كتاب المجموع

شركة أبناء شريف الأنصاري
للطباعة والنشر والتوزيع
صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية
الخندق الغميق - ص.ب: 11/8355
تلفاكس: 655015 - 632673 - 00961 1 659875
بيروت - لبنان

• الدار النموذجية
بوليفار د. نزيه البزري - ص.ب: 221
تلفاكس: 720624 - 729259 - 00961 7 729261
صيدا - لبنان

• المطبعة العصرية
كفر جرة - طريق عام صيدا جزين
00961 7 230841 - 07 230195
تلفاكس: 655015 - 632673 - 00961 1 659875
صيدا - لبنان

الطبعة الأولى
هـ 1437 - 2016

Copyright© all rights reserved
جميع الحقوق محفوظة للناشر
لا يجوز نشر، أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي نحو، أو بأي طريقة، سواء كانت الكترونية، أو بالتصوير، أو التسجيل، أو خلاف ذلك، إلا بموافقة كتابية من الناشر مقدما.

alassrya@terra.net.lb
E. Mail alassrya@cyberia.net.lb
info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت
www.alassrya.com

المجموع
شرح المهذب

للإمام أبي زكريا محيي الدين
ابن شرف النووي

ضبط نصّه وعلّق عليه
محمد بن رياض الأحمد

الجزء الحادي عشر

كتاب المكاتب

قال المصنف رحمه الله تعالى: الكتابة جائزة لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النُّور: ٣٣] ولا تجوز الكتابة إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يجز إلا من جائز التصرف في المال كالبيع، ولا يجوز أن يكاتب عبدًا أجيرًا لأن الكتابة تقتضي التمكين من التصرف، والإجارة تمنع من ذلك، ولا يجوز أن يكاتب عبدًا مرهونًا لأن الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع، وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لأنه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز في المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار، فإن كاتب مدبرًا صار مكاتبًا ومدبرًا، وقد بينا حكمه في المدبر، وأن كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد، فإن أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة، وإن مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاد وبطلت الكتابة.

فصل: وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقية حرًا لأنه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبه كتابة العبد في جميعه، وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لأنه لا يعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالأسفار، وإن كاتبه بإذن شريكه ففيه قولان:

أحدهما: لا يصح لما ذكرناه من نقصان في كسبه. والثاني: يصح لأن المنع لحق الشريك فزال بالإذن، وإن كان لرجل عبد فكاتبه في بعض فالمنصوص أنه لا يصح، واختلف أصحابنا فيه، فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولًا واحدًا كما لا يصح أن يبعض العتق فيه ومنهم من قال: إذا قلنا: أنه يصح أن يكاتب نصيبه في العبد المشترك باذن الشريك صح ههنا، لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين، فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذي يحتمله الثلث، فمن أصحابنا من جعل في الجميع قولين.

ومنهم من قال: يصح في الوصية، وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن الكتابة في العبد المشترك غير مستحقة في جميعه والكتابة في الوصية استحقت في جميعه فإذا تعذرت في البعض لم تسقط في الباقي.

فصل: وإن طلب العبد الكتابة ـ نظرت فإن كان له كسب وأمانة ـ استحب أن يكاتب لقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النُّور: ٣٣] وقد فسر الخير بالكسب والأمانة، ولأن المقصود بالكتابة العتق على مال، وبالكسب والأمانة يتوصل إليه، ولا يجب ذلك لأنه عتق، فلا يجب بطلب العبد كالعتق في غير الكتابة.

وإن لم يكن له كسب ولا أمانة، أو له كسب بلا أمانة، لم تستحب لأنه لا يحصل المقصود بكتابته، ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره.

وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا تستحب لأن من عدم الكسب يتعذر الأداء، فلا يحصل المقصود. والثاني: تستحب لأن الأمين يعان ويعطى من الصدقات، وإن طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه، لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال في غير الكتابة.

فصل: ولا يجوز إلا بعوض مؤجل، لأنه إذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد ويبطل المقصود، ولا يجوز على أقل من نجمين، لما روي عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه «أنه غصب على عبد له و قال: لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين»[1] فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك. وعن علي كرم الله وجهه أنه قال: الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني، ولا يجوز إلا على نجمين معلومين، وأن يكون ما يؤدى في كل نجم معلومًا، لأنه عوض منجم في عقد، فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم إلى أجلين.

فصل: ولا يجوز إلا على عوض معلوم الصفة، لأنه عوض في الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه.

فصل: وتجوز الكتابة عن المنافع، لأنه تجوز أن تثبت في الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال، فإن كاتبه على عملين في الذمة في نجمين جاز، كما يجوز على مالين في نجمين، وإن كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لأن ذلك نجم واحد، وإن كاتبه على خدمة شهر، ثم على خدة شهر بعده، لم يجز لأن العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل، فلم يجز، كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل. وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز، لأنه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز، لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين في نجمين، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو اسحاق: لا يجوز لأنه إذا لم يفصل بينهما صارا نجمًا واحدًا. ومنهم من قال: يجوز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة، وإنما يتصل استيفاؤهما، فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في نصف الشهر جاز، لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة.

فصل: وإن كاتب رجلان عبدًا بينهما على مال بينهما على قدر الملكين، وعلى نجوم واحدة جاز؛ وإن تفاضلا في المال مع تساوي الملكين، أو تساويا في المال مع تفاضل الملكين، أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر، أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر، ففيه طريقان: من أصحابنا من قال يبنى

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ٣٢٠).

على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شركيه، فإن قلنا: يجوز جاز، وإن قلنا: لا يجوز لم يجز، لأن اتفاقهاما على الكتابة، ككتابة أحدهما في نصيبه بإذن الآخر. وعلى هذا يدل قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه قال في الأم: ولو أجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه، فدل على أنه إذا جاز ذلك جاز هذا، وإن لم يجز ذلك لم يجز هذا.

ومنهم من قال: لا يصح قولًا واحدًا، لأنه يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب، لأنه يأخذ أكثر مما يستحق، وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعد ما انتفع به.

فصل: ولا يصح على شرط فاسد لأنه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل، لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.

فصل: وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز، لأنه أسقط حقه منه بالعوض، فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع، ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن ما لا يلزمه إذا لم يجعل شرطًا في عتقه، لم يلزمه إذا جعل شرطًا في عتقه كالنوافل، وهل يملك أن يفسخ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال: لا يملك لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد، ولا فائدة له في الفسخ فلم يملكه. ومنهم من قال: له أن يفسخ لأنه عقد لحظه فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن، فإن مات المولى، لم يبطل العقد، لأنه لازم من جهته، فلم يبطل بالموت كالبيع؛ وينتقل المكاتب إلى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى، فانتقل إلى وارثه كالعبد القن وإن مات العبد بطل العقد، لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم، فبطل العقد كالمبيع إذا تلف قبل القبض، ولا يجوز شرط الخيار فيه، لأن الخيار لدفع الغبن عن المال، والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله، والعبد مخير بين أن يدفع المال، وبين أن لا يدفع، فلا معنى لشرط الخيار، فإن اتفقا على الفسخ جاز، لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال، فجاز فسخه بالتراضي كالبيع.

الشرح: الكتابة والمكاتبة لغة: مأخوذة من كتب بمعنى أوجب وألزم. وشرعًا: هي إعتاق العبد نفسه من سيده بمال يكون في ذمته يؤدّى مؤجلًا. فالمكاتب هو العبد الذي عُلّق عتقه بمال يدفعه لسيده.

ولا يجب على السيد أن يكاتب عبده، وحكى صاحب «التقريب» قولًا أنها واجبة إذا طلبها العبد، لقول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور:٣٣]، والمشهور الأول، وبه قطع الجماهير، كما لا يجب التدبير وشراء القريب، والآية محمولة على الندب، فتستحب الإجابة إذا طلبها العبد وكان أمينًا قادرًا على الكسب، فإن فقد الشرطان، لم يستحب، ولكن لا يكره، لأنها قد تفضي إلى العتق، وإن فقدت

الأمانة، وقدر على الكسب، لم يستحب، على الصحيح. وقيل: يستحب دون الاستحباب مع الشرطين، وإن كان أمينًا بلا كسب، لم يستحب على الأصح، ولو طلب السيد الكتابة، فامتنع العبد، لم يجبره.

وأركان الكتابة أربعة: الركن الأول: الصيغة، وهي أن يقول لعبده: كاتبتك على ألف مثلًا تؤديه إلي في نجمين مثلًا أو أكثر، فإذا أديت فأنت حر، فيقول العبد: قبلت. ولو لم يصرح بتعليق الحرية بالأداء، لكن نواه بقوله: كاتبتك على كذا، صحت الكتابة أيضًا، فإن لم يصرح بالتعليق، ولا نواه، لم يصح، ولم يحصل العتق. ومنهم من خرج من التدبير قولًا أن لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح بالتعلق ونيته، وقد سبق في التدبير عن أبي إسحاق أنه قال: إن كان الرجل فقيهًا، صحت كتابته بمجرد اللفظ، وإلا، فلا بد من التعليق أو نيته، والمذهب الأول والفرق بين التدبير والكتابة، أن التدبير مشهور بين الخواص والعوام، والكتابة لا يعرفها العوام، وقد نقلوا عن أبي إسحاق أنه قال على هذا: لو كان قريب الإسلام، أو جاهلًا بالأحكام لا يعرف التدبير، لم ينعقد تدبيره بمجرد لفظة التدبير، حتى تنضم إليه نية أو زيادة لفظ. وحكي وجه أنه إن ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة، كفى، كقوله: تعاملني أو أضمن لك أرش الجناية، أو يستحق مني الإيتاء، أو من الناس سهم الرقاب، فيكفي عن تعليق الحرية بالأداء. ولا خلاف أنه لا يكفي قوله: كاتبتك وحده، كما إذا قال: بعتك كذا ولم يذكر عوضًا.

فرع: قال: أنت حر على ألف، فقبل، عتق في الحال، وثبت الألف في ذمته، وهو كقوله لزوجته: أنت طالق على ألف، فقبلت، ولو قال: إن أعطيتني ألفًا، أو أديت لي ألفًا فأنت حر، فلا يمكنه أن يعطيه من مال نفسه، لأنه لا يملك. فلو أعطاه من مال غيره، هل يعتق؟ وجهان: أصحهما: لا. والثاني: نعم، فعلى هذا هل سبيله سبيل الكتابة الفاسدة، أم تعليق محض؟ وجهان: فإن قلنا: كتابة فاسدة، رد السيد ما أخذ، ورجع على العبد بقيمته، وتبعه كسبه وأولاده الحاصلة بعد التعليق. وإن قلنا: تعليق، فهل يرجع عليه بقيمته؟ وجهان: أصحهما: لا، ولا يتبعه الكسب والولد، بخلاف ما إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، فأعطته مغصوبًا، وقلنا: تطلق، فإنه يرجع لأنها أهل للالتزام وقت المخاطبة، بخلاف العبد.

فرع: قال لعبده: بعتك نفسك بكذا، فقال: اشتريت، أو قال العبد: بعني نفسي بكذا، فقال: بعتك، صح البيع، وثبت المال في ذمته، وعتق في الحال، كما لو أعتقه على مال. وذكر الربيع قولًا أنه لا يصح. فمن الأصحاب من أثبته قولًا

ضعيفًا، ومنهم من نفاه وقال: هو تخريج له، فعلى المذهب: للسيد الولاء، كما لو أعتقه على مال، وفيه وجه سبق. ولو أقر السيد بأنه باعه نفسه، فأنكر العبد، عتق بالإقرار، وحلف أنه لم يشتر، ولا شيء عليه. ولو قال: بعتك نفسك بهذه العين، أو بخمر، أو خنزير، فإن صححنا بيعه له، وأثبتنا الولاء للسيد، عتق، وعليه قيمته، كما لو قال: أعتقتك على خمر أو خنزير، فإن قلنا: لا ولاء عليه، لم يصح، ولم يعتق، كما لو باعه لأجنبي بخمر. ولو قال: وهبت لك نفسك، أو ملكتك، فقبل، عتق. ولو أوصى له برقبته، فقبل بعد الموت، عتق.

واعلم أن الإعتاق على عوض، وبيع العبد نفسه، يشاركان الكتابة في أن كل واحد منها يتضمن إعتاقًا بعوض، ويفارقانها في الشروط والأحكام، وهما عقدان مستقلان.

الركن الثاني: العوض، وشروطه ثلاثة:

الشرط الأول: كونه دينًا مؤجلًا، إذ لا قدرة له في الحال فلو ملك بعض شخص باقيه حر، وكاتبه في ملكه بدين حال، لم يصح على الأصح. وقيل: يصح، لأنه يملك ببعضه الحر، فلا يتحقق عجزه، ولهذا يصح البيع لمعسر، لأن الحرية مظنة الملك، وإن لم يملك شيئًا آخر. فلو زاد الثمن على قيمة المبيع، فالصحيح الصحة، وبه قطع الجمهور، لأنه قد يجد من يشتريه بقدر الثمن فيؤدي ذلك. وحكى الشيخ أبو محمد وجهًا أنه لا يصح البيع والحالة هذه. ولو أسلم إلى مكاتبه عقب الكتابة، ففي صحته وجهان حكاهما القاضي حسين.

الشرط الثاني: أن ينجم نجمين فصاعدًا. ومن بعضه رقيق هل يشترط في كتابة الرقيق منه التنجيم؟ وجهان كالتأجيل، وهل تجوز الكتابة على مال كثير إلى نجمين قصيرين، أو إلى طويل وقصير، بشرط أداء الأكثر في القصير؟ وجهان: أصحهما: نعم لإمكان القدرة، كما لو أسلم الى معسر في مال كثير. والثاني: لا، لأن النادر كالمعجوز عنه، كما في السلم، ويجوز جعل العوض منفعة، كبناء دار، وخياطة، وخدمة شهر، كما يجوز جعل المنفعة ثمنًا وأجرة ومهرًا، ولا يجوز أن يكتفى بخدمة شهر، أو شهرين، أو سنة، ويقدر كل عشرة أيام نجمًا، أو كل شهر، لأن الجميع نجم واحد، والمطالبة به ثابتة في الحال. فلو شرط صريحًا كون خدمة شهر نجما، وخدمة الشهر بعده نجمًا آخر، لم يصح على الأصح المنصوص في «الأم» لأن منفعة الشهر الثاني متعينة، والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأخيرها. ولو انقطع ابتداء المدة الثانية عن آخر الأولى كخدمة رجب ورمضان، لم يصح بلا خلاف. ثم يشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا تتأخر

عنها، كما أن عين المبيع لا يقبل التأجيل وتأخير التسليم. فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوال، لم يصح، ولو كاتبه على دينار يؤديه في آخر هذا الشهر، وعلى خدمة الشهر الذي بعده، لم يصح.

وأما المنافع الملتزمة في الذمة، كخياطة ثوب معين، وبناء جدار موصوف، ودار موصوفة، فيجوز فيها التأجيل. ولو كاتبه على بناء دارين، وجعل لكل واحدة منهما وقتًا معلومًا، صح. ولو قال: كاتبتك على خدمة شهر من الآن، وعلى دينار بعد انقضائه بيوم أو شهر، جاز. ولو قال: وعلى دينار عند انقضائه، فوجهان: وقيل: قولان، الأصح المنصوص: الجواز، قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالة لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كاتب على دينارين، أحدهما حال، والآخر مؤجل، وهذا يبين أن الأجل وإن أطلقوا اشتراطه، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر على الشروع فيها في الحال. ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر، كقوله: ودينار بعد العقد بيوم، جاز على الأصح. ولو قال: على خدمة شهر من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر، فهو كقوله: ودينار بعد انقضاء الشهر. وذكر البغوي أنه يشترط بيان العمل في الخدمة، قال ابن الصباغ: يكفي إطلاق الخدمة، لكن لو قال: على منفعة شهر، لم يصح، لاختلاف المنافع. وإذا كاتب على خدمة ودينار، فمرض في الشهر، وفاتت الخدمة، انفسخت الكتابة في قدر الخدمة، وأما الباقي فقيل: تبطل فيه قطعًا، لأنها لا تصح في بعض العبد. وقيل: هو كمن باع عبدين، فتلف أحدهما قبل القبض، ففي الباقي طريقان: أحدهما: لا تبطل. والثاني: قولان.

فرع: إذا قال لعبده: أعتقتك على أن تخدمني، أو على أن تخدمني أبدًا، فقبل العبد، عتق في الحال، ورجع السيد عليه بقيمته. ولو قال: على أن تخدمني شهرًا من الآن، فقبل، عتق، وعليه الوفاء، فإن تعذر بمرض وغيره، ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة، أو قيمة العبد، قولان، كالصداق وبدل الخلع إذا تلفا قبل القبض. ولو قال: كاتبتك على أن تخدمني أبدًا، لم يعتق. ولو قال: على أن تخدمني شهرًا، فقبل وخدمه شهرًا، عتق، ورجع السيد عليه بقيمته، وهو على السيد بأجرة مثل الخدمة، لأنها كتابة فاسدة، وإن خدمه أقل من شهر، لم يعتق.

الشرط الثالث: بيان قدر العوض، والأجل، فيشترط بيان قدر العوض وصفته، وأقدار الآجال، وما يؤدى عند حلول كل نجم. فإن كاتب على نقد كفى

الإطلاق إن كان في البلد نقد منفرد أو غالب، وإلا، فيشترط التبيين. وإن كاتب على عرض، وصفه بالصفات المشترطة في المسلم، وإن كاتب على ثوب موصوف على أن يؤدي نصفه بعد سنة، ونصفه بعد سنة، ونصفه الآخر بعد انقضاء سنتين، لم يصح لأنه إذا سلم النصف في السنة الأولى، تعين النصف الثاني للثانية، والمعين لا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يشترط تساوي الآجال، ولا الأقدار المؤداة في آخر الآجال. ولو كاتبه على مئة على أن يؤدي نصفها أو ثلثها عند انقضاء خمس، والباقي عند تمام العشر، أو على أن يؤدي عند تمام كل سنة عشرة، جاز. ولو قال: تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة، والباقي عند تمامها، لم يجز. ولو قال: تؤديها في عشر سنين، لم يجز على الصحيح. وقيل: يجوز ويوزع المال على عدد السنين. ولو قال: في كل شهر كذا، وفي سنة كذا، فهل هو مجهول، أم يحمل على أول الشهر والسنة؟ وجهان: كنظيره في السلم، وكذا لو قال: في يوم كذا. ولو قال: في وسط السنة، فهل هو مجهول، أم يحمل على نصفها، لأنه الوسط الحقيقي؟ وجهان: ولو قال: تؤديها إلى عشر سنين، لم يجز، لأنه كتابة إلى أجل واحد. ولو قال: كاتبتك على مئة تؤديها إلى ثلاثة أشهر، قسط كل شهر عند انقضائه، جوزه ابن سريج، ومنعه ابن أبي هريرة وغيره إذا لم يعلم حصة كل شهر. ولو كاتب على دينار إلى شهر، ودينارين إلى شهر على أنه إذا أدى الأول، عتق، ويؤدي الدينارين بعد العتق، ففي صحة الكتابة القولان فيما إذا جمعت الصفقة عقدين مختلفين.

فرع: هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم؟ ذكر ابن كج أن فيه الخلاف المذكور في السلم، وذكر خلافًا في أنه لو عين موضع، فخرب، هل يسلم فيه، أم في أقرب المواضع إليه.

فرع: لو كاتب على مال الغير، فسدت الكتابة، فإن أذن رب المال في أن يعطيه لسيده فأعطاه، عتق، وإن أعطاه بغير إذن المالك، لم يعتق، بخلاف ما إذا قال: إن أديت إلي هذا فأنت حر، فإنه إذا أداه، عتق، وإن كان مستحقًا، لأن ذلك محض تعليق، وهذه كتابة تقتضي التمليك، فإذا وجد إذن المالك، وجد ما يقتضي الملك، لكن يجب الرد والرجوع إلى القيمة لفساد الكتابة.

فرع: إذا شرط أن يشتري أحدهما من الآخر، فسدت الكتابة. ولو كاتبه وباعه شيئًا بعوض واحد، كقوله: كاتبتك وبعتك هذا الثوب بمائة إلى شهرين، تؤدي نصفها في آخر كل شهر، فإذا أديت فأنت حر، فقال: قبلت الكتابة والبيع، أو البيع والكتابة، أو قبلتهما، فطريقان: أحدهما: على القولين فيمن جمع بين عقدين

مختلفي الحكم، ففي قول: يصحان، وفي قول: يبطلان. والثاني وهو المذهب: يبطل البيع، وفي الكتابة قولا تفريق الصفقة، فإن صححناها وهو الأظهر، فيصح بجميع العوض في قول، وبالقسط على الأظهر، فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب، فما خص العبد، لزمه في النجمين، فإذا أداه، عتق. وإن قلنا: فاسدة، لم يعتق حتى يؤدي جميع المال ليحقق الصفة ثم يتراجعان. قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول: أنه إذا أدى ما يخص قيمته، عتق ثم يتراجعان.

فرع: كاتب ثلاثة أعبد صفقة، فقال: كاتبتكم على ألف إلى وقتي كذا وكذا، فإذا أديتم، فأنتم أحرار، فالنص صحة الكتابة. ولو اشترى رجل ثلاثة أعبد، كل عبد لرجل من ملاكهم صفقة، فالنص بطلان البيع. ولو نكح نسوة، أو خالعهن على عوض واحد، ففي صحة المسمى قولان منصوصان. وقد سبق ذكر هذه الصورة وما فيها من الطرق في كتاب الصداق، فإن أفسدنا هذه الكتابة، فأدوا المال، عتقوا بالتعليق، وإن أدى بعضهم حصته، فهل يعتق؟ وجهان أو قولان. أصحهما: لا، لعدم كمال الصفة، كما لو قال: إن دخلتم الدار، فأنتم أحرار، فدخل بعضهم، لا يعتق. والثاني: نعم، لأن العتق في الكتابة الفاسدة، محمول على المعاوضة، ولهذا يتراجعان. ومقتضى المعاوضة أن يعتق كل واحد بأداء حصته، ثم من عتق رجع على السيد بقيمته يوم العتق، لأن سلطة السيد باقية إلى يوم العتق، لتمكنه من فسخ الكتابة الفاسدة، وإن صححنا الكتابة، وهو المذهب، وزع المسمى عليهم. ثم المذهب توزيعه على قيمتهم لا على عددهم، ثم كل عبد يؤدي حصته من النجمين، فإذا أداها، عتق، ولا يتوقف عتقه على أداء غيره. وإن مات بعضهم، أو عجز، فهو رقيق، ويعتق غيره بالأداء، ولا يقال: علق بأدائهم، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة، ولهذا إذا أبرأ السيد المكاتب، عتق، وإذا مات، لم تبطل الكتابة، بخلاف التعليقات.

الركن الثالث: السيد، وشرطه: كونه مختارًا، مكلفًا، أهلًا للتبرع، فلا تصح كتابة صبي ومجنون، ولا إعتاقهما على مال، ولو أذن فيه الولي. ولا كتابة وليهما أبًا كان أو غيره، ولا إعتاقه عبدهما بمال. فلو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه، لم يعتق لبطلان التعليق، ولا تصح كتابة محجور عليه بسفه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه، لا في الحجر ولا بعد ارتفاعه. وحكى الفوراني خلافًا فيما لو سلم المال إليه في حال الحجر ثم ارتفع حجره، أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟ والمذهب الأول.

فرع: المريض إذا كاتب في مرض موته، اعتبرت قيمة العبد من الثلث، وإن

كاتبه على أكثر منها، ثم إن كان يملك عند الموت مثلي قيمته، صحت الكتابة، وإن لم يملك غيره، وأدى في حياة السيد، فإن كان كاتبه على مثلي قيمته، عتق كله، لأنه يبقى للورثة مثلاه، وإن كان كاتبه على مثل قيمته، عتق ثلثاه. وإن كاتبه على مثل قيمته، وأدى نصف النجوم، صحت الكتابة في نصفه. أما إذا لم يؤد شيئًا حتى مات السيد، ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب، فإذا أدى حصته من النجوم، عتق. وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ما أدى، وهو سدس العبد؟ وجهان: الأصح المنصوص: لا، لأن الكتابة بطلت في الثلثين، فلا تعود، والثاني نعم، كما لو ظهر للميت دفين، أو نصب شبكة في الحياة، فيعقل بها صيد بعد الموت، فإنه يزاد في الكتابة. فإن قلنا: يزاد، وكان الأداء بعد حلول النجم، فهل يلزمه حصة السدس من النجوم في الحال، أم يضرب له مثل المدة التي ضربها الميت أولًا؟ وجهان بناء على ما إذا حبس السيد المكاتب مده، فإذا زيدت الكتابة بقدر السدس، فأدى نجومه، يزداد نصف السدس، وهكذا يزاد نصف ما يؤدي مرة بعد أخرى الى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف. وإن قلنا لا يزاد في الكتابة، فالباقي قن، ولا يخرج على الخلاف فيما لو كاتب نصيبه من مشترك، فإن ذاك ابتداء كتابة، وهنا وردت الكتابة على الجميع، ثم دعت ضرورة إلى إبطال البعض. وحكى ابن كج عن بعضهم تخريج صحة الكتابة في الثلث على كتابة المشترك.

أما إذا أجاز الورثة الكتابة في جميعه، فيصح في جميعه، فإذا عتق بالأداء، فولاء الجميع للمورث إن قلنا: إجازتهم تنفيذ، وإن قلنا: ابتداء عطية، فولاء الثلث للمورث والثلثين لهم على قدر مواريثهم. وإن أجازوا بعض الثلثين، فإن قلنا: إجازتهم تنفيذ، صحت فيما أجازوا، وحكم الباقي ما سبق. وإن قلنا: عطية، فهو على الخلاف في تبعيض الكتابة. ولو كان عبدان قيمتهما سواء، لا مال له غيرهما، وكاتب في مرض موته أحدهما، وباع الآخر نسيئة، نظر، إن حصل الثمن والنجوم في حياته، فالكتابة والبيع صحيحان، وإن لم يحصل حتى مات السيد، ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث، صحت الكتابة في ثلث هذا، والبيع في ثلث ذاك، فإذا حصلت نجوم الثلث، وثمن الثلث، فهل يزاد في الكتابة والبيع؟ فيه الوجهان. إن قلنا: نعم، يقع فيهما جميعًا، وصححت الكتابة في نصف سدس، وكذا البيع، وإن حصلت نجوم الثلث وثمن الثلث معًا، صحح كل واحد منهما في السدس. ولو كاتبه في الصحة، ثم أبرأه عن النجوم في المرض، أو قال: وضعت عنه النجوم، أو أعتقته، فإن خرج من الثلث، عتق كله، وإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العجز، عتق ثلثه، ورق ثلثاه، وإن اختار بقاء الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة،

فالأصح أنه يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في الثلثين. والثاني: لا يعتق ثلثه حتى يسلم للورثة ثلثاه، إما بأداء نجوم الثلثين، وإما بالعجز. وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت، اعتبر خروج الأقل منهما من الثلث. وقد ذكرنا جميع هذا ووجوهه وطرق حسابه في الوصايا. ولو أوصى بإعتاق مكاتبه، أو إبرائه، أو وضع النجوم عنه، نظر، أيخرج من الثلث، أم لا؟ ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه، إلا أنه يحتاج إلى إنشاء عتق وإبراء بعد موت السيد. ولو كاتب في صحته، وقبض النجوم في مرض موته، أو قبضها وارثه بعد موته، صح القبض، وكانت الكتابة من رأس المال، كما لو باع بمحاباة في الصحة، وقبض الثمن في المرض. ولو أقر في المرض أنه قبض النجوم في الصحة، أو في المرض، قبل إقراره، وكان الاعتبار من رأس المال، لأنه أقر بما يقدر على إنشائه، ولأن الإقرار لغير الوارث يستوي فيه الصحة والمرض.

فصل: لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد، بل تصح كتابة الكافر كإعتاقه. وفي كتابة المرتد خمسة أقوال منصوصة ومخرجة، أظهرها: البطلان. والثاني: تصح. والثالث: موقوف على إسلامه. والرابع: يصح قبل الحجر عليه. وإن قلنا: يصير محجورًا عليه بنفس الردة. والخامس: يصح قبل أن يصير عليه حجرًا، إما بنفس الردة، وإما بحجر القاضي، فإذا صححناها، ولم نحجر عليه، وقلنا: لا يصير محجورًا عليه بالردة، فدفع المكاتب النجوم إليه، عتق، وكان له الولاء، ويملك النجوم، لأنا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القوم. إن أبطلناها، لم يصح الأداء، ولا يعتق. وإن قلنا: موقوف، فالأداء موقوف، فإن مات مرتدًا بان بطلانها، وكان العبد قنًا، وإن صار محجورًا عليه بنفس الردة، أو بحجر القاضي، فإن أبطلناها، فعلى ما ذكرنا إذا لم يكن حجر، وإن صححناها، أو توقفنا، لم يجز دفع النجوم إليه، لأن المحجور عليه لا يصح قبضه، بل يجب دفعه إلى الحاكم، فإن دفعها إلى المرتد، لم يعتق، ويستردها ويدفعها إلى الحاكم، فإن تلفت وتعذر الاسترداد، فإن كان معه ما يفي بالنجوم، ودفعه إلى الحاكم، فذاك، وإلا فله تعجيزه. ثم إن مات السيد على الردة بعد ما عجزه، فهو رقيق، وإن أسلم، فهل يكفي التعجيز؟ قولان أو وجهان: أظهرهما وهو نصه في «المختصر»: نعم، لأن المنع من التسليم إليه كان لحق المسلمين، فإذا أسلم، صار الحق له، فيعتمد بقبضه، فعلى هذا يعتق إن كان دفع إليه كل النجوم. وقيل: لا يعتق، ولا ينقلب القبض الممنوع منه صحيحًا، لكن يبقى مكاتبًا، فيستأنف الأداء، ويمهل مدة الردة، والصحيح المعروف: الأول. ولو كاتب مسلم عبده، ثم ارتد السيد لم تبطل الكتابة، كما لا يبطل بيعه، لكن لا يجوز دفع

النجوم إليه إن قلنا: زال ملكه، وصار محجورًا عليه، فإن دفعها إليه، فعلى ما ذكرناه.

فرع: يجوز أن يكاتب عبده المرتد، كما يجوز بيعه وتدبيره وإعتاقه، ثم إن أدى النجوم في ردته من أكسابه، أو تبرع بأدائها غيره، عتق، ثم جرى عليه حكم المرتدين، وإن لم يؤدها، وعاد إلى الإسلام، بقي مكاتبًا، وإن لم يسلم، قتل، وكان ما في يده لسيده. وإن ارتد مكاتب، لم تبطل كتابته، فإن هلك على الردة، كان ما في يده لسيده، وارتفعت الكتابة. قال في «الأم»: ولا أجيز كتابة السيد المرتد، والعبد المرتد، إلا على ما أجيز عليه كتابة المسلمين، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان، ما لم يتحاكما إلينا. قال: ولو لحق السيد بعد ردته بدار الحرب، ووقف الحاكم ماله، تتأدى كتابة مكاتبه، فإن عجز رده إلى الرق فإن عجزه ثم جاء سيده، فالتعجيز ماض، ويكون رقيقًا له، فإن أسلم السيد، ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما سبق.

فرع: تصح كتابة الذمي كتابيًا كان أو مجوسيًا، وكتابة المستأمن، هذا إذا كاتبوا على شرائط شرعنا، فإن كاتب ذمي على خمر أو خنزير، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، فإن كان ذلك قبل العوض المسمى، فالعتق حاصل، ولا رجوع للسيد على العبد، وإن كان قبل القبض، حكمنا بفسادها وإبطالها، فإن وجد القبض بعد ذلك، لم يحصل العتق، لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة بعد الفسخ والإبطال. وإن قبض بعد الإسلام، ثم ترافعا، حصل العتق، لوجود الصفة، ويرجع السيد على المكاتب بقيمته، ولا يرجع المكاتب على السيد بشيء للخمر والخنزير. ولو كان المسمى له قيمة، رجع وإن قبض بعض المسمى في الشرك، ثم أسلما، أو ترافعا إلينا، حكم ببطلان الكتابة، فلو اتفق قبض الباقي بعد الإسلام وقبل إبطالها، حصل العتق، ورجع السيد عليه بجميع قيمته، ولا يوزع على المقبوض والباقي، لأن العتق يتعلق بالنجم الأخير، وقد وجد في الإسلام. ولو أسلم عبد لذمي، أو اشترى مسلمًا، وصححنا شراءه، وأمرنا بإزالة الملك عنه، فكاتبه، صحت الكتابة على الأظهر، لأن فيه نظرًا للعبد، فإن عجز، أمر بإزالة الملك. وإن قلنا: لا يصح، أمر بإزالة الملك في الحال، فإن أدى النجوم قبل الإزالة، عتق بحكم الكتابة الفاسدة. ولو كاتب ذمي عبده، فأسلم المكاتب، لم ترتفع الكتابة على المذهب، لقوة الدوام.

فرع: تصح كتابة الحربي، لأنه مالك، فإن قهره سيده بعد الكتابة، ارتفعت، وصار قنًا. ولو قهر سيده، صار حرًا، وعاد السيد عبدًا له، لأن الدار دار قهر، وكذا لو قهر حر حرًا هناك، بخلاف ما لو دخل السيد، والمكاتب دار الإسلام بأمان، ثم قهر أحدهما الآخر، لا يملكه، لأن الدار دار حق وإنصاف. ولو خرج

المكاتب إلينا مسلمًا هاربًا من سيده، ارتفعت الكتابة، وصار حرًا، لأنه قهره على نفسه، فزال ملكه عنه. وإن خرج غير مسلم، نظر، إن خرج بإذنه وأماننا، لتجارة، وغيرها، استمرت الكتابة، وإن خرج هاربًا، بطلت، وصار حرًا. ثم لا يمكن من الإقامة عندنا إلا بالجزية، فإن لم يقبل، أو كان ممن لا يقر بالجزية، ألحق بمأمنه، وإن جاءنا السيد مسلمًا، لم يتعرض لمكاتبه هناك، وإن دخل بأمان مع المكاتب، ولم يقهر أحدهما الآخر، وأراد العود إلى دار الحرب، وكاتبه بعد ما دخلا، وأراد العود، فلم يوافقه المكاتب، لم يكن له أن يحمله قهرًا، كما لا يسافر المسلم بمكاتبه، بل يوكل من يقبض النجوم، فإن أراد أن يقيم، طولب بالجزية، ثم إن عتق المكاتب طولب بالجزية أو رد إلى المأمن، وإن عجز نفسه، عاد قنًا للسيد. قال ابن الصباغ: ويبقى الأمان فيه، وإن انتقض في نفس سيده بعوده، لأن المال ينفرد بالأمان. ولهذا لو بعث الحربي ماله إلى دار الإسلام بأمان، ثبت الأمان للمال دون صاحبه، ويجيء فيه الخلاف السابق في السيد، فيمن رجع وخلف عندنا مالًا. ولو مات السيد في دار الإسلام، أو بعد العود إلى دار الحرب، ففي مال الكتابة قولان. أظهرهما: يبقى الأمان فيه، فيرسل إلى ورثته، لأنه لا خلاف أنهم ورثوه، ومن ورث مالًا، ورثه بحقوقه، كالرهن والضمين. والثاني: يبطل الأمان فيه، ويكون قنًا، لأنه مال كافر لا أمان له. وإن سبي السيد بعد رجوعه إلى دار الحرب، نظر، إن منَّ عليه أو فدي، أخذ النجوم، وهما بما جرى في أمان ما دام في دار الإسلام، فإن رجع انتقض الأمان فيه. وفي المال إن تركه عندنا ما سبق، وإن استرق، زال ملكه. وفي مال الكتابة طريقان: أحدهما: قولان، كالموت. والثاني: لا يبطل قطعًا، لأنه ينتظر عتقه ومصيره مالكًا، بخلاف الميت.

وأما ولاء هذا المكاتب، فإن عتق قبل استرقاق السيد، فطريقان، أحدهما: أن الولاء كالمال، فإن جعلناه فيئًا، فالولاء لأهل الفيء، وإن توقفنا، فكذلك تتوقف في الولاء. والثاني وهو المذهب: أنه يسقط ولاؤه، لأن الولاء لا يورث، ولا ينتقل من شخص إلى شخص. وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب، فإن جعلنا ما في ذمته فيئًا، فادعى عتق بدفعه إلى المكاتب، ففي الولاء وجهان: وإن قلنا: موقوف، فإن عتق السيد، دفع المكاتب المال إليه، وكان له الولاء، وإن مات رقيقًا، وصار المال فيئًا، ففي الولاء الوجهان. ولو قال المكاتب في مدة التوقف: انصبوا من يقبض المال لأعتق، أجيب إليه، وإذا عتق، فليكن في الخلاف. وقيل: يبنى على أن مكاتب المكاتب إذا عتق تفريعًا على صحة كتابته، يكون ولاؤه لسيد المكاتب، أو يوقف على عتق المكاتب. وفيه قولان. إن قلنا بالأول، فالولاء هنا لأهل الفيء، وإن قلنا بالثاني، فيوقف. قال الروياني: الأصح عند الأصحاب أنه

يوقف المال، والولاء، فإن عتق، فهما له، وإن مات رقيقًا، فالمال فيء، ويسقط الولاء.

فرع: كاتب مسلم عبدًا كافرًا في دار الإسلام أو الحرب، صح، فإن عتق، لم يمكن من الإقامة بدارنا إلا بجزية، فإن كاتب بدار الحرب، فأسر، لم تبطل كتابته، لأنه في أمان سيده. ولو استولى الكفار على مكاتب مسلم، لم تبطل كتابته، وكذا لم يبطل التدبير والاستيلاد، فإذا استنقذ المسلمون مكاتبه، فهل يحسب عليه مدة الأسر من أجل مال الكتابة؟ طريقان: أحدهما: كما لو حبسه السيد، والمذهب القطع بالاحتساب، لعدم تقصير السيد. وهل للسيد الفسخ بالتعجيز وهو الأسر؟ إن قلنا: يحسب، فله ذلك. ثم هل يفسخ بنفسه كما لو حضر المكاتب، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليبحث هل له مال؟ وجهان: أظهرهما: الأول. فإذا فسخت، وخلص، وأقام بينة أنه كان له من المال ما يكفي بالكتابة، بطل الفسخ، وأدى المال وعتق.

الركن الرابع: المكاتب، وشرطه كونه مكلفًا مختارًا، فلا تصح كتابة مجنون، ولا صبي وإن كان مميزًا، ولا مكره. ولو كاتب البالغ لنفسه ولأولاده الصغار، لم يصح لهم. وفي صحتها لنفسه قولا تفريق الصفقة. ولو كاتب عبده الصغير أو المجنون وقال في كتابته: إذا أديت كذا فأنت حر، فوجدت الصفة، عتق، هكذا قال الأصحاب، وفيه احتمال للإمام. ثم قيل: يعتق بحكم كتابة فاسدة، لأنه لم يرض بعتقه إلا بعوض. فعلى هذا يرجع السيد عليه بقيمته، ويرجع هو على السيد بما دفع، والصحيح الذي عليه الجمهور أنه يعتق بمجرد الصفة، وليس لما جرى حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ولا غيره، ولا تصح كتابة عبد مرهون، لأنه مرصد للبيع، ولا مستأجر، لأنه مستحق المنفعة، وتصح كتابة المعلق عتقه بصفة، والمدبر، والمستولدة. وفي المستولدة وجه. ولو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين، فإذا أداها، عتق العبد، فهل يصح؟ وجهان: أحدهما: نعم، كخلع الأجنبي. والثاني: لا، لمخالفة موضوع الباب، فإن صححناها، فهل تجوز حالة؟ وجهان: وإن لم نصححها، فأدى عتق العبد بالصفة، ويرجع المؤدي على السيد بما أدى، والسيد عليه بقيمة العبد.

فصل: إذا كاتب بعض عبده، إن كان باقيه حرًا، صحت الكتابة، لأنها استغرقت الرقيق منه، فإن كاتب جميعه والحالة هذه، بطلت في الحر منه. وفي الباقي قولا تفريق الصفقة، وكذا لو كان يعتقد الرق في جميعه، فبان بعضه حرًا، فإن قلنا: تفسد، لم يعتق حتى يؤدي جميع المسمى، لتتحقق الصفة، فإذا عتق، استرد من السيد ما أدى، وللسيد قسط القدر الذي كاتبه من القيمة. وإن قلنا:

يصح، فهل يستحق جميع المسمى، أم قسط الرقيق من القيمة؟ قولان، كالبيع إذا أجازه في المملوك. أما إذا كاتب بعض عبد، وباقيه رقيق، فللرقيق حالان: أحدهما: أن يكون له أيضًا، فلا تصح كتابته على المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهور. فإن صححنا، وكان بينه وبين السيد مهايأة، وكسب النجوم في نوبته، فأداها، عتق القدر الذي كاتبه وسرى إلى الباقي. وإن لم تكن مهايأة، فكسبه بينهما، فإن كسب ما يفي بقسط السيد والنجوم، عتق، وإن لم يكسب إلا قدر النجوم، ففي العتق خلاف سنذكر نظيره إن شاء الله تعالى. وإن لم نصححها، فهي كتابة فاسدة، فإن أدى المال قبل أن يفسخها السيد، عتق، والسراية كما ذكرنا، ثم يرجع المكاتب على السيد بما أدى، ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة، ولا يرجع بقسط ما سرى العتق إليه، لأنه لم يعتق بحكم الكتابة.

الحال الثاني: أن يكون الباقي لغيره، فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه، إن كان بإذن الآخر، فقولان أظهرهما: لا يصح، لأن الشريك الآخر يمنعه من التردد والمسافرة، ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين من الزكاة. والثاني: يصح، كما يصح إعتاق بعضه. وإن كاتبه بغير إذن الآخر، لم يصح على المذهب. وقيل بطرد الخلاف. فإن أفسدنا كتابة الشريك، فللسيد إبطالها، فإن لم يفعل، ودفع العبد إلى الذي لم يكاتبه بعض كسبه، وإلى الذي كاتب بعضه بحسب الملك حتى أدى مال الكتابة، عتق ويقوم نصيب الشريك على الذي كاتب، بشرط يساره، ويرجع العبد عليه بما دفع، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كاتبه من القيمة. وإن دفع جميع ما كسبه إلى الذي كاتبه حتى تم قدر النجوم، فوجهان: ونقلهما الصيدلاني قولين أحدهما: يعتق، لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلق بحصول الصفة، وقد حصلت. وأصحهما: لا يعتق، لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما تملكه لينتفع به المدفوع إليه. وأجري الخلاف فيما لو قال: إن أعطيتني عبدًا، فأنت حر، فأعطاه عبدًا مغصوبًا، هل يحصل العتق؟ فإن قلنا: لا يعتق فللذي لم يكاتب أن يأخذ نصيبه مما أخذه الذي كاتب، ثم أن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب، عتق، وإلا فلا. وإن قلنا: يعتق فيأخذ نصيبه أيضًا. والتراجع بين الذي كاتب والعبد، وسراية العتق على ما سبق. وإن صححنا كتابة الشريك، فدفع العبد من كسبه إلى الذي كاتبه حصته، أو جرت بينه وبين الذي لم يكاتبه مهايأة، فدفع ما كسبه في نوبة نفسه إلى الذي كاتبه حتى تمت النجوم، عتق، وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسرًا، وكذا لو أبرأه عن النجوم أو أعتقه. وإن دفع إليه كل كسبه حتى تم قدر النجوم، فقيل: في حصول العتق وجهان أو قولان، كما ذكرنا تفريعًا

على الفساد، والمذهب القطع بالمنع، لأن الكتابة إذا صحت، غلب فيها حكم العارضات. وفي العارضات تسلم غير المملوك كعدمه، وأما الفاسدة، فالمغلب فيها حكم الصفة.

فرع: أذن الشريك في كتابة نصيبه، فله أن يرجع عن الإذن، فإن لم يعلم الشريك برجوعه حتى كاتب، فعلى الخلاف في تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم به. ولو كاتب نصيبه بإذن الشريك، وجوزناه، فأراد الآخر كتابة نصيبه، هل يحتاج إلى إذن الأول؟ وجهان:

فرع: كاتب أحدهما نصيبه، وقال للآخر: كاتبته بإذنك، فأنكر، فإن قال مع ذلك: قد أدى المال، عتق بإقراره، وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسرًا. وإن لم يقر بالأداء، فالقول قول المنكر بيمينه، فإن حلف، بطلت الكتابة، وإن نكل، حلف الذي كاتب، فإن نكل، حلف العبد. هكذا حكاه ابن كج عن ابن القطان، قال: وعنده ينبغي أن يكون هذا التداعي بين الشريك والمكاتب، فإذا ادعى المكاتب الإذن، وأنكر الشريك، صدق، فإن نكل، حلف المكاتب، وثبتت الكتابة.

فرع: إذا كاتب الشريكان العبد معًا، أو وكلا من كاتبه، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه، صحت الكتابة قطعًا إن اتفقت النجوم جنسًا وأجلًا وعددًا، وجعلا حصة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد، أو أطلقا، فإنها تقسم كذلك. وإن اختلفت النجوم في الجنس، أو قدر الأجل، أو العدد، أو شرط التساوي في النجوم مع التساوي في الملك، أو بالعكس، ففي صحة كتابتهما القولان فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر. وقيل: تبطل قطعًا، فلا يشترط استواء ملك الشريكين في الذي تكاتبا فيه. وقيل: يشترط، وليس بشيء.

فرع: من بعضه رقيق، لا يجوز صرف الزكاة إليه للقدر المكاتب منه على الصحيح أو المشهور، وحكي وجه وقول، ومال الروياني إلى تفصيل حسن، وهو أنه إن لم يكن بينهما مهايأة لا يجوز، وإلا فيجوز في يوم نفسه.

فرع: إذا كاتباه، ثم عجز، فعجزه أحدهما، وفسخ الكتابة، وأراد الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة، فالمذهب أنه كابتداء الكتابة، فلا يجوز بغير إذن الشريك على المذهب، ولا بإذنه على الأظهر. ومنهم من قطع بالجواز بالإذن، لأن الدوام أقوى من الابتداء. وهل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذنًا في إبقائها؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنهما إذا توافقا فقد رضيا بأحكامها. ومن أحكامها جواز الإنظار عن العجز. وأصحهما: المنع، وجعل الإرقاق ناقصًا لما جرى به الإذن. ولو كاتب رجل عبده، ومات عن ابنين، وعجز المكاتب، فأرقه أحدهما، وأراد الآخر إنظاره،

ففيه الطريقان، وأولى بالإبقاء، لأنها صدرت أولًا من واحد، فيصير كأنه كاتب بعض عبده.

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والصدقة والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات، وهو مع المولى كالأجنبي مع الأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف، لأنه صار بما بذله من العوض عن رقبته كالخارج عن مله، ويملك التصرف في المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله. فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح وله أن يفدى في حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة، وله أن يختن غلامه ويؤدبه لأنه إصلاح للمال. وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية.

ومن أصحابنا من قال: له أن يقيم الحد كما يملك الحر في عبده، وله أن يقتص في الجناية عليه وعلى رقيقه. وذكر الربيع قولًا آخر، أنه لا يقتص من غير إذن المولى، ووجه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد، فيكون قد أتلف الأرض الذي كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتص منه. قال أصحابنا: هذا القول من تخريج الربيع، والمذهب أنه يجوز أن يقتص لأن فيه مصلحة له.

فصل: وإن كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر، ولها أن تطالب به، لتستعين به على الكتابة، لأنه يجري مجرى الكسب، وإن أذهب بكارتها لزمه الأرش، لأنه إتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله، كقطع الطرف، وإن أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد، وقد بينا حكمهما في أول الباب؛ وإن كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما ـ نظرت، فإن كان معسرًا ـ صار نصيبه أم ولد، وفي الولد وجهان: أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن الولد ينعقد جميعه حرًا، ويثبت للشريك في ذمة الواطىء، نصف قيمته، لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حرًا ونصفه عبدًا. والثاني: وهو قول أبي إسحاق: إن نصفه حر ونصفه مملوك، وهو الصحيح، اعتبارًا بقدر ما يملك منها، ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حرًا ونصفه عبدًا فالمرأة إذا كان نصفها حرًا ونصفها مملوكًا فأتت بولد فإن نصفه حر ونصفه عبد وإن كان موسرًا فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد، ويقوّم على الواطىء نصيب شريكه، وهل يقوّم في الحال فيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: يقوم في الحال، فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطىء، ونصفها مكاتبًا له فإن أدت المال عتق نصفها وسرى إلى باقيها. والقول الثاني: أنه يؤخر التقويم إلى العجز، فإن أدت ما عليها عتقت عليها بالكتابة، وإن عجزت قوم على الواطىء نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يقوِّم في الاستيلاد نصيب الشريك في الحال قولًا واحدًا، بل يؤخر إلى أن تعجز، لأن التقويم في العتق فيه حظ للعبد، لأنه يتعجل له الحرية في الباقي، ولا حظ لها في التقويم في الاستيلاد، بل الحظ في التأخير، لأنه إذا أخر ربما أدت المال فعتقت، وإذا قوم في الحال صارت أم ولد، ولا تعتق إلا بالموت، والصحيح هو الأول، وأنه على قولين كالعتق لأن الاستيلاد كالعتق بل هو أقوى، لأنه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه، فإذا كان في التقويم في العتق قولان، وجب أن يكون في الاستيلاد مثلاه.

فصل: وإن أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنا، ففيه قولان:

أحدهما: أنه موقوف، فإن رقت الأم رق، وإن عتقت عتق لأن الكتابة سبب يستحق به العتق، فيتبع الولد الأم فيه كالاستيلاد. والثاني: أنه مملوك يتصرف فيه، لأنه عقد يلحقه الفسخ، فلم يسر إلى الولد كالرهن.

فإن قلنا: إنه للمولى كان حكمه حكم العبد القن في الجناية، والكسب، والنفقة، والوطء، وإن قلنا: إنه موقوف فقتل ففي قيمته قولان: أحدهما: أنها لأمه تستعين بها في الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حظها. والثاني: أنها للمولى لأنه تابع للأم، وقيمة الأم للمولى، فكذلك قيمة ولدها، فإن كسب الولد مالًا ففيه قولان: أحدهما: أنه للأم لأنه تابع لها في حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها. والثاني: أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات، وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب، فإن عتق ملك الكسب، كما تملك الأم كسبها إذا عتقت، وإن رق بعجز الأم صار الكسب للمولى، فمن أصحابنا من خرج فيه قولًا ثالثًا، أنه للمولى، كما قلنا في قيمته في أحد القولين، وإن أشرفت الأم على العجز وكان في كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان: أحدهما: أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء، لأنه موقوف على السيد أو الولد، فلم يكن للأم فيه حق. والثاني: أن لها أن تأخذه وتؤديه، لأنها إذا أدت عتقت، وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق، ويأخذه المولى، فإن احتاج الولد إلى النفقة ولم يكن في كسبه ما يفي.

فإن قلنا: إن الكسب للمولى فالنفقة عليه، وإن قلنا: أنه للأم فالنفقة عليها وإن قلنا: أنه موقوف ففي النفقة وجهان: أحدهما: أنها على المولى لأنه مرصد لملكه.

والثاني: أنها في بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال، وإن كان الولد جارية فوطئها المولى ـ فإن قلنا: إن كسبه له ـ لم يجب عليه المهر لأنه لو وجب لكان له، وإن قلنا: إنه للأم فالمهر لها، وإن قلنا: إنه موقوف وقف المهر، وإن أحبلها صارت أم ولد له بشبهة الملك، ولا تلزمه قيمتها، لأن القيمة تجب لمن يملكها؛ والأم لا تملك رقبتها وإنما هي موقوفة عليها.

فصل: وإن حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان: أحدهما: يلزمه تخليته

في مثل تلك المدة، لأنه دخل في العقد التمكين من التصرف في المدة، فلزمه الوفاء به. والثاني: تلزمه أجرة المثل للمدة التي حبسه فيها، وهو الصحيح، لأن المنافع لا تضمن بالمثل، وإنما تضمن بالأجرة، وإن قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان: أحدهما: لا تجب تخليته في مثل المدة، لأنه لم يكن الحبس من جهته. والثاني: تجب لأنه فات ما استحقه بالعقد، ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط، كالمبيع إذا هلك في يد البائع، ولا يجيء ههنا إيجاب الأجرة على المولى، لأنه لم يكن الحبس من جهته، فلا تلزمه أجرته.

فصل: ولا يملك المكاتب التصرف إلا على وجه النظر والاحتياط لأن حق المولى يتعلق باكتسابه، فإن أراد أن يسافر فقد قال في الأم: يجوز. وقال في الأمالي: لا يجوز بغير إذن المولى، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: لا يجوز لأن فيه تعزيزًا. والثاني: يجوز لأنه من أسباب الكسب، ومنهم من قال: إن كان السفر طويلًا لم يجز، وإن كان قصيرًا جاز، وحمل القولين على هذين الحالين، والصحيح هو الطريق الأول.

فصل: ولا يجوز أن يبيع نسيئة، وإن كان بأضعاف الثمن، ولا على أن يأخذ بالثمن رهنًا أو ضمينًا، لأنه يخرج المال من يده من غير عوض، والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس، وإن باع ما يساوى مائة بمائة نقدًا وعشرين نسيئة، جاز، لأنه لا ضرر فيه؛ ولا يوز أن يقرض ولا يضارب ولا يراهن لأنه إخراج مال بغير عوض.

فصل: ولا يجوز أن يشترى من يعتق عليه لأنه يخرج ما لا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه، وفي ذلك اضرار، وإن وصى له بمن يعتق عليه، فإن لم يكن له كسب لم يجز قبوله، لأنه يحتاج أن ينفق عليه، وفي ذلك إضرار؛ وإن كان له كسب جاز قبوله لأنه لا ضرر فيه، فإن قبله ثم صار زمنًا لا كسب له، فله أن ينفق عليه، لأن فيه إصلاحًا لماله.

فصل: ولا يعتق، ولا يكاتب، ولا يهب، ولا يحابى، ولا يبرىء من الدين؛ ولا يكفر بالمال؛ ولا ينفق على أقاربه الأحرار، ولا يسرف في نفقة نفسه، وإن كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض في الخلع، لأن ذلك كله استهلاك للمال، وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيه، لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة، وإن كان مكاتبًا بين نفسين لم يجز أن يقدم حق أحدهما، لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما، فلا يجوز أن يخص به أحدهما، وإن أقر بجناية خطأ، ففيه قولان: أحدهما: يقبل لأنه إقرار بالمال فقبل، كما لو أقر بدين معاملة. والثاني: لا يقبل لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة، وإن جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبي لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته، لأن الفداء كالابتياع، فلا يجوز بأكثر من القيمة، وإن كان عبدًا لا يملك بيعه كالأب

والابن، لم يجز أن يفديه بشيء قل أو كثر، لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء ما لا يملك التصرف فيه.

فصل: وإن فعل ذلك كله بإذن المولى ففيه قولان: أحدهما: لا يصح لأن المولى لا يملك ما في يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه، فلا يصح باجتماعهما، كالأخ إذا زوج أخته الصغيرة باذنها. والثاني: أنه يصح وهو الصحيح لأن المال موقوف عليهما؛ ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما، كالشريكين في المال المشترك، والراهن والمرتهن في الرهن، وإن وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه، أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته ـ فإن قلنا يصح للأجنبي بإذن المولى ـ صح، وإن قلنا: لا يصح في حق الأجنبي باذنه لم يصح لأن قبوله كالإذن، فإن وهب أو أقرض ـ وقلنا أنه لا يصح ـ فله أن يسترجع فإن لم يسترجع حتى عتق، لم يسترجع على ظاهر النص، لأنه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك. ومن أصحابنا من قال: له أن يسترجع لأنه قد وقع فاسدًا فثبت له الاسترجاع.

فصل: ولا يتزوج المكاتب إلا باذن المولى، لما روي أن النبي ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»، ولأنه يلزمه المهر والنفقة في كسبه، وفي ذلك إضرار بالمولى، فلم يجز بغير إذنه، فإن أذن له المولى جاز قولًا واحدًا للخبر، ولأن الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة.

فصل: ولا يتسر بجارية من غير إذن المولى، لأنه ربما أحبلها فتلفت بالولادة، فإن أذن له المولى وقلنا: إن العبد يملك ففيه طريقان، ومن أصحابنا من قال: على قولين كالهبة. ومنهم من قال يجوز قولًا واحدًا، لأنه ربما دعت الحاجة إليه فجاز كالنكاح، فإن أولدها فالولد ابنه ومملوكه، لأنه ولد جاريته وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة، ولا يعتق عليه لنقصان ملكه، فإن أدى المال عتق معه، لأنه كمل ملكه وإن رق رق معه.

فصل: ويجب على المولى الإيتاء، وهو أن يضع عنه جزءًا من المال أو يدفع إليه جزءًا من المال، لقوله عز وجل: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النُّور: ٣٣] وعن علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال في هذه الآية: «يحط عنه ربع الكتابة»[1] والوضع أولى من الدفع، لأنه يتحقق الانتفاع به في الكتابة. واختلف أصحابنا في القدر الواجب، فمنهم من قال ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير، وهو المذهب، لأن اسم الايتاء يقع عليه.

