

الأختصار

لتعريف المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقينة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثالث

دار الفكر العربي

مَنْ يُرِدِ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا يُضَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

وهي مشتقة من التحول بمعنى الانتقال ، يقال : تحوّل من المنزل إذا انتقل عنه ، ومنه تحويل الفراش . وفي الشرع : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولهذا قلنا : إذا صحّت الحوالة برئ المحيل لتحويله إلى ذمة المحال عليه ، لأن من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين في زمان واحد ، وهو عقد مشروع ، قال صلى الله عليه وسلم « من أحيّل على مليء فليتبّع » أمر باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به ، حتى إن من العلماء من قال بوجوب الاتباع نظرا إلى ظاهر الحديث ، ونحن نقول : المراد منه الإباحة ، لأن تحوّل حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالمليء حكما للغالب ، لأن الغالب في الحوالات ذلك لأنه شرط الجواز ، ثم عند أبي يوسف الحوالة توجب براءة المحيل من الدين والمطالبة براءة مؤقّته إلى أن يتوى ما على المحال عليه ، حتى لو أبرأ المحال المحيل صحّ ؛ ولو أبرأ المحال الراهن المرتهن بدينه استردّ الرهن . وعند محمد توجب البراءة من المطالبة دون الدين فلا يصحّ الإبراء ، ولا يستردّ الراهن الرهن . لحمد رحمه الله أن نقل الدين غير ممكن لأنه تمليك المسال وذلك لا يقبل النقل ، وموجبه المطالبة وهي تقبل للنقل ، ولهذا لو أدى المحيل الدين أجبر المحال على قبوله . ولأبي يوسف رحمه الله أن الحوالة أضيفت إلى الدين ، ولو أضيفت إلى المطالبة لا تكون حوالة ، فوجب القول بتحويل الدين

وهي جائزة بالديون دون الأعيان ، وتصحح برضا المحيل والمحتمل والمحال عليه ؛ وإذا تمت الحوالة برى (ز) المحيل حتى لو مات لا يأخذ المحتمل من تركته ، لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتمل إلا أن يموت المحال عليه مفلساً (سم) . أو يحدد (ف) ولا بينة عليه ، فان طالب المحتمل عليه المحيل فقال : إنما أحلت يديني لي عليك لم يقبل ، وإن طالب المحيل المحتمل بما أحاله به فقال : إنما أحلتني يديني لي عليك لم يقبل .

لحقيقة الإضافة ، وإنما صح الأداء من المحيل لأنه ثبت له بالحوالة براءة مؤقتة ، وبالأداء تثبت له براءة موبدة وأنه زيادة فائدة .

قال (وهي جائزة بالديون دون الأعيان) لما مر أنها تبني على التحول ، وإنما تتحول الديون دون الأعيان . قال (وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحال عليه) أما المحيل فلأنه الأصل في الحوالة ، ومنه توجد ؛ وذكر في الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط لأن المحال عليه يتصرف في نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ، لأنه لا يرجع عليه إلا برضاه . وأما المحتمل والمحال عليه ، فلتفاوت الناس في القضاء والاقضاء ، ففعل المحال عليه أعسر وأفلس ، والمحال أشد اقتضاء ومطالبة ، فيشترط رضاهما دفعا للضرر عنهما . قال (وإذا تمت الحوالة برى المحيل) لما مر . وقال زفر : لا يبرأ لأنها للاستيثاق بقي الدين على المحيل كالكفالة . وجوابه مامر أنها من التحويل ، ولا بقاء مع التحويل على ما بينا فيبرأ المحيل (حتى لو مات لا يأخذ المحتمل من تركته ، لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتمل إلا أن يموت المحال عليه مفلساً أو يحدد ولا بينة عليه) لأنه عجز عن الوصول إلى حقه ، والمقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت مقيدة بالسلامة ، فإذا فاتت السلامة انفسخت كالعيب في المبيع . وعندهما يرجع بوجه آخر أيضا ، وهو أن يحكم الحاكم بإفلامه في حياته بناء على أن الإفلاس يتحقق عندهما بقضاء القاضى وعنده لا . قال (فان طالب المحتمل عليه المحيل فقال : إنما أحلت يديني لي عليك لم يقبل) وعليه مثل ما أحال لتحقق السبب وهو قضاء دينه بأمره ، لكن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر ، والقول قول المنكر ، والحوالة ليست إقراراً بالدين فانها تكون بدونه (وإن طالب المحيل المحتمل بما أحاله به فقال : إنما أحلتني يديني لي عليك لم يقبل) لأن المحتمل يدعى عليه الدين وهو ينكر ، وفي الحوالة معنى الوكالة فيكون القول قوله .

كتاب الصلح

وَيَجُوزُ مَعَ الْإِقْرَارِ وَالسُّكُوتِ (ف) وَالْإِنْكَارِ (ف) ؛ فَإِنْ كَانَ عَنْ إِقْرَارٍ وَهُوَ بِمَالٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ بِمَنَافِعَ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْإِجَارَةِ فَإِنْ اسْتَحَقَّ فِيهِ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَدَّ حِصَّتَهُ مِنَ الْعِيُوضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ رَدَّ الْجَمِيعَ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ كُلَّ الْمَصَالِحِ عَلَيْهِ رَجَعَ بِكُلِّ الْمَصَالِحِ عَنْهُ ، وَفِي الْبَعْضِ بِحِصَّتِهِ . وَالصُّلْحُ عَنْ سَكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِإِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ،

كتاب الصلح

وهو ضد الفساد ، يقال : صلح الشيء إذا زال عنه الفساد ، وصلح المريض إذا زال عنه المرض ، وهو فساد المزاج ، وصلح فلان في سيرته إذا أفلح عن الفساد . وفي الشرع : عقد يرتفع به التنازع والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن ، وهو عقد مشروع منتهوب إليه ، قال تعالى - فأصلحوا بينهما - وقال تعالى - والصلح خير - وقال صلى الله عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرم حلالا أو حل حراما » وقال عمر رضي الله عنه : ردوا الخصوم كي يصطلحوا .

قال (ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار) لإطلاق ما روينا من النصوص . قال أبو حنيفة رضي الله عنه : أجد ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس ، لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثارات ، وهو في الصلح عن الإنكار أبلغ ، وللحاجة أثر في تجويز المعاهدات ، ففي إبطاله فتح باب المنازعات . قال (فإن كان عن إقرار وهو بمال عن مال فهو كالبيع) لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال براضى المتعاقدين والعبرة للمعاني ، فيثبت فيه خيار الرؤية والعيب والشرط والشفعة ، ويشترط القدرة على تسليم البديل ويفسده جهالة البديل لإفضائها إلى المنازعة ، ولا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه إسقاط . قال (وإن كان بمنافع عن مال فهو كالإجارة) لوجود معنى الإجارة ، وهو تملك المنافع بمال حتى تبطل بموت أحدهما في المدة كما في صورة الإجارة (فإن استحق فيه بعض المصالح عنه ردت حصته من العوض ، وإن استحق الجميع ردت الجميع) لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك (وإن استحق كل المصالح عليه رجع بكل المصالح عنه وفي البعض بحصته) لأنه مبادلة لما مر . قال (والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة في حق المدعى) لأن من زعمه أنه يأخذ عوضا عن ماله وأنه محق في دعواه (وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين)

وَأَنَّ اسْتِحْقَاقَ فِيهِ الْمَصَالِحِ عَلَيْهِ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِي كُلِّهِ وَفِي الْبَعْضِ
بِقَدْرِهِ ، وَأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَدَّ الْعَوَضَ ، وَأَنَّ اسْتِحْقَاقَ بَعْضِهِ رَدَّ
حَصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ ، وَهَلَاكُ الْبَدَلِ كَاسْتِحْقَاقِهِ فِي الْفَصْلَيْنِ ،
وَيَجُوزُ الصَّلْحُ عَنْ مَجْهُولٍ (ف) ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَيَجُوزُ عَنْ
جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطِئِ ،

لأن من زعمه أن لاحق عليه وأن المدعى مبطل في دعواه ، وإنما دفع المال لثلا يحلف
ولتنقطع الخصومة (وإن استحق فيه المصالح عليه رجوع إلى الدعوى في كله وفي البعض
بقدره) لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه ، فإذا لم يسلم له رجوع إلى دعواه
لأنه البدل (وإن استحق المصالح عنه ردّ العوض) ورجوع بالخصومة (وإن استحقّ بعضه
رد حصته ورجع بالخصومة فيه) لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه ،
فإذا استحققت الدار ظهر أن لاختصومة فبطل غرضه فيرجع بالعوض ، وفي البعض خلا
العوض عن بعض العوض فيرجع بقدره (وهلاك البدل) قبل التسليم (كاستحقاقه
في الفصلين) قال (ويجوز الصلح عن مجهول) لأنه إسقاط (ولا يجوز إلا على معلوم)
لأنه تملك فيؤدى إلى المنازعة .

والصلح على أربعة أوجه : معلوم على معلوم . ومجهول على معلوم وهما جائزان ، وقد مرّ
الوجه فيهما . ومجهول على مجهول . ومعلوم على مجهول وهما فاسدان . فالخاص أن كلّ
ما يحتاج إلى قبضه لا بدّ أن يكون معلوماً لأن جهالته تفضى إلى المنازعة ، وما لا يحتاج
إلى قبضه يكون إسقاطاً ولا يحتاج إلى علمه به لأنه لا يفضى إلى المنازعة ، ولو ادعى حقاً
في دار لرجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقاً في أرضه فاصطالحا على أن يدفع أحدهما
مالا إلى الآخر لا يجوز ؛ وإن اصطالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز ، لأنه
لا يحتاج إلى التسليم وفي الأولى يحتاج إليه ، ولو ادعى داراً فصالحه على قدر معلوم منها
جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقي ، والبراءة عن العين وإن لم تصحّ
لكن البراءة عن الدعوى تصحّ ، فصححناه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة . قال (ويجوز)
الصلح (عن جنابة العمد والخطأ) في النفس وما دونها لإطلاق النصوص ولقوله تعالى
- فن عفى له من أخيه شيء - نزلت عقيب ذكر القصاص ، ومعناه : فن عفى له من دم
أخيه شيء : أى ترك القصاص ورضى بالمسال ، يدلّ عليه قوله تعالى - فاتباع بالمعروف
وأداء إليه باحسان - أى يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه أو بالدية ولا يطلب أكثر من
حقه ، ويؤدّى المطلوب إلى الطالب ، ما وجب عليه من المسال من غير مماطلة ، مروى ذلك
عن ابن عباس رضى الله عنهما وغيره ، وهذا في العمد . وأما الخطأ فلأن الواجب هو

وَلَا يَجُوزُ عَنِ الْخُدُودِ ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَجَحَدَتْ ثُمَّ صَالَحَتْهُ
عَلَى مَا لِيَتْرَكَ الدَّعْوَى جَازًا ، وَلَوْ صَالَحَهَا عَلَى مَا لِيَتَّقِرَّ لَهُ بِالنِّكَاحِ جَازًا
وَلَوْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَصَالَحَهَا جَازًا ،

المال فأشبهه سائر الديون ، إلا أنه لو صالح في العمد على أكثر من الدية جاز ، لأن الواجب القصاص وليس بمال ، وفي الخطأ لو صالح على أكثر من الدية لايجوز لأن الواجب المال فالزيادة ربا ، وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية . أما إذا صالحه على نوع آخر كالخنطة والشعير ونحوهما فإنه يجوز بالغة ما بلغت لأنها من خلاف الواجب فلا ربا ، وكل ما يصلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ، ومالا فلا ، لأن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، فان صالحه على خمر أو خنزير سقط القصاص ولا يجب شيء لأن المال ليس من ضرورات الصلح فلغا ذكر العوض فيبقى عفوا ، وفي الخطأ تجب الدية لأنه الموجب الأصلي فتي فسد العوض رجع إليه كما في النكاح متى فسد المسمى يرجع إلى مهر المثل لأنه موجب أصلي لا ينفك عنه النكاح إلا بتسمية غيره ، فاذا عدت التسمية أو فسدت رجع إليه ، ولا كذلك العمد ؛ ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع ، ولو قطعت يده فصالحته على أن يتزوجها وقد برأت يده جاز ، لأنه صالحها على أرش وجب له عليها وسقط الأرش ، وإن مات منها لها مهر مثلها وعليها الدية في ثلاث سنين ، لأنه ظهر أن حظه في القتل فلم تصح التسمية ، ولو استحق العبد المصالح عليه رجع بقيمته في العمد وبالدية في الخطأ وقد عرف وجهه ، ولو وجد عينا يسيرا ردة في الخطأ ولا يرد في العمد إلا بالفاحش فيرد ، ويأخذ قيمته ، لأن الصلح في الخطأ يحتمل الفسخ لوقوعه عن مال ، وفي العمد لا يحتمل الفسخ لأنه عن القصاص وقد سقط فلا سبيل إلى استرداده فيرجع بقيمة العوض كالنكاح والخلع . قال (ولا يجوز الحدود) لأنها حق الله تعالى والمغلب في حد القذف حق الشرع عندنا ، ولا يجوز الاعتياض عن حق الغير ، ولهذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى الطريق العام كالظلة والروشن ونحوهما لأنه حق العامة ، ولا يملك الاعتياض عن نصيبه لأنه غير منتفع به ، ولو صالحه الإمام في الظلة ونحوها جاز إذا رأى ذلك مصلحة للمسلمين ويضع بدله في بيت المال كما إذا باع شيئا من بيت المال . قال (ولو ادعى على امرأة نكاحا فجحدت ثم صالحته على مال ليترك الدعوى جاز) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخلع ويكون في حقها لدفع الخصومة ، ويحرم عليه ديانة إذا كان مبطلا (ولو صالحها على مال لتقر له بالنكاح جاز) ويجعل زيادة في المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد في مهرها (ولو ادعت المرأة النكاح فصالحها) على مال (جاز) وقيل لا يجوز ، وجه الجواز

وإن ادعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز ولا ولاء عليه .
عبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو مؤسر فصالحه الآخر على أكثر
من نصف قيمته لم يجز ، ويجوز صلح المدعى المنكر على مال ليقر له
بالعين ؛ والفضولي إن صالح على مال وضمنه أو سلمه أو قال : على
ألني هذه صح ؛ وإن قال : على ألف لفلان يتوقف على إجازة المصالح
عنه ؛ والصلح عما استحق بعقد المدبنة أخذ لبعض حقه وإسقاط
الباقى وليس معاوضة ؛

جعله زيادة في المهر ، ووجه عدم الجواز وهو الأصح أنه إنما أعطاه المال لترك
الدعوى ، فإن تركها وكان فرقة فهو لا يعطى في الفرقة البدل ، وإن لم تترك الدعوى .
فما حصل له غرضه فلا يصح . قال (وإن ادعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز
ولا ولاء عليه) لأنه أمكن تصحيحه بجعله في حق المدعى كالتعق على مال ، وفي حق
المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر ، الأصل فلهذا لم يكن عليه ولاء لإنكاره ،
فإن أقام المدعى بينة بعد ذلك أنه عبده لم تقبل ، لأن من زعمه أنه أعتقه على مال ، وأن
العبد اشترى نفسه بهذا المال ، لكن يثبت الولاء عملاً بالبينة . قال (عبد بين رجلين أعتقه
أحدهما وهو مؤسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجز) الفضل لأن القيمة
منصوص عليه ، قال صلى الله عليه وسلم « قوم عليه باقيه » فلا تجوز الزيادة عليه ، ولو
صالحه على عوض جاز لعدم الجنسية فلا ربا . قال (ويجوز صلح المدعى المنكر على مال
ليقر له بالعين) وصورته : رجل ادعى على رجل عينا في يده فأنكره فصالحه على مال
ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون في حق المنكر كالباع ، وفي حق المدعى كالزيادة
في الثمن . قال (والفضولي إن صالح على مال وضمنه أو سلمه ، أو قال : على ألني هذه
صح) ولزمه تسليم المال ، ولا يرجع على المدعى عليه بشيء لأنه تبرع ، وإنما صح
الصلح لأنه أضافه إلى نفسه أو إلى ماله . والحاصل للمدعى عليه البراءة ، ولا ضرر عليه
في ذلك فيصح ، وصار كالكفالة بغير أمر المدبون (وإن قال : على ألف لفلان يتوقف
على إجازة المصالح عنه) إن أجازته جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل كالألحاح والنكاح
وغيرهما من تصرفات الفضولي ، ولو قال : صالحتك على ألف وسكت قيل ينفذ ويجب
عليه لأنه أضاف العقد إلى نفسه كقوله اشتريت ؛ وقيل يتوقف على إجازة المدعى عليه لأن
الإضافة لم تتحقق إليه ، لأن الفعل كما يقع لنفسه يقع لغيره ، وإنما يعتبر واقعا له إذا كان
له فيه منفعة ، ولا منفعة له هنا وإنما المنفعة للمدعى عليه فاعتبر واقعا له ، بخلاف قوله
صالحني ، لأن الياء كناية عن المفعول فقد جعل نفسه مفعول الصلح فيقع له : قال (والصلح
عما استحق بعقد المدبنة أخذ لبعض حقه وإسقاط الباقى وليس معاوضة) لأننا لو اعتبرنا :

فإنَّ صالِحَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ بِخَمْسِيَّةٍ ، أَوْ عَنَ أَلْفِ جِيَادٍ بِخَمْسِيَّةٍ زَيْوْفٍ ، أَوْ عَنَ حَالَةٍ بِمِثْلِهَا مُؤَجَّلَةٌ جَازٌ ، وَلَوْ صالِحَهُ عَلَى دَنانِيرٍ مُؤَجَّلَةٍ لَمْ يَجِزْ ، وَلَوْ صالِحَهُ عَنَ أَلْفِ سَوْدٍ بِخَمْسِيَّةٍ بَيْضٍ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَى غَدَاً خَمْسِيَّةً عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِيَّةٍ ، فَلَمْ يُوَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِجَاهِلِهَا (س) .

معاوضة يكون ربا ، وتصحيح تصرفه واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه (فإن صالحه على ألف درهم بخمسة ، أو عن ألف جياذ بخمسة زيوف ، أو عن حالة بمثلها مؤجلة جاز) في الأولى أسقط بعض حقه ، وفي الثانية بعضه والصفة ، وفي الثالثة تعذر جعله معاوضة النقد بالنسيئة لحرمة فحملناه على تأجيل نفس الحق وكل ذلك حقه فله إسقاطه (ولو صالحه على دنانير مؤجلة لم يجز) لأنه بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ، وإنه لا يجوز لأنها ليست من جنس الحق المستحق ليكون إسقاطا لبعضه وتأجيلا لبعضه فتعين ما ذكرناه ؛ ولو صالحه على ألف مؤجلة بخمسة حالة لم يجز لأنه اعتياض عن الأجل ، ولا يجوز لأن المعجلة خير من المؤجلة ، فيكون التعجيل بازاء ما حط عنه فلا يصح . قال (ولو صالحه عن ألف سود بخمسة بيض لا يجوز) لأن البيض غير مستحقة فيكون معاوضة وإنه لا يجوز (ولو قال له : أدِّ إلى غدا خمسة على أنك بريء من خمسة فلم يؤدها إليه فالألف بجاهلها) وقال أبو يوسف : سقط خمسة ، وأجمعوا أنه لو أدت خمسة غدا بريء ، لأبي يوسف أنه إبراء مطلق لأنه جعل الأداء عوضا عن الإبراء نظرا إلى كلمة على ، والأداء لا يصلح أن يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه . ولهما أنه إبراء مقيد بشرط الأداء ، وأنه غرض صالح حلدا من إفلاسه أو ليتوسل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة أو قضاء دين أو دفع حبس ، فإذا فاش الشرط بطل الإبراء ، وكلمة على تحمل الشرط فيحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف . ولو قال : أبرأتك من خمسة من الألف على أن تعطيني الخمسة غدا صح الإبراء أعطى الخمسة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء ووقع الشك في تعليقه بالشرط فلا يتقيد ، بخلاف المسألة الأولى لأنه من حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك . ولو قال : أدِّ إلى خمسة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت فهو إبراء مطلق ، لأن الأداء واجب عليه في جميع الأوقات فلم يصلح عوضا فلم يتقيد . ولو قال : صالحتك من الألف على خمسة تدفعها إلى غدا وأنت بريء من الباقي على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك فهو كما قال لأنه صرح بالتقيد . ولو ادعى عبدا فصالحه على غلته شهرا لم يجز ، وعلى خدمته شهرا يجوز ، لأنها معلومة

وَلَوْ صَالِحَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ عَنِ نَصِيْبِهِ بِثَوْبٍ ، فَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ الثَّوْبِ إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ رُبْعَ الدَّيْنِ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَدْيُونُ بِنِصْفِهِ ، وَلَا يَجُوزُ صَلْحُ أَحَدِهِمَا فِي السَّلْمِ عَلَى أَخْذِ نَصِيْبِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ صَالِحَ الْوَرِثَةِ بَعْضُهُمْ عَنِ نَصِيْبِهِ بِمَالٍ أَعْطَوْهُ ، وَالْتَرَكَةَ عَرُوضٌ جَازٌ قَلِيلاً أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيراً ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ خِلَافَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ وَعَرُوضاً

والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم ، لأنها لا تجب إلا بعد الإجارة والعمل . قال (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه بثوب فشريكه إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأن له حق المشاركة لأنه عوض عن دينه ، فاذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأنه حقه في الدين لافي الثوب (وإن شاء اتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته في ذمته ، لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره ، والدين المشترك كالملوروث وقيمة عين مسهلكة بينهما وثمان مبيع ونحوه . قال (ولا يجوز صلح أحدهما في السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتوقف على إجازة شريكه ، فان رد بطل أصلاً وبقى المسلم فيه بينهما على حاله وإن أجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقى الطعام بينهما ، لأنه قسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ، كما إذا كان لهما على رجل دراهم وعلى آخر دنانير ، فتصالحا على أن لهذا الدرهم ولهذا الدنانير فانه لا يصح . وبيان كونه قسمة أنه يمتاز أحد النصيبين عن الآخر ولأنه فسخ على شريكه عقده ، فلا يجوز لأن العقد صدر منهما ، ولهذا يرجع عليه بنصف رأس المال إذا توى الباقي على المطلوب . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز الصلح وله نصف رأس المال ، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قبض وإن شاء اتبع المطلوب بنصفه ، إلا إذا توى عليه فيرجع على شريكه ، له الاعتبار بسائر الديون ، وبما إذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه . قال (وإن صالح الورثة بعضهم عن نصيبه بمال أعطوه والتركة عروض جاز قليلا أعطوه أو كثيرا) لما بينا أنه في معنى البيع ، وعثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير . قال (وكذلك إن كانت أحد النقدين فأعطوه خلافه) لأن بيع المجلس بخلافه جائز (وكذلك لو كانت نقدين فأعطوه منهما) ويصرف لكل واحد منهما إلى خلاف جنسه ، وقد مر في البيوع ؛ ثم إن كان في يده شيء من التركة ، إن كان مقرأ به يكون أمانة ، فلا بد من تجديد القبض فيه لأنه أضعف من قبض الصلح فلا ينوب عنه ، وإن كان جاحدا له صار مضمونا عليه فينوب عن قبض الصلح (ولو كانت نقدين وعروضاً

فَصَالِحُوهُ عَلَى أَحَدِ النَّقْدَيْنِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيْبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الصَّلْحِ عَرَضًا جَازَ مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دِيُونٌ فَأَخْرَجُوهُ مِنْهَا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لَا يَجُوزُ ، وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةَ الْغُرْمَاءِ جَازَ .

كتاب الشركة

فصالحوه على أحد النقدين ، فلا بدَّ أن يكون أكثر من نصيبه من ذلك الجنس (ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة تحرزًا عن الربا) ولو كان بدل الصلح عرضًا جاز .مطلقًا) لعدم تحقق الربا ، وكلّ موضع يقابل فيه أحد النقدين بالآخر يشترط القبض بالجلس لأنه صرف . قال (وإن كان في التركة ديون فأخرجوه منها على أن تكون لهم لا يجوز) لأنه تملك الدين من غير من عليه الدين (وإن شرطوا براءة الغرماء جاز) لأنه إسقاط أو تملك الدين ممن هو عليه وإنه جائز ، وإن كان على الميت دين لا يصلحون ولا يقسمون حتى يقضوا دينه لتقدم حاجته ، ولقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وإن قسموها ، فإن كان الدين مستغرقًا للتركة بطلت لأنه لا ملك لهم فيها ، وإن كان غير مستغرق جاز استحسانًا لإقياسا ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

الشرك : النصيب ، قال صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد » أى نصيبا : قال النابغة الجعدي :

وشاركنا قريشا في تقاها وفي أحسابها شرك العنان

أى أخذنا نصيبا من التقي والحسب مثل نصيب قريش منهما ، كشركة العنان لكل واحد نصيب من المال والكسب ، وسمى الشريكان لأن كل واحد منهما شركا في المال : أى نصيبا . وهى فى الشرع : الخلطة وثبوت الحصّة ، وهى مشروعة بالنصوص ، قال عايه الصلاة والسلام « يد الله على الشريكين ما لم ينخ أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » وقال عليه الصلاة والسلام « الشريكان الله ثالثهما ما لم ينخونا ، فإذا خاننا محيت البركة بينهما » وكان قيس بن السائب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تجارة البز والأدم . وذكر الكرخى أسامة بن شريك ، وقال عليه الصلاة والسلام فى صفته « كان شريكى وكان خير شريك لا يشارى ولا إيمارى ولا يدارى » أى لا يلبح ولا يجادل ولا يدافع عن الحق ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بها

الشَّرِكَةُ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ مِلْكٍ ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ . فَشَرِكَةُ الْمَلِكِ نَوْعَانِ : جَبْرِيَّةٌ ، وَاخْتِيَارِيَّةٌ . وَشَرِكَةُ الْعُقُودِ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ فِي الْمَالِ ، وَشَرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ . فَالشَّرِكَةُ فِي الْأَمْوَالِ أَنْوَاعٌ : مُفَاوِضَةٌ ، وَعِنَانٌ ، وَوَجُوهٌ ، وَشَرِكَةُ فِي الْعُرُوضِ . وَالشَّرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ نَوْعَانِ : جَائِزَةٌ وَهِيَ شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ ، وَفَاسِدَةٌ وَهِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْمُبَاهَاتِ . أَمَّا الْمُفَاوِضَةُ فَهِيَ أَنْ يَتَسَاوَىا فِي التَّصَرُّفِ وَالذِّينِ (س) وَالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ .

فلم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعا . قال (الشركة نوعان : شركة ملك ، وشركة عقد . فشركة الملك نوعان : جبرية ، واختيارية . وشركة العقود نوعان : شركة في المال ، وشركة في الأعمال . فالشركة في الأموال أنواع : مفاوضة ، وعنان ، ووجوه ، وشركة في العروض . والشركة في الأعمال نوعان : جائزة وهي شركة الصنائع ، وفاسدة وهي الشركة في المباهات) وسيأتيك بيان ذلك إن شاء الله تعالى . أما شركة الأملاك ، أما الجبرية بأن يختلط مالان لرجلين اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما أو يرثان مالا . والاختيارية أن يشتريا عينا أو يتبا أو يوصى لهما فيقبلان أو يستوليا على مال أو يختلطا مالهما ، وفي جميع ذلك كل واحد منهما أجنبي في نصيب الآخر لا يتصرف فيه إلا بأذنه لعدم إذنه له فيه ، ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الوجوه ، وأما من غيره فما ثبتت الشركة فيه بالخلط أو الاختلاط لا يجوز إلا بأذن شريكه ، لأن الخلط استهلاك معنى فأورث شبهة زوال ملك نصيب كل واحد منهما إلى صاحبه ، وفيما ثبت بالميراث والبيع والهبة والوصية يجوز بيع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن صاحبه ، لأن ملك كل واحد منهما قائم في نصيبه من كل وجه . وأما شركة العقود فركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول : شاركتك في كذا وكذا فيقول الآخر : قبلت . وشرطها أن يكون التصرف المعقود عليه قابلا للوكالة حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرف مشتركا بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة (أما المفاوضة فهو أن يتساويا في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة) لأنها في اللغة تقتضي المساواة ، يقال : فافوض فافوض : أي ساوى يساوى ، فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فيما ذكرناه . أما المال فلائنه الأصل في الشركة ومنه يكون الربح . وأما التصرف فلائنه متى تصرف أحدهما تصرفا لا يقدر الآخر عليه فانت المساواة ، وكذا في الدين لأن الذي يملك من التصرف في بيع الخمر والخنزير وشراهما ما لا يملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلماذا قلنا : لا يصح بينهما مفاوضة . وقال أبو يوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذي من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتحققت المساواة . قلنا الذي يملك ذلك بنفسه

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بَيْنَ الْحُرِّينِ الْبَالِغِينَ الْعَاقِلِينَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ الذَّمِّيِّينَ ، وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ الْمَفَاوِضَةِ ، أَوْ تَبْيِينِ جَمِيعِ مُقْتَضَاهَا ، وَلَا يَشْتَرِطُ تَسْلِيمُ الْمَالِ وَلَا خَلْطُهُمَا ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ ، فَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَإِدَامَهُمْ وَكِسْوَتَهُمْ وَكِسْوَتَهُ ، وَلِلْبَائِعِ مُطَالَبَةٌ أَيُّهَا شَاءَ بِالثَّمَنِ ،

وبنائه ، ولا كذلك المسلم فانفتت المساواة ، فاذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لقوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الإمكان . قال (ولا تصح إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لتساويهما في التصرف ولا تصح بين العبد والحر ، ولا بين الصبي والبالغ للفتاوت بينهما ، فان الحر والبالغ يملكان الكفالة والتبرعات ، ولا كذلك الصبي والعبد ، أو يملكانها باذن الولي والمولى ، ولا تصح بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة وأنها تنعقد على الكفالة على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والأصل في جوازها قوله صلى الله عليه وسلم « فافوضوا فانه أعظم للبركة » ولأنها تشتمل على الوكالة والكفالة والشركة في الربح وكل واحد منها جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . قال (ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة) لأن العوام قلما يعلمون شرائطها ، وهذه اللفظة تتضمن شرائطها ومعناها (أو تبين جميع مقتضاها) لأن العبرة للمعاني . قال (ولا يشترط تسليم المال) لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود . قال (ولا خلطهما) لأن المقصود الخلط في المشتري ، وكل واحد منهما يشترى بما في يده بخلاف المضاربة ، لأنه لا بد من التسليم ليتمكن من الشراء ، ويشترط حضوره عند العقد أو عند المشتري ، لأن الشركة تم بالشراء لأن الربح به يحصل . قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) لأن المساواة بذلك تتحقق ، وهو أن يكون كل واحد منهما مطالبا بما طولب به صاحبه بالتجارة وهو الكفالة ، وأن يكون الحاصل في التجارة بفعل أيهما كان مشتركا بينهما وهي الوكالة ، فكان معنى المفاوضة وهو المساواة يقتضى الكفالة والوكالة ، فكان كل واحد منهما فوض إلى الآخر أمر الشركة على الإطلاق ورضى بفعله ، وذلك يقتضى الوكالة والكفالة أيضا . قال (فما يشترى كل واحد منهما على الشركة) عملا بعقد المفاوضة (إلا طعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته) والقياس أن يكون على الشركة بمقتضى العقد ، إلا أنها استحسنا ذلك للضرورة ، فان الطعام والكسوة من اللوازم ، ولا يمكن إيجادها من مال غيره فيجب في ماله ضرورة . قال (وللبائع مطالبة أيهما شاء بالثمن) بمقتضى الكفالة ثم يرجع الكفيل على المشتري بنصف

وإن تكفل بمال عن أجنبي لزم صاحبه (سم) ، فإن ملك أحد همة ما تصح فيه الشركة صارت عنانا ، وكذا في كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان ، ولا تنعقد المفاوضة والعنان إلا بالدراهم والدنانير وتبريهما إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائجة ،

ما أدى لأنه كفيل أدى عنه بأمره . قال (وإن تكفل بمال عن أجنبي لزم صاحبه) وقالوا : لا يلزمه لأنه تبرع حتى لا يصح من الصبي والمأذون وصار كالإقراض ، وله أنه تبرع ابتداء لما ذكر معاوضة انتهاء لأنه يجب له الضمان على المكفول عنه حتى لو كفل عنه بغير أمره لا يلزم شريكه ، وبالنظر إلى المعاوضة يلزم شريكه والإقراض ممنوع أو يقول هو إعارة ، ولهذا لا يصح فيه التأجيل ، وللمردود في الإعارة حكم العين لاحكم البدل ، فلم توجد المعاوضة وضمان الغصب والاستهلاك كالكفالة لأنه معاوضة انتهاء ، وكذا ما يلزم أحدهما من الديون بسبب تصح في الشركة كالبيع والإجارة ونحوهما يلزم شريكه ، وما لزم بسبب لا تصح فيه الشركة لا يلزم كالنكاح وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحوه . قال (فإن ملك أحدهما ما تصح فيه الشركة صارت عنانا) لزوال المساواة ، وذلك مثل الإرث والوصية والاتباب والمساواة في العنان ليست بشرط فتصير عنانا لوجود شرائطها (وكذا في كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان) فتصير عنانا وإن ملك شيئا لا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض ، فالمفاوضة بحالها لأن ذلك لا يبطلها في الابتداء فكذا حالة البقاء . قال (ولا تنعقد المفاوضة والعنان إلا بالدراهم والدنانير وتبريهما إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائجة) أما الدراهم والدنانير فلأنهما ثمن الأشياء خلقة ووضعوا لاختلاف في ذلك . وأما التبر فليلجوز مطلقا لأن الذهب والفضة خلقا ثمينين ؛ وقيل لا يجوز إلا بالتعامل وهو الأصح لأنهما وإن خلقا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لا ينصرف الاسم عند الإطلاق إلى التبر ، وإنما ينصرف إلى المضروب ، إلا أنا أجرينا التعامل مجرى الضرب عملا بالعرف فألحقناه بهما عند التعامل ؛ وإن كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ، أو لأحدهما سود وللآخر ببيض جازت المفاوضة إن استوت قيمتهما ، لأنه جنس واحد من حيث الثمنية ، وإن تفاضلا في القيمة لا تصح مفاوضة وتصير عنانا لما تقدم . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز وإن استويا في القيمة ، وهو قول زفر ، لأن الشركة تنبئ عن الخلطة ، ولا اختلاط مع اختلاف الجنس . وجوابه أنهما جنس واحد من حيث الثمنية نظرا إلى المقصود على ما بينا . وأما الفلوس فلأنها إذا راجت التحقت بالأثمان . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنه لا يجوز لأن ثمنيتها تتعين بالاصطلاح ومحمد

وَلَا تَصِحُّ بِالْعُرُوضِ (ف) إِلَّا أَنْ يَبِيعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عُرُوضِهِ يَنْصِفِ
عُرُوضِ الْآخَرِ إِذَا كَانَتْ قِيمَتَاهُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، ثُمَّ يَعْقِدَانِ الشَّرِكَةَ
وَشَّرِكَةُ الْعِنَانِ تَصِحُّ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ ، وَتَصِحُّ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ
وَالتَّسَاوِي فِي الرَّبْحِ إِذَا عَمِلَا أَوْ شَرَطَا زِيَادَةَ الرَّبْحِ لِلْعَامِلِ ،

مرّ على أصله في ثمنيتها حتى لاتعين بالتعيين حالة التفاق والرواج. قال (ولاتصح بالعروض)
لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن : لأنه لا بد من بيعها ، فإذا باع أحدهما عروضه بألف
وباع الآخر عروضه بألف وخمسة مائة ومقتضى العقد الشركة في الكيل ، فباأخذ صاحب
الألف زيادة على الألف ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
ربح مالم يضمن . قال (إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر إذا
كانت قيمتهما على السواء) فتعقد شركة أملاك (ثم يعقدان الشركة) على قيمتها وهذه
شركة العروض ؛ وإن اشركا على أن يبيع كل واحد منهما عروضه ويكون ثمنه بينهما
لا يجوز لما تقدم . وتصح الشركة بالكيل والموزون والمعلود المتفاوت إذا خلطا واتحد
الجنس ، وما ربحا لهما والوضيعة عليهما . وذكر الكرخي أن عند أبي يوسف رحمه الله :
هي شركة أملاك لأنها ليست بأثمان فلا يصح التفاضل في الربح . وعند محمد : تصح
شركة عقد بالخلط لأنها تصلح ثمنا لوجوبها دينا في الذمة ، إلا أن قبل الخلط لاتتحقق
الوكالة ، فإنه لو قال له : اشتر بختلك شيئا على أن يكون بيننا لا يصح ، لأن توكيل الغير
ببيع ملك نفسه لا يجوز ، وبعد الخلط تتحقق الوكالة فصحت الشركة . قال (وشركة العنان
تصح مع التفاضل في المال) إلا أنها لاتقتضى المساواة فيجوز أن يشركا في عموم التجارات
وفي خصوصها ويبيع مالها لأنها تنبئ عن الجنس ، يقال : عن الرجل إذا حبس ، والعين
محبوس عن النساء ، والعنان يحبس الدابة عن بعض الإطلاق ، فكان شريك العنان حبس
بعض ماله عن الشركة ؛ أو حبس شريكه عن بعض التجارات في ماله ، وتعتبر قيمة رأس
المالين المختلفين يوم الشركة ، لأنه إنما يستحق زيادة الربح بالشرط يوم الشركة ، ويعتبر
قيمتها يوم الشراء ليعرف مقدار ملكهما في المشتري ، لأن حقهما ينتقل إلى المشتري
بالشراء ، ويعتبر قيمتها يوم القسمة أيضا ، لأن عند القسمة يظهر الربح . قال (وتصح
مع التفاضل في المال والتساوي في الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل) وقال
زفر : لاتصح المساواة في المال والتفاوت في الربح ولا على العكس ، ولا يجوز إلا أن
يكون الربح على قدر رأس المال ، لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن كالمفاوضة ، ولأنه
لا يجوز اشتراط الوضیعة هكذا فكذا الربح . ولنا قول على رضي الله عنه : الربح على
ما اشترط المتعاقدان ، والوضیعة على المال . ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل

وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضعية فالربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين ، وتنعقد على الوكالة ، ولا تنعقد على الكفالة . ولا تصح فيما لاتصح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش ، وما جمعه كل واحد منهما فهو له ، فإن أعانه الآخر فله أجر مثله ، وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة . وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا ، ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن ، وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة ،

كالمضارب ، فان أحدهما قد يكون أعرف بأمور التجارات وأهدى إلى البياعات فلا يرضى بالمساواة (وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضعية ، فالربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين) قال صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين » من غير فصل ، ولأنا جوزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا . أما زيادة الوضعية فلا وجه لها ، وصار كما إذا شرطا الوضعية على المضارب فانه لا يصح كذلك هنا . قال (وتنعقد على الوكالة) لما مر (ولا تنعقد على الكفالة) لأنها إنما ثبتت في المفاوضة قضية للمساواة ولا مساواة هنا . قال (ولا تصح فيما لاتصح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش) لأن الوكالة في ذلك باطلة لأنها مباحة ، لأن الآخذ يملكه بدون التوكيل فيكون فاعلا لنفسه ، ومن ذلك اجتناء الثمار من الجبال والاصطياد وحفر المعادن وأخذ الملح والحصن والكحل وغيرها من المباحات (وما جمعه كل واحد منهما فهو له) دون صاحبه لأنه مباح سبقت يده عليه (فان أعانه الآخر فله أجر مثله) بالغ ما بلغ لأن الشركة متى فسدت صارت لإجارة فاسدة ، ولو استأجره في ذلك بنصف المجموع كان له أجر المثل بالغ ما بلغ كذلك هنا . وقال أبو يوسف : له أجر مثله لا يجاوز به نصف الثمن تحقيقا للفائدة ، وهذه الشركة فاسدة . قال (وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة) أما إذا هلكا فلأن المعقود عليه المال وأنه يتعين فيها كالمهبة والوصية وقد هلك فينطل العقد كالبيع ، وأما إذا هلك أحدهما فلأن الآخر ماضى بشركة في ماله إلا ليشركه في ماله أيضا ، وقد فانت الشركة في الهالك فيفوت الرضى فينطل العقد . قال (وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا) لانعقاد الشركة وقت الشراء (ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن) لأنه اشترى له بالوكالة ونقد الثمن من ماله فيرجع عليه لما مر (وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة) لأن الوكالة بطلت بهلاك أحد المالكين كما تقدم فيكون

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَا لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً مِنَ الرَّبْحِ ، وَلِشْرِيكَ
الْعِنَانِ وَالْمُفَاوِضِ أَنْ يُوَكَّلَ وَيُبْضِعَ وَيُضَارِبَ وَيُودِعَ وَيَسْتَأْجِرَ عَلَى
الْعَمَلِ ، وَهُوَ أَمِينٌ فِي الْمَالِ . وَشَرِكَةُ الصَّنَائِعِ : أَنْ يَشْتَرِكَ صَانِعَانِ اتَّفَقَا
فِي الصَّنِيعَةِ أَوْ اخْتَلَفَا عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونُ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ،
وَمَا يَتَقَبَّلُهُ أَحَدُهُمَا يَلْزَمُهُمَا ، فَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مَتَّهِمًا بِالْعَمَلِ وَيُطَالَبُ
بِالْأَجْرِ .

مشتريا لنفسه خاصة ، وإن كانا نصبا على الوكالة في عقد الشركة كان المشتري بينهما على
ما شرطا وتكون شركة أملاك ، لأن الشركة بطلت لما بيننا ، والمشتري بحكم الوكالة المصرح
بها لا يحكم الشركة المعقودة فكانت شركة أملاك ، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما مر .
قال (ولا يجوز أن يشترطا لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه قد لا يربح ما سماها أو يربح
ذلك لا غير فبطلت الشركة فكان شرطا مبطلا للشركة فلا يجوز . قال (ولشريك العنان
والمفاوض أن يوكل ويبيع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل) لأن كل ذلك من
أفعال التجار (وهو أمين في المال) لأنه قبضه من المالك باذنه وليس له أن يشارك ، لأن
الشيء لا يستتبع مثله ، فلو شارك المفاوض عنانا جاز عليهما لأنه دون المفاوضة ، ولو
مفاوضه جاز بإذن شريكه ، فان لم يأذن ينعقد عنانا لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فإذا أجاز
المفاوضة كانت شركة مبتدأة وإلا فهي عنان لأنه لا بد له من الاستعانة بغيره وهذا دونه
فيجوز كالمضارب له أن يوكل وليس له أن يضارب . قال (وشركة الصنائع) وتسمى
شركة التقليل ، وهي (أن يشترك صانعان اتفقا في الصنعة أو اختلفا على أن يتقبلا الأعمال
ويكون الكسب بينهما فيجوز) وقال زفر : لا يجوز مع اختلاف العمل لأن الشركة تنبئ
عن الخلطة ولا اختلاط مع الاختلاف . ولنا أنها شركة في ضمان العمل وفيما يستفاد به وهو
الأجر لاني نفس العمل ، والوكالة فيه ممكنة ، لأن ما يتقبل كل واحد منهما من العمل فهو
أصيل في نصفه وكيل في نصفه ، وبذلك تتحقق الشركة ؛ ولو استويا في العمل وتفاضلا
في المال جاز أيضا ، لأن الأجرة بدل عملهما ، وأنهما يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملا
وأحسن صناعة فيجوز ؛ والقياس أن لا يجوز لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، لأن الضمان
يقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن . قلنا المأخوذ هنا ليس بربح ، لأن الربح
يقضى المجانسة بينه وبين رأس المال ولا مجانسة ، لأن رأس المال هو العمل والربح مال
فكان بدل العمل على ما بيننا . قال (وما يتقبله أحدهما يلزمهما فيطالب كل واحد منهما
بالعمل ويطالب بالأجر) استحسانا . والقياس أنه لا يلزم شريكه ، لأن ذلك مقتضى
المفاوضة والشركة هنا مطلقة ؛ وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضى الضمان حتى كان

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِمَا وَيَبِيعَا ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ ؛ وَإِنْ شَرَطَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بَيْنَهُمَا فَالرَّبْحُ كَذَلِكَ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ ؛ وَإِنْ اشْتَرَا وَلَا أَحَدُهُمَا بِغُلٍّ وَالْآخَرَ رَاوِيَةً يَسْتَقِي الْمَاءَ لَا يَصِيحُّ ، وَالْكَسْبُ لِلْعَامِلِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ بِغُلٍّ الْآخَرَ أَوْ رَاوِيَةً ؛ وَالرَّبْحُ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الزِّيَادَةِ . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَكَانَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فَأَدْيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ . ، وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمِنَ الثَّانِي لِلأَوَّلِ عِلْمَ بِأَدَائِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

ما يقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر، ويستوجب الأجر بما تقبله شريكه فكان كالمفاوضة في ضمان الأعمال والمطالبة بالأبدال . قال (وشركة الوجوه جائزة) وتسمى شركة المفاليس (وهي أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجهة عند الناس ، والتعامل بذلك جائزين الناس من غير نكير . قال (وتنعقد على الوكالة) لأن التصرف على الغير إنما يجوز بوكالته إذ لا ولاية عليه وهذا عند الإطلاق ، ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك ، لكن عند الإطلاق يصرف إلى العنان لأنه أدنى . قال (وإن شرط أن المشتري بينهما فالربح كذلك ، ولا تجوز الزيادة فيه) لأن استحقاق الربح بالضمان ، والضمان يتبع الملك في المشتري فيتقدر بقدره . قال (وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي الماء لا يصرح ، والكسب للعامل) لأن الماء مباح وأخذه لا يستفاد بالوكالة وقد تقدم (وعليه أجره بغل الآخر أو راويته) لأنه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجرته . قال (والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال ويبطل شرط الزيادة) لأن الربح تبع لرأس المال فيتبعه في الملكية ، والزيادة إنما تستحق بالشرط وقد بطل . قال (وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدًا بطلت الشركة) لتضمنها الوكالة ، وهي تبطل بذلك على ما مر . قال (وليس لأحد الشريكين أن يؤدِّيَ زكاة مال الآخر إلا بإذنه) لأن ذلك ليس بداخل في الشركة لأنه ليس من التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه فأدْيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمِنَ الثَّانِي لِلأَوَّلِ عِلْمَ بِأَدَائِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعنه إن لم يعلم لا يضمن وهو قولهما ، لأنه مأمور بالدفع إلى الفقير وقد فعل . وله أنه مأمور بالدفع إليه زكاة ، والمدفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ، ولأنه أمره بأداء يخرججه عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن ، والله أعلم .

كتاب المضاربة

المُضَارِبُ شَرِيكُ رَبِّ الْمَالِ فِي الرَّبْحِ وَرَأْسُ مَالِهِ الضَّرْبُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِذَا
سَلَّمَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَيْهِ فَهُوَ أَمَانَةٌ ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فِيهِ فَهُوَ وَكِيلٌ ،

كتاب المضاربة

وهي مفاعلة من الضرب ، وهو السير في الأرض ، قال الله تعالى ؛ وإذا ضربتم
في الأرض - الآية ، وسمى هذا النوع من التصرف مضاربة لأن فائدته وهو الربح لا تحصل
غالبا إلا بالضرب في الأرض ، وهي بلغة الحجاز مقارضة ، وإنما اخترنا المضاربة لموافقته
نص القرآن ، وهو قوله تعالى - وآخرون يضرّبون في الأرض يبتغون من فضل الله -
أى يسافرون للتجارة ، وهو عقد مشروع بالآية وبالسنة ، وهو ما روى أن العباس كان
يدفع ماله مضاربة ، ويشترط على مضاربه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا
يشترى به ذات كبد رطبة (١) فان فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاستحسنه وأجازه ، وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرهم عليه .
وعن عمر رضی الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الإجماع ، ولأن للناس حاجة إلى
ذلك لأن منهم الغني الغني عن التصرفات ، والفقير الذكي العازف بأنواع التجارات ،
فست الحاجة إلى شرعيته تحصيلها لمصلحتها . وتنعقد بقوله دفعت هذا المال إليك مضاربة
أو مقارضة أو معاملة ، أو خذ هذا المال واعمل فيه على أن لك نصف الربح أو ثلثه ،
أو قال : خذ هذه الألف واعمل بها بالنصف أو بالثلث استحسانا ، لأن البيع والشراء صار
مذكورا بذكر العمل ، والنصف متى ذكر عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح
عرفا وأنه كالمشروط ، ولو قال : خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا عملا
بالعرف . وشرائطها خمسة : أحدها أنها لا تجوز إلا بالتقدين . الثاني : إعلام رأس المال عند
العقد ، إما بالإشارة أو بالتسمية ، ويكون مسلما إلى المضارب . الثالث : أن يكون الربح
شائعا بينهما : الرابع : إعلام قدر الربح لكل واحد منهما . الخامس : أن يكون المشروط
للمضارب من اربح ، حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت على ما يأتيك إن شاء
الله تعالى

قال (المضارب شريك رب المال في الربح ، ورأس ماله الضرب في الأرض) لأنه
لو لم يكن شريكه في الربح لا يكون مضاربة على ما نبيته إن شاء الله . قال (فإذا سلم رأس
المال إليه فهو أمانة) لأنه قبضه بإذن المسالك (فإذا تصرف فيه فهو وكيل) لأنه تصرف

(١) قوله كبد رطبة : المراد بها المواشي

فإذا ربح صار شريكا ، فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض (ف) ، وإن شرط لرب المال فهو بضاعة ، وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة ، وإذا خالف صار غاصبا ، ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ؛ فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت ، والربح لرب المال ، وللمضارب أجر مثله ، واشتراط الوضعية على المضارب باطل ، ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ، وللمضارب أن يبيع ويشترى بالتقيد والنسيئة ويوكل ويسافر ويبيع ، ولا يضارب إلا باذن رب المال ، أو بقوله : اعمل برأيك ،

فيه بأمره (فإذا ربح صار شريكا) لأنه ملك جزءا من الربح (فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض) لأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال ، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لردّه فيكون قرضا (وإن شرط لرب المال فهو بضاعة) هذا معناها عرفا وشرعا (وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة) لأنه عمل له بأجر مجهول فيستحق أجر مثله لما مر (وإذا خالف صار غاصبا) لأنه تصرف في ملك الغير بغير رضاه فكان غاصبا ، ولا تصح إلا بما تصح به الشركة . قال (ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت) لما مر في الشركة ، وكذا كل شرط يوجب الجهالة في الربح يفسدها لاختلال المقصود (والربح لرب المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نماؤه (وللمضارب أجر مثله) لأنها فسدت ولا يتجاوز به المسمى عند أبي يوسف ، وهو نظير مامر في الشركة الفاسدة ، وهكذا كل موضع لا تصح فيه المضاربة ، وتجب الأجرة وإن لم يعمل لأن الأجير يستحق الأجرة بتسليم نفسه وقد سلم . وعن أبي يوسف أنه لا يستحق حتى يربح كالصحيحة ، والمال أمانة كالصحيحة ، أو لأنه أجير خاص . قال (واشتراط الوضعية على المضارب باطل) لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : الربح على ما شرطوا عليه ، والوضعية على المال ولأنه تصرف فيه بأمره فصار كالوكيل . قال (ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب) لأنه لا يقدر على العمل إلا باليد ، فيجب أن تخلص يده فيه وتنقطع عنه يد رب المال : قال (وللمضارب أن يبيع ويشترى بالتقيد والنسيئة ويوكل ويسافر ويبيع) وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة ، فيدخل تحت الإذن كل ما هو تجارة أو ما لا بد للتجارة منه : كالبيع والشراء والباقي من أعمال التجارة ، وكذلك الإيداع ولأنها دون المضاربة فيدخل تحت الأمر . قال (ولا يضارب إلا باذن رب المال ، أو بقوله : اعمل برأيك) لأن الشيء لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة فاحتاج إلى التنصيص أو مطلق التفويض ، إلا أنه ليس

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَّعِدَّيَّ الْبَلَدَ وَالسَّلْعَةَ وَالْمُعَامِلَ الَّذِي عَيْنَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَإِنْ وَقَّتْ لَهَا وَقْتًا بَطَلَتْ بِمُضِيِّهِ ؛ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزُوجَ عَبْدًا وَلَا أُمَّةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، وَلَا يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ،

له الإقراض لأن الإطلاق فيها هو من أمور التجارة لا غير . قال (وليس له أن يتعدى البلد والسلعة والمعامل الذي عينه رد المال) لما روينا من حديث العباس رضي الله عنه وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه دفع المال مضاربة وقال : لا تسلف مالنا في الحيوان ، ولأنها وكالة ، وفي التخصيص فائدة بتخصيص ، ولو خالفه كان مشريا لنفسه وربحه له ، لأنه لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود المخالفة ، وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء ، فإذا عاد زال الضمان وصار مضاربة على حاله بالعقد الأول كالمودع إذا خالف ثم عاد .

والمضاربة نوعان : عامة ، وخاصة . فالعامة نوعان : أحدهما أن يدفع المال إليه مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، فيملك جميع التصرفات التي يحتاج إليها في التجارة ويدخل فيه الرهن والارتهان والاستتجار والخطب بالعيب والاحتيايل بمال المضاربة ، وكل ما يعمله التجار غير التبرعات والمضاربة والشركة والخلط والاستدانة على المضاربة ، وقد مر الوجه فيه . والثاني أن يقول له : اعمل برأيك ، فيجوز له ما ذكرنا من التصرفات والمضاربة والشركة والخلط لأن ذلك مما يفعله التجار ، وليس له الإقراض والتبرعات لأنه ليس من التجارة فلا يتناوله الأمر . والخاصة ثلاثة أنواع : أحدها أن ينحصر ببلد فيقول : على أن تعمل بالكوفة أو بالبصرة . والثاني أن ينحصر بشخص بعينه بأن يقول : على أن تبيع من فلان وتشترى منه ، فلا يجوز التصرف مع غيره لأنه قيد مفيد لحواز وثوقه به في المعاملات . الثالث أن ينحصر بنوع من أنواع التجارات بأن يقول له : على أن تعمل به مضاربة في البر أو في الطعام أو في الصرف ونحوه ، وفي كل ذلك يتقيد بأمره ولا يجوز له مخالفته لأنه مقيد وقد مر الوجه فيه ، ولو قال : على أن تعمل بسوق الكوفة فعمل في موضع آخر منها جزا لأن أماكن المصر كلها سواء في السفر والنقد والأمن ؛ ولو قال : لا تعمل إلا في سوق فعمل في غيره ضمن لأنه صرح بالنهي ؛ ولو دفع المال مضاربة في الكوفة على أن يشترى من أهلها فاشترى من غيرهم فيها جاز لأن المقصود المكان عرفا ؛ وكذلك لو دفعه مضاربة في الصرف على أن يشترى من الصيارفة ويبيعهم فاشترى من غيرهم جاز لأن المراد النوع عرفا . قال (وإن وقت لها وقتا بطلت بمضيه) لأن التوقيت مقيد وهو وكيل فيتقيد بما وقته كالتقييد بالنوع والبلد . قال (وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وهو على الخلاف الذي مر في المأذون . قال (ولا يشترى من يعتق على رب المال) لأنه يعتق

فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَهُ ، وَلَا مَنْ يَعْتَقُ عَظِيهَ إِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ فَاشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ صَحَّ الْبَيْعُ ، فَإِنْ رُبِحَ عَتَقَ نَصِيْبُهُ وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيْبِ رَبِّ الْمَالِ ؛ فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ مُضَارَبَةً وَقَالَ : مَا رَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ وَأَذِنَ لَهُ فِي الدَّفْعِ مُضَارَبَةً ، فَدَفَعَ إِلَى آخَرَ بِالثُّلْثِ فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ الْمَالِ بِالشَّرْطِ ، وَالسُّدُسُ لِلأَوَّلِ ، وَالثُّلْثُ لِلثَّانِي ، وَإِنْ دَفَعَ الأَوَّلُ إِلَى الثَّانِي بِالنِّصْفِ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ دَفَعَهُ عَلَى أَنْ لِلثَّانِي الثُّلْثَيْنِ ضَمِنَ الأَوَّلُ لِلثَّانِي قَدْرَ السُّدُسِ مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلَوْ قَالَ : مَا رَزَقَكَ اللَّهُ فَلَئِي نِصْفُهُ نَحْمَا شَرْطَهُ لِلثَّانِي فَهُوَ لَهُ ، وَالباقى بَيْنَ رَبِّ الْمَالِ وَالمُضَارِبِ الأَوَّلِ نِصْفَانِ ؛

عليه فتبطل المضاربة ، وهو إنما وكله بالتصرف في المال لا بإبطال العقد (فان فعل ضمنه) معناه صار مشتريا لنفسه فيضمن الثمن كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (ولا من يعتق عليه إن كان في المال ربح) لأنه يملك نصيبه فيعتق عليه فيفسد الباقي أو يعتق فيمتنع التصرف فيه ، فان اشتراه كان مشتريا لنفسه فيضمن الثمن لأنه أداه من مال الغير . قال (فإن لم يكن في المال ربح فاشترى من يعتق عليه صح البيع) لعدم المانع (فإن ربح عتق نصيبه) لأنه ملك قريبه ولا ضمان عليه لأنه عتق بالربح لا بصنعه (ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال) لأن ماله صارته محبوسة عنده فيسعى كالعبد الموروث إذا عتق على أحد الورثة يسعى في نصيب الباقي . قال (فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : ما رزق الله بيننا نصفان وأذن له في الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب المال بالشرط ، والسدس للأول ، والثلث للثاني) لأنه لما شرط رب المال لنفسه النصف بقي النصف للمضارب ، فلما شرط الثلث للثاني انصرف تصرفه إلى نصيبه فيبقى له السدس ويطلب له كأجير أحياط (وإن دفع الأول إلى الثاني بالنصف فلا شيء له) لأنه جعل نصفه للثاني فلم يبق له شيء ، كمن استأجره لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم (وإن دفعه على أن للثاني الثلثين ضمن الأول للثاني قدر السدس من الربح) لأنه ضمن للثاني ثلثي الربح وبعضه وهو النصف ملكه وبعضه وهو السدس ملك رب المال فلا ينفذ لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة في عقد يملكه ، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ، وصار كمن استأجر خياطا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط غيره ليخيطه بدرهم ونصف (ولو قال : ما رزقك الله فلي نصفه ، فما شرطه للثاني فهو له) عملا بالشرط لأنه ملكه من جهة رب المال (والباقي بين رب المال والمضارب الأول نصفان)

وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَنْ مَارَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَدَقَعَهُ إِلَى آخِرِ النِّصْفِ فَدَقَعَهُ
الثَّانِي إِلَى ثَالِثِ الثُّلُثِ فَالنِّصْفُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَالثَّلَاثُ الثُّلُثُ ، وَالثَّانِي السُّدُسُ
وَلَا شَيْءَ لِلأَوَّلِ ،

لأن رب المال جعل لنفسه نصف ماززقه الله ، وإنما رزقه نصف الربح سيكون بينهما
نصفان ؛ وكذلك إذا قال ؛ ماربحت أو كسبت أو رزقت أو ما كان لك فيه من فضل
أو ربح فهو بيننا نصفان ، فانه ينطلق إلى ما بعد ما شرط للثاني لما بيننا (ولو قال : على أن
ما رزق الله بيننا نصفان فدفعه إلى آخر بالنصف فدفعه الثاني إلى ثالث بالثلث فالنصف
لرب المال ، وللثالث الثلث ، وللثاني السدس ولا شيء للأول) لأنه لما شرط النصف
للثاني وانصرف إلى نصيبه لما بيننا فلم يبق له شيء والباقي على ما شرطاه لما بيننا . وإذا لم يؤذن
للمضارب في الدفع مضاربة فدفعه إلى غيره مضاربة صمن عند زفر لوجود المخالفة ،
وقالا : لا يضمن ما لم يعمل لأن الدفع لا يتقرر مضاربة إلا بالعمل ، وقال أبو حنيفة :
لا يضمن ما لم يربح لما بيننا في أول الباب أن الدفع قبل العمل أمانة وبعد العمل مباحة وهو
يملك ذلك ، فإذا ربح صار شريكا في المال فيضمن كما إذا خلط بمال آخر ولا ضمان على
الثاني لأن فعله يضاف إلى الأول ، لأنه هو الذي أثبت له ولاية التصرف ، فان استهلكه
الثاني فالضمان على الأول خاصة ، وعندهما يضمن الثاني وهو نظير مودع المودع ، والأشهر
أنه يخير ههنا فيضمن أيهما شاء الأول لما بيننا والثاني لإبطاله حق رب المال فكان متعديا
في حقه ، ولو كانت المضاربة فاسدة لا ضمان عليه لأن الثاني أجبر فيه ، وله أجر مثله فلا
يكون شريكا ، ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة بالنصف وقال : اعملا برأيكما ، أو لم
يقبل فليس لأحدهما أن يتفرد لأن التجارة يحتاج فيها إلى الرأي ، فان عمل أحدها بنصف
المال بغير أمر صاحبه ضمن النصف ، وإن عمل بأمر الآخر لم يضمن لأنه كالوكيل عنه ،
وما ربح نصفه لرب المال ونصفه بينهما نصفان

فصل

ونفقة المضارب في مال المضاربة ما دام في سفره حتى يعود إلى مصره ، وإن كان
ما دون مدة السفر إذا كان لا يبيت بأهله ، وإن كان يبيت فلا نفقة له ، وكذا لانفقة له
ما دام في مصره ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، فاذا كان في مصره لا يكون محتسبا في المضاربة
وفي السفر يكون محتسبا فيها ، وإذا اتخذ مصرا آخر دارا أو تزوج به فهو كمصره ونفقته
في الحاجة الدارة كالطعام والشراب والكسوة وفرش النوم ودابة الركوب وعلفها ومن
يطبخ له ويغسل ثيابه وأجرة الحمام ودهن السراج والحطب ، وتجب نفقة مثله بالمعروف
ونفقة غلمانه ودوابه الذين يعملون معه في المال ، وتحتسب النفقة من الربح ، فان لم يكن

وَتَبْطُلُ الْمُضَارِبَةُ : بِمَوْتِ الْمُضَارِبِ ، وَبِمَوْتِ رَبِّ الْمَالِ ، وَبِرِدَّةِ رَبِّ الْمَالِ ، وَلِحَاقِهِ مُرْتَدًّا ؛ وَلَا تَبْطُلُ بِرِدَّةِ الْمُضَارِبِ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِعِزْلِهِ مَا لَمْ يَعْلَمْ ؛ فَلَئِنْ بَاعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ الْعِزْلِ قَبْلَ الْعِلْمِ نَقَدَ ، فَإِنْ عَلِمَ بِالْعِزْلِ وَالْمَالُ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَحْزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دَيْوْنٌ وَلَيْسَ فِيهِ رِبْحٌ وَكُلَّ رَبِّ الْمَالِ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ أُجْبِرَ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ فَمِنَ الرِّبْحِ ، فَإِنْ زَادَ فَمِنَ رَأْسِ الْمَالِ .

فمن رأس المال ؛ ولو أنفق من مال نفسه أو استدان لنفقته رجع في مال المضاربة ؛ ولو ضارب لرجلين فنفقته على قدر المالين ، ولو كان أحد المالين بضاعة فالجميع على المضاربة لأن السفر واقع لها ، ولو كانت المضاربة فاسدة لانفقة للمضارب لأنه أجبر ونفقة الأجير على نفسه . قال (وتبطل المضاربة بموت المضارب وبموت رب المال) لأنها وكالة وأنها تبطل بالموت لما مر . قال (ويرد ربح المال ولحاقه مرتدًا) لأنه موت حكما على ما عرف (ولا تبطل بردة المضارب) لأن ملك رب المال باق ، وعبرة المرتد معتبرة . قال (ولا ينزل بعزله ما لم يعلم) كالوكيل (فلو باع واشترى بعد العزل قبل العلم نفذ) لبقاء الوكالة (فإن علم بالعزل والمال من جنس رأس المال لم يحز له أن يتصرف فيه) لأنه صار أجنبيا بالعزل ولا ضرر عليه في ذلك (وإن كان خلاف جنسه فله أن يبيعه حتى يصير من جنسه) لأن له حقا في الربح ، وهو إنما يظهر إذا علم رأس المال ، وإنما يعلم إذا نص (١) وإنما ينص بالبيع ، فإذا نص لا يتصرف فيه ، وموت أحدهما ولحاقه بدار الحرب كالعزل . قال (وإذا افترقا وفي المال ديون وليس فيه ربح وكل رب المال على اقتضائها) لأنه وكيل متبرع بالعمل فلا يلزمه الاقتضاء إلا أنه لما كان عاقدا والحقوق ترجع إليه فلا بد من وكالته (وإن كان فيه ربح أجبر على اقتضائها) لأن الربح بمنزلة الأجرة فكان أجيرا فيجب عليه تمام العمل . قال (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح) لأنه تبع كالعفو في باب الزكاة (فإن زاد من رأس المال) لأن المضارب أمين فلا ضمان عليه ، فان اقتسم الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه رجع في الربح حتى يستوفى رأس المال ، لأن الربح فضل على رأس المال ، ولا يعرف الفضل إلا بعد سلامة رأس المال فلا يصح قسمته فينصرف الهلاك إليه لما بينا ، ويبتدأ أولا برأس المال ثم بالنفقة ثم بالربح الأهم فالأهم ؛ ولو فسخه المضاربة ثم اقتسم الربح ثم عقدا المضاربة فهلك رأس المال لم يترادا

(١) قوله نص ، بفتح النون وتشديد الضاد المفتوحة : أى صار نقدا .

كتاب الوديعة

وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا هَلَكْتَ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا
بِنَفْسِهِ ، وَمَنْ فِي عِيَالِهِ وَإِنْ نَهَاهُ ،

الربح ، لأن هذه المضاربة جديدة ، والأولى قد انتهت فانتهى حكمها ، ولو مرّ المضارب
على السلطان فأخذ منه شيئا كرها لاضمان عليه ، وإن دفع إليه شيئا ليكفّ عنه ضمن ،
لأنه ليس من أمور التجارة ، وكذلك إذا أراد العاشر أن يأخذ منه العشر فصالحه المضارب
بشيء من المال حتى كفّ عنه ضمن ، والله عزّ وجلّ أعلم .

