد ولا

- متن الكتاب الأثر
- هوامش الكتاب الأثر
- (١) (عاقل) لحديث «رفع القلم عن ثلاثة» الحديث.
 - (٢) (ملتزم) أحكام المسلمين مسلماً كان أو ذمياً، بخلاف الحربي والمستأمن.
 - (٣) (عالم بالتحريم) لقول عمر وعثمان وعلي: لأحد إلا على من علمه.
 - (٤) (أو نائبه) لأنه يفتقر إلى اجتهاد ولا يؤمن من استيفائه الحيف فوجب تفويضه إلى نائب الإمام؛ ولا يلزم حضور الإمام لأنه عليه الصلاة والسلام قال «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأمر برجم ماعز ولم يحضر، وأتى بسارق فقال اذهبوا به فاقطعوه.
 - (٥) (في غير مسجد) وتحرم فيه لحديث حكيم بن حزام «أن رسول الله ﷺ نهى أن يستقاد في المسجد وأن تنشد فيه الأشعار وأن تقام فيه الحدود» رواه أبو داود.

والحد شرعاً عقوبة مقدرة لمتنع من وقوع في مثله. وتجب إقامته ولو كان من يقيمته^(١) شريكاً لمن يقيمته عليه في المعصية أو عوناً له، وكذلك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يجمع بين معصيتين^(٢) وللسيد الحر ولو امرأة إقامة الحد بالجلد خاصة على رقيقه^(٣). وقد جلدت فاطمة أمة لها. ولا يملكه على أمته المزوجة^(٤) وإن ثبت بعلمه فله إقامته نص عليه^(٥)، ويحتمل أن لا يملكه^(٦) ولا يقيم الإمام الحد بعلمه^(٧) وتحرم إقامة الحدود في المساجد. وإن رأى الإمام الضرب في

- متن الكتاب الثاني
- هوامش الكتاب الثاني
- (١) (يقيمته) من إمام أو نائبه أو سيد.
 - (٢) (معصيتين) أي مشاركته وإعانتة له معصية، وعدم إقامته معصية، ولا يسقط بالمشاركة.
 - (٣) (على رقيقه) هذا المذهب وبه قال أكثر العلماء روي عن علي وابن مسعود وابن عمر وأبي حميد وأبي أسيد الساعديين وفاطمة بنت رسول الله ﷺ، وبه قال علقمة والأسود والزهرى ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر.
 - (٤) (أمته المزوجة) وقال مالك والشافعي: يملك إقامة الحد على الأمة المزوجة لعموم الخبر، ولنا ما روي عن ابن عمر أنه قال: إذا كانت الأمة ذات زوج رفعت إلى السلطان.
 - (٥) (نص عليه) وهذا المذهب، ويفارق الحاكم لأنه متهم.
 - (٦) (أن لا يملكه) كالإمام وبه قال مالك واختاره القاضي.
 - (٧) (الحد بعلمه) هذا المذهب، روي عن أبي بكر الصديق، وبه قال مالك وأصحاب الرأي، وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: له إقامته بعلمه وهو قول أبي ثور، وعن أحمد مثل ذلك. ولنا قوله تعالى: ﴿واستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾.

خلق^(١)، ولا يمد ولا يربط ولا يجرد^(٢) بل يكون عليه قميص أو قميصان، ولا يبالغ بضربه بحيث يشق الجلد^(٣)، ويفرق الضرب على بدنه^(٤)، ويتقى الرأس والوجه والفرج

من
الكتاب
الأول

- (١) (ولا خلق) بفتح الخاء لأن الجديد يجرحه والخلق لا يؤلمه.
- (٢) (ولا يجرد) لقول ابن مسعود «ليس من ديننا مد ولا قيد ولا تجريد» وجلد أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد.
- (٣) (الجلد) لأن المقصود تأديبه لا إهلاكه، ولا يرفع الضارب يده بحيث يبدو إبطه.
- (٤) (على بدنه) لأن توالي الضرب على عضو واحد يؤدي إلى القتل، ويكثر منه في مواضع اللحم كالألتين والفخذين.

هوامش
الكتاب
الأول

حد الخمر بالجريد والنعال فله ذلك^(١) ولا يؤخر الحد للمرض، وإن كان جلدًا وخشى عليه من السوط أقيم بأطراف الثياب والعشكول^(٢) ويحتمل أن يؤخر في المرض المرجو زواله^(٣). ومتى رجع المقر بالحد عن إقراره قبل منه وإن رجع في أثناءه لم يتم، وإن رجع بينة فهرب لم يترك وإن كان بإقراره ترك.

من
الكتاب
الثاني

(فصل) وإن اجتمعت حدود الله فيها قتل استوفى وسقط سائرهما، وأما حدود الأدميين فتستوفى كلها وإن اجتمعت مع حدود الله بديء بها^(٤).

(فصل) ومن قتل أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إليه لم يستوف منه فيه^(٥) هذا

(١) (فله ذلك) لحديث أبي هريرة «أن النبي ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر فقال اضربوه، فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه».

هوامش
الكتاب
الثاني

(٢) (والعشكول) هذا المذهب وبه قال إسحق وأبو ثور، لأن عمر أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه ولم يؤخره ولم ينكر فكان إجماعاً.

(٣) (المرجو زواله) فلو خالف وفعل ضمن، وإليه ميل الشارح اختاره المصنف وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي لحديث علي أنه قال: «إن أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها فإذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال أحسنت» رواه مسلم والنسائي وأبو داود، وأما حديث عمر فلعله في مرض خفيف لا يمنع إقامته على الكمال.

(٤) (بديء بها) ويبدأ بالأخف فالأخف وجوباً، ولا يستوفى حد حتى يبرأ من الذي قبله.

(٥) (فيه) هذا المذهب لكن لا يبايع ولا يشارى حتى يخرج فقيام، وكذا لو لجأ إليه حربي أو مرتد وبه قال ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهرري ومجاهد والشعبي وإسحق وأبو حنيفة وأصحابه.

والمقاتل، والمرأة كالرجل فيه إلا أنها تضرب جالسة^(١) وتشد عليها ثيابها وتمسك يداها لثلاث تنكشف، وأشد الجلد جلد الزنا ثم القذف ثم الشرب ثم التعزير^(٢)، ومن

(١) (جالسة) وبه قال أبو حنيفة والشافعي ومالك، لقول علي: تضرب المرأة جالسة والرجل قائماً.

(٢) (ثم التعزير) هذا المذهب لأن الله تعالى خص الزنا بمزيد تأكيد بقوله: ﴿ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله﴾.

فيما يوجب القتل فإذا خرج أقيم عليه^(١)، فإن استوفى ذلك منه في الحرم فقد أساء ولا شيء عليه، وإن فعل ذلك في الحرم استوفى منه فيه^(٢)، وأما غيره من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فعن أحمد فيه روايتان^(٣) وأما حرم المدينة فليس كذلك^(٤) وفيه وجه أن حرمها كحرم مكة. وإن أتى حداً في الغزو لم يستوف منه في أرض العدو حتى يرجع إلى دار الإسلام^(٥).

(١) (أقيم عليه) خارج الحرم روي عن عمر وابن عباس وابن الزبير.

(٢) (فيه) قال في المبدع بغير خلاف نعلمه، روى الأثرم عن ابن عباس قال: «من أحدث حدثاً في الحرم أقيم عليه ما أحدث فيه» ولقوله تعالى: ﴿ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه﴾ الآية، فأباح قتلهم عند قتالهم في الحرم؛ ولأن أهل الحرم يحتاجون إلى الزجر عن ارتكاب المعاصي حفظاً لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم، ولو لم يشرع الحد فيه لتعطلت الحدود وفاتت المصالح التي لا بد منها.

(٣) (روايتان) إحداهما لا يستوفى من الملتجئ إلى الحرم وهو المذهب، والثانية يستوفى وبه قال أبو حنيفة لأن المروري عن النبي ﷺ النهي عن القتل بقوله «ولا يسفك فيها دم» وقال مالك والشافعي يستوفى منه لعموم الأمر بجلد الزاني وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان. ولنا قوله تعالى: ﴿ومن دخله كان آمناً﴾ وقال النبي ﷺ «إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض، وإنما حلت لي ساعة من نهار، ثم عادت حرمتها إلى يوم القيامة فلا يسفك فيها دم» متفق عليه.

(٤) (فليس كذلك) على الصحيح من المذهب، وفي التعليق وجه أن حرمها كحرم مكة لما روى مسلم عن أبي سعيد مرفوعاً «إني حرمت المدينة ما بين مأزميها أن يهراق فيها دم ولا يحمل فيها سلاح لقتال».

(٥) (دار الإسلام) فيقام عليه، هذا المذهب وهو من المفردات وبه قال الأوزاعي واسحق، وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر: يقام الحد في كل موضع، إلا أن الشافعي قال: إذا لم يكن أمير الجيش الإمام أو أمير إقليم فليس له إقامته.

مات في حد فالحق قتله^(١) ولا يحفر للمرجوم في الزنا^(٢).

باب حد الزنا^(٣)

إذا زنى المحصن رجم حتى يموت^(٤)، والمحصن من وطئ امرأته المسلمة أو الذمية في نكاح صحيح^(٥)، وهما بالغان عاقلان حران، فإن اختل شرط منها في

(١) (فالحق قتله) لأنه حد وجب لله فلم يود من مات به كالمقطع في السرقة، وهذا قول مالك وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي إذا لم يزد في حد الخمر، ومن زاد ولو جلدة أو في السوط فتلف المحدود ضمنه بديته.

(٢) (في الزنا) رجلاً كان أو امرأة لأن النبي ﷺ لم يحفر للجهمية ولا لليهوديين، لكن تشد على المرأة ثيابها لئلا تكشف.

(٣) (حد الزنا) وهو فعل الفاحشة في قبل أو دبر، ولا بد من حضور طائفة من المؤمنين ولو واحداً.

(٤) (يموت) ولا يجلد قبل الرجم وهو المذهب روي عن عمر وعثمان أنهما رجما ولم يجلدا وروي عن ابن مسعود وبه قال الزهري والنخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، لأن جابراً روى أن النبي ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده ورجم الغامدية ولم يجلدها وقال: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» متفق عليه.

(٥) (صحيح) وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور: يحصل الإحصان في نكاح فاسد، وحكى عن الليث والأوزاعي. ولنا أنه وطئ في غير ملك فلم يحصل به الإحصان كوطء الشبهة.

باب حد الزنا

(فصل) وتغرب امرأة مع محرم وجوباً إن تيسر^(١) وإن أبي الخروج معها بذلت له الأجرة من مالها فإن تعذر فمن بيت المال، فإن أبي الخروج معها نفيت وحدها^(٢)، وقيل تستأجر امرأة ثقة اختاره جمع. وعنه حد اللوطي الرجم بكل حال^(٣)، ومن أتى

(١) (إن تيسر) إذا زنت غير المحصنة فيخرج معها حتى يسكنها في موضع ثم إن شاء رجع إذا أمن عليها وإن شاء أقام معها.

(٢) (وحدها) هذا المذهب وبه قال الشافعي، ويحتمل أن يسقط النفي لأن تغريبها على هذه الحال إغراء لها بالفجور، قال في الإنصاف وهو أقوى.

(٣) (بكل حال) وبه قال علي وابن عباس وجابر بن زيد والزهري ومالك واسحق، لقوله عليه =

متن
الكتاب
الأذن

أحدهما فلا إحصان لواحد منهما، وإذا زنى الحر غير المحصن جلد مائة جلدة
وغرب عاماً^(١) ولو امرأة، والرقيق خمسين جلدة^(٢) ولا يغرب^(٣). وحد لوطى كزان^(٤).

هوامش
الكتاب
الأذن

(١) (وغرب عاماً) لما روى الترمذي عن ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب وغرب، وأن أبا بكر
ضرب وغرب.

(٢) (خمسين جلدة) هذا المذهب، وبه قال أكثر العلماء منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي
الله عنهم والحسن والنخعي ومالك والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي لقوله تعالى: ﴿فعلين
نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ والعذاب المذكور في القرآن مائة جلدة لا غير.

(٣) (ولا يغرب) هذا المذهب وبه قال الحسن ومالك واسحق لقوله عليه السلام لما سئل عن
الأمّة إذا زنت ولم تحصن فقال: «إذا زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت
فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضيفير» متفق عليه. ولم يذكر تغريباً، ولو كان واجباً
لذكره. ومعنى الإحصان هنا قيل بمعنى العفة عن الزنا.

(٤) (كزان) هذا المذهب وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والأوزاعي ومحمد بن
الحسن وهو المشهور من قولي الشافعي، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أتى الرجل الرجل =

متن
الكتاب
التام

بهيمة عزز وتقتل البهيمة اختاره الخرقى وأبو بكر^(١) وعند القاضي عليه حد اللوطي^(٢)
وحد زان بذات محرمة كلواط على الصحيح من المذهب^(٣) وعند أحمد يقتل ويؤخذ
ماله^(٤) وإن وطء ميتة أو ملك أمه أو أخته من الرضاع فوطئها فهل يحد؟ على

هوامش
الكتاب
التام

= السلام «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به» رواه أحمد وأبو داود
واللفظ له واختاره ابن القيم، قال ابن رجب الصحيح قتل اللوطى، سواء كان محصناً أو
غيره، والمذهب ما في الزاد.

(١) (وأبو بكر) هذا المذهب روى عن ابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والثوري
واسحق وأصحاب الرأي والشافعي، لأنه لم يصح فيه نص ولا يمكن قياسه على فرج
الآدمي، وكره أحمد أكل لحمها ولا أراه كرهه إلا أنه فعل لها هذا الفعل.

(٢) (عليه حد اللوطي) اختارها الشريف وأبو الخطاب في خلافهما والشيرازي لحديث «من
أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة» رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

(٣) (من المذهب) إلا رجلاً يراه مباحاً فيجلد. قلت فالمرأة؟ قال كلاهما في عيني واحد،
وبه قال الحسن ومالك والشافعي، لعموم الآية والخبر.

(٤) (ويؤخذ ماله) لما روى عن البراء قال «لقيت عمي ومعه الراية فقلت إلى أين تريد؟ فقال
بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله» رواه أبو
داود والجوزجاني والترمذي وحسنه.

ولا يجب الحد إلا بثلاثة شروط، (أحدها) تغييب حشفته الأصلية كلها في قبل أو دبر^(١) أصليين حراماً محضاً. (الثاني) انتفاء الشبهة، فلا يحد بوطء أمة له فيها شرك أو لولده أو وطء امرأة ظنها زوجته أو سريته^(٢)، أو في نكاح باطل اعتقد صحته، أو نكاح أو ملك مختلف فيه ونحوه، أو أكرهت المرأة على الزنا^(٣). (الثالث) ثبوت

= فهما زانيان» رواه أبو داود وفي إسناده ضعف» وعنه رواية في الزوائد. (١) (أو دبر) من حى، لما روى ابن مسعود أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إني وجدت امرأة في البستان فأصبت منها كل شيء غير أني لم أنكحها، فافعل بي ما شئت، فقرأ عليه ﴿أقم الصلاة طرفي النهار وزلفاً من الليل إن الحسنات يذهبن السيئات﴾ الآية، رواه النسائي، وظاهره أنه لا يعزر إذا جاء تائباً.

(٢) (سريته إلخ) لقوله عليه الصلاة والسلام «ادرعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم». (٣) (على الزنا) روى ذلك عن عمر والزهري والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً لقول رسول الله ﷺ «عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ورواه النسائي، وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه «أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد» رواه الأثرم ومثله لو أكره المفعول به لواطاً.

وجهين^(١).

(فصل) وإن شهد بالزنا ثلاثة أو جاء الرابع بعد أن قام الحاكم فشهد أو لم يكملها فهم قذفة^(٢) وإن شهد اثنان أنه زنى بها في بيت أو بلد واثنان أنه زنى بها في بيت أو بلد آخر فهم قذفه عليهم الحد^(٣) وإن شهد أربعة بالزنا بامرأة فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود نص عليه^(٤) وإن شهدوا

(١) (على وجهين) قال في الإقناع بعزر لأنها مملوكة أشبهت مكانة ولأنه وطء اجتمع فيه موجب ومسقط والحد مبني على الدرء والإسقاط.

(٢) (فهم قذفه) عليهم الحد، هذا قول أكثر أهل العلم للآية وهي توجب الحد على كل رام لم يشهد بما قاله أربعة، ولأن عمر جلد أبا بكر وصاحبه حيث لم يكمل الرابع شهادته بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد فكان كالإجماع، وعنه لا يحدون لكونهم أربعة أو لكونهم شهوداً.

(٣) (عليهم الحد) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي، وعن أحمد لا يحدون واختاره أبو بكر والنخعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنهم أربعة، وأما المشهود عليه فلا حد عليه في قولهم جميعاً.

(٤) (نص عليه) هذا الصحيح من المذهب وبهذا قال الشعبي والشافعي وأصحاب الرأي.

الزنا. ولا يثبت إلا بأحد أمرين: أحدهما أن يقر به أربع مرات^(١) في مجلس أو مجالس ويصرح بذكر حقيقة الوطاء^(٢) ولا ينزع عن إقراره حتى يتم عليه الحد^(٣) الثاني أن يشهد عليه في مجلس واحد^(٤) بزنا واحد يصفه أربعة^(٥) ممن تقبل

(١) (يقربه أربع مرات) هذا المذهب لما روى أبو هريرة قال أتني رجل رسول الله ﷺ من الأسلميين وهو في المسجد فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى قال ذلك أربع مرات، فلما شهد علي نفسه أربع شهادات دعاه النبي ﷺ فقال: أبلك جنون؟ قال لا. قال فهل أحصنت؟ قال نعم. فقال رسول الله ﷺ اذهبوا به فارجموه متفق عليه وبه قال الحكم وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وقال الحسن وحماد ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يحد بإقراره مرة لقول رسول الله ﷺ: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ولنا حديث أبي هريرة المتقدم.

(٢) (حقيقة الوطاء) وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال لعايز «لعلك قبلت أو غمزت، قال لا، قال أنكحتها؟ قال نعم، فعند ذلك أمر برجمه» رواه البخاري.

(٣) (الحد) فإن رجع عن إقراره أو هرب كف عنه، وبهذا قال عطاء والزهري ومالك والشافعي والثوري وإسحق وأبو حنيفة وأبو يوسف لقول النبي ﷺ «هلا تركتموه».

(٤) (في مجلس واحد) هذا المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة، وعن أحمد لا يشترط وبه قال الشافعي وابن المنذر والبتى كسائر الشهادات.

(٥) (يصفه أربعة) فيقولون رأينا ذكره في فرجها كالمروء في المكحلة، وهذا قول معاوية بن أبي سفيان والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي.

بزنا قديم أو أقر به وجب الحد^(١) وعن أحمد تقبل شهادة العبد^(٢) ويجوز للشهود أن ينظروا إلى ذلك منهما لإقامة الشهادة عليهما فيحصل الردع بالحد^(٣) وإن أكره عليه

(١) (وجب الحد) وبه قال مالك والأوزاعي والثوري وإسحق وأبو ثور، وقال أبو حنيفة لا أقبل بينة على زنا قديم وأخذه بالإقرار به، وهذا قول ابن حامد، وذكره ابن أبي موسى مذهباً لأحمد.

(٢) (وعن أحمد الخ) وهو المذهب، وبه قال أبو ثور لعموم النص فيه، ولأنه عدل مسلم ذكر فتقبل شهادته كالحر.

(٣) (بالحد) فإن شهدوا أنهم رأوا ذكره قد غيبه في فرجها كفى والتشبيه تأكيد.

شهادتهم فيه^(١)، سواء أتوا الحاكم جملة أو متفرقين^(٢)، وإن حملت امرأة لا زوج لها ولا سيد لم تحد بمجرد ذلك^(٣).

باب حد القذف^(٤)

إذا قذف المكلف محصناً جلد ثمانين جلدة إن كان حراً، وإن كان عبداً أربعين^(٥). والمعتق بعضه بحسابه. وقذف غير المحصن يوجب التعزير^(٦). وهو حق

(١) (شهادتهم فيه) بأن يكونوا رجالاً عدولاً ليس فيهم من به مانع من عمى أو زوجية، ولا تقبل فيه شهادة النساء والعبيد، وعن أحمد تقبل شهادة العبيد وهو المذهب وبه قال أبو نور لعموم النص.

هوامش
الكتاب
الأول

(٢) (متفرقين) لقصة المغيرة بن شعبة، فإن الشهود جاءوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم، وإنما حدوا لعدم كمالها.

(٣) (بمجرد ذلك) الحمل، هذا المذهب وهو قول أبي حنيفة والشافعي، ولا يجب سؤالها، وإن سئلت وادعت أنها أكرهت أو وطئت بشبهة أو لم تعترف بالزنا لم تحد.

(٤) (القذف) وهو محرم بإجماع الأمة. والأصل في تحريمه قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ وقول النبي ﷺ «اجتنبوا السبع الموبقات» الحديث.

(٥) (أربعين) هذا قول أكثر العلماء، فروي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه قال: أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون إذا قذف إلا أربعين.

(٦) (غير المحصن إلخ) كالكافر والخن والصفير دون عشر سنين ردعاً عن أعراض المعصومين.

الرجل فزني حد^(١) وعنه لا حد عليه، واختاره الموفق وجمع^(٢).

باب القذف

وهو الرمي بالزنا. والقذف محرم إلا في موضعين: أحدهما أن يرى امرأته تزني في طهر لم يصبها فيه فيعتزلها وتأتي بولد يمكن أن يكون من الزاني فيجب عليه قذفها ونفي

(١) (حد) وبه قال محمد بن الحسن وأبو نور، لأن الوطاء لا يكون إلا بالانتشار الحادث بالاختيار بخلاف المرأة.

(٢) (وجمع) منهم الشارح، وقال الشافعي وابن المنذر: لا حد عليه لعموم الخير، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات والإكراه شبهة فيمنع الحد.

هوامش
الكتاب
الثاني

للمقذوف^(١). و(المحصن) هنا: الحر المسلم العاقل العفيف الملتزم^(٢). الذي يجامع مثله. ولا يشترط بلوغه. و(صريح القذف): يازاني بالوطني ونحوه. و(كنايته). ياقحبة يافاجرة ياخبيثة فضحت زوجك أو نكست رأسه أو جعلت له قروناً ونحوه، وإن فسره بغير القذف قبل، وإن قذف أهل بلد أو جماعة لا يتصور منهم الزنا عادة عزز^(٣)، ويسقط حق القذف بالعفو، ولا يستوفى بدون الطلب^(٤).

باب حد المسكر^(٥)

- (١) (للمقذوف) وهو المذهب وهو قول الجمهور، قال الزركشي وهو الصواب، والرواية الثانية هو حق لله فعلى المذهب يسقط الحد بعفوه بعد طلبه وعليها لا يحد إلا بطلب.
- (٢) (الملتزم) بعد الشهادتين التزام بقية الأركان الخمسة إذا تعينت، فالفقير يلتزم الزكاة والحج إذا وجبا عليه وإن لم يفعلهما.
- (٣) (عزز) لأنه لا عار عليهم به للقطع بكذبه.
- (٤) (بدون الطلب) طلب المقذوف لأنه حقه، قال الشيخ إجماعاً.
- (٥) (المسكر) الذي ينشأ عنه السكر وهو اختلاط العقل.

ولدها^(١). والثاني أن لا تأتي بولد يجب نفيه مثل أن يراها تزني ولا تأتي بولد يلحقه نسبه أو استفاض زناها في الناس أو أخبره به ثقة ورأى رجلاً يعرف بالفجور يدخل إليها فيباح قذفها ولا يجب، وإن أتت بولد يخالف لونه لونها لم يبح نفيه بذلك^(٢).

باب حد المسكر

إذا شربه المسلم حد، وأما الذمي فلا يحد بشره ولا يحد بوجود رائحة^(٣) والعصير

- (١) (قذفها ونفى ولدها) لأن نفيه واجب لأنه إذا لم ينفه لحقه وورثه وورث أقرابه وورثوا منه ونظر إلى بناته وأخواته ولا يمكن نفيه إلا بالقذف وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
- (٢) (نفيه بذلك) لما روى أبو هريرة قال «جاء رجل من بني فزارة إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إن امرأتي جاءت بولد أسود يعرض بنفيه فقال النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال نعم، قال فما ألوانها؟ قال حمر، قال هل فيها من أورك؟ قال فيها لورقا؟ قال فأنى أتانا ذلك؟ قال عسى أن يكون نزع عرق، قال: فهذا عسى أن يكون نزع عرق، ولم يرخص له في الإلتفاء منه» متفق عليه.
- (٣) (رائحة) ولا يمحها من فيه في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري وأبو حنيفة والشافعي، والرواية الثانية يحد بذلك وهو قول مالك، لأن ابن مسعود جلد رجلاً وجد منه رائحة =

كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام^(١)، وهو خمر من أي شيء كان^(٢)، ولا يباح شربه للذة ولا لتداو ولا عطش ولا غيره. إلا لدفع لقمة غص بها ولم يحضره غيره^(٣).

(١) (حرام) روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وأبي بن كعب وأنس وعائشة، وبه قال عطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبو ثور وإسحق. والخمر محرم بالكتاب والسنة والإجماع لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه — إلى قوله — فهل أنتم متتهون﴾ ومن السنة قوله عليه السلام «كل مسكر خمر وكل خمر حرام» رواه أحمد وأبو داود.

(٢) (من أي شيء كان) وفي حديث عمر «الخمر ما خامر العقل» متفق عليه، وعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لعن الله الخمر وشاربها وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه» رواه أبو داود.

(٣) (غيره) وخاف تلفاً لأنه مضطر، ويقدم عليه بول لوجوب الحد باستعمال المسكر دون البول، وعليهما ماء نجس لأن الماء أصله مطعوم إنما منع من حل استعماله نجاسته. وقال =

إذا أتت عليه ثلاثة أيام حرم إلا أن يغلي^(١) فيحرم نص عليه، ولو طبخ قبل التحريم أي قبل أن يغلي وقبل أن تأتي عليه ثلاثة أيام بلياليهن^(٢) حل إن ذهب ثلثاه نصاً^(٣)

= الخمر. والأول أولى لأن الرائحة يحتمل أنه تمضمض بها أو ظنها ماء فلما صارت في فيه مجها ونحو ذلك.

(١) (يغلي) كغليان القدر ويقذف بزبده فلا خلاف في تحريمه ولو لم يسكر لقوله عليه الصلاة والسلام «اشربوا العصير ثلاثاً ما لم يغل» ولأن علة التحريم الشدة الحادثة فيه وهي توجد بوجود الغليان.

(٢) (بلياليهن) وقال المصنف: يحتمل أن يكون شربه بعد الثلاث إذا لم يغل مكروها غير محرم فإن أحمد لم يصرح بالتحريم، ولقول رسول الله ﷺ «اشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكراً» رواه أبو داود ووجه الأول ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس أنه كان يئذ للنبي ﷺ الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد إلى مساء الثالثة ثم يؤمر به فيسقى ذلك الخدم أو يهراق.

(٣) (نصاً) ذكره أبو بكر إجماع المسلمين، لأن أبا موسى كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه رواه النسائي، وله مثله عن عمر وأبي الدرداء لأنه إذا غلى على النار فذهب ثلثاه فقد ذهب أكثر رطوبته فلا يكاد يغلي وإذا لم يغل لم تحصل فيه شدة لأنه يصير كالرب، ولهذا قال أحمد لأبي داود: لو كان يسكر ما أحله عمر.

وإذا شربه المسلم مختاراً عالماً أن كثيره يسكر فعليه الحد ثمانون جلدة مع الحرية^(١) وأربعون مع الرق^(٢).

= أبو حنيفة يباح شربها للتداوي، وللشافعي وجهان كالمذهبيين. ولنا ماروي طارق بن سويد أنه سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه وكره له أن يصنعها فقال إنما أصنعها للدواء فقال: «إنه ليس بدواء ولكنه داء» رواه أحمد ومسلم وقال ابن مسعود «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» رواه البخاري.

(١) (الحرية) وبهذا قال مالك والثوري وأبو حنيفة ومن تبعهم لإجماع الصحابة، روى أنس «أن النبي ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، قال وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف: أخف الحدود ثمانين فأمر به عمر» متفق عليه، والرواية الثانية أربعون. زوائد.

(٢) (الرق) على النصف، وعن علي قال «ما كنت أقيم على أحد حداً فموت فيه فأجد منه في نفسي إلا صاحب الخمر لأنه مات إن وديته» أخرجه البخاري.

وقال الموفق والشارح وغيرهما: الاعتبار في حله عدم الإسكار^(١) سواء ذهب بطبخه ثلثاه أو أقل أو أكثر. والنبذ مباح ما لم يغل أو تأت عليه ثلاثة أيام بلياليهن^(٢) وهو ما يلقي فيه تمر أو زبيب أو نحوهما ليحلوا به الماء وتذهب ملوحتة. ويكره الخليلطان^(٣) ولا بأس بالفقاع^(٤) وقال في حاشية الاقتاع: وقهوة البن مباحة لذاتها على

(١) (عدم الإسكار) لما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ومن مات وهو يشرب الخمر يدمنها ولم يتب لم يشربها في الآخرة» رواه مسلم وأبو داود عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» رواه أبو داود.

(٢) (بلياليهن) لما تقدم عن ابن عباس، وقال أبو هريرة «علمت أن رسول الله ﷺ كان يصوم فتحنيت فطره بنبذ صنعته في دباء ثم أتيته به فإذا هو ينش فقال اضرب: بهذا الحائط فإن هذا شراب من لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر رواه أبو داود ينش أي يغلي.

(٣) (الخليطان) وهو أن يتبذ شيتين كتمر وزبيب، ولا يكره الانتباز بالدبا. والمزفت والمقير لقوله ﷺ: «كنت نهيتكم عن الأشربة إلا في ظرف الأدم، فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكراً.

(٤) (بالفقاع) لأنه نبذ لم تأت عليه ثلاثة أيام ولا هو مشند وليس المقصود منه الإسكار وإنما يتخذ لهضم الطعام وصدق الشهوة.

باب التعزير^(١)

(١) (التعزير) للأب تعزير ولده الصغير على الأدب الحسن وكذا الأم في حال كفالتة، وللآمر بالصلاة وللسيد على رقيقه لحق نفسه وحق الله تعالى على الأصح، وللزوج على زوجته في النشوز كما صرح به القرآن، وعلى ترك الصلاة ونحوها.

ما صرح به شيخ شيخنا^(١) وعنه الرواية الثانية يجلد الحر في الخمر أربعين^(٢).

باب التعزير^(٣)

وهو التأديب. وما أوجب حداً على مكلف عزر به المميز كالقذف^(٤) وقال القاضي في الأحكام السلطانية إذا تشاتم والد وولده لم يعزر الوالد لحق الولد ويعزر الولد لحقه. ومن وطئ أمة امرأته فعليه الحد إلا أن تكون أحلتها له فيجلد مائة^(٥) ولا يلحقه نسب ولدها ولا يسقط الحد بالإباحة في غير هذا الموضع إلا إذا وطئ جارية مشتركة فيعز مائة سوطاً إلا سوطاً^(٦) ويعزر بعشرين سوطاً بشرب مسكر في

(١) (شيخ شيخنا) وهو الشيخ زين الدين عبدالقادر الجزيري، وألف فيها كتاباً سماه «عمدة الصفوة في حل القهوة».

(٢) (أربعين) وهو مذهب الشافعي لأن علياً جلد الوليد بن عقبة أربعين ثم قال «جلد النبي ﷺ أربعين وولد أبو بكر أربعين وولد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إليّ» رواه مسلم.

(٣) (التعزير) لغة المنع واصطلاحاً التأديب، لأنه يمنع من تعاطي القبيح، وعزته نصرته لأنه منع عدوه من أذاه، وهو من الأضداد.

(٤) (كالقذف) قاله في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير، قال في الواضح من شرع في عشر صح تأديبه في تعزير على طهارة وصلاة. وقال الشيخ لا خلاف بين العلماء أن غير المكلف كالصبي المميز يعاقب على الفاحشة تعزيراً بليغاً، وكذا المعجنون يضرب على ما فعل لينزجر، لكن لا عقوبة بقتل أو قطع.

(٥) (فيجلد مائة) لما روى أحمد وأبو داود عن حبيب بن سالم أن رجلاً يقال له عبدالرحمن ابن حنين وقع على جارية امرأته فرفع إلى النعمان بن بشير وهو أمير على الكوفة فقال «لأفضين فيك بقضاء رسول الله ﷺ، إن كانت أحلتها لك جلدتك مائة، وإن لم تكن أحلتها رجمتك بالحجارة، فوجدوها أحلتها له فجلدوه مائة».

(٦) (إلا سوطاً) لما روى الأثرم عن سعيد بن المسيب أن عمر قال في أمة بين رجلين وطئها أحدهما: يجلد الحد إلا سوطاً. واحتج به أحمد.

وهو التأديب، وهو واجب^(١) في كل معصية لاحد فيها ولا كفارة، كاستمتاع
لاحد فيه، وسرقة لا قطع فيها، وجناية لا قود فيها، وإتيان المرأة المرأة، والقذف بغير

(١) (واجب) هذا المذهب إذا رآه الإمام وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي ليس
بواجب لأن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن
أطأها، فقال أصليت معنا قال نعم فتلا عليه ﴿إن الحسنات يذهبن السيئات﴾ وقال في
الأنصار «أقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم».

نهار رمضان لفطره^(٢) مع الحد، ويحرم تعزيره بحلق لحية وقطع طرف وجرح وبأخذ
مال أو اتلافه^(٣) وقال القاضي: ويجوز أن ينادي عليه بذنبه إذا تكرر منه ولم يقطع.
ومن لعن ذمياً أذب أدباً خفيفاً إلا أن يكون صدر منه ما يقتضي ذلك^(٤)، وقال
الشيخ يعزر بما يردعه وقد يقال بقتله للحاجة. وقال بقتل مبتدع داعية وذكره وجهاً
وفاقاً لمالك، ونقل القتل عن أحمد في الدعاة من الجهمية^(٥) وكذا من تكرر شربه
للخمر ما لم ينته بدونه، ونص أحمد في المبتدع الداعية يحبس حتى يكف أو
يتوب^(٦) ونفقته مدة حبسه من بيت المال ليدفع ضرره. ومن مات من التعزير لم
يضمن^(٧) وقال القاضي بل المذهب أنه لايزاد على عشر جلدات اتباعاً للأثر إلا في

(١) (لفطره) لما روى أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي قد شرب خمرًا في نهار رمضان
فجلده ثمانين الحد وعشرين لفطره في رمضان، وإنما جمع بينهما لجنايته من وجهين.
(٢) (إتلافه) لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به لا بتسويد وجه ولا بأن
ينادي به مع ضربه، قال أحمد وشاهد الزور فيه عن عمر يضرب ظهره ويحلق رأسه
ويسخم وجهه ويطاف به ويपाल حبسه قال الشيخ وقد يكون التعزير بالنيل من عرضه مثل
أن يقال يا ظالم يا معتدي وبإقامته من المجلس. وقال التعزير بالمال سائغ إتلافاً وأخذاً،
ولم يجز أخذ ماله منه الموفق أبو محمد المقدسي.

(٣) (ما يقتضى) أي أن يلعن فلا شيء على المسلم، قلت ما ذكره هو كلام الفروع وغيره،
ولعل المراد أن يلعن فاعل ذلك الذنب على العموم مثل أن يقول لعن الله فاعلي كذا، أما
لعنة معين بخصوصه فالظاهر أنها لا تجوز ولو كان ذمياً وصدر منه.

(٤) (الدعاة من الجهمية) لدفع شرهم به، ويأتي في الشهادات يكفر مجتهدهم الداعية.
(٥) (أو يتوب) قال في الأحكام السلطانية: للوالي فعله لا القاضي.

(٦) (لم يضمن) لأنه مأذون فيه شرعاً وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي يضمنه لقول
علي «ما كنت لأقيم حداً فيموت فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر فإنه لو مات ودبته =

الزنا ونحوه. ولا يزداد في التعزير على عشر جلدات^(١). ومن استمنى بيده من غير
(١) (عشر جلدات) لحديث أبي بردة مرفوعاً «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من
حدود الله تعالى» متفق عليه، وللحاكم نقصه عن العشرة حسب ما يراه.

وطء جارية امرأته^(٢) وفي الجارية المشتركة، وقال مالك يجوز أن يزداد التعزير على
الحد إذا رأى الإمام^(٣).

(فصل) ولا يجوز للجدماء مخالطة الأصحاء ولا مخالطة أحد معين إلا بإذنه،
وعلى ولاية الأمور منعهم من مخالطة الأصحاء^(٤) وجوز بن عقيل قتل مسلم جاسوس
للكفار، وعند القاضي يعنف ذو الهيئة ويعزر غيره. ومن دعا عليه ظلاماً فله أن يدعو
على ظالمه بمثل ما دعا به عليه^(٥) ولو افتري عليه الكذب لم يكن له أن يفترى عليه

وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه^(٦) ولنا أنها عقوبة مشروعة للردع والزجر فلم يضمن ما
تلف بها كالححد، وأما قول علي في دية من قتله حد الخمر فقد خالفه غيره من الصحابة
فلم يوجبوا شيئاً به ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء فكيف يحتج به مع ترك
الجميع له.

(١) (جارية امرأته الخ) لحديث النعمان ولحديث عمر، وأما غيرها فيبقى على العموم
لحديث أبي بردة، وهذا قول حسن.

(٢) (الإمام) لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به
صاحب بيت المال فأخذ منه ما لا يبلغ عمر فضربه مائة وحبسه فكلّم فيه فضربه مائة
أخرى فكلّم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه، وروى أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي قد
شرب خمراً في رمضان فضربه ثمانين الحد وعشرين سوطاً لفظره في رمضان. وروى أن أبا
الاسود استخلفه ابن عباس على قضاء البصرة فأتى بسارق قد جمع المتاع في البيت ولم
يخرجه فقال أبو الأسود: أعجلتم المسكين، فضربه خمسة وعشرين سوطاً وخلي سبيله.

ولنا حديث أبي بردة وهو صحيح متفق عليه ولأن العقوبة على قدر الإجرام والمعصية،
والمعاصي المنصوص على حد ردها أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين
عقوبة أعظمها، ومن الدليل على ذلك ضرب عمر الذي وطئ الجارية مائة إلا سوطاً.

(٣) (الأصحاء) بأن يسكنوا في مكان مفرد لهم ونحو ذلك، وإذا امتنع ولي الأمر من ذلك أو
المجذوم أثم وإذا أصر على ترك الواجب مع علمه به فسق قاله في الاختيارات وقال: كما
جاءت به سنة رسول الله ﷺ وكما ذكر العلماء.

(٤) (بمثل ما دعا به عليه) أو رفعه إلى الحاكم ليعزره، وإذا كان ذنب الظالم إفساد دين
المظلوم لم يكن له أن يفسد دينه، ولكن له أن يدعو عليه بما يفسد به دينه.

باب القطع في السرقة^(٢)

إذا أخذ الملتزم نصاباً من حرز مثله من مال معصوم^(٣) لا شبهة له فيه على وجه

- (١) (عزز) لأنه معصية، وإن فعله خوفاً من الزنا فلا شيء عليه.
- (٢) (في السرقة) وهي أخذ مال على وجه الاختفاء من مالكه أو نائبه.
- (٣) (معصوم) بخلاف حربي فتحوز سرقته بكل حال.

الكذب. لكن له أن يدعو الله عليه بمن يفترى عليه الكذب، قال أحمد الدعاء قصاص قال فمن دعا فما صبر^(٤).

(فصل) والقواعد التي تفسد النساء والرجال أقل ما يجب عليها الضرب البليغ، وينبغي شهرة ذلك ليستفيض ذلك في النساء والرجال^(٥) وقال الشيخ سكنى المرأة بين الرجال والرجال بين النساء يمنع لحق الله تعالى، ومنع عمر بن الخطاب العزب أن يسكن بين المتأهلين والمتأهل أن يسكن بين العزب، ونفى شاباً خاف به الفتنة من المدينة، وأمر النبي ﷺ بنفي المخنثين من البيوت.

باب القطع في السرقة

ولا يجب إلا بسبعة أشياء أحدها السرقة^(٦)، الثاني أن يكون ما لا محترماً. الثالث أن يسرق نصاباً^(٧) الرابع أن يخرج من الحرز، الخامس انتفاء الشبهة، السادس ثبوت السرقة بشهادة عدلين أو إقرار مرتين ولا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره^(٨)،

- (١) (فما صبر) أي فقد انتصر لنفسه ﴿ولمن صبر وغفر إن ذلك لمن عزم الأمور﴾.
- (٢) (والرجال) وإذا ركبت دابة وضمت عليها ثيابها ونودي عليها هذا جزء من يفعل كذا وكذا كان من أعظم المصالح، قاله الشيخ، وقال: لولي الأمر كصاحب الشرطة أن يعرف ضررها.
- (٣) (السرقة) وهي أخذ المال على وجه الاختفاء، ومنه استراق السمع ومسارقة النظر إذا كان يستخفي بذلك.
- (٤) (نصاباً) وهو ثلاثة دراهم أو ربع دينار أو ما يبلغ أحدهما من غيرهما.
- (٥) (إقراره) لما روى أو داود أن النبي ﷺ قال للص أتى به قد اعترف ما أخالك سرت قال بلى، فأعاد عليه مرتين قال بنى فأمر به فقطع. وهذا قول عامة الفقهاء روي عن عمر أنه =

الاختفاء قطع^(١)، فلا قطع على منتهب^(٢) ولا مختلس ولا غاصب ولا خائن في ودیعة أو عارية^(٣) أو غيرها، ويقطع الطرار الذي يبط الجيب^(٤) أو غيره ويأخذ منه. (ويشترط) أن يكون المسروق مالاً^(٥) محترماً، فلا قطع بسرقة آلة لهو ولا محرم

(١) قطع لقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ ولحديث عائشة مرفوعاً «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً».

(٢) منتهب (إلخ) وهو الذي يأخذ المال على وجه الغنيمة، لما روى جابر مرفوعاً «ليس على المنتهب قطع» رواه أبو داود والترمذي، وقال عليه السلام «ليس على المختلس والخائن قطع» رواه أبو داود والترمذي.

(٣) عارية (أو غيرها) من الأمانات، أما جاحد الوديعة فقال في الإنصاف بلا نزاع أعلمه، وأما جاحد العارية فهذا في إحدى الروايتين، وبه قال أكثر العلماء.

(٤) يبط الجيب (هذا المذهب جزم به في الوجيز ومال إليه المصنف والشارح لأنه سرق من حرز، وعلى هذا لو بط جيبه فسقط منه نصاب فأخذه قطع على الصحيح من المذهب.

(٥) (المسروق مالاً) هذا المذهب من أي نوع، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة لا قطع على سارق الطعام الرطب الذي يسرع إليه الفساد كالفواكه والبطيخ لقول النبي ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر، رواه أحمد وأصحاب السنن. ولنا عموم قوله: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ وروى أن عثمان قطع بسرقة أترجة لما قومت فبلغت ربع دينار. رواه سعيد.

السابع مطالبة المسروق منه بماله، ويقطع جاحد العارية في إحدى الروايتين^(١) والثانية لا يقطع^(٢) وإن ذبح السارق المسروق حل على الصحيح من المذهب ولم يكن مية

أتى بسارق فسأله أسرقت قل لا فقال لا فتركه وروى معنى ذلك عن أبي بكر الصديق وأبي هريرة وابن مسعود وأبي الدرداء وبه قال اسحق وأبو ثور.

(١) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب وبه قال اسحق وجزم به القاضي في الجامع الصغير وأبو الخطاب والشريف في خلافيهما وابن عقيل وابن البناء وصاحب الوجيز والمنور والناظم، لما روت عائشة أن امرأة كانت تستعير المتاع فتجده فأمر رسول الله ﷺ بقطع يدها رواه مسلم، قال أحمد لا أعرف شيئاً يدفعه.

(٢) (لا يقطع) وبه قال أكثر العلماء واختاره الخرقى وابن شاقلا وأبو الخطاب والمصنف والشارح وابن منجا في شرحه. ووجه هذه الرواية قوله ﷺ «ليس على المختلس والخائن قطع»، ولأن الخائن غير سارق فلا يجب قطعه، فأما المرأة فإنها قطعت لسرقتها لا =

من
الكتاب
الأول

كالخمر^(١)، ويشترط أن يكون نصاباً وهو ثلاثة دراهم أو ربع دينار أو عرض قيمته كأحدهما^(٢)، وإن نقصت قيمة المسروق أو ملكها السارق لم يسقط القطع وتعتبر قيمتها وقت إخراجها من الحرز^(٣)، فلو ذبح فيه كبشاً أو شق فيه ثوباً فنقصت قيمته عن نصاب ثم أخرجه أو أتلّف فيه المال لم يقطع. وأن يخرج من الحرز، فإن سرقه من غير حرز فلا قطع. و(حرز المال) ما العادة حفظه فيه، ويختلف باختلاف

مواضع
الكتاب
الأول

(١) (ولا محرم كالخمر) هذا المذهب لأنه معصية وحرام فلم يقطع بسرقة كالخنزير وسواء سرقه مسلم أو ذمي.

(٢) (كأحدهما) فلا قطع بسرقة ما دون ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فصاعداً» متفق عليه، وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثني عشر درهما رواه أحمد.

(٣) (من الحرز إلخ) هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والشعبي وعمر بن عبد العزيز والزهري والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عن رسول الله ﷺ أنه «سئل عن الثمر المطلق فقال: من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع» رواه أبو داود.

من
الكتاب
الثاني

كالمغصوب ويقطع بسرقة العبد الصغير^(١) ولا يقطع بسرقة حر^(٢) وإن كان صغيراً ولو كان عليه حلي يبلغ نصاب السرقة^(٣) ويقطع بسرقة سائر كتب العلم، وإن اشترك

مواضع
الكتاب
الثاني

= لجحودها، ألا تسمع إلى قوله في الحديث «إذا سرق فيهم الشريف تركوه» وفي رواية الأثرم إنها سرقت قطيفة، وهذا ظاهر في أنها سرقت فقطعت لسرقتها.

(١) (العبد الصغير) هذا قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم الحسن ومالك والشافعي وجمع، إذا كان لا يميز بين سيده وغيره.

(٢) (حر الخ) هذا المذهب وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر، وعن أحمد أنه يقطع بسرقة الصغير جزم به في المنور وبه قال الحسن والشعبي ومالك وإسحق لأنه غير مميز أشبه العبد. ولنا أنه ليس بمال فلا يقطع بسرقة كالكبير النائم.

(٣) (نصاب السرقة) على الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي واختاره المصنف والشارح، لأنه نابع لمالاً قطع فيه. والثاني يقطع به قال أبو يوسف وابن المنذر لظاهر الكتاب والسنة.

الأموال والبلدان وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه، فحرز الأموال والجواهر والقماش في الدور والدكاكين والعمران وراء الأبواب والأغلاق الوثيقة^(١)، وحرز البقل وقذور البلاقلا ونحوهما وراء الشرائح إذا كان في السوق حارس، وحرز الحطب والخشب الحظائر، وحرز المواشي الصير، وحرزها في المرعى بالراعي ونظره إليها غالباً^(٢). وأن تنتفي الشبهة^(٣)، فلا يقطع بالسرقة من مال أبيه وإن علا، ولا من مال ولده وإن

- (١) (الوثيقة) والغلق اسم للقفل خشبياً كان أو حديداً، فإن وجد باباً مفتوحاً أو حرزاً مهتوكاً فلا قطع.
(٢) (غالباً) فما غاب عن مشاهدته غالباً فقد خرج عن الحرز.
(٣) (الشبهة) عن السارق لحديث «أدروا الحدود بالشبهات ما استطعتم».