وقال أبو إسحاق: يختلف باختلاف قلة المال وكثرته، فإن اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا في المتعة، فإن اختار الدفع جاز بعد العقد للآية، وفي وقت الوجوب وجهان، أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف برقم (١٥٥٨٩) والحاكم في المستدرك (٢/ ٣٩٧).

وللثاني أنه يجب قبل العتق، لأنه إيتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالإيتاء في الزكاة، ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النُّور: ٣٣] فإن دفع إليه من جنسه من غير ما أداه إليه ففيه وجهان: أحدهما: يجوز كما يجوز في الزكاة أن يدفع من غير المال الذي وجب فيه الزكاة. والثاني: لا يجوز وهو الصحيح للآية، وإن سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع إليه، لأنه مال وجب للآدمي فلم يسقط من غير أداء ولا ابراء كسائر الديون. وإن مات المولى وعليه دين حاصَّ المكاتب أصحاب الديون. ومن أصحابنا من قال: يحاص أصحاب الوصايا لأنه دين ضعيف، غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا، والصحيح هو الأول، لأنه دين واجب فحاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق.

باب الأداء والعجز

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه، وقد بقي عليه شيء من المال، لما روى عمرو بن شعيب رضي الله عنه عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم»[1] ولأنه علق عتقه على دفع مال فلا يعتق شيء منه مع بقاء جزء منه، كما لو قال لعبده: إن دفعت إلي ألفًا فأنت حر، فإن كاتب رجلان عبدًا بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه، لأنه برىء من جميع ماله عليه فعتق كما لو كاتب عبدًا فأبرأه، فإن كان المعتق موسرًا فقد قال أصحابنا: يقوَّم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركًا له في عبد، وعندي أنه يجب أن يكون على قولين: أحدهما: يقوم عليه. والثاني: لا يقوَّم، كما قلنا في شريكين دبرا عبدًا ثم أعتق أحدهما نصيبه أنه على قولين: أحدهما: يقوَّم والثاني: لا يقوّم، فإذا قلنا: أنه يقوَّم عليه ففي وقت التقويم قولان: أحدهما: يقوم في الحال، كما نقول فيمن أعتق شركًا له في عبد. والثاني: يؤخر التقويم إلى أن يعجز، لأنه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء في نصيبه، فلا يجوز إبطاله عليه.

وإن كاتب عبده ومات وخلف اثنين فأبرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه، لأنه أبرأه من جميع ماله عليه، فإن كان الذي أبرأه موسرًا فهل يقوَّم عليه نصيب شريكه؟ فيه قولان: أحدهما: لا يقوَّم لأن سبب العتق وجد من الأب، ولهذا يثبت الولاء له. والثاني: يقوم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله، فعلى هذا هل

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٩٢٦) والنسائي في سننه الكبرى (٣/ ١٩٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥١٩) والبيهقي في سننه (١٠/ ٣٢٤) والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٨١) وحسنه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٦٧٤).

يتعجل التقويم والسراية؟ فيه قولان: أحدهما: يتعجل لأنه عتق يوجب السراية فتعجلت به، كما لو أعتق شركًا له في عبد. والثاني: يؤخر إلى أن يعجز، لأن حق الأب في عتقه وولائه أسبق، فلم يجز إبطاله.

وإن كاتب رجلان عبدًا بما يجوز وأذن أحدهما للآخر في تعجيل حق شريكه من المال وقلنا: إنه يصح الإذن عتق نصيبه، وهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان: أحدهما: لا يقوم لتقدم سببه الذي اشتركا فيه. والثاني: يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوم؟ فيه قولان: أحدهما: يقوم في الحال لأنه تعجل عتقه. والثاني: يؤخر إلى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء، فلم يجز أن يقوم عليه ذلك، فعلى هذا إن أدى عتق باقيه، وإن عجز قوم على المعتق. وإن مات قبل الأداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب.

فصل: وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض، فإذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله، كما لو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن ووجد البائع عين ماله، وإن كان معه ما يؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن إجباره على أدائه، وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه، جاز له أن يفسخ، لأنا بينا أن العتق في الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع. ويجوز الفسخ من غير حاكم، لأنه مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم، كفسخ البيع بالعيب.

فصل: وإن حل عليه نجم ومعه متاع، فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره، لأنه قادر على أخذ المال من غير إضرار، ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام، لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه في الانتظار، وما زاد كثير وفي الانتظار أضرار. وإن طلب الإنظار لمال غائب، فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة وجب إنظاره، لأنه قريب لا ضرر في إنظاره، وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة، لم يجب لأنه طويل، وفي الانتظار إضرار.

وإن طلب الإنظار لاقتضاء دين ـ فإن كان حالًا على ملىء ـ وجب إنظاره، لأنه كالعين في يد المودع، ولهذا تجب فيه الزكاة، وإن كان مؤجلًا أو على معسر لم يجب الإنظار، لأن عليه أضرارًا في الأنظار، فإن حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان: أحدهما: له أن يفسخ لأنه تعذر المال فجاز له الفسخ. والثاني: ليس له أن يفسخ. بل يرجع إلى الحاكم ليكتب إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليطالبه، فإن عجز أو امتنع فسخ، لأنه لا يتعذر الأداء إلا بذلك، فلا يفسخ قبله. وإن حل عليه النجم وهو مجنون ـ فإن كان معه مال يسلم إلى المولى ـ عتق لأنه قبض ما يستحقه، فبرئت به ذمته، وإن لم يكن معه شيء فعجزه المولى وفسخ، ثم ظهر له مال، نقض الحكم بالفسخ، لأنا حكمنا بالعجز في الظاهر؛ وقد بان خلافه فنقض، كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه.

وإن كان قد أنفق عليه بعد الفسخ، رجع بما أنفق لأنه لم يتبرع، بل أنفق على أنه عبده، فإن أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ، لأنه تبرع، لأنه أنفق وهو يعلم أنه حر.

وإن حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام، ولم تكن له بينة، فالقول قول المكاتب مع يمينه، لأنه في يده والظاهر أنه له، فإن حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه، فإن لم يفعل قبض عنه السلطان، لأنه حق تدخله النيابة، فإذا امتنع منه قام السلطان مقامه.

فصل: وإن قبض المال وعتق، ثم وجد به عيبًا، فله أن يرد ويطالب بالبدل، فإن رضي به استقر العتق، لأنه برئت ذمة العبد. وإن رده ارتفع العتق لأنه يستقر باستقرار الأداء، وقد ارتفع الأداء بالرد فارتفع العتق. وإن وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الأرش، فإن دفع الأرش استقر العتق، وإن لم يدفع ارتفع العتق، لأنه لم يتم براءة الذمة من المال.

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار، ثم مرض بطلت الكتابة في قدر الخدمة، وفي الباقي طريقان: أحدهما: أنه على قولين. والثاني: أنه لا يبطل قولًا واحدًا بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين، ثم تلفت احداهما قبل القبض.

فصل: فإن أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقًا، بطل الحكم بعتقه لأن العتق يقع بالأداء، وقد بان أنه لم يؤد، وإن كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك للمولى دون الورثة لأنا قد حكمنا بأنه مات رقيقًا.

فصل: فإن باع المولى ما في ذمة المكاتب، وقلنا: إنه لا يصح فقبضه المشتري فقد قال في موضع: يعتق، وقال في موضع: لا يعتق، واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس: فيه قولان: أحدهما: يعتق لأنه قبضه بإذنه، فأشبه إذا دفعه إلى وكيله. والثاني: وهو الصحيح أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى، وإنما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه، فصار كما لو لم يؤخذ، وقال أبو إسحاق: هي على اختلاف حالين، فالذي قال: يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع إليه، لأنه قبضه بإذنه، والذي قال: لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع إليه، لأنه لم يأخذه باذنه، وإنما أخذه بما تضمنه البيع من الإذن، والبيع باطل فبطل ما تضمنه.

فصل: إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما في يده عن الجميع قدم دين المعاملة لأنه يختص بما في يده والسيد والمجني عليه يرجعان إلى الرقبة، فإن فضل عن الدين شيء قدم حق المجني عليه لأن حقه يقدم على حق المالك في العبد القن فكذلك في المكاتب، وإن لم يكن له شيء فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لأن حقه في الذمة فلا فائدة في تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لأنه ربما كسب ما يعطيه وإذا

عجزه بقي حقه في الذمة إلى أن يعتق، فإن أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه، كان له ذلك، لأن المولى يرجع بالتعجيز إلى رقبته، والمجنى عليه يبيعه في الجناية، فإن عجزه المولى انفسخت الكتابة، وسقط دينه، وهو بالخيار بين إن يسلمه للبيع في الجناية، وبين أن يفديه، فإن عجزه المجنى عليه نظرت ـ فإن كان الأرش يحيط بالثمن ـ بيع وقضي حقه، وإن كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الأرش وبقي الباقي على الكتابة، وإن أدى كتابة باقية عتق وهل يقوم الباقي عليه إن كان موسرًا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يقوَّم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعيض. والثاني: يقوم عليه لأن اختياره للإنظار كابتداء العتق.

الشرح: قوله: «مرصد لملكه» أي مترقب، والعاهر: الزاني، والإيتاء: الإعطاء، وقوله: «حاص المكاتب أصحاب الديون» أي أخذ الحصة وهي النصيب.

أما أحكام الكتابة الصحيحة: فهي خمسة:

الحكم الأول: حصول العتق، ويتعلق بما يحصل به العتق مسائل:

إحداها: أنه يحصل بأداء كل النجوم، وكذا بالإبراء، وفي حصوله بالاستبدال عن النجوم خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى. وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم، أو عليها، حصل العتق بنفس الحوالة. ولو أدى بعض النجوم، أو أبرأه عن بعضها، لم يعتق شيء منه، بل يتوقف على الجميع، للحديث الحسن «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم». ولو كاتب عبيدًا صفقة واحدة، فقد سبق أن المذهب صحتها، وأنه إذا أدى بعضهم حصته، عتق، وإن لم يؤد الآخرون شيئًا. ولو كاتب اثنان عبدهما معًا، فليسو بينهما في الأداء، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. ولو كاتب إنسان عبدًا، ومات، وخلف ابنين، فأدى نصيب أحدهما بغير إذن الآخر، لم يعتق. وإن أدى بإذنه، ففي عتقه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: لا تنفسخ الكتابة بجنون السيد، ولا العبد، ولا بإغمائهما، فإن جن السيد، فعلى المكاتب تسليم النجوم إلى وليه، فإن سلم إليه، لم يعتق، لأن قبضه فاسد. ولو تلف في يده، فلا ضمان، لتقصيره بالتسليم إليه، ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه، فللولي تعجيزه. ولو حجر عليه بالسفه، فهو كالجنون. فلو أدى المكاتب إليه في حال الحجر، وعجزه الولي، ثم رفع الحجر عنه، استمر التعجيز. وقيل: فيه قولان، كما سبق في المرتد إذا أخذ النجوم، وعجز الحاكم المكاتب، ثم أسلم المرتد، والمذهب الأول، لأن حجر السفة أقوى. ولهذا لا ينفذ تصرفه قطعًا، بخلاف المرتد في قول، ولأن حجر السفه لحفظ ماله. فلو حسب عليه ما أخذه، وأتلفه في حال الحجر، لم يحصل حفظ المال، وحجر المرتد لحق

المسلمين، فإذا أسلم، لم يبق لهم في ماله حق. وأما إذا جن المكاتب، فأدى في جنونه، أو أخذه السيد من غير أداء منه، فيعتق، لأن قبض النجوم مستحق. ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب، وقع موقعه. هذا المعروف في المذهب. وقال الإمام: إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادف، فله ذلك، وإن أمكن مراجعة الولي، فلا وجه لاستبداده بالقبض. فلو استبد، لم يصح، وإذا لم يصح، فلو أقبض المجنون، لم يكن لإقباضه حكم. وحكى قولًا أو وجهًا أن الكتابة تنفسخ بجنون المكاتب، والمذهب الأول. هذا في الكتابة الصحيحة، أما الفاسدة، فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما؟ فيه أوجه: أحدهما نعم، كالشركة، والثاني: لا، كالبيع بشرط الخيار، وأصحها: عند الجمهور، وهو ظاهر النص: تبطل بجنون السيد وإغمائه، وبالحجر عليه، لا بجنون العبد وإغمائه، لأن الحظ في الكتابة للعبد لا للسيد. فإن قلنا: لا تبطل، فأفاق، وأدى المسمى، عتق، وثبت التراجع. قالوا: وكذا لو أخذ السيد في جنونه، وقالوا: ينصب السيد من يرجع له، وينبغي أن لا يعتق بأخذ السيد هنا. وإن قلنا: يعتق في الكتابة الصحيحة، لأن المغلب هنا التعليق، والصفة المعلق عليها، بالأداء من العبد، فلم يوجد. وإن قلنا: يبطل، فأدى المسمى، لم يعتق على الأصح، لأن العتق بالتعليق في الفاسدة يتبعها، فإذا بطلت، بطل التعليق، كما لو فسخها السيد. والثاني: يعتق، فعلى هذا، قال الإمام: الوجه القطع بأن لا تراجع، لأن التراجع مقتضى الكتابة الفاسدة وقد زالت، وبقي التعليق المحض. وقيل: يثبت، قال: ومساقه أن يتبعه الكسب، وهذا ضعيف.

المسألة الثالثة: إذا كاتب الشريكان معًا، ثم أعتق أحدهما نصيبه، عتق. وهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسرًا؟ وجهان أو قولان. الصحيح المشهور: يسري. وفي وقت السراية قولان. أحدهما: في الحال لئلا تتبعض الحرية. وأظهرهما: لا يثبت في الحال، لأنه قد انعقد سبب الحرية في النصف الآخر، وفي التعجيل ضرر على السيد، لفوات الولاء، وبالمكاتب بانقطاع الولد والكسب عنه. فإن قلنا: تتعجل السراية، فهل تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك، أم يسري العتق مع بقاء الكتابة؟ وجهان: الصحيح وبه قطع الجمهور: تنفسخ، لأن الإعتاق أقوى من الكتابة، فعلى هذا يعتق كله على الشريك للمعتق، ويكون له الولاء. والثاني: يسري العتق مع بقاء الكتابة، لئلا يبطل حق الغير، فعلى هذا ولاء النصف الآخر للشريك، لا للمعتق حينئذ. وإن قلنا: لا تتعجل السراية، فأدى نصيب الآخر من النجوم، عتق عن الكتابة، وكان الولاء بينهما. وإن عجز، وعاد إلى الرق ثبتت

السراية حينئذ، ويكون الولاء كله للمعتق، ويجيء الخلاف في أنها ثبتت بنفس العجز، أم بأداء القيمة، أم يثبت بأداء القيمة حصول التعليق من وقت العجز؟ ويجري هذا الخلاف على قولنا بتعجيل السراية. وإن مات قبل الأداء والعجز، فقد مات بعضه رقيقًا وبعضه حرًا. وهل يورث؟ فيه القولان السابقان في الفرائض. ولو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم، فهو كما لو أعتقه، والقول في السراية، وفي وقتها كما ذكرنا لو أعتق أحدهما نصيبه. ولو قبض أحدهما نصيبه من النجوم برضى صاحبه، فهل يعتق نصيبه؟ فيه خلاف سنذكره في الحكم الثاني إن شاء الله تعالى. فإن قلنا: يعتق، فهو كالإعتاق في السراية ووقتها. قال الإمام: ولا نقول: إنه مجبر على القبض فلا يسري، لأنه مختار في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجباره على القبض، فهو كما لو قال أحد الشريكين: إذا طلعت الشمس فنصيبي حر، فإذا طلعت، عتق نصيبه، وسرى، لأنه مختار في التعليق. ولو كاتب عبدًا ومات عن ابنين، فعتق أحدهما نصيبه، وقلنا: يعتق نصيبه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، لم يسر، لأنه مجبر على القبض وابتداء الكتابة لم يصدر منه.

فرع: قال العبد لمالكيه وقد كاتباه: قد أعطيتكما النجوم، وأنكرا، صدقا باليمين، وإن صدقه أحدهما، وكذبه الآخر، عتق نصيب المصدق، ويصدق المكذب بيمينه. وهل يسري العتق؟ فيه خلاف سنذكره قريبًا إن شاء الله تعالى، والمذهب: المنع، والاختلاف في غير النجم الأخير كالاختلاف فيه، لأن العتق لا يحصل بغير الأخير. ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت إليك جميع النجوم لتأخذ نصيبك، وتدفع نصيب الآخر إليه، فقال: دفعت إليّ نصيبي، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك، وأنكر الآخر القبض، عتق نصيب المقر، وصدق في أنه لم يقبض نصيب الآخر بيمينه، وصدق الآخر في أنه لم يقبض نصيبه، ولا حاجة إلى اليمين، لأن المكاتب لا يدعي عليه شيئًا. ثم يتخير المنكر بين أن يأخذ حصته من النجوم من العبد، وبين أن يأخذ من المقر نصف ما أخذ، لأن كسب المكاتب متعلق حقهما بالشركة، ويأخذ الباقي من العبد، ولا تقبل شهادة المقر عليه، لأنه متهم بدفع المشاركة عنه. وإذا عجز المكاتب عما طالب المنكر به، فله تعجيزه وإرقاق نصيبه. ثم عن نصه في «الاملاء» أنه يقوم ما أرقه على المقر، ونقله ابن سلمة، وابن خيران إلى الصورة السابقة، وجعلوا التقويم عند العجز في الصورتين على قولين، وامتنع الجمهور من نقله إلى تلك الصورة، وفرقوا بأن العبد هناك يقول: أنا حر كامل الحال فلا يستحق التقويم، وهنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق. ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت النجوم إليك لتأخذ نصيبك وتدفع نصيب الآخر إليه، كما

صورنا، فقال في الجواب: قد فعلت ما أمرت به فأنت عتيق، وأنكر الآخر عتق نصيب المقر، وصدق المنكر بيمينه، فإذا حلف، بقي نصيبه مكاتبًا، وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب، وبين أخذه من المقر لإقراره بأخذها، ومن أيهما أخذ، عتق نصيبه. ثم إن أخذها من المكاتب، فله الرجوع على المقر، لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك، فإنه كان ينبغي أن يشهد عليه. وإن أخذها من المقر، فلا رجوع له على المكاتب، لاعترافه بأنه مظلوم. فإذا اختار الرجوع على المكاتب، فلم يأخذ حصته من المقر، ولم يدفعها إلى المنكر، وعجز نفسه، فنصفه حر، ونصفه رقيق، فيقوم على المقر، فيأخذ المنكر منه قيمة النصف، ويأخذ أيضًا ما أقر بقبضه له، فإنه كسب النصف الذي كان ملكه.

المسألة الرابعة: كاتب عبدًا ومات عن ابنين، فهما قائمان مقامه في أنهما إذا أعتقاه أو أبرآه عن النجوم، عتق، وكذا لو استوفياها. ولو أعتقه أحدهما، أو أعتق نصيبه عتق نصيبه وكذا لو أبرأه أحدهما عن نصيبه من النجوم. وقال المزني: لا يعتق نصيبه بالإبراء حتى يبرئه الآخر، أو يستوفي منه، كما لو كان الأب حيًا فأبرأه عن بعض النجوم. وأجاب الأصحاب بأن هناك لم يبرئه عن جميع ماله عليه، وهنا أبرأه الابن عن جميع ماله عليه، فصار كأحد الشريكين يبرئه عن نصيبه من النجوم، وهذا الذي ذكرنا من أنه إذا أعتق الابن نصيبه، أو أبرأه عن نصيبه، يعتق، وهو الذي قطع به الأصحاب. وقال البغوي: مقتضى سياق «المختصر» حصول قولين في عتق نصيبه. أحدهما: العتق، وأظهرهما: المنع، بل يوقف، فإن أدى نصيب الآخر، عتق كله، والولاء للأب، وإن عجز، فإن كان قد أعتق نصيبه، عتق الآن نصيبه. ثم إن كان معسرًا، فله ولاء ما عتق، والباقي قن للآخر، وإن كان موسرًا، قوم عليه الباقي، وبطلت كتابة الأب، وكان ولاء الجميع للابن. وإن كان قد أبرأه عن نصيبه من النجوم، لم يعتق منه شيء بالعجز، لأن الكتابة تبطل بالعجز، والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء، والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب. فعلى هذا إن كان الذي أعتق نصيبه، أو أبرأه معسرًا، بقيت الكتابة في نصيب الآخر، فإن عجز، عاد قنًا، وإن أدى، وعتق، فولاؤه للأب.

وأما ولاء نصيب الأول، فالأصح أنه للأب أيضًا. وقيل: للابن، وقيل: إن أعتقه، فله، وإن أبرأه، فللأب. وإن كان موسرًا، فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك؟ إذا قلنا بالأصح، لأن الكتابة لا تمنع السراية، فيه قولان، أحدهما: نعم، كما لو كاتبه شريكان، ثم أعتقه أحدهما، وأظهرهما: لا، لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها، والميت لا يقوم عليه، والابن كالنائب عنه، فإن قلنا:

يسري، فهل يسري في الحال، أو عند العجز؟ قولان كما سبق في الشريكين، أظهرهما: الثاني، فإن قلنا يسري في الحال، فحكى الإمام وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه، كما حكاهما في صورة الشريكين، والذي قطع به الجمهور: الانفساخ فيه، وإثبات ولائه للمعتق، وفي ولاء النصف الأول وجهان: أحدهما: للمعتق فقط، لأن نصيب الآخر بقي رقيقًا، وأصحهما: أنه لهما، لأنه عتق بحكم كتابة الأب، فيثبت له الولاء، وينتقل إليهما بالعصوبة. وإذا قلنا: لا تنفسخ الكتابة فيما سرى إليه، فولاء الجميع للأب، وإن قلنا: إن السراية تثبت عند العجز، فإن أدى نصيب الآخر، عتق كله، وولاؤه للأب، وإن عجز، فطريقان، أحدهما: تبطل الكتابة، ويكون ولاء الجميع له، وأصحهما: أن ولاء ما سرى العتق إليه، وقوم عليه له. وفي ولاء النصف الأول الوجهان. وقد يختص الوجهان بصورة الإعتاق. وفي صورة الإبراء يكون ولاء النصف للأب، ينتقل إليهما قطعًا، أما إذا قلنا: لا سراية، فنصيب الآخر مكاتب، كما كان، فإن عتق بأداء، أو إعتاق، أو إبراء، فولاء الجميع للأب. وإن عجز، بقي نصيبه رقيقًا. وفي ولاء نصيب الأول الوجهان، هل هو له، أم لهما؟ ولو قبض أحد الابنين نصيبه من النجوم، إن كان بغير إذن الآخر، فهو فاسد، وإن كان بإذنه، فقولان: كما سنذكره في الشريكين إن شاء الله تعالى. فإن صححنا، فقال الإمام: لا سراية بلا خلاف، لأنه يجبر على القبض. ولا سراية حيث حصل العتق بغير اختيار. وفي «التهذيب» أن القول في عتق نصيبه، وفي السراية كما ذكرنا فيما إذا أعتق نصيبه، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم، بلا فرق. ولمن قال بهذا أن يمنع كونه مجبرًا على القبض، ويقول: له الإعتاق والإبراء، فإن لم يفعلهما، فيشبه أن يقال: لا يجبر على الانفراد بالقبض، وإن جوزناه، لأنه لو عجز عن نصيب الثاني، قاسم الأول فيما أخذ، فله الامتناع من قبض ما عسى الثاني أن يزاحمه فيه.

فرع: خلف ابنين وعبدًا، فادعى العبد أن أباهما كاتبه، فإن كذباه، صدقا بيمينهما على نفي العلم بكتابة الأب، فإن حلفا، فذاك، وإن نكلا، وحلف العبد اليمين المردودة، ثبتت الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر، ثبت الرق في نصيب الحالف، وترد اليمين في نصيب الناكل، فإن أقام بينة، اشترط رجلان، لأن المقصود الحرية لا المال، وإن صدقاه، أو قامت بينة، فالحكم ما سبق قبل الفرع. وإن صدقه أحدهما، وكذبه الآخر، فالمكذب يصدق بيمينه. وأما نصيب المصدق، فالصحيح ثبوت الكتابة فيه، ولا يضر التبعيض فيه للضرورة. ثم أطلقوا القول بقبول شهادة المصدق على المكذب، وقال الإمام: شهادته هذه تثبت له حقوقًا، فإن

النجوم موروثة، فإن شهد بعد الإبراء من النجوم، فله غرض في السراية، فإن نفينا السراية، اتجه القبول، وإذا حكمنا بأن نصيب المصدق مكاتب، والآخر قن، فنصف الكسب له، يصرف في جهة النجوم، ونصفه للمكذب. وإن اتفقا على مهايأة، ليكسب يومًا لنفسه، ويومًا للمكذب، أو يخدمه، جاز، ولا إجبار عليها على الأصح، ولا تقدير في النوبتين في المهايأة. وقال ابن كج: يجوز يومين وثلاثة، فإن كسبه، فوجهان: وإذا أدى النجوم، وفضل شيء مما كسب لنفسه، فهو له. ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه، عتق. وفي سرايته طريقان، قال الأكثرون: قولان، كما لو صدقاه، إلا أنا إذا قلنا بالسراية، ثبت هنا في الحال، ولا يجيء القول الآخر، لأن صاحبه منكر الكتابة، فلا يمكن التوقف إلى العجز، وقيل: تثبت السراية في الحال قطعًا، لأن منكر الكتابة يقول: هو رقيق لهما، فإذا أعتق صاحبه، ثبتت السراية، فإن قلنا: لا سراية، فولاء ما عتق، هل يكون بينهما، أم ينفرد به المصدق؟ وجهان: أصحهما: الثاني، لأن المنكر أبطل حقه بالإنكار، فإن جعلناه بينهما، فمات هذا العبد، ونصفه رقيق، وقلنا: إن مثله يورث، وقفت حصة المنكر، وإن قلنا بالسراية، فولاء النصف الذي سرى العتق إليه، للمعتق، وفي ولاء النصف الآخر الوجهان. ولو أبرأه المصدق عن نصيبه من النجوم، فالمذهب أنه لا سراية، لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق نصيبه، ويعتقد الإبراء لغوًا قال الإمام: ويجيء الخلاف في السراية، لأن قول المصدق مقبول في نصيبه، فإذا أتى بما يقتضي العتق، فالسراية بعده قهرية، وإن أدى نصيب المصدق من النجوم، فلا سراية. وهل يكون ولاء ما عتق لهما، أم يختص به المصدق؟ فيه الوجهان. ولو عجزه المصدق، عاد قنًا، ويكون الكسب الذي في يده للمصدق، لأن المكذب أخذ حصته. ولو اختلفا في شيء من أكسابه، فقال المصدق: كسبته بعد الكتابة، وقد أخذت نصيبك، فهو لي، وقال المكذب: بل قبلها، وكان للأب، فورثنا، صدق المصدق، لأن الأصل عدم الكسب قبل الكتابة.

المسألة الخامسة: إذا قبض النجوم، فوجدها ناقصة، تقدم على هذا أن عوض الكتابة لا يكون إلا دينًا كما سبق، ويجوز كونه نقدًا وعرضًا موصوفًا، وأن من له دين، فقبضه، فوجده دون المشروط، فله رده، وطلب ما استحقه، ولا يبطل العقد، فإن كان المقبوض من غير جنس حقه، لم يملكه إلا أن يعتاضه، حيث يجوز الاعتياض. وإن اطلع على عيب به، نظر، هل يرضى به، فإن رضي، فهل نقول: ملكه بالرضى، أم نقول: ملكه بالقبض وتأكد الملك بالرضى؟ فيه قولان. وإن رده، فهل نقول: ملكه بالقبض، ثم انتقض الملك بالرد، أم نقول: إذا رد، تبين أنه لا

يملكه؟ فيه قولان؟ ويبنى على هذا الخلاف مسائل سبقت كلها أو بعضها.

منها: تصارفا في الذمة، وتقابضا، وتفرقا، فوجد أحدهما بما قبضه عيبًا، فرده، إن قلنا: ملك بالقبض، صح العقد، وإن قلنا: تبين أنه لم يملك، فالعقد فاسد، لأنهما تفرقا قبل قبض.

ومنها: أسلم في جارية، وقبض جارية، فوجدها معيبة، فردها، هل على المسلم إليه استبراؤها؟ يبنى على هذا الخلاف.

ومنها: قال الإمام: الموصوف في الذمة إذا قبضه، فوجده معيبًا إن قلنا: يملكه بالرضى، فلا شك أن الرد ليس على الفور، والملك موقوف على الرضى، وإن قلنا: يملك بالقبض، فيحتمل أن يقال: الرد على الفور، كما في شراء الأعيان، والأوجه: المنع، لأنه ليس بمعقود عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد ابقاء للعقد. إذا ثبت هذا، فإن وجد السيد بالنجوم المقبوضة أو بعضها عيبًا، له الخيار، بين أن يرضى به، أو يرده، ويطالب ببدله، سواء العيب اليسير، والفاحش، فإن كان العيب في النجم الأخير، فإن رضي به، فالعتق نافذ قطعًا، ويكون رضاه بالعيب كالإبراء عن بعض الحق. وهل يحصل العتق من وقت القبض، أم عند الرضى؟ وجهان: أصحهما: الأول. وإن أراد الرد والاستبدال، فرد، فإن قلنا: نتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض، فلا عتق، وإن أدى بعد ذلك على الصفة المستحقة، حصل العتق حينئذ. وإن قلنا: يحصل الملك في المقبوض وبالرد يرتفع، فوجهان: أحدهما: أن العتق كان حاصلًا، إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا رد العوض، ارتد. وأصحهما: نتبين أن العتق لم يحصل، إذ لو حصل، لم يرتفع، ولا يثبت العتق هنا بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب. ولو تلف عند السيد ما قبضه، ثم عرف أنه كان معيبًا، فقد قدم الإمام عليه، أنه لو اتفق ذلك في عين فإن رضي، فالذي يدل عليه فحوى كلام الأصحاب، أن الرضى كاف، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء، لأن الأرش كالعوض في الرد، والرد يكفي في سقوط الرضى، فكذا الأرش. وإن طلبه، تقرر، ولم يسقط إلا بالإسقاط. وأما النجوم، فإن رضي، فالحق نافذ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضى، أم يستند إلى القبض؟ وإن طلب الأرش، تبين أن العتق لم يحصل، فإذا أدى الأرش، حصل حينئذ، وإن عجز، فللسيد إرقاقه، كما لو عجز ببعض النجوم. ويجيء الوجه الآخر، وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله. وفي قدر الأرش وجهان: أحدهما: ما نقص من قيمة قدر رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم، وبهذا قطع السرخسي. والثاني: ما نقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب. ونقل الروياني ترجيح هذا الوجه، وأجري

الوجهان في كل عقد ورد على موصوف في الذمة. قال الإمام: وأمثل منهما أن يقال: يغرم السيد ما قبض، ويطالبه بالمسمى بصفاته المشروطة. أما إذا قبض النجوم، فوجدها ناقصة الكيل أو الوزن، فلا يعتق بلا خلاف، سواء بقي المقبوض في يد السيد أم تلف، فإن رضي بالناقص، فحينئذ يعتق بالإبراء عن الباقي.

المسألة السادسة: إذا خرج بعض النجوم مستحقًا، تبين أن لا عتق، لأن الأداء لم يصح، وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب، تبين أنه مات رقيقًا، وأن ما تركه للسيد دون الورثة. ولو قال السيد عند الأخذ: اذهب فأنت حر، أو قد عتقت، ثم بان الاستحقاق، فهل يحكم بالحرية مؤاخذة له، أم لا، لأنه بناه على ظاهر الحال، وهو صحة الأداء؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وهو المنصوص، وهما كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مستحقًا وكان قد قال في مخاصمة المدعي: إنه كان ملكًا للبائع فلان إلى أن اشتريته منه، أنه هل يرجع بالثمن على بائعه؟ وجزم البغوي بالأصح في المسألتين. ثم قال: ولو اختلفا، فقال المكاتب: أعتقتني بقولك: أنت حر، وقال السيد: أردت أنك حر بما أديت، وبان أنه لم يصح الأداء، فالقول قول السيد بيمينه، وهذا السياق يقتضي أن مطلق قول السيد، محمول على أنه حر بما أدى، وإن لم يذكر إرادته، قال الصيدلاني: وقياس تصديق السيد أنه لو قيل لرجل: طلقت امرأتك؟ فقال: نعم، طلقتها، ثم قال: إنما قلت ذلك على ظن أن اللفظ الذي جرى طلاق، وقد سألت المفتين فقالوا: لا يقع به شيء. وقالت المرأة: بل أردت إنشاء الطلاق أو الإقرار به، أنه يقبل قوله بيمينه، وكذا الحكم في مثله في العتق، وهكذا قد ذكره غيره، ونقله الروياني، ولم يعترض عليه، لكن قال الإمام هذا عندي غلط، لأن الإقرار جرى بصريح الطلاق، فقبول قوله في دفعه محال، ولو فتح هذا الباب، لما استقر إقرار، بخلاف إطلاق لفظ الحرية عقيب قبض النجوم، فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض، ولم توجد الإشارة في الطلاق إلى واقعة، وإنما وجد سؤال مطلق، وجواب مطلق. وفي كلام الإمام إشعار بأن قوله: أنت حر، إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبه على القبض، وإن في مسألة الطلاق لو وجد قرينة عند الإقرار، بأن كانا يتخاصمان في لفظة أطلقها، فقال ذلك، ثم ذكر التأويل، يقبل، وأن في الصورتين لو انفصل قوله عن القرائن، لم يقبل التأويل. وهذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به، لكن قال في «الوسيط»: لا فرق بين أن يكون قوله: أنت حر، جوابًا عن سؤال حريته، أم ابتداء، وبين أن يكون متصلًا بقبض النجوم، أو غير متصل، لشمول العذر. ومال لذلك إلى قبول التأويل في الطلاق وغيره.

الحكم الثاني: في الأداء، وفيما يتعلق به مسائل:

إحداها: يجب على السيد إيتاء المكاتب، لقول الله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] واختار الروياني في «الحلية» أن الإيتاء مستحب، وليس بشيء. والإيتاء: أن يحط عن المكاتب شيئًا من النجوم، أو يبذل شيئًا ويأخذ النجوم، والحط أفضل، وهل هو الأصل، والبذل بدل عنه، أم بالعكس؟ وجهان: الأصح المنصوص: الأول، ومحل الإيتاء الكتابة الصحيحة، ولا يجب في الفاسدة على الأصح. فإن أوجبنا، كفى حط شيء من القيمة التي يجب فيها. ومن أعتق عبده بعوض، أو باعه نفسه، فلا إيتاء على الصحيح، وحكى الشيخ أبو محمد وجهًا أنه يجب في كل عقد عتاقة على عوض، ولا يجب في الإعتاق بغير عوض بلا خلاف. وفي وقت وجوب الإيتاء وجهان: أحدهما: بعد العتق كالمتعة، ليتبلغ به، وأصحهما: قبله ليستعين به في الأداء. وعلى هذا، فإنما يتعين في النجم الأخير. وأما وقت الجواز، فمن أول عقد الكتابة، ويجوز أيضًا بعد الأداء وحصول العتق، لكن يكون قضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق. وقيل: لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير أو بعده، وفي قدره وجهان: الأصح المنصوص في «الأم»: لا يتقدر، بل يكفي أقل ما يتمول، والثاني: أنه ما يليق بالحال، ويستعين به على العتق، فيختلف بقلة المال وكثرته، فإن لم يتفقا على شيء، قدره الحاكم بالاجتهاد، ونظر فيه إلى قوة العبد وأكسابه. وقيل: يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار، وقال الإصطخري: يحتمل أن يقدر بربع العشر، قال الإمام: إذا قلنا: يقدره الحاكم، فقدر شيئًا تبين أن له وقعًا بالنسبة إلى مال الكتابة، كفى، وإن تيقنا أنه لا وقع له، لا يكفي، وإن شككنا، فخلاف، لتعارض أصل براءة السيد وأصل بقاء وجوب الإيتاء. أما المستحب، فقدر الربع، وقيل: الثلث، وإلا، فالسبع. وأما جنسه، فالإيتاء بالحط لا يكون إلا من نفس مال الكتابة، وأما البدل، فإن كان المبذول من غير جنس مال الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير، لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، وشذ الغزالي بترجيح اللزوم. فلو رضي به، جاز قطعًا، نص عليه، لأن الكتابة من قبيل المعاوضات، فلا يسلك بها مسلك العبادات، على أن الإمام قال: إذا منعنا نقل الزكاة، وانحصر المستحقون، فقد نقول: لهم أن يعتاضوا عروضًا عن حقوقهم، فلو كان المبذول من غير مال الكتابة، لكن من جنسه، فهل يلزمه القبول؟ وجهان: أحدهما: لا، لظاهر الآية، والصحيح: نعم، كالزكاة، ولأن المقصود الإعانة.

فرع: لو مات السيد بعد أخذ النجوم، وقبل الإيتاء، لزم الورثة الإيتاء، فإن

كانوا صغارًا، تولاه وليهم، فإن كان مال الكتابة باقيًا، أخذ الواجب منه، ولا يزاحمه أصحاب الديون، لأن حقه في عينه، أو هو كالمرهون به، هكذا قاله القفال، ونقله ابن كج عن نصه في «المبسوط». وإن لم يكن باقيًا فثلاثة أوجه: أحدها: أن واجب الإيتاء لضعفه يؤخر عن الديون، ويحصل في رتبة الوصية. والثاني: أنا إذا قلنا: بقدر الواجب في الاجتهاد، فأقل ما يتمول في رتبة الديون والزيادة في رتبة الوصية لضعفها. والثالث وهو الصحيح: أن ما يحكم بوجوبه على الاختلاف، يقدم على الوصايا، فإن أوصى بزيادة على الواجب، فتلك الزيادة من الوصايا.

إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء، لم يسقط ولم يحصل التقاص، لأن للسيد أن يؤتيه من غيره، وليس للسيد تعجيزه، لأنه له عليه مثله، لكن يرفع المكاتب إلى القاضي حتى يرى برأيه، ويفصل الأمر بينهما. وإن جعلنا الإيتاء أصلًا، فقال القاضي حسين: له تعجيزه بالباقي إذا لم نجده، وإذا عجزه، سقط الإيتاء، وارتفع العقد من أصله. قال الإمام: هذا عندي غير صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره، ولا يفوت العتق.

المسألة الثانية: إذا عجل المكاتب النجوم قبل المحل، فإن لم يكن على السيد ضرر في القبول، أجبر عليه، وإن كان، بأن كان لا يبقى بحاله إلى وقت الحلول، كالطعام الرطب، أو لزمه له مؤنة، كالحيوان، وما يحتاج إلى حفظ، أو كان في أيام فتنة أو غرة، فلا يجبر على القبول. فلو أنشأ العقد في وقت الفتنة والغارة، لم يجبر على الأصح، لأنها قد تزول عند المحل. ولو أتى بالنجوم في غير بلد العقد، فإن كان في النقل مؤنة، أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفًا، لم يجبر على القبول، وإلا، فيجبر. ولو أتى بالنجم في محله، والسيد غائب، قبض القاضي عنه، وكذا يقبض عنه إذا امتنع وهو حاضر، ويعتق المكاتب. ولو أتى بالنجم قبل الحول، والسيد غائب، قبض عنه أيضًا إذا علم أن السيد لا ضرر عليه في أخذه، قال الصيدلاني: ومثله لو كان للغائب دين على حر، فأذن له الحاكم، هل يقبضه للغائب؟ وجهان: أصحهما: المنع، لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب أن يبقى المال في ذمة المليء، فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم.

فرع: إذا أتى المكاتب بالنجوم، فقال السيد: هذا حرام، أو مغصوب، نظر، إن أقام بينة بذلك، لم يجبر على قبوله، وتسمع منه هذه البينة لأن في إقامتها غرضًا ظاهرًا، وهو الامتناع عن الحرام، هكذا أطلقه كثيرون. وقال الصيدلاني: إنما تقبل

البينة إذا عين له مالكًا إما أذا لم يعين، فلا تتصور البينة للمجهول، ولا معنى لقولهم: إنه مغصوب. والصحيح الأول. وإن لم يكن بينة، فالقول قول المكاتب بيمينه أنه له، لظاهر اليد، فإن نكل، حلف السيد، وكان كإقامة البينة، في وجه: لا يحتاج السيد إلى بينة، والصحيح الأول. ولا تثبت بينة السيد في حق المالك الذي عينه، ولا يسقط بحلف المكاتب حقه، ثم إذا حلف المكاتب، فالمذهب أنه يجبر السيد على قبوله، أو إبرائه عن ذلك القدر فإن امتنع منهما، أخذ الحاكم تلك النجوم، وعتق المكاتب. وقيل: في إجباره على الأخذ قولان. ثم إذا أخذه السيد، نظر، إن عين له مالكًا، أمر بتسليمه إليه بلا خلاف، مؤاخذة له باعترافه، وإن لم يقبل قوله على المكاتب. وإن لم يعين مالك، بل اقتصر على قوله: هو مغصوب، أو مسروق، أو حرام، فوجهان: أحدهما: ينتزعه الحاكم ويحفظه ببيت المال إلى أن يظهر مالكه. وأصحهما: لا ينتزعه، لأنه لم يقر لمعين. ونقل الروياني وغيره على هذا أن يقال: امسكه حتى يتبين صاحبه، ويمنع من التصرف فيه، فإن كذب نفسه، فقال: هو للمكاتب كان كما ادعاه، قال الإمام: فالصحيح أنه يقبل، وينفذ تصرفه فيه بحسبه. قال: وإن قلنا: يزيل الحاكم يده، فالظاهر أنه لو كذب نفسه، لا يقبل.

فرع: إذا جاء المكاتب بالنجم عند المحل، وعلى شرط السيد أن يبرئه، فالشرط لغو، وللسيد أخذه، فلا يلزمه أن يبرئه عن الباقي، وإن عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبرأه، لم يصح القبض، ولا الإبراء. ولو قال: أبرأتك عن كذا، بشرط أن تعجل لي الباقي، وإذا عجلت علي كذا فقد أبرأتك عن الباقي، فعجل، لم يصح القبض ولا الإبراء، وإذا لم يصح، لا يحصل العتق، وعلى السيد رد المأخوذ. هذا هو المذهب، وأشار المزني إلى ترديد قول في صحة القبض والإبراء، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اختلاف القول، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجر شرط، فابتدأ بذلك. ولو أنشأ رضى جديدًا بقبضه عما عليه، حكم بصحته، كما لو أذن للمشتري في قبض ما في يده عن جهة الشراء، أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن. ولو أخذ السيد ما عجله المكاتب، وأبرأه عن الباقي بلا شرط، أو عجز المكاتب نفسه، فأخذ السيد ما معه، وأبرأه عن الباقي، أو أعتقه، جاز. ولو أراد السيد والمكاتب حيلة يعتق بها بما عجل، ويكون بجهة الكتابة، فقال الأصحاب: طريقه أن يقول: إذا عجزت نفسك، وأديت كذا، فأنت حر، فإذا وجدت الصفات، عتق عن جهة الكتابة، لأنها لا ترتفع بمجرد تعجيز نفسه، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد التعجيز، وإذا عتق عن الكتابة، كانت الأكساب

له، فيتراجعان، فيرجع المكاتب على السيد بما أخذه، والسيد عليه بقيمته، لأنه أعتقه على عوضين: التعجيز، والمال المذكور، والتعجيز لا يصلح عوضًا، فكأنه أعتقه بعوض فاسد. قال صاحب «الشامل»: ولو لم يعلق هكذا، ولكن قال: إن أعطيتني كذا فأنت حر، فأعطاه، عتق، ولكنه عوض فاسد، لأن المكاتب لا تصح المعاوضة عليه، فيعتق بالصفة، وعليه تمام قيمته. ولو عجل المكاتب النجم، على أن يعتقه، ويبرئه عن الباقي، ففعل السيد ذلك، عتق المكاتب، ورجع عليه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما دفع، لأنه أعتقه بعوض فاسد، حكاه القاضي عن النص.

المسألة الثالثة: في تعذر تحصيل النجوم عند حلولها، وله أسباب:

السبب الأول: الإفلاس، فإذا حل نجم على المكاتب، وهو عاجز عن أدائه، أو عن بعضه، فللسيد فسخ الكتابة، وله أن يفسخ بنفسه، لأنه فسخ مجمع عليه، كفسخ النكاح بالعتق، وإن شاء رفع إلى الحاكم ليفسخ. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: لأنه إذا ثبت عجزه بإقراره، أو بالبينة فللسيد فسخ الكتابة. وينبغي أن لا يشترط إقراره بالعجز، ولا قيام البينة عليه، لأنا سنذكر إن شاء الله أنه لو امتنع من الأداء ثبت حق الفسخ. وإذا لم يؤد، فهو ممتنع، إذا لم يكن عاجزًا. وإذا رفع إلى القاضي، فلا بد من ثبوت الكتابة، وحلول النجم عنده. ومتى فسخت، سلم للسيد ما أخذه، لأنه كسب عبده، لكن ما أخذه من الزكاة يسترد ويؤديه. وهذا قد سبق في الزكاة، وليس هذا الفسخ على الفور، بل له تأخيره ما شاء، كفسخ الإعسار. وإذا استنظره المكاتب، استحب أن ينظره، ثم لا يلزمه الإمهال، بل له الرجوع إلى الفسخ متى بدا له. وإذا طالبه بالمال، فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرجه من الصندوق والدكان والمخزن، ويزن فإن كان ماله غائبًا، فقد أطلق الإمام والغزالي أن للسيد الفسخ، وليحمل على تفصيل ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما، وهو أنه إن كان على مسافة القصر، لم يلزمه التأخير إلى استيفائه، كما لو كانت له وديعة، وإن كان مؤجلًا، أو على معسر، فلا. وإن كان الدين على السيد، وهو من جنس النجوم، ففيه الخلاف في التقاص، وإن كان من غير جنسه، أداه ليصرفه المكاتب في النجوم. ولو حل النجم وهو نقد، وللمكاتب عروض، فإن أمكن بيعها أمكن بيعها على الفور، بيعت ولا فسخ، وإن احتاج البيع إلى مدة، لكساد وغيره، فمقتضى كلام الصيدلاني أن لا فسخ. ورأى الإمام الفسخ، كغيبة المال، وهذا أصح، وضبط البغوي التأخير للبيع بثلاثة أيام. وقال: لا يلزم أكثر منها.

السبب الثاني: غيبة المكاتب، فإذا حل النجم، والمكاتب غائب، أو غاب

بعد حلوله بغير إذن السيد، فللسيد الفسخ إن شاء بنفسه، وإن شاء بالحاكم، وقيل: لا يفسخ بنفسه والصحيح الأول فلا يلزمه تأخير الفسخ لكون الطريق مخوفًا، أو المكاتب مريضًا. وإذا فسخ بنفسه، فليشهد عليه، لئلا يكذبه المكاتب، وإن رفع إلى الحاكم، فلا بد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل، ويحلفه الحاكم مع ذلك، لأنه قضاء على الغائب. قال الصيدلاني: يحلفه أنه ما قبض النجوم منه، ولا من وكيله، ولا أبرأه، ولا أحال به، ولا يعلم له مال حاضر. وذكر الحوالة مبني على جواز الحوالة بالنجوم. ولو كان مال المكاتب حاضرًا، لم يؤد الحاكم النجوم منه، ويمكن السيد من الفسخ، لأنه ربما عجز نفسه لو كان حاضرًا، ولم يؤد المال. ولو نظر المكاتب بعد حلول النجم، وأذن له في السفر، ثم بدا له في الانظار، لم يكن له الفسخ في الحال، لأن المكاتب غير مقصر هنا، ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم، ويقيم البينة على الحلول والغيبة، ويحلف مع ذلك، ويذكر أنه رجع عن الإنظار، فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب ليعرفه الحال، فإن أظهر العجز، كتب به إلى حاكم بلد السيد ليفسخ إن شاء، وإن قال: أؤدي الواجب، فإن كان للسيد هناك وكيل، سلم إليه، فإن أبى، ثبت حق الفسخ للسيد، وللوكيل أيضًا إن كان وكيلًا فيه. وحكى ابن كج قولًا آخر أنه لا فسخ بالامتناع عن التسليم إلى الوكيل، لاحتمال العزل. وإن لم يكن هناك وكيل، أمره الحاكم بإيصاله إليه، إما بنفسه، وإما بغيره، ويلزمه ذلك في أول رفقة تخرج، أو في الحال إن كان لا يحتاج إلى رفقة في ذلك الطريق، وعلى السيد الصبر إلى أن تمضي مدة إمكان الوصول، فإن مضت، ولم يوصله مقصرًا، فللسيد الفسخ. قال ابن كج: ولو لم يكن في بلد السيد حاكم، فكتب السيد إلى العبد، وأعلمه بالحال، وأمره بالتسليم إلى رجل، فامتنع، فعندي أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع له العلم به. وحكى ابن القطان فيه وجهين: قال: وحكى وجهين فيما لو سلم المكاتب إلى وكيل السيد، وبان أن السيد عزله، هل يبرأ المكاتب؟ قال: قال: وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم: فلان وكيله، ولم يأذن بالتسليم إليه، فإن أمره، بالتسليم إليه، برىء بلا خلاف.

السبب الثالث: الامتناع، فإذا امتنع المكاتب من أداء النجوم مع القدرة، لم يجب عليه، لأن الحط له، فلا يجبر عليه، ولأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب، ولأنها تتضمن التعليق بالصفة، والعبد لا يجبر على الصفة، فإذا عجز نفسه، فالسيد بالخيار، إن شاء فسخ، وإن شاء صبر، وإن أراد الفسخ، فسخ بنفسه، ولا يحتاج إلى القاضي. وهل للمكاتب الفسخ؟ وجهان: أحدهما: لا، إذ لا ضرر عليه في

بقائها، وأصحهما: نعم، كالمرتهن يفسخ الرهن، قال الإمام: وتجويز الامتناع من الأداء مع أنه لا يملك الفسخ بعيد.

السبب الرابع: قد سبق أن الكتابة لا تنفسخ بجنون العبد، فإن أراد السيد الفسخ، اشترط أن يأتي الحاكم، فيثبت عنده الكتابة، وحلول النجم، ويطالب به، ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق، ثم يبحث، فإن وجد للمكاتب مالًا، أداه عن الواجب عليه، ليعتق، لأن المجنون ليس من أهل الضرر لنفسه، فناب عنه الحاكم، بخلاف الغائب الذي له مال حاضر. ثم إن الجمهور أطلقوا أن الحاكم يؤدي عنه. وقال الغزالي: يؤدي إن رأى له مصلحة في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق، لم يؤد، وهذا حسن، ولكنه قليل النفع، مع قولنا: إن للسيد إذا وجد مالًا الاستقلال بأخذه، إلا أن يقال: يمنعه الحاكم من الأخذ والحالة هذه. وإن لم يجد الحاكم له مالًا، مكن السيد من الفسخ، فإذا فسخ، عاد المكاتب قنًا له، وعليه نفقته، فإن أفاق، وظهر له مال كان حصله قبل الفسخ، دفعه إلى السيد، وحكم بعتقه، وبعض التعجيز. هكذا أطلقوه. وأحسن الإمام، فقال: إن ظهر المال في يد السيد، رد التعجيز، وإلا، فهو ماض، لأنه فسخ حين تعذر الوصول إلى حقه، فأشبه ما لو كان ماله غائبًا، فحضر بعد الفسخ. وإذا حكمنا ببطلان التعجيز، وكان السيد جاهلًا بحال المال، فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه. وإن وجد السيد للمكاتب في جنونه مالًا، فقد سبق أن الاستقلال بأخذه، وحكينا عن الإمام فيه تفصيلًا.

السبب الخامس: إذا مات المكاتب قبل تمام الأداء، انفسخت الكتابة، ومات رقيقًا، فلا يورث، وتكون أكسابه لسيده، وتجهيزه عليه، سواء خلف وفاء بالنجوم، أم لا، وسواء كان الباقي قليلًا أم كثيرًا، وسواء كان حط عنه شيئًا، أم لا، لأن الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط به معلومًا. نص في «الأم» على أنه لو أحضر المكاتب المال ليدفعه إلى السيد، أو دفع المال إلى رسوله ليوصله إليه، فمات قبل قبضه، مات رقيقًا أيضًا، وأنه لو وكل المكاتب رجلًا في دفع النجم الأخير إلى السيد، ومات المكاتب، فقال أولاده الأحرار: دفع الوكيل قبل موته، فمات حرًا، وكذبه السيد، فهو المصدق، فإن أقاموا بينة على الدفع يوم الخميس، وكان قد مات يوم الخميس، لم ينفعهم إلا أن يقول الشهود: دفع قبل موته، أو يقولوا: دفع قبل طلوع الشمس، ويكون السيد معترفًا بأن مات بعد الطلوع. وأنه لو شهد وكيل المكاتب بقبض السيد قبل موت المكاتب، لم تقبل شهادته، ولو شهد به وكيل السيد، قبلت، لعدم التهمة.

فروع: تتعلق بالفسخ والانفساخ، فيحصل الفسخ بقول السيد: فسخت

الكتابة، ونقضتها، ورفعتها، وأبطلتها، وعجزت المكاتب. ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة، ثم أحضر المكاتب المال، لم يكن للسيد الامتناع من قبضه، ونص في «الأم» أنه لو قال بعد التعجيز: قررتك على الكتابة، لم يصر مكاتبًا حتى يجدد كتابة، وقد سبق في القراض ما يقتضي خلافًا فيه.

ولو تطوع رجل بأداء مال الكتابة، فهل يجبر السيد على القبول، أم له الفسخ؟ وجهان أصحهما: له الفسخ، وبه قطع الإمام. وإذا قبل، ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بإذنه وجهان: القياس: الوقوع. وإذا مات المكاتب رقيقًا، أو فسخ السيد الكتابة لعجزه، رق كل من يكاتب عليه والد وولد، وصاروا جميعًا للسيد، وجميع ما في يده من المال للسيد إن لم يكن عليه دين، فإن كان، فسنذكره إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا قهر السيد المكاتب، واستعمله مدة، لزمه أجرة مثله. ثم إذا جاء المحل، هل يلزمه إمهاله مثل تلك المدة، أم له تعجيزه والفسخ؟ قولان. أظهرهما: الثاني، لأنه أخذ بدل منافعه. ولو حبسه عن السيد، فالمذهب، فالمذهب أنه لا إمهال، وأجراه العراقيون على القولين. وقد ذكرنا المسألة فيما لو أسر الكفار مكاتبًا مدة ثم استنقذناه.

المسألة الرابعة: فيما إذا انضم إلى النجوم ديون على المكاتب لسيده أو لغيره، أو له ولغيره. وفيها صور:

الأولى: كان للسيد مع النجوم دين معاوضة، أو أرش جناية، فإن تراضيا بتقديم الدين، فذاك، وإن تراضينا بتقديم النجوم، عتق. ثم المذهب أن الدين الآخر لا يسقط، فللسيد مطالبته به. ولو كان ما في يده وافيًا بالنجوم دون الدين، فإذا أداه عن النجوم بإذن السيد، فالحكم ما ذكرناه، وللسيد منعه من تقديم النجوم، فيأخذ ما معه عن الدين، ثم يعجزه. وهل له تعجيزه قبل أخذه؟ وجهان: أصحهما: نعم. ولو دفع المكاتب ما في يده إلى السيد، ولم يتعرضا للجهة، ثم قال المكاتب: قصدت النجوم، وأنكر السيد، أو قال: أصدقه، ولكن قصدت أنا الدين لا النجوم، فقال القفال: يصدق المكاتب. وقال الصيدلاني: يصدق السيد، لأن الاختيار هنا إليه، بخلاف سائر الديون. قلت: قول القفال أصح. والله أعلم.

الثانية والثالثة: إذا اجتمع عليه نجوم وديون للسيد أو لغيره، أو له ولغيره، فهو كالحر في الحجر عليه بالفلس، وقسم ماله بين أصحاب الديون. وهل تحل بالحجر الديون المؤجلة؟ طريقان: أصحهما: قولان، كالمفلس. والثاني: تحل قطعًا، لأن للرق أثرًا في إبطال الأجل، ولهذا نص الشافعي رحمه الله أن الحربي إذا

استرق وعليه دين مؤجل، حل، قلنا: يحل، قسم المال على الجميع، وإلا، فعلى الحال، ولا يحجر عليه بالتماس السيد للنجوم، لأنها غير مستقرة، والمكاتب متمكن من إسقاطها.