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من الودع وهو الترك ، يقال : دع هذا : أى اتركه ؛ ومنه الموادة
في الحرب : أى أن يترك كلّ واحد من الفريقين الحرب ، وقال عليه الصلاة والسلام
« لينين قوم عن ودعهم الجماعات أو ليختمنّ على قلوبهم ثم ليكتبنّ من الغافلين » أى
تركهم الجماعات . ومنه الوداع ، لأن كلّ واحد منهما يترك صاحبه ويفارقه ، أو هي من
الحفظ ، قال عليه الصلاة والسلام في حديث وداع المسافر « استودع الله دينك وأمانتك »
أى استحفظ الله : أى اطلب منه حفظهما ، فكأن الوديعة ترك عند المودع للحفظ ،
ولهذا لا يودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة . وهو عقد مشروع أمانة لا غرامة ؛
قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستودع غير المخلّ ضمان ، ولا على المستعير غير المخلّ
ضمان » ويجب حفظها على المودع إذا قبلها لأنه التزم الحفظ بالعقد ، والوديعة تارة تكون
بصريح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة ، فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قلت ،
ولا يتمّ في حقّ الحفظ إلا بذلك ، ويتمّ بالإيجاب وحده في حقّ الأمانة ، حتى لو قال
للغاصب أودعتك المخصوص برئ عن الضمان وإن لم يقبل ، لأن صيرورة المال أمانة حكم
يلزم صاحب المال لا غير فيثبت به وحده ؛ فأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من
قبوله ، والدلالة إذا وضع عنده متاعا ولم يقل شيئا ، أو قال هذا وديعة عندك وسكت الآخر
صار مودعا حتى لو غاب المسالك ثم غاب الآخر فضاع ضمن ، لأنه إيداع وقبول عرفا .
قال (وهي أمانة إذا هلكت من غير تعدّ لم يضمن) لأنه لو وجب الضمان لامتنع الناس
من قبولها وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ولما روينا من الحديث . قال (وله أن يحفظها بنفسه
ومن في عياله وإن نهاه) لأنه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وذلك بالحرز واليد

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بغيرِهِمْ إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْحَرِيقَ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ ،
أَوْ الْفَرَقَ فَيُلْقِيهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، فَإِنْ خَلَطَهَا بِغَيْرِهَا حَتَّى لَا تَتَمَسَّزَ
ضَمَّتْهَا ، وَكَذَا إِنْ أَنْفَقَ بَعْضُهَا ثُمَّ رَدَّ عِوَضَهُ وَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ، وَإِنْ اخْتَلَطَ
بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَهُوَ شَرِيكَ ،

أما الحرز فداره ومنزله وحانوته ، سواء كان ملكا له أو إجارة أو إعارة . وأما اليد فيده
وزوجته وزوجها وأمه وعبده وأجيرها الخاص وولده الكبير . إن كان في عياله على ما مرَّ
في الرهن ، ولأن المودع رضى بذلك لأنه يعلم أن المودع لابد له من الخروج لمعاشه وأداء
فرائضه ، ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فيتركها في منزله عند من في عياله فلم يكن له
بدن ذلك ، ولهذا لا يصح نهبه لو قال لا تدفعها إلى شخص عينه من عياله ممن لابد له منه ،
فإن لم يكن له عيال سواه لم يضمن ، وإن كان له سواه يضمن لأن من العيال من لا يؤتمن
على المال . قال (وليس له أن يحفظها بغيرهم) لأنه ما رضى بحفظ غيرهم ، فإن الناس
يتفاوتون في الأمانات وصار كالوكيل والمضارب ليس له أن يوكل ولا يضارب لما تقدم
أن الشيء لا يضمن مثله . قال (إلا أن يخاف الحريق فيسلمها إلى جاره ، أو الفرق فيلقياها
إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك ، لكن لا يصدق عليه إلا بينة لأنه يدعى سببا
لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بينة . قال (فإن خلطها بغيرها حتى لا تتميز ضمنها) عند
أبي حنيفة ثم لاسبيل للمودع عليها والخلط على وجوه : أحدها الجنس بالجنس كالحنطة
بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود . والثاني خلط
الجنس بغيره كالحنطة بالشعير ، والحل بالزيت ونحوهما . والثالث خلط المائع بجنسه ؛
فعند أبي حنيفة هو استهلاك في الوجوه كلها فيضمنها وينقطع حق المودع عنها ، وعندهما
كذلك في الوجه الثاني ، لأنه استهلاك صورة ومعنى ؛ والأول عندهما إن شاء شاركة
فيها ، وإن شاء ضمنه ، لأنه إن تعذر أخذ عين حقه لم يتعدر المعنى فكان استهلاكها من
وجه دون وجه فيختار أيهما شاء . وأما الثالث فعند أبي يوسف يجعل الأقل تبعاً للأكثر
اعتباراً للغالب . وعند محمد هو شركة بينهما بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده
على ما عرف من أصله في الرضاع ، وخلط الدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير إذا ابتاع
من الوجه الثالث ، لأنه يصير مائعا بالإذابة . وجه قول أبي حنيفة أنه استهلاك من كل
وجه لتعذر وصوله إلى عين حقه ، والقسمة مترتبة على الشركة فلا تكون موجبة لها ، فلو
أبى المودع الخالط برى أصلا ، وعندهما يبرأ من الضمان فتتبع الشركة في المخلوط (وكذا
إن أنفق بعضها ثم ردَّ عوضه وخلطه بالباقي) فهو استهلاك على الوجه الذي بينا . قال (ولو
اختلط بغير صنعه فهو شريك) بالاتفاق لأنه لا صنع له فيه فلا ضمان عليه فتتبع الشركة .

وَلَوْ تَعَدَّى فِيهَا بِالرُّكُوبِ أَوْ اللَّبْسِ أَوْ الْإِسْتِخْدَامِ أَوْ أودَعَهَا ثُمَّ زَالَ
التَّعَدَّى لَمْ يَضْمَنْ ؛ وَلَوْ أودَعَهَا فَهَلَكَتْ عِنْدَ الثَّانِي فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ (سَم)
فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا ثُمَّ عَادَ اعْتَرَفَ ضَمِينًا ؛ وَلِلْمُودِعِ أَنْ يُسَافِرَ
بِالْوَدِيْعَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمَثُونَةٌ مَا لَمْ يَنْتَهَ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا ،
وَلَوْ أودَعَهَا عِنْدَ رَجُلٍ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيْبَهُ
لَمْ يُؤْمَرْ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ مَا لَمْ يَحْضُرِ الْآخَرُ ،

قال (ولو تعدى فيها بالركوب أو اللبس أو الاستخدام أو أودعها ثم زال التعدى لم يضمن)
لزوال الموجب للضمان ، ويد الأمانة باقية بإطلاق الأمر الأول لأنه لم يرتفع من جهة صاحب
الحق لكن ارتفع حكمه لوجود ما ينافيه ثم زال المنافي فعاد حكم الأمر الأول (ولو أودعها
فهلكت عند الثاني فالضمان على الأول) خاصة . وقال : يضمن أيهما شاء ، لأن الأول
خالف لما بيننا ، والثاني تعدى حيث قبض ملك غيره بغير أمره ، فإن ضمن الأول لا يرجع
على الثاني لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه ، وإن ضمن الثاني رجوع على الأول
لأنه إنما لحقه ذلك بسببه . ولأبي حنيفة أن التفريط إنما جرى من الأول ، لأن مجرد الدفع
لا يوجب الضمان حتى لو هلكت والأول حاضر لا يضمن ، فاذا غاب الأول فقد ترك
الحفظ فيضمن والثاني لم يترك . قال (فإن طلبها صاحبها فجحدها ثم عاد اعترف ضمن)
لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ، وبالإعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد إلى
نائب المالك بخلاف مسألة المخالفة ثم المرافقة ، لأن يد الوديعة لم ترتفع فوجد الرد إلى يد
النائب ، ولو جحدها عند غير المالك لم يضمن . وقال زفر : يضمن لأنه جحد الوديعة .
ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع الأطماع عنها ، ولأنه ربما يخاف عليها من جحدها
عنده ، وهذا المعنى معدوم إذا جحدها عند المالك ، فان جحدها ثم جاء بها فقال له صاحبها
دعها وديعة عندك فهلكت ، فان أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد كأنه
أخذها ثم أودعها ، وإن لم يمكنه أخذها ضمن لأنه لم يتم الرد . قال (وللمودع أن يسافر
بالوديعة وإن كان لها حمل ومثونة ما لم ينه إذا كان الطريق آمنا) لإطلاق الأمر ، والغالب
السلامة إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملكه الوصي والأب ، بخلاف الركوب في البحر ،
لأن الغالب فيه العطب . وقال : ليس له ذلك إلا إذا كان له حمل ومثونة ، لأن الظاهر
عدم الرضا لما يلزمه من مثونة الحمل . قلنا يلزمه ذلك ضرورة امتثال أمره ، فلا اعتبار
به سببا إذا كان من أهل العمود ، ولا بد له من رحلة الشتاء والصيف . قال (ولو أودعها
عند رجل مكيل أو موزوناً ثم حضر أحدهما يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه ما لم يحضر
الآخر) وقال : يدفع إليه نصيبه لأنه سلمه إليه فيؤمر بالدفع إليه عند الطلب لأنه ملكه

فان قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبته المالك ضمن إلا أن يقيم البيئنة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين ؛ ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر ؛ ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن ، ولو خالفه في الدار ضمن ، ولو رد الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن .

حتى كان له أخذه كالدين المشترك ، وله أن نصيبه في المشاع ولا يمكن دفعه إليه ، لأن الدفع يقع في المعين وهو غير المشاع ؛ وإذا لم يمكن دفعه إليه كيف يؤمر به ، وولاية الأخذ لا تقتضي جواز الدفع . ألا ترى أن المديون لو كان له وديعة عند رجل من جنس الدين فلرب الدين أخذها ، ولا يجوز للمودع الدفع إليه . وأما الدين المشترك فلأنه يؤدي المديون من مال نفسه لما عرف ، ولا اعتبار بضرر الحاضر لأنه لحقه بصنعه حيث أودعه مشاعا ، وغير المكيل والموزون لا يدفع إليه نصيبه بالإجماع . وذكر محمد الخلاف مطلقا والأول أصح ، لأنه لو كان في يد أحدهما وغاب فليس للحاضر أخذ نصيبه فن المودع أولى . قال (فإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن ، إلا أن أقيم البيئنة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين) لأنهما تصادقا على الدفع وتجاخدا في الإذن فيضمن بالدفع إلا بحجة . قال (ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر) وقالوا : لأحدهما أن يحفظه بأمر الآخر في المستلئين لأنه رضي بأمانتهما ، فكان لأحدهما أن يسلمها إلى الآخر كالمسئلة الثانية ، وله أن الدافع أودع نصفه بغير أمر المودع فيضمنه ، وهذا لأنه إنما رضي بأمانتهما فكان رضي بأمانة كل واحد منهما في النصف ، لأن إضافة الفعل إليهما تقتضي التبعض كالتلكات ، إلا أنا جوزناه فيما لا يقسم ضرورة عدم التجزى وعدم إمكان اجتماعهما عليها ، ولأنه لما لم يمكن قسمتها ولا الاجتماع عابها دائما كان راضيا بذلك دلالة ، وعلى هذا الوكيلان والوصيان والمرتهان والعدلان في الرهن والمستبضعان (١) . قال (ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن) لعدم تفاوتهما في الحرز إلا أن تكون دارا كبيرة متباعدة الأطراف والبيت الذي نهاه عنه عورة فإنه يضمن لأنه مفيد . قال (ولو خالفه في الدار ضمن) لأن الدور تختلف في الحرز فكان مفيدا . قال (ولو رد الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن) لأن المالك ما رضي بدفعها إلى داره ولا إلى من في عياله ظاهرا إذ لورضى بهم لما أودعها ، ولو وضع الثياب في الحمام ولم يقل شيئا

(١) في نسخة أخرى : والمستبضعان .

كتاب اللقيط

وَهُوَ حَرٌّ وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ،

ودخل الحمام ينظر إن كان في الحمام ثيابي يحفظ الثياب فالضمان عليه دون الحمamy لأنه استودعه دلالة ، وإن لم يكن ضمن الحمamy ؛ ولو قال للحمamy : أين أضع الثياب فأشار إلى مكان يضمن الحمamy دون الثيابي لأن الحمamy صار مودعا ؛ ولو وضع الثياب بمحضر من الحمamy فخرج آخر ولبسها والحمamy لا يدرى أنها ثيابه أم لا ضمن الحمamy ؛ وإن نام الحمamy فسرقت الثياب إن نام قاعدا لم يضمن لأنه لم يترك الحفظ ، وإن نام مضطجعا ضمن والخان كالحمام ، والدابة كالثياب ، والخاني كالحمامي .

قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالقانون مودعون حتى لو تركوه فهلك ضمنوا ؛ فإن قام واحد بعد واحد فالضمان على آخرهم لأنه تعين حافظا .

كتاب اللقيط

وهو فعيل من اللقط والالتقاط بمعنى مفعول ، ومعناه العثور على الشيء مصادفة من غير طلب ولا قصد . قال الراجز يصف ماء آجنا :

ومنهل وردته التقاطا أخضر مثل الزيت لما شاطا

أى وردته من غير طلب ولا قصد، شاط الزيت إذا نضج حتى احترق ، وكذلك اللقيط يوجد من غير طلب ، والتقاط صغار بني آدم مفروض إن علم أنه يهلك إن لم يأخذه بأن كان في مفازة أو بر أو مسبعة دفعا للهلاك عنه ، فان غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية فأخذه مندوب لما فيه من السعي في إحياء نفس محترمة ، قال الله تبارك وتعالى - ومن أحيائها فكأنما أحياء الناس جميعا - وعن علي رضي الله عنه أنه قال للملتقط : لأن أكون وليت منه مثل ما وليت أنت كان أحب إلي من كذا وكذا .

قال (وهو حر) تبعاً للدار ، ولأن الأصل في بني آدم الحرية (ونفقته في بيت المال) لما روى عن سنين أبي جميلة قال : وجدت منبوذا على بابي : أى لقيطا ، فأثبت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال لي : عسى الغوير أبوسا (١) نفقته علينا وهو حر . وهذا مثل

(١) قوله عسى الغوير أبوسا : قال في مجمع الأمثال للميداني : الغوير تصغير غار والأبوس جمع بوس وهو الشدة ، وأصل هذا المثل فيما يقال من قول الزباء حين قالت لقومها عند رجوع قصير من العراق وبات بالغوير على طريقه : عسى الغوير أبوسا : أى لعل الشر يأتيكم من قبل الغار . وجاء رجل إلى عمر رضي الله عنه يحمل لقيطا ، فقال عمر :

وَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَجَنَابَتُهُ عَلَيْهِ ، وَدَيْتُهُ لَهُ وَوَلَاؤُهُ ، وَالْمُلْتَقِطُ
أُولَى بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْقَاضِي
بِشَرْطِ الرَّجُوعِ ؛ وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ
مَعًا ثَبَتَتْ مِنْهُمَا إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ .

يقال عند التهمة . قال ابن الأعرابي : إنما عرض عمر بالرجل : أي لملك صاحب اللقيط ،
يريد أنك زנית بأمه وادعيت له لقيطاً فشهد له جماعة بالخير فتركه . قال (وميراثه لبيت المال
وجنابته عليه ، وديته له وولاؤه) ليكون الغرم بالغنم ، ولو قتل عمداً فإن شاء الإمام اقتصر
وإن شاء صالح على الدية . وقال أبو يوسف : تجب الدية في مال القاتل لا غير احتمال الولي
وهو الظاهر إلا أنه غائب ولا يقتصر دونه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي
من لا ولي له » لأن الولي الذي لا يعرف ولا ينتفع به كالعديم فلا اعتبار به ، وليس له أن
يعفو بالإجماع لأن فيه إبطال حق جماعة المسلمين ؛ ويحد قاذف اللقيط ولا يحد قاذف
أمه ، لأن في حجرها ولدا لا يعرف أبوه فكانت تهمة الزنا قائمة كالملاعة . قال (والملتقط
أولى به من غيره) لسبق يده عليه كالمباحات ، فإن سأل القاضي أن يقبله إن شاء قبله وإن
شاء لا لاحتمال أنه ولده فينفق عليه من بيت المال ، وكذلك إن علم أنه لقيط لأنه التزم
حفظه وتربيته ، فإن دفعه الملتقط إلى آخر ليس له أن يسترده لأنه رضى بإبطال حقه . قال
(وهو متبرع في الإنفاق عليه) لعدم الولاية (إلا أن يأذن له القاضي بشرط الرجوع)
لعموم ولايته ، فإن أذن له ولم يشترط الرجوع ذكر الطحاوي أنه يرجع عليه بعد البلوغ
لأنه قضى حقا عليه واجبا بأمر القاضي فصار كقضاء دينه بأمره ، والأصح أنه لا يرجع لأنه
أمره بقضاء حق واجب بغير عوض ترغيباً له في إتمام ما شرع فيه من التبرع ، فصار كما إذا
قال له أدعنى زكاة مالي فانه لا يرجع إلا بالشرط ، بخلاف الدين لأنه وجب عليه بعوض
ولو لم يأذن له القاضي ، لكن صدقه اللقيط بعد بلوغه فله الرجوع عليه لأنه اعترف بحقه :
قال (ومن ادعى أنه ابنه ثبت نسبه منه) لما فيه من نفع الصغير ، لأن الناس يتشرفون
بالأنساب ويعيرون بعدمها ، وإذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فتبطل يد الملتقط (وإن
ادعاه اثنان معا ثبت منهما) لعدم الأولوية (إلا أن يذكر أحدهما علامة في جسده) فيكون
أولى بشهادة الظاهر أو لسبق الدعوى لأنه ثبت نسبه منه في زمان لا ينازعه فيه غيره ،

= عسى الغوير أبوسا . قال ابن الأعرابي : إنما عرض بالرجل : أي لملك صاحب
هذا اللقيط . قال : ونصب أبوسا على معنى عسى الغوير يصير أبوسا ، ويجوز أن يقدر
عسى الغوير أن يكون أبوسا . وقال أبو علي : جعل عسى بمعنى كان ونزله منزلته . يضرب
للرجل ، يقال : لعل الشر جاء من قبلك ، اه مصححه .

وَالْحُرُّ وَالْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ وَالذَّمَّى ، وَإِنْ ادَّعَاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ حُرٌّ ؛ وَإِنْ ادَّعَاهُ ذِمِّيٌّ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ، إِلَّا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ أَوْ كَنَيْسَةٍ أَوْ رِيَّةٍ مِنْ قُرَاهِمُ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً ؛ وَإِذَا كَانَ عَلَى اللَّقِيطِ مَالٌ فَهُوَ مَشْدُودٌ لَهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي ، وَيَقْبَلُ لَهُ الْهَبَةَ ، وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ ، وَلَا يُزَوِّجُهُ ، وَلَا يُؤَاجِرُهُ .

إلا إذا أقام الآخر البينة لأنها أقوى. قال (والحرّ المسلم أولى من العبد والذميّ) ومعناه إذا ادّعى نسبه حرّ وعبد أو مسلم وذمي فالحرّ أولى من العبد والمسلم أولى من الذميّ ، لأن ذلك أنفع له (وإن ادّعاه عبد فهو ابنه) لأن ثبوت النسب أنفع له (وهو حرّ) لما تقدّم ولا يلزم من رقّ أبيه أن يكون رقيقاً ، لأن العبد يتزوج الحرّة (وإن ادّعاه ذميّ فهو ابنه) لما مرّ (وهو مسلم) لأن الإسلام ثبت له بالدار وإبطاله لإضرار به ، وليس من ضرورة كون الأب كافراً ككفر الولد لاحتمال إسلام الأم . قال (إلا أن يلتقطه من بيعة أو كنيسة أو قرية من قراهم فيكون ذمياً) لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذمة وكذلك بالعكس ، ففي ظاهر الرواية أنه اعتبر المكان دون الواجد كاللقيط إذا وجده مسلم في دار الحرب . وروى أبو سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد دون المكان لأن اليد أقوى ؛ وفي رواية اعتبر الإسلام نظراً للصغير . قال (ومن ادّعى أنه عبده لم يقبل إلا ببينة) عملاً بالأصل ، وإقراره بالرقّ قبل البلوغ لا يقبل ، وبعد البلوغ إن أجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وحدّ قاذفه لم يصحّ وقبل ذلك يصحّ ؛ ولو التقطه مسلم فادّعى نصرانيّ أنه ابنه فهو ابنه وهو مسلم لما تقدّم ، وإن كان عليه زيّ النصرانيّ كالصليب والزنار فهو نصرانيّ ، لأن الظاهر أنه ولد على فراشه ولا اعتبار بالمكان . قال (وإذا كان على اللقيط مال مشدود فهو له) عملاً بالظاهر (وينفق عليه منه بأمر القاضي) لعموم ولايته ويصدق عليه في نفقة مثله ؛ وقيل لا يحتاج إلى أمر القاضي لأن المال له فينفق عليه منه ، وله ولاية ذلك فيشترى له ما يحتاج إليه من الكسوة والطعام وغيرها . قال (ويقبل له الهبة) لأنه نفع محض (ويسلمه في صناعة) لأنه من باب التثقيف وفيه منفعة (ولا يزوجه) لأنه لا ولاية له عليه ، وولاية التزويج والبيع والشراء للسلطان لعموم ولايته ، فان زوجه السلطان ولا مال له فالمهر في بيت المال ، وفي النواذر : إذا أمر الملتقط بختان الصبيّ فهلك ضمن لأنه ليس له هذه الولاية . قال (ولا يؤاجرهم) وهو الأصحّ لأنه لا يملك إتلاف منافعهم كالعجم بخلاف الأمّ لأنها تملك ذلك ، ولهذا كان لها إجارته لفقها واستخدامه .

كتاب اللقطة

وأخذها أفضل ، وإن خاف ضياعها فواجب ، وهي أمانة إذا أشهد أنه أخذها ليردّها على صاحبها ، فإن لم يشهد ضمّنها ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطالبها بعد ذلك .

كتاب اللقطة

وهي كاللقيط في الاشتقاق والمعنى ، وهي بضم اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هي اسم الملتقط كالضحكة واللمزة والهمزة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأول أصح .

قال (وأخذها أفضل) لثلاث متصل إليها يد خائفة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحقّ الناس عن الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والردّ فالترك أولى صيانة له عن الوقوع في المحرم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لاحافظ له . والضالة : الدابة تضلّ الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأن الغالب في زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرفها ثم ردّها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم في مختصره : أو ردّها بعد ما حوتها ضمن ، لأن بالتحويل التزم الحفظ ، فبالردّ صار مضيعا ولا كذلك قبل التحويل . قال (وهي أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردّها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للردّ أو يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على (فإن لم يشهد ضمّنها) خلافا لأبي يوسف إذا ادعى أنه أخذها للردّ لأن الظاهر من حاله الحسبة لالمعصية . ولهما أن الأصل أن كل متصرف عاقل إنما يتصرف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذي هو سبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا ببينة ، وإن قال أخذته لنفسى ضمن بالإجماع باقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردّها لم يضمن بالإجماع لأن تصادقهما كالبينة . قال (ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطالبها بعد ذلك) هو المختار ، لأن ذلك يختلف بقلة المال وكثرتة . وعن أبي حنيفة إن كانت أقلّ من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا . وعن محمد التقدير بالحول من غير فصل لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل » وجه الأوّل ما روى عن أبي بن كعب قال « وجدت مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : عرفها حولا » والعشرة وما فوقها في معناها من حيث وجوب القطع في سرقة واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها .

فإن جاء صاحبها وإلا تصدقَ بها إن شاء ، وإن شاء أمسكها ، فإن جاء
وأَمْضَى الصَّدَقَةَ فَلَهُ ثَوَابُهُ ، وَإِلَّا لَهُ أَنْ يُضَمَّنَهُ ، أَوْ يُضَمَّنَ الْمِسْكِينَ ،
أَوْ يَأْخُذَهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، وَأَيْهَمَا ضَمِّنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَتَصَدَّقُ
بِهَا عَلَى غَنِيِّ ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا إِنْ كَانَ فَقِيرًا ، وَإِنْ كَانَتْ شَيْئًا لَا يَبْتَقِي عَرَفَهُ
إِلَى أَنْ يَخَافَ فُسَادَهُ ، وَيُعْرِفُهَا فِي مَكَانِ الْإِلْتِقَاطِ وَمَجْمَعِ النَّاسِ . وَإِنْ
كَانَتْ حَقِيرَةً كَالنَّوَى وَقَشُورِ الرُّمَّانِ يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ،
وَلِلْمَالِكِ أَخْذُهُ ،

وروى الحسن عن أبي حنيفة إن كانت مائتي درهم فافولها مهرتها حولاً ، وفوق العشرة
إلى مائة درهم شهراً ، وفي العشرة جمعة ، وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفي درهم يوماً ،
وإن كانت تمره ونحوها تصدق بها مكانها ، وإن كان محتاجاً أكلها مكانها قدر لكل
لقطة على قدرها فكأنه والأول سواء . والتعريف أن ينادى في الأسواق والشوارع
والمساجد : من ضاع له شيء فليطلب عندي . قال (فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إن
شاء) لإيصال الحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، لأن الواجب إيصاله إلى مالكه صورة
ومعنى ، فإذا تعذرت الصورة يوصله إليه معنى وهو الثواب (وإن شاء أمسكها) لاحتمال
مجيء صاحبها (فإن جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه) لأنه ماله (وإلا له أن يضمه أو يضم
المسكين أو يأخذها إن كانت باقية) أما تضمينه فلا لأنه سلم ماله إلى غيره بغير أمره ، وإذن
الشرع في ذلك لا يمنع الضمان كأكل مال الغير حال المحضمة . وأما تضمين المسكين فلا لأنه
قبض ماله بغير أمره . وأما أخذها فلا لأنه وجد عين ماله . قال (وأيهما ضمن لا يرجع على
أحد) أما الملتقط فلا لأنه ملكها من وقت التصدق بالضمان فظهر أنه تصدق بماله ، وأما
الفقير فلا لأنه عوض ما وصل إليه . قال (ولا يتصدق بها على غني) لقوله عليه الصلاة
والسلام « فإن لم يأت صاحبها فليصدق بها » والصدقة لا تكون على الغني كالواجبات .
قال (وينتفع بها إن كان فقيراً) كغيره من الفقراء ، ويعطيها أهله إن كانوا فقراء لما مر .
قال (وإن كانت شيئاً لا يبيى) كاللحم واللبن والقواكه الرطبة ونحوها (عرفه إلى أن يخاف
فساده) ثم يتصدق به خوفاً من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب دنياً وأخرى (ويعرفها
في مكان الالتقاط ومجمع الناس) فهو أجدر أن يصل صاحبها . ويسأل رجل علياً رضي
الله عنه فقال : اذهب حيث وجدتُها فإن وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدق بها ،
فإن جاء صاحبها فخيره بين الأجر والقيمة . قال (وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور
الرمان ينتفع به من غير تعريف) لأن رميها بإباحة للأخذ دلالة . قال (وللمالك أخذه)
لأن الإباحة لا تسقط الملك عن العين خصوصاً لغير معين ، وإن كان كثيراً لم يجز للملتقط

وَالسُّبُلُ بَعْدَ الْحَصَادِ إِذَا جَمَعَهُ فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ ، وَيَجُوزُ التَّقَاطُ الْإِبِلِ
وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِيهَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا
مَنْفَعَةٌ أَجْرَهَا يَأْذُنُ الْحَاكِمِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ بِاعْتِ
إِنْ كَانَ أَصْلَحَ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَلَهُ حَبْسُهَا حَتَّى يُعْطِيَهُ النِّفْقَةَ ، فَإِنْ
امْتَنَعَ بَيْعَتُ فِي النِّفْقَةِ ، فَإِنْ هَلَكَتْ بَعْدَ الْحَبْسِ سَقَطَتِ النِّفْقَةُ وَقَبْلَ
الْحَبْسِ لَا ؛ وَلَيْسَ فِي رَدِّ اللَّقْطَةِ وَالضَّالَّةِ وَالصَّبِيِّ الْحَرَّ شَيْءٌ وَاجِبٌ ؛

الانتفاع به . قال (والسبل بعد الحصاد إذا جمعه فهو له خاصة) بدلالة الحال وعليه جميع
الناس في جميع البلاد . قال أبو يوسف : من ألقى شاة ميتة فجاء آخر فأخذ صوفها وجلدها
ودبغها فهو له ، فإن جاء صاحبها فله أخذ الصوف والجلد وعليه ما زاد الدباغ كالعاصب .
غريب مات في دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل فقير
فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة . قال (ويجوز التقاط الإبل والبقر والغنم وسائر الحيوانات)
لأنه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه صيانة لأموال الناس ، وما روى
أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن ضالة الإبل فقال : « مالك ولها عليها حذاؤها ومعها سقاؤها ترد
الماء وترعى الشجر » . وسئل عليه الصلاة والسلام عن ضالة الغنم فقال : « هي لك أو لأخيك
أو للذئب » فجوابه أن ذلك كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم حين كان الخوف من
الافتراس لا من أخذ الناس ؛ أما اليوم كثرت الفساد والخيانة وقلة الأديان والأمانة فكان
أخذه أولى . قال (وهو متبرع فيما أنفق عليها) لعدم ولايته على مالها إلا أن يأذن له
القاضي فيكون ديناً على صاحبها لعموم ولايته وفي ذلك نظر للمالك . قال (فإن كان لها
منفعة أجرها باذن الحاكم وأنفق عليها) لأن فيه بقاء الملك على مالكة من غير أن يلزمه
دين فكذلك حكم الآبق (وإن لم يكن لها منفعة باعها إن كان أصليح) وإن كان الأصليح
الإنتفاق عليها أمر بذلك وجعلها ديناً على مالكة لأن ولايته نظرية . وللقاضي أن يأمره
بالنفقة عليها يومين وثلاثة رجاء مجيء صاحبها ، وبعد ذلك يبيعها لثلاث تستأصلها النفقة فلا
نظر حينئذ في حقه . قال (فإن جاء صاحبها فله حبسها حتى يعطيه النفقة) لأنه استفاد الملك
من جهته لأنه صار هالكاً معنى وقد أحياه بنفقته فصار كالبائع (فإن امتنع بيعت
في النفقة) كالرهن لأن أمر القاضي كأمره ، فصار كأنه أنفق عليها وحبسها بأمره (فإن
هلكت بعد الحبس سقطت النفقة) كالرهن (وقبل الحبس لا) لأنها أمانة . قال (وليس
في رد اللقطة والضالة والصبي الحر شيء واجب) لأنه متبرع في الرد فإن أعطاه المالك
شيئاً فحسن ، بخلاف الآبق لأن جعله واجب نصاً لا قياساً . وعن الكرخي في اللقطة :
إذا قال مز . وجدها فله كذا فله أجر مثله لأنها إجارة فاسدة . وعن أبي يوسف :

وَمَنْ ادَّعَى اللُّقْطَةَ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيْتَةِ ، فَانْ أُعْطِيَ عَلامَتَها جازَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا
إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ ، وَلِلُّقْطَةِ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سِوَاهُ .

كتاب الآبق

أخذه أفضل إذا قدرَ عليه ، وكذلك الضالُّ ويَدْفَعُهُما إلى السُّلْطانِ ،
ويُحْبَسُ الآبقُ دونَ الضالِّ ، ومن ردَّ الآبقَ على مَولاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ
أَيَّامٍ فَصاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَبِحَسَابِهِ إِنْ نَقَصَتِ المُدَّةُ ،

لو ضاعت اللقطة فوجدتها آخر لا يكون الأول خصما فيها لأنها سواء في الالتقاط وليس
كالمستودع ، لأن حفظ الوديعة عليه فله أخذها . قال (ومن ادعى اللقطة يحتاج إلى البيعة)
لأنها دعوى (فان أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه ولا يجبر) لجواز أنه عرفها من
صاحبها أو رآها عنده ، ولأن حق اليد كالمالك فلا تستحق إلا بيعة كالمالك إلا أنه يجوز
له الدفع عند العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام « فان جاء صاحبها فعرف عفاصها
ووكاءها (١) فادعها إليه » فحملناه على الإباحة جمعاً بينه وبين الحديث المشهور « البيعة على
المدعى » ولو صدقه ودفعها إليه بغير قضاء ثم جاء آخر وأقام البيعة فله أن يضمن أيهما
شاء ، ولا يرجع القابض على الدافع ، وإن دفعها بقضاء فهو مجبور فيرجع على القابض
لاغير . قال (ولقطة الحل والحرم سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها
ووكاءها ثم عرفها سنة » مطلقاً ، ولأنها لقطة ، وفي التصديق بعد سنة إيصالها إلى مالِكها
بقدر الوسع على ما تقدم فيشرع وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام في الحرم « لا تحل لقطة »
إلا لمنشد « أي لمعرف والتخصيص بالحرم لثلاث يتوهم السقوط طمعا أنها للغرباء .

كتاب الآبق

وهو العبد الهارب ، أبق العبد إذا هرب وتأبق إذا استتر ، ويقال : احتبس الآبق إذا
هرب واستتر عن مولاه احتبس عنه . قال (أخذه أفضل إذا قدر عليه) لأنه إحياء له
وإبقاء له على ملكه (وكذلك الضال) وقيل ترك الضال (٢) أولى لأنه يقف مكانه فيجده
صاحبه بخلاف الآبق . قال (ويدفعهما إلى السلطان) لعجزه عن حفظهما (ويحبس الآبق
دون الضال) لأنه يخاف إباق الآبق دون الضال . قال (ومن ردَّ الآبق على مولاه من
مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقصت المدَّة) لما روى عن

(١) قوله عفاصها ، العفاص : بكسر العين : الوعاء . والوكاء بكسر الواو : ما يربط به .

(٢) قوله الضال : أي التائه

فان كانت قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما (س) ،
وأُم الولد والمدبر كالتين والصبي كالبالغ ، ويتبعني أن يشهد أنه يأخذه
ليردّه ، ولو أبق من يده لا يلزمه شيء ، وإن كان رهنا فالجعل على
المرتهن ، وإن كان جانبا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولي الجناية إن
أعطاه له ؛ وحكمه في النفقة كاللقطة .

عمرو بن دينار أنه قال : كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول « جعل الآبق أربعون درهما »
واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا في مقداره ، فهم من قال أربعون
ومنهم من قال دونها ، فقلنا بوجوب الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دون توفيقا
بين أقوالهم رضى الله عنهم ، ولأن ذلك حامل على رد الآبق وصيانة له عن الضياع إذ
الحسبة قليلة ، وقوله في نقصان المدة بحسابه أنه مفوض إلى رأى الإمام ، وقيل يقسط لكل
يوم ثلاثة عشر درهما وثلاث فيقدر الرضخ بقدره وقيل باصطلاحهما . قال (فان كانت
قيمه أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما) وقال أبو يوسف : له الجعل كاملا لأنه
منصوص عليه . ولهما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم لتحصل له
الفائدة . قال (وأُم الولد والمدبر كالتين) لأنهما في معناه من إحياء الملك (والصبي كالبالغ)
لأنه مثونة الملك ، ولو رده أبوه أو وصيه فلا جعل لهما لأن الحفظ عليهما وهما يتوليان
ذلك ، وكذلك أحد الزوجين على الآخر ، وكذلك الابن لأن العادة جرت بالرد من هؤلاء
تبرعا واصطناعا ، ولو رده عبد أبيه أو أخيه أو سائر قرابته لاجعل له إن كان في عياله وإن
لم يكن فله الجعل ، ولو قال لغيره : أبق عبدى إن وجدته فخذة فقال نعم فردّه لاجعل
عليه ، لأنه وعده برده فصار متبرعا . ردّ أمة ومعها ولدها فله جعل واحد إلا أن يكون
مراهقا فيجب ثمانون درهما ، ولو صالح عن الجعل على عشرين درهما جاز ، ولو صالحه
على أكثر من أربعين يحط الفضل لأن المستحق أربعون فالزيادة ربا . قال (وينبغي أن
يشهد أنه يأخذه ليرده) على ما بينا في اللقطة من الاختلاف والتعليل . قال (ولو أبق من
يده لا يلزمه شيء) لأنه أمانة لأنه مأذون له في أخذه ولا شيء له لأنه مارده على مالكة .
قال (وإن كان رهنا فالجعل على المرتهن) لأنه وجب بجناية الرهن وهى في ضمان المرتهن
ولأنه أحيا مالبته وهى حقه ، وإن كان بعضه نخاليا عن الدين فعلى المالك بقدره من الجعل
كما في الفداء في الجناية ، ولأن حقه في القدر المضمون عليه ، ولو كان بين جماعة فالجعل
عليهم بقدر الأنصاء لأنه مثونة الملك (وإن كان جانبا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولي
الجناية إن أعطاه له) لأن منفعة لمن يستقرّ الملك له والجعل يتبع المنفعة . قال (وحكمه
في النفقة) في التبرع وإذن القاضى وحسبه بها بعد الردّ (كاللقطة) اشترى آبقا فردّه

كتاب المفقود

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ حَتَّى فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَمَيِّتٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُقِيمُ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَسْتَوْفِي غَلَاتِهِ فِيمَا لَا وَكَيْلَ لَهُ فِيهِ ، وَيَبِيعُ مِنْ أَمْوَالِهِ مَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكَ ، وَيُسْنِقُ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَالَ حُضُورِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ،

لا جعل له لأنه عمل لنفسه ، وإن قال : لم أقدر على رده إلا بالشراء وإنما اشتريته لأرده وأقام البينة على ذلك فله الجعل لأنه أخذه ليرده وهو متبرع في الثمن ، وإذا حبس السلطان الآبق مدة ولم يجيء له طالب إن شاء باعه وإن شاء أنفق عليه من بيت المال وجعلها دينا على المالك أو في ثمنه ، ولا يؤاجر خوف الإباق . أما الضال يؤجره ولا يبيعه .

كتاب المفقود

المفقود : المعلوم ، وفقدت الشيء : إذا طلبته فلم تجده ، قال الله تعالى - قالوا نفقد صواع الملك - أى طلبناه فلم نجده فقد عدم . وفي الشرع : الذى غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معلوم بهذا الاعتبار (وحكمه أنه حتى في حق نفسه) لاتزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، لأن ملكه كان ثابتا في ماله وزوجته ومنافع ما استأجره ، وغيوبته لاتوجب الفرقة والموت محتمل ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال . وقال عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود « هي امرأته حتى يأتيها البيان » رواه المغيرة بن شعبه . وعن علي رضي الله عنه : إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عمر كان يقول : يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ، ثم رجع إلى قول علي . قال (و) هو (ميت في حق غيره) لا يرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع للاستحقاق . قال (ويقم القاضي من يحفظ ماله ويستوفي غلاته فيما لا وكيل له فيه ، ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الهلاك) لأن القاضي نصب لمصالح المسلمين نظرا لمن عجز عن التصرف بنفسه كما قلنا في الصبي والمجنون ، والمفقود عاجز بنفسه فيتصرف له القاضي والنظر له فيما ذكرنا فيقبض دينا أقر به الغريم ولا يخاصم لأنه وكيل في القبض من جهته وأنه لا يملك الخصومة بالإجماع ، لأن القاضي يلى الحفظ دون الخصومة ، ولا يبيع ما لا يخاف عليه الهلاك لافي نفقة ولا غيرها إذ لانظر في ذلك . قال (وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء) كزوجته

فان مَضَى لَهُ مِنْ الْعُمُرِ مَا لَا يَعْيشُ أَقْرَانُهُ حُكْمَ بِمَوْتِهِ .

كتاب الخنثى

إِذَا كَانَ لَهُ آلَةٌ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَانْ بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا اعْتَبِرَ بِهِ ، فَانْ بَالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلامٌ ، وَإِنْ بَالَ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى ، وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا اعْتَبِرَ بِأَسْبَقِيهِمَا ،

وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم ، وكلّ من لا يستحقها بحضرتها إلا بقضاء فانه لا ينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما لأنه قضاء على الغائب ، والمراد بقوله : من ماله النقدان لأنهما قيمة ما يستحقون من المطعوم والمشروب والملبوس ، ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعه إليهم ، وإن كان ماله ديناً أو ودیعة ، فان اعترف المديون والمودع بالمال والزوجة والنسب أنفق عليهم منه ، وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي فلا حاجة إلى اعترافهم ، وإن ثبت عند القاضي بعض ذلك يشترط اعترافهما بالباقي ، ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي ضمنا لأنهما ما أوصلا الحق إلى مالكة ولا نائبه . قال (فان مضى له من العمر ما لا يعيش أقْرانُهُ حكم بموته) وهو الأقيس على قول أبي حنيفة لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة . وعن أبي يوسف مائة سنة ، وقيل تسعين سنة ، وهو غاية ما تنتهي إليه أعمار أهل زماننا في الأعم الأغلب ، وهو الأرفق لأن في التفحص عن موت الأقْران حرجاً ، وبقاى مسائل المفقود تأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى .

كتاب الخنثى

وهو مشتق من التخث وهو التكسر ، يقال : اطو الثوب على أخنائه : أى على تكسره ومطاويه ، وسمى الخنثى لأنه تكسر وتنقص حاله عن حال الرجال ، ويفوق على حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء . وقال عمر النسفي : أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حدثه من دبره أو من سرته . وذكر في المتقى قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا خرج البول من سرته وليس له قبل ولا ذكر لا أدرى ما يقول في هذا (إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فان بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا اعْتَبِرَ بِهِ ، فان بَالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلامٌ ، وإن بَالَ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى) لأن ذلك دليل على أن الآلة التي يخرج منها هي الأصل والأخرى عيب وسئل صلى الله عليه وسلم عنه كيف يورث ؟ فقال : « من حيث يبول » ومثله عن علي رضي الله عنه وهكذا كان حكمه في الجاهلية فأقره الإسلام . قال (وإن بَالَ مِنْهُمَا اعْتَبِرَ بِأَسْبَقِيهِمَا)

فان بال متيها معا فهو خنثى مشكل ، ولا معتبر بالكثرة (سم) ، فاذا بلغ فظهرت له امارات الرجال فهو رجل ، وان ظهرت له امارات النساء فهو امرأة ، فان لم تظهر الامارتان او تعارضتا فهو خنثى مشكل .

فاذا حكم بكونه خنثى مشكلا يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق من أمور الدين فيورث أحسن السهمين ويقف بين صف الرجال والنساء في الصلاة ، وإن صلى في صف النساء أعاد ، ولو صلى في صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بجذائه ، ويصلي بقناع ، ولا يلبس الحلي والحرير ، ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم ، وتبتاع له أمة تحتنه ،

لأنه دلالة على أنه العضو الأصلي (فان بال منهما معا فهو خنثى مشكل ولا معتبر بالكثرة) وقال : يعتبر أكثرهما بولا ، لأن للأكثر حكم الكل ولأنه علامة أخرى على الأصالة والقوة ، وله أن الكثرة تكون لاتساع المخرج ، ولا دلالة فيه على الأصالة فان استويا في القدر فهو مشكل بالإجماع لعدم المرجح . قال (فاذا بلغ فظهرت له امارات الرجال فهو رجل) وذلك كاللحية ومجامعة النساء والاحتلام من الذكر لأن هذه علامة تخص الرجال (وإن ظهرت له امارات النساء فهو امرأة) كالحيض والحبل ونزول الثدي واللبن فيه والجماع في الفرج لأن هذه علامات تخص النساء . قال (فان لم تظهر الامارتان أو تعارضتا فهو خنثى مشكل) قال الطحاوي : قال محمد : الإشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا إشكال . قال النسفي : وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلام .

فصل

(فاذا حكم بكونه خنثى مشكلا يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق من أمور الدين) فلا يحكم بما وقع الشك في ثبوته ، ويرجح المحرم على المبيح (فيورث أحسن السهمين) ويعرف بيانه في الفرائض إن شاء الله تعالى (ويقف بين صف الرجال والنساء في الصلاة) لأنه إن كان رجلا لا يجوز وقوفه في صف النساء لثلاث تفسد صلاته ، ولو كان امرأة لا يجوز وقوفها في صف الرجال لثلاث تفسد صلاتهم فيقف بينهما . قال (وإن صلى في صف النساء أعاد) لجواز أن يكون رجلا (ولو صلى في صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بجذائه) لاحتمال أنه امرأة . قال (ويصلي بقناع) لاحتمال أنه امرأة ، ويجلس كما تجلس المرأة (ولا يلبس الحلي والحرير) لاحتمال أنه رجل (ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم) احتياطا . قال (وتبتاع له أمة تحتنه) لأنه لا يجوز أن يحنثه

فَإِذَا خَنَّتَهُ بِاعْتِمَادِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَبَيْتِ الْمَالَ ، وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَسْتَبِينَ حَالَهُ يُعْمَمَ ، ثُمَّ يُكْفَنُ وَيُدْفَنُ كَالْجَارِيَةِ .

كتاب الوقف

وَهُوَ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا أَنْ يُحْكَمَ بِهِ حَاكِمٌ (سم ف) ، أَوْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُهُ ،

رجل ولا امرأة لما بينا ، ويجوز لجاريته النظر إلى فرجه رجلا كان أو امرأة (فإذا خنته باعها) لاستغنائها عنها (وإن لم يكن له مال فن بيت المال) لأنه لمصالح المسلمين ، وإذا كان صغيرا لا يشهى جاز ختانه للرجل وللمرأة ، وعن أبي حنيفة أنه يزوج امرأة ، فان كان رجلا صح النكاح وحل لها النظر إلى فرج زوجها ، وإن كان امرأة فلا نكاح ، لكن يجوز للمرأة النظر إلى فرج المرأة للضرورة ، ولا يرث الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكرا وبخمسائة إن كان أنثى فولدت خنثى فله خمسمائة احتياطا إلا أن يتبين غير ذلك . وإن قتله قاتل خطأ وقال إنه أنثى فالقول قوله لإنكاره الزيادة ولا قصاص في أطرافه أصلا ، ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل في القسامة ولا تقرر عليه الجزية لو كان كافرا ، ولو أسر لا يقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يحد قاذفه لأنه إن كان رجلا فهو كالحجوب ، وإن كان امرأة فهي كالرتقاء ، ولا يحد قاذفهما لأن الحد لثني التهمة وهي متفية عنهما ، ولو قال لامرأته : إن كان أول ولد تلدينه غلاما فامرأته طالق أو فعبده حر فولدت خنثى لا يحد مالم يستبين أمره . ولو قال : كل عبد له حر ، أو كل أمة له حر لا يعتق الخنثى حتى يستبين أمره ، ولو بان أحد الأمرين عتق للتيقن (وإذا مات ولم يستبين حاله يمّم ثم يكفن) لأنه لا يجوز غسله للرجال ولا للنساء احتياطا فقد تعدّر غسله فيمّم ، وإذا اجتمعت الجنائز جعلت جنازته بين جنازة الرجل والمرأة لما مر في الصلاة في حياته (ويدفن كالجارية) احتياطا .

كتاب الوقف

الوقف في اللغة : الحبس ، يقال : وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها ، ومنه الموقوف لأن الناس يوقفون فيه : أي يحبسون للحساب . وفي الشرع : حبس شيء معلوم بصفة معلومة على ما نيينه إن شاء الله تعالى (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة ، ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم ، أو يقول : إذا مت فقد وقفته) وأجمعت الأمة على جواز أصل الوقف ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام تصدق بسبع حوائط

في المدينة ، وكذلك الصحابة وقفوا ، والخليل صلوات الله عليه وقف وقوفا هي باقية جارية إلى يومنا. وإنما اختلفوا في كيفية جوازه ، قال أبو حنيفة وزفر : شرط جوازه أن يكون موصى به ، أو يقول : إذا متّ فقد وقفته حتى لو لم يوص به لا يصحّ ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه إلا أن يجيزه الورثة فيصير جائزا ويتأبد ، ولو قضى القاضي بلزومه لزم ونفذ لأنه قضاء في مجتهد ولم يكن لغيره إبطاله . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يشترط لجوازه شيء من ذلك ، وهذا بناء على أن الوقف عنده حبس العين على ملكه عملا بمقتضى قوله وقف والتصدق بثمرته وغلته المدومة على المساكين ، ولا يصحّ التصديق بالمدوم إلا بالوصية ، وعندهما هو إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى وجعله محبوسا على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده ، فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى ويصير محررا عن التملك ليستديم نفعه ويستمرّ وقفه للعباد . لهما أن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام، وأنه ممكن باسقاط ملكه وجعله لله تعالى كالمسجد فيجعل كذلك . قال النسفي : وكان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة حتى دخل بغداد فسمع حديث عمر فرجع عنه وقال : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع إليه ، وهو ما رواه محمد بن الحسن عن سحر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر « أن عمر رضي الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا ، فقال عمر : يا رسول الله إني استفدت مالا نفيسا أفأتصدق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدّق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته على المساكين ، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربى » ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقا له غير متأثر . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا حبس عن فرائض الله » وعن شريح جاء محمد ببيع الحبيس . وعن عبد الله بن زيد « أنه تصدّق بضبعة له ، فشكاه أبوه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له : ارجع في صدقتك » ولأن شرائط الواقف تراعى فيه ، ولو زال عن ملكه لم تراعى كالمسجد ، ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائما ، ولا ذلك إلا ببقاء العين على ملكه ، ثم عند محمد لصحة الوقف أربعة شرائط : التسليم إلى المتولى ، وأن يكون مفرزا ، وألا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبدا بأن يجعل آخره للفقراء . لما روى عن عمر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم أنهم قالوا : لا تجوز الصدقة إلا محوزة مقبوضة ، ولأن التملك حقيقة من الله لا يتصور لأنه مالك الأشياء ، وإنما يثبت ذلك ضمنا للتسليم إلى العبد كالزكاة ، ولأنه متى كان له شيء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى . وقال أبو يوسف : شيء من ذلك ليس بشرط لأنه إسقاط وصار كالإعتاق ، وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف ترغيبا

وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمُشَاعِ (س) ، وَإِنْ حُكِمَ بِهِ جَازًا ، وَلَا يَجُوزُ حَتَّى يَجْمَلَ
آخِرَهُ لِجِهَةِ لَاتْتَقَطِعُ (س) أَبَدًا ، وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ
الْمَنْقُولِ (س) ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ وَقْفِ مَا جَرَى فِيهِ التَّعَامُلُ كَالْفَأْسِ
وَالْقُدُومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْقُدُورِ وَالْجِنَازَةِ وَالْمَصَاحِفِ وَالْكَتُبِ ،

للناس في الوقف . قال الخصاص : ذكر الوقف ذكر التأييد عند أبي يوسف . وعند محمد
لا بد من ذكره . قال القاضي أبو عاصم : قول أبي يوسف أقوى لمقاربة بين الوقف والملك
إذ في كل واحد منهما معنى التمليك وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار ، وبه أخذ مشايخ
بخارى . قال (ولا يجوز وقف المشاع) عند محمد لما ذكرنا من الأثر ولأن القبض عنده
شروط ، ويجوز عند أبي يوسف لأن القسمة من تمام القبض وليس بشرط عنده (وإن حكم
به جاز) بالإجماع لما مر ، وإن طلب الشريك القسمة يقسم لأنها إفرز وإن كان فيها معنى
المبادلة ، إلا أنا غلبنا جهة الإفرز نظرا للوقف ، فإن كان الشريك غير الواقف يقاسمه ،
لأن الولاية له ، وإن كان هو يقاسمه القاضي لثلاثي الطرفين ، ولا يجوز أخذ الدراهم
للووقف لأنه يصير يباعا للوقف ، ويجوز أن يعطيه دراهم من الوقف لأنه يصير مشتريا للوقف
وما لا يحتل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمد اعتبارا بالصدقة والهبة ، ولا يجوز الشيوع
في المسجد والمقبرة بالإجماع ، لأن الشركة تنافي الخلوص لله تعالى والتهاؤ فيها قبيح بأن
يصلى فيه يوما ويسكن يوما ويدفن فيه شهرا ويزرع شهرا ، بخلاف غيرها من الوقوف لأن
الاستغلال ممكن غير مستبشع . قال (ولا يجوز حتى يجعل آخره لجهة لاتتقطع أبدا) وقال
أبو يوسف : يجوز لأن المقصود التقرب إلى الله تعالى وأنه يحصل بجهة تتقطع . ولهما أن
موجبه زوال الملك بدون التمليك وذلك بالتأييد كالعقود فاذا لم يتأبد لم يتوفر عليه موجبه ولهذا
يطلبه التوقيت كما يبطل البيع . ثم قيل التأييد شرط بالإجماع إلا أن محمدا اشترط ذكره لأنها
صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وقد يكون مؤقتا ويكون مؤبدا كما في الوصية ، ولا يتعين التأييد
إلا بالتنصيص . وعند أبي يوسف لا يحتاج إلى ذكره ، لأن ذكر الوقف ينبي عنه كما ذكره
الخصاص . قال (ويجوز وقف العقار) لما مر من النصوص والآثار (ولا يجوز وقف
المنقول) وقال أبو يوسف : إذا وقف ضيعة بقرها وأكرتها وهم عبيده جاز للتبعية وكذلك
وقف الدولاب ومعه سانيتها وعليها حبل ودلو . ولو وقف بيتا فيه كورة عسل جاز وصار
النحل تابعا للعسل ولو وقف دارا فيها حمام صار الحمام تبعا له ، وهذا لأن من الأحكام
ما يثبت تبعا ولا يثبت مقصودا كالشرب في بيع الأرض والبناء في الشفعة (وعن محمد جواز
وقف ما جرى فيه التعامل كالفأس والقُدوم (١) والمنشار والقُدور والجِنَازة والمصاحف والكتب)

(١) القُدوم بالتخفيف .

بِخِلَافِ مَا لَاتَعَامَلُ فِيهِ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ، وَيَجُوزُ حَبْسُ
الْكِرَاعِ وَالسَّلَاحِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَقْفِ وَلَا تَمْلِيكُهُ ، وَيَبْدَأُ مِنْ ارْتِفَاعِ
الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهَا الْوَاقِفُ ، فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَنَى عَمْرَةٍ
مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى فَقْرَاءَ فَلَا تُقَدَّرُ عَلَيْهِمْ ، فَإِنْ أَوْ كَانَ فَقِيرًا
أَجَرَهَا الْقَاضِي وَعَمَّرَهَا بِأَجْرَتِهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى ، وَمَا انْتَهَدَمَ
مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ صُرِفَ فِي عِمَارَتِهِ ،

لوجود التعامل في هذه الأشياء وبالتعامل يترك القياس كما في الاستصناع .
قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (بخلاف ما لاتعامل
فيه) كالثياب والأمتعة ، لأن من شرط الوقف التأيد كما بينا تركناه في السلاح والكراع
بالنص ، وفيما جرى فيه التعامل بالتعامل فبقي ما وراءه على الأصل (والفتوى على قول
محمد) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك . قال (ويجوز حبس الكراع والسلاح) أى وقفه
في سبيل الله ، لأن خالد بن الوليد وقف دروعا في سبيل الله وأجازه رسول الله صلى الله
عليه وسلم وجعل رجل ناقته في سبيل الله فأراد آخر أن يحج عليها فسأل رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن ذلك فقال الحج من سبيل الله ، وطلحة حبس سلاحه وكراعه في سبيل الله :
أى خيله ، والإبل كالحيل لأن العرب تقاتل عليها وتحمل عليها السلاح . قال (ولا يجوز
بيع الوقف ولا تملكه) لما مر من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه يبطل التأيد والمقصود
من الوقف التأيد . قال (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته وإن لم يشترطها الواقف)
تحصيلا لمقصوده ، فانه قصده وصول الثواب إليه بوصول المنفعة أو الغلة إلى الموقوف
عليه على الدوام وذلك ببقاء أصله وإنه بالعمارة فكانت العمارة شرطا لمقتضى الوقف (فان
كان الوقف على غنى عمره من ماله) ليكون الغنم بالغرم لأنه معين يمكن مطالبته (وإن كان
على فقراء فلا تقدر عليهم) وغلة الوقف أقرب أموالهم فيجب فيها ، وإن وقف داره على
سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان كنفقة العبد الموصى بخدمته
(فإن أبى أو كان فقيرا أجرها القاضي وعمرها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى) رعاية
للحقين لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا فيفوت حقهم في السكنى وحق الواقف
في الثواب ، ولا يكره الممتنع عن العمارة لأنه يتلف مال نفسه ، ولا يكون بامتناعه راضيا
ببطلان حقه لأنه في حيز التعارض ثم المستحق من العمارة بقدر ما يبقى الموقوف على ما كان
عليه ، وكذلك لو خرب يبني كما كان ، لأن بتلك الصفة كانت غلته مصروفة إلى الموقوف
عليه فلا حاجة فيه إلى الزيادة ، ومن له السكنى لا يجوز إجارتها لعدم مالكيته . قال (وما
انهدم من بناء الوقف وآلته صرف في عمارته) مثل الآجر والخشب والقار والأحجار ليقب

فان استغنى عنه حبس لوقت حاجته ، وإن تعذر إعادة عينه بيع ،
ويصرف الثمن إلى عمارته ، ولا يقسمه بين مستحقي الوقف ؛ ويجوز
أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه ، فان كان غير
مأمون نزعه القاضي منه وولى غيره ؛ ومن بنى مسجدا لم ينزل ملكه
عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه (س) .

على التأييد (فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته) فيصرف فيها لأنه لا بد من العماره
فيحبسه كيلا يتعذر عليه وقت الحاجة (وإن تعذر إعادة عينه بيع ويصرف الثمن إلى عمارته)
صرفا له إلى مصرف الأصل (ولا يقسمه بين مستحقي الوقف) لأن العين حق الله تعالى
وهذا منها فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال (ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها
له والولاية إليه) وقد مر وجهه والاختلاف فيه (فإن كان غير مأمون نزعه القاضي منه
وولى غيره) نظرا للفقراء كإخراج الوصي نظرا للصغير ، وإن شرط أن ليس للقاضي عزله
فالشروط باطل لمخالفتها حكم الشرع ، وإن مات القيم في حياة الواقف نصب غيره لأن الولاية
له ووصيه بمنزله ، لأن ولايته للوقف نظرية وهي فيما ذكرنا فإن كان لم يوص إلى أحد
فالرأى للقاضي ، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح
لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا ، فان
لم يجد من الأجانب من يصلح ، فان أقام أجنبيا ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه كما
في حقيقة الملك . أرباب الوقف المعدودون إذا نصبوا متوليا بدون رأى القاضي صح إذا
كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل مسجد على نصب متولٍ جاز لأن الحق لهم .
قال (ومن بنى مسجدا لم ينزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه) لأنه لم يخلص لله
تعالى إلا به . قال (ويأذن بالصلاة فيه) عند أبي حنيفة ومحمد لأنه تسليم وهو شرط عندهما ،
وعند أبي يوسف يصير مسجدا بمجرد قوله جعلته مسجدا ، لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق
والفرق لهما أن العبد في يد نفسه ولا كذلك المسجد ، والتسليم أن يصلى فيه جماعة في رواية
الحسن ، لأن المساجد بنيت للجماعة ، ولو صلى فيه واحد أو جماعة وحدانا في رواية
لايصح ، وهو قول محمد لما بينا ، وفي رواية يصح لأنه من خصائص المساجد وبها
يتحرر عن حقوق العباد ، قال الله تعالى - وأن المساجد لله - أضافها إلى نفسه لإضافة اختصاص
الكعبة ، ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار ولا تعيينه الإمام ولا من يصلى فيه ، بخلاف غير
المساجد حيث بقى مملوكا ينتفع به كسائر المملوكات سكنى وزراعة حتى لو لم يخلص المسجد
لله تعالى بأن كان تحت سرداب أو فوقه بيت ، أو جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس
بالدخول والصلاة فيه لا يصير مسجدا ويورث عنه ، إلا إذا كان السرداب أو العلو لمصالح

وَمَنْ بَنَى سِقَايَةَ لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ حَوْضًا أَوْ حَقْرًا
بِتْرًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً أَوْ طَرِيقًا لِلنَّاسِ لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ حَاكِمٌ
أَوْ يُعَلِّقُهُ بِمَوْتِهِ ، وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ . رِبَاطٌ اسْتَغْنَى عَنْهُ يُصْرَفُ
وَقْفُهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ ، وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ وَبِجَنِّبِهِ طَرِيقٌ الْعَامَّةِ يُوَسِّعُ
مِنْهُ الْمَسْجِدُ ، وَلَوْ ضَاقَ الطَّرِيقُ وَسَّعَ مِنَ الْمَسْجِدِ :

المسجد أو كانا وقفا عليه ، وعن محمد أنه لما دخل الريّ أجاز ذلك بكلّ حال لضيق
المنازل . وعن أبي يوسف مثله لما دخل بغداد ؛ ولو خرب ما حول المسجد وتفرّق الناس
عنه يعود ملكا ويورث عنه عند محمد خلافا لأبي يوسف . وذكر بعضهم قول أبي حنيفة
مع أبي يوسف وبعضهم مع محمد . قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا لأبناء السبيل
أو رباطا أو حوضا أو حفر بئرا أو جعل أرضه مقبرة أو طريقا للناس) فعند أبي حنيفة
(لا يلزم ما لم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته) على ما تقدّم من أصله ، لأنه لم ينقطع حقه عنه
حتى جاز له أن يستقي ويسكن ويدفن ويشرب من الحوض ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق
له فيه حقّ . وعند أبي يوسف يلزم بالقول لما تقدّم إذ التسليم ليس بمشروط . وعند
محمد يشترط التسليم ، وهو الاستقاء من السقاية والبئر والدفن في المقبرة والنزول في الخان
والرباط والشرب من الحوض ويكتفى فيه بفعل الواحد لتعدّد الجنس ، ولو نصب له متول
وسلمه إليه جاز لأنه نائب عن الموقوف عليهم ، وكذلك إن سلم المسجد إلى متول يقوم
بمصلحته يجوز ، وإن لم يصلّ فيه هو الصحيح ، وكذا إن سلمه إلى القاضي أو نائبه ،
ويستوى في ذلك الفقراء والأغنياء عرفا لحاجة الكل إلى ذلك . قال (والوقف في المرض
وصية) لأنه تبرّع فصار كسائر التبرّعات . قال (رباط استغنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب
رباط إليه) لأنه أصلح . رباط على بابه قنطرة ولا ينتفع بالرباط إلا بالعبور عليها وليس لها
وقف يجوز أن تعمر بما فضل من وقف الرباط لأنها مصلحة العامة (ولو ضاق المسجد
وبجنبه طريق العامة يوسع منه المسجد) لأن كليهما للمسلمين نصّ عليه محمد (ولو ضاق
الطريق وسع من المسجد) عملا بالأصلح ، ويجوز القضاء بالشهادة القائمة على الوقف من
غير دعوى لأنه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مدع وهو مجتهد فيه فينفذ بالإجماع .

فصل

وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة إن وقف في صحته يجوز الصرف إليها وفي
مرضه لا لأنه بمنزلة الهبة . اشترى القيم ثوبا وأعطى المساكين لا يجوز ، لأن حقهم
في الدراهم . إذا غرس القيم في المسجد فهو للمسجد كالبناء ، وإن غرس على نهر العامة

فهو له ، وله أن يرفعه لأنه ليس له ولاية على العامة ؛ ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم لأنه ليس بقربة ولا يستجلب الثواب وصار كالصدقة ، ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء جاز ، ويكون كما شرط لأنه قربة في الجملة بأن انقرض الأغنياء . ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فقراء قرابته وأولاده ، وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأنه صدقة وصلة ، ثم للصرف إلى ولده أفضل لأن الصلة في حقه أوجب وأجزل ، ثم إلى قرابته ، ثم إلى مواليه ، ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم منزلا إلى الواقف ، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرازي : وينبغي أن يعطى الكل في بعض الأوقات ، لأنه إذا صرف الكل إليهم دائما وقدم العهد ربما اتخذوه ملكا لأنفسهم ، ويكره أن يعطى كل فقير مائتي درهم لأنها صدقة فأشبهت الزكاة ، ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته لأنه كالوصية ، وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولد صلبه وولد ولده الموجودين يوم الوقف وبعده ، ويشترك البطنان في الغلة ، ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطينين لأنه خصهما بالذكر ؛ وفي دخول أولاد البنات روايتان تذكر في الوصايا إن شاء الله تعالى . ولو قال على ولدي وولد ولدي ؛ وأولادهم تدخل البطون كلها وإن سفلوا ، الأقرب والأبعد فيه سواء لأنه ذكر أولادهم على العموم ، ولو قال على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ، ولكن يقدم البطن الأول فإذا انقرض فالثاني ، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم ، لأن المراد صلة أولاده وبرهم ، والإنسان يقصد صلة ولده لصلبه لأن خدمته إياه أكثر وهم إليه أقرب فكان عليه استحقاقه أرجح ، ثم النافلة قد يخدمون الجسد فكان قصد صلتهم أكثر ، ومن عدا هذين قل ما يدرك الرجل خدمتهم فيكون قصده برهم وصلتهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له ، وهم في النسبة إليه سواء فاستووا في غلة الاستحقاق . وقف على فقراء قرابته فن أثبت القرابة والفقير بالبينة يستحق وإلا فلا ، والبينة على القرابة إن لم يفسروها لا تقبل الشهادة لتنوع القرابة واختلافها ، كما إذا شهدوا أنه وارث لا تقبل ما لم يفسروا جهة الإرث ، والبينة على الفقر لا تسمع ما لم يقل الشهود : إنه فقير معدم لا نعلم له مالا ولا أحدا تلزمه نفقته ، لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له في هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه لأنهم يأخذون النفقة فيصيرون بها أغنياء ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالإخوة ونحوهم له حظ في هذا الوقف ، والقضاء بفقره في الوقف لا يكون قضاء بفقره في حق الدين ، والقضاء لفقره في حق الدين قضاء بفقره في حق الوقف ، لأن من له مسكن وخادم وعروض الكفاية فقير في حق الوقف دون الدين ، ولو قال على أقرب قرابتي فبنت

بنت البنت أولى من الأخت لأبوين لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه ولا يعتبر الإرث.

فصل

لا تجوز إجارة الوقف أكثر من المدّة التي شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فان لم يشترط مدّة فالمتقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أي مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لا يجوز أكثر من سنة لثلاث يتخذ ملكا بطول المدّة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة في زماننا وتغليبهم واستحلالهم ، وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين وفي غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لا يرغب في الضياع أقلّ من ذلك ، ولا تجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقهاء ، فلو أجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لانتقض الإجارة ، لأنّ المعبر أجر المثل يوم العقد ، وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون وليا من جهة الواقف أو نائبا عن القاضى ، وإذا أجره القاضى أو نائبه أو الوليّ لانتفخ الإجارة بموته ، لأنهم كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لانتفخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قيل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إجارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حق الفقهاء ، ولا يصحّ رهنه فان سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله ، وكذا لو باع المتولى منزلا موقوفا فسكنه المشتري ، ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر مثله والفتوى في غضب عقار الوقف وإتلاف منافعه وجوب الضمان نظرا للوقف وهو المختار ، ولو استدان القيم للخراج والجنايات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصحّ أنه إن لم يكن له بدّ من ذلك يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة . قيم اشترى من غلة المسجد حانوتا للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف ، لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكنى مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلم لا يبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوى في بيت من بيوتها ، وله فيه آلة السكنى . لأنه يعدّ ساكنا فيه ، ولو اشتغل بالليل بالحراسة وبالنهار يقصر في التعليم ، فان كان مشغولا بعمل آخر لا يعدّ به من طلبة العلم لا يحلّ له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعدّ من طلبة العلم حلّ ؛ ولو وقف على ساكنى مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو الأوّل سواء لأن التعارف في ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم ، ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة

كتاب الهبة

وَتَصِيحُ بِالْإِيْجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، فَإِنْ قَبَضَهَا فِي الْمَجْلِسِ يَبْغِيْرُ إِذْنَهُ جَازًا ، وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ،

لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لايجلّ له ، وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لاوظيفة له لأنه لم يبق ساكنا ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام خمسة عشر يوما فلا وظيفة له ، فإن أقام أقلّ من ذلك فإن كان لا بدّ له منه كطلب القوات ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتنزه لايجلّ له .

