

المؤلف من المختلف

بين أئمة السلف

وهو

مؤلف الجلال

للفقيه والفقيه الكبير

أمير الإسلام فضل بن الحسن الطوسي

المؤلف ٥٤٨ هـ

المجلد الثاني

الجزء
السنة ١٤٢٢ هـ

حقه وقوله
جميع من الأسانيد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ولعنة
الله على أعدائهم أجمعين من الان الى يوم الدين.

كتاب الفرائض

مسألة ١٠. (ج .) : اختلف الناس في توريث خمس عشرة نفسا : أولاد البنات ، وأولاد الأخوات ، وأولاد الأخوة من الأم ، وبنات الأخوة من الأب ، والعمة وأولادها ، والخالة وأولادها ، والخال وأولاده ، والعم أخو الأب للأم وأولاده ، وبنات العم وأولادهن ، والجد أبو الأم ، والجددة أم أبي الأم ، فعندنا أن هؤلاء كلهم يرثون على الترتيب الذي هو مذكور في كتب الفقه ، ولا يرث مع واحد منها ^(١) مولى نعمة.

وروا ^(٢) عن علي عليه السلام ، وعبد الله بن العباس ، وعبد الله بن مسعود ، ومعاذ بن جبل ، وأبي الدرداء ، وعن عمر في إحدى الروايتين أنه قال : العمة كالأب والخالة كالأم. وشريح والحسن ، وابن سيرين ، وجابر بن زيد ، وعلقمة ، وعبيدة ، وطاوس ، ومجاهد ، والشعبي ، وأهل العراق ، وذهب (ج .) وأصحابه إلى أن ذوي

(١) م : منهم. ود : منهما.

(٢) م : روه.

الأرحام يرثون ، الا أنه يقدم المولى ^(١) ومن يأخذ بالرد عليهم ، قالوا : إذا ترك بنتا وعمة فالمال للبنت ، النصف بالفرض والنصف بالرد كما نقوله .

غير أنهم يقدمون المولى ^(٢) على ذوي الأرحام ، ووافقونا في أن من يأخذ بالرد أولى من أولى الأرحام ، وخالفونا في توريث المولى ^(٣) معهم ، فقالوا : إذا لم يكن هناك مولى ولا من يرث بالفرض ولا بالرد كان لذوي الأرحام .

وذهب (. ش .) إلى أنهم لا يرثون ولا يحجبون بحال ، فان كان للميت قرابة فالمال له ، وان كان مولى كان له ، وان لم يكن مولى ولا قرابة فميراثه لبيت المال ، وبه قال في الصحابة زيد بن ثابت ، وابن عمر ، وهو احدى الروایتين عن عمر ، وبه قال في التابعين الزهري ، وفي الفقهاء (. ك .) ، وأهل المدينة .

وحكي عن (. ك .) أنه قال : الأمر المجمع عليه والذي أدركت عامة علماء بلدنا أن هؤلاء يرثون ، وبه قال (. ع .) ، وأهل الشام ، وأبو ثور .

يدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : ابناي ^(٤) هذان سيذا شباب أهل الجنة . وقوله : ان ابني هذا سيد يصلح الله به بين فئتين من المسلمين . فسماه ابنه مع أنه ابن فاطمة ، وقوله تعالى ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ ^(٥) .

وروى عمرو عائشة ومقدام بن معدي كرب الكندي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال : الخال وارث من لا وارث له . وروى واسع بن حيان أن ثابت بن الدحداح ^(٦) توفي ولم

(١) د : مولي .

(٢) د : مولي .

(٣) د : مولي .

(٤) م : دليلنا قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ ابناي .

(٥) سورة الأنفال : ٧٦ .

(٦) م ، د : الدحداح .

يخلص له نسب ، فدفع رسول الله ماله إلى خاله.

وروى المقدم عن النبي ﷺ أنه قال : من ترك كلاً فإلي ، ومن ترك مالا فلورثته ، وأنا وارث من لا وارث له ، أعقل ماله وإرثه ، والخال وارث من لا وارث له يعقل ماله ويرثه.

مسألة . ٢ . (. ج .) : إذا مات وخلف بنتاً أو أختاً أو غيرهما ممن له سهم وزوجاً أو زوجة ، فللبنت أو الأخت النصف بالتسمية ، وللزوج أو الزوجة سهمه والباقي رد على البنت أو الأخت ، ولا يرد على الزوج والزوجة ^(١) بحال ، وليس للعصبة والمولى معهما شيء على حال وروي ذلك عن علي عليه السلام ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن العباس ، وهو مذهب (. ح .) وأصحابه.

وقال (. ش .) : للبنت النصف والباقي للعصبة ، فان لم يكن العصبة فللمولى ، فان لم يكن مولى فليبت ^(٢) المال.

مسألة . ٣ . (. ج .) : اختلف من قال بتوريث ذوي الأرحام ، فعندنا أنه يقدم الأقرب فالأقرب ، وينزل الواحد منزلة الوارث الذي يتقرب به ، فيكون ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم ، وبنات الأعمام والعمات بمنزلة من يتقرب ^(٣) به من آبائهم وأمهاتهم ، والخال والخالة وأبو الأم بمنزلة الأم ، والأعمام والعمات بمنزلة الأب ، وبه قال أكثرهم ، وهو المحكي عن عمر ، وابن مسعود.

وكان (. ر .) ، ومحمد بن سالم ، وأبو عبيد ^(٤) ينزلون العمات للأب بمنزلة الجد

(١) م : إلا الزوجة.

(٢) د : فللبنت المال.

(٣) م : من يتقرين.

(٤) د : أبو عبيدة.

مع ولد الأخوات وبنات الأخوة ، ونزلوا كل من يمت ^(١) بذي سهم أو عصابة بمنزلة من يمت به ، ومن سبق الى وارث في التنزيل كان أحق بالمال ممن هو أبعد إلى الوارث ، وهذا مثل ما قلناه سواء إلا مراعاة العصابة ، فإننا لا نراعيها.

وروي عن محمد بن مسلم ، و (. ر .) ، والحسن بن صالح بن حي أنهم ورثوا من قرب ومن بعد إذا كانا من جهتين مختلفين ^(٢) ، وقالوا في ثلاث خالات متفرقات ^(٣) نصيب الام بينهم على خمسة ، لأنهم أخوات الام متفرقات ^(٤) ، وفي ثلاث عمات متفرقات نصيب الأب بينهم على خمسة ، لأنهم أخوات متفرقات لاب ، ومن نزل العمات المتفرقات بمنزلة الأعمام المتفرقين ، فالمال كله للعممة للأب والام.

وقال نعيم بن حماد : نصيب الأب بينهم على ثلاثة ، لكل واحدة منهم سهم وكذلك نصيب الام بين الأخوال والخالات المتفرقين بالسوية ، وكذلك في أولاد الخالات والأخوال المتفرقين والأعمام والعمات ، الا أنه يقدم ولد الأب والام على ولد الأب وولد الأب على ولد الأم.

مسألة . ٤ . (. ج .) : قد بينا أن ميراث ذوي الأرحام الأقرب أولى من الأبعد ولو كانت بينهما درجة اتفقت أسبابهم أو اختلفت ، فإن أولاد الصلب وان نزلوا ذكورا كانوا أو إناثا أولى من أولاد الأب ومن أولاد الأم وان لم ينزلوا ، وان أولاد الأب والام وان نزلوا أولى من أولاد الجد منهما وان لم ينزلوا.

وان أولاد الأبوين وان نزلوا يقاسمون الجد والجددة من قبل الأبوين ، وكذلك أولاد الجد والجددة من جهتهما وان نزلوا أولى من أولاد جد الأب وجد الام وان

(١) مت : وصل اليه وتوسل (المنجد).

(٢) د : مختلفين.

(٣) د : منفرقات.

(٤) متفرقات.

لم ينزلوا وعلى هذا التدرج كل من كان أقرب كان أولى.

وكان (. ح .) ، و (. ف .) ، و (. م .) يورثون ذوي الأرحام على ترتيب العصابات ، فيجعلون ولد الميت من ذوي أرحامه أحق من سائر ذوي الأرحام ، ثم ولد أبي الميت ، ثم ولد جده ، ثم ولد أبي الجد ، الا أن (. ح .) قدم أبا الأم على ولد الأب ، وذكر عنه أنه قدمه على ولد الميت أيضا.

وكان (. ف .) ، و (. م .) يقدمان كل أب على أولاده ، أو من كان في درجة أولاده ، ويقدمان عليه ولد أب أبعد منه ومن في درجتهم.

مسألة . ٥ . : ثلاث حالات متفرقات ، وثلاثة أحوال متفرقين ، يأخذون نصيب الام للخال والخالة من الام ، الثلث بينهما بالسوية ، والباقي بين الخال والخالة من قبل الأب والام بينهم أيضا بالسوية.

وفي أصحابنا من قال : بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويسقط الخال والخالة من قبل الأب. وقال من تقدم ذكره : للخال والخالة من الأب والام المال كله فان لم يكن للخال والخالة من قبل الأب ، وان لم يكن للخال والخالة من قبل الأم.

مسألة . ٦ . (. ج .) : العمات المتفرقات يأخذون نصيب الأب يقسم بينهم قسمة الأخوات المتفرقات بالسواء. وقال من تقدم ذكره يقدم من كان للأب والام فان لم يكن فالتى للأب ، فان لم يكن فالتى للام.

مسألة . ٧ . : بنات الاخوة المتفرقين يأخذون ^(١) نصيب آبائهن على ترتيب الاخوة المتفرقين ، وكذلك أولاد الأخوات المتفرقات.

وقال (. ف .) في الفريقين : المال لمن كان للأب والام ، ثم لولد الأب ، ثم لولد الام. وكان محمد يورث بعضهم مع بعض ، بعد أن يجعل عدد من يدلي بأخت

(١) م : يأخذ نصيب.

أخوات ، وعدد من يدلي بأخ اخوة ، ثم يورثهم على سبيل ميراث الأخوات المتفرقات والأخوة المتفرقين كما نقول ^(١) ، لكن لا نراعي نحن العدد.

وروي عن (. ح .) مثل قول (. ف .) و (. م .) جميعا ، وكانوا يورثون الأخوال والخاللات من الام وأولادهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذلك الأعمام للأُم والعمات وأولادهما.

وكان أهل التنزيل لا يفضلون ذكورهم على إناثهم ، وأجمعوا على أن ولد الاخوة والأخوات من الام لا يفضل ذكورهم على إناثهم. وكان أبو عبيد لا يفضل ذكرا على أخته في جميع ذوي الأرحام.

مسألة ٨ . (. ج .) : اختلف عن أهل العراق في أعمام الأم وعماتها وأخوالها وخالاتها وأجدادها وجداتها اللاتي يرثن بالرحم ، وفي أخوال الأب وعماته وأجداده وجداته الذين يرثون بالرحم ، فروى عنهم عيسى بن أبان أن نصيب الام لقرباتها من قبل أبيها ، ونصيب الأب لقربته من قبل أبيه.

وروى أبو سليمان الجوزجاني واللؤلؤي أن نصيب الام ثلثاه لقربتها من قبل أبيها ، وثلثه لقربتها من قبل أمها ، وأن نصيب الأب ثلثاه لقربته من قبل أبيه ، وثلثه لقربته من قبل أمه ، فإذا اجتمع قرابة الأم والأب وكان بعضهم أقرب بدرجة ^(٢) ، فالمال كله لأقربها مثل أم أبي أم وأم أبي أم أب ، فالمال كله لام أبي الأم. وهذا هو الصحيح الذي نذهب إليه.

مسألة ٩ . (. ج .) : إذا اختلف من ورث ذوي الأرحام إذا كان معهم زوج أو زوجة ، مثل أن يخلف الميت زوجا وبنت ^(٣) بنت وبنت أخت ، فعندنا للزوج سهمه الربع ، والباقي لبنت البنت ، وسقط بنت الأخت.

(١) د : كما يقول.

(٢) د : أقرب درجة.

(٣) م : أن يخلف الميت وبنت بنت.

وكان الحسن بن زياد وأبو عبيد يعطيان الزوج فرضه النصف ، ويجعلان نصف الباقي لبنت البنت ، ونصفه لبنت الأخت.

وكان يحيى بن آدم وأبو نعيم يحجبان الزوج ويعطيان الربع ^(١) ، ولبنت البنت النصف سهمان من أربعة ، والباقي لبنت الأخت ، ثم يرجعان فيعطيان الزوج النصف ويجعلان باقي المال بين بنت البنت وبنت الأخت على ثلاثة ، ثلثاه لبنت البنت وثلثه لبنت الأخت على قدر سهامهما في حال الحجب ، ويصح من ستة.

مسألة ١٠ . (ج .) : عم لاب مع ابن عم لاب وأم المال لابن العم للأب والام ، وسقط العم للأب ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

مسألة ١١ . (ج .) : لا يرث المولى مع ذي رحم ، قريبا كان أو بعيدا ، وبه قال عمر وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبو الدرداء ، ومعاذ ، وعلقمة ، والأسود ، وعبيدة ، والشعبي ، وشريح ، ومجاهد.

وكان زيد يورث ذا السهم سهمه ، ويجعل الباقي للمولى ويورثه دون ذوي الأرحام الذين لا سهم لهم ، واليه ذهب الحسن ، و (ع .) ، و (ك .) ، و (ش .) ، وابن أبي ليلى ، و (ح .) ، وأهل العراق ، وروي عن علي عليه السلام القولان معا.

مسألة ١٢ . (ج .) : الابن والأب والجد وابن الأخ والعم وابن العم والمولى كلهم يأخذون بآية « أولى الأرحام » ^(٢) دون التعصيب والمولى يأخذ بالولاء.

وقال (ش .) : يأخذ هؤلاء كلهم بالتعصيب ، وبه قال باقي الفقهاء.

مسألة ١٣ . (ج .) : ميراث من لا وارث له ينقل الى بيت المال ، وهو للإمام خاصة ، وعند جميع الفقهاء ينقل الى بيت المال ويكون للمسلمين . وعند (ش .) يرثه المسلمون بالتعصيب.

(١) م : يعطيانه الربع.

(٢) سورة آل عمران آية ٧٦.

وقال (. ح .) : انه فيء في إحدى الروايتين عنه ، وفي الرواية الأخرى يرثه المسلمون بالموالاة دون التعصيب. فأما الذمي إذا مات ولا وارث له ، فان ماله لبيت المال فيئاً بلا خلاف بينهم ، وعندنا أنه للإمام مثل الذي للمسلم سواء.

مسألة . ١٤ . (. ج .) : كل موضع وجب المال لبيت المال عند الفقهاء وعندنا للإمام ان وجد الامام العادل سلم اليه بلا خلاف ، وان لم يوجد وجب حفظه له عندنا ، كما يحفظ سائر أمواله ^(١) التي يستحقها.

واختلف أصحاب (. ش .) فيه ، فمنهم من قال : إذا فقد العادل سلم إلى ذوي الأرحام ، لأن هذه مسألة اجتهد ، فاذا بطل إحدى الجهتين ثبت الآخر.

ومنهم من قال : هذا لا يجوز ، لأنه حق لجميع المسلمين ، فلا يجوز دفعه الى ذوي الأرحام ، لكن يفعل به ما يفعل بركة الأموال الظاهرة ، فالإنسان مخير بين أن يسلمه الى الامام الجائر ، وبين أن يضعه في مصالح المسلمين ، وبين أن يحفظه حتى يظهر امام عادل كذلك ها هنا.

مسألة . ١٥ . (. ج .) : لا يرث الكافر المسلم بلا خلاف ، وعندنا أن المسلم يرث الكافر ، قريباً كان أو بعيداً ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام في رواية أصحابنا عنه عليه السلام ، وعلى قولهم معاذ بن جبل ، ومعاوية بن أبي سفيان ، وبه قال مسروق ، ومحمد بن الحنفية ، وإسحاق بن راهويه.

وقال (. ش .) : لا يرث المسلم الكافر ، وحكوا ذلك عن علي عليه السلام ، وعمر وعبد الله ابن مسعود ، وعبد الله بن عباس ، وزيد بن ثابت ، والفقهاء كلهم. ويدل على مذهبنا . مضافاً الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ^(٢) قول النبي عليه السلام : الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. وروى معاذ بن جبل عن النبي عليه السلام قال : الإسلام

(١) م : كما يحفظ أمواله.

(٢) م : دليلنا قول النبي (ص).

يزيد ولا ينقص.

وما روي عن النبي ﷺ أنه قال : لا يتوارث أهل ملتين. فالمراد به أنه لا يورث^(١) كل واحد منهما صاحبه ، وذلك صحيح عندنا.

مسألة ١٦ . (. ج .) : الكفر ملة واحدة ، فالذمي يرث من الذمي ، كما أن المسلم يرث من^(٢) المسلم ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ر .) ، وأصحاب (. ح .) .

وذهب قوم الى أن الكفر ملل ، ولا يرث الذمي من الذمي ، قال به شريح ، والزهري ، وربيعة ، وابن أبي ليلى ، و (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة ١٧ . : إذا أسلم الكافر قبل قسمة الميراث ، شارك أهل الميراث في ميراث^(٣) ، وإن كان بعد القسمة لم يكن له شيء ، وبه قال عمر ، وعثمان ، والحسن ، وقتادة ، وجابر بن زيد ، وعكرمة ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقالوا : ان عليا ﷺ كان لا يورث من أسلم على ميراث ، وبه قال المسيب وعطاء ، وطاوس ، وأهل العراق ، و (. ك .) ، و (. ش .) .

مسألة ١٨ . (. ج .) : المملوك لا يورث منه بلا خلاف ، لأنه لا يملك ، وهل يرث أم لا؟ فيه خلاف ، فعندنا أنه ان كان هناك وارث ، فإنه لا يرث الا أن يعتق قبل قسمة المال ، فإنه يقاسمهم المال. وان لم يكن هناك مستحق اشترى المملوك بذلك المال أو ببعضه وأعتق وأعطى الباقي. وان لم يسع المال لثمنه ، سقط ذلك وكان لبيت المال.

وقال ابن مسعود : يشتري بهذا المال فما بقي يرثه ولم يفصل. وقال طاوس : يرثه كالوصية. وقال باقي الفقهاء ، (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ك .) : انه لا يورث ، ورووه عن علي ﷺ

(١) م : انه لا يرث.

(٢) م : يرث المسلم.

(٣) م : في ميراثهم.

وعمر.

مسألة ١٩ . (. ج .) : العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه مملوكاً ، فإنه يرث بحساب الحرية ، ويحرم بحسب الرق ^(١) . وخالف الفقهاء كلهم فيه ، وقالوا ^(٢) : حكمه حكم العبد القن ^(٣) سواء .

مسألة ٢٠ . (. ج .) : متى اكتسب هذا العبد ما لا يكون بينه وبين سيده : إما بالمهاياة ، أو غير المهاياة ومات ، فإنه يورث عنه ما يخصه ، ولا يكون لسيده . وللش فيه قولان : أحدهما يورث ، والآخر لا يورث .

مسألة ٢١ . (. ج .) : القاتل إذا كان عمداً في معصية ، فإنه لا يرث المقتول بلا خلاف . وإن كان عمداً في طاعة الله ، فإنه يرثه عندنا . وإن كان خطاءً ، فإنه لا يرثه من ديته ويرث مما سواها ، ووافقنا عليه جماعة من الفقهاء عطاءً ، وسعيد ابن المسيب ، و (. ك .) ، و (. ع .) ، وروي ذلك عن عمر .
وذهب قوم إلى أنه يرث من ماله ومن ديته .

وقال (. ش .) : القاتل لا يرث ، سواء كان صغيراً أو كبيراً ، أو مجنوناً أو عاقلاً ، عمداً كان أو خطأً ، لمصلحة أو غير ^(٤) مصلحة ، مثل أن يسقيه دواءً أو بط جرحه فمات ، وسواء كان قتل مباشرة أو بسبب جناية أو غير جناية ، وسواء كان حاكماً شهد ^(٥) عنده بالقتل أو بالزنا وكان محصناً إذا اعترف فقتله ، ورووا ذلك عن علي عليه السلام ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال (. د .) .

ومن أصحاب (. ش .) من قال : إن كان جناية لا يرثه ، مثل أن يكون قتل العمد

(١) م : ويحرم بحساب الرق .

(٢) د : كلهم فيه وحكمه .

(٣) م : حكمه حكم القن سواء .

(٤) م : أو لغير مصلحة .

(٥) م : حاكماً شهده .

الذي يوجب القود والكفارة ، أو قتل الخطاء الذي يوجب الدية والكفارة قال أبو إسحاق : ان كان موضع التهمة ، فإنه لا يرثه مثل أن يكون حاكما فشهد عنده بقتل أبيه عمدا أو بالزنا وكان محصنا فقتله ، فإنه لا يرث ^(١) ، لان ها هنا تهمة التزكية لأن اليه تزكية العدول ، فأما ان اعترف فإنه يرثه لأنه ليس بمتهم. قال أبو حامد : وليس هذان بشيء.

واختلفوا في قاتل الخطاء ، فرووا عن علي عليه السلام ، وعمر ، وزيد ، وابن عباس أنهم لا يورثونه ، وبه قال (. ش .) ، والنخعي ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه.

الا أن ^(٢) من قول (. ح .) ان المجنون والمغلوب على عقله والصبي والعاقل ان قتل الباغي ورثوا من المال والدية معا ، وكان عطاء ، و (. ك .) ، والزهري ، وأهل المدينة يورثون قاتل الخطاء من المال دون الدية.

وقال (. ح .) : ان كان القتل بالمباشرة ، فإنه لا يرثه إلا في ثلاثة : الطفل ، والمجنون والعاقل إذا رمى في الصف وقتل واحدا من المقاتلة ، فأما بالسبب مثل أن حفر بئرا فوق ^(٣) فيه إنسان فمات ، أو نصب سكيना فعثر به إنسان فمات ، أو ساق دابة أو قادها فرفست فقتله فإنه يرثه ، فأما ان كان راكبا على الدابة فرفست وقتلت إنسانا فإنه لا يرثه. وقال (. ف .) ، و (. م .) : يرثه وان كان راكبا.

يدل ^(٤) على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة . ما رواه محمد بن سعيد قال الدارقطني : هو ثقة ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده عبد الله بن عمر وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يتوارث أهل ملتين بشيء يرث المرأة من مال زوجها ومن

(١) م : لا يرثه.

(٢) م : الا انه.

(٣) م : فدفع فيه.

(٤) م : دليلنا ما رواه محمد بن سعيد.

ديته ، ويرث الرجل من مالها ومن ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه ، فان قتل أحدهما صاحبه عمدا ، فلا يرث من ماله ولا من ديته ، وان قتله خطأ ورث من ماله ولا يرث من ديته ، وهذا نص.

مسألة . ٢٢ . (. ج .) : المهذوم عليهم والغرقى إذا لم يعرف ^(١) تقدم موت بعضهم على بعض ، فإنه يورث بعضهم من بعض من نفس ما ترك دون ما يرثه عن صاحبه وهو قول علي عليه السلام ، واحدى الروایتين عن عمر ، وبه قال شريح .

وأما ^(٢) الحسن البصري ، والشعبي ، وسفيان الثوري ، وابن أبي ليلى كلهم ذهبوا ^(٣) أن الميت ^(٤) يرث من الميت .

وقال (. ش .) : من غرق ، أو انهدم عليه ، أو يقتل في الحرب ولم يعرف موت أحدهم إذا كانوا جماعة ، فإنه ان كان يعرف أن أحدهم سبق موته ، فان الميراث يكون للباقي . وان عرف ^(٥) السابق لكن نسي أيهم كان ، فان الميراث يكون موقوفا رجاء أن يترك وارثا ناقصا أو تاما .

وان كان أحدهما أسبق ^(٦) ولم يعرف عينه ، فان ميراثه يكون لورثته الاحياء ولا يرث الموتى عنه ، وبه قال أبو بكر ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت ، وابن عمر ، وهي إحدى الروایتين ^(٧) عن عمر ، ومعاذ بن جبل

(١) م : إذا لم تقدم موت .

(٢) د : قال شريح وأبي الحسن البصري وذكر في (. د .) قال شريح و .

(٣) م : ذهبوا الى ان .

(٤) م : ليس في (. م .) كلمة (يرث) .

(٥) د : وان غرق السابق . (. ن .) (. س .) (. خ .) (عرف) .

(٦) م : أحدهما سابقا .

(٧) د : وابن عمر وهي أحد الروایتين وفي (. م .) (وهو احدى) .

قالوا : لا يرث ^(١) الموتى من الموتى ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٢٣ . (. ج .) : القاتل والمملوك والكافر لا يحجبون ، وبه قال جميع الفقهاء
وجميع الصحابة إلا ^(٢) ابن مسعود ، فإنه انفرد بخمس مسائل هذه أولها قال : القاتل
والمملوك والكافر يحجبون حجبا مقيدا ، والمقيد ما يحجب من فرض الى فرض .

مسألة . ٢٤ . (. ج .) : أولاد الأم يسقطون مع الأبوين ومع الأولاد ، ذكورا كانوا أو
إناثا ، ومع ولد الولد ذكورا كانوا أو إناثا ، ولا يسقطون مع الجد .

وقال (. ش .) : يسقطون مع أربعة مع الأب والجد وان علا ، ومع الأولاد كانوا
ذكورا أو إناثا ، ومع أولاد الابن ذكورا كانوا أو إناثا .

مسألة . ٢٥ . (. ج .) : كلاله الأم هم الاخوة والأخوات من قبل الام ، وكمالته
الأب الاخوة والأخوات من قبل الأب والام أو من قبل الأب ، وبه قال (. ش .) ، وفي ^(٣)
الصحابة علي عليه السلام ، وأبو بكر ، وعمر ، وزيد بن ثابت ، وجابر بن عبد الله .
وقال القتيبي : الكلاله الوالدان . وقال أبو عبيدة : الوالدان والمولدون .

قال الساجي ، قال أهل البصرة : الكلاله انما هو الميت ^(٤) . وقال أهل الحجاز وأهل
الكوفة : الكلاله الورثة ، وعلى هذا أصل اللغة .

مسألة . ٢٦ . (. ج .) : الاخوة والأخوات من الأب والام أو من الأب كلاله وهم
يسقطون بثلاثة بالأب وبالابن ، ويسقطون بابن الابن بلا خلاف ، ويسقطون بالبنات
وبنات الابن وبجميع ولد الولد وان نزلوا ، سواء كانوا أولاد ابن أو

(١) م : لا يرث الموتى .

(٢) م : لا عبد الله ابن مسعود .

(٣) م : قال (. ش .) وبه قال في الصحابة .

(٤) م : انما الميت .

أولاد بنت. وقال (. ش .) : لا يسقطون بمؤلاء ، ولا خلاف أنهم لا يسقطون بالجد.

مسألة ٢٧ . (. ج .) : يسقط أم الأم بالأب ، وعند الفقهاء لا يسقط ، لأنها تدلى بالأم لا بالأب.

مسألة ٢٨ . (. ج .) : أم الأب لا يرث مع الأب ، وبه قال علي عليه السلام ، وعثمان ، وزيد ، والزيير ، وسعد بن أبي وقاص ، ومن الفقهاء (. ك .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) .

وذهب قوم إلى أنها ترث مع الأب ، وهو قول أبي بكر ، وعمر ، وعبد الله ابن مسعود ، وأبي موسى الأشعري ، وعمران بن حصين ، وشريح ، والشعبي ، و (. د .) ، و (. ق .) ، ومحمد بن الطبري ^(١).

وقال أصحابنا : إذا خلف أبوين وجدته أم أبيه ^(٢) ، فلأم الثلث ولأب الثلثان ويؤخذ السدس من نصيب الأب ، ويعطى الجدة التي هي أمه على وجه الطعمة لا الميراث.

مسألة ٢٩ . (. ج .) : إذا خلف أم الأم وأم الأب مع الأب ، فالأم كله للأب ويؤخذ منه السدس طعمة ^(٣) ، فيعطى أم الأب ^(٤) ولا شيء لأم الأم.

وقال (. ش .) ومن ذكرناه ^(٥) في المسألة الاولى : لا يرث أم الأب مع الأب شيئاً على ما قلناه ، ولا يشارك ^(٦) عنده ، ومن وافقه في المسألة الأولى أم الأم أم الأب ، وعند مخالفهم السدس بينهما أعني بين أم الأب وأم الأم.

(١) م : ومحمد بن جرير الطبري.

(٢) م : أم ابنه.

(٣) م : السدس منه طعمه.

(٤) د : فيعطى الأب.

(٥) م : ومن ذكرناهم.

(٦) م : عند (. ش .) .

مسألة ٣٠ . (. ج .) : لا يحجب الام عن الثلث إلا بأخوين أو أخ وأختين أو أربع أخوات . وقال جميع الفقهاء : انها يحجب بأختين أيضا . وقال ابن عباس : لا يحجب بأقل من ثلاثة أخوة ، وهذه في جملة المسائل الخمس التي انفرد بها .

مسألة ٣١ . (. ج .) : لا يقع الحجب بالاخوة ولا الأخوات ^(١) إذا كانوا من قبل أم ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة ٣٢ . (. ج .) : زوج وأبوان عندنا للزوج النصف ، وللام الثلث من الأصل ، والباقي وهو السدس للأب ، وبه قال عبد الله بن عباس ، واليه ذهب شريح ، وروي عن علي عليه السلام مثله في المسألتين . وقال جميع الفقهاء : للام ثلث ما يبقى .

مسألة ٣٣ . (. ج .) : زوجة وأبوان : للزوجة الربع ، وللام الثلث ، والباقي للأب ، وبه قال ابن عباس ، وابن سيرين . وقال جميع الفقهاء : لها ثلث ما يبقى .

مسألة ٣٤ . (. ج .) : زوج وأخت للأب : للزوج النصف ، وللأخت النصف الآخر بلا خلاف . فان كان زوج وأختان لأب وأم أو الأب ، فللزوج النصف من أصل المال ، والباقي للأختين ولا عول ، وعند الفقهاء انما تعول إلى سبعة .

مسألة ٣٥ . (. ج .) : زوج وأختان لأب وأم وأم : للزوج النصف ، والباقي للأم ، ولا يرث معهما الأختان . وعند الفقهاء أنها تعول إلى ثمانية .

مسألة ٣٦ . (. ج .) : زوج وأختان لأب وأم وأم وأخ لأم : للزوج النصف ، والباقي للأم ولا شيء للأختين ولا للأخ من الام معها ، وعندهم أنها تعول إلى تسعة .

(١) م : بالاخوة والأخوات .

مسألة ٣٧. (. ج .) : زوج وأختان لأب وأم وأختان لأم وأم : للزوج النصف ، والباقي للأم ، وعندهم أنها تعول إلى عشرة ، وهذه المسألة يقال لها أم الفروخ.

مسألة ٣٨. (. ج .) : زوج وبتان وأم : للزوج الربع ، وللام السدس ، والباقي للبتين ولا عول ، وعندهم أنها تعول من اثني عشر إلى ثلاثة عشرة.

مسألة ٣٩. (. ج .) : زوج وأبوان وبتان : للزوج الربع ، وللأبوين السدسان ، والباقي للبتين ، وعندهم تعول إلى خمسة عشرة.

مسألة ٤٠. (. ج .) : زوج وأبوان وبت : للزوج الربع ، وللأبوين السدسان والباقي للبت. وعندهم أنها تعول إلى ثلاثة عشر.

مسألة ٤١. (. ج .) : زوجة وأم وأختان لأب : للزوجة الربع ، وللأم الباقي وعندهم تعول إلى ثلاثة عشر.

مسألة ٤٢. (. ج .) : فان كان معهم أخ من أم ، فللزوجة الربع ، والباقي للأم ، وعندهم تعول ^(١) إلى خمسة عشر.

مسألة ٤٣. (. ج .) : فان كان معهم أخ آخر فمثل ذلك ، وعندهم تعول ^(٢) إلى سبعة عشر.

مسألة ٤٤. (. ج .) : بنتان وأم وأب وزوجة : للزوجة الثمن ، وللأبوين السدسان ، والباقي للبتين ، وعندهم تعول من أربعة وعشرين إلى سبعة وعشرين ، وهذه المسألة يقال لها المنبرية التي قال فيها صار ثمنها تسعا.

مسألة ٤٥. (. ج .) : للبتين فصاعدا الثلثان ، وبه قال عامة الفقهاء ، ورويت رواية شاذة عن ابن عباس أن للبتين النصف وللثلاث فما فوقهن الثلثان.

(١) م : وعند تعول.

(٢) م : وعند تعول.

مسألة ٤٦ . (. ج .) : بنت وبنت ابن وعصبة المال : للبنت النصف بالتسمية والباقي رد عليها ، وعندهم للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة الثلاثين ، والباقي للعصبة .

مسألة ٤٧ . (. ج .) : بنت وبنات ابن وعصبة : للبنت النصف بالفرض ، والباقي رد عليها ، وعندهم لها النصف والسدس لبنات الابن ، والباقي للعصبة .

مسألة ٤٨ . (. ج .) : بنتان وبنت ابن وعصبة : للبنتين الثلثان بالتسمية ، والباقي رد عليهما . وعندهم للبنتين الثلثان ، والباقي للعصبة .

مسألة ٤٩ . (. ج .) : بنتان وبنت ابن ومعها ابن ابن : للبنتين الثلثان ، والباقي رد عليهما . وعندهم لهما ^(١) الثلثان ، والباقي بين بنت الابن وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين . وقال عبد الله بن مسعود : للبنتين الثلثان ، والباقي لابن الابن ويسقط بنت الابن ، وهذه المسألة الثالثة التي انفرد بها من جملة المسائل الخمس .

مسألة ٥٠ . (. ج .) : زوج وأبوان وبنت وبنت ابن : للزوج الربع ، ولأبوين السدسان ، والباقي للبنت ، وليس لبنت الابن شيء . وعندهم هذه من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر ، للزوج الربع ثلاثة ، ولأبوين السدسان ، وللبنت النصف ستة ، ولبنت الابن السدس اثنان تكملة الثلاثين .

مسألة ٥١ . (. ج .) : بنت وبنات ابن وابن ابن : للبنت النصف ، والباقي لها بالرد ^(٢) . وعندهم الباقي لبنات الابن مع أخيهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقال عبد الله بن مسعود : بنات الابن يدفع إليهن ما هو أضربهن من السدس أو المقاسمة بناء على أصله أن البنات إذا استكملن الثلاثين وهناك بنت ابن وابن

(١) م : وعندهم لهم الثلثان .

(٢) م : والباقي رد عليها وعندهم .

ابنه ^(١) ، فان الباقي لابن الابن ، لان عنده بعد تكملة الثلاثين لا يرث بنات الابن ، وان كان معهن أخ ، فهاهنا السدس أضر بها ، لأنه إذا كانت بنات الابن أكثر من بني الابن ، فالسدس أضر بهن وان كان ^(٢) بنو الابن أكثر فالمقاسمة أضر بهن.

مسألة ٥٢ . (. ج .) : بنتان وابن ابن وبنت ابن ابن : للبنتين الثلثان ، والباقي رد عليهما . وعندهم الباقي لابن الابن ، ويسقط بنت ابن ابن ، لأن العصبية من أولاد يسقطون من هو أنزل منهم .

مسألة ٥٣ . (. ج .) : بنتان وبنت ابن وابن ابن ابن : للبنتين الثلثان ، والباقي رد عليهما ويسقط الباقي بين بنت الابن وابن ابن الابن ﴿ **لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ** ﴾ ^(٣) . وقال ابن مسعود : الباقي لابن ابن الابن وسقط بنت الابن وبه قال الأصم .

مسألة ٥٤ . (. ج .) : بنتان وأخت لأب وأم أو أب : للبنتين الثلثان فرضا ، والباقي ^(٤) رد عليهما ، وعندهم الباقي للأخت لان الأخوات مع البنات عصبية .

مسألة ٥٥ . (. ج .) : بنت واحدة وأخت لأب وأم أو لأب : للبنت النصف بالفرض ، والباقي رد عليها . وعندهم الباقي للأخت بالتعصيب .

مسألة ٥٦ . (. ج .) : ولد الولد يقوم مقام الولد ، ويأخذ كل واحد نصيب من يتقرب به ، فولد البنت يقوم مقام البنت ، ذكرا كان أو ^(٥) أنثى . وولد الابن

(١) (. م .) و (. د .) : وابن ابن فان .

(٢) م : وان كانوا .

(٣) سورة النساء : ١١ .

(٤) م : الثلثان والباقي .

(٥) م : ذكرا أو أنثى .

يقوم مقام الابن ، ذكرا كان أو أنثى ، فإذا اجتمعا أخذ كل واحد منهما ^(١) نصيب من يتقرب به.

مثال ذلك : بنت ابن وابن بنت : لبنت الابن الثلثان ، ولابن البنت الثلث ، ثمّ الأقرب يمنع الأبعد ، والأعلى يمنع الأسفل ، فعلى هذا لا يجتمع الأعلى مع من هو أنزل منه ، ذكرا كان أو أنثى ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، فقالوا : ولد الولد يقوم مقام الولد ، ومعناه لو كانوا ولد الصلب لورثوا ميراث ولد الصلب ، فولد البنت لا يرث على مذهب ^(٢) (. ش .) ، وقد مضى الخلاف فيه.

وبنت الابن يأخذ النصف ، فان كان معها أخوها ، فللذكر مثل حظ الأنثيين وبنت الابن لهما الثلثان وبنت الابن مع بنت ابن الابن يجريان مجرى البنت للصلب مع بنت الابن ، وقد مضى الخلاف فيه ، ثمّ على هذا الترتيب للبنت العليا النصف وللتى تليها تكملة ^(٣) الثلاثين ، ويسقط من هو أنزل منها الا أن يكون معها أخوها فيكون الباقي ^(٤) بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

مسألة . ٥٧ . (. ج .) : بنو الأخ يرثون مع الجد وان نزلوا ، ويقومون مقام أبيهم ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : هم يسقطون مع الجد.

مسألة . ٥٨ . (. ج .) : أخت من أب وأم وأخت من أب وعصبة : للأخت من الأب والام النصف بلا خلاف ، والباقي عندنا يرد عليها ، لأنها تجمع السبين وقال جميع الفقهاء : للأخت من الأب السدس تكملة ^(٥) الثلاثين والباقي للعصبة.

مسألة . ٥٩ . (. ج .) : أخت من أب وأم وأخوات من أب وعصبة : للأخت

(١) م : أخذ كل واحد نصيب د : واحد منهم نصيب.

(٢) م : على هذا (. ش .) .

(٣) م : وللتى تلتها تكملة.

(٤) م : فيكون بينهما.

(٥) د : السدس وتكملة.

من الأب والام النصف بلا خلاف ، والباقي عندنا رد عليها ، وعندهم للأخوات من الأب السدس تكملة الثلاثين ^(١) والباقي للعصبة.

مسألة ٦٠ . (. ج .) : أختان من أب وأم وأخت من أب وابن أخ من أب : للأختين الثلثان بلا خلاف ، والباقي عندنا رد عليهما ، وسقط الباقيون. وعندهم الباقي لابن الأخ من الأب ، لأنه عصبة ، ولا شيء للأخت من الأب.

مسألة ٦١ . (. ج .) : أختان من أب وأم وأخت وأخ : لأب للأختين الثلثان بلا خلاف ، والباقي عندنا رد عليهما ، وعندهم الباقي للأخ والأخت من الأب ، للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال عبد الله بن مسعود. والباقي للأخ ويسقط الأخت بناء ^(٢) على أصله في البنيتين وبنت ابن وابن ابن.

مسألة ٦٢ . (. ج .) : أخت من أب وأم وأخ وأخوات من أب : للأخت من الأب والام النصف بلا خلاف ، والباقي عندنا رد عليها ، وعندهم الباقي للأخ والأخوات ، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وقال ابن مسعود : يكون للأخوات من الأب ما يكون أضرهن ، فان كان السدس أضرهن فلهن السدس ، وان كان المقاسمة أضرهن فيقاسمهم أخوهم وبناء على أصله.

مسألة ٦٣ . (. ج .) : ثلاث أخوات متفرقات وعصبة : للأخت من الأب والام النصف ، وللأخت من الام السدس ، والباقي رد على الأخت من الأب والام ومن أصحابنا من قال : يرد عليهما ، لأنهما ذوو سهام ، ويسقط الأخت من الأب.

وقال جميع الفقهاء : للأخت من الأب السدس تكملة الثلاثين والباقي للعصبة.

(١) من الأب تكملة الثلاثين.

(٢) م : ويسقط الأخت للأب بناء.

مسألة ٦٤ . (. ج .) : ثلاث أخوات متفرقات مع إحداهن أخ ، نظرت : فان كان مع الأخت للأم ، فإن لهما الثلث وللأخت للأب والام النصف والباقي يرد عليها ، وتسقط الأخت من الأب . وقال الفقهاء : للأخت من الأب السدس تمام الثلاثين .
وان كان الأخ مع الأخت للأب والام ، يكون للأخت من الام السدس ، والباقي للأخ والأخت من الأب والام ، ويسقط الأخت من الأب بلا خلاف .
وان كان الأخ مع الأخت من الأب ، يكون للأخت من الام السدس ، وللأخت من الأب والام النصف والباقي رد عليها .
وقال الفقهاء : للأخت من الام السدس ، وللأخت من الأب والام النصف ، والباقي للأخ والأخت من الأب ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

مسألة ٦٥ . (. ج .) : ثلاث أخوات متفرقات مع كل واحد منهن أخ ، فإن للأخ والأخت من الام الثلث ، والباقي للأخ والأخت من قبل الأب والام ، للذكر مثل حظ الأنثيين بلا خلاف ، ويسقط الأخ والأخت من قبل الأب .

وروى أبو إسحاق عن الحرث ^(١) عن علي عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وآله قال : أعيان بني الأم يرثون دون بني العلات ^(٢) يرث الرجل أخاه من أبيه وأمه دون أخيه من أبيه .

مسألة ٦٦ . (. ج .) : لا يرث مع البنات ، واحدة كانت أو ثنتين ^(٣) أحد ^(٤) من الأخوات . وقال الفقهاء : بنت وأخت أو اخوة وأخوات من قبل الأب والام أو من قبل الأب للبنات النصف [والباقي للأخت أو للاخوة والأخوات ، لان

(١) م : عن الحرث .

(٢) د : بني الكلات .

(٣) م : أو اثنتين .

(٤) م : أو اثنتين واحد .

الأخوات مع البنات عصبة وبنت وبنت ^(١) ابن وأخت للبنات النصف] ^(٢) ولبنت الابن السدس والباقي للأخت.

وقال عبد الله بن مسعود : لا يرث الأخت مع البنت ، والأخوات لا يكن عصبة مع البنات ، وبه قال ابن عباس ، وهذا مثل قولنا.

مسألة ٦٧ . (. ج .) : أبوان واخوة : للأم السدس ، والباقي للأب بلا خلاف الا ما روي عن ابن عباس رواية شذت أنه قال : السدس الذي حججوا به الام يكون للإخوة.

مسألة ٦٨ . (. ج .) : بنت وأب : للأم السدس ، وللبنت النصف ، والباقي رد عليهما على قدر انصائهما ^(٣) ، وعند الفقهاء الباقي رد على الأب بالتعصيب.

مسألة ٦٩ . (. ج .) : بنتان وأب : لهما الثلثان ، وللأب السدس ، والباقي رد عليهم على قدر سهامهم . وعندهم الباقي ^(٤) للأب.

مسألة ٧٠ . (. ج .) : بنت وبنت ابن وأب : للبنات النصف ، وللأب السدس والباقي رد عليهما ، وسقط بنت الابن . وعندهم للأم السدس ، وللبنتين الثلثان والباقي للأب بالتعصيب.

مسألة ٧١ . (. ج .) : لا يرث واحدة من الجدات مع الولد ، وقال جميع الفقهاء : للجددة السدس مع الولد.

مسألة ٧٢ . (. ج .) : للجددة من قبل الام نصيب الأم إذا لم يكن غيرها ، الثلث المسمى للام والباقي رد عليهما كما يرد على الام.

(١) م : وبنت بنت.

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من نسخة (. م .) .

(٣) م : انصائهما.

(٤) م : وعند الباقي.

وان اجتمعت جدتان : جدة أم ، وجدة أب ، كان للجدة من قبل الام الثلث ، وللجدة من قبل الأب الثلثان ، كل واحدة تأخذ نصيب من يتقرب به .

وقال ابن عباس : جدة الأم لها الثلث نصيب الام كما قلناه ، وقال الفقهاء كلهم : لها السدس وان اجتمعا كان السدس بينهما نصفين .

مسألة ٧٣ . (. ج .) : أم الأم ترث وان علت بالإجماع ، وأم أب الأم ترث أيضا عندنا إذا لم يكن هناك من هو أقرب منها ، ويقاسم من هو في درجتها .
وعندهم أنها لا ترث بالإجماع ، وأم أم الأب ترث وان علت بالإجماع ، وأم أب الأب يرث عندنا الا أن يكون هناك من هو أقرب منها .

وللش فيه قولان ، أحدهما : أنها ترث وهو الصحيح عندهم ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس ، واحدى الروایتين عن زيد بن ثابت ، وفي الفقهاء أهل البصرة ، والحسن البصري ، وابن سيرين ، وأهل الكوفة ، و (. ح .) ، وأصحابه .

والقول الثاني : وهو الضعيف أنها لا ترث ، وبه قال في الصحابة سعد بن أبي وقاص ، واحدى الروایتين عن زيد بن ثابت ، وأهل الحجاز (. ك .) ، وربيعة .

مسألة ٧٤ . (. ج .) : أم أم أم هي أم أب أب ، صورتها : كان لها ابن ابن ابن بنت بنت بنت ، فتزوج ابن ابن ابنها بنت بنت البنت ، فجاءت بولد ، فهي أم أم أم وأم أب أب ، فإذا مات المولود ترث بالسبيين معا عندنا على حسب استحقاقها .

وفي أصحاب (. ش .) من قال : ترث بالسبيين معا ثلثي السدس ، وهو قول أبي العباس ، وبه قال الحسن بن صالح بن حي ، ومحمد بن الحسن ، وزفر ، قالوا : ترث من أب جدتان ، وكلما زادت بقربة يورث بمثلها ورثت مع الجدات الأخر بعدد قراباتها في السدس ، ومذهب (. ش .) أنها لا ترث الثلاثين ، وبه قال (. ف .) .

مسألة ٧٥ . (ج .) : أم أب الأم ترث عندنا ، وبه قال ابن سيرين . وقال جميع الفقهاء : لا ترث .

مسألة ٧٦ . : أم أب الأب لا تسقط بأم أم أب أم ، لأن ^(١) درجتها واحدة ولا دلالة على سقوطها ، وعند (. ش .) تسقط ، لأنها جهة واحدة ، وعن ابن مسعود روايتان .

مسألة ٧٧ . : إذا كانت قرى وبعدي من جهة واحدة ، مثل أن يكون أم أم وأم أم أم ، أو أم أب وأم أم أب ، فإن القرى يحجب البعدي بلا خلاف . وإذا اختلفت جهات الجدات ، مثل أن يكون من جهة الأم ومن جهة الأب ، فإنه يسقط البعدي بالقرى عندنا ، وبه قال أهل العراق . وإن تساويا لم يسقط إحدهما ، مثل أم أم وأم أم أب ، أو أم أب وأم أم أم ، فإنه يسقط القرى البعدي .

واختلف الصحابة في ذلك على ثلاثة مذاهب : فذهب علي عليه السلام أنه تسقط البعدي بالقرى ، سواء كانت من قبل الأم ، أو من قبل الأب على ما قلناه ، وبه قال أهل العراق . وقال ابن مسعود : يتشاركون فيه القرى والبعدي من قبل الأب ومن قبل الأم . وقال زيد بن ثابت : إن كن من قبل الأم ، فإن البعدي يسقط بالقرى ، وإن كن من قبل الأب فعنه روايتان إحدهما لا يسقط ويشرك بينهما في السدس ، وبه قال (. ك .) وأكثر أهل الحجاز .

و (. للش .) فيه قولان ، أحدهما : أنه تسقط البعدي بالقرى . والثاني : مثل قول زيد . وأجمعوا على أن الجدة يحجب أمهاتها فلا يرثن معها ، فالجدة التي ورثتها الصحابة هي التي لا يكون بينها وبين الميت أب بين أمين إذا نسبت إليه ، مثل أم أبي الأم . وعن ابن عباس انه ورث أم أبي الأم . وروي عن جابر بن زيد وابن

(١) م : لا تسقط بأم أم أب لان .

سيرين نحوه.

وكان (. ك .) وأكثر أهل المدينة لا يورثون أكثر من جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما. وكان (. ع .) ، و (. د .) لا يورثان أكثر من ثلاث جدات ، وهن أم الأم وأم الأب وأم الجد أبي الأب وورث سائر الصحابة والفقهاء الجدات وإن كثرن.

مسألة ٧٨ . (. ج .) : أم الأم لا ترث عندنا مع الأب. وقال الفقهاء : لها

السدس.

مسألة ٧٩ . (. ج .) : القول بالعصبة يطل عندنا ولا يورث بها في موضع من المواضع وإنما يورث بالفرض المسمى أو القربى أو الأسباب التي يورث بها ، مثل الزوجية والولاء. وروي ذلك عن ابن عباس ، لأنه قال فيمن خلف بنتا وأختا : إن المال كله للبنت دون الأخت ، ووافقه جابر بن عبد الله في ذلك.

وحكى ^(١) الساجي أن عبد الله بن الزبير قضى بذلك ، وحكى مثل ذلك عن إبراهيم النخعي ، ولم يجعل داود الأخوات ^(٢) عصبة مع البنات.

وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وأثبتوا ^(٣) العصبات من جهة الأب والابن واستدلوا بخبر روه عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت ^(٤) الفرائض فلاولى عصبة ذكر.

والذي يدل على بطلان هذه الرواية أنهم رووا عن طاوس خلاف ذلك ، روى أبو طالب الأنباري ^(٥) ، قال : حدثنا محمد بن أحمد البريري ، قال : حدثنا بشر

(١) م : وحكى الساج.

(٢) م ، ود : لآخوات.

(٣) د : وأثبت.

(٤) م : بأهلها فإن أبقت.

(٥) م : روى ذلك أبو طالب الأنباري.

ابن هارون ، قال : حدثنا الحميري ، قال : حدثنا سفيان ، عن أبي إسحاق ، عن قارية ابن مضرب ، قال : جلست الى ابن عباس وهو بمكة ، فقلت : يا ابن عباس حديث يرويه أهل العراق عنك وطاوس مولاك يرويه أن ما أبقت الفرائض فلأولى عصبه ذكر.

قال : أمن أهل العراق أنت؟ قلت : نعم ، قال : أبلغ من وراءك اني أقول ان قول الله عَزَّوَجَلَّ ﴿ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ ﴾ ^(١) وقوله تعالى ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(٢) وهل هذه الا فريضتان؟ وهل أبقتا شيئا؟ ما قلت هذا ولا طاوس يرويه عني.

قال قارية بن مضرب : فلقيت طاوس ، فقال : لا والله ما رويت هذا عن ابن عباس قط ، وانما الشيطان ألقاه على ألسنتهم ، قال سفيان : أراه من قبل ابنه عبد الله ابن طاوس فإنه كان على خاتم سليمان بن عبد الملك وكان يحمل على هؤلاء القوم حملا شديدا يعني بني هاشم.

ولو سلم هذا الخبر لكان محمولا على أشياء : منها : أن يكون مقدرًا في رجل مات وخلف أختين من قبل أم وابن أخ وبنت أخ لأب وأم وأخا لأب ، فلأختين من الام الثلث ، وما بقي فلأولى ذكر وهو الأخ للأب ، وفي مثل امرأة وخال وخالة وعم وعممة وابن أخ فللمرأة الربع وما بقي فلأولى ذكر وهو ابن الأخ ، لأنه ليس في ظاهر الخبر أن الباقي لاولي عصبه ذكر مع التساوي في الدرج بل هو عام ، على أنه لو أراد التساوي لم يجز لهم أن يؤثروا ^(٣) ابن العم والعم مع البنت ، لان البنت أقرب منهما.

(١) سورة النساء : ١٤ .

(٢) سورة الأنفال : ٧٦ .

(٣) م : أن يؤثروا.

ويمكن أيضا أن يقول مع التساوي في الدرج أنه مقدر في رجل مات وخلف زوجة وأختا لأب وأخا لأب وأم ، فللزوجة الربع ، والباقي للأخ من الأب والام ، وفي مثل امرأة ماتت وخلفت زوجا وعمما من قبل الأب والام وعممة من قبل الأب فإن للزوج النصف والباقي للعم للأب والام دون العممة من قبل الأب.

واستدلوا بخبر روهه عن عبد الله بن محمد بن عقيل ، عن جابر أن سعد بن الربيع قتل يوم أحد وأن النبي ﷺ رأى امرأته جاءت بابنتي سعد ، فقالت : يا رسول الله ان أباهما قتل يوم أحد وأخذ عمهما المال كله ولا ينكحان الا ولهما مال فقال النبي ﷺ : سيقضي الله في ذلك ، فأنزل الله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ ^(١) حتى ختم الآية ، فدعا النبي ﷺ عمهما ، وقال : أعط الجاريتين الثلاثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فلك.

والكلام على هذا الخبر أنه قد قيل ان رواية عبد الله بن محمد بن عقيل واحد وهو أيضا عندهم ضعيف ، ولا يحتجوا ^(٢) بحديثه ، ومع هذا فهو معارض لظاهر القرآن ، وقد ألزم القائلون بالعصبة من الأقوال الشنيعة ما لا يحصى.

منها : أن يكون الابن للصلب أضعف سببا عندهم من ابن ابن العم ، فانا إذا قدرنا أن رجلا مات وخلف ثمانية وعشرين بنتا وابنا ، فان من قول الكل ^(٣) ان للابن جزءين من ثلاثين ، ولكل واحدة من البنات جزء من ثلاثين ، فيقال لهم : لو كان بدل الابن ابن ابن عم ، فلا بد أن يقولوا ان له عشرة أجزاء من ثلاثين جزء وعشرين جزء بين الثمانية والعشرين بنتا ، وفي هذا تفضيل للبعيد على الولد للصلب ، فيكون في ذلك خروج عن العرف والشرعية ، وترك لقوله تعالى

(١) سورة النساء : ١٢ .

(٢) د : ولا يحجبوا بحديثه.

(٣) م : فان قول الكل.

﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(١) وهذه الإلزامات والمعارضات كثيرة فمن أرادها طلبها من مظانها.

مسألة ٨٠ . (. ج .) : العول عندنا باطل ، وبه قال ابن عباس ، فإنه لم يعمل المسائل^(٢) وأدخل النقص على البنات وبنات الابن والأخوات للأب والام أو الأب وبه قال محمد بن الحنفية ، ورووه عن محمد بن علي الباقر عليه السلام ، وبه قال داود بن علي وأعمالها جميع الفقهاء.

يدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عبيد بن مسعود أنه قال : التقيت أنا وزفر بن أوس النصري ، فقلنا : نمضي الى ابن عباس فتحدث عنه ، فمضينا وتحدثنا ، فكان مما نتحدث قال : سبحان الله الذي^(٣) أحصى رمل عاجل عددا جعل في المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ، ذهب النصفان بالمال فأين الثلث؟ انما جعل نصفاً نصفاً وثلاثاً وأرباعاً وايم الله لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله لما عالت الفريضة قط.

قلت : من الذي قدمه الله؟ ومن الذي أخره الله؟.

قال : الذي أهبطه الله من فرض الى فرض ، فو الذي^(٤) قدمه الله والذي أهبطه من فرض الى ما بقي ، فهو الذي أخره الله ، فقلت : من أول من أعال الفرائض؟ قال : عمر بن الخطاب. قلت : هلا أشدت^(٥) عليه^(٦) به؟ قال : هبته وكان أمراً مهيباً.

(١) سورة الأنفال : ٧٦ .

(٢) د : لم يعمل السائل.

(٣) م : سبحان الذي.

(٤) م : فهو الذي.

(٥) م : قلت هلا أشرت عليه.

(٦) د : أشرت إليه.

قال الزهري : لو لا أن يقدم ابن عباس امام عدل وحكم به وأمضاه وتابعه الناس على ذلك لما اختلف على ابن عباس اثنان ^(١) ، وكان الزهري مال الى ما قاله ابن عباس ^(٢) .
 ووجه الدليل من قوله شيئان : أحدهما ، أنه قال : الذي يعلم عدد الرمل لا يعلم أن المال لا يكون له نصف ^(٣) ونصف وثلث ، يعني يستحيل أن يكون كذلك.
 والثاني : أنه قال لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ، يعني : أن الزوج له النصف إذا لم يكن الولد والربع مع الولد ،

وللزوجة الربع ولها الثمن مع الولد ، وللام الثلث ومع الولد السدس ، وللبنت أو الأخت إذا كانت وحدها النصف ، وإذا كان مع البنت ابن أو مع الأخت أخ ، فإن لهما ما يبقى للذكر مثل حظ الأنثيين ، فالزوج والزوجة يهبطان من فرض الى فرض ، والبنت والأخت يهبطان الى ما بقي ، فوجب أن يكون النقص داخلا على من يهبط من فرض الى ما بقي لا على من يهبط من فرض الى فرض.

واستدل القائلون بالعول بخبر رواه عبيدة السلماني عن علي عليه السلام حين سئل عن رجل مات وخلف زوجة وأبوين وابنتيه ، فقال : صار ثمنها تسعا.

وأجيب عن ذلك ^(٤) بجوابين : أحدهما ، أن ذلك خرج مخرج الإنكار لا الاخبار كما يقول الواحد منا إذا أحسن إلى غيره وقابله بالذم والإساءة قد صار حسني قبيحا. والآخر : أنه خرج مخرج التقية ، لأنه لا يمكنه إظهار خلافه.

مسألة ٨١٠ . (. ج .) : ابنا عم أحدهما أخ لأم ، للأخ من الام السدس بالتسمية بلا خلاف ، والباقي رد عليه عندنا.

(١) د : على ابن عباس وكان الزهري.

(٢) م : ما قال ابن عباس.

(٣) م : لا يكون نصف ونصف.

(٤) د : فأجيب عن ذلك.

وقال الفقهاء : الباقي بينهما نصفين بالتعصيب ، وذهب عمر وابن مسعود الى أن الأخ من الام يسقط ، وبه قال شريح ، والحسن البصري ، وابن سيرين.

مسألة . ٨٢ . (. ج .) : الولاء لا يثبت به الميراث مع واحد ^(١) من ذوي الأنساب ، قريبا كان أو بعيدا ، ذا سهم كان أو غير ذي سهم ، عصبه كان أو غير عصبه أو من يأخذ بالرحم ، وعلى كل حال.

وقال (. ش .) : إذا لم يكن عصبه مثل الابن أو الأب أو الجد أو العم وابن العم الذين يأخذون الكل بالتعصيب ، أو الذي يأخذ بالفرض والتعصيب ، مثل بنت وعم أو أخت ^(٢) وعم أو بنت وأخ ، فإن المولى يرث. والمولى له حالتان : حالة يأخذ كل المال ، وحالة يأخذ النصف ، وذلك إذا كان معه واحد ممن يأخذ النصف مثل البنت والأخت والزوج ، فان لم يكن مولى فعصبه المولى ، فان لم يكن عصبه المولى فمولى المولى ، فان لم يكن فعصبه مولى المولى ، فان لم يكن عصبه مولى المولى فليبت المال ^(٣).

مسألة . ٨٣ . (. ج .) : الولاء يجري مجرى النسب ، ويرثه من يرث من ذوي الأنساب على حد واحد ، إلا الاخوة والأخوات من الأم ، أو من يتقرب بها من الجد والجددة والخال والخالة وأولادهما ، وفي أصحابنا من قال : انه لا يرث النساء من الولاء شيئا ، وانما يرثه الذكور من الأولاد والعصبه.

وقال (. ش .) : أولى العصبات يقدم ، ثم الأولى فالأولى بعد ذلك على ما ذكر في النسب سواء ، وعنده الابن أولى من الأب ، وأقوى منه بالتعصيب ، ثم الأب أولى من الجد ، ثم الجد أولى من الأخ ، ثم الأخ أولى من ابن الأخ ، وابن الأخ

(١) د : مع وجود واحد من ذوي الأنساب (. م .) مع وجود احد من ذوي الأنساب.

(٢) م : وعم وأخت.

(٣) د : فليبت المال.

أولى من العم ، والعم ^(١) من ابن العم ، وبه قال أكثر الفقهاء ، ولا يرث أحد من البنات ولا الأخوات مع الأخوة شيء.

وقال الشعبي ، و (. ف .) ، و (. د .) ، و (. ق .) : يكون للأب السدس ، والباقي يكون لابن كما يكون في النسب مثل ما نقول. وقال سفيان الثوري : يكون بينهما نصفين.

وكان طاوس يورث بنت المولى من مال مكاتبه.

يدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة . قوله ^(٢) **عَلَيْهِ** : الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب. وفي النسب يكون للأب السدس والباقي لابن.

مسألة . ٨٤ . (. ج .) : ابن الابن لا يرث الولاء مع الابن للصلب ، وبه قال (. ش .) وأكثر الفقهاء. وقال شريح : يرث ابن الابن مع الابن.

مسألة . ٨٥ . (. ج .) : المعتق إذا كانت امرأة ، فولاء مواليتها لعصبته دون ولدها ، سواء كانوا ^(٣) ذكورا أو إناثا ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

مسألة . ٨٦ . (. ج .) : الجد والأخ يستويان ، وهما بمنزلة أخوين في الولاء يتقاسمان المال ، وهو أحد قولي (. ش .) ، وبه قال (. ع .) ، و (. ف .) ، و (. م .) ، و (. د .) ، و (. ق .) ، والقول الآخر : الأخ أولى وسقط الجد ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ش .) : الأقيس أن الأخ أولى ، ولو لا الإجماع لقلت بإسقاط الجد مع الأخ في النسب ، لكن ذلك لم يقله أحد ، ولا إجماع في الولاء ، فلأجل هذا قلت بإسقاط الجد مع الأخ في الولاء.

وقال (. ح .) : الجد أولى من الأخ في الميراث بالنسب والولاء.

(١) م : والعم أولى من ابن العم.

(٢) م : دليلنا قوله **عَلَيْهِ** .

(٣) د : سواء كان ذكورا.

مسألة ٨٧ . : إذا خلف المولى اخوة وأخوات أو أخا وأختا ، فإن الولاء يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، بدلالة قوله عليه السلام : الولاء لحمه كلحمه النسب .

وفي النسب يكون كذلك ، وبه قال شريح ، وطاوس .

وقال (. ش .) وعامة الفقهاء : المال للذكور منهم ^(١) دون الإناث ، ومن أصحابنا من قال بذلك .

مسألة ٨٨ . (. ج .) : إذا ترك ابنا لمولاه وابن ابن له ، فالمال لابن دون ابن الابن ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال شريح وطاوس : المال بينهما كل واحد منهما يأخذ من الأب .

مسألة ٨٩ . (. ج .) : مولى مات وخلف ثلاث بنين ، ثم مات أحد البنين وخلف ابنين ، ومات الثاني وخلف ثلاث بنين ، ومات الثالث وخلف خمس بنين ثم مات المعتق ، فإن الولاء بينهم أثلاثا لأولاد كل واحد من البنين الثلث نصيب أبيهم . وقال جميع الفقهاء : المال بينهم مشتركون ، فإن الولاء لهم وليس لأبائهم لأنهم أموات .

مسألة ٩٠ . (. ج .) : إذا مات المعتق وخلف المعتق ، فإنه لا يرثه المعتق ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال شريح وطاوس : يرث كل واحد منهما من صاحبه .

مسألة ٩١ . رجل زوج أمته من عبد ثم أعتقها فجاءت بولد ، فإن الولد حر بلا خلاف ، ويكون ولدا لمن أعتقها ، فإن أعتق العبد جر الولاء الى مولى نفسه ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وعمر ، وعثمان ، وعبد الله بن مسعود ، وزبير ، وزيد بن ثابت ، والحسن ، وابن سيرين ، وفي الفقهاء (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وذهبت طائفة من التابعين إلى أنه لا ينجر الولاء ، وهو الزهري ، ومجاهد ،

(١) م : المال للذكر منهم .

وعكرمة ، وجماعة من أهل المدينة.

وروي أن الزبير قدم خبير ، فلقي فتية لعسا ، فأعجبه ظرفهم ، فسأل عنهم ، فقليل له : هم موالي رافع بن خديج قد أعتق أمهم وأبوههم مملوك لآل حرقه ، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ، وقال : انتسبوا إلى فأنا مولاكم ، قال رافع بن خديج : الولاء لي أنا أعتقت أمهم ، فتخاصموا إلى عثمان ، فقضى للزبير وأثبت الولاء له ، وفي المسألة إجماع الفرقة.

مسألة ٩٢ . : عبد تزوج بمعتقة قوم فجاءت بولد ، حكمنا بالولاء لمولى الأم ، فإن كان هناك جد وأعتق الجد والأب حي ، فهل ينجر الولاء إلى هذا الجد من مولى الأم؟ عندنا أنه ينجر إليه لأن الجد يقوم مقام الأب ، فإذا منع مانع في الأب لا يتعدى إلى الجد. ألا ترى أنه لو كان الأب كافرا والجد مسلما ، حكمنا بإسلام الولد تبعا للجد ، فكذلك ها هنا ، فإن أعتق بعد ذلك الأب انجر إلى مولى الأب من مولى الجد ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) ، وابن أبي ليلى ، وزفر.

وقال (. ح .) وأصحابه : لا ينجر إلى الجد. ولأصحاب (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : مثل قولنا ^(١) . والآخر : مثل قول (. ح .) .

مسألة ٩٣ . : حر تزوج بأمة وجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا ، فإنه لا يثبت الولاء لأحد عليه ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان كان الرجل عربيا فلا يثبت الولاء ، وان كان أعجميا يثبت عليه الولاء بناء على أصله حيث يقول : ان عبدة الأوثان لا يسترقون إذا كانوا من العرب.

مسألة ٩٤ . : عبد تزوج بمعتقة رجل فأتت بولد ، فإنه يكون حرا ولمولى الأم عليه الولاء فأعتق العبد ومات الولد ، فان ولاه ينجر إلى مولى الأب ، فإن

(١) م : أحدهما مثل ما قلناه والآخر.

لم يكن مولى الأب فعصبة مولى الأب ، فان لم يكن عصبة ، فمولى عصبة مولى الأب ، فان لم يكن مولى ولا عصبة كان لبيت المال على ما مضى من الخلاف فيه ، وبه قال جميع الفقهاء.

وقال ابن عباس : يكون الولاء لمولى الأم ، لأن الولاء كان له ، فلما جر مولى الأب كان له ، فلما لم يكن عصبة المولى عاد اليه.

ويدل على ما قلناه انا قد أجمعنا ^(١) على انتقاله عنه ، وعوده اليه يحتاج إلى دلالة ، وليس في الشرع ما يدل عليه.

مسألة ٩٥ . : عبد تزوج بمعتقة رجل فاستولدها بنتين ، فهما حرتان وولاهما لمولى الام فاشتريا أباهما ^(٢) فإنه يعتق عليهما كل ذلك بلا خلاف ، فان مات الأب فلبنتين الثلثان بحق النسب والباقي رد عليهما.

وقال الفقهاء : الباقي لكل واحد منهما نصف الثلث بحق الولاء ان ماتت احدى البنتين ، فعند (. ش .) فيه قولان حكى الربيع والبويطي أن لهذه البنت سبعة أثمان ، والباقي يرجع الى مولى الام ، وبه قال محمد بن الحسن ، وزفر ، ونقل المزني أن لها ثلاثة أرباع والربع الباقي لمولى الام ، وبه قال (. ك .) .

ويسقط هذا الفرع وأمثاله عنا ، لأن أحدا من ذوي القربى قريبا كان أو بعيدا لا يجمع له الميراث بالنسب والولاء ، لان الولاء عندنا انما يثبت إذا لم يكن هناك ذو نسب ، وهذا أصل في الباب ، فلأجل ذلك لم نذكر المسائل المفرعة عليه فلا فائدة فيه.

مسألة ٩٦ . (. ج .) : ولاء الموالاة عندنا جائز ، ومعناه أن يسلم رجل على يد رجل ويواليه فيصير مولاه ، وله أن ينقل ولاءه الى غيره ما لم يعقل ^(٣) عنه أو عن

(١) م : دليلنا انا قد أجمعنا.

(٢) د : فاشتريا أباهما.

(٣) م : الى غير ما لم يعقل.

أحد من أولاده الذين كانوا صغاراً عند عقد الولاء ، وبه قال علي عليه السلام ، وعمر ، وروى عنهما أنهما ورثا به ، وبه قال ابن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، و (. ع .) ، و (. ح .) ، وأصحابه ، وكان زيد لا يجعل الولاء الا للمعتق واليه ذهب (. ك .) ، و (. ش .) ، وابن أبي ليلى .

مسألة ٩٧ . (. ج .) : حكم الرجل المجهول النسب حكم الذي يسلم على يد غيره إذا تولى عليه ^(١) ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : لا يجوز .

مسألة ٩٨ . (. ج .) : المعتق سائبة لا ولاء عليه ، وله أن يوالي من شاء ، وبه قال عمر ، وابن مسعود في إحدى الروايتين عنهما ، وبه قال الزهرى ، وسليمان ابن يسار ، وأبو العالية ، و (. ك .) ، والرواية الأخرى عنهما أنهما قالوا : لا سائبة في الإسلام الولاء لمن أعتق ، فإن تخرج من ميراثه جعله في بيت مال المسلمين . وكان الشعبي ، و (. ش .) ، وأهل العراق يجعلون ولاءه لمعتقه .

مسألة ٩٩ . : من أعتق عن غيره بأمره ، فإن ولاءه للأمر وإن كان بغير أمره ، فولاه لمعتقه دون المعتق عنه ، لقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » والأمر بالمعتق معتق ، وبه قال (. ع .) ، و (. ش .) ، و (. ف .) .

وكان (. ح .) يجعل ولاءه للمعتق ، أمر المعتق عنه بذلك أو لم يأمر ، الا أن يكون أمره أن يعتق عنه عبده على عوض يدفعه اليه ويلزمه العوض ، فيكون الولاء له . وقال (. ك .) ، وأبو عبيدة : ولاؤه للمعتق عنه على كل حال ، أمر بذلك أو لم يأمر .

مسألة ١٠٠ . (. ج .) : إذا مات العبد المعتق وليس له مولى ، فميراثه لمن يتقرب الى مولاه من جهة أبيه دون أمه الأقرب أولى من الأبعد على تدريج ميراث المال ، وروى عن علي عليه السلام وعمر ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود أن

(١) د : إذا تعالى عليه وم : إذا تولى اليه .

ميراثه لأقرب عصبه مولاه يوم يموت العبد^(١) ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) .
(، وأهل العراق ، والحجاز .

وكان شريح يورث الولاء كما يورث المال ، فيقول : إذا أعتق رجل عبدا ويموت ويخلف ابنين ، فيموت أحد الابنين ويخلف ابنا والباقي ثم يموت العبد المعتق فنصف المال لابن المولى ونصفه لابن الابن لأنه ورث ذلك عن أبيه . وعلى قول الفقهاء للابن لا غير ، وعلى مذهبننا أيضا يكون للابن ، لأنه أقرب ، وروي عن النخعي مثل قول شريح .

مسألة . ١٠١ . (. ج .) : إذا خلف المعتق أبا مولاه وابن مولاه ، فلأب السدس والباقي لابن المولى ، وعند زيد المال لابن المولى ، وبه قال الزهري ، والحسن ، وعطاء ، و (. ك .) و (. ش .) ، وأهل العراق ، وعلى قول شريح و (. ف .) ، و (. ع .) ، والنخعي مثل ما قلناه .

مسألة . ١٠٢ . (. ج .) : إذا ترك جد مولاه وأخا مولاه ، فالمال بينهما نصفين ، وبه قال (. ع .) ، و (. ر .) ، وأحد قولي (. ش .) ، وقوله الآخر أنه لأخي المولى . وإذا ترك ابن أخي مولى^(٢) وجد مولى ، فالمال بين ابن الأخ والجد ، وعلى أحد قولي (. ش .) و (. ك .) لابن الأخ ، وكان (. ح .) ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور يجعلون المال للجد دون أخيه .

مسألة . ١٠٣ . (. ج .) : الولاء لا يباع ولا يوهب ، وبه قال جميع الفقهاء ، وروي أن ميمونة وهبت ولأب سليمان بن يسار من ابن عباس ، وروي أن ابن المسيب ، وعروة ، وعلقمة أجازوا بيع الولاء وهبته .

مسألة . ١٠٤ . (. ج .) : الاخوة من الام مع الجد للأب يأخذون نصيبهم الثلث المفروض والباقي للجد ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، قالوا : المال للجد

(١) د : يوم تم يموت العبد .

(٢) م : المولى .

ويسقطون الاخوة^(١).

مسألة ١٠٥ . (. ج .) : الجد والجدّة من قبل الأب^(٢) بمنزلة الأخ ، والأخت من قبلها يقاسمون الاخوة والأخوات من قبل الأب والام أو الأب ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

مسألة ١٠٦ . (. ج .) : إذا كان مع الجد للأب اخوة من الأب والام أو من الأب ، فإنهم يرثون معه ويقاسمونه ، واختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين : أحدهما أنهم لا يسقطون مع الجد ويرثون حكوا ذلك عن علي عليه السلام ، وعمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وبه قال (. ك .) ، وأهل الحجاز ، و (. ع .) ، وأهل الشام ، و (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) ، و (. د .) .

والمذهب الآخر أن الاخوة للأب والام أو للأب لا يرثون مع الجد ويسقطون ، روى ذلك عن أبي بكر ، وعشرة من الصحابة ، مثل أبي بن كعب ، وعائشة ، وأبي الدرداء وغيرهم ، وبه قال (. ح .) ، وعثمان البتي ، وداود ، والمزني من أصحاب (. ش .) ، ومحمد بن جرير الطبري ، وإسحاق بن راهويه .

مسألة ١٠٧ . (. ج .) : ابن الأخ يقوم مقام الأخ في مقاسمة الجد إذا عدم الأخ ، وخالف الفقهاء^(٣) في ذلك.

مسألة ١٠٨ . (. ج .) : الجد يقاسم الاخوة ويكون كواحد منهم بالغاً ما بلغ وبه قال (. ش .) يدفع الى الجد ما هو خير له من المقاسمة ، أو ثلث جميع المال ، وبه قال في الصحابة زيد بن ثابت ، وابن مسعود .

وروى عن علي عليه السلام ثلاث روايات : أحدها أنه يدفع الى الجد السدس .

(١) م ود : ويسقطون . مسألة .

(٢) م : الجد والجدّة من قبل الام .

(٣) م : وخالف جميع الفقهاء .

أو المقاسمة ، فإن كانت المقاسمة خيرا له من السدس فالمقاسمة والا فالسدس.
والثانية : للجد المقاسمة أو السبع. والثالثة : المقاسمة أو الثمن. وروي عنه أنه قال في
سبعة اخوة وجد هو كأحدهم ، وهذه الرواية مثل ما روينا عنه عليه السلام ، وذهب أبو موسى
الأشعري ، وعمران بن الحصين الى أن للجد المقاسمة أو نصف السدس.

مسألة ١٠٩ . (. ج .) : إذا كان اخوة من أب وأم واخوة من أب وجد ، قاسم
الجد من كان من قبل الأب والام ، وكان زيد يقاسم الجد بهما ، فما حصل لولد الأب رده
على ولد الأب والام ، الا أن يكون أختا لأب وأم ، فيرد عليها من ولد الأب تمام النصف
، وان بقي شيء كان بين ولد الأب ، وروي عن عمر نحو ذا وبه قال (. ع .) ، و (. ك .)
(. ش .) ، و (. ر .) ، و (. ف .) ، و (. م .) ، وكثير من أهل العراق.

مسألة ١١٠ . (. ج .) : الأخوات مع الجد يقاسمن معه ، وبه قال زيد بن ثابت و
(. ش .) ، ورووا عن ابن مسعود أن الأخوات لا يقاسمن ، انما يفرض لهن إذا كانت واحدة
فلها النصف ، وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان.

مسألة ١١١ . (. ج .) : بنت وأخت وجد : للبنت النصف بالفرض ، والباقي
بالرحم ، ويسقط الباقيون.

وقال (. ش .) : للبنت النصف بالفرض ، والباقي بين الأخت والجد ، وبه قال زيد
ابن ثابت. وعلى مذهب أبي بكر وابن عباس للبنت النصف والباقي للجد ، وعلى مذهب
ابن مسعود للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت.

مسألة ١١٢ . (. ج .) : زوج وأم وجد : للزوج النصف بلا خلاف ، وللام الثلث
بالفرض بلا خلاف ، والباقي رد عليهما.

وقال (. ش .) : الباقي للجد ، وبه قال زيد بن ثابت. وعن عمر روايتان إحداهما

للزواج النصف ، وللام ثلث ما يبقى ^(١). والثانية للزوج النصف ، وللام سدس جميع ^(٢) المال ، وهكذا في زوجة وأم وجد.

وعن ابن مسعود ثلاث روايات ، روايتان مثل روايتي عمر ، والثالثة للزوج النصف والباقي بين الام والجد بينهما نصفين. وهذه المسألة يقال لها مربعة ابن مسعود.

مسألة ١١٣ . : أخت وأم وجد : للام الثلث بالفرض بلا خلاف ، والباقي عندنا رد عليها ، ويسقط الباقيون.

واختلف الصحابة فيه على سبعة مذاهب : فذهب أبو بكر ، وابن عباس الى أن للام الثلث والباقي للجد. وعن عمر روايتان إحداها للأم ثلث ما يبقى.

والثانية لها سدس جميع المال ، ولا يختلف ها هنا ثلث ما يبقى وسدس جميع المال الا أن يكون في المسألة أختان وأم.

وعن ابن مسعود ثلاث روايات ، روايتان مثل قول ^(٣) عمر ، والثالثة للأخت النصف والباقي بين الام والجد نصفين ، ومذهب عثمان أن المال بينهم أثلاثا ، ومذهب زيد للام ثلث جميع المال والباقي بين الأخت والجد للذكر مثل حظ الأنثيين ، وحكوا عن علي عليه السلام أنه قال : للام ثلث جميع المال والباقي للجد ويسقط الأخت.

وهذه المسألة يقال لها مربعة ابن مسعود ، وهي الثانية من المربعة ، ويقال لها مثلثة عثمان ، ويقال لها الخرقاء لأنه تخرقت فيها أقاويل الصحابة.

مسألة ١١٤ . الاكدرية : زوج وأم وأخت وجد : عندنا للزوج النصف ،

(١) م : وللام الثلث ما يبقى.

(٢) م : الثانية للزوج وللام السدس جميع المال.

(٣) د : روايات مثل قول عمر.

وللام الثلث بالفرض ، والباقي رد عليها.

واختلف الصحابة على حسب مذاهبهم فيها ، فذهب أبو بكر ومن تابعة الى أن للزوج النصف ، وللام الثلث ، وللجد السدس ، ويسقط الأخت. وذهب عمر وابن مسعود الى أن للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وللام السدس ، وللجد السدس ، تصير المسألة من ثمانية ، لأنهما لا يفضلان الام على الجد.

وروا عن علي عليه السلام أن للزوج النصف ، وللام الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد السدس ، لأنه يفضل الام على الجد ، فتكون المسألة من تسعة. وذهب زيد الى أن للزوج النصف ، وللام الثلث ، وللجد السدس ، وللأخت النصف أيضا يضاف الى سدس الجد ، فتكون المسألة بينهما ^(١) للذكر مثل حظ الأنثيين.

روى سفيان قال ، قلت للأعمش : لم سميت هذه المسألة الاكدرية ، قال : سأل عبد الملك بن مروان رجلا من الفرضيين ^(٢) يقال له أكدر ، فأجاب على مذهب زيد بن ثابت.

وقيل : ان امرأة ماتت وخلف ^(٣) هؤلاء ، وكان اسمها أكدرية ، فسميت المسألة أكدرية.

وقيل : انما سمي أكدرية ، لأنها كدرت المذهب على زيد بن ثابت ، لأنه ناقض أصله في هذه المسألة في موضعين : أحدهما أنه فرض للأخت ، والأخت مع الجد لا يفرض لها ، وأعمال المسألة مع الجد والجد عصبه ، ومن مذهبه أن لا يعال بعصبه.

مسألة ١١٥ . (. ج .) : أخ لأب وأم وأخ لأب وجد ، المال بين الأخ للأب

(١) م : فيكون بينهما.

(٢) م : من الفرضيين.

(٣) م : ماتت وخلفت.

والام والجد بنصفين^(١) ، ويسقط أخ من جهة الأب. وذهب أبو بكر الى أن المال للجد ويسقطان معا ، وبه قال (. ح .). وذهب عمر وابن مسعود الى أن المال بين الأخ للأب والام وبين الجد نصفين مثل ما قلناه ، ويسقط الأخ للأب.

وذهب زيد بن ثابت الى أن المال بينهم أثلاثا ، للجد الثلث ثم يعاد الثلث الذي للأخ للأب إلى الأخ للأب والام ، فيكون للأخ للأب والام الثلثان.

مسألة ١١٦. (. ج .) : أخت لأب وأم وأخ لأب وجد : المال بين الجد والأخت من الأب والام ، ويسقط الأخ من الأب.

واختلف الصحابة^(٢) فيها ، فذهب أبو بكر ومن تابعة الى أن المال للجد. وذهب عمر وابن مسعود الى أن المال بين الأخت للأب والام وبين الجد نصفين ورووا عن علي عليه السلام أن للأخت للأب والام النصف والباقي بين الأخ والجد نصفين.

وذهب زيد بن ثابت الى أن للجد خمسين ، لأن المسألة من خمسة ، للجد سهمان ، وللأخت للأب والام سهم ، وللأخ من الأب سهمان ، ثم يأخذ الأخت من الأخ للأب تمام النصف ، فيصير له سهمان^(٣) ونصف ويبقى نصف سهم للأخ للأب ، فيضرب اثنان في خمسة ، فيكون عشرة للجد أربعة ، وللأخت خمسة ، ويبقى سهم للأخ للأب. وهذه تسمى عشارية^(٤) زيد بن ثابت ، ويقال لها مختصرة زيد.

مسألة ١١٧. (. ج .) : امرأة وأم وأخ وجد : للمرأة الربع ، وللام الثلث

(١) م : والجد نصفين.

(٢) م : اختلف الصحابة.

(٣) م : فيصير لها سهمان.

(٤) م : هذه تسمى عشارية.

بالفرض ، والباقي رد عليها. وروي عن ابن مسعود أنه قال : للمرأة الربع ، وللام السدس ، والباقي بين الجد والأخ. وروي عنه أنه جعلها من أربعة : للمرأة سهم ، وللجد سهم ، وللام سهم ، وللأخ سهم ، وهي مربعة عبد الله.

مسألة ١١٨ . المشتركة : زوج وأم وأخوان لأب وأم وأخوان لأم : عندنا للزوج النصف ، والباقي لأم الثلث بالفرض والباقي بالرد.

وقال (. ش .) : للزوج النصف ، وللام السدس ، وللأخوين ^(١) لأم الثلث ، ويشركهم بنو الأب والام ، ولا يسقطون وصاروا بني أم معا ، وبه قال في الصحابة عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، وزيد ، وفي التابعين شريح ، وسعد ^(٢) ، والزهري ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ق .) ، والنخعي ، و (. ر .) ، وأهل المدينة ، والبصرة.

وقال (. ح .) وأصحابه : للزوج النصف ، وللام السدس ، وللأخوين من الام السدس ^(٣) ، وسقط الاخوان للأب والام ، ورووا ذلك عن علي عليه السلام ، وابن عباس وأبي بن كعب ، والشعبي ، وبه قال في الفقهاء ابن أبي ليلى ، و (. د .) .

مسألة ١١٩ . (. ج .) : إذا ارتد المسلم ومات على كفره أو قتل ، فميراثه لورثته المسلمين دون الكفار ، قريبا كان المسلم أو بعيدا ، كما لو كان مسلما ، سواء اكتسبه في حال إسلامه أو حال رده ، فان لم يكن له وارث مسلم كان لبيت المال ولا يرثه كافر على حال ، وبه قال عبد الله بن مسعود.

وروي عن علي عليه السلام أنه قتل مستودد العجلي حين ارتد وقسم ماله بين ورثته وبه قال ابن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، والشعبي ، وفي الفقهاء (. ع .) ، و (. ف .) ، و (. م .) .

وذهب (. ش .) إلى أنه ينقل ماله الى بيت المال فيئا ، سواء اكتسبه حال إسلامه

(١) د : للأخوين.

(٢) م : وسعيد وزهري.

(٣) م : وللأخوين لأم السدس.

أو حال ارتداده ، وبه قال من الصحابة ابن عباس ، ومن التابعين جماعة ، ومن الفقهاء ربيعة ، و (. ك .) ، وابن أبي ليلى ، و (. د .) . وذهب (. ح .) ، و (. ر .) الى أن ماله الذي اكتسبه في حال حقن دمه يرث عنه المسلم ، والذي اكتسبه في حال اباحة دمه ينقل الى بيت المال .

وقال (. ح .) : إذا ارتد زال ملكه ، لكن لا يقسم بين ورثته رجاء أن يرجع ، وإن لحق بدار الحرب ، فإنه يرث عنه كما لو مات فينعتق عليه رقيقه وأمهات أولاده ويقسم ماله على الورثة ، فإن عاد فإن الذي عتق لا يعود والعتق نافذ . وأما المال فإن كان عينا يرد ، وما أتلّف فإنه لا يرجع عليه ولا ضمان على ورثته .

وقال قتادة ، وعمر بن عبد العزيز : مال المرتد يكون لأهل ملته الذين انتقل إليهم .
مسألة . ١٢٠ . (. ج .) : المطلقة تطليقة بائنة في حال المرض يرث ما بينها وبين سنة إذا لم يصح من ذلك المرض ما لم تتزوج ، فإن تزوجت فلا ميراث لها ، والرجل يرثها ما دامت في العدة الرجعية ، فأما البائنة ^(١) فلا يرثها على حال .
ولل (. ش .) في المطلقة البائنة قولان : أحدهما أنها لا ترث ^(٢) ، وهو القياس عندهم .

والثاني : ترث ولم يفصلوا التفصيل الذي ذكرناه . وقال ابن أبي ليلى ، وعطاء ، والحسن : هي ترثه ما لم تتزوج ولم يقيدوا بسنة .

وكان (. ح .) وأصحابه ، و (. ر .) ، يورثونها ما دامت في العدة إلا أن يكون الطلاق من جهتها ، فإنها لا ترثه ، وهو أحد قولي (. ش .) . وروي عن علي ^(٣) وعثمان أنها ترثه ، سواء تزوجت أو لم تتزوج ، وبه قال (. ك .) . واتفقوا أن المرأة إذا ماتت لم يرثها

(١) م : فاما في البائنة .

(٢) د : لا يرث .

(٣) م : وروى عن عمر وعلى عليهما السلام .

الزوج ، واتفق الجميع على أن الطلاق الرجعي لا يقطع التوارث بين الزوجين.

مسألة ١٢١ . (. ج .) : إذا مات ولد الملائنة وخلف أما وأخوين لها ، فللأم الثلث بالتسمية والباقي رد عليها ^(١) ويسقط الاخوان.

وقال (. ش .) : للام السدس ، وللأخوين الثلث ، والباقي لمولى الأم ، فان لم يكن فليبت المال ، وبه قال زيد بن ثابت.

وقال (. ح .) : لها السدس ، ولهما الثلث والباقي يرد عليهم. وقال عبد الله بن مسعود : المال كله للأم لأنها عصبه.

مسألة ١٢٢ . (. ج .) : ميراث ولد الملائنة لأمه إذا كانت حية ، فان لم تكن حية فلمن يتقرب اليه بها من الاخوة والأخوات والخؤولة والخالات والجد والجددة ، ويقدم الأولى فالأولى ، والأقرب فالأقرب ، كما نقوله في الولد الصحيح ، وروي ذلك عن علي عليه السلام ، واليه ذهب أهل العراق.

وروي عن علي عليه السلام أنه قال : يجعل عصبه ولد الملائنة عصبه أمه إذا لم يكن وارث ذو سهم من ذوي الأرحام ، فإن كان له وارث ذو سهم من ذوي أرحامه جعل فاضل المال ردا عليه.

وكان ابن مسعود يجعل عصبته عصبه أمه ، فان لم يكن فعصبته عصبه أمه ، وعن ابن عباس ، وابن عمر نحوه ، واليه ذهب الحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، والنخعي.

وكان زيد يجعل الباقي من فرض ذوي السهام لمولى أمه ، فان لم يكن فليبت المال ، واليه ذهب عروة ، وابن المسيب ، والزهرى ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ف .) ، و (. ع .) ، والخلاف في ولد الزنا كالخلاف في ولد الملائنة الا أن (. ك .) كان يقول : يورث توأم الملائنة من أخيه ميراث الأخ لأب وأم ، ويورث توأم الزانية ميراث أخ لأم ، وورثه عامة

(١) م : يرد عليها.

الفقهاء ميراث أخ لأم.

مسألة ١٢٣ . : الظاهر من مذهب أصحابنا أن ولد الزنا لا يرث أمه ولا ترثه أمه ولا أحد من جهتها ، وقد ذهب قوم من أصحابنا أن ميراثه مثل ميراث ولد الملاعنة ، وسواء كان ولدا واحدا أو ولدين ، وأن أحدهما لا يرث الآخر الا على القول الثاني .
وقال (. ش .) : ان كان واحدا ، فحكمه حكم ولد الملاعنة . وان كانا ولدي زنا توأمين ، فان مات أحدهما ، فإنه يرثه الآخر بالأمومة لا بالأبوة على أحد الوجهين ، وهكذا قال الفقهاء ، وبه يقول من أصحابنا من أجراه مجرى ولد الملاعنة . والوجه الثاني أنه يرث بالأبوة والأمومة ، وبه قال (. ك .) .

مسألة ١٢٤ . « . ج . » : إذا مات إنسان وخلف خنثى مشكل له ما للرجال وما للنساء اعتبر بالمبال ، فان خرج من أحدهما أولا ورث عليه ، وان خرج منهما اعتبر بالانقطاع فورث على ما ينقطع آخر ، فان اتفقا فروى أصحابنا أنه يعد أضلاعه ، فإن تساوى ورث ميراث النساء ، وان نقص أحدهما ورث ميراث الرجال ، والمعمول عليه أنه يرجع الى القرعة فيعتمد عليها .

وقال (. ش .) : ننزله نحن بأسوء حالتيه ، فنعطيه نصف المال ، لأنه اليقين والباقي يكون موقوفا حتى تبين حاله ، فإن بان أنه ذكر أعطيناه ميراث الذكور ، وان بان أنه أنثى ^(١) فقد أخذ حقه ويعطى الباقي العصبه ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال (. ح .) : نعطيه النصف يقينا ، والباقي ندفع الى عصبته . وذهب قوم من أهل الحجاز والبصرة إلى أنه يدفع اليه نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى ، فيعطى ثلاثة أرباع المال ، وبه قال (. ف .) ، وجماعة من أهل الكوفة .

مسألة ١٢٥ . « . ج . » : رجل مات وخلف أولادا مسلمين ومشركين ، فان

(١) م : وان بان بأنه أنثى .

المسلمين يرثون عنه دون المشركين بلا خلاف ، فإن أسلم المشركون بعد موته قبل القسمة قاسموه المال ^(١) ، وإن أسلموا بعد قسمة المال فلا ميراث ^(٢) لهم ، وبه قال عمر ، وعثمان . وقال جميع الفقهاء : أنه لا ميراث لهم بحال إذا أسلموا بعد موته ، سواء قسم أو لم يقسم .

مسألة ١٢٦ . « - ج . » : مسلم مات وله أولاد مسلمون بعضهم معه حضور وبعضهم مأسورون ، فإن الميراث للحاضرين والمأسورين ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال شريح : المأسورون أولى . وقال النخعي : لا يرث المأسور .

مسألة ١٢٧ . : اختلف أصحابنا في ميراث المجوس على ثلاثة أقوال .

أحدها : أنهم لا يرثون إلا بسبب ونسب يسوغ في شرع الإسلام .

والآخر : أنهم يرثون بالنسب على كل حال وبالسبب الذي يجوز في الشرع ، وما لا يجوز فلا يرثون به .

والثالث : أنهم يرثون بالأمرين جميعا ، سواء كان جائزا في الشرع أو لم يكن ، وهذا هو المختار في النهاية وتهذيب الأحكام ، وبه قال علي عليه السلام ، وعمر ، وعبد الله بن مسعود ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، (. ح .) ، وأصحابه والنخعي ، وقتادة ، فإنهم قالوا كلهم : المجوس ^(٣) يرثون بجميع قراباتهم التي يدلون بها ما لم يسقط بعضها بعضا ، وهذا هو الذي ذهبنا إليه .

فأما إذا تزوج ^(٤) واحد منهم بمن يحرم عليه في شرع الإسلام ، مثل أن يتزوج بأمه ، أو بنته ، أو عمته ، أو خالته ، أو بنت أخيه ، أو بنت أخته ، فإنه لا يثبت بينهما

(١) م : قاسموه المال .

(٢) م : بعد القسمة فلا ميراث .

(٣) م : فإنهم قالوا المجوس .

(٤) م : وأما إذا تزوج .

الميراث بالزوجية بلا خلاف عند الفقهاء ، لأن الزوجية لم تثبت .

قال (. د .) : والصحيح عندي أنه يثبت بينهما الميراث بالزوجية ، وروي ذلك عن علي عليه السلام ، ذكره ابن اللبان الفرضي ^(١) في الموجز .

وقال (. ش .) : كل قرابة إذا انفرد كل واحد منهما ترثه بجهة واحدة ، فإذا اجتمعا لم يرث بهما يعني جهتين .

مثال ذلك : مجوسي تزوج بنته فماتت هي ، فإن الأب يرث بالأبوة ولا يرث بالزوجية ^(٢) ، وهكذا ان مات الأب فإنها ترث بالبنة لا بالزوجية ، قالوا : وهذا لا خلاف فيه ، لأن الزوجية ما ثبتت . وان كان المجوسي تزوج بالأخت ^(٣) ، فجاءت بنت ومات المجوسي ، فإن هذه البنت هي بنت وبنت أخت وأمها أخت وأم لهذه ان ماتت البنت ، فإن الأم ترث بالأمومة ، لان الأمومة أقوى من الاخوة ، لأنها تسقط والام لا تسقط ، وان ماتت الأم فهي ترث بالبنة لا بالاخوة بمثل ذلك ، وبه قال في الصحابة زيد بن ثابت ، وفي التابعين الحسن البصري ، والزهرري ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ع .) ، وأهل المدينة .

مسألة . ١٢٨ . : ماتت مجوسية وخلفت بنتا هي أخت لأب : للبنت النصف بالتسمية ، والباقي رد عليها . وقال (. ح .) : الباقي لها أيضا بالتعصيب ، لأن الأخت تعصب البنت . وقال أبو العباس : فيه قولان ، أحدهما مثل قول (. ح .) ، والثاني الباقي للعصبة ، لان من يدلي بسببين لا يرث بفرضين .

مسألة . ١٢٩ . : ماتت مجوسية وخلفت أما هي أخت لأب : للأم الثلث ، والباقي رد عليها . وقال الفقهاء : الباقي للعصبة .

(١) م : ابن الكنان الفرضي .

(٢) م : يرث بالأبوة دون الزوجية .

(٣) م : يزوج بالأخت .

مسألة ١٣٠ . : مات مجوسي وخلف أما هي أخت لأب وأختا لأب وأم : للأُم الثلث بالفرض ، والباقي رد عليها. وقال (. ش .) : للام الثلث وللأخت للأب والام النصف ، والباقي للعصبة. وقال (. ح .) : للأخت للأب والام النصف للام السدس ولها سدس آخر ، لأنها أخت لأب ، فيتصورها أختين يحجب لهما الأم إلى السدس.

مسألة ١٣١ . : ماتت مجوسية وخلفت أما هي أخت ^(١) لأبيها وأخا لأب وأم : للام الثلث ، والباقي رد عليها. وقال (. ح .) : للام السدس والباقي للأخ. وقال (. ش .) : للام الثلث والباقي للأخ.

مسألة ١٣٢ . (. ج .) : المولود إذا علم أنه حي وقت ولادته بصياح ، أو حركة ، أو اختلاج ، أو عطاس ، فإنه يرث ، وبه قال الحسن ، و (. ع .) ، و (. ش .) ، و (. د .) و (. ح .) ، وأهل العراق ، إلا أن من قول (. ح .) ، وأصحابه ، والحسن بن صالح بن حي أن المولود إذا خرج أكثره من الرحم وعلم حياته ، ثم خرج جميعه وهو ميت فإنه يرث ويورث منه.

وكان (. ك .) وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، والنخعي لا يورثون المولود حتى يسمع صوته.

مسألة ١٣٣ . : إذا مات وخلف ورثة وامرأة حاملا ، فإنه يوقف ميراث ابنين ، لأن العادة جرت بأن أكثره ما تلده المرأة ^(٢) اثنان ، وما زاد على ذلك فشاخ خارج عن العادة ، وبه قال محمد بن الحسن ، ويقسم الباقي ويؤخذ به ضمنا.

وقال (. ش .) ، و (. ك .) : لا يقسم ميراثه حتى تضع الا أن يكون الحمل يدخل نقصا على بعض الورثة ، فيدفع الى ذلك الوارث حقه معدلا ويوقف الباقي.

(١) م : وخلف اما هي أخت.

(٢) م : بأن أكثر ما تلده المرأة.

وكان (. ف .) يقسم الميراث ، ويوقف نصيب واحد ويأخذ من الورثة ضمنا .
وهذا أيضا جيد يجوز لنا أن نعتمده ^(١) . وكان شريك يوقف نصيب أربعة ، وهو قياس
(. ش .) . وروى ابن المبارك عن (. ح .) نحوه . وروى اللؤلؤي عن (. ح .) أنه يوقف المال
كله حتى يضع الحمل ^(٢) .

مسألة . ١٣٤ . (. ج .) : دية الجنين إذا تمّ خلقه مائة دينار ، وإذا لم يتم فغرة عبد
أو أمة . وعند الفقهاء غرة عبد أو أمة على كل حال ، إلا أن هذه الدية يرثها سائر المناسبين
وغير المناسبين ، وبه قال جميع الفقهاء إلا ربيعة فإنه قال : ان هذا العبد لامه ، لأنه قتل ولم
ينفصل عنها ، فكأنه أتلّف عضوا منها .

مسألة . ١٣٥ . (. ج .) : يرث الدية جميع الورثة ، سواء كانوا مناسبين أو غير
مناسبين من الزوج والزوجة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وروي عن علي عليه السلام روايتان ، إحداهما
وهي الصحيح ما قلناه ، والثانية ان الدية للعصبة ولا يرث من لا يعقل عنه العقل ، مثل
الأخت والزوج والزوجة .

مسألة . ١٣٦ . (. ج .) : يقضى من الدية الدين والوصايا ، وبه قال عامة الفقهاء ،
إلا أبا ثور فإنه لا يقضى منها الدين ولا الوصية .

مسألة . ١٣٧ . (. ج .) : يخص الابن الأكبر من التركة بشيأ جلد الميت وسيفه
ومصحفه دون باقي الورثة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة . ١٣٨ . (. ج .) : إذا خلفت المرأة زوجها ولا وارث لها سواه ، فالنصف له
بالفرض ، والباقي يعطي إياه ، وفي الزوجة الربع لها بلا خلاف والباقي

(١) د : ان يعتمده .

(٢) م : حتى تضع الحمل .

لأصحابنا فيه روايتان إحداهما مثل الزوج يرد عليها ، والأخرى الباقي لبيت ^(١) المال.

مسألة ١٣٩ . (. ج .) : لا يرث المرأة من الرباع الدور والأرضين شيئاً ، بل يقوم الطوب والخشب ويعطى حقها منه ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لها الميراث من جميع ذلك.

مسألة ١٤٠ . (. ج .) : إذا تزوج رجل في حال مرضه ودخل بها ثم مات ورثته ، وإن لم يدخل بها لم ترثه.

وقال (. ح .) ، وأهل العراق والبصرة ، و (. ش .) : أنها ترثه ولم يفصلوا . وقال (. ك .) وأهل المدينة ^(٢) : لا ترثه ولم يفصلوا.

مسألة ١٤١ . (. ج .) : المكاتب على ضربين : مشروط عليه ومطلق ، فالمشروط عليه بمنزلة القن ما بقي عليه درهم فإنه لا يرث ولا يورث ، والمطلق يرث ويورث بمقدار ما تحرر منه ، وبه قال علي عليه السلام.

وروي عن عمر ، وزيد ، وعائشة ، وابن عمر أنهم جعلوا المكاتب عبداً ما بقي عليه درهم ولم يفصلوا ، واليه ذهب الزهري ، و (. ك .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) .

وروي عن ابن عباس أنه قال : إذا كتبت الصحيفة فهو حر ، وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو حر . وعن عمر نحوه.

مسألة ١٤٢ . (. ج .) : المعتق بعضه بمنزلة المكاتب المطلق إذا أدى بعض مكاتبته ، يرث ويورث بحساب حرثته ويمنع بحسب رقه ، وبه قال علي عليه السلام ، واليه ذهب ابن أبي ليلى ، وعطاء ، وطاوس ، وعثمان البتي.

(١) د ، م : الباقي لبيت المال وخالف جميع الفقهاء في ذلك المسئلتين معا وقالوا : الباقي لبيت المال.

(٢) د وم : وقال (. ك .) فأهل المدينة.

وكان الزهري ، و (. ك .) ، و (. ش .) في أحد قوليه ولا يورثون منه ويجعلون ماله للمستمسك برقه ، و (. ح .) يجعل ماله كمال المكاتب يؤدي عنه مكاتبته وان بقي شيء كان لورثته ولا يورثه ما لم يكمل فيه الحرية.

وروي عن (. ش .) أنه قال : يورث عنه بقدر ما فيه من الحرية ولا يرث ^(١). وكان (. ر .) ، و (. ف .) ، و (. م .) ، وزفر يجعلون المعتق بعضه بمنزلة الحر في جميع أحكامه. **مسألة ١٤٣ . (. ج .) :** الأسير إذا علم حياته فإنه يورث ، وإذا لم يعلم أحي هو أم ميت ، فهو بمنزلة المفقود ، وبه قال عامة الفقهاء.

وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال : لا يورث الأسير. وعن إبراهيم قال : لا يورث الأسير. وعن إبراهيم أيضا قال : يمنعه من الميراث.

مسألة ١٤٤ . : لا يقسم مال المفقود حتى يعلم موته ، أو يمضي مدة لا يعيش مثله إليها بمجرى العادة ، وان مات من يرثه المفقود دفع الى كل وارث أقل ما يصيبه ، ووقف الباقي حتى يعلم حاله ، لان الاعتبار بما يجري به العادة ^(٢) ، فالاحتياط أن يعمل على ذلك ، وما لم يجريه العادة فلا طريق اليه ، والتحديد بمدة بعينها لا دليل عليه ، وبه قال (. ش .) ، وروي عن (. ك .) نحوه.

وقال بعض أصحاب (. ك .) يضرب للمفقود بمدة سبعين سنة مع سنة يوم فقد ، فان علمت حياته ^(٣) والا قسم ماله ، وقال بعض أصحابه : يضرب له بمدة تسعين.

وقال محمد : إذا بلغ ما لا يعيش مثله في سنة ^(٤) جعلناه ميتا وورثنا منه كل وارث حي ، وان مات أحد من ورثته قبل ذلك لم نورثه ولا أورث المفقود من ذلك ،

(١) م ، م : ولا يورث.

(٢) م : بما جرى به العادة.

(٣) م : فان علم حياته.

(٤) م : مثله في مثل سنة.

ولم يحده بمدة ، وهذا مثل ما قلناه وقاله (. ش .) .

وقال الحسن بن زياد : إذا مضى على المفقود من السن ما يكون مع سنه يوم فقد مائة وعشرون سنة ، قسم ماله بين الأحياء من ورثته ، وبه قال (. ف .) .

مسألة . ١٤٥ . (. ج .) : الفاضل من فرض ذوي السهام يرد عليهم بقدر سهامهم الا على الزوج والزوجة ، أو يكون من ذوي الفروض من له سبيان والأخر له سبب واحد ، فيرد على من له سبيان ، وروي عن علي عليه السلام مثل ذلك ، واليه ذهب أهل العراق ، الا أنهم لم يستثنوا .

وكان ابن مسعود يرد على كل ذي سهم سهمه بقدر سهمه ، الا على ستة : الزوج ، والزوجة ، والجد مع ذي سهم من ذوي الأرحام ، وبنات الابن مع البنت والأخوات للأب مع الأخت للأب والام ^(١) ، وولد الام مع الام .

وروا عن علي عليه السلام وابن عباس انهما لم يردا على الجدة مع ذي سهم من ذوي الأرحام ، فاذا انفردت ردوا عليها . وكان زيد يجعل الباقي لبنت المال ، واليه ذهب (. ع .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، وأهل المدينة .

مسألة . ١٤٦ . : انفرد ابن عباس بثلاث مسائل : بطلان العول ، وبه نقول . ولم يجعل الأخوات مع البنات عصبه ، كما نقول . ولم يحجب الام بدون الثلاثة من الاخوة ، ونحن نحجبها باثنين .

وانفرد ابن مسعود بخمس مسائل : كان يحجب الزوج والزوجة والام بالكفار والعبيد والقاتلين ، وقد ذكرنا الخلاف فيه ، وروي عنه أنه أسقط الأخوات ولد الام بالولد المشترك والمملوك ، وروي عنه أنه لم يسقطه ، وروي أن الجدة أسقط بالأم المشتركة والمملوكة ، وروي عنه أنه لم يسقطها ، واليه ذهب أبو ثور .

وكان علي عليه السلام ، وزيد ، وفقهاء الأمصار لا يحجبون الا بالحر المسلم غير

(١) م : والأخوات للأب والام .

القاتل ، وإذا استكمل الأخوات للأم والأب الثلاثين جعل الباقي للإخوة للأب دون أخواتهم ، واليه ذهب الأسود ، وعلقمة ، والنخعي ، وأبو ثور .
 وكان باقي الصحابة ، وفقهاء الأمصار يجعلون الباقي بين الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعندنا أن الباقي يرد على الأختين للأب والام ، لأنهما تجمعان سبيين .
 وكان يقول في بنت وبنات ابن وبني ابن : النصف للبنت ، ولبنات الابن الأضر بهن من المقاسمة أو السدس ، والباقي لبني
 الابن . وكذلك في أخت لأب وأم وإخوة وأخوات لأب ، يجعل للأخت للأب والام النصف وللأخوات للأب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس ، ويجعل الباقي للإخوة للأب ، وكذلك مع البنت أو الأخت للأب والام دونه ، وبه قال أبو ثور .
 وكان في سائر الصحابة ^(١) وفقهاء الأمصار يجعلون الباقي بين الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعندنا الباقي يرد على البنت ، وقد مضى الخلاف فيه .

(١) م : وكان سائر الصحابة .

كتاب الوصايا

مسألة ١. (ج.) : تصح الوصية للوارث مثل الابن والأبوين وغيرهم ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لا وصية لوارث.

يدل على ^(١) مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ ^(٢) فان ادعوا أن هذه الآية منسوخة بقوله ﷺ « لا وصية لوارث » قلنا : هذا خبر واحد ، ولا يجوز نسخ القرآن بأخبار الاحاد بلا خلاف.

مسألة ٢. : الأقارب الذين يرثون لكن معهم من يحجبهم مثل الأخت مع الأب أو مع الولد ، يستحب أن يوصي لهم وليس بواجب ، لأنه لا دليل عليه والاستحباب لا خلاف فيه ، وبه قال جميع الفقهاء ، وعامة الصحابة. وذهب الزهري والضحاك ، وداود بن علي ، وابن جرير الطبري ان الوصية واجبة لهؤلاء.

مسألة ٣. : إذا كان رجل له ابن ، فأوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ،

(١) م : دليلنا قوله تعالى.

(٢) سورة البقرة : ١٧٥.

كان ذلك وصية بنصف المال ، لان ذلك مجمع عليه ، ولا دلالة على أكثر منه ^(١) وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال (. ك .) : يكون وصية بجميع المال .

مسألة ٤ . : إذا قال أوصيت له بنصيب ابني ، كانت الوصية باطلة ، لأن قوله نصيب ابني كأنه يقول : ما يستحق ابني ، وما يستحقه ابنه لا يجوز أن يستحقه غيره ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يصح ويكون له كل المال .

مسألة ٥ . : إذا قال أوصيت له ضعف نصيب أحد ولدي ، فإن عندنا يكون له مثلاً نصيب أقل ورثته ، لان الضعف مثلاً الشيء ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال أبو عبيد : الضعف هو مثل الشيء ، واستدل بقوله تعالى ﴿ يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ ^(٢) قال : وأجمع العلماء أنهن إذا أتين بفاحشة ^(٣) فعليهن حدان ، فلو كان الضعف مثليه لكان عليهن ثلاثة حدود فثبت ان الضعف هو المثل .

وأجيب عن ذلك بأن الظاهر يقتضي ثلاثة حدود ، وبه قال أبو عبيد لكن تركنا ذلك بدليل ، وهو قوله تعالى ﴿ وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلُهَا ﴾ ^(٤) وروي أن عمر أضعف الصدقة على نصارى بنى تغلب ، ومعلوم أنه كان أخذ زكاتين ^(٥) من كل أربعين شاة شاتين .

مسألة ٦ . : إذا قال لفلان ضعفا نصيب أحد ورثتي ، يكون له ثلاثة أمثالها

(١) د : ولا دلالة على تركه منه .

(٢) سورة الأحزاب : ٣٠ .

(٣) م : إذ أتين بفاحشة .

(٤) سورة الانعام : ١٦١ .

(٥) م ، ود : كان يأخذ زكاتين .

وبه قال عامة الفقهاء إلا أبا ثور ، فإنه قال : له أربعة أمثالها.

يدل على ما قلناه ان ذلك مجمع عليه ، ولا دليل على ما زاد عليه ، قال الشيخ :
ويقوى في نفسي مذهب أبي ثور ، لأننا قد دللنا على أن ضعف الشيء مثله.

مسألة . ٧ . (. ج .) : إذا قال لفلان جزء من مالي ، كان له واحد من سبعة وروي
جزء من عشرة. وقال (. ش .) : ليس فيه شيء مقدر ، والأمر فيه الى الورثة.

مسألة . ٨ . (. ج .) : إذا قال أعطوه كثيرا من مالي ، فإنه يستحق ثمانين على ما
رواه أصحابنا في حد الكثير. وقال (. ش .) مثل ما قاله في المسألة الأولى سواء.

مسألة . ٩ . (. ج .) : إذا قال لفلان سهم من مالي ، كان له سدس ماله. وقال (. ش .)
مثل قوله في المسألتين. وقال (. ف .) و (. م .) : انه يدفع إليه أقل نصيب أحد
الورثة إذا كان مثل الثلث أو دونه ، فان كان نصيب أحد الورثة أكثر من الثلث فإنه يعطى
الثلث.

وعن (. ح .) روايتان ، إحداهما : أنه يعطى أقل الأمرين نصيب أحد الورثة إذا كان
أنقص نصيبا أو السدس. والثانية : يعطى أقل نصيب أحد الورثة إذا كان أكثر من السدس
، ولا ينقص من السدس.

مسألة . ١٠ . (. ج .) : إذا أوصى لواحد بنصف ماله ، ولاخر بثلث ماله ، ولاخر
بربع ماله ، ولم يجزه الورثة وفي الأول الثلث من التركة وسقط ما زاد عليه ويسقط الباقي ،
فإن نسي باسمه ^(١) استعمل القرعة وفي ما ذكر له ، فان فضل كان لمن يليه في القرعة.

وقال (. ش .) : هذه يعول ^(٢) من اثني عشر إلى ثلاثة عشر لصاحب النصف ستة

(١) م : فإن نسي بدأ باسمه.

(٢) م : تعول.

ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة ولم يفصلوا ، وبه قال الحسن البصري ، والنخعي ، وابن أبي ليلى ، و (. ف .) ، و (. م .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) : يسقط الزيادة على جميع المال ويكون الباقي على أحد عشر ، لصاحب النصف الثلث أربعة ، ولصاحب الثلث الثلث أربعة ، ولصاحب الربع الربع ثلاثة ، ووافق (. ش .) إذا أجاز الورثة في أنه يقسم على ثلاثة عشر .

مسألة ١١ . (. ج .) : إذا أوصى لرجل بكل ماله ولاخر بثلث ماله ، فان بدأ بصاحب الكل وأجازت الورثة أخذ الكل وسقط الآخر ، وان بدأ بصاحب الثلث وأجازت الورثة أخذ الثلث والباقي وهو الثلثان ^(١) لصاحب الكل ، فان اشتبهها استعمل القرعة على هذا الوجه .

وان لم يجز الورثة وبدأ بصاحب الكل أخذ الثلث وسقط الآخر ، وان بدأ بصاحب الثلث أخذ الثلث وسقط صاحب الكل ، وان اشتبهها استخرج بالقرعة .

وقال (. ش .) : ان لم يجز الورثة قسم الثلث بينهم على أربعة ، لصاحب الكل ثلاثة ، ولصاحب الثلث واحد . وقال (. ح .) : يقسم بينهما نصفين .

وان أجاز الورثة ، قسم (. ش .) على أربعة مثل ذلك ، وهو قول (. ح .) ، وفي رواية (. ف .) ، و (. م .) عنه ، وروى الحسن بن زياد اللؤلؤي أنه قال : يقسم على ستة لصاحب الثلث السدس ، ولصاحب الكل خمسة أسداس .

مسألة ١٢ . : تصرف المريض فيما زاد على الثلث إذا لم يكن منجزا لا يصح بلا خلاف ، وان كان منجزا مثل العتاق والهبة والمحابة ، فلاصحابنا فيه روايتان : إحداهما أنه يصح ، والأخرى أنه لا يصح ، وبه قال (. ش .) وجميع الفقهاء ولم يذكروا فيه خلافا .

مسألة ١٣ . : إذا أوصى بخدمة عبده ، أو بغلة داره ، أو ثمر بستانه على

(١) م : والباقي هو الثلثان .

وجه التأييد كان صحيحا ، بدلالة ظواهر الايات ، وعموم الاخبار في جواز الوصية في الأعيان والمنافع ، وبه قال عامة الفقهاء الا ابن أبي ليلى ، فإنه قال : لا يصح هذه الوصية لأنها مجهولة.

مسألة . ١٤ . (. ج .) : إذا أوصى لرجل بزيادة على الثلث في حال صحته أو مرضه ، فأجازها الورثة في الحال قبل موت الموصي صحت الوصية ، وبه قال عطاء ، والحسن ، والزهرى ، وربيعة بن أبي عبد الله ، وقال (. ش .) : و (. ح .) ، و (. د .) ، و (. ر .) ، ان هذه الوصية باطلة ، وبه قال ابن مسعود ، وطاوس ، وشريح . وقال ابن أبي ليلى ، و (. ك .) : ان ما أوصى به في حال صحته لم يلزم وما أوصى به في حال مرضه يلزمه ^(١).

مسألة . ١٥ . : إذا أوصى بثلث ماله في الرقاب ، فإنه يصرف الى المكاتبين والعبيد يشترتون ويعتقون ، لان الاسم قد تناولهم ، وكذلك نقول في آية الصدقة .
وقال (. ح .) ، و (. ش .) : يصرف الى المكاتبين . وقال (. ك .) : يشتري بثلث ماله عبيد ويعتقون .

مسألة . ١٦ . (. ج .) : إذا قال اشتروا بثلث مالي عبيدا وأعتقوهم ، فينبغي أن يشتري بالثلث ثلاثة فصاعدا ، لأنهم أقل الجمع أن بلغ الثلث قيمة الثلاث بلا خلاف ، وان لم يبلغ وبلغ اثنين وجزءا من الثالث ، فإنه يشتري الاثنان وأعتقا وأعطى البقية .
وللش فيه وجهان : أحدهما ، يشتري اثنان أعلاهما ثمنا ، والثاني : أنه يشتري اثنان وبعض الثالث .

مسألة . ١٧ . (. ج .) : إذا كان عليه حجة الإسلام ، فأوصى أن يحج عنه من ثلث

(١) م : يلزم .

ماله ، وأوصى بوصايا آخر ، قدم الحج على غيره من الوصايا.

وللش فيه وجهان : أحدهما ما قلناه ، والثاني : يستوي بينه وبين الوصايا ، فان وفي الثلث بالكل فلا كلام ، وان كان ما يصيب الحج لا يكفيه تتم من رأس المال لأن حجة الإسلام يجب من رأس المال.

مسألة . ١٨ . : إذا مات الموصي ، ثمَّ مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية قام ورثته مقامه في قبول الوصية ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يبطل الوصية وحكى عنه أيضا انها تتم بموت الموصى له ودخلت في ملكه بموته ولا يفتقر الى قبول.

مسألة . ١٩ . : إذا أوصى لرجل بشيء ، ثمَّ مات الموصي ، فإنه ينتقل ما أوصى به الى ملك الموصى له بوفاة الموصي ، لأنه لا يكون ملكا للورثة بدلالة قوله تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا ﴾ ^(١) فجعل لها الميراث بعد الوصية ، فلا بد أن يكون ملكا للموصى له . وللش فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ما قلناه . والثاني : ينتقل بشرطين بوفاة الموصي وقبول الموصى له . والثالث : أنه مراعى فان قبل تبينا أنه انتقل اليه بوفاته ، وان رد تبينا أنه انتقل الى ورثته بوفاته دون الموصى له .

مسألة . ٢٠ . : إذا قال الرجل أوصيت لفلان بثلث هذا العبد ، أو بثلث هذه الدار . أو الثوب ، ثمَّ مات الموصي وخرج ثلث ذاك العبد ، أو تلك الدار استحقاقا فإن الوصية يصح في الثلث الباقي إذا خرج من الثلث ، لأنه أوصى له بما ملكه ^(٢) كما لو قال بعت ثلث هذه الدار ، فإنه ينصرف الى الثلث الذي يملكه فيها ، وبه قال

(١) سورة النساء : ١٢ .

(٢) م ، ود : بما يملكه .

(. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ك .) .

وذهب أبو ثور الى ان الوصية انما تصح في ثلث ذلك الثلث ، وبه قال زفر ، وابن شريح .

مسألة ٢١ . : إذا أوصى بثلث ماله في سبيل الله ، فسبيل الله هم الغزاة المطوعة دون المترصدين للقتال الذين يستحقون أربعة أخماس الغنيمة ، بدلالة أخبار الطائفة ، وهو قول (. ش .) .

وفي أصحابنا من قال : ان سبيل الله يدخل فيه جميع مصالح المسلمين ، من بناء القناطر ، وعمارة المساجد والمشاهد ، والحج والعمرة ، ونفقة الحاج والزوار ، وغير ذلك ، بدلالة الاخبار ، ولان جميع ذلك طريق الى الله وسبيل الله ، فالأولى حمل اللفظة ^(١) على عمومها ، وكذلك الخلاف في آية الزكاة .

مسألة ٢٢ . (. ج .) : إذا قبل الوصية ، فله أن يردها ما دام الموصي باقيا ، فان مات فليس له ردها ، وبه قال (. ح .) ، الا أنه قال : ليس له ان يردها في حال الحياة ما لم يردها في وجهه ، وبعد الوفاة ^(٢) ليس له ردها كما قلناه الا أن يقر بالعجز أو الخيانة كالوكالة .

وقال (. ش .) : له ردها قبل الوفاة وبعدها .

مسألة ٢٣ . : من أوصى له بأبيه ، يستحب له أن يقبلها ولا يرد الوصية ، وان ردها لم يجبر على قبولها ، لأنه لا دليل على ذلك ، والأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ش .) . وقال قوم : يلزمه قبولها .

مسألة ٢٤ . (. ج .) : نكاح المريض يصح إذا دخل بها ، وان لم يدخل بها ومات من مرضه لم يصح النكاح .

(١) م : حمل اللفظ .

(٢) د : وجهه بعد الوفاة .

واختلف الناس فيه على أربعة مذاهب ، فقال (. ش .) : نكاحه صحيح وينظر في المهر ، فان كان المسمى مهر المثل استحقت ذلك من أصل المال ، وان كان أكثر فإن الزيادة لا يستحقها إلا بإجازة الورثة ان كانت وارثه ، وان كانت غير وارثه بأن تكون ذمية أو قاتلة استحقت الزيادة من الثلث ، قال : وهو إجماع ^(١) الصحابة ، وبه قال النخعي ، والشعبي ، و (. د .) ، و (. ق .) ، وهو قول (. ح .) ، وأصحابه .

وقال الزهري ، و (. ع .) : النكاح صحيح وتستحق المهر من أصل المال الا أنها لا ترث . وقال ربيعة بن عبد الرحمن : النكاح صحيح ، ولكن لا يستحق الصداق الا من الثلث . وقال (. ك .) : النكاح باطل .

مسألة . ٢٥ . : إذا أوصى بثلثه لقرابته ، فمن أصحابنا من قال : انه يدخل فيه كل من تقرب إليه إلى آخر أب وأم في الإسلام .

واختلف الناس في القرابة ، فقال (. ش .) : إذا أوصى بثلثه لقرابته ولأقربائه وذوي رحمه فالحكم واحد ، فإنها ينصرف الى المعروفين من أقاربه في العرف ، فيدخل فيه كل من يعرف في العادة أنه من قرابته ، سواء كان وارثاً أو غير وارث ، قال الشيخ : وهذا قريب ويقوى في نفسي ، وليس لأصحابنا فيه نص عن الأئمة عليهم السلام .

وذهب (. ح .) إلى انه يدخل فيه كل ذوي رحم محرم ، فأما من ليس بمحرم ، فإنه لا يدخل فيه وان كان له رحم مثل بني الأعمام وغيرهم .

وذهب (. ك .) أن هذه الوصية للوارث من الأقارب ، فأما من ليس بوارث ، فإنه لا يدخل فيها .

(١) م : قال هو إجماع .

ويدل على مذهبنا قوله (١) تعالى ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ (٢)
فجعل لذي القربى سهما من الغنيمة فأعطى النبي ﷺ ذلك بني هاشم وبني المطلب فحاء
عثمان وجبير بن مطعم ، فقالا : يا رسول الله أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي
وضعك الله فيهم ، وأما بنو المطلب فما بالناس أعطيتهم ومنعنا وقرابتنا وقرابتهم واحدة ،
فقال النبي ﷺ : أما بنو هاشم وبنو المطلب فشيء واحد وشبك بين أصابعه وقيل : انه
قال : ما فارقونا في الجاهلية والإسلام.

ووجه الدلالة انه ﷺ اعطى ذلك بني أعمامه وبني أعمامه وبني جده. وعند (. ح .
(ليس هؤلاء من ذوي القربى. وروي ان النبي ﷺ كان يعطي لعمته صفية من سهم ذي
القربى.

مسألة ٢٦ . : إذا أوصى لجيرانه بثلث ماله ، فرق بين من يكون بينه وبين داره
أربعون ذراعا من أربع جوانب ، وقد روي أربعون دارا.

وقال (. ش .) : يفرق فيمن كان بينه وبينه أربعون دارا من كل وجه.
وقال (. ح .) : جيرانه الجار الملاصق. وقال (. ف .) : جيرانه أهل دريه. وقال (.
م .) : أهل محلته. وقال (. د .) : جيرانه أهل مسجده وجماعته ومن سمع الأذان من
مسجده.

مسألة ٢٧ . : الوصية لأهل الذمة جائز بلا خلاف ، وفي أصحابنا من قيدها إذا
كان من قرابته ، ولم يشترط الفقهاء ذلك. فأما الحرابي فإنه لا يصح الوصية له ، لأنه لا دلالة
على جوازه ، ولطريقة الاحتياط ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : يصح ذلك.
مسألة ٢٨ . : يصح أن يوصي للقاتل ، بدلالة الآية

(١) م : دليلنا قوله تعالى.

(٢) سورة الأنفال : ٤١.

﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(١) وقوله ﴿ الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ ﴾ ^(٢) ولم يفرق وهو أحد قولي (. ش .) ، وبه قال (. ك .) ، والقول الآخر لا يصح ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٢٩ . (. ج .) : إذا أوصى بثلث ماله لرجل ، ثمَّ أوصى بثلث ماله لآخر ولم يجز الورثة ، كانت الوصية الثانية رافعة للأولى وناسخة لها ، وبه قال الحسن البصري ، وطاوس ، وعطاء ، وداود .

وقال (. ش .) : لا يكون رجوعاً عن الأول ، وبه قال ربيعة ، و (. ك .) ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه .

مسألة . ٣٠ . : إذا ضرب الحامل الطلق ، كان ذلك مرضاً مخوفاً ، سواء كان ذلك قبل الطلق أو بعده أو معه ، لأن العادة تختلف في ذلك ، فيحصل التلف بعد الأوان وقبله ، ومعه ، والخوف على كل حال حاصل .

وقال (. ش .) : ما يضره قبل الطلق لا يكون مخوفاً ، وما يضره مع الطلق فعلى قولين وما يكون بعده فعلى قولين .

وقال (. ك .) : إذا بلغ الحمل ستة أشهر كان ذلك مخوفاً . وقال سعيد بن المسيب : الحمل من ابتدائه إلى انتهائه حالة الخوف ويكون كله مخوفاً .

مسألة . ٣١ . : إذا أعتق ، ثمَّ حابى في مرضه المخوف ، كان ذلك من الثلث بلا خلاف ، ويقدم العتق على المحاباة ، لأننا قد بينا في الوصية كلها أنه يقدم الأول ^(٣) فالأول ، وقال (. ش .) : يقدم الأسبق فالأسبق . وقال (. ح .) : يسوى بين العتق والمحاباة ، ووافقنا في أنه إذا بدا بالمحاباة ثمَّ العتق أنه يقدم الأول فالأول .

(١) سورة النساء : ١١ .

(٢) سورة البقرة : ١٨٠ .

(٣) م : تقدم الأول .

مسألة ٣٢ . : إذا جمع بين عطية منجزة وعطية مؤخرة دفعة واحدة ولم يخرجها من الثلث ، فإنه يقدم ^(١) المنجزة على المؤخرة ، لان العطية المنجزة سابقة لازمة في حق المعطي ، فوجب أن يقدم على العطية الموجزة التي لم يلزم ^(٢) ، كما إذا أعتق ثم أوصى ، وهذا مذهب (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يقدم إحدهما على الأخرى ، ويستوي بينهما لأنه يعتبر كله من الثلث .

مسألة ٣٣ . « ج » : إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته دخل أولاده فيه وآبأؤه وأجداده . وقال ثعلب : لا يدخل الأولاد فيه ، وهو الذي اختاره أصحاب (. ش .) ولم يذكروا فيه خلافا .

مسألة ٣٤ . (. ج .) : إذا أوصى لعترته ، كان ذلك في ذريته الذين هم أولاده وأولاد أولاده ، وكذلك قال ثعلب وابن الأعرابي ، وقال القتيبي : عترته عشيرته ، واستدل بقول أبي بكر نحن عترة رسول الله وحكى أصحاب (. ش .) القولين جميعا ، وضعفوا قول القتيبي ولم يصححوا الخبر ، وهو الصحيح .

مسألة ٣٥ . : إذا وصى لمواليه وله موال من فوق وموال من أسفل ولم يبينه اشتركوا كلهم فيه ، لان اسم المولى يتناولهم .

وللش فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ما قلناه . والثاني : لمواليه من فوق . الثالث : يبطل فيهما معا .

مسألة ٣٦ . (. ج .) : إذا أوصى لمواليه ولأبيه موال ، كان مصروفا الى مواليه دون موالي أبيه ، ولم أجد من الفقهاء فيه نصا ، والذي يقتضيه مذهبهم أن يكون مثل الأول سواء .

(١) م : فإنه قد تقدم .

(٢) م : التي تلزم .

مسألة ٣٧ . : إذا أوصى لرجل بعبد له وله مال غائب ، فإنه يسلم الى الموصى له ثلث العبد على كل حال ، لان من المعلوم قد استحق ^(١) ثلثه ، فان سلم المال الغائب استحق جميع العبد ، وان لم يسلم فهذا الثلث يستحقه على كل حال .
وللش فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا يسلم اليه .
وقال (. ك .) : الورثة بالخيار ان شاءوا أجازوه ، وان شاءوا فسخوا ، ويحصل حق الموصى له متعلقا بجميع ماله مشاعا ، وهكذا إذا أوصى له بمال ناض وله عقار أو أوصى بمال وله دين ، أو أوصى بمال ناض وله مال غائب ، فإن للورثة الخيار ان شاءوا أجازوا وان شاءوا فسخوا الوصية ، ويتعلق حق الموصى له بجميع ماله .
مسألة ٣٨ . : لا يجوز للمملوك أن يكون وصيا ، وبه قال (. ش .) ، سواء كان عبدا لموصي أو عبد غيره ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) ، وأبو ثور .
وقال (. ك .) : يجوز ^(٢) أن يكون وصيا بكل حال . وقال (. ع .) ، وابن شبرمة : ان الوصية الى عبد نفسه يصح والى غيره لا يصح .
وقال (. ح .) : الوصية الى عبد غيره لا تصح ، والى عبد نفسه نظرت ان كان ^(٣) في الأولاد كبار لم تصح ، وان لم تكن في الأولاد كبار تصح الوصية إليه .
مسألة ٣٩ . (. ج .) : يجوز أن تكون المرأة وصيا ، وبه قال جميع الفقهاء الإعطاء ، فإنه قال : لا يصح أن تكون المرأة وصيا .
يدل على ذلك . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(٤) أن هنداً أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطي ما يكفني وولدي إلا

(١) م : من المعلوم انه قد استحق .

(٢) م : يجوز على كل حال .

(٣) م : عبد نفسه ان كان .

(٤) م : دليلنا ما روى .

ما آخذه منه سرا ، فقال عائشة : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف. فجعلها عائشة قيمة أولادها. وروي أن عمر أوصى الى صفية بنته ولم ينكر ذلك عليه.

مسألة ٤٠ . : إذا أوصى الى رجلين ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : أحدها أن يوصى إليهما على الاجتماع والانفراد ، والثاني أن يوصى إليهما على الاجتماع وينهاهما عن الانفراد ^(١) بالتصرف ، والثالث أن يطلق.

أما الأول فمضى انفرد أحدهما بالتصرف جاز وان اجتماعا صح ، وان تغير ^(٢) حال أحدهما بمرض أو كبر أقام الحاكم أمينا يقوى يده ويكون الوصي كما كان وان مات أحدهما فليس للحاكم أن ينصب وصيا آخر ، لان الميت له وصي ثابت.

والثاني ^(٣) وهو أن ينهى كل واحد منهما عن الانفراد بالتصرف ، فمضى اجتماعا صح التصرف ، وان انفرد أحدهما لم يصح ، وان ^(٤) تغير حال أحدهما فليس للذي لم يتغير ان يتصرف ، وللحاكم أن يقيم مقامه آخر ويضيفه إلى الذي بقي فان رأى الحاكم أن يفوض الأمر إلى الذي بقي هل يصح ذلك أم لا؟ على وجهين. وان تغير حالهما ، فعلى الحاكم أن يقيم رجلين مقامهما ، وهل له أن يقيم واحدا مقامهما؟ على وجهين ، وهذان الفصلان لا خلاف فيهما.

والثالث إذا أطلق ، فالحكم فيه كالحكم في الفصل الثاني في جميع الوجوه وبه قال (. ش .) . وقال (. ف .) : يجوز لكل واحد منهما أن يتفرد ^(٥) بالتصرف ^(٦) إذا أطلق كما لو قيد.

(١) م : على الانفراد.

(٢) م : وان يغير.

(٣) م : واما الثاني.

(٤) م : وان يغير.

(٥) د : ان ينفرد.

(٦) م : ان ينفرد بالتصرف.

وقال (. ح .) ، و (. م .) : القياس يوجب أن لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالتصرف أصلا ، لكن جوزنا أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في خمسة أشياء استحسانا : شري الكفن ، وحفر القبر ، والدفن ، والتفرقة في الثلث ، وقضاء الديون ، ورد الوديعة ، والنفقة على عياله مثل الطعام . فأما الكسوة ، فاتفقوا أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بشرائه . يدل على ما قلناه انه لا خلاف ^(١) انهما إذا اجتماعا صح تصرفهما ، ولا دليل على صحة تصرفهما على الانفراد ، فينبغي أن لا يجوز ذلك .

مسألة . ٤١ . (. ج .) : لا يجوز أن يوصي إلى أجنبي بأن يتولى أمر أولاده مع وجود أبيه ، ومتى فعل ذلك لم يصح الوصية ، لأن الجد أولى ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : يصح وصيته للأجنبي مع وجود الجد .
ويدل على ما قلناه إجماع الفرقة ^(٢) على أن للجد ولاية على ولد الولد ، فاذا كان كذلك فلا يجوز أن يولي عليه كالأب .

مسألة . ٤٢ . : الأم لا تلي على أولادها بنفسها إلا بوصية من أبيهم ، لأنه لا دلالة على ذلك في الشرع ، وبه قال (. ش .) وأكثر أصحابه . وقال الإصطخري : هي تلي أمرهم بنفسها من غير ولاية .

مسألة . ٤٣ . : إذا أوصى إليه بجهة من الجهات ، فليس له أن يتصرف في غيرها من الجهات ، مثل أن يوصي إليه بتفرقة ثلثه أو رد ودائعه ، فليس له أن يتصرف في غيرها ، لأنه لا دلالة على ذلك ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : إذا أوصى إليه بجهة من الجهات ، فله أن يتصرف (. ح .) في جميع

(١) م : دليلنا انه لا خلاف .

(٢) م : دليلنا إجماع الفرقة .

(٣) م : من الجهات يجوز له أن يتصرف .

الجهات.

مسألة ٤٤ . : إذا أوصى الى غيره وأطلق ، ولم يقل فاذا مت أنت فوصيي فلان ، ولا قال فمن أوصيت إليه فهو وصيي ، فالأصحابنا فيه قولان ، أحدهما : أن له أن يوصي الى غيره ، ويدل عليه رواياتهم المذكورة في تهذيب الاحكام ، وبه قال (. ح .) ، وأصحابه ، و (. ك .) ، و (. ر .) .

وقال (. ح .) : ولو أوصى هذا الوصي الى رجل في أمر أطفال نفسه ، لكان ذلك الوصي الثاني وصيا في أمر الأطفال الموصي الأول ، لأن عنده الوصية لا تتبع بعض ، ونحن لا نقول بذلك .

وقال بعض أصحابنا : ليس له أن يوصي ، فإذا مات أقام الناظر في أمر المسلمين من ينظر في تلك الوصية ، والخبر الوارد بذلك مذكور هناك ، وبه قال (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة ٤٥ . : إذا أوصى اليه وقال : من وصيت اليه فهو وصيي كانت ^(١) هذه وصية صحيحة ، لأنه لا مانع منه في الشرع والأصل جوازه ، وهو مذهب (. ش .) .
وقيل : المسألة على قولين ، أحدهما : ما قلناه ، وبه قال (. ك .) ، و (. ح .) .
والثاني : لا يصح .

مسألة ٤٦ . : إذا أوصى اليه ، وقال : متى أوصيت إلى فلان فهو وصيي ، كانت الوصية صحيحة ، لأنه لا مانع منه .

واختلف أصحاب (. ش .) ، فمنهم من قال : يصح قولاً واحداً ، لأنه نص على الوصي الثاني ، ومنهم من قال : هذا على قولين .

مسألة ٤٧ . (. ج .) : ما يجب فيه الزكاة من أموال الطفل ، فعلى الوصي

(١) د : فهو وصى كانت .

أن يخرج ذلك من ماله ، وبه قال (. ش .) . وقال ابن أبي ليلى : لا يخرج الزكاة من ماله حتى يبلغ ثم يخرج هو بنفسه .

مسألة ٤٨ . (. ج .) : إذا أوصى لعبد نفسه ، صحت الوصية وقوم العبد وأعتق إذا كان ثمنه أقل من الثلث ، وإن كان أكثر استسعى فيما يفضل للورثة .
وقال جميع الفقهاء : أنه لا يجوز الوصية لعبد نفسه ^(١) .

مسألة ٤٩ . (. ج .) : لا يصح الوصية لعبد الغير من الأجانب . وقال جميع الفقهاء : أنها تصح .

مسألة ٥٠ . : إذا أوصى بثلث ماله ، اعتبر حال الموت دون حال الوصية لأن الوصية إنما تلزم بالموت ، فوجب أن يعتبر تلك الحال ، وبه قال (. ش .) .
وقال بعض أصحابه : يعتبر حال الوصية .

مسألة ٥١ . : الوصية للميت باطلة ، سواء كان عالماً بموته ، أو ظن أنه حي ثم ظهر له موته ، لأنه لا دلالة على صحة هذه الوصية ، ولأن الوصية يفتقر إلى القبول ، ولا يصح من الميت القبول ، وبه قال (. ح .) و (. ش .) .

وقال (. ك .) : إن ظن أنه حي فأوصى له ، ثم بان أنه كان ميتاً ، فإن الوصية لا تصح ^(٢) وإن علم أنه ميت فأوصى له فإنها تصح ويكون للورثة .

مسألة ٥٢ . : من ليس له وارث ولا مولى نعمة ، لا يصح أن يوصي بجميع ماله ، ولا يوصي بأكثر من الثلث ، لأن ذلك مجمع على صحته ، وما زاد على الثلث لا دليل عليه ، ولما روى معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال : إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم ، وفي بعض الأخبار زيادة

(١) م : وقال جميع الفقهاء أنه لا يجوز : مسألة .

(٢) م : أنه كان ميتاً لا تصح .

في أعمالكم ، ولم يفرق بين من يكون له وارث ومن ليس له وارث ، وبه قال (. ك .) و (.) .
ش .) ، و (. ع .) ، وأهل الشام ، وابن شيرمة .
وذهب شريك ، و (. ح .) وأصحابه الى أن له أن يوصي بجميع ماله ، وقد روي
ذلك في أحاديثنا .

كتاب الوديعة

مسألة . ١ . : ليس للمودع أن يسافر بالوديعة ، سواء كان الطريق مخوفاً أو غير مخوف ، وسواء كانت المسافة قريبة أو بعيدة مع الاختيار ، لأنه لا دلالة على جوازه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان كان مخوفاً فكما قلنا ، وان لم يكن مخوفاً جاز له أن يسافر بها .
مسألة . ٢ . (. ج .) : إذا شرط في الوديعة أن تكون مضمونة ، كان الشرط باطلاً ، وبه قال الفقهاء كلهم ، الا عبيد الله بن الحسن العنبري ، فإنه قال : يكون مضمونة بالشرط .

مسألة . ٣ . : المودع متى أودع الوديعة عند غيره مع قدرته على صاحبه فإنه يكون ضامناً ، سواء أودع زوجته أو غير زوجته ، لان صاحبها قد ائتمنه دون غيره ، فإذا ائتمن عليها غير نفسه فقد تعدى فيها ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : إذا أودع زوجته لم يضمن ، وان أودع غيرها ضمن .
وقال (. ح .) : إذا أودعها عند من يعول ويمون لا يضمن وان أودعها عند غيرهم ضمن .

مسألة . ٤ . : إذا تعدى في الوديعة فضمنها ، فاذا ردها الى حرزها لم يزل الضمان عنه ، الا أن يردها الى المودع ، أو حدث استيمان آخر مجدد ، لأنه قد

ضمن بالتعدي ، ولا دليل على براءة ذمته برده الى الحرز ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) ، و (. ح .) : إذا ردها الى حرزها زال الضمان .

مسألة . ٥ . : إذا أخرجها من حرزها ، ثمَّ ردها الى مكانها ، فإنه عندنا يضمن بكل حال ، لما قلناه ولما روى سمرة أن النبي ﷺ قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدي وهذا قد أخذ ، وهو مذهب (. ش .) .

وعند (. ح .) لا يضمنها ، إلا في ثلاث مسائل : إذا جحدته ثمَّ اعترف به ، وإذا طوّل بردها فمَنع الرد ثمَّ بذل ردها ، وإذا خلطه ثمَّ ميزه ، فان في هذه المسائل الثلاث لا يزول ضمانه عنده .

وقال (. ك .) : إن أنفقها وجعل بدلها مكانها زال الضمان ، لان عنده إذا كان المودع موسرا وكانت الوديعة دراهم أو دنانير ، جاز له أن ينفقها ويكون في ذمته ، قال : فيكون أحظى للمودع من الحرز .

مسألة . ٦ . : إذا قال له رب الوديعة بعد أن تعدى فيها وضمنها أبرأتك من ضمانها وجعلتها وديعة عندك واثمنتك على حفظها ، فإنه يزول ضمانه ، لان حق الضمان لصاحبها ، فيجب أن يزول ^(١) بإبرائه وسقط بإسقاطه .

وظاهر مذهب (. ش .) أنه لا يزول ، لان بالإبراء لا يزول الضمان الا أن يردها عليه ثمَّ يتسلمها من الرأس ، وفي أصحابه من قال : يزول ضمانه .

مسألة . ٧ . : إذا أخرج الوديعة بمنفعة نفسه ، مثل أن يكون ثوبا وأراد أن يلبسه ، أو دابة أراد ركوبها ، فإنه يضمن بنفس الإخراج ، لأنه قد تعدى فيها بالإخراج ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يضمن بالإخراج حتى ينتفع ، مثل أن يلبس أو يركب .

مسألة . ٨ . : إذا نوى أن يتعدى ، فإنه لا يضمنها بالنية حتى يتعدى ، لأنه

(١) د : فيجب به أن يزول .

لا دليل على ذلك ، وهو أحد وجهي (. ش .) ، والوجه الآخر أنه يضمن بنفس النية ، لأن نية التعدي ^(١) تعد.

مسألة ٩ . : إذا أودع غيره حيوانا ولم يأمره بأن يسقيها ^(٢) ولا يعلفها ولا نخاه ، لزمه الإنفاق عليها وسقيها وعلفها ، ويرجع بذلك على صاحبها ، لان الاحتياط يقتضي ذلك ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يلزمه الإنفاق عليها ولا سقيها ولا علفها .

مسألة ١٠ . : إذا أودعه وديعة ، وقال : ادفعها الى فلان أمانة ، فادعى المودع أنه دفعها اليه ، وأنكر المودع ذلك ، فالقول قول المودع ، لأنه مؤتمن ، وبه قال (. ح .) .
وللش فيه وجهان ، أحدهما : إذا قال يلزمه الاشهاد على الدفع فلم يشهد ، فإنه يكون مفرضا ويضمن . والآخر : إذا قال لا يلزمه الاشهاد ، فعلى هذا يكون القول قول المودع .

مسألة ١١ . : إذا أودعه صندوقا فيه متاع ، فقال له : لا ترقد عليه ولا تقفله فنام عليه وأقفله بقفل آخر لم يضمن ، لأنه أضاف إليه حرزا آخر وبالع فيه ، كما لو أودعه وقال أتركه في صحن دارك ، فتركه في بيته وأقفله عليه لم يضمن ، لأنه زاده حرزا ، وبه قال (. ش .) .

وقال بعض أصحابه : يضمن لأنه نبه عليه للصوص بأن فيه مالا ، وبه قال (. ك .) .

مسألة ١٢ . : إذا خلط الوديعة بماله خلطا لا يتميز ، مثل أن يخلط دراهم

(١) م : لأن النية التعدي .

(٢) م : يأمره أن يسقيها .