جماعة في سرقة نصاب قطعوا^(١) وإن سرق من السوق غزلاً وثم حافظ قطع وإلا فلا، ويقطع المسلم بالسرقة من مال الذمي والمستأمن^(٢). وحرز إبل باركة معقولة بحافظ حتى نائم^(٣) ومن سرق ماشية من غير أن تكون محرزة تضمن بمثل قيمتها ولا قطع^(٤) ولا قطع في عام مجاعة^(٥) وغلاء إن لم يجد ما يشتري أو يشتري به. ومن قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ثم سرق ثلاثة حبس^(٦) وعنه أنه تقطع يده اليسرى

- (١) (قطعوا) سواء أخرجوه جملة أو أخرج كل واحد جزءاً وبه قال مالك وأبو ثور، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي واسحق: لا قطع عليهم.
(٢) (والمستأمن) لأن مالهما محترم بالأمان كالذمة بدليل أنه يجب الضمان بإتلافه.
(٣) (حتى نائم) لأن عادة ملاكها عقلها إذا ناموا فإن لم تكن معقولة بحافظ يقظان.
(٤) (ولا قطع) كتمر وكتر، احتج أحمد أن عمر أغرم حاطب بن أبي بلتعة حين نجر غلمانة ناقة رجل من مزينة مثل قيمتها. رواه الأثرم.
(٥) (مجاعة الخ) يعني أن المحتاج إذا سرق ما يأكله لا قطع عليه لأنه كالمضطر، وروى الجوزجاني عن عمر أنه قال لا قطع في عام سنة؟ وقال سألت أحمد عنه فقلت تقول به؟ قال أي لعمرى إذا حملته الحاجة والناس في شدة ومجاعة. وعن الأوزاعي مثل ذلك وقد روى عن عمر أن غلمان حاطب بن أبي بلتعة انتحروا ناقة للزنى فأمر عمر بقطعهم، قال لحاطب إني أراك تجيعهم فدرأ عنهم الحد لما ظنه يجيعهم. فأما الواجد لما يأكله والواجد لما يشتري به فعليه القطع وإن كان بالثمن الغالي، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي.

- (٦) (حبس) هذا المذهب: روى عن علي، وبه قال الحسن والشعبي والزهري والنخعي وحماد والثوري وأصحاب الرأي.

سفل، والأب والأم في هذا سواء^(١) ويقطع الأخ وكل قريب بسرقة من مال قريبه^(٢). ولا يقطع أحد من الزوجين بسرقة من مال الآخر ولو كان محرراً عنه^(٣). وإذا سرق عبد من مال سيده^(٤) أو سيد من مال مكاتبه أو مسلم حر من بيت المال أو من غنيمة

(١) (سواء) والابن والبنت والجد والجددة من قبل الأب والأم، هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، لقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك». (٢) (قريبه) وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقطع بالسرقة من ذي رحم، وحكاه ابن أبي موسى في الإرشاد مذهباً لأحمد ولنا أنها قرابة لا تمنع الشهادة فلا تمنع القطع كقرابة غيره وبهذا فارق قرابة الولادة.

(٣) (ولو كان محرراً عنه) وهو مذهب أبي حنيفة رواه سعيد عن عمر بإسناد جيد، ولأن كلاً منهما يرث صاحبه. والرواية الثانية يقطع وهو مذهب مالك وأبي ثور وابن المنذر، وللشافعي كالروایتين.

(٤) (من مال سيده إلخ) لما روى سعيد عن عمر أنه جاءه عبد الله بن عمرو الحضرمي بغلام له فقال إن غلامي هذا سرق فاقطع يده، قال عمر: ما سرق؟ قال سرق امرأة امرأتي ثمنها ستون درهماً، فقال: أرسله، لا قطع عليه، خادمكم أخذ متاعكم.

في الثالثة ورجله اليمنى في الرابعة^(١) وفي الخامسة يعزر ويحبس، وصفة القطع أن يجلس السارق ويضبط لثلاً يتحرك وتشديده بحبل وتجز حتى يتبين مفصل الذراع ثم توضع بينهما سكين حادة ويدق فوقها بقوة أو توضع السكين على المفصل وتمد مدة واحدة وإن علم قطعاً أوحى من هذا قطع به. ويسن تعليق يده في عنقه^(٢).

(١) (في الرابعة) وروى عن أبي بكر وعمر أنهما قطعاً يد أقطع اليد والرجل، وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر، وعن عثمان وعمر بن العاص وعمر بن عبدالعزيز أنه في الخامسة يقتل ان سرق بحديث جابر. ولنا ما روى عن علي أنه أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه ماترون في هذا؟ قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين، قال قتلته إذا وما عليه القتل، بأي شيء يتوضأ للصلاة بأي شيء يغتسل من جنابته، بأي شيء يقوم لحاجته؟ فردّه إلى السجن أياماً ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الأول وقال مثل ما قال أول مرة، فجلده جلدًا شديدًا ثم أرسله. وروى عن عمر أنه رجع إلى قول علي. وحديث جابر إن صح ففي رجل استحق القتل أو منسوخ.

(٢) (في عنقه) لما روى فضالة بن عبيد أن النبي ﷺ أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه رواه أبو داود وابن ماجه وفعله علي، زاد جماعة ثلاثة أيام إن رآه الإمام.

لم تخمس أو فقير من غلة وقف على الفقراء أو شخص من مال فيه شركة له أو لأحد مما لا يقطع بالسرقة لم يقطع. ولا يقطع إلا بشهادة عدلين^(١). أو إقرار مرتين، ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع^(٢). وأن يطالب المسروق منه بماله^(٣) وإذا وجب القطع قطعت يده اليمنى^(٤) من مفصل الكف وحسمت^(٥). ومن سرق شيئاً من غير حرز ثمراً كان أو كثرأ أو غيرهما أضعفت عليه القيمة ولا قطع^(٦).

باب حد قطاع الطريق^(٧)

- (١) (بشهادة عدلين) يصفان السرقة والحرز وجنس النصاب وقدره ليزول الإختلاف فيه.
- (٢) (يقطع لقوله النبي ﷺ للسارق ما إخال لك سرت. وقال لعايز لعلك قبلت أو لمست وعن علي أو رجلاً أقر عنده بالسرقة فاتهره.
- (٣) (بماله) ويدعيه وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وعن أحمد لا يشترط مطالبة المسروق بماله اختاره الشيخ وهو مذهب مالك.
- (٤) (اليمنى إلخ) لقراءة ابن مسعود فاقطعوا إيمانها. وروي عن أبي بكر وعمر أنهما قالوا إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع، ولا مخالف لهما في الصحابة.
- (٥) (وحسمت) وجوباً بغمسها في زيت مغلي — لتسد أفواه العروق فينقطع الدم — من مال السارق لأنه مداواة وهو المذهب، والوجه الثاني من بيت المال.
- (٦) (ولا قطع) لحديث رافع بن خديج قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا قطع في ثمر ولا كثر» رواه أحمد والأربعة.
- (٧) (حد قطاع الطريق) والأصل في حكمهم قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً — إلى قوله — أو ينفوا من الأرض﴾ نزل في قطاع الطريق من المسلمين في قول ابن عباس وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور وحكى عن الحسن وعطاء وعبيد الكريم أنها نزلت في المرتدين.

وتقطع الرجل من مفصل الكعب بترك عقبه^(١) وإن وجب قطع يمينه فقطع القاطع يسراه عمداً فعليه القود وإن قطعها خطأ فعليه ديتها ولم تقطع يمين السارق في أحد الوجهين^(٢) ويجب رد العين المسروقة وإلا ضمنها مع عدم.

- (١) (بترك عقبه) في قول أكثر أهل العلم، وفعل ذلك عمر، وكان علي يقطع من نصف القدم ومن معقد الشراك ويدع له عقباً يمشی عليها، وهو قول أبي ثور.
- (٢) (في أحد الوجهين) وهما روايتان أصحهما لا تقطع صححه في التصحيح والنظم، والثاني تقطع جزم به في الوجيز.

وهم الذين يعرضون للناس بالسلاح في الصحراء أو البنيان^(١) فيغصبونهم المال مجاهرة^(٢) لا سرقة، فمن منهم قتل مكافياً أو غيره كالولد والعبد والذمي وأخذ المال

- (١) (أو البنيان) هذا المذهب، وبه قال الأوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور، لتناول الآية بعمومها كل محارب.
- (٢) (مجاهرة) فإن لم يكن معهم سلاح فليسوا محاربين لأنهم لا يمنعون من يقصدهم ولا نعلم في هذا خلافاً.

باب حد المحاربين

وإن فعلوا ذلك في البنيان لم يكونوا محاربين في قول الخرقى^(١) وقال أبو بكر حكمهم في المصر والصحراء واحد^(٢) وحكم الردء حكم المباشر^(٣) فإن لم يكن معهم سلاح فليسوا محاربين، فإن عرضوا بالعصى والحجارة فهم محاربون^(٤) وأن أتوا مجاهرة وبأخذوا المال قهراً فإن أخذوه مختفين فهم سراق وإن اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم^(٥) ومن وجب عليه حد سوى المحاربين كالسرقة أو الزنا أو الشراب فتأب منه قبل توبته عند الحاكم سقط عنه بمجرد التوبة قبل إصلاح العمل^(٦) وعنه لا

- (١) (في قول الخرقى) وبه قال أبو حنيفة والثوري واسحق، لأن الواجب يسمى حد قطاع الطريق وقطع الطريق إنما هو في الصحراء.
- (٢) (واحد) وهو المذهب لأنه في المصر أعظم جوراً وأكثر ضرراً فكان بذلك أولى وبه قال جماعة. زاد.
- (٣) (المباشر) هذا المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة، واختار الشيخ يقتل الأمر كردء، وإنه في السرقة كذلك.
- (٤) (فهم محاربون) وهو المذهب وبه قال الشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين لأنهم لا سلاح معهم.
- (٥) (لا قطع عليهم) وكذلك إن خرج الواحد والإثنان على آخر قافلة فاستلبوا منها شيئاً لأنهم لا يرجعون إلى منعة وقوة، وإن خرجوا على عدد يسير فقهرتهم فهم قطاع طريق.
- (٦) (العمل) هذا المذهب وهو من المفردات لقوله تعالى: ﴿واللذان يأتيانها منكم فأذوهما فإن تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما﴾ وقال بعد ذكر السارق ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه﴾ وقوله عليه السلام «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» ومن لا ذنب له لا حد عليه. وقال في حق ماعز لما أخبر بهربه «هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه» ولأنه خالص حق الله فيسقط بالتوبة كحد المحاربين، فإن ثبت عند الحاكم لم يسقط =

قتل^(١) ثم صلب حتى يشتهر، وإن قتل ولم يأخذ المال قتل حتما ولم يصلب^(٢)، وإن جنوا بما يوجب قوداً في الطرف تحتم استيفأؤه^(٣)، وإن أخذ كل واحد من الماء قدر ما يقطع بأخذه السارق ولم يقتلوا قطع من كل واحد يده اليمنى ورجله

- (١) (قتل) وجوباً لحق الله تعالى ثم غسل وصلى عليه.
(٢) (ولم يصلب) لأنه لم يذكر في حديث ابن عباس الآتي.
(٣) (استيفأؤه) كالنفس. والوجه الثاني لا يتحتم وهو المذهب لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في حقه بالجراح فحينئذ لا يجب فيه أكثر من القصاص.

يسقط^(١)، ومن مات وعليه حد سقط عنه.

(فصل) ولا يلزم حفظ ماله عن الضياع والهلاك^(٢) وكره أحمد أن يخرج إلى صيحة بالليل لأنه ما يدري ما يكون، قال في الفروع وظاهر كلام الأصحاب خلافه. وإذا وجد رجلاً يزني بامرأته فقتلها فلا قصاص عليه ولا دية^(٣) إلا أن تكون المرأة مكرهة فعليه القصاص. ويلزمه الدفع عن نفس غيره^(٤) ومن أرادت نفسه

= بالتوبة لقوله عليه السلام «تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب» رواه أبو داود والنسائي، وعنه إن ثبت الحد بيينة لم يسقط.

- (١) (لا يسقط) وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحد قولي الشافعي لقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ وهو عام في التائب وغيره، ولأن النبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية وقد سمي فعلهما توبة، ولنا ما تقدم.
(٢) (والهلاك) على الصحيح من المذهب، وله بذل ماله. وذكر القاضي أنه أفضل وأن حنبلاً نقله.

(٣) (ولا دية) لما روي أن عمر رضي الله عنه بينما هو يتغدى يوماً إذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر فجعل يأكل، وأقبل جماعة من الناس فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته، فقال عمر ما يقول هؤلاء؟ قال ضرب الآخر فخذى امرأته بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتله. فقال لهم عمر ما يقول؟ قالوا ضرب بسيفه فخذى امرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين. فقال عمر إن عادوا فعد، رواه هشيم عن مغيرة عن إبراهيم أخرجه سعيد.

- (٤) (الدفع عن نفس غيره) على الصحيح من المذهب، كإحيائه ببذل طعامه، واختار صاحب الرعاية يلزمه مع ظن سلامة الدافع وكذا ماله مع ظن سلامتهما، وأطلق الشيخ لزومه عن مال غيره.

اليسرى^(١) في مقام واحد وحسبنا ثم خلى، فإن لم يصيبوا نفساً ولا مالا يبلغ نصاب السرقة نفوا بأن يشرودوا فلا يتركون يأوون إلى بلد^(٢)، ومن تاب منهم قيل أن يقدر عليه

(١) (السارق) وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وعلى قياس قولنا في السرقة إن أشتروا في أخذ النصاب قطعوا، وأما الحرز فمعتبر.

(٢) (إلى بلد) حتى تظهر توبتهم لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية قال ابن عباس إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفوا من الأرض، رواه الشافعي.

فالأولى في الفتنة ترك الدفع^(١).

وإذا صال على إنسان صائل يريد نفسه أو ماله ظلماً أو يريد امرأة ليفجر بها فلغير الموصول عليه معونته في الدفع. ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم^(٢) وإن عض يد إنسان عضاً محرماً فانتزع يده من فيه فسقطت ثناياه ذهبت هدرًا^(٣) وإن كان مباحاً^(٤) فما سقطت من أسنانه ضمنه وكذلك الحكم فيما

(١) (ترك الدفع) لأن النبي ﷺ قال في الفتنة «اجلس في بيتك فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك» أخرج معناه مسلم عن أبي ذر، وفي لفظ «فكن عبدالله المقتول ولا تكن عبدالله القاتل» وفي لفظ «كن كخير ابني آدم» ولأن عثمان رضي الله عنه لم يدفع عن نفسه وترك القتال مع إمكانه.

(٢) (الدفع عنهم) لأن النبي ﷺ قال «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» وفي حديث «أن المؤمنين يتعاونون على القتال» ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم لأن قطاع الطريق إذا انفردوا بأخذ مال الإنسان ولم يعنه غيره فإنهم يأخذون أموال الكل واحداً واحداً وكذلك غيرهم.

(٣) (هدرا) ولو بعنف «هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي لما روى يعلى بن أمية قال كان لي أجير قاتل رجلاً فعرض أحدهما يد الآخر فانتزع المعضوض يده من في العارض فانتزع إحدى ثناياه فأتى النبي ﷺ فأهدى ثنايته وقال «يدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل» متفق عليه. وروى عمراً أن بن حصين أن رجلاً عض رجلاً فزع يده من فيه فوقعت ثناياه فاختصما إلى النبي ﷺ فقال «يعض أحدكم يد أخيه كما يعض الفحل لا دية لك» رواه الجماعة إلا أبا داود.

(٤) (مباحاً) مثل أن يمسكه في موضع يتضرر بإمساكه أو يعصر يده ونحو ذلك مما لا يقدر على التخلص منه إلا بعضه فعضه.

سقط عنه ما كان لله من نفى وقطع وصلب وتحتم قتل^(١)، وأخذ بما للآدميين من نفس وطرف ومال إلا أن يعفى له عنها، ومن صال على نفسه^(٢) أو حرمة أو مال له آدمي أو بهيمة فله الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به، فإن لم يندفع إلا بالقتل فله ذلك^(٣) ولا ضمان عليه، فإن قتل فهو شهيد^(٤) ويلزمه الدفع عن نفسه وحرمة دون ماله^(٥) ومن دخل منزل رجل متلصصاً فحكمه كذلك^(٦).

- (١) (وتحتم قتل) لقوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾.
- (٢) (ومن صال على نفسه) في غير فتنة هذا إحدى الروايتين لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ وذكر في المبدع أنها أصح، والذي في الإنصاف أنه المذهب إن كان في فتنة لم يلزمه الدفع عن نفسه وإلا لزمه.
- (٣) (فله ذلك) لحديث أبي هريرة قال: «جاء رجل فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد مالي؟ قال: لا تعطه، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال قاتله. قال أرأيت إن قتلني؟ قال فأنت شهيد» قال أرأيت إن قتلته؟ قال هو في النار» رواه أحمد ومسلم.
- (٤) (شهيد) لقوله عليه السلام: «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد» رواه أبو داود والنسائي والخلال والترمذي وصححه.
- (٥) (دون ماله) فلا يلزمه الدفع عنه ولا حفظه عن الضياع والهلاك.
- (٦) (فحكمه كذلك) يدفعه بالأسهل فإن خرج وإلا فله ضربه لحديث أبي هريرة، وعن =

إذا عضه في غير يده أو عمل به عملاً غير العض أفضى إلى تلف شيء من الفاعل لم يضمه^(١) وإن نظر في بيته من خصاص الباب أو نقب في جدار ونحوه فرماه صاحب الدار بحصاة أو طعنه بعود فقلع عينه فلا شيء عليه^(٢) لا من باب مفتوح^(٣)

- (١) (لم يضمه) وقد روى محمد بن عبدالله أن غلاماً أخذ قمعاً من أقماع الزياتين فأدخله بين فخذي رجل ونفخ فيه فذعر الرجل من ذلك وخبط برجله فوقع على الغلام فكسر بعض أسنانه» فاختصموا إلى شريح فقال شريح: لا أعقل الكلب الهرار.
- (٢) (عليه) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يضمها. ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لو أن امرأة أطلع عليك بغير إذنك فحذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح» متفق عليه.
- (٣) (مفتوح) ليس له رمي من نظر في باب مفتوح على الصحيح من المذهب.

باب قتال أهل البغي^(١)

= سعيد بن زيد قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد» رواه أبو داود والترمذي وصححه.

(١) (أهل البغي) أي الجور والظلم والعدول عن الحق، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وإن طائفتان =

ولو تسمع الأعمى على من في البيت لم يجز طعن إذنه قبل إنذاره^(١).

باب قتال أهل البغي^(٢)

نصب الإمام الأعظم فرض كفاية، وثبت بإجماع المسلمين عليه كإمامة أبي بكر رضي الله عنه من بيعة أهل الحل والعقد من العلماء ووجوه الناس بصفة الشهود^(٣) أو يجعل الأمر شورى في عدد محصورين يتفق أهلها على أحدهم فاتفقوا عليه^(٤) وينص من قبله عليه^(٥) أو باجتهاد، أو بقرهه الناس بسيف حتى أذعنوا له ودعوه إماماً^(٦) ويعتبر كونه قرشياً^(٧) بالغاً عاقلاً سميعاً بصيراً ناطقاً حراً ذكراً عدلاً ذا

(١) إنذاره) على الصحيح من المذهب، واختار ابن عقيل جوازه وقال لا ضمان عليه.

(٢) (البغي) وروى عبد الله بن عمرو قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «من أعطى إماماً صفقة

يده وثمرة قلبه فليطعه إن استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر، رواه مسلم

وروي عن النبي ﷺ أنه قال «من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فمات فميتته جاهلية»

رواه ابن عبد البر. واجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة فإن أبا بكر قاتل

مانع الزكاة وعلى قاتل أهل الجمل وأهل صفين وأهل النهروان.

(٣) (الشهود) من العدالة وغيرها، ولا نظر لمن عدا هؤلاء لأنهم كالهواء.

(٤) (عليه) كفعل عمر حيث جعل أمر الإمامة شورى بين ستة من الصحابة، فوقع اتفاقهم

على عثمان رضي الله عنه.

(٥) (وينص من قبله عليه) بأن يعهد الإمام بالإمامة إلى إنسان ينص عليه بعده ولا يحتاج إلى

موافقة أهل الحل والعقد كما عهد أبو بكر بالإمامة إلى عمر رضي الله عنهما، أو باجتهاد

من أهل الحل والعقد.

(٦) (إماماً) فثبت له الإمامة ويلزم الرعية طاعته، قال أحمد في رواية عبدوس بن مالك

العطار: ومن غلب عليهم بالسيف حتى صار خليفة وسمي أمير المؤمنين فلا يحل لأحد

يؤمن بالله يبيت ولا يراه إماماً برأ كان أو فاجراً.

(٧) (قرشياً) لحديث «الأئمة من قریش» وحديث «قدموا قریشاً ولا تقدموها».

إذا خرج قوم لهم شوكة ومنعة^(١) على الإمام بتأويل سائغ فهم بغاة^(٢)، وعليه أن

= من المؤمنين اقتتلوا — إلى قوله — فأصلحوا بين أخويكم ﴿١﴾.

- (١) (لهم شوكة ومنعة) بسكون النون بمعنى امتناع يمنعهم.
(٢) (بغاة) وفيها خمس فوائد: أحدها أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الإيمان فإنه سماهم مؤمنين، والثانية أنه أوجب قتالهم، الثالثة أنه أسقط قتالهم إذا فاعوا إلى الله، الرابعة أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه في قتالهم إذا فاعوا إلى الله، الخامسة إن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه.

بصيرة كافياً ابتداءً ودواماً، ويحرم عزله^(١).

(فصل) الخارجون عن قبضة الإمام أربعة أصناف^(٢): أحدها قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ويرومون خلعه لتأويل سائغ خطأ أو صواب وفيهم منعة يحتاجون في كفهم إلى جمع الجيش فهؤلاء البغاة الذين يذكر في الكتاب حكمهم. الثاني قوم امتنعوا من طاعته أو خرجوا عن قبضته بغير تأويل أو بتأويل غير سائغ فقطاع طريق. الثالث قوم لهم تأويل إلا أنهم نفر يسير لا منعة لهم كالعشرة ونحوهم فهؤلاء حكمهم حكم الصنف الذي قبله في قول أكثر الأصحاب^(٣). الرابع الخوارج الذين يكفرون بالذنوب ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم إلا من خرج معهم فظاهر قول المتأخرين من أصحابنا أنهم بغاة حكمهم حكمهم^(٤) وذهب أحمد في إحدى الروايتين عنه وطائفة من أهل الحديث إلى أنهم كفار مرتدون حكمهم حكم المرتدين، قال في الترغيب والرعاية: وهي أشهر، وذكر ابن حامد أنه لا خلاف

(١) (عزله) لا أن يسأل لقول أبي بكر أقبولوني أقبولوني.

(٢) (أصناف) سواء كان فيهم واحد مطاع أو لا أو كانوا في طرف ولايته أو في موضع متوسط تحيط به ولايته أو لا لعموم الأدلة.

(٣) (الأصحاب) وهو مذهب الشافعي، لأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت أتلفوه لا أفضى إلى إتلاف أموال الناس.

(٤) (حكمهم) وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث، وقال مالك يستتابون فإن تابوا وإلا قتلوا على فسادهم لا على كفرهم.

يراسلهم فيسألهم ما ينقمون منه. فإن ذكروا مظلمة أزالها، وإن ادعوا شبهة

فيه^(١). وقال الشيخ أجمعوا أن كل طائفة ممتنعة من شرعية متواترة من شرائع الإسلام يجب قتالها ليكون الدين كله لله كالمحاربين وأولى. وقال في الرافضة: شر من الخوارج. قال وفي قتل واحد منهما ونحوهما وكفره روايتان، والصحيح جواز قتله كالداعية ونحوه. ولا يقاتل البغاة بما يعم اتلافه إلا لضرورة^(٢) ولا يجاز لهم على جريح ولا يغنم لها مال ولا تسبى ذريتهم، فإن قتلوا من عندهم من أسرانا لم يجز قتل من عندنا^(٣)، وحرمة استعانة بكافر، وله أن يستعين عليهم بسلاحهم وكراعهم وهو خيلهم عند الضرورة فقط ولا يجوز في غير قتالهم^(٤)، ومتى انقضى الحرب وجب رده إليهم^(٥) وإذا انهزموا وتركوا القتال حرم قتلهم وقتل مدبرهم. ومن أتلّف من الطائفتين شيئاً في غير الحرب ضمنه، وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة وخراج ونحوه لم يعد عليهم ولا على صاحبه^(٦) ومن ادعى دفع زكاته إليهم قبل بغير يمين^(٧) ولم يفرق

(١) (فيه) لما روى أبو سعيد قال «سمعت رسول الله ﷺ يقول: يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرءون القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية» رواه البخاري ومالك في موطئه، قال أحمد الخوارج كلاب النار صح الحديث فيهم من عشرة أوجه فعلى هذا يكون ما لهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم من المسلمين. وقال ابن المنذر: لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم.

(٢) (إلا لضرورة) كالمنجنيق والنار، إلا أن يفعلوه بنا فنقاتلهم بمثله.

(٣) (من عندنا) ولو كانت رهائن لقوله ﴿ولا ترزوا رزراً﴾.

(٤) (قتالهم) لأن الإسلام عصم أموالهم، وإنما أبيع قتالهم لردهم إلى الطاعة فيبقى المال على العصمة.

(٥) (رده إليهم) كسائر أموالهم، روي أن علياً يوم الجمل قال: من عرف شيئاً من ماله مع أحد فليأخذه، فعرف بعضهم قدراً مع أصحاب علي وهو يطبخ فيها، فسأله إمهاله حتى ينضج، فأبى وكبه وأخذه.

(٦) (صاحبه) لوقوعه موقعه لأن علياً لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جباه أهل البغي، وكان ابن عمر وسلمة بن الأكوع يأتيهم ساعي نجدة الحروري فيدفعون إليه زكاتهم.

(٧) (بغير يمين) لأن الزكاة لا يستحلف فيها، قال أحمد: لا يستحلف الناس على صدقاتهم.

كشفها^(١). فإن فاءوا وإلا قاتلهم^(٢). وإن اقتلت طائفتان لعصبية أو رياسة فهما

- (١) (كشفها) لأن هذا طريق الصلح، وروى أن علياً أرسل إلى أهل البصرة قبل وقعة الجمل ثم أمر أصحابه أن لا يبدؤهم بالقتال.
(٢) (قاتلهم) وجوباً وعلى رعيته معونته.

أصحابنا بين الخوارج وغيرهم في الصلاة عليه^(١) وظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى أنه لا يصلي على الخوارج^(٢) ومن كفر أهل الحق والصحابة واستحل دماء المسلمين بتأويل فهم خوارج بغاة فسقة قدمه في الفروع، وعنه كفار^(٣) وتجاوز الإجازة على جريحهم وقتلهم ابتداء^(٤) وتجاوز شهادة البغاة^(٥) وإن أظهر قوم رأى الخوارج ولم يجتمعوا لحرب لم يتعرض لهم^(٦) وإن قتل من دخل بين الطائفتين

- (١) (الصلاة عليه) وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي.
(٢) (الخوارج) فإنه قال: أهل البدع إن مرضوا فلا تعودوهم وإن ماتوا فلا تصلوا عليهم، وقال الجهمية: لا يصلي عليهم. وقال مالك لا يصلي على الإباضية والقدرية وسائر أهل الأهواء. الإباضية صنف من الخوارج نسبوا إلى عبدالله بن أباض صاحب مقاتلهم والأزارقة أصحاب نافع بن الأزرق. والنجيدات أصحاب نجدة الحروري.
(٣) (كفار) قال في الإنصاف وهو الصواب الذي ندين الله به، وذكر ابن عقيل في الإرشاد عن أصحابنا تكفير من خالف في أصل كخوارج وروافض ومرجئة. وقال الشيخ نصوصاً صريحة على عدم تكفير الخوارج والقدرية والمرجئة وإنما كفر الجهمية لأعيانهم قال ومذهب الأئمة أحمد وغيره منه على التفصيل بين النوع والعين.
(٤) (ابتداء) صححه الموفق والشارح والشيخ، قال في الفروع: وهو ظاهر رواية عبدوس بن مالك.

(٥) (البغاة) لأنهم إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين، وإنما هم مخطئون في تأويلهم، والإمام وأهل العدل مصييون في قتالهم، فهم جميعاً كالمجتهدين من الفقهاء والحكام.

(٦) (لم يتعرض لهم) حيث لم يخرجوا عن قبضة الإمام، لما روي أن علياً كان يخطب فقال له رجل يباب المسجد: لا حكم إلا لله، فقال علي: كلمة حق أريد بها باطل، ثم قال: لكم علينا ثلاث لا تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولا تمنعكم الفياء ما دامت أيديكم معنا. ولا نبدؤكم بقتال فإن سبوا الإمام أو عدلاً عززهم، وإن جنوا أو أتوا حداً أقامه عليهم.

ظالمتان. وتضمن كل واحدة ما أتلقت على الأخرى^(١).

باب حكم المرتد

(١) (على الأخرى) قال في الإنصاف وهذا بلا خلاف أعلمه، لكن قال الشيخ إن جهل قدر ما نهيته كل طائفة من الأخرى تساوت كما جهل قدر المحرم من ماله أخرج نصفه والباقي له، وقال: أوجب الأصحاب الضمان على مجموع الطائفة أو لم يعلم عين المتلف، وإن تقابلا تقاصاً لأن المباشر والمعين سواء عند الجمهور.

المتقاتلة لعصبية وجهل قاتله ضمنه الطائفتان على السواء، قال ابن عقيل ويفارق المقتول في زحام الجامع والطواف لأنهما ليس فيهما تعد بخلاف الأول.

باب حكم المرتد^(١)

وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد^(٢) ولا يقتل المرتد إلا الإمام أو نائبه فإن قتله غيره بغير إذنه أساء وعزّر، ولا ضمان عليه سواء قتله قبل الإستتابه أو بعدها، ولا يكفر بتركه شيئاً من العبادات تهاوناً^(٣) وعنه يكفر بالجميع^(٤) ولا يقتل رسول الكفار. وإن عقل الصبي الإسلام صح إسلامه وردته^(٥) وعنه يصح إسلامه دون رده وهي أظهر، قال في المبدع تارك الشهادات تهاوناً كافر^(٦) ومن أطلق الشارع كفره كدعواه لغير أبيه وكمن أتى عرفاً فصدقه بما يقول تشديد وكفر دون كفر لا يخرج

(١) (المرتد) لغة الراجع، قال تعالى: ﴿ولا تترددوا على أديباركم﴾ وشرعاً الذي يكفر بعد إسلامه.

(٢) (وجوب قتل المرتد) روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاذ وابن موسى وابن عباس وخالد رضي الله عنهم وغيرهم ولم ينكر فكان إجماعاً.

(٣) (تهاوناً) مع إقراره بوجوبها إذا عزم أن لا يفعلها أبداً استتيب وجوباً فإن أصر قتل حداً لا كفاً.

(٤) (بالجميع) نقلها أبو بكر واختارها هو وابن عبدوس وعنه يختص الكفر بالصلاة وهو الصحيح من المذهب.

(٥) (وردته) لأن علياً أسلم صبيّاً، قال عروة أسلم علي والزبير وهما ابنا ثمان سنين، وباع النبي ﷺ الزبير لسبع سنين أو ثمان.

(٦) (كافر) بغير خلاف نعلمه في المذهب.

وهو الذي يكفر بعد إسلامه^(١). فمن أشرك بالله^(٢). أو جحد ربهيته أو وحدانيته أو صفة من صفاته أو اتخذ لله صاحبة أو ولداً أو جحد بعض كتبه أو رسله أو

- (١) (بعد إسلامه) قال تعالى: ﴿ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ وعن ابن عباس مرفوعاً «من بدل دينه فاقتلوه» رواه الجماعة إلا مسلماً.
- (٢) (فمن أشرك بالله) كفر لقوله تعالى: ﴿إن الله لا يغفر أن يشرك به﴾.

به عن الإسلام وعنه يجب الوقوف ولا يقطع بأنه لا ينقل عن الملة^(١) ولا تقبل توبة الزنديق في الدنيا وهو المنافق^(٢) والرواية الثانية تقبل توبته ولم يقتل أي كافر كان وهو ظاهر كلام الخرقى^(٣) وإذا مات المرتد فأقام وارثه بينة أنه صلى بعد الردة حكم بإسلامه^(٤) ولا يبطل إحصان المسلم برده ولا عبادته التي فعلها في إسلامه إذا عاد إلى الإسلام.

(فصل) ومن ارتد لم يزل ملكه بل يكون موقوفاً وتصرفاته موقوفة^(٥) فإن أسلم ثبت

- (١) (عن الملة) وقال القاضي وجماعة في قوله «من أتى عرفاً الخ»: وقد يكون على هذا إذا اعتقد تصديقهم بعد معرفته بتكذيب النبي ﷺ لهم كفر حقيقة اه، ومنهم من حمل ذلك على من فعله مستحلاً.

(٢) (المنافق) هذا إحدى الروايتين وهو المذهب، وبه قال مالك والليث واسحق، وعن أبي حنيفة روايتان كهذين لقوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا وينوا﴾ فالزنديق لا يظهر منه ما يتبين به رجوعه وتوبته لأنه كافر مظهر للإسلام مسر للكفر، فإذا أظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها وهو إظهار الإسلام.

- (٣) (الخرقى) وبه قال الشافعي والعبري، وروي ذلك عن علي وابن مسعود، وهو اختيار أبي بكر الخلال وقال: إنه أولى على مذهب أبي عبد الله.

(٤) (بإسلامه) لا بالصيام والزكاة والحج، فإن المشركين كانوا يحجون على عهد رسول الله ﷺ حتى منعهم، والزكاة صدقة وهم يتصدقون، والصيام فلكل أهل دين صيام.

- (٥) (موقوفة) اعلم بأن مال المرتد إذا مات مرتداً إما أن نقول يرثه ورثته من المسلمين أو ورثته من أهل دينه الذي اختاره أو يكون فيئاً، فإن قلنا بالأولين فإن تصرفه في ملكه في حال رده كالمسلم ويقر بيده وهذا المذهب، وإن قلنا بالثالثة ففي وقت مصيره فيئاً ثلاث روايات إحداها أن يكون فيئاً من حين موته مرتداً وهو الصحيح من المذهب فعلى هذا يمنع من تصرفه فيه قاله القاضي وأصحابه اه. ولكن ينفق عليه وعلى من تلزمه نفقته =

سب الله أو رسوله فقد كفر^(١) ومن جحد تحريم الزنا أو شيئاً من المحرمات الظاهرة
(١) (أو رسوله فقد كفر) لأن جحد شيء من ذلك كجحدوه كله وسب أحد منهم لا يكون
إلا من جاحد.

ملكه وتصرفاته وإلا بطلت. وعلى الرواية الثانية يجعل في بيت المال فإن أسلم رد إليه
ملكاً جديداً^(٢) وإن تزوج المرتد أو زوج موليته أو أمته لم يصح لأن النكاح لا يكون
موقوفاً وما أتلّف من شيء ضمنه^(٣) وإذا أسلم لم يلزمه قضاء ما ترك من العبادات
على إحدى الروايتين^(٤) ويلزمه قضاء ما ترك من العبادات قبل رده^(٥) وعنه لا يلزمه
اختاره في الفائق. وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب ثم قدر عليهم لم يجز
استرقاقهما ولا أولادهما الذين ولدوا في دار الإسلام، ومن لم يسلم منهم قتل^(٦) وإذا
مات أبو الطفل أو الحمل في دارنا فهو مسلم^(٧) ولكن الحمل لا يرث الكافر والطفل
يرث لأننا لم نحكم بإسلامه إلا بعد موت مورثه، وعنه لا يحكم بإسلامه^(٨).

= ويقضى منه دينه، والثانية بمجرد رده اختارها أبو بكر، والثالثة يتبين بموته مرتداً كونه فيأ
من حين الردة.

(١) (جديداً) وعليها لا نفقة لأحد في الردة ولا يقضى دين جديد فيها.

(٢) (ضمنه) هذا المذهب، وقال الشافعي حكمهم حكم أهل البغي فيما أتلّفوه من نفس
ومال.

(٣) (على إحدى الروايتين) وهي المذهب لقوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما
قد سلف﴾ ولأن أبا بكر لم يأمر المرتدين حين أسلموا بقضاء ما فاتهم.

(٤) (قبل رده) هذا المذهب من صلاة وصوم ونحوهما لاستقراره عليه حال إسلامه.

(٥) (قتل) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا لحقت المرتدة بدار الحرب
جاز استرقاقها لأن أبا بكر سبي نساء بني حنيفة واسترقهن وأم محمد بن الحنفية منهم،
ولنا أن النبي ﷺ قال: «من بدل دينه فاقتلوه» ولم ينقل أن الذين استرقهم أبو بكر كانوا
أسلموا.

(٦) (مسلم) على الصحيح من المذهب وهو من المفردات، لأنه إذا مات أحدهما انقطعت
التبعية فوجب إبقاؤه على الفطرة التي ولد عليها.

(٧) (بإسلامه) قال ابن القيم في أحكام الذمة وهو قول الجمهور وربما ادعى فيه إجماع معلوم
متيقن واختاره شيخنا اه لأنه ثبت كفره تبعاً ولم يوجد منه إسلام ولا ممن هو تابع له
فوجب إبقاؤه على ما كان عليه ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه أنه =

المجمع عليها يجهل عرف ذلك. وإن كان مثله لا يجمله كفر^(١).

(١) (كفر) لمعادته للإسلام وامتناعه من الالتزام لأحكامه وعدم قبوله لكتاب الله وسنة رسوله وإجماع الأمة.

(فصل) ويحرم تعلم السحر وتعليمه وفعله، وهو عقد ورقى وكلام يتكلم به أو يكتبه أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة له، وله حقيقة فمنه ما يقتل وما يمرض وما يأخذ الرجل عن امرأته فيمنعه وطأها أو يعقد المتزوج فلا يطيق وطأها، وقد اشتهر بين الناس وجود عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على إتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جرده، وما كان مثل فعل لبيد بن الأعصم حين سحر النبي ﷺ في مشط^(٢) ومشاطة أو يسحره حتى يهيم مع الوحش^(٣) ومنه ما يفرق بين المرء وزوجه وما يبغض أحدهما إلى الآخر أو يحبب بين اثنين وهذا قول الشافعي وروي من أخبار السحرة ما لا يكاد يمكن التواطؤ على الكذب فيه، وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أنه لا حقيقة له إنما هو تخيل قال تعالى ﴿يخيل إليه من سحرهم أنها تسعى﴾ وقال أصحاب أبي حنيفة إن كان شيئاً يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك، فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل

= أجزر أحداً من أهل الذمة على الإسلام بموت أبيه مع أنه لم يخل زمنهم عن موت بعض أهل الذمة عن يتيم. ولنا قول النبي ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه» متفق عليه فجعل كفره بفعل أبويه فإذا مات أحدهما انقطعت التبعية ولأن المسألة مفروضة فيمن مات أبواه في دار الإسلام وقضية الدار الحكم بإسلام أهلها.

- (١) (في مشط) بضم الميم وتميم تكسرها، ومشاطة بضم الميم. ما يسقط من الشعر عند مشطه. وروت عائشة أن النبي ﷺ سحر حتى إنه ليخيل إليه أنه يفعل الشيء وما يفعله.
- (٢) (يهيم مع الوحش) وفي معازي الأموي أن النجاشي دعا السواحر فنفخن في احليل عمارة ابن الوليد فهام مع الوحش فلم يزل معها إلى إمارة عمر بن الخطاب فأمسكه إنسان قال خلني وإلمت فلم يخله فمات من ساعته وبلغنا أن بعض الأمراء أخذ ساحرة إلى أن قالت اتنوني بخيوط ويا ب فأتوها به فجلست على الباب وجعلت تعقد فطار بها الباب فلم يقدرها عليها. فهذا وأمثاله مثل أن يعقد المتزوج هو السحر المختلف في حكم صاحبه.

(فصل) ومن ارتد عن الإسلام وهو مكلف مختار رجل أو امرأة^(١) دعى إليه ثلاثة أيام وضيق عليه^(٢) فإن لم يسلم قتل بالسيف^(٣). ولا تقبل توبة من سب الله أو

(١) (رجل أو امرأة) روي عن أبي بكر وعمر، وبه قال الحسن والزهري والنخعي ومالك والليث والشافعي وإسحق لقوله عليه السلام «من بدل دينه فاقتلوه» رواه البخاري وأبو داود وروى الدارقطني أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فبلغ أمرها إلى النبي ﷺ فأمر أن تستتاب فإن تابت وإلا قتل» وأما نهى النبي ﷺ عن قتل المرأة فالمراد به الأصلية لأنه قاله حين رأى امرأة مقتولة وكانت كافرة أصلية.

(٢) (وضيق عليه) روي عن عمر وبه قال عطاء والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي وإسحق وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى لا تجب استتابته وهو القول الثاني للشافعي وروي أن معاذاً قدم على أبي موسى فوجد عنده رجلاً موثقاً فقال ما هذا قال رجل كان يهودياً فأسلم ثم رجع دينه دين السوء فتهود فقال لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات فأمر به فقتل متفق عليه. ولنا حديث أم مروان وروى مالك في الموطأ أن رجلاً قدم على عمر من قبل أبي موسى فأخبره أن رجلاً كفر بعد إسلامه فقال ما فعلتم به قال قربناه فضرينا عنقه قال عمر فهلا حبستموه ثلاثاً فأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله، اللهم إني لم أحضر ولم أمر ولم أرض إذ بلغني.

(٣) (بالسيف) ولا يحرق بالنار، وروي عن أبي بكر أنه أمر بتحريق المرتدين وفعل ذلك بهم =

إلى بدنه شيء فلا يجوز ذلك^(١) ويكفر الساحر بتعلمه^(٢) وفعله سواء اعتقد تحريمه أو إباحته^(٣) كالذي يركب المكنسة أو غيرها وتسير به في الهواء ويقتل إن كان

(١) (فلا يجوز ذلك) ولنا قوله تعالى: ﴿قل أعوذ برب الفلق من شر ما خلق - إلى قوله - ومن شر النفاثات في العقد﴾ يعني السواحر اللاتي يعقدن في سحرهن وينفنن، ولولا أن السحر حقيقة لما أمر بالاستعاذة منه، وقال تعالى: ﴿يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت﴾ وروت عائشة وتقدم إلى أن قال «فأتاني ملكان فجلس أحدهما عند رأسي والآخر عند رجلي فقال ما وجع الرجل قال مطبوب قال ومن طبه قال لبيد بن الأعصم في مشط ومشاطة في جف طلعة ذكر في بئر ذي أروان رواه البخاري وغيره. في جف طلعة ذكر وعأوها.

(٢) (ويكفر الساحر بتعلمه) لقوله تعالى: ﴿وما يعلمان من أحد حتى يقولاً إنما نحن فتنة فلا تكفر﴾.

(٣) (أو إباحته) وروي عن أحمد ما يدل على أنه لا يكفر فإن حنبلاً روى عنه قال: قال عمي =

رسوله^(١). ولا من تكررت رده، بل يقتل بكل حال^(٢). وتوبة المرتد وكل كافر إسلامه
= خالد والأولى أولى لقوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه ولا تعذبوه بعذاب الله» يعني
النار أخرجه البخاري وأبو داود.

(١) (أو رسوله) هذا إحدى الروايتين وهي المذهب، والثانية تقبل توبته لقوله تعالى: ﴿قل للذين
كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ ولأن مخشى بن حمير كان من النفر الذين أنزل الله
فيهم ﴿ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب﴾ الآية فأثنى النبي ﷺ وتاب إلى الله
تعالى فقبل الله توبته وهو الطائفة التي عفا الله عنها بقوله: ﴿إن نعت عن طائفة منكم نعتب
طائفة﴾.

(٢) (حال) لأن فعله هذا يدل على فساد عقيدته وقلة مبالاته بالإسلام ولأن ابن مسعود قتل
ابن النواحة وقال أتيت بك فزعمت أنك قد تبت وأراك قد عدت فقتله.

مسلماً بالسيف^(١) وكذا من يعتقد حله من المسلمين^(٢) ولا يقتل ساحر ذمي^(٣) إلا

= في العراف والكاهن والساحر: أرى أن يستتاب من هذه الأفاعيل كلها فإنه عندي في
معنى المرتد، فإن تاب ورجع يعني خلى سبيله، قلت له يقتل؟ قال لا لعله يرجع، قلت
له ألا تقتله قال إذا كان يصلى لعله يتوب ويرجع. وهذا يدل على أنه لم يكفره، لأنه لو
كفره لقتله. وقوله في معنى المرتد يعني في الاستتابة. ولنا قوله تعالى: ﴿وما كفر سليمان﴾
أي ما كان ساحراً كفر بسحره، وقولهم ﴿إنما نحن فتنة فلا تكفر﴾ أي لا تتعلمه فتكفر
بذلك.

(١) (بالسيف) روي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وحفصة وجندب بن عبد الله بن كعب
وقيس بن سعد وعمر بن عبدالعزيز وهو قول أبي حنيفة ومالك، ولم ير الشافعي عليه القتل
بمجرد السحر وهو قول ابن المنذر ورواية عن أحمد ووجهها قول النبي ﷺ: «لا يحل
دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث» الحديث، ولنا ما روى جندب بن عبد الله عن النبي
ﷺ قال «حد الساحر ضربه بالسيف» رواه الترمذي وقال الصحيح أنه موقوف وعن بجالة
بن عبدة قال كتب إلينا عمر بن الخطاب أن اقتلوا كل ساحر وساحرة فقتلنا ثلاث
سواحر وظاهر ما نقل عن الصحابة أنه يقتل ولا يستتاب وهي المذهب لأن علم السحر
لا يزول بالتوبة وبه قال مالك، وعن أحمد يستتاب وبه قال الشافعي، وصح عن حفصة
أنها قتلت جارية لها سحرتها رواه مالك، قال أحمد صح عن ثلاثة من أصحاب النبي
ﷺ.

(٢) (من المسلمين) فيقتل كفوراً لأنه أحل حراماً مجموراً عليه.

(٣) (ذمي) لأن ليبدأ سحر النبي ﷺ فلم يقتله، ولأن الشرك أعظم من سحره ولم يقتله به =

بأن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله^(١) ومن كان كفره بجحد فرض ونحوه فتوبته مع الشهادتين إقراره بالمجحد به. أو قوله أنا برىء من كل دين يخالف الإسلام.

(١) (وأن محمداً رسول الله) لحديث ابن عمر «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله عز وجل» متفق عليه.

أن يقتل به ويكون مما يقتل غالباً فيقتل قصاصاً، فأما الذي يسحر بالأدوية والتدخين وسقي شيء يضر فلا يكفر ولا يقتل^(١) ولكن يعزر تعزيراً بليغاً، وأما الذي يعزم على الجن ويزعم أنه يجمعها فتطيعه فلا يكفر ولا يقتل، وذكرهم أبو الخطاب في السحرة الذين يقتلون وذكرهم القاضي^(٢) ولا بأس بحل السحر بشيء من القرآن والرقى والأدعية المباحة وإن كان بشيء من السحر فالصحيح تحريمه^(٣) وأما الكاهن الذي له رئى من الجن يأتيه بالأخبار والعراف الذي يحدس ويتخرص فلا يكفر كالمنجم^(٤) ولو أوهم قوماً بطريقته أنه يعلم الغيب فلإمام قتله لسعيه بالفساد. وقال الشيخ التنجيم كالاستدلال بالأحوال الفلكية على الحوادث الأرضية من السحر ويحرم إجماعاً، وتحرم رقية وحرز وتعوذ بطلسم وعزيمة بغير العربي.

- = والأخبار وردت في ساحر المسلمين لأنه يكفر بسحره وهذا كافر أصلي.
- (١) (ولا يقتل) لأن الله وصف الساحرين الكافرين بأنهم يفرقون بين المرء وزوجه فيختص الكفر بهم ويبقى من سواهم من السحرة على أصل العصمة.
- (٢) (وذكرهم القاضي) فأما الذي يحل بالسحر فقد توقف أحمد عنه قال الأثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن رجل يزعم أن يحل السحر فقال قد رخص فيه بعض الناس قيل لأبي عبدالله أنه يجعل في الطنجير ماء ويغيب فيه ويعمل كذا فنفض يده كالمنكر وقال ما أدري ما هذا، قيل له فترى أن يؤتى مثل هذا يحل السحر فقال ما أدري ما هذا.
- (٣) (تحريمه) لما روى جابر أن رسول الله ﷺ سئل عن النشرة فقال هي من عمل الشيطان رواه أحمد بسند جيد وأبو داود وقال سئل أحمد عنها فقال: ابن مسعود يكره ذلك كله، وروى عن الحسن أنه قال لا يحل السحر إلا ساحر.
- (٤) (كالمنجم) وهو الذي ينظر في النجوم ويستدل بها على الحوادث.

كتاب الأطعمة^(١)

الأصل فيها الحل^(١). فيباح كل طاهر لا مضرة فيه من حب وثمر^(٢) وغيرهما. ولا

- (١) (الأطعمة) المراد هنا ما يحرم أكله وشربه وما يباح.
- (٢) (الحل) لقوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ وقوله تعالى: ﴿يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً﴾.
- (٣) (وثمر) حتى الفاكهة المسوسة والمدودة وبقلا بذباب وخل بما فيه من نحو دود تبعاً لها لا أكل دودها وسوسها استقلالاً.