كتاب الهبة

وهي العطية الخالية عن تقدّم الاستحقاق ، يقال : وهبته ووهبت منه ، قال تعالى - يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور - والاتهاب : قبول الهبة ، ولهذا شرط فيها القبض ، لأن تمام الإعطاء بالدفع والتسليم ، وهو أمر مندوب وصنيع محمود محبوب ، قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وفي رواية « تهابوا » وقبولها سنة ، فانه صلى الله عليه وسلم قبل هدية العبد ، وقال في حديث بريرة « هو لها صدقة ولنا هدية » وقال عليه الصلاة والسلام « ولو أهدى إلىّ طعام لقبلت ، ولو دعيت إلى كراع لأجبت » وإليها الإشارة بقوله تعالى - فان طبن لكم عن شيء منه نفسا - أي طابت نفوسهن بشيء من ذلك فوهبته منكم - فكلوه هنيئا مريئا - وهي نوعان : تمليك ، وإسقاط ، وعليها الإجماع . قال (وتصحّ بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد تمليك ولا بدّ فيه منهما . وأما القبض فلائنه الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرّع شيء لم يلتزمه وهو التسلم بخلاف الوصية ، لأنه لاإلزام للميت لعدم الأهلية ولا للوارث لعدم الملك ، ولأن الملك بالتبرّع ضعيف لايلزم ، وملك الواهب كان قويا فلا يلزم بالسبب الضعيف ، وقد روى عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا « لايجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة » والمراد الملك لأن الجواز ثابت بدونه إجماعا . قال (فان قبضها في المجلس بغير إذنه جاز ، وبعد الافتراق يفتقر إلى إذنه) والقياس أن لايجوز في الوجهين إلا باذنه لأنه تصرف في ملك الواهب لبقاء ملكه قبل القبض . وجه الاستحسان أن التمليك بالهبة تسليط على القبض وإذن له فصار الموهوب له مأذونا في القبض ضمنا للإيجاب واقتضاء ، والإيجاب يقتصر على المجلس فكذا ما ثبت ضمنا له وكذلك الصدقة ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن الثابت ضمنا لايعارض الصريح . أو نقول النهى رجوع والقبض كالقبول وأنه يملك الرجوع

وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ مَلَكَهَا بِمَجْرَدِ الْهِبَةِ ، وَهَيْبَةُ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ تَمَّ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ ، وَيَمْلِكُ الصَّغِيرُ الْهِبَةَ بِقَبْضِ وَلِيِّهِ وَأُمِّهِ وَيَقْبِضُهُ بِنَفْسِهِ . وَتَنْعَقِدُ الْهِبَةُ بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ وَأَطَعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَأَعْمَرْتُكَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى الْهِبَةَ ، وَكَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَهَيْبَةُ الْمَشَاعِ فِيهَا لَا يُقْسَمُ جَائِزَةً

قبل القبض . قال (وإن كانت في يده) كالمودع والمستعير والمستاجر والغاصب (ملكها بمجرد الهبة) لأنه إن كان قبضها أمانة فينوب عن الهبة ، وإن كان ضمانا فهو أقوى من قبض الهبة ، والأقوى ينوب عن الأدنى ، ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبي حنيفة ، وجعل تمكنه من القبض كالتخليه في البيع . وقال أبو يوسف : لا بد من القبض بيده ، ولو قبض الموهوب له الهبة ولم يقل قبضت صححت الهبة . قال (وهبة الأب لابنه الصغير تم بمجرد العقد) لأنها في يد الأب وهو الذي يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وكل من يعوله في هذا كالأب ، ولو وهب لابنه الكبير وهو في عياله فلا بد من قبضه ، لأنه لا ولاية له عليه فلا يقبض له . قال (ويملك الصغير الهبة بقبض وليه وأمه وبقبضه بنفسه) معناه : إذا وهبه أجنبي فالولي كالأب ووصيه والجد ووصيه لقيامهم مقام الأب ، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه كاللقيط وقد بيناه ، والأم لها ولاية حفظه ، وهذا منه لأنه لا بقاء له بدون المال فاحتاجت إلى ولاية التحصيل وهذا منه . وأما قبضه بنفسه فعناه إذا كان عاقلا لأنه تصرف نافع وهو من أهله ، ويجوز قبض الزوج لزوجته الصغيرة بعد ما زفت إليه ، لأن الأب فوض أمرها إليه وذلك بعد الزفاف لاقبله حتى يملكه بحضرة الأب . قال (وتنعقد الهبة بقوله : وهبت) لأنه صريح فيه (ونحلت) لكثرة استعمالها فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « أكلت ولدتك نحلتك هكذا » (وأعطيت) صريح أيضا (وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح في الهبة إذا أضيف إلى المطعوم لأنه لا يطعمه إلا بالأكل وإلا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها لا تطعم (وأعمرتك) هذا الشيء وجعلت هذه الدار لك عمري ، قال عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمري فهي للمعمر له ولورثته من بعده » (وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) لأن المراد به الإركاب حقيقة ويستعمل في الهبة ، يقال : حمل الأمير فلانا على فرس : أي وهبه فيحمل عليه عقد الهبة (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى - أو كسوتهم - أراد تمليكهم للكسوة ، ويقال : كساه ثوبا إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجارية فهي عارية إلا أن ينوى الهبة ، ولو قال ذلك فيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة كاللوازم والدنانير والمطعوم والمشروب . قال (وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ،

وَفِيهَا يُقْسَمُ لَآ يَجُوزُ (ف) ، فَإِنْ قَسَمَ وَسَلَّمَ جَازَ كَسَمَهُمْ فِي دَارٍ ، وَاللَّيْنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالتَّمْرِ عَلَى النَّخْلِ ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ ، وَلَوْ وَهَبَهُ دَقِيقًا فِي حَنْطَةٍ ، أَوْ سَمْنَا فِي لَبْنٍ ، أَوْ دُهْنًا فِي سَمْسِمٍ فَاسْتَخْرَجَهُ وَسَلَّمَهُ لَآ يَجُوزُ ، وَلَوْ وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ جَازَ ، وَبِالعَكْسِ لَآ يَجُوزُ (س) وَلَوْ تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ جَازَ ، وَعَلَى غَنِيَّيْنِ لَآ يَجُوزُ ، وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا سَحَّتِ الهِبَةُ وَبَطَلَ الاستِثْنَاءُ ،

وفيها يقسم لاجوز (لأن القبض شرط في الهبة لما روينا وأنه غير ممكن في المشاع ، ولو جوزناه لكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلتزمه فيكون إضرارا به ، وما لا يقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفى به ضرورة ، ولا يلزم ضرر الإجبار على القسمة بقاء الإجبار على المهايأة . قلنا المهايأة في المنافع ولم يتبرع بها ، لأن الهبة صادفت العين لا المنافع . قال (فان قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لم يبق شيوع وذلك (كسهم في دار و) مثله (اللبن في الضرع والصوف على الظهر والتمر على النخل والزرع في الأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث أنه يمنع القبض ، وكذلك لو وهبه من شريكه لاجوز لعدم إمكان القبض . قال (ولو وهبه دقيقا في حنطة ، أو سمنا في لبن ، أو دهنًا في سمسيم فاستخرجه وسلمه لاجوز) لأن الموهوب معدوم فلا يكون محلا للملك فبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فحل التملك حتى جاز بيعه دون ذلك . قال (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لاجوز) أما الأول فلأنهما سلماها والموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فذهب أبي حنيفة وقال : يصح أيضا لأنها هبة واحدة والتملك واحد فلا شيوع ، وصار كالزهن من اثنين ولأبي حنيفة أنه وهب من كل واحد منهما النصف لأنه يثبت لكل واحد منهما الملك في النصف ، ألا ترى أنه لو كان فيما لا يقسم ، فقبل أحدهما صح في النصف فكان تملكها للنصف وأنه شائع ، وأما الرهن فالمستحق فيه الحبس ، ويثبت لكل واحد كمالا وتماه مر في الرهن . قال (ولو تصدق على فقيرين جاز) وكذلك لو وهب لهما (وعلى غنيين لاجوز) وقال : تجوز في الغنيين أيضا لما مر والفرق لأبي حنيفة أن إعطاء الفقير يراد به وجه الله تعالى فهو واحد ، وسواء كان بلفظ الصدقة أو بلفظ الهبة ، وسواء كان فقيرا واحدا أو أكثر ، والإعطاء للغني يراد به وجه الغني وهما اثنان فكان مشاعا ، والصدقة على الغني هبة لأنه ليس من أهل الصدقة . قال (ومن وهب جارية إلا حملها سحَّت الهبة وبطل الاستثناء) لما تقدم أن الاستثناء إنما يعمل فيما يعمل فيه العقد ، والهبة لا تصح في الحمل فكذا الاستثناء فكان شرطا فاسدا ؛ والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وأبطل شرط المعمر

فصل

وَيَجُوزُ الرَّجُوعُ فِيهَا يَهْبُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ (ف) وَيُكْرَهُ ، فَانْ عَوْضَهُ أَوْ زَادَتْ
زِيَادَةً مُتَّصِلَةً أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ فَلَا رُجُوعَ ،

بخلاف البيع فإنه يفسد بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ،
ولو دبر الجنين ثم وهبها لم يجز ، ولو أعتقه ثم وهبها جاز ؛ والفرق أن المدبر مملوك الواهب
وأنه متصل بالأم اتصال خلقه ، فنح صحة القبض كالمشاع ، وفي الحر لم يبق ما كاله ،
فالموهوب غير مشغول بحقه ولا متصل به فلا يمنع الصحة ؛ ولو وهبه جارية على أن يعتقها
أو يستولدها ، أو على أن يدبرها ، أو دارا على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوّضه عنها
شيئا فاهبة جائزة والشرط باطل ، لأنها شروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، وأنها
لا تبطل الهبة لما مرّ

فصل

المعاني المانعة من الرجوع في الهبة : المحرمة من القرابة ، والزوجية ، والمعاوضة ،
وخروجهما من ملك الموهوب له ، وحدث الزيادة أو التغيير في عينها ، وموت الواهب
أو الموهوب له على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز الرجوع فيما يهبه للأجنبي) لقوله
عليه الصلاة والسلام « الواهب أحقّ بهبته ما لم يهب منها » أى ما لم يعوّض عنها (ويكره)
ذلك لأنه من باب الخساسة والدناءة . وقال عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالكلب
يعود في قيئه » شبهه له لخساسة الفعل ودناءة الفاعل ، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام
« لا يحلّ للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » أى لا يحلّ له الرجوع من غير
قضاء ولا رضى إلا الوالد فإنه يحلّ له ذلك عند الحاجة ، فهذا الحمل أولى جمعا بين الحديتين .
قال (فان عوّضه أو زادت زيادة متصلة) في نفسها (أو مات أحدهما ، أو خرجت عن
ملك الموهوب له فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما رويناه من الحديث ، ولأن المقصود من
الهبة التمتع عادة وقد حصل . وأما الزيادة كالسمن والكبر والبناء والغرس والصنغ
والحياطة فلأنه لا يمكن الرجوع بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى الرجوع مع الزيادة لأن العقد
ما ورد عليها . وأما موت الواهب فلا سبيل للوارث عليها إذ هو أجنبي من العقد . وأما موت
الموهوب له فلانتقال إلى ورثته والتملك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته
وأما إذا خرجت من ملك الموهوب له فلأنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل ،
ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو أنهدم البناء أو ولدت الجارية ؛

وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَهَبُهُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ ؛ وَلَوْ قَالَ
الْمَوْهُوبُ لَهُ خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ أَوْ عِيُوضًا أَوْ مُقَابِلَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أَجْنَبِيٌّ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرَّجُوعُ ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَيْبَةِ رَجَعَ

بِنِصْفِ الْعِوَضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعِوَضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ (ز) ،
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا حَتَّى يَسْتَفِي عَنْهَا وَلِذَا ؛ وَلَوْ وَهَبَهُ عَبْدًا فَشَبَّ فَازْدَادَتْ قِيَمَتُهُ ثُمَّ شَاخَ
فَنَقَصَتْ لَا يَرْجِعُ فِيهِ لِأَنَّهُ اِزْدَادَ فِي بَدَنِهِ وَطَالَ فِي جَسَدِهِ ثُمَّ انْتَقَصَ بِوَجْهِ آخِرٍ وَهُوَ شَيْخُوخْتُهُ
فَلَا يَرْجِعُ . قَالَ (وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَهَبُهُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
صِلَةَ الرَّحْمِ وَزِيَادَةَ الْأَلْفَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَفِي الرَّجُوعِ قَطِيعَةُ الرَّحْمِ وَالْأَلْفَةُ ، لِأَنَّهَا تَوْرَثُ
الْوَحْشَةَ وَالْفَرَّةَ فَلَا يَجُوزُ صِيَانَةُ الرَّحْمِ عَنِ الْقَطِيعَةِ وَإِبْقَاءُ لِلزَّوْجِيَّةِ عَلَى الْأَلْفَةِ وَالْمُودَّةِ
وَفِي الْحَدِيثِ « إِذَا كَانَتِ الْهَيْبَةُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا » وَسَوَاءٌ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ
مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لَشُمُولِ الْمَعْنَى ، وَلَوْ وَهَبَهَا ثُمَّ أَبَانَهَا لَمْ يَرْجِعْ ؛ وَلَوْ وَهَبَ أَجْنَبِيَّةً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا
لَهُ الرَّجُوعُ ، وَالْمَعْتَبَرُ الْمَقْصُودُ وَقْتِ الْعَقْدِ ؛ وَإِنْ وَهَبَ لِأَخِيهِ وَهُوَ عَبْدٌ لَهُ الرَّجُوعُ ؛
وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لِعَبْدٍ أَخِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : لَا رُجُوعَ لَهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لِلْمَوْلَى
فَكَانَ هَيْبَةُ الْأَخِ ، وَلَهُ أَنْ الْهَيْبَةَ وَقَعَتْ لِلْعَبْدِ حَتَّى اعْتَبَرَ قَبُولُهُ وَرَدَّهُ وَالْمَلِكُ يَقَعُ لَهُ ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ
إِلَى مَوْلَاهُ عِنْدَ الْفِرَاقِ مِنْ حَاجَتِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ مَدِينُونَ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْلَاهُ وَلَا صِلَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْعَبْدِ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ : خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ أَوْ عِوَضًا أَوْ مُقَابِلَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أَجْنَبِيٌّ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرَّجُوعُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :
خُذْ هَذَا مَكَانَ هَيْبَتِكَ ، أَوْ ثَوَابًا مِنْهَا ، أَوْ كَافَأْتُكَ بِهِ ، أَوْ جَازَيْتُكَ عَلَيْهِ ، أَوْ أَثْبَتْتُكَ ،
أَوْ نَحَلْتُكَ هَذَا عَنْ هَيْبَتِكَ ، أَوْ تَصَدَّقْتُ بِهَ عَلَيْكَ بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ فَهَذَا كُلُّهُ عِوَضٌ وَحَكْمُهُ
حَكْمُ الْهَيْبَةِ ، يَصِحُّ بِمَا تَصَحُّ بِهِ الْهَيْبَةُ ، وَيَبْطُلُ بِمَا تَبْطُلُ بِهِ ، وَيَتَوَقَّفُ الْمَلِكُ فِيهِ عَلَى الْقَبْضِ
وَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ أَصْلًا ؛ وَإِنْ لَمْ يَضِفِ الْعِوَضُ إِلَى الْهَيْبَةِ بِأَنْ أُعْطِيَ شَيْئًا وَلَمْ يَقُلْ
عِوَضًا عَنْ هَيْبَتِكَ لَا يَكُونُ عِوَضًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرَّجُوعُ ، فَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ جَمِيعِ الْهَيْبَةِ
بَطَلَ الرَّجُوعُ فِي الْجَمِيعِ قَلَّ الْعِوَضُ أَوْ كَثُرَ ، وَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ نِصْفِهَا فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا بَقِيَ
لِأَنَّ الْمَانِعَ التَّعْوِضَ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ . قَالَ (وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَيْبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ)
لِأَنَّهُ مَا عَوَضَهُ بِهَذَا الْعِوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْمَوْهُوبِ وَلَمْ يَسْلَمْ إِلَّا نِصْفُهُ فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ
مَا عَوَضَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعِوَضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ) وَقَالَ زَفَرٌ : يَرْجِعُ بِحَصَّتِهِ مِنَ
الْمَوْهُوبِ اعْتِبَارًا بِالْعِوَضِ الْآخِرِ . وَلِنَا أَنَّهُ لَمَّا اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَا عَوَضَهُ إِلَّا بِالْبَاقِي
وَهُوَ يَصْلِحُ عِوَضًا عَنِ الْكُلِّ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي ثُمَّ يَرْجِعُ ، لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ
فِي الرَّجُوعِ بِقَبُولِ الْعِوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْعِوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ رَدُّهُ ، وَإِذَا رَدَّهُ بَطَلَ

وَلَا اسْتَحِقَّ جَمِيعَ الْعِوَضِ رَجَعَ بِالْهَبَةِ ؛ وَالْهَبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ يُرَاعَى فِيهَا
حُكْمُ الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْبَيْعِ بَعْدَهُ ؛ وَلَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا
أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَإِنْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ لَمْ يَضْمَنْ .

فصل

الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمِرِ حَالَ حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَهِيَ أَنْ
يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمْرَهُ ، فَإِذَا مَاتَ تَرَدُّ عَلَيْهِ . وَالرَّقْبَى بَاطِلَةٌ (س) ، وَهِيَ
أَنْ تَقُولَ : إِنْ مِتَّ فَهِيَ لِي ، وَإِنْ مِتَّ فَهِيَ لَكَ .

التعويض فعاد حق الرجوع . قال (وإن استحق جميع العوض رجع بالهبة) لما بينا . قال
(والهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض) فلا يصح في المشاع (و) حكم
(البيع بعده) رعاية للفظ والمعنى . وصورته : أن يهبه عبدا على أن يعوضه عنه ثوبا ،
فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا كما في الهبة ، فإذا تقابضا صار بمنزلة البيع يردان
بالعيب وتجب الشفعة ، وإن استحق ما في يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ، وبقيته
إن كان هالكا . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه فصل مجتهد
فيه مختلف بين العلماء فله الامتناع ، وولاية الإلزام للقاضي ، وإن تراضيا فقد أبطل حقه
فيجوز (وإن هلك في يده بعد الحكم) بالرد (لم يضمن) لأنه أمانة في يده حيث قبضه
لأعلى وجه الضمان .

فصل

(العمرى جائزة للمعمر حال حياته ولورثته) من (بعد مماته) ويطلق الشرط (وهى
أن يجعل داره له عمره ، فإذا مات ترد عليه) لما تقدم من الحديث ، ولما روى أنه عليه
الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر ، ولو قال : دارى لك عمرى سكنى
أو نخلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة أو هبة سكنى أو سكنى هبة
فهى عارية ؛ لأن ذكر المنفعة وهى السكنى حقيقة فى العارية ، لأن العارية تملك المنفعة
وتحتل الهبة والحمل على الحقيقة أولى ؛ ولو قال : هبة تسكنها فهى هبة ، لأن قوله تسكنها
مشورة وتنبية على المقصود وليس بتفسير ، بخلاف قوله سكنى . قال (والرقبى باطلة ،
وهى أن تقول) دارى لك رقبى ، ومعناه (إن مت فهى لى ، وإن مت فهى لك) كأن
كل واحد منهما يرقب موت الآخر لما روى شريح « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز
العمرى ورد الرقبى » ومراده الرقبى من الترقب (١) ، أما من الإرقاب ومعناه رقبة دارى

وَالصَّدَقَةُ كَالهَبَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَارْجُوعَ فِيهَا ؛ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَّصِدَّ بِمَالِهِ فَهُوَ عَلَى جِنْسِ مَالِ الزَّكَاةِ (ز) ، وَيَمْلِكُهُ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَيُنْسِكُ مَا يُنْفِقُهُ حَتَّى يَكْتَسِبَ ثُمَّ يَتَّصِدُّ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ .

لك فانه يجوز ، وهو محمل حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي » إلا أنه محتمل ، ولا تثبت الهبة بالشك فتكون عارية . وقال أبو يوسف : الرقي جائزة لحديث جابر ، ولأن قوله : دارى لك تملك ، وقوله رقي شرط فاسد لا يبطل الهبة . ولهما حديث شريح ، ولأنه تعليق الملك بالخطر فلا يصح ، وإذا لم يصح يكون عارية عندهما ، لأنه يقتضى إطلاق الانتفاع به ، ولو قال : جميع مالى أو كل شئ أملكه أو جميع ما أملكه لفلان فهو هبة ، لأن ملكه لا يصير لغيره إلا بتمليكه ؛ ولو قال : جميع ما يعرف بي أو ينسب إلى فلان فهو إقرار لجواز أن يكون للمقر له ، وهو في يد المقر يعرف به وينسب إليه . قال (والصدقة كالهبة) في جميع أحكامها لأنه تبرع (إلا أنه لارجوع فيها) لأن المقصود منها الثواب وقد حصل ، وكذا الهبة للفقير لأن المقصود الثواب ، وكذا لو تصدق على غنى لأنه قد يطلب منه الثواب بأن يعينه على النفقة لكثرة عياله ، ويؤيد ذلك أنه عبر بالصدقة عنها . قال (ومن نذر أن يتصدق بماله فهو على جنس مال الزكاة) لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وإيجاب الله تعالى الصدقة المضافة إلى المال يتناول أموال الزكاة ، قال الله تعالى - خذ من أموالهم صدقة تطهرهم - الآية ، فكذا إيجاب العبد ، فيتصدق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية والأرض العشرية ، خلافاً لحمد لأن الغالب في العشر معنى العبادة حتى لا تجب على الكافر فكانت في معنى الزكاة ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست أموال الزكاة . وقال زفر : يتناول جميع ماله وهو القياس عملاً بعموم اللفظ ، وجوابه مأمور ؛ ولو نذر أن يتصدق بملكه فهو على الجميع ، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأول سواء في الاستحسان ، لأن ذكر المال والمالك سواء ، وكذلك ذكر التسفي عنهما . قال : وأبو يوسف فرق بينهما وقال : لفظة الملك أعم عرفاً ، والأول أصح ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى الملك وذلك موجب تخصيص المال فبقي الملك على عمومه ، وإن لم يكن سوى مال الزكاة لزمه التصدق بالكل بالإجماع (ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدق بمثل ما أمسك) لأنه لو تصدق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعاً وأنه ضرر فاحش ، فيمسك قدر حاجته دفعا للضرر عنه ، ولم تقدره بشئ لأن الناس يختلفون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات فالخاصل أنه يمسك مقدار كفايته في نفقته إلى أن يقدر على أداء مثله ؛ ولو قال : دارى للمساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، ولو قال لآخر : كل

كتاب العارية

وَهِيَ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَلَا تَكُونُ إِلَّا فِيهَا يَنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ .

ما يصل إلى من مالك فعلى أن أتصدق به فوهبه شيئا فعليه أن يتصدق به ، ولو أذن له أن يأكل من طعامه لا يتصدق به ، لأن الإباحة لا يملكه إلا بالأكل ، وبعد الأكل لا يمكن التصديق به .

كتاب العارية

وهي مشتقة من العاور : وهو التداول والتناوب ، يقال : تجاوزنا الكلام بيننا : أى تداولناه ؛ وبهى المقعد به لأنهم يتداولون العين ويتداولونها من يد إلى يد ، أو من العرية وهي العطية ، إلا أن العرية اختصت بالأعيان ، والعارية بالمنافع ، وسميت به لتعريفه عن العوض ، وهي عقد مستحب شرعا ، مندوب إليه ، لما فيه من قضاء حاجة المسلم ؛ وقد ندب الشرع إليه قال تعالى « وتعاونوا على البرّ والتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون أخيه » وذمّ تعالى على منعه فقال « ومنعون الماعون » أى العواري من القدر والفأس ونحوه ؛ وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » واستعار صلى الله عليه وسلم دروفا من صفوان ؛ ولأن التملك نوحان : بعوض ، وغير عوض ؛ والأعيان قابلة للتوعين بالبيع والهبة ، فكذا المنافع بالإجارة والإعارة .

قال (وهي هبة المنافع) وقال الكرخي : إباحة المنافع حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعار ولو ملك المنافع لملك إيجارتها ، والأول الصحيح لأن المستعير له أن يعير ، ولو كانت إباحة لما ملك ذلك ، كمن أبيع له الطعام ليس له أن يبيعه لغيره ، ولأن العارية مشتقة من العرية وهي العطية ، وإنما لم تجز الإجارة لأنها تملك مؤقت ينقطع حقه عنها إلى انتهاء المدة ، والعارية تملك على وجه لا ينقطع عنها متى شاء ، فلو جازت الإجارة يلزم المعير من الضرر ما لم يلتزمه ولا رضى به فلا يجوز ، أو نقول الإجارة أقوى وألزم من الإعارة والشئ لا يستتبع ما هو أقوى منه . قال (ولا تكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه) .

اعلم أن الإعارة نوحان : حقيقة ، ومجاز . فالحقيقة إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدار والدابة . والمجاز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب ، فيكون إعارة صورة قرضا معنى ، لأنه رضى باستهلاكه ببدل ، فكان تملكها ببدل وهو القرض ؛ ولو استعار دراهم ليعاير بها ميزانه أو يزين بها حانوته ليس له أن يتعدى ما سمي من المنفعة ، ولا يكون

وَهِيَ أَمَانَةٌ ، وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعْرَتُكَ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضُ ، وَأَخَذَ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ ، وَمَتَّحْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِمَا الْهَبَةَ ، وَدَارِي لَكَ سَكْنِي أَوْ سَكْنِي عُمْرِي ؛ وَالْمُسْتَعِيرُ أَنْ يُعِيرَهَا إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِينَ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجَارَتُهَا ؛ فَإِنْ أَجَرَهَا فَهَلَكْتَ ضَمِنَ ،

قرضا كاستعارة الحلى . قال (وهى أمانة) لا يضمنها من غير تعدد . قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضه من يد المالك لاعلى وجه الضمان ، لأن اللفظ يقتضى تملك المنافع بغير عوض لغة وشرعا لما بيننا فلم يكن متعديا ، وتأويل ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان ، فقال : أغصبا تأخذها يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مؤدأة مضمونة » أى واجبة الرد مضمونة بمثونة الرد توفيقا بين الحديثين بالقدر الممكن . قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) للاستعمال فيه (وأخدمتك هذا العبد) لأن منفعة العبد خدمته ، وقد أذن له فى استخدامه (ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة) لما مرّ فى الهبة (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكنها لك (أو سكنى عمرى) أى سكنها لك عمرك . قال (وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين ، وليس له إجارتها) لأنه ملك المنافع فيملكها غيره كالموصى له بالخدمة ، بخلاف الإجارة على ما مرّ . ثم العارية على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع كمن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله فله أن يستعمله فى أى وقت شاء فى أى منفعة شاء ، ويركب ويلبس غيره عملا بالإطلاق ، فلو ركب هو أو لبس ليس له أن يركب غيره ولا يلبسه ، وكذا لو ركب غيره لا يركب هو على ما بيناه فى الإجارة . والثانى أن تكون مقيدة فيها بأن استعاره يوما ليستعمله بنفسه ، فليس له أن يركب غيره ولا يلبسه غيره لاختلاف ذلك باختلاف المستعملين ، وله أن يعيرها للحمل لأنه لا يتفاوت ، وكذا له أن يعير العبد والدار لعدم التفاوت . والثالث إذا كانت مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء . والرابع إذا كانت مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء فى اليوم ، فان أمسكها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها فى اليوم الثانى ، وقيل يضمن بمجرد الإمساك لأنه أمسك مال الغير بغير إذنه وهو الصحيح ؛ وإن اختلفا فى الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لأن الإذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما أقر به به وما زاد فالمستعير مستعمل فيما لم يؤذن له فيضمن . قال (فان أجرها فهلكت ضمن)

وَالْمُعِيرِ أَنْ يُضْمَنَ الْمُسْتَعِيرَ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَإِنْ قَيَّدَهَا بِوَقْتٍ أَوْ مَنَفَعَةٍ أَوْ مَكَانٍ ضَمِنَ بِالْمُخَالَفَةِ إِلَّا إِلَى خَيْرٍ ؛ وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ مَنَفَعَتِهَا مَا شَاءَ مَا لَمْ يُطَالِبْهُ بِالرَّدِّ ، وَلَوْ أَعَارَ أَرْضَهُ لِلبِنَاءِ وَالغَرْسِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَهُمَا ، وَإِنْ وَقَّتَ وَأَخَذَهَا قَبْلَ الْوَقْتِ كَرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيَضْمَنُ الْمُسْتَعِيرُ قِيمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ ، وَالْمُسْتَعِيرُ قَلْعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بِالْأَرْضِ ، فَإِنْ قَلْعَهُمَا فَلَا ضَمَانَ ، فَإِنْ أَعَارَهَا لِلزَّرَاعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا قَبْلَ حَصْدِهِ وَإِنْ لَمْ يُوَقَّتْ .

لأنه متعد حيث تصرف في ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا (والمعير أن يضمن المستعير) لما بينا (ولا يرجع على المستأجر) لأنه تبين أنه أجره ملكه ، وله أن يضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير أمره (ويرجع على المستعير) إذا لم يعلم أنه عارية دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما إذا علم قال (فإن قيدها بوقت أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير) وقد بيناه بتامه في الإجارة (وعند الإطلاق له أن ينتفع بها في جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالرد) عملا بالإطلاق . قال (ولو أعار أرضه للبناء والغرس فله أن يرجع) لأنه عقد غير لازم ، وهذا لأن المنافع توجد شيئا فشيئا وتملك كذلك ، فإلم يوجد بعد لم يقبض فله الرجوع فيه . وقال عليه الصلاة والسلام «العارية مردودة» . قال (ويكلفه قلعهما) لأنه لما صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ملك المعير فعليه تفرغها ، فإن لم يكن وقت فلا شيء عليه ، لأن ما أصاب المستعير إنما أصابه بفعل نفسه (وإن وقت وأخذها قبل الوقت كره له ذلك) لأنه أخلف وعده (ويضمن للمستعير قيمته ويملكه) نظرا للجانبين . وقال زفر : لا ضمان عليه لأنه لما علم أن له ولاية الأخذ فقد رضى بذلك . ولنا أنه غره بالتأقيت ، إذ الظاهر الوفاء بالوعد فيرجع إليه إذا أخلف ، لأن ما أصابه إنما أصابه من جهته بخلاف غير المؤقت (والمستعير قلعها) لأنه ملكه إلا أن يكون فيه ضرر كثير بالأرض (فيخير المعير ، لأن الأصل له وهو راجع على التبع) فإن قلعهما فلا ضمان عليه وقيل إذا كلفه المعير قلعهما قلعهما ، ويضمن المعير ما نقصا بالقلع ، لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذي وقته ولم يف له . قال (فإن أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصده وإن لم يوقت) فتبقى بالأجرة ، لأن فيه مراعاة الجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حق المعير ، لأن بقاءه مدة قليلة بخلاف الغرس والبناء لأنه لانهية لهما فيقطع دفعا لضرر المعير . دخل الحمام واستعمل قصاب الحمامي فانكسرت ، أو أخذ كوز الفقاع ليشرب فانكسر ، أو دخل منزل رجل باذنه فأخذ منه إناء بغير إذنه لينظر إليه أو ليشرب

وأجرة ردّ العارية على المستعير والمستأجر على الأجير ؛ وإذا ردّ الدابة إلى اصطلب مالكها برئى ؛ وكذا ردّ الثوب إلى داره ومع من في عياله أو عبده لو أجبره الخاص برئى .

كتاب الغصب

وهو أخذ مالٍ مَقْتَمٍ مُحْتَرَمٍ مَمْلُوكٍ لِلغَيْرِ بِطَرِيقِ التَّعَدَى ،

فوقع من يده فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأذون في ذلك دلالة . استعار كتابا ليقرا فيه فوجد فيه خطأ ، إن علم أن صاحبه لا يكره إصلاحه أصلحه وإلا فلا ، والظاهر أنه لا يكره فلا بأس به . قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن قبضه لمنفعته فوجب الردّ عليه ، والأجرة مثبوتة الردّ (و) أجرة ردّ (المستأجر لـعلى الأجر) لأن منفعة القبض حصلت له وهى الأجرة فلا يكون الردّ واجبا على المستأجر فلا يلزمه الأجرة . قال (وإذا ردّ الدابة إلى اصطلب مالكها برئى) استحسانا ، والقياس أنه لا يبرأ لعدم الردّ إلى المالك . وجه الاستحسان أن العادة جرت بالردّ إلى الاصطلب ، فانه لو سلمها إليه ردّها إلى الاصطلب ، والمعتاد كالتصوص عليه ؛ ولو كان عبدا وردّه إلى دار مالكة فكذلك (وكذا ردّ لثوب إلى داره) لما بينا (و) لو ردّ العارية (مع من في عياله أو عبده أو أجبره الخاص برئى) لأنها أمانة فصارت كالوديعة ؛ وكذا لو ردّها إلى عبد المعير أو من في عياله برئى لأن المالك يحفظها بهؤلاء عادة ؛ وقيل المراد بالعبد : الذى يقوم عليها . وذكر فى المتقى لو كانت العارية شيئا نفيسا كالجوهر ونحوه لا يبرأ بالردّ إلى هؤلاء ، لأنه لم تجز العادة بطرحه فى الدار وتسليمه إلى غلمانه ؛ والمستأجر فى ردّ العين المستأجرة كالمستعير ؛ وفى الغصب لا يبرأ فى الجميع إلا بالردّ إلى مالكة ، لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالردّ إلى المالك أو نائبه حقيقة ، بخلاف العارية لأنها غير مضمونة .

كتاب الغصب

(وهو) فى اللغة : أخذ الشيء ظلما ، يقال : غضبته منه وغصبته عليه بمعنى ، قال تعالى - يأخذ كل سفينة غصبا - أى ظلما ، ويستعمل فى كل شيء ، يقال : غضبت ولده وزوجته . وفى الشرع (أخذ مال مَقْتَمٍ مُحْتَرَمٍ مَمْلُوكٍ لِلغَيْرِ بِطَرِيقِ التَّعَدَى) واشترط أبو حنيفة وأبيوسف كون المَغْصُوبِ قابلا للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط ذلك محمد ، ويظهر فى غضب العقار على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فلو استخدم مملوك غيره بغير أمره ، أو أرسله فى حاجته ، أو ركب دابته أو حمل عليها

وَمَنْ غَضِبَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ فِي مَكَانِ غَضَبِهِ ، فَانْ هَلَكَ وَهُوَ مِثْلِي
فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ ، وَإِنْ نَقَصَ
ضَمِنَ النِّقْصَانَ ، وَإِذَا انْقَطَعَ تَجِبَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَضَاءِ (سم) ،

أو ساقها فهلكت كان غاصبا لأنه أثبت اليد المبطلّة المفوتة ؛ ولو جلس على بساط الغير
أو هبت الريح بثوب إنسان فألقته في حجره لا يكون غاصبا ما لم ينقله أو يمسه ، وهو
تصرف منهى عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه ، قال الله تعالى - ولا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - ولأن حرمة مال المسلم كحرمة
دمه . قال عليه الصلاة والسلام « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » وقال عليه
الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » وعلى حرمة بالإجماع وهو
من المحرمات عقلا ، لأن الظلم حرام عقلا على ما عرف في الأصول . والغضب على ضربين
أحدهما لا يتعلق به إثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه ملكه ،
أو ملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال
عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث معناه الإثم . والثاني يتعلق
به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدي فإنه يأثم بأخذه وإمساكه . قال (ومن غضب شيئا
فعليه ردة في مكان غضبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد »
وقال عليه الصلاة والسلام « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاجداداً ولاعباً ، فإذا أخذ أحدكم
عصا أخيه فليردّها عليه » ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويردّه في مكان
غضبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا . قال (فان هلك وهو
مثلي فعليه مثله) قال تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولأن المثل أعدل لوجود
المالية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحيوان والعددي المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته
يوم غضبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذر المماثلة دفعا للظلم
وإيصالا للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وسواء عجز عن رده بفعله أو فعل غيره
أو بأفة سماوية لأنه بالغضب صار متعديا ووجب عليه الرد وقد امتنع فيجب الضمان
وتجب القيمة يوم الغضب لأنه السبب وبه يدخل في ضمانه (وإن نقص ضمن النقصان)
اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثلي (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبي حنيفة
وقال أبو يوسف يوم الغضب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل ويتقل
إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بذوات القيم فتعتبر
قيمه إذ هو السبب الموجب . ولأبي حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضى لا بالانقطاع حتى
لولا يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فاذا قضى القاضى تعتبر القيمة عنده ، بخلاف ذوات

وَأِنْ ادَّعَى الْهَالِكُ حَبْسَهُ الْحَاكِمُ مُدَّةً يَعْلَمُ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً أَظْهَرَهَا
 ثُمَّ يَقْضِي عَلَيْهِ بِبَدْلِهَا ، وَالْقَوْلُ فِي الْقِيَمَةِ قَوْلُ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَذَا
 قُضِيَ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ مَلَكَهُ مُسْتَنْدًا إِلَى وَقْتِ الْغَضَبِ ، وَتَسَلَّمَ لَهُ الْأَكْسَابُ
 وَلَا تَسَلَّمَ لَهُ الْأَوْلَادُ ، فَذَا ظَهَرَتِ الْعَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ وَقَدْ ضَمَّتْهَا
 بِنُكُولِهِ أَوْ بِالْبَيِّنَةِ ، أَوْ بِقَوْلِ الْمَالِكِ سَلِمَتِ لِلْغَاصِبِ ، وَإِنْ ضَمَّتْهَا
 بِيَمِينِهِ فَالْمَالِكُ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعِوَضَ ،
 وَبَضَمْنَ مَا نَقَصَ الْعَقَارُ بِفِعْلِهِ وَلَا يَضْمَنُهُ لَوْ هَلَكَ (م) ،

القيم لأنه مطالب بها من وقت وجود السبب وهو الغصب فتعتبر قيمته عند السبب . قال
 (وإن ادعى الهالك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببدها).
 لأن الظاهر بقاؤها وقد ادعى خلافه ، ونظيره إذا طولب بثمن المبيع فادعى الإفلاس وقد
 مر في الحجر ، فاذا حبس المدّة المذكورة قضى عليه بالبدل لما مر . قال (والقول في القيمة
 قول الغاصب مع يمينه) لأنه ينكر الزيادة ، وإن أقام المالك البينة على الزيادة قضى بها
 لأنها حجة ملزمة . قال (فاذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستندا إلى وقت الغصب) لأنه قابل
 للنقل من ملك إلى ملك ، وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لتلا يجتمع البدل
 والمبدل في ملك واحد دفعا للضرر عنه (وتسلم له الأكساب) للتبعية (ولا تسلم له الأولاد)
 لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب . ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ، ولا
 تكون أكسابهما مدبرا ومكاتبيا . قال (فاذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضممتها بنكوله
 أو بالبينة أو بقول المالك سلمت للغاصب) لأنه ملكها برضى المالك حيث ادعى هذا
 القدر (وإن ضممتها يمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين وردّ العوض) ،
 لأنه مارضى به وإنما أخذه لعجزه عن الوصول إلى كمال حقه كالمكره ، وكذا لو ظهر
 وقيمته مثل ما ضمن أو أقل ، لأنه لم يرض حيث لم يعطه ما ادّعاه فيثبت له الخيار . قال .
 (ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك) وقال محمد : يضمن العقار بالغصب .
 وصورته : أن من سكن دارا غيره أو زرع أرض غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق
 العقار ، لمحمد أنه تحققت اليد العادية ، ويلزم من ذلك زوال يد المالك لأن اجتماع اليدين
 في محل واحد في زمان واحد محال فتحقق الغصب ، ولأن كل حكم يتعلق بالنقل فيما ينقل
 يتعلق بالتخلية فيما لا ينقل كدخول المبيع في ضمان المشتري . ولهما قوله عليه الصلاة
 والسلام « من غصب شبرا من أرض طوّقه الله تعالى من سبع أرضين » والنبي صلى الله
 عليه وسلم ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضمان ، ولو وجب لذكره ، ولأن هذا
 تصرف في المالك لأن العقار لم يزل عن مكانه الذي كانت يد المالك ثابتة عليه ، والتصرف

فإن نقص بالزراعة يضمن النقصان ، ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل ،
وكذا المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدقا بالفضل (س) ،

في المالك لا يبرء - الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك ، ولأن مالا يجب القطع
بسرقته لا يتعلق به ضمان الغصب كالحر . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه
وجد منه النقل والتحويل وأنه إتلاف ، ويضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب كالحر ،
وما أنهدم بسكناه فقد تلف بفعله ؛ والعقار يضمن بالإتلاف وإن لم يضمن بالغصب ولأنه
تصرف في العين (فإن نقص بالزراعة يضمن النقصان) لما مر (ويأخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره ويتصدق بالفضل (وكذا
المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدقا بالفضل) وقال أبو يوسف : يطيب له الفضل لأنه
حصل في ضمانه للملك الأصل ظاهرا ، فإن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا على ما تقدم
ولهما أنه حصل بسبب خييث وهو التصرف في ملك الغير ، والفرع يحصل على صفة
الأصل ، والمالك الخييث سبيله التصديق به ، ولو صرفه في حاجة نفسه جاز ، ثم إن كان
غنيا تصدق بمثله ، وإن كان فقيرا لا يتصدق ؛ ولولي المالك الغاصب في غير بلد الغصب
فطالبه بالمغصوب فإن كان دراهم أو دنانير دفعها إليه لأنها ثمن في جميع البلاد ، وإن كانت
عينا وهي قائمة في يده أمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتها في الموضعين سواء لأنه لا ضرر
فيه على المالك ، وإن كانت قيمته أقل من بلد الغصب فإن شاء أخذه ، وإن شاء طالبه
بالقيمة ، وإن شاء صبر ليأخذه في بلده لأن نقصان السعر ينقله فيخير المالك ، بخلاف
تغير السعر في بلد الغصب لأنه لا يصنعه بل بقلة الرغبات ، وإن لم يكن في يده وقيمه
أقل فالمالك إن شاء أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته ببلد الغصب أو يصبر ليأخذ مثله
في بلده ؛ وإن كانت قيمته هنا أكثر فالغاصب إن شاء أعطاه مثله أو قيمته ، لأنه هو
الذي يتضرر بالدفع ؛ وإن كانت القيمة سواء فللمالك أن يطالب بالمثل لأنه لا ضرر على
أحد ، ولو تعيب في يد الغاصب رده مع قيمة النقصان فيقوم صحيحا ويقوم وبه عيب
فيضمن ذلك ، هذا في غير الربويات لأن للجودة قيمة فيها . فأما الربويات إن شاء أخذه
بعييه وإن شاء ضمنه قيمته صحيحا من غير جنسه وتركه ، لأن الجودة لا قيمة لها عند
المقابلة بالجنس على ما عرف وآنية الصفر والرصاص إن بيعت وزنا من الربويات وعددا
لا . ولو غصب عبنا فصار زيبيا ، أو عصيرا فصار خلا ، أو رطبا فصار تمرا فالمالك إن
شاء أخذ عينه ، وإن شاء ضمنه مثله ؛ ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه
ولاشئ للغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام «من وجد عين ماله فهو أحق به » ولو كان شابا
فصار شيخا ، أو شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان ، والشلل والعرج وذهاب السمع
والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والسرقه والإباق والجنون والزنا عيب يوجب النقصان

وَإِذَا تَغَيَّرَ الْمَغْضُوبُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَهُ
وَضَمِنَهُ ، وَذَلِكَ كَذَبْحِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَبِّهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ
الْحِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الْحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرِ آنِيَةً ،
وَاللِّبْنِ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللَّبَنِ حَائِطًا ، وَعَصْرِ الزَّيْتُونِ وَالْعِنَبِ وَغَزْلِ الْقُطْنِ
وَتَسْجِ الْغَزْلِ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ حَتَّى يُؤَدَى بِدَلِّهِ (ز) ، وَلَوْ غَضِبَ تَبْرًا
فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ (سَم) ، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ
فَأَبْطَلَ عَامَّةً مَنَفَعَتَهُ ضَمِنَهُ ،

إن حدثت عند الغاصب ضمناها . قال (وإذا تغير المغضوب بفعل الغاصب حتى زال
اسمه وأكثر منافعه ملكه وضمناه ، وذلك كذبح الشاة وطبخها أو شبيها أو تقطيعها ، وطحن
الحنطة أو زرعها ، وخبز الدقيق ، وجعل الحديد سيفًا والصفرا آنية والبناء على الساجة ،
واللبن حائطًا ، وعصر الزيتون والعنب ، وغزل القطن ونسج الغزل) والوجه فيه أنه
استهلكها من وجه لفوات معظم المقاصد وتبدل الاسم ، وحقه في الصنعة قائم من كل وجه
فترجع على ما فات من وجه ؛ بخلاف ما إذا ذبح شاة وسلخها لأن الاسم باق (ولا ينتفع
به حتى يؤدي بدله) لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها
« أطعموها الأسارى » فيه دليل على زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع قبل الإرضاء ،
ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء فتح باب الغصب ، ويجوز بيعه وهبته مع الحرمة كالبيع
للفاسد ، فإذا أدى بدله أو أبرأه المالك جاز له الانتفاع به لأنه صار راضيا بالإبراء
وأخذ البدل ، والقياس أن يجوز له الانتفاع قبل الأداء ، وهو قول زفر وهو رواية عن
أبي حنيفة ، لأنه ثبت له الملك فيجوز له الانتفاع ولهذا جاز بيعه وهبته . وعن أبي يوسف
أنه يزول ملك المالك عنه لكنه يباع في دينه وبعد الموت هو أحق به من باقي الغرماء ،
ووجه آخر في الساجة واللبن أن ضرر المالك صار منجبرا بالقيمة ، وضرر الغاصب بالهدم
لا ينجبر فكان ما قلناه رعاية للجانبين فكان أولى ؛ ولو غضب خيطا فخاط به بطن عبده
أو أمته أو لوحا فأدخله في سفينة انقطع ملك المالك إلى الضمان بالإجماع (ولو غضب
تبرا فضربه دراهم أو دنانير أو آنية لم يملكه) فيأخذها المالك ولا شيء للغاصب ، وقالا :
يملكها الغاصب وعليه مثله لما تقدم أنه استهلك بصنعه من وجه لأن بالكسر فات بعض
المقاصد ولأبي حنيفة أن العين باقية من كل وجه نظرا إلى بقاء الاسم والثنية والوزن
وجريان الربا فيه والصنع فيها غير متقومة لما بينا أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس . قال
(ومن خرق ثوب غيره فأبطل عامة منفعتة ضمنه) لأنه استهلكه معنى كما إذا أحرقه ، فإذا
ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب لتلا يجمع البدلان في ملك واحد وإن أمسك الثوب

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ يَدَهَا ، فَإِنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا
وَأَخَذَهَا ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَهَا وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا ، وَفِي غَيْرِ مَا كَوَّلِ اللَّحْمِ يَضْمَنُ
قِيمَتَهَا بِقَطْعِ الطَّافِ ، وَمَنْ بَنَى فِي أَرْضِ غَيْرِهِ أَوْ غَرَسَ لَزِمَهُ قَلْعُهُمَا
وَرَدُّهَا ، وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيقًا ، فَلْتَهُ بِسَمْنِ الْمَالِكِ
إِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَرَدَّ زِيَادَةَ الصَّبْغِ وَالسَّوِيْقِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ الثَّوْبِ
أَبْيَضَ

ضمينه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع ، وإن كان خرقا قليلا يضمن نقصانه لما أنه
لم يفوت شيئا بل عيبه . واختلفوا في العيب الفاحش ، قيل هو أن يوجب نقصان ربع القيمة
فما زاد ، وقيل ما ينتقص به نصف القيمة ، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع (١) ،
واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان العيب . قال (ومن ذبح شاة غيره
أو قطع يدها ، فإن شاء المالك ضمنه نقصانها وأخذها ، وإن شاء سلمه وضمه قيمتها)
لأنه إتلاف من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرها وبقاء البعض وهو
الأكل فثبت له الخيار كما في الثوب في الحرق الفاحش . قال (وفي غير ما كَوَّلِ اللحم
يضمن قيمتها بقطع الطرف) لأنه استهلكها من كل وجه ، ولو غصب دابة فقطع رجلها
ضمن قيمتها . وروى هشام إن أخذها المالك لاشيء له وإن شاء تركها وأخذ القيمة عند
أبي حنيفة كما في الجثة العمياء خلافا لهما ؛ وإن قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا
وقيمة النقصان قياسا . وفي جنائيات الحسن عن أبي حنيفة لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار
عليه ربع قيمته ، وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والإبل ، وما لا يعمل عليه ما نقص .
وقال في الجامع الصغير : وفي عين بقر الجزار وجزوره ربع القيمة ، وفي عين شاة القصاب
ما نقصها ، والحمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه . وقال أبو يوسف : عليه ما نقصه
في جميع البهائم اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « قضى في عين الدابة
بربع القيمة » وكذا قضى عمر رضي الله عنه ، ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل ، ولا
تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعيني المستعمل فصارت كذات أربعة أعين ،
فيجب في أحدها ربع القيمة كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة . قال
(ومن بنى في أرض غيره أو غرس لزمه قلعهما وردّها) على ما بينا في الإجازات . قال
عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » ولأنه أشغل ملك الغير فيؤمر بتفريغه دفعا
للظلم وردّا للحقّ إلى مستحقه . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن
فالمالك إن شاء أخذهما وردّ زيادة الصبغ والسويق ، وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض

(١) بأن كان يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقيص اه ابن فرشته .

وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُمَا .

فصل

زَوَائِدُ الْغَضَبِ أَمَانَةٌ ، مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ ، وَيَضْمَنُهَا بِالتَّعْدَى أَوْ بِالْمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ ، وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةَ بِالْوِلَادَةِ مَضْمُونٌ وَتَجْبَرُ بِوَلَدِهَا وَبِالغُرَّةِ ؛ وَمَنَافِعُ الْغَضَبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ اسْتَوْفَاهَا أَوْ عَطَلَهَا ،

ومثل السويق وسلمهما) لأن في ذلك رعاية الجانبين على ما تقدم وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له . وقال في الأصل تجب قيمة السويق بناء على أنه يتغير بالقليل فلم يصر مثليا وسماه ههنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغضب أمانة متصلة كانت) كالسرى والجمل والحسن (أو منفصلة) كالولد والعقر والثرثرة والضوف واللبن لأن الغضب لم يردّ عليها لأنه إزالة يد المالك باثبات يده ولم يوجب . فلا يضمن ، لأن ضمان الغضب ولا غصب محال . قال (ويضمنها بالتعدى) بأن أتلفه أو أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مرّ ، وإن طلب المتصلة لا يضمن بالبيع لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان ردّ الزوائد بدون الأصل ، وقالوا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة : ولأبي حنيفة أن سبب الضمان إخراج المحلّ من أن يكون منتفعا به في حقّ المالك ولم يوجد هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها في حقّ المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغضب لا غير لأنه سبب الضمان على ما تقدم . قال (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) لفوات بعضها (ويجبر بولدها وبالغرة) لانعدام النقصان حكما ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سنّها ثم نبتت أو هزلت ثم سمّنت أو ردّ أرش اليد فانه ينجبر به نقص القطع كذا هنا وصار كضمن المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجبر بقدره وضمن الباقي ، والغرة كالولد لأنها قائمة مقامه لوجهها بدلا عنه ، ولو مات وبالولد وفاء بقيمتها لاشيء عليه هو الصحيح ، لأنه لما ضمنها يوم الغضب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة إلى الجابر . قال (ومنافع الغضب غير مضمونة استوفاهما أو عطلها) أو استغل لعدم ورود الغضب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهي لا تبقى زمانين ولأنها غير متقومة ،

مَنْ اسْتَهْلَكَ خَمْرَ الذَّمِّيِّ أَوْ خَنْزِيرَةً فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَلَوْ كَانَ مُسْلِمًا
لَثَلَا شَيْءٌ عَلَيْهِ ؛ وَيَجِبُ فِي كَسْرِ الْمَعَازِفِ قِيَمَتُهَا (سم) لِغَيْرِ اللَّهِو .

ولما تقوّمت بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله
لاستهلاكه بعض أجزائه . قال (ومن استهلك خمر الذمي أو خنزيره فعليه قيمته ، ولو كانا
لمسلم فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وإنهم يدينون
بماليهما ، فإن الخمر والخنزير عندهم كالخلّ والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم .
وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها » : يعني الجزية « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين » وللمسلمين التضمين باتلاف ما يعتقدونه مالا ، فكذا يكون الذمي ،
يخلاف المسلم لأنهما ليسا مالا في حقه أصلا ، وحرمة بدلها عليه كحرمتهما ، والخمر وإن
كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجبت القيمة ، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن
حقد الذمة . قال (ويجب في كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت لمسلم أو ذمي
كالبريط والطليل والدفّ والمزمار والحنك والعود ونحوها . ويجوز بيعها . وقالا : لا يضمن
ولا يجوز بيعها لأنها أعدت للمعاصي فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأول فيها النهي عن
المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضي وبل أولى . ولأبي حنيفة أنها أموال
صالحة للانتفاع في جهة مباحة وتصلح لما يحلّ فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار
فلا يسقط التقويم وجواز البيع لأنهما بناء على المالية وصار كالجارية المغنية ، وتجب قيمتها
لغير اللهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى ،
فإنه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل
منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ، وإن كان مقطوع
الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرّم فيجب قيمته
منقوشا . ولو غضب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعاما فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم به
برى من الضمان لأنه أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيبرأ بالنص ،
وهو قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولو جاء الغاصب بقيمة
المغضوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها ، فإن وضعها في حجره برى ،
وإن وضعها بين يديه لا يبرأ ، بخلاف ما إذا وضع المغضوب أو الوديعة بين يديه حيث يبرأ
لأن الواجب فيه ردّ العين وأنه يتحقق بالتخلية ، والواجب في الدين القبض لتتحقق المعاوضة
والمقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية . وروى ابن سماعة عن محمد : للقاضي أن يأخذ المسال
من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظه عليه ، فإن ضاع فجاء المالك فله أن
يضمن الغاصب والسارق ولا يبرأ بأخذ القاضي ، لأن للقاضي التصرف في مال الغائب فيما

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ ، وَلَيْسَ مِلْكَ مُسْلِمٍ وَلَا ذِمِّيٍّ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الْعُمَرَانِ ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرْفِ الْعُمَرَانِ وَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يُسْمَعُ ، مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ (سَم) مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا ،

يؤدي إلى حفظه لافيا يرجع إلى إبراء حقوقه . ولو حلّ دابة رجل أو قيد عبده ، أو فتح قفصه وفيه طيور لم يضمن لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو ذهاب الدابة والعبد وطيوان الطير ، واختيارهم صحيح وتركه منهم متصور ، والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل ؛ ألا ترى أن المجنون يضمن ما يتلفه وإن كان معدوم العقل ، فيضاف التلف إلى المباشرة دون السبب كالجافر والدافع ، ولو حلّ قم زقّ وفيه دهن فسال ضمن لأنه تسبب لتلفه بازالة المسك ، فلم يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل مختار ؛ ولو كان جامدا فشقه فذاب بالشمس ثم سال لم يضمن لأن الجامد يستمسك بنفسه لا بالزقّ ، فلم يكن الشقّ إتلافا وإنما صار مائعا بالشمس لا بفعله . ذهبت دابة رجل ليلا أو نهارا بغير إرسال صاحبها فأفسدت زرع رجل لأضمان عليه ، لأنها ذهبت باختيارها وفعلها هدر . قال عليه الصلاة والسلام « العجماء جبار » وإن أرسلها ضمن : رجل وجد في زرعه أو داره دابة فأخرجها فهلكت أو أكلها الذئب لم يضمن نصّ عليه محمد في المتقى ، قالوا : والصحيح إن أخرجها ولم يسقها لم يضمن لأن له ولاية الإخراج ، وإن ساقها بعد الإخراج ضمن : رجل أدخل دابة في دار رجل فأخرجها صاحب الدار فهلكت لا يضمن . وإن وضع ثوبا في داره فرمى به فضاع ضمن لأن الثوب لا يضرّ الدار وكان الإخراج إتلافا ، والدابة تضرّ بالدار فلم يكن إتلافا .

كتاب إحياء الموات

(الموات : ما لا ينتفع به من الأراضي) لانقطاع الماء عنه ، أو غلبته عليه ، أو كونها حجرا أو سبخة ونحو ذلك مما يمنع الزراعة ، سُميت بذلك لعدم الانتفاع بها كالميت لا ينتفع به ، فإكان كذلك (وليس ملك مسلم ولا ذمّيّ وهو بعيد عن العمران ، إذا وقف إنسان بطرف العمران ونادى بأعلى صوته لا يسمع من أحياء بإذن الإمام ملكه مسلما كان أو ذميا) . لأن ما كان قريبا من العمران يرتفق الناس به عادة فيطرحون به البيادر ويرعون فيه المواشي . وعن محمد أنه يعتبر أن لا يرتفق به أهل القرية وإن كان قريبا ، والمختار هو الأوّل لتعلق حقهم به حقيقة أو دلالة فلا يكون مواتا ، وكذلك إذا كان محتطبا لهم لا يجوز

وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِ ، وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَزْرَعْهَا دَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ .

إحياؤه لأنه حقهم ، ويشترط في الإحياء إذن الإمام ، وقالا : لا يشترط لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » ولأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » والمراد به في المباحات ، إلا أن الحطب والحشيش والماء خصّ عنه بالحديث ، فبقى الباقي على الأصل ، وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقا بين الخديثين ، ولأنه وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحل لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ، والمسلم والذي سواء ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب ؛ ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذي لأنه ابتداء وضع ، فيجب على كل واحد ما يليق به ، وإن سقاه بماء الخراج يعتبر بالماء ؛ والإحياء : أن يبنى فيها بناء ، أو يزرع فيها زراعا ، أو يجعل للأرض مسنة (١) ونحو ذلك ، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره . وقال أبو يوسف : إن عمر أكثر من النصف كان إحياءً لجميعها ، وإن عمر نصفها له ما عمر دون الباقي . وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة إن حفر فيها بئرا أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ، ولو شقّ فيها أنهارا لم يكن إحياء إلا أن يجري فيها ماء فيكون إحياء (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا ؛ ومن أحيا مواتا ثم أحاط الإحياء بجوانبه الأربعة على التعاقب فطريق الأول في الأرض من الرابعة لتعينها ، روى ذلك عن محمد . ومن أحيا مواتا ثم تركها فزرعها آخر ، قيل هي للثاني لأن الأول ملك استغلاها لارتقبتها ؛ وقيل هي للأول وهو الأصح لأنها ملكه بلام الملك في الحديث . قال (ومن حجر أرضا ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس بإحياء ، والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والخراج ، فاذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل . وسمى تحجيرا لوجهين : أحدهما من الحجر وهو المنع لأنه يمنع غيره عنها ؛ الثاني أنهم يضعون الأحجار حولها تعليما لحدودها لئلا يشركهم فيها أحد . والتحجير أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو أحرق الشوك ونحوه فانه تحجير ، وهو استيाम (٢) وليس بإحياء ، ولهذا لو أحياها غيره قبل ثلاث سنين ملكها لأنه أحياها ، كما يكره السوم على سوم أخيه ، ولو عقد جاز العقد والتقدير بثلاث سنين مروى عن عمر رضى الله عنه فانه قال : من أحيا أرضا ميتة فهي له

(١) المسنة : ما يبنى للسيل ليردّ الماء اه مغرب .

(٢) قوله استيाम : أى تعليم .

وَمَنْ حَفَرَ بئراً فِي مَوَاتٍ فَحَرَّمَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ لِلنَّاضِحِ (سَم) وَالْعَطَنِ ، قَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفَرَ فِي حَرِيمِهَا مَنَعَ ، وَحَرِيمُ الْعَيْنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسُمِائَةَ ذِرَاعٍ ، وَالقَنَاةُ عِنْدَ خُرُوجِ الْمَاءِ كَالْعَيْنِ ، وَلَا حَرِيمَ لِلنَّهْرِ الظَّاهِرِ (سَم) إِذَا كَانَ فِي مَلِكِ الْغَيْرِ إِلَّا بَبِينَةٍ ، وَكَذَا لَوْ حَفَرَهُ فِي أَرْضِ مَوَاتٍ لِاحْرَامِ لَهُ ،

وليس للمحجر بعد ثلاث حتى . قال (ومن حفر بئراً في موات فحريمها أربعون ذراعاً من كل جانب للناضح والعطن) عند أبي حنيفة (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع) لأن في الأراضي الرخوة يتحول الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدي إلى اختلال حقه ، ولأنه ملك الحريم ليتمكن من الانتفاع به وذلك بمنعه . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت للناضح فستون لحديث الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً » ولأنه يحتاج فيها إلى سير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن يستقى منها بيده فكانت الحاجة أقل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئراً فله ما حولها أربعون ذراعاً عطناً لما شئته » من غير فصل ، ولأن استحقاق الحريم على خلاف القياس لأنه في غير موضع الإحياء وهو الحفر ، وإنما تركناه في موضع اتفق الحديثان فيه ، وما اختلفا فيه يبقى على الأصل ، ويمكنه أن يدبر الدابة حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسير . وقال أبو حنيفة : جعل في حديث الزهري ستين ذراعاً حريماً لمدّ الحبل لأنه يملك ما زاد على الأربعين ، ولو احتاج إلى سبعين يمدّ الحبل إليه ، وكان له مدّ الحبل لأنه يملكه . وذكر في النوادر عن محمد أن حريم بئر الناضح بقدر الحبل سبعون كان أو أكثر ، والعطن : مبرك الإبل حول الماء ، يقال : عطنت الإبل فهي عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب ؛ والنواضح : الإبل التي تسقى الماء ، والواحد ناضح ، وفي الحديث « كل ماسق من الزرع نضحاً ففيه نصف العشر » . قال (وحريم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما سبق من الحديث ، ولأن العين تستخرج للزراعة ، ولا بدّ من موضع حوض يجمع فيه الماء ، وساقية يجرى فيها الماء إلى المزارع فاحتاج إلى مسافة أكثر من البئر . قال (والقناة عند خروج الماء كالعين) وقيل هو مفوّض إلى رأى الإمام ، لأنه لا بدّ للقناة من الحريم للمقي طينه ما لم يظهر ، فإذا ظهر فهو كالعين الفوّارة ، قيل هو قولهما . أما على قول أبي حنيفة لاحتريم للقناة ما لم يظهر الماء ، لأنه نهر مطوى فيعتبر بالنهر الظاهر (ولا حريم للنهر الظاهر) عند أبي حنيفة (إذا كان في ملك الغير إلا ببينة ، وكذا لو حفره في أرض موات لاحتريم له) خلافاً لهما . وقال المحققون من مشايخنا : للنهر حريم بقدر

وَلَوْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي أَرْضِ مَوَاتٍ فَحَرَمْتُهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسَةَ أَذْرَعٍ ،
وَمَا عَدَلَ عَنْهُ الْفُرَاتُ وَدَجَلَةٌ يُجُوزُ إِحْيَاؤُهُ إِنْ لَمْ يُحْتَمَلْ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ،
وَإِنْ احْتَمَلَ عَوْدُهُ لَا يُجُوزُ .

كتاب الشرب

وَهُوَ النَّصِيبُ مِنَ الْمَاءِ ، وَقِسْمَةُ الْمَاءِ بَيْنَ الشَّرَكَاءِ

ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق . ثم قال أبو يوسف : حرمة مقدار عرض نصف
النهر من كل جانب ، لأن المعتبر الحاجة الغالبة ، وذلك بنقل ترابه إلى حافته فيكفي
ما ذكرنا . وقال محمد : عرض جميع النهر من كل جانب لأنه قد لا يمكنه إلقاء التراب من
الجانبين فيحتاج إلى إلقائه في أحدهما فيقدر في كل طرف بيطن النهر والحوض على هذا
الاختلاف . لهما أنه لا انتفاع بالنهر والحوض إلا بالحریم لأنه يحتاج إلى المشى فيه لتسييل
الماء ، ولا يكون ذلك عادة في بطنه وإلى إلقاء الطين وأنه يخرج بنقله ، فوجب أن يكون
له حریم كالبئر . وله أن الحریم على خلاف القياس لما مر تركناه في البئر بالحديث ،
ولأن الحاجة في البئر أكثر لأنه لا يمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستسقاء ولا استسقاء إلا
بالحریم . أما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحریم . ثم قال (ولو غرس شجرة في أرض
موات فحریمها من كل جانب خمسة أذرع) ليس لغيره أن يغرس فيه ، لما روى « أن رجلا
غرس شجرة في أرض فلاة ، فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة إلى جانب شجرته ، فشكا
الأول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن يؤخذ من شجرته جريدة فتذرع ، فبلغ
خمس أذرع ، فجعل له صلى الله عليه وسلم الحریم من كل جانب خمسة أذرع وأطلق للآخر
فيما وراء ذلك » هذا الحديث ذكره أبو داود في سننه ، وذكر في رواية « سبعة أذرع » :
قال في المحيط : هذا حديث صحيح يجب العمل به . قال (وما عدل عنه الفرات ودجلة يجوز
إحياؤه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات وهو في يد الإمام إذا لم يكن حریماً لعامة
(وإن احتمل عوده لا يجوز) لحاجة العامة إليه ، والله عز وجل أعلم بالصواب .