إذا ثبت هذا، فإن كان ما في يد المكاتب وافيًا بالديون، قضيت، وإلا، فإن لم يحجر عليه، فله تقديم ما شاء من الديون، وله تعجيل الديون قبل المحل، ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة بغير إذن سيده. وفي جوازه بإذنه الخلاف في تبرعاته بإذنه. وفي معناه ما إذا عجل الديون للسيد، ومنهم من طرد الخلاف في تعجيل النجوم، ذكره الروياني. وإذا قدم النجوم، عتق، وبقي دين الأجانب عليه، ولا يجيء فيه الخلاف في إعتاق الجاني، لأن العتق يحصل بالصفة السابقة على الجناية، فهو كما لو علق عتق عبده بصفة، ثم جنى، فإن الجناية لا تمنع وقوع العتق بالتعليق السابق بلا خلاف، والأولى أن يقدم دين المعاملة، فإن فضل شيء، جعله في الأرش، فإن فضل شيء، صرفه في النجوم. وسيظهر وجه هذا الترتيب إن شاء الله تعالى. وإن حجر عليه، تولى قسمة ما في يده. وفي كيفية القسمة وجهان: ويقال: قولان، أحدهما: يقسم على قدر الديون، وأصحهما: يقدم دين المعاملة، لأنه يتعلق بما في يده خاصة، وللأرش متعلق آخر، وهو الرقبة، وكذا حق السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقبة، ويسوى بين النقد والعرض، ثم يقدم أرش الجناية على النجوم، لأن الأرش مستقر، والنجوم معرضة للسقوط. وقال القاضي أبو الطيب: لا خلاف أن هذا الثاني مذهب الشافعي رحمه الله، وإنما الأول إذا رضوا بالتسوية، فإن عجز المكاتب نفسه، سقطت النجوم. وفي دين المعاملة للسيد وجهان: أصحهما: يسقط أيضًا ويصرف ما في يده إلى ديون الأجانب، من معاملة وأرش، فإن لم يف بالنوعين، فهل تقدم المعاملة، أم الأرش، أم يسوى بينهما؟ أوجه: أصحها: عند الشيخ أبي محمد، والغزالي ونحوهما: الثالث. ثم ما تبقى من دين المعاملة، يتبع به بعد العتق، وما تبقى من الأرش يتعلق بالرقبة، يباع فيه. ولو مات المكاتب قبل قسمة ما في يده، انفسخت الكتابة، وسقطت النجوم. قال ابن سريج، وابن الصباغ: تسقط الأروش أيضًا، لأنها تتعلق بالرقبة، وقد فاتت، وبما في يده بحكم الكتابة، وقد بطلت، فعلى هذا يتعين صرف ما خلفه إلى المعاملة. وقال الصيدلاني والإمام والبغوي: تبقى الأروش وتعلقها بالمال، فعلى هذا إن سوينا في صورة التعجيز، فهنا أولى، وإن قدمنا الأرش، فكذا هنا، وإن قدمنا المعاملة، فهل تقدم هنا أيضًا، أم يسوى؟ وجهان: أصحهما: التسوية، لأنهما متعلقان بما خلفه.

فرع: إذا لم يكن في يد المكاتب مال، أو قسم الموجود، إما على الديون جميعًا بالسوية، وإما على التقديم والترتيب، وبقيت النجوم أو بعضها، فللسيد تعجيزه، ورده رقيقًا. وإن بقيت الأروش أو بعضها فمستحق الأرش الباقي، لعجزه، لتباع رقبته في حقه، ولا يعجزه بنفسه، لأنه لم يعقده، لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليعجزه، صرح الأصحاب بهذا. وقال الإمام: ظاهر كلامهم أنه يعجزه بنفسه، لأنه لم يعقده، لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليعجزه، بنفسه، والوجه: الرفع إلى القاضي. فلو أراد السيد أن يفديه ويبقي الكتابة، فهل يمتنع على مستحق الأرش التعجيز ويلزمه قبول الفداء؟ وجهان: أرجحهما عند الإمام والغزالي: لا، وأصحهما: نعم، وبهذا قطع الجمهور. وأما صاحب دين المعاملة، فليس له التعجيز، لأن حقه لا يتعلق بالرقبة. ولو أمهله السيد ومستحق الأرش، ثم بدا لبعضهم وأراد التعجيز، فله ذلك. وإذا تحقق التعجيز، سقطت النجوم، ويباع في الأرش، إلا أن يفديه السيد، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة على الصحيح.

فرع: ذكرنا أن الأصح تقديم دين الأجنبي على النجوم، وهل يضارب السيد معهم بماله من دين المعاملة؟ وجهان: أصحهما: نعم، وأما ما للسيد عليه من أرش جناية، فقال ابن كج: يستوي السيد والأجنبي فيه في دوام الكتابة، وأما بعد التعجيز، فيباع في أرش الجناية للأجنبي، ويسقط ما للسيد، لأنه صار ملكه، ولا يثبت للسيد على عبده أرش، ويجوز أن يجعل فيه خلاف.

المسألة الخامسة: إذا كان بينهما عبد بالسوية، فكاتباه، لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في المدفوع. فلو دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر، لم يعتق منه شيء، لأن نصف المأخوذ لشريكه، ويجيء فيه وجه ضعيف سبق. وإن دفع إليه تمام النجوم، فكذلك على الأصح، وللشريك الآخر أخذ حصته مما قبض بلا خلاف. ولو قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر، عتق العبد قطعًا. وإن سلم إلى أحدهما حصته من مال الكتابة بإذن الآخر ورضاه بتقديمه، فهل يصح القبض؟ قولان أظهرهما: لا، لأن حقه في ذمة المكاتب. وما في يده ملكه، فلا أثر للإذن فيه، ولأنه لو جاء بالمال ليعطيهما، فرضي أحدهما بأن يزن للآخر أولًا، ففعل، وأقبضه، لم يعتق حتى يزن للآخر. ولو هلك الباقي قبل أن يزن للثاني، كان المدفوع بينهما، فكذا هنا، والثاني: نعم، لأن الحق لا يعدوهم، فإن قلنا: لا يصح القبض، لم يعتق نصيب القابض، وللآذن طلب حصته من المقبوض. ثم إن أدى المكاتب الباقي، عتق عليهما، وإلا، فلهما التعجيز. وإن قلنا: يصح القبض، اختص القابض بما قبض، وعتق نصيبه. ثم إن كان معسرًا، لم يعتق عليه

نصيب الآخر، ولكن إن كان في يد المكاتب ما يفي بنصيب الآخر، وأداه، عتق أيضًا، وإلا، فله التعجيز. وإن كان موسرًا، قوم عليه نصيب الشريك. وهل يقوم في الحال، أم عند التعجيز عن نصيب الآخر؟ فيه القولان السابقان فيما إذا عتق أحدهما نصيبه، فإن قلنا: يقوم في الحال، فجميع ما في يد المكاتب يكون للشريك الآذن، وما كسبه بعد ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن، لأنه كسب بنصفيه الحر والمكاتب. وإن مات قبل الأداء والتعجيز، فعلى ما سبق هناك. هذه طريقة جماهير الأصحاب. وقال الإمام: إن كان في يده وفاء بنصيب الشريك الآذن، فالذي رأيته للأصحاب القطع بأنه لا سراية. وقال الغزالي: ولا نقول بعتق نصيبه، بل يؤدي نصيب الآذن، فإذا أدى، عتق عليهما، وإن عجز عن أداء نصيب الآذن، فعن ابن سريج: لا يشارك القابض فيما قبض، لأنه لما قدمه رضي ببقاء حقه في ذمة المكاتب، فعلى هذا يعتق نصيب القابض. وفي السراية ما ذكره الجماهير. وعن غيره أن الآذن يشاركه، لأن ما قبضه، كسب عبدهما، وإنما تبرع الآذن بالتقديم، لا بالتمليك، ولا يخلص له المقبوض. فعلى هذا لهما تعجيزه وإرقاقه.

فرع: قد سبق أنهما إذا كاتبا المشترك، فادعى أنه أوفاهما، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، صدق المكذب بيمينه، فإذا حلف، بقيت الكتابة في نصيبه، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدق فيما أقر بقبضه، فيأخذ نصفه، ويطالب العبد بالباقي، وبين أن يطالب المكاتب بتمام نصيبه، لأن كسبه متعلق حقهما بالشركة. وقيل: إذا جوزنا انفراد أحدهما بكتابة نصيبه، لم يشارك المصدق، بل يطالب المكاتب بجميع حقه. وإنكاره قبض الشريك لا يمنعه الرجوع عليه، لأنه أقر بالقبض، وربما قبض وهو لا يعلم. ثم إذا أخذ المكاتب حصته منهما، أو من العبد لاعترافه بأنه مظلوم، ولا يرجع العبد أيضًا على المصدق بما العبد وحده، عتق باقيه، ولا يرجع المصدق إن أخذ منهما بشيء على يأخذ منه، ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب، لأنه متهم.

المسألة السادسة: إذا كاتب عبيدًا، وشرط أن يتكفل بعضهم بعضًا بالنجوم، فسدت الكتابة، لأنه شرط فاسد، لأن ضمان النجوم باطل. ولو ضمن بعضهم بعضًا بلا شرط، لم يصح، وفي قول قديم: لا تفسد الكتابة بالشرط المذكور، لأنه مصلحة العقد والمشهور الأول، ولو كاتب عبدًا بشرط أن يضمن عنه فلان، لم تصح الكتابة أيضًا، ولو أدى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان، أو كاتب عبدين في عقدين، فأدى أحدهما عن الآخر، فإن أدى بإذنه، رجع عليه، وإلا، فلا، وإن أدى قبل العتق، فهو تبرع، وتبرعه بغير إذن السيد باطل، وبإذنه

قولان، فإن لم يعلم السيد أنه يؤدي عن غيره، بأن ظن أن كسب المؤدى عنه، وأنه وكيله، فهو تبرع بغير إذن السيد، وإن علم الحال، فهو كالتصريح بالإذن على الأصح، فإن صححنا الأداء، لم يرجع المؤدى على السيد، ويرجع على المؤدى عنه إن أدى بإذنه، ولا يرجع إن أدى بغير إذنه، وإذا ثبت له الرجوع عليه، فإن كان قد عتق، فذاك، وإلا، فيأخذ مما في يده، ويقدم على النجوم، لأنه لا بدل له، وحق السبد له بدل عند التعذر، وهو رقبته، وإن لم نصحح الأداء، فلا رجوع للمؤدي على المؤدى عنه، لكنه يسترد من السيد، فلو أدى النجوم، وعتق، فالنص أنه لا يسترد حينئذ، ونص فيما لو جنى السيد على مكاتبه، فعفا عن الأرش، وأبطلنا العفو بناء على رد تبرعاته، فعتق، أن له أخذ الأرش. قال أكثر الأصحاب: في الصورتين قولان، كزوال المانع من تبرعه، لكن وقع العفو والأداء فاسدين، فلا ينقلبان صحيحين. ولو كاتب رجلان كل واحد منهما عبده، ثم أدى أحدهما عن الآخر بغير إذن سيده، لم يصح أداءه، وبإذنه قولان. وقال القفال: إن انضم إذن المؤدى عنه إلى آذن سيده، صح بلا خلاف، لأنه يكون إقراضًا، والإقراض بإذن السيد صحيح بلا خلاف، فإن لم نصحح أداءه، فله الاسترداد، فإن عتق قبل الاسترداد، ففيه الخلاف.

فرع: المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعه إلى السيد، فقال من قلت قيمته: أدينا النجوم على عدد الرؤوس، وقال من كثرت قيمته: بل على أقدار القيم، فقولان: أظهرهما: يصدق من قلت قيمته، لثبوت يده على ما ادعاه. والثاني: يصدق الآخر، لأن الظاهر معه. وقيل: ليست على قولين، بل إن أدوا بعض المال بحيث لو وزع على رؤوسهم، لم يخص أحدهم أكثر من قسطه، صدق قليل القيمة، وإن أدوا الجميع، وادعى قليل القيمة أنه أدى أكثر مما عليه ليكون وديعة عند السيد أو قرضًا على كثير القيمة، فيصدق كثير القيمة. قال الروياني: ويجري الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئًا على التفاضل، وأديا الثمن، واختلفا في أنهما أديا متفاضلًا، أم متساويًا.

الحكم الثالث: تصرفات السيد في المكاتب، وما يتعلق به، وتصرف المكاتب، أما القسم الأول، ففيه مسائل:

إحداها: في صحة بيع السيد رقبة المكاتب، وهبته قولان، الأظهر الجديد: بطلانه، ومنهم من قطع به، فعلى هذا لو أدى النجوم إلى المشتري بعد البيع، فهل يعتق؟ فيه الخلاف الذي نذكره إن شاء الله تعالى فيما لو دفع النجوم إلى مشتري النجوم. ولو استخدمه المشتري مدة، لزمه أجرة المثل للمكاتب، وهل على السيد

أن يمهله قدر المدة التي كانت في يد المشتري؟ قولان كما لو استخدمه السيد أو حبسه. وإن قلنا بالقديم فثلاثة أوجه: الصحيح: بقاء الكتابة، وينتقل إلى المشتري مكاتبًا، فإذا أدى إليه النجوم، عتق وكان الولاء للمشتري. والثاني: يعتق بالأداء إلى المشتري، ويكون الولاء للبائع، ويكون انتقاله بالشراء كانتقاله بالإرث. والثالث: ترتفع الكتابة بالبيع، فينتقل غير مكاتب، وهو ضعيف. ولو قال أجنبي لسيد المكاتب: أعتق مكاتبك على كذا، أو أعتقه عني على كذا، أو مجانًا، فهو كقوله: أعتق مستولدتك، وقد سبق في الكفارات، ولا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب، ولا إعتاق عبيده، ولا تزويج إمائه.

الثانية: لا يصح بيع السيد نجوم الكتابة التي على المكاتب على المذهب، ولا الاستبدال عنها على الصحيح، فلو باعها، لم يجر للمكاتب تسليمها إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها، ويحصل العتق بدفعها إلى السيد. وهل يحصل بدفعها إلى المشتري؟ قال في «المختصر»: نعم. وفي «الأم»: لا، فقال الجمهور: قولان. أحدهما: نعم، لأن للسيد سلطة على القبض، فأشبه الوكيل وأظهرهما: لا، لأنه يقبض لنفسه، حتى لو تلف في يده، ضمنه، بخلاف الوكيل، وقال أبو إسحاق: إن قال عند البيع: خذها منه، أو قال للمكاتب: ادفعها إليه، صار وكيلًا، وعتق بقبضه، وإن اقتصر على البيع، فلا. ويقال: إن أبا إسحاق، عرض هذا الفرق على ابن سريج، فلم يعبأ به. وقال هو وإن صرح بالإذن، فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا بالوكالة. فإن قلنا: يعتق، فما أخذه المشتري يعطيه للسيد لأنا جعلناه كتوكيله. وإن قلنا: لا يعتق، فالسيد يطالب المكاتب، والمكاتب يسترد من المشتري.

الثالثة: السيد معه في المعاملة كأجنبي يبايعه، ويأخذ ثمنه بالشفعة. فلو ثبت له على سيده دين معاملة، ولسيده عليه النجوم، أو دين معاملة، ففي التقاص الخلاف الآتي في الفرع عقيبه إن شاء الله تعالى.

فرع: في التقاص. إذا ثبت لشخصين كل واحد منهما على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين، كسلم وقرض، أو قرض وثمن، نظر، هل هما نقدان، أم لا؟ وهل هما جنس، أم لا؟ فإن كانا جنسًا، واتفقا في الحلول وسائر الصفات، فأربعة أقوال: أظهرها: يحصل التقاص بنفس ثبوت الدينين، ولا حاجة إلى الرضى، إذ لا فائدة فيه. والثاني: لا يحصل التقاص، وإن رضيا، لأنه بيع دين بدين. والثالث: يشترط في التقاص رضاهما. والرابع: يكفي رضى أحدهما. وإن اختلف الدينان في الصفات، كالصحة، والكسر، والحلول، والتأجيل، أو قدر الأجل، لم يحصل

التقاص، لاختلاف الأغراض، ولصاحب الحال أن يستوفيه وينتفع به إلى أن يحل ما عليه، فإن تراضيا على جعل الحال قصاصًا عن المؤجل، لم يجز، كما في الحوالة. وحكى أبو الفرج الزاز فيهما وجهًا. ولو كانا مؤجلين لأجل واحد، فهل هما كالحالين، أم كمؤجلين بأجلين مختلفين؟ وجهان: أرجحهما عند الإمام: الأول، وعند البغوي: الثاني. وإن كانا جنسين: دراهم، ودنانير، فلا مقاصة. والطريق: أن يأخذ أحدهما ما على الآخر، ثم إن شاء جعل المأخوذ عوضًا عما عليه، فيرده إليه، ولا حاجة إلى قبض العوض الآخر. أما إذا لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا جنسًا، فالمذهب أنه لا تقاص، وبه قطع جمهور العراقيين، وغيرهم. وقيل: هو على الأقوال: وقيل: إن كانا من ذوات الأمثال، فعلى الأقوال، وإلا، فلا تقاص قطعًا وإن كانا جنسين، فلا تقاص قطعًا وإن تراضيا، بل إن كانا عرضين، فليقبض كل واحد ما على الآخر، فإن قبض أحدهما، لم يجز رده عوضًا عن المستحق للمردود عليه، لأنه بيع عرض قبل القبض، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقًا بقرض أو إتلاف، لا بعقد. وإن كان أحدهما عرضًا، والآخر نقدًا، فإن قبض مستحق العرض العرض، ورده عوضًا عن النقد المستحق عليه جاز وإن قبض مستحق النقد النقد، ورده عوضًا عن العرض المستحق عليه لم يجز، إلا أن يكون العرض مستحقًا بقرض أو إتلاف. هكذا ذكر ابن الصباغ والروياني وإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب، وبرىء المكاتب عن النجوم، عتق كما لو أداها.

فإذا قلنا: لا يتقاصان، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه، حبس حتى يسلما، ذكره صاحب «الشامل» وغيره. والله أعلم.

الرابعة: إذا أوصى السيد بالمكاتب، صحت الوصية على القديم الذي نصحح بيعه، ولا يصح على الجديد. فعلى هذا لو قال: إن عجز مكاتبي، وعاد إلى الرق، فقد أوصيت به لفلان، فوجهان: أحدهما: لا يصح اعتبارًا بحال التعليق، وكما لو قال: إن ملكت عبد فلان، فهو حر. والثاني وهو الصحيح وبه قطع الجمهور: تصح الوصية كما لو أوصى بثمرة نخلته، وحمل جاريته، وكما لو قال: إن ملكت عبد فلان، فقد أوصيت به، فإن قلنا بالصحيح، فعجز، وأراد الوارث إنظاره، فللموصى له تعجيزه، وليأخذه، وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم، كما سبق في المجني عليه. ولو أوصى بالنجوم التي عليه، صحت وإن لم تكن مستقرة، كما تصح الوصية بالحمل. وإن لم يكن مملوكًا في الحال، فإن أداها، فهي للموصى له، وولاء المكاتب للسيد. وإن عجز، فللوارث تعجيزه، وفسخ الكتابة. وإن أنظره الموصى له، فهل للموصى له إبراؤه عن النجوم؟ فيه احتمالان لابن كج والقاضي حسين.

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر بالنجوم، صحت الوصيتان، فإن أدى المال، بطلت الأولى. وإن رق، بطلت الثانية. ولو أوصى لرجل بما يعجله المكاتب، فلم يعجل، وأدى النجوم في محلها، بطلت الوصية، ولا يجبر على التعجيل لتنفيذ الوصية. هذا كله في الكتابة الصحيحة، أما إن كاتبه كتابة فاسدة، ثم أوصى برقبته، فإن كان عالمًا بفساد الكتابة، صحت الوصية. قال الصيدلاني وغيره: وتتضمن الوصية فسخ الكتابة. وإن كان يظن صحتها، فقولان: أحدهما: لا تصح الوصية، لأنه أوصى معتقدًا بطلان الوصية وأظهرهما: تصح اعتبارًا بحقيقة الحال. ومنهم من طرد القولين فيما لو كان عالمًا بفساد الكتابة، لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق وغيره، بخلاف ما لو باع بيعًا فاسدًا، ثم أوصى بالمبيع وهو عالم بفساد البيع، فإنه يصح قولًا واحدًا، لأن البيع الفاسد ليس كالصحيح. وأما إذا أوصى بالمبيع جاهلًا بفساد المبيع، فهو على القولين. ولو باع المكاتب كتابة فاسدة، أو المبيع بيعًا فاسدًا، أو وهب، أو رهن وهو جاهل بالفساد، فقيل: فيه القولان. وقيل: يبطل قطعًا، بخلاف الوصية، لأنها تحتمل الغرر. والخلاف في هذا كلهُ كالخلاف فيمن باع مال أبيه ظانًا أنه حي فكان ميتًا. وفي معناها، ما إذا وكل رجلًا بشراء عبد، ثم باعه وهو لا يعلم أن الوكيل اشتراه له، أو باع مال اليتيم وهو لا يعلم أن أباه جعله وصيًا له، فبان أنه جعله.

الخامسة: الوصية بوضع النجوم عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث، فلو قال: ضعوا عنه ما عليه من النجوم أو كتابته، فمقتضاه وضع النجوم. فلو قال: نجمًا من نجومه، فالاختيار للوارث يضع ما شاء أقلها أو أكثرها، أولها، أو آخرها، أو أوسطها، وكذا لو قال: ضعوا عنه ما قل أو كثر، أو ما خف، وثقل. ولو قال: ضعوا عنه ما شاء من نجوم الكتابة، فشاء وضع الجميع، لم يوضع الجميع، بل يبقى أقل ما يتمول، لأن «من» للتبعيض. ولو اقتصر على قوله: ضعوا عنه ما شاء فشاء الجميع، فقيل بوضع الجميع. والصحيح المنصوص: أنه يبقى شيء كالصورة السابقة. ولو قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه، أو أكثر ما بقي عليه، وضع نص ما عليه وزيادة، وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث. ولو قال: ضعوا عنه أكثر مما عليه أو ما عليه وأكثر، وضع عنه الجميع، ولغا ذكر الزيادة. ولو كانت عليه نجوم مختلفة الأقدار والآجال، فقال: ضعوا عنه أكثر النجوم أو أكبرها، روعي القدر. وإن قال: أطولها وأقصرها، روعيت المدة. وإن قال: أوسط النجوم، فهذا يحتمل الأوسط في القدر، وفي الأجل وفي العدد، فإن اختلفت النجوم فيها جميعًا، فللورثة تعيين ما شاؤوا، فإن زعم المكاتب أنه أراد غيرهم، حلفهم على نفي العلم. وإن تساوت في القدر والأجل، حملت على العدد، فإذا كان العدد

وترًا، كالثلاثة والخمسة، فالأوسط واحد. وإن كان شفعًا، فالأوسط اثنان، كالثاني والثالث من أربعة، فيعين الوارث أحدهما، هكذا قال ابن الصباغ وغيره. ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما، فيوضعان، وهذا مقتضى ما في «التهذيب».

فرع: أوصى بكتابة عبد بعد موته، فلم يرغب العبد في الكتابة، تعذر تنفيذ الوصية، ولا يكاتب بدله آخر، كما لو أوصى لزيد بمال فلم يقبل، فلا يصرف إلى غيره. وإن رغب، فإن خرج كله من الثلث، كوتب ثم إن عين مال الكتابة، كوتب على ما عينه، وإلا، فعلى ما جرت به العادة. والعادة أن يكاتب العبد على ما فوق قيمته. وإن لم يخرج كله من الثلث، فلم يجز الوارث، فقيل: كتابة القدر الذي يخرج من الثلث يكون على الخلاف في كتابة بعض العبد، والمذهب أنه يكاتب ذلك القدر، ويصح بلا خلاف، ولا يبالي بالتبعيض إذا أفضت الوصية إليه،، وإذا كوتب بعضه، وأدى النجوم، عتق، وولاؤه للموصي، والباقي رقيق، فإن أجاز الوارث كتابة كله، وعتق بأداء النجوم، فولاء الجميع للموصي إن جعلنا الإجازة تنفيذًا، وإلا فولاء ما زاد على القدر الخارج من الثلث للوارث. ولو قال: كاتبوا أحد عبيدي، لم يكاتب أمة، ولا خنثى مشكل. وهل يكاتب خنثى ظهرت ذكورته؟ فيه طريقان: المذهب: نعم. والثاني: قولان، لبعده عن الفهم عند الاطلاق. ولو قال: كاتبوا إحدى إمائي، لم يكاتب المشكل، فإن ظهرت أنوثتها، فعلى الطريقين. ولو قال: أحد رقيقي، جاز العبد والأمة، وجاز المشكل على المشهور.

فصل: وأما تصرفات المكاتب، فهو كالحر في معظمها، فيبيع ويشتري، ويؤجر ويستأجر، ويأخذ بالشفعة، ويقبل الهبة، والوصية، والصدقة، ويصطاد ويحتطب، ويؤدب عبيده إصلاحًا للمال، كما يقصدهم ويختنهم. وفي إقامته الحدود عليهم خلاف سبق في الحدود. ولو أجر نفسه أو عبيده أو أمواله، فعجزه السيد في المدة، انفسخ العقد. وقيل: لا يجوز أن تزيد مدة الإجارة على مدة النجوم، ولا يصح منه تصرف فيه تبرع أو خطر. هذا هو القول الجملي فيه، وفي تفصيله صور:

إحداها: لا يصح إعتاقه ولا إبراؤه عن دين ولا هبة مجانًا، ولا بشرط الثواب، لأن في قدر الثواب خلافًا، فقد يحكم القاضي بقليل. وإن شرط فيها ثوابًا معلومًا، ولم يكن فيه غبن وقلنا: هذه الهبة بيع، ولا يشترط في ثبوت الملك الإقباض، فهي جارية على قياس البيوع، وكذا إن شرطنا الإقباض، صحت الهبة، لكن لا يسلمها حتى يقبض العوض.

الثانية: قال الشيخ أبو محمد: لا يحل له التبسط في الملابس والمآكل، ولا يكلف فيها التقتير المفرط.

الثالثة: ليس له دفع المال إلى غيره قراضًا، لأنه قد يخون أو يموت فيضيع. وله أن يأخذه إقراضًا، لأنه أكساب، وليس له أن يقرض، وله أن يقترض، وليس له تعجيل دين مؤجل.

الرابعة: ليس له شراء أحد من أصوله وفروعه، لتضمنه العتق. فلو وهب له قريبه، أو أوصى له به، فإن لم يقدر على الكسب لهرم أو زمانة، وعجز، وكان بحيث يلزمه نفقته، لم يجز قبوله. وقيل: يجوز قبول الزمن، وهو ضعيف. وإن كان كسوبًا يقوم بكفاية نفسه، استحب قبوله، إذ لا ضرر فيه، ثم لا يعتق عليه لضعف ملكه، بل يكاتب عليه، فيعتق بعتقه، ويرق برقه، وليس له بيعه. وعن ابن أبي هريرة: أنه يجوز بيعه. قال الشيخ أبو علي: هذا غلط، وتكون نفقته في كسبه، وما فضل، فللمكاتب أن يستعين به في أداء النجوم، فإن مرض أو عجز، أنفق المكاتب عليه، لأنه من صلاح ملكه، فإن جنى، بيع في الجناية، وليس للمكاتب أن يفديه، بخلاف ما إذا جنى عبده، له أن يفديه، لأن الرقبة تبقى له يصرفها في النجوم.

الخامسة: ليس له الشراء بالمحاباة، ولا البيع بالغبن، ولا بالنسيئة. ولو استوثق برهن وكفيل، فلو باع ما يساوي مئة بمائة نقدًا، أو مئة نسيئة، جاز ولو اشترى نسيئة بثمن النقد، جاز، ولا يرهن به، لأنه قد يتلف الرهن. وإن اشتراه بثمن نسيئة، لم يجز، ذكره البغوي لما فيه من التبرع، وذكره الروياني في «جمع الجوامع» أنه يجوز، إذ لا غبن. وقد سبق في كتاب الرهن حكاية وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئة، والرهن والارتهان، والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق.

السادسة: إذا باع أو اشترى، لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوع غرر، وكذا ليس له السلم، لأنه يقتضي تسليم رأس المال في المجلس، وانتظار المسلم فيه، لاسيما إن كان سلمًا مؤجلًا. وقيل: يجوز السلم حالًا، ويسلم رأس المال، ثم يتسلم المسلم فيه في المجلس. وقيل: يجوز مطلقًا بشرط الغبطة، والصحيح الأول.

السابعة: ليس له أن يكاتب عبده، فلو كاتبه، فأدى المال، لم يعتق لأن تعليقه غير صحيح، ولا يتزوج، ولا يزوج عبده، لما فيه من المؤن، ولا يتزوج المكاتبة، لأن ذلك ينقصها. وله شراء الجواري للتجارة، ولا يجوز له التسري خوفًا من هلاك الجارية في الطلق، ولضعف الملك. وقال الشيخ أبو محمد: لا يبعد إجراء الوجهين في وطء من يؤمن حبلها، كما في المرهونة. قال الإمام: هذا غير مرضي.

الثامنة: إذا لزم المكاتب كفارة قتل أو ظهار، أو وطىء في نهار رمضان، أو يمين، كفر بالصوم، دون المال، لأن ملكه ليس بتمام، وهو مستحق لجهة الكتابة.

فرع: جميع ما منعناه في هذه الصور، مفروض فيما إذا لم يأذن له السيد، فإن أذن فسنذكره عقيبه إن شاء الله تعالى.

فرع: وصية المكاتب باطلة، سواء أوصى بعين أو ثلث ماله، لأن ملكه غير تمام.

فصل: تبرعات المكاتب وتصرفاته المحظرة كالهبة والإبراء والإنفاق على الأقارب، والإقراض والقراض والبيع بمحاباة وبنسيئة، وتعجيل المؤجل ونحوها، إن جرت بإذن السيد، فمنقول المزني والمنصوص في «الأم» صحتها. ونقل الربيع قولًا آخر بالمنع. ونص أن اختلاع المكاتب بالإذن لا يجوز، فقال الجمهور: في الجميع قولان. أظهرهما: الصحة. وقيل: يصح ما سوى الخلع قطعًا، ولا يصح هو. وعن ابن سلمة القطع بصحة الخلع أيضًا. ولو وهب للسيد أو لابنه الصغير، فقبل له السيد، أو أقرضه، أو باعه نسيئة أو بمحاباة أو عجل له دينًا مؤجلًا غير النجوم، فالمذهب أنه على الخلاف فيما إذا وهب لغيره بإذنه. وقيل: يصح قطعًا، واختاره الشيخ أبو محمد، لأن للمكاتب أن يعجز نفسه، فيجعل جميع ما في يده لسيده، فجواز الهبة أولى. ولو وهب بإذن السيد، فرجع عن الإذن قبل إقباض الموهوب، لم يكن له إقباضه. ولو اشترى قريبه بإذن السيد، ففي صحته القولان في الهبة، فإن صححناه، يكاتب عليه. وعن أبي إسحاق: القطع بالصحة، لأنه قد يستفيد من أكسابه، وفيه صلة الرحم. ولو أعتق المكاتب عبده عن سيده، أو عن غيره بإذنه، فهو كتبرعه بالإذن. ولو أعتق عن نفسه بإذن السيد، لا يصح على المذهب، لتضمنه الولاء، والمكاتب ليس أهلًا لثبوت الولاء له، كالقن، فإن صححناه، فلمن يكون ولاء العتيق؟ قولان، أحدهما: للسيد، لأن المكاتب ليس أهلًا للولاء، ووقف الولاء بعيد، وأظهرهما: يوقف، لأن الولاء لمن أعتق، والسيد لم يعتق، فإن عتق المكاتب، كان له، وإن مات رقيقًا، كان لسيده، وإن عجزه، ورق، فحكى الإمام أنه يبقى التوقف، لأنه يرجى عتقه من جهة أخرى. والصحيح الذي قطع به الأصحاب أن يكون للسيد بلا توقف، لانقطاع الكتابة، فإن جعلنا الولاء للسيد، فعتق المكاتب بعد ذلك، ففي انجرار الولاء إليه وجهان: حكاهما أبو علي الطبري وصاحب «التقريب» أصحهما: المنع، وكأن السيد أعتقه. وإن قلنا بالتوقف، فمات العتيق قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق، فهل يوقف الميراث أيضًا، أم يكون للسيد، أم لبيت المال؟ أقوال: أظهرها: الأول. ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد، فهو كتنجيز العتق، نص عليه في «المختصر»، وقاله الأصحاب، فيعود الطريقان في صحة الكتابة. والقولان في الولاء تفريعًا على الصحة إذا عتق المكاتب الثاني قبل الأول. وإن عتق الأول ثم الثاني، فولاء الثاني

للأول. وفي نكاح المكاتب بإذن السيد طريقان: أحدهما: قولان، كتبرعه، لأنه يبذل المهر والنفقة لا في مقابلة مال. والثاني. وهو المذهب عند الجمهور: القطع بالصحة، لأنه إذا صح نكاح القن بالإذن، فالمكاتب أولى، لأنه أحسن حالًا منه، ولأنه يحتاج إليه للتحصين وغيره، بخلاف الهبة ونحوها. وتزويج المكاتبة بإذنها صحيح على الصحيح. وقال القفال: لا تزوج أصلًا، لضعف ملك السيد ونقصها، فلا يؤثر إذنها. ولو أذن السيد للمكاتب في التسري بجارية، لم يصح على المذهب. ولو أذن له في التكفير بالإطعام أو بالكسوة، فقولان ولو أذن في التكفير بالإعتاق، لم يجزئه على المذهب.

فرع: اشترى المكاتب من يعتق على سيده، أو أوصى له به، فقبل، صح، وملكه المكاتب. فإن رق المكاتب، صار القريب للسيد، وعتق عليه. ولو اشترى بعضه، أو اتهبه، أو قبل الوصية به، صح أيضًا. وإذا رق، عتق ذلك الشقص على السيد. وهل يسري إلى الباقي؟ إن كان السيد موسرًا، ينظر إن عجز المكاتب نفسه بغير اختيار السيد، لم يسر، كما لو ورث بعض قريبه، وإن عجزه السيد، فوجهان: لأن المقصود فسخ الكتابة، والملك يحصل قهرًا. ولو اتهب العبد القن من يعتق على سيده بغير إذن، بني على أن اتهابه بغير إذن السيد، هل ينقذ؟ وفيه خلاف سبق. إن قلنا: لا، فلا كلام. وإن قلنا: نعم وهو الصحيح، فإن خيف وجوب النفقة على السيد في الحال، فإن اتهب زمنًا والسيد موسر، لم يصح قبوله لأن فيه إضرارًا بالسيد. وإن لم يجب النفقة في الحال، لكون القريب كسوبًا، أو السيد فقيرًا، صح القبول، وعتق الموهوب على السيد. ولو اتهب بعض من يعتق على السيد بغير إذنه، وصححنا اتهابه بغير إذنه، ولم يتعلق به لزوم النفقة، صح القبول على الأظهر، ولا يسري، لحصول الملك قهرًا. والثاني: لا يصح. قال الشيخ أبو علي: وخرج ابن سريج على هذين القولين، ما إذا اشترى المريض أباه بألف لا يملك غيره، وعليه دين مستغرق، ففي قول: لا يصح الشراء، لأنه لو صح، لعتق، وبطل حق الغرماء. وفي الثاني: يصح، ولا يعتق ويباع في ديونهم. وفي «الوسيط» وجه أنه يصح، ويعتق ويسري، ويجعل اختيار العبد كاختياره، كما جعل قبوله كقبوله. ولم أجد هذا الوجه في «النهاية» وإذا صححنا اتهاب القن بغير إذن سيده، دخل الموهوب في ملك السيد، قهرًا كما لو احتطب. وهل للسيد رده بعد قبول السيد؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن تمليك الرشيد قهرًا، بعيد. وأصحهما: المنع، كالملك بالاحتطاب، فعلى الأول، هل ينقطع ملكه من وقت الرد، أم يتبين أنه لم يدخل في ملكه؟ وجهان وفائدتهما، لو كان الموهوب عبدًا، ووقع هلال شوال بين قبول العبد ورد السيد في الفطرة.

فرع: وهب المكاتب بعض ابنه، فقبله، وصححنا قبوله، فعتق المكاتب، عتق عليه ذلك الشقص. وهل يقوم الباقي عليه إن كان موسرًا؟ وجهان: أصحهما: نعم، قاله ابن الحداد، وصححه الشيخ أبو علي، ومنعه القفال.

فرع: اشترى المكاتب ابن سيده، ثم باعه بأبي السيد، صح، وملك الأب، فإن رق المكاتب، صار الأب ملكًا للسيد، وعتق عليه، فإن وجد به عيبًا، لم يكن له الرد، وله الأرش، وهو جزء من الثمن، فإن نقص العين عشر قيمة الأب، رجع بعشر الابن الذي هو الثمن، ويعتق ذلك العشر، ولا يقوم الباقي على السيد إن كان المكاتب عجز نفسه، وكذا إن عجزه سيده على الأصح.

فرع: ذكرنا أنه لا يجوز للمكاتب وطء أمته بغير إذن سيده، ولا بإذنه على المذهب. فلو وطيء، فلا حد، ولا مهر، لأنه لو ثبت مهر لكان له، فإن أولدها، فالولد نسيب، فإن ولدته وهو مكاتب بعد، فهو ملكه لأنه ولد أمته، لكن لا يملك بيعه، لأنه ولده، ولا يعتق عليه، لضعف ملكه، بل يتوقف عتقه على عتق المكاتب، إن عتق، عتق، وإلا، رق، وصار للسيد، ولا تصير الأمة مستولدة له في الحال على المذهب، لأنها علقت بمملوك، فأشبهت الأمة المنكوحة، وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاد في الملك، بل لمصيره ملكًا لأبيه، كما لو ملكه بهبة، فإن عتق، ففي مصيرها أم ولد قولان. فإن قلنا: يثبت الاستيلاد في الحال، فإن عتق المكاتب، استقر الاستيلاد، وإن عجز، رقت مع الولد للسيد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك، وملكها، لم تصر مستولدة له، لأن بالعجز تبين أنها علقت برقيق، وأن لا استيلاد. وإن قلنا: لا يثبت، فإن عجز، ثم عتق وملكها، لم تصر مستولدة له، وإن أعتق بأداء النجوم، فكذلك على المذهب. وقال أبو إسحاق: قولان، كما لو استولد مرهونته، وبيعت ثم ملكها، والفرق أن العلوق هنا بمملوك هذا كله إذا ولدت وهو بعد مكاتب، فإن ولدت بعد عتقه، فإن كان لدون ستة أشهر من حين العتق، فكذلك الحكم، لأن العلوق وقع في الرق، وإن كان لستة أشهر فأكثر من يومئذ، فقد أطلق الشافعي أنها تصير مستولدة. وللأصحاب طريقان: أصحهما: أن هذا إذا وطيء بعد الحرية، وولدت لستة أشهر فصاعدًا من حين الوطء لظهور العلوق بعد الحرية والولد والحالة هذه لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليبًا للحرية. فأما إذا لم يطأها بعد الحرية، فالاستيلاد على الخلاف. والثاني: يثبت الاستيلاد، وطيء بعد الحرية أم لا، لأنها كانت فراشًا قبل الحرية والفراش مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعدها قائم، فيكتفى به.

الحكم الرابع: في ولد المكاتبة: فإذا كاتب أمة لها ولد، فالولد باق على ملك السيد، فإن شرط دخوله في عقد الكتابة، فسدت، فإن أدت، عتق الولد أيضًا بموجب التعليق. وإن كان في يدها مال، وشرط أن يكون المال لها، فهو جمع بين البيع والكتابة بعوض واحد. وإن كانت حاملًا، وتيقنا الحمل بانفصاله لدون ستة أشهر، فإن قلنا: الحمل لا يعرف، فهو كالولد الحادث بعد الكتابة، وسنذكره إن شاء الله تعالى قريبًا. فإن قلنا: يعرف، فوجهان: أصحهما: أن عقد الكتابة متوجهة إليهما، فإذا عتقت، عتق. والثاني: لا يثبت للولد كتابة، وإن حدث الولد بعد الكتابة، فإن كان من السيد، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. وإن كان من أجنبي بزنا أو نكاح، فهل ثبتت له الكتابة؟ قولان. أظهرهما وأحبهما إلى الشافعي وهو نصه في «المختصر»: تثبت، فيعتق بعتق الأم بالأداء أو الإبراء أو الإعتاق. وقطع أبو إسحاق بهذا القول، وقال: إذا اختاره الشافعي كان الآخر ساقطًا، واتفق الأصحاب على أنه لا يدخل في الكتابة، ولا يطالبه بشيء من النجوم، لأنه لم يوجد منه التزام. ولو عجزت المكاتبة، أو ماتت، بطلت الكتابة، وكان الولد رقيقًا للسيد بلا خلاف. ولو فسخت الكتابة، ثم عتقت، لم يعتق الولد قطعًا، لأنه إنما يعتق بعتقها الجهة الكتابة، فإن قلنا: لا يثبت الولد حكم الكتابة، فهو قن، للسيد بيعه وإعتاقه عن الكفارة، والوطء إن كان الولد أمة، ولا يعتق بعتق الأم. وإن قلنا: يثبت، فحق الملك فيه لمن هو فيه قولان. أظهرهما عند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه للسيد، كما أن حق الملك في الأم له، وكولد أم الولد. والثاني: أنه للمكاتبة، لأنه يتكاتب عليه، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها. ويتفرع على القولين صور.

منها: إذا قتل الولد، فعلى القول الأول: القيمة للسيد، وعلى الثاني: للمكاتب. وقيل: للسيد أيضًا.

ومنها: كسب الولد وأرش الجناية على أطرافه، ومهر وطء الشبهة إن قلنا بالقول الثاني، فهي للأم يستعين بها في كتابتها، ويصرف ما يحصل إليها يومًا يومًا بلا توقف. وإن قلنا بالأول، فوجهان: أحدهما: يصرف إلى السيد بلا توقف، كما تصرف إليه القيمة. والصحيح: التوقف، فإن عتقت، وعتق الولد، فهي له، وإلا، فللسيد. فلو أرقت نفسها مع القدرة على أداء النجوم، فقال الولد: أنا أؤدي نجومها من كسبي لتعتق، فأعتق، قال الإمام: لا يمكن منه، لأنه تابع لا اختيار له في العتق. وإن عجزت، فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف، وتستعين به في أداء النجوم، فهل تجاب؟ قولان أظهرهما: المنع، إذ لا حق لها في كسبه، فإن مات الولد في مدة التوقف، صرف الموقوف إلى السيد.

ومنها: نفقة الولد، وهي على السيد. إن قلنا: يصرف الكسب إليه في الحال. وإن قلنا: يوقف، أنفق عليه من كسبه، ويعالج جرحه، ويكفي مؤناته، فما فضل فهو الذي يوقف، فإن لم يكن له كسب، أو لم يف بالنفقة، فالنفقة على السيد على الأصح، لأن الملك له. وقيل: في بيت المال، لأن تكليفه النفقة بلا كسب إجحاف به. وإن قلنا: الكسب للأم، فالنفقة عليها.

ومنها: لو أعتق السيد الولد، فإن قلنا: الملك له، وإن الكسب يصرف إليه في الحال، أو قلنا: يوقف ومنعناها من أخذه لأداء النجوم، نفذ إعتاقه، وإن جوزنا لها الاستعانة بالموقوف، لم ينفذ إعتاقه على الأصح، لئلا ينقطع حقها من كسبه. وإن قلنا: الملك لها، لم ينفذ إعتاقه.

فرع: لو رق الولد برق الأم، فكسبه للسيد، سواء قلنا: الملك فيه للسيد، أم للأم.

فرع: ولد المكاتب من جاريته، حق الملك فيه للمكاتب قطعًا، فيصرف كسبه إليه، ولا ينفذ إعتاق السيد فيه، ونفقته على المكاتب، لأنه ولد أمته، وهي ملكه. ولو ولدت أمته من نكاح أو زنى، فهم عبيده كسائر أكسابه، فكذا هذا الولد، إلا أنه لا يتبعه، بل يتكاتب عليه بالقرابة، فيعتق بعتقه، ويرق برقه. وإذا عتق المكاتب، وتبعه هذا الولد وله كسب، فكسبه للمكاتب، لا للولد. ولو جنى هذا الولد، وتعلق الأرش برقبته، فقد حكى الإمام عن العراقيين: أنه إن كان له كسب، فله أن يفديه من كسبه، وإلا، فله أن يبيعه كله وإن زاد على قدر الأرش، ثم يصرف قدر الأرش إلى المجنى عليه، ويأخذ الباقي، ثم غلط الإمام من صار إليه، وقال: الصحيح أنه لا يفدي ولده، لأن كسب الولد كسائر أموال المكاتب، والفداء كالشراء، وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى غرض ولده الذي لا يملك التصرف فيه، لأنه تبرع قال: والصحيح أنه إن باع لا يبيع إلا قدر الأرش كما لا يباع من المرهون إذا جنى إلا قدر الأرش. وإذا فداه، لا ينفذ تصرفه فيه، بل يتكاتب عليه، كما لا ينفذ إذا اشتراه. وولد المكاتبة من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته.

فرع: اختلف السيد والمكاتب في ولدها، وقال: ولدته قبل الكتابة، فهو رقيق، وقالت: بعدها، وقد يكاتب تفريعًا على الأظهر، وكل واحد من الأمرين محتمل، فإن كان بينة، قضي بها. قال البغوي: ولو أقام السيد أربع نسوة، قبلن، لأنها شهادة على الولادة، ويثبت الملك ضمنًا. وإن أقاما بينتين، تعارضتا. وإن لم يكن بينة، صدق السيد بيمينه، لأنه اختلاف في وقت الكتابة، فصدق فيه كأصلها.

فرع: زوج عبده بأمته ثم كاتبه ثم باعها له. وولدت، فقال السيد: ولدت

قبل الكتابة، فهو قن لي. وقال المكاتب: بعد الشراء، وقد تكاتب، صدق المكاتب بيمينه، بخلاف ما سبق في الفرع قبله، لأن المكاتب هنا يدعي ملك الولد، كما سبق أن ولد أمته ملكه، ويده مقرة على هذا الولد، وهي تدل على الملك والمكاتبة هناك لا تدعي الملك، بل تدعي ثبوت حكم الكتابة فيه.

فرع: حكى الصيدلاني: أن الشافعي رحمه الله قال: لو أتت المكاتبة بولدين أحدهما: قبل الكتابة، والآخر: بعدها، فهما للسيد، لأنه حمل واحد، وكذا لو أتت بأحدهما لدون ستة أشهر من حين ملكها، وبالآخر لأكثر، فهما للسيد. وإن أبا زيد أفتى بذلك، والصحيح أن كلام الشافعي مؤول، وأن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان، حتى لو وضعت ولدًا وفي بطنها آخر، فباعها، فالولد الثاني مبيع معها، والأول للبائع، وهذا ما ذكره البغوي.

فصل: السيد ممنوع من وطء المكاتبة لاختلال ملكه، فإن شرط في الكتابة أن يطأها، فسد العقد، فإن وطىء، فلا حد وإن علم التحريم للشبهة، وفي قول: يحد العالم، والمشهور الأول، لكن يعزر على الصحيح هو وهي، ويجب المهر مع العلم والجهل. وقيل: إن طاوعته، فلا مهر، والصحيح الأول، وهو نصه في «الأم» وإذا وجب المهر، فلها أخذه في الحال، فإن حل عليها نجم، وهما من جنس، فعلى أقوال التقاص. وإن عجزت قبل أخذه، سقط. وإن عتقت بالأداء، فلها المطالبة. ولو أولدها، فالولد حر، لأنها علقت به في ملكه، وتصير مستولدة. وهل يلزمه قيمة الولد؟ إن قلنا: ولد المكاتبة قن للسيد، أو قلنا: يتكاتب وحق الملك فيه للسيد، فلا شيء عليه، كما لو قتل ولد المكاتبة. وإن قلنا: الحق لها، لزمه لها القيمة، فإن عجزت قبل الأخذ، سقطت، وإن عتقت، أخذتها، وإن ولدت بعدما عجزت، ورقت، فلا شيء لها، وكذا لو ولدت بعد ما عتقت، فإن عجزت ثم مات السيد، عتقت بالاستيلاد، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاد من نكاح أو زنى، يتبعونها، والحاصلون قبلها، أرقاء للسيد. وإن مات السيد قبل عجزها، عتقت. قال البغوي: ويتبعها كسبها. وهل يعتق عن الكتابة، أم عن الاستيلاد؟ وجهان: أصحهما: الأول، كما لو أعتق السيد المكاتب، أو ابرأه عن النجوم، فعلى هذا الأولاد الحادثون بعد الكتابة وقبل الاستيلاد، هل يتبعونها؟ فيه الخلاف السابق، وأجري هذا الخلاف فيما لو علق عتق المكاتب بصفة، فوجدت قبل أداء النجوم، وفيما إذا تقدم الاستيلاد على الكتابة. قال البغوي: وإذا استولد، ثم كاتب، وأدت النجوم، فالكسب الحاصل بعد الكتابة يتبعها، والحاصل قبلها للسيد، والأولاد الحاصلون بعد الاستيلاد يتبعونها، وهذا مبني على صحة كتابة المستولدة، وقد سبق فيه خلاف.

فرع: ليس للسيد وطء أمة مكاتبه أو مكاتبته، فإن وطىء، فلا حد، للشبهة، لأنه يملك سيدها، ويلزمه المهر للمكاتب. وإن أولدها، فالولد حر نسيب، وتصير الأمة مستولدة له. قال في «الشامل»: يلزمه قيمتها لسيدها لأنها ملكه، ولا يلزمه قيمة الولد، لأنها وضعته في ملكه، ويجيىء فيه الخلاف السابق. وللسيد وطء بنت المكاتبة إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتبة، فإن أثبتناه، فليس له وطؤها، ولكن لا حد عليه. وأما المهر، فيبنى على الخلاف في الكسب. إن قلنا: يصرف إلى السيد في الحال، فلا مهر عليه، وإن قلنا: هو للأم، فكذا المهر. وإن قلنا بالتوقف، أنفق منه عليها، ووقف الباقي، فإن عتقت بعتق الأم، فهو لها، وإن عجزت، فهو للسيد. وإن أولدها، صارت مستولدة، والولد حر نسيب، ولا يلزمه قيمة المستولدة لأمها، لأنها لا تملكها، وإنما يثبت لها حق العتق بعتقها. وقد تأكد ذلك بالاستيلاد، هكذا ذكره ابن الصباغ، وقد سبق في قتلها قولان، في أنه هل تجب القيمة للأم؟ فينبغي أن يكون كذلك. قال البغوي: ويبقى حق الكتابة فيها، فتعتق بعتق الأم، ويكون الكسب لها إذا جعلنا الحق فيها للأم، فإن مات السيد، عتقت البنت بموته، وتؤخذ القيمة من تركته للأم إذا جعلنا الحق لها، كما في القتل. وأما قيمة الولد، فعلى ما ذكرنا في ولد المكاتب.

فرع: الأمة المشتركة إذا كاتبها مالكاها معًا، ثم وطئها أحدهما، فحكم الحد والتعزير ولزوم المهر على الواطىء كما ذكرنا في المالك الواحد. ثم إن لم يحل النجم، فلها المهر في الحال، وإن حل، فإن كان معها مثل المهر، دفعته إلى الذي لم يطأ. وفي المهر ونصيب الواطىء من النجم الذي حل، الخلاف في التقاص. وإن لم يكن معها شيء آخر، فنصف النجم الذي للواطىء مع المهر على الخلاف في التقاص، والنصف الآخر يدفع إلى الذي لم يطأ وإن عتقت قبل أخذ المهر ومصيره قصاصًا، أخذت وإن عجزت بعد أخذه، فإن بقي، فهو للسيدين، وإن تلف تلف من ملكهما، وإن عجزت قبل أخذه، فإن كان في يدها بقدر المهر مال، أخذه الذي لم يطأ وبرئت ذمة الواطىء. وإن لم يكن معها شيء، فللذي لم يطأ أن يأخذ نصف المهر من الواطىء. وإن أجلها، نظر، إن ادعى الاستبراء وحلف عليه، فولدت لستة أشهر فصاعدًا من وقت الاستبراء، لم يلحقه، وهو كولد المكاتبة من نكاح أو زنى، وإن لم يدع الاستبراء، وولدت لدون ستة أشهر، فالولد لاحق به، ويثبت الاستيلاد في نصيبه من الأمة مع بقاء الكتابة فيه. ثم هو معسر أو موسر، فإن كان معسرًا، لم يسر الاستيلاد إلى نصيب الشريك، فإن أدت النجوم إليهما، عتقت بالكتابة، وبطل الاستيلاد. وإن عجزت، وفسخا الكتابة، فنصفها قن، ونصفها

مستولد. وإن مات الواطىء قبل الأداء والفسخ، عتق نصفها، وبقيت الكتابة في النصف الآخر. وإن مات بعد الفسخ، عتق النصف، والباقي قن. وفي الولد وجهان: أصحهما: نصفه حر، ونصفه رقيق. والثاني: ينعقد كله حرًا، لشبهة الملك، وإن قلنا بالأول، وقلنا: ولد المكاتبة قن للسيد، لزم الواطىء نصف قيمته للشريك. وإن قلنا: ثبت فيه حكم الكتابة، وقلنا: الحق فيه للسيد، فكذلك الجواب. وإن قلنا: الحق للمكاتبة، لزمه جميع قيمته لها، فإن عتقت قبل أخذها، أخذتها، وإن عجزت قبل الأداء، أخذ الشريك الآخر نصفها، وسقط النصف، وإن قلنا: ينعقد نصفه حرًا ونصفه رقيقًا، فإن قلنا: ولد المكاتب قن للسيد، فالنصف الرقيق للشريك، ولا يجب شيء من قيمة الولد على الواطىء. وإن قلنا: تثبت الكتابة في ولد المكاتبة، فالنصف الرقيق يتكاتب عليها، إن عتقت، عتق، وإلا، رق للشريك الآخر. وهل تجب قيمة النصف الحر على الواطىء؟ يبنى على أن الحق في ولد المكاتبة للسيد أم لها؟ إن قلنا: له، لم تجب، وإلا، وجبت. ثم إن عتقت، عتق، وسلم لها نصف القيمة، فيأخذه إن لم تكن أخذته، وإن عجزت، سقط عنه. وإن كان دفعه، استرده إن كان باقيًا، أما إذا كان موسرًا، فيسري الاستيلاد إلى نصيب الشريك، وكان الولد كله حرًا، ومتى يسري؟ فيه طريقان، قال الجمهور: قولان، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من المكاتب، ففي قول في الحال، وفي قول عند العجز. وعن ابن أبي هريرة وغيره القطع بأنه يسري عند العجز، فإن قلنا بالسراية في الحال، انفسخت الكتابة في نصيب الشريك، وتبقى في نصيب الواطىء، ويثبت الاستيلاد في جميع الجارية، وعلى الواطىء للشريك نصف مهرها، ونصف قيمتها. وأما نصف قيمة الولد منه، ففي وجوبها قولان، كما لو استولد أحد الشريكين الأمة القنة، وانعقد الولد حرًا، وعليه أيضًا نصف المهر للمكاتبة لبقاء الكتابة في نصيبه.

وهل يجب لها نصف قيمة الولد؟ يبنى على أن الملك في ولد المكاتبة لمن هو؟ ولو أدت نصيب الواطىء من مال الكتابة، عتق نصيبه، وسرى إلى الباقي وإن عجزت، وفسخ الكتابة، بقيت مستولدة محضة. وإن قلنا بالسراية عند العجز، فأدت النجوم، عتقت عن الكتابة، وولاؤه بينهما، ويبطل الاستيلاد، ولها المهر على الواطىء، فتأخذه إن لم تكن أخذته، وتجب نصف قيمة الولد للشريك إن قلنا: ولد المكاتبة قن للسيد، أو قلنا: ثبتت فيه صفة الكتابة، وحق الملك فيه للسيد. وإن قلنا: حق الملك فيه للمكاتبة، وجب جميع القيمة لها. وإن لم تؤد النجوم، وعجزت، لزم الواطىء للشريك نصف مهرها، ونصف قيمتها، ونصف قيمة الولد. هذا تمام الكلام في وطء أحد الشريكين. فأما إذا وطئاها جميعًا، فإن لم يحصل

علوق، فحكم الحد والتعزير ما سبق. وعلى كل واحد مهر كامل، فإن عجزت، ورقت بعد قبض المهرين، لم يطالب أحدهما الآخر بشيء. ويقتسمان المهرين إن كانا باقيين. وإن عجزت قبل أخذه، سقط عن كل واحد نصف ما لزمه، ويجيء في النصف الآخر التقاص، وقد يكون أحد المهرين أكثر من الآخر، إما لكونها بكرًا عند وطء أحدهما، ثيبًا عند الآخر، وإما لاختلاف حالها في الصحة والمرض وغيرهما، فيأخذ مستحق الفضل الفضل. وإن أفضاها أحدهما، لزمه نصف القيمة للشريك. فإن أفتضها، لزمه نصف أرش الافتضاض مع المهر. وإن ادعى كل واحد على الآخر أنه الذي أفضى أو افتض، حلف كل واحد منهما للآخر، فإن حلفا، فذاك، وإن حلف أحداهما، ونكل الآخر، قضي للحالف، وإن حصل علوق، نظر هل أتت بولد، أم بولدين، من كل واحد ولد:

القسم الأول: إن أتت بولد، فينظر، إن ادعيا الاستبراء، وحلفا عليه، لم يلحق بواحد منهما، وهو كولد المكاتب من نكاح أو زنى، وإن لم يدعيا الاستبراء، فله أربعة أحوال:

أحدهما: أن لا يمكن كون الولد من واحد منهما، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني، أو ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء أحدهما، فهو كما لو ادعيا الاستبراء. وحكم المهرين في الحالين، كما إذا لم يكن علوق.