كتاب الأطعمة

ويحرم الثعلب^(١) وتحرم الجلالة^(٢) التي أكثر علفها النجاسة ولبنها وبيضها حتى تحبس ثلاثاً^(٣) وعن أحمد تكره ولا تحرم^(٤) وعنه يحبس الطائر ثلاثاً والشاة سبعمائة وما عدا ذلك أربعين يوماً^(٥) وتحرم المخلاة^(٦) ويحرم الهدهد والصد^(٧) ويجوز أن يعلف

(١) (ويحرم الثعلب) على الصحيح من المذهب وبه قال أبو هريرة ومالك وأبو حنيفة، وعن أحمد إباحته وبه قال الشافعي والخرقي، وقال ابن عقيل: مباح لأنه يفدى في الحرم والإحرام.

(٢) (الجلالة) هذا المذهب وهو من المفردات، وقال مالك إنما كانوا يكرهون الجلالة التي لا طعام لها إلا الرجيع.

(٣) (تحبس ثلاثاً) هذا كلام الخرقي وهو المذهب، قال المصنف وتحديد الجلالة يكون أكثر علفها النجاسة لم نسمعه عن أحمد ولا هو ظاهر كلامه لكن تحديده بأن يكون كثيراً في مأكلها ويعفى عن اليسير، وكان ابن عمر إذا أراد أكلها حبسها ثلاثاً.

(٤) (ولا تحرم) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يكره لحمها والعمل عليها حتى تحبس، ورخص في لحومها وألبانها لأن الحيوان لا ينجس بأكل النجاسات. ولنا ما روى ابن عمر قال «نهى رسول الله ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها» رواه أبو داود. وعن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الإبل الجلالة أن يؤكل لحمها ولا يحمل عليها إلا الأدم ولا يركبها الناس حتى تعلق أربعين يوماً» رواه الخلال.

(٥) (أربعين يوماً) يعنى في الناقة والبقر لحديث عبد الله المتقدم.

(٦) (المخللة) وهي غير المصونة فسورها نجس.

(٧) (والصد) نوع من الغريان وهو طائر أبيض البطن أخضر الظهر ضخم الرأس والمنقار يصيد العصافير وصغار الطير ويصرصر كالصقور ولا يرى إلا في شعب أو شجرة ولا =

يحل نجس كالميتة والدم. ولا ما فيه مضرة كالسم ونحوه^(١). وحيوانات البر مباحة إلا الحمر الأنسية^(٢) وماله ناب يفترس به^(٣) غير الضبع^(٤) — كالأسد والنمر والذئب والفيل والفهد والكلب والخنزير وابن آوى وابن عرس والسنور والتمس والقرود والدب،

(١) (ونحوه) لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ وفي الواضح المشهور أن السم نجس.

(٢) (الأنسية) لحديث جابر أن النبي ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل متفق عليه وحكم لبنا حركها ورخص فيه عطاء وطاوس والزهري والأول أصح.

(٣) (ناب يفترس به) ينهش بنابه لقول أبي ثعلبة الخشني «نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع» متفق عليه، وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «كل ذي ناب من السباع فأكله حرام» رواه مسلم.

(٤) (الضبع) لحديث جابر «أمرنا رسول الله ﷺ بأكل الضبع» احتج به أحمد.

النجاسة الحيوان الذي لا يؤكل ولا يحلب قريباً^(١) ويكره أكل التراب والطين^(٢) وما سقى أو سمد بنجس من الزرع والثمر محرم^(٣) فإن سقى بالطاهر طهر وحل، وقال ابن عقيل ليس بنجس ولا محرم بل يطهر بالاستحالة كالدم يصير لبناً^(٤) ولا بأس باللحم النيء وكذا المنتن^(٥)، ويكره أكل الغدة وأذن القلب^(٦) وما أحد أبويه

= يكاد يقدر عليه، وعن ابن عباس قال «نهى رسول الله ﷺ عن قتل أربع من الدواب النملة والنحلة والهدهد والصد» رواه أحمد وأبو داود.

(١) (قريباً) نقله ابن الحكم واحتج بكسب الحجاج والذين عجنوا من آبار نمود.

(٢) (والطين) وذكر بعضهم أن أكله عيب في المبيع لأنه لا يطلبه إلا من به مرض.

(٣) (محرم) هذا المذهب لحديث ابن عباس قال: «كنا نكرى أراضي رسول الله ﷺ ونشترط عليهم أن لا يدملوا بعذرة الناس» ولأنها تتغذى بالنجاسات وتسرى فيها أجزاءها فعلى هذا تطهر إذا سقيت الطاهرات كالجلالة إذا حبست وأطعمت الطاهرات.

(٤) (يصير لبناً) روي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وبه قال أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي.

(٥) (المنتن) وذكر جماعة فيهما يكره، قال في الإنصاف: والكراهة في اللحم المنتن أشد.

(٦) (القلب) قال في القاموس: الغدة كل عقدة في الجسد أطاف بها شحم وكل قطعة صلبة بين العصب اهد وأذن القلب زنمتان في أعلاه.

وما له مخلب من الطير يصيد به^(١) كالعقاب والبازي والصقر والشاهين والباشق والحدأة والبومة، وما يأكل الجيف كالنسر والرخم واللفلق والعقوق والغراب الأبقع والغداف — وهو أسود صغير أغبر — والغراب الأسود الكبير. وما يستخبث^(٢)

من
الكتاب
الأثر

(١) (يصيد به إلخ) هذا المذهب وبه قال أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال مالك والليث ويحيى بن مسعود: لا يحرم من الطير شيء لعموم الآيات المبيحة وقول ابن عباس وأبي الدرداء «وما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه» ولنا ما روى ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مخلب من الطير» رواه مسلم وأبو داود وهذا يخص عموم الآيات والمراد من ذي الناب أن يكون له ناب يصطاد به وكذا من ذي المخلب وإلا فالحمامة لها مخلب والبعير له ناب اهـ.

هوامش
الكتاب
الأثر

(٢) (يستخبث) أي يستخبثه العرب هذا المذهب وقال الشيخ وعند أحمد وقدماء الأصحاب لا أثر لاستخبث العرب فإن لم يحرمه الشرع حل واختاره.

المأكولين مغضوب فهو كأمه حلا وحرمة وملكاً^(١). ويكره حب ديس بحمر أهلية وبغال^(٢) ويكره مداومة أكل اللحم.

من
الكتاب
الثاني

(فصل) ومن اضطر إلى محرم فليس له الشبع على إحدى الروايتين^(٣) وقال الموفق وتبعه جماعة إن كانت الضرورة مستمرة جاز الشبع وإن كانت مرجوة الزوال فلا، وله أن يتزود منه إن خاف الحاجة، ويجب تقديم السؤال على أكله^(٤) وقال الشيخ لا يجب تقديم السؤال ولا يأثم وأنه ظاهر المذهب ويلزم بذل الطعام مع اضطرار

(١) (وملكاً) فإن كانت الأم هي المغضوبة لم تحل هي ولا شيء من أولادها للغاصب، وإن كان المغضوب الفحل ونزاه الغاصب على إناث في ملكه لم يحرم على الغاصب شيء من أولاد الفحل الآتية بها.

هوامش
الكتاب
الثاني

(٢) (وبغال) نص عليه وقال: لا ينبغي أن يدوسوه بها، وقال حرب كرهه كراهة شديدة، ونقل أبو طالب أنه لا يباع ولا يشتري ولا يؤكل حتى يغسل.

(٣) (على إحدى الروايتين) وهو المذهب، وبه قال أبو حنيفة وإحدى الروايتين عن مالك وأحد القولين للشافعي.

(٤) (على أكله) نص عليه وقال لسائل: قم قائماً ليكون له عذر عند الله، ونقل الأثر أن اضطر إلى المسألة فهي مباحة. قيل فإن توقف؟ قال ما أظن أحداً يموت من الجوع، الله يأتيه برزقه.

كالقنفذ والنيص والفأرة والحية والحشرات كلها والوطواط^(١) وما تولد من مأكول وغيره كالبغل^(٢).

(فصل) وما عدا ذلك فحلال، كالخيل وبهيمة الأنعام^(٣) والدجاج والوحشي من الحمر والبقر والظباء والنعامة والأرنب وسائر الوحش^(٤). وبياح حيوان البحر كله، إلا الضفدع^(٥) والتمساح والحية. ومن اضطر إلى محرم غير السم حل له منه ما يسد

- (١) (والوطواط) وهو الخشاف والخفاش.
- (٢) (البغل) وما يجهله العرب ولم يذكر في الشرع يرد إلى قرب الأشياء شبيهاً به ولو اشتبه مباح ومحرم غلب التحريم.
- (٣) (الأنعام) وهي الإبل والبقر والغنم لقوله تعالى: ﴿أحل لكم بهيمة الأنعام﴾.
- (٤) (الوحش) كالزرافة والوبر واليربوع وكذا الطاووس وهي الدرة والزاغ وغراب الزرع لأن ذلك مستطاب فيدخل في عموم قوله ويحل لهم الطيبات. قال في الحاوي للشافعية غراب الزرع أسود صغير وقد يكون محمر المنقار والرجلين والغداف الكبير وهو الغراب الأبقع والغداف الصغير والغراب الأسود والرمادي اللون اهـ قال الشيخ سليمان بن علي صرحوا بأن الغراب الأبقع حرام وأن أحمر الرجلين والمنقار حلال فهذه الغرابان عرفناها بالسمة وبقية الغرابان لا تتميز بعضها من بعض، قال في شرح الإقناع في غراب الزرع يأكل الزرع ويطير مع الزاغ لأن مرعاهما الزرع والحبوب والزاغ طائر صغير.
- (٥) (الضفدع إلخ) لأنها مستخبثة، والتمساح له ناب يفرس به، والحية من المستخبثات.

مالكه إليه لمضطر بقيمته ولو بزيادة لا تجحف به، فإن أبي فللمضطر أخذه قهراً فإن منعه فله قتاله فإن قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه وإن قتل المضطر فعليه ضمانه ولو بذله بأكثر مما يلزمه أخذه وأعطاه قيمته من غير مقاتلة على الصحيح من المذهب، ولو امتنع المالك من البيع إلا بعقد ربا دخل في العقد وعزم أن لا يتم الربا.

(فصل) ومن مر بزراع أو ماشية أكل وحلب كالتمر في إحدى الروايتين^(١) والثانية

- (١) (في إحدى الروايتين) هذا المذهب لما روى الحسن عن سمرة مرفوعاً قال «إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذنه فإن أذن له فليحتلب وليشرب وإن لم يكن فيها فليصوت ثلاثاً فإن أجابه فليستأذنه وإن لم يجبه أحد فليحتلب وليشرب ولا يحمل» رواه الترمذي وصححه.

رمقه^(١). ومن اضطر إلى نفع مال الغير مع بقاء عينه^(٢) لدفع برد أو استسقاء ماء ونحوه وجب بذله له مجاناً^(٣)، ومن مر بثمر بستان في شجره أو متساقط عنه ولا حائط عليه ولا ناظر فله الأكل منه مجاناً من غير حمل^(٤). و(تجب) ضيافة المسلم المجتاز به في القرى^(٥) يوماً وليلة.

(١) (رمقه) أي يمسك قوته ويحفظها، لقوله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾.

(٢) (عينه إلخ) كثياب لدفع برد وحبل ودلو لاستسقاء ماء.

(٣) (مجاناً) بلا عوض لأنه تعالى ذم على منعه بقوله: ﴿ويمنعون الماعون﴾ وما لا يجب بذله لا

يذم على منعه.

(٤) (حمل) وهو المذهب وهو قول عمر وابن عباس وأنس وغيرهم وقال عمر يأكل ولا يتخذ

خبنة، وروى سعيد أن النبي ﷺ قال: «إذا أتيت حائط بستان فناد يا صاحب البستان

فإن أجابك وإلا فكل من غير أن تفسد» رواه أحمد وابن ماجه ورجاله ثقات، وليس له

صعود الشجر ولا أن يرميه ولا الأكل من مجنى مجموع إلا لضرورة.

(٥) (في القرى) دون الأمصار هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله =

ليس له ذلك^(١) وتستحب الضيافة ثلاثة أيام فما زاد فهو صدقة ولا يجب عليه إنزال

الضيف في بيته إلا أن لا يجد مسجداً أو رباطاً يبست فيه^(٢) فإن امتنع من الضيافة

الواجبة عليه فله أخذها من ماله^(٣) والواجب قدر كفايته مع الادم^(٤).

(١) (ليس له ذلك) أما الزرع فله ذلك في رواية وهو المذهب كالتمر، والثانية ليس له ذلك

لأن الثمار خلقها الله تعالى تؤكل رطبة والنفوس تتوق إليها والزرع بخلافه، وأما لبن

الماشية فيجوز له أن يحلب ويشرب في رواية وهي المذهب وبه قال اسحق لحديث

سمرة، والثانية ليس له ذلك وصححه في التصحيح والنظم وجرم به في الوجيز لما روى

ابن عمر مرفوعاً «لا يحلين أحدكم ماشية أحد إلا بإذنه» متفق عليه.

(٢) (يبست فيه) هذا المذهب، وأول من أضاف إبراهيم عليه السلام قاله في الحاشية.

(٣) (من ماله) على الصحيح من المذهب، ولا يعتبر إذنه في أصح الروايتين قاله في القواعد

الفقهية. وللضيف طلبه عند حاكم لما روى عقبه بن عامر قال: «قلنا يارسول الله إنك

تبعثنا فنزل بقوم لا يقروننا، قال إذا نزلتم بقوم فأمروا لكم بما يغني الضيف فاقبلوا، فإن لم

يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي له» متفق عليه.

(٤) (مع الادم) وفي الواضح: ولفرسه أيضاً تبين لا شعير، لا ذمي على المذهب، ولا تجب

في الأمصار على الصحيح من المذهب.

باب الذكاة^(١)

واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته قالوا وما جائزته يا رسول الله قال يومه وليته متفق عليه. وقال الشافعي ذلك مستحب وليس بواجب. ولنا ما روى المقداد أبو كريمة مرفوعاً «ليلة الضيف حق واجب فإن أصبح بفنائنه فهو دين عليه إن شاء اقتضى وإن إشاء ترك» رواه سعيد وأبو داود وإسناده صحيح، وفي لفظ «فإن نصره على كل مسلم حق حتى يأخذ بحقه من زرعه وماله» رواه أبو داود.

(١) الذكاة) قال الزجاج الذكاة تمام الشيء، ومنه الذكاة في السن وهو تمام السن، وسمي الذبح ذكاة لأنه اتمام الزهوق.

باب الذكاة^(١)

أما ما كان مأواه البحر ويعيش في البر فلا يحل إلا بذكاة، ولا فرق في الجراد أن يموت بسبب أو لا^(٢) وتباح ذبيحة بني تغلب^(٣) وأما من أحد أبويه كافر غير كتابي فقدم المصنف أنها تباح^(٤) وعن أحمد رواية لا تباح^(٥) وكره أحمد شي السمك الحي^(٦) لا جراد حياً^(٧) ويباح المغصوب لربه ولغيره إذا ذكاه غاصبه أو غيره ولو بغير

(١) الذكاة) والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ أي أدركتموه وفيه حياة فأتتمتموه، ثم استعمل في الذبح سواء كان بعد جرح سابق أو ابتداء.

(٢) (أولاً) في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي وابن المنذر، وعنه لا يؤكل إلا أن يموت بسبب ككسبه وتغريقه وبه قال سعيد بن المسيب ومالك. ولنا قول له عليه السلام «أحللت لنا ميتان ودمان السمك والجراد» رواه ابن ماجه.

(٣) (بني تغلب) على الصحيح من المذهب اختاره المصنف والشارح وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي والزهري وعكرمة وحماد وذكره عنهم ابن جرير واختاره، وعن أحمد رواية لا تباح، وبه قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٤) (أنها تباح) وبه قال مالك وأبو ثور واختاره الشيخ وابن القيم.

(٥) (لا تباح) وهو المذهب وبه قال الشافعي لأنه وجد ما يقتضى الإباحة والتحرير فغلب التحريم.

(٦) (شي السمك الحي) لأن له دمًا ولا حاجة إلى إلقائه في النار لإمكان تركه حتى يموت بسرعة وكره تعذيبه بالنار.

(٧) (حياً) لأنه لا دم له ولا يموت في الحال بل يبقى مدة وفي مسند الشافعي أن كعباً كان محرماً فمرت به رجل جراد ففسى وأخذ جرادتين فألقاهما في النار وشواهما فذكر ذلك =

لا يباح شيء من الحيوان المقدور عليه بغير ذكاة إلا الجراد^(١) والسماك^(٢) وكل

- (١) (إلا الجراد) ولا فرق بين أن يموت بسبب أو لا في قول عامة أهل العلم. زوائد.
(٢) (والسماك إلخ) هذا المذهب ولو كان طافياً وبه قال أكثر أهل العلم لقوله عليه السلام: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته، ومن أباح الطافي من السمك أبو بكر الصديق وأبو أيوب رضي الله عنهما وبه قال مالك والشافعي وروى ذلك عن عطاء والثوري والنخعي. وكره الطافي جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد وأصحاب الرأي. ولنا قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة﴾ قال ابن عباس طعامه ما مات فيه.

إذن ربه^(١) ومحلى الذبح الحلق واللبيه، ولا يجوز الذبح في غير هذا المحل بالإجماع^(٢) وقال الشيخ سواء كان القطع فوق الموضع الناتىء من الحلق أو دونه^(٣) وإن ذبحها من قفاها وهو مخطيء فأنت السكين على موضع ذبحها وهي في الحياة أكلت^(٤) وإن فعله عمداً حلت في أحد الوجهين^(٥) ولو ضربها بالسيف فأطار

لعمر فلم ينكر عمر تركها في النار، وقال ابن عقيل فيها: يكره على الأصح.
(١) (إذن ربه) على الصحيح من المذهب سهواً أو عمداً طوعاً، أو كرهاً ونذكر حديث كعب بن مالك في أمر النبي ﷺ بأكل الشاة التي ذبحتها الجارية بحجر لما أبصرت فيها الموت، فأفاد إباحة ذبح الغير بغير إذن أهلها إباحة ذبحه بغير إذن المالك عند خوف التلف.

(٢) (بالإجماع) إذا ثبت هذا فيشترط قطع الحلقوم مجرى النفس والمرىء مجرى الطعام وهو المذهب وبه قال الشافعي، وعن أحمد رواية يشترط مع ذلك قطع الودجين وبه قال مالك وأبو يوسف واختاره أبو بكر بن البنا وابن الجوزي، لما روى أبو هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن شريطة الشيطان وهي التي تذبح فيقطع الجلد ولا تفرى الأوداج ثم ترك حتى تموت» رواه أبو داود.

(٣) (أو دونه) وسئل الشيخ عن شاة قطع الحلقوم والودجين لكن فوق الخرزة فأجاب هذه المسألة فيها نزاع والصحيح أنها تحل، قال في الفروع وكلام الأصحاب في اعتبار إبانة ذلك بالقطع محتمل ويقوى عدمه.

(٤) (أكلت) قال القاضي معنى مخطيء أن تلتوى الذبيحة عليه فتأتي السكين على القفا، والصحيح من المذهب أن الخطأ أعم من ذلك قاله المجد ومن بعده.

(٥) (في أحد الوجهين) وهو المذهب إذا أتت السكين على الحلقوم والمرىء وفيها حياة مستقرة قبل قطعها وبه قال الشافعي لأن الذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكيله السبع، وعن أحمد ما يدل على إباحتها مطلقاً.

من
الكتاب
الأول

مالا يعيش إلا في الماء^(١). ويشترط في الذكاة أربعة شروط: (أهلية المدكي) بأن يكون عاقلاً^(٢) مسلماً أو كتابياً ولو مراهقاً أو امرأة أو أكلف أو أعمى، ولا تباح ذكاة

هوامش
الكتاب
الأول

- (١) (إلا في الماء) فيحل بدون ذكاة لحديث ابن عمر يرفعه «أحل لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالحوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال» رواه أحمد وغيره.
(٢) (عاقلاً) يصح منه قصد التذكية وبه قال مالك، وقال الشافعي لا يعتبر العقل؛ ولنا أن العبادة يعتبر لها العقل فكذلك الذكاة.

من
الكتاب
الثاني

رأسها حلت بذلك^(١)، وكل ما وجد فيه سبب الموت إذا ادرك ذكاتها وفيها حياة مستقرة أكثر من حركة المذبوح حلت^(٢) وقال الشيخ متى ذبح فخرج منه الدم الأحمر الذي يخرج من المذبوح المدكي في العادة ليس هو دم الميت فإنه يحل أكله وإن لم يتحرك. وقال المصنف والشارح والصحيح أنها إذا كانت تعيش زمناً يكون الموت بالذبح أسرع منه حلت بالذبح وأنها متى كانت مما لا يتيقن موتها كالمريضة أنها متى تحركت وسال دمها حلت. والأخرس تسميته يومئذ إلى السماء وإن ترك التسمية عمداً لم تبح. وعن أحمد تباح في الحالين^(٣) وعنه لا تباح وإن لم يتعمد^(٤) وتحصل ذكاة الجنين بذكاة أمه إذا خرج ميتاً، وإن كان فيه حياة مستقرة لم يبح إلا بذبحه^(٥) وإذا ذبح الحيوان ثم غرق في ماء أو وطئ عليه شيء يقتله مثله

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (حلت بذلك) وروى ذلك عن علي وأفتى باكلها عمران بن حصين، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري.
(٢) (حلت) كالمنخقة وما عطف عليها لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ وسواء كانت قد انتهت إلى حال يعلم أنها لا تعيش معه أو تعيش لعموم الآية، فمتى ذكى قبل موته حل، ذكره الشيخ.
(٣) (في الحالين) أي إذا ترك التسمية في العمد والسهو، وبه قال الشافعي واختاره أبو بكر، لحديث البراء مرفوعاً «المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسمي» وحديث أبي هريرة أنه عليه السلام سئل فقيل أرأيت الرجل منا يذبح وينسى أن يذكر الله فقال: «اسم الله في قلب كل مسلم» رواه ابن عدي والدارقطني والبيهقي وضعفه، ويقاس الصيد على الذبح.
(٤) (لم يتعمد) لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ وإن الآية محمولة على ما إذا ترك التسمية عمداً بدليل قوله: ﴿وإنه لفسق﴾ والأكل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق لقوله عليه الصلاة والسلام «عفى لأمتي الخطأ والنسيان».
(٥) (يذبحه) هذا المذهب وروى عن عمر وعلي وبه قال سعيد بن المسيب والشافعي =

سكران ومجنون^(١) ووثنى^(٢) ومجوسى^(٣) ومرتد^(٤). الثاني (الآلة) فتباح الذكاة بكل

- (١) (ومجنون) لأنه لا يصح منهما قصد التذكية.
 (٢) (ووثنى) قياساً على المجوس بل هم شر منهم، لأن المجوس لهم شبهة وأهل الأوثان لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب.
 (٣) (ومجوسى) لقوله عليه السلام «إذا اشتريتم لحماً فإن كان من يهودى أو نصرانى فكلوا وإن كان من ذبيحة مجوسى فلا تأكلوا» رواه أحمد.
 (٤) (ومرتد) ولو كانت رده إلى دين أهل الكتاب، هذا المذهب وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأي، وعن أحمد تحل ذبيحة مرتد إلى أحد الكتائبين، وبه قال الأوزاعي وإسحق.

حل في إحدى الروايتين^(١) والأخرى لا تحل^(٢) وإذا ذبح الكتائبى ما يحرم عليه كذى الظفر لم يحرم علينا^(٣) وإن ذبح حيواناً غيره لم تحرم علينا الشحوم المحرمة عليهم^(٤) ولنا أن تملكها بما ينقل الملك من بيع ونحوه. وإن ذبح لعبيده أو ليتقرب

إسحق وابن المنذر، وسواء أشعر أو لم يشعر، وقال أبو حنيفة لا يحل إلا أن يخرج حياً فيذكى، قال ابن المنذر: كان الناس على إباحته لا نعلم أحداً منهم خالف ما قالوا إلى أن جاء النعمان فقال لا يحل. ولنا ما روي جابر مرفوعاً «ذكاة الجنين ذكاة أمه» رواه أبو داود والدارمي، ولأحمد والترمذي وحسنه وابن ماجه مثله من حديث أبي سعيد من رواية مجالد وهو ضعيف، ورواه أحمد أيضاً عن أبي عبدة الحداد عن يونس بن أبي إسحق عن أبي الوداك عن أبي سعيد ومن هذا الوجه صححه ابن حبان وابن دقيق.

- (١) (في إحدى الروايتين) وبه قال أكثر الفقهاء قال الزركشى وهو الصواب لأنها إذا ذبحت فقد صارت في حكم الميت ولذلك لو أبين رأسها بعد الذبح لم تحرم.
 (٢) (لا تحل) وهو المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي بن حاتم في الصيد «وإن وقع في الماء فلا تأكل» قال ابن مسعود: من رمى طائراً فوقع في ماء فغرق فيه فلا يأكله.
 (٣) (لم يحرم علينا) وذوات الظفر قال قتادة هي الإبل والنعام والبطن وما ليس بمشقوق الأصابع. والوجه الثانى يحرم علينا، قال في الحاوي الكبير لفقد قصد الذكاة منه جزم به في الوجيز والمنور.

- (٤) (عليهم) وهو شحم الثرب والكليتين في ظاهر كلام أحمد واختاره ابن حامد وحكاه عن الخرقى في كلام مفرد وهذا المذهب واختاره أبو الخطاب والمصنف والشارح، واختاره =

محدد ولو مفضوباً^(١) من حديد وحجر^(٢) وقصب وغيره، إلا السن والظفر^(٣). الثالث (قطع الحلقوم والمرى)^(٤). وذكاة ما عجز عنه من الصيد والنعم المتوحشة والواقعة في بئر ونحوها بجرحه في أي موضع كان من بدنه^(٥) إلا أن يكون رأسه في الماء ونحوه فلا

- (١) (ولو مفضوباً) إذا ذبح بآلة مفضوبة حل في أصح الوجهين.
- (٢) (وحجر) لما روي كعب بن مالك «أن امرأة ذبحت شاة بحجر فسئل النبي ﷺ عن ذلك فأمر بأكلها» رواه البخاري.
- (٣) (والظفر) لما روى رافع بن خديج عن النبي ﷺ قال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر» متفق عليه، والعظم غير السن يباح الذبح به لدخوله في عموم قوله: «ما أنهر الدم» في قول أحمد والشافعي وأبي ثور وهو قول مالك.
- (٤) (والمرى) هذا المذهب وبه قال الشافعي، ولا يشترط أباتتها، ولا قطع الودجين والأولى قطعهما خروجاً من الخلاف.
- (٥) (من بدنه) هذا المذهب وبه قال أكثر الفقهاء، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم، وبه قال مسروق والحسن وعطاء وطاوس والثوري وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق وأبو ثور، لما روى رافع بن خديج قال «كنا مع النبي ﷺ فند بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله، فقال النبي ﷺ: إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا» متفق عليه.

به لشيء مما يعظمونه فإن ذبحه مسلم مسمىاً فباح وإن ذبحه الكتابي وسمى الله وحده ولم يذكر غير اسم الله حل. وعنه يحرم^(١). ولا تؤكل المصبورة ولا المجثمة^(٢)

= أبو الحسن التميمي والقاضي تحريمه وحكاه التميمي عن الضحاك ومجاهد وبه قال مالك لقوله: «وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم» وليس هذا من طعامهم ولنا حديث عبدالله بن مغفل قال «دلى جراب من شحم فالتزمته وقلت والله لا يعطى أحد منه شيئاً، فالتفت فإذا رسول الله ﷺ يتسم» رواه مسلم.

(١) (يحرم) واختاره الشيخ وابن عقيل وقال: عندي أن يكون ميتة لقوله تعالى: «وما أهل لغير الله» والأول المذهب لأنه روي عن العرياض بن سارية وأبي الدرداء وعلم مما سبق أنه إن ترك التسمية عمداً أو ذكر غير اسم الله معه أو مفرداً لم يحل.

(٢) (المجثمة) لما روى سعيد بإسناده قال «نهى رسول الله ﷺ عن المجثمة وعن المصبورة وعن أكلهما وهي الطائر والأرنب يجعل غرضاً يرمى حتى يقتل، ولكن يذبح ثم يرمى إن =

يباح^(١) الرابع أن يقول عند الذبح «بسم الله»^(٢) لا يجزيه غيرها، فإن تركها سهواً أبيض^(٣) لا عمداً. و(يكره) أن يذبح بآلة كالة^(٤)، وأن يحدها والحيوان يبصره، وأن يوجهه إلى غير القبلة، وأن يكسر عنقه أو يسلمه قبل أن يبرد^(٥).

باب الصيد^(٦)

- (١) (فلا يباح) هذا المذهب مطلقاً، وقيل يباح إذا كان الجرح موجياً.
 (٢) (بسم الله) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكَرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾.
 (٣) (أبيض إلح) هذا المذهب فيهما، وذكره ابن رجب إجماعاً في سقوطها سهواً، وروي عن ابن عباس، وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة وإسحق، وعن راشد بن سعد مرفوعاً، ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم إذا لم يتعمد» رواه سعيد لكن الأحوص ضعيف.
 (٤) (بآلة كالة) لحديث «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته» رواه الشافعي وغيره.
 (٥) (قبل أن يبرد) هذا المذهب في ذلك كله، فإن فعل أساء وأكلت، لحديث أبي هريرة «بعث رسول الله ﷺ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورك يصيح في فجاج منى بكلمات: لا تعجلوا الأنفس قبل أن تزهد» رواه الدارقطني.
 (٦) (الصيد) ويطلق على المصيد، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع. زوائد.

ومن ذبح حيواناً فوجد في بطنه جراداً أو وجد الحب في بعر الجمل لم يحرم^(١) ولا تستحب الصلاة على النبي ﷺ مع التسمية عند الذبح لعدم وروده.

باب الصيد^(٢)

- = شاعوا، والمصبورة مثله إلا أن المجثمة لا تكون إلا في الطائر والأزنب وأشباهها، والمصبورة كل حيوان يحبس للقتل.
 (١) (لم يحرم) هذا المذهب وكره خروجاً من خلاف من حرمه لأنه رجيح، وكذا طائر وجد الحب في حوصلته.
 (٢) (الصيد) لقوله (وإذا حللتهم فاصطادوا)، ولحديث أبي ثعلبة الخشني قال: «قلت يارسول الله إنا بأرض صيد، أصيد بقوسي وبكلبي المعلم وبكلبي الذي ليس بمعلم، فأخبرني ما يصلح لي؟ قال: ما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل، وما صدت بكلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل، وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل» متفق عليه. وأجمع أهل العلم على إباحة الاصطياد ويكره لهواً.

لا يحل الصيد المقتول في الاصطياد إلا بأربعة شروط: (أحدها) أن يكون الصائد من أهل الذكاة^(١) (الثاني) الآلة وهي نوعان: محدد يشترط فيه ما يشترط في

(١) (الذكاة) فلا يحل صيد مجوسي ولا وثني وكذا ما شارك فيه.

وهو اقتناص حيوان حلال متوحش طبعاً غير مملوك ولا مقدور عليه^(٢) وهو أفضل مأكول. والزراعة أفضل مكتسب^(٣) وقيل عمل اليد^(٤) وقيل التجارة^(٥) وأبغضها التجارة في الرقيق والصرف^(٦) ويسن التكسب ومعرفة أحكامه حتى مع الكفاية التامة^(٧) والأخذ في الأسباب من التوكل فلا يعتقد أن الرزق من الكسب بل واسطة وقال في الرعاية: يباح كسب الحل لزيادة المال والترفيه والجاه والتنعم والتوسعة على العيال مع سلامة الدين والعرض والمروءة وبراءة الذمة. ويجب على من لا قوت عنده له ولا لمن تلزمه مؤنثة وكذا لوفاء دين واجب ويقدم الكسب لعياله على كل نفل، ويكره تركه والاتكال على الناس^(٨) وقال القاضي الكسب الذي لا يقصد به التكاثر وإنما يقصد التوسل إلى طاعة الله^(٩) أفضل من التفرغ إلى طلب العبادة. ويجب النصح في

(١) (ولا مقدور عليه) فخرج الحرام كالذئب والأنسى كالإبل ولو توحشت، والمقدور عليه لكسر شيء منه ونحوه.

(٢) (مكتسب) لأنها أقرب إلى التوكل من غيرها وأقرب للحل وفيها عمل اليد والنفع العام للآدمي والدواب.

(٣) (عمل اليد) لحديث «أفضل الكسب عمل الرجل بيده وكل بيع مبروك» رواه أحمد وغيره.

(٤) (التجارة) قال في الرعاية: أفضل المعاش التجارة اهـ وأفضلها في البز والعطير والزراع والغرس والماشية.

(٥) (والصرف) لتمكن الشبهة فيهما. ونقل ابن هانيء أنه سئل عن الخياطة وعمل الخوص فقال: ما نصح فيه فحسن.

(٦) (التامة) قال في الرعاية لقوله تعالى: ﴿فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ﴾ وأرشد إليه قوله عليه السلام «كالطير تغدو خماصاً وتعود بطاناً».

(٧) (الناس) قال أحمد لم أر مثل الغنى عن الناس، وقال في قوم لا يعملون ويقولون نحن المتوكلون: هؤلاء مبتدعة لتعطيلهم الأسباب.

(٨) (إلى طاعة الله) من صلة الأخوان والتعفف عن وجوه الناس ومنفعة غيره ومنفعة نفسه، لأن خير الناس أنفعهم للناس.

آلة الذبيح، وأن يجرح فإن قتله بثقله لم يبيح^(١) وما ليس بمحدد كالبنديق والعصا
(١) (لم يبيح) لمفهوم قوله عليه السلام: «ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل، ليس السن
والظفر».

المعاملات وغيرها وترك الغش. قال بعض السلف كسب فيه دناءة خير من مسألة
الناس^(١).

(فصل) ومن صاد صيداً فأدركه حياً حياة مستقرة لم يحل إلا بالذكاة، فإن كان
الزمان لا يتسع لتذكيته حل^(٢) وقيل يحل بإرسال الصائد له عليه حتى يقتله اختاره
الخرقي وعامة أصحابنا وهو من المفردات. وإن كان يعيش زمناً طويلاً وأمكته تذكيته
ولم يدكه حتى مات لم يحل^(٣) ولو امتنع الصيد على الصائد من الذبيح بأن جعل
يعدو منه يومه حتى مات تعباً ونصباً حل^(٤) وإن رمى صيداً فآبته ثم رماه آخر فقتله
لم يحل لأنه صار مقدوراً عليه فلم يبيح إلا بذبحه ولمن أثبتته قيمته مجروحاً على
قاتله إلا أن يصيب الأول مقتله دون الثاني أو يصيب الثاني مذبحة فيحل وعلى
الثاني ما خرق من جلده، وإن أصاباه معاً حل وهو بينهما، وإن رماه في الهواء أو
على شجرة فوق على الأرض فمات حل^(٥) وإن رمى صيداً فغابه ثم وجده ميتاً لا أثر
به غير سهمه حل^(٦) وعنه إن كانت الجراحة موحية حل وإلا فلا، وإن ضربه فأبان

(١) (الناس) قال في الاختيارات فإذا كان الرجل محتاجاً إلى هذا الكسب ليس له ما يغنيه
عنه إلا المسألة فهو خير له من مسألة الناس.

(٢) (حل) وبه قال مالك والشافعي، وروي ذلك عن الحسن والنخعي، وقال أبو حنيفة لا
يحل كما لو اتسع الزمان، ولنا أنه لم يقدر على ذكاته كالذي قتله الصائد.

(٣) (لم يحل) سواء كان به جرح لا يعيش معه أو لا، وبه قال مالك والليث والشافعي
وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن ما كان كذلك في حكم الحي بدليل أن عمر
كانت جراحاته موحية فأوصى واجيزت وصاياها.

(٤) (حل) ذكره القاضي، واختار ابن عقيل خلافه لأن اتعابه يعينه على الموت فصار كالماء.

(٥) (فمات حل) هذا المذهب وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال مالك لا
يحل إلا أن تكون الجراح موحية أو يموت قبل سقوطه لقوله تعالى: ﴿والمتردية﴾. ولنا أنه
صيد سقط بالإصابه سقوطاً لا يمكن الإحتراز عنه فوجب أن يحل.

(٦) (حل) هذا المذهب وبه قال الحسن وقتادة، وكذا لو أرسل كلبه على صيد فوجده ميتاً
ومعه كلبه.

والشبكة والفتح لا يحل ما قتل به^(١). والنوع الثاني الجارحة فيباح ما قتلته إن كانت
(١) (ما قتل به) ولو مع قطع الحلقوم والمرىء لما تقدم لأنه وقيد.

منه عضواً وبقيت فيه حياة مستقرة لم يباح ما بان منه، وإن أبانه ومات في الحال
حل الجميع^(٢) وإن أخذ قطعة من حوت وأفلت حياً أبيض ما أخذ منه، والطريدة لا
بأس بها^(٣).

(فصل) وتعليم الكلب بثلاثة أشياء: أن يسترسل إذا أرسل وينزجر إذا زجر وإذا
أمسك لم يأكل فإن أكل بعد تعلمه لم يحرم ما تقدم من صيده ولم يباح ما أكل منه
في إحدى الروايتين^(٤) والثانية يباح^(٥) وذو المخلب بأن يسترسل إذا أرسل ويجب
إذا دعى ولا يعتبر ترك الأكل^(٦) ولا بد أن يجرحه. وما أصابه فم الكلب لم يجب

(١) (الجميع) قال الإمام أحمد: إنما حديث النبي ﷺ «ما قطعت من الحي ميتة» إذا
قطعت وهي حية تمشي وتذهب أما إذا كانت البيئونة والموت جميعاً أو بعده بقليل إذا
كان في علاج الموت فلا بأس به، ألا ترى الذي يذبح ربما مكث ساعة وربما مشى
حتى يموت، لأن ما كان ذكاة لبعض الحيوان كان ذكاة لجميعه كما لو قد الصائد
الصيد نصفين.

(٢) (لا بأس بها) الصيد يقع بين القوم فيقطع هذا قطعة بسيفه وهذا قطعة قاله الإمام عن
الحسن كان المسلمون يفعلونه في مغازيهم واستحسنه أبو عبدالله حتى يؤتى عليه وهو
حي. قال وليس هو عندي إلا أن الصيد يقع بينهم لا يقدر على ذكاته فيقطعونه قطعاً.
(٣) (في إحدى الروايتين) وهي المذهب روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وبه قال عطاء
وطاوس وعبيد بن عمير والشعبي والنخعي وسويد بن غفلة وأبو بردة وسعيد بن جبير
وعكرمة والضحاك وقتادة وإسحق وأبو حنيفة وأصحابه.

(٤) (يباح) روي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وسلمان وأبي هريرة وابن عمر حكاه عنهم
الإمام أحمد وبه قال مالك، وللشافعي قولان كالمذهبيين. واحتج من أباحه بعموم قوله
تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ وبما روى أبو ثعلبة مرفوعاً «إذا أرسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل» رواه أحمد وأبو داود. ولنا ما روى عدي بن حاتم
أن رسول الله ﷺ قال: «فإن أكل فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على
نفسه» متفق عليه، وهذا أصح لأنه متفق عليه قاله أحمد.

(٥) (الأكل) هذا المذهب، روى الخلال بإسناده عن ابن عباس: إذا أكل الكلب فلا تأكل
وإذا أكل الصقر فكل فإنك تستطيع أن تضرب الكلب ولا تستطيع أن تضرب الصقر، =

معلمة. (الثالث) إرسال الآلة قاصداً، فإن استرسل الكلب أو غيره بنفسه لم يبح إلا أن يزجره فيزيد في عدوه في طلبه فيحل. (الرابع) التسمية عند إرسال السهم أو

غسله في أحد الوجهين^(١) ويسن قتل الكلب الأسود البهيم وهو ما لا يباح فيه^(٢) أو بين عينيه نكتتان^(٣) كما اقتضاه الحديث الصحيح^(٤) ويحرم صيده واقتناؤه وكذا الخنزير. ويجب قتل كلب عقور ولو معلماً^(٥) ولا يباح قتل الكلب غير ما تقدم^(٦) ويباح اقتناؤها للصيد والماشية والحرث^(٧) وإن رمى حجراً يظنه صيداً فأصاب صيداً لم يحل ويحتمل أن يحل^(٨) وإن عشعش في أرضه طائر لم يملكه. ولغيره أخذه. وإن رمى صيداً فأصاب جماعة حل، وإن أثبتته وأخذه غيره لزمه رده.

(فصل) والتسمية لازمة عند إرسال السهم والجارحة^(٩) ولا يضر إن تقدمت يسيراً. وعنه تشترط مع الذكر دون السهو^(١٠) ولا يشترط أن يسمى بالعربية، وإن سمي على

= ولم ينقل عن غيره خلافه إلا في الكلب.

(١) (في أحد الوجهين) بل يعفى عنه صححه في التصحيح وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز لأن الله ورسوله أمراً بأكله ولم يأمرأ بغسله، والثاني يجب وهو المذهب صححه في النظم.

(٢) (ملا يباح فيه) قال ثعلب وإبراهيم الحربي كل لون لم يخالطه لون آخر فهو بهيم قيل لهما من كل لون قالوا نعم.

(٣) (نكتتان) في إحدى الروايتين، قال في الآداب الكبرى وهو الصحيح وجزم به في المعنى والشرح.

(٤) (الصحيح) أي حديث جابر مرفوعاً «عليكم بالأسود البهيم ذي الطفتين فإنه شيطان» رواه مسلم.

(٥) (معلماً) لدفع شره عن الناس، قال الأزهرى الكلب العقور هو كل ما يعقر ويفترس. ويحرم اقتناؤه لأذاه.

(٦) (ما تقدم) عن العقور والأسود البهيم. ولا تقتل كلبة عقرت من قرب ولدها أو خرقت ثوبه لأن ذلك ليس عادة لها بل تنقل بعيداً عن الناس.

(٧) (والحرث) فإن اقتنى كلب الصيد ليحفظ له حرثاً أو ماشية إن حصلت أو ليصيد به إن احتاج الصيد احتمل الجواز والمنع.

(٨) (ويحتمل أن يحل) اختاره المصنف والناظم لأنه قصد صيداً أشبه ما لو رآه.

(٩) (الجارحة) هذا المذهب وبه قال الشعبي وأبو ثور وداود وهو من مفردات المذهب.

(١٠) (السهو) والفرق بين الصيد والذبيحة أن الذبح وقع في محله فجاز أن يسامح فيه =

الجارحة، فإن تركها عمداً أو سهواً لم ييح^(١). و(ويسن) أن يقول معها «الله أكبر^(٢)» كالذكاة.

كتاب الأيمان

واليمين التي تجب بها الكفارة إذا حنث هي اليمين بالله^(٣)، أو صفة من

(١) (لم ييح) الصيد لمفهوم قوله عليه السلام: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل» متفق عليه.

(٢) (الله أكبر) لما ثبت أنه ﷺ «كان إذا ذبح قال بسم الله والله أكبر» وكان ابن عمر يقوله، ولاخلاف أن قول بسم الله يجزي.

(٣) (اليمين بالله) الذي لا يسمى به غيره كالله والقديم الأزلي والأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء، وخالق الخلق ورب العالمين والرحمن، وفيه وجه أنه ملحق بالنوع بعد كالرحيم جزم به في المقنع، فهذا القسم يمين بكل حال.

صيد فأصاب غيره حل وإن سمي على سهم ثم ألقاه وأخذ غيره فرمى به لم ييح^(١) ويحتمل أن يحل.

كتاب الأيمان^(٢)

وأسماء الله تنقسم قسمين. أحدهما ما لا يسمى به غيره، والثاني ما يسمى به غيره^(٣) وإن قال لعمر الله كان يميناً. وتصح اليمين من كافر وتلزمه الكفارة

= بخلاف الصيد، ولأن في الصيد نصوصاً خاصة.
(١) (لم ييح) قاله في المغني والشرح، ويحتمل أن يحل قياساً على ما لو سمي على سكين ثم ألقاها وأخذ غيرها.

(٢) (الأيمان) اليمين توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص، وأصلها يمين اليد، سمي الحلف بذلك لأن الحالف يعطي يمينه فيه كما في العهد والمعاقدة وهي وجوبها كشرط وجزاء، والأصل فيها الإجماع وسند، قوله تعالى: ﴿لَا يَأْخُذُكُمْ اللَّهُ بِاللُّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ وقوله ﴿وَلَا تَقْضُوا الْإِيمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ والسنة شهيرة بذلك منها قوله عليه الصلاة والسلام لعبد الرحمن بن سمرة «إذا حلفت فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك» متفق عليه.

(٣) (غيره) كالرحيم والعظيم ونحو ذلك فهذا إن نوى به اسم الله تعالى فهو يمين والأول كالله والقديم زاد.

صفاته^(١)، أو بالقرآن أو بالمصحف. والحلف بغير الله محرم^(٢)، ولا تجب به كفارة. (ويشترط) لوجوب الكفارة ثلاثة شروط: (الأول) أن تكون اليمين منعقدة، وهي التي قصد عقدها على مستقبل ممكن^(٣) فإن حلف على أمر ماض كاذباً عالماً فهي الغموس^(٤) و«لغو اليمين» الذي يجري على لسانه بغير قصد كقوله «لا والله» و«بلى

(١) (من صفاته) كوجه الله وعظمته وكبريائه وجلاله وعزته وعهده وإرادته ونحو ذلك وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي.

(٢) (محرم) لما روى عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» متفق عليه.

(٣) (ممكن) وهي التي فيها البر والحنث بقول يقصد به الحث على فعل الممكن نحو والله لأقومن أو ليقومن زيد. إذا ثبت هذا نظرنا في يمينه فإن كانت على ترك شيء ففعله حث ووجب الكفارة، وإن كانت على فعل شيء فلم يفعله وكانت يمينه مؤقته بلفظ أو نية أو قرينة ففات الوقت حث، وإن كانت مطلقة لم يحث إلا بفوات وقت الإمكان.

(٤) (الغموس) لأنها تغمس صاحبها بالإثم في النار، ووليست منعقدة ولا كفارة فيها في ظاهر المذهب نقله الجماعة عن أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وسعيد بن المسيب والحسن ومالك والأوزاعي والثوري والليث وأبو عبيد وأصحاب الحديث، قال ابن مسعود: كنا نعد اليمين التي لا كفارة لها اليمين الغموس وعن سعيد ابن المسيب قال: هي من الكبائر وهي أعظم من أن تكفر. وعن أحمد فيها الكفارة وروي ذلك عن عطاء والزهري والحكم وهو قول الشافعي، لأنها وجدت منه اليمين بالله والمخالفة مع القصد فلزمت الكفارة ولنا أنها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو. وذلك أنها كبيرة لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ومن الكبائر الإشراف بالله وعقوق الوالدين واليمين الغموس» رواه البخاري.

بالحنث^(١). وحروف القسم الباء والواو والتاء في اسم الله خاصة: ويجوز القسم بغير حروف القسم^(٢) ويحرم الحلف بغير الله ولو بنبي لأنه شرك في تعظيم الله^(٣) ولا كفارة

(١) (بالحنث) حث في كفره أو بعده لأنه من أهل القسم قال تعالى: ﴿فقسمان بالله﴾ وقوله: ﴿إنهم لا إيمان لهم﴾ أي لا يوفون بها لقوله تعالى: ﴿ألا تقاتلون قوماً نكثوا أيمانهم﴾.

(٢) (القسم) فيقول الله لأفعلن بالجور والنصب فإن قال الله بالرفع كان يميناً إلا أن يكون من أهل العربية ولا ينوي به اليمين.

(٣) (الله) لما روى ابن عمر مرفوعاً قال «من حلف بغير الله فقد أشرك» رواه الترمذي وحسنه =

والله»^(١) وكذا يمين عقدها يظن صدق نفسه فيان بخلافه، فلا كفارة في الجميع^(٢) (الثاني) أن يحلف مختاراً، فإن حلف مكرهاً لم تنعقد يمينه^(٣). (الثالث) الحنث

(١) (والله) لحديث عائشة مرفوعاً «اللعو في اليمين كلام الرجل في بيته لا والله وبلى والله» رواه أبو داود وروى موقوفاً.