بدرهم ، أو دنانير بدنانير ، أو طعاما بطعام ، فإنه يضمن ، سواء خلطها بمثلها ^(١) أو أرفع منها أو أدون ، لأنه قد تعدى بالخلط ، بدلالة أنه لا يمكنه أخذ ماله بعينه ، فينبغي ان يجب عليه الضمان ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : ان خلطها بالأدون منها ^(٢) ضمن ، وان خلطها بمثلها لم يضمن .
مسألة ١٣ . : إذا أودعه دراهم أو دنانير ، فأنفقها المودع ثم ردها ^(٣) مكانها غيرها لم يزل الضمان ، لأنه لا دلالة عليه .

وقال (. ك .) : زال الضمان عنه بذلك ^(٤) بناء على أصله .
مسألة ١٤ . : إذا كانت عنده ودیعة أودعها نفسان ، فقال المودع : هو لأحدهما ولا أعلم صاحبه بعينه ، وادعى كل واحد منهما علمه بذلك لزمته يمين واحدة بأنه لا يعلم لأيهما هي ، لأنه لا دليل على أكثر من ذلك ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : يخلف لكل واحد منهما يميناً فيلزمه يمينان .

مسألة ١٥ . : إذا حلف وأخرجت الودیعة من يده ، وبذل كل واحد من المدعيين اليمين أنها له ، استخرج واحد منهما بالقرعة ، فمن خرج اسمه حلف وسلمت اليه ، أو يقسم بينهما نصفين ، لإجماع الفرقة على أن كل أمر مشكل ففيه القرعة .
وللش فيه قولان ، أحدهما : يقسم بينهما نصفين . والآخر : يوقف حتى يصطلحا
وبه قال ابن أبي ليلى .

(١) م : بمثلها .

(٢) د : منهما ضمن .

(٣) م : ردها الى مكانها .

(٤) م : بذلك الرد بناء .

كتاب الفبي وقسمه الغنائم

مسألة . ١ . (. ج .) : ما يؤخذ بالسيف قهرا من المشركين يسمى غنيمه بلا خلاف ، وعندنا أن ما يستفيده الإنسان من أرباح التجارات والمكاسب والصنائع يدخل أيضا في ذلك . وخالف جميع الفقهاء فيه .

مسألة . ٢ . (. ج .) : الفبي كان لرسول الله ﷺ خاصة ، وهو لمن قام مقامه من الأئمة ، وبه قال علي ؑ ، وعمر ، وابن عباس ، ولم يعرف لهم مخالف .

وقال (. ش .) : كان يقسم على عهد رسول الله الفبي على خمسة وعشرين سهما : أربعة أخماسه للنبي ﷺ وهو عشرون سهما ، وله أيضا خمس ما بقي يكون أحدا وعشرين سهما ، ويبقى أربعة أسهم بين ذوي القرى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل .

وقال (. ح .) : الفبي كله وخمس الغنيمه يقسم على ثلاثة ، لأنه كان يقسم على خمسة ، فلما مات النبي ﷺ رجع سهم النبي وسهم ذي القرى إلى أصل السهمان فيقسم الان على ثلاثة ، وعنده ما كان يستحق النبي ﷺ من الفبي إلا الخمس ، وعند (. ش .) أربعة أخماس الفبي وخمس ما بقي من الفبي .

مسألة . ٣ . (. ج .) : حكم الفبي بعد النبي ﷺ حكمه في أيامه في أنه خاصة

لمن قام مقامه.

وللش فيه قولان في أربعة أخماس وخمس الخمس ، أحدهما : يكون للمقاتلين والقول الثاني في المصالح ، ويبدأ بالأهم وأهم الأمور الغزاة ، وخمس خمس الغنيمة في مصالح المسلمين قولاً واحداً.

مسألة ٤ . (. ج .) : ما كان للنبي ﷺ ينتقل الى ورثته ، وهو موروث . وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

مسألة ٥ . (. ج .) : ما كان ^(١) للنبي ﷺ من خمس الغنيمة سهم الله وسهم رسوله وسهم ذي القربى ثلاثة من ستة . وقال الفقهاء : كان له سهم من خمسة.

مسألة ٦ . (. ج .) : ما كان للنبي ﷺ من الصفايا قبل القسمة ، فهو لمن قام مقامه ، وقال جميع الفقهاء : ان ذلك يبطل بموته.

مسألة ٧ . : ما تؤخذ من الجزية والصلح والخراج وميراث من لا وارث له ومال المرتد لا يخمس ، بل هو لجهاته المستحق لها ، لأنه لا دليل في الشرع على أنه يخمس ، وبه قال عامة الفقهاء . وللش فيه قولان.

مسألة ٨ . : السلب لا يستحقه القاتل الا بأن يشترط له الإمام ، لأنه إذا لم يشترط له ، فلا دليل على استحقاقه لذلك ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) . وقال (. ش .) : هو للقاتل وان لم يشترط له الامام ، وبه قال (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. د .) .

مسألة ٩ . : إذا شرط له الامام السلب لا يحتسب عليه من الخمس ، لان ظاهر شرط الإمام يقتضي أنه له ، ولا دليل على أنه يخمس أو يحتسب ^(٢) عليه . وعند (. ح .) يحتسب عليه من الخمس .

وقال (. ش .) : لا يخمس ، وبه قال سعد بن أبي وقاص . وقال ابن عباس : يخمس السلب ، قليلاً كان أو كثيراً . وقال عمر : ان كان قليلاً لا يخمس ، وان كان كثيراً

(١) م : مسألة ، كان .

(٢) م : أو يحسب عليه .

يخمس.

مسألة ١٠ . : السلب يأخذه القاتل بالشرط من أصل الغنيمة لا من الخمس ، لما قلناه ^(١) في المسألة الأولى ، وبه قال (. ش .) ، غير أنه قال : هو للقاتل من غير شرط.

وقال (. ك .) : يكون له من خمس الخمس سهم النبي ﷺ .

مسألة ١١ . : إذا شرط له الامام السلب إذا قتله ، فإنه متى قتله استحق سلبه على أي حال قتله ، بدلالة عموم قوله ﷺ « من قتل كافرا فله سلبه » .

وقال داود وأبو ثور : السلب للقاتل من غير مراعاة شرط.

وقال (. ش .) وبقيّة الفقهاء : السلب لا يستحقه الا بشروط ثلاثة ، أحدها : أن يقتله مقبلا مقاتلا والحرب قائمة ، ولا يقتله منهزما وقد انقضت الحرب. والثاني : أن ^(٢) لا يقتله وهو مشخن بالجراح. والثالث : لا يكون ممن يرمى سهمهما من صف المسلمين الى صف المشركين فيقتله.

مسألة ١٢ . : إذا أخذ أسيرا ، كان الامام مخيرا من قتله والمن عليه أو استرقاه أو مفادته ، فاذا فعل ذلك كان سلبه وثمنه ان استرقه وفداؤه إن فاداه من جملة الغنيمة لا يكون للذي أسره ، لأنه لا دليل عليه.

وللش فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : يكون لاسره.

مسألة ١٣ . : يجوز للإمام أن ينفل بلا خلاف ، وانما ينفل اما من الذي يخصه من

الفبي ، واما من جملة الغنيمة ، لأن النبي ﷺ كان ينفل من الغنيمة.

وفي حديث ابن عمر أن سهامهم بلغ اثني عشر بعيرا فنقله ^(٣) النبي ﷺ

(١) م : كما قلناه في المتقدم.

(٢) د : والثاني لا يقتله.

(٣) م : فنقلهم النبي.

بعيرا بعيرا ، ولو كان من سهمه ^(١) النبي لما بلغ ذلك ، لان سهمه خمس الخمس ^(٢) عندهم فدل على أنه كان من أصل الغنيمة.

وقال (. ش .) : ينفل من خمس الخمس سهم النبي ﷺ .

مسألة . ١٤ . : يجوز للإمام ان يقول قبل لقاء العدو من أخذ شيئا من الغنيمة بعد الخمس فهو له ، لقيام الدلالة على عصمته ، ولأن أفعاله حجة كأفعال النبي ﷺ ، وروي أن النبي ﷺ قال يوم بدر : من أخذ شيئا فهو له ، وهو أحد قولي (. ش .) ، وبه قال (. ح .) ، والقول الآخر أنه لا يجوز.

مسألة . ١٥ . : مال الغنيمة لا يخلو من ثلاثة أحوال : ما يمكن نقله وتحويله الى بلاد الإسلام ، مثل الثياب والدرهم والدنانير والأثاث والعروض . أو يكون أجساما ، مثل النساء والولدان . أو يكون مما لا يمكن نقله ، كالأرضين والعقار والبساتين .

فما يمكن نقله يقسم بين الغانمين بالسوية ، ولا يفضل راجل على راجل ، ولا فارس على فارس ، وإنما يفضل الفارس على الراجل ، وبه قال (. ش .) ، غير أنه قال : لا يدفع الغنيمة الى من لا يحضر الوقعة ، وعندنا يجوز ذلك ، وهو أن يعطي من يلحق بهم مددا لهم وان لم يحضروا الوقعة ، ويسهم عندنا للصبيان ، ومن يولد في تلك الحال وسيجيء الخلاف فيه .

وقال (. ح .) : لا يجوز أن يعطي لغير الغانمين ، لكن يجوز أن يفضل بعض الغانمين على بعض .

وقال (. ك .) : يجوز أن يفضل بعضهم على بعض ، ويجوز أن يعطي منها لغير الغانمين .

(١) د : سهم النبي .

(٢) د : لان خمس الخمس .

مسألة ١٦ . (. ج .) : إذا دخل قوم دار الحرب ، أو قاتلوا ^(١) بغير اذن الامام فغنموا ، كان ذلك للإمام خاصة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وعلى هذه المسألة إجماع الفرقة.

مسألة ١٧ . (. ج .) : الأسير على ضربين : أسير يوسر قبل أن تضع الحرب أوزارها ، فالإمام مخير فيه بين شيئين : اما أن يقتله ، أو يقطع يديه ورجليه ويتركه حتى ينزف ، وأسير يؤخذ بعد أن تضع الحرب أوزارها ، فهو مخير فيه بين ثلاثة أشياء : المن ، والاسترقاق ، والمفاداة.

وقال (. ش .) : هو مخير بين أربعة أشياء : بين القتل والمفاداة والمن والاسترقاق ولم يفصل.

وقال (. ح .) : هو مخير بين القتل والاسترقاق والمفاداة على الرجال دون المال ، وأجمع أهل العراق أن المفاداة على الأموال لا يجوز.

يدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله ^(٢) تعالى ﴿ **حَتَّى إِذَا أَتَخْتَمُّوهُمْ فَشُدُّوا الْوُثَاقَ فِيمَا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا** ﴾ ^(٣) وروى الزهري عن جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ قال في أسارى بدر : لو كان مطعم بن عدي حيا وكلمني في هؤلاء السبي لأطلقتهم . فدل على جواز المن.

وروي أن أبا عزة الجمحي وقع في الأسر يوم بدر ، فقال : يا محمد اني ذو عيلة فامنن علي فمن عليه على أن لا يعود الى القتال ، فمر إلى مكة فقال : اني سخرت بمحمد وعاد الى القتال يوم احد ، فدعا رسول الله أن لا يفلت فوقع في

(١) د : قوم دار الحرب بغير اذن.

(٢) م : دليلنا قوله تعالى.

(٣) سورة محمد « ص » ٤ . ٥ .

الأسر ، فقال : اني ذو عيلة فامنن علي ، فقال النبي ^(١) ﷺ : أمن عليك حتى ترجع إلى مكة ، فتقول في نادى ^(٢) قريش اني سخرت بمحمد مرتين ، لا يلسع المؤمن من جحر مرتين ، فقتله بيده .

ويدل على جواز المفاداة بالرجال ما رواه عمران بن حصين أن النبي ﷺ فادى رجلا برجلين .

ويدل على جواز المفاداة بالمال ما فعله النبي ﷺ يوم بدر ، فإنه فادى جماعة من كفار قريش والقصة مشهورة . وقيل : انه فادى كل رجل بأربعمائة وقال ابن عباس : بأربعة آلاف .

وروي أن أبا العاص زوج زينب بنت رسول الله كان ممن وقع في الأسر وكانت هي بمكة ، فأنفذت مالا لتفكه من الأسر ، وكانت فيه قلادة كانت لخديجة دخلت بها زينب على أبي العاص ، فلما رآها رسول الله ﷺ عرفها فرق لها رقعة شديدة ، فقال : لو خليتم أسيرها ورددتم مالها ، قالوا : نعم ففعلوا ذلك .

مسألة ١٨٠ . (ج .) : ما لا ينقل ولا يحول من الدور والعقارات والأرضين ، فعندنا فيه الخمس لأهله والباقي لجميع المسلمين من حضر القتال ومن لم يحضر ، فيصرف ارتفاعه الى مصالحهم .

وعند (. ش .) أن حكمه حكم ما ينقل ويحول خمس لأهل الخمس والباقي في المقاتلة ^(٣) ، وبه قال الزبير . وذهب عمر ومعاذ الى أن الامام مخير فيه بين شيئين أن يقسمه على الغنائم ، أو يقفه على المسلمين ^(٤) ، وبه قال (. ر .) ، وعبد الله بن المبارك .

(١) م : فقال رسول الله .

(٢) م : إلى مكة في نادى .

(٣) م : والباقي للمقاتلة .

(٤) م : أو يقفه على المسلمين أو يقر أهلها عليها .

وقال (. ح .) : الامام مخير فيه بين ثلاثة أشياء : بين القسمة على الغانمين ، أو يقفه على المسلمين ، أو يقر أهلها عليها ويضرب عليهم الجزية باسم الخراج ، وان شاء أقر أهلها الذين كانوا فيها ، وان شاء أخرج أولئك وأتى بقوم آخرين من المشركين وأقرهم فيها وضرب عليهم الجزية باسم الخراج.

وقال (. ك .) : ان ذلك يصير وفقا على المسلمين بنفس الاستغنام والأخذ من غير إيقاف الإمام ، فلا يجوز بيعه ولا شراؤه.

ويدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(١) أن النبي ﷺ فتح هوازن ولم يقسم أرضها بين الغانمين ، فلو كانت للغانمين لقسمها ^(٢) فيهم ، وروي أن عمر استشار عليا في أرض السواد ، فقال له علي ﷺ : دعها عدة للمسلمين . وروي أن عمر ^(٣) فتح قرى بالشام ، فقال له بلال : اقسما بيننا ، وأبى عمر ذلك ، وقال : اللهم أكفني شر بلال وذويه.

مسألة . ١٩ . (. ج .) : سواد العراق ما بين الموصل وعبادان طولا ، وما بين حلوان والقادسية عرضا ، فتحت عنوة فهي للمسلمين قاطبة على ما قدمنا القول فيه ، بدلالة ما تقدم في المسألة الأولى سواء.

وقال (. ش .) : كانت غنيمة للغانمين فقسما عمر بين الغانمين ، ثم اشتراها منهم ووقفها على المسلمين ثم أجرها منهم ، وهذا الخراج هو أجرة.

وقال (. د .) ، وابن المبارك : وقفها على المسلمين.

وقال (. ح .) : أقرها في أيدي أهلها المشركين وضرب عليهم الجزية باسم الخراج فهذا الخراج هو تلك الجزية ، وعنده لا يسقط ذلك بالإسلام . وقال (. ك .) : صارت

(١) م : دليلنا ما روى أن النبي .

(٢) م : للغانمين يقسمها فيهم .

(٣) م : وروى عمر .

وقفا بنفس الاستغنام.

مسألة ٢٠. (ج.): الصبيان يسهم لهم مع الرجال ، وبه قال (ع.) ، وكذلك من يولد قبل القسمة. وأما النساء والعبيد والكفار ، فلا سهم لهم ، وإن شاء الامام أن يرضخ^(١) لهم فعل ، وعند (ش.) يرضخ هؤلاء الأربعة ولا سهم لهم.

مسألة ٢١. (ج.): النساء لا سهم لهن ، وإنما يرضخ^(٢) لهن ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا الأوزاعي فإنه قال : يسهم للنساء.

مسألة ٢٢. (ج.): الكفار لا سهم لهم مع المسلمين ، سواء قاتلوا بإذن الإمام أو بغير اذن الامام ، وإن قاتلوا^(٣) بإذنه رضخ لهم الامام ان شاء.

وقال (ع.) : يسهم مع المسلمين من يرضخ^(٤) له من الكفار والنساء ، والعبيد إنما يرضخ لهم من أصل الغنيمة قبل أن يخمس ، لان معونة هؤلاء عائدة على أصل الغنيمة ، فيجب أن لا يختص برضخهم قوم دون قوم.

وللش فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ما قلناه. والثاني من أربعة أخماس المقاتلة.

والثالث : من خمس الخمس سهم النبي ﷺ .

مسألة ٢٣. : للرجال سهم ، وللفارسي سهمان سهم له وسهم لفرسه ، وبه قال (ج.) ، وفي أصحابنا من قال : للفارس ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه ، وبه قال (ش.) ، وفي الصحابة علي ﷺ ، وعمر ، وفي التابعين عمر بن عبد العزيز والحسن البصري ، وابن سيرين ، وفي الفقهاء (ك.) ، وأهل المدينة ، و (ع.) ، وأهل الشام والليث بن سعد ، وأهل مصر ، و (د.) ، و (ق.) ، و (ف.) ، و (م.) .

(١) د : يوضح.

(٢) د : يوضح.

(٣) م : بغير اذنه وإن قاتلوا.

(٤) م : مسألة من يرضخ.

يدل على الأول . مضافا الى رواية أصحابنا . ما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين : سهما له ، وسهما لفرسه . وروى المقداد قال : أعطاني رسول الله سهمين سهما لي وسهما لفروسي .

ويدل على الثاني . مضافا الى ما رواه أصحابنا . ما روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم الرجل وفروسه ثلاثة أسهم ، سهما له ، وسهمين لفروسه .

وروى الزهري عن مالك بن أوس البصري عن عمر بن الخطاب ، وطلحة بن عبد الله والزبير بن العوام أن النبي ﷺ أسهم يوم خيبر لكل فرس سهمين .

وروى عبد الله بن الزبير عن أبيه قال : ان النبي ﷺ أعطاني أربعة أسهم سهما لي ، وسهمين لفروسي ، وسهما لأمي ، وكانت من ذوي القربى .

مسألة ٢٤ . : يسهم للفرس سهم أى فرس كان ^(١) ، بدلالة عموم الأخبار التي جاء في ذلك ^(٢) ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يسهم له سهمان على اختلاف أنواعه .

وقال (. ع .) : ان كان عربيا فله سهمان ، وان كان عجميا فلا يسهم له ^(٣) ، وان كان هجينا أو مقرفا فله سهم واحد . وقال (. د .) : يسهم للعربي سهمان ، ولما عداه سهم واحد . وعن (. ف .) روايتان : إحداهما مثل قول (. د .) ، والأخرى مثل قول (. ش .) .

مسألة ٢٥ . (. ج .) : إذا كان مع الرجل أفراس أسهم لفروسين منها ، ولا يسهم ^(٤) لما زاد عليهما ، وبه قال (. د .) ، و (. ع .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) : لا سهم الا لفرس واحد .

(١) م : للفرس أى فرس كان .

(٢) م : عموم الاخبار في ذلك .

(٣) م : فلا سهم له .

(٤) م : لفروسين ولا يسهم .

مسألة ٢٦ . : إذا قاتل على فرس مغصوب لم يسهم لفرسه ، بدلالة الاخبار أن للفارس سهماً ^(١) ولفرسه سهماً أو سهمين ، وهذا الفرس ليس له .

وقال (. ش .) : يسهم لفرسه ، ومن يستحق سهمه فيه قولان ، أحدهما : الفارس .
والآخر : المغصوب منه .

مسألة ٢٧ . : لا ينبغي للإمام أن يترك فرساً حطماً وهو المنكسر ، أو قحماً وهو الهرم ، أو ضعيفاً ، أو ضرعاً وهو الذي لا يمكن القتال عليه لصغره ، أو أعرج وهو المهزول ، أو رازحاً وهو الذي لا حراك ^(٢) به ، أن يدخل دار الحرب للقتال عليه ، فإن أدخل وقوتل عليه أو لم يقاتل فإنه يسهم له ، بدلالة عموم الاخبار . وللش فيه قولان .

مسألة ٢٨ . : إذا دخل دار الحرب راجلاً ، ثم وجد فرساً ، فكان عند تقضي الحرب فارساً أسهم له ، وإن دخلها فارساً وعند تقضي الحرب كان راجلاً بأن باعه أو وهبه أو أجره لم يسهم له ، بدلالة قوله تعالى ﴿ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾ ^(٣) والإرهاب بالفرس يكون حال القتال لا حال الدخول ، ولأن الاستحقاق يكون بتقضي القتال ، بدلالة أن من مات ^(٤) قبل ذلك لم يسهم له بلا خلاف ^(٥) ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إن دخل الدار فارساً أسهم له ، وإن خرجت الدابة من يده على أي وجه كان وكان عند تقضي الحرب راجلاً وإن دخلها راجلاً لم يسهم له ، وإن

(١) م : بدلالة الأخبار للفارس سهماً .

(٢) د ، لا جراك .

(٣) سورة الأنفال : ٦٢ .

(٤) م : أنه من مات .

(٥) م : لم يسهم بلا خلاف .

كان عند تقضي الحرب فارسا ، وبه قال (. م .) الا انه قال : إذا باعه قبل تقضي القتال لم يسهم له ، لأنه باعه باختياره .

مسألة . ٢٩ . (. ج .) : إذا دخل الصحيح دار الحرب مجاهدا ثم مرض فإنه يسهم له ، وهو نص (. ش .) . وقال قوم من أصحابه : ان كان مرضا يخرج منه كونه مجاهدا ، مثل الاغماء وغيره لم يسهم له .

مسألة . ٣٠ . : إذا استأجر رجل أجيرا ودخلا معا دار الحرب للجهاد ، أسهم للأجير ويستحق مع ذلك الأجرة ، لأن الغنيمة إنما تستحق بالحضور والأجرة تستحق بالعمل ، وهذا قد حضر وعمل .

وقال (. ح .) : ان قاتل أسهم له ، وان لم يقاتل لم يسهم له . وقال أصحاب (. ش .) (١) : ان كان الإجارة (٢) في الذمة يسهم له ، وان كانت معينة ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ما قلناه . والثاني : لا يسهم له كالعبد . والثالث : يخير بين فسخ الإجارة والجهاد ويسهم له ولا يستحق الأجرة ، وبين المقام على الإجارة ولا يسهم له (٣) .

مسألة . ٣١ . (. ج .) : إذا أفلت (انفلت خ ل) أسير من يد المشركين ، فلحق المسلمين بعد تقضي (٤) القتال واحازة المال قبل القسمة ، فإنه يسهم له . وعند (. ش .) لا يسهم له .

مسألة . ٣٢ . (. ج .) : إذا لحق بهم بعد تقضي الحرب وقبل حيازة المال عندنا يسهم له ، وللش فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا يسهم له .

(١) م : أسهم له والا فلا وقال أصحاب (. ش .) .

(٢) م : ان كانت الإجارة .

(٣) م : ولا سهم له .

(٤) م : تقضى .

وقال (. ح .) : ان قاتل أسهم^(١) له ، وان لم يقاتل لم يسهم له.

مسألة ٣٣ . : تجار العسكر مثل الخباز والطباخ والبيطار وأمثالهم ممن حضر لا للجهاد لا يسهم له ، لأن الغنيمة لا تستحق الا بالجهاد أو بنية الجهاد ، وهؤلاء^(٢) ما جاهدوا ولا حضروا بنية الجهاد.

وقال (. ح .) : ان قاتل أسهم له ، وان لم يقاتل لا يسهم^(٣) له ، وكذا نقول نحن وللش فيه قولان ، أحدهما : لا يسهم لهم ولم يفصل. والثاني : يسهم لهم ، لأن الغنيمة يستحق بالحضور ، وهذا أيضا قوي إذا اعتبرنا الحضور في استحقاق السهام لا غير على ما تقدم.

مسألة ٣٤ . (. ج .) : إذا لحق الغانمين مدد قبل قسمة الغنائم ، شاركوهم وأسهم لهم. وقال (. ش .) : فيه المسائل الثلاث التي تقدمت في الأسير ، والقول فيه مثل القول فيها^(٤) سواء.

وقال (. ح .) : إذا لحق الغانمين المدد بعد تقضي القتال وحياسة المال تشركونهم في الغنيمة إلا في ثلاث مواضع : أحدها أن يلحقوا بهم بعد القسمة في دار الحرب لان عنده لا يجوز القسمة في دار الحرب. والثاني إذا لحقوا بعد أن باع الإمام الغنيمة ، الثالثة أن يلحقوا بعد رجوع الغانمين الى دار الإسلام ، ففي هذه المواضع وافقوا أصحاب (. ش .).

مسألة ٣٥ . (. ج .) : إذا أخرج الإمام جيشا إلى جهة من الجهات وأمر عليها أميرا ، فرأى الأمير المصلحة في أن يقدم سرية [إلى العدو ففعل فغنمت السرية ، شاركها الجيش في تلك الغنيمة ، وكذلك إذا غنم الجيش ، فان السرية]

(١) م : أسهم له والا فلا.

(٢) م : أو بنية هؤلاء.

(٣) م : أسهم له والا فلا.

(٤) م : كالقول فيها.

تشاركها ، وبه قال جميع الفقهاء ^(١) . وقال الحسن البصري : لا يشارك الجيش السرية ولا السرية الجيش .

يدل على ما قلناه . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روى ^(٢) عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي ﷺ قال : المؤمنون يتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم ويجير أقصاهم على أدناهم ، وهم يد على من سواهم ، ويرد على أقاعدهم سراياهم لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده . فموضع الدلالة قوله « يرد على أقاعدهم سراياهم » .

مسألة ٣٦ . (. ج .) : عندنا أن الخمس يقسم ستة أقسام : سهم لله ، وسهم لرسوله ، وسهم لذي القربى ، فهذه الثلاثة كانت للنبي ﷺ ، وبعده لمن يقوم مقامه من الأئمة . وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل من آل محمد لا يشركهم فيه غيرهم .

واختلف الفقهاء في ذلك ، فذهب (. ش .) الى أن خمس الغنيمة يقسم على خمسة أسهم : سهم لرسول الله ، وسهم لذوي القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين وسهم لأبناء السبيل . فأما سهم رسول الله ، فيصرف في مصالح المسلمين . وأما سهم ذوي القربى ، فإنه يصرف إلى ذوي القربى على ما كان يصرف إليهم على عهد رسول الله .

وذهب أبو العالية الرياحي الى أن الخمس من الغنيمة والفيء مقسوم على ستة : سهم لله ، وسهم لرسوله ، وسهم لذي القربى ، وسهم لليتامى وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل .

وذهب (. ك .) الى أن الخمس من الغنيمة أربعة أخماس : الفيء مفوض الى اجتهاد

(١) م : أن يقدم سرية يشاركها وبه قال جميع الفقهاء .

(٢) م : دليلنا ما روى .

الامام يصرف ذلك الى من رأى أن يصرف اليه.

وذهب (. ح .) الى أن خمس الغنيمة ^(١) وأربعة أخماس الفيء يقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل. هذا الذي روى عنه حسن ابن زياد ، وروى ابن سماعة عنه أنه قال : ان ذلك كان مقسوما على عهد رسول الله على ما ذكره (. ش .) على خمسة الا أنه لما مات سقط سهمه وسهم ذي القربى الذين كانوا على عهده وبقي الأصناف الثلاثة فصرف إليهم ^(٢).

ثم اختلف أصحابه في سهم ذي القربى ، فمنهم من قال : ما كانوا يستحقون شيئا وانما كان رسول الله يتصدق عليهم لقربتهم.

مسألة ٣٧ . (. ج .) : سهم ذي القربى ثابت لم يسقط بموت النبي ﷺ وهو لمن قام مقامه. وقال (. ش .) : سهم ذي القربى ثابت وهو خمس الخمس يصرف إلى أقاربه الغني منهم والفقير ويستحقونه بالقرابة.

وقال (. ح .) : سقط سهم ذوي القربى بموت النبي ، الا أن يعطيهم الإمام شيئا لحق الفقر والمسكنة ، ولا يعطى الأغنياء منهم شيئا.

ويدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله ^(٣) تعالى ﴿ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ **وَالْيَتَامَىٰ** ^(٤) الآية وفي هذه الآية أدلة ، أحدها : أنه أضاف الخمس الى المذكورين وشرك بينهم بواو الجمع ، فيقتضي أن يكون بينهم بالسوية. والثاني أنه أضافه إليهم بلام التملك ، وشرك بينهم بواو التشريك ، فعندنا وعند (. ش .) هذه الإضافة إضافة ملك ، وعند (. ح .) هي اضافة محل الى هم أهل لذلك ، فمن قال : الأغنياء

(١) م : الى خمس الغنيمة.

(٢) م : فيصرف إليهم.

(٣) م : دليلنا قوله تعالى.

(٤) سورة الأنفال : ٤٢ .

لا يعطون فقد خرج عن مقتضى القولين. والثالث : أن الله تعالى جعل لهم السهم بحق القرابة ، فالظاهر أن هذا السهم لهم.

وعند (. ح .) لا يستحقونه بالقرابة ، ويدل عليه ما روى جبير بن مطعم قال : لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب ، وترك بني نوفل وبني عبد شمس ، فانطلقت أنا وعثمان حتى أتينا رسول الله ﷺ ، فقلنا : يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لموضعك الذي وضعه الله فيهم ، فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركنا وقرابتنا واحدة؟ فقال رسول الله ﷺ أنا وبني المطلب لا نفترق ^(١) في جاهلية ولا إسلام ، وإنما نحن وهم شيء واحد وشبك بين أصابعه.

وفي هذا الخبر أدلة ، أحدها : أنه قال وضع سهم ذي القربى ، فأثبت لهم سهمها. والآخر : أنه جعل ذلك لأدنى أقرائه بني هاشم وبني المطلب بالقرابة والثالث : أنه لم ينكر على جبير وعثمان حين ^(٢) طلبوا ذلك بالقرابة. والرابع : أنه لم يعط بني عبد شمس ، ولا بني نوفل ، ولو كان الاستحقاق بالفقر لما خص فريقا دون فريق.

وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن علي بن أبي طالب قال : دخلت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة على رسول الله ، فقلت : يا رسول الله ان رأيت أن توليني حقنا في الخمس في كتاب الله في حياتك ^(٣) حتى لا ينازعنا ^(٤) فيه أحد بعدك ، ففعل ففعلت ، فلما مات رسول الله ﷺ ولانيه أبو بكر فقسّمته ، فلما كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير ، فعزل حقنا فدعاني عمر ، فقلت : ان بني هاشم في غنى

(١) د : لا يفترق م لا نفرق.

(٢) م : حيث.

(٣) م ود : في كتاب الله فاقسمه في حياتك.

(٤) د : حتى لا تنازعنا.

من ذلك وان بالمسلمين خلة ، فإن رأيت أن تصرفه إليهم ففعل عمر ذلك ، فقال العباس : لقد أحرمتنا حقنا انه لا يرجع إلينا أبدا ، قال علي عليه السلام : وكان العباس داهيا .

وفي رواية أخرى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، قال : لقيت عليا عليه السلام عند أحجار الزيت ، فقلت له : بأبي أنت وأمي ما فعل أبو بكر وعمر بحقكم من الخمس أهل البيت؟ فقال : أما أبو بكر فما كان في زمانه أخماس وما كان معه أوفاناه ، وأما عمر فكان يعطينا حتى أتاه مال فارس والسوس أو الأهواز الشك من (. ش .) ، فقال لي : ان بالمسلمين خلة ، فلو تركت حقكم من الخمس لا صرفه في خلة المسلمين ، وإذا أتاني مال قضيته لكم ، فقال العباس : لا تطمعه في حقنا ^(١) ، فقلت : ألسنا أحق من أجاب أمير المؤمنين وسد خلة المسلمين ، فمات عمر قبل أن يأتيه مال فيعطينا .

وروى يزيد بن هارون ، قال : كتب نجدة ^(٢) الحروري الى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى لمن هو؟ فقال : هو لقراة رسول الله أراد عمر أن يعطينا عوضا عنه ، فأبيناه لأننا رأيناه دون حقنا .

مسألة . ٣٨ . (. ج .) : عندنا أن سهم ذي القربى للإمام ، وعند (. ش .) لجميع ذوي القربى يستوي فيه القريب والبعيد ، والذكر والأنثى ، والصغير والكبير الا انه للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأن ذلك مستحق بالإرث الذي يجري مجرى التعصيب . وقال المزني وأبو ثور : الذكر والأنثى فيه سواء ، لان ذلك مستحق بالقراة .

مسألة . ٣٩ . : عند (. ش .) يجب في سهم ذي القربى أن يفرق فيمن هو في شرق الأرض وغربها ، ولا يخص به أهل بلد دون بلد .

(١) د : لا تطعه في حقنا .

(٢) د : قال كتبت نجدة .

وقال أبو إسحاق : ان ذلك يشق يخص به البلد الذي يؤخذ الغنينة فيه وما يقرب منه ، فإذا أخذت الغنينة مثلاً بالروم فرق فيمن كان بالشام من ذوي القرى. وهذا الفرع يسقط عنا ، غير أنا نقول في سهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل منهم ما قاله أبو إسحاق من انه يفرق ^(١) في أهل البلد الذي يؤخذ ^(٢) الغنينة فيه ، أو ما قرب لئلا يشق.

مسألة . ٤٠ . (. ج .) : الأسهم الثلاثة التي هي لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من الخمس ، يختص بها من كان من آل الرسول دون غيرهم. وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا أيضا انها للفقراء ^(٣) من المسلمين وأيتامهم وأبناء سبيلهم ، دون من كان من آل رسول الله خصوصا.

مسألة . ٤١ . : ما يؤخذ من الجزية والصلح والأعشار من المشركين فللمقاتلة المجاهدين. وللش فيه قولان ، أحدهما : أن جميعه لمصالح المسلمين. والثاني : للمقاتلة. يدل على ما قلناه إجماع الفرقة ^(٤) على أن الجزية للمجاهدين لا يشركهم غيرهم فيها ، وإذا ثبت ذلك ثبت في الكل ، لان الصلح عندنا أيضا جزية ، وأما الأعشار فإنها يصرف في مصالح المسلمين ، لأنه لا دليل على تخصيص شيء منه دون شيء.

(١) م : من أن يفرق.

(٢) م : في أهل البلد التي يؤخذ.

(٣) م : وقالوا انها للفقراء.

(٤) م : دليلنا إجماع الفرقة.

مسألة ٤٢ . : المرابطة للجهاد ^(١) والمطوعة لهم سهم من الصدقة والغنيمة معا ،
لعموم قوله تعالى ﴿ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(٢) للمقاتلة والمرابطين .

وقال (. ش .) : المطوعة لهم سهم في الصدقات ، وليس لهم من الفبيء شيء ،
والفبيء للمرابطين خاصة .

مسألة ٤٣ . : لا يفضل الناس في العطايا لشرف ، أو سابقة ، أو زهد ، أو علم ،
وبه قال علي ؓ فإنه سوى بين الناس وأسقط العبد ، وبه قال أبو بكر ، فإنه سوى بين
الناس وكان يعطي العبيد وكان عمر يفضل الناس على شرفهم وهجرتهم وكان يسقط العبيد .

مسألة ٤٤ . : إذا مات المجاهد أو قتل وخلف ورثة وامرأة ، فإنه ينفق عليهم الى أن
يبلغوا من المصالح ، لان هذا من المصالح ، فان المجاهد متى علم أنه ان قتل أو مات أنفق
على ورثته كان أنشط للجهاد ، وهو أحد قولي (. ش .) . والثاني : أنه لا يعطون شيئا ،
لأنهم أتباع لغيرهم ، فاذا مات سقطوا .

(١) م : المرابطون للجهاد .

(٢) سورة التوبة : ٦٠ .

كتاب قسمة الصدقات

مسألة ١ . : الكفار عندنا مخاطبون بالعبادات الصلاة والزكاة والصوم والحج ، وبه قال أكثر أصحاب (. ش .) .
وقال شذاذ منهم ، واختاره الاسفرائني : انهم ليسوا مخاطبين بالعبادات ، الا بعد أن يسلموا ، وبه قال أهل العراق . وهذه المسألة موضعها أصول الفقه ، والأدلة عليها مذكورة هناك .

مسألة ٢ . (. ج .) : لا يجوز أن يعطي شيء من الزكاة الا المسلمين العارفين بالحق ، ولا يعطى الكفار لا زكاة الأموال ولا زكاة الفطرة ولا الكفارات .
وقال (. ش .) : لا يدفع شيء منها الى أهل الذمة ، وبه قال (. ك .) ، والليث بن سعد ، و (. د .) ، و (. ق .) ، وأبو ثور . وقال ابن شبرمة : يجوز أن يدفع إليهم الزكوات . وقال (. ح .) : لا تدفع إليهم زكاة الأموال ^(١) ، ويجوز أن تدفع إليهم زكاة الفطرة والكفارات .

مسألة ٣ . : الظاهر من مذهب أصحابنا أن زكاة ^(٢) الأموال لا تعطى إلا العدول من أهل الولاية ، دون الفساق منهم ، وطريقة الاحتياط تقتضيه ، وخالف

(١) م : زكاة المال .

(٢) م : من مذهبنا أن زكاة .

جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : إذا أعطى الفاسق برأت الذمة ، وبه قال قوم من أصحابنا .
مسألة ٤ . « ج » : الأموال الباطنة لا خلاف أنه لا يجب دفع زكاتها الى الامام ،
 وصاحب المال بالخيار بين أن يعطيه الامام وبين أن يؤديه بنفسه ، فأما الظاهرة فعندنا يجوز
 أن يخرجها بنفسه ، فإذا أخرجها بنفسه فقد سقط عنه فرضها ، ولم يجب عليه الإعادة ، وبه
 قال (. ش .) في الجديد ، وهو قول الحسن البصري ، وسعيد ابن جبير .

غير أن عندنا متى طلب الامام ذلك وجب دفعه اليه ، وان لم يدفعه وفرقه لم يجزه
 بدلالة قوله تعالى ﴿ **خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً** ﴾ ^(١) فأمره بالأخذ وأمره على الوجوب ، فوجب
 أن يلزم الدفع . وقال في القديم : يجب دفعها عليه الى الامام ، فإن تولاه بنفسه كان عليه
 الإعادة ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .

مسألة ٥ . : إذا أخذ الإمام صدقة الأموال ، يستحب له أن يدعو لصاحبها وليس
 بواجب عليه ، لأنه لا دليل عليه ^(٢) ، وقوله تعالى ﴿ **وَصَلِّ عَلَيْهِمْ** ﴾ ^(٣) محمول على
 الاستحباب ، وبه قال جميع الفقهاء الا داود ، فإنه قال : ذلك واجب عليه .

مسألة ٦ . : صدقة الفطرة يصرف الى أهل صدقة الأموال من الأصناف الثمانية ،
 بدلالة عموم قوله تعالى ﴿ **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ** ﴾ ^(٤) الآية وبه قال جميع الفقهاء إلا
 الإصطخري ، فإنه قال : يخص بها الفقير .

مسألة ٧ . (. ج .) : الأصناف الثمانية محل الزكاة ، ولا يلزم تفرقة الزكاة على

(١) سورة التوبة : ١٠٣ .

(٢) م : لأنه لا دلالة عليه .

(٣) سورة التوبة : ١٠٣ .

(٤) سورة التوبة : ٦٠ .

كل فريق منهم بالسوية ، بل لو وضع في واحد من الأصناف كان جائزا ، وكذا لو أعطى جميع زكاته (مال الزكاة خ) لواحد من هذه الأصناف كان جائزا ، وبه قال الحسن البصري ، والشعبي ، و (.ك .) ، و (.ح .) ، وأصحابه .

الا أن (.ك .) يقول : يخص بها أمسهم حاجة ، و (.ح .) يقول : يجوز أن يدفع الى أي صنف شاء . وقال (.ش .) : يجب تفرقتها على من يؤخذ منهم ، ولا يخص صنف منهم دون آخر ، ويسوى بين الأصناف ولا يفضل بعضهم على بعض ، وأقل ما يعطى كل صنف منهم ثلاثة فصاعدا يسوى بينهم ، فان أعطى اثنين ضمن نصيب الثالث .

وكم يضمن؟ فيه وجهان ، أحدهما : الثلث . والآخر جزء واحد قدر الاجزاء ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والزهرى ، وعكرمة . وقال النخعي : ان كانت الصدقة كثيرة ، وجب صرفها ^(١) إلى الأصناف الثمانية كلهم ، وان كانت قليلة جاز دفعها الى صنف واحد .
مسألة . ٨ . (.ج .) : لا يجوز نقل الزكاة من بلد الى بلد مع وجود المستحق لها في البلد ، فان نقلها والحال ما ذكرناه ، كان ضامنا ان هلك ، وان لم يهلك أجزأه ، وان لم يجد في البلد مستحقا لم يكن عليه ضمان .

وللش قولان ^(٢) ، أحدهما : أنه متى نقل الى بلد آخر أجزأه ولم يفصل ، وبه قال (.ح .) وأصحابه . والثاني : لا يجزئه وعليه الإعادة ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وسعيد بن جبير ، والنخعي ، و (.ك .) ، و (.ر .) .

مسألة . ٩ . : إذا أعطى الصدقة الغارمين والمكاتبين ، فلا اعتراض عليهم فيما يفعلون به ، لأنه أعطاهم ما يستحقونه ، ولا دليل على جواز الاسترجاع منهم .

(١) م : الصدقة وجب صرفها .

(٢) م : للش فيه قولان .

وقال (. ش .) : ان صرفوه في قضاء الدين والكتابة والا استرجعت .

مسألة . ١٠ . : الفقير أسوء حالا من المسكين ، لان الفقير هو الذي لا شيء معه ، أو معه شيء يسير لا يعتد به ، والمسكين الذي له شيء فوق ذلك ، غير أنه لا يكفيه حاجته ومثوته ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ** ﴾ ^(١) فسماهم مساكين مع أنهم قد ملكوا سفينة ، ولان العرب إنما يبدأ بالأهم ، وقد بدأ الله تعالى في الآية بالفقراء ^(٢) ، وهو مذهب (. ش .) وجماعة من أهل اللغة .

وقال (. ح .) وأصحابه : المسكين أسوء حالا من الفقير ، فالمسكين عنده على صفة الفقير عندنا ^(٣) ، والفقير على صفة المسكين ، وبهذا قال الفراء وجماعة من أهل اللغة .
مسألة . ١١ . (. ج .) : الاستغناء بالكسب يقوم مقام الاستغناء بالمال في حرمان الصدقة ، فإن كان يكتسب ما يحتاج اليه لنفقته ونفقة عياله حرمت عليه الصدقة ، وبه قال (. ش .) ، وأبو ثور ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) وأصحابه الصدقة لا تحرم على المكتسب ، وانما تحرم على من تملك نصابا من المال الذي يجب فيه الزكاة وقدر النصاب ^(٤) من المال الذي لا يجب فيه الزكاة .
وقال (. م .) : أكره دفع الصدقة إلى المكتسب الا أنه يجزي ، وبه قال قوم من أصحابنا .
دليلنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(٥) عن النبي ﷺ انه

(١) سورة الكهف : ٧٨ .

(٢) م : بالفقر .

(٣) د : على صفة الفقر عندنا .

(٤) م : أو قدر النصاب .

(٥) م : دليلنا ما روى عن النبي .

قال في الصدقة : لا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب. وفي أحاديث أصحابنا : لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي.

مسألة ١٢ . : إذا طلب من ظاهره القوة والفقر ولا يعلم أنه قادر على التكسب ، أعطى من الزكاة بلا يمين ، لما قلناه في المسألة (١) الأولى سواء. وللش فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : يطالب بالبينة على ذلك.

مسألة ١٣ . (. ج .) : لا يجوز لأحد من ذوي القربى ان يكون عاملا في الصدقات ، لأن الزكاة محرمة عليهم ، ولما روي أن الفضل بن العباس والمطلب بن ربيعة سألا النبي ﷺ أن يوليهم العمالة ، فقال لهما : إنما الصدقة أوساخ الناس ، وانها لا تحل لمحمد وآل محمد.

مسألة ١٤ . (. ج .) : تحل الصدقة لآل محمد عند فوت خمسهم ، أو الحيلولة بينهم وبين ما يستحقونه من الخمس ، وبه قال الإصطخري من أصحاب (. ش .) . وقال الباقر من أصحابه : انما لا تحل لهم ، لأنها انما حرمت عليهم تشريفا لهم وتعظيما ، وذلك حاصل مع منعهم الخمس.

مسألة ١٥ . : موالى آل محمد لا يحرم عليهم الصدقة ، وبه قال (. ش .) وأكثر أصحابه. ومنهم من قال : يحرم عليهم ، لقوله ﷺ : موالى القوم منهم.

مسألة ١٦ . (. ج .) : سهم المؤلف كان على عهد رسول الله ، وهم قوم من المشركين كان يتألفهم النبي ﷺ ليقاتلوا معه ، وسقط ذلك بعد النبي ، ولا نعرف مؤلفة الإسلام ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .

وقال (. ش .) : المؤلف على ضربين : مؤلفة الشرك ، ومؤلفة الإسلام. ومؤلفة الشرك على ضربين ، ومؤلفة الإسلام على أربعة أضرب ، وهل يسقطون أم لا؟ على قولين.

(١) م : في ما تقدم.

مسألة ١٧. (ج.) : سهم الرقاب يدخل فيه المكاتبون والعبيد إذا كانوا في شدة يشترون من مال الصدقة ويعتقون وقال (ش.) : الرقاب هم المكاتبون ، وبه قال الليث ، و (ر.) ، و (ح.) ، وأصحابه.

وقال قوم : ان الرقاب هم العبيد فحسب ، يشترون ويعتقون من سهم الصدقات ذهب اليه ابن عباس ، والحسن ، و (ك.) ، و (د.).

مسألة ١٨. : إذا أعطى المكاتب شيئاً ليصرفه في مال كتابته فلم يصرف ^(١) فيه ، أو تطوع إنسان عنه بمال الكتابة ، أو أسقط عنه مولاه ماله ، فإنه لا يسترجع منه ما أعطى ، وكذلك القول في الغارم وابن السبيل ، وفي سبيل الله لا يسترجع منهم ما فضل من نفقتهم إذا ضيقوه على نفوسهم ، أو لم ينفقوه فيما لأجله استحقوه لأنه لا دليل عليه.

وقال (ش.) : يسترجع منهم كلهم إلا الغازي ، فإنه يأخذ أجره عمله ، فلا يسترجع منه ما فضل ^(٢) من نفقته ، فان بدا له من الغزو استرجع منه بلا خلاف.

مسألة ١٩. (ج.) : الغارم الذي عليه الدين وأنفق في طاعة أو مباح لا يعطى من الصدقة مع الغني. وللش فيه قولان.

مسألة ٢٠. (ج.) : إذا أنفق في معصية ثم تاب منها ، لا يجب أن يقضي عنه من سهم الصدقة. وللش فيه قولان.

مسألة ٢١. (ج.) : سبيل الله يدخل فيه الغزاة في الجهاد والحاج وقضاء الديون عن الأموات وبناء القناطر وجميع المصالح.

(١) م : فلم يصرفه.

(٢) م : ما يفضل.

وقال (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ك .) : انه يختص المجاهدين . وقال (. د .) :
سبيل الله الحج ^(١) فيصرف ثمن الصدقة في الحج .

دليلنا . بعد إجماع الفرقة . قوله ^(٢) تعالى ﴿ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(٣) فإنه يدخل فيه جميع
ذلك ، لان المصالح من سبيل الله .

مسألة . ٢٢ . : ابن السبيل هو المجتاز دون المنشئ لسفره من بلده ، وبه قال (. ك .) .
(. وقال (. ح .) ، و (. ش .) : يدخلان جميعا فيه .

دليلنا : أن ما اعتبرناه مجمع على دخوله فيه ، ولا دليل على ما قالوه .
مسألة . ٢٣ . (. ج .) : خمسة أصناف من أهل الصدقات لا يعطون الا مع الفقر
بلا خلاف ، وهم الفقراء ، والمساكين ، والرقاب ، والغارم في مصلحة نفسه ، وابن السبيل
المنشئ لسفره .

وأما العامل ، فإنه يعطى مع الغنى والفقر ^(٤) بلا خلاف ، وعندنا أنه يأخذ صدقة
دون الأجرة لأنه لا خلاف أن الرسول ^(٥) لا يجوز ان يتولوها ، ولو كان أجرة لجاز لهم ان
يتولوها كسائر الإجازات ، وبه قال (. ش .) . وعند (. ح .) يأخذ أجرة والمؤلفة سقط
سهمهم عندنا وعند (. ح .) ، والغارم لمصلحة ذات البين ^(٦) والغازي لا يعطى إلا مع
الحاجة عند (. ح .) ، وعند (. ش .) يعطى مع الغنى وهو الصحيح ، وابن السبيل المجتاز
مع الغنى في بلده بلا خلاف ^(٧) .

(١) م : سبيل الله هو الحج .

(٢) م : دليلنا قوله تعالى .

(٣) سورة التوبة : ٦٠ .

(٤) ح : مع الغنى والفقراء .

(٥) م : أن آل الرسول .

(٦) د : بمصلحة ذات البين .

(٧) م : ابن السبيل المجتاز في بلده مع الغنى يعطى بلا خلاف .

مسألة ٢٤ . : حد الغنى الذي يحرم الزكاة عليه أن يكون له كسب يعود اليه بقدر كفايته لنفقته ونفقة من يلزم النفقة عليه ، أو له عقار يعود عليه ذلك القدر ، أو مال يكتسب به ذلك القدر.

وفي أصحابنا من أحله لصاحب السبعمئة ، وحرمه على صاحب الخمسين بالشرط الذي قلناه ، وذلك على حسب حاله ، بدلالة الأخبار المأثورة عن أئمتنا ، وبه قال (. ش .) . (إلا أنه قال : ان كان في بعض معاشه يحتاج أن يكون معه ألف دينار أو ألفا دينار متى نقص عنه لم يكفه لاكتساب نفقته ، جاز له أخذ الصدقة .

وقال قوم : من ملك خمسين درهما حرمت عليه الصدقة ، وهو قول (. ر .) ، و (. د .) ، وذهب (. ح .) الى أن حد الغنى الذي يحرم به الصدقة أن يملك نصابا يجب فيه ^(١) اما مائتي درهم ، أو عشرين دينارا ، أو غير ذلك من الأجناس التي يجب فيها الزكاة . فإن كان ذلك من الأموال التي لا زكاة فيها ، كالعبيد والثياب والعقارات ، فان كان محتاجا الى ذلك لم يحرم عليه الصدقة . وان لم يكن محتاجا نظر فيما يفضل عن صاحبه ، فان كان يبلغ قدر نصاب حرمت عليه ، وان لم يفضل حلت له . وذهب قوم من أصحابنا الى أن من ملك النصاب حرمت عليه الزكاة .

مسألة ٢٥ . : يجوز للزوجة أن يعطي زكاتها لزوجها إذا كان فقيرا من سهم الفقراء ، بدلالة عموم الآية ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ ﴾ ^(٢) وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا يجوز .

مسألة ٢٦ . (. ج .) : النبي ﷺ كان يحرم عليه الصدقة المفروضة ، ولا يحرم

(١) م : يجب فيه الصدقة (. و .) (. د .) ، يجب اما مائتي درهم .

(٢) سورة التوبة : ٦٠ .

عليه الصدقة المتطوع بها ، وكذلك حكم آله وهم عبد المطلب ^(١) ، لان هاشما لم يعقب الا منه ، وبه قال (. ش .) ، أعني : صدقة المتطوع ^(٢) الا أنه أضاف إلى بني هاشم المطلب ، وله في صدقة المتطوع وجهان في النبي خاصة دون آله.

مسألة . ٢٧ . (. ج .) : صدقة بني هاشم بعضهم على بعض غير محرمة وان كانت فرضا . وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وسووا بينهم وبين غيرهم .

مسألة . ٢٨ . : إذا دفع صاحب المال الصدقة الى من ظاهره الفقر ، ثمَّ بان أنه كان غنيا في الباطن ، فلا ضمان عليه ، لأنه لا دلالة عليه ، والأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ح .) . وللش فيه قولان .

مسألة . ٢٩ . : إذا دفعها الى من ظاهره الإسلام ، ثمَّ بان أنه كان كافرا ، أو الى من ظاهره الحرية ، فبان أنه كان عبدا ، أو دفعها الى من ظاهره أنه ليس من آل النبي ، ثمَّ بان أنه كان من آله ، لم يكن عليه ضمان ، سواء كان المعطي الإمام أو رب المال ، لما قلناه ^(٣) في المسألة الاولى ، ولان البواطن لا طريق إليها ، وإذا دفعها الى من ظاهره كذلك ، فقد امثل المأمور به ، وإيجاب الضمان عليه بعد ذلك يحتاج إلى دلالة .

وقال (. ح .) : عليه الضمان في جميع ذلك . وللش فيه قولان .

مسألة . ٣٠ . : لا يتعين أهل السهمان بالاستحقاق من أهل الصدقة ، حتى لو مات أحدهم انتقل الى ورثته ، لان قوله تعالى ﴿ **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ** ﴾ ^(٤) الآية لم يعين قوما منهم دون قوم .

(١) م : وهم ولد عبد المطلب .

(٢) م : أعني في صدقة التطوع .

(٣) م : كما قلناه في ما تقدم .

(٤) سورة التوبة : ٦٠ .

وقال (. ش .) : ان كان البلد صغيرا أو قرية ، فإنهم يتعينون وقت الوجوب ، حتى لو مات ^(١) واحد منهم بعد الوجوب وقبل التفرقة ، انتقل نصيبه الى ورثته ، وان غاب الواحد منهم لم يسقط حقه بغيثته ، وان دخل ذلك الموضع أحد من أهل السهمان لم يشارك من كان فيه .

وإذا كان البلد كبيرا مثل بغداد وغيرها ، فهم لا يتعينون ^(٢) باستحقاق الصدقات الى وقت القسمة ، فان مات واحد منهم بعد الوجوب وقبل القسمة فلا شيء لورثته ، فان غاب سقط سهمه ، وان دخل الموضع قوم من أهل السهمان قبل القسمة شاركوه .

(١) م : فإنهم يتعينون حتى لو مات .

(٢) د : وغيرها ولا يتعينون .

كتاب النكاح

مسألة ١٠ . : كل امرأة تزوجها النبي ﷺ ومات عنهن ، لا يحل لأحد أن يتزوجها بلا خلاف ، دخل بها أو لم يدخل ، وعندنا أن حكم من فارقها النبي ﷺ في حياته حكم من مات عنها في أنه لا يحل لأحد أن يتزوجها ، بدلالة قوله تعالى ﴿ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ ﴾ ^(١) وهو عام ، وقوله ﴿ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا ﴾ ^(٢) وذلك عام.

وللش فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ما قلناه. والثاني : انها تحل لكل واحد دخل ^(٣) بها أو لم يدخل. والثالث : ان لم يدخل بها تحل.

مسألة ٢٠ . (. ج .) : النكاح مستحب غير واجب للرجال والنساء ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، وكافة العلماء.

وقال داود : النكاح واجب ، فمن قدر على طول حرة وجب أن ينكح حرة ومن لم يقدر وجب عليه أن ينكح أمة ، وكذلك المرأة تجب عليها أن تتزوج.

(١) سورة الأحزاب : ٦ .

(٢) سورة الأحزاب : ٥٣ .

(٣) م : لكل أحد دخل.

دليلنا . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(١) عنه عليه السلام أنه قال : خير الناس بعد المائتين الخفيف الجاذ ، فقيل وما الخفيف الجاذ؟ فقال : الذي لا أهل له ولا ولد. وروي أن امرأة أتت النبي عليه السلام وسألته عن حق الزوج على المرأة فبين لها ذلك ، فقالت : والله لا تزوجت أبدا. ولو كان النكاح واجبا لأنكر عليها ذلك.

مسألة ٣ . (. ج .) : يجوز النظر الى امرأة أجنبية يريد أن يتزوجها إذا نظر الى ما ليس بعورة فقط ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، الا أن عندنا وعند (. ك .) ، و (. ش .) أن ما ليس بعورة الوجه والكفان فحسب . وعن (. ح .) روايتان ، إحداهما : ما قلناه . والثانية : والقدمان أيضا . وقال داود : ينظر الى كل شيء من بدنها وان تعرت .

يدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(٢) جابر بن عبد الله أن النبي عليه السلام قال : إذا أراد أحدكم أن يتزوج امرأة فليُنظر الى وجهها وكفيها وروى أبو الدرداء عن النبي عليه السلام قال : إذا طرح الله في قلب امرء خطبة امرأة ، فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها .

مسألة ٤ . (. ج .) : يكره للرجل أن ينظر الى فرج امرأته وليس بمحظور وللش فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : أنه محرم .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(٣) عن النبي عليه السلام أنه قال : النظر الى فروج النساء يورث الطرش ، وقيل : العمى ، فدل على أنه

(١) م : دليلنا ما روى عليه السلام .

(٢) م : دليلنا ما رواه جابر بن عبد الله أن النبي عليه السلام قال إذا طرح الله في قلب امرء .

(٣) م : دليلنا ما روى عن النبي .

مكروه.

مسألة ٥ . (. ج .) : إذا ملكت المرأة فحلا أو خصيا أو محبوبا ، لا يكون محرما لها ، ولا يجوز له أن يخلو بها ويسافر معها .

وللش فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر يصير محرما ، لقوله تعالى ﴿ **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ** ﴾ ^(١) وروى أصحابنا أن المراد بالاية الإماء دون العبيد الذكران .

مسألة ٦ . (. ج .) : إذا بلغت الحرة رشيدة ، ملكت العقد على نفسها ، وزالت ولاية الأب عنها والجد ، إلا إذا كانت بكرا ، فإن الظاهر من رواية أصحابنا ^(٢) أنه لا يجوز لها ذلك .

وفي أصحابنا من قال : البكر أيضا يزول ولايتهما عنها ، فأما غير الأب والجد فلا ولاية لأحد منهم عليها ، سواء كانت بكرا أو ثيبا ، والأمر إليها تزوجت كيف شاءت بنفسها ، أو توكلت في ذلك ^(٣) بلا خلاف بين أصحابنا ، غير أن الأفضل لها أن يرد أمرها إلى أخيها ، أو ابن أخيها ، أو عمها ، أو ابن عمها ، وليس ذلك شرطا في صحة العقد . وقال (. ش .) : إذا بلغت الحرة رشيدة ملكت كل عقد الا النكاح ، فإنها متى أرادت أن تتزوج افتقر نكاحها إلى الولي ، وهو شرط لا ينعقد النكاح الا به بكل حال ، سواء كانت كبيرة أو صغيرة ، عاقلة أو مجنونة ، بكرا أو ثيبا ، لا يجوز لها أن تتزوج بنفسها . فإن كان لها ولي مناسب ، مثل الأب ، أو الجد ، أو الأخ ، أو ابن الأخ ، أو العم ، أو ابن العم ، فهو أولى . وإن لم يكن فمولاها المعتق ، فإن لم يكن

(١) سورة النور : ٣١ .

(٢) م : من روايات أصحابنا .

(٣) م : بنفسها أو توكل في ذلك .

فالحاكم. ويملك الولي أن يزوجه بنفسه ، وأن يوكل من يزوجه من الرجال فان أذن لها أن تعقد على نفسها لم يجوز. وكذلك لا يجوز للمرأة أن تزوج غيرها بإذن وليها. وعلى الجملة لا ولاية للنساء في مباشرة عقد النكاح ولا وكالة ، وبه قال عمر وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبو هريرة ، وعائشة ، ورووه عن علي عليه السلام ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن البصري ، وفي الفقهاء ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) : إذا بلغت المرأة رشيدة ، فقد زالت ولاية الولي عنها ، كما زالت عن مالها لا يفتقر نكاحها الى اذنه ، بل لها أن تتزوج وتعقد على نفسها ، فاذا تزوجت نظرت ، فان وضعت نفسها في كفو لزم وليس للولي سبيل إليها ، وان وضعت نفسها في غير كفو ، كان للولي أن يفسخ.

فخالف (. ش .) في فصلين : أحدهما أن الولي ليس بشرط عنده في النكاح ، ولا يفتقر الى اذنه. والثاني : أن للمرأة أن تباشر عقد النكاح بنفسها عنده.

وقال (. ف .) ، و (. م .) : النكاح يفتقر إلى اذن الولي ، لكنه ليس بشرط فيه بحيث لا ينعقد الا به ، بل ان تزوجت بنفسها صح ، فان وضعت نفسها في غير كفو يثبت ^(١) للولي الاعتراض والفسخ ، وان وضعت في كفو وجب عليه أن يجيزه ، فان فعل والا إجازة الحاكم.

وقال (. ك .) : ان كانت عذرية ونسبية ، فنكاحها يفتقر إلى الولي ولا ينعقد الا به وان كانت معتقة ذميمة لم يفتقر اليه. وقال داود : ان كانت بكرا ، فنكاحها لا ينعقد إلا بولي. وان كانت ثيبا ، لم يفتقر إلى الولي. وقال أبو ثور : لا يجوز النكاح الا

(١) م ، ود : ثبت.

بولي ، لكن إذا أذن لها الولي فعقدت على نفسها جاز ، فخالف (. ش .) في هذا .
يدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة . قوله ^(١) تعالى ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾
^(٢) وقوله ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ ^(٣) فأضاف النكاح إليهن وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها واذنهما صماتها . وهذا عام ، والأيم التي لا زوج لها . وعنه ﷺ قال ليس للولي مع الثيب أمر . وهذا نص . وإجماع الفرقة منعقد في حيز الثيب ، وفي البكر فيمن عدا الأب والجد لا يختلفون فيه .

مسألة . ٧ . (. ج .) : بينا ^(٤) ان النكاح بغير ولي جائز صحيح ، وليس على الزوج إذا وطئها شيء .

واختلف أصحاب (. ش .) فيمن وطئها هل يجب عليه الحد أم لا؟ قال أكثرهم : لأحد عليه ، سواء كان عالما بذلك أو لم يكن ، وسواء كان حنيفا أو شافعيًا . وقال أبو بكر الصيرفي : ان كان عالما معتقدا تحريمه وجب عليه الحد .

مسألة . ٨ . (. ج .) : إذا نكح بغير ولي ثم طلقها فطلاقه واقع . وقال (. ش .) : لا يقع طلاقه ، وان كان ^(٥) ثلاثا حل له نكاحها قبل الزوج الآخر . وقال أبو إسحاق : يقع الطلاق احتياطا . وقال (. د .) : الطلاق يقع في النكاح الفاسد .

مسألة . ٩ . : إذا أوصى الى غيره بأن تزوج ابنته الصغيرة ، صحت الوصية وكان له تزويجها ويكون صحيحا ، سواء عين الزوج أو لم يعين ، لأنه لا مانع منه ، وان كانت كبيرة لم يصح الوصية .

(١) م : دليلنا قوله تعالى .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٢ .

(٤) م : قد بينا .

(٥) م : لا يقع وان كان .

وقال (. ش .) : الولاية في النكاح لا يستفاد بالوصية ، وبه قال (. ر .) ، و (. ح .) .
 (، وأصحابه وقال (. ك .) : إذا كانت البنت كبيرة صحت الوصية ^(١) ، عين الزوج أو لم يعين . وان كانت صغيرة ، صح إذا عين الزوج ، وإذا لم يعين لم يصح .
مسألة . ١٠ . : البكر إذا كانت كبيرة ، فالظاهر في روايات أصحابنا أن للأب أو الجد أن يجبرها على النكاح ، ويستحب له أن يستأذنها واذنهما صماتها ، فان لم تفعل فلا حاجة به إليها ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .
 وقال قوم من أصحابنا : ليس لوليها إجبارها على النكاح كالثيب الكبيرة ، وبه قال (- ح .) وأصحابه ، و (. ع .) ، و (. ر .) ، فاعتبر (. ح .) الصغر والكبر ، وفرق بينهما .

واعتبر (. ش .) الثيبوبة ^(٢) والبكارة .

مسألة . ١١ . : النكاح لا يقف على الإجازة ، مثل أن يزوج رجل امرأة من غير أمر وليها لرجل ولم يأذن له في ذلك ، فإنه لا يقف العقد على اجازة الزوج وكذلك لو زوج رجل بنت غيره وهي بالغ من رجل فقبل الرجل ، لم يقف العقد على اجازة الولي ولا إجازتها . وكذلك لو زوج الرجل بنته ^(٣) الثيب الكبيرة أو أخته الكبيرة الرشيدة ، لم يقف على إجازتها ^(٤) . وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن سيده بالأمة بغير إذن سيدها ، كل هذا باطل لا يقف على إجازة أحد .

وكذلك لو اشترى لغيره بغير أمره ، لم يقف على اجازته وكان باطلا ^(٥)

(١) م : ان كانت كبيرة تصح الوصية .

(٢) م ود : الثيبوبة .

(٣) م : لو زوج بنته .

(٤) د : لا يقف على إجازتها .

(٥) د : باطل .

بدلالة أن العقود الشرعية يحتاج إلى أدلة شرعية ، ولا دليل على أن هذه العقود واقف ^(١) على الإجازة ، فوجب القضاء بفسادها ، وبه قال (. ش .) و (. د .) ، و (. ق .) .

وزاد (. ش .) تزويج البالغة الرشيدة نفسها من غير ولي ، والبيع بغير إذن صاحبه وعندنا أن تزويج البالغة الرشيدة نفسها صحيح ، والبيع يقف على إجازة مالكة .

وقال (. ك .) : ان أجازته عن قرب صح ، وان أجازته عن بعد بطل .

وقال ^(٢) (. ح .) : تقف جميع ذلك على إجازة الزوج والزوجة والولي ، وكذلك البيع إلا أنه يقول في النكاح يقف في الطرفين على إجازة الزوج والزوجة ، وفي البيع يقف على إجازة البائع دون المشتري ، ووافقنا في تزويج البالغة الرشيدة نفسها .

وقال (. ف .) ، و (. م .) : ها هنا يقف ذلك على إجازة الولي ، فإن امتنع وكانت وضعت نفسها في كفو أجازته السلطان ، ووافقنا في مسألة ، وهو أن الشراء لا يقف على إجازة المشتري له ويلزم المشتري .

وقد روى أصحابنا أن تزويج العبد خاصة تقف على إجازة مولاه وله فسخه ورووا أنهم عليه السلام قالوا : انما عصى مولاه ولم يعص الله . والروايات بذلك مذكورة في تهذيب الأحكام .

مسألة . ١٢ . : يصح أن يكون الفاسق وليا للمرأة في التزويج ، سواء كان له الإجماع ، مثل الأب أو الجد في حق البكر ، أو لم يكن له الإجماع ، كالأب والجد في حق البنت الكبيرة وسائر العصابات في حق كل واحد .

بدلالة قوله تعالى ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ ^(٣) الآية ولم يفصل ، ولأنه قد

(١) م : واقفة .

(٢) م : صح والا فلا وقال (. ح .) .

(٣) سورة النور : ٣٢ .

ثبت له الولاية ، فمن ادعى زوالها بالفسق فعليه الدلالة ، وهذا مذهب (. ح .) .
 وقال (. ش .) : لا يصح في الفاسق أن يكون وليا ، سواء كان له الإجماع أو لم يكن وهو الصحيح عندهم . وقال أبو إسحاق : ان كان وليا له الإجماع زالت ولايته بالفسق وان لم يكن له الإجماع لم يزل ولايته ، لأنه بمنزلة الوكيل .
 وأما خبر ابن عباس لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، فمحمول على الاستحباب دون رفع الاجزاء ، على أن المشهور من هذا الخبر موقوف ^(١) على ابن عباس ، ولم يسنده إلى النبي ﷺ ، وما كان كذلك لا يجب العمل به ، وقوله « مرشد » يقتضي أن يكون مرشدا لغيره ، فمن أين لهم أنه لا بد أن يكون رشيدا في نفسه؟
مسألة . ١٣ . (. ج .) : لا يفتقر النكاح في صحته إلى الشهود وبه قال في الصحابة الحسين بن علي ، وابن الزبير ، وابن عمر ، واليه ذهب عبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون ، وبه قال أهل الظاهر .
 وقال (. ش .) : لا يصح الا بشاهدين عدلين ، ورووا ذلك عن علي ﷺ ، وعمر ، وابن عباس ، وبه قال الحسن البصري ، والنخعي ، ومن الفقهاء (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. د .) .
 وقال (. ك .) : من شرطه ترك التواصي بالكتمان ، فان تواصوا بالكتمان بطل وان حضره الشهود ، وان لم يتواصوا بالكتمان صح وان لم يحضره الشهود .
 وقال (. ح .) : من شرطه الشهادة ، وليس من شرطها العدالة ولا الذكورة ، فقال : يجوز بشاهدين عدلين وفاسقين وأعميين ومحدودين في قذف ، وبشاهد وامرأتين .
 ويدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي أن جحش بن رباب ^(٢)

(١) د : من هذا الخبر انه موقوف .

(٢) م : جحش بن زياد .

من بني أسد خطب الى رسول الله ﷺ أميمة بنت عبد المطلب ، فزوجه إياها ولم يشهد.
مسألة . ١٤ . : إذا زوج الذمي بنته الكافرة من مسلم ، انعقد العقد على قول من
يقول من أصحابنا بجواز العقد عليهن ، وإن حضر شاهدان كافران ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : لا ينعقد العقد بكافرين .

مسألة . ١٥ . (. ج .) : الثيب إذا كانت صغيرة قد ذهبت بكارتها : أما بالزوج أو
بغيره قبل البلوغ ، جاز لأبيها العقد عليها ، ولجدها مثل ذلك قبل البلوغ ، وحكمها حكم
البكر الصغيرة ، بدلالة إجماع الفرقة وروايتهم أن الصغيرة ليس لها مع أبيها أمر ولم يفصل ،
وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : ليس لأحد إجبارها على النكاح ، وينتظر بها البلوغ ثم يزوج بإذنها .
مسألة . ١٦ . : من ذهب عذرتها بالزنا ، لا تزوج إلا بإذنها إذا كانت بالغا ، ويحتاج
في أخذها الى نطقها ، وبه قال (. ش .) ، ويدل عليه أن ما اعتبرناه مجمع على جواز التزويج
به . وقال (. ح .) : أخذها صماتها .

مسألة . ١٧ . (. ج .) : الذي له الإجماع على النكاح الأب والجد مع وجود الأب
وإن علا ، وليس للجد مع عدم الأب ولاية .

وقال (. ش .) : لهما الإجماع ولم يعتبر حياة الأب ، وبه قال (. ر .) . وقال ابن أبي
ليلى ، و (. د .) : الأب هو الذي يجبر فقط دون الجد . وقال (. ك .) : الأب يجبر
الصغيرة دون الكبيرة .

وقال (. ح .) : كل عصبية يرث ، فله الإجماع الأب والجد وإن علا والاختوة وأبناؤهم
والأعمام وأبناؤهم ، فإذا أجبرها على النكاح نظرت ، فإن كان الأب والجد فلا خيار لها بلا
خلاف بينهم ، وإن كان غيرهما ، فعند (. ح .) ، و (. م .) لها الخيار بعد البلوغ إن
شاءت

أقامت وإن شاءت فسخت ، وعند (. ف .) لا خيار لها كالأب والجد .
وأما من قرب من غير تعصيب ، كالأخوة من الأم والجد أبي الأم والأخوال والخالات
والعمات والأمهات ، فعنه روايتان : إحداهما لهما الإجماع كالأعمام ، والثاني : لا يجبرون
أصلاً .

مسألة . ١٨ . (. ج .) : لا يجوز للعبد أن يتزوج بغير إذن مولاه ، فإن تزوج كان
مولاه بالخيار بين إجازته وبين فسخه ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : العقد باطل . وقال (. ك .) : العقد صحيح وللسيد أن يفسخه .
مسألة . ١٩ . (. ج .) : للسيد إجبار العبد على النكاح ، وبه قال (. ح .) ، و (.
ش .) في القديم ، وقال في الجديد : ليس له إجباره على ذلك ، وبه قال أكثر العلماء .

مسألة . ٢٠ . : إذا طلب العبد التزويج ^(١) لا يجبر المولى على تزويجه ، لأنه لا دلالة
عليه ، وهو أحد قولي (. ش .) . وقال في الجديد : يجبر عليه .

مسألة . ٢١ . : للسيد أن يجبر أم ولده على التزويج من غير رضاها ، لأنها مملوكة
عندنا .

وللش فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ما قلناه . والثاني : له انكاحها ^(٢) برضاها كالمعتقة
والثالث : ليس له ذلك وإن رضيت كالأجنبية .

مسألة . ٢٢ . (. ج .) : إذا قال لأمتي أعتقتك على أن أتزوج بك وعتقتك صدائك
، أو استدعت هي ذلك ، فقالت له : أعتقتني على أن أتزوج بك وصدائي عتقي ، ففعل
فإنه يقع العتق ويثبت التزويج ^(٣) ، وبه قال (. د .) .

وقال (. ش .) : يقع العتق وهي بالخيار بين أن تزوج به أو تدع . وقال (. ع .) :

يجب

(١) م : إذا طلب التزويج .

(٢) م : له نكاحها .

(٣) م : وثبت التزويج .

عليها أن تتزوج به ، لأنه عتق بشرط ، فوجب أن يلزمها الشرط ، كما لو قال : أعتقتك على أن تخطي لي هذا الثوب لزمها خياطته. وروي أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها وكانت زوجته.

مسألة ٢٣ . (ج .) : إذا اجتمع الأب والجد ، كان الجد أولى. وقال جميع الفقهاء : الأب أولى.

مسألة ٢٤ . : إذا اجتمع أخ الأب وأم مع أخ الأب ، كان الأخ للأب والام مقدما في الاستئذان عندنا ، وإن لم يكن له ولاية ، بدلالة الإجماع على أنه أولى من الأخ للأب. وقال (ح .) : الولاية له دون الآخر ، وهو أحد قولي (ش .) . وقال في القاسم : هما سواء ، وبه قال (ك .) .

مسألة ٢٥ . (ج .) : الابن لا يزوج أمه بالبنوة ، فإن وكلته جاز ، بدلالة ما قدمناه من أنه لا ولاية لأحد غير الأب والجد إلا بأن توكله. وقال (ش .) : لا يزوجه بالبنوة ، ويجوز أن يزوجه بالتعصيب بأن يكون ابن ابن عمها أو مولى نعمتها.

وقال (ك .) ، و (ح .) ، وأصحابه ، و (د .) ، و (ق .) : له تزويج امه. ثم اختلفوا ، فقال (ك .) ، و (ف .) ، و (ق .) : الابن أولى من الأب ، وكذلك ابن الابن وإن سفل. وإن لم يكن هناك ابن ابن ، فالأب أولى. وقال (م .) ، و (د .) : الأب أولى ثم الجد وإن علا ، فإن لم يبق هناك جد فالابن أولى. وقال (ح .) : أبوها وابنها في درجة سواء كأخويها.

مسألة ٢٦ . (ج .) : كلاله الأم ومن يرث بالرحم لا ولاية لهم في تزويج المرأة ، وبه قال (ش .) . وعن (ح .) روايتان.

مسألة ٢٧. (ج.) : الكفاءة ^(١) معتبرة في النكاح ، وهي عندنا شيئان : الإيمان ، وإمكان القيام بالنفقة.

وقال (ش .) : شرائط الكفاءة ستة : النسب ، والحرية ، والدين ، والصناعة ، والسلامة من العيوب ، واليسار. ولم يعتبر (ح .) وأصحابه الحرية ، ولا السلامة من العيوب.

ثم اختلفا ^(٢) ، فقال (ف .) : الشرائط أربعة ، فحذف الحرية والسلامة من العيوب ، وهي إحدى الروايتين عن (ح .) . والرواية الأخرى أن الشرائط ثلاثة ، فحذف الصناعة أيضا.

وقال (م .) : الشرائط ثلاثة ، فأثبت الصناعة وحذف الدين ، وقال : إذا كان الأمين يشرب الخمر يكون كفوا للعفيفة ، قال : بلى لنقصان يشرب ^(٣) ويسكر ويخرج الى بر أو يعدو الصبيان خلفه ، فهذا ليس بكفو لا لنقصان دينه لكن لسقوط ^(٤) مروته.

مسألة ٢٨. (ج.) : يجوز للعجمي أن يتزوج بعربية وبقرشية هاشمية إذا كان من أهل الدين وعنده اليسار.

وقال (ش .) : العجم ليسوا بأكفاء للعرب ، والعرب ليسوا بأكفاء للقريش ، وقريش ليسوا بأكفاء لبني هاشم. وقال (ح .) وأصحابه : قريش كلها أكفاء ، وليس العرب أكفاء لقريش ، فالخلاف بينهم في بني هاشم.

مسألة ٢٩. (ج.) : يجوز للعبد أن يتزوج بجرة.

(١) م ود : الأكفاءة.

(٢) م : ثم اختلفوا.

(٣) م : قال بلى ان كان تشرب.

(٤) م : لا لنقصان لكن لسقوط.

وقال (. ش .) : ليس للعبد أن يتزوج بحرة ، وليس بكفو لها . ومتى زوجت بعبد ، كان لها الفسخ ولأوليائها الفسخ . وقال (. ح .) : ليس لهم فسخه .

مسألة . ٣٠ . (. ج .) : يجوز للفاسق أن يتزوج بالعفيفة ^(١) ولا يفسد العقد وإن كان تركه أفضل ، وبه قال (. م .) .

وقال (. ش .) : الفاسق ليس بكفو للعفيفة .

مسألة . ٣١ . (. ج .) : لا مانع من تزويج أرباب الصنائع الدنية من الحياكة والحجامة والحراسة والقيم والحمامي بأهل المروات كالتجارة والنيابة ونحو ذلك ، وبه قال (. ح .) في إحدى الروايتين عنه . وقال (. ش .) : الصناعة معتبرة .

مسألة . ٣٢ . (. ج .) : اليسار المراعى ما يمكنه معه القيام بمثونة المرأة وكفايتها . وقال (. ح .) : الفقير ليس بكفو للغنية ، وكذا قال أصحابه ، وهو أحد وجهي (. ش .) والمراعى ما يكون معدودا به في أهل اليسار دون اليسار العظيم ، ولا يراعى أن يكون أيسر منها ، ويجوز أن يكون دونها . والوجه الثاني : هو كفو لها ، لأن الفقر ليس بعييب في الرجال ، فعلى هذا إذا بان معسرا لم يكن لها الخيار .

مسألة . ٣٣ . (. ج .) : إذا رضي الولاة والمزوجة بمن ليس بكفو ، فوقع العقد على من دونها في النسب والحرية والدين والصناعة والسلامة من العيوب واليسار ، كان العقد صحيحا ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب (. ك .) : الكفاءة شرط في صحة العقد فمتى لم يكن كفوا لها فالعقد باطل ، وإن كان برضاها ورضا الولاة .

وبدل على المسألة إجماع الفرقة ، بل إجماع الأمة فإن خلافه لا يعتد به . وروي أن فاطمة بنت قيس أتت النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله إن معاوية وأبا جهم

(١) د : أن يتزوج للعقيقة .

خطباني ، فقال عليه السلام أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحي أسامة بن زيد ، فهذه فاطمة قرشية خطبها قرشيان ، فعدل بهما الى ابن مولاه ، قالت فاطمة : فنكحته وما رأيت إلا خيرا.

وروي عن ابن عباس أن برة أعتقت تحت عبد فاختارت الفسخ ، فقالت لها النبي عليه السلام : لو راجعته فإنه أبو ولدك ، فقالت : أتأمرني يا رسول الله؟ قال : لا إنما أنا شافع ، فقالت : لا حاجة لي فيه فأذن عليه السلام لها وهي حرة أن تنكح عبدا.

وروي أن سلمان الفارسي ^(١) خطب الى عمر فأجابه الى ذلك ، وكره عبد الله ابن عمر ، فقال له عمرو بن العاص : أنا أكفيكه فلقي عمرو بن العاص سلمان الفارسي ، فقال : ليهنئك ^(٢) يا سلمان قال : وما هو؟ قال : تواضع لك أمير المؤمنين فقال سلمان : لمثلي يقال ^(٣) هذا والله لا نكحتها أبدا.

وروى أبو هريرة أن أبا هند حرم رسول الله في اليافوخ ، فقال عليه السلام : يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا اليه. وقال : ان كان في شيء مما يداوي به خير فالحجامة.

مسألة ٣٤ . (. ج .) : ليس للأولياء اعتراض على المنكوحة في قدر المهر فمتى رضيت بكفو لزمهم أن يزوجوها منه بما رضيت من المهر ، سواء كانت مهر مثلها أو أقل ، فإن منعوها واعترضوا على قدر مهرها ولى أمرها من شاءت.

وعند (. ش .) يكون قد عضلوا ويكون السلطان وليها ، وبه قال (. ف .) و (. م .) .

وقال (. ح .) : للأولياء أن يعترضوا عليها في قدر المهر ، فمتى نكحت بأقل من

(١) م : وروی سلمان الفارسي.

(٢) م ود : فقال ليهنئك.

(٣) د : بمثلي يقال.

مهر^(١) مثلها ، فللولي أن يقول للزوج : اما أن تبلغ بالمهر مهر المثل ، والا فسخت عليك النكاح ، فأجرى المهر مجرى الكفاءة.

مسألة ٣٥ . (. ج .) : إذا زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها فالنكاح صحيح وليس للأولياء الاعتراض عليها.

وقال (. ح .) : النكاح صحيح وللأولياء الاعتراض عليها. وقال (. ش .) : النكاح باطل.

مسألة ٣٦ . (. ج .) : إذا وكل وليها وكيلا ، فزوجها الوكيل بدون مهر المثل بإذنها ، لم يكن للأولياء الاعتراض عليها ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لهم الاعتراض عليها.

مسألة ٣٧ . : إذا كان أولى الأولياء مفقودا أو غائبا غيبة منقطعة ، أو على مسافة قريبة أو بعيدة ، وكلت وزوجت نفسها ولم يكن للسلطان تزويجها إلا بوكالة منها. وانما قلنا ذلك ، لان عندنا لا ولاية لغير الأب والجد ، فان غابا جميعا وكانت بالغا كان لها العقد على نفسها ، أو توكل من شاءت من باقي الأولياء.

وقال (. ش .) : إذا كان الولي مفقودا أو غائبا غيبة منقطعة ، كان للسلطان تزويجها ولم يكن لمن هو أبعد منه تزويجها. وإذا كان على مسافة قريبة ، فعلى أحد الوجهين مثل ذلك ، وبه قال زفر.

وقال (. ح .) : ان كانت الغيبة منقطعة ، كان لمن هو أبعد منه تزويجها. وان لم يكن منقطعة ، لم يكن له ذلك. قال (. م .) : المنقطعة من الكوفة إلى الرقة^(٢) ، وغير المنقطعة من بغداد إلى الكوفة.

مسألة ٣٨ . (. ج .) : إذا عضلها وليها ، وهو أن لا يزوجه بكفو مع رضاه

(١) م : بأقل من مهرها فللولي.

(٢) م : الكوفة الرقة.

(ها خ) به ، كان لها أن توكل من يزوجه أن تزوج نفسها إذا كانت بالغا.

وقال (.ش .) : للسلطان تزويجها عند ذلك.

مسألة . ٣٩ . : من ليس له الإجماع من الأولياء ، ليس له أن يوكل في تزويجها إلا بإذنها. ولل (.ش .) فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : له أن يوكل من غير إذنها ، غير أنه لا يعقد الوكيل إلا بإذنها.

يدل على ما قلناه أنه مجمع على جوازه ، ولا دليل على ما قالوه.

مسألة . ٤٠ . : إذا أذنت في التوكيل ، فوكلت وعين ^(١) الزوج صح ، وإن لم يعين لم يصح ، لأنه لا دلالة عليه. وقال (.ش .) في الموضع الذي يصح توكيله إن عين الزوج صح ، وإن أطلق فعلى قولين.

مسألة . ٤١ . : من كان له أمة كافرة وهو مسلم ، كان له الولاية عليها بالتزويج لقوله تعالى ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ ^(٢) ولم يخص. ولل (.ش .) فيه قولان.

مسألة . ٤٢ . (.ج .) : إذا كان للمرأة وليان في درجة ، وأذنت لهما في التزويج إذنا مطلقا ولم تعين الزوج ، فزوجاها معا نظر ، فإن كان أحدهما متقدما كان المتأخر باطلا ، دخل بها الزوج أو لم يدخل ، لأنها زوجة الأول عن نكاح صحيح.

ولما روى قتادة عن سمرة أن النبي ﷺ قال : أيما امرأة زوجها وليان ، فهي للأول منهما ولم يفرق. ذكره أبو داود في السنن ، وعليه إجماع الفرقة ، وهو المروي عن علي ﷺ ، وفي التابعين عن الحسن البصري ، وشريح ، وبه قال (.ع .) و (.ح .) ، وأصحابه ، و (.ش .) ، و (.د .) ، و (.ق .) .

وقال (.ك .) : إن لم يدخل بها واحد منهما ، أو دخل بها كل واحد منهما ، أو

دخل

(١) م : في التوكيل فوكل وعين.

(٢) م : سورة النساء : ٢٩ .

بما الأول وحده ، فالثاني باطل ، وان دخل بها الثاني دون الأول صح الثاني وبطل الأول ^(١) ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب ، وعطاء ، والزهري.

مسألة ٤٣ . (. ج .) : امرأة المفقود إذا لم يعرف خبره ، فان لم يكن هناك ناظر للمسلمين ، فعليها أن تصبر أبدا فهي مبتلاة ، وان كان هناك سلطان كانت بالخيار بين أن تصبر أبدا ، وبين أن ترفع أمرها اليه ، فاذا رفعت فان كان لها ولي ينفق عليها فعليها أن تصبر أبدا.

وان لم يكن ولي أجلها أربع سنين ، وكتب الى الافاق يبحث عن أمره ، فإن كان حيا لزمها الصبر ، وان لم يعرف له خبر بعد أربع سنين أمرها أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها وتزوج ان شاءت بعد ذلك.

وقال (. ح .) : عليها أن تصبر أبدا ولم يفصل ، واختاره (. ش .) في الجديد ، ورووا ذلك ^(٢) عن علي عليه السلام . وقال في القديم : يضرب لها أربع سنين ، ثم يفرق الحاكم بينهما ويحكم بموته ، فاذا انقضت عدة الوفاة جاز لها النكاح ، وبه قال عمر ابن الخطاب.

مسألة ٤٤ . : إذا كانت للمرأة ولي يحل له نكاحها ، مثل ان كانت بنت عمه أو كان له أمة فأعتقها فأراد نكاحها ، جاز أن يتزوجها من نفسه بإذنها ، لان عندنا ان كانت ثيبا ، فلا يفتقر إلى الولي . وان كانت بكرا ، فلا ولاء لغير الأب والجد عليها ، ولما روي عن النبي عليه السلام أنه أعتق صفية ، وجعل عتقها صداقها ، ومعلوم أنه تزوجها من نفسه ، وبه قال ربيعة ، و (. ك .) ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه.

وقال (. ش .) : ليس له أن يتزوجها من نفسه ، ولكن يتزوجها السلطان.

(١) م : وقال (. ك .) ان لم يدخل بها الثاني دون الأول صح الثاني وبطل الأول.

(٢) م : ورووا عن علي عليه السلام .

يدل على المسألة قوله ^(١) تعالى ﴿وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ ^(٢) فان هذه نزلت في شأن يتيمة في حجر بعض الأنصار.

مسألة ٤٥ . : إذا جعل الأب أمر ابنته البكر إلى أجنبي ، وقال له : زوجها من نفسك ، فإنه يصح لما قلناه في المسألة الأولى ^(٣) ، فإن أحدا لا يفرق بين المسألتين وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : لا يصح .

مسألة ٤٦ . (. ج .) : الولي الذي ليس بأب ولا جد إذا أراد أن يزوج كبيرة بإذنها بابنه الصغير ^(٤) كان جائزا .

وقال (. ش .) : لا يجوز لأنه يكون موجبا قابلا .

مسألة ٤٧ . : للأب أن يزوج بنته الصغيرة بعد ، أو مجنون ، أو مجنون ، أو مجهول أو مجنون ، أو أبرص ، أو خصي ، لأننا قد بينا أن الكفاءة ليس من شرطها الحرية ولا غير ذلك من الأوصاف . وقال (. ش .) : ليس له ذلك .

مسألة ٤٨ . : إذا زوجها من واحد ممن ذكرنا صح العقد . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٤٩ . (. ج .) : إذا كان للحرمة أمة ، جاز لها أن يزوجه ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : لا يجوز .

مسألة ٥٠ . : يجوز أن يكون العبد وكيلا في التزويج في الإيجاب والقبول لأنه لا مانع منه والأصل جوازه .

وقال (. ش .) : لا يجوز في الإيجاب ، وفي القبول وجهان .

(١) م : دليلنا قوله تعالى .

(٢) سورة النساء : ١٢٦ .

(٣) م : لما قلناه في ما تقدم .

(٤) د : بابنه الضعيف .

مسألة . ٥١ . (. ج .) : إذا تزوج العبد بإذن سيده ، فقال : انه حر ثم بان أنه كان عبدا كانت بالخيار ، وبه قال (. ح .) .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : النكاح باطل . والآخر : صحيح .

مسألة . ٥٢ . (. ج .) : إذا تزوج العبد بحرة على أنه حر فكان عبدا ، أو انتسب الى قبيلة فكان بخلافها ، سواء كان أعلى مما ذكر أو أدنى ، أو ذكر أنه حر على صفة ، فكان على خلافها من طول أو قصر أو حسن أو قبح ، كان النكاح صحيحا والخيار إلى الحرية ، وبه قال (. ح .) .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : النكاح باطل .

وفي المسألة إجماع الفرقة ، فإنهم رَوَوْا أن من انتسب ^(١) الى قبيلة ، فكان على خلافها ، فيكون لها الخيار .

مسألة . ٥٣ . (. ج .) : إذا كان الغدر من جهة الزوجة ^(٢) : اما بالنسب ، أو الحرية ، أو الصفة ، فالنكاح موقوف على اختياره ، فإن أمضاه مضى ، والا فله الفسخ . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٥٤ . (. ج .) : يجوز للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها بنتها أو أختها ويجوز أن تكون وكيله ^(٣) في الإيجاب والقبول ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : كل ذلك لا يجوز .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(٤) أن عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر بالمنذر بن الزبير وكان أبوها غائبا

(١) م : رَوَوْا من انتسب .

(٢) م : من جهة المرء .

(٣) م : وكيلة .

(٤) م : دليلنا ما روى ان عائشة .

بالشام ، فلما قدم قال : أمثلي يفتات عليه في بناته.

مسألة . ٥٥ . (ج .) : لا ينعقد النكاح بلفظ البيع ، ولا التملك ، ولا الهبة ، ولا العارية ، ولا الإجارة ، فلو قال : بعثتها أو ملكتها أو وهبتها ، كل ذلك لا يصح ، سواء ذكر في ذلك المهر أو لم يذكر ، وبه قال في التابعين عطاء ، وسعيد ، والزهرى وهو مذهب ربيعة ، و (ش .) .

وقال (ح .) : يصح بلفظ البيع والهبة والصدقة والتملك ، وعنه في لفظ الإجارة روايتان ، سواء ذكر المهر أو لم يذكر .

وقال (ك .) : ان ذكر المهر ، فقال : بعثتها على مهر كذا ، أو ملكتها على مهر كذا صح ، وان لم يذكر المهر لم يصح ، لان ذكر المهر يخلص اللفظ للنكاح .

مسألة . ٥٦ . : إذا قال الولي زوجته أو أنكحها ، فقال الزوج : قبلت ولم يزد انعقد العقد وتّم ، لان الجواب منضم إلى الإيجاب ، فمعناه قبلت التزويج فيكون صحيحا ، كما أنه لو قال : وهبت منك هذا الثوب ، فقال قبلت صح وعلم أن معناه قبلت الثوب ، وكذلك في البيع إذا قال قبلت ولم يقل الشراء ، وكذا إذا قرره ^(١) الحاكم على دعوى مدع هل يستحقها عليك؟ فقال ^(٢) : نعم أجزأه ، وكان معناه نعم هي له .

ولل (ش .) فيه ثلاثة طرق ، منهم من يقول : لا يجزئ قولاً واحداً ، ومنهم من قال : المسألة فيه قولان ^(٣) .

(١) د : إذا أقره الحاكم .

(٢) م : وقال نعم .

(٣) م : ثلاث طرق منهم من قال لا يجزئ قولاً واحداً ومنهم من قال يجزئ قولاً واحداً ومنهم من قال المسألة فيه قولان .

مسألة . ٥٧ . : من شرط ^(١) خيار الثلاث في عقد النكاح كان العقد باطلا ، لأنه لا دلالة على صحته ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يبطل الشرط والنكاح بحاله .

مسألة . ٥٨ . (. ج .) : الخطبة قبل النكاح مستنونة غير واجبة . وقال داود : هي واجبة .

مسألة . ٥٩ . : لا أعرف لأصحابنا نصا في استحباب الخطبة التي يتخلل العقد ، ولا دلالة على ذلك . وقال (. ش .) : مستحب للولي أن يخطب كلمات عند الإيجاب ويستحب للزوج مثل ذلك عند القبول .

مسألة . ٦٠ . (. ج .) : لا يجوز لأحد أن يتزوج أكثر من أربع ، وبه قالت الأمة بأجمعها ، وحكوا عن القاسم بن إبراهيم أنه أجاز العقد على تسع ، واليه ذهب القاسمية من الزيدية ، هذه حكاية الفقهاء عنهم ، ولم أجد أحدا من الزيدية يقر بذلك .

مسألة . ٦١ . (. ج .) : لا يجوز للعبد أن يتزوج بأكثر ^(٢) من حرتين أو أربع إماء . وقال (. ش .) : لا يزيد على ثنتين حرتين كانتا أو أمتين ، وبه قال عمر ، وعبد الرحمن ابن عوف ، وعطاء ، والحسن البصري ، وفي الفقهاء الليث بن سعد ، وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ك .) : انه كالحر له نكاح أربع ، وبه قال الزهري وربيعة ، وداود ، وأبو ثور .

مسألة . ٦٢ . (. ج .) : يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها إذا رضيت العمة ^(٣) والخالة بذلك ، وعند جميع الفقهاء لا يجوز ذلك ولا تأثير لرضاها ،

(١) متى شرط .

(٢) م : ان يزوج بأكثر من أربع .

(٣) د : رضت العمة .

وذهب الخوارج^(١) الى أن ذلك جائز على كل حال.

مسألة ٦٣ . (. ج .) : إذا بان زوجته بخلع أو مباراة^(٢) أو فسخ ، جاز أن يتزوج بأختها وعمتها وخالتها قبل أن تخرج من العدة ، وبه قال زيد بن ثابت ، والزهري ، و (. ك .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يجوز ذلك قبل الخروج من العدة ، وحكوا ذلك عن علي عليه السلام ، وابن عباس ، وبه قال (. ر .) . وهكذا الخلاف إذا كان تحته أربع فطلق واحدة هل له نكاح أخرى قبل انقضاء عدة هذه أم لا؟

ولو طلقهن كلهن لم يكن له أن يتزوج غيرهن لا واحدة ولا أربعاً حتى تنقضي عدتهن ، وهكذا لو كانت له زوجة واحدة فطلقها ، كان له العقد على أربع سواها وقالوا : لا يجوز .

مسألة ٦٤ . : إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول ، لم يسقط بذلك مهرها حرة كانت أو أمة ، لان المهر قد ثبت بالعقد ، ولا دلالة على سقوطه .

ولل (. ش .) فيه طريقتان ، أحدهما : يسقط حرة كانت أو أمة . والأخرى : لا يسقط بل يستقر المهر ، حرة كانت أو أمة ، وهو اختيار المزني . وقال أبو إسحاق : يسقط مهر الأمة ، ولا يسقط مهر الحرة^(٣) قولاً واحداً .

مسألة ٦٥ . (. ج .) : إذا زوج الرجل أمته ، كان له بيعها بلا خلاف ، فاذا باعها كان بيعها طلاقها ، والمشتري بالخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه وإقراره على ما كان . وقال جميع الفقهاء : ان العقد بحاله .

مسألة ٦٦ . : الأب إذا كان فقيراً صحيحاً ، يجب على الولد نفقته بإجماع

(١) م : ذهب الخوارج .

(٢) د : إذا بان زوجته خلع أو مباراة .

(٣) م : يسقط مهر الأمة دون الحرة .

الفرقة ولا يجب اعفاهه ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ح .) . ول (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : لا يجب تزويجه مثل ما قلناه . والآخر : لا يجب نفقته ولا اعفاهه .

مسألة . ٦٧ . : يجوز للأب إذا كان فقيرا عادما للطول أن يتزوج بأمة ابنه الصغير ، لقوله ^(١) تعالى ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحِ الْمُخَصَّنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(٢) ولم يفصل . وقال (. ش .) : لا يجوز .

مسألة . ٦٨ . (. ج .) : إذا كانت عنده زوجة فزنت ، لا يفسخ العقد والزوجية باقية ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الحسن البصري : تبين منه . وروي ذلك عن علي عليه السلام . يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(٣) عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الولد للفراش وللعاهر ^(٤) الحجر . وروي عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان امرأتي لا تكف يد لامس ، فقال : طلقها ، قال : اني أحبها ، قال : فأمسكها .

مسألة . ٦٩ . (. ج .) : إذا زنا بامرأة جاز له نكاحها فيما بعد ، وبه قال عامة أهل العلم . وقال الحسن البصري : لا يجوز . وقال قتادة ، و (. د .) : ان تابا جاز والا لم يجز ، وقد روي ذلك في أخبارنا .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روت ^(٥) عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الحرام لا يحرم الحلال . وعليه إجماع الصحابة ، وروي ذلك عن

(١) م : بأمة ابنه لقوله تعالى .

(٢) سورة النساء : ٢٩ .

(٣) م : دليلنا ما روى عن النبي .

(٤) د : وللعاصر .

(٥) م : دليلنا ما روت .

أبي بكر ، وعمر ، وابن عباس ، ولا مخالف لهم.

مسألة . ٧٠ . : لا عدة على الزانية ، ويجوز لها أن تتزوج ، سواء كانت حاملا أو حائلا ، غير أنه لا ينبغي أن يطأها حتى تضع ما في بطنها ، أو يستبرئها بحیضة استحبابا ، وبه قال (. ح .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) ، وربيعه ، و (. ر .) ، و (. د .) ، و (. ق .) : عليها العدة حاملا كانت أو حائلا . وقال ابن شبرمة ، و (. ف .) ، وزفر : ان كانت حاملا فعليها العدة ، وان كانت حائلا فلا عدة عليها .

وانما قلنا ذلك ، لان إيجاب العدة يحتاج الى دليل ولا دليل عليه ^(١) ، وقوله تعالى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ ^(٢) ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ ﴾ ^(٣) يدل أيضا .

مسألة . ٧١ . (. ج .) : إذا حصل بين صبيين رضاع يحرم مثله ، فإنه ينشر الحرمة إلى إخوتهم وأخواتهم ، وإلى من هو في طبقتهم ، ومن فوقهما من آبائهما وقال جميع الفقهاء خلاف ذلك .

دليلنا . بعد إجماع الفرقة . قوله ^(٤) ﷺ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . وهذا لو كان بالنسب يحرم ، فكذلك إذا كان من الرضاع .

مسألة . ٧٢ . (. ج .) : كل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما في النكاح ، لم يجز الجمع بينهما في الوطي بملك اليمين ، وبه قال جميع الفقهاء وقال داود : كل ذلك ^(٥) يحل بملك اليمين .

(١) م : يحتاج الى دليل عليه .

(٢) سورة النساء : ٢٨ .

(٣) سورة النساء : ٣ .

(٤) م : دليلنا قوله ﷺ .

(٥) م : كل هذا .

مسألة . ٧٣ . (. ج .) : إذا تزوج بامرأة ، حرمت عليه أمها وجميع أمهاتها ، وإن لم يدخل بها ، وبه قال في الصحابة عبد الله بن عمر ، وابن عباس ، وعمران بن حصين ، وجابر بن عبد الله ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا أن لل (. ش .) فيه قولين .

وروا عن علي عليه السلام أنه قال : لا يحرم الام بالعقد ، وإنما يحرم بالدخول كالربيبة ، سواء طلقها أو مات عنها ، وبه قال ابن الزبير ، وعطاء . وقال زيد بن ثابت : ان طلقها جاز له نكاح الام ، وإن ماتت لم يحل له نكاح أمها ، فجعل الموت كالدخول .

يدل على ما قلناه قوله ^(١) تعالى ﴿ **وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ** ﴾ ^(٢) فأبهم ولم يشترط الدخول . وقال ابن عباس : في هذه الآية أبهموا ما أبهم الله . وروي مثل ذلك عن أئمتنا عليهم السلام ، وعليه إجماع الطائفة ، وقد رويت رواية شاذة مثل ما روته العامة عن علي عليه السلام .

مسألة . ٧٤ . (. ج .) : إذا دخل بالأم حرمت البنت على التأييد ، سواء كانت في حجره أو لم يكن ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال داود : ان كانت في حجره حرمت عليه ، وإن لم تكن ^(٣) في حجره لم يحرم عليه .

وفي المسألة إجماع الفرقة . فأما قوله تعالى ﴿ **وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ** ﴾ ^(٤) فليس ذلك شرطاً في التحريم وإنما وصفهن بذلك ، لأن الغالب انما تكون في حجره .

مسألة . ٧٥ . : إذا ملك أمة فوطئها ، ثم تزوج أختها ، صح نكاحها وحرَم

(١) م : دليلنا قوله تعالى .

(٢) سورة النساء : ٢٣ .

(٣) م : أو لم تكن .

(٤) سورة النساء : ٢٧ .

عليه وطئ الأولى ، لعموم قوله تعالى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ ^(١) وقوله ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٢) وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا ينعقد النكاح ، لأن الأولى فراشه ، كما لو سبق النكاح .

مسألة . ٧٦ . (. ج .) : يجوز أن يجمع الرجل بين المرأة وبين زوجة أبيها إذا لم تكن أمها ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال ابن أبي ليلى : لا يجوز الجمع بينهما .

مسألة . ٧٧ . : اختلف روايات أصحابنا في الرجل إذا زنا بامرأة هل يتعلق بهذا الوطي تحريم نكاح أمها أم لا؟ فروي أنه لا يتعلق به تحريم نكاح ، ويجوز له أن يتزوج أمهاتها وبناتها ، وهو المروي عن أمير المؤمنين علي عليه السلام ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وبه قال ربيعة ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، وأبو ثور .

وقد روي أنه يتعلق به التحريم ، كما يتعلق بالوطئ المباح ، وهو الأكثر في الروايات والمعول عليه في النهاية ، وبه قال (. ع .) ، و (. ر .) و (. ح .) ، وأصحابه ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) : ان نظر الى فرجها بشهوة ، أو قبلها بشهوة ، أو لمسها بشهوة ، فهو كما زنا بها في تحريم النكاح ، قال : ولو قبل أم امرأته بشهوة حرمت عليه امرأته ، ولو قبل رجل زوجة ابنه بشهوة يفسخ نكاحها .

والذي يدل على الأول المروي من الاخبار فيه ، وقوله تعالى ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ ﴾ ^(٣) و ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ ^(٤) وقوله عليه السلام : الحرام لا يحرم الحلال وهذا عام . والذي يدل على الثاني طريقة الاحتياط ، والاخبار المروية في ذلك .

(١) سورة النساء : ٢٨ .

(٢) سورة النساء : ٣ .

(٣) سورة النساء : ٣ .

(٤) سورة النساء : ٢٨ .

مسألة ٧٨. (ج.) : إذا فجر بغيام فأوقب ، حرم عليه بنته وأمه وأخته.

وقال (ع.) : إذا لاط بغيام حرم عليه بنت هذا الغلام ، لأنها بنت من دخل^(١) به ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

مسألة ٧٩. (ج.) : اللمس بشهوة مثل القبلة واللمس إذا كان مباحاً أو بشبهة ، ينشر التحريم ويحرم الام وان علت والبنت وان نزلت ، وبه قال عمر ، وأكثر أهل العلم (ح.) ، و (ك.) ، وهو المنصوص لل (ش.) ، ولا يعرف له قول غيره ، وخرج أصحابه قولاً آخر انه لا يثبت به تحريم المصاهرة ، فالمسألة مشهورة بالقولين.

مسألة ٨٠. (ج.) : إذا نظر الى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة ، وبه قال (ح.) . وقال (ش.) : لا يتعلق به ذلك.

ويدل على المسألة . بعد إجماع الفرقة . ما روي^(٢) عن النبي ﷺ أنه قال : لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها . وطريقة الاحتياط يقتضي تجنبها . وقال ﷺ : من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها وبنتها .

مسألة ٨١. : إذا زنا بامرأة ، فأنت ببنت يمكن أن يكون منه ، لم يلحق به بلا خلاف ، ولا يجوز له أن يتزوجها ، لما دللنا عليه من أنه إذا زنا بامرأة حرمت عليه بنتها وانتشرت الحرمة وهذه بنتها ، وهو مذهب (ح.) .

واختلف أصحابه ، فقال المتقدمون : ان المنع لأنها بنت من قد زنا بها ، والزنا يثبت به تحريم المصاهرة . وهذا قوي إذا قلنا ان الزنا يتعلق به تحريم المصاهرة .

وقال المتأخرون وعليه المناظرة : ان المنع لأنها في الظاهر مخلوقة من مائه .

وقال (ش.) : يجوز له أن يتزوجها .

(١) م : من قد دخل .

(٢) م : دليلنا ما روى .

- مسألة ٨٢ . : إذا تزوجت المرأة في عدتها ، ودخل بها الثاني ، فرق بينهما ولم تحل له ^(١) أبدا ، وبه قال عمر بن الخطاب ^(٢) ، وهو قول (. ش .) ^(٣) في القديم .
وقال في الجديد : لا يحرم عليه ، ورووا ذلك عن علي عليه السلام .
- مسألة ٨٣ . : إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا وغاب عنها ، ثم راجعها قبل انقضاء عدتها وأشهد على نفسه بذلك ولم تعلم المرأة بالمراجعة ، فقضت العدة في الظاهر وتزوجت ودخل بها الثاني ، كان نكاح الثاني باطلا ، دخل بها أو لم يدخل لأنه قد تزوج بزوجة الغير ، فينبغي أن تحرم عليه ، وبه قال علي عليه السلام ، واختاره (. ش .) .
وقال عمر بن الخطاب : إذا دخل بها الثاني صح النكاح .
- مسألة ٨٤ . : إذا صرح بالتزويج للمعتدة ، ثم تزوجها بعد خروجها من العدة ، لم يبطل النكاح وان فعل محظورا بذلك التصريح ، بدلالة قوله تعالى ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٤) وهذا نكاح ، وبه قال (. ح .) و (. ش .) .
وقال (. ك .) : متى صرح ثم تزوج ، انفسخ النكاح بينهما .
- مسألة ٨٥ . (. ج .) : إذا تزوجها في عدتها مع العلم بذلك ولم يدخل بها فرق بينهما ولا تحل له أبدا ، وبه قال (. ك .) . وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
- مسألة ٨٦ . (. ج .) : إذا تزوجها في عدتها مع الجهل بتحريم ذلك ودخل بها ، فرق بينهما ولا تحل له أبدا ، وبه قال عمر ، و (. ك .) ، و (. ش .) في القديم . وخالف باقي الفقهاء في ذلك ، فقالوا : تحل له بعد انقضاء عدتها ، وهو مذهب (. ح .) و (. ش .) في الجديد .

(١) م : يحل له .

(٢) م : فان عمر بن الخطاب .

(٣) م : وبه قال (. ش .) .

(٤) سورة النساء : ٣ .

مسألة . ٨٧ . (ج .) : إذا تزوجها في حال إحرامها جاهلا ودخل بها ، فرق بينهما ولم تحل له أبدا ، وإن كان عالما ولم يدخل فرق أيضا بينهما ولم تحل له أبدا ، وخالف جميع الفقهاء فيهما.

مسألة . ٨٨ . (ج .) : إذا طلقها تسع تطليقات للعدة ، تزوجت فيما بينها زوجين لم تحل له أبدا ، وهو احدى الروايتين عن (ك .) ، وخالف باقي الفقهاء في ذلك.

مسألة . ٨٩ . : كل موضع نقول يحرم على الرجل أن يخطب على خطبة غيره ، بأن تكون أجابت ورضيت ، أو أجاب ^(١) وليها ورضي ان لم تكن ^(٢) من أهل الولاية ، فإذا خالف وتزوج كان التزويج صحيحا ، بدلالة قوله تعالى ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٣) ولأن فعل المحذور سبق حال العقد ، فلا يؤثر في العقد ، وبه قال جميع الفقهاء. وقال داود : النكاح فاسد.

مسألة . ٩٠ . : المصلون من أصحابنا يقولون : لا يحل نكاح من خالف الإسلام ، لا اليهود ولا النصارى ولا غيرهم. وقال قوم من أصحاب الحديث من أصحابنا : يجوز ذلك.

وأجاز جميع الفقهاء التزويج بالكتايبات ، وهو المروي عن عمر ، وعثمان وطلحة ، وحذيفة ، وجابر. وروي أن عثمان نكح نصرانية ، ونكح طلحة نصرانية ونكح حذيفة يهودية. وروى ابن عمر كراهية ذلك ، واليه ذهب (ش .) .

يدل على مذهبنا قوله ^(٤) تعالى ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ ^(٥) وقوله

(١) م : وأجاب.

(٢) م : ان لم يكن.

(٣) سورة النساء : ٣.

(٤) م : دليلنا قوله تعالى.

(٥) سورة الممتحنة : ٣.

﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ﴾ ^(١) وذلك عام ، فان عورضنا بقوله ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ ^(٢) فنقول : ذلك محمول على من أسلم منهن أو مخصوص بنكاح المتعة ، لأن ذلك جائز عندنا. وأما الاخبار الواردة في ذلك والكلام عليها ، فمذكور في تهذيب الأحكام.

مسألة ٩١ . : لا يجوز مناكحة المجوس بلا خلاف ، الا أن أبا ثور قال : يحل مناكحتهم وغلطه أصحاب (. ش .) . وقال أبو إسحاق : هذه مبنية على أنهم أهل كتاب أم لا ، فيه قولان. قال أبو حامد : وهذا غلط جدا.

مسألة ٩٢ . : لا يجوز للحر المسلم تزويج الأمة إلا بشروط ثلاثة : أن تكون مسلمة أولا ، وأن لا يجد طولاً ويخاف العنت ، بدلالة قوله تعالى ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ ^(٣) الآية وبه قال ابن عباس ، وجابر ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، و (. ك .) ، و (. ع .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) وأصحابه : لا يحل له الا بشرط واحد ، وهو أن لا يكون عنده حرة ، وان كانت تحته حرة لم يحل ، وبه قال قوم من أصحابنا. وقال (. ر .) : إذا خاف العنت حل ، سواء وجد الطول أو لم يجد. وقال قوم : يجوز له نكاحها مطلقا كالحرة.

مسألة ٩٣ . (. ج .) : إذا كانت عنده حرة وأذنت له في تزويج أمة جاز عند أصحابنا ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، فقالوا : لا يجوز وان أذنت ^(٤).

مسألة ٩٤ . (. ج .) : يجوز للحر أن يتزوج بأميتين ولا يزيد عليهما.

وقال (. ش .) : لا يجوز له أن ينكح أكثر من واحدة ، وان نكح بأمة وتحته

(١) سورة البقرة : ٢٢٠ .

(٢) سورة المائدة : ٧ .

(٣) سورة النساء : ٩ .

(٤) م ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك وان أذنت.

أمة فنكاح الثانية باطل ، وان نكح بأميتين بعقد واحد بطل نكاحهما.

وقال (. ح .) : إذا لم يكن تحته حرة ، كان له أن ينكح من الإماء ما نكح من الحرائر ، فله أن يتزوج أربع إماء : إما بعقد واحد ، أو واحدة بعد أخرى كيف شاء.

مسألة . ٩٥ . (. ج .) : للعبد أن ينكح أربع إماء أو حرتين أو حرة وأميتين ، ولا يجوز أن ينكح أمة على حرة إلا برضا ^(١) الحرة.

وقال (. ش .) : له نكاح أمة وأميتين ونكاح أمة على حرة وحرة على أمة. وقال (. ح .) : يجوز له ذلك إلا إذا كان تحته حرة ، فإنه لا يجوز له نكاح أمة كالحرة.

مسألة . ٩٦ . (. ج .) : إذا عقد على حرة وأمة في عقد واحد بطل العقد على الأمة ولا يبطل في الحرة ^(٢). ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما ما قلناه ، والآخر يبطلان معا.

مسألة . ٩٧ . : إذا تزوج الحر بأمة مع وجود الشرطين عدم الطول وخوف العنت ، ثم زال الشرطان أو أحدهما ، لم يبطل نكاح الأمة ، لأنه لا دلالة عليه والعقد قد ثبت بالإجماع ، وبه قال جميع الفقهاء. وقال المزني : متى أيسر ووجد الطول للحرة بطل نكاح الأمة.

مسألة . ٩٨ . (. ج .) : إذا تزوج حرة على أمة من غير علم الحرة ورضاها ، كانت الحرة بالخيار بين الرضا به وبين فسخ نكاح نفسها. وقال جميع الفقهاء : ان عقد الحرة بحالها صحيح ولا يبطل واحد منهما ، الا (. د .) قال : متى تزوج حرة بطل نكاح الأمة.

مسألة . ٩٩ . (. ج .) : الصابئة لا يجري عليهم أحكام أهل الكتاب. ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : أنه يجري عليهم حكم النصارى ، والسامرة يجري عليهم حكم اليهود. والأخر : لا يجري عليهم ذلك. والأشهر الأول.

(١) م : الا برضاها.

(٢) م : على الأمة دون الحرة.

مسألة ١٠٠ . : لا يحل للمسلم نكاح أمة كتابية ، حرا كان أو عبدا ، لأننا قد دللنا على أنه لا يجوز نكاح الحرة منهم أيضا ، وبه قال في الصحابة عمر ، وابن مسعود ، وفي التابعين الحسن ، ومجاهد ، والزهري ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) ، والليث ، و (. ر .) ، و (. د .) ، و (. ق .) . وقال (. ح .) : ^(١) يجوز للمسلم نكاح أمة كتابية .

مسألة ١٠١ . (. ج .) : الكافر إذا تزوج بأكثر من أربع فأسلم اختار منهن أربعاً ، سواء أسلمن أو لم يسلمن إذا كن كتابيات ، فإن لم يكن كتابيات مثل الوثنية والمجوسية ، فإن لم يسلمن لم يحل ^(٢) له واحدة منهن ، وإن أسلمن معه اختار منهن أربعاً ، سواء تزوجهن بعقد واحد أو بعقد بعد عقد ، فإن له الخيار في أيتها شاء ، وبه قال (. ش .) ، ومحمد بن الحسن .

وقال (. ح .) ، و (. ف .) : ان كان ^(٣) تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الكل ولا يمسك واحدة منهن ، وإن تزوج بواحدة بعد أخرى ، أو اثنتين اثنتين ، أو أربعاً أربعاً ، ثبت نكاح الأربع الأول ، وبطل نكاح البواقي ، وليس للزوج عنده سبيل الى الاختيار .

مسألة ١٠٢ . : إذا كانت عنده يهودية أو نصرانية ، فانتقلت الى دين لا يقر عليه أهله لم يقبل منها الا الإسلام ، أو الدين الذي خرجت منه .
ولل (. ش .) فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ما قلناه . والثاني : لا يقبل منها الا الإسلام .

والثالث : يقبل منها كل دين يقر عليه أهله ، وحكم نكاحها ان لم يدخل ^(٤) بها وقع الفسخ في الحال ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة .
دليلنا : أن ما ذكرناه مجمع عليه وليس على ما ادعوه دليل .

(١) م : وقال (. ح .) يجوز ، مسألة .

(٢) م : لم تحل له .

(٣) م : ان تزوجهن .

(٤) م : ان كان لم يدخل بها .

مسألة ١٠٣ . : إذا انتقلت الى دين يقر عليه أهله ، مثل أن انتقلت إلى اليهودية أو المجوسية ان كانت نصرانية أو كانت مجوسية ، انتقلت إلى اليهودية أو النصرانية أقرناها عليه . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : لا يقران عليه ^(١) . وعلى هذا القول فما يفعل ^(٢) بهما على قولين ، أحدهما : لا يقبل غير الإسلام . والثاني : يقبل الإسلام والدين الذي كانت عليه لا غير .

وإذا قال : يقر على ما انتقلت اليه ، فاذا كانت مجوسية أقرت في حقها دون النكاح ، فان كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال ، وان كان بعده وقفت ^(٣) على انقضاء العدة . وان كانت يهودية أو نصرانية ، فإنها تقر على النكاح . وان قال : لا يقر على ما انتقلت إليه ، فهي مرتدة ، فإن كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال وان كان بعده ، وقف على انقضاء العدة .

ويدل على ما ذهبنا إليه أنه مجمع ^(٤) عليه ، وما ادعوه ليس عليه دليل ، والأصل بقاء العقد .

مسألة ١٠٤ . (. ج .) : إذا كانا وثنيين ، أو مجوسيتين ، أو أحدهما مجوسيا والآخر وثنيا ، فأيهما أسلم فإن كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال ، وان كان بعده وقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان انقضت العدة انفسخ النكاح . وهكذا إذا كانا كتابيين فأسلمت الزوجة ، سواء كان في دار الحرب أو في دار الإسلام ، وبه قال (. ش .) .

(١) م : لا يقران عليه .

(٢) م : فيما يفعل .

(٣) م ود ، بعده وقف .

(٤) م : ما ذهبنا انه مجمع عليه .

وقال (. ك .) : إن أسلمت الزوجة فمثل ما قلناه ، وإن أسلم الزوج وقع الفسخ في الحال ، سواء كان قبل الدخول أو بعده.

وقال (. ح .) : إن كانا في دار الحرب ، وقف على مضي ثلاث حيض ، إن كانت من أهل الأقراء ، وثلاثة ^(١) أشهر إن كانت من أهل الشهور ، فإن لم يسلم ^(٢) المتأخر منهما وقع الفسخ بمضي ثلاث حيض ، وكان عليها استئناف العدة حينئذ ، وإن كانا في دار الإسلام بعقد ذمة أو معاهدة ، فمضى أسلم أحدهما ، فهما على النكاح.

ولو بقيا سنين لكنهما لا يقران على الدوام على هذا النكاح ، بل يعرض الإسلام على المتأخر منهما ، فإن أسلم والأفرق بينهما ، فإن كان المتأخر هو الزوج ، فالفرقة طلاق ، وإن كان الزوجة فالفرقة فسخ.

مسألة . ١٠٥ . (. ج .) : اختلفت الدار بالزوجين فعلا وحكما ، لم يتعلق به فسخ النكاح ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إن اختلفت الدار بهما فعلا وحكما ، وقع الفسخ في الحال . وإن اختلفت بهما فعلا لا حكما ، أو حكما لا فعلا ، فهما على النكاح . وأما اختلافهما فعلا وحكما ، فإن يكونا ذميين في دار الإسلام ، فلحق الزوج بدار الحرب ونقض العهد ، فقد اختلفت الدار بهما فعلا ، لأن أحدهما في دار الحرب وحكما أيضا ، فإن حكم الزوج حكم أهل الحرب يسى ويسترق ، وحكم الزوجة حكم أهل الذمة .

وكذا ^(٣) لو كان الزوجان في دار الحرب ، فدخل الزوج إلينا بعقد الذمة لنفسه ، أو دخل إلينا فأسلم عندنا ، فقد اختلف ^(٤) الدار بهما فعلا وحكما . وأما اختلافهما فعلا لا حكما ، فهو أن يدخل الذمي إلى دار الحرب لتجارة وزوجته في

(١) م : من أهل الأقراء ثلاثة.

(٢) م : فإن أسلم المتأخر.

(٣) م : وكذلك.

(٤) م ود : اختلفت.

دار الإسلام ، أو يدخل الحربي إلينا لتجارة وزوجته في دار الحرب ، فقد اختلفت الدار بينهما فعلا لا حكما فهما على النكاح بلا خلاف.

واما اختلافهما حكما لا فعلا ، فهو أن يسلم أحد الزوجين في دار الحرب ، فقد اختلف حكمهما في السبي والاسترقاق ، ولم يختلف بهما الدار فعلا ، فهما على النكاح ، ولا يقع الفسخ في الحال ، ويقف على مضي ثلاث حيض ، أو ثلاثة أشهر على ما ذكرناه في المسألة الأولى.

يدل ^(١) على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . أن النبي ^(٢) لما فتح مكة خرج إليه أبو سفيان ، فلقي العباس فحملة إلى النبي ^(٣) فأسلم ، ودخل النبي مكة ومضى خالد بن الوليد وأبو هريرة إلى هند وقرأ عليها القرآن فلم تسلم ، ثم أسلمت فيما بعد ، فردها النبي ^(٤) الى أبي سفيان بالعقد الأول ، فلم يقع الفسخ بينهما ، وكان قد اختلف الدار بينهما فعلا وحكما ، لأن مكة كانت دار حرب وأسلم هو بمر الظهران ، وهي دار الإسلام لأن النبي ^(٥) كان نزلها وملكها واستولى عليها.

وأسلمت زوجتا صفوان بن أمية وعكرمة بن أبي جهل ، وخرجت زوجة عكرمة أم حكيم بنت الحرب خلفه الى الساحل ، فردته وأخذت له الأمان.

وكانت زوجة صفوان فاختة بنت الوليد بن المغيرة أخذت الأمان لزوجها ، وكان خرج الى الطائف ، فرجع واستعار النبي ^(٦) منه أذرا ^(٧) ، وخرج مع النبي إلى هوازن ، ورجع معه إلى مكة ، ثم أسلم وأسلم عكرمة ، فردت عليهما امرأتاهما بعد أن اختلفت الدار بهما فعلا وحكما ، فإن مكة دار إسلام والطائف يومئذ دار حرب ، وكذلك الساحل ، فعلم بذلك أن الاختلاف في الدار لا اعتبار به.

(١) م : دليلنا ان النبي ^(٨) .

(٢) م : ^(٩) . أذرا .

وروي عن ابن عباس أن النبي ﷺ رد بنته زينب على زوجها^(١) أبي العاص بالعقد الأول.

مسألة ١٠٦ . : إذا جمع بين العقد على الام والبنت في حال الشرك بلفظ واحد ثم أسلم ، كان له إمساك أيتها شاء ويفارق الأخرى ، لأنه إنما يحكم بصحة نكاح من ينضم اختياره الى عقدها ، ألا ترى أنه لو عقد على عشر دفعة واحدة وأسلم^(٢) اختار أربعاً منهن ، ويحكم بصحة نكاح الأربع ، وببطلان نكاح البواقي^(٣) ، بدلالة أنه لا يجب عليه نصف المهر ان كان قبل الدخول.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وهو الأقوى عندهم . والآخر : أنه يمسك البنت ويخلي الام ، وهو اختيار المزني .

مسألة ١٠٧ . : إذا أسلم وعنده أربع زوجات إماء ، وهو واجد للطول ولا يخاف العنت ، جاز له أن يختار ثنتين منهن ، لان اختياره استدامة العقد ليس باستئناف عقد ، بدلالة أنه لو أسلم وعنده خمس زوجات فأحرم ثم أسلمن ، كان له أن يختار أربعاً وهو محرم ، ولو كان الاختيار كالابتداء لما جاز للمحرم الاختيار كما لم يجز الابتداء .

وقال (. ش .) : ليس له أن يختار واحدة منهن . وقال أبو ثور : له أن يختار واحدة منهن إذا لم يكن واجداً للطول وخاف العنت .

مسألة ١٠٨ . : إذا أعتقت الأمة تحت عبد ، كان لها الخيار وهو على الفور ، لأنه لا دلالة على ثبوت الاختيار على التراخي .

ولل (. ش .) فيه قولان ، وإذا قال على التراخي ، فكم مدة التراخي؟ فيه ثلاثة

(١) م : رد ابنته في حال الشرك زينب على زوجها .

(٢) م : لو عقد على عشر دفعة وأسلم .

(٣) م : وتبطل نكاح البواقي .

أقوال ، أحدها : ثلاثة أيام. الثاني : حتى يمكن من الوطي أو تصريح بالرضا الثالث : أن يكون منها ما يدل ^(١) على الرضا.

مسألة . ١٠٩ . (. ج .) : المرتد عن الإسلام على ضربين : أحدهما مرتد عن فطرة الإسلام ، فهذا يجب قتله وتبين امرأته في الحال ، وعليها عدة المتوفى عنها زوجها. والآخر من كان أسلم عن كفر ، ثم ارتد وقد دخل بزوجته ، فإن الفسخ يقف على انقضاء العدة ، فإن رجع في العدة إلى الإسلام فهما على النكاح ، وإن لم يرجع حتى ينقضي العدة وقع الفسخ بالارتداد ، وبه قال (. ش .) إلا أنه لم يفرق.

وقال (. ح .) : يقع الفسخ في الحال ، ولا يقف على انقضاء العدة ولم يفرق أيضا.

مسألة . ١١٠ . (. ج .) : أنكحة المشركين صحيحة ، وبه قال (. ح .) وأصحابه و (. ش .) وغيرهم.

وقال (. ك .) : أنكحتهم فاسدة ، وكذلك طلاقهم غير واقع ، فلو طلق المسلم زوجته الكتابية ، ثم تزوجت ^(٢) بمشرك ودخل بها ، لم تحل لزواجها المسلم.

مسألة . ١١١ . : إذا تزوج الكتابي بمجوسية أو وثنية ، ثم ترافعوا إلينا قبل أن يسلموا ، أقررناهم على نكاحهم ، بدلالة عموم الأخبار التي وردت بإقرارهم على أنكحتهم وعقودهم ، وبه قال جميع أصحاب (. ش .) . وقال الإصطخري : لا نقرهم.

مسألة . ١١٢ . : كل فرقة كان من اختلاف جهة الدين كان فسخا لا طلاقا ، سواء أسلم الزوج أولا أو الزوجة ، لأنه لا دلالة على كونه ^(٣) طلاقا ، وما قلناه مجمع عليه ، وبه قال (. ش .) .

(١) م : أن يكون ما يدل.

(٢) م : الكتابية تزوجت.

(٣) د : لا دلالة له على كونه.

وقال (. ح .) : ان أسلم الزوج فكما قلناه ، وان أسلمت الزوجة أولا عرض الإسلام عليه ، فان فعل والا كان طلاقا.

مسألة . ١١٣ . : كل من خالف الإسلام ، فلا يحل مناكحته ولا أكل ذبيحته سواء كان كتابيا أو غير كتابي على ما تقدم القول فيه ، والمولود بينهما حكمه حكمهما ، بدلالة ما قدمناه من أنه لا يجوز العقد على من خالف الإسلام.

وقال الفقهاء بأجمعهم : ان كانا كتابيين يجوز ذلك ، وان كان الام كتابية والأب غير كتابي ، فعند (. ش .) لا يحل ذبيحته قولاً واحداً ، وان كان الأب كتابيا والام غير كتابية ، ففيه قولان ، وحكم النكاح حكم الذبيحة سواء . وقال (. ح .) : يجوز ذلك على كل حال.

مسألة . ١١٤ . (. ج .) : إذا تحاكم الذميان إلينا ، كنا مخيرين بين الحكم بما يقتضيه شرع الإسلام ، وبين ردهم الى ملتهم ^(١) ، بدلالة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ ^(٢) وهذا نص ، وعليه إجماع الفرقة . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : يجب عليه أن يحكم بينهما ، وهو اختيار المزني.

مسألة . ١١٥ . (. ج .) : يكره إتيان النساء في أدبارهن ، وليس ذلك بمحظور ونقل المزني كلاما ذكره في القديم في إتيان النساء في أدبارهن ، فقال قال بعض أصحابنا : حلال . وقال بعضهم : حرام ، ثم قال وآخر ما قال (. ش .) ولا أرخص فيه بل أنهى . وقال الربيع : نص على تحريمه في ستة كتب . وقال ابن عبد الحكم ^(٣) قال

(١) م : الى أهل ملتهم.

(٢) سورة المائدة : ٤٣ .

(٣) د : عبد الحكيم.

(. ش .) : ليس في هذا الباب حديث يثبت والقياس أنه يجوز. قال الربيع : كذب والله الذي لا إله الا هو ، وقد نص (. ش .) على تحريمه في ستة كتب ، وحكموا تحريمه عن علي عليه السلام ، وابن عباس ، وابن مسعود ، وأبي الدرداء ، وعن الحسن ، ومجاهد ، وطاوس ، وعكرمة ، وقتادة ، وبه قال ، (. ر .) و (. ح .) ، وأصحابه ، وذهب زيد بن أسلم إلى أنه مباح.

وعن ابن عمر روايتان ، إحداهما : أنه مباح ، وحكى الطحاوي عن حجاج ابن أرطاة اباحة ذلك. وعن (. ك .) روايتان روى أهل المغرب عنه اباحة ذلك ، وقالوا : نص عليه في كتاب السر وأصحابه بالعراق يأبون ذلك ، ويقولون لا يحل عنده ، ولا نعرف لمالك كتاب السر.

وروى نافع قال قال لي ابن عمر : أمسك علي هذا المصحف ، فقرأ عبد الله حتى بلغ ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ ^(١) فقال : يا نافع تدري فيمن نزلت هذه الآية ، قال قلت : لا ، قال : في رجل من الأنصار أصاب امرأة في دبرها فوجد في نفسه من ذلك ، فسأل النبي عليه السلام ^(٢) ، فأنزل الله تعالى ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ ﴾ ^(٣).

مسألة ١١٦ . : نكاح الشغار باطل عندنا ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) ، غير أن (. ك .) أفسده من حيث فساد المهر ، و (. ش .) أفسده من حيث أنه ملك البضع كل واحد من شخصين ، وذهب الزهري ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه إلى أن نكاح الشغار صحيح ^(٤) ، وإنما فسد فيه المهر فلا يفسد النكاح بفساده.

(١) سورة البقرة : ٢٢٣.

(٢) د : قال النبي عليه السلام.

(٣) سورة البقرة : ٢٢٣.

(٤) م : إلى انه صحيح.

مسألة. ١١٧. (ج.) : نكاح المتعة مباح ، وصورته : أن يعقد عليها مدة معلومة بمهر معلوم ، فان لم يذكر المدة كان النكاح دائماً ، فإن ذكر الأجل ولم يذكر المهر بطل العقد ، وان ذكر مدة مجهولة لم يصح على الصحيح من المذهب.

وبه قال علي عليه السلام على ما رواه أصحابنا ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، وجابر ابن عبد الله ، وسلمة بن الأكوع ، وأبي سعيد الخدري ، وابن عباس ، والمغيرة ابن سعيد ، ومعاوية بن أبي سفيان ، وسعيد بن جبير ، ومجاهد ، وعطاء ، وحكى الفقهاء تحريمه عن علي عليه السلام ، وعمر ، وابن مسعود ، وابن الزبير ، وابن عمر ، وقالوا : ان ابن عباس رجع عن القول بإباحتها ^(١).

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله ^(٢) تعالى ﴿ **فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ** ﴾ ^(٣) وهذا مما طاب له منهن ، وقوله تعالى ﴿ **فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ ^(٤) وفي قراءة ابن مسعود فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى ، ولفظة الاستمتاع لا تفيد عند الإطلاق إلا نكاح المتعة ولا خلاف أنها كانت مباحة فمن ادعى نسخها فعليه الدليل.

وما روي من الاخبار في تحريمها فأخبار آحاد ، وفيها مع ذلك اضطراب ، لان فيها أنه حرمها يوم خير في رواية ابن الحنفية عن أبيه.

وروى الربيع بن سبرة عن أبيه قال : كنت مع رسول الله ﷺ بمكة عام الفتح ، فأذن في متعة النساء ، فخرجت أنا وابن عمي وعلينا بردان لنفعل ذلك ، فلقيتني امرأة فأعجبها حسني فتزوجت بها وكان الشرط عشرين ليلة ، فأقمت عندها

(١) م : عن القول باجتهاد.

(٢) م : دليلنا قوله تعالى.

(٣) سورة النساء : ٣.

(٤) سورة النساء : ٢٨.

ليلة فخرجت فأتيت النبي ﷺ وهو بين الركن والمقام ، فقال : كنت أذنت لكم في متعة ^(١) النساء وقد حرمها الله الى يوم القيامة ، فمن كان عنده شيء من ذلك فليخل سبيلها ، ولا يأخذ مما آتاها شيئا.

وفي هذا ما ترى من الاضطراب ، فإنه كان بين الوقتين قريب من ثلاث سنين فان قالوا حرمها يوم خيبر وأعاد تحليها بمكة ، فإن هذا ^(٢) ساقط بالإجماع ، لأن أحدا لا يقول ان النبي ﷺ أباحها دفعتين وحرمها دفعتين ، ودخل بينهما ^(٣) نسخ دفعتين.

وأیضا فقد قال عمر بن الخطاب : متعتان كانتا على عهد رسول الله وأنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما : متعة النساء ، ومتعة الحج ، وابن عباس كان يفتي بها وينظر فيها ، ومناظرته مع ابن الزبير فيها مشهورة ، ونظم فيه الشعراء القول فقال بعضهم :

أقول للشيخ لما طال مجلسه يا شيخ هل لك في فتوى ابن عباس
هل لك في قينة بيضاء بهكنة تكون مثواك حتى يصدر الناس
وقوله بذلك مجمع عليه ورجوعه عن ذلك لا دليل عليه.

مسألة ١١٨ . : إذا تزوج امرأة قد طلقها زوجها ثلاثا ، بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها ، كان التزويج صحيحا والشرط باطلا ، لأنه لا دليل على فساده بمقارنة الشرط.
ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : وهو الأظهر ما قلناه. وقال في القديم والإملاء :

(١) م : اذنتكم في متعة.

(٢) د : فإنه هذا.

(٣) م : بينهما فسخ.

النكاح باطل ، وبه قال (. ك .) .

مسألة . ١١٩ . : إذا نكحها ^(١) معتقدا أنه يطلقها إذا أباحها ، فلا نكاح بينهما ان اعتقد هو أو الزوجة ذلك ، أو هما والولي . وان تواصلوا بذلك قبل العقد على هذا ، ثم تعاقدوا من غير شرط ، كان مكروها ولا يبطل العقد به ، لما قلناه في المسألة الأولى سواء ^(٢) .
وروي أنه حدث مثل ^(٣) ذلك في أيام عمر ، فأوصت المرأة الرجل بأن لا يفارقها فأقرها عمر على النكاح وأوجع الدلالة بالضرب ، فدل ذلك على صحة العقد وعلى كراهته ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : النكاح باطل ، وحكى أبو إسحاق عن (. ح .) أنه يستحب ذلك ، لأنه يدخل السرور على الأول .

مسألة . ١٢٠ . : إذا نكحها ^(٤) نكاحا فاسدا ودخل بها ، لم تحل للأول كقوله تعالى ﴿ **فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ** ﴾ ^(٥) ومعلوم أنه أراد به تزويجا صحيحا .
ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : مثل ما قلناه ، قاله في الجديد ، لأنه لا يثبت به الإحصان . وقال في القديم : يبيحها لأنه نكاح يثبت به النسب ويدراً به الحد ويجب بالوطئ المهر .

مسألة . ١٢١ . (. ج .) : يفسخ عندنا النكاح بالغيب ، المرأة تفسخه بالجب والعنة والجنون ، والرجل يفسخه بستة أشياء : الجنون ، والجذام ، والبرص ،

(١) م : إذا أنكحها .

(٢) م : لما قلناه فيما تقدم سواء .

(٣) م : في مثل ذلك .

(٤) م : إذا أنكحها .

(٥) سورة البقرة : ٢٣٠ .

والرتق ، والقرن والإفضاء ، وفي أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة ، ولا يحتاج في الفسخ الى الطلاق.

وقال (. ش .) : يفسخ النكاح من سبعة ^(١) ، اثنان يختص الرجال الجب والعنة ، واثنان يختص النساء القرن والرتق ، وثلاثة يشتركان فيه الجنون والجذام والبرص وبه قال عمر ، وابن عباس ^(٢) ، و (. ك .) .

وقال (. ح .) وأصحابه : النكاح لا يفسخ بالعيب أصلا ، لكن ان كان الرجل مجبوبا أو عنيئا ^(٣) ثبت لها الخيار خيار الفرقة ، فيفرق بينهما ويكون طلاقا لا فسخا. ورووا عن علي عليه السلام أنه قال : إذا وجد الرجل بالمرأة الجذام والبرص ، فان شاء أمسك وان شاء طلق. وعن ابن مسعود أنه قال : الحرة لا ترد بالعيب.

ويدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(٤) زيد بن كعب عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تزوج امرأة ^(٥) من غفار ، فلما خلا بها رأى في كشحها بياضا ، فقال لها : ضمي عليك ثيابك والحقي بأهلك ، وفي بعضها فردها وقال : دلستم علي. فالراوي نقل الحكم وهو الرد ، ونقل السبب وهو وجود البرص بكشحها ، فوجب أن يتعلق الحكم بهذا السبب متى وجد.

مسألة . ١٢٢ . : إذا كان الرجل مسلولا لكنه يقدر على الجماع ولا ينزل أو كان خنثى ، حكم له بالرجل لم يرد بالعيب ، وان كانت المرأة خنثى حكم لها بالمرأة فمثل ذلك ، لأنه لا دلالة على ثبوت الخيار لهما ، والعقد قد ثبت بالإجماع. ولل (. ش .) فيه قولان.

(١) م : النكاح بسعة.

(٢) م : قال عمرو ابن عمرو ابن عباس.

(٣) م : ان كان الرجل عنيئا.

(٤) م : دليلنا ما رواه.

(٥) د : أن تزوج امرأة.

مسألة ١٢٣ . (. ج .) : إذا دخل بها ثم وجد بها عيبا ، فلها المهر ويرجع على من دلسها وغرم . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : يستقر عليه ولا يرجع على أحد ، وروي ذلك في بعض الاخبار عن النبي ﷺ .

ويبدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى ^(١) سعيد بن المسيب قال : قال عمر بن الخطاب : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها ، ولم يخالفه أحد من الصحابة .

مسألة ١٢٤ . : إذا حدث ^(٢) بالرجل جب أو جنون أو جذام أو برص لم يكن في حال العقد ، فإنه لا يرد بذلك الا الجنون الذي لا يعقل معه أوقات الصلوات فإنه يرد به ، لان العقد قد صح ، ولا دلالة على ثبوت الرد . وقال (. ش .) : يرد به قول واحد .

مسألة ١٢٥ . : إذا حدث بالمرأة أحد العيوب التي ترد بها ، ولم يكن في وقت العقد ، فإنه يثبت به الفسخ ^(٣) ، بدلالة عموم الأخبار التي وردت في أن له الرد بهذه العيوب ولم يفصلوا ، وخبر الغفارية يدل على ذلك أيضا . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما في القديم قال : لا خيار ^(٤) له ، وقال في الجديد : له الخيار وهو أصحهما .

مسألة ١٢٦ . : إذا دخل بها مع العلم بالعيب ، فلا خيار له بعد ذلك بلا خلاف ، فان حدث بها بعد عيب آخر فلا خيار له ، لأنه لا دلالة عليه .

(١) م : دليلنا ما روى سعيد بن .

(٢) د : إذا وجدت .

(٣) د : فإنه ثبت به الفسخ .

(٤) د : في القديم وقال لا خيار له .

وقال (. ش .) : ان كان الحادث في مكان آخر ، فإنه يثبت به الخيار . وان كان الحادث زيادة في المكان الذي كان فيه ، فلا خيار له .

مسألة . ١٢٧ . : إذا تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية ، كان العقد باطلا لان العقد على الكتابية عندنا لا يصح ، فكيف إذا انضاف اليه الغرور . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ١٢٨ . : إذا عقد على أنها كتابية فكانت مسلمة ، كان العقد باطلا ، ويكون صحيحا عند من أجاز نكاح الكتابيات من أصحابنا . ويدل على بطلانه أنه عقد على من يعتقد أنه لا ينعقد نكاحها ، فيجب أن يكون باطلا .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : أنه باطل . والثاني : أنه صحيح فاذا قال صحيح هل له الخيار؟ قال : ليس له الخيار ^(١) .

مسألة . ١٢٩ . (. ج .) : إذا عقد الحر على امرأة على أنها حرة ^(٢) فبانت أمة ، كان العقد باطلا ، وكذلك القول في الزوج إذا كان حرا . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ١٣٠ . : بيع الأمة المزوجة طلاقها ، وبه قال ابن عباس ، وابن مسعود ، وأنس بن مالك ، وأبي بن كعب ، وذهب عمر ، وابن عمر ، وعبد الرحمن ابن عوف ، وسعد بن أبي وقاص ، والفقهاء أجمع الى أن النكاح بحاله ، ويقوم المشتري مقام البائع في ملك رقبته ، ولا يكون بيعها طلاقها .

مسألة . ١٣١ . : إذا أعتقت الأمة تحت حر ، فالظاهر من روايات أصحابنا أن لها الخيار . ويدل على ذلك أيضا ما روى إبراهيم عن الأسود عن عائشة قال :

(١) د : الخيار ، وقال ليس الخيار .

(٢) م : على امرأة أنها حرة .

خير رسول الله ^(١) ﷺ بريرة وكان زوجها حرا ، وقد روى مثل ذلك أصحابنا ، وبه قال النخعي ، والشعبي ، وطاوس . وقال طاوس : لها الخيار ولو أعتقت تحت قرشي وبه قال (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه .

وروي في بعض أخبارنا أنه ليس لها الخيار ، وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) ، وريعة ، و (. ع .) ، وابن أبي ليلى ، و (. د .) ، و (. ق .) ، وقال به في الصحابة ابن عمر ، وابن عباس وعائشة ، وصفية .

ويدل عليه الرواية الأخرى التي رواها أصحابنا أن زوج بريرة كان عبدا ، قال الشيخ : والذي يقوى عندي أنه لا خيار لها ، لأن العقد قد ثبت ووجوب الخيار لها يحتاج الى دليل ، وروي عن عائشة أن زوج بريرة كان عبدا وأنها قالت : لو كان حرا لم يخيروا .

مسألة ١٣٢ . (. ج .) : العنة عيب يثبت للمرأة به الخيار ويضرب له المدة سنة ، فان جامع فيها والا فرق بينهما ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال (. ش .) : لا أعلم خلافا فيه عن مفتي يفتيه في أنه ان جامع والا فرق بينهما . وقال الحكم : لا يضرب له مدة ولا يفسخ به النكاح ، وبه قال أهل الظاهر .

مسألة ١٣٣ . (. ج .) : فسخ العنين ليس بطلاق ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) و (. ك .) : وهو طلاق .

مسألة ١٣٤ . (. ج .) : إذا قال لها انه عنين ، فتزوجته على ذلك فكان كما قال ، لم يكن لها بعد ذلك خيار . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ١٣٥ . (. ج .) : إذا كان له أربع نسوة فعن عن واحدة ولم يعن عن الثلاث ، لم يكن لها الخيار ولا يضرب لها الأجل .

وقال (. ش .) : لها حكم نفسها ويضرب لها المدة ويثبت لها الخيار .

(١) د : عن عائشة خير رسول الله .

مسألة ١٣٦ . : إذا رضيت به بعد انقضاء المدة ، أو في خلال المدة ، لم يكن لها بعد ذلك خيار ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في سقوط خيارها إذا رضيت بالعنة .
ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر وهو الأظهر عندهم أنه لا يسقط خيارها .