كتاب الشرب

(وهو النصيب من الماء) للأراضى وغيرها . قال الله تعالى - لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم - . قال (وقسمة الماء بين الشركاء جائزة) وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
والناس يفعلونه فأقرهم عليه ، وتعامله الناس إلى يومنا من غير نكير ، وهو قسمة باعتبار
الحق دون الملك ، لأن الماء غير مملوك في النهر ، والقسمة تارة تكون باعتبار الملك ،

وَيَجُوزُ دَعْوَى الشَّرْبِ بِتَغْيِيرِ أَرْضٍ ، وَيُورَثُ ، وَيُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ
وَلَا يَبَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُتَّصَدَّقُ بِهِ ، وَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا ، وَلَا بَدَلًا
فِي الْخُلْعِ ، وَلَا بَدَلًا فِي الصَّلْحِ عَنِ دَعْوَى الْمَالِ وَلَا فِي الْقَصَاصِ .
وَالْمِيَاهُ أَنْوَاعٌ : مَاءُ الْبَحْرِ ، وَهُوَ عَامٌ لِجَمِيعِ الْخَلْقِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِالشَّفَةِ
وَسَقَى الْأَرْضِ وَشَقَّ الْأَنْهَارِ . وَالْأُودِيَّةُ وَالْأَنْهَارُ الْعِظَامُ كَجِيحُونَ وَسِيحُونَ
وَالنَّيْلُ وَالْفُرَاتِ وَدَجَلَةَ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِيهِ فِي الشَّفَةِ وَسَقَى الْأَرْضِ
وَتَنْصِبِ الْأَرْحِيَّةِ .

وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنائم . قال (ويجوز دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا
لجواز أن يكون الشرب حقا له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض
وبقى الشرب أو ورثه ، وقد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر ؛ وإذا
شهدوا بشرب يوم من النهر لا تقبل إذا لم يقولوا من كم يوم ، ولو ادعى أرضا على نهر
شربها منه فشهدوا له بالأرض قضى بها وبحصتها من الشرب ، لأن الأرض لا تنفك عن
الشرب ؛ ولو ادعى الشرب وحده فشهدوا له لا يقضى بشيء من الأرض . قال (ويورث
ويوصى بمنفعته دون رقبته) لأنه حق مالي فيجوز فيه الإرث ؛ وجهالة الموصى به لا تمنع
الوصية ، لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم : قال (ولا يباع
ولا يوهب ، ولا يتصدق به) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ، ولأنه ليس بمتقوم
حتى لو سقى به غيره لا يضمن (ولا يصلح مهرا) لما بينا ويجب مهر المثل (ولا بدلا في
الخلع) حتى ترد ما قبضت من المهر (ولا بدلا في الصلح) عن دعوى المال (ولا
في القصاص) ويسقط القصاص وتجب الدية .

(والمياه أنواع) الأول (ماء البحر ، وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشفة
وسقى الأرض وشق الأنهار) لا يمنع أحد من شيء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .
(و - الثاني) الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون والنيل والفرات ودجلة ،
فالناس مشتركون فيه في الشفة وسقى الأرض ونصب الأرحية (والدوالي إذا لم يضر
بالعامة ، وذلك بأن يجي مواتا ويشق نهرا لسقيها ليس في ملك أحد لأنه مباح في الأصل
وغلبة الماء تمنع قهر غيره واستيلاءه عليه ، وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن
دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك بأن يكسر ضفته فيميل الماء إلى جانبها فيغرق الأرض
والقرى ، وكذا شق الساقية للرحى والدالية .

«وَمَا يَجْرِي فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لِقَرْيَةٍ فَلْيَغْيِرْهُمْ فِيهِ شَرِكَةٌ فِي الشَّقَّةِ ؛ وَمَا أُحْرَزَ فِي حُجْبٍ وَنَحْوِهِ فَلْيَنْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بَدُونِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَلَهُ يَبْتَعُهُ ، وَلَوْ كَانَتِ الْبُيُوتُ أَوْ الْعَيْنُ أَوْ النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ مُنْعٌ مَنْ يُرِيدُ الشَّقَّةَ مِنَ الدَّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِنْ كَانَ يَجِدُ غَيْرَهُ يُقْرِبُهُ فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَمَا أَنْ يَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجَ الْمَاءَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَنَعَهُ وَهُوَ يَخَافُ الْعَطَشَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَطْيَبَتِهِ قَاتَلَهُ بِالسَّلَاحِ ، وَفِي الْحَرْزِ بِالْإِنَاءِ يُقَاتِلُهُ بِتَغْيِيرِ سِلَاحٍ ، وَالطَّعَامُ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ كَالْمَاءِ الْمُحْرَزِ بِالْإِنَاءِ .

(و) الثالث (ما يجري في نهر خاص لقرية فليغيرهم فيه شركة في الشفة) وهو الشرب والسقي للدواب ، ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لاغير ، وإن أتى على الماء كله . روى أنه وردت على أبي حنيفة مسائل من خراسان فدفعها إلى زفر ليكتب فيها : منها رجل له ماء يجري إلى مزارعه فيجسء رجل فيسقى إبله ودوابه منه حتى ينفذه كله هل له ذلك ؟ فكتب زفر : ليس له ذلك ، فعرضها على أبي حنيفة فغلطه وقال : لصاحب الإبل ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث » الحديث ، والحديث يشمل الشرب والشرب ، إلا أن الشرب خص في النهر الخاص دفعا للفرر عن أهله ، وبقي حق الشفة للضرورة إما لشدة الحاجة ، أو لأنه لايقدر على استصحاب الماء في كل مكان . والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

(و) الرابع (ما أحرز في حجب ونحوه فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والحشيش إلا أنه لايقطع في سرقة لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث . قال (ولو كانت البئر أو العين أو النهر في ملك رجل له منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إن كان يجد غيره بقربه في أرض مباحة ، فإن لم يجد فاما أن يتركه يأخذ بنفسه) بشرط أن لايكسر صفته (أو يخرج الماء إليه ، فإن منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيبته قاتله بالسلاح) لما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم ، فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ ولأنه منع المضطر عن حقه ، لأن حقه ثابت في الشفة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفي المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه ، إلا أنه مأمور أن يدفع إليه قدر حاجته فبالمنع خالف الأمر فيؤدبه (والطعام حالة المخمصة كالماء المحرز بالإناء) في الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا ،

فصل

كَرَى الْأَنْهَارِ الْعِظَامَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْعَامَّةِ فَكَرَيْهِ
عَلَى أَهْلِهِ ، وَمَنْ أَبِي مِنْهُمْ يُجْتَبَرُ ،

ولو كان النهر أو البئر في موات قد أحياه فليس له أن يبيع صاحب الشفة من الدخول إذا كان لا يكسر المسناة ، لأن الموات كان مشتركا والإحياء لحق مشترك فلا يقطع حق الشفة . والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون » وفي رواية « الناس مشتركون في ثلاث : في الماء والكلا والنار » أثبت الشركة فيها للناس كافة ، المسلمون والكفار فيه سواء فحكم الماء ما ذكرنا . وأما الكلا إن كان في أرض مباحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعى كاشتراكهم في ماء البحر ، وإن كان في أرض مملوكة ولهد نبت بنفسه فهو كالنهر في أرضه لا يمنع عنه وله المنع من الدخول في ملكه ، وإن لم يجد غيره فعلى التفصيل الذى ذكرنا في الماء ، وإن أنبت في أرضه فهو مملوك له ، والكلا ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالإذخر ونحوه ؛ أما ماله ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الأرض لأنه عليه الصلاة والسلام إنما أثبت الشركة في الكلا لافي الشجر ، والعوسج من الشجر . وأما النار فلو أوقد ناراً في مفازة فالجمر ملكه وليس له أن يمنع أحداً من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجاً ، لأن الجمر من الحطب وأنه ملكه والنور جوهر الجمر ، ولأننا لو أطلقنا الناس في أخذ الجمر لم يبق له ما يصطلى به ولا ما يجذب به ويطبخ به ، وإن أوقد النار في ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول في ملكه لامن النار كما مر في الماء والكلا .

فصل

(كرى الأنهار العظام على بيت المال) وهى التى لا تدخل فى المقاسم كسيحون وإخوته جيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها ، لأن منفعتها للعامة فيكون فى مالهم ، فإن لم يكن فى بيت المال شىء أجبر الناس على كرىه إذا احتاج إلى الكرى إحياء لحق العامة ودفعاً للضرر عنهم ، لكن يخرج الإمام من يطبق العمل ويجعل مئونتهم على المياسير الذين لا يطبقونه (وما هو مملوك للعامة فكرىه على أهله) لأن منفعته لهم (ومن أبى منهم يجبر) دفعاً للضرر العام ، وهو ضرر الشركاء بالضرر الخاص ، كيف وفيه منفعته فلا يعارضه وإن كان فيه ضرر عام بأن خافوا أن ينشق النهر فيخرج الماء إلى طريق المسلمين وأراضيمهم ، فعليهم تحصينه بالحصص ، والنهر المملوك لجماعة مخصوصين فكرىه عليهم ، ومن أبى منهم قيل يجبر لسا مر ، وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه بالكرى بأمر القاضى ، ثم يرجع على الآبى ، ولا كذلك الأول .

وَمَثُونَةُ الْكُرَى إِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ تَرَفَّعَ عَنْهُ (سم) ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ
الشَّقْفَةِ شَيْءٌ مِنَ الْكُرَى . نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لَيْسَ لِصَاحِبِ
الأَرْضِ مَنَعُهُ . نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ اخْتَصَمُوا فِي الشَّرْبِ فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ
أَرْضِيهِمْ ، وَلَيْسَ لِلْأَعْلَى أَنْ يُسْكِرَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ إِلَّا بِأَرْضِيهِمْ ،

قال (ومثونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) وقالوا : الكرى عليهم جميعا من أوله
إلى آخره بمخصص الشرب والأراضي لأن الأعلى يحتاج إلى ما وراء أرضه لتسهيل ما فضل
من مائه كى لا يغرق أهله . ولأبي حنيفة أنه متى جاوز الكرى أرضه تمكن من سقيها
واندفعت حاجته فلا يلزمه ما بعد ذلك ، حتى لو أمكنه السقى بدون الكرى لا يجب عليه
الكرى وما ذكر من الحاجة يندفع بسده من أعلاء ، وليس على صاحب المسيل عمارته
كن له على سطح آخر مسيل ماء . وإذا جاوز الكرى أرض رجل هل له أن يفتح الماء ؟
قيل له ذلك لأن الكرى قد انتهى في حقه ، وقيل لا ، لأنه لا يختص بالانتفاع بالماء ،
ولهذا جرت العادة بالكرى من أسفل النهر أو بترك بعضه من أعلاه . قال (وليس على
أهل الشفة شيء من الكرى) لأنها شركة عامة . قال (نهر لرجل يجري في أرض غيره ليس
لصاحب الأرض منعه) لأن صاحب النهر مستعمل له باجراء مائه عملا بالبيئة ، وعلى هذا
المصعب في نهر أعلى سطح والميزاب والطريق في دار غيره إلا أنه لا بد له أن يقول في الدعوى
مصعب ماء الوضوء أو المطر أو غيره لمكان التفاوت . قال (نهر بين قوم اختصموا
في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقى الأرض فيقدر
بقدرها ، بخلاف الطريق لأن التطرق إلى الدار الواسعة والضيقة سواء ، ولو كان لبعض
الأراضي ساقية وللبعض دالية ولا شيء للبعض وليس لها شرب معلوم فالشرب بينهم على
قدر أراضيهم التي على حافة النهر ، لأن المقصود من النهر سقى الأرض لا اتخاذ السواقي
والدوالي فيستوى حالهم فيما هو المقصود ، ولأن الأراضي في الأصل لا بد لها من شرب ؛
وإن كان لها شرب معروف من غير هذا النهر فلا حق له في هذا النهر . قال (وليس للأعلى
أن يسكر (١) حتى يستوفى إلا بتراضيهم) لما فيه من إبطال حق الباقيين وهو منع الماء عنهم
في بعض المدة ، ولأنه يحتاج إلى إحداث شيء في وسط النهر وربما ينكبس ما يحدث فيه
عند السكر ، ورقبته مشتركة بينهم فلا يجوز لكن يشرب بحصته ، فإذا رضوا بذلك جاز
لأن الحق لهم ، وكذلك لو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لما قلنا . لكن
لا يسكر إلا بلوح أو باب ولا يسكر بالطين والتراب لأنه يكبس النهر وفيه ضرر ، وإن

(١) والسكر : السد . قال في مختار الصحاح : وسكر النهر : سده ؛

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشُقَّ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحَى أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوَسِّعَ قَهْ ، أَوْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا شِرْبٌ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ ، وَلَوْ كَانَتِ الْقِسْمَةُ بِالْكُؤَى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بِالْأَيَّامِ ، وَلَا مُنَاصَفَةً ، وَلَا يَزِيدُ كُؤَةً ، وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ .

كتاب المزارعة

وهي عقدٌ على الزرع ببعض الخارج ، وهي جائزة عند أبي يوسف ومحمد ،

لم يسكر باللوح فبالتراب . قال (وليس لأحدٍ أن يشق منه نهرًا ، أو ينصب عليه رحى ، أو يتخذ عليه جسرًا أو يوسع قه ، أو يسوق شربه إلى أرض ليس لها شرب إلا بتراضيه) أما شق النهر ونصب الرحى فلأن فيه كسر ضفة النهر وشغل ملك الغير بينائيه ، إلا أن لا تضر الرحى بالنهر ولا بالماء ويكون مكانها له خاص فيجوز ، لأنه تصرف في ملكه من غير إضرار بالغير . وأما اتخاذ الجسر فهو كطريق خاص بين قوم والقنطرة كالجسر . وأما توسعة قه لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه . وأما سوق شربه إلى أرض أخرى فلأنه ربما تقادم العهد فيدعيه ويستدل به على أنه له ، فإذا رضوا بذلك جاز لأنه حقهم . قال (ولو كانت القسمة بالكوى فليس لأحدٍ أن يقسم بالأيام ، ولا مناصفة) لأن الحق ظهر بذلك فيترك على حاله ، إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما . قال (ولا يزيد كوة وإن كان لا يضر بالباقيين) لما بينا ، بخلاف النهر الأعظم لأن له أن يشق فيه نهرًا مبتدأ فزيادة الكوة أولى .

كتاب المزارعة

(وهي) مفاعلة من الزراعة وهي الحرث والفلاحة ، وتسمى مخابرة ، مشتقة من خبير « فإنه صلى الله عليه وسلم دفع خبير مزارعة » فسميت المزارعة مخابرة لذلك ، أو من الخبير وهو الإكار ، أو من الخبيرة بالضم : النصيب ، أو من الخبار : الأرض اللينة ، وتسمى المحاقلة مشتقة من الحقل وهو الزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه ، ، وقيل الحقل : الأرض الطيبة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزراعة وتسميه أهل العراق القراح . وفي الشرع عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهي جائزة عند أبي يوسف ومحمد) لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خبير على نصف ما يخرج من تمر وزرع ، ولأن الحاجة ماسة إليها لأن صاحب الأرض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ فَاسِدَةٌ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا ، وَلَا بُدَّ فِيهَا مِنَ التَّاقِيَةِ ، وَمِنْ صِلَاحِيَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ ، وَمِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْبَدْرِ ، وَمَعْرِفَةِ جِنْسِهِ ، وَنَصِيبِ الْآخِرِ ، وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا حَتَّى لَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قَفْرَانَا مَعْلُومَةً ، أَوْ مَا عَلَى السَّوَاقِ ، أَوْ أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْبَدْرِ بِدَرِّهِ ، أَوْ الْخَرَاجُ فَسَدَتْ ، وَإِنْ شَرَطَ رَفَعَ الْعُشْرَ جَازًا ،

لا يجد أرضا ولا ما يعمل به ، فدعت الحاجة إلى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وعند أبي حنيفة هي فاسدة) لما روى رافع بن خديج قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيها ببعض الخراج ثلثه أو نصفه ، وقال : من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه » وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الإباحة ويعملونه فاقتضى نسخه . وعن زيد بن ثابت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال : قلت وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ أرضا بثلث أو نصف أو ربع » وعن ابن عمر قال : كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى ذكر رافع بن خديج « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » فتركناه من أجل قوله ؛ ولأنه استنجار بأجرة مجهولة معدومة وذلك مفسد ؛ ولأنه استنجار ببعض ما يحصل من عمله فلا يجوز كقفيز الطحان ، وحديث خبير محمول على أنه خراج مقاسمة ، فانه عليه الصلاة والسلام لما فتح خيبر عنوة ترك خبير على أهلها بوظيفة وظيفها عليهم ، وهي نصف ما يخرج من نخيلهم وأراضيهم (والفتوى على قولهما) لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة . قال الحصري : وأبو حنيفة هو الذي فرغ هذه المسائل على أصوله لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله . قال (ولا بدَّ فيها من التاقية) لأنها تنعقد إجارة ابتداء وشركة انتهاء ، ولأنها ترد على منفعة الأرض والعامل فلا بدَّ من تعيين المدة كالإجارة . قال (ومن صلاحية الأرض للزراعة) ليحصل المقصود إذ هي الخلل . قال (ومن معرفة مقدار البذر) قطعا للمنازعة (ومعرفة جنسه) لأنه الأجرة (ونصيب الآخر) لأنه يستحقه عوضا بالشرط ، ولا بدَّ أن يكون العوض معلوما . قال (والتخلية بين الأرض والعامل) لما مرَّ في المضاربة (وأن يكون الخراج مشتركا بينهما) لما مرَّ في المضاربة فكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة يفسدها (حتى لو شرط لأحدهما قفرانا معلومة ، أو ما على السواقي ، أو أن يأخذ ربُّ البذر بذره ، أو الخراج فسدت) لأنه يؤدي إلى قطع الشركة ، وقد مرَّ في المضاربة . قال (وإن شرط رفع العشر جاز) لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة لأنه لا بدَّ أن يبقى بعده تسعة أعشار فتبقى الشركة فيه ، بخلاف الخراج والبذر لأنه قد لا يخرج

وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِيُؤْحَدِ ، وَالْعَمَلُ وَالْبَقْرُ لِآخَرَ ، أَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ
لِيُؤْحَدِ وَالْبَاقِي لِآخَرَ ، أَوْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ وَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَهِيَ صَحِيحَةٌ ؛
وَإِذَا صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ يُخْرَجْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءٌ لِلْعَامِلِ
وَمَا عَدَا هَذِهِ الْوُجُوهَ فَاسِدَةٌ ،

إلا ذلك القدر أو أقل منه ، فيؤدى إلى قطع الشركة فيبطل . قال (وإذا كانت الأرض
والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر ، أو كانت الأرض لواحد والباقي لآخر ، أو كان العمل
من واحد والباقي لآخر فهي صحيحة) لأنه استنجار للأرض أو للعامل . أما الأول فلأنه
استنجار للعامل والبقر آلة العمل فكانت تابعة له لا يقابلها أجره كإبرة الخياط . وأما الثاني
فهو استنجار الأرض ببعض معلوم فصار كالدرهم المعلومة . وأما الثالث فهو استنجار
للعامل ليعمل بآلة المستعمل كما إذا شرط على الخياط أن يخيط بآلة صاحب الثوب (وإذا
صحّت المزارعة فالخارج على الشرط) عملاً بالتزامهما ، قال عليه الصلاة والسلام « المؤمنون
عند شروطهم » (فان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لأنها شركة في الخارج ولا خارج
وصار كالمضارب إذا لم يربح ، وإن كانت لإجارة فقد عين الأجرة فلا يستحق غيرها ،
بخلاف الفاسدة ، لأن أجر المثل يتعلق بالذمة فلا يفوت بفوات الخارج . قال (وما عدا
هذه الوجوه فاسدة) وهي ثلاثة أيضاً : وهي أن يكون البقر والآلات من ربّ الأرض
والبذر من العامل ، أو يكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر ، أو تكون الأرض من
واحد والبقر من آخر والبذر من آخر والعمل من آخر . أما الأول فمذكور رواية الأصل
وروى عن أبي يوسف رحمه الله جوازه لأنه استنجار الأرض ببعض الخارج فيجوز ويجعل
البقر تبعاً للأرض كما يجعل تبعاً للعامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر من جنس منفعة العامل
لأن الكلّ عمل فأمكن جعلها تبعاً للعامل وليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض
قوة في طبعها بخلق الله تعالى يحصل بها النماء فلا يمكن جعلها تبعاً . وأما الثاني فلأنه شركة
بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . وأما الثالث فلما روى أن أربعة اشتركوا على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر ، ومن قبل
الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل فأبطلها عليه الصلاة والسلام . قال أبو جعفر الطحاوى
رحمه الله في شرح الآثار : فزرعوا ثم حصدوا ثم أتوا النبي صلى الله عليه وسلم ، فجعل
الزرع لصاحب البذر ، وجعل لصاحب العمل أجراً معلوماً ، وجعل لصاحب الفدان كل
يوم درهماً ، وألغى الأرض في ذلك . ووجه آخر فاسد أيضاً ، وهو أن يكون البذر والبقر
من جانب والعمل والأرض من جانب ، لما مرّ في الوجه الثاني .

وَإِذَا فَسَدَتْ فَالْخَارِجُ لِصَاحِبِ الْبَدْرِ ، وَلِلْآخِرِ أَجْرٌ عَمَلِهِ أَوْ أَجْرُ أَرْضِهِ
لَا يُزَادُ عَلَى قَدْرِ الْمُسَمَّى (م) ، وَلَوْ شَرَطَا التَّنْبِينَ لِرَبِّ الْبَدْرِ صَحَّ ، وَإِنْ شَرَطَاهُ
لِلْآخِرِ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ عَقَدَاهَا فَامْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَدْرِ لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِنْ امْتَنَعَ
الْآخِرُ أُجِبَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَذْرُ تَفْسُخٍ بِهِ الْإِجَارَةُ فَتَفْسُخُ بِهِ الْمُرَاعَاةُ ،

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، والآخر إنما يستحقه بالتسمية
وقد فسدت (وللآخر أجر عمله) إن كان البذر من رب الأرض (أو أجر أرضه) إن
كان البذر من قبل العامل (لايزاد على قدر المسمى) لأنه رضى بقدر المسمى . وقال محمد
رحمه الله : تجب بالغة ما بلغ ، وقد سبق في الإجارة . وإذا كان البذر لرب الأرض
في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأنه نماء بذره في أرضه ، وإن كان من العامل طاب له
قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدق بالفضل لأنه حصل من بذره لكن في أرض
مملوكة للغير بعقد فاسد أوجب خبثا ، فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل ، وإن
شرطا عملهما جميعا فهي فاسدة ، لأن البذر إن كان من صاحب الأرض وقد شرط عمله
لم توجد التخلية بين الأرض والعامل ، وقد بينا أنها شرط ؛ وإن كان من العامل فالعامل
قد استأجر الأرض ، فاذا شرط عمل صاحبها لم يسلم له ما استأجر فيبطل ، ولو شرطا الخارج
كله لأحدهما والبذر من صاحب الأرض جاز ، فان شرطاه له يكون مستعينا بالعامل ليزرع
أرضه ، وإن شرطاه للعامل يكون إجارة للأرض وإقراضا للبذر منه ؛ وإن كان البذر من
العامل فان شرطاه لرب الأرض فسدت ، والخارج لرب البذر وعليه مثل أجر الأرض لأنه
يصير مستأجرا للأرض بجميع الخارج وأنه يقطع الشركة ، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون
معيرا أرضه منه . قال (ولو شرطا التبن لرب البذر صح) معناه بعد شرط الحب بينهما لأنه
حكم العقد لأن التبن من البذر (وإن شرطاه للآخر لا يصح) لأنه ربما لا يخرج إلا التبن ،
وهو إنما يستحقه بالشرط ، ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صححت الشركة
في المقصود ، والتبن لرب البذر لأنه نماء بذره ، وقيل بينهما تبعا للحب ؛ ولو شرطا التبن
لأحدهما والحب للآخر فهي فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب . قال (وإن عقداها
فامتنع صاحب البذر لم يجبر) ولا شيء عليه من عمل الكراب في القضاء ، ويلزمه ديانة
أن يرضيه لأنه غره ؛ والأصل فيه أن المزارعة غير لازمة في حق صاحب البذر لأنه لا يمكنه
الوفاء بالعقد إلا باتلاف ماله وهو البذر ، وهي لازمة في حق الآخر ، لأن منفعة العامل
أو منفعة الأرض صارت مستحقة للآخر فيجب عليه تسليمها . قال (وإن امتنع الآخر
أجبر) لأن العقد لازم كالإجارة ولا ضرر عليه في الوفاء به (إلا أن يكون عذر تفسخ به
الإجارة فتفسخ به المزارعة) لأنها في معنى الإجارة ؛ وإذا لزم رب الأرض دين واحتج

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ الْكِرَابِ وَحَقْرِ الْأَنْهَارِ ، وَأُجْرَةِ الْحَصَادِ
وَالرَّفَاعِ وَالِدِيَّاسِ وَالتَّنْذِرِيَّةِ عَلَيْهِمَا بِالْحَصَصِ ، وَلَوْ شَرَطَا ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ
لَا يَجُوزُ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ جَوَازُهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ؛ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ
بَطَلَتْ ؛

إلى بيعها فيه باعها الحاكم كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بأجرة الكراب وحفر
الأنهار) لأن المنافع إنما تنقوم بالعقد وإنما قومت بالخارج وقد انعدم ؛ ولو نبت الزرع
ولم يحصد لاتباع الأرض حتى يستحصد لما فيه من إبطال حق المزارع وتأخير حق رب
الدين أهون ، ولا يجبهه القاضى لأنه ليس بظالم والحبس جزاء الظلم . قال (وأجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص) لأن العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول
المقصود ، فبقي مالا مشتركا بينهما بغير عقد فتكون مثنوته عليهما ؛ فان أنفق أحدهما بغير
إذن الآخر ولا أمر القاضى فهو متبرع ، إذ لا ولاية له عليه (ولو شرطا ذلك على العامل
لا يجوز) وأصله أنه متى شرط في المزارعة ما ليس من أعمالها فسدت ، لأنه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه نفع لأحدهما فصار كاشتراط الحمل عليه (وعن أبي يوسف جوازه ، وعليه
الفتوى) للعامل كالاتصاف ؛ ولو شرطا ذلك على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم
التعارف ، وإن شرطا ما هو من أعمال الزراعة لا يفسدها ، وهو كل عمل ينبت ويزيد
في الخارج ، وما لا ينبت ولا يزيد ليس من عملها ، وكل شرط ينتفع به رب الأرض بعد
انقضاء المدّة يفسدها ، ككرى الأنهار ، وطرح السرقيين في الأرض ، وبناء الحائط ،
وتثنية الكراب ؛ وقيل إن كانت المزارعة سنتين لا تنفسد في الثانية ، لأن منفعتها لا تبقى ؛
وقيل إن كان في الخضرة لا تنفسد أيضا ، لأن منفعتها لا تبقى بعدها ، فانه لو كرب مرارا
لا تبقى منفعتها بسقي واحد ، ولو بقيت فسدت .

واختلفوا في الثانية ، وقيل هو أن يكرها مرتين وهو المشهور وفيه الكلام ؛ وقيل أن
يكرها بعد الحصاد ويسلم الأرض مكروية ، وهذا فاسد بكل حال ، فكل عمل قبل
الإدراك مما يحصل به الخارج كالحفظ والسقي على العامل ، لأن رأس المال العمل ، وما
بعد الإدراك قبل القسمة عليهما على ما ذكرنا كالحصاد وإخوته ، وما بعد القسمة كالحمل
والطحن عليهما بالإجماع ؛ ولو أراد فصل الزرع قصبلا أو جذاذ الثمرة بسرا أو التقاط
المرطب فهو عليهما ، لأنهما أنهما العقد بزمهما فصار كما بعد الإدراك . قال (وإذا مات
أحد المتعاقدين بطلت) لما مر في الإجارة ، ولو مات رب الأرض والزرع لم يستحصد
ترك حتى يحصد مراعاة للحقين وينتقض فيما بقي إن كان العقد على أكثر من سنة ، لأن

وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرَةٌ نَصِيهِ مِنْهُ
الْأَرْضِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ ، وَتَفَقُّهُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا حَتَّى يُسْتَحْصَدَ .

كتاب المساقاة

وهي كالمزارعة في الخلاف والحكم وفي الشروط إلا المدّة ،

بقائه في السنة الأولى لما بينا من العذر ، وقد زال ولا ضرر فيه على العامل لما تقدم
ولو مات بعد ما كرب وحفر انتقضت ، ولا شيء للعامل في مقابلة عمله ، وقد مر
قال (وإذا انقضت المدّة ولم يدرك الزرع فعلى المزارع أجره نصيبه من الأرض حتى
يستحصد) لأن إبقاء الزرع بأجرة المثل نظرا للجانبين . قال (ونفقة الزرع عليهما حتى
يستحصد) لانتهاء العقد فصار عملا في مال مشترك فيكون عليهما ؛ ولو مات ربّ الأرض
والزرع بقل ، فالعمل على العامل لبقاء العقد ببقاء مدّته .

فصل

ومن سقى أرضه فسال من مائه إلى أرض غيره ففرقها أو نزلت إليها فلا ضمان عليه .
معناه : إذا سقاء سقيا معتادا ، أما إذا كان غير معتاد ضمن لأنه متعدّد ، لأنه تسبب لتفريق
أرض الغير غالبا ، ولو كان في أرضه جحر فأرة فخرج منه الماء إلى أرض جاره ففرقت
إن لم يعلم به لم يضمن لعدم التعدّي ، وإن علم ضمن للتعدّي ، وعلى هذا إذا فتح رأس
نهره فسال إلى أرض جاره ففرقت إن كان معتادا لا يضمن وإلا ضمن ؛ وكذا لو أحرقه
الكلاء والحصائد في أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئا لغيره إن كان إيقادا معتادا لا يضمن
وإلا ضمن ؛ وقيل إن كان يوم ريح وعلم أن النار تعدّي ضمن .

كتاب المساقاة

وتسمى معاملة ، مفاعلة من السقى والعمل ، وهي أن يقوم بما يحتاج إليه الشجر من
تلقيح وعسف وتنظيف السواقي وسقى وحراسة وغير ذلك (وهي كالمزارعة في الخلاف
والحكم) وقد مرّ . قال (وفي الشروط إلا المدّة) والقياس أن تذكر المدّة لما فيها من
معنى الإجارة ؛ وفي الاستحسان يجوز وإن لم بينها ، وتقع على أول ثمرة تخرج ، لأن
وقت إدراك الثمرة معلوم والتفاوت فيه قليل ويدخل فيه المتيقن ، بخلاف الزرع فإنه يختلف
كثيرا ابتداء وانتهاء ، ربيعا وخريفيا وغير ذلك ، وفي الرطبة إدراك بذرها لأن له نهاية
معلومة ، معناه : إذا دفعها بعد ما تنهى نباتها ولم تخرج البذر فيقوم عليها ليخرج البذر ،

وإن سميّا مدّة لا تخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة ، وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدّة معلومة ، وتجوز المساقاة في الشجر والكرم والرطب وأصول الباذنجان إذا كانت تزيد بالسقي والعمل وتبطل بالموت .

أما إذا دفعها وقد نبتت ، أو دفع البذر ليندره فهي فاسدة ؛ وإن كان وقت جزّها معلوماً جاز ، ويقع على الجزّة الأولى كالثمرة في الشجر ؛ ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق ولم تبلغ الثمرة على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهي فاسدة لجهالة المدّة ، فانه يختلف بقوة الأرض وضعفها ، ولا يدري متى تحمل ، فان سميّا مدّة يعلم أنها تثمر فيه جاز . قال (وإن سميّا مدّة لا تخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة) لفوات المقصود وهي الشركة في الخارج وإن شرطاً وقتاً قد تترك الثمرة فيه وقد تتأخر عنه فهي موقوفة لأننا لا نتيقن بفوات المقصود ، فان أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة ، وإن لم تدرك ففاسدة ، وله أجر مثله لفساد العقد ، وكذلك إن أخرجت في تلك السنة ما لا يرغب فيه ، وإن أحاك في تلك السنة فلم تخرج شيئاً فهي جائزة ، لأنه متى كان خروج الثمرة موهوماً انعقدت موقوفة فلا تنقلب فاسدة . قال (وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدّة معلومة) لأنه ليس لها نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدّة ، ومعناه إذا لم يعلم وقت جوازها على ما تقدم . قال (وتجوز المساقاة في الشجر والكرم والرطب وأصول الباذنجان) لأن لعملة تأثيراً في نمائه وجودته لعموم الحاجة في الكل ، وأهل خيبر كانوا يعملون في الأشجار والرطب ، وإنما يجوز ذلك (إذا كانت تزيد بالسقي والعمل) كالطلع والبلح والبسر ونحو ذلك حتى يكون لعملة أثر يستحق به شيئاً من الخارج حتى لو دفعها . وقد انتهت الثمرة في العظم ولا تزيد بعمله لا يجوز ، لأنه لا أثر لعمله وهو إنما يستحق به ، ومتى فسدت المساقاة فله أجر مثله وقد بيناه ، وعلى هذا الزرع إن دفعه وهو بقل جاز ، وإن كان قد استحصد لا يجوز . قال (وتبطل بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد مر ، فان مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه حتى تدرك الثمرة ، وإن أبي الورثة ذلك دفعا للضرر عنه ولا ضرر عليهم في ذلك ؛ ولو أراد العامل قطعه وإدخال الضرر على نفسه فالورثة بالخيار ، إما أن يقسموا البسر على الشرط ، أو يعطوه قيمة نصيبه بسرا ، أو ينفقوا على البسر ويرجعوا به على العامل ، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، ودفعه متعين بما ذكرنا وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن كره رب الأرض لما ذكرنا وفيه نظر للجانبين وإن أرادوا قطعه بسرا فلصاحب الأرض الخيارات الثلاث على ما بيناه وإن ماتا فورثة كل واحد كالمورث ونظيره في المزارعة إذا مات المزارع وقد نبت الزرع

كتاب النكاح

فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن أبي ربّ الأرض لما بينا وإن أرادوا قلعه فلهمالك الخيارات الثلاث على ما بينا ، وإذا انقضت مدّة المساقاة فهو كالموت ، وللعامل أن يقوم عليها حتى تدرك ولا أجر عليه ، بخلاف المزارعة ، لأن الأرض يجوز استئجارها ولا يجوز استئجار الشجر والعمل كله على العامل ، بخلاف المزارعة حيث تكون عليهما ، لأنه لأجر عليه هنا ، فيكون العمل عليه حتى ينتهي . أما في المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لا يستحقّ عليه العمل ، وتفسخ بالأعدار كما في الإجارة ؛ ومما يختصّ بها من الأعدار كون العامل سارقا يسرق السعف والخشب والثمرة قبل الإدراك ، لأنه يلزم المالك ضرر لم يلتزمه ؛ ومنها مرض العامل إذا أعجزه عن العمل لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجر وأنه ضرر لم يلتزمه ، وليس للمالك الفسخ بغير عذر لما بينا في المزارعة أن المساقاة تلزم من الجانبين .

كتاب النكاح

وهو في اللغة الضمّ والجمع ، ومن أمثاله : أنكحنا الفرا فسئرى (١) : أى جمعنا بين حمار الوحش والأتان لننظر ما يتولد منهما ، يضرب مثلا لقوم يجتمعون على أمر لا يدرون ما يصدر عنهم . وحكى المبرد عن البصريين وغلام ثعلب عن الكوفيين : أن النكاح عبارة عن الجمع والضمّ . وفي الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء ، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كلّ واحد إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد ، وقد يستعمل في العقد مجازا لما أنه يثول إلى الضمّ ، وإنما هو حقيقة في الوطء ، فتى أطلق للنكاح في الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح » أى من وطء حلال ، وقوله « يحلّ للرجل من امرأته الحائض كلّ شيء إلا النكاح » وقد ورد في أشعار العرب بمعنى الوطء أيضا . قال الأعشى :

ومنكوحة غير مهوره وأخرى يقال له فادها

يعنى مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر . وقال آخر :

ومن أيم قد أنكحها رماحنا وأخرى على عمّ وخال تلهف

(١) قوله أنكحنا الفرا فسئرى ، قال في مجمع الأمثال للميداني في كتابته على هذا المثل ما نصه : قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوجه منه بكره وقال : أنكحنا الفرا فسئرى ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . يضرب في التحذير من سوء العاقبة ٥١ .

النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ،
وحالة الخوف من الجور مكروه . وركنهُ الإيجاب والقبول . ويتعقد
بلفظين ماضيين ، أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر مستقبل ، كقوله
زوّجني ، فيقول زوّجتك ؛

يعنى وطء المسبية بالرماح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة ، وإنما يفهم منه العقد بقرينة
قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، لأن الوطاء لا يتوقف على إذن الأهل ، وكذلك
قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، لأن العقد هو الذي يختص بالعدد
دون الوطاء ، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » لأن الشهود لا يكونون
على الوطاء ، ولأنهما حالة العقد مفترقان ، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم
كقوله تعالى - إني أراي أعصر خرا - وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه ، ثبتت
شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى - وأنكحوا الأيامى منكم - وقوله - فانكحوا ما طاب لكم
من النساء - وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم
القيامة » وقال « النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني » والنصوص في ذلك كثيرة
والآثار فيه غزيرة ، وعلى شرعيته إجماع الأمة .

قال (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة
الخوف من الجور مكروه) أما الأول فلما تقدم من النصوص ، فبعضها أمر وأنه يقتضى
الترغيب والتأكيد على فعله ، وكذلك الحديث الثاني ناطق بكونه سنة ، ثم أكده حيث
علق بتركه أمراً محذوراً ، وأنه من خصائص التأكيد كما في سنة الفجر ، ولأنه صلى الله عليه
وسلم واطب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد . وأما الثاني فلأن حالة التوقان يخاف عليه
أو يغلب على الظن وقوعه في محرم الزنا ، والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجبا ، لأن الامتناع
عن الحرام فرض واجب . وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصيل النفس
ومنعه عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذي يعبد الله تعالى
ويوحده ، والذي يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرمات فيندم
في حقه المصالح لرجحان هذه المفسد عليها ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا
بالكراهة في حقه عملاً بالشبهين بالقدر الممكن (وركنه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد
بهما ، وركن الشيء ما يوجد به كأركان البيت . قال (ويتعقد بلفظين ماضيين) كقوله
زوّجتك ، وقول الآخر تزوّجت أو قبلت ، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعا للحاجة
ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماضٍ ، والآخر مستقبل ، كقوله زوّجني ، فيقول
زوّجتك) لأن قوله زوّجني توكيل ، والوكيل يتولى طرفي النكاح على ما نبينه . وروى المعلى

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالْبَيْعِ
وَالشَّرَاءِ (ف) ، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ،
وَلَا بَدَأَ فِي الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ (ف) ،

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لو قال : جئتكم خاطبا ابنتك ، أو لتزوجني ابنتك ، أو
زوجني ابنتك ، فقال الأب : قد زوجتك فالنكاح لازم ، وليس للخطاب أن لا يقبل ،
ولا يشبه البيع لأن مبناه على المسامحة والمساهلة ، والبيع على المماكسة والمساومة ؛ ولو قال
لها : أنا أتزوجك ، فقالت قد فعلت ، جاز ولزم ، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوجتك
عرفا بدلالة الحال كما في كلمة الشهادة ، ولو قال أتزوجني فقال الآخر زوجتك لا ينعقد
النكاح لأنه استخبار واستيعاد لأمر وتوكيل ، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم
ينعقد به . قال (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج) لأنهما صريح فيه . قال (والهبة والصدقة
والتملك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تفيد الملك ، وأنه سبب لملك المتعة بواسطة ملك
الرقبة كما في ملك اليمين والسببية من طرق المجاز . وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن
محمد أنه لا ينعقد بها ، وهو اختيار أبي بكر الرازي ، لأن الإجارة لا تفيد ملك المتعة ولأنها
تنهى عن التأقيت ، ولا تأقيت في النكاح . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز وهو
اختيار الكرخي ، قال : لأن الله تعالى سمى المهر أجرا فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة .
وعن محمد : لو قال : أوصيت لك بابنتي للحال ينعقد ، وإن أوصى بها مطلقا لا ينعقد
لأنها توجب الملك معلقا بشرط الموت ، والأصل فيه ما قاله أصحابنا : كل لفظ يصح
لتملك الأعيان مطلقا ينعقد به النكاح . وروى ابن رستم عن محمد أنه قال : كل لفظ
يكون في الأمة تمليكا للرق فهو نكاح في الحرّة . قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا
بحضور رجلين ، أو رجل وامرأتين ، ولا بدّ في الشهود من صفة الحرية والإسلام ،
ولا تشترط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بشهود »
وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة »
وأما صفة الشهود ، قال أصحابنا : كل من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا
فلا ، وهذا صحيح لأن كل واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار
أحدهما بالآخر ، ولا بدّ فيه من اعتبار الحرية والعقل والبلوغ في الشاهد ، لأن العبد
والصبي والمجنون ليسوا من أهل الشهادة لما مرّ في الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم ؛
ولا بدّ من اعتبار الإسلام في نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم ؛ ويجوز بشهادة
رجل وامرأتين اعتبارا بالشهادة على المال على ما بيناه في الشهادات ، وينعقد بحضور
القاسقين ، لأن النص لا يفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل ، ولأنه غير مسلوب
الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه ، ولأنه تحمل فيجوز ، لأن الفسق

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ الْعُمَيَّانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ (م) ، وَلَا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .

وَيَحْرَمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ أُمِّهِ وَجَدَّاتِهِ وَبَنَاتِهِ وَبَنَاتِ وِلْدِهِ وَأُخْتِهِ وَبَنَاتِهَا وَبَنَاتِ أَخِيهِ وَعَمَّتِهِ وَخَالَاتِهِ وَأُمَّ امْرَأَتِهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةَ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَبَنِيهِ وَبَنِي أَوْلَادِهِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْئًا بِمِلْكٍ يَمِينٍ ؛ وَيَحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ النَّسَبِ .

يؤثر في الشهادة للثمة وذلك عند الأداء . أما التحمل فأمر مشاهد لاثمة فيه ، وانعقاد النكاح لا يتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم باطنه ، ولهذا ينعقد بشهادة ابنيهما وابنيها من غيرها ، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن العقد لا يتوقف إلا على الحضور لاعلى من يثبت بشهادته . قال (وينعقد بشهادة العميان) لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه ، فان مالكا يجوز شهادته وأبا يوسف يبيزها إذا تحملها بصيرا ، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالصير لأنه يملك القبول بنفسه ، والمحدود في القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة ، حتى لو حكم بشهادته حاكم جاز ، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مر . قال (وإذا تزوج مسلم ذمياً بشهادة ذميين جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد : لا يجوز لأنه لا يشهد للكافر على المسلم ، والسماع في النكاح شهادة فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة وحدها . ولهما أن العقد يثبت بشهادتهما لو جحدت ؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلأن ينعقد بحضورهما أولى ، ولأن الانعقاد لا يتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مر ، ولأن سماع الكفار صحيح في حق المسلم حتى لو أسلما بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما ، ولأن الشهادة شرطت في الانعقاد لإثبات الملك إظهارا لخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه ، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط .

فصل في المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبناتها وبنات أخيه وعمته وخالته وأمّ امرأته وبناتها إن دخل بها وامرأة أبيه وأجداده وبنيه وبنى أولاده والجمع بين الأختين نكاحا ووطئا بملك يمين ، ويحرم من الرضاع من ذكرنا) ما يحرم (من النسب) اعلم أن المحرمات بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تسعة أقسام : بالقرابة ، وبالصهرية ، وبالرضاع ، وبالجمع ، وبالتقديم ، وبالتعلق حق الغير به ، وبالملك ،

وبالكفر ، وبالطلاق الثلاث . فالحرّمات بالقراءة سبعة أنواع : الأمّهات وإن علون ، والبنات وإن سفلن ، والأخوات من أىّ جهة كنّ ، والحالات والعمات جميعهنّ ، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن فهنّ محرّمات بنصّ الكتاب نكاحا ووطئا ، ودواعيه على التأييد ، قال الله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت - نصّ على التحريم مطلقا فيقتضى حرمة جميع الأفعال في المحلّ المضاف إليه التحريم إلا فعلا فيه تعظيم وتكريم فانه خارج عن الإرادة ، إما لأنه مأموره بالنصوص الموجبة لصلة الرحم وبرّ الوالدين والإحسان بهما ، أو لوجوب ذلك عقلا ، أو بالإجماع . وما عداهنّ من القرابات محللات بقوله تعالى - وأحلّ لكم ما وراء ذلكم - . والمحرّمات بالصهرية أربعة : أمّ امرأته وبناتها ، فتحرم أمها بنفس العقد على البنت . قال تعالى - وأمّهات نساتكم - مطلقا ، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأمّ ، قال تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ - الآية ، وتحرم الربيبة وإن لم تكن في حجر الزوج ، وذكر الحجر في الآية خرج مخرج العادة للشرط ، وكذا بنات بنت المرأة وبنات ابنتها لدخولهنّ تحت اسم الربيبة ، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل ، لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم - فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنى ، وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأم وإن علا حرام على الابن ، قال تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف - وفي كلّ موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الفاسد ، لأنّ مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح ، واسم الحليلة يتناول الزوجة والمملوكة ، غير أنّ الزوجة تحرم بمجرد العقد ، والأمة لا تحرم إلا بالوطء ، لأنّ الفراش قائم مقام الوطء وهو موجود في ملك النكاح دون ملك اليمين ، ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأختين بعقد النكاح وإن لم يطلأ ، ويجوز ذلك في ملك اليمين إذا لم يطلأهما ؛ ولو كان له جارية فقال وطئها حرمت على أبيه وابنه ، ولو قال ذلك في جارية الغير لا تحرم أخذها بالظاهر فيهما ؛ ولو اشترى جارية من تركة أبيه وسعه وطؤها ما لم يعلم أنّ الأب وطئها ، ولو قصد امرأته ليجامعها وهي نائمة مع بنتها المشتهة فوقعت يده على البنت فقرصها بشهوة يظنّ أنّها زوجته حرمت عليه امرأته . والمحرّمات بالرضاع كلّ من تحرم بالقرابة والصهرية لقوله تعالى - وأمّهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والمحرّمات بالجمع : لا يحلّ للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى - مثني وثلاث ورباع - نصّ على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهنّ ؛

وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَّ نِكَاحُهُمَا ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَتَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَلَا رَابِعَةً حَتَّى تَبْنَقِضِيَ عِدَّتَهُمَا ،

وروى « أن غيلان الديلمي أسلم وتحتته عشر نسوة ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعا ويفارق الباقي » ويستوى في ذلك الحرائر والإماء المنكوحات ، لأن النص لم يفصل . والجمع بين الإماء ملكا ووطئا حلال وإن كثرن ، قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم - مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقي الإماء على الإطلاق. ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن الرق منصف فيتصرف ملك النكاح أيضا إظهارا لشرف الحرية ، ولا يجوز الجمع بين الأختين نكاحا ولا بملك يمين ووطئا لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - وقال عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين » ويجوز أن يجمع بينهما في الملك دون الوطاء ، لأن المراد بالنص حرمة الوطاء لإجماعا ، فإن كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يبطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يبطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه فاذا حرمها وطئ المنكوحة ، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال (ولو تزوج أختين في عقد واحد فسد نكاحهما) لعدم أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرّق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية ، ولهما نصف المهر بينهما بلهالة المستحقة فيشتر كان فيه ، فإن تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة ويفارقها ، وإن علم القاضي بذلك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا رابعة حتى تنقضي عدتها) وسواء كان الطلاق بائنا أو رجعيًا لبقاء نكاح الأولى من وجه بقاء العدة والنفقة والسكنى ، والفراش القائم في حق ثبوت النسب والمنع من الخروج والبروز والتزوج بزواج آخر ، فثبتت الحرمة أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة ، والمعتدة إذا لحقت بدار الحرب مرتدة محلّ للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها ، وعدة أم الولد إذا اعتقها مولاهما تمتع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعا ماءه في رحم أختين وأنه حرام بالحديث ، وحرمة الأربعة ورد في النكاح ، وقالوا : لا يمنع لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده ، لكن إذا عقد عليها لا يطؤها حتى تنقضي العدة . وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فائزقا ، والعقد قائم

وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ، وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ عَلَى الْحُرَّةِ وَلَا مَعَهَا وَلَا فِي عِدَّتِهَا (س) ، وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَالْأُمَّةِ عَلَى الْأُمَّةِ وَمَعَهَا وَفِي عِدَّتِهَا ؛ وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْإِمَاءِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّةً مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الْغَيْرِ وَلَا مُعْتَدَّتَهُ ، وَلَا يَتَزَوَّجُ حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ إِلَّا الزَّانِيَةَ (س ف) ، فَإِنْ فَعَلَ لَا يَطْوُهَا حَتَّى تَضَعَ ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّتَهُ وَلَا الْمَرْأَةَ عَبْدَهَا ؛

مقام الوطاء حتى يثبت النسب منه فلا يجوز . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها) للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أخيها ، فانكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهن » ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لا قرابة بينهما . (و) المحرمات بالتقديم . (لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة ولا معها ولا في عدتها ، ويجوز نكاح الحرّة والأمة على الأمة ومعها في عدتها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الأمة على الحرّة وتنكح الحرّة عليها » وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز نكاح الأمة في عدّة الحرّة من طلاق بائن لأنه ليس ينكح عليها حتى لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا . ولأبي حنيفة أن نكاح الحرّة قائم من وجه على ما بينا ، واليمين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة في القسم وقد وجد ؛ ولو تزوّج في عقد واحد أربعة من الإماء وخمسا من الحرائر جاز نكاح الإماء خاصة ، لأنه لا يجوز نكاح واحدة من الحرائر لعدم الأولوية فيبطل نكاحهن فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحرّ أن يتزوج أربعة من الإماء) لأن قوله تعالى - ورباع - لا يفصل (ويجوز أن يتزوج أمة مع القدرة على الحرّة) لأن النصوص لا تنفصل ، وهي قوله تعالى - وأحلّ لكم ما وراء ذلكم - وقوله سبحانه - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وغير ذلك . (و) المحرمات بتعلق حقّ الغير ف (لا يجوز أن يتزوج زوجة الغير ولا معتدّته) قال عليه الصلاة والسلام « ملعون من سقى ماءه زرع غيره » ولأن ذلك يفضي إلى اشتباه الأنساب ، ولهذا لم يشرع بالجمع بين الزوجين في امرأة واحدة في دين من الأديان . قال (ولا يتزوج حاملا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية ، فان فعل لا يطؤها حتى تضع) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لما سبق من الحديث ، ولأنه حمل محترم حتى لا يجوز إسقاطه . ولهما أن الامتناع لثلاث سقّى ماءه زرع غيره في ثابت النسب لحقّ صاحب الماء ولا حرمة للزاني فدخلت تحت قوله تعالى - وأحلّ لكم ما وراء ذلكم - فان كان الحمل ثابت النسب كالحامل من السبي وحمل أم الولد من مولاها ونحوه فالنكاح فاسد لنا بينا . (و) المحرمات بالملك ف (لا يجوز أن يتزوج أمة ولا المرأة عبدا) وملك بعض العبد في هذا كملك كله ، وكذا حقّ الملك

وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمَجُوسِيَّاتِ وَالْوَتَنَدِيَّاتِ وَلَا وَطُوهُنَ بِمَلِكِ يَمِينٍ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ وَالصَّابِئِيَّاتِ (سم) . وَالزَّانَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهِرَةِ ، وَكَذَا الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظْرُ إِلَى الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضًا .

كملوك المكاتب والمأذون ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فلا فائدة في إثبات الأضعف مع ثبوت الأقوى ، ولأن ملك النكاح يوجب لكل واحد من الزوجين على الآخر حقوقا ، والرق ينافي ذلك . (و) المحرمات بالكفر (لا يجوز نكاح المجوسيات والوثنيات . ولا وطوهُنَ بملك يمين) قال تعالى - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن - . وقال صلى الله عليه وسلم « سنا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسأهم ولا آكلى ذبأهم » (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - والذمية والحربية سواء لإطلاق النص ، والأمة والحرة سواء لإطلاق المقتضى . (و) يجوز نكاح (الصابئيات) عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا حل ذبأهم ، وهذا بناء على اشتباه مذهبهم ، فعندهم هم أهل كتاب يعظمون الكواكب ولا يعبدونها فصاروا كالكتابيات ، وعندهما يعبدون الكواكب وليسوا أهل كتاب . والمحرمات بالطلاق الثلاث لقوله تعالى - فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - . وعليه الإجماع . قال (والزنا يوجب حرمة المصاهرة) فن زنى بامرأة أو وطئها بشبهة حرمت عليه أصولها وفروعها ، وتحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه (وكذا المس بشهوة من الجانبين والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضا) والمعتبر النظر إلى فرجها الباطن دون الظاهر . روى ذلك عن أبي يوسف وهو الصحيح . وحكى الطحاوى إجماع السلف في أن التقبيل والمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة ، والأصل فيه قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء - والحمل على الوطء أولى لما بيننا أن النكاح حقيقة هو الوطء ، أو لأنه أعم فكان الحمل عليه أولى وأعم فائدة ، فيصير معنى الآية والله أعلم : ولا تطئوا ما وطئ آباؤكم مطلقا ، فيدخل فيه النكاح والسفاح ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها » وقال عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة أو لمشها بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها وحرمت على ابنه وأبيه » وإذا ثبت هذا الحكم في موطوءة الأب ثبت في موطوءة الابن وفي وطء أم امرأته وسائر ما ثبتت بجرمة المصاهرة بالنكاح لأن أحدا لم يفصل بينهما ، ولأن الوطء سبب للجريمة بواسطة الولد ، ولهذا يضاف إليها كما يضاف إليه ، والاستمتاع بالجزء حرام ، والمس والنظر داع إلى الوطء فيقام مقامه احتياطا للحرمة . وكان الشيخ أبو الحسن الكرخي يقول : إن المراد من قوله - ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم - الوطء دون العقد لأنه حقيقة في الوطء ، ولم يرد به العقد لاستحالة

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ؛ وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ ؛ وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (ز) بَاطِلٌ .

كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازا في حالة واحدة ، والتحریم بالعقد ثبت بغير هذه الآية . وحدّ الشهوة أن تنتشر آله بالنظر والمسّ ، وإن كانت منتشرة فتزداد شدة ، والمحجوب والعنين يتحرك قلبه بالاشتهاء ، أو يزداد اشتهاؤا ؛ ولو مسها وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لا تثبت الحرمة ، وإن لم تمنع تثبت ؛ ولو أخذ يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت (١) على ابنه ؛ ولو مسّ شعر امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها لأنه من أجزاء بدنها . قال أبو حنيفة : إذا جامع صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها لا تحرم عليه أمها . وقال أبو يوسف : تحرم ، ولو كانت ممن يجامع مثلها حرمت عليه أمها بالإجماع . لأبي يوسف أنه وطئ في قبل فتحرم كوطء الكبيرة . ولهما أنه ليس بسبب للولد فصار كاللواط ، أما الكبيرة يحتمل العلوق . قال (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لا يحلّ له نكاحها صح نكاح الأخرى) معناه : إذا تزوّجها في عقد واحد ، لأنه لا مانع من نكاح الأخرى لاختصاص المبتل بتلك . قال (ويجوز أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام تزوّج ميمونة وهو محرم . والمحظور الوطء ودواعيه ، لا العقد ، وهو محمل ما روى أن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى أن يتكح المحرم . قال (ونكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فلقوله تعالى - فن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون - وهذه ليست مملوكة ولا زوجة . أما المملوكة فظاهر ، وأما الزوجة فلعدم أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحلّ بغير طلاق ولا مانع ، وقد صحّ عن عليّ رضي الله عنه « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام حرّم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية » وما روى في إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة ، وصحّ أن ابن عباس رجع إلى قولهم . وأما النكاح المؤقت فلأنه أتى بمعنى المتعة والعبارة للمعاني ، وسواء طالت المدة أو قصرت ، لأن التأقيت هو المبتل وهو الم أغلب لجهة المتعة . وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة : متعيني نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا ، فتقول له : متعتك نفسي ، أو يقول : أمتع بك ، ولا بدّ من لفظ التمتع فيه . وأما المؤقت فأن يتزوّجها بشهادة شاهدين مدة معلومة . وقال زفر : النكاح المؤقت صحيح ويبطل التأقيت ، لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، وجوابه مأمّر .

(١) قوله حرمت : أي بمجرّد اللمس هـ .

وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتِ الحُرَّةُ العَاقِلَةَ البَالِغَةَ نَفْسَهَا جَازًا ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الوَكَاةِ ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا ، أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرُهَا فَأَجَازَتْ (م) .

فصل

(وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتِ الحُرَّةُ العَاقِلَةَ البَالِغَةَ نَفْسَهَا جَازًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الوَكَاةِ ؛ وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَهَا فَأَجَازَتْ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ وَالحَسَنِ ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنِ أَبِي يُوْسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِجَازَةِ الوَلِيِّ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهَا لَا يَتَوَارَثَانِ وَلَا يَبْقَى طَلَاقُهُ وَلَا ظَهَارُهُ وَوَطْؤُهُ حَرَامٌ ، فَإِنْ أَمْتَعَ الوَلِيَّ مِنَ الإِجَازَةِ ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنِ مُحَمَّدٍ يَجِدُّ القَاضِيَ العَقْدَ بَيْنَهُمَا . وَذَكَرَ هِشَامٌ عَنِ مُحَمَّدٍ فَإِنْ لَمْ يَجِزْهُ الوَلِيُّ أَجِيزُهُ أَنَا ، وَكَانَ يَوْمئِذٍ قَاضِيًا فَصَارَ عَنْهُ رَوَايَتَانِ . وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ قَبْلَ مَوْتِهِ بِسَبْعَةِ أَيَّامٍ . وَحَكَى النِّقِيهَ أَبُو جَعْفَرٍ المَهْدَنَوَانِي : أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى مُحَمَّدٍ قَبْلَ مَوْتِهِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَقَالَتْ : إِنَّ لِي وَليًا وَهُوَ لَا يَزُوِّجُنِي إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَأْخُذَ مِنِّي مَا لَا كَثِيرًا ، فَقَالَ لَهَا مُحَمَّدٌ : إِذْهَبِي فِزُوِّجِي نَفْسَكَ ، وَهَذَا يُؤَيِّدُ مَا رَوَى مِنْ رَجوعِهِ . وَعَنْ أَبِي يُوْسُفَ فِي غَيْرِ رَوَايَةِ الأَصُولِ مِثْلَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ الأَوَّلِ . وَفِي رَوَايَةٍ إِنْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ كَفِّ لَآئِتِوَقُفٍ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ كَفِّ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الوَلِيِّ . وَجِهَ عَدَمَ الجَوَازِ مَا رَوَتْ عَائِشَةُ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيهَا فَتَنَكَحَهَا بِاطِلٍ بِاطِلٍ بِاطِلٍ » وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ » لِأَنَّهَا كَانَتْ هُوَ لِيَا عَلَيْهَا قَبْلَ البُلُوغِ فِي حَقِّ العَقْدِ وَالنَّفَازِ لَعَدَمِ رَأْيِهَا ، فَلَوْ زَالَ إِنَّمَا يَزُولُ بِمَا حَدَّثَ لَهَا مِنَ الرَّأْيِ وَالعَقْلِ بِالبُلُوغِ ، وَإِنَّمَا حَدَّثَ لَهَا رَأْيَ وَعَقْلَ نَاقِصَ ، وَمَنْ لَمْ يَحْدِثْ لَهُ رَأْيٌ أَصْلًا كَمَنْ بَلَغَ بِمَجْنُونِنَا لَا تَزُولُ عَنْهُ الوِلَايَةُ أَصْلًا ، وَمَنْ حَدَّثَ لَهُ عَقْلٌ كَامِلٌ وَرَأْيٌ وَافِرٌ كَالرَّجُلِ تَزُولُ وَلا يَتَبَقَّى أَصْلًا ، فَإِذَا حَدَّثَ النَاقِصَ فَكَأَنَّهُ حَدَّثَ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَتَبَقَّتْ لَهَا إِحْدَى الوِلَايَتَيْنِ وَهُوَ الانْعِقَادُ دُونَ النَّفَازِ عَمَلًا بِالشَّهِيئِينَ ، وَوَجْهُ النِّسْخِ إِذَا لَمْ يَجِزْ الوَلِيُّ أَنَّ النِّكَاحَ إِلَى الأَوْلِيَاءِ بِالحَدِيثِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ وَيَرْتَدُّ بَرْدَهُ كَمَا إِذَا عَقِدَ وَتَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهَا ، فَإِذَا بَطَلَ يَجِدُّ القَاضِيَ النِّكَاحَ . وَوَجْهُ رَوَايَةِ هِشَامٍ أَنَّهُ عَقِدَ صَدْرَ مِنَ المَالِكِ وَتَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ صَاحِبِ الحَقِّ فَلَا يَنْفَسُخُ بَرْدَهُ كَالرَّاهِنِ إِذَا بَاعَ الرِّهْنَ وَرَدَّه المَرْتَهِنُ فَإِنَّهُ لَا يَنْفَسُخُ البَيْعُ حَتَّى لَوْ سَمِعَ المَشْتَرِي إِلَى حِينَ انْفِكَالِ الرِّهْنِ نَفَذَ ، وَإِذَا بَقِيَ العَقْدُ أَجَازَهُ القَاضِيُ إِنْ أَمْتَعَ الوَلِيُّ لَمُظْلَمِهِ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ مِنَ المَسْئَلَةِ لِأَنَّ المَرَأَةَ هِيَ المَالِكَةُ فَتَبَطُلُ بَرْدَهَا كَمَا إِذَا بَاعَ المَرْتَهِنُ

ورد الراهن . وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - وقال تعالى - فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف - وفي آية أخرى - من معروف - أضاف النكاح والفعل إليهن ، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذها لأنه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها ، وهي إذا زوجت نفسها من كفاء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك . وروى ابن عباس « أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة ، فقال لها : أجزى ما صنع أبوك ، فقالت : لارغبة لي فيما صنع أبي ، قال : فاذهي فانكحي من شئت ، فقالت : لارغبة لي عما صنع أبي يا رسول الله ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء » والاستدلال به من وجوه : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « فانكحي من شئت » . الثاني قولها ذلك ولم ينكر عليها فعلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتا لما سكت عنه . الثالث قوله « أجزى ما صنع أبوك » يدل على أن عقده غير نافذ عليها ، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضا . وفي البخاري « أن خنساء بنت جزام أنكحها أبوها وهي كارهة فردّه النبي عليه الصلاة والسلام » وروى أن امرأة زوجت بنتها برضاها ، فجاء الأولياء وخاصموها إلى علي رضي الله عنه ، فأجاز النكاح . وهذا دليل الانعقاد بعبارة النساء ، وأنه أجاز النكاح بغيرولي لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرف في خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها ، فينفذ كتنصرتها في مالها والولاية في النكاح أسرع ثبوتها منها في المال ، ولهذا يثبت لغير الأب والجد ولا يثبت لهم في المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الولي عليه عند طلبها وبذله لها ، وهي أهل لاستيفاء حقوقها ، إلا أن الكفاءة حق الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم . وأما ما ذكر من الأحاديث فمعارضة بما روينا فيما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أوبوق بين الحديثين فيحمل ما رويناه على الحرّة العاقلة البالغة ، وما رويتموه على الأمة توفيقا ، كيف وقد ورد في بعض الروايات « أيما أمة نكحت نفسها » فيحمل المطلق على المقيد أو يرجح والترجيح معنا ، لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه ، فقد حكى عن أبي العباس المروزي قال : سمعت يحيى بن معين يقول : ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام ، ومن مس ذكره فليتوضأ ، ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ، على أنا نقول : المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحا بلا ولي فلم قلتم إنها ليست وليا ؟ ولو قلتم ذلك استغنيتم عن الحديث ، وكذا الحديث الآخر فانه من رواية سليمان بن يسار عن الزهري وهو ضعيف

ولا إجبار على البكر البالغة في النكاح . والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح ويدكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يدكرك ، فإذا سكنت فقد رضيت ، ولو ضحك فهو إذن ، ولو بكت إن كان بغير عوت فهو رضا ،

ضعفه البخاري وأسقط روايته . وروى أن مالكا وابن جريج سألا الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه ، والراوى إذا أنكر الخبر دل على بطلانه كالأصول مع الفروع ، ولأن من مذهب عائشة رضی الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء ، فإنها زوجت بنت أخيها عبدالرحمن حين غاب بالشام ، دل ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا ، وقوله الحادث لها رأى ناقص ، قلنا المعتبر في باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان ، فإن الناس يتفاوتون في الرأى والعقل فتفاوتا فاحشا ، ولا اعتبار به في باب الولاية ، فإن كامل العقل والرأى ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما ، وكم من النساء من يكون أوفر عقلا وأشد رأيا من كثير من الرجال ، ولأن في اعتبار ذلك حرجا عظيما وهو حرج التمييز بين الناس ، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا في المرأة ، فيرتب عليهما ما يرتب عليهما في الرجل قياسا على المسال . قال (ولا إجبار على البكر البالغة في النكاح) لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر في نفسها فإن صممت فهو إذن ، وإن أبت فلا جواز عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « شاوروا النساء في أبضاعهن ، قالت عائشة : يا رسول الله إن البكر لتستحي ، قال : إذن صماتها » (والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يدكرك ، فإذا سكنت فقد رضيت) لما روينا ، فإذا زوجها من غير استئثار فقد أخطأ السنة ، فقد صح « أنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يزوج فاطمة من علي رضی الله عنهما دنا إلى خدرها فقال : إن عليا يدكرك ثم خرج فزوجها » (ولو ضحك فهو إذن) لأنه دليل الرضا ، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بكت) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن ، والمختار (إن كان بغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوجها بغير إذن ثم بلغها ، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولا يخبرها بذلك عدلا كان أو غير عدل ، فإن أخبرها فضولى فلا بد من العدد أو العدالة ، لأنه خير يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفي الشهادة . وعندهما لا يشترط ذلك لأنه خير كسائر الأخبار ، وإن قال الولي : أزوجك من فلان أو فلان فسكنت فأيهما زوجها جاز ؛ ولو سمي جماعة إن كانوا يحصون فهو رضا ، وإلا لا يكون رضا ؛ ولو استأمرها فقالت غيره أحب إلى منه لا يكون إذن ، ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذن

وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْوَلِيِّ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَوْلِ ؛ وَإِذْنُ الثَّيْبِ بِالْقَوْلِ ، وَيَتَّبِعِي
 أَنْ يَذْكُرَ لَهَا الزَّوْجَ بِمَا تَعْرِفُهُ ، فَانْزَالَتْ بِكَارَتِهَا بِيَوْتَبَةِ أَوْ جِرَاحَةٍ
 أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ فَهِيَ بِكَرٍّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزِنَا (سَم) ؛ وَلَوْ قَالَ
 الزَّوْجُ : بَلَّغَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتٌ ، فَقَالَتْ : بَلْ رَدَدْتُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا
 يَمِينَ عَلَيْهَا (سَم) ،

لأنه كلام يحتمل الإذن وعدمه فلا تثبت الإذن قبل العقد بالشك ولا يبطل العقد بالشك
 (ولو استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو
 استئثار الولي وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لا يملك العقد ولا
 التفات إلى كلامه . قال (وإذن الثيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام « الثيب تستأمر »
 أى يطلب أمرها والأمر بالقول . وقال في حق البكر « تستأذن » أى يطلب الإذن منها ،
 والإذن والرضا يكون بالسكوت . وقال عليه الصلاة والسلام « والثيب يعرب عنها لسانها »
 ولأن السكوت إنما جعل إذنا لمكان الحياء المانع من النطق المختص بالأبكار ، ويكون
 فيهن أكثر فلا يقاس عليها الثيب . قال (وينبغي أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم
 تحقق الرضا بالمجهول . وقال بعضهم : يشترط تسمية قدر الصداق أيضا لاختلاف الرغبات
 باختلافه . قال (فان زالت بكارتها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهي بكر) لأنها
 في حكم الأبكار حتى تدخل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصيبها أول مصيب (وكذلك إن
 زالت بزنا) عند أبي حنيفة ، وقالوا : تزوج كما تزوج الثيب لأن مصيبها عائد إليها إذ
 من التوبيع وهو العود مرة بعد أخرى ، وله أنه لو اشترط نطقها فان لم تنطق تفوتها مصلحة
 النكاح ، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا فتتضرر بأشهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر
 فتتضرر على كل حال ، فوجب أن لا يشترط دفعا للضرر عنها حتى لو كانت مشهورة بذلك
 بأن أقيم عليها الحد أو اعتادته وتكرر منها ، أو قضى عليها بالعدة تستنطق بالإجماع لزوال
 الحياء وعدم التضرر بالنطق ؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوج كالأبكار
 لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج : بلغك النكاح فسكت ، فقالت : بل رددت فالقول
 قولها) لأنها منكورة تملك بضعها والبينة بينته لأنه يدعيه (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة
 خلافا لهما وقد مر في الدعوى ، ولو ادعت رد النكاح حين أدركت وادعى الزوج
 السكوت فالقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها ؛ وإن زوجت نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قالت
 برضاها فأيهما قالت هو الأول صح لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قالت
 لا أدري لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما ؛ ولو تزوجها على أنها
 بكر فوجدتها ثيبا يجب جميع المهر لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح ؛ ولو تزوجها وليها

وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِتْكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ ، ثُمَّ إِنَّ كَانَ الْمَرْجُوحَ أَبًا
أَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ (س)

فبلغها فردت ، ثم قال لها إن جماعة يخطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوجها الأول
لايجوز ، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة ؛ ومثله لو قال لرجل كرهت
صحبة فلانة فطلقها فزوجني امرأة ، فزوجه تلك المرأة لايجوز ؛ وكذلك لو باع عبده
ثم أمر إنسانا أن يشتري له عبدا فاشترى ذلك العبد لايجوز . قال (ويجوز للولي إتْكَاحُ
الصغير والصغيرة والمجنونة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوج النساء إلا الأولياء
ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وقال عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » والبالغات
خرجن بما سبق من الأحاديث فبقي الصغار « والنبى عليه الصلاة والسلام تزوج عائشة رضی
الله عنها وهي بنت سبع سنين وبنى بها وهي بنت تسع » وعلى رضی الله عنه زوج ابنته
أم كلثوم من عمر وهي صغيرة ، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين.
والكفاء لايتفق في كل وقت ، فست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلا للمصلحة
وإعدادا للكفاء إلى وقت الحاجة ، والقربة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع ، إلا أن
شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لاخييار فيه ، وشفقة غيرهما لمن قصرت
عنها قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ ، فان رآه غير مصلحة فسخه (ثم إن كان
المرجوح أبا أو جدا فلا خيار لهما بعد البلوغ) لوفور شفقتهم وشدة حرصهما على نفعهم
فكأنهم باشروه بأنفسهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ماخير عائشة رضی الله عنها
حين بلغت (وإن زوجهما غيرهما فلهما الخيار) إن شاء أقاما على النكاح ، وإن شاء فسحا
وقال أبو يوسف : لاخييار لهما كالأب والجد . وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن
شفقة الأب والجد ، وذلك مظنة وقوع الخلل في المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع
الخلل لو كان ، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضا إذا علمت بالنكاح ، ولا يمتد إلى آخر
المجلس كما في الابتداء ، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد
لأنها ثبت كما في الابتداء وكذا الغلام ، ولا بد في الفسخ من القضاء لأن العقد قد تم
وثبت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضى أو بتراضيهما ، ولأنه لرفع
ضرر حتى وهو وقوع الخلل في العقد فيكون إلزاما فاحتاج إلى القضاء ، ويشمل الذكر
والأنثى لشمول المعنى لهما ، ويشترط علمهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد يتفرد به الولي
فيعدران في الجهل . أما الحكم فالدار دار الإسلام فلا عذر في الجهل ، بخلاف خيار العتق
حيث لا يحتاج إلى القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى ، إلا أن
زيادة الملك في حقها دونه ويمتد إلى آخر المجلس لأنه جواب التملك قال عليه الصلاة والسلام

ولا خياراً لأحد الزوجين في عيب إلا في الحب والعنة والخصاء ، والولي العصبية على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة . وللأم وأقاربها التزويج ، ثم مولى الموالاة ، ثم القاضي (سم) ؛

« ملكت بضعتك فاخترى » وتعذر في الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تنفرغ للعلم ، وإذا اختارت الفسخ في خيار البلوغ ففرق القاضي فهي فرقة بغير طلاق ، ولأنه فسخ ثبت ضرورة دفع الزوم فلا يكون طلاقاً ولهذا يثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل الدخول لأن المراد من الفسخ رفع مثنوات العقد ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى المفقود عليه ، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه ، وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه (١) . والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان في الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق ، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر ؛ ولو مات أحدهما قبل البلوغ أوبعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبوت الملك به وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين في عيب إلا في الحب والعنة والخصاء) على ما أتى في موضعه إن شاء الله تعالى . قال (والولي العصبية) لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » وهم (على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر العصبات على ما عرف في الفرائض . قال (وللأم وأقاربها التزويج ، ثم مولى الموالاة ، ثم القاضي) أما الأم وأقاربها فذهب أبي حنيفة ، وروى عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما روينا ، ولأن الولاية تثبت دفعا للعار بعدم الكف . وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين يعيرون بذلك . ولأبي حنيفة أن الأصل في هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليه ، وذلك يتحقق في كل من هو مختص بالقرابة . وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأبعاد من أبناء الأعمام ، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال ، ولأن الأم أحد الأبوين فتثبت الولاية لها كالآخر ، وهو مروى عن علي

(١) يرد على هذه القاعدة ما لو تزوج مكاتبة وجعل مهرها جارية ، ثم تزوج الأمة التي جعلت مهرها ، ثم طلق المكاتبة قبل الدخول فانه يفسخ العقد في الجارية لعود ملك نصف الجارية إلى ملكه ، فانه يصدق أن الفرقة جاءت من قبله بالطلاق مع أن مهر الجارية عليه ويرد عليه أيضا ما لو تزوج أمة ثم اشتراها فانه يفسخ العقد لدخول الجارية في ملكه ، فصدق أن الفرقة جاءت من قبله بسبب الشراء مع أن مهر الجارية عليه . ويمكن الجواب بأن مراد الشارح يكون الفرقة من قبله أن تكون من قبله قصدا ، والفرقة في هاتين المسئلتين ليست من قبله قصدا بل في ضمن الطلاق في المسئلة الأولى ، وفي ضمن الشراء في المسئلة الثانية . كذا بهامش نسخة مخطوطة .