(٢) (في الجميع) لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ وهذا منه روي هذا عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي مالك وزنارة بن أوفى والنخعي ومالك وأبي حنيفة والثوري، وأكثر أهل العلم على أن لغو اليمين لا كفارة فيه.

(٣) (لم تنعقد يمينه) وبه قال مالك والشافعي لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وعن أبي أمامة ووائلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال «ليس على مقهور يمين».

به، ويحرم الحلف بالأمانة^(١) ولا يلزم إبرار قسم كإجابة سؤال بالله^(٢) ويسن^(٣) وإن حلف على شيء يظنه فتبين بخلافه فلا كفارة فيها. وإذا فعل ما حلف عليه ناسياً فلا كفارة عليه^(٤) في غير الطلاق والعتاق، وعنه لا يحنث في الطلاق والعتاق أيضاً^(٥)

= ورجاله ثقات، وعن عمر أن النبي ﷺ سمعه وهو يحلف بأبيه فقال «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» متفق عليه.

(١) (بالأمانة) لما روى أبو داود وغيره عن بريدة مرفوعاً «ليس منا من حلف بالأمانة، رجاله ثقات. وروى زياد بن حدير الأسدي أن رجلاً حلف عنده بالأمانة فجعل يبكي بكاء شديداً، فقال له الرجل هل كان هذا يكره قال نعم، كان عمر ينهى عن الحلف بالأمانة أشد النهي.

(٢) (بالله تعالى) لأن الإيجاب بابه التوقيف ولا توقيف فيه قال النبي ﷺ لأبي بكر لا تقسم لقوله أقسمت عليك إلا أخبرتني بما أصبت مما أخطأت فقال النبي ﷺ لا تقسم يا أبا بكر رواه أبو داود، قال الشيخ إنما يجب على معين فلا تجب إجابة سائل يقسم على الناس.

(٣) (ويسن) أي إبرار القسم كإجابة سؤال السائل بالله لحديث ابن عباس مرفوعاً «وأخبركم بشر الناس؟ قلنا نعم يارسول الله، قال الذي يسأل بالله ولا يعطى» رواه أحمد والترمذي وقال حسن غريب.

(٤) (عليه) هذا المذهب في غير الطلاق والعتاق لقوله «عفى لأمتي الخطأ والنسيان» الحديث.

(٥) (أيضاً) وهو قول عطاء وعمر بن دينار واسحق وهو ظاهر مذهب الشافعي لقوله تعالى: =

في يمينه، بأن يفعل ما حلف على تركه أو يترك ما حلف على فعله مختاراً ذاكراً، فإن فعل مكرهاً أو ناسياً فلا كفارة. ومن قال في يمين مكفرة «إن شاء الله» لم يحنث^(١) و(يسن) الحنث في اليمين إذا كان خيراً^(٢)، ومن حرم حلالاً سوى

- (١) (لم يحنث) هذا المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث فعل أو ترك» رواه أبو داود.
(٢) (خيراً) لقوله عليه السلام: «إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني» أخرجه البخاري.

وعن أحمد لا حنث بفعله ناسياً ويمينه باقية^(١) وجاهل كناس^(٢)، وأما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه^(٣) وإن حلف وقال إن شاء الله لم يحنث^(٤) إذا كان متصلاً باليمين لفظاً أو حكماً كانقطاعه بالتنفس أو سعال ونحوه^(٥) وعنه لا يحنث إذا قال إن شاء الله مع فصل يسير ولم يتكلم^(٦) ويعتبر نطقه بالاستثناء إلا من خائف^(٧) وإذا حلف ليفعلن شيئاً ونوى وقتاً بعينه تقيد به، وإن لم

- = ﴿ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ وقوله عليه السلام «عفى لأمتي» الحديث، لأنه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون.
(١) (باقية) قال في الفروع وهو أظهر، واختاره ابن عبدوس والشيخ.
(٢) (كناس) فلو حلف لا يدخل دار زيد فدخلها جاهلاً أنها داره حنث في طلاق وعتاق بخلاف ما لو فعله مجنوناً فلا يحنث مطلقاً.
(٣) (شرطه) ولأنها حق آدمي فلم يعذر فيه بالنسيان والجهل كإتلاف المال والجناية بخلاف اليمين بالله تعالى وقد رفع عن هذه الأمة الخطأ والنسيان.
(٤) (لم يحنث) يعني بذلك اليمين المكفرة كاليمين بالله والنذر والظهار ونحوه لا غير وهذا المذهب، قال ابن مفلح في أصوله: عند الأئمة الأربعة.
(٥) (ونحوه) وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد واسحق وأصحاب الرأي، لما روى ابن عمر مرفوعاً «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث».
(٦) (ولم يتكلم) وجزم به في عيون المسائل وبه قال الأوزاعي، وقال قتادة له أن يستثنى قبل أن يقوم أو يتكلم لأن النبي ﷺ استثنى بعد سكوته إذ قال لأغزون قريشاً ثم سكت ثم قال إن شاء الله رواه أبو داود ولم يغزهم.
(٧) (إلا من خائف) نص عليه وبه قال عامة أهل العلم ومالك وأبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً.

زوجته — من أمة أو طعام أو لباس أو غيره — لم يحرم، وتلزمه كفارة يمين إن فعله^(١).

(فصل) يخير من لزمته كفارة يمين بين إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم^(٢) أو عتق رقبة، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابة^(٣). ومن لزمته أيمان قبل التكفير موجبها واحد^(٤) فعليه كفارة واحدة. وإن اختلف موجبها كظهار ويمين بالله لزمه ولم يتداخلا.

باب جامع الأيمان

(١) (فعله) إذا قال الطعام حرام علي فهو كالحالف على تركه، وعن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا الحرام يمين قال تعالى: ﴿لَمْ تَحْرَمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ ثم قال: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحْلَةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ لأن سبب نزولها أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لن أعود إلى شرب العسل» متفق عليه.

(٢) (أو كسوتهم) للرجل ثوب يجزيه في صلاته والمرأة درع وخمار، وبهذا قال مالك.

(٣) (متتابة) وجوباً، وعنه لا يشترط، وبه قال مالك لأن الأمر بصومها مطلق والأول ظاهر المذهب لأن في قراءة أبي وابن مسعود «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» والظاهر أنهما سمعاه من النبي ﷺ.

(٤) (واحد) ولو على أفعال كقوله والله لا أكلت والله لا شربت والله لا أعطيت والله لا أخذت، لأنها من جنس واحد فتداخلت.

ينو لم يحنث حتى يئأس من فعله^(١) وإن دعي إلى يمين عند الحاكم وهو محق استحباب له افتداء يمينه^(٢) وإن حلف فلا يئأس.

باب جامع الأيمان

يرجع في الأيمان إلى النية إذا وجدت وهي تنوع: منها أن ينوي بالعام الخاص كمن حلف لا يأكل لحماً ولا فاكهة يريد لحماً وفاكهة بعينها^(٣) ومنها أن ينوي

(١) (من فعله) أما بتلف المحلوف عليه أو موت الحالف ونحو ذلك.

(٢) (يمينه) قال الشافعي: ما كذبت قط، ولا حلفت بالله صادقاً ولا كاذباً.

(٣) (بعينها) كمن حلف لا يتغدى ويريد اليوم، أولاً أكلت ويريد الساعة.

يرجع في الأيمان إلى نية الحالف إذا احتملها اللفظ^(١)، فإن عدت النية رجع إلى سبب اليمين وما هيجه^(٢)، فإن عدم ذلك رجع إلى التعيين، فإذا حلف «لا لبست هذا القميص» فجعله سراويل أو رداء أو عمامة ولبسه، أو «لا كلمت هذا الصبي» فصار شيخاً، أو «زوجة فلان هذه، أو صديقه فلاناً، أو مملوكه سعيداً» فزالت الزوجية والملك والصدقة ثم كلمهم، أو «لا أكلت لحم هذا الحمل^(٣)»

(١) (اللفظ) لقوله عليه السلام: «وإنما لكل امرئ ما نوى» فالأيمان مبنية على نية الحالف فإذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه إليه سواء كان ما نواه موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً له، فالموافق للظاهر أن ينوي باللفظ موضوعه الأصلي مثل أن ينوي باللفظ العام العموم وبالمطلق الإطلاق وبسائر الألفاظ ما يتبادر إلى الأفهام منها، فمن نوى بالسقف أو البناء السماء وبالفراش أو البساط الأرض قدمت على عموم لفظه.

(٢) (وما هيجه) هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن السبب يدل على النية فمن حلف ليقضين زيدا حقه غداً فقضاه قبله لم يخنث إذا اقتضى السبب أنه لا يتجاوز غداً، وكذا ليفعلن شيئاً غداً.

(٣) (الحمل) بفتح الحاء والميم وهو الصغير من أولاد الضأن.

بالخاص العام مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء يريد قطع كل ما فيه منة^(١).
(فصل) والعبرة بخصوص السبب لا بعموم اللفظ في أحد الوجهين^(٢) والثاني بعموم اللفظ^(٣).

(١) (منة) وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا عبرة بالنية والسبب فيما يخالف لفظه لأن الحنث ما وقعت عليه اليمين. ولنا أنه نوى بكلامه ما يحتمله ويسوغ في اللفظ التعبير عنه فتصرف يمينه إليه، وقد ساغ في كلام العرب التعبير بالخاص عن العام قال تعالى: ﴿ما يملكون من قطمير — ولا يظلمون فيلأ﴾ ولم يرد ذلك بعينه بل نفى كل شيء وقد يذكر العام ويراد به الخاص كقوله تعالى: ﴿الذين قال لهم الناس إن الناس قد جمعوا لكم﴾ وقال ﴿تدمر كل شيء بأمر ربها﴾ ولم تدمر السماء والأرض ولا مساكنهم.

(٢) (في أحد الوجهين) وهو الصحيح عند صاحب المحرر والمغنى والبلغة ورجحه ابن عقيل في عمد الأدلة وجزم به القاضي في موضع من المجرد واختاره الشيخ؛ وذكر القاضي فيمن حلف على زوجته أو عبده أن لا يخرج إلا بإذنه فعتق العبد وطلقت المرأة وخرجا بغير إذنه لا يخنث لأن قرينة الحال تنقل الكلام إلى نفسها.

(٣) (اللفظ) اختاره القاضي في الخلاف والآمدي وأبو الفتح وأبو الخطاب وغيرهم وأخذوه من =

من
الكتاب
الأثر

فصار كبشاً أو «هذا الرطب» فصار تمرّاً أو دبساً أو خلاً، أو «هذا اللبن» فصار جيناً أو كشكاً^(١) أو نحوه ثم أكله حنث في الكل، إلا أن ينوي ما دام على هذه الصفة^(٢).

- هو
الكتاب
الأثر
- (١) (كشكا) هو الذي يعمل من القمح واللبن.
تنمة: قال في القاموس المصل والمصالة ما سال من الأقط إذا طبخ ثم عصر اهـ. والأقط اللبن المجفف.
- (٢) (هذه الصفة) فتقدم النية وسبب اليمين على التعيين لقوله عليه السلام: «ولكل امرئ ما نوى».

من
الكتاب
التام

(فصل) وإذا حلف لا يأكل شيئاً فاستحالت أجزاءه وتغير اسمه كأن حلف على بيضة فصارت فرخاً أو حنطة فصارت زرعاً لم يحنث^(١) وإن تغيرت صفته وزال اسمه مع بقاء أجزائه فإنه يحنث^(٢) وإن تبدلت الإضافة كزوجة فلان أو داره فزالت الزوجية والملك حنث^(٣) وإن حلف لا يهب زيداً شيئاً ولا يعيره ولا يوصي له ولا يتصدق عليه ففعل ولم يقبل زيد حنث^(٤) وقال الشافعي لا يحنث بمجرد الإيجاب كالنكاح والبيع^(٥) وإن حلف لا يتصدق عليه فوهبه لم يحنث^(٦) وإن حلف لا يهبه شيئاً

هو
الكتاب
التام

= نصوص أحمد في رواية علي بن سعيد فيمن حلف لا يصطاد من نهر لظلم رآه فيه ثم زال الظلم، قال أحمد النذر يوفى به، والأول أولى لأن السبب يدل على إرادته فصار كالمنوي.

- (١) (لم يحنث) لأنه زال اسمه واستحالت أجزأه، وعلى قياسه لاشربت هذا الخمر فصار خلا، قلت وذكر في الإنصاف أن هذا اختيار القاضي والمصنف والشارح.
- (٢) (حنث) كرتب صار تمرّاً وصبي صار شيئاً، وللشافعي فيه قولان.
- (٣) (حنث) وبه قال مالك والشافعي ومحمد وزفر، وقال أبو يوسف لا يحنث إلا في الزوجة. ولنا أنه إذا اجتمع التعيين والإضافة كان الحكم للتعيين.
- (٤) (حنث) بمجرد الإيجاب لأنه لا عروض فيها فكان مسماها الإيجاب فقط، لأن القبول شرط لنقل الملك.
- (٥) (والبيع) لأنه عقد لا يتم إلا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الإيجاب.
- (٦) (لم يحنث) هذا المذهب، لأن الصدقة نوع من الهبة ولا يحنث الحالف على نوع آخر، ولهذا حرمت الصدقة على النبي ﷺ ولم تحرم الهبة والهدية لقوله لبريرة «هو عليها صدقة ولنا هدية».

(فصل) فإن عدم ذلك رجع إلى ما يتناوله الإسم، وهو ثلاثة: (شرعي) و(حقيقي) و(عرفي) فالشرعي ماله موضوع في الشرع وموضوع في اللغة^(١)، فالمطلق^(٢) ينصرف إلى الموضوع الشرعي الصحيح، فإذا حلف لا يبيع أو لا ينكح فعقد عقداً فاسداً لم يحنث^(٣). وإن قيد يمينه بما يمنع الصحة كأن حلف لا يبيع الخمر أو الحر حنث بصورة العقد^(٤). والحقيقي هو الذي لم يغلب مجازاه على حقيقته كاللحم، فإن حلف لا يأكل اللحم فأكل شحماً أو مخاً أو كبداً ونحوه^(٥) لم يحنث^(٦)، وإن حلف لا يأكل أدماً حنث بأكل البيض والتمر والملح والزيتون ونحوه

- (١) (في اللغة إلخ) كالصلاة والصوم والحج والبيع والإجارة.
- (٢) (فالمطلق إلخ) هذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي، لأن ذلك هو المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق لا الحج والعمرة، فيتناول الصحيح والفاقد لوجوب المضي فيه كالصحيح.
- (٣) (لم يحنث) لأن البيع والنكاح لا يتناول الفاسد.
- (٤) (العقد) هذا المذهب لأن صورة البيع وجدت وتعدّر حمل يمينه على عقد صحيح.
- (٥) (ونحوه) هذا المذهب كالمخ والطحال والقلب والكروش والمصران والألية والدماغ والقانصة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يحنث بأكل هذا كله لحم حقيقة، ولنا أنه لا يسمى لحماً ولا ينفرد عنه باسمه وصفته، ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممثلاً لأمره ولا ينفذ الشراء للموكل فلم يحنث بأكله، وقد دل على أن الكبدة والطحال ليسا بلحم قوله عليه السلام: «أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبدة والطحال».
- (٦) (لم يحنث) لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناول شيئاً من ذلك إلا بنية اجتناب الدسم.

فأسقط عنه ديناً لم يحنث إلا أن ينوي، وإن حلف لا يبيع ولا يؤجر فلاناً فأوجب ذلك لم يحنث حتى يقبل فلان^(١).

(فصل) وإن حلف لا يدخل داراً فدخل سطحها حنث^(٢) وإن حلف لا يتكلم

- (١) (فلان) وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه لا يتم عقد بدونه.
- (٢) (حنث) فإن صعد حتى صار في مقابلة سطحها حنث لأن الهواء تابع للقرار كما لو قام على سطحها.

متن
الكتاب
الأول

وكل ما يصطبغ به، ولا يلبس شيئاً فلبس ثوباً أو درعاً أو جوشناً^(١) وفعلاً حنث، وإن حلف لا يكلم إنساناً حنث بكلام كل إنسان، ولا يفعل شيئاً فوكل من فعله حنث^(٢). إلا أن ينوي مباشرته بنفسه. والعرفي ما اشتهر مجازة فغلب الحقيقة كالراوية^(٣) والغائط^(٤) ونحوهما^(٥) فتتعلق اليمين بالعرف^(٦)، فإذا حلف على وطء زوجته أو وطء دار تعلقت يمينه بجماعها وبدخول الدار، وإن حلف لا يأكل شيئاً

(١) (أو جوشنا) الصدر والدرع. قاموس.

(٢) (حنث) لأن الفعل يضاف إلى من فعل عنه قال تعالى: ﴿محللين رءوسكم﴾ وإنما الحائق غيرهم.

(٣) (كالراوية) في العرف للمزادة وفي الحقيقة للجمل الذي يستقى عليه.

(٤) (والغائط) في العرف للخارج المستقذر وفي الحقيقة ما اطمأن من الأرض، قال في الإقناع والعدرة والغائط في العرف الفضلة المستقذرة وفي الحقيقة العذرة فناء الدار ومنه قول علي: مالكم لا تنظفون عذراتكم؟ يريد أفئيتكم، والغائط المطمئن من الأرض.

(٥) (ونحوهما) كالظعينة والدابة، الظعينة الناقة يظعن عليها وعرفا المرأة في اليهودج، والدابة ما دب ودرج قال تعالى: ﴿وإن خلق كل دابة من ماء﴾ وعرفا الخيل والبغال والحمير ذوات الأربع.

(٦) (بالعرف) لأن الحقيقة صارت كالمهجورة ولا يعرفها أكثر الناس، لأن العرفي ما يشتهر مجازة حتى غلب على حقيقته أي اللغوية بحيث لا يعلمها أكثر الناس لأنه إذا لم يشتره يكون مجازاً لغة، سمي عرفياً لاستعمال أهل العرف في غير المعنى اللغوي وذلك أن اللفظ قد يكون حقيقة لغوية في معنى ثم يغلب على معنى آخر عرفي.

متن
الكتاب
الثاني

فقرأ أو سبح أو ذكر الله تعالى لم يحنث^(١) وإن حلف ليضربنه مائة سوط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر في يمينه تغليباً للعرف.

(فصل) وإن حلف لا يأكل سويقاً فشربه أو لا يشربه فأكله حنث^(٢) وإن حلف لا يلبس ثوباً هو لابس فزرعه في الحال أو لا يركب دابة هو راكبها فنزل في أول حالة الإمكان وإلا حنث^(٣) وقال أبو ثور لا يحنث باستدامة اللبس والركوب حتى يبتدئه

(١) (لم يحنث) وإن دق عليه إنسان فقال ﴿ادخلوها بسلام آمين﴾ يقصد تشبيهه لم يحنث.

(٢) (حنث) قاله الخرقى، وقال أحمد فيمن حلف لا يشرب نبيذاً فنرد فيه فأكله لا يحنث، فيخرج في كل من حلف لا يأكله فشربه أو لا يشربه فأكله وجهان.

(٣) (وإلا حنث) وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي.

فأكله مستهلكاً في غيره كمن حلف لا يأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لا يظهر فيه طعمه. أو لا يأكل بيضاً فأكل ناطفاً^(١) لم يحنث، وإن ظهر طعم شيء من المحلوف عليه حنث.

(فصل) وإن حلف لا يفعل شيئاً ككلام زيد ودخول دار ونحوه ففعله مكرهاً لم يحنث، وإن حلف على نفسه أو غيره ممن يقصد منعه كالزوجة والولد أن لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً أو جاهلاً حنث في الطلاق والعتاق فقط^(٢)، أو على من لا يمتنع يمينه من سلطان وغيره ففعله حنث مطلقاً^(٣)، وإن فعل هو أو غيره ممن قصد منعه بعض ما حلف على كله لم يحنث ما لم تكن له نية^(٤).

(١) (ناطفاً) لأن ما أكله لا يسمى سمناً ولا بيضاً.

(٢) (فقط) دون اليمين بالله والنذر. زوائد.

(٣) (مطلقاً) أي سواء فعله المحلوف عليه عامداً أو ناسياً أو جاهلاً.

(٤) (نية) أو قرينة، كما لو حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه فإنه يحنث.

لأنه لو حلف أن لا يتزوج أو لا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذلك ههنا^(١) وإن حلف ليقضينه حقه فمات المستحق ففرضه ورثته لم يحنث^(٢) وإن باعه بحقه عرضاً لم يحنث^(٣)، وإن حلف لا يفارقتك حتى استوفى حقي منك ففارقته مختاراً أو أبرأه من الحق أو بقي عليه أو أذن الحالف للمحلوف عليه أو أحاله الغريم بحقه أو فلسه الحاكم وحكم عليه بفراقه حنث، وإن قضاه قدر حقه ففارقته ظناً أنه قد وفاه فخرج رديئاً أو مستحقاً فكناس، وإن كان الحق عيناً فوهبها له الغريم فقبلها حنث.

(١) (ههنا) ولنا أن استدامة اللبس والركوب لبساً وركوباً ولايساً وراكباً وكذلك يقال لبست هذا الثوب شهراً وركبت دابتي يوماً فيحنث باستدامته كما لو حلف لا يسكن فاستدامت السكنى، وقد اعتبر الشرع هذا في الإحرام حيث حرم لبس المخيط وأوجب الكفارة في استدامته كما أوجها في ابتدائه «وفارق التزويج فإنه لا يطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهراً وإنما يقال منذ شهر ولهذا لم تحرم استدامة في الإحرام ويحرم ابتداءه.

(٢) (لم يحنث) وقال القاضي يحنث، وإن أبرأ فعلى وجهين.

(٣) (لم يحنث) عند ابن حامد وهو قول أبي حنيفة، وعند القاضي يحنث لأنه لم يقض الحق الذي عليه بعينه، والأول أولى إن شاء الله.

باب النذر^(١)

لا يصح إلا من بالغ عاقل ولو كافراً^(٢). و(الصحيح) منه خمسة أقسام:

متن
الكتاب
الأول

هوامش
الكتاب
الأول

- (١) (النذر) روى عمران بن حصين عن النبي ﷺ أنه قال: «خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء قوم ينذرون ولا يوفون ويخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ويظهر فيهم السمن» رواه البخاري.
- (٢) (ولو كافراً) لحديث عمر أنه قال: «يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام قال: أوف بنذرك» متفق عليه.

باب النذر^(١)

متن
الكتاب
الثاني

ولا يستحب النذر بل هو مكروه^(٢) ولا يأتي بخير ولا يرد قضاء ولا يملك به شيئاً محدثاً^(٣) وهو أن يلزم نفسه لله شيئاً غير واجب بأصل الشرع^(٤) وينعقد في واجب كالله علي صوم رمضان ونحوه^(٥) فيكفر إن لم يصمه، وعند الأكثرين لا ينعقد في واجب^(٦) قال الموفق والصحيح من المذهب أن النذر كاليمين وموجبه موجبها، إلا

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (النذر) والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله: ﴿يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ﴾. وقوله ﴿وَلْيُؤْفُوا نَذْرَهُمْ﴾ وأما السنة فروت عائشة مرفوعاً «من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه» رواه الجماعة إلا مسلماً وأجمع المسلمون على صحة النذر في الجملة ووجوب الوفاء به.
- (٢) (مكروه) لأن النبي ﷺ نهى عن النذر وقال: «إنه لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل» متفق عليه. وهذا نهى كراهة لا نهى تحريم، لأنه لو كان حراماً لما مدح الموفين به، ولو كان مستحباً لفعله النبي ﷺ وأفاضل أصحابه، وحرمة طائفة من أهل الحديث.
- (٣) (محدثاً) قاله ابن حامد، قال تعالى: ﴿وَرَبِّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ﴾.
- (٤) (الشرع) كعلي لله نذر أو نذرت لله ونحوه.
- (٥) (ونحوه) قال في المبدع: إنه ينعقد موجباً لكفارة يمين إن تركه كما لو حلف لا يفعله ففعله فإن النذر كاليمين.
- (٦) (في واجب) وهو الصحيح من المذهب، لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم كمحال الصوم كصوم أمس.

(المطلق) مثل أن يقول «لله عليّ نذر» ولم يسم شيئاً فيلزمه كفارة يمين^(١). الثاني (نذر اللجاج والغضب) وهو تعليق نذره بشرط يقصد المنع منه أو الحمل عليه أو

(١) (كفارة يمين) هذا المذهب روي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم، وبه قال الحسن وطاوس والشعبي والنخعي ومالك والثوري، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الشافعي قال؛ لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه. ولنا ما روى عقبه بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «كفارة النذر الذي لم يسم كفارة يمين» رواه الترمذي وقال حسن صحيح غريب.

في لزوم الوفاء به إذا كان قرينة وأمكته فعله^(١)، ومن نذر صوم يوم النحر فعليه القضاء مع الكفارة^(٢) ونذر صوم أيام التشريق كنذر صوم يوم العيد^(٣) وإن نذر ذبح ولده فعليه الكفارة^(٤) فإن كان له أكثر من ولد ولم يعين واحداً من بنيه لزمه بعددهم كفارات. والرواية الثانية يلزمه ذبح كبش^(٥) ويحتمل أن لا ينعقد نذر المباح^(٦) ولا

(١) (فعله) بدليل قوله لأخت عقبه لما نذرت المشي ولم تطفه فقال: «لتكفر عن يمينها ولتركب» وفي رواية: «ولتصم ثلاثة أيام» قال أحمد أذهب إليه، وعن عقبه مرفوعاً «كفارة النذر كفارة اليمين» رواه مسلم.

(٢) (الكفارة) على الصحيح من المذهب نصره القاضي وأصحابه وصححه في النظم وعنه لا ينعقد نذره فلا قضاء ولا كفارة وفاقاً لمالك والشافعي في عدم القضاء وفاقاً للجمهور في الكفارة.

(٣) (العيد) لأن المنع لمعنى في غيره وهو كونه في ضيافة الله تعالى.
(٤) (الكفارة) في إحدى الروايتين وهي المذهب، وكذا نحو نفسه أو أبيه وبه قال ابن عباس لأنه نذر معصية أو لجاج وكلاهما يوجب الكفارة.
(٥) (كبش) ويعطيه المساكين، يروي ذلك عن ابن عباس، وبه قال أبو حنيفة وحزم به في الوجيز واختاره القاضي.

(٦) (المباح الخ) لما روى «أنس أن النبي ﷺ رأى شيخاً يهادى بين ابنيه فقال: ما بال هذا؟ قالوا نذر أن يحج ماشياً فقال: إن الله عن تعذيب هذا نفسه لغني، مروه فليركب» متفق عليه. وعن عقبه بن عامر أنه قال «نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية فأمرتني أن استفتي لها رسول الله ﷺ فاستفتيته فقال لتمش ولتركب» متفق عليه واللفظ لمسلم، ولم يأمر فيها بكفارة، وذكرنا في الزاد قول مالك والشافعي وحديث أبي إسرائيل، ونذر المعصية روي عن أحمد ما يدل عليه وروي عن مسروق والشعبي وهو مذهب الشافعي لما روى عمران بن حصين مرفوعاً «لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد» رواه مسلم.

متن الكتاب الأول
التصديق أو التكذيب^(١)، فيخير بين فعله وبين كفارة يمين^(٢). الثالث (نذر المباح) كلبس ثوبه وركوب دابته فحكمه كالثاني^(٣)، وإن نذر مكروهاً من طلاق أو غيره

هوامش الكتاب الأول
(١) (أو التكذيب) كقوله: إن كلمتك أو إن لم أضربك أو إن لم يكن هذا الخبر صدقاً أو كذباً فله على الحج ونحوه.

(٢) (يمين) هذا المذهب، لحديث عمران بن حصين قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين» رواه سعيد في سننه.

(٣) (كالثاني) يخير بين فعله وكفارة يمين هذا المذهب، وقال مالك والشافعي ولا ينعقد نذره لقول النبي ﷺ: «لا نذر إلا فيما ابتغى به وجه الله» وعن ابن عباس قال «بينا رسول الله ﷺ يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا: أبو إسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم فقال النبي ﷺ: مروه فليجلس وليستظل وليتكلم وليتم صومه» رواه البخاري.

متن الكتاب الثاني
المعصية ولا يجب به كفارة^(١) ولهذا قال أصحابنا من نذر الاعتكاف أو الصلاة في مكان معين فله فعله في غيره ولا كفارة عليه^(٢) وإن نذر الصدقة بألف لزمه جميعه إن لم يستغرق ماله^(٣).

(فصل) الخامس نذر التبرير إذا كان في مقابلة نعمة استجلبها أو نعمة استدفعها^(٤) بأن تكون الطاعة الملتزمة مما له أصل في الشرع لزمه الوفاء به. وإن نذر صوم سنة معينة لم يدخل في نذره رمضان ويوما العيدين وأيام التشريق، وإن نذر سنة وأطلق لزمه اثنا عشر شهراً سوى رمضان وأيام النهي، وإن نذر صوم الدهر لزمه، وعند الشيخ له صيام يوم وإفطار يوم، فعلى المذهب إن أفطر كفر فقط وإذا نذر

هوامش الكتاب الثاني
(١) (كفارة) لما تقدم، والمذهب أن عليه الكفارة لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال «لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال هذا حديث غريب، وفي حديث عقبة بن عامر في رواية أبي داود «فلتركب وتكفر عن يمينها»، ولأحمد بمعناه، وهذه زيادة يجب الأخذ بها.

(٢) (عليه) وهذا المذهب وبه قال الزهري ومالك.

(٣) (ماله) هذا المذهب فإن استغرقه أجزاء ثلثه.

(٤) (استدفعها) كأن شفى الله مريضاً فله عليّ صوم شهر أو صدقة بكذا أو حج البيت أو أصلى كذا.

استحب التكفير ولا يفعله^(١). الرابع (نذر المعصية) كشرب خمر وصوم يوم الحيض والنحر فلا يجوز الوفاء به^(٢) ويكفر^(٣). الخامس (نذر التبرر) مطلقاً^(٤) أو معلقاً،

(١) (ولا يفعله) لأن ترك المكروه أولى من فعله وعليه الكفارة وهو المذهب، وعنه لا كفارة عليه وهو داخل في احتمال الموفق لأنه إذا لم يتعقد نذر المباح فنذر المكروه أولى، وإن فعله انحلت يمينه لما روي «أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف فقال: أوف بندرك» رواه أبو داود.

(٢) (الوفاء به) هذا المذهب وهو من المفردات، يعني أنه يتعقد ولا يجوز الوفاء به لقوله عليه السلام: «من نذر أن يعصي الله فلا يعصه».

(٣) (ويكفر) روي نحو هذا عن ابن مسعود وابن عباس وعمران بن حصين وسمرة، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه، لما روت عائشة مرفوعاً «لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين» رواه الخمسة واحتج به أحمد وإسحق.

(٤) (مطلقاً) كقوله ابتداء لله على صوم شهر فيلزم الوفاء به في قول أكثر أهل العلم وظاهر مذهب الشافعي وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به.

صوم يوم الخميس^(١) فوافق يوم عيد أو حيض أفطر وقضى وكفر، وعنه يكفر من غير قضاء، وإن نذر أن يصوم يوماً معيناً أبداً وجهله فقال الشيخ يصوم يوماً من الأيام مطلقاً أي يوم كان^(٢) وإن نذر صوم يوم يقدم زيد فقدم والناذر مفطر أو صائم تطوعاً لزمه القضاء والكفارة^(٣) ويتخرج أن لا تلزمه كفارة وبه قال الشافعي. والرواية الثانية لا يلزمه شيء^(٤) وإن وافق يوماً من رمضان فعليه القضاء والكفارة^(٥) وإن نذر صوم شهر

(١) (الخميس الخ) هذا المذهب لأنه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالباً فكان منعقداً كما لو وافق غير يوم العيد أو غير يوم الحيض والنفاس، ولا يجوز أن يصوم يوم العيد إن وافقه لأن الشرع حرم صومه.

(٢) (كان) وقياس المذهب وعليه كفارة للتعين، قلت وفيه شيء لأننا لم نتحقق أن ما صامه خلاف ما عينه ولا توجب الكفارة بالشك قاله في الكشف، وأفتى بعض العلماء بصيام الأسبوع كصلاة من خمس.

(٣) (والكفارة) في إحدى الروايتين وهي المذهب، لأنه نذر نذراً صحيحاً ولم يوف به.

(٤) (شيء) وبه قال أبو يوسف وأصحاب الرأي وابن المنذر كما لو قدم ليلاً فلا شيء عليه في قول الجميع.

(٥) (والكفارة) وهو المذهب لأنه لم يوف بنذره في وقته، وقال الخرقى يجزيه عن رمضان وعن النذر، وقال غيره عليه القضاء وفي الكفارة روايتان.

كفعل الصلاة والصيام والحج ونحوه كقوله: إن شفى الله مريضى أو سلم مالى الغائب فله عليّ كذا، فوجد الشرط لزمه الوفاء به^(١) إلا إذا نذر الصدقة بماله كله^(٢) أو بمسمى منه يزيد على ثلث الكل فإنه يجزيه قدر الثلث^(٣)، وفيما عداها يلزمه

(١) (الوفاء به) إذا كان الملتزم به بما له أصل في الشرع كالصوم والصلاة والحج فهذا يلزم الوفاء به بإجماع أهل العلم لحديث «من نذر أن يطيع الله فليطعه» رواه البخاري.

(٢) (كله إلخ) فإنه يجزيه بقدر ثلثه ولا كفارة عليه، وبه قال الزهري ومالك لما روى كعب بن مالك قال قلت يا رسول الله أن من توتيت أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله، فقال: امسك عليك بعض مالك فهو خير لك متفق عليه. ولأبي داود «يجزى عنك الثلث» وقال لأبي لبابة لما قال له إن من توتيت أن ينخلع من ماله صدقة لله تعالى: «يجزيك الثلث» رواه أحمد.

(٣) (الثلث) ولا كفارة عليه جزم به في الوجيز وغيره، والصحيح في المذهب لزوم الصدقة بجميعة لأنه مندور وهو قربة، ولعموم قوله: «يوفون بالندرك» وإنما خولف في جميع المال للأثر فيه.

معين فلم يصمه لغير عذر فعليه القضاء وكفارة يمين^(١) وإن لم يصمه لعذر فعليه القضاء ولا كفارة في إحدى الروايتين^(٢) وإن أفطر في بعضه لغير عذر لزمه استثنافه ويكفر^(٣) ويتحمل أن يتم ويقضي ويكفر^(٤) ومن نذر المشي إلى بيت الله أو موضع من الحرم إلا أن يمشي في حج أو عمرة^(٥) فإن ترك المشي لعجز أو غيره فعليه كفارة

(١) (يمين) لأنه صوم واجب معين أخره فلزمه قضاؤه كرمضان، وكفارة يمين لتأخير النذر عن وقته.

(٢) (الروايتين) لأنه أخره لعذر أشبه تأخير رمضان، والأخرى تلزمه وهي المذهب لتأخير النذر.

(٣) (ويكفر) هذا المذهب وهو من المفردات، ولا يجوز تأخيره لأن باقي الشهر مندور فلا يجوز ترك الصوم فيه.

(٤) (ويكفر) هذا رواية عن أحمد، قال المصنف والشارح هذه الرواية أقيس وأصح فأما إن أفطر لعذر فإنه يبنى على ما مضى ويكفر هذا قياس المذهب، وفيه رواية أنه لا كفارة عليه وهو مذهب مالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر.

(٥) (أو عمرة) من نذر المشي إلى بيت الله لزمه الوفاء به وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيدة ولا نعلم فيه خلافاً لحديث «من نذر أن يطيع الله فليطعه».

المسمى^(١). ومن نذر صوم شهر لزمه التابع^(٢). وإن نذر أياماً معدودة لم يلزمه إلا بشرط أو نية.

كتاب القضاء^(٣)

- (١) (المسمى) لعموم حديث «من نذر أن يطيع الله فليطعه».
- (٢) (التابع) هذا المذهب وهو من المفردات، وبه قال أبو ثور، لأن إطلاق الشهر يقتضي التابع، إلا بشرط أو نية وفاقاً للأئمة الثلاثة كما لو نذر ثلاثين يوماً.
- (٣) (القضاء) الأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ الآية وقوله: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾ الآية. ومن السنة ما روى عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر» متفق عليه.

يمين^(١) وعنه عليه دم، وإن نذر المشي والركوب إلى غير الحرم كعرفة ومواقيت الإحرام أو شيء غير الحرم لم يلزمه ذلك^(٢)، وإن نذر الطواف على أربع طاف طوافين^(٣).

كتاب القضاء^(٤)

وأجمع المسلمون على نصب القضاة للفصل بين الناس^(٥) قال في الاختيارات: الحاكم فيه صفات ثلاث فمن جهة الإثبات هو شاهد. ومن جهة الأمر والنهي هو

- (١) (يمين) هذا المذهب لقوله «كفارة النذر كفارة يمين» وحديث الهدى ضعيف وتقدم قوله «ولتكفر عن يمينها».
- (٢) (ذلك) ويكون كندر اللجاج إن شاء فعله وإن شاء كفر لقوله: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد» الحديث.
- (٣) (طوافين) نص عليه هذا المذهب وبه قال ابن عباس، لما روى معاوية بن خديج الكندي أنه قدم على النبي ﷺ ومعه أمه كبشة بنت معدى كرب عمة الأشعث بن قيس فقالت: يا رسول الله إني آليت أن أطوف بالبيت حبواً، فقال: طوفي على رجلك سبعين، سبعاً عن يديك وسبعاً عن رجلك» رواه الدارقطني.
- (٤) (القضاء) لغة أحكام الشيء والفراغ منه، واصطلاحاً تبين الحكم الشرعي والإلزام به.
- (٥) (بين الناس) قال أحمد: لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس.

وهو فرض كفاية^(١)، يلزم الإمام أن ينصب في كل إقليم قاضياً^(٢)، ويختار أفضل من يجده علماء^(٣) وورعاً، ويأمره بتقوى الله، وأن يتحرى العدل ويجتهد في إقامته،

(١) كفاية) هذا المذهب، لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فكان واجباً عليهم، وجعل الله فيه أجراً مع الخطأ، ولأن فيه أمراً بالمعروف ونصرة للمظلوم واصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم من بعض وذلك من أبواب القرب، ولذلك تولاه النبي ﷺ والأنبياء قبله فكانوا يحكمون لأمرهم، وبعث علياً إلى اليمن قاضياً وبعث معاذاً أيضاً قاضياً.

(٢) قاضياً) لأن الإمام لا يمكنه أن يباشر الخصومات في جميع البلدان بنفسه، والأقاليم سبعة: الهند، والثاني الحجاز والثالث مصر والشام، والرابع بابل، والخامس الروم، والسادس بلاد الترك، والسابع الصين.

(٣) علماء) إلخ لأنه عليه الصلاة والسلام لما بعث معاذاً قال بم تحكم؟ قال بكتاب الله، قال فإن لم تجد؟ قال بسنة رسول الله ﷺ، قال فإن لم تجد؟ قال أجتهد رأيي. قال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضى رسول الله ﷺ.

مفت، ومن جهة الإلزام بذلك هو ذو سلطان اهـ. وأركان القضاء خمسة: القاضي والمقضى به والمقضى فيه والمقضى له والمقضى عليه، والحكم إنشاء لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام أو للإباحة والإطلاق إن كان الحكم في الإباحة^(١) وفيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به وأداء الحق فيه^(٢) قال الشيخ: والواجب اتخاذها ديناً وقربة فإنها من أفضل القربات^(٣) وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه^(٤). ويجب على من يصلح إذا طلب ولم يوجد غيره ممن يوثق به الدخول فيه. وعنه أنه سئل هل يأنم القاضي بالإمتناع إذا لم يوجد غيره؟ قال لا يأنم، وهذا يدل على أنه ليس بواجب فإن وجد غيره كره طلبه وإن طلب فالأفضل أن لا يجيب إليه في ظاهر كلام أحمد. وقال ابن حامد الأفضل الإجابة إليه إذا أمن نفسه. وتصح ولاية

(١) (في الإباحة) كحكم الحاكم بأن الموات إذا بطل إحيائه صار مباحاً لجميع الناس، قاله ابن قندس.

(٢) (وأداء الحق فيه) قال مسروق احكم يوماً بحق أحب إليّ من أن أغزو سنة في سبيل الله.

(٣) (القربات) والأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، وإنما فسد حال الأكثر لطلب الرياسة والمال بها.

(٤) (فيه) ولهذا في الحديث «من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين» رواه الترمذي. والذبح ههنا مجاز عن الهلاك فإنه من أسرع أسبابه، قاله في الحاشية.

فيقول «وليتك الحكم» أو «قلدتك» نحوه، ويكاتبه في البعد. وتفيد ولاية الحكم العامة الفصل بين الخصوم، وأخذ الحق لبعضهم من بعض، والنظر في أموال غير المرشدين، والحجر على من يستوجهه لسفه أو فلس، والنظر في وقوف عمله ليعمل

المفضول مع وجود الأفضل^(١) وطريقة السلف الإمتناع طلباً للسلامة. ويحرم بذل المال في ذلك^(٢) ويحرم أخذه^(٣) ومن عرف الحق ولم يقض به أو قضى على جهل ففي النار، ومن عرف الحق وقضى به ففي الجنة^(٤) ولا تصح ولاية القضاء إلا من الإمام أو نائبه^(٥) وشاهدي عدل على توليته^(٦) وإذا كان البلد قريباً من بلد الإمام جاز أن يكتفى بالاستفاضة^(٧) ولم يفرق أصحاب أبي حنيفة بثبوتها بالاستفاضة بين البلد القريب والبعيد لأن النبي ﷺ ولياً علياً قضاء اليمن وهو بعيد من غير إسهاد، وولي الولاية في البلدان البعيدة وفوض إليهم الولاية والقضاء ولم يشهد، وكذلك خلفاؤه

(١) (الأفضل) على الصحيح من المذهب، وعن عقبه بن عامر قال «جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله ﷺ فقال: اقض بينهما، قلت: أنت ولي بذلك، قال وإن كان، قلت على أفضى؟ قال اقض فإن أصبت فلك عشرة أجور وإن أخطأت فلك أجر واحد» رواه سعيد في سننه.

(٢) (ويحرم بذل المال في ذلك) أن يبذل مالا لمن له كلام عند المولى، أو له لينصبه قاضياً.

(٣) (أخذه) أخذ المال على التولية على الصحيح، وروى أنس قال: قال رسول الله ﷺ «من سأل القضاء وكُلَّ إلى نفسه، ومن جبر عليه نزل ملك يسدده» رواه الخمسة إلا النسائي، وفي رواية أخرى «من ابتغى القضاء وسأل شفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه نزل عليه ملك يسدده» قال الترمذي حسن غريب.

(٤) (ففي الجنة) «قاضيان في النار وقاض في الجنة».

(٥) (أو نائبه) وحينئذ يكتب له عهداً بما ولاه، لأن النبي ﷺ كتب لعمر بن حزم حين بعثه إلى اليمن، وكتب عمر إلى أهل الكوفة: أما بعد فإني بعثت لكم عبد الله قاضياً وعماراً أميراً فاسمعوا لهما وأطيعوا.

(٦) (توليته) هذا المذهب ليمضيا معه إلى بلد توليته فيقيم له الشهادة.

(٧) (بالاستفاضة) تستفيض فيه أخبار بلد الإمام وهو المذهب، وحد الأصحاب القريب بخمسة أيام فما دون، وأطلق الأدمي الاستفاضة فظاها مع البعد، قال في الإنصاف وهو الصواب.

بشرطها وتنفيذ الوصايا، وتزويج من لا ولي لها، وإقامة الحدود، وإمامة الجمعة والعيد^(١) والنظر في مصالح عمله بكف الأذى عن الطرقات وأفنيته ونحوه^(٢) ويجوز

(١) ما لم يخصها بإمام.

(٢) (ونحوه) كجباية خراج وزكاة، ما لم يخصها بعامل.

لم ينقل عنهم الإشهاد على تولية القضاء مع بعد بلدانهم^(١) ولا تشترط عدالة المولى بكسر اللام، وقال في التبصرة ويستفيد الاحتساب على الباعة والمشتريين والزامهم بالشرع^(٢) وعليه أن يتصفح أحوال شهوده وأمنائه فيستبدل من ثبت جرحه منهم، وله طلب الرزق لنفسه ولأمنائه وخلفائه^(٣) وإذا لم يكن له ما يكفيه ففي جواز أخذه من الخصمين وجهان^(٤) وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم والفتوى في الأحكام ما يغنيه عن التكسب^(٥).

(فصل) وينفذ قضاؤه في البلد المولى عليها ومن طرأ إليه، ويجوز أن يولي قاضيين فأكثر في بلد واحد^(٦) ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب

(١) (بلدانهم) فعلى المذهب يقال إن الظاهر أن النبي ﷺ لم يبعث والياً إلا ومعه جماعة الظاهر أنه أشهدهم، وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله.

(٢) (بالشرع) قال الشيخ: ما يستفيدة بالولاية لا حد له شرعاً بل يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف.

(٣) (وخلفائه) مع الحاجة فأمّا مع عدمها فعلى وجهين، قال في الشرح يجوز للقاضي أخذ الرزق، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي وأكثر أهل العلم، وروي عن عمر أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً، ورزق شريحاً كل شهر مائة درهم والصحيح جواز الأخذ مطلقاً، ولأن أبا بكر لما ولي الخلافة فرضوا له كل يوم درهمين، فأمّا الاستئجار عليه فلا يجوز، هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه قرينة يختص كون فاعلية من أهل القرية فأشبه الصلاة.

(٤) (وجهان) أحدهما لا يجوز اختاره في الرعايتين والنظم، قال في الإنصاف وهو الصواب.

(٥) (عن التكسب) لدعاء الحاجة إلى القيام بذلك والانتفاع له، وهو في معنى الإمامة والقضاء.

(٦) (واحد) يجعل إلى كل واحد عملاً فإن جعل إليهما عملاً واحداً جاز، هذا المذهب صححه المصنف والشارح والناظم، وهو قول أصحاب أبي حنيفة، فلو تنازع الخصمان عند أحدهما قدم قول صاحب الحق وهو الطالب وهو المدعى.

أن يولى عموم النظر في عموم العمل، ويولى خاصاً فيهما أو في أحدهما^(١).
(١) (أحدهما) بأن يولية سائر الأحكام يولد معين أو يولية الأنكحة خاصة.

بعينه^(١) قال في الرعاية الكبرى ويجوز لكل ذي مذهب أن يولي من غير مذهبه. وقال الشيخ ومتى استتاب الحاكم من غير مذهبه فإن كان لكونه أرجح فقد أحسن مع صحة ذلك وإلا لم يصح. وقال أيضاً من أوجب تقليد إمام بعينه استتيب فإن تاب وإلا قتل. قال ومن كان متبعاً لإمام فخالفه في بعض المسائل لقوة الدليل أو لكون أحدهما أعلم أو أتقى فقد أحسن ولم يقدح بعدالته بلا نزاع^(٢). وإن مات المولى أو عز المولى المولى^(٣) مع صلاحيته لم تبطل ولايته^(٤) وكذلك لا ينعزل القاضي إذا عزل الإمام فأما إن عزله الإمام الذي ولاه أو غيره انعزل في أحد الوجهين^(٥) وفي الثاني لا ينعزل^(٦)؛ ولا ينعزل قبل علمه بالنعزل في إحدى الروايتين^(٧) وكذا كل عقد لمصلحة المسلمين كوال ومن ينصبه الإمام لجباية مال وصرفه وأمير جهاد ووكيل بيت المال ومحتسب قاله الشيخ وقال الكل لا ينعزل بانعزال المستتيب وموته

- (١) (بعينه) قاله المصنف والشارح وغيرهما، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً.
- (٢) (بلا نزاع) قال وفي هذه الحال يجوز عند أئمة الإسلام بل يجب، وإن الإمام نص عليه.
- (٣) (المولى) بكسر اللام، في الأولين وفتحها في الثانية.
- (٤) (ولايته) في أحد الوجهين وهو المذهب، لأن الخلفاء ولوا حكاماً في زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم، ولأنه نائب المسلمين لا الإمام ولأن في عزلهم بموت الإمام ضرراً على المسلمين فإن البلد يتعطل من الأحكام وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثاني حاكماً، وفيه خطر عظيم.
- (٥) (في أحد الوجهين) لما روي عن عمر أنه قال: لأعزلن أبا مريم وأولين رجلاً إذا رآه الفاجر فرقه. فعزله عن قضاء البصرة وولى كعب بن سوار مكانه، وولى علي أبا الأسود ثم عزله لما كان يعلو كلامه الخصمين، ولأنه يملك عزل أمرائه وولائه على البلدان فكذلك قضاته.
- (٦) (لا ينعزل) وهو مذهب الشافعي لأنه عقده لمصلحة المسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه.
- (٧) (في إحدى الروايتين) لتعلق قضايا الناس وأحكامهم به فيشق، قال في الإنصاف وهو الصواب الذي لا يسع الناس غيره، وقال في التلخيص بغير خلاف وإن انعزل الوكيل.