مسألة ١٣٧ . (. ج .) : إذا اختلفا في الإصابة فقال أصبتها وأنكرت ذلك ، فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه عند (. ح .)
وأصحابه و (. ش .) ، و (. ر .) .

وقال (. ع .) : يخلى بينهما ويكون بالقرب منهما امرأتان من وراء الحجاب ، فإذا قضى وطره بادرتا إليها ، فإن كان الماء في فرجها فقد جامعها ، والا فإنه لم يجامعها .
وقال (. ك .) : هكذا إلا أنه قال يقتصر على امرأة واحدة . وقد روى أصحابنا أنها تؤمر بأن تحشو قبلها خلوقا ، فإذا وطئها وكان على ذكره أثر الخلوق علم أنه أصابها ، وإن لم يكن علم أنه لم يصبها ، وهذا هو المعمول عليه .

مسألة ١٣٨ . (. ج .) : إذا تزوج برجل ، فبان أنه خصي أو مسلول أو موجوء كان لها الخيار ، وهو أحد قولي (. ش .) . والآخر لا خيار لها ، لأنه متمكن من الإيلاج وإنما لا ينزل وذلك لا يوجب الفسخ .

مسألة ١٣٩ . (. ج .) : الخنثى يعتبر بالمبال ، فمن أيهما خرج أولا حكم به فإن خرج منهما ، فمن أيهما انقطع أخيرا حكم به ، وبه قال (. ش .) إلى ها هنا ، فإن انقطعا معا ، فعندنا يرجع إلى القرعة .

وروي عد الأضلاع والمعمول على القرعة ، وعنده هل يراعى قلة البول وكثرته فيه قولان ، فإن تساوبا في ذلك رجع إليه فإلى أيهما مال طبعه حكم

به ، وهو المعول عليه عندهم ، ورووا عنه الرجوع الى عد الأضلاع وهو ضعيف.

مسألة ١٤٠ . (. ج .) : العزل عن الحرة لا يجوز الا برضاها ، ومتى عزل بغير رضاها أثم ، وكان عليه عشر دية الجنين عشرة دنانير .

ولل (. ش .) فيه وجهان ^(١) ، أحدهما : أنه محظور ، مثل ما قلناه غير أنه لا يوجب الدية والمذهب أن ذلك مستحب ، وليس ذلك بمحظور ^(٢) .

مسألة ١٤١ . (. ج .) : إذا تزوج الحر بأمة ، فرزق منها ولدا كان حرا . وقال (. ش .) : ان كان الرجل عريبا ، فالولد على قولين أحدهما يكون حرا ، وبه قال (. ح .) ، والأخر يكون رقا . وان كان غير عربي فهو رق ^(٣) قولا واحدا .

مسألة ١٤٢ . : إذا غاب الرجل عن امرأته ، فقدم رجل فذكر لها أنه طلقها طلاقا بانته منه ، وذكر لها أنه وكله في استيناف النكاح عليها ، وأن يصدقها ألفا يضمنها لها ففعلت ذلك وعقد النكاح وضمن الرسول الصداق ، ثم قدم الزوج فأنكر الطلاق وأنكر الوكيل ، فالقول قوله والنكاح الأول بحاله ، ولم ينعقد الثاني ولا يلزم الوكيل ضمان ما ضمنه لها ، لأنه انما يلزم الصداق بالعقد ، فاذا لم يكن عقد فلا صداق ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) على ما حكاه الساجي عنه .

وقال في الإملاء : على الوكيل نصف المسمى وقال (. ك .) ، وزفر : يلزمه ضمان ذلك .

(١) م : ولل (. ش .) فيه قولان .

(٢) م : وليس بمحظور .

(٣) م : ان لم يكن عريبا فهو رق .

كتاب الصداق

مسألة . ١ . : إذا عقد على مهر فاسد ، مثل الخمر والخنزير والميتة وما أشبهها ، فسد المهر ولم يفسد النكاح ، ووجب لها مهر المثل ، بدلالة أن ذكر المهر ليس من شرط صحة العقد ، فذكر المهر الفاسد لا يكون أكثر من ترك ذكره أصلا ، فينبغي أن لا يؤثر في فساد العقد ، كما لو عقد بغير مهر ، فلا خلاف أنه يصح النكاح ، ولأنهما عقدان يصح أن ينفرد كل واحد منهما عن صاحبه ، ففساد أحدهما لا يدل على فساد الآخر .

وهذا قول جميع الفقهاء ، الا (. ك .) فإنه قال في إحدى الروايتين عنه مثل ما قلناه ، وفي الأخرى قال : يفسد النكاح ، وبه قال قوم من أصحابنا .

مسألة . ٢ . (. ج .) : الصداق ما تراضيا عليه مما يصح أن يكون ثمنا لمبيع أو أجرة لمكتري ، قليلا كان أو كثيرا ، وبه قال في الصحابة عمر ، وابن عباس ، وفي التابعين سعيد بن المسيب ، والحسن البصري ، وفي الفقهاء ربيعة ، و (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ك .) : مقدر بأقل ما يجب فيه القطع ، وهو ثلاثة دراهم .

وقال (. ح .) وأصحابه : مقدر بعشرة دراهم ، فان عقد النكاح بأقل من عشرة

صحت التسمية وكملت عشرة ، فيكون كأنه عقد بعشرة ، وهذه التسمية يمنع وجوب مهر المثل.

وقال زفر : يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، وهو القياس على قولهم.

وقال ابن شبرمة : أقله خمسة دراهم. وقال النخعي أقله أربعون درهما. وقال سعيد ابن

جبير : أقله خمسون درهما.

مسألة ٣. (ج .) : يجوز أن يكون منافع الحر مهرا ، مثل تعليم القرآن أو شعر أو

مباح أو بناء أو خياطة ثوب ، وغير ذلك مما له اجرة.

وقال أصحابنا : الإجارة من جملة ذلك مستثناة ، فقالوا : لا يجوز ذلك ، لأنه كان

يختص بذلك موسى عليه السلام ، وبه قال (ش .) ولم يستثن الإجارة بل أجازها.

وقال (ح .) وأصحابه : لا يجوز أن يكون منافع الحر صداقا بحال ، سواء ^(١) كان

المنفعة فعلا أو غيره ، لأن عندهم لا يجوز المهر الا أن يكون مالا أو ما يوجب تسليم المال

، مثل سكنى دار أو خدمة عبد سنة ، فأما ما لا يكون مثل ذلك فلا يجوز.

وبدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى ^(٢) سهل بن سعد

الساعدي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله ، فقالت : يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك ،

فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة ،

فقال رسول الله : هل عندك من شيء تصدقها إياه ، فقال : ما عندي إلا إزاري هذا ،

فقال النبي صلى الله عليه وآله : ان أعطيتها إياه جلست لا إزار ^(٣) لك فالتمس شيئا ، فقال : ما أجد

شيئا ، فقال : التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال له رسول الله :

هل معك من القرآن شيء ، فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا

(١) م : لا يجوز ذلك بحال سواء.

(٢) م : دليلنا ما روى.

(٣) د : ان أعطيتها جلست لا إزار.

سماهما ، فقال رسول الله ﷺ : زوجتكها بما معك من القرآن.
ولا يمكن أن يكون عائشة جعل القرآن الذي معه صداقا ، فثبت أنه جعل الصداق
تعليمها إياه.

وروى عطاء عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال للرجل : ما تحفظ من القرآن؟
قال : سورة البقرة والتي تليها ، فقال : قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك.
مسألة ٤ . : إذا أصدقها تعليم سورة ، فلقنها فلم يتحفظ لها شيء ، أو حفظتها
من غيره فالحكم واحد ، وكذلك ان أصدقها عبدا فهلك قبل القبض فالكمل واحد كان لها
بدل الصداق ، وهو اجرة مثل تعليم السورة وقيمة العبد ، لان الواجب لها بالعقد هو شيء
بعينه ، فيجب أن يكون لها أجرته وقيمته ^(١) عند التعذر ، وبه قال (. ش .) في القديم.
وقال في الجديد : يسقط المسمى ويجب لها مهر المثل.

مسألة ٥ . : إذا أصدقها تعليم سورة ، ثم طلقها قبل الدخول بها وقبل تعليمها ،
جاز له تلقينها النصف الذي استقر عليه ، لان الواجب في ذمته ذلك ، ولا يؤدي ذلك الى
الافتتان ، فإنه لا يلقتها الا من وراء حجاب ، وكلام النساء من وراء حجاب ليس بمحظور
بلا خلاف.

ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : ليس له ذلك ، لأنه لا يؤمن
من الافتتان بها.

مسألة ٦ . : إذا أصدقها صداقا ملكته بالعقد كله ، وكان من ضمانه ان تلف قبل
القبض ومن ضمانها بعد القبض ، فان دخل بها استقر ، وان طلقها قبل الدخول رجع
بنصف العين دون ما نعى ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .).

(١) م : أو قيمته.

وقال (. ك .) : انما ملك بالعقد نصفه ، فيكون الصداق بينهما نصفين ، فاذا قبضه ^(١) كان لها نصفه بالملك ، والآخر أمانة في يدها لزوجها ، فان هلك من غير تفريط هلك بينهما ، فان طلقها قبل الدخول بها كان له أخذ النصف ، لأنه ملك لم يزل عنه .
ويدل على ما ذهبنا اليه قوله ^(٢) تعالى ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ ^(٣) فأضاف الصدقة إليهن ^(٤) والظاهر أنه لهن ، ولم يفرق بين قبل الدخول وبعده .
وأيضا فإنه أمر بايتائهن ذلك كله ، فثبت أن الكل لهن .

ويدل عليه أيضا إجماع الفرقة ، فإنهم رَوَوْا بلا خلاف بينهم أنه إذا أصدقها غنما ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، فان كان أصدقها وهي حامل عنده ، فله نصفها ونصف ما ولدت . وان أصدقها حائلا ، ثم حملت عندها ، لم يكن له من أولادها شيء . وهذا يدل على أنها ملكته بالعقد دون الدخول .

مسألة . ٧ . : ليس للمرأة التصرف في الصداق قبل القبض ، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما لم يقبض ، ورواه أصحابنا أيضا ولم يفصل ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال بعضهم : لها ذلك .

مسألة . ٨ . : إذا أصدقها شيئا بعينه ، كالشوب والعبد والبهيمة ، فتلف قبل القبض ، سقط حقها من عين الصداق والنكاح بحاله بلا خلاف ، ويجب لها مثله ان كان له مثل ، فان لم يكن ^(٥) له مثل فقيمته ، لان كل عين يجب تسليمها الى مالکها إذا هلكت ولم يسقط سبب الاستحقاق وجب الرجوع الى بدلها ، كالقرض

(١) م : فاذا أقبضته .

(٢) م : دليلنا قوله تعالى .

(٣) سورة النساء : ٤ .

(٤) د : فأضاف الصدقة اليمين .

(٥) م : وان لم يكن .

والغضب.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : مثل ما قلناه ، وبه قال (. ح .) ، واختار المزي
قوله الجديد أن لها مهر مثلها ، وعليه أكثر أصحابه.

مسألة . ٩ . (. ج .) : إذا أصدقها عبدا مجهولا أو دارا مجهولة ، روى أصحابنا أن لها
دارا وسطا من الدور ، وكذلك عبدا وسطا.

وقال (. ش .) : يبطل المسمى ويجب لها مهر المثل.

مسألة . ١٠ . : إذا قال أصدقته هذا الخل فبان خمرا ، كان لها قيمتها عند مستحليها
، لان العقد انعقد على معين.

وقال (. ش .) : يبطل المسمى ولها مهر المثل.

مسألة . ١١ . (. ج .) : إذا عقد في السر بمهر ذكره ، وعقدا في العلانية بخلافه ،
فالمهر هو الأول. ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وهو الأشهر.
وقال المزي : مهر العلانية أولى.

مسألة . ١٢ . : إذا تزوج أربع نسوة بعقد واحد ممن له الولاية عليهن بألف ، فالنكاح
صحيح ، لأنه لا مانع منه والأصل جوازه وكذلك عند (. ش .) . وقال المزي : العقد باطل
، والمهر عندنا صحيح لمثل ذلك ، وعند (. ش .) على قولين.

وهكذا لو خالعهن دفعة واحدة بعقد واحد بألف ، صح الخلع بلا خلاف والبدل
عنه على قولين ، وان كان له أربعة أعبد ، فكاتبتهن بألف إلى نجمين ، صح عندنا وعنده في
صحة الكتابة قولان ، فالقولان في الكتابة في أصل العقد ، وفي النكاح والخلع في البدل دون
العقد. ويدل على الجميع أن الأصل جوازه وصحته والمنع يحتاج الى دليل.

مسألة . ١٣ . (. ج .) : إذا زوج الرجل ابنه الصغير ^(١) على مهر معلوم ، فان

(١) م : إذا زوج ابنه الصغير.

كان الولد موسرا تعلق المهر بذمة الولد ^(١) ، ولزمه في مال بلا خلاف ^(٢) ، وإن كان معسرا تعلق بدمته ويكون الأب ضامنا.

ولل (. ش .) في ضمان الأب قولان ، قال في القديم مثل ما قلناه ، وفي الجديد قال : لا يتعلق بذمة الوالد شيء بإطلاق العقد.

مسألة . ١٤ . : إذا تزوج المولى عليه لسفه أو صغر بغير إذن وليه ، كان النكاح باطلا بلا خلاف ، فإن دخل بها لم يلزمه المهر ، لأنه لا دليل عليه ، وهو أصح قولي (. ش .) . وقال في القديم : يلزمه مهر المثل.

مسألة . ١٥ . : المفوضة إذا طلقها زوجها قبل الفرض وقبل الدخول بها فلا مهر لها ، لكن يجب لها المتعة ، بدلالة قوله تعالى ﴿ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ ﴾ ^(٣) وهذا أمر يقتضي الوجوب وقوله تعالى ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ ^(٤) وعليه إجماع الصحابة ، وروي ذلك عن علي عليه السلام ، وعمر ، ولا مخالف لهما ، وبه قال (. ع .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا مهر لها ولا نفقة ، ويستحب أن يتمتعها استحبابا ، وبه قال الليث وابن أبي ليلى.

مسألة . ١٦ . (. ج .) : المتعة على الموسر خادما ، وعلى المتوسط ثوبا أو مقنعة ، وعلى الفقير خاتم وما أشبهه.

وقال (. ش .) : المستحب من ذلك خادما ، فإن لم يقدر فمقنعة ، فإن لم يقدر

(١) م : بدمته الولد.

(٢) م ود : في ماله بلا خلاف.

(٣) سورة الأحزاب : ٤٨ .

(٤) سورة الأحزاب : ٢٣٧ .

فثلاثون درهما ، والواجب منه ما يراه الامام. ومن أصحابه من قال : أقلها ما يقع عليه الاسم ولو كان قيراطا والأول أظهر ، فأما الاعتبار في الإعسار واليسار بالرجل دونها.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والآخر الاعتبار بإعسارها ويسارها وجمالها ، لأنه بدل عن مهر مثلها وذلك معتبر بها.

وقال (. ح .) : قدر المتعة ثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة تمام ثيابها ، فان كان نصف مهر مثلها أقل من ذلك نقصا منه ما شاء ما لم يبلغ بالنقص أقل من خمسة دراهم ، وهو نصف أقل ما يكون صداقا ، فكأنه قال : لا ينقص عن خمسة دراهم.

مسألة ١٧ . : مفوضة البضع إذا فرض لها المهر بعد العقد ، فان اتفقا على قدر المهر مع علمهما ^(١) بقدر المثل ، أو ترفعا الى الحاكم ففرض لها المهر كان كالمسمى ^(٢) بالعقد تملك المطالبة به ، فان دخل بها أو مات استقر ذلك ، وان طلقها قبل الدخول سقط نصفه ولها نصفه ولا متعة عليه ، وبه قال (. ش .).

وقال (. ح .) : إذا فرض لها فطلقها قبل الدخول سقط المفروض ، كأنه ما فرض لها ووجب لها المتعة ، كما لو طلقها قبل الفرض.

يدل على ما ذهبنا اليه قوله ^(٣) تعالى ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ^(٤) ومعناه يعود إليكم نصف ما فرضتم ، لان المهر كان واجبا لها قبل الطلاق ، وبالطلاق ما وجب لها شيء ، فلما قال : فنصف ما فرضتم ، ثبت أنه أراد يعود الى الزوج نصف ما فرضتم ، وعند (. ح .) ^(٥) يعود اليه

(١) م ، د : مع علمها.

(٢) م : كان المسمى.

(٣) م : دليلنا قوله تعالى.

(٤) سورة آل عمران : ٢٣٨.

(٥) م : ما فرض وعند (. ح .).

كله.

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : أدوا العلائق ، قيل : يا رسول الله وما العلائق؟
قال : ما تراضى عليه الاهلون. وذلك عام في كل حال.
مسألة ١٨ . : إذا مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول ، فلا مهر لها ولا يجب
بالعقد مهر المثل ، لأنه لا دليل عليه ، والأصل براءة الذمة ، وبه قال في الصحابة علي
ﷺ ، وابن عباس ، وزيد ، والزهرى ، وبه قال ربيعة ، و (. ك .) ، و (. ع .) ، وهو
أحد قولي (. ش .) . والقول الآخر لها مهر مثلها ، وبه قال ابن مسعود ، وأهل الكوفة ،
وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه ، و (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة ١٩ . : إذا اتفقا على مقدار ما ، أو شيء بعينه ^(١) مع الجهل بمبلغ المثل ،
صح ما اتفقا عليه ، لأن الواجب عليه هو ما يتفقان عليه.

ولل (. ش .) فيه قولان أحدهما : ما قلناه . وقال في الأم : لا تصح.
مسألة ٢٠ . (. ج .) : مفوضة المهر هو أن يذكر مهرا ولا يذكر مبلغه ، فيقول :
تزوجتك على أن يكون المهر ما شئت ، أو شاء أحدنا ، فإذا تزوجها على ذلك ، فإن قال :
على أن يكون المهر ما شئت أنا ، فإنه كلما يحكم به وجب عليها الرضا به ، قليلا كان أو
كثيرا ، وإن قال : على أن يكون المهر ما شئت أنت ، فإنه يلزمه أن يعطيها ما تحكم به ما
لم تجاوز خمسمائة.

وقال الفقهاء كلهم (. ح .) ، و (. ش .) : يلزمه مهر المثل.
مسألة ٢١ . (. ج .) : ان دخل بمفوضة المهر ، استقر ما يحكم واحد منهما به
على ما فصلناه ، فان طلقها قبل الدخول بها ، وجب نصف ما يحكم به واحد ^(٢) منهما.

(١) د : أو شيء يعينه.

(٢) م : ما يحكم به أحدهما.

وقال (. ح .) ، و (. ش .) : ان دخل بها استقر مهر المثل ، وان طلقها قبل الدخول بها استحققت نصفه عند (. ش .) . وقال (. ح .) : يسقط ^(١) بالطلاق قبل الدخول ويجب المتعة .

مسألة ٢٢ . : حكم الصغيرة والبكر الكبيرة التي تجبر على النكاح إذا زوجها وليها الذي له الإجمار مفوضة البضع حكم التي لها الاذن في أنه لا يجب مهر المثل بنفس العقد ، بدلالة قوله تعالى ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ﴾ ^(٢) ولم يفصل .

وقال (. ش .) : ها هنا يجب مهر المثل بنفس العقد .

مسألة ٢٣ . (. ج .) : مهر المثل في الموضع الذي يجب يعتبر نساء أهلها ، مثل أمها وأختها وخالتها وعمتها وغير ذلك ، ولا يجاوز بذلك خمسمائة درهم ، فان زاد مهر المثل على ذلك اقتصر على خمسمائة .

وقال (. ش .) : يعتبر بنساء عصبته دون أمها ، ونساء أرحامها ونساء بلدها ، ونساء عصباتها أخواتها وبنات الاخوة وعماتها ، وبنات الأعمام وعمات الأب وبنات أعمام الأب وعلى هذا أبدا .

وقال (. ك .) : يعتبر بنساء بلدها . وقال (. ح .) : يعتبر بنساء أهلها من العصبات وغيرهم من أرحامها . وقيل : ان هذا مذهب ابن أبي ليلى ، وان مذهب (. ح .) مثل مذهب (. ش .) .

مسألة ٢٤ . (. ج .) : إذا اختلفا الزوجان في قدر المهر ، مثل أن يقول الزوج : تزوجتك بألف ، وقالت : بألفين . وفي جنس المهر فقال : تزوجتك بألف درهم ، وقالت : بألف دينار ، فالقول قول الزوج ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وبه قال النخعي ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى .

وقال (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ر .) : يتحالفان ويجب مهر المثل . وقال (. ك .) : (: ان كان الاختلاف

(١) م : وعند أبي (. ح .) يسقط .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٧ .

بعد الدخول ، فالقول قول الزوج. وان كان قبل الدخول ^(١) ، تحالفا ^(٢) مثل قول (. ش .) ،
، الا أنه قال : إذا تحالفا بطل النكاح ، بناه على أصله في أن المهر إذا فسد بطل النكاح.

مسألة ٢٥ . : إذا تحالفا ^(٣) فسد المهر عندهم ووجب لها مهر المثل على كل حال ،
عند جميع أصحاب (. ش .) ، الا ابن خيران فإنه قال : ما ادعته ^(٤) المرأة قدر مهر مثلها
أو أكثر وجب لها مهر المثل ، وان كان ما تدعيه أقل من مهر مثلها ، مثل أن ادعت ألفا
ومهر مثلها ألفان ، فإنه لا يجب عليه الا الألف ، واتفقوا كلهم على أنه إذا أقر بأن مهرها
ألفان ومهر مثلها ألف ، أنه لا يلزمه أكثر من ألف.

وقال (. ح .) ، و (. م .) : ان كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج أو أقل فلها مهر
مثلها وان كان مهر مثلها مثل ما ادعت أو أكثر فلها ما ادعت لا يزداد عليه ^(٥) ، وان كان
مهر مثلها فوق ما قال الزوج ودون ما قالت فلها مهر مثلها ، وهذا التفصيل يسقط عنا ،
لما بيناه في المسألة الأولى ^(٦) ، لأنه مبني على التحالف.

مسألة ٢٦ . « ج » : إذا اختلف الزوجان في قبض المهر ، فقال الزوج : قد
أقبضتك المهر ، وقالت : ما قبضته ^(٧) ، فالقول قولها ، سواء كان قبل الزفاف أو بعده قبل
الدخول بها أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير ، والشعبي ، وأكثر أهل الكوفة ،

(١) م : وان كان قبله الدخول.

(٢) د : تحالفا مثل.

(٣) د : إذا تحالفا.

(٤) م : فإنه قال ان كان ما ادعته.

(٥) م : لا يزداد عليها.

(٦) م : لما بيناه فيما تقدم.

(٧) م : ما اقبضه.

وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، وح .) ، وأصحابه ، و (. ش .) .
 وذهب (. ك .) إلى أنه ^(١) ان كان بعد الدخول فالقول قوله ، وان كان قبل الدخول
 فالقول قولها . وذهب الفقهاء السبعة إلى أنه ان كان بعد الزفاف ، فالقول قوله .
 وان كان قبله فالقول قولها .

قال أبو حامد الاسفرائيني : رأيت من يحكي عن هؤلاء أنه انما يكون القول قوله في
 القدر الذي جرت العادة بتقديمه ، قال : ولا أعرف هذا التفصيل عن (. ك .) .

مسألة ٢٧ . : إذا كان مهرها ألفا وأعطاهما ألفا واختلعا ، فقالت : قلت لي خذيها
 هدية ، أو قالت هبة ، وقال : بل قلت خذيها مهرا ، فالقول قول الزوج بكل حال ، لأنهما
 قد اتفقا على أن الالف ملك الزوج ، واختلعا في صفة انتقاله ^(٢) إلى يدها ، فوجب أن
 يكون القول قول المالك ، ويكون البيئة على من ادعى انتقاله اليه بسبب ، وبه قال (. ح .)
 ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : ان كان المقبوض ما جرت العادة بهدية مثله ، كالمقنعة والخاتم ونحو
 ذلك ، فالقول قولها انه هدية ، والا فالقول قوله كما قلناه .

مسألة ٢٨ . : البكر البالغ الرشيدة يجوز لأبيها أن يقبض مهرها بغير أمرها ما لم
 تنهه عن ذلك ، بدلالة إجماع الفرقة على أن للأب أن يعفو عن المهر ومن له العفو فله
 المطالبة والقبض ، وبه قال (. ح .) ، وبعض الخراسانية من أصحاب (. ش .) وقال أكثر
 أصحابه : ليس له ذلك إلا بإذنها .

مسألة ٢٩ . : إذا تزوج بامرأة ودخل بها ثم خالعهما ، فلزوجها نكاحها في عدتها ،
 فان فعل وأمهرها مهرا ، فان دخل بها استقر المهر ، وان طلقها قبل الدخول ثبت نصف
 المهر وسقط نصفه ، وبه قال (. ش .) .

(١) م : و (. ش .) و (. ك .) إلى أنه .

(٢) م : انتقالها .

ويدل عليه قوله تعالى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ^(١) وهذا طلاق قبل المس. وقال (. ح .) : لا يسقط شيء ولها المهر كله.

مسألة ٣٠ . (. ج .) : إذا أصدقها على أن لأبيها ألفا ، فالنكاح صحيح بلا خلاف وما سماه لها يجب عليه الوفاء به ، وهو بالخيار فيما سمى لأبيها. وقال (. ش .) : المهر فاسد ولها مهر المثل ، وهو نقل المزني. وقال في القديم : لو أصدقها على أن لأبيها ألفا ولأمها ألفا ، كان الكل للزوجة ، وبه قال (. ك .) .

مسألة ٣١ . (. ج .) : إذا أصدقها ألفا وشرط أن لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها ، كان النكاح والصداق صحيحا والشرط باطلا.

وقال (. ش .) : المهر فاسد ويجب مهر المثل ، فأما النكاح فصحيح.

مسألة ٣٢ . : إذا أصدقها دارا وشرط في الصداق الخيار ثلاثة أيام ، صح الصداق والشرط معا والنكاح صحيح ، لقوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » وهذا شرط لا يخالف الكتاب والسنة.

وللش في صحة النكاح قولان ، فاذا قال يصح فله في الصداق ثلاثة أوجه ، أحدها يصح المهر والشرط معا كما قلناه. والثاني : يبطلان معا. والثالث : يبطل الشرط دون الصداق.

مسألة ٣٣ . : الذي بيده عقدة النكاح عندنا هو الولي الذي هو الأب أو الجد ، وهو قول ابن عباس ، والحسن البصري ، وربيعة ، و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ش .) في القديم إلا أن عندنا له أن يعفو عن بعض المهر ، وليس له أن يعفو عن جميعه.

وقال (. ش .) في الجديد : هو الزوج ، ورووه عن علي ﷺ ، وجبير بن مطعم ،

(١) سورة البقرة : ٢٣٨.

وسعيد بن جبير ، وسعيد بن المسيب ^(١) ، وشريح ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي و (. ع .) ، و (. ر .) ، وابن أبي ليلى ، و (. ح .) .

ويدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله ^(٢) تعالى ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ^(٣) وفي الآية أدلة .

منها : أنه خاطب الزوج ابتداء ، ثم عدل عنه إلى الكناية أخيرا ، فقال : إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، فالظاهر أن الكناية عن غير من واجهه بالخطاب . ومنها : أنه عطف بقوله ﴿ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ على قوله ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ ﴾ يعني الزوجة عن نصفها ، فحملة على الولي أولى ، ليكون حكم المعطوف وهو عفو الولي عن نصف الصداق حكم المعطوف عليه وهو عفو الزوجة ^(٤) عن ذلك النصف . ومنها : أنا إذا حملناه على الولي حملنا الكلام على ظاهره من غير إضمار لان بيد الولي العقد والعفو قبل الدخول وبعد الطلاق ، وإذا حملوا على الزوج افتقر الكلام إلى إضمار ، لأن الزوج لا يملكها بعد الطلاق .

مسألة . ٣٤ . (. ج .) : إذا أصدقها صداقا ، ثم وهبته له ، ثم طلقها قبل الدخول فله أن يرجع إليها بنصفه .

وللش فيه قولان ، قال في القلم : لا يرجع وهو اختيار المزني . وقال في

(١) د : سعد بن المسيب .

(٢) م : دليلنا قوله تعالى .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٨ .

(٤) م : وعفو الزوجة .

الجديد : يرجع وهو الأصح عندهم ، سواء وهبت له بعد أن قبضته أو قبل القبض الباب واحد. وقال (. ح .) : ان كان ذلك قبل القبض لم يرجع عليها بشيء ، وان كان بعد القبض رجع عليها بالنصف.

مسألة . ٣٥ . : إذا أصدقها عبدا فوهبت له نصفه ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فإنه يرجع عليها بنصف العبد الذي وهبته ، لأن الذي استحقته من العبد نصفه ، فاذا وهبته له فقد قبضته ، فاذا طلقها وجب عليها أن ترد ما أخذته.

وللش فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : لا يرجع بشيء ، وبه قال (. ح .) . والثاني : يرجع بنصف الموجود وهو ربع العبد ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) . والثالث : يرجع بالنصف على ما قلناه.

مسألة . ٣٦ . : إذا زوج الأب أو الجد من له إجبارها على النكاح من البكر الصغيرة أو الكبيرة بمهر دون مهر المثل ، ثبت المسمى ولا يجب مهر المثل ، لقوله تعالى ﴿ **فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ ^(١) ولم يفصل بين أن يكون دون مهر المثل أو فوقه أو مثله ، ولقوله **عَلَيْهَا** : أدوا العلائق ، فقيل : وما العلائق؟ فقال : ما تراضى عليه الاهلون ، وهذا مما قد تراضوا به ، ولأننا قد علمنا أن النبي **عَلَيْهَا** زوج بناته بخمسائة ، ومعلوم أن مهر أمثالهن لا يكون هذا القدر.

وقال (. ح .) مثل ما قلناه. وقال (. ش .) : يبطل المسمى ويجب مهر المثل.

مسألة . ٣٧ . : إذا وجب لها مهر المثل فأبرأته عنه ، فإن كانت عاملة بمقداره صح الإبراء ، وان لم تكن عاملة به لم يصح ، لأنه لا دلالة على صحته ، والأصل بقاء الحق في الذمة ، وكذلك ضمان المجهول لا يصح ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : الإبراء من المجهول وضمن المجهول يصحان معا.

(١) سورة البقرة : ٢٣٨.

مسألة ٣٨ . : إذا سمى الصداق ودخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ، لم يكن لها بعد ذلك الامتناع من تسليم نفسها حتى يستوفي ، بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها تسليم نفسها ، لان البضع حقه والمهر حق عليه ، ولا يمنع حقه لثبوت حق عليه ، لان جواز ذلك يحتاج إلى دلالة ، وقال (. ش .) مثل ما قلناه ، وعند ^(١) (. ح .) لها أن تمتنع حتى تقبض ، لان المهر في مقابلة كل وطئ في النكاح .

مسألة ٣٩ . : إذا أصدقها ألفاً ، ثم خالعهها على خمسمائة منها قبل الدخول [بها فإنه يسقط عنه جميع المهر ، لان الخلع لا يكون عندنا الا بطلاق ، فكأنه قد طلقها قبل الدخول] ^(٢) فيرجع عليه نصف المسمى والنصف الآخر قد أسقطته بالخلع فلم يبق لها شيء .

وقال (. ش .) : إذا أصدقها شيئاً ، ثم خالعهها على شيء منه فما بقي عليه نصفه ^(٣) وظاهر هذا أن له من الألف مائتين وخمسين . واختلف أصحابه على ثلاث طرق فقال أبو إسحاق : معناه مثل ما قلناه ، وانه يصير المهر كله له .

وقال ابن خيران : معناه ينعقد الخلع بمائتين وخمسين ويسقط عن ^(٤) الزوج مائتان وخمسون وبقي بعد هذا خمسمائة يسقط عنه نصفها وبقي عليها نصفها ، وفي أصحابه من قال : الفقه على ما قاله ابن خيران ، وخالفه في التعليل .

مسألة ٤٠ . (. ج .) : من وطئ امرأة فأفضاها ، ومعنى ذلك صير مجرى البول ومدخل الذكر واحداً ، فان كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها ما دامت حية ، وعليه مهرها وديتها كاملة ، وان كان بعد تسع سنين لم يكن عليه شيء غير المهر

(١) م : وبه قال (. ش .) وعند (. ح .) .

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من نسخة (. م .) .

(٣) م : فعلية نصفه .

(٤) م : يسقط عنه .

هذا إذا كان في عقد صحيح أو عقد شبهة ، فأما إذا كان مكرها لها ، فإنه يلزمه ديتها على كل حال ولا مهر لها ، وسواء كان البول مستمسكا أو مسترسلا .

وقال (. ش .) : عليه ديتها ومهرها ، ولم يفصل بين قبل التسع سنين وبعده ^(١) .

وقال (. ح .) : ان أفضى زوجته ، فلا يجب بالإفضاء عليه شيء . وان كانت أجنبية نظرت فان كان الوطي في نكاح فاسد ، فان كان البول مسترسلا ، فلها مهر مثلها ولها كمال الدية ^(٢) ، وان كان مستمسكا فلها المهر وثلث الدية كالجائفة ، وان استكره امرأة على هذا فلا مهر لها والدية على ما فصلناه . وقال (. ك .) : عليه حكومة .

مسألة ٤١ . : إذا طلقها بعد أن خلا بها وقبل أن يمسه ، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب ، أحدها : أن وجود هذه الخلوة وعدمها سواء ، يرجع اليه نصف الصداق ولا عدة عليها ، وهو الظاهر من روايات أصحابنا ، وبه قال في الصحابة ابن عباس ، وابن مسعود ، وفي التابعين الشعبي ، وابن سيرين ، وفي الفقهاء (. ش .) ، وأبو ثور . والمذهب الثاني : أن الخلوة كالدخول يستقر بها المسمى ويجب عليها العدة وبه قال قوم من أصحابنا ، ورووا في ذلك أخبارا ، وروي ذلك عن علي عليه السلام ، وبه قال عمر ، وابن عمر ، والزهري ، وفي الفقهاء (. ع .) ، و (. ح .) ، وأصحابه ، وهو نص (. ش .) في القديم .

والثالث : أن الخلوة ان كانت تامة ، فالقول قول من يدعي الإصابة ، وبه قال (. ك .) . (، وقال : الخلوة التامة أن يزفها الزوج الى بيته ^(٣) ويخلو بها ، وغير التامة أن يخلو بها في بيت والدها ما لم يزل حشمة ، فان طال مدته عندهم وارتفعت الحشمة

(١) م : أو بعده .

(٢) م : وكمال الدية .

(٣) د : الى بيتها .

صارت خلوة تامة.

ويدل على ما ذهبنا اليه . مضافا الى روايات أصحابنا . قوله ^(١) تعالى « **وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ** الآية » ^(٢) ولم يستثن الخلوة ، فوجب حملها على العموم ، ولا يجوز أن يكون المراد بالمس في الآية اللمس باليد ، لان ذلك لم يقل به أحد ولا الخلوة أيضا ، لأنه لا يعبر ^(٣) به عن الخلوة حقيقة ولا مجازا ، ويعبر ^(٤) به عن الجماع بلا خلاف ، فوجب حمل الآية عليه ، هذا وقد اجتمعت الصحابة على أن المراد بالمسيس في الآية الجماع.

وروي ذلك عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وروي عن عمر أنه قال : إذا أغلق الباب وأرخى الستر ، فقد وجب المهر ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم.

ومعلوم أن العجز من الزوج لا يكون من الخلوة واللمس ، فثبت أنه أراد به الجماع.

مسألة ٤٢ . (. ج .) : إذا تزوج امرأة وأمهرها عبدا مطلقا ، فقال : تزوجتك على عبد فالنكاح صحيح ، ويلزمه عبد وسط من العبد ، وبه قال (. ح .) ، وقال : يعطيها عبدا بين عبيدين ، وهو أوسط العبيد عبد سندي أو عبد منصوري ، فإنه أوسط العبيد وقال (. ش .) : الصداق باطل ويلزمه مهر المثل.

مسألة ٤٣ . : المدخول بها إذا طلقت ^(٥) لا متعة لها ، سواء كان سمي لها مهرا أو لم يسم ، فرض لها أو لم يفرض ، لأنه لا دلالة ^(٦) عليه ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) في القديم ، وقال في الجديد : لها المتعة ، وقد روي ذلك عن قوم من أصحابنا

(١) م : دليلنا مضافا.

(٢) سورة البقرة : ٢٣٨ .

(٣) م : يعتبر به.

(٤) م : يعتبر به.

(٥) د : المدخول بها طلقت.

(٦) م : أو لم يسم لأنه لا دلالة عليه.

الا أنهم قالوا : إنها متعة مستحبة غير واجبة.

مسألة . ٤٤ . (. ج .) : الموضع الذي يجب المتعة أو يستحب فإنها يثبت ، سواء كان الزوج حراً أو عبداً ، أو الزوجة حرة أو أمة ، وبه قال جميع الفقهاء .
وقال (. ع .) : إذا كان الزوجان عبيدين أو أحدهما فلا متعة .

مسألة . ٤٥ . : كل فرقة يحصل بين الزوجين ، سواء كان من قبله أو من قبلها أو من قبل أجنبي^(١) ، فلا يجب به المتعة إلا الطلاق فحسب ، بدلالة أن المتعة قد أوجبها الله في الطلاق ، فالحاق غيره به قياس لا نقول به .

وقال (. ش .) : إذا كانت الفرقة من جهته بطلاق أو ارتداد أو إسلام ، أو من جهتهما مثل الخلع أو اللعان ، أو من جهة أجنبي مثل أن ترضع المرأة أم الزوج ومن يجري مجراها ممن يحرم عليه تزويجها ، فإنه يجب لها المتعة ، وإنما يسقط المتعة إذا كان بشيء من جهتهما .

مسألة . ٤٦ . : من كان له زوجة أمة مفوضة البضع ، فاشترها من سيدها انفسخ النكاح ولا متعة لها ، لأنه لا دلالة على وجوب ذلك . وقال أكثر أصحاب (. ش .) : فيها قولان أحدهما يجب والأخر لا يجب . وقال أبو إسحاق : ينظر من استدعى البيع فيغلب حينئذ .

مسألة . ٤٧ . : إذا أصدقها انائين فانكسر أحدهما ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، كان لها نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، لأن أحدهما باق فلا ينقل إلى القيمة مع بقاء العين . وللش فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : هو بالخيار بين ما قلناه وبين أن يأخذ نصف قيمتهما معا .

مسألة . ٤٨ . : إذا أصدقها صداقا ، فأصابته به عيبا ، كان لها رده بالعيب ،

(١) م : أو من قبلها أو من قبلهما أو من قبل أجنبي .

سواء كان العيب يسيرا أو كثيرا ، لأنه لم يسلم^(١) ما وقع عليه العقد ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : ان كان يسيرا لم يكن لها الرد ، وان كان كثيرا فلها رده .

(١) م : لا يسلم .

كتاب الوليمة

مسألة ١ . (ج .) : الوليمة مستحبة وليست بواجبة ، وهو أحد قولي (ش .) ،
والآخر أنها واجبة .

مسألة ٢ . : من دعي إلى الوليمة يستحب له حضورها ، وليس بواجب عليه أي
وليمة كانت ، لأنه لا دلالة على وجوبه ^(١) ، وظاهر مذهب (ش .) أن الإجابة في جميع
الولائم واجبة ، وهل هو من فروض الأعيان أو فروض الكفايات ^(٢) ؟
فيه وجهان ، وله قول آخر انه مستحب .

مسألة ٣ . : إذا اتخذ الذمي وليمة ودعا الناس إليها ، فلا يجوز للمسلم أن يحضرها
، لان ذبائح أهل الذمة عندنا محرمة ، وما باشروه بأيديهم من الطعام نجس لا يجوز أكله .
وللش فيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه حضورها ، لعموم الخبر .
والثاني : لا يجب ^(٣) .

مسألة ٤ . : من حضر الوليمة لا يجب عليه الأكل ، وانما يستحب له ذلك ،

(١) د : لا دلالة له على وجوبه .

(٢) م : فروض الأعيان أو الكفايات .

(٣) م : أحدهما يجب والآخر لا يجب .

لأنه لا دليل على وجوبه ، ولما روى جابر عن النبي ﷺ أنه قال : من دعى إلى طعام فليحضر ، فان شاء أكل وان شاء ترك.

وللش فيه وجهان ، أحدهما وهو الأظهر ما قلناه ، وفي أصحابه من قال : يجب عليه ذلك.

مسألة . ٥ . (. ج .) : نثر السكر واللوز في الولائم وأخذه مكروه ، وبه قال (. ش .) .
(. وقال (. ح .) : هو مباح وان كان يؤخذ بخلصة .

كتاب القسم بين الزوجات

مسألة ١ . : النبي ﷺ ما كان يجب عليه القسم بين النساء ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَتُؤْزِي إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ** ﴾ ^(١) وذلك عام ، وبه قال أبو سعيد الإصطخري. وقال باقي أصحاب (. ش .) : انه كان يلزمه.

مسألة ٢ . (. ج .) : من كانت عنده مسلمة وذمية ، فله أن يقسم للحرّة المسلمة ليلتين وللذمية ليلة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : عليه التسوية بينهما.

مسألة ٣ . (. ج .) : إذا كانت عنده حرّة وأمة زوجة ، كان للحرّة ليلتان وللأمة ليلة ، وبه قال علي ﷺ ، وهو قول جميع الفقهاء ، الا (. ك .) فإنه قال : يسوى بينهما ^(٢).

مسألة ٤ . (. ج .) : إذا كانت عنده زوجتان ، جاز له أن يبيت عند واحدة منهما ثلاث ليل ، وعند الأخرى ليلة واحدة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : يجب التسوية بينهما.

مسألة ٥ . (. ج .) : إذا سافرت المرأة وحدها بإذن الزوج لا يسقط نفقتها

(١) سورة الأحزاب : ٥١ .

(٢) د : تسوى بينهما.

ولا قسمتها ، لأنه لا دليل على سقوط ذلك ، والأصل ثبوت حقها . وللش فيه قولان .

مسألة . ٦ . (. ج .) : من كانت عنده زوجتان أو ثلاثة فتزوج بأخرى ، فإن كانت بكرا ، فإنه يخصها بسبعة أيام ويقدمها ، فلها حق التقديم والتخصيص بثلاثة أيام ^(١) أو سبعة أيام ويقضيها في حق الباقيات ، وهي بالخيار بين أن تختار ثلاثة أيام خاصة لها ، أو سبعة أيام يقضيها في حق البواقي ، وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ق .) ، وفي التابعين الشعبي ، والنخعي .

وقال سعيد بن المسيب ، والحسن البصري : يخص البكر بليتين والثيب بليلة ولا يقضى . وقال (. ح .) وأصحابه : للجديدة حق التقديم فحسب دون حق التخصيص ، فان كانت بكرا قدمها بالبيتوتة عندها سبعا ثم يقضي وإن كانت ثيبا قدمها بثلاث ثم يقضي ، واليه ذهب الحكم وحماد .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(٢) أنس أن النبي ﷺ قال : للبكر سبع ليال ، وللثيب ثلاث ليال ، فأضاف إليهما بلام التملك . وروت أم سلمة أن النبي ﷺ قال لها لما تزوجها ما بك على أهلك من هوان ، إن شئت سبعت عندك ، وسبعت عندهن ، وإن شئت ثلثت عندك ودرت .

مسألة . ٧ . : إذا سافر ببعض نسائه من غير قرعة ، فعليه أن يقضي لمن بقي بقدر غيبته مع التي تخرج بها ^(٣) ، لأن القسمة حق لمن ، ولا دليل على سقوطه . وإذا خرج بها بقرعة ، فليس عليه أن يقضي للبواقي ، لأن النبي ﷺ كذلك فعل ولم يقض ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا قضاء عليه ، كما لو خرج معها بقرعة .

مسألة . ٨ . : إذا نشزت المرأة ، حل ضربها بنفس النشوز دون الإضرار ،

(١) م : والتخصيص وإن كانت ثيبا فلها حق التقديم والتخصيص بثلاثة أيام .

(٢) م : دليلنا ما رواه .

(٣) م : خرج بها .

بدلالة قوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾^(١).

وقال كثير من أهل التفسير : ان معنى تخافون تعلمون ، ومن لم يقل ذلك وحمل الخوف على ظاهره أضمر في الظاهر وعلمتم نشوزهن فاضربوهن ، وهذا الإضمار مجمع عليه. ولش فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : أنه لا يحل حتى تصر وتقيم عليه.

مسألة ٩٠ : بعث الحكمين في الشقاق على سبيل التحكيم لا على سبيل التوكيل ، وبه قال علي عليه السلام ، وابن عباس ، وهو أحد قولي (. ش .) . والقول الآخر ان ذلك على سبيل التوكيل ، وبه قال (. ح .) ، وظاهر قوله تعالى ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾^(٢) يدل على التحكيم ، لأنه لم يقل فابعثوا وكيلا من أهله.

وأیضا ^(٣) فإن الخطاب إذا ورد مطلقا فيما طريقه الاحكام ، كان منصرفا إلى الأئمة والقضاة ، كقوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٤) و ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾^(٥) وكذلك ها هنا.

وأیضا فإن الخطاب لم يتوجه الى الزوجين ، لأنه لو توجه إليهما لقال فابعثا ، وقال : ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ ، فأضاف الإرادة إلى الحكمين ولو كان توكيلا لم يضاف إليهما.

وأیضا فقد روى أصحابنا أنهما يمضيان ما اتفق رأيهما عليه ، الا الفرقة فإنهما يستأذنان في ذلك ، فدل ذلك على أنه على سبيل التحكيم ، لان التوكيل لا يجوز فيه

(١) سورة النساء : ٣٨ .

(٢) سورة النساء : ٣٩ .

(٣) م : وكيلا وأیضا .

(٤) سورة المائدة : ٤٢ .

(٥) سورة النور : ٢ .

إنفاذ شيء إلا بإذن الموكل.

وروى مثل ذلك عبيدة السلماني ، قال : دخل رجل الى علي عليه السلام ومعه امرأته مع كل واحد منهما فئام من الناس ، فقال علي عليه السلام : ما شأن هذا؟ قالوا : وقع بينهما شقاق ، قال : ﴿ فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ فبعثوهما ، فقال علي عليه السلام للحكمين : هل تدريان ما عليكما إن رأيتما أن تجمعما جمعتهما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقالت المرأة : رضينا بما في كتاب الله فيما فيه لي وعلي ، فقال الرجل : أما فرقة فلا ، فقال : والله لا تذهب حتى تقر بمثل ما أقرت.

مسألة ١٠. (ج.) : إذا ثبت أن ذلك على جهة التحكيم ، فليس لهما أن يفرقا ولا أن يخلعا الا بعد ^(١) الاستئذان ، ولهما أن يجمعا ^(٢) من غير استئذان. وقال (ش.) : على هذا القول ان لهما جميع ذلك من غير استئذان ^(٣).

(١) د : أن تخلعا الا بعد.

(٢) د : أن تجمعما.

(٣) م : من غير إذئهما.

كتاب الخلع

مسألة ١ . : إذا كانت الحال بين الزوجين عامرة ، والأخلاق ملتزمة ، واتفقا على الخلع ، فبذلت له شيئا على طلاقها ، لم يحل ذلك وكان محظورا ، بدلالة إجماع الفرقة على أنه لا يجوز له خلعها الا بعد أن يسمع منها ما لا يحل ذكره من قولها « لا أغتسل لك من جنابة » و « لا أقيم لك حدا » و « لأوطئن فراشك » من تكرهه ويعلم ذلك منها وهذا مفقود ها هنا ، فيجب أن لا يجوز الخلع.

ويدل على ذلك أيضا قوله تعالى ﴿ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ ^(١) فحرم الأخذ منها الا عند الخوف من ترك اقامة الحدود ، ثم قال ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ^(٢) فدل ذلك على أنه متى ارتفع هذا الخوف حصل الجناح ، وبه قال عطاء ، والزهرري ، والنخعي ، وداود ، وأهل الظاهر.

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٩ .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. ر .) : ان ذلك مباح .

مسألة . ٢ . (. ج .) : لا يصح الخلع إلا في طهر لم يقربها فيه بجماع إذا كان دخل بها ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة . ٣ . : الصحيح من مذهب أصحابنا أن الخلع بمجرد لا يقع ، ولا بد معه من التلفظ بالطلاق ، وفي أصحابنا من قال : لا يحتاج الى ذلك بل نفس الخلع كاف ، الا أنهم لم يبينوا أنه طلاق أو فسخ .

والذي يقتضيه مذهب من لم يراع من أصحابنا التلفظ بالطلاق أن يقول : انه فسخ ^(١) وليس بطلاق ، لأنه لا دليل على كونه طلاقا ، ويدل عليه قوله تعالى ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) ثم ذكر الفدية بعد هذا ، ثم ذكر الطلقة الثالثة ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(٣) فذكر الطلاق ثلاثا ، وذكر الفدية في أثنائها ، فلو كان طلاقا لكان الطلاق أربعا ، وذلك باطل بالإجماع .

وأقول : ان من قال من أصحابنا ان نفس الخلع كاف ، ولا يحتاج الى طلاق ففيما روه من الاخبار ما يدل على أن الخلع تطليقة ، وقد ورد هذا اللفظ بعينه ، وورد أيضا أن الخلع يكون تطليقة بغير طلاق تتبعها فكانت بائنا بذلك وكان خاطبا من الخطاب ، فلا معنى للقول بأن الخلع على هذا القول فسخ .

وللش فيه قولان ، أحدهما : ان الخلع طلاق ، ذكره في الإملاء وأحكام القرآن ، وبه قال عثمان ، ورووه عن علي عليه السلام ، وعبد الله بن مسعود ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) ، و (. ح .) ، وأصحابه . وقال في القديم : الخلع فسخ ، وهو اختيار الاسفرائني ،

(١) م : أن يقول له فسخ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٠ .

وبه قال ابن عباس ، وصاحبه عكرمة وطاوس ، وفي الفقهاء (. د .) ، و (. ق .) ، وأبو ثور .

مسألة . ٤ . (. ج .) : الخلع جائز بين الزوجين ولا يفتقر الى حاكم ، وبه قال (. ح .) وأصحابه ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. ر .) . وقال الحسن البصري ، وابن سيرين : لا يصح الا بحاكم .

مسألة . ٥ . (. ج .) : البذل في الخلع غير مقدر ان شاء اختلعا ^(١) بقدر المهر أو بأكثر أو بأقل ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ك .) ، و (. ع .) ، و (. ر .) . وذهب الزهري ، و (. د .) ، و (. ق .) إلى أنه جائز بقدر المهر الذي تزوجها عليه ، ولا يجوز بأكثر منه .

مسألة . ٦ . (. ج .) : الخلع إذا وقع صحيحا سقطت الرجعة ، ولا يملك الزوج الرجعة والبذل أبدا ، سواء كان الخلع بلفظ الفسخ أو بلفظ الطلاق ، وبه قال في التابعين الحسن ، والنخعي ، وفي الفقهاء (. ح .) ، وأصحابه ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. ر .) .

وقال سعيد بن المسيب ، والزهري : الزوج بالخيار بين أن يملك العوض ولا رجعة ، وبين أن يرد العوض وله الرجعة ما دامت في العدة ، وأما بعد انقضائها فلا يمكن أن يثبت له رجعة .

وقال أبو ثور : ان كان بلفظ الخلع فلا رجعة ، وان كان بلفظ الطلاق ملك العوض وله الرجعة . قال أبو حامد : لم يعرف هذا التفصيل أصحابه ، وانما نقلته من كتابه ، وقد خالف الإجماع في هذا القول .

مسألة . ٧ . : إذا وقع الخلع على فاسد ^(٢) ، مثل الخمر والخنزير وما أشبه

(١) د ، م : ان شاء اختلعا .

(٢) م : على بطل فاسد ، د : على بدل فاسد .

ذلك مما لا يصح تملكه لم يصح خلعه ، لأنه لا دليل على صحته ، والأصل بقاء العقد .
 وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، فقالوا : يصح الخلع . ثم اختلفوا ، فقال (. ح .) :
 يكون تطليقة رجعية . وقال (. ش .) : الخلع صحيح والبذل فاسد ^(١) ويجب له مهر مثلها .
مسألة . ٨ . : إذا طلقها طلاقاً على دينار بشرط أن له الرجعة لم يصح الطلاق ، لأنه
 لا دليل على صحته ، والأصل بقاء العقد . وقال المزني فيما ^(٢) نقله عن (. ش .) : الخلع
 باطل ، ويثبت له الرجعة ، ويسقط البذل ، لأنه ^(٣) جمع بين أمرين متنافيين ثبوت الرجعة مع
 ملك العوض .

قال المزني : وعندني الخلع صحيح والشرط فاسد ، وعليها مهر المثل ويسقط الرجعة .
 ونقل الربيع هذه المسألة عن (. ش .) مثل ما نقلها المزني ، قال : الرجعة ثابتة والدينار
 مردود ، ثم قال : وفيها قول آخر ان الخلع صحيح ، ويسقط الشرط ، وينقطع الرجعة ،
 ويجب له عليها مهر مثلها .

مسألة . ٩ . (. ج .) : إذا اختلعت نفسها من زوجها بألف على أنها متى طلبتها
 استردتها ويحل له الرجعة ^(٤) ، صح الخلع وثبت الشرط . وقال أكثر أصحاب (. ش .) :
 الخلع صحيح وكان عليها مهر المثل ، وله قول آخر أن الخلع يبطل ويثبت الرجعة .
مسألة . ١٠ . : المختلعة لا يلحقها الطلاق ، ومعناه أن الرجل إذا خالع زوجته

(١) د : الخلع والبذل فاسد .

(٢) م : وقال المروي قيماً .

(٣) د : ويسقط البذل لأنه .

(٤) م : وكل له الرجعة .

خلعا صحيحا ، ملك به العوض وسقطت به الرجعة ثمَّ طلقها ثمَّ يلحقها طلاقه ، ^(١) سواء كان بصريح اللفظ أو بالكناية ، في العدة كان أو بعد انقضائها ، بالقرب من الخلع أو بعد التراخي عنه ، وبه قال ابن عباس ، وابن الزبير ، وعروة ، وفي الفقهاء (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وذهب الزهري ، والنخعي ، و (. ر .) ، و (. ح .) إلى أنه يلحقها طلاقه قبل انقضاء العدة ، ولا يلحقها بعد ذلك . وانفرد (. ح .) بأن قال : يلحقها الطلاق بصريح اللفظ ولا يلحقها بالكناية مع النية ^(٢) .

وقال (. ك .) : ان أتبع الخلع بالطلاق ، فتقول له خالعي بألف ، فقال : خالعتك أنت طالق لحقها . وقال الحسن البصري : ان طلقها في مجلس الخلع لحقها .

ويدل على المسألة أنا قد بينا ^(٣) أن الخلع يحتاج إلى التلفظ بالطلاق ، فاذا تلفظ به لم يمكنه أن يطلقها ثانيا إلا بعد المراجعة ، على ما نبينه في كتاب الطلاق ، وهذه لا يمكن مراجعتها ومن قال من أصحابنا : ان الخلع لا يحتاج إلى لفظ الطلاق ، فلا يمكنه أيضا أن يقول بإيقاع ^(٤) الطلاق ، لأنها قد بانت بنفس الخلع ولا يمكن مراجعتها .

مسألة . ١١ . (. ج .) : إذا قال لها ان دخلت الدار ، أو ان كلمت أمك ، فأنت طالق ثلاثا ، فعندنا أن هذا باطل ، لأنه تعليق الطلاق بشرط .

وقال جميع الفقهاء : ان هذه يمين صحيحة ، فإذا أرادت أن تكلم أمها ولا يقع الطلاق ، فالحيلة أن يخالعه فتبين بالخلع ثمَّ تكلم أمها وهي بائن ، فينحل

(١) م : لم يلحقها طلاقه .

(٢) م : بصريح اللفظ لا غير مع النية .

(٣) م : دليلنا انا قد بينا .

(٤) د : أن يفعل بإيقاع .

اليمين ثم يتزوج بها من بعدها ، ثم^(١) تكلم أمها فلا يقع الطلاق ، هذا قول (. ش .) ان اليمين ينحل بوجود الصفة وهي بائن منه .

وقال (. ك .) ، وأحمد بن حنبل : لا ينحل اليمين بوجود الصفة ، وهي بائن فمضى تزوجها بعد هذا ثم وجدت الصفة وقع الطلاق ، وبه قال الإصطخري .

مسألة ١٢٠ . (. ج .) : إذا قال لزوجته أنت طالق كل سنة تطليقة ، ثم بانث منه في السنة الاولى ، ثم تزوج بها فجاءت السنة الثانية ، وهي زوجته بنكاح جديد غير الأول ، مثل أن بانث بواحد ثم تزوج بها ، أو بالثلاث فنكحت زوجا غيره ، ثم بانث منه فتزوجها ثانيا .

فهل يعود حكم اليمين في النكاح الثاني^(٢) إذا لم يوجد الصفة وهي بائن؟
للش فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : لا يعود بحال ، وبه قال المزني . والثاني : يعود بكل حال . والثالث : ان كان الطلاق ثلاثا لم يعد ، وان كان دونها عادت الصفة ، وبه قال (. ح .) . وهذا ساقط عنا ، فان عندنا لا يقع^(٣) بالشرط وبالصفة .

مسألة ١٣٠ . (. ج .) : لا ينعقد الطلاق قبل النكاح ولا يتعلق به حكم ، سواء عقده في عموم النساء أو خصوصهن أو أعيانهن ، وسواء كان الصفة مطلقة أو مضافة الى ملك ، فالعموم أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، والخصوص كل امرأة أتزوج بها من القبيلة الفلانية ، فهي طالق . والأعيان ان أتزوج فلانة^(٤) أو بهذه ، فهي طالق . والصفة المطلقة أن يقول لأجنبية : ان دخلت الدار ، فأنت طالق . والصفة المقيدة أن يقول لأجنبية : ان دخلت الدار وأنت زوجتي ، فأنت

(١) م : من بعد هذا ثم .

(٢) م : فهل يعود حكم النكاح الثاني .

(٣) د ، م : فان عندنا الطلاق لا يقع .

(٤) د ، م : بفلانة .

طالق ، وهذا هو الحكم في العتق على هذا الترتيب حرفا بحرف ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وابن عباس ، وعائشة ، وفي الفقهاء (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) وأصحابه : ينعقد الطلاق قبل النكاح في عموم النساء وخصوصهن ، وفي أعيانهن ، واليه ذهب الشعبي ، والنخعي . وأما الصفة ، فعند (. ح .) ينعقد في الصفة المقيدة ، ولا ينعقد في الصفة المطلقة ، وهكذا مذهبه في العتق على تفصيل الطلاق .

وقال (. ك .) ، وريعة ، و (. ع .) : ان عقده في عموم النساء لم ينعقد ، وان عقد في خصوصهن أو أعيانهن انعقدت ، قالوا : لأنه إذا عقده في عمومهن لم يكن له سبيل الى نكاح ، فيبقى مبتلى لا زوج له فلم ينعقد ، وليس كذلك الخصوص والأعيان ، لأن له سبيلا الى غيرهن .

مسألة . ١٤ . : الخلع لا يقع عندنا على الصحيح من المذهب الا أن يتلفظ بالطلاق ، ولا يقع بشيء من غير هذا اللفظ .

وقال (. ش .) : يقع بصريح ألفاظ الطلاق وبكناياته ، فالتصريح عنده ثلاثة ألفاظ : طلقتك ، وسرحتك ، وفارقتك . والكنايات : فاديتك ، أو خالعتك ، أو ابتك ، أو باريتك ، أو بتتك ، أو برئت منك ، أو حرمتك ، ونحو ذلك ، فكل يقع به الخلع الا انه لا يراعى في الألفاظ الصريحة النية ، فيقع الخلع بالتلفظ به ، ويعتبر النية في الكنايات بينهما جميعا ، فان لم ينويا لم يقع الخلع ، وكذلك ان نوى أحدهما دون صاحبه لم يكن شيئا . ويدل على صحة ما اعتبرناه أنه مجمع على وقوع الخلع به ، ولا دليل على وقوعه بغيره .

مسألة . ١٥ . : إذا اختلفا على ألف ، ولم يردا بالألف جنسا من الأجناس لم يصح الخلع والعقد باق على ما كان ، لأنه لا دليل على انعقاد هذا الخلع .

وقال (. ش .) : الخلع صحيح والعوض باطل ، ويجب مهر المثل وانقطعت الصفة .

مسألة ١٦ . : متى اختلفا في النقد ^(١) ، واتفقا في القدر والجنس ، أو اختلفا في تعيين النقد « في نفس الجنس خ ل » أو إطلاق اللفظ ، واختلفا ^(٢) في الإرادة بلفظ القدر من الجنس والنقد ، فعلى الرجل البينة ، فإذا عدمها كان عليها اليمين بدلالة قوله **عَلَيْهِ** « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » وها هنا المدعي هو الزوج .

وقال ^(٣) (. ش .) في جميع ذلك : يتحالفان ويجب مهر المثل .

مسألة ١٧ . : إذا قال : خالعتك على ألف في ذمتك ، وقالت : على ألف في ذمة زيد ، فالقول قولها مع يمينها أنه لا يتعلق بذمتها ، لان الزوج هو المدعي ^(٤) بألف في ذمتها وهي المنكرة ، فأما إقرارها بأنه في ذمة زيد فلا يلتفت اليه .

وقال (. ش .) : فيه وجهان ، أحدهما : يتحالفان ويجب مهر المثل . والثاني : وهو المذهب أنهما لا يتحالفان ويجب مهر المثل .

مسألة ١٨ . (. ج .) : لا يقع الخلع بشرط ولا بصفة . وقال جميع الفقهاء : انه يقع .

مسألة ١٩ . (. ج .) : إذا قال لها ان أعطيتني ألفا فأنت طالق ، وإذا أعطيتني أو متى أعطيتني ، أو متى ما أعطيتني ، أو أي حين أو غير ذلك من ألفاظ الزمان فإنه لا ينعقد الخلع ، لإجماع الفرقة على أن الطلاق بشرط لا يقع ولم يفصلوا ، وهذه كلها

(١) م : في التقدير .

(٢) م : أو اختلفا في الإرادة .

(٣) م : واليمين على المدعى عليه وقال (. ش .) .

(٤) م : مع يمينها لان الزوج هو المدعي .

شروط.

وعند جميع الفقهاء أنه ينعقد ، فان كان اللفظ « ان » أو « إذا » اقتضى العطية على الفور ، والا بطل العقد ، وان كان لفظ زمان ، فأى وقت أعطته وقع الطلاق.

مسألة ٢٠ . (. ج .) : إذا قال لها : ان أعطيتني عبدا فأنت طالق ، لم يقع الخلع لأنه طلاق بشرط فلا يصح . وقال (. ح .) : متى أعطته العبد وقع الطلاق أي عبد كان ويملكه الزوج . وقال (. ش .) : متى أعطته العبد وقع الطلاق ولا يملكه الزوج ^(١) ، لأنه مجهول وعليها مهر مثلها .

مسألة ٢١ . : إذا قال خالعتك على ما في هذه الجرة من الخل فبان خمر كان له مثل ذلك من الخل وكان الخلع صحيحا ، لان البذل وقع موصوفا ^(٢) معينا وله مثل ، فيجب مثله إذا خالف الوصف ، وبه قال (. ش .) في القديم . وقال في الجديد و (. ح .) : الخلع صحيح والبذل فاسد ^(٣) ، ويجب عليها مهر المثل .

مسألة ٢٢ . (. ج .) : إذا قالت له طلقني ثلاثا بألف ، فإن طلقها ثلاثا فعليها ألف ، وان طلقها واحدة أو ثنتين فعليها بالحصّة من الألف بلا خلاف بينهم ، وان قالت طلقني ^(٤) ثلاثا على ألف ، فالحكم فيه مثل ذلك عند أصحاب (. ش .) ، وعند (. ح .) إذا طلقها ثلاثا فله ألف ، وان طلقها أقل من الثلاث وقع الطلاق ولم يجب عليها شيء .
والمسألتان على أصلنا لإجماع الفرقة على أن الطلاق لا يصح ، ولا يصح أن يوقع أكثر من واحدة ، فإن أوقع واحدة أو تلفظ بالثلاث فوقعت واحدة ، والظاهر

(١) م : وقال (. ح .) متى أعطته العبد وقع الطلاق ولا يملكه الزوج .

(٢) د : لان البذل وقع موصوفا .

(٣) م : والبذل باطل .

(٤) م : فان قالت طلقني .

أنه يستحق ثلث الألف ، لأنها بدلت الثلث عن الألف ، فيكون حصة كل واحدة ثلث ذلك.

مسألة . ٢٣ . : إذا قال خالعتك على حمل هذه الجارية وطلقها على ذلك ، لم يصح الخلع ولا يقع الطلاق ، لان هذا عوض مجهول ، ولا دليل على صحة الخلع به ، ولا على وقوع الطلاق ، والأصل براءة الذمة وثبات العقد.

وعند (. ش .) يصح الخلع والطلاق ، ويجب مهر المثل وسقط المسمى . وقال (. ح .) : ان لم يخرج الولد سليماً ^(١) فله مهر المثل وان خرج سليماً فهو ^(٢) له.

مسألة . ٢٤ . (. ج .) : إذا كان الخلع بلفظ المبرأة أو بلفظ الخلع ، فعند (. ش .) أنه يملك عليها البدل ، فان كان قبل الدخول ^(٣) فلها نصف الصداق ، وان كان قبل القبض فعليه نصفه ، وان كان بعد القبض ردت النصف ، وان كان بعد الدخول فقد استقر المسمى ، وان كان قبل القبض فعليه الإقباض ، وبه قال (. م .) .

وعند (. ح .) أن عليه المسمى في الخلع ، ويبرئ كل واحد منهما من حقوق الزوجية من الأموال ، فإن كان قبل الدخول وكان قبل القبض برئ الزوج من المهر ، وان كان بعد القبض لم يزد عليه شيء ^(٤) ، وان كان بعد الدخول وقبل القبض برئ ولا يجب عليه إقباض شيء بحال ، وأما ما عدا هذا من الديون ، فهل يبرأ كل واحد منهما؟ فيه روايتان ، روى محمد عنه أنه يبرئ والمشهور أنه لا يبرأ.

ولا فرق بين أن يقع منهما بعوض ^(٥) أو بغير عوض ، قالوا : فان كان بغير عوض ولم ينو الطلاق لم يبرئ كل واحد منهما عن شيء بحال . وقال (. ف .) بقول (. ح .)

(١) م : وقال (. ح .) ان لم يخرج الولد صحيحاً.

(٢) م : وان خرج سليماً فله.

(٣) م : فاذا كان قبل الدخول.

(٤) م ، ود : لم يزد عليه شيء.

(٥) م : ولا فرق بين ان يقع بينهما بعوض.

إذا كان بلفظ المبرأة ، ويقول (. ش .) إذا كان بلفظ الخلع .
والذي نقوله على مذهبننا ان الطلاق إذا كان بلفظ الخلع يجب عليه ما يستقر عقد
الخلع من العوض ، قليلا كان أو كثيرا ، وإذا كان بلفظ المبرأة استقر العوض إذا كان دون
المهر ، فان كان مثل المهر أو أكثر منه فلا يصح ، وعلى هذا إجماع الفرقة .
ولم يفصل أحد من الفقهاء بين اللفظين واستحقاق الصداق على ما مضى وان كان
بعد الدخول فكل المسمى وان كان قبله فنصفه ويقاص ذلك من الذي يقع عليه عقد الخلع
والمبرأة .

مسألة . ٢٥ . : إذا اختلعا أجنبي من زوجها بغير اذنها بعوض لم يصح ، بدلالة قوله
تعالى ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ ^(١) فأضاف الفداء إليها ، على أن فداء غيرها
لا يجوز . وأيضا فلا دلالة في الشرع على جواز ذلك ، وبه قال أبو ثور . وقال جميع الفقهاء :
يصح ذلك .

مسألة . ٢٦ . : إذا اختلفت المختلعتان في جنس العوض ، أو قدره ، أو تأجيله
وتعجيله ، أو في عدد الطلاق ، فالقول قول المرأة في القدر الذي وقع به الخلع ، وعلى الزوج
البينة لأنه مدع زيادة تحدها المرأة ، فعليه البينة وعليها اليمين ^(٢) ، والقول قول الزوج في
عدد الطلاق ، لأنه لا يصح أن يخلعها على أكثر من طلاق واحدة .

وقال (. ش .) : يتحالفان . وقال (. ح .) : القول قولها في جميع ذلك وعليه البينة .

مسألة . ٢٧ . : إذا خالعت المرأة في مرضها بأكثر من مهر مثلها ، كان الكل

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) م : تحدها المرأة فعليها اليمين .

من صلب مالها ، لعموم الآية ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ^(١) وقال (. ش .) :
 مهر المثل من صلب مالها والفاضل من الثلث. وقال (. ح .) : الكل من الثلث.
 مسألة . ٢٨ . (. ج .) : ليس للولي أن يطلق عمن له عليه ولاية لا بعوض ولا بغير
 عوض ، بدلالة إجماع الفرقة ، وقوله ^(٢) عَلَيْهِ السَّلَامُ « الطلاق لمن أخذ بالساق » وبه قال (. ش .) .
 (. و . ح .) ، وأكثر الفقهاء. وقال الحسن ، وعطاء : يصح بعوض وبغير عوض.
 وقال (. ك .) ، والزهري : يصح بعوض ولا يصح بغير عوض ، لان الخلع كالبيع
 والطلاق كالهبة ، ويصح البيع منه دون الهبة.

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) ولا بغير عوض لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ .

كتاب الطلاق

مسألة ١ . : الطلقة الثالثة هي المذكورة بعد قوله تعالى ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** ﴾ ^(١) إلى آخره ، وفي قوله تعالى ﴿ **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** ﴾ ^(٢) دون قوله ﴿ **فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ** ﴾ ^(٣) لأنه ليس فيه تصريح بالطلاق ، ونحن لا نقول بالكنايات ، وقوله ﴿ **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ** ﴾ صريح في الطلاق ، فوجب حمله عليه.

وأيضا فمتى حمل قوله ﴿ **أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ** ﴾ على التطليقة الثالثة ، كان قوله ﴿ **فَإِنْ طَلَّقَهَا** ﴾ بعد ذلك تكرارا بلا فائدة ، وإلى هذا ذهب جماعة من التابعين ، وحكي عن (. ش .) .

وقال ابن عباس : التطليقة الثالثة في قوله تعالى ﴿ **أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ** ﴾ وهو الذي اختاره (. ش .) وأصحابه . وأما قوله ﴿ **فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ** ﴾ فالمراد ^(٤) به الرجعة

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٣) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٤) م : المراد به .

بلا خلاف ، ومعنى التسريح بالإحسان هو تركها حتى تنقضي عدتها.

مسألة ٢٠ . : الطلاق المحرم هو أن يطلق مدخولا بها غير غائب عنها غيبة مخصوصة في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه ، فإنه لا يقع عندنا والعقد ثابت بحاله ، وبه قال ابن عليه.

وقال جميع الفقهاء : انه يقع وان كان محظورا.

مسألة ٣٠ . : إذا طلقها ثلاثا بلفظ واحد ، كان مبدعا ووقعت واحدة عند تكامل شروطه عند أكثر أصحابنا ، وفيهم من قال : لا يقع شيء أصلا ، وبه قال علي عليه السلام وأهل الظاهر ، وحكى الطحاوي عن محمد بن إسحاق انه قال : يقع واحدة كما قلناه. وروي ان ابن عباس وطاووسا كانا يذهبان الى ما يقوله الإمامية.

وقال (. ش .) المستحب أن يطلقها طلقة ليكون خاطبا من الخطاب قبل الدخول ، ومراجعا لها بعد الدخول ، فان طلقها ثنتين أو ثلاثا في طهر لم يجامعها فيه دفعة أو متفرقة ، كان ذلك واقعا مباحا غير محذور ، وبه قال في الصحابة عبد الرحمن بن عوف ، ورووه عن الحسن بن علي عليه السلام ، وهو مذهب ابن سيرين ، و (. د .) ، و (. ق .) ، وأبي ثور.

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : إذا طلقها ثنتين أو ثلاثا مع طهر لم يجامعها واحد ^(١) دفعة أو متفرقة ، فعل محرما وعصى وأثم ، الا أن ذلك واقع ، ورووا ذلك عن عمر ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس.

ويدل ^(٢) على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة . قوله

(١) د ، وم : أو ثلاثا في طهر واحد.

(٢) م : دليلنا قوله.

﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِإِعْذَتِهِنَّ وَأَخْصُوا الْعِدَّةَ﴾^(١) فأمر بإحصاء العدة ، وثبت أنه أراد في كل قرء طلقة ، وقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ يعني دفعتين ثم قال ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ ومن جمع بين الثلاث ، فإنه لم يطلق دفعتين ولا الثالثة.

فإن قالوا : إذا ذكر العدد عقيب الاسم لا يقتضي التفريق ، وإنما يقتضي ذلك إذا ذكر عقيب الفعل ، مثال الأول إذا قال : له علي^(٢) مائة درهم مرتان ، ومثال الثاني أدخل الدار مرتين أو ضربت مرتين ، والعدد في الآية عقيب الاسم لا الفعل.

فجوابه : ان معنى قوله ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ طلقوا مرتين ، لأنه لو كان خبرا لكان كذبا ، فالعدة^(٣) مذكور عقيب الفعل لا الاسم ، وروى ابن عمر قال : طلقت زوجتي وهي حائض ، فقال لي^(٤) النبي ﷺ : ما هكذا أمرك ربك إنما السنة أن تستقبل بها الطهر ، فتطلقها في كل قرء طلقة. فثبت ان ذلك بدعة.

وروى ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله وأبي بكر وستين من خلافة عمر الثلاث واحدة ، فقال عمر : ان الناس قد استعملوا أمرا كان لهم فيه أناة فلو أمضيها عليهم ، فأمضاه عليهم هذا لفظ الحديث. وفي بعض الروايات ، فألزمهم عمر الثلاث.

وروى عكرمة عن ابن عباس قال : طلق ركابة بن عبد ربه امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقته؟ قال : طلقته ثلاثا ، قال : في مجلس واحد؟ قال : نعم قال رسول الله ﷺ : إنما ذلك

(١) سورة الطلاق : ١ .

(٢) إذا قال علي .

(٣) م : فالعدد .

(٤) م : فقال النبي ﷺ .

واحدة ، فراجعها إن شئت ، قال : فراجعها وهذا نص.

مسألة . ٤ . : قد بينا أنه إذا طلقها في حال الحيض فإنه لا يقع منه شيء ، واحدا كان أو ثلاثا وقال (. ح .) و (. ش .) : ان كان طلقها واحدا أو اثنين يستحب له مراجعتها وليس بواجب عليه ذلك وقال (. ك .) يجب عليه مراجعتها لحديث ابن عمر وهو انه طلق امرأته ثلاثا وهي حائض فأمر النبي ﷺ أن يراجعها.

مسألة . ٥ . : كل طلاق لم يحضره شاهدان مسلمان عدلان وان تكاملت سائر شروطه ، فإنه لا يقع. وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، ولم يعتبر ^(١) أحد منهم الشهادة. ويدل على مذهبنا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٢) عقيب قوله ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ وظاهر الأمر يقتضي الوجوب.

فان قالوا : ان ذلك يرجع الى المراجعة.

قلنا : ذلك لا يصح ، لان الفراق أقرب إليه في قوله ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ ^(٣) وأيضا فلا خلاف أن الإشهاد ليس بشرط في صحة المراجعة ، فحملة على الطلاق أولى.

مسألة . ٦ . (. ج .) : طلاق الحامل المستبين حملها يقع على كل حال بلا خلاف ، سواء كانت حائضا أو طاهرا ، لا يختلف أصحابنا في ذلك على خلاف بينهم في أن الحامل هل تحيض أم لا ، ولا بدعة في طلاق الحامل عندنا ، وهو أحد قولي (. ش .) ، وعليه عامة أصحابه. والقول الآخر أن في طلاقها سنة وبدعة.

(١) د : فلم يعتبر .

(٢) سورة الطلاق : ٢ .

(٣) سورة الطلاق : ٢ .

صيغة الطلاق

مسألة ٧٠ . (. ج .) : إذا قال لحائض : أنت طالق طلاق السنة لم يقع طلاقه ، لان طلاق الحائض لا يقع عندنا في الحال ، والطلاق بشرط أيضا غير واقع عندنا .
 وقال (. ش .) : لا يقع الطلاق في الحال ، فإذا طهرت وقع قبل الغسل وبعده سواء
 وقال (. ح .) : ان انقطع لأكثر الحيض فكما قال (. ش .) ، وان كان لأقل من ذلك لم تطلق حتى تغتسل ^(١) .

مسألة ٨٠ . : إذا قال لها في طهر لم يجامعها فيه : أنت طالق للبدعة ^(٢) وقع الطلاق في الحال ، وقوله « للبدعة » يكون لغوا لأنه كذب ، الا أن ينوي بها أنها طالق إذا حاضت ، فإنه لا يقع أصلا ، لأنه علقه بشرط ، ولأنه طلاق محرم فعلى الوجهين معا لا يقع .
 وقال جميع الفقهاء : لا يقع طلاقه في ^(٣) الحال ، فان حاضت بعدها أو نفست وقع الطلاق ، لان ذلك زمان البدعة .

مسألة ٩٠ . : إذا قال لها في طهر ما قربها فيه : أنت طالق ثلاثا للسنة ، وقعت واحدة ^(٤) وبطل حكم ما زاد عليه ، لما قدمنا ^(٥) من أن التلفظ بالطلاق الثلاث بدعة ، فإنه لا يقع من ذلك إلا واحدة .

وقال (. ش .) : يقع الثلاث في الحال . وقال (. ح .) : يقع في كل قرء واحدة .

مسألة ١٠٠ . : إذا قال : أنت طالق أكمل طلاق ، أو أكثر طلاق ، أو أتم طلاق ، وقعت واحدة وكانت رجعية ، لأن عندنا ليست تطليقة بائة ، إلا إذا كان

(١) م : حتى تغسل .

(٢) م : البدعة .

(٣) م : لا يقع في الحال .

(٤) م : واحدة لا غير .

(٥) م : قدمناه .

بعوض ، وهذه ليست بعوض ، فيجب أن يكون رجعية ، وبه قال (. ش .) .
 وقال (. ح .) في أتم مثل ما قلناه ، وفي أكمل وأكثر أنها يقع بائها .
مسألة ١١ . : إذا قال : أنت طالق أقصر طلاق ، أو أطول طلاق ، أو أعرض طلاق ، وقعت واحدة رجعية ، كما قدمناه ^(١) في المسألة المتقدمة ، وبه قال (. ش .) .
 وقال (. ح .) : يقع بائها .
مسألة ١٢ . (. ج .) : إذا قال لها : أنت طالق إذا قدم فلان ^(٢) ، فإنه لا يقع أصلا طلاقه ، وكذلك ان علقه بشرط من الشروط ^(٣) أو صفة من الصفات المستقبلية فإنه لا يقع أصلا لا في الحال ولا في المستقبل حين حصول الشرط ^(٤) أو الصفة .
مسألة ١٣ . (. ج .) : إذا قال لها : أنت طالق ولم ينو البينة لم يقع الطلاق ومتى قال : أردت غير الظاهر قبل منه في الحكم وفيما بينه وبين الله ما لم تخرج من العدة ، فإن خرجت من العدة ، فلم يقبل ^(٥) منه ذلك في الحكم . وقال جميع الفقهاء انه لا يقبل منه ذلك في الحكم .
مسألة ١٤ . : إذا قال لها : أنت طالق طلاق الحرج ، فإنه لا يقع به فرقة ، لان الحرج هو الإثم ، والطلاق المسنون لا يكون فيه اثم ، فيكون طلاق البدعة ولا يقع عندنا .
 وحكى ابن المنذر عن علي عليه السلام أنه قال : يقع ثلاث تطليقات . وقال أصحاب

(١) م : لما تقدم وبه قال (. ش .) ، و (. د .) : لما قدمناه .

(٢) م : قدم فلان فلانة .

(٣) م : من الشرائط .

(٤) م : ولا في المستقبل وقال جميع الفقهاء أنه يقع إذا حصل الشرط أو الصفة ، و (. د .) : قال جميع الفقهاء انه يقع إذا حين يحصل الشرط أو الصفة .

(٥) م : لم يقبل منه .

(. ش .) : ليس لنا فيه ^(١) نص ، والذي يجيء على المذهب أنه عبارة عن طلاق البدعة لان الحرج عبارة عن الإثم.

مسألة . ١٥ . (. ج .) : إذا سألته بعض نسائه أن يطلقها ، فقال : نسائي طالق ولم ينو أصلا ، فإنه لا تطلق واحدة منهن ، وإن نوى بعضهن فعلى ما نوى ، لإجماع الفرقة على أن الطلاق يحتاج إلى نية.

وقال (. ش .) : يطلق كل امرأة له نوى أو لم ينو . وقال (. ك .) : تطلق جمعهن ^(٢) الا التي سألته ، لأنه عدل عن المواجهة إلى الكناية ، فعلم انه قصد غيرها.

مسألة . ١٦ . (. ج .) : صريح الطلاق لفظ واحد ، وهو أن يقول : أنت طالق أو هي طالق ، أو فلانة طالق مع مقارنة النية ، فإن تجرد عن النية لم يقع به شيء والكنايات لا يقع بها شيء قارنًا نية أو لم ^(٣) يقارنًا.

وقال الفقهاء : الصريح ما يقع به الطلاق من غير نية ، والكنايات ما يحتاج إلى نية ، فالصريح في قول (. ش .) الجديد ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح.

وعند (. ك .) صريح الطلاق كثير الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وخلية ، وبرية ، وبته ، وبتلة ، وبائنة وغير ذلك مما يذكره ^(٤) . وعند (. ح .) صريح الطلاق لفظ الطلاق كما قلناه غير أنه لم يراع النية.

وقال (. ح .) : ان قال حين الغضب : فارقتك أو سرحتك كان صريحا ، واما غير هذه اللفظة فكلها كنايات . وكان (. ش .) يومئ الى قول (. ح .) في القسم وينصره ، وهو قول غير معروف.

(١) م : فيها.

(٢) م : جميعهن.

(٣) م : قارنًا نية أولا.

(٤) د : مما يذكرنا.

مسألة ١٧ . : إذا قال لها : أنت مطلقة ، لم يكن ذلك صريحاً في الطلاق وإن قصد بذلك أنها متطلقة الآن ، وإن لم ينو لم يكن شيئاً ، لما قلناه في المسألة ^(١) المتقدمة.

وقال (. ش .) : هو صريح في الطلاق . وقال (. ح .) : هو كناية لأنه اخبار .

مسألة ١٨ . (. ج .) : إذا قال ^(٢) : أنت طالق ثم قال : أردت أن أقول أنت طاهر ، أو أنت فاضلة ، أو قال طلقتك ، ثم قال : أردت أن أقول أمسكتك فسبق لساني فقلت : طلقتك ، قبل منه في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى .

وقال جميع الفقهاء : لا يقبل منه في الحكم الظاهر ، ويقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى .

مسألة ١٩ . (. ج .) : كنايات الطلاق لا يقع بها شيء من الطلاق ، سواء كانت ظاهرة أو خفية ، نوى بها الفرقة أو لم ينو ، وعلى كل حال لا واحدة ولا ما زاد عليها .

وقال (. ش .) : الكنايات على ضربين : ظاهرة ، وباطنة . فالظاهرة : خلية ، وبرية وبتة ، وبتلة ^(٣) ، وبائن ، وحرام . والخفية كثيرة ، منها اعتدى واستبرى ^(٤) وتقنعي واذهي واغربي والحقي بأهلك وحبلك على غارك ، فجميعها يحتاج إلى نية يقارن التلفظ بها ويقع به ما نوى ، سواء نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاث ، فإن نوى واحدة أو اثنتين كانا رجعيين ، وسواء كان ذلك في المدخول بها أو غير المدخول ^(٥) ، وسواء كان في حال الرضا أو الغضب .

(١) م : في ما تقدم .

(٢) م : لو قال .

(٣) م : خلية وبرية وبتلة وبائنة .

(٤) م : واستبرى رحمك .

(٥) م : في المدخول بها أولاً ، و (. د .) : في المدخول بها أو غير المدخول بها .

وقال (. ك .) : الكنايات الظاهرة صريح ^(١) في الثلاث فان ذكر انه نوى دونها قبل منه في غير المدخول بها ولم يقبل في المدخول بها ^(٢). وأما ^(٣) الخفية كقوله اعتدى واستبري رحمك ، فهو صريح في واحدة ^(٤) رجعية ، فإن نوى أكثر من ذلك وقع ما نوى.

وقال (. ح .) : لا تخلو الكنايات من أحد أمرين : اما ان يكون معها قرينة أو لا قرينة معها ، فان لم يكن معها قرينة لم يقع بها طلاق بحال ، وان كان معها قرينة ، فالقرينة على أربعة أضرب : عوض أو نية ، أو ذكر طلاق ، أو غضب ، فان كانت القرينة عوضا كان صريحا في الطلاق وان كانت ^(٥) نية وقع الطلاق بها كلها ^(٦) ، وان كانت القرينة ذكر الطلاق أو غضب دون النية لم يقع الطلاق بشيء منها ، الا في ثماني كنايات : خلية ، ويرية ، وبنة ، وبائن ، وحرام ، واعتدي ، واختاري ، وأمرك بيدك ، فان الطلاق بشاهد الحال يقع بكل واحدة من هذه ، فان قال لم أرد طلاقها ، فهل يقبل منه أم لا؟ نظرت.

فان كانت القرينة ذكر الطلاق ، قبل منه فيما بينه وبين الله ، ولم يقبل منه في الحكم. وان كانت القرينة حال الغضب ، قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يقبل منه في الحكم في ثلاث كنايات : اعتدي ، واختاري ، وأمرك بيدك وأما الخمس البواقي ، فيقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى في الحكم معا. هذا ما لم يختلفوا فيه

(١) د : الكنايات صريح.

(٢) م : وفي المدخول بها لا يقبل.

(٣) د : في غير المدخول بها واما الخفية.

(٤) م : صريح واحدة رجعية.

(٥) م : وكانت.

(٦) د : وقع الطلاق كلها.

بوجه (١).

والحق المتأخرون منهم بالخمس سادسة ، فقالوا : بتلة هذا تفصيلهم في الثماني وما عداها فالحكم فيه واحد ، وهو ما ذكرنا (٢) ان كان هناك نية ، والا فلا طلاق هذا الكلام في وقوع الطلاق.

واما الكلام في حكمه ، وهل يقع بائنا؟ وما يقع من العدد ، فإنهم قالوا : الكنايات على ثلاثة أضرب :

أحدها : ما ألحق بالصريح ، ومعناه انها كقوله أنت طالق يقع بها عندهم واحدة رجعية ، ولا يقع أكثر من ذلك ، وان نوى زيادة (٣) عليها وهي ثلاثة ألفاظ : اعتدي ، واستبري رحمك ، وأنت واحدة.

والثاني : ما يقع بها واحدة بائنة ، ولا يقع بها سواها وان نوى الزيادة ، وهي كناية واحدة اختاري ونوى الطلاق فاختارته ونوى.

والثالث : ما يقع بها واحدة بائنة ، ويقع (٤) ثلاث تطليقات ، ولا يقع بها طلقتان على حرة ، سواء كان زوجها حرا أو عبدا ، لان الطلاق عندهم بالنساء ولا يقع عندهم بالكناية مع النية طلقتان دفعة واحدة على حرة ، فإن كان قدر ما يملكه (٥) منها طلقتان فنواهما وقعتا وهي الأمة ، حرا كان زوجها أو عبدا.

فالكلام معهم في خمسة فصول : الأول . في الثماني هل يقع الطلاق بمن بغير قرينة أم لا؟ والثاني : في الملحقة بالصريح اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة

(١) م : ما لم يختلفوا بوجه.

(٢) م : ما ذكرناه.

(٣) د : زيادة ما عليها.

(٤) د : ويقول.

(٥) م : ما يملك.

هل يقع بمن ثلاث أم لا؟ والثالث : اختياري هل يقع بها طلاق رجعية أم لا؟ الرابع : فيما عدا هذه هل يقع بمن طلاق رجعية أم لا؟ الخامس : هل يقع بما عدا هذه الكنايات الأربع طلقتان على حرة؟.

مسألة ٢٠ . : إذا قال : أنت الطلاق لم يكن صريحا في الطلاق ولا كناية لأنه لا دلالة عليه في الشرع.

وللش فيه وجهان ، أحدهما : أنه صريح ، وبه قال (. ح .) . والآخر أنه كناية .

مسألة ٢١ . (. ج .) : إذا قال لها : أنت حرة ، أو قال : أعتقتك ونوى الطلاق لم يكن طلاقا ، وقال جميع الفقهاء : انه يكون طلاقا مع النية .

مسألة ٢٢ . (. ج .) : ما هو صريح في الطلاق ليس بكناية في الإعتاق ، ولا يقع به العتق ، وإنما يقع العتق بان يقول : أنت حر أو أعتقتك ، لأنه لا دلالة على وقوع العتق بلفظ آخر .

وقال (. ش .) : كل ما كان صريحا في الطلاق ، أو كناية فيه ، فهو كناية في الإعتاق . وقال (. ح .) : ليس شيء من ذلك بكناية في الإعتاق الا كلمتان : لا ملك لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، هاتان كنيتان في الطلاق والعتق معا .

مسألة ٢٣ . : إذا قال لزوجته : أنا منك طالق لم يكن ذلك شيئا ، لأنه لا دلالة على كونه صريحا في الطلاق ولا كناية فيه ^(١) ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : يكون ذلك كناية ، فإن نوى به البينونة وقع ما نوى .

مسألة ٢٤ . : وان قال : أنا منك معتد ، لم يكن ذلك شيئا بما قلناه ^(٢) في المسألة المتقدمة ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : هو كناية .

مسألة ٢٥ . : إذا قال : أنا منك بائن أو حرام ، لم يكن شيئا ، لما قلناه في

(١) م : ولا كناية .

(٢) م : لما قلناه .

المسألة الاولى. وقال ^(١) (. ح .) ، و (. ش .) : هما كناية.

مسألة . ٢٦ . (. ج .) : إذا قال لها : أنت طالق ، لم يصح أن ينوي بها أكثر من طلقة واحدة ، وإن نوى أكثر من ذلك لم يقع إلا واحدة.

وقال (. ش .) : إن لم ينو شيئاً كان تطليقة رجعية ، وإن نوى كان بحسب ما نوى ، وكذلك كل الكنايات ^(٢) يقع بها ما نوى ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ح .) : صريح الطلاق لا يقع به أكثر من واحدة ، وبه قال (. ع .) ، و (. ر .) . وقال (. ح .) : وكذلك قوله ^(٣) « اعتدى » و « استبرأ رحمك » و « أنت واحدة » و « اختاري » لا يقع بهن إلا واحدة.

مسألة . ٢٧ . : إذا قال : أنت طالق : أو أنت الطلاق ، أو أنت طلاق الطلاق ^(٤) ، لا يقع به شيء ، لأنه لا دليل عليه.

وقال (. ح .) ، و (. ش .) : يقع بجميع ذلك ما نوى ^(٥) ، واحدة كانت ^(٦) أو ثنتين أو ثلاثاً.

مسألة . ٢٨ . (. ج .) : إذا كتب بطلاق زوجته ولم يقصد الطلاق لا يقع بلا خلاف ، وإن قصد به الطلاق ، فعندنا لا يقع به شيء ، وهو أحد قولي (. ش .) ، والأخر أنه يقع على كل حال ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٢٩ . (. ج .) : إذا خير زوجته فاختارته ، لم يقع بذلك فرقة. وقال

(١) م : لم يكن شيئاً وقال.

(٢) م : وكذلك الكنايات.

(٣) م : وكذلك اعتدى.

(٤) م : إذا قال أنت طلاق أو أنت الطلاق الطلاق.

(٥) د : بجميع ما نوى.

(٦) م : كان.

الحسن البصري : يقع به طلاقه طلقة واحدة رجعية ^(١).

مسألة ٣٠ . (. ج . ») : إذا خيرها فاختارت نفسها لم يقع الطلاق ، نويًا أو لم ينويًا أو نوى أحدهما. وقال ^(٢) قوم من أصحابنا : إذا نويًا وقع الطلاق. ثم اختلفوا ، فمنهم من قال : يقع واحدة رجعية ، ومنهم من قال : بئنة وانعقد الإجماع للفرقة على خلاف أقوالهم فلا يعتد بخلافهم.

وقال (. ش .) : هو كناية من الطرفين ، يفترق إلى نية الزوجين معا. وقال (. ك .) : ما يقع ^(٣) به الطلاق الثلاث من غير نية ، لأن عنده أن هذه اللفظة صريحة في الطلاق الثلاث ، كما يقول في الكنايات الظاهرة ، ومتى نويًا الطلاق ولم ينويًا عددا وقعت طلقة رجعية عند (. ش .) ، وبئنة عند (. ج . » .) . وان نويًا عددا ، فان اتفقت نيتاهما على عدد وقع ما اتفقا عليه ، واحدا كان أو ثنتين ^(٤) أو ثلاثا عند (. ش .) ، وعند (. ح .) ان نويًا طلقتان ^(٥) لم يقع إلا واحدة ، كما يقول في الكنايات الظاهرة ، وان اختلفت بينهما في العدد وقع الأقل ، لأنه متيقن فيه وما زاد عليه مختلف فيه.

مسألة ٣١ . : إذا خيرها ثم رجع عن ذلك قبل أن تختار نفسها ، صح رجوعه عند (. ش .) ، ولا يصح عند (. ح .) ، وهذا يسقط عنا لان التخيير عندنا غير صحيح.

مسألة ٣٢ . : إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ، فطلقت واحدة يقع عند (. ش .) ، ولا يقع عند (. ح .) ، وهو مذهبننا وان اختلفنا ^(٦) في العلة.

(١) م : طلاقه واحدة رجعية.

(٢) م : فقال.

(٣) م : يقع.

(٤) م : اثنتين.

(٥) م ود : طلقتين.

(٦) د : وان اختلفنا.

مسألة ٣٣ . : إذا قال لها : طلقي نفسك واحدة فطلقها ثلاثا ، وقعت عند (. » ش . ») واحدة ، وعند (. « ك » .) لا يقع ، وهو مذهبنا وإن اختلفنا ^(١) في العلة.

مسألة ٣٤ . (. « ج » .) : إذا قال لزوجته الحرة أو الأمة أو أمتة : أنت علي حرام ، لم يتعلق به طلاق ولا عتاق ولا ظهار ولا يمين ولا وجوب كفارة ، نوى أو لم ينو .

وقال (. ش .) : إن نوى طلاقا في الزوجة كان طلاقا رجعيا إذا لم ينو عددا ، وإن نوى عددا كان على ما نواه ، وإن نوى ظهارة كان ظهارة ، وإن نوى تحريم عينها ^(٢) لم يحرم ، ويلزمه كفارة يمين ولا يكون يمينا ، وإن أطلق ففيه قولان المذهب أنه يجب به كفارة ، ويكون صريحا في إيجاب الكفارة.

والثاني : أنه لا يجب به شيء ، فيكون كناية وإن قال ذلك لأمتة لا يكون فيها طلاق ولا ظهار ، لكنه إن نوى عتقها عتقت ، وإن نوى تحريم عينها لم يحرم ، ويلزمه كفارة يمين ، وإن أطلق به قولين ^(٣) كالخبرة سواء.

واختلفت الصحابة ومن بعدهم في حكم هذه اللفظة مطلقة ، فروي عن أبي بكر وعائشة أنه قال : يكون يمينا يجب به كفارة يمين ، وبه قال (. ح .) . وروي عن عمر أنه قال : يقع به طلاق رجعية ، وبه قال الزهري ، وروي عن عثمان أنه قال : يكون ظهارة ، وبه قال (. « د » .) وروي عن علي أنه قال : يقع به ثلاث تطليقات ، وهو قول ^(٤) أبي هريرة ، وزيد بن ثابت ، وعن ابن مسعود أنه قال : يجب كفارة يمين وليس بيمين ، وهو أحد قولي (. ش .) واحدى الروايتين عن ابن عباس .

(١) د : وإن اختلفنا .

(٢) د : يمينها .

(٣) م ود : إن أطلق فعلى قولين .

(٤) م : قولي .

واما التابعون ، فروي عن أبي سلمة ومسروق أنهما قالوا : لا يلزم بها شيء كما قلناه ، وعن حماد أنه قال : يقع بها طلاقه بائة. وقال (. ح .) : ان خاطب بها الزوجة ونوى ظهارا كان ظهارا ، وان نوى طلاقا كان طلاقا ، وان نوى عددا فان نوى واحدة وقعت واحدة بائة ، وان نوى اثنتين وقعت واحدة بائة ، وان نوى الثلاث وقع الثلاث ، كما يقول في الكنايات الظاهرة.

وان أطلق كان مؤليا ، فإن وطئها قبل انقضاء الأربعة أشهر حنث ولزمته كفارة ، وان لم يطاء حتى انقضت المدة بانت بطلقة ، كما يقوله في المؤلي عليها ، وأما إذا قال ذلك للأمة ، فإنه يكون بمنزلة أن يخلف ^(١) أنه لا يصيبها ، فإن أصابها حنث ولزمته الكفارة ، وان لم يصبها فلا شيء عليه.

مسألة . ٣٥ . : إذا قال : كل ما أملك علي حرام لم يتعلق به حكم ، سواء كان له زوجات وإماء وأموال أو لم يكن له شيء من ذلك ، نوى أو لم ينو كالمسألة المتقدمة. وقال (. ش .) : ان لم يكن له زوجات ولا إماء وله مال فمثل ما قلناه ، وان كانت له زوجة واحدة فعلى ما مضى ، وان كانت له زوجات فعلى قولين ، أحدهما : يتعلق به كفارة واحدة ، والثاني : يتعلق بكل واحد كفارة.

وقال (. ح .) : ذلك بمنزلة قوله والله لا انتفعت بشيء من مالي فمتى انتفع بشيء من ماله حنث ولزمته الكفارة ، بناء على أصله ان ذلك يمين.

مسألة . ٣٦ . (. « ج » -) : إذا قال لها كلي واشربي ونوى به الطلاق لم يقع به الطلاق ، وبه قال ^(٢) أبو إسحاق المروزي ، وقال أبو حامد : المذهب أنه يقع به الطلاق ، لان معناه اشربي غصص الفرقة وطعمها.

(١) م : ان يخلف.

(٢) لم : لم يقع وبه قال.

مسألة ٣٧ . : إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، بانت بالاوله ولم يلحقها الثانية والثالثة ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال قوم : تبين بالثالث .

مسألة ٣٨ . (. « ج » -) : من قال : ان الطلاق بشرط يقع أجمعوا على أن الشرط إذا كان جائزا حصوله ، وان لا يحصل فإنه لا يقع الطلاق حتى يحصل الشرط ، وذلك مثل قوله ان دخلت الدار وان كلمت زيدا وان كان شرطا يجب حصوله ، مثل قوله إذا جاء رأس الشهر وإذا طلعت الشمس ، وإذا دخلت السنة الفلانية ، فقال (. ح .) ، وأصحابه ، و (. ش .) : لا يقع الطلاق قبل حصول شرطه . وقال (. ك .) : يقع الطلاق في الحال وهذا يسقط عنا ، لان الطلاق بشرط غير واقع عندنا .

مسألة ٣٩ . : إذا قال : أنت طالق في شهر رمضان ، فإنها تطلق عند (. ش .) عند أول جزء من الليلة الاولى ^(١) وقال أبو ثور تطلق عند انقضاء آخر جزء منها وإذا قال : إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه بنفسه طلق بلا خلاف بينهم وإذا رآه غيره وأخبره به لم تطلق عند (. ح .) وان طلقت عند (. « ش » -) . واختلفوا فيمن قال ان لم تدخل الدار ، وإذا لم تدخلي فأنت طالق هل هما على الفور أم على التراخي ؟

فقال (. ش .) : فيهما قولان ، أحدهما على الفور ، والثاني على التراخي ، وبه قال (. ح .) ، وفي أصحابه من فرق ، فقال : ان لم على التراخي وإذا لم على الفور ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، وهذه كلها ساقطة عنا لفساد تعليق الطلاق بشرط عندنا .

مسألة ٤٠ . (. « ج » -) : طلاق المكروه وعتقه وسائر العقود التي يكره عليها لا يقع ، وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) ، و (. ع .) .

وقال (. ح .) وأصحابه : طلاق المكروه وعتاقه واقع ، وكذلك كل عقد يلحقه

(١) م : من ليلته الاولى .

فسخ ، فأما ما لا يلحقه فسخ مثل البيع والصلح والإجارة ، فإنه إذا أكره عليه ينعقد عقدا موقوفا ، فإن أجاز بها والا بطلت ^(١).

مسألة ٤١ . (. « ج » -) : طلاق السكران غير واقع عندنا ، ولش فيه قولان أحدهما وهو الأظهر أنه يقع ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) ، و (. ح .) وأصحابه ، والقول الآخر لا يقع ^(٢) ، وبه قال ربيعة ، والليث بن سعد ، والمزني ، وداود ، وأبو ثور ، والطحاوي من أصحاب (. ح .) ، والكرخي .

مسألة ٤٢ . (. « ج » -) : إذا زال عقله بشرب البنج والأشياء المرقدة لا يقع طلاقه ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : ان كان شربه للتداوي فزال عقله ، لا يقع طلاقه وان شربه للعب وغير الحاجة وقع طلاقه .

مسألة ٤٣ . : إذا قال له رجل : ألك زوجة؟ فقال : لا ، لم يكن ذلك طلاقا لأنه لو صرح بأن ليست له زوجة لكان قوله كذبا ولم يكن طلاقا ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يكون طلاقه .

مسألة ٤٤ . : إذا قال : أنت طالق واحدة لا يقع لم يقع بها شيء ، وكذلك إذا قال : أنت طالق لا لم يقع شيء ، لأن الطلاق يحتاج إلى نية عندنا ، فاذا قصد بها أن لا يقع يجب أن لا يقع به شيء لفقد النية . وقال (. ش .) : يقع بها طلاقه .

مسألة ٤٥ . : إذا قال لها : رأسك أو وجهك طالق ، لم يقع به طلاق ، لأنه لا دلالة عليه ، وقال جميع الفقهاء : يقع به الطلاق .

مسألة ٤٦ . : إذا قال : يدك أو رجلك أو شعرك أو إذنك طالق ، لا يقع به شيء من الطلاق ، لما قلنا فيما تقدم ، وبه قال (. ح .) ، و (. ف .) ، و (. م .) . وقال (. ش .) ، وزفر : يقع الطلاق .

(١) م : فإن أجاز والا بطلت . د : فإن أجازها والا بطلت .

(٢) م : والقول الآخر انه لا يقع .

مسألة ٤٧ . : إذا قال : أنت طالق نصف تطليقة ، لم يقع شيء أصلا ، لما قلناه في المسألة الأولى ^(١) ، وبه قال داود. وقال جميع الفقهاء : يقع طلقة.

مسألة ٤٨ . : الاستثناء بمشية الله يدخل في الطلاق والعتاق ، سواء كانا مباشرين أو معلقين بصفة ، وفي اليمين بهما وفي الإقرار وفي اليمين بالله فيوقف الكلام ، ومتى خالفه لم يلزمه ^(٢) حكم ذلك ، وبه قال (. ح .) وأصحابه ، و (. ش .) ، وطاوس والحكم. وقال (. ك .) ، والليث بن سعد : لا يدخل في غير اليمين بالله ، وهو ما ينحل بالكفارة وهو اليمين بالله فقط ، وبه قال الزهري.

وقال (. ع .) ، وابن أبي ليلى : يدخل فيما كان يمينا بالطلاق أو بالله ^(٣) ، فأما إذا كان طلاقا متجردا أو معلقا بصفة ، فلا يدخله الاستثناء.

وقال أحمد بن حنبل : يدخل في الطلاق دون العتاق ، وفرق بينهما بأن قال : ان الله تعالى لا يشاء الطلاق ويشاء العتق ^(٤) ، لقوله ﷻ « ان أبغض ^(٥) الأشياء الى الله الطلاق ».

دليلنا أن الأصل براءة الذمة وثبوت العقد ، وإذا عقب كلامه بلفظ إنشاء الله في هذه المواضع ، فلا دليل على زوال العقد ، ولا على تعلق حكم بدمته. وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : من حلف على يمين ، وقال في أثرها ان شاء الله ، لم يحنث فيما حلف عليه.

مسألة ٤٩ . (. ج . ») : المريض إذا طلقها طلقة لا يملك رجعتها ، فان مات

(١) م : كما قلناه في ما تقدم.

(٢) د : يلزمه.

(٣) م : وهو اليمين بالله.

(٤) م : ولا يشاء العتق.

(٥) د : لقوله ﷻ أبغض الأشياء.

لا يرثها بلا خلاف ، وان مات هو من ذلك المرض ورثته ما بينها وبين سنة ما لم تتزوج ، فان تزوجت بعد انقضاء عدتها لم ترثه ، وان زاد على السنة يوم واحد لم ترثه .
وللش فيه قولان ، الأصح عندهم أنها لا ترثه ، والقول الثاني ترثه كما ^(١) قلناه ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وعمر ، وعثمان ، وفي الفقهاء ربيعة ، و (. ك .) و (. ع .) ، والليث بن سعد ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه ، و (. د .) .

ولهم في ذلك تفصيل ، فح لا يورثها بعد خروجها من العدة ، وكذلك (. ع .) ، والليث بن سعد ، و (. ر .) ، وأحد الأقوال الثلاثة للش على قوله الثاني أنها ترثه ، والقول الثاني للش على هذا القول أنها ترثه ما لم تتزوج ، وبه قال ابن أبي ليلى ، و (. د .) ولم يقيده بسنة .

والقول الثالث للش على هذا القول أنها ترثه أبدا ولو تزوجت ما تزوجت ، وبه قال ربيعة ، وقال ربيعة : لو تزوجت عشرة أزواج ورثتها ، فعلى هذا يجيء أن ترث في يوم واحد ميراث خلق من الأزواج ، وهو أن يتزوجها فيطلقها في مرضه ، ثم يتزوجها آخر فيطلقها كذلك فتتزوج ^(٢) ، فيقضى أن يموتوا كلهم دفعة واحدة فتأخذ إرثها من الجماعة .
يدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(٣) أن عبد الرحمن بن عوف طلق زوجته تماضر بنت أسبغ الكلبيية في مرضه وأبت طلاقها ، فترافعوا الى عثمان فورثها منه . وروى أن عثمان طلق بعض نسائه وهو

(١) د : والقول الثاني كما قلناه .

(٢) م : فيتزوج .

(٣) م : دليلنا ما روى .

محصور فورثها منه علي. وروى عن عمر أنه قال : المبتوتة ترث.

مسألة ٥٠ . : إذا سألته أن يطلقها في مرضه فطلقها ، لم يقع ذلك منه الميراث بدلالة أن عموم الأخبار الواردة في ذلك ، وبه قال ابن أبي هريرة من أصحاب (. ش .) علي قوله انها ترث. وقال الباقر من أصحابه ، و (. ح .) : لا ترثه.

مسألة ٥١ . : إذا قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فان قدم قبل مضي الشهر لم يقع الطلاق ، وان قدم مع انقضاء الشهر فمثل ذلك ، وان قدم بعد شهر ولحظة من حين عقد الصفة ، فعند (. ش .) يقع الطلاق عقيب عقد الصفة ، وهو الزمان الذي هو عقيب عقد الصفة وقبل أول الشهر ، وبه قال زفر.

وقال (. ح .) ، و (. ف .) ، و (. م .) : أي وقت قدم وقع الطلاق بقدومه حين قدومه.

وهذا الفرع ساقط عنا ، لأننا نقول ان الطلاق بشرط ^(١) غير واقع.

مسألة ٥٢ . : إذا شك هل طلق أم لا؟ لا يلزمه الطلاق لا وجوبا ولا استحبابا لا واحدة ولا ثلاثة ^(٢) ، لأن الأصل بقاء الزوجية ، ولم يدل دليل على وقوع الطلاق لمكان الشك.

وقال (. ش .) : يستحب له أن يلزم نفسه واحدة ويراجعها لينزل الشك ، وان كان ممن إذا أوقع الطلاق أوقع ثلاثا فيقتضي التبرع ، والفقهاء أن يطلقها ثلاثا لتحل لغيره ظاهرا وباطنا.

مسألة ٥٣ . : إذا علم أنه طلق وشك هل طلق واحدة أو ثنتين؟ بنى على واحدة. وان شك بين الثنتين والثلاث ، بنى على الثنتين ، لأن الأصل بقاء العقد وما زاد على المتحقق لا دلالة على وقوعه ، وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) ، و (. م .) .

(١) م : بالشرط.

(٢) م : ولا ثلاثا.

وقال (. ك .) ، و (. ف .) : عليه الأخذ بالأكثر ، لان الحظر والإباحة إذا اجتمعا غلبنا حكم الحظر.

مسألة . ٥٤ . : الظاهر من روايات أصحابنا والأكثر أن الزوج الثاني إذا دخل بها ، يهدم ما دون الثلاث من الطلقة والطلقتين ، وبه قال (. ح .) ، و (. ف .) ، وفي الصحابة ابن عمر ، وابن عباس .

وقد روى أصحابنا في بعض الروايات أنه لا يهدم الا الثلاث ، فاذا كان دون ذلك فلا يهدمه ^(١) ، فمتى تزوجها الزوج الأول كانت معه على ما بقي من الطلاق ، وبه قال في الصحابة على ما حكوه علي عليه السلام ، وعمر ، وأبو هريرة ، وفي الفقهاء (. ك .) و (. ش .) ، و (. ع .) ، وابن أبي ليلى ، و (. م .) ، وزفر . قال (. ش .) : رجع محمد بن الحسن في هذه المسألة إلى قولنا .

وينصر القول الأول مضافا الى الاخبار الواردة في ذلك قوله تعالى ﴿ **فَإِمْسَاكُ بِمَغْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ** ﴾ ^(٢) فأخبر أن من طلق تطليقتين ^(٣) كان له ^(٤) إمساكها بعدها الا ما قام عليه الدليل .

وينصر الرواية الأخرى قوله ﴿ **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** ﴾ ^(٥) فأخبر من طلق طلقة بعد تطليقتين ^(٦) لم تحل له الا بعد زوج ، ولم فرق بين أن يكون هذه الثالثة بعد طلقتين وزوج أو بعد طلقتين ^(٧) بلا

(١) د : فلا يهدم هدمه .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٣) د : تطليقتين .

(٤) : كان إمساكها .

(٥) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٦) د : تطليقتين .

(٧) م : بعد تطليقتين وزوج أو بعدها .

زوج.

مسألة . ٥٥ . : الحيل في الأحكام جائزة ، وبه قال الفقهاء كلهم ، وفي الناس من منع الحيل بكل حال . ويدل على جواز ذلك ^(١) قوله تعالى في قصة إبراهيم **﴿ قَالُوا مَنْ فَعَلَ هَذَا بِالْهَيْتَا ﴾** الى قوله **﴿ بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَسَأَلُوهُمْ إِنَّ كَانُوا يَنْطِقُونَ ﴾** ^(٢) وانما قال ذلك على تأويل صحيح ، يعني : ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم فاذا لم ينطقوا فاعلموا أنه ما فعله تنبيها على أن من لا ينطق ولا يعقل ^(٣) لا يستحق العبادة وخرج الكلام مخرجا ظاهره بخلافه.

وقال في قصة أيوب **﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ ﴾** ^(٤) فجعل الله لأيوب مخرجا مما كان حلف عليه.

وروى سويد بن حنظلة ، قال : خرجنا ومعنا وائل بن حجر نريد النبي **﴿ ﷺ ﴾** فأخذه أعداء له ، فتخرج القوم أن يخلفوا وحلفت بالله أنه أخي ، فخلى عنه العدو ، فذكر ذلك للنبي **﴿ ﷺ ﴾** ، فقال : صدقت « المسلم أخ المسلم » . فالنبي **﴿ ﷺ ﴾** أجاز فعل سويد ، وبين له صواب قوله فيما احتال به ، ليكون صادقا في يمينه.

مسألة . ٥٦ . : إذا ثبت جواز الحيلة ، فإنما يجوز من الحيلة ما كان مباحا يتوصل به الى مباح ، فأما المحذور يتوصل به الى المباح فلا يجوز ، وبه قال (. ش .) وأجاز أصحاب (. ح .) الحيلة المحظورة ليصل بها الى المباح.

قال أبو بكر الصيرفي نظرت في كتاب الحيل لأهل العراق ، فوجدته على ثلاثة أنحاء ، أحدها : ما لا يحل فعله ، مثل ما روى ابن المبارك عن (. « ح » .) أن امرأة

(١) م : على ذلك.

(٢) سورة الأنبياء : ٥٩ . ٦٣ .

(٣) م : لا يفعل.

(٤) سورة ص : ٤٤ .

شكت اليه زوجها فأثرت ^(١) فراقه ، فقال لها : ارتدي فيزول النكاح. والثاني : ما يحل على أصولهم. والثالث : ما يجوز على قول من أجاز الحيلة.

والدليل على أن مثل المخطور لا يجوز أن الله تعالى عاقب من احتال حيلة محظورة عقوبة شديدة حتى مسخ من فعله قرده وخنازير ، فقال ﴿ **وَسَأَلُهُمُ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ** ﴾ ^(٢) القصة ، كان الله تعالى حرم عليهم صيد السمك يوم السبت ، فاحتالوا على السمك فوضعوا الشباك يوم الجمعة ، فدخل السمك يوم السبت وأخذوا يوم الأحد ، فقال تعالى ﴿ **فَلَمَّا عَتَوْا عَنْ مَا نُهُوا عَنْهُ قُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ** ﴾ ^(٣) وقال النبي ﷺ : لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها.

فلما نظر محمد بن الحسن الى هذا قال : ينبغي أن لا يتوصل الى المباح بالمعاصي ، ثم نقض هذا ، فقال : لو أن رجلا حضر عند الحاكم ، فادعى أن فلانة زوجتي ولم يعلم أنه كاذب وشهد له بذلك شاهدان زورا وهما يعلمان ذلك ، فحكم الحاكم له بها ، حلت له ظاهرا وباطنا ، ولو أن رجلا تزوج بامرأة جميلة فرغب فيها أجنبي قبل دخول زوجها ^(٤) فأتى هذا الأجنبي الحاكم ، فادعاهما زوجته وأن زوجها طلقها قبل الدخول بها وتزوجت بها وشهد له بذلك شاهدان زور ، فحكم الحاكم بذلك ، نفذ حكمه وحرمت على الأول ظاهرا وباطنا ، وحلت للمحتال ظاهرا وباطنا ، هذا مذهبه لا يختلفون فيه.

(١) م : وآثرت ، د : وأثرت.

(٢) سورة الأعراف : ١٦٣.

(٣) سورة الأعراف : ١٦٦.

(٤) م : زوجها بها.

(كتاب الرجعة)

مسألة ١ . (. « ج » .) : الرجعة اعتبار الطلاق ^(١) بالزوجة ان كانت حرة فطلاقها ثلاث ، سواء كانت تحت حر أو عبد . وان كانت أمة ، فطلاقها ثنتان ، سواء كانت تحت حر أو عبد ، وبه قال علي عليه السلام في الصحابة ، وفي الفقهاء (. ح .) وأصحابه ، و (. ر .) .

وقال (. ش .) : الاعتبار بالزوج ، وان كان حرا فثلاث تطليقات ، وان كان عبدا فثلاثتان ^(٢) ، سواء كان تحت حرة أو أمة ، وبه قال ابن عمر ^(٣) وابن عباس و (. ك .) .

مسألة ٢ . : أقل ما يمكن أن تنقضي به عدة الحرة ستة وعشرون يوما ولحظتان ، وعدة الأمة ثلاثة عشر يوما ولحظتان ، لأننا قد ذكرنا في كتاب الحيض أن أقل الحيض ثلاثة أيام وأقل الطهر عشرة أيام ، فإذا ثبت ذلك يصح ما قدرناه بأن يطلقها في آخر جزء من طهرها ، ثم ترى الدم بعد لحظة ، فيحصل لها قرء واحد ، فتري بعد ذلك الدم ثلاثة أيام ، ثم الطهر عشرة أيام ، ثم الدم ثلاثة أيام ، ثم ترى الدم لحظة وقد انقضت عدتها .

(١) م : مسألة (. « ج » .) اعتبار الطلاق .

(٢) م : ان كان عبدا فثنتان .

(٣) م : قال عمر .

وعند (. ش .) أقل ذلك في الحرة اثنان وثلاثون يوما ، وفي الأمة أحد عشر يوما ولحظتان.

مسألة . ٣ . (. « ج » .) : المطلقة الرجعية لا يحرم وطئها ولا تقبيلها ، بل هي باقية على الإباحة ، ومتى وطأها أو قبلها بشهوة ^(١) ، كان ذلك رجعة ، وبه قال (. ح .) ، و (. ر .) ، و (. ع .) ، وابن أبي ليلى .

وقال (. ش .) : هي محرمة كالمبتوتة ، ولا يحل له وطئها والاستمتاع بها ، الا بعد أن يراجعها وتحتاج في الرجعة عنده أن يقول : راجعتك مع القدرة ، ومع العجز كالخرس فالإشارة والإيماء كالنكاح سواء .

وقال (. ك .) : ان وطأها ونوى الرجعة كان رجعة ، وان لم ينو الرجعة لم يكن رجعة وبه قال عطاء ، وأبو ثور .

مسألة . ٤ . (. « ج » .) : يستحب الاشهاد على الرجعة ، وليس ذلك بواجب ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال (. ك .) : الاشهاد واجب .

مسألة . ٥ . : إذا راجعها قبل أن تخرج من عدتها ولم تعلم الزوجة بذلك ، فاعتدت وتزوجت ، ثم جاء الزوج الأول وأقام البينة بأنه كان راجعها في العدة ، فإنه يبطل النكاح الثاني ويرد إلى الأول ، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وبه قال علي عليه السلام وأهل العراق ، و (. ش .) .

وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال : ان لم يكن الثاني دخل بها ، فالأول أحق بها ، وان كان دخل بها فهو أحق بها ، وبه قال (. ك .) .

مسألة . ٦ . (. « ج » .) : إذا طلقها ثلاثا على الوجه الذي يقع الطلاق على

الخلاف

(١) م : قبلها بشهوته .

فيه ، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ويطأها ^(١) ، فالوطي من الثاني شرط التحلل ^(٢) للأول ، وبه قال علي عليه السلام ، وابن عمر ، وجابر ، وعائشة ، وجميع الفقهاء الا سعيد بن المسيب فإنه لم يعتبر الوطي وانما اعتبر النكاح.

يدل على ما ذهبنا اليه . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روته ^(٣) عائشة ، قالت : أتت زوجة رفاعه بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت : طلقني رفاعه وبنت طلاقني وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وأن ما معه مثل هدية ^(٤) الثوب ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : تريدان أن تراجعني رفاعه؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك.

مسألة ٧ . : إذا نكحت نكاحا فاسدا ، ودخل بها الزوج الثاني لا يحل به للأول ، لقوله تعالى ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ولفظة النكاح انما تطلق على الصحيح دون الفاسد. ولل (ش .) فيه قولان.

مسألة ٨ . : إذا تزوجت بمراهق قرب من البلوغ وينتشر عليه ويعرف لذة الجماع ودخل بها ، فإنها تحل للأول ، لقوله ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ولم يفصل ، ولقوله عليه السلام « حتى يذوق عسيلتها » وهذا قد ذاق ، وبه قال (ش .) . وقال (ك .) : لا تحل للأول.

مسألة ٩ . : إذا وطأها الزوج الثاني في حال يحرم وطئها فيها ، بأن يكون محرما أو هي محرمة ، أو كان صائما ، أو هي صائمة ، أو كانت حائضا أو نفساء ، فإنها لا تحل للأول ، لأنه لا دليل على أن هذا الوطي ^(٥) محلل ، وبه قال (ك .) .

(١) م ود : غيره يطأها.

(٢) م : لتحل.

(٣) م : دليلنا ما روته.

(٤) د : هدية.

(٥) م : هذا محلل.

وقال (. ش .) وجميع الفقهاء : انها تحل للأول ، وهو قوي .

مسألة . ١٠ . : إذا كانت عنده زوجة ذمية ، فطلقها ثلاثا وتزوجت بذمي بنكاح صحيح ووطأها ، فإنها تحل للأول عند من أجاز من أصحابنا العقد عليهن ، وبه قال (. ح .) ، وأهل العراق ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا يبيحها للأول ، بناء على أصله أن أنكحة أهل الذمة فاسدة .

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿ **حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ** ﴾ ^(١) ولم يفرق . وأيضا فإن أنكحة أهل الكفر صحيحة عندنا ، يدل عليه قوله تعالى ﴿ **وَأَمْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ** ﴾ ^(٢) فأضاف المرأة الى أبي لهب ، وهذه الإضافة تقتضي الزوجية حقيقة وروي أن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا ، فلو لا انها كانت موطوءة بنكاح صحيحة لما رجمهما .

مسألة . ١١ . : إذا قال لامرأته : أنت طالق ظنا أنها أجنبية ، أو نسي ان له ^(٣) امرأة ، فقال : كل امرأة لي طالق ، لا يلزمه الطلاق ، بدلالة ما قدمناه من أن الطلاق يحتاج إلى النية . وقال (. ش .) : يلزمه .

مسألة . ١٢ . : إذا راجعها بلفظ النكاح ، مثل أن يقول تزوجتك أو يقول : نكحتك وقصد المراجعة ، كانت رجعة صحيحة ^(٤) ، بدلالة أن الرجعة عندنا لا يفتقر الى القول ، ويكفي فيها إنكار الطلاق أو الوطي أو التقبيل . وهذا أقوى من ذلك .
ولل (. ش .) فيه وجهان ، المذهب عندهم أنه لا يصح .

(١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٢) سورة المسد : ٤ .

(٣) م : ظنا منه أنها أجنبية أو نسي له امرأة .

(٤) د : كانت صحيحة .

(كتاب الإيلاء)

مسألة ١ . : الإيلاء الشرعي أن يحلف أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ، فإن حلف على أربعة لم يكن موليا ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .
(. وحكي عن ابن عباس أنه قال : الإيلاء أن يحلف أن لا يطأها على التأييد ، فإن أطلق فقد أبد ، وإن قال على التأييد ، فقد أكد .

وقال (. ر .) ، (. ح .) : إذا حلف أن لا يطأها أربعة أشهر كان موليا ، وإن حلف أقل من ذلك لم يكن موليا . وقال الحسن البصري ، وابن أبي ليلى : يكون موليا ، ولو حلف أنه لا يطأها يوما .

مسألة ٢ . : حكم الإيلاء الشرعي أن له التبرص أربعة أشهر ، فإذا انقضت توجهت عليه المطالبة بالفئة أو الطلاق ، فمحل الفئة بعد انقضاء المدة وهو محل الطلاق ، وأما قبل انقضائها فليس بمحل للفئة والمدة حق له ، وإن فاء فيها فقد عجل الحق لها قبل محله عليه ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وعمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وعائشة ، وفي التابعين عطاء ، ومجاهد ، وسليمان بن يسار ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، وأبو ثور .

ويدل عليه قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا﴾

فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ^(١) وفي هذه الآية أدلة أربعة : أحدها : أن الله تعالى أضاف المدة إلى المولى بلام الملك ، فإذا كانت حقاً له لم يصح أن يكون الأجل المضروب له محلاً لحق غيره فيه .

الثاني : جعل له التبرص وأخبر أن له الفئة بعدها بقوله **﴿ فَإِنْ فَاؤُ ﴾** والفاء للتعقيب .

والثالث : أنه قال فان فاءوا أي جامعوا ، فأضاف الفئة إلى المولى ، وأضاف الطلاق إليه أيضاً ، فثبت أن الطلاق يقع بفعله ، كما يقع الفئة بفعله .

والرابع : أن الله تعالى وصف نفسه بالغفران إذا هو فاء ، لأنه في صورة من يفتقر إلى غفران من حيث أنه حنث وهتك حرمة الاسم ، وإن لم يكن مأثوماً بالفئة . وقال **﴿ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾** بعد قوله **﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾** فثبت أن هناك ما يسمع وهو التلفظ بالطلاق ، فمن قال يقع بانقضاء المدة ، فليس هناك ما يسمع ^(٢) .

وذهب (. ح .) وأصحابه إلى أنه يتبرص أربعة أشهر ، فإذا انقضت وقع بانقضائها طلاقاً واحدة بائة ، ووقعت الفئة في المدة ، فإن فاء فيها فقد وفاها حقها في وقته ، وإن ترك الجماع وقعت الطلقة ^(٣) بانقضاء المدة ، وبه قال (. ر .) ، وابن أبي ليلى ، وروي ذلك عن ابن مسعود . وذهب الزهري ، وسعيد بن جبير إلى أنه يقع الطلاق بانقضاء المدة ، ولكن لا يكون طلاقاً بائة .

مسألة ٣ . (. ج -) : لا يكون الإيلاء إلا بأن يحلف بالله ، أو باسم من أسمائه ،

(١) سورة البقرة : ٢٢٦ . ٢٢٧ .

(٢) د : مما يسمع .

(٣) د : وقعت الطلاق .

فأما اليمين بالطلاق والعتاق والصدقة وغير ذلك ، فلا يكون إيلاء ، وبه قال (. ش .) في القديم .

وقال ^(١) في الجديد : يكون موليا لجميع ذلك ، وبه قال (. ح .) .

مسألة ٤ . (. « ج » -) : لا ينعقد الإيلاء إلا بالنية إذا كان بألفاظ مخصوصة ، وهي أن يقول : لا أنيكك ، ولا أدخل ذكري في فرجك ، لا أغيب ذكري في فرجك .
وقال (. ش .) : هذه ألفاظ صريحة في الإيلاء ، ولا يحتاج معها إلى النية ، فمتى لم ينوبها الإيلاء حكم عليه بها ، وإن لم ينعقد فيما بينه وبين الله ، وزاد في البكر لا افتضك ، وهذا لا يجوز عندنا ، لأن الإيلاء لا يكون الا بعد الدخول بها .

مسألة ٥ . (. « ج » -) : إذا قال : والله لا جامعتك ، لا أصبتك ، لا وطأتك ، وقصد به الإيلاء كان إيلاء ، وإن لم يقصد ذلك لم يكن موليا ، وهي حقيقة في العرف في الكناية عن الجماع .

وقال (. ش .) : هذه صريح في الحكم ، لكنه يدين فيما بينه وبين الله ، وثبت أنها بالعرف عبارة عن النيك مثل ما قلناه ، فإذا أطلق وجب حملها على ذلك مثل الصريحة .

مسألة ٦ . (. « ج » -) : إذا قال : والله لا باشرتك ، لا لامستك ، لا باضعتك وقصد بها الإيلاء والعبارة عن الوطي كان موليا ، وإن لم يقصد لم يكن بها موليا .
ولل (. ش .) فيه قولان ، قال في القديم : صريح في الإيلاء . وقال في الجديد : كناية عن ذلك ، فإن نوى الإيلاء كان موليا ، وإن لم ينو لم يكن موليا ، وإن ^(٢) أطلق

(١) م : قال (. ش .) في القديم وفي الجديد .

(٢) م : فإن نوى الإيلاء .

فعلى قولين.

مسألة ٧ . : إذا قال : والله لا جمع رأسي ورأسك شيء أو مخدة ، والله لاسوئتك ، والله لأطيلن غيبتك عنك ، كل ^(١) هذا لا ينعقد به الإيلاء ، لأنه لا دليل عليه . وقال (. ش .) : هذه كنايات ^(٢) الإيلاء .

مسألة ٨ . (. ج « -) : إذا امتنع بعد الأربعة أشهر من الفقة والطلاق وماتل ودافع ، لا يجوز أن يطلق عليه ، لكنه يضيق عليه ويحبس ، ويلزم الطلاق أو الفقة ، وليس للسلطان ^(٣) أن يطلق عليه ، لإجماع الفرقة ، ولقوله ﷺ « الطلاق لمن أخذ بالساق » . ول (. ش .) قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : أن له أن يطلق عليه ، وهو قوله الجديد ، وعند (. ح .) يقع الطلاق بانقضاء المدة .

مسألة ٩ . : إذا طلق المولى طلقة كانت رجعية ، لأن الأصل في الطلقة الرجعية ^(٤) أن تكون رجعية ، ولا دليل على كونها بائمة ، وبه قال (. ش .) إذا كان في المدخول بها . وقال أبو ثور : يكون بائمة على كل حال .

مسألة ١٠ . (. ج « -) : إذا قال ان ^(٥) أصبتك فأنت علي حرام ، لم يكن موليا ولا يتعلق به حكم ، لإجماع الفرقة على أن الإيلاء لا يقع الا باسم من أسماء الله . وقال (. ش .) : ان قلنا انه كناية ولم ينو لم يتعلق به حكم ، وان قلنا صريح في

(١) م : وكل هذا .

(٢) م : هذه كناية .

(٣) م : ليس السلطان .

(٤) م : لأن الأصل فيها أن يكون رجعية و (. د .) ، لأن الأصل في الطلقة أن تكون رجعية .

(٥) م ، د : إذا قال أصبتك .

إيجاب الكفارة أو قلنا كناية فنوى تحريم عينها ، كان موليا على القول الجديد ، ولا يكون موليا على القول القديم ، لأنه يمين بغير الله .

مسألة ١١ . : إذا قال : ان أصبتك فله علي أن أعتق عبدي ، لا يكون موليا لما قلناه في المسألة الاولى . ولل (. ش .) ^(١) قولان .

مسألة ١٢ . (. « ج » -) : الإيلاء لا يقع بشرط ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة ^(٢) ١٣ . (. « ج » -) : الإيلاء في الرضا والغضب سواء إذا قصد به الإيلاء بدلالة عموم الآية والاختبار ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) ، وان لم يعتبر النية . وقال (. ك .) : إذا آلى في حال الغضب كان موليا ، وان آلى في حال الرضا لم يكن موليا ^(٣) .

مسألة ١٤ . : مدة التبرص أربعة أشهر ، سواء كان الزوج حرا أو عبدا ، أو الزوجة حرة أو أمة ، بدلالة عموم الآية ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : الاعتبار بالرجل ، فان كان عبدا فالمدة شهران ، وان كان حرا فأربعة أشهر . وقال (. ح .) : الاعتبار بالمرأة فإن كانت حرة فأربعة أشهر ، وان كانت أمة فشهران .

مسألة ١٥ . (. « ج » -) : إذا ^(٤) اختلفا في انقضاء المدة أو ابتداء اليمين ، كان القول قوله مع يمينه عند (. ش .) ، وهذا لا يصح على مذهبنا ، لأننا نعتبر المدة من عند الترافع الى الحاكم لا من وقت اليمين .

(١) م : لل (. ش .) فيه قولان .

(٢) م : في (. د .) وخالف جميع الفقهاء في ذلك مسألة (. ج .) لا حكم للإيلاء قبل الدخول وخالف جميع الفقهاء في ذلك . مسألة (. ج .) الإيلاء في الرضا والغضب سواء .

(٣) م : لم يكن موليا دون الرضا .

(٤) م : ان اختلفا .

مسألة ١٦ . : الإيلاء يقع بالرجعية ^(١) بلا خلاف ، ويحتسب من مدتها زمان العدة ^(٢) ، وبه قال (. ح .) . ويدل على المسألة ما بيناه في كتاب الرجعة من أن الرجعية لا تحرم الوطي . وقال (. ش .) : لا يحتسب عليه زمان العدة .

مسألة ١٧ . (. « ج » -) : إذا آلى ^(٣) منها ثم وطأها ، كان عليه الكفارة ، سواء كان الواطئ ^(٤) في المدة أو بعده . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا كفارة عليه .

مسألة ١٨ . : يصح الإيلاء من الذمي كما يصح من المسلم ، بدلالة عموم الآية ، وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) . وقال (. ف .) ، و (. م .) : لا يصح الإيلاء من الذمي ^(٥) .

مسألة ١٩ . (. « ج » -) : إذا آلى لمصلحة ولده خوفا من الحمل ، فيضر ذلك بولده المرتضع ، فلا حكم له ولا يتعلق به حنث ولا يوقف أصلا ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

(١) م : الإيلاء لا يقع بالرجعية .

(٢) د : ويحتسب من مدتها زمان وبه قال (. ح .) .

(٣) د : إذا أتى منها .

(٤) م : سواء كان الوطي في المدة أو بعده .

(٥) م : لا يصح الإيلاء منه .

كتاب الظهار

مسألة ١ . (. « ج » -) : ظهار العبد المسلم صحيح ، وبه قال جميع الفقهاء وحكي عن بعضهم ولم يسموه أنه قال لا يصح .

مسألة ٢ . (. « ج » -) : لا يصح من الكافر الظهار ولا التكفير ، لأن الكفارة تحتاج إلى نية القرية ، ولا يصح ذلك من الكافر ، وإذا لم يصح منه الكفارة لم يصح منه الكفارة لم يصح منه الظهار ، لأن أحدا لا يفرق بينهما ^(١) ، وهو مذهب (. ح .) .
وقال (. ش .) : يصح منه الظهار ^(٢) والكفارة بالعتق والإطعام ، فاما الصوم فلا يصح منه .

مسألة ٣ . (. « ج » -) : لا يقع الظهار قبل الدخول بالمرأة ، وخالف ^(٣) جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة ٤ . (. « ج » -) : إذا ظاهر من امرأته ، ثم طلقها طلاق رجعية ، حكم بصحة ظهاره وسقطت عنه الكفارة ، فإن راجعها عادت الزوجية ووجب الكفارة .

(١) م : لا يفرق عنهما .

(٢) م : وقال (. ش .) يصح الظهار .

(٣) م : لا يقع الظهار قبل الدخول وخالف .

ولل (. ش .) قولان ، إذا قال : الرجعة عود فاذا راجعها ثم طلق لزمته الكفارة وإذا قال : لا يكون عودا فاذا طلقها عقيب الرجعة ، لم يلزمه الكفارة حتى يمضي بعد الرجعة زمان يمكن فيه الطلاق ^(١).

مسألة ٥ . (. ج « -) : إذا ظاهر منها ثم أبانها ، فإن طلقها تطليقة بائنة ، أو طلقها وخرجت من عدتها ، ثم عقد عليها عقدا آخر ^(٢) فإنه لا يعود حكم الظهار . وقال (. ش .) : ان أبانها بدون الثلاث ثم تزوجها ، يعود على قوله القديم قولاً واحداً ، وعلى الجديد فيه قولان ، وان أبانها بالثلاث ثم تزوجها ، ففيه قولان على قوله القديم ، وعلى الجديد فيه قول واحد.

مسألة ٦ . (. ج « -) : ظهار السكران غير واقع ، وروي ذلك عن عثمان ، وابن عباس ، وبه قال الليث ، والمزني ، وداود . وقال كافة الفقهاء : انه يصح ورووا ذلك عن علي عليه السلام وعمر .

مسألة ٧ . (. ج « -) : إذا ظاهر وعاد فلزمته الكفارة ، يحرم عليه وطئها حتى يكفر ، فان ترك العود والتكفير أجل ثلاثة ^(٣) أشهر ، ثم يطالب بالتكفير أو الطلاق مثل المولى بعد ^(٤) أربعة أشهر .

وقال (. ح .) ^(٥) ، و (. ش .) : لا يلزمه شيء من ذلك ، ولا يصير مولياً ، وبه ^(٦) قال (. ر .) .

مسألة ٨ . (. ج « -) : الظهار يقع بالأمة ^(٧) المملوكة والمدبرة وأم الولد ،

(١) م : زمان يمكنه الطلاق .

(٢) م : ثم عقد عليها آخر .

(٣) د : أجل بثلاثة .

(٤) م : مثل المولى تعدد .

(٥) م ، د : وقال (. ك .) و (. ش .) .

(٦) م : لا يصير مولياً بعد أربعة أشهر وبه .

(٧) م : الظهار بالأمة .

مثل ما يقع بالزوجية سواء ، وبه قال علي عليه السلام و (. ر .) ، و (. ك .) .

وقال (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) : لا يقع الظهار الا بالزوجات .

مسألة . ٩ . (. « ج » -) : إذا قال أنت علي كيد أمي أو رجلها وقصد به الظهار كان مظاهرا ، وهو أحد قولي (. ش .) . والأخر لا يكون مظاهرا ، وبه قال (. ح .) ، قال : إذا علق بالرأس والفرج وجزء من الاجزاء المشاعة يكون مظاهرا ، وإذا علق باليد والرجل لم يكن مظاهرا .

مسألة . ١٠ . : إذا قال لها : أنت علي كظهر بنتي ، أو بنت ابني ، أو بنت بنتي ، أو أختي ، أو بنتها ، أو عمتي ، أو خالتي ، فإن أخبار أصحابنا قد اختلفت في ذلك ، فالأظهر الأشهر الأكثر أن يكون مظاهرا ، وبه قال (. ش .) في الجديد .

ويدل عليه قوله تعالى ﴿ **وَأِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا** ﴾ ^(١) وذلك موجودا في غير الأمهات والرواية الأخرى أنه لا يكون مظاهرا إلا إذا شبهها بامه وهو أحد قولي (. ش .) في القديم ، ويدل عليه قوله تعالى ﴿ **مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ** ﴾ ^(٢) فأنكر عليهم تشبيه المرأة بالأم ، فوجب تعليق الحكم بذلك دون غيره .

مسألة . ١١ . (. « ج » -) : لا يصح الظهار قبل التزويج ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) و (. ح .) : يصح .

مسألة . ١٢ . : إذا قال لها : متى تزوجتك فأنت طالق ، وأنت علي كظهر أمي ، أو متى ^(٣) تزوجتك فأنت علي كظهر أمي وأنت طالق ، لم ينعقد بذلك طلاق ولا ظهار ، وبه قال (. ش .) .

(١) سورة المجادلة : ٢ .

(٢) سورة المجادلة : ٢ .

(٣) د : ومتى .

وقال (. ح .) : يقع الطلاق ولا يقع الظهار . وقال (. ك .) : يقعان معا .

مسألة ١٣ . (. « ج » .) : إذا قال : أنت علي كظهر أمي ولم ينو الظهار لم يقع الظهار ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقال ^(١) : هو صريح في الظهار لا يعتبر فيه النية ^(٢) .

مسألة ١٤ . (. « ج » .) : إذا قال : أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق ^(٣) لم يقع به الطلاق ولا الظهار ، ونص (. ش .) في أكثر كتبه أنه يكون طلاقا ، ونقل المزني في بعض النسخ أنه يكون ظهارا .

مسألة ١٥ . (. « ج » .) : الظهار لا يقع إلا إذا كانت المرأة طاهرة طهرا لم يقربها فيه بجماع وبحضر شاهدان مثل الطلاق ، ولم يعتبر أحد من الفقهاء ذلك .

مسألة ١٦ . : إذا قال : أنت علي حرام كظهر أمي ، لم يكن ظهارا ولا طلاقا نوى ذلك أو لم ينو ، لأنه لا دليل عليه ، والأصل براءة الذمة .

وقال (. ش .) : فيه خمس مسائل ، أحدها : أن ينوي الطلاق . والثانية : ينوي الظهار . والثالثة : يطلق ولا ينوي شيئا . والرابعة : ينوي الطلاق والظهار معا . والخامسة : ينوي تحريم عينها . فقال في هذه المسائل : إذا أطلق كان ظهارا ، وإن نوى غير الظهار قبل منه نوى الظهار أو غيره ، وعلى قول بعض أصحابه يلزمه الظهار ، ولا يقبل نيته في الطلاق ولا غيره .

مسألة ١٧ . : إذا كانت له زوجتان ، فقال لإحدهما : أنت علي كظهر

(١) م : قالوا .

(٢) م : لا يعتبر فيه .

(٣) م : نوى به الطلاق .

أمي ، ثمَّ قال للآخر : ان شركتك ^(١) معها ، فإنه لا يقع بالثانية حكم ، نوى الظهار أو لم ينو ^(٢) ، لأنه لا دليل عليه.

وقال (. ش .) : ان ذلك كناية ، فإن نوى الظهار كان ظهارة ، وان لم ينو لم يكن شيئاً.

مسألة . ١٨ . (. « ج » .) : إذا ظاهر من أربع نسوة لم يخل : اما أن يظاهر بكلمة واحدة ، أو يظاهر من كل واحدة بكلمة منفردة ، فإن ظاهر من كل ^(٣) واحدة بكلمة منفردة ، لزمه لكل واحدة كفارة بلا خلاف ، وان ظاهر منهن كلهن بكلمة ^(٤) واحدة ، بأن يقول : أنتن علي كظهر أمي ، لزمه عن كل واحدة كفارة ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) في أصح قوليه. وقال في القديم : يجب عليه كفارة واحدة.

مسألة . ١٩ . (. « ج » .) : إذا قال لزوجته : أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أمي ، ونوى ^(٥) بكل واحدة من الألفاظ ظهارة مستأنفا لزمته عن كل مرة كفارة ، وبه قال (. ش .) في الجديد ، وقال في القديم : عليه كفارة واحدة.

مسألة . ٢٠ . : الظهار على ضربين : أحدهما أن يكون مطلقاً ، فإنه يجب به الكفارة متى أراد الوطي. والآخر : أن يكون مشروطاً ، فلا يجب الكفارة إلا بعد حصول شرطه ، فإذا كان مطلقاً لزمته الكفارة قبل الوطي ، فان وطئ قبل أن يكفر لزمته كفارتان ، وكلما وطئ لزمته كفارة أخرى. وان كان مشروطاً وحصل شرطه لزمته كفارة ، فإن وطئ قبل أن يكفر لزمته كفارتان.

(١) م : قال للآخر أشركتك.

(٢) م : نوى أو لم ينو.

(٣) د : فان ظاهر عن كل.

(٤) م : ان ظاهر منهن بكلمة.

(٥) م : أنت علي كظهر أمي أربع مرات ونوى.

وفي أصحابنا من قال : انه إذا كان بشرط ، لا يقع مثل الطلاق . واختلف الناس في السبب الذي يجب به كفارة الظهر على ثلاثة مذاهب ، فذهب مجاهد ، و (. ر .) إلى أنها يجب بتعيين التلفظ بالظهر ، ولا يعتبر فيها أمر آخر ، وذهب طائفة إلى أنها يجب بظهر وعود .

ثم اختلفوا في العود ما هو؟ على أربعة مذاهب ، فذهب (. ش .) إلى أن العود أن يمسكها زوجته بعد الظهر مع قدرته على الطلاق ، فاذا وجد ذلك صار عائدا ولزمته الكفارة ، وذهب ^(١) (. ك .) ، و (. د .) إلى أن العود هو العزم ^(٢) على الوطي .

وذهب الزهري ، والحسن ، وطاوس إلى أن العود هو الوطي وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن العود هو تكرار لفظ الظهر وإعادته ، وذهب (. ح .) وأصحابه إلى أن الكفارة في الظهر لا يستقر في الذمة بحال ، وإنما يراد لاستباحة الوطي فقال للمظاهر عند ارادة الوطي : إن أردت أن يحل لك الوطي فكفر ، وإن لم ترد استباحة الوطي فلا تكفر ، كما يقال لمن أراد أن يصلي صلاة تطوع : إن أردت أن تستبيح الصلاة فتطهر ، وإن لم ترد استباحتها لم يلزمك الطهارة .

وقال الطحاوي : مذهب (. ح .) أن الكفارة في الظهر يراد لاستباحة الوطي ولا يستقر وجوبها في الذمة ، فإن وطئ المظاهر قبل التكفير ، فقد وطئ وطيا محرما ولا يلزمه التكفير ، بل يقال له عند ارادة الوطي الثاني ، والثالث : ان أردت أن يحل لك الوطي فكفر وعلى هذا أبدا .