الحال الثاني: أن يمكن كونه من الأول دون الثاني، فيلحق بالأول، ويثبت الاستيلاد في نصيبه، فإن كان معسرًا، فلا سراية، وتبقى الكتابة في جميعها، فإن أدت النجوم، وعتقت، فلها على كل واحد المهر. وإن رقت، فنصفها قن للثاني، ونصيب الأول يبقى مستولدًا، ولكل واحد على الآخر نصف المهر، وهو من صور التقاص. وهل كل الولد حر، أم تتبعض حريته؟ فيه الخلاف السابق. وإن كان موسرًا، فالولد كله حر، ويسري الاستيلاد من نصيبه إلى نصيب شريكه، ويعود الخلاف في أنه يسري في الحال، أم عند العجز؟ فإن قلنا: في الحال، انفسخت الكتابة في نصيب الثاني، وبقيت في نصيب الأول. وإن قلنا: عند العجز، فإذا عجزت، ورقت، ارتفعت الكتابة، وهي مستولدة له على القولين. والحكم فيما إذا أدت النجوم وعتقت على ما سبق فيما إذا وطىء أحدهما وأولدها، وكذا الحكم لو عتقت بالموت. وما ذكرنا هناك أنه يجب للشريك على الذي أولدها من المهر وقيمة الجارية. وقيمة الولد تجب هنا للثاني على الأول. وأما وطء الثاني فإن كان بعدما حكمنا بمصير جميعها أم ولد الأول، وجب جميع المهر، فإن بقيت الكتابة في

نصيب الأول، فهو بينه وبين المكاتبة. وإن ارتفعت في نصيبه أيضًا، فجميعه له. وإن كان قبل الحكم يصير جميعها أم ولد له، لم يلزمه إلا نصف المهر، لأن السراية إذا حصلت أخيرًا انفسخت الكتابة، وعاد نصفه رقيقًا، فتكون الأكساب له، والمهر من الأكساب. ثم ذلك النصف للمكاتبة، إن بقيت في نصيب الأول، وإلا، فهو للأول. هكذا ضبط القول فيما يلزم الثاني جماعة، منهم ابن الصباغ.

واعلم أن وطء الثاني إذا وقع بعد الحكم بمصير جميعها أم ولد، للأول، فقد وقع بعد ارتفاع شبهة الملك، فيكون زنى، وإطلاق وجوب جميع المهر مصور فيما إذا فرضت شبهة أخرى. وأطلق في «المختصر» قولين في أنه يلزم الثاني جميع المهر، أم نصفه؟ قال أبو إسحاق: الأظهر: وجوب جميع المهر، وهو اختيار الشافعي والمزني.

الحال الثالث: أن يمكن كونه من الثاني دون الأول، فيلحق الثاني، ويثبت الاستيلاد في نصيبه، ولا سراية إن كان معسرًا. وفي تبعيض الحرية في الولد الخلاف. وإن كان موسرًا، سرى الاستيلاد إما في الحال، وإما عند العجز كما سبق. ويجب على الثاني هنا ما ذكرنا أنه يجب على الأول في الحال الثاني، وأما الأول، فقال البغوي: إن كان الثاني معسرًا لزم الأول كمال المهر للمكاتبة، وكذا إن كان موسرًا وقلنا: السراية تحصل بعد العجز. وإن قلنا: تحصل في الحال، انفسخت الكتابة في نصيب الأول، ولا يجب إلا نصف المهر لها. وأطلق العراقيون والروياني وغيرهما، أنه لا يلزم الأول عند يسار الثاني إلا نصف المهر.

الحال الرابع: أن يمكن كونه من كل واحد منهما وادعياه، أو ادعاه أحدهما، فيعرض على القائف، فمن ألحقه به، كان الحكم كما لو تعين الإمكان منه، فإن تعذرت معرفته بالقائف، اعتمد انتسابه بعد بلوغه، ويكون الحكم ما ذكرنا. قال الإمام: ولو فرض ذلك في الأمة، القنة، وألحقه القائف بأحدهما، لحقه، وثبت الاستيلاد في نصيبه، ولا سراية إن كان معسرًا، لكن يثبت الاستيلاد أيضًا في نصيب الآخر بإقراره أنها مستولدة. وإن كان موسرًا، سرى ولا يلزمه للشريك قيمة نصيبه، لأنه يدعي أن الجارية مستولدته، فيؤخذ بإقراره. وإذا لم نجد القائف والمتداعيان موسران، حكم بأنها مستولدتهما، نصفها لهذا، ونصفها لذاك، وليس أحدهما بالسراية أولى من الآخر. ولو أقر بالوطء وسكتا عن دعوى الولد وألحقه القائف بأحدهما ثبت الاستيلاد في نصيبه، ويسري، وعليه الغرم للشريك، لأنه لم يوجد هنا إقرار ينافي الغرم. ولو لم نجد قائفًا، وإعتمدنا انتسابه بعد بلوغه، ففي ثبوت الغرم وجهان:

القسم الثاني: إذا أتت بولدين وعرفا حالهما، واتفقا على أن هذا من هذا، وذاك من ذاك، وله صورتان: إحداهما: اتفقا على السابق منهما، فينظر إن كانا موسرين، أو كان الأول موسرًا، صارت مستولدة للأول، وعليه للثاني نصف مهرها، ونصف قيمتها، وأما قيمة الولد، فقال البغوي: إن قلنا: تحصل السراية بنفس العلوق، لم يجب. وإن قلنا: تتوقف على العجز وقلنا: لا يحصل إلا بأداء القيمة، وجبت. وأما الثاني: فإن وطئها بعد ما صار جميعها مستولدًا للأول، وهو عالم بالحال، لزمه الحد، وولده رقيق للأول. وإن كان جاهلًا، فالولد حر، وعليه تمام المهر، وتمام قيمة الولد يوم الوضع، ويكون جميعهما للأول إن ارتفعت الكتابة في نصيبه أيضًا. وإن بقيت، فنصف المهر له، ونصفه للمكاتبة، ونصف قيمة الولد على الخلاف في ولد المكاتبة. وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولدًا للأول، لم يلزمه إلا نصف المهر، لأن نصفها يعدله، وفي تبعيض حرية الولد ما سبق، فإن لم تتبعض، فعليه نصف قيمة الولد، ولا يثبت الاستيلاد في نصيب الثاني له، وإن بقي نصيبه له، لأن الأول استحق السراية، ولا يجوز إبطال حقه. وعن القفال في ثبوت الاستيلاد الثاني في نصيبه وجهان: كما لو أعتق شريك نصيبه وهو موسر، وقلنا: السراية تقف على القيمة، فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها. وأما إذا كانا معسرين، أو كان الأول معسرًا، فثبت الاستيلاد في نصيب الأول ولم يسر، فإذا أحبلها الثاني، ثبت في نصيبه أيضًا. وعلى كل واحد تمام المهر للمكاتبة، فإن عجزت قبل الأجل، فعلى كل واحد نصف المهر لشريكه، ومن مات منهما، عتق نصيبه. وذكر البغوي أن في تبعيض الحرية في ولد كل واحد منهما الخلاف، وأنا إذا لم نحكم بالحرية في نصفه، فهل هو قن للآخر، أم يتكاتب؟ فيه الخلاف. وأنه لا يلزم كل واحد منهما شيء من قيمة الولد. وفي أمالي السرخسي: أنا إذا قلنا بالتبعيض، فالحكم كذلك، وإن قلنا بحرية الجميع، لزم كل واحد للآخر نصف قيمة ولده، ولم يجز العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعيض الحرية في ولد كل واحد إذا كان الأول معسرًا والثاني موسرًا، وحكموا بأن ولد الموسر حر كله، والخلاف مخصوص بالمعسر.

الصورة الثانية: اختلفا في السابق، فقال كل واحد: أنا أولدتها أولًا ولدي هذا، واحتمل، صدق كل واحد منهما، فهما موسران أو معسران، أو أحدهما موسر والآخر معسر، والاعتبار باليسار والإعسار حالة الإحبال.

الضرب الأول: موسران، فكل واحد يدعي على الآخر جميع المهر وجميع قيمة ولده، لأنه يقول: وطئتها وهي مستولدتي، أو يدعي نصفها على ما ذكرناه في

الصورة الأولى، وكل واحد يقر للآخر بنصف المهر، ونصف قيمة الجارية، لأنه يقول: أنا أولدتها وهي مشتركة، فصارت مستولدة لي، ويقرأ أيضًا بنصف قيمة الولد على اختلاف فيه، وما يقر به كل واحد من نصف قيمة الجارية يكذبه فيه الآخر، فيسقط إقراره به، وتبقى دعوى كل واحد في المهر وقيمة الولد، فإن اقتضى الحال التسوية بينهما، لم يعظم أثر الاختلاف، وجاء الكلام في التقاص، وإن تفاوتا، حلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر. وقيل: يتحالفان على النفي والإثبات، وهو بعيد، فإذا حلف، فلا شيء لأحدهما على الآخر، وهي مستولدة أحدهما على الابهام، ونفقتها عليهما، فإذا ماتا فهي حرة، والولاء موقوف بينهما. وإن مات أحدهما، فالأصح أنه لا يعتق شيء منها، لاحتمال أنها مستولدة الآخر، وقال ابن أبي هريرة وأبو علي الطبري: يعتق نصفها، واختاره القاضيان أبو الطيب والروياني، وحكى ذلك عن نصه في «الأم» لأنه يملك نصفها، وقد أولدها، وشككنا هل سرى إحبال شريكه إلى نصيبه، والأصل عدمه.

الضرب الثاني: أن يكونا معسرين، فلا ثمرة للاختلاف، والحكم كما لو عرف السابق وهما معسران. وإذا مات أحدهما، عتق نصيبه، وولاؤه لعصبته. وإن ماتا فالولاء لعصبتهما بالسوية. ونقل الربيع في «الأم» أن الولاء موقوف، وإن كانا معسرين. واتفق الجمهور أن هذا غلط من الربيع أو من غيره. وقيل: أراد حالة الموت، فلا فرق حينئذٍ بين كونهما موسرين أو معسرين لما سبق أن الاعتبار في اليسار والإعسار بحالة الإحبال.

الضرب الثالث: أن يكون أحدهما موسرًا، والآخر معسرًا، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعي عليه، ويثبت الاستيلاد للموسر في نصيبه، فلا منازعة، وهما متنازعان في نصيب المعسر، فنصف نفقتها على الموسر، ونصفها بينهما، ثم إن مات الموسر أولًا، عتق نصيبه وولاؤه لورثته، وإذا مات المعسر بعده، عتق نصيبه، وولاؤه موقوف بينهما وإن مات المعسر أولًا، لم يعتق منها شيء، فإذا مات الموسر بعده، عتقت كلها وولاء نصفها لورثته، وولاء النصف الآخر موقوف، قال الصيدلاني: هذا إذا قلنا لا تتوقف سراية الاستيلاد على أداء القيمة، فإن قلنا: يتوقف هنا الأداء، فتكون الجارية هنا مستولدتهما، والولاء بينهما بلا وقف، أما لو كان الاختلاف عكسه، فقال كل واحد للآخر: أنت وطئت أولًا، فسرى إلى نصيبي، وهما موسران، فقال البغوي: يتحالفان، ثم نفقتها عليهما، وإذا مات أحدهما، لمن يعتق نصيبه، لاحتمال أن الآخر سبقه بالاستيلاد، ويعتق نصيب الحي، لأنه أقر بأن الميت أولد أولا، ثم سرى إلى نصيبه، وعتق بموته، وولاء

ذلك النصف موقوف، فإذا مات الآخر، عتقت كلها وولاء الكل موقوف. وإن كان أحدهما موسرًا، والآخر معسرًا، فقال المعسر: سرى إيلادك إلى نصيبي، وقال الموسر: أنت أولدت أولًا، ولم يسر إلى نصيبي، تحالفا، ثم النفقة عليهما، فإن مات الموسر أولًا عتقت كلها. أما نصيب الموسر، فبموته، وولاؤه لعصبته، وأما نصيب المعسر، فبإقراره، وولاؤه موقوف. وإن مات المعسر أولًا، لم يعتق منها شيء لاحتمال أن الموسر سبقه بالإحبال، فإذا مات المعسر بعده، عتقت كلها. وولاء نصيب الموسر لعصبته، ونصيب الموسر موقوف، وبالله التوفيق.

الحكم الخامس: في جناية المكاتب والجناية عليه، وفيه مسائل:

إحداها: إذا جنى على أجنبي بما يوجبه قصاص نفس أو طرف، فلمستحقه القصاص. فإن عفا على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال، نظر إن كان في يده مال، وكان الواجب مثل قيمته، أو أقل، طولب به مما في يده، وإن كان أكثر، فهل يطالب بالأرش بالغًا ما بلغ، أم لا يطالب إلا بأقل الأمرين من قيمته والأرش؟ قولان، أظهرهما: الثاني، فعلى هذا له أن يفدي بالأقل، وإن لم يرض السيد، وإن فدى بالأرش، وزاد على القيمة، لم يستقل به، فإن أذن السيد، فقولان: كتبرعه، فإن لم يكن في يده مال، وطلب مستحق الأرش تعجيزه، عجزه الحاكم، ثم يباع كله في الجناية إن استغرق الأرش قيمته، وإلا فيباع قدر الأرش، وتبقى الكتابة في الباقي، فإذا أدى حصته من النجوم، عتق ذلك القدر. ولو أراد السيد أن يفديه من ماله، ويستديم الكتابة، فله ذلك، وعلى مستحق الأرش قبوله، هذا هو المذهب، وفيه شيء سبق. وفيما يفديه به قولان، الجديد بأقل الأمرين، والقديم بالأرش، وله أن يرجع عن اختيار الفداء ويسلمه للبيع إلا إذا مات العبد بعد اختيار الفداء، أو باعه بإذن المجني عليه بشرط الفداء، فيلزمه الفداء. ولو أبرأه السيد من النجوم، أو أعتقه، لزمه الفداء، لأنه فوت متعلق حق المجني عليه، فهو كما لو قتله، هذا إذا قلنا بالمذهب، والذي قطع به الجمهور أنه ينفذ إعتاقه، وأشار ابن كج إلى خلاف فيه، كإعتاق القن الجاني، والفرق أن المكاتب صار مستحق العتق بالكتابة قبل الجناية، فإذا أعتقه، وقع العتق عن الجهة المستحقة بخلاف القن، وفيما يفديه السيد به؟ طريقان، أحدهما: على القولين الجديد والقديم، والثاني: القطع بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة، لأن الرق باق هناك وكما يلزم السيد بإعتاق المكاتب فداؤه، يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه إذا تكاتبا عليه وجنيا، لأنهما يعتقان بإعتاقه. ولو عتق المكاتب بأداء النجوم، لزمه ضمان الجناية، ولا يلزم السيد فداؤه، وفيما يلزمه الطريقان: ولو جنى المكاتب جنايات، وأعتقه السيد أو أبرأه عن

النجوم، لزمه أن يفديه، فإن أدى النجوم وعتق، فضمان الجنايات على المكاتب، وأما الذي يلزمهما، فإن كاتب الجنايات معًا بأن قتل جماعة بضربة، أو هدم عليهم جدارًا، ففيه القولان، كالجناية الواحدة، والجديد أقل الأمرين من أرش الجنايات كلها، وقيمته، والقديم وجوب الأروش كلها، وإن كانت الجنايات متفرقة، فالقديم بحاله، وفي الجديد قولان، أظهرهما: أنه أيضًا بحاله، فيجب الأقل من الأروش كلها وقيمته. والثاني: يجب لكل جناية الأقل من أرشها والقيمة، لأن البيع كان عقب كل جناية، وبالإعتاق فوت ذلك، فكأنه أحدث لكل جناية منعًا ولو أراد المكاتب أن يفدي نفسه مما في يده عن الجنايات، فطريقان، أحدهما: على القولين المنقولين عن الجديد، والثاني: القطع بالأقل من أرش كل جناية والقيمة. وقطع البغوي بأنه يؤخذ مما في يده الأقل من أروش الجنايات كلها ومن قيمته، ويشبه أن يكون هذا هو المذهب، ولو لم يكن في يده مال، وسأل المستحقون تعجيزه، عجزه الحاكم ويباع، ويقسم الثمن على أقدار الأروش، وإن أبرأه بعضهم، قسم على الباقين، وإن اختار السيد؛ فداءه بعد التعجيز لم يبع، وفيما يفديه به القولان.

المسألة الثانية: إذا جنى المكاتب على عبد سيده، أو على طرف سيده، فله القصاص، وإن قتل السيد، فللوارث القصاص، فإن عفا المستحقون على مال، أو كانت موجبة للمال تعلق الواجب بما في يده، لأنه معه كأجنبي، وهل الواجب الأرش أم أقل الأمرين؟ فيه القولان، فإن قلنا: الواجب الأرش وكان أكثر من القيمة، فقال الشيخ أبو حامد: له أن يفدي نفسه به، وقال القاضي أبو الطيب: فيه الخلاف في هبته لسيده، ثم قال ابن الصباغ: وهذا يقتضي أن يقال: للسيد الامتناع من القبول لا يلزمه قبول الهبة، وعندي أنه يلزمه القبول إذا أمكن أداؤه وأداء مال الكتابة، وإذا لم يكن في يده شيء، أو كان لا يفي بالأرش، هل للسيد تعجيزه بسبب الأرش؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه إذا عجزه سقط الأرش، لأنه لا يثبت له على عبده دين، بخلاف ما إذا عجزه أجنبي، فإن الأرش يتعلق برقبته، وأصحهما: نعم، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره، ويستفيد رده إلى الرق المحض، وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم، ورق، فهل يسقط الأرش، أم يبقى في ذمته إلى أن يعتق؟ وجهان: أصحهماالأول، وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين، فملكه، هل يسقط. وجناية المكاتب على طرف ابن سيده، كجنايته على أجنبي، وجنايته على نفسه تثبت القصاص للسيد، فإن عفا، أو كان القتل خطأ، فهو كما لو جنى على السيد، ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته عليه، أو أبرأه عن النجوم، فإن لم يكن في يده مال، سقط الأرش على المذهب، وإن كان تعلق به على

الأصح. ولو أدى النجوم، فعتق لم يسقط الواجب بلا خلاف، كما لا يسقط إذا جنى على أجنبي، وأدى النجوم وعتق، ثم الواجب الأرش بالغًا ما بلغ، هذا هو المذهب، والمنصوص، وبه قطع الجمهور، وقيل: فيه القولان.

المسألة الثالثة: إذا جنى عبد المكاتب، فجنايته إما على أجنبي وإما على سيد المكاتب، وإما سيد سيده، فإن كانت على أجنبي، فله القصاص، فإن عفا على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال تعلق برقبته يباع فيه إلا أن يفديه المكاتب، وهل يفديه بالأرش أم بالأقل؟ قولان، وقيل بالأقل قطعًا، فإن قلنا بالأرش، وكان قدر قيمته، أو أقل، فله الاستقلال به، وإلا فلا يستقل وفي جوازه بإذن السيد قولان، كتبرعه. وفي الوقت الذي تعتبر قيمة العبد فيه أوجه: الأصح، وظاهر نصه في «المختصر»: يوم الجناية، لأنه وقت تعلق الأرش، والثاني: يوم الاندمال، والثالث: يوم الفداء، والرابع: أقل القيمتين من يومي الجناية والفداء، قال ابن كج: هذا هو المذهب، وهو نصه في «الأم» قال: وعندي أن الحكم في جناية المكاتب بنفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك، هذا كله في عبد المكاتب الذي لم يتكاتب عليه، أما من يكاتب عليه كولده من أمته ووالده وولده إذا وهبا له حيث يجوز القبول، فليس له أن يفديه بغير إذن سيده وبإذنه قولان، كتبرعه، لأن فداءه كشرائه، ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض، أو جنى عبد غيره على عبده، فله أن يقتص، لأنه من مصالح الملك، ولا يحتاج فيه إلى إذن السيد على المشهور، فلو كان القاتل والد المقتول، أو كان في عبيد المكاتب أبوه، فقتل عبدًا له، لم يقتص، ولو كان فيهم ابنه، فقتل عبدًا له، فله أن يقتص، وهل له أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنيا على عبد آخر له جناية توجب المال؟ فوجهان: أصحهما: المنع، وهو نصه في «الأم» أما إذا جنى عبد المكاتب على المكاتب فله الاقتصاص بغير إذن السيد، فإن كانت الجناية خطأ، أو عفا على مال، لم يجب إذ لا يثبت لسيده على عبده مال وإن جنى على سيد سيده، فهو كما لو جنى على أجنبي، فيباع في الأرش إلا أن يفديه المكاتب.

المسألة الرابعة: الجناية على المكاتب إن كانت على طرفه، فله الاقتصاص، ولا يشترط إذن السيد على المشهور، ثم إن إقتص فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال، لكن إن كان دون أرش الجناية فقدر المحاباة، حكمه حكم الجميع إذا عفا مجانًا، وسنذكره إن شاء الله تعالى، وإن عفا مطلقًا، فإن قلنا: موجب أحد الأمرين، أو قلنا: يوجب القصاص، ولكن مطلق العفو يوجب المال، ثبت الأرش، وإن قلنا: يوجب القصاص، ومطلق العفو لا يوجب المال، لم يجب شيء، وإن

عفا مجانًا سقط القصاص، ثم إن قلنا: موجب العمد القصاص، لم يجب شيء، وإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال، وإن قلنا: يوجبه، فوجهان: أحدهما: يجب المال إن عفا بغير إذن السيد، وبإذنه قولان، كتبرعه، والثاني: لا يجب شيء وإن عفا بغير إذنه، لأن الجناية على هذا القول لا توجب المال، وإنما تثبته إذا اختاره أو عفا مطلقًا على قول، فإذا عفا مجانًا، فقد ترك الاكتساب بالعفو، ولا يجبر على الكسب، وإن كانت الجناية موجبة للمال، لم يصح عفوه بغير إذن سيده وبإذنه قولان. وحيث ثبت المال بالجناية على طرفه فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم. وهل يستحق أخذه في الحال أم يتوقف على الاندمال؟ قولان، كالجناية على الحر. وقيل: يستحقه في الحال قطعًا مبادرة إلى تحصيل العتق، فإن قلنا: تتوقف على الاندمال وقد قطعت يده، نظر إن سرت الجناية إلى النفس، انفسخت الكتابة، وعلى الجاني القيمة للسيد إن كان أجنبيًا، وإن اندملت، فإن كان الجاني أجنبيًا أخذ المكاتب نصف قيمته، وإن كان السيد استحق عليه نصف القيمة وهو يستحق النجوم، فإن حل نجم، واتحد الحقان جنسًا وصفة، ففيه أقوال التقاص، فيأخذ من له الفضل الفضل، وإن اختلفا أخذ كل واحد حقه، وإن قلنا: له أخذ الأرش في الحال، فإن كان مثل دية حر أو أقل، فله أخذ جميعه، وإلا فلا يأخذ أكثر من قدر الدية، لأن الجناية قد تسري إلى نفسه بعد عتقه، فيعود الواجب إلى دية، وإذا أخذ ماله أخذه ثم اندملت الجراحة، فقد استقر الأرش، ويأخذ الباقي إن لم يكن أخذ الجميع، وإن سرت إلى النفس، نظر إن سرت قبل أن يعتق انفسخت الكتابة، فإن كان الجاني أجنبيًا، فللسيد مطالبته بتمام القيمة، وإن كان هو السيد، سقط عنه الضمان، وأخذ أكسابه، وإن كانت السراية بعد عتقه بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبيًا فعليه تمام الدية، لأن الاعتبار في الضمان بحال الاستقرار، ويكون ذلك لورثته، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء، وإن كان الجاني السيد، فعليه تمام الدية أيضًا بخلاف ما لو جرح عبده القن ثم أعتقه، فمات بالسراية، فإنه لا ضمان لأن ابتداء الجناية غير مضمون هناك، وهنا مضمون، ولو حصل العتق بالتقاص، فهو كما لو حصل بالأداء، ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلًا، لأن الواجب في الإبتداء نصف القيمة، والتقاص حينئذٍ يحصل، ثم إن سرت الجناية بعد العتق وجب الفاضل من الإبل. ولو عفا المكاتب عن المال، ولم نصحح عفوه، ثم عتق قبل أخذ المال، فهل له أخذه؟ قولان، أظهرهما: نعم، لأن عفوه وقع لاغيًا، ولو جنى على طرف المكاتب عبده، فله القصاص، فإن كانت الجناية خطأ، أو عفا على مال، لم يثبت له على عبده مال، وإن كانت الجناية على نفس المكاتب،

انفسخت الكتابة، ويموت رقيقًا. ثم إن قتله السيد، فليس عليه إلا الكفارة، وإن قتله أجنبي، فللسيد القصاص، أو القيمة، وله أكسابه بحكم الملك لا بالإرث.

فرع: جنى على طرف مكاتبه، وكان الأرش مثل النجوم، وحكمنا بالتقاص وحصول العتق، ثم جنى عليه السيد جناية أخرى موجبة للقصاص، فهي جناية على حر، فيجب القصاص، نص عليه في «الأم» فإن قال: لم أعلم أنه حصل التقاص والعتق، لم يقبل منه، كما لو قتل من كان عبدًا فعتق، وقال: لم أعلم أنه عتق، قال الربيع: فيه قول أنه يؤخذ منه دية حر، ولا قصاص للشبهة، قال في «الأم»: لو عتق المكاتب، فاختلف هو ومن جنى عليه، فقال المكاتب: كنت حرًا عند الجناية، وقال الجاني: بل مكاتبًا صدق الجاني بيمينه، وتقبل شهادة السيد للمكاتب.

فصل: في مسائل منثورة: قال لمكاتبه: إن عجزت عن النجوم بعد وفاتي، فأنت حر، صح التعليق، فإن قال المكاتب: قبل الحلول عجزت، لم يعتبر قوله، وإن قاله بعد الحلول، ووجدنا له ما يفي بالواجب، فلا عجز أيضًا، وإن لم يوجد، صدق بيمينه، ويقبل إقرار المكاتب بديون المعاملة، وبالبيع وما يقدر على إنشائه، وفي كتاب ابن كج أنه لو قال: بعت هذه السلعة وهذا ثمنها، قبل إقراره، وإن قال: بعتها، وتلف الثمن في بدين، ففي القبول قولان، وإن أقر بديم جناية، فهل يقبل في حق السيد؟ قولان أظهرهما عند البغوي: نعم، ويؤدي مما في يده كدين المعاملة، ولكن لو كان ما أقر به أكثر من قيمته، لم يلزم إلا قدر قيمته، فإن لم يكن في يده شيء، بيع في دين الجناية. والثاني وبه قطع جماعة: لا يقبل في حق السيد، لأنه لم يسلط عليه بعقد الكتابة، فإن قبلنا إقراره، فعجز قبل أن يؤخذ منه، فهل يباع فيه أم لا يباع ويكون في ذمته إلى أن يعتق؟ قولان. ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجناية، لكن لو عجز ألزم السيد بإقراره، ولو قال: كان جنى قبل الكتابة، لم يقبل على المكاتبة أيضًا لخروجه عن يده بالكتابة. ولو مات سيد المكاتب، فقد سبق أن الكتابة تبقى، فإن لم يعتق بالأداء إلى الوارث، فلو كان له وارثان، لم يعتق إلا بأداء حقهما، فإن كان الوارث صغيرًا أو مجنونًا، لم يعتق إلا بالدفع إلى وليه، فإن كان له وصيان، لم يعتق إلا بالدفع إليهما إلا إذا أثبت لكل واحد منهما الاستقلال، فإن كان على الميت دين وأوصى بوصايا، فإن كان الوارث وصيًا في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، عتق بالدفع إليه، وإلا فيجمع بين الوصي والورثة ويدفع إليهم، فإن لم يوص إلى أحد، قام القاضي مقام الوصي، ولو دفع إلى الغريم، لم يعتق، وإن دفع إلى الوارث، فإن قضى الديون والوصايا، عتق، وإلا وجب الضمان على المكاتب، ولم يعتق، هكذا ذكره البغوي. وقال القاضي أبو الطيب: إن كان الدين

مستغرقًا للتركة، برىء المكاتب بالدفع الى الغريم، وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسان، عتق بالدفع إليه، وإن أوصى بها للفقراء أو المساكين، دفعها إلى من أوصى إليه، فيفرقها، أو إلى الحاكم، وإن أوصى بقضاء الدين منها، تعين صرفها إليه، وهو كما لو أوصى بها لإنسان. ولو مات السيد والمكاتب ممن يعتق على الوارث، عتق عليه، ولو نكح الابن مكاتبة أبيه، ثم مات الأب والابن وارث، انفسخ النكاح، لأنه ملك زوجته، وكذا لو مات السيد وبنته تحت مكاتبه، فورثت زوجها، ولو اشترى المكاتب زوجته، أو اشترت المكاتبة زوجها، انفسخ النكاح، وبالله التوفيق.

باب الكتابة الفاسدة

إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها، لأنه دخل على أنه يسلم له ما شرط، ولم يسلم، فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه، لأنه مجمع عليه. وإن مات المولى أو جن أو حجر عليه، بطل العقد، لأنه غير لازم من جهته، فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة، فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق بعد الموت، وإن جن لم تبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار.

فصل: وإن أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق، لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله: كاتبتك على كذا وعلى صفة، وهو قوله: فإذا أديت فأنت حر، فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها، وإن أداه إلى غير من كاتبه لم يعتق، لأنه لم توجد الصفة، فإذا عتق تبعه ما فضل في يده من الكسب، وإن كانت جارية تبعها الولد، لأنه جعل كالكتابة الصحيحة في العتق، فكانت كالصحيحة في الكسب والولد.

فصل: ويرجع السيد عليه بقيمته، لأنه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط، وتعذر الرجوع إليه فرجع ببدله، كما لو باع سلعة بشرط فاسد، فتلفت في يد المشتري. ويرجع العبد على المولى بما أداه إليه، لأنه دفعه عما عليه، فإذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع، فإن كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الأمثال، ففيه أربعة أقوال: أحدها: أنهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر، لأنه لا فائدة في أخذه ورده. والثاني: أنه إن رضى أحدهما تقاصا، وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا، لأنه إذا رضى أحدهما فقد اختار الراضي منهما قضاء ما عليه، بالذي له على الآخر، ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أي جهة شاء. والثالث: أنهما إن تراضيا تقاصا، وإن لم يتراضيا لم يتقاصا، لأنه إسقاط حق بحق، فلم يجز إلا بالتراضي كالحوالة.

والرابع: أنهما لا يتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين، وإن أخذ من سهم الرقاب في الزكاة، فإن لم يكن فيه وفاء استرجع منه، وإن كان فيه وفاء، فقد قال في الأم: يسترجع ولا يعتق، لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب. ومن أصحابنا من قال: لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة في العتق والكسب.

فصل: فإن كاتب عبدًا صغيرًا أو مجنونًا، فأدى ما كاتبه عليه، عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ في ملك ما فضل في يده من الكسب، وفي التراجع؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: إنه لا يملك ما فضل في يده من الكسب، ولا يثبت التراجع، وهو رواية المزني في المجنون، لأن العقد مع الصبي ليس بعقد، ولهذا لو ابتاع شيئًا وقبضه وتلف في يده، لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فإن عقده عقد يقتضي الضمان، ولهذا لو اشترى شيئًا ببيع فاسد، وتلف عنده لزمه الضمان. والثاني: وهو قول أبي العباس أنه يملك ما فضل من الكسب، ويثبت بينهما التراجع، وهو رواية الربيع في المجنون، لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد.

فصل: وإن كاتب بعض عبده، وقلنا: إنه لا يصح، فلم يفسخ حتى أدى المال، عتق لوجود الصفة وتراجعا، وسرى العتق إلى باقيه، لأنه عتق بسبب منه، فإن كاتب شركًا له في عبد من غير إذن شريكه ـ نظرت، فإن جمع كسبه، ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه إلى الذي كاتبه ـ عتق لوجود الصفة، فإن جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان: أحدهما: لا يعتق لأن الأداء يقتضي أداء ما يملك التصرف فيه، وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه. والثاني: يعتق لأن الصفة قد وجدت، فإن كاتبه باذن شريكه، فإن قلنا: إنه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه إذا كاتبه بغير إذنه، وإن قلنا: إنه صحيح ودفع نصف الكسب إلى الشريك، ونصفه إلى الذي كاتبه عتق، فإن جمع الكسب كله ودفعه إلى الذي كاتبه، فقد قال بعض أصحابنا: فيه وجهان كالقسم قبله والمذهب أنه لا يعتق، لأن الكتابة صحيحة، والمغلب فيها حكم المعاوضة، فإذا دفع فيها ما لا يملكه صار كما لو لم يؤد، بخلاف القسم قبله فإنها كتابة فاسدة، والمغلب فيها الصفة. وإذا حكمنا بالعتق في هذه المسائل في نصيبه، فإن كان المعتق موسرًا سرى إلى نصيب إلى الشريك، وقوم عليه، لأنه عتق بسبب منه، ولا يلزم العبد ضمان السراية، لأنه لم يلتزم ضمان ما سرى إليه.

فصل: وإن كاتب عبيدًا على مال واحد ـ وقلنا: إن الكتابة صحيحة، فأدى بعضهم، عتق لأنه برىء مما عليه. وإن قلنا إن الكتابة فاسدة فأدى بعضهم، فالمنصوص أنه يعتق، لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة في الأحكام، فكذلك العتق في الأداء. ومن أصحابنا من قال: لا يعتق وهو الأظهر، لأن العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة، وذلك لم يوجد بأداء بعضهم.

الشرح قوله: «تقاصا» أصل المقاصة المماثلة، من قولهم قص الخبر، إذا

حكاه فأداه على مثل ما سمع، والقصاص في الجرح أن يستوفي مثل جرحه، وكذلك سميت المقاصة في الدين لأن كل واحد منهما لصاحبه مثل ما للآخر. وقد ذكرنا الكتابة الصحيحة بأركانها وشروطها. فأما التي لا تصح، فتنقسم إلى باطلة وفاسدة.

أما الباطلة، فهي التي اختل بعض أركانها، بأن كان السيد صبيًا، أو مجنونًا، أو مكرهًا على الكتابة، أو كان العبد كذلك، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما، أو لم يجر ذكر عوض، أو ذكر ما لا يقصد، ولا مالية فيه، كالحشرات، والدم، أو اختلت الصيغة، بأن فقد الإيجاب أو القبول، أو لم يوافق أحدهما الآخر.

وأما الفاسدة، فهي التي اختلت صحتها لشرط فاسد في العوض، بأن ذكر خمرًا، أو خنزيرًا، أو مجهولًا، أو لم يؤجله، أو لم ينجمه، أو كاتب بعض العبد. وضبطها الإمام فقال: إذا صدرت الكتابة إيجابًا وقبولًا ممن تصح عبارته، وظهر اشتمالها المالية، لكنها لم تجمع شرائط الصحة، فهي الكتابة الفاسدة، وجعل الصيدلاني الكتابة على دم أو ميتة كتابة فاسدة، كالكتابة على خمر.

إذا عرف هذا، فالكتابة الباطلة لاغية، إلا أنه إذا صرح بالتعليق، وهو ممن يصح تعليقه، ثبت حكم التعليق.

وأما الفاسدة، فإنها تشارك الصحيحة في بعض الأحكام، كما سنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى بخلاف البيع وغيره من العقود، لا يفرق بين فاسدها وصحيحها، لأن مقصود الكتابة العتق، وهو لا يبطل بالتعليق على فاسد. قال الأصحاب: تعليق العتق بالصفة ثلاثة أقسام:

أحدها: التعليق الخالي عن المعاوضة، كقوله: إن دخلت الدار، أو كلمت فلانًا، فأنت حر. ومن هذا: إن أديت إلي كذا فأنت حر، فإن المال ليس مذكورًا على سبيل المعاوضة، فهذا القسم لازم من الجانبين، فليس للسيد، ولا للعبد، ولا لهما، رفعه بالقول، ويبطل بموت السيد. وإذا وجدت الصفة في حياة السيد، عتق، وكسبه قبل وجود الصفة للسيد. ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال، لم يعتق، ولا تراجع بين السيد وبينه.

القسم الثاني: التعليق في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة، وهو الكتابة الصحيحة، وستأتي أحكامها إن شاء الله تعالى.

القسم الثالث: التعليق في عقد فيه معنى المعاوضة، ويغلب فيه معنى التعليق، وهو الكتابة الفاسدة، وهي كالصحيحة في أحكام:

أحدها: أنه إذا أدى العبد المسمى، عتق بموجب التعليق، ولا يعتق بإبراء السيد، ولا بأداء الغير عنه تبرعًا، لأن الصفة لا تحصل بهما. ولو اعتاض عن المسمى، لم يعتق أيضًا.

الثاني: أنه يستقل بالاكتساب، فيتردد ويتصرف، فيؤدي المسمى ويعتق. وإذا أدى، فما فضل من الكسب، فهو له، لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بالأداء، فكذلك في الكسب، وولد المكاتب من جارية ككسبه، لكن لا يجوز له بيعه، لأنه مكاتب عليه، فإذا عتق تبعه، وعتق عليه. وهل يتبع المكاتبة كتابة فاسدة ولدها؟ طريقان: المذهب: نعم، كالكسب. والثاني: قولان، كما سبق في باب التدبير في ولد المعلق عتقها بصفة.

الثالث: ذكر الإمام والغزالي أنه إذا استقل، سقطت نفقته عن السيد، وأن معاملته كالمكاتب كتابة صحيحة. والذي ذكره البغوي أنه لا تجوز معاملته مع السيد، ولا ينفذ تصرفه فيما في يده، كما في المعلق عتقه بصفة، ولعل هذا أقوى.

فرع: المكاتب كتابة صحيحة، هل له السفر بغير إذن السيد؟ فيه نصان، فقيل: قولان: أظهرهما: الجواز، لأنه يستعين به على الكسب، ولأنه في يد نفسه، وعليه دين مؤجل، فلم يمنع السفر. وقيل: نص الجواز محمول على سفر قصير، والمنع على طويل. وقيل: الجواز إذا لم يحل النجم، والمنع إذا حل، فإن جوزناه، فهل يجوز للمكاتب كتابة فاسدة؟ وجهان: أصحهما: لا.

فرع: تفارق الفاسدة الصحيحة في أمور:

أحدها: إذا أدى المسمى في الفاسدة، وعتق، رجع على السيد بما أدى، ورجع السيد عليه بقيمته يوم العتق. وفي قول ضعيف: يرجع بقيمة يوم العقد، فإن هلك المسمى في يد السيد، رجع العتيق بثلثه أو قيمته، فإن كان الواجب على السيد من جنس القيمة، بأن كان غالب نقد البلد، فهو على أقوال التقاص، وسنذكرها إن شاء الله تعالى. وإذا حصل التقاص وفضل لأحدهما شيء رجع به، وإنما يثبت التراجع إذا كان المسمى مالًا، فإن كان خمرًا أو نحوه، لم يرجع العتيق على السيد بشيء، ويرجع السيد عليه بالقيمة.

الثاني: للسيد فسخ الكتابة الفاسدة، بخلاف الصحيحة، ثم إن شاء فسخ بنفسه، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، ليحكم بإبطالها أو يفسخها. قال الروياني: وهو كما لو وجد المشتري المبيع معيبًا، له أن يفسخ بنفسه، وله أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ، ولا يبطلها القاضي بغير طلب السيد. وقال ابن سلمة: لا سبيل إلى إبطال الفاسدة بالقول، لأن العتق فيها يحصل بالتعليق، والتعليق لا يصح إبطاله،

والصحيح الأول، فإذا فسخها، أو حكم الحاكم بإبطالها، ثم أدى المسمى، لم يعتق، لأنه إن كان تعليقًا، فهو في ضمن معاوضته، فإذا ارتفعت المعاوضة، ارتفع ما تضمنته من التعليق، وليشهد السيد على الفسخ، فإن أدى المسمى، وقال: أديته قبل الفسخ، وقال السيد: بل بعده، صدق العبد، لأن الأصل عدم الفسخ، وعلى السيد البينة.

الثالث: إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة، لا عن جهة الكتابة، أو باعه، أو وهبه، كان فسخًا للكتابة. ولو أعتقه عن كفارة، أجزأه، نص عليه في «الأم» قال الشيخ أبو علي: إذا عتق لا عن جهة الكتابة، لا يتبعه الكسب والولد، بخلاف الكتابة الصحيحة، لأن المكاتب هناك استحق العتق على السيد بعقد لازم، واستحق استتباع الولد والكسب، فليس للسيد إبطاله، وهناك لا استحقاق على السيد، فجعل فاسخًا. قال: وعرضت هذا على القفال، فاستحسنه، وأقرني عليه، ولم ير غيره. وحكى الإمام وجهًا أنه لا يجزىء عن الكفارة، ولا يتبعه الولد والكسب، والصحيح الأول.

الرابع: تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد، ولا يعتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت، بخلاف الصحيحة، فإن قال: إن أديت إلى وارثي كذا بعد موتي، فأنت حر، عتق بالأداء إليه.

الخامس: لا يجب الإيتاء في الفاسدة.

السادس: لو كاتب أمة كتابة فاسدة، وعجزت عن الأداء، فأرقها، أو فسخ الكتابة قبل عجزها، لم يجب الاستبراء، بخلاف الصحيحة.

السابع: لو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة، فهل يعتق كالصحيحة، أم لا، لأن الصفة لم توجد على وجهها؟ وجهان.

الثامن: من يلزم السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة.

التاسع: هل يصرف سهم المكاتبين إلى المكاتب كتابة فاسدة؟ وجهان الأصح المنصوص: المنع.

العاشر: المسافرة ممنوعة في الفاسدة على المذهب، جائزة في الصحيحة على المذهب، كما سبق.

باب اختلاف المولى والمكاتب

إذا اختلفا فقال السيد: كاتبتك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور علي، فأنكر العبد، فإن كان قد عرف له جنون أو حجر، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل

بقاؤه على الجنون أو الحجر، وإن لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد، لأن الظاهر عدم الجنون والحجر. وإن اختلفا في قدر المال أو في نجومه تحالفا قياسًا على المتابعين، إذا اختلفا في قدر الثمن أو في الأجل، فإن كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر إلى الفسخ؟ فيه وجهان، كما ذكرناه في المتابعين ـ وإن كان التحالف بعد العتق، لم يرتفع العتق، ويرجع المولى بقيمته، ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول في البيع الفاسد.

فصل: وإن وضع شيئًا عنه من مال الكتابة، ثم اختلفا فقال السيد: وضعت النجم الأخير، وقال المكاتب، بل الأول فالقول قول السيد، وإن كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين دينارًا لم يصح، لأنه أبرأه مما لا يملكه، فإن قال: أردت ألف درهم بقيمة خمسين دينارًا صح، وإن اختلفا فيما عنى فادعى المكاتب أنه عنى ألف درهم بقيمة خمسين دينارًا، وأنكر السيد ذلك، فالقول قول السيد، لأن الظاهر معه ولأنه أعرف بما عنى، وإن أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى: أنت حر؛ وخرج المال مستحقًا فادعى العبد أن عتقه بقوله: أنت حر، وقال المولى: أردت أنك حر بما أديت، وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد، لأنه يحتمل الوجهين، وهو أعرف بقصده، وإن قال السيد: استوفيت أو قال العبد: أليس أوفيتك؟ فقال: بلى، فادعى المكاتب أنه وفاه الجميع، وقال المولى: بل وفاني البعض فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لا يقتضي الجميع.

فصل: وإن كان المكاتب جارية فأتت بولد فاختلفا في ولدها، وقلنا: إن الولد يتبعها، فقالت الجارية: ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معي، وقال المولى: بل ولدته قبل الكتابة فهو لي، ف القول قول موقوف معي، وقال المولى: بل ولدته قبل الكتابة فهو لي، فالقول قول السيد، لأن هذا اختلاف في وقت العقد، والسيد يقول: العقد بعد الولادة والمكاتبة تقول قبل الولادة، والأصل عدم العقد، وإن كاتب عبدًا ثم زوجه أمة له، ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد: أتت به قبل الشراء فهو لي، وقال العبد: بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو لي، فالقول قول العبد، لأن هذا الاختلاف في الملك؛ والظاهر مع العبد، لأنه في يده بخلاف المسألة قبلها، فإن هناك لم يختلفا في الملك، وإنما اختلفا في وقت العقد.

فصل: وإن كاتب عبدين فأقر أنه استوفى ما على أحدهما أو أبرأ أحدهما، واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما أنه هو الذي استوفى منه، أو أبرأه، رجع إلى المولى، فإن أخبر أنه أحدهما، قبل منه؛ لأنه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه؛ فإن طلب الآخر يمينه حلف له، وإن ادعى المولى أنه أشكل عليه، لم يقرع بينهما، لأنه قد يتذكر، فإن ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة، ومن أصحابنا من قال: ترد الدعوى عليهما، فإن حلفا أو نكلا بقيا على لكتابة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عتق الحالف وبقي الآخر على الكتابة. وإن

مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان: أحدهما: يقرع بينهما لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة، كما لو قال لعبدين: أحدكما حر، والثاني: لا يقرع لأن الحرية تعينت في أحدهما، فإذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره، فعلى هذا يرجع إلى الوارث، فإن قال: لا أعلم حلف لكل واحد منهما، وبقيا على الكتابة على ما ذكرناه في المولى.

فصل: وإن كاتب ثلاثة أعبد في عقود أو في عقد على مائة، وقلنا: إنه يصح، وقيمة أحدهم مائة، وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون، فأدوا مالًا من أيديهم ثم اختلفوا، فقال من كثرت قيمته: النصف لي ولكل واحد منكما الربع. وقال الآخران: بل المال بيننا أثلاثًا ويبقى عليك تمام النصف، ويفضل لكل واحد منا ما زاد على الربع. فقد قال في موضع: القول قول من كثرت قيمته، وقال في موضع: القول قول من قلت قيمته، فمن أصحابنا من قال: هي على قولين: أحدهما: أن القول قول من قلت قيمته، وأن المؤدى بينهم أثلاثًا، لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال. والثاني: أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه، فإن العادة أن الإنسان لا يؤدي أكثر مما عليه.

ومنهم من قال: هي على اختلاف حالين، فالذي قال: القول قول من كثرت قيمته إذا وقع العتق بالأداء، لأن الظاهر أنه لا يؤدي أكثر مما عليه. والذي قال: إن القول قول من قلت قيمته، إذا لم يقع العتق بالأداء، فيؤدي من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثاني. والدليل عليه أنه قال في الأم: إذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين، فإذا قلنا: إنه بينهم على العدد أثلاثًا فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجز، لأن الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل، فلا يرجعان به، ويحتسب لهما من النجم الثاني.

فصل: وإن كاتب رجلان عبدًا بينهما، فادعى المكاتب أنه أدى إليهما مال الكتابة، فأقر أحدهما وأنكر الآخر، عتق حصة المقر، والقول قول المنكر مع يمينه، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه، وهو الربع، لحصول حقه في يده ويطالب المكاتب بالباقي، وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف، فإن قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب، وليس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صحابه بما أخذه منه لأن كل واحد منهما يدعي أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره. وإن وجد المكاتب عاجزًا فعجزه أحدهما رق نصفه.

قال الشافعي رحمه الله: ولا يقوم على المقر لأن التقويم لحق العبد وهو يقول: أنا حر مسترق ظلمًا، فلا يقوم، ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب، لأنه يدفع بها ضررًا من استرجاع نصف ما في يده، فإن ادعى المكاتب أنه دفع جميع المال إلى أحدهما، ليأخذ منه النصف، ويدفع إلى شريكه النصف ـ نظرت فإن قال المدعى عليه: دفعت إلى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصة المدعى

عليه باقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين، لأنه لا يدعي عليه واحد منهما تسليم المال إليه، وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه، وله أن يطالب المقر بنصفه، والمكاتب بنصفه، ولا يرجع واحد منهما بما يئخذ منه على الآخر، لأن كل واحد منهما يدعى أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره، فإن استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حرًا وإن عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: إنه يقوم على المقر، ووجهه أنه عتق نصيبه بسبب من جهته. وقال في المسألة قبلها لا يقوم، فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلها على قولين ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم في المسألة قبلها على ما نص عليه، لأن في المسألة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد، وههنا يقول: نصفي مملوك فأستحق التقويم، وإن قال المدعى عليه: قبضت المال وسلمت نصفه إلى شريكي، وأمسكت النصف لنفسي، وأنكر الشريك القبض، عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه، لأن المقر يدعي التسليم إليه، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد، وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض فإن رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكي ظلمني، وإن رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر، صدقه على الدفع أو كذبه، لأنه فرط في ترك الإشهاد. فإن حصل للمنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب، وإن عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان للمنكر أن يسترق نصيبه، فإذا رق قوم على المقر لأنه عتق بسبب كان منه، وهو الكتابة ويرجع على المنكر المقر بنصف ما أقر بقبضه، لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه، وإن حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه.

الشرح: الاختلاف فيه صور: إحداهما: ادعى عبد على سيده أنك كاتبتني، فأنكر، صدق السيد بيمينه، وكذا لو ادعى على وارثه بعده، أن مورثك كاتبني، صدق الوارث، ويحلف على نفي العلم. ولو قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون، أو محجور علي، قال العبد: بل كنت كاملًا، فإن عرف للسيد جنون أو حجر، صدق، وإلا، فيصدق العبد. ولو قال السيد: كاتبتك، فأنكر العبد، ففي كتاب ابن كج أنه إن لم يعترف بأداء المال عاد رقيقًا، ويكون إنكاره تعجيزًا منه. وإن قال السيد: وأديت المال وعتقت، فهو حر بإقراره، فإن قال العبد: الذي أديت إليك ليس لي، بل وديعة لزيد، وادعاه زيد، صدق، أما إذا اختلفا في أداء المال، فالمصدق السيد، فإن أراد المكاتب إقامة بينة بالأداء، أمهل ثلاثة أيام. وهل هذا الإمهال واجب، أم مستحب؟ وجهان: ولا تثبت الكتابة بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين. ويشترط في الشهادة التعرض للتنجيم، وقدر كل نجم ووقته، ويثبت الأداء

بشاهد وامرأتين، وبشاهد ويمين. وقيل: لا يثبت النجم الأخير إلا بعدلين، لتضمنه العتق، والصحيح الأول. وحكى الروياني في «الكافي» أنه لو أمهل ثلاثة أيام ليأتي ببينة الأداء، فأحضر شاهدًا بعد الثلاثة، واستنظر ليأتي بالثاني، أنظر ثلاثة أخرى.

الثانية: اختلفا في قدر النجوم، أو عددها، أو جنسها، أو صفتها، أو قدر الأجل، ولا بينة، تحالفا، وكيفيته كما سبق في البيع، فإذا تحالفا، نظر، إن لم يحصل العتق باتفاقهما، بأن لم يقبض جميع ما يدعيه، أو قبض غير الجنس الذي يدعيه، فهل تنفسخ الكتابة، أم يفسخها الحاكم إن لم يتراضيا على شيء؟ فيه ما سبق في البيع. وإن حصل العتق باتفاقهما، بأن قبض ما يدعيه بتمامه، وزعم المكاتب أن الزيادة على القدر الذي اعترف به أودعها عنده، استمر نفوذه، ويتراجعان، فيرجع السيد بقيمة المكاتب، ويرجع هو بما أدى، وقد يقع في التقاص. ولو قال السيد: كاتبتك على نجم، فقال: بل على نجمين، قال البغوي: صدق السيد بيمينه، لأنه يدعي فساد العقد. قلت: ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع. والله أعلم.

فلو أقام العبد بينة، بأنه كاتبه في رمضان سنة كذا على ألف، وأقام السيد بينة أنه كاتبه في شوال تلك السنة على ألفين، فإن اتفقا أن الكتابة متحدة، فكل بينة تكذب الأخرى، فيتساقطان ويتحالفان. وإن لم يتفقا على الاتحاد، فالبينة المتأخرة أولى، لأنه ربما كاتب في رمضان ثم ارتفعت تلك الكتابة، وأحدث أخرى.

الثالثة: ولد المكاتب من زوجته المعتقة حر، وولاؤه لمواليها، فإن عتق المكاتب، انجر الولاء إلى مواليه، كما سبق في الولاء. فلو مات المكاتب، فاختلف مولاه ومولى أم أولاده، فقال مولاه: عتق بأداء النجوم، ثم مات وجر ولاء أولاده إلي، وأنكر مواليها، فهم المصدقون باليمين، وعليه البينة. وهل يكفيه شاهد ويمين، أو شاهد وامرأتان، أم يحتاج إلى شاهدين؟ فيه الخلاف في النجم الأخير، ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار، لإقرار السيد أنه مات حرًا. ولو أقر السيد في حياة المكاتب بأنه أدى النجوم، عتق، وجر إليه ولاء ولده.

الرابعة: كاتب عبدين في صفقتين، أو صفقة، وجوزناها، ثم أقر أنه استوفى نجوم أحدهما، أو أنه أبرأ أحدهما، أمر بالبيان، فإن قال: نسيته، أمر بالتذكر، ولا يقرع بينهما ما دام حيًا، وقيل: يقرع، والصحيح الأول، فإن بين أحدهما، فصدقه الآخر، فذاك، وإن كذبه وقال: بل استوفيت مني، أو أبرأتني، فله تحليف السيد، فإن حلف، بقيت كتابته إلى أداء النجوم، وإن نكل، حلف المكذب، وعتق أيضًا. وإن لم يتذكر، حلف لهما إذا ادعاه. وإذا حلف، فوجهان: أحدهما: يبقيان على

الكتابة، ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء النجوم، والثاني: تتحول دعوى المكاتبين، فإن حلفا على الأداء، أو نكلا، بقيا على الكتابة، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم بعتق الحالف، وبقي الآخر، مكاتبًا. ولو بين أحدهما، فقال الآخر: تؤتيني بالإقرار الذي اتهمته، ولم يقل: استوفيت مني أو أبرأتني، قال الإمام: فالأصح أن دعواه مردودة، لأنه لا يدعي حقًا ثابتًا، وإنما يدعي إخبارًا قد يصدق فيه وقد يكذب، وقد سبق نظير هذا في الدعاوى. ولو مات السيد قبل البيان، فهل يقوم الوارث مقامه في البيان؟ قولان. أحدهما: لا، بل يقرع، فمن خرجت قرعته، فهو حر، وعلى الآخر أداء النجوم، وله تحليف الوارث على نفي العلم. وأظهرهما: يقوم مقامه، ولا قرعة، فإذا بين، فالحكم كما سبق في بيان المورث، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم، فإن قال الوارث: لا أعلم المؤدي، فلكل واحد تحليفه أنه لا يعلمه أدى، فإذا حلف لهما، فوجهان: أحدهما: يستوفي من كل واحد منهما ما عليه، كما لو أقر بأن أحد غريميه أوفاه دينه، ومات قبل البيان، وحلف الوارث لكل واحد منهما، فإنه يستوفي الدينين جميعًا. وحكى ابن الصباغ توقف العتق على أداء كل واحد منهما جميع ما عليه، ثم قال: وعندي أنه إن استوفى المالان، فقالا: نؤدي ما على أحدنا، أو اختلفا، فقالا: نؤدي الأكثر ليعتق، كان لهما ذلك، لأنهما بأدائه قد أديا جميع ما عليهما. والوجه الثاني وهو الأصح، وبه قال القاضي أبو الطيب: يقرع بينهما، هكذا رتب الجمهور المسألة. وقال الإمام والغزالي: لكل واحد من الكاتبين أن يدعي على الوارث توفية النجوم إلى المورث أو إبراءه له، وأن يحلفه على نفي العلم، فإذا حلف هل يقرع؟ قولان. أظهرهما: نعم، فمن خرجت له القرعة، فهو حر، وعلى الآخر أداء النجوم. وإن قلنا: لا يقرع، قال الإمام: الذي يقتضيه القياس التوقف الى الاصطلاح، أو البيان، أو بينة، وينقدح أن يقال: للوارث تعجيزهما، فإنهما ممتنعان من الأداء وأحدهما مكاتب، وحينئذٍ فأحدهما حر، والآخر رقيق، فيقرع، والمذهب ما قدمناه عن الجمهور. ولو أقر باستيفاء بعض نجوم أحدهما، ولم يبين، فلا قرعة، لأن العتق لا يحصل به، بل يوقف الأمر. ولو ادعى أحد المكاتبين على الوارث الأداء أو الإبراء، فأنكر، حصل بإنكاره الإقرار للآخر، قاله الصيدلاني.

كتاب عتق أمهات الأولاد

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا علقت الأمة بولد حر في ملك الواطىء، صارت أم ولد له، فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها، لما ذكرناه في البيوع، فإن مات السيد عتقت لما روى ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: «من ولدت منه أمته فهي حرة من بعد موته»[1] وتعتق من رأس المال، لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالإتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم، وإن علقت بولد مملوك في غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له، لأن حرمة الاستيلاد إنما تثبت للأم بحرية الولد. والدليل عليه «أن رسول الله ﷺ ذكرت له مارية القبطية فقال: أعتقها ولدها» والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه، وإن علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد في الحال، فإذا ملكها ففيه قولان:

أحدهما: لا تصير أم ولد لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبه إذا علقت منه في نكاح فاسد أو زنا. والثاني: أنها تصير أم ولد لأنها علقت منه بحر، فأشبه إذا علقت منه في ملكه، وإن علقت بولد مملوك في ملك ناقص وهي جارية المكاتب إذا علقت من مولاها ففيه قولان: أحدهما: أنها لا تصير أم ولد لأنها علقت منه بمملوك. والثاني: أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية، ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لأمه.

فصل: وإن وطىء أمته فأسقطت جنينًا ميتًا كان حكمه حكم الولد الحي في الاستيلاد لأنه ولد. وإن أسقطت جزءًا من الآدمي كالعين والظفر أو مضغة فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة أنه تخطط وتصور، ثبت له حكم الولد لأنه قد علم أنه ولد، وإن ألقت مضغة لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة ولمعرفة أنه مبتدأ خلق الآدمي، ولو بقي لكان آدميًا، فقد قال ههنا ما يدل على أنها لا تصير أم ولد، وقال في العدد: تنقضي به العدة؛ فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلها على قولين.