(ويشترط) في القاضي عشر صفات: كونه بالغاً، عاقلاً، ذكراً^(١)، حراً؛ مسلماً عدلاً،
(١) (ذكراً) لقوله عليه السلام: «ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» رواه البخاري عن أبي بكر رضي
الله عنه.

حتى يقوم غيره مقامه اهـ. ولا يبطل ما فرضه فارض في المستقبل^(١) ولا يجوز لأحد
تغييره ما لم يتغير السبب^(٢) فإن كان المستنيب قاضياً فعزل نوابه وزالت ولايته بموت
أو عزل أو غيره كما لو اختلف فيه بعض شروطه انعزلوا^(٣).

(فصل) والمجتهد^(٤) من يعرف من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ الحقيقة والمجاز^(٥)
والأمر^(٦) والنهي، ويعرف من السنة صحيحها^(٧) من سقيمها^(٨) وتواترها^(٩) من

(١) (في المستقبل) لو قدر القاضي نفقة أو كسوة ونحوهما ثم مات أو عزل لم يبطل ما
فرضه.

(٢) (السبب) لأن فرضه حكم وأحكامه لا تبطل بالموت ولا بالعزل.

(٣) (انعزلوا) لأنهم نوابه كالوكلاء له بخلاف من ولاه الإمام قاضياً فإنه تتعلق به قضايا الناس
وأحكامهم عنده وعند نوابه بالبلدان فيشق ذلك على المسلمين. قلت وعلى هذا فتواب
الأمير كالأولي والمحتسب ونحوهما ممن ولايته منه ينعزلون بعزله.

(٤) (والمجتهد) الاجتهاد استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي.

(٥) (الحقيقة والمجاز) الحقيقة اللفظ المستقبل في وضع أول والمجاز اللفظ المستقبل في
غير وضع أول زاد بعضهم على وجه يصح والمجمل مالا يفهم منه عند الإطلاق شيء،
والمبين المخرج من حيز الإشكال إلى حيز الوضوح والتجلى، والمحكم اللفظ المتضح
المعنى والمتشابه ما قابله، والعام مادل على مسميات باعتبار أمور اشتركت فيه مطلقاً
والخاص المقصور على بعض مسمياته، والمطلق مادل على شائع في جنسه والمقيد
مادل على معنى، والناسخ الراجع لحكم شرعي والمنسوخ ما نسخ حكمه شرعاً،
والمستثنى المخرج بالآ أو إحدى أخواتها والمستثنى منه هو العام المخصوص بإخراج
بعض مادل عليه بالآ وما في معناها.

(٦) (والأمر) القول المقتضى طاعة المأمور بفعل المأمور به.

(٧) (صحيحها) وهو ما نقله العدل الضابط عن مثله من غير شذوذ ولا علة.

(٨) (سقيمها) مالا توجد فيه شروط الصحة.

(٩) (وتواترها) هو الخبر الذي نقله جمع لا يتصور تواترهم على الكذب عن مثلهم إلى
انتهاء إسناده.

سميعاً، بصيراً، متكلماً، مجتهداً^(١) ولو في مذهبه^(٢). وإذا حكم إثنان بينهما رجلاً

(١) (مجتهداً) قال ابن حزم إجماعاً وبهذا قال مالك والشافعي وبعض الحنفية وقال يجوز أن يكون عاماً فيحكم بالتقليد ولنا قول الله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ وقال: ﴿وإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾ وروى بريدة عن النبي ﷺ قال: «القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ف قضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار» رواه أبو داود وغيره، والعامي يقضي على جهل.

(٢) (مذهبه) فيراعى ألفاظ إمامه ويقلد كبارهم في ذلك ويحكم به، قال الشيخ وهذه شروط =

آحادها^(١) ومرسلها^(٢) ومتصلها^(٣) ومسندها^(٤) ومنقطعها^(٥) مما له تعلق بالأحكام خاصة. وهي في كتاب الله نحو خمسمائة آية^(٦) ومن السنة ما يتعلق بالأحكام دون سائر الأخبار^(٧) والمجمع عليه والمختلف فيه^(٨) ويعرف القياس^(٩) والعربية المتداولة بالحجاز والشام والعراق وما يواليهم^(١٠) فمن عرف ذلك أو أكثره ورزق

(١) (من آحادها) وهو ما عدا التواتر، وليس المراد به أن يكون رواية واحداً بل كل ما لم يبلغ التواتر فهو آحاد.

(٢) (ومرسلها) وهو قول غير الصحابي: قال رسول الله ﷺ.

(٣) (ومتصلها) ما اتصل إسناده وكان كل واحد من رواته سمعه ممن فوقه سواء كان مرفوعاً أو موقوفاً.

(٤) (ومسندها) ما اتصل إسناده من رواية إلى منتهاه، وأكثر استعماله فيما جاء عن النبي ﷺ.

(٥) (ومنقطعها) ما اتصل إسناده على أي وجه كان الإنقطاع.

(٦) (آية) لا يلزمه معرفة سائر القرآن.

(٧) (الأخبار) لأن المجتهد من يعرف الصواب بدليله كالمجتهد في القبلة. ولكل مما ذكرنا دلالة لا يمكن معرفتها إلا بمعرفته، فوجب معرفة ذلك لتعرف دلالته، ومن لم يعرفه يكون مقلداً لكونه يقبل قول غيره من غير معرفة بصوابه كالذي يقبل قول الدليل على الطريق من غير معرفة بصوابه وقول من يعرف جهة القبلة من غير معرفة.

(٨) (والمختلف فيه) لثلا يؤديه اجتهاده إلى قول يخرج عن الإجماع وعن قول السلف.

(٩) (القياس) وهو رد فرع إلى أصله وشروطه وبعضها يرجع إلى الأصل وبعضها إلى الفرغ وبعضها إلى العلة وكيفية استنباطه.

(١٠) (وما يواليهم) وكل ذلك مذكور في أصول الفقه وفروعه.

يصلح للقضاء^(١) نفذ حكمه في المال والحدود واللعان وغيرها^(٢).

متن
الكتاب
الأول

هوامش
الكتاب
الأول

= تعتبر حسب الإمكان، وتجب ولاية الأمثل فالأمثل وعلى هذا يدل كلام أحمد وغيره، فيولى لعدم أنفع الفاسقين وأقلهما شر وأعدل المقلدين وأعرفهما بالتقليد اهـ، وهو كما قال وإلا تعطلت الأحكام واختل النظام.

(١) (للقضاء) لما روى أبو شريح أنه كان يكنى أبا الحكم فقال له النبي ﷺ إن الله هو الحاكم وإليه الحكم فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين، فقال ما أحسن هذا! فمالك من الولد؟ قلت شريح ومسلم وعبد الله، قال: فمن أكبرهم؟ قلت شريح. قال: فأنت أبو شريح^(٣) رواه أبو داود وغيره.

(٢) (واللعان) وبه قال أبو حنيفة لأن عمر وأبياً تحاكما إلى زيد بن ثابت، وحاكم عمر إعرابياً إلى شريح قبل أن يوليه القضاء، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة.

فهمه صلح للفتيا والقضاء.

متن
الكتاب
الثاني

(فصل) كان السلف يأبون الفتيا ويشددون فيها ويتدافعونها^(١) وقال أحمد: إذا هاب الرجل شيئاً لا ينبغي أن يحمل على أن يقول. وقال: لا ينبغي للرجل أن يعرض نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال أن تكون له نية^(٢)؛ الثانية أن يكون له حكم ووقار وسكينته^(٣) الثالثة أن يكون قوياً على ما هو فيه ومعرفته^(٤) الرابعة الكفاية وإلا أبغضه الناس^(٥) الخامسة معرفة الناس^(٦). وقال مالك: لا ينبغي لرجل أن يرى

هوامش
الكتاب
الثاني

(١) (ويتدافعونها) قال الثوري روينا عن عبدالرحمن بن أبي ليلى قال أدركت عشرين ومائة من أصحاب النبي ﷺ يسأل أحدهم عن المسألة فيردها هذا إلى هذا وهذا إلى هذا حتى ترجع إلى الأول. وفي رواية مامنهم من يحدث بحدث إلا ود أن أخاه كفاه إياه، ولا يستفتى عن شيء إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا. وأنكر أحمد وغيره من الأعيان على من يهجم على الجواب لخبر «أجرؤكم على النار» وقال لا ينبغي أن يجيب في كل ما يستفتى فيه.

(٢) (نية) فإن لم يكن عليه نور ولا على كلامه نور إذ الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى.

(٣) (وسكينته) وإلا لم يتمكن من فعل ما تصدى له من بيان الأحكام الشرعية.

(٤) (ومعرفته) وإلا فقد عرض نفسه لعظيم.

(٥) (أبغضه الناس) فإنه إذا لم يكن له كفاية احتاج إلى ما في أيديهم فيتضررون منه.

(٦) (معرفة الناس) ليكون بصيراً بمكر الناس وخداعهم. ولا ينبغي أن يحسن الظن بهم بل =

باب آداب القاضي

ينبغي أن يكون قوياً من غير عنف^(١)، ليناً من غير ضعف، حليماً ذا أناة
(١) (من غير عنف) لئلا يطمع القوي في باطله ولا يئأس الضعيف من عدله، قال علي:
ينبغي أن لا يكون القاضي قاضياً حتى يكون فيه خمس خصال، عفيف حليم عالم بما
كان قبله يستشير ذوي الرأي لا يخاف في الله لومة لائم.

نفسه أهلاً لشيء حتى يسأل من هو أعلم منه^(١) والمفتي ما يبين الحكم الشرعي
ويخبر به من غير إلزام، والحاكم يبينه ويلزم به^(٢) ولا تصح من فاسق لغيره وإن كان
مجتهداً^(٣) وينبغي للإمام أن يتصفح أحوال المفتين فمن صلح للفتيا أقره، ومن لا
يصلح منعه ونهاه أن يعود^(٤). قال الشيخ لا يجوز استفتاء إلا من يفتي بعلم
وعدل اهـ.

وله تخيير من استفتاه بين قوله وقوله مخالفه^(٥) وقيل متى خلت البلد من مفت
حرم السكن فيها، قال النووي: والأصح لا يحرم إن أمكن الذهاب إلى مفت. ولا
يلزم جواب ما لم يقع^(٦) لكن يستحب إجابته^(٧) ولا جواب ما لا يتحملة السائل^(٨)

= يكون حذراً فطناً مما يصورونه في سؤالاتهم لئلا يوقعوه في مكروه، ويؤيده حديث «احترز
من الناس بسوء الظن».

(١) (أعلم منه) لما روى عنه بإسناده قال: ما أفتيت حتى سألت من هو أعلم مني: تراني
موضعاً لذلك؟

(٢) (به) فامتاز بالالزام.

(٣) (مجتهداً) قال في إعلام الموقعين: قلت الصواب جواز استفتاء الفاسق إلا أن يكون معلناً
بفسقه داعياً إلى بدعته.

(٤) (أن يعود) توعده بالعقوبة إن عاد. وطريق الإمام إلى معرفة من يصلح للفتوى أن يسأل
علماء وقته ويعتمد أخبار الموثقين بهم، قاله الخطيب.

(٥) (مخالفه) لأن المستفتي يجوز أن يتخير وإن لم يتخيره وقد سئل أحمد عن مسألة في
الطلاق فقال إن فعل حث فقال السائل إن أفتاني إنسان لا أحث قال تعرف حلقة
المدنيين قال إن أفتوني حل قال نعم.

(٦) (مالم يقع) لخبر أحمد عن ابن عمر: لا تسألوا عما لم يكن فإن عمر نهى عن ذلك.

(٧) (أجابته) عما لم يقع لئلا يدخل في خير «من كتم علماً سئله» الحديث.

(٨) (السائل) قال البخاري حدثوا الناس بما يعرفون أتريدون أن يكذب الله ورسوله. وفي =

وفطنة^(١). وليكن مجلسه في سبط البلد فسيحاً. ويعدل بين الخصمين في لحظه ولفظه ودخولهما عليه. و(ينبغي) أن يحضر مجلسه فقهاء المذهب ويشاورهم فيما
(١) (ذا اناة وفطنة) لئلا يخدعه بعض الخصوم لغرة.

وإن جعل له أهل بلد رزقاً يتفرغ لهم جاز له أخذه^(١) ومن قوى عنده مذهب غير إمامه أفتى به وأعلم السائل بذلك^(٢) ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف أهلها المتكلمين بها^(٣) ويقلد ميتاً^(٤). وليس للعامي التمدد بمذهب أحد الصحابة رضي الله عنهم وغيرهم من الأولين وإن كانوا أعلم وأعلى درجة ممن بعدهم لأنهم لم يتفرغوا لتدوين العلم وضبط أصوله وفروعه، فليس لأحد منهم مذهب محرر مقرر^(٥).

باب آداب القاضي^(٦)

وهو أخلاقه التي ينبغي أن يتخلق بها، والخلق^(٧) صفته الباطنة، ويستعين الله

= مقدمة مسلم عن ابن مسعود: ما أنت تحدث قوماً لا تبلغه عقولهم إلا كان فتنة لبعضهم.

- (١) (أخذه) والأرزاق معروف غير لازم لجهة معينة، قال القرافي لا يورث بخلاف الأجرة.
- (٢) (بذلك) ليكون على بصيرة في تقليده. قال أحمد إذا جاءت المسئلة ليس فيها أثر أفتيت فيها بقول الشافعي ذكره النووي في تهذيب الأسماء واللغات ترجمة الشافعي. وقال في رواية المروزي لأنه إمام عالم من قريش وقد قال النبي ﷺ «يملأ الأرض علماً» :
- (٣) (بها) كالطلاق والعناق والإيمان، بل يحملها على ما اعتادوه وعرفوه وإن كان مخالفاً لحقائقها الأصلية اللغوية، لما ذكرنا في الإيمان أن العرفي يقدم على الحقيقه المهجورة.
- (٤) (ويقلد ميتاً) إذا كان عدلاً وهو كالإجماع في هذه الأعصار وقبلها، قال الشافعي: المذاهب لا تموت بموت أربابها.

- (٥) (مقرر) قاله النووي في شرح المذهب، هذا مع وجود دليل أقوى.
- (٦) (آداب القاضي) بفتح الهمزة والدال يقال أدب الرجل بكسر الدال وضمها لغة إذا صار أديباً في خلق أو العلم.
- (٧) (الخلق) بضم اللام صورة نفسه أو هي نفسه وأوصافها ومعانيها، والثواب والعقاب يتعلقان بأوصاف الصورة الباطنة أكثر مما يتعلقان بأوصاف الظاهرة، قال ابن حجر: حسن اختيار الفضائل وترك الرذائل.

يشكل عليه^(١). و (يحرم) القضاء^(٢) وهو غضبان كثيراً أو حاقن أو في شدة جوع

(١) (عليه) لقوله تعالى: ﴿وشاورهم في الأمر﴾ قال الحسن؛ إن كان رسول الله ﷺ لغنياً عن مشورتهم وإنما أراد أن يستن بذلك الحكام بعده. وقد شاور النبي ﷺ أصحابه في أسارى بدر ومصالحة الكفار يوم الخندق، وروى أن عمر يكون عنده من أصحاب رسول الله ﷺ جماعة منهم عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف إذا نزل به الأمر شاورهم فيه، ولا خلاف في استحباب ذلك.

(٢) (القضاء إلخ) لحديث أبي بكر مرفوعاً «لا يقضى أحد بين اثنين وهو غضبان» متفق عليه.

ويتوكل عليه ويدعو سراً أن يعصمه من الزلل ويوفقه للصواب ولما يرضى من القول والعمل، وإذا ولي في غير بلده سأل عمن فيه من الفقهاء والفضلاء والعدول^(١) ولا يتخذ حاجباً ولا بواباً ولا يقدم أحدهما بالدخول^(٢) ولا يلقنه حجة ولا يعلمه كيف يدعى^(٣) ولا يكره في الجامع والمساجد^(٤) ويبدأ بالأول فالأول، ويكون له من يرتب الناس إذا كثروا^(٥)؛ وله أن يشفع إلى خصمه لينظره أو يضع عنه^(٦) ويكون ذلك بعد

(١) (والعدول) وينفذ عند مسيره من يعلمهم يوم دخوله، ويدخل البلد يوم الخميس أو الاثنين أو السبت فيأتي الجامع فيصلي فيه ركعتين.

(٢) (بالدخول) إلا أن يكون أحدهما كافراً فيقدم المسلم عليه بالدخول.

(٣) (يدعى) في أحد الوجهين، وفي الآخر يجوز له تحرير الدعوى له إذا لم يحسن تحريرها.

(٤) (والمساجد) فعل ذلك شريح والشعبي وابن أبي ليلى وغيرهم، وروى عن عمر وعثمان

وعلي أنهم كانوا يقضون في المسجد: قال مالك القضاء في المسجد من أمر الناس

القديم وبه قال اسحق وابن المنذر وكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يطالب

بعضهم بعضاً بالحقوق في المسجد وربما رفعوا أصواتهم فقد روي عن كعب بن مالك

قال «تقاضيت ابن أبي حردد دينا في المسجد حتى ارتفعت أصواتنا، فخرج النبي ﷺ

فأشار إلى أن ضع من دينك الشطر فقلت يارسول الله قال قم فاقضه».

(٥) (كثروا) فيكتب الأول فالأول ليعلم السابق فيقدمه ولا يقدم السابق بأكثر من حكومة.

(٦) (عنه) لأن معاذاً «أتى النبي ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا الأحد لتركوا معاذاً لأجل

النبي ﷺ» رواه سعيد، ونقل حنبل أن كعب بن مالك الخ وتقدم، قال أحمد هذا حكم

من النبي ﷺ.

أو عطش أو هم أو ملل أو كسل أو نعاس أو برد مؤلم أو حر مزعج^(١) وإن خالف
(١) (مزعج) لأن ذلك كله يشغل الفكر الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب فهو في
معنى الغضب.

انقضاء الحكم وإن اتضح له الحكم وإلا أخره^(١) ويكره أن يتولى البيع والشراء^(٢) وله
حضور الولايم فإن كثرت تركها كلها^(٣) فإن أهدي لمن يشفع له عند السلطان لم
يجز أخذها، ويجوز للمهدي أن يبذل في ذلك ما يتوصل به إلى أخذ حقه ودفع
المظلمة عنه^(٤) ويحرم قبول هدية بخلاف مفت. ويتخذ كاتباً عدلاً، ويجعل القمطر
مختوماً بين يديه^(٥) وإن افتات عليه الخصم فله تأديبه وله أن يعفو عنه. ولا يجوز منع
الفقهاء من عقد العقود وكتابة الحجج وما يتعلق بأمر الشرع^(٦) أو كان الكاتب
مرتزقاً بذلك^(٧) وإن منع الجاهلين لئلا يعقدوا عقداً فاسداً فالطريق أن يفعل كما فعل
الخلفاء الراشدون بتعزيز من يعقد عقداً فاسداً^(٨) ويجوز استخلاف والده وولده
كغيرهما.

(فصل) ويستحب أن يبدأ بالمحبوسين^(٩) ويأمر منادياً ينادي في البلدان: القاضي
ينظر في أمر المحبوسين يوم كذا فمن كان له خصم فليحضر ومع جهل خصمه أو

- (١) (وإلا أخره) ولا يقلد غيره وإن كان أعلم منه.
- (٢) (والشراء) ويستحب أن يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله.
- (٣) (كلها) ولم يجب بعضهم دون بعض، ويستحب له عيادة المريض وشهود الجنابة.
- (٤) (عنه) وهو المنقول عن السلف والأئمة الأكابر وفيه حديث مرفوع رواه أبو داود وغيره قاله
في الاختيارات.
- (٥) (القمطر مختوماً بين يديه) القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء المهملة
الذي تصان فيه الكتب، وإن أمكن القاضي تولى الكتابة بنفسه جاز.
- (٦) (الشرع) مما أباحه الله ورسوله إذا كان الكاتب عالماً بأمر الشرع وشروطه مثل أن
يزوج المرأة وليها بحضور شاهدين ويكتب رجل عقدها، أو يكتب رجل عقد بيع أو
إجارة أو إقرار.
- (٧) (مرتزقاً بذلك) وإذا منع القاضي ذلك ليصير إليه منافع هذه الأمور كلها كان هذا من
المكس.

(٨) (فاسداً) كما فعل عثمان فيمن تزوج بغير ولي وفيمن تزوج في العدة.

(٩) (بالمحبوسين) فينفذ ثقة يكتب اسم كل محبوس ومن حبسه وفيمن حبس.

فأصاب الحق نفذ^(١). و(يحرم) قبول رشوة^(٢) وكذا هدية^(٣) إلا ممن كان يهاديه قبل ولايته إذ لم تكن له حكومة. (ويستحب) أن لا يحكم إلا بحضرة الشهود، ولا ينفذ

(١) (نفذ) لموافقته الصواب وهو مذهب الشافعي لما روى عبد الله بن الزبير «أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراج الحرة التي يسقون بها النخل فقال الأنصاري سرح الماء يمر فأبى عليه فاخصمنا عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير: اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك الأنصاري، فقال إن كان ابن عمك فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» متفق عليه «وقيل أن عرض ذلك بعد فهم الحكم جاز وإلا فلا».

(٢) (رشوة) أما الرشوة في الحكم ورشوة العامل فحرام على الآخذ بلا خلاف قال تعالى: ﴿أَكَالُونَ لِلسُّحْتِ﴾ قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره: هي الرشوة، وقال إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به الكفر، وروى عبد الله بن عمر قال «لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرثشي» قال الترمذي حسن صحيح، ورواه أبو بكر في زاد المسافر وزاد «الرائش» وهو السفير بينهما ولأن المرثشي إنما ليحكم بغير الحق وليوقف الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم وقال قتادة قال كعب الرشوة تسفه الحليم وتعمى عين الحكيم، فأما الراشي فإن رشاه ليحكم له بباطل أو يدفع عنه حكماً فهو ملعون، وإن رشاه ليدفع ظلمه فقال عطاء وجابر بن زيد والحسن: لا بأس أن يصانع عن نفسه.

(٣) (هدية) لقوله عليه السلام: «هدايا العمال غلول» رواه أحمد عن أبي حميد الساعدي قال «استعمل رسول الله ﷺ رجلاً من الأود يقال له ابن اللبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي أهدى لي قال فقام رسول الله ﷺ على المنبر فحمد الله وأثنى عليه وقال: ما بال عامل أبعثه فيقول هذا لكم وهذا أهدى لي، أفلا تعد في بيت أبيه أو بيت

تأخره بلا عذر يخلى سبيله^(١). وقال الشيخ: القضاء نوعان إخبار وهو إظهار، والثاني إبداء وأمر وهو إنشاء^(٢) وينظر في أمر الضوال واللقط التي يتولى الحاكم حفظها، فإن كانت مما يخاف تلفه كالحيوان أو في حفظها مؤنة باعها وحفظ ثمنها لأربابها، وإن كانت أثماناً حفظها ويكتب عليها لتعرف. ثم ينظر في حال القاضي قبله فإن كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب أو

(١) (يخلى سبيله) والأولى بكفيل لأن الظاهر حبسه بحق.
(٢) (إنشاء) فالخير يدخل فيه خبره عن حكمه والآخر هو حقيقة الحكم أمر ونهي وإباحة ويحصل بقوله اعطه ونحوه.

من
الكتاب
الأول

حكمه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له^(١). ومن ادعى على غير برزة لم تحضر وأمرت بالتوكيل، وإن لزمها يمين أرسل من يحلفها^(٢) وكذا المريض.

هو
الكتاب
الأول

أمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا، والذي نفس محمد بيده لا ينال أحد منكم منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على عنقه إن كان بغيراً له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر. ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي إبطيه. ثم قال اللهم هل بلغت مرتين. متفق عليه.

(١) (له) ومتى عرض له أو لأحد ممن ذكرنا حكومة تحاكماً إلى بعض خلفائه أو رعيته كما حاكم عمر أعرابياً إلى زيد بن ثابت.

(٢) (يحلفها) فيبعث شاهدين لتستحلف بحضرتهما.

من
الكتاب
الثاني

سنة^(١) أو إجماع، ولا ينقض حكمه بعد علمه الخلاف في المسألة خلافاً لمالك^(٢) ولا لمخالفته القياس ولو كان جلياً^(٣) وحيث قلنا ينقض فالناقض له حاكمه إن كان^(٤) وكذا كل مختلف فيه صادف ما حكم فيه ولم يعلم به^(٥) وإن استعدى الحاكم أحد على خصمه لزمه احضاره^(٦) فإن امتنع أعلم الوالي به فأحضره، ولا يعتبر لاحضار من تبرز لحوائجها محرم لسفرها كسفر الهجرة^(٧) وله أن يكتب إلى ثقات من أهل البلد التي ليس فيها قاض ليتوسطوا بين الخصمين^(٨) ويقبل قول قاض معزول عدل لا يتهم: كنت حكمت لفلان على فلان بكذا^(٩).

هو
الكتاب
الثاني

(١) (كتاب أو سنة) كجعل من وجد عين ماله عند رجل أفلس أسوة الغرماء، ولا يلزم نظره بل إن شاء.

(٢) (خلافاً لمالك) لأن علمه بالخلاف لا أثر له في صحة الحكم ولا في بطلانه حيث وافق مقتضى الشرع.

(٣) (جلياً) لأن من الأحكام الشرعية ما ورد على خلاف القياس.

(٤) (إن كان) موجوداً. وقال الغزي: إذا قضى بخلاف النص والإجماع هذا باطل لكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه.

(٥) (ولم يعلم به) ثم يتبين بعد ذلك.

(٦) (إحضاره) وقد حضر عمر وأبي عند زيد بن ثابت، وحضر علي وآخرون عند شريح.

(٧) (الهجرة) ولأنه حق آدمي، وهو مبني على الشح والضيق.

(٨) (الخصمين) فإن لم يقبلوا أحضرهم وإن بعدت المسافة.

(٩) (بكذا) ولم لم يذكر مستنده، أو لم يكن بسجله.

باب طريق الحكم وصفته

إذا حضر إليه خصمان قال: أيكما المدعى؟ فإن سكت حتى يبدأ جاز. فمن

باب طريق الحكم وصفته^(١)

وتقبل بينة عتق ولو أنكره عبد لأنه حق لله، وكذا بينة طلاق، وتسمع بوكالة ووصية من غير حضور خصم^(٢) وكذا بحق آدمي غير معين كوقف على فقراء أو علماء أو مسجد أو وصية له أو رباط وإن لم يطلبه مستحق^(٣) وكذا عقوبة كذاب مفتر على الناس ومتكلم بهم^(٤) واختار الشيخ سماع الدعوى والشهادة لحفظ وقف غيره بالثبات بلا خصم^(٥)، وأجاز الحنفية وبعض أصحابنا وبعض الشافعية في العقود والأقارير وغيرها بخصم مسخر^(٦) قال الشيخ وعلى أصلنا أي قاعدتنا وأصل مالك إما أن تمنع الدعوى على غير خصم منازع^(٧) وإما أن تسمع الدعوى والبينه ويحكم بلا خصم لأننا نسمعها على غائب وممتنع ونحوه فمع عدم خصم أولى، فإن المشتري مثلاً قبض المبيع وسلم الثمن فلا يدعي ولا يدعى عليه اهـ^(٨) وعمل الناس عليه وهو

- (١) (طريق الحكم وصفته) الحكم لغة المنع، واصطلاحاً الفصل. وسمي القاضي حاكماً لأنه لا يمنع الظالم عن ظلمه.
- (٢) (خصم) مدع عليه قاله في الإختيارات في مسألة الوكالة، ونقله حنبل عن أحمد وإن كان الخصم في البلد.
- (٣) (مستحق) لأن الحق فيه لم يتعين لواحد بعينه أشبهه حق الله تعالى، وتصح الشهادة به ويحق الله تعالى.
- (٤) (بهم) بما يوجب تعزيراً قاله الشيخ، وقياسه من يغش الناس.
- (٥) (بلا خصم) قال في الإختيارات: بالثبات المحض يصح بلا دعوى، وقد ذكره قوم من الفقهاء ونقله طائفة من القضاة.
- (٦) (مسخر) بمعنى أنه يظهر النزاع وليس منازعاً حقيقة.
- (٧) (منازع) فلا تسمع على الخصم المسخر فثبت الحقوق بالشهادة على الشهادة قاله بعض أصحابنا.
- (٨) (يدعى عليه) قال والمقصود سماع البينة وحكمه بموجبها من غير وجود مدعى عليه ومن غير مدع على أحد، لكن خوفاً من حدوث خصم مستقبل وحاجة الناس خصوصاً فيما فيه شبهة أو خلاف لدفعه.

سبق بالدعوى قدمه^(١). فإن أقر له حكم له عليه^(٢). وإن أنكر قال المدعى إن كان لك بينة فأحضرها إن شئت. فإن أحضرها سمعها وحكم بها^(٣). ولا يحكم بعلمه^(٤). وإن

- (١) (قدمه) الحاكم على خصمه، وإن ادعى معاً أقرع بينهما، فإذا انتهت حكومته ادعى الآخر إن أراد.
- (٢) (له عليه) بسؤاله الحاكم لأن الحق للمدعى في الحكم فلا يستوفيه إلا بسؤاله ويحتمل أن يجوز له الحكم قبل مسألة المدعى لأن الحال تدل على إرادته ذلك، ولأن كثيراً من الناس لا يعرف ذلك فيترك مطالبته به فيضيع حقه.
- (٣) (بها) أي بالبينة إذا اتضح له الحكم.
- (٤) (بعلمه) و فيما رآه أو سمعه في مجلسه نص عليه، وهو اختيار الأصحاب وظاهر =

قوي^(١) ولا تسمع دعوى مقلوبة^(٢).

(فصل) ويسن أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم^(٣) وإذا أحضر المدعي البينة لم يلقنها الحاكم ولم يسألها عما عندها حتى يسأله المدعى ذلك^(٤) وكان شريح يقول للشاهدين: ما أنا دعوتكما ولا نهيتكما أن ترجعا وما يقضي على هذا المسلم غيركما وإني بكما أقضي اليوم وبكما أتقي يوم القيامة وحرم ترديدها. وله أن يقول للمدعى عليه ألك فيها دافع أو مطعن؟ ويحرم ولا يصح الحكم بضد ما يعلمه بل يتوقف ومع اللبس يأمر بالصلح^(٥) وقال الشيخ له طلب تسمية البينة ليتمكن من

- (١) (وهو قوي) من جهة النظر قاله الشيخ أي فيما يقع من عقود البيع والإجازات والأنكحة وغيرها حيث ترفع للحاكم وتشهد به البينة فيحكم به بلا خصم.
- (٢) (مقلوبة) نحو ادعى على هذا أنه يدعى علي ديناراً مثلاً فاستحلفني له أن لاحق له على سميت مقلوبة لأن المدعى في غيرها يطلب أن يأخذ من المدعى عليه فانقلب فيها القصد المعتاد.
- (٣) (الحاكم) لما روي أبو داود أن النبي ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم ولقول عمر ولكن أجلس مع خصمي فجلس بين يدي زيد. وقال علي حين خاصم اليهود في درعه إلى شريح: لو أن خصمي مسلم لجلست معه بين يديك.
- (٤) (ذلك) لأنه حق له فيقول من كان عنده شهادة فليذكرها إن شاء ولا يقول لهما شهدا لأنه أمر.
- (٥) (بالصلح) قال أبو عبيد: إنما يسعه الصلح في الأمور المشككة. وأما إذا استنارت الحجة فليس له ذلك، وروي عن شريح أنه ما أصلح بين متخاصمين إلا مرة واحدة وعن عمر أنه =

قال المدعى مالى بينة أعلمه الحاكم أن له اليمين على خصمه^(١) على صفة جوابه: فإن سأل إحلافه وأحلفه وخلّى سبيله. ولا يعتد بيمينه قبل مسألة المدعى^(٢). وإن

= المذهب، وهو قول شريح والشعبي ومالك ومحمد بن الحسن وأحد قولى الشافعي لما روت أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما أسمع منه، فدل على أنه إنما يقضي بما يسمع لا بما يعلم. وقال النبي ﷺ في قصة الحضرمي والكندي «شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذاك» رواه مسلم وروى أن عمر تداعى عنده رجلان فقال أحدهما أنت شاهدي فقال إن شئتما أشهد ولا أحكم أو أحكم، ولا أشهد» زوائد.

(١) (خصمه) لما روي «أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ حضرمي وكندي فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي، فقال الكندي أرضي في يدي وليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي ألك بينة؟ قال لا. قال فلك يمينه» وهو حديث حسن صحيح.

(٢) (المدعى) لأن الحق في اليمين للمدعى فلا يستوفى إلا بطله.

القدح فيهم^(١) وله الحكم بينة وإقرار في مجلس حكمه وإن لم يسمعه غيره^(٢) فأما حكمه بعلمه في غير هذه فلا يجوز، وعن أحمد أنه يجوز له ذلك بعلمه^(٣) قال في الرعاية: لو شهد أحد الشاهدين ببعض الدعوى قال شهد عندي بما وضع به خطه

= قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحا، فإن فصل القضاء يحدث بين الناس الضغائن. (١) (فيهم) باتفاق في الفروع ويتوجه مثله لو قال حكمت بكذا ولم يذكر مستنده. (٢) (غيره) نقله حرب لأن مستند قضاء القاضي هو الحجة الشرعية وهو البينة والإقرار فجاز له الحكم بها إذا سمعها في مجلسه وإن لم يسمعه أحد لقوله عليه السلام «أقضى له على نحو ما أسمع» الحديث.

(٣) (بعلمه) وهو قول أبي يوسف وأبي ثور، والقول الثاني للشافعي واختيار المزني لأن النبي ﷺ حكم لهند من غير بينة لعلمه بصدقها. وروى ابن عبد البر في كتابه أن عروة ومجاهداً روي أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا فقال عمر: إني أعلم الناس بذلك وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان — إلى قوله — فنظر عمر فقال يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا: فأخذ أبو سفيان الحجر فوضعه حيث قال عمر، فحكم عمر بعلمه مختصراً. ووجه من قال لا يحكم بعلمه قالوا كلامه لهند فتياً لا حكم وقصة عمر مع أبي سفيان إنكار لمنكر رآه بدليل أنه ما وجدت منه دعوى.

نكل قضى عليه^(١). فيقول: إن حلفت وإلا قضيت عليك، فإن لم يحلف قضى
 (١) (عليه) بالنكول لما روى أحمد أن ابن عمر باع زيد بن ثابت عبداً فادعى عليه زيد أنه
 باعه إياه عالماً بعيه فأنكره ابن عمر، فتحاكما إلى عثمان فقال عثمان: احلف أنك ما = الأول

فيه أو عادة بلده، فإن لم يكن مقبولاً كتب شاهد بذلك وقال للمدعي زدني شهوداً
 أو زك شاهدك^(٢) وإن كتب المزكي تركبته فالأولى أن يكون تحت خط الشاهد
 المزكي فيزكيه بما تثبت به عدالته. ويحرم تحليف البريء ولو سأل المدعي إحلافه ولا يقيم
 البينة فحلف كان له إقامتها^(٣) وإن كان في يده عين فادعها حاضر فاقربها لغائب
 فأقام الحاضر بينة أنها له سلمت إليه ولا يحلف^(٤) وكان الغائب على خصومته إذا
 قدم ونازع. وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض
 بها^(٥).

(فصل) ويعتبر أن تكون الدعوى معلقة بالحال^(٦) إلا في دعوى تدبير وأن تنفك
 عما يكذبها^(٧) قال الشيخ: لا يعتبر في أداء الشهادة أن الدين باق في ذمة الغريم
 إلى الآن^(٨) وإن ادعى على أبيه ديناً لم تسمع الدعوى حتى يثبت أن أباه مات وترك
 في يده مالا فيه وفاء لدينه^(٩). وإذا حدثت حادثة نظر في كتاب الله فإن لم يجد
 ففي سنة رسول الله ﷺ فإن لم يجد نظر في القياس^(١٠). وإن ارتاب في الشهادة لزم

(١) (زك شاهدك) لأن بذلك يحصل المقصود من الستر على الشاهد. وإن كان عدلاً كتب
 تحت خطه شهد عندي بذلك.

(٢) (إقامتها) لأن البينة لا تبطل بالاستحلاف.

(٣) ولا يحلف لأن البينة وحدها كافية للخير.

(٤) (بها) لأن الحق للغائب ولم يطالبه.

(٥) (بالحال) لا بالدين المؤجل، لأنه لا يجوز الطلب به قبل حلوله، ولعله يجوز لإثباته، وفي
 التدبير ولو تأخر أثره.

(٦) (يكذبها) فلو ادعى أنه قتل من عشرين سنة وسنه دونها أو قتل فلاناً منفرداً ثم ادعى
 مشاركة لم تسمع.

(٧) (إلى الآن) بل يحكم الحاكم باستصحاب الحال إذا ثبت عنده سبق الحق إجمالاً.

(٨) (لدينه) والقول قول المدعى عليه في نفي تركة الميت مع يمينه، وكذا إن أنكر موت أبيه
 يكفيه أن يحلف على نفي العلم.

(٩) (القياس) فألحقها بأشبه الأصول بها لقوله لمعاذ فأجابه بذلك فأقره ﷺ.

عليه. وإن حلف المنكر ثم أحضر المدعى بينة حكم بها، ولم تكن اليمين مزيلة للحق^(١).

= علمت به عيباً فأبى ابن عمر أن يحلف، فرد عليه العبد. وهو مذهب أبي حنيفة. (١) (للحق) وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحق، لقول عمر «البينة الصادقة أحب إليّ من اليمين الفاجرة» وظاهر هذه البينة الصدق ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون أولى.

سؤالهم والبحث عن صفة تحملها وغيره^(١)، فإن اختلفوا لم يقبلها، وإن اتفقوا وعظّمهم وخوفهم فإن ثبتوا حكم بهم^(٢) والتركية حق للشرع يطلبها الحاكم وإن سكت عنها الخصم^(٣) وتجب في التركية المشافهة.

(فصل) ومن ادعى على غائب مسافة قصر ولو في غير عمله وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بها في حقوق الآدميين^(٤) وكذا مستتر^(٥) وكان شريح لا يرى القضاء

(١) (وغيره) فيفرقهم ويسأل كل واحد كيف تحملت الشهادة وأي وقت وفي أي موضع وهل كنت وحدك أو أنت وغيرك؟ لما روى عن علي أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم فأنت زوجته علياً فدعا الستة فسألهم عنه فأنكروا ففرقهم وأقام كل واحد منهم عند سارية ووكل من يحفظه ودعا واحداً منهم فسأله فانكر فقال الله أكبر فظن الباقيون أنه قد اعترف فدعاهم فاعترفوا فقال للأول قد شهدوا عليك وأنا قاتلك فاعترف فقتلهم.

(٢) (بهم) إذا سأله المدعى لأن الشرط ثبات الشاهدين إلى حين الحكم، وروى أبو حنيفة قال كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة فجاء رجل فادعى علي رجل حقاً فأنكره فأحضر المدعى شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذي تقوم به السماء والأرض لقد كذبا علي في الشهادة وكان محارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً وقال: سمعت ابن عمر يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول «إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمي ما في حواصلها من هول يوم القيامة وأن شاهد الزور لا تزال قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار، فإن صدقتهما فأثبتنا وإن كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا، فغطيا رؤسهما وانصرفا. (٣) (الخصم) على الصحيح من المذهب لتوقف صحة حكمه عليها حيث جهل حال البينة.

(٤) (في حقوق الآدميين) هذا المذهب إذا ادعى حقاً على غائب فعلى الحاكم سماع البينة والحكم بها إذا كملت الشروط. زاد.

(٥) (مستتر) في البلد أو دون مسافة القصر أو ميت أو صغير أو مجنون، لحديث هند امرأة أبي سفيان.

(فصل) ولا تصح الدعوى إلا محررة^(١) معلومة المدعى به^(٢)، إلا ما تصححه

(١) (إلا محررة) لأن الحكم مرتب عليها ولذلك قال النبي ﷺ: «وإنما أفضى على نحو ما أسمع» متفق عليه.

(٢) (به) بشيء معلوم ليتمكن الحاكم الإلزام به إذا ثبت، قال في الرعاية لو أحضر ورقة فيها دعوى محررة وقال ادعى بما فيها لم تسمع اهـ. ولو كانت الدعوى بدين على ميت ذكر موته وحرر الدين فيذكر جنسه ونوعه وقدره.

على الغائب^(١) ولا يلزم المدعى أن يحلف أن حقه باق والأحوط أن يحلفه^(٢) ثم إذا قدم الغائب ونحوه^(٣) فهم على حاجتهم، وإن كان غائباً عن المجلس أو البلد دون مسافة القصر لم تسمع الدعوى ولا البينة حتى يحضر فإن أبي الحضور لم يهجم عليه بيئته^(٤) وسمعت البينة وحكم بها إن وجد له مالا وفاه منه^(٥) والحكم للغائب ممتنع^(٦) ويصح تبعاً كدعواه أن أباه مات عنه وعن أخ له غائب أو غير رشيد وله عند فلان عين أو دين^(٧) فإنه يأخذ المدعى نصيبه والحاكم نصيب الآخر يحفظه له^(٨) ويحتمل أنه إذا كان المال ديناً أن يترك نصيب الغائب في ذمة الغريم حتى يقدم وتعاد البينة في غير الإرث^(٩) وكحكمه^(١٠) بوقف يدخل فيه من لم يخلق تبعاً

(١) (الغائب) وعن أحمد مثله، وروي ذلك عن القاسم والشعبي، إلا أن أبا حنيفة قال إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه.
(٢) (يحلفه) خصوصاً في هذه الأزمنة لأنه يحتمل أن يكون قضاة ما شهدت به البينة.
(٣) (ونحوه) أي بلغ الصغير ورشد وأفاق المجنون وظهر المستتر.
(٤) (بيئته) أي يحرم، وفي التبصرة إن صح عند الحاكم أنه في منزله أمر بالهجوم عليه وأخرجه ونصه يحكم بعد ثلاثة أيام وجزم به في الترغيب وغيره.
(٥) (منه) وإلا قال للمدعي إن وجدت له مالا وثبت عندني وفيتك منه.
(٦) (ممتنع) قال في الترغيب لامتناع سماع البينة له بخلاف الحكم عليه.
(٧) (أو دين) ثبت بإقرار أو بيعة فهو للميت.
(٨) (له) فيجعله بيد أمين أمانة أو يكرهه له ويحفظه له لأن بقاءه في يد الغريم أو ذمته معرض للتلف بغية أو غيرها.

(٩) (في غير الإرث) أي إذا شهدت بحق فادعى حاضر نصيبه منه وحكم له القاضي ثم حضر شريكه الغائب فادعى نصيبه منه تعاد البينة.

(١٠) (وكحكمه) أي مثل الإرث في ثبوت حق الغائب للحاضر حكم الحاكم وإثبات أحد =

مجهولاً كالوصية وعبد من عبده مهراً ونحوه^(١): وإن ادعى عقد نكاح أو بيع أو
(١) (ونحوه) كعوض خلع أو إقرار كما لو خالها على إحدى دوابها فتجوز الدعوى بذلك
مع جهالته وإذا ثبت طولب مدعى عليه بالبيان.

لمستحقه الآن. ومن حكم لمجتهد أو عليه بما يخالف اجتهاده عمل المجتهد
باطناً بالحكم لا باجتهاده^(١) قال في الاختيارات التحقيق أنه ليس للرجل أن يطلب
من الإمام ما يرى أنه حرام ومن فعل هذا فقد فعل ما يعتقد تحريمه وهذا لا يجوز،
لكن لو كان الطالب غيره أو ابتداء الإمام بحكم أو قسمة فهنا يتوجه القول بالحل
لأنه لم يصدر منه، وإن باع حنبلي متروك التسمية فحكم بصحته شافعي نفذ^(٢)،
وإن رد حاكم شهادة واحد بهلال رمضان لم يؤثر^(٣) فيلزم من علم ذلك الصوم، وإن
حكم بطلاقها ثلاثاً شهود زور فهي زوجته باطناً^(٤) ولا يصح نكاحها غيره ممن يعلم
الحال^(٥) وإن رفع إليه خصمان عقداً فاسداً عنده فقط وأقرا بأن نافذ الحكم حكم
بصحته فله إلزامهما بذلك^(٦) وإن قلد في صحة نكاح لم يفارق بتغير اجتهاده
كحكمه^(٧) بخلاف مجتهد نكح ثم رأى بطلانه فإنه يلزمه أن يفارق لاعتقاده
بطلانه وحرمة الوطء، ولا يلزم إعلام المقلد بتغيره^(٨).

(فصل) وعند أبي الخطاب إذا لم يكن للمدعي بينة ونكل المدعى عليه عن
اليمين ترد على المدعي^(٩) وقال في المحرر: وتختص اليمين بالمدعى عليه دون

- = الوكيلين في غيبة الآخر فيثبت له تبعاً وسؤال أحد الغرماء الحجر.
- (١) (لا باجتهاده) كما يعمل به ظاهراً لرفع حكمه بالخلاف في المحكوم به.
- (٢) (نفذ) حكمه عند أصحابنا إلا بالخطاب قاله في الفروع.
- (٣) (لم يؤثر) لأنه لا مدخل لحكمه في عبادة ووقت، وإنما هو فتوى.
- (٤) (باطناً) ويكره له اجتماعه بها ظاهراً لأنه طعن على الحاكم.
- (٥) (الحال) من الشاهدين أو غيرهما لبقائها في عصمة الأول، وقال أبو حنيفة يحل لها أن
تزوج وحل لأحد الشاهدين نكاحها.
- (٦) (بذلك) وله رده والحكم بمذهبه. لأن حكم الحاكم لم يثبت بإقرارهما ولا بينة هنا.
- (٧) (كحكمه) أي كما لو حكم به مجتهد يرى صحته حال الحكم ثم تغير اجتهاده لقول
عمر: ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي.
- (٨) (بتغيره) لأنه لا يلزم المقلد أن يفارق بتغير اجتهاد من قلده لما فيه من الحرج والمشقة.
- (٩) (المدعى) قال وقد صوبه أحمد وقال ما هو ببعيد يحلف ويأخذ فيقال للناكل لك رد =

غيرهما فلا بد من ذكر شروطه^(١) وإن ادعت امرأة نكاح رجل لطلب نفقة أو مهراً أو
(١) (شروطه) لأن الناس مختلفون في الشروط فقد لا يكون العقد صحيحاً عند القاضي،
واختار الموفق والشارح لا يعتبر ذكر الشروط في غير دعوى النكاح.

المدعي^(١) إلا في القسامة ودعوى الأمانة المقبولة^(٢) وبحيث يحكم باليمين مع
الشاهد. وقال حفيده^(٣) دعوى الأمانة المقبولة غير مستثناة^(٤) فإذا ادعى عليهم
ذلك فانكروا فهم مدعى عليهم واليمين على المدعي عليهم^(٥) ولو قال غصبت ثوبي
فإن كان باقياً فلي رده وإلا فقيمته صح اصطلاحاً، وقال في الترغيب: لو أعطى
دلالاً ثوباً قيمته عشرة لبيعه بعشرين فجحده فقال ادعى ثوباً إن كان باقياً فلي عينه
وإن كان باعه فلي عشرون وإن كان تالفاً فلي عشرة قبل^(٦) وقال الشيخ فيمن بيده
عقار فادعى رجل بمشبوت عند الحاكم أنه كان لجده إلى موته ثم لورثته ولم يثبت
أنه مخلف عن موروثه لا ينزع منه بذلك^(٧) ولم تجر العادة بسكوتهم المدة
الطويلة^(٨) وقال فيمن بيده عقار فادعى آخر أنه كان ملكاً لأبيه قال لا يسمع إلا
بحجة شرعية أو إقرار من هو في يده. وقال في بينة شهدت له بملكه إلى حين وقفه
وأقام الوارث بينة أن موروثه اشتراه من الواقف قبل وقفه قدمت بينة وارث^(٩).