فأما الخلاف الذي بين أصحابنا في وقوع الظهر بشرط ، فالمرجع فيه إلى الاخبار الواردة فيه ، والوجه الجمع بينها وأن لا يطرح شيء منها ، ويقوى ما

(١) م : ولزمته وذهب .

(٢) م : ان العود العزم .

أخترناه قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^(١) الآية ، ولم يفرق ، وطريقة الاحتياط أيضا يقتضيه.

مسألة ٢١ . (. « ج » -) : إذا ظاهر من امرأته وأمسكها زوجة ولم يطأها ، ثم طلقها^(٢) ومات عنها أو ماتت ، لم يلزمه الكفارة . وقال (. ش .) : يلزمه الكفارة .
مسألة ٢٢ . : إذا ثبت الظهار وحرم الوطي حرم الوطي فيما دون الفرج ، وكذلك القبلة والتلذذ ، لقوله تعالى ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾^(٣) فأوجب الكفارة قبل التماس ، واسم المسيس يقع على الوطي وما دونه ، وهو أصح قولي (. ش .) . والثاني : لا يحرم غير الوطي في الفرج .

مسألة ٢٣ . (. « ج » -) : إذا ظاهر وأمسك ووجب عليه الكفارة ، فمن حين الظهار الى أن يطأ زمان أداء الكفارة ، فإن وطئ قبل التكفير لزمته كفارتان : إحداها نسا ، والأخرى عقوبة بالوطئ ، وبه قال مجاهد .
وقال (. ش .) : إذا وطئ قبل الكفارة ، فقد فات زمان الأداء ، ولا يلزمه بهذا الوطي كفارة ، ولا يسقط عنه كفارة الظهار التي كانت عليه ، ومن الناس من قال : انه يسقط عنه الكفارة التي كانت عليه .

مسألة ٢٤ . (. « ج » -) : المكفر بالصوم إذا وطئ زوجته التي ظاهر منها في حال الصوم عامدا نهارا كان أو ليلا ، بطل صومه وعليه استئناف الكفارتين ، فان كان وطئه ناسيا مضى في صومه ولم يلزمه شيء .

وقال (. ش .) : ان وطئ بالليل لم يؤثر ذلك الوطي في الصوم ولا في التتابع ، عامدا كان أو ناسيا . وان وطئ بالنهار ، فان كان ذاكرا لصومه متعمدا للوطئ ،

(١) سورة المجادلة : ٣ .

(٢) م : ثم طلق .

(٣) سورة المجادلة : ٣ .

فسد صومه وانقطع تتابعه وعليه استئناف الشهرين. وان وطئ ناسيا لم يؤثر ذلك في الصوم ولا في التتابع ، فيمضي في صومه الشهرين ^(١) ويبنى عليه.

وذهب (. ك .) و (. ح .) إلى أنه إذا وطئ في أثناء الشهرين عامدا أو ناسيا بالليل أو بالنهار ، فان التتابع ينقطع ويلزمه الاستئناف ، فان كان الوطي بالليل لم يؤثر في الصوم ، لكنه يقطع التتابع. وان كان بالنهار عامدا ، أفسد الصوم وانقطع التتابع وان كان بالنهار ناسيا ، فعلى قول (. ح .) لا يفسد الصوم وينقطع التتابع ، وعلى قول (. ش .) يفسد الصوم وينقطع التتابع ، لان عنده أن الوطي ناسيا يفسد الصوم.

مسألة ٢٥ . (. ج . » -) : إذا وطئ غير زوجته في خلال الصوم ليلا ، لم يقطع التتابع ولا الصوم. وان وطئ نهارا ناسيا ، فمثل ذلك. وان وطئ عامدا نهارا قبل أن يصوم من الشهر الثاني شيئا ، قطع التتابع. وان كان بعد أن صام من الثاني شيئا ، كان مخطئا ولم يقطع التتابع عندنا بل يبني عليه ، وعند جميع الفقهاء يقطع التتابع ويجب الاستئناف.

مسألة ٢٦ . : إذا ظاهر من زوجته مدة ، مثل أن يقول : أنت علي كظهر أمي يوما أو شهرا أو سنة ، لم يكن ذلك ظاهرا ، لأنه لا دليل عليه.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : يكون مظاهرا ، وهو قول (. ح .) ، واختيار المزني والثاني : لا يكون مظاهرا ، وهو قول (. ك .) ، والليث بن سعد ، وابن أبي ليلى.

مسألة ٢٧ . : إذا وجب عليه الكفارة يعتق رقبة في كفارة ظهار ، أو قتل أو جماع ، أو يمين ، أو يكون نذر عتق رقبة مطلقة ، فإنه يجزئ في جميع ذلك أن لا يكون مؤمنة إلا في القتل خاصة ^(٢) ، لأن الله تعالى أطلق الرقبة في جميع الكفارات ، وانما قيدها بالإيمان في القتل خاصة ، وبه قال عطاء ، والنخعي ، و (. ر .)

(١) م : فيمضي في صوم الشهرين.

(٢) م : في القتل الخاصة.

و (. ح .) ، وأصحابه الا أنهم أجازوا أن تكون كافرة ، وعندنا أن ذلك مكروه وان أجزء .
وقال (. ش .) : لا يجوز في جميع ذلك إلا المؤمنة ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) ،
و (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة . ٢٨ . : الموضع الذي يعتبر فيه الايمان في الرقبة ، فإنه يجزئ إذا كان محكوما
بايمانه وان كان صغيرا ، لأنه يطلق عليه اسم الرقبة ، وبه قال (. ح .) و (. ش .) ، فان
قال ^(١) وان كان ابن يومه أجزأ .

وقال (. ك .) : أحب أن لا يعتق عن الكفارة إلا بالغا . وقال (. د .) : يعجبني أن
لا يعتق الا من بلغ حدا يتكلم عن نفسه ويعبر عن الإسلام ويفعل أفعال المسلمين ، لأن
الإيمان قول وعمل ، وفي الناس من قال : لا يجزئ الصغير عن الكفارة .

مسألة . ٢٩ . : عتق المكاتب لا يجزئ في الكفارة ، سواء كان أدى ^(٢) من مكاتبته
شيئا أو لم يؤد ، لأنه لا دلالة على ذلك ، وبه قال (. ك .) ، و (. ر .) ، و (. ش .) ،
و (. ع .) .

وقال (. ح .) وأصحابه : ان استأدى شيئا من نجومه لم يجز إعاقته ، وان لم يستأد
شيئا منها أجزأه .

مسألة . ٣٠ . : عتق أم الولد جائز في الكفارات ، لأنه قد ثبت عندنا جواز بيعها ،
فاذا جاز بيعها جاز عتقها . وخالف جميع الفقهاء في ذلك الذين لم يجيزوا بيع أمهات
الأولاد .

مسألة . ٣١ . (. « ج » -) : عتق المدبر جائز في الكفارة ^(٣) ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : لا يجوز .

مسألة . ٣٢ . (. « ج » -) : إذا أعتق عبدا مرهونا وكان موسرا أجزأه ، وان كان

(١) م : فإنه قال .

(٢) م : سواء أدى .

(٣) م : في الكفارات .

معسرا لا يجزيه ، لإجماع الفرقة على جواز تصرف الراهن في الرهن ، وذلك عام في كل شيء ، وانما قلنا لا يجزئ عتق المعسر لأنه يؤدي الى إبطال حق الغير .
ولل (. ش .) فيه قولان ، الصحيح في الموسر أنه يجزئ ، وفي المعسر أنه لا يجزئ مثل ما قلناه .

مسألة . ٣٣ . (. « ج » -) : إذا كان له عبد قد جنى جناية ، فإنه لا يجزئ إعتاقه في الكفارة ، وإن كان خطأ جاز ذلك .

ولل (. ش .) فيه ثلاث طرق ، أحدها : أن كان جاني عمد نفذ العتق فيه قولاً واحداً وإن كان خطأ فعلى قولين ، ومنهم من عكس ذلك . وقال أبو إسحاق : لا فرق بين العمد والخطأ ، ففيهما قولان .

مسألة . ٣٤ . : إذا كان له عبد غائب يعرف خبره وحياته ، فإن إعتاقه في الكفارة جائز بلا خلاف ، وإن لم يعرف خبره ولا حياته لا يجزئ ^(١) ، لأنه لا يرى ذمته بيقين . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٣٥ . : إذا اشترى من يعتق عليه من آبائه وأمهاته وأولاده ، فإن لم ينو عتقهم عن الكفارة عتقوا بحكم القرابة . وإن نوى أن يقع عنهم عن الكفارة لم يقع عنها وينعتقون بحكم القرابة ^(٢) وبقيت الكفارة عليه ، لأن العتق لا يصح قبل الملك عندنا ، ولا يؤثر النية إلا في الملك ، وهذا لا يصح ها هنا ، وهو مذهب (. ش .) .

وقال (. ح .) : يقع عتقهم عن الكفارة ويجزيه .

مسألة . ٣٦ . : إذا وجب عليه عتق رقبة ، فأعتق عنه رجل آخر عبداً بإذنه

(١) م : وحياته لا يجزيه .

(٢) م : بحكم الكفارة .

وقع العبد عن المعتق عنه ، ولا يكون ولاؤه له بل يكون سائبة ، وبه قال (. ش .) ، الا أنه قال : ولاؤه له ، وسواء أعتق ^(١) عنه تطوعا أو عن واجب بجعل وغير جعل ، فإن أعتق بجعل فهو كالبيع ، وان أعتق بغير جعل فهو كالهبة .

وقال (. ح .) : ان أعتق بجعل جاز ، وان أعتق بغير جعل لم يجز .

وقال (. ك .) : لا يجوز ذلك بحال .

يدل على المسألة أنه إذا أعتق عنه بإذنه فالعتق يقع عنه ، لأنه قصد كذلك ونوى ، والنبي ﷺ قال : الاعمال بالنيات . والنية وقعت عن الغير ، فوجب أن يقع العتق عنه .

مسألة . ٣٧ . : إذا أعتق عنه بغير اذنه ، فان العتق يقع عن المعتق دون المعتق عنه ، أعتقه عن واجب أو عن تطوع ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : ان أعتقه عن تطوع وقع العتق عنه كقولنا ، وان أعتقه عن واجب عليه وقع ذلك عن المعتق عنه وأجزأه . ويدل على المسألة قوله ﷺ « الولاء لمن أعتق » .

مسألة . ٣٨ . : إذا ملك الرجل نصف عبيدين وباقيهما مملوك لغيره أو باقيهما حر ، فأعتقهما عن كفارته لم تجزه ، بدلالة طريقة الاحتياط ، لأنه لم يعتق رقبة ، والذمة مشغولة بوجوب تحرير رقبة .

ولأصحاب (. ش .) فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ما قلناه . والآخر : يجزيه . والثالث : ان كان باقية مملوكا لم يجزه ، وان كان باقية حرا ^(٢) أجزأه .

مسألة . ٣٩ . : إذا كانت ثلاث كفارة ^(٣) من جنس واحد فأعتق عنها ، أو صام

(١) م : وسواء عتق .

(٢) م : وان كان حرا .

(٣) م : ثلاث كفارات .

بنية التكفير دون التعيين ، أجزأه بلا خلاف. وان كانت من أجناس مختلفة ، مثل كفارة الظهار ، وكفارة القتل ، فلا بد فيها من نية التعيين عن كل كفارة ، فان لم يعين لم يجزه ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : يجزيه وان لم ينو التعيين.

يدل على المسألة قوله **عَلَيْهِ** « الأعمال بالنيات » وطريقة الاحتياط يقتضيه أيضا لأنه لا خلاف أنه إذا عين النية يجزيه.

مسألة ٤٠ . : إذا كان عليه كفارة ^(١) عتق رقبة ، فشك هل هي عليه من كفارة ظهار أو قتل أو جماع أو يمين أو عن نذر ، فأعتق بنية ما يجب عليه مجملا أجزأه. وقال (. ش .) : ان كان الذي وجب عليه عن كفارة أيها كانت أجزأه ، وان كان عن نذر لا يجزيه ، لأنه يحتاج إلى نية التعيين.

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿ **فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ** ﴾ ^(٢) ولم يشترط نية التعيين ، وأيضا فإن نية التعيين قد يكون محملة ويكون مفصلة ، وهذا قد أتى بنية التعيين محملة. **مسألة ٤١ .** : نية الإعتاق يجب أن يقارن حال الإعتاق ، ولا يجوز بتقدمها ، بدلالة طريقة الاحتياط. ولل (. ش .) فيه طريقتان ^(٣) ، أحدهما : ما قلناه كالصلاة. والثاني : أنه يجوز تقدمها.

مسألة ٤٢ . : إذا وجبت عليه كفارة بعتق أو إطعام أو صوم فارتد ، لم يصح منه الكفارة بالعتق ولا بالإطعام ولا بالصوم ، لأنه يحتاج في ذلك الى نية القرية ، ولا تصح من المرتد.

(١) م : إذا كان كفارة.

(٢) سورة المجادلة : ٣.

(٣) م : ولل (. ش .) فيه قولان.

ووافق (. ش .) في الصوم ، وله في العتق والإطعام ثلاثة أقوال ، مبنية على حكم ملكه وتصرفه ، أحدها : أن ملكه وتصرفه صحيحان إلى أن يقتل أو يموت ، فعلى هذا يصح منه الإعتاق والإطعام ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) . والثاني : أنه باطل ، فلا يجزيه العتق ولا الإطعام . والثالث : أنه مراعى ، فإن عاد إلى الإسلام حكم بأجزائه ، وإن لم يعد حكمنا بأنه لم يجزه ، وبه قال (. ح .) .

مسألة ٤٣ . (. « ج » -) : في الرقاب ما يجزئ وما لا يجزئ ^(١) ، وبه قال جميع الفقهاء إلا داود ، فإنه قال : الجميع يجزئ .

مسألة ٤٤ . : الأعمى لا تجزئ بلا خلاف بين الفقهاء ، والأعور يجزئ بلا خلاف ، والمقطوع اليدين أو الرجلين أو يد واحد ورجل واحد من خلاف فعند (. ش .) لا يجزئ ، وعند (. ح .) يجزئ ، وبه نقول لقوله تعالى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ولم يفصل ^(٢) .

مسألة ٤٥ . : ولد الزنا يجزئ في الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ولم يفصل ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا الزهري ، و (. ع .) فإنهما قالا : لا يجزئ .

مسألة ٤٦ . (. « ج » -) : إذا وجد رقبة وهو محتاج إليها لخدمته أو وجد ثمنها وهو محتاج إليه لنفقته وكسوته وسكناه ، لا يلزمه الرقبة ، ويجوز له الصوم ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) ، و (. ع .) : يلزمه العتق في الموضعين معا . وقال (. ح .) : إذا كان واجدا للرقبة وهو محتاج إليها لزمه إعتاقها ، ولا يجوز له الصوم ، وإذا وجد الثمن وهو محتاج لا يلزمه الإعتاق ويجوز له الصوم .

(١) د ، م : وفيها ما لا يجزئ .

(٢) د : لم تذكر كلمة (ولم يفصل) .

مسألة ٤٧ . : إذا انتقل عن العجز ^(١) الى الصوم ، فالواجب أن يصوم شهرين متتابعين بلا خلاف ، فإن أفطر في خلال ذلك بغير عذر في الشهر الأول ، أو قبل أن يصوم من الثاني شيئاً ، وجب استئنافه بلا خلاف. وإن كان إفطاره بعد أن صام من الثاني ولو يوماً واحداً ، جاز له البناء ولا يلزمه الاستئناف.

وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : وجب ^(٢) عليه الاستئناف.

مسألة ٤٨ . (. « ج » -) : إذا أفطر في خلال الشهرين لمرض يوجب ذلك ، لم ينقطع التتابع وجاز البناء ، وهو أحد قولي (. ش .) . والأخر : أنه ينقطع ويوجب الاستئناف.

مسألة ٤٩ . : إذا سافر في الشهر الأول فأفطر ، قطع التتابع ووجب عليه الاستئناف ، لقوله تعالى ﴿ **فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ** ﴾ ^(٣) والسفر باختياره بخلاف المرض. و (. « ش » -) بناء على قوله في المرض ان قال هناك : يقطع التتابع فهو ها هنا أولى ، وإن قال : لا يقطع ففي هذا قولان.

مسألة ٥٠ . : الحامل والمرضع إذا أفطرتا في الشهر الأول ، فحكمهما حكم المريض بلا خلاف ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما لم يقطع التتابع عندنا وجاز البناء ، لأن ذلك عذر موجب الإفطار عندنا كالمريض والحائض ، وقال بعض أصحاب (. ش .) : أنه عذر كالمريض ، وقال بعضهم : ان التتابع ينقطع قولاً واحداً.

مسألة ٥١ . : إذا أدخل الطعام والشراب في حلقه ^(٤) بالإكراه ، لم يفطر

(١) م : إذا انتقل عند العجز.

(٢) م : وقالوا يجب.

(٣) م : إذا دخل الطعام أو الشراب حلقه.

بلا خلاف. وان ضرب حتى أكل أو شرب ، فعندنا لا يفطر ولا ينقطع التتابع. ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة ٥٢ . (. « ج » -) : القاتل متعمدا في أشهر الحرم ، وجب عليه الكفارة بصوم شهرين من أشهر الحرم ، وان دخل فيهما الأضحى وأيام التشريق. وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : ذلك لا يجوز.

مسألة ٥٣ . : إذا ابتدأ بصوم أيام التشريق في الكفارة صح صومه ، وكذلك يجوز التنفل به في الأمصار ^(١) ، فأما بمنى فلا يجوز على حال. ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : أنه يجوز في الكفارة دون التطوع. والثاني : أنه لا يجوز.

ويدل ^(٢) على المسألة قوله تعالى ﴿ **فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ** ﴾ ولم يعين وانما أخرجنا الفطر والأضحى وغيرهما ^(٣) بدليل الإجماع.

مسألة ٥٤ . : لا يلزمه أن ينوي التتابع في الصوم ، بل يكفي نية الصوم فحسب لأنه لا دلالة على ذلك.

ولل (. ش .) فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ما قلناه. والثاني : يحتاج أن ينوي ذلك كل ليلة. والثالث : يحتاج أن ينوي ذلك أول ليلة.

مسألة ٥٥ . : إذا صام شعبان ورمضان عن الشهرين المتتابعين ، لم يحز عنهما بلا خلاف ، وصوم شهر رمضان صحيح لا يجب عليه القضاء عندنا ، لان تعيين النية ليس بواجب في صوم شهر رمضان ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : يجب عليه قضاء رمضان ، لأنه ما عين النية.

(١) م : التنفل في الأمصار.

(٢) م ، د : لا يجوز على حال ويدل.

(٣) م : وانما أخرجنا العيدين وغيرهما.

مسألة ٥٦ . : الاعتبار في وجوب الكفارات المرتبة حال الأداء دون حال الوجوب ، فمن قدر حال الأداء على الإعتاق لم يجزه الصوم ، وان كان غير واجد لها ^(١) حين الوجوب ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ** ﴾ وهذا واجد للرقبة عند الشروع في الصوم.

ولل (. ش .) فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ما قلناه . والثاني : أن الاعتبار بحال الوجوب دون حال الأداء ، وبه قال (. ح .) . والثالث : أن الاعتبار بأغلب الحالين من حين الوجوب الى حين الأداء .

مسألة ٥٧ . (. « ج » -) : إذا عدم المكفر الرقبة ، فدخل في الصوم ، ثمَّ قدر على الرقبة ، فإنه لا يلزمه الإعتاق ، ويستحب له ذلك . وهكذا المتمتع إذا عدم الهدي فصام ، ثمَّ قدر على الهدي . والمتيمم إذا دخل في الصلاة ثمَّ وجد الماء ، لا يلزمه الانتقال ، وبه قال (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وذهب (. ر .) ، و (. ح .) إلى أنه يلزمه الرجوع الى الأصل في هذه المواضع كلها ، الا أنه قال في المتمتع : ان وجوده في صوم السبع لم ينتقل ، لان عنده البدل صوم الثلاث دون الأصل . وقال المزني : يلزمه الانتقال الى الأصل في المواضع كلها .

مسألة ٥٨ . (. « ج » -) : إذا ظاهر فأعتق قبل العود لم يجز . وقال (. ش .) : يجوز .

مسألة ٥٩ . (. « ج » -) : يجب أن يدفع الى ستين مسكينا ، ولا يجوز أن يدفع حق مسكين الى مسكين لا في يوم واحد ولا في يومين ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : ان أعطى مسكينا واحدا كل يوم حق مسكين في ستين يوم حق ستين مسكينا أجزأه ، وان أعطى في يوم واحد حق مسكينين لواحد لم يجزه ، وعندنا يجوز ، وهذا مع عدم المسكين .

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . قوله تعالى

(١) م : واجب لها .

﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾^(١) وقوله في كفارة اليمين ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ﴾ فاعتبر العدد فلا يجوز الإخلال به ، كما لا يجوز الإخلال بالإطعام. وأيضا فطريقة الاحتياط يقتضي ذلك ، لان ما اعتبرناه مجمع على جوازه.

مسألة ٦٠ . : لا يجوز إعطاء الكفارة للمكاتب ، بدلالة طريقة الاحتياط ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يجوز .

مسألة ٦١ . : لا يجوز دفع الكفارة إلى كافر ، بدلالة طريقة الاحتياط ، وبه^(٢) قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يجوز .

مسألة ٦٢ . : يجب أن يدفع الى كل مسكين مدان ، والمد رطلان وربيع بالعراقي في سائر الكفارات.

وقال (. ش .) : مد في جميع ذلك ، وهو رطل وثلاث إلا فدية الأذى خاصة بأنه مدان ، وبه قال ابن عمر ، وابن عباس ، وأبو هريرة.

وقال (. ح .) : ان أخرج تمرا أو شعيرا ، فإنه يدفع الى كل مسكين صاعا أربعة أمداد ، والمد رطلان ، وان أخرج طعاما فنصف صاع ، وفي الزبيب روايتان.

قال (. ك .) مثل قول (. ش .) إلا كفارة الظهار ، فإنه قال : يدفع الى كل مسكين مدا بالمد الحجازي ، وهو مد وثلاث بمد النبي ﷺ .

مسألة ٦٣ . : يجب أن يطعم ما يغلب على قوته وقوت أهله ، بدلالة قوله تعالى ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾^(٣).

وقال (. ش .) : يجب أن يطعم من غالب قوت البلد.

مسألة ٦٤ . : إذا كان قوت أهل بلده اللحم أو اللبن أو الأقط وهو قوته ،

(١) سورة المجادلة : ٤ .

(٢) م : بدلالة ما تقدم وبه قال .

(٣) سورة المائدة : ٨٩ .

جاز أن يخرج منه ، بدلالة الآية أيضا.

ولل (. ش .) في الأقط قولان ، وفي اللحم واللبن طريقتان ، منهم من قال : على قولين كالأقط ، ومنهم من قال : لا يجوز قولاً واحداً.

مسألة . ٦٥ . : إذا أحضر ستين مسكينا وأعطاهم ما يجب لهم من الطعام أو أطعمهم إياه ، سواء قال : ملكتكم أو أعطيتكم ، فإنه يكون جائزاً على كل حال إذا كانوا بالغيث ، وبه قال أهل العراق.

وقال (. ش .) : ان أطعمهم لا يجزيه ، لأنه لا يملكهم ^(١) ، ولأن أكلهم يزيد وينقص وان قال : أعطيتكم أو خذوه لا يجزئ ، لأنه ما ملكهم ، وان قال : ملكتكم بالسوية ففيه وجهان.

مسألة . ٦٦ . (. ج « -) : كل ما يسمى طعاماً يجوز إخراجاه في الكفارة ، وروى أصحابنا أن أفضله الخبز واللحم ، وأوسطه الخبز والزيت ، وأدونه الخبز والملح.

وقال (. ش .) : لا يجوز إلا الحب ، فأما الدقيق والسويق والخبز فإنه لا يجزئ. وقال الأئمّاطي من أصحابه : يجزيه الدقيق. وكذلك الخلاف في الفطرة ، قالوا : لأن النبي ﷺ أوجب صاعاً من تمر أو شعير أو طعام ، ولم يذكر الدقيق ولا الخبز.

مسألة . ٦٧ . : إذا أطعم خمسة وكسا خمسة في كفارة اليمين لم يجزه ، لظاهر قوله تعالى ^(٢) ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ ^(٣) فمن كسا خمسا وأطعم خمسا لم يمتثل الظاهر ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : يجزيه. وقال (. ح .) : إذا أطعم خمسة وكسا خمسة بقيمة إطعام خمسة لم يجزه ، وان كسا خمسة وأطعم خمسة بقيمة كسوة خمسة أجزأه.

(١) م : لأنه يملكهم.

(٢) د : لم يجزه لقوله تعالى .

(٣) سورة المائدة : ٨٩ .

مسألة . ٦٨ . : يجوز صرف الكفارة إلى الصغار والكبار إذا كانوا فقراء بلا خلاف ، وعندنا أنه يجوز أن يطعمهم إياه ، ويعد صغيرين بكبير ، ووافقنا (. ك .) في عد صغيرين بكبير .

وقال (. ش .) ، و (. ح .) : لا يصح أن يقبضهم إياه ، بل يحتاج أن يعطي وليه ليصرفه في مئونته .

مسألة . ٦٩ . : إذا أعطى كفارته لمن ظاهره الفقر ، ثمَّ بان أنه غني ، أجزأه لقوله تعالى ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ وقد علمنا أنه أراد من كان ظاهره كذلك ، لأنه لا طريق لنا إلى الباطن ، وبه قال (. ح .) ، و (. م .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) في القديم . وقال في الجديد : لا يجزئ ، وبه قال (. ف .) .

مسألة . ٧٠ . (. ج . » -) : إذا وجبت عليه الكفارة في الظهار ، فأراد أن يكفر بالإعتاق أو الصوم ، يلزمه تقديم ذلك على المسيس بلا خلاف ، وإن أراد أن يكفر بالإطعام مع العجز عنها ، فكذلك لا يحل الوطي قبل الإطعام ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : يحل له الوطي قبل الإطعام .

مسألة . ٧١ . : لا يجوز إخراج القيمة في الكفارات ، بدلالة طريقة الاحتياط وبه قال (. ش .) . وقال أهل العراق : يجوز إلا في العتق مثل الزكوات .

مسألة . ٧٢ . : يجوز للمرأة أن يعطي الكفارة لزوجها ، بدلالة قوله ﴿ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ ﴾ وهذا مسكين . وقال (. ح .) : لا يجوز .

مسألة . ٧٣ . : إذا قالت المرأة لزوجها : أنت علي كظهر أمي ، لم يتعلق به حكم ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال ابن أبي لیلی ، والحسن البصري : يلزمها كفارة الظهار . وقال أبو (. ف .) : يلزمها كفارة يمين ، وحكي أن رجلا سأل ابن أبي لیلی عن هذه المسألة فقال : عليها كفارة الظهار ، فسأل محمدا ، فقال : لا شيء عليها ، ثمَّ سأل (. ف .) وأخبره بما

قالا ^(١) ، فقال : سبحانه الله شيخان من مشايخ المسلمين غلطا عليها كفارة يمين.
يدل على المسألة قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾
^(٢) فعلق الحكم على من ظاهر من نسائه ، ثمَّ أوجب ^(٣) الكفارة بالعود وهو العزم على
الوطي ، ولا يدخل في ذلك النساء.

(١) م : بما قال.

(٢) سورة المجادلة : ٣.

(٣) م : من نسائه أوجب.

كتاب اللعان

مسألة ١ . : موجب القذف في حق الزوج الحد ، وله إسقاطه باللعان ، وموجب اللعان في حق المرأة الحد ، ولها إسقاطه باللعان ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : موجب القذف في حق الزوج اللعان ، فاذا قذف زوجته لزمه اللعان ، فان امتنع من اللعان حبس حتى يلاعن ، فاذا لاعن وجب على المرأة اللعان ، فان ^(١) امتنعت حبست حتى تلاعن .

وقال (. ف .) : الحد يجب بالقذف على الرجل ، فأما المرأة إذا امتنعت من اللعان لم يلزمها الحد ، لأنه يكون حكما بالنكول ، والحد لا يجب بالنكول .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الطائفة . ^(٢) ما روي أن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن السمحاء ^(٣) ، فقال له النبي ﷺ : البينة والا فخذ في ظهرك ، فقال يا رسول الله : أيجد أحدنا مع امرأته رجلا يلتمس البينة ، فجعل النبي يقول البينة والا فخذ في ظهرك .

(١) م : فاذا امتنعت .

(٢) م : يدل على المسألة ما روى .

(٣) م : السمحاء .

اللعان بين كل زوجين مكلفين

مسألة ٢ . : اللعان يصح بين كل زوجين مكلفين ^(١) من أهل الطلاق ، سواء كانا من أهل الشهادة أو لم يكونا من أهلها ، فيصح القذف واللعان في حق الزوجين المسلمين والكافرين وأحدهما مسلم والآخر كافر ، وكذلك بين الحرين والمملوكين ، أو اللذين أحدهما حر والآخر مملوك ، وكذلك إذا كانا محدودين في قذف أو أحدهما كذلك.

بدلالة قوله تعالى ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ** ﴾ ^(٢) ولم يفرق ، وعموم الأخبار الواردة في اللعان يقتضي أيضا ذلك ، وبه قال سعيد ^(٣) بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، والحسن البصري ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، وربيعه ، والليث بن سعد ، وابن شبرمة ، و (. ر .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وذهب قوم الى أن اللعان انما يصح ^(٤) بين الزوجين إذا كانا من أهل الشهادة فلا لعان بين الكافرين ، ولا إذا كان أحدهما كذلك ، ولا بين المملوكين ، ولا إذا كان أحدهما مملوكا ^(٥) ، ولا بين المحدودين في القذف ، ولا إذا كان أحدهما كذلك وبه قال الزهري ، و (. ع .) ، وحماد ، و (. ح .) ، وأصحابه .

والخلاف في فصلين ، أحدهما : أن اللعان يصح بين هؤلاء . والثاني : أن اللعان هل هو يمين أو شهادة؟ فعندنا أنه يمين ، وعندهم شهادة .

والذي يدل على أنه يمين ما رواه عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ

لما لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ، قال : ان أتت به على نعت كذا فما أراه الا وقد

(١) م : يصح بين مكلفين .

(٢) سورة النور : ٦ .

(٣) م : سعد .

(٤) د : ان اللعان يصح .

(٥) م : إذا كان أحدهما كذلك .

كذب عليها ، وان أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه الا من شريك بن السمحاء ^(١) قال : فأنت به على النعت المكروه ، فقال النبي ﷺ : لو لا الايمان لكان لي ولها شأن. فسمى اللعان يمينا ، ولأنه لو كان شهادة لما جاز من الاعمى ولما صح من الفاسق ، لأن شهادة الأعمى لا يقبل عند (. ح .) ، وشهادة الفاسق لا يقبل بلا خلاف.

مسألة ٣ . : إذا كان مع الزوج البينة ، جاز له أن يلعن أيضا ويعدل عن البينة ، لأن النبي ﷺ لا عن بين العجلاني وزوجته ولم يسأل عن البينة ، وبه قال كافة أهل العلم. وقال بعضهم : لا يجوز أن يلاعن مع قدرته على البينة بشرط الآية.

مسألة ٤ . (. « ج » -) : حد القذف من حقوق الادميين لا يستوفي إلا بمطالبة آدمي ويورث كما يورث حقوق الادميين ، ويدخله العفو والإبراء ، كما يدخل في حقوق الادميين ^(٢) ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : هو من حقوق الله تعالى متعلق بحق الآدمي ولا يورث ، ولا يدخله العفو وإبراء ، ووافق في أنه لا يستوفي إلا بمطالبة آدمي ^(٣).

مسألة ٥ . (. « ج » -) : إذا قذف زوجته بزنا أضافه الى مشاهدة أو انتفى من حمل ، كان له أن يلاعن وان لم يضيفه إلى المشاهدة ، فإن قذفها مطلقا وليس هناك حمل لم يجز له اللعان ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ح .) ، و (. ش .) : له أن يلاعن بالزنا المطلق.

مسألة ٦ . : إذا أخبر ثقة أنها زنت ، أو استفاض في البلد أن فلانا زنا بفلانة زوجة الرجل ولم ير شيئا ، لا يجوز له ملاعتها ، لما بينا من أنه لا يجوز لعانها الا

(١) م : السحماء.

(٢) م : يورث كما يورث حقوقهم ويدخله العفو كما يدخل في حقوقهم.

(٣) م : الآدمي.

بعد أن يدعي المشاهدة. وقال (. ش .) : يجوز له لعانها ^(١) في الموضعين.

مسألة ٧ . إذا كانا أبيضين ، فجاء ولد أسود ، أو كانا أسودين ، فجاءت بأبيض ، لم يجوز له نفيه ولا لعان المرأة ، لما قلناه فيما تقدم من أن اللعان لا يجوز الا بعد المشاهدة مع العلم ^(٢) بنفي الولد ، وهذا مفقود ها هنا. ولل (. ش .) فيه وجهان.

وروي أن رجلاً أتى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ان امرأتى أتت بولد أسود فقال : هل لك من إبل؟ قال : نعم ، فقال : ما ألوانها؟ قال : حمر ، قال : فهل فيها من أورك؟ قال : نعم ، فقال : أنى ذاك؟ قال : لعل أن يكون عرقاً نزع ، قال : فكذلك هذا لعل أن يكون عرقاً نزع.

مسألة ٨ . (. ج « -) : الأخرس إذا كانت له إشارة معقولة ، أو كناية مفهومة يصح قذفه ولعانه ونكاحه وطلاقه ويمينه وسائر عقود ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يصح قذفه ولا لعانه وإذا قذف في حال الطلاق لسانه ثم خرس لم يصح منه اللعان ، ووافقنا في أنه يصح طلاقه ونكاحه ويمينه وعقوده.

مسألة ٩ . (. ج « -) : إذا قذف زوجته وهي خرساء أو صماء ، فرق بينهما ولم تحل له أبداً.

وقال (. ش .) : ان كان للخرساء إشارة معقولة ، أو كناية مفهومة ، فهي كالناطقة سواء ، وان لم يكن لها ذلك فهي بمنزلة المجنونة.

مسألة ١٠ . إذا قذف الرجل زوجته ووجب عليه الحد ، فأراد اللعان فمات المقذوف أو المقذوفة ، انتقل ما كان لها من المطالبة بالحد الى ورثتها ويقومون مقامها في المطالبة ، لما بيناه فيما تقدم أن ذلك من حقوق الادميين ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : ليس لهم ذلك.

(١) م : يجوز لعانها.

(٢) م : ومع العلم.

مسألة ١١ . (. « ج » .) : إذا ثبت أن هذا الحد موروث ، فعندنا يرثه المناسبون جميعهم ذكرهم وأنثاهم ، دون ذوي الأسباب .

ولل (. ش .) فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ما قلناه . والثاني : يشترك معهم ذوو الأسباب والثالث : يختص به العصبات .

مسألة ١٢ . : إذا لاعن الرجل الحرة المسلمة وامتنعت من اللعان ، وجب عليها الحد ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يجب عليها اللعان ، فان امتنعت حبست حتى يلاعن .

مسألة ١٣ . (. « ج » .) : إذا قذف زوجته ولاعنها وبانت منه ، فقذفها أجنبي بذلك الزنا ، فعليه الحد ، سواء كان الزوج نفى نسب ولدها أو لم ينف ، أو كان الولد باقيا أو قد مات ، أو لم يكن لها ولد ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان نفى نسب الولد لكن الولد قد مات ، فلا حد على القاذف ، وان لم يكن نفى الولد أو كان الولد باقيا فعلى القاذف الحد .

مسألة ١٤ . : إذا قذف أجنبي أجنبية ولم يقم البينة فحد ، ثم أعاد ذلك القذف بذلك الزنا ، فإنه لا يلزمه حد آخر ، وبه قال عامة الفقهاء ، وحكي عن بعض الناس انه قال : يلزمه حد آخر .

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الطائفة وأخبارهم . إجماع الصحابة ^(١) فإن أبا بكره ونافعا ونفيعا شهدوا على المغيرة بالزنا ، وصرحوا بالشهادة ، وشهد عليه زياد ولم يصرح ، بل كنى في شهادته ، فجلد عمر الثلاثة وجعلهم بمنزلة القذفة فقال أبو بكره بعد ما جلده عمر : أشهد أنه زنا ، فهم عمر بجلده ، فقال له علي عليه السلام ان جلدته فارجم صاحبك يعني المغيرة وأراد بذلك أنه ان كان هذا شهادة مجددة فقد كملت الشهادة أربعاً فارجم صاحبك ، وان كان ذلك اعادة لتلك الشهادة فقد

(١) م : يدل على المسألة إجماع الصحابة .

جلدته فيها دفعة فلا معنى لجلده ^(١) ثانيا ، فتركه عمر ، وكان هذا بمحضر من الصحابة فلم ينكروه.

مسألة . ١٥ . : إذا تزوج رجل امرأة وقذفها بزنا أضافه الى ما قبل الزوجية وجب عليه الحد ، وليس له أن يلاعن لإسقاطه ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً** ﴾ ^(٢) وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : له إسقاطه باللعان.

مسألة . ١٦ . : إذا أبان الرجل زوجته بطلاق ثلاث ، أو فسخ ، أو خلع ، ثم قذفها بزنا أضافه الى حالة الزوجية ، فالجلد ^(٣) يلزمه بلا خلاف ، وهل له إسقاطه؟ فيه ثلاث مذاهب : فمذهبنا ومذهب (. ش .) أنه ان لم يكن هناك نسب لم يكن له أن يلاعن ، وان كان هناك نسب كان له أن يلاعن لنفيه ، وذهب عثمان البتي الى أن له اللعان ، سواء كان نسب أو لم يكن ، وذهب (. ع .) ، و (. ح .) ، و (. د .) إلى أنه لا يلاعن ، سواء كان هناك نسب أو لم يكن ويلزمه الحد ، وان أتت بولد لحقه نسبه ولم يكن له نفيه باللعان.

مسألة . ١٧ . (. ج . « -) : إذا قذف زوجته وهي حامل ، لزمه الحد وله إسقاطه باللعان ولنفي النسب ، فان اختار أن يؤخر حتى ينفصل الولد فيلاعن عن نفيه كان له ، وان اختار أن يلاعن في الحال وينفي النسب كان له ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : ليس له أن ينفي بسبب الحمل قبل انفصاله ، فان لاعن فقد أتى باللعان الواجب عليه ، وإذا حكم الحاكم بالفرقة بانته الزوجة منه ، وليس له بعد ذلك أن يلاعن لنفي النسب ، بل يلزمه النسب ، لان عنده اللعان كالطلاق لا

(١) د : فلا معنى لجلده.

(٢) سورة النور : ٤ .

(٣) م : فالحد.

يصح الا في زوجة.

مسألة ١٨ . (. ج . » -) : إذا قذف زوجته بأن رجلاً أصابها في دبرها حراماً ،
لزمه الحد بذلك ، وله إسقاطه باللعان ، وإذا قذف أجنبية أو أجنبية بالفاحشة في هذا
الموضع لزمه الحد ، وله إسقاطه بالبينة ، ولا فرق بين الرمي بالفاحشة في هذا الموضع ، وبين
الرمي في الفرج ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يجب الحد بالرمي بالإصابة في هذا الموضع ، بناء على أصله في
أن الحد لا يجب بهذا الفعل .

مسألة ١٩ . : إذا قذف زوجته وأمها ، بأن قال : يا زانية بنت الزانية ، لزمه لكل
واحدة منهما الحد ، وله الخروج عن حد الأم بالبينة ، وعن حد البنت بالبينة واللعان ، ولا
يدخل إحداهما ^(١) في حق الأخرى ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يجب عليه الحد للام واللعان للبنت ، فان لاعن البنت لم يسقط
حد الام بل لها المطالبة ، فإن حقق القذف بالبينة والا حد للام .

فحكى الطحاوي عن (. ح .) انه قال : يلاعن للبنت ، وقال الرازي : لا يجيء هذا
على مذهب (. ح .) ، لان عنده أن المحدود في القذف لا يلاعن ، وقد مضى في ما تقدم
الكلام على هذا الأصل ، وبيننا أن اللعان ليس بشهادة بل هو يمين .

مسألة ٢٠ . : إذا نكح رجل امرأة نكاحاً فاسداً وقذفها ، فإنه ان لم يكن هناك
نسب لزمه الحد ، وليس له إسقاطه باللعان بلا خلاف ، وان كان هناك نسب لم يكن له
ينفيه ^(٢) باللعان ، لقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ ^(٣) وهذه ليست بزوجة ، وبه
قال (. ح .) .

(١) م : ولا يدخل حق إحداها .

(٢) د : ينفعه .

(٣) سورة النور : ٦ .

وقال (. ش .) : له أن يلاعن ويسقط الحد.

مسألة ٢١ . : يغلظ اللعان باللفظ والموضع والوقت والجمع ، لان ذلك يكون أردع^(١) وأخوف ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يغلظ بالمكان ولا بالوقت ولا بالجمع.

مسألة ٢٢ . (. ج « -) : ألفاظ اللعان معتبرة ، فإن نقص شيئا منها لم يعتد باللعان ، وان حكم الحاكم بينهما بالفرقة لم ينفذ الحكم ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إذا أتى بالأكثر وترك الأقل وحكم الحاكم بينهما بالفرقة نفذ الحكم ، وان لم يحكم به حاكم لم يتعلق به حكم اللعان ، ولا يجوز عنده للحاكم أن يحكم بذلك .
مسألة ٢٣ . : الترتيب واجب في اللعان بلا خلاف ، يبدأ بلعان الرجل ، ثم بلعان المرأة ، فإن خالف الحاكم ولا عن المرأة أولا وحكم بالفرقة لم يعتد به ولم تحصل الفرقة ، لأن ذلك خلاف القرآن ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : ينفذ حكمه ويعتد به.

مسألة ٢٤ . : لا يجوز دخول الكفار المساجد لا بالاذن ولا بغير الإذن أي مسجد كان ، وبه قال (. ك .) ، ويدل عليه^(٢) قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ ﴾^(٣) ويجب تنزيه المسجد عن النجاسات بلا خلاف.

وقال (. ش .) : يجوز دخول سائر المساجد بالاذن الا المسجد الحرام والحرم ومساجد الحرم. وقال (. ح .) : يجوز لهم دخول سائر المساجد.

مسألة ٢٥ . (. ج « -) : إذا لاعن الرجل تعلق بلعانه سقوط الحد عنه وانتفاء

النسب

(١) م : لان ذلك أردع.

(٢) م : يدل على المسألة.

(٣) سورة التوبة : ٢٨.

وزوال الفراش ، وحرمت على التأييد ^(١) ، ويجب على المرأة الحد ، ولعان المرأة لا يتعلق به أكثر من سقوط حد الزنا عنها ، وحكم الحاكم لا تأثير له في إيجاب شيء من هذه الاحكام. وإذا حكم بالفرقة ، فإنما تنفذ الفرقة التي كانت وقعت بلعان الزوج لا انه يبتدئ إيقاع فرقة ، وبه قال (. ش .) .

وذهب طائفة الى أن هذه الاحكام يتعلق بلعان الزوجين معا ، فما لم يوجد اللعان بينهما لا يثبت شيء منها ، ذهب اليه (. ك .) ، و (. د .) ، وداود ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا .

وذهب (. ح .) الى أن أحكام اللعان يتعلق بلعان الزوجين وحكم الحاكم ، فما لم يوجد حكم الحاكم لا ينتفي النسب ولا يزول الفراش ، حتى أن الزوج لو طلقها بعد اللعان نفذ طلاقه ، ولكن لعان الزوج يوجب زوال الفراش ، ويلزم الزوج إيقاع الفرقة ، فإن أراد الزوجان يتقارا على الزوجية وتراضيا بذلك لم يحرم ، ووجب على الحاكم إيقاع الفرقة بينهما .
مسألة . ٢٦ . (. « ج » .) : فرقة اللعان على مذهبنا فسخ وليس بطلاق ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : هي طلاق بائنة .

فعلى قولنا يتعلق به تحريم مؤبد ولا يرتفع بحال ، وعلى قول (. ح .) يحرم العقد في الحال ، فإذا أكذب ^(٢) نفسه أو جلد في حد زال التحريم .

مسألة . ٢٧ . : إذا أحل بترتيب الشهادة ، فأتى بلفظ اللعان ^(٣) في خلال الشهادات أو قبلها لم يصح ذلك ، رجلا كان أو امرأة ، لأن الله تعالى شرط أن يأتي

(١) م : وحرمت المرأة على التأييد .

(٢) م : فاذا كذب .

(٣) م : اللعان .

باللعن^(١) في الخامسة ، فاذا أتى به قبل ذلك لا يعتد به. ولل (. ش .) فيه وجهان.

مسألة . ٢٨ . : إذا أتى بدل لفظ الشهادة بلفظ اليمين ، فقال : أحلف بالله أو

أقسم بالله أو أولى بالله لم يجزه ، لأنه لا دلالة على ذلك. ولل (. ش .) فيه وجهان.

مسألة . ٢٩ . : إذا قذف زوجته برجل بعينه ، وجب عليه حدان ، فاذا لاعن سقط

حق الزوجة ولم يسقط حق الأجنبية ، لأنه لا دلالة على سقوطه. وقد انعقد الإجماع على

ثبوت حقه ، وبه قال (. ح .).

وقال (. ش .) : يسقط الحدان معا باللعان.

مسألة . ٣٠ . : إذا حد للأجنبي كان له أن يلاعن في حق الزوجة عندنا ، بدلالة

عموم الآية ، وبه قال (. ش .).

وقال (. ح .) : لا يلاعن ، لان المحدود في القذف لا يلاعن.

مسألة . ٣١ . : إذا أكذب الرجل نفسه بعد اللعان أقيم عليه الحد وألحق به النسب ،

ويرثه الابن^(٢) وهو لا يرث الابن ، ولا يزول التحريم ولا يعود الفراش ، وبه قال (. ش .) الا

أنه قال : يعود النسب مطلقا ، وبه قال الزهري ، و (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. ك .) ،

و (. ف .) ، و (. د .) ، و (. ق .).

وقال (. ح .) ، و (. م .) : يزول التحريم ، فيحل له التزويج بالمرأة وهكذا عنده^(٣)

إذا جلد الزوج في قذف ، فان التحريم يزول به ، وبه قال سعيد بن المسيب.

وذهب سعيد بن جبير إلى أنها تعود زوجة له كما كانت.

وبدل على مذهبننا. مضافا الى إجماع الفرقة. ما روى^(٤) سهل بن سعد الساعدي عن

النبي ﷺ أنه قال : المتلاعنان لا يجتمعان أبدا.

(١) م : باللعان.

(٢) د : ويرث الابن.

(٣) م : وهكذا عنه.

(٤) م : دليلا ما روى.

اعتراف المرأة بالزنا قبل اللعان

مسألة . ٣٢ . (. « ج . » .) : إذا اعترفت المرأة بالزنا قبل الشروع في اللعان ، سقط عن الزوج حد القذف عندنا وعند (. ش .) ، ^(١) وإن أقرت أربع دفعات وجب عليها حد الزنا.

ولم يعتبر (. ش .) العدد ، فإن لم يكن هناك نسب لم يكن للزوج أن يلاعن عندنا وعنده على الصحيح من المذهب ، لأن اللعان يكون لإسقاط الحد أو نفي النسب وليس هناك نسب ، وإن كان هناك نسب كان له أن يلاعن لنفسه عندنا وعنده ، لأن النسب لم ينتف باعترافها ، بل هو لاحق به بالفراش ، فاحتاج في نفيه الى اللعان.

وخالف (. ح .) في ثلاثة أحكام ، فقال : إذا اعترفت المرأة بالزنا لم يتعلق باعترافها سقوط الحد ، لأن عنده أن الحد لم يجب على الزوج بقذفه ^(٢) حتى يسقط ، وإنما وجب عليه اللعان فسقط ذلك باعترافها ، وأما حد الزنا فلا يجب عليها باعترافها ، لأن عنده أن حد الزنا لا يجب بإقرار دفعة واحدة كما قلنا ، واللعان لنفي النسب لا يجب عنده ، لأنه لا يميز اللعان على نفي النسب المجرد ، ولهذا لا يميزه بعد وقوع الفرقة بين المرأة والزوج ، وإنما يجوز على نفي الفراش ثم يتبعه انتفاء النسب.

مسألة . ٣٣ . (. « ج . » .) : إذا ماتت المرأة قبل حصول اللعان ، كان له أن يلاعن وليها ، فإذا فعل ذلك لم يرثها ، وإن لم يلاعن ورثها وكان عليه الحد. وقال (. ش .) : إذا ماتت قبل اللعان ماتت على حكم الزوجية وورثها والحد واجب لورثتها ، وله إسقاطه باللعان.

مسألة . ٣٤ . : إذا قذف زوجته وهي حامل بنفي النسب ، فإن لاعن وينفي النسب انتفى عنه ، وإن أخر ذلك الى أن تضع الولد لم يبطل حقه من النفي ، فإذا وضعته كان له أن يلاعن في الحال ، فإن لاعن والا بطل حقه من اللعان ولحق به

(١) م : وبه قال (. ش .) .

(٢) م : بقذف.

النسب ، بهذا قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ليس له أن يلاعن ما دامت حاملا ، فان وضعت فحقه من اللعان يثبت على الفور ، فإن أخره بطل ، وبه قال محمد بن الحسن قالا : إلا أنا استحبنا ^(١) جواز تأخير ذلك يوما أو يومين .

وقال أبو يوسف : له أن يلاعن مدة النفاس أربعين يوما لا أكثر منه . وقال عطاء ومجاهد : له أن يلاعن أبدا ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، ويدل عليه إجماع الفرقة وأخبارهم الواردة في أن له أن يلاعن ، ولا دليل على تخصيص ذلك بوقت دون وقت .

مسألة ٣٥ . : إذا انتفى من ولد زوجة له ولم يقذفها ، بل قال : وطأك رجل مكرها فليست بزانية ، وجب عليه اللعان ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في أن الانتفاء من الولد يوجب اللعان ، وهو أصح قولي (. ش .) . والثاني : ليس له أن يلاعن لقول النبي ﷺ : الولد للفرش . ولقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ ^(٢) وهذا لم يرم .

مسألة ٣٦ . (. « ج » -) : إذا أقر الرجل بولده بعد اللعان ، فقال له أجنبي : لست بابن فلان ، فإنه يكون قاذفا يجب عليه الحد ، وإن قاله الأب ^(٣) ذلك لم يجب عليه الحد . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٣٧ . (. « ج » -) : إذا أتت المرأة بولدين توأمين ، فمات أحدهما وبقي الآخر ، فلأب أن ينفي نسب الحي والميت معا ، وكذلك إن كان الولد واحدا ، فله نفيه باللعان ، وبه قال (. ش .) .

(١) د : استحبينا .

(٢) سورة النور : ٦ .

(٣) م : وإن قال له الأب .

وقال (. ح .) : لا يجوز نفي نسب الميت ، فاذا لم يصح نفي نسب الميت لم ^(١) يصح نفي نسب الحي ، لأنهما حمل واحد.

مسألة . ٣٨ . : إذا حصلت البينونة بينهما باللعان ، لم يجب لها السكنى ولا النفقة .
وقال (. ش .) : يجب لها السكنى .

مسألة . ٣٩ . : إذا أتت امرأة الرجل بولد فنفاه باللعان ، ثم مات الولد ورجع الزوج فأقر بنسبة ، فإنه لا يلحقه ولا يرثه الأب على حال .

وقال (. ش .) : يرثه على كل حال ويلحق به . وقال (. ح .) : ان كان الولد خلف ولدا لحقه نسبه ونسب ولد الولد وثبت ^(٢) الإرث بينهما ، وان لم يكن خلف ولدا لم يلحقه النسب ^(٣) ، ولا خلاف بينهم أنه لو أقر به قبل موته لحقه ويثبت النسب وتوارثا .

مسألة . ٤٠ . : إذا قال رجل لامرأته : يا زان بلا هاء التأنيث ، كان قاذفا لها عند جميعهم الا داود ، وان قالت للرجل : يا زانية كانت قاذفة عند (. م .) ، و (. ش .) ، وغير قاذفة عند (. ح .) ، و (. ف .) .

والذي يقتضيه مذهبننا أن نقول : ان علم من قصدهما القذف كانا قاذفين ، وان لم يعلم يرجع إليهما في ذلك ، لان الأصل براءة الذمة ، وإيجاب حكم القذف عليهما يحتاج إلى دلالة .

مسألة . ٤١ . : إذا قال رجل لرجل زنأت في الجبل ، وظاهر هذا أنه أراد صعدت في الجبل ، ولا يكون صريحا في القذف بل يحمل على الصعود ، فان ادعى عليه القذف ، كان القول قوله مع يمينه ، فان نكل ردت على المقتدوف ، فان

(١) م : لا يجوز عند (. ح .) نفي نسب الميت فاذا لم يصح ذلك لم يصح نفي نسب الحي .

(٢) م : يثبت .

(٣) م : وان لم يكن كذلك لم يلحقه النسب .

حلف حد ، وبه قال (.ش .) ، و (.م .) ، و (.ف .) .

وقال (.ح .) : هو قذف ، وبظاهره يجب الحد .

مسألة ٤٢ . (.ج .) : إذا قذفها بالزنا وأقيم عليه الحد ، ثمَّ قذفها بذلك الزنا ، لم يكن قاذفاً بلا خلاف ، ولا يجب عليه حد القذف ، وإن قذفها بزنا آخر وجب عليه حد القذف ، وهو أحد قولي (.ش .) ^(١) . والثاني : لا حد عليه .

مسألة ٤٣ . : إذا قذف امرأة أجنبية ، ثمَّ تزوجها وقذفها بعد التزويج ، ولم يقم البينة على القذف الأول والثاني ، ولا لاعن عن الثاني وطالبت المرأة بالقذفين بدأت فطالبت بالثاني ثمَّ بالأول ، وجب عليه الحدان .

وقال (.ش .) : فيه قولان : أحدهما ، ما قلناه . والثاني : أنهما يتداخلان .

مسألة ٤٤ . (.ج .) : إذا قذف زوجته ، ثمَّ قذفها قذفاً آخر قبل أن يلاعنها ، وجب عليه حد واحد ، وهو أحد قولي (.ش .) . والآخر يجب عليه الحدان ، ولا خلاف أن له إسقاطهما باللعان الواحد .

مسألة ٤٥ . (.ج .) : إذا قذف زوجته ولاعننها ، فبانت باللعان ، ثمَّ قذفها بزنا اضافه الى ما قبل اللعان ، فعليه الحد بهذا القذف ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ** **الْمُحْصَنَاتِ** ﴾ ^(٢) الآية ، وهو أحد وجهي (.ش .) . والآخر : لا حد عليه ، لان حصانتها سقط باللعان .

مسألة ٤٦ . (.ج . -) : إذا قذف الرجل زوجته بالزنا ، فقال لها : يا زانية فقالت : بل أنت يا زان ، سقط عنهما الحد ووجب عليهما التعزير .

وقال (.ش .) : يجب على كل واحد منهما الحد ^(٣) ، وللزوج إسقاطه باللعان أو

(١) م : وهو أحد وجهي (.ش .) .

(٢) سورة النور : ٦ .

(٣) م : وقال (.ش .) يجب عليهما الحد .

البينة ، وللمرأة إسقاط حد القذف بالبينة ، وإسقاط حد الزنا ^(١) ان لاعن الزوج باللعان ، وان أقام البينة فليس لها إسقاط.

مسألة ٤٧ . : إذا قذف زوجته وأجنبية ، فقال : زنيتما ، أو أنتما زانيتان ، فهو قاذف لهما ، ويجب عليه حدان ، بدلالة الآية ، وله إسقاط حق زوجية بالبينة أو اللعان ، وإسقاط حق الأجنبية ^(٢) بالبينة لا غير ، وبه قال (. ش .) الا أنه قال : إذا لم يقيم البينة أو لا يلاعن في حق الزوجة هل يجب عليه حد أو حدان؟ فيه قولان.

مسألة ٤٨ . (. « ج » .) : إذا قذف الرجل أربع نسوة أجنبيات بكلمة واحدة أو قذف أربعة رجال أجنب ، أو قذف أربع نسوة ، فالحكم في الجميع واحد . وهل يجب عليه حد واحد للجميع أو يجب عليه حد كامل لكل واحدة من المقدوفات؟ عندنا أنهم ان جاؤوا به متفرقين ^(٣) ، كان لكل واحد حد كامل ، وان جاؤوا به مجتمعين كان عليه لجميعهم حد واحد ، ول (. ش .) فيه قولان ، قال في الجديد : عليه لكل واحد حد كامل . وقال في القديم : يجب لجميعهم حد واحد .

مسألة ٤٩ . (. « ج » .) : إذا قذف زوجته وهي حامل ، فله أن يلاعن وينفي نسب الولد ، سواء كان جامعها في الطهر الذي قذفها فيه بالزنا أو لم يجامعها ، وسواء جامعها قبل القذف أو بعده ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .
 وذهب (. ك .) إلى أنه ان أضاف الزنا الى الطهر لم يجامعها فيه ، كان له أن يلاعن وينفي النسب . وان أضافه الى طهر جامعها فيه ، لم يكن له أن يلاعن لنفي النسب ، لكن يلاعن لإسقاط الحد .

مسألة ٥٠ . : إذا قذف أجنبيا ، أو أجنبية ، أو زوجة وكان المقدوف

(١) م : وإسقاط حق الزنا .

(٢) م : أو اللعان وحق الأجنبية .

(٣) م : مفترقين .

محصنا فلزمه الحد ، فقبل أن يقام عليه الحد ثبت زنا المقدوف : اما ببينة ، أو بإقراره ، فإن الحد لا يسقط عن القاذف ، لثبوت الحد عليه بالإجماع ، وعدم الدلالة على سقوطه ، وبه قال المزني وأبو ثور.

وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، وعامة الفقهاء : انه يسقط الحد عن القاذف ، ووجب على المقدوف حد الزنا.

مسألة ٥١ . (. « ج » .) : إذا قذف زوجته بالزنا ولم يلاعن فحد ، ثم قذفها ثانياً بذلك الزنا ، فلا حد عليه ^(١).

وقال (. ش .) : لأحد عليه في الموضعين.

مسألة ٥٢ . : إذا قذفها ولاعنها ، فامتنعت من اللعان فحدث ، ثم قذفها أجنبي بذلك الزنا ، لم يجب عليه الحد ، لأنه لم يرم محصنة. وقال ابن سريج ^(٢) : يجب عليه الحد.

مسألة ٥٣ . (. « ج » .) : لا خلاف أن الكفالة في حدود الله لا يصح ، مثل حد الزنا ، وشرب الخمر ، وقطع السرقة ، وكفالة من عليه مال يصح عندنا ، وكفالة من عليه حد القذف لا يصح ، لإجماع الفرقة على أن كفالة من عليه حد لا يصح ولم يفصلوا. ولل (. ش .) في كل واحد منهما قولان.

مسألة ٥٤ . : إذا قال : زنت يدك أو رجلك ، لا يكون قذفا صريحا ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) ، غير المزني فإنه قال : صريح ^(٣).

مسألة ٥٥ . : إذا قال : زنا بدنك ، كان صريحا في القذف ، لأنه أضاف

(١) د : بذلك الزنا فإنه يجب عليه قذفها فلا حد عليه. وم : فإنه يجب عليه الحد ثانياً وان قذفها ولا عنها ثم أعاد القذف ثانياً بذلك الزنا فلا حد عليه.

(٢) م : قال ابن سريج.

(٣) سقط من نسخة م عبارة « فإنه قال صريح ».

الزنا الى بدنه الذي هو جملته ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال في القديم : لا يكون قذفا .

مسألة . ٥٦ . : كنايات القذف ، مثل قوله يا حلال بن الحلال ، أو ما أمي زانية ولست ^(١) بزنان ، لا يكون قذفا بظاهرها ، الا أن ينوي بذلك القذف ، لأنه لا دليل عليه ، ولما روي أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ان امرأتي لا تكف يد لامس ، فقال : طلقها ، فقال : إني أحبها ، فقال : أمسكها . فلم يجعله ^(٢) النبي ﷺ قاذفا ، مع انه عرض بزوجه ونسبها الى الفجور ، وهو مذهب (. ح .) ، و (. ش .) .
وقال (. ك .) : ان كان ذلك حال الرضا لم يكن قذفا ، وان كان حال الغضب كان قذفا .

مسألة . ٥٧ . : إذا شهد الزوج ابتداء من غير أن يتقدم منه قذف ^(٣) مع ثلاثة على المرأة بالزنا ، قبلت شهادتهم ووجب على المرأة الحد ، وهو الظاهر من أحاديث أصحابنا ، وبه قال (. ح .) ، وقد روي أيضا أن الثلاثة يحدون حد القذف ويلاعن الزوج .
وقال (. ش .) : لا تقبل شهادة الزوج والثلاثة هل يكونون قذفة؟ وهل يحدون؟
فيه قولان ، وأما الزوج فعند أبي إسحاق يكون قاذفا وعليه الحد ، وذكر أنه قول (. ش .) . وقال ابن أبي هريرة : حكمه حكم الشهود .

مسألة . ٥٨ . : إذا انتفى من نسب حمل بزوجه ، جاز له أن يلاعن في الحال قبل الوضع ، وهو أحد قولي (. ش .) . والثاني وهو الأصح عندهم أنه لا يلاعن الا

(١) م : أو لست بزنان .

(٢) م : فلم يجعل .

(٣) م : من غير أن يتقدم القذف .

بعد الوضع ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٥٩ . : إذا قذف زوجته ، ثم ادعى أنها أقرت بالزنا ، وأقام شاهدين على إقرارها ، لم يثبت إقرارها إلا بأربعة شهود ، وهو أحد قولي (. ش .) ، والآخر أنه يثبت بشهادة شاهدين . يدل على صحة ما اعتبرناه أنه ^(١) مجمع على ثبوت الإقرار وما ذكره ^(٢) لا دليل عليه .

مسألة . ٦٠ . : إذا قذف امرأة وادعى أنها كانت أمة أو مشركة حال القذف وأنكرت ذلك ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل براءة الذمة ، وهو أحد قولي (. ش .) . والآخر : أن القول قولها ، ولو قلنا بذلك كان قويا ، لأن الأصل أن الدار دار الإسلام .

مسألة . ٦١ . : إذا قذف امرأة وطالبت الحد ، فقال : لي بينة غائبة أمهلوني حتى تحضر ، فإنه لا يمهّل فيه ويقام عليه الحد ، لأنه لا دلالة على وجوب التأجيل وقال (. ش .) : يؤجل يوما أو يومين . وقال أصحابه : يؤجل ثلاثة أيام .

مسألة . ٦٢ . (. « ج » .) : لا يثبت حد القذف بشهادة على شهادة ولا بكتاب قاض الى قاض ، وبه قال (. ح .) ، وعند (. ش .) يثبت بهما .

مسألة . ٦٣ . : التوكيل في استيفاء حدود الادميين مع حضور من له الحد يجوز بلا خلاف ، فاما مع غيبته فإنه يجوز أيضا عندنا ، لأن الأصل جوازه .

ولأصحاب (. « ش » -) ثلاثة طرق ، منهم من يقول ^(٣) : المسألة على قولين ، ومنهم من قال : يجوز التوكيل قولاً واحداً ، ومنهم من قال : لا يجوز قولاً واحداً .

مسألة . ٦٤ . : إذا ولد له ولد وهنى به ، فقال المهني : بارك الله لك في

(١) م : دليلنا أنه مجمع .

(٢) م : وما ذكر .

(٣) م : من قال المسألة .

مولودك^(١) جعله الله خلفاً منك ، فقال : آمين ، أو أجاب الله دعاك ، فإنه يكون ذلك إقراراً يبطل به النفي.

وان قال في الجواب : بارك الله عليك ، أو أحسن الله جزاك ، لم يبطل النفي عند (. ش .) ، وهو يقوى عندي ، لأنه يحتمل للرضا بالولد ، ومحتمل للمكافأة بالدعاء من غير رضا بالولد ، ويخالف الأول ، لأن الدعاء هناك كان بالولد واجابته كذلك دلالة على الرضا بالولد. وقال (. ح .) : يبطل النفي فيهما^(٢).

مسألة ٦٥ . (. « ج » -) : الظاهر في روايات أصحابنا أن الأمة لا تصير فراشا بالوطئ ، ولا يلحق به الولد إلزاماً ، بل الأمر إليه ان شاء أقر به ، وان شاء لم يقر. وقال (. ش .) : إذا وطأها ، ثم جاءت بعد ذلك بولد لوقت ، يمكن أن يكون منه بأن يمضي عليه ستة أشهر فصاعداً لزمه الولد ، لأنها تصير فراشا بالوطئ.

لكن متى ما ملك الرجل أمة ووطأها سنين ثم جاءت بولد ، فإنه يكون مملوكاً لا يثبت نسبه منه الا بعد أن يقر بالولد ، فيقول : هذا الولد مني ، فحينئذ يصير ولده باعترافه ، فاذا اعترف بالولد ولحقه نسبه صارت فراشا له ، فإذا أتت بعد ذلك بولد لحقه.

مسألة ٦٦ . (. « ج » -) : لا خلاف بين المحصلين أنه لا يثبت اللعان بين الرجل وأُمته ، ولا ينفي ولدها باللعان ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وحكى (. د .) عن (. ش .) أنه رأى نفي ولد الأمة باللعان ، ودفع أصحابه هذه الحكاية.

مسألة ٦٧ . (. « ج » -) : لا يثبت اللعان بين الزوجين قبل الدخول ، ويخالف جميع الفقهاء في ذلك.

(١) م : في مولدك.

(٢) م : يبطل النفي بها.

مسألة ٦٨ . : يعتبر في باب حقوق الأولاد إمكان الوطي ، ولا يكفي التمكين فقط وقدرته ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : المعتبر قدرته وتمكينه من الوطي ، وإمكان الوطي ، وعلى هذا حكى (. ش .) عنه ثلاث مسائل في القديم :

أحدها : إذا نكح رجل امرأته بحضرة القاضي وطلقها في الحال ثلاثا ، ثم أتت بولد من حين العقد بستة أشهر ، فإن الولد يلحقه ولا يمكنه نفيه باللعان .

والثانية : لو تزوج مشرقي بمغربية ، ثم أتت بولد من حين العقد لستة أشهر ، فإنه يلحقه ، وإن كان العلم حاصلًا أنه لا يمكن وطئها بعد العقد بحال .

الثالثة : إذا تزوج رجل بامرأة ^(١) ثم غاب عنها وانقطع خبره ، ف قيل ^(٢) لامراته : انه مات فاعتدت وانقضت عدتها ، وتزوجت برجل فأولدها أولادا ، ثم عاد الزوج الأول ، قال : هؤلاء الأولاد كلهم للأول ولا شيء للثاني .

يدل على مذهبنا انا ننفي عنه الولد بوجود اللعان من جهته وإن جوزنا أن يكون منه ، فمع حصول العلم بأن الولد ليس منه أولى أن تنفيه عنه .

(١) م : امرأة .

(٢) م : قيل .

كتاب العدد

مسألة ١ . : الأظهر من روايات أصحابنا أن التي لم تحض ومثلها لا تحيض والايسة من المحيض ومثلها لا تحيض ، لا عدة عليهما من طلاق ، وان كانت مدخولا بها ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا : تجب عليها العدة بالشهور ، وبه قال قوم من أصحابنا .
 ويدل على الأول قوله تعالى ﴿ **وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ** ﴾ ^(١) فشرط الارتباب في إيجاب العدة ثلاثة أشهر ، والريبة لا يكون الا فيمن تحيض مثلها .

مسألة ٢ . (. « ج » -) : الأقراء هي الأطهار ، وبه قال عبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت ، وعائشة ، والفقهاء السبعة ^(٢) ، وفي التابعين الزهري ، وربيعة ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) ، وأبو ثور ، وغيرهم وقال قوم : هي الحيض ، ورووه عن علي عليه السلام ، وعن عمر وابن مسعود ، وابن عباس ، وبه قال أهل البصرة الحسن البصري ، و (. ع .) ، وأهل الكوفة (. ر .) وابن الشبرمة ، و (. ح .) ، وأصحابه ، و (. ق .) ، وحكي عن (. د .) أنه قال : الأظهر عندي قول

(١) سورة الطلاق : ٤ .

(٢) د : الفقهاء الشيعة .

زيد بن ثابت أنها الاطهار.

وروي أنه قال : لا أحسن أن أفتي في هذه المسألة بشيء مع اختلاف الصحابة فيها.
يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(١) أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت أبي حبيش صلي أيام أقرائك يعني أيام طهرك والقرء في اللغة لفظة مشتركة بين الطهر والحيض ، وفي الناس من قال : هو عبارة عن جميع الدم بين الحيضتين مأخوذة من قرأت الماء في الحوض إذا جمعته.

ومنهم من قال : هو اسم لأقبال ما كان إقباله معتادا ، وادبار ما كان إدباره معتادا يقال : أقرأ النجم إذا طلع ، لان طلوعه معتاد ، وأقرأ النجم إذا غاب ، لان غيوبته معتادة ، يسمى كل واحد من الحيض والطهر قرءا ، لان غيبيتهما معتادة وإذا كان اللفظ في ذلك مشتركا رجعنا في البيان الى الشرع.

مسألة ٣ . (. « ج » .) : إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة ، فقد انقضت عدتها.
ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا تنقضي حتى يمضي الدم يوما وليلة.

مسألة ٤ . : أقل ما يمكن أن ينقضي به عدد ذوات الأقراء ستة وعشرون يوما ولحظتان ، لما دللنا عليه من أن ^(٢) الأقراء هي الأطهار ، وأن أقل الحيض ثلاثة أيام وأقل الطهر عشرة أيام ، فإذا ثبت ذلك فاذا طلقها قبل حيضها بلحظة ، ثم حاضت ثلاثة أيام ، ثم طهرت عشرة أيام ، ثم حاضت ثلاثة أيام ، ثم طهرت عشرة أيام ، ثم رأت الدم لحظة ، فقد مضى ثلاثة أقراء.

وقال (. ش .) : أقل ما يمكن ذلك اثنان وثلاثون يوما ولحظتان . وقال (. ف .) ،

و (. م .) :

(١) م : دللنا ما روى.

(٢) م : لما دللنا من أن.

أقل ذلك تسعة وثلاثون يوما ، لأن أقل الحيض ثلاثة أيام ، وأقل الطهر خمسة عشر يوما عندهما والأقراء الحيض.

وقال (. ح .) : أقله ستون يوما ولحظة ، لأنه يعتبر أكثر الحيض وأقل الطهر ، وأكثر الحيض عنده عشرة أيام ، وأقل الطهر خمسة عشر يوما.

مسألة ٥ . (. « ج » -) : الذي عليه أصحابنا وروايتهم تنطق به أن المطلقة إذا مرت بها ثلاثة أشهر بيض لا ترى فيها الدم ، فقد انقضت عدتها بالشهور ، فإن رأت الدم قبل ذلك ثم ارتفع دمها صبرت تسعة أشهر ، ثم تستأنف العدة ثلاثة أشهر ، وإن رأت الدم الثاني قبل ذلك صبرت تمام السنة ، ثم تعتد بعده بثلاثة أشهر.

وقال (. ش .) : ان ارتفع حيضها لعارض من مرض أو رضاع ، لا يعتد بالشهور ، بل تعتد بالأقراء وإن طال ، وقالوا : هذا إجماع وإن ارتفع حيضها لغير عارض ففي قوله القديم تترصد الى أن تعلم براءة رحمها ، ثم تعتد عدة الايسات وروي ذلك عن عمر ، وبه قال (. ك .) .

وقال في الجديد : تصبر أبدا حتى تياس من الحيض ^(١) ثم تعتد بالشهور ، وهو الصحيح عندهم ، وبه قال (. ح .) ، وروي ذلك عن ابن مسعود.

مسألة ٦ . : إذا تزوج ^(٢) صبي صغير امرأة فمات عنها ، لزمها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا ، سواء كانت حاملا أو حائلا ، وسواء ظهر بها الحمل بعد وفاة الزوج ، أو كان موجودا حال وفاته ، وبه قال مالك بن أنس ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان ظهر الحمل بعد الوفاة أعتدت بالشهور ، وإن كان موجودا حال الوفاة أعتدت عنه بوضعه.

(١) م : من الحيض.

(٢) م : إذا زوج.

يدل على مذهبنا أن ^(١) عدة المتوفى عنها زوجها عندنا أبعد الأجلين إذا كانت حاملا من الشهور بوضع الحمل ^(٢) ، فان وضعت قبل الأشهر الأربعة لم تنقض عدتها ، فهذا الفرع يسقط عنا ، لأنه خلاف من اعتبر في انقضاء عدتها الوضع.

مسألة ٧٠ . المعتدة بالشهور سقط إذا طلقت في أول الشهر أعتدت بالأهلة بلا خلاف ، وان طلقت في وسط الشهر سقط اعتبار الهلال في هذا الشهر واحتسب بالعدة ، فيعتبر قدر ما بقي من الشهر ، وتعتبر بعده هلالين ، ثم يتم من الشهر الرابع ثلاثين وتلفق الساعات والانصاف ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : تلفق الأيام التامة ، ولا تلفق الانصاف والساعات . وقال (. ح .) : تقضي ما فاتها من الشهر ، فيحصل الخلاف بيننا وبينه إذا كان الشهر ناقصا ومضى عشرون يوما عندنا أنه يحسب ما بقي وهي تسعة وتضم إليه أحد وعشرون ، وعنده تقضي ما مضى وهو عشرون يوما ^(٣) .

وقال أبو محمد ابن بنت (. ش .) : إذا مضى بعض الشهر سقط اعتبار الأهلة في الشهور كلها ، وتحتسب جميع العدة بالعدد تسعون يوما.

يدل على المسألة قوله ^(٤) تعالى ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ وهذا يدل على بطلان قول من اعتبر العدد في الجميع . وأما من اعتبر الهلال في الأول ، فقوله قوي لظاهر الآية ، لكن اعتبرنا في الشهر الأول العدد لطريقة الاحتياط .

(١) م : دليلنا أن .

(٢) م : أو وضع الحمل .

(٣) م : ومضى عشرون يوما .

(٤) م : دليلنا قوله تعالى .

(٥) سورة البقرة : ١٨٩ .

عدة الحامل بتوأمين

مسألة ٨ . : إذا طلقها وهي حامل ، فولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر ، فإن عدتها لا تنقضي حتى تضع الثاني منهما ، بدلالة قوله تعالى ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(١) وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، (. ش .) ، وعامة العلماء .

وقال عكرمة : تنقضي عدتها بوضع الأول ، وقد روى أصحابنا أنها تبين بوضع الأول ، غير أنها لا تحل للأزواج حتى تضع الثاني . والمعتمد الأول .

مسألة ٩ . : إذا طلقها وأعتدت ، ثم أتت بولد لأكثر ^(٢) من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة لم يلحق به ، وبه قال (. ح .) ، وابن سريج . وقال باقي أصحاب (. ش .) : إذا أتت به لأقل من أربع سنين وأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لحق به .

مسألة ١٠ . (. « ج » .) : إذا خلا بها ولم يدخل بها لم تجب عليها العدة ، ولا تجب لها المهر على أكثر روايات أصحابنا ان كان هناك ما يعتبر به عدم الوطي بان تكون المرأة بكرا فتوجد بحالها ^(٣) ، وان كانت ثيبا حكم في الظاهر بالإصابة ولا يحل لها جميع الصداق الا بالوطئ .

وقال (. ح .) : الخلوة كالإصابة على كل حال . وقال (. ك .) : الخلوة التامة يرجح بها قول من يدعي الإصابة من الزوجين ، وهي ما تكون في بيت الرجل ، وغير التامة لا يحكم بها ، وهي ما كانت في بيت المرأة .

ولل (. ش .) في ذلك قولان ، قال في القديم : للخلوة تأثير واختلف أصحابه في معناه ، فقال بعضهم : أراد بذلك أنها بمنزلة الإصابة ، مثل قول (. ح .) . وقال بعضهم أراد بذلك ما قال (. « ك » .) من أنه يرجح بها قول من يدعي الإصابة ، ولا يستقر بها

(١) سورة الطلاق : ٤ .

(٢) م : لا أكثر .

(٣) في الخلاف : كهي .

المهر ، وهو المذهب عندهم.

مسألة ١١ . (. « ج » -) : إذا مات عنها وهو غائب عنها وبلغها الخبر ، فعليها العدة من يوم يبلغها ، وبه قال علي عليه السلام . وذهب قوم الى أن عدتها من يوم مات سواء بلغها بخبر واحد أو متواتر ، وبه قال ابن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود وعطاء ، والزهري ، والثوري ، و (. ك .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) ، وغيرهم .

وقال عمر بن عبد العزيز : ان ثبت ذلك بالبينة ، فالعدة من حين الموت .

وان ثبت بالخبر والسماع ، فمن حين الخبر .

مسألة ١٢ . (. « ج » -) : الأمة إذا طلقت ولم تكن حاملا فعدتها قرءان ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال داود : عدتها ثلاثة أقراء .

مسألة ١٣ . (. « ج » -) : إذا كانت الأمة من ذوات الشهور ، فعدتها خمسة وأربعون يوما .

ولل (. ش .) فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ما قلناه . والثاني : أن عدتها شهران في مقابلة حيضتين . والثالث وهو الصحيح عندهم أن عدتها ثلاثة أشهر .

مسألة ١٤ . (. « ج » -) : الأمة إذا طلقت ثم أعتقت وهي في عدتها ، فان كان الطلاق رجعيا أكملت عدة الحرة ، وان كان بائنا أكملت عدة الأمة ، و (. ش .) قال في القديم : ان كان بائنا أكملت عدة الأمة ، وان كان رجعيا فعلى قولين . وقال في الجديد ان كان رجعيا أكملت عدة حرة ، وان كان بائنا فعلى قولين .

مسألة ١٥ . (. « ج » -) : الأمة إذا كانت تحت عبد ، فطلقها طلقاء ثم أعتقت ، ثبت له عليها رجعة بلا خلاف ولها اختيار الفسخ ، فان اختارت الفسخ بطل حق الرجعة بلا خلاف ، وعندنا أنها تتم عدة الحرة ثلاثة أقراء ، وبه قال أبو إسحاق من أصحاب (. ش .) ، ومنهم من قال : فيه قولان أحدهما : تستأنف عدة الحرة . والآخر : أنها تبني ، وعلى كم تبني؟ فيه قولان ، أحدهما : على عدة الأمة . والآخر : على عدة الحرة .

طلاق غير المدخول بها والمدخول بها

مسألة ١٦ . : إذا تزوج امرأة ثم خالعتها ثم تزوجها ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فلا عدة عليها ، ولها في الحال أن يتزوج ، بدلالة قوله تعالى ﴿ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ ^(١) وبه قال داود. وقال جميع الفقهاء : عليها العدة.

مسألة ١٧ . : إذا طلقها طليقة واحدة رجعية ، ثم راجعها ، ثم طلقها بعد الدخول بها ، فعليها استئناف العدة بلا خلاف ، وإن طلقها ثانيا قبل الدخول بها ، فعليها أيضا استئناف العدة ، لأن العدة الأولى قد ارتفعت بالرجعة.

وقال (. ش .) : ان لم يكن دخل بها فعلى قولين ، قال في القديم : يني ، وهو قول (. ك .) . وقال في الجديد : تستأنف ، وهو قول (. ح .) . فأما إذا خالعتها ثم طلقها فإنها يني على العدة الأولى قولاً واحداً ، وهو قول (. م .) ، وعند (. ح .) أنها تستأنف العدة . وقال داود : لا تجب عليها عدة لا مستأنفة ولا مبنية . وعندنا أنه إذا خالعتها فقد انقطعت عصمتها ، فلا يمكنه أن يطلقها ثانياً إلا بعد العقد ، فلا يتقدر ذلك على مذهبنا . ويدل على المسألة الأولى إجماع الفرقة ، وقوله ^(٢) تعالى ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(٣) ولم يفصل .

مسألة ١٨ . : عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حائلاً أربعة أشهر وعشرة أيام بلا خلاف ، والاعتبار بالأيام لا بالليالي عندنا ، فإذا غربت الشمس من اليوم العاشر انقضت العدة ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا (. ع .) فإنه قال : تنقضي العدة بطلوع الفجر من اليوم العاشر .

(١) سورة الأحزاب : ٤٩ .

(٢) م : دليلنا قوله تعالى .

(٣) سورة البقرة : ٢٢٨ .

ويدل على ما قلنا أن ما اعتبرناه ^(١) مجمع على انقضاء عدتها به ، وما ذكره ليس عليه دليل. وأيضاً فإن الليالي إذا أطلقت فإنما يراد بها ليالي أيامها ، فوجب حمل الكلام على ذلك.

مسألة . ١٩ . (. « ج » .) : عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً أبعد الأجلين من وضع الحمل أو الأربعة الأشهر وعشراً ، وبه قال علي عليه السلام وابن عباس . وقال جميع الفقهاء : عدتها وضع الحمل.

يدل على المسألة إجماع الفرقة وقوله ^(٢) تعالى ﴿ **وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾ ^(٣) ولم يفصل ، فاذا وضعت قبل ذلك وجب عليها تمام ذلك بحكم الآية ، فاذا ثبت ذلك ثبتت المسألة الأخرى لأنها مجمع عليها ، وهو أنه إذا مضى بها الأشهر الأربعة وعشرة الأيام يجب عليها أن تنتظر وضع الحمل.

مسألة . ٢٠ . (. « ج » -) : المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها على حال ، سواء كانت حاملاً أو حائلاً بلا خلاف ، إلا أن أصحابنا رَوَوْا أنها إذا كانت حاملاً أنفق عليها من نصيب ولدها الذي في جوفها ، ولم يذكر ذلك أحد من الفقهاء ، وروي عن بعض الصحابة أن لها النفقة ولم يفصل.

مسألة . ٢١ . (. « ج » .) : المتوفى عنها زوجها تعند أربعة أشهر وعشراً ، حاضت فيها أو لم تحض . وقال (. ك .) : ان كانت عادتها أن تحيض في كل خمسة عشر شهراً دفعة ، فإنها تعند بالشهور ولا تراعى الحيض . وان كان عادتها أن تحيض في كل

(١) م : دليلنا أن ما اعتبرناه .

(٢) م : دليلنا قوله تعالى .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٤ .

شهر مرة وفي ^(١) كل شهرين مرة واحتبس حيضها ، لم تنقض عدتها بشهور حتى يستبين أمرها.

مسألة ٢٢ . (. « ج » -) : المطلقة البائنة لا نفقة لها ولا سكنى ، الا أن يكون حاملا وبه قال عبد الله بن عباس ، وجابر ، وأحمد بن حنبل .
وقال (. ش .) : لا تستحق النفقة وتستحق السكنى ، وبه قال ابن عمر ، وابن مسعود ، وبه قال الفقهاء السبعة ^(٢) وفقهاء الأمصار بأسرهم (. ك .) ، و (. ر .) ، و (. ع .) ، والليث .

وقال (. ح .) ، وأصحابه : لها النفقة والسكنى معا .
مسألة ٢٣ . (. « ج » -) : الفاحشة التي تحل إخراج المطلقة من بيت زوجها أن تشتم أهل الزوج وتؤذيهم وتبذو عليهم ، وبه قال ابن عباس ، وهو مذهب (. ش .) .
وقال ابن مسعود : الفاحشة أن تزني فتخرج فتحد ثم ترد الى موضعها ، وبه قال الحسن .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . أن ^(٣) النبي ﷺ أخرج فاطمة بنت قيس لما بذت على ست أحمائها وشتمتهم .

مسألة ٢٤ . (. « ج » -) : المتوفى عنها زوجها لا تستحق النفقة بلا خلاف ، وعندنا لا تستحق السكنى أيضا ، ورووا ذلك عن علي ﷺ ، وابن عباس ، وعائشة ، وبه قال (. ح .) وأصحابه ، و (. ش .) في أحد قولييه .
والقول الثاني : انها تستحق السكنى ، روي ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وأم سلمة ، وهو قول (. ك .) ، وعامة أهل العلم ، وهو أصح القولين عندهم .

مسألة ٢٥ . (. « ج » -) : إذا أحرمت المرأة بالحج ، ثم طلقها زوجها ، ووجب

(١) م : أو في .

(٢) م : ابن مسعود والفقهاء السبعة .

(٣) م : دليلنا أن النبي .

عليها العدة ^(١) ، فإن كان الوقت ضيقا بحيث يخاف فوت الحج ان أقامت ، فإنها تخرج وتقضي حجها ، ثم تعود فتقضي باقي العدة ، بعد أن بقي عليها شيء . وان كان الوقت واسعا ، أو كانت محرمة بعمرة ، فإنها تقيم وتقضي عدتها ، ثم تحج وتعتمر ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : عليها أن تقيم وتعتد ، ولا يجوز لها الخروج .

مسألة . ٢٦ . (. « ج » .) : المتوفى عنها زوجها عليها الحداد في جميع العدة ، وبه قال جميع الفقهاء إلا الشعبي ، والحسن البصري فإنهما قالا : لا يلزمها الحداد في جميع العدة ، وانما يلزمها في بعضها .

يدل على المسألة . بعد إجماع الفرقة . قول ^(٢) النبي ﷺ لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا .

مسألة . ٢٧ . (. « ج » .) : المطلقة البائن : اما بخلع ، أو بطلاق ثلاث ، أو فسخ لا تجب عليها الاحداد .

ولل (. ش .) قولان ، أحدهما : يجب عليها الاحداد ، وبه قال (. ح .) ، وهو قول سعيد ابن المسيب ، وظاهر قوله الجديد أنه لا يجب عليها الاحداد ويستحب ذلك ، وبه قال عطاء ، و (. ك .) .

مسألة . ٢٨ . : المتوفى عنها زوجها إذا كانت صغيرة تكون عليها الحداد بلا خلاف ، وينبغي لوليها أن يجنبها ما يجب على الكبيرة اجتنابه في الاحداد ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا احداد عليها .

(١) د : ووجب العدة .

(٢) م : دليلنا قول .

ويدل على المسألة عموم ^(١) الخبر في وجوب الاحداد على الزوجات ، وطريقة الاحتياط ، وروي أن امرأة أتت إلى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ان ابنتي توفي زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال : لا . ولم تسألها هل هي كبيرة أم صغيرة؟

مسألة . ٢٩ . : الذمية إذا كانت تحت مسلم فمات عنها ، وجب عليها عدة الوفاة بلا خلاف ، ويلزمها الحداد ، بدلالة عموم الاخبار ، مثل قول النبي ﷺ : المتوفى عنها لا تحتضب ولا تكتحل . وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا حداد عليها .

مسألة . ٣٠ . : الكافرة إذا كانت تحت كافر فمات عنها ، وجب عليها العدة والحداد ، بدلالة عموم الاخبار ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا عدة عليها ولا حداد .

مسألة . ٣١ . (. « ج » -) : كل موضع تجتمع على المرأة عدتان ، فإنهما لا يتداخلان ^(٢) بل تأتي بكل واحدة منهما على الكمال ، وبه قال علي ﷺ ، وعمر وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) ، و (. ح .) وأصحابه : أنهما يتداخلان ، وتعد عدة واحدة منهما معا .

مسألة . ٣٢ . (. « ج » -) : إذا نكحت المعتدة ووطأها الناكح ، وهما جاهلان بتحريم الوطي ، أو كان الواطئ جاهلا والمرأة عالمة ، فلا حد على الواطئ ، ويلحقه النسب ، وتحرم عليه على التأبيد ، وروي ذلك عن عمر ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ش .) في القديم مثله . وقال في الجديد : تحل له بعد انقضاء العدة ، وبه قال أهل العراق ، ورووه عن علي ﷺ . وهكذا حكم وطئ كل شبهة تتعلق بفساد النسب ، كالرجل يطأ زوجة غيره بشبهة أو أمته .

مسألة . ٣٣ . (. « ج » -) : المفقود الذي لا يعلم خبره ، ولا يعرف أحي هو أم ميت؟

تصبر أربع سنين ، ثم ترفع خبرها الى الامام ، لينفذ من يتعرف خبر زوجها في

(١) م : دليلنا عموم .

(٢) م : عدتان لا يتداخلان .

الافاق ، فان عرف له خبر لم يكن لها طريق الى التزويج ، فان لم يعرف له خبر أمر وليه أن ينفق عليها ، فإن أنفق فلا طريق لها الى التزويج. وان لم يكن له ولي أمرها أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ، فاذا أعتدت ذلك حلت للأزواج.

ولل (. ش .) فيه قولان ، قال في القديم : تصير أربع سنين ، ثم ترفع أمرها إلى الحاكم حتى يفرق بينهما ، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها وتحل للأزواج ، روي ذلك عن عمر ، وابن عمر ، وابن عباس ، و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وظاهر كلام (. « ش » -) يدل على أن مدة التبرص يكون من حين الفقد والغيبه وأصحابه يقولون : ان ذلك يكون من وقت ما يرفع أمرها الى الامام ويضرب ^(١) لها المدة. وقال في الجديد انها تكون على الزوجية أبدا ، لا تحل للأزواج الى أن تتيقن وفاته ، وهو أصح القولين عندهم ، وروي ذلك عن علي عليه السلام ، وبه قال (. ح .) وأهل الكوفة بأسرهم ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، و (. ر .) ، وغيرهم.

مسألة . ٣٤ . (. « ج » -) : امرأة المفقود إذا أعتدت وتزوجت ثم جاء الأول ، فإنه لا سبيل له عليها وان لم تكن قد تزوجت بعد. وان كانت خرجت من العدة ، فهو أولى بها وهي زوجته ، وبه قال قوم من أصحاب (. ش .) إذا نصرروا قوله في القديم. والذي عليه عامة أصحابه ^(٢) أنها بانقضاء العدة تملك نفسها لا سبيل للزوج عليها ، وان كانت تزوجت فالثاني أولى بها وهي زوجته ، هذا على قوله ان حكم الحاكم ينفذ في الظاهر ، فإنها ^(٣) يرد على الأول على كل حال.

مسألة . ٣٥ . (. « ج » -) : المدبرة إذا مات عنها سيدها أعتدت أربعة أشهر

وعشرا

(١) م : الى الحاكم ويضرب.

(٢) د : والذي عليه أصحابه.

(٣) م ، د : في الظاهر والباطن فاما على قوله ان حكم الحاكم ينفذ في الظاهر.

فإن أعتقها في حال حياته ثم مات عنها ، أعتدت بثلاثة أقرأ ، وبه قال عمرو بن العاص .
وقال (. ح .) وأصحابه : ان المدبر لا عدة عليها بموت سيدها ولا استبراء ، فأما أم
الولد فإنها تعتد بثلاثة أقرأ ، سواء مات عنها سيدها أو أعتقها في حال حياته ، ولا يجب
عليها عدة الوفاة .

وقال (. ش .) : المدبرة وأم الولد والمعتقة في حال الحياة إذا مات عنها سيدها
استبرأت بقرء واحد .

مسألة ٣٦ . (. « ج » .) : الأمة المشتراة والمسبية تعتدان بقرئين وهما طهران وروي
حيضة بين طهرين ، ومعناها ^(١) واحد أو متقارب .

وقال (. ش .) : تستبرأ بقرء واحد ، وهل هو طهر أو حيض؟ فيه قولان .
مسألة ٣٧ . (. « ج » -) : إذا كانت الأمة المسيبة والمشتراة من ذوات الشهور
استبرأت بخمسة وأربعين يوما .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما تستبرئ بطهر واحد . والثاني وهو الأظهر عندهم
تستبرئ بثلاثة أقرأ .

مسألة ٣٨ . (. « ج » -) : أم الولد إذا زوجها سيدها من غيره ثم مات زوجها
وجب عليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء مات سيدها في أثناء ذلك العدة أو لم
تمت .

وقال (. ش .) : عدتها شهران وخمس ليال فان مات سيدها في أثناء عدتها ، فهل
يكمل عدة الحرة؟ فيه قولان .

مسألة ٣٩ . : إذا ملك أمة بابتياح ، فان كان وطأها البائع ، فلا يحل للمشتري
وطيها إلا بعد الاستبراء إجماعا . وهكذا إذا أراد المشتري تزويجها ، لم

(١) د : أو معناها .

يجز له ذلك الا بعد الاستبراء. وكذلك ان أراد أن يعتقها ، ثم يتزوجها قبل الاستبراء ، لم يكن له ذلك. وكذلك ان استبرأها ووطأها ، ثم أراد أن يتزوجها قبل الاستبراء لم يجز ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يجوز أن يتزوجها قبل الاستبراء ، ويجوز أن يعتقها ويتزوجها .
مسألة ٤٠ . : إذا اشترى أمة ممن لم يطأها : اما من امرأة أو صبي لا تجامع مثله ، أو عنين ، أو رجل وطأها ثم استبرأها ، روى أصحابنا جواز وطئها قبل الاستبراء ورووا أنه لا يجوز الا بعد الاستبراء ، وهو الأحوط ، وبه قال (. ش .) : فاما تزويجها فإنه يجوز إجماعا .
مسألة ٤١ . (. ج . » -) : إذا ملك أمة بابتياح ، أو هبة ، أو إرث ، أو استغنام ، لم يجز له وطئها ^(١) إلا بعد الاستبراء ، صغيرة كانت أو كبيرة ، بكرًا كانت أو ثيبه ، إلا إذا كانت في سن من لا تحيض مثلها من صغر أو كبر ، وبه قال (. ش .) : الا انه لم يستثن ما استثنياه ، وحكي عن (. ح .) قريب منه .

وذهب (. ك . » -) إلى أنه ان كانت ممن يوطأ مثلها وجب ذلك ، وان كانت ممن لم يوطأ مثلها فلا استبراء . وذهب ^(٢) الليث إلى أنه ان كانت لا يحمل مثلها فلا استبراء ، والا فيجب استبرأها ، وهذا ^(٣) مثل ما قلناه . وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه ان كانت ثيبا وجب الاستبراء ، وان كانت بكرًا فلا يجب الاستبراء ^(٤) .

مسألة ٤٢ . : إذا باع جارية من غيره ، ثم استقال المشتري فأقاله ، فإن كان قد قبضها إياه وجب عليه الاستبراء ، وان لم يكن قبضها لم يجب عليه ذلك ،

(١) م : لم يجز وطئها .

(٢) م : وجب ذلك والا فلا وذهب .

(٣) م : والا فيجب وهذا .

(٤) م : وجب الاستبراء والا فلا .

لأن الأصل ^(١) براءة الذمة ، وبه قال (. ف .) ، الا انه قال : ذلك استحسانا ، والقياس يقتضي أن عليه الاستبراء على كل حال .

وقال (. ش .) : عليه الاستبراء على كل حال ، قبض أو لم يقبض .

مسألة ٤٣ . (. « ج » -) : إذا ملكها جاز له التلذذ بمباشرتها ووطئها فيما دون الفرج ، سواء كانت مشتراة أو مسبية .

وقال (. ش .) : ان كانت مشتراة لا يجوز شيء من ذلك على كل حال ، لأنه لا يأمن أن يكون حاملا فيكون أم ولد ، وان كانت مسبية ففيه وجهان ، أحدهما : وهو المذهب أنه يجوز .

مسألة ٤٤ . (. « ج » -) : إذا اشترى أمة حاملا ، كره له وطئها قبل أربعة أشهر وعشرة أيام ، فإذا مضى ذلك لم يكره وطئها في الفرج .

وقال (. ش .) وغيره : لا يجوز له وطئها حتى تضع .

مسألة ٤٥ . : إذا عجزت المكاتبة عن أداء ثمنها وفسخ السيد العقد ، عادت الى ملكه وحل له وطئها بغير استبراء . وكذلك إذا ارتد السيد أو الأمة ، فإنها تحرم عليه ، فاذا عاد إلى الإسلام حلت له ولا استبراء . وأما إذا زوجها من غيره وطلقها الزوج قبل الدخول بها ، حلت له بلا استبراء . وان طلقها بعد الدخول ، لم يحل له الا بعد الاستبراء بالعدة ، وبه قال (. ح .) ، الا انه قال في المزوجة تحل بلا استبراء .

وقال (. ش .) : لا تحل في هذه المواضع كلها الا بعد الاستبراء .

مسألة ٤٦ . : إذا طلقت الأمة المزوجة بعد الدخول بها ، لزمها عدة الزوجية وأغنى ذلك عن استبراء ثان ، لأن الأصل براءة الذمة . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٤٧ . : إذا اشترى أمة محوسية واستبرأها وأسلمت ، اعتد بذلك الاستبراء

وقال (. ش .) : عليه الاستبراء ثانيا .

(١) م : وجب عليه الاستبراء والا فلا لأن الأصل .

مسألة ٤٨ . : العبد المأذون له في التجارة إذا اشترى أمة ، صح شراؤه بلا خلاف ، فان اشتريت الجارية في يد العبد جاز للمولى وطئها ، سواء كان على العبد دين أو لم يكن إذا قضى دين الغرماء ، لقوله تعالى ﴿ **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾ ^(١) وهذه منهن . وقال (. ش .) : ان كان على العبد دين ، لم يجز له وطئها وان قضى حق الغرماء ولا بد من استبراء ثان .

مسألة ٤٩ . : إذا باع جارية ، فظهر بها حمل ، فادعى البائع أنه منه ولم يكن أقر بوطئها عند البيع ولم يصدقه المشتري ، فلا خلاف أن إقراره لا يقبل في ما يؤدي الى فساد البيع ، وهل يقبل إقراره في إلحاق هذا النسب؟ عندنا أنه يقبل ، لما ثبت من جواز إقرار العاقل على نفسه إذا لم يؤدي الى ضرر على غيره ^(٢) وليس هنا ضرر على الغير ، فوجب قبوله . ولل (. ش .) في ذلك قولان ^(٣) .

مسألة ٥٠ . (. « ج » -) : أقل الحمل ستة أشهر بلا خلاف ، وأكثره عندنا تسعة أشهر ، وروي في بعض الاخبار ستة . وقال (. ش .) : أكثره أربع سنين . وقال الزهري ، وربيعة ، والليث بن سعد : أكثره سبع سنين . وعن (. ك .) روايات ، المشهور منها ثلاث ، إحداها : مثل قول (. ش .) . والثانية : خمس سنين . والثالثة : سبع سنين . وقال (. ر .) ، و (. ح .) ، والمزني : أكثره سنتان .

(١) سورة النساء : ٣ .

(٢) م : إذا لم يكن يؤدي الى ضرر غيره .

(٣) م : ولل (. ش .) فيه قولان .

كتاب الرضاع

مسألة ١٠ . : إذا حصل رضاع المحرم ، لم يحل للفحل نكاح أخت هذا المولود المرتضع بلبنه ، ولا لأحد من أولاده من غير المرضعة ومنها ، لأن اخوته وأخواته صاروا بمنزلة أولاده . وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة ٢٠ . (. « ج » -) : تنتشر حرمة الرضاع إلى الأم المرضعة والفحل صاحب اللبن ، فيصير الفحل أب المرضع ، وأبوه جده ، وأمه جدته ، وأخته عمته ، وأخوه عمه ، وكل ولد له فهم اخوة لهذا المرضع ، وبه قال علي عليه السلام ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ع .) ، والليث ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) و (. د .) ، و (. ق .) .

وذهب قوم الى أن لبن الفحل لا ينتشر الحرمة ، ولا يكون من الرضاع أب ولا عم ولا عمة ولا جد أبو أب ولا أخ لأب ، ولهذا الفحل أن يتزوج التي أرضعتها زوجته ، وهو ابن عمر ، وابن الزبير ، وسعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، ومن الفقهاء ربيعة بن أبي عبد الرحمن أستاذ مالك ، وحماد بن أبي سليمان أستاذ (. « ح » -) ، والأصم ، وابن عليه وهو أستاذ الأصم ، وأهل الظاهر وهم داود وشيعته .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(١) عن علي عليه السلام أنه قال : يا رسول الله هل لك في ابنة عمك بنت حمزة ، فإنها أجمل فتاة في قريش ، فقال عليه السلام : أما علمت أن حمزة أخي من الرضاعة ، فإن الله تعالى حرم من الرضاعة ما حرم من النسب . ومعلوم ان بنت الأب وبنت الأخ تحرمان من النسب ^(٢) ، فثبت أنهما تحرمان من الرضاعة ، لعموم الخبر .

وروي عن عائشة أنها قالت : دخل علي أفلح أخو أبي القعيس فاستترت منه فقال : أتسترين مني وأنا عمك قلت : من أين؟ قال أرضعتك امرأة أخي قلت : إنما أرضعتني امرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخل علي رسول الله فحدثته ، فقال : انه عمك فليلج عليك . وهذا نص في المسألة ، فإنه أثبت الحكم والاسم معا .

مسألة . ٣ . (. « ج » .) : من أصحابنا من قال : ان الذي يحرم من الرضاعة خمس عشر رضعات متواليات ، لم يفصل بينهن برضاع امرأة أخرى ، ومنهم من قال : خمس عشرة رضعة ، وهو الأقوى ، أو رضاع يوم وليلة ، أو ما أنبت اللحم وشد العظم إذا لم يتخللن رضاع امرأة أخرى ، وحد الرضعة ما يروى به الصبي دون المصصة .

وقال (. ش .) : لا يحرم الا خمس رضعات مفترقات ، فان كان دونها لم يحرم ، وبه قال ابن الزبير ، وعائشة ، وسعيد بن جبير ، وطاوس ، و (. ق .) ، و (. د .) .
وقال أهل الظاهر : قدرها ثلاث رضعات فما فوقها ، وبه قال زيد بن ثابت ، وأبو ثور . وقال (. ح .) وأصحابه : أن الرضعة الواحدة ، أو المصصة الواحدة ولو كان قطرة ينشر الحرمة ، وروي ذلك عن عمر ، وابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) ، والليث ، و (. د .) .

(١) م : دليلنا ما روى .

(٢) م : ومعلوم أن الأب والعم يحرمان من النسب .

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(١) عن النبي ﷺ أنه قال :
الرضاعة من المجاعة . يعني : ما سد الجوع . وقال ﷺ : الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم .

مسألة . ٤ . (. « ج » .) : الرضاع انما ينشر الحرمة إذا كان الولد صغيرا ، فاما ان
كان كبيرا ، فلو ارتضع ألف مرة لم ينشر الحرمة ، وبه قال عمر ، وابن عمر وابن عباس ،
وابن مسعود ، وهو قول الفقهاء أجمع ^(٢) (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، وغيرهم
وقال عائشة : رضاع الكبير يحرم ، كما يحرم رضاع الصغير ، وبه قال أهل الظاهر .

مسألة . ٥ . (. « ج » .) : القدر المعتبر في الرضاع المحرم ينبغي أن يكون واقعا كله
في مدة الحولين ، فان وقع بعضه في هذه الحولين ، وبعضه خارجا عنها لم يحرم .
وقال (. ش .) : ان وقع أربع رضعات في الحولين والخامسة بعدها لم ينشر الحرمة ،
وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، وعن (. ك .) روايات المشهور منها حولان وشهر .
وقال (. ح .) : المدة حولان ونصف ثلاثون شهرا . وقال زفر : ثلاثة أحوال سنة
وثلاثون شهرا .

مسألة . ٦ . : لا فرق بين أن يكون المرتضع مفتقرا الى اللبن أو مستغنيا عنه فإنه متى
حصل القدر الذي يحرم من الرضاع نشر ^(٣) الحرمة ، بدلالة عموم الآية والاحبار ، وبه قال
(. ح .) و (. ش .) .

وقال (. ك .) : ان كان مفتقرا نشرها ، وان كان مستغنيا لم ينشرها ^(٤) .

(١) م : ودليلنا ما روى .

(٢) م : وهو قول أجمع .

(٣) م : يحرم نشر الحرمة .

(٤) م : مفتقرا نشرها والا فلا .

مسألة ٧ . (. « ج » -) : إذا اعتبرنا عدد الرضعات ، فالرضعة ما يشربه الصبي حتى يروي ولا يعتبر المصّة ، ويراعى أن لا يكون بين الرضعة والرضعة الأخرى رضاع امرأة أخرى ، فإن فصل بينهما برضاع امرأة أخرى بطل حكم الأولى .

وقال (. ش .) : المعتبر في الرضعة العادة ، فما يسمى في العرف رضعة اعتبر ، وما لم يسم لم يعتبر ولم يعتبر المصّات أيضا ، ولم يعتبر الا يدخل بينهما رضاع أجنبية ، بل قال : لا فرق بين أن يدخل بينهما ذلك أو لا يدخل .

مسألة ٨ . : إذا أوجر اللبن في حلقه ، وهو أن يصب في حلقه صبا ووصل الى جوفه لم يحرم ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال عطاء ، وداود . وقال باقي الفقهاء : انه ينشر الحرمة .

مسألة ٩ . : إذا سعط باللبن حتى يصل الى جوفه لم ينشر الحرمة ، لما قلناه فيما تقدم ، وبه قال (. ع .) ، وداود . وقال باقي الفقهاء : انه ينشر الحرمة .

مسألة ١٠ . : إذا حقن المولود باللبن لا ينشر الحرمة ، لما قلناه فيما تقدم ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وهو قول (. ح .) ^(١) . والآخر أنه ينشر الحرمة ، وبه قال (. م .) ، واختاره المزني .

مسألة ١١ . (. « ج » -) : إذا شيب اللبن بغيره ثم سقي المولود لم ينشر الحرمة غالبا كان اللبن أو مغلوبا ، وسواء شيب بجامد كالدقيق والسويق والأرز ونحوه أو بمائع كالماء والخل واللبن ، مستهلكا كان أو غير مستهلك بدلالة قوله تعالى ﴿ وَأُمّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ^(٢) وهذه ما أرضعت .

وقال (. ش .) : ينشر الحرمة وان كان مستهلكا في الماء ، وانما ينشر الحرمة إذا تحقق وصوله الى جوفه ، مثل أن حلبت في قدح وصب عليه الماء واستهلك فيه

(١) م : وبه قال (. ح .) .

(٢) سورة النساء : ٢٣ .

فشرب كل الماء نشر الحرمة ، لأننا قد تحققنا وصوله الى جوفه ، وان لم يتحقق ذلك لم ينشر الحرمة ، مثل أن وقعت قطرة في حب من الماء ، فإنه إذا شرب بعض الماء لم ينشر الحرمة ، لأننا لا نتحقق وصوله الى جوفه الا بشرب الماء ، وهكذا حققه أبو العباس.

وقال (. ح .) : ان كان مشوبا بجامد ، كالسويق والدقيق والأرز والدواء لم ينشر الحرمة ، غالبا كان اللبن أو مغلوبا. وان كان مشوبا بمائع ، كالماء والخمر والخل والدم ، نشر الحرمة ان كان غالبا ، ولم ينشرها مغلوبا ^(١).

وقال (. ف .) ، و (. م .) : ان كان غالبا نشرها ، وان كان مغلوبا مستهلكا لم ينشرها ، والجامد والمائع سواء. قال ^(٢) : فان شيب لبن امرأة بلبن امرأة أخرى وشربه مولود فعند (. ح .) ، و (. ف .) هو ابن التي غلب لبنها دون الأخرى. وقال (. م .) : هو ابنتهما معا.

مسألة ١٢ . : إذا جمد اللبن أو اغلى لم ينشر الحرمة ، لما قلناه في المسألة الاولى ^(٣) ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : ينشرها.

مسألة ١٣ . : إذا ارتضع مولود من لبن بهيمة شاة أو بقرة أو غيرها ، لم يتعلق به تحريم بحال ، وبه قال جميع الفقهاء. وروي عن بعض السلف أنه يتعلق به التحريم ، وربما حكى ذلك عن (. ك .) .

مسألة ١٤ . : لبن الميتة لا ينشر الحرمة ، ولو ارتضع أكثر الرضعات حال الحياة وتماها بعد الموت ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ع .) ^(٤) : لبنها بعد وفاتها كما هو في حال حياتها.

(١) م : كان مغلوبا لم ينشرها.

(٢) م : قالوا.

(٣) م : لما قلناه في ما تقدم.

(٤) م : وقال (. ح .) و (. ك .) و (. ع .) ينشر الحرمة.

ان كانت له زوجة مرتضعة

مسألة ١٥ . : ان كانت له زوجة مرتضعة ، فأرضعتها ^(١) من يحرم عليه بنتها انفسخ النكاح بلا خلاف ، ولا يلزمه شيء من المهر إذا لم يكن بامرأة ، لأنه لا دليل عليه .

وقال (. ش .) : يلزمه نصف المهر قياسا على المطلقة .

مسألة ١٦ . : إذا أرضعتها من تحرم عليه بنتها ، مثل أمه أو جدته أو ابنته أو أخته أو امرأة أخيه بلبن أخيه ، فانفسخ النكاح لم يكن للزوج على المرضعة شيء قصدت المرضعة فسخ العقد أو لم تقصد ، لما قلناه في المسألة الأولى المتقدمة ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ش .) : يلزمها الضمان ، قصدت فسخ النكاح أو لم يقصد . وقال (. ح .) : ان قصدت فسخ النكاح ، فعليها الضمان . وان لم تقصد فلا ضمان عليها ، والضمان ^(٢) عند (. ش .) نصف مهر المثل ، وعند (. ح .) نصف المسمى .

مسألة ١٧ . : إذا كانت له زوجة كبيرة لها لبن من غيره ، وله ثلاث زوجات صغار لمن دون الحولين ، فأرضعت منهن واحدة بعد واحدة ، فإذا أرضعت الأولى الرضاع المحرم انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة ، فإذا أرضعت الثانية فإن كان دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الثانية ، وان لم يكن دخل بها فنكاحها بحاله ، لأنها بنت من لم يدخل بها ، فإذا أرضعت بعد ذلك الثالثة صارت الثالثة أخت الثانية من رضاع وانفسخ نكاحها ونكاح الثانية ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) في القلم ، وهو اختيار المزني .

وقال في الأم : ينفسخ الثالثة وحدها ، لان النكاح الثانية كان صحيحا بحاله

(١) د : فارتضعتها .

(٢) م : فسخ العقد أو لم تقصد وقال (. ح .) ان قصدت فسخ النكاح فعليها الضمان والا فلا .

وانما تمّ الجمع بينهما وبين الثانية بفعل الثالثة ، فوجب أن ينفسخ نكاحها.
يدل على المسألة قوله عليه السلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وهذه أخته من
أمه من جهة الرضاع.

مسألة ١٨. (. ج .) : لا تقبل شهادة النساء عندنا في الرضاع على وجه.
وقال (. ح .) ، وابن أبي ليلى : لا تقبل شهادتهن منفردا إلا في الولادة ، وروي ذلك
عن ابن عمر.

وقال (. ش .) : شهادتهن على الانفراد تقبل في أربعة مواضع : الولادة ،
والاستهلال والرضاع ، والعيوب تحت الثياب ، وبه قال ابن عباس ، والزهري ، و (. ك .) ،
و (. ع .) .

مسألة ١٩. (. ج .) : قد قلنا ان شهادة النساء لا تقبل في الرضاع على وجه
الانفراد ولا مع الرجال ، وانما تقبل منفردات في الوصية والولادة والاستهلال والعيوب وتحتاج
إلى شهادة أربعة منهن ، وبه قال (. ش .) في الموضع الذي تقبل شهادتهن منفردات.
وقال (. ك .) : تقبل شهادة اثنتين. وقال الزهري ، و (. ع .) : تثبت بشهادة امرأة
واحدة. وقال (. ح .) : كلما يثبت بشهادة النساء على الانفراد يثبت بواحدة.

مسألة ٢٠. : إذا قال الرجل بمن هو أكبر سنا منه ، أو مثله في السن : هو ابني من
الرضاع ، أو قالت المرأة ذلك ، سقط قولهما ولم يقبل إقرارهما بذلك لأننا نعلم كذبه في ذلك
، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يسقط ، لأنه يقول لو قال لمن هو أكبر سنا منه هذا ابني وكان
عبدا عتق ^(١) عليه بالنسب.

(١) م : أعتق.

كتاب النفقات

- مسألة . ١ .** : يجوز ان يتزوج أربعاً بلا خلاف والاستحباب أن لا يزيد على ما يعلم أنه يقوم بها. وقال جميع الفقهاء : يستحب الاقتصار على واحدة. وقال داود : المستحب أن لا يقتصر على واحدة ، لأن النبي ﷺ قبض عن تسعة.
- مسألة . ٢ .** : من وجب إعدامها من الزوجات ، فلا يجب عليه أكثر من خادم واحد ، لان ذلك مجمع عليه ، وما زاد على واحد ليس عليه دليل ، وبه قال (. ش .) .
- وقال (. ك .) : ان كانت من أهل الحشم والخدم ، ومثلها لا يقتصر على خادم واحد فعلى الزوج أن يخدمها من العدد بقدر حالها ومالها.
- مسألة . ٣ .** (. « ج » -) : نفقة الزوجات مقدرة وهي مد قدره رطلان وربع. وقال (. ش .) : نفقاتهن على ثلاثة أقسام : ان كان الزوج موسراً فمدان ، وان كان متوسطاً فمد ونصف ، وان كان معسراً فمد واحد ، والاعتبار بالزوج ، والمد عنده رطل وثلاث.
- وقال (. ك .) : نفقة الزوجة غير مقدرة بل عليه لها الكفاية ، والاعتبار بها لا به.
- وقال (. ح .) : نفقتها غير مقدرة والاعتبار بقدر كفايتها كنفقة الأقارب ، والاعتبار بها لا به قال : ان كان موسراً ، فمن سبعة إلى ثمانية في الشهر. وان كان معسراً فمن أربعة

إلى خمسة ، قال أصحابه : هذا كان يقوله والنقد جيد والسعر رخيص ، فاما اليوم فإنها بقدر الكفاية.

مسألة . ٤ . : إذا كان الزوج كبيرا والزوجة صغيرة لا يجامع مثلها فلا نفقة لها ، لأن الأصل براءة الذمة ، ولا دليل على وجوب نفقتها عليه ، وبه قال (. ح .) ، وهو أحد قولي (. ش .) الصحيح عندهم ، والقول الآخر أن لها النفقة.

مسألة . ٥ . : إذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيرا ، فلا نفقة لها وان بذلت التمكين ، لما قلناه في المسألة الاولى ^(١) ، وهو أحد قولي (. ش .) . والأصح عندهم أن لها النفقة ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٦ . : إذا كانا صغيرين ، فلا نفقة لها . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٧ . : إذا أحرمت بغير اذنه ، فان كان في حجة الإسلام لم يسقط نفقتها وان كان تطوعا سقط نفقتها . وقال (. ش .) : سقطت نفقتها قولاً واحداً ، لأن طاعة الزوج مقدمة ، فإنها على الفور والحج على التراخي .

وبدل على المسألة إجماع الفرقة على أنه لا طاعة للزوج عليها في حجة الإسلام ، فلا يسقط نفقتها لأجل ذلك ، ولأن نفقتها واجب ^(٢) بالزوجة ، فاسقاطها يحتاج الى دليل .

مسألة . ٨ . : إذا أحرمت بإذنه وحدها ، لم يسقط نفقتها ، لما قلناه فيما تقدم .

ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٩ . : إذا اعتكفت بإذنه وحدها ، لم يسقط نفقتها ، لما قلناه فيما تقدم .

ولل (. ش .) ^(٣) فيه قولان .

(١) م : لما قلناه في ما تقدم .

(٢) م : واجب عليه بالزوجة .

(٣) م : نفقتها ولل (. ش .) .

مسألة ١٠ . : إذا صامت تطوعا ، فان طالبها بالإفطار فامتنعت ، كانت ناشزا وسقطت نفقتها. ولل (. ش .) فيه وجهان.

مسألة ١١ . (. « ج » -) : إذا نشزت المرأة سقطت نفقتها ، وبه قال جميع الفقهاء.

وقال الحكم : لا تسقط نفقتها بالنشوز ، لأنها وجبت بالملك والنشوز لا يزيل الملك^(١).

مسألة ١٢ . (. « ج » -) : إذا اختلفا الزوجان بعد أن سلمت نفسها إليه في قبض المهر أو النفقة ، فالذي رواه أصحابنا أن القول قول الزوج وعليها البينة ، وبه قال (. ك .) . وقال (. ح .) و (. ش .) : القول قول المرأة مع يمينها^(٢).

مسألة ١٣ . : إذا ارتدت الزوجة ، سقطت النفقة ووقف النكاح على انقضاء العدة ، فإن عادت في زمان العدة وجبت نفقتها في المستأنف ، ولا يجب لها شيء لما فات^(٣) في الزمان الذي كانت كافرة مرتدة ، بدلالة أن الإجماع منعقد على سقوط نفقتها زمان ردتها ، وعودها يحتاج الى دليل.

ولل (. ش .) فيه قولان^(٤) ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : أن لها نفقة ما كانت مرتدة فيه.

مسألة ١٤ . : إذا كانا وثنيين أو مجوسيين فسلم إليها نفقة شهر مثلا ثم أسلم الزوج ، وقف النكاح على انقضاء العدة ، فإن أسلمت كانت زوجته ، وإن لم تسلم حتى تخرج من العدة ، بانته منه وكان له مطالبتها بالنفقة التي دفعها إليها وكذلك لو أسلمت في آخر العدة ، كان له استرجاع النفقة ما بين زمان إسلامه

(١) م : بالملك.

(٢) م : القول قولها مع يمينها.

(٣) م : في المستأنف دون ما فات.

(٤) م : أن الإجماع اليه ولل (. ش .) قولان.

وإسلامها.

بدلالة أن النفقة في مقابلة الاستمتاع بها ، وهي إذا كانت وثنية وهو مسلم لم يمكنه الاستمتاع بها ، فجرت مجرى الناشز فلا نفقة لها.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : أن ليس له الاسترجاع منها ^(١).

مسألة ١٥ . : إذا أعسر الرجل ، فلم يقدر على النفقة على زوجته ، لم تملك الزوجة الفسخ ، وعليها أن تصبر الى أن يتيسر ^(٢) ، بدلالة الأخبار الواردة في ذلك وقوله ﴿ **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ** ﴾ ^(٣) ولم يفصل ، وقوله تعالى ﴿ **إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ** ﴾ ^(٤) فندب الفقراء الى النكاح ، واليه ذهب الزهري وعطاء ، وأهل الكوفة ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، و (. ح .) .

وقال (. ش .) : هي مخيرة بين أن تصبر حتى إذا أيسر استوفت ما اجتمع لها ، وبين أن تختار الفسخ ينفسخ الحاكم بينهما ، وهكذا إذا أعسر بالصدّاق قبل الدخول ، فالاعسار عيب فلها الفسخ ، وبه قال سعيد بن المسيب ^(٥) ، وعطاء ، وحامد وربيعة ، و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة ١٦ . (. ج . » .) : المطلقة البائن أو المختلعة لا سكنى لها ، وبه قال (. د .) ، و (. ق .) . وقال باقي الفقهاء : لها السكنى .

مسألة ١٧ . : لا نفقة للبائن ، وبه قال ابن عباس ، و (. ك .) ، و (. ع .) ، وابن أبي ليلى ، و (. ش .) . وقال (. ح .) : لها النفقة ، وبه قال عمر ، وابن مسعود ، واليه ذهب (. د .) .

(١) م : أحدهما له الاسترجاع والآخر لا .

(٢) م : الى ميسورة وفي الخلاف : أن يوسر .

(٣) سورة البقرة : ٢٨٠ .

(٤) سورة النور : ٣٢ .

(٥) م : سعيد بن جبير .

ويدل على المسألة . بعد إجماع الطائفة . قوله تعالى ^(١) ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ^(٢) فشرط الحمل عند ذكر النفقة.

وروى (. « ك » -) عن عبد الله بن يزيد عن أبي سلمة عن أبي عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا وهو غائب بالشام ، فأرسل إليها وكيله شعيرا ^(٣) فسخطته فقال : والله مالك علينا من شيء ، فأنت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال : ليست لك نفقة ، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : تلك امرأة يغشاها أصحابي ، اعتدي ^(٤) عند ابن أم مكتوم ، فإنه ضرير تضعين ثيابك حيث شئت .

مسألة . ١٨ . : البائن إذا كانت حاملا ، كان لها النفقة بلا خلاف ، وينبغي أن تعطى نفقتها يوما بيوم ، لان طريقة ^(٥) الاحتياط تقتضي ذلك . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وهو الأصح عندهم . والآخر : أنها لا تعطى حتى تضع فاذا وضعت أعطيت ^(٦) لما مضى .

مسألة . ١٩ . : يجب على الوالد نفقة الولد ان كان معسرا ، فان لم يكن أو كان وهو معسر فعلى جده ، فان ^(٧) لم يكن أو كان وهو معسر فعلى أبي الجد ، وعلى هذا يكون أبدا ، بدلالة الظواهر الواردة في وجوب النفقة على الولد ، فان ولد

(١) م : دليلنا قوله تعالى .

(٢) سورة الطلاق : ٦ .

(٣) في الخلاف : كيل شعير .

(٤) م : يغشاها اعتدي .

(٥) م : لطريقة .

(٦) م : اعطى .

(٧) د : وان .

الولد يسمى ولدا والجد يسمى أبا ، فإن الله تعالى يقول ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ وقال ﴿ مَلَّةٌ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾ ^(١) و ﴿ اتَّبَعْتُ مَلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(٢) فسماهم أبا ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) ^(٣) : النفقة على أبيه ، فان لم يكن أو كان وهو معسر لم يجب على جده لان النسب قد بعد .

مسألة ٢٠ . : إذا لم يكن أب ولا جد ، أو كانا وكانا معسرين ، فنفقته على أمه بدلالة عموم الأخبار الواردة في وجوب النفقة على الولد ، ويدخل في ذلك الإباء والأمهات وانما قدمنا الإباء بدليل الإجماع ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا يجب على الأم الإنفاق ، لقوله ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ^(٤) فالخطاب منصرف إلى الإباء . وقال (. ف .) ، و (. م .) : عليها أن تنفق لكن تتحملها عن الأب ، فإذا أيسر بها رجعت عليه بما أنفقت .

مسألة ٢١ . : إذا اجتمع جد أبو أب وان علا وأم ، كانت النفقة على الجد دون الأم ، لأننا قد بينا أن الجد يتناوله اسم الأب ، والأب أولى بالنفقة على ولده من الام بلا خلاف ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : النفقة بينهما ، على الام الثلث ، وعلى الجد الثلثان بحسب الميراث .

مسألة ٢٢ . : إذا اجتمع أم أم وأم أب ، أو أبو أم وأم أب ، فهما سواء لأنهما تساويا في الدرجة والنفقة تكون بالقراية ، وهو أحد وجهي (. ش .) . والآخر أن أم

(١) سورة الحج : ٧٨ .

(٢) سورة يوسف : ٣٨ .

(٣) م : و (. ك .) يقول النفقة .

(٤) سورة الطلاق : ٦ .

الأب أولى ، لأنها تدلى بعصبة.

مسألة ٢٣. (. « ج » .) : تجب النفقة على الأب والجد معا ، وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) . وقال (. ك .) : لا تجب النفقة على الجد ، كما لا تجب على الجد النفقة عليه .

مسألة ٢٤. (. « ج » .) : يجب عليه أن ينفق على امه وأمهاتها وان علون ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال (. ك .) : لا يجب عليه أن ينفق وعلى أمه .
ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(١) أن رجلا قال يا رسول الله من أبر؟ قال : أمك ، قال : ثم من؟ قال : أمك ، قال : ثم من؟ قال : أمك ، قال : ثم من؟ قال : أباك فجعل الأب في الرابعة .

مسألة ٢٥. : الوالد إذا كان كامل الاحكام ، مثل أن يكون عاقلا وكامل الخلقة بان لا يكون زمنا ، الا أنه فقير محتاج ، وجب على ولده أن ينفق عليه . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا يجب عليه .

مسألة ٢٦. : الولد إذا كان كامل الاحكام والخلقة وكان معسرا ، وجب على والده أن ينفق عليه . ولل (. ش .) فيه طريقان ، منهم من قال : على قولين كالأب . ومنهم من قال : ليس عليه أن ينفق عليه قولا واحدا ، لأن حرمة الأب أقوى .

مسألة ٢٧. : إذا كان أبواه معسرين ، وليس يفضل عن كفايته إلا نفقة أحدهما ، كان بينهما بالسوية ، لأنهما تساويا في القرابة . ولل (. ش .) فيه ثلاثة أوجه أحدها : ما قلناه . والثاني : أن الأب أولى . والثالث : أن الأم أولى .

مسألة ٢٨. : إذا كان له ابن مراهق كامل الخلقة ناقص الاحكام ، وأب كامل الاحكام ناقص الخلقة ، ومعه ما يفضل عن نفقة ^(٢) أحدهما ، قسم بينهما بالسوية لتساويهما في السبب الموجب للنفقة عليهما .

(١) م : دليلنا ما روى .

(٢) م : ما يفضل لنفقة .

ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : الابن أولى ، لأن نفقته ثبت بالنص ، ونفقة الأب بالاجتهاد. والثاني : الأب أولى.

مسألة . ٢٩ . : إذا كان له أب وأبو أب معسرين ، أو ابن وابن ابن معسرين ^(١) ومعه ما يكفي لنفقة أحدهما ، أنفق على الأب دون الجد ، وعلى الابن دون ابن الابن لقوله تعالى ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ ^(٢) وذلك عام في كل شيء.

ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : أنه بينهما.

مسألة . ٣٠ . : إذا كان معسرا وله أب وابن موسران ، كانت نفقته عليهما بالسوية ، لثبوت جهة النفقة عليهما ، بإجماع الفرقة ، وعدم الترجيح ، وهو أحد وجهي (. « ش » .) . والثاني : نفقته على أبيه ، لأنه إنفاق على ولد ، وذلك ثابت بالنص.

مسألة . ٣١ . : إذا اختلف الناس في وجوب نفقة الغير على الغير بحق النسب على أربعة مذاهب فأضعفهم قولا (. « ك » .) لأنه قال : يقف ^(٣) على الولد والوالد ينفق كل واحد منهما على صاحبه ولا يتجاوز.

ويليه (. « ش » .) فإنه قال : يقف على الوالدين والمولودين ولا يتجاوز ، فعلى كل أب وإن علا وكل أم وإن علت ، وكذلك كل جد من قبلها وجدة ، أو من قبل الأب وعلى المولودين كانوا من ولد البنين أو البنات وإن سفلوا ، فالنفقة يقف على هذين العمودين ولا يتجاوز.

ويليه مذهب (. « ح » .) فإنه قال : يتجاوز عمود الوالدين والمولودين ، ويدور على كل ذي رحم محرم بالنسب ، فيجب على الأخ لأخيه وأولادهم والأعمام

(١) م : وكانا معسرين.

(٢) سورة الأنفال : ٧٥ والأحزاب : ٦ .

(٣) د : لأنه يقف.

والعمات والأخوال والحالات دون أولادهم ، لأنه ^(١) ليس بذى رحم محرم بالنسب .
والرابع هو مذهب عمر بن الخطاب ، وهو أعم الناس قولاً ، فإنه قال : يجب على
من عرف بقرابته .

والذي يقتضيه مذهبنا ما قاله (. « ش » -) لعموم أخبارنا الواردة في أن النفقة تجب
على الوالدين والولد ، وذلك متناول لهذين العمودين وإن كان قد روي في بعضها أن كل من
يثبت ^(٢) بينهما موارثة تجب نفقته ، وذلك محمول على الاستحباب ويمكن نصرة هذه الرواية
بقوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٣) فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على
الوالد .

ويدل على الأول ما رواه أبو هريرة أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله
عندي دينار ، فقال : أنفقه على نفسك ، قال : عندي آخر ، قال : أنفقه على ولدك قال
: عندي آخر ، قال : أنفقه على أهلك ، قال : عندي آخر قال : أنفقه على خادمك ،
قال : عندي آخر ، قال : أنت أعلم . وفي بعضها : أنفقه في سبيل الله وذلك أيسر .

مسألة ٣٢ . : إذا وجبت النفقة على الرجل : أما نفقة يوم بيوم ، أو ما زاد عليه
للزوجة أو غيرها من ذوي الأنساب ، أو عليه دين وامتنع من قضائه ، ألزمه الحاكم إعطاه ،
فإن لم يفعل حبسه ، فإن لم يفعل ووجد له من جنس ^(٤) ما عليه أعطاه إياه ، وإن كان من
غير جنسه باع عليه وأنفق على من تجب عليه نفقته ، لإجماع الفرقة على أن من عليه حق
وامتنع منه ، فإنه يباع عليه ملكه ، وذلك عام في الحقوق

(١) م : لأنهم .

(٢) د : كل ثبت .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

(٤) م : وجد عنده من جنس .

اللازمة والديون ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان وجد له من جنس ما عليه أعطاه ، والا حبسه حتى يتولى هذا البيع ولا يبيع عليه الا الدراهم والدنانير ، فإنه يبيع كل واحد منهما بالآخر ويوفي ما عليه وأجاز في نفقة الزوجة له إذا كان ^(١) زوجها غائبا وحضرت عند الحاكم تطالب بنفقتها وحضر أجنبي ، فاعترف بان للغائب ملكا وهذه زوجته ، فإنه يأمره الحاكم ببيعه والنفقة عليها ، ولم يجز في غير ذلك .

مسألة . ٣٣ . : ليس للرجل أن يجبر زوجته على إرضاع ولدها منه ، شريطة كانت أو مشروفة ، موسرة كانت أو معسرة ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال (. ح .) و (. ش .) .
وقال (. ك .) : له إجبارها إذا كانت معسرة دنية ، وليس له ذلك إذا كانت شريفة موسرة ، وقال أبو ثور : له إجبارها عليه بكل حال ، لقوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾ ^(٢) وهذا خبر معناه ^(٣) الأمر .

مسألة . ٣٤ . : البائن إذا كان لها ولد يرضع ووجد الزوج من يرضعه تطوعا وقالت الأم : أريد أجره ^(٤) المثل ، كان له أن ينتقل الولد عنها ، لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ تَعَاَسَرْتَٰهُ فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ ^(٥) وبه قال (. ح .) وقوم من أصحاب (. ش .) .
ومنهم من قال : المسألة على قولين ، أحدهما : ما قلناه والثاني : ليس له نقله عنها ، ويلزمه أجره المثل ، وهو اختيار أبي حامد .

(١) م : الزوجة إذا كان .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٣ .

(٣) م : معناها .

(٤) د : أريد به .

(٥) سورة الطلاق : ٦ .

مسألة ٣٥ . : البنت إذا كانت بالغة رشيدة ، يكره لها أن يفارق أمها حتى تتزوج ، ولا يجب ذلك عليها ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : يجب عليها أن لا يفارق أمها حتى تتزوج ويدخل بها .

مسألة ٣٦ . (. « ج » .) : إذا بانث المرأة من الرجل ولها ولد منه ، فان كان طفلا لا يميز ، فهي أحق به بلا خلاف . وان كان طفلا يميز ، وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثمان ^(١) سنين فما فوقها الى حد البلوغ ، فان كان ذكرا ، فالأب أحق به ، وان كان أنثى ، فالأم أحق بها ^(٢) ما لم يتزوج ، فان تزوجت فالأب أحق بها ، ووافقنا (. ح .) في الجارية . وقال في الغلام : الأم أحق به حتى يبلغ حدا يأكل ويشرب ويلبس بنفسه ، فيكون أبوه أحق به . وقال (. ش .) : مخير بين أبويه ، فإذا اختار أحدهما سلم اليه ، وبه قال علي عليه السلام فيما رووه ، وعمر ، وأبو هريرة . وقال (. ك .) : ان كان جارية فأمرها أحق بها حتى يبلغ وتتزوج ويدخل بها الزوج ، وان كان غلاما فأمره أحق به حتى يبلغ .

مسألة ٣٧ . : الموضع الذي قلنا الأب ^(٣) أحق بالولد أو الأم أحق به ، لا يختلف الحال بين أن يكون مقيما أو مسافرا ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في ذلك . وقال (. ش .) : ان كانت المسافة يقصر فيها الصلاة ، فالأب أحق بكل حال . وان لم يقصر ، فهو كالإقامة . وقال (. ح .) : ان كان المنتقل الأب ، فالأم أحق به .

وان كانت الأم منتقلة ، فان انتقلت من قرية إلى بلد فهي أحق به ، وان انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق به ، لأن في السواد يسقط تعليمه وتخريجه .

(١) م : ثمانية .

(٢) م : أحق به .

(٣) م : قلنا ان الأب .

مسألة ٣٨ . (. ج . » .) : إذا تزوجت الام سقط حقها من حضانة الولد ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) . وقال الحسن البصري : لا يسقط حقها بالنكاح .

ويدل على المسألة . بعد إجماع الفرقة . ما روي ^(١) أن امرأة قالت : يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حذاء ^(٢) ، وان أباه طلقني وأراد ان ينزعه عني ، فقال لها رسول الله ﷺ : أنت أحق به ما لم تنكحي .

مسألة ٣٩ . : إذا طلقها زوجها ، عاد حقها من الحضانة ، لأن النبي ﷺ علق ذلك بالتزويج ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا يعود ، لان النكاح أبطل حقها .
إذا طلقها الزوج طلاق رجعية ، لم يعد حقها ، وان طلقها بائنا عاد ، بدلالة أن الرجعية تكون في حكم الزوجة ، وبه قال (. ح .) ، والمزني . وقال (. ش .) : يعود على كل حال .

مسألة ٤٠ . : الأخت للأب أولى بالحضانة من الأخت للأم ، بدلالة أنها أولى بالميراث ، لان لها النصف ولهذه السدس ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : الأخت للأم ^(٣) أولى ، وبه قال المزني ، وابن سريج ^(٤) .
مسألة ٤١ . : الجدات أولى بالولد من الأخوات ، بدلالة ما ثبت ^(٥) أن الأم أولى ، واسم الام يقع على الجدة . ولل (. ش .) فيه قولان .

(١) م : يدل على ذلك ما روى .

(٢) في الخلاف : حواء .

(٣) م : بالأم .

(٤) م : ابن سريج .

(٥) م : ما يثبت .

مسألة ٤٢ . : أم الأب أولى بالولد من الخالة ، بدلالة ما ^(١) قلناه فيما تقدم.

ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة ٤٣ . : لأب الأم وأم الأب حضانة ^(٢) . بدلالة أن اسم الأب والأم يتناولهما.

وقال (. ش .) : لا حضانة لهما ، وهما ^(٣) بمنزلة الأجنبي.

مسألة ٤٤ . : إذا لم يكن أم ، وهناك أم أم ، أو جدة أم أم ، وهناك أب ، فالأب

أولى ، بدلالة آية « أولي الأرحام » وقال (. ش .) : أم الأم وجداتها أولى من الأب وإن علون.

مسألة ٤٥ . : إذا كان مع الأب أخت من أم ^(٤) أو خالة ، أسقطتهما لما قلناه في

المسألة المتقدمة ولل (. ش .) فيه قولان ^(٥) .

مسألة ٤٦ . : العمة والخالة إذا اجتمعتا ، تساويتا وأقرع بينهما ، لتساويهما في

القرابة. وقال (. ش .) : الخالة أولى.

مسألة ٤٧ . : إذا اجتمع جد وخالة وأخت لأم ^(٦) ، فالجد أولى ، لما قلناه فيما

تقدم. ولل (. ش .) وجهان.

مسألة ٤٨ . : أم أب وجد متساويان لما قلناه فيما تقدم. وقال (. ش .) : الجد

يسقط بها.

مسألة ٤٩ . : أخت لأب وجد ^(٧) متساويان. ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما

:

(١) م : من الخالة لما قلناه.

(٢) م : لأب الأم وأم أب الأم حضانة.

(٣) م : وهم.

(٤) م : أخت من الأم.

(٥) م : لما قلناه فيما تقدم ولل (. ش .) فيه وجهان.

(٦) م : وأخت الأم.

(٧) م : أخت الأب وجدة.

الجد أولى. والآخر الأخت أولى.

مسألة ٥٠ . : العم وابن العم والعصبة ^(١) يقومون مقام الأب في باب الحضانة بدلالة الآية ، ولما روى عمارة الجرمي ^(٢) قال : خيرني علي بن أبي طالب عليه السلام بين أُمِّي وعمي ، وقال لأخ هو أصغر مني : وهذا لو بلغ مبلغ هذا الخيرية ، وهو أحد قولي (. ش .) .
(. والثاني : لا حضانة لأحد من الذكور غير الأب والجد .

مسألة ٥١ . : لا حضانة لأحد من العصبة مع الأم ، بدلالة الآية ، وهو أحد وجهي (. ش .) . والثاني : أنهم يقومون مقام الأب يكون الولد مع أمه حتى يبلغ ، ثمَّ يخير فان كان ذكراً خيرناه بينهما وبين العم ^(٣) وابن العم ومن كان من العصباء وان كان أنثى خيرناها بينهما ^(٤) وبين كل عصبة محرم لها ، كالأخ وابن الأخ والعم فأما ابن العم فلا .

مسألة ٥٢ . : إذا اجتمع مع العصبة ذكر من ذوي الأرحام ، كالأخ للأم والخال والجد أبي الأم ، كان الأقرب أولى ، بدلالة الآية .

وقال (. ش .) : لا حضانة لهم بوجه ، لأنه لا حضانة فيه ولا قرابة له يرث بها .

مسألة ٥٣ . : إذا لم يكن عصبة وهناك خال وأخ وأم وأبو أم ، كان لهما الحضانة ، بدلالة الآية . ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : لاحظ لهم فيها ، ويعود النظر فيه الى الحاكم كالأجانب سواء ، لأنه لا حضانة ولا وارث ^(٥) . وقال أبو إسحاق : لهم الحضانة ، لأن الحضانة سقطت بوجود العصبة ، وإذا لم يكن عصبة فلهم الرحم

(١) م : العم وابن العم وابن عم الأب والعصبة .

(٢) م : الجرمي .

(٣) م : خيرناه بينها وبين العم .

(٤) م : خيرناها بينها .

(٥) م : ولا ارث .

فوجب أن يكون لهم الحضانة.

مسألة . ٥٤ : إذا مرض المملوك مرضا يرجى زواله ، فعليه نفقته بلا خلاف فاما إذا زمن أو أقعد أو عمي ، فعندنا أنه يصير حرا ، ولا يلزم مولاه نفقته ، لأنه ليس بعبده. وقال جميع الفقهاء : يلزمه نفقته ولم يزل ملكه ، وهو كالصغير سواء.

مسألة . ٥٥ : لا يجب بالعقد الا المهر. وأما النفقة ، فإنها يجب يوما بيوم في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، وهو الظاهر من قول (. ح .) ، وهو قول (. ش .) في الجديد وقال في القديم : يجب بالعقد مع المهر ، ويجب تسليمها يوما بيوم في مقابلة التمكين من الاستمتاع.

يدل على المسألة أنه ^(١) لا خلاف أنه إذا مكنت الزوجة ^(٢) نفسها لا يجب عليه الا تسليم نفقة ذلك اليوم لا غير ، فلو كان يجب أكثر من نفقة يومها لوجب عليه تسليم ذلك إليها مع التمكين.

مسألة . ٥٦ : إذا ثبت ما قلناه من أنه يجب نفقة يوم بيوم ، فان استوفت نفقة هذا اليوم فلا كلام ، وان لم يستوف استقر ^(٣) في ذمته ، وعلى هذا أبدا إذا كانت ممكنة من الاستمتاع ، بدلالة الإجماع على وجوب النفقة في ذلك اليوم ، ولا دليل على سقوطها ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : كلما مضى يوم قبل أن يستوفي نفقتها ، سقط بمضي النهار كنفقة الأقارب ، الا أن يفرض القاضي عليه فرضا ، فيستقر عليه بمضي الزمان نفقة ما مضى .

مسألة . ٥٧ : إذا تزوج رجل أمة فأحبها ثم ملكها ، كان الولد حرا على

(١) م : دليلنا أنه.

(٢) م : أمكنت الزوجة.

(٣) م : استقرت.

كل حال ، وكانت هي أم ولده ، بدلالة إجماع الفرقة على أن الولد لاحق بالحرية في أي الطرفين كان ، والاشتقاق يقتضي كونها أم ولده.

وقال (. ش .) : إذا ملكها ، فإن كانت حاملا ملكها وعتق حملها بالملك ولا تصير أم ولده ، وإن ملكها بعد الوضع لم تصر أم ولد ، سواء ملكها وحدها أو مع ولدها.

وقال (. ح .) : إذا علقته منه ثبت لها حرمة الحرية بذلك العلوق ، فمتى ملكها صارت أم ولده يعتق بموته ، سواء ملكها قبل الوضع أو بعدها.

وقال (. ك .) : إن ملكها حاملا صارت أم ولده ، لأن حملها يعتق وهو كبعض منها وإن ملكها بعد الوضع فمثل قول (. ش .) .

مسألة . ٥٨ . : إذا أسلف زوجته نفقة شهر ثم مات أو طلقها بائنا ، فلها نفقة يومها وعليها رد ما زاد على اليوم ، لما بيناه أن البائن بالطلاق لا نفقة لها ، وأما بالموت فلا خلاف أنه تسقط نفقتها.

كتاب الجنایات

مسألة . ١ : يقتل الحر بالحررة إذا رد أولياؤها فاضل الدية ، وهو خمسة ألف درهم ، وبه قال عطاء ، الا أنه قال : ستة آلاف ، وروي ذلك عن الحسن البصري ، رواه عن علي عليه السلام .

وقال جميع الفقهاء : انه يقتل بها ولا يرد أولياءها شيئا .

مسألة . ٢ : لا يقتل مسلم بكافر ، سواء كان معاهدا أو مستأمنا أو حربيا ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وعمر ، وعثمان ، وزيد بن ثابت ، وفي التابعين الحسن ، وعطاء ، وعكرمة ، وفي الفقهاء (. ك .) و (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) وأبو عبيد وأبو ثور .

وقال (. ح .) : يقتل بالذمي ولا يقتل بالمستأمن والحربي ، واليه ذهب الشعبي والنخعي .

ويدل على صحة مذهبنا . بعد إجماع الطائفة . ما روى ^(١) قتادة عن الحسن عن قيس بن عناد ^(٢) قال : انطلقت أنا والأشتر الى علي عليه السلام فقلنا له : هل عهد إليك ^(٣)

(١) م : دليلنا ما روى .

(٢) م : عباد .

(٣) م : فقلنا له هل عهدت إليك . و (. د .) : فقلنا له عهد إليك .

رسول الله شيئاً لم يعهده الى الناس عامة ، قال : لا الا ما في كتابي هذا ، فاخرج كتابا من قراب سيفه ، فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، ألا لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده.

مسألة . ٣ . : إذا قتل كافر كافرا ، ثم أسلم القاتل لم يقتل به ، لعموم قوله ﷺ « لا يقتل مسلم بكافر » وبه قال (. ع .) . وقال جميع الفقهاء : يقتل به .

مسألة . ٤ . : إذا قتل الحر عبدا لا يقتل به ، سواء كان عبده أو عبد غيره ، فان كان عبد نفسه عزز وعليه الكفارة ، وان كان عبد غيره عزز وغرم قيمته ، وهو إجماع الصحابة ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يقتل بعبد غيره ، ولا يقتل بعبد نفسه ^(١) . وقال النخعي : يقتل به ، سواء كان عبده أو عبد غيره .

مسألة . ٥ . : إذا جنى العبد ، تعلق أرش الجناية برقبته . ان أراد ^(٢) السيد أن يفديه ، كان بالخيار بين أن يسلمه برمته ^(٣) ، أو بفدية بمقدار أرش جنايته .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته . والثاني : هو بالخيار بين أن يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ ، أو يسلمه مثل ما قلناه .