وَالْوَالِيَةَ لِعَبْدٍ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، وَابْنُ الْمَجْنُونَةِ يُقَدِّمُ عَلَى أَبِيهَا (م) : وَإِذَا غَابَ الْوَالِيُ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَا يَنْتَظِرُ الْكُفَّاءَ الْخَاطِبُ حُضُورَهُ زَوْجَهَا الْأَبْعَدُ (ز) ،

وابن مسعود رضى الله عنهما . والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأى وبعد القرابة كما في الإرث ، وأما الحديث فإنه يقتضى النكاح إلى العصبات عند وجودهم ، أما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول : ينتقل إلى ما هو في معنى العصبات في الشفقة فلا يكون حجة علينا بل لنا ، وتماه يعرف في الفرائض في فصل ذوى الأرحام . وأما مولى العتاقة فلأنه وارث مؤخر عن ذوى الأرحام فكذا في الولاية ولأنه عصبه على ما عرف في الفرائض . وأما القاضى فلقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فكيف يلى غيره ؟ وكذا الصبي والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية وأما الكافر فإن الولاية تقتضى نفوذ قول الولى على المولى عليه ، ولا نفاذ لقول الكافر على المسلم كما في الشهادة ، قال الله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - وثبتت له الولاية على ولده الكافر ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض . قال (وابن المجنونة يقدم على أبيها) في ولاية النكاح . وقال محمد : يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم في العصوبة كما في الإرث . قال (وإذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفاء الخاطب حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا في الغيبة المنقطعة ، فعن أبي يوسف مسيرة شهر ، وعن محمد من الكوفة إلى الرى خمس عشرة مرحلة ، وعنه من بغداد إلى الرى عشرون مرحلة . وفصل ابن شجاع ذلك فقال : إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة فهى غيبة منقطعة . قال القدورى : وهذا صحيح لأن الخاطب لا ينتظر سنة ولا يعلم هل يجب الولى أم لا ، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا . وقال زفر : إذا كان في مكان لا يدرى أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لا يدرى أين هو لا يمكن استطلاع رأيه فتفوت المصلحة ، وقيل ثلاثة أيام ، والمختار ما ذكره في الكتاب لأنه تفوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره . وقال زفر : لا يزوجه الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هو جاز . ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تتضرر الصغيرة لأنه يفوت الكفاء الحاضر وقد لا يتفق الكفاء مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا الضرر ، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية

وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلَيَّانَ فَالْأَوْلَى أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَ مَعَا بَطْلًا ؛ وَيَجُوزُ لِلْأَبِ وَالْجَدِّ أَنْ يَزُوجَ ابْنَتَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَابْنَتَهُ بِأَقَلِّ (سم) ، وَمِنْ غَيْرِ كُفْيَاءَ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا ، وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ وَلَيًّا كَانَ أَوْ وَكَيْلًا ، أَوْ وَلِيًّا وَوَكَيْلًا أَوْ أَصِيلًا وَوَكَيْلًا ، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلًا .

ولا نظر في ذلك . وأما إذا زوّجها ففيه روايتان ، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته ، وقيل يجوز لظهور الانتفاع برأيه ، ولأننا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة ، فاذا زوّجها ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها ، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له بالحديث . وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه . قال (ولو زوجها وليان فالأول أولى) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أنكح الوليان فالأول أولى » ولأنه لما سبق فقد صح فلا يجوز نكاح الثاني ، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهي لا تنجزى ، والحكم الثابت به أيضا لا يتجزى فصار كل واحد منهما كالمفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معا بطلا) لتعذر الجمع وعدم أولوية أحدهما . قال (ويجوز للأب والجد أن يزوّج ابنه بأكثر من مهر المثل وابنته بأقل ومن غير كفاء ، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالوا : لا يجوز ذلك للأب والجد أيضا إلا أن يكون نقصانا يتغابن في مثله ، ولا يتعقد العقد عندهما لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في ذلك ، ولهذا لا يجوز ذلك في المال . ولأبي حنيفة أن النكاح عقد عمر ، وهو يشتمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنة ، فالظاهر أن الأب مع وفور شفقتة وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هي أنفع من القدر الفائت من المال والكفاءة ، بخلاف المال لأن المقصود المالية لا غير ، وبخلاف غير الأب والجد لأنهم أنقص شفقة ، وبخلاف ما إذا زوّج أمة الصغير لعدم الجابر في حقه لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير ، وبخلاف ما إذا تزوّجت المرأة وقصرت في مهرها حيث للأولياء الاعتراض عليها عنده حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع ضعيفة الرأي ، فتفعل ذلك متابعة للهوى لا لتحصيل المقاصد ، لأن النساء قلما ينظرن في عواقب الأمور ومصالحها . وقال أبو يوسف ومحمد : لا اعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تهبه فلأن تنقصه أولى . ولأبي حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعا حتى لو سمي أقل من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حق الأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فان شاءت قبضته وإن شاءت وهبته . قال (والواحد يتولى طرفي العقد وليا كان أو وكَيْلًا ، أو وليا ووكَيْلًا ، أو أصيلا ووكَيْلًا ، أو وليا وأصيلا) أما الولي من الجانبيين كمن زوّج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخيه فإن أخ له آخر أو أمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولي والوكيل بأن وكله رجل

وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْفُضُولِيِّ مَوْقُوفًا كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، أَمَّا مِنْ جَانِبَيْهِ (س) أَوْ فُضُولِيًّا مِنْ جَانِبٍ أُصِيلًا مِنْ جَانِبٍ فَلَا .
وَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النِّكَاحِ فِي النَّسَبِ

أن يزوجه بنته الصغيرة ، أو وكلته امرأة أن يزوجه من ابنه الصغير . وأما الوكيل والأصيل ، بأن وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه . وأما الولي والأصيل أن يزوجه ابنة عمه الصغيرة من نفسه . وصورته أن يقول : اشهدوا أنني تزوجت فلانة من فلان ، أو فلانة مني ، أو تزوجت فلانة ، ولا يحتاج إلى القبول لأنه تضمن الشطرين . وقال زفر : لا يجوز ذلك لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مملكا مملكا كالبيع . ولنا أنه معبر وسفير والمانع من ذلك في البيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجرب فيه التمانع ، لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مطالبا ومطلبا في حق واحد ، وهنا الحقوق لا ترجع إليه فلا تمنع . قال (وينعقد نكاح الفضولي موقوفا كالبيع إذا كان من جانب واحد ، أما من جانبيين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب فلا) أما الفضولي من جانب بأن يزوجه امرأة بغير أمرها رجلا وقبل الرجل ، أو رجلا بغير أمره امرأة فقبلت ، فانه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب . وأما من الجانبين فهو أن يقول : اشهدوا أنني تزوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لا ينعقد . وقال أبو يوسف : ينعقد موقوفا على إجازتهما ، والفضولي من جانب أصيل من جانب بأن يقول الرجل : اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة وهي غائبة ولم يقبل عنها أحد ، فهذا أيضا على الخلاف ؛ ولو جرى بين فضولين جاز باتفاقنا ، وذكرنا في البيوع الدليل على انعقاد تصرفات الفضولي . لأبي يوسف في الخلافية أنه لو كان وكيلًا انعقد ونفذ ، فإذا كان فضوليا ينعقد ويقف . ولهما أن هذا شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كما إذا كان أصيلا ، بخلاف الوكيل لأنه معبر فينقل كلامه إليهما ، وكلام الفضوليين عقد تام فلا يقاس عليه . ولو تزوج الأب ابنه الكبير فجن قبل الإجازة فأجازة الأب جاز ونفذ لثبوت الولاية عليه وقت الإجازة .

فصل

(والكفاءة تعتبر في النكاح) وتعتبر في الرجال للنساء للزومه في حقهن ، ولأن الشريفة نعيم ويغنيها كونها مستفرشة للخسيس ، ولا كذلك الرجل لأنه هو المستفرش . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يزوجه النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجهن إلا من الأكفاء » ولأن المصالح إنما تتم بين المتكافئين غالبا فيشترط ليم المقصود منه . قال وتعتبر (في النسب) فقريش بعضهم أكفاء لبعض لا يكافئهم غيرهم من العرب ، والعرب بعضهم أكفاء

وفي الدين والتَّقْوَى وفي الصَّنَائِعِ وفي الحُرِّيَّةِ وفي المَالِ ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ فِي الإِسْلَامِ
أَوْ الحُرِّيَّةِ لا يُكافِي مَنْ لَهُ أَبَوَانِ ، وَالْأَبَوَانِ (س) وَالْأَكْثَرُ سِوَاهُ ،

لبعض لا يكافئهم الموالى ، قال عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض » وقال عليه الصلاة والسلام « الموالى بعضهم أكفاء لبعض » ولا يعتبر التفاضل في قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام زوج ابنته عثمان وكان عبشميا أمويا ، وعلى رضي الله عنه زوج ابنته عمر رضي الله عنه وكان عدويا . قال محمد : إلا أن يكون نسبا مشهورا كبيت الخلافة تعظيما لها . قال (وفي الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوجت فاسقا كان للأولياء الرد لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعبر بذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليك بذات الدين تربت يداك » إشارة إلى أنه أبلغ في المقصود . وقال محمد : لا يعتبر إلا أن يكون فاحشا كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى عليه أحكام الدنيا ، ولأن الأمير النسب كفاء للدنية ، إن كان لايبالي بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين ، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين . وعن أبي يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفاء ، وهو أن يكون مسترا لأنه لا يظهر فلا يلتحق بها الشين . قال (وفي الصنائع) لأن الناس يعيرون بالدنىء منها . وعن أبي حنيفة أنه غير معتبر فانه يمكن الانتقال عنها فليست وصفا لازما . وعن أبي يوسف لا يعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فانه لا يكون كفواً لبنت البراز والبطار والصيرفي والجوهرى . قال (وفي الحرية) فلا يكون العبد كفواً للحرّة لأنها تعبر به فانه نقص وشين . قال (وفي المال) وهو ملك المهر المعجل والنفقة في ظاهر الرواية حتى لو وجد أحدهما دون الآخر لا يكون كفواً ، لأن بالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الأزواج فلا بد منه ، والمهر بدل البضع فلا بد من إيفائه ، والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقدا والباقي بعده تعارفه مؤجلا ، وعن أبي يوسف إن كان يملك المهر دون النفقة ليس بكفاء ، وإن كان يملك النفقة دون المهر فهو كفاء لأن المهر تجرى فيه المساهلة ، ويعدّ الرجل قادرا عليه بقدره أبيه . أما النفقة لا بد منها في كل وقت ويوم . وفي النوادر عن أبي حنيفة ومحمد : امرأة فائقة في اليسار زوجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة ردّ عقدها . وقال أبو يوسف : إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفواً لها ، ولا اعتبار بما زاد على ذلك لأن المال غاد ورائح . قال (ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافئ من له أبوان) لأن النسب بالأب وتماه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا . وعند أبي يوسف الواحد والأكثر سواء ، وقد سبق في الدعوى ، ومن أسلم بنفسه لا يكون كفواً

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ غَيْرَ كَفَاءٍ فَلِلْوَالِي أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَبِضَ الْوَالِي الْمَهْرَ أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رَضِيَ ، وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ مِمَّنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ ،

لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر بالإسلام ، والكفاءة في العقل ، قيل لاعتبر ، وقيل بتعبر ، فلا يكون المحنون كفوا للعاقلة . قال (وإذا تزوجت غير كفاء فللولي أن يفرق بينهما) دفعا للعار عنه ، والتفريق إلى القاضي كما تقدم في خيار البلوغ ، وما لم يفرق فأحكام النكاح ثابتة ، ولا يكون الفسخ طلاقا لأن الطلاق تصرف في النكاح وهذا فسخ لأصل النكاح ، ولأن الفسخ إنما يكون طلاقا إذا فعله القاضي نيابة عن الزوج وهذا ليس كذلك ، ولهذا لا يجب لها شيء من المهر إن كان قبل الدخول لما بينا ، وإن دخل بها فلها المسمى وعليها العدة ولها نفقة العدة للدخول في عقد صحيح . قال (فان قبض الولي المهر أو جهز به أو طالب بالنفقة فقد رضى) لأن ذلك تقرير للنكاح ، وأنه رضى كما إذا زوجها فهنك الزوج من نفسها (وإن سكت لا يكون رضى) وإن طالبت المدة ما لم تلد لأن السكوت عن الحق المتأكد لا يبطله لاحتمال تأخره إلى وقت يختار فيه الخصومة (وإن رضى أحد الأولياء فليس لغيره ممن هو في درجته أو أسفل منه الاعتراض وإن كان أقرب منه فله ذلك) وقال أبو يوسف : للباقيين حق الاعتراض لأنه حق ثبت لجماعتهم فاذا رضى أحدهم فقد أسقط حقه وبقي حق الباقيين : ولنا أن هذا فيما يتجزأ وهذا لا يتجزأ وهو دفع العار فجعل كل واحد منهما كالمنفرد كما مر ، وهذا لأنه صح الإسقاط في حقه فيسقط في حق غيره ضرورة عدم التجزى كالعفو عن القصاص وصار كالأمان ، بخلاف ما إذا رضيت لأن حقها غير حقهم ، لأن حقها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش ، وحقهم في دفع العار ، فسقوط أحدهما لا يقتضي سقوط الآخر . وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا تزوجت بغير كفاء لم يجز . قال شمس الأئمة السرخسي : وهو أحوط فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي ، ولا كل قاض يعدل ، فكان الأحوط سد هذا الباب (١) ، ولو انتسب إلى غير نسبه فتزوجته إن كان النسب المكتوم أفضل لا خيار لها ولا للأولياء كما إذا اشتراه على أنه معيب فاذا هو سليم ، وإن كان دونه فلها ولهم الخيار ، وإن رضيت فلهم الخيار لما تقدم ، وإن كان دونه إلا أنه كفاء بالنسب المكتوم فلا خيار للأولياء لأنه كفاء لهم فلا عار عليهم ولها الخيار لأنه شرط لها زيادة منفعة ، وقد فاتت فيثبت الخيار كما إذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فوجده لا يحسنه ، وهذا لأن الاستفراش ذل

(١) قال في الخانية : هذا أصح وأحوط ، والمختار للفتوى في زماننا .

وَأَنْ نَقَصْتَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفْرَقُوا أَوْ يُتَمَّمَهُ .
المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ولا يجوز أن
يكون إلا مالا ،

في جانبها ، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هي التي غرته
فلا خيار له لأنه لا يفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر
على الطلاق وصار كالجلب والعنة والرتق . وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه
لا تعتبر الكفاءة ، وهو مذهب مالك لقوله تعالى - إنا خلقناكم من ذكر وأنثى - إلى أن قال
- إن أكرمكم عند الله أتقاكم - وقال عليه الصلاة والسلام « لس لعربي على عجمي فضل
إلا بالتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام لأبي هريرة « لو كان لي بنت لزوجتك » وروى
« أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قل
قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجوني » وجوابه ما تقدم ، ولأن
المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة
وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث ، ويجب
الحمل عليه توفيقا بين الأدلة . قال (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا
أو يتممه) ولا إشكال في ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على
قول محمد فلا إشكال أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبي حنيفة ، وعلى قول الأول
فيه إشكال لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا باذن الولي . قالوا : صورته إذا أكره الولي المرأة
على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند
أبي حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .

فصل

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز أن يكون إلا مالا) والأصل
فيه قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم - علق الحل بشرط الابتغاء
بالمال فلا يحل دونه ، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لا يدل على عدمه لأنه
يشبه الفسخ ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لا يدل على عدم الوجوب ، ولأن
سقوطه يدل على ثبوته إذ لا يسقط إلا ما ثبت ولزم ، والتنصيف بالطلاق قبل الدخول
ثبت نصا على خلاف القياس ، والمذكور في الآية مطلق المال فكان مجملا ، والنبي عليه
الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر « لامهر أقل
من عشرة دراهم » ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لا يكون النكاح بدونه ، ولونفاه
أو سكت عنه ، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير وأنه يبتنى على وجود الأصل ،

فان سَمِيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا عَشْرَةٌ (ز) ، وَمَنْ سَمِيَ مَهْرًا لَزِمَهُ بِالْدُخُولِ وَالْمَوْتِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نِصْفُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا أَوْ شَرَطَ أَنْ لَامَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْدُخُولِ وَالْمَوْتِ وَالْمُنْتَعَةَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا تَجِبُ إِلَّا لَهُدِهِ ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّغَةٍ سِوَاهَا . وَالْمُنْتَعَةُ دَرَعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِ ، وَلَا تَزَادُ عَلَى قَدَرٍ نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ ،

وما ثبت لحق الله تعالى يدخله التقدير كالزكاة . قال (فان سمي أقل من عشرة فلها عشرة) وقال زفر : لها مهر المثل لأنه سمي ما لا يصلح مهرا فصار كعدم التسمية . ولنا أن العشرة لا تتبع في حكم العقد ، فتسميته بعضه كتسميته كله كالطالقة ، وكما إذا تزوج نصفها ، لأن الشرع أوجبه إظهارا لخطر النكاح ، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقيق منه ، وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة ، ولأنها حطت عنه ما تملكه . وما لا تملكه ، فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة ، ولا يسقط ما لا تملكه وهو تمام العشرة ، كما إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصح في نصيبه خاصة . قال (ومن سمي مهرا لزمه بالدخول والموت) أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرر النكاح بانتهائه فيجب البدل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - . قال (وإن لم يسم لها مهرا أو شرط أن لامهرا لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمنتعة بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صح فيجب العوض لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب حقا للشرع على ما بينا ، والواجب الأصلي مهر المثل لأنه أعدل فيصير إليه عند عدم التسمية ، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به ، فان كان أقل من مهر المثل فقد رضيت بالنقصان ، وإن كان أكثر فقد رضى بالزيادة . قال عليه الصلاة والسلام « المهر ما تراضى عليه الأهلون » وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية بمهر المثل ، وقد تزوجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول . وأما وجوب المنتعة بالطلاق قبل الدخول فللقوله تعالى فيه - ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - قال (ولا تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهي خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل في حق غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص من خمسة دراهم (وتستحب لكل مطلقة سواها) قال (والمنتعة درع وخمار وملحفة) هكذا ذكره ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما (يعتبر ذلك بحاله) لقوله تعالى - على الموسع قدره - (ولا تزداد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذي سمي فيه أقوى ، فاذا لم يحب في الأقوى أكثر من نصف المهر لا يجب في الأضعف بطريق الأولى

وإن زادها في المهر لزمته الزيادة ، وتسقط بالطلاق قبل الدخول (س) ، وإن حطت من مهرها صح الخط ، والخلوّة الصحيحة في النكاح الصحيح كالدخول ، وكذلك العنين والخصي والمجبوب (سم) . والخلوّة الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعاً وشرعاً ، فالمرض المانع من الوطء من جهته أو جهتها مانع طبعاً ، وكذلك الرتق والقرن والحيض والإحرام وصوم رمضان وصلاة الفرض .

قال (وإن زادها في المهر لزمته الزيادة) لما مرّ في البيوع في الزيادة في الثمن والمثلن (وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبي يوسف تنصف بالطلاق قبل الدخول ، لأن عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه . وعندهما التنصيف يختص بالمفروض فيه . وأصله أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثم اصطالحا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول فالتمتع . وقال أبو يوسف : يتنصف ما اصطالحا عليه لقوله تعالى - فينصف ما فرضتم - . ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل ، ومهر المثل لا يتنصف ، فكذا ما يقوم مقامه ، والفرض المعروف هو المفروض في العقد ، وهو المراد بالنص . قال (وإن حطت من مهرها صح الخط) لأنه خالص حقها بقاء واستيفاء فتملك حطه كسائر الحقوق . قال (والخلوّة الصحيحة في النكاح الصحيح كالدخول) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ، وروى زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى سترا أو أغلق الباب فلها الصداق كاملاً وعليها العدة . وقال عمر رضي الله عنه : فيه ما ذنبن إذا جاء العجز من قبلكم ، ولأنه عقد على المنافع فيستقر بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت المبدل إليه فيجب لها البدل كالبيع (وكذلك العنين والخصي) لما ذكرنا (و) كذلك (المجبوب) وقالوا : يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعاً وهو أعجز من المريض ، وله أن المستحق له في هذا العقد إنما هو السحق (١) وقد سلمت إليه ذلك (والخلوّة الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعاً وشرعاً ، فالمرض المانع من الوطء من جهته أو جهتها مانع طبعاً ، وكذلك الرتق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض ، فانه لا يعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شرعاً وطبعاً إذ الطباع السليمة تنفر منه (والإحرام) بالحج أو العمرة فرضاً أو نفلاً (وصوم رمضان وصلاة الفرض) مانع شرعاً . أما الإحرام

(١) أي الوطء .

وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهْرُ المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة ، ولا يتجاوز به المسمى ، ويثبت فيه النسب .

وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر ؛ أو على هذا العبد فإذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة (س) ؛ أو تعليم القرآن جاز النكاح (م) ، ولها مهْرُ المثل .

فلما يلزمه من الدم ، وفي الصوم لما يلزمه من الكفارة والقضاء ، بخلاف التطوع فإنه يجوز إفطاره بعذر يتعلق بحق الأدمى كالضيافة ، ولا كذلك رمضان والمنذور والقضاء فيه روايتان ؛ وقيل في صوم يوم التطوع روايتان ، وكذلك السنن إلا ركعتي الفجر والأربع قبل الظهر لشدة تأكيدهما بلوعيد على تركهما ، والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمنها فيه اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلاها في مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لاحتجاب له فليست صحيحة ، وكذلك لو كان معهما أعمى أو صبي يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحه له أخرى أو اجنبية ؛ وفي الأمة فيه روايتان ، وعليها العدة في جميع ذلك احتياطاً لأنها حق الشرع . قال (وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعاً ، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل ، إذ هو الموجب الأصلي لما مر (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية ، فان نقصت عن مهر المثل لاتباع الزيادة عليهما لعدم التسمية ، وإن زادت لاتباع الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فيتقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط في إثباته ، وأول مدته وقت الدخول ، بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح دافع إلى الوطء فأقيم العقد مقامه ، والفاسد ليس بدافع لما بيننا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدة احتياطاً وتحزناً عن اشتباه النسب ، وأولها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهة إنما ترفع بالتفريق

فصل

(وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر ؛ أو على هذا لعبد فاذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما الخمر والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ، وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدم : وأما الدن فكذلك

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِأَذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا الْخِدْمَةُ ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَى فَلَهَا الْمُسَمَّى ،

عند أبي حنيفة ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمر ، وقالوا : لها مثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مر . وقال أبو يوسف : يجب فيه مثل قيمته لو كان عبداً لأنه أطمعها في مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته أو مثله كما إذا تزوجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثل لأن الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا ، ألا يرى أنه لو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فاذا هو أخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمسمى لأنه ليس موجودا فيه لا ذاتا ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحرّ جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوجها على حرّ فيلزمه مهر المثل . أما الخلّ والخمر جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخلّ فيلزمه ؛ وأما إذا تزوجها على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن فذهبهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فانه تجب القيمة . ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لا تستحقّ بمال فصار كتسمية الخمر ، وهذا لأن تقوّم المنافع بالعقد ، فاذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقوّمها فيصير إلى مهر المثل لما بينا أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا ، أو نقول تعليم القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهرا كتعليم الشهادتين ، بخلاف خدمة العبد لأنها مال فأنها تتضمن تسليم رقبته ، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع ، لأن توقير الزوج واجب عليها وفي استخدامه إهانتته . قال (وإذا تزوج العبد بأذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فانه يخدم المولى معنى حيث كان بأمره ؛ ولو تزوجها على خدمة حرّ آخر ، الصحيح أنه يصحّ إذ لا مناقضة ، وترجع بقيمة خدمته على الزوج ، ولو تزوجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان والفرق على إحداهما أنه لا مناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية ؛ ولو جمع بين ما هو مال وما ليس بمال ، فإن وفي المال بالعشرة فهو لها لا غير ، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها كما لو تزوجها على عشرة دراهم ورطل من خمر فلها العشرة ولا يكمل لها مهر المثل ؛ ولو تزوجها على عيب عبد اشتراه منها جاز ، فان كانت قيمة العيب عشرة فهو لها وإلا يكمل عشرة . قال (وإن تزوجها على ألف على أن لا يتزوج عليها ، فان وفي فلها المسمى) لأنه

وإلا فمهرٌ مثلها ، وإن قال على ألف إن أقامَ بها ، وألفين إن أخرجها ، فإن أقامَ فلها الألفُ ، وإن أخرجها فمهرٌ مثلها (سم ز) ، وإن تزوّجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهرِ المثل (سم) ، وإن كان مهرُ المثل بينهما فلها مهرُ المثل (سم) ؛ وإن تزوّجها على حيوانٍ ، فإن سُمي نوعه كالفرسِ جاز ، وإن لم يصفه ولها الوسطُ ، فإن شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوبُ مثل الحيوانِ ، إلا أنه إن ذكرَ وصفه لزمه تسليمه ،

يصلح مهرًا وقد تراضيا به (وإلا فمهر مثلها) لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكأنه ما سمي ، ولو تزوّجها على ألف وكرامتها (١) فلها مهر المثل لا ينقص من ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المتعة (وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها ، فإن أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجها فمهر مثلها) لا يزداد على ألفين ولا ينقص من ألف ، وقالوا : الشرطان جائزان ، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل في الوجهين ، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوج عليها ، وألفين إن تزوج . لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا . ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمي فيه بدلا معلوما فصار كالحياطة الفارسية والرومية . ولأبي حنيفة أن الشرط الأول صحّ وموجبه المسمى لما بينا . والشرط الثاني ينفي موجب الأول والتسمية متى صحّت لا يجوز نفي موجبها فيبطل الشرط الثاني ؛ ولو تزوّجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة صحّ الشرطان ، والفرق أنه لا مخاطرة هنا ، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها ، وفي المسئلة الأولى المخاطرة موجودة في التسمية الثانية ، لأنه لا يدري أن الزوج هل يفي بالشرط الأول أم لا (وإن تزوّجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالوا : لها الأوكس بكل حال ؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع لهما أن الأوكس مسمى بيقين لأنه أقلّ ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى . ولأبي حنيفة أن الأصل مهر المثل ، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول لدخول كلمة أو فيكون فاسدا ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رضيت بالخط ، وإن كان أقلّ فقد رضى بالزيادة ، ومتى جهل المسمى تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه به . قال (وإن تزوّجها على حيوان فإن سمي نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولها الوسط فإن شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه

(١) قوله وكرامتها : أي بأن يحسن إليها بشيء تسرّ به

وكذلك كل ما يثبت في الذمة

وكذلك كل ما يثبت في الذمة (والأصل في ذلك أن التسمية لاتصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدي إلى المنازعة ، وتصح مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، لأن مبناه على المساهلة والمساحة ، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لاتوجب المنازعة كذلك جهالة الوصف ، بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة والمضايقة . ثم الجهالة أنواع : منها جهالة النوع والوصف كقوله : ثوب أو دابة أو دار فلا تصح هذه التسمية لتفاوتها تفاوتا فاحشا في الصور والمعاني فيجب مهر المثل ، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما في بطن جاريتي أو غنمه أو ما يحمله نخله هذه السنة . ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فإنه تصح التسمية ، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد ووديء ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظ من الطرفين ؛ وعند جهالة النوع لاوسط لاختلاف معاني الأنواع ، فان معنى الفرس غير معنى الحمل ، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس ؛ وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما ، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلا في حق الإيفاء ، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول ، وقال زفر : إذا كان المهر ثوبا صوفا لالتجبر على أخذ القيمة ، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها استحقت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما في السلم . وجوابه إذا لم يكن معينا فهو وقيمته سواء في الجهالة فتجبر على القبول كما في الحيوان . واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصح ، لأن الثوب وجب في الذمة وجوبا مستقرا كالسلم ؛ ولا كذلك الحيوان لأنه لايجب في الذمة وجوبا مستقرا في السلم فكذا هنا ، ثم عند أبي حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون دينارا ، وإن سمي أبيض فخمسون وهو قيمة الغرة ، والمهر بمعنى الغرة ، وعندهما على قدر الرخص والغلاء ، وقيل هذا اختلاف زمان لا بهان . ومنها ما هو معلوم الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوجها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة تصح التسمية ، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فيلزمه تسليمه كالنقود ؛ ولو تزوجها على كثر حنطة مطلقا ولم يصفه يخير الزوج بين الوسط وبين قيمته . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكثر ؛ ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت الألف على قدر مهر مثلهما رجوعا إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كل واحدة ما تستحقه واستحقاقهما في الأصل مهر المثل كن دفع إلى ربي دين ألفا بينهما فأنهما يقسمانها على قدر دينيهما كذلك هذا ، فان طلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما على قدر حقيهما ، فان لم يصح نكاح إحداهما

ومَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا ، فَاِنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا
فَمِنْ الْأَجَانِبِ ، وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السِّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ ، فَاِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوجَدُ مِنْهُ ؛ وَبِالْمَرَأَةِ أَنْ
تَمْنَعَ نَفْسَهَا وَأَنْ يُسَافَرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا ،

صحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ، لِأَنَّ الْمَبْطَلَ اخْتَصَّ بِهَا فَلَا يَتَعَدَّهَا وَالْأَلْفُ كُلُّهَا لِتِي صَحَّ نِكَاحُهَا
وَقَالَا : يَقْسَمُ عَلَى مَهْرٍ مِثْلَيْهَا كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَيْهَا كَهَيِّ ، فَمَا أَصَابَ التِّي صَحَّ
نِكَاحُهَا فَهِيَ لَهَا وَيَسْقُطُ الْبَاقِي . وَلَا بِي حَنِيفَةٌ أَنْ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَى مَنْ لَا يَصِحُّ نِكَاحُهَا لِعَوْرِ
فَصَارَ كَمَا إِذَا ضَمَّ إِلَيْهَا أُسْطُوَانَةٌ أَوْ دَابَّةٌ ، وَالْبَدَلُ إِنَّمَا يَنْقَسِمُ بِحُكْمِ الْمَاعُوضَةِ وَالْمَسَاوَةِ وَالدَّخُولِ
فِي الْعَقْدِ ، وَلَا مَاعُوضَةٌ فِي الْحَرَمَةِ ، وَلَا مَسَاوَةٌ وَلَا دَخُولٌ فِي الْعَقْدِ فَصَارَتْ عَدَمًا ،
وَإِضَافَةُ الشَّيْءِ إِلَى اثْنَيْنِ وَاخْتِصَاصُهُ بِأَحَدِهِمَا جَائِزٌ ، قَالَ تَعَالَى - يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ .
أَلَمْ يَأْتِكُمْ رِسَالٌ مِنْكُمْ - أَضَافَ الرِّسَالَ إِلَيْهَا ، وَالرِّسَالُ مَخْتَصَةٌ بِالْإِنْسِ دُونَ الْجِنِّ ، فَاِنْ
دَخَلَ بِالتِّي لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ .
سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِشَبْهِهِ الْعَقْدِ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَعِنْدَهُمَا الْأَقْلُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَمَا يَخْصُهَا
قَالَ (وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا) كَأَخْوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا دُونَ أُمَّهَا وَخَالَتِهَا
إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ قَبِيلَةِ أَبِيهَا ، هَكَذَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَرُوعِ حِينِ
تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ ، فَقَالَ : لَهَا مَهْرٌ مِثْلُ نِسَائِهَا وَنِسَاوَاتِهَا أَقْرَابِ الْأَبِ ، وَلِأَنَّ قِيَمَةَ الشَّيْءِ
تَعْرِفُ بِقِيَمَةِ جِنْسِهِ ، وَجِنْسُهُ قَوْمِ أَبِيهِ (فَاِنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا فَمِنْ الْأَجَانِبِ) تَحْصِيلًا
لِلْمَقْصُودِ بِقَدْرِ الْوَسْعِ . قَالَ (وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السِّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ) فَاِنْ الْمَهْرُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ لِأَنَّ الرِّغْبَاتِ تَخْتَلِفُ بِهَا (فَاِنْ
لَمْ يَوْجَدْ ذَلِكَ كُلَّهُ فَالَّذِي يَوْجَدُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ اجْتِمَاعُ هَذِهِ الْأَوْصَافِ فِي امْرَأَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ
بِالْمَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهَا مِثْلُهَا . وَعَنْ بَعْضِ الْمَشَائِخِ أَنَّ الْجَمَالَ لَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَتْ ذَاتٌ حَسَبٍ
وَشَرَفٍ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَوْسَطِ لِأَنَّ الرِّغْبَةَ حِينَئِذٍ فِي الْجَمَالِ . قَالَ (وَبِالْمَرَأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا
وَأَنْ يُسَافَرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا) لِأَنَّ حَقَّهَا قَدْ تَعَيَّنَ فِي الْمَبْدَلِ فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَيَّنَ حَقُّهَا
فِي الْبَدَلِ تَسْوِيَةً بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ كُلُّهُ مُؤْجَلًا لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِ حَقِّهَا ،
وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا سَلِمَتْ إِلَيْهِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْتَنَعَ بَعْدَهُ كَالْبَائِعِ إِذَا سَلِمَ الْمُبِيعُ
لَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ الْمَهْرُ مُقَابِلُ بِجَمِيعِ الْوَطْأَتِ لِثَلَا يَخْلُو الْوَطْءُ عَنِ الْعَوْضِ
إِظْهَارًا لِحُطْرِ الْبُضْعِ إِلَّا أَنَّهُ تَأَكَّدَ بِوَطْءِ الْأُولَى لِحُجَّتِهَا مَا وَرَاءَهَا ، وَالْمَجْهُولُ لَا يَزَاحِمُ الْمَعْلُومَ
فَإِذَا وَجَدَ بَعْدَهُ وَطْءَ آخَرَ صَارَ مَعْلُومًا فَتَحَقَّقَتْ الْمَزَاحِمَةُ فَصَارَ الْمَهْرُ مُقَابِلًا بِالْكَلِّ ،

فَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلْتَهَا إِلَى حَيْثُ شَاءَ ، وَقِيلَ لَا يُسَافِرُ بِهَا وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى .

فصل

وَلَا يَبْجُوزُ بِيَسَّحِ الْعَبْدِ وَالْأُمَّةِ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمُّ الْوَالِدِ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى ، وَيَمْلِكُ لِإِجْبَارِهِمْ عَلَى التَّكْوِينِ ؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ

وَنظيره العبد الجاني إذا جنى جنائية يدفع بها ، فإن لم يدفع حتى جنى أخرى وأخرى دفع بالكل . قال (فإذا أوفاهها مهرها نقلها إلى حيث شاء) لقوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - (وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى) لفساد أهل الزمان ، والغريب يؤذى ، وقيل يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست بغربة ، وإذا ضمن الولي المهر صحَّ ضمانه كغيره من الديون ، وللمرأة أن تطالب أيهما شاءت كسائر الكفالات ، وحكمها في الرجوع كغيرها من الكفالات ؛ ولو ضمن المهر عن ابنه الصغير صحَّ لما قلنا ، ولا يرجع عليه إذا أدَّى لأنه صلة عرفا ، فإن مات الأب قبل الأداء فأخذ من تركته رجع بقية الورثة على الابن من حصته لأنهم أدَّوا عنه ديناً عليه من مال مشترك . وقال زفر : لا يرجعون كما إذا كفل عن ابنه الكبير بغير أمره أو عن أجنبي . قلنا الكفالة هنا بأمر المكفول عنه حكما لولاية الأب ، فكانت كفالته دليل الأمر من جهته ليرجع ، بخلاف الكبير والأجنبي لأنه لا ولاية له عليهما ، وبخلاف ما إذا أدَّى حال حياته لأنه متبرِّع ، فان العادة جارية بتبرِّع الآباء بمهر الأبناء .

فصل

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا بإذن المولى) وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أيما امرأة تزوجت بغير إذن مولاها فهي عاهرة » وقوله « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن النكاح عيب في العبد والمدبر لتعلق النفقة بكسبهما والمهر برقبتهما ، فلا يملك غير المولى ذلك دفعا للضرر عنه ، ولأن منافع البضع للمولى فلا يملكها غيره بغير أمره (ويملك إجبارهم على النكاح) صيانة للملكة وتحصينا له عن الزنا الذي هو سبب هلاكهم أو نقصانهم ، وهذا المعنى يشمل العبد والأمة ؛ وليس للمولى أن يزوج المكاتب والمكاتب بغير رضاها ونحوجهما عن يده على ما نبينه في المكاتب ، ولا يجوز نكاحهما إلا بإذن المولى لالرق الثابت فيهما بالحديث ، ويملك المكاتب تزويج أمته لأنه من الاكتساب ، ولا يملك تزويج العبد لأنه خسران لا اكتساب ، ولو تزوج أمته من عبده بغير مهر جاز ولا مهر لها ؛ وقيل يجب حقا للشرع ثم يسقط . قال (وإذا تزوج العبد بإذن

مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ وَالْمُدَبَّرُ يَسْعَى ، وَإِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ
أَوْ الْمَكْتُوبَةُ وَلَهَا زَوْجٌ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ فَلَهَا الْخِيَارُ وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ
أَنْ يَبُوتَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لَكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى ، وَيُقَالُ لَهُ : مَتَى ظَفَرْتَ بِهَا
وَطَشَّتَهَا ؛ وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ لَهُ الْمَوْلَى طَلَّقْتُهَا فَلَيْسَ
بِاجَازَةٍ ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقْتُهَا تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهِيَ إِجَازَةٌ ؛

مولاہ فالمہر دین فی رقبۃ بیاع فیہ) لأنہ دین وجب فی رقبۃ بفعلہ وقد ظہر فی حق المولی
حیث وقع بإذنه فیتعلق برقبته دفعا للضرر عن المرأة ، كما فی دیون المسأذون للتجارة
(والمدبر یسعی) لأنه لا ینجوز بیعه فیودی من کسبه وكذلك ولد أم الولد من غیر سیدها
قال (وإذا أعتقت الأمة أو المکاتبۃ ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخیار) لقوله علیہ الصلاة
والسلام لمبریرۃ حین أعتقت « ملکت بضعتک فاختاری » جعل العلة المثبتة للخیار معنی فیها
وهو ملک البضع فیرتب علیہ ، ویستوی فیہ الحرّ والعبد لعموم العلة ، علی أنه روی أن
زوجها کان حرّاً ، وهی راجحة علی روایۃ أنه کان عبداً لأن الأصل الحرّیۃ ، ولأنه ازداد
الملك علیها فی الفصلین فیثبت لها الخیار فیہما دفعا للضرر عنها . قال (ومن زوّج أمتہ فلیس
علیہ أن یبوتها بیت الزوج لکنها تخدم المولی ، ویقال له متى ظفرت بها وطشّتها) لأن حق
المولی فی الخدمة باق والتبوتۃ یتبطل له فلا یلزمه ذلك ؛ ولو شرط فی العقد أن لا یتخدمها
یتبطل الشرط ، فان بوأها بیئنا معه فله أن یتخدمها وتبطل التبوتۃ ، لأن الموجب للخدمة
الملك وهو باق فلا تبطله التبوتۃ . قال (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاہ فقال له المولی
طلّقها فلیس باجازۃ) لأنه یحتمل الرد وهو الظاهر هنا حیث تزوّج بغير أمره وافتات
علیہ ، وردّ هذا العقد یسمى طلاقاً فیحمل علیہ ، وكذا لو قال فارقتها وبل أولى (ولو قال
طلّقها تطلیقۃ رجعیۃ فهو إجازۃ) لأن الطلاق الرجعی إنما یتكون فی النکاح الصحیح النافذ ؛
ولو أذن العبد فی النکاح ینتظم الصحیح والفاسد ، وقالوا : هو علی الصحیح خاصۃ ، لأن
المراد من النکاح الإعفاف وذلك بالدوام علیہ ، وأنه فی الصحیح دون الفاسد ، ولأن الاسم
عند الإطلاق یقع علی الصحیح كما فی الیمین . ولأبی حنیفة أن اللفظ یمجرى علی إطلاقه
كما مرّ فی البیع ، ولئن قال البیع الفاسد یفید بعض التصرفات کالعتق والملك وغیره
قلنا والنکاح الفاسد أیضا یفید بعض التصرفات کالنسب والعدة والمهر ، ومسئله الیمین
ممنوعۃ ، ولئن سلمت فالایمان مبنیها علی العرف ، وثمرۃ الاختلاف أنه لو تزوّج امرأۃ
نکاحاً فاسداً انتهى الأمر عنده فلیس له أن یتزوّج أخرى . وعندهما له أن یتزوّج غیرها
نکاحاً صحیحاً ، لأن الأول لم یدخل تحت الأمر فبقی الأمر ، ولیس له أن یتزوّج إلا امرأۃ

وَالْإِذْنَ فِي الْعَزْلِ لِمَوْلَى الْأُمَّةِ (سم)؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أُمَّةٌ بِبَغَيْرِ إِذْنِ
المولى ثم أعتقنا نفذ النكاح ولا خياراً للأمة .

فصل

تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا أَوْ عَلَى مَيْتَةٍ ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جَائِزٌ
جَازٌ وَلَا مَهْرَ لَهَا (سم) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِبَغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ (سم) كَافِرٍ آخَرَ
جَازَ إِنْ دَانُوهُ ، وَلَوْ أَسْلَمَا أُقْرَأَ عَلَيْهِ ،

واحدة لأن الأمر لا يقتضى التكرار إلا أن يقول له تزوج ما شئت فيجوز له أن يتزوج
ثنتين . قال (والإذن في العزل لمولى الأمة) وقالوا : إليها لأن الوطء حقها والعزل تنقيص له
فيشترط رضاها . ولأبي حنيفة أن العزل يخلّ ببحق المولى وهو حصول الولد الذى هو
ملكه فيشترط رضاه ، بخلاف الحرّة لأن الولد والوطء حقها . قال (وإذا تزوج عبد
أو أمة بغير إذن المولى ثم أعتقنا نفذ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحق المولى
وقد زال (ولا خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوجت بعد العتق ،
ولو تزوجت ودخل بها الزوج ثم أعتقها المولى جاز النكاح لما بيننا والمهر للمولى لأنه
استوفى منفعة مملوكة للمولى ، والقياس أن يجب مهر آخر ، إلا أنا استحسننا وقلنا يجب
مهر واحد ، لأن الجواز استند إلى أصل العقد ، ولو أعتقها ثم دخل بها فالمهر لها لأنه
استوفى منفعة مملوكة لها .

فصل

(تزوج ذمى ذمية على أن لامهر لها أو على ميتة ، وذلك عندهم جائز جاز ولا مهر لها)
وقالوا : لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها ، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة لأنهم
التمزموا أحكامنا في المعاملات فصار كالربا ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم
وما يدينون » وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافه ، وعقد الذمة منع إلزامهم بالسيف ،
والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم ، قال عليه الصلاة والسلام « إلا من أربى فليس
بيننا وبينه عهد » وكذلك الزنا فإنه محرّم في جميع الأديان (وإن تزوجها بغير شهود أو في عدة
كافر آخر جاز إن دانه ، ولو أسلما أقرأ عليه) وقالوا : إذا تزوجها في العدة فهو فاسد ،
فإن أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما ، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع ، وحرمة
النكاح بغير شهود مختلف فيه ، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموا بجميع الاختلافات . واه
أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقا للشرع ولا للمطلق لأنه لا يعتقدها ،

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَيْرٍ أَوْ خَيْرٍ ثُمَّ أَسْلَمْنَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ (م) إِنْ كَانَا عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخَنْزِيرِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ ؛ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ ، وَالْوَالِدُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبْوَيْنِ دِينًا ، وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ ؛

بخلاف العدة من المسلم لأنه يعتقد بها ، وحالة المرافعة أو الإسلام حالة البقاء ، والعدة لاتنافيها كالموطوءة بشبهة ، وكذا الشهادة ليست شرطا حالة البقاء قال . (ولو تزوجها على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما فلها ذلك إن كانا عينين ، وإلا فقيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الحالين . وقال محمد : القيمة فيهما . لهما أن الملك يتأكد بالقبض فأشبه العقد ، والإسلام مانع منه فصارا كما إذا كانا دينين . وإذا امتنع القبض قال أبو يوسف : لو كانا مسلمين عند العقد يجب مهر المثل ، فكذا عند القبض . وقال محمد : صححت التسمية وعجز عن التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما إذا كان عبدا فهلك قبل القبض . ولأبي حنيفة أن الملك تم بنفس العقد في المعين حتى جاز لها التصرف فيه ، وبالقبض ينتقل إلى ضمانها من ضمانه ، والإسلام غير مانع من ذلك كاسترداد الخمر المغصوب ، وخمر المكاتب الذمي إذا عجز ، والمأذون إذا حجر عليه ؛ وفي غير المعين إنما يملكه بالقبض ، والإسلام مانع منه ؛ وإذا امتنع القبض فالخمر من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم ، فتكون القيمة مقامه فلا يجب ، فتعين مهر المثل وتجب القيمة في الخمر لأنها تقوم مقامها . قال (وإذا أسلم المجوسى فرّق بينه وبين من تزوّج من محارمه) أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبي حنيفة فلأن الحريمية إذا طرأت على النكاح الصحيح تبطله ، ولأنها تنافي بقاء النكاح ولا كذلك العدة على ما بينا ، ويفرق بينهما بإسلام أحدهما بالإجماع ، ولا يفرق بمرافعة أحدهما عند أبي حنيفة خلافا لهما لقوله تعالى - فان جاعوك فاحكم بينهم - ولأن مرافعة أحدهما لا يبطل حق صاحبه لأنه لا يعتقده ، بخلاف ما إذا اتفقا حيث يفرق بينهم لما تلونا ، ولأنهما رضيا بحكمتنا فيلزمهما . قال . (ولا يجوز نكاح المرتدة والمرتدة) بإجماع الصحابة ، ولأنه لافائدة فيه لأن المقصود من شرع النكاح مصالحه ، ولا توجد لأن المرتدة يقتل المرتدة تجبس ، أو نقول لاملة لهما لأنهما خرجا عن الإسلام ، ولا يقرآن على ما انتقلا إليه ، ويجوز نكاح النصراني المجوسية واليهودية ، واليهودية النصرانية والمجوسية واليهودية والنصرانية ، لأن الكفر كله ملة واحدة ، كذا روى عن عمر رضى الله عنه ، ولا كفاءة بين أهل الكفر . قال (والولد يتبع خير الأبوين دينا) نظرا له حتى لو كان أحدهما مسلما كان مسلما ، ولو أسلم أحدهما وهما ولد صغير صار مسلما (والكتابي خير من المجوسى) حتى يجوز أكل ذبيحة الكتابي

وَإِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةُ الْكَافِرِ عَرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ،
وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَتَكُونُ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا (س) ؛ وَإِنْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْمَجُوسِيَّةِ
فَإِنْ أَسْلَمَتِ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ ؛ وَإِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ
تَتَوَقَّفُ الْبَيْنُونَةُ فِي الْمَسْئَلَتَيْنِ عَلَى ثَلَاثِ حَيْضٍ قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ ،
وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَكَذَا إِنْ
سَبِيَ أَحَدُهُمَا ، وَلَوْ سُبِيَا مَعًا لَمْ تَقَعْ ؛

ومناكحته دون المجوسية . قال (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلًا
لمصالح النكاح بالإسلام ، لأنها قد فاتت باسلامها (فإن أسلم فهي امرأته) كما إذا أسلما معا
(وإلا فرّق بينهما) لأن الإسلام لا يصلح أن يكون سببًا للفرقة لما أنه طاعة وعبادة ،
فيجعل إباؤه سببًا لفوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقًا) وقال أبو يوسف :
لا تكون طلاقًا لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقًا ، كما إذا ملكها أو ملكته .
ولهما أن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينوب عنه القاضي في التسريح
بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقًا كما في الحبّ والعنة . قال (وإن أسلم
زوج المجوسية ، فإن أسلمت وإلا فرّق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل
الطلاق فلا ينتقل قول القاضي إليها ، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفرقة
جاءت من قبلها ، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه تأكد بالدخول (وإن كان الإسلام
في دار الحرب تتوقف البينونة في المسئلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لا بد
من الفرقة بينهما ، ولا قدرة على العرض في دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شرط
الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره ، ثم إذا بانث بثلاث حيض ذكر
في السير الكبير أنه طلاق عندهما . وروى أنه فرقة بغير طلاق كأبي يوسف ؛ ولو أسلم
الآخر قبل مضيّ ثلاث حيض لم تبئن منه ؛ وإن أسلم زوج الكتائية فلا عرض ولا فرقة
لأنه يجوز له نكاحها ابتداء ، فلأن يبقى أولى ؛ ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان
عرض الإسلام على الآخر ، لأن الصبيّ يحاطب بالإسلام حقا للعباد حتى إنه يؤاخذ بحق
العباد ، فإن أبي فرّق بينهما استحسانًا لإيفاء لحقّ صاحبه ودفعًا للضرر عنه . قال (وإذا
خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة بينهما ، وكذا إن سبى أحدهما ، ولو سبيا
معا لم تقع) فسبب البينونة هو التباين دون السبى ، لأن مصالح النكاح لا تحصل مع التباين
حقيقة وحكما ، لأن مصالحه إنما تحصل بالاجتماع ، والتباين مانع منه . أما السبى فانه
يقضى ملك الرقبة وذلك لا ينافي النكاح ابتداء فكذا بقاء . وأما المستأمن فقصده الرجوع

وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً لِاعِدَّةٍ (سَمَّ) عَلَيْهَا ؛ وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ
الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِتَغْيِيرِ طَلَاقٍ (م) ؛ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُرْتَدُّ الزَّوْجَةَ بَعْدَ
الدُّخُولِ فَلَهَا الْمَهْرُ وَقَبْلَهُ لَأَشْيَاءَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجَ فَالْكُلُّ
بَعْدَهُ وَالنِّصْفُ قَبْلَهُ ؛ وَإِنْ ارْتَدَّ مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ..

فلم يوجد تباين الدارين حكما . قال (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لاعدة عليها) وقالوا ::
عليها العدة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت في دار الإسلام . وله قوله تعالى - ولا
تمسكوا بهم الكوافر - نزلت في هذه القضية نقلا عن بعض المفسرين ، ولأنها وجبت
إظهارا لخطر النكاح ، ولا خطر لنكاح الحربى ، ولهذا قلنا لاعدة على المسيية . قال (وإذا
ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد : إن كان المرتد الزوج فهى
طلاق لما مر في الإباء ، وأبو يوسف مر على أصله أيضا . والفرق لأبى حنيفة أن الردة
تنافى المحلية كالخمرية والطلاق رافع فتعذر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لا يحتاج في الفرقة
هنا إلى القضاء ، أما الإباء لاينافى المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وإنما
بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فناب القاضى منابه على ما بينا (ثم إن كان المرتد
الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبلة لاشيء لها ولا نفقة) وقد مر (وإن كان الزوج فالكل
بعده والنصف قبله) وذكر في الفتاوى لو ارتدت المرأة قيل لايفسد النكاح زجرا لها ،
والصحيح أنه يفسد وتجبر على تجديد النكاح زجرا لها أيضا (وإن ارتد مآثم أسلما معا
فهما على نكاحهما) لأن بى حنيفة ارتدوا في زمن أبى بكر رضى الله عنه ثم أسلموا ،
فأقرهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، وذلك بمحض من الصحابة رضى الله
عنهم من غير نكير من أحدهم فكان لإجماعا ، فإن أسلم أحدهما بعد الردة فسد النكاح
كما في الابتداء ، ولوقبلها ابن زوجها أووطنها حرمت على أبيه لما تقدم وسقط مهرها
إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها ؛ فقد امتنعت عن
تسليم المبدل فتمنع البديل كما في البيع ، وإن كانت مكرهة لايسقط ؛ وفي الصغيرة لايسقط
في الوجهين جميعا وإن كان يجامع مثلها ، لأنه لااعتبار بفعالها حتى لايتعلق به شيء من
الأحكام فلايجب عليها حد ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطاب فكذا هذا ؛
وإن ارتدت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردتها بطلت محلية النكاح فصارت
كالكبيرة ، إذ الكلام في التى تعقل الإسلام والردة على ما يأتيك .

وَإِذَا كَانَ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلْآخِرِ (م) إِلَّا فِي الْجَبِّ وَالْعِنَّةِ وَالْحِصَى .

فصل

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا في الجبّ والعنة والحصى)
أما عيوب المرأة فيإجماع أصحابنا ، لأن المستحق هو التمكين وإنه موجود ، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لا يوجب الفسخ ، لأن الفوات بالموت لا يوجب هذا أولى . وأما عيوب الرجل وهي الجنون والجذام والبرص فكذلك . وقال محمد : لها الخيار لأنه لا ينتظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجبّ والعنة . ولهما أن الخيار يبطل حق الزوج فلا يثبت ، وإنما ثبت في الجبّ والعنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح ، والعيوب لا تخلّ به . والعنين الذي لا يصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها ، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبير سنّ ، أو من أخذ بسحر ؛ فإذا كان الزوج عنيّنا وخاصمته المرأة في ذلك أجله القاضى سنة فان وصل إليها وإلا فرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك ، لأن لها حقا في الوطاء فلها المطالبة به ، ويجوز أن يكون ذلك لمرض ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتمالها على الفصول الأربعة ؛ فإن كان المرض من برودة أزاله حرّ الصيف ، وإن كان من رطوبة أزاله يبس الخريف ، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء ، وإن كان من يبس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة ، وروى ذلك عن عمر وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير ، فان اختارت نفسها قال أبو يوسف ومحمد : بانت ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أئى حنيفة لاتنين إلا بتفريق القاضى ، وهو المشهور من مذهبه . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضى كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بإذاته دفعا للضرر عنه ؛ لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضى النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان . فإذا امتنع عنه ناب القاضى منابه ، لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضى . فاذا فرق يصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطلقه بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها . ويشترط طابها لأن الفرقة حقها ؛ والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام ، وتزيد على القمرية أحد عشر يوما ، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان ، لأن السنة لا تخلو

فصل

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَ نَسَائِهِ فِي الْبَيْتُوتَةِ ، وَالْبِكْرُ وَالشَّيْبُ وَالْجَدِيدَةُ
وَالْعَتِيقَةُ وَالْمُسْلِمَةُ وَالْكِتَابِيَّةُ سَوَاءٌ ،

عن ذلك ، وبحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر ، وإن كان أكثر عوضه عنه .
وعن أبي يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة ، وإن حج هو
أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة . والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضي
فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت بيطان حقها ، ولو خيرها
القاضي فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالخيرة من زوجها ، فإن طلب العنين
أن يؤجله القاضي سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها ، فإن رضيت جاز لها أن ترجع وتختار
قبل مضي السنة الأخرى ، فاذا فرّق القاضي بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضيت
بالعنة ؛ ولو اختلفا في الوصول إليها ، فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر حق
التفريق ، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض ، فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل أجل
سنة كسائر الحقوق ، وإن كانت بكرا نظرها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة ، وإن
قلن هي ثيب حلف على الوجه الذي بينا . والمحبوب وهو الذي قطع ذكره أصلا فانه يفرق
بينهما للحال لأنه لافائدة في التأجيل ، والحصى كالعينين لأن له آلة تنتصب ويجامع بها
غير أنه لايجب ، وهو الذي سلت أنثياه ، وإذا أجل سنة وادعى الوصول إليها وأنكرت
فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل ، وإذا كان زوج الأمة عيننا فالخيار للمولى كالعزل عند
أبي حنيفة ؛ وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها في الطلب ، إذ لاحق لها في الوطاء ،
ولو وطئها الزوج مرة واحدة ثم عنّ أو جبّ فلا طلب لها ولا خيار .

فصل

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه في البيتوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له
امرأتان فال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل » (والبكر والثيب والجديدة
والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ماروينا ، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا
تفاوت بينهن فيها ، ولا يجب عليه التساوى بينهن في الوطاء والمحبة . أما الوطاء فلأنه ينبغي
على النشاط ؛ وأما المحبة فلأنها فعل القلب . وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل
بين نسائه ويقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا توأخذني فيما لا أملك » يعني زيادة المحبة
لبعضهن . ثم إن شاء جعل الدور بينهن يوما أو يومين أو أكثر ، وله الخيار في ذلك

وَاللَّحْرَةَ ضِعْفُ الْأَمَةِ ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيْبَهَا لِصَاحِبِهَا جَازَ وَلَهَا الرَّجُوعُ فِي ذَلِكَ ، وَيُسَافِرُ بِمَنْ شَاءَ ، وَالْقُرْعَةُ أَوْلَى .

كتاب الرضاع

وَحُكْمُ الرِّضَاعِ يَثْبُتُ بِقَلِيلِهِ (ف) وَكَثِيرِهِ .

لأن المستحقّ عليه التسمية ، وقد وجدت . قال (وللحرّة ضعف الأمة) لما عرف أن الرقّ منصف كما في العدة وغيرها (ومن وهبت نصيبها لصاحبها جاز) لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسوده بنت زمعة « اعتدي ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل » ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولها الرجوع في ذلك) لأنها وهبت حقاً لم يجب بعد ؛ وإن أقام عند الواحدة أياماً بإذن الأخرى جاز من غير مساواة ، لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نساءه أن يكون في بيت عائشة فأذن له ، فكان في بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام . وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضاً ، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت . وعن أبي حنيفة يجعل لها يوماً من أربعة أيام ، وليس هذا بواجب لأنه يؤدي إلى فوات النوافل أصلاً على من له أربع من النساء ، ولكن يؤمر بإيفاء حقها من نفسه أحياناً ويصوم ويصلي ما أمكنه ؛ ولو أعطت زوجها مالا أو حطته ليزيد في قسمها لم يميز وترجع بما أعطته ، وكذا لو زادها الزوج في مهرها لتجعل يومها لغيرها ، والوجه فيه ما بينا . قال (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لاحقّ لمنّ حال السفر حتى كان له أن لا يسافر بواحدة منهنّ أصلاً ويقرع بينهنّ تطيباً لقلوبهنّ ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حتى الباقيات لأنه كان متبرّعاً لاموفياً حقاً ، وإن ظلم بعضهنّ يوعظ ، فإن لم ينته يوجع عقوبة زجراً له عن الظلم .

كتاب الرضاع

وهو واجب لإحياء الولد لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - أي ليرضعن (وحكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) لقوله سبحانه - وأمهاთكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - مطلقاً ، وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من غير فصل ، وقال عليه الصلاة والسلام « الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم » وإنه يحصل بالقليل ، لأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبيّ أنبت اللحم وأنشز العظم .