أحدهما: لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد ولا في انقضاء العدة لأنه ليس بولد. والثاني: يثبت له حكم الولد في الجميع لأنه خلق بشر فأشبه إذا تخطط، ومنهم من قال: لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد وتنقضي به العدة

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٣٠٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥١٥) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩) والبيهقي في سننه (١٠/ ٣٤٦).

لأن حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود الولد، ولم يوجد الولد، والعدة تراد لبراءة الرحم، وبراءة الرحم تحصل بذلك.

فصل: ويملك استخدام أم الولد وإجارتها، ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه، وإنما ثبت لها حق الحرية بعد الموت، وهذه التصرفات لا تمنع العتق، فبقيت على ملكه، وهل يملك تزويجها؟ فيه ثلاث أقوال:

أحدها: يملك لأنه يملك رقبتها ومنفعتها فملك تزويجها كالأمة القنة. والثاني: يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لأنها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى ابطاله فملك تزويجها برضاها، ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة. والثالث: لا يملك تزويجها بحال لأنها ناقصة في نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالأخ في تزويج أخته الصغيرة، فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها بإذنهما؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يملك لأنه قائم مقامها ويعقد باذنهما، فإذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما. والثاني: وهو قول أبي سعيد الأصطخري أنه يملك تزويجها لأنه يملك بالحكم ما لا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة.

فصل: وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها في حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الأم في العتق فكذلك في الاستيلاد، فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم في ولدها لأنه حق استقر له في حياة الأم فلم يسقط بموتها.

فصل: وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها، لأنه منع من بيعها بالإحبال، ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرض بذمتها فلزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه، ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولًا واحدًا، لأن في العبد القن إنما فداه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ في أحد ال قولين، لأنه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته، وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها. وإن جنت فقداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان:

أحدهما: يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها في الجناية الأولى، لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها. وهذا موجود في الجناية الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن، إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيه واقول الثاني وهو الصحيح أنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التي فدى بها الجناية الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما، لأنه بالإحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أكثر من قيمتها، وتخالف العبد القن فإنه فداه لأنه امتنع من بيعه، والامتناع يتكرر فتكرر الفداء، وههنا لزمه الفداء للإتلاف بالإحبال. وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء.

وإن جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت، فإن بقي من قدر قيمتها ما يفدى به الجناية الثانية لزمه أن يفديها، وإن بقي ما يفدى به بعض الجناية الثانية فعلى القولين، إن قلنا: يلزمه أن يفدى الجناية الثانية لزمه أن يفديها. وإن قلنا: يشارك الثاني الأول في القيمة ضم ما بقي من قيمتها إلى ما فدى به الجناية الأولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما.

فصل: وإن أسلمت أم ولد نصراني، تركت على يد امرأة ثقة، وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق، لأنه لا يمكن بيعها لما فيه من إبطال حقها من العتق المستحق بالاستيلاد ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى، ولا يمكن إقرارها في يده لما فيه من الصغار على الإسلام فلم يبق إلا ما ذكرناه. وإن كاتب كافر عبدًا كافرًا ثم أسلم العبد بقي على الكتابة لأنه أسلم في حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقي على حالته، فإن عجز ورق أمر ببيعه.

الشرح: قوله: «تخطط وتصور» أي ظهر فيه خلق الآدمي وتبين كما يتبين الخط في الشيء الذي يخطط بقلم أو حديده وسوى ذلك، وتصور أي ظهر فيه صور الآدمي، والمضغة: القطعة من اللحم، أما الأحكام: فولد الرجل من أمته ينعقد حرًا، وتصير الأمة بالولادة مستولدة تعتق بموته، ويقدم عتقها على الديون، واستيلاد المريض مرض الموت، كاستيلاد الصحيح في النفوذ من رأس المال، كإنفاق المال في اللذات والشهوات. ويثبت الاستيلاد أيضًا بإلقاء مضغة فيها خلقة آدمي، إما لكل أحد وإما للقوابل وأهل الخبرة من النساء، فإن لم يظهر، وقلن: هذا أصل آدمي ولو بقي لتصور، لم يثبت الاستيلاد على المذهب.

فصل: يحرم بيع المستولدة وهبتها ورهنها والوصية بها، وعن الشافعي رحمه الله أنه ميل القول في بيعها، فقال الجمهور: ليس للشافعي رحمه الله فيه اختلاف قول، وإنما ميل القول إشارة إلى مذهب من جوزه، ومنهم من قال: جوزه في القديم، فعلى هذا هل يعتق بموت السيد؟ وجهان: أحدهما: لا وبه قال صاحب «التقريب» والشيخ أبو علي. والثاني: نعم، قاله الشيخ أبو محمد والصيدلاني كالمدبر، قال الإمام: وعلى هذا يحتمل أن يقال: يعتق من رأس المال، ويحتمل من الثلث، وإذا قلنا بالمذهب: إنه لا يجوز بيعها، فقضى قاض بجوازه، فحكى الروياني عن الأصحاب أنه ينقض قضاؤه، وما كان فيه من خلاف بين القرن الأول، فقد انقطع، وصار مجمعًا على منعه، ونقل الإمام فيه وجهين.

فرع: أولاد المستولدة إن كانوا من السيد، فأحرار، وإن حدثوا من نكاح أو زنى، فلهم حكم الأم، فليس للسيد بيعهم، ويعتقون بموته، وإن كانت الأم قد ماتت في حياة السيد. ولو أعتق السيد الأم، لم يعتق الولد، وكذا حكم العكس كما في

التدبير بخلاف ما لو أعتق المكاتبة يعتق ولدها، ولو ولدت المستولدة من وطء شبهة، فإن كان الواطىء يعتقد أنها زوجته الأمة، فالولد رقيق للسيد كالأم، وهو كما لو أتت به من نكاح أو زنى، وإن كان يعتقدها زوجته الحرة أو أمته، انعقد الولد حرًا، وعليه قيمته للسيد. وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاد بنكاح أو زنى، فليس لهم حكم الأم، بل للسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه، ولا يعتقون بموته، لأنهم حدثوا قبل ثبوت حق الحرية للأم.

فرع: المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنة، فله إجارتها واستخدامها ووطؤها وأرش الجناية عليها وعلى أولادها التابعين لها، وقيمتهم إذا قتلوا، ومن غصبها، فتلفت في يده، ضمنها كالقنة، ولو شهد اثنان على إقرار السيد بالإستيلاد، وحكم بهما، ثم رجعا، قال أبو علي: لا يغرمان، لأن الملك باق فيها، ولم يفوتا إلا سلطنة البيع، ولا قيمة لها بانفرادها. قال الإمام: فإذا مات السيد، وفات الملك، فالذي نراه وجوب الغرم عليهما للورثة، كما لو شهدا بتعليق العتق، فوجدت الصفة، فحكمت بعتقه، فرجعا، غرما، وفي تزويجها أقوال، أظهرها للسيد الاستقلال به، لأنه يملك بيعها ووطأها، كالمدبرة. والثاني قاله في القديم: لا يزوجها إلا برضاها، والثالث: لا يجوز وإن رضيت، وعلى هذا هل يزوجها القاضي؟ وجهان:

أحدهما: نعم بشرط رضاها، ورضى السيد، والثاني: لا ويجري الخلاف في تزويج بنت المستولدة، فإذا جوزناه، فلا حاجة إلى الاستبراء بخلاف المستولدة، لأنها كانت فراشًا له، وابن المستولدة لا يجبره السيد على النكاح، وليس له أن ينكح بغير إذن السيد، فإن أذن، فوجهان: حكاهما الروياني في «الكافي» تخريجًا من الخلاف في المستولدة.

فصل: إذا زنى رجل بأمة، فأتت بولد من زنى، ثم ملكها، لم تصر أم ولد له، ولو ملك ذلك الولد، لم يعتق عليه، ولو أولد أمة غيره بنكاح، ثم ملكها، لم تصر أم ولد له على المذهب، لأنها علقت برقيق، والاستيلاد إنما يثبت تعبًا لحرية الولد، ولو ملكها وهي حامل منه، فكذلك الحكم، ولكن يعتق الولد عليه، لأنه ملك ولده، قال الصيدلاني: وصورة ملكها حاملًا أن تضع لدون ستة أشهر من حين ملكها، وأن لا يطأها بعد الملك، وتلد لدون أربع سنين، فأما إذا وطئها بعد الملك، وولدت لستة أشهر من وقت الملك، فيحكم بحصول العلوق في ملك اليمين وثبوت الاستيلاد وحرية الولد، وإن أمكن كونه سابقًا عليه، أما إذا استولد أمة الغير بشبهة، ثم ملكها، فينظر إن وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة، فالولد

رقيق، ولا يثبت الاستيلاد، وإن وطئها على ظن أنها زوجته الحرة أو أمته، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاد قولان، وكذا لو نكح أمة غرّ بحريتها، فأولدها، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاد إذا ملكها القولان، ويجريان فيما لو اشترى أمة شراء فاسدًا، وأولدها على ظن الصحة، أحدهما وهو القديم: يثبت، لأنها علقت منه بحر، وأظهرهما: وهو الجديد: لا يثبت، لأنها علقت في غير ملك اليمين، فعلى القديم يكون أولادها الحادثون بعد ملكه من نكاح أو زنى لهم حكمها، فيعتقون بموت السيد، والحاصلون قبل أن يملكها ليس لهم حكمها، وإن حصلوا بعد الاستيلاد، لأنهم حصلوا قبل ثبوت الحق للأم، ولو ملكها وهي حامل من نكاح أو زنى، ففي فتاوى القاضي حسين أنه لا يثبت لذلك الولد حكم الأم بل يكون قنًا للمشتري اعتبارًا بحال العلوق.

فرع: سبق في الكتابة إذا أولد الشريكان مكاتبتهما، والقنة في معناها، وذكرنا هناك المسألة مبسوطة.

فرع: أولد مرتد أمته، صارت مستولدة إن أبقينا ملكه، وإن أزلناه لم يثبت الاستيلاد في الحال، فإن أسلم، فعلى القولين فيما إذا أولد أجنبية، ثم ملكها، وإن توقفنا في الملك، فكذا في الاستيلاد.

فرع: إذا أسلمت مستولدة كافر، أو استولد أمته بعد إسلامها، فقد ذكرنا في البيع أنه لا سبيل إلى بيعها، وأنه لا يجبر على اعتاقها على الصحيح، ولكن يحال بينهما، وتجعل عند امرأة ثقة، وكسبها له، ونفقتها عليه، فإن أسلم، رفعت الحيلولة، وإن مات، عتقت. وهل للكافر تزويجها إذا جوزنا تزويج المستولدة؟ وجهان حكاهما الصيدلاني، أصحهما: لا، وبه قطع القفال، لانقطاع الموالاة. والثاني: نعم، لأنه تصرف بالملك. وعلى الأول. قيل: لا يزوجها القاضي أيضًا. وقال أبو إسحاق: يزوجها القاضي إذا أرادته والمهر للسيد، وكذا يزوجها الحاكم إذا أراد السيد تزويجها، وإن كرهت هي، فتصير النفقة على الزوج قال أبو إسحاق: وهي أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج، فإذا تزوجت صار الأب أحق بالولد، إلا أن يكون مميزًا فيخاف أن يفتنه عن دينه فلا يترك عنده.

والصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا حضانة لكافر على مسلم، كما سبق في الحضانة، ولا حضانة هنا للأب. والله أعلم.

فرع: في فتاوى القفال: أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحر، لا حد عليه، ويثبت النسب، دون الاستيلاد، لأنه ليس من أهل الملك، وأن المكاتب إذا أولد جارية ابنه الحر، فيحتمل أنه يبنى ثبوت الاستيلاد على الخلاف في أنه إذا أولد

جارية، نفسه، هل يثبت؟ وأن من وطىء جارية بيت المال، يحد، ولا نسب، ولا استيلاد، وسواء في هذا الغني والفقير، لأنه لا يجب الإعفاف من بيت المال. وأنه لو أعتق مستولدته على مال، يجوز. ولو باعها نفسها، صح على الظاهر، لأن بيع العبد نفسه، إعتاق على الحقيقة.

فرع: إذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، لزمه الحد في قول، والتعزير على الأظهر. وعلى القولين يكون الولد حرًا نسبيًا، وتصير هي مستولدة، قال الأصحاب رحمهم الله: ولا يتصور اجتماع هذه الأحكام ووجوب الحد إلا في هذه الصورة على أحد القولين. واعلم أن أحكام المستولدة سبقت معرفة في أبوابها فتركنا إعادتها.

باب الولاء

إذا أعتق الحر مملوكًا ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها، فقال رسول الله ﷺ: «أعتقي فإنما الولاء لمن أعتق»[1].

وإن عتق عليه بتدبير، أو كتابة، أو استيلاد أو قرابة، أو أعتق عنه غيره؛ ثبت له عليه الولاء؛ لأنه عتق عليه فثبت له الولاء، كما لو باشر عتقه. وإن باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يثبت له عليه الولاء، لأنه لم يثبت عليه رق غيره.

والثاني: لا ولاء عليه لأحد، لأنه لم يعتق عليه في ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء.

فصل: وإن أعتق المكاتب عبدًا بإذن المولى وصححنا عتقه ففي ولائه قولان: أحدهما: أنه للسيد لأن العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد. والثاني: أنه موقوف فإن عتق فهو له فإن عجز فهو للسيد، لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه، فإن مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففي ماله قولان:

أحدهما: أنه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء. والثاني: أنه للسيد، لأن الولاء يجوز أن ينتقل، فجاز أن يقف والارث لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف.

فصل: وإن أعتق مسلم نصرانيًا أو أعتق نصراني مسلمًا ثبت له الولاء، لأن الولاء كالنسب، والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء، وإن أعتق المسلم

---

(١) تقدم.

نصرانيًا فلحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه لأن عليه ولاء لمسلم فلا يجوز ابطاله وإن أعتق ذمي عبده فلحق بدار الحرب وسبى ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز ابطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم. والثاني: يجوز لأن معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وإن أعتق حربي عبدًاحربيًا ثبت له عليه الولاء، فإن سبي العبد المعتق أو سبى مولاه واسترق بطل ولاؤه، لأنه لا حرمة له في نفسه ولا ماله، وإن أعتق ذمي عبدًا ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى للآخر لأن كل واحد منهما أعتق الآخر.

فصل: وإن اشترك اثنان في عتق عبد اشتركا في الولاء لاشتراكهما في العتق، وإن كاتب رجل عبدًا ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما له عليه، فإن قلنا: لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لأنه عتق بالكتابة على الأب، وقد ثبت له الولاء فانتقل إليهما. وإن عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففي ولاء النصف المعتق وجهان:

أحدهما: أنه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل إليهما.

والثاني: أنه للمعتق خاصة، لأنه هو الذي أعتقه، ووقف الآخر عن المعتق؛ وإن قلنا إنه يقوم في الحال فقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه في المقوم لأن بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه، وأما النصف الآخر فإنه عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان: أحدهما: أنه بينهما. والثاني: أنه للمعتق خاصة، وإن قلنا يؤخر التقويم، فإن أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما، وإن عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه، والنصف الآخر عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان:

فصل: ولا يثبت الولاء لغير المعتق، فإن أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطًا، لم يثبت له عليه الولاء، لحديث عائشة رضي الله عنها: «فإنما الولاء لمن أعتق»[١] وإنما في اللغة موضوع لإثبات المذكور ونفى ما عداه فدل على إثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاء إلا لمن أعتق، وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به.

فصل: ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته»[٢] ولأن الولاء كالنسب والدليل عليه قوله ﷺ:

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٣٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٠٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٩١٩) والنسائي في سننه (٧/ ٣٠٦) والترمذي في سننه برقم (١٢٣٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٤٧) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٨٣) وأحمد في المسند (٢/ ٩).

«الولاء لحمة كلحمة النسب»[١] والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء، وإن أعتق عبدًا سائبة على أن لا ولاء عليه عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المَائدة: ١٠٣] ولأن هذا في معنى الهبة، وقد بينا أنه لا يصح هبته.

فصل: وإن مات العبد المعتق وله مال، ولا وارث له، ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن أن رجلًا أتى النبي ﷺ برجل وقال: «اشتريته وأعتقته فقال: هو مولاك إن شكرك فهو خير له، وإن كفرك فهو شر له وخير لك، فقال: فما أمر ميراثه فقال: إن ترك عصبة فالعصبة أحق وإلا فالولاء»[٢]؛ وإن كان له عصبة لم يرث للخبر، ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده، وإن كان له من يرث الفرض ـ فإن كان ممن يستغرق المال بالفرض ـ لم يرثه لأنه إذا لم ترث العصبات مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى، وإن كان ممن لا يستغرق المال، ورث ما فضل عن أهل الفرض، لما روى عبد الله بن شداد قال: «أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف وابنته النصف».

فصل: وإن مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة، لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر، والنسب إلى العصبات دون غيرهم ويقدم الأقرب فالأقرب، لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه أن النبي ﷺ قال: «المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق»[٣] ولأن في عصبات الميت يقدم الأقرب فالأقرب وكذلك في عصبات المولى. فإن كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت، لأنا بينا أنه لا يرث الولاء غير العصبات، والبنت ليست من العصبات، ولأن الولاء كالنسب. ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت إذا تباعد نسبها منه، وهي بنت الأخ والعمة، فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى، وإن كان له أب وابن أو أب وابن ابن، فالميراث للابن لأن تعصيب الابن أقوى، لأنه يسقط تعصيب الأب، فإن لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والأخ، لأنه أقرب منهما، وإن ترك جدًا وأخًا ففيه قولان:

أحدهما: أنهما يشتركان كما يشتركان في إرث النسب. والثاني: يقدم الأخ لأن تعصيبه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الأب، وإنما لم يقدم في إرث النسب للإجماع وليس في الولاء اجماع فوجب أن يقدم فإن ترك جدًا وابن أخ

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٧٢) والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٤١) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٩٢).

(٢) أخرجه الدارمي في سننه (٢/ ٣٧٣).

(٣) أخرجه الدارمي في سننه (٢/ ٣٧٢) والبيهقي في سننه (١٠/ ٣٠٤).

فهو على القولين، إن قلنا: إن الجد والأخ يشتركان قدم الجد، وإن قلنا: إن الأخ يقدم قدم ابنه، وإن ترك أبا الجد والعم، فعلى القولين، إن قلنا: إن الجد والأخ يشتركان قدم أبو الجد، وإن قلنا: إنالأخ يقدم قدم العم، وإن اجتمع الأخ من الأب والأم والأخ من الأب، قدم الأخ من الأب والأم كما يقدم في الإرث بالنسب.

ومن أصحابنا من قال فيه: قولان: أحدهما: يقدم لما قلنا. والثاني: أنهما سواء لأن الأم لا ترث بالولاء، فلا يرجح بها من يدلى بها، فإن لم يكن للمولى عصبة، وله مولى فالولاء لمولاه، لأن المولى كالعصبة، فإن لم يكن له مولى فلعصبة مولاه؛ فإن لم يكن له مولى ولا عصبة مولى، وهناك مولى لعصبة المولى ـ نظرت، فإن كان مولى أخيه أو مولى ولده ـ لم يرث، لأن إنعامه على أخيه لا يتعدى إليه، وإن كان مولى أبيه أو جده ورث، لأن إنعامه عليه إنعامه على نسله.

فصل: فإن أعتق عبدًا ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابنًا ثم مات العبد وله مال ورثه الكُبَرُ من عصبة المولى، وهو الابن دون ابن الابن لما روى الشعبي قال: «قضى عمر وعلي وزيد ﷺ أن الولاء للكبر»[1] ولأن الولاء يورث به ولا يورث.

والدليل عليه ما روى جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»[2] فإذا ثبت أنه لا يورث ثبت أنه إنما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن يكون للكُبَر لأنه أقرب إلى المولى، وإن مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنًا، ومات الثاني وخلف أربعة، ومات الثالث وخلف خمسة، ثم مات العبد المعتق؛ كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم في القرب، ولو ظهر للمولى مال كان بينهم أثلاثًا لابن الابن الثلث، وللأربعة الثلث، وللخمسة الثلث، لأن المال انتقل إلى أولاده أثلاثًا، ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده، والولاء لم ينتقل إلى أولاده؛ وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى، الذي ثبت له الولاء، وهم في القرب منه سواء فتساووا في الميراث.

فصل: إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأتت منه بولد ثبت لمولى الأم الولاء على الولد لأنه عتق باعتاق الأم فكان ولاؤه لمولاها، فإن أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالي الأم إلى موالي العبد.

والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال: «مر الزبير بموال لرافع بن خديج فأعجبوه، فقال: لمن هؤلاء؟ فقالوا: هؤلاء موال لرافع ابن خديج، أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه،

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه (٢/ ٣٧٥) والبيهقي في سننه (١٠/ ٣٠٣).

(٢) تقدم.

ثم قال: أنتم موالي فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان ﷺ فقضى عثمان للزبير، قال هشام: فلما كان معاوية خاصمونا فيهم أيضًا، فقضى لنا معاوية»[1] ولأن الولاء فرع للنسب، والنسب معتبر بالإرث، وإنما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب، كولد الملاعنة، نسب إلى الأم لعدم النسب من جهة الأب، فإذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء إلى موضعه كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج، وإن أعتق جد الولد دون الأب ففي ولائه ثلاثة أوجه:

أحدهما: ينجر الولاء إلى معتقه، لأنه كالأب في الانتساب إليه والولاية، فكان كالأب في جر الولاء إلى معتقه. والثاني: لا ينجر، لأن بينه وبين الولد الأب، فلا ينجر الولاء إلى معتقه كالأخ. والثالث: إن كان الأب حيًا لم ينجر الولاء إلى معتقه، وإن كان ميتًا انجر لأن مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق، فإن قلنا: أنه ينجر الولاء إلى معتقه فانجر ثم أعتق الأب، انجر من مولى الجد إلى مولى الأب لأنه أقوى من الجد في النسب وأحكامه.

فصل: وإن تزوج عبد رجل بأمة آخر، فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الأمة وولدها، ثبت له عليها الولاء، فإن أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد إلى مولى العبد، والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق، ثم ناله العتق، والعلة في ذلك أن المعتق أنعم على لولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ما قبلها، فإن أحدهما أنعم على الأم، والآخر أنعم على الأب، فقدم المنعم على الأب لأن النسب إليه والولاء فرع للنسب، وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم إليه، على المنعم على أبيه، وإن تزوج عبد لرجل بجارية آخر، فحبلت منه ثم أعتقت الجارية وهي حامل، ثبت الولاء على الجارية وحملها، فإن أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء إلى مولاه، لما ذكرناه من العلة، وإن تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد، لم يثبت عليه الولاء لمولى الأم، لأن الاستدامة في الأصول أقوى من الابتداء، ثم ابتداء الحرية في الأب تسقط استدامة الولاء لمولى الأم، فلأن تمنع استدامة الحرية في الأب ابتداء الولاء لمولى الأم أولى، وإن تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر، وأولدها ولدًا، ثبت الولاء على الولد لموالي الأم، فإن اشترى الولد أباه عتق عليه؛ وثبت له الولاء عليه؛ وهل ينجر ولاء نفه بعتق الأب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ينجر، لأنه لا يملك ولاء نفسه، فعلى هذا يكون ولاؤه باقيًا لموالي الأم. والثاني: أنه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزيل به الولاء عن نفسه ويصير حرًا لا ولاء عليه لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الأم.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/٣٠٦).

فصل: إذا مات رجل وخلف اثنين وعبدًا فادعى العبد أن المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر، فأدى إلى المصدق كتابته عتق نصفه، وفي ولائه وجهان:

أحدهما: أن الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما.

والثاني: أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الأخوين على دين لأبيهما فأخذ نصفه فإن الآخر لا يشارك في نصفه وإن تزوج المكاتب بحرة فأولدها، فإن كان على الحرة ولاء لمعتق كان له ولاء الولد، فإن عتق الأب بالأداء جر ولاء ولده من معتق الأم إلى معتقه، فإن اختلف مولاه ومولى الأم، فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالأداء، وجر إلى ولاء الولد. وقال مولى الأم: لم يعتق وولاء الولد لي ـ نظرت فإن كان المكاتب حيًا ـ عتق بإقرار سيده، وانجر الولاء إلى معتقه، ولا يمين عليه، ولا على السيد، وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الأم، فإن كان للسيد المكاتب بينة شاهدان؛ أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين، قضي له لأنها بينه على المال. وإن لم تكن له بينة فالقول قول مولى الأم مع يمينه، لأنا تيقنا رق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الأم، فلا ينتقل عنه من غير بينة وبالله التوفيق.

الشرح: قوله: «باشر عتقه» أي تولاه بنفسه ولم يعلقه على عتق صاحبه، واللحمة: القرابة، والسائبة: البعير يسيب لنذر يكون على الرجل، أي يسيب فلا يمنع عن مرعى ولا ماء، وأصله من تسييب الدابة وهو إرسالها كيف شاءت.

أما الأحكام: فالولاء فيه طرفان: الطرف الأول: في سببه، وهو زوال الملك عن رقيق بالحرية، فمن أعتق عبدًا تنجيزًا، أو بصفة، أو دبره، أو استولدها، فعتقا بموته، أو عتق عليه بأداء نجوم الكتابة، أو الإبراء منها، أو التمس من مالك عبد عتقه على مال، فأجابه، أو أعتق نصيبه من مشترك، وسرى، أو ملك قريبه فعتق عليه، ثبت له عليه الولاء. ولو باع عبد نفسه، فله عليه الولاء على المذهب، وسواء اتفق دينهما أو اختلف. فلو أعتق مسلم كافرًا أو عكسه، ثبت الولاء، وإن لم يتوارثا، كما تثبت علقة النكاح والنسف بينهما. ثم الولاء مختص بالإعتاق، فمن أسلم على يديه إنسان فلا ولاء له عليه، ومن أعتق عن غيره بغير إذنه، وقع العتق عن المعتق عنه، وله الولاء دون المعتق. والولاء كالنسب لا يجوز بيعه، ولا هبته، ولا يورث، لكن يورث به. ولو أعتق عبدًا على أن لا ولاء له عليه، أو على أن يكون سائبة، لغا الشرط، وثبت الولاء، وكذا لو شرط أن ولاءه لفلان أو للمسلمين، لغا، ولا ينتقل الولاء عنه، كما لا ينتقل النسب، ولا يثبت الولاء بالمولاة والحلف، كما لا يثبت النسب بذلك، وكما يثبت الولاء على المعتق، يثبت

على أولاده وأحفاده، وعلى عتيقه وعتيق عتيقه، وكما يثبت للمعتق يثبت لمعتق الأب وسائر الأصول، ولمعتق المعتق، وكما يثبت على ولده العتيق، يثبت على ولد العتيقة، ويستثنى من استرسال الولاء على أولاد العتيق وأحفاده موضعان:

أحدهما: إذا كان منهم من مسه رق وأعتق، فولاؤه لمعتقه، فإن لم يكن، فلعصبات معتقه، فإن لم يوجدوا، فالميراث لبيت المال، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال، فإنه أعتق مباشرة، وولاء المباشرة أقوى. وصورته أن تلد رقيقة رقيقًا من رقيق أو حر، وأعتق الولد وأبواه أو أمه.

الثاني: من أبوه حر أصلي لا ولاء عليه، وأمه معتقة، هل يثبت عليه الولاء لموالي الأم؟ فيه أوجه: الصحيح: لا، والثاني: نعم، والثالث: إن كانت حرية الأب متيقنة، بأن كان عربيًا معلوم النسب، فلا، وإن كانت مبنية على ظاهر الدار، وأن الأصل في الناس الحرية، فنعم، لضعف حرية الأب، ولو كان الأب معتقًا، والأم حرة أصلية، فالصحيح ثبوت الولاء عليه لموالي الأب، لأنه ينسب إليه. وقيل: لا ولاء عليه تغليبًا للحرية كعكسه. ومن له أمه حرة أصليه وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد، فإن أعتق الأب، فهل يثبت عليه لموالي الأب؟ قال الشيخ أبو علي: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين، وهما محتملان، أحدهما: نعم، لثبوته على الأب، وإنما لم تثبت أولًا لرقه. والثاني: لا، لأنه لم يثبت ابتداء، فلا يثبت بعده، كما لو كان أبواه حرين.

فرع: من مسه رق وعتق، فلا ولاء عليه لمعتق أبيه وأمه وسائر أصوله كما سبق، سواء وجدوا في الحال أم لا، فالمباشر إعتاقه ولاؤه لمعتقه، ثم لعصبته، فأما إذا كان حر الأصل، وأبواه عتيقين، أو أبوه عتيق، فولاؤه لمولى أبيه، وإن كان الأب رقيقًا، والأم معتقة، فالولاء لمعتقها، فإن مات والأب رقيق بعد، ورثه معتق الأم، وإن أعتق الأب في حياة الولد، الخبر الولاء من مولى الأم إلى مولى الأب. ولو مات الأب رقيقًا، وعتق الجد، انجر من موالي الأم إلى موالي الجد ولو عتق الجد، والأب رقيق، ففي انجراره إلى مولى الجد. وجهان: أصحهما: ينجر، فإن أعتق الأب بعد ذلك، انجر من مولى الجد إلى مولى الأب، والثاني: لا ينجر، فعلى هذا لو مات الأب بعد عتق الجد، ففي انجراره إلى موالي الجد وجهان: أصحهما: عند الشيخ أبي علي: لا ينجر، وقطع البغوي بالانجرار.

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم لرق الأب، فاشترى الولد أباه، ثبت له الولاء عليه، وعلى إخوته وأخواته الذين هم أولاد الأب، وهل يجر ولاء نفسه من مولى الأم؟ وجهان: الأصح المنصوص: لا، لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء،

ولهذا لو اشترى العبد نفسه، عتق وكان الولاء عليه لبائعه، وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء، وإذا تعذر الجر، بقي الولاء موضعه. والثاني: ينجر، ويسقط، ويصير كحر لا ولاء عليه. ولو خلق إنسان حر من حرين، وكان في أحد أجداده رقيق. ويتصور ذلك في نكاح الغرور، وفي الوطء بشبهة إذا أعتقت أم أمه، ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم، فإذا أعتق أبو أمه بعد ذلك، انجر الولاء إلى مولاه، فإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك، انجر الولاء من مولى أبي الأم إلى مولى أم الأب، فإذا أعتق أبو أبيه بعد ذلك، انجر إلى مولاه. ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيق، فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء، انجر إلى مولاه، واستقر عليه. ودليله أن جهة الأبوة أقوى، وحيث أثبتنا الولاء لمولى الأم، فمات الولد، أخذ ميراثه، فإن عتق بعد ذلك، لم يسترده مولاه، بل الاعتبار بحال الموت، وليس معنى الانجرار أن يحكم بأن الولاء لم يزل في جانب الأب، بل معناه أنه ينقطع من وقت عتق الأب عن مولى الأم، وإذا انجر إلى موالي الأب، فلم يبق منهم أحد، لم يعد إلى موالي الأم، بل يكون الميراث لبيت المال، وكذا إذا ثبت الولاء لموالي الأب فهلكوا، لم يصر لموالي الجد، حتى لو مات من انتقل ولاؤه من موالي أبيه إلى موالي جده حينئذٍ فميراثه لبيت المال.

فرع: أعتق أمته المزوجة بعتيق، فولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق، فولاء الولد لمعتق الأم، لا لمعتق الأب، لأنا تيقنا وجوده يوم الإعتاق، فمعتقه باشر إعتاقه بإعتاقها، وولاء المباشرة مقدم، وإن ولدت لستة أشهر فصاعدًا، فإن كان الزوج يفترشها، فولاؤه لمعتق الأب، لأنا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق، والأصل عدمه، والافتراش سبب ظاهر للحدوث، وإن كان لا يفترشها، وولدت لأربع سنين من الإعتاق، فذلك. وإن ولدت لأقل من أربع سنين، فقولان: أظهرهما: لمعتق الأم. ولو أعتق المزوجة برقيق، فولدت لدون ستة أشهر من الإعتاق، فولاؤه لمعتق الأم بالمباشرة، فإن أعتق الأب الأب، لم ينجر الولاء إلى معتق الأب من معتق الأم، لأنه أعتقه مباشرة. وإن ولدته لستة أشهر فصاعدًا، قال البغوي: إن لم يفارقها الزوج، فولاؤه لمولى الأم، فإذا أعتق الأب، انجر إلى مولاه، وإن كان فارقها، فإن ولدت لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق، فالولد منفي عن الزوج، وولاؤه لمعتق الأم أبدًا، وإن ولدته لأربع سنين، لحق الزوج، وولاؤه لمعتق الأم، فإذا أعتق الأب، ففي الانجرار إلى مولاه قولان. ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة بلعان، فالولاء في الظاهر لمولى الأم، فإن كذب الملاعن نفسه، لحقه الولد وحكمنا بأن الولاء لمولاه. فإن كان الولد قد مات بعد اللعان، ودفعنا الميراث إلى مولى الأم، استرددناه منه بعد الاستلحاق، لأنا تبينا أنه

لم يكن ولاء. ولو غر بحرية أمة فنكحها وأولدها على ظن أنها حرة، ثم علم أنها أمة، فأولدها ولدًا آخر، فالولد الأول حر، والثاني رقيق. فلو أعتق السيد الأمة، والولد الثاني، ثم عتق الأب، انجر ولاء الولد الأول إلى معتق الأب، ولم ينجر إليه ولاء الثاني، لأنه عتق بالمباشرة. ولو نكحها عالمًا بأنها أمة، وأولدها، ثم عتقت، وأولدها ولدًا آخر، فالثاني حر، وولاؤه لمعتق الأب، والأول مملوك، وولاؤه لمعتقه.

الطرف الثاني: في حكم الولاء وهو إحدى جهات العصوبة، ومن يرث به، لا يرث إلا بالعصوبة، ويتعلق به ثلاثة أحكام: الإرث، وولاية التزويج، وتحمل الدية، وقد ذكرناها في مواضعها.

ورابع، وهو التقدم في صلاة الجنازة، فإذا مات العتيق، ولا وارث له بنسب ولا نكاح، ورث معتقه جميع ماله. وإن كان له من يرث بالفرضية، وفضل منه شيء، أخذه المعتق، فإن لم يكن المعتق حيًا، ورث بولاية أقرب عصباته، ولا يرث أصحاب فروضه، ولا من يتعصب بغيره، فإن لم نجد للمعتق عصبة بالنسب، فالميراث لمعتق المعتق، فإن لم نجده، فلعصبات معتق المعتق، فإن لم نجدهم، فلمعتق معتق المعتق، ثم لعصبته، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده. وللأصحاب عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حيًا، قالوا: هو ذكر يكون عصبة المعتق لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفة العتيق. وخرجوا عليها مسائل:

منها: إذا مات العتيق، وللمعتق ابن وبنت، أو أب وأم، أو أخ وأخت، فالميراث للذكر دون الأنثى، ولا يرث النساء بولاء الغير أصلًا، لكن إن باشرت المرأة إعتاقًا، أو عتق عليها مملوك، فلها عليه الولاء، كما للرجل، لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» كما يثبت لها الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل.

ومنها: لو أعتق عبدًا، ومات عن ابنين، فولاء العتيق لهما، فمات أحدهما وخلف ابنًا، فولاء العتيق لابن المعتق، دون ابن ابنه، وهذه الصورة ونحوها معنى ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما: أن الولاء للكبر، بضم الكاف، أي الكبير في الدرجة والقرب، دون السن. ولو مات المعتق عن ثلاثة بنين، ثم مات أحدهم عن ابن، وآخر عن أربعة، والآخر عن خمسة، فالولاء بين العشرة بالسوية، فإذا مات العتيق، ورثوه أعشارًا، لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك. ولو أعتق عبدًا، ومات عن أخ من أبوين، وأخ من أب، فولاء عتيقه للأخ من الأبوين على المذهب،

كما سبق. فلو مات الأخ من الأبوين، وخلف ابنًا، والأخ الآخر، فولاء العتيق للأخ، لأن المعتق لو مات الآن كان عصبة الأخ من الأب، دون ابن الأخ من الأبوين.

ومنها: أعتق مسلم عبدًا كافرًا، ومات عن ابنين: مسلم وكافر، ثم مات العتيق، فميراثه للابن الكافر، لأنه الذي يرث المعتق بصفة الكفر. ولو أسلم العتيق، ثم مات، فميراثه للابن المسلم. ولو أسلم الابن الكافر، ثم مات العتيق مسلمًا، فالميراث بينهما.

فرع: الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته، يترتبون ترتب عصبات النسب، إلا في مسائل سبقت في الفرائض، منها: أخ المعتق وجده، إذا اجتمعا هل يتساويان كالإرث، أم يقدم الأخ؟ قولان: أظهرهما: الثاني، فيقدم ابن الأخ أيضًا، ويقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب على المذهب. وقيل: قولان. ولو كان له ابناء عم، أحدهما أخ لأم، قدم على المذهب.

فرع: الانتساب في الولاء، قد يكون بمحض الإعتاق، كمعتق المعتق، ومعتق معتق المعتق، وقد يتركب من الإعتاق والنسب، كمعتق الأب وأبي المعتق ومعتق أبي المعتق، فإن تركب الانتساب، فقد يشتبه حكم الولاء ويغالط به، بأن قال: اجتمع أبو المعتق ومعتق الأب، فأيهما أولى؟ وجوابه أنه إذا كان للميت أبو المعتق، كان له معتق، وحينئذٍ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلًا كما سبق، فلا معنى لمقابلة أحدهما بالآخر وطلب الأولوية. ولو اجتمع معتق أبي المعتق، ومعتق المعتق، فالولاء لمعتق المعتق لأن ولاءه بجهة المباشرة.

فرع: اشترت امرأة أباها، فعتق، ثم أعتق الأب عبدًا، ومات عتيقه بعد موته، نظر، إن لم يكن للأب عصبة بالنسب، فميراث العتيق للبنت، لا لكونها بنت المعتق، بل لأنها معتقة المعتق، وإن كان له عصبة، كأخ وابن عم قريب أو بعيد، فميراث العتيق له، لأنه عصبة المعتق بالنسب، ولا شيء للبنت، لأنها معتقة المعتق، فتتأخر عن عصبة النسب. قال الشيخ أبو علي: سمعت بعض الناس يقول: أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاض، لأنهم رأوها أقرب. ولو اشترى أخ وأخت أباهما، فعتق عليهما، ثم أعتق عبدًا، ومات العتيق بعد موت الأب، وخلف الأخ والأخت، فميراثه للأخ، دون الأخت لأنه عصبة المعتق بالنسب، بل لو كان الأخ قد مات قبل موت الأب، وخلف ابنًا وابن ابن أو كان للأب ابن عم بعيد، فهو أولى من البنت. ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب، ولم يخلفه إلا أخته، فلها نصف الإرث بالأخوة، ونصف الباقي، لأن لها نصف ولاء الأخ، لإعتاقها نصف

أبيه، فلها ثلاثة أرباع المال. ولو مات الأب، ثم الابن، ثم العتيق، ولم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضًا: النصف لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف الباقي لولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف أبيه، فهي معتقة نصف أبي معتق معتقه. والربع الباقي في الصورتين لبيت المال. ولو مات الأب، ولم يخلف إلا البنت، فقال الغزالي في «الوجيز»: لها النصف بالبنوة، ونصف الباقي لولائها على نصف الأب ولم يذكر الصورة في «الوسيط» ولا في «النهاية» ومفهومه انحصار حقها في النصف والربع، وكلام الأصحاب منهم الشيخ أبو علي وأبو خلف السلمي، في صورة أخرى، ينازع في هذا، فإنهم قالوا: لو اشترت أختان أباهما بالسوية، فعتق عليهما، ثم مات الأب، فلهما الثلثان، والباقي بالولاء. ولو ماتت إحداهما بعد موت الأب، فللأخرى النصف بالأخوة، ونصف الباقي بولائها على نصف الأخت، بإعتاقها نصف أبيها. وأما الربع، فأطلق البغوي أنه لبيت المال، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمها حرة أصلية، فأما إذا كانت معتقة، فلموالي الأم ولاء الأختين، فإذا أعتقنا الأب، جرت كل واحدة نصف ولاء أختها إلى نفسها، وهل تجر ولاء نفسها وتسقط، أم يبقى لموالي الأم؟ فيه خلاف سبق، فإن قلنا: تبقى هي وهو الأصح، فالربع الباقي لموالي الأم، وإن قلنا: يجر ويسقط، فهو لبيت المال. ولو ماتت إحدى الأختين، ثم مات الأب، وخلفت الأخرى، فلها سبعة أثمان ماله، والنصف بالبنوة، والربع لأنها معتقة نصفه، ونصف الربع الباقي، لأن لها نصف ولاء الأخت بإعتاقها نصف أبيها، والثمن الباقي لموالي الأم إن كانت معتقة على الأصح، لأن نصف ولاء الميتة يبقى لها. وإن قلنا: لا يبقى، فهو لبيت المال، وهذه الصورة كالصورة التي ذكرها الغزالي. ولو اشترتا الأب، وعتق عليهما، ثم أعتق عبدًا ومات العتيق بعد موته، وخلف البنتين، فجميع المال لهما، لأنهما معتقتا معتقه.

فرع: أختان أو أخوان ليس عليهما ولاء مباشر، اشترت إحداهما أباهما فعتق عليها، والأخرى أمهما، فعتقت عليها، وتتصور المسألة فيما لو غر عبد بحرية أمة فنكحها وأولدها ولدين، وفيما لو كانوا كفارًا، فأسلم الولدان، واسترققتا الأبوين، فولاء الأب للتي اشترته، فأما إذا مات عنهما، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي لها بالولاء، وولاء الأم للتي إشترتها، فإذا ماتت عنهما فلهما الثلثان، والباقي لها بالولاء، ولمشترية الأب الولاء على مشترية الأم، فإذا ماتت مشترية الأم، وخلفت مشترية الأب، فلها النصف بالأخوة، والباقي بالولاء، وهل لمشترية الأم الولاء على مشترية الأب؟ فيه الوجهان فيمن عليه ولاء لمولى أمه إذا اشترى أباه، هل يبقى

الولاء لموالي أمه، أم يسقط؟ فإن قلنا بالأصح: إنه يبقى، فلمشترية الأم الولاء على مشترية الأب، فإذا ماتت، فالحكم كما في الطرف الآخر، وإن قلنا: يسقط، فلا ولاء لها على مشترية الأب، وإذا ماتت، فلها النصف بالبنوة، والباقي لبيت المال. ولو اشترتا أباهما، ثم اشترت إحداهما والأب أبا الأب، وعتق عليهما، ثم مات الأب، فللبنتين الثلثان، والباقي لأبيه، فإن مات الجد بعده، فللبنتين الثلثان بالبنوة والباقي نصفه للتي اشترته مع الأب، ونصفه الآخر بينهما، لإعتاقهما معتق نصفه. ولو ماتت إحداهما بعد ذلك، وخلفت الأخرى، فعلى ما سبق. ولو اشترتا أمهما، ثم الأم أباهما وأعتقته، فلهما عليها الولاء، ولها عليهما، لأنها معتقة أبيهما، فإن ماتت، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء، فإن مات الأب بعد ذلك، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء، لأنهما معتقتا معتقه، فإن ماتت إحداهما بعد ذلك، فللأخرى النصف بالأخوة، ونصف الباقي لإعتاقها نصف معتق أبيها، والباقي لبيت المال. ولو اشترتا أباهما، ثم اشترت إحداهما، والأب أخاهما للأب، فعتق نصفه على الأب وهو معسر، فأعتقت المشترية باقيه، فمات الأب، ورثه أولاده الثلاثة، فإن مات الأخ بعده، فلهما الثلثان بالأخوة، والباقي نصفه للمشتري، وباقيه بين البنتين، لأنهما معتقتا الأب الذي هو معتق نصف الأخ، فالقسمة من اثني عشر، لمشترية الأخ سبعة، والأخرى خمسة. ولو ماتت التي لم تشتر الأخ أولًا، ثم مات الأب، ثم الأخ، فمال الميتة أولًا لأبيها، ومال الأب لابنه وبنته أثلاثًا، ومال الأخ نصفه للأخت الباقية بالنسب، ونصف باقيه لها بإعتاقها نصفه، والباقي وهو الربع لمعتقتي الأب، فلهذه نصفه ونصفه للميتة، فيكون لمواليها، وهم هذه الأخت، وموالي الأم إن كانت الأم معتقة، فيكون بينهما نصفين، فإن لم يكن للأم مولى، فلبيت المال.

فرع: أختان لا ولاء عليهما، اشترتا أمهما، فعتقت، ثم اشترت الأم وأجنبي أباهما وأعتقاه، فللأختين الولاء على أمهما، ولها وللأجنبي على الأب وعليهما، فإن ماتت الأم، ثم الأب، ثم إحداهما، فأما الأم، فمالها لهما ثلثاه بالبنوة، وباقيه بالولاء، وأما الأب، فلهما ثلثا ماله بالبنوة، وباقية للأجنبي نصفه، ولهما نصفه، لأنهما معتقتا معتقه نصفه، وأما الأخت، فالنصف من مالها للأخرى بالأخوة، ونصف الباقي للأجنبي، لأنه أعتق نصف أبيها، والربع الباقي كان للأم وهي ميتة، فيكون للأختين، لأنهما معتقتاها، فللأخت الباقية نصفه، وهو الثمن، ويرجع الثمن الذي هو حصة الميتة إلى من له ولاؤها وهو الأجنبي والأم، ونصيب الأم يرجع إلى الحية والميتة، وحصة الميتة إلى الأجنبي، والأم، هكذا يدور فلا ينقطع ولذلك

سمي: سهم الدور. وفيما يفعل به؟ وجهان قال ابن الحداد: يجعل في بيت المال، لأنه لا يمكن صرفه بنسب ولا ولاء. والثاني: يقطع السهم الدائر وهو الثمن، ويجعل كأن لم يكن، ويقسم المال على باقي السهام، وهو سبعة، خمسة للأخت الباقية، وسهمان للأجنبي، وزيف الإمام الوجهين وقال: الوجه أن يفرد النصف، ولا يدخله في حساب الولاء، وينظر في النصف المستحق بالولاء، فيحد نصفه للأم، ونصفه للأجنبي، ومال الأم يصير للأختين ثم نصيب إحداهما نصفه للأم، ونصفه للأجنبي، ونصيب الأم للأختين، فحصل أن للأجنبي ضعف ما للأخت، فيجعل المال ستة، للأخت نصفها بالنسب، ويبقى ثلاثة، للأجنبي سهمان، وللأخت سهم، فجعل له الثلث، ولها الثلثان من الجملة، وبهذا قطع الغزالي. ونقل أبو خلف الطبري عن أكثر الأصحاب أن سهم الدور لبيت المال، كما قال ابن الحداد، وإليه يميل كلام ابن اللبان. أما إذا ماتت إحدى الأختين أولًا، ثم الأم، فمال الأخت لأبويها، ومال الأم للبنت، نصفه بالبنوة، ولها نصف الباقي لإعتاقها نصف الأم، ونصفه الباقي للأب، لأنه عصبة معتقة النصف، قال الشيخ أبو علي: وفي مثل هذه المسائل لا يورث بالزوجية إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية، أما إذا مات الأب أولًا، ثم إحدى الأختين، ثم الأم، فمال الأب ثلثاه للبنتين بالأبوة، وباقيه بين الأم والأجنبي، ومال الأخت للأم ثلثه وللأخت نصفه، والباقي بين الأم والأجنبي، لأنهما معتقتا أبيهما، ومال الأم نصفه للبنت الباقية بالبنوة، ولها من النصف الباقي نصفه، لأنها أعتقت نصفها، ونصفه الباقي حصة البنت الميتة، فيكون لمواليها، وهم الأجنبي والأم، فللأجنبي نصفه، وهو الثمن، ويبقى ثمن يرجع إلى الأختين، لإعتاقهما الأم، وهو سهم دور، وفيه الخلاف السابق. أما إذا ماتت البنتان أولًا، فمالهما لأبويهما، فإن مات الأب بعدهما، فماله للأم والأجنبي، فإن ماتت الأم بعده، فنصف مالها للأجنبي، لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبيت المال.

واعلم أن الفرضيين قالوا: إنما يحصل الدور في الولاء بثلاثة شروط: أن يكون للمعتق ابنان فصاعدًا، وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعدًا، وألا يكون الباقي منهم حائزًا لمال الميت، فإن اختل أحد هذه الشروط، فلا دور.

كتاب الفرائض

قال المصنف رحمه الله تعالى: الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين، والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيقبض، وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما»[(١)].

فصل: وإذا مات الميت بدىء من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه، لما روى خباب بن الأرث قال: «قتل مصعب بن عمير رضي الله عنه يوم أحد، وليس له إلا نمرة كنا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله، وإذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبي ﷺ: غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الأذخر»[(٢)] ولأن الميراث إنما انتقل إلى الورثة لأنه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته، والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنهف قدم على الارث، ويعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين.

فصل: ثم يقضى دينه لقوله عز وجل: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١٢] ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الارث، وهل ينتقل ماله إلى الورثة قبل قضاء الدين؟ اختلف أصحابنا فيه. فذهب أو سعيد الإصطخري رحمه الله إلى أنه لا ينتقل بل هو باق عن ملكه إلى أن يقضى دينه، فإن حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الأمة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء، لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة، فدل على أنه باق على ملكه.

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه ينتقل إلى لورثة، فإن حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء، وهو المذهب، لأنه لو كان باقيًا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه ق بل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين. وإن كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث:

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٢٠٩١م) والنسائي في سننه الكبرى (٤/ ٦٣) والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٣٣) والدارمي في سننه (١/ ٧٣) والدارقطني في سننه (٤/ ٨١) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٦٦٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٢٧٦) ومسلم في صحيحه برقم (٩٤٠) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٧٦) والترمذي في سننه برقم (٣٨٥٣) والنسائي في سننه (٤/ ٣٨) وأحمد في المسند (٥/ ١٠٩) والبيهقي في سننه (٣/ ٤٠١).

أنا أفكها بقيمتها وطالب الغرماء ببيعها ففيه وجهان بناء على القولين فيما يفدي به المولى جناية العبد.

أحدهما: لا يجب بيعها، لأن الظاهر أنها لا تشترى بأكثر من قيمتها، وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل. والثاني: يجب بيعها، لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها.

فصل: ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النّساء: ١٢] ولأن الثلث بقي على حكم ملكه ليصرفه في حاجاته فقدم على الميراث كالدين.

فصل: ثم تقسم التركة بين الورثة. والأسباب التي يتوراث بها الورثة المعينون ثلاثة: رحم، وولاء، ونكاح، لأن الشرع ورد بالارث بها. وأما المؤاخاة في الدين والموالاة في النصرة والارث فلا يورث بها، لأن هذا كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ بقوله عز وجل ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۗ﴾ [الأنفال: ٧٥].

فصل: والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا، والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة والوارثات من النساء سبع: البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة، لأن الشرع ورد بتوريثهم على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

فأما ذوو الأرحام ـ وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب ـ فإنهم لا يرثون، وهم عشرة ولد البنات وولد الأخوات وبنات الاخوة وبنات الأعمام وولد الاخوة من الأم والعم من الأم والعمة والخال والخالة والجد أبو الأم ومن يدلى بهم. والدليل عليه ما روى أبو إمامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، ولا وصية لوارث»[(١)].

فأخبر أنه أعطى كل ذي حق حقه، فدل على أن كل من لم يعطه شيئًا فلا حق له، ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى، ولا يرث العبد المعتق من مولاه لما ذكرناه من حديث أبي أمامة، ولقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[(٢)].

فصل: ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصليًا كان أو مرتدًا لما روى أسامة بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»[(٣)] ويرث الذمي من الذمي، وإن اختلفت أديانهم كاليهودي من

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٨٧٠) والترمذي في سننه برقم (٢١٢٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧١٣) وأحمد في المسند (٥/ ٢٦٧) والبيهقي في سننه (٦/ ٢٦٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢٧٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٠٤) والنسائي في سننه (٦/ ١٦٢) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٦٢) وأحمد في المسند (٦/ ١٠٣).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٧٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٦١٤) وأبو =

النصراني والنصراني من المجوسي، لأنه حقن دمهم، بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ولا يرث الحربي من الذمي ولا الذمي من الحربي لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر.

فصل: ولا يرث الحر من العبد، لأن ما معه من المال لا يملكه في أحد القولين، وفي الثاني يملكه ملكًا ضعيفًا، ولهذا لو باعه رجع إلى مالكه فكذلك إذا مات. ولا يرث العبد من الحر لأنه لا يورث بحال فلم يرث كالمرتد. ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث، وقال المزني: يرث بقدر ما فيه من الحرية ويحجب بقدر ما فيه من الرق، والدليل على أنه لا يرث أنه ناقص بالرق في النكاح الطلاق والولاية، فلم يرث كالعبد، وهل يورث منه ما جمعه بالحرية؟ فيه قولان: قال في الجديد: يرثه ورثته، لأنه مال ملكه بالحرية فورث عنه كمال الحر. وقال في القديم: لا يورث لأنه إذا لم يرث بحريته لم يورث بها، وما الذي يصنع بماله؟ قال الشافعي رحمه الله: يكون لسيده. وقال أبو سعيد الإصطخري: يكون لبيت المال، لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث لرقه، فجعل لبيت المال ليصرف في المصالح كمال لا مالك له.

فصل: ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثًا عند الموت فلم يرث، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة. وإن دبر رجل أخاه فعتق بموته لم يرثه، لأنه صار حرًا بعد الموت، وإن قال له: أنت حرف في آخر جزء من أجزاء حياتي المتصل بالموت، ثم مات عتق من ثلثه، وهل يرثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرثه لأن العتق في المرض وصية، والإرث والوصية لا يجتمعان. والثاني: يرثه ولا يكون عتقه وصية، لأن الوصية ملك بموت الموصي، وهذا لم يملك نفسه بموته.

وإن قال في مرضه: إن مت بعد شهر فأنت اليوم حر، فمات بعد شهر عتق يوم تلفظ، وهل يرثه؟ على الوجهين.

فصل: واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فمنهم من قال: إن كان القتل مضمونًا لم يرثه لأنه قتل بغير حق وإن لم يكن مضمونًا ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الإرث. ومنهم من قال: إن كان متهمًا كالمخطىء أو كان حاكمًا فقتله في الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث، وإن كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعجال الميراث. ومنهم من قال: لا يرث القاتل بحال، وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لا يرث القاتل شيئًا» ولأن القاتل حرم الإرث حتى لا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب.

= داود في سننه برقم (٢٩٠٩) والترمذي في سننه برقم (٢١٠٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٢٩) ومالك في الموطأ (٢/ ٥١٩) وأحمد في المسند (٥/ ٢٠٠).

فصل: واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت، فقال في أحد القولين: أنها ترثه لأنه متهم في قطع إرثها فورثت، كالقاتل لما كان متهمًا في استعجال الميراث لم يرث.

والثاني: أنها لا ترث وهو الصحيح، لأنها بينونة قبلالموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة، فإذا قلنا: إنها ترث فإلى أي وقت ترث؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: إن مات وهي في العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق، وإن مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم يبق حكم الزوجية.

والثاني: أنها ترث ما لم تتزوج لأنها إذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك.

والثالث: أنها ترث أبدًا، لأن توريثها للفرار، وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها.

وأما إذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث لأنه بطل حكم المرض، وإن سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متهم. وقال أبو علي بن أبي هريرة: ترث لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وكانت سألته الطلاق، وهذا غير صحيح فإن ابن الزبير خالف عثمان في ذلك؛ وإن علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز أن توجد قبل المرض فوجدت الصفة في حال المرض لم ترث، لأنه غير متهم في عقد الصفة، وإن علق طلاقها في المرض على فعل من جهتها، فإن كان فعلًا يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متهم في ميراثها، وإن كان فعلًا لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين، وإن قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث، لأنه مضطر إلى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة. وإن فسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان: أحدهما: أنه كالطلاق في المرض. والثاني: أنها لا ترث لأنه يستند إلى معنى من جهتها ولأنه محتاج إلى فسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب.

فصل: وإن طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات، أو طلقها في المرض ثم ارتدت ثم عادت إلى الإسلام ثم مات لم ترثه قولًا واحدًا لأنه أنت عليها حالة لو مات سقط ارثها فلم يعد.

فصل: وإن مات متوارثان بالغرق أو الهدم، فإن عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسي، وقف الميراث إلى أن يتذكر، لأنه يرجى أن يتذكر، وإن علم أنهما ماتا معًا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر، أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر، ولم يعرف بعينه، جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقي من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر، لأنه لا تعلم حياته عند موت صاحبه، فلم يرثه كالجنين إذا خرج ميتًا.

فصل: وإن أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضي زمان

لا يجوز أن يعيش فيه مثله، وإن مات له من يرثه دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي إلى أن يتبين أمره.