مسألة . ٦ . : إذا قتل عشرة من العبيد عبدا ، كان لسيدته قتلهم إذا رد على مواليتهم ^(٤) ما يفضل عن قيمة عبده . وقال (. ش .) : له قتلهم ولا يجب عليه رد شيء .

مسألة . ٧ . : إذا اختار قتل خمسة وعفا عن خمسة ، كان عليه أن يرد على

(١) م : يقتل بعبد غيره دون عبد نفسه .

(٢) م : فإن أراد .

(٣) م : أن يسلمه بذمته .

(٤) م : على مولاها .

موالي الخمسة الذين قتلهم ما يفضل عن نصف قيمة عبده ، وليس له على الذين ^(١) عفا عنهم شيء.

وقال (. ش .) : له أن يقتل الخمسة ، وليس عليه لمواليهم شيء ، وله على موالي الذين عفا عنهم نصف الدية ، يلزم كل واحد عشر القيمة.

مسألة . ٨ . : دية العبد قيمته ما لم يتجاوز دية الحر ، فان تجاوزت لم يجب أكثر من دية الحر . وكذلك القول في أن دية الأمة قيمتها ما لم يتجاوز دية الحرة ، فإن تجاوزت لم يجب أكثر من دية الحرة ، وبه ^(٢) قال (. ح .) ، و (. م .) ، الا أنه قال : الا عشرة دراهم في الموضعين.

وقال (. ش .) : ديته قيمته بالغاً ما بلغ ، وبه قال (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ر .) ، و (. ف .) ، و (. ق .) .

مسألة . ٩ . : لا يقتل الوالد بولده على حال ، وبه قال عمر ، وفي الفقهاء ربيعة ، و (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. د .) .

وقال (. ك .) : ان قتله خذفا بالسيف فلا قود ، وان قتله ذبحاً أو شق بطنه فعليه القود ، وبه قال عثمان البتي.

مسألة . ١٠ . : الأم إذا قتلت ولدها قتلت به ، وكذلك أمهاتها وأمهاة الأب . وأما الأجداد فيجرون مجرى الأب لا يقادون به ، لتناول اسم الأب لهم.

وقال (. ش .) وباقي الفقهاء : لا يقاد الام ولا واحد من الأجداد والجدات في الطرفين بالولد.

مسألة . ١١ . : لا ترث الزوجة من القصاص شيئاً ، وانما يرث القصاص الأولياء فان قبلوا الدية كان لها نصيبها منها . وقال (. ش .) : لها نصيبها من القصاص .

مسألة . ١٢ . : إذا كان أولياء المقتول جماعة فعفا أحدهم ، لم يسقط حق الباقيين من القصاص ، وكان لهم ذلك إذا ردوا على أولياء المقاد منه مقدار ما عفى عنه.

(١) م : ليس على الذين .

(٢) م : فان تجاوز لم تجب أكثر من ذلك وبه قال .

وقال (. ش .) وباقي الفقهاء : إذا عفا بعض الأولياء عن القود ، سقط ^(١) القصاص ووجب للباقيين الدية على قدر حقهم.

مسألة . ١٣ . : الأطراف كالأنفس ، فكل نفسين جرى القصاص بينهما في الأنفس ، جرى بينهما في الأطراف ، سواء اتفقا في الدية أو اختلفا فيها ، كالحرين والحرتين والحر والحرّة والعبدین والأمتين والعبد والأمة ، والكافرين والكافرتين والكافر والكافرة ، ويقطع أيضا الناقص بالكامل ، ولا يقطع الكامل بالناقص.

وكل شخصين لا يجري القصاص بينهما في الأنفس ، فكذلك في الأطراف مثل الحر والعبد والمسلم والكافر طردا وعكسا ، وبه قال (. ش .) ، الا أن عندنا إذا اقتضت المرأة من الرجل في الأطراف ردت فاضل الدية ، كما قلناه في النفس.

وقال (. ح .) : الاعتبار في الأطراف بالتساوي في الديات ، فان اتفقا في الدية جرى القصاص بينهما ^(٢) في الأطراف ، كالحرين والمسلمين والكافرين والكافر والمسلم فإن الدية عنده واحدة والحرتين الكافرتين والمسلمتين والكافرة والمسلمة ، فإن اختلفا في الدية سقط القصاص بينهما في الأطراف ، كالرجل بالمرأة والمرأة بالرجل.

وكذلك لا يقطع العبد بالحر عنده ، لأن قيمة العبد لا يدري كم هي؟ ولا يتفقان أبدا في الدية والقيمة عنده ، ولا يقطع عبد بعبد ، لان القيمتين لا تتفقان فيهما ^(٣) حقيقة.

مسألة . ١٤ . : إذا قتل جماعة واحدا ، قتلوا به أجمعين بشرطين : أحدهما

(١) م : وقال (. ش .) وباقي الفقهاء سقط.

(٢) م : كما قلناه في النفس بينهما.

(٣) م ود : فيها.

أن يكون كل واحد منهم مكافئاً له ، أعني ^(١) : لو انفرد كل واحد منهم بقتله قتل ، وهو أن يكون فيهم مسلم شارك الكفار في قتل كافر ولا والد شارك غيره في قتل ولده. والثاني : أن يكون جناية كل واحد منهم لو انفرد بها كان منها التلف ، فإذا حصل هذا في الجناة والجناية ^(٢) قتلوا كلهم به.

وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وعمر ، وابن عباس ، وفي التابعين سعيد بن المسيب ، والحسن البصري ، وعطاء. وفي الفقهاء (ك .) ، و (ع .) ، و (ر .) ، و (ح .) ، و (ش .) ، و (د .) ، و (ق .) ، إلا أن عندنا أنهم لا يقتلون بواحد ، إلا إذا رد أولياؤه ما زاد على دية صاحبهم.

ومتى أراد أولياء المقتول قتل واحد منهم ، كان له ذلك ورد الباقيون على أولياء المقاد منه ما يزيد على حصة صاحبهم ، ولم يعتبر أحد ممن وافقنا في هذه المسألة ذلك. وقال محمد بن الحسن : القياس أن لا يقتل جماعة بواحد ، ولا يقطع أيد بيد لكن تركنا القياس في القتل للأثر ، وتركنا الأمر في القطع على القياس.

وذهبت طائفة إلى أن الجماعة لا تقتل بالواحد ، لكن ^(٣) ولي المقتول يقتل منهم واحداً ، ويسقط من الدية بحسبه ، يأخذ من الباقيين الباقي من الدية على عدد الجناة ، وهذا قول ^(٤) عبد الله بن زبير ، ومعاذ بن جبل ، وابن سيرين ، والزهرري. وذهبت طائفة إلى أن الجماعة لا تقتل بالواحد ولا واحد منهم ، لكن يسقط

(١) م : يعني.

(٢) م : في الجناة وفي الجناية.

(٣) م : ولكن.

(٤) م : وهو قول.

القود وتجب الدية بالحصاة على عدد الجناة ، ذهب إليه ربيعة بن أبي عبد ^(١) الرحمن ، وداود ، وأهل الظاهر .

مسألة ١٥ . (. « ج » -) : إذا ثبت أنه يقتل الجماعة بواحد ، فأولياء المقتول مخيرون بين العفو عنهم وبين أن يقتلوا الجميع إذا ردوا فاضل الدية ، وبين أن يقتلوا واحدا ويرد الباقيون بحصتهم من الدية على أولياء المقاد منه .

وقال (. ش .) : أولياءه مخيرون بين العفو عنهم ، يأخذون من كل واحد بمقدار ما يصيبه من الدية ، وبين أن يقتلوا واحدا منهم ويعفوا عن الباقيين ، يأخذوا منهم بمقدار ما يصيبهم من الدية .

مسألة ١٦ . : إذا قطع واحد منهم يد ^(٢) إنسان ، وآخر رجله ، وأوضحه الثالث ، فسرى الى نفسه فهم قتلة ، فإن أراد ولي الدم قتلهم قتلهم ، وليس له أن يقتص منهم ثم يقتلهم .

وقال (. ش .) : له أن يقطع قاطع اليد ثم يقتله ، ويقطع رجل القاطع ثم يقتله ، وكذلك يوضح الذي أوضحه ثم يقتله .

مسألة ١٧ . : إذا اشترك جماعة في جرح يوجب القود على الواحد ، كقلع العين وقطع اليد ونحو ذلك ، فعليهم القصاص ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، (. ق .) .

وقال (. ح .) ، و (. ر .) : لا أقطع الجماعة بالواحد .

مسألة ١٨ . : إذا ضربه بمثقل يقصد به القتل ^(٣) غالبا ، كالدبوس واللت والخشبة الثقيلة والحجر الثقيل ، فقتله فعليه القود . وكذلك ان قتله بكل ما يقصد به القتل ، مثل أن حرقه ، أو غرقه ، أو غمه حتى تلف ، أو هدم عليه بيتا ، أو طينه عليه

(١) م : ربيعة بن عبد الرحمن .

(٢) م : إذا قطع واحد يد .

(٣) م : يقصد به القتل قاصدا غالبا .

بغير طعام حتى مات ، أو والى عليه بالخنق فقتله ، ففي كل هذا القود^(١).
وان ضربه بعضا خفيفة فقتله ، نظرت فان كان نضو الخلق ضعيف القوة والبطش يموت مثله منها فهو عمد محض ، وان كان قوي الخلقة والبطش لم يكن عمدا محضا وبه قال (. ك .) ، وابن أبي ليلى ، و (. ف .) ، و (. م .) و (. ش .) .
وقال (. ح .) : متى قتله بمثقل وبجميع ما ذكرناه فلا قود ، واليه ذهب الشعبي ، والنخعي ، والحسن البصري . وفصل (. « ح » -) فقال : لا قود إلا إذا قتله بمثقل حديد أو بمحدد ، أو بالنار ، ففيه القود .

مسألة ١٩ . : إذا أخذ صغيرا ، فحبسه ظلما ، فوقع عليه حائط ، أو قتله سيع ، أو لسعته حية أو عقرب ، كان عليه ضمانه ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : لا ضمان عليه .

مسألة ٢٠ . : إذا طرحه في النار على وجه لا يمكنه الخروج منها فمات ، كان عليهم القود بلا خلاف . وان طرحه بحيث يمكنه الخروج ، فلم يخرج فمات لم يكن عليه قود^(٢) بلا خلاف ، وهل فيه الدية؟ قال (. ش .) : فيه قولان ، أحدهما : فيه الدية ، لأنه الجاني بالقائه والثاني : لا دية له ، لأنه الذي أعان على نفسه ، وانما عليه ضمان ما جنته النار بالقائه ، وهو الصحيح الذي نذهب اليه .

ويدل على ذلك أن الأصل براءة الذمة ، ولا دليل على وجوب الدية في ذلك .

مسألة ٢١ . : إذا ألقاه في لجة البحر فهلك ، وجب عليه القود ، سواء كان يحسن السباحة أو لم يحسنها ، بلا^(٣) خلاف بيننا وبين (. ش .) . وان ألقاه بقرب الساحل

(١) م : نفى كل القود .

(٢) م : لم يكن قود .

(٣) م : يحسن السباحة أولا .

وكان مكفوفاً ، فمثل ذلك. وان كان يحسن السباحة وكان مخلاً وعلم من حاله أنه يمكنه الخروج ، فلم يفعل حتى هلك فلا قود ، وفي الدية طريقتان ، وفي أصحابه من قال فيه قولان مثل مسألة النار. ومنهم من قال : لا ضمان هاهنا قولاً واحداً ، وهو الصحيح الذي يذهب اليه ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(١).

مسألة ٢٢ . : إذا ألقاه في لجة البحر ، فقبل وصوله الى الماء ابتلعت سمكة فلل (. ش -) فيه قولان ، أحدهما : عليه القود ، لأنه أهلكه بنفس الإلقاء ، وهو الصحيح الذي نذهب اليه. والثاني : لا قود عليه.

مسألة ٢٣ . : يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ، ودية الطرف تدخل في دية النفس ، مثل أن يقطع يده ثم يقتله ، أو يقطع عينه ثم يقتله ، فليس عليه الا القود أو دية النفس ولا يجمع بينهما.

وقال (. ش .) : لا يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ، ويدخل دية الطرف في دية النفس كما قلناه. وقال الإصطخري : لا يدخل دية الطرف في دية النفس أيضاً. وقال (. ح .) : يدخلان جميعاً في النفس والقصاص وفي الدية.

مسألة ٢٤ . : إذا قطع مسلم يد مسلم ، فارتد المقطوع ، ثم عاد إلى الإسلام قبل أن يسري الى نفسه ، ثم مات ، كان عليه القود ، لعموم قوله تعالى ﴿ **النَّفْسُ بِالنَّفْسِ** ﴾ ^(٢) ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة ٢٥ . : في هذه المسألة إذا ثبت في الردة مدة يكون فيها سرية ، فلا قود عليه بلا خلاف بينهم ، ثم إذا أسلم فهل يجب كمال الدية أم لا؟ لل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : يجب كمال الدية. والثاني : يجب نصف الدية ، فان لم يمكث فالدية كاملة على العاقلة ، وان مكث فعلى قولين.

(١) م : يذهب اليه لما تقدم.

(٢) سورة المائدة : ٤٥ .

والذي يقوى عندي أنه يجب عليه القود ، وان قبلت الدية فالدية كاملة ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(١) ، لأن الإسلام وجد في الطرفين حال الإصابة وحال استقرار الدية ، فوجب أن يكون الدية كاملة.

مسألة . ٢٦ . : إذا قطع مسلم يد مسلم ، فارتد ولحق بدار الحرب ، أو قتل في حال الردة ، أو مات لا قصاص عليه في اليد ، لأننا قد بينا أن قصاص الطرف داخل في النفس ، وإذا كان لو مات لم يجب عليه قصاص النفس ، فكذلك قصاص الطرف ، لأنه داخل فيه. ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : عليه القصاص.

مسألة . ٢٧ . : إذا جنى جان على عبد غيره في حال الرق يقطع يده وأعتق فجنى عليه آخرا حال الحرية قطع أحدهما يده والآخر رجله ثم مات ، فإنه يجب على الجاني حال الرق ثلث قيمة العبد وقت جنايته ما لم يتجاوز ثلث دية الحر.

وانما قلنا ذلك ، لأنه إنما جنى عليه وهو ملك للسيد ، فلما أعتق جنى عليه الآخرا في غير ملكه ، ولو جنى عليه جان في ملكه وآخرا في غير ملكه ثم مات عبدا ، مثل أن باعه السيد بعد جناية الأول ، فجنى الآخرا عليه في ملك المشتري ثم مات ، كان عليهم قيمته على كل واحد ثلثها ، وهكذا لو جنى عليه الأول ، ثم ارتد ، ثم جنى عليه آخرا وهو مرتد ثم مات ، كان على الجاني قبل الردة ثلث قيمته ، فقد ثبت أن على الجاني حال الرق ثلث قيمته إذا مات بعد العتق.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : له أقل الأمرين من أرش الجناية ، أو ثلث الدية والآخر للسيد أقل الأمرين من ثلث القيمة ، أو ثلث الدية.

مسألة . ٢٨ . : الإمام عندنا لا يأمر بقتل من لا يجب قتله ، لأنه معصوم لكن يجوز ذلك في الأمير ، فمتى أمر غيره بقتل من لا يجب قتله وعلم المأمور ذلك

(١) م : لما قلناه فيما تقدم.

فقتله من غير إكراه ، فإن القود على القاتل بلا خلاف .
وان لم يعلم أن قتله واجب الا أنه اعتقد أن الامام لا يأمر بقتل من لا يجب قتله
فقتله ، فعند (. « ش » .) لا قود على القاتل والقود على الامام .
والذي يقتضيه مذهبنا أن هذا المأمور ان كان له طريق يعلم به أن قتله محرم فأقدم من
غير توصل إليه ، فإن عليه القود ، لأنه متمكن من العلم بذلك . وان لم يكن من أهل ذلك
، فلا شيء عليه وعلى الأمير القود .

مسألة ٢٩ . : إذا أكره الأمير غيره على قتل من لا يجب قتله ، فقال له : ان قتله
والا تقتلك ، لم يحل له قتله بلا خلاف ، فان خالف وقتل فان القود على المباشر دون
الملجئ ، وبه قال زفر ، وفرض الفقهاء ذلك في الامام والمتغلب مثل الخوارج ، والخلاف في
الامام والأمر واحد .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : يجب عليهما القود ، كأخهما باسرا قتله معا ، وبه
قال زفر . وان عفا الأولياء فعلى كل واحد منهما نصف الدية والكفارة . والقول الثاني : يجب
على الملجئ وحده القود ، وعلى الملجأ نصف الدية ، فان عفى عن الامام فعليه نصف
الدية ، وعلى كل واحد منهما الكفارة ، فلا يختلف مذهبه في أن الدية عليهما نصفين ،
وعلى كل واحد منهما الكفارة ، وأن على الامام القود وهل على الملجأ القود؟ على قولين .
وقال (. ح .) ، و (. م .) : القود على المكره وحده ، ولا ضمان على المكره في
قود ولا دية ولا كفارة . وقال (. ف .) : لا قود على الامام ولا على المكره . اما المكره فلأنه
ملجأ ، واما الامام فلأنه ما باشر القتل .
ويدل على ما ذهبنا اليه قوله ^(١) تعالى

(١) م : دليلنا قوله تعالى .

﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(١) وهذا مقتول ظلما ، وفيه إجماع الصحابة .
 روي أن رجلين شهدا عند علي عليه السلام على رجل بالسرقة فقطعه ، فأتياه بآخر وقالا : هذا
 الذي سرق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثاني ، وقال : لو علمت إنكما تعمدا
 لقطعكما .

والمعول في المسألة إجماع^(٢) الفرقة .

مسألة . ٣٠ . : اختلفت روايات أصحابنا في أن السيد إذا أمر غلامه بقتل غيره ،
 فقتله على من يجب القود؟ فرووا في بعضها أن على الأمر القود ، وفي بعضها أن على العبد
 القود ولم يفصلوا .

والوجه في ذلك أنه إذا كان العبد مميذا عاقلا يعلم أن ما أمره به معصية ، فإن القود
 على العبد . وان كان صغيرا أو كبيرا ، لا يميز ويعتقد أن جميع ما يأمره سيده به واجب عليه
 ، كان القود على السيد ، قال : والأقوى في نفسي أنه ان كان العبد عالما بأنه لا يستحق
 القتل أو متمكنا من العلم به ، فعليه القود . وان كان صغيرا أو مؤؤفا ، فإنه يسقط القود
 ويجب فيه الدية .

وقال (. ش .) : ان كان العبد صغيرا لا يعقل ويعتقد أن كل ما يأمره سيده فعليه
 فعله ، أو كان كبيرا أعجميا جاهلا يعتقد طاعة مولاه واجبة وحتما في كل ما يأمره به ولا
 يعلم أنه لا طاعة في معصية الله ، فعلى السيد القود ، لان العبد منصرف عن رأيه ، فكان
 كالالة بمنزلة السكين والسيوف .

وان كان هذا العبد بهذه الصفة مملوكا لغيره ، ويعتقد ان أمر هذا الأمر طاعة في كل
 ما يأمره به ، فالحكم فيه كالحكم في عبد نفسه .

مسألة . ٣١ . : إذا جعل السم في طعام نفسه وقربه الى الغير ولم يعلمه أنه مسموم
 فأكله ، فعليه القود لأنه كالقاتل له بتعريضه لا كل الطعام .

(١) سورة الإسراء : ٣٣ .

(٢) م : في المسألة على إجماع .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : لا قود عليه بل عليه الدية .
مسألة . ٣٢ . : إذا جعل السم في طعام غيره وجعله في بيت مالكة ، فدخل المالك
بيته فوجد طعامه فأكل ، فعلى الجاعل القود ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ولل (. ش .) فيه
قولان .

مسألة . ٣٣ . : إذا قتل مرتد نصرانيا له ذمة ببذل الجزية أو العهد ، فان رجع الى
الإسلام لم يقدر به ، لعموم قوله ﷺ « لا يقتل مسلم بكافر » وان لم يرجع قيد به ،
بدلالة قوله تعالى ﴿ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(١) « و الْحُرُّ بِالْحُرِّ » ^(٢) .

مسألة . ٣٤ . : إذا قتل نصراني مرتدا ، وجب عليه القود ، لعموم قوله تعالى ﴿
النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ولا نص فيه لل (. ش .) ، ولأصحابه فيه ثلاثة أوجه ، قال أبو إسحاق
: لا قود ولا دية . ومنهم من قال : عليه القود ، فان عفى فعليه الدية . وقال أبو الطيب بن
سلمة : عليه القود ، فان عفى فلا دية له .

مسألة . ٣٥ . : إذا زنا وهو محصن ، فقد وجب قتله وصار مباح الدم وعلى الامام
قتله . فان قتله أحد من المسلمين ، فلا قود عليه .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما وهو المذهب ما قلناه ، وفي أصحابه من قال عليه
القود وليس بمذهب .

يدل على المسألة إجماع ^(٣) الصحابة ، روى سعيد بن المسيب أن رجلا من أهل
الشام يقال له ابن خبيري وجد مع امرأته رجلا من أهل الشام فقتله ^(٤) أو قتلها ، فأشكل
على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه ، فكتب معاوية الى أبي موسى

(١) سورة المائدة : ٤٥ .

(٢) سورة البقرة : ١٧٨ .

(٣) م : بإجماع .

(٤) م ود : رجلا فقتله .

الأشعري يسأل له عن ذلك علي بن أبي طالب عليه السلام ، فقال له علي عليه السلام : ان هذا ليس بأرضنا عزمت عليك لتخبرني ، فقال أبو موسى : كتب الي في ذلك معاوية ، فقال علي عليه السلام : أنا أبو الحسن ، وفي بعضها القرم ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته .
وروي عن عمر ان رجلا قتل إنسانا وجده مع امرأة أخيه فأهدر عمر دمه .
ولم يخالفهما أحد من الصحابة .

مسألة . ٣٦ . : روى أصحابنا أن من أمسك إنسانا حتى جاء آخر فقتله ، ان على القاتل القود ، وعلى الممسك أن يحبس أبدا حتى يموت ، وبه قال ربيعة .
وقال (. ش .) : ان كان أمسكه متلاعبا مازحا فلا شيء عليه . وان كان أمسكه للقتل أو لضره ولم يعلم انه يقتله ، فقد عصى وأثم وعليه التعزير ، ورووا ذلك عن علي عليه السلام ، واليه ذهب أهل العراق (. ح .) وأصحابه .
وقال (. ك .) : ان كان متلاعبا لا شيء عليه ، وان كان للقتل فعليهما القود معا ، كما لو اشتركا في قتله .

يدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(١) عن النبي عليه السلام أنه قال يقتل القاتل ويصبر الصابر . وقال أبو عبيد : معناه يحبس الحابس .
مسألة . ٣٧ . : إذا كان لهم ردء ينظر لهم ^(٢) ، فإنه يسمل عينه ولا يجب عليه القتل .
وقال (. ح .) : يجب على الردء القتل ^(٣) دون الممسك . وقال (. ك .) : يجب على الممسك دون الردء على ما حكيناه . وقال (. ش .) : لا يجب القود الا على المباشر

(١) م : دليلنا ما روى .

(٢) م : إذا كان معهم . و (. د .) : إذا كان ردء ينظر لهم .

(٣) م : يجب عليه القتل .

دون المسك والردء^(١).

مسألة ٣٨ . : إذا جنى على عين غيره فنخسها وقلع حدقته كان للمجني عليه أن يقتص منه ، لكنه لا يتولى بنفسه ، لأنه أعمى لا يدري كيف يستوفي حقه ، وربما فعل ذلك أكثر مما يجب بلا خلاف وله أن يوكل ، فاذا وكل كان للوكيل أن يقتص منه بأي شيء يمكن ذلك ، سواء كان ذلك بإصبعه أو حديدة.

وان أذهب^(٢) ضوؤها ولم يجن على العين شيئا^(٣) ، فإنه يبل قطن ويترك على الاشعار ويقرب مرآة محمية إلى عينه ، فان الناظرة تذوب.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : أن له أن يقتص بإصبعه. والثاني : ليس له أن يقتص إلا بحديدة^(٤) ، فأما إذا ذهب ضوؤها ، فله أن يفعل به مثل ما فعل ، فإن أذهب والا فإن أمكن إذهاب الضوء بدواء استعمل ، فان لم يمكن قرب إليها حديدة محمية حتى يذهب بضوئها^(٥) ، فان لم يذهب وخيف أن يذهب الحدقة ترك وأخذت الدية دية العين ، لئلا يأخذ أكثر من حقه^(٦).

مسألة ٣٩ . (. ج . » .) : روى أصحابنا ان عمد الصبي والمجنون وخطأهما سواء ، فعلى هذا يسقط القود عنهما ، والدية مخففة على العاقلة.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والآخر : أن الدية في قتلها دية العمد المحض معجلة حالة في ماله ، وقال في المجنون : إذا شرب شيئا أو أكل جن منه ، فكان كالسكران ، والسكران كالصاحي.

(١) م : وقال (. ك .) : عكسه. وقال (. ش .) : لا يجب القود الا على المباشر دونهما.

(٢) م : وان ذهب.

(٣) م : على العين شيء.

(٤) م : ليس له ذلك إلا بحديدة.

(٥) م : حتى يذهب بضوئه.

(٦) م : لئلا يأخذ من حقه.

مسألة ٤٠ . : القتل العمد يوجب القود فقط ، فان اختار الولي . القصاص فعل ، وان اختار العفو فعل وسقط ^(١) حقه من القصاص ، ولا يثبت له الدية على القاتل بغير رضاه ، وانما يثبت المال على القاتل إذا اصطلحوا على مال ، قليلا كان أو كثيرا. فاما ثبوت الدية بغير رضاه فلا ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : أن موجب القتل أصلا القود أو الدية وهو اختيار أبي حامد والقول الثاني موجبة القود فقط والولي بالخيار بين أن يقتل أو يعفو فان قتل فلا كلام وان عفا على مال سقط القود ويثبت الدية بدلا عن القود ، فتكون الدية على هذا بدلا عن بدل . وعلى القولين معا يثبت الدية بالعفو ، سواء رضي الجاني ذلك أو سخط ، وبه قال في التابعين سعيد بن المسيب ، والحسن البصري وعطاء ، وفي الفقهاء (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة ٤١ . : الدية يرثها الأولاد ذكورا كانوا أو إناثا ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذلك الوالدان ، ولا يرث الاخوة والأخوات من قبل الام منها شيئا ، ولا الأخوات من الأب ، وانما يرثها بعد الوالدين والأولاد الاخوة من الأب والام ، أو الأب أو العمومة ، فان لم يكن واحد منهم وكان هناك مولى كانت الدية له ، فان لم يكن مولى ، فميراثه للإمام ، والزوجة والزوجة فإنه يرثان من الدية وكل من يرث الدية يرث القصاص ، الا الزوج والزوجة فإنه ليس لهما من القصاص شيء على حال ^(٢) .

وقال (. ش .) : الدية يرثها جميع ورثته ، فكل من ورث تركته من المال ورث الدية الذكور والإناث ، وكل من يرث الدية يرث القصاص ، وبه قال (. ح .) وأصحابه .

(١) م : ويسقط .

(٢) م : الا الزوج والزوجة على حال .

وقال (. ك .) : يرثه العصبات من الرجال دون النساء . وقال ابن أبي ليلى : يرثها ذوو الأنساب من الرجال والنساء ، ولا يرثها ذو سبب لأن الزوجية تزول بالوفاة وهذا يورث للتشفي ، ولا تشفي بعد زوال الزوجية .

مسألة . ٤٢ . : إذا كان أولياء المقتول جماعة لا يولى على مثلهم ، جاز لواحد منهم أن يستوفي القصاص وإن لم يحضر شركاؤه ، بشرط أن يضمن لمن لم يحضر نصيبه من الدية . وقال جميع الفقهاء : ليس له ذلك حتى يستأذنه إن كان حاضرا أو يقدم إن كان غائبا .

مسألة . ٤٣ . : إذا كان بعض الأولياء رشيدا لا يولى عليه ، وبعضهم يولى عليه لصغر أو جنون كان للكبير أن يستوفي القصاص في حق نفسه لا في حق المولى عليه ، بشرط أن يضمن له نصيبه من الدية ، وإن كان الولي واحدا مولى عليه بجنون وله أب أو جد ، لم يكن لأحد أن يستوفي له حتى يبلغ ، سواء كان القصاص في الطرف أو في النفس ، أو يموت فيقوم وارثه مقامه .

وقال (. ش .) : إذا كانوا جماعة بعضهم مولى عليه لم يكن للكبير العاقل أن يستوفي حقه ولا حق الصغير ، بل يصبر حتى يبلغ الطفل ويفيق المجنون ، أو يموت فيقوم وارثه مقامه ، وبه قال (. ف .) ، وعمر بن عبد العزيز . وإن كان الوارث واحدا مولى عليه ، لم يكن لأبيه ولا لجدته أن يستوفي له ، بل يصبر حتى يبلغ مثل ما قلناه ، سواء كان القصاص في الطرف أو النفس .

وقال (. ح .) : إن كان بعضهم كبارا وبعضهم صغارا ، فللكبير أن يستوفي القصاص في الطرف أو النفس حقه وحق الصغير ، حتى قال : إن قتل الزوج وله أطفال كان للزوجة أن تستوفي حقها وحق الأطفال ، وإن قتلت ولها أطفال كان لزوجها أن يستوفي حقه وحق الأطفال .

قال (. ف .) : قلت لـ (. ح .) كيف يستوفيه بعضهم وهو بينهم؟ قال : لان

الحسن بن

علي عليه السلام قتل عبد الرحمن بن ملجم وهو بعضهم والحق لجماعتهم ، فقلت : له ذلك فان له الولاية بالإمامة. وان كان الوارث واحدا طفلا كان لوليه أن يستوفيه له طرفا كان أو نفسا. وان كان الولي الوصي ، كان له ذلك في الطرف. والقياس أن له ذلك في النفس ، لكننا منعناه استحسانا.

مسألة ٤٤ . : إذا وجب القصاص لاثنين ، فعفا أحدهما عن القصاص سقط حقه ولم يسقط حق أخيه إذا رد على أولياء المعفو عنه نصف الدية. وقال (. ش .) : يسقط حقهما ، لان القصاص لا يتبعض ، وكان لأخيه نصف الدية.

مسألة ٤٥ . : يجوز التوكيل في استيفاء القصاص بلا خلاف ، ويجوز للتوكيل استيفاءه بمشهد منه بلا خلاف. فأما في حال غيبة الموكل ، فالذي يقتضيه مذهبا أنه يجوز أيضا ، لأنه لا مانع من ذلك.

ولأصحاب (. ش .) فيه ثلاث طرق ، أحدها : يجوز قولاً واحداً. ومنهم من قال لا يجوز قولاً واحداً. ومنهم من قال : على قولين ، أحدهما : يجوز وهو الصحيح عندهم ، والآخر : لا يجوز وهو قول (. ح .) ^(١).

مسألة ٤٦ . : يجوز التوكيل باستيفاء القصاص بغيبة منه ، لما قلناه في المسألة المتقدمة. ولل (. ش .) ^(٢) فيه قولان ، أحدهما : الوكالة باطل إذا قال لا يستوفيه الا بمشهد منه. والثاني : صحيح إذا قال يستوفيه بغيبة منه.

مسألة ٤٧ . : إذا قتل واحد مثلاً عشرة أنفس ، ثبت لكل واحد من أولياء المقتولين القود عليه ، لا يتعلق حقه بحق غيره ، فان قتل بالأول سقط حق الباقيين وان بادر واحد منهم فقتله سقط حق كل واحد من الباقيين ، وبه قال (. ش .) الا أنه قال يسقط حق الباقيين الى بدل وهو كمال الدية في ماله خاصة.

(١) م : وبه قال (. ح .) .

(٢) م : بغيبة منه كما مر ولل (. ش .) .

وقال (. ح .) : يتداخل حقوقهم من القصاص ، وليس لواحد منهم أن ينفرد بقتله بل يقتل بجماعتهم ، فان قتلوه فقد استوفوا حقوقهم ، وان بادر واحد منهم فقتله فقد استوفى حقه ويسقط حق الباقيين الى بدل .

وقال عثمان البتي : يقتل بجماعتهم ، فاذا قتل سقط من الديات واحدة وكان ما بقي من الديات في تركته ، يأخذها أولياء القتلى بالحصص .

مسألة ٤٨ . : إذا قطع يد رجل وقتل آخر ، قطعناه باليد وقتلناه بالآخر وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : يقتل ولا يقطع ، لان القصد إتلاف نفسه .

مسألة ٤٩ . : إذا قطع رجل يد رجل ، فقطع المجني عليه يد الجاني ، ثم اندمل المجني عليه وسرى القطع الى نفس الجاني ، كان هدرا ، وبه قال (. ف .) و (. م .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : على المجني عليه الضمان ، فيكون عليه كمال دية يد الجاني . يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(١) عن علي عليه السلام ، وعمر أنهما قالوا : من مات من حد أو قصاص ، فلا دية له الحق قتله ، ولا مخالف لهما في الصحابة .

مسألة ٥٠ . : إذا قتل رجل رجلا ، وجب القود عليه ، فهلك القاتل قبل أن يستفاد منه ، سقط القصاص إلى الدية ، بدلالة قوله عليه السلام « لا يطل دم امرء مسلم » وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يسقط القصاص لا إلى دية ^(٢) .

مسألة ٥١ . : إذا قتل اثنان رجلا ، وكان أحدهما لو انفرد بقتله قتل به دون الآخر ، لم يخل من أحد الأمرين : اما أن يكون القود لم يجب على أحدهما لمعنى فيه أو في فعله ، فان كان لمعنى فيه مثل أن يشارك أجنبيا في قتل ولده ، أو نصرانيا

(١) م : دليلا ما روى .

(٢) في الخلاف : بدل .

في قتل نصراني ، أو عبدا في قتل عبد ، فعلى شريكه القود دونه. وإن كان القود لم يجب عليه لمعنى في فعله ، مثل أن يكون عمدا محضا ، شارك من قتله خطأ أو عمدا خطأ ، فلا قود على واحد منهما ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : على العامد القود ، سواء سقط عن شريكه بمعنى فيه أو في فعله ، وبه قال الحسن البصري والنخعي. وقال (. ح .) : لا قود عليه سواء سقط القود عن شريكه بمعنى فيه أو في فعله.

دلينا على (. « ك » -) ما روي عن النبي ﷺ انه قال : الا أن في قتل الخطأ العمد قتل (١) السوط والعصا مائة من الإبل ، منها أربعون خلفه في بطونها أولادها فأوجب في عمد الخطأ الدية وهذا عمد الخطأ ، لأنها روح خرجت عن عمد وخطأ ، وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم.

ودلينا على (. « ح » -) قوله تعالى ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا ﴾ (٢) وهذا قد قتل ظلما ، فوجب أن يكون لوليّه سلطان. وأيضا قوله ﷺ : ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتل من هذيل ، وأنا والله عاقلته ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ولم يفصل.

مسألة ٥٢ . : إذا قتل رجل عمدا ، ووجب القود على قاتله ، وله ابنان أو أكثر من ذلك ، كان لهم قتله قودا مجتمعين بلا خلاف ، وعندنا ان لكل واحد من الأولياء قتله منفردا ومجتمعاً ، ولا يقف ذلك على اذن الباقي ، فان بادر أحدهم بقتله ، فلا يخلوا الباقي من أحد أمرين : اما أن يعفوا عن نصيبهم أو لا يعفوا ، فان لم يعفوا ضمن هذا القاتل نصيبهم من الدية وان عفوا ضمن بمقدار ما عفوا لأولياء المقتول المقاد منه من الدية ، ولا يجب عليه القود بحال ، سواء علم بقدرهم أو لم

(١) م : قتل.

(٢) سورة الإسراء : ٣٣.

يعلم ، أو حكم الحاكم بسقوط القود أو لم يحكم ، لان حكم الحاكم بسقوط القود إذا عفا بعضهم باطل ، وهو احدى الروايات عن (. ك .) .

وقال (. ش .) وباقي الفقهاء : إذا عفا أحدهم سقط القود ، فاذا ^(١) بادر أحدهم فقتله ، فان كان قبل عفو الباقي ، فهل عليه القود أم لا؟ فيه قولان . وان قتله بعد عفو قبل حكم الحاكم ، فان كان قبل علمه بالعفو فهل عليه القود أم لا؟ فيه قولان ، الصحيح ^(٢) أن عليه القود .

وان قتله بعد العلم بالعفو فمبنية على ما قبلها ان قلنا عليه القود قبل العلم ، فهاهنا أولى . وان قلنا لا قود ، فهاهنا على قولين . وان قتله بعد حكم الحاكم ، فعليه القود قولاً واحداً ، علم بحكمه أو لم يعلم . وان عفوا معا عنه ، ثم عاد أحدهما فقتله فعلى من قتله القود ، فهذه ثلاث مسائل على قول واحد .

مسألة . ٥٣ . : إذا قطع يد رجل من الكوع ، ثم قطع آخر تلك اليد من المرفق قبل اندمال الأول ، ثم سرى الى نفسه فمات ، فهما قاتلان وعليهما القود ، وبه قال (. ش .) . ويدل على ذلك ان القتل حدث عن القطعين ، فليس بأن يضاف الى الثاني بأولى من أن يضاف إلى الأول . وقال (. ح .) : الأول قاطع . والثاني هو القاتل يقطع الأول ولا يقتل ويقتل الثاني ^(٣) .

مسألة . ٥٤ . : إذا قطع رجل يد غيره من الكوع ، ثم جاء آخر فقطع ذراعه من المرفق ، ثم أراد القصاص من قاطع الذراع ، نظر فيه فان كان له ذراع بلا كف قطع به بلا خلاف . وان أراد ديته ، كان له نصف الدية إلا قدر حكومة ذراع

(١) م : فان .

(٢) م : الأصح .

(٣) م : ويقتل الثاني به .

لا كف له. وان كان القاطع كاملا وليس له ذراع لا كف عليها ، وأراد قطعه من المرفق كان له ذلك ، وكان عليه أن يرد دية اليد من الكوع عليه.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : له قطع ذلك ولم يذكر رد شيء. والثاني : ليس له ^(١) ان يقطع من المرفق بحال.

مسألة . ٥٥ . : إذا قتل غيره. بما يجب فيه القود من السيف والحرق والخنق ومنع الطعام والشراب وغير ذلك مما ذكرناه ، فإنه لا يستفاد منه الا بالحديد ، ولا يفعل به كما فعل ، بدلالة إجماع الفرقة وأخبارهم ولقوله ^(٢) « لا قود إلا بحديدة » وهذا خبر معناه النهي.

وقال (. ش .) : يقتل بمثل ما قتل. وقال (. ح .) : لا يستفاد منه الا فيما قتل بمثل الحديد أو النار ، ولا يستفاد منه الا بالحديد مثل ما قلناه ^(٣).

مسألة . ٥٦ . : إذا جرحه فسرى الى نفسه ومات ووجب القصاص في النفس فلا قصاص في الجرح ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : إذا كان مما لو انفرد كان فيه القصاص ، كان وليه بالخيار بين أن يقتص في الجرح ^(٤) وبين أن يقتل فحسب ، وان كان مما لو انفرد واندمل لا قصاص فيه ، مثل الهاشمة والمنقلة والمأمومة والجائفة ، وقطع اليدين من بعض ^(٥) الذراع والرجل من بعض الساق ، فاذا صارت نفسا ، فهل لوليه أن يقتص فيها ثم يقتل أم لا؟ فيه قولان.

مسألة . ٥٧ . : الجراح عشرة ، فالحارصة فيها بغير وهي الدامية عندنا ،

(١) د : والثاني له.

(٢) م : كما فعل لقوله « لا قود إلا بحديدة ».

(٣) م : مثل قولنا.

(٤) م : بالجرح.

(٥) م : في بعض.

والباضعة فيها بعيران ، والمتلاحمة فيها ثلاثة أبعر ، والسحقاق فيه أربعة أبعر ، وفي جميعها يثبت القصاص عندنا.

وقال جميع الفقهاء : لا قصاص في شيء من هذه ، ولا فيها شيء مقدر ، بل فيها الحكومة. وقال المزني : في الدامية القصاص. وقال أبو حامد الاسفرائني : المتلاحمة يمكن فيها القصاص.

مسألة ٥٨ . : الموضحة فيها نصف العشر خمس من الإبل بلا خلاف ، وفيها القصاص أيضا بلا خلاف ، والهاشمة فيها عشر من الإبل ، والمنقلة فيها خمسة عشرة ^(١) ، والمأمومة والدامغة فيها ثلث الدية بلا خلاف أيضا ، وما فوق الموضحة لا قصاص فيها بلا خلاف ، ولا يجوز عندنا أن يوضح ويأخذ فاضل ما بينهما. وقال الفقهاء له : أن يوضح ويأخذ ما بين الشجيتين.

مسألة ٥٩ . : إذا قطع يمين غيره ، قطعت يمينه بلا خلاف ، فان لم يكن له يمين قطعت يساره عندنا ، فان لم يكن له يسار قطعت رجله اليمنى ، فان لم يكن قطعت اليسرى ، وبه قال شريك.

وقال جميع الفقهاء : ان لم يكن له يمين سقط القصاص.

مسألة ٦٠ . : إذا قطع يدا كاملة الأصابع ويده ناقصة إصبع ^(٢) ، فالجني عليه بالخيار بين العفو على مال وله دية اليد خمسون من الإبل ، وبين أن يقتص فيأخذ يدا ناقصة إصبع قصاصا ويأخذ دية الإصبع ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : الجني عليه بالخيار بين أن يأخذ دية يد كاملة ويعفو ، وبين أن يقتص فيأخذ يدا ناقصة إصبع ، ولا يأخذ دية الإصبع المفقودة.

مسألة ٦١ . : إذا قطع يدا شلاء ويده صحيحة ، فلا قود عليه ، وبه قال جميع

(١) م : خمس عشرة.

(٢) م : الأصابع.

الفقهاء. وقال داود : له أخذ الصحيحة بالشلاء.

مسألة ٦٢ . : إذا ثبت أنه لا قصاص فيها ، ففيها ثلث دية [يد] الصحيحة وقال باقي الفقهاء : فيها الحكومة.

مسألة ٦٣ . : إذا قطع إصبع رجل ، فسرت الى كفه ، فذهب ^(١) ثم اندملت فعليه القصاص في الإصبع والكف ، بدلالة قوله تعالى ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٢) وهذا قد اعتدى في الإصبع والكف ، وقوله تعالى ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(٣).

وقال (. ش .) : عليه القصاص في الإصبع دون الكف. وقال (. ح .) وأصحابه : لا قصاص عليه أصلاً.

مسألة ٦٤ . : إذا أوضح رأسه ، فذهب ضوء عينه ، كان عليه القصاص في الموضحة وضوء العين معا ، بدلالة ما قلناه في المسألة المتقدمة ، وهو ^(٤) أحد قولي (. ش .) . والأخر أنه لا قصاص في الضوء مثل الكف.

وقال (. ح .) : لا قصاص في الموضحة ولا في الضوء كقوله في الإصبع والكف. وقال ^(٥) (. ف .) ، و (. م .) : لا يسقط القصاص في الموضحة بالسراية إلى الضوء.

مسألة ٦٥ . : إذا قطع يد رجل ، كان للمجني عليه أن يقتص من الجاني في الحال والدم جار ، ولكننا نستحب له أن يصبر لينظر ما يكون منها من اندمال

(١) م : فذهب كفه.

(٢) سورة البقرة : ١٩٤ .

(٣) سورة المائدة : ٤٥ .

(٤) م : بدلالة ما تقدم وهو.

(٥) م : ولا قصاص فيهما وقال أبو يوسف.

أو سرية ، بدلالة ما قلناه في المسألة الأولى سواء ، وبه ^(١) قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : لا يجوز له أن يأخذ القصاص حتى يعلم ما يكون منها من اندمال أو سرية إلى النفس ، فان اندمل القطع وجب القصاص . وان سرى إلى النفس سقط القصاص منه وأخذ القصاص في النفس وان سرى إلى المرفق واندمل سقط القصاص عنده في الجناية والسرية معا .

مسألة . ٦٦ . : إذا قطع يدي غيره ورجليه وأذنيه ، لم يكن له أن يأخذ ديتها كلها في الحال ، بل يأخذ دية النفس في الحال وينتظر حتى يندمل ، فان اندملت كان له دياتها كلها كاملة ، وان سرت إلى النفس كان له دية واحدة ، وأما القصاص فله أن يقتص في الحال على ما مضى .

ووافقنا أصحاب (. « ش » -) في القصاص ، واختلفوا في الدية على قولين : أحدهما أن له أن يأخذ دياتها كلها في الحال وان بلغت ديات النفس . والآخر : ليس له أن يأخذ شيئاً من دياتها في الحال قبل الاندمال ، لأن الدية إنما يستقر حال الاندمال . ويدل على صحة ما قلناه أنه ^(٢) مجمع على استحقيقه ذلك ، لأنه لا يخلو أن يندمل أن يسري إلى النفس ، فان اندملت ^(٣) كان له ما أخذ وزيادة يطالب بها ، وان سرت إلى النفس فله دية النفس وقد أخذها .

مسألة . ٦٧ . : شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين متى أعدم إنبات شيء منها ، ففيها الدية كاملة ^(٤) . وفي شعر الحاجبين خمسمائة . وفي أهداب

(١) م : بدلالة ما تقدم وبه .

(٢) م : دليلنا أنه .

(٣) م : فان اندمل .

(٤) د : ففيها دية كاملة و (. م .) : ففيها الدية وفي شعر الرأس واللحية الدية كاملة .

العنين الدية ، وما عدا هذه الأربعة فيها حكومة في جميع الجسد ، وبه قال علي عليه السلام .
 وروي أن أبا بكر قضى في شعر الرأس بعشر من الإبل . وقضى زيد فيه بثلاث الدية .
 وقال (. ح .) في الأربعة الدية ولم يفصل ، وفي الباقي حكومة ^(١) . وقال (. ش .) : ليس
 في شيء من الشعر دية ، وفي جميعه حكومة .

مسألة ٦٨ . : إذا جرح غيره ، ثمَّ ان المجرَّح قطع من موضع الجرح لحما ، فان كان
 ميتا فلا بأس به ، والقود على الجاني بلا خلاف . وان قطع لحما حيا ، ثمَّ سرى الى نفسه ،
 كان على الجاني القود ، وعلى أولياء المقتول أن يردوا نصف الدية على أولياء الجاني .
 وكذلك لو شارك السبع في قتل غيره أو جرحه غيره وجرح نفسه فمات .

ويدل على ذلك عموم ^(٢) الأخبار التي وردت في أنه إذا اشترك جماعة في قتل واحد ،
 كان على جميعهم القود ، وعلى كل واحد منهم بالشرط الذي ذكرناه من رد الفضل ، ولم
 يفصلوا بين أن يكون الجماعة غير المجني عليه أو هو من جملتهم .

واختلف أصحاب (. « ش » -) فيمن قطع لحما حيا : أحدهما أن على الجاني
 القود . والآخر : لا قود عليه وعليه نصف الدية ، وفي شريك السبع والجرح نفسه بعد
 جراحه غيره أيضا قولان : أحدهما يجب عليه القود ، والآخر لا قود عليه ويلزمه نصف
 الدية .

مسألة ٦٩ . : في الإصبع الزائدة إذا قطعت ثلث دية الإصبع الأصلية ، سواء
 قطعت مع الإصبع الأصلية ، أو قطعت مفردة .

وقال (. ش .) : ليس فيها شيء مقدر ، بل فيها حكومة . فإن أحدث شيئا حين

(١) م : الحكومة .

(٢) م : دليلنا عموم .

الاندمال ، لزمه ما بين كونه عبدا لا شين فيه ، وبين كونه عبدا به شين ، فينظركم ذلك من القيمة ، فيلزمه بمقدار ذلك من دية الحر.

مسألة . ٧٠ . : اليد الشلاء والإصبع الشلاء فيها ثلث دية اليد الصحيحة أو الإصبع الصحيحة ، وقال (. ش .) : فيها حكومة ولا مقدر فيها.

مسألة . ٧١ . : إذا قطع أذن غيره قطعت أذنه ، فان أخذ الجاني أذنه فألصقها فالتصقت ، كان للمجني عليه أن يطالب بقطعها وإبانتها.

وقال (. ش .) : ليس له ذلك ، لكن يجب على الحاكم أن يجبره على قطعها ، لأنه حامل نجاسة لأنها بالبيتوتة صارت ميتة ، ولا يصح صلاته ما دامت هي معه.

مسألة . ٧٢ . : يقطع ذكر الفحل بذكر الخصي الذي سلت ^(١) ييضته وبقي ذكره ، لعموم قوله تعالى ﴿ **وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ** ﴾ ^(٢) وعموم الأخبار الواردة في ذلك ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال (. ك .) : لا قود عليه فيه ، لأنه لا منفعة فيه.

مسألة . ٧٣ . : في ذكر العنين ثلث الدية. وقال جميع الفقهاء : فيه الحكومة.

مسألة . ٧٤ . : في الخصيتين الدية بلا خلاف ، وفي كل واحدة منهما نصف الدية عند جميع الفقهاء ، وروى أصحابنا أن في اليسرى منهما ثلثي الدية.

مسألة . ٧٥ . : إذا قطع طرف غيره ، ثم اختلفا فقال الجاني : كان الطرف أشل ، فلا قود علي ولا دية كاملة. وقال المجني عليه : كان صحيحا ، فلي القود أو الدية كاملة. فإن كان الطرف ظاهرا مثل اليدين والرجلين والعينين والأنف وما أشبهها ، فالقول قول الجاني مع يمينه ، أو يقيم المجني عليه البينة. وان كان الطرف باطنا ، فالقول قول المجني عليه ، وبه قال (. ش .) نضا.

وقال (. ح .) : القول قول الجاني ، وهو قوي.

(١) م : شلت.

(٢) سورة المائدة : ٤٥ .

ويدل على صحة ما اخترناه قوله ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » والأعضاء الظاهرة لا يتعذر على المجني عليه إقامة البينة عليها ، فلأجل ذلك لزمتم^(١) البينة ، وليس كذلك الباطنة ، لأنه يتعذر عليه إقامة البينة عليها ، فالقول قوله في ذلك. وينصر قول (« ح » -) أن المجني عليه هو المدعي ، فلأجل ذلك لزمته البينة ، أو يمين الجاني.

مسألة ٧٦ . : إذا قلع سن مشعر ، كان له قلع سنة ، فإذا قلعه ثم عاد سن الجاني كان للمجني عليه أن يقلعه ثانيا أبدا.
ولل (. ش .) فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ما قلناه . والثاني : لا شيء له . والثالث : ليس له قلعها وله الدية.

مسألة ٧٧ . : إذا قلع سن مشعر فأخذ ديتها ثم نبت السن ، لم يجب عليه رد الدية ، لأنه لا دلالة^(٢) على ذلك. ولل (. ش .) فيه قولان.
مسألة ٧٨ . : السن الزائدة فيها ثلث دية السن الأصلي. وقال جميع الفقهاء : فيها الحكومة ، ولا يبلغ الحكومة دية سن الأصلي.

مسألة ٧٩ . : إذا وجب لإنسان قصاص في نفس أو طرف ، فلا ينبغي أن يقتص بنفسه ، فان ذلك من فروض الأئمة ، أو من يأمره به الامام بلا خلاف ، فان استوفاه بنفسه لا شيء عليه ، لأن الأصل براءة الذمة.

ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : أن عليه التعزير . والآخر : لا شيء عليه.
مسألة ٨٠ . : أجرة من يقيم الحدود ويقتص للناس من بيت المال وقال (. ش .) : ذلك من خمس الخمس الذي كان للنبي ﷺ ، فان كان هناك ما هو أهم منه

(١) م : لزمته.

(٢) د : لا دلالة له على.

من سد الثغور وتقوية المقاتلة كان على المقتص منه الأجرة. وقال (. ح .) : على المقتص المستوفى دون المستوفى منه.

مسألة . ٨١ . : إذا قطع يد عبد ، ففيه نصف قيمته ، يستوفى منها سيده ويمسك العبد ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : على الجاني نصف قيمته ، ويكون السيد بالخيار بين أن يمسكه ويستوفى نصف قيمته ، وبين أن يسلم العبد إلى الجاني ويطالب بكمال قيمته.

مسألة . ٨٢ . : فإن قطع يدي عبد ، فعليه كمال قيمته ويتسلم العبد. وقال (. ش .) : عليه كمال القيمة ولسيده إمساك عبده والمطالبة بالقيمة. وقال (. ح .) : السيد بالخيار بين أن يمسك عبده ولا شيء له ، وبين أن يسلم العبد ويأخذ كمال القيمة. وقال (. ف .) ، و (. م .) : هو بالخيار بين أن يسلم العبد ويطالب بكل قيمته ، وبين أن يمسكه ويطالب بما ينقص لا بكل قيمته.

مسألة . ٨٣ . : إذا قطع إصبع غيره ، فقال المجني عليه : فقد عفوت ^(١) عن عقلها وقودها ثم اندملت ، صح العفو عن العقل والقود معا ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال المزني : لا يصح العفو عن دية الإصبع ، لأنه عفو عما لم يجب ، بدليل أن المجني عليه لو أراد المطالبة بدية الإصبع لم يكن له ، ولأنه عفا عن مجهول لأنه لا يدري هل يندمل أو يسري إلى النفس.

مسألة . ٨٤ . : إذا قطع إصبع غيره ، فعفا عنها المجني عليه ، ثم سرى إلى نفسه ، كان لولي المقتول القود ، ويجب عليه أن يرد على الجاني دية الإصبع التي عفا عنها المجني عليه ، وإن أخذ الدية أخذ دية النفس لا دية ^(٢) الإصبع.

(١) م : قد عفوت.

(٢) م : دون دية.

وقال (. ش .) : إذا عفا عن الإصبع سقط القصاص في النفس ، لان القصاص لا يتبعض .

مسألة . ٨٥ . : إذا قطع إصبع غيره ، صح من المجني عليه أن يعفو عنها وعما يحدث عنها في الدية ، فإذا فعل ذلك ثم سرى الى النفس كان عفو ماضيا من الثلث ، لأنه بمنزلة الوصية ، فان لم يخرج من الثلث كان له مقدار ما يخرج منه ، بدلالة عموم قوله تعالى ﴿ **وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ** ﴾ ^(١) .

وقال (. ش .) : لا يخلو : اما أن يقول ذلك بلفظ الوصية ، أو العفو ، أو الإبراء ، فإن قال بلفظ الوصية ، فهل تصح الوصية للقاتل؟ فيه قولان ، فاذا قال : لا يصح كانت الدية كلها للورثة ، وإذا قال : يصح كانت الدية له ان خرجت من الثلث والا مقدار ما يخرج منه ، وان قال بلفظ الإبراء والعفو ، فهل العفو والإبراء من المريض وصية أم لا؟ على قولين فاذا قال : وصية ، فهو كالوصية وقد مضى ، وإذا قال : هو إسقاط وليس بوصية ، فعلى هذا يصح الإبراء عما وجب وهو دية الإصبع ، ولم يصح مما عداه ، لأنه إبراء عما لم يجب ولا يصح ذلك .

مسألة . ٨٦ . : كل جرح لو اندمل وجب فيه القصاص ، فاذا سرى الى النفس وجب فيه القصاص ، مثل أن قطع يده ، أو رجله ، أو قلع عينه ، أو أوضحه فله القطع والجرح والقتل ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ** ﴾ ^(٢) وقوله ﴿ **فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ** ﴾ ^(٣) وقوله ﴿ **فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ** ﴾ ^(٤) وعليه إجماع الفرقه وبه قال (. ش .) .

(١) سورة المائدة : ٤٥ .

(٢) سورة المائدة : ٤٥ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٤ .

(٤) سورة النحل : ١٢٦ .

وقال (. ح .) وأصحابه : له القود في النفس ، وليس له القود في الجرح .
مسألة ٨٧ . : إذا قطع يد رجل ثم قتل ، كان لولي الدم أن يقطع يده ثم يقتله ،
 بدلالة ما قلناه في المسألة المتقدمة ^(١) ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .
 وقال (. ف .) ، و (. م .) : ليس له القصاص في الطرف ، كما لو سرى الى
 النفس .

مسألة ٨٨ . : إذا قطع يده ثم قتل ، فولي الدم بالخيار بين أن يقتل ولا يقطع ، وبين
 أن يقطع ويقتل ، وبين أن يقطع ويعفو عن القتل ، فاذا فعل ذلك لم يجب عليه دية اليد
 التي قطعها ، لأنه لا دلالة على وجوب ذلك عليه ، وبه قال (. ش .) ، و (. ف .) ، و (. م .) .

وقال (. ح .) : إذا عفا بعد قطع اليد ، فعليه دية اليد التي قطعها .
مسألة ٨٩ . : إذا حلق لحية غيره ، فان نبتت كان عليه ثلث الدية ، وان لم تنبت
 كان عليه الدية . وقال جميع الفقهاء : ان نبتت فلا شيء عليه ، وان لم تنبت فقد مضى
 الخلاف فيه .

مسألة ٩٠ . : في الشفتين الدية كاملة بلا خلاف ، وفي السفلى منهما ستمائة
 دينار ، وفي العليا أربعمائة . وقال جميع الفقهاء : هما سواء .

مسألة ٩١ . : في إبهام اليد أو الرجل ثلث دية الرجل في أظهر الروايات وقال جميع
 الفقهاء : الأصابع كلها سواء ، وروى ذلك أصحابنا ^(٢) .

مسألة ٩٢ . : في العين العوراء الدية كاملة ، إذا كانت حلقة أو ذهب بأمير ^(٣) من
 الله ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة ٩٣ . : في العين القائمة إذا خسفت ثلث ديتها صحيحة ، وبه قال زيد بن
 ثابت . وقال جميع الفقهاء : فيها الحكومة .

(١) م : بدلالة ما تقدم .

(٢) م : أيضا أصحابنا .

(٣) د : أو بأمير .

كتاب الديات

- مسألة ١٠ . : روى أصحابنا أن قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ﴾^(١) فيه كناية عن المؤمن المتقدم ذكره في الكنايتين بقتل الخطأ ، وفي قوله ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾^(٢) وليس بكناية عن المعاهد ، لأنه لم يجر له ذكر .
وقال (. ش .) : انه كناية عن الذمي إذا قتل في دار الإسلام .
- مسألة ٢ . : القتل على ثلاثة أضرب : عمد محض ، وخطأ محض ، وخطأ شبيه
العمد ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .
وقال (. ك .) : القتل ضربان : عمد محض ، وخطأ محض ، وما سميناه شبيه العمد
جعلناه عمدا محضا ، وأوجب^(٣) فيه القود .
- مسألة ٣ . : الدية المغلظة هي ما تجب عن العمد المحض ، وهي مائة من مسان
الإبل . وقال (. ش .) ، و (. م .) : يجب عن العمد المحض وشبيهه العمد أثلاثا ، ثلاثون^(٤)

(١) سورة النساء : ٩٢ .

(٢) سورة النساء : ٩٢ .

(٣) م : جعله عمدا وأوجب .

(٤) م : وعن شبيهه العمد أثلاث ثلاثون .

حقه ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفه في بطونها أولادها ، وبه قال عمر ، وزيد ورووه عن علي عليه السلام ، وبه قال (. ك .) في قتل الوالد ولده . فاما العمد المحض في قتل الأجنبي ، فإنما يجب عنده القود فقط ، والمال بحسب ما يصطلحان عليه بمنزلة ثمن المبيع .

وقال (. ح .) ، و (. ر .) ، و (. ف .) : المغلظة أرباع ، خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة .

مسألة . ٤ . : دية العمد المحض حالة في مال القاتل ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : هي مؤجله في ثلاث سنين . وروى أصحابنا أنها تستأدى في سنة .

مسألة . ٥ . : دية العمد شبيه الخطأ مغلظة أثلاثا ، ثلاث وثلاثون بنت لبون وثلاث وثلاثون حقة ، وأربع وثلاثون خلفه ، كلها طروقة الفحل . وقد روي ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون وأربعون خلفه ، وهي خاصة في مال القاتل تستأدى في سنتين .

وقال (. ش .) : أثلاث مثل دية العمد سواء ، والتأجيل مثل دية الخطأ ، في ثلاث سنين وهي تلزم العاقلة . وقال (. ح .) : هي أرباع على ما مضى عنه في العمد المحض . وقال (. ك .) : شبيه العمد يوجب القود دون الدية . وقال ابن شبرمة : دية شبيه العمد حالة في مال القاتل .

يدل على صحة مذهبنا . بعد إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(١) عبد الله بن عمر ، وعمرو بن حازم ، وعبادة بن الصامت أن النبي عليه السلام قال : الا أن دية الخطأ شبيه العمد ، ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه وروى عبد الله بن عمر أن النبي عليه السلام قال الا أن في قتل العمد الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل مغلظة منها أربعون خلفه في بطونها أولادها .

(١) م : دليلنا ما رواه .

مسألة . ٦ . : دية الخطأ تغلظ في الشهر الحرام وفي الحرم . وقال (. ش .) : تغلظ في ثلاثة مواضع : في الحرم ، والشهر الحرام ، وإذا قتل ذا رحم محرم ، مثل الأبوين والأخوة والأخوات وأولادهم ، وبه قال في الصحابة عمر ، وعثمان ، وابن عباس ، وفي التابعين سعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، وعطاء ، وطاوس والزهري .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : لا تغلظ في موضع من المواضع ، وبه قال النخعي ، والشعبي ورووه عن ابن مسعود .

مسألة . ٧ . : إذا ثبت أنها تغلظ في هذه المواضع ، فالتغليظ بأن يلزم دية وثلاث من أي أجناس الديات كان . وقال من وافقنا في التغليظ أنها لا تغلظ إلا في أسنان الإبل ، فإذا ^(١) بلغ الأسنان التي تجب في العمد وشبه الخطأ وغيرها يؤخذ بقيمتها .

مسألة . ٨ . : إذا قتل أو قطع في غير الحرم ، ثم لجأ إلى الحرم ، لم يقتل ولم يقطع ، بل يضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يخرج فيقام عليه الحد .

وقال (. ش .) : يستفاد منه في الطرف والنفس معا في الحرم . وقال (. ح .) : وأصحابه : يستفاد منه في الطرف ، فاما في النفس فلا يستفاد منه حتى يخرج ^(٢) ، ويضيق عليه ويهجر ولا يبايع ولا يشارى .

مسألة . ٩ . : دية قتل الخطأ أربع : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ذكر ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وبه قال عثمان ، وزيد بن ثابت .

وروي أيضا في أخبارنا خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض ، وبه قال علي عليه السلام والحسن

(١) م : فان .

(٢) م : يستفاد منه في الطرف دون النفس حتى يخرج .

البصري ، والشعبي.

وقال (. ش .) : هي أخماس ، عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة من جميع أسنان الزكاة ، وبه قال ابن مسعود ، والزهرري ، وربيعه ، و (. ك .) ، والليث ، و (. ر .) ، وقال (. ح .) : هي أخماس أيضا فخالف في فصل ، فقال مكان بني لبون بني مخاض ، وبه قال النخعي ، و (. د .) ، و (. ق .) ، ورووه أيضا عن ابن مسعود.

مسألة . ١٠ . : للدية ستة أصول على أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل الحلل مائتا حلة ، وعلى أهل الغنم ألف شاة ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. د .) ، الا أنهم قالوا في الشاة : انها ألفان.

وقال (. ح .) : الدية لها ثلاثة أصول ، مائة من الإبل ، أو ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم ، ولا يجعل الإعواز شرطا ، بل يكون بالخيار في تسليم أي الثلاثة شاء. ول (. ش .) فيه قولان ، قال في القسّم : الإبل مائة ، فان أعوز^(١) ، انتقل إلى أصلين : ألف دينار ، أو اثني عشر ألف درهم ، كل واحد منهما أصل ، فتكون الدية ثلاثة أصول ، الا أن للإبل مزية ، فإنها متى وجدت لم يعدل عنها ، وبه قال أبو بكر وعمر ، وأنس بن مالك ، وفي الفقهاء (. ك .) .

وقال في الجديد : ان أعوز الإبل انتقل إلى قيمة الإبل حين القبض ألف دينار ، أو اثني عشر ألف درهم ، فالدية للإبل ، والقيمة بدل عنها لا عن النفس.

مسألة . ١١ . : الموضحة هي التي توضح عظم الرأس حتى يظهر ، أو يقرع بالمرود إذا كان هناك دم لا يعلم الإيضاح حتى يقرع العظم المرود ، وفيها

(١) م : أعوزت.

خمس من الإبل ، سواء كانت في الرأس ، أو الوجه ، أو على الأنف ، وبه قال (. ش .) .
وقال سعيد بن المسيب : ان كانت على الرأس مثل ما قلناه ، وان كانت على الوجه
ففيها عشر من الإبل ، لان الشين بها أكثر .

وقال (. ك .) : ان كانت على الأنف ففيها حكومة ، وليس فيها شيء مقدر ، وان
كانت على الرأس فمثل ما قلناه .

مسألة . ١٢ . : الموضحة في البدن مثل الساعد أو الساق أو الفخذ أو غير ذلك من
المواضع التي إذا جرحت أوضحت عن العظم فيها نصف عشر دية ^(١) ذلك العظم . وقال (.
ش .) : لا مقدر فيه بل فيه الحكومة .

مسألة . ١٢ . : الموضحة في البدن مثل الساعد أو الساق أو الفخذ أو غير ذلك من
المواضع التي إذا جرحت أوضحت عن العظم فيها نصف عشر دية ^(١) ذلك العظم . وقال (.
ش .) : لا مقدر فيه بل فيه الحكومة .

مسألة . ١٣ . : في الهاشمة عشر من الإبل ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال (.
ك .) : لا أعرف الهاشمة وأعرف الموضحة ، ففي الموضحة خمس من الإبل ، وفيما زاد من
هشم العظم حكومة .

مسألة . ١٤ . : قد ذكرنا في كتاب الجنائيات أن ما دون الموضحة من الشجاج فيها
القصاص ، خلافا لجميع الفقهاء ، وفيها أنها مقدر خلافا لهم أيضا ، فإنهم قالوا فيها
الحكومة .

وقال أبو إسحاق : فيها الحكومة إذا لم يمكن معرفتها وكميتها من الموضحة فإن
أمكن مقدارها من الموضحة بأن يكون بجنبها موضحة اعتبر بها ، فان كان نصفها أو ثلثها
أو خمسها ، ففيها حساب ذلك من دية الموضحة .

مسألة . ١٥ . : في الجائفة ثلث الدية بلا خلاف ، فان جرحه فأجافه وخرج من
ظهره فهما جائفتان ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : انها جائفة واحدة . وروي عن أبي
بكر في رجل رمى رجلا بسهم فأنفذه ، فقضى فيه بثلاثي الدية ، ولا مخالف له

(١) م : الدية .

في الصحابة.

مسألة ١٦ . : إذا جرحه في وجنته ^(١) ، فشق الجلد واللحم وكسر العظم ووصل الى جوف الفم ، فلل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : أن ذلك جائفة فيها ثلث الدية والثاني : أنها هاشمة ولا نص لأصحابنا في هذه المسألة.

والذي يقتضيه مذهبنا أن يحكم بدية الهاشمة ، لأنه لا خلاف فيه ، وما زاد عليه يحتاج الى دليل . وأما الجائفة فإنها تسمى بها إذا كانت في الجوف ، ألا ترى أن ما يصل الى جوف الدماغ يسمى مأمومة ، فلا يسمى جائفة.

مسألة ١٧ . : إذا قطع أذنيه ففيها الدية ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال (. ك .) : فيها حكومة ، لأن فيهما جمالا بلا منفعة.

مسألة ١٨ . : إذا جنى على أذنيه جناية فشلتا ، ففيهما ثلث ديتهما . ولل (. ش .) . (فيه قولان ، أحدهما : أن في شللها الدية مثل اليدين إذا جنى عليهما فشلتا . والثاني : فيهما حكومة .

مسألة ١٩ . : في شحمة الاذن ثلث الدية ، وكذلك في خرمها . وقال (. ش .) : فيها بحساب ما نقص من الاذن.

مسألة ٢٠ . : في العقل الدية كاملة بلا خلاف ، فان جنى جناية ذهب منها عقله ، لم يدخل أرش الجناية في دية العقل ، سواء كان مقدرًا أو حكومة ، وسواء كان أرش الجناية أقل أو أكثر أو مثلها ^(٢).

ولل (. ش .) فيه قولان ، قال في الجديد : مثل ما قلناه . وقال في القديم : ان كان أرش الجناية دون دية العقل دخل في دية العقل . وان كان أرش الجناية أكثر من

(١) في الخلاف : وجهه.

(٢) م : أقل من دية العقل أو أكثر أو مثلها.

دية العقل ، دخلت دية العقل فيه ، مثل ^(١) أن يقطع يديه ورجليه فيذهب عقله ، فإنه يدخل الأقل منهما في الأكثر ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٢١ . : إذا جنى عليه جناية ، فادعى أنه ذهب بصره ولا يبصر بعينه ^(٢) شيئاً ، فهذا لا يمكن إقامة البينة عليه . وروى أيضاً أصحابنا ^(٣) أنه يستقبل به عين الشمس ، فان غمضهما علم أنه كاذب ، وان بقيتا مفتوحتين زمانا علم انه صادق ويستظهر عليه بالايمان . وقال (. ش .) : نريه رجلين عدلين ان كانت الجناية عمدا وان كانت خطأ فرجلا وامرأتين ، فإن قالوا : صدق ، أوجبنا الدية أو القصاص إذا قالوا لا يرجى عوده ، فان قالوا كذب سقط قوله ، فان لم يشهدا بذلك لم يلزمه أكثر من دية الجناية .

مسألة . ٢٢ . : إذا جنى على غيره جناية فادعى نقصان الضوء في إحدى العينين ، قيس الى العين الأخرى باعتبار مدى ما يبصر بها من أربع جوانب بلا خلاف فان ادعى النقصان فيهما ، قيس عندنا عيناه الى عين من هو من أبناء سنه ، فما نقص عن ذلك حكم له به مع يمينه .

وقال الفقهاء : القول قول المجني عليه مع يمينه بلا اعتبار ذلك .

مسألة . ٢٣ . : في الأجفان الأربعة الدية كاملة ، وفي كل جفنتين من عين واحدة خمسمائة دينار ، في الأسفل ثلث ديتها ، وفي العليا ثلثي ديتها ، وبه قال (. ش .) الا أنه قال : في كل واحدة منهما نصف ديتها . وقال (. ك .) : فيها حكومة .

مسألة . ٢٤ . : إذا جنى على أهداب العينين ، فأعدم إنباتها ففيه الدية كاملة وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : فيها حكومة .

(١) م : دون دية العقل دخل فيها وان كان أكثر دخلت دية العقل فيها مثل .

(٢) م : بعينه .

(٣) م ود : وروى أصحابنا .

الجنابة على الأنف

مسألة . ٢٥ . : في النافذة في الأنف إذا لم ينسد ثلث الدية ، وإن انسد كان فيها عشر دية الأنف مائة دينار. وقال (. ش .) : فيهما جميعا الحكومة ، إلا أنها إذا لم ينسد كان أكثر.

مسألة . ٢٦ . : إذا جنى على أنفسه فصار أشل ، كان عليه ثلثا دية الأنف.

ولل (. ش .) فيه قولان : أحدهما ، الدية كاملة. والثاني : فيه الحكومة.

مسألة . ٢٧ . : في ذهاب الشم بالأنف الدية بلا خلاف ، فإن اختلفا في ذهابه روى أصحابنا أنه يقدم الحراق منه فإن نحى أنفه علم انه كذب ، وإن لم ينح علم أنه صادق ويستظهر عليه باليمين.

وقال (. ش .) : يعتقل بالروائح الطيبة والكريهة ، فإن هش الطيبة وتكره للمنتنة علم أنه كاذب ، وإن لم يفعل شيئا من ذلك حلف وكان القول قوله مع يمينه ، وهذا قريب من قولنا.

مسألة . ٢٨ . : إذا أخذ منه دية الشم ثم عاد شمه ، لم يجب عليه رد الدية ، لأنه هبة من الله ، ولا دلالة على وجوب الرد. وقال (. ش .) : يجب عليه ردها.

مسألة . ٢٩ . : في الشفتين الدية كاملة بلا خلاف ، وفي السفلى عندنا ستمائة وفي العليا أربعمائة. وقال زيد بن ثابت : في السفلى ثلثا الدية ، وفي العليا ثلث الدية. وقال (. ش .) ، و (. ح .) ، و (. ك .) : هما سواء.

مسألة . ٣٠ . : في الشفتين القصاص ، وبه قال أكثر الفقهاء ، وعليه نص (. ش .) . وقال بعض أصحابه : لا قصاص في ذلك.

مسألة . ٣١ . : إذا جنى على لسانه ، فذهب بعض كلامه ، اعتبر بحروف المعجم كلها ، وهي ثمانية وعشرون حرفا ، ولا يعد « لا » فيها ، لأنها دخلت في الألف واللام ، فإن كانت النصف ففيه نصف الدية ، وما زاد أو نقص بحسابه لكل حرف جزء من ثمانية وعشرين ، وبه قال (. ش .) وأكثر أصحابه.

وقال الإصطخري : الاعتبار بالحروف اللسانية دون الشفوية والحلقية ، فإنه لاحظ لسان فيها . وأجيب عنه بأن الحروف الأخر وان لم يكن من حروف اللسان ، فإنه لا ينتفع بها الا مع وجود اللسان ، فينبغي أن يكون الاعتبار بجميعها .

مسألة . ٣٢ . (. « ج » -) : إذا جنى على لسانه ، فادعى أنه ذهب نطق لسانه ، وقال الجاني لم يذهب ، فالذي روى أصحابنا عن أمير المؤمنين علي عليه السلام أنه قال : يغرز لسانه بالإبرة ، فإن خرج منه دم أسود فهو صادق ، وإن خرج الدم أحمر فهو كاذب ولسانه صحيح . ولم يعتبر ذلك أحد من الفقهاء . والذي يقتضي ^(١) مذهبهم أن القول قول المجني عليه ، كما قالوه في العين والشم وغيره .

مسألة . ٣٣ . (. « ج » -) : في لسان الأخرس إذا قطعت ثلث دية اللسان الصحيح وقال الفقهاء : فيه الحكومة ولا مقدر فيه .

مسألة . ٣٤ . : إذا قطع لسانه ، ثمّ اختلفا فقال الجاني : لم يزل أبكم لا يقدر على الكلام ، وادعى المجني عليه أنه كان ناطقا ، فالقول قول الجاني مع يمينه بلا خلاف ، لأنه لا يتعذر إقامة البينة عليه بسلامة لسانه ، وأن يسلم له السلامة في الأصل ، فادعى أنه أخرس حين القطع ، كان على الجاني البينة ، والا فعلى المجني عليه اليمين ، لأن الجاني قد اعترف بسلامة لسانه ، وادعى أنه صار أخرس بعد ذلك ، فكان عليه البينة ، والا فعلى المدعى عليه وهو المجني اليمين .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني أن ^(٢) القول قول الجاني .

مسألة . ٣٥ . : إذا قطع لسان ناطق ، فأخذ منه الدية ، ثمّ نبت وتكلم ، لم يجب عليه رد الدية ، لأنه لا دلالة على إيجاب الرد وقد أخذه بالاستحقاق .

(١) م : يقتضيه .

(٢) د : الثاني القول .

ولأصحاب (. ش .) فيه طريقان ، أحدهما : ما قلناه قولاً واحداً . والآخر : أنه فيه قولين .

مسألة . ٣٦ . : إذا جنى على لسانه ، فذهب كلامه واللسان بحاله وحكم له بالدية ، ثم عاد فتكلم ، كان مثل الأول سواء لا يجب عليه الرد لما قلناه . وقال (. ش .) : عليه رد الدية .

مسألة . ٣٧ . : الأسنان كلها فيها الدية بلا خلاف ، وعندنا أنها ثمانية وعشرون الأصلية اثنا عشر في مقادير الفم ، وستة عشر في مئاخيره ، ففي التي في مقادير الفم في كل واحد خمس من الإبل أو خمسون دينارا ، وفي التي في مئاخيره في كل واحدة خمسة وعشرون دينارا لجميع ألف دينار .

وقال (. ش .) : الأسنان اثنان وثلاثون ، الأصلية في كل سن خمس من الإبل والمقادير والمآخيز سواء ، فان قلعت واحدة فواحدة كان فيها خمس من الإبل وبه قال ابن عباس .

وقال عمر بن الخطاب : في السن خمس من الإبل ، وهي التي تبين عند الأكل والكلام ، فأما الأضراس ففي كل ضرر بعير . قال (. ش .) : فان قطعت دفعة واحدة ، ففيها قولان ، المشهور أن فيها مائة وستين بعيرا ، والقول الآخر أن فيها دية كاملة لا أكثر منها .

مسألة . ٣٨ . (. « ج » .) : إذا كسر سن صبي قبل أن يسقط ، فعادت على هيئة أخواتها من غير زيادة ولا نقصان ، كان على الجاني حكومة ، وهو أحد وجهي (. ش .) . والآخر : لا حكومة فيها ، لأنه ما جرحه .

مسألة . ٣٩ . : إذا قلع سن كبير مثغر ، وجبت له الدية في الحال بلا خلاف فإن أخذها ثم عادت ، لم يجب عليه رد الدية ، لأنه لا دلالة على وجوب الرد . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٤٠ . : إذا اضطربت أسنانه لمرض فقلعها قالع ، وجبت فيها ^(١) الدية ، بدلالة ظواهر الأخبار الواردة في إيجاب الدية في السن . ولل (. ش .) فيه قولان أحدهما : ما قلناه . والثاني : فيها الحكومة ، لأنها نقصت عن أخواتها في المنافع .

مسألة ٤١ . : إذا جنى على سنه ، فندرت أي سقطت ثم أعادها في مغرزها بحرارة دمها فنبتت ، ثم قلعها بعد ذلك قالع ، كان عليه الدية ، بدلالة إجماع الفرقة على أن السن لا يلحقها حكم الميتة ، وعموم الأخبار الواردة في الدية .

وقال (. ش .) : لا شيء عليه ، لأنه قد أحسن ، فإنه كان يجب عليه قلعها ، والا أجبره السلطان على القطع ^(٢) ، لأنها ميتة ولا يصح صلاته معها مثل الاذن .

مسألة ٤٢ . : إذا ندرت سنه ، فغرز في مغرزها عظما طاهرا قام مقامها ، كسن حيوان ذكي يؤكل لحمه ، أو كانت من ذهب أو فضة ، فإذا نبتت هذه ثم قلعها قالع لا شيء عليه ، لأن الأصل براءة الذمة ، وشغلها يحتاج الى دليل .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : فيه ^(٣) حكومة .

مسألة ٤٣ . : إذا ضرب سنه فاسودت ، كان عليه ثلثا دية سقوطها . وقال (. ش .) : فيه الحكومة .

مسألة ٤٤ . : إذا قلعها قالع بعد اسودادها ، كان عليه ثلثا ديتها صحيحة .

وقال (. ش .) : عليه ديتها كاملة .

مسألة ٤٥ . : إذا اختلف النوع الواحد من الشايبا أو الرباعيات ، فكانت إحدى الشيتين أو الرباعيتين أقصر من الأخرى ، لم ينقص من ديتها شيء ، بدلالة عموم الأخبار التي جاءت في أن في كل سن خمسا من الإبل .

(١) م ود : وجبت فيه .

(٢) م : على القلع .

(٣) م : والثاني عليه .

وقال (. ش .) : ينقص من الجاني بقدر ما قصرت عن قربيتها.

مسألة . ٤٦ . : إذا قطع احدى اليدين من الكوع ، وجب فيها نصف الدية وبه قال جميع الفقهاء . وقال أبو عبيد بن خربوذ : لا يجب نصف الدية إلا إذا قطعت عن المنكب ، لان اسم اليد يقع على ذلك أجمع .

مسألة . ٤٧ . : إذا ضرب يده فشلت ، كان فيها ثلثا ديتها . وقال (. ش .) : فيها جميع ديتها .

مسألة . ٤٨ . : في الخمس أصابع من يد واحدة خمسون من الإبل بلا خلاف ، وروى أصحابنا أن في الإبهام منها ثلث الدية ، وفي الأربع ثلثي ^(١) ديتها بالسوية .

وقال (. ش .) : الخمسة متساوية في كل واحدة عشرة من الإبل ، وروى ذلك أيضا أصحابنا ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام على روايتهم ، وابن عباس ، وابن مسعود وزيد ، واحدى الروايتين عن عمر ، والرواية الأخرى أنه يفصل ، فقال في الخنصر ستة ، وفي البنصر تسع ، وفي الوسطى عشر ، وفي السبابة اثني عشرة ، وفي الإبهام ثلاث عشرة ، فأوجب فيها خمسين ، وخالف في التفصيل .

مسألة . ٤٩ . : في كل أتملة من الأصابع الأربع ثلث ديتها ، وفي الإبهام نصف ديتها ، لان لها مفصلين ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : في أتملة الإبهام ثلث ديتها مثل غيرها ، قال : لان لها ثلاثة أنامل ظاهرتان وباطنة .

مسألة . ٥٠ . : إذا جنى على إصبع أو مفصل منه فشلت ، كان فيها ثلث ديتها .

وقال (. ش .) : فيها ديتها .

مسألة . ٥١ . (. ج « -) : في شلل الرجل ثلثا دية الرجل . وقال (. ش .) : دية

الرجل .

(١) م ود : ثلثا .

مسألة ٥٢ . (. « ج » -) : الخلاف في الأصابع من الرجلين مثل الخلاف في أصابع اليدين في تفصيل الإبهام عنه ، وعندهم ^(١) هي متساوية لم يذكروا خلافا عن أحد فيه .

مسألة ٥٣ . (. « ج » -) : إذا كسر يده فجبرت ، فإن انجبرت على استقامة ، كان عليه خمس دية اليد ، وإن انجبرت على عثم كان عليه ثلاثة أرباع دية كسره . وقال (. ش .) : فيهما معا الحكومة .

مسألة ٥٤ . (. « ج » -) : إذا قلعت عين أعور أو من ذهب فرد عينه بأمر من الله ، كان بالخيار بين أن يقتص من إحدى عينيه ، أو يأخذ تمام دية كاملة ^(٢) ألف دينار . وإن كانت العين قلعت ^(٣) ، فأخذ ديتها أو استحقها وإن لم يأخذ ، فليس له إلا نصف الدية ، وبه قال الزهري ، و (. ك .) ، والليث ، و (. د .) ، و (. ق .) إلا أنهم لم يفصلوا .

وقال (. ح .) ، والنخعي ، و (. ر .) ، و (. ش .) : هو بالخيار بين أن يقتص ، وبين أن يعفو وله نصف الدية .

مسألة ٥٥ . (. « ج » -) : إذا قلع الأعور إحدى عيني من له عينا ، كان المجني عليه بالخيار بين أن يقلع عينه ، أو يعفو أو يأخذ دية عينه خمسمائة دينار ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : إن عفى فله دية الأعور ، وهي ألف دينار عنده ، وإن شاء قلع عينه .

مسألة ٥٦ . (. « ج » -) : من قطعت إحدى يديه في الجهاد ، وبقيت الأخرى فقطعها قاطع ، كان فيها نصف الدية ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال (. ع .) : فيها كمال دية اليد .

(١) م : عندنا وعندهم .

(٢) م : أو يأخذ دية كاملة .

(٣) م : قد قلعت .

مسألة ٥٧. (. « ج » .) : إذا كسر صلبه فشلت رجلاه ، كان عليه دية في كسر الصلب وثلثا الدية في شلل الرجلين . وقال (. ش .) : فيه دية لشلل الرجلين ، وحكومة لكسر الصلب .

مسألة ٥٨. (. « ج » .) : إذا كسر صلبه فذهب مشيه وجماعه معا ، كان عليه ديتان وفي أصحاب (. « ش » .) من قال : عليه دية واحدة ، وظاهر قوله ان عليه ديتين مثل ما قلناه .

مسألة ٥٩. (. « ج » .) : ان ^(١) كسر ظهره فاحدودب ، أو صار بحيث لا يقدر على القعود ، كان عليه الدية . وقال (. ش .) : فيه الحكومة .

مسألة ٦٠. (. « ج » .) : ان كسر ^(٢) رقبته ، فصار كالمثلثت ولم يعد الى ما كان عليه ، كان عليه الدية . وقال (. ش .) : فيه الحكومة .

مسألة ٦١. (. « ج » .) : دية المرأة نصف دية الرجل . وقال ابن عليه والأصم : هما سواء في الدية .

مسألة ٦٢. (. « ج » .) : المرأة تعاقل الرجل الى ثلث ^(٣) ديتها في الاروش المقدرة ، فإذا بلغتها فعلى النصف من دية الرجل ، وبه قال عمر بن الخطاب ، وسعيد بن المسيب ، والزهرري ، و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال ربيعة : تعاقله ما لم تزد على ثلث الدية أرش الجائفة والمأمومة ، فإذا زاد فعلى النصف ، وبه قال (. ش .) في القسّم . وقال الحسن البصري : تعاقله ما لم يبلغ نصف الدية أرش اليد أو الرجل ، فإذا بلغتها فعلى النصف .

وقال (. ش .) في الحديد : لا تعاقله في شيء منها بحال ، بل هي معه على النصف

(١) م : إذا .

(٢) م : إذا .

(٣) م : في ثلث .

فيما قل أو كثر ، واليه ذهب أهل الكوفة ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، و (. ر .) ، و (.) .
 ح .) ، وأصحابه . وقال قوم : تعاقله ما لم يبلغ نصف عشر الدية أرش السن والموضحة ،
 فإذا بلغتها فعلى النصف ، ذهب اليه ابن مسعود ، وشريح . وقال قوم : تعاقله ما لم يبلغ
 عشرا ونصف عشر الدية أرش المنقلة ، فإذا بلغتها فعلى النصف ، ذهب اليه زيد بن ثابت ،
 وسليمان بن يسار .

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(١) عمر ابن شعيب
 عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : المرأة تعاقل الرجل الى ثلث ديتها . وقال ربيعة : قلت
 لسعيد بن المسيب : كم في إصبع المرأة؟ قال : عشر ، قلت : ففي إصبعين؟ قال : عشرون .
 قلت : ففي ثلاث؟ فقال : ثلاثون ، قلت : ففي أربع؟ قال : عشرون ، فقلت له : لما
 عظمت ^(٢) مصيبتها قل عقلها ، قال : هكذا السنة يعني سنة النبي ﷺ .

مسألة ٦٣ . (. « ج » -) : في حلمتي الرجل ديته ، وهو أحد قولي (. ش .) .
 والثاني فيهما حكومة ، وهو الأصح عندهم .

مسألة ٦٤ . (. « ج » -) : إذا وطئ زوجته فأفضاها ، فإن كان له دون تسع
 سنين كان عليه ديتها مع المهر الواجب بالدخول ، وبه قال (. ش .) .
 وقال (. ح .) : كان عليه ديتها مع المهر الواجب بالدخول ، وبه قال (. ش .) .
 وقال (. ح .) : إفضاؤها غير مضمون على زوجها .

مسألة ٦٥ . (. « ج » -) : إذا وطئ امرأة مكروهة فأفضاها ، وجب عليه الحد لأنه
 زان ، ووجب عليه مهرها لو طئها ، ووجب عليه الدية لأنه أفضاها ، وإن كان البول
 يستمسك فلا زيادة على الدية ، وإن كان مسترسلا ففيه حكومة ، وبه قال (. ش .) .

(١) م : دليلنا ما رواه .

(٢) م : فقلت له عظمت .

وقال (. ح .) : يجب الحد كما قلناه ، والمهر لا يجب لوجوب الحد والإفضاء ، فإن كان البول مستمسكا فعليه ثلث الدية ، وإن كان مسترسلا فعليه الدية ولا حكومة.

مسألة ٦٦ . (. « ج » -) : إذا وطئ امرأة بشبهة فأفضاها ، فالحد لا يجب عند الفقهاء ، وروى أصحابنا أن عليه الحد خفيا وعليها ظاهرا ، وتجب الدية بالإفضاء فإن كان البول مسترسلا فعليه الدية والحكومة ، وإن كان مستمسكا فعليه الدية ولا حكومة وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لأحد فأما المهر فينظر في الإفضاء ، فإن كان البول مستمسكا فعليه ثلث الدية ويجب المهر فيه ، وإن كان مسترسلا وجبت الدية بلا مهر ، بل يدخل المهر في الدية.

مسألة ٦٧ . (. « ج » -) : في الخصيتين الدية بلا خلاف ، وفي اليسرى منها ثلثا الدية ، وفي اليمنى ثلثها ، وبه قال سعيد بن المسيب ، قال : لأن النسل منها ، مثل ما رواه أصحابنا. وقال باقي الفقهاء : انهما متساويان في الدية.

مسألة ٦٨ . (. « ج » -) : في الذكر الدية ، وفي الخصيتين معا الدية ، فإن قطعهما قاطع كان عليه الديتان معا ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : إذا قطع الخصيتين ثم قطع الذكر ، كان في الخصيتين الدية ، وفي الذكر الحكومة ، لأن الخصيتين إذا قطعتا ^(١) ذهبت منفعة الذكر فهو كالشلل.

مسألة ٦٩ . (. « ج » -) : العين القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء ولسان الأخرس والذكر الأشل ، كل هذا وما في معناه يجب فيه ثلث ديته صحيحة. وقال جميع الفقهاء : لا يجب في جميع ذلك مقدر ، وإنما يجب فيه حكومة.

مسألة ٧٠ . (. « ج » -) : كل عضو فيه مقدر إذا جنى عليه ، فصار أشل وجب

(١) م : إذا قطعهما.

فيه ثلثا ديته. وقال (. ش .) : نظر فيه فان لم يبق هناك غير الجمال ، ففيه حكومة قولاً واحداً ، كاليدنين والرجلين والذكر. وان كانت المنفعة قائمة ، كالأنف والأذنين ، فعلى قولين ، أولهما ^(١) : حكومة لأنه صيره أشل. والثاني : فيه الدية لأنه ذهب بمنفعته.

مسألة . ٧١ . (. « ج » .) : في الترقوتين وكل واحدة منهما ، وفي الأضلاع وفي كل واحد منها شيء مقدر ، ولأصحاب (. « ش » -) في ذلك طريقان ، أحدهما : فيه الحكومة قولاً واحداً. والآخر : المسألة على قولين ، أحدهما : فيه الحكومة ، والآخر في كل ضلع وكل ترقوة جمل ، وبه قال عمر.

مسألة . ٧٢ . (. « ج » .) : إذا لطم غيره في وجهه فاسود الموضع ، كان فيها ستة دنانير ، فإن اخضر كان فيها ثلاثة دنانير ، فإن احمر كان فيها دينار ونصف ، وكذلك حكم الرأس ، فإن كان على البدن فعلى النصف من ذلك. وقال (. ش .) : فيه حكومة.

مسألة . ٧٣ . (. « ج » -) : متى كسر عظماً فانجبر بغير شين ففيه مقدر ، ومتى ضربه بمثقل فلم يشن لزمته ^(٢) مقدر ، ومتى جرحه فاندمل بغير شين لزمه أرشه.

وقال (. ش .) : في الأولى ان فيها حكومة ، وفي الثانية لا شيء عليه ^(٣) ، وفي الثالثة ان فيها وجهين المذهب أن فيها حكومة.

مسألة . ٧٤ . (. « ج » .) : قد ذكرنا أن الجراح عشرة ، وكل واحد منها فيه مقدر إذا كانت في الرأس والوجه ، فان كانت في الجسد ففيها بحسب ذلك من الرأس منسوباً الى العضو الذي هي منه ، الا الجائفة فإن فيها مقدراً في الجوف وهو ثلث الدية.

(١) م : أحدهما.

(٢) م : لزمه.

(٣) م : أن لا شيء عليه.

مثال ^(١) ذلك : أن الموضحة إذا كانت في الرأس أو الوجه ففيها نصف عشر الدية ، فإن كانت الموضحة في اليد ففيها نصف عشر دية اليد ، وإن كانت في الإصبع ففيها نصف عشر دية الإصبع ، وهكذا باقي الجراح . وقال (. ش .) : يجب في جميع ذلك حكومة إلا الجائفة فإن فيها ثلث الدية .

مسألة . ٧٥ . (. « ج » .) : دية اليهودي والنصراني مثل دية المجوس ثمانمائة درهم واختلف الناس فيها على أربعة مذاهب ، فقال (. « ش » .) : ثلث دية المسلم ، وبه قال عمر وعثمان ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وفي الفقهاء أبو ثور ، و (. ق .) . وقال (. ك .) : نصف دية المسلم ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وعروة بن الزبير وقال (. ح .) وأصحابه ، والزهرى ، و (. ر .) : هو مثل دية المسلم ، وبه قال ابن مسعود ، وهي إحدى الروايتين عن عمر .

وقال (. د .) : إن كان القتل عمدا فدية المسلم ، وإن كان خطأ فنصف دية المسلم والذمي والمعاهد والمستأمن في كل هذا سواء .

مسألة . ٧٦ . (. « ج » .) : دية المجوسي ثمانمائة درهم ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) ، وفيه إجماع الصحابة . وقال (. ح .) : ديته مثل دية المسلم .
مسألة . ٧٧ . : من لم تبلغه الدعوة لا يجوز قتله قبل دعائه إلى الإسلام بلا خلاف ، فإن بادر إنسان فقتله لم يجب عليه القود بلا خلاف أيضا ، وعندنا لا يجب عليه الدية ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يلزمه الدية ، وكم يلزمه؟ فيه وجهان ، أحدهما : دية المسلم ، لأنه ولد على الفطرة . والثاني : أقل الدييات ثمانمائة درهم دية المجوسي .

مسألة . ٧٨ . (. « ج » .) : كل جناية لها على الحر أرش مقدر من ديته لها من العبد مقدر من قيمته ، ففي أنف الحر ديته ، وكذلك في لسانه وذكره ، وفي كل واحد منها من العبد قيمته ، وفي يد الحر نصف ديته ، ومن العبد نصف قيمته وفي إصبع الحر عشر ديته ، وفي العبد عشر قيمته ، وفي موضحته نصف عشر

(١) د : مثل ذلك .

ديته ، وفي العبد نصف عشر قيمته ، وبه قال سعيد بن المسيب ، و (. ش .) .
وقال (. ك .) : في العبد ما نقص الا فيما ليس له بعد الاندمال نقص ، وهي
الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة ، ففي كل هذا مقدر من قيمته .
وعن (. ح .) روايتان : إحداهما مثل قولنا ، والأخرى أن كل شيء فيه من الحر ديته
ففيه من العبد قيمته الا الحاجبين والشارب والعنفقة واللحية ، وكذا يجيء على قولهم في أذنيه
، لأن عندهم الاذن جمال بلا منفعة . وقال (. م .) : فيه ما نقص بكل حال كالبهيمة
سواء .

مسألة ٧٩ . (. « ج » -) : إذا جنى على عبد جنابة يحيط برقبته ، كالأنف
واللسان والذكر واليدين والرجلين ، لزمته قيمته ويتسلم العبد من سيده .
وقال (. ش .) : لزمته قيمته والعبد لسيده . وقال (. ح .) : السيد بالخيار بين أن
يمسكه ولا شيء له ، وبين أن يسلمه ويأخذ كمال قيمته ، فاما أن يمسكه ويطالب بقيمته
فليس ذلك له ، لأنه لو كان ذلك ^(١) لجمع له بين البذل والمبدل وذلك لا يجوز .
مسألة ٨٠ . (. « ج » -) : في ذكر العبد قيمته ولا يتجاوز دية الحر . وقال (. ش .) :
(: يلزمه ولو بلغت ديات . وعند (. ح .) قيمته ، ولكن لا يتجاوز عشرة آلاف إلا عشرة
دراهم وكذلك في كل ما يجب به قيمته إذا بلغ دية الحر أو زاد عليه .

مسألة ٨١ . (. « ج » -) : دية شبيه العمدة في مال القاتل خاصة ، وعند (. «
ش » .) على العاقلة ، وكذا القول في الأطراف .

مسألة ٨٢ . (. « ج » -) : إذا قتل عبدا عمدا ، أو قطع أطرافه ، فالدية في ماله
خاصة ، وكذلك ان كان شبيه العمدة . وان كان خطأ محضا ، فعلى العاقلة ، سواء قتله أو
قطع أطرافه .

وقال (. ش .) : ان قتله عمدا أو قطع أطرافه فكما قلناه ، وان قتله خطأ ، أو شبيه

(١) م : لو كان له ذلك .

العمد ، أو قطع الأطراف كذلك ، ففيه قولان ، أحدهما : في ذمته ، وبه قال (. ك .) .
والثاني : على عاقلته ، وهو الأصح . وقال (. ح .) : أما بدل نفسه فعلى العاقلة ،
وأما بدل أطرافه فعلى الجاني في ماله ، ولا يحمل على العاقلة .

مسألة . ٨٣ . (. « ج » .) : ما كان عمدا محضا لا يحمل على العاقلة ، سواء كان
عمدا لا قصاص ^(١) فيه ، كقطع اليد من الساعد ، أو المأمومة ، أو الجائفة ، أو فيه قصاص
، وذلك إذا قتل الوالد ولده عمدا ، وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) .
وقال (. ك .) : إذا كانت الجناية لا قصاص فيها بحال ، كالمنقلة والمأمومة والجائفة
فأرشها على العاقلة .

يدل على المسألة . بعد إجماع الفرقة . قوله ^(٢) عَلَيْهَا لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا
ولا اعترافا .

مسألة . ٨٤ . (. « ج » .) : الصبي إذا كان مميزا عاقلا ، فالحكم فيه وفي المجنون إذا
قتلا سواء ، فإن كان القتل خطأ محضا ، فالدية مؤجلة على العاقلة ، وإن كان عمدا محضا ،
فحكمه حكم الخطأ ، والدية على العاقلة أيضا .

ووافقنا (. « ش » -) في الخطأ المحض ، وقال في العمد المحض قولان ، أحدهما :
عمدة في حكم الخطأ ، وبه قال (. « ح » -) والثاني : عمدة في حكم العمد ، وإذا قال
في حكم الخطأ ، فالدية على العاقلة مؤجلة ، والكفارة في ماله .

ووافقته (. « ح » -) في أنها مخففة مؤجلة على العاقلة ، وكان يحكى عنه أنها حالة
على العاقلة ، وهذا أصح . وإذا قال عمدة في حكم العمد ، فالقود يسقط ، والدية مغلظة
حالة في ماله ، كما لو قتل الوالد ولده والسيد عبده .

ويدل على المسألة إجماع الفرقة على أن عمد الصبي والمجنون خطأ ،

(١) د : أو لا قصاص فيه .

(٢) م : دليلنا قوله .

وأخبارهم الواردة في ذلك عامة في حكم القتل والدية وغير ذلك ، الا ما أخرجه الدليل .
وروي عن النبي ﷺ أنه قال : رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى ينتبه ^(١) .

مسألة . ٨٥ . (. « ج » -) : إذا جنت أم الولد ، كان أرش جنايتها على سيدها ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا أبا ثور فإنه قال : أرش جنايتها في ذمتها ، يتبع به بعد العتق ، وهو اختيار المزني .

مسألة . ٨٦ . (. « ج » -) : إذا جنت أم الولد وغرم السيد الجناية ، ثم جنت جناية أخرى ، كان عليه أيضا وهكذا أبدا ، بدلالة إجماع الفرقة على أن جناية المملوك على سيده ولم يفصلوا ، وهو أحد قولي (. « ش » -) ، والثاني : لا يجب على السيد أكثر من قيمتها ، فاذا غرمها ثم جنت شارك المجني عليه أولا ، فتكون قيمتها بينهما ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٨٧ . (. « ج » -) : إذا اصطدم فارسان فماتا ، فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه ، والباقي هدر ان كان ذلك خطأ ، لما روي عن علي ﷺ أنه قال : إذا اصطدم الفارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه .

وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) ، وزفر ، وقال (. ح .) : على عاقلة كل واحد منهما كمال دية صاحبه ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ق .) .

مسألة . ٨٨ . : إذا اصطدما متعمدين للقتل ، فقصد كل واحد منهما قتل صاحبه ، كان ذلك عمدا محضا ، والدية ^(٢) في تركة كل واحد منهما لورثة صاحبه مغلظة ، ولل (. ش .) فيه قولان : أحدهما ، ما قلناه . والآخر : أنه شبيه العمد فالدية على العاقلة . وقال (. ح .) : هو خطأ والدية على عاقلتهما على ما مضى .

مسألة . ٨٩ . : لا فرق بين أن يقع مستلقيين أو مكبوبين ، أو أحدهما مكبوبا

(١) د : حتى ينتبه .

(٢) في النسخ فنصف الدية .

والآخر مستلقيا ، بدلالة عموم الخبر الذي قدمناه. وقال المزني : ان كان أحدهما مكبوبا والآخر مستلقيا ، فالمكبوب هو القاتل وحده والمستلقي مقتول ، فعلى عاقلة المكبوب كمال دية المستلقي .

مسألة . ٩٠ . : يمكن أن يكون القتل بحجر المنجنيق عمدا محضا يجب به القود ، لأنه لا يمتنع أن يقصد بذلك أن يصيب إنسانا بعينه فيصيبه فيقتله . وقال (. ش .) : لا يمكن أن يكون عمدا محضا ، بل لا يكون الا عمد الخطأ ، والدية مغلظة على العاقلة . وعند (. ح .) لا يكون إلا خطأ .

مسألة . ٩١ . : إذا اصطدمت السفينتان من غير تفريط من القائم لهما ، فهلكتا بما فيها من المال والنفوس أو بعضه ، كان ذلك هدرا ، لأن الأصل براءة الدمة . ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : عليهما الضمان .

مسألة . ٩٢ . : إذا قال لغيره وقد خافوا الغرق : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه فألقاه ، فإنه عليه ضمانه ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا أبا ثور فإنه قال : لا ضمان عليه . وفي المسألة إجماع الأمة ، فإن خلاف أبي ثور لا يعتد به .

مسألة . ٩٣ . : دية قتل الخطأ على العاقلة . وقال الأصم : انها لا تلزم العاقلة قال ابن المنذر : وبه قال الخوارج .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع ^(١) الفرقة ، بل إجماع الأمة ، فإن خلاف الأصم لا يعتد به . ما روي أن امرأة ذكرت عند عمر بن الخطاب بسوء ، فأرسل إليها فأجهضت ذا بطنها ، فاستشار الصحابة فقالوا له : انما أنت مؤدب لا شيء عليك ، فقال لعلي عليه السلام : ما تقول؟ فقال : ان اجتهدوا فقد اخطؤوا ، وان تعمدوا فقد غشوا ^(٢) عليك الدية ، فقال له : عزمت عليك لتقسمنهما على قومك فأضاف قومه الى علي

(١) م : دليلنا إجماع .

(٢) م : غشوك .

تحاشيا لما بينهما أي قومي قومك. وروي عن عمر أنه قضى على علي عليه السلام بدية موالي صفية بنت عبد المطلب ، لأنه هو العاقلة.

مسألة . ٩٤ . (. « ج » .) : دية قتل الخطأ مؤجلة ثلاث سنين كل سنة ثلثها ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا ربيعة فإنه قال : أجلها خمس سنين ، ومن الناس من قال : حالة غير مؤجلة.

مسألة . ٩٥ . : العاقلة كل عصابة خرجت عن الوالدين والمولودين ، وهم الاخوة وأبناءهم والأعمام وأبناءؤهم وأعمام الأب وأبناءؤهم والموالي ، وبه قال (. ش .) وجماعة أهل العلم. وقال (. ح .) : يدخل الوالد والولد فيها ويعقل القاتل.

يدل على المسألة أن ما اعتبرناه ^(١) مجمع على أنهم من العاقلة ، ولا دليل على أن الوالدين والولد منهم. وروي ابن مسعود أن النبي عليه السلام قال : لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض ، لا يؤخذ الرجل بجريرة ابنه ، ولا الابن بجريرة أبيه. وهذا نص.

مسألة . ٩٦ . : القاتل لا يدخل في العقل رجال مع وجود من يعقل عنه من العصابات وبيت المال ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في أن الدية على العاقلة ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : القاتل كأحد العصابات يعقل مثل ما يعقل واحد منهم.

مسألة . ٩٧ . : قال (. ش .) : لا يحمل كل واحد من العاقلة أكثر من نصف دينار ان كان موسرا ، وربع دينار ان كان معسرا ، ويؤخذ الأقرب فالأقرب ، فكلما أخذ من الأقرب وفضل من الدية أخذت من الذين يلونهم على ترتيب الميراث ، فاذا لم يبق أحد من العاقلة وبقي من الدية كانت في بيت المال.

وقال (. ح .) : على كل واحد منهم من ثلاثة إلى أربعة ، والغني والمتوسط سواء

(١) م : أن من اعتبرناهم.

ويقسم الواجب على جميعهم ، لا يبدأ بالأقرب فالأقرب.

والذي يقتضيه مذهبنا أنها تؤخذ منهم جميعا ، ويؤخذ منهم على قدر أحوالهم ويشترك القريب والبعيد في ذلك ، بدلالة عموم الاخبار في أن الدية على العاقلة فمن نقلها أو بعضها الى بيت المال ، أو قدم بعضهم على بعض ، أو قدر معينا فعليه الدلالة.

مسألة ٩٨ . : الدية لا تنتقل عن العصابات الى أهل الديوان ، سواء كان القاتل من

أهل الديوان أو لم يكن ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(١) لهذه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : الدية على أهل الديوان دون العصابات.

مسألة ٩٩ . : ابتداء مدة دية المؤجلة من حين وجوب الدية ، لأن موجب الدية

الجنائية ، فيجب أن تلزم الدية بحصولها ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ابتداء المدة من حين حكم الحاكم بها ، واختلف أصحابه متى

تتحول الدية إلى العاقلة؟ منهم من قال : تجب على القاتل ، ثم تتحول عنه إلى العاقلة عقيب وجوبها بلا فصل. ومنهم من قال : لا تتحول الا بتحويل الحاكم إليهم بذلك.

مسألة ١٠٠ . : إذا حال الحول على الموسر من أهل العقل ، فتوجهت المطالبة عليه

، فان فات ^(٢) لم يسقط بوفاته ، بل يتعلق بتركته كالدين ، لأنه لا دلالة على سقوطه بموته ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يسقط بوفاته.

مسألة ١٠١ . : الدية الناقصة مثل الدية المرأة ، ودية اليهودي والنصراني والمجوسي

ودية الجنين تلزم أيضا في ثلاث سنين كل سنة ثلثها ، بدلالة عموم الاخبار في ذلك ، وهو أحد وجهي (. ش .) .

(١) م : أو لم يكن لما تقدم.

(٢) م : فان مات.

والآخر : يحل في السنة الأولى ثلث الدية الكاملة ، والباقي في السنة الثانية فعلى هذا يحل دية اليهودي والنصراني في أول سنة ، لأنها ثلث الكاملة عندهم ^(١) ودية الجوسي أيضا لأنها أقل من الثلث وكذلك دية الجنين.

مسألة ١٠٢ . : القدر الذي يحمله العاقلة على الجاني هو قدر جنايته قليلا كان أو كثيرا ، وبه قال (. ش .) . وروي في بعض أخبارنا أنها لا تحمل الا نصف العشر أرش الموضحة فما فوقها ، وما نقص عنها ففي مال الجاني ^(٢) ، ذهب اليه سعيد بن المسيب ، وعطاء ، و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ق .) . وقال الزهري : أنها تحمل ما زاد على الثلث .

ويبدل على المسألة عموم الأخبار الواردة في أن الدية على العاقلة ، وإذا قلنا بالرواية الأخرى ، فالرجوع فيه الى تلك الرواية بعينها . وروى المغيرة بن شعبة أن امرأتين ضرتين اقتتلتا ، فضررت إحداهما الأخرى بحجر أو بمسطح ، فألقت جنينا ميتا ، فقضى رسول الله ﷺ بدية الجنين على عصابة المرأة . وهذا أقل من الثلث .

مسألة ١٠٣ . : إذا جنى الرجل على نفسه جناية خطأ محض ^(٣) ، كان هدرا لا تلزم العاقلة ديته ، لأنه لا دلالة عليه ، والأصل براءة الذمة . وقال (. ع .) ، و (. د .) ، و (. ق .) الدية على عاقلته له ان كان حيا ، ولورثته ان كان ميتا .

مسألة ١٠٤ . : الدية في قتل الخطأ ابتداء ^(٤) على العاقلة ، وفي أصحابنا من قال : يرجع العاقلة على القاتل بها ، ولا أعرف به نصا . ولل (. ش .) فيه قولان ،

(١) م : عنده .

(٢) م ود ففي مال الجاني وبه قال (. ح .) وأصحابه وقال قوم أنها تحمل ثلث الدية فما زاد وما دون ذلك ففي مال الجاني .

(٣) د : خطأ محضا .

(٤) م : تجب ابتداء .

أحدهما : ما قلناه. والثاني : تجب على العاقلة ابتداء ، ثمَّ يتحملها عنه العاقلة ، وبه قال (. ح .) .

ويدل على المسألة ان ^(١) كل خبر ورد في أن الدية على العاقلة يضمن ابتداء الأمر ، وليس في شيء من الاخبار أنها تجب على القاتل ثمَّ ينتقل إلى العاقلة.

مسألة . ١٠٥ . : المولى من أسفل لا يعقل عن المولى عن فوق شيئا ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ح .) . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ١٠٦ . : إذا كانت العاقلة كثيرين ، قسمت الدية فيهم على حسب ذلك بدلالة عموم الاخبار في ذلك .

وقال (. ش .) : إذا كانت العاقلة أكثر من الدية الذين ، يقسم فيهم على الغني نصف دينار ، وعلى المتجمل ربع دينار ، ففيه قولان : أحدهما يقسم على جميعهم بالحصص ، والثاني : للإمام أن يخص من شاء منهم الغني بنصف دينار والمتجمل بربع دينار .

مسألة . ١٠٧ . : إذا كان بعضهم غائبا وبعضهم حاضرا ، كانت الدية عليهم كلهم ، وهو أحد قولي (. ش .) ، والثاني : يخص بها الحاضر دون الغائب .

مسألة . ١٠٨ . : الحليف لا يعقل ولا يعقل عنه ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال (. ح .) . و (. ش .) وقال (. م .) : يعقل وروي ذلك عن (. ك .) .

مسألة . ١٠٩ . : عقد المولاة صحيحة ، وهو أن يتعاقد الرجلان لا يعرف نسبهما على أن يرث كل واحد منهما صاحبه ويعقل عنه ، ويرث كل واحد منهما صاحبه إذا لم يكن وارث نسب ، وبه قال (. ح .) في صحة العقد ، غير أنه قال : لا يرث أحدهما صاحبه ما لم يعقل عنه ، فاذا عقل عنه لزم ، وأيهما مات ورثه الآخر .

(١) م : دليلا أن .

وقال (. ش .) : هذا عقد باطل لا يتعلق به حكم.

مسألة . ١١٠ . : روى أصحابنا أن الذمي إذا قتل خطأ ، لزم الدية ^(١) في ماله خاصة ، فان لم يكن له مال كان عاقلته الإمام ، لأنهم يؤدون إليه جزيتهم ، كما يؤدي العبد الضريبة إلى مولاه.

وقال جميع الفقهاء : ان عاقلة الذمي ذمي مثله إذا كان عصيته ، فان كان حربيا لم يكن عاقلة الذمي ، فان لم يكن له عاقلة ففي ماله ولا يعقل عنه من بيت مال المسلمين.

مسألة . ١١١ . : إذا كان القتل عمدا ، لا يجب فيه القود بحال ، مثل قتل الوالد ولده ، وكذلك الأطراف ، فالكل حال في مال الجاني ، وكذلك إذا جنى جناية لا يجب فيه القود كالجائفة والمأمومة ، وبه قال (. ش .) الا أنه زاد : وما دون الموضحة ، فإن عنده ليس فيه قصاص.

وقال (. ح .) : كل هذا مؤجل على الجاني في ثلاث سنين.

دليلنا : أنه قد ثبت وجوب ذلك عليه ، فمن ادعى فيه التأجيل فعليه الدلالة.

مسألة . ١١٢ . : إذا بنى حائطا مستويا في ملكه ، فمال الى الطريق أو الى دار جاره ، ثم وقع فأتلف أنفسا وأموالا ، كان عليه الضمان . ولل (. ش .) فيه وجهان .

ظاهر المذهب انه لا ضمان عليه .

وقال (. ح .) : ينظر فان كان قبل المطالبة بنقضه وقبل الاشهاد عليه فلا ضمان ، وان كان قد طوّل بنقضه واشهد عليه ، ثم وقع بعد القدرة على نقضه فعليه الضمان ، وان كان قبل القدرة على نقضه فلا ضمان . وقال ابن أبي ليلى : ان كان الحائط قد انشق بالطول فلا ضمان ، وان كان انشق بالعرض فعليه الضمان .

(١) م : ألزم الدية.

ودليلنا في المسألة أنه ^(١) إذا مال الى دار جاره أو الى الطريق ، فقد حصل في ملك الغير ، فيلزمه ^(٢) الضمان كما لو ترك في الطريق حجرا ^(٣). وان قلنا لا ضمان عليه ، لأنه لا دليل على ذلك كان قويا.

مسألة . ١١٣ . : إذا سقط حائط إلى طريق المسلمين ، فعثر إنسان بترابه فمات لم يلزمه ضمانه ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ش .) ، و (. م .) . وقال (. ف .) :
يضمن.

مسألة . ١١٤ . : إذا أشرع ^(٤) جناحا الى شارع المسلمين ، أو الى درب نافذ وبابه فيه ، أو أراد إصلاح ساباط على وجه لا يضر بالمارة ، فليس لأحد معارضته ولا منعه منه ، وبه قال (. ش .) ، وقال (. ش .) : له ذلك ما لم يمنعه مانع ، فان منعه مانع أو اعترض عليه معترض ، كان عليه قلعه.

يدل على المسألة أن ^(٥) الأصل جوازه ، وروى أيضا أن عمر بن الخطاب مر بباب العباس ، فقطر ماء من ميزاب فأمر عمر بقلعه ، فخرج العباس وقال : أو تقلع ميزابا نصبه رسول الله ﷺ بيده ، فقال : والله لا حمل ^(٦) من ينصب هذا الميزاب الى السطح إلا ظهري ، فركب العباس ظهر عمر فصعد فأصلحه.

وهذا إجماع فإن أحدا لم ينكره ، والنبي ﷺ أيضا فعله ، ولان هذه الأجنحة والساباطات والسقائف سقيفة بني النجار وسقيفة بني ساعدة ، وغير ذلك الى يومنا هذا لم ينقل عن أحد اعتراض فيها ، ولا أزيلت باعتراض معترض عليها ، فثبت أن ذلك جائز بإجماع.

(١) م : دليلنا أنه.

(٢) د : فلزمه.

(٣) م : حجر.

(٤) م : إذا شرع.

(٥) م : دليلنا ان الأصل.

(٦) في الخلاف : لا يحمل.

مسألة ١١٥ . : من أخرج ميزابا الى شارع ، فوقع على إنسان فقتله أو متاع فأتلفه ، كان ضامنا ، وبه قال جميع الفقهاء ، الا بعض أصحاب (. « ش » -) فإنه قال : لا ضمان عليه ، لأنه يحتاج اليه . وفي المسألة ^(١) إجماع الأمة ، لأن هذا القول شاذ لا يعتد به .

مسألة ١١٦ . : دية الجنين التام إذا لم تلجه الروح مائة دينار . وقال جميع الفقهاء : ديته غرة عبد أو أمة . وقال (. ش .) : فيها نصف عشر الدية خمسون دينارا ، أو خمس من الإبل .

مسألة ١١٧ . : إذا كانت هناك حركة فضررها فسكنت بضره ، فلا ضمان عليه ، لأن الحركة يجوز أن يكون لريح ويجوز أن يكون للجنين ، فلا يلزم الضمان بالشك وبه قال جميع الفقهاء . وقال الزهري : إذا سكنت الحركة ففيه الغرة ، لأنها إذا سكنت فالظاهر أنه قتله في بطن أمه .

مسألة ١١٨ . : إذا أُلقت نطفة ، وجب على ضاربها عشرون دينارا . وإذا أُلقت علقة ، وجب أربعون دينارا . وإذا أُلقت مضغة ، وجب ستون دينارا . وإذا أُلقت عظاما قبل أن يشق له السمع والبصر ، وجب ثمانون دينارا . فاذا تمَّ خلقه بأن يشق سمعه وبصره وتكامل صورته قبل أن يلجه الروح ، ففيه مائة دينار ، وعندهم فيه غرة عبد أو أمة ، وبكل ذلك عندنا يصير أم ولد وينقضي به عدتها وأما الكفارة ، فلا يجب بإلقاء الجنين على ضاربها .

وقال (. ش .) : إذا تمَّ الخلق تعلق به أربعة أحكام . الغرة ، والكفارة ، وانقضاء العدة ، وأن تكون أم ولد ^(٢) وان شهدت أربع من القوابل أنه قد تصور وتخلق وان خفي على الرجال قبل ذلك ، وان شهدن أنه مبتدء خلقة بشر غير أنه ما خلق

(١) م : في هذه المسألة .

(٢) م : وتكون أم ولد .

فيه تصوير ولا تخطيط ، فالعدة ينقضي به . وأما الأحكام الثلاثة فعلى قولين . وإن أُلقت مضغة وأشكلت على القوابل لم يتعلق بها الأحكام الثلاثة ، غير العدة قولاً واحداً ، وفي العدة قولان .

مسألة . ١١٩ . : من أفزع غيره وهو يجمع ، حتى عزل عن زوجته الحرة ، كان عليه عشرة دنانير . وكذلك من عزل عن زوجته الحرة بغير اختيارها ، لزمه عشرة دنانير . وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، ولم يوجبوا به شيئاً .

مسألة . ١٢٠ . : دية الجنين مائة دينار ، ذكر كان الجنين أو أنثى . وقال (. ش .) : يعتبر بغيره ، ففيه نصف عشر دية أبيه ، أو عشر دية أمه ، ذكر كان أو أنثى . وقال (. ح .) : (: يعتبر بنفسه ، فإن كان ذكراً ففيه نصف عشر دية لو كان حياً ، وإن كان أنثى فعشر ديتها لو كانت حية ، وإنما تحقق هذه المعاني لبيان الخلاف معهم في جنين الأمة .

مسألة . ١٢١ . : إذا ضرب بطنها فألقت جنيناً ، فإن أُلقت^(١) قبل وفاتها ثم ماتت ، ففيها ديتها ، وفي الجنين إن كان قبل أن تلج الروح مائة دينار على ما مضى وإن كان بعد ولوج الروح فيه فالدية كاملة ، سواء أُلقت جنيناً ثم مات أو أُلقت ميتة إذا علم أنه كان حياً معها .

وقال (. ش .) : عليه ديتها وفي الجنين الغرة ، سواء أُلقت ميتة أو حياً ثم مات ، وبه قال (. « ح » -) إلا في فصل ، وهو إذا أُلقت ميتة بعد وفاتها ، فإنه قال : لا شيء فيه بحال .

وفي المسألة إجماع الفرق وأخبارهم ، وهي قضية أمير المؤمنين عليه السلام فيمن ضرب امرأة على بطنها فماتت ومات الولد في بطنها ، فقضى باثني عشر ألفاً وخمسمائة درهم خمسة آلاف ديتها ، ونصف دية الذكر ونصف دية الأنثى ، لما أشكل الأمر في ذلك .

(١) د : فإن أُلقت .

مسألة ١٢٢. (. ج .) : دية الجنين موروث عنه ، ولا يكون لامه خاصة ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال الليث بن سعد : تكون لامه ولا تورث عنه ، لأنه بمنزلة عضو من أعضائها .

مسألة ١٢٣. : كل موضع أوجبنا فيه الدية الجنين ، فإنه لا يجب فيه كفارة القتل ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : كل موضع يجب فيه الغرة يجب فيه الكفارة .

مسألة ١٢٤. : إذا قتل الإنسان نفسه ، لم يتعلق بقتله دية بلا خلاف ولا كفارة ، لأنه لا دلالة عليه . وقال (. ش .) : تجب عليه الكفارة يخرج من تركته ، وإن قلنا بذلك كان قويا ، لقوله تعالى ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(١) ولم يفصل .

مسألة ١٢٥. : دية جنين اليهودي والنصراني والمجوسي عشر دية ثمانون درهما . وقال (. ش .) : فيه الغرة قيمتها عشر دية أمه مائتا درهم إن كانت يهودية أو نصرانية ، لأن ديتها عنده ألفان ، وقال في المجوسية عشر دية أمه أربعون درهما ، وإن كان متولدا بينهما يقدر بأعلاهما دية ، إن كانت أمه نصرانية ففيه عشر ديتها ، وإن كانت مجوسية فنصف عشر دية أبيه النصراني .

مسألة ١٢٦. : إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا حرا مسلما واستهل ثم مات ، ففيه الدية كاملة بلا خلاف ، وإن لم يستهل بل كان فيه حياة مثل أن يتنفس أو شرب اللبن ، فالحكم فيه كما لو استهل ، وبه قال الفقهاء ، إلا الثوري ، و (. ك .) ، فإيهما قالا : فيه الغرة ولا تجب الدية كاملة .

مسألة ١٢٧. : إذا أخرج الجنين رأسه ثم مات ، كان الجنين مضمونا ،

(١) سورة المائدة : ٩٢ .

وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : غير مضمون ، لأنه انما يثبت له أحكام الدنيا ^(١) إذا انفصل.

مسألة . ١٢٨ . : في جنين الأمة عشر قيمتها ، ذكر كان أو أنثى ، وبه قال أهل المدينة ، و (. ش .) . وقال (. ح .) : فيه عشر قيمته ان كان أنثى ، ونصف عشر قيمته ان كان ذكر فاعتبره بنفسه.

مسألة . ١٢٩ . : في جنين البهيمة عشر قيمتها . وقال الفقهاء : فيه أرش ما نقص من ثمنها.

مسألة . ١٣٠ . : متى يعتبر قيمتها؟ عندنا أنه تعتبر حال الجناية دون حال الإسقاط ، لأن الجناية سبب الاسقاط . ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة . ١٣١ . : من داس بطن غيره حتى أحدث ، كان عليه أن يداس بطنه حتى يحدث ، أو يفترديه بثلاث الدية . وحكى عن (. « د » .) مثل ما قلناه ، ولم يجب ^(٢) أحد من الفقهاء فيه شيئاً.

مسألة . ١٣٢ . : إذا قطع رأس ميت أو شيئاً من جوارحه مما يجب فيه الدية كاملة لو كان حياً ، كان عليه ^(٣) مائة دينار دية الجنين ، وفي جميع ما يصيبه مما يجب فيه مقدر وأرش في الحي ، ففيه من حساب المائة بحسابه من دية الألف ، ولم يوجب أحد من الفقهاء فيه شيئاً ، وعندنا أن ذلك يكون للميت خاصة يتصدق به عنه ، لا يورث ولا ينتقل الى بيت المال.

(١) م : أحكام الدية.

(٢) م : لم يوجب.

(٣) م : لو كان حياً عليه.

كتاب القسامة

مسألة ١٠ . (ج .) : إذا كان مع المدعي للدم لوث وهو تهمة للمدعي عليه بأمارات ظاهرة ، بدئ به في اليمين ، فيحلف خمسين يمينا ويستحق ما يذكره ، وبه قال (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ك .) ، والليث . وقال (. ح .) : لا أعتبر اللوث ولا أراعيه ولا أجعل اليمين في جنة المدعي .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(١) أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة .

وروى (. ش .) عن (. ك .) عن ابن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن عن سهل ابن أبي خشيمة أنه أخبره رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا الى خير من جهد أصابهما ، فتفرقا في حوائجهما ، فأتى محبيصة فأخبر أن عبد الله ابن سهل قد قتل وطرح في بئر أو عين فأبى يهود ، فقال : أنتم والله قتلتموه ، قالوا : والله ما قتلنا ، فأقبل حتى قدم الى قومه ، فذكر لهم ذلك فأقبل هو وأخوه حويصة ، وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول الى رسول الله .

فذهب محبيصة يتكلم وهو الذي كان بخير فقال رسول الله ﷺ لمحبيصة :

(١) م : دليلنا ما رواه .

كبر يريد بذلك السن ، فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة ، فقال رسول الله ﷺ : أما أن يدوا صاحبكم ، وأما أن تؤذنوا بحرب ، فكتب إليهم رسول الله ﷺ في ذلك ، فكتبوا إليه انا والله ما قتلنا ^(١) ، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن ابن سهل تحلفون وتستحقون ^(٢) دم صاحبكم ، قالوا : لا ، قال : فيحلف يهود ، قالوا : ليسوا بمسلمين ، فوداه النبي ﷺ من عنده ، فبعث إليهم بمائة ناقة حتى إذا دخلت عليهم الدار. قال سهل : لقد ركضتني منها ناقة حمراء.

وروي سفيان ، والليث بن سعد ، وحماد بن زيد ، عن يحيى بن سعيد ، عن بشير بن يسار ، عن سهل بن أبي خثيمة ، فذكر نحو حديث ابن أبي ليلى بن عبد الرحمن ، وفيه تحلفون وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم ، قالوا : أمر لم نشاهده كيف نحلف؟ فقال النبي ﷺ : أفترئكم يهود بخمسين يمينا؟ قالوا : كيف نرضى أيمان قوم كفار ، فوداه النبي ﷺ من عنده.

مسألة ٢ . : إذا حلف المدعون على قتل عمد ، وجب القود على المدعى عليه ، وبه قال ابن الزبير ، و (. وك .) ، (. ود .) ، (. وش .) في قوله القديم ، وقال في الجديد : لا يشاط به الدم وإنما يجب به الدية مغلظة حالة في ماله ، وبه قال (. ح .) وإن خالف في هذا الأصل.

مسألة ٣ . : القسامة في قتل الخطأ خمسة وعشرون رجلا ، وعند (. ش .) لا فرق بين أنواع القتل ، والقسامة في جميعها خمسون.

مسألة ٤ . : القسامة يراعى فيها خمسون من أهل المدعى يحلفون ، فإن لم يكونوا حلف الولي خمسين يمينا. وقال من وافقنا في القسامة انه لا يحلف إلا ولي الدم خمسين يمينا.

(١) م : ما قتلناه.

(٢) م : يحلفون ويستحقون ، ود : يحلفون وتستحقون.

مسألة . ٥ : إذا حلف أولياء الدم خمسين يمينا على قتل العمد وكان القاتل واحدا ، قتل بلا خلاف بين من أوجب القود ، وان حلف على جماعة فمثل ذلك على ما شرطناه في قتل الجماعة بالواحد ، وبه قال (. ش .) ، (. وك .) ، (. ود .) على ما يقولونه في قتل الجماعة بواحد . وقال أبو العباس : إذا حلف على جماعة لم يقتلوا ، ولكن نختار واحدا منهم بقتله .

مسألة . ٦ : إذا وجد قتيل بين الصنفين في فتنة ، أو في قتال أهل العدل والبغي قبل أن تشتت الحرب بينهم ، كانت ديته على بيت المال . وقال (. ش .) : ان كان قد التحم القتل واللوث على غير الطائفة التي هو فيها وان كان لم يلتحم فاللوث على طائفته ، سواء كانا متقاربين أو متباعدين .

مسألة . ٧ : إذا وجد قتيل بين ازدحام الناس : اما في الطواف ، أو في الصلاة ، أو في دخول الكعبة ، أو المسجد ، أو بئر ، أو مصنع لأخذ الماء ، أو قنطرة ، كانت ديته على بيت المال . وقال (. ش .) : ذلك لوث عليهم ، لأنه يغلب على الظن أنهم قتلوه .

مسألة . ٨ : كل موضع قلنا انه قد حصل اللوث على ما فسرناه ، فللولي أن يقسم ، سواء كان بالقتيل أثر القتل أو لم يكن ، لان المعتاد موت الناس بالأمراض ، وموت الفجأة نادر ، قال : ظاهر من هذا أنه مقتول ، كما أن من به أثر الدم يجوز أن يكون جرح نفسه ، ولا يترك لذلك القسامة ، ولا يحمل على النادر الا بدليل ، وقد يقتل الإنسان غيره بأخذ نفسه ، أو عصر خصية وان لم يكن هناك اثر ^(١) ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان كان به أثر القتل كقولنا ، وان لم يكن به أثر القتل فلا قسامة ^(٢)

،

(١) م : وان لم يكن اثر .

(٢) م : وان لم يكن فلا قسامة .

بلى ان كان خرج الدم من أنفه فلا قسامة ، لأنه قد يخرج من قبل خنق ويظهر من غير قتل ، وان خرج من اذنه فهو مقتول ، لأنه لا يخرج الا لسبب عظيم وخنق شديد.

مسألة ٩ . : يثبت اللوث بأشياء : بالشاهد الواحد ، وبوجود القتل في دار قوم ، وفي قريتهم التي لا يدخلها غيرهم ولا يختلط بهم سواهم ، وكذلك محلتهم وغير ذلك ، ولا يثبت اللوث بقول المقتول عند موته دمي عند فلان ، وبه قال (. ش .) ، (. وح .) . وقال (. ك .) : لا يثبت اللوث إلا بأمرين : شاهد عدل مع المدعي ، أو قوله عند وفاته دمي عند فلان.

دليلنا : أن الأصل في القسامة قصة الأنصار ، ولم يكن هناك شاهد ولا قول من المقتول.

مسألة ١٠ . : إذا كان ولي المقتول مشركا ، والمدعى عليه مسلما لم يثبت القسامة ، بدلالة قوله تعالى ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ ^(١) وبه قال (. ك .) ، وقال (. ح .) ، (. وش .) : انه يثبت القسامة ، فإذا حلفوا ثبت القتل على المسلم.

مسألة ١١ . : إذا قتل عبد وهناك لوث ، فللسيد القسامة ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في وجوب القسامة في القتل ، وبه قال (. ش .) . واختلف أصحابه على طريقتين ، قال أبو العباس : فيه القسامة قولاً واحداً ^(٢) . وقال غيره على قولين.

مسألة ١٢ . : يثبت عندنا في الأطراف قسامة مثل العينين واللسان واليدين وغير ذلك ، ولا يبلغ مثل قسامة النفس بل كل عضو يجب فيه كمال الدية ففيه ستة

(١) سورة النساء : ١٤١ .

(٢) م : قال أبو العباس قولاً واحداً .

وان كان مما يجب فيه نصف الدية ففيه ثلاثة أيمان ، وان كان مما يجب فيه سدس ^(١) الدية ففيه يمين واحد.

وقال جميع الفقهاء : لا قسامة في الأطراف ، وانما هي في النفس وحدها الا أن (. ش .) قال : إذا ادعى قطع طرف يجب فيه الدية كاملة كان على المدعى عليه اليمين ، وهل يغلظ اليمين أم لا؟ فيه قولان.

مسألة ١٣ . : إذا كان المدعي واحدا ، فعليه خمسون يمينا بلا خلاف. وكذلك من المدعى عليه ان كان واحدا ، فعليه خمسون يمينا بلا خلاف. وان كان المدعون جماعة ، فعليهم خمسون يمينا عندنا ، ولا يلزم كل واحد خمسون يمينا. وكذلك في المدعى عليه. ولل (. ش .) قولان ^(٢) في الموضعين ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : يلزم كل واحد خمسين يمينا في الموضعين.

مسألة ١٤ . : إذا لم يكن لوث ولا شاهد ويكون دعوى محضة ، فاليمين في جنبه المدعى عليه بلا خلاف ، وهل يغلظ أم لا؟ عندنا لا يلزمه أكثر من يمين واحدة ، وهو أحد قولي (. ش .) . والثاني : انها يغلظ خمسين يمينا.

مسألة ١٥ . : إذا قتل رجل وهناك لوث وله وليان أخوان أو ابنان ، فادعى أحد الوليين أن هذا قتل أبي وكذبه الآخر ، فلا يقدر هذا التكذيب في اللوث ، لان حق الوليين قد ثبت بحصول اللوث ، فاذا كذب أحدهما به لم يسقط حق الآخر ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة ١٦ . : إذا ادعى رجل على رجل أنه قتل وليا له وهناك لوث ، وحلف المدعي القسامة واستوفى الدية فجاء آخر ، وقال : أنا قتلتها وما قتله ذلك ، كان الولي بالخيار بين أن يصدقه ويكذب نفسه ويرد الدية ويستوفي منه حقه ، وبين أن يكذب

(١) م : مما يجب فيه ثلث الدية.

(٢) م : ولل (. ش .) فيه قولان.

المقر ويثبت على ما هو عليه.

بدلالة قول النبي ﷺ : إقرار العاقل جائز على نفسه ، وهو إذا قبل إقراره فقد كذب نفسه في الأول فيقبل ذلك منه.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ليس له أن يدعي على المقر ، لان قوله في الأول ما قتله الا فلان إقرار منه ان هذا المقر ما قتله ، فلا يقبل دعواه عليه . والقول الثاني له أن يدعي لأن قول الولي قتله فلان اخبار عن ظنه ، والمخبر يخبر عن قطع ويقين ، فكان أعرف بما قال .

كتاب كفارة القتل

مسألة ١ . : لا تجب الكفارة بقتل الذمي والمعاهد ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وأوجبوا به الكفارة ، وفيه إجماع الفرقة وأما قوله ^(١) تعالى ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٢) فالضمير في كان عائد إلى المؤمن الذي تقدم ذكره في قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾ ^(٣) فكأنه قال : وإن كان المؤمن من قوم بينكم وبينهم ميثاق بأن يكون بينهم نازلا أو أسلم عندهم ولم يخرج إلينا أو كان أسيرا في أيديهم.

مسألة ٢ . : إذا قتل مسلما في دار الحرب متعمدا لقتله مع العلم بكونه مؤمنا ، وجب عليه القود على كل حال ، لعموم قوله تعالى ﴿ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(٤) وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : فيه الدية والكفارة على كل حال . وقال (. ح .) : ان كان أسلم عندهم ولم يخرج إلينا ، فالواجب الكفارة بقتله فقط ، ولا قود ولا دية بحال .

(١) م : الكفارة وأما قوله .

(٢) سورة النساء : ٩٢ .

(٣) سورة النساء : ٩٢ .

(٤) سورة المائدة : ٤٥ .

مسألة ٣ . : إذا قتل مؤمنا قد أسلم في دار الحرب قاصدا الى قتله ولم يعلمه بعينه وانما ظنه كافرا ، فلا دية عليه وليس عليه أكثر من الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ **فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ** ﴾ ^(١) ولم يذكر الدية ، وهو أحد قولي (. ش .) .
والآخر : أن عليه الدية . وقال (. ك .) : عليه الدية والكفارة .

وقال (. ح .) : لا دية عليه .

مسألة ٤ . : إذا حصل له من تحرم بدار الإسلام ، مثل أن أسلم عندهم وخرج إلينا ثم عاد إليهم ، أو كان مسلما في دار الإسلام ، فخرج إليهم وكان مطلقا متصرفا لنفسه ، فمضى قتل مع عدم العلم بإيمانه ، سواء قصد قتله بعينه أو لم يقصده فلا دية له ولا قود وفيه الكفارة ، بدلالة الآية .

وقال (. ح .) : فيه الدية والكفارة . وقال (. ش .) : ان قصده بعينه ، ففيه الدية على أحد القولين وفيه الكفارة ، وان لم يقصده بعينه فلا دية فيه وفيه الكفارة .

مسألة ٥ . : إذا قتل أسيرا في أيدي الكفار وهو مؤمن ، وجبت فيه الدية والكفارة سواء قصده بعينه أو لم يقصده ، بدلالة الآية ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) .

وقال (. ح .) : لا ضمان عليه . وقال (. ش .) : ان قصده بعينه ، فعليه الدية والكفارة على أحد القولين . والقول الآخر كفارة بلا دية ، وان لم يقصده بعينه فعليه كفارة بلا دية .

مسألة ٦ . : قتل العمد يجب فيه ^(٢) الكفارة ، وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) .
وقال (. ر .) و (. ح .) ، وأصحابه : لا كفارة فيه ، سواء أوجب القود كما لو قتل أجنبيا أو لم يوجب القود كما لو قتل ولده .

مسألة ٧ . : يجب بقتل العمد ثلاث كفارات على الجمع : العتق ، والصيام والإطعام . وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

(١) سورة النساء : ٩٢ .

(٢) م : به .

مسألة ٨ . : الكفارة تجب بقتل العبد ، عمدا كان أو خطأ ، وبه قال جميع الفقهاء في الخطأ والعمد على ما مضى ، وحكي عن (. ك .) أنه قال : لا كفارة بقتل العبد.

مسألة ٩ . : تجب الكفارة في حق الصبي والمجنون والكافر ، بدلالة عموم قوله تعالى ﴿ **وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ** ﴾ ^(١) وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) لا كفارة على واحد من هؤلاء.

وان قلنا لا تجب على الصبي والمجنون كان قويا ، لقوله عائلا « رفع القلم عن ثلاث عن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يحتلم » .

مسألة ١٠ . : إذا اشترك جماعة في قتل رجل ، كان على كل واحد منهم الكفارة ، وبه قال جميع الفقهاء ، الا عثمان البتي ، فإنه قال : عليهم كلهم كفارة واحدة وحكى ذلك عن (. ش .) وقال أصحابه : لا يصح ذلك عنه .

مسألة ١١ . : إذا لم يجد الرقبة ، انتقل الى الصوم بلا خلاف ، فان لم يقدر على الصوم ^(٢) أطعم ستين مسكينا ، مثل كفارة الظهار وهو أحد قولي (. ش .) .
والثاني : أن الصوم في ذمته أبدا حتى يقدر عليه .

مسألة ١٢ . : الكفارة لا تجب بالأسباب ، ومعناه إذا نصب سكيना في غير ملكه ، فوقع عليها إنسان فمات ، أو وضع حجرا في غير ملكه ، فعثر به إنسان فمات ، أو حفر بئرا في غير ملكه ، فوقع فيه إنسان فمات ، أو رش ماء في الطريق أو بالت دابته فيها فزلق فيه إنسان فمات ، لأنه لا يسمى بشيء من هذه الأفعال ^(٣) قاتلا ، والله تعالى علق الكفارة بالقتل ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : كل ذلك يجب فيه

(١) سورة النساء : ٩٢ .

(٢) م : على ذلك .

(٣) م : من هذه الأشياء .

الدية والكفارة.

مسألة ١٣ . : إذا كان الرجل ملففا في كساء أو في ثوب ، فشهد شاهدان على رجل أنه ضربه ففدّه باثنين ولم يشهدا الجناية حين الضرب ، فاختلف الولي والجاني ، فقال الولي : كان حيا حين الضرب وقد قتله ، وقال الجاني : ما كان حيا حين الضرب ، كان القول قول الجاني مع يمينه ، لأن الأصل براءة الجاني ، وبه قال (. ح .) ، وأحد قولي (. ش .) . والأخر أن القول قول الولي مع يمينه .

مسألة ١٤ . : السحر له حقيقة ، ويصح منه أن يعقد ويرقي ويسحر ، فيقتل ويمرض ويفرق بين الرجل وزوجته ويتفق له أن يسحر بالعراق رجلا بخراسان فيقتله عند أكثر الفقهاء الا (. ح .) و (. ش .) ، و (. ك .) . وقال أبو جعفر الأسترابادي من أصحاب (. ش .) : لا حقيقة له وإنما هو تخيل وشعبدة ، وبه قال المغربي من أهل الظاهر ، وهو الذي يقوى في نفسي .

يدل على ذلك قوله تعالى مخبرا عن السحرة في قصة فرعون ﴿ **فَإِذَا جَاءَهُمْ وَعَصِيَهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى** ﴾ ^(١) وذلك أن القوم جعلوا من الحبال كهيئة الحيات ، وطلوا عليها الزبيق ، وأخذوا الموعد على وقت تطلع فيه الشمس حتى إذا وقعت على الزبيق تحرك ، فخيّل الى موسى أنها حيات ولم يكن لها حقيقة ، وكان هذا في أشد وقت الحر ، فألقى موسى عصاه ، فأبطل عليهم السحر فأمنوا به . وهذا لا ينافي قوله تعالى ﴿ **وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ** ﴾ ^(٢) لأن ذلك لا يمنع منه ، وإنما يمنع منه من أن يؤثر ^(٣) التأثير الذي ادعوه .

(١) سورة طه : ٦٦ .

(٢) سورة البقرة : ١٠٢ .

(٣) م : يمنع أن يؤثر .

مسألة ١٥ . : من استحل عمل السحر ، فهو كافر وجب قتله بلا خلاف ، ومن لم يستحله غير أنه استعمله كان فاسقا لا يجب قتله ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : الساحر زنديق إذا عمل السحر ، وقوله لا استحله غير مقبول ، ولا يقبل توبة الزنديق عنده . وقال (. د .) ، (. ق .) : يقتل الساحر ولم يعرض لكفره ، وقد روى ذلك أصحابنا .

مسألة ١٦ . : إذا أقر أنه سحر ، فقتل بسحره متعمدا ، لا يجب عليه القود عند (. ح .) . وقال (. ش .) : عليه القود وهو الصحيح عندنا ، لأنه قد أقر بقتل غيره ، وإقرار العاقل جائز على نفسه . وأيضا فقد روى أصحابنا أن الساحر يقتل . والوجه في هذه الرواية أنه من المفسدين في الأرض ، فوجب قتله لذلك .

مسألة ١٧ . : إذا قال أنا أعرف السحر وأحسنه ، لكني لا أعمل به ، فلا شيء عليه ، لأنه لا دليل ^(١) على إباحة دمه ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال (. ك .) : هذا زنديق وقد اعترف بذلك فوجب قتله ولا تقبل توبته .

(١) م : لا دلالة .

كتاب قتال أهل البغي

مسألة . ١ : الباغي هو الذي يخرج على امام عادل ويقاتله ، ويمنع من تسليم الحق اليه ، وهو اسم ذم ، ويجري في عظم الذنب مجرى محارب رسول الله صلى الله عليه . ووافقنا على أنه اسم ذم جماعة من العلماء ، وهم المعتزلة بأسرها ، وسموه فاسقا ، وكذلك جماعة من أصحاب (. ح .) ، (. ش .) ^(١) . وقال (. ح .) : هم فساق على وجه التدين . وقال أصحاب (. ش .) : ان هذا الاسم ليس باسم ذم عند (. ش .) بل اسم من اجتهد فأخطأ .

مسألة . ٢ : إذا أتلّف الباغي على العادل نفسا أو مالا والحرب قائمة ، كان عليه الضمان في المال والقود في النفس ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾ ^(٢) « و ﴿ **النَّفْسَ بِالنَّفْسِ** ﴾ ^(٣) وقول النبي ﷺ : ثمّ أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقلته ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين : ان

(١) م : من أصحاب (. ش .) .

(٢) سورة البقرة : ١٧٩ .

(٣) سورة المائدة : ٤٥ .

أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية. وهذا مذهب (. ك .) .

وقال (. ش .) : إن أتلّف مالا فعلى قولين ، أحدهما : يضمن. والآخر : لا يضمن.
وإن كان قتلا يوجب القود ، ففيه طريقان ، أحدهما : لا قود قولاً واحداً ، والدية على قولين ، لأن القصاص قد يسقط بالشبهة ، والمال لا يسقط ، والصحيح ^(١) عندهم أنه لا ضمان عليه ، وبه قال (. ح .) . وإن كان المتلف عادلاً ، فلا ضمان عليه بلا خلاف.

مسألة ٣ . : مانعوا الزكاة في أيام أبي بكر لم يكونوا مرتدين ، ولا يجوز أن يسموا بذلك ، وبه قال (. ش .) وأصحابه. وقال (. ح .) : هم مرتدون ، لأنهم استحلوا منع الزكاة.