إِذَا وُجِدَ فِي مُدَّتِهِ وَهِيَ ثَلَاثُونَ (سَم) شَهْرًا ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ
مِنَ النَّسَبِ إِلَّا أُخْتُ ابْنِهِ وَأُمُّ أُخْتِهِ ؛ وَإِذَا أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً حَرَمَتْ
عَلَى زَوْجِهَا وَأَبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ،

قال (إذا وجد في مدته وهي ثلاثون شهرا) وقالا : سنتان لقوله تعالى - والوالدات يرضعن
أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة - وقال تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا - وأدنى مدّة الحمل ستة أشهر فبقي للفصال سنتان . ولأبي حنيفة الآية الثانية ، والتمسك
بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وضرب لهما مدة ثلاثين شهرا فتكون مدة لكل واحد
منهما ، كما إذا باعه عبدا وأمة إلى شهر ، فان الشهر يكون أجلا لكل واحد منهما ،
وكذا لو باعه شيئا وأجره شيئا آخر صفقة واحدة إلى مدة معلومة كانت
المدة أجلا لكل واحد منهما ، فعلم أن الآية تقتضي أن يكون الثلاثون شهرا أجلا
لكل واحد من الحمل والفصال ، خرج الحمل عن ذلك فبقي الفصال على مقتضاه ، والآية
الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لا يكون للأُم المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد
الحولين فعملنا بالآية الأولى في نفي الوجوب الأجرة بعد الحولين ، وبالثانية في الحرمة إلى
ثلاثين شهرا أخذنا بالاحتياط فيهما . أو نقول : المراد الحمل على الأكف في الحجر حالة
الإرضاع ، لأن مدة الحمل غير مقدرة بثلاثين شهرا بالإجماع ، فإذا انقضت مدته لا اعتبار
بالرضاع بعده ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد حكمه وهل
يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فيه خلاف ، والمحرم من الإرضاع ما وقع في المدة ، سواء فطم
أو لم يفظم . وقال الخفاف وهو رواية عن أبي حنيفة : إن استغنى بالقطام عن اللبن ثم
رضع في المدة لا تثبت الحرمة ، وإن لم يستغن تثبت . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب) لما زوينا (إلا أخت ابنه وأمّ أخته) فإنها تحرم من النسب دون الرضاع ،
لأن في النسب لما وطئ أم ابنه فقد حرمت عليه بناتها ؛ وأم أخته موطوءة أبيه ولم يوجد
ذلك في الرضاع . قال (وإذا أرضعت المرأة صبياً حرمت على زوجها وأبائه وأبنائه)
فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر ، فلا يجوز أن
يتزوج شيئا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا وآباؤها أجدادها وأمهاتها جداتها من قبل
الأم وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته ، ويكون زوجها الذي نزل منه اللبن أب المرضعة
وأولاده إخوتها وآباؤه وأمهاته أجدادها وجداتها من قبل الأب وإخوته وأخواته أعمامها
وعماتها لا تحلّ مناكحة أحد منهن كما في النسب ، قال عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج
عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة » ولو ولدت من رجل وأرضعت ثم يبس اللبن ثم در
أرضعت به صبياً يجوز لذلك الصبي أن يتزوج بنت الزوج من غيرها ، وكذا لو لم تلد

وَإِذَا رَضِعَ صَبِيَّانِ مِنْ تَدْيِ امْرَأَةٍ فَهُمَا أَخَوَانِ ، وَإِنْ اجْتَمَعَا عَلَى لَبَنِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ كَالْمَاءِ وَالذَّهْنِ وَالنَّبِيدِ وَالذَّوَاءِ وَكَبَنِ الْبِهَائِمِ فَالْحُكْمُ لِلْغَالِبِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَلَطَ بِجِنْسِهِ بِأَنْ اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ (م ز) ، وَإِنْ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ فَلَا حُكْمَ لَهُ ، وَإِنْ غَلَبَ (س م) ،

منه قط فزل لها لبن ، وكذا لبن البكر إذا لم تزوج إذا أرضعت به صبياً حرم عليها لاغير ، ولو أرضعت صبية لا تحرم على ولد زوجها من غيرها ؛ ولا يحلّ للرضيع أن يزوج امرأة وطئها زوج المرضعة لأنها منكوحه الأب ، ولا للزوج أن يزوج امرأة وطئها الرضيع لأنها موطوءة الابن كما في النسب . قال (وإذا رضع صبيان من تدي امرأة فهما أخوان) لأن أمهما واحدة ، فلو كانا بنتين لا يجوز لأحد الجمع بينهما ؛ وكذا لو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرة صار الرضيعان أخوين من أب (وإن اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين الأم لتنتقل إلى الأخ إذ هي الأصل لأن الحرمة تثبت في الأم ثم تتعدى . رجل طلق امرأته ولها لبن فزوجت آخر وحبلت ونزل لها لبن فهو الأول ما لم تلد . وقال أبو يوسف : هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثاني وإنه يعرف بالغلظ والرقّة . وقال محمد : هو منهما ما لم تضع فإذا وضعت فن الثاني لأنه من الأول بيقين ، واحتمل كونه من الثاني فيجعل منهما احتياطاً للمحرّمات ، وكذلك يقول أبو يوسف إلا إذا عرفنا أنه من الثاني فيجعل منه . وأبو حنيفة يقول : هو من الأول بيقين ، ووقع الشكّ في كونه من الثاني ، والشكّ لا يعارض اليقين ، فإذا ولدت ثقتنا أنه من الثاني ، ولا اعتبار بالغلظ والرقّة ، لأن ذلك يتغير بتغير الأحوال والأغذية . قال (وإذا اختلط اللبن بخلاف جنسه كالماء والدهن والنيذ والدواء ولبن البهائم فالحكم للغالب) فان غلب اللبن تثبت الحرمة ، وإلا فلا (وكذلك إن اختلط بجنسه بأن اختلط لبن امرأتين) وقال محمد وزفر : تثبت الحرمة بهما لأن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه بل يتقوى به ، وكل واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم . ولنا أن منفعة المغلوب لا تظهر في مقابلة الغالب ، فان قليل الماء إذا وقع في البحر لا يبقى لأجزائه منفعة لكثرة التفرّق ، وإذا فاتت المنفعة بسبب الغلبة بقي حكم الرضاع للكثير (وإن اختلط بالطعام فلا حكم له وإن غلب) وقالوا : إن غلب تعلق به التحريم ، والخلاف في غير المطبوخ . أما المطبوخ لا تثبت به الحرمة بالإجماع . لهما أن حكم المغلوب لا يظهر في مقابلة الغالب فصار الحكم للبن . وله أن الطعام يسلب قوة اللبن ، ولا يكتفى الصبي بشربه ، والغذاء يحصل بالطعام إذ هو الأصل فكان اللبن تبعاً ، بخلاف الدواء لأنه يقوى اللبن ويزيد في قوته .

وَتَتَعَلَّقُ الْحُرْمَةُ بِلَبَنِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَكَذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الْبَكْرِ ،
وَلَا تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الرَّجُلِ وَلَا بِالِاحْتِقَانِ . وَتَتَعَلَّقُ بِالِاسْتِعَاطِ وَالِإِيْجَارِ ، وَإِذَا
أَرْضَعَتْ امْرَأَتُهُ الْكَبِيرَةَ امْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ حَرَّمْنَا عَلَى الزَّوْجِ ، وَلَا مَهْرًا لِلْكَبِيرَةِ
إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ
إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ الْفَسَادَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي التَّعَمُّدِ مَعَ يَمِينِهَا .

(وتعلق الحرمة بلبن المرأة بعد موتها) لأنه سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم ، ومعنى
الغذاء لا يزول بالموت وصار كما إذا حلب منها حال حياتها (وكذلك تعلق بلبن البكر)
لما بينا (ولا تعلق بلبن الرجل) لو نزل له لأنه ليس بلبن حقيقة ، لأن اللبن لا يكون إلا
من يتصور منه الولادة كذا قالوا . قال (ولا بالاحتقان) لأنه لا يصل إلى المعدة فلا يحصل
به النشوء والنشوز وكذا إذا أقطر في إحليله أو أذنه أو جائفته أو آمنة لما قلنا . وعن محمد
أن الاحتقان ثبت به الحرمة قياسا على فساد الصوم . والفرق أن الفساد في الصوم التغذى
أو التداوى وأنه حاصل بالاحتقان . أما الرضاع إنما يثبت بمعنى النشوء وأنه معدوم في الاحتقان .
قال (وتعلق بالاستعاط والإيجار) لأنه يصل إلى المعدة فيحصل به النشوء . امرأة أدخلت
حلمة ثديها في فم رضيع ، ولا يدري أدخل اللبن في أم لا لا يحرم النكاح ، وكذا
صبية أرضعها بعض أهل القرية ولا يدري من هو فزوجه رجل من أهل تلك القرية .
يجوز ، لأن إباحة النكاح أصل فلا يزول بالشك ؛ ويجب على النساء أن لا يرضعن كل
صبى من غير ضرورة ، فان فعلن فليحفظنه أو يكتبنه احتياطا . قال (وإذا أرضعت امرأته
الكبيرة امرأته الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنهما صارتا أما وبنتا ؛ الرضاع الطارى على
النكاح كالمقارن في التحريم كحرمة المصاهرة لأنه لابقاء للشيء مع المنافى (ولا مهر للكبيرة
إن كان قبل الدخول) لأن الفرقة جاءت من قبلها (وللصغيرة نصف المهر) لأن الفرقة
ليست من قبلها ، ولا اعتبار باختيارها الإرضاع لأنها مجبولة عليه طبعاً (ويرجع به على
الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) لأنها مسببة للفرقة ، لأن إلقاء الثدي فيها سبب
لوصول اللبن إلى جوفها ، والتسبب يشترط فيه التعدى كحافر البئر ، وإن لم تعمد
الفساد فلا شيء عليها وإن علمت أنها زوجته لما بينا أنها مسببة ، والتعدى يثبت إذا
علمت أنها زوجته وقصدت وقوع الفرقة بينهما ، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شيء عليها ،
وكذلك إن علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والهلاك عنها لأنها مأمورة
بذلك ، وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لا تكون متعدية (والقول قولها في التعمد
مع يمينها) لأنها تنكر الضمان ، ولو أرضعت زوجة الأب امرأة ابنه تحرم عليه لأنها صارت

كتاب الطلاق

وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنُ ، وَحَسَنٌ ، وَبِدْعِيٌّ : فَأَحْسَنُهُ أَنْ يُطَلَّقَهَا
وَاحِدَةً فِي طَهْرٍ لِاجْتِمَاعِ فِيهِ ، وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا .

أخته من الأب . تزوج صغيرتين فأرضعتها معا أو متعاقبا حرمتا عليه ، وعليه لكل واحدة نصف المهر لأنها مجبورة على الإرضاع بحكم الطبع ، ويرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد على الوجه الذى بينا ؛ وإن كنّ ثلاثا فأرضعتن على التعاقب حرمت الأولى ، والثانية دون الثالثة لأنها لماصارت أختا لهما لم يبق الجمع فى النكاح ؛ وإن أرضعتن معا ، بأن ألفت ثديها فى فم اثنتين وكانت حلبت قبل ذلك فأوجرت الثالثة واتفق وصول اللبن لإيهن معا حرمن جميعا ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الجنس ، والله أعلم

كتاب الطلاق

وهو فى اللغة : إزالة القيد والتخلية ، تقول : أطلقت إيلي وأطلقت أسيرى . وفى الشرع : إزالة النكاح الذى هو قيد معنى ، وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فلقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وقوله - الطلاق مرتان - والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائر إلا طلاق المعتوه والصبي » وقال عليه الصلاة والسلام « أبغض المباحات إلى الله الطلاق » وعلى وقوعه انعقد الإجماع ، ولأن استباحة البضع ملك الزوج على الخصوص ؛ والمالك الصحيح القول يملك إزالة ملكه كما فى سائر الأملاك ، ولأن مصالح النكاح قد تنقلب مفسدة ، والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا ، فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفسدة من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فشرع الطلاق دفعا لهذه المفسدة ، ومضى وقع لغير حاجة فهو مباح مبغوض لأنه قاطع للمصالح ، وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ماتقدم ، وفى الحديث « ما خلق الله تعالى مباحا أحب إليه من العتاق ، ولا خلق مباحا أبغض إليه من الطلاق » . (وهو على ثلاثة أوجه : أحسن ، وحسن ، وبدعى . فأحسنه أن يطلقها واحدة فى طهر لاجتماع فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما روى عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضى عدتها . وفى رواية : وكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، ولأنه إذا جامعها لا يؤمن الحبل وهو لا يعلم به ، فإذا ظهر ندم فكان ما ذكرناه أبعد من الندم فكان أولى ، وفى التى لا تحيض لصغير أو كبير يطلقها أى وقت شاء لعدم

وَحَسَنُهُ: أَنْ يُطَلَّقَهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَلَا جَمَاعَ فِيهَا وَالشَّهْرُ الْإِلَاسَةُ
وَالصَّغِيرَةُ وَالْحَامِلُ كَالْحَيْضَةِ ، وَيَجُوزُ طَلَاقُهُنَّ عَقِيبَ الْجَمَاعِ . وَالْبِدْعَةُ أَنْ
يُطَلَّقَهَا ثَلَاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي طَهْرٍ لَارْجَعَةَ فِيهِ ، أَوْ
يُطَلَّقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ فَيَقَعُ وَيَكُونُ عَاصِيًا ،

ما ذكرنا ، ولأنه أبيع للحاجة على ما تقدم ، والحاجة تندفع بالواحدة (وحسنه) طلاق
السنة ، وهو (أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار لاجماع فيها) لما روى « أن عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فقال عليه الصلاة والسلام : ما هكذا أمر ربك
يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة » وفي رواية
قال لعمر « أخطأ ابنك سنة مره فليراجعها ، فإن طهرت فإن شاء طلقها طاهرا من غير
جماع أو حاملا قد استبان حملها ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » (والشهر
للآيسة والصغيرة والحامل كالحیضة) لقيامه مقامها في العدة بنص الكتاب (ويجوز
طلاقهن عقيب الجماع) لما تقدم . وأما الحامل فانه زمان الرغبة في الوطء لكونه غير
معلق ، ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر . وقال محمد : لاتطلق للسنة
إلا واحدة ، لأن الشهر إنما قام مقام الحيضة في الصغيرة والآيسة ، والحامل ليست
في معناها لأنها من ذوات الحيض فصارت كالمتد طهرها . ولهما أن الشهر دليل الحاجة
لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الطباع السليمة فصارت في معنى الآيسة ، والإباحة بقدر
الحاجة فصلح الشهر دليلا ، بخلاف المتد طهرها ، لأن دليل تجدد الرغبة الطهر وهو
مرجوع في حقها دون الحامل فافترقا . وطلاق السنة في العدد والوقت على ما بينا ؛
والسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها والصغيرة والآيسة ، والحامل
والحائل لما بينا أنها شرعت للحاجة والكل فيه سواء ؛ والسنة في الوقت تختص بالمدخول
بها لأن طهرا لاجماع فيه لا يتصور في غير المدخول بها ، ولأن المحذور هو تطويل العدة
لوقوع في الحيض فإنها لا تحتسب من العدة ، ولا عدة على غير المدخول بها (والبدعة أن
يطلقها ثلاثا أو ثنتين بكلمة واحدة ، أو في طهر لارجعة فيه ، أو يطلقها وهي حائض
فيقع ويكون عاصيا) أما الثلاث والثنتين فلما بينا أنه خلاف السنة والمشروعية للحاجة
وهي تندفع بالواحدة . وأما حالة الحيض فلقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر
« قد أخطأ السنة » وأما الوقوع فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها »
وكان طلقها حالة الحيض ، ولولا الوقوع لما راجعها . وكذلك روى أن ابن عمر قال
للنبي عليه الصلاة والسلام « رأيت لو طلقها ثلاثا أكانت تحل لي ؟ قال لا ويكون
معصية » وروى أن بعض أبناء عبادة بن الصامت طلق امرأته ألفا ، فذكر عبادة ذلك للنبي
عليه الصلاة والسلام ، فقال « بانت بثلاث في معصية ، وتسعمائة وسبع وتسعون فيما لا يملك »

وطلاقٌ غير المدخولِ بها حالة الحيضِ ليسَ ببدعيٍّ ، وإذا طلقَ امرأتهُ
حالة الحيضِ فعليه أنْ يراجعَها ، فإذا طهرتْ فإن شاء طلقها وإن شاء
أمسكها ، وإذا قالَ لامرأتهِ المدخولِ بها : أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسنةِ وقعَ
عندَ كلِّ طهرٍ تطليقةٌ ، وإن نوى وقوعهنَّ الساعةِ وقعنَ (ز) ؛ وطلاقُ
الحرّةِ ثلاثٌ ، والأمةِ ثنتانِ ، ولا اعتبارَ بالرجلِ في عددِ الطلاقِ ؛

ولقوله عليه الصلاة والسلام « كلُّ طلاقٍ واقعٌ » الحديث . وأما كونه عاصياً فلمخالفة
السنة وإجماع الصحابة ، وقوله : في طهر لارجعة فيه إشارة إلى مذهب أبي حنيفة ، وهو
أنه لو طلقها في طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها لا يكره فيه ، وهو قول زفر ،
وعندهما يكره ؛ وعلى هذا لو طلقها في الحيض ثم راجعها فطهرت فطلقها ؛ وكذا لو مسها
بشهوة ثم قال لها : أنت طالق ثلاثاً للسنة وقعن للحال عنده ، لأن الأولى وقعت فصار
مراجعا بالمس بشهوة فوقعت أخرى ، ثم صار مراجعا فوقعت الثالثة ؛ والشهر الواحد
في حق الأيسة والصغيرة على الخلاف . فالخاص أن الرجعة فاصلة بين الطلاقين عنده ،
والنكاح فاصل بالإجماع . لهما أن بالطلاق في الطهر خرج من أن يكون وقتاً لطلاق السنة ،
ولهذا لو أوقعه قبل الرجعة يكره . وله أن بالمراجعة ارتفع حكم الطلاق الأول فصار كأن
لم يكن ، فإذا ارتفع لا يصير جامعا والكراهة باعتباره ، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى
بسبب من جهته فصار كما لو أبانها في الطهر ثم تزوجها . قال (وطلاق غير المدخول بها
حالة الحيض ليس ببدعيٍّ) لما مرّ . قال (وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يراجعها)
لورود الأمر به في حديث ابن عمر رضی الله عنه على ما تقدم ، ولما فيه من رفع الفعل
الحرام برفع أثره (فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) لحديث ابن عمر رضی الله
عنها . قال (وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً للسنة وقع عند كلِّ طهر
تطليقة) لأن معناه لوقت السنة ، ووقتها طهر لإجماع فيه لما مرّ (وإن نوى وقوعهنَّ الساعة
وقعن) خلافاً لزفر لأن الجمع بدعة فلا يكون سنة . ولنا أنه سئى وقوعاً لإيقاعاً ، لأننا
إنما عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل كلامه فينتظمه عند النية دون الإطلاق .
قال (وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق) لقوله
تعالى - فطلقوهنَّ لعدتهنَّ - أي لأطهار عدتهنَّ فتكون الطلاقات على عدد الأطهار ؛
وأطهار الحرّة في العدة ثلاثة والأمة ثنتان ، فيكون التطليق كذلك ، ولأن الحرّ لو ملك
على الأمة ثلاثاً لملك تفريقهنَّ على أوقات السنة ولا يملك بالإجماع ، وقال عليه الصلاة
والسلام « طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان » وأما قوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق
بالرجال والعدة بالنساء » فعناه وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجال ، كما أن العدة

وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ بَالِغٍ مُسْتَبْقِظٍ . وَطَلَاقُ الْمُكْرَهَةِ (ف) وَاقِعٌ ؛
وَطَلَاقُ السَّكَرَانِ وَاقِعٌ ؛ وَيَقَعُ طَلَاقُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ ، وَكَذَلِكَ اللَّاعِبُ
بِالطَّلَاقِ وَالْمَازِلُ بِهِ ؛

بالنساء ؛ وأما قوله عليه الصلاة والسلام « لا يطلق العبد أكثر من اثنتين » يعنى زوجته .
الأمة توفيقا بين الأحاديث والدلائل ، أو لأن الغالب أن العبد إنما يتزوج الأمة ، فخرج
مخرج الغالب ، ولأن النكاح نعمة في حقها والرق مؤثر في تنصيف النعم ، فوجب أن يعتبر
برقها ، وقضيتها طلقة ونصف ، لكن لما لم تنصف الطلقة كملتا . قال (ويقع طلاق كل
زوج عاقل بالغ مستيقظ) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي
والعتوه » وفي رواية « إلا طلاق الصبي والمجنون » ولا يقع طلاق الصبي والمجنون لما رويناهما ،
ولأنهما عديما العقل والتمييز والأهلية بهما ؛ ولو طلق الصبي أو النائم ثم بلغ أو استيقظ
وقال أجزت ذلك الطلاق لا يقع ، ولو قال : أوقعته وقع (وطلاق المكره واقع) لما روى .
« أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة وقالت : لتطلقني ثلاثا أو
لاقتلنك فناشدها الله أن لاتفعل فأبى فطلقها ثلاثا ثم ذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام
فقال « لا قيلولة في الطلاق » ولأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالمازل ، ولأنه
معنى تقع به الفرقة فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع ، ثم عندنا كل ما صح فيه
شرط الخيار ، فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ وما لا يصح فيه الشرط لا يؤثر
فيه كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها . قال (وطلاق السكران واقع) وقال الطحاوى :
لا يقع ، وهو اختيار الكرخي اعتبارا بزوال عقله بالبنج والدواء . ولنا أنه مكلف بدليل
أنه مخاطب بأداء الفرائض ، ويلزمه حد القذف والقود بالقتل ، وطلاق المكلف واقع
كغير السكران ، بخلاف المبتجج لأنه ليس له حكم التكليف ، ولأن السكران بالخمر والتنبيذ
زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقيا زجرا حتى لو شرب فصدع رأسه وزال عقله
بالصداع نقول لا يقع ، والغالب فيمن شرب البنج والدواء التداوى لا المعصية ، ولذلك
انتفى التكليف عنهم (ويقع طلاق الأخرس بالإشارة) والمراد إذا كانت إشارته معلومة
وقد عرف في موضعه . قال (وكذلك اللاعب بالطلاق والمازل به) لقوله عليه الصلاة
والسلام « ثلاث جد هن جد وهزلن جد » : الطلاق والنكاح والعتاق « وقال عليه الصلاة
والسلام « من طلق لاعبا جاز ذلك عليه » وعن أبي الدرداء أنه قال : من لعب بطلاق
أو عتاق لزمه ، قال : وفيه نزل - ولا تتخذوا آيات الله هزوا - وكذلك إذا أراد غير
الطلاق فسبق لسانه بالطلاق وقع ، لأنه عدم القصد وهو غير معتبر فيه . وروى هشام
عن محمد عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقني الماء فقال أنت طالق وقع ؛
ويعم هذه الفصول كلها قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع » الحديث

وَمَنْ مَلَكَ امْرَأَتَهُ أَوْ شَقِصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتَهُ أَوْ شَقِصًا مِنْهُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا .

وَصَرِيحُ الطَّلَاقِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلِّقَةٌ وَطَلَّقْتِكِ . وَالثَّانِي أَنْتِ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا ، فَالْأَوَّلُ تَقَعُ بِهِ طَلِّقَةٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَا تَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِينَ وَالثَّلَاثِ . وَالثَّانِي تَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ دُونَ الثَّلَاثِينَ (ز) ، وَلَوْ نَوَى بِقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، وَبِقَوْلِهِ طَلَاقًا أُخْرَى وَقَعْنَا ،

قال (ومن ملك امرأته أو شقصا منها ، أو ملكته أو شقصا منه وقعت الفرقة بينهما) لأن المالكية تمنع ابتداء النكاح لما سبق في النكاح فتمنعه بقاء كالحرمية والمصاهرة والرضاع .

فصل

(وصريح الطلاق لا يحتاج إلى نية) لأنه موضوع له شرعا فكان حقيقة ، والحقيقة لا تحتاج إلى نية ، ويعقب الرجعة لقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - ولو نوى الإبانة فهو رجعي لأنه نوى ضداً ما وضع له شرعا (وهو نوعان : أحدهما أنت طالق ومطلقة وطلقتك . والثاني أنت الطلاق ، وأنت طالق الطلاق ، وأنت طالق طلاقاً . فالأول تقع به طلقة واحدة رجعية ولا تصح فيه نية الثنتين والثلاث) لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوائق ، ونعت الفرد لا يحتمل العدد لأنه ضده ؛ ولئن قال قائل : ذكر الطالق ذكر للطلاق حتى صح ذكر العدد تفسيراً له وأنه دليل المصدرية والمصدر يحتمل الثلاث . قلنا هو ذكر لطلاق تنصف به المرأة ، والعدد المذكور بعده نعت لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً كقولهم ضربته وجيماً وأعطيته جزيلاً . (و النوع (الثاني تقع به واحدة رجعية ، وتصح فيه نية الثلاث دون الثنتين) لأنه ذكر المصدر وهو يحتمل العموم لأنه اسم جنس ويحتمل الأدنى ، فعند الإطلاق يحمل على الواحدة لأنه متيقن ، وإن نوى الثلاث وقعن لأنه محتمل كلامه ، وإنما لا تصح نية الثنتين لأنها جنس الطلاق لا من حيث العددية حتى لو كانت الزوجة أمة صح نية الثنتين من حيث الجنسية . وقال زفر : تصح نية الثنتين لأنها بعض الثلاث وجوابه ما قلنا (ولو نوى بقوله : أنت طالق واحدة ، وبقوله طلاقاً أخرى وقعتنا) لأن كل واحد من اللفظين يحتمل الإيقاع فصار كقوله أنت طالق أنت طلاقاً فانه يقع ثنتان كذا ههنا ، وهكذا الحكم في قوله أنت طالق الطلاق ، ولو قال أنت طالق وقال عنيت به عن وثاق لا يصدق قضاء ، ولو قال عن .

وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى بُحْمَلَتِهَا أَوْ مَا يُعْتَبَرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ كَالرَّقَبَةِ وَالْوَجْهِ
وَالرُّوحِ وَالْجَسَدِ ، أَوْ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهَا وَقَعَ ، وَنِصْفُ الطَّلَاقَةِ تَطْلِيقَةٌ ،
وَكَذَلِكَ الثَّلَاثُ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَتَيْنِ ثَلَاثٌ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَةٌ
ثِنْتَانِ ،

العمل يدين أيضا ، ولو قال أنت طالق من وثاق أو من لهذا القيد لم يقع شيء في القضاء ؛
ولو قال أنت طالق من هذا العمل وقع قضاء لاديانة ، ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا
العمل طلقت ثلاثا ، ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق . قال (وإذا أضاف الطلاق إلى
جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد ، أو إلى جزء شائع منها
وقع) لأنها محلّ الطلاق ، فإذا قال أنت طالق فقد أضاف الطلاق إلى محله فيصح ، وهذه
الأشياء يعبر بها عن جملة البدن قال تعالى - فتحرير رقبة - والمراد الجملة ، ويقال يا وجه
العرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » ويقال : أنا بخير
ماسلم رأسك وما بقيت روحك ويراد الجميع . والجسد عبارة عن الجميع وكذلك العنق .
قال تعالى - فظلت أعناقهم - وكذلك اللهم يقال دمه هدر ، وهذا على ما ذكر في الكفالة أنه
لو تكفل بدمه يصح ، وأشار في كتاب العتق أنه لا يقع لأنه قال : لو قال لعبدك دمك حرّ
لا يعتق ، وفي الظهر والبطن روايتان ، وإنما يقع بالإضافة إلى هذه الأعضاء باعتبار أنه
يعبر بها عن جميع البدن لا بالإضافة إليها حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه ، أو وضع
يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لا يقع . وأما الجزء الشائع كالثلاث والرابع
فلأنه قابل لسائر التصرفات بيعا وإجارة وغيرهما ، ولهذا يصح إضافة النكاح إليه فكذا
الطلاق ، لكن لا يتجزى في حكم الطلاق فيثبت في الكل ، ولو أضافه إلى اليد والرجل
ونحوهما مما لا يعبر به عن البدن لا يقع كالأصبع والشعر لأنه أضافه إلى غير محله فصار
كأضافته إلى الريق والظفر ، وهذا لأن الطلاق رفع القيد ولا قيد في هذه الأعضاء لأنه
لا يصح إضافة النكاح إليها ، بخلاف الجزء الشائع على ما بينا ، ولو تعارف قوم أن اليد
يعبر بها عن البدن عرفا ظاهرا يقع الطلاق . قال (ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلث)
فلو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت تطليقة ، لأن ذكر بعض
مالاتجزى كذكر كله ، وكذلك كل جزء شائع من التطليقة لما قلنا (وثلاثة أنصاف
تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا (وثلاثة أنصاف
تطليقة ثنتان) لأن ثلاثة أنصاف تطليقة ونصف وإنه لا يتجزى فيكمل النصف فيصير
تطليقتين ، وقيل ثلاث لأنه يكمل كل نصف فيكون ثلاثا ، ولو قال نصي تطليقة فهي
واحدة كنصبي درهم يكون درهما ، ولو قال نصي تطليقتين فثنتان كنصبي درهمين ،
ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ؛ ولو قال

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثِ يَمَعُ اثْنَتَانِ (سَم) وَإِلَى ثِنْتَيْنِ تَمَعُ وَاحِدَةٍ (سَم) ، وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةٍ فِي ثِنْتَيْنِ وَقَعْتَ وَاحِدَةً ، وَثِنْتَيْنِ فِي ثِنْتَيْنِ اثْنَتَانِ وَإِنْ نَوَى الْحِسَابَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ طَلَّقْتِ فِي الْحَالِ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا تَمَعُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ ، وَلَوْ نَوَى آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيَانَةٌ ؛

نصف تطليقة وثلاثها وسدسها تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة ، وفي الأولى أضاف كل جزء إلى تطليقة منكرا ، فافتضى كل جزء تطليقة على حدة ، فإن جاوز المجموع الأجزاء كقوله نصف تطليقة وثلاثها وربعها قيل واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، لأن الزيادة على الواحدة من تطليقة أخرى ، فكأنه أوقع واحدة وبعض أخرى فتتكامل ؛ ولو قال لنسائه وهن أربع : بينكن تطليقة تقع على كل واحدة تطليقة ، لأن الواحدة إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة ربعها فتكمل ؛ وكذلك ثنتان أو ثلاث أو أربع ، لأن الثنتين إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة نصف ، ومن الثلاث ثلاثة أرباع فتكمل ، ومن الأربع كل واحدة واحدة ، ولا يقسم كل واحدة وحدها لأن القسمة في الجنس الذي لا يتفاوت يقع على جملة ؛ وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتا ، فإن نوى قسمة كل واحدة بانفرادها وقع كذلك لأنه شدد على نفسه ؛ ولو قال خمس طلقت كل واحدة ثنتين وكذلك إلى ثمانية ؛ ولو قال تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا لما مر ؛ ولو قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها ، أو قال أشركت فلانة معها في الطلاق طلقنا ثلاثا ثلاثا ؛ ولو قال لأربع نسوة أنتن طوالق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان ، وإلى ثنتين تقع واحدة) وقالوا : يقع في الأولى ثلاث ، وفي الثانية ثنتان وقد مرّت في الإقرار (ولو قال واحدة في ثنتين وقعت واحدة ، وثلثين في ثنتين اثنتان ، وإن نوى الحساب) وقد مرّ في الإقرار أيضا . قال (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية) لأنه لم يزددها وصفا بقوله إلى الشام لأنها متى طلقت يقع في جميع الأماكن (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال في جميع البلاد) لما بينا ، وإن غنى به إذا أتيت مكة لم يصدق قضاء لأن الإضمار خلاف الظاهر ، ولو قال : في دخولك مكة تعلق الطلاق بالدخول لأنه تعذر الظرفية والشرط قريب من الظرف فيحمل عليه . قال (ولو قال أنت طالق غدا تقع بطولوع الفجر) لأنه وصفها بالطالقية في جميع الغد فلزم أن تكون طالقا في جميعه ولا ذلك إلا بوقوعه في أول جزء منه (ولو نوى آخر النهار صدق ديانة) لا قضاء لأنه مخالف للظاهر ، إلا أنه يمتلئه لأنه تخصيص فيصدق ديانة ،

وَلَوْ قَالَ : فِي غَدٍ صَحَّتْ قَضَاءٌ (سَم) أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَدًا ،
 أَوْ غَدًا الْيَوْمَ يُوْخَذُ بِأَوْهَيْمَا ذِكْرًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكَ
 فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ ، أَوْ مَتَى مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ
 أَوْ مَتَى لَمْ أُطَلِّقْكِ وَسَكَتَ طَلَّقَتْ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ ، أَوْ إِذَا
 لَمْ (سَم) أُطَلِّقْكِ ، أَوْ إِذَا مَا لَمْ (سَم) أُطَلِّقْكِ لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى تَمُوتَ ؛ وَلَوْ قَالَ
 أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ هَذِهِ الْوَاحِدَةَ ؛

(ولو قال في غد صححت قضاء أيضا) لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لا يوجب استيعاب
 الظروف ، وإنما يتعين الجزء الأول عند عدم النية لعدم المراجعة ، وقالوا : هو والأول
 سواء ، لأن المراد منهما الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق . وجوابه أن قوله
 غدا للاستيعاب ، ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفي الشهر ، ودهرا وفي الدهر ؛ وإذا كان
 للاستيعاب فإذا نوى البعض فقد نوى التخصيص كما بينا ، وعلى هذا الخلاف أنت طالق
 في رمضان ونوى آخره (ولو قال أنت طالق اليوم غدا ، أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرا)
 لأن قوله اليوم تنجيز فلا يتأخر ، وقوله غدا إضافة ، والتنجيز لإبطال للإضافة فيلغو .
 قال (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فليس بشيء) وكذا أمس وقد تزوجها اليوم
 لأنه أسند إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله قبل أن أخلق ، ولو كان تزوجها
 أول من أمس وقع الساعة في الفصل الثاني لأنه أوقع الطلاق في ملكه فيقع (ولو قال أنت
 طالق ما لم أطلقك ، أو متى ما لم أطلقك ، أو متى لم أطلقك وسكت طلقت) لوجود شرط
 الوقوع بالسكوت ، وهو زمان خال عن التطليق ، لأن هذه الألفاظ للوقت ؛ أما متى
 ومتى ما فحقيقة فيه ، وأما ما فانه يستعمل فيه ، قال تعالى - ما دمت حيا - أي وقت الحياة
 (وإن قال إن لم أطلقك ، أو إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت) لأن
 هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التعليق فلا يتحقق العدم إلا بالموت ، أما إن
 فظاهر ، وأما إذا وإذا ما فكذلك عنده ، وقالوا : هما بمعنى متى ، قال تعالى - إذا السماء
 انشقت - وأمثالها والمراد الوقت ، ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا ، قال :

* وإذا تصبكت خصاصة فتحمل * جزم بها وهي دليل الشرطية ، وإذا استعملت
 في الأمرين لا يقع الطلاق بالشك لاحتمال إرادة كل واحد منهما على الانفرد ، بخلاف
 قوله طلق نفسك إذا شئت حيث لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس ويحمل على
 الوقت لأنه لما احتملها وقد ملكها فلا يخرج الأمر من يدها بالشك (ولو قال أنت طالق
 ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق هذه الواحدة) لأنه وجد شرط البر وهو عدم الوقت

وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ رَإْنِ نَوَى ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ أَوْ عَلَيْكَ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةً بَائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَبِالْثَنَتَيْنِ وَاحِدَةٌ ، وَبِالْثَنَتَيْنِ ثِنْتَانِ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْمَنْشُورَةُ ، وَإِنْ أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَالْمُعْتَبَرُ الْمَضْمُومَةُ .

الخالى عن التطلق (ولو قال أنا منك طالق لم يقع شيء وإن نوى ، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) والفرق أن الطلاق لإزالة القيد ، والقيد قائم بالمرأة دون الرجل ، أو لإزالة الملك وهي المملوكة وهو المالك ؛ أما الإبانة فلقطع الوصلة والتحرير لرفع الحلق والوصلة ، والحلق مشترك بينهما فصحح إضافتهما إليهما دون الطلاق (ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث فثلاث ، وبالواحدة واحدة ، وبالثنتين ثنتان ، والمعتبر المنشورة) لأنها للإعلام بالعدد ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وخمس إبهامه » وأراد في النوبة الثالثة التسعة وعليه العرف ، ولو أراد المضمومتين أو الكف لم يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر (وإن أشار بظهورها فالمعتبر المضمومة) لأنه يريد إعلام العدد بقدر المضمومة رجوعا إلى العادة بين الناس ؛ ولو قال أنت طالق ولم يقل هكذا وقعت واحدة ، لأنه لما لم يذكر العدد بقي مجرد قوله أنت طالق فتقع واحدة ؛ ولو قال أنت طالق واحدة أو قال ثنتين أو قال ثلاثا فانت بعد قوله أنت طالق قبل ذكر العدد لم يقع شيء ، لأنه متى ذكر العدد فالواقع هو العدد ، فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات الحلق قبل الإيقاع فبطل ؛ وفي الفتاوى : إذا قال أنت طالق كذا كذا طلقت ثلاثا ، لأنه إذا أقر بكذا كذا لزمه أحد عشر على ما عرف ، فكأنه قال أنت طالق أحد عشر ؛ ولو قال كذلك طلقت ثلاثا كذلك هنا

فصل في وصف الطلاق

أصله أنه متى وصف الطلاق بوصف لا يوصف به ولا يحتمله وقع الطلاق وبطل الوصف كقوله أنت طالق طلاقا لم يقع ، فانه يقع واحدة لأن الطلاق لم يوصف بذلك ، ومتى وقع الطلاق لا يرتفع ؛ وكذا إذا قال أنت طالق وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع ويبطل الشرط ، ومتى وصفه بوصف يوصف به ، فلا يخلو إما إن كان ينبي عن زيادة شدة وغلظة أولا ، فان كان لا ينبي عن ذلك فهو رجعي ، وإن كان ينبي فهو بائن ؛ مثال الأول : أنت طالق أفضل الطلاق أو أكمله أو أحسنه أو أعدله أو أسنه أو خيره فانه تقع واحدة رجعية ، لأنه لا يوصف لها ينبي عن الشدة ، واللينونة وصف شدة فلا يقع

وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ أَوْ أَحْبَبْتَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَعْظَمَهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَشْرَهُ أَوْ أَسْوَأَهُ أَوْ طَلَقَ الشَّيْطَانَ أَوْ الْبِدْعَةَ أَوْ كَابَجَلِبَلَ أَوْ مِلءَ الْبَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيضَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ .

(و) مثال الثاني (لو قال : أنت طالق بائن أو أفحش الطلاق أو أحبته أو أشده أو أعظمه أو أكبره أو أشره أو أسوأه أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كابلبل أو ملء البيت ، أو تطلقه شديدة أو طويلة أو عريضة فهي واحدة بائنة) لأن هذه الأوصاف تنبئ عن الشدة ، والبائن : هو الشديد الذي لا يقدر على رجعتها ، بخلاف الرجعي لأنه ليس بشديد عليه حتى يملك رجعتها بدون أمرها . قال (وإن نوى الثلاث فثلاث) لأن الشدة والبدعة وطلاق الشيطان يتنوع إلى نوعين : شدة ضعيفة وقوية ، فالضعيفة الواحدة البائنة ، فعند عدم النية يتصرف إليها للتيقن ؛ وإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعيه فيصدق ، وكذا لو قال أنت طالق كآلف لأنه يشبه بها في القوة . قال * وواحد كالألف إن أمر عني * ويشبه بها في العدد فأيهما نوى صح ، وعند عدمها يثبت الأقل لما مر . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فالظاهر هو التشبيه في العدد . ثم عند أبي حنيفة ومحمد متى شبه الطلاق فهو بائن ، لأن التشبيه يقتضي زيادة الوصف وذلك بالبينونة ، لأن عند عدم التشبيه يكون رجعيًا ، وعند أبي يوسف ، وقيل هو قول محمد إن ذكر العظم كان بائنا وإلا فلا ، وسواء كان المشبه به عظيمًا في نفسه أولا لأنه يحتمل التشبيه في نفس التوحيد ، فإذا ذكر العظم علمنا أنه أراد الزيادة . وعند زفر إن شبه بما هو عظيم في نفسه كان بائنا وإلا فهو رجعي ، والخلاف يظهر في قوله : أنت طالق مثل رأس الإبرة ، مثل عظم رأس الإبرة ، مثل الجبل ، مثل عظم الجبل ، فعند أبي حنيفة هو بائن في الجميع ، وعند أبي يوسف هو بائن في الثانية والرابعة ، رجعي في الباقي ؛ وعند زفر هو بائن في الثالثة والرابعة ، رجعي في الباقي ؛ ولو قال أنت طالق مثل عدد كذا لشيء لاعد له كالشمس والقمر فواحدة بائنة عند أبي حنيفة ، رجعية عند أبي يوسف ؛ ولو قال كالنجوم فواحدة عند محمد ، لأن معناه كالنجوم ضياء إلا أن ينوى العدد فثلاث ؛ ولو قال أنت طالق لاقليل ولا كثير- يقع ثلاثا ؛ ولو قال لا كثير ولا قليل تقع واحدة فيثبت ضد ما نفاه أولا ، لأن بالنفي ثبت ضده فلا يرتفع ؛ ولو طلق امرأته واحدة رجعية ثم قال جعلتها بائنة أو ثلاثا يكون كذلك عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يصير بائنا لثلاثا لأن الواحدة لا تحتمل العدد وتحتمل التبديل إلى صفة أخرى . وقال محمد : لا يكون بائنا ولا ثلاثا لأنه إذا وقع بصفة لا يملك تغييره لأن تغيير الواقع لا يصح . ولأبي حنيفة أن الإبانة مملوكة له فيملك إثباتها بعد الإيقاع ويملك إيقاع العدد فيملك إلحاق الثنتين بالواحدة وضمهما إليها .

وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ثَلَاثًا وَقَعْنَ ؛ وَكَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
وَطَالِقٌ ، أَوْ طَالِقٌ طَالِقٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ ،
أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعْتَ وَاحِدَةٌ ؛ وَكَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ قَبْلَهَا
وَاحِدَةٌ ، أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ فَثِنْتَانِ ، وَكَوْ قَالَ : مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ
فَثِنْتَانِ أَيْضًا ؛ وَكَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ
فَدَخَلْتَ وَقَعْتَ وَاحِدَةٌ (سَم) ؛ وَكَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ إِنْ
دَخَلْتَ الدَّارَ فَدَخَلْتَ وَقَعْتَ ثِنْتَانِ :

فصل

(ومن طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا وقعن) لأن قوله أنت طالق ثلاثا إيقاع لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة ، وليس قوله أنت طالق إيقاعا على حدة (ولو قال أنت طالق وطاق ، أو طالق طالق ، أو واحدة وواحدة ، أو واحدة قبل واحدة ، أو بعدها واحدة وقعت واحدة) لأنه ما لم يعلق الكلام بشرط أو يذكر في آخره ما يغير صدره كان كل لفظ إيقاعا على حدة ، فيقع الأول وتبين لآلى عدة فتصادفها الثانية وهي بائن فلا تقع . وأما القبلية والبعدية فالأصل فيها أنه متى ذكر حرف الظرف مقرونا بهاء الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرا ، وإن لم يقرنه بهاء الكناية فهو صفة للمذكور أولا ، مثاله جاءنى زيد قبله عمرو ، وجاءنى زيد قبل عمرو ، فالقبلية فى الأول صفة لعمرو ، وفى الثانى صفة لزيد ، فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة ، فالقبلية صفة للأولى ، والإيقاع فى الماضى إيقاع للحال ، لأن الإخبارات إنشاءات شرعا فوقعت الواحدة فبانن بها فلا يقع ما بعدها ، وقوله بعدها واحدة فالبعدية صفة للأخيرة وقد حصلت الإبانة قبلها فلا يقع (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة ، أو بعد واحدة فثنتان) لأن القبلية صفة للأخرى فاقتضى إيقاعها فى الماضى وإيقاع الأولى فى الحال ، وقد بينا أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقرنان . وفى المسألة الثانية البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة فى الحال وإيقاع أخرى قبلها فيقرنان (ولو قال مع واحدة أو معها واحدة فثنتان أيضا) لأن كلمة مع للمقارنة (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت واحدة) وقال ثنتان (ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقعت ثنتان) بالإجماع . لهما أن حرف الواو للجمع المطلق ، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، ولا فرق بينهما إذا أفر الجزاء

وَكِنَايَاتُ الطَّلَاقِ لَا يَتَقَعُ بِهَا إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَيَقَعُ بَائِنًا إِلَّا
اعْتَدَى وَاسْتَبْرَأَ رَحِمَكِ وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ فَيَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ .

أو قدمه لأنه تعليق بحرف الجمع . وله أن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام فيتوقف عليه جميع
الكلام فتقع جملة ، أما إذا تقدم لا مغير له فلا يتوقف ، والجميع يحتمل الترتيب ويحتمل القران ،
فعلى تقدير احتمال الترتيب لا تقع إلا واحدة كما إذا صرح به فلا يقع الزائد عليه بالشك ؛
ولو عطف بحرف الفاء . قال الكرخي : هو على الخلاف ، وقال أبو الليث : تقع واحدة
بالإجماع لأن الفاء للتعقيب ، قالوا : وهو الأصح ، ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق
طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى ولم تتعلق بالثانية ، وفي المدخول بها تقع واحدة للحال
وتتعلق الثانية بالدخول .

فصل

(وكنايات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها
غير موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدل عليه الحال فتترجح إرادته .
قال (ويقع بائنا) لأنه يملك إيقاع البائن وأنه أحد نوعي البينونة فيملكه كالثلاث وقد
أوقعه بقوله أنت بائن أو أنت طالق بائن أو أبنتك بطلقة ونحو ذلك ، فان هذه الألفاظ تدل
على البينونة بصريحها ومعناها ، فان قوله بائن صريح ، وبنة وبنتة يثبتان عن القطع وذلك
في البائن دون الرجعي ، وكذا سائر الألفاظ إذا تأملت معناها . قال (إلا اعتدى واستبرأ)
رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية) لأن قوله اعتدى يحتمل اعتدى نعم الله تعالى ،
ويحتمل اعتدى عدة الطلاق فاذا نواها بصير كأنه قال طلقتك فاعتدى ، وذلك يوجب
الرجعة . وأما قوله استبرأ رحمك فلأنه يستعمل للعدة إذ هو المقصود منها ، ويحتمل
استبرأ لأطلقك ، فان نوى الأول كان في معناه فيكون رجعيًا لما مر ، وقوله أنت واحدة
يصلح نعمنا لمصدر محذوف ويصلح وصفًا لها بالتوحيد عنده ، فاذا نوى الطلاق تعين الأول
ومثله جائز كقوله أعطيتك جزيلًا : أى عطاء جزيلًا ، وإذا احتمله فاذا نواه تعين مجملًا
فيصير كأنه قال أنت طالق بطلقة واحدة ؛ ولو قال ذلك كان رجعيًا فكذا هذا ، ولهذا قال
بعض أصحابنا : إذا أعرب الواحدة بالرفع لا يقع شيء وإن نوى لأنه صفة لشخصها ،
وإن أعرب بالنصب تقع واحدة من غير نية لأنه نعت مصدر محذوف ، وإن سكن
يحتاج إلى نيته ، وعامة المشايخ قالوا : الكل سواء ، لأن العامة لا يميزون بين ذلك ،
فلا يبنى حكم يرجع إليهم عليه ، ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا واحدة ، لأن قوله
أنت طالق مضمرة فيها أو مقتضى ، ولو أظهر لا يقع إلا واحدة لما بينا ، كذا هذا .

وَأَلْفَاظُ الْبَائِنِ قَوْلُهُ : أَنْتِ بَائِنٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقِّي بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، ابْتَعَى أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَعِي ، اسْتَتَرِي ، أَنْتِ حُرَّةٌ ، اغْرُبِي ، اخْرُجِي ، ابْتَعَى الْأَزْوَاجَ ؛ وَيَصِحُّ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ ، وَلَوْ نَوَى الثَّنَتَيْنِ فَوَاحِدَةً ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسِ عِلْمِهَا ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ ، وَيَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ ،

قال (وألفاظ البائن قوله : أنت بائن ، بته ، بتلة ، حرام ، حبلك على غاربك ، خلية ، برية ، الحقى بأهلك ، وهبتك لأهلك ، سرحتك ، فارقتك ، أمرك بيدك ، تقنعي ، استتري ، أنت حرة ، اغربي ، اخرجي ، ابتغى الأزواج ؛ ويصح فيها نية الواحدة والثلاث) لأن البينونة خفيفة وغليلة فأيهما نوى صح ، وإن نوى نفس الطلاق فواحدة لأنه الأدنى (ولو نوى الثنتين فواحدة) لأنهما عدد واللفظ لا يدل على العدد ، وفيه خلاف زفر وقد تقدم ، ولا يقع إلا بالنية أو في حال مذاكرة الطلاق لأنه دليل عليه فيقع في القضاء ولا يقع ديانة إلا بالنية ، وتقع واحدة لأنه أدنى . ثم هي ثلاثة أقسام : منها ما يصلح جوابا لاغير ، وهي ثلاثة : أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي . ومنها ما يصلح جوابا وردا لاغير وهي سبعة : اخرجي ، اذهبي ، اغربي ، قومي ، تقنعي ، استتري ، تخمري . ومنها ما يصلح جوابا وردا وشريمة وهي خمسة : خلية ، برية ، بته ، بائن ، حرام . وعن أبي يوسف أنه ألحق بالقسم الأول خمسة أخرى : خلعت سييلك ، سرحتك ، لاملك لي عليك ، لاسييل لي عليك ، الحقى بأهلك . والأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، وحالة مذاكرة طلاقها ، وحالة غضب . أما حالة الرضا فلا يقع الطلاق بشيء من ذلك إلا بالنية لمبا تقدم ، والقول قول الزوج في عدم النية لأنه لا يطلع غيره عليه والحال لا يدل عليه . وفي حال مذاكرة الطلاق يقع الطلاق قضاء ولا يصدق على عدمه إلا فيما يصلح جوابا وردا لأنه لا يمتثل الرد وهو الأدنى فيصدق فيه . وفي حالة الغضب يصدق إلا فيما يصلح جوابا لاغير ، لأنه يصلح للطلاق الذي يدل عليه الغضب فيجعل طلاقا . قال (ولو قال لها اختاري ينوي الطلاق فلها أن تطلق نفسها في مجلس علمها) فإن كانت حاضرة فبسماعها ، وإن كانت غائبة فبالإخبار لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأنه ملكها فعل الاختيار ، والتليكات تقتضي جوابا في المجلس كالبيع والهبة ونحوهما (ويبطل خيارها بالقيام) لأنه دليل الإعراض (ويتبدل المجلس) حقيقة بالانتقال إلى مجلس آخر ، ومعنى يتبدل الأفعال فجلس الأكل غير مجلس القتال ، ومجلس القتال غير مجلس البيع والشراء ؛ ويبطل بتبدل المجلس . وإن كانت معذورة فان محمدا

فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة ، ولا يكون ثلاثا وإن نواها ، ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها ،

رحمه الله قال : إذا أخذ الزوج بيدها وأقامها من المجلس بطل خيارها ، ولو كانت في صلاة مكتوبة أو وتر فآتمتها لا يبطل ، وكذا في التطوع إن تمت ركعتين لأنها ممنوعة عن قطعها ، وإن تمت أربعة بطل لأن الزيادة على ركعتين في النفل كاللدخول في صلاة أخرى . وعن محمد في الأربع قبل الظهر لا تبطل وإن آتمتها أربعة ، وهو الصحيح ، ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لأنه دليل التروى ، فان القعود أجمع للرأى ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة وليس باعراض ، كما إذا تربعت بعد أن كانت محتبة . وقيل إذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها لأنه إظهار للهاون بالأمر فكان إعراضا ، والأول أصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعنه أبي يوسف روايتان ، وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ، إلا أن تختار مع سكوت الزوج ، لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ، فإذا سارت كان كمجلس آخر (فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثا وإن نواها) لأن الاختيار لا يتنوع (ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها) مثل أن يقول اختارى نفسك فتقول اخترت ، أو يقول لها اختارى فتقول اخترت نفسي لأن ذلك لحرف باجماع الصحابة ، وأنه المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ، حتى لو قال لها اختارى ، فقالت اخترت فليس بشيء ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعاً ، وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسراً ، فإذا لم يكن كذلك لا يقع به شيء ، ولأن قوله اختارى ، وقولها اخترت ليس له تخصيص بها فلا يقع الطلاق ، فإذا ذكرت النفس تخصص الاختيار لها فيقع . وقال في المحيط : ولا بد من ذكر النفس أو التولية أو الاختيار في أحد الكلامين لوقوع الطلاق ؛ أما ذكر النفس فلما ذكرنا ؛ وأما ذكر التولية فظاهر ؛ وأما الاختيار فلأن الماء تنبئ عن التفرد ، واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ويتعد أخرى ، فصار مفسراً من جانبه . والقياس أن لا يقع بالتخير طلاق ، إن نوى ، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، ولأن قولها أنا أختار نفسي يحتمل الوعد فلا يكون جواباً مع الاحتمال . وجه الاستحسان إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأن الشرع جعل هذا إيجاباً وجواباً لما روى أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - الآية ، « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضى الله عنها ، فقال : إني أخبرك بشيء فما عليك ألا تجيبيني حتى تستأمرى أبويك ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر

وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ
اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوْ الْوَسْطَى أَوْ الْأَخِيرَةَ فَهِيَ ثَلَاثٌ (سم) ، وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ
نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيْقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ اخْتَارِي نَفْسَكَ
أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيْقَةٍ ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ
خَيْرَهَا فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي لِابْلِ زَوْجِي لِابْقَعُ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لِابْقَعُ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ بِتَوْقِفٍ عَلَى الْمَجْلِسِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَنَوَى
الثَّلَاثَ صَحَّ ؛

أَبُو يَاسِرٍ يَارَسُوْلَ اللهِ ؟ لَا ، بَلْ اخْتَارَ اللهُ وَرَسُوْلَهُ ، وَأَرَادَتْ بِذَلِكَ الْاِخْتِيَارَ لِلْحَالِ ، وَأَعْدَةٌ
رَسُوْلَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَوَابًا وَإِيجَابًا ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَدِيمَ النِّكَاحَ وَلَهُ أَنْ يَفَارِقَهَا ،
فَلَهُ أَنْ يَقِيْمَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوْ الْوَسْطَى أَوْ الْأَخِيرَةَ فَهِيَ ثَلَاثٌ) وَلَا
يَحْتَاجُ إِلَى نِيَةِ الزَّوْجِ ، لِأَنَّ تَكَرُّرَ هَذَا الْكَلَامِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الطَّلَاقِ دُونَ غَيْرِهِ . أَمَّا قَوْلُهَا
اخْتِيَارَةً فَلِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ ، وَلَوْ صرَّحَتْ بِالْمَرَّةِ كَانَتْ ثَلَاثًا فَكَذَا هَذَا ، لِأَنَّهَا لِلتَّكْيِيدِ وَالتَّأَكِّيْدِ
بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ . وَأَمَّا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوْ الْوَسْطَى أَوْ الْأَخِيرَةَ فَهِيَ حَنِيفَةٌ . وَقَالَ ابْنُ تَيْمِيَّةَ
وَاحِدَةً ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْأُولَى أَوْ الْوَسْطَى أَوْ الْأَخِيرَةَ إِنْ كَانَ لَا يَفِيْدُ التَّرْتِيْبَ يَفِيْدُ الْإِفْرَادَ
لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَيْهِ فَيَعْتَبَرُ فِيهِ . وَلَهُ أَنَّهَا إِنَّمَا تَنْصَرِّفُ فِيْمَا مَلَكَتَهُ ، إِذِ الْمَجْتَمِعُ فِي الْمَلِكِ كَالْمَجْتَمِعِ
فِي الْمَكَانِ ، وَذَلِكَ لَا يَحْتَمِلُ التَّرْتِيْبَ ، فَانِ الْقَوْمَ الْمَجْتَمِعِينَ فِي مَكَانٍ لَا يُقَالُ هَذَا أَوَّلٌ وَهَذَا
آخِرٌ ، وَيُقَالُ هَذَا جَاءَ أَوَّلًا وَهَذَا آخِرًا ، فَيَكُونُ التَّرْتِيْبُ فِي مَجِيئِهِمَا لِأَنَّ ذَاتَهُمَا ، وَإِذَا
كَانَ كَذَلِكَ لَعَا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوْ الْوَسْطَى فَبَقِيَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ : وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ وَسَكَتَتْ
وَقَعَتْ الثَّلَاثُ كَذَا هَذَا (وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيْقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، لِأَنَّ هَذَا يُوجِبُ الْاِنْتِظَارَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
(وَلَوْ قَالَ : اخْتَارِي نَفْسَكَ أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيْقَةٍ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّ ذِكْرَ الطَّلَاقِ يَعْقِبُ الرِّجْعَةَ ، وَضَارٌ كَأَنَّهُ قَالَ : طَلَّقْتُ نَفْسَكَ (وَلَوْ خَيْرَهَا فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ نَفْسِي لِابْلِ زَوْجِي لِابْقَعُ) لِأَنَّهُ لِلْإِضْرَابِ عَنِ الْأَوَّلِ فَلَا يَبْقَعُ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لِابْقَعُ) لِأَنَّ أَوْ لِلشُّكِّ فَلَا يَبْقَعُ الطَّلَاقُ بِالشُّكِّ ، وَخَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا لِاسْتِغْلَالِهَا
بِشَيْءٍ آخَرَ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ) وَلَا يَصِحُّ الْعَطْفُ (وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ بِتَوْقِفٍ عَلَى الْمَجْلِسِ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَنَوَى الثَّلَاثَ
صَحَّ) لِأَنَّهُ بِمَحْتَمَلِ الْعَمُومِ وَالْخُصُوصِ ، وَالْاِخْتِيَارَ لَا يَحْتَمِلُ الْعَمُومَ ، فَانِ الْأَمْرُ بِالْيَدِ

وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ ؛ وَلَوْ
 قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا يَقَعُ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
 فَلَهَا أَنْ تَطْلُقِي فِي الْمَجْلِسِ وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ
 عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ
 الثَّنَيْنِ (ز) إِلَّا أَنْ تَكُونَ أُمَّةً فَيَصِحُّ ، وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً
 لَا يَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَيْنِ . وَلَوْ قَالَتْ : أَبْنَتُ نَفْسِي طَلَّقَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ؛
 وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِنِّي بَائِنٌ ،
 أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ ،

جاء عن التملك وضعا ، قال تعالى - والأمر يومئذ لله - والاختيار عرف تملكيا شرعا
 لأوضعا ، والإجماع انعقد في الطلقة الواحدة لا غير ، فلهذا صحت نية الثلاث في الأمر باليد
 دون التخيير (ولو قالت في جواب الأمر باليد : اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث)
 لأنها صفة الاختيار ، لأن الاختيار تصلح جوابا للأمر باليد لكونه تملكيا كالتخيير
 فصار كما إذا قالت : اخترت نفسي مرة واحدة ، وبذلك يقع الثلاث (ولو قال لها :
 أمرك بيدك فاختارت نفسها) قيل لا يقع ، والأصح أنه (يقع) ولو قال لها : إن دخلت
 الدار فأمرك بيدك إن طلقت نفسها كما وقعت قدمها فيها طلقت ، وإن طلقت بعد ما شئت
 خطوتين لم تطلق (ولو قال لها : طلق نفسك فلها أن تطلق في المجلس) لأن المرأة لا تكون
 وكيلة في حق نفسها فكان تملكيا (وتقع واحدة رجعية ، وليس له أن يرجع عنه) لأنه
 تملك فيه معنى التعليق ، لأنه علق الطلاق بتطبيقها ، وكذا قوله أنت طالق إن شئت
 أو أحببت أو هويت أو أردت أو رضيت ، لأن كله تعليق بفعل القلب فهو كالتخيير
 (وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ) لأن معناه افعلی الطلاق وهو اسم
 جنس فيتناول الأدنى مع الجميع كسائر أسماء الأجناس فتصح نية الثلاث وينصرف إلى
 الأدنى عند عددها على ما مر (ولا تصح نية الثنتين) لأنه عدد خلافا لزفر وقد بيناه
 (إلا أن تكون أمة فيصح) لأنه الجنس في حقها (ولو كانت حرة وقد طلقها واحدة لا تصح
 نية الثنتين) لأنه ليس يجنس في حقها (ولو قالت : أبنت نفسي طلقت واحدة رجعية)
 لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ، إلا أنها زادت فيها وصف الإبانة فيلغو ، كما إذا قالت
 طلقت نفسي بائة . وعن أبي حنيفة : لا يقع شيء لأنها أنت بغير ما فوض إليها ، ويتقيد
 بالمجلس كما في الخيرة لأنه تملك أيضا (ولو قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت على
 حرام ، أو أنت مني بائن ، أو أنا عليك حرام ، أو أنا منك بائن ، فهو جواب وطلقت)
 لأن هذه الألفاظ تفيد الطلاق كما إذا قالت طلقت نفسي ، ولو قالت أنت مني طالق لم يقع

وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَاشِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا مَاشِئْتَ لَا يَتَّقِيْدُ
بِالْمَجْلِسِ ، وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي امْرَأَتِي ، وَلَوْ
قَالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ عَلَى الْمَجْلِسِ (ز) ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفْرُقَ الثَّلَاثَ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا ؛ وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي
نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ
ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ (س) ؛

شياء (ولو قالت : أنا منك طالق ، أو أنا طالق وقع) لأن المرأة توصف بالطلاق دون
الرجال (ولو قال لها : طلقي نفسك متى شئت ، أو متى ماشئت ، أو إذا شئت ، أو إذا
ماشئت لا يتقيد بالمجلس) لأنها لعموم الأوقات كأنه قال : في أي وقت شئت ، وهذا
في متى ومتى ما ظاهره ؛ وأما إذا وإذاما فقد سبق الكلام فيه والعدر عنه (ولو ردتته لا يرتد)
لأنه ملكها الطلاق في أي وقت شاءت فلم يكن تملكها قبل المشيئة فلا يرتد بالرد (وكذا
لو قال لغيره : طلق امرأتى) لا يتقيد بالمجلس لأنه توكيل (ولو قال له : إن شئت اقتصر
على المجلس) وقال زفر : هو والأول سواء لأنه توكيل كما إذا سكنت عن المشيئة . ولنا أنه
تمليك حيث علقه بالمشيئة ، والمالك يتصرف بالمشيئة ، والتمليك يقتصر على المجلس لما
عرف ؛ ولو قال لها : أنت طالق إن أحببت ، فقالت شئت وقع ؛ ولو قال : إن شئت فقالت
أحببت لا يقع ؛ والفرق أن المشيئة إرادة وإيجاب وفيها معنى المحبة وزيادة فقد وجد الشرط في
الأولى وزيادة والمحبة ليس فيها إيجاب فلم يوجد في المسئلة الثانية المشيئة بتلك الصفة فلم يوجد
الشرط (ولو قال لها : طلقي نفسك كلما شئت فلها أن تفرق الثلاث) لأن كلما تقتضى تكرار
الفعل ويقتصر على المملوك من الطلاق في النكاح القائم حتى لو طلقها ثلاثا عادت إليه بعد زوج
آخر لا تملك التطلق (وليس لها أن تجمعهما) لأنها توجب عموم الانفراد لعموم الاجتماع
وقال زفر : لا يقتصر على المملوك في النكاح حتى كان لها أن تطلق نفسها بعد زوج آخر
عملا بحقيقة كلمة كلما . ولنا أنه تملك فلا يصح إلا فيما هو في ملكه ، ولا يملك أكثر
من الثلاث ، وعلى هذا الإيلاء إذا وقع به ثلاث طلاقات ثم عادت إليه لا يعود الإيلاء
عندنا ، وعنده يعود (ولو قال : طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة) لأنها
أوقعت بعض ما ملكت (ولو قال : واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء) عند أبي حنيفة ،
وقالا : تقع واحدة لأنها ملكت الواحدة ، وقد أتت بالزيادة عليها فتلغو كما إذا قال لها
أنت طالق أربعا . فانه يقع الثلاث ويلغو الزائد . وله أن الواحدة غير الثلاث لفظا ومعنى
فقد أتت بغير ما ملكها فكان كلاما مبتدأ فلا يقع ، بخلاف الزوج لأنه يملك الثلاث

وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً بَائِنَةً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ رَجْعِيَّةً فَهِيَ بَائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ وَقَعْتَ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَإِنْ كَمْ تَشَأْ فَإِنْ شَاءَتْ بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَدْ أَدَّ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفْتَ مَشِيئَتَهَا وَإِرَادَتَهُ فَوَاحِدَةً (سَمِ) رَجْعِيَّةً وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا شِئْتَ أَوْ كَمْ شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتَ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلَاثًا وَتُطَلِّقَ مَا دُونَهَا (سَمِ) :

فيتصرف فيها بحكم الملك ، والزائد عليها لغو فبطل (ولو قال لها : طلق نفسك واحدة أملك الرجعة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة بائنة فهي رجعية) لأنها أنت بالأصل فصح ووقع ما أمرها به ثم أنت بزيادة وصف فيلغو إذ لا حاجة إليه (ولو قال : واحدة بائنة ، فقالت : طلقت رجعية فهي بائنة) لما قلنا (ولو قال لها : أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ ، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقع) للاتفاق بين إرادته ومشيتها (وإن اختلفت مشيتها وإرادته فواحدة رجعية) لأنها لما خالفته لغا تصرفها فبقي أصل الإيقاع . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقع شيء ما لم توقع المرأة فنشأ ثلاثا أو واحدة رجعية أو بائنة والعق على هذا الخلاف . لهما أنه فوض إليها التطلق على أي صفة شاءت فوجب أن يتعلق بمشيتها أصل الطلاق حتى تملك ذلك قبل الدخول وبعده ، ولو وقع بمجرد إيقاعه لا يملك قبل الدخول . ولأبي حنيفة أن كيف للامتصاص فتقتضي ثبوت أصل الطلاق ، ويكون التفويض إليها في الصفة عملا بحقيقة كلمة كيف (ولو قال : أنت طالق ما شئت أو كم شئت فلها أن تطلق نفسها ما شاءت) لأنها يستعملان للعدد فقد فوض إليها أي شيء شاءت من العدد (ولو قال لها : طلق نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق ثلاثا وتطلق ما دونها) وقالوا : لها أن تطلق ثلاثا إن شاءت ، لأن ما للعموم ومن تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كقوله : كل من طعم ما شئت . ولأبي حنيفة أن من حقيقة التبويض ، وما للتعميم فيعمل بهما ، فجعلنا المفوض إليها بعض الثلاث ، لكن بعضها له عموم وهو ثنتان ، وإنما ترك التبويض في النظر للدلالة الحال ، وهو إظهار السهاحة والكرم ؛ ولو قال : إن شئت فأنت طالق إذا شئت ، فهما مشيتان : إحداهما على المجلس ، والثانية مطلقة معلقة بالوقت ، فإن قامت بطلنا أما المؤقتة فلتوقها بالمجلس ، وأما المطلقة فلتعلقها بها ، وإن شاءت يصير كأنه قال لها في ذلك الوقت : أنت طالق إذا

شئت ، ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال لا ونوى الطلاق وقع ، ذكره في المحيط وقال هو الصحيح ؛ وكذا لو قالت : لست لي زوج ، فقال الزوج : صدقت ونوى الطلاق ؛ وكذا قوله : لست لي بامرأة ، أو ما أنت لي بامرأة ، أو لست لك زوج ، أو ما أنا لك بزوجة ونوى الطلاق يقع ؛ وقالوا : لا يقع لأنه إخبار كذب فلا يقع وإن نوى . وله أنه يحتمل الطلاق بالإضرار تقديره : لست لي بامرأة لأنى طلقتك ، وإذا احتمل ذلك ونواه صحت نيته فيقع الطلاق ؛ ولو قال له آخر : هل امرأتك إلا طالق ؟ فقال الزوج : لا طلقته ولو قال نعم لا تطلق ، لأن قوله نعم معناه نعم امرأتى غير طالق ، وقوله لا معناه ليس امرأتى إلا طالق ؛ ولو قال لامرأته : قولى أنا طالق لم تطلق حتى تقول لأنه أمر بالإنشاء ؛ ولو قال لغيره : قل لامرأتى إنها طالق طلقته قال أو لم يقل ، لأنه أمره بالإخبار وأنه يستدعى سبق الخبر به ؛ ولو قال له آخر : إن لم تقض حتى اليوم فامرأتك طالق ، قال نعم وأراد جوابه انعقدت يمينه ، لأن الجواب يستدعى إعادة السؤال ، فكأنه قال : نعم امرأتى طالق إن لم أقض حقلك ؛ ولو قال لها : اعتدى اعتدى وقال نويت واحدة صدق ديانة ويقع ثلاثا في القضاء ؛ ولو قال : عنيت بالثانية العدة صدق قضاء ؛ ولو قال : نويت بالأولى طلاقا ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا فهي ثلاث لأنهما في حال مذاكرة الطلاق فتعين له :

ومن الكنايات الكتابة ، فاذا كتب طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض لا يقع إلا بنية . وأصله أن الكتابة حروف منظومة تدل على معان مفهومة كالكلام ، وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام حتى وجب على كل من بلغته ، فنقول : إذا كتب ما لا يستبين أو كتب في الهواء فليس بشيء ، لأن ما لا يستبين في الكتابة كالمجمعة (١) والكلام الغير المفهوم ، وإذا كتب ما يستبين فلا يخلو إما إن كان على وجه المخاطبة أولا ، فإن لم يكن على وجه المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق فإنه يتوقف على النية ، لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكتابة مع الصريح ، وإن كتب على وجه الخطاب والرسالة مثل أن يقول : يا فلانة أنت طالق ، أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق ، فإنه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق لأنه مانوى أنه ظاهر فيه ، ثم إن كان بغير تعليق وقع للحال كأنه قال لها أنت طالق ، وإن كان معلقا بأن كتب إذا جاءك كتابي فأنت طالق لا يقع حتى يصل إليها ، لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله ، كما إذا علقه بدخول الدار ، فان وصل الكتاب إلى أبيها فزقه ولم يدفعه إليها إن كان هو المتصرف في أمورها وقع الطلاق لأنه كالوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرف في أمورها لا يقع وإن أخبرها

(١) المجاج : الريق ، ومجمع الخط : خلطه وأفسده بالقلم وغيره اه مغرب .