- = اليمين على المدعي فإن ردها حلف المدعي وحكم له، فإن نكل صرفهما، فإن عاد
أحدهما فبذل اليمين لم تسمع في ذلك المجلس لأنه أسقط حقه منها حتى يتحاكما
في مجلس آخر، فإذا استأنف الدعوى أعيد الحكم بينهما كأول.
(١) (دون المدعي) لحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».
(٢) (المقبولة) كدعوى التلف وعدم التفريط.
(٣) (حفيده) أي ابن ابنه وهو أبو العباس تقي الدين ابن تيمية.
(٤) (مستثناة) تختص اليمين بالمدعي عليه فيحلفون وذلك أنهم أمانة لا ضمان عليهم إلا
بتفريط أو عدوان.
(٥) (عليهم) فلا حاجة إلى استثنائهم ولكن جده نظر الصورة.
(٦) (قبل) قال في الفروع فقد اصطلاح القضاة على قبول هذه الدعوى المردودة للحاجة.
(٧) (بذلك) لأن أصلين تعارضاً وأسباب انتقاله أكثر من الإرث.
(٨) (الطويلة) ولو فتح هذا انتزع كثير من عقار الناس بهذه الطريقة.
(٩) (وارث) لأن معها مزيد علم كتقديم من يشهد بأنه ورثه من أبيه وآخر أنه باعه اهـ.

نحوهما سمعت دعواها، فإن لم تدع سوى النكاح لم تقبل^(١). وإن ادعى الإرث ذكر سببه. وتعتبر عدالة البينة ظاهراً وباطناً^(٢)، ومن جهلت عدالته سئل عنه، وإن

- (١) (لم تقبل) دعواها، لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها بحق غيرها.
(٢) (وباطناً) هذا المذهب وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد لأن العدالة شرط فوجب العلم بها، وعنه تقبل شهادة كل مسلم لم تظهر منه ريبة اختاره الخرقى وبه قال الحسن لأن النبي ﷺ قبل شهادة الأعرابي على رؤية الهلال، وقال عمر: عدول بعضهم على بعض.

(فصل) ولا يسمع الجرح إلا مفسراً^(١) بما يقدر في العدالة. وعنه أنه يكفي إن شهد أنه فاسق وليس بعدل^(٢) وإن عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى^(٣) وإن ادعى إنسان أن الحاكم حكم له بحق ولم يذكر الحاكم ذلك فشهد عدلان أنه حكم له به قبل شهادتهما وأمضى القضاء^(٤) وكذا إن شهد أن فلاناً وفلاناً شهدا بكذا فتقبل شهادتهما على الشاهدين بلا نزاع كما تقبل شهادتهما على الحق نفسه، وإن لم يشهد به أحد لكن وجده في قمطره في صحيفة تحت ختمه بخطه فهل ينفذه؟ على روايتين^(٥)، وكذلك الشاهد إذا رأى خطه ولم يذكره^(٦).

- (١) (إلا مفسراً) فلا يكفي مطلق الجرح، هذا المذهب فلا بد أن يقول أشهد أنني رأيتك يشرب الخمر ونحو ذلك وبه قال الشافعي وسوار أما أن يراه ويستفيض عنه.
(٢) (بعدل) وبه قال أبو حنيفة، لأن التعديل يسمع مطلقاً فكذلك الجروح، وقيل إن اتحد مذهب الجرح والحاكم أو عرف الجرح أسباب الجرح قبل إجماله وإلا فلا، قال الزركشي وهو حسن.
(٣) (فالجرح أولى) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك ينظر أيهما أعدل فيؤخذ بقوله.
(٤) (القضاء) هذا المذهب وبه قال ابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن، وذكر ابن عقيل أنه لا يقبلهما وهو مروى عن الحنفية والشافعية لأنه يمكن الرجوع إلى العلم والاحتياط.
(٥) (على روايتين) إحداهما ليس له تنفيذه وهو المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي ومحمد ابن الحسن، والثانية ينفذه وبه قال ابن أبي ليلى، وعنه ينفذه سواء كان في قمطره أو لا اختاره في الترغيب وجزم به في الوجيز قال في الإنصاف وعليه العمل.
(٦) (ولم يذكره) إحداهما ليس له أن يشهد وهو الصحيح من المذهب لأنه قد يزور عليه وقد وجد، وعنه له أن يشهد إذا حرره وإلا فلا، وعنه له أن يشهد مطلقاً.

علم عدالته عمل بها^(١). وإن جرح الخصم الشهود كلف البينة به وأنظر له ثلاثاً إن طلبه، وللمدعى ملازمته فإن لم يأت ببينة حكم عليه^(٢)، وإن جهل حال البينة طلب

- (١) . (بها) هذا المذهب، قال في الشرح لا نعلم فيه خلافاً، قال في الإنصاف عمل الحاكم بعلمه في الشهود وحكمه بعلمه في العدالة والجرح هو المذهب.
- (٢) (عليه) هذا المذهب لأن عجزه عن إقامة البينة على الجرح في المذكورة دليل على عدم ما ادعاه وروي عن علي أنه قال في كتابه إلى أبي موسى: واجعل لمن ادعى حقاً غائباً مدى ينتهي إليه فإن حضر بينة أخذت له حقه وإلا استحللت القضية عليه فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى.

(فصل) ومن كان له على إنسان حق وكان باذلاً له أو أمكنه أخذه بالحاكم أو السلطان وقدر له على مال لم يجز له أن يأخذ قدر حقه بغير خلاف، واختار الشيخ جواز الأخذ. ولو قدر على أخذه بالحاكم في الحق الثابت^(١) وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له أو لكونه لا يجيب إلى المحاكمة ولا يمكنه إجباره فليس له أخذ قدر حقه في المشهور: من المذهب^(٢) وقال الشافعي إن لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه، وإن كان له بينة وقدر على استخلاص حقه ففيه وجهان المشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه^(٣) وإن كان عليه دين لم يجز لأنهما يتحصان في ماله إذا أفلس، ومحل الخلاف في هذه المسألة إذا لم يكن الحق الذي في ذمته قد أخذه قهراً، فأما إن كان غصب ماله فيجوز له الأخذ بقدر حقه^(٤) وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته الباطنة^(٥) ولو بان خطؤه، أو مفت

(١) (الثابت) بإقرار أو بينة أو كان سبب الحق ظاهراً، قال في الفروع وهو ظاهر كلام ابن شهاب.

(٢) (من المذهب) وهو إحدى الروايتين عن مالك.

(٣) (حقه) قال القاضي أبو يعلى في قول النبي ﷺ لهند خذي ما يكفيك إلخ هو حكم لا فتياً فله إن قدر على جنس حقه وإلا قومه وأخذ بقدره متحرياً للعدل في ذلك.

(٤) (حقه) جهراً إن لم يؤد إلى فتنة، ذكره الشيخ وقال: هذا ليس من هذا الباب.

(٥) (الباطنة) هذا المذهب، وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور

ومحمد بن الحسن، لقول النبي ﷺ «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه =

من المدعى تزكيتهم ويكفي عدلان يشهدان بعدالته^(١). ولا يقبل في الترجمة^(٢) والتركية والجرح والتعريف والرسالة^(٣) إلا قول عدلين^(٤). ويحكم على الغائب إذا ثبت عليه الحق^(٥) وإن ادعى على حاضر بالبلد غائب عن مجلس الحكم وأتى بينة لم تسمع الدعوى ولا البينة^(٦).

(١) (بعدالته) ويكفي أن يقول هو عدل على الصحيح من المذهب وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية، ولا يقبل فيه النساء وقال أبو حنيفة يقبل.

(٢) (الترجمة إلخ) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن، وعن أحمد يقبل ذلك من واحد وبه قال أبو حنيفة وأبو بكر لأنه خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فقبل من واحد كالرواية قال ابن المنذر في حديث زيد بن ثابت أن النبي ﷺ أمره أن يتعلم كتاب يهود قال فكنت أكتب له إذا كتب إليهم وأقرأ له إذا كتبوا، والحكم في التعريف والرسالة كالحكم في الترجمة وفيها من الخلاف ما فيها ذكره في الشرح عن الشريف وأبي جعفر وأبي الخطاب.

(٣) (والرسالة) إلى قاض آخر بكتابه، وفسر في شرح الإقناع والمنتهى بغير ذلك من يرسله الحاكم يبحث عن حال الشهود.

(٤) (عدلين) إن كان ذلك فيما يعتبر فيه شهادة عدلين وإلا فحكم ذلك حكم الشهادة على ما يأتي.

(٥) (الحق) وهو المذهب وبه قال ابن شيرمة والأوزاعي والليث وسوار ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحق وابن المنذر لحديث هند المتفق عليه، وهل يحلف المدعى أنه لم يبرأ إليه؟ المذهب لا يحلف لقوله عليه السلام: «اليمين على المدعى عليه» والثانية يحلف وهو قول الشافعي وحزم به في الوجيز وإليه ميل المصنف، ثم إذا حضر الغائب فهو على حجته.

(٦) (البينة) عليه حتى يحضر مجلس الحكم هذا المذهب لأنه أمكن سؤاله فلم يجز =

ليس أهلاً في إتلاف بمخالفة دليل قاطع ضمن^(١) وعكسه بعكسه^(٢).

= فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار» متفق عليه وعنه أنه يزيل العقود والفسوخ المختلف فيها قبل الحكم ذكره في الواضح وغيره.

(١) (ضمن) الحاكم والمفتى لأنه إتلاف حصل بفعلهما أشبه مالو باشرو، واختار ابن حمدان أنه لا ضمان على مفت، وخطأه ابن القيم.

(٢) (بعكسه) أنه لو أخطأ فيما ليس بقاطع مما يقبل الاجتهاد لاضمان عليه.

باب كتاب القاضي إلى القاضي^(١)

يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في كل حق حتى القذف، لا في حدود الله^(٢)

= المحرم عليه قبله، ونقل في المحرم يسمعان ولا يحكم عليه حتى يحضر، قال في المحرم وهو الأصح.

(١) (القاضي) والأصل في المكاتبه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إني ألقى إلي كتاب كريم﴾ الآية، وأما السنة فإن النبي ﷺ كتب إلى كسرى وقصر والنجاشي وملوك الأطراف يدعوهم إلى الإسلام وكان يكتب إلى ولاته وعماله وسعته. وأجمعت الأمة على كتاب القاضي إلى القاضي، ولأن الحاجة إلى قبوله داعية، فإن من له حق في بلد غير بلده لا يمكنه إثباته والمطالبة به إلا بكتاب القاضي فوجب قبوله.

(٢) (لا في حدود الله إلخ) هذا المذهب لأن حقوق الله مبنية على السر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار.

كتاب القاضي إلى القاضي

يقبل في المال وما يقصد به فيما عدا الحدود مثل القصاص ونحوه^(١) في إحدى الروايتين^(٢) ويشترط لقبول الكتاب ثلاثة شروط أحدها أن يشهد به شاهدان عدلان ولا يكفي معرفة المكتوب إليه خط الكاتب وختمه^(٣) وحكي عن الحسن وسوار والغنبري أنهم قالوا إذا كان يعرف خطه وختمه قبله ويخرج لنا مثل ذلك^(٤). الثاني أن يكتبه القاضي من موضع عمله وولايته. الثالث أن يصل الكتاب المكتوب إليه في موضع ولايته^(٥) ويقبل فيما حكم به من حق على إنسان فيتعين عليه وفاؤه أو على غائب بعد إقامة البينة عنده ويسأله أن يكتب له كتاباً بحكمه إلى قاضي بلد الغائب ويكتب إليه والأولى ختمه احتياطاً ولا يشترط^(٦) وإذا وجدت وصية الرجل مكتوبة

(١) (ونحوه) كالنكاح والطلاق والخلع والعتق والنسب والكتابة والتوكيل والوصية إليه.

(٢) (في إحدى الروايتين) وهو المذهب نصره القاضي وأصحابه، والثانية لا يقبل، وذكره في الشرح عن أبي حنيفة في القصاص والقذف.

(٣) (وختمه) ولا يجوز قبوله بذلك في قول الجمهور.

(٤) (ذلك) لأنه يحصل به غلبة الظن فأشبهه شهادة الشاهدين وبه قال أبو ثور والأصطخري.

(٥) (ولايته) فإن وصله في غير ولايته لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته إلا أن يأذن له الإمام أن يحكم بين أهل ولايته حيث شاء.

(٦) (ولا يشترط) هذا المذهب لأن الإعتدال على شهادتهما لا على الخط والختم، وقال أبو =

كحد الزنا ونحوه ويقبل فيما حكم به لينفذه^(١) وإن كان في بلد واحد، ولا يقبل فيما
(١) (لينفذه) المكتوب إليه لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم قال في مغني
ذوي الأفهام والحاكم لو رأى خطه وتيقنه جاز العمل به وإن لم يذكره. ويجوز الشهادة
على خطه أنه خط فلان إذا عرف خطه يقيناً ولو لم يعاصره.

عنده من غير أن يكون أشهد أو أعلم بها أحد عند موته وعرف خطه وكان مشهوراً
فإنه ينفذ ما فيها^(١) ولو رأى الحاكم حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم
به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم ولا للشاهد
انفاذهما^(٢) وتقدم في الوصايا، وإن تغيرت حال القاضي الكاتب لم يقدر في كتابه
وإذا تغيرت حال المكتوب إليه فلمن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به ويشهد
شاهدين ثم يدفعه إليهما^(٣)، قال الشيخ من عرف خطه بإقرار أو إنشاء أو عقد أو
شهادة عمل به، وذكر أنه يحكم بخط شاهد ميت^(٤) وجوز الجمهور كمالك
وأحمد الشهادة على الصوت من غير رؤية المشهود عليه. وتجاوز الشهادة على خطه
أنه خط فلان إذا رآه بمكتبه فإن لم يره ولكن عرف خطه يقيناً جاز له أنه خطه ولو
لم يعاصره، ويقبل كتابه في حيوان بالصفة اكتفاء بها كمشهود عليه^(٥) فإن لم تثبت
لمشاركة في صفته أخذه مدعيه بكفيل مختوماً عنقه بخيط لا يخرج من رأسه وبعثه
القاضي المكتوب إليه إلى القاضي الكاتب لتشهد البينة على عينه^(٦) وإن لم يثبت له

= حنيفة وأبو ثور لا يقبل الكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضي. وكتب النبي
ﷺ إلى قيسر ولم يختمه فقبل له إنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم.
(١) (ينفذ ما فيها) فعلى هذا إذا عرف المكتوب إليه أنه خط القاضي الكتاب جاز قبوله على
الصحيح.

(٢) (انفاذهما) لأنه يجوز أن يزور عليه وعلى خطه وختمه، بخلاف الوصايا. وعنه يجوز إذا
تيقنه قال في الشرح لأن الظاهر أنها خطه وتقدم في الباب قبله، واختيار العلماء.
(٣) (إليهما) فإذا وصلا دفعاه إليه وقالا نشهد أن هذا كتاب فلان إليك كتبه بعمله أي محل
نفوذ حكمه.

(٤) (ميت) قال والشهادة على الخط جوازها قوي اهـ واتفق العلماء أنه يشهد على الشخص
إذا عرف صوته مع مكان الإشتباه.

(٥) (عليه) لأنه يبعد مجيء إنسان بصفته فيقول أنا المشهود عليه.

(٦) (عينه) فإن شهدت عليه دفع إلى المشهود له به وكتب له كتاباً ليبراً كفيله.

ثبت عنده ليحكم به إلا أن يكون بينهما مسافة قصر^(١). ويجوز أن يكتب إلى قاضي معين وإلى كل من يصل إليه كتابه من قضاة المسلمين^(٢)، ولا يقبل إلا أن يشهد به القاضي الكاتب شاهدين^(٣) فيقرأ عليهما ثم يقول أشهد أن هذا كتابي إلى فلان ابن

(١) (قصر) هذا المذهب ونحوه قال الشافعي لأنه نقل شهادة فاعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة على الشهادة. ويفارق كتابه بالحكم فليس هو نقل إنما هو خبر. وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أن يقبله في بلده لأنه كتاب القاضي بما يثبت عنده ككتابه بحكمه قال القاضي ويكون في كتابه شهد عندي فلان وفلان بكذا ليكون المكتوب إليه هو الذي يقضي به، ولا يكتب ثبت عندي لأن ثبت عندي حكم بشهادتهما كبقية الأحكام فهذا لا يقبله.

(٢) (المسلمين) هذا المذهب ويلزم من وصله قبوله وبهذا قال أبو ثور، وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يكتب إلى غير معين.

(٣) (شاهدين) عدلين، قال في الإنصاف وقد تنازع الفقهاء في كتاب الحاكم هل يحتاج إلى شاهدين على لفظه لا واحد أو يكتفى بالكتاب المختوم أم يقبل الكتاب بلا ختمه ولا شاهد؟ على أربعة أقوال معروفة في مذهب أحمد وغيره، وذكر الشيخ قولاً في المذهب أنه يحكم بخط الشاهدين وقال الخط كاللفظ إذا عرف أنه خطه وقال أنه قول جمهور العلماء اهـ.

ما ادعاه لزمه رده ومؤنته منذ تسلمه^(١) إلى أن يصل إلى صاحبه، ولا تكفي في المشهود له^(٢).

(فصل) وما تضمن الحكم بيينة سمي سجلاً وغيره محضراً^(٣) وإذا حكم عليه فقال اكتب عليّ حتى لا يحكم ثانياً لم يلزمه ذلك ولكنه يكتب له محضراً بالقصة، وكل من ثبت له عند حاكم حق أو ثبتت براءته فسأل الحاكم أن يكتب له بما جرى ليثبت حقه أو براءته لزمه إجابته ويجعل السجل نسختين واحدة يدفعها إليه والأخرى

(١) (تسلمه) وهو فيه كفاص من ضمان نقضه ومنفعته من أجرة وغيرها.

(٢) (له) بأن يقولاً تشهد لشخص صفته كذا وكذا لإشتراط تقدم دعواه.

(٣) (محضراً) وهو ما تضمن الحكم بإقرار أو نقول وهو الصك والمحضر شرح ثبوت الحق عنده، وهذه التسمية اصطلاحية، والسجل أصله الصحيفة المكتوبة قال ابن دريد: السجل الكتاب لأنه خص بما تضمن الحكم اصطلاحاً.

فلان ثم يدفعه إليهما^(١).

من
الكتاب
الأول

باب القسمة^(٢)

- (١) (إليهما) اللذين شهدا بما في الكتاب فإذا وصلا دفعاه إليه والإحتياط ختمه بعد أن يقرأه عليهما، زوائد.
- (٢) (القسمة) وهي نوعان: قسمة تراض لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم ذكرها بقوله كالدور إلخ، والثاني قسمة إجبار ذكرها بقوله وأما ما لا ضرر ولا رد عوض إلخ.

مواش
الكتاب
الأول

عنده والورق من بيت المال فإن لم يكن فمن المكتوب له^(١) وما حضر عنده من السجلات يضم بعضها إلى بعض ويكتب عليها «محاضر وقت كذا في سنة كذا».

من
الكتاب
الثاني

باب القسمة^(٢)

وهي تمييز بعض الأنصباء عن بعض وإفرازها عنها^(٣) وإذا طلب الشريكان من الحاكم أن يقسم بينهما في أي شيء كان أجابهما إليه وإن لم يثبت عنده^(٤) فعلى هذا يثبت الحاكم في القصة إنني قسمته بإقرارهم وكل ذي حجة على حجته^(٥) قال في الروضة إذا كان بينهم مواضع مختلفة إذا أخذ أحدهم من كل موضع منها حقه

(١) (له) ثم يذكر ما تحاضر به الخصمان من بينة وغيرها وما حكم عليهما به في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ومن إقرار ومن احلاف.

مواش
الكتاب
الثاني

(٢) (القسمة) بكسر القاف مصدر قسم يقسم قسماً قال الجوهري مصدر قسمت الشيء فانقسم.

(٣) (عنها) وأجمعوا على جوازها، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وإنهم أن الماء قسمة بينهم﴾ وقوله تعالى: ﴿وإذا حضر القسمة أولو القربى﴾ وقول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم، وقسم ﷺ خبير وكان يقسم الغنائم، والحاجة داعية إلى ذلك ليمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب اختياره.

(٤) (عنده) وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إن كان عقاراً نسبوه إلى الميراث لم يقسم بينهما حتى يثبت الموت والورثة، وما عدا العقار يقسمه لأنه يهلك وقسمته تحفظه، وكذلك العقار الذي لا ينسب إلى الميراث، وظاهر قول الشافعي لا يقسم عقاراً كان أو غيره ما لم يثبت ملكهما. ولنا أن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر.

(٥) (على حجته) لئلا يدعى فيه مدع عند حاكم فيجعل قسمة الحاكم الأول حكماً لهم.

لا تجوز قسمة الأملاك — التي لا تنقسم إلا بضرر أو رد عوض — إلا برضاء الشركاء^(١)، كالدور الصغار والحمام والطاحون الصغيرين والأرض التي لا تتعدل بأجزاء

(١) (الشركاء) كلهم لحديث «لا ضرر ولا ضرار» رواه أحمد وغيره.

لم ينتفع به جمع له حقه في مكان واحد فإذا كان له سهم يسير لا يمكنه الإنتفاع به إلا بإدخال الضرر على شركائه وفتياته عليهم منع من التصرف فيه وأجبر على بيعه^(١) والضرر المانع من القسم هو نقص القيمة بالقسم^(٢) فلو قال أحدهما أنا آخذ الأردأ ويبقى لي في الأعلى تنمة حصتي فلا إجبار^(٣) ومن دعا شريكه إلى البيع في قسمة التراضي أجبر وكذلك في شركة عبد أو بهيمة أو سيف ونحوه^(٤) فإن أبي بيع عليهما وقسم الثمن نصاً^(٥) وكذا لو طلب الإجارة ولو في وقف^(٦) فإن تضرر بها أحد الشريكين وحده كرب الثلث مع الثلثين فطلب أحدهما القسمة لم يجبر الممتنع ولو كان الطالب المتضرر، وقيل إن طلبه من يتضرر أجبر الآخر^(٧) فإن كان بينهما حائط أو عرصة^(٨) فطلب أحدهما قسمته ولو طولاً في كمال العرض أو العرصة عرضاً ولو وسعت حائطين لم يجبر الممتنع^(٩).

- (١) (بيعه) قال في الفروع كذا قال، قال القاضي في التعليق والمبهب والمصنف في الكافي أن البيع ما فيه رد عوض فقط واختاره الشيخ.
- (٢) (بالقسم) في ظاهر كلامه وهو المذهب، وهو ظاهر كلام الشافعي لأن نقص قيمته ضرر وهو منفي شرعاً ولا ينتفعان به مقسوماً في ظاهر كلام الخرقى.
- (٣) (فلا إجبار) للشريك لأنها بيع ولا إجبار فيه.
- (٤) (ونحوه) إن امتنع عن البيع ليتخلص الطالب من ضرر الشركة.
- (٥) (نصاً) وهو مذهب أبي حنيفة ومالك، قال في الفروع وكلام الشيخ يعني المصنف والمجد يقتضي المنع.
- (٦) (في وقف) ذكره الشيخ في الوقف يعني مع امتناع أحدهما يؤجره الحاكم.
- (٧) (الآخر) اختاره أبو الخطاب والمصنف والشارح، وبه قال أبو حنيفة ومالك، والصحيح من المذهب لا إجبار على الممتنع منهما في الصورتين لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال.

(٨) (أو عرصة) هي موضع الحائط بعد استهدامه.

(٩) (الممتنع) هذا أحد الوجهين والمذهب منهما اختاره المصنف، قال في شرح المحرر لأنه إن كان الحائط مبنياً لم تمكن قسمته عرضاً في تمام طوله بدون نقضه لينفصل =

ولا قيمة كبناء أو بئر في بعضها فهذه القسمة في حكم البيع^(١)، ولا يجبر من امتنع

(١) (البيع) تجوز بتراضيهما، ويجوز فيها ما يجوز في البيع خاصة، قال المجدد: الذي تحرر عندي فيما فيه رد أنه يبيع فيما يقابل الرد وإفراز في الباقي اهـ.

(فصل) وإن تهاياً في الحيوان اللبون ليحلب هذا يوماً أو في الشجرة المثمرة لتكون الثمرة لهذا عاماً ولهذا عاماً لم يصح لما فيه من التفاوت الظاهر. لكن طريقه أن يبيع كل واحد منهما نصيبه لصاحبه في المدة ويكون ذلك جائزاً لا لازماً^(٢) فإن رجع أحدهما بعد استيفاء نوبته غرم ما انفرد به، وقال الشيخ لا تنفسخ حتى ينقضي الدور ويستوفي كل واحد حقه، وإن تراضيا على قسم المنافع كدار منفعتهما لهما بزمان تجعل الدار بيد أحدهما شهراً أو عاماً ونحوه وفي يد الآخر مثلها أو بمكان كسكنى هذا بيت والآخر في بيت جاز ونفقة الحيوان في زمن نوبة كل واحد في المهياة عليه وكان ذلك كله جائزاً على الصحيح من المذهب واختار في المحرر لزومه إن تعاقدوا مدة معلومة وجزم به في الوجيز وذكر ابن البناء أن الحاكم يجبر الشركاء على قسمة المنافع بالمهياة إذا اختلفوا أو يؤجرها عليهم، ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع في مدة الآخر فإنه يرجع على الأول ببدل حصته من تلك المدة^(٣) وإن نقص الحادث عن العادة فلآخر الفسخ، وإن كان بينهما أرض ذات زرع لهما فطلب أحدهما قسمها مع الزرع أو قسم الزرع مفرداً لم يجبر الآخر^(٤) وقال المصنف يجبر إذا كان الزرع قد خرج^(٥) وإن تراضوا عليه والزرع

= أحدهما من الآخر ولا طولاً في تمام العرض، وقيل إن طلب قسمها عرضاً وكانت تسع حائطين أجبر وإلا فلا.

- (١) (لا لازماً) سواء عينا مدة أو لا كالعارية من الجهتين.
- (٢) (المدة) ما لم يكن رضى بمنفعة الزمن من المتأخر على أي حال كان، أفتى به الشيخ.
- (٣) (الآخر) هذا المذهب وبه قال الشافعي، لأن الزرع يكون فيه جيد وردى فإن جعل الكثير من الرديء في مقابلة القليل من الجيد كان صاحب الرديء منتفعاً من الأرض بأكثر من حقه منهما لأن الزرع يجب بقاؤه في الأرض إلى الحصاد.
- (٤) (قد خرج) سواء اشتد حبه أو كان قصيلاً، لأن الزرع كالشجر، والقسمة إفراز ليست بيعاً.

من قسمتها^(١) وأما مالا ضرر ولا رد عوض في قسمته كالقرية والبستان والدار الكبيرة
(١) (من قسمتها) لأنها معاوضة ولما فيها من الضرر.

من
الكتاب
الثاني
قصيل أو قطن جاز^(٢) وإن كان بذراً أو سنابل قد اشتد حبها لم يجز^(٣) وأجازه
القاضي في السنبل دون البذر^(٤) وإن كان بينهما نهر أو قناة أو عين ينبع ماؤها
فالماء بينهما على ما اشترطا عند استخراجهما، وإن اتفقا على قسمه مهاياة جاز^(٥)
فإن أراد أحدهما سقى نصيبه أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر جاز^(٦)
ويحتمل أن لا يجوز^(٧).

(تممة) : قال الشيخ تقي الدين فيمن زرع بلا إذن شريكه والعادة بأن من زرع
فيها له نصيب معلوم ولربها نصيب قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك، قال:
ولو طلب من الآخر أن يزرع معه أو يهايته فأبى فلأول الزرع في قدر حقه بلا أجره
كدار بينهما فيها بيتان سكن أحدهما عند امتناعه مما يلزمه قال في الانصاف وهو
الصواب ولا يسع الناس غيره اهـ من حاشيته.

(فصل) النوع الثاني قسمة الإجمار، ولهما قسم أرض بستان دون شجره أو شجره دون

- من
الكتاب
الثاني
(١) (جاز) هذا المذهب كيبعه لأن الحق لهما ولجواز التفاضل إذن، والمراد بالقطن إذا لم
يصل إلى حال يكون موزوناً وإلا فكالحب المشتد.
(٢) (لم يجز) إذا كان بذراً على المذهب وبه قال الشافعي لجهالته، والوجه الثاني يجوز،
وكذلك القول فيما إذا اشتد حبها لم يجز على المذهب لأنه يبيع بعضه ببعض مع عدم
العلم بالتساوي، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل، ووجه الجواز أنه يدخل تبعاً أشبه
أساسات الحيطان فلا يكون مانعاً من الصحة.
(٣) (البذر) لجهالته، ووجه الجواز أنه يدخل تبعاً فلا يكون مانعاً من الصحة كما لو اشترى
أرضاً فيها زرع واشترطه فإنه يملكه بالشرط وإن كان بذراً مجهولاً.
(٤) (مهاياة جاز) وإن أراد قسم ذلك بنصب خشبة أو حجر مستو في مصطدم الماء فيه
ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز.
(٥) (جاز) هذا المذهب جزم به في الوجيز لأن الحق له.
(٦) (أن لا يجوز) اختاره القاضي، لأنه إذا جعل لهذه الأرض حقاً في الشرب من هذا النهر
المشترك فربما أفضى إلى أن يجعل لها حقاً في نصيب شريكه لأنه إذا طال الزمان يظن
أن لهذه الأرض حقاً من السقي من النهر المشترك فيأخذ لذلك أكثر من حقه.

والأرض والدكاكين الواسعة والمكيل والموزون من جنس واحد كالأدهان والألبان ونحوها إذا طلب الشريك قسمتها أجبر الآخر عليها^(١)، وهذه القسمة إفراز لا

(١) (عليها) إن امتنع من القسمة مع شريكه، ويقسم عن غير مكلف وليه.

أرضه وقسمة الجميع، فإن قسما الجميع أو الأرض فقسمة إجبار^(٢) ويدخل الشجر تبعاً، وإن قسما الشجر وحده فلا إجبار ويشترط للإجبار أن يثبت عند الحاكم أنه ملكهم بيينة^(٣) وأن يثبت عنده انتفاء الضرر وأن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها، فإن لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين^(٤) ويجبر ولي من ليس أهلاً للقسمة^(٥) ومع غيبة الولي يقسم الحاكم عليه في أحد الوجهين^(٦) وكذا يقسم على غائب في قسمة إجبار^(٧) والحيوان كغيره من الأموال ويقسم النوع الواحد منه^(٨) وإن كان المشترك مثلياً وهو المكيل

(١) (فقسمة إجبار) حيث أمكنت قسمتها بالتعديل من غير رد عوض.

(٢) (بيينة) لأن في الإجبار عليها حكماً على الممتنع منهما فلا تثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما.

(٣) (المتبايعين) مثال ذلك أرض قيمتها مائة فيها شجر أو بئر يساوي مائتين فإذا جعلت الأرض سهماً كانت الثلث فيحتاج أن يجعل معها خمسون يردها على من لم تخرج له البئر أو الشجر ليكونا نصفين متساويين فهذه بيع، ألا ترى أن أخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجر أو البئر بالثمن الذي أخذه والبيع لا يجبر عليه لقوله تعالى: ﴿عن تراض منكم﴾ فإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة أجبر الممتنع عليها.

(٤) (للقسمة) لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة وحصول النفع للشريكين من إحداث الغراس والبناء وذلك لا يمكن مع الاشتراك.

(٥) (في أحد الوجهين) قال في الإنصاف وهو الصواب لأنه يقوم مقام الولي.

(٦) (إجبار) لأنها حق على الغائب فجاز الحكم عليه كسائر الحقوق.

(٧) (منه) وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق قسم إجبار لأن منافعه تختلف ويقصد منه العقل والدين والفظنة وذلك لا يقع فيه التعديل، ولنا حديث عمران بن حصين أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد وأن النبي ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة وهذه قسمة لهم، وما ذكره غير صحيح لأن القيمة تجمع ذلك وتعده، ولأنها أعيان أمكن قسمتها بلا ضرر ولا رد عوض أشبهت الأرض.

بيع^(١)، ويجوز للشركاء أن يتقاسموا بأنفسهم، ويقاسم ينصبونه. أو يسألون الحاكم (١) (لا بيع) لأنها تخالفه في الأحكام فيصح قسم لحم هدي وأضحى وهذا أحد قولي الشافعي، وفي الأخرى هي بيع وحكي ذلك عن أبي عبد الله بن بطة، ولنا أنها لا تفتقر

والموزون وغاب الشريك أو امتنع جاز للآخر أخذ قدر حقه عند أبي الخطاب^(١) لا عند القاضي، وإذن الحاكم يرفع النزاع وهي إفراز حق لا بيع فيصح قسم وقف بلا رد من أحدهما إذا كان على جهتين فأكثر، فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عنه قسمة لازمة اتفاقاً لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة لكن تجوز المهايأة^(٢) وهي قسمة المنافع، قال الشيخ عن الأصحاب وهذا وجه^(٣) قال وظاهر كلام الأصحاب لا فرق^(٤) قال في الفروع وهو أظهر، وإن كان نصف العقار طلقاً ونصفه وقفاً وكان فيه رد من صاحب الوقف جاز^(٥) وإن كان من صاحب الطلق لم يجز، ويجوز قسمة الثمار خرساً^(٦) ومرهون ولو بغير إذن المرتهن فلو رهن سهماً مشاعاً ثم قاسم صحت إن قلنا هي إفراز وإن قلنا هي بيع لم يصح، وتجزو قسمة ما يكال وزناً وما يوزن كيلاً وتفرقهما قبل القبض^(٧) ولا خيار فيها ولا شفعة، فإن ظهر غبن فاحش فله الخيار^(٨).

- (١) (عند أبي الخطاب) وحزم بمعناه المصنف في الوديعة تبعاً للمقنع. قال في الإنصاف هذا المذهب وعليه جماهير المحققين.
- (٢) (المهايأة) فيه للموقوف عليهم بالزمان والمكان بلا مناقلة.
- (٣) (وهذا وجه) كغيره من الوجوه المحكية.
- (٤) (لا فرق) بين كون الوقف على جهة أو جهتين، وفي المبهج لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم أو تهايثوا.
- (٥) (جاز) لأن ما يقابل الرد بيع فما دفع يشتري به الطلق والباقي إفراز وهذا ظاهر المذهب، ونقل أبو الصقر فيمن وقف ثلث قرية فأراد بعض الورثة بيع نصيبه كيف يبيعه؟ قال يفرز الثلث مما للورثة فإن شاعوا باعوا أو تركوا.
- (٦) (خرساً) إن كانت مما يخرص كالنخل والكرم ولو على شجره قبل بدو صلاحه بشرط التبقية في الثمار وقسم لحم هدي وأضحى.
- (٧) (قبل القبض) فيهما، لأن القبض إنما منع في البيع وهذا إفراز. والوجه الثاني لا تجوز في هذه الثلاث والمذهب الأول.
- (٨) (الخيار) إن قلنا هي إفراز لم يصح ليبين فساد الإفراز، وإن قلنا هي بيع صحت وثبت خيار الغبن.

نصبه. وأجرته على قدر الأملاك، فإذا اقتسموا أو اقترعوا لزمت القسمة، وكيف اقترعوا جاز.

متن
الكتاب
الأول

= إلى لفظ التملك ولا تجب فيها شفعة ويدخلها الإيجاب وتلزم بإخراج القرعة ويتقدر أحد النصيين بقدر الآخر والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك وفائدة الخلاف أنها إذا لم تكن بيعاً جازت قسمة الثمار خرساً والمكيل وزناً والموزون كيلاً والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع.

هوامش
الكتاب
الأول

(فصل) وإن سألوا الحاكم نصب قاسم وجبت إيجابتهم لقطع النزاع، ومن شرطه أن يكون عدلاً عارفاً بالقسمة، ومتى عدلت السهام وأخرجت القرعة لزمت القسمة^(١) ويحتمل أن لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك^(٢) وإذا كان في القسمة تقويم لم يجز أقل من قاسمين^(٣) وإن خلت من تقويم أجزاء قاسم واحد وأجرة القاسم مباحة^(٤) وأجرة شاهد يخرج لقسم البلاد وأجرة وكيل وأمين للحفاظ على مالك وفلاح قاله الشيخ، قال فإذا مانهم الفلاح بقدر ما عليه أو ما يستحقه الضيف حل لهم، ومن ولي أمر قوم فاستأثر شيئاً لنفسه عليهم كان ظالماً لهم^(٥) وإذا سألوا الحاكم قسمة عقار لم يثبت عنده أنه لهم قسمة وذكر في كتاب القسمة أن قسّمته بمجرد دعواهم لا عن بينة^(٦).

متن
الكتاب
الثاني

(فصل) ويعدل القاسم بالسهام بالأجزاء إن كانت متساوية وبالقيمة إن كانت

(١) القسمة) هذا المذهب مطلقاً، لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه.
(٢) (بذلك) هذا لأبي الخطاب في الهداية لأن ما فيه رد بيع حقيقة والبيع لا يلزم بالقرعة.
(٣) (أقل من قاسمين) هذا المذهب، لأنها شهادة بالقيمة فلم يقبل فيها أقل من اثنين كسائر الشهادات.

(٤) (مباحة) لأنها عوض عمل لا يختص أن يكون فاعله من أهل القرية، قاله في شرح المنتهى.

(٥) (لهم) أي إذا كان عريقاً أو نقيباً لهم فإذا قسم بينهم سهمانهم أمسك منها له، لما في حديث أبي سعيد مرفوعاً «وإياكم والقسامة — بضم القاف — قيل وما القسامة؟ قال الشيء يكون بين الناس فينتقص منه» رواه أبو داود بإسناد جيد عن عطاء مرسلأ قال فيه: الرجل يكون على الفئام من الناس فيأخذ من حظ هذا ومن حظ هذا.

(٦) (بينه) شهدت لهم بملكهم، وإن لم يتفقوا على طلب القسمة لم يقسمه.

هوامش
الكتاب
الثاني

باب الدعاوى^(١) والبيئات

(١) (الدعاوى) اصطلاحاً: إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته إن كان ديناً ونحوه.

مختلفة وبالرد إن كانت تقتضيه^(١) ثم يقرع بينهم فمن خرج له سهم صار له^(٢).
(فصل) فإن ادعى بعضهم غلطاً^(٣) فيما تقاسموه بأنفسهم وأشهدوا على تراضيتهم به لم يلتفت إليه^(٤) وقيل يقبل قوله مع البيئنة^(٥) وإن كان فيما قسمه قاسم الحاكم

(١) (تقتضيه) على أن قسمة الإيجاب أربعة أقسام: أن تكون السهام متساوية وقيمة الأجزاء متساوية كالأرض بين ستة لكل واحد سدسها فهذه تعدل المساحة ستة أجزاء متساوية، وأن تكون السهام متساوية وقيمة الأجزاء مختلفة فإن الأرض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة، وأن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة كأرض بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس وأجزاؤها متساوية القيمة فإنها تجعل سهاماً بقدر أقلها وهو السدس فتجعل ستة أسهم ويكتب باسم صاحب النصف ثلاثة وباسم صاحب الثلث اثنين وباسم صاحب السدس واحد ويخرج بندقة على السهم الأول فإن خرج اسم صاحب النصف أخذه والثاني والثالث وإن خرج صاحب الثلث أخذه والثاني وكذا صاحب السدس ثم يقرع بين الآخرين والباقي للثالث، وإذا اختلفت السهام والقيمة فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ثم يخرج الرقاع كالثالث إلا أن التعديل هنا بالقيم وفي التي قبلها بالمساحة وبالرد إن كانت تقتضيه كأرض قيمتها مائة فيها شجر أو بئر تساوي مائتين فإذا جعلت الأرض سهماً كانت الثلث فلا بد من خمسين درهماً يردها من خرج له الشجر أو البئر على من خرجت له الأرض فيكون نصفين متساويين.

(٢) (صار له) والأحوط أن يكتب اسم كل واحد من الشركاء في رقعة ثم يدرجها في بندقة شمع أو طين متساوية القدر والوزن وتطرح في حجر من لم يحضر ذلك ويقال له أخرج بندقة على هذا السهم فمن خرج اسمه كان له ثم كذلك الباقي.

(٣) (غلطاً إلخ) إلا أن يكون مسترسلاً لا يحسن المماكسة فيعتبر بما لا يسمح به عادة فنسمع دعواه قال في الرعاية إلا أن يكون مسترسلاً مغبوناً بما لا يسمح به عادة أو بالثلث أو بالسدس.

(٤) (إليه) هذا المذهب وبه قال الشافعي لأنه قد رضى بذلك ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه تلزمه.

(٥) (مع البيئنة) اختاره المصنف، قلت وهو أقرب لقواعد الشرع.

المدعى من إذا سكت ترك «والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك. ولا

فعلى المدعى البينة^(١) وإن تقاسموا ثم استحق في حصة أحدهما شيء معين بطلت^(٢) ولو كان المستحق من الحصتين على السواء^(٣) لم تبطل القسمة فيما بقى^(٤) وإن كان شائعاً فيهما بطلت القسمة^(٥)، وإذا اقتسما دارين قسمة تراض فبنى أحدهما في نصيبه ثم خرجت مستحقة ونقض بناؤه رجع بنصف قيمته على شريكه^(٦) وأما قسمة الإيجاب فلا يرجع به^(٧) وإن خرج في نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة^(٨) وإن اقتسما فحصلت الطريق في نصيب أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت القسمة^(٩) وخرج المصنف في المغني وجهاً أنها تصح ويشتركان في الطريق

(١) (فعلى المدعى البينة) وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه، وإنما قدمنا قول المدعى عليه لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة.

(٢) (بطلت) هذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقى من حقه كما لو وجد عيباً فيما أخذه. ولنا أنها قيمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال. (على السواء) بأن اقتسما أرضاً فاستحق من حصتها معاً قطعة معينة على السواء في الحصتين.

(٤) (فيما بقى) على الصحيح من المذهب، لأن ما بقى لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه وإن كان نصيب أحدهما أكثر أو ضرره أكثر بطلت.

(٥) (القسمة) في أحد الوجهين، وهو الصحيح من المذهب اختاره القاضي وابن عقيل لأن الثالث شريكهما ولم يحضر ولا أذن.

(٦) (شريكه) حكاه في الهداية عن القاضي وجزم به في الهداية والمستوعب والخلاصة والنظم والرعايتين والحاوي الصغير وجزم به الشارح ونصره، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ليس له الرجوع عليه بشيء لأنه غرس وبنى باختياره كما لو بنى في ملكه نفسه. ولنا أن هذه القسمة بمنزلة البيع فتكون جارية مجرى البيع لأنه لو استحق المبيع رجع عليه بالبناء كله.

(٧) (فلا يرجع به) أي إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقاً بعد البناء والغراس فيه فنقض البناء وقلع الغرس وقلنا ليست يبعأ لم يرجع به، هذا الذي يقتضيه قول الأصحاب قاله الشارح.

(٨) (فله فسخ القسمة) إن كان جاهلاً وله الإمساك مع الأرض هذا المذهب لأنه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشتري.

(٩) (بطلت القسمة) هذا المذهب لأن القسمة تقتضي التعديل والنصيب الذي لا طريق له لا =

تصح الدعوى والإنكار إلا من جائز التصرف^(١)، وإذا تداعيا عينا بيد أحدهما فهي
(١) (من جائز التصرف) وهو الحر المكلف الرشيد.

ما لم يشترط صرفها عنه من نص أحمد في مجرى الماء والله أعلم. ولا يمنع دين الميت انتقال تركته إلى ورثته والنماء لهم^(٢) فلا يتعلق به حق الغرماء لأن تعلق الدين بها كتعلق جنابة برقية عبد جان لا كتعلق رهن لأن نماء الرهن رهن وكذا دين غرماء بمال مفلس بخلاف ما يخرج من ثلثها من معين موصى به لنحو الفقراء والمساجد فلا ينتقل إلى الورثة بخلاف الموصى به لنحو زيد فإنه ينتقل إلى حين قبوله وتصح قسمتها وظهور دين بعد القسمة لا يبطلها^(٣) لكن إن امتنعوا من وفائه بيعت فيه وبطلت القسمة^(٤) فإن وفي أحدهما دون الآخر صح^(٥) وبيع نصيب الآخر، وإن تقاسموا داراً فليس لمن صارت له طريق الماء منع جريانه إلا أن يكونوا تشارطوا على منعه^(٦) ويقسم عن غير مكلف وليه بلا نزاع كالأب والوصي لقيامه مقامه فإن امتنع أجبر، وكذا في قسمة التراضي إذا رأيا مصلحة كالبيع وأولى، وهل ذلك للحاكم؟ له ذلك في وجهه، ويقسم حاكم على غائب من الشريكين بطلب شريكه أو وليه.

باب الدعاوى^(٧) والبيئات

وهي العلامة الواضحة^(٧) ولا تصح إلا من جائز التصرف، لكن تصح على سفيه

= قيمة له إلا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل.

(١) (والنماء لهم) كأن أثمرت النخل أو كسب العبد أو نتجت الماشية للورثة ينفردون به لأنه نماء ملكهم ككسب الجاني، وفيه احتمال لا تنتقل.

(٢) (لا يبطلها) لصدورها من مالك، كما يصح بيعها لأن الدين يتعلق بالتركة بعد القسمة فلم يقع ضرر.

(٣) (القسمة) لأن الدين مقدم على الميراث، وإن امتنع بعضهم بطل في نصيبه وحده.

(٤) (صح) أي استقر له الملك في نصيبه وبيع نصيب الآخر في مقابلة الدين.

(٥) (على منعه) فيوفى به لحديث المسلمون على شروطهم.

(٦) (الدعاوى) وأحدها دعوى وهي لغة الطلب قال تعالى: ﴿ولهم ما يدعون﴾ أي يطلبون ويتمنون، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما بال دعوى الجاهلية» لأنهم كانوا يدعون بها عند الأمر الشديد بعضهم بعضاً وهي قولهم يالفلان.

(٧) (الواضحة) عرفاً كالشاهد فأكثر، وأصل هذا الباب حديث ابن عباس مرفوعاً «لو يعطى =

له مع يمينه^(١). إلا أن تكون له بينة فلا يحلف، وإن أقام كل واحد بينة أنها له قضى

(١) (مع يمينه) هذا بلا نزاع، لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه أحمد ومسلم.

بما يؤخذ به حال سفهه^(١) ويصح إنكاره. وإن تنازعا شاة مسلوخة بيد كل واحد سهم منها وادعى كل واحد منهما وأقاما بينتين بدعواهما فلكل واحد منهما ما بيد صاحبه^(٢) وإن تنازعا داراً في يديهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعلت بينهما نصفين واليمين على مدعى النصف^(٣) وإن تنازع الزوجان أو ورثتهما في قماش البيت فما كان يصلح للرجل فهو له وما يصلح للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو بينهما^(٤) وإن تنازعا حائطاً معقوداً بينا أحدهما وحده أو متصللاً به إتصلاً لا يمكن إحداثه عادة أو له عليه أزج^(٥) فهو له، وإن تشاحا في المبتدي باليمين أقرع بينهما^(٦) ولا ترجع الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه^(٧) ولا بوجوه آجر وأحجار مما يلي أحدهما ولا بالتجصيص^(٨)، وإذا تعارض المسقط والموجب جعل

= الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» رواه أحمد ومسلم وحديث «شاهداك أو يمينه» ونحوه.

- (١) (سفهه) وبعد فك حجره كطلاق وحد قذف.
- (٢) (صاحبه) لأن يد كل واحد منهما خارجة بالنسبة لما في يد صاحبه وهي مقدمة على بينة الداخل.
- (٣) (النصف) هذا المذهب لأنه منكر لدعوى مدع الكل وإن كان لكل واحد بينة بما يدعيه قدمت بينة مدع الكل لأنها خارجة.
- (٤) (بينهما) هذا المذهب سواء اختلفا في حال الزوجية أو حال البينونة، وكذا كل صانعين اختلفا.
- (٥) (أزج) وهو ضرب من البناء ويقال له طلق قال ابن البناء هو القبو وهذا المذهب بهذا الشرط أعني إذا كان متصللاً به لا يمكن إحداثه.
- (٦) (بينهما) لحديث البخاري عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ عرض على قوم اليمين فأسرعوا فأمر أن يسهم بينهم أيهم يحلف، قال ابن هبيرة هذا فيمن تساوا في سبب الإستحقاق.
- (٧) (عليه إلخ) لأنه مما يسمح به الجار، وورد الخبر بالنهي عن المنع منه.
- (٨) (بالتجصيص) هذا المذهب، لأن هذه لا بد أن تكون إلى أحدهما إذ لا يمكن أن تكون إليهما جميعاً فبطلت دلالته.

للخارج^(١) بينة ولغت بينة الداخل^(٢).