مسألة ٤ . : إذا ولي أهل البغي إلى غير فئة ، أو ألقوا السلاح وقعدوا ، أو رجعوا ^(٢) إلى الطاعة ، حرم قتالهم. وإن ولوا منهزمين إلى فئة لهم ، جاز أن يتبعوا ويقتلوا ، وبه قال (. ح .) ، وأبو إسحاق المروزي. وقال باقي أصحاب (. ش .) : إنه لا يجوز قتالهم ولا اتباعهم.

مسألة ٥ . : من سب الإمام العادل وجب قتله. وقال (. ش .) : يجب تعزيره ، وبه قال باقي الفقهاء.

مسألة ٦ . : إذا وقع أسير من أهل البغي في المقاتلة ، كان للإمام حبسه ولم يكن له قتله وبه قال (. ش .) وقال (. ح .) له قتله.

ويدل على صحة ما ذهبنا إليه . مضافاً إلى إجماع الفرقة . ما رواه ^(٣) عبد الله ابن مسعود قال قال لي رسول الله ﷺ : يا ابن أم عبد ما حكم من بغى في أمّتي؟
قلت : الله ورسوله أعلم ، فقال ﷺ : لا يتبع مدبرهم ، ولا يجاز على جريحهم ،

(١) د : والصحة.

(٢) م : ورجعوا.

(٣) م : دليلنا ما رواه.

ولا يقتل أسيرهم ، ولا يقسم فيئهم . وهذا نص .

مسألة ٧ . : إذا أسر من أهل البغي من ليس من أهل القتال ، مثل النساء والصبيان والزمني والشيخ الهرمى لا يحبسون ، لأنه لا دلالة عليه . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٨ . : إذا قاتل ^(١) قوم من أهل الذمة مع البغاة أهل العدل ، خرجوا بذلك عن الذمة على كل حال .

وقال (. ش .) : ان قاتلوا بشبهة ، مثل أن يقولوا لم نعلم أنه لا يجوز معاونة قوم من المسلمين ، أو ظننا أن ذلك جائز ، لم يخرجوا عن ^(٢) الذمة . وان كانوا عاملين بذلك فهل يخرجون عن الذمة فيه قولان .

مسألة ٩ . : يجوز للإمام أن يستعين بأهل الذمة على قتال أهل البغي . وقال (. ش .) : لا يجوز ذلك ، وبه قال باقي الفقهاء .

مسألة ١٠ . : إذا نصب أهل البغي قاضيا يقضي بينهم أو بين غيرهم لم ينفذ حكمه ، سواء كان القاضي من أهل العدل ، أو من أهل البغي ، وسواء وافق الحق أو لم يوافق ، لإجماع الفرقة على أن القاضي لا ينعقد له القضاء إلا بأمر الامام .

وقال (. ح .) : ان كان القاضي من أهل العدل صح ذلك ، وان كان من أهل البغي لم ينفذ له قضاء .

وقال (. ش .) : ان كان ممن يعتقد إباحة أموال أهل العدل ودمائهم لم ينعقد له قضاء ولا ينفذ ^(٣) له حكم ، سواء وافق الحق أو لم يوافق . وان كان ثقة في دينه لا يبيح

(١) د : إذا قتل .

(٢) م : من .

(٣) م : لم ينعقد .

دماء أهل العدل وأموالهم ، نفذت قضاياه ، سواء كان من أهل العدل أو من أهل البغي.

مسألة ١١ . : إذا كتب قاضي أهل البغي إلى قاضي أهل العدل كتابا بحكم حكم به أو بما ثبت عنده ، لم يعمل عليه ولا يلتفت إليه ، لأن قضاياه غير ثابت ، ولأن عندنا لا يجوز العمل بكتاب قاض إلى قاض على حال. وقال (. ش .) : المستحب أن لا يعمل به ، وإن عمل به جاز. وقال (. ح .) : لا يعمل عليه.

مسألة ١٢ . : إذا شهد عدل من أهل البغي لم يقبل شهادته ويرد. وقال (. ش .) : (. ح .) : لا يرد شهادته غير أن (. ح . » -) يقول : أهل البغي فساق على طريق التدين وعنده الفسق على طريق التدين لا يرد به الشهادة.

مسألة ١٣ . : الباغي إذا قتل غسل وصلى عليه ، لعموم الأخبار الواردة في وجوب الصلاة على الأموات ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يغسل ولا يصلى عليه.

مسألة ١٤ . : إذا كان المقتول في المعركة من أهل العدل لا يغسل ويصلى عليه ، لإجماع الفرقة على أن الشهيد لا يغسل ويصلى عليه.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : لا يصلى عليه. والثاني : يغسل ويصلى عليه.

مسألة ١٥ . : إذا قصد رجل رجلا يريد نفسه أو ماله ، جاز له الدفع عن نفسه وعن ماله ، وإن أتى على نفسه أو نفس طالبه ، ويجب عليه أن يدفع عن نفسه إذا طلب قتله ، ولا يجوز أن يستسلم مع القدرة على الدفع بدلالة قوله تعالى ﴿ **وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ** ﴾ ^(١) ولأن وجوب دفع المضار عن النفس معلوم بأوائل العقول.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : يجوز له أن يستسلم.

مسألة ١٦ . : ما يحويه معسكر البغاة يجوز أخذه والانتفاع به ، ويكون غنيمة

(١) سورة البقرة : ١٩٥ .

يقسم في المقاتلة ، وما لم يحوه المعسكر لا يتعرض له.

وقال (. ش .) : لا يجوز لأهل العدل أن يستمتعوا بدواب أهل البغي ، ولا بسلاحهم ولا يركبوها للقتال ، ولا يرمون بنشابهم حال القتال ، ولا في غير حال القتال ، ومتى حصل من ذلك شيء كان محفوظاً لأربابه ، فإذا انقضت الحرب رد عليهم .
وقال (. ح .) : يجوز الاستمتاع بدوابهم وسلاحهم والحرب قائمة ، فإذا انقضت كان ذلك رداً عليهم .

مسألة . ١٧ . : إذا امتنع أهل البغي بدارهم وأتوا ما يوجب الحد ، فمتى ظهرنا عليهم أقيم ذلك عليهم ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : انه لا يقام عليهم الحدود ولا يستوفي منهم الحقوق ، بناء على أصله في دار الحرب .

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا** ﴾ ^(١) ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا** ﴾ ^(٢) ولم يفصد .

(١) سورة المائدة : ٣٨ .

(٢) سورة النور : ٢ .

كتاب المرتد

مسألة ١ . : المرأة إذا ارتدت لا تقتل ، بل تحبس وتجبر على الإسلام حتى ترجع أو تموت في الحبس ، وبه قال (. ح .) وأصحابه وقالوا : ان لحقت بدار الحرب فسيبت استرقت ، ورووا عن علي عليه السلام انها تسترق ، وبه قال قتادة .
وقال (. ش .) : تقتل المرتدة ان لم ترجع كما يقتل الرجل ، وبه قال الحسن البصري ، والزهري ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ع .) ، والليث بن سعد ، و (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة ٢ . : الزنديق هو الذي يظهر الإسلام ويبطن الكفر ، فاذا تاب وقال : تركت الزندقة ، روى أصحابنا أنه لا تقبل توبته ، لأنه دين مكتوم ، وبه قال (. ك .) ، وقال (. ش .) : تقبل توبته ، وعن (. ح .) روايتان مثل قول (. ك .) ، و (. ش .) .
مسألة ٣ . : المرتد على ضربين ، أحدهما : يكون ولد على فطرة الإسلام بين مسلمين ، فمضى ارتد وجب قتله ولا تقبل توبته . والآخر : كان كافرا فأسلم ثم ارتد ، فهذا يستتاب ، فان تاب والا وجب قتله ، وبه قال عطاء .

وقال الحسن البصري : المرتد تقتل بغير استتابة . وقال (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ك .) ، وعامة الفقهاء : انه يستتاب ، سواء كان مسلما في الأصل أو كافرا ، فمضى لم يتب وجب قتله .

مسألة ٤ . : من اتفقنا على استتابته متى تاب سقط عنه القتل ، وبه قال جميع الفقهاء . وحكى (« ش » .) عن قوم أنه لا تقبل توبته ويجب قتله .

مسألة ٥ . : الاستتابة واجبة فيمن شرطه الاستتابة ، وهو أحد قولي (« ش » .) .

والثاني : مستحبة ، وبه قال (« ح » .) .

مسألة ٦ . : الموضع الذي قلنا انه يستتاب ، لم يحده أصحابنا بقدر ، والاولى أن لا يكون مقدرا ، لأنه لا دلالة عليه ، وروي عن علي عليه السلام أن رجلا تنصر فدعاه وعرض عليه الرجوع الى الإسلام فلم يرجع فقتله ولم يؤخره .

ولل (« ش » .) فيه قولان ، أحدهما : أنه يستتاب ثلاثا ، وبه قال (« د » .) ، و (« ق » .) . (« ه » .) وهو ظاهر ^(١) مذهب (« ح » .) . والآخر : يستتاب في الحال والاقتل ، وهو أصحهما . ورووا عن علي عليه السلام أنه يستتاب شهرا . وقال الزهري : يستتاب ما دما نرجوا رجوعه .

مسألة ٧ . : المرتد ان كان عن فطرة الإسلام ، زال ملكه عن ماله وتصرفه باطل ، لإجماع الفرقة على وجوب قتله وقسمة ماله بين الورثة . وان كان عن إسلام قبله ، كان كافرا لا يزول ملكه وتصرفه صحيح ، لأنه لا دلالة على زوال ملكه ^(٢) .

واختلف أصحاب (« ش » .) على طريقتين ، منهم من قال في ملكه وتصرفه ثلاثة أقوال ، أحدهما : يزول ملكه وتصرفه صحيح ^(٣) . والثاني : يزول ملكه وتصرفه باطل . والثالث : ملكه مراعى وكذلك تصرفه ، فان عاد تبينا أن ملكه لم يزل وأن تصرفه وقع صحيحا ، وان مات أو قتل تبينا أن ملكه زال عنه بالردة وأن تصرفه باطل . ومن أصحابه من قال : في تصرفه ثلاثة أقوال ، وفي ملكه قولان .

مسألة ٨ . : إذا مات المرتد وخلف مالا وله ورثة مسلمون ورثوه ، سواء

(١) م : وظاهر .

(٢) م : لا دلالة على ذلك .

(٣) م : صحيح لأنه لا دلالة عليه .

كان المال اكتسبه حال الردة أو حال إسلامه^(١) ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) .
 وقال (. ح .) : يرث المسلمون ماله الذي اكتسبه حال حقن دمه وهو حال إسلامه ،
 وما اكتسب حال اباحة دمه فهو فيء . وقال (. ش .) : الكل فيء ولا يرثه المسلم .
مسألة ٩ . : من ترك الصلاة معتقدا أنها غير واجبة ، كان كافرا وجب قتله بلا
 خلاف . وان تركها كسلا وتوانيا ، ومع ذلك يعتقد تحريم تركها ، فإنه يكون فاسقا ويؤدب
 على ذلك ولا يجب عليه القتل ، لأنه دلالة على ذلك .
 وقال (. ح .) ، و (. ك .) : يحبس حتى^(٢) يصلي . وقال (. ش .) : يجب عليه
 القتل بعد أن يستتاب كما يستتاب المرتد ، فان لم يفعل وجب قتله . وقال (. د .) : يكفر
 بذلك .
مسألة ١٠ . : المرتد الذي يستتاب إذا لحق بدار الحرب ، لم يجر ذلك مجرى موته ،
 ولا يتصرف في ماله ، ولا ينعق مدبره ، ولا تحل الديون التي عليه ، لأنه حي ، فلا يصح أن
 يجعل في حكم الأموات بغير دلالة ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يجري ذلك مجرى
^(٣) موته تحل ديونه ، وينعق مدبره ، ويقسم ماله بين ورثته .
مسألة ١١ . : إذا رزق المرتد أولادا بعد الارتداد ، كان حكمهم حكم الكفار يجوز
 استرقاقهم ، سواء ولدوا في دار الإسلام ، أو في دار الحرب ، بدلالة عموم كل ظاهر يدل
 على جواز استرقاق أولاد الكفار ، وهو أحد قولي (. « ش » -) والثاني : لا يجوز ، لان
 الولد يلحق بأبيه وقد ثبت^(٤) أن أباه لا يسترق .
 وقال (. ح .) : ان كانوا في دار الإسلام لا يسترقون ، وان كانوا في دار الحرب
 يسترقون .

(١) م : حال الإسلام .

(٢) م : يحبس على ذلك .

(٣) م : يجري مجرى .

(٤) د : سبق .

مسألة . ١٢ . : إذا نقض الذمي أو المعاهد الذمة والعهد ولحق بدار الحرب وخلف أموالا وذرية ، فعندنا الأمانة في ذريته وماله باق بلا خلاف ، فان مات ورثه ورثته من أهل الحرب ومن أهل الذمة في دار الإسلام .
وقال (. ش .) : ميراثه لو رثته في دار الحرب دون ورثته من الذمة في بلد الإسلام ، لأنه لا توارث بين الذمي والحربي .

كتاب الحدود

مسألة . ١ . : يجب على الثيب الرجم ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكي عن الخوارج أنهم قالوا : لا رجم في شرعنا ، لأنه ليس في ظاهر القرآن ولا في السنة المتواترة .
وفي المسألة إجماع الفرقة ، بل إجماع الصحابة ^(١) ، فقد روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم . وروى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رجم يهوديين .
وروي عن عمر أنه قال : لو لا أنني أخشى أن يقال زاد عمر في القرآن لكتبت آية الرجم في حاشية المصحف الشيخ والشيخة ، فارجوهما البتة نكالا من الله .
مسألة . ٢ . : المحصن إذا كان شيخا أو شيخة ، فعليهما الجلد ثم الرجم .
وان كانا شابين فعليهما الرجم بلا جلد ، بدلالة قوله تعالى ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ ^(٢) ولم يفصل وروي أن عليا عليه السلام جلد سراجة يوم

(١) م : إجماع جماعة الصحابة .

(٢) سورة النور : ٢ .

الخميس ورجمها يوم الجمعة ، فقليل له تحدها حدين ، فقال : جلدتها بكتاب الله ورجمها بسنة رسول الله.

وقال داود وأهل الظاهر : عليهما الجلد ثمّ الرجم ولم يفصلوا ، وبه قال جماعة من أصحابنا. وقال جميع الفقهاء : ليس عليه الا الرجم دون الجلد.

مسألة . ٣ . : البكر عبارة عن ^(١) غير المحصن ، فاذا زنا البكر جلد مائة وغرب عاما ، كل واحد منهما حد ، هذا إذا كان ذكرا ، وإن كان أنثى لم يكن عليها تغريب ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ش .) : هما سواء في الجلد والتغريب ، واليه ذهب (. ر .) ، و (. ع .) ، وابن أبي ليلى و (. د .) ، وقال (. ح .) : الحد هو الجلد فقط ، والتغريب ليس بحد ، وإنما هو تعزيز باجتهاد الامام وليس بمقدر ، فإن رأى الحبس فعل ، وإن رأى التغريب الى بلد آخر فعل من غير تقدير ، وسواء كان ذكرا أو أنثى.

وفي المسألة إجماع الفرقة ، وروى ابن ^(٢) عمر أن النبي ﷺ جلد وغرب وأن أبا بكر جلد وغرب وأن عمر جلد وغرب. وروى عن علي عليه السلام وعثمان أنهما فعلا ذلك. وروى عن ابن مسعود فغرب أبو بكر الى فدك ، وعمر الى الشام ، وعثمان الى مصر ، وعلي عليه السلام الى الروم ، ولا يخالف لهم.

مسألة . ٤ . : لا نفى على العبد ، ولا على الأمة ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ك .) و (. د .) . ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة . ٥ . : الإحصان لا يثبت عندنا الا بأن يكون للرجل فرج يغدو اليه ويروح متمكنا من وطنه سواء كانت زوجته حرة أو أمة أو ملك يمين ، ومتى لم يكن متمكنا منه لم يكن محصنا : اما بأن يكون مسافرا عنها ، أو محبوسا ، أو محالا بينها

(١) م : من .

(٢) م : أو أنثى دليلنا ما رواه .

وبينه ، وكذلك الحكم فيها سواء.

وقال جميع الفقهاء : متى عقد على امرأة ودخل بها وكانت حرة ثبت الإحصان وان فارقتها بموت أو طلاق ولم يراعوا التمكن من وطئها.

وأما الأمة ، فعند (. « ش » -) إذا أصاب أمة بنكاح صحيح أو أصاب العبد حرة ، ثبت الإحصان للحرّة دون المملوك ، وبه قال (. ك .) . وقال (. ح .) : لا يثبت الإحصان لأحدهما وهكذا الصغير إذا أصاب كبيرة بنكاح صحيح أو الكبير الصغيرة ، ثبت الإحصان للكبير عند (. « ش » -) وقال (. ك .) ، و (. ح .) : لا يثبت الإحصان لأحدهما ، وهو قول (. « ش » -) في القديم.

مسألة ٦ . : إذا مكنت العاقلة المجنون من نفسها فوطئها من نفسها ، فعليهما جميعا الحد. وان وطئ عاقل مجنونة ، وجب على العاقل الحد ، ولا يجب على المجنونة.

وقال (. ش .) : يلزم العاقل الحد ، دون من ليس بعاقل. وقال (. ح .) : لا يجب على العاقلة الحد إذا وطأها المجنون ، وان وطئ عاقل مجنونة لزمه الحد.

مسألة ٧ . : إذا كان الزانيان كاملين ، بأن يكونا حرين بالغين عاقلين ، فقد أحصنا إذا حصل فيهما الشرائط ، فإن كان أحدهما كاملا والآخر ناقصا ، فان كان النقص بالرق ، فالكامل قد أحصن دون الناقص. وان كان بالصغر لا يثبت فيهما الإحصان ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ك .) : ان كان النقص رقا ، لم يثبت الإحصان لأحدهما ، وان كان صغرا أحصن الكامل. وقال (. ش .) : ان كان النقص فالكامل قد أحصن دون الناقص ، فلا خلاف على المذهب ، وان كان النقص بالصغر ففيه قولان.

مسألة ٨ . : من وجب عليه الرجم ، يؤمر بالاغتسال والتكفن ثم يرحم ويدفن بعد أن يصلى عليه ، ولا يغسل بعد موته. وقال جميع الفقهاء : انه يغسل

بعد موته.

مسألة ٩ . : إذا ثبت الزنا بالبينة ، لم يجب على الشهود حضور موضع الرجم ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يلزمهم ذلك .
وقد روى أصحابنا أنه إذا ثبت الزنا بالبينة ، فأول من يرميه الشهود ثم الناس ، وإذا ثبت بالإقرار فأول من يرميه الامام ، فعلى هذه الرواية يجب على الشهود الحضور كما قال (. ح .) .

مسألة ١٠ . : إذا حضر الامام والشهود موضع الرجم ، فإن كان الحد ثبت ^(١) بالإقرار ، وجب على الإمام البداية ، وإن كان بالبينة بدأ الشهود ، ثم الامام ثم الناس ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : لا يجب على واحد منهم البدأة بالرجم .
مسألة ١١ . : لا يجب الحد بالزنا إلا بإقرار أربع مرات في أربعة مجالس فأما في دفعة واحدة فلا يثبت به الحد ، وبه قال (. ح .) .
وقال (. ش .) : إذا أقر دفعة واحدة لزمه الحد ، بكرا كان أو ثيبا ، وبه قال (. ك .) .

وقال ابن أبي ليلى : لا يثبت الا بأن يعترف أربع مرات ، سواء كان في مجلس واحد ، أو أربعة مجالس .

مسألة ١٢ . : إذا أقر بحد ثم رجع عنه ، سقط عنه الحد ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال الحسن البصري : لا يسقط ، وبه قال سعيد بن جبير ، وداود ، وهو احدى الروایتين عن (. ك .) .

وبدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . ما روي ^(٢) أن ما عزا أقر عند النبي ﷺ بالزنا فأعرض عنه مرتين أو ثلاثا ، ثم قال : لعلك قبلت لعلك

(١) م : قد ثبت .

(٢) م : دليلنا ما روى .

لمست ، فعرض عليه له بالرجوع حين أعرض عنه ، وصرح له بذلك بقوله لعلك لمست لعلك قبلت ، فلو لا أن ذلك تقبل منه ما كان فيه فائدة.

مسألة ١٣ . : المريض المأیوس منه إذا زنا وهو بكر أخذ عرجون فيه مائة شمراخ ، أو مائة عود يضم بعضه الى بعضه ، ويضرب به ضربة واحدة ، على وجه لا يؤدي الى تلفه .
وقال (. ح .) : يضرب مجتمعا ومفترقا ضربا مؤلما . وقال (. ك .) : يضرب بالسياط مجتمعا ضربا مؤلما . وقال (. ش .) : يضرب مائة بأطراف الثياب والنعال ضربا لا يؤلم ألما شديدا .

مسألة ١٤ . : إذا شهد عليه أربعة شهود بالزنا فكذبهم ، أقيم عليهم ^(١) الحد بلا خلاف ، وان صدقهم أقيم عليه الحد ، بدلالة عموم الأخبار التي جاءت في وجوب اقامة الحد إذا قامت عليه البينة ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : لا يقام عليه الحد ، لأنه سقط حكم الشهادة مع الاعتراف ، وباعتراف دفعة واحدة لا يقام عليه ^(٢) الحد .

مسألة ١٥ . : إذا وجد الرجل على فراشه امرأة ، فظنها زوجته فوطئها لم يكن عليه الحد ، لقوله ^(٣) « ادروا الحدود بالشبهات » وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : عليه الحد ، وقد روى ذلك أيضا أصحابنا .

مسألة ١٦ . : إذا أقر الأخرس بالزنا بإشارة معقولة ، وكذلك إذا أقر بقتل العمد لزمه القود ، بدلالة عموم الاخبار في وجوب الحد على المقر ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا يلزمه الحد ولا القود .

مسألة ١٧ . : إذا لاط الرجل فأوقب ، وجب عليه القتل ، والامام مخير

(١) م : عليه .

(٢) م : عليها .

بين أن يقتله بالسيف أو يرمي عليه حائطا ، أو يرمى به من موضع عال . وإن كان فعله دون الإيقاب ، فإن كان محصنا وجب عليه الرجم ، وإن كان بكرا وجب عليه جلد مائة .
وقال (. ش .) في أحد القولين : حكمه حكم الزاني يجلد إن كان بكرا ، ويرجم إن كان ثيبا ، وبه قال الحسن البصري ، والزهري ، و (. ف .) ، و (. م .) . والقول الآخر : أنه يقتل بكل حال كما قلناه ، وبه قال (. ك .) ، و (. د .) ، (. ق .) إلا أنهم لم يفصلوا .

وقال (. ح .) : لا يجب به الحد ، وإنما يجب به التعزير .
يدل على المسألة . مضافا إلى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما ^(١) رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : من عمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به .
مسألة ١٨ . : إذا أتى بهيمة ، كان عليه التعزير بما دون الحد ، وبه قال (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ح .) . ولل (. ش .) فيه ثلاثة أقوال ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : مثل الزنا . والثالث : مثل اللواط .

مسألة ١٩ . : إذا أتى بهيمة ، فإن كانت مأكولة اللحم ، ذبحت وأحرقت ^(٢) لحمها ولا يؤكل ، وإن كانت لغير الواطئ غرم قيمتها . وإن كانت غير مأكولة ، حملت إلى بلد آخر وبيعت ولا يذبح .

وقال (. ش .) : إن كانت مأكولة ، وجب ذبحها وهل يؤكل لحمها؟ فيه قولان .
وإن كانت غير مأكولة ، فهل يذبح؟ فيه قولان .
مسألة ٢٠ . : لا يثبت الشهادة باللوواط إلا بأربعة رجال ، ويثبت إتيان البهيمة بشاهدين . وقال (. ش .) : إن قلنا إنه كالزنا لم يقبل إلا شهادة أربعة ، وكذلك إن قال إنه أغلظ .

(١) م : دليلنا ما رواه .

(٢) م : أحرق .

واما إتيان البهائم ، فإن قلنا انه كاللواط أو كالزنا ، لم يثبت إلا بأربعة ذكور ^(١) ، وإن قلنا فيه تعزير ، فالمنصوص انه لا يثبت إلا بأربعة. وقال ابن حيران : يثبت بشهادة شاهدين. وقال (. ح .) : جميع ذلك يثبت بشاهدين.

مسألة . ٢١ . : روى أصحابنا في الرجل إذا وجد مع امرأة أجنبية يقبلها ويعانقها في فراش واحد ، أن عليها مائة جلدة. ورووا أيضا أن عليهما أقل من الحد. وقال جميع الفقهاء : عليهما التعزير.

مسألة . ٢٢ . : إذا وجدت امرأة حبلى ولا زوج لها ، وأنكرت أن يكون من زنا ، فلا حد عليها ، لأنه يحتمل أن يكون من وطئ بشبهة ، أو اكراه. ومع الشبهة فلا حد ، وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) . وقال (. ك .) : عليها الحد.

مسألة . ٢٣ . : يستحب أن يحضر عند اقامة الحد على الزاني ^(٢) طائفة من المؤمنين بلا خلاف ، وأقل ذلك عشرة ، وبه قال الحسن البصري ، وطريقة الاحتياط يقتضيه. وقال ابن عباس : أقله واحدة ^(٣). وقال عكرمة : اثنان. وقال الزهري : ثلاثة رجال ، وبه قال (. ش .) .

مسألة . ٢٤ . : يفرق حد الزاني ^(٤) على البدن كله الا الوجه والفرج ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : الا الفرج والوجه والرأس.

مسألة . ٢٥ . : إذا اشترى ذات محرم ، كالأم والبنت والأخت والعمة والخالة من نسب أو رضاع ، فوطئها مع العلم بالتحريم ، كان عليه القتل.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : عليه الحد ، وهو الصحيح عندهم. والثاني :

(١) بأربعة شهود ذكور.

(٢) م : الزناة.

(٣) م : واحد.

(٤) م : الزناة.

لا حد عليه ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٢٦ . : إذا شهد أربعة شهود على رجل بالزنا بامرأة ، فشهد اثنان أنه أكرهها ، والاخران أنها طوعته ، فعند (. ش .) لا يجب عليه الحد ، لأن الشهادة لم تكمل بفعل واحد ، بل هي على فعلين ، لان الزنا طوعا غير الزنا كرها .

وقال (. ح .) : عليه الحد ، وهو الصحيح الذي نذهب إليه ، لأنهم شهدوا عليه بالزنا ، وكونها مكرهه أو طائعه لا يغير حكم كونه زانيا ، وانما يؤثر في حكمها .

مسألة . ٢٧ . : إذا استأجر امرأة للوطئ فوطئها لزمه الحد ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : لا حد عليه .

مسألة . ٢٨ . : إذا عقد النكاح على ذات محرم له ، كأمه وبنته وأخته وخالته وعمته من نسب أو رضاع ، أو امرأة أبيه أو ابنه ، أو تزوج بخامسة ، أو بامرأة لها زوج ، ووطئها أو وطئ امرأة بعد أن بان^(١) باللعان أو بالطلاق الثلاث مع العلم بالتحريم ، فعليه الحد ، وبه قال (. ش .) ولم يفصل .

وقال (. ح .) : لأحد في شيء من هذا ، حتى قال : لو استأجر امرأة ليزني بها فزنا بها فلا حد عليه ، وان استأجرها للخدمة فوطئها فعليه الحد .

مسألة . ٢٩ . : إذا تكاملت شهود الزنا أربعة ، شهدوا به ثم ماتوا أو غابوا ، جاز للحاكم أن يحكم بشهادتهم ، ويقيم الحد على المشهود عليه ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : متى ماتوا أو غابوا ، لم يجوز له أن يحكم بشهادتهم .

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا** ﴾ ^(٢) ولم يشترط حضور الشهود . واما إذا اعتبرنا في الزاني إذا كان مشهودا عليه أن يبدأ

(١) م : بان^(١) منه .

(٢) سورة النور : ٢ .

برجحه الشهود ، كان القول قول (. ح .) ، وان قلنا ان ذلك مستحب ، فالقول الذي ^(١) ذكرناه صحيح مستمر.

مسألة . ٣٠ . : إذا تكامل شهود الزنا أربعة ، ثبت الحكم بشهادتهم ، سواء شهدوا في مجلس واحد أو في مجالس ، وشهادتهم متفرقين ^(٢) أحوط . ويدل عليه كل ظاهر ورد انه إذا شهد أربعة شهود وجب الحد ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان شهدوا في مجلس واحد ، ثبت الحد بشهادتهم . وان كانوا في مجالس ، فهم قذفة يحدون ، والمجلس عنده مجلس الحاكم ، فان جلس بكرة ولم يقم إلى العشي فهو مجلس واحد ، فان شهدوا اثنان فيه بكرة وآخران عشية ثبت الحد ، ولو جلس لحظة ثم انصرف لحظة وعاد فهما مجلسان .

مسألة . ٣١ . : إذا حضر أربعة ليشهدوا بالزنا ، فشهد واحد منهم أو ثلاثة ، ولم يشهد الرابع لم يثبت على المشهود عليه الزنا ، لأن الشهادة لم تتكامل بلا خلاف ، ومن لم يشهد لا حد ^(٣) عليه بلا خلاف ، ومن شهد فعليه حد القذف ، وبه قال (. ح .) وأصحابه ، و (. ش .) في أحد قوليه . والثاني انه لا يجب الحد .

وفي المسألة إجماع الفرقة ، وإجماع الصحابة أيضا ، روي ذلك عن علي عليه السلام وعمر ولا مخالف لهما . أما علي عليه السلام فروي أن أربعة أتوه ليشهدوا على رجل بالزنا ، فصرح ثلاثة وقال الرابع رأيتهما تحت ثوب ، فان كان ذاك زنا فهو ذاك .

وأما عمر ، فروي أنه استخلف المغيرة بن شعبة على البصرة ، وكان نازلا في أسفل الدار ونافع وأبو بكرة وشبل بن معبد وزباد في علوها ، فهبت ريح ففتحت باب البيت ورفعت الستر ، فرأوا المغيرة بين رجلي امرأة ، فلما أصبحوا تقدم

(١) م : فالقول قول الذي .

(٢) م : مفترقين .

(٣) م : لا شيء .

المغيرة ليصلي ، فقال له أبو بكر : تنح عن مصلانا ، فبلغ ذلك عمر ، فكتب يأمرهم أن يرفعوا اليه ، وكتب الى المغيرة قد تحدث عنك بما ان كان صدقا ، فلو كنت مت قبله كان خيرا لك ، فأشخصوا إلى المدينة فشهد نافع وأبو بكر وشبل بن معبد فقال عمر : أؤدي المغيرة الأربعة ، فجاء زياد ليشهد ، فقال : هذا رجل لا يشهد الا بحق ان شاء الله ، فقال : أما الزنا فلا أشهد ، ولكن رأيت أمرا قبيحا ، فقال عمر : الله أكبر وجلد الثلاثة ، فلما جلد أبو بكر ، قال : أشهد أن المغيرة زنا ، فهم عمر بجلده ^(١) ، فقال له علي عليه السلام : ان جلده فارجم صاحبك ، يعني ارجم المغيرة.

وقد تأول هذا القول تأويلين أحدهما أن معناه ان كانت هذه شهادة غير الاولى ، فقد كملت الشهادة أربعة فارجم صاحبك ، يعني إنما أعاد ما شهد به فلا تجلده بإعادته. والثاني : أن معناه أن جلده لا يجوز ، كما أن رجم المغيرة لا يجوز ، فان جلده وجلده لا يجوز فارجم صاحبك وانما كان الأول أصح ، لأن الساجي نقل القصة ، فقال قال علي عليه السلام : ان جعلت شهادته بمنزلة شهادة رجلين فارجم صاحبك.

مسألة ٣٢ . : إذا شهد الأربعة على رجل بالزنا ، فردت شهادة واحد منهم فان ردت بأمر ظاهر جلي ، فإنه يجب على الأربعة حد القاذف ، وان ردت بأمر خفي لا يقف عليه الا آحادهم ، فإنه يقام على المردود شهادته الحد ، ولا يقام الحد على الثلاثة ، لأن الأصل براءة الذمة ، ولا دليل على أنه يجب عليهم الحد.

وقال (. ش .) : ان ردت شهادته بأمر ظاهر ، فهل يجب على الأربعة حد؟ فيه قولان.

وان ردت بأمر خفي ، فالمردود الشهادة والثلاثة لا حد عليهم.

مسألة ٣٣ . : إذا شهد أربعة ثم رجع واحد منهم ، فلا حد على المشهود

(١) م : بجلده.

عليه بلا خلاف ، وعلى الرابع^(١) الحد بلا خلاف ، ولا حد على الثلاثة ، لأنه لا دليل عليه. ولل (. ش .) فيه قولان. وقال (. ح .) : عليهم الحد.

مسألة . ٣٤ . : إذا شهد أربعة فرجم المشهود عليه ، ثم رجع واحد أو الأربعة وقال الرابع : عمدت قتله ، كان عليه الحد والقود ، وبه قال (. ش .) ، وقال (. ح .) : لا قود عليه.

مسألة . ٣٥ . : إذا استكره امرأة على الزنا ، فلا حد عليها بلا خلاف ، وعليه الحد ولا مهر لها ، لأنه لا دليل عليه ، ولما روي أن النبي ﷺ نهي عن مهر البغي ، وهو مذهب (. ح .) . وقال (. ش .) : لها مهر.

مسألة . ٣٦ . : إذا زنا العبد أو الأمة ، فعلى كل واحد منهما نصف ما على الحر خمسون جلدة ، تزوجا أو لم يتزوجا ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) . وقال ابن عباس : ان كانا تزوجا ، فعلى كل واحد منهما نصف الحد ، وان لم يكونا تزوجا فلا شيء عليهما.

وقال داود : يجلد العبد مائة ، والأمة ان كانت تزوجت فعليها نصف الحد خمسون ، وان لم تكن تزوجت ففيه روايتان ، أحدهما : يجلد مائة. والأخرى : لا تجلد أصلا.

وانما اختلفت الرواية عنه ها هنا ، لان قوله تعالى ﴿ **فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ** ﴾^(٢) يعني : إذا تزوجن ، والمراد بقوله « أحصن » أسلمن. واما « أحصن » معناه تزوجن ، ولا يدل على أنه إذا لم يتزوجن فلا شيء لهن ، لأننا لا نقول بدليل الخطاب.

مسألة . ٣٧ . : للسيد أن يقيم الحد على ما ملكت يمينه بغير اذن الامام ،

(١) م : الرابع.

(٢) م : سورة النساء : ٢٥ .

وبه قال ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبو برزة ، وفاطمة ، وعائشة ، وحفصة ، وفي التابعين الحسن البصري ، وعلقمة ، والأسود ، وفي الفقهاء (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. ش .) ، و (. د .) و (. ق .) .

وقال (. ح .) ، وأصحابه : ليس له ذلك واقامة الحد إلى الأئمة فقط . وقال (. ك .) : ان كان عبدا أقام عليه السيد الحد ، وان كانت أمة ليس لها زوج فمثل ذلك ، وان كان لها زوج لم يقيم عليها ، لأنه لا دلالة عليها .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(١) عن علي عليه السلام ان النبي عليه السلام قال : أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم . وروى أبو هريرة أن النبي عليه السلام قال : إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ولا يشرب ، فان زنت فليجلدها فان زنت فليبيعها ولو بضعير ، والضعير الحبل . وروى أن فاطمة جلدت أمة لها ، وجلد ابن عمر أمة له زنت ونفاها الى فدك ، وأبو برزة جلدت وليدة له زنت وسرقت أمة لعائشة فقطعها ، وقتلت حفصة مهيرة لها سحرتها .

مسألة ٣٨ . : للسيد أن يقيم الحد على مملوكه في شرب الخمر ، وله أن يقطعه في السرقة ويقتله بالردة . ووافقنا (. « ش » -) في شرب الخمر ، وفي القطع بالسرقة قولان ، وفي القتل بالردة وجهان .

مسألة ٣٩ . : يقيم السيد الحد على مملوكه باعترافه وبالبينة ويعلمه ، ووافقنا (. « ش ») في الاعتراف ، وفي البينة قولان ، وكذلك في العلم .

مسألة ٤٠ . : إذا كان السيد فاسقا أو مكاتبا أو امرأة ، كان له اقامة الحد على مملوكه ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في أن للسيد اقامة الحد على مملوكه . ولل (. ش .) فيه وجهان .

مسألة ٤١ . : إذا وجد الرجل قتيلا في دار رجل ، فقال صاحب الدار :

(١) م : دليلا ما روى .

وجدته يزني بامرأتي ، فإن كان معه بينة لم يجب عليه القود ، وإن لم يكن معه بينة ، فالقول قول ولي الدم ، لقوله ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » .

وكذلك ان قال صاحب الدار : قتلته دفعاً عن نفسي ، لأنه دخل لصاً ليسرق متاعاً فإن كان معه بينة ، والا فالقول قول ولي الدم ، وبه قال (. « ش » .) . وقال (. ح .) : ان كان معروفاً بالصوصية ، فالقول قول القاتل ، لان الظاهر معه .

مسألة ٤٢ . : إذا شهد اثنان أنه زنا بالبصرة واثنان أنه زنا بالكوفة ، فلا حد للمشهود عليه بلا خلاف وعلى الشهود الحد ، لقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ﴾ ^(١) الآية وهذا لم يأت بأربعة شهداء ، وهو أحد قولي (. « ش » .) . والأخر : أنهم لا يحدون ، وبه قال (. ح .) .

مسألة ٤٣ . : إذا شهد أربعة على رجل أنه زنا بها في هذا البيت وأضاف كل واحد منهم شهادته إلى زاوية منه مخالفة للآخرى ، فإنه لا حد للمشهود ^(٢) عليه ويحدون ، وكذلك ان شهد اثنان على زاوية ، واخرى على زاوية أخرى ، لم يختلف الحكم فيه ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(٣) لهذه .

وقال (. ح .) : انه لا حد على المشهود عليه ، لكن أجلده مائة ان كان بكراً ، وأرجمه ان كان ثيباً استحساناً ، ووافقنا (. « ش » .) في سقوط حد الزنا ، وقال في الحد عليهم قولان .

مسألة ٤٤ . : إذا شهد أربعة بالزنا قبل شهادتهم ، سواء تقدم الزنا أو لم

(١) سورة النور : ٤ .

(٢) م : على المشهود .

(٣) م : لم يختلف الحكم كما مر .

يتقدم ، بدلالة الآية ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا ﴾^(١) الى آخره ولم يفصل ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان شهدوا بزنا قديم لم يقبل شهادتهم . وقال (. ف .) : جهدنا لـ (. « ح » .) أن يوقت في التقدم شيئا فأبى ، وحكى الحسن بن زياد و (. « م » .) عن (. « ح » .) أنهم إذا شهدوا بعد سنة لم يجز . وقال (. ف .) ، و (. م .) : إذا شهدوا بعد شهر من حين المعاينة لم يجز ، وفي الجملة إذا لم يقيموها عقيب تحملها لم تقبل .

مسألة ٤٥ . : ليس من شرط إحصان الرجم الإسلام ، بل شرطه الحرية والبلوغ وكمال العقل والوطني في نكاح صحيح ، فاذا وجدت هذه الشروط ، فقد أحصن إحصان رجم ، وهكذا إذا وطئ المسلم امرأته الكافرة فقد أحصنها ، وبه قال (. « ش » .) .

وقال (. ك .)^(٢) : ان كانا كافرين لم يحصن أحدهما الآخر ، لان أنكحة المشركين فاسدة عنده ، وان كان مسلما وهي كافرة فقد أحصنا جميعا ، لان هذا النكاح صحيح .

وقال (. ح .) : الإسلام شرط في إحصان الرجم ، فان كانا كافرين لم يحصنا ، وان كان مسلما ووطئ زوجته الكافرة لم يحصنا معا ، ولم يجب عليهما بالزنا الرجم .

مسألة ٤٦ . : إذا قذف العبد محصنا ، وجب عليه الحد ثمانون جلدة ، مثل حد الحر سواء ، وبه قال الزهري . وقال جميع الفقهاء : حده أربعون جلدة .

مسألة ٤٧ . : إذا قذف جماعة واحدا بعد آخر كل واحد بكلام مفرد ، فعليه لكل واحد منهم الحد ، وهو مذهب (. « ش » .) وان قذفهم بكلمة واحدة ، فقال : زنيتم ، أو أنتم زناة ، روى أصحابنا أنهم ان جاؤوا به مجتمعين كان لجميعهم حد واحد ، وان جاؤوا به مفترقين كان عليه لكل واحد منهم حد .

(١) سورة النور : ٢ .

(٢) د : وقال (. ح .) .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : عليه حد واحد لجميعهم . والآخر : عليه لكل واحد حد كامل ولم يفصل . وقال (. ح .) : عليه لجماعتهم ^(١) حد واحد ، سواء قذفهم بكلمة واحدة ، أو أفرد كل واحد منهم بكلمة القذف .

مسألة . ٤٨ . : إذا قال : زني بفلانة أو قال لها : زنا بك فلان وجب عليه حدان . وقال (. ح .) : عليه حد واحد ، وهو قول (. « ش » -) ^(٢) في القديم . وقال في الجديد : فيه قولان .

مسألة . ٤٩ . : إذا قال لرجل : يا ابن الزانية ، وجب عليه حدان لأبويه ، فإن كانا حين استوفيا ، وإن كانا ميتين استوفاه ورثتهما . وقال (. ح .) : عليه حد واحد ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٥٠ . : حد القذف مورث يرثه كل من يرث المال من ذوي الأنساب دون الأسباب على الاجتماع والانفراد .

وقال (. ح .) : حد القذف لا يورث . وقال (. « ش » -) : هو موروث وفيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها : ما قلناه . والثاني : يرثه العصبات من الرجال فقط . والثالث : وهو المذهب أنه يرثه كل من يرث المال من النساء والرجال من ذوي الأنساب والأسباب .

مسألة . ٥١ . : إذا قذف رجلا ، ثمَّ اختلفا فقال المقذوف : أنا حر فعليك الحد ، وقال القاذف : أنت عبد فعلي التعزير ، كان القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمة القاذف . وقال (. « ش » -) في كتبه مثل ما قلناه في القاذف . وقال في الجنايات : القول قول المجني عليه .

مسألة . ٥٢ . : من لم تكمل فيه الحرية ، فمضى قذفه قاذف ، جلد بحساب الحرية وعزر بحساب الرق . وقال جميع الفقهاء : عليه التعزير .

(١) م : لجميعهم .

(٢) م : وبه قال (. « ش » -) .

- مسألة . ٥٣ :** التعريض بالقذف ليس بقذف ، مثل أن يقول : لست بزاني ولا أمني زانية ، وكقوله يا حلال بن الحلال ونحو هذا كله ليس بقذف ، وبه قال (. ح ،) و (. ش .) . وقال (. ك .) : هو قذف حال الغضب ، وليس بقذف حال الرضاء .
- مسألة . ٥٤ :** إذا جلد الزاني الحر أربع مرات ، قتل في الخامسة وكذلك في القذف يقتل في الخامسة والعبد يقتل في الثامنة ، وقد روي أن الحر يقتل في الرابعة . وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : عليه الجلد بالغما ما بلغ .

كتاب السرقة

مسألة . ١ : النصاب الذي يقطع به ربع دينار فصاعدا ، أو ما قيمته ربع دينار ، سواء كانت دراهم أو غيرها من المتاع ، وهو مذهب (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال داود وأهل الظاهر : يقطع بقليل الشيء وكثيره ، ولا حد لأقله ، وبه قالت الخوارج . وقال الحسن البصري : القطع في نصف دينار فصاعدا . وقال عثمان البتي : القطع في درهم واحد فصاعدا .

وقال (. ك .) : النصاب الذي يقطع فيه أصلان ، الذهب والفضة ، فنصاب الذهب ربع دينار ، ونصاب الفضة ثلاثة دراهم ، فأيهما سرق قطع من غير تقويم ، وإن سرق غيرها قوم بالدراهم ، فإن بلغ ثلاثة دراهم قطع . وقال (. ح .) : القطع في عشرة دراهم فصاعدا ، فإن سرق من غيرها قوم بها .

مسألة . ٢ : إذا سرق ربع دينار من هذه الدنانير المنقوشة ، وجب القطع بلا خلاف بيننا وبين (. « ش » -) وإن كان تبرأ من ذهب المعادن الذي يحتاج إلى سبك وعلاج فلا قطع ، وإن كان ذهباً خالصاً غير مضروب فإنه يقطع عندنا ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في أن القطع في ربع دينار ، وعنده فيه وجهان .

مسألة ٣ . : إذا سرق ما قيمته ربع دينار وجب القطع ، سواء كان مما هو محرز بنفسه ، كالثياب والاثمار والحبوب اليابسة وغيرها ، أو غير محرز بنفسه وهو ما إذا ترك فسد ، كالفواكه الرطبة والثمار والخضراوات والبطيخ . أو اللحم الطري لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(١) لهذه .

ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ سئل عن الثمر المعلق ، فقال : من سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الحريز وبلغ ثمن المجني ربع دينار ففيه ^(٢) القطع . فاما قوله ﷺ « لا قطع في ثمر ولا كثر » فمحمول على أنه إذا لم يكن في حرز ، وبه قال (. « ش » .) .

وقال (. ح .) : انما يجب القطع فيما كان محرزا بنفسه ، فاما الأشياء الرطبة والبطيخ فلا قطع فيه بحال .

مسألة ٤ . : كل جنس يتمول في العادة ففيه القطع ، سواء كان أصله الإباحة أو غير الإباحة ، فما لم يكن على الإباحة فهو كالثياب والأثاث والحبوب ، وما أصله الإباحة من ذلك الصيود على اختلافها إذا كانت مباحة ، وكذلك الجوارح المعلمة ، وكذلك الخشب كله الحطب وغيره ، والساج وغيره واحد ، وكذلك الطين وكل ما يعمل منه من الخزف والأواني والزجاج وجميع ما يعمل منه ، والحجر وجميع ما يعمل منه من القدور وغيرها ، وكذلك كل ما يخرج من المعادن كالقير والنفط والموميا أو الملح ، وجميع الجواهر من اليواقيت وغيرها ، وكذلك الذهب والفضة ، كل هذا فيه القطع ، بدلالة عموم الآية والاحبار ، وبه قال (. « ش » .) .

وقال (. ح .) : فيما لم يكن أصله الإباحة مثل قولنا ، وما كان أصله الإباحة في دار الإسلام فلا قطع فيه بحال ، فقال : لا قطع في الصيود كلها ، والجوارح بأسرها

(١) م : كما مر ذكره .

(٢) م : المجن ففيه .

المعلمة وغير المعلمة ، والخشب جميعه لا قطع فيه الا ما يعمل منه آنية كالجفان والقصاع والأبواب ، فيكون في معموله القطع الا الساج فان فيه القطع في معموله وغير معموله ، لأنه ^(١) ليس من دار الإسلام.

وعنه في الزجاج روايتان ، وكلما يعمل من الطين من الخزف والفخار والقدر وغيرها من الأواني لا قطع فيه ، وهكذا كل ما كان من المعادن كالملاح والكحل والزرنخ والقيصر والنفط والمومياء كله لا قطع فيه الا الذهب والفضة والياقوت والفيروزج ، فان فيه القطع ، قال : لان جميع ذلك على الإباحة في دار الإسلام فلا يجب فيه القطع كالماء.

مسألة ٥ . : لا قطع الا على من سرق من حرز ، فيحتاج الى شرطين : السرقة ، والحرز ، فان سرق من غير حرز فلا قطع ، وان انتهب من حرز فلا قطع ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) .

وقال داود : لا اعتبار بالحرز ، فمتى سرق من أي موضع كان فعليه القطع ، وقال (. د .) : إذا سرق فعليه القطع وكذلك المنتهب والمختلس والخائن في ودعة أو عارية وهو ان يحدد ذلك فعليه القطع.

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة واخبارهم . ما روي ^(٢) عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل رسول الله ﷺ عن حريسة الجبل ، فقال : ليس في الماشية قطع الا ان يؤويها المراح ، ولا في الثمر قطع الا أن يؤويه الحريز ، وروى جابر ان النبي ﷺ قال : ليس على المنتهب ولا المختلس ولا على الخائن قطع.

مسألة ٦ . : كل موضع كان حرز الشيء من الأشياء ، فهو حرز لجميع

(١) م : فيه القطع وان لم يكن معمولاً لأنه.

(٢) م : دليلنا ما روى.

الأشياء ، بدلالة ظاهر الآية ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يختلف ذلك باختلاف الأشياء ، فحرز البقل وما أشبه ذلك من دكاكين البقالين تحت الشريحة المقفلة ، وحرز الذهب والفضة والثياب وغيرها المواضع الحريزة من البيوت والدور إذا كانت عليها أقفال وثيقة ، فمن ترك الذهب أو الفضة في دكان البقلي فقد ضيع ماله ، لان ذلك ليس بحرز مثله .

مسألة ٧ . : الإبل إذا كانت مقطرة وكان سائقا لها فهي في حرز بلا خلاف وان كان قائدا لها لا يكون في حرز الا التي زمامها بيده ، لأنه لا دليل على كونه حرزا وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يكون في حرز بشرطين : أحدهما ، أن يكون بحيث يكون لو (١) التفت إليها شاهدها كلها ، والآخر أن يكتر الالتفات إليها .

مسألة ٨ . : إذا نقب ثلاثة ودخلوا وأخرجوا بأجمعهم متاعا ، فبلغ نصيب كل واحد نصابا ، قطعناهم بلا خلاف ، وان كان أقل من نصاب ، فلا قطع سواء كانت السرقة ثقيلة أو خفيفة ، وبه قال (. ح .) وأصحابه و (. ش .) .

وقال (. ش . » -) : ان كانت السرقة ثقيلة فبلغت قيمته نصابا قطعناهم كلهم ، وان كانت خفيفة ففيه روايتان ، وروى أصحابنا أنه إذا بلغت السرقة نصابا وأخرجوه بأجمعهم وجب عليهم القطع ولم يفصلوا ، والأول أحوط بدلالة إجماع الفرقة على أن ما قلناه يجب قطعه .

مسألة ٩ . : إذا نقب ثلاثة وأخرج كل واحد منهم شيئا ، قوم فان بلغ قيمته نصابا وجب قطعه ، وان نقص لم يقطع لما قلناه في المسألة المتقدمة لهذه وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : أجمع ما أخرجه جميعهم وأقومه ، ثم أفض على الجميع ، فان

(١) م : بحيث لو .

أصاب كل واحد نصابا قطعته ، وان نقص لم أقطعه.

مسألة ١٠ . : إذا نقب ثلاثة وكوروا المتاع ، وأخرج واحد منهم دون الباقي ، فالقطع على من أخرج المتاع ^(١) دون من لم يخرج ، لان ذلك مجمع عليه ، ولا دلالة على وجوب القطع في غيره ^(٢) ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : أفض السرقة على الجماعة ، فإن بلغت حصة كل واحد منهم نصابا قطعت الكل ، وان نقصت عن نصاب القطع لم أقطع واحدا منهم.

مسألة ١١ . : إذا نقبا معا ، فأخذ أحدهما نصابا وأخرجه بيده الى رفيقه ، وأخذه رفيقه ولم يخرج هو من الحرز ، أو رمى به من داخل فأخذه رفيقه من خارج ، أو أخرج يده الى خارج الحرز والسرقة فيها ثم رده الى الحرز ، فالقطع في هذه المسائل الثلاث على الداخل دون الخارج ، بدلالة عموم الآية ^(٣) وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا قطع على واحد منهما.

مسألة ١٢ . : إذا نقبا معا ودخل أحدهما ، ففرب المتاع الى باب النقب من داخل ، فأدخل الخارج يده فأخرجه من جوف الحرز ، فعليه القطع دون الداخل ، بدلالة عموم الآية ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا قطع على واحد منهما.

مسألة ١٣ . : إذا نقب وحده ودخل فأخرج ثمن دينار ثم عاد من ليلته أو من الليلة الثانية ، فأخرج ثمن دينار فأكمل النصاب ، فلا قطع عليه ، لأن الأصل براءة الذمة ، وبه قال أبو إسحاق المروزي ، ولو قلنا يجب عليه القطع لعموم قوله **عَلَيْهِ** « من سرق ربع دينار فعليه القطع » كان قويا ، وبه قال أبو العباس ابن سريج.

(١) م : من اخرج دون.

(٢) م : لغيره.

(٣) م : عموم الاخبار.

وقال ابن خيران : ان عاد بعد أن اشتهر في الناس هتك الحرز فلا قطع ، وان عاد قبل ان يشتهر هتكه فعليه القطع.

مسألة . ١٤ . : إذا نقب ودخل الحرز فذبح شاة ، فعليه ما بين قيمتها حية ومذبوحة ، فإن أخرجها بعد الذبح ، فإن كانت قيمتها نصابا فعليه القطع ، وان كان أقل من نصاب ^(١) فلا قطع عليه ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .) ، و (. ف .) .

وقال (. ح .) ، و (. م .) : لا قطع عليه بناء على أصلهما في الأشياء الرطبة .
مسألة . ١٥ . : إذا نقب بيتا ودخل الحرز وأخذ ثوبا فشقه ، فعليه ما نقص بالخرق ، فإن أخرجته فإن بلغت قيمته نصابا فعليه القطع ، والا فلا قطع عليه ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : إذا شقه بحيث صار كالمستهلك ، فالمالك بالخيار بين أخذه وأرش النقص ، وبين تركه عليه وأخذ كمال القيمة ، بناء على أصله في الغاصب إذا فعل بالثوب هكذا ، فان اختار أخذ قيمة الكل فلا قطع ، لأنه إذا أخذ القيمة فقد ملكه قبل إخراجها من الحرز ، فان اختار أخذ الثوب والأرث وكانت قيمة الثوب نصابا فعليه القطع .

مسألة . ١٦ . : إذا سرق ما قيمته نصاب ، فلم يقطع حتى نقصت قيمته لنقصان السوق ، فصارت القيمة أقل من نصاب فعليه القطع ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا قطع عليه .

مسألة . ١٧ . : إذا سرق عينا يجب فيه القطع ، فلم يقطع حتى ملك السرقة بهبة أو شراء ، لم يسقط القطع عنه ، بدلالة الآية ، وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) . وقال (. ح .) .
(. م .) : متى ملكها سقط القطع . ويدل على المسألة ما رواه صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية قيل له : من لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان المدينة ونام في المسجد

(١) م : فعليه القطع والا فلا .

وتوسد رداه ، فجاء سارق فأخذ رداءه من تحت رأسه ، فجاء به صفوان إلى النبي ﷺ فأمر به رسول الله أن يقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد ^(١) هذا ، فقال رسول الله ﷺ : فهلا قبل أن تأتيني به.

مسألة ١٨ . : إذا سرق عبدا صغيرا لا يعقل أنه لا ينبغي أن يقبل الا من سيده ، وجب عليه القطع ، بدلالة الخبر والآية ، وبه قال (. ح .) ، و (. م .) ، و (. ش .) . وقال (. ف .) : لا قطع عليه كالكبير .

مسألة ١٩ . : إذا سرق حرا صغيرا ، فلا قطع عليه ، لإجماع الفرقة على أن السرقة انما يجب القطع فيها إذا بلغت القيمة ربع دينار والحر لا قيمة له بحال ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : عليه القطع ، وقد روى ذلك أصحابنا ، غير أنهم قالوا : إذا سرقه وباعه فعليه القطع .

مسألة ٢٠ . : إذا سرق دفاتر أو مصاحف أو كتب الأدب أو الفقه أو الإشعار أو غير ذلك ، وجب فيه القطع إذا بلغ قيمته النصاب ، بدلالة عموم الآية والاحبار ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا قطع في شيء من ذلك .

مسألة ٢١ . : إذا سرق ما فيه القطع مع ما لا قطع فيه ، وجب القطع ^(٢) إذا كان قدر نصاب ، مثل أن سرق إبريق ذهب فيه ماء ، أو قدرا ثمينة فيها طيبخ ، أو مصحفا عليه حلي وفضة وجلده ورقه يساوي نصابا ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا قطع في جميع ذلك .

مسألة ٢٢ . : من سرق من ستارة الكعبة ما قيمته ربع دينار ، وجب قطعه ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا قطع عليه .

(١) م : اني لم أرد .

(٢) م : قطعه .

وروى أصحابنا أن القائم إذا قام قطع أيدي بني شيبه ، وعلق أيديهم على البيت ، ونادى مناديه هؤلاء سراق الله ، لا يختلفون في ذلك.

مسألة ٢٣ . : إذا استعار بيتا ، وجعل متاعه فيه ، ثم ان المعير نقب البيت وسرق المتاع ، وجب قطعه ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .) .
وقال بعض أصحابه : لا قطع عليه ، وبه قال (. ح .) .

مسألة ٢٤ . : إذا اكترى دارا وجعل متاعه فيها ، فنقب المكري وسرق المتاع ، فعليه القطع ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) .
وقال (. ف .) ، و (. م .) : لا قطع ، لان القطع بهتك حرز وأخذ نصاب ، ثم ثبت أنه لو كان في النصاب شبهة ، فلا قطع كذلك إذا كان في الحرز.

مسألة ٢٥ . : أن نقب المراح ودخل ، فحلب من الغنم ما قيمته نصاب وأخرجه ، وجب قطعه ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : لا قطع عليه ، بناء على أصله في الأشياء الرطبة.

مسألة ٢٦ . : إذا سرق الضيف من بيت مقفل أو مغلق وجب قطعه ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا قطع عليه.
مسألة ٢٧ . : إذا سرق العبد ، كان عليه القطع مثل الحر ، بدلالة الآية والخبر ، وعليه إجماع الصحابة ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا قطع عليه ان كان آبقا ، بناء على أصله في القضاء على الغائب ، قال : إذا كان آبقا كان قطعه قضاء على سيده في ملكه والسيد غائب فلا قطع .
مسألة ٢٨ . : روى أصحابنا أن السارق إذا سرق عام المجاعة ، فلا قطع عليه ولم يفصلوا.

وقال (. ش .) : ان كان الطعام موجودا مقدورا عليه ولكن بالثمن العالي فعليه القطع ، وان كان القوت متعذرا لا يقدر عليه فسرق طعاما ، فلا قطع عليه.

مسألة ٢٩ . : النباش يقطع إذا أخرج الكفن من القبر الى وجه الأرض ، وبه قال ابن الزبير ، وعائشة ، والحسن البصري ، وإبراهيم النخعي ، وربيعه ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ف .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ع .) ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، و (. م .) : لا يقطع النباش ، لان القبر ليس بحرر ، والكفن ليس بملك لأحد .

وأجيب عن ذلك بأن القبر عندنا حرر مثله ، وفي الكفن وجوه : أحدها : أنه على حكم ملك المبيت ، ولا يمتنع أن يكون ملكا له في حياته وفي حكم ملكه بعد وفاته ، ألا ترى أن الدين في ذمته في حياته ، وفي حكم الثابت في ذمته بعد وفاته .
والثاني : أنه ملك للوارث والميت أحق به ، ولهذا قلنا لو أن سبعا أكل الميت كان كفنه لوارثه .

والثالث : أنه ليس بملك لأحد ، ولا يمتنع أن لا يكون ملكا لأحد ، ويتعلق به القطع ، كستارة الكعبة وبواري المسجد . فاذا قيل ملكا للوارث ، أو حكم الملك للميت ، فالمطالب به الوارث . وإذا قلنا لا مالك له ، فالمطالب به هو الحاكم يقطع النباش .
والمعتمد في المسألة إجماع الفرقة ، فإنهم لا يختلفون في ذلك . وقالت عائشة : سارق موتانا كسارق أحيانا .

مسألة ٣٠ . : إذا سرق نصابا من حرر ، وجب قطع يده اليمنى ، فان عاد ثانيا قطعت رجله اليسرى ، وبه قال جميع الفقهاء ، الا عطاء فإنه قال : يقطع يده اليسرى .

مسألة ٣١ . : إذا سرق السارق بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى ،

خلد الحبس فلا قطع عليه ، فان سرق في الحبس من الحرز ، وجب عليه القتل ^(١) .
 وقال (. ش .) : يقطع يده اليسرى في الثالثة ، ورجله اليمنى في الرابعة ، وبه قال (. ك .) ، و (. ق .) .

وقال (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه ، و (. د .) : لا يقطع في الثالثة ، مثل ما قلناه ، غير أنهم لم يقولوا بخلد السجن .

ويدل على صحة مذهبننا . بعد إجماع الفرقة . ما روي ^(٢) عن علي عليه السلام أنه أتى بسارق مقطوع اليد والرجل ، فقال : اني لأستحيي من الله أن لا أترك له ما يأكل به ويستنجي به . وروي في قراءة ابن مسعود : السارق والسارقة فاقطعوا إيمانهما .

مسألة ٣٢ . : موضع القطع في اليد من أصول الأصابع دون الكف ، ويترك له الإبهام ، وفي الرجل من عند معقد الشراك من عند الناتي على ظهر القدم ، ويترك له ما يمشي عليه ، وهو المشهور عن علي عليه السلام ، وجماعة السلف .

وقال جميع الفقهاء (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) : القطع في اليدين من الكوع ، وهو المفصل الذي بين الكف والذراع ، وكذلك يقطع الرجل من المفصل الذي بين الساق والقدم .

وقالت الخوارج : يقطع من المنكب ، لان اسم اليد يقع عليه .

مسألة ٣٣ . : قد قدمنا أن السارق إذا سرق رابعا يقتل . وقال الفقهاء : يعذر بعد الرابعة ولا قطع . وقال عثمان بن عفان ، وعبد الله بن عمر ، وعمر بن عبد العزيز : يقتل بعد الخامسة .

مسألة ٣٤ . : الزمي إذا شرب الخمر متظاهرا به ، وجب عليه الحد ، وان

(١) م : وجب قتله .

(٢) م : دليلنا ما روى .

استتر به لم يجب ^(١) عليه.

والمستأمن إذا دخل بلد الإسلام فتظاهر بشرب الخمر ، وجب عليه الحد ، وإن زنا بمشركة وجب عليه الجلد إن كان بكرا ، والرجم إن كان محصنا ، وإن زنا بمسلمة وجب عليه القتل ، محصنا كان أو غير محصن ^(٢) ، وإن سرق من حرز نصابا وجب عليه القتل . وقال (. ش .) : لا حد عليه في شرب الخمر ، ولا في الزنا بمشركة ، وفي السرقة قولان .

مسألة ٣٥ . : إذا سرق شيئا موقوفا ، مثل دفتر أو ثوب أو ما أشبههما ، وكان نصابا من حرز وجب القطع ، بدلالة الآية والخبر .

ولل (. ش .) فيه قولان مبنيان على انتقال الوقف ، فإن قال : ينتقل إلى الله تعالى ففيه وجهان ، أحدهما : يقطع كما يقطع في ستارة الكعبة . والثاني : لا يقطع كالصبيود والأحطاب .

وإن قال : الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه ، ففي القطع وجهان ، أحدهما : يقطع ، لأنه سرق ما هو ملك . والثاني : لا يقطع لأنه ملك ناقص .

مسألة ٣٦ . : إذا سرق دفعة بعد أخرى وطولب دفعة واحدة بالقطع ، لم يجب إلا قطع يده فحسب بلا خلاف ، فإن سبق بعضهم فطالب بالقطع فقطع ، ثم طالب الآخر روى أصحابنا أنه يقطع للآخر أيضا .

وقال جميع الفقهاء : لا يقطع للآخر ، لأنه إذا قطع بالسرقة فلا يقطع دفعة أخرى قبل أن يسرق ، وهو أقوى غير أن الرواية بما قلناه يدل عليها الآية والخبر وإجماع الفرقة .

(١) د : فلا يجب .

(٢) م : محصنا أو لم يكن .

مسألة ٣٧ . : إذا كانت يمينه ناقصة الأصابع ، ولم يبق إلا واحدة ، قطعت بلا خلاف. وان لم يكن فيها إصبع ^(١) ، قطع الكف. وان كانت شلاء ، روى أصحابنا أنها يقطع ولم يفصلوا.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وهو الأظهر ، وفي أصحابه من قال : لا يقطع ، لأنه لا منفعة فيها ولا جمال. وان كانت شلاء رجع الى أهل المعرفة بالطب فان قالوا : إذا قطعت اندملت قطعت ، وان قالوا : يبقى أفواه العروق مفتوحة ^(٢) لم يقطع.

مسألة ٣٨ . : إذا سرق ويساره مفقودة أو ناقصة ، قطعنا يمينه ، بدلالة الظواهر كلها ، وبه قال (. ش .).

وقال (. ح .) : ان كانت يساره مفقودة ، أو ناقصة نقصانا ذهب به معظم المنفعة كنقصان إبهامه أو إصبعين ، لم يقطع يمينه. وان كانت ناقصة إصبع واحد قطعنا يمينه ، وهكذا قوله إذا كانت رجله اليمنى لا يطبق المشي عليها ، لم يقطع رجله اليسرى.

مسألة ٣٩ . : كل عين قطع السارق بها مرة ، فإذا سرقها مرة أخرى يقطع بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .).

وقال (. ح .) : إذا قطع السارق بالعين مرة ، لم يقطع بسرقتها من أخرى ، فلو سرقها بعد ذلك فلا قطع ^(٣) ، سواء سرقها من الأول أو من غيره ، الا في مسألة واحدة قال : إذا كانت العين غزلا فقطع بها ، ثم نسج ثوبا ثم سرق الثوب ، قطعناه.

مسألة ٤٠ . : لا يثبت الحكم بالسرقة ووجوب القطع بالإقرار مرة واحدة

(١) م : أصابع.

(٢) م : مفتوحة.

(٣) م : فلا يقطع.

ويحتاج أن يقر مرتين حتى يحكم عليه بالقطع ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وزفر ،
و (. د .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) : انه يثبت بإقرار مرة واحدة ويغرم ويقطع^(١).

مسألة ٤١ . : إذا ثبت القطع بإقراره ، ثم رجع عنه سقط عنه^(٢) ، وبه قال جميع
الفقهاء ، الا ابن أبي ليلى فإنه قال : لا يسقط برجوعه .

مسألة ٤٢ . : إذا قامت عليه البينة بأنه سرق نصاباً من حرز لغائب ، وليس
للغائب وكيل بذلك ، لم يقطع حتى يحضر الغائب . وكذلك إذا قامت البينة عليه ، بأنه زنا
بأمة غائب لم يقيم عليه الحد حتى يحضر . وان أقر بالسرقة والزنا أقيم عليه الحد فيهما .
وانما قلنا انه لا يقطع ولا يحد في السرقة والزنا ، لأنه يجوز أن يكون الغائب أباح له
العين المسروقة ، أو ملكها إياه وغير ذلك ، أو أباح له وطئ الأمة ، أو متعة بها ، وإذا
احتمل ذلك لم يقطع ولم تحد^(٣) للشبهة .

وأما مع الإقرار ، فإنه يقيم عليه الحدان معا ، ولا يوقف الى حضور الغائب بدلالة
الآية ﴿ فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾^(٤) ﴿ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ﴾^(٥) .
وقال (. ش .) : لا يقطع في السرقة ويحد في الزنا .

مسألة ٤٣ . : إذا سرق عينا يقطع في مثلها قطعناه ، فان كانت العين قائمة ردها
بلا خلاف . وان كانت تالفة ، غرم قيمتها ، وبه قال الحسن البصري ، والنخعي

(١) م : انه يثبت ويغرم ويقطع .

(٢) م : عنه القطع .

(٣) م : لا تحد .

(٤) سورة المائدة : ٣٨ .

(٥) سورة النور : ٢ .

والزهري ، و (. ع .) ، والليث ، و (. ش .) ، و (. د .) ، سواء كان السارق غنيا أو فقيرا.

وقال (. ح .) : لا أجمع بين الغرم والقطع ، فإذا طالبه المسروق بالسرقة ورفعته الى السلطان ، فإن غرم له ما سرق سقط القطع ، وإن سكت حتى قطعه الامام سقط الغرم عنه ، وكان صبره وسكوته حتى قطع رضا منه بالقطع عن الغرم.

وقال (. ك .) : يغرم ان كان مؤسرا ، ولا يغرم ان كان معسرا.

مسألة . ٤٤ . : إذا سرق العبد من مال مولاه ، فلا قطع عليه ، وبه قال الفقهاء وحكي عن داود أن ^(١) عليه القطع.

مسألة . ٤٥ . : إذا سرق أحد الزوجين من الآخر من غير حرز ، فلا قطع عليه بلا خلاف . وإن سرقة من حرز ، كان عليه القطع ، وبه قال (. ك .) ، وهو أحد قولي (. ش .) . والثاني : أنه لا قطع ، وبه قال (. ح .) .

وهكذا الخلاف في عبد كل واحد إذا سرق من مال مولى آخر ، فكل عبد بمنزلة سيده سواء ، فالخلاف واحد.

مسألة . ٤٦ . : إذا سرق الرجل من مال ولده لا يقطع بلا خلاف ، الا داود فإنه قال : يقطع وإن سرق الولد من مال والديه أو واحد منهما أو جده أو جدته من جهة أحدهما ، أو أجداده وجداته من جهته ^(٢) ، أو من جهة واحد منهما نصابا من حرز كان عليه القطع ، وبه قال جميع الفقهاء.

مسألة . ٤٧ . : إذا سرق الام من مال ولدها ، وجب عليها القطع ، بدلالة عموم الآية والاختبار ، وبه قال داود . وقال جميع الفقهاء : لا قطع عليها.

مسألة . ٤٨ . : من ^(٣) خرج من عمود الوالدين والولد من ذوي الأرحام إذا

(١) م : انه قال .

(٢) م : جهتهما .

(٣) م : إذا .

سرق من الآخر ، فهو كالأجنبي يجب عليه القطع ، وبه قال (. ش .) .
 وقال (. ح .) : كل شخصين بينهما رحم محرم بالنسب ، فالقطع ساقط بينهما ،
 كما سقط بين الوالد وولده ، مثل الاخوة والأخوات ، والأعمام والعَمات ، والأخوال
 والحالات .

مسألة . ٤٩ . : روى أصحابنا أنه إذا سرق الرجل من بيت المال ، أو مما له فيه سهم
 أكثر مما نصيبه ^(١) بمقدار النصاب ، كان عليه القطع . وكذلك إذا سرق من الغنيمة .
 وقال جميع الفقهاء : لا قطع عليه .

مسألة . ٥٠ . : من سرق شيئاً من الملاهي من العيدان والطنابير وغيرهما وعليه حلي
 قيمته نصاب ربع دينار ، وجب ^(٢) عليه القطع ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .) .
 وقال (. ح .) : لا قطع عليه ، بناء على أصله أنه إذا سرق ما فيه القطع مع ما
 ليس فيه القطع لا يقطع .

مسألة . ٥١ . : من سرق من جيب غيره ، وكان باطناً بأن يكون فوقه قميص آخر ،
 أو من كمه وكان كذلك ، عليه القطع . وإن سرقة من الكم الأعلى أو الجيب الأعلى ، فلا
 قطع عليه ، سواء شده في الكم من داخل أو خارج .
 وقال جميع الفقهاء : عليه القطع ، ولم يعتبروا قميصاً فوق قميص ، إلا أن (. ح .) «
 - قال : إذا شده من داخل كمه وتركه من خارج ، فلا قطع عليه . وإن شده من خارج
 وتركه من داخل ، فعليه القطع . و (. ش . ») لم يفصل .

مسألة . ٥٢ . : إذا ترك الجمال والأحمال في مكان ، وانصرف الحاجة

(١) م : مما نصيبه .

(٢) م : نصاب وجب .

كانت في غير حرز هي وكل ما معها من متاع وغيره ، فلا قطع فيها ولا شيء منها لان المرجع في الحرز في العادة ، وما ذكرناه لا يعده أحد حرزا ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان أخذ اللص الزاملة بما فيها ، فلا قطع عليه ، لأنه أخذ الحرز بما فيها ، وان شق الزاملة وأخذ المتاع من جوفها ، فعليه القطع .

مسألة . ٥٣ . : من سرق باب دار فقلعه وأخذه ، أو هدم من حائطه آجرا وبلغ قيمتها نصابا ، كان عليه القطع ، بدلالة الآية والخبر ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا قطع عليه ، لأنه ما سرق وإنما هدم .

مسألة . ٥٤ . : إذا أقر العبد على نفسه بالسرقة ، لا يقبل إقراره . وقال جميع الفقهاء : يقبل ويقطع .

مسألة . ٥٥ . : إذا قصده رجل ، فقتله دفعا عن نفسه ، فلا ضمان عليه ، سواء قتله بالسيف أو بالمثل ، ليلا كان أو نهارا ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان كان بالسيف فكما قلناه ، وان كان بالمثل وكان ليلا فمثل ذلك وان كان نهارا كان عليه الضمان .

مسألة . ٥٦ . : إذا سرق الغانم من أربعة أخماس الغنيمة ما يزيد على نصيبه نصابا ، وجب قطعه .

ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : لا قطع عليه ، لان له في كل جزء نصيبا .

كتاب قطاع الطريق

مسألة . ١ : المحارب الذي ذكره الله تعالى في الآية هم قطاع الطريق ، الذين يشهرون السلاح ويخفون السبل ، وبه قال ابن عباس ، وجماعة الفقهاء .

وقال قوم : هم ^(١) أهل الذمة إذا أنقضوا العهد ولحقوا بدار الحرب وحاربوا المسلمين .
وقال ابن عمر : هم المرتدون ، لأنها نزلت في العرنيين .

مسألة . ٢ : إذا شهر السلاح وأخاف السبيل لقطع الطريق ، كان حكمه متى ظفر به الامام التعزير ، وتعزيره أن ينفيه عن البلد . وان قتل ولم يأخذ المال قتل ولا يجوز العفو عنه . وان قتل وأخذ المال ، قتل وصلب .

وان أخذ المال ولم يقتل ، قطعت يده ورجله من خلاف ، وينفى من الأرض متى ارتكب شيئاً من هذا ، ويتبعهم أينما حلوا من كان في طلبهم ، فاذا قدر يقيم عليهم هذه الحدود ، وبه قال في الصحابة عبد الله بن عباس ، وفي الفقهاء حماد والليث بن سعد ، ومحمد بن الحسن ، و (. ش .) .

وخالف (. « ح » .) في فصلين ، قال : إذا قتل وأخذ المال قطع وقتل ، وعندنا

(١) م : منهم .

يصلب. وقال : ان النفي هو الحبس ، وعندنا النفي ما ذكرناه.

وقال (. ك .) : الاية مرتبة على صفة قاطع الطريق ، وهو إذا شهر ^(١) السلاح وأخاف السبيل لقطع الطريق ، كانت عقوبته مرتبة على صفته ، فان كان من أهل الرأي والتدبير قتله ، وان كان من أهل القتال دون التدبير قطعه من خلاف ، وان لم يكن واحدا منهما لا تدبير ولا بطش نفاه من الأرض ، ونفيه أن يخرج به الى بلد آخر فيحبسه فيه. وذهب قوم الى أن أحكامهم على التخيير ، فيمن شهر السلاح وأخاف السبيل لقطع الطريق ، كان الامام مخيرا بين أربعة أشياء : القتل ، والصلب ، والقطع والنفي من الأرض ، ذهب اليه ابن المسيب ، والحسن البصري ، وعطاء ، ومجاهد فخرج من هذا مذهبان : التخيير عند التابعين ، والترتيب عند الفقهاء.

مسألة ٣ . : قد بينا أن نفيه عن الأرض أن يخرج عن بلده ، ولا يترك أن يستقر في بلد حتى يتوب ، فان قصد بلد الشرك منع من دخوله وقوتلوا على منعه. وقال (. ح .) : نفيه أن يحبس في بلده. وقال أبو العباس بن سريج : يحبس في غير بلده.

مسألة ٤ . : إذا قتل المحارب ، انحتم القتل عليه ولم يجز العفو عنه لأحد ، وبه قال (. ش .) .

وحكي عن (. « ح » -) أنه قال : ان قتل وأخذ المال انحتم قتله ، وان قتل ولم يأخذ المال ، فالولي مخير بين القصاص والعفو.

مسألة ٥ . : الصلب لا يكون الا بعد أن يقتل ، ثمَّ يصلب وينزل بعد ثلاثة أيام ، وبه قال (. ش .) .

(١) م : إذا أشهر.

وقال ابن أبي هريرة : لا ينزل بعد ثلاثة أيام ، بل يترك حتى يسيل صديدا .
وقال قوم من أصحاب (. ش .) : يصلب حيا ويترك حتى يموت . وعن (. ف .)
روايتان ، إحداهما : مثل قولنا . والثانية : أن يصلب حيا وينعج بطنه بالرمح حتى يموت .
مسألة . ٦ . : إذا قتل المحارب ولدا أو عبدا أو ذميا ، فإنه يقتل ، وهو أحد قولي (.
« ش » -) يدل عليه عموم قوله تعالى ﴿ أَنْ يُقْتَلُوا ﴾ ^(١) والثاني : أنه لا يقتل وهذا قوي
أيضا ، لقوله ﷺ : لا يقتل والد بولده ولا يقتل مؤمن بكافر .
مسألة . ٧ . : قد قلنا ان المحارب إذا أخذ المال ، قطع ولا يجب قطعه حتى يأخذ
نصابا يجب فيه القطع في السرقة ، لقوله ﷺ : القطع في ربع دينار .
وهو أصح قولي (. ش .) .
والآخر : أنه يقطع في قليل المال وكثيره ، وهذا قوي ، لعموم الأخبار الواردة في أنه
إذا أخذ المال وجب قطعه .
مسألة . ٨ . : حكم قطاع الطريق في البلد والبادية سواء ، مثل أن يحاصروا قرية
فيفتحوها ويقتلوا أهلها ، ويفعلوا مثل هذا في بلد صغير ، أو في طرف من أطراف البلد ، أو
كان بهم كثرة فأحاطوا ببلد كبير واستولوا عليه الحكم فيهم واحد .
وهكذا القول في دغار البلد إذا استولوا على أهله وأخذوا أموالهم على صفة لا غوث
لهم الباب واحد ، وبه قال (. ش .) ، و (. ف .) .
وقال (. ك .) : قطاع الطريق من كان من البلد على مسافة ثلاثة أميال ، فإن كان
دون ذلك فليسوا قطاع الطريق .
وقال (. ح .) ، و (. م .) : إذا كانوا في البلد أو بالقرب منه ، مثل ما بين الحيرة
والكوفة

(١) سورة المائدة : ٣٣ .

أو بين قريتين ، لم يكونوا قطاع الطريق.

مسألة ٩٠ . : لا يجب أحكام المحارب على الطليع والردى ، وإنما يجب على من يباشر القتل ، أو أخذ المال ، أو يجمع بينهما ، لأن الأصل براءة الذمة ، ولا دلالة على وجوب القتل أو القطع على هؤلاء ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : الحكم يتعلق بهم كلهم ، فلو أخذ واحد المال قطعوا كلهم ، ولو قتل واحد قتلوا كلهم.

مسألة ١٠٠ . : إذا جرح المحارب جرحاً ، يجب فيه القصاص ، وفي غير المحاربة مثل قطع اليد أو الرجل ، أو قلع العين ، وغير ذلك ، وجب عليه القصاص بلا خلاف ، ولا ينحتم^(١) بل^(٢) للمجروح العفو ، لأنه لا مانع منه. ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة ١١٠ . : إذا قطع المحارب يد رجل وقتله في المحاربة ، قطع ثم قتل وهكذا لو وجب عليه القصاص فيما دون النفس ، ثم أخذ المال ، اقتصر منه وقطع من خلاف وأخذ المال ، لان القصاص حق الآدمي ، والقتل في المحاربة حق الله ودخول أحد الحقيين في الآخر يحتاج الى دليل ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إذا قطع ثم قتل قتل ولم يقطع ، وان قطع يسار رجل ثم أخذ المال في المحاربة ، سقط القطع قصاصاً وقطع بأخذ المال.

مسألة ١٢٠ . : المحارب إذا وجب عليه حد من حدود الله لأجل المحاربة مثل انختم القتل ، أو قطع اليد والرجل من خلاف ، أو الصلب ، ثم تاب قبل أن يقدر عليه ، سقطت بلا خلاف. وان تاب بعد القدرة عليه ، لم يسقط بلا خلاف.

وما يجب عليه من حدود الآدميين ، فلا يسقط كالقصاص والقذف وضمان

(١) د : لا تحتم.

(٢) م : نعم.

المال.

وما يجب عليه من حدود الله تعالى التي لا تختص بالمحاربة ، كحد الزنا والشرب واللوواط ، فإنها يسقط عنه بالتوبة قبل القدرة عليه ، لإجماع الفرقة على أن التائب قبل اقامة الحد عليه يسقط حده. ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة . ١٣ . : كل من وجب عليه من حدود الله شيء من شرب الخمر أو الزنا أو السرقة من غير المحاربين ، ثم تاب قبل قيام البينة عليه بذلك ، فإنها يسقط بالتوبة. ولل (. ش .) في ذلك قولان.

مسألة . ١٤ . : إذا اجتمع حد القذف وحد الزنا وحد السرقة ، ووجوب قطع اليد والرجل في المحاربة ، وأخذ المال فيها ، وجب عليه القود ، يقتل في غير المحاربة ، فاجتمع عليه حدان وقطعان وقتل ، فإنه يستوفي منه الحدود كلها ثم يقتل ، بدلالة الظواهر الواردة في كل واحد منهما ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يسقط كلها ويقتل ، فان القتل يأتي على الكل ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، والنخعي .

وقال (. ح .) : الا حد القذف ، فإنه يجد ثم يقتل .

مسألة . ١٥ . : أحكام المحاربين يتعلق بالرجال والنساء سواء على ما فصلناه في العقوبات ، بدلالة عموم الآية ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا يتعلق أحكام المحاربين بالنساء .

وقال (. ح .) : إذا كان معهم نساء ، فان كن ردا والمباشر للقتال الرجال ، لم تقتل النساء ها هنا ، لأنه يقتل الرد إذا كان رجلا ، وان كان المباشر للقتل النساء دون الرجال ، فظاهر قوله انه لا قتل على الرجال ولا على النساء .

كتاب الأشربة

مسألة ١٠ . : من شرب الخمر ، وجب عليه الحد إذا كان مكلفا بلا خلاف ، فان تكرر منه ذلك قبل أن يقام عليه الحد أقيم عليه حد واحد بلا خلاف. وان شرب فحد ، ثم شرب فحد ، ثم شرب فحد ، ثم شرب رابعا ، قتل في الرابعة.

وقال جميع الفقهاء : لا يقتل ، وإنما يقام عليه الحد بالغاً ما بلغ.

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(١) سفيان عن الزهري عن قبيصة بن ذؤيب أن النبي ﷺ قال : ان شرب فاجلدوه ، ثمَّ ان شرب فاجلدوه ، ثمَّ ان شرب فاجلدوه ، ثمَّ ان شرب فاقتلوه .

وروي مثل ذلك عن جابر رواه محمد بن إسحاق بن خزيمة ، عن محمد بن المنكدر ، عن جابر أن النبي ﷺ قال : من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم ان شرب الخمر فاجلدوه ، ثم ان شرب الخمر فاجلدوه ، ثم ان شرب الخمر فاجلدوه .

مسألة ٢. : الخمر المحرم المجمع على تحريمها هي عصير العنب الذي اشتد وأسكر ،
وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) : اشتد وأسكر وأزبد ، فاعتبر الازباد ، فهذه حرام نجس ، يحد شاربها

(۱) م : دلیلنا ما رواہ.

سكر أو لم يسكر بلا خلاف.

مسألة . ٣ . : كل شراب أسكر كثيره ، فقليله وكثيره حرام ، وكله خمر حرام نجس يحد شاربته ، سكر أو لم يسكر ، كالخمر سواء عمل من زبيب أو تمر أو عسل أو حنطة أو شعير أو ذرة الكل واحد ونقيعه ومطبوخه سواء ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وابن عمر ، وابن عباس وعائشة ، وفي الفقهاء أهل الحجاز ، و (. ك) ، و (. ع .) ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) : أما عصير العنب إذا مسته النار وطبخ ، نظرت فان ذهب ثلثاه ، فهو حلال ولا حد حتى يسكر . وان ذهب أقل من الثلاثين ، فهو حرام ولا يحد ^(١) حتى يسكر . وما عمل من التمر والزبيب ، نظرت فان طبخ فهو النبيذ ، وهو مباح ولا يحد حتى يسكر . وان لم يطبخ فهو حرام ولا حد حتى يسكر .

فأما ما عمل من غير هاتين الشجرتين الكرم والنخل ، مثل العسل والشعير والحنطة والذرة ، فكله مباح ولا حد فيه ، أسكر أو لم يسكر .

قال (. م .) في كتاب الأشربة ، قال (. ح .) : الشراب المحرم أربعة : نقيع العنب الذي اشتد وأسكر ، ومطبوخ العنب إذا ذهب ثلثه ، ونقيع التمر والزبيب ، وما عدا هذا حلال كله .

ومن قال النبيذ حلال (. « ر » .) و (. ح .) ، وأصحابه ، ورووه عن علي عليه السلام ، وعمر ، وابن مسعود ، فالكلام معه في أربعة فصول :

أحدها : كل شراب مسكر فهو خمر ، وعنده ليس بخمر .

والآخر : أنه حرام وعنده حلال ، الا ما تعقبه السكر ، فإنه متى شرب عشرة فسكر عقيبه ، فالعاشر حرام وما قبله حلال .

والثالث : أنه نجس وعنده طاهر .

(١) م : لا حد .

والرابع : يحد شاربه عندنا ، وعنده لا يحد ما لم يسكر.

مسألة . ٤ . : تحريم الخمر غير معلل ، وانما حرمت وسائل المسكرات لاشتراكها في الاسم ، أو لدليل آخر وهذا الفرع ساقط عنا ، لأننا لا نقول بالقياس في الشرع.
وقال (. ش .) : هي معللة ، وعلتها الشدة المطرية ووسائل المسكرات مقيس عليها.
وقال (. ح .) : هي محرمة بعينها غير معللة ، وانما حرم نقيع التمر والزبيب لدليل آخر ، ولا نقيس عليها شيئا من المسكرات.

مسألة . ٥ . : نبذ الخليطين هو ما عمل من نوعين : تمر وزبيب ، أو تمر ويسر إذا كان حلوا غير مسكر غير مكروه ، لأن الأصل الإباحة ، ولأن أصحابنا نصوا عليه وقالوا : لا بأس بشربه إذا لم يكن مسكرا ، وبه قال (. ح .) .
وقال (. ش .) : هو مكروه غير محظور.

مسألة . ٦ . : حد الخمر ثمانون جلدة ، وبه قال (. ح .) ، وأصحابه ، و (. ر .) ، و (. ك .) لا يزداد عليه ولا ينقص.
وقال (. ش .) : حده أربعون ، فان رأى الامام أن يزيد عليها أربعين تعزيرا ليكون الحد والتعزير معا ثمانين فعل.

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى ^(١) منبه بن وهب ، عن محمد ، عن علي عن أبيه أن النبي ﷺ جلد شارب الخمر ثمانين . وروى شعبة عن قتادة عن أنس أن النبي ﷺ جلد شارب الخمر بجريدتين نحو أربعين ، وإذا كان أربعون بجريدتين كان ثمانين بواحدة ، وهو إجماع الصحابة.
وروي أن عمر استشار الصحابة ، فقال : ان الناس قد يتابعوا ^(٢) في شرب الخمر

(١) م : دليلا ما روى.

(٢) م : تتابعوا.

واستحقروا حدها فما ترون ، فقال علي عليه السلام : انه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذي ، وإذا هذي افتري . فتحده حد المفترى . وقال عبد الرحمن بن عوف : أرى أن يحد كأقل ^(١) الحدود ثمانين ، فثبت أنهم أجمعوا على الثمانين .

مسألة ٧ . : إذا تقيأ خمرا ، أقيم عليه الحد ، فأما بالرائحة فلا يقام عليه الحد . وقال ابن مسعود : يقام عليه الحد بها .

وقال (. ش .) ، وجميع الفقهاء : لا يقام عليه الحد بالقيء والرائحة .

مسألة ٨ . : إذا ضرب الامام شارب الخمر ثمانين فمات ، لم يكن عليه شيء ، لأننا قد بينا أن الثمانين حد .

وقال (. ش .) : يلزمه نصف الدية .

مسألة ٩ . : إذا عزر الامام من يجب تعزيره ، أو من يجوز تعزيره وان لم يجب فمات ، لم يجب عليه شيء ، لما روي عنهم عليهم السلام أن من ضربناه حدا من حدود الله فمات ، فليس له شيء . ومن ضربناه حدا من حدود الادميين فمات كان علينا ضمانه ، والتعزير من حدود الله . وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يلزمه ديته ، وأين تجب؟ فيه قولان ، أحدهما : على عاقلته .

والثاني : في بيت المال .

مسألة ١٠ . : الفقاع حرام لا يجوز شربه بحال . وقال (. د .) : كان (. « ك » .) يكرهه أن يباع في الأسواق . وقال (. د .) : حدثنا عبد الجبار بن محمد الطائي ^(٢) عن ضمرة قال : الغبراء التي نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عنها هي الاسكركة خمر الحبشة ، وكان عبد الله بن الأشجعي يكرهه .

وروى أبو عبيد عن ابن مريم عن محمد بن جعفر ، عن زيد بن أسلم ، عن

(١) في الخلاف : كأول . كامل .

(٢) م : عبد الجبار بن محمد الخطابي .

عطاء بن يسار أن النبي ﷺ سئل عن الغبيراء فنهى عليه السلام عنها ، وقال : لا خير فيها وقال زيد بن أسلم فالاسكركة هي ، وهي اسم تختص الفقاع.

وروى أصحابنا أن على شارب الحد ، كما يجب على شارب الخمر ، وأن على بايعه التعزير. وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا : هو مباح.

مسألة . ١١ . : الحد الذي يقام بالسوط حد الزنا وحد القذف بلا خلاف وحد شرب الخمر عندنا مثل ذلك.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والمنصوص له أنه يقام بالأيدي والنعال وأطراف الثياب لا بالسوط.

مسألة . ١٢ . : التعزير الى الامام بلا خلاف ، الا أنه إذا علم أنه لا يردعه الا التعزير ، لم يجوز له تركه. وان علم أن غيره يقوم مقامه من الكلام والتعنيف له أن يعدل اليه ، ويجوز له تعزيره ، بدلالة ظواهر الاخبار ، وبه قال (. ح .) .
وقال (. ش .) : هو بالخيار في جميع الأحوال.

مسألة . ١٣ . : لا يبلغ بالتعزير حد كامل ، بل يكون دونه. وأدنى الحدود في جنس الأحرار ثمانون ، فالتعزير فيهم تسعة وسبعون جلدة ، وأدنى الحد ^(١) في المماليك أربعون ، فأدنى التعزير فيهم تسعة وثلاثون.

وقال (. ش .) : أدنى الحدود في الأحرار أربعون ، فلا يبلغ بتعزير حر أكثر من تسعة وثلاثين ، وأدنى الحد ^(٢) في العبيد عشرون في الخمر ، فلا يبلغ بتعزيرهم أكثر من تسعة عشر.

وقال (. ح .) : لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود ، وأدناها عنده أربعون في حق العبيد في القذف وشرب الخمر ، فلا يبلغ بالتعزير ^(٣) أبدا أربعين.

(١) م : الحدود.

(٢) م : الحدود.

(٣) م : التعزير.

وقال ابن أبي ليلى ، و (. ف .) : أدنى الحدود ثمانون ، فلا يبلغ به الحد وأكثر ما يبلغ تسعة وسبعين مثل ما قلناه.

وقال (. ك .) ، و (. ع .) : هو الى اجتهد الإمام ، فان رأى أن يضربه ثلاثمائة وأكثر فعل كما فعل عمر بمن زور عليه الكتاب فضربه ثلاثمائة.

مسألة . ١٤ . : لا يقام الحدود في المساجد ، وبه قال جميع الفقهاء ، الا ابن أبي ليلى فإنه قال : يقام فيها.

كتاب قتال أهل الردة

مسألة ١ . : إذا ارتد الزوجان ^(١) ، ورزقا بعد ارتدادهما ولدا ، فإن كان في دار الإسلام لا يسترق ، وإن رزق في دار الحرب استرق ، وبه قال (. ح .) .
ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : يسترق . والآخر : لا يسترق .

مسألة ٢ . : إذا أتلف أهل الردة أنفسا وأموالا ، كان عليهم القود في الأنفس والضمان في الأموال ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **النَّفْسَ بِالنَّفْسِ** ﴾ ^(٢) ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾ ^(٣) .

وقال (. ش .) : إن لم يكونوا في منعة فمثل ما قلناه ، وإن كانوا في منعة فعلى قولين ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا يجب عليهم الضمان ، وبه قال (. ح .) .

مسألة ٣ . : إذا ارتد الرجل ، ثم رآه رجل من المسلمين مخلصي فقتله معتقدا أنه على الردة ، فبان أنه كان رجعا إلى الإسلام ، كان عليه القود . وكذلك إذا رأى ذميا فقتله يعتقد ^(٤) أنه على الكفر فبان مسلما ، أو قتل من كان عبدا ، فبان

(١) م : زوجان .

(٢) سورة المائدة : ٤٥ .

(٣) سورة البقرة : ١٧٩ .

(٤) م : معتقدا .

أنه كان أعتق ، فعليه القود في هذه المواضع كلها ، لقوله تعالى ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ ول (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٤ . : إذا أكره المسلم على كلمة الكفر ، فقال لها ، لم يحكم بكفره ولم تبين عنه امرأته ، وبه قال الفقهاء ، إلا أن (. ح .) قال : القياس أن امرأته لا تبين ، لكنها تبين استحسانا .

وقال (. ف .) : يحكم بكفره وتبين امرأته .

مسألة . ٥ . : السكران الذي لا يميز إذا أسلم وكان كافرا ، أو ارتد وكان مسلما لم يحكم بكفره وبإسلامه ، وبه قال (. ح .) .
وقال (. ش .) : يحكم بإسلامه وارتداده .

ويدل على المسألة أن الأصل بقاء إسلامه ان كان مسلما ، أو كفره ان كان كافرا وقول (. « ش » .) أنهما صحيحان منه كسائر العقود غير مسلم عندنا ، لان عقودها فاسدة ، ولا يصح شيء منها عندنا ، والأصل منازع فيه .

مسألة . ٦ . : المرتد الذي يستتاب إذا رجع الى الإسلام ثم كفر ثم رجع ثم كفر ، قتل في الرابعة ولا يستتاب ، لإجماع الفرقة على أن أصحاب الكبائر يقتلون في الرابعة .

وقال (. ش .) : يستتاب أبدا ، غير أنه يعزر في الثانية والثالثة ، وكذلك كلما تكرر .

وقال (. ح .) : في الثالثة يحبس ، لان الحبس عنده تعزير . وقال إسحاق بن راهوية

: يقتل في الثالثة ، وهو قوي لقوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ

ازدادوا كفراً لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرْ لَهُمْ﴾^(١) فبين أنه لا يغفر له بعد الثالثة .

(١) سورة النساء : ١٣٧ .

كتاب صول البهيمه

مسألة ١ . : إذا صالت البهيمه على إنسان ، فلم يتمكن من دفعها الا بقتلها فقتلها ، فلا ضمان عليه ، وبه قال ربيعة ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ف .) ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) : عليه ضمانها بالقيمة ، بعد أن وافقنا على أنه يحل قتلها .

مسألة ٢ . : إذا عض رجل يد رجل حال الخصومة أو غيرها ، فانتزع يده فسقط سن العاض ، فلا ضمان عليه .

لما روي أن رجلا خاصم رجلا فعض أحدهما يد صاحبه ، فانتزع العضوض يده من فم العاض ، فذهبت ثنيته ، فأتى النبي ﷺ فأخبره بذلك فأهدر سنه ، وقال : انزع يده من فيك؟ تقضمها كأنها في فجل ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال ابن أبي ليلى : عليه الضمان .

مسألة ٣ . : إذا اطلع رجل في بيت رجل ، فنظر الى حرمة ، فله أن يرمى عينه ، فاذا فعل فذهب ^(١) فلا ضمان عليه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ليس له ذلك ، فان فعله لزمه الضمان .

مسألة ٤ . : إذا كان لرجل بهائم ، فأرسلها ليلا فأتلقت زرها ، فعليه ضمانه ،

(١) م : فذهب .

وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا ضمان عليه .

مسألة . ٥ . : إذا كان راكب دابة أو قائدها ، فعليه ضمان ما يتلفه بيدها دون رجلها

، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يلزمه ضمان الجميع . يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة

وأخبارهم . ما روي ^(١) عن النبي ﷺ أنه قال : الرجل جبار والمعدن جبار .

مسألة . ٦ . : إذا دخل دار قوم بإذنهم ، فعقره كلبهم ، كان عليهم ضمانه ، وبه قال

(. ح .) . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٧ . : إذا دخل دارهم بغير إذنهم ، فعقره كلبهم ، أو وقع في بئر ، لم يكن

عليهم ضمانه . ولل (. ش .) فيه قولان .

(١) م : دليلنا ما روى .

كتاب السير

- مسألة ١ . : الجهاد فرض على الكفاية ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال سعيد ابن المسيب : هو فرض على الأعيان .
- مسألة ٢ . : روى أصحابنا أنه يجوز أن يغزو الإنسان عن غيره ويأخذ عليه الأجرة . وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
- مسألة ٣ . : إذا غزت طائفة بغير اذن الامام ، فغنموا مالا ، فالإمام مخير ان شاء ترك عليهم ، وان شاء أخذ منهم ، وبه قال (. ع .) ، والحسن البصري . وقال (. ش .) : يخمس عليهم . وقال (. ح .) : لا يخمس .
- مسألة ٤ . : إذا غنم المسلمون خيلا للمشركين ، ثم أدركهم المشركون وخافوا أخذها منهم ، لم يجز عقرها وقتلها ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يجوز ذلك .
- مسألة ٥ . : الشيوخ الذين لا رأي لهم ولا قتال منهم والرهبان وأصحاب الصوامع إذا وقعوا في الأسر ، جاز قتلهم لقوله تعالى ﴿ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً ﴾ ^(١) ولقوله ﷺ : اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم يعني الغلمان المراهقين .

(١) سورة البقرة : ٢٠٨ .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه وهو الأصح . والثاني : لا يجوز قتلهم ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٦ . : من لم تبلغه الدعوة من الكفار ، لا يجوز قتله قبل عرض الدعوة عليه ، فان قتله فلا ضمان عليه ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : عليه ضمان دمه .

مسألة . ٧ . : إذا قتل مسلم أسيراً مشركاً ، فلا ضمان عليه ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال (. ع .) : عليه الضمان والدية .

مسألة . ٨ . : يصح أمان العبد لآحاد المشركين ، سواء أذن له سيده في القتال أو لم يأذن ، بدلالة قوله ﷺ : المسلمون يتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم فادناهم عبيدهم ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان أذن له في القتال صح أمانه ، وان لم يأذن لم يصح .
مسألة . ٩ . : من فعل ما يجب عليه به الحد في أرض العدو من المسلمين ، وجب عليه الحد ، الا أنه لا يقام عليه الحد في أرض العدو ، بل يؤخر الى أن يرجع الى دار الإسلام .

وقال (. ش .) : يجب الحد وإقامتها ، سواء كان هناك إمام أو لم يكن .
وقال (. ح .) : ان كان هناك امام وجبت وأقيمت ، وان لم يكن بها امام لم يقم ، وأصحابه يقولون : انها يجب لكنها لا يقام ، وهذا مثل ما قلناه .

مسألة . ١٠ . : لا يملك المشركون أموال المسلمين بالقهر والغلبة ، وان حازوها الى دار الحرب ، بل هي باقية على ملك المسلمين ، فان غنم المسلمون ذلك ووجده صاحبه أخذه بغير شيء إذا كان قبل القسمة ، وان كان بعد القسمة أخذه ودفع الامام قيمته الى من هو في سهمه من بيت المال ، لئلا ينتقض القسمة ، وان أسلم الكافر عليه فهو أحق به يعني صاحبه ، وبه قال ربيعة ، و (. ش .) وقد روى أصحابنا أيضاً أنه يأخذ صاحبه بعد القسمة بالقيمة ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) .

وقال (. ح .) وأصحابه : كل ما يصح تملكه بالعقود ، فان المشركين يملكونه بالقهر والإجازة في ^(١) دار الحرب ، الا أن صاحبه ان وجدته قبل القسمة أخذه بغير شيء ، وان وجدته بعد القسمة أخذه بالقيمة ، وان أسلم الكافر عليه فهو أحق به .

مسألة . ١١ . : إذا دخل حربي إلى دار الإسلام بأمان ومعه مال ، انعقد أمانه على نفسه وماله بلا خلاف ، فاذا رجع الى دار الحرب وخلف ماله في بلد الإسلام ثم مات في دار الحرب صار ماله فيئا ، لأنه إذا مات ارتفع ^(٢) .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر يكون لورثته في دار الحرب .
مسألة . ١٢ . : إذا أسلم الحربي أحرز ماله ودمه وصغار أولاده ، وسواء في ذلك ماله في دار الحرب أو في دار الإسلام ، وبه قال (. ش .) ، الا أن أصحابنا قالوا يحرز ماله الذي يمكن نقله الى بلد الإسلام .

وقال (. ك .) : يحرز ماله الذي في دار الإسلام إذا أسلم في دار الإسلام ، فأما ماله الذي في دار الحرب فهو غنيمة .

وقال (. ح .) : إذا أسلم أحرز ما في يده المشاهدة وما في يد ذمي ، فأما ما لا يدل عليه ، فإنه لا يحزره ^(٣) فان ظهر المسلمون على الذين غنموه وهكذا ما لا ينقل ولا يحول مثل العقار والأراضي لا يحرزها بإسلامه ، لأن اليد لا تثبت عليها على أصلهم ، ويقول : ان أملاك أهل الحرب ضعيفة ، فلا يملكون بإسلامهم ، إلا ما ثبت عليه اليد .

ويقول أيضا : ان الحربي إذا تزوج حربية فاحملها ^(٤) ، ثم أسلم قبل أن

(١) م : الى .

(٢) م : ارتفع امانه .

(٣) م : لا يحرز .

(٤) م : فأحبلها .

تضع الولد ، فالولد مسلم ويجوز استرقاق الام والولد ، وان انفصل الولد لم يجز استرقاقه .
وعند (. ش .) لا يجوز استرقاق الولد بحال ، وبه نقول .

مسألة ١٣ . : مكة فتحت عنوة بالسيف ، وبه قال (. ع .) ، و (. ح .)
وأصحابه ، و (. ك .) .

وقال (. ش .) : فتحت صلحا ، وبه قال مجاهد .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(١) أن النبي ﷺ لما دخل مكة استند إلى الكعبة ، ثم قال : من ألقى سلاحه فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن . فامنهم بعد الظفر بهم ، ولو كان دخلها صلحا لم يحتج الى ذلك ، ومن قرأ السير والاحبار وكيفية دخول النبي ﷺ مكة علم أن الأمر على ما قلناه .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : كل بلدة فتحت بالسيف الا المدينة فإنها فتحت بالقرآن . وروي عن النبي ﷺ أنه دخل مكة وعلى رأسه المغفر ، وقتل خالد بن الوليد أقواما من أهل مكة وهذا هو القتال .

مسألة ١٤ . : إذا وطئ بعض الغانمين جارية ، لم يكن عليه الحد ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال (. ع .) ، وأبو ثور : ان عليه الحد ، وحكي ذلك عن (. ك .) .

مسألة ١٥ . : إذا وطئ الغانم المسلم جارية من المغنم فحبلت ، لحق به النسب وقوم عليه الجارية والولد ، ويلزمه ما يفضل عن نصيبه .

وقال (. ش .) : يلحق به نسبه ولا تملك ، وهل يقوم عليه الجارية؟ فيه طريقتان وأما الولد فان وضعت بعد ما قومت عليه الجارية لا يقوم عليه الولد ، لأنها وضعت في ملكه ، وان وضعت قبل أن يقوم عليه الولد قوم عليه الولد . وقال (. ح .) :

(١) م : دليلا ما روى .

لا يلحق ويسترق.

مسألة ١٦ . : إذا دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرقت منهم شيئاً أو استقرض من حربي مالا وعاد إلينا ، فدخل صاحب المال بأمان كان عليه رده ، لقوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١) وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا يلزمه رده .

مسألة ١٧ . : إذا سبي الزوجان الحريان واسترقا أو أحدهما ، انفسخ النكاح بينهما ، وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) ، والليث بن سعد ، و (. ر .) ، وأبو ثور . وقال (. ع .) ، و (. ح .) : لا ينفسخ .

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(٢) فحرم المزوجات من النساء واستثني من ذلك ملك اليمين .

وروي أن هذه الآية نزلت على سبب ، روى أبو سعيد الخدري قال : بعث رسول الله ﷺ سرية قبل أوطاس فغنموا نساء فتأثم أناس وطأهن لأجل أزواجهن فنزل قوله تعالى ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(٣) الآية نزلت بعد شأن المزوجات إذا سبين وملكن ، فأما إذا سبيت وحدها من زوجها ، فلا خلاف أن العقد ينفسخ .

مسألة ١٨ . : إذا سبيت المرأة مع ولدها الصغير ، لم يجز التفريق بينهم بالبيع ، ما لم يبلغ الصبي سبع سنين ، فاذا بلغ ذلك كان جائزاً .

وقال (. ش .) : لا يفرق بينهما حتى يبلغ ^(٤) الولد في أصح القولين ، وبه قال (. ح .) .

(١) سورة النساء : ٥٨ .

(٢) سورة النساء : ٢٤ .

(٣) سورة النساء : ٢٤ .

(٤) د : بلغ .

وهكذا كل أمة لها ولد مملوك. والقول الآخر مثل ما قلناه.

وقال (. ك .) : إذا ثغر الصبي وهو أن يسقط أسنانه ونبتت جاز التفريق. وقال الليث : إذا بلغ حدا يأكل بنفسه ويلبس بنفسه ، جاز التفريق. وقال (. د .) : لا يجوز التفريق أبدا.

مسألة ١٩ . : إذا فرق بين الصبي وبين أمه لم يطل البيع ، بدلالة قوله تعالى ﴿ **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** ﴾ ^(١) وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يطل ولو قلنا بذلك لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه كان قويا وأيضا روي عن علي عليه السلام أنه فرق بين جارية وولدها ، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك ورد البيع.

مسألة ٢٠ . : يجوز التفريق بين كل قريب ما عدا الوالدين والمولودين لأن ^(٢) الأصل جوازه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : كل ذي رحم محرم بالنسب لا يجوز التفريق بينه وبين الولد.

مسألة ٢١ . : إذا سبي صبي مع أبويه أو أحدهما ، تبعه في الكفر ، وبه قال جميع الفقهاء.

وقال (. ع .) : يتبع السابي في الإسلام. وقال (. ك .) : إذا سبي مع أمه لا يتبعها ويتبع السابي ، وإن سبي معهما ^(٣) أو مع الأب تبعه.

مسألة ٢٢ . : يجوز بيع أولاد الكفار في الموضع الذي يحكم بكفرهم من الكفار والمسلمين ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ف .) ، و (. د .) : لا يجوز البيع من كافر. وقال (. ح .) : أكره ذلك.

(١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٢) د : فأن .

(٣) د : معها .

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) ولم يفصل وأيضاً فإن النبي ﷺ لما سبي من بني قريظة جزى السبي ثلاثة أجزاء ، فبعثه بثلاثيه الى الحجاز ، وثلثه الى الشام والشام كانت دار كفر في ذلك الوقت وانما بعث بهم للبيع.

مسألة . ٢٣ . (. « ج » -) : إذا صالح الامام قوما من المشركين على أن يفتحوا الأرض ويقرهم فيها ويضرب على أرضيهم خراجا بدلا من الجزية ، كان ذلك جائزا على حسب ما يعلمه من المصلحة ويكون جزية ، فإذا أسلموا أو باعوا الأرض من مسلم سقط ، وبه قال (. ش .) الا أنه قيد ذلك بأن قال : إذا علم أن ذلك يفيء بما يختص كل بالغ دينارا في كل سنة.

وقال (. ح .) : لا يسقط ذلك بالإسلام.

مسألة . ٢٤ . : إذا خلى المشركون أسيرا على مال يوجهه إليهم ، فإنه^(٢) ان لم يقدر على المال يرجع إليهم ، فإن قدر على المال لم يلزمه إنفاذه ، وان لم يقدر عليه لم يلزمه الرجوع ، بل لا يجوز له ذلك ، لان الأصل براءة الذمة وإعطاء المال إياهم تقوية الكفار ، وذلك لا يجوز ، وبه قال (. ش .) .

وقال النخعي ، والحسن البصري ، و (. ر .) : ان قدر على المال كان عليه إنفاذه ، وان لم يقدر لا يلزمه الرجوع . وقال (. ع .) ، والزهري : ان لم يقدر على المال لزمه الرجوع.

مسألة . ٢٥ . (. « ج » -) : كل أرض فتحت عنوة بالسيف ، فهي للمسلمين قاطبة ، لا يجوز قسمتها بين الغانمين ، وانما يقسم بينهم غير الأرضين والعقارات من الأموال وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) الا أنهما قالا : يصير وفقا على المسلمين بالفتح.

(١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٢) م : وانه .

وقال (. ش .) : يجب قسمتها بين الغانمين ، كما يقسم غير الأرضين . وقال (. ح .) :
 (: الامام مخير ان شاء قسم ، وان شاء أقر أهلها فيها وضرب عليهم الجزية ، وان شاء
 أجلاهم وجاء يقوم آخريين من أهل الذمة فأسكنهم إياها وضرب عليهم الجزية .
 وأصل هذا الخلاف سواد العراق التي فتحت في أيام عمر ، فعند (. ش .) انه قسمها
 بين المقاتلة ، ثم استطاب أنفسهم فاشتراها ، وعند (. ك .) أنه وقفها ، وعند (. ح .) أنه
 أقر أهلها فيها وضرب عليهم الجزية وهو الخراج .

كتاب الجزية

- مسألة ١. (. « ج » -) : لا يجوز أخذ الجزية من عبدة الأوثان ، سواء كانوا من العرب أو من العجم ، وبه قال (. ش .) .
- وقال (. ح .) : يؤخذ من العجم ولا يؤخذ من العرب ^(١) . وقال (. ك .) : يؤخذ من جميع الكفار الا من مشركي قريش .
- مسألة ٢. (. « ج » -) : يجوز أخذ الجزية من أهل الكتاب وان كانوا من العرب بدلالة الآية ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال (. ف .) : لا يجوز .
- مسألة ٣. (. « ج » -) : المجوس كان لهم كتاب ، ثم رفع عنهم ، وهو أصح قولي (. ش .) ، وله قول آخر وهو أنه لم يكن لهم كتاب ، وبه قال (. ح .) .
- مسألة ٤. (. « ج » -) : الصابئة لا يؤخذ منهم الجزية ولا يقرون على دينهم ، وبه قال أبو سعيد الإصطخري من أصحاب (. ش .) . وقال باقي الفقهاء : تؤخذ منهم الجزية .
- مسألة ٥. (. « ج » -) : الصغار المذكور في آية الجزية هو التزام الجزية على ما يحكم به الامام من غير أن تكون مقدرة والتزام أحكام الإسلام عليهم ، بدلالة

(١) م : يؤخذ من العجم دون العرب .

إجماع الفرقة على أن الصغار هو أن لا يقدر الجزية ، فيوطن نفسه عليها ، بل تكون بحسب ما يراه الامام مما يكون منه صاغرا.

وقال (. ش .) : هو التزام أحكامنا عليهم ، ومن الناس من قال : هو وجوب جري أحكامنا عليهم. ومنهم من قال : الصغار أن تؤخذ منه الجزية قائما والمسلم جالس.
مسألة ٦ . : المجنون المطبق لا خلاف أنه لا جزية عليه ، فان كان ممن يجن أحيانا ويفيق أحيانا حكم بالأغلبية ^(١) ، بدلالة قوله ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ ﴾ ^(٢) ولم يستثن ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يسقط حكم المجنون ولا يلفق أيامه. وقال أكثر أصحابه : يلفق أيامه ، فإذا بلغت الأيام حولا وجبت الجزية.

مسألة ٧ . : الشيوخ الهرمي وأصحاب الصوامع والرهبان يؤخذ منهم الجزية ، بدلالة الآية وعمومها. ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة ٨ . : يجوز لأهل الذمة أن يلبسوا العمائم والرداء ، لأن الأصل جوازه ولا مانع منه ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) ، و (. د .) : ليس لهم ذلك.

مسألة ٩ . : إذا صالحنا المشركين على أن تكون ^(٣) لهم الأرض بجزية الترموها وضربوها على أراضيهم ، فيجوز للمسلم أن يشتريها ويصح الشراء ، وتصير أرضا عشرية ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : الشراء باطل.

مسألة ١٠ . : إذا دخل حربي إلينا بأمان ، فقال له الإمام : أخرج الى دار الحرب ، فإن أقمت عندنا صيرت نفسك ذميا ، فأقام سنة ، ثم قال : قد أقمت

(١) م : بالأغلب.

(٢) سورة التوبة : ٢٩ .

(٣) م ود : يكون.

لحاجة قبل منه ، ولم يكن له أخذ الجزية منه بل يردده إلى مأمته ، لأن عقد الذمة لا يكون إلا بإيجاب وقبول ولم يوجد ها هنا ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إذا أقام سنة صار ذميا .

مسألة . ١١ . : إذا هادن الامام قوما ، فدخل إلينا منهم قوم فسرقوا ، وجب عليهم القطع بدلالة آية السرقة وعمومها . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ١٢ . : إذا زنا المهادن أو شرب الخمر ظاهرا ، أقيم عليه الحد ، بدلالة عموم الآية . وقال جميع الفقهاء : لا شيء عليه .

مسألة . ١٣ . (. « ج » .) : أهل الذمة إذا فعلوا ما يوجب الحد مما يحرم في شرعهم مثل الزنا واللواط والسرقة والقتل والقطع ، أقيم عليهم الحد بلا خلاف ، لأنهم عقدوا الذمة بشرط أن تجري عليهم أحكامنا ، وإن فعلوا ما يستحلونه مثل شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ونكاح المحارم ، فلا يجوز أن يتعرض لهم ما لم يظهره بلا خلاف ، فإن أظهره وأعلنوه كان للإمام أن يقيم عليهم الحدود .

وقال الفقهاء : يعزّزهم على ذلك ولا يقيم عليهم الحدود التامة .

مسألة . ١٤ . (. « ج » .) : ليس للجزية حد محدود ، بل ذلك موكول الى اختيار الإمام ، يأخذ منهم بحسب ما يراه أصلح مما تتحمله أحوالهم قدر ما يكونون به صاغرين ، وبه قال (. ر .) .

وقال (. ش .) : إذا بذل الكافر دينارا في الجزية قبل منه ، سواء كان موسرا أو معسرا أو متوسطا .

وقال (. ك .) : أقل الجزية أربعة دنانير على أهل الذهب ، وثمانية وأربعون درهما على أهل الورق جزية ، المقل اثنا عشر درهما ، والمتوسط أربعة وعشرون ، والغني ثمانية وأربعون .

مسألة . ١٥ . (. « ج » .) : من لا كسب له ولا مال ، لا تجب عليه جزية ، وبه قال (. ح .) .

ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة . ١٦ . : إذا وجبت الجزية على الذمي بخؤول الحول ، ثمَّ مات أو أسلم فعند (. ش .) لا يسقط. وقال (. ح .) : يسقط.

وقال أصحابنا : ان أسلم سقطت الجزية ولم يذكروا الموت. والذي يقتضيه المذهب أنه لا تسقط الجزية بالموت ، لأن الحق واجب عليه ، فيؤخذ من تركته ولا دليل على سقوطه.

ويدل على سقوطها بالإسلام قوله تعالى ﴿ **حَتَّى يُغَطُّوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ** ﴾^(١) فشرط في الإعطاء الصغار ، وذلك لا يمكن مع الإسلام ، وقوله عليه السلام «
الإسلام يجب ما قبله» وقوله عليه السلام « لا جزية على مسلم ».

(١) سورة التوبة : ٢٩ .

كتاب الصيد والذبائح

مسألة ١. (. « ج . ») : لا يجوز الصيد الا بالكلب ، ولا يجوز بشيء من جوارح الطير ، كالصقر والبازي والباشق والعقاب ، ولا بشيء من سباع البهائم ، كالفهد والنمر الا الكلب خاصة ، وبه قال ابن عمر ، ومجاهد .

وقال (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ك .) ، و (. ر .) ، وربيعه : يجوز بجميع ذلك الصيد إذا أمكن تعليمه متى تعلم .

وقال الحسن البصري ، والنخعي ، و (. د .) ، و (. ق .) : يجوز بكل ذلك الا بالكلب الأسود البهيم ، فإنه لا يجوز الاصطياد به ، لقوله ﷺ : لو لا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها ، فاقتلوا الأسود البهيم .

مسألة ٢ . : الكلب انما يكون معلما بثلاث شرائط : أحدها إذا أرسله استرسل وثانيها : إذا زجره انزجر . وثالثها : أن لا يأكل ما يمسه ويتكرر ذلك منه . وانما قلنا بذلك ، لان المرجع في ذلك الى العرف ، وما اعتبرناه مجمع على أنه يصير به معلما ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إذا فعل ذلك دفعتهين كان معلما .

مسألة ٣ . (. « ج . ») : قد بينا أنه لا يجوز الصيد بغير الكلب المعلم ، فان صيد

بغيره وأدرك ذكاته ، حل أكله إذا ذكي ، وإن قتله الجارح لا يحل أكله ، معلما كان أو غير معلم ، وما يصطاده الكلب المعلم وقتله قبل أن تدرك ذكاته ولم يأكل منه شيئا يجوز أكله ، وإن أكل وكان معتادا لذلك لم يحل أكله ، وإن كان ذلك نادرا جاز أكله.

وقال (. ش .) : كل جارحة معلمة إذا أخذت وقتلت بعد الإرسال ، فإن لم تأكل منه شيئا فهو مباح ، من الطير كان أو من السبع.

وإن أخذت وقتلت ، فإن كان سبعا ففيه قولان ، قال في القديم : يحل ، وهو مذهب (. ك .) . وقال في الجديد : لا يحل ، وبه قال ابن عباس ، والحسن البصري ، والنخعي ، والشعبي ، و (. د .) . وما قتله قبل هذا ولم يأكل منه شيئا ، فهو مباح قولاً واحداً . وقال (. ح .) وأصحابه : لا يحل هذا الذي أكل منه ، وكلما اصطاده وقتله فيما سلف وإن لم يأكل أكل منه.

مسألة ٤ . (. ج « -) : جوارح الطير كلها لا يجوز أكل ما تصطاده إلا إذا أدركت ذكاته ، فما قتله لا يجوز أكله.

وقال (. ش .) : حكم سباع الطير حكم سباع البهائم إن أكلت مما قلت ، وهل يحل أكل ما أكلت منه؟ فيه قولان. وقال المزني : لم يجوز قولاً واحداً ، وبه قال (. ح .) .

مسألة ٥ . : إذا شرب الكلب المعلم من دم الصيد ولم يأكل من لحمه لم يحرم ، لقوله تعالى ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) وقد ثبت أن المراد به ترك الأكل منه ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا النخعي فإنه قال : شرب الدم كالأكل سواء.

مسألة ٦ . (. ج « -) : التسمية واجبة عند إرسال السهم ، أو إرسال الكلب ،

(١) سورة المائدة : ٦ .

وعند الذبيحة ، فمتى لم يسم مع الذكر لم يحل أكله ، وإن نسيها ^(١) لم يكن به بأس ، وبه قال (. ر .) ، و (. ح .) وأصحابه .

وقال الشعبي ، وداود ، وأبو ثور : التسمية شرط فمن تركها عامدا أو ساهيا لم يحل أكله . وقال (. ش .) : التسمية مستحبة ، فإن لم يفعل لم يكن به بأس .

مسألة . ٧ . : إذا أرسل مسلم كلبه المعلم ومجوسي كلبه ، فأدركه كلب المجوسي ، فردّه الى كلب المسلم فقتله كلب المسلم وحده ، حل أكله بدلالة قوله تعالى ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا يحل أكله ، لأنهما تعاونوا على قتله .

مسألة . ٨ . : إذا عض الكلب الصيد ، لم ينجس به ولا يجب غسله ، بدلالة الأخبار الواردة في ذلك ، ولم يؤمر فيها بغسل الموضع .

وقال (. ش .) : ينجس الموضع ، وهل يجب غسله؟ فيه وجهان .

مسألة . ٩ . : إذا عقر الكلب المعلم الصيد عقرا ، لم يصيره في حكم المذبوح ، وغاب الكلب والصيد عن عينه ثمّ وجده ميتا ، لم يحل أكله ، لأنه لا دليل في الشرع على ذلك ، وروى سعيد بن جبير عن عدي بن حاتم أنه قال : قلت يا رسول الله انا أهل صيد وإن أحدنا يرمي الصيد ، فيغيب عنه الليلة والثلاث ، فيجده ميتا وفيه سهمه ، فقال : إذا وجدت فيه أثر سهمك ولم يكن فيه أثر سبع وعلمت أن سهمك قتله فكله . فأباحه بشرط أن يعلم أن سهمه قتله .

وروي أن رجلا أتى عبد الله بن عباس ، فقال له : إني أرمي فأصمي وأمّي ، فقال له : كل ما أصميت ودع ما أمّيت . يعني : كل ما قتل وأنت تراه ، ولا تأكل ما غاب عنك خبره .

ولأصحاب (. ش .) فيه طريقان ، أحدهما : يحل أكله قولاً واحداً . والآخر : أن

(١) د : يسمها .

المسألة على قولين. وقال (. ح .) : ان تشاغل به فتبعه فوجده ميتا حل ، وان وجده بعد يوم لم يحل أكله.

مسألة . ١٠ : إذا أدركه وفيه حياة مستقرة ، لكنه في زمان لا يتسع لذبحه ، أو كان ممتنعا فجعل يعد وخلفه فوقف له وقد بقي من حياته زمان لا يتسع لذبحه لا يحل أكله ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يحل أكله.

والذي يدل على المسألة أن ما ذكرناه مجمع على جواز أكله ، وهو إذا أدركه فذبحه . وأما إذا لم يذبحه ، فليس على اباحته دليل . وأيضاً فقد روى أصحابنا أن أقل ما تلحق معه الذكاة أن يجده وذنبه يتحرك أو رجله تركض ، وهذا أكثر من ذلك ، فان قلنا بجواز أكله كان قويا .

مسألة . ١١ : إذا أرسل كلبه المعلم وسمى عند إرساله على صيد بعينه فقتل غيره حل ، لقوله تعالى ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ولم يفصل ^(١) . ولما روى عدي بن حاتم وأبو ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال : إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه ، فكل ما أمسك عليك ولم يفرق ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا يحل أكله لأنه أمسك غير الذي أرسله عليه ، فهو كما لو استرسل بنفسه .

مسألة . ١٢ : إذا أرسل كلبه المعلم في جهة ^(٢) ، فعدل عن سمتة إلى جهة غيرها وقتل ، حل أكله ، بدلالة الآية والخبر . ولل (. ش .) فيه وجهان .

مسألة . ١٣ : إذا رمى سهما أو حربة ولم يقصد شيئا ، فوقع في صيد فقتله ، أو رمى شخصا فوقع في صيد فقتله ، أو قطع شيئا ظنه غير شاة فكانت شاة ،

(١) د : بإسقاط « لم يفصل » .

(٢) ح : إلى جهة .

كل هذا لا يحل أكله ، لأننا قد دللنا على وجوب التسمية ، وهي ها هنا مفقودة.
ولو كانت موجودة لاحتاجت الى قصد قتل الصيد أو المذبوح ، وذلك مفقود ها هنا.

ولل (. ش .) في رمي السهم والسلاح وجهان ، وفي رمي الشخص وذبح شاة وجه واحد ، وهو أنه يجوز أكله.

مسألة . ١٤ . (. « ج » -) : إذا استرسل الكلب من قبل نفسه من غير إرسال صاحبه فقتل الصيد ، لم يحل أكله ، وبه قال جميع الفقهاء إلا الأصم ، فإنه قال : لا بأس بأكله.

مسألة . ١٥ . : إذا استرسل الكلب بنفسه نحو الصيد ، ثمّ رآه صاحبه نحو الصيد ، فأضراره وأغراه فازداد عدوه وحقق قصده وصار عدوه أسرع من الأول ، لم يحل أكله ، بدلالة الخبر أن النبي ﷺ اعتبر الإرسال والتسمية ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : يحل أكله.

مسألة . ١٦ . (. « ج » -) : إذا رمى سهمًا وسمي ، فوقع على الأرض ، ثمّ وثب فأصاب الصيد فقتله ، حل أكله ، بدلالة إجماع الفرقة على جواز أكل ما يقتله السهم مع التسمية ولم يفصلوا. ولل (. ش .) فيه وجهان.

مسألة . ١٧ . (. « ج » -) : إذا قطع الصيد بنصفين حل أكل الكل بلا خلاف ، فان كان الذي مع الرأس أكثر حل الذي مع الرأس دون الباقي ، وبه قال (. ح .) وقال (. ش .) : يحل أكل الجميع.

يدل عليه طريقة الاحتياط ، وما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : ما أبين من حي فهو ميت. وهذا الأقل أبين فيجب كونه ميتا. وقد روى ذلك أصحابنا لا يختلفون فيه ، فهو إجماع منهم عليه.

مسألة . ١٨ . (. « ج » -) : إذا اصطاد المسلم بكلب علمه مجوسي ، حل أكل ما قتله ، وبه قال الفقهاء. وقال الحسن ، و (. ر .) : لا يحل.

مسألة . ١٩ . : إذا كان المرسل كتابيا ، لم يحل أكل ما قتله ، لقيام الدلالة

على أن ذبائح أهل الكتاب لا يجوز أكلها ، ومن قال بذلك قال حكم المرسل مثله . وقال جميع الفقهاء : يجوز ذلك .

مسألة . ٢٠ . : إذا كان المرسل مجوسيا أو وثنيا لم يجز بلا خلاف ، وإن كان أحد أبويه مجوسيا أو وثنيا والآخر كتابيا ، لم يجز أيضا عندنا .

وقال (. ح .) : يجوز على كل حال . وقال (. ش .) : إن كان الأب مجوسيا ، لم يحل قولاً واحداً . وإن كانت الأم مجوسية ، فعلى قولين .

مسألة . ٢١ . (. ج . » .) : كل حيوان مقدور على ذكاته إذا لم يقدر على ذلك ، بأن يصير مثل الصيد والتردي في البئر ، فلا يقدر على موضع ذكاته ، كان عقره ذكاته في أي موضع وقع فيه ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وابن عباس ، وفي التابعين عطاء ، وطاوس ، والحسن البصري ، وفي الفقهاء (. ر .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال (. ك .) : ذكاته في الحلق واللبة ، فإن قتله في غيرهما لم يحل أكله ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وربيعة ، والليث .

مسألة . ٢٢ . : لا تحل التذكية بالسن ولا بالظفر ، سواء كان متصلاً أو منفصلاً بلا خلاف ، فإن خالف وذبح به لم يحل أكله ، وبه قال (. ش .) إن كان السن والظفر متصلين فكما قلناه ، وإن كانا منفصلين حل أكله .

مسألة . ٢٣ . (. ج . » .) : لا يجوز أكل ذبائح أهل الكتاب اليهود والنصارى عند المحققين ^(١) من أصحابنا . وقال شذاذ منهم لا يعتنى بقولهم : إنه يجوز أكله وبه قال جميع الفقهاء .

مسألة . ٢٤ . (. ج . » .) : لا يجوز الذكاة في اللبة إلا في الإبل خاصة ، فأما البقر والغنم فلا يجوز ذبحها إلا في الحلق ، فإن ذبح الإبل أو نحر البقر والغنم لم يحل

(١) د ، ف : المحصلين ، وسقط العبارة من ، م .

أكله.

وقال جميع الفقهاء : ان التذكية في الحلق واللبة على حد واحد ، ولم يفصلوا.

مسألة . ٢٥ . : إذا رمى طائرا فجرحه ، فسقط على الأرض فوجده ميتا ، حل أكله سواء مات قبل أن يسقط أو بعد أن يسقط ، بدلالة ظواهر الأخبار الواردة في أن ما قتله السهم لا بأس بأكله ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .

وروى عدي بن حاتم قال سألت رسول الله ﷺ عن الصيد ، فقال : إذا رميت الصيد وذكرت اسم الله فقتل فكل ، وان وقع في الماء فلا تأكل ، فإنك لا تدري الماء قتله أم سهمك .

وقال (. ك .) : إذا مات بعد سقوطه لا يحل أكله ، لأن السقوط أعان على موته كما لو وقع في الماء .

مسألة . ٢٦ . : إذا قتل الكلب المعلم الصيد بالعقر ، حل أكله بلا خلاف ، وعند الفقهاء مثل ذلك في سائر جوارح الطير والسباع ، وان قتل من غير عقر مثل ان صدمه فقتله ، أو غمه حتى مات ، فلا يحل أكله ، بدلالة قوله تعالى ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ فأباح لنا ما أمسكه الجارح ، والجارح هو الذي يجرح ويعقر ، وهذا لم يجرح .
وروى نافع بن خديج أن النبي ﷺ قال : ما أضر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما أضر دمه ، وهو أحد قولي (. ش .) ، وهو رواية (. ف .) ، و (. م .) ، وزفر عن (. ح .) .

والقول الآخر : يحل أكله ، وهو رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي عن (. ح .) .

مسألة . ٢٧ . : إذا رمى شخصا بظنه حجرا أو شجرا ، فبان صيدا قد قتله أو عقر آدميا أو صيدا لا يؤكل ، كالكلب والخنزير والدب وغيرها ، لا يحل أكله ، لأننا قد بينا وجوب التسمية ، وهذا لم يسم ولم يقصد الذباجة ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ح .) ، و (. ش .) : يحل أكله . وقال (. م .) : ان اعتقد شجرا أو آدميا

فبان صيدا لم

يؤكل ، وان اعتقده كلبا أو خنزيرا فبان صيدا حل أكله ، لأنه من جنس الصيد.

مسألة ٢٨ . : إذا ملك صيدا فأفلت منه ، لم يزل ملكه عنه ، طائرا كان أم غير طائر ، لحق بالبراري^(١) أم لم يلحق ، لأنه لا دليل على زوال ملكه عنه ، وقد ثبت أنه ملكه ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) .
وقال (. ك .) : ان كان يطير في البلد وحوله فهو ملكه ، وان لحق بالبراري وعاد إلى أصل التوحش زال ملكه.

مسألة ٢٩ . : الطحال والقضيب والخصيتان والرحم والمثانة والغدد والعلباء والحدق والخرزة تكون في الدماغ والنخاع والفرج محرم عندنا وتكره الكليتان.
وقال جميع الفقهاء : ان جميع ذلك مباح.

مسألة ٣٠ . (. « ج » -) : لا يؤكل من حيوان الماء الا السمك ، ولا يؤكل من أنواع السمك الا ما كان له قشر ، فأما غيره مثل المارماهي والزمير وغيره ، وغير السمك من الحيوان ، مثل الخنزير والكلب والسلحفاة والضفادع والفأر والإنسان فإنه قد قيل ما من شيء الا ومثله في الماء ، فان جميع ذلك لا يحل أكله بحال.
وقال (. ح .) : لا يؤكل غير السمك ولم يفصل ، وبه قال بعض أصحاب (. ش .) .

وقال (. ش .) : جميع ذلك يؤكل. قال الربيع : سئل (. ش .) عن خنزير الماء ، فقال : يؤكل ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) ، والليث ، وابن أبي ليلى. وفي أصحاب (. ش .) من قال : يعتبر بدواب البر ، فإن أكل من دوابه ، فكذلك من دواب البحر ، وما لم يؤكل البري منه فكذلك البحري.

مسألة ٣١ . (. « ج » -) : السمك إذا مات بالماء لا يحل أكله ، وكذلك ما نضب عنه الماء ، أو انحسر عن الماء وحصل في ماء بارد أو حار فمات فيه ، لم يحل أكله.

(١) ح : طائرا يلحق بالبراري.

وقال (. ش .) : يحل جميع ذلك من جميع حيوان الماء .

وقال (. ح .) : إذا مات حتف أنفه لم يؤكل ، وإن مات بسبب مثل أن حسر الماء عنه ، أو ضرب بشيء أكل ، إلا ما يموت بحرارة الماء أو برودته ، ففيه عنه روايتان .

مسألة . ٣٢ . : السمك ^(١) يحل أكله إذا مات حتف أنفه ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) وقال (. ك .) : لا يحل حتى يقطع رأسه .

مسألة . ٣٣ . : ابتلاع السمك الصغار قبل أن يموت لا يحل ، لأنه لا دليل عليه وإنما أبيح لنا إذا كان ميتا ، لقوله ﷺ أحلت لنا ميتتان ودمان ، فالميتتان : السمك ، والجراد .

مسألة . ٣٤ . : يجوز أكل الهازي وإن لم يلق ما في جوفه من الرجيع ، لإجماع الفرقة على أن ذرق ^(٢) وروث ما يؤكل لحمه طاهر . وقال أبو حامد الاسفرائني : لا يحل أكله إلا بعد تنقيته .

مسألة . ٣٥ . (. « ج » -) : دم السمك طاهر . ولل (. ش .) ^(٣) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، والثاني : أنه نجس .

(١) ح ، د : بإسقاط السمك .

(٢) د : ذرق الدجاج .

(٣) م : وبه قال (. ش .) في أحد قوليه .

كتاب الضحايا والعقيقة

مسألة ١٠ . (. ج -) : الأضحية سنة مؤكدة وليست بواجبة ، وبه قال في الصحابة أبو بكر ، وعمر ، وابن عباس ، وأبو مسعود البصري ، وبلال ، وابن عمر ، وفي التابعين عطاء ، وعلقمة ، والأسود ، واليه ذهب (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ف .) ، و (. م .) ^(١) . وذهب قوم إلى أنها واجبة بأصل الشرع ، وهم ربيعة ، و (. ك .) ، و (. ع .) ، والليث بن سعد ، و (. ح .) .

ول (. ح .) تفصيل قال : ان كان معه نصاب يجب عليه ، وان ^(٢) لم يكن معه نصاب لم يجب عليه ، وتجب على المقيم دون المسافر ، وان فات وقتها لا تجب اعادةها .

مسألة ٢٠ . : لا يكره لمن يريد التضحية يوم العيد أو شراء أضحية وان لم تكن حاصلة أن يخلق شعر رأسه ويقص ^(٣) أظفاره ^(٤) في أول العشر الى يوم

(١) بإسقاط ، م .

(٢) م : والا فلا .

(٣) د : أو يقص .

(٤) ح ، ود : أظفاره .

النحر ، ولا يحرم ذلك عليه الا أن يكون محرما ، لأنه لا دلالة على كون ذلك محرما أو مكروها ، والأصل الإباحة ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .

وقال (. ش .) : يكره له ذلك ولا يحرم . وقال (. د .) ، و (. ق .) : يحرم عليه ذلك حتى يضحى وروى عن عائشة أنها قالت : كنت أقلد ^(١) قلائد هدي رسول الله ﷺ ثم يقلدها بيده ، فلم يحرم عليه شيء أحل الله له حتى نحر الهدي . وهذا نص .

مسألة . ٣ . (. « ج » .) : يجوز الثني ^(٢) من كل شيء في الأضحية من الإبل والبقر والغنم والجذع من الضأن ، وبه قال عامة أهل العلم . وقال ابن عمر والزهرى لا يجزئ إلا الثني . وقال عطاء : يجوز الجذع من كل شيء . وأما الجذع من الماعز فلا يجزئ بلا خلاف .

مسألة . ٤ . (. « ج » .) : أفضل الأضاحي الثني من الإبل ، ثم البقر ثم الجذع من الضأن ، ثم الثني من المعز ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ك .) : أفضلها الجذع من الضأن .

مسألة . ٥ . (. « ج » .) : يكره من الأضاحي الجلحاء ، وهي التي لم يخلق ^(٣) بها قرن ، والعضباء وهي التي قد كسر ظاهر القرن وباطنه ، سواء دمي قرنها أو لم يدم ، وبه قال (. ش .) . وقال النخعي : لا يجزئ الجلحاء . وقال (. ك .) : العضباء ان رمى ^(٤) قرنها لم تجز ^(٥) ، وان لم يدم أجزأت .

مسألة . ٦ . (. « ج » .) : يدخل وقت ذبح الأضحية من طلوع الشمس ^(٦) من يوم النحر ، وبه قال عطاء .

(١) م : كنت اقبل ، وفي الخلاف : أفتل .

(٢) ح : المثني .

(٣) م : بإسقاط (لم يخلق) ود : لم تخلق .

(٤) د ، م : دمي .

(٥) د : لم يجز .

(٦) د ، م : بطلوع الشمس .

واختلف الفقهاء في المسألة على أربعة مذاهب ، فقال (. ش .) : يدخل بدخول الوقت ، والوقت إذا دخل وقت صلاة الأضحى ، وهو إذا ارتفعت الشمس قليلا يوم الأضحى ومضى بعد هذا زمان قدر ما يمكن صلاة العيد والخطبتين ، سواء صلى الإمام أو لم يصل .

واختلف أصحابه في صفة الصلاة على وجهين ، فمنهم من قال : الاعتبار بصلاة النبي ﷺ ، وكان يقرأ في الأولى الحمد وسورة ق ، وفي الثانية الحمد واقتربت الساعة ويخطب بعدهما ^(١) خطبتين كاملتين . ومنهم من قال : الاعتبار بركعتين أقل ما يجزئ وخطبتين خفيفتين ^(٢) .

وقال (. ح .) : يدخل وقتها بالفعل ، وهو أن يفعل الإمام الصلاة ويخطب ، فاذا فرغ من ذلك دخل وقت الذبح ، وإن تأخرت صلاته لم يذبح حتى يصلي هذا في حق أهل المصر ، فأما أهل السواد فوقت الذبح في حقهم طلوع الفجر من يوم النحر ، لأنه لا عيد على أهل السواد .

وقال (. ك .) : يدخل ^(٣) بوجود الفعل أيضا والفعل ^(٤) صلاة الامام والخطبتان ^(٥) وذبح الإمام أيضا ، فإن تقدم على هذا لم يجز . قال : وأما أهل السواد ، فوقت كل موضع معتبر بأقرب البلدان اليه ، فاذا أقيمت الصلاة والذبح في ذلك البلد دخل وقت النحر . وقال عطاء : وقته طلوع الشمس من يوم النحر .

مسألة ٧ . : الذكاة لا تقع مجزية الا بقطع أربعة أشياء : الحلقوم وهو

(١) د ، م : بعدها .

(٢) د ، م : بإضافة بعدهما .

(٣) د ، م : يدخل وقته .

(٤) م : وهو .

(٥) د ، م : والخطبتين .

مجرى النفس ، والمريء وهو تحت الحلقوم وهو مجرى الطعام والشراب ، والودجين وهما العرقان المحيطان ^(١) بالحلقوم ، وبه قال (. ك .) ، وطريقة الاحتياط تقتضي ما قلناه ، لان ما اعتبرناه مجمع على ^(٢) وقوع الذكاة به .

وروى أبو أمامة أن النبي ﷺ قال : ما فرى الأوداج فكلوا ما لم يكن قرض ناب أو جز ظفر ، فاعتبر فري الأوداج بغير قطعها .

وقال (. ح .) : قطع أكثر الأربعة شرط في الاجزاء ، قالوا : وظاهر مذهبه الأكثر من كل واحدة منها . وقال (. ف .) : أكثر الأربعة عددا ، فكأنه يقطع ثلاثة من الأربعة بعد أن يكون الحلقوم والمريء من الثلاثة . وقال (. ش .) : الاجزاء يقع ^(٣) بقطع الحلقوم والمريء وحدهما وقطع الأربعة من الكمال .

مسألة ٨ . (. ج « -) : السنة في الإبل النحر ، وفي البقر والغنم الذبح بلا خلاف فان ذبح الكل أو نحر الكل لم يجز عندنا .

وقال (. ش .) : يجوز كل ذلك . وقال (. ك .) : النحر يجوز في الكل والذبح لا يجوز في الإبل خاصة ، فإن ذبح الإبل لم يحل أكله كما قلناه ^(٤) .

مسألة ٩ . : قد قدمنا أن ذبائح أهل الكتاب لا يجوز أكلها وكذلك الأضحية ، وخالفنا جميع الفقهاء في الذبائح من غير كراهية .

وقال (. ش .) : أكره ذلك في الأضحية من يجزيه ^(٥) . وقال (. ك .) : يحل أكله ولا يجزئ في الأضحية .

(١) م ، د : وهما عرقان محيطان .

(٢) م : على ذلك .

(٣) م : يقطع .

(٤) م ، د : فيما قلناه .

(٥) م ، د : لكن يجزيه .

مسألة . ١٠ : إذا قلنا ان ذبائح أهل الكتاب ومن خالف الإسلام لا تجوز ، فقد دخل في جملتهم نصارى تغلب ^(١) وهم تنزخ وبهراء وبنو وائل ووافقنا على نصارى تغلب (. ش .) وقال (. ح .) تحل ذبائحهم .

مسألة . ١١ : لا يجوز أكل ذبيحة تذبح الى غير القبلة عمدا مع الإمكان وخالفنا ^(٢) جميع الفقهاء في ذلك وقالوا انه مستحب غير واجب وروي عن ابن عمر أنه قال أكره ذبيحة تذبح لغير القبلة ويدل على المسألة أن ما اعتبرناه مجمع على جواز التذكية به وليس على ما قالوا دليل .

مسألة . ١٢ . (. ج . » .) : يستحب أن يصلي على النبي ﷺ عند الذبيحة ^(٣) ، وأن يقول : اللهم تقبل مني ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : يكره الصلاة على النبي ﷺ على الذبيحة . وقال (. ح .) : يكره الصلاة على النبي ﷺ وأن يقول اللهم تقبل مني .

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة . قوله ^(٤) تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ ﴾ وذلك لعمومه ^(٥) وروى ^(٦) أهل التفسير في قوله تعالى ﴿ وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ ﴾ أي لا أذكر الا وتذكر معي .

وروى عبد الرحمن بن عوف ، قال : سجد رسول الله ﷺ ، فوفقت أنظر ^(٧)

(١) م ، د : في جملتهم نصارى تغلب .

(٢) م ، د : وخالف .

(٣) م ، د : على الذبيحة .

(٤) م : دليلنا قوله تعالى .

(٥) م ، د : وذلك على عمومه .

(٦) م ، د : وقد روى .

(٧) م ، د : ننظر .

فأطال ثم رفع رأسه ، فقال عبد الرحمن ^(١) له : لقد خشيت أن يكون الله عزَّ وجلَّ قبض ^(٢) روحك في سجودك ، فقال : يا عبد الرحمن لقيني جبرئيل فأخبرني عن الله تعالى أنه ^(٣) قال : من صلى عليك صليت عليه فسجدت شكرا لله ، وفي بعضها من صلى عليك مرة صليت عليه عشرا ^(٤) ، فسجدت لله شكرا. فثبت أن الصلاة على النبي مستحبة على كل حال وفي كل وقت.

وروى جابر قال : ذبح رسول الله ﷺ يوم الذبح كبشين أقرنين أملحين ، فلما وجههما قال : وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض على ملة إبراهيم حنيفا وما أنا من المشركين ، ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين الى قوله : وأنا من المسلمين ، اللهم منك ولك من ^(٥) محمد وأمته ، بسم الله والله أكبر ، ثم ذبح.