وَأَلْفَاظُ الشَّرْطِ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَى وَمَتَى مَا وَكُلُّ وَكُلَّمَا ، فَإِذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيْبَهُ وَأَنْخَلَّتِ الْيَمِيْنُ وَأَنْسَهَتْ إِلَّا فِي كُلَّمَا ؛ وَلَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُ مَالِكًا كَقَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ؛ أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَّمْتِ زَيْدًا فَأَنْتِ حُرٌّ ؛ أَوْ يُضِيْفُهُ إِلَى مَلِكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَزَوَالُ الْمَلِكِ لَا يُبْطِلُ الْيَمِيْنَ ، فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مَلِكٍ انْخَلَّتْ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ وَجِدَ فِي غَيْرِ مَلِكٍ انْخَلَّتْ وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛ وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ ،

ما لم يدفعه إليها لأنه كالأجنبي قال (١) (وألفاظ الشرط : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَى وَمَتَى مَا وَكُلُّ وَكُلَّمَا) لأنها مستعملة فيه وضعا . أما إِنْ فشرط محض ليس فيه معنى الوقت وما وراءها فيها معنى الوقت على ما بيناه ؛ وكلمة كل ليست بشرط لأنها يليها الاسم ، والشرط ما يليه الفعل لأنه يتعلق به الجزاء وهو فعل ، إلا أنه لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها ألحق بالشرط مثل قوله : كل عبد اشتريته فهو حر . قال (فإذا علق الطلاق بشرط وقع عقيبه وانخلت اليمين وانتهت) لأن الفعل إذا وجد ثم الشرط فلا تبقى اليمين (إلا في كلما) فإنها لعموم الأفعال ، قال تعالى - كلما نضجت جلودهم - الآية ، وإذا كانت للعموم يلزم التكرار ضرورة حتى تقع الثلاث المملوكات في النكاح القائم ، فلو تزوجها بعد زوج آخر ووجد الشرط لم يقع شيء خلافا لفرز لمقتضى العموم . ولنا أنه إنما علق ما يملكه من الطلقات ، وقد انتهى ذلك وهو الجزاء فنتهى اليمين ضرورة . قال (ولا يصح التعليق إلا أن يكون الحالف مالكا كقوله لامرأته : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَّمْتِ زَيْدًا فَأَنْتِ حُرٌّ ، أَوْ يُضِيْفُهُ إِلَى مَلِكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ) لأنه لا بد أن يكون الجزاء ظاهرا ليكون نحوفا ليتحقق معنى اليمين وهو القوة على المنع أو الحمل ، ولا ظهور له إلا بأحد هذين . قال (وزوال الملك لا يبطل اليمين) لأنه لم يوجد الشرط (فإن وجد الشرط في ملك انخلت) اليمين (ووقع الطلاق) لأن الشرط وجد والمحل قابل للجزاء فينزل وينتهى اليمين للمامر (وإن وجد في غير ملك انخلت) لوجود الشرط (ولم يقع شيء) لعدم قبول المحل ؛ وفي كلما لاتنحل اليمين بوجود الشرط حتى يقع الثلاث على ما بيناه (وإذا اختلفا في وجود الشرط فالقول للزوج) لأنه منكر و متمسك بالأصل وهو العدم (والبينة للمرأة) لأنها مدعية مثبتة .

وَمَا لَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ حَضَّتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفَلَانَةٌ ، فَقَالَتْ حَضَّتْ طَلَّقْتَ هِيَ خَاصَّةٌ ، وَكَذَا التَّعْلِيقُ بِمَحَبَّتِهَا ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ كُنْتُ مُحِبِّينَ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ ، فَقَالَتْ أُحِبُّ طَلَّقْتَ وَلَمْ يَعْتِقِ الْعَبْدُ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَلَدْتَ غُلَامًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ وَلَدْتَ جَارِيَةً فَثِنْتَيْنِ فَوَلَدْتَهُمَا وَلَا يُدْرَى أَيُّهُمَا أَوْلَا طَلَّقْتَ وَاحِدَةٌ ، وَفِي التَّنْزِهِ ثِنْتَيْنِ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ جَامَعْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَأَوْلِجْهُ وَلَبِثْ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْلِجْهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ المُرَاجَعَةُ بِالِإِيلَاجِ الثَّانِي .

قال (وما لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها ، كقوله : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت حضت طلقت هي خاصة) والقياس أن لا تطلق لأنه شرط كغيره من الشروط . وجه الاستحسان أنها أمانة في ذلك ولا يعرف إلا من جهتها ، وقد اعتبر الشرع قولها في ذلك في العدة والوطء ، فكذا هذا إلا أنه في حق ضررتها شهادة وهي متهمة فلا يقبل قولها وحدها . قال (وكذا التعليق بمحبتها) وهو أن يقول : إن كنت تحبيني فأنت طالق وفلانة ، فقالت أحبك طلقت وحدها (ولو قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبدى حرٌّ ، فقالت أحب طلقت ولم يعتق العبد) لما ذكرنا ، ولا يتيقن كذبتها لأنها قد تؤثر العذاب على محبته لبغضها إياه ؛ ولو قال لها : إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق ، فقالت أحبك وهي كاذبة طلقت . وقال محمد : لا تطلق لأن المحبة إذا علق بالقلب يراد بها حقيقة الحب ولم يوجد . ولهما أن المحبة فعل القلب فيلغو ذكر القلب فصار كما إذا أطلق ، ولو أطلق تعلق بالإخبار عن المحبة كذا هذا . قال (ولو قال : إن ولدت غلامًا ، فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت جارية فثنتين فولدتها ولا يدري أيهما أَوْلَا طَلَّقْتَ وَاحِدَةٌ ، وَفِي التَّنْزِهِ ثِنْتَيْنِ) لأن الواحدة متيقنة وفي الثانية شك فلا يقع في القضاء ، والأحوط أن يأخذ بوقوع الثنتين وانقضت العدة بيقين ، لأن الطلاق وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالثاني . قال (ولو قال لها : إن جامعتك فأنت طالق ثلاثًا فأولجْهُ وَلَبِثْ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْلِجْهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ المُرَاجَعَةُ بِالِإِيلَاجِ الثَّانِي) وعن أبي يوسف : أنه يجب المهر باللبث في الثلاث ويصير مراجعًا به في الواحدة لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب الحدة للاتحاد . ولهما أن الجماع إدخال الفرج ولا دوام للإدخال . أما إذا أخرج ثم أدخل

وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا لَمْ يَشَأِ اللَّهُ ،
أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ إِنْ وَصَلَ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا
وَاحِدَةً طَلَّقْتِ ثِنْتَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلَّقْتِ وَاحِدَةً ؛ وَلَا يَصِحُّ
اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ ، فَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ الثَّلَاثُ
وَيَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، وَثَلَاثًا إِلَّا أَرْبَعًا وَقَعَ ثَلَاثٌ ،
فَقَدْ وَجَدَ الْإِدْخَالَ بَعْدَ الطَّلَاقِ ، وَلَمْ يَجِبِ الْخَدَّ لِشَبْهِهِ الْإِتِّحَادِ مِنْ حَيْثُ الْمَجْلِسُ وَالْمَقْصُودُ ،
وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْخَدَّ لَمْ يَجِبِ الْعَقْرُ ، لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَخْلُو عَنْ أَحَدِهِمَا .

فصل

(ولو قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، أو ما شاء الله ، أو ما لم يشأ الله ، أو إلا أن
يشاء الله لا يقع شيء إن وصل) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق
أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا به لاحق عليه » ولأنه تعليق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع
بالشك ، إذ المعلق بالشرط عدم قبله ، وكذا إذا علقه بمشئته من لا تعلم مشئته من الخلق
كالملائكة والشيطان والجن ؛ ويصح الاستثناء موصولا لامفصولا لما روينا ، ولأنه إذا
سكت ثبت حكم الأول ، فيكون الاستثناء أو التعليق بعده رجوعا عنه فلا يقبل ، ولو سكت
قدر ما تنفس أو عطس أو نجشأ أو كان بلسانه ثقل فطال تردده ثم قال إن شاء الله صح
الاستثناء ، وإن تنفس باختياره بطل ؛ ولو حرك لسانه بالاستثناء صح عند الكرخي
وإن لم يكن مسموعا . وقال الهندواني : لا يصح ما لم يكن مسموعا ؛ ولو قال أنت طالق
فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع كما لو قال أنت طالق فجرى لسانه
أو غير طالق ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا ، وثلاثا إن شاء الله ، أو ثلاثا وواحدة إن شاء
الله بطل الاستثناء ، وقالا : هو صحيح ، وكذا لو قال لعبد : أنت حرّ وحرّ إن شاء الله ،
لأن الكلام واحد وإنما يتمّ بآخره وأنه متصل . ولأبي حنيفة أنه استثناء منقطع لأن قوله
وثلاثا أو واحدة أو حرّ لغو لا فائدة فيه فكان قاطعا ؛ ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثا
إن شاء الله صح بالإجماع ، وكذلك أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله لأنه لم يتخلل
بينهما كلام لغو (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، ولو قال : إلا
ثنتين طلقت واحدة) وأصله أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا لأنه بيان أنه أراد بما تكلم
ما وراء المستثنى (ولا يصح استثناء الكل من الكل) ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا
وقع الثلاث وبطل الاستثناء ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً بَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ؛
وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةً ، وَلَوْ قَالَ إِلَّا
ثَمَانِيَةً فَثِنْتَانِ .

وَمَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ مَاتَ وَرِثَتُهُ إِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ
انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لَمْ تَرِثْ .

عند أبي حنيفة ، وعلى قياس قولهما تقع واحدة (١) بناء على ما تقدم (ولو قال : أنت
طالق ثلاثاً إلا واحدة واحدة وبطل الاستثناء) لأنه استثنى الكل (ولو قال :
أنت طالق عشرة إلا تسعة وقعت واحدة ، ولو قال : إلا ثمانية فثنتان) وأصله أنه إذا
أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى والكلام كله صحيح فالاستثناء عامل في جملة الكلام ولا
يكون مستثنيا من جملة الثلاث التي يصح وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقي
إن كان ثلاثاً أو أقل ، لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم . والجملة المتلفظ بها جملة
واحدة فيدخل الاستثناء عليها فيسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما
يصح وقوعه ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة وقعت واحدة لأنه يجعل
كل استثناء مما يليه ، فإذا استثنيت الواحدة من الثلاثة بقيت ثنتان ، وإذا استثنيتها من
الثلاث بقيت واحدة ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، فان قال : أنت طالق ثلاثاً
إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة تقع واحدة . لأنه استثنى الواحدة من الثنتين فبقي واحدة
فيستثنى من الثلاث يبقى ثنتان يستثنى من الثلاث تبقى واحدة ، وكذا لو قال : عشرة
إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة تقع ثنتان لأنه استثنى السبعة من الثمانية تبقى واحدة ، ثم استثنى
المواحدة من التسعة تبقى ثمانية ، ثم استثنى الثمانية من العشرة تبقى ثنتان ، وعلى هذا جميع
هذا النوع ، وتقريبه أن تعقد العدد الأول يمينك والثاني يسارك والثالث يمينك والرابع
يسارك ، ثم أسقط ما اجتمع في يسارك مما اجتمع يمينك فما بقي فهو الموقع .

فصل

(ومن أبان امرأته في مرضه ثم مات ورثته إن كانت في العدة ، وإن انقضت عدها لم ترث) .

(١) قوله تقع واحدة ، الظاهر أن صوابه يقع ثنتان لا واحدة ، قال في رد المختار
وفي الفتح عن المتتبي : أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً فهي ثلاث عنده لأنه يصير قوله
وثلاثاً فاصلاً لغوا ، وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستاً إلا أربعاً اه مصححه .

وإن أبانها بأمرها ، أو جاءت الفرقة من جهتها في مرضه لم تترث كالمخيرة والمخيرة بسبب الحب والعنة والبلوغ والعنق ، ولو فعلت ما ذكرنا من الخيارات وهي مريضة ورثها إذا ماتت وهي في العدة ، ومرّض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بجوائجه ، فأما من يجيء ويذهب بجوائجه ويحم فلا ؛ ولو علّق طلاق امرأته بفعله وقعله في المرض ورثت ، وإن علّقه بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت في المرض مثل قوله : إذا جاء رأس الشهر

وأصله أن الزوجية في مرض الموت سبب يفضي إلى الإرث غالباً ، فباطله يكون ضرراً بصاحبه ، فوجب رده دفعا لهذا الضرر في حق الإرث ما دامت في العدة كما في الطلاق الرجعي وتعذر إبقاء الزوجية بعد انقضاء العدة لأنه لم يبق له أثر ولا حكم . قال (وإن أبانها بأمرها ، أو جاءت الفرقة من جهتها في مرضه لم تترث كالمخيرة ، والمخيرة بسبب الحب والعنة والبلوغ والعنق) لأننا إنما اعتبرنا قيام الزوجية مع المبتل نظراً لها ، فإذا رضيت بالمبتل لم تبق مستحقة للنظر فعمل المبتل وهو الطلاق عمله (ولو فعلت ما ذكرنا من الخيارات وهي مريضة ورثها إذا ماتت وهي في العدة) لأنها ممنوعة من إبطال حقه فبقينا النكاح في حق الإرث دفعا للضرر عنه إلا في الحب والعنة فإنه لا يرثها لأنه طلاق وهو مضاف إلى الزوج (ومرض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بجوائجه ، فأما من يجيء ويذهب بجوائجه ويحم فلا) وقيل إن أمكنه القيام بجوائجه في البيت وعجز عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبي حنيفة إذا كان مريضاً لا يقوم إلا بشدة وتعذر عليه الصلاة جالساً فهو مريض ، والمحصور والواقف في صف القتال والمحبوس للرجم والقصاص وراكب السفينة والنازل في مسبعة يخاف الهلاك كالصحيح لأن الغالب فيه السلامة ، ومن قدم للقصاص والرجم أو بارز رجلاً أو انكسرت السفينة وبقى على لوح أو وقع في فم سبع كالمريض ، وكذلك المرأة إذا ضربها الطلق . أما المقعد والمفلوج ومن في معناه كالصحيح ؛ وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر كالعبد والمكاتب مع الحرّة ، والحرّة الكتابية مع المسلم ، فطلقها ثلاثاً في مرضه ثم صار في حال يتوارثان لو لم يقع الطلاق لآثرته ، لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فاراً فلا يتهم (ولو علّق طلاق امرأته بفعله وفعله في المرض ورثت) سواء كان التعليق في الصحة أو المرض لأنه قصد إضرارها حيث باشر شرط الحنث في المرض ، وسواء كان له بدء من الفعل أو لم يكن ، أما إذا كان فظاهاً ، وأما إذا لم يكن فلائذ له بدءاً من التعليق فكان مضافاً إليه (وإن علّقه بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت في المرض مثل قوله : إذا جاء رأس الشهر

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرِيضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرِيضِ لَمْ تَرِثْ (ز) ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقْرَابِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ (م) .

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرِيضِ وَرِثَتْ (لأنه قصد إضرارها بمباشرة التعليق في المرض حال تعلق حقها بماله) وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرِيضِ لَمْ تَرِثْ (خلافاً لـ زفر ، لأن المعلق بالشَّرْطِ يَنْزِلُ عِنْدَ الشَّرْطِ فَصَارَ كَالْمَنْجُزِ فِي الْمَرِيضِ . وَلِنَا أَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حَكْمًا لِاقْتِصَادِ وَلَا ظَلَمٍ إِلَّا عِنْدَ الْقِصْدِ (وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ) لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقْرَابِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ لَاتَرِثُ لِأَنَّهُ لِاصْنَعُ لَهُ فِي إِبْطَالِ الشَّرْطِ فَلَمْ يَقْصِدْ إِبْطَالَ حَقِّهَا . وَلِهَذَا أَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ إِلَى الْمُبَاشَرَةِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لِمَا يَتَعَلَّقُ بِتَرْكِهَا مِنَ الْعِقَابِ فِي الْآخِرَةِ وَالضَّرَرِ فِي الدُّنْيَا وَالزَّوْجِ هُوَ الَّذِي أَبْجَأَهَا إِلَى الْمُبَاشَرَةِ فَيَنْتَقِلُ فِعْلُهَا إِلَيْهِ وَتَصِيرُ كَالْآلَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الْإِكْرَاهِ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ مَرِيضًا إِذَا مَاتَ مِنْهُ ، أَمَا لَوْ بَرَأَ ثُمَّ مَاتَ انْقَطَعَ حُكْمُ الْمَرِيضِ الْأَوَّلِ .

فصل في طلاق المجهولة

أصله أن إضافة الطلاق إلى مجهولة ليس إلا تعليق الطلاق في المعينة بالبيان لأنه لا يقع على مجهولة وإنما يقع على المعينة ، وإنما ينزل بالبيان مقصوراً عليه فكان للبيان حكم الإنشاء في حق المعينة ، والإنشاء لا يملك إلا بملك المحل ، فلو قال لامرأته إحداً كما طالق طلقت واحدة منهما بغير عينها إذا لم يكن له نية في معينة منهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز » الحديث ، ولأن الجهالة مع الخطأ أجرياً مجرى واحد ، ألا ترى أنهما يمنعان البيع ، ثم الطلاق يقع مع الخطر فكذا مع الجهالة ، ولأن البيع مع ضعفه يصح مع هذا الضرب من الجهالة حتى جاز بيع قفيز من صبرة فلأن يصح الطلاق معه أولى ، وللنساء أن يخاصمنه ويستعدين عليه إلى القاضي حتى يبين إذا كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً ، لأن لكل واحدة منهن حقاً في استيفاء منافع النكاح وأحكامه ، أو التوصل إلى التزوج بزواج آخر ، وكان على الزوج البيان والقول قوله لأنه المجمل كمن أقر بشيء غير معين ، ويجبره القاضي أن يوقع الطلاق على معينة لتحصل الفائدة ، وعليها العدة من حين بين لما تقدم ،

فان لم يبين حتى ماتت إحداهما طلقت الباقية ، لأنه لم يبق من يستحقّ الطلاق غيرها ؛ وإن قال أردت الميتة لم يرثها وطلقت الباقية ، فيصدق في الميتة على نفسه في إسقاط إرثه ، ولا يصدق على الباقية في صرف الطلاق عنها ، فان ماتتا واحدة بعد الأخرى فقال أردت الأولى لم يرث منهما لأنه سقط من الثانية بطريق الحكم ومن الأولى باعترافه ، ولو ماتتا معا ورث من كل واحدة منهما نصف ميراث ، فان قال أردت إحداهما سقط حقه من ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراثها لأنه لا يصدق في زيادة الاستحقاق ؛ ولو جامع إحداهما تعينت الأخرى للطلاق ، لأن الجماع دليل على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالة أن يطاء المطلقة ، وكذلك لو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها ، لأن هذه الأحكام من خواص الزوجية فصارت كالجماع ؛ ولو طلق إحداهما بعينها وعنى به البيان صدق ، وإن لم ينو به البيان تعينت الأخرى للطلاق الأول . وعن محمد : لو كان الطلاق واحدة رجعية لم يكن وطء إحداهما بيانا للأخرى ؛ ولو مات الزوج قبل البيان فالميراث بينهما الربع أو الثمن ، لأن إحداهما زوجة قطعا وليست إحداهما أولى من الأخرى ؛ ولو طلق إحدى نسائه الأربع ثلاثا ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هي المطلقة لا يقرب واحدة منهن لأنه حرمت عليه إحداهن ، ويجوز أن تكون كل واحدة . وقد قال أصحابنا : كل ما يباح عند الضرورة لا يجوز التحريم فيه والفروج من هذا الباب ، ولهذا قالوا : إذا اختلطت الميتة بالمذبوحة إنه يتحرى لأن الميتة تباح عند الضرورة . وإن استعدين عليه إلى الحاكم في النفقة والجماع أعدى عليه وحبسه حتى يبين التي طلق منهن ، ويلزمه نفقتهن لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح ، فكان على الحاكم إلزامه إيفاء للحق ، ويقضى عليه بنفقتهن لأنها تجب للمعتدة وللزوجة . وينبغي أن يطلق كل واحدة طلقة واحدة ، فاذا تزوجن بغيره جاز له التزوج بهن ، فان لم يتزوجن فالأفضل أن لا يتزوج بواحدة ، ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق ؛ وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزواج آخر ، فان تزوجت واحدة منهن بزواج ودخل بها ثم تزوج بالكل ذكر في الجماع أنه يجوز نكاح الكل ، لأن الظاهر من حال المتزوجة إنما هي المطلقة ثلاثا حيث أقدمت على النكاح للتحليل ؛ ولو ادعت كل واحدة أنها المطلقة ثلاثا يحلف الزوج فان نكل وقع على كل واحدة الثلاث ، لأنه بالنكول صار باذلا أو مقرا لها بالثلاث ، وإن حلف لهن فالحكم كما قلنا قبل اليمين . وعن محمد : إذا حلف لإحدى المرأتين طلقت الأخرى ، وإن لم يحلف للأولى طلقت ، وإن تشاحا على اليمين حلف لهما بالله ما طلق واحدة منهما ، فان حلف فالأمر على ما كان ، وإن نكل طلقتنا على ما بينا ، فان وطئ

باب الرجعة

الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحْرِمُ الْوَطْءَ ، وَلِلزَّوْجِ مُرَاجَعَتُهَا فِي الْعِدَّةِ بِغَيْرِ رِضَاهَا
وَتَثَبُّتُ الرَّجْعَةِ بِقَوْلِهِ ، رَاجَعْتُكَ ، وَرَجَعْتُكَ ، وَرَدَدْتُكَ وَأَمْسَكْتُكَ ،
وَبِكُلِّ فِعْلٍ تَثَبُّتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ،

إحداها فالتى لم يطأها مطلقة حملا لأمره على الصلاح أنه لم يطأها حراما .

باب الرجعة

وهى مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة : إذا أعاده وردّه ، يقال : رجعت الأمر إلى
أوائله : إذا رددته إلى ابتدائه . قال :

عسى الأيام أن يرجفن قوما كالذى كانوا

وفى الشرع ردّ الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التى كانت عليها . قال (الطلاق
الرجعى لا يحرم الوطء) وهو أن يطلق الحرّة واحدة أو ثنتين بصريح الطلاق من غير عوض
والدليل عليه قوله تعالى - وبعولتهن أحقّ بردهنّ - والبعل هنا الزوج ، ولا زوج إلا بقيام
الزوجية ، وقيام الزوجية يوجب حلّ الوطء بالنصّ والإجماع ، ولأن الله تعالى أثبت
للزوج حقّ الردّ من غير رضاها ، والإنسان إنما يملك ردّ المنكوحه إلى الحالة التى كانت
عليها قبل الطلاق فلا يكون النكاح زائدا ما دامت العدة باقية فيحلّ الوطء . قال (وللزوج
مراجعتها فى العدة بغير رضاها) لما تلونا ولا خلاف فيه ، ولأن قوله تعالى - فى ذلك -
أى فى العدة لأنها مذكورة قبله ، ولقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والمراد الرجعة
لأنه ذكره بعد الطلاق ، ثم قال - أو فارقوهنّ بمعروف - ولقوله عليه الصلاة والسلام
لعمر « مر ابنك فليراجعها » . قال (وتثبت الرجعة بقوله : راجعتك ورجعتك
ورددتك ، وأمسكتك) لأنه صريح فيه . قال (وبكلّ فعل تثبت به حرمة المصاهرة من
الجانبيين) لقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والإمساك بالفعل أقوى منه بالقول ، ولأن
الرجعة استدامة النكاح واستبقاؤه وهذه الأفعال تدلّ على ذلك ، وليست الرجعة بابتداء
نكاح على ما زعمه بعضهم ، لأننا أجمعنا على أنه يملكها من غير رضاها ولا يشترط فيها
الإيجاب والقبول ، ولا يجب فيها مهر ولا عوض ، لأنّ العوض إنما يجب عوضا عن ملك
البضع ، والبضع فى ملكه ، ولو كان نكاحا مبتدأ لوجب ، والخلو لىست برجعة ، لأنه
لم يوجد ما يدلّ على الرجعة لا قولاً ولا فعلاً . ولا يصحّ تعليق الرجعة بالشرط لأنه استدراك
فلا يصحّ بالتعليق كاستقاط الخيار ، ولو قال لها : أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ ، فَإِنْ قَالَ لَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ : كُنْتُ رَاجِعْتُكَ فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقْتَهُ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ لَمْ تَصِحَّ وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سم) وَإِنْ قَالَ لَهَا : رَاجِعْتُكَ ، فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ : انْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا رَجْعَةَ (سم) وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأُمَةِ : رَاجِعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى (سم) ، وَكَذَّبَتْهُ الْأُمَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَلَا رَجْعَةَ ،

ونوى الرجعة صحَّ وإلا فلا ، ويستحب أن يعلمها بالرجعة لتتخلص من قيد العدة ، وإن لم يعلمها جاز ؛ وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها لأنه لا يجوز للمعتدة الخروج من منزلها ، فإذا راجعها لم تبق معتدة فيجوز لها الخروج ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - . قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) لأن النصوص الدالة على الرجعة خالية عن قيد الشهادة ، ولما تقدم أنها استدامة للنكاح ، والشهادة ليست بشرط حالة الاستدامة ، وإنما استحبابه تحرزا عن التجاحد ، وهو محمل قوله تعالى عقيب ذكر الرجعة والطلاق - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وهكذا هو محمول في الطلاق أيضا توفيقا بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعة ووقوع الطلاق الخالية عن قيد الإشهاد (فإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة فصدقته صحت الرجعة ، وإن كذبت لم تصح) لأنه متهم في ذلك وقد كذبت فلا يثبت إلا بينة ، فإذا صدقته ارتفعت التهمة (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد سبق في الدعوى بتوفيق الله تعالى (وإن قال لها : راجعتك ، فقالت مجيبة له : انقضت عدتي فلا رجعة) وقالوا : تصح الرجعة لأن الرجعة لا تتوقف على قبولها ، فلما قال راجعتك صحت الرجعة لأن الظاهر بقاء العدة ، ولهذا لو قال طلقتك ، فقالت قد انقضت عدتي وقع الطلاق فصار كما إذا سكنت ساعة ثم قالت . ولأبي حنيفة أنها لما أخبرت بانقضاء عدتها فالظاهر تقدم انقطاع الدم على ذلك لأنها أخبرت بلفظ الماضي ، والظاهر أنها صادقة ، وأقرب أوقات الماضي وقت قوله ، ومسئلة الطلاق على الخلاف ، ولئن سلمت فنقول : الطلاق يقع بناء على إقراره ، ولو أقر بعد انقضاء العدة حكم به ، بخلاف ما إذا سكنت ساعة لأنها تثبت الرجعة بسكوته فلا يقبل قولها بعد ذلك . قال (وإذا قال زوج الأمة : راجعتك في العدة وصدقه المولى وكذبت الأمة أوبالعكس فلا رجعة) وقالوا : إذا صدقه المولى صحت الرجعة لأنه أقر له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقر عليها بالنكاح . ولأبي حنيفة أن القول قولها في العدة والرجعة تنبئ عليها ؛ وأما إذا كذبه المولى وصدقته فعن أبي حنيفة روايتان ، والفرق على إحدى الروايتين أن العدة منقضية في الحال وصار ملك المتعة للمولى

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ أَوْ تَتَيَّمَّ وَتُصَلِّيَ (مز) ، وَفِي الْكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمُجَرَّدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ ، فَإِنْ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَضْوٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلأَزْوَاجِ ، وَإِنْ كَانَ عَضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ ؛ وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلَةٌ وَقَالَ : لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ ؛

فلا تملك إبطاله . قال (وإذا انقطع الدم في الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) لأنها خرجت من الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة (وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع حتى تغتسل ، أو يمضي عليها وقت صلاة ، أو تتييم وتصلي) لاحتمال عود الدم فلا بد من دخولها في حكم الطاهرات وذلك بالغسل أو بمضي وقت صلاة لأنها تصير مخاطبة بها ، وهو من أحكام الطاهرات ، وكذا إذا تيممت وصلت ، والقياس أن تنقطع بمجرد التيمم ، وهو قول محمد وزفر ، لأن التيمم كالغسل عند عدم الماء . وجه الاستحسان أن التيمم إنما اعتبر طهارة ضرورة كيلا تتضاعف عليه الواجبات ، أما إنه مطهر في نفسه فلا بل هو ملوث ، وهذه الضرورة تتحقق إذا أرادت الصلاة لأقبل ذلك ولإكذلك الغسل ولو تيممت وقرأت القرآن أو مست المصحف أو دخلت المسجد . قال الكرخي : انقطعت الرجعة لأنها من أحكام الطاهرات . وقال أبو بكر الرازي : لا لأنها ليست من أحكام الصلاة ولو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت ، ولا تحل للأزواج أخذًا بالاحتياط (وفي الكتابية تنقطع الرجعة بمجرد انقطاع الدم) لأنه لاغسل عليها فصارت كالمسلمة إذا اغتسلت (فإن اغتسلت ونسيت شيئًا من بدنها ، فإن كان أقل من عضو انقطعت الرجعة ولا تحل للأزواج) لأنه قليل يتسارع إليه الجفاف فلم نتيقن بعدم غسله ، فقلنا بانقطاع الرجعة وعدم حل الزوج أخذًا بالاحتياط (وإن كان عضوا لم تنقطع) لأنه كثير لا يتسارع إليه الجفاف فافترقا ، والمضمضة والاستنشاق كالعضو عند أبي يوسف لأن الحدث باق في عضو . وعند محمد لا لوقوع الاختلاف في فرضيتهما فينقطع حق الرجعة ، ولا تحل للأزواج احتياطًا . قال (ومن طلق امرأته وهي حامل وقال لم أجامعها فله الرجعة) وكذا إذا ولدت منه لأن الحمل والولادة في وقت يمكن جيله منه يجعل منه ، قال عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وإذا كان منه كان واطنا ، والطلاق بعد الوطء يعقب الرجعة (وإن قال ذلك بعد الخلوة الصحيحة فلا رجعة له) لأن الرجعة إنما تثبت عقب الطلاق في ملك متأكد بالوطء ، وقد أقر بعدم الوطء فيثبت فيما له والرجعة حقه ، بخلاف المهر

وَإِذَا قَالَ لَهَا : إِذَا وَلَدْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ مِنْ بَطْنِ أُخْرَى فَهِيَ رَجْعَةٌ ؛ وَالْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ وَيُسْتَحَبُّ لِرِزْوَانِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُطَلَّقةً الْمُبَانَةَ بِدُونِ الثَّلَاثِ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا ، وَالْمُبَانَةُ بِالثَّلَاثِ لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا ، وَيَدْخُلُ بِهَا ثُمَّ تَبَيَّنَ مِنْهُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ وَلَا بِوَطْءِ الْمُؤَلَّى وَالشَّرْطُ هُوَ الْإِبْلَاجُ دُونَ الْإِنْزَالِ ،

لأن وجوبه بناء على تسليم المبدل لأعلى قبضه . قال (وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهي رجعة) لأن الطلاق وقع بالولد الأول ، والولد الآخر يكون من علوق آخر في العدة حملا لهما على الصلاح فيصير مراجعا بالوطء لأنها لم تقر بانقضاء عدتها . قال (والمطلقة الرجعية تشوّف وتزين (١)) لقيام النكاح بينها وبين الزوج على ما بينا ، والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فتجوز (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها) إذا لم يكن قصده الرجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهي متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة . قال (وله أن يتزوج مطلقته المبانة بدون الثلاث في العدة وبعدها) لأن حلّ المحلّة باق إذ زواله بالثالثة ولم توجد ، وإنما لا يجوز لغيره في العدة تحرزا عن اشتباه الأنساب وهو معدوم في حقه (والمبانة بالثلاث لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين منه) لقوله تعالى - فان طلقها - يعني الثالثة - فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح المطلق في الشرع ينصرف إلى الصحيح حتى لو دخل بها في نكاح فاسد لا تحلّ للأول ، وقوله - حتى تنكح - يقتضى الدخول لما ذكرنا أن النكاح الشرعي هو الوطء ولقوله زوجا ونكاح الزوج لا يكون إلا بالوطء ، ويدلّ عليه الحديث المشهور وهو ما روى في الصحيح « أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلاثا فجاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة فطلقني فبت طالق ، فتروّجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فبسم صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ قالت : نعم ، فقال : حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته » وسواء دخل بها في حيض أو نفاس أو إحرام لحصول الدخول (ولا تحلّ للأول بملك اليمين ولا بوطء المولى) لأن الشرط نكاح زوج غيره ولم يوجد (والشرط هو الإبلاج دون الإنزال) لحصول نكاح زوج غيره ، والحديث ورد

(١) التّشوّف خاصّ بالوجه ، والتّزين عامّ بالبدن فهو من عطف العامّ على الخاصّ

وَأَنْ يَكُونَ الْمُحْلَلُّ يُجَامِعُ مِثْلَهُ ، فَانْ تَزَوَّجَهَا بِشَرَطِ التَّحْلِيلِ كَثْرَهُ (س) وَحَلَّتْ لِلأَوَّلِ (سم) ، وَالزَّوْجُ الثَّانِي يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ (مز) ، وَلَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ : قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا

باب الإيلاء

على غالب الحال ، فان الغالب في الجماع الإنزال أو نقول الكتاب عرى عن ذكر الإنزال فلا يزداد عليه . قال (و أن يكون المحلل يجامع مثله) سواء كان مرافقا أو بالغا لوجود الشرط وهو الإيلاج ، ولا يجوز صغير لا يقدر على الإيلاج لعدم الوطاء المراد من النكاح : قال (فان تزوجها بشرط التحليل كره وحلت للأول) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأنه كالمؤقت ولا تحل للأول لفساده . وقال محمد : هو جائز لشرط الجواز ولا تحل للأول لأنه عجل ما أخره الشرع فيعاقب بالمنع كقتل المورث . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » ومراده النكاح بشرط التحليل فيكره للحديث وتحل للثاني لأنه عليه الصلاة والسلام سماه محلا وهو المثبت للحل ، أو نقول وجد الدخول في نكاح صحيح ، لأن النكاح لا يفسد بالشرط فتحل للأول ، ولو تزوجها بقصد التحليل ولم يشترط حلت للأول بالإجماع ، والطلقتان في الأمة كالثلاث في الحرّة لما مرّ . قال (والزوج الثاني يهدم مادون الثلاث) وصورته إذا طلق امرأته طليقة أو طليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوجها الأول عادتها إليه بثلاث طلاقات ، وهدم الزوج الثاني الطليقة والطلقتين كما هدم الثلاث : وقال محمد وزفر : تعود إلى الأول بما بقي من الثلاث في النكاح الأول ، لأن الزوج الثاني إنما يثبت الحل إذا انتهى ، والحل لم ينته لأنها تحل له بالعقد قبله فلا يكون مثبتا له . ولنا أنه وطء من زوج ثان فرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما في الثلاث . قال (ولو طلقها ثلاثا فقالت : قد انقضت عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) لأنه إن كان أمرا دينيا فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإخبار عن القبلة وطهارة الماء ، وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول في المعاملات على ما عرف ، وتماه يعرف في باب العدة إن شاء الله تعالى :

باب الإيلاء

وهو في اللغة : مطلق اليقين ، قال :

قليل الأليا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت

إِذَا قَالَ : وَاللَّهِ لِأَقْرَبِكِ ، أَوْ لِأَقْرَبِكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُؤَلِّمٌ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ ، فَإِنْ قَرَّبَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ حَنْثٌ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ وَبَطْلُ الْإِبْلَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا وَمَضَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ بَانَتْ بِتَطْلِيقَةٍ ؛

وفي الشرع : اليمين على ترك وطء المنكوحه مدة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك الوطء المكسب للطلاق عند مضي أربعة أشهر ، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة . وألفاظه صريح وكناية ، فالصريح لا يحتاج إلى نية مثل قوله : لأقربك ، لأجامعك ، لأطوك ، لأغسل منك من جنابة ، لأفنتك إن كانت بكرا . والكناية : لأمسك ، لا آتيتك ، لا أدخل بك ، لا أغشاك ، لا يجمع رأسى ورأسك شيء ، لا آبيت معك على فراش ، لأضاجعك ، لأقرب فراشك ونحوه ، ولا بد فيه من النية . وقال محمد : إذا قال : والله لا يمسن جلدى جلدك لا يكون موليا لأنه يقدر على جماعها بغير ممانسة بأن يلف على ذكره حريرة ولأنه يحنث بغير الجماع ، والمولى من يقف حنثه على الجماع خاصة . والأصل أن المولى من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهى بالحنث والحنث موجب للكفارة أو بشيء يلزمه ، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع في الفرج لأن حقها في الجماع في الفرج فيتحقق الظلم . قال (إذا قال : والله لأقربك ، أو لأقربك أربعة أشهر فهو مؤلِّم) والأصل فيه قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - الآية ، فتكون مدة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، إذ لو كانت المدة أقل من ذلك أو أكثر لم يكن في التنصيص على الأربعة فائدة . قال (وكذلك لو حلف بحجٍّ أو صومٍ أو صدقةٍ أو عتقٍ أو طلاقٍ) مثل أن يقول : إن قربتك فله على الحج ، أو يقول : فله على صوم كذا ، أو يجعل الجزاء صدقة ، أو عتق عبد ، أو طلاقها أو طلاق غيرها ، لأن اليمين موجودة في ذلك كله ، لأن اليمين بغير الله تعالى شرط وجزاء ، لأن المقصود منها الحمل أو المنع ، وهذه الأشياء توجب ذلك لما تتضمنه من المشقة ، ولأنه لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه ، وإذا وجدت اليمين فقد وجدت الإيلاء فدخل تحت التنصيص ولو قال : إن قربتك فعلى أن أصلي ركعتين أو أغزو لم يكن موليا . وقال محمد : هو مؤلِّم لأنه يصح إيجابها بالنذر كالصوم والصدقة . ولهما أن الصلاة ليست في حكم اليمين حتى لا يحلف بها عادة فصار كصلاة الجنائز وسجدة التلاوة (فان قربها في الأربعة الأشهر حنث) لوجود شرطه (وعليه الكفارة) لأن الحنث موجب للكفارة (وبطل الإيلاء) لما بينا أن اليمين تنحل بالحنث (وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانته بتطليقة) هذا مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى - فان عزموا الطلاق - أي عزموا الطلاق بالإيلاء

فإن كانت اليمين أربعة أشهر فقد انحلت ، وإن كانت مؤبدة فإن عاد
فتروجها عاد الإيلاء على الوجه الذي بيننا ، فإن وطئها في الأربعة الأشهر
من وقت التزوج حنث وإلا وقعت أخرى ، فإن عاد فتروجها فكذلك ،
فإن تزوجها بعد زوج آخر فلا إيلاء ، فإن وطئ كفر للحنث ؛ وأقل
مدة الإيلاء في الحررة أربعة أشهر ، ومدة إيلاء الأمة شهران ؛ وإن آلى
من المطلقة الرجعية فهو مول ، ومن البائنة لا ،

السابق وهي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ، وعنه وعن ابن عباس رضي الله عنهم :
عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر من غير فيء . وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه - فإن
فاعوا فيهن - أي في الأربعة الأشهر ، ولأنه تعالى قال - للذين يؤلون - ثم قال - فإن فاعوا ،
وإن عزموا الطلاق - وهذه الفاء للتقسيم ، فأحد القسمين يكون في المدة وهو النوى ،
والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى - وإذا طلقتم النساء - ثم قال - فأمسكوهن بمعروف
أو سرحوهن - لما ذكر المدة وجاء بالفاء كان للتقسيم ، وكان الإمساك وهو الرجعة
في المدة والتسريح وهو البينة بعدها فكذلك هنا . قال (فإن كانت اليمين أربعة أشهر
فقد انحلت) لانقضاء المدة (وإن كانت مؤبدة ، فإن عاد فتروجها عاد الإيلاء على الوجه
الذي بيننا) لبقاء اليمين ، لأن اليمين لا تنتهي إلا بالحنث أو بمضي المدة المؤقتة ، وإنما لم يقع
طلاق آخر قبل التزوج ، لأن الحرمة مضافة إلى البينة لآلى الإيلاء فلم يوجد المنع باليمين
فاذا تزوجها ارتفعت الحرمة الثابتة بالبينة وبقيت حرمة الإيلاء ، فوجد منع الحق فترتب
عليه حكمه (فإن وطئها في الأربعة الأشهر من وقت التزوج حنث وإلا وقعت أخرى)
لما بيننا (فإن عاد فتروجها فكذلك) لما مر (فإن تزوجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) معناه :
أنه لا يقع الطلاق بمضي المدة لانتهاء ما كان يملكه من الطلاق في النكاح الأول وفيه خلاف
زفر وقد تقدم ، إلا أن اليمين باقية لعدم الحنث (فإن وطئ كفر للحنث) قال (وأقل مدة
الإيلاء في الحررة أربعة أشهر) فلو آلى أقل من أربع أشهر لا يكون موليا ، لقول ابن عباس
رضي الله عنهما : لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ، ولما مر (ومدة إيلاء الأمة شهران) لما
عرف أن الرق منصف ، وأنها مدة ضربت للبينة فتتنصف كالعدة ، والآية تناولت
الحرائر دون الإماء ، لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء
لأن معنى الأزواج في الإماء ناقص ، لأن للمول أن يستخدمها ولا يبيتها بيت الزوج ،
والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل ، فإن أعتقت في مدة الإيلاء تصير أربعة أشهر
كما في العدة . قال (وإن آلى من المطلقة الرجعية فهو مول ، ومن البائنة لا) لقيام الزوجية

وإن قال : لأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول ؛ ولو قال : لأقربك سنة إلا يوما فليس بمول (ز) ،

وحل الوطء في الأولى على ما بينا دون الثانية ، فكانت الأولى من نسأهم دون الثانية ؛ ولو حلف لا يقرب زوجته وأمه ، أو زوجته وأجنبية لا يصير موليا ما لم يقرب الأجنبية أو أمته ، فاذا قربها صار موليا ، لأنه لا يمكنه قربانها بعد ذلك إلا بالكفارة ؛ ولو قال لهما : لأقرب إحداكما لا يكون موليا كما إذا قال لزوجه وأمه : إحداكما طالق ، فان قرب إحداهما لزمته الكفارة للحنث ؛ ولو قال لهما : لأقرب واحدة منكما كان موليا من امرأته ، لأن النكحة في النفي تعم ، ولو قرب واحدة منهما حنث ؛ ولو قال : أنت عليّ مثل امرأة فلان ، وقد كان فلان آلى من امرأته ، فان نوى الإيلاء كان موليا وإلا فلا ؛ ولو قال : أنت عليّ كالمتة ونوى العيين يكون موليا لأنه بمنزلة الكناية ؛ ولو آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك في إيلاء هذه لا يصير موليا ، بخلاف الطلاق والظهار ، لأنه لو اشتركا في الإيلاء يتغير حكم الإيلاء وهو لزوم الكفارة بقربان الأولى وحدها ، وإذا صح الاشتراك لا تجب الكفارة ما لم يقربهما ، ولا يمكن تغيير العيين بعد انعقادها ، ولا كذلك الطلاق والظهار . وعن الكرخي : لو قال لامرأته : أنت عليّ حرام ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان موليا منها ، لأن إثبات الشركة هنا لا يغير موجب العيين وهو إثبات الحرمة ، فانه لو قال : أنتا عليّ حرام كان موليا من كل واحدة منهما على حدة ، ويلزمه بوطء كل واحدة كفارة ، بخلاف قوله : والله لأقربكما لأنه إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لا يتحقق إلا بقربانها ؛ وإذا آلى العبد من امرأته فملكته لا يبقى الإيلاء ، فلو باعته أو أعتقته ثم تزوجها عاد الإيلاء كما إذا حلف بعق عبده إن وطئها فباعه ثم استردّه عاد الإيلاء ؛ ولو قال : إن قربتك فكلّ مملوك أملكه في المستقبل حرّ فهو مول . وقال أبو يوسف : لا يكون موليا لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن يقربها ولا يتملك مملوكا أصلا . ولهما أنه لا يقدر على الامتناع عن جميع أسباب التمليكات كالإرث ، إذ في الامتناع عن الجميع مشقة ومضرة ، وعلى هذا لو قال : فكل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وعلى هذا إذا علق وطأها بعق عبد بعينه ، لأبي يوسف أنه يقدر على وطئها بغير شيء يلزمه بأن يبيعه ثم يطأها . ولهما أنه لا يوصل إلى ذلك إلا بالحنث غالبا أو بالبيع وأنه مشقة أيضا (وإن قال : لأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول) لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ؛ ولو سكت ساعة ثم قال : وشهرين بعد الشهرين الأولين لا يكون موليا ، لأن ابتداء العيين الثانية حين حلف فقد تخلل بين الأربعة الأشهر وقت ليس موليا فيه فلم توجد مدة الإيلاء . قال (ولو قال : لأقربك سنة إلا يوما فليس بمول)

وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ ، أَوْ هُوَ مَجْبُوبٌ ،
أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُمَا مَسِيرَةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَجْبُوسًا لَا يَقْدِرُ
عَلَيْهَا ، فَقَالَ فِي مَدَّةِ الْإِبْلَاءِ : فِئْتُ إِلَيْهَا سَقَطَ الْإِبْلَاءُ إِنْ اسْتَمَرَ الْعُذْرُ
مِنْ وَقْتِ الْحَلْفِ إِلَى آخِرِ الْمَدَّةِ ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَى الْجِمَاعِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْمَدَّةِ
لَزِمَهُ الْفَسْخُ بِالْجِمَاعِ ؛

خلافًا لزرفر ، وهو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به : ولنا أنه
يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وذلك في اليوم المستثنى وهو يوم منكر له أن يجعله أى
يوم شاء ، فإن قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر صار موليا لسقوط الاستثناء بخلاف
الإجارة لأنه يصرف إلى آخر السنة تصحيحا لها لأنها لا تصح مع التنكير .

فصل

(وإذا كان أحد الزوجين مريضا لا يقدر على الجماع ، أو هو مجبوب ، أو هي رتقاء ،
أو صغيرة ، أو بينهما مسيرة أربعة أشهر ، أو مجبوسا لا يتبدر عليها ، فقال في مدة الإبلاء :
فئت إليها سقط الإبلاء إن استمر العذر من وقت الحلف إلى آخر المدّة) روى ذلك عن
ابن مسعود رضی الله عنه .

اعلم أن النوى عبارة عن الرجوع ، يقال : فاء الظلّ : إذا رجع ، ولما قصد المولى
باليمين منع حقها من الوطاء سمي الرجوع عنه فيئا ، قال تعالى - فان فاءوا - أى رجعوا عن
قصدهم ، والنوى نوعان بالجماع والقول عند عدمه ؛ فالنوى بالجماع يُبطل الإبلاء في حقّ
الطلاق والحنث جميعا ، والنوى باللسان بدل عن النوى بالجماع في إبطال الطلاق دون الحنث
حتى لو قربها بعد ذلك لزمته الكفارة ؛ والبدل إنما يعتبر حالة العجز عن الأصل فيعتبر
العجز عن الجماع مستداما من وقت الإيلاج إلى تمام المدّة ، حتى لو قدر على الجماع
في بعض المدّة ففيوه الجماع لاغير ، لأنه لما قدر عليه ولم يفعله فالتقصير جاء من قبله
فلا يعتبر عاجزا ، روى ذلك عن عليّ وابن عباس وابن مسعود وجماعة من التابعين رضی
الله عنهم . وصفة النوى أن يقول : فئت إليك أو رجعت إليك . وروى الحسن عن أبي حنيفة
أنه يقول : شهدوا أن قد فئت إلى امرأتى وأبطلت إيلاءها ، وهذه الشهادة احتياطا احترازا
عن التجاحد لاشرطا ، وهذا لأنه أوحشها بالكلام بذكر المنع فيرضيها بالرجوع عنه حقيقة
بالوطء . فاذا لم يقدر عليه يرضيها بغاية ما يقدر عليه وهو الوعد باللسان فيرتفع الظلم
(فاذا قدر على الجماع بعد ذلك في المدّة لزمه النوى بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل
حصول المقصود بالحلف ؛ ولو آلى من امرأته وبينهما أقلّ من أربعة أشهر إلا أنه يمنع

وَأِنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ ، فَانْ أَرَادَ الْكُذْبَ صَدَقَ ، وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةً بَائِنَةً ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ فَظَّهَارٌ (م) وَإِنْ أَرَادَ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ يُرِدْ شَيْئًا فَهُوَ إِبْلَاءٌ .

باب الخلع

وَهُوَ أَنْ تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا بِمَالٍ لِيُخْلَعَ بِهَا ، فَإِذَا فَعَلَا لَزِمَتْهَا الْمَالُ وَوَقَعَتْ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً ،

السلطان أو العدو أو كان أحدهما محرما واستمر الإحرام أربعة أشهر لا يصبح فيوؤه إلا بالجماع لأنه قادر عليه . وقال زفر : في الإحرام فيوؤه القول ، لأن المنع من جهة الشرع وهو الحزمة فكان عذرا . قلنا الحرمة حق الشرع ، والوطء حقها ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره . قال (وإن قال لامرأته : أنت علي حرام فإن أراد الكذب صدق) لأنه حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق لأنه يمين ظاهرا (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) لأنه من الكنايات (وإن نوى الثلاث فثلاث) وقد مر (وإن أراد الظهار فظهار) لأن في الظهار نوع حرمة وقد نواه بالمطلق فيصدق لأنه من باب الحجاز . وقال محمد : لا يكون ظهرا لعدم التشبيه بالحرمة (وإن أراد التحريم أو لم يرد شيئا فهو إبلاء) لأن تحريم الحلال يمين هذا هو الأصل وموضعه كتاب الأيمان ، والمتأخرون من أصحابنا صرفوا لفظة التحريم إلى الطلاق حتى قالوا يقع بغير نية ، وأحقوه بالصريح لكثرة الاستعمال فيه والعرف .

باب الخلع

وهو في اللغة : القلع والإزالة ، قال تعالى - فاخلع نعليك - ومنه خلع القميص إذا أزاله عنه ، وخلع : الخلافة : إذا تركها وأزال عنه كلفها وأحكامها . وفي الشرع : إزالة الزوجية بما تعطيه من المال ، وهو في إزالة الزوجية بضم الخاء ، وإزالة غيرها بفتحها ، كما اختص إزالة قيد النكاح بالطلاق وفي غيره بالإطلاق . قال (وهو أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به ، فإذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة) والأصل في جوازه قوله تعالى - فان خفتم أن لا يقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به - وإنما تقع تطليقة بائنة لقوله عليه الصلاة والسلام « الخلع تطليقة بائنة » ولأنه كناية فيقع به بائنا لما مر ولا يحتاج إلى نية ، إما لدلالة الحال ، أو لأنها ما رضيت ببذل المال إلا لتملك نفسها وتخرج من نكاحه ، وذلك بالبينونة وهو مذهب عمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم والخلع من جانبه تعليق الطلاق بقبولها فلا يصبح رجوعه عنها ، ولا يبطل بقيامه من المجلس

وَيُكْرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِزَ ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِزَةَ كُرْهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا حَلَّ لَهُ ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَتَقَبَّلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا وَيَلْزَمُهَا الْمَالُ بِالْإِزْمَامِ ، وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ ، فَذَا بَطَلَ الْبَدَلُ فِي الْخُلْعِ كَانَ بَائِنًا وَفِي الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ؛

ويصحّ مع غيبتها ، فإذا بلغها كان لها خيار القبول في مجلس علمها ، ويجوز تعليقه بالشرط والإضافة إلى الوقت كقوله : إذا قدم فلان أو إذا جاء فلان فقد خالعتك على ألف يصحّ ، والقبول لئها إذا قدم فلان أو جاء غد ، والخلع من جانبها تمليك بعوض كالبيع فيصحّ رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها من المجلس ، ولا يتوقف حال غيبته ، ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا الإضافة إلى وقت ؛ ولو خالعتها بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل ، وإن قال على أنها بالخيار فكذاك عندهما لأن الخلع طلاق ويمين ولا خيار فيهما . وعند أبي حنيفة الخيار لها صحيح ، فان ردتّه في الثلاث بطل الخلع ، لأن الخلع طلاق من جانبها تمليك من جانبها فيجوز الخيار لها دونه . قال (ويكره أن يأخذ منها شيئاً إن كان هو الناشز) قال تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهنّ قطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً - فحملناه على الكراهية عملاً بالنصّ الأوّل ، وقيل هي نهى توييح لا تحريم (وإن كانت هي الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاه) لما روى « أن جميلة بنت عبد الله بن أبي ابن سلول ، وقيل حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله لأنا ولا هو ، فأرسل رسول الله إلى ثابت ، فقال : قد أعطيتها حديقة ، فقال لها : أتردين عليه حديقته وتملكين أمرك ؟ فقالت نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا ، فقال عليه الصلاة والسلام : يا ثابت خذ منها ما أعطيتها ولا تزدد وخلّ سبيلها ، ففعل وأخذ الحديقة ، فنزل قوله تعالى - ولا يحلّ لكم أن تأخذوا مما آتيتموهنّ شيئاً - إلى قوله - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - ، (وإن أخذ منها أكثر مما أعطاه حلّ له) بمطلق الآية . قال (وكذلك إن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق بائناً) لما قلنا (ويلزمها المال بالتزامها) ولأنه ما رضى بالطلاق إلا ليسلم له المال المسمى ، وقد ورد الشرع به فيلزمها . قال (وما صلح مهراً صلحاً بدلاً في الخلع) لأن البضع حال الدخول متقومٌ دون حال الخروج ، فإذا صلح بدلاً للمتقوم فلأن يصلح لغير المتقوم أولى . قال (فإذا بطل البدل في الخلع كان بائناً ، وفي الطلاق يكون رجعيًا) وذلك مثل أن يخالعتها على خمر أو خنزير أو ميتة ونحوه ؛ أما وقوع الطلاق فلازله علقه بقبولها وقد وجد ؛ وأما البينونة في الخلع فلازله كناية ، والرجعيّ في الطلاق

وَأَنَّ قَالَتْ : خَالِعِنِي عَلَى مَا فِي يَدِي وَلَيْسَ فِي يَدِي شَيْءٌ فَلَا شَيْءٌ عَالِيهَا ٤
وَلَوْ قَالَتْ : عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ مَالٍ ، أَوْ عَلَى مَا فِي بَيْتِي مِنْ مَتَاعٍ وَلَا شَيْءٌ
فِي يَدِي وَلَا مَتَاعٍ فِي بَيْتِي رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا ؛ وَلَوْ خَلَعَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى
مَالِهَا لَا يَلْزِمُهَا شَيْءٌ ، وَفِي الْكَبِيرَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا ، وَلَوْ ضَمَّنَ الْمَالَ
لِزِمَهُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ؛

لأنه صريح ولا يجب للزوج عليها شيء ، لأن البضع لا قيمة له عند الخروج وهي ما سمت
له مالا فيغتر به ، ولأنه لا سبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الالتزام ، بخلاف
النكاح ، لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ومهر المثل كالمسمى شرعا ، وبخلاف ما إذا
خالعها على هذا الدن من الخلق فاذا هو خمر لأنها سمت له مالا فاغتر به ، وبخلاف العتق
والكتابة على خمر حيث تجب قيمة العبد لأنه ملك متقوم وما رضى بخروجه بغير عوض ،
ولا كذلك البضع حالة الخروج على ما بينا ؛ ولو خلعها على عبد فاذا هو حر رجع بالمهر .
وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا ؛ ولو خلعها على ثوب ولم يسم جنسه ، أو على دابة
فله المهر ، وفي العبد الوسط كما في المهر ، وكذا على ثوب هروى فطلع مرويا يرجع بهروى
وسط ، ولو خلعها على دراهم معينة فاذا هي ستوقه رجع بالحياد ، ولا يرد بدل الخلع
إلا بعب فاحش كما في المهر ؛ ولو خلعها بغير مال وقال لم أنو الطلاق صدق لأنه كناية ،
ولا يصدق إذا كان على مال ، لأن البدل لا يجب إلا بالبينونة (وإن قالت : خالعي على
ما في يدي وليس في يدي شيء فلا شيء عليها) وكذا لو قالت : على ما في بيتي ولا شيء
في بيتي لأنها لم تسم المال لم تغره (ولو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي
من متاع ولا شيء في يدي ولا متاع في بيتي ردت عليه مهرها) والأصل في ذلك أنه متى
أطمعته في مال متقوم فلم يسلم له لفقده وعدمه رجع عليها بالمهر لأنها غرتة حيث أطمعته
في مال ، والمغرور يرجع على الغار بالبدل ، فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه
مجانا فيلزمها أداء البدل وهو ملك البضع ، وقد عجزت عن ردة فيلزمه ردة قيمته وهو
المهر ؛ ولو خالعها بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شيء من المهر لزمها ردة المهر ،
وإن علم الزوج أن لامهر لها عليه ولا متاع لها في البيت لا يلزمها شيء ؛ ولو قالت : على
ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ولا شيء في يدي لزمها ثلاثة دراهم لأنها سمت اندراهم
وأقل الجمع ثلاثة . قال (ولو خلع ابنته الصغيرة على مالها لا يلزمها شيء) لأنه لا نظر
لها فيه ، إذ البدل متقوم والمبدل لا قيمة له على ما بينا (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها)
لأنه لا ولاية له عليها فصار كالفضولي (ولو ضمن المال لزمه في المسألتين) لأن شرط بدل
الخلع على الأجنبية جائز فعلى الأب أولى ؛ ولو اختلعت الصغيرة نفسها على صداقها وقع

وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَلَوْ
عَالَتْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ
لَهَا : طَلَّقْتَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقْتَنِي وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛
وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَبِلْتِ طَلَّقْتِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) ،

الطلاق لأنه علقه بقبولها ، ولا يسقط الصداق لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضر
ولو خلعها أبوها على صداقها لا يسقط ، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق ، وإن
قبل الأب فيه روايتان : في رواية لا يقع لأنه كالأجنبي إذا لم يصف البدل إلى نفسه ،
ويحتمل أن الخلع مضرّة بها فلا يقوم قبوله مقام قبولها . وفي رواية يقع لأنه نفع محض
بالخلاص عن عهده فصار كقبول الهبة ، ولو ضمن الأب الصداق رجوع الزوج عليه وإلا
فلا ، وكذلك الأجنبي لأنه متى ضمن البدل فالخلع يتم بقبوله لا بقبولها لأنه يجب البدل عليه
بالتزامه من ملكه ولا يجب عليه إلا إذا وقع العقد معه . قال (ولو قالت : طلقني ثلاثا
بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف ، ولو قالت : على ألف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها وهي رجعية) وقالوا : هما سواء لأن على كالباء في المعاوضات ، لأن قوله أحمل
هذا بدرهم وعلى درهم سواء . ولأبي حنيفة أن حرف الباء للمعاوضة وهي تصحب الأعواض
فينقسم العوض على المعوض ، وإذا وجب المال كانت بائنة ، أما على فإنها للشرط
قال تعالى - يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا - أى بهذا الشرط ، وكذا لو قال : أنت
طالق على أن تدخل الدار كان شرطا ، والمشروط لا ينقسم على أجزاء الشرط ، لأن وجوب
الألف صار معلقا بالتطليق ثلاثا فلا يلزم قبله ، لأن المعلق عدم قبل وجود الشرط ، وإذا
لم يجب المال فقد طلقها بصريح الطلاق فكانت رجعية (ولو قال لها : طلق نفسك ثلاثا
بألف أو على ألف فطلقته واحدة لم يقع شيء) لأنه ما رضى بالبينونة إلا ليسلم له جميع
الألف بخلاف المسألة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بالألف فلأن ترضى ببعضها كان
أولى (ولو قال لها : أنت طالق وعليك ألف فقبلت طلقت ولا شيء عليها) وكذلك إن
لم تقبل ، وقالوا : إن قبلت فعليها الألف ، وإلا لا شيء عليها ، لأن هذا الكلام يستعمل
للمعاوضة ، يقال : اعمل هذا ولك درهم كقوله بدرهم ، وله أن قوله وعليك ألف
لا ارتباط له بما قبله ، إذ الأصل ذلك ولا دلالة على الارتباط ، لأن الطلاق يوجد بدون
المال . بخلاف البيع والإجارة فانهما لا ينفكان عن وجوب المال ؛ ولو قال لعبده : أنت
حرّ وعليك ألف فعلى الخلاف ؛ ولو قالت له : اخلعني على ألف فقال مجيبا لها : أنت
طالق كان كقوله خلعتك ؛ ولو قال : بعث منك طلاقك بمهرك ، فقالت : طلق
نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ؛ ولو قال : بعث منك تطليقة ، فقالت

والمبارأة كالحلحع يسقطان كل (سم) حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء ويعتبر حلع المريضة من الثلث .

اشترت نفع واحدة رجعية مجانا لأنه صريح . قال (والمبارأة كالحلحع يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء) ولو لم تقبض شيئا لا ترجع عليه بشيء ؛ ولو خالعا على مال آخر لزمها وسقط الصداق . وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سماه وأبو يوسف معه في الحلح ومع شيخه في المبارأة . لمحمد أنه تعدر العمل بحقيقة اللفظين على ما يأتي فجعلنا كناية عن الطلاق على مال فلا يجب إلا ما سماه . ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة وقضيته البراءة من الجانين مطلقا ، إلا أنا اقتصرنا على ما وقعت المبارأة لأجله وهو حقوق النكاح . أما الحلح فيقتضى الانحلاع ، وقد حصل الانحلاع من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه . ولأبي حنيفة أن الحلح عبارة عن الانحلاع والانتزاع على ما مر في أول الباب ، والمبارأة كما قال أبو يوسف تقتضى الانحلاع والبراءة من الجانين ، ونفس النكاح لا يحدث الانحلاع والبراءة ، وحقوقه تقبل ذلك فتقع البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الحلح وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين ، أو نقول يعمل باطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض ، ولو وقع الحلح بلفظ البيع والشراء فالأصح أنه يوجب البراءة عند أبي حنيفة ولو اختلعا ولم يذكر المهر ولا بدلا آخر فالصحيح أنه يسقط ما بقي من المهر وما قبضته فهو لها ، وإن ذكرا نفقة العدة سقطت وإلا فلا لأنها لم تجب بعد ، ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهي متونة الرضاع إلا بالشرط لأنها لم تجب لها ، فان شرط البراءة منها في الحلح ووقتا بأن قال إلى سنة أو سنتين سقطت ، فان مات الولد قبل تمام المدّة رجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدّة ، والحيلة لعدم الرجوع أن يقول : خالعتك على كذا ، أو على نفقة الولد إلى سنتين ، فان مات في بعض المدّة فلا رجوع لى عليك . قال (ويعتبر خلع المريضة من الثلث) لأنه لا قيمة للبضع عند الخروج ، وليس من الحوائج الأصلية فكان كالوصية ، وهذا إذا ماتت بعد العدة أو قبل الدخول ؛ فأما إذا ماتت وهي في العدة فلزوج الأقل من الميراث ، ومن المهر إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من ميراثها ومن الثلث .