(١) (للخارج) وهو المدعى، واختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضت البيئات، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعى ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهو المذهب وهو من المفردات، لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» فجعل جنس البينة في جنبه المدعى فلا يبقى جنبه المدعى عليه بينة وهذا اختيار الخرقى، وعنه رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت أقدم تاريخاً قدمت، وإلا قدمت بينة المدعى، وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في التاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه.

(٢) (الداخل) وهو المدعى عليه، وعنه رواية ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال، وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام، =

المسقط آخر^(١) وكذا لو ادعى على آخر فأقام المدعى عليه بينة أنك أبرأتني من الدعاوى كلها سنة كذا صح هذا الدفع، وإن أقام الداخل بينة أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بينة أنه اشتراها من الداخل قدمت بينة الداخل لأنه الخارج معنى^(٢).

(فصل) وإن تداعيا عيناً في أيديهما أو غيرهما ولا بينة لهما تحالفا وقسمت بينهما، وإن تنازعا مسنة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وهي بينهما، وإن كان لكل واحد منهما بينة لم يقدم أسبقهما تاريخاً^(٣) ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين^(٤).

(١) (آخر) قاله الغزي كما لو ادعى على رجل مالأً وعيناً فقال المدعي عليه إنك أقررت أن لا دعوى ولا خصومة لك عليّ وقامت بذلك بينة سمعت واندفعت الدعوى.

(٢) (معنى) لأنه ثبت بالبينة أن المدعي صاحب اليد وأن الداخل نائب عنه، وعنه أن بينة الداخل تقدم بكل حال وهو قول الشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام. زاد.

(٣) (تاريخاً) ويسقطان، هذا المذهب وهو ظاهر قول الخرقى وإليه ميل المصنف والشارح وجزم به في الوجيز وهو أحد قولي الشافعي لأن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح، وقال القاضي وأصحابه يقدم التاريخ وبه قال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي، وكذا لو وقت أحدهما وأطلقت الأخرى.

(٤) (الوجهين) اختاره المصنف والشارح وجزم به في الوجيز قال في الإنصاف وهو الصواب =

كتاب الشهادات^(١)

متن
الكتاب
الأول
هوامش
الكتاب
الأول

= رروي عن طاوس، وقد روى جابر بن عبد الله «أن النبي ﷺ اختصم إليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده» رواه الدارقطني، واحتج من ذهب إلى هذا أن جنبه المدعى عليه أقوى لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعى فإذا تعارضت البيئات وجب بقاء يده على ما فيها وتقدمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما، وحديث جابر يدل على هذا فإنه إنما قدم بيته ليده.

(١) (الشهادات) واحدها شهادة، مشتقة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شاهده وهي الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت.

(فصل) وإن تداعيا عيناً بيد ثالث فإن ادعاها لنفسه ولا بيعة حلف لكل واحد منهما يميناً^(١) فإن نكل عن الحلف أخذها منه أو بدلها وأقرع بينهما فمن قرع حلف أنها له وأخذها^(٢) وإن أقر بها لهما ونكل عن التعيين اقتسماها وحلف لكل يميناً بالنسبة إلى النصف الذي أقر به لصاحبه وحلف كل لصاحبه عن النصف المحكوم له به كما لو كانت العين بأيديهما ابتداءً؛ وإن نكل المقر على اليمين لكل منهما أخذها منه بدلها واقتسماها أيضاً^(٣) وإن أقر بها لأحدهما بعينه حلف وأخذها^(٤) ويحلف المقر للآخر إن طلب يمينه فإن نكل أخذ منه بدلها، وإذا أخذها المقر له فأقام الآخر بيعة أخذها منه، وإن قال هي لأحدهما واجهله فإن صدقاه لم يحلف وإلا حلف يميناً واحدة ويقرع بينهما فمن قرع حلف وأخذها^(٥) ثم إن بينه

متن
الكتاب
الثاني

= وهو المذهب لأنها حجة متفق عليها، والشاهد واليمين مختلف فيها. والوجه الثاني لا يقدمان قال في الإنصاف وهو المذهب على ما اصطلاحناه وجزم به في المنور وصححه في النظم وتصحيح المحرر وقدمه في الفروع.

هوامش
الكتاب
الثاني

- (١) (يميناً) لأنهما اثنان كل يدعيها.
- (٢) (وأخذها) لما روى أبو هريرة أن رجلين تداعيا عيناً لم يكن لواحد منهما بيعة فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أو كرهما، رواه أبو داود.
- (٣) (واقتسماها أيضاً) كما لو أقر لكل منهما بالعين.
- (٤) (حلف وأخذها) لأنه بالإقرار له صار كأن العين بيده والآخر مدع وهو ينكره فيحلف له لنفي دعواه.
- (٥) (وأخذها) نصاً لحديث أبي هريرة السابق.

تحمل الشهادات في غير حق الله فرض كفاية^(١)، وإن لم يوجد إلا من يكفي
(١) (فرض كفاية) فإذا قام به من يكفي سقط عن بقية المسلمين.

بعد قوله هي لأحدهما وأجهله قبل^(١) ولهما القرعة بعد تحليفه الواجب وقبله^(٢) وإن
أنكرهما ولم ينازع أقرع بين المدعين فإن علم أنها للمقروع فقد مضى الحكم^(٣)
وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن كان لكل بينة تعارضتا^(٤) وإن ادعى كل
واحد منهما أنه باعني إياه بألف وأقام كل واحد بينة قدم أسبقهما تاريخاً^(٥).

باب تعارض البيتين^(٦)

وإن أتلف ثوباً فشهدت بينة أن قيمته عشرون وشهدت بينة أن قيمته ثلاثون لزم
أقل القيمتين^(٧) وله أن يحلف مع الآخر على العشرة^(٨) وقال الشيخ لو شهدت بينة
أنه أجر حصة موليه بأجرة مثلها وبينه بنصفها أخذ ببينة الأكثر حيث احتمل^(٩) ولو

(١) (قبل) كتيبته ابتداء، والفرق بين الإقرار بها لأحدهما لا بعينه والشهادة بها كذلك أن
الشهادة لا تصح لمجهول ولا به.

(٢) (وقبله) لأن القرعة لا تتوقف على يمينه، ولذلك ولو صدقاه لم تنتف القرعة.

(٣) (الحكم) لمن خرجت له القرعة نقله المرودي. لأن قرعته حكم فلا ينقض بمجرد ذلك.

(٤) (تعارضتا) وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

وصححه في المغني والشرح وجزم به في الوجيز، لما روى أبو موسى «أن رجلين اختصما
إلى رسول الله ﷺ في بغير فأقام كل واحد منهما شاهدين، فقضى رسول الله ﷺ
بالبعير بينهما نصفين» رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم، فعلى هذا هل يحلف كل
واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ فيه روايتان إحداهما
يقسم بينهما من غير يمين وبه قال مالك والشافعي، قال الشارح وهو أصح إن شاء الله.

(٥) (تاريخاً) لأن نقل الملك حصل لمن سبق، فوقع العقد بعد ذلك لا يصح.

(٦) (تعارض البيتين) التعارض التعادل من كل وجه يقال تعارضت البيتان إذا تقابلتا أي
أثبتت كل منهما ضد ما نقلته الأخرى فلا يمكن العمل بواحدة منها فتساقطا، وعارض
زيد عمراً إذا أتاه بمثل ما أتاه.

(٧) (أقل القيمتين) أي ما اتفقا عليه وهو عشرون، وكذا لو كان بكل قيمة شاهد.

(٨) (على العشرة) لأنها اتفقا على العشرين وانفرد أحدهما بعشرة فأشبه ما لو شهد أحدهما
بألف والآخر بخمسمائة.

(٩) (احتمل) وإلا بما يصدقه الحس، وهذا المذهب لأنه المتيقن، وربما اطلعت بينة الأقل =

تعين عليه^(١)، وأداؤها فرض عين على من تحملها^(٢) متى دعى إليه وقدر بلا ضرر في
(١) (عليه) وإن كان عبداً لم يجز لسيدته منعه لقوله تعالى: ﴿ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾
قال ابن عباس وغيره: المراد به التحمل للشهادة وإثباتها عند الحاكم، ولأن الحاجة تدعو
إلى ذلك لإثبات الحقوق والعقود فكان واجباً كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
(٢) (تحملها) خلافاً للموفق ومتابعيه لقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم
قلبه﴾.

ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات
ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث
الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين^(١).

(فصل) إذا شهدت بينة على ميت أنه أوصى بعق سالم وهو ثلث ماله وبينه أنه
أوصى بعق غانم وهو ثلث ماله ولم يجز الورثة أقرع بينهما فمن قرع عتق^(٢) وإذا
مات الرجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً فادعى كل واحد منهما أنه مات علي دينه
فإن عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه^(٣) وإن قال شاهدان نعرفه مسلماً وقال
شاهدان نعرفه كافراً فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم^(٤).

= على ما يوجب النقص.
(١) (نصفين) هذا المذهب وبه قال الشافعي لأن استحقاق الحي من ميراثه موجود، وإنما
امتنع لبقاء موروثه الآخر وهذا الأمر مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك، وقياس
مسائل الغرقى أن يجعل للأخ السدس والباقي للزوج.
(٢) (عتق) هذا المذهب سواء اتفق تاريخهما أو اختلف إذ لا فرق بين متقدم الوصية
ومتأخرها وإنما أقرع بينهما ولم يعتق من كل واحد نصفه قياساً على الوصية بمال لأن
الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت، وقد أقرع النبي ﷺ في مرض الموت
في حديث عمران بن حصين، وقال أبو بكر وابن أبي موسى يعتق من كل واحد نصفه
بغير قرعة، قال الشارح والأول قياس المذهب.
(٣) (يدعيه) لأن الأصل بقاءه على ما كان عليه، وقال الشافعي يقف الأمر حتى يظهر أصل
دينه وفيه احتمال.

(٤) (معرفتهم) وهذا المذهب اختاره الخرقي والمصنف والشيرازي وجزم به في الوجيز لأن
العمل بهما ممكن إذ الإسلام يطرأ على الكفر، وعكسه خلاف الظاهر لعدم اقرار المرتد،
وعنه يتعارضان وهو المذهب على ما اصطلاحناه قاله في الإنصاف واختاره جماعة.

بدنه أو عرضه^(١) أو ماله أو أهله، وكذا في التحمل، ولا يحل كتمانها، ولا أن يشهد
(١) (أو عرضه إلخ) مثل أن يحتاج إلى التبذل في التزكية أو ممن لا يقبل الحاكم شهادته،
لقوله تعالى: ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾.

كتاب الشهادات^(١)

وهي حجة شرعية تظهر الحق ولا توجه^(٢) وإن امتنع الكل^(٣) أئموا. ومن لزمته
الشهادة فعليه أن يقيمها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها^(٤) وبياح
لمن عنده شهادة بحد الله تعالى إقامتها من غير دعوى به ولم يستحب^(٥) وللحاكم
أن يعرض للشاهد بالوقوف عنها في حق الله تعالى^(٦) ولا يقيمها على مسلم بقتل

(١) (الشهادات) يقال شهد الشيء إذا رآه ومنه قيل لمحضر الناس مشهد لمشاهدتهم ما
يحضروهم ومنه قوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ أي علمه برؤية هلاله واختبار
من رآه. وأجمعوا على قبول الشهادة في الجملة لقوله تعالى: ﴿واشهدوا شهيدين من
رجالكم﴾ الآية وقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ وقوله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا
تبايعتم﴾ وحديث «شاهدك أو يمينه» ولدعاء الحاجة إليها لحصول التجاحد، قال شريح:
القضاء جمرة، فنحه عنك بعودين، يعني شاهدين. وإنما الخصم داء والشهود شفاء،
فأفرغ الشفاء على الداء.

(٢) (ولا توجه) فهي الأخبار بما علمه بلفظ خاص، بل القاضي بوجه بها.

(٣) (وإن امتنع الكل) عن تحملها أو أدائها إذا كان دون مسافة القصر، لقوله تعالى: ﴿ومن
يكنمها فإنه آثم قلبه﴾.

(٤) (إقامتها) وهو قادر على ذلك، وليس تحملها فرض كفاية في حق الله تعالى على
الصحيح من المذهب.

(٥) (ولم يستحب) هذا المذهب لحديث «من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة» قال
في الفروع ويتوجه فيمن عرف بالشر والفساد أن لا يستر عليه قال في الإنصاف وهو
الصواب بل لو قيل بالترقي إلى الوجوب لانتجه خصوصاً إن كان ينزجر به.

(٦) (في حق الله تعالى) لتعريضه للمقر به ليرجع لقوله للسارق «ما إخالك سرت» مرتين
وأعرض عن المقر بالزنا حتى أقر أربعاً، وقال عمر لزيد بعد أن شهد عنده ثلاثة على
المغيرة بالزنا وجاء زيد ليشهد عرض له بالرجوع وقال: ما عندك يا سلح العقاب وصاح به
فلما لم يصرح بالزنا فرح عمر وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد، معنى
سلح أنه يشبه سلح العقاب الذي يحرق كل شيء أصابه كذلك شهادة هذا توقع العقوبة بأحد =

إلا بما يعلمه^(١) برؤية، أو سماع، أو استفاضة^(٢) فيما يتعذر علمه بدونها كنسب

(١) (يعلمه) لقول ابن عباس «سئل النبي ﷺ عن الشهادة فقال: ترى الشمس؟ قال: نعم. قال: على مثلها فاشهد أودع» رواه الخلال في جامعه.

(٢) (استفاضة إلخ) هذا المذهب في ذلك كله، لأن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها.

كافر^(١) ومن عنده شهادة لآدمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله^(٢) ويجب عليه إعلامه إذا لم يعلم بها^(٣) وله إقامتها قبل ذلك^(٤) قال الإمام أحمد لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها^(٥) وحيث وجب تحملها ففي وجوب كتابتها لتحفظ وجهان^(٦) ويختص أداؤها بمجلس الحكم^(٧) ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها^(٨) ولا يجوز ذلك أيضاً لمن لم تتعين عليه^(٩) وذكر الشيخ وجهاً يجوز الأخذ لحاجة تعينت أولاً، واختاره. حيث قلنا بعدم الأخذ فلو عجز عن المشي أو تأذى فاجرة مركوب على رب

= الفريقيين لا محالة إن كملت شهادته حد المشهود عليه وإن لم تكمل حد أصحابه. (كافر) قال في الفروع وظاهره يحرم ولعل المراد عند من يرى قتله وأما لوجوب الدية فيجب لأنه حق آدمي فيدخل في عموم ما سبق.

(٢) (حتى يسأله) لقوله عليه السلام «خير القرون قرني — إلى قوله — ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون» رواه البخاري.

(٣) (بها) وهذا مما لاشك فيه وقال الشيخ في رده على الرافضة إذا أداها قبل طلبه قام بالواجب وكان ذلك أفضل كمن عنده أمانة إذا أداها عند الحاجة.

(٤) (قبل ذلك) لقوله عليه السلام «ألا أنبئكم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسأله» رواه أبو داود، فتعين حمل الحديث على هذه الصورة جمعاً بين الخبرين.

(٥) (زوجها) وعلله بأنه أملك لعصمتها وقطع به في المبهج للخبر، ويحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها إلا بإذن زوجها.

(٦) (وجهان) قال في الإنصاف: الصواب الوجوب للاحتياط.

(٧) (ويختص أداؤها بمجلس الحكم) قال في الفروع يجب في مسافة كتاب القاضي عند سلطان لا يخاف تعديه أو حاكم عدل.

(٨) (عليها) هذا المذهب مطلقاً، قال في الفروع ويحرم في الأصح أخذ أجرة وجعل لأنها أداء فرض.

(٩) (عليه) في أصح الوجهين وهو المذهب.

موت ومملك مطلق ونكاح ووقف ونحوها. ومن شهد بنكاح أو غيره من العقود فلا بد من ذكر شروطه^(١)، فإن شهد برضاع أو سرقة أو شرب أو قذف فإنه يصفه، ويصف

مومن
الكتاب
الأب
مومن
الكتاب
الأب

(١) (ذكر شروطه) لاختلاف الناس في بعض الشروط فوجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد صحة النكاح وهو فاسد.

الشهادة قاله في الترغيب^(١).

مومن
الكتاب
الثاني

(فصل) والسماع ضربان سماع كلام المشهود عليه يقينا، ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن كلاهما^(٢) الثاني سماع الاستفاضة فلا تقبل إلا من عدد يقع العلم بخبرهم^(٣) وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعدا^(٤) وقال القاضي الشهادة بالاستفاضة خبر لا شهادة وتحصل بالنساء والعبيد، ويحكم القاضي بالتواتر، ومن رأي شيئا في يد إنسان يتصرف فيه مدة طويلة جاز أن يشهد له بالملك^(٥)؛ والأحوط أن لا يشهد له إلا باليد والتصرف^(٦) وتصح شهادة مستخف^(٧).

مومن
الكتاب
الثاني

(١) (الترغيب) وقال في الرعاية: هذا إن تعذر حضور المشهود عليه إلى محل الشاهد لمرض أو كبير أو جاه أو خفر.

(٢) (كلامهما) وبهذا قال ابن عباس وشريح والزهري وربيعه وعطاء والليث ومالك، وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد المشهود عليه لأن الأصوات تشبه كالخط. ولنا أنه عرف المشهود عليه يقينا فجاءت شهادته عليه.

(٣) (بخبرهم) هذا المذهب وظاهر كلام أحمد والخرقي، لأن لفظ الاستفاضة مأخوذ من فيض الماء الكثير.

(٤) (من عدلين فصاعدا) لأن الحقوق تثبت بقول اثنين، وهذا قول المتأخرين من الأصحاب.

(٥) (بالمالك) هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي واختاره ابن حامد والمصنف والشارح، لأن تصرفه فيه من نقض وبناء وإجارة وإعارة من غير منازع يدل على صحة الملك.

(٦) (والتصرف) خصوصا في هذه الأزمنة، قال في الإنصاف وهو الصواب لأنه قد يكون بإجارة أو عارية أو غضب.

(٧) (مستخف) وهو المتواري عن المشهود عليه مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سرا فشهادة المستخفي مقبولة عليه بما سمع منه على الرواية الصحيحة وهو قول الشافعي. وقال مالك إن كان المشهود عليه ضعيفا ينخدع لم تقبل وإن لم يكن كذلك قبلت.

الزنا بذكر الزمان والمكان والمزني بها، ويذكر ما يعتبر للحكم ويختلف به في الكل^(١).

من
الكتاب
الأول

(١) (في الكل) أي في كل ما يشهد فيه، ولو شهد اثنان في محفل على واحد منهم أنه طلق أو أعتق أو على خطيب أنه قال أو فعل على المنبر في الخطبة شيئاً لم يشهد به غيرهما مع المشاركة في سمع وبصر قبلاً.

هو
الكتاب
الأول

(فصل) ومن شهد بالقتل احتاج إلى أن يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك؛ وإذا مات رجل فادعى آخر أنه وارثه فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثاً سواه سلم المال إليه^(٢) ثم إن شهدا أن هذا وارثه شارك الأول^(٣) وكل شهادة على الفعل إذا اختلفا في الوقت لم تكمل البينة^(٤) وإن شهد أحدهما أنه أقر له بألف أمس وشهد آخر أنه أقر له اليوم وأنه باعه داره أمس وشهد آخر أنه باعه اليوم كملت البينة وثبت البيع والإقرار^(٥).

من
الكتاب
الثاني

باب من تقبل شهادتهم

البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الإفتراق عن الحال التي تجارحوا عليها^(٦) والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقوله ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ والعقل والكلام والإسلام وعنه أن شهادة بعض أهل الذمة تقبل

(١) (إليه) وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعبدي، وإن قال لا أعلم له وارثاً غيره في هذا البلد فكذلك، واحتمل أن لا يسلم إليه حتى يكشف القاضي عن خبره في البلدان التي يسافر إليها.

هو
الكتاب
الثاني

(٢) (شارك الأول) لأنه لا تنافي بينهما: لأن الإنبات يقدم على النفي.

(٣) (البينة) كمن شهد أنه غصبه ثوباً أحمر والآخر ثوباً أبيض أو غصبه اليوم والآخر أمس.

(٤) (والإقرار) وكذا كل شهادة على القول، إلا النكاح إذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس وشهد آخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل البينة.

(٥) (عليها) وهو قول مالك لأن الظاهر صدقهم وضبطهم، ولا تقبل بعد الافتراق لأنه يحتمل أن يلقنوا، قال ابن الزبير إن أخذوا عند مصاب ذلك بالحرى أن يعقلوا ويحفظوا، والمذهب كما ترى.

(فصل) شروط من تقبل شهادته ستة: (البلوغ) فلا تقبل شهادة الصبيان^(١)،

من
الكتاب
الأول

هوامش
الكتاب
الأول

(١) (الصبيان) وهو المذهب روى ابن عباس وبه قال القاسم وسالم وعطاء والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحق وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه، وروى عن علي أن شهادة بعضهم تقبل على بعض وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعي، قال إبراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما بينهم، وروى عن مسروق قال كنا عند علي فجاه خمسة غلمة فقالوا إنا كنا ستة غلمة تنغاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما غرقاه وشهد الإثنين على الثلاثة أنهم غرقوه، فجعل على الإثنين ثلاثة أخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق.

على بعض^(١) والحفظ والعدالة ظاهراً وباطناً^(٢) وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة^(٣) قال الشيخ تعتبر العدالة في كل زمن بحسبه لثلاث تضيع الحقوق^(٤) والكذب صغيرة^(٥) ولا ترد شهادة من فعل صغيرة ولا تقبل شهادة فاسق^(٦) ولا تقبل شهادة

من
الكتاب
الثاني

هوامش
الكتاب
الثاني

(١) (على بعض) اختاره الشيخ وصاحب عيون المسائل وابن رزين ونصروه، وروى جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض» رواه ابن ماجه.
(٢) (وباطناً) واستواء أحواله في دينه واعتدال أقواله وأفعاله هذا المذهب.
(٣) (ريبية) وهو رواية عن أحمد واختيار الخرفي عند القاضي وجماعة.
(٤) (الحقوق) فيكون الشهيد في كل قوم من كان ذا عدل فيهم ولو كان في غيرهم لكان عدله على وجه آخر، ولهذا يمكن الحكم بين الناس وإلا فلو اعتبر في شهود كل طائفة أن لا يشهد عليهم إلا من يكون قائماً بأداء الواجبات وترك المحرمات كما كانت الصحابة لبطلت الشهادات كلها أو غالبها، قاله في الاختيارات.
(٥) (صغيرة) فلا ترد الشهادة به إذا لم يداوم عليه إلا في شهادة الزور، قال أحمد ويعرف الكذاب بخلف المواعيد لأنه لا يخلو أحد من ذنب لقوله تعالى: ﴿الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللمم﴾. مدحهم لاجتنابهم ما ذكر.

(٦) (فاسق) لا خلاف في رد شهادة فاسق الأفعال وأما فاسق الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فترد أيضاً وبه قال مالك وشريك وإسحق وأبو عبيد وأبو ثور، وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء قال الشافعي إلا أن يكون ممن يرى الشهادة بالكذب كالخطابية، ووجه من أجاز شهادتها أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام كالاختلاف في الفروع.

(فائدة) من قلد في خلق القرآن ونفى الرؤية ونحوها فسق على الصحيح من المذهب، وعنه يكفر كمجتهد، وعنه لا يكفر واختاره المصنف في موضع لقول الإمام للمعتصم يا =

الثاني (العقل^(١)) فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه، وتقبل ممن يخنق أحياناً في حال إفاقته، الثالث (الكلام) فلا تقبل شهادة الأخرس ولو فهمت إشارته إلا إذا أداها

(١) (العقل) هو نوع من العلوم الضرورية كالعلم بأن الضدين لا يجتمعان، قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري في شرح آداب البحث قال الغزالي: ويشبه أن يكون الاسم لغة واصطلاحاً لتلك الغريزة، وإنما أطلق على المعلوم مجازاً من حيث أنها ثمرته كما يعرف =

الطفيلي^(١) ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب^(٢) وتوبته أن يكذب نفسه^(٣) ولا تقبل شهادة كافر إلا أهل الذمة في الوصية في السفر إذ لم يوجد غيرهم وحضر الموصي الموت^(٤) قال الشيخ وتحرم محاكاة الناس^(٥) ويعزر هو ومن يأمره.

= أمير المؤمنين وقال المجدد: الصحيح أن كل بدعة لا توجب الكفر لا يفسد المقلد فيها لخصتها مثل من يفضل علياً على سائر الصحابة ويقف عن تكفير من كفرناه من المبتدعة. وقال أيضاً الصحيح أن كل بدعة كفرنا فيها الداعية فإننا نفسق المقلد فيها فمن يقول بخلق القرآن أو أن ألفاظنا به مخلوقة أو أن علم الله أو أسمائه مخلوقة أو أنه لا يرى في الآخرة أو يسب الصحابة تديناً أو أن الإيمان مجرد الاعتقاد وما أشبه ذلك فمن كان عليماً بشيء من هذه البدع يدعو إليها ويناضل عليه فهو محكوم بكفره نص عليه أحمد صريحاً بذلك في مواضع، قال واختلفوا عنه في تكفير القدرية بنفي خلق المعاصي على روايتين وله في الخوارج كلام يقتضي في تكفيرهم روايتين.

(١) (الطفيلي) وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ومن سأل من غير أن تحل له المسألة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرماً.

(٢) (يتوب) هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا تقبل إذا جلد لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ ولنا إجماع الصحابة فإن عمر قال لأبي بكر تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر، والآية حجة لنا فإنه استثنى التائبين.

(٣) (نفسه) هذا المذهب، وتوبة غيره بالندم والإفلاع والعزم أن لا يعود، فلو كان فسقه بترك واجب فلا بد من فعله ويعتبر في صحة التوبة رد المظلمة إلى ربها أو يستمهله معسر أو يجعله في حل، وتوبة المبتدع الاعتراف ببدعته والرجوع منها واعتقاد ضد ما كان يعتقد من مخالفة أهل السنة.

(٤) (الموت) فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله وإنها لوصية الرجل فإن عثر على أنها استحقاقاً وإنما قام آخرا من أولياء الموصى فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ولقد خانا وكتما، ويقضي لهم.

(٥) (محاكاة الناس) للضحك، وقد عدّه بعض العلماء من الغيبة لأنه أذى.

بخطه، الرابع (الإسلام)^(١)، الخامس (الحفظ)، السادس (العدالة) ويعتبر لها شيثان: الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض بسننها الراتبية^(٢) واجتناب المحرم^(٣) بأن لا يأتي الشيء بشمرته فيقال العلم هو الخشية.

- (١) (الإسلام) هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿واشهدوا ذوى عدل منكم﴾ فلا تقبل من كافر ولو على مثله، وبه قال الحسن والأوزاعي ومالك وأبو ثور.
- (٢) (الراتبة) فلا تقبل ممن داوم على تركها لأن تهاونه بالسنن يدل على عدم محافظته على أسباب دينه، وتقبل ممن يتركها بعض الأحيان، ونقل جماعة من ترك الأوتر ليس بعدل.
- (٣) (المحرم إلخ) الكبيرة ما فيه حد في الدنيا أو وعيد في الآخرة كأكل الربا ومال اليتيم وشهادة الزور وعقوق الوالدين، والصغيرة ما دون ذلك من المحرمات كسب الناس بما دون القذف والنظر المحرم واستماع كلام النساء الأجانب على وجه التلذذ.

(فصل) ولا تعتبر الحرية في الشهادة بل تجوز شهادة العبد في كل شيء في إحدى الروایتين^(١) وتقبل شهادة الأمة فيما تجوز به شهادة النساء، وتجوز شهادة الأعمى في المسموعات إذا تيقن الصوت^(٢) وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره^(٣) أو تقبل شهادة الإنسان على فعل نفسه كالمرضعة على الرضاع والقاسم على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل^(٤) وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي

- (١) (في إحدى الروایتين) هذا المذهب روي ذلك عن علي وأنس قال أنس ما علمنا أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتى وأبو ثور وداود وابن المنذر، وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد: لا تقبل شهادته لأنها مبنية على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية وروي عقبه بن الحارث قال «تزوجت أم يحيى بنت أبي أهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال وكيف وقد زعمت ذلك» متفق عليه.
- (٢) (الصوت) صوت المشهود عليه روي عن علي وابن عباس أنهما أجازا شهادة الأعمى ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة وبه قال عطاء والزهرى ومالك وإسحق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته.
- (٣) (وغيره) وبه قال عطاء والشافعي وأبو حنيفة وجمع، وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لأنه متهم.
- (٤) (بعد العزل) المرضعة على الصحيح من المذهب لحديث عقبه بن الحارث، وأما القاسم فالصحيح من المذهب قبول شهادته على قسم نفسه مطلقاً.

كبيرة ولا يدمن على صغيرة فلا تقبل شهادة فاسق^(١)، والثاني استعمال المروءة، وهو فعل ما يجمله ويزينه، واجتناب ما يدنسه ويشينه^(٢)، ومتى زالت الموانع فبلغ الصبي وعقل المجنون وأسلم الكافر وتاب الفاسق^(٣) قبلت شهادتهم.

باب موانع الشهادة وعدد الشهود

- (١) (فاسق) بفعل كزان وديوث، واعتقاد كالرافضة والقدرية والجهمية ويكفر مجتهدهم الداعية، ومن أخذ بالرخص فسق.
- (٢) (يشينه) من الأمور الدنيئة المزرية به، فلا تقبل شهادة المتسخر والرقاص والمغنى ولا لمن يأكل بالسوق إلا شيئاً يسيراً كلقمة وتفاحة.
- (٣) (الفاسق) وتوبته الندم والاقلاع والعزم أن لا يعود، ومبادرته إلى حق الله حسب الإمكان. زوائد.

على البدوي^(١) وتباح الحمام للانس بصوتها ولاستفراخها وحمل كتب من غير أذى الناس^(٢) ويكره حبس طير لنغمته لأنه نوع تعذيب.

باب موانع الشهادة^(٣)

لا تقبل شهادة والد لولده وإن سفل ولا ولد لوالده وإن علا، وعنه تقبل فيما لا يجر به نفعاً غالباً^(٤) وعنه تقبل شهادة الولد لوالده ولا تقبل شهادة الوالد لولده^(٥) وعنه

- (١) (على البدوي) هذا المذهب فيهما إذا اجتمعت الشروط وبه قال ابن سيرين وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور، وفي شهادة البدوي على القروي وجه لا تقبل اختاره القاضي وغيره لما روى أبو هريرة فيه حديث مرفوع والأول المذهب ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته.
- (٢) (الناس) قال مهنا سألت أبا عبد الله عن بروج الحمام التي تكون في الشام فكرهاها قال لأنه أمر بقتلها فقلت تقتل؟ قال تذيب.
- (٣) (موانع الشهادة) الموانع جمع مانع من منع الشيء إذا حال بينه وبين مقصوده فإن هذه الموانع تحول بين الشهادة ومقصودها.
- (٤) (غالباً) نحو أن يشهد أحدهما لصاحبه بعقد نكاح أو قذف لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما أثبتته للآخر فلا تهمة في حقه.
- (٥) (لولده) لأن مال الابن في حكم مال الأب له أن يملكه إذا شاء فشهادته لنفسه بخلاف شهادة الابن.

لا تقبل شهادة عمودي النسب بعضهم لبعض^(١)، ولا شهادة أحد الزوجين

(١) (لبعض) هذا ظاهر المذهب وهم الآباء وإن علوا والأبناء وإن سفلوا وسواء في ذلك ولد البنين والبنات وسواء جده وجداته من قبل أبيه وأمه وإن علوا وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك وإسحق والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي.

تقبل شهادتهما^(١) وتقبل لولده من زنا أو رضاع^(٢) وتقبل عليهم^(٣) ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه^(٤) وتقبل شهادة الأخ لأخيه^(٥) والصديق لصديقه^(٦) ولو شهد اثنان على أيهما بقذف ضرة أمهما وهي تحته أو طلاقها قبلاً^(٧) قال في الترغيب ومن موانعها العصبية فلا شهادة لمن عرف بها^(٨) وتقبل شهادته لو ارث له بدين في مرضه^(٩) وتقبل شهادة الغريم لمدين قبل الحجر والمولى لعتيقه ولا تقبل شهادة

(١) (شهادتهما) قاله في الكافي وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وشريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود وابن المنذر لعموم الآيات لأنهما عدلان تقبل شهادتهما في غير هذا الموضع ففيه تقبل كالأجنبي ولنا ما روت عائشة مرفوعاً لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء رواه الترمذي والدارقطني والبيهقي، قال أبو زرعة في العلل منكر، وقال ابن حجر ليس له إسناد صحيح لكن له طرق يقوي بعضها بعضاً، والظنين المتهم والأب متهم لولده لأن ماله كماله ولأن بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «فاطمة بضعة مني يريني ما رآها».

(٢) (أو رضاع) قاله القاضي وأصحابه والمصنف والشارح وصاحب الترغيب.

(٣) (عليهم) هذا المذهب وبه قال عامة أهل العلم للآية.

(٤) (لصاحبه) في إحدى الروايتين وهذا المذهب. زاد.

(٥) (لأخيه) هذا المذهب قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة وسائر الأقارب.

(٦) (لصديقه) هذا قول عامة العلماء إلا مالكاً قال لا تقبل شهادة الصديق الملائف لأنه يجر نفعاً بها فهو متهم.

(٧) (قبلاً) لأنها شهادة على الأب كما لو لم تكن أمهما تحته.

(٨) (بها) وبالإفراط في الحمية لتعصب قبيلة على قبيلة وإن لم تبلغ رتبة العداوة.

(٩) (في مرضه) لأن هذا الدين يجوز أن ينتقل إلى الشاهد ويجوز أن لا ينتقل إليه والمانع من قبول الشهادة ما يحصل للشاهد به نفع حال أداء الشهادة.

لصاحبه^(١)، وتقبل عليهم^(٢)، ولا من يجبر إلى نفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً، ولا

- (١) (لصاحبه) في إحدى الروايتين وهي المذهب وبه قال الشعبي والنخعي ومالك وأبو حنيفة، وعنه تقبل وبه قال شريح والحسن والشافعي وأبو ثور لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة، وقال الثوري وابن أبي ليلي: تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لا تهمة في حقه ولا تقبل شهادتها له لأن يساره زيادة في حقتها، ولنا أن بكل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه.
- (٢) (عليهم) هذا المذهب وبه قال عامة أهل العلم لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾.

الوكيل لموكله بما هو وكيل فيه^(١) ولا الشريك لشريكه^(٢) والأجير لمن استأجره نص عليه^(٣) وتقبل شهادته على عدوه في الدين^(٤) ولا تقبل شهادته لإنسان لا يقبل جرحه الشاهد عليه^(٥) ولا تقبل شهادة الشفيع بعفو شريكه في الشفعة عنها، ولا تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود الخطأ^(٦) وإن شهد فاسق بشهادة فردت ثم تاب وأعادها لم تقبل^(٧).

باب ذكر أقسام المشهود به وذكر عدد شهوده

المشهود به ينقسم خمسة أقسام: أحدها الزنا واللواط لا يقبل في الزنا واللواط

- (١) (وكيل فيه) وتقبل في غير ما هو وكيل فيه.
- (٢) (لشريكه) وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي قال في المبدع لا نعلم فيه خلافاً.
- (٣) (نص عليه) أحمد وقال في المستوعب فيما استأجره فقط، وقال الميموني رأيت أحمد يغلب على قلبه جوازه.
- (٤) (في الدين) لأن الدين يمنعه من ارتكاب محظور في دينه كالمسلم يشهد على الكافر والمحق من أهل السنة يشهد على المبتدع.
- (٥) (عليه) كعمودي النسب والزوج والوكيل لأنهم مهتمون في دفع الضرر عنهم وقد قال الزهري: مضت السنة في الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، والظنين المتهم.
- (٦) (الخطأ) لأنهم يدفعون عن أنفسهم الضرر.
- (٧) (لم تقبل) للتهمة، ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت لأن التحمل لا يعتبر فيه العدالة.

عدو على عدوه^(١) كمن شهد على من قذفه أو قطع الطريق عليه، ومن سره مساءة شخص أو غمه فرحه فهو عدوه.

(١) (على عدوه) وبه قال أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثوري ومالك والشافعي وإسحق والمراد ههنا العداوة الدنيوية، وتقبل لعدوه، وعليه في عقد نكاح.

أقل من أربعة رجال^(١) ولا الإقرار إلا بأربعة يشهدون أنه أقر أربعاً^(٢) ومن عزز بوطء في فرج بهيمة أو أمة مشتركة ثبت برجلين، الثاني دعوى الفقر لا يقبل قول من عرف بالغنى أنه فقير إلا بثلاثة رجال^(٣). الثالث لا يثبت بقية الحدود بأقل من رجلين^(٤) ويثبت القود بإقراره مرة^(٥) ويقبل في موضحة وداء طيبب واحد^(٦) وقال القاضي النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة^(٧) وعنه في النكاح والرجعة والعتق أنه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين^(٨) وعن أحمد في الرجل يوكل وكيلاً ويشهد على نفسه رجلاً وامرأتين: إن كان في المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا، ويجوز أن يحلف على ما لا تجوز الشهادة عليه قاله القاضي مثل أن يجد

- (١) (رجال) عدول يشهدون به لقوله تعالى: ﴿لَوْلا جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾ الآية فجعلهم كاذبين إن لم يأتوا بأربعة فوجب أن لا تقبل الثلاثة وقال صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية «أربعة شهداء وإلا حد في ظهرك» واللواط من الزنا.
- (٢) (أربعاً) لأنه إثبات للزنا فاعتبر فيه أربعة كشهود الفعل، وفيه رواية أخرى يثبت بشاهدين.
- (٣) (ثلاثة رجال) لحديث مسلم «حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجي من قومه لقد أصابت فلاناً فاقه».
- (٤) (من رجلين) كحد القذف والشرب وقطع الطريق، لقول الزهري «مضت السنة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود. وكذا القود».
- (٥) (مرة) لأن القتل فيه حق آدمي أشبه المال، وكذا القذف والشرب، بخلاف الزنا والسرقة وقطع الطريق.
- (٦) (طيبب واحد) ويطار واحد مع عدم غيره، فإن لم يتعذر فإثنان.
- (٧) (رواية واحدة) وجملة ذلك أن ما ليس بعقوبة كالعتق والطلاق ونحوه ولا يقصد به المال أن المعول عليه في المذهب أنه لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين، ولا تقبل فيه النساء بحال.
- (٨) (وامرأتين) وعنه في العتق أنه يقبل فيه شاهد ويمين، والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين.

(فصل) ولا يقبل في الزنا والإقرار به إلا أربعة^(١)، ويكفي على من أتى بهيمة رجلاً، ويقبل في بقية الحدود والقصاص^(٢) وما ليس بعقوبة ولا مال ولا يقصد به

- (١) (إلا أربعة) رجال يشهدون به، أو أنه أقر به أربعاً لقوله تعالى: ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾ الآية، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أربعة وإلا حد في ظهرك».
- (٢) (والقصاص إلخ) رجلاً، ولا تقبل فيه شهادة النساء لأنه يسقط بالشبهة.

بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه^(١) مع شاهد أقامه. ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه إذا قام به شاهد ولم يجز أن يشهد به^(٢) والأولى الورع عن ذلك، فلو نكل عن اليمين من أقام شاهداً حلف المدعى عليه وانقطعت الخصومة فإن نكل حكم عليه^(٣) ولو كان لجماعة حق بشاهد فأقاموه فمن حلف أخذ نصيبه ولا يشاركه من لم يحلف، وإن شهد رجل وامرأتان أو رجل حلف معه أن فلانة أم ولده وولدها منه قضى له بها أم ولد^(٤) أو لا تثبت حرية ولدها ولا نسبه^(٥) ويقبل في جنابة العمدة الموجبة للمال دون القصاص كالهاشمة والمنقلة شهادة رجل وامرأتين في إحدى الروايتين، ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة^(٦) ولو وجد على دابة مكتوب حبيس في سبيل الله أو على أسكفة دار أو حائطها أو مسجد حكم به.

- (١) (يحلف عليه) ولو لم يذكره، ولا يجوز أن يشهد به.
- (٢) (أن يشهد به) وبهذا قال الشافعي. والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين: أحدهما أن الشهادة حق لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه، الثاني أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة.
- (٣) (حكم عليه) بالنكول ولا ترد اليمين على المدعى لأنها كانت في جنبته وقد أسقطها بنكوله عنها وصارت في جنبه غيره فلم تعد إليه كالمدعى عليه إذا نكل عنها، وقال يحلف المدعى عليه مالك والشافعي.
- (٤) (أم ولد) لأنه يدعى ملكها والملك يثبت بشهادة الرجل والمرأتين أو واليمين، والاستيلاء بإقراره لأن إقراره نافذ في ملكه.
- (٥) (ولا نسبه) لأنهما لا يثبتان إلا برجلين، ويبقى بيد منكر مملوكاً له لعدم ما يرفع يده، وهو أحد قولي الشافعي.
- (٦) (شهادة امرأة واحدة) وعنه لا يقبل أقل من امرأتين، وإن شهد الرجل كان أولى بشبوته.

المال ويطلع عليه الرجال غالباً ككنكاح وطلاق ورجعة وخلع ونسب وولاء وإيصاء إليه يقبل فيه رجلان، ويقبل في المال وما يقصد به كالبيع والأجل والخيار فيه ونحوه رجلان أو رجل وامرأتان^(١) أو رجل ويمين المدعي^(٢)، ومالا يطلع عليه الرجال غالباً

(١) (وامرأتان) لقوله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ وسياق الآية يدل على اختصاص ذلك بالأموال.

(٢) (ويمين المدعي) لقول ابن عباس «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» رواه أحمد وغيره.

باب الشهادة على الشهادة^(١)

يشترط تعذر حضور شهادة الأصل^(٢) وإن سمع شاهداً يسترعى آخر بشهادة جاز أن يشهد بها^(٣) وتثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادة شاهدين^(٤) وقال أبو عبدالله بن بطة لا تثبت حتى يشهد أربعة على كل شاهد أصل شاهداً فرع^(٥)

(١) (على الشهادة) هذا المذهب قال أبو عبيد أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على القضاء بالشهادة على الشهادة في الأموال ولدعاء الحاجة إليها لأنها وثيقة مستدامة لحفظ الأموال لما قد يطرأ على الشاهد من احترام المنية والعجز عن الشهادة لغيبة أو مرض أو نسيان.

(٢) (الأصل) وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي، وحكى عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهود الأصل كالرواية. ولنا أنه إذا أمكن حضور الأصل استغنى بهم عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع.

(٣) (بها) أن يشهد هذا السامع بهذه لحصول الاسترعاء، ويحتمل أن لا يجوز إلا أن يسترعيه بعينه وبه قال أبو حنيفة.

(٤) (شاهدين) هذا المذهب يشهدان عليهما سواء على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد فرع وبه قال شريح والحسن والشعبي وابن أبي ليلى والثوري وإسحق.

(٥) (فرع) وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي لأن شهادتي شاهد الفرع يثبتان شهادتي شاهدي الأصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد. ولنا أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبت فثبت كما لو شهد بنفس الحق، ولأن شاهدي الفرع يدل على شهادة الأصل فيكفي في عددهما ما يكفي في شاهدي الأصل، وعنه يكفي شهادة رجل على اثنين ذكره القاضي لأنه خبر.

كعيوب النساء تحت الثياب والبكارة والثبوبة والحيض والولادة والرضاع والاستهلال ونحوه تقبل فيه شهادة امرأة عدل^(١)، والرجل فيه كالمراة. ومن أتى برجل وامرأتين أو شاهد ويمين فيما يوجب القود لم يثبت به قود ولا مال^(٢). وإن أتى بذلك في سرقة

(١) (عدل) لحديث حذيفة أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة وحدها ذكره الفقهاء في كتبهم، وقد روي عن علي أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال، وعن عقبة بن الحارث قال «تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فأنت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني فأتيته فقلت يا رسول الله إنها كاذبة فقال: وكيف وقد زعمت ذلك».

(٢) (ولا مال) لأن قتل العمد يوجب القصاص والمال بدل منه، فإذا لم يثبت الأصل لم يجب بدله.

وللنساء مدخل في شهادة الفرع^(١) وقيل لا مدخل لهن، وإن حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان^(٢) وإن رجع شهود الأصل لم يضمنوا^(٣) ويحتمل أن يضمنوا^(٤) وإن شهد أربعة بزنا واثان بإحصان فرجم ثم رجعوا لزمهم الدية أسداساً، وتصح شهادة فرع بشرطه^(٥) وإن شهد شاهد أصل بحق وشاهد فرع جاز، ولا يجوز أن يحكم بشهادة فرع حتى تثبت عنده عدالة أصله ولا يجب على فرع تعديل أصله ويتولاها الحاكم^(٦) وإن بان بعد الحكم أن الشاهدين كافران أو فاسقان

(١) (الفرع) هذا المذهب فيشهد رجلان على رجل وامرأتين أو رجل وامرأتان على رجل وامرأتين أو على رجلين، وسأله حرب عن شهادة امرأتين على امرأتين، قال تجوز لأنه مما للنساء مدخل فيه.

(٢) (لزمهم الضمان) ما لم يقولوا بأن لنا كذب الأصل أو غلطهم لأن هذا القول لا ينافي شهادة الأصل.

(٣) (لم يضمنوا) هذا المذهب لأن الإلتلاف بسبب غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالمتسبب مع المباشر الأول إلا أن يقولوا كذبنا أو غلطنا فيضمنوا.

(٤) (ويحتمل أن يضمنوا) قطع وبه القاضي قاله في النكت لأن الحكم يضاف إليهم بدليل أنه يعتبر عدالتهم كما لو حكم بشهادتهم فرجعوا.

(٥) (بشرطه) من التعذر والإسترعاء فيؤديها بقوله أشهد أن فلان ابن فلان أشهدني أنه يشهد أن لفلان ابن فلان كذا من جهة كذا.

(٦) (الحاكم) وإن عدله فرع قبل اكتفاء بما ثبت عند الحاكم من عدالة الفرع.

ثبت المال^(١) دون القطع، وإن أتى بذلك في خلع ثبت له العوض، وثبتت البينونة بمجرد دعواه.

(فصل) ولا تقبل الشهادة على الشهادة^(٢) إلا في حق يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي^(٣)، ولا يحكم بها إلا أن تتعذر شهادة الأصل بموت أو مرض أو غيبة مسافة قصر^(٤). ولا يجوز لشاهد الفرع أن يشهد إلا أن يسترعيه شاهد الأصل^(٥) فيقول

- (١) ثبت المال) لكمال بينته، ولم تكمل بينة القطع.
- (٢) على الشهادة) هذا المذهب وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي.
- (٣) إلى القاضي) وهو حقوق الآدميين دون حقوق الله وهذا قول الشعبي والنخعي وأبي حنيفة، وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور: تقبل في الحدود في كل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فثبت بشهادة الفرع كالمال، ولنا أن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة لأنه يتطرق إليها الغلط والسهو.
- (٤) مسافة قصر) ولا بد من تعذر شهود الأصل إلى الحكم، وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهود الأصل.
- (٥) الأصل) الاسترعاء من قول المحدث لمن يحدثه أرعني سمعك يريد اسم مني فيقول أشهد على شهادتي أنني أشهد أن فلان ابن فلان وقد عرفته أقر عندي وأشهدني على نفسه طوعاً بكذا أو شهدت عليه قال أحمد لا تكون شهادة إلا أن يكون يشهدك، فأما إن سمعه يتحدث فإنما ذلك حديث، وبما ذكرنا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد.

نقض الحكم ويرجع بالمال أو يبده على المحكوم له وإن كان المحكوم به اتلافاً فالضمان على المزكين^(١) فإن لم يكن مزكون فعلى الحاكم لأنه فرط^(٢) وتجب الدية في بيت المال^(٣) وإن شهدوا عند الحاكم ثم ماتوا أو جنوا حكم بشهادتهم إذا

- (١) على المزكين) لأن المحكوم به قد تعذر رده وشهود التزكية ألبأوا الحاكم إلى الحكم فلزمهم الضمان لتفريطهم، ولا ضمان على الشاهدين لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به.
- (٢) فرط) لأن التلف حصل بفعله أو أمره، وكذا إن مات المزكون ذكره في الكافي والمبدع.
- (٣) في بيت المال) وعنه على عاقلته ولا قود لأنه مخطيء.