وروت عائشة أن النبي ﷺ أمر بكبش أقرن ، يطأ في سواد ، وينظر في سواد ، ويرك في سواد ، فأتي به فضحى به ، ثم أخذ الكبش فأضجعه ^(٦) وقال : بسم الله ^(٧) اللهم صل على محمد وآل محمد ومن أمة محمد ثم ضحى وهذا نص.

مسألة ١٣ . : يكره إبانة الرأس من الجسد ، وقطع النخاع قبل أن تبرد الذبيحة ، فإن خالف وأبان لم يحرم أكله ، وبه قال جميع الفقهاء. وقال سعيد

(١) د : عبد الرحمن بن عوف.

(٢) م ، د : قد قبض.

(٣) د : لم يذكر انه.

(٤) د ، م : عليه بها عشرا.

(٥) م ، د : عن محمد (ص).

(٦) م ، د : فأضجعه وذبحه.

(٧) م : بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ود : بسم الله وبالله اللهم تقبل من محمد وآل محمد.

ابن المسيب : يحرم أكله ^(١).

ويدل على المسألة أن الأصل الإباحة ، وما روي عن علي عليه السلام أنه سئل عن بعير ضربت عنقه بالسيف ، فقال ^(٢) : يؤكل ولا مخالف له.

مسألة . ١٤ . : إذا قطعت رقبة الذبيحة من قفاها فلحقت قبل قطع الحلقوم والمريء وفيها حياة مستقرة ، وعلامتها أن تتحرك حركة قوية حل أكلها إذا ذبحت ، وإن لم يكن فيها حركة قوية لم يحل أكلها لأنها ميتة ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) ، و (. د .) : لا يحل أكلها على حال ، ورووا عن علي عليه السلام ^(٣) أن قطع ذلك عمدا لم يحل أكلها ، وإن كان سهوا حل أكلها.

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(٤) وقوله عليه السلام : ما أضر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا . وروى أصحابنا أيضا أن أدنى ما يلحق معه الذكاة أن تجده يركض برجله ، أو يحرك ذنبه . وهذا أكثر من ذلك.

مسألة . ١٥ . : إذا اشترى شاة تجزئ في الأضحية بنية أنها أضحية ، ملكها بالشراء وصارت أضحية ، لقوله ﷺ : إنما ^(٥) الأعمال بالنيات . وهذا نوى كونها أضحية ، وبه قال (. ح .) و (. ك .) . وقال (. ش .) : ملكها ^(٦) ولا تكون أضحية.

مسألة . ١٦ . (. « ج » .) : إذا أوجب على نفسه أضحية بالقول أو بالنية ، زال ملكه عنها وانقطع تصرفه فيها ، وبه قال (. ف .) ، وأبو ثور ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. م .) : لا يزول ملكه عنها ، ولا ينقطع تصرفه فيها ، وتكون

على

(١) م ، د : أكلها.

(٢) د : بحذف (فقال) .

(٣) م : انه قال .

(٤) سورة الانعام : ١١٨ .

(٥) م ، د : بحذف (إنما) .

(٦) م ، د : يملكها.

ملكه حتى يخرجها الى المساكين ، وله أن يستبدل بها بالبيع وغير ذلك ، وبه قال عطاء.
ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(١) عن عمر ابن الخطاب قال قلت : يا رسول الله اني أوجبت على نفسي بدنة وقد طلبت مني فقال : انحرها ولا تبعها ، ولو طلبت بمائة بعير . وروي عن علي عليه السلام أنه قال : من عين أضحية فلا يستبدل بها.

مسألة ١٧ . : إذا تلفت ^(٢) الأضحية التي أوجبها على نفسه كان عليه قيمتها وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) . وقال (. ش .) : عليه أكثر الأمرين من مثلها أو قيمتها .
ويدل على المسألة قوله عليه السلام : ان كل من أتلّف شيئا فعليه قيمته . وإيجاب المثل يحتاج الى دليل .

مسألة ١٨ . (. ج « -) : إذا لم يكن للأضحية ولدا ، وكان لها ولد وفضل من لبنها شيء ، جاز لصاحبها الانتفاع باللبن ، وله أيضا ركوبها ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : ليس له ركوبها ^(٣) ولا حلاب لبنها .

مسألة ١٩ . : إذا أوجب على نفسه أضحية سليمة من العيوب التي تمنع من الأضحية ، ثمّ حدث بها عيب يمنع جواز الأضحية ، كالعور والعرج والجرب والعجف ، نحرها على ما بها وأجزأه ، وهكذا ما أوجبه على نفسه من الهدايا الباب واحد ، وبه قال علي عليه السلام وعطاء ، والزهرى ، و (. ش .) ، و (. د .) ، (. ق .) .

وقال (. ح .) : ان كان الذي أوجبها من لا تجب عليه الأضحية وهو المسافر عنده ومن لا يملك نصابا فكقولنا ، وان كان ممن لا تجب عليه ^(٤) عنده الأضحية ابتداء

(١) م : دليلنا ما روى .

(٢) م ، د : إذا أتلّف .

(٣) م : ليس له ذلك وبحذف والاحلاب لبنها .

(٤) م ، د : ممن يجب عليه .

فعينها في شاة بعينها فعابت ، فهذه لا تجزئ ، وبه قال أبو جعفر الأسترآبادي من أصحاب (. ش .) .

ويدل على المسألة أن الأصل ^(١) براءة الذمة ، وإيجاب المثل يحتاج الى دليل . وروى أبو سعيد الخدري قال قلت : يا رسول الله أوجبت أضحية وقد أصابها عور ، فقال ﷺ : ضح بها . وروي ذلك عن علي ﷺ ، وابن الزبير ، ولا مخالف لهما .

مسألة ٢٠ . (. « ج » -) : إذا أفلت ^(٢) الأضحية التي أوجبها على نفسه أو غصبت أو سرت ، لم يكن عليه البدل ، فان عادت ذبحها أي وقت كان ، سواء كان قبل مضي وقت الذبح أو بعده ، وبه قال (. ش .) ، إلا أنه قال : ان عادت قبل فوات وقت الذبح وهو آخر أيام التشريق كان أداء ، وان عادت بعد انقضائه يكون قضاء .

وقال (. ح .) : ان عادت قبل انقضائه ذبحها ، وان عادت بعد انقضائه لم يذبحها بل يسلمها حية الى الفقراء ، وما يجب عنده ابتداء لا يسقط بفوات وقته .

مسألة ٢١ . (. « ج » -) : إذا عين أضحية بالنذر ، ثم جاء يوم النحر ودخل وقت الذبح فذبحها أجنبي بغير اذن صاحبها ، فان نوى عن صاحبها أجزأت عنه وان لم ينو عن صاحبها لم تجز عنه ، وكان عليه ضمان ما نقص بالذبح .

وقال (. ش .) : تجزئ عن صاحبها ولم يفصل ، وعلى الذابح ضمان ما نقص بالذبح . وقال (. ح .) : يقع موقعها ولا يجب على صاحبها ضمان فيما نقص بالذبح .

وقال (. ك .) : لا يقع موقعها ويجب على ذابحها ما نقص بالذبح ، وعليه أن

يضحي بغيرها .

مسألة ٢٢ . : ذبح الأضاحي مكروه بالليل ، إلا أنه مجز لقوله تعالى

(١) م : دليلنا ان الأصل .

(٢) م ، د : إذا ضلت الأضحية .

﴿فَكُلُّوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(١) ولم يفرق وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) . وقال (. ك .) : لا يجزئ.

مسألة . ٢٣ . (. « ج » .) : الأكل من الأضحية المسنونة والهدايا المسنونة مستحب غير واجب ، وبه قال جميع الفقهاء وقال بعض أهل الظاهر : هو واجب .
مسألة . ٢٤ . (. « ج » -) : يستحب أن يأكل من الأضحية المسنونة ثلثها ، ويهدي ثلثها ، ويتصدق بثلثها . وقال (. ش .) : فيه مستحب ، وفيه قدر الاجزاء فالمستحب على قولين ، أحدهما : ما قلناه . والثاني يأكل نصفها ويتصدق بنصفها^(٢) ، والاجزاء على قولين ، أحدهما : أن يأكل جميعها الا قدرا يسيرا ولو أوقية . وقال أبو العباس له أكل الجميع .

مسألة . ٢٥ . : إذا نذر الأضحية وصارت واجبة ، جاز له الأكل^(٣) ، بدلالة قوله تعالى ﴿فَكُلُّوا مِنْهَا﴾ ولم يفصل ، وكذلك عموم الأخبار الواردة في جواز الأكل من الأضحية .

ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : ليس له ذلك كالهدي^(٤) الواجب .

مسألة . ٢٦ . (. « ج » -) : لا يجوز بيع جلود الأضحية ، سواء كانت تطوعا أو نذرا ، إلا إذا تصدق بقيمتها على المساكين ، وبه قال (. ح .) ، وزاد أنه يجوز بيعها بآلة البيت على أن يعيرها ، مثل الميزان والقدر والفأس والمنخل وغيره ، وبه قال (. ع .) .

(١) سورة الانعام : ١١٨ .

(٢) د : ويتصدق بنصفها .

(٣) د : الأكل منها .

(٤) د : كالهدايا .

وقال (. ش .) : لا يجب بيعها بحال . وقال عطاء : يجوز بيعها .

مسألة ٢٧ . (. « ج » -) : الهدي الواجب لا يجزي وواحد الا عن واحد ، والمتطوع به يجزئ واحد عن سبعة إذا كانوا أهل بيت واحد ، وإن كانوا من أهل بيوت شتى لم يجز ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ش .) : يجوز أن يشتركوا في بدنة أو بقرة في الضحايا والهدايا المسنونة أو متفرقين ، سواء كانوا أهل بيت واحد أو بيوت شتى .

وقال (. ح .) : إن كانوا متفرقين أو متطوعين أو منهما جاز ، وإن كان بعضهم يريد لحماً وبعضهم يكون متقرباً لم يجز . وذهب بعض الناس إلى ^(١) أن البقرة تجزئ عن عشرة ، والبدنة تجزئ عن عشرة ، وروي ذلك عن ابن عباس ، وبه قال (. ق .) وقد روى أصحابنا أنها تجزئ عن السبعين مع التعذر .

مسألة ٢٨ . (. « ج » -) : أيام النحر بمنى أربعة : يوم النحر والثلاثة بعده ، وفي الأمصار ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده .

وقال (. ش .) : الأيام المعدودات هي أيام النحر ، وهي أربعة أيام ، أولها يوم النحر ، وآخرها غروب الشمس من التشريق ، وروي ذلك عن علي عليه السلام ، وبه قال الحسن ، وعطاء .

وقال (. ك .) ، و (. ح .) : المعدودات ثلاثة أولها يوم عرفة وأيام الذبح ثلاثة أولها يوم النحر .

مسألة ٢٩ . (. « ج » -) : العقيقة سنة مؤكدة وليست بواجبة ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا واجبة ولا مسنونة . وقال (. م .) : كانت واجبة في صدر الإسلام ثم نسخت بالأضحية . وقال الحسن وقوم من أهل الظاهر : هي واجبة .

مسألة ٣٠ . (. « ج » -) : إذا ثبت أنها مسنونة ، فإنه يستحب أن يعق بكبش

عن

(١) د : بحذف (إلى) .

الذكر ، وبنعجة عن الجارية.

وقال (. ش .) : يعق عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شاة واحدة ، وبه قالت عائشة.

وقال (. ك .) : عن الغلام شاة ، وعن الجارية شاة لا فضل بينهما ، وبه قال ابن عمر.

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين ﷺ كبشا كبشا.

مسألة . ٣١ . (. « ج » -) : المستحب في وقت العقيقة يوم السابع بلا خلاف ، ولا يلطخ رأس الصبي بدمه ، وبه قال جميع الفقهاء.

وقال الحسن : المستحب أن يمس رأسه بدم . وقال قتادة : يؤخذ منها صوفه ^(١) ويستقبل بها أوداجها ، ثم توضع على يافوخ الصبي حتى تسيل على رأسه مثل الخيط ، ثم يغسل رأسه بعد ويحلق.

مسألة . ٣٢ . (. « ج » -) : روى أصحابنا أن الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء ، الا أنهم لا يميزون تركه في الرجال ، فإنهم قالوا : لو أسلم ^(٢) وهو شيخ فعليه أن يختتن ، وقالوا : أيضا انه لا يتم حجة إلا معه ، ولا يجوز له أن يطوف بالبيت الا محتتنا ، وهذا معنى الفرض على هذا التفصيل.

وقال (. ح .) : سنة لا يأتى بتركها ، هذا قول البغداديين من أصحابه . وقال أهل خراسان منهم : هو واجب مثل الوتر والأضحية وليس بفرض . وقال (. ش .) : هو فرض على الرجال والنساء.

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء.

ومما يستدل به على وجوبه قوله تعالى

(١) د : يؤخذ صوفه.

(٢) د : لو أنه أسلم.

﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفاً﴾ ^(١) فأمر سبحانه باتباع ملته والتمسك بشريعته ، وكان من شرعه الختان ، فقد ^(٢) روى أنه ختن نفسه بالقدوم ، ف قيل : القدوم اسم المكان الذي ختن نفسه فيه ، وقيل : الفأس ^(٣) التي لها رأس واحد.

(١) سورة النحل : ١٢٤ .

(٢) د : فإنه روى .

(٣) د : وقيل انه الفأس .

كتاب الأطعمة

- مسألة ١. (. « ج . ») : الكلب والخنزير نجسان في حال الحياة ، وبه قال (. ح .) .
 (، و (. ش .) . وقال (. ك .) : هما طاهران في حال الحياة ^(١) ، وإنما ينجسان بالموت .
- مسألة ٢. (. « ج . ») : الحيوان على ضربين : طاهر ونجس ، فالطاهر النعم بلا خلاف ، وما قد ^(٢) جرى مجراها من البهائم والصيد والنجس الكلب والخنزير والمسوخ كلها .
 وقال (. ش .) : الحيوان طاهر ونجس ، فالنجس الكلب والخنزير والباقي كله طاهر .
 وقال (. ح .) : الحيوان على ثلاثة أضرب : طاهر مطلق وهو النعم وما في معناها ،
 ونجس العين وهو الخنزير ، ونجس نجاسة تجري مجرى ما نجس بالمجاورة وهو الكلب والدب ^(٣)
 والسباع كلها ، ومشكوك فيه وهو الحمار .
- مسألة ٣. (. « ج . ») : السباع على ضربين : ذي ناب قوي يعدو على الناس ،

(١) م : بإسقاط « الحياة » .

(٢) م ود : بإسقاط « قد » .

(٣) م ود : والذئب .

كالأسد والنمر والذئب والفهد ، فهذا كله لا يؤكل بلا خلاف ، وذئ ناب ضعيف ^(١) لا يعدو على الناس ، وهو الضبع والثعلب ، فعندنا أنه ^(٢) حرام أكلهما ، وعند (. ش .) هما مباحان .

وقال (. ك .) : الضبع حرام أكله وقال (. ح .) : الضبع مكروه .

مسألة . ٤ . (. « ج » .) : اليربوع حرام أكله . وقال (. ش .) : حلال .

مسألة . ٥ . (. « ج » . -) : ابن آوى لا يحل أكله . ولأصحاب (. ش .) فيه وجهان .

مسألة . ٦ . (. « ج » .) : السنور لا يحل أكله ، أهليا كان أو برئا ، وبه قال (. ح .) ، ووافقنا (. ش .) في الأهلي ، وقال في البري وجهان .

مسألة . ٧ . (. « ج » .) : لا يحل أكل الوبر والقنفذ ، والوبر دويبة سوداء أكبر من ابن عرس تأكل ^(٣) وتجنز ، وقال (. ش .) : يجوز أكلهما .

مسألة . ٨ . (. « ج » .) : الأرانب ^(٤) حرام أكلها . وقال (. ش .) : حلال .

مسألة . ٩ . : الضب حرام أكله ، وبه قال (. ك .) . وقال (. ح .) : مكروه يأثم بأكله إلا أنه لا يسميه حراما . وقال (. ش .) : حلال .

مسألة . ١٠ . (. « ج » . -) : أكل لحوم الخيل حلال ، عرابا كانت أو براذين ، وبه قال (. ش .) ، و (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ق .) . وقال (. ك .) : حرام . وقال (. ح .) : مكروه .

مسألة . ١١ . (. « ج » . -) : لحوم الحمر الأهلية والبغال ليست بمحظورة وهي مكروهة ، وبه قال ابن عباس في الحمر الأهلية ، ووافقنا الحسن البصري في البغال وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : محرم أكلها .

(١) م ، د : الثاني ما كان ذا ناب ضعيف .

(٢) م ، د : فعندنا انهما .

(٣) م ، د : يأكل ويجنز .

(٤) م : الأرنب .

مسألة ١٢. (. « ج » .) : القرد نجس حرام أكله ، وحكى بعض أهل العلم عن (. « ش » .) أنه حلال ، قال أبو حامد : وهذا غير معروف عنه . وقال أبو العباس : القرد طاهر .

مسألة ١٣. (. « ج » .) : الحية والفأرة حرام أكلهما ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : هما مكروهان وليسا بمحظورين ، وكذلك الغراب فإذا أراد أكلهما ذبحهما وأكل .

مسألة ١٤. (. « ج » .) : جوارح الطير كلها محرم أكلها ، مثل البازي والصقر والعقاب والباشق والشاهين ونحوها ، وبه قال (. ش .) ، و (. ح .) . وقال (. ك .) : الطائر كله حلال ، لقوله تعالى ﴿ قُلْ لَا أَحَدٌ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ ﴾ الآية «^(١) .

مسألة ١٥. (. « ج » .) : الغراب كله حرام على الظاهر من الروايات ، وروي في بعضها رخص في الزاغ وهو غراب الزرع ، والغداف وهو أصغر منه أغبر^(٢) اللون كالرماد . وقال (. ش .) : الأسود الأبقع حرام^(٣) ، وفي الزاغ والغداف وجهان ، أحدهما : حرام . والثاني : حلال ، وبه قال (. ح .) .

مسألة ١٦. (. « ج » .) : الجلال من البهيمة^(٤) وهي التي تأكل العذرة اليابسة والرطوبة^(٥) كالناقة والبقرة والشاة والدجاجة ، فإن كان هذا الغالب عليها ، كره

(١) سورة الانعام : ١٤٦ .

(٢) م ود : أقبر اللون .

(٣) م ود : الأسود والأبقع حرام .

(٤) م : من البهيمة الذي ود : بإسقاط « وهي » .

(٥) م : الرطب .

أكل لحمها عندنا وعند جميع الفقهاء ، الا قوما من أصحاب الحديث قالوا : حرام .
وروى أصحابنا تحريم ذلك إذا كان غذاؤه كله ^(١) من ذلك ، ويحول حكم الجلل عندنا ، بأن يحبس ويطعم علفا طاهرا ،

فالناقة أربعين يوما ، والبقرة عشرين والشاة عشرة أيام ، والدجاجة ثلاثة أيام ، ولم أعرف للفقهاء في ذلك نصا .

مسألة ١٧ . (. « ج » .) : كسب الحمام مكروه ، للحر مباح ، للعبد حر كسبه أم عبد ، وبه قال (. ش .) ، و (. د .) . وقال (. ق .) من أصحاب الحديث : هو حرام على الأحرار حلال للعبيد .

يدل ^(٢) على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى حزام بن محيصة عن أبيه قال : سألنا رسول الله ^(٣) ﷺ عن كسب الحمام ، فنهانا عنه ، فلم نزل نكرره عليه حتى قال : أطعمه رقيقك وأعلفه نواضحك .

وروى عكرمة عن ابن عباس قال : احتجم رسول الله ^(٤) ﷺ فأعطى الحمام أجرة .
قال ابن عباس : ولو كان خبيثا ما أعطاه .

وروى أنس أن أبا ظبية حشم النبي ﷺ ، فأمر له بصاع من تمر ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه . وقال جابر في حديث آخر : كان خراجه ، وفي بعضها كانت ضربته ^(٥) ثلاثة أصوع من تمر في كل يوم ، فخففوا عنه في كل يوم صاعا ، وروى ذلك عن عثمان بن عفان ، وابن عباس ^(٦) ، ولا يخالف لهم .

مسألة ١٨ . (. « ج » .) : إذا نحررت البدنة ، أو ذبحت البقرة أو الشاة ، فخرج

(١) م : تحريم ذلك غذاؤه كله .

(٢) م : دليلنا .

(٣) م : سألنا عن رسول الله .

(٤) م : كانت ضربته .

(٥) م : عن عثمان وابن عباس .

من جوفها ولد ، فان كان تاما وهو أن يكون قد أشعر أو أوبر ينظر فيه ^(١) ، فان خرج ميتا حل أكله ، وان خرج حيا ثم مات لم يحل أكله ، وان خرج قبل أن يتكامل ^(٢) لا يحل أكله بحال.

وقال ^(٣) (. ش .) : إذا خرج ميتا حل أكله ، ولم يفصل بين أن يكون تاما أو غير تام ، وان خرج حيا فإن بقي زمانا يتسع لذبحه ثم مات ، لا يحل ^(٤) أكله ، وان لم يتسع الزمان لذبحه ، ثم مات حل أكله ، سواء كان ذلك لتعذر آلة أو بغير ذلك ^(٥) ، وبه قال (. ك .) ، و (. ع .) ، و (. ف .) ، و (. م .) ، (. ق .) ، وهو إجماع الصحابة. وانفرد (. ح .) بأن قال : إذا خرج ميتا فهو ميتة ، لا يؤكل حتى يخرج حيا فيذبح فيحل بالذبح.

ويدل على المسألة مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم ما رواه ^(٦) أبو داود في سننه عن مسدد عن هاشم ، عن مجالد ، عن أبي الوداك ، عن أبي سعيد الخدري قال : سألت رسول الله ﷺ ، فقلت : يا رسول الله تنحر الناقة وتذبح البقرة أو الشاة في بطنها جنين ، أنلقيه أم نأكله؟ ^(٧) فقال ﷺ : كلوه إن شئتم ، فإن ذكاة الجنين ذكاة امه.

وروى أبو إسحاق عن عاصم عن ضمرة عن علي ﷺ ، وعكرمة عن ابن

(١) م ، د : نظر فيه.

(٢) م : قبل ان تكامل.

(٣) م : وقال م.

(٤) م ، د : لم يحل.

(٥) م : وغير ذلك.

(٦) م : دليلنا ما رواه.

(٧) م ود : أم نأكل.

عباس ، ونافع عن ابن عمر ، وابن الزبير وطاوس ^(١) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : ذكاة الجنين ذكاة أمه ، وروي عن ابن عمر ^(٢) وابن عباس أنه إذا خرج ^(٣) الجنين ميتا وقد أشعر أكل.

مسألة ١٩ . (. « ج -) : إذا ماتت الفأرة في السمن وكان مائعا أو زيت أو شيرج أو بزر ، نجس كله وجاز الاستصباح به ، ولا يجوز أكله والانتفاع به بغير الاستصباح ، وبه قال (. ش .) .

وقال قوم من أصحاب الحديث : لا ينتفع به بحال ، لا بالاستصباح ولا بغيره ^(٤) بل يراق كالخمر . وقال (. ح .) : يستصح ويباع أيضا . وقال داود : ان كان المائع سمنا لم ينتفع به بحال ، وان كان ما عداه من الادهان لم ينحس بموت الفأرة فيه ويحل أكله وشربه ، لان الخبر ورد في السمن فحسب .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(٥) أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ سئل عن الفأرة ^(٦) تقع في السمن أو الزيت ^(٧) ، فقال : استصحبوا به ولا تأكلوه .

مسألة ٢٠ . : إذا جاز الاستصباح به ، فإنه يكون دخانه طاهرا ^(٨) ولا يكون

(١) م ود : ابن الزبير عن طاوس .

(٢) م : وروي عن عمر .

(٣) م ود : وابن عباس إذا خرج .

(٤) م ود : ولا غيره .

(٥) م : دليلنا ما رواه .

(٦) م : سئل الفأرة .

(٧) م ، د : والزيت .

(٨) م ، د : فان دخانه يكون طاهرا .

نجسا ، لأنه لا دليل على نجاسته.

وقال (. ش .) : فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه ، وبه قال (. ح .) . والثاني وهو الصحيح عندهم أنه يكون نجسا ، ثمَّ ينظر فإن كان قليلا مثل رأس الإبرة ^(١) فهو معفو عنه وإن كان كثيرا وجب غسله.

مسألة . ٢١ . : الزيت والبرز إذا نجس لا يمكن تطهيره بالماء ، لأنه لا دلالة على ذلك . ول (. ش .) فيه وجهان.

مسألة . ٢٢ . (. ج « -) : لا يجوز للمضطر أكل الميتة أكثر من سد الرمق ، ولا يحل له الشيع ، وهو أحد قولي (. ش .) ، وبه قال (. ح .) . والأخر ^(٢) : أن يأكل ^(٣) الشيع ، وبه قال (. ك .) ، و (. ر .) .

مسألة . ٢٣ . : إذا اضطر إلى أكل الميتة ، وجب عليه أكلها ، ولا يجوز له الامتناع منه ، لما نعلمه ضرورة من وجوب دفع المضار عن النفس . ول (. ش .) فيه وجهان.

مسألة . ٢٤ . : إذا اضطر الى طعام الغير ، لم يجب على الغير إعطاؤه ، لأنه لا دليل عليه.

وقال (. ش .) : يجب عليه ذلك ، ثمَّ لا يخلو حال المضطر من أحد أمرين : اما أن يكون واجدا ثمنه في الحال ، أو في بلده ، أو لم يكن واجدا أصلا ، فإن كان واجدا لم يجب عليه البذل ، وإن لم يكن واجدا أصلا يجب عليه بذله بغير بدل.

مسألة . ٢٥ . : إذا وجد المضطر المحرم ميتة وصيدا حيا ، اختلف أحاديث أصحابنا في ذلك على وجهين ، أحدهما : أن ^(٤) يأكل الصيد ويفديه ولا يأكل الميتة ،

(١) م : رؤوس الابر.

(٢) م ، د : والقول الآخر.

(٣) م : ان له أن يأكل.

(٤) م ود : انه.

وبه قال (. ش .) في أحد قوليه ، وهو اختيار المزي . والثاني ^(١) : وهو الأصح عندي أنه يأكل الميتة ويدع الصيد ، وهو قول (. ش .) الآخر ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .

مسألة ٢٦ . (. « ج » -) : إذا اضطر الى شرب الخمر للعطش أو الجوع أو التداوي ، فالظاهر أنه لا يستبيحها ^(٢) أصلا ، وقد روي أنه يجوز عند الاضطرار في الشرب ^(٣) ، فأما الأكل والتداوي به فلا ، وبهذا التفصيل قال (. ش .) .

وقال (. ر .) ، و (. ح .) : يحل للمضطر الى الطعام والى الشراب ، ويحل للتداوي بها .

مسألة ٢٧ . (. « ج » -) : إذا مر الرجل بحائط غيره وبثمرته ، جاز له أن يأكل منها ، ولا يأخذ منها شيئا يحمله معه ، وبه قال قوم من أصحاب الحديث . وقال جميع الفقهاء : لا يحل الأكل ^(٤) منه في غير حال الضرورة .

يدل على المسألة مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم ما رواه ^(٥) نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : إذا مر أحدكم بحائط غيره ، فليدخل وليأكل ولا يتخذ خبنة ، وفي بعضها فليناد ثلاثا فإن أجابوه ، والا فليدخل وليأكل ولا يتخذ خبنة ، يعني : لا يحمل معه شيئا .

مسألة ٢٨ . (. « ج » -) : شرب أبواب الإبل وكل ما أكل لحمه من البهائم جائز للتداوي وغيره ، وبه قال (. ك .) ، و (. ر .) ، وزفر . وقال (. م .) : في البول خاصة مثل ما قلناه ، وخالف في الروث .

وقال (. ح .) ، و (. ف .) ، و (. ش .) : بول ما أكل لحمه وروثه نجس مثل ما لا يؤكل لحمه .

(١) م ود : والوجه الآخر .

(٢) م : لا يستبيح أصلا .

(٣) م ود : الى الشرب .

(٤) م ود : لا يحل له الأكل .

(٥) م : دليلنا ما رواه .

كتاب السبق

- مسألة ١ . : المسابقة على الاقدام بعوض لا تجوز ، وهو مذهب (. ش .) . وقال قوم من أصحابه : انه يجوز ، وبه قال (. ح .) .
- يدل على المسألة قوله ^(١) **عَلَيْهِ** : لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر .
- مسألة ٢ . : المسابقة والمصارعة ^(٢) بعوض لا تجوز ، بدلالة ما تقدم في المسألة الاولى ^(٣) . وقال أهل العراق : يجوز . ول (. ش .) فيه وجهان .
- مسألة ٣ . : المسابقة بالطيور بعوض لا يجوز ، لما قلناه في الاولى ^(٤) .
- ول (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : أنه يجوز ، لان فيها فائدة في ^(٥) نقل الكتب ومعرفة الاخبار .
- مسألة ٤ . : لا تجوز المسابقة في السفن والزوارق ، للخبر المقدم ذكره ^(٦) ،

(١) م : دليلنا قوله **عَلَيْهِ** .

(٢) م ود : المسابقة بالمصارعة .

(٣) م : لم تذكر جملة « في المسألة الأولى » .

(٤) م : لا يجوز كما تقدم .

(٥) م ود : من نقل .

(٦) م : لم تذكر كلمة : ذكره .

ولأصحاب (. ش .) فيه وجهان.

مسألة . ٥ . : يجوز لغير الامام أن يعطي السبق ، وهو ما يخرج في المسابقة في الخيل ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا يجوز ذلك إلا للإمام خاصة ، لأنه في المعاونة ^(١) على الجهاد ، وليس ذلك إلا للإمام .

يدل على المسألة الخبر المتقدم عنه عليه السلام ^(٢) أنه قال : لا سبق إلا في نصال .
وقد روي بالفتح والسكون ، فالفتح يفيد الشيء المخرج ، والسكون يفيد المصدر ولم يفصل .

مسألة . ٦ . : إذا قال أحدهما لصاحبه : ان سبقت فلك عشرة ، وان سبقت أنا فلا شيء عليك كان جائزا ، لأنه لا مانع منه ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ك .) : لا يجوز لأنه قمار .

مسألة . ٧ . : إذا أخرج الاثنان سبقا وأدخلا ثالثا لا يخرج شيئا ، وقال ^(٣) : ان سبقت أنت فلك السبقان معا كان جائزا ، لما قلناه في المسألة المتقدمة لهذه ولما روى ^(٤) عن النبي عليه السلام أنه قال : من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ، وان لم يأمن أن يسبق فليس بقمار وهذا مما لا يأمن أن يسبق ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : لا يجوز ، وبه قال ابن خيران من أصحاب (. ش .) .

مسألة . ٨ . : الاعتبار في السبق بالهادي ، وهو العنق أو الكتد ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ر .) : الاعتبار بأذنه ، فأيهما سبق بها فقد سبق .

(١) م ود : من المعاونة .

(٢) م ، د : لم تذكر جملة (الخبر المتقدم عنه عليه السلام) .

(٣) م ، د : وقالوا .

(٤) م : كان جائزا لما تقدم ولما روى .

يدل على المسألة أن ما اعتبرناه مجمع عليه ، وما قالوه ^(١) ليس عليه دليل.

مسألة . ٩ . : عقد المسابقة من عقود الجائزة مثل الجمالة ، وبه قال (. ح .) ، وهو أحد قولي (. ش .) وله قول آخر ^(٢) أنه من العقود اللازمة كالإجارة ، لقوله تعالى ﴿ **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ ^(٣) وهذا عقد.

يدل على المسألة ^(٤) أن الأصل براءة الذمة ، ولا دليل على لزوم هذا العقد فيجب نفي لزومه ، وإن قلنا انه عقد لازم لمكان الآية كان قويا.

مسألة . ١٠ . : إذا تناضلا ، فسبق أحدهما صاحبه ، فقال : لك عشرة بشرط أن تطعم السبق أصحابك كان النضال صحيحا والشرط باطلا ، وبه قال (. ح .) ، وأبو إسحاق المروزي.

وقال (. ش .) : النضال باطل. يدل على المسألة أن الأصل صحته ، فمن ادعى أن هذا الشرط يفسده فعليه الدليل.

(١) م : وما قاله.

(٢) م : والقول الآخر.

(٣) سورة المائدة : ١ .

(٤) م : دليلنا ان الأصل.

كتاب الأيمان

مسألة ١ . : في الايمان ما هو مكروه وما ليس بمكروه ، بدلالة ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال ثلاث مرات : والله لا غزون قريشا. فلو كان مكروها لما حلف. وروى ابن عمر قال : كان كثيرا ما كان ^(١) يحلف رسول الله ﷺ بهذه اليمين لا ومقلب القلوب ^(٢). وبه قال (. ش .) وأكثر الفقهاء.

وقال بعضهم : كلها مكروهة لقوله تعالى ﴿ **وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ** ﴾ ^(٣) والنهي في هذه الآية انما توجه الى اليمين به على ترك البر والتقوى والإصلاح بين الناس ، ومعنى أن تبروا أن لا تبروا الناس ولا تتقوا الله ولا تصلحوا بين الناس وقيل : معنى الآية لا تكثروا اليمين بالله مستهزئين بها في كل رطب ويابس ، فيكون فيه ابتذال الاسم.

مسألة ٢ . : إذا حلف والله لا أكلت طيبا ولا لبست ناعما ، كان هذه يميناً مكروهة والمقام عليها مكروه وحلها طاعة ، لقوله تعالى

(١) م : لم يذكر كلمة « كان ».

(٢) م : لم يذكر كلمة « القلوب ».

(٣) سورة البقرة : ٢٢٤.

﴿ لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ ^(١) وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : المقام عليها طاعة ولازم .

مسألة . ٣ . (. « ج » .) : كل يمين كان حلها طاعة وعبادة إذا حلها لم يلزمه كفارة ، وبه قال جماعة .

وقال (. ش .) ، و (. ح .) ، و (. ك .) ، وغيرهم : يلزمه كفارة .
مسألة . ٤ . (. « ج » .) : إذا قال أنا يهودي ، أو نصراني ، أو مجوسي ، أو برئت من الإسلام ، أو من الله ، أو من القرآن لا فعلت كذا ، ففعل لم يكن يمينا ولا لمخالفة حنث ، ولا يجب به كفارة ، وبه قال (. ك . ، وع .) ، والليث ، و (. ش .) .
وقال (. ر . ، وح .) ، وأصحابه : كل هذا يمين ، فإذا خالف حنث ولزمته الكفارة .
مسألة . ٥ . « ج » : إذا حلف أن يفعل القبيح ، أو يترك الواجب ، أو حلف أن لا يفعل الواجب ، وجب عليه أن يفعل الواجب ويترك القبيح ولا كفارة . وقال جميع الفقهاء : يلزمه الكفارة .

مسألة . ٦ . « ج » : إذا حلف على مستقبل على نفي أو إثبات ، ثم خالف ناسيا لم يلزمه الكفارة ، وإن خالفه عامدا لزمته الكفارة إذا كان من الإيمان التي يجب بمخالفتها الكفارة .

وقال (. ش .) : إن خالفه عامدا فعليه الكفارة قولاً واحداً كما قلناه ، وإن خالفه ناسيا فعلى قولين .

مسألة . ٧ . « ج » : لا تنعقد اليمين على ماض ، سواء كانت على نفي أو إثبات ، ولا يجب بها الكفارة صادقا كان أو كاذبا ، عالما كان أو ناسيا ، وبه قال (. ك .) ، والليث بن سعد ، و (. ر . ، وح .) ، وأصحابه ، و (. د . ، وق .) .

وقال (. ش .) : إن كان صادقا فهو بار فلا شيء عليه ، وإن كان كاذبا فإن كان

عالما

(١) سورة المائدة : ٨٩ .

حنث ولزمته الكفارة قولاً واحداً ، وان كان ناسياً فعلى قولين ، وبه قال عطاء ، و (. ع .) .

مسألة ٨ . : إذا قال والله لأصعدن السماء ، أو والله لأقتلن زيدا وزيد مات ، عالماً كان ^(١) بذلك أو غير عالم لم يلزمه الكفارة.

وقال (. ح . ، وش .) : يحنث في الحال وتلزمه الكفارة ، إلا أن (. ح .) قال : ان اعتقد أن زيدا حي فحلف على قتله ، ثم بان أنه كان مات لم يكن عليه كفارة.

مسألة ٩ . : لا تنعقد يمين الكافر بالله ، ولا تجب عليه الكفارة بالحنث ، ولا يصح منه التكفير بوجه ، لأن الكفارة يحتاج إلى نية ، ولا يصح النية ممن لا يعرف الله تعالى ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : ينعقد يمينه ويلزمه الكفارة بحنثه ، سواء حنث حال كفره أو بعد إسلامه . واستدل بالظواهر والخبار وعمومها ، وهذا قوي يمكن اعتماده . ويمكن أن يجاب عما قلناه ، بأن يقال : اليمين يصح ممن يعتقد الله وان لم يكن عارفاً ، ولأجل هذا يصح إيمان المقلدة والعامة وينعقد ، ويصح منهم الكفارة وان لم يكونوا عارفين بالله على الحقيقة.

مسألة ١٠ . : إذا قال وقدرة الله ^(٢) ، أو وعلم الله ، أو وحياة الله ^(٣) وقصد به كونه قادراً عالماً حياً ، كان ذلك يميناً بالله . وان قصد بذلك المعاني والصفات التي يثبتها الأشعري لم يكن حالفاً بالله ، وبه قال (. ح .) لقيام الدلالة على أنه تعالى مستحق هذه الصفات لنفسه .

وقال أصحاب (. ش .) : كل ذلك يمين بالله .

(١) لم يذكر كلمة « كان » في ، م .

(٢) د : لم يذكر (وقدرة الله) .

(٣) د : لم يذكر كلمة (الله) .

مسألة ١١ . : إذا حلف بالقرآن ، أو سورة من سوره ، لم يكن ذلك يمينا ولا كفارة بمخالفتها ، لما ثبت أن اليمين بغير الله لا ينعقد ، وكلام الله غير الله ، وبه قال (. ح .) وأصحابه .

وقال (. ف .) : ان حلف بالرحمن ، فأراد ^(١) سورة الرحمن فليس بيمين ، وان أراد الاسم كان يمينا . وقال (. م .) : من حلف بالقرآن فلا كفارة عليه . وقال (. ش .) : كل ذلك يمين ويلزمه الكفارة بخلافها .

مسألة ١٢ . : كلام الله تعالى محدث ، وامتنع أصحابنا من تسميته بأنه مخلوق ، لما فيه من الإيهام . وقال أكثر المعتزلة : أنه مخلوق . وامتنع أبو عبد الله البصري من تسميته بأنه مخلوق ، وتابعه على ذلك جماعة .

وقال (. ح ، وف ، وم .) : انه مخلوق ، وبه قال أهل المدينة . قال الساجي : ما قال به أحد من أهل المدينة . قال (. ف .) : أول من قال القرآن مخلوق (. ح .) .

وروي عن جماعة من الصحابة الامتناع من تسمية القرآن بأنه مخلوق روي ذلك عن علي عليه السلام أنه قال يوم الحكمين والله ما حكمت مخلوقا لكني حكمت كتاب الله وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وابن مسعود ، وبه قال جعفر بن محمد الصادق عليه السلام ، فإنه سئل عن القرآن ، فقال : لا خالق ولا مخلوق ، لكنه كلام الله ووحيه وتنزيله ، وبه قال أهل الحجاز .

قال سفيان بن عيينة : سمعت عمرو بن دينار وشيوخ مكة مذ ^(٢) سبعين سنة يقولون : ان القرآن غير مخلوق ، وبه قال أهل المدينة ، وهذا ^(٣) قول (. ع .) وأهل الشام .

(١) م : فإن أراد .

(٢) م : منذ .

(٣) م : وهو .

وقال الليث بن سعد ، وأهل مصر ، وعبيد الله بن الحسن العنبري ، وبه قال من أهل الكوفة ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وهو مذهب (. ش .) إلا أنه لم يرو عن أحد من هؤلاء أنه قال : ان القرآن ^(١) قديم ، أو كلام الله قديم ، وأول من قال بذلك الأشعري ، وتبعه أصحابه ومن ذهب مذهبه من الفقهاء ، وموضع هذه المسألة كتب الأصول.

مسألة ١٣ . : اليمين لا تنعقد إلا بالنية ، فإذا قال : أقسمت بالله ، أو أقسم بالله وسمع منه هذه الألفاظ ، ثم قال : لم أرد به يمينا ، يقبل منه فيما بينه وبين الله وفي الظاهر ، لأنه أعرف بمراده ، لقوله تعالى ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾ ^(٢) وذلك لا يكون إلا بالنية.

وقال (. ش .) : يقبل قوله فيما بينه وبين الله ، لأنه لفظة محتملة ، وهل يقبل في الحكم أم لا؟ فيه قولان.

مسألة ١٤ . : إذا قال أقسم لا فعلت كذا ، ولم ينطق بما حلف به ، لا يكون يمينا ، سواء نوى اليمين أو لم ينو ، لإجماع الفرقة على أنه لا يمين الا بالله ، وليس هذا بيمين بالله ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يكون يمينا يكفر . وقال (. ك .) : ان أراد يمينا فهي يمين والا فليست بيمين ^(٣).

مسألة ١٥ . « ج » : إذا قال لعمر الله ونوى بذلك اليمين كان يمينا ^(٤).

وقال (. ح .) : يكون يمينا إذا أطلق أو أراد يمينا ، وبه قال أهل العراق كلهم ،

(١) م : قال القرآن.

(٢) سورة البقرة : ٢٢٥ .

(٣) م : والا فلا.

(٤) م : لم تذكر كلمة « يمينا » .

وهو أحد وجهي أصحاب (. ش .) . والأخر : أنه إذا أطلق أو لم ^(١) يرد لم يكن يمينا ، وهذا مثل قولنا .

مسألة . ١٦ . : إذا قال وحق الله ، لا يكون يمينا ، قصد أو لم يقصد ، لأنه لا دلالة على كونه يمينا . وأيضا فإن حقوق الله هي الأمر والنهي والعبادات كلها ، فاذا حلف بذلك كان يمينا بغير الله ، وبه قال (. ح ، وم .) .

وقال (. ش .) : يكون يمينا إذا أطلق أو أراد يمينا ، وبه قال (. ف .) . وقال أبو جعفر الأسترابادي : حق الله هو القرآن ، لقوله تعالى ﴿ **وَإِنَّهُ لَحَقُّ الْيَقِينِ** ﴾ ^(٢) فكأنه قال وقرآن الله ، وقد بينا أن هذا لا يكون يمينا .

مسألة . ١٧ . : إذا قال بالله ، أو تالله ، أو والله ، ونوى بذلك اليمين كان يمينا ، وإن لم ينو لم يكن يمينا . وإن قال : ما أردت يمينا قبل قوله ، بدلالة قول النبي ﷺ : الأعمال بالنيات . فاذا تجرد عن النية وجب أن لا يكون يمينا .

وقال (. ش .) في قوله بالله أن أطلق وأراد ^(٣) يمينا فهو يمين ، وإن لم يرد يمينا فليس بيمين ، لأنه يحتمل بالله أستعين ، وإذا قال : تالله أو والله أن أراد يمينا فهو يمين ، وإن لم يرد يمينا فليست بيمين .

مسألة . ١٨ . : إذا قال الله بكسر الهاء بلا حرف قسم لا يكون يمينا ، لأنه ما أتى بحرف القسم ، وبه قال (. ش .) وجميع أصحابه ، إلا أبا جعفر الأسترابادي فإنه قال : يكون يمينا ، وهذا قوي ، لأن أهل العربية قد أجازوا ذلك .

مسألة . ١٩ . : إذا قال أشهد بالله لا يكون يمينا ، لأن لفظ الشهادة لا يسمى يمينا في اللغة .

(١) م : أو لم يكن .

(٢) سورة الحاقة : ٥١ .

(٣) م : أو أراد يمينا .

ولأصحاب (. ش .) وجهان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : أنه إذا أطلق أو أراد يمينا فهو يمين ، وبه قال (. ح .) .

مسألة . ٢٠ . : إذا قال أعزم بالله لم يكن ^(١) يمينا ، أطلق ذلك أراد يمينا ، أو لم يرد ، لأنه لا دليل عليه . وقال (. ش .) : ان أطلق ذلك أو لم يرد يمينا ^(٢) فمثل ما قلناه ، وان أراد يمينا فعلى ^(٣) ما أراد .

مسألة . ٢١ . : إذا قال أسألك بالله ، أو أقسم عليك بالله لم يكن يمينا ، سواء أطلق أو أراد اليمين أو لم يرد ، لأنه لا دليل على كونه يمينا .

وقال (. ش .) : ان أطلق ذلك أو لم يرد يمينا فكما قلناه ، وان أراد اليمين كان كذلك وينعقد على فعل الغير ، فإن أقام الغير عليها لم يحنث ، وان خالف الغير حنث الحالف ولزمه كفارة . وقال (. د .) : الكفارة على المحنث دون الحالف .

مسألة . ٢٢ . : إذا قال علي عهد الله روى أصحابنا أن ذلك يكون نذرا ، فان خالف لزمه ما يلزمه في ^(٤) كفارة النذر ، هذا إذا نوى ذلك ، فان لم ينو ذلك لم يلزمه شيء .

وأما قوله « علي ميثاقه وكفالتة وأمانته » فلم يرووا فيه شيئا ، والاولى أن نقول في ذلك : انه ليس من ألفاظ اليمين ، لأنه لا دليل على ذلك .

وقال (. ش .) : إذا أطلق أو لم يرد ^(٥) لم يكن يمينا ، وان أراد يمينا كان كذلك .

وقال (. ح . ، وك .) : يكون إطلاقه يمينا .

ثم اختلفوا ، فقال (. ش .) : إذا خالف بواحدة منها أو بجميعها لزمته كفارة واحدة

(١) م : لا يكون .

(٢) م : لم يذكر كلمة (يمينا) .

(٣) م : فهو .

(٤) م : لم تذكر جملة (ما يلزمه في) .

(٥) م : أو لم يرد يمينا .

وقال (. ك .) : إذا حنث في الكل مثل أن يقول علي عهد الله وميثاقه وأمانته وكفالاته ثمّ خالف ، لزمته عن كل واحدة كفارة.

مسألة . ٢٣ . : إذا قال والله كان يمينا إذا أطلق أو أراد اليمين ، وإن لم يرد اليمين لم^(١) يكن يمينا عند الله ، ويحكم عليه في الظاهر ، ولا يقبل قوله ما أردت اليمين في الحكم ، وبه قال (. ش .) إلا أنه^(٢) زاد وإن لم ينو ، فإنه يكون يمينا.

يدل على المسألة أن ما اعتبرناه مجمع عليه ، وما قالوه لم يكن^(٣) عليه دليل.

مسألة . ٢٤ . : إذا حلف أن لا يلبس الحلي ، فلبس الخاتم حنث ، لأن الخاتم من حلي الرجال كالمنطقة والسوار ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا يحنث.

مسألة . ٢٥ . : إذا حلفت المرأة لا لبست حليا ، فلبست الجوهر وحده حنث لقوله تعالى ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ حُلِيَّهٖ تَلْبِسُونَهَا ﴾^(٤) ومعلوم أن الذي يخرج منه هو اللؤلؤ والمرجان ، وبه قال (. ش . ، وف ، وم .) . وقال (. ح .) : لا يحنث.

مسألة . ٢٦ . : لا يدخل الاستثناء بمشية الله الا في اليمين بالله فحسب ، لأنه لا دليل على ذلك ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ح . ، وش .) : يدخل في اليمين بالله وبالطلاق وبالعتاق ، وفي الطلاق والعتاق وفي النذر وفي الإقرار.

مسألة . ٢٧ . : الاستثناء بمشية الله في اليمين ليس بواجب بل هو بالخيار

(١) م : فلا يكون.

(٢) م : لم يذكر (أنه) .

(٣) م : ليس عليه دليل.

(٤) سورة فاطر : ١٣ .

لأنه لا دليل على وجوبه ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكي عن بعضهم أنه قال : الاستثناء واجب ، لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ ﴾ ^(١).

مسألة ٢٨ . : لا حكم للاستثناء ، إلا إذا كان متصلا بالكلام أو في حكم المتصل ، فأما إذا انفصل منه فلا حكم له ، سواء كان في المجلس أو بعد انصرافه ، وبه قال جميع الفقهاء.

وقال عطاء ، والحسن : له أن يستثني ما دام في المجلس ، فان فارقه فلا حكم للاستثناء ، وعن ابن عباس روايتان : إحداهما ^(٢) أن له أن يستثني أبدا ، حتى أنه لو حلف وهو صغير ثم استثنى وهو كبير جاز . والثانية : له أن يستثني إلى حين والحين سنة .

دليلنا في المسألة ^(٣) أن ما اعتبرناه مجمع على صحته ، وما ذكرناه فلا دليل عليه .

مسألة ٢٩ . (. ج « -) : لغو اليمين أن يسبق اليمين الى لسانه ولم يعتقدها بقلبه كأنه أراد أن يقول بلى والله ، فيسبق لسانه فيقول : لا والله ، ثم يستدرك فيقول بلى والله ، فالأولى يكون لغوا ولا كفارة بها ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : فيها الكفارة ، والثانية منعقدة . وقال (. ك .) : لغو اليمين يمين الغموس وهو ما ذكرناه أن يحلف على ما مضى قاصدا الكذب فيها .

وقال (. ح .) : لغو اليمين ما كانت على ما مضى لكنه حلف لقد كان كذا معتقدا أنه على ما حلف ، أو حلف ما كان كذا معتقدا أنه على ما حلف ، ثم بان له أن الأمر

(١) سورة الكهف : ٢٢ .

(٢) م : أحدهما .

(٣) م : لم يذكر كلمة (في المسألة) .

خلاف ما حلف عليه ، فكأنه حلف على مبلغ علمه ، فبان ضد ما حلف عليه ، هذه لغو اليمين عنده ولا كفارة فيها ، وعند (. ش .) فيها قولان .

دليلنا في المسألة ^(١) قوله تعالى ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ﴾ ^(٢) فما لا يؤاخذ به هو ما قلناه وروى عطاء عن عائشة أن النبي ﷺ قال لغو اليمين قول الرجل في بيته لا والله ^(٣) بلى والله وعلى المسألة إجماع الفرقة .

مسألة . ٣٠ . : إذا حلف على أمر مستقبل أن يفعل أو لا يفعل ثم خالفه عامداً كان عليه الكفارة بلا خلاف ، وإن خالفه ناسياً لم يجب عليه الكفارة ، لأن الأصل براءة الذمة ، ولقوله ﷺ : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .
ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٣١ . (. « ج » -) : لا يجوز تقديم كفارة اليمين قبل الحنث أصلاً ، وإن أخرجها لم يجزه .

وقال (. ش .) : يجزيه قبل الحنث ^(٤) إلا الصوم ، فإنه لا يجزيه ، لأنه من عبادة الأبدان ، وبه قال (. ك . ، وع .) ، والليث ، و (. د . ، وق .) ، وزاد (. ك .) فقال : يجوز تقديم الصيام على الحنث .

وقال (. ح .) وأصحابه : كفارة اليمين يجب بسبب واحد وهو الحنث ، فأما عقد اليمين فليس بسبب فيها ، فعلى هذا لا يجوز تقديمها قبل وجوبها بحال .

مسألة . ٣٢ . (. « ج » -) : إذا قال لزوجته : ان لم أتزوج عليك فأنت طالق فإنها لا تطلق ، سواء تزوج عليها أو لم يتزوج .

وقال (. ش .) : إذا تزوج بريمينه بنفس العقد ، دخل بها أو لم يدخل ، وإن لم

(١) م : لم يذكر كلمة (في المسألة) .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٥ .

(٣) م : لم يذكر كلمة « لا » .

(٤) م : لم يذكر كلمة « قبل الحنث » .

يتزوج فإنها تطلق على كل حال.

وقال (. ك .) : ان تزوج بمثلها أو فوقها ودخل بها بر في يمينه ، وان لم يدخل بها لم يبر في يمينه ، وان تزوج بمن هو دونها في المنزلة لم يبر في يمينه ، لأنه قصد مغايرتها بذلك ، وانما يغتاظ بالنظير.

مسألة . ٣٣ . (. « ج » .) : إذا مات وعليه صيام ، صام عنه وليه ، وبه قال (. ك .) ، وش . (.) في القديم . وقال في الجديد : لا يصوم عنه وليه ، وبه قال أهل العراق .

مسألة . ٣٤ . : إذا أعطى مسكيناً من كفارته أو زكاة ماله أو فطرته ، فالمستحب أن لا يشتري ذلك ممن أعطاه وليس بمحظور ، بدلالة ^(١) قوله تعالى ﴿ وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٢) وبه قال (. ش . ، وح .) . وقال (. ك .) : لا يجوز شراؤه ، ولا يصح أن يملك به .

مسألة . ٣٥ . (. « ج » .) : أقل ما يجزئ في الكسوة ثوبان قميص وسراويل ، أو قميص ومنديل ، أو قميص ومقنعة ، وثوب واحد لا يجزئ .

وقال (. ش .) : يجزئ قميص أو سراويل أو مقنعة أو منديل للرجال والنساء .

وقال (. ك .) : ان أعطى رجلاً فكمما قال (. ش .) ، وان أعطى امرأة فلا يجوز إلا ما يجوز لها الصلاة فيه ، وهو ثوبان قميص ومقنعة . وقال (. ف .) : السراويل لا يجزئ .

مسألة . ٣٦ . : إذا أعطى الفقير قلنسوة أو خفا لم يجزه ، لقوله تعالى ﴿ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ ^(٣) لا يقال كساه قلنسوة . ولل (. ش .) فيه وجهان .

مسألة . ٣٧ . (. « ج » -) : صوم الثلاثة أيام في كفارة اليمين متتابع لا يجوز تفريقه .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وبه قال (. ح .) ، واختاره المزني .

والقول الآخر : أنه بالخيار ان شاء تابع ، وان شاء فرق ، وبه قال الحسن ،

(١) م : لم يذكر كلمة « بدلالة » .

(٢) سورة البقرة : ٢٧٦ .

(٣) سورة المائدة : ٩١ .

وعطاء ، و (. ك .) .

مسألة . ٣٨ . (. « ج » -) : فرض العبد في كفارة الحنث الصيام ، دون العتق والإطعام والكسوة إجماعاً^(١) ، وعندنا أن فرضه شهر واحد فيما يجب فيه شهران متتابعان ، وفي كفارة اليمين ثلاثة أيام مثل الحر سواء .

وقال جميع الفقهاء : فرضه فرض الحر في كل موضع .

مسألة . ٣٩ . : إذا كان في دار ، فحلف لا سكنت هذه الدار ، فأقام عقيب يمينه مدة يمكنه الخروج منها فلم يفعل حنث ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : إن أقام يوماً وليلة حنث ، وإن أقام أقل من ذلك لم يحنث .

يدل على المسألة أن اليمين إذا علققت بالفعل تعلقت بأقل ما يقع عليه الاسم من ذلك ، كما أن الرجل إذا حلف لا دخلت الدار حنث بأقل ما يقع عليه اسم الدخول ، وهو إذا عبر^(٢) العتبة ، ولو حلف لأدخلن الدار بر بأقل ما يقع عليه اسم الدخول وإن لم يدخل جوف الدار^(٣) .

مسألة . ٤٠ . : إذا كان في دار فحلف لا سكنت هذه الدار ثم خرج عقيب اليمين بلا فصل بر في يمينه ولم يحنث فيها ، لأنه إذا لم يتشاغل بغير الخروج منها فلا يقال انه ساكن فيها ، وكذلك لو كان في دار مغصوبة فلما عرفها لم يتشاغل بغير الخروج لم يأنثم ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال زفر : يحنث^(٤) ولا طريق له الى البر ، لأنه يحنث باستدامة السكنى وخروجه منها عقيب يمينه سكنى فيها ، فوجب أن يحنث .

مسألة . ٤١ . : إذا كان فيها فحلف لا سكنت هذه الدار ، ثم أقام عقيب

(١) م : لم تذكر كلمة « إجماعاً » .

(٢) م : لم يذكر كلمة « عبر » .

(٣) م : الى جوف الدار .

(٤) م : حنث .

يمينه لا للسكنى لكن لنقل الرجل والمال والولد لم يحنث ، لان من يتأهب للانتقال لا يقال انه ساكن في العرف والعادة ، وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : يحنث .

مسألة ٤٢ . : إذا كان فيها فحلف لا سكنت هذه الدار وانتقل بنفسه ، بر في يمينه وان لم ينقل العيال والمال ، لقوله تعالى ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ ﴾ ^(١) فسمها غير مسكونة مع كون المتاع فيها ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : السكنى بنفسه وبالعيال دون المال . وقال (. ح .) : بنفسه وبالعيال والمال معا . وقال (. م .) : ان بقي من ماله ما يمكن سكنى الدار معه فما نقل المال ، وان بقي ما لا يمكن سكنى الدار معه فقد نقل المال وبر في يمينه .

مسألة ٤٣ . : إذا حلف لا يدخل دارا فصعد سطحها لم يحنث ، وبه قال (. ش .) . لان السطح كالحائط . ولو وقف على نفس الحائط ، فلا خلاف أنه لا يحنث ، ولا خلاف أيضا أنه لو حلف لا يدخل بيتا فدخل غرفة فوقها لا يحنث فالسطح مثله . وقال (. ح .) : يحنث .

مسألة ٤٤ . : إذا كان في دار فحلف لا دخلها ، لم يحنث باستدامة قعوده فيها ، لأنه لا دليل عليه . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٤٥ . : إذا حلف لا دخلت بيتا ، فدخل بيتا من شعر أو وبر أو مبنيا من حجر أو مدر ، فإنه يحنث لان الاسم يتناول الجميع ، بدلالة قوله تعالى ﴿ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا ﴾ ^(٢) فسمها بيوتا ، وهو ظاهر كلام (. ش .) .

وفي أصحابه من قال : ان كان بدويا يحنث ، سواء دخل بيت البادية أو البلدان ، وان كان قرويا يحنث إذا دخل البلدان ^(٣) ، وهل يحنث بدخول بيوت

(١) سورة النور : ٢٩ .

(٢) سورة النحل : ٨٢ .

(٣) م : إذا دخل بيوت البلدان .

البادية؟ فيه وجهان.

مسألة ٤٦ . : إذا حلف لا يأكل من طعام اشتراه زيد ، فاشترى زيد وعمرو طعاما صفقة واحدة فأكل منه ، لم يحنث عندنا وعند (. ش .) ، لأن الأصل براءة الذمة ، ولا دليل على حصول الحنث ها هنا.

وقال (. ح .) : يحنث إذا اشتراه معا ، فكل واحد منهما يشتري نصفه ^(١) ، فان كان لزيد نصفه فقد أكل من طعام اشتراه وهذا لا يصح ، لأنه إنما أشار الى طعام اشتراه زيد وانفرد بشرائه ، وليس ها هنا جزء من الطعام يشار اليه ان زيدا انفرد بشرائه ، فيكون كما لو حلف لا يلبس ثوب زيد فلبس ثوبا لزيد وعمرو ، أو لا يدخل دار زيد فدخل دار زيد وعمرو ، فإنه لا يحنث.

مسألة ٤٧ . : إذا اقتسما هذا الطعام ، فأكل من نصيب زيد أو نصيب عمرو فإنه لا يحنث بدلالة ما قلناه ^(٢) في المسألة ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : ان أكل من نصيب زيد حنث ، وان أكل من نصيب عمرو لم يحنث.

مسألة ٤٨ . : إذا حلف لا يأكل من طعام اشتراه زيد ، فاشترى زيد طعاما وحده ، واشترى عمرو طعاما وحده ، وخلطاه معا فأكل الخالف منه ، فلاصحاب (. ش .) فيه ثلاثة أوجه ، قال أبو سعيد الإصطخري : ان أكل النصف فما دونه لم يحنث وان زاد على النصف حنث ، لأنه لا يقطع على أنه أكل من طعام انفرد زيد بشرائه حتى يزيد على النصف. وقال ابن أبي هريرة : لا يحنث وان أكله كله. وقال أبو إسحاق : ان أكل منه حبة أو حبتين لم يحنث. وان أكل منه كفا حنث.
والأقوى عندي مذهب الإصطخري.

مسألة ٤٩ . : إذا حلف لا دخلت دار زيد هذه ، أولا أكلت عند زيد هذا

(١) م : قد اشترى نصفه.

(٢) م : ما ذكرناه.

أولا كلمت زوجة زيد هذه ، يتعلق اليمين بعين ما علق اليمين به ، فان دخلها وملكها لزيد حنث بلا خلاف ، وان زال ملكه عنها فدخلها بعد ذلك لم يحنث ، لأن الأصل براءة الذمة ، وهذا مذهب (. ف .) ^(١) إلا في الزوجة.

وقال (. ش . ، وك . ، وم .) ، وزفر : انه يحنث على جميع الأحوال ، ولا ينحل اليمين بزوال المضاف إليه.

مسألة . ٥٠ . : إذا حلف لا دخلت هذه الدار ، فأتهدمت حتى صارت طريقا وبراحا فسلك عرصتها لم يحنث ، لان ذلك لا يسمى دارا ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : يحنث ووافقنا في أنه إذا أطلق ، فقال : لا دخلت دارا فسلك براحا قد كان دارا في أنه لا يحنث ، ولا خلاف في أنه لو حلف ^(٢) ، فقال : لا دخلت هذا البيت ، ثم دخل بعد أن صار طريقا ، أنه لا يحنث . ولا خلاف أيضا في أنه لو جعل هذه الدار بستانا أو حماما فدخلها ، فإنه لا يحنث فكذلك إذا جعلها طريقا.

مسألة . ٥١ . : إذا حلف لا ألبس ثوبا من عمل يد فلان ، فوهب له فلان ثوبا ، فان لبسه حنث بلا خلاف ، وان استبدل به فباعه أو بادل به ^(٣) فلبسه لم يحنث وكذلك لو حلف لا ألبس من غزل امرأة ، فإن لبس منه حنث ، وان باعه واشترى بثمنه ثوبا أو اشترى به ثوبا فلبسه لم يحنث.

وكذلك لو قال له غيره : أحسنت إليك وأعطيتك كذا ، فقال جوابا له : والله لا شربت لك ماء من عطش ، تعلق الحكم بشرب مائه من عطش ، فان انتفع بغير الماء من ماله ، بأن أكل طعامه أو لبس ثيابه وركب دوابه لم يحنث ، وبه قال (. ش .) وقال (. ك .) : يحنث بكل هذا.

(١) م : ف وأبي (. ح .) .

(٢) م : إذا حلف .

(٣) م : (وبأدلة به) .

ويدل على المسألة أنه قد ثبت عندنا أن الحكم إذا علق باسم لم يلتفت الى سببه ، فان كان عاما حمل على عمومه ، وان كان خاصا ، فكذلك لا يلتفت الى سببه خاصا كان أو عاما.

وخالف (. ك .) في هذا الأصل ، فقال : يجب حمله على سببه ، وفساد قوله مبين في أصول الفقه ، ويقوى في نفسي قول (. ك .) في قوله لا شربت لك ماء من عطش أنه يحنث إذا انتفع بشيء من ماله ، لان ذلك من فحوى الخطاب ، مثل قوله تعالى ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ ﴾ ^(١) وقوله ﴿ وَلَا يُظْلَمُونَ فَتِيلًا ﴾ ^(٢) فان المفهوم من ذلك منع كل أذى ، ونفي كل ظلم فكذلك ها هنا.

مسألة . ٥٢ . : إذا حلف لا يدخل دار زيد ، فان دخلها وهي ملك لزيد حنث بلا خلاف ، وان كان ساكنها بأجرة لم يحنث عندنا ، لأن حقيقة هذه الإضافة تفيد الملك ، وانما يستعمل في السكنى مجازا ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح . ، وك .) : يحنث .

مسألة . ٥٣ . : إذا حلف لا سكنت دار زيد ، أو حلف لا كلمت زيدا ، فكلمه ناسيا أو جاهلا بأنه زيد أو مكرها ، فإنه لا يحنث ، لقوله ﷺ : رفع عن أمتي النسيان وما استكرهوا عليه . وذلك عام .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وبه قال الزهري . والثاني : يحنث ، وبه قال (. ك . ، وح .) .

مسألة . ٥٤ . : إذا أدخل محمولا مكرها لا يحنث ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ، وهو نص (. ش .) . واختلف أصحابه على طريقين ، منهم من قال : لا يحنث قولا واحدا ، ومنهم من قال : على قولين كالأولى .

(١) سورة الإسراء : ٢٣ .

(٢) سورة الإسراء : ٧١ .

مسألة ٥٥ . : إذا حلف لا يدخل على زيد بيتا ، فدخل على عمرو بيتا وزيد فيه وهو لا يعلم بكون زيد فيه ، لا يحنث ، لأن الأصل براءة الذمة . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٥٦ . : إذا دخل على عمرو بيتا وزيد فيه واستثناه بقلبه ، كأنه قصد الدخول على عمرو دون زيد لم يصح . وإن حلف لا كلم زيدا ، فسلم على جماعة فيهم زيد ، واستثناه بقلبه لم يحنث ، لأن لفظة السلام عامة ، ويجوز أن يخصها بالقصد ، ولا يصح ^(١) تخصيص الفعل بزيد دون عمرو ، لأن الفعل واحد فلهذا يحنث بالدخول ولا يحنث بالسلام .

وقال (. ش .) : مسألة الدخول مبنية على مسألة السلام ، ومسألة السلام على طريقين منهم من قال : يصح قولاً واحداً ، ومنهم من قال : على قولين . واختلفوا في مسألة الدخول على طريقين ، منهم من قال : على قولين كالكلام ومنهم من قال : يحنث ها هنا قولاً واحداً ، ولا يصح الاستثناء والكلام على قولين .

مسألة ٥٧ . : إذا دخل على عمرو بيتا ، فاستدام زيد القعود معه لا يحنث ، لأن الأصل براءة الذمة .

ولل (. ش .) فيه قولان مبنيان على حكم الاستدامة ، هل هو حكم الابتداء أم لا؟

مسألة ٥٨ . : إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غداً ، فأكله اليوم حنث ، لأنه لم يأكل في الغد ، وإنما انعقدت اليمين على ذلك ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح . ، وك .) : لا يحنث ، لأن معناه لا تأخر أكله غداً وما تأخر .

مسألة ٥٩ . : إذا حلف ليأكلنه غداً ، فهلك الطعام اليوم أو غداً ، فإن

(١) د : ولا يصلح .

هلك بشيء من جهته لزمته الكفارة ، وان هلك بشيء من غير جهته اليوم ^(١) لم يلزمه الكفارة ، وان كان في الغد فان كان بعد القدرة على أكله ولم يأكل حنث ، وان كان قبل ذلك لم يحنث ، لأنه لم يفطر فيه والأصل براءة الذمة.

مسألة . ٦٠ . : إذا حلف ليقضين حقه عند استهلال الشهر ، أو عند رأس الهلال ، فإنه يلزمه أن يعطيه عند رؤية الهلال ، لان لفظة « عند » يفيد المقارنة في اللغة ، وبه قال (ش .) .

وقال (. ك .) : وقت القضاء ليلة الهلال ويومها من غدها . وكذلك لو حلف ليقضينه يوم الخميس ، فوقت القضاء يوم الخميس وليلة بعده .

مسألة . ٦١ . (. « ج » .) : إذا حلف ليقضينه حقه الى حين ، أو الى زمان ، أو الى دهر ، فقد روى أصحابنا أن ^(٢) الحين ستة أشهر ، والزمان خمسة أشهر ، ولم يرووا في الدهر شيئاً .

وقال (. ف ، وم .) : هذه كلها عبارة عن ستة أشهر . وقال (. ح .) : الحين والزمان عبارة عن ستة أشهر . وقال في الدهر لا أعرفه . وقال (. ش .) : هذه كلها عبارات لا حد لها ، ويكون على مدة حياته ، فان لم يفعل حتى مات حنث بوفاته . وقال (. ك .) : كلها عبارة عن ستة . وقال (. ع .) : الى حين بدو الصلاح في الشجرة .

مسألة . ٦٢ . : إذا حلف ليقضينه حقه قريباً أو بعيداً ، فليس له حد ، لأنه لا دليل عليه ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : إذا قال قريباً ، فهو أقل من شهر . وإذا قال بعيداً ، فهو شهر .

مسألة . ٦٣ . : إذا حلف الى حقب فلا حد له ، وبه قال (. ش .) ، لأنه لا دليل عليه .

(١) د : في اليوم .

(٢) د : لم يذكر كلمة « ان » .

وقال (. ك .) : الحقب أربعون سنة. وقال (. ح .) : الحقب ثمانون سنة قالوا : لأنه روي عن ابن عباس في قوله تعالى ﴿ لَا يَشِينُ فِيهَا أَحْقَابًا ﴾ ^(١) انه قال : الحقب ثمانون عاما .
مسألة . ٦٤ . : إذا قال الخليفة أو الملك : والله لا ضربت عبدي ثم أمر عبده فضربه لم يحنث ، لأن حقيقة هذه الإضافة أن يفعل الفعل بنفسه ، وإنما ينسب اليه ما يفعله غيره مجازا . ولش فيه قولان .

مسألة . ٦٥ . : إذا قال الخليفة : والله لا تزوجت ولا بعت ، فوكل فيهما لم يحنث ، لما قلناه في المسألة المتقدمة .

وقال (. ش .) : لا يحنث في التزويج ، ويحنث في البيع على أحد القولين . وقال (. ح .) : إذا وكل في التزويج حنث ، وإن وكل في الشراء لم يحنث .
مسألة . ٦٦ . : إذا حلف لا لبست هذين الثوبين ، أو لا أكلت هذين الرغيفين فأكل أحدهما لم يحنث ، لأنه لا دليل عليه ، والأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ح . ، وش .) .

وقال (. ك .) : يحنث إذا لبس أحدهما ، أو أكل أحدهما .
مسألة . ٦٧ . : إذا حلف لا شربت من النهر ، أو لا شربت من دجلة فمتى شرب من مائها سواء غرف بيده ، أو في كوز ، أو غيره ، أو كرع فيها كالبهيمة حنث ، لأن معنى هذا الكلام لا شربت من مائها بهذا جرت العادة ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : لا يحنث حتى يكرع فيها كالبهيمة ، لأنه إذا شرب غرfa بيده لم يشرب منها وإنما شرب من يده .

مسألة . ٦٨ . : إذا حلف لا فارقتك حتى أستوفي حقي ، فإن استوفى حقه بر في يمينه بلا خلاف ، وإن استوفى بدل حقه مثل أن كانت دنانير فأخذ دراهم أو

(١) سورة النبل : ٢٣ .

ثيابا أو غير ذلك بر في يمينه ، لان بدل حقه حقه وبه قال (. ك .) .

وقال (. ش .) : ان أخذ بدل حقه حنث .

مسألة . ٦٩ . (. « ج » .) : إذا قال لزوجته : ان خرجت من الدار لا بأذني فأنت

طالق لم تطلق ، وان خرجت بغير إذنه ، لأن هذا طلاق بشرط .

وقال (. ش . ، وح .) : ان خرجت من الدار بغير إذنه طلقت وانحلت اليمين ، فان

خرجت مرة أخرى لم تطلق مرة أخرى ، وان أذن لها فخرجت لم تطلق بلا خلاف بينهما ،

الا أن عند ^(١) (. ش .) ينحل اليمين ، فان خرجت بعد ذلك مرة أخرى بغير إذنه لم تطلق

، وعند (. ح .) لا ينحل اليمين ^(٢) ، فان خرجت بعد ذلك بغير إذنه فإنها تطلق .

مسألة . ٧٠ . (. « ج » .) : إذا حلف بالطلاق لا خرجت إلا بإذني فأذن لها ،

فخرجت بعد الاذن وقبل العلم به لم تطلق ، وبه قال (. ش . ، وف .) . وقال (. ح . ، وك . ،

وم .) : يحنث .

مسألة . ٧١ . (. « ج » .) : إذا قال لعبده : متى بعثك فأنت حر ثمّ باعه لم ينعقد

، سواء كان له خيار المجلس أو خيار الثلاث وعلى كل حال ، لإجماع الفرقة على أن العتق

بشرط لا يقع .

وقال (. ش .) : يعتق على كل حال ، لان له خيار المجلس إذا لم يشترط ، وان

شرطاً فله خيار الثلاث . وقال (. ح . ، وك .) : ان باع مطلقاً لم ينعقد ، وان باعه بشرط

خيار الثلاث انعتق .

مسألة . ٧٢ . : إذا حلف لا يأكل الرؤوس حنث بأكل رؤوس البقر والغنم والإبل ،

ولا يحنث بأكل رؤوس العصافير والطيور والحيتان والجراد ، وبه قال (. ش .) .

(١) م : لم تذكر كلمة « عند » .

(٢) م : لم تذكر كلمة « اليمين » .

وقال (. ح .) : يحنث برؤوس الغنم والبقر ، ولا يحنث برؤوس الإبل ، لأن العادة فيهما . وقال (. ف ، وم .) : يحنث برؤوس الغنم لا غير ، لان العرف فيه ^(١) يدل على ما قلناه أن اسم الرؤوس يقع على جميع ما ذكرناه ، وتخصيصها يحتاج الى دليل ، ولا يلزمنا ^(٢) ذلك فيما خصصناه ، لأننا إنما خصصنا ذلك بدليل الإجماع .

مسألة . ٧٣ . : إذا حلف لا يأكل لحماً وأكل لحم النعم والصيد حنث بلا خلاف ، وان أكل السمك حنث أيضاً ، لأن اسم اللحم ينطلق عليه ، بدلالة قوله تعالى ﴿ وَمِنْ كُلِّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ ^(٣) وبه قال (. ف ، وك .) . وقال (. ح ، وش .) : لا يحنث .

مسألة . ٧٤ . : إذا حلف لا ذقت شيئاً ، فأخذه بفيه ومضغه ولم يزد رده حنث لان الذوق عبارة عن معرفة طعم الشيء ، وهذا قد عرف طعمه قبل أن يزد رده . وللش فيه وجهان .

مسألة . ٧٥ . : إذا حلف لا أكلت ^(٤) سمناً ، فأكل مع الخبز ، حنث لأنه قد أكله ، وبه قال أكثر أصحاب (. ش .) . وقال الإصطخري : لا يحنث ، لأنه ما أكله على جهته .

مسألة . ٧٦ . : إذا حلف لا أكلت هذه الخنطة ، أو من هذه الخنطة ، وأشار الى خنطة بعينها ثم طحنها دقيقاً أو سويقاً ثم أكلها لم يحنث ، لان اسم الخنطة لا يقع على الدقيق والسويق ، وبه قال (. ح ، وش .) . وقال (. ف ، وم .) : يحنث .

مسألة . ٧٧ . : إذا حلف لا أكلت هذا الدقيق ، فخبزه ثم أكله لم يحنث ، لما

(١) م : لم تذكر كلمة « فيه » .

(٢) م : ولا يلزمها .

(٣) سورة فاطر : ١٣ .

(٤) د : لا أكل .

قلناه في المسألة الاولى ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يحنث .

مسألة ٧٨ . : إذا حلف لا يأكل شحما ، فأكل لحم الظهر ^(١) لا يحنث ، لان اسم الشحم يختص بما يكون في الجوف ، وبه قال (. ح . ، وش .) . وقال (. ف .) : يحنث .

مسألة ٧٩ . : إذا حلف لا يأكل لحما فأكل القلب ، لم يحنث بلا خلاف .
وان أكل من شحم الجوف لم يحنث ، لما قلناه في المسألة الاولى ^(٢) ، وبه قال (. ح . وش .) . وقال (. ك . ، وف .) : يحنث .

مسألة ٨٠ . : إذا حلف أن ^(٣) لا يأكل لحما ، فأكل الية لم يحنث ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(٤) وبه قال (. ح .) . وللش فيه وجهان .

مسألة ٨١ . : إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل المنصف ، وهو الذي نصفه رطب ونصفه بسر ، أو حلف لا يأكل بسرا ، فأكل المنصف حنث ، لأنه قد أكل الرطب وشيئا آخر معه ، وبه قال (. ش .) . وقال الإصطخري : لا يحنث .

مسألة ٨٢ . : إذا حلف لا يأكل لبنا ، فأكل سمنا أو زيدا خالصا أو جبنا وغير ذلك لا يحنث ، وبه قال (. ش .) . وقال أبو علي بن أبي هريرة : يحنث بأكل كل ما عمل منه .

مسألة ٨٣ . : إذا حلف لا كلمت زيدا فسلم عليه ، حنث بلا خلاف . وان سلم على جماعة منهم زيد وأراد ^(٥) ، حنث أيضا بلا خلاف ، وان لم يرده أو لم ينو شيئا وأطلقه أو لم يعلم أن فيهم زيدا لم يحنث ، بدلالة ما قلناه في المسائل

(١) م : فأكل شحم الظهر .

(٢) م : لما تقدم .

(٣) م : لم تذكر كلمة « أن » .

(٤) م : لم يحنث كما تقدم .

(٥) د : واراده .

المتقدمة لهذه^(١).

وقال أصحاب (. ش .) : ان عزله بالنية ففيه طريقان ، منهم من قال : لا يصح قولاً واحداً ، ومنهم من قال : على قولين . وان أطلق السلام من غير نية ، فعلى قولين .

وان كان جاهلاً بأن زيدا منهم ، فعلى قولين كيمين الساهي .

مسألة . ٨٤ . : إذا حلف لا كلمت فلانا ، فكتب اليه كتاباً ، أو أرسل إليه رسولا ، أو أومى إليه برأسه ، أو رمز بعينه ، أو أشار بيده لا يحث ، لأنه لا يسمى شيء مما ذكرناه كلاماً على الحقيقة ، وبه قال أهل العراق ، وهو أحد قولي (. ش .) .
والقول الآخر : يحث ، وبه قال (. ك .) .

مسألة . ٨٥ . : إذا حلف لا رأى منكراً الا رفعه إلى القاضي فلان ، ففاته بغير تفريط ، مثل أن مات أحدهما ، أو حجب عنه ، أو أكره على المنع لا يحث ، لأن الأصل براءة الذمة . وللش فيه قولان .

مسألة . ٨٦ . : إذا عزل هذا القاضي فقد فاته الرفع اليه ، وبه قال (. ح .) ، وهو ظاهر مذهب (. ش .) ، وله فيه وجه آخر أنه لم يفته ، لأنه علق الرفع بعينه^(٢) دون صفته .

مسألة . ٨٧ . : إذا حلف من له مال ، وقال : ان شفا الله مريضى فلله علي أن أتصدق بمالي ، انصرف ذلك الى جميع ما يتمول في العادة ، لأن اسم المال يقع على جميع ذلك في اللغة ، فيجب حمله على عمومه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : القياس يقتضي مثل هذا ، ولكن قال استحساناً يصرف ذلك الى الأموال الزكائية .

مسألة . ٨٨ . (. ج -) : إذا حلف ليضربن عبده مائة أو قال مائة سوط ،

فأخذ

(١) م : لم يحث لما تقدم .

(٢) م : علق الرفع اليه بعينه .

ضغثا فيه مائة شمراخ ، أو شد مائة سوط ، فضربه بها دفعة واحدة ، وعلم أنها كلها وقعت على جسده ، بر في يمينه ولم يحنث ، سواء آلمه أو لم يؤلمه ، وبه قال (. ش .) وهو ظاهر مذهب (. ح .) .

وقال (. ك .) : لا يعتد به الا بواحدة ، كما لو حلف ليضربنه مائة مرة أو مائة ضربة لم يبر ، كذلك ها هنا إذا قال : مائة أو مائة سوط ، ولا يعتد الا بما لم يؤلم .

مسألة . ٨٩ . (. ج « -) : إذا ضربه بضغث فيه مائة ، ولم يعلم أن الجميع وصل الى بدنه ، بل ^(١) غلب على ظنه ذلك ، بر في يمينه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ، والمزني : لا يبر حتى يقطع على أن المائة وصلت الى بدنه .

مسألة . ٩٠ . : إذا حلف لا وهبت له ، قال (. ش .) : هذه عبارة عن كل عين يملكه إياها متبرعا بها ^(٢) بغير عوض ، فان وهب له أو أهدي أو نحلة أو أعمره أو تصدق عليه صدقة تطوع حنث ، وقد سمى رسول الله العمري هبة ، فقال : العمري هبة لمن وهبت له .

وبه قال (. ح .) في كل ذلك ، وخالفه في صدقة التطوع ، فقال : لا يحنث بها ، لأنها ليست بصدقة بل هي غير الهبة والهدية ، وهذا هو الصحيح الذي نختاره ، لان ذلك يجمع على وقوع الحنث به فأما صدقة التطوع ، فليس على وقوع الحنث به دليل .
ويدل أيضا على أن الصدقة غير الهبة والهدية أنه لا خلاف أن الصدقة كانت محرمة على النبي ﷺ ، وأنه كان يقبل الهدية ، فلو كانا شيئا واحدا لما امتنع من أحدهما دون الآخر .

مسألة . ٩١ . : إذا حلف لا ركب دابة العبد ، وللعبد دابة قد جعلها سيده

(١) د : الى بدنه فغلب .

(٢) م : متبرعا بغير عوض .

في رسمه فركبها لم يحنث ، لان العبد لا يملك شيئاً أصلاً ، وهذه الإضافة يقتضي الملك ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يحنث لأنها تضاف إليه .

مسألة ٩٢ . : إذا قال ان دخلت الدار فمالي صدقة ، أو فعلي صوم شعبان ، أو قال : ان لم أدخل الدار ، أو لم أكلم فلانا فمالي صدقة ، أو فعلي صوم سنة ، فإذا وجد شرطه لم يكن ذلك نذراً ، وهو بالخيار بين الوفاء به وأن لا يفني به ، وليس بواجب عليه . وان قال بلفظ لله علي ذلك ، كان نذراً يجب الوفاء به .

وقال جميع الفقهاء : ان ذلك نذر في اللجاج والغضب ، وما الذي يجب عليه؟
اختلفوا فيه على ستة مذاهب ، فقال (. ش .) : هو بالخيار بين الوفاء بنذره ، وبين أن يكفر كفارة يمين .

وقال بعض أصحابه : الواجب عليه كفارة يمين ، الا أنه إذا أراد أن يفعل الأكمل ^(١) تصدق بماله ، هذا إذا علقه بعبادة غير الحج ، فأما ان علقه بحج ، فعلى قولين ، أحدهما : مثل العبادات . والثاني يلزمه الحج لا غير ، وبه قال في الصحابة عمر وابن عباس ، وأبو هريرة ، وعائشة ، وزينب ، وأم سلمة ، وفي التابعين عطاء ، والحسن البصري ، و (. د .) ، وق .) ، وأبو ثور ، وأبو عبيد .

وقال النخعي ، والحكم ، وحماد : لا يلزمه به شيء لا الوفاء ولا الكفارة مثل قولنا .
وقال ربيعة : يلزمه قدر زكاة ما فيه الزكاة ، فإن كان له مال يجب فيه الزكاة أخرج قدر زكاته .
وقال (. ك .) : عليه أن يتصدق بثلث ماله .

وقال (. ح .) : عليه أن يتصدق بماله الذي يجب فيه الزكاة ، حتى لو كان جميع ^(٢) ماله ما يجب فيه الزكاة ، فعليه أن يتصدق بماله . وقال عثمان البتي : عليه الوفاء به ، فيتصدق بجميع ماله ، فأضيفهم قول البتي ، ويلي (. ح .) ، ثم (. ك .) ، ثم ربيعة ، ثم

(١) د : أن يفعل الأكل .

(٢) د : لو كان جمع .

(. ش .) ، ثُمَّ النَّحْعِي .

مسألة . ٩٣ . : إذا حلف لا أستخدم عبدا ، فخدمه عبد من قبل نفسه لم يحنث سواء كان عبده أو عبد غيره ، لان الأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان كان عبد نفسه حنث ، وان كان عبد غيره لا يحنث ، لأنه إذا كان عبد نفسه كان إقراره على ذلك وتمكينه منه استخداما .

مسألة . ٩٤ . : إذا حلف لا يأكل فاكهة ، فأكل عنبا أو رطباً أو رماناً حنث لأن أهل اللغة يسمون ذلك فاكهة ، وبه قال (. ف ، وم ، وش .) .

وقال (. ح .) : لا يحنث وليس عطف هذه الأشياء على الفاكهة في القرآن بدليل على أنها ليست بفاكهة ، كما أن عطف صلاة الوسطى على الصلوات لا يدل على أن لفظ الصلوات لا يشملها ، ومثله قوله تعالى ﴿ وَمَلَأْنَاهُ زُرْئِيلَ وَجَبْرِيلَ وَمِيكَالَ ﴾ ^(١) .

مسألة . ٩٥ . : إذا حلف لا أشم الورد ، فشم دهن الورد ، لم يحنث بلا خلاف وان حلف لا يشم بنفسجاً ، فشم دهنه لم يحنث عندنا ، لأن الأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ^(٢) : يحنث ، لأنه يقال لدهنه بنفسج .

مسألة . ٩٦ . : إذا حلف لا يضرب زوجته ، فعرضها أو خنقها أو نتف شعرها لم يحنث ، لان هذه الافعال لا تسمى في اللغة ضرباً ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يحنث بكل هذا ، لأنه ضرب وزيادة .

مسألة . ٩٧ . : إذا حلف لا يأكل إداماً ، فأكل الخبز بالملح ، حنث بلا خلاف وان أكل لحماً مشوياً ، أو مطبوخاً ، أو أكل الجبن حنث ، وبه قال (. ش .) ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : سيد الإدام اللحم .

(١) سورة البقرة : ٩٢ .

(٢) د : وقال يحنث .

وقال (. ح .) : لا يحنث . وقال (. ف .) : الإدام ما يصطبغ به .

مسألة . ٩٨ . : إذا حلف لا يدخل بيتا ، فدخل صفة في دار لم يحنث ، لأن الصفة

(١) لا تسمى بيتا في اللغة ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : يحنث .

مسألة . ٩٩ . (. « ج » -) : إذا حلف لا أصلي ثم صلى ، لم يحنث عندنا أصلا

وان فرغ منها ، لإجماع الفرقة على أن من حلف لا يفعل شيئا ، وكان فعله أولى فليفعله ولا شيء عليه .

وقال (. ح .) : لا يحنث حتى يسجد . وقال أبو العباس بن سريج : لا يحنث حتى

يكبر ويقرأ ويركع . وقال أبو حامد الاسفرائيني : الذي يجيء على المذهب أنه (٢) إذا أحرم بها حنث ، قرأ أو لم يقرأ .

مسألة . ١٠٠ . : إذا قال لعبده : ان لم أحج السنة فأنت حر ، فمضى وقت الحج

ثم اختلفا ، فقال السيد : قد حججت ، وقال العبد : ما حججت ، فأقام العبد البيعة أن

(٣) مولاه نحر يوم الأضحى بالكوفة ، قال ابن سريج : يعتق العبد . وقال (. ح .) : لا يعتق .

وهذا على أصلنا لا يلزم أصلا ، لأن العتق بشرط عندنا لا يصح .

مسألة . ١٠١ . : إذا حلف لا يكلم فقرأ القرآن لم يحنث ، سواء كان في الصلاة أو

في غير الصلاة ، لأن الأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان قرأ في الصلاة لم يحنث ، وان قرأ في غيرها حنث .

مسألة . ١٠٢ . (. « ج » -) : إذا قال ان شفا الله مريض فله علي أن أمضي أو

أمشي إلى بيت الحرام وشفى ، فقد وجب عليه الوفاء به ، وكان نذرا صحيحا ، ولا يجوز

(١) م : لأنها لا تسمى .

(٢) لم يذكر كلمة « انه » في (. م .) .

(٣) د : لان مولاه .

أن يمضي إلا حاجا أو معتمرا ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) في المشي مثل ما قلناه ، وقال في الذهاب والمضي لا ينعقد نذره .

مسألة . ١٠٣ . : إذا نذر المشي وجب عليه ذلك ، ولا يجوز له أن يركب فان ركب

وجب عليه إعادة المشي ، فإن عجز لزمه دم .

وقال (. ش .) : يلزمه الدم ولا إعادة عليه ، وأما الذهاب والمضي فهو بالخيار بلا

خلاف .

مسألة . ١٠٤ . : إذا حلف لا تسرى فمضى تسرى حنث ، والتسري ما هو الاولى أن

نقول انه عبارة عن الوطي والتخدير ، لان الجارية ضربان سرية وخادمة فاذا خدرها ووطئ

فقد تسرى وترك الاستخدام ، وبه قال (. ح . ، م .) ، وهو أحد قولي (. ش .) . والقول

الثاني : انه عبارة عن الوطي فحسب . والثالث : أنه عبارة عن الانزال مع الوطي ، وبه قال (

. ف .) ، وهو المذهب عندهم .

مسألة . ١٠٥ . : إذا كان له عبدان ، فقال : إذا جاء غد فأحدكما حر ، ثم باع

أحدهما قبل مجيء الغد وجاء غد لم يعتق الآخر ، وبه قال (. ش .) ، لأن الأصل بقاء الرق

وعتقه يحتاج الى دليل ، ولان ذلك عتق بشرط ، وذلك باطل عندنا . وقال (. م .) : يعتق .

مسألة . ١٠٦ . : إذا جاء غد وهما في ملكه لم يعتق أحدهما ، بدلالة ما قلناه في

المسألة المتقدمة لهذه ^(١) . وقال (. ش .) : يعتق أحدهما لا بعينه ، ويقال له عين فمضى عين

عتق ورق الآخر .

(١) م : لم يعتق أحدهما لما تقدم .

كتاب النذور^(١)

مسألة ١ . (. « ج » -) : إذا قال ابتداء : لله علي أن أصوم ، أو أتصدق ، أو أحج ، ولم يجعل جزاء لغيره ، لزمه الوفاء به ، وكان نذرا صحيحا ، وهو الظاهر من مذهب (. ش .) ، وبه قال أهل العراق .

وقال أبو بكر الصيرفي ، وأبو إسحاق المروزي : لا يلزمه الوفاء به ، ولا يتعلق به حكم . قال الصيرفي قال أبو عمرو غلام ثعلب قال ثعلب : النذر عند العرب وعد بشرط .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله تعالى ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾ وقوله ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ وقوله ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾ ﴿وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾ وروي عن النبي ﷺ أنه قال : من نذر أن يطيع الله فليطعه .

وأما قول ثعلب ان النذر عند العرب وعد بشرط ، فجوابه أنه وعد بشرط ، ووعد بغير شرط ، كقول جميل بن معمر :

فليت رجالا فيك قد نذروا دمي وهموا بقتلي باينين لقوتي
وكقول عنتره العبسي :

(١) د : كتاب النذر .

والناذرين إذا لم ألقهما ^(١) دمي فسقط قول تغلب.

مسألة ٢ . (. « ج » -) : إذا نذر أن يمشي إلى بيت الله ، وجب عليه الوفاء به بلا خلاف ، فان خالفه وركب ، فان كان مع القدرة على المشي وجب عليه الإعادة يمشي ما ركب ، وان ركب مع العجز لم يلزمه شيء ، وان نذر أن يحج راكباً وجب عليه الوفاء به ، فان خالف ومشى لم يلزمه شيء ، لأن الأصل براءة الذمة.

وقال (. ش .) : ان ركب وقد نذر المشي مع القدرة فعليه دم ولا إعادة ، وان ركب مع العجز فعلى قولين ، وان نذر الركوب فمشى لزمه دم.

مسألة ٣ . : إذا نذر أن يمشي إلى بيت الله ولم يقل الحرام ، فان كان نيته بيت الله الحرام لزمه الوفاء به ، وان لم ينو شيئاً لم يلزمه شيء ، لقوله ﷺ : الاعمال بالنيات. وقال (. ش .) : ان نوى فمثل ما قلناه ، وان أطلق من غير نية ففيه وجهان.

مسألة ٤ . : إذا نذر أن يمشي إلى بيت الله الحرام لا لحج ولا لعمرة لا يلزمه ، لأن الأصل براءة الذمة. ولش فيه قولان.

مسألة ٥ . (. « ج » -) : إذا نذر أن يمشي إلى مسجد النبي ﷺ ، أو المسجد الأقصى ، أو بعض مشاهد الأئمة وجب عليه الوفاء به.

ولل (. ش .) في مسجد النبي ﷺ والمسجد الأقصى قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وبه قال (. ك .) . والآخر : لا يلزمه شيء ، وما عداهما لا يلزمه شيء ، وبه قال (. ح .) ، وهو أصح القولين عندهم.

مسألة ٦ . : إذا نذر أن يأتي بقعة من الحرم ، كأبي قبيس والأبطح والمروة ،

(١) في الخلاف : إذا لقيتهما.

لم ينعقد نذره ، لأن الأصل براءة الذمة ، وإيجاب النذر بذلك يحتاج الى دليل ^(١) وبه قال (. ح .) . وقال (. ش .) : ينعقد نذره .

مسألة . ٧ . (. « ج » .) : إذا نذر أن ينحر بدنة ، أو يذبح بقرة ولم يعين المكان ، لزمه « لم يلزمه . خ » أن ينحر بمكة وان عين المكان الذي ينحر فيه مثل الكوفة والبصرة ، لزمه الوفاء به وتفرقة اللحم في الموضع الذي نذره . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ٨ . (. « ج » . -) : إذا قال لله علي أن أهدي ، أو قال : أهدي هديا ، لزمه ما يجزئ في الأضحية الثني من الإبل والبقر والغنم والجذع من الضأن ، وكذلك إذا قال أهدي الهدى بألف ولام .

ووافقنا « ش » فيه إذا كان بالألف واللام ، فأما إذا نكر فله فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر : يلزمه ما يقع عليه الاسم من ثمرة وبيضة .

مسألة . ٩ . (. « ج » . -) : إذا نذرت المرأة أن تصوم أياما بأعيانها فحاضت فيها ، أفطرت وكان عليها القضاء ، سواء شرطت التتابع أو لم تشرط ، ولن ^(٢) تقطع ذلك تتابعها .

ولل (. ش .) في وجوب القضاء قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا قضاء عليها ، لأنها أيام لو عينت له تصوم وهي حائض لما انعقد صومها ، سواء شرط التتابع أو لم يشرط .

مسألة . ١٠ . (. « ج » . -) : إذا نذر الرجل أو المرأة صيام أيام بأعيانها ، ثم مرض فيها فأفطر ، قضى ما أفطر ولا يجب عليه الاستئناف ، سواء شرط فيها التتابع أو لم يشرط .

(١) م : إلى دلالة .

(٢) م : وان تقطع .

وقال (. ش .) : ان أطلق ولم يشترط التتابع ، فهل عليه أن يقضي ما تركه في مرضه؟
فيه وجهان. وان كان شرط التتابع ، فهل يقطع التتابع فيه؟ قولان ، وهل عليه أن
يقضي ما أفطر؟ فيه وجهان.

مسألة . ١١ . (. « ج » -) : إذا نذر أن يصوم أياما بأعيانها متتابعة ، فأفطرها في
سفر انقطع تتابعها وعليه الاستئناف ، لأن الذمة مرتقنة بصيام هذه الأيام ، ولا دليل على
براءة الذمة إذا أفطر في السفر ثم قضى ما أفطر.

و (. ش .) يبنى ذلك على القولين ، فان قال : المرض يقطع التتابع فالسفر أولى.
وان قال المرض لا يقطع ، ففي السفر قولان.

مسألة . ١٢ . (. « ج » -) : إذا نذر أن يصوم يوم الفطر لا ينعقد نذره ، وبه قال
(. ش .) .

وقال (. ح .) : ينعقد نذره يصوم يوم غير الفطر ، ولا يحل له أن يصومه من نذره
فان صامه عن نذره صح وأجزأ عن نذره.

مسألة . ١٣ . : إذا قال لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم ليلا لم
يلزمه الصوم أصلا ، لأنه ما وجد شرطه بلا خلاف ، وان قدم في بعض نهار ، فلا نص
لأصحابنا فيه.

والذي يقتضيه المذهب أنه لا ينعقد نذره ، ولا يلزمه صومه ، ولا صوم بدله ، لأنه
نذر لا يمكنه الوفاء به ، لان الصوم لا يصح في بعض اليوم.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : ينعقد نذره وعليه صوم يوم
آخر.

مسألة . ١٤ . : إذا قال لله علي أن أصوم كل خميس فوافق ذلك شهر رمضان فصامه
، أجزأه عن رمضان ولم يقع عن النذر ، سواء نوى به صوم رمضان أو صوم النذر ، ولم يقع
عن النذر بحال.

وقال (. ش .) : ان نوى صوم رمضان أجزأه عنه ، وان نوى صوم النذر لم يجز عن واحد منهما .

دليلنا على أنه يجزيه عن رمضان أنه زمان ^(١) لا يمكن أن يقع فيه غير رمضان فلا يحتاج إلى نية التعيين ، وإيجاب صوم يوم بدله يحتاج إلى دليل .

مسألة . ١٥ . (. « ج » .) : إذا نذر أن يصوم يوما بعينه ، فأفطر من غير عذر ، وجب عليه قضاؤه ، وعليه ما على من أفطر يوما من شهر رمضان متعمدا من الكفارة وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

مسألة . ١٦ . : إذا نذر في معصية أن يصوم يوما بعينه ، كان نذره باطلا ولا يلزمه قضاء ولا كفارة ، لأن الأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ش .) وأصحابه . وقال الربيع فيها قول آخر أن عليه كفارة يمين بكل نذر معصية .

مسألة . ١٧ . : إذا نذر أن يصوم ولم يذكر مقداره ، لزمه صوم يوم بلا خلاف ، لأنه أقل ما يقع عليه الاسم ، وان نذر أن يصلي يلزمه ركعتان وهو أحد قولي (. ش .) . والثاني أنه يلزمه ركعة واحدة ، لأنها أقل صلاة في الشرع ، وهو الوتر يدل على ما قلناه طريقة الاحتياط ^(٢) .

مسألة . ١٨ . : إذا نذر أن يعتق رقبة مطلقة ، أجزأه أي رقبة أعتقها ، مؤمنة كانت أو كافرة ، سليمة كانت أو معيبة ، لأن ظاهر اسم الرقبة يتناولها ، والأفضل أن يكون مؤمنة سليمة . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ١٩ . (. « ج » .) : إذا قال أيمان البيعة يلزمي ، أو حلف بأيمان البيعة لا دخلت الدار ، لا يلزمه شيء ولا يكون يمينا ، سواء عني بذلك حقيقة البيعة التي كانت على عهد رسول الله في المصافحة ، أو بعده إلى أيام الحجاج ، أو ما حدث

(١) د : انه رمضان .

(٢) م : دليلنا طريقة الاحتياط .

من أيام الحجاج من اليمين بالطلاق والعتق وغير ذلك ، صرح بذلك أو نواه وان لم يصرح به وعلى كل حال.

وقال (. ش .) : ان لم ينو بذلك شيئاً كان لاغياً ، وان نوى إيمان الحجاج ونطق فقال : إيمان البيعة لازمة لي بطلاقها وعتقها انعقدت يمينه ، لأنه حلف بالطلاق وان لم ينطق بذلك ونوى الطلاق والعتق ، انعقدت يمينه أيضاً ، لأنها كناية عن الطلاق والعتق.

مسألة . ٢٠ . : إذا نذر ذبح آدمي ، كان نذراً باطلاً لا يتعلق به حكم وكان كلامه لغواً ، لأن الأصل براءة الذمة ، ولقوله عليه : لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم . وهذا معصية ولا يملكه أيضاً ابن آدم ، وبه قال (. ش .) ، و (. ف .) .

وقال (. ح .) : ان نذر ذبح ولده ، فعليه شاة . وروي ذلك عن ابن عباس ، وروى عنه أيضاً أنه قال : من نذر أن يذبح ^(١) ولده فعليه دية .

وقال (. ح .) : ان نذر ذبح غير ولده من أقارب آبائه وأجداده وأمهاته فلا شيء عليه . وقال (. م .) : ان نذر ذبح ولده أو غلامه فعليه شاة ، لأن تصرفه فيهما سواء ، وان نذر ذبح غيرهما فلا شيء عليه . وقال سعيد بن المسيب : عليه كفارة يمين ، لأنه نذر في معصية وقال : وهكذا كل نذر في معصية .

مسألة ^(٢) . ٢١ . : من نذر أن يصلي صلاة الاستسقاء في المسجد ، أو يخطب على المنبر ، انعقد نذره ووجب عليه الوفاء بلا خلاف ، ومتى صلى في غير المسجد أو خطب على غير المنبر لم تبرأ ذمته . وقال (. ش .) : أجزأ ذلك .

دليلنا : قد ثبت أن ذمته اشتغلت به ، وإذا خالف ما ذكر ، فلا دليل على براءة ذمته .

(١) م : من نذر يذبح .

(٢) لم تذكر هذه المسألة في الخلاف في هذا الكتاب .

كتاب آداب القضاء^(١)

مسألة ١٠ . (. « ج » -) : لا يجوز أن يولي القضاء الا من كان عالما بجميع ما ولي فيه ، ولا يجوز أن يشد منه شيء من ذلك ، ولا يجوز أيضا أن يفتي إلا بما هو عالم به ، ولا يجوز أن يقلد غيره ، فيحكم به أو يفتي .

وقال (. ش .) : ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد لا عاميا ، ولا يجب أن يكون عالما بجميع ما وليه ، وقال في المقلد مثل ما قلناه .

وقال (. ح .) : يجوز أن يكون جاهلا بجميع ما وليه إذا كان ثقة ويستفتي الفقهاء ويحكم به ووافقنا في المفتي أنه لا يجوز أن يفتي .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى ^(٢) عن النبي ﷺ أنه قال : **القضاة ثلاثة ، واحد في الجنة ، واثنان في النار ، فالذي في الجنة رجل عرف الحق فاجتهد فعدل ، ورجل عرف فحكم فجار فذاك في النار ، ورجل قضى بين الناس على جهل ، فذاك في النار ، ومن قضى بالفتيا فقد قضى على جهل .**

(١) د : كتاب القضاء .

(٢) م : دليلنا ما روى .

وروى (. « ش » -) في حديث رفعه الى ابن عمر ، قال : ورجل قضى بغير علم فذاك في النار.

مسألة ٢ . : إذا كان هناك جماعة يصلحون للقضاء على حد واحد ، فعين الامام واحدا منهم وولاه ، لم يكن له الامتناع من قبوله ، لأن مخالفة أمر الإمام عندنا معصية يستحق فاعلها الذم والعقاب. ولل (. ش .) فيه قولان.

مسألة ٣ . : لا يكره الجلوس في المساجد للقضاء بين الناس ، لأن الأصل جوازه ، ولأن النبي ﷺ كان يقضي في المسجد ، وكذلك أمير المؤمنين عليه السلام كان يقضي بالكوفة في الجامع ، ولو كان مكروها لما فعلا ذلك ، وبه قال الشعبي و (. ك .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

قال عمر بن عبد العزيز : انه يكره ذلك أن يقصد ^(١). وروي عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كتب الى القضاة أن لا تقضوا في المساجد. وقال (. ش .) : ذلك مكروه ، وعن (. ح .) ^(٢) روايتان.

مسألة ٤ . (. « ج » -) : يكره اقامة الحدود في المساجد ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكي عن (. « ح » -) جوازه ، وقال : يفرش نطع تحته ، فان كان منه قدر ما يكون ^(٣) عليه.

مسألة ٥ . (. « ج » -) : من شرط القاضي أن يكون عدلا ولا يكون فاسقا. وقال الأصم. يجوز أن يكون فاسقا.

مسألة ٦ . : لا يجوز أن تكون المرأة قاضية في شيء من الاحكام ، لأنه لا

(١) د : أن يقصد.

(٢) د : وعند (. ح .) .

(٣) م : قدر يكون.

دليل على جوازها ، ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال : لا يفلح قوم وليتهم امرأة.

وقال ﷺ : أخرهن من حيث أخرهن الله.

وقال ﷺ : من نابها شيء في صلاته فليسبح ، فان التسبيح للرجال والتصفيح للنساء ، فمنعها ^(١) ﷺ من النطق لئلا يسمع كلامها مخافة الافتتان بها ، فهي ^(٢) بأن تمنع القضاء الذي يشتمل على الكلام وغيره أولى وهذا مذهب (. ش .) .

وقال (. ح .) : يجوز أن تكون قاضية فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه ، وهو جميع الاحكام الا الحدود والقصاص . وقال ابن جرير : يصح أن تكون قاضية في كل ما يصح أن يكون الرجل قاضيا فيه ، لأنهما من أهل الاجتهاد .

مسألة ٧٠ . (. « ج » .) : إذا قضى القاضي بحكم فأخطأ فيه ، ثم بان أنه أخطأ ، أو بان أن حاكما كان قبله أخطأ فيما حكم به ، وجب نقضه ولا يجوز الإقرار عليه بحال . وقال (. ش .) : ان أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، بأن خالف النص من الكتاب أو سنة أو إجماعا أو دليلا لا يحتمل الا معنى واحدا وهو القياس الجلي ، فإنه ينقض حكمه . وان أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد ، لم ينقض حكمه .

وقال (. ك .) ، و (. ح .) : ان خالف نص كتاب أو سنة ، لم ينقض حكمه . وان خالف الإجماع ، نقض حكمه ، ثم ناقض كل واحد منهم أصله .

فقال (. ك .) : ان حكم بالشفعة للجار نقض حكمه ، وهذه مسألة خلاف . وقال

(. م .) : ان حكم بالشاهد واليمين نقض ^(٣) حكمه . وقال (. ح .) : ان حكم بالقرعة بين العبد أو بجواز بيع ما ترك التسمية على ذبحه عامدا ، نقض حكمه .

(١) د : تمنعها .

(٢) د : فمقي .

(٣) م : نقضه .

مسألة ٨ . : إذا عزل حاكم فادعى عليه إنسان أنه حكم عليه بشهادة فاسقين ، وأخذ منه مالا ودفعه الى من ادعاه ، سئل عن ذلك ، فان اعترف به لزمه الضمان بلا خلاف ، وان أنكره كان القول قول المعزول مع يمينه ، ولم يكن عليه بينة على صفة الشهود ، ^(١) لان الظاهر من الحاكم أنه أمين كالمودع ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : عليه إقامة البينة على ذلك ، لأنه قد اعترف بالحكم ، ونقل المال عنه الى غيره ، وهو مدعي ما ^(٢) يزول ضمانه فلا يقبل منه .

مسألة ٩ . : الترجمة لا تثبت إلا بشهادة شاهدين لأنها شهادة ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) ، و (. ف .) : لا يفتقر الى عدد ، بل يقبل فيه واحد ، لأنه خبر بدليل أنه لا يفتقر الى لفظ الشهادة .

مسألة ١٠ . (. « ج » -) : إذا شهد عند الحاكم شاهدان يعرف إسلامهما ولا يعرف منهما فسق ، حكم بشهادتهما ولا يقف على البحث الا أن يجرح المحكوم عليه فيهما بأن يقول : هما فاسقان ، فحينئذ يجب عليه البحث .

وقال (. ح .) : ان كان شهادتهما في الأموال والنكاح والطلاق والنسب فكما قلناه ، وان كانت في القصاص أو الحد لا يحكم حتى يبحث عن عدالتهما .
وقال (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) : لا يجوز له أن يحكم حتى يبحث عن عدالتهما ، فاذا عرفهما عدلين حكم ، والا توقف في جميع الأشياء ، ولم يخصوا به شيئا دون شيء .

ويدل على المسألة إجماع الفرق وأخبارهم ، وأيضا فنحن ^(٣) نعلم أنه ما كان

(١) م : ولان .

(٢) م : ما يزيل .

(٣) م : دليلنا أن نعلم .

البحث في أيام النبي ﷺ ولا في أيام الصحابة والتابعين ، وإنما هو شيء أحدثه شريك بن عبد الله القاضي ، فلو كان شرطاً لما أجمع أهل الأعصار على تركه.

مسألة ١١ . : الجرح والتعديل لا يقبل الا من اثنين يشهد ان بذلك ، فاذا شهدا بذلك عمل عليه ، لان ذلك حكم من الاحكام ، ولا يثبت الاحكام الا بشهادة شاهدين ، وبه قال (. ك .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. ف .) : يجوز أن يقتصر على واحد لأنه اخبار .

مسألة ١٢ . : إذا شهد اثنان بالجرح وشهد آخران بالتعديل ، وجب على الحاكم أن يتوقف ، لأنه إذا تقابلت الشهادات ولا ترجيح وجب التوقف .

وقال (. ش .) : يعمل على الجرح دون التعديل . وقال (. ح .) : يقبل الأمرين ، فقاس الجرح على التزكية .

مسألة ١٣ . : لا يقبل الجرح الا مفسراً ، ويقبل التزكية من غير تفسير ، لان الناس يختلفون فيما هو جرح وما ليس بجرح ، وربما اعتقدوا ^(١) فيما ليس بجرح أنه جرح ، فوجب ^(٢) أن يفسر ليعمل الحاكم بما يقتضي الشرع فيه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يقبل الأمرين مطلقاً ، فقاس الجرح على التزكية .

مسألة ١٤ . (. « ج » .) : شارب النبيذ يفسق عندنا ، وبه قال (. ك .) . وقال (. ش .) : لا يفسق .

مسألة ١٥ . : إذا حضر الغرباء في بلد عند حاكم ، فشهد عنده اثنان ، فان عرفا بعدالة حكم ، وان عرفا بفسق وقف ، وان لم يعرف عدالة ولا فسقا بحث عنهما وسواء كان لهما السيماء الحسنة والمنظر الجميل ، أو ظاهرهما الصدق ، بدلالة

(١) م : اعتقد .

(٢) م : فيجب .

قوله تعالى ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(١) وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : ان كان لهما المنظر الحسن ، توسم فيهما العدالة وحكم بشهادتهما .
مسألة . ١٦ . : إذا حضر خصمان عند القاضي ، فادعى أحدهما على الآخر مالا ، فأقر له بذلك ، فقال المقر له للقاضي : اكتب لي بذلك^(٢) محضرا والقاضي لا يعرفهما ، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز له أن^(٣) يكتب ، لأنه يجوز أن يكونا استعارا نسباً باطلا وتواطيا على ذلك ، وبه قال ابن جرير الطبري .

وقال جميع الفقهاء : انه يكتب ويحليهما بحلاهما الثابتة . والذي عندي أنه لا يمتنع ما قاله الفقهاء ، فان الضبط بالحلية يمنع من استعارة النسب ، فإنه لا يكاد يتفق ذلك .
وما قاله^(٤) بعض أصحابنا محمول على أنه لا يجوز له أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبهما ، فان ذلك يمكن استعارته ، وليس في ذلك نص عن أئمتنا عليهم السلام فنرجع اليه .
مسألة . ١٧ . : إذا ارتفع اليه خصمان ، فذكر المدعي أن حجته في ديوان الحكم ، فأخرجها الحاكم من ديوان الحكم مختومة بختمه مكتوبة بخطه ، فان ذكر أنه حكم بذلك حكم له ، وان لم يذكر ذلك لم يحكم ، وبه قال (. ح .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .
وقال ابن أبي ليلى ، و (. ف .) : يعمل عليه ويحكم به وان لم يذكره ، لأنه إذا كان

(١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٢) م : اكتب بذلك .

(٣) م : لا يجوز أن يكتب .

(٤) م : وما قال .

بخطه مختومة ^(١) بختمه فلا يكون إلا حكمه.

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ ^(٢) فاذا لم يذكره لم يعلمه ، ولأن الحكم أعلى من الشهادة ، بدلالة أن الحاكم يلزم والشاهد يشهد وقد ثبت أن الشاهد لو وجد شهادته تحت ختمه مكتوبة بخطه لم يشهد بها ما لم يذكر.

مسألة ١٨ . : إذا ادعى مدع حقا على غيره ، فأنكر المدعى عليه ، فقال المدعى للحاكم : أنت حكمت به لي عليه ، فان ذكر الحاكم أمضاه بلا خلاف ، وان لم يذكره فقامت البينة عنده أنه قد حكم به ، لم يقبل الشهادة على فعل نفسه ، لأنه لا دلالة عليه ، وبه قال (. ف .) ، و (. ش .) ^(٣).

وقال ابن أبي ليلى ، و (. ح .) ، و (. م .) : يسمع الشهادة على فعل نفسه ويمضيه.

مسألة ١٩ . : إذا شهد شاهدان على الحاكم بأنه حكم بما ادعاه المدعي وأنفذه ، وعلم الحاكم أنهما شهدا بالزور ، نقض ذلك الحكم وأبطل ، فان مات بعد ذلك ، أو عزل فشهدا بإنفاذه عند حاكم آخر ، لم يكن له أن يمضيه عند (. ش .) .

وقال (. ك .) : بل يقبله ^(٤) ويعمل عليه. وهذا يقوى عندي ، لأن الشرع قد قرر قبول شهادة الشاهدين إذا كان ظاهرهما العدالة وعلم الحاكم بأنهما شهدا بالزور لا يوجب على الحاكم الآخر رد شهادتهما فيجب عليه أن يقبلهما ، ويمضي شهادتهما. وقاس (. « ش » .) ذلك على شهادة الأصل والفرع ، فإنه متى أنكر الأصل شهادة

(١) م : مختوما.

(٢) سورة الإسراء : ٣٨.

(٣) د : قال (. ف .) و (. م .) و (. ش .) .

(٤) د : وقال (. ك .) يقبله.

الفرع يسقط شهادة الفرع ، والحاكم كالأصل وهؤلاء كالفرع ، فيجب أن يسقطا .
وعندنا أن شهادة الفرع لا يسقط ، بل يقبل شهادة أعدلهما ، وفي أصحابنا من قال
بل يقبل شهادة الفرع دون الأصل ، لأن الأصل منكر .

مسألة . ٢٠ . (. « ج » .) : لا يجوز الحكم بكتاب قاض الى قاض ، وخالف جميع
الفقهاء في ذلك ، وأجازوه إذا ثبت أنه كتابه .

مسألة . ٢١ . (. « ج » .) : من أجاز كتاب قاض الى قاض إذا قامت به بينة ،
فإنهم اختلفوا في كيفية تحمل الشهادة ، فقال (. ح .) ، و (. ش .) : لا يصح الا بعد أن
يقرأ الحاكم على الشهود ، ويشهدهما على نفسه بما فيه ، ولا يصح أن يدرجه ثم يقول لهما
: اشهدا علي بما فيها ^(١) ، ولا يصح هذا التحمل ولا يعمل به .

وقال (. ف .) : إذا ختم بختمه وعنوانه ^(٢) ، جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجا
فيشهدهما ^(٣) على أنه كتابه إلى فلان ، فاذا وصل الكتاب شهدا عنده أنه كتاب فلان اليه ،
فيقرأه ويعمل بما فيه .

وهذا الفرع ساقط عنا ، فانا لا نجيز كتاب قاض الى قاض على وجه ^(٤) .

مسألة . ٢٢ . : وقال (. ش .) : إذا كتب قاض الى قاض كتابا وأشهد على نفسه
بذلك ، ثم تغيرت حالة الكاتب ^(٥) فان كان تغير حاله بموت أو بعزل ^(٦) ، لم يقدح ذلك في
كتابه ، سواء تغير أولا ان وصل كتابه وقبله ^(٧) وعمل به وحكم فلا يقدح

(١) د ، م : بما فيه .

(٢) د ، م : وعنوانه .

(٣) د : فيشهدها .

(٤) م : وهذا الفرع ساقط عنا لما مر .

(٥) د : حال الكاتب ، م : حال الكتابة .

(٦) م : أو عزل .

(٧) د ، م : سواء تغير ذلك قبل خروج الكتاب من يده أو بعده وان تغيرت حاله بفسق فان كان فسقه بعد ان
وصل كتابه وقبل .

فيه. وان وصل ^(١) قبل أن يحكم به ، لم يقبله ولا يحل له.

وقال (. ح .) إذا تغير ^(٢) حاله سقط حكم كتابه إلى المكتوب اليه وقال (. ف .) :
ان تغير ^(٣) حاله قبل خروجه من يده سقط ، وان كان بعد خروجه من يده لم يسقط حكم
كتابه.

مسألة ٢٣ . : إذا تغيرت حال المكتوب اليه بموت أو بفسق ^(٤) أو عزل وقام غيره
مقامه ، فوصل الكتاب الى من قام مقامه.

قال (. ش .) : يقبله ويعمل عليه ، وبه قال الحسن البصري. وقال (. ح .) : لا
يعمل فيه ^(٥) غير الذي كتب إليه.

مسألة ٢٤ . : الحاكم إذا كتب وأشهد على كتابه ، فهو أصل عند (. ش .) ،
والذي يحمل الشهادة على كتابه فرع له. وقال (. ح .) : الحاكم فرع ، والأصل من شهد
عنده.

مسألة ٢٥ . : أجرة القاسم ^(٦) على قدر الأنصاء دون الرؤوس ، وبه قال (. ف .)
، و (. م .) قالاه استحسانا واليه ذهب (. ش .) .

وقال (. ح .) : هي على عدد الرؤوس ، وهذا يؤدي الى الإضرار ، لأنه ربما تكون

(٧)

(١) م : وان كان وصل.

(٢) د : إذا تغيرت وفي (. م .) ان تغيرت.

(٣) د ، م : ان تغيرت.

(٤) م : أو فسق.

(٥) د ، م : به.

(٦) م : اجرة القسم.

(٧) د ، م : يكون.

القرية بين اثنين لأحدهما عشر العشر سهم من مائة والباقي للآخر ويحتاج إلى أجرة عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الأقل نصف العشرة ، وربما لا يساوي سهمه ذلك فيذهب جميع ملكه.

مسألة ٢٦ . : كل قسمة فيها ^(١) ضرر على الكل في مثل الدور والعقارات والدكاكين الضيقة ، لم يجبر الممتنع على القسمة ، لقوله عائشة « لا ضرر ولا ضرار » ^(٢) وهذا عام ، والضرر هو أن لا يمكنه الانتفاع بما تفرد به ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) . وقال أبو حامد الاسفرائني : الضرر أن لا يكون ^(٣) بذلك وبنقصان القيمة إذا قسم ، فإذا كان لو قسم نقص من قيمته لم يجبر على القسمة . وقال (. ك .) : يجبر على ذلك . قال الشيخ رحمته الله : ولي في هذا نظر ^(٤).

مسألة ٢٧ . : إذا كانت القسمة يستضر بها بعضهم دون بعض ، مثل أن كانت الدار بين اثنين لواحد العشر وللآخر الباقي ، واستضر بها صاحب القليل دون الكثير ، لم يخل الطالب من أحد أمرين : إما أن يكون المنتفع به ، أو المستضر ، فإن كان هو المنتفع به ^(٥) لم يجبر المستضر على القسمة ، لأن في ذلك ضررا عليه وإن كان الطالب المستضر ^(٦) أجبر الممتنع ، لأنه لا ضرر عليه ، بدلالة الخبر .

وقال (. ش .) : ان كان الطالب هو المنتفع به ، أجبرنا ^(٧) الممتنع عليها ، وبه قال أهل العراق ، وإن كان الطالب يستضر بها ، فهل يجبر عليها الممتنع أم لا؟ فيه وجهان

(١) م : كل قسمة كان فيها .

(٢) د ، م : لا إضرار .

(٣) د ، م : الضرر يكون بذلك .

(٤) د ، م : قال الشيخ ولي في هذا نظر .

(٥) م : فإن كان الأول لم يجبر .

(٦) د ، م : ان كان الطالب مستضرا .

(٧) د : اجبر الممتنع .

قال ^(١) ابن أبي ليلى : يباع ^(٢) لهما ويعطى كل واحد منهما بحصته من الثاني ^(٣) وقال أبو ثور : لا يقسم كالجوهر.

مسألة . ٢٨ . متى كان لهما ملك اقرحه ، كل قراح مفرد عن صاحبه ، لكل واحد منهما طريق مفرد ^(٤) ، وطلب أحدهما قسمة كل قراح مفرد على حديثه ، وقال الآخر : بل بعضها في بعض كالقراح الواحد ، قسمنا كل قراح على حديثه ، ولم نقسم بعضها في بعض ، سواء كان الجنس واحدا . مثل أن كان الكل نخلا أو كان الكل كرما ، أو أجناسا الباب واحد ، وسواء تجاوزت الأقرحه أو تفرقت ، وكذلك الدور والمنازل ، لأن الأصل أن له في كل شيء من الملك نصيبا ، وإجباره على أن يأخذ من غير ملكه عوضا عنه يحتاج الى دليل ، وهذا مذهب (. ش .) .

وقال (. ف .) ، و (. م .) : ان كان الجنس واحدا ، قسم بعضه في بعض ، وان كان أجناسا فكقولنا .

وقال (. ك .) : ان كان متجاوزة قسم بعضها في بعض كالقراح الواحد ، وان كانت منفردة فكقولنا .

مسألة . ٢٩ . إذا كان يد رجلين على ملك ، فقالا للحاكم : اقسم بيننا ، أو قامت بينة أنه ملكهما ، قسم بينهما بلا خلاف . وان لم تكن بينة غير اليد ولا منازع هناك ، قسمه بينهما أيضا عندنا ، لان ظاهر اليد عندنا تدل على الملك ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) ، وسواء كان ذلك مما ينقل ويحول أو لا ينقل ويحول ^(٥) ، وسواء ^(٦)

(١) د ، م : وقال .

(٢) د : يباع .

(٣) د ، م : من الثمن .

(٤) د : مفرد .

(٥) د : ولا يحول .

(٦) م : أولا وسواء .

قالا : ملكنا إرثا ، أو بغير ارث.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه وهو الأصح . والثاني : لا يقسم بينهما .
وقال (. ح .) : ان كان مما ينقل ويحول قسمه بينهما ، وان كان مما لا ينقل ^(١) ،
فان قالوا ملكنا إرثا لم يقسم ، وان قالوا بغير ارث قسم بينهما .

مسألة . ٣٠ . (. « ج » -) : لا يجوز للحاكم أن يأخذ الأجرة على الحكم من
الخصمين ، أو من أحدهما ^(٢) ، سواء كان له رزق من بيت المال أو لم يكن .
وقال (. « ش » -) : ان كان له رزق من بيت المال لم يجز ، وان لم يكن له رزق من
بيت المال ، جاز له أخذ الأجرة على ذلك .

مسألة . ٣١ . (. « ج » -) : إذا حضر اثنان عند الحاكم معا في حالة واحدة ^(٣) ،
وادعيا معا في حالة واحدة كل واحد على صاحبه من غير أن يسبق أحدهما بها ، ففي رواية
أصحابنا أنه يقدم من هو على يمين صاحبه .

واختلف الناس في ذلك ، فقال أصحاب (. ش .) : يقرع بينهما ، وقالوا : لا نص
فيها عن (. ش .) . ومنهم من قال : يقدم الحاكم من شاء منهما . ومنهم من قال :
يصرفهما حتى يصطلحا . ومنهم من قال : يستخلف كل واحد منهما لصاحبه .
يدل على المسألة إجماع الفرقة وأخبارهم ولو قلنا بالقرعة أيضا كان قويا ، لأنه مذهبنا
في كل أمر مجهول .

مسألة . ٣٢ . : إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل ، وكان المستعدى عليه
حاضرا أعدى عليه وأحضره ، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم ، لقول النبي
ﷺ : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه . وفي

(١) م وان كان مما ينقل .

(٢) م من الخصمين ولا من أحدهما .

(٣) م في حالة وادعيا .

بعضها على من أنكر ، ولم يفصل ، وبه قال (. ش .) ، وأهل العراق .
وقال (. ك .) : ان لم يعلم معاملة بينهما لم يحضره ، لما روي عن علي عليه السلام أنه قال : لا يعدى الحاكم على خصم ، الا أن يعلم بينهما معاملة ، وهذه الرواية غير ثابتة عنه ولا مقطوع بها .

مسألة . ٣٣ . : إذا ادعى رجل على غيره شيئاً ، وكان المستعدى عليه غائباً في ولاية الحاكم في موضع ليس فيه خليفة ، ولا فيه من يصلح أن يجعل الحكم ^(١) اليه فيه ، فإنه يحضره قريباً كان أو بعيداً ، لان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وحفظها وترك تضييعها ، فلو قلنا لا يحضره لبطلت ^(٢) الحقوق ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ف .) : ان كان في مسافة ليلة أحضره والا تركه . وقال قوم : ان كان على مسافة لا يقصر فيها الصلاة أحضره ، والا لم يحضره .

مسألة . ٣٤ . (. « ج » -) : إذا ادعى مدع حقاً على كامل العقل حاضر غير غائب وأقام بذلك شاهدين عدلين ، حكم له به ولا يجب عليه اليمين ، وبه قال ^(٣) (. ح .) .
(. و . ك .) ، و (. ش .) .

وقال ابن أبي ليلى : لا يحكم له بالبينة حتى يستحلفه فيها ، كالصبي والمجنون والميت والغائب .

مسألة . ٣٥ . : إذا ادعى على غيره حقاً ، فأنكر المدعى عليه ، فقال المدعى : لي بينة غير أنها غائبة ، لم يكن له ملازمة المدعى عليه ، ولا مطالبته بكفيل الى أن يحضر البينة ، لأن الأصل براءة الذمة ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ح .) : له المطالبة بذلك وملازمته .

(١) د : يجعل الحاكم .

(٢) د ، م : لبطل .

(٣) م : وقال .

ويدل على المسألة إجماع الفرقة ، وما روى عن سماك ^(١) عن علقمة بن وائل ابن حجر عن أبيه أن رجلا من كندة ورجلا من حضر موت أتيا رسول الله ﷺ ، فقال الحضرمي : هذا غلبي على أرض ورثتها من ^(٢) أبي وقال الكندي : أرضي أزرعها لا حق له فيها وهي في يدي ^(٣) ، فقال النبي ﷺ للحضرمي : ألك بينة؟ قال : لا ، قال : لك يمينه ، قال : انه فاجر لا ييالي على ما حلف انه لا يتورع من ^(٤) شيء ، فقال النبي ﷺ ^(٥) : ليس لك منه الا ذاك.

مسألة ٣٦ . : إذا ادعى على غيره دعوى ، فسكت المدعى عليه ، أو قال : لا أقر ولا أنكر ، فإن الإمام يحبس حتى يجيبه بإقرار أو إنكار ^(٦) ، ولا يجعله ناكلا فان رد اليمين في هذا الموضع وجعله ناكلا يحتاج الى دليل ، وليس في الشرع ما يدل عليه ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : يقول له الحاكم ثلاثا اما أجبت عن الدعوى ، أو جعلتك ناكلا ورددت اليمين ^(٧) على صاحبك.

مسألة ٣٧ . (. ج . » -) : القضاء على الغائب في الجملة جائز وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) و (. ع .) ، والليث بن سعد ، وابن شبرمة ، قال ابن شبرمة : احكم عليه ولو كان خلف حائط ، وبه قال (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه : لا يجوز ^(٨) القضاء على الغائب حتى يتعلق

الحكم

(١) م : دليلنا ما روى سماك.

(٢) د ، م : عن أبي.

(٣) أرضي في يدي أزرعها لا حق له فيها.

(٤) د ، م عن شيء.

(٥) م قال له النبي ﷺ .

(٦) م أو بإنكار.

(٧) د ، م : اما أجبت عن الدعوى والا جعلناك ناكل ورددنا اليمين.

(٨) م : ذلك لا يجوز.

بخصم حاضر شريك أو وكيل له ، والحاكم يقول عندهم ^(١) : حكمت عليه بعد أن ادعى على خصم ساغت ^(٢) له الدعوى عليه.

والحقيقة ^(٣) أن القضاء على الغائب جائز بلا خلاف ، ولكن هل يصح مطلقا بغير ^(٤) أن يتعلق بخصم ^(٥) حاضر أم لا ^(٦)؟ عندنا يجوز مطلقا ، وعندهم ^(٧) لا يجوز حتى قال (- ح .) : ولو ^(٨) ادعى على عشرة تسعة غيب وواحد حاضر وأقام ^(٩) البينة ، قضى على الحاضر وعلى غيره من الغائبين.

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما ^(١٠) روى أبو موسى قال : كان إذا حضر عند رسول الله ﷺ خصمان فتواعدا بموعد ، فوافي أحدهما ولم يواف الآخر قضى للذي وفى على الذي لم يف.

وروي أن عمر صعد المنبر فقال : ألا ان أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته أن يقال له سابق ^(١١) الحاج ، أو سائق الحاج فأدان معرضا فأصبح وقد دين به ،

(١) د ، م : والحاكم عندهم يقول.

(٢) د ، م : ساغ.

(٣) د ، م : وتحقيقه.

(٤) د ، م : من غير.

(٥) د ، م : بحكم حاضر.

(٦) م ، أولا.

(٧) م : يجوز وعندهم.

(٨) م : قال (- ح .) : لو ادعى.

(٩) م : وقام البينة.

(١٠) م : دليلنا ما روى.

(١١) د ، م : أن يقال سابق الحاج.

فمن كان له عليه دين ^(١) فليأت غدا فليقسم ماله بالخصص.

مسألة ٣٨ . : شاهد الزور يعزران ويشهران بلا خلاف ، وكيفية الشهرة أن ينادي عليه في قبيلة ، أو سوقه ، أو مسجده ، أو ما أشبه ذلك ، بأن هذا شاهد زور فاعرفوه ، ولا يخلق رأسه ولا يركب ولا يطاف به ، لأنه لا دلالة على ذلك ، وبه قال (. ش .) .

وقال شريح : يركب وينادي هو على نفسه هذا جزاء من شهد بالزور . وفي الناس من قال : يخلق نصف رأسه ، فاذا فرغ من شهرته حلق النصف الآخر ان شاء . وقال عمر بن الخطاب : يجلد أربعين سوطا ويسخم وجهه ويركب ويطاف به ويطال حبسه .

مسألة ٣٩ . (. « ج » -) : إذا تراضى نفسان برجل من الرعية يحكم بينهما وسألاه الحكم ^(٢) بينهما ، كان جائزا بلا خلاف ، فاذا حكم بينهما لزم الحكم وليس لهما بعد ذلك خيار .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : أنه يلزم بنفس الحكم كما قلناه . والثاني : أنه يقف بعد إنفاذ حكمه على تراضيهما ، فاذا تراضيا بعد الحكم لزم .

يدل على مذهبنا إجماع الفرقة ^(٣) وأخبارهم في أنه إذا كان بين أحدكم وبين غيره حكومة ، فليتنظر الى من روى أحاديثنا وعلم أحكامنا فليتحاكم اليه ، وأن الواحد منا إذا دعا خصمه الى ذلك وامتنع عليه ^(٤) كان مأثوما . وروي عن النبي ﷺ

(١) م : فمن كان له دين .

(٢) د : وسأله الحاكم .

(٣) م : دليلنا إجماع الفرقة .

(٤) م : وامتنع منه .

أنه قال : من تحكم ^(١) بين اثنين تراضيا ، فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله .

مسألة . ٤٠ . (. « ج . ») : للحاكم أن يحكم بعلمه في جميع الاحكام من الأموال والحدود والقصاص وغير ذلك ، وسواء كان من حقوق الله تعالى ، أو من حقوق الادميين ^(٢) ، ولا فرق بين أن يعلم ^(٣) بذلك بعد التولية في موضع ولايته ، أو قبل التولية ^(٤) ، أو بعدها في غير موضع ولايته الباب واحد .

ولل (. ش .) في حقوق الادميين قولان ، أحدهما ما قلناه ، وبه قال (. ف .) ، واختاره المزني ، وعليه نص في الأم والرسالة واختاره . وقال الربيع : مذهب (. ش .) أن للقاضي أن يقضي بعلمه دائما وانما ^(٥) توقف فيه لفساد القضاء .

والقول الثاني : لا يقضي بعلمه بحال ، وبه قال في التابعين شريح ، والشعبي وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ح .) ^(٦) ، وابن أبي ليلى ، و (. د .) ، و (. ق .) ، وحكى ^(٧) عن شريح أنه ترفع اليه خصمان فادعى أحدهما على صاحبه حقا فأنكره ^(٨) ، فقال شريح للمدعي ألك بينة؟ قال : نعم أنت شاهدي ، فقال : ائت الأمير حتى أحضر ^(٩) فأشهد لك يعني لا أقضى لك بعلمي .

فأما حقوق الله تعالى ، فإنها تبني على القولين ، فاذا قيل ^(١٠) لا يقضى بعلمه في

(١) د ، م : من حكم .

(٢) د ، م : أو حقوق الادميين .

(٣) م ، من ان يعلم .

(٤) م : أو قبلها .

(٥) د ، م : بعلمه وانما .

(٦) د ، م وفي الفقهاء (. ك .) و (. ع .) .

(٧) د ، م ود وق حكى عن شريح .

(٨) د ، م فأنكر .

(٩) د ، لم تذكر كلمة « احضر » .

(١٠) د ، م فاذا قال .

حقوق الادميين ، فبأن لا يقضى به ^(١) في حقوق الله أولى. وإذا قيل ^(٢) يقضى بعلمه في حقوق الادميين ، ففي حقوق الله ^(٣) قولان.

وقال (. ح .) ، و (. م .) : ان علم ^(٤) بذلك بعد التولية في موضع ولايته حكم ، وان علم قبل التولية أو بعدها في غير موضع ولايته لم يقض به ، هذا في حقوق الادميين فأما حقوق الله فلا يقضى عندهم بعلمه بحال.

مسألة . ٤١ . : إذا قال الحاكم لحاكم آخر : قد حكمت بكذا ، أو قضيت ^(٥) كذا ، أو نفذت كذا قبل عزله ، لا يقبل منه ذلك ، الا أن تقوم بينة يشهدان على حكمه وبما حكم به ولا يحكم بقوله ، لأنه لا دلالة على وجوب قبول قوله ، وبه قال (. ك .) ، ومحمد بن الحسن.

وقال (. ح .) ، و (. ف .) ، و (. ش .) : يقبل قوله فيما قاله ^(٦) وأخبر به .
مسألة . ٤٢ . : يصح أن يحكم الحاكم لوالديه وان علوا ، ولولده وولد ولده وان سفلا ^(٧) ، لأنه لا مانع من ذلك ، وبه قال أبو ثور. وقال باقي الفقهاء : لا يصح الحكم لهم.

(١) م : لم تذكر كلمة « به » .

(٢) د : فاذا قال .

(٣) م : وإذا قال يقضى في حقوقهم ففي حقوق الله .

(٤) م : لم تذكر كلمة « علم » .

(٥) د ، م أو أمضيت .

(٦) د ، م فيما قال .

(٧) د ، م : وان عليا ولولده وولد ولده وان سفلا .

كتاب الشهادات

مسألة ١٠ . (. « ج » -) : الشهادة ليست شرطا في انعقاد شيء من العقود أصلا ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا في النكاح فان (. ش .) ، و (. ح .) قالوا : من شرط انعقاده الشهادة وقال داود وأهل الظاهر : الشهادة على البيع واجبة وبه قال سعيد بن المسيب .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(١) عن النبي ﷺ ابتاع فرسا من أعرابي ، فاستتبعه ليقبضه ^(٢) الثمن ، فلما رآه المشركون صفقوا وطلبوا ^(٣) بأكثر ، فصاح الأعرابي أبيعه ^(٤) إن كنت تريد أن تبتاعه ، فقال النبي ﷺ : قد ابتعته ، فقال : لا من يشهد لك ، فقال خزيمه بن ثابت : أنا أشهد ، فقال النبي ﷺ : بم ^(٥) تشهد ولم تحضر ، فقال : بتصديقك وفي بعضها : أنصدقك على أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الأرض ، فلو كانت الشهادة واجبة

(١) م : دليلا ما روى .

(٢) د : ليقبضه الثمن .

(٣) م : وطلبوه .

(٤) د ، م ابتعته .

(٥) د ، م لم تشهد .

ما تركها ^(١) رسول الله على البيع.

وقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ ^(٢) محمول على الاستحباب.

مسألة ٢ . (. « ج » -) : حقوق الله تعالى كلها لا تثبت بشهادة النساء إلا الشهادة بالزنا ، فإنه روى أصحابنا أنه يجب الرجم بشهادة رجلين وأربع نسوة وثلاثة رجال وامرأتين ، ويجب الحد بشهادة رجل واحد وست نساء به ^(٣). وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لا يثبت شيء منها بشهادة نساء لا على الانفراد ولا على الجمع.

مسألة ٣ . : يثبت الإقرار بالزنا بشهادة رجلين مثل سائر الإقرارات. ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه. والثاني : لا يثبت إلا بأربعة شهود ، كما أن الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود.

مسألة ٤ . : لا يثبت النكاح والخلع والطلاق والرجعة والقذف والقتل الموجب للقتل والوكالة والوصية في الغير ^(٤) والوديعة ^(٥) عنده والعق والنسب والكتابة ، ويجوز ذلك فيما ^(٦) لم يكن مالا ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال إلا بشهادة رجلين ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ش .) : انه لا ينعقد النكاح إلا بشهادة رجلين ، وقد بينا أنه ^(٧) لا يقع

الطلاق

(١) د ، م ما تركه.

(٢) سورة البقرة : ٢٨٢.

(٣) د ، م : لم يذكر كلمة « به ».

(٤) د : اليه.

(٥) م : والوصية والوديعة.

(٦) د ، م : ونحو ذلك مما.

(٧) د ، م : وقلنا.

إلا بشهادة رجلين ، ولا مدخل للنساء في الأشياء التي ذكرناها ، وبه قال (. ك .) ، و (. ش .) والنخعي .

وقال (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه : يثبت كل هذا ^(١) بشاهد وامرأتين إلا القصاص فإنه لا خلاف فيه .

مسألة . ٥ . : إذا قال لعبد : ان قتلت فأنت حر ، ثم هلك واختلف العبد والوارث ، فقال العبد : هلك بالقتل ، وقال الوارث : مات حتف أنفه ، أقام كل واحد منهما شاهدين على ما ادعاه .

ولل (. ش .) ^(٢) فيه قولان ، أحدهما : قد تعارضت البيتان وسقطتا ^(٣) . والثاني : بينة العبد أولى ، لأنها أثبت زيادة فينعق العبد . وهذا ساقط عنا ، لأنه عتق بصفة ، والعتق بصفة لا يصح ^(٤) عندنا .

مسألة . ٦ . (. ج . » -) : يحكم بالشاهد واليمين في الأموال ، وبه قال (. ش .) ، و (. ك .) على ما سنذكر الخلاف فيه ، ويحكم عندنا بشهادة امرأتين مع يمين المدعى . وقال (. ح .) ، و (. ش .) ، وغيرهما : لا يحكم بهما .

مسألة . ٧ . : إذا ادعى عند الحاكم على رجل حقاً فأنكر ، فأقام المدعي شاهدين بما يدعيه ، فحكم الحاكم له بشهادتهما ، كان حكمه تبعاً لشهادتهما ، فان كانا صادقين كان حكمه صحيحاً في الظاهر والباطن ، وان كانا كاذبين كان حكمه صحيحاً في الظاهر باطلاً في الباطن ، سواء كان في عقد ، أو رفع عقد ، أو فسخ عقد ، أو كان مالا ، أو غير ذلك ، وبه قال شريح ، و (. ك .) ، و (. ف .) ، و (. م .) ، و (. ش .) .

(١) د ، م : كل هذه .

(٢) د : وقال (. ش .) .

(٣) د : قد تعارضا وسقطتا .

(٤) م : وهو لا يصح .

وقال (. ح .) : ان حكم بعقد ، أو رفع عقد ^(١) ، أو فسخه ، وقع حكمه صحيحا في الظاهر والباطن معا ، وأصحابه يعبرون عنه بأن كل عقد صح أن يتدياه أو يفسخه صح حكم الحاكم فيه ظاهرا وباطنا ، فمن ذلك أنه ان ادعى ^(٢) هذه ^(٣) زوجتي فأنكرت فأقام شاهدين فشهدا عنده بذلك ، حكم بحاله وحلت له في الباطن ، فان كان لها زوج بانت منه بذلك وحرمت عليه وحلت للمحكوم له بها.

وأما رفع العقد بالطلاق إذا ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا ، وأقامت شاهدين فحكم بذلك ، بانت منه ظاهرا وباطنا ، وحلت لكل واحد من الشاهدين أن يتزوج بها ، وان كانا يعلمان أنهما شهدا بالزور.

ويدل على المسألة ما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال : إنما أنا بشر وأنكم تختصمون الي ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار.

مسألة ٨ . (. ج -) : تقبل شهادة النساء على الانفراد في الولادة والعيوب تحت الثياب ، كالرتق والقرن والبرص بلا خلاف ، وتقبل شهادتهن عندنا في الاستهلال ولا تقبل في الرضاع أصلا.

وقال (. ش .) : تقبل شهادتهن في الرضاع والاستهلال.

وقال (. ح .) : لا تقبل شهادتهن على الانفراد فيهما ، بل تقبل شاهد وامرأتان.

مسألة ٩ . (. ج -) : كل موضع تقبل فيه شهادة النساء على الانفراد ، لا يثبت الحكم فيه الا بشهادة أربع منهن ، فان كانت شهادتهن في الاستهلال ، أو في الوصية

(١) د ، م أو رفعه.

(٢) د ، م : فمن ذلك إذا ادعى.

(٣) د : ان هذه.

لبعض الناس ، قبل شهادة امرأة في ربع الوصية وربع ميراث المستهل ، وشهادة امرأتين في نصف الوصية ونصف ميراث المستهل ، وشهادة ثلاث منهن في ثلاثة أرباع الوصية وثلاثة أرباع الميراث ، وشهادة أربع في جميع الوصية وجميع الميراث.

وقد روى أصحابنا أيضا أن شهادة القابلة وحدها تقبل في الولادة ، وروي ذلك عن النبي ﷺ .

وقال (. ش .) : لا تقبل في جميع ذلك أقل من شهادة أربع منهن ، ولا يثبت به حكم على حال ، وبه قال عطاء . وقال عثمان البتي : يثبت بثلاث نسوة .

وقال (. ك .) ، و (. ر .) : يثبت بعدد اثنتين منهن . وقال الحسن البصري ، و (. د .) : يثبت الرضاع بالمرضعة وحدها ، وبه قال ابن عباس .

وقال (. ح .) : تثبت ولادة الزوجات بامرأة واحدة القابلة وغيرها ، ولا تثبت بها ولادة المطلقات .

مسألة . ١٠ . (. ج . » -) : القاذف إذا تاب وصلاح ، قبلت توبته وزال فسقه بلا خلاف ، وتقبل شهادته عندنا فيما بعد ذلك ، وبه قال عمر بن الخطاب ، روي عنه أنه كان جلد^(١) أبا بكر حين شهد على المغيرة بالزنا ، ثم قال له : تب تقبل شهادتك . وروي عن ابن عباس أنه قال : إذا تاب القاذف قبلت شهادته ، وبه قال في التابعين عطاء ، وطاوس ، والشعبي .

قال الشعبي : يقبل الله توبته ولا نقبل نحن شهادته ، وبه قال في الفقهاء الزهري وربيعة ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) ، وعثمان البتي ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال (. ح .) وأصحابه : تسقط شهادته ولا تقبل أبدا ، وبه قال شريح ، والحسن البصري ، والنخعي ، و (. ر .) .

فالكلام مع (. ح .) في فصلين : فعندنا وعند (. ش .) ترد شهادته بمجرد القذف ، وعنده

(١) د ، م انه جلد .

لا ترد بمجرد القذف حتى يجاد ، فاذا جلد ^(١) ردت بالجلد لا بالقذف والثاني : عندنا أنه تقبل ^(٢) شهادته إذا تاب وعنده لا تقبل ولو تاب ألف مرة.

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله ^(٣) تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ ^(٤) فذكر القذف وعلق وجوب الجلد ورد الشهادة به ، فثبت أحما يتعلقان به.