الشرح: الفرض في الشرع: نصيب مقدر شرعًا لمستحقه، وعلم الفرائض: هو العلم بالمواريث من حيث فقه أحكامها ومعرفة الحساب الموصل إلى قسمها، والمواريث جمع ميراث، وهو الحق المخلف عن الميت المنقول إلى الوارث. وقوله: «ومؤنة تجهيزه» أي تهيئته وجهازه من الكفن والحنوط والغسل، والنمرة بردة مخططة من صوف تلبسها الأعراب، والذريعة: الوسيلة أي يتوصل بها إلى الميراث، والحسم: القطع، والدرء: الدفع.

فصل: في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم، وتقدِّم عليه أنه يُبدأ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه بالمعروف ما لم يتعلق به حق غيره. فإن تعلق، كالمرهون، وما يتعلق به زكاة، والعبد الجاني، والمبيع إذا مات المشتري مفلسًا، قدّم حق الغير، ثم تُقضى ديونه من تركته، وللورثة إمساك ما تركه، وغرامة ما عليه من مالهم كما سبق في كتاب الرهن، ثم تنفَّذ وصاياه من ثلث الباقي، ثم يقسم الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى.

وأسباب التوريث أربعة: قرابة، ونكاح، وولاء، وجهة الإسلام. والمراد بجهة الإسلام: أن من مات ولم يخلّف وارثًا بالأسباب الثلاثة، وفضل عنه شيء، كان ماله لبيت المال، يرثه المسلمون بالعصوبة، كما يحملون ديته. هذا هو الصحيح المشهور.

وفي وجه: أنه يوضع في بيت المال على سبيل المصلحة، لا إرثًا، لأنه لا يخلو عن ابن عم بعيد، فألحق ذلك بالمال الضائع الذي لا يرجى ظهور مالكه. وحكى ابن اللبان والروياني هذا قولًا.

قال المتولي: فإن جعلناه إرثًا، لم يجز صرفه إلى المكاتَبين والكفار. وفي جواز صرفه إلى القاتل وجهان: وجه الجواز: أن تهمة الاستعجال لا تتحقق هنا، لأنه لا يتعين مصرفًا لماله.

وفي جواز صرفه إلى مَن أوصي له بشيء، وجهان: أحدهما: لا، لئلا يجمع بين الوصية والإرث، ويخيَّر بينهما. والثاني: يجوز.

ولا خلاف أنه يجوز تخصيص طائفة من المسلمين، ويجوز صرفه إلى مَن وُلد بعد موته، أو كان كافرًا فأسلم بعد موته، أو رقيقًا فعتق.

وقد ضم صاحب «التلخيص» إلى هذه الأسباب الأربعة سببًا خامسًا، وهو سبب النكاح، وهو غير النكاح، وذلك في المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم: إنها ترث. والله أعلم.

فصل: في بيان المجمع على توريثهم، الرجال الوارثون خمسة عشر: الابن، وابن الابن وإن سفل، والأب، والجد للأب وإن علا، والأخ للأبوين، والأخ للأب، والأخ للأم، وابن الأخ للأبوين، وابن الأخ للأب، والعم للأبوين، والعم للأب، وابن العم للأبوين، وابن العم للأب، والزوج، والمعتق.

والنساء الوارثات عشر: البنت، وبنت الابن وإن سفل، والأم، والجدة للأب، والجدة للأم ـ وإن علتا ـ والأخت للأبوين، والأخت للأب، والاخت للأم، والزوجة، والمعتِقة. والمراد بالمعتِق والمعتِقة، مَن أعتق، أو عصبة أدلى بمعتق. ويدخل في لفظ العم، عم الميت، وعم أبيه، وعم جده إلى حيث ينتهي، وكذلك حيث أطلقنا لفظ العم في الورثة، بخلاف الأخ، فإن المراد به أخو الميت فقط.

فرع: إذا اجتمع الرجال الوارثون، ورث منهم الابن، والأب، والزوج فقط. وإذا اجتمع النساء، فالبنت، وبنت الابن، والأم، والزوجة، والأخت للأبوين. وإذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين، ورث خمسة: الأبوان، والابن، والبنت، وأحد الزوجين. ومن انفرد من الرجال، حاز كل التركة، إلا الزوج والأخ للأم. ومن قال بالرد، لا يستثني إلا الزوج. ومن انفردت من النساء، لم تحزها إلا المعتقة. ومَن قال بالرد، يثبت لكلِّهن الحِيَازَة إلا الزوجة.

وليس في الورثة ذَكر يُدْلي بأنثى فيرث، إلا الأخ للأم، وليس فيهم مَن يرث مع من يدلي به إلا أولاد الأم. قال صاحب «التلخيص» والقفال وغيرهما: ليس لنا من يورث ولا يرث، إلا الجنين في غرَّته، والمعتق بعضه على الأظهر: أنه يورث. والله أعلم.

فصل: في ذوي الأرحام، هم كل قريب يخرج عن المذكورين في الفصل السابق. وإن شئت قلت: كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة. وأما تفصيلهم، فهم عشرة أصناف: أبو الأم، وكل جد وجدة ساقطين، وأولاد البنات، وبنات الأخوة، وأولاد الأخوات، وبنو الأخوة للأم، والعم للأم، وبنات الأعمام، والعماتُ، والأخوال، والخالات.

ومنهم مَن يعدُّهم أحد عشر، ويفصل الجد عن الجدة. ومنهم من يزيد على ذلك، والمقصود لا يختلف، فهؤلاء لا يرثون بالرَّحم شيئًا على الصحيح. وقال المزني وابن سريج: إن لم يخلّف الميت إلا ذا فرض لا يستغرق، رُدَّ الباقي عليه، إلا الزوج والزوجة، فلا رد عليهما. فإن لم يخلف ذا فرض ولا عصبة، ورث ذوو الأرحام.

وقولنا: إن الصحيح أنهم لا يرثون ولا يُرَدّ، هو فيما إذا استقام أمر بيت المال، بأن ولي إمام عادل. أما إذا لم يكن إمام، أو لم يكن مستجمعًا لشروط الإمامة، ففي مال من لا عصبة له ولا ذا فرض مستغرق وجهان: أصحهما: عند أبي حامد وصاحب «المهذب»: لا يصرف إلى الرد، ولا إلى ذوي الأرحام، لأنه للمسلمين، فلا يسقط بفوات نائبهم.

والثاني: أنه يُرَدّ ويصرف إلى ذوي الأرحام، لأن المال مصروف إليهم أو إلى بيت المال بالإجماع. فإذا تعذر أحدهما، تعين الآخر، وهذا اختيار ابن كج، وبه أفتى أكابر المتأخرين.

وهذا الثاني، هو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا، وممن صححه وأفتى به الإمام أبو الحسن بن سُراقة من كبار أصحابنا ومتقدِّميهم، وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقه وغيرهما، ثم صاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، والمتولي، والخَبْري ـ بفتح الخاء المعجمة وإسكان الباء الموحدة ـ وآخرون، قال ابن سُراقة: وهو قول عامة مشايخنا. قال: وعليه الفتوى اليوم في الأمصار، ونقله صاحب «الحاوي» عن مذهب الشافعي، قال: وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته، قال: وإنما مذهب الشافعي منعهم إذا استقام بيت المال. والله أعلم.

فإن قلنا: لا يصرف إليهم ولا يردُّ، فإن كان في يد أمين، نظر، إن كان في البلد قاضٍ بشروط القضاء مأذون له في التصرف في مال المصالح، دفع إليه ليصرفه فيها.

وإن لم يكن قاضٍ بشرطه، صرفه الأمين بنفسه إلى المصالح، وإن كان قاضٍ بشرطه غير مأذون له في التصرف في مال المصالح، فهل يدفعه إليه، أم يفرّقه الأمين بنفسه، أم يوقف إلى أن يظهر بيت المال ومَن يقوم بشرطه؟ فيه ثلاثة أوجه.

وعلى الثاني، وقوف مساجد القرى، يصرفها صلحاء القرية في عمارة المسجد ومصالحه. أما إذا لم يكن في يد أمين، فيدفع إليه ليفرِّقه. وإذا قلنا بالصرف إلى ذوي الأرحام، فوجهان: أحدهما نقله ابن كج: أنه يصرف إلى الفقراء منهم، يقدَّم الأحوج فالأحوج. والصحيح الذي عليه الجمهور: يصرف إلى جميعهم. وهل هو إرث، أم شيء مصلحي؟ فيه وجهان: أشبههما بأصل المذهب: أنه على سبيل المصلحة، واختاره الروياني، قال: ويصرف إليهم إن كانوا محتاجين، أو إلى غيره من أنواع المصالح. فإن خيف على رأس المال من حاكم الزمان، صرف إلى الأصلح بقول مفتي البلدة.

والصحيح الذي عليه جمهور من قال من أصحابنا بتوريث ذوي الارحام: أنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في الباب الثامن في كيفية توريثهم والردِّ. والله أعلم.

باب ميراث أهل الفرائض

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله عز وجل، وهي النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس، وهم عشرة، الزوج والزوجة والأم والجدة، والبنت بنت الابن، والأخت وولد الأم والأب مع الابن وابن الابن والجد مع الابن وابن الابن.

فأما الزوج فله فرضان، النصف، وهو إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن، والربع وهو إذا كان معه ولد، أو ولد ابن، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

فأما الزوجة فلها أيضًا فرضان: الربع إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن. والثمن إذا كان معها ولد ابن. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النِّساء: ١٢] **فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد، وقسنا ولد الابن في ذلك على ولد الصلب، لاجماعهم على أنه كولد الصلب في الارث والتعصيب، فكذلك في حجب الزوجين، وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن لعموم الآية.**

وأما الأم فلها ثلاثة فروض: أحدها الثلث: وهو إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعدًا من الأخوة والأخوات لقوله عز وجل ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النِّساء: ١١].

والفرض الثاني: السدي، وذلك في حالين. أحدهما: أن يكون للميت ولد أو ولد ابن. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النِّساء: ١١] **ففرض لها السدس مع الولد، وقسنا عليه ولد الابن.**

والثاني: أن تكون له اثنان فصاعًدا من الإخوة والأخوات، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] **ففرض لها السدس مع الإخوة، وأقلهم ثلاثة، وقسمنا عليهم الأخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات.**

والفرض الثالث: ثلث ما يبقى بعد فرض [أحد] الزوجين، وذلك في مسألتين، في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين، للأم ثلث ما يبقى بعد قرض الزوجين، والباقي للأب. والدليل عليه أن الأب والأم إذا اجتمعا كان للأب الثلثان

وللأم الثلث، فإذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقي بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين، كما لو اجتمعا مع بنت.

فصل: وأما الجدة فإن كانت أم الأم أو أم الأب فلها السدس، لما روى قبيصة بن ذؤيب قال: «جاءت الجدة إلى ابن بكر ﷺ فسألته عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق ﷺ ليس لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئًا فارجعي حتى أسأل الناس فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ فأعطاها السدس، فقال أبو بكر ﷺ هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري ﷺ فقال مثل ما قال، فأنفذه لها أبو بكر ﷺ ثم جاءت الجدة الأخرى لى عمر ﷺ فسألته ميراثها، فقال لها: ما لك في كتاب الله عز وجل شيء، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئًا، ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها[1]، وإن كانت أم أبي الأم لم ترث لأنها تدلي بغير وارث، وإن كانت أم أبي الأب ففيه قولان:

أحدهما: أنها ترث وهو الصحيح، لأنها جدة تدلى بوارث فوثت كأم الأم وأم الأب.

والثاني: أنها لا ترث لأنها جدة تدلى بجد فلم ترث كأم أبي الأم، فإن اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الأم وأم الأب فالسدس بينهما لما ذكرناه، فإن كانت إحداهما أقرب نظرت، فإن كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى، لأن البعدى تدلي بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم، وإن كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان:

أحدهما: إن القربى تحجب البعدى، لأنهما جدتان ترث كل واحدة منهما إذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى، كما لو كنت القربى من جهة الأم.

والثاني: لا تحجبها وهو الصحيح، لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم، فلأن لا تحجبها الجدة التي تدلى به أولى، وتخالف القربى من جهة الأم، فإن الأم تحجب الجدة من قبل الأب فحجبتها أمها والأب لا يحجب الجدة من قبل الأم فلم تحجبها أمه، فإن اجتمعت جدتان إحداهما تدلي بولادتين بأن كانت أم أم أب، أو أم أم أم، والأخرى تدل بولادة واحدة كأم أبي أب ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي العباس: أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التي تدلي بولادة سهمًا وتأخذ التي تدلي بولادتين سهمين. والثاني: وهو الصحيح أنهما سواء لأنه شخص واحد فلا يأخذ فرضين.

فصل: وأما البنت فلها النصف إذا انفردت لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٥١٣) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٩٤) والترمذي في سننه برقم (٢١٠١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٢٤) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٣٤).

﴿ٱلنِّصْفُ﴾ [النِّساء: ١١] وللاثنتين فصاعدًا الثلثان. لما روى جابر بن عبد الله قال «جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد، قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عمهما لهما مالًا إلا أخذه. فما ترى يا رسول الله؟ والله لا تنكحان إلا ولهما مال، فقال رسول الله ﷺ يفقهني الله في ذلك. فنزلت إليه سورة النساء ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النِّساء: ١١] فقال رسول الله ﷺ: ادعوا لي المرأة وصاحبها. فقال لعمهما: اعطهما الثلثين، واعط أمهما الثمن وما بقي فلك»[(١)] فدلت الآية: وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النِّساء: ١١] على فرض ما زاد على الاثنتين. ودلت السنة على فرض الاثنتين.

فصل: وأما بنت الابن فلها النصف إذا انفردت وللاثنتين فصاعدًا الثلثان لاجماع الأمة على ذلك. ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين. لما روى الهزيل بن شرحبيل قال: جاء رجل إلى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضي الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا: للبنت النصف وللأخت النصف. وأت عبدالله فإنه سيتابعنا. فأتى عبد الله فقال: إني قد ضللت إذًا وما أنا من المهتدين. لأقضين بينهما بما قضى به رسول الله ﷺ: للبنت النصف. ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت»[(٢)] ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات إلا السدس. وهكذا لو ترك بنتًا وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى. وأن ترك بنتًا وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرجة كان لهن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين ما لبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبدًا.

فصل: وأما الأخت للأب والأم فلها النصف إذا انفردت، وللاثنتين فصاعدًا الثلثان لقوله عز وجل ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] وللثلاث فصاعدًا ما للاثنتين لأن كل فرض يغير بالعدد كان الثلاث فيه كالاثنتين كالبنات، وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الأب والأم النصف إذا انفردت، وللاثنتين فصاعدًا الثلثان، لأن ولد اوب مع ولد الأب والأم كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كميراثهم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٨٩٢) والترمذي في سننه برقم (٢٠٩٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٢٠) والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٣٣) والبيهقي في سننه (٦/ ٢٢٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٣٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٩٠) والترمذي في سننه برقم (٢٠٩٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٢١) والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٣٤) والبيهقي في سننه (٦/ ٢٢٩).

فصل: والأخوات من الأب والأم مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل.

وروى إبراهيم عن الأسود قال: قضى فينا معاذ بن جبل ﷺ على عهد رسول الله ﷺ في امرأة تركت بنتها وأختها، للبنت النصف وللأخت النصف[(١)].

وعن الأسود قال: «كان ابن الزبير لا يعطي الأخت مع البنت شيئًا فقلت: إن معاذًا قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف، قال: فأنت رسولي بذلك، فإن لم تكن أخوات من الأب والأم فالأخوات من الأب لأنهن يرثن ما يرث الأخوات من الأب والأم عند عدمهن»[(٢)].

فصل: وأما ولد الأم فللواحد السدس وللاثنين فصاعدًا الثلث، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] والمراد به ولد الأم، والدليل عليه ما روى أن عبد الله وسعدًا كانا يقرآن: «وله أخ أو أخت من أم» وسوى بين الذكور والاناث للآية، ولأنه إرث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والأنثى كميراث الأبوين مع الابن.

فصل: وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن، لقوله عز وجل ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النِّساء: ١١] ففرض له السدس مع الابن، وقيس عليه إذا كان مع ابن الابن، لأن ابن الابن كالابن في الحجب والتعصيب، وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لاجماع الأمة.

فصل: ولا ترث بنت الابن مع الابن، ولا الجدة أم الأب مع الأب. لأنها تدلي به، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن، والجد مع الأب، ولا ترث الجدة من الأم مع الأم، لأنها تدلى بها، ولا الجدة من الأب لأن الأم في درجة الأب والجدة في درجة الجد، فلم ترث معها، كما لا يرث الجد مع الأب.

فصل: ولا يرث ولد الأم مع أربعة: مع الولد وولد الابن والأب والجد لقوله عز وجل ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّساء: ١٢] فورثهم في الكلالة، والكلالة من سوى الوالد والولد، والدليل عليه ما روى جابر ﷺ قال: «جاءني النبي ﷺ يعودني وأنا مريض لا أعقل، فتوضأ وصب من وضوئه علي فعقلت، فقلت: يا رسول الله لمن الميراث وإنما يرثني كلالة؟ قال: فنزلت آية الفرائض»[(٣)] وروي أنه قال: كيف أصنع في مالي ولي أخوات؟

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٤١).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٣٣) والدارمي في سننه (٢/ ٣٤٦).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٩٤، ٤٥٧٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٦١٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٨٦) والترمذي في سننه برقم (٢٠٩٦) وأحمد في المسند (٣/ ٢٩٨).

فنزلت آية المواريث: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النِّساء: ١٧٦] والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد، وله أخوة، ولأن الكلالة مشتق من الاكليل وهو الذي يحتاط بالرأس من الجوانب، والذين يحيطون بالميت من الجوانب الاخوة، فأما الوالد والولد فليسا من الجوانب، بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله، ولهذا قال الشاعر يمدح بني أمية.

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

فصل: ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة مع الابن وابن الابن والأب، والدليل عليه قوله عز وجل ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي ٱلْكَلَٰلَةِ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] فورثهم في الكلالة، وقد بينا أن الكلالة أن لا تكون والدًا ولا ولدًا.

فصل: وإذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن، لما روى الأعمش عن إبراهيم قال: قال زيد ﷺ: إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر، فيرد عليهن بقية المال، إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء، وبقية المال له دونهن، ولأنا أم ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضًا مستأنفًا لم يجز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين، وإن شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجز، لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يساركهن، وإن استكمل الأخوات للأب والأم الثلثين ولم يكن مع الأخوات للأب ذكر يعصبهن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى في البنات وبنات الابن.

فصل: ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوي الأرحام أو كان عبدًا أو قاتلًا أو كافرًا لم يحجب غيره من الميراث، لأنه ليس بوارث فلم يحجب كالأجنبي.

فصل: وإن اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضًا فرض لكل واحد منهم فرضه فإن زادت سهامهم على سهام المال أعيلت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه، فإن ماتت امرأة وخلفت زوجًا وأمًا وأختين من الأم وأختين من الأب والأم فللزوج النصف وللأم السدس وللأختين من الأم الثلث وللأختين من الأب والأم الثلثان، وأصل الفريضة من ستة وتعول إلى عشرة، وهو أكثر ما تعول إليه الفرائض لأنها عالت بثلثيها وتسمى أم الفروخ لكثرة السهام العائلة، وتسمى الشريحية لأنها حدثت في أيام شريح وقضى فيها.

وإن مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الأم وثماني أخوات من الأب والأم، فللزوجات الربع وللجدتين السدس وللأخوات من الأم الثلث وللأخوات من الأب والأم الثلثان، وأصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول إليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل، وإن مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللابنتين الثلثان أصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية، لأنه روى

أن عليًا كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال: صار ثمنها تسعًا.

وإن ماتت امرأة وخلفت زوجًا وأمًا وأختًا من أب وأم فللزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث، وأصلها من ستة وتعول إلى ثمانية وهي أول مسألة أعيلت في خلافة عمر رضي الله عنه وتعرف بالمباهلة، فإن ابن عباس رضي الله عنهما أنكر العول، وقال هذان النصفان ذهبًا بالمال فأين موضع الثلث فقيل له: والله لئن مت أو متنا فيقسم ميراثنًا إلا ما عليه القوم قال: فلـ ﴿نَدْعُ أَبْنَآءَنَا وَأَبْنَآءَكُمْ وَنِسَآءَنَا وَنِسَآءَكُمْ وَأَنفُسَنَا وَأَنفُسَكُمْ ثُمَّ نَبْتَهِلْ فَنَجْعَل لَّعْنَتَ اللَّهِ عَلَى الْكَاذِبِينَ﴾ [آل عمران: ٦١] والدليل على إثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة في الوجوب، ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون.

فصل: وإن اجتمع في شخص جهتا فرض كالمجوسي إذا تزوج ابنته فأتت منه ببنت، فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب، والبنت بنت الزوجة وأختها، فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهي بكونها أمًا، ولا ترث بكونها أختًا، لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيئان يورث بكل واحد منهما الفرض، فورث بأقواهما ولم ترث بهما، كالأخت من الأب والأم وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتًا، هل ترث الباقي بكونها أختًا، فيه وجهان: أحدهما: لا ترث، لما ذكرناه من العلة. والثاني: ترث، لأن إرثها بكونها بنتًا بالفرض وورثها بكونها أختًا بالتعصيب لأن الأخ مع البنت عصبة، فجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم.

الشرح: قوله: «خلت به» أي انفردت به، وقوله: «متحاذيتان» أي متساويتان، والحجب: المنع، وقوله: «أعيلت» أي ارتفعت فزادت سهامها، والمباهلة: الملاعنة.

فصل: في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم: ونقدّم عليه أن مَن له سهم مقدَّر في الكتاب أو السُنَّة، فهو صاحب فرض. ومن ورث بالإجماع ولا فرض له، فهو عصبة. وقولنا: بالإجماع، احتراز من ذوي الأرحام، فإن من ورَّثهم لا يسميهم عصبة. وأصحاب الفروض قسمان: منهم من لا يرث إلا بالفرضية، وهم: الزوجان، والأم، والجدة، وولد الأم. ومنهم من يرث بالتعصيب أيضًا. ثم من هؤلاء مَن لا يجمع الجهتين دفعة، بل يرث إما بهذه، وإما بهذه، وهم البنات، وبنات الابن، والأخوات للأبوين، والأخوات للأب. ومنهم من يرث بهما جمعًا وانفرادًا، وهما: الأب، والجد.

أما العصبة، فضربان: الضرب الأول: عصبة بنفسه، وهو كل ذَكَر يُدلي إلى الميت بغير واسطة، أو بتوسط محض الذكور، وهؤلاء يأخذ المنفرد منهم جميع المال والباقي بعد أصحاب الفروض، وربما سقطوا.

وهذا الذي قاله في حد العصبة، غير مطرد ولا منعكس، فإنه يقتضي دخول الزوج ـ فإن الغزالي وغيره عدُّوه ممن يدلي بنفسه ـ وخروج المعتقة، فينبغي أن يقول: هو كل معتق وذَكَر نسيب يدلي إلى آخره. والله أعلم.

والضرب الثاني: عصبة بغيره، وهم البنات، وبنات الابن، والأخوات للأبوين وللأب، فيتعصَّبن بإخوتهن، ويتعصَّب الأخوات من الجهتين بالبنات وببنات الابن.

وقد يقال: العصبة ثلاثة: عصبة بنفسه، وبغيره، ومع غيره، على الترتيب المذكور.

أما قدر المستحق، فللزوج نصف المال إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن، وربعه إن كان لها ولد أو ولد ابن منه أو من غيره. وللزوجة الربع إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، والثمن إن كان له ولد أو ولد ابن منها أو من غيرها. والزوجات يشتركن في الربع والثمن بالإجماع.

فصل: وأما الأم، فلها ثلاثة أحوال: حال ترث ثلث المال إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، ولا اثنان من الإخوة والأخوات، وحال سدسه إذا لم يكن له ولد أو ولد ابن، أو اثنان من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا، وحال يكون معها زوج وأب، أو زوجة وأب، فلها ثلث ما يبقى على الصحيح المعروف في المذهب. وقال ابن اللبان: لها الثلث كاملًا.

فصل: وأما الجدة، فترث أمُّ الأم وأمهاتُها المدليات بمحض الإناث، وأم الأب وأمهاتها كذلك، وفي أم أب الأب، وأم من فوقه من الأجداد وأمهاتهن قولان: المشهور: أنهن وارثات. والثاني: لا، نقله أبو ثور. وأما الجدة المدلية بذَكَر بين أنثيين، كأم أب الأم، فلا ترث، بل هي من ذوي الأرحام كما سبق، فحصل في ضبط الجدات الوارثات على المشهور عبارتان:

إحداهما: أن يقال: هي كل جدة أدلت بمحض إناث أو بمحض ذكور، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور.

الثانية: التي لا تدلي بمحض الوارثين غير وارثة، والباقيات وارثات. وعلى منقول أبي ثور: لا ترث جدة تدلي بغير وارث، ولا من وقع في آخر نسبها أبوان فصاعدًا، وللجدة الواحدة السدس. وإن اجتمع جدتان فصاعدًا وارثات، اشتركن في السدس، فلو أدلت إحداهما بجهتين، كامرأة تزوج ابن بنتها بنت بنتها الأخرى، فولد لهما ولد، فهذه المرأة أم أم أبيه، وأم أم أمه. فإذا مات الولد وخلَّف هذه، وجدة أخرى هي أم أبي أبيه، أو أدلت بثلاث جهات فأكثر، بأن نكح الولد في المثال المذكور بنت بنت أخرى لتلك المرأة، فولد لهما، فالمرأة جدة للولد الثاني

من ثلاثة أوجه: فالصحيح: أن السدس بينهما سواء. والثاني: يوزَّع على الجهات، قاله ابن سريج، وابن حربَويْه.

فرع: في تنزيل الجدات: لك أم وأب، وهما في الدرجة الأولى من أصولك، ولأبيك أم وأب، وكذلك لأمك، فالأربعة هم الواقعون في الدرجة الثانية من درجات أصولك، وهذه هي الدرجة الأولى من درجات الأجداد والجدات، ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية، لأن لكل واحد من الأربعة أبًا وأمًا، وفي الدرجة الرابعة ستة عشر، وفي الخامسة اثنان وثلاثون، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور، والنصف إناث، وهن الجدات، ففي الدرجة الثانية من الأصول جدتان، وفي الثالثة أربع، وفي الرابعة ثمان، وفي الخامسة ست عشرة، وهكذا يتضاعف عددهن في كل درجة. ثم منهن وارثات وغير وارثات، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل، فاجعل درجهن بعدد المسؤول عنه ومحض نسبة الأولى إلى الميت من أمهات، ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أمًا بأب، وفي آخر نسبة الثالثة أمَّين بأبوين، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتى تتمحض نسبة الأخيرة آباء.

مثاله: سئلت عن أربع جدات، فقل: هن أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، فالأولى من جهة أم الميت، والثانية من جهة أبيه، والثالثة من جهة جده، والرابعة من جهة أبي جده. وهكذا إذا أردت زيادة زدت لكل واحدة أبًا. وإذا أردت معرفة من يحاذي الوارثات مع الساقطات، فإن كان السؤال عن جدتين على أقرب ما يمكن، فليس في درجتهما غيرهما. وإن كان السؤال عن أكثر، فألق من عدد الوارثات اثنين أبدًا، وضعّف الاثنين بعدد ما بقي منهن، فما بلغ فهو عدد الجدات في تلك الدرجة الوارثات والساقطات. فإذا عرفت الوارثات منهن، فالباقيات الساقطات.

مثاله: خذ من الأربع اثنتين وضعّفهما مرتين، لأن الباقي اثنان، فيبلغ ثمانية، فهن الوارثات والساقطات، وإذا فرضت ثلاث جدات، فخذ من الثلاثة اثنتين، وضعفهما مرة، لأن الباقي واحد، فيبلغ أربعة، فهو عددهن، وفي هذه الدرجة ثلاث وارثات، وواحدة ساقطة. واعلم أن الوارثات في كل درجة من درجات الأصول بعد تلك الدرجة، ففي الثانية ثنتان، وفي الثالثة ثلاث، وفي الرابعة أربع. وهكذا في كل درجة لا تزيد إلا وارثة واحدة وإن تضاعف عددهن في كل درجة، وسببه أن الجدات ما بلغن، فنصفهن من قبل الأم، ونصفهن من قبل الأب، ولا يرث من قبل الأم إلا واحدة، والباقيات من قبل الأب. فإذا صعدنا درجة، تبدلت لكل واحدة

منهن بأمها، وزادت أم الجد الذي صعدنا إليه، ولا يخفى أن معظم ما ذكرنا في تنزيل الجدات، تفريع على المشهور. فأما على منقول أبي ثور، فلا يرث إلا جدتان.

فصل: وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث بمحض الفرض، وهو إذا كان معه ابن، أو ابن ابن، فله السدس، والباقي للابن أو ابن الابن. وحال يرث بمحض العصوبة، وهو إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن، وحال يرث بهما، وهو إذا كان معه بنت، أو بنت ابن، أو بنات، فله السدس فرضًا، ولهن فرضهن، والباقي له بالتعصيب.

باب ميراث العصبة

قال المصنف رحمه الله تعالى: العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى وهم الأب والابن ومن يدلى بهما وأولى العصبات الابن والأب لأنهما يدليان بأنفسهما، وغيرهما يدلى بهما، فإن اجتمعا قدم الابن لأن الله عز وجل بدأ به فقال ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النِّساء: ١١] والعرب تبدأ بالأهم فالأهم، ولأن الأب إذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقي للابن، ولأن الابن يعصب أخته والأب لا يعصب أخته، ثم ابن الابن وإن سفل لأنه يقوم مقام الابن في الارث والتعصيب ثم الأب لأن سائر العصبات يدلون به، ثم الجد إن لم يكن أخ لأنه أبو الأب ثم أبو الجد وإن علا، وإن لم يكن جد فالأخ لأنه ابن الأب ثم ابن الأخ وإن سفل ثم العم لأنه ابن الجد ثم ابن العم وإن سفل ثم عم الأب لأنه ابن أبي الجد ثم ابنه وإن سفل، وعلى هذا أبدًا).

فصل: وإن انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٞ وَلَهُۥٓ أُخۡتٞ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهَا وَلَدٞۚ﴾ فورث الأخ جميع مال الأخت إذ لم يكن لها ولد، وإن اجتمع مع ذي فرض أخذ ما بقي لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ ورث أخا سعد بن الربيع ما بقي من فرض البنات والزوجة[1]، فدل على أن هذا حكم العصبة.

فصل: إن اجتمع اثنان قدم أقربهما في الدرجة لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى عصبة ذكر»[2] وإن

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٤٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٦١٥) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٩٨) والترمذي في سننه برقم (٢٠٩٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٤٠) وأحمد في المسند (١/ ٣١٣) والبيهقي في سننه (٦/ ٢٣٨).

اجتمع اثنان في الدرجة واحدهما يدلي بالأب والأم والآخر يدلي بالأب قدم من يدلى بالأب والأم، لأنه أقرب، وإن استويا في الدرجة والادلاء استويا في الميراث لتساويهما.

فصل: ولا يعصب أحد منهم أنثى إلا الابن وابن الابن والأخ فإنهم يعصبون أخواتهم. فأما الابن فإنه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الأنثيين، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النِّساء: ١١] وأما ابن الابن فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه، سواء كان لهن شيء من فرائض البنات أو لم يكن.

وقال أبو ثور: إذا استكمل البنات الثلثين فالباقي لابن الابن ولا شيء لبنات الابن، لأن البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين؛ فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطى لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النِّساء: ١١] والولد يطلق على الأولاد وأولاد الأولاد. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعرَاف: ٢٦] وقوله ﷺ لقوم من أصحابه: «يا بني إسماعيل ارموا فإن أباكم كان راميًا» ولأنه يقال لمن ينتسب إلى تميم وطيىء بنو تميم وبنو طيىء.

وقوله: بأنهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين، فإنما يمتنع ذلك من جهة الفرض، فأما في التعصيب فلا يمتنع، كما لو ترك ابنًا وعشر بنات فإن للابن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين. وأما ابن ابن الابن وإن سفل فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه، سواء بقي لهن من فرض البنات شيء أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه. وأما من فوقه من العمات فينظر فيه فإن كان لهن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شيء أخذ الباقي ولم يعصبهن لأنهن يرثن بالفرض، ومن ورث بالفرض بقرابة لم يرث بالتعصيب بتلك القرابة؛ وإن لم يكن لهن من فرض البنات شيء عصبهن، لما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه ﴿لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النِّساء: ١١] وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن، ولأنه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد، ولا يرث عماته مع القرب، ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه، بل يكون الباقي له لما ذكرناه من قول زيد بن ثابت، فإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن، ولأنه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالابن مع بنت الابن وأما الأخ فإنه يعصب أخواته، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ﴾ [النساء: ١٧٦].

فصل: ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض في فروضهم إلا ولد الأب

والأم فإنهم يشاركون ولد الأم في ثلثهم في المشتركة، وهي زوج ووأم أو جدة واثنان من ولد الأم وولد الأب والأم، واحدًا كان أو أكثر. فيفرض للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس ولولد الأم الثلث يشاركهم ولد الأب والأم في الثلث، لأنهم يشاركونهم في الرحم الذي ورثوا بها الفرض، فلا يجوز أن يرث ولد الأم ويسقط ولد الأب والأم كالأب لما شارك الأم في الرحم بالولادة لم يجز أن ترث الأم ويسقط الأب؛ وتعرف هذه المسألة بالمشتركة لما فيها من التشريك بين ولد الأب والأم وولد الأم في الفرض وتعرف بالحمارية فإنه يحكى فيها عن ولد الأب والأم أنهم قالوا: أحسب أن أبانا كان حمارًا أليس أمنا وأمهم واحداة.

فصل: وإن اجتمع في شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لأنهما إرثان مختلفان بسببين مختلفين، فإن اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأمّ ورث الأخ من الأمّ السدس والباقي بينه وبين الآخر. وقال أبو ثور: المال كله للذي هو أخ من الأمّ لأنهما عصبتان يدلي أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلي بهما كالأخوين أحدهما من الأب والآخر من الأب والأمّ، وهذا خطأ لأنه استحق الفرض بقرابة الأمّ فلا يقدم بها في التعصيب كابني عم أحدهما زوج.

فصل: وإن لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما، ويبقى التوارث بين الأمّ والولد لبقاء النسب بينهما، وإن مات الولد ولا وارث له غير الأم كان لها الثلث وإن أتت بولدين توأمين فنفاهما الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان: أحدهما: أنه يرث ميراث الأخ من الأمّ لأنه لا نسب بينهما من جهة الأب فلم يرث بقرابته كالتوأمين من الزنا إذا مات أحدهما وخلف أخًا. والثاني: أنه يرثه ميراث الأخ من الأب والأمّ لأن اللعان ثبت في حق الزوجين دون غيرهما، لهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد، والصحيح هو الأول، لأن النسب قد انتفى بينهما في حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما في حق كل أحد كما يجوز لكل أحد أن يتزوجها.

فصل: وإن كان الوارث خنثى، وهو الذي له فرج الرجال وفرج النساء فإن عرف أنه ذكر ورث ميراث ذكر. وإن عرف أنه أنثى ورث ميراث أنثى. وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى فإن كان أنثى وحده ورث النصف، فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه، وإن كانا خنثيين ورثا الثلثين لأنه يقين ووقف الباقي لأنه مشكوك فيه، ويعرف أنه ذكر أو أنثى بالبول، فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى، لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «يورث الخنثى من حيث يبول» وروي عنه أنه قال: «إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر، وإن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى. لأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر، وبول الأنثى من الفرج، فرجع في التمييز إليه» وإن كان يبول منهما نظرت

فإن كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزني في الجامع أن الحكم للأكثر، وهو قول بعض أصحابنا، لأن الأكثر هو الأقوى في الدلالة، والثاني: أنه لا تعتبر الكثرة لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط، وإن لم يعرف بالبول سئل عما يميل إليه طبعه، فإن قال أميل إلى النساء فهو ذكر وإن قال أميل إلى الرجال فهو أنثى وإن قال أميل إليهما فهو المشكل، وقد بيناه، ومن أصحابنا من قال: إن لم يكن في البول دلالة اعتبر عدد الأضلاع، فإن نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر، فإن أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص، فإن الله عز وجلّ خلق حواء من ضلع آدم الأيسر، فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع. ولهذا قال الشاعر:

هي الضلع العوجاء لست تقيمها ألا أن تقويم الضلوع انكسارها
أتجمع ضعفًا واقتدارًا على الفتى؟ أليس عجيبًا ضعفها واقتدارها

فصل: وإن مات رجل وترك حملًا وله وارث غير الحمل نظرت، فإن كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع إليها الفرض، ووقف الباقي إلى أن ينكشف، وإن لم يكن له سهم مقدّر كالابن وقف الجميع لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة، والدليل عليه أن الشافعي رحمه الله قال: دخلت إلى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلّموا عليه وقبّلوا رأسه ثم جاءه خمسة شباب فسلّموا عليه وقبّلوا رأسه، ثم جاءه خمسة فتيان فسلّموا عليه وقبّلوا رأسه، ثم جاءه خمسة صبيان فسلّموا عليه وقبّلوا رأسه، فقلت: من هؤلاء؟ فقال: أولادي كل خمسة منهم في بطن، وفي المهد خمسة أطفال.

وقال ابن المرزبان: أسقطت امرأة بالأنبار كيسًا فيه اثنا عشر ولدًا كل اثنين متقابلان.

فإذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أَبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: أن من السنّة أن لا يرث المنفوس ولا يورث حتى يستهل صارخًا[1]، فإن تحرك حركة حي أو عطس ورث، لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل، وإن خرج ميتًا لم يرث لأنا لا نعلم أنه كان وارثًا عند موت مورثه، وإن تحرك حركة مذبوح لم يرث لأنه لم تعرف حياته، وإن خرج بعضه وفيه حياة مات قبل خروج الباقي لم يرث لأنه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه، ولهذا لا تنقضي به العدة ولا يسقط حقّ الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه.

فصل: وإن مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ما ذكرناه في باب الولاء فإن لم يكن له وارث نظرت، فإن كان كافرًا صار ماله المسلمين، وإن كان مسلمًا صار ماله ميراثًا للمسلمين، لأنهم يعقلونه إذا قتل، فانتقل ماله إليهم بالموت ميراثًا كالعصبة، فإن كان للمسلمين إمام

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٥٧).

عادل سلم إليه ليضعه في بيت المال لمصالح المسلمين وإن لم يكن إمام عادل ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم إلَّا على الزوجين، فإن لم يكن أهل الفرض قسم على ذوي الأرحام على مذهب أهل التنزيل، فيقام كل واحد منهم مقام من يدلي به، فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم، وبنات الأخوة والأعمام بمنزلة آبائهم، وأبو الأمّ والخال بمنزلة الأمّ، والعمة والعم من الأمّ بمنزلة الأب، لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين، فإذ عدمت إحداهما تعينت الأخرى.

الثاني: وهو المذهب: أنه لا يرد على أهل السهام، ولا يقسم المال على ذوي الأرحام، لأنا دللنا أنه للمسلمين، والمسلمون لم يعدموا؛ وإنما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقّهم، كما لو كان الميراث لصبي وليس له ولي، فعلى هذا يصرفه من في يده المال إلى المصالح.

الشرح: العصبة هم الذين يرثون بلا تقدير لأن العاصب إذا انفرد حاز جميع المال، وإذا كان معه صاحب فرض أخذ ما بقي بعد الفرض. وقوله: «لأولى عصبة ذكر» يعني أدنى وأقرب في النسب، والخط: السهم والنصيب، وقوله: «من مبال الذكر» هو موضع البول أي من تحت، والكهل من الرجال: الذي جاوز الثلاثين وخطه الشيب، والمنفوس: المولود، وقوله: «لأنهم يعقلونه» أي يؤدون عنه العقل وهو الدية.

فصل: في بيان العصبات وترتيبهم فالأقرب منهم يُسقط الأبعد. وجملة عصبات النسب: الابن والأب ومن يدلي بهما، ويقدَّم منهم الأبناء، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الأب، ثم الجدة والأخوة للأبوين أو للأب، وهم في درجة، ولذلك يتقاسمون على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى. وأبو الجد وإن علا مع الأخ، كالجد مع الأخ، فيتقاسمان لقوَّة الجدودة، ووقوع الاسم في القريب والبعيد. هذا هو المنصوص والمذهب والمعروف. وقال الإمام: الذي رأيته في ذلك ـ يعني للأصحاب ـ أن أبا الجد، يكون له السدس، والباقي للأخ. ثم قال: وفي القلب من هذا شيء، وأبدى المذهب المنصوص احتمالًا. وإذا لم يكن أخ، فالمقدَّم الجد، ثم أبوه وإن علا، ويسقط ابن الأخ بالجد العالي سقوطه بالادنى، وفي «النهاية» وجه ضعيف: أن أبا الجد وابن الأخ يتقاسمان، والصحيح المعروف هو الأول، فإنا إذا قدّمنا نوعًا على نوع، لا ننظر إلى القرب والبعد. ألا ترى أن ابن الأخ وإن سفل، مقدّم على العم مع قربه. وإذا لم يكن جد، فالأخ من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنو الإخوة من الأبوين، ثم من الأب، وكذلك بنوهم وإن سفلوا، ثم

العم من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنو العم كذلك ثم عمُّ الأب من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهما كذلك، ثم عم الجد من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهما كذلك، إلى حيث ينتهون. فإن لم يوجد أحد من عصبات النسب، والميت عتيق، فالعصوبة لمعتِقه. فإن لم يكن المعتِق حيًا، فلعصباته، فإن لم يوجدوا، فلمعتِق المعتِق، ثم لعصباته إلى حيث ينتهون. فإن لم يكن عتيقًا، وأبوه أو جدّه عتيق، ثبت الولاء عليه لمعتِق الأب أو الجد على ما سيأتي في كتاب الولاء إن شاء الله تعالى. فإن لم يكن أحد منهم، فالمال لبيت المال.

فرع: البعيد من الجهة المقدَّمة، يقدَّم على القريب من الجهة المؤخَّرة.

مثاله: ابن الابن وإن سفل، يقدَّم على الأب، وكذلك ابن الأخ وإن سفل، يقدَّم على العم، وكذلك ابن العم النازل، يقدَّم على عم الأب، وإذا اتحدت الجهة، قدّم الأقرب. فإن استويا في القرب، قدِّم من يُدلي بالأبوين على من يدلي بالأب.

مثاله: الأخ للأبوين، يقدّم على الأخ للأب، وابن الأخ للأب، يقدَّم على ابن ابن الأخ للأبوين، وكذا القول في بني العم وبني عم الاب.

فرع: إذا اشترك اثنان في جهة عصوبة، واختص أحدهما بقرابةٍ أخرى، كابني عم أحدُهما أخ لأم، نظر، إن أمكن التوريث بالقرابة الأخرى لفقد الحاجب، فالنص أنه يورث بهما، فالأخ للأم يأخذ السدس، والباقي بينهما بالعصوبة. ونص فيما لو ترك ابني عم معتِقِه وأحدهما أخو المعتِق لأمه: أن جميع المال للذي هو أخوه لأمه. وللأصحاب فيهما طريقان:

أحدهما: جعلهما على قولين: أحدهما: ترجيح الأخ للأم، فيأخذ جميع المال في الصورتين، لأنهما استويا في العصوبة وزاد بقرابة الأم، فأشبه الأخ من الأبوين مع الأخ للأب. والثاني: لا ترجيح، لأن مزيَّته بجهة تُفرض لها، فلا يُسقِط من يشاركه في جهة العصوبة كابني عم أحدُهما زوج. فعلى هذا، في النسب له السدس فرضًا، والباقي بينهما بالعصوبة. وفي الولاء لا يمكن توريثه بالفرضية، فالمال بينهما سواء بالعصوبة.

والطريق الثاني: وهو المذهب: القطع بالمنصوص في الموضعين. والفرق: أن الأخ للأم في النسب يرث، فأعطي فرضَه، واستويا في الباقي بالعصوبة، وفي الولاء لا يرث بالفرض، فرجّح من يُدلي بقرابة الأم. وهذا كله تفريع على أن أخا المعتق من أبويه، يقدَّم على أخيه من أبيه، وفيه خلاف نذكره قريبًا إن شاء الله تعالى. ويجري الطريقان، فيما لو ترك ابني عم أبيه وأحدُهما أخوه لأمه. فلو تركت

المرأة ابني عم أحدهما زوجها، والآخر أخ لأمّ، فعلى المذهب: للزوج النصف، وللآخر السدس، والباقي بينهما بالسوية. وإن رجحنا الأخ للأم، فالباقي كله له. ولو تركت ثلاثة بني أعمام أحدهم زوج، والثاني أخ لأم، فعلى المذهب، للزوج النصف، وللأخ السدس، والباقي بينهم بالسوية. وإن رجحنا الأخ للأم، فللزوج النصف، والباقي للأخ. هذا كله إذا أمكن توريث المختص بتلك القرابة. أما إذا لم يكن لحاجب، بأن ترك بنتًا وابني عم أحدهما أخ لأم، فوجهان: أصحهما: للبنت النصف، والباقي بينهما بالسوية، لأن إخوة الأم سقطت بالبنت. والثاني: أن الباقي للأخ وحده، وبه قال ابن الحداد، واختاره الشيخ أبو علي، كما لو اجتمع مع البنت أخ لأبوين وأخ لأب.

وإذا قلنا بالأصح، فترك ابن عم لأبوين، وآخر لأب وهو أخ لأم، فللثاني السدس بالأخوة، والباقي للأول، وتسقط به عصوبة الثاني. ولو تركت ثلاثة بني أعمام متفرقين، والذي هو لأم زوج، والذي هو لأب أخ لأم، فللزوج النصف، وللأخ السدس، والباقي للآخر. ولو ترك أخوين لأم، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم، فلهما الثلث بالأخوة، والباقي لابن العم منهما بلا خلاف. ولو ترك ابني عم، أحدهما أخ لأم، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم، فالحاصل أنه ترك أخوين هما ابنا عم، وأخًا ليس بابن عم، وابن عم ليس بأخ، فالثلث للأخوة الثلاثة، والباقي لبني الأعمام الثلاثة.

فصل: في عصبات المعتق: قد سبق أن من لا عصبة له من النسب، فمالُه أو ما يفضل عن الفروض لمعتقه إن كان عتيقًا، سواء كان المعتق ذكرًا أو أنثى. فإن لم يوجد المعتق، فالاستحقاق لعصباته من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم دون من يعصبهم غيرهم، فلا ترث النساء بالولاء، إلا ممن أعتقن، أو أعتق من أعتَقن، أو جَرَّ الولاء اليهن من أعتَقن. وإن شئت قلت: لا ترث امرأة بولاء، إلا معتَقها، أو منتميًا إليه بنسب أو ولاء، لأن الولاء أضعف من النسب البعيد. وإذا بَعُد النسب، ورث الذكور دون الإناث، فيرث ابن الأخ والعم وابنه، دون أخواتهم. فإذا لم ترث بنت الأخ، فبنت المعتِق أولى، ثم الذين يتعصبون بأنفسهم، ترتيبهم في الولاء كترتيبهم في النسب، فيقدَّم ابن المعتِق وابن ابنه على أبيه وجده، لكن يفترق الترتيبان في مسائل:

إحداها: في الأخ للأبوين مع الأخ للأب طريقان: المذهب: يقدَّم الأخ للأبوين كما في النسب. والثاني: على قولين. ثانيهما: يتساويان، إذ لا مدخل لقرابة الأم هنا.

المسألة الثانية: في الجد والأخ قولان: أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وأبي خلف الطبري والأكثرين: أن الأخ مقدَّم. والثاني: يتساويان كالنسب، ورجحه البغوي. فإن قلنا: يتساويان، فطريقان: أحدهما نقله الحناطي وغيره: فيه وجهان: أحدهما: للجد ما هو خير له من المقاسمة وثلث المال، وأصحهما: أنه يقاسم الإخوة أبدًا، لأنه لا مدخل للفرض والتقدير في الولاء.

والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور: القطع بالمقاسمة أبدًا. ولو اجتمع مع جد المعتِق إخوة لأبوين، وإخوة لأب، فوجهان: أحدهما وهو اختيار ابن اللبان: يعدّ الإخوة من الأب على الجد، كما في النسب. وأصحهما: وبه قال ابن سريج والأكثرون: لا يعدّون، بل الجد والأخ للأبوين يقتسمان، والفرق أن الإخوة للأب قد يأخذون شيئًا في النسب، كما إذا كان معهم أخت للأبوين وجدّ، وهنا لا يأخذون شيئًا بحال، لأنه لا يرث هنا إلا ذكر، ولا يرث الأخ للأب مع الأخ للأبوين، فيبعد أن يدخل في القسمة من لا يأخذ بحال. وعلى هذا القول الجد أولى من ابن الأخ على الأصح كالنسب. وقيل: يستويان.

قال البغوي تفريعًا على هذا القول: الأخ أولى من أبي الجد، وأبو الجد مع ابن الأخ يستويان.

وإذا قلنا بالأظهر: إن الأخ مقدَّم على الجد، فابن الأخ مقدَّم أيضًا كابن الابن، والقولان في الأخ والجد يجريان في العم مع أبي الجد، وفي كل عم اجتمع هو وجدّ إذا أدلى ذلك العم بابن ذلك الجد، ولا خلاف أن الجد أولى من العم.

المسألة الثالثة: إذا كان للمعتِق ابنا عم أحدهما أخ، فالمذهب والمنصوص: أنه مقدَّم كما سبق في الفصل قبله.

فرع: إذا لم يوجد أحد من عصبات المعتق، فالمال لمعتِق المعتِق، ثم لعصباته على النسق المذكور في عصبات المعتِق، ثم لمعتِق معتِق المُعتِق. وعلى هذا القياسُ.

باب الجد والإخوة

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: إذا اجتمع الجدّ أو أَبو الجدّ وإن علا مع ولد الأَب والأمّ أو ولد الأب، ولم تنقصه المقاسمة من الثلث، قاسمهم وعصب إناثهم، وقال المزني يسقطهم، ووجهه أن له ولادة وتعصيبًا بالرحم، فأسقط ولد الأَب والأمّ كالأب، وهذا خطأ لأن ولد الأَب يدلي بالأَب فلم يسقطه الجدّ كأم الأب، ويخالف الأب، فإن الأَخ يدلي به، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الأَخ مع

الأخ، وأم الأَب مع الأب، والجدّ والأَخ يدليان بالأَب فلم يسقط أحدهما الآخر، كالأخوين من الأَب وأم الأَب مع الجدّ، ولأن الأَب يحجب الأمّ من الثلث إلى ثلث الباقي مع الزوجين، والجدّ لا يحجبها.

فصل: وإن اجتمع مع الجدّ ولد الأَب والأمّ وولد الأَب عاد ولد الأَب والأمّ الجدّ بولد الأب، لأن من حجب بولد الأَب والأمّ وولد الأَب إذا انفرد حجب بهما إذا اجتمعا كالأمّ، فإن كان له جد وأخ من أب وأم، وأخ من أب، قسم المال على ثلاثة أسهم، للجد سهم، ولكل واحد من الأخوين سهم، ثم يرد الأَخ من الأَب سهمه على الأَخ من الأَب والأمّ، لأنه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجبا عنه، كما لا يشارك الأَخ من الأب، الأَخ من الأَب والأمّ فيما حجبا عنه الأمّ، وتعرف هذه المسئلة بالمعادة لأن الأَخ من الأَب والأمّ عاد الجدّ بالأَخ من الأب، ثم أخذ منه ما حصل له، وإن اجتمع مع الجد أخ من الأَب وأخت من الأَب والأمّ قسم المال على خمسة أسهم، للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم، ثم يرد الأَخ على الأخت تمام النصف وهو سهم ونصف، ويأخذ ما بقي وهو نصف سهم، لأن الأَخ من الأَب إنما يرث مع الأخت من الأَب والأمّ ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف، وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد ﷺ، وإن اجتمع مع أختين من الأَب وأختين من الأَب والأمّ قسم المال بينهم على ستة أسهم، للجد سهمان، ولكل أخت سهم، ثم ترد الأختان من الأَب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأَب والأمّ، لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأَب والأمّ الثلثين.

فصل: وإن كانت المقاسمة تنقص الجدّ من الثلث بأن زاد الإخوة على اثنين والأَخوات على أربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الإخوة والأَخوات لأنا قد دللنا على أنه يقاسم الواحد، ولا خلاف أنهم لا يقاسمونه أبدًا فكان التقدير بالاثنين أشبه بالأصول، فإن الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنين كحجب الأم من الثلث، وحجب البنات لبنات الابن وحجب الأَخوات للأب والأمّ للأخوات للأب، ولا يعاد ولد الأَب والأمّ الجدّ بولد الأَب في هذا الفصل، لأن المعادة تحجب الجدّ ولا سبيل إلى حجبه عن الثلث.

فصل: وإن اجتمع مع الجدّ والإخوة من له فرض أخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجدّ أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث الباقي ما لم ينقص عن سدس جميع المال لأن الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال، وقد بينَّا أن حكمه في جميع المال أن يجعل له أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث المال فكذلك فيما بقي بعد الفرض، فإن نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس لأن ولد الأَب والأمّ ليس بأكثر من ولد الصلب، ولو اجتمع الجدّ مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس، فلأن لا ينقص مع ولد الأَب والأمّ أولى.

وإن مات رجل وخلف بنتًا وجدًا وأختًا فللبنت النصف، والباقي بين الجدّ

والأخت، للذكر مثل حظ الأنثيين، وهي من مربعات عبد اللّه بن مسعود ﷺ، فإنه قال: للبنت النصف والباقي بين الجدّ والأخت نصفان، وتصح من أربعة، وإن ماتت امرأة وخلفت زوجًا وأمًا وجدًا فللزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهو السدس، وهي من مربعات عبد اللّه ﷺ لأنه يروى عنه أنه قال: للزوج النصف والباقي بين الجدّ والأمّ نصفان. وتصح من أربعة. وهذا خطأ. لأن الجدّ أبعد من الأمّ فلم يجز أن يحجبها كجد الأَب مع أم الأب.

وإن مات رجل وخلف زوجة وأمًا وأخًا وجدًا فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجدّ والأَخ نصفان، وتصح من أربعة وعشرين، للزوجة ستة أسهم وللأم ثمانية والباقي بين الجدّ والأَخ لكل واحد منهما خمسة، وهي من مربعات عبد اللّه بن مسعود ﷺ، فإنه روي عنه أنه جعل للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي والباقي بين الجدّ والأَخ نصفان وتصح من أربعة، للزوجة سهم وللأم سهم وللأخ سهم وللجد سهم.

وإن مات رجل وخلف امرأة وجدًا وأختًا، فللمرأة الربع والباقي بين الجدّ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وتعرف بالمربعة، لأن مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب أَبي بكر وابن عباس ﷺ. للمرأة الربع والباقي للجدّ. ومذهب علي وعبد اللّه ﷺ: للمرأة الربع وللأخت النصف والباقي للجد واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة. وإن مات رجل وخلف أمًا وأختًا وجدًا، فللأم الثلث، والباقي بين الجدّ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها، فإن زيدًا ذهب إلى ما قلناه وذهب أَبو بكر وابن عباس ﷺ إلى أن للأم الثلث والباقي للجد. وذهب عمر إلى أن للأخت النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد. وذهب عثمان ﷺ إلى أن للأم الثلث والباقي بين الجدّ والأخت نصفان وتصح من ثلاثة. وذهب علي عليه السَّلام إلى أن للأخت النصف وللأم الثلث والباقي للجد. وعن ابن مسعود روايتان: إحداهما: مثل قول عمر ﷺ والثانية: للأخت النصف والباقي بين الأمّ والجدّ نصفان، وتصح من أربعة وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد اللّه رضي الله عن الجميع.

فصل: ولا يفرض للأخت مع الجدّ إِلَّا في مسئلة واحدة وهي: إذا ماتت امرأة وخلفت زوجًا وأمًا وأختًا وجدًا، فللزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس. وأصلها من ستة وتعول إلى تسعة، ويجمع نصف الأخت وسدس الجدّ فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة، لأنه لا بد من أن يعطى الزوج النصف لأنه ليس ههنا من يحجبه، ولا بد من أن تعطى الأمّ الثلث لأنه ليس ههنا من يحجبها، ولا بد من أن يعطى الجد السدس لأن أقل حقّه السدس، ولا يمكن إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف

كاملًا، لأنه لا يمكن تفضيلها على الجدّ، فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظّ الأنثيين، وتعرف هذه المسألة بالأكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلًا اسمه الأكدر فنسبت إليه.

وقيل: سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله لأنه لا يعيل مسائل الجدّ وقد أعال ولا يفرض للأخت مع الجدّ وقد فرض، فإن كان مكان الأخت في الأكدرية أخ لم يرث لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس، ولا يجوز أن يشارك الجدّ في السدس لأن الجدّ يأخذ السدس بالفرض، والأخ لا يرث بالفرض وإنما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط. وبالله التوفيق.

الشرح: الجد كالأب في الميراث، إلا في مسائل:

إحداها: الأب يُسقط الإخوة والأخوات مطلقًا، والجد لا يُسقط الإخوة والأخوات للأبوين أو للأب. وسيأتي تفصيلهم إن شاء الله تعالى.

الثانية: الأب يردُّ الأم إلى ثلث ما يبقى في صورتَي زوج وأبوين وزوجة وأبوين كما سبق. ولو كان بدله جد، كان للأم الثلث كاملًا.