أشهد على شهادتي بكذا^(١) أو يسمعه يقر بها عند الحاكم^(٢) أو يعزوها إلى سبب من قرض أو بيع أو نحوه^(٣)، وإذا رجع شهود المال بعد الحكم لم ينقض^(٤) ويلزمهم الضمان^(٥) دون من زكاهم^(٦)، وإن حكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله^(٧).

- (١) (بكذا) فإن لم يؤدها الفرع على صفة تحمله لم يحكم بها للاختلاف في كيفية الاسترعاء.
- (٢) (عند الحاكم) هذا المذهب وبه قال الشافعي فيقول أشهد أن فلان شهد على فلان ابن فلان عند الحاكم بكذا.
- (٣) (أو نحوه) فيقول أشهد أن فلان ابن فلان قال أشهد أن فلان ابن فلان على فلان ابن فلان كذا من جهة كذا.
- (٤) (لم ينقض) الحكم، لأنه قد تم ووجب المشهود به للمشهد له لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قول أهل الفتيا من علماء الأمصار وإن رجعوا قبل الحكم لغت ولا ضمان. (ويلزمهم الضمان) بدل المال الذي شهدوا به قائماً كان أو تالفاً، لأنهم أخرجوه من ملكه بغير حق وحالو بينه وبينه.
- (٥) (دون من زكاهم) فلا غرم على مزك إذا رجع المزكي، لأن الحكم تعلق بشهادة الشهود. وأما المزكون فأخبروا بظاهر حال الشهود وأما باطنه فعلمه إلى الله تعالى.
- (٦) (كله) هذا المنصوص عن أحمد في رواية جماعة ويتخرج أن يضمن النصف وبه قال مالك والشافعي لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين. ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه لأن اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس مقبولاً على خصمه وإنما هو شرط الحكم فهو كطلب الحكم ولا حكم بشهادته بعد رجوعه عنها ولو أداها بعد ذلك، قاله في شرح المنتهى.

كانوا عدولاً^(١) وإذا علم الحاكم بشاهد الزور عززه وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال إنا وجدناه شاهد زور فاجتنبوه^(٢) فإن كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه، ومن زاد في شهادته أو نقص بحضرة الحاكم قبل^(٣) ولا تقبل الشهادة إلا بلفظ الشهادة، فإن قال أعلم أو أحق لم يحكم به، وقال أبو الخطاب والشيخ وابن

- (١) (عدولاً) لأن الموت والجنون لا يؤثر في الشهادة ولا يدل على الكذب فيها.
- (٢) (فاجتنبوه) وعززه إن لم يخالف نصاً، قال في الشرح لا يزيد على عشر جلدات ليحصل إعلام الناس بذلك.
- (٣) (قبل) مثل أن يشهد بمائة ثم يقول بل مائة وخمسون أو تسعون.

باب اليمين في الدعاوى^(١)

لا يستحلف في العبادات^(٢) ولا في حدود الله^(٣)، ويستحلف المنكر في كل حق

(١) (في الدعاوى) وهي تقطع النزاع في الحال ولا تسقط حقاً فتسمع البينة بعدها وإن رجع حالف وأدى ما عليه قبل منه وحل لمدع أخذه.

(٢) (في العبادات) كدعوى دفع زكاة وكفارة نذر، وقال الشافعي وأبو يوسف يستحلف في دفع زكاة لأنها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمي أشبه حق الآدمي.

(٣) (ولا في حدود الله) لأنها يستحب سترها والتعريض للمقر بها ليرجع عن إقراره.

القيم لا يعتبر لفظ الشهادة، قال الشيخ لا أعلم عن صحابي ولا تابعي لفظ الشهادة^(١).

باب اليمين في الدعاوى

اليمين تقطع الخصومة في الحال ولا تسقط الحق. وحق الآدمي ينقسم قسمين: أحدهما ما هو مال أو يقصد منه المال كالبيع ونحوه فيستحلف فيه^(٢) والثاني ما ليس بمال ولا يقصد منه المال وهو ما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص ونحوه فلا يستحلف المدعى عليه في إحدى الروايتين^(٣) وقال أبو بكر إلا في النكاح والطلاق^(٤) وعن أحمد يستحلف فيما يقضى عليه بالنكول فقط^(٥) ومن لم يقض عليه بنكول إذا نكل خلئ سبيله، وإن ادعى وصى وصية للفقراء فأنكر الورثة حلفوا^(٦)

(١) (الشهادة) ونقل الميموني عنه أنه قال وهل معنى القول والشهادة إلا واحد؟ ونقل أبو طالب عنه أنه قال: العلم شهادة.

(٢) (فيه) لقول رسول الله ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى» متفق عليه.

(٣) (في إحدى الروايتين) ولا تعرض عليه اليمين، وهذا قول مالك وأبي حنيفة فإنه قال: لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به «لأن هذه الأشياء لا يدخلها البدل، وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل، فإن المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم.

(٤) (والطلاق) لأن الأبضاع مما يحتاط لها فلا تستباح بالنكول لأنه ليس بحجة قوية.

(٥) (فقط) هذا المذهب قاله في الفروع وصححه في النظم، والذي يقضى عليه بالنكول هو المال وما يقصد به المال.

(٦) (حلفوا) على نفى ذلك لأنه حق آدمي، فإن نكلوا قضى عليهم. وقال في المقنع حسبوا =

لآدمي^(١) إلا النكاح^(٢) والطلاق والرجعة^(٣) والإيلاء وأصل الرق^(٤) والولاء والاستيلاء

(١) (لآدمي) كالبيع والقرض والصلح والغصب والجنابة الموجبة للمال، لحديث ابن عباس وحديث الحضرمي والكندي.

(٢) (إلا النكاح إلخ) فلا يستحلف منكر شيء من ذلك لأنها ليست مالا ولا يقصد بها المال ولا يقضى فيها بالنكول.

(٣) (والرجعة) وقال الخرقى إذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها، وإذا اختلفا في مضي الأربعة الأشهر في الإيلاء فالقول قوله مع يمينه، فيخرج من هذا أنه يستحلف في كل حق لآدمي وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد واختاره المصنف والشارح وجزم به أبو محمد الجوزي في الطريق الأقرب لعموم الخبر.

(٤) (الرق) كدعوى رق لقيط فإنه لا يستحلف إذا أنكر.

ويجوز الحكم بالمال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعى^(١) ولا تقبل فيه شهادة امرأتين^(٢) وهل يثبت العتق بشاهد ويمين؟ على روايتين^(٣) ومن حلف على فعل نفسه^(٤) ودعوى عليه^(٥) حلف على البت، ومن حلف على فعل غيره^(٦) ودعوى

= قال في الهامش: على الصحيح من المذهب.

(١) (ويمين المدعى) هذا المذهب روى عن الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وجمع، وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والأوزاعي: لا يقضى بشاهد ويمين ولنا ما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد رواه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه، وليس مع المخالف ما يجوز الاحتجاج به في هذا المقام.

(٢) (شهادة امرأتين) هذا المذهب لأن شهادة النساء ناقصة وإنما أجزيت بانضمام الذكر إليهن فلا يقبلن مفردات وإن كثرن، ويحتمل أن تقبل لأن المرأتين في المال مقام رجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل وهو مذهب مالك ويبطل ذلك بشهادة أربع نسوة فإنه لا يقبل إجماعاً.

(٣) (على روايتين) أحدهما لا يثبت بذلك وهو المذهب ولا يعتق إلا بشاهدين ذكرين اختاره القاضي وأبو الخطاب والشريف في خلافهما لأنه ليس بمال، والثانية يثبت بذلك اختاره الخرقى وأبو بكر وجزم به ناظم المفردات لأنه إزالة ملك.

(٤) (نفسه) مثل إن ادعى عليه إنسان أنه غصبه ونحوه شيئاً فأنكر وأراد المدعى يمينه.

(٥) (عليه) بأن ادعى عليه دين فأنكره وطلب يمينه.

(٦) (فعل غيره) بأن ادعى على آخر أنه غصبه ونحوه ثوباً وأقام به شاهداً وأراد أن يحلف مع شاهده.

والنسب والقود والقذف، واليمين المشروعة اليمين بالله تعالى^(١)، ولا تغلظ إلا فيما له خطر^(٢).

من
للكتاب
الأول

- (١) (اليمين بالله تعالى) فلو قال الحاكم لمنكر قل والله لا حق له عندي كفى لأنه ﷺ استحلل ركانه بن عبد يزيد في الطلاق فقال والله ما أردت إلا واحدة، وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه، ولا يحلف بالطلاق وفاقاً للأئمة الأربعة قاله الشيخ، وقال ابن عبد البر إجماعاً لحديث «من كان حالفاً فليحلف بالله».
- (٢) (خطر) كالجنائيات والعناق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال وقيل ما يقطع به السارق.

من
الكتاب
الثاني

عليه في الإثبات^(١) حلف على البت^(٢) من حلف على نفي فعل غيره^(٣) أو دعوى عليه حلف على نفي علمه، ومن توجهت عليه يمين لجماعة فرضوا بيمين واحدة جاز^(٤) واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه، ولا تدخل النيابة في اليمين فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف عنه وليه ووقف الأمر إلى أن يكلفا، وإن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمان أو مكان جاز^(٥) وإن رأى ترك التغليظ فتركه كان مصيباً. وإن أبى الحالف التغليظ لم يكن ناكلاً^(٦).

هو
الكتاب
الثاني

- (١) (في الإثبات) بأن ادعى ديناً على زيد فأنكره وأقام المدعى شاهداً وأراد الحلف معه.
- (٢) (البت) أي القطع، لحديث ابن عباس «أن النبي ﷺ استحلل رجلاً فقال قل والله الذي لا إله إلا هو ما له عندي شيء»، رواه أبو داود.
- (٣) (غيره إلخ) وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي لما روى الأشعث بن قيس «أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبتها أبو هذا وهي في يده، قال: هل لك بينة؟ قال: لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي اغتصبتها أبوه، فتهايم الكندي لليمين» رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ.
- (٤) (يمين واحدة جاز) وإن أبوا حلف لكل واحد يميناً.
- (٥) (أو مكان جاز) ففي اللفظ «والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور» واليهودي «والله الذي أنزل التوراة على موسى» والنصراني «والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى» والمجوسي «والله الذي خلقني ورزقني» لأنه يعظم خالقه ورازقه.
- (٦) (لم يكن ناكلاً) عن اليمين لأنه قد بذل، الواجب عليه فيجب الإكتفاء به.

كتاب الإقرار^(١)

يصح من مكلف مختار غير محجور عليه. ولا يصح من مكروه، وإن أكره على

(١) (الإقرار) وهو إخبار عما في نفس الأمر لا إنشاء.

كتاب الإقرار^(١)

وهو إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابة^(٢) وليس بإنشاء. وإن أقر مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فقول المقر^(٣) ولا يحلف إلا أن تقوم بينة ببلوغه^(٤) ويصح إقرار صبي أنه بلغ باحتلام إذا بلغ عشرين ولا يقبل بسن إلا بينة، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكروها لم يقبل إلا بينة^(٥) ولا يصح إقراره بشيء في يد غيره أو ولاية غيره^(٦) ويصح إقرار الصبي بقدر ما أذن له فيه^(٧) ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور لم يصح إقراره بغير خلاف وإن زال بمعصية لم يصح إقراره^(٨)

(١) (الإقرار) لغة الاعتراف بالحق مأخوذ من المقر كأن المقر جعل الحق في موضعه، وشرعاً إظهار إلخ.

(٢) (أو كتابة) أو إشارة من أحرص، وهو ثابت بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وَإِذ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ الْآيَةَ، ﴿وَأَخْرَجُوا اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ ورجم النبي ﷺ ماعزاً والغامدية بإقرارهما.

(٣) (فقول المقر) في عدم بلوغه لأنه الأصل.

(٤) (ببلوغه) قلت: وقياس ذلك لو باع أو وهب أو وقف أو عتق أو أجر ونحوه ثم أنكر بلوغه حال الشك فيه قبل بلا يمين قاله في الإقناع ويحمل نص أحمد في رواية ابن منصور إذا قال البائع بعثك قبل البلوغ وقال المشتري بعد بلوغك أن القول قول المشتري على ما إذا كان الاختلاف بعد يقين بلوغه.

(٥) (إلا بينة) إلا أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد والحبس ونحوه فيكون القول قوله مع يمينه.

(٦) (غيره) كما لو أقر أجنبي على صغير أو وقف في ولاية غيره أو اختصاصه.

(٧) (فيه) هذا المذهب مطلقاً، وهو مقيد بما إذا قلنا بصحة تصرفه بما أذن فيه وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي: لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر.

(٨) (لم يصح إقراره) قال ابن منجا هذا المذهب واختاره المصنف والشارح وجزم به في الوجيز وصححه الناظم.

وزن مال فباع ملكه لذلك صح^(١)، ومن أقر في مرضه بشيء فكإقراره في صحته، إلا في إقراره بالمال لوارث^(٢) فلا يقبل^(٣). وإن أقر لإمرأته بالصداق فلها مهر المثل

(١) (صح) البيع لأنه لم يكره على البيع ويكره الشراء منه.

(٢) (لوارث) بأن يقول له على كذا، أو يكون للمريض عليه دين فيقر بقبضه منه.

(٣) (فلا يقبل) لأنه متهم فيه إلا بيينة أو إجازة باقي الورثة ولو صار عند الموت غير وارث.

وتتخرج صحته بناء على طلاقه^(١) ولا يصح إقرار المكروه^(٢) إلا أن يقر بغير ما أكره عليه^(٣) فأما المريض مرض الموت المخوف فيصح إقراره بغير المال لعدم التهمة وإن أقر بمال لمن لا يرثه صح^(٤) ويلزمه أن يقر لوارثه بدينه وإن لم يقبل منه لوقوفه على إجازة الورثة إذا كان الإقرار حقاً ولا يحاص المقر له غرماء الصحة^(٥) وقال أبو الحسين والقاضي يحاصهم^(٦) وإذا خاف أن يأخذ ماله ظالم أو المال الذي بيده للناس^(٧) جاز له الإقرار بما يدفع هذا الظلم ويحفظ المال لصاحبه^(٨) ولا يصح إقرار المريض بقبض دين على وارث إلا بإجازة باقي الورثة، ولو أقرت امرأته في مرضها أنها

(١) (على طلاقه) وهو المذهب وهو منصوص الشافعي، ولنا أنه غير عاقل كمن جن بفعل محرم.

(٢) (المكروه) هذا المذهب وهو مذهب الشافعي لحديث «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا» عليه.

(٣) (بغير ما أكره عليه) مثل أن يكره الإنسان فيقر لغيره، أو على الإقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح هذا بلا نزاع.

(٤) (صح) في أصح الروايتين، هذا المذهب وحكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه لأنه غير متهم في حقه.

(٥) (الصحة) إذا أقر في مرض موته بل يقدمون لأنه أقر بعد تعلق الحق بماله وهذا المذهب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي.

(٦) (يحاصهم) وهو ظاهر كلام الخرفي وقطع به الشريف وأبو الخطاب في خلافهما وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور، وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة، وهذا إذا لم يتسع ماله.

(٧) (للناس) إما بحجة أنه ميت لا وارث له؛ أو أنه مال غائب، أو بلا حجة أصلاً.

(٨) (لصاحبه) مثل أن يقر بحاضر أنه ابنه ويعني به لصغره أو المال لفلان ويتأول في إقراره لكن يشترط أن يكون المقر أميناً، والاحتياط أن يشهد عليه أنه تلجئة تفسيرها كذا وكذا.

بالزوجية لا بإقراره^(١). ولو أقر أنه كان أبانها في صحته لم يسقط إرثها^(٢)، وإن أقر لوارث فصار عند الموت أجنبياً^(٣) لم يلزم إقراره^(٤) لأنه باطل^(٥) وإن أقر لغير وارث أو

- (١) (لا بإقراره) لأن الزوجية دلت على المهر ووجوبه فأقراره إخبار بأنه لم يوفه.
- (٢) (إرثها) على الصحيح من المذهب، لأنه متهم بقصد حرمانها الميراث.
- (٣) (أجنبياً) بأن أقر لابن ابنه ولابن له ثم حدث له ابن.
- (٤) (إقراره) اعتباراً بحالته لأنه كان متهماً.
- (٥) (لأنه باطل) بل هو صحيح موقوف على الإجارة كالوصية لوارث، وليسر بمناسب ما قيل في بعض النسخ لأنه باطل لقوله لم يلزم إقراره.

لا مهر لها عليه لم يصح إقرارها^(١) ويصح إقراره في أخذ دين صحة ومرض من أجنبي في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي وأصحابه، وإن أقر المريض بوارث صح^(٢) وعنه لا يصح.

(فصل) وإن أقر عبد ولو آبقاً بقصاص في النفس صح ويتبع به بعد العتق^(٣) وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال^(٤) ولا يقبل على السيد إقرار العبد بجناية موجبها المال^(٥) وغير المأذون له بمال عن معاملة أو مطلقاً^(٦) أو بما لا يتعلق بالتجارة^(٧) ويتبع به بعد العتق ويقطع للسرقة في الحال^(٨) وماصح إقرار العبد به فهو الخصم

- (١) (إقرارها) إن لم تجز باقي الورثة للتهمة، إلا أن تقوم بينة أنها أخذته، أو بإسقاطه في غير مرض الموت المخوف، هذا معنى ما نقله.
- (٢) (صح) هذا المذهب، وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً لم يثبت حتى يصدقه لأن له قولاً صحيحاً فاعتبر تصديقه.
- (٣) (بعد العتق) فلا يقتصر منه في الحال، وبه قال زفر وداود والمزني وابن جرير الطبري.
- (٤) (الحال) وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي واختاره ابن عقيل، وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا بإذن سيده لئلا يفضي إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره.
- (٥) (المال) كالخطأ وشبه العمد والجائفة والمأمومة أو غضب أو سرقة مال وكذبه السيد ومثله الأمة ويتبع به بعد العتق.
- (٦) (مطلقاً) أي لم يبين كونه عن معاملة أو غيره لم يقبل على السيد.
- (٧) (بالتجارة) أي أقر مأذون له بالتجارة بما لا يتعلق بها كقرض وجناية.
- (٨) (في الحال) لأن القطع حق له يقبل إقراره به كما لو أقر بقصاص في الطرف.

أعطاه صح، وإن صار عند الموت وارثاً^(١)، وإن أقرت امرأة على نفسها بنكاح ولم يدعه اثنان قبل، وإن أقر وليها المجبر بالنكاح أو الذي أذنت له صح، وإن أقر

(١) (وارثاً) كابن ابنه مع وجود بنة لعدم التهمة إذ ذاك.

فيه^(١) والقصاص في النفس الخصم فيه السيد والعبد، وإن أقر أنه باع عبده من نفسه بألف فأنكر حلف وعتق ولم يلزمه شيء، وإن قدمت امرأة من بلاد الروم ومعها طفل فأقر به رجل لحقه^(٢) ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم إليها ولا عرف لها خروج من بلدها، ومن له أمة لا زوج لها ولها ولد ولم يقر بوطئها فقال هو ابني ثبت نسبه وحرته ويطالب ببيان الاستيلاء فإن قال استولدتها في ملكي فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد، وإن قال من نكاح أو وطء شبهة فأمه رقيقة فنذكره في الكافي وغيره، وإن كانت أمتان لكل واحدة ولد فادعى إحداهما ومات قبل البيان قام وارثه مقامه^(٣) وإن أقر بأب أو ولد وزوج أو مولى أعتقه قبل إقراره إذا أمكن صدقه ولم يدفع به نسباً لغيره، ولا يصح إقرار من له نسب معروف بغير هؤلاء الأربعة^(٤) وإن أقر لحمل امرأة بمال صح^(٥) وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحي وإن ولدتهما حين فهو بينهما، الذكر والأنثى سواء^(٦) إلا أن يعزوه إلى ما يقتضى التفاضل فيعمل به، وإن أقر بنكاح صغيرة

(١) (فيه) كالحدود والطلاق والقصاص في الطرف.

(٢) (لحقه) لوجود الإمكان وعدم المنازع، لأنه يحتمل أن يكون داخل أرضهم أو دخلت هي دار الإسلام فوطئها، والنسب يحتاط لإثباته.

(٣) (مقامه) فإن لم يكن أو أشكل عتق أحدهما بالقرعة إن لم تبينه القافة، والمقدم أنه لا مدخل للقرعة في تمييز النسب ويجعل سهمه في بيت المال لأننا نعلم أن أحدها يستحق نصيب ولد ولا نعرف عينه فلا يستحق بقية الورثة قاله السامري.

(٤) (بغير هؤلاء الأربعة) كجد يقر بابن ابن وعكسه، وكالأخ يقر بأخ. والعم يقر بابن أخ لأنه يحمل على غيره نسباً فلم يقبل وإن أقر بنسب أخ أو عم بعد موت أبيه وجدته وهو الوارث صح لأنه لم يقر على غيره لحديث سعد بن أبي وقاص وعبد بن زعمة متفق عليه.

(٥) (صح) هذا المذهب وهو أصح قولي الشافعي لأنه لا يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الإقرار كالطفل.

(٦) (سواء) لأنه لا مزيد لأحدهما على صاحبه ومطلق الإضافة يقتضى التسوية، وقال أبو

بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه ثبت نسبه^(١)، فإن كان ميتاً ورثه. وإذا ادعى على شخص بشيء فصدقه صح^(٢).

- (١) (نسبه) ولو أسقط به وارثاً معروفاً لأنه غير متهم في إقراره لأنه لا حق للوارث في الحال.
(٢) (صح) وأخذ به لحديث «لا عذر لمن أقر».

بيده فرق بينهما وفسخه الحاكم حيث لم تكن له بينة وإن صدقته إذا بلغت قبل^(١) ولو أقرت مزوجة بولد لحقها دون زوجها^(٢) وأهلها^(٣) ومقتضى كلام الجمهور يتبع أهلها كالرجل، وإن أقر الوارث لرجل بدين يستغرق التركة ثم أقر بمثله لآخر في مجلس واحد تحاصفاً، وإن كان في مجلس ثان لم يشارك الثاني الأول ويفرم للثاني^(٤) وقال الشافعي يقبل إقراره ويشتركان فيها.

باب ما يحصل به الإقرار

إذا ادعى عليه ألفا فقال نعم أو أجل^(٥) كان مقراً، وقيل نعم لا يكون إقراراً إلا من عامي^(٦) قال في الإنصاف هذا عين الصواب الذي لاشك فيه^(٧).

- = الحسن التميمي لا يصح الإقرار إلا أن يعزوه إلى سبب من إرث أو وصية فيكون بينهما على حسب ذلك وبه قال أبو ثور لأنه لا يملك بغيرهما.
(١) (قبل) لعدم المانع قال في الفروع فدل أن من ادعت أن فلاناً زوجها فأنكر فطلبت الفرقة يحكم عليه بالفرقة، وقد سئل الموفق عنها فلم يجب فيها بشيء.
(٢) (دون زوجها) لعدم إقراره به كما لو أقر به رجل فإنه لا يلحق بامرأته.
(٣) (وأهلها) هذه عبارة الرعاية وفيها نظر.
(٤) (للثاني) هذا المذهب لأنه فوته عليه بإقراره به للأول فإنه يقر بما يقتضي مشاركة الأول وينقص حقه منها ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره.
(٥) (أو أجل) بفتح الهمزة والجيم وسكون اللام وهو حرف تصديق كنعم قال الأخفش إنه أحسن من نعم في التصديق ونعم أحسن منه في جواب الاستفهام ويدل عليه قوله تعالى: ﴿هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم﴾ وقيل لسلمان رضي الله عنه، علمكم نبيكم ﷺ كل شيء حتى الخراءة أي كيفية ما تغوطون، قال: نعم.
(٦) (عامي) جزم به في المنتهى، والصحيح أنها من الكلام المشترك يدل على معناها سياق كلام قضية عمرو بن عيسى.
(٧) (فيه) وقصة إسلام عمرو بن عيسى «قدمت المدينة فدخلت عليه فقلت يا رسول الله أعرفني؟

فقال نعم أنت الذي لقيتني بمكة، فقلت بلى» قال في شرح مسلم فيه صحة الجواب =

(فصل) إذا وصل بإقراره ما يسقطه مثل أن يقول: له علي ألف لا تلزمني ونحوه
لزمه الألف^(١)، وإن قال: له علي وقضيته فقولته بيمينه^(٢) ما لم تكن بينة أو يعترف

- (١) (لزمه الألف) على الصحيح من المذهب لأنه أقر به وادعى منافياً ولم يثبت فلم يقبل منه.
- (٢) (بيمينه) هذا المذهب اختاره القاضي، فإذا حلف خلى سبيله لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء، وقال أبو الخطاب يكون مقراً مدعياً للقضاء فلا يقبل إلا بينة وذكره عن أحمد وهو قول أكثر العلماء فيطالب بالبيان لاعترافه بما يوجب الحق عليه.

باب الحكم إذا وصل بإقراره ما يغيره

لا يقبل رجوع المقر عن إقراره إلا فيما كان حداً يدرأ به الشبهات يحتاط لإسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله التي لا تدرأ بها الشبهات كالكفارات والزكاة فلا يقبل رجوعه عنها لا نعلم في هذا خلافاً.

(فصل) ويصح استثناء ما دون النصف والنصف في أحد الوجهين^(١) ولا يصح فيما زاد على النصف ويصح استثناء عين من ورق وورق من عين ذكره الخرقى^(٢) فإذا قال له علي مائة درهم إلا ديناراً صح^(٣) وإن قال له عندي رهن وقال المالك وديعة فقول المالك مع يمينه^(٤) وإن قال له علي ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه قبل^(٥) وإن قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه، وإن قال له علي وفسره بوديعة لم يقبل^(٦) وإن قال له في هذا المال ألف لزمه تسليمه، وإن قال له من

= يبلى وإن لم يكن قبلها نفي وصحة الإقرار بها» قال وهو الصحيح من مذهبه يعني الشافعية.

- (١) (في أحد الوجهين) وهو ظاهر قول الخرقى لأنه ليس بأكبر فجاز كالأقل.
- (٢) (الخرقى) ولا يصح من غير الجنس في غير هذا.
- (٣) (صح) في أحد الوجهين، وفي الآخر لا يصح وبه قال أبو بكر.
- (٤) (يمينه) هذا المذهب لأن العين ثبتت بالإقرار له وادعى المقر ديناً فكان القول قول من ينكره، ونقل أحمد عن ابن مسعود إذا قال له لي عنده وديعة، فقال هي رهن على كذا فعليه البينة أنها رهن.
- (٥) (قبل) كالمتمصل لأن إقراره تعلق بالمبيع، والأصل عدم القبض.
- (٦) (لم يقبل) هذا المذهب وقال به أكثر العلماء لأن علي الإيجاب في الذمة.

بسبب الحق، وإن قال له عليّ مائة ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً أو مؤجلة لزمه مائة جيدة حالة^(١)؛ وإن أقر بدين مؤجل فأنكر المقر له الأجل فقول المقر مع يمينه^(٢)، وإن أقر أنه وهب أو رهن وأقبض^(٣) أو أقر بقبض ثمن أو غيره^(٤) ثم أنكر القبض^(٥) ولم يجحد الإقرار وسأل إحلاف خصمه فله ذلك^(٦). وإن باع

(١) حالة لأن الإقرار حصل منه بالمائة مطلقاً فيصرف إلى الجيد الحال وما أتى به بعد سكوته لا يلتفت إليه وهذا مذهب الشافعي.

(٢) مع يمينه هذا المذهب لأنه مقر بالمال بصفة للتأجيل إذا اتصل الكلام، ويحتمل أن تلزمه حالة وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال كما لو قال قضيته إياها.

(٣) وأقبض إذا أقر أنه وهب زيداً كذا وأقبضه إياه أو أقر أنه رهنه كذا وأقبضه إياه.

(٤) (أو غيره) كصداق أجرة أو جعالة أو نحوها.

(٥) (القبض إلخ) فقال ما أقبضت الهبة ولا الرهن ولا قبضت الثمن أو نحوه وهو غير جاحد لإقراره ولا بينة بالإقباض والقبض.

(٦) (فله ذلك) له تحليف المقر له على ذلك هذا المذهب وبه قال الشافعي وأبو يوسف لاحتمال صحة قول خصمه لأن العادة جارية بالإقرار بذلك قبله فإن نكل حلف هو وقضى له. والوجه الثاني لا تلزمه اليمين وبه قال أبو حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لإقراره ولا تسمع.

مالي أو في ميراثي من أبي ألف أو نصف داري هذه وفسره بالهبة وقال بدا لي من تقييضه قبل^(١).

(فصل) ولو قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها وجب تسليمها للزوج^(٢) ولا ترد إلى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه، وله على الزوج أقل الأمرين من ثمنها أو مهرها ويحلف لزائد فإن نكل لزمه وإن أولدها فهو حر^(٣) ونفقته على أبيه ونفقتها على الزوج^(٤) فإن ماتت الأمة وتركت مالاً فللبائع قدر ثمنها وتركتها للمشتري

(١) (قبل) هذا المذهب جزم به في الهداية والمذهب والوجيز لأن إقراره يصلح أن يعود إليها من غير تناف وذكر القاضي وأصحابه أنه لا يقبل.

(٢) (للزوج) لاتفاقهما على حلها له واستحقاق إمسакها وإنما اختلفا في السبب.

(٣) (حر) ولا ولاء عليه لاعتراف السيد بذلك باعتراه بالبيع.

(٤) (على الزوج) لأنه إما زوج وإما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة.

شيثاً أو وهبه أو أعتقه ثم أقر أن ذلك كان لغيره لم يقبل قوله^(١) ولم ينفسخ البيع ولا غيره ولزمته غرامته^(٢)، وإن قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد وأقام بينة، قبلت^(٣) إلا

- (١) (لم يقبل قوله) على المشتري لأن إقراره على غيره.
(٢) (غرامته) للمقر له لأنه فوته عليه.
(٣) (قبلت) لإمكان ملكه بعد البيع ونحوه، فإن لم تكن بينة لم يقبل قوله لأنه خلاف =

والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه^(١) وبقيته موقوفة^(٢) وإن ماتت بعد الواطيء فقد ماتت حرة^(٣) وميراثها لولدها وورثتها^(٤) ولو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج عوضاً ليخلعها صحح وكان خلعاً صحيحاً^(٥) وفي حقهما استخلاصاً.

(فصل) وإن قال غضبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو ولزمه دفعه لزيد ويغرم قيمته لعمرو^(١) وقيل لا إقرار مع استدراك متصل^(٢) وإن قال لا أعرف عينه وصدقاؤه انتزع من يده وكانا خصمين فيه^(٣) وإن كذباه فقلوه مع يمينه فيحلف يميناً واحدة

- (١) (ما يدعيه) فإنه إما أن يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها وإن كان كاذباً فهي ملكه وتركتها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه.
(٢) (موقوفة) أي المال المتروك حتى يتبين المستحق.
(٣) (حرة) لاعتراف السيد بكونها صارت أم ولد وقد مات مستولدها.
(٤) (وورثتها) إن كانوا، فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحداً لا يدعيه، وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لأنه يدعي الثمن على الواطيء وميراثها ليس له لأنه قد مات قبلها، وإن راجع البائع فصدق الزوج فقال ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل في إسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها إن صارت أم ولد وقبل في غيرها من إسقاط الثمن واستحقاق المهر، وإن رجع الزوج فصدق البائع ثبتت الحرية ووجب الثمن لاتفاقهما على ذلك.
(٥) (صحيحاً) بالنسبة للزوج لأنه محكوم له بالزوجية.
(٦) (لعمرو) على الصحيح من المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً.
(٧) (متصل) واختاره الشيخ قال في الإنصاف وهو الصواب ولنا على لزوم دفعه إلى زيد أنه أقر له به فلم يقبل رجوعه عنه لأنه حق آدمي وعلى دفعه لعمرو قيمته أنه حال بينه وبين ملكه لإقراره لغيره فلزمه ضمانه كما لو أتلفه.
(٨) (كانا خصمين فيه) وإن كان لأحدهما بينة حكم بها وإلا أقرع بينهما فمن قرع حلف =

أن يكون قد أقر أنه ملكه أو أنه قبض ثم ملكه لم يقبل^(١).

(فصل) إذا قال: له على شيء^(٢) أو كذا قيل له فسره، فإن أبي حبس حتى

= الأصل لأن الأصل أن الإنسان إنما يتصرف فيما له التصرف فيه.

(١) (لم يقبل) منه بينة لأنها تشهد بخلاف ما أقر به فهو مكذب لها، وذكر الشيخ فيما إذا ادعى بائع بعد البيع أنه كان وقفاً عليه بمنزلة أن يدعى أنه قد ملكه الآن.

(٢) (شيء) إذا قال لفلان على شيء أو كذا صح إقراره ولزمه تفسيره قال في الشرح بغير خلاف، ويفارق الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والإقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله.

أنه لا يعلم من هو منهما. وإن ادعى رجلان داراً في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها فالمقر به بينهما^(١) وأما إن لم يدعي سبباً يقتضي الإشتراك لم يشاركه الآخر^(٢) وإن قال في مرضه هذا ألف لقطعة فتصدقوا به ولا مال له غيره لزم الورثة الصدقة به لو كذبوه^(٣).

(فصل) إذا مات رجل وخلف مائة فادعاهما بعينها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاهما آخر بعينها فأقر له بها فهي للأول^(٤) ويغرمها للثاني^(٥) وإن ادعى على ميت مائة

= وأخذه، وإن بين الغاصب مالكة بعد ذلك قبل منه كما لو بينه ابتداء.

(١) (بينهما) هذا المذهب اختاره أبو الخطاب وغيره لإعترافهما أن الدار لهما مشاعة وما غصبه الغاصب فهو بينهما.

(٢) (الآخر) وكان على خصوصته لأنهما لم يعترفا بالإشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه.

(٣) (كذبوه). هذا رواية عن أحمد وهو المذهب حكى عن القاضي وقدمه في الفروع وصححه الناظم وصاحب تصحيح المحرر لأن أمره بالصدقة يدل على تعديه فيجب امتثاله وإقراره في الصحة وقيل بثلته وهو رواية عن أحمد وجزم به في الوجيز لأنه جميع ماله في الوصية.

(٤) (لأول) لأنه قد أقر له بها ولا معارض له فوجب كونها له عملاً بالإقرار السالم عن المعارضة.

(٥) (لثاني) هذا المذهب وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم للثاني وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بمال وجب عليه الإقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان. ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له بإقراره لغيره فلزمه غرمه.

يفسره^(١)، فإن فسره بحق شفعة أو بأقل مال قبل^(٢)، وإن فسره بميتة أو خمر أو كقشر جوزة لم يقبل، ويقبل بكلب مباح نفعه أو حد قذف^(٣)، وإن قال: له علي ألف رجوع في تفسير جنسه إليه فإن فسره بجنس أو بأجناس قبل منه^(٤)، وإذا قال: له علي ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية^(٥)، وإن قال ما بين درهم إلى عشرة أو من درهم

- (١) (يفسره) لامتناعه من حق عليه كما لو عينه وامتنع من أدائه.
- (٢) (قبل) تفسيره إلا أن يكذبه المقر ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره.
- (٣) (حد قذف) لأنه حق آدمي وتصح الشهادة على الإقرار بالمجهول كالمعلوم.
- (٤) (منه) ذلك لأن لفظه يحتمله، وإن فسره بنحو كلاب لم يقبل.
- (٥) (ثمانية) لأن ذلك ما بينهما.

دينار هي جميع التركة فأقر له الوارث ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فإن كان في مجلس واحد فهي بينهما وإن كان في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني^(١) وإن خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة دينار على الميت فصدقه أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها^(٢) إلا أن يكون عدلاً فيحلف الغريم مع شهادته^(٣) ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين^(٤) وقال أصحاب الرأي يلزم المقر جميع الدين أو جميع ميراثه وهو أحد قولي الشافعي^(٥).

باب الإقرار بالمجمل^(١)

(فصل) إذا قال له علي قفيز حنطة بل قفيز شعير أو درهم بل دينار لزمه معاً^(٢)

- (١) (الثاني) لأن الأول استحق تسلمه كله بالإقرار فلا يقبل إقرار الوارث بما يسقط حقه لأنه إقرار على غيره.
- (٢) (نصفها) هذا المذهب وبه قال النخعي والحكم والحسن وإسحق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قولي.
- (٣) (شهادته) وإن كان ضامناً فيه لم تقبل شهادته على أخيه لدفعه بها عن نفسه ضرراً.
- (٤) (الابنين) لأنها ميراث لا تعلق بها لأحد سواهما.
- (٥) (الشافعي) رجوع إليه لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها ما فضل من الدين لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه.
- (٦) (بالمجمل) هو ما لم تتضح دلالاته وما احتمل أمرين فأكثر على السواء، ضد المفسر.
- (٧) (معاً) لأن الأول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما.

إلى عشرة لزمه تسعة^(٣)، وإن قال له عليّ درهم أو دينار لزمه أحدهما ويعينه^(٤)، وإن قال له عليّ ثمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم ونحوه فهو مقر بالأول^(١) والله سبحانه وتعالى أعلم.

متن
الكتاب
الأول

(١) (تسعة) لأن «من» لابتداء الغاية وأول الغاية منها و«إلى» لإنتهاء الغاية ولا يدخل فيها كأتموا الصيام إلى الليل.

هوامش
الكتاب
الأول

(٢) (ويعينه) لأن أو وأما في الخبر للشك وتقتضي أحد المذكورين لاهما.

(٣) (بالأول) هذا المذهب اختاره ابن حامد والقاضي وأصحابه وبه قال مالك والشافعي، لأن إقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه، والوجه الثاني يلزمه الجميع.

تم وبالحمد لله، ولا حول ولا قوة إلا بالله، وهو حسبنا ونعم الوكيل

وصلّى الله على خير خلقه محمد وآله وصحبه والتابعين

حصل الفراغ منه في جمادى الآخرة سنة ١٣٧٢

ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما^(١) وإن قال له ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط لا يدخل الحائطان^(٢) وإقراره بشجرة أو شجر ليس إقراراً بأرضها فلا يملك غرس مكانها لو ذهب^(٣) ولا يملك رب الأرض قلعها^(٤) وثمرتها للمقرر له^(٥) والإقرار بأرض إقرار بما فيها^(٦) وإقرار بأمة حامل ليس إقراراً بحملها^(٧).

متن
الكتاب
الثاني

(١) (منهما) وكذا جملتين أقر بإحدهما ثم رجع إلى الأخرى لزمه.

(٢) (الحائطان) ذكره القاضي في الجامع الكبير محل اتفاق.

(٣) (لو ذهب) كالبيع لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

(٤) (قلعها) لأن الظاهر أنها وضعت بحق.

(٥) (له) لأنها نماؤها، وعلم منه أن الإقرار ببناء أرض ليس إقراراً بها، ويبقى إلى أن ينهدم بلا

أجرة ولا يعاد بغير إذن رب الأرض، وكذا الإقرار بالزرع إلى الحصاد مجاناً.

(٦) (بما فيها) من بناء أو شجر لا زرع بر ونحوه.

(٧) (يحملها) ومثله لو أقر بغرس أو أتان أو ناقة حامل ونحوها..

هوامش
الكتاب
الثاني

وهذا آخر ما تيسر من حاشية هذا الكتاب، والله أعلم بالصواب، وأسأله حسن الخاتمة، وأن

يتقبل ذلك بمنه وكرمه، وأن ينفع به. وأن يجعله مقبولاً خالصاً لوجهه الكريم. وصلّى الله على

خاتم النبيين وسيد المرسلين. على ممر الأوقات. وعدد اللحظات واللفظات. وتكرر كلما ذكر

اسمه في هذا الكتاب وغيره ظاهراً أو مضمراً وآله وصحبه وسلم وكان الفراغ من تأليفها يوم

الإثنين الرابع عشر من رمضان سنة ١٣٧٣.

الفهرس

١٣١	ومنها النية
١٣٤	آداب المشي إلى الصلاة
	صفة الصلاة، وما يكره فيها، وأركانها، وواجباتها، وسننها، وما يتعلق بذلك
١٣٦	سجود السهو
١٦٦	صلاة التطوع
١٨٤	صلاة الجماعة
٢٠٠	صلاة أهل الأعذار
٢١٠	صلاة الجمعة
٢١٩	صلاة العيدين
٢٢٢	صلاة الكسوف
٢٢٤	صلاة الاستسقاء
٢٢٧	(كتاب الجنائز)
٢٤٩	(كتاب الزكاة)
٢٥٦	زكاة بهيمة الأنعام
	زكاة الحبوب والثمار والخارج من الأرض
٢٦١	زكاة النقدين وحكم التحلي .
٢٧٦	زكاة عروض التجارة
٢٧٩	زكاة الفطر
٢٨١	إخراج الزكاة
٢٨٦	أهل الزكاة ثمانية
٢٩٣	(كتاب الصيام)
	ما يفسد الصوم ويوجب الكفارة
٢٩٩	

الموضوع	الصفحة
مقدمة الطبعة الثالثة	٥
تصدير	٦
ترجمة المؤلف	٧
هذا الكتاب	٩
صورة خط المؤلف	١٠
مقدمة المؤلف	١١
مقدمة زاد المستقنع وشرحها .	١٥
(كتاب الطهارة)	١٨
الآتية	٢٩
الاستنجاء وآداب التحلي	٣٣
السواك وسنن الوضوء	٣٨
فروض الوضوء	٤٣
صفة الوضوء	٤٨
مسح الخفين وسائر الحوائل .	٥٤
نواقض الوضوء	٦٠
الغسل وما يسن له	٦٧
التييم	٧٥
إزالة النجاسة	٨٥
الحيض	٩٣
(كتاب الصلاة)	١٠٤
الآذان والإقامة	١٠٦
شروط الصلاة	١١٢
منها ستر العورة	١١٨
ومنها اجتناب النجاسات	١٢٦
ومنها استقبال القبلة	١٢٩

٤٧٦ بيع الأصول والثمار
 ٤٨٤ السلم، والتصرف في الدين ...
 ٤٩٢ القرض
 ٤٩٥ الرهن
 ٥٠٢ الضمان والكفالة
 ٥٠٧ الحوالة
 ٥٠٨ الصلح
 ٥١٩ الحجر
 ٥٣٥ الوكالة
 ٥٤٥ الشركة
 ٥٦٥ المساقاة
 ٥٧٤ الإجارة
 ٦٠٥ السبق
 ٦٠٨ العارية
 ٦١٣ الغصب
 ٦٢٨ الشفعة
 ٦٤٠ الوديعة
 ٦٤٥ إحياء الموات
 ٦٥٤ الجعالة
 ٦٥٦ اللقطة
 ٦٦٢ اللقيط
 ٦٦٤ (كتاب الوقف)
 ٦٨٤ الهبة والعطية
 ٦٩٥ (كتاب الوصايا)
 ٦٩٩ الموصى له
 ٧٠١ الموصى به
 ٧٠٣ الوصية بالأنصاء والأجزاء
 ٧٠٤ الموصى إليه
 ٧٠٧ (كتاب الفرائض)

صوم التطوع وما يكره منه،
 وذكر ليلة القدر ٣٠٥
 الاعتكاف وأحكام المساجد . ٣٠٨
 (كتاب المناسك) ٣١٦
 المواقيت ٣٢٤
 الإحرام والتلبية ٣٢٧
 محظورات الإحرام ٣٣٤
 الفدية ٣٤٤
 جزاء الصيد ٣٥١
 صيد الحرمین ونباتهما ٣٥٢
 دخول مكة ٣٥٦
 صفة الحج والعمرة ٣٦٥
 القوات والإحصار ٣٨٢
 الهدى والأضاحي والعقيقة ... ٣٨٧
 (كتاب الجهاد) ٣٩٨
 ما يلزم الإمام والجيش ٤٠٧
 قسمة الغنيمة ٤١١
 حكم الأرضين المغنومة ٤١٦
 الفياء ٤١٩
 الأمان ٤٢٠
 الهدنة ٤٢١
 عقد الذمة وأحكامها ٤٢٣
 أحكام الذمة فيما لهم وعليهم ٤٢٥
 (كتاب البيع) ٤٢٩
 الشروط في البيع ٤٤٧
 الخيار في البيع، والتصرف في
 المبيع قبل قبضه، والإقالة ٤٤٩
 الربا والصرف، وتحريم
 الحيل ٤٦٧

٨١٨ (كتاب الطلاق)
 ٨٢٢ طلاق السنة والبدعة
 ٨٢٥ صريح الطلاق وكنايته
 ٨٣٢ ... ما يختلف به عدد الطلاق ...
 الطلاق في الماضي
 والمستقبل ٨٣٧
 تعليق الطلاق بالشروط ٨٤١
 التأويل في الحلف ٨٥٥
 الشك في الطلاق ٨٥٦
 الرجعة ٨٦٠
 (كتاب الإيلاء) ٨٦٥
 (كتاب الظهار) ٨٦٧
 (كتاب اللعان، أو ما يلحق من
 النسب) ٨٧٥
 (كتاب العدد) ٨٧٩
 الاستبراء ٨٩٥
 (كتاب الرضاع) ٨٩٨
 (كتاب النفقات) ٩٠٧
 نفقة الأقارب والمماليك
 والبهائم ٩١٦
 الحضانة ٩٢٣
 (كتاب الجنائيات) ٩٢٥
 شروط القصاص ٩٣١
 استيفاء القصاص ٩٣٣
 العفو عن القصاص ٩٣٧
 ما يوجب القصاص فيما دون
 النفس ٩٤٠
 (كتاب الديات) ٩٤٥

العصابات ٧١٢
 أصول المسائل ٧١٤
 ذوو الأرحام ٧١٨
 ميراث الحمل، والخنثى
 المشكل ٧٢٠
 ميراث المفقود والغرقى ٧٢١
 ميراث أهل الملل ٧٢٣
 ميراث المطلقة ٧٢٤
 الاقرار بمشارك في الميراث .. ٧٢٤
 ميراث القاتل والمبغض والولاء . ٧٢٥
 المفقود ٧٢٦
 (كتاب العتق) ٧٢٧
 الكتابة ٧٢٩
 التدبير (تعليق العتق بالموت) ٧٢٩
 الولاء ٧٣٢
 أحكام أمهات الأولاد ٧٣٣
 (كتاب النكاح، وخصائص
 النبي ﷺ) ٣٣٧
 أركان النكاح وشروطه ٧٤٦
 المحرمات في النكاح ٧٥٨
 الشروط والعيوب في النكاح .. ٧٦٦
 العيوب في النكاح ٧٧٢
 نكاح الكفار ٧٧٤
 الصداق ٧٧٨
 وليمة العرس ٧٨٩
 عشرة النساء ٧٩٧
 القسم والنشوز ٧٩٩
 الخلع ٨٠٩

١٠٣١ النذر
 ١٠٣٦ (كتاب القضاء)
 ١٠٤٤ آداب القاضي
 ١٠٥٠ طريقة الحكم وصفته
 ١٠٦١ كتاب القاضي إلى القاضي ...
 ١٠٦٤ القسمة
 ١٠٧١ الدعاوي والبيئات
 ١٠٧٧ تعارض البيئتين
 ١٠٧٦ (كتاب الشهادات)
 ١٠٨٢ من تقبل شهادتهم
 ١٠٨٦ موانع الشهادة وعدد شهوده ..
 أقسام المشهود به وعدد
 ١٠٨٨ شهوده
 ١٠٩١ الشهادة على الشهادة
 ١٠٩٥ اليمين في الدعاوي
 ١٠٩٨ كتاب الإقرار
 ١١٠٢ ما يحصل به الإقرار
 الحكم إذا وصل بإقراره
 ١١٠٣ ماغيره
 ١١٠٧ الإقرار بالمجمل
 ١١٠٩ الفهرس

٩٥٢ مقادير ديات النفس
 ٩٥٨ ديات الأعضاء ومنافعها
 ٩٦٢ الشجاج وكسر العظام
 ٩٦٥ العاقلة وما تحمله
 ٩٦٨ كفارة القتل
 ٩٦٩ القسامة
 ٩٧٠ (كتاب الحدود)
 ٩٧٤ حد الزنا
 ٩٧٨ حد القذف
 ٩٧٩ حد المسكر
 ٩٨٢ التعزير
 ٩٨٥ القطع في السرقة
 ٩٩٠ حد قطاع الطريق
 ٩٩١ حد المحاربين
 ٩٩٥ قتال أهل البغي
 ٩٩٩ حكم المرتد
 ١٠٠٦ (كتاب الأطعمة)
 ١٠١١ الزكاة
 ١٠١٦ الصيد
 ١٠٢١ (كتاب الأيمان)
 ١٠٢٥ جامع الأيمان