ويدل على أن شهادتهم لا تسقط أبدا قوله تعالى في سياق الآية ﴿ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٥) والخطاب إذا اشتمل على جمل ثم تعقبها استثناء رجع الاستثناء الى جميعها إذا كان كل واحدة منها إذا انفردت رجع الاستثناء إليها ، كقوله امرأتى طالق ، وعبدي حر ، وأمتي حرة ان شاء الله ، فإنه رجع الاستثناء الى الكل ، فكذلك في الآية.

مسألة . ١١ . : من شرط التوبة من ^(٦) القذف أن يكذب نفسه حتى يصح قبول شهادته فيما بعد بلا خلاف بيننا وبين أصحاب (. ش .) ، الا أنهم اختلفوا فقال أبو إسحاق وهو الصحيح ^(٧) عندهم : أن يقول القذف باطل ولا أعود الى ما قلت . وقال الإصطخري : التوبة اكذابه نفسه ، وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا ، لأنه لا خلاف بين الفرقة أن من شرط ذلك أن يكذب نفسه ، وحقيقة إلا كذاب أن يقول

(١) د : فاذا جلدت.

(٢) د : الثاني ان عندنا تقبل.

(٣) م : دليلنا قوله تعالى.

(٤) سورة النور : ٤ .

(٥) سورة النور : ٤ . ٥ .

(٦) م : في القذف.

(٧) م : وهو الأصح.

كذبت فيما قلت ، كيف وهم قد رروا أيضا يحتاج أن يكذب نفسه في الملاء الذين قذف بينهم وفي موضعه فثبت ما قلناه.

مسألة . ١٢ . : إذا أكذب نفسه وتاب ، لا تقبل شهادته حتى يظهر منه العمل الصالح ، لقوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾^(١) وهو أحد قولي (. ش .) ، الا أنه اعتبر ذلك ستة أشهر أو سنة ، ونحن لا نعتبر^(٢) في ذلك مدة ، لأنه لا دليل عليها. والقول الآخر : أنه يكفي مجرد الإكذاب.

مسألة . ١٣ . (. « ج » -) : من كان في يده شيء يتصرف فيه بلا دافع ومنازع بسائر أنواع التصرف ، جاز أن يشهد له بالملك ، طالبت المدة أو قصرت ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : جاز له أن يشهد له باليد قولاً واحداً ، فأما الملك فينظر فيه ، فان طالبت مدته فعلى وجهين ، وان قصرت المدة مثل الشهر والشهرين ، فلا يجوز قولاً واحداً .
مسألة . ١٤ . : تجوز الشهادة على الوقف والولاء والعتق والنكاح بالاستفاضة كالملك المطلق والنسب ، لأنه لا خلاف أنه تجوز لنا الشهادة على أزواج النبي ﷺ ولم يثبت ذلك إلا بالاستفاضة.

وأما الوقف ، فمبني على التأييد ، فلو لم تجز الشهادة فيه بالاستفاضة لأدى إلى بطلان الوقف ، فان شهود الأصل لا ييقون ، والشهادة على الشهادة غير جائزة عندنا الا دفعة واحدة.

ولل (. ش .) فيه وجهان. قال الإصطخري مثل ما قلناه ، وقال غيره : لا يثبت شيء من ذلك بالاستفاضة ولا يشهد عليها بملك.

(١) سورة النور : ٥ .

(٢) م : أو سنة ولا نعتبر .

مسألة ١٥ . (. « ج » -) : لا تقبل شهادة الأعمى فيما يفتقر ^(١) إلى المشاهدة بلا خلاف ، وذلك مثل السرقة والغصب والقتل والقطع والرضاع والولادة ^(٢) والسلم والإجارة والهبة والنكاح ونحو ذلك ، والشهادة على الإقرار لا يصح بشهادة الأعمى عليه ، وبه قال في الصحابة علي عليه السلام ، وفي التابعين الحسن ، وسعيد بن جبير ، والنخعي ، وفي الفقهاء (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه ، وعثمان البتي ، و (. ش .) ، وسوار القاضي . وذهبت طائفة إلى أن شهادته على العقود تصح ، وبه قال ابن عباس ^(٣) ، وشريح ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعه ، و (. ك .) ، والليث بن سعد ، وابن أبي ليلى .

مسألة ١٦ . (. « ج » -) : يصح أن يكون الأعمى شاهدا في الجملة في الأداء دون التحمل ، وفي التحمل والأداء فيما لا يحتاج إلى المشاهدة ، مثل النسب والموت والملك الطلق ، وبه قال (. ك .) ، و (. ف .) ، و (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. م .) : لا يصح منه التحمل ولا الأداء ، فجعلنا العمى كالجنون حتى قالوا : لو شهد بصيران عند الحاكم فسمع شهادتهما ، ثم عميا أو خرسا قبل الحكم بهما لم يحكم كما لو فسقا .

مسألة ١٧ . (. « ج » -) : يصح من الأخرس تحمل الشهادة بلا خلاف ، وعندنا يصح منه الأداء ، وبه قال (. ك .) ، وابن شريح .

وقال (. ح .) ، وباقي أصحاب (. ش .) : لا يصح منه الأداء .

مسألة ١٨ . (. « ج » -) : العبد إذا كان مسلما بالغاً عدلاً ، قبلت شهادته على

كل

(١) د ، م : فيما يفتقر في العلم به .

(٢) د ، م : والولادة والزنا واللواط وشرب الخمر وما يفتقر إلى سماع ومشاهدة من العقود كلها كالبيع والصرف والسلم .

(٣) د ، م : تصح قاله ابن عباس .

أحد ، الا على مولاه خاصة فإنه لا تقبل عليه ، ورووا ^(١) عن علي عليه السلام أنه قال : تقبل شهادة بعضهم على بعض ، ولا تقبل شهادتهم على الأحرار .

وقال أنس بن مالك : أقبلها مطلقا كالحر ، وبه قال عثمان البتي ، و (. د .) ، و (. ق .) ، قال البتي : رب عبد خير من مولاه . وقال الشعبي ، والنخعي : أقبلها في القليل دون الكثير .

وقال (. ح .) ، وأصحابه ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. ر .) : لا تقبل شهادة العبد على حال ^(٢) ، وبه قال في الصحابة عمر ، وابن عمر ، وابن عباس ، وفي التابعين شريح ، والحسن وعطاء ، ومجاهد .

مسألة . ١٩ . (. ج . » .) : تقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح ما لم يتفرقوا إذا اجتمعوا على أمر مباح كالرمي وغيره ، وبه قال ابن الزبير ، و (. ف .) .
وقال ^(٣) (. ح .) ، و (. ش .) ، و (. ع .) ، و (. ر .) : لا تقبل بحال ، لا في الجراح ولا غيرها ، وبه قال ابن عباس ، وشريح ، والحسن ، وعطاء ، والشعبي .

مسألة . ٢٠ . (. ج . » .) : شهادة أهل الذمة لا تقبل على المسلمين بلا خلاف ، الا أن أصحابنا أجازوا شهادة أهل الذمة في الوصية خاصة ، إذا كان بحيث لا يحضره مسلم بحال .

ونخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لا تقبل بحال .
ويدل عليه . بعد إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله ^(٤) تعالى

(١) م : على مولاه ورووا .

(٢) د : على كل حال .

(٣) م : وبه قال ابن الزبير ومالك وقال (. ح .) .

(٤) م : دليلنا قوله تعالى .

﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾^(١) يعني من أهل الذمة ، فإن ادعوا فيه النسخ طولبوا بالدلالة عليه ولم يجدوها.

مسألة ٢١ . (. « ج » -) : قال قوم لا تجوز شهادة^(٢) أهل الذمة بعضهم على بعض ، سواء اتفقت مللهم أو اختلفت ، ذهب^(٣) إليه قضاة البصرة الحسن ، وسوار ، وعثمان البتي ، وفي الفقهاء حماد ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، وأصحابه . وذهب الشعبي والزهرري وقتادة إلى أنه ان كان الملة واحدة قبلت ، وان اختلفت مللهم لم تقبل^(٤) كاليهود والنصارى^(٥) ، وهو الذي ذهب إليه أصحابنا ورووه.

مسألة ٢٢ . (. « ج » -) : يقضى بالشاهد الواحد ويمين المدعى بالأموال^(٦) ، وبه قال في الصحابة علي^(٧) ، وأبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وأبي بن كعب ، وفي التابعين الفقهاء السبعة ، وعمر بن عبد العزيز ، وشريح ، والحسن البصري ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وربيع بن عبد الرحمن ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ش .) ، وابن أبي ليلى ، و (. د .) .

وذهب قوم إلى أنه لا يقضى بالشاهد الواحد مع اليمين ، قاله^(٨) (. ح .) وأصحابه والزهرري ، والنخعي ، و (. ع .) ، وابن شبرمة ، و (. ر .) .
قال (. م .) : ان قضى باليمين مع الشاهد نقضت حكمه.

(١) سورة المائدة : ١٠٥ .

(٢) د ، م : لا يجوز قبول شهادة .

(٣) د ، م : ذهب إليه (. ك .) و (. ش .) و (. ع .) وابن أبي ليلى و (. د .) . وقال قوم تقبل شهادة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت ذهب .

(٤) م : قبلت والا فلا .

(٥) د ، م : كاليهود على النصارى .

(٦) د ، م : في الأموال .

(٧) م : إلى انه لا يجوز ذلك قاله .

ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(١) عمرو ابن دينار عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد . وروى عبد العزيز ابن محمد الدراوردي عن ربيعة عن سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد ، وفي غيره قضى بيمين وشاهد .

وقيل : ان سهل بن أبي صالح نسي هذا الحديث ، فذكره ربيعة أنه سمعه منه فكان يقول : حدثني ربيعة عني عن أبي هريرة .

وروى جعفر بن محمد عن أبيه ﷺ عن جابر أن النبي ﷺ قال : أتاني جبرئيل فأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد . وروى جعفر بن محمد عن أبيه عن جده علي بن أبي طالب ﷺ أن النبي ﷺ قضى بالشاهد الواحد مع اليمين ممن ^(٢) له الحق .

قال جعفر بن محمد : رأيت الحكم بن عتيبة يسأل عن أبي وقد وضع يده على جدران القبر ليقوم ، قال : أقضي النبي ﷺ باليمين مع الشاهد؟ قال : نعم وقضى بها علي بين أظهركم .

وقد روى هذا الخبر عن النبي ﷺ ثمانية ، وهم ^(٣) : علي ﷺ ، وابن عباس وأبو هريرة ، وجابر ، وزيد بن ثابت ، وسعد بن عباد ، ومسروق ، وعبد الله بن عمر ، وخرج مسلم بن الحجاج هذا الحديث في الصحيح من طريق عمرو بن دينار عن ابن عباس ، وعلى المسألة إجماع الصحابة .

مسألة ٢٣ . : إذا كان مع المدعي شاهد واحد ، واختار يمين المدعى عليه كان له ، فان حلف المدعى عليه أسقط دعواه ، وان نكل لم يحكم عليه بالنكول

(١) م : دليلنا ما رواه .

(٢) د ، م : من له الحق .

(٣) د : ثمانية يرووهم .

مع شاهد المدعى ، لأنه لا دلالة على ذلك ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ك .) : يحكم عليه بالنكول .

مسألة . ٢٤ . : لا يثبت الوقف بشهادة واحدة مع يمين المدعى ، لان الوقف ليس بمال للموقوف عليه ، بل له الانتفاع به فقط ، والاخبار الواردة في القضاء بالشاهد مع اليمين مختصة بالأموال .

ولل (. ش .) فيه قولان بناء على الوقف الى من ينتقل فاذا قيل ^(١) : ينتقل الى الله تعالى ، فلا يثبت الا بشاهدين ، وإذا قيل : ينتقل ^(٢) الى الموقوف عليه ، يثبت بشاهد واحد ويمين .

مسألة . ٢٥ . : إذا كان معه شاهد وأراد أن يحلف المدعى عليه ، فنكل عن اليمين ، فإنه ^(٣) يرد على المدعى ، فان حلف حكم بها ، وان لم يحلف انصرف لعموم الأخبار الواردة في أن المدعى عليه إذا رد اليمين فعلى المدعى اليمين .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا يرد على المدعى ، بل يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يعترف .

مسألة . ٢٦ . : إذا مات إنسان وخلف ديناً له على غيره وعليه دين ولهم شاهد واحد ، وامتنعوا من أن يحلفوا مع الشاهد ، لم يجز للغريم أن يحلف .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه وهو الأصح . والثاني : أن له أن يحلف لأنه إذا ثبت صار اليه ، فكان له أن يحلف كالوارث ^(٤) .

(١) د : فاذا قال .

(٢) د ، م : وإذا قال ينتقل .

(٣) د ، م : فإنها .

(٤) م : لم يجز للغريم ان يحلف كالوارث .

ودليلنا في المسألة أنه ^(١) لو ثبت هذا الحق كان بثبوت الميراث لثبوت ميراثه عنه ، بدليل أنه لو كانت التركة عبدا وأهل شوال ، كانت فطرته على ورثته ، وكان لهم أن يقضوا دينه من عين التركة ومن غيرها ، وإنما يتعلق حق الغرماء بالتركة كما يتعلق حق المرتهن بالرهن ، فإذا كان ثبوتها لغيرهم ، لم يجوز له أن يحلف بمينا يثبت بها حق الغير ، فإن الإنسان لا يثبت بيمينه ما لا لغيره وأيضا قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ ^(٢) وقوله ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴾ ^(٣) وهذا غير علم.

مسألة ٢٧ . : إذا مات وخلف تركة وعليه دين ، فإن كان الدين محيطا بالتركة ، لم تنتقل التركة إلى وارثه ، وكانت مبقاة على حكم الميراث ، فإذا ^(٤) انقضى الدين من غيرها ملكها الوارث الآن ، فإن كان الدين محيطا ببعض التركة لم ينتقل بقدر ما أحاط الدين به منها إلى ورثته وانتقل إليهم ما عداه ، وبه قال الإصطخري من أصحاب (. ش .) .
وقال (. ح .) : ان كان الدين محيطا بالتركة لم ينتقل إلى الورثة كما قلناه ، وإن لم يكن محيطا بها انتقلت إلى الورثة.

وقال (. ش .) وأصحابه الا الإصطخري : التركة كلها تنتقل إلى الورثة ، سواء كانت وفق الدين أو أكثر ، والدين باق في ذمة الميراث ، وتعلق حكم الغير بها كالرهن ، وله أن يقضي الدين من عين التركة ومن غيرها.

(١) د : دليلنا في المسألة هو انه .

(٢) سورة الأعراف : ٣٣ .

(٣) سورة الإسراء : ٣٦ .

(٤) د ، م : فإن .

يدل على مذهبنا قوله تعالى في آية الميراث ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(١) وأيضا فلو انتقلت التركة إلى الوارث لوجب إذا كان في التركة من يعتق على^(٢) وارثه أن يعتق عليه ، مثل أن ورث الرجل أباه أو ابنه.

وبيانه^(٣) : كان له أخ مملوك وابن المملوك حر ، فمات الرجل وخلف أخاه مملوكا ، فورثه ابن المملوك ، فإنه لا يعتق عليه إذا كان على الميت دين بلا خلاف ، فدل على ان التركة ما انتقلت اليه ، وكذلك إذا كان أبوه^(٤) أو ابنه مملوكا وابن عمه ، فمات السيد فورثه عن ابن عمه ، كان يجب أن يعتق ويبطل حق الغرماء ، وقد أجمع^(٥) على خلافه.

مسألة . ٢٨ . : إذا ادعى رجل جارية وولدها ، فإنها أم ولده وولدها منه استولدها منه في ملكه وأقام شاهدا واحدا وحلف ، حكم له بالجارية وسلمت اليه ، وكانت أم ولده باعترافه ، بلا خلاف بيننا وبين (. ش .) ، الا انه يقول : انعتق^(٦) بوفاته ، فأما الولد فإنه لا يحكم له به أصلا ويبقى في يد من هو في يده على ما كان ، لان القضاء بالشاهد واليمين خاص بالأموال^(٧) ، وها هنا انما يدعي النسب والحرية.

وللشافعي فيه قولان ، أحدهما وهو الأصح ما قلناه. والثاني : يحكم له بالولد ويلحق

به.

(١) سورة النساء : ١٢ .

(٢) د : من يعتق وارثه.

(٣) د ، م : أو ابنه بيانه.

(٤) د : إذا كان أبواه.

(٥) د ، م : وقد أجمعنا.

(٦) د ، م : يعتق.

(٧) د ، م : في الأموال.

مسألة ٢٩ . : إذا كان في يد رجل عبد ، وادعى آخر عليه ان هذا غصبه على نفسه ، فإنه كان عبدي وأنا أعتقته ^(١) وأقام شاهدا واحدا ، لم يقبل ذلك ولا يحكم به ، لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(٢).

وقال (. ش .) : أقضي له به وأحكم بالعتق فيه.

مسألة ٣٠ . : الايمان تغلظ عندنا بالمكان والزمان وهو مشروع ، بدلالة إجماع الفرقة وروايتهم أنه لا يحلف عند قبر النبي ﷺ أحد على أقل ما يجب ^(٣) فيه القطع ، ولقوله تعالى ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾ ^(٤) قال أهل التفسير يعني بعد صلاة العصر.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزيكهم وهم عذاب اليم : رجل بايع امامه فان أعطاه وفي له وان لم يعطه خانته ، ورجل حلف بعد العصر يمينا فاجرة ^(٥) ليقطع بها مال امرء مسلم الحديث ، وهذا مذهب (. ش .) أيضا .
وقال (. ح .) : لا يغلظ بالمكان بحال وهو بدعة.

مسألة ٣١ . (. ج . » -) : لا تغلظ اليمين بأقل ما يجب ^(٦) فيه القطع ، ولا يراعى النصاب الذي تجب فيه الزكاة ، وبه قال (. ك .) .
وقال (. ش .) : لا يغلظ بأقل مما تجب فيه الزكاة ، وأنه إذا كان يمينا ^(٧) في مال ،

(١) د : وأنا أعتقه.

(٢) م : ولا يحكم به لما تقدم.

(٣) د ، م مما يجب.

(٤) سورة المائدة : ١٠٦ .

(٥) م : يمينا فاجرا.

(٦) د ، م : بأقل مما يجب.

(٧) د ، م : مما تجب فيه الزكاة إذا كانت يمينا.

أو ما المقصود منه المال ، وإن كانت اليمين ^(١) في غير ذلك غلظت ^(٢) في كل حال وقال ابن جرير : تغلظ ^(٣) في القليل والكثير .

مسألة ٣٢ . : التغليظ بالمكان والزمان والألفاظ استحباب دون أن يكون ذلك شرطاً في صحة الايمان ، لأنه لا دلالة على كونه شرطاً ، ووافقنا (. ش .) في الألفاظ وفي المكان والزمان قولان .

مسألة ٣٣ . : الحالف إذا حلف على فعل نفسه ، حلف على القطع والثبات نفياً كان أو إثباتاً . وإن كان على فعل غيره ، فإن كان على الإثبات كان على القطع وإن كان على العلم ^(٤) ، لأنه لا يمكن إحاطة العلم بنفي ^(٥) فعل الغير ، فقد يمكن أن يفعل وهو لا يعلم ، وبه قال (. ش .) .

وقال الشعبي ، والنخعي كلها على العلم ^(٦) ، وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت وروي عن النبي ﷺ أنه حلف رجلاً ، فقال : قل والله ماله عليك حق ، فلما كان على فعل نفسه استحلفه على البت .

مسألة ٣٤ . : إذا ادعى رجل على رجل حقاً ولا بينة له ، فعرض اليمين على المدعى عليه ، فلم يحلف ونكل ردت اليمين على المدعي فيحلف ويحكم له ، ولا يجوز الحكم على المدعى عليه بنكوله ، وبه قال النخعي ، والشعبي ، و (. ك .) ، و (. ش .) .

(١) د ، م : وإن كانت يمينا .

(٢) د ، م : غلظ .

(٣) د ، م : يغلظ .

(٤) د : وإن كان فعل غيره فإن كانت على الإثبات كانت على القطع وإن كانت على النفي كانت على نفي العلم .

(٥) م : ينفي .

(٦) م : على العلم لأنه لا يمكن إحاطة العلم .

وقال (. ح .) وأصحابه : لا يرد اليمين على المدعي بحال ، فان كانت الدعوى في مال ^(١) كرر الحاكم اليمين على المدعى عليه ثلاثا ، فان حلف والا قضى عليه بالحق لنكوله ^(٢) وان كانت في قصاص فقال (. ح .) يحبس المدعى عليه أبدا حتى يقر بالحق أو يحلف على نفيه.

وقال (. ف .) ، و (. م .) : تكرر ^(٣) عليه اليمين ثلاثا ويقضى عليه بالدية ، فأما إذا كانت الدعوى في طلاق أو نكاح ، فان اليمين لا تثبت ^(٤) عنده في هذه الأشياء في جنبه ^(٥) المدعى عليه ، فلا يتصور فيها نكول.

والخلاف مع (. ح « -) في فصلين أحدهما في الحكم بالنكول ، والثاني : في رد اليمين. وقال ابن أبي ليلى : المدعى عليه في جميع هذه المواضع يحبس حتى يحلف أو يقر. ويدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله تعالى ^(٦) ﴿ ذَلِكْ أَذْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ ﴾ ^(٧) فأثبت الله تعالى يميننا مردودة بعد يمين ، والمراد به أن ترد أيمان بعد وجوب أيمان ، وقوله ^(٨) **يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ** أولى باليمين من الطالب ، ولفظة أولى حقيقتها الاشتراك وتفضيل البعض على البعض فاقتضى الخبر أن الطالب والمطلوب يشتركان ^(٨)

(١) د ، م : فان كانت الدعوى في حال.

(٢) د ، م : بنكوله.

(٣) د ، م : يكرر.

(٤) د : لا يثبت.

(٥) م : في جنبه.

(٦) م : دليلنا قوله تعالى.

(٧) سورة المائدة : ١٠٧.

(٨) م : مشتركان.

في اليمين لكن للمطلوب مزية ^(١) بالتقديم.

مسألة ٣٥ . : إذا نكل المدعى عليه ، ردت اليمين على المدعي في سائر الحقوق ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في ذلك ، وبه قال النخعي ، والشعبي ، و (. ش .) .
وقال (. ك .) : إنما يرد اليمين فيما يحكم فيه بشاهد وامرأتين ، دون غيره من النكاح والطلاق ونحوه.

مسألة ٣٦ . (. « ج » -) : إذا حلف المدعى عليه ثم أقام المدعي بينة بالحق ، لم يحكم له بها ، بدلالة إجماع الفرقة وأخبارهم ، ولقوله عليه السلام : من حلف فليصدق ومن حلف له فليرض ، ومن لم يفعل فليس من الله في شيء ، وبه قال داود ، وابن أبي ليلى . وقال باقي الفقهاء : أنه يحكم بها.

مسألة ٣٧ . (. « ج » -) : إذا ادعى على رجل حقاً ، وقال : ليس لي بينته وكل بينة لي فهي كاذبة ، فحلف المدعى عليه ثم ^(٢) أقام البينة ، قال (. م .) : لا يحكم له بذلك لأنه جرح بينته.
وقال (. ش .) ، و (. ف .) : يحكم له بها ، لأنه يجوز أن يكون نسي بيته ، فكذب على اعتقاده.

وهذا الفرع ساقط عنا ^(٣) ، لأن أصل المسألة عندنا باطل.

مسألة ٣٨ . (. « ج » -) : إذا ادعى رجل على امرأة ، نكاحاً أو طلاقاً أو المرأة على زوجها طلاقاً أو العبد على سيده عتقاً ولا بينة مع المدعي ، فعلى المدعى عليه

(١) د ، م : لكن المطلوب مزية عليه بالتقديم.

(٢) م : فأقام البينة.

(٣) د ، م : سقط عنا.

اليمين^(١) ، فان حلف والا ردت اليمين على المدعي ، فإذا حلف حكم له به ، وبه قال (. ش .) وقال (. ح .) لا يلزم اليمين في هذه الدعاوي بحال وبه قال (. ك .) .

مسألة . ٣٩ . : إذا كان مع المدعي شاهد واحد لزم المدعي عليه اليمين فان لم يكن معه شاهد لم يلزم المدعي عليه اليمين .

مسألة . ٤٠ . : إذا كان بين رجلين عداوة ظاهرة ، مثل أن يقذف أحدهما صاحبه ، أو قذف الرجل امرأة ، فإنه لا يقبل شهادته^(٢) على صاحبه ، لما رواه طلحة ابن عبد الله قال : أمر رسول الله ﷺ مناديا ينادي لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين والعدو منهم . وقال علي عليه السلام : لا تقبل شهادة الخائن ولا الخائنة ولا الزاني ولا الزانية ولا ذي عمر على أخيه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : تقبل ولا تأثير للعداوة في رد الشهادة بحال .
مسألة . ٤١ . : تقبل شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، وتقبل شهادة الوالد على ولده ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والمزني ، وأبو ثور . وقال باقي الفقهاء : لا تقبل .

مسألة . ٤٢ . (. « ج » .) : شهادة الولد على والده لا تقبل بحال .
وقال (. ش .) : ان تعلقت بالمال أو ما يجري مجرى المال ، كالدين والنكاح والطلاق قبلت ، وان شهد عليه بما يتعلق بالبدن كالقصاص وحد الفرية ، ففيه وجهان : أحدهما ، لا تقبل . والآخر : وهو الأصح تقبل^(٣) .

(١) د ، م : مع المدعي لزم المدعي عليه اليمين .
(٢) د : شهادة .
(٣) د ، م : انه يقبل .

مسألة ٤٣ . (. « ج » -) : إذا أعتق رجل عبدا ، ثمَّ شهد المعتق لمولاه قبلت شهادته وبه قال جميع الفقهاء ، وحكي عن شريح أنه قال : لا تقبل .

مسألة ٤٤ . (. « ج » -) : تقبل شهادة الأخ لأخيه ، وبه قال جميع الفقهاء .
وقال (. ع .) : لا تقبل . وقال (. ك .) : ان شهد له في غير النسب قبلت ، وان شهد له في النسب وان كانا ^(١) أخوين من أم ، فادعى أحدهما أخا من أب وشهد له أخوه لم ^(٢) تقبل .

مسألة ٤٥ . (. « ج » -) : تقبل شهادة الصديق لصديقه ، وان كان بينهما مهادة وملاطفة ، وبه قال جميع الفقهاء ، الا (. ك .) فإنه قال : إذا كان بينهما ملاطفة ومهاداة لم تقبل شهادته .

مسألة ٤٦ . (. « ج » -) : تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، وبه قال (. ش .) .

وقال أهل العراق : لا تقبل . وقال النخعي ، وابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجته ، ولا تقبل شهادة الزوجة لزوجها .

مسألة ٤٧ . (. « ج » -) : لا يجوز قبول شهادة من لا يعتقد الإمامة ولا منهم ، الا من كان عدلا يعتقد التوحيد والعدل ونفي القبائح والتشبيه على الله سبحانه ^(٣) ، ومن خالف في شيء من ذلك كان فاسقا لا تقبل شهادته .

وقال (. ش .) : أهل الآراء على ثلاثة أضرب ، فمنهم من نخطئه ولا نفسقه ، كالمخالف في الفروع ، فلا ترد شهادته إذا كان عدلا ، ومنهم من نفسقه ولا نكفره كالخوارج والروافض ، فلا تقبل شهادتهم ^(٤) ، ومنهم من نكفره وهم القدرية الذين قالوا

(١) د : فان كان .

(٢) د ، م : وشهد له آخر لم تقبل .

(٣) د ، م : عن الله عَزَّوَجَلَّ .

(٤) د ، م : والروافض أنفسهم ولا نكفرهم لا تقبل شهادتهم .

بخلق القرآن ونفي الرؤية وازداف المشيئة إلى نفسه وقالوا : انا نفعل الخير والشر معا ، فهؤلاء كفار لا تقبل شهادتهم وحكمهم حكم الكفار ، وبه قال (. ك .) ، وشريك ، واحمد بن حنبل .

وقال ابن أبي ليلى ، و (. ح .) : لا أرد شهادة أحد من هؤلاء ، والفسق الذي ترد به الشهادة ما لم يكن على وجه التدين ، كالفسق بالزنا والسرقة وشرب الخمر ، فأما ما كان على وجه التدين واعتقده مذهبا وديننا يدين الله به لم أرد بذلك شهادته كأهل الذمة ، فسقوا على وجه التدين ، وكذلك أهل البغي فسقوا عنده ، فوجب أن لا ترد شهادتهم .
مسألة ٤٨ . (. « ج » -) : اللعب بالشطرنج حرام على أي وجه كان ويفسق فاعله به ولا تقبل شهادته .

وقال (. ك .) ، و (. ح .) : مكروه ، الا أن (. « ح » -) قال : هو ملحق بالحرام ، وقال جميعا ترد شهادته .

وقال (. ش .) : هو مكروه غير محذور ، ولا ترد شهادة اللاعب به الا ان كان ^(١) فيه قمارا وترك وقت الصلاة ^(٢) حتى يخرج وقتها متعمدا ، أو يتكرر ذلك منه دفعات وان لم يعتمد ترك الصلاة حتى يخرج وقتها ^(٣) . وقال سعيد بن المسيب ، وسعيد ابن جبير هو مباح . ويدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي ^(٤) عن علي عليه السلام أنه مر بقوم يلعبون الشطرنج ^(٥) فقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون

(١) م : ولا يرد شهادته الا ما كان فيه .

(٢) د ، م : وترك الصلاة .

(٣) د ، م : حتى يذهب وقتها .

(٤) م : دليلنا ما روى .

(٥) د ، م : يلعبون بالشطرنج .

فشبهها بالأصنام ^(١) المعبودة.

وروي عنه عليه السلام أنه قال : اللاعب بالشطرنج من أكذب الناس يقول ^(٢) مات كذا وما مات يعني قولهم شاه مات. وروى الحسن البصري عن رجال من أصحاب النبي عليه السلام أنه نهي عن اللعب بالشطرنج.

مسألة . ٤٩ . (. « ج » -) : من شرب نبیذا حتى سكر ، لم تقبل شهادته وكان فاسقا بلا خلاف ، وان شرب قليلا لا يسكر فعندنا لا تقبل شهادته ويحد ويحكم بفسقه ، وبه قال (. ك .) .

وقال (. ش .) : أحده ولا أفسقه ولا أرد شهادته. وقال (. ح .) : لا أحده ولا أرد شهادته إذا شرب مطبوخا ، فان شرب نقيعا فهو حرام لكنه لا يفسق بشربه.

مسألة . ٥٠ . (. « ج » -) : اللاعب بالنرد يفسق وترد شهادته ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .

وقال (. ش .) على ما نص عليه أبو إسحاق في الشرح : انه مكروه وليس بمحظور لا يفسق فاعله ولا ترد شهادته ، وهو أشد كراهة من الشطرنج. وقال قوم من أصحابه انه حرام ترد شهادة من لعب به ^(٣).

يدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه أبو موسى ^(٤) قال : سمعت النبي صلى الله عليه وآله يقول : من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله. وروى سليمان بن بريدة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وآله قال : من لعب بالنرد شير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه.

مسألة . ٥١ . (. « ج » -) : الغناء محرم يفسق فاعله وترد شهادته.

(١) د : عاكفون بالأصنام.

(٢) م : من أكذب يقول.

(٣) د : يرد شهادته إذا لعب به.

(٤) م : دليلنا ما رواه أبو موسى.

وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) : هو مكروه ، وحكي عن (. ك .) أنه مباح . والأول هو الأظهر لأنه سئل عن الغناء ، فقال : هو فعل الفساق عندنا . وقال (. ف .) : قلت لـ (. ح .) ^(١) في شهادة المغني والمغنية والنائح والنائحة ، فقال : لا أقبل شهادتهم .

وقال سعيد بن إبراهيم الزهري : مباح غير مكروه ، وبه قال عبد الله بن الحسن العنبري . قال أبو حامد الاسفرائيني : ولا أعرف أحدا من المسلمين حرم ذلك ولم يعرف مذهبا .

ويدل على مذهبا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . قوله تعالى ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ ^(٢) قال محمد بن الحنفية : قول الزور هو الغناء ^(٣) ، وقوله تعالى ﴿ وَمَنْ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا ﴾ ^(٤) قال ابن مسعود : لهو الحديث الغناء .

وقال ابن عباس : هو الغناء وشراء المغنيات . وما رواه ^(٥) أبو أمامة الباهلي أن النبي ﷺ نهى عن بيع المغنيات وشرائهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن وثمانهن حرام . وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل .

مسألة . ٥٢ . (. « ج . ») : الغناء محرم ، سواء كان بصوت المغني ^(٦) أو بالقضيب أو بالأوتار ، مثل العيدان والطنابير والنايات والمزامير والمعارف وغير ذلك ،

(١) د : قلت بح .

(٢) سورة الأنبياء : ٣١ .

(٣) م : دليلنا قوله تعالى .

(٤) سورة لقمان : ٥ .

(٥) د ، م : وأيضا ما رواه .

(٦) د ، م : كان صوت المغني .

فأما الضرب ^(١) بالدف في الأعراس والختان فإنه مكروه.

وقال (. ش .) : صوت المغني والقضيب مكروه وليس بمحظور ، وصوت الأوتار محرم كله ، والضرب بالدف مباح في الختان ^(٢) والأعراس.

مسألة . ٥٣ . (. « ج » -) : إنشاد الشعر مكروه. وقال (. ش .) : إذا لم يكن كذبا ولا هجرا ولا تشبيها بالنساء كان مباحا.

يدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما رواه ^(٣) أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : لان يمتلى قلب الرجل قيحا حتى يبر به خير له من أن يمتلى شعرا ، وقوله تعالى ﴿ وَالشُّعْرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ ﴾ ^(٤).

مسألة . ٥٤ . (. « ج » -) : شهادة ولد الزنا لا تقبل وان كان عدلا ، وبه قال (. ك .) ، الا أنه قال : لا تقبل بالزنا. وقال (. ش .) وباقي الفقهاء : تقبل.

يدل على مذهبننا . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي عن النبي ﷺ ^(٥) أنه قال : ولد الزنا شر الثلاثة. يعني شر من الزاني والزانية.

مسألة . ٥٥ . (. « ج » -) : من أقيم عليه حد في معصية من قذف أو زنا أو شرب خمر أو لواط أو غير ذلك ، ثم تاب وصار عدلا ، قبلت شهادته ، وبه قال أكثر الفقهاء ، الا ما خالف فيه (. ح .) في القاذف وقد مضى ذكره.

(١) د ، م : وأما الضرب.

(٢) د : بالدف في الختان.

(٣) م : دليلنا ما رواه.

(٤) سورة الشعراء : ٢٢٤ .

(٥) م : دليلنا ما روى عنه ﷺ .

وقال (. ك .) : كل من حد في معصية ، فلا أقبل ^(١) شهادته بها .

مسألة . ٥٦ . : البدوي والبلدي والقروي ، تقبل شهادة بعضهم على بعض ، بدلالة عموم الآية ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ** ﴾ ^(٢) وعموم الاخبار .

وقال (. ك .) : لا أقبل شهادة البدوي على الحضري إلا في الجراح .

مسألة . ٥٧ . : إذا شهد صبي أو عبد أو كافر عند الحاكم بشيء فرد شهادتهم ، ثم بلغ الصبي وأعتق العبد وأسلم الكافر فأدوها ^(٣) قبلت ، وكذلك ان شهد بالغ مسلم حر بشهادة ، فبحث عن حاله فبان فاسقاً ثم عدل فأقامها بعينها ^(٤) قبلت منه ، وحكم بها ، بدلالة كل ظاهر ورد بقبول شهادة العدل ^(٥) وعمومه ، وبه قال داود وأبو ثور والمزني .

وقال (. ك .) : أرد الكل . وقال أهل العراق و (. ش .) : أقبل الكل الا الفاسق الحر البالغ ، فإنه إذا ردت شهادته بفسقه ثم أعادها وهو عدل لا تقبل شهادته .

مسألة . ٥٨ . : شهادة المختبئ مقبولة ، وهو إذا كان على رجل دين يعترف به سرا ويحجده جهرا ، فخباله صاحب الدين شاهدين ^(٦) يريانه ولا يراهما ، ثم جراه الحديث فاعترف به وسمعه ^(٧) وشهدا به صحت الشهادة ، بدلالة ما قلناه في

(١) د ، م : لا أقبل .

(٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٣) د ، م : فأعادها .

(٤) د : بعضها .

(٥) د ، م : شهادة العدل .

(٦) م : شاهدين عدلين .

(٧) م : فاسمعه .

المسألة المتقدمة لهذه ، ^(١) ولقوله تعالى ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ ^(٢) وهذا قد علمه ، وبه قال ابن أبي ليلي ، و (. ح .) ، و (. ش .) .

وقال شريح : أنها ^(٣) غير مقبولة ، وبه قال الشعبي . وقال (. ك .) : ان كان المشهود ^(٤) عليه جلدا قبلت شهادته ، وان كان مغفلا يخدع مثله لم أقبلها عليه .

مسألة ٥٩ . (. « ج » .) : إذا مات رجل وخلف تركة ^(٥) وابنين ، فادعى أجنبي دينا على الميت فان اعترف الابنان استوفى من حقهما ، وان اعترف به أحدهما وكان ^(٦) عدلا فهو شاهد للمدعي ، فإن كان معه شاهد آخر يشهد له بالحق استوفى الدين من حقهما .

وان لم يكن معه شاهد آخر ، فان حلف مع شاهده ثبت الدين أيضا واستوفاه من حقهما ^(٧) ، وان لم يحلف أو لم يكن المعترف عدلا ، كان له نصف الدين في حصة المقر ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : يأخذ من نصيب المقر جميع الدين ، وبه قال أبو عبيد بن خريوذ وأبو جعفر الأسترآبادي من أصحاب (. ش .) .

مسألة ٦٠ . : يثبت القصاص بالشهادة على الشهادة ، بدلالة عموم الاخبار في جواز الشهادة على الشهادة ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا يثبت .

مسألة ٦١ . (. « ج » .) : حقوق الله تعالى ، مثل حد الزنا وشرب الخمر وما

أشبهها

(١) م : بدلالة ما قلناه في ما تقدم .

(٢) سورة الزحرف : ٨٦ .

(٣) د ، م : وذهب شريح إلى أنها .

(٤) م : ان المشهور .

(٥) م : إذا مات وخلف تركة .

(٦) د ، م : فان كان عدلا .

(٧) م : استوفى من حقهما .

لا تثبت بالشهادة على الشهادة ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .) في أحد قوليه .

والثاني ^(١) ، وهو الأقيس أنها تثبت ، وبه قال (. ك .) .

مسألة ٦٢ . : يجوز أن تقبل شهادة الفرع مع تمكن حضور شاهد الأصل لأن أصحابنا قد رووا أنه إذا اجتمع شهادة الأصل وشهادة الفرع واختلفا ، فإنه تقبل شهادة أعدلهما ، حتى أن في أصحابنا من قال : انه يقبل شهادة الفرع ويسقط شهادة الأصل ^(٢) ، لأن الأصل يصير مدعى عليه والفرع بينة المدعي للشهادة على الأصل .

وقال جميع الفقهاء : لا يجوز ذلك الا مع تعذره : اما بالموت ، أو المرض المانع من الحضور ، أو الغيبة .

واختلفوا في حد الغيبة ، فقال (. ح .) : ما يقصر فيه الصلاة وهو ثلاثة أيام . وقال (. ف .) : هو ما لا يمكنه أن يحضر ويقيم الشهادة ويعود فيثبت . وقال (. ش .) : الاعتبار بالمشقة ، فإن كان عليه مشقة بالحضور ^(٣) حكم بشهادة الفرع ، وان لم تكن مشقة لم يحكم ، والمشقة قريبة مما قاله (. ف .) .

مسألة ٦٣ . : لا تقبل شهادة النساء على الشهادة ، إلا في الديون والاملاك والعقود ، لإجماع الفرقة على أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا في ذلك ، فاذا كان هذا حكم الرجل للمرأة أولى بذلك . فأما الحدود ، فلا يجوز أن تقبل شهادة على شهادة فيها . وقال (. ش .) : لا تقبل شهادة النساء على شهادة بحال في جميع الأشياء . وقال (.

ح .) :

(١) د ، م : والقول الثاني .

(٢) م : شهادة الفرع دون الأصل .

(٣) د ، م : في الحضور .

ان كان الحق مما يثبت بشهادة النساء ، أو لهن مدخل فيه تثبت شهادتهن^(١) ، وان كان مما لا مدخل لهن فيه لم تقبل.

مسألة ٦٤ . : إذا عدل شاهدا الفرع^(٢) شاهدي الأصل ولم يسمياه ، لم يقبل ذلك ، لأنه يمكن أن يعدلا من هو عندهما عدل وليس كذلك ، وبه قال جميع الفقهاء وقال (. ح .) : يحكم بذلك^(٣).

مسألة ٦٥ . : إذا سميا شاهدا الأصل ولم يعدلاه ، سمعها الحاكم وبحت عن عدالة الأصل ، فإن وجده عدلا حكم به والا توقف ، لأنه يجوز أن يكونا لم يعلما عدالة الأصل فلم يشهدا بذلك ، فعلى الحاكم البحث عنه ، وبه قال (. ش .) .
وقال (. ف .) ، و (. ر .) : لا تسمع هذه الشهادة أصلا ، لأنهما لم يتركا تزكية الأصل إلا لرؤية.

مسألة ٦٦ . (. « ج » -) : ما يثبت بشهادة اثنين في الأصل إذا شهد شاهدان على شهادة الآخر ، ثبت^(٤) بلا خلاف شهادة الأصل ، وان شهد شاهد على شهادة أحدهما وشهد^(٥) آخر على شهادة الآخر لم تثبت بهذه الشهادة ما شهدا به ، وبه قال علي عليه السلام ، وشريح ، والنخعي ، والشعبي ، وربيعة ، و (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. د .) .

وقال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى : انها تثبت بذلك ويحكم الحاكم به ، وبه قال عثمان البتي ، وعبيد الله بن الحسن العنبري ، و (. د .) ، و (. ق .) .

مسألة ٦٧ . : إذا شهد شاهدان على شهادة رجل ثم شهدا على شهادة الآخر

(١) د ، م : فيه قبلت.

(٢) د ، م : إذا عدل شاهد الفرع.

(٣) د ، م : وقال ابن جرير يحكم بذلك.

(٤) د ، م : على شهادة أحدهما وشاهدان على شهادة الآخر تثبت.

(٥) م : وشاهد.

فإنه ثبت الأول بلا خلاف وتثبت عندنا شهادة الثاني أيضا بدلالة الأخبار الواردة في أن شهادة الأصل لا تثبت الا بشاهدين وقد ثبت شاهدان هنا في كل واحد منهما وبه قال (. ح .) ، وأصحابه و (. ر .) ، و (. ك .) ، وربيعه ، و (. ش .) في أحد قوليه ، وهو الصحيح عندهم.

والقول الثاني : انه لا يثبت حتى يشهد آخران على شهادة الآخر ، وبه قال المزني .
مسألة ٦٨ . : تثبت بالشهادة على الشهادة شهادة الأصل ، ولا يقومون مقام الأصل في إثبات الحق .

ولل (. ش .) فيه قولان .
ويدل على ما قلنا ^(١) أن شاهد الفرع لو كان يقوم مقام الأصل في إثبات الحق لما جازت الشهادات ^(٢) ، لأن الحق لو كان إثبات فعل كالقتل والإتلاف لم تثبت شهادة الفرع ^(٣) ، لأنه يفتقر الى مشاهدة الفرع لم يشاهد الفعل ، وان كان الحق عقدا افتقر الى سماع ومشاهدة والفرع لم يسمع ولم يشاهد ^(٤) .

مسألة ٦٩ . : إذا شاهد اثنان بأنه سرق ثوبا قيمته ثمن دينار ، وشهد آخر أنه سرق ذلك الثوب وقيمه ربع دينار يثبت عليه ربع دينار ، وبه قال (. ح .) ، لأنه تعارض ^(٥) بين الشهادتين ، فينبغي أن تثبت البينتان معا ، وجرى ذلك مجرى

(١) م : على ما قلناه .

(٢) م : لما جازت الشهادة على الشهادة .

(٣) د ، م : بشهادة الفرع .

(٤) د ، م : ولا شاهد .

(٥) م : لأنه لا تعارض .

راويين ، لخبر روى أحدهما زيادة ، فالأخذ بالزائد أولى من الأخذ بالناقص ^(١).
وقال (. ش .) : يثبت الثمن دينار ، لأثهما شهدا على أن قيمته ثمن دينار ، وأن ما زاد عليه ليس بقيمة له ، فثبت الثمن بشهادة الأربعة وما زاد تعارضت البيتان فيه.
مسألة . ٧٠ . : إذا شهد عدلان عند الحاكم بحق ، ثم فسقا قبل أن يحكم بشهادتهما حكم بشهادتهما ولم يرده ، وبه قال أبو ثور والمزني . وقال باقي الفقهاء : لا يحكم بشهادتهما.

ويدل على ما قلناه أن ^(٢) العدالة إنما تعتبر وقت الشهادة لا وقت الحكم.
مسألة . ٧١ . : إذا شهد شاهدان بحق وعرف عدالتهما ، ثم رجعا عن الشهادة قبل الحكم بها . لم يحكم بها وقال أبو ثور : يحكم بالشهادة ^(٣).
مسألة . ٧٢ . : إذا شهد شاهدان بحق وعرف عدالتهما وحكم الحاكم ثم رجعا عن الشهادة لم ينقض حكمه ، وبه قال جميع الفقهاء ، لأن الذي حكم به مقطوع به في الشرع ورجوع الشهود يحتمل الصدق والكذب ، فلا ينقض به ما قطع ^(٤) به عليه.
مسألة . ٧٣ . (. ج . » -) : إذا شهد شاهدان على رجل بما يوجب قتله أو قطعه فرجعا وقالوا عمدنا ^(٥) أن يقتل أو يقطع فعليهم القود ، وبه قال ابن شبرمة ، و (. ش .) ، و (. د .) ، و (. ق .) وقال (. ح .) ، و (. ر .) ، وريعة : لا قود.

(١) م : فالأخذ بالزائد أولى وقال.

(٢) م : دليلنا أن العدالة.

(٣) م : يحكم بها.

(٤) د ، م : قد قطع به.

(٥) د ، م : ثم رجعا وقالوا عمدنا كذبا وقصدنا أن يقتل.

وفي المسألة إجماع الفرقة ^(١) ، بل إجماع الصحابة ، فقد روي أن شاهدين شهدا عند أبي بكر على رجل بالسرقة فقطعه ، فقالا : أخطأنا عليه والسارق غيره ، فقال : لو علمت إنكما تعمدتما لقطعتكما.

وروى الشعبي قال : شهد شاهدان عند علي عليه السلام على رجل ^(٢) بالسرقة فقطعه ثم أتياه بآخر ، فقالا : هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول ، فقال : لو علمت إنكما تعمدتما لقطعتكما ، فهاتان قضيتان ^(٣) مشهورتان ، ولا يعرف لهما منكر فثبت أنهما أجمعوا عليه.

مسألة . ٧٤ . : إذا شهد شاهدان ظاهرهما العدالة فحكم بشهادتهما ، ثم تبين أنهما كانا فاسقين قبل الحكم نقض حكمه ، لقوله تعالى ﴿ **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ** ﴾ ^(٤) فأمر تعالى بالثبوت والتوقف ، فاذا علمه فاسقا وجب رد شهادته ونقض الحكم به.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ينقضه قاله أبو العباس والمزني . والآخر : لا ينقضه وبه قال (. ح .) . وقال أبو إسحاق : ينقضه قولاً واحداً.

مسألة . ٧٥ . (. ج . » .) : إذا حكم بشهادة نفسين في قتل وقتل المشهود عليه ثم بان أن الشهود كانوا فاسقا قبل الحكم بالقتل ، سقط القود وكانت ^(٥) دية المقتول المشهود عليه على بيت المال ، لإجماع الفرقة على روايتهم بأن ما أخطأت القضاة فيه من الأحكام فعلى بيت المال.

(١) م : وفيها إجماع الفرقة.

(٢) د : عند علي عليه السلام رجل.

(٣) د ، م : فهاتان القضيتان.

(٤) سورة الحجرات : ٦ .

(٥) د : سقط القود وكان ، (. م .) : سقط وكان.

وقال (. ح .) : الدية على المزكين. وقال (. ش .) : الدية على الحاكم ، ولابن الجنيذ ^(١) فيه قولان ، أحدهما : على عاقلته. والثاني : على بيت المال.

مسألة . ٧٦ . : إذا شهد أجنبيان أنه أعتق سالما في حال مرضه وهو الثلث وشهد وارثان أنه أعتق غائما في هذه الحال وهو الثلث ، ولم يعلم ^(٢) السابق منهما أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه أعتق ورق الآخر ، لإجماع الفرقة على أن كل أمر مشكل مجهول ففيه القرعة ، وهو أحد قولي (. ش .) . والآخر أنه يعتق من كل واحد نصفه.

مسألة . ٧٧ . : إذا شهد شاهدان على طلاق امرأة بعد الدخول بها ، حكم الحاكم بذلك ثم رجعا عن الشهادة ، لم يلزمهما شيء من المهر ، لأنه لا دليل عليه وبه قال (. ح .) . و (. ك .) .

وقال (. ش .) : عليهما مهر مثلها ، وبه قال عبيد الله بن الحسن العنبري.

مسألة . ٧٨ . : إذا شهدا عليه بالطلاق قبل الدخول بها يفرق ^(٣) الحاكم بينهما ثم رجعا ، غرما نصف المهر ^(٤) ، وبه قال (. ح .) .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وهو اختيار المزي لا أنه يقول نصف مهر مثلها ، وعندنا نصف المهر المسمى. والقول الآخر : أنهما يضمنان كمال مهر مثلها ، وهو أصح القولين عندهم.

ويدل على ما قلناه أن الأصل ^(٥) براءة الذمة ، وما ألزمنهما من نصف المهر

(١) د ، م : على الحاكم وان يجب فيه.

(٢) م : في هذه الحال ولم يعلم.

(٣) د ، م : ففرق.

(٤) م : غرما المهر.

(٥) م : ودليلنا أن الأصل.

مجمع عليه ، وليس على ما زاد على ذلك دليل.

مسألة ٧٩ . : إذا شهدا بدين أو عتق وحكم بذلك عليه ثم رجعا ، كان عليهما الضمان ، لإجماع الفرقة على أن شاهدي الزور يضمنان ما يتلف بشهادتهما. واختلف أصحاب (. ش .) ^(١) على طريقين ، قال أبو العباس وشيوخ أصحابه : المسألة على قولين مثل مسألة الغصب ، وهي أنه لو كان في يده عبد فأعتقه أو رهنه ^(٢) وأقبضه ، ثم ذكر أنه كان لزيد فهل عليه قيمته فيه قولان كذلك ها هنا. ومنهم من قال : لا غرم عليهما قولاً واحداً.

قال أبو حامد : والمذهب أنها على قولين ، كما قال أبو العباس أحدهما لا ضمان عليه وهو الضعيف ، والآخر عليهما الضمان وهو الأصح ، وبه قال (. ح .).

مسألة ٨٠ . : إذا شهد رجل وعشر نسوة بمال على أحد ^(٣) وحكم بقولهم ثم رجع الكل عن الشهادة ، كان على الرجل سدس المال والباقي على النسوة لأن المال انما ثبت بشهادة الجميع ، فيضمن الجميع من غرامته والرجل سدس البينة ، لأن كل امرأتين في مقابلة رجل فيجب أن لا يلزمه أكثر من ذلك ، وبه قال (. ح .) ، و (. ش .).

وقال (. ف .) ، و (. م .) : على الرجل النصف وعليهن النصف ، لان الرجل نصف البينة.

(١) د ، م : واختلف فيه أصحاب (. ش .).

(٢) د ، م : أو وهبه.

(٣) د ، م : على رجل.

كتاب الدعاوي والبيانات

مسألة . ١ . (. « ج » -) : إذا ادعى نفسان درهما بينهما ^(١) أو ثوبا ، ويدهما عليه ولا بينة لواحد منهما ، كان العين بينهما نصفين ، وبه قال (. ش .) ، إلا أنه قال : يحلف كل واحد منهما لصاحبه .

مسألة . ٢ . (. « ج » -) : إذا ادعى ملكا مطلقا ويد أحدهما عليه ، كانت بينته أولى .

وكذلك ان أضافه إلى سببه ، وان ادعى صاحب اليد الملك مطلقا والخارج اضافة إلى سببه ، كانت بينة الخارج أولى .

وقال (. ش .) : إذا تنازعا عينا ويد ^(٢) أحدهما عليها وأقام كل واحد منهما بينة سمعنا بينة كل واحد منهما وقضينا لصاحب اليد ، سواء تنازعا ملكا مطلقا أو ما يتكرر فالمطلق كل ملك إذا ^(٣) لم يذكر أحدهما سببه وما يتكرر ، كآنية الذهب والفضة والصفير والحديد يقول كل واحد منهما صيغ في ملكي ، وهذا يمكن أن يصاغ في ملك كل واحد منهما .

(١) د ، م : نفسان دارا هما فيها .

(٢) د ، م : إذا تنازعا عينا بد .

(٣) د : كل إذا .

وكذلك ما يمكن نسجه مرتين كالصوف ، وما لا يتكرر سببه كثوب ^(١) قطن وإبريسم ، فإنه لا يمكن أن ينسج مرتين. وكذلك النتاج لا يمكن أن تولد الدابة مرتين ، وكل واحد منهما يقول ملكي نتج في ملكي ، وبه قال شريح ، والنخعي ، والحكم ، و (. ك .) ، وهل يحلف مع البينة؟ لل (. ش .) فيه قولان.

وقال (. ح .) وأصحابه : ان كان المتداعي ^(٢) به ملكا مطلقا ، أو ما يتكرر سببه لم تسمع بينة المدعى عليه وهو صاحب اليد ، وان كان ملكا لا يتكرر سببه سمعنا بينة الداخل ، وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا ، وهو المذكور في النهاية وكتب الفقه.

وقال (. د .) : لا تسمع بينة صاحب اليد بحال في أي مكان كان ، وروى أصحابنا ذلك أيضا ، وتحقيق الخلاف فيه مع (. ح .) ^(٣) هل تسمع بينة الداخل أم لا؟ فعند (. ش .) -) وعند (. ح .) لا تسمع ، والفقهاء يقولون : بينة الداخل أولى ، وهذه عبارة فاسدة ، لأنه إذا كان الخلاف في سماعها سقط أن يقال أولى.

وهذه المسألة ملقبة ببينة الداخل والخارج ، فان الداخل من كانت يده على الملك والخارج من لا يدلّه عليه.

يدل على مذهبنا إجماع الفرقة وأخبارهم ، والخبر المشهور عن النبي ﷺ أنه قال : البينة على المدعى عليه ^(٤).

ويدل على الأول ما رواه جابر أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ

في

(١) د ، م : فتوب.

(٢) د ، م : التداعي.

(٣) د ، م : وتحقيق الخلاف مع (. ح .).

(٤) د : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، م : دليلنا قوله ﷺ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه.

دابة أو بعير وأقام كل واحد منهما البيّنة أنّها له نتجها ، فقضى ^(١) رسول الله ﷺ للذي ^(٢) هي في يده ^(٣).

وروى غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة ، وكلاهما أقام البيّنة أنه نتجها ^(٤) ، فقضى بها للذي ^(٥) هي في يده ، وقال : لو لم تكن في يده جعلتها ^(٦) بينهما نصفين.

مسألة . ٣ . : إذا شهدت البيّنة للداخل مضافا ، قبلناها بلا خلاف بيننا وبين (. ش .) وحكمنا فيها ^(٧) ، وإن كانت بالملك المطلق فانا لا نقبلها ، بدلالة أخبار أصحابنا ولأنه يجوز أن تكون انما شهدت بالملك لأجل اليد واليد قد زالت بيّنة المدعي.

وللشافعي فيه قولان ، قال في القديم بمثل قولنا ، وقال ^(٨) في الجديد : مسموعة.

مسألة . ٤ . (. « ج » .) : إذا تنازعا عينا لا يد لواحد منهما عليها ، فأقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة شهود ، فالظاهر من مذهب أصحابنا أنه ^(٩) يرجح بكثرة الشهود ويحكم له بالحق وهكذا لو تساويا في العدد وتفاضلا في العدالة

(١) د ، م : فقضى بها.

(٢) د : الذي.

(٣) م : في يديه.

(٤) د : أقام البيّنة أنتجها م : أقام البيّنة أنه أنتجها.

(٥) د : الذي.

(٦) د ، م : لو لم يكن في يده جعلتهما.

(٧) د ، م : بها.

(٨) م : فيه قولان أحدهما ما قلناه وهو قوله القديم وقال.

(٩) م : فالظاهر من مذهبنا انه.

رجح بالعدالة وهو إذا كان أحدهما ^(١) أقوى عدالة ، وبه قال (. ك .) وأوماً إليه (. ش »
(. في القديم ، والذي اعتمدوه أنه لا يرجح بشيء منها ، وبه قال (. ح .) وأصحابه .

وقال (. ع .) : أقسط المشهود به على عدد الشهود ، وأجعل لصاحب الشاهدين
الثالث ، ولصاحب الأربعة الثلاثين . وقد روى ذلك أصحابنا .

يدل على مذهبنا إجماع ^(٢) الفرقة وأخبارهم ، فإنهم روى عن أبي بصير عن أبي عبد
الله عليه السلام أن علياً صلوات الله عليه أتاه قوم يختصمون في بغلة ، فقامت لهؤلاء بينة أنهم
أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت لهؤلاء بينة بمثل ذلك ، فقضى بها لأكثرهم
بينة واستحلفهم .

فأما الرواية الأخرى ، فرواها السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه قضى في
رجلين ادعيا بغلة ، فأقام أحدهما شاهدين ^(٣) والآخر خمسة فقال : لصاحب الخمسة خمسة
أسهم ، ولصاحب الشاهدين سهمان . فالمعتمد الأولى ^(٤) لأن هذه الأخيرة من طريق العامة
، ولأنها تحمل على وجه الصلح ^(٥) والوساطة بينهم ^(٦) .

مسألة ٥ . : إذا كان مع أحدهما شاهدان ، ومع الآخر شاهد وامرأتان ، تقابلتا بلا
خلاف بيننا وبين (. ش .) ^(٧) ، فأما ان كان مع أحدهما شاهدان ومع الآخر

(١) د ، م : إحداهما .

(٢) د ، م : دليلنا إجماع .

(٣) م : شاهد .

(٤) د ، م : والمعتمد الأول .

(٥) د : أو بحملها على وجه الصلح .

(٦) م : أو تحملها على وجه الصلح والوساطة بينهم .

(٧) م : بيننا و (. ش .) .

شاهد واحد ، فقال ^(١) : أحلف مع شاهدي ^(٢) فإنهما لا يتقابلان.

ولل (. ش .) في كل واحد منهما قولان.

يدل على ما قلناه أن الشاهدين ^(٣) لا تلحقهما تهمة ، لأنه يحلف لنفسه والشاهد

يشهد لغيره.

مسألة ٦ . : إذا شهدا بما يدعيه ، فقال المشهود عليه : أحلفوه لي مع شاهديه لم

يحلف ^(٤) ، لقوله عَلَيْهِمَا : البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه وبه قال الزهري ، و (

. ح .) ، وأصحابه ، و (. ك .) ، و (. ش .) .

وقال شريح ، والنخعي ، والشعبي ، وابن أبي ليلى : يستحلف ^(٥) مع البيّنة.

مسألة ٧ . : إذا ادعى على امرأة أنها زوجته ، أو قال : تزوجت بها لم يلزم الكشف

حتى يقول تزوجت بها بولي وشاهدي عدل ، وبه قال (. ح .) .

ولل (. ش .) فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ما قلناه . والثاني : وهو ظاهر المذهب أنه لا

بد له من الكشف ^(٦) . والثالث : ينظر فإن ادعى عقد النكاح ، فقال : تزوجت بها كان

الكشف شرطاً ، وإن كانت الدعوى الزوجية لم يفتقر إلى الكشف.

مسألة ٨ . : إذا ادعى على المرأة الزوجية فأنكرت ^(٧) ، فإن لم تكن معه بيّنة كان

عليها اليمين ، لقوله عَلَيْهَا : البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر ولم

(١) د ، م : وقال .

(٢) د ، م : مع شاهد أو كان مع أحدهما شاهد وامرأتان ومع الآخر شاهد واحد وقال احلف مع شاهدي فإنهما .

(٣) م : دليلنا أن الشاهدين .

(٤) د ، م : لم يحلفه .

(٥) د ، م : يستحلفه .

(٦) د ، م : لا بد من الكشف .

(٧) د ، م : كان عليه البيّنة .

يفصل ، وبه قال (. ش .) . وقال (. ح .) : لا يمين عليها .

مسألة ٩ . : إذا ادعى بيعاً أو صلحاً أو إجارة أو نحو ذلك من العقود التي هي سوى النكاح لا يلزمه الكشف أيضاً ، بدلالة ما قلناه ^(١) في النكاح . ولل (. ش .) فيه وجهان .

مسألة ١٠ . : إذا تعارضت البينات ^(٢) على وجه لا ترجيح لاحدها ^(٣) على الأخرى أقرع بينهما ^(٤) ، فمن خرج اسمه حلف وأعطى الحق ، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا ، وقد روي أنه يقسم بينهما نصفين .

ولل (. ش .) فيه أربعة أقوال ، أحدها : يسقطان ، وهل يحلف أم لا؟ فيه قولان ، وبه قال (. ك .) . والثاني : يقرع بينهما كما قلناه ، وبه قال علي عليه السلام ، وابن الزبير .

والثالث : يوقف أبداً . والرابع : يقسم بينهما نصفين ، وبه قال ابن عباس ، و (. ر .) و (. ح .) ، وأصحابه .

ويدل على مذهبنا إجماع الفرقة ^(٥) على أن كل أمر مشكل مجهول ففيه القرعة وروى سعيد بن المسيب أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أمر وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة ، فأسهم النبي ﷺ بينهما ، وقال : اللهم أنت تقضى بينهما . وهذا نص وقد روي أنه قسم بينهما نصفين .

وروى أبو موسى الأشعري قال : تداعى رجلان بعيراً على عهد رسول الله ﷺ

(١) م : بدلالة ما تقدم .

(٢) م : إذا تعارضت البيّنات .

(٣) د ، م لإحداهما .

(٤) د ، م بينهما .

(٥) م : دليلنا إجماع الفرقة .

وبعث كل واحد منهما بشاهدين ^(١) ، فقسمه النبي ﷺ بينهما بنصفين .
وتأول أصحاب (. ش .) هذا الخبر ، وقالوا : هذه قضية في عين ، ويحتمل أن يكون
انما فعل ذلك لأنه كانت يدهما على المتنازع فيه ، وقد روي في هذا الخبر ولا بينة مع واحد
منهما وعلى هذا لا معارضة فيه .

مسألة . ١١ . : إذا ادعى دارا في يد رجل ، فقال : هذه الدار التي في يدك لي وفي
^(٢) ملكي ، فأنكر المدعى عليه فأقام المدعي البينة أنها كانت في يده أمس أو منذ سنة ، لم
تسمع هذه البينة ، لأن المدعي يدعي الملك في الحال والبينة تشهد أنها له ^(٣) بالأمس ، فقد
شهدت له بغير ما يدعيه فلا تقبل .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه ، وهو نقل المزني ، والربيع . والآخر :
أنها تسمع ، وهو نقل البويطي .

مسألة . ١٢ . : إذا ادعى دارا في يدي رجل ، فقال : هذه الدار كانت لأبي وقد
ورثتها أنا وأخي الغائب منه ، وأقام بذلك البينة من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة أنهما وارثاه
ولا نعرف له وارثا سواهما ، نزعت ممن هي في يده وسلم ^(٤) الى الحاضر نصفها والباقي في
يدي أمين حتى يحضر ^(٥) الغائب ، لأن هذه الدعوى للميت والبينة تشهد بالحق له .
بدلالة أنه إذا حكم بالدار يقضى بها ^(٦) منه ديونه وينفذ وصاياه ، فاذا ثبت أن الدار
للميت كانت ميراثا بين ولديه ، وبه قال (. ف .) ، و (. م .) .

(١) د : شاهدين .

(٢) د ، م و ملكي .

(٣) د : انها كانت له .

(٤) د ، م : ويسلم .

(٥) د ، م : حتى يعود .

(٦) د ، م : يقضى منها .

وقال (. ح .) : يؤخذ من المدعى عليه نصيب الحاضر ، ويبقى ^(١) الباقي في يد من هو في يده ^(٢) حتى يحضر الغائب.

مسألة . ١٣ . : إذا تنازعا عينا من الأعيان عبدا أو دارا أو دابة ، فادعى أحدهما أنها ^(٣) له منذ سنتين ، والآخر ادعى أنها له منذ شهر ، وأقام كل واحد منهما بما يدعيه البينة ، أو ادعى أحدهما أنها له منذ سنتين ، وقال الآخر هي الان ملكي ، وأقام كل واحد منهما على ما يدعيه ^(٤) بينة الباب واحد والعين المتنازع فيها ^(٥) في يد ثالث ، كانت البينة بالمتقدم أولى ، وبه قال (. ح .) ، واختاره المزني ، وهو أصح قولي (. ش .) ، وله قول آخر أنهما سواء.

يدل على مذهبنا أن ^(٦) البينة إذا شهدت بالملك في الحال مضافا الى مدة سابقة حكم بأنه للمشهود له منذ ذلك الوقت ، بدليل أن ما كان من نتاج أو ثمرة بسبب حادث في المدة ، كان للمشهود له بالملك ، فاذا ثبت هذا فقد شهدت به إحدهما منذ سنتين ، والآخر منذ شهر فتعارضتا فيما تساوتا فيه وهو مدة شهر وسقطتا وبقي ما قبل الشهر ملك ببينة لا منازع له فيه ، فحكمنا له قبل الشهر ، فلا يزال عنه بعد ثبوته الا بدليل.

مسألة . ١٤ . (. « ج » .) : إذا تنازعا دابة ، فقال أحدهما : ملكي وأطلق وأقام بها بينة وقال الآخر : ملكي نتجتها ^(٧) وأقام بذلك بينة ، فبينة النتاج أولى . وهكذا كل

(١) د ، م : وبقي.

(٢) د ، م : في يدي من هي في يديه.

(٣) م : ان له.

(٤) د ، م : بما يدعيه.

(٥) م : والعين المنازع فيها.

(٦) م : دليلنا ان البينة.

(٧) م : نتجها.

ملك تنازعه ، فادعاه أحدهما مطلقا وادعاه الآخر مضافا الى سببه ، مثل أن قال هذه الدار لي ، وقال الآخر : اشتريتها ، أو قال : هذا الثوب لي ، وقال الآخر نتج ^(١) في ملكي ، أو هذا العبد لي ، وقال الآخر بل غنمته أو ورثته الكل واحد إذا لم يكن العين المدعاة في يد أحدهما.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : مثل ما قلناه ^(٢) . والآخر : هما سواء.

مسألة . ١٥ . (. ج . » .) : إذا تنازعا دارا وهي في يد أحدهما ، وأقام أحدهما البيّنة بتقديم الملك ، والآخر بحديثه وكانت الدار في يد من شهدت له بتقديم الملك فهي له بلا خلاف ، لأن معه ترجيحين بيّنة قديمة ويّدا ، وإن كان في يد حديث ^(٣) الملك ، فصاحب اليد أولى ، وبه قال (. ح .) نص عليه ، فقضى بيّنة الداخل ها هنا ، لأنه يقول : لا أقبل بيّنة الداخل إذا لم يفد الا ما يفيد يده ، وهذه أفادت أكثر مما يفيد يده وهو إثبات الملك له منذ شهر واليد لا يفيد ذلك.

وقال (. ف .) ، و (. م .) : البيّنة بيّنة الخارج . وقال (. ش .) : هي لصاحب اليد مثل ما قلناه.

ويدل على المسألة إجماع الفرقة وأخبارهم ، وخبر جابر ^(٤) عن النبي ﷺ وخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله المقدم ذكرهما.

مسألة . ١٦ . : إذا قال لفلان علي ألف قضيتها فقد اعترف بألف وادعى قضاها فلا يقبل منه الا بيّنة ، لأنه لا دليل على وجوب قبول قوله في القضاء.

(١) د ، م : نسج في ملكي.

(٢) م : في يد أحدهما وبه قال (. ش .) في أحد قوليه.

(٣) د : في يد حدث.

(٤) م دليلنا ما روى جابر.

ولل (. ش .) في قبول ذلك قولان ، أحدهما وهو الصحيح ما قلناه ^(١) . والثاني :
يقبل قوله كما يقبل لو قال له علي ألف إلا تسعين .

مسألة . ١٧ . : إذا غصب رجل من رجل دجاجة ، فباضت بيضتين ، فاحتضنتهما
هي أم غيرها بنفسها أو بفعل الغاصب ، فخرج منهما فروجان ، فالكل للمغصوب منه ،
لأن الأصل بقاء الملك المغصوب منه ^(٢) ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان باضت عنده بيضتين ، فاحتضنت الدجاجة واحدة منهما ولم
يتعرض الغاصب لها ، كان للمغصوب منه ما تخرج منها ، ولو أخذ هو الأخرى فوضعها هو
تحتها أو تحت غيرها ثم خرج منها فروج ، كان الفروج للغاصب وعليه قيمته .

مسألة . ١٨ . : إذا كان في يد رجلين كبير بالغ مجهول النسب ، فادعياه مملوكا ، فان
اعترف لهما فهو مملوك لهما بلا خلاف ، وان اعترف لأحدهما بأنه مملوك كان له دون الآخر
، لأن الأصل الحرية ، وانما صار مملوكا باعترافه ^(٣) ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إذا اعترف أنه مملوك لأحدهما كان مملوكا لهما ، لأنه ثبت ^(٤) أنه
مملوك باعترافه ويدهما عليه فكان بينهما .

مسألة . ١٩ . : رجل ادعى دارا في يد رجل ، فأنكر فأقام المدعي البينة أنها ملكه منذ
سنة ، فجاء آخر فادعى أنه اشتراها من المدعي منذ خمس سنين ، حكمنا بزوال يد المدعي
عليه ببينة المدعي بلا خلاف ، ثم ينظر في بينة المدعي الثاني وهو المشتري من المدعي الأول
، فإن شهدت بأنه اشتراها من الأول وهي

(١) م : في القضاء وهو أصح قول (. ش .) والثاني .

(٢) م : بقاء الملك منه .

(٣) م وان اعترف لأحدهما باعترافه .

(٤) م يثبت .

ملكه ، أو كان متصرفا فيها تصرف الملاك ، فإنه يحكم بها للمشتري بلا خلاف ، وهو المدعي الثاني .

وان شهدت بينة المشتري بالشراء فقط ولم يشهد بملكه ولا بيده ، حكمنا بها للمشتري ، وبه قال (. ش .) ، لان بينة المدعي أسقطت يد ^(١) المدعي عليه ، وأثبتها ملكا للمدعي منذ سنة ، ولم ينف أن يكون قبل السنة ملكا للمدعي فإذا أقامت البينة أن هذا المدعي باعها قبل هذه السنة بأربع سنين ، فالظاهر أنها ملكه وقت البيع حتى يعلم غيره ، فهو كالبينة المطلقة ، وبينه المدعي لو كانت مطلقة فإنها تقضى بها للمشتري بلا خلاف ، فكذلك ها هنا .

وقال (. ح .) : أقرها في يد المدعي ، ولا أقضي بها للمشتري ، لأن البينة إذا لم تشهد بغير البيع المطلق لم يدل على أنه باع ملكه ، ولا أنها كانت في يده حين باع ، لأنه قد بيع ملكه وملك غيره .

مسألة ٢٠ . : إذا ادعى زيد شاة في يد عمرو فأنكر عمرو ، فأقام زيد البينة أنها ملكه ، وأقام عمرو البينة أن حاكما من الحكام حكم له بها على زيد وسلمها اليه ، ولا يعلم على أي وجه حكم الأول بها لعمرو ، فإنه لا ينقض حكم الحاكم الأول ، لأن الظاهر أنه حكم له به على الصحة حتى يعلم غيره ، ولا ينقض الحكم بأمر محتمل .
ولل (. ش .) فيه وجهان ، أحدهما : مثل ما قلناه ، وهو اختيار أبي حامد . والثاني ^(٢) : ينقض حكمه ، لأنه محتمل ، وبه قال (. م .) .

مسألة ٢١ . : إذا ادعى زيد عبدا في يد عمرو ، فأنكر فأقام زيد البينة به وقضى الحاكم له به ، ثمّ قدم خالد فأقام البينة أن العبد له ، فقد حصل لزيد بينة

(١) م : يدي .

(٢) د : مثل ما قلناه والثاني .

فيما سلف وبينه لخالد في الحال ، فهما يتعارضان ، ولا يحتاج زيد إلى إعادة البينة وهو أحد قولي (. ش .) ، وبه قال (. ح .) . والقول الآخر أنهما لا يتعارضان الا بأن يعيد البينة فإذا أعادها تعارضتا .

يدل على المسألة أن ها هنا بيتين : إحداهما لزيد ، والأخرى لعمرو ، وبينه زيد معها زيادة ، لأنها يثبت الملك له فيما مضى أيضا .

مسألة . ٢٢ . : إذا ادعى زيد عبدا في يد رجل ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام زيد البينة أن هذا العبد كان في يديه بالأمس ، أو كان ملكا له بالأمس ، حكمنا بهذه البينة ، لأننا قد بينا أن البينة بتقديم الملك أولى من البينة بحديث الملك .

ولأصحاب (. ش .) فيه طريقتان ، أحدهما : لا يقضى به قول واحد ، نقل ذلك المزني ، والربيع ، وبه قال أبو إسحاق . والآخر : أنه على قولين ، أحدهما : يقضى له بها ، وهو الذي نقله البويطي ، واختاره أبو العباس . والثاني : لا يقضى بها .

مسألة . ٢٣ . (. « ج » -) : إذا اشترك اثنان في وطئ امرأة في طهر واحد ، على وجه يصح أن يلحق به النسب وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون من كل واحد منهما أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته ألحقناه به ، وبه قال علي عليه السلام .

وقال (. ش .) : نزيه القافة فمن ألحقته به ألحقناه به ، فان لم يكن قافة ، أو اشتبه الأمر عليها ، أو نفته عنهما ، ترك حتى يبلغ ، فينتسب الى من شاء منهما ممن يميل طبعه اليه ، وبه قال أنس بن مالك ، وهي إحدى الروايتين عن عمر ، وبه قال عطاء ، و (. ك .) ، و (. ع .) ، و (. د .) .

وقال (. ح .) : ألحقه بهما معا ، ولا أريه القافة ، حكى الطحاوي في المختصر بل قال : إذا اشترك اثنان في وطئ أمة وتداعياه ، فقال كل واحد منهما هذا ابني ألحقته بهما معا فألحقه باثنين ولا ألحقه بثلاثة .

وقال (. ف .) : ألحقه بثلاثة وأكثر واختار الطحاوي طريقة (. « ف » -) هذا

قول

المتقدمين منهم.

وقال المتأخرون منهم الكرخي والرازي : يجوز أن يلحق الولد بمائة أب على قول (. ح .) ، والمناظرة على هذا يقع. قال (. ح .) : فان ^(١) كان لرجل أمتان فحدث ولد فقالت كل واحدة منهما : هو ابني من سيدي ألحقته بهما ، فجعلته ابنا لكل واحدة منهما ، ولأب أيضا.

قال (. ف .) ، و (. م .) : لا نلحق بأمتين ، لأننا نقطع أن كل واحدة منهما ما ولدته ، وأن الوالدة إحدهما. وألحق (. ح .) الولد الواحد بآباء عدة وأمّهات عدة.

يدل على أن القيافة لا حكم لها في الشرع . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي أن العجلان قذف زوجته بشريك بن السحماء وكانت حاملا فقال رسول الله ﷺ : ان أتت به على نعت كذا وكذا فلا أراه الا وقد كذب عليها وان أتت به على نعت كذا فهو لشريك بن السحماء ، فأتت به على النعت المكروه ^(٢) فقال ﷺ : لو لا الايمان لكان لي ولها شأن ، فالنبي ﷺ عرف الشبه ولم يعلق الحكم به ، لأنه لم يقم الحد على الزاني ، فلما لم يفعل هذا ثبت أن الشبه لا يتعلق به حكم.

مسألة . ٢٤ . : إذا كان وطئ بأحدهما ^(٣) في نكاح صحيح والآخر في نكاح فاسد ، فعند (. ك .) صحيح النكاح أولى ، وحكي ذلك عن (. ح .) . وقال (. ش .) : لا فرق بين ذلك وبين ما تقدم.

والذي يقتضيه مذهبنا أنه لا فرق بينهما في أنه يجب أن يقرع بينهما.

مسألة . ٢٥ . (. « ج » .) : إذا وطئ الرجل أمته ، ثمّ باعها قبل أن يستبرأها

(١) م : على هذا يقع فان كان.

(٢) م : على نعت المكروه.

(٣) د ، م : وطئ أحدهما.

فوطئها المشتري قبل أن يستبرأها ، ثم أتت بولد لمدة يمكن أن يكون منهما ، فإنه لاحق بالأخير .

وقال (. ك .) : يلحق بالأول ، لأن نكاحه صحيح ، ونكاح الثاني فاسد ، وحكي ذلك عن (. ح .) . وقال (. ش .) : نزيه ^(١) القافة مثل ما تقدم .

مسألة . ٢٦ . : إذا وطئ اثنان على ما صورناه وكانا بمسلمين ^(٢) ، أو أحدهما مسلما والأخر كافرا ، أو حرين ، أو كان أحدهما ^(٣) حرا والأخر عبدا ، أو أجنبين أو أحدهما أبا والأخر ابنا ، لا يختلف الحكم فيه في أنه يقرع بينهما ، بدلالة عموم الأخبار الواردة في ذلك المعنى ، وبه قال (. ش .) إلا أنه قال بالقافة أو الانتساب ، فأما الابن والأب فلا يتقدر فيهما الا وطئ شبهة أو عقد شبهة .

وقال (. ح .) : الحر أولى من العبد ، والمسلم أولى من الكافر .

مسألة . ٢٧ . (. ج . » -) : إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ، فقال كل واحد منهما : كله لي ، ولم يكن مع أحدهما بينة ، نظرت فما يصلح للرجال ، فالقول فيه قول الرجل مع يمينه . وما يصلح للنساء ، فالقول فيه قول المرأة مع يمينها . وما يصلح لهما ، فهو بينهما . وقد روي أيضا أن القول في جميع ذلك قول المرأة مع يمينها ، والأحوط الأول .

وقال (. ش .) : يد كل واحد منهما على نصفه ، فحلف كل واحد منهما لصاحبه ويكون بينهما نصفين ، سواء كانت يدهما من حيث المشاهدة ، أو من حيث الحكم ، وسواء كان مما يصلح للرجال دون النساء ، أو للنساء دون الرجال ، أو يصلح لهما ، وسواء كان الدار لها أو له أو لغيرهما ، وسواء كانت الزوجية قائمة بينهما ، أو بعد زوال

(١) م : وقال نزيه .

(٢) م : مسلمين .

(٣) م : أو أحدهما .

الزوجية ، وسواء ^(١) كان التنازع بينهما ، أو بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، وبه قال عثمان البتي ، وزفر.

وقال (. ر .) ، وابن أبي ليلى : ان كان المتاع مما يصلح للرجال دون النساء ، فالقول قول الرجل ، وان كان مما يصلح للنساء دون الرجال ، فالقول قول المرأة.

وقال (. ح .) ، و (. م .) : ان كان يدهما عليه مشاهدة فهو بينهما ، كما لو تنازعا عمامة يدهما عليها ، أو خلخالاً يدهما عليه فهو بينهما ، وان كان يدهما عليه حكماً فان كان يصلح للرجال دون النساء ، فالقول قول الرجل ، وان كان يصلح للنساء دون الرجال ، فالقول قول المرأة ، وان كان يصلح لكل واحد منهما ^(٢) ، فالقول قول الرجل. فخالف (. ش .) في ثلاثة فصول : إذا كان مما يصلح للرجال ، وإذا كان مما يصلح للنساء ، وإذا كان مما يصلح لكل واحد منهما ^(٣).

قال (. ح .) : وان كان الاختلاف بين أحدهما وورثة الآخر ، فالقول قول الباقي منهما. وقال (. ف .) : القول قول المرأة فيما جرى العرف والعادة أنه قدر جهاز مثلها وهذا متعارف بين الناس ، وهو مثل ما حكيناه في بعض روايات أصحابنا.

مسألة ٢٨ . (. ج . » .) : إذا كان لرجل على رجل حق ، فوجد من له الحق مالا لمن عليه الحق ، فإن كان من عليه الحق باذلاً ، فليس له أخذه منه بلا خلاف ، وان كان مانعاً فلا يخلو : اما أن يجحد الحق ظاهراً وباطناً ، أو يعترف باطناً ويجحد

(١) م : سواء كانت الدار له أو لها أو لغيرهما وسواء كانت الزوجية بينهما قائمة أو لا وسواء.

(٢) م : فالقول قولها وان كان يصلح لهما.

(٣) م : وإذا كان ما يصلح لهما.

ظاهرا ، أو يعترف به ظاهرا وباطنا ، ثم^(١) يمنعه لقوته ، فإنه لا يمكنه استيفاء الحق منه ، فإذا كان بهذه الصفة كان له أن يأخذ من ماله بقدر حقه من غير زيادة ، سواء كان من جنس ماله ، أو من غير جنسه ، إلا إذا كان ودیعة عنده ، فإنه لا يجوز أخذه منها ، وسواء كان له بحقه بينة يقدر على إثباتها عند الحاكم أو لم يكن ، وبه قال (. ش .) إلا أنه لم يستثن الودیعة ، إذا لم يكن له حجة ، فان كان له حجة يثبت عند الحاكم فعلى قولين . وقال (. ح .) : ليس له ذلك إلا في الدراهم والدنانير التي هي الأثمان ، فأما غيرهما فلا يجوز .

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي^(٢) أن هندا امرأة أبي سفيان جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني وولدي إلا ما أخذ منه سرا ، فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف . فأمرها النبي ﷺ بالأخذ عند امتناع أبي سفيان منه ، والظاهر أنها تأخذ من غير جنس حقها ، فإن أبا سفيان لم يكن يمنعها الخبز والأدم ، وإنما كان يمنعها الكسوة . وأما اختصاص الودیعة بترك الأخذ منه ، فلما رواه أصحابنا ، ولقوله ﷺ : أد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك .

(١) م : ظاهرا أو باطنا أو يعترف به ظاهرا أو باطنا ثم .

(٢) م : دليلنا ما روى .

كتاب العتق

مسألة ١٠ . (. « ج » .) : إذا أعتق شركا له من عبد ، لم يخل من أحد أمرين : اما أن يكون موسرا ، أو معسرا . فان كان موسرا ، لم يخل من أحد أمرين : اما أن يقصد به مضارة شريكه ، أو لا يقصد بل يقصد به وجه الله تعالى ، فان قصد المضارة ألزم قيمته ، فإذا أداه انعتق عليه ، ولشريكه أن يعتق عليه نصيبه ، ولا يأخذ القيمة فإن فعل كان عتقه ماضيا ، وان لم يقصد المضارة مضى عتقه في نصيبه .

ويستحب له أن يشتري نصيب شريكه وليس بواجب عليه ، فان لم يفعل استسعى العبد فيما بقي ، وان كان معسرا فان قصد المضارة كان العتق باطلا ، وان قصد به وجه الله تعالى مضى العتق في نصيبه ، وكان شريكه بالخيار بين أن يعتق ^(١) نصيبه الآخر ، أو استسعى العبد في قيمته .

وقال (. ح .) : إذا أعتق وكان موسرا ، فشريكه بالخيار بين ثلاثة أشياء : بين أن يعتق نصيبه ، وبين أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه منه ، حتى إذا أدى قيمة نصيبه عتق ، وبين أن يقومه على المعتق ، فاذا صار الى المعتق ، كان له أن يستسعيه فيما بقي فيه من الرق ، فإذا أدى قدر قيمة ذلك عتق .

(١) م : بين العتق .

وان كان معسرا ، كان شريكه بالخيار بين أن يعتق نصيبه منه ، وبين أن يستسعي العبد في قدر نصيبه ، فإذا أدى ذلك عتق ، وليس له أن يعتقه على شريكه ، لأنه معسر ، فوافقنا في المعسر وفي بعض أحكام الموسر.

وقال (. ف .) ، و (. م .) : يعتق نصيب شريكه في الحال ، موسرا كان أو معسرا ، فان كان معسرا فلشريكه أن يستسعي العبد وهو حر لقيمة نفسه منه ، وان كان موسرا كان له قيمة نصيبه على المعتق ، وهذا مثل مذهبنا سواء.

وقال (. ع .) : ان كان معسرا عتق نصيبه ، وكان نصيب الشريك على الرق ، ولشريكه أن يستسعيه قيمة ما بقي ليؤدي ويعتق. وان كان موسرا لم يعتق نصيب شريكه الا بدفعه القيمة اليه.

وقال عثمان البتي : عتق نصيبه منه واستقر الرق في نصيب شريكه ، موسرا كان أو معسرا ، ولا يقوم عليه شيء كما لو باع.

وقال ربيعة : لا يعتق ^(١) نصيب شريكه بعثقه ، فإن أعتق نصيب نفسه لم يعتق فأيهما أعتق لم ينفذ عتقه في نصيب نفسه ، وان كان عتقه قد صادف ملكه ، فإن أراد العتق اتفقا عليه وأعتقاه معا.

وقال (. ش .) : ان كان معسرا عتق نصيب نفسه واستقر الرق في نصيب شريكه ، فان اختار شريكه أن يعتق نصيب نفسه منه فعل ، والا أقره في ملكه. وان كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه قولاً واحداً.

ومتى يعتق نصيب شريكه؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : وهو الصحيح عندهم أنه عتق كله باللفظ ، وكان القيمة في ذمته ، وعليه تسليمها الى شريكه ، وبه قال ابن أبي ليلى ، و (. ر .) ، و (. د .) ، و (. ق .) .

وقال في القديم : يعتق نصيب شريكه باللفظ ودفع القيمة ، فإن دفع القيمة

(١) م : وقال ربيعة يعتق.

الى شريكه عتق نصيب شريكه ، وان لم يدفع إليه القيمة لم يعتق ، وبه قال (. ك .) .
وقال البويطي وحرمله : يكون نصيب شريكه مراعا ، فان دفع ^(١) القيمة إليه تبينا أنه عتق بنفس العتق ، وان لم يدفع تبينا أن العتق لم يتعلق بنصيب شريكه ، وعلى الأحوال كلها متى أعتق شريكه نصيبه لم ينفذ عتقه فيه ، لأنه قد استحق في حق شريكه المعتق .
يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روى ^(٢) أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : من أعتق شركا له في عبد ، فعليه خلاصه ان كان له مال وان لم يكن له مال قوم العبد قيمة عدل ، واستسعى العبد في قيمته غير مشقوق عليه .
وروى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : من أعتق شركا من عبد ، وكان له مال يبلغ ثمنه فهو عتيق .
وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : إذا كان العبد بين رجلين وأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال ، فقد عتق كله . وهذا الخبران على أنه إذا أعتق نصيبه وكان له فإنه ينعق ^(٣) في الحال ، غير أن مذهبنا ما قلناه انه إذا أدى ما عليه انعتق .
ويؤيد ذلك ما رواه سالم عن أبيه عن النبي ﷺ قال : إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موسرا يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق ، وهذا نص .

والوجه في الخبرين أن قوله انه عتيق وعتق كله معناه سينعتق ، لان العرب

(١) د : فان وقع .

(٢) م : دليلنا ما روى .

(٣) م : يدلان على انه إذا أعتق نصيبه وكان له مال فإنه ينعق .

يعبر عن الشيء بما يؤول إليه ، كما قال تعالى ﴿ إِنِّي أَرَانِي أَعْمَرُ خَيْرًا ﴾^(١).

مسألة ٢ . (. « ج » -) : إذا أعتق عبيده عند موته ولا مال له غيرهم ، استخرج ثلثهم بالقرعة وأعتقوا واسترق الباقيون ، وإن دبر عبده عند موته ولا مال له غيره انعتق ثلثه بعد موته واستسعى فيما بقي للورثة.

وقال (. ح .) وأصحابه : يستسعى في جميع ذلك. وقال (. ش .) ، و (. ك .) في العتق مثل ما قلناه ، وقالوا في المدبر : ينعتق ثلثه ويستقر الرق فيما بقي للورثة.

يدل في المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . رواية عمران بن حصين^(٢) أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي ﷺ ، فقال قولا سديدا ، ثم دعاهم فجزاهم ثلاثة أجزاء ، فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة.

مسألة ٣ . (. « ج » -) : إذا أعتق عبده عند موته وله مال غيره ، كان عتقه من الثلث على بعض الروايات ، وهو الأقوى عندي ، وبه قال جميع الفقهاء. وفي بعض الروايات أنه من صلب المال ، وبه قال مسروق.

يدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . خبر عمران بن حصين الذي قدمناه وما روى^(٣) جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال : إن الله تعالى أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم ، فمن قال : ينفذ عتقه في كل ماله فقد أعطاه كل ماله.

مسألة ٤ . (. « ج » -) : الذين ينعتقون على من يملكهم العمودان والوالدان الإباء وإن علوا ، والأمهات وإن علون ، والمولودون البنون وأولادهم وإن نزلوا

(١) سورة يوسف : ٣٦ .

(٢) م : دليلنا ما رواه عمران بن حصين .

(٣) م : دليلنا الخبر الذي تقدم ذكره وما روى .

والبنات وأولادهن وان نزلن ، وكل من يحرم العقد ^(١) عليهن من المحارم الأخت وبناتها وان نزلت وبنات الأخ وان نزلت والعمة والخالة.

وقال (. ح .) : يتعلق ذلك بكل ذي رحم محرم بالنسب ، فزاد على ما اعتبرناه الأخوال والأعمام والاخوة.

وقال (. ك .) : يتعلق ذلك بالعمودين والاخوة والأخوات.

وقال (. ش .) : يتعلق ذلك بالعمودين فقط على ما فسرناه ولا يتعدى منهما الى غيرهما.

مسألة . ٥ . (. « ج » .) : كل من ذكرنا أنه ينعق إذا ملك من جهة النسب ، فإنه ينعق إذا كان من الرضاع. وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

مسألة . ٦ . (. « ج » - .) : إذا عمي ^(٢) العبد ، أو أقعد ، أو نكل به صاحبه ، انعتق عليه. وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

مسألة . ٧ . (. « ج » - .) : إذا ورث شقصا من أمه أو أبيه ، قوم عليه ما بقي إذا كان موسرا.

وقال (. ش .) : لا يقوم عليه ، لأنه بغير اختياره.

مسألة . ٨ . : إذا أسلم الرجل على يد غيره ، فلا ولاء له عليه ، وأيهما مات لم يرثه الآخر بذلك ، لأنه لا دلالة على ذلك في الشرع ، والأصل عدم الولاء ، وبه قال جميع الأمة ، إلا إسحاق فإنه قال : يثبت له عليه الولاء ويرثه به ^(٣).

مسألة . ٩ . (. « ج » - .) : إذا تعاقد رجلان ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : عاقدتك على أن تنصري وأنصرك ، وتدفع عني وتدفع عني ، وتعقل عني وأعقل عني ،

(١) م : يحرم عليه العقد.

(٢) م : إذا أعمى.

(٣) م : ويرث به.

وترثني وأرثك ، كان ذلك صحيحا ويتوارثان إذا لم يكن لهما ذو رحم ولا ذو سبب وبه قال النخعي ، وقال : إذا وقع العقد بينهما لزم ولا سبيل الى فسخه ، يتوارثان به كما يتوارثان بالنسب .

وقال (. ح .) : إذا كانا أو أحدهما معروف النسب لم ينعقد الموالاة بينهما ، وإن كانا مجهولي النسب انعقدت الموالاة بينهما ، وكان العقد جائزا ، لكل واحد منهما فسخه ما لم يعقل أحدهما عن صاحبه ، فإذا عقل لزم ولا سبيل الى فسخها بوجه ويتوارثان به وهذا مذهبنا ، وبهذا التفصيل نقول .

وقال (. ش .) : لا حكم لهذا القول بوجه من الوجوه ، وبه قال الحسن البصري والشعبي ، و (. ك .) ، و (. ع .) .

مسألة ١٠ . : من التقط لقيطا ، لم يثبت له عليه الولاء بالالتقاط ، لأنه لا دليل عليه ^(١) ، ولقوله عليه السلام : الولاء لمن أعتق . وبه قال جماعة الفقهاء . وروي عن عمر ابن الخطاب أنه قال : عليه الولاء .

مسألة ١١ . (. « ج » .) : إذا أعتق مسلم عبدا كافرا ، أعتق ^(٢) وثبت له عليه الولاء بلا خلاف ، ويرثه عندنا إذا لم يكن له وارث ، وبه قال سفيان الثوري . وقال جميع الفقهاء : لا يرثه إن مات كافرا ، فإن أسلم ومات ورثه .

مسألة ١٢ . : إذا أعتق كافر مسلما ، ثبت له عليه الولاء ، لقوله عليه السلام : الولاء لمن أعتق ولم يفصل ، إلا أنه لا يرثه ما دام كافرا ، فإن أسلم ورثه ، وبه قال جميع الأمة . وقال (. ك .) : لا يثبت له عليه الولاء .

مسألة ١٣ . (. « ج » .) : إذا أعتق عبده سائبة ، وهو يقول : أنت حر سائبة

(١) م : بذلك لأنه لا دليل على ذلك .

(٢) د ، م : عتق .

لا ولاء لي عليك ، كان صحيحا ويكون ولاءه للمسلمين.

وقال (. ح .) ، و (. ش .) : يسقط قوله سائبة وكان الولا له .

مسألة . ١٤ . (. « ج » .) : العتق لا يقع الا بقوله أنت حر مع القصد الى ذلك والنية ، ولا يقع العتق بشيء من الكنايات ، كقوله أنت سائبة ، أو لا سبيل ^(١) لي عليك ، نوى بذلك العتق أو لم ينو .

وقال الفقهاء : إذا قال أنت حر وقع العتق وان لم ينو ، وان قال أنت سائبة أو لا سبيل لي عليك ، وكل ما كان صريحا في الطلاق ، فهو كناية عن العتق ^(٢) ان نوى العتق ، وان لم ينو لم يقع العتق .

مسألة . ١٥ . (. « ج » .) : إذا أعتق المكاتب بالأداء ، أو اشترى العبد نفسه من مولاه ، عتق ولم يثبت للمولى عليه ولاء الا بأن يشترط ذلك عليه .
وقال جميع الفقهاء : يثبت له عليه الولا وان لم يشترط .

مسألة . ١٦ . : إذا أعتق عن غيره عبدا بإذنه ، وقع العتق عن الاذن دون المعتق ، سواء كان بعوض أو بغير عوض ، لان المعتق في الحقيقة هو الاذن ، فإنه لو لم يأمره بذلك لم يعتقه ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : ان كان يجعل فكما قلنا ، وان كان بغير جعل كان العتق عن الذي باشر العتق دون الاذن .

مسألة . ١٧ . : إذا أعتق عن غيره بغير اذنه ، وقع العتق عن المعتق دون المعتق عنه ، لقوله ﷺ : الولا لمن أعتق ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ك .) : يكون عن المعتق عنه ، ويكون ولاءه للمسلمين .

مسألة . ١٨ . (. « ج » .) : لا يقع العتق بشرط ولا بصفة ولا بيمين ، وخالف

جميع

(١) م : ولا سبيل .

(٢) م : في العتق .

الفقهاء في ذلك.

مسألة ١٩ . (. « ج -) : إذا قال : كل عبد أملكه فهو حر ، أو قال : ان ملكت هذا فهو حر ثم ملك لم يعتق ، وكذلك ان قال : كل عبد تلد أمي فهو حر ثم حملت فلا يعتق .
ووافقنا (. ش .) في الأول ، وقال في الثاني قولان ، أو على وجهين . وقال (. ح .) :
: يعتق إذا ملك .

كتاب المكاتب

مسألة . ١ . (. « ج » -) : إذا دعا العبد سيده الى مكاتبته ، استحَب له أن يجيبه الى ذلك وليس بواجب عليه ، سواء دعاه الى ذلك بقيمته أو أقل أو أكثر ، وبه قال في التابعين الحسن البصري ، والشعبي ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ر .) ، و (. ح .) ، و (. ش .) .

وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه إذا دعاه إليها بقيمته أو أكثر ، وجب على سيده الإجابة ، وإن كان بأقل من ذلك لم يجب عليه ، وبه قال عطاء ، وعمرو ابن دينار .
مسألة . ٢ . : لا تصح مكاتبه الصبي حتى يبلغ ، لأنه لا دليل على صحة ذلك وبه ^(١) قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : إن كان عاقلاً مميزاً صح ، وإن لم يكن كذلك لم يصح ^(٢) .

مسألة . ٣ . : قوله تعالى ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ^(٣) المراد بالخير

(١) م : على صحته .

(٢) م : صح والا فلا .

(٣) سورة النور : ٣٣ .

الامانة والاكتساب ، لان اسم الخير يقع على المال ، بدلالة قوله تعالى ﴿وَأِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾^(١) وقوله ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾^(٢) أي : ان ترك مالا وعلى الثواب كقوله تعالى ﴿وَالْبُذْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾^(٣) أي : ثواب وعلى العمل الصالح كقوله تعالى ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾^(٤) يعني : عملا صالحا. فاذا احتمل الجميع ، وجب أن يحمل على ذلك كله الا ما خصه الدليل وهذا مذهب (. ك .) و (. ش .) وعمرو بن دينار .

وقال ابن عباس وصاحبا مجاهد وعطاء : هو الثقة والامانة فقط. وقال الحسن البصري ، و (. ر .) : الخير الاكتساب فقط ، وقد روى ذلك أصحابنا أيضا.
مسألة . ٤ . : إذا عدم العبد الأمرين الثقة والكسب ، كانت كتابته مباحة غير مستحبة ، وإذا وجد الأمران كانت مستحبة ، وبه قال (. ش .) . ومن أصحابه من قال : ان كان أمينا وان لم يكن مكتسبا استحبه كتابته .

وقال (. د .) ، و (. ق .) : إذا عدم فيه الأمران كره مكاتبته .
مسألة . ٥ . : تصح الكتابة حالة ومؤجلة ، وليس الأجل شرطا في صحتها لقوله تعالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾^(٥) ولم يفصل ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .
وقال (. ش .) : من شرط صحتها الأجل ، فمضى لم يذكر الأجل كانت باطلة .
مسألة . ٦ . : إذا كانت الكتابة مؤجلة ، صحت بأجل واحد وبأجلين ، وبأن يقول : كاتبتك الى عشر سنين يؤدي ذلك في هذه المدة كل ذلك جائز ، لأن الأصل جوازه ولا مانع منه . وقال (. ش .) : كل ذلك باطل .

(١) سورة العاديات : ٨ .

(٢) سورة البقرة : ١٧٦ .

(٣) سورة الأنبياء : ٣٧ .

(٤) سورة الزلزلة : ٧ .

(٥) سورة النور : ٣٣ .

مسألة ٧ . : إذا كاتبه على مال معلوم وآجال معلومة ، وقال : إذا أديت هذا المال فأنت حر ونوى بذلك العتق انعتق ، وإن عدما ^(١) أو أحدهما لم ينعتق وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : هو صريح فيه لا يفتقر إلى نية ولا قول .

دليلنا : أن ما اعتبرناه مجمع ^(٢) على وقوع العتق عنده ، وما قاله ليس له دليل .

مسألة ٨ . : إذا كاتب ثلاثة أعبد له في صفقة واحدة على نجمين إلى أجلين ، وقال : إذا أديتكم ذلك فأنتم أحرار ، فقبلوا ذلك صحت هذه الكتابة ، لقوله تعالى ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ^(٣) ولم يفصل ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) .

ولل (. ش .) فيها قولان ، أحدهما : ما قلناه وهو المذهب . والثاني : فاسدة .

مسألة ٩ . : إذا ثبت أن الكتابة صحيحة ، فإن كل واحد منهم مكاتب بحصة قيمته من المسمى ، كأنه كاتبه بذلك مفردا من غيره لا يتعلق به حكم غيره ، فإن أدى ما عليه من مال الكتابة عتق ، سواء أدى صاحبه وعتقا أو عجزا أو رقا ، وبه قال عطاء ، وعمرو بن دينار ، و (. ش .) على قوله ان الكتابة صحيحة ، وهو المذهب عندهم .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : العقد صحيح ولزم مال الكتابة كلهم ، وكل واحد منهم كفيل وضامن عن صاحبه ما لزمه ، فهم كالمكاتب واحد ، فإن أدى واحد ما يخصه في حقه لم ينعتق حتى يقع الأداء فيما بقي ، فإن أداه هو عنهما عتق وعتقا ، وكان له الرجوع عليهما بما أداه عنهما ، وإن أديا معه عتق الكل .

(١) م : وإن كان عدما .

(٢) م : دليلنا ان هذا الذي اعتبرناه مجمع .

(٣) سورة النور : ٣٣ .

وانفرد (. ك .) بقوله ان ألقى واحد منهم يده ، يعني جلس عن العمل والاكتساب أجبره الاخران على العمل ، وان كان عاجزا عن الكسب فاكسبها وأديا ما على الكل عتقوا . قال (. ك .) : فإن أعتق السيد واحدا منهم ، نظرت فان كان مكتسبا لم ينفذ عتقه فيه ، لأنه يضر برفيقه ، وان لم يكن مكتسبا نفذ عتقه فيه ، لأنه أنفع لصاحبه . ودليلنا في المسألة أن ^(١) ما يخص كل واحد منهم من قيمته مجمع عليه ، وإلزامه مال غيره يحتاج الى دليل ، والأصل براءة الذمة .

مسألة . ١٠ . : قد بينا أنه إذا كاتب الثلاثة مطلقا ، فلا يكون كل واحد منهم كفيلًا عن صاحبه ، فأما ان وقع بشرط أن كل واحد منهم كفيل لصاحبه وضمن عنه ، فالشرط صحيح لقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) . وقال (. ش .) : الشرط باطل .

مسألة . ١١ . : إذا كاتب عبده كتابة فاسدة ، كانت الكتابة باطلة ، سواء عاش المكاتب أو مات ، لأنه لا دليل على صحة هذه الكتابة ^(٢) .

وقال (. ش .) : تكون جائزة من قبل المكاتب ما دام حيا ، فان مات انفسخت الكتابة . وبه قال (. ح .) : الكتابة لازمة ، ولا تبطل بموت السيد .

مسألة . ١٢ . : إذا كان نفسان لكل واحد منهما حق على صاحبه ، فان كان الحقان من جنسين مختلفين من الأثمان أو غير الأثمان مما لا مثل له ، فإنه لا يقع القصاص بينهما بلا خلاف من غير تراض ، وان كان الحقان من جنس واحد من الأثمان ، أو مما له مثل من غيرها ، فإنه يقع القصاص بينهما من غير تراض

(١) م : دليلنا أن ما .

(٢) م : لا دليل على صحتها .

منهما.

ولل (. ش .) فيه أربعة أقوال ، أحدها : ما قلناه . والثاني : أنه متى ^(١) رضي أحدهما بذلك يريا معا . والثالث : لا يقع القصاص الا بتراضيهما معا . والرابع : لا يقع القصاص بينهما وان تراضيا لنهي النبي ﷺ عن الدين بالدين .

دليلنا في المسألة أنه ^(٢) لا فائدة فيه ، وما لا فائدة فيه يكون عبثا ، وانما قلنا لا فائدة فيه ، لأنه يقبض منه ماله ثمَّ يرد بعينه ، ولا غرض في مثل ذلك .

وأیضا : فلا خلاف أنه لو كان له دين على والده ، فمات والده والدين في ذمته برئ الوالد منه ، لان الدين يتعلق بتركته وتركته لولده ، فلا معنى في بيع التركة في حقه والحق كله له . وأما الخبر فإنما تناول بيع الدين بالدين ، وهذا خارج عن ذلك .

مسألة . ١٣ . : إذا كاتب السيد عبده والعبد مجنون ، كانت الكتابة فاسدة ، فإن أدى مال الكتابة لم ينعقد به ، لأن الأصل عدم الكتابة وبقاء الرق ، وإثبات الكتابة يحتاج إلى دلالة ، وقوله ﷺ : رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون حتى يفيق . يتناول هذا الموضع . ولل (. ش .) في صحة الكتابة قولان .

مسألة . ١٤ . : إذا ثبت في عبد أن نصفه مكاتب ونصفه قن ، كان للعبد يوم وللسيد يوم ، متى طلب أحدهما المهياة في ذلك أجبر الآخر عليه ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : لا يجبر على ذلك يكون كسبه بينهما يوما فيوما .

مسألة . ١٥ . : إذا كاتب عبده ثمَّ مات وخلف ابنين ، ثمَّ أبرأ أحد الابنين المكاتب عن نصفه أو أعتقه ، صح ذلك ولا يلزم الباقي ، ولا يقوم عليه نصيب أخيه لأنه لا دلالة عليه ، والأصل براءة الذمة ، فإذا فعل ذلك انعتق نصيبه .

(١) م : والثاني متى .

(٢) م : دليلنا انه .

وقال (. ح .) : لا يصح الإبراء ولا العتق من أحدهما. وقال (. ش .) : يصحان معا وينعتق النصف على ما قلناه ، وهل يقوم عليه الباقي؟ فيه قولان.

مسألة ١٦ . : المكاتبه على ضربين : مشروطة ، ومطلقة. فالمشروطة أن يقول : كاتبتك على كذا وكذا ، فمتى أدت مال الكتابة فأنت حر ^(١) ، وإن عجزت عن الأداء فأنت رد في الرق ، فهذا الضرب متى أدى بعض مال الكتابة لا ينعتق ^(٢) منه شيء إلى أن يؤدي جميع ما عليه ، ولو بقي درهم فإذا وفاه انعتق ، وإن عجز دون الوفاء ، فهو رد في الرق.

والمطلقة أن يقول : كاتبتك على كذا ، فإذا أدت جميعه فأنت حر ، ولم يقل فإن عجزت فأنت رد في الرق ، فإذا كان كذلك فمتى أدى منها شيئاً انعتق بحساب ما يؤديه ، ويبقى رقا بمقدار ما يبقى عليه.

وقال (. ش .) : إن أدى جميع ما عليه عتق ، وإن أدى البعض لم يعتق منه شيء ، حتى يؤدي جميع ما عليه ولم يفصل ، وبه قال في الصحابة عمر ، وابن عمر ، وزيد ابن ثابت ، وعائشة ، وأم سلمة ، وفي التابعين سعيد بن المسيب ، والحسن البصري والزهرري ، وفي الفقهاء (. ك .) ، و (. ح .) ، وأصحابه.

وقال ابن مسعود : إن أدى قدر قيمته عتق ويؤد الباقي بعد العتق ، ويتصور الخلاف معه إذا كاتبه بأكثر من قيمته.

وعن علي عليه السلام روايتان ، إحداهما : إذا أدى نصف ما عليه عتق كله وطولب بالباقي بعد عتقه. والثانية : يعتق منه بقدر ما أدى بالحصه ، وهذا هو الذي يرويه أصحابنا عنه عليه السلام.

وقال شريح : إن أدى ثلث ما عليه عتق كله ، ويؤدي الباقي بعد ذلك.

(١) م : فمتى أدتها فأنت حر.

(٢) م : بعضها لا ينعتق.

مسألة ١٧ . : الكتابة لازمة من جهة السيد ، جائزة من جهة العبد. ومعناه : أن له الامتناع من أداء ما عليه وتعجيزه ، فإذا امتنع منه كان سيده بالخيار بين البقاء على العقد وبين الفسخ ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) : ألزم ^(١) من الطرفين معا ، فإن كان له مال ، فعند (. ك .) يجبر على الكسب ، وعند (. ح .) لا يجبر عليه .

مسألة ١٨ . (. « ج » -) : إذا مات المكاتب المشروط عليه وخلف تركه ، فإن كان فيها وفاء لما عليه وفي منه ما عليه ، وكان الباقي لورثته ، وإن لم يكن فيها وفاء كان ما خلفه لمولاه ، لأن ذلك عجز عن الأداء ، وإن كان له أولاد من مملوكة له كان حكمهم حكمه ، فإن وفي ما عليه انعتقوا ، وإن عجز عن ذلك كانوا ممالك لسيد أبيهم ، وإن كانت الكتابة مطلقة ورث ورثته بحساب ما أدى ، وكان للسيد منها بحساب ما بقي .

وقال (. ش .) : إذا مات المكاتب ، بطلت المكاتب وكان ما خلفه لسيد ، سواء خلف وفاء أو لم يخلف .

وقال (. ك .) ، و (. ح .) : لا يفسخ بوفاته ، ثم قال (. ح .) : وإن لم يخلف وفاء لم يفسخ ما لم يحكم الحاكم بفسخه ، وإن خلف وفاء عتق إذا وجد الأداء بآخر جزء من أجزاء حياته ، ويؤدى عنه بعد وفاته وإن فضل فضل كان لوارثه المناسب ، وإن لم يكن مناسب كان لسيد بالولاء .

وقال (. ك .) : أن خلف ولدا حرا مثل قول (. ش .) ، وإن خلف ولدا مملوكا ولد له حال كتابته من أمته أجبر على الأداء إن كان له تركه ، وإن لم يكن له تركه أجبر على الاكتساب ليؤدى ويعتق أبوه ويعتق هو يعتق أبيه .

مسألة ١٩ . (. « ج » -) : إذا كاتبه على مال بعينه يؤديه إليه في نجوم معلومة ،

(١) م : لازم .

فجاء بالمال في نجم واحد ، لم يلزم المكاتب أخذه ، وكان بالخيار بين أخذه في الحال ، وبين أخذه في النجوم المتقررة بينهما.

وقال (. ش .) : ان لم يأخذه ولم يبرئه أخذه الحاكم وأعتق العبد ، ثم ساق المال إليه في النجوم المتقررة بينهما.

مسألة . ٢٠ . (. « ج » -) : إذا اشترى المكاتب جارية ، صح شراؤه بلا خلاف وله وطئها إذا أذن سيده في وطئها ، فأما بغير أذنه فلا يجوز. ولل (. ش .) مع الاذن قولان.

مسألة . ٢١ . (. « ج » -) : إذا كاتب عبده وكان السيد يجب عليه الزكاة ، وجب عليه أن يعطيه شيئاً من زكاته يحتسب له به من ماله عليه ، وان لم يكن قد وجب عليه الزكاة استحب له ذلك.

وقال (. ش .) : الإيتاء واجب عليه ولم يفصل. وقال (. ح .) ، و (. ر .) ، و (. ك .) : هو مستحب غير واجب.

دلينا في المسألة قوله ^(١) تعالى في آية الصدقات ﴿ **وَفِي الرِّقَابِ** ﴾ ^(٢) وهم المكاتبون وهذا منهم ، فأما إذا لم يجب عليه الزكاة فلا دلالة على وجوبها عليه ، والأصل براءة الذمة. وأما قوله تعالى ﴿ **وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ** ﴾ ^(٣) فمحمول على الاستحباب لقوله ﷺ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. ولو كان الإيتاء واجبا لعتق إذا بقي عليه درهم من مكاتبته ، لأنه يستحق على سيده هذا القدر ، فلما لم يعتق دل ذلك على أنه غير واجب ، ويجوز أن يكون قوله تعالى ﴿ **وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ** ﴾

(١) م : دلينا قوله تعالى.

(٢) سورة التوبة : ٦٠ .

(٣) سورة النور : ٣٣ .

متوجها الى غير سيد المكاتب من يجب عليه الزكاة ، ألا ترى أنه قال : من مال الله الذي آتاكم تنبيهها على ما يجب فيه الزكاة وعليه إجماع الفرقة.

مسألة . ٢٢ . : لولي المولى عليه من يتيم وغيره أن يكاتب عبد المولى عليه إذا كان في ذلك حظ المولى عليه ، لأنه لا خلاف أن له بيع مال المولى عليه ، وهذا بيع الا أنه من نفسه.

وقال (. ح .) : له ذلك ولم يقيد وقال (. ش .) : ليس له ذلك ، سواء كان الولي أباً ، أو جداً ، أو وصياً ، أو حاكماً ، أو ولي الحاكم.

مسألة . ٢٣ . : إذا اختلف السيد والمكاتب اما في مال الكتابة ، أو في المدة أو في النجوم ، كان القول قول السيد مع يمينه ، لان المدعي هو المكاتب يدعي على سيده أجلاً ، أو قدراً من الثمن ، أو نجوماً مخصوصة ، فعليه البينة ، والا فالقول قول السيد.

وقال (. ش .) : يتحالفان وينفسخ الكتابة إذا كان الحلف قبل العتق ، وان كان بعد العتق تحالفاً ، وكان على المكاتب قيمة نفسه ، لان رده في العتق لا يمكن كما يقول في خلاف المتبايعين إذا تلف المبيع انهما يتحالفان ، ويلزم المشتري قيمة السلعة.

مسألة . ٢٤ . : إذا كان له مكاتبان كاتبهما بعقد واحد ، فأدى أحدهما ألفاً ، ثمّ أشكل عليه عين المؤدى منهما ، أقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته حكم له به وعتق وبقي الآخر مكاتباً ، فان مات أقرع الورثة بينهما ، لإجماع الفرقة على أن كل مشكل ففيه القرعة ، وهذا من ذاك.

وقال (. ش .) : لا يجوز أن يقرع بينهما ما دام حياً ، بل يلزم التذكر أبداً ، فان مات فهل يقرع؟ فيه قولان.

مسألة . ٢٥ . : إذا أدى أحدهما مال الكتابة ، وأشكل الأمر عليه ، وادعيا

جميعا عليه العلم بذلك ، فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف أقرع على المكاتبين ^(١) فمن خرجت له قرعة الأداء حكم له بالحرية ورق الآخر ، ويلزمه ما يخصه من مال الكتابة الى ما قلناه في المسألة المقدمة لهذه ^(٢).

وقال (. ش .) : إذا حلف لهما كانا معا على الكتابة ، يؤدي كل واحد منهما ^(٣) ألفا ، كما لو كان له على رجلين ألفان على كل واحد ألف ، فقبض من أحدهما وأشكل عين الدافع وادعيا علمه بعين الدافع ^(٤) ، فإنه يحلف واستحق الألفين.

وهذا الأصل الذي رده اليه (. ش .) نقول فيه مثل الذي قلناه في الفرع ، وكيف يجوز أن يستحق الألفين؟ وهو يقطع على أن أحدهما حرام عليه ولا يعرف عينه فكيف يحل له التصرف فيهما أو في واحد منهما؟ الا على ما قلناه.

مسألة ٢٦ . : يجوز أن يكتب عبده على العروض من الثياب والحيوان بلا خلاف ، ويجوز عندنا أن يكتبه على ثوب واحد إلى أجل واحد ، لقوله تعالى ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ^(٥) ولم يفصل.

وقال (. ش .) : لا يجوز الا بثوبين ، أو عوضين إلى أجلين.

مسألة ٢٧ . : إذا كان عبد بين شريكين ، فكاتب أحدهما على نصيبه بإذن شريكه صح ^(٦) ، وبه قال (. ك .) ، و (. ح .) .

وبدل على المسألة عموم الآية ، والاختبار الواردة في ذلك. ولل (. ش .) في ذلك قولان.

(١) م أقرع بينهما.

(٢) م من مال الكتابة لما تقدم.

(٣) م كل منهما.

(٤) د ، م ادعيا عليه تعين الدافع.

(٥) سورة النور : ٣٣ .

(٦) م : بإذن شريكه يصح.

مسألة ٢٨ . : إذا كاتب على نفسه بغير إذن شريكه ، صح أيضا لما قلناه في المسألة المتقدمة ^(١) ، وبه قال الحكم ، وابن أبي ليلى ، ومال إليه أبو العباس ابن شريح .
وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) : الكتابة فاسدة .

مسألة ٢٩ . : إذا كان عبد بين شريكين ، لأحدهما ثلثاه والآخر ثلثه ، فكاتب صاحب الثلاثين على مائتين ، وصاحب الثلث على مائتين صح الكتابتان ، بدلالة ما قلناه في المسألة المتقدمة ^(٢) ، وبه قال (. ح .) .

وقال (. ش .) : لا تصح حتى يتساويا في الثمن على حسب الملك ، فان تفاضلا في البذل بطلت الكتابة .

مسألة ٣٠ . : إذا كاتب اثنان عبدا ، صحت الكتابة ولم يجز له أن يخص أحدهما بمال الكتابة بلا خلاف إذا كان بغير إذنه ، فان أذن أحد الشريكين له أن يعطي الآخر نصيبه كان إذنه صحيحا ، ومتى أعطاه وقبضه كان القبض صحيحا ، لأنه لا مانع منه . ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة ٣١ . (. ج « -) : ولد المكاتبة من زوج أو زنا لل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : عبد قن . والثاني : موقوف منعق إذا عتقت ^(٣) ، ومسترق إذا استرقت .
والذي وردت به أخبارنا أن أولادها كهيتها ، سواء كانت مشروطا عليها أو كانت مطلقة ، فإذا ^(٤) أدت ما عليها عتقوا كهيتها ، الا أن يكونوا من زوج حر فيكونون أحرارا .

(١) م : صح أيضا لما تقدم .

(٢) م بدلالة ما تقدم .

(٣) م إذا أعتقت .

(٤) م مشروطا عليها أو لم يكن .

مسألة ٣٢ . (. « ج » -) : لا يجوز للرجل وطئ أمته التي كاتبها ، سواء كانت مشروطا ^(١) عليها أو لم يكن بلا خلاف ، فان خالف ووطئها فان كانت مشروطا عليها فلا حد عليه ، لان هناك شبهة . وان كانت مطلقة وأدت من مكاتبها شيئا ، كان عليه الحد بمقدار ما تحرر منها ويدراً عنه بمقدار ما بقي .

وقال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ش .) ، و (. ر .) : لا حد عليه بحال . وقال الحسن البصري : عليه الحد ، لأنه حرام ، فوجب أن يحد كالزنا الصريح .

مسألة ٣٣ . : يجوز بيع المال الذي على المكاتب ، فإن أدى المكاتب مال الكتابة انعتق على سيده ، وان عجز رجع رقا على سيده ، وكان للمشتري الدرك بما اشتراه ، وبه قال (. ك .) الا أنه قال : إذا عجز رجع رقا للمشتري .

وقال (. ح .) ، و (. ش .) : لا يجوز بيع ذلك .

يدل على المسألة قوله تعالى ﴿ وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٢) ولأن الأصل جوازه ولا مانع

منه .

مسألة ٣٤ . (. « ج » -) : إذا أراد بيع رقبة المكاتب ، لم يجز ذلك الا بعد العجز عن أداء ما عليه إذا كان مشروطا عليه ، وان كان مطلقا وقد أدى من مكاتبته شيئا ، فلا طريق الى بيع رقبته بحال .

وقال (. ح .) ، و (. ش .) في الجديد : لا يجوز بيع رقبته بحال . وقال في القديم : يجوز وهو قول عطاء ، والنخعي ، و (. د .) .

مسألة ٣٥ . : إذا زوج الرجل بنته من مكاتبه فمات فورثته بنته ، انفسخ عقد النكاح بينهما ، وبه قال (. ش .) .

وقال (. ح .) : لا ينفسخ ، لان عنده لا يورث المكاتب ، فيكون النكاح بحاله .

(١) د : سواء كاتب مشروطا .

(٢) سورة البقرة : ٢٧٦ .

والدليل على أنه يورث هو أنه لا خلاف أن الرجل إذا مات وله مكاتب لم يجز للمكاتب أن يتزوج بنته ، ولو لا أن ملكه قد انتقل الى ورثته والبنت من جملتهم لما امتنع تزويجه بها ، كما لم يمتنع ذلك في حال حياته إذا لم يكن لها فيه ملك بوجه ، فعلمنا أنه قد حدث ^(١) ها هنا علة امتنع التزويج لأجلها ، وهي أنه قد صار ملكا لها.

(١) م : انه حدث.

كتاب المدبر^(١)

مسألة ١ . (. « ج » -) : إذا قال لعبده إذا مت فأنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق كان صريحاً ، غير أنه لا بد فيه من النية ، كما نقوله في صريح الطلاق والعتاق ، فان تجرد عن النية لم يكن له حكم ، بدلالة إجماع الفرقة ، ولأن الأصل بقاء الرق ولا دليل على صحة التدبير مع عدم النية ، ولا خلاف في صحته مع حصول النية .

وقال جميع الفقهاء : لا يحتاج ذلك الى نية لأنه صريح .

مسألة ٢ . (. « ج » -) : إذا قال أنت مدبر أو مكاتب ، لا ينعقد به كتابة ولا تدبير وان نوى ذلك ، بل لا بد أن يقول في التدبير فاذا مت فأنت حر ، وفي الكتابة إذا أدت إلى مالي فأنت حر ، فمتى لم يقل ذلك لم يكن شيئاً ، بدلالة ما قلناه في المسألة الأولى سواء .

وقال (. ش .) في الكتابة ان ذلك كناية ، فمتى نوى بها الكتابة صحت ، ومتى لم ينو لم يصح ، وقال في التدبير : انه صريح .

مسألة ٣ . (. « ج » -) : التدبير بشرط لا يقع ، وكذلك العتق ، بدلالة ما قلناه

(١) د : كتاب التدبير .

في المسألة الاولى. وقال ^(١) جميع الفقهاء : انه يصح ذلك وينعقد.

مسألة . ٤ . (. « ج . » -) : التدبير بمنزلة الوصية ، يجوز له الرجوع فيه بالقول بان يقول رجعت في هذا التدبير ونقضته.

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما مثل ما قلناه ، وهو ضعيف عندهم ، واختاره المزني والقول الآخر : أنه عتق بصفة لا يصح الرجوع فيه ، وبه قال (. ح .) . فأما بيعه وهبته ووقفه ، فلا خلاف في أن ذلك ينتقض به التدبير ، كما ينتقض به العتق بشرط.

مسألة . ٥ . (. « ج . » -) : إذا دبر عبدا ، ثم أراد بيعه والتصرف فيه ، كان له ذلك ، سواء كان التدبير مطلقا ، بأن يقول إذا مت فأنت حر ، أو مقيدا ان ^(٢) مت من مرضي هذا فأنت حر ، أو في سفري هذا أو سنتي هذه إذا نقض تدبيره ، فان لم ينقض تدبيره لم يجز بيع رقبته ، وانما يجوز بيع خدمته مدة حياته.

وقال (. ش .) : يجوز بيعه بكل حال. وقال (. ح .) : ان كان التدبير مقيدا ملك التصرف فيه ، وان كان مطلقا لم يجر له التصرف فيه بحال.

وقال (. ك .) : لا يجوز بيع المدير في حال الحياة ، فإذا مات فان كان عليه دين جاز بيعه ، وان لم يكن عليه دين وكان يخرج من ثلثه عتق جميعه ، وان لم يحتمله الثلث عتق ما يحتمله.

مسألة . ٦ . : إذا دبره ثم وهبه ، كانت هبته رجوعا في التدبير ، سواء أقبضه أو لم يقبضه ، لأن الهبة إزالة ملكه ^(٣) ووجب أن ينقض به ^(٤) التدبير كما لو باعه.

(١) م : بدلالة ما تقدم وقال.

(٢) م : أو مقيد بان يقول ان مت.

(٣) م : إزالة ملك.

(٤) م : فوجب ان ينتقض.

وقال (. ش .) : ان أقبضه فكما قلناه ، وان لم يقبضه فعلى طريقتين ، منهم من قال : يكون رجوعا قولاً واحداً ، ومنهم من قال : على قولين .

مسألة ٧ . : إذا دبره ، ثم أوصى به لرجل ، كان ذلك رجوعاً ، لأننا قد بينا أنه بمنزلة الوصية .

ولل (. ش .) فيه قولان ، إذا قال هو وصية قال : يكون رجوعاً ، وإذا قال : عتق بصفة قال لا يكون ^(١) رجوعاً .

مسألة ٨ . : إذا ارتد المدبر ارتداداً يستتاب منه لم يبطل تدييره ، فان رجع الى الإسلام كان تدييره باقياً بلا خلاف ، فان لحق بدار الحرب بطل تدييره لإجماع الفرقة على أن المدبر ^(٢) متى أبق بطل تدييره ، وهذا قد زاد على الإباق .
وقال (. ش .) : لا يبطل تدييره بلحوقه لمدار الحرب .

مسألة ٩ . (. ج « -) : إذا أبق المدبر بطل تدييره . وقال جميع الفقهاء : لا يبطل .

مسألة ١٠ . : إذا ارتد المسلم ثم دبر مملوكاً ، فان كان ممن يستتاب ، لم يزل ملكه عن ماله وصح تدييره ، وان كان ممن لا يستتاب زال ملكه ، لأنه وجب عليه القتل على كل حال .

ولل (. ش .) في زوال ملكه والتصرف بعده ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه قد زال ملكه والثاني : لم يزل ملكه . والثالث : مراعى . وفي التصرف ثلاثة أقوال ، أحدها : باطل . والثاني : صحيح . والثالث : مراعى .

دليلنا : إجماع الفرقة في أحد الطرفين ، وأما الثاني فإن زوال الملك يحتاج الى دليل ، والأصل بقاء الملك . وأيضاً فلو زال ملكه لما كان يرجع عليه ^(٣) إذا

(١) م : وإذا عتق بصفة قال يكون رجوعاً .

(٢) م : على المدبر .

(٣) م : يرجع اليه .

عاد إلى الإسلام ، وكما كان ^(١) يجب عليه فيه الزكاة في تلك المدة ، وعندنا وعند (. ش .) يجب عليه فيه الزكاة.

مسألة . ١١ . : إذا ادعى المدبر على سيده التدبير ، وأنكر ذلك السيد ، لم يكن إنكاره رجوعاً في التدبير.

وقال (. ش .) : إذا قلنا انه عتق معلق بصفة ، لم يكن رجوعاً قولاً واحداً. وان قلنا انه وصية ، فعلى قولين ، أحدهما : يكون رجوعاً ، والمذهب أنه لا يكون رجوعاً ويقال : ان شئت فارجع وأسقط الدعوى عن نفسك باليمين.

يدل على ما ذهبنا اليه ما قد ثبت أن التدبير وصية ، فاذا ثبت ذلك ثبت ما قلناه بالاتفاق ، وأيضاً قد ثبت التدبير ، فمن ادعى ^(٢) أن إنكاره رجوع فعلياً بالدلالة.

مسألة . ١٢ . : إذا دبر مملوكه ثم كاتبه كان ذلك إبطالا للتدبير بدلالة ما بينا أنه ^(٣) وصية.

ولل (. ش .) فيه قولان ، إذا قال انه وصية قال ما قلناه ، وإذا قال عتق بصفة قال لم تبطل.

مسألة . ١٣ . : للسيد وطئ أمتة المدبرة بلا خلاف ، فان حبلى لم تبطل تدبيرها ، فاذا مات سيدها عتقت من ثلثه ، فان لم يف الثلث بقيمتها ، قوم ما زاد على الثلث على ولدها وانعتقت عليه ، وان لم يخلف غيرها انعتق ثلثها ونصيب ولدها منها ، واستسعت فيما يبقى لباقي الورثة ، لإجماع الفرقة على أن أم الولد يجوز بيعها ، وان الملك على ما كان ، وإذا ثبت ذلك ، فقد تبين أن التدبير لم تبطل.

(١) م : ولما كان.

(٢) م : فان ادعى.

(٣) م : ما بيناه.

وقال (. ش .) : يبطل تدبيرها ، لان سبب عتقها أقوى من التدبير ، فاذا مات سيدها انعتقت من صلب ماله .

مسألة . ١٤ . (. « ج » .) : إذا دبر أمته ، ثم حملت بمملوك من غيره بعد التدبير ، كان الولد مدبرا مثل أمه ينعقون بموت سيدها ، وليس له نقض تدبيرهم ، وانما له نقض تدبير الام فحسب .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : يكون مدبرا معها ^(١) ، ويجري عليه ما يجري عليها ، وله فسخ التدبير فيه ، كما أن له ذلك فيها ، وبه قال (. ح .) ، و (. ك .) ، و (. ر .) ، و (. د .) ، وقالوا : الولد يتبعها في كونه مدبرا . والقول الثاني : عبد قن ^(٢) ، وهو أضعف القولين ، واختاره المزني .

مسألة . ١٥ . (. « ج » .) : إذا دبرها وهي حامل بمملوك ^(٣) ، لم يدخل الولد في التدبير ، وقال (. ش .) : يدخل فيه .

مسألة . ١٦ . : إذا كان عبد بين شريكين ، ودبر أحدهما نصيبه ، لم يقوم عليه نصيب شريكه ، لأنه لا دلالة على ذلك .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والآخر ^(٤) : يقوم عليه .

مسألة . ١٧ . : إذا كان بينهما مملوك ، فدبر أحدهما نصيبه فأعتق الآخر نصيبه ، لم يقوم عليه هذا النصف المدير ، لأنه لا دليل عليه ، والأصل براءة الذمة .
ولل (. ش .) فيه قولان .

مسألة . ١٨ . : إذا كان لإنسان مملوك فدبر نصفه ، كان صحيحا ولا يسري

(١) د : مدبرا بيعها .

(٢) م : والقول الثاني قن .

(٣) د ، م : وهي حبلى بمملوك .

(٤) م : وهو أحد قولي (. ش .) والآخر .

إلى النصف الآخر ، لأن الأصل عدم التدبير وإيجاب السراية إلى ما لم يدبره ^(١) يحتاج إلى دليل ، وبه قال (. ش .) ونص عليه . وقال أصحابه : فيه قول آخر أنه يسري .

مسألة ١٩ . : إذا دبر ممالك جماعة واحدا بعد الآخر ، أو بعضهم في مرضه وبعضهم في صحته ، وأوصى بعق عبد آخر ، فان خرجوا من الثلث عتقوا ^(٢) كلهم ، وان لم يخرجوا بدئ ^(٣) بالأول فالأول ، ويسقط الأخير بعد استيفاء الثلث ، فان اشتبه الحال فيه ولا يدري بمن بدء أقرع بينهم إلى تمام الثلث .

وقال (. ش .) : ان أخرجوا ^(٤) من الثلث عتقوا كما قلناه ، وان لم يخرجوا أقرع بينهم ولا يقدم واحد منهم على صاحبه ، وان كان بدء به أولا كالوصيتين عنده وعندنا أن الوصية يقدم الأول فالأول فيها أيضا حتى ^(٥) يستوفي الثلث والتدبير كالوصية .

مسألة ٢٠ . : إذا دبر الكافر عبده فأسلم العبد ، فان رجع في تدبيره بيع عليه بلا خلاف ، وان لم يرجع في تدبيره بيع عليه ، بدلالة إجماع الفرقة على أن العبد إذا أسلم في يد الكافر أعطى ثمنه ، لقوله عائشة : الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ولو لم يبيع عليه لكان له عليه طاعة فكان قد علاه وهو كافر .

ولل (. ش .) فيه قولان ، أحدهما : ما قلناه . والثاني : لا يباع عليه ، وهو اختيار المزني .

مسألة ٢١ . (. « ج » -) : تدبير الصبي ووصيته إذا لم يكن عاقلا باطلان بلا خلاف وان كان مراهقا مميزا عاقلا كانا صحيحين ، وقيده أصحابنا بمن له عشر سنين

(١) م : إلى من لم يدبره .

(٢) م : أعتقوا .

(٣) م : أبدى .

(٤) م : ان خرجوا .

(٥) م : يقدم أولا حتى .

فصاعدا إذا كان عاقلا.

ولل (. ش .) فيه قولان إذا كان مميزا عاقلا ، أحدهما : مثل ما قلناه ولم يحده بسنين
والثاني : لا يصح ، وهو اختيار المزني ، وبه قال (. ك .) و (. ح .) .
مسألة . ٢٢ . (. « ج » .) : المدبر يعتبر عتقه من الثلث ، وبه قال جميع الفقهاء .
وقال سعيد بن جبير ، ومسروق : يعتبر من رأس المال ، وبه قال داود .

كتاب أمهات الأولاد

مسألة ١ . (. « ج » -) : إذا استولد الرجل أمة في ملكه ، ثبت لها حرمة الاستيلاء ولا يجوز بيعها ما دامت حاملا ، فإذا ولدت لم يزل الملك عنها ولم يجوز بيعها ما دام ولدها باقيا إلا في ثمن رقبتها ، فإن مات ولدها جاز بيعها على كل حال ، وإن مات سيدها جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه ، فإن لم يخلف غيرها عتق منها نصيب ولدها واستسعت فيما بقي لباقي الورثة ، وبه قال علي ، وابن عباس ، وأبو سعيد الخدري ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن سيرين ، وأبو الزبير ، وعبد الملك ابن يعلى ، وأهل الظاهر ، وابن الزبير .

وقال داود : يجوز التصرف فيها على كل حال ولم يفصل .

وقال (. ح .) ، وأصحابه ، و (. ش .) ، و (. ك .) : لا يجوز بيعها ، ولا التصرف في رقبتها بوجه وتعتق عليه بوفاته .

وبدل على المسألة . مضافا الى إجماع الفرقة وأخبارهم . ما روي عن جابر ^(١) قال : كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وإنما نهي عنه عمر ^(٢) .

(١) م : دليلنا ما روى جابر .

(٢) د ، م : وإنما نهي عن ذلك عمر .

وأما ما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : أيما امرأة ولدت من سيدها ، فهي حرة عن دبر منه ، محمول ^(١) على أنه إذا مات سيدها فحصلت لولدها فإنها يعتق عليه ، وما رواه عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال : أم الولد لا تباع ولا توهب ولا نورث يستمتع بها مدة حياته ، فإذا مات عتقت بموته ^(٢) ، فالمعنى فيه أنه لا يجوز بيعها ما دام ولدها حيا ، فإذا مات سيدها انعتقت على ما قلناه.

مسألة ٢ . : إذا استولد الذمي أمة ثم أسلمت ، لم يقر يده عليها ولا يمكن من وطئها واستخدامها ، ويكون عند امرأة مسلمة يتولى القيام بها ، ويؤمر بالإنفاق عليها ما دام ولدها باقيا ، فإذا مات الولد قومت عليه وأعطى ثمنها ، وإن مات هو قومت على ولدها على ما قلناه ، بدلالة إجماع الفرقة ، على أن مملوك إذا أسلم في يد كافر قوم عليه وهذه قد ولدت منه ، ولا يمكن تقويمها ما دام ولدها باقيا ، فأخرنا تقويمها الى بعد موت واحد منهما.

وقال (. ش .) : يؤمر بالإنفاق عليها ، فإذا مات عتقت بموته .
وقال (. ك .) : يعتق عليه بإسلامها ، وقال (. ر .) ، و (. ح .) : يقوم قيمة عدل ويستسعى في قيمتها فإذا أدتها عتقت .
وقال (. م .) : يعتق ثم يستسعى في قيمتها . وقال (. ع .) : تعتق ويسقط عنها نصف القيمة وتستسعى في النصف .

مسألة ٣ . : إذا نكح أمة غيره ، فأولدها ولدا كان حرا تابعا ، فإن شرط الرق كان مملوكا ، فإن ملكها وملك ولدها بعد ذلك ، عتق الولد عليه بحق النسب ، وتكون هي أم ولده ، بدلالة ما قلناه في المسألة الاولى .
وقال (. ش .) : الولد يكون رقا على كل حال ، فإذا ملكه انعتق عليه ولا تصير أم

(١) م : فمحمول.

(٢) م : بوفاته.

ولده ، سواء كان ذلك قبل انفصال الولد أو بعده.

وقال (. ك .) : ان ملكها قبل انفصال الولد عتق الولد عليه ويسري حكم الحرية إلى الأم ، فيصير أم ولده ولا يجوز التصرف فيها ، وان ملكها بعد انفصال الولد لم يثبت لها حرمة الاستيلاء.

وقال (. ح .) : يثبت لها حرمة الإسلام بكل حال ، ولا يجوز له التصرف فيها بوجه.

ها هنا نهاية الكتاب والله عز اسمه الهادي إلى طريق الحق والصواب ، الموفق لما فيه الحوز للثواب والفوز يوم المآب.

والمرجو للعفو والمغفرة ان كان قد وقع زلل أو خلل ، أو جرى خطأ وخطل فيما رمت من تهذيبه وتنقيحه وتشذيبه ، وأن لا يؤاخذني جل جلاله بشيء مما سطرت ونقلت فقد تحريت الاختصار فيما نحوت ، وسلكت طريقة الاقتصاد والاختصار في كل مسألة على ما هو المغزى والمراد من غير إخلال بالمعنى المفاد.

وتركت ما أورده في كتاب الصلاة من الاخبار الواردة من طرق الخاصة ، لأنه لم يجر في باقي الكتب الى آخر الكتاب على تلك العادة ، وهي مذكورة مشهورة في مواضعها من الكتب المختصة بالأخبار ، مثل تهذيب الاحكام ، والاستبصار.

وأسقطت من مودعات كتبه المسائل المعادة ، ومن أثناء مسائله زيادات تعد من باب التطويل والإسهاب ، إذ تستغني عن ذكرها أفهام ذوي الأبواب ، لتناسب جميع أبواب الكتاب ، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت في جميع ما فعلت انه الكريم المنان.

ووافق الفراغ من ذلك في شهور سنة عشرين وخمسائة ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين وسلم تسليماً كثيراً.

وجاء في آخر نسخة (. « د » -) : وقع الفراغ من انتساخ هذا الكتاب بحمد الله وحسن توفيقه العبد الضعيف النحيف المحتاج إلى رحمة الله الملك المنان الغني ابن علي بن محمود بن الحاجي محمد المعلم الباب دشتي الأصفهاني ، حامدا لله تعالى ومصليا على نبيه محمد ﷺ في الثالث شهر صفر ، ختم الله تعالى بالخير والعز والظفر ، من شهور سنة تسع وخمسين وتسعمائة ، اللهم أغفره ولناظره ولقاريه ولمن قال آمين رب العالمين ، والختم بالصلاة على محمد وآله الطاهرين.

وجاء في آخر نسخة (. « م » -) : فرغ من كتابة هذا الكتاب العبد الضعيف الراجي رحمة ربه اللطيف حامدا لربه ومصليا على نبيه محمد وآله الطيبين الطاهرين في يوم الجمعة عمت بركته من ذي القعدة سنة ست وسبعمائة.

فهرس الكتاب

٥	كتاب الفرائض.....
٨	ميراث ذوي الأرحام
١١	ميراث من لا وارث له.....
١٤	ميراث القاتل.....
٢٩	بطلان القول بالعصبة.....
٣٢	بطلان العول عندنا.....
٣٤	أحكام الولاء في الميراث.....
٤٨	ميراث ولد الملاعنة.....
٥٠	أحكام ميراث المجوس
٥٨	كتاب الوصايا
٦١	حكم تصرف المريض
٧٢	ما لو أوصى إلى غيره وأطلق.....
٧٥	كتاب الوديعة.....
٧٩	كتاب الفئ وقسمة الغنائم
٨٤	حكم ما لا ينقل ولا يحول.....

٩٧.....	كتاب قسمة الصدقات
١٠٤.....	حد الغنى
١٠٧.....	كتاب النكاح
١٠٩.....	حكم نكاح الحرة الرشيدة
١١٢.....	حكم توقف النكاح على الإجازة
١١٨.....	المراد من الكفاءة المعتبرة في النكاح
١٢٦.....	ما ينعقد به النكاح
١٤٤.....	حكم نكاح المخالفين
١٤٥.....	بطلان نكاح الشغار عندنا
١٤٦.....	إباحة نكاح المتعة
١٤٨.....	فسخ النكاح بالعيب
١٥٥.....	كتاب الصداق
١٦١.....	حكم مفوضة البضع
١٦٢.....	أحكام المهر
١٧٤.....	كتاب الوليمة
١٧٦.....	كتاب القسم بين الزوجات
١٨٠.....	كتاب الخلع
١٨٣.....	المختلعة لا يلحقها الطلاق
١٨٦.....	أحكام الخلع
١٩٢.....	كتاب الطلاق
١٩٥.....	حكم طلاق الحامل
١٩٨.....	أحكام صيغة الطلاق

٢٠٩	حكم طلاق المريض
٢١٣	جواز الحيل في الأحكام
٢١٥	كتاب الرجعة
٢١٩	كتاب الايلاء
٢٢٥	كتاب الظهر
٢٢٩	أقسام الظهر
٢٣٢	أحكام كفارة الظهر
٢٤٥	كتاب اللعان
٢٥٢	أحكام اللعان
٢٥٨	ما لو قذف زوجته بالزنا
٢٦٥	كتاب العدد
٢٧١	عدة المتوفى عنها زوجها
٢٨١	كتاب الرضاع
٢٨٨	كتاب النفقات
٢٩٢	وجوب نفقة الولد على الوالد
٣٠٤	كتاب الجنائيات
٣٠٧	حكم الجناية على الأطراف
٣١٤	حكم ما لو أمر السيد غلامه بقتل غيره
٣١٨	وجود القود في قتل العمد
٣٢٣	حكم الجناية على اليد
٣٢٤	أقسام الجراح

٣٣٠	حكم الجناية على السن
٣٣٤	كتاب الديات ، أقسام القتل
٣٣٥	دية العمد المحض وشبيهه الخطأ
٣٣٧	أحكام الدية
٣٥٣	حكم دية الصبي والمجنون
٣٦٢	حكم الجناية على الجنين
٣٦٦	كتاب القسامة
٣٦٩	ما يثبت به اللوث
٣٦٩	ثبوت القسامة في الأطراف
٣٧٢	كتاب كفارة القتل
٣٧٧	كتاب قتال أهل البغي
٣٨٢	كتاب المرتد
٣٨٦	كتاب الحدود
٣٩١	أحكام حد اللواط
٣٩٤	أحكام حد الزنا
٣٩٩	أحكام حد القذف
٤٠٢	كتاب السرقة
٤٠٣	أحكام السرقة
٤١٨	كتاب قطاع الطريق
٤٢٣	كتاب الأشربة
٤٢٥	حد شارب الخمر
٤٢٩	كتاب قتال أهل الردة

٤٣١	كتاب صول البهيمه
٤٣٣	كتاب السير
٤٤٠	كتاب الجزية
٤٤٥	كتاب الصيد والذباجة
٤٥٤	كتاب الضحايا والعقيقة
٤٦٧	كتاب الأطعمة
٤٧٥	كتاب السبق
٤٧٨	كتاب الايمان
٥٠٦	كتاب النذور
٥١٢	كتاب آداب القضاء
٥١٤	حكم خطأ القاضي في القضاء
٥٢٠	أجرة القاسم وأحكام القسمة
٥٢٥	حكم القضاء على الغائب
٥٣٠	كتاب الشهادات
٥٣٣	ما تقبل فيه شهادة النساء
٥٣٦	ما تجوز الشهادة عليه
٥٤٨	حكم شهادة الوالد على ولده وبالعكس
٥٥٠	حرمة اللعب بالشطرنج
٥٥١	حرمة شرب النبيذ والغناء
٥٥٦	حكم شهادة النساء على الشهادة
٥٦٣	كتاب الدعاوي والبيانات
٥٧٩	كتاب العتق

٦١٦ منتخب الخلاف ج ٢

كتاب المكاتب..... ٥٨٧

كتاب المدير..... ٦٠٠

كتاب أمهات الأولاد..... ٦٠٧