الثالثة: الأب يسقط أم نفسه وأم كل جد، والجد لا يسقط أم الأب وإن أسقط أم نفسه، وأبو الجد ومن فوقه كالجد، لكن كل واحد يحجب أم نفسه، ولا يحجبها من فوقه.

الرابعة: سبق أن الأب يجمع بين الفرض والتعصيب، وفي الجد في مثل ذلك الحال وجهان: أحدهما: أنه مثله. والثاني: لا، بل يأخذ الباقي بعد البنت أو البنات بالتعصيب فقط، والجمع بينهما خاصٌ بالأب. وهذا خلاف في العبارة فقط والمأخوذ لا يختلف. قلت: أصحهما: وأشهرهما: الأول. والله أعلم.

فصل: في الأولاد: فالابن الواحد يستغرق جميع المال بالإجماع، وكذا جماعة الأبناء يستغرقونه، وللبنت النصف، وللبنتين فصاعدًا الثلثان. فإن اجتمع الصنفان، فللذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: إذا اجتمع أولاد الصلب وأولاد ابن أو بنين، فإن كان في أولاد الصلب ذكر، لم يرث أولاد الابن، وإلا، فإن كان ولد الصلب بنتًا، فلها النصف، ثم ينظر، فإن كان ولد الابن ذكرًا، فالباقي له. وإن كانوا ذكورًا، أو ذكورًا وإناثًا، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وإن كان ولد الابن بنتًا، فلها السدس، وإن كن بنات، فالسدس بينهن. وإن كان ولد الصلب بنتين فصاعدًا، فلهن الثلثان، ولا شيء لبنات الابن. فإن كان معهن أو أسفل منهنَّ ذكر، عصَّبهن في الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين. وسواء كان الذي في درجتهن أخاهن أو أخا بعضهن، أو ابن عمهن، وإنما يعصبهن إذا لم يكن لهن فرض كما ذكرنا. فلو خلَّف بنت صلب، وبنت ابن،

وابن ابن ابن، وبنت ابن ابن، فللبنت النصف، ولبنت الابن السدس فرضًا، والباقي بين الأسفلين للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا يعصب ابن الابن من كان أسفل منه، بل يختص بالباقي. وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن، كأولاد الابن مع أولاد الصلب في كل تفصيل، وكذا في كل درجة نازلة مع درجة عالية، حتى إذا خلّف بنت ابن، وبنت ابن ابن، فللعليا النصف، وللسفلى السدس. ولو خلَّف بنتي ابن، وبنت ابن ابن، فلبنتي الابن الثلثان، ولا شيء للسفلى، إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها من يعصبها.

فرع: ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده، إلا المستقل من أولاد الابن.

فصل: في الإخوة والأخوات: أما الإخوة والأخوات من الأبوين إذا انفردوا، فكأولاد الصلب، للذكر جميع المال، وكذا للجماعة، وللأخت الفردة النصف، وللأختين فصاعدًا الثلثان، فإن اجتمع الإخوة والأخوات، فللذكر مثل حظ الأنثيين بنص القرآن.

فرع: الإخوة والأخوات للأب، عند انفرادهم كالإخوة والأخوات للأبوين، إلا في المشرَّكة، وهي زوج، وأم، وأخوان لأم، وأخوان للأبوين، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين للأم الثلث يشاركهم فيه الأخوان للأبوين. هذا هو المشهور والمذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكى أبو بكر بن لال من أصحابنا في المسألة قولين: ثانيهما: سقوط الأخوين للأبوين بحسب اختلاف الرواية عن زيد رضي الله عنه، والرواية عن زيد رضي الله عنه مختلفة كما ذكر، لكن لم أجد لغيره نقل قول للشافعي، لكن ذهب ابن اللبان وأبو منصور البغدادي، إلى الإسقاط، فعلى المذهب: للتشريك أربعة أركان. أن يكون في المسألة زوج، وأم أو جدة، واثنان فصاعدًا من ولد الأم، وأن يكون من أولاد الأبوين ذكر، إما وحده، وإما مع ذكور أو إناث، أو كليهما، فإن لم يكن من الأبوين ذكر، بل كان مع الأركان الثلاثة أخت أو أختان للأبوين أو للأب، فلا تشريك، بل يُفرض للواحد النصف، وللاثنين فصاعدًا الثلثان، وتُعال المسألة. ولو كان ولد الأم واحدًا، فله السدس، والباقي للعصبة من أولاد الأبوين، أو الأب، ولو كان بدل أولاد الأبوين إخوة أب، سقطوا بالاتفاق، لأنه ليس لهم قرابة أمّ فيشاركون أولاد الأم، فافترق الصنفان في هذه المسألة. وإذا شركنا في الثلث بين أولاد الأم وأولاد الأبوين، تقاسموه سواءً، ذكرهم كأنثاهم، لأنهم يأخذونه بقرابة الأم.

قلت: قد ذكرنا أنه لو عُدم في المشرّكة ولد الأبوين، وكان هناك أخت

للأب، فلها النصف فرضًا. فلو كان معها أخوها لأب أيضًا، سقط وأسقطها، لأنه لا يفرض لها معه، فلا تشريك. والله أعلم.

فرع: لو اجتمع أولاد الأبوين وأولاد الأب، فهو كاجتماع أولاد الصلب وأولاد الابن، فأولاد الأبوين كأولاد الصلب، وأولاد الأب كأولاد الابن. فإن كان في أولاد الأبوين ذكر، حجب أولاد الأب، وإلا، فإن كانت أنثى فقط، فلها النصف، والباقي لأولاد الأب إن كانوا ذكورًا، أو ذكورًا وإناثًا. وإن تمحضن إناثًا، أو أنثى فقط، فلهن أو لها السدس تكملة الثلثين. وإن كان من أولاد الأبوين ثنتان فأكثر، فلهما الثلثان، ولا شيء لأولاد الأب، إلا أن يكون فيهن ذكر، فيعصّب الإناث. ولا يعصب الأخت إلا مَن في درجتها، بخلاف بنت الابن، فإنه يعصبها من هو أسفل منها. فلو خلّف أختين لأبوين، وأختًا لأب، وابن أخ لأب، فللأختين الثلثان، والباقي لابن الأخ، وتسقط الأخت للأب.

فرع: الأخوة والأخوات للأم، لواحدهم السدس ذكرًا كان أو أنثى، وللاثنين فصاعدًا الثلث يقسم بين ذكورهم وإناثهم بالسوية.

وأولاد الأم يخالفون غيرهم في خمسة أشياء، فيرثون مع مَن يُدْلون به، ويرث ذكرهم المنفرد كأنثاهم المنفردة، ويتقاسمون بالسوية. والرابع: أن ذكرهم يدلي بأنثى، ويرث. والخامس: يحجبون من يُدلون به، وليس لهم نظير. والله أعلم.

فرع: بنو الإخوة من الأبوين أو الأب يُنزّل كل واحد منهم منزلة أبيه في حالتي الانفراد والاجتماع، فيستغرق الواحد والجماعة للمال عند الانفراد، وما فضل عن أصحاب الفروض، وعند الجتماع يسقط ابن الأخ للأب، لكنهم يخالفون الإخوة في أمور:

أحدها: أن الإخوة يردّون الأم من الثلث إلى السدس، وبنوهم لا يردّونها.

الثاني: أن الإخوة للأبوين وللأب يقاسمون الجد، وبنوهم يسقطون به.

الثالث: لو كان بنو الإخوة للأبوين بدل آبائهم في المشرّكة سقطوا.

الرابع: الإخوة للأبوين وللأب يعصّبون أخواتهم، وبنوهم لا يعصبون أخواتهم.

قلت: ويخالفونهم في ثلاثة أشياء أُخر:

أحدها: الظأخوة للأبوين، يحجبون الإخوة للأب، وأولادهم لا يحجبونهم.

والثاني: الأخ من الأب، يحجب بني الأخ من الأبوين، ولا يحجبهم ابنه.

الثالث: بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصبات مع البنات. والله أعلم.

فصل: الأخوات للأبوين وللأب، مع البنات وبنات الابن، عصبات كالإخوة. حتى لو خلّف بنتًا وأختًا، فللبنت النصف، وللأخت الباقي. ولو خلّف بنتين فصاعدًا، أو أختًا أو أخوات، فللبنات الثلثان، والباقي للأخت أو للأخوات. ولو كان معهن زوج، فللبنتين الثلثان، وللزوج الربع، والباقي للأخت أو الأخوات. ولو كان معهن أمّ، عالت المسألة، وسقطت الأخت والأخوات، كما لو كان معهن أخ. ولو خلف بنتًا وبنت ابن وأختًا، فلها النصف، والسدس لبنت الابن، وللأخت الباقي. وإذا اجتمعت الأخت للأبوين والأخت للأب مع البنت وبنت الابن، فالباقي للأخت للأبوين، وسقطت الأخت للأب. ولو خلف بنتًا وأختًا لأبوين وأخًا لأب، كان الباقي للأخت، وسقط الأخ بها كسقوطه بالأخ للأبوين. ولو خلف بنتًا، وأخًا وأختًا لأبوين، فالباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: خلّف بنتًا، وثلاث أخوات أو إخوة متفرقين، فللبنت النصف، والباقي للأخت أو للأخ للأبوين، وسقط الباقون.

فصل: العم للأبوين أو للأب، كالأخ من الجهتين، في أن من انفرد منهما يأخذ جميع المال، أو ما بقي بعد الفرض. وإذا اجتمعا، أسقط العمُّ للأبوين العمَّ للأب.

فصل: ميراث الجد مع الإخوة: إذا كان مع الجد إخوة وأخوات من الأبوين، أو من الأب، لم يسقطوا على الصحيح. وقال المزني: يسقطون، واختاره محمد بن نصر المروزي من أصحابنا، وابن سريج، وابن اللبان، وأبو منصور البغدادي. والتفريع على الصحيح، فنقول: إذا كان معه إخوة وأخوات من الأبوين أو من الأب، فإن لم يكن معهم ذو فرض، فللجد الأوفر من مقاسمتهم وثلث جميع المال. فإن قاسم، كان كأخ. وإن أخذ الثلث، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد يستوي الأمران، فلا يكون فرق في الحقيقة، ولكن الفرضيون يتلفَّظون بالثلث، لأنه أسهل. وإنما تكون القسمة أوفر إذا لم يكن معه إلا أخ، أو أخت، أو أخ وأخت، أو أختان، أو ثلاث أخوات، فهي خمس مسائل: وإنما يستويان، إذا لم يكن معهم إلا إخوان أو أخ وأختان، أو أربع أخوات. وفيما عدا ذلك، الثلث أوفر وضابطه أن الإخوة والأخوات، إن كانوا مثليه، فالقسمة والثلث سواء. وإن كانوا دون مثليه، فالقسمة أوفر. وإن كانوا فوق مثليه، فالثلث أوفر. وإن كان معهم صاحب فرض ـ وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والإخوة ستة: البنت، وبنت الابن، والام، والجدة، والزوج، والزوجة ـ فإما أن لا يبقى بعد الفروض شيء، كبنتين وأم وزوج، فيفرض للجد السدس، ويزاد في العول. وإما أن يبقى السدس

فقط، كبنتين وأم، فيصرف إلى الجد. وإما أن يبقى دون السدس، كبنتين وزوج، فيفرض للجد السدس، وتعال المسألة. وعلى هذه التقديرات الثلاثة يسقط الإخوة والأخوات. وإما أن يكون الباقي أكثر من السدس، فللجد خير الأمور الثلاثة، وهي مقاسمة الإخوة والأخوات، وثلث ما يبقى، وسدس جميع المال. أما إذا كان معه إخوة وأخوات لأبوين ولأب، فللجد خير الأمرين إن لم يكن هناك ذو فرض، وخير الأمور الثلاثة إن كان، كما إذا لم يكن إلا أحد الصنفين، لكن هنا يَعُدُّ أولادُ الأبوين أولاد الأب على الجد في القسمة. ثم إذا أخذ الجد حصته، نظر، إن كان ولد الأبوين عصبة، إما ذكرًا، وإما ذكورًا، وإما ذكورًا وإناثًا، فلهم كل الباقي، ولا شيء لولد الأب. وإن لم يكن عصبة، بل أنثى، أو إناث، فالاثنتان فصاعدًا يأخذون إلى الثلثين ولا يبقى شيء، فيسقط أولاد الأب، والواحدة تأخذ إلى النصف. فإن بقي شيء، فلأولاد الأب ذكورًا كانوا أو إناثًا للذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: إذا كان الصنفان معه، وكان غير القسمة خيرًا له، بأن كان معه أخت للأبوين، وأخوان، أو أربع أخوات فصاعدًا للأب، فللجد الثلث. قال بعض الفرضيين: يجعل الباقي بين ولد الأبوين وولد الأب، ثم يردُّ ولد الأب على ولد الأبوين قدر فرضه. قال ابن اللبان: والصواب، أن يفرض للأخت للأبوين النصف، ويجعل الباقي لأولاد الأب.

فرع: لا فرق فيما ذكرناه بين أن يتمحَّض مع الجد إخوة أو أخوات، أو يختلطوا، فالجد في الأحوال كلِّها كأخ، والأخوات معه كهنّ مع أخ، فلا يفرض لهن معه، ولا تعال مسألة بسببهن، بخلاف الجد حيث فرضنا له وأعلنا، لأنه صاحب فرض بالجدودة، فرجع إليه لضرورة. وهذا أصل مطرد، إلا في المسألة الأكدرية، وهي زوج، وأم، وجد، وأخت للأبوين أو للأب، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ويفرض للأخت النصف، وتعول من ستة إلى تسعة، ثم يجمع نصيب الأخت والجد، ويجعل بينهما أثلاثًا. وتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة، وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية. ويمتحن بها فيقال: وُرّاث أربعة، أخذ أحدهم ثلث المال، والثاني ثلث الباقي، والثالث ثلث الباقي، والرابع الباقي. ولو كان بدل الأخت أخ، سقط، إذ لا فرض له. ولو كانت أختان، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، والباقي لهما، ولاعول، وبالله التوفيق.

فصل: في الحجب والحجب هو المنع من كل الميراث أو بعضه لوجود شخص آخر أحق منه. وهو نوعان: حَجْب نقصان ـ كحَجْب الولد الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن، والأم من الثلث إلى السدس ـ وحَجْب

حرمان، وهو المقصود بالذِّكر، فالورثة قسمان قسم لا يتوسط بينهم وبين الميت غيرهم، وهم: الأبوان، والزوجان، والأولاد، فهؤلاء لا يحجبهم أحد. وقسم يتوسط بينهم وبينه غيرهم، وهم ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: المنتسبون إلى الميت من جهة العلو، وهم الأصول. فالجد لا يحجبه إلا الأب، وكذلك كل جد يحجب من فوقه. وأما الجدات، فقد يحجبهن غيرهن، وقد يحجب بعضهن بعضًا. فأما الأول، فالأم تحجب كل جدة، سواء كان من جهتها، أو من جهة الأب، كما يحجب الأب كل من يرث بالأبوة، والأب يحجب كل جدة من جهته، وكذا كل جد يحجب أم نفسه وأم آبائه، ولا يحجب أم من دونه، والأب والأجداد لا يحجبون الجدة من جهة الأم قريبة كانت أو بعيدة بالإجماع. وأما حجب بعضهن، فالقربى من كل جهة تحجب البعدى من تلك الجهة، وهذا من جهة الأم لا يكون إلا والبعدى مُدْلية بالقربى، ومن جهة الأب قد يكون كذلك، فالحكم كمثل، وقد لا يكون، كأم الأب، وأم أب الأب، ففيه اختلاف عن الفرضيين، والذي ذكره البغوي وغيره: أن القربى تحجب البعدى أيضًا. ولو كانت البعدى مدلية بالقربى، لكن البعدى جدة من جهة أخرى، فلا تُحجب.

مثاله: لزينب بنتان، حفصة، وعمرة، ولحفصة ابن، ولعمرة بنت بنت، فنكح الابن بنت بنت خالته، فأتت بولد، فلا تُسقط عمرة التي هي أم أم أمه أمَّها، لأنها أم أم أبي المولود.

فرع: القربى من جهة الأم، كأم الأم، تحجب البعدى من جهة الأب، كأم أم الأب، كما أن الأم تحجب أم الأب. والقربى من جهة الأب، كأم الأب، هل تحجب البعدى من جهة الأم، كأم أم الأم؟ فيه قولان: أظهرهما: لا، لأن الأب لا يحجبها، فأمه المدلية به أولى.

وعلى هذا القياس نقل البغوي أن القربى من جهة أمهات الأب، كأم أم الأب، تسقط البعدى من جهة آباء الأب، كأم أم أبي الأب، وأم أبي أبي الأب، والقربى من جهة آباء الأب، كأم أبي الأب، هل تسقط البعدى من جهة أمهات الأب، كأم أم أم الأب؟ فيه القولان.

الضرب الثاني: المنتسبون إليه من جهة السفل، فابن الابن لا يحجبه إلا الابن، وبنت الابن يحجبها الابن، وكذا بنتا صلب، إلا أن يكون معها أو أسفل منها ذكر يعصبها، وكذا بنات ابن الابن يسقطهن ابن الابن، ويَسقطن أيضًا إذا استكمل بنات الابن الثلثين، إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن من يعصبهن، وكذا

إن كانت بنت صلب، وبنت ابن، أو بنات ابن، وعلى هذا القياس.

الضرب الثالث: المنتسبون إليه على الطرف، فالأخوة والأخوات للأم يحجبهم أربعة: الولد، وولد الابن، والأب، والجد. والأخ للأبوين يحجبه الأب، والابن، وابن الابن بالإجماع، وقد سبق وجه: أن الجد أيضًا يسقطه. والأخت للأبوين، لا يحجبها أيضًا إلا هؤلاء. والأخ للأب يحجبه هؤلاء والأخ للأبوين. والأخت للأب يحجبها الأربعة. وكذلك إذا استكملت الأخوات للأبوين الثلثين، سقطت الأخوات للأب، إلا أن يكون معهن معصّب وابن الأخ للأبوين يحجبه ستة: الابن، وابن الابن، والأب، والجد، والأخ للأبوين، والأخ للأب. وابن الأخ للأب يحجبه هؤلاء، وابن الأخ للأبوين. والعم للأبوين يحجبه هؤلاء، وابن الأخ للأب. والعم للأب يحجبه هؤلاء، والعم للأبوين. وابن العم للأبوين يحجبه هؤلاء، والعم للأب. وابن العم للأب يحجبه هؤلاء، وابن العم للأبوين. والمعتِق يحجبه عصبات النسب. وكل عصبة يحجبه أصحاب الفروض المستغرقة.

فرع: جميع ما ذكرناه من الحجب، هو فيما إذا كان الحاجب وارثًا من الميت. فإن لم يرث، نظر، إن كان امتناع الإرث لنقص، كالرق وغيره من الموانع، فلا يَحْجُب، لاحجبَ حرمان، ولا حجب نُقصان. وإن كان لا يرث لتقدُّم غيره عليه، فقد يحجب غيره حجب نقصان، وذلك في صور:

إحداها: مات عن أبوين وأخوين، فللأم السدس، والباقي للأب، لأنهما يسقطان به.

الثانية: أم، وجد، وأخوان لأم، للأم السدس، والباقي للجد.

الثالثة: أب، وأم أب، وأم أم، فتسقط أم الأب بالأب، وفيما ترثه أم الأم وجهان: أصحهما: السدس. والثاني: نصف السدس.

الرابعة: إذا ترك جدًا، وأخًا لأبوين، وأخًا لأب، ينقص بالأخ للأب نصيب الجد، ولا يأخذ شيئًا.

فصل: في بيان مانع الميراث، هو خمسة:

المانع الأول: اختلاف الدِّين، وفيه مسائل:

الأولى: لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، ولا فرق بين النسيب والمعتِق والزوج، ولا بين من يُسلم قبل القسمة أم لا.

الثانية: يرث الكفار بعضهم بعضًا، كاليهودي من النصراني، والنصراني من المجوسي، والمجوسي الحربي من الوثني، وبالعُكوس عن ابن خيران وغيره وجه: أنه لا ترث ملّة منهم من أخرى. والصحيح المعروف، هو الأول. هذا إذا كان

اليهودي والنصراني مثلًا ذميين أو حربيين، سواء كان الحربيان مختلفي الدار أو متَّفِقَيْها، كالروم والهند. فلو كان أحدهما ذميًا، والآخر حربيًا، فطريقان: المذهب وبه قطع الأكثرون: لا يتوارثان، لانقطاع الموالاة بينهما، وربما نقل الفرضيون الإجماع على هذا. والثاني: على قولين حكاهما الإمام وغيره، ثانيهما: التوارث، لشمول الكفر. والمعاهد والمستأمن، هل هما كالذمي، أم كالحربي؟ فيه وجهان: أصحهما: وهو المنصوص: كالذمي، لأنهما معصومان بالعهد والأمان. فعلى هذا، يتوارث الذمي والمستأمن. وعلى الآخر: في التوارث بينهما الطريقان، ويتوارث هو والحربي.

فرع: مات يهودي ذمي عن ابنٍ مثله، وابنٍ نصراني ذمي، وابنٍ يهودي معاهَد، وابنٍ يهودي حربي، فالمذهب: أن التركة لجميعهم، غير الحربي، ويجيء في الحربي وجه: أنه يرث، وفي الآخرين وجه بالمنع، سوى الأول.

الثالثة: لا يرث المرتد أحدًا، ولا يرثه أحد، وماله فيىء، سواء كسبه في الإسلام أو في الردة، وسواء في المرتد المعلن والزنديق والمستسرُّ، ولا ينزّل التحاقه بدار الحرب منزلة موته.

المانع الثاني: الرِّق. فلا يرث رقيق وإن عتق قبل القسمة، ولا يورث رقيق، إذ لا ملك له، وإذا قلنا: يملك بتمليك السيد، فملكه غير مستقر، يعود إلى السيد إذا زال ملكه عن رقبته. وسواء في ذلك القن والمكاتب والمدبّر وأم الولد، فلا يرثون ولا يورِّثون.

فرع: المعتَق بعضه، لا يرث على الصحيح المنصوص الذي قطع به الأصحاب. وعن المزني وابن سريج: أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية. وهل يورِّث؟ قولان: القديم: لا، والجديد: نعم، لأنه تام الملك.

فعلى القديم: فيما ملكه بحريته، وجهان: أصحهما: عند الأكثرين وهو نصه في القديم: أنه لمالك الباقي. والثاني: أنه لبيت المال، وهو منسوب إلى الإصطخري، ونقله الفرضيون عن ابن سريج وقالوا: هو الأصح. وعلى الجديد: يرثه قريبه أو معتِقه.

وفي القدر الموروث، وجهان: أصحهما: جميع ما ملكه بنصفه الحر. والثاني أنه يقسط ما ملكه بحريته على مالك الباقي والورثة بقدر رقّه وحريته. فإن كان نصفه حرًّا، فنصف ذلك للورثة، ونصفه لمالك باقيه، لأن الموت حل جميع البدن، والبدن منقسم إلى رق وحرية.

المانع الثالث: القتل، وهو ضربان:

أحدهما: مضمون، وهو موجب للحرمان، سواء ضمن بقصاص أو دية أو كفارة، كمن رمى صف الكفار ولم يعلم فيهم مسلمًا، فقتل قريبه المسلم، تجب الكفارة، ولا دية، وسواء كان القتل عمدًا أو خطأً. وحكى الحناطي قولًا أن المخطىء يرث مطلقًا، والمشهور الأول. وسواء كان الخطأ بمباشرة، كمن رمى صيدًا فأصاب مورِّثه، أو بالسبب، كمن حفر بئرًا عدوانًا فسقط فيها مورِّثه، أو وضع حجرًا في الطريق فتعثَّر به مورثِه. وسواء قصد بالتسبُّب مصلحته، كضرب الأب والزوج والمعلّم للتأديب، وكسقيه الدواء وبطّ جرحه للمعالجة إذا مات به الصبي أو غيره، أو لا يقصد. وفي بط الجرح وسقي الدواء وجه حكاه ابن اللبان وغيره: أنه لا يمنع. وعن صاحب «التقريب» وجه في مطلق القتل بالتسبب: أنه لا يمنع، والصحيح الذي عليه الأصحاب الأول. وسواء صدر القتل من مكلف أو غيره، ويجيء في الصبي وجه يتخرج من القول الذي حكاه الحناطي في المخطىء إذا قلنا: عمد الصبي خطأ. وسواء فيه المكره والمختار، وفي المكرَه خلاف، والمذهب المنع.

الضرب الثاني: قتل غير مضمون، وهو قسمان: مستحق مقصود، وغيره. والأول نوعان:

أحدهما: ما لا يسوغ تركه. فإذا قتل الإمام مورثه حدًّا بالرجم، أو في المحاربة، ففي منعه أوجه: الثالث: إن ثبت بالبينة، منع. وإن ثبت بالإقرار، فلا، لعدم التُّهمة.

النوع الثاني: ما يسوغ تركه، كالقصاص، فيه خلاف مرتب على قتل الإمام حدًا، وأولى بالحرمان. ولو شهد على مورثه بما يوجب الحد أو القصاص، فقتل بشهادته، أو شهد على إحصانه، وشهد غيره بالزنا، أو زكى الشهود بالزنا على مورثه، فهو كما إذا قتله قصاصًا.

القسم الثاني: ما لا يوصف بأنه مستحق مقصود، كقتل الصائل والباغي، ففيه خلاف مرتب على القصاص، وأولى بالحرمان، والباغي أولى بالحرمان من العادل. والمذهب وظاهر نص الشافعي في الصور كلّها: منع الإرث. قال الروياني: لكن القياس والاختيار: أن ما لا ضمان فيه لا يمنع.

فرع: قد يرث المقتول من قاتله، بأن جرح مورِّثه ثم مات قبل المجروح.

المانع الرابع: استبهام وقت الموت. فإذا مات متوارثان بغرق، أو حريق، أو تحت هدم، أو في بلاد غُربة، أو وجدا قتيلين في معركة، فله خمس صور:

إحداها: أن نعلم سبق موت أحدهما بعينه، وحكمه ظاهر.

الثانية: أن نعلم التلاحق ولا نعلم السابق.

الثالثة: أن نعلم وقوع الموتَتين معًا.

الرابعة: أن لا نعلم شيئًا، ففي هذه الصور الثلاث لا نورِّث أحدهما من صاحبه، بل نجعل مال كل واحد لباقي ورثته، لأنَّا لا نتيقن استحقاق واحد منهما، ولأنَّا إن ورَّثنا أحدهما فقط، فهو تحكم. وإن ورّثنا كلاً من صاحبه، تيقَّنَّا الخطأ. وقيل: إذا تلاحق الموتان، ولم يعلم السابق، أعطي كل وارث لهما ما يُتيقن له، ويوقف المشكوك فيه، قاله ابن اللبان، وحكاه عن ابن سريج. والصحيح المعروف الأول، وهو أنه لا فرق، ويصرف الجميع إلى الورثة.

الخامسة: أن يُعلم سَبْق موته، ثم يلتبس، فيوقف الميراث حتى يتبين أو يصطلحا، لأن التذكُّر غير مأيوس منه، هذا هو الصحيح الذي عليه الأصحاب. وفيه وجه: أنه كما لو لم يعلم السابق، وإليه ميل الإمام.

المانع الخامس: الدَّور، وهو أن يلزم من التوريث عدمه. ومثاله: أقر الأخ بابن لأخيه الميت، ثبت نسبه ولا يرث، وقد سبقت المسألة في كتاب الإقرار. ولو أوصى بعبده لأبي العبد، فمات الأب قبل القبول، وقَبِلها أخوه، يعتق العبد ولا يرث، وسيأتي بيانها في كتاب الوصية إن شاء الله تعالى. ولو اشترى المريض أباه، عتق ولم يرث. ولو ادعى شخص نسبًا على ورثة ميت، فأنكروا ونكلوا عن اليمين، حلف وورث معهم إن لم يحجبهم. وإن كان يحجبهم، فوجهان: أصحهما: لا يرث، وإلا، لبطل نكولهم ويمينه. ولو ملك أخاه، ثم أقر في مرض موته أنه كان أعتقه في الصحة، قال البغوي: ينفذ، ثم إن صححنا الإقرار للوارث، ورثه، وإلا، فلا، لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته. وإذا بطلت، بطل الإرث.

فصل: في أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه: هي أربعة:

السبب الأول: الشك في الوجود، كمن مات وله قريب مفقود لا يعلم حياته ولا موته، وفيه مسألتان:

إحداهما: في التوريث منه. فالمفقود: الذي انقطع خبره وجهُل حاله في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وله مال ـ وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره ـ فإن قامت بينة على موته، قسم ميراثه، وإلا، فوجهان: أحدهما: وهو اختيار أبي منصور وغيره: أنه لا يقسم ماله حتى يُتحقق حاله. وأصحهما: وبه قطع الأكثرون: أنه إذا مضت مدة يحكم الحاكم بأن مثله لا يعيش فيها، قسم ماله، وهذه المدة ليست مقدَّرة عند الجمهور. وفي وجه شاذ: تتقدر

بسبعين سنة، ويكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليه، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح. وقيل: يشترط. ويجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن. ثم إن كانت القسمة بالحاكم، فقسمتُه تتضمن الحكم بالموت، وإن اقتسموا بأنفسهم، فظاهر كلام الاصحاب في اعتبار حكمه مختلف، فيجوز أن يقال: فيه خلاف، إن اعتبرنا القطع، فلا حاجة إلى الحكم، وإلا، فلا بد منه، لأنه في محل الاجتهاد.

وإذا مضت المدة المعتبرة، وقُسِم ماله، فهل لزوجته أن تتزوج؟ مفهوم كلام الأصحاب دلالة وصريحًا: أن لها ذلك، وأن المنع على قوله الجديد مخصوص بما قبل هذه المدة. ألا ترى أنهم ردُّوا على القول القديم حيث قالوا: إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله وعِتق أمهات أولاده، لم يجز الحكم به في فراق زوجته، فأشعر بأنهم رأَوا الحكمين متلازمين. وعلى هذا، فالعبد المنقطع الخبر بعد هذه المدة، لا تجب فطرته، ولا يجزىء عن الكفارة بلا خلاف. وموضع القولين ما قبل ذلك. ثم إنّا ننظر إلى من يرثه حين حكمِ الحاكم بموته، ولا يورَّث منه من مات قبيل الحكم ولو بلحظة، لجواز أن يكون موتَ المفقود بين موته وبين حكم الحاكم. وأشار العبادي في «الرقم» إلى أنه لا يشترط أن يقع حكم الحاكم بعد المدة، فقال: يضرب له الحاكم مدة لا يعيش في الغالب أكثر منها، فإذا انتهت، فكأنه مات ذلك اليوم.

المسألة الثانية: في توريثه. فإذا مات له قريب قبل الحكم بموته، نظر، إن لم يكن له وارث إلا المفقود، توقفنا حتى يبين أنه كان عند موت القريب حيًا أو ميتًا. وإن كان له وارث غير المفقود، توقفنا في نصيب المفقود، وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالأسوإ، فمن يسقط منهم بالمفقود، لا يعطى شيئًا حتى يبين حاله، ومن ينقص حقه بحياته، يقدر في حقه حياته، ومن ينقص حقه بموته، يقدّر في حقه موته. ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته، يعطى نصيبه.

مثاله: زوج مفقود، وأختان لأب وعم حاضرون، فإن كان حيًّا، فللأختين أربعة من سبعة، ولا شيء للعم. وإن كان ميتًا، فلهما اثنان من ثلاثة، والباقي للعم، فيقدر في حقهم حياته.

أخ لأب مفقود، وأخ لأبوين وجد حاضران، فإن كان حيًا، فللأخ الثلثان، وللجد الثلث. وإن كان ميتًا، فالمال بينهما بالسوية، فيقدر في حق الجد حياته، وفي حق الأخ موته.

أخ لأبوين مفقود، وأختان لأبوين وزوج حاضرون، فإن كان حيًا، فللزوج

النصف، والباقي بينهم، فيكون للأختين الربع. وإن كان ميتًا، فللزوج ثلاثة من سبعة، وللأختين أربعة من سبعة، فيقدر في الزوج موته، وفي حق الأختين حياته.

ابن مفقود، وبنت وزوج، للزوج الربع بكل حال. هذا الذي ذكرناه في كلِّ الصور هو الصحيح وظاهر المذهب. وفي وجه: يقدر موته في حق الجميع، لأن استحقاق الحاضرين معلوم، واستحقاقه مشكوك فيه. فان ظهر خلافه، غيَّرنا الحكم. وفيه وجه آخر: تقدر حياته في حق الجميع، لأن الأصل حياته. فإن ظهر خلافه، غيرنا الحكم.

السبب الثاني: الشك في النسب. فإذا أشكل نسب مولود، بأن وطىء اثنان فصاعدًا امرأةً بشبهة، فأتت بولد يمكن كونه من كل واحد، أو ادعى اثنان فصاعدًا مجهولًا، فسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى: أنه لا يُلحَق إلا بواحد، بأن يُعْرض على القائف. فلو مات في زمن الإشكال، وقفنا من ماله ميراث أب. وإن مات أحد الواطئَين، وقفنا من ماله ميراث المولود، وأخذنا في نصيب كل من يرث معه لو ثبت نسبة بالاسوإ، كما سبق في المفقود.

السبب الثالث: الحمل؛ ونعني به كل حمل لو كان منفصلًا، لورث منه، إما مطلقًا، وإما على تقدير. وهذا الحمل، قد يكون من الميت ويرث لا محالة، وقد يكون من غيره، كما إذا كانت أمه حاملًا من غير أبيه، أو من أبيه والأب ميت، أو ممنوع برقّ ونحوه، وكذا زوجة ابنه أو أخيه أو جده والحمل من غيره، قد لا يرث إلا على تقدير الذكورة، كحمل امرأة الأخ والجد، وقد لا يرث إلا على تقدير الأنوثة، كما إذا ماتت عن زوج وأخت لأبوين وحمل من الأب، وفيه فصلان:

الفصل الأول: فيما بعد الانفصال، وإنما يرث بشرطين:

أحدهما: أن يعلم وجوده عند الموت فإذا كان الحمل منه، وانفصل لما بين موته وبين أكثر مدة الحمل، ورث، لثبوت نسبه، وإن انفصل لِما بعد ذلك، لم يرث. وإن كان من غيره، نظر، إن لم يكن لها زوج يطؤها، فالحكم كما لو كان منه قطعًا. وإن كان زوج يطؤها، فإن انفصل قبل تمام ستة أشهر من وقت الموت، فقد علم وجوده حينئذٍ. وإن انفصل لستة أشهر فأكثر، لم يرث، لاحتمال أن العلوق حصل بعده، إلا أن يعترف جميع الورثة بوجوده عند الموت. وإذا مات حر عن أب رقيق تحته حرة حامل، فإن ولدت قبل ستة أشهر من يوم الموت، ورث المولود من أخيه، لأن الأب رقيق لا يحجبه. وإن ولدت لستة أشهر فصاعدًا، لم يرث، لاحتمال حدوث العلوق بعد الموت، إلا أن يتفقوا على وجوده يومئذٍ، وينبغي أن يمسك الأب عن الوطء حتى يظهر الحال. قال الإمام: ولا يحرم الوطء.

الشرط الثاني: أن ينفصل حيًا، فإن انفصل ميتًا، فكأن لا حمل، سواء كان يتحرك في البطن، أم لا، وسواء انفصل ميتًا بنفسه أو بجناية وإن كانت الجناية توجب الغُرة، وتصرف الغُرة إلى ورثة الجنين، لأن إيجاب الغرة لا يتعين له تقدير الحياة، ألا ترى إلى قول الأصحاب: الغرة إنما وجبت لدفع الجاني الحياة مع تهيُّؤ الجنين لها، وبتقدير أن يكون وجوب الغرة بتقدير الحياة، فالحياة مقدرة في حق الجاني فقط تغليظًا، فتقدر في توريث الغرة فقط. واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الانفصال. فلو خرج بعضه حيًا، ومات قبل تمام الانفصال، فهو كما لو خرج ميتًا في الإرث وسائر الأحكام. حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه، وانفصل ميتًا، فالواجب الغرة دون الدية. هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير. وعن القفال وغيره: أنه إذا خرج بعضه حيًا، ورث وإن انفصل ميتًا، وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا.

ولو مات عقب انفصاله حيًا حياة مستقرة، ورث، ونصيبه لورثته. وتعلم الحياة المستقرة: بصراخه، وكذا بالبكاء، أو العُطاس، أو التثاؤب، أو امتصاص الثدي، لدلالتها على الحياة. وحكى الإمام اختلاف قول في الحركة والاختلاج، ثم قال: وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسطها ـ فإن هذه الحركة تدل على الحياة قطعًا ـ ولا الاختلاج الذي يقع مثله لانضغاط وتقلص عصب فيما أظن، وإنما الاختلاف فيما بين هاتين الحركتين. والظاهر: كيفما قُدِّر الخلاف: أن ما لا تعلم به الحياة، ويمكن أن يكون مثله لانتشار بسبب الخروج من المضيق، أو لاستواء عن التواء، فلا عبرة به، كما لا عبرة بحركة المذبوح.

فرع: لو ذُبح رجل، فمات أبوه وهو يتحرك، لم يرثه المذبوح على الصحيح. وحكى الروياني وجهًا: أنه يرث. وحكى الحناطي قريبًا منه عن المزني.

الفصل الثاني: فيما قبل الانفصال، ومتى ظهرت مخايل الحمل، فلا بد من التوقف كما سنفصله إن شاء الله تعالى. وإن لم تظهر مخايله، وادعت المرأة الحمل، ووصفت علامات خفية، ففيه تردد للإمام. والظاهر: الاعتماد على قولها. وطرد التردُّد فيما إذا لم تدَّعه لكنها قريبة عهد بالوطء واحتمال الحمل قريب. إذا عرف هذا، فإن لم يكن للميت وارث سوى الحمل المنتظر، وقفنا المال إلى أن ينفصل. وإن كان له وارث آخر، ففي وجه حكاه الفوراني، وحكاه الشيخ أبو خلف قولًا عن رواية الربيع: أنه يوقف جميع المال. والصحيح المشهور: أنه لا يوقف الجميع، بل ينظر في الورثة الظاهرين، فمن احتمل حجبه بالحمل، لم يدفع إليه شيء ومن لا يحجبه الحمل بحال وله مقدر لا ينقص، دفع إليه. وإن أمكن العول، دفع إليه ذلك القدر عائلًا.

مثاله: زوجة حامل، وأبوان، يدفع إليها ثُمن عائل، وإليهما سدسان عائلان، لاحتمال أن الحمل بنتان. وإن لم يكن له نصيب مقدر كالأولاد، فالصرف إليهم مبني على أن أقصى عدد الحمل هل له ضبط؟ وفيه وجهان: الأصح أو الصحيح: أنه لا ضبط له، وبه قال شيخا المذهب: أبو حامد، والقفال، والعراقيون، والصيدلاني، والقاضي حسين، لأنه وُجد خمسة في بطن واثنا عشر في بطن. والثاني: أن أقصى الحمل أربعة، وبهذا قطع ابن كج والغزالي، وجعله الفرضيون قياس قول الشافعي، وأرادوا أن الشافعي، يتبع في مثل ذلك الوجود، وأكثر الذي وجد أربعة، لكن هذا الذي قالوه مشكل بما نقله الأولون فعلى الأول: لو خلف ابنًا وأم ولد حاملًا، لم يُصرف إلى الابن شيء.

ولو خلف ابنًا وزوجة حاملًا، فلها الثمن، ولا يُدفع إلى الابن شيء. وعلى الثاني: له الخمس أو خمس الباقي على تقدير أنهم أربعة ذكور. وعلى هذا، هل يمكَّن الذين صرف إليهم حصتهم من التصرف فيها؟ وجهان: أصحهما: نعم، وإلا، لم يدفع إليهم. والثاني: المنع، قال القفال: لأنه قد يهلك الموقوف للحمل، فيحتاج إلى الاسترداد، والحاكم وإن كان يلي أمر الأطفال، فلا يلي أمر الأجنّة، فلا يمكن حمل ما جرى على القسمة. ثم الموقوف للحمل على الوجه الثاني، قد يكون بتقدير الذكورة أكثر، وقد يكون بتقدير الأنوثة أكثر، بأن خلَّفت زوجًا وأمًا حاملًا من أبيها، فإن كان الحمل ذكرًا، فله سدس المال. وإن كانوا ذكورًا، فثلث المال. وإن كان أنثيين، عالت المسألة إلى ثمانية، فيدفع إلى الزوج ثلاثة من ثمانية، وإلى الأم سهم، ويوقف أربعة.

فرع: مات كافر عن زوجة حامل، وقفنا الميراث للحمل، فأسلمت، ثم ولدت، ورث الولد وإن كان محكومًا بإسلامه لأنه كان محكومًا بكفره يوم الموت.

فرع: مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابنًا وبنتًا، فاستهل أحدهما ووجدا ميتين، ولم يعلم المستهل، أعطي كل وارث أقل ما يصيبه، ويوقف الباقي حتى يصطلحوا، أو تقوم بينّة.

السبب الرابع: الخنوثة سبق في كتاب الطهارة، بيان ما تعرف به ذكورته وأنوثته. فلو مات له مورِّث في مدة إشكاله، نظر، إن لم يختلف ميراثه بالذكورة والأنوثة، كولد الأم والمعتِق، ورث. وإن اختلف، أخذ في حق الخنثى ومن معه من الورثة باليقين، ويوقف المشكوك فيه، فإن كان يرث على أحد تقديري الأنوثة والذكورة، دون الآخر، لم يدفع إليه شيء، ووقف ما يرثه على ذلك التقدير. وكذا من يرث معه على أحد التقديرين.

وإن كان الخنثى يرث على التقديرين، لكن يرث على أحدهما أقل، دفع إليه الأقل، ووقف الباقي، وكذلك في حق من يرث معه على التقديرين، ويختلف قدر ما يأخذه. وإن كان مَنْ معه يرث على التقديرين، ولا يختلف حقه، دفع إليه حقه. ولنا وجه: أنه يؤخذ في حق الخنثى باليقين، ويصرف الباقي إلى باقي الورثة، حكاه الأستاذ أبو منصور، ونسبه ابن اللبان إلى تخريج ابن سريج. وحكى وجهين: في أنه هل يؤخذ من باقي الورثة ضمين؟

فرع: المال الموقوف بسبب الخنثى، لا بد من التوقف فيه ما دام الخنثى باقيًا على إشكاله. فإن مات، فالمذهب: أنه لا بد من الاصطلاح عليه. وحكى أبو ثور عن الشافعي: أنه يردّ إلى ورثة الميت الأول.

فرع: لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساوٍ أو تفاوت، جاز، قال الإمام: ولا بُد أن يجري بينهما تواهب، وإلاّ لبقي المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة، لكنها تحتمل للضرورة. ولو أخرج بعضهم نفسه من البَيْن، ووهبه لهم على جهل بالحال، جاز أيضًا.

فرع: لو قال الخنثى في أثناء الأمر: أنا رجل، أو قال: أنا امرأة، قطع الإمام بأنه يقضى بقوله، ولا نظر إلى التهمة، فإنه لا اطلاع عليه إلا من جهته. وحكى أبو الفرج السرخسي هذا عن نصه هنا، قال: ونص فيما إذا جُني عليه واختلف الجاني والخنثى في ذكورة الخنثى: أن القول قول الجاني. ومنهم من نقل وخرَّج، ومنهم من فرق بأنا عرفنا هناك أصلًا ثابتًا، وهو براءة ذمة الجاني، فلا نرفعه بقوله، وهنا بخلافه. وإذا قبلنا قوله، حلّفناه عليه.

فرع: في أمثلة مختصرة توضح مسائل الخنثى: بنتان، وولد ابن خنثى، وأخ، للبنتين الثلثان، ويوقف الباقي.

ولد خنثى، وأخ أو عم، للخنثى النصف، ويوقف الباقي.

ولد خنثى، وابن، يعطى الابن النصف، والخنثى الثلث.

ولد خنثى، وابنان، يعطى الخنثى الخمس، والابنان الثلثين.

ولد خنثى، وبنت، وعم، يعطى الخنثى الثلث، وكذا البنت.

زوج، وأب، وولد خنثى، للزوج الربع، وللأب السدس، وللخنثى النصف.

زوج، وأم، وولد أب خنثى، للزوج النصف عائلًا من ثمانية، وللأم الثلث عائلًا، وللخنثى سدس تام. وإذا اجتمع ولدان خنثيان، فلهما الثلثان، ويوقف الباقي.

ثلاثة أولاد خناثى، وعم، لكل واحد من الخناثى خمس المال لاحتمال أنه أنثى وصاحباه ذكران.

ابن وخنثيان، يدفع إليه الثلث، وإلى كل واحد منهما الخمس.

ولد خنثى، وولد ابن خنثى، وعم، فللولد النصف.

بنت، وبنت ابن، وولد ابن خنثى، وعم، للبنت النصف، ولولدي الابن السدس بالسوية.

ثلاثة أولاد ابن خناثى بعضهم أسفل من بعض، للأول النصف.

والباقي في كل هذه الصور يوقف حتى يبين الحال.

فصل: في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا والمجوس، فيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: اللعان يقطع التوارث بين الملاعن والولد، لانقطاع النسب، وكذا يقطع التوارث بين الولد وكل من يدلي بالملاعن، كأبيه وأمه وأولاده. وفي «السلسلة» للشيخ أبي محمد وجه مخرج: أن اللعان لا يقطع التوارث بين الولد والملاعن، بناءً على الوجهين في أن الملاعن هل له نكاح البنت التي نفاها باللعان إذا لم يدخل بأمها؟ إن قلنا: له ذلك كنكاح بنت الزنا، فلا يرث، وإن منعناه لأن نسبها يعرض الثبوت، بأن يكذب نفسه، ورث، ولا يعرف هذا الوجه لغيره.

وأما الولد مع الأم، فيتوارثان توارث سائر الأولاد والأمهات. والتوأمان المنفيان باللعان في توارثهما وجهان: الأصح: لا يتوارثان إلا بقرابة الأم، لانقطاع نسب الأب. والثاني: يتوارثان بأخوة الأبوين، لأن اللعان يؤثر في حق المتلاعنين فقط، فإذا قلنا بالأول، فلا عصبة للمنفي إلا من صُلْبه، أو بالولاء بأن يكون عتيقًا أو أمُّه عتيقة، فيثبت الولاء لمولاها عليه، وعصبة الأم لا يكونون عصبة له.

فرع: إذا نفاه ثم استلحقه، لحقه. فإن كان بعد موت الولد، فكذلك، وتنقض القسمة إن كانت تركته قسمت. حتى لو كان على أمه ولاء، فأخذ مولاها ميراثه، كان للمستلحِق استرداده، ولا فرق في اللحوق بين أن يخلف الميت ولدًا، أم لا.

الفصل الثاني: ولد الزنا كالمنفي باللعان، إلا في ثلاثة أشياء: أحدها: أن الوجه المنقول عن «السلسلة»، لا يجيء هنا قطعًا. والثاني: أن ولد الزنا لا يلحق بالاستلحاق. الثالث: التوأمان من الزنا لا يتوارثان إلا بأخوة الأم قطعًا. وفي وجه حكاه الحناطي وصاحب «الحاوي»: يتوارثان بأخوة الأبوين.

الفصل الثالث: فيما إذا اجتمع في شخص قرابتان، منع الشرع من مباشرة سبب اجتماعهما، كأم هي أخت، وذلك يقع في المجوس، لاستباحتهم نكاح المحارم، وربما أسلموا بعد ذلك، أو ترافعوا إلينا، وقد يتفق في المسلمين نادرًا بغلط واشتباه، والحكم أنه لا توريث بالقرابتين، بل يورث بأقواهما. وفي وجه: يرث بهما إن كانتا بحيث لو كانتا في شخصين ورثا معًا، وبه قال ابن سريج، وابن

اللبان. والصحيح: الأول، ويعرف الأقوى بكل واحد من أمرين. أحدهما: أن تحجب إحداهما الأخرى، كبنت هي أخت لأم، أن يطأ أمه فتلد بنتًا. الثاني: أن لا تحجب إحداهما أصلًا، أو يكون حجبها أقل، فالأول: كأم هي أخت. والثاني: كأم أم هي أخت، فترث بالأمومة أو الجدودة، دون الإخوة، وعن ابن اللبان وجه: أنها ترث في الصورة الثانية بالأخوة، دون الجدودة، لأن نصيب الأخت أكثر، وليجبر هذا في أخوات الصورة. والصحيح المعروف: الأول، ولا يرثون بالزوجية بلا خلاف، لبطلانها.

فصل: في الرد وذوي الأرحام: أصل المذهب فيهما وما اختاره الأصحاب لضرورة فساد بيت المال، ذكرناه في أول الكتاب. فاذا قلنا بالردِّ، فمقصود الفتوى منه أنه إن لم يكن ممن يرد عليه من ذوي الفروض إلا صنف، فإن كان شخصًا واحدًا، دُفع إليه الفرض، والباقي بالرد. وإن كانوا جماعة، فالباقي بينهم بالسوية. وإن اجتمع صنفان فأكثر، ردَّ الفاضل عليهم بنسبة سهامهم. وأما الحساب وتصحيح المسائل، فيذكر إن شاء الله تعالى في باب الحساب.

فصل: وأما توريث ذوي الأرحام، فالذاهبون إليه منا اختلفوا في كيفيته، فأخذ بعضهم بمذهب أهل التنزيل، وبه قطع ابن كج وصاحب «المهذب» والإمام، لأن القائلين ممن ورّثهم من الصحابة فمن بعدهم رضي الله عنهم أكثر، ومنهم من أخذ بمذهب أهل القرابة، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله، وبه قطع البغوي والمتولي، وسُمِّي الأوَّلون: أهل التنزيل، لتنزيلهم كل فرع منزلة أصله، وسمي الآخرون: أهل القرابة، لأنهم يورثون الأقرب فالأقرب كالعصبات.

والمذهبان متفقان على أن من انفرد من ذوي الأرحام، يحوز جميع المال ذكرًا كان أو أنثى، وإنما يظهر الاختلاف عند اجتماعهم. وبيان ذلك في طرفين:

الطرف الأول: فيما إذا انفرد صنف منهم، فمن الأصناف: أولاد البنات، وبنات ابنة الابن، فأهل التنزيل ينزلونهم منزلة البنات وبنات الابن، ويقدمون منهم من سبق إلى الوارث، فإن استووا في السبق إلى الوارث، قدِّر كأن الميت خلَّف من يُدلون به من الورثة واحدًا كان أو جماعة، ثم يجعل نصيب كل واحد للمدلين به على حسب ميراثهم لو كان هو الميت، وقال أهل القرابة: إن اختلفت درجاتهم، فالأقرب إلى الميت أولى ذكرًا كان أو أنثى، فتقدم بنت البنت على بنت بنت البنت، وعلى ابن بنت البنت. وإن لم تختلف، فإن كان فيهم من يدلي بوارث، فهو أولى، فتقدم بنت بنت الابن على بنت بنت البنت. هذا إذا أدلى بنفسه إلى الوارث، أما إذا أدلى بواسطة، كبنت بنت بنت الابن مع بنت بنت بنت البنت، فلأصحاب أبي

حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فيه اختلاف. والصحيح عندهم: أن لا ترجيح. ومقتضى ما ذكره أصحابنا، الترجيح، كما لو أدلى بنفسه.

وإن استووا في الإدلاء، ورثوا جميعًا. وكيف يرثون؟ اختلف فيه أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يعتبرون بأنفسهم. فإن كانوا ذكورًا أو إناثًا، سوي بينهم. فإن اختلطوا، فللذكر مثل حظ الأنثيين. وقال محمد: ينظر في المتوسطين بينهم وبين الميت من ذوي الأرحام. فإن اتفقوا ذكورة وأنوثة، فالجواب كذلك. وإن اختلفوا، فإما أن يكون الاختلاف في بطن واحد، وإما في أكثر. فإن كان في بطن، قسمنا المال بين بطن الاختلاف، وجعلنا كل ذكر بعدد أولاده الذين يقسم ميراثهم ذكورًا، وكل أنثى بعدد أولادها الذين يقسم ميراثهم إناثًا، ويقسم المال بين الذكور والإناث الحاصلين من هذا التقدير للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم أصاب كل واحد من الصنفين، يقسم بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن كان الاختلاف في أكثر من بطن، قسم المال بين أعلى بطون الاختلاف كما ذكرنا، ثم ما أصاب كل واحد من الصنفين، قسم على أولاده الذين فيهم الاختلاف على النحو المذكور في البطن الأول، وهكذا يفعل حتى تنتهي القسمة إلى الأحياء. قال الناقلون: كل واحد من أبي يوسف ومحمد، يدَّعي أن قوله قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، والأكثرون صدَّقوا محمدًا، لكنْ متأخروهم يفتون بقول أبي يوسف، وكذلك قال البغوي والمتولي: إنه أظهر الروايتين. والمذهبان متفقان على تفضيل الذكر على الأنثى في القسمة. وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يسوى بين الذكر والأنثى، قال: وهو اختيار الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني.

فرع: في أمثلة توضح الغرض: بنت بنت، وبنت بنت ابن، المنزلون يجعلون المال بينهما أرباعًا بالفرض والرد، كما يكون بين البنت وبنت الابن، وأهل القرابة يجعلون الجميع لبنت البنت، لقربها.

بنت ابن بنت، وبنت بنت ابن، المال للثانية بالاتفاق. أما على التنزيل، فلأن السبق إلى الوارث هو المعتبر. وأما على القرابة، فلأنه المعتبر عند استواء الدرجة.

بنت بنت، وابنٌ، وبنتٌ من بنت أخرى، المنزلون يجعلون المال من بنتي الصلب تقديرًا بالفرض والرد، ثم يقولون: نصف البنت الأولى لبنتها، ونصف الأخرى لولديها أثلاثًا. وأهل القرابة يجعلون المال بين ثلاثتهم، للذكر مثل حظ الأنثيين. ومحمد لا يخالف في هذه الصورة، وإنما يخالف فيما إذا اختلفت الأصول الذين هم من ذوي الأرحام.

ابن بنت، وبنت بنت أخرى، وثلاث بنات بنت أخرى، المنزلون يقولون:

للابن الثلث، وللبنت الفردة كذلك، وللثلاث الثلث أثلاثًا، وأهل القرابة يجعلون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

بنت بنت بنت، وبنت ابن بنت، عند المنزلين وأبي يوسف: المال بينهما بالسوية، وعند محمد: ثلث المال للأولى، وثلثاه للثانية.

بنتا بنت بنت، وثلاث بنات ابن بنت أخرى، عند المنزلين: للبنتين النصف بالسوية، وللثلاث النصف أثلاثًا، وعند أبي يوسف: المال بين الخمس بالسوية، وعند محمد: يقسم المال بين الذكر والأنثى المتوسطين، ويقدر الذكر ثلاثة ذكور بعدد فروعه، والأنثى اثنتين بعدد فرعيها، فيكون المال على ثمانية، حصة الذكر ستة، وهي لبناته بالسوية، وحصة الأنثى سهمان، هما لبنتيها.

بنت بنت بنت، وبنت بنت ابن بنت، وابن ابن ابن بنت، عند أبي يوسف: المال بينهم على أربعة، وعند محمد: يقسم المال أولًا بين أعلى بطني الاختلاف، وفيه ابنان وبنت، فكل واحد منهما يعدُّ واحدًا، لأن الفروع آحاد، فيكون المال بينهم على خمسة، حصة البنت سهم هو لبنت بنتها، وحصة الذكرين أربعة أسهم تقسم على ولديهما للاختلاف، وهما ابن وبنت على ثلاثة، وأربعة لا تنقسم على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في خمسة، تكون خمسة عشر، كان للبنت في القسمة الأولى سهم، فلها الآن ثلاثة، وكان لكل واحد من الابنين سهمان، فيكون ستة. فيجمع بينهما، فيكون اثني عشر، يقسم بين ولديهما للذكر مثل حظ الأنثيين. فإذًا لبنت بنت البنت ثلاثة من خمسة عشر، وللأخرى أربعة من خمسة عشر، وللابن الثمانية الباقية.

فصل: ومن الأصناف، بنات الإخوة، وبنو الإخوة للأم، وأولاد الأخوات، فالمنزِّلون ينزلون كل واحد منزلة أبيه، أو أمه، ويرفعونهم عند التسفل بطنًا بطنًا، فمن سبق إلى وارث قدَّموه، فإن استووا في الانتهاء إلى الوارث، قسم المال بين الأصول، فما أصاب كل واحد، قسم بين فروعه. وقال أهل القرابة: إن اختلفوا في الدرجة، قدِّم منهم الأقرب إلى الميت من أي جهة كان، حتى تقدَّم بنت الأخت للأب أو للأم على بنت ابن الأخ من الأبوين. وإن لم يختلفوا في الدرجة، فالأقرب إلى الوارث أولى من أي جهة كان، حتى تقدّم بنت ابن الأخ من الأب على بنت ابن الأخت من الأبوين. فإن استووا فيه أيضًا، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يقدَّم من كان من الأبوين، ثم من كان من الأب، ثم من كان من الأم، رعاية لقوَّة القرابة، ولا ينظر إلى الأصول ومن يسقط منهم عند الاجتماع ومن لا يسقط. وعند محمد: يقدم من كان من الأبوين على من كان من الأب، ولا يقدم على من كان من جهة الأم، اعتبارًا بالأصول.