فصل

إذا اختلعت المكاتبه لزمها المال بعد العتق لأنه تبرع ، وسواء كان باذن المولى أو بغير

باب الظهار

وَهُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتُهُ أَوْ عُضْوًا يُعْتَبَرُ بِهِ عَنِ بَدَنِهَا أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا
بِعُضْوٍ لَا يَجِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْ أَعْضَاءِ مَنْ لَا يَجِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ؛
وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الْجِمَاعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يَكْفَرَ ،

إذنه لأنها محجورة عن التبرعات ؛ ولو اختلعت الأمة وأم الولد بإذن المولى لزمهما للحال
وإذا خلع الأمة مولاهما من زوجها الحرّ على رقبتهما صحّ الخلع بغير شيء ؛ ولو كان الزوج
مكاتباً أو عبداً أو مديراً جاز الخلع وصارت أمة للسيد ، والفرق أنها تصير مملوكة للمولى
فلا يفسخ النكاح ، وفي الحرّ لو صارت مملوكة له بطل النكاح فيبطل الخلع .
أمتان تحت حرّ خلعهما المولى على رقبة إحداهما بعينها بطل الخلع فيها وضح في الأخرى
ويقسم الثمن على مهرهما ، فما أصاب مهر التي صحّ خلعها فهو للزوج من رقبة الأخرى ،
ولو خلع بكل واحدة منهما على رقبة الأخرى وقع الطلاقان باتنين بغير شيء ، لأنه قارن
وقوع الطلاق على كل واحدة وقوع الملك في رقبتهما فتعدّر إيجاب العوض ، ولو طلق
كل واحدة على رقبة صاحبتهما يقع رجعيًا .

باب الظهار

وهو في اللغة مشتق من لفظ الظهر ، يقال : ظاهر يظاهر ظهارا ، وأصله قول الرجل
لامرأته : أنت على كظهر أمي ، ثم انتقل إلى غيره من الأعضاء ، وإلى غيرها من الحرمات
(وهو أن يشبه امرأته أو عضوا يعبر به عن بدنها) كالرأس والوجه (أو جزءا شائعا منها)
كالثالث والربع (بعضو لا يجل النظر إليه) كالظهر والخذ والبطن والفرج ، لأن الكل
في معنى الظهر في الحرمة (من أعضاء من لا يجل له نكاحها على التأييد) كأمه وبنته وجدته
وعمته ونخالته وأخته وغيرهن من الحرمات على التأييد ، لأن لكل كالألم في تأييد الحرمة
(وحكمه : حرمة الجماع ودواعيه حتى يكفر) تجرزا عن الوقوع فيه كما في الإحرام ،
بخلاف الحيض فإنه يكفر وقوعه فيحرج ولا كذلك الظهار ، وكان في الجاهلية طلاقا
فجعله الشرع موجبا حرمة متناهية بالكفارة . والأصل فيه حديث نحوه بنت ثعلبة ، وقيل
بنت خويلد كانت تحت أوس بن الصامت وكانا من الأنصار فأرادها فأبى عليه ، فقال :
أنت على كظهر أمي فكان أول ظهار في الإسلام ، ثم ندم وكان الظهار طلاقا في الجاهلية ،
فقال : ما أظنك إلا قد حرمت على ، فقالت : والله ما ذاك بطلاق ، فأنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أوسا تزوجني وأنا شابة غنية ذات مال وأهل ، حتى

إن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى ، والعود الذي تجب به الكفارة
أن يعزم على وطئها ، ويتبغى لها أن تمنع نفسها منه وتطالبه بالكفارة
ويجبره القاضي عليها ، ولو قال : أنت على مثل أمي أو كأمي ،

إذا أكل مالى وأفنى شبابي وتفرق أهلى وكبرت سنى ظاهر منى وقد ندم ، فهل من شىء
يجمعنى وإياه تنعشنى به ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : حرمت عليه ، فجعلت تراجع رسول
الله صلى الله عليه وسلم ، وإذا قال لها : حرمت عليه هتفت وقالت : أشكو إلى الله فاقى
وشدة حالى ، وأن لى صبية صغارا إن ضممتهم إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم لى جاعوا ،
وجعلت تقول : اللهم إنى أشكو إليك ، اللهم فأنزل على لسان نبيك ، فغشى رسول
الله صلى الله عليه وسلم الوحى كما كان يتغشاها ، فلما سرى عنه قال : يا خولة قد أنزل الله
فيك وفى أوس قرآنا وتلا - قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها - الآيات ، والظهار
جائز ممن يجوز طلاقه من المسلمين لأن كل واحد منهما يوجب حرمة الزوجة ، ولا يكون
من المطلقة نائنا لأنها حرام عليه . قال (فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى) لما روى
ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا ظاهر من امرأته فرأى خلخالها فى القمر فوق غلبها ،
ثم حاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك ، فقال له استغفر الله تعالى ولا تعد حتى
تكفر ، ولأ - فعل فعلا محرما والأفعال المحرمة توجب الاستغفار ولا شىء عليه غيره ، لأنه
لو كان لينه عليه الصلاة والسلام ، ولا يحل قربانها بعد زوج آخر ولا بملك اليمين حتى
يكفر لقوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يماس - قال (والعود الذى تجب به الكفارة أن
يعزم على وطئها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تعد حتى تكفر » نهى عن الوطء إلى
غاية التكفير فتنهى حرمة الوطء بالتكفير (ويتبغى لها أن تمنع نفسها منه لأنه حرام وتطالبه
بالكفارة ويجبره القاضي عليها) إيفاء لحقها ، وكل ما لا يصدق القاضى فيه لا يسع المرأة أن
تصدق فيه ، فلو قال أردت الإخبار عما مضى بكذب لم يصدق قضاء وصدق ديانة ؛
ولو قال : أنا منك مظاهر ، أو ظاهرت منك يصير مظاهرا لأنه صريح فيه ؛ ولو شبهها
بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه أو بابتة مزنيته فهو مظاهر عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على
أن القاضى إذا قضى بجواز نكاحها ينفذ عند محمد خلافا لأبى يوسف . وسئل محمد عن
المرأة تقول لزوجها : أنت على كظهر أمى ؟ قال : ليس بشىء ، لأن المرأة لا تملك التحريم
كالطلاق . وسئل أبو يوسف فقال : عليها الكفارة ، لأن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهى
من أهل الكفارة فصيح أن توجبها على نفسها . وسئل الحسن بن زياد فقال : هما شيخان الفقه
أخطئا ، عليها كفارة يمين ، لأن الظهار يقتضى التحريم فكأنها قالت لزوجها : أنت على
حرام ، فيجب عليها كفارة يمين إذا وطئها (ولو قال : أنت على مثل أمى أو كأمى)

فَإِنْ أَرَادَ الْكَرَامَةَ صُدِّقَ ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ فَظَهَارٌ ، وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ لِنِسَائِهِ : أَنْتَنَ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّي فَعَلْتَنِي لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، وَإِنْ ظَاهَرَ مَتَهَا مِرَارًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي مَجَالِسٍ فَعَلْتَنِي لِكُلِّ ظَهَارٍ كَفَّارَةٌ .
وَالْكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزَى فِيهَا مُطْلَقَ الرَّقَبَةِ السَّلِيمَةِ ، وَلَا يُجْزَى الْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ

فهو كناية يرجع إلى نيته (فإن أراد الكرامة صدق) لأن ذلك من احتمالات كلامه وهو مشهور بين الناس (وإن أراد الظهار فظهار) لأنه شبهها بجميها ، وفي ذلك تشبيه بالعضو المحرم فيصح عند نيته (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) ويصير تشبيها لها في الحرمة كأنه قال : أنت على حرام (وإن لم يكن له نية فليس بشيء) لأنه كناية يحتمل وجوها فلا يتعين أحدها إلا بمرجح . وقال محمد : هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو ظهار ، فالتشبيه بالكل أولى . وعن أبي يوسف إن كان في حالة الغضب فهو ظهار ، وإن غنى به التحريم فهو إيلاء لإثباتنا لأدنى الحرمتين . وعند محمد ظهار ، وقيل ظهار بالإجماع . وإن نوى الكذب قال محمد في نواذر هشام : يدين إلا أن يكون في حالة الغضب فهو يمين ؛ وإن قال : أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا فظهار للتشبيه ، وإن نوى طلاقا فطلاق للتحريم ، وإن نوى التحريم فظهار ، وإن لم يكن له نية فإيلاء . وعند محمد ظهار وقد مر وجهها (ولو قال لنسائه : أنتن على كظهر أمي فعليه لكل واحدة كفارة) لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهن بإضافة الظهار إليهن ، كما إذا قال : أنتن طوالق تطلق كل واحدة منهن ، وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهن تثبت الحرمة في كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد الحرمة (وإن ظاهرها ميرا في مجلس واحد أو في مجالس فعليه لكل ظهار كفارة) كما في تكرار اليمين . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال لامرأته : أنت على كظهر أمي مائة مرة وجبت عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرة .

فصل

(والكفارة عتق رقبة) قبل المسيس للنص (يجزى فيها مطلق الرقبة السليمة) فينتقل على المسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير عملا بالإطلاق ، وهو قوله تعالى - فتحري رقة - والرقبة عبارة عن الذات المرفوقة المملوكة من كل وجه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى السليمة ، فن قيدها بوصف زائد فقد زاد على النص فإرد عليه . قال (ولا يجزى المدبر وأم الولد) لأن الرق فيهم ناقص لاستحقاقهم العتق بجهة أخرى ،

وَالْمُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَلَا مَقْطُوعُ الْيَدَيْنِ أَوْ لِإِبَاهِمَا
أَوْ الرَّجْلَيْنِ ، وَلَا الْأَعْمَى وَلَا الْأَصْمُ وَلَا الْأُخْرَسُ وَلَا الْمَجْنُونُ الْمَطْبُوقُ وَلَا
مَعْتَقُ الْبَعْضِ ؛ وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ يُتَوَى الْكُفَّارَةَ أَجْزَأَهُ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ
نِصْفَ عَبْدِهِ ثُمَّ جَامَعَهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ لَمْ يُجْزِهِ (سم) ، وَإِنْ لَمْ يُجَامِعْ بَيْنَ
الْإِعْتَاقَيْنِ أَجْزَأَهُ ؛

(و) لا (المكاتب الذي أدى بعض كتابته) لأنه يشبه العتق ببدل ، ويجوز المكاتب الذي
لم يؤد شيئاً ، لأن الرق قائم به ، قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم »
وما ذكرناه من المعنى فيمن أدى البعض منتف ، علي أنه روى عن أبي حنيفة أنه يجوز من
أدى البعض أيضاً لأنه عبد بالحديث حتى لو فسخت الكتابة عاد رقيقاً ، بخلاف أم الولد
والمدبر فإن ذلك لا يفسخ أصلاً . قال (ولا مقطوع اليدين أو لإباهمها أو الرجلين ، ولا
الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المجنون المطبق) لأن جنس المنفعة نفوت في هؤلاء ،
وهو البطش والسعي والسمع والبصر والانتفاع بالحوارج بالعقل والمجنون فائت المنفعة ،
وبطش اليدين بالإيهامين بفوتهما نفوت جنس المنفعة وأنه مانع ؛ لأن قيام الرقية بقيام المنفعة
وإذا فأت جنس المنفعة صارت الرقية هالكة من وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها الاسم ،
أما إذا احتلت المنفعة فليس بمانع ، لأن العيب القليل ليس بمانع لتعذر الاجترار عنه ،
وذلك كالأعمور ومقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز إذا
قطعا من جانب واحد لفوات جنس منفعة الشيء ، ولا يجوز المعتوه والمفلوج اليابس
الشق لما بينا ، وثلاثة أصابع من اليد لها حكم الكل ، ويجوز عتق الخصى والمحجوب لأن
ذلك يزيد القيمة لا ينقصها ، ويجوز مقطوع الأذنين لأنه لا ضرر فيه ، ويجوز مقطوع
الشفتين إن كان يقدر على الأكل وإلا فلا (ولا) يجوز (معتق البعض) لأنه ليس برقية
كاملة . قال (وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي الكفارة أجزاءه) لأن شراء القريب إعتاق ،
قال عليه الصلاة والسلام « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه » أخبر
عليه الصلاة والسلام أن الابن قادر على إعتاق الأب فيكون قادراً تصديقا له فيما أخبر ،
ولا يقدر على إعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لأنه يعتق عليه بالشراء ، فيكون
نفس الشراء إعتاقاً ، فإذا نوى بالشراء الكفارة يصير إعتاقاً عن الكفارة فيصح ويجزئه
(وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه) عنده . وعندهما يجزئه بناء على
تجزئ الإعتاق ، فعندهما لما أعتق نصفه كان إعتاقاً للجميع ، وعنده لا فقد أعتق النصف
قبل المسيس والتصف بعده ، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس فلا يجزئه فيستأنف
عتق رقية أخرى (وإن لم يجامع بين الإعتاقين أجزاءه) بالإجماع ، أما عندهما فظاهر ،

وَالْعَبْدُ لَا يُجْزئُهُ فِي الظَّهَارِ إِلَّا الصَّوْمُ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَا يَعْتِقُ صَامَ شَهْرَيْنِ
مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا رَمَضَانُ وَيَوْمَا الْعِيدِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فَإِنْ جَامَعَهَا
فِي الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا بَعْدَ أَوْ بَغَيْرِ عُدْرٍ اسْتَقْبَلَ (س) ،
فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا ، وَيُطْعَمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدَقَةِ
الْفِطْرِ أَوْ قِيمَةِ ذَلِكَ ، فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَاهُمْ جَازَ ،

وأما عنده فلأنه أعتمقه بكلامين ، وما حصل فيه من النقص حصل بسبب الإعتاق للكفارة
وأنه غير مانع ، كما إذا أصابت السكين عين شاة الأضحية وقد أضجعها للذبح ؛ وعلى
هذا لو أعتق نصف عبد مشترك لا يجزئه موسرا كان أو معمرا بناء على ما مر ، وعندهما إن
كان موسرا أجزأه ، لأنه يملك نصيب شريكه بالضمآن وكان معتقا للكل ، وإن كان معمرا
لا يجزئه ، لأن السعاية وجبت للشريك في نصيبه فلم يوجد منه عتق الجميع . قال (والعبد
لا يجزئه في الظهار إلا الصوم) لأنه عاجز عن الإعتاق والإطعام لأنه لا يملك شيئا . قال
عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد إلا الطلاق » . قال (فإن لم يجد) المظاهر (ما يعتق صام
شهرين متتابعين) لقوله تعالى - فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا - .
قال (ليس فيهما رمضان ويوما العيد وأيام التشريق) أما رمضان فلأنه يقع عن القرض
لتعينه على ما مر في الصوم فلا يقع عن غيره ؛ وأما الباقي فلأن الصوم فيها حرام فكان ناقصا
فلا يتأدى به الواجب . قال (فإن جامعها في الشهرين ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بعذر
أو بغير عذر استقبل) لقوله تعالى - من قبل أن يتأسا - وقال أبو يوسف : إن جامع ليلا
عامدا أو نهارا ناسيا لم يستأنف لأن ذلك لا يمنع التتابع حتى لا يفسد به الصوم . وجوابه أن
النص شرط كونه قبل المسيس وأنه ينعدم بالمسيس فيستأنف ، ولو حاضت المرأة في كفارة
الصوم لاستقبل ، وإن أفطرت لمرض استقبلت ، ولو حاضت في كفارة اليمين استقبلت ،
لأن الحيض يتكرر في كل شهر ولا كذلك المرض . وعن محمد : لو صامت شهرا ثم
حاضت ثم أيست استقبلت . وعن أبي يوسف : لو حبلت في الشهر الثاني بنت ، ومن
له دين ليس له غيره ولا يقدر على استخلافه كفر بالصوم ؛ ولو حث موسرا ثم أعسر
أو بالعكس فالمعتبر حالة التكفير ، ولو أيسر في خلال الصوم أعتق كالمثمم إذا وجد الماء
في صلاته . قال (فإن لم يستطع الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فمن لم يستطع
فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كما ذكرنا في صدقة الفطر) لقوله عليه الصلاة والسلام
في حديث سهل بن صخر أو أوس بن الصامت « لكل مسكين نصف صاع من بر » ولأنه
لحاجة المسكين في اليوم فاعتبرت بصدقة الفطر : قال (أو قيمة ذلك) لما مر في دفع القيم
في الزكاة . قال (فإن غداهم وعشاهم جاز) قال تعالى - فإطعام ستين مسكينا - وهو التمكين

وَلَا بَدَّ مِنْ شِبَعِهِمْ فِي الْأَكْلَتَيْنِ ، وَلَا بَدَّ مِنَ الْإِدَامِ فِي خُبْزِ الشَّعِيرِ دُونَ
الْحِنْطَةِ ، وَلَوْ أَطْعَمَ مَسْكِينًا سِتِينَ يَوْمًا أَجْزَأَهُ ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ
عَنِ الْكُلِّ أَجْزَأَهُ عَنْ يَوْمٍ وَاحِدٍ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ ،
وَمَنْ أَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ أَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ مَسْكِينًا
عَنْ كَفَّارَتِي ظَهَارٍ أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ ، وَإِنْ أَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا
كُلَّ مَسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بُرٍّ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدَةٍ (م) ،

من الطعم (ولا بدَّ من شبعهم في الأكلتين) اعتبارا للعادة (ولا بدَّ من الإدام في خبز
الشعير دون الحنطة) لأنه لا يتمكن من الشبع في خبز الشعير دون الإدام فانه قلما ينساع
دونه ، ولا كذلك خبز الحنطة . وعن أبي حنيفة رحمه الله : لو غداهم وعشاهم خبزاً وإداماً
أو خبزاً بغير إدام أو خبز الشعير أو سويقاً أو تمرًا جاز ، ولو غداً ستين وعشاً ستين
غيرهم لم يجزه إلا أن يعيد على ستين منهم غداً أو عشاءً ؛ ويجوز غداً أو عشاءً أو
أو عشاءً وسحور ، وكذا لو غداهم يوماً وعشاهم يوماً آخر لوجود أكلتين مشبعتين ، ولو
عشاهم في رمضان لكل مسكين ليلتين أجزاءً ، والمستحبّ غداً وعشاءً ؛ ولو أطعم كلَّ
مسكين مداً فعليه أن يعطيه مداً آخر ، ولا يجوز أن يعطيه غيرهم لأن الواجب شيئان :
مراعاة عدد المساكين ، والمقدار في الوظيفة لكل المسكين . قال (ولو أطعم مسكيناً واحداً
(ستين يوماً أجزاءً) لأن المعتبر دفع حاجة المسكين وأما تتجدد بتجدد اليوم (وإن أعطاه
في يوم واحد عن الكلِّ أجزاءً عن يوم واحد) لاندفاع الحاجة بالمرّة الأولى ، وهذا لا خلاف
فيه في الإباحة ، فأما التملك منه في يوم واحد في دفعات قيل لا يجزئه ، وقيل يجزئه لأن
الحاجة إلى التملك تتجدد في اليوم مرّات ؛ ولو دفع الكلِّ إليه مرّة واحدة لا يجوز لأن
التفريق واجب بالنص . قال (فإن جامعها في خلال الإطعام لم يستأنف) لأن النصَّ
لم يشترط في الإطعام قبل المسيس ؛ إلا أنا أوجبناه قبل المسيس لاحتمال القدرة على الإعتاق
أو الصوم فيقمان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا ينافي المشروعية . قال (ومن أعتق
رقبتين ، أو صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً عن كفّارتي ظهارٍ أجزاءً
عنهما وإن لم يعين) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى التعيين . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز
عن واحدة منهما ما لم يعتق عن كلِّ واحدة واحدة لأنه لما أعتق عنهما انقسم كلَّ إعتاق عليهما
فيقع العتق أشقاصاً عن كلِّ واحدة ، فلا يجوز كما إذا اختلف الجنس . ولنا أن الواجب
تكميل العدد دون التعيين ، إذ التعيين لا يفيد في الجنس الواحد على ما عرف ، بخلاف
اختلاف الجنس ، لأن التعيين مفيد فيه فيشترط (وإن أطعم ستين مسكيناً كلَّ مسكين
صاعاً من برٍّ عن كفّارتي لم يجزه إلا عن واحدة) وقال محمد رحمه الله : عنهما ، وإن أطعم

وإن أعتق وصام عن كتمارتي ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء .

باب اللعان

ويجب بقذف الزوجة بالزنا أو ينقض الولد إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحد قاذفها وطالبته بذلك ،

ذلك عن ظهار وإفطار أجزاءه عنهما بالإجماع ، وعليه قياس محمد رحمه الله ، وهذا لأن بالمؤدى وفاء بهما ، والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما وصار كما إذا فرق الدفع : ولهما أن النية تعتبر في الجنسين لافي جنس واحد ، وإذا لغت النية في الجنس الواحد بقي أصل النية فيجزى عن الواحدة كما إذا قال عن كفارة ظهار (وإن أعتق وصام عن كفارتي ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاءنة كقاتل يقاتل مقاتلة ، والملاءنة مفاعلة من اللعن ، ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين ، إلا ما شذ كراهقت الحلم وطارقت النعل وعاقبت اللص ونحوه ، وهو لفظ عام . وفي الشرع هو مختص بملاءنة تجرى بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، وهو شهادات مؤكدة بالآيمان موثقة باللعن والغضب من الله تعالى كما نطق به الكتاب ، وقد كان موجب القذف في الحد في الأجنبية والزوجة بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية ففسخ في الزوجات إلى اللعان بقوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - الآية . وسبب ذلك ما روى ابن عباس رضي الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة بشريك بن السمحاء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : رأيت بعيني وسمعت بأذني ، فاشتد ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد بن عباد : الآن يضرب هلال وترد شهادته ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : البينة أو حد في ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ، فجعل صلى الله عليه وسلم يقول : البينة أو حد في ظهرك ، فقال هلال : والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله ما يرى ظهري من الحد ، فزل - والذين يرمون أزواجهم - إلى قوله - إن كان من الصادقين - فلاعن عليه الصلاة والسلام بينهما ، وقال عند ذكر اللعنة والغضب : آمين ، وقال القوم : آمين » . قال (ويجب بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنى الولد) لأنه في معناه . قال (إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحد قاذفها وطالبته بذلك) لأن الركن في الشهادة . قال تعالى

فإن امتنع منه حُبْسٌ حَتَّى يَلْعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَيُحَدِّ ، فإذا لَاعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللَّعَانُ ، وَتُحْبَسُ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ يَمْنُ لَا يُحَدُّ قَازِفُهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانٍ وَيُعْزَرُ .

- ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم . . والشهادة لا تكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها ، فوجوب الشهادة عليهما اشتراط كونهما من أهل الشهادة ، ولا بد من أن تكون من يحد قاذفها ، لأن اللعان في حقها كحد القذف لما أن اللعان عقوبة ، فإن كان كاذبا التحق به كالحد حتى لا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا ، وهو في حقها كحد الزنا لأن الغضب في حقها من الله تعالى عقوبة شديدة يلتحق بها إن كانت كاذبة فقام مقام حد الزنا ، ولهذا لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضي ، ولا بشهادة النساء كالحلود ، ولا بد من طلبها لها لأن الحق كما في حد القذف . وشرط اللعان قيام الزوجية بينهما بنكاح صحيح دون القاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح . قال (فإن امتنع منه حبس حتى يلاعن) لأنه يحد وحب عليه فيحبس فيه بقدرته عليه (أو يكذب نفسه فيحد) لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ، وإذا سقط اللعان وجب عليه الحد ، لأن القذف لا يخلو عن موجب ، فإذا سقط اللعان صرنا إلى حد القذف ، إذ هو الأصل (فإذا لاعن وجب عليها اللعان) بالنص (وتحبس حتى تلاعن) لما بينا (أو تصدقه) فلا حاجة إلى اللعان ولا يجب عليها حد الزنا ، لأن من شرطه الأقارب الأربعة عندنا على ما يأتي بيانه ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله تحد لأن الزاني يحد عنده بالإقرار مرة واحدة ، ويتبدى في اللعان بالزوج لأنه هو المدعى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالزوج ، فلما التعنا فرق بينهما ، فإن التعت المرأة أولا ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع ، فإن فرق بينهما قبل الإعادة جاز لأن المقصود تلاعنها وقد وجد . قال (وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة) بأن كان عبدا أو محدودا في قذف أو كافرا (فعليه الحد) لأن اللعان امتنع لمعنى من جهته فيرجع إلى الموجب الأصلي (وإن كان من أهل الشهادة وهي ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدقته (ويعزر) لأنه آذاها وألحق الشين بها ولم يجب الحد فيجب التعزير حسما لهذا الباب ، ولو كانا محدودين في قذف حد لأن اللعان امتنع من جهته لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين نساؤهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك » وفي رواية « والمسلم تحتة كافرة ، والكافر

وصِفةُ اللعانِ أنْ يَبْتَدِي القاضِي بالزَّوْجِ فَيَشْهَدُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَيَقُولُ فِي الخامِسةِ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنَّ كانَ مِنَ الكاذِبِينَ فِيما رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا ؛ وَإِنْ كانَ القَذْفُ بولَدٍ يَقُولُ : فِيما رَمَيْتُكَ بِهِ مِنْ نَفْسي الْوَلَدِ . وَإِنْ كانَ بِهِما يَقُولُ : فِيما رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا وَمِنْ نَفْسي الْوَلَدِ . ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكاذِبِينَ فِيما رَماني بِهِ مِنَ الزَّنا ، وتَقُولُ فِي الخامِسةِ : غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْها إِنَّ كانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَماني بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَفِي نَفْسي الْوَلَدِ تَذْكَرُهُ ؛ فإِذا التَّعَنَّا فَرَّقَ الْحاكِمُ بَيْنَهُما ، فإِذا فَرَّقَ بَيْنَهُما كانَتْ تَطْلِيقَةً بائِنَةً (س) ،

تحتة مسلمة « وصورته : إذا كانا كافرين فأسلمت فقذفها قبل عرض الإسلام عليه .
(وصفة اللعان أن يبتدى القاضى بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة : أشهد بالله إلى لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتك به من الزنا ؛ وإن كان القذف بولد يقول : فيما رميتك به من نبي الولد ، وإن كان بهما يقول : فيما رميتك به من الزنا ومن نبي الولد) لأنه المقصود باليمين (ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا ، وفي نفي الولد تذكره) كما تقدم (فإذا تعننا فرّق الحاكم بينهما) ولا تقع الفرقة قبل الحكم حتى لومات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر . وقال زفر : تقع الفرقة بينهما بالتلاعن لوقوع الحرمة المؤبدّة بينهما بالنص وهو المقصود من الفرقة . ولنا ما روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام لما لاعن بينهما قال الزوج : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً » . قال الراوى : ففارقها قبل أن يأمره رسول الله بفراقها ، فأمضى عليه ذلك فصار ستة المتلاعنين ، ولو وقعت الفرقة بتلاعنها لم يقع الطلاق ولما أمضاه عليه الصلاة والسلام ولبين له بطلان اعتقاده في وقوع الطلاق ، ولأن حرمة الاستمتاع تثبت باللعان ، لأن اللعن والغضب نزل بأحدهما يقيّن وأثره بطلان النعمة ، وحل الاستمتاع نعمة والزوجية نعمة ، وحل الاستمتاع أقلهما فيحرم ، وهذه الحرمة جاءت من قبله لأنها بسبب قذفه فقد فوّت عليها الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا لم يشرحها وهو قادر عليه كان ظالماً لها فينوب القاضى منابه دفعا للظلم (فإذا فرّق بينهما كانت تطليقة بائنة) لأنه كفعل الزوج كما في الحبّ والعنة . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد ، وثمرته إذا أكذب

فَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بَوْلِدِ نَتَى الْقَاضِي نَسَبَهُ وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ ، وَإِذَا قَالَ : حَتْمُكَ
لَيْسَ مِثِّي فَلَا لِعَانَ (سم) .

نفسه حدة القاضي وعاد خاطبا، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ولنا أنه إذا كذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ، ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لاحقية ولا حكما فلم يتناولهما النص . قال (فإن كان القذف بولد نتي القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نفي ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الإعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأنهما من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أخرس لاحد ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو أخرس أحدهما أو ارتد أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف ، أو وطئت حراما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حد ولا تفريق ، لأن مامنع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فقدفها زوجها لاللعان عليه ولا حد على قاذفها . وعن أبي يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحد لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبهه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحد عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لاللعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لا يستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ؛ وذلك لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو أطلقها بعد القذف ثلاثا أو باثنا فلا حد ولا لعان ، ولو كان رجعا لاعتن لقيام الزوجية ؛ ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا يازانية فعليه الحد دون اللعان لأنه قذف أجنبية ؛ ولو قال : يازانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ، لأنه طلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينة ؛ ولو قذف أربع نسوة لاعتن مع كل واحدة منهن ؛ ولو قذف أربع أجنبيات حد لمن حدًا واحدا ، والفرق أن المقصود في الثانية الزجر ، وهو يحصل بحد واحد ، أما الأول فالمقصود باللعان دفع العار عن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لا يحصل بللعان واحد . قال (وإذا قال : ليس حملك مني فلا لعان) وقالوا : إن ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأنها تيقنا بقيام الحمل يومئذ ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصير قاذفا ، وإذا لم يكن قاذفا في الحال يصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط ، وأجمعوا أنه لا ينتفي نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم عليه ولا حكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية ؛ ولو نفي ولد زوجته الحرّة فصدمته

وَيَصِحُّ نَفْيُ الْوَالِدِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ وَفِي حَالَةِ التَّهْنِئَةِ وَابْتِياعِ آلَةِ الْوِلَادَةِ
فِيْلَاعِنُ وَيَنْفِيهِ الْقَاضِي ، وَبَعْدَ ذَلِكَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيْلَاعِنُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا
فَعَلِمَ فَكَأَنَّهَا وَلَدَتْ حَالَ عِلْمِهِ ؛ وَمَنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ
فَاعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي تَبَّتْ نَسَبُهُمَا وَلَا عِنَ ، وَإِنْ عَكَسَ فَنَفَى الْأَوَّلَ
وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي تَبَّتْ نَسَبُهُمَا وَحَدٌّ :

فلا حدّ ولا لعان وهو ابنيهما لا يصدقان على نفيه ، لأن النسب حقّ الولد والأمّ لا تملك
إسقاط حقّ ولدها فلا ينتفى بتصديقها ؛ وإنما لم يجب الحدّ واللعان لتصديقها لأنه لا يجوز
لها أن تشهد أنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه لصادق ، وإذا تعذّر اللعان لا ينتفى النسب .
قال (ويصحّ نفي الولد عقيب الولادة وفي حالة التهنية وابتياح آلة الولادة فيلاعن وينفيه
القاضي وبعد ذلك يثبت نسبه ويلاعن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه مقدّر بسبعة أيام
لأن أثر الولادة والتهنية فيها اعتبارا بالعقيقة ، وقالوا : يصحّ نفيه في مدّة النفاس لأنه أثر
الولادة ، وله أن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع ، ولو لم ينفه حتى طالّت المدّة
لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بدّ من حدّ فاصل ، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد عليه بنسب
ولده ، وإنما يستدلّ على ذلك بقبوله التهنية وابتياح متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء ،
فاذا فعل ذلك أو مضى مدّة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافا ظاهرا فلا يصحّ
نفيه بعده . قال (وإن كان غائبا فعلم فكأنها ولدت حال علمه) معناه : أنه يصحّ نفيه
عندهما في مدّة النفاس بعد العلم . وعنده مدّة التهنية على ما بينا ، لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب
مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة على الأصلين . وعن أبي يوسف إن علم
قبل الفصال فهو مقدّر بمدّة النفاس وبعده ليس له أن ينفيه ، لأن قبل الفصال كمدّة النفاس
حيث لم ينتقل عن غذائه الأوّل وبعده ينتقل ويخرج عن حالة الصغر فيصحّ نفيه كما لو بقي
شيخا . قال (ومن ولدت ولدين في بطن واحد فاعترف بالأوّل ونفى الثاني ثبت نسبهما
ولا عِنَ ، وإن عكس فنفي الأوّل واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحدّ) أما ثبوت النسب
فالأبهما توءمان خلقا من ماء واحد ، فثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر
ضرورة . وأما اللعان في الأولى والحدّ في الثانية فلأنه لما نفي الثاني لم يكن مكذبا نفسه
فيلاعن ، وفي الثانية لما نفي الأوّل صار مكذبا نفسه باعترافه الثاني فيحدّ ، ولو قال
في المسئلة الثانية : هما ابناي لا يحدّ ولا يكون تكذيبا لأنه صادق لأبهما لزمه من طريق
الحكم فكان مخبرا عما ثبت بالحكم .

باب العدة

عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي تَحِيضُ فِي الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثَ حِيضٍ ،
وَالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَّسَةِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ؛ وَعِدَّتُهُنَّ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ
أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْأُمَةِ فِي الطَّلَاقِ حَيْضَتَانِ ، وَفِي الصَّغَرِ وَالْإِيَّاسِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ ؛
وَعِدَّتُهُمَا فِي الْوَفَاةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةَ أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْكُلِّ فِي الْحَمْلِ وَضَعُهُ ؛

باب العدة

وهو مصدر عده يعده ، وسئل عليه الصلاة والسلام « متى تكون القيامة ؟ قال : إذا
تكاملت العدتان » أي عدة أهل الجنة وعدة أهل النار : أي عددهم ، وسمى الزمان الذي
تربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت عدة لأنها تعد الأيام المضروبة عليها وتنظر أوان
الفرج الموعود لها . والأصل في وجوبها قوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة
قروء - وقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر
وعشرا - وقوله - واللاتي يئن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي
لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن
وأحصوا العدة - وهي ثلاثة أنواع : الحيض ، والشهور ، ووضع الحمل ، وبكل ذلك
نطق الكتاب . وتجب بثلاثة أشياء : بالطلاق ، وبالوفاة ، وبالوطء على ما نبينه إن شاء الله
تعالى . قال (عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي تَحِيضُ فِي الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثَ حِيضٍ ،
وَالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَّسَةِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ؛ وَعِدَّتُهُنَّ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ) لما تلونا من
الآيات ؛ والفرقة بالفسخ كالطلاق ، لأن العدة للتعرف عن براءة الرحم وأنه يشملهما
(وعدة الأمة في الطلاق حيزتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها
حيزتان » (وفي الصغر والإياس شهر ونصف) لأن الرق منصف إلا أن الحيضة لاتجزى
فكملت احتياطا ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا . أما
الشهر فيتجزى فجعلناه شهرا ونصفا (وعدتها في الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدة
الكل في الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -
ولأن المقصود التعرف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولاشغل بعد وضعه ،
وليه الإشارة بقول عمر رضي الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل
لها أن تزوج ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه : من شاء باهله أن سورة النساء القصوى :
يعنى سورة الطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - نزلت بعد التي

ولا عِدَّةٌ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا عَلَى الذَّمِّ فِي طَلَاقِ الذَّمِّ ؛
وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَالِدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَالْإِعْتِاقِ ثَلَاثُ حَيْضٍ أَوْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ؛
وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشُبُهَةِ الْحَيْضِ فِي الْمَوْتِ وَالْفِرْقَةِ ؛
وَعِدَّةُ امْرَأَةِ الْفَارِّ أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ فِي الْبَائِنِ (س) وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الرَّجْعِيِّ ؛
وَلَوْ أُعْتِقَتِ الْأُمَةُ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ
الْحَرَائِرِ وَفِي الْبَائِنِ لَا ، وَلَوْ اعْتَدَّتِ الْآيِسَةُ بِالْأَشْهُرِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ

فِي سُورَةِ الْبَقَرَةِ : يَعْنِي - وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ - الْآيَةُ ؛ وَإِنْ أَسْقَطَتْ سَقَطَ اسْتِبَانُ
بَعْضِ خَلْقِهِ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ وَإِلَّا فَلِأَنَّهُ إِذَا اسْتَبَانَ فَهُوَ وَلَدٌ ، وَإِذَا لَمْ يَسْتَبِنْ جَازَ أَنْ يَكُونَ
وَلَدًا وَغَيْرَ وَلَدٍ فَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِالشُّكِّ . قَالَ (وَلَا عِدَّةَ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ) لِقَوْلِهِ
تَعَالَى فِيهِ - فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا - قَالَ (وَلَا عَلَى الذَّمِّ) وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ ،
وَلَا عِدَّةَ فِي نِكَاحِ الْفُضُولِيِّ قَبْلَ الْإِجَازَةِ ، لِأَنَّ النِّسْبَ لَا يَثْبُتُ فِيهِ لِأَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَلَمْ يَنْعَقِدْ
فِي حَقِّ حُكْمِهِ فَلَا يُوَرِّثُ شِبْهَةَ الْمَلِكِ وَالْحَلِّ ، وَالْعِدَّةُ وَجِبَتْ صِيَانَةَ لِلْمَاءِ الْمُحْتَرَمِ عَنِ الْخَلْطِ
وَاحْتِرَازًا عَنِ اسْتِبْهَانِ الْأَنْسَابِ . قَالَ (وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَالِدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَالْإِعْتِاقِ ثَلَاثُ
حَيْضٍ أَوْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ) إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ لِمَا رَوَى أَنَّ مَارِيَةَ الْقُبْطِيَّةَ أُمُّ وَلَدِ رَسُولِ
اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اعْتَدَتْ بَعْدَ وَفَاتِهِ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ وَلَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهَا أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُمْ ، فِيمَا أَنهَا نَقَلَتْهُ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ إِجْمَاعًا مِنْهُمْ ، وَكُلُّ
ذَلِكَ حُجَّةٌ . وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : عِدَّةُ أُمِّ الْوَالِدِ ثَلَاثُ حَيْضٍ ، وَلَوْ زَوَّجَهَا
الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْفِرَاشَ انْتَقَلَ إِلَى الزَّوْجِ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ وَانْقَضَتْ
عِدَّتُهَا ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِأَنَّ الْفِرَاشَ عَادَ إِلَيْهِ وَقَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ . قَالَ (وَالْعِدَّةُ
فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشِبْهَةِ الْحَيْضِ فِي الْمَوْتِ وَالْفِرْقَةِ) لِأَنَّهُ لِلتَّعَرُّفِ عَنِ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ
وَلَا تَجِبُ عِدَّةُ الْوَفَاةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ ، قَالَ (وَعِدَّةُ امْرَأَةِ الْفَارِّ أَبَعْدَ الْأَجَلَيْنِ فِي الْبَائِنِ
وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الرَّجْعِيِّ) وَهِيَ إِذَا طَلَّقَهَا وَهُوَ مَرِيضٌ فَوَرَّثَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ . وَقَالَ
أَبُو يُونُسَ : عِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ فِي الْبَائِنِ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالطَّلَاقِ وَلِزِمَتْهَا الْعِدَّةُ
بِالْحَيْضِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ أَثَرُهُ فِي الْإِرْثِ لِمَا بَيْنَا لِأَنِّي تَغْيِيرَ الْعِدَّةِ وَبِخِلَافِ الرَّجْعِيِّ لِأَنَّ النِّكَاحَ
بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ . وَلِهَذَا بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ فَلِأَنَّ بَقِيَ فِي حَقِّ الْعِدَّةِ أُولَى ، لِأَنَّ
الْعِدَّةَ مِمَّا يَخْتِاطُ فِيهَا فَيَجِبُ أَبَعْدَ الْأَجَلَيْنِ : قَالَ (وَلَوْ أُعْتِقَتِ الْأُمَةُ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقٍ
رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ ، وَفِي الْبَائِنِ لَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ
فِي الرَّجْعِيِّ دُونَ الْبَائِنِ ، وَمَوْتُهُ كَالْبَيْنُونَةِ . قَالَ (وَلَوْ اعْتَدَّتِ الْآيِسَةُ بِالْأَشْهُرِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ

بعَدَ ذلكَ أو الصَّغِيرَةَ ثُمَّ رَأَتْهُ فِي خِلَالِ الشَّهْرِ اسْتَأْنَفَتْ بِالْحَيْضِ ؛ وَلَوْ
اعْتَدَّتْ بِمَحِيضَةٍ أَوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَيِسَتْ اسْتَأْنَفَتْ بِالشُّهُورِ .
وَأَبْتَدَأَتْ عِدَّةَ الطَّلَاقِ عَقِيْبَهُ وَالْوَفَاةِ عَقِيْبَهَا ، وَتَنْقِضِي بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ .
وَإِنْ كَمْ تَعَلَّمَ بِهِمَا ؛

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رأته في خلال الشهر استأنفت بالحيض (أما الآيسة فلأن بالعبادة .
علمنا أنها غير آيسة . وأن عدتها الحيض وصارت كالممتد طهرها فتستأنف ، وأما الصغيرة ؛
فلأن الجمع في عدة واحدة بين الحيض والأشهر ممتنع ، لما فيه من الجمع بين المبدل
والمبدل ، ولأنه لم يرد به أثر ولم يقل به بشر ، وقد تعدد الاعتداد بالأشهر فتعين الحيض ؛
أو نقول الأشهر خلف عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف .
فيجب عليها كالتيمم إذا وجد الماء في صلاته (ولو اعتدت بمحيضة أو حيضتين ثم أيست
استأنفت بالشهور) لما بينا .

فصل

الأقراء : الحيض ، وهو قول أبي بكر وعمر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وأبي الذرراء .
وابن الصامت وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين . وقال زيد بن ثابت وعبد الله
ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم : إنها الأطهار ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض
والطهر جميعا لغة حقيقة ، يقال : أقرأت المرأة إذا حاضت ، وأقرأت إذا طهرت ، وأصله
الوقت لحجى الشيء وذهابه ، يقال : رجع فلان لقرئه : أى لوقته الذى يرجع فيه ، ومثرة .
الخلاف تظهر في انقضاء العدة ؛ فن قال إنها الحيض يقول : لانتقضى إلا باستكمال
ثلاث حيض ، ومن قال إنها الأطهار يقول : إذا شرعت في الحيضة الثالثة انقضت العدة ،
والحمل على الحيض أولى بالنص والمعقول . أما النص فقوله عليه الصلاة والسلام للمستحاضة
« دعى الصلاة أيام أقرائك » وإنما ترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع ، وقوله عليه الصلاة
والسلام « عدة الأمة حيضتان » والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع ؛ فن قال إنه للحيض قال :
لابد من ثلاث حيض فيتحقق الجمع ، ومن قال إنه الأطهار لا يتحقق الجمع على قوله ،
لأن الطلاق لو وقع في آخر الطهر انقضت العدة بطهرين آخرين وبالشروع في الثالث
فلا يوجد الجمع ، والعمل بما يوافق لفظ النص أولى . قال (وابتداء عدة الطلاق عقيب
والوفاة عقيبها وتنقضى بمضى المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ، وإن أقر أنه طلق امرأته من وقت كذا فكذبته أو قالت
لأدرى وجبت العدة من وقت الإقرار ويجعل هذا إنشَاء احتياطاً ، وإن صدقته فن وقت .

وَابْتِدَاءُ عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ (ز) ،
وَإِذَا وَطِئَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبُهَةِ فَعَلَهَا عِدَّةٌ وَأُخْرَى وَيَتَدَاخَلَانِ ، فَإِنْ حَاضَتْ
حَيْضَةً ثُمَّ وَطِئَتْ كَمَثَلِهَا بِثَلَاثٍ أُخْرَى ، وَأَقْلُ مُدَّةِ الْعِدَّةِ شَهْرَانِ (سَم) ،

الطلاق واختيار المشايخ أنه يجب من وقت الإقرار تحرزاً عن المواضع وزجراً له عن كتمان
طلاقها لأنه يصير مسبباً لوقوعها في الحرم ولا تجب لها نفقة العدة ، ولها أن تأخذ منه مهراً
ثانياً إن وجد الدخول من وقت الطلاق إلى وقت الإقرار لأنه أقر بذلك وقد صدقته . قال
(وابتداء عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ) وقال زفر : من
آخر الوطئات لأن الوطء هو الموجب للعدة . ولنا أن التمكن من الوطء على وجه الشبهة
أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه فيجعل واطئاً حكماً إلى حالة التفريق أو عزم الترك فتجب
العدة من حين انقطاع الوطء حقيقة وشرعاً أخذاً بالاحتياط . قال (وإذا وطئت المعتدة
بشبهة فعليها عِدَّةٌ أُخْرَى) لوجود السبب (ويتداخلان) ، فإن حاضت حيضة ثم وطئت
كلماتها بثلاثٍ أُخْرَى) وتحسب حيضتان من العديتين وتكمل الأولى والثالثة تنمة للثانية ، لأن
المقصود من العدة التعرف عن براءة الرحم ، وأنه حاصل بالعدة الواحدة لأنه لا بد من
ثلاث حيض بعد الوطء الثاني وبه تتعرف براءة الرحم ، وللثاني أن يتزوجها بعد استكمال
الأولى لأنها في عدته ؛ ولو وطئت المعتدة عن وفاة تممها ، وما تراه من الحيض فيها
يحتسب من الثانية ، فإن استكملت فيها ثلاث حيض فقد انقضت معا ولا تمت الثانية بما
بقي من حيضها لما بينا . قال (وأقل مدة العدة شهران) أي مدة تنقضي فيها ثلاث حيض .
وقالا : أقلها تسعة وثلاثون يوماً وثلاث ساعات لأنهما يعتبران أقل مدة الحيض وهي ثلاثة
أيام ، وأقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً ، ثم يقدر أن وقوع الطلاق قبل أوان الحيض
بساعة فنلاثة أيام حيض ، وخمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ،
ثم ثلاثة حيض فكملة العدة . وأبو حنيفة يخرجها من طريقتين : أحدهما يعتبر أكثر الحيض
احتياطاً ، فيبدأ بالحيض عشرة ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عشرة حيض ، ثم خمسة عشر
طهر ، ثم عشرة حيض فذلك ستون يوماً ، وهذه رواية محمد ، والآخر وهو رواية
الحسن بن زياد أنه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة أيام ، ويجعل مبدأ الطلاق في أول
الطهر عملاً بالسنة ؛ فخمسة عشر يوماً طهر وخمسة حيض ، هكذا ثلاث مرات يكون
ستين يوماً ؛ والأمة تصدق عندهما في أحد وعشرين يوماً ، ستة أيام حيضتان ، وخمسة عشر
يوماً طهر بينهما . وعند أبي حنيفة على رواية الحسن أربعين يوماً ، وعلى رواية محمد
خمسة وثلاثين ، ولو كانت حاملاً وقد علق طلاقها بالولادة ، فعلى قياس رواية محمد عن
أبي حنيفة لا يصدق في أقل من خمسة وثمانين يوماً ، وعلى قياس رواية الحسن مائة يوماً ؛

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخَطَّبَ الْمُعْتَدَّةُ ، وَلَا بِأَسِّ بِالْتَّعْرِيفِ ،

وعلى قياس قول أبي يوسف خمسة وستون ، وفي الأمة على رواية محمد خمسة وستون ، ورواية الحسن خمسة وسبعون ، وعن أبي يوسف سبعة وأربعون ، وعن محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات ، ويعرف ذلك لمن يتأمله بتوفيق الله تعالى. ثم إن وقع الطلاق للآيسة والصغيرة أو الموت غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة بالإجماع وإن نقص عددها ، وإن وقع ذلك في وسط الشهر تعتبر بالأيام فتعد في الطلاق بتسعين يوما ، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما وهو رواية عن أبي يوسف ، وروى عنه وهو قول محمد تعد بقية الشهر بالأيام وتكمله من الشهر الرابع ، وتعد بشهرين فيما بينهما بالأهلة ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إلا عند التعذر ، وقد تعدر في الأول فيعمل فيه بالأيام لأنها كالبديل عن الأهلة ، ويعمل في الباقي بالأصل . ولأبي حنيفة أنه لا يدخل الشهر الثاني ولا يعد إلا بعد انقضاء الأول ، ولا انقضاء للأول إلا بعد استكمال الأول من الثاني ، وهكذا الثاني مع الثالث فتعدر اعتبار الأهلة في الكل ، وعلى هذا مدة الإيلاء واليمين إذا حلف لا يفعل كذا سنة والإجازات ونحوها ، وإذا قالت : انقضت علقى صدقت لأنها أمينة فإن كذبها الزوج حلفت كالمودع . واختلف أصحابنا في حد الإياس ، قال بعضهم : يعتبر بأقرانها من قرابتها ، وقيل يعتبر بتركيبها لأنه يختلف بالسمن والهزال . وعن محمد أنه قدره بستين سنة . وعنه في الروميات بخمس وخمسين ، وفي المولدات ستين ، وقيل خمسين سنة ، والفتوى على خمس وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وعنه أيضا ما بين خمس وخمسين إلى ستين . وذكر محمد في نواذر الصلاة : العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض إذا لم يكن عن آفة . وقال محمد بن مقاتل الرازي : هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا حكم بإياسها ثم رأت الدم لا يكون حيضا وهو الصحيح . والمرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لا يحض فيه أمثالها غالبا حكم بإياسها . وذكر في الجامع الصغير : إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها . قال (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - المراد به المعتدات بالإجماع ، لأن الله تعالى نهي الجناح في التعريض وأنه يدل على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح بطريق الأولى (ولا بأس بالتعريض) لأنه تعالى نهي الجناح فإنه دليل الإباحة . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام دخل على أم سلمة وهي في العدة فذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصر على يده من شدة تحامله عليها وأنه تعريض ، والتعريض مثل أن يقول : إني فيك لراغب ، وأود أن أتزوجك ، وإن تزوجتك لأحسنن إليك ، ومثلك من يرغب فيه ويصلح للرجال ونحوه . وعن النخعي لإباس بأن يهدى إليها ويقوم بشغلها في العدة

وَعَلَى الْمُعْتَدَةِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ عَنْ وَفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ بَائِنٍ إِذَا كَانَتْ بِالْغَةِ
مُسْلِمَةً حُرَّةً أَوْ أُمَّةً الْحِدَادُ ، وَهُوَ تَرَكَ الطَّيْبَ وَالزَّيْنَةَ وَالْكُحْلَ وَالذَّهْنَ
وَالْحِنَاءَ إِلَّا مِنْ عُدْرٍ ؛

إن كانت من شأنه ، والتصريح قوله : أنكحك ، وأتزوج بك ونحوه وأنه مكروه ،
قال تعالى - ولكن لاتواعدوهن سرا - قال عليه الصلاة والسلام « السر النكاح » وهذا
كله في المبتوتة (١) والمتوفى عنها زوجها . أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح
لأن نكاح الأول قائم على ما بينا .

فصل

(وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة
أو أمة الحداد) ويقال الإحداد . والأصل فيه ما روى « أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الانتقال فقال : كانت إحداكن تمكث في أشر
أحلاسها إلى الحول ، أفلا أربعة أشهر وعشرا ؟ » فدل أنه يلزمها أن تقيم في شر أحلاسها أربعة
أشهر وعشرا . وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد
على ميت ثلاثة أيام فافوقها إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » وروى « أنه عليه الصلاة
والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » وأنه عام في كل معتدة ،
ولأنه لما حرم عليها النكاح في العدة أمرت بتجنب الزينة حتى لا تكون بصفة الملتزمة
للأزواج وأنه يعم الفصلين ، ولأنها وجبت لإظهارها للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي
كان سبب مثنوتها وكفايتها من النفقة والسكنى وغير ذلك ، وأنه موجود في المبتوتة والمتوفى
عنها . قال (وهو ترك الطيب والزينة والكحل والذهن والحناء إلا من عذر) لئيه عليه
الصلاة والسلام عن الحناء ، وقوله « الحناء طيب » فدل على أن الطيب محظور عليها ،
ويدخل فيه الثوب المطيب والمعصفر والمزعفر حتى قالوا : لو كان غسिला لا ينفذ جاز
لأنه لم يبق له رائحة ، فإن لم يكن لها إلا ثوب واحد مصبوغ لابس به لأنه عذر ، ولا تمتشط
لأنه زينة ، فإن كان فالأسنان المنفرحة دون المضمومة ، ولا تلبس حليا لأنه زينة ، ولا
تلبس قسبا ولا خزانة لأنه زينة . وعن أبي يوسف لابس بالقصب والخز الأحمر .
فالخاص أن ذلك يلبس للحاجة ويلبس للزينة فيعتبر القصد في لبسه ، وقد صح « أن النبي
عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمبتوتة في الاكتحال ، بخلاف حالة التداوى لأنه عذر ،

(١) قوله وهذا كله في المبتوتة ، ليس مذهبا لنا لأن مذهبنا جواز التعريض خاص
بالتوفى عنها .

ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلاً ولا نهاراً ، والمعتدة عن وفاة تخرج نهاراً وبعض الليل وتبيت في منزلها ، والأمة تخرج لحاجة المولى في العديتين في الوقتين جميعاً ، وتعتد في البيت الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة إلا أن ينهدم أو تخرج منه أو لا تقدر على أجرته فتنتقل .

فكان ضرورة دون التزين ؛ وكذا إذا خافت من ترك الدهن والكحل حدوث مرض بأن كانت معتادة لذلك يباح لها ذلك . ولا إحداد على صغيرة ولا مجنونة لعدم الخطاب ولأنها عبادة حتى لا تجب على الكافرة ؛ بخلاف الأمة لأنها أهل للعبادات وليس فيها إبطال حق المولى ، وليس في عدة النكاح الفاسد إحداد لأنه لا يتأسف على زواله لأنه واجب الزوال ولأنه نعمة فزواله نعمة . قال (ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلاً ولا نهاراً) لقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - ولا يخرجن - ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة لها إلى الخروج كالزوجة ، حتى لو اختلعت على أن لانفقة لها قيل تخرج نهاراً لمعاشها ، وقيل لا وهو الأصح ، لأنها اختارت إسقاط نفقتها فلا يؤثر في إبطال حق المختلعة عليها على أن لاسكنى لها لا يجوز لها الخروج . قال (والمعتدة عن وفاة تخرج نهاراً وبعض الليل وتبيت في منزلها) لأنه لانفقة لها فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها وربما امتد ذلك إلى الليل . وعن محمد لا بأس بأن تبيت في غير منزلها أقل من نصف الليل لما بينا (والأمة تخرج لحاجة المولى في العديتين في الوقتين جميعاً) لما في المنع من إبطال حقه ، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى ، وإن كان المولى بوأها لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى ، وكذلك المكاتبه والكتائبية تخرج إلا إذا منعها الزوج لصيانة مائه ، والمجنونة والمعتموه كالذمية ، والصبية تخرج لأنها لا يلزمها العبادات ، ولا حق للزوج لأنه لحفظ الولد ، ولا ولد إلا في الطلاق الرجعي ، فلا تخرج إلا باذن الزوج لبقاء الزوجية على ما مر (وتعتد في البيت الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة) لأنه البيت المضاف إليه بقوله تعالى - من بيوتهن - لأنه هو الذي تسكنه ، وقال عليه الصلاة والسلام لئن قتل زوجها « اسكنى في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قال (إلا أن ينهدم أو تخرج منه أو لا تقدر على أجرته فتنتقل) لما يلحقها من الضرر في ذلك . أما إذا انهدم فلأن السكنى في الحربة لاتأمن على نفسها ومالها ، ثم قيل تنتقل حيث شاءت إلا أن تكون مبهوتة فتنتقل إلى حيث شاء الرجل لأنه المخاطب بقوله تعالى - أسكنوهن - وإذا حوّلها الورثة أو صاحب المنزل فهي معذورة في ذلك . وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر رضي الله عنه لأنها كانت في دار الإمارة وعائشة رضي الله عنها نقلت أختها لما قتل طلحة رضي الله

فصل

أقلُّ مدَّة الحملِ ستَّة أشهرٍ وأكثرُها سنتانِ ، وإذا أقرَّت بانقضاءِ العِدَّةِ ثمَّ جاءتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ من ستَّة أشهرٍ ثَبِتَ نَسَبُهُ ، وَلِستَّةِ أشهرٍ لا ؛ وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَّقةِ الرَّجعيةِ وَإِنْ جاءتْ بِهِ لِأَكْثَرِ من ستَّتَيْنِ ما لم تُقَرَّ بانقضاءِ العِدَّةِ ؛ فَإِنْ جاءتْ بِهِ لِأَقَلِّ من ستَّتَيْنِ بَانتْ وَيَثْبُتُ النِّسَبُ وَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا ، وَإِنْ جاءتْ بِهِ لِستَّتَيْنِ أو أَكْثَرَ كانَ رَجعةً ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنها زَوْجُها لِأَقَلِّ من ستَّتَيْنِ ،

عنه ، ولو طلب منها أكثر من أجرة المثل فلما يلحقها من الضرر ، وصار كئمن الماء للمسافر يجوز له التيمم إذا كان بأكثر من ثمن المثل ، ولو أبانها والمنزل واحد يجعل بينه وبينها ستره ، وكذلك الورثة في الوفاة ، فان لم يجعلوا انتقلت تحررا عن الفتنة ، وإذا كان المطلق غائبا وطلب أهل المنزل الأجرة أعطتهم باذن القاضي ويصير دينا على الزوج .

فصل

(أقلُّ مدَّة الحملِ ستة أشهر) لما روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فهمَّ عثمان برجمها ، فقال ابن عباس : لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، فان الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والولادات يرضعن أولادهن حولين كاملين - فبقى لمدة الحمل ستة أشهر . قال (وأكثرها سنتان) لما روى عن عائشة أنها قالت : لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركه مغزل ، وذلك لا يعرف إلا توقيفا إذ ليس للعقل فيه مجال ، فكأنها روتها عن النبي عليه الصلاة والسلام . قال (وإذا أقرت بانقضاء العِدَّةِ ثمَّ جاءتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ من ستَّة أشهرٍ ثَبِتَ نَسَبُهُ) لأنه ظهر كذبها بيقين فصار كأنها لم تقرَّ به (و) إن جاءتْ بِهِ (لستة أشهر لا) يثبت ، لأنه لم يظهر كذبها فيكون من أجل حادث بعده فلا يثبت نسبه . قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ، وإن جاءتْ بِهِ لِأَكْثَرِ من ستَّتَيْنِ ما لم تُقَرَّ بانقضاءِ العِدَّةِ) لاحتمال الوطء والعلوق في العِدَّةِ بلحواز أن تكون ممتدة الطهر (فإن جاءتْ بِهِ لِأَقَلِّ من ستَّتَيْنِ بَانتْ) لانقضاءِ العِدَّةِ (ويثبت النسب) لوجود العلوق في النكاح أو في العِدَّةِ (ولا يصير مراجعا) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وإن جاءتْ بِهِ لِستَّتَيْنِ أو أَكْثَرَ كانَ رَجعةً) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه وأنه وطئها في العِدَّةِ حملا لخالهما على الأحسن والأصلح قال (ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لِأَقَلِّ من ستَّتَيْنِ) لاحتمال أن الحمل

وَلَا يَثْبُتُ لِأَكْثَرَ مِنْ إِذْكَ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ (ز) ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِ
 الْمُعْتَدَةِ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ (سَم) ، أَوْ رَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَبَلٍ ظَاهِرٍ ،
 أَوْ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أَوْ تَصْدِيقِ الْوَرِثَةِ ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِ الْمُطَلَّقَةِ
 الصَّغِيرَةِ رَجْعِيَّةً (س) كَانَتْ أَوْ مَبْتُوتَةً (س) إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ
 تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وَفِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِأَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةِ أَيَّامٍ بِسَاعَةٍ ،
 وَلَوْ قَالَ كَلَّمَا : إِنْ وُلِدَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ كَمْ تَطْلُقُ (سَم) ،

كان قائماً وقت الطلاق فلا يكون الفراش زائلاً بيقين فيثبت النسب احتياطاً (ولا يثبت
 لأكثر من ذلك إلا أن يدعيه) لأننا تيقنا بحدوث الحمل بعد الطلاق فلا يكون منه إلا أن
 يدعيه فيجعل كأنه وطئها بشبهة العدة . وقال زفر : في عدة الوفاة إذا جاءت به بعد
 انقضائها لسته أشهر لا يثبت ، لأن الشرع حكم بانقضائها بالأشهر فصار كإقرارها . وجوابه
 أنه لانقضاء العدة وجه آخر وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل عدم الحمل
 فيها لعدم المحلية فوق الشك في البلوغ . قال (ولا يثبت نسب ولد المعتدة إلا بشهادة
 رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو حبل ظاهر ، أو اعتراف الزوج ، أو تصديق الورثة)
 وقالوا : يثبت بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم لقيام العدة ، وهو ملزم للنسب كقيام
 النكاح . ولأبي حنيفة أنها لو أقرت بوضع الحمل انقضت العدة ، والمنقضى لا يكون حجة
 فيحتاج إلى إثبات النسب فلا بدّ من حجة كاملة . أما إذا ظهر الحبل أو اعترف به الزوج
 فالنسب ثابت قبل الولادة والحاجة إلى التعيين وأنه يثبت بشهادتها ، وكذا إذا اعترف به
 الورثة بعد الموت . وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه حقهم . وأما النسب فإن كانوا من
 أهل الشهادة ثبت بشهادتهم ، ولا يثبت في حقهم باعترافهم ويثبت في حق غيرهم تبعاً
 للثبوت في حقهم . قال (ولا يثبت نسب ولد المطلقة الصغيرة رجعية كانت أو مبتوتة إلا
 أن تأتي به لأقلّ من تسعة أشهر ، وفي عدة الوفاة لأقلّ من عشرة أشهر وعشرة أيام بساعة)
 وقال أبو يوسف في المبتوتة : يثبت إلى سنتين لأنها معتدة لم تقرّ بانقضاء العدة ، ويحتمل أن
 تكون حاملاً وصارت كالبالغة . ولهما أنه تعين لانقضاء عدتها جهة واحدة وهي الأشهر ،
 فإذا مضت حكم الشرع بانقضائها وهو أقوى من الإقرار لاحتمال الخلف في الإقرار دونه .
 وأما الرجعي ، قال أبو يوسف : يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطناً في آخر
 العدة وهي ثلاثة أشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهي سنتان ؛ ولو ادعت الصغيرة
 بالحبل في العدة فهي كالكبيرة في الحكم لأنه ثبت بلوغها بإقرارها (ولو قال لها : إن ولدت
 فأنت طالق فشهدت امرأة بالولادة لم تطلق) وقالوا : تطلق لقوله عليه الصلاة والسلام

وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرد قولها (سم) ، ولو قال لأمتيه : إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولد له :

« شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال » فكانت شهادتها حجة في الولادة ، فتكون حجة فيما يبتنى عليه وهو الطلاق . ولأبي حنيفة أنها ادعت على زوجها الحنث فلا يثبت إلا ببينة كاملة ، وشهادتها ضرورية في الولادة فلا تعدى إلى الطلاق لأنه ينفك عنه : قال (وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرد قولها) وقالوا : لا بد من شهادة امرأة تشهد بالولادة لأنها ادعت فلا بد من حجة . وله أنه أقر بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يفضى إليه ، ولأنه أقر بكونها أمينة فيقبل قولها في رد الأمانة . قال (ولو قال لأمتيه : إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولد له) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وإنه يثبت بالقابلة إجماعا .

تم الجزء الثالث من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليه :

الجزء الرابع ، وأوله : باب النفقة

فهرس

الجزء الثالث من الاختيار لتعليل المختار

صحيفة	صحيفة
٥٨ كتاب الغصب	٣ كتاب الحوالة
٦٤ فصل في زوائد الغصب	٥ كتاب الصلح
٦٦ كتاب إحياء الموات	١١ كتاب الشركة
٦٩ كتاب الشرب	١٩ كتاب المضاربة
٧٢ فصل في بيان أن كرى الأنهار العظام على بيت المسالك	٢٣ فصل نفقة المضارب في مال المضاربة ما دام في سفره
٧٤ كتاب المزارعة	٢٤ بيان ما تبطل به المضاربة
٧٩ فصل في حكم من سقى أرضه فسال ماؤه إلى أرض غيره ففرقها	٢٥ كتاب الوديعة
كتاب المساقاة	٢٩ كتاب اللقيط
٨١ كتاب النكاح	٣٢ كتاب اللقطة
٨٣ حكم الشهود في النكاح وما يشترط فيهم	٣٥ كتاب الآبق
٨٤ فصل في المحرمات ، وهي تسعة أقسام	٣٧ كتاب المفقود
٨٩ نكاح المتعة والنكاح المؤقت وحكهما	٣٨ كتاب الخنثى
٩٠ فصل في بيان أن عبارة النساء معتبرة في النكاح	٣٩ فصل يؤخذ في الخنثى بالأحوط والأوثق من أمور الدين
٩٨ فصل فيما تعتبر الكفاءة به في النكاح	٤٠ كتاب الوقف
١٠١ فصل في المهر	٤٥ فصل في حكم ما إذا وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة
١٠٤ فصل في حكم إذا تزوجها على خمر أو خنزير	٤٧ فصل في حكم إجارة الوقف
	٤٨ كتاب الهبة
	٥١ فصل في المعاني المانعة من الرجوع في الهبة
	٥٣ فصل في العمرى والرقي
	٥٥ كتاب العارية

صحيفة	صحيفة
١٤٠ تعليق الطلاق	١٠٩ فصل لايحه ز نكاح العبد والأمة
١٤٢ فصل في حكم ما إذا علق الطلاق على مشيئة الله تعالى	والمدبر وام الولد إلا باذن المولى
١٤٣ فصل في حكم من أبان امرأته في مرضه ثم مات	١١١ فصل في حكم ما إذا تزوج ذمي ذمية على أن لامهر لها
١٤٥ فصل في طلاق المجهولة	١١٥ فصل في العيوب التي يثبت بها الخيار لأحد الزوجين والتي لا يثبت بها
١٤٧ باب الرجعة	١١٦ فصل على الرجل أن يعدل بين نسائه
١٥١ باب الإيلاء	١١٧ كتاب الرضاع
١٥٥ فصل فيما يسقط الإيلاء	١٢١ كتاب الطلاق
١٥٦ باب الخلع	١٢٤ حكم طلاق المكره وطلاق السكران وطلاق الأخرس وطلاق الهازل
١٦٠ فصل إذا اختلعت المكاتبه لزمها المال بعد العتق	١٢٥ فصل صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية
١٦١ باب الظهار	١٢٩ فصل في وصف الطلاق
١٦٣ فصل في كفارة الظهار	١٣١ فصل في حكم من طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا
١٦٧ باب اللعان	١٣٢ فصل كنايات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال
١٧٢ باب العدة	
١٧٤ فصل في الأقراء وهي الحيض	
١٧٧ فيما على المعتدة من نكاح صحيح	
١٧٩ فصل في بيان أقل مدة الحمل وأكثرها ، وما يترتب على هذا من الأحكام	