فرع: أولاد الإخوة والأخوات من الأم، يسوَّى بينهم في القسمة عند الجمهور من المنزلين وأهل القرابة. قال الإمام: وقياس المنزلين تفضيل الذكر، لأنهم يقدِّرون أولاد الوارث كأنهم يرثون منه. وأما أولاد الإخوة والأخوات من الأبوين ومن الأب، فيفضَّل ذَكرهم عند المنزلين. وعن أبي حنيفة روايتان. أظهرهما وبها قال أبو يوسف: أن الجواب كذلك. والثانية وبها قال محمد: أنه يقسم المال بين الأصول أولًا، ويؤخذ عددهم من الفروع، فما يصيب كل واحد منهم يجعل لفروعه كما سبق في أولاد البنات.

فرع: في أمثلته: بنت أخت، وابنا أخت أخرى، وهما من الأبوين، أو من الأب، عند المنزلين: نصف المال للبنت، ونصفه للابنين. وقال أهل القرابة: المال بينهم على خمسة. ثلاث بنات إخوة متفرقين. قال المنزلون ومحمد: السدس لبنت الأخ من الأم، والباقي لبنت الأخ من الأبوين، اعتبارًا بالآباء. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: المال كله لبنت الأخ من الأبوين. ثلاث بني أخوات متفرقات. قال المنزلون ومحمد: المال بينهم على خمسة، كما يكون بين أمهاتهم بالفرض والرد. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: المال كله لابن الأخت من الأبوين. ولو كان بدلهم ثلاث بنات أخوات متفرقات، كان جواب الفريقين كذلك. ولو اجتمع البنون الثلاثة والبنات الثلاث. قال المنزلون: المال بين أمهاتهم على خمسة بالفرض والرد، فنصيب الأخت من الأبوين لولديها أثلاثًا، ونصيب الأخت من الأب كذلك، ونصيب الثالثة لولديها بالسوية. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: الكل لولدي الأخت من الأبوين. وقال محمد: يجعل كأن في المسألة ست أخوات، اعتبارًا بعدد الفروع، فيكون للأخت من الأم الثلث بتقديرها أختين، وللأخت من الأبوين الثلثان بتقديرها أختين، فحصة كل واحدة لولديها، هذه بالتفضيل، وتلك بالسوية. قال الإمام: قد نظر محمد هنا إلى الأصول الوارثين، وفي أولاد البنات لم ينظر إلى الوارثين، وإنما نظر إلى بطون الاختلاف من ذوي الأرحام كما سبق.

ابن أخت من الأبوين، وبنت أخ، كذلك عند المنزلين ومحمد: الثلثان لبنت الأخ، والثلث لابن الأخت. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف بالعكس.

فصل: ومن الأصناف، الأجداد الساقطون، والجدات الساقطات، فالمنزلون ينزلون كل واحد منهم منزلة ولده بطنًا بطنًا، ويقدمون منهم من انتهى إلى الوارث أولًا. فإن استويا في الانتهاء، قسم المال بين الورثة الذين انتهوا إليهم، وقسمت حصة كل وارث بين المدلين به. وقال أهل القرابة: إن اختلفت درجاتهم، فالمال للأقرب من أي جهة كان، حتى يقدم أبو الأم على أبي أم الأب. وأم أبي الأم على

أبي أبي أبي الأم، فإن استووا في الدرجة، لم يقدم هنا بالسبق إلى الوارث على المشهور من مذهب أبي حنيفة. ومن أصحابه من قدم به، فإن لم يُقدم به، أو قدم واستووا في السبق إليه، نظر، إن كان الكل من جهة أبي الميت، فرواية الجوزجاني وهي الأظهر: أنه يجعل ثلثا المال لمن هو من جهة أبي الأب، وثلثه لمن هو من جهة أم الأب. ورواية عيسى بن أبان: كل المال لمن هو من أبيه، ويسقط به من هو من جهة الأم. وإن كان الكل من جهة أم الميت، اطردت الروايتان في أنه يسقط من هو من جهة أمها، أم يجعل المال بين من هو من جهة أبيها ومَن هو من جهة أمها أثلاثًا؟ وإن كان بعضهم من جهة أب الميت، وبعضهم من جهة أمه، قسم المال بين الجهتين أثلاثًا، وجعل كل قسم كأنه كل التركة، وأهل كل جهة كأنهم كل الورثة، فتجيء فيهم الروايتان. ثم قسمة الثلثين على من هو من جهة الأب للذكر مثل حظ الأنثيين، وقسمة الثلث على من هو من جهة الأم كمثل ذلك، قاله البغوي في «التهذيب».

فرع: في أمثلته: أم أبي الأم، وأبو أم الأم. عند المنزلين: المال لأبي أم أم الأم، لأنه أسبق إلى الوارث، وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان لأم أبي الأم، والثلث لأبي أم الأم، وعلى رواية عيسى: الكل لأم أبي الأم.

أب أم أب، وأبو أبي أم. عند المنزلين: المال للأول، وعلى رواية عيسى: للثاني، وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان للثاني، والثلث للأول.

أب أبي أم، وأبو أم أب، قال المنزلون: المال للثاني، وكذلك الجواب عند من رجح بالسبق إلى الوارث من أهل القرابة. وأما الظاهر عندهم، فالثلثان للثاني والثلث للأول.

أبو أم أم، وأبو أم أب. عند المنزلين: المال بينهما نصفان، كما يكون بين أم الأم وأم الأب فرضًا وردًا. وعند أهل القرابة: الثلث للأول، والثلثان للثاني.

أبو أبي أم، وأم أبي أم، وأبو أم أم. عند المنزلين: المال للثالث، وعلى رواية عيسى: للأوَّلين. وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان بين الأولَين للذكر مثل حظ الأنثيين، والثلث للثالث.

أبو أبي أم أب، وأم أبي أم الأب، وأبو أبي أبي أم، وأم أبي أبي الأم، قال المنزلون: المال للأولَين. وقال أهل القرابة: الأولان من جهة الأب، والآخران من جهة الأم، فيجعل المال أثلاثًا بين الجهتين، ثم على رواية الجوزجاني الثلثان بين الأولين أثلاثًا، والثلث بين الآخرين كذلك. وعلى رواية عيسى: الثلثان للأول من الأولين، والثلث للأول من الآخرين.

فصل: ومن الأصناف، الخالات والأخوال، والعمات والأعمام من الأم، نزل المنزلون الأخوال والخالات منزلة الأم، وقسموا المال بينهم إذا انفردوا على حسب ما يأخذون من تركة الأم لو كانت هي الميتة، واختلفوا في العمات والأعمام للأم، فالأصح: أنهم كالأب. والثاني: أنهم كالعم، واختلف هؤلاء، فقيل: العمات من الجهات بمنزلة العم للأبوين. وقيل: كل عمة بمنزلة العم الذي هو أخوها، ثم من جعل العمات كالأب أو كالعم من الأبوين مع افتراقهن، قال: إذا انفردن، قسم المال بينهن على حسب استحقاقهن لو كان الأب هو الميت، ومن نزلهن منزلة الأعمام المفترقين، قدَّم العمة من الأبوين، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم. وإذا اجتمعت العمات والخالات والأخوال، فالثلثان للعمات، والثلث للأخوال والخالات، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما اعتبر في جميع المال لو انفرد أحد الصنفين، وأما أهل القرابة، فقالوا: إذا انفردت الخالات، فإن كن من جهة واحدة، قسم المال بينهن بالسوية.

وإن اختلفت الجهة، فالخالة من الأبوين مقدَّمة، ثم الخالة من الأب. والأخوال المنفردون، كالخالات. وإذا اجتمع الأخوال والخالات، فإن كانوا من جهة، قسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كانوا من جهة الأم. وإن اختلفت الجهات، فمن اختص بقرابة الأبوين أولى ثم من اختص بقرابة الأب. والعمات المنفردات كالخالات. وإذا اجتمع العمات من الأم، والأعمام من الأب، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإذا اجتمعت العمات والخالات فللعمات الثلثان، وللخالات الثلث سواء اتفقت جهة العمات والخالات، أو اختلفت على المشهور عندهم. وعند أبي يوسف: أنه إذا اختلفت الجهة، فالمال لأقوى الصنفين جهة. ثم إذا قسم المال أثلاثًا، اعتبر في كل واحد من النصيبين ما يعتبر في جميع المال عند انفراد الصنف المصروف إليهم.

فرع: في أمثلته: ثلاث خالات متفرقات. عند المنزلين: المال بينهن على خمسة، كما لو ورثن من الأم. وعند أهل القرابة: هو للخالة من الأبوين، وبمثله قالوا في ثلاثة أخوال متفرقين. وعند المنزلين: للخال من الأم السدس، والباقي للخال من الأبوين. ولو اجتمع الأخوال المتفرقون، والخالات المتفرقات، قال أهل القرابة: المال كله للخال والخالة من الأبوين للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال المنزلون: ثلثا المال لهما كذلك، وثلثه للخال والخالة للأم كذلك. قال الإمام: وتفضيل الخال من الأم على الخالة من الأب مشكل مخالف للتسوية بين الذكور والإناث من أولاد الأخ للأم. ثلاثة أخوال متفرقون، وثلاث عمات متفرقات. عند المنزلين: ثلث المال بين الخال للأبوين والخال للأم على ستة، واحد للثاني،

والباقي للأول: وقسمة الثلثين تخرج على الخلاف في تنزيل العمات. إن جُعلن كالأعمام، فالثلثان للعمة من الأبوين. وإن نزلن منزلة الأب، فالثلثان بينهن على خمسة، كما يرثن من الأب. وقال أهل القرابة: الثلثان للعمة من الأبوين، والثلث للخال من الأبوين.

فرع: أولاد الأخوال والخالات والعمات والأعمام للأم عند المنزلين كآبائهم وأمهاتهم عند الانفراد والاجتماع، ومن تسفّل منهم رفع بطنًا بطنًا. فإن سبق بعضهم إلى وارث، قدم. وإن استووا فيه، قسم المال بين الذين يدلي بهم هؤلاء على حسب استحقاقهم من الميت فما أصاب كل واحد منهم قسم بين المدلين به على حسب استحقاقهم منه لو كان هو الميت. وقال أهل القرابة: الأقرب يسقط الأبعد بكل حال. فإن استووا في الدرجة، نظر، إن انفرد أولاد الأخوال والخالات، بأن اختلفت الجهة، قدم الذين هم من الأبوين، ثم الذين هم من الأب، ثم يأخذ الذين هم من الأم، وإن لم يختلف، ورثوا جميعًا. ثم النظر عند أبي يوسف إلى أبدانهم. وعند محمد: إلى آبائهم وأجدادهم كما سبق في أولاد الأخوات وبنات الإخوة. وأولاد العمات عند الانفراد كأولاد الخالات والأخوال، فإن اجتمع الصنفان، فثلثا المال لأولاد العمات، وثلثه لأولاد الأخوال والخالات على ما ذكرنا في آبائهم، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما يعتبر في جميع المال. وإذا اجتمع مع هؤلاء بنات الأعمام من الأبوين، أو من الأب، ولم تختلف الدرجة، فبنات الأعمام أولى، لسبقهن إلى الوارث.

فرع: أخوال الأم وخالاتها عند المنزلين بمنزلة الجدة أم الأم، وأعمامُها وعماتُها بمنزلة الجد أبي الأم. وأخوال الأب وخالاته بمنزلة الجدة أم الأب، وعماتُه عند من نزل عمة الميت منزلة أبيه بمنزلة الجد أبي الأب. وعند من نزل عمة الميت منزلة عمه بمنزلة عم الأب، فيقسم المال بينهم. وما أصاب كل واحد منهم، يجعل للمدلين به على حسب استحقاقهم لو كان هو الميت، وعلى القياس: يجعلون كلُّ خال وخالة بمنزلة الجدة التي هي أختهما، وكل عم وعمة بمنزلة الجد الذي هو أخوهما. وأما أهل القرابة، فيعتبرون في أخوال الميتة وخالاتها ما اعتبروه في أخوال الميت وخالاته، وكذلك في عماتها إذا انفردن. وإن اجتمع أعمامها وعماتها، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين على المشهور عندهم. وفي رواية: إن كانوا من الأبوين أو من الأب، قدم الأعمام. ولو اجتمع أعمامها وعماتها وأخوالها وخالاتها، فالثلث للأخوال والخالات، والثلثان للأعمام والعمات، وخؤولة الأب وعمومته، كخؤولة الأم وعمومتها عند الانفراد والاجتماع.

ولو اجتمع القرابتان، فلقرابة الأب الثلثان، ولقرابة الأم الثلث، ثم يقسم كل نصيب بينهم، كما يقسم جميع المال لو انفردوا، فثلثا الثلثين لعمات الأب، وثلثه لخالاته وأخواله، وكذلك الثلث. وسواء كان قرابة الأب من جنس قرابة الأم، أم لم يكن، حتى لو ترك عم أمه وخالة أبيه، كان الثلثان للخالة، والثلث للعم. ولو ترك ثلاث عمات متفرقات، وثلاث خالات متفرقات لأبيه، ومثلهن لأمه، فعلى الصحيح من قول أهل القرابة: ثلثا الثلثين لعمة الأب من الأبوين، وثلثها لخالة الأب من الأبوين، وثلث الثلث لعمة الأم من الأبوين، وثلثه لخالة الأم من الأبوين، ويسقط البواقي. وعند المنزلين: نصف سدس المال بين خالات الأب، ومثله بين خالات الأم، لنزولهن منزلة الجدتين، والباقي لعمات الأب دون عمات الأم، لأن عمات الأب كأب الأب، وعمات الأم كأبي الأم. هذا تمام الطرف الأول.

الطرف الثاني: في ترتيب الأصناف. قال المنزلون: كل واحد من ذوي الأرحام، ينزل منزلة الوارث الذي يدلي به، ثم ينظر في الورثة لو قدر اجتماعهم، فإن كانوا يرثون، يرث المدلون بهم، وإن حجب بعضهم بعضًا، جرى الحكم كذلك في ذوي الأرحام. وقال أهل القرابة: ذوو الأرحام وإن كثروا يرجعون إلى أربعة أنواع. المنتمون إلى الميت، وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن، والمنتمي إليهم الميت، وهم الأجداد والجدات الساقطون، والمنتمون إلى أبوي الميت، وهم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، والمنتمون إلى أجداده وجداته، وهم العمومة والخؤولة. ومذهبهم: الظاهر تقديم النوع الأول، ثم الثاني، ثم الثالث، فما دام يوجد أحد من فروع الميت وإن سفل، فلا شيء لأصوله من ذوي الأرحام وإن قربوا، وعلى هذا القياسُ. وعن أبي حنيفة رواية بتقديم النوع الثاني على الأول. وقدم أبو يوسف ومحمد النوع الثالث على الثاني، واتفقوا على أن من كان من العمومة والخؤولة وأولادِهم ومِن ولد جد أو جدة أقرب إلى الميت، فهو أولى بالميراث وإن بعد ممن هو من ولد جد أو جدة أبعد منه. وإذا اجتمع الأجداد والجدات من ذوي الأرحام مع الخالات والأخوال والعمات، فعند أبي حنيفة: تقدم الجدودة. وعند صاحبيه: إن كانت العمومة أو الخؤولة من ولد جد أو جدة، تساوى الجد والجدة الموجودَين، أو أبعد، فالأجداد والجدات أولى. وإن كانا من أصل أقرب منهما، فهم أولى. وعن أحمد بن حنبل: تقديم الخال على ذوي الأرحام. وفي الباقين مذهبه مذهب أهل التنزيل في كل فصل.

فصل: قد يجتمع في الشخص من ذوي الأرحام قرابتان بالرحم، كبنت بنت

بنت هي بنت ابن بنت، وكبنت أخت الأب هي بنت أخ الأم، وكبنت خالة هي بنت عمة، فالمنزلون ينزلون وجوه القرابة. فإن سبق بعض الوجوه إلى وارث، قدم به، وإلاّ قدّروا الوجوه أشخاصًا ورثوا بها على ما يقتضيه الحال. وأما أهل القرابة: فمحمد يورِّثه بجهتي القرابة. وقال أبو يوسف: إن كان ذلك في أولاد البنات، جعلت الوجوه كوجه ولم يورث بها. وإن كان في أولاد الإخوة والأخوات، ورث بأقوى الجهتين. وإن كان في أولاد العمومة والخؤولة، ورث بالقرابتين، لأنهما مختلفتان، وهذا أظهر عندهم. وعلى هذا، لو خلف بنت أخ لأم هي بنت أخت لأب، وبنت أخت أخرى، أو بنت أخ أخرى، ورثت بأقوى القرابتين، وهي كونها بنت أخت لأب. ولو خلّف بنت خال هي بنت عمة، وبنت عمة أخرى، فالثلث لبنت الخال، والثلثان بينهما بالسوية. ولو كان معها بنت خال، فالثلثان للأولى لأنها بنت عمة، والثلث بينهما بالسوية.

فصل: إذا كان مع ذوي الأرحام زوج أو زوجة، قال أهل القرابة: يخرج نصيبه، ويقسم الباقي على ذوي الأرحام كما يقسم الجميع لو انفردوا، وللمنزلين مذهبان: أصحهما: كذلك. والثاني: أن الباقي يقسم بينهم على نسبة سهام الذين يدلي بهم ذوو الأرحام من الورثة مع الزوج أو الزوجة، ويعرف القائلون بالأول: بأصحاب اعتبار ما بقي، والقائلون بالثاني: أصحاب اعتبار الأصل.

مثاله: زوجة، وبنت بنت، وبنت أخت من الأبوين. عند أهل القرابة: للزوجة الربع، والباقي لبنت البنت. وأصحاب القول الأول من المنزلين، جعلوا لها الربع، والباقي بين بنت البنت وبنت الأخت بالسوية. ومن قال بالثاني قال: إذا نزلناهما، فكأن في المسألة زوجة وبنتًا وأختًا، ولو كان كذلك، لكانت المسألة من ثمانية، نصيب الزوجة منها واحد، يبقى سبعة يخرج منها تمام نصيب الزوجة، يبقى ستة تقسم بينهما أسباعًا. ولو خلفت زوجًا وبنت بنت، وخالة، وبنت عم. عند أهل القرابة: للزوج النصف، والباقي لبنت البنت، وعلى القول الأول للمنزلين: للزوج النصف، ولبنت البنت نصف الباقي، وللخالة سدس الباقي، ولبنت العم الباقي. وعلى القول الثاني: إذا نزلنا، حصل مع الزوج بنت وأم وعم، وحينئذٍ يكون من اثني عشر، يخرج نصيب الزوج، يبقى تسعة، ثم يخرج تمام النصف للزوج، يبقى ستة يقسمها على التسعة.

فصل: حساب الفرائض: فيه مقصودان: أحدهما: تصحيح المسائل. والثاني: قسمة التركات.

المقصود الأول: التصحيح، وفيه فصول:

الفصل الأول: في مقدِّماته، وهن أربع:

إحداها: الفروض المقدَّرة في كتاب الله تعالى ستة: النصف، والربع، والثمن، والثلثان، والثلث، والسدس. وقد سبق بيان مستحقيها.

فالنصف فرض خمسة: الزوج، والبنت، وبنت الابن، والأخت للأبوين، والأخت للأب.

والربع فرض الزوج، والزوجة أو الزوجات.

والثمن فرض الزوجة والزوجات.

والثلثان فرض أربعة وهن الإناث التي لواحدتهن النصف.

والثلث فرض ثلاثة: الأم وأولادها، والجد.

والسدس فرض سبعة: الأم، والجدة، والأب، والجد، وبنت الابن، مع بنت الصلب، والأخت للأب مع الأخت للأبوين، وواحد أولاد الأم.

المقدمة الثانية: كل عددين، فهما متماثلان، أو متداخلان، أو متوافقان، أو متباينان. فالمتماثلان، كثلاثة وثلاثة.

والمتداخلان، كثلاثة وستة، أو تسعة. فالثلاثة داخلة في الستة والتسعة.

والمتوافقان، كأربعة وستة، لكل واحد منهما نصف صحيح، وستةٍ وتسعة لهما ثلث صحيح، وثمانية واثني عشر لهما ربع صحيح ولأحد وعشرين وخمسة وثلاثين سبع صحيح، ولاثنين وعشرين وثلاثة وثلاثين جزء من أحد عشر.

والمتباينان، كثلاثة وأربعة. وطريق معرفة المداخلة، أن تسقط الأقل من الأكثر مرتين فصاعدًا، أو زد على الأقل مثله مرة فصاعدًا. فإن فني الأكثر بالأقل، أو تساويا بزيادة الأمثال، فمتداخلان، وإلاّ، فلا.

وطريق الموافقة والمباينة، أن تسقط الأقل من الأكثر ما أمكن، فما بقي، فأسقطه من الأقل، فإن بقي منه شيء، فأسقطه مما بقي من الأكثر، ولا يزال يفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص منه آخرًا، فإن فني بواحد، فمتباينان. وإن فني بعدد، فمتوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد. وإن فني باثنين، فبالنصف، أو بثلاثة، فبالثلث، أو بعشرة، فبالعشرة، أو بأحد عشر، فبأجزاء أحد عشر. وعلى هذا القياسُ.

مثاله: أحد وعشرون، وتسعة وأربعون، تسقط الأقل من الأكثر مرتين، يبقى سبعة، تسقطها من الأقل ثلاث مرات، يفنى بها، فهما متوافقان بالأسباع.

المقدمة الثالثة: في أصول المسائل، أصلها العدد الذي يخرج منه سهامها. ومسائل الفرائض نوعان:

أحدهما: أن يكون كل الورثة عصبات، بأن كانوا ذكورًا، أو نسوة أعتقن عبدًا بينهن بالسوية، فالقسمة بينهم بالسوية. وإن كانت العصبة ذكورًا وإناثًا، قدَّرنا كل ذكر اثنين، وأعطينا كل ذكر سهمين، وكل أنثى سهمًا، فعدد الرؤوس في هذا النوع هو أصل المسألة.

النوع الثاني: المسائل التي ورثتُها أصحاب فروض أو بعضُهم ذو فرض. فالأصول في هذا النوع سبعة عند المتقدمين، ومن المتأخرين من يقول: تسعة. فالسبعة المتفق عليها: اثنان، وثلاثة، وأربعة، وستة، وثمانية، واثنا عشر، وأربعة وعشرون، فكل مسألة فيها نصف وما بقي كزوج وأخ، أو نصفان، كزوج وأخت، فهي من اثنين وما فيها ثلثان وما بقي، كبنتين وعم، أو ثلث وما بقي، كأم وأخ. أو ثلثان. وثلث، كأختين لأب وولدي أم، فمن ثلاثة، وما فيها ربع وما بقي، كزوج وابن، أو ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت وأخ، فمن أربعة. وما فيها سدس وما بقي، كأم وابن، أو سدس ونصف وما بقي، كأم وبنت أخ، أو سدس وثلث وما بقي، كأم وولد أم وعم، أو نصف وثلثان، كزوج وأختين، أو نصف وثلث وما بقي، كزوج وأم وأخ، فمن ستة. وما فيها ثمن وما بقي، كزوجة وابن، أو ثمن ونصف وما بقي، كزوجة وبنت وأخ، فمن ثمانية. وما فيها ربع وثلثان وما بقي، كزوج وابنتين وأخ، أو ربع وثلث وما بقي، كزوجة وأم وأخ، فمن ستة، أو ربع وسدس وما بقي، كزوج وأم وابن، فمن اثني عشر. وما فيها ثمن وثلثان وما بقي، كزوجة وبنتين وأخ، أو ثمن وسدس وما بقي، كزوجة وأم وابن، فمن أربعة وعشرين.

وأما الأصلان المزيدان، فثمانية عشر، وستة وثلاثون في مسائل الجد والإخوة حيث يكون الثلث خيرًا له.

فالأول: في كل مسألة فيها سدس وثلث ما بقي وما يبقى، كجد وأم وإخوة، والثاني: في كل مسألة فيها ربع وسدس وثلث ما بقي وما يبقى، كزوجة وأم وجد وإخوة، ومن لم يقل بالزيادة يصحح المسألتين بالضرب.

فالأولى: من ستة، للأم سهم، يبقى خمسة، يضرب مخرج الثلث في الستة، يبلغ ثمانية عشر.

والثانية: من اثني عشر، يخرج بالفرضين خمسة، ثم يضرب مخرج الثلث في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، واستصوب الإمام والمتولي صنيع المتأخرين، لأن ثلث ما يبقى والحالة هذه، مضموم إلى السدس والربع، فلتكن الفريضة من مخرجها. واحتج المتولي بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين أنها من ستة، ولولا جعلها

من النصف وثلث الباقي، لكانت من اثنين، للزوج سهم، يبقى سهم، فيضرب مخرج الثلث في اثنين، تبلغ ستة. واعلم أنه قد يتفق في صور الجد نصف وثلث ما بقي، كبنت وجد وإخوة، فيحتمل أن تكون من ستة قطعًا، كما ذكر في زوج وأبوين، ويحتمل أن يطرد فيه الخلاف.

المقدمة الرابعة: في العَول.

إذا ضاق المال عن الفروض، فتعال المسألة، أي: ترفع سهامها ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، كأصحاب الديون والوصايا إذا ضاق المال. والذي يعول من الأصول التسعة ثلاثة، وهي: ستة، واثنا عشر، وأربعة وعشرون، فتعول الستة أربع مرات إلى سبعة، كزوج، وأختين لأب، وإلى ثمانية، كهؤلاء، وأم، وإلى تسعة، كهؤلاء، وأخ لأم، وإلى عشرة، كهؤلاء، وأخ آخر لأم، وتسمى هذه الأخيرة: الشريحية، لأن شريحًا القاضي رحمه الله تعالى، قضى فيها، وتسمى: أم الفروخ، لكثرة سهامها. ومتى عالت إلى أكثر من سبعة، لا يكون الميت إلا امرأة.

وأما اثنا عشر، فتعول ثلاث مرات إلى ثلاثة عشر، كزوجة وأم وأختين لأب، وإلى خمسة عشر، كهؤلاء وأخ لأم. وإلى سبعة عشر، كهؤلاء وأخ آخر لأم. ومن صورها: أم الأرامل، وهي ثلاث زوجات وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثمان لأب، فهن سبع عشرة أنثى أنصباؤهن سواء. ولا يعول هذا الأصل إلى سبع عشرة إلا والميت رجل.

وأما أربعة وعشرون، فتعول مرة فقط إلى سبعة وعشرين، كزوجة وبنتين وأبوين، وتسمى: المنبرية، لأن عليًا رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر، فقال ارتجالًا: صار ثمنها تسعًا. ولا يكون هذا العول إلا والميت رجل، بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل.

الفصل الثاني: في طريق التصحيح، وفيه نظران: أحدهما: في تصحيح فريضة الميت الواحد. والثاني: في التصحيح إذا مات وارثان فأكثر قبل القسمة، وتعرف: بالمناسخات.

أما النظر الأول: فان كانت الورثة كلهم عصبات، فأمر القسمة سهل، وقد بينا أنه من عدد رؤوسهم. وإن كانوا أصحاب فروض، أو فيهم صاحب فرض، وعرفت المسألة بعولها إن كانت عائلة، فانظر في السهام وأصحابها، فإن انقسمت عليهم جميعًا، حصل الغرض ولا حاجة إلى الضرب، كزوج وثلاث بنين، هي من أربعة، لكل واحد سهم. وكزوجة وبنت وثلاثة إخوة، من ثمانية، للزوجة سهم، وللبنت أربعة، ولهم الباقي.

وإن لم تنقسم، فإما أن يقع الكسر على صنف، وإما على أكثر.

القسم الأول: على صنف، فينظر في سهامهم وعدد رؤوسهم، إن كانا متباينين، ضربت عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها، إن عالت. وإن كانا متوافقين ضربت جزء الوفق من عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها ثم الحاصل على التقديرين، تصح منه المسألة.

مثال التباين، زوج وأخوان، هي من اثنين، له سهم، يبقى سهم لا يصح عليهما، ولا موافقة، فيضرب عددهما في أصل المسألة تبلغ أربعة منها تصح.

مثال التوافق، أم وأربعة أعمام، هي من ثلاثة، يبقى اثنان يوافق عددهم بالنصف، فتضرب وفق عددهم في المسألة، تبلغ ستة منها تصح. وإذا أمكنت الموافقة بأجزاء، ضربنا أقلها.

القسم الثاني: الكسر على أكثر من صنف، فيمكن أن يقع على صنفين أو ثلاثة أو أربعة، ولا تتصور الزيادة، لأن الوارثين في الفريضة لا يزيدون على خمسة أصناف كما ذكرنا في أول الكتاب عند اجتماع من يرث من الرجال والنساء، ولا بد من صحة نصيب أحد الأصناف عليه، لأن أحد الأصناف الخمسة، الزوج والأبوان، والواحد يصح عليه نصيبه قطعًا، فلزم الحصر. فإن وقع الكسر على صنفين، نظرنا في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم. والأحوال ثلاثة. أحدها: أن لا يكون بين السهام والرؤوس موافقة في واحد من الصنفين، فتترك رؤوس الصنفين بحالها. الثاني: أن تكون موافقة فيهما، فترد رؤوس كل صنف إلى جزء الوفق. الثالث: أن يكون الوفق في أحد الصنفين، فترد رؤوسه إلى جزء الوفق، وتترك رؤوس الآخر بحاله. ثم الرؤوس ـ مردودين أو أحدهما أو غير مردودين ـ إما أن يتماثلا، فتضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتداخلا، فتضرب أكثرهما في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتوافقا، فتضرب جزء الوفق من أحدهما في جميع الآخر، فما بلغ ضربته في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتباينا، فتضرب أحدهما في الآخر، فما حصل ضربته في أصل المسألة، فما بلغ صحت منه. ويخرج من هذه الأحوال اثنا عشرة مسألة، لأن في كل واحد من الأحوال الثلاثة أربع حالات، والحاصل من ضرب ثلاثة في أربعة، اثنا عشر. وإن وقع الكسر على ثلاثة أصناف أو أربعة، نظرنا أولًا في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم، فحيث وجدنا الموافقة، رددنا الرؤوس إلى جزء الوفق. وحيث لم نجد، بقّيناه بحاله. ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوال الأربعة، فكل عددين متماثلين، نقتصر منهما على واحد. وإن تماثل الكل، اكتفينا بواحد وضربناه في أصل المسألة بعولها، وكل عددين متداخلين

نقتصر على أكثرهما، وإن تداخلت كلها، اكتفينا بأكثرها وضربناه في أصل المسألة بعولها، وكل متوافقين نضرب وفق أحدهما في الآخر، فما بلغ ضربناه في أصل المسألة. وإن توافق الكل، ففيه طريقان للفَرَضيين. قال البصريون: نقف أحدهما ونرد ما عداه إلى جزء الوفق، ثم ننظر أجزاء الوفق، فنكتفي عند التماثل بواحد، وعند التداخل بالأكثر، وعند التوافق، نضرب جزء الوفق من البعض في البعض. وعند التباين، نضرب البعض في البعض، ثم نضرب الحاصل في العدد الموقوف، ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها. وقال الكوفيون: نقف أحد الأعداد ونقابل بينه وبين آخر، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم نقابل الحاصل بالعدد الثالث، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم نقابل الحاصل بالعدد الرابع ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ثم نضرب الحاصل في أصل المسألة بعولها، وتسمى صورة توافق الأعداد: المسائل الموقوفات. وإن كانت الأعداد متباينة، ضربنا عددًا منها في آخر، ثم ما حصل في ثالث، ثم ما حصل في الرابع ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها. وإن شئت ضربت أحدها في أصل المسألة بعولها، ثم ما يحصل في الثاني، ثم في الثالث، ثم في الرابع. وإذا لم يكن بين السهام وعدد الرؤوس، ولا بين أعداد الرؤوس موافقة، سميت المسألة: صماء، ولا فرق في الأعداد المتوافقة بين عدد وعدد، فتقف أيها شئت، والعدد الذي تصح منه المسألة بعد تمام العمل لا يختلف. فإن حصل اختلاف، فاستدلَّ به على الغلط، وإن وافق أحد الأعداد الثلاثة الآخَرَين والآخران متباينان، لم يجز إن نقف إلا الذي يوافقهما، ويسمى هذا الموقوف: المقيَّد.

فرع: هذا الذي ذكرناه، بيان التصحيح. فإذا فرغت منه وأردت أن تعرف نصيب كل واحد من الصنف، مما حصل من الضرب، فله طرق:

أشهرها وأخفّها: أن تضرب نصيب كل صنف من أصل المسألة في العدد المضروب في المسألة، ويعرف بعدد المنكسرين، فما بلغ، فهو نصيب ذلك الصنف، فتقسمه على عدد رؤوسهم، فالخارج بالقسمة هو نصيب كل واحد من ذلك الصنف.

مثاله: زوجتان، وأربع جدات، وست أخوات لأب، هي من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر، ويرجع عدد الجدات بالموافقة إلى اثنين، والأخوات إلى ثلاث، فيحصل اثنان واثنان وثلاثة، تسقط أحد المتماثلين، وتضرب الآخر في ثلاثة، تبلغ ستة، تضربها في أصل المسألة بعولها، تبلغ ثمانية وسبعين، كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثة، فتضرب في ستة، تبلغ ثمانية عشر، فهو نصيبهما. وإذا قسم ذلك على رؤوسهما، خرج تسعة، وكان للجدات سهمان، تضربهما في

ستة، تبلغ اثني عشر، لكل واحدة ثلاثة، وكان للأخوات ثمانية، تضرب في ستة، تبلغ ثمانية وأربعين، لكل واحدة ثمانية.

الطريق الثاني: تقسم سهام كل صنف من أصل المسألة على عدد رؤوسهم، فما خرج من القسمة، يضرب في المضروب في أصل المسألة، فما حصل، فهو نصيب كل واحد من الصنف. ففي المثال المذكور، يقسم نصيب الزوجتين على عدد رؤوسهما، يخرج بالقسمة سهم ونصف، يضرب في الستة المضروبة في المسألة، تبلغ تسعة، وهو نصيب كل زوجة، ويقسم نصيب الجدات عليهن، يخرج نصف سهم، تضربه في الستة، تكون ثلاثة، فهو نصيب كل جدة، وعلى هذا فقس الأخوات.

الطريق الثالث: تقسم العدد المضروب في المسألة على عدد رؤوس كل صنف، فما خرج تضربه في نصيب ذلك الصنف، فما بلغ فهو نصيب الواحد من ذلك الصنف، ففي المثال المذكور تقسم الستة على عدد رؤوس الزوجتين، يخرج ثلاثة، تضربها في نصيبهما من أصل المسألة وهو ثلاثة، تبلغ تسعة، وهو نصيب كل زوجة. وعلى هذا القياس.

الطريق الرابع: تقابل بين نصيب كل صنف وعدد رؤوسهم، وتضبط النسبة بينهما، وتأخذ بتلك النسبة في العدد المضروب في المسألة، فهو نصيب كل واحد من ذلك الصنف، ففي المثال المذكور، نصيب الزوجتين ثلاثة وهما اثنان. والثلاثة مثل الاثنين ومثل نصفهما، فتأخذ مثل العدد المضروب في المسألة، ومثل نصفه، يكون تسعة، وهو نصيب كل زوجة، ونصيب الأخوات ثمانية، وعددهن ستة، والثمانية مثل الستة، ومثل ثلثها، فلكل أخت مثل العدد المضروب، ومثل ثلثه تكون ثمانية، ونصيب الجدات اثنان مثل نصف عددهن، فلكل جدة نصف العدد المضروب.

الطريق الخامس: ويعرف به نصيب كل واحد من الورثة قبل الضرب والتصحيح. إن كان الكسر على صنف، فانظر إن لم يوافق سهامهم عددهم، فنصيب كل واحد منهم بعدد سهام جميع الصنف من أصل المسألة، ونصيب كل واحد من الأصناف الذين لا كسر عليهم، بعدد رؤوس المنكسر عليهم إن كان لكل واحد منهم سهم واحد. وإن كان أكثر من سهم، ضرب ما لكل واحد منهم من أصل المسألة في عدد المنكسر عليهم، فما حصل، فهو نصيب كل واحد منهم. وإن وافق سهامهم عددهم، فنصيب كل واحد من المنكسر عليهم بعدد وفق سهامهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم وفق عدد الرؤوس المنكسر عليهم على ما ذكرناه.

مثاله: زوج، وأخوان لأم، وخمس أخوات لأب، تعول من ستة إلى تسعة، وتصح من خمسة وأربعين، ونصيب كل أخت بعدد سهام جميعهن من أصل المسألة، وهو أربعة، ونصيب كل أخ خمسة بعدد رؤوس الأخوات المنكسر عليهن، ونصيب الزوج خمسة عشر، لأنه كان له أكثر من سهم، وهو ثلاثة، فتضرب في عدد رؤوسهن. ولو كان عدد الأخوات عشرة، وافق سهامهن عددهن بالنصف، وترد عددهن إلى النصف، ويكون نصيب كل أخت بعدد نصف ما لجميعهن من أصل المسألة، وهو اثنان، ويكون لكل أخ خمسة نصف عدد رؤوس الأخوات، وللزوج ثلاثة مضروبة في نصف عدد رؤوسهن. أما إذا كان الكسر على صنفين، ولم يكن بين الرؤوس والسهام موافقة، أو كانت، ورددتَ الرؤوس إلى وفقها، فانظر في عدد الرؤوس، ولهما أحوال:

أحدها: أن يكونا متباينين، فالحاصل من ضرب كل صنف في سهام الصنف الآخر من أصل المسألة هو نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم، والحاصل من ضرب عدد أحد الصنفين في الآخر، إذا ضربته في نصيب الواحد من الذين لا كسر عليهم، كان المبلغ نصيب ذلك الواحد من ذلك الصنف.

مثاله: خمس بنات، وأربع زوجات، وأربع جدات، وأخ لأب، هي من أربعة وعشرين، وتصح من أربعمائة وثمانين، والكسر في البنات والزوجات، ولا موافقة. فإذا ضربت رؤوس البنات في سهام الزوجات، حصل خمسة عشر، فهو نصيب كل زوجة. وإذا ضربت الزوجات في سهام البنات، حصل أربعة وستون، فهو نصيب كل بنت. وإذا ضربت البنات في الزوجات، حصل عشرون. فإذا ضربته في نصيب كل واحد من الجدات، كان عشرين، لأن لكل واحدة واحدًا، فهو نصيب كل جدة. وكذلك نصيب الأخ. ولو كان بدل الأربع جدتان، ضربت العشرين في اثنين، فالحاصل نصيب كل جدة.

الحال الثاني: إذا كان عدد الرؤوس متوافقًا، سواء تداخلا، أم لا، فإذا ضربت وفق أحد العددين في سهام الآخر، كان الحاصل نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم. وإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ولا تداخل بينهما، وضربت ما حصل في نصيب الواحد ممن لا كسر عليهم، كان الحاصل نصيب الواحد من ذلك الصنف، وإن تداخلا، ضربت أكثرهما في النصيب، فما حصل، فهو نصيب الواحد منهم.

مثاله: زوج، وتسعة إخوة لأم، وخمسة عشر أختًا لأب، هي من ستة، وتعول إلى تسعة، وتصح من أربعمائة وخمسة، تضرب وفق عدد الإخوة في سهام

الأخوات، تبلغ اثني عشر، فهو نصيب كل أخت، ووفق عدد الأخوات في نصيب الإخوة، تبلغ عشرة، فهو نصيب كل أخ، ووفق أحدهما في جميع الآخر، تبلغ خمسة وأربعين، تضربه في سهام الزوج، وهي ثلاثة، تبلغ مئة وخمسة وثلاثين، فهو نصيب الزوج. فإن كان عدد الإخوة اثني عشر، وعدد الأخوات ست عشرة، فالسهام توافق الأعداد، فترجع الإخوة إلى ستة، والأخوات إلى أربعة، للموافقة بالربع، وبين العددين موافقة بالنصف، فتصح المسألة من مئة وثمانية. وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الإخوة، وهو ثلاثة، في وفق سهام الأخوات، وهو واحد، كان الحاصل ثلاثة، وهو نصيب كل أخت. وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الأخوات، وهو اثنان، في وفق سهام الإخوة، وهو واحد، كان الحاصل اثنين، وهو نصيب كل أخ. وإذا ضربت وفق أحد الراجعين في جميع الآخر، حصل اثنا عشر، فإذا ضربته في سهام الزوج من الأصل، حصل ستة وثلاثون، وهو نصيب الزوج.

الحال الثالث: إذا كان عدد الرؤوس متماثلًا، فنصيب كل واحد من كل صنف بعدد ما كان لجميعهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لا كسر عليهم، هو الحاصل من ضرب ما كان له في عدد أحد الصنفين المنكسر عليهم.

مثاله: خمس بنات، وخمس جدات، وأخ، هي من ستة، وتصح من ثلاثين، ونصيب كل بنت مثل ما كان لهن، وهو أربعة، ونصيب كل جدة مثل ما كان لهن، وهو واحد، ونصيب الأخ هو الحاصل من ضرب ما كان له في خمسة، وهو خمسة. أما إذا كان الكسر على ثلاثة أصناف، فانظر، إن كانت أعداد الرؤوس متباينة، فاعزل الصنف الذين تريد أن تعرف نصيبهم، واضرب عدد أحد الآخرين في الآخر، فما بلغ فاضربه في نصيب الصنف الذين عزلتهم، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم، واضرب عدد رؤوس الأصناف الثلاثة بعضه في بعض، فما بلغ فاضربه في نصيب من انقسم عليهم نصيبهم من أصل المسألة، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم.

مثاله: أربع زوجات، وثلاث جدات، وخمس بنات، وأخت لأب، هي من أربعة وعشرين، وتصح من ألف وأربعمائة وأربعين. فإذا أردت أن تعرف نصيب الزوجات، فاعزلهن واضرب البنات في الجدات، تبلغ خمسة عشر، اضربه في نصيب الزوجات في الأصل، تبلغ خمسة وأربعين، فهو نصيب كل زوجة. وعلى هذا القياس حكم البنات. واضرب لمعرفة نصيب الأخت عدد الأصناف المنكسر عليهم بعضهم في بعض، تبلغ ستين، اضربه في نصيبها من أصل المسألة، وهو واحد، تبلغ ستين، فهو نصيبها. وإن كانت الأعداد متوافقة أو متماثلة، فالعمل على

قياس ما ذكرنا في الكسرين. وصورة التماثل هيِّنة، وأما التوافق، فكتسع بنات، وست جدات، وخمسة عشر أخًا، هي من ستة، وتصح من خمسمائة وأربعين. فإذا أردت معرفة نصيب البنات، فاعزلهن واضرب وفق أحد الصنفين من الجدات والإخوة في وفق الآخر، تبلغ عشرة، تضرب في نصيب البنات، تبلغ أربعين، فهذا نصيب كل بنت. وكذا تعزل الجدات وتضرب وفق أحد الصنفين الآخرين في وفق الثاني، تبلغ خمسة عشر، تضربها في نصيب الجدات، تبلغ خمسة عشر، فهو نصيب كل جدة. وتعزل الإخوة، وتضرب وفق أحد الآخرين في وفق الثاني، تبلغ ستة، تضربها في نصيبهم، تبلغ ستة، فهو نصيب كل أخ.

النظر الثاني: في المناسخات. فإذا مات عن جماعة، ثم مات أحدهم قبل قسمة التركة، فللمسألة حالان:

أحدهما: أن تنحصر ورثة الميت الثاني في الباقين، ويكون إرثهم من الثاني مثل الإرث من الأول، فتجعل الميت الثاني كأن لم يكن، وتقسم التركة على الباقين، ويتصور ذلك إذا كان الإرث عنهما بالعصوبة، كمن مات عن إخوة وأخوات من الأب، ثم مات أحدهم عن الباقين، أو عن بنين وبنات، ثم مات أحدهم عن إخوته وأخواته. وفيما إذا كان الإرث عنهما بالفرض في بعض الصور، كمن ماتت عن زوج، وأم، وأخوات مختلفات الآباء، ثم نكح الزوج إحداهن، فماتت عن الباقين. وفيما إذا ورث بعضهم بالفرض وبعضهم بالعصوبة، كمن مات عن أم، وإخوة لأم، ومعتق، ثم مات أحد الإخوة عن الباقين. ولا فرق بين أن يرث كل الباقين من الثاني أو بعضهم، كمن مات عن زوجة وبنين، وليست أمَّهم، ثم مات أحد البنين عن الباقين.

الحال الثاني: أن لا يكون كذلك، بأن لا ينحصروا، إما لأن الوارث غيرهم، وإما لأن غيرهم يشركهم، وإما لاختلاف مقادير استحقاقهم، فنصحح مسألتي الأول والثاني جميعًا، وننظر في نصيب الثاني من مسألة الأول. فإن انقسم نصيبه على مسألته، فذاك، وإلاّ، فنقابل نصيبه بمسألته المصححة، إن كان بينهما موافقة، ضرب أقل جزء الوفق من مسألة الثاني في جميع مسألة الأول. وإن لم يكن، ضرب جميع مسألته في جميع مسألة الأول، فما بلغ، صحت منه المسألتان. وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من الورثة مما حصل من الضرب، فقل: كل من له شيء من المسألة الأولى، يأخذه مضروبًا فيما ضربته في المسألة الأولى، وهو جميع المسألة الثانية أو وفقها. ومن له شيء من الثانية، يأخذه مضروبًا في نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى، أو في وفق النصيب إن كان بين مسألته ونصيبه وفق.

مثاله: زوج، وأختان لأب، ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت، المسألة الأولى من سبعة، والثانية من اثنين، ونصيب الميت الثاني من الأول اثنان.

زوجة، وثلاث بنين، وبنت، ثم ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة، وهم الباقون من ورثة الأول، فالأولى من ثمانية، والثانية تصح من ثمانية عشر، ونصيب الميتة من الأول سهم لا يوافق، فتضرب الثانية في الأولى، تبلغ مئة وأربعة وأربعين، للزوجة سهم مضروب في ثمانية عشر، ولكل ابن سهمان في ثمانية عشر، تبلغ ستة وثلاثين، وللأم من الثانية ثلاثة مضروبة في سهم الميتة وهو واحد، ولكل أخ خمسة، فحصل للأم من المسألتين أحد وعشرون، ولكل أخ أحد وأربعون.

جدتان، وثلاث أخوات متفرقات، ثم ماتت الأخت للأم عن أخت لأم، وهي الأخت للأبوين في المسألة الأولى. وعن أختين لأبوين، وعن أم أم وهي إحدى الجدتين، فالأولى من اثني عشر، والثانية من ستة، ونصيب الميتة من الأولى سهمان، ونصيبها ومسألتها يتوافقان بالنصف، فتضرب نصف مسألتها في الأولى، تبلغ ستة وثلاثين، كان للجدتين سهمان، تضربهما في ثلاثة، تبلغ ستة، وكذا الأخت للأب، وكان للأخت من الأبوين ستة، تضربها في ثلاثة، تبلغ ثمانية عشر، ولها من الثانية سهم مضروب في وفق نصيب الميتة وهو سهم، وللأختين للأبوين أربعة مضروبة في سهم، وللجدة سهم في سهم، فحصل للأخت الوارثة في المسألتين تسعة عشر، وللجدة الوارثة فيهما أربعة.

فرع: لو مات ثالث قبل قسمة التركة، فلك طريقان:

أحدهما: تصحح المسائل الثلاث، وتأخذ نصيب الميت الثالث من الأولين، وتقابله بما صحت منه مسألته، فإن انقسم نصيبه على مسألته، فذاك، وإلاّ، فإن توافقا، ضربت وفق مسألته فيما صحت منه الأوليان. وإن تباينا، ضربت مسألته فيه. وعلى هذا القياس تعمل إذا مات رابع وخامس قبل القسمة. ثم من كان له شيء من المسألتين الأوليين، أو من إحداهما، أخذه مضروبًا في الثالثة، أو في وفقها، ومن كان له شيء من الثالثة، أخذه مضروبًا في نصيب الثالث من المسألتين الأولين، أو في وفقه.

الطريق الثاني: أن تصحح كل مسألة برأسها، وتقابل نصيب كل ميت بمسألته، فمن انقسم نصيبه على مسألته، فلا اعتداد بمسألته. ومن لم ينقسم، حفظتَ مسألته بتمامها إن لم توافق نصيبه، أو وفقها إن توافقا، وفعلتَ بها ما تفعل بأعداد الأصناف المنكسر عليهم سهامهم من المسألة الواحدة، فما حصل ضربته في المسألة الأولى، فما حصل قسمته، فتضرب ما لكل واحد من الأولى في العدد

المضروب فيها، فما خرج فهو له إن كان حيًا، ولورثته إن كان ميتًا.

مثاله: زوجة، وبنت، وثلاثة بني ابن، ثم ماتت البنت عن زوج، وأخ لأم، وأم وهي الزوجة، ثم مات أحد ابني الابن عن زوجة، وبنت، وابن ابن، وجدة، وهي الزوجة في المسألة الأولى، ثم مات آخر عن هذه الجدة، وعن خمسة بنين وخمس بنات، فالأولى، من ثمانية، والثانية، من ستة، والثالثة، من أربعة وعشرين، والرابعة، من ثمانية عشر، ونصيب البنت يوافق مسألتها بالنصف، فتردّ مسألتها إلى ثلاثة، فإذًا معنا ثلاثة، وثمانية عشر، وأربعة وعشرون، والثلاثة داخلة في أربعة وعشرين، فتقتصر عليها، وهي توافق ثمانية عشر بالسدس، فتضرب سدس أحدهما في جميع الآخر، تبلغ اثنين وسبعين، تضربها في مسألة الميت الأول وهي ثمانية، تبلغ خمسمائة وستة وسبعين، ومنها تصح المسائل، فمن له شيء من الأولى، يضرب نصيبه في اثنين وسبعين ويقسم على ورثته.

زوجة وثلاثة إخوة، ثم مات أحدهم عن ابنين، والثاني عن ابنين وبنت، والثالث عن ابن وبنت، فالأولى من أربعة، والثانية، من اثنين، والثالثة، من خمسة، والرابعة، من ثلاثة، والسهام لا توافق المسائل فتضرب المسائل الثلاث بعضها في بعض، تبلغ ثلاثين، تضربه في المسألة الأولى، تبلغ مئة وعشرين، للزوجة منها سهم في ثلاثين، ولكل أخ كذلك. فما للأول لابنيه، لكل واحد خمسة عشر. وما للثاني لابنيه وبنته، لكل ابن اثنا عشر، وللبنت ستة. وما للثالث بين ابنه وبنته، له عشرون، ولها عشرة.

فرع: هذا الذي ذكرنا، تصحيح المناسخات. قال الفرضيون: وقد يمكن اختصار الحساب بعد الفراغ من عمل التصحيح، وذلك إذا كانت أنصباء الورثة كلُّها متماثلة، فترد المسألة إلى عدد رؤوسهم، وكذلك إذا كانت متوافقة بجزء صحيح، فيؤخذ ذلك الوفق من نصيب كل واحد، يقسم المال بينهم على ذلك العدد، كزوجة، وبنت، وثلاثة بنين منها، ثم مات أحد البنين عن الباقين، فالمسألة الأولى، من ثمانية، والثانية، من ستة، ونصيب الميت الثاني سهمان يوافقان مسألته بالنصف، فتضرب نصف مسألته في الأولى، تبلغ أربعة وعشرين، للزوجة ثلاثة، وللبنت ثلاثة، ولكل ابن ستة، ومن نصيب الثاني، للأم سهم، وللأخت سهم، ولكل أخ سهمان، فمجموع ما للأم أربعة، وللأخت كذلك، ولكل أخ ثمانية، فالأنصباء متوافقة بالربع، فتأخذ ربع كل نصيب، يبلغ المجموع ستة، فتقسم المال عليها اختصارًا. أما إذا لم يكن بين الأنصباء موافقة، أو وافق بعضها فقط، فلا يمكن الاختصار.

المقصود الثاني: قسمة التركات، وله أصل وفروع متشعبة. أما الأصل، فإن كانت التركة دراهم أو دنانير أو غيرهما مما ينقسم بالأجزاء، كالمكيلات والموزونات، قسمت عينها بين الورثة. وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء، كالعبيد والجواري والدواب، قُوِّم ثم قُسم بينهم بالقيمة، فما أصاب كل واحد من القيمة فله بقدرها من المقوَّم. وطريقه: أن يُنظر في التركة، أهي عدد صحيح من الدراهم وغيرها، أم عدد وكسر؟ فإن كان الأول، قابلت التركة بالمسألة بعولها إن عالت. فإن تماثلا، فلا إشكال، وإلاّ، فإن تباينا، فاضرب نصيب كل وارث من أصل المسألة بعولها، أو مما صحت منه المسألة في عدد التركة، فما بلغ فاقسمه على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه المسألة، فما خرج من القسمة، فهو نصيب ذلك الوارث. وإن شئت قسمت التركة أوّلًا على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه، فما خرج بالقسمة، فاضربه في سهم كل وارث، فما بلغ فهو نصيبه. وإن كانا متوافقين، فإن عملت كما عملتَ في المتباينين، حصل الغرض، وإن أردت الاختصار، فخُذ وَفْقهما، واضرب سهم كل وارث في وفق التركة، فما بلغ فاقسمه على وفق المسألة، فما خرج فهو نصيبه من التركة. وإن شئت فاقسم وفق التركة على وفق المسألة، فما خرج فاضربه في سهم كل وارث، فما بلغ فهو نصيبه. وإذا فرغت من العمل، امتحنت صحته، بأن تجمع ما أصاب كل واحد من الورثة، وتنظر هل المجموع مثلُ التركة، أم لا؟

الأمثلة: زوج، وأم، وأختان لأب، وأخوان لأم، والتركة ستون دينارًا، فالمسألة من ستة، وتعول إلى عشرة. فإن شئت ضربت سهام الزوج في ستين، تبلغ مئة وثمانين، تقسمها على المسألة، يخرج ثمانية عشر، فهو نصيب الزوج، وتضرب نصيب الأم في ستين، يكون ستين، تقسمه على المسألة، يخرج ستة، فهو نصيبها. وتضرب نصيب الأخوين فيها يكون مئة وعشرين، تقسمه على المسألة، يخرج اثنا عشر، فهو نصيبهما وتضرب نصيب الأختين، يكون مائتين وأربعين، تقسمها على المسألة، يخرج أربعة وعشرون، فهو نصيبهما. وإن شئت قسمت التركة على المسألة، يخرج ستة، تضربها في سهام كل وارث، يخرج ما ذكرنا.

زوج، وأم، وأخت لأب، والتركة أربعة دراهم. المسألة تعول إلى ثمانية، تضرب نصيب الزوج في التركة، يكون اثني عشر، تقسمه على سهام المسألة، يخرج للسهم درهم ونصف، وكذلك نصيب الأخت. وتضرب نصيب الأم وهو سهمان في أربعة، تبلغ ثمانية تقسم على المسألة، يخرج واحد، فهو نصيبها.

ثلاث زوجات، وأربعة إخوة لأم، وخمس أخوات لأب، والتركة خمسة

وسبعون دينارًا. المسألة تعول إلى خمسة عشر، وتوافق التركة بأجزاء خمسة عشر، فتردهما إلى جزء الوفق، فتعود التركة إلى خمسة، والمسألة إلى واحد، ثم إن شئت ضربت سهام الزوجات، وهي ثلاثة، في وفق التركة، وهو خمسة، تبلغ خمسة عشر، فهو للزوجات. وضربت سهام الإخوة، وهي أربعة، في الخمسة، تبلغ عشرين، فهو نصيبهم، وسهام الأخوات، وهي ثمانية، في الخمسة، تبلغ أربعين، فهو نصيبهن. وإن شئت قسمت وفق التركة، وهو خمسة، على وفق المسألة وهو واحد، يخرج خمسة، تضرب في سهام كل وارث، يكون على ما ذكرنا.

فرع: فان كانت التركة عددًا وكسرًا، نظر، إن كان الكسر واحدًا، ضربت مخرج ذلك الكسر في الصحاح، فما خرج فردَّ عليه الكسر، واقسم المجموع على الورثة كما تقسم الصحاح، ثم اجعل ما خرج بالقسمة بعدد مخرج ذلك الكسر واحدًا صحيحًا، وأضف إليه الباقي.

مثاله: زوج وأُختان، والتركة عشرة دراهم ونصف، تضرب مخرج النصف، وهو اثنان، في العشرة، تبلغ عشرين، وتزيد على النصف واحدًا، فكأن التركة أحد وعشرون صحاحًا، تعمل بها عملك بالصحاح، فيخرج للزوج تسعة أنصاف هي أربعة دراهم ونصف، ولكل أخت ستة أنصاف وهي ثلاثة دراهم. ولو كانت المسألة بحالها، والتركة ثمانية وثلاثة أرباع، ضربت مخرج الربع، وهو أربعة، في الثمانية، تبلغ اثنين وثلاثين، تزيد عليه الكسر، وهو ثلاثة، تبلغ خمسة وثلاثين، تقسم كقسمة الصحاح، يخرج للزوج خمسة عشر، وهو ثلاثة دراهم وثلاثة أرباع درهم، ولكل أخت عشرة، وهي درهمان ونصف.

وإن كان مع الصحاح كسران، كربع وسدس، أخذت مخرج مجموعهما، وهو اثنا عشر، وضربته في الصحاح، وتممت العمل كما ذكرنا.

فصل: وأما الفروع المتشعبة، فتتنوع أنواعًا كثيرة، نذكر منها مسائل إن شاء الله تعالى.

مسألة: أخذ بعض الورثة قدرًا معلومًا من التركة، وأردت معرفة جملتها، فأقم سهام المسألة بعولها إن عالت، ثم إن شئت ضربت المأخوذ في سهام المسألة، فما بلغ قسمته على سهام الآخذ، فما خرج بالقسمة فهو جملة التركة. وإن شئت قسمت المأخوذ على سهام الآخذ، وضربت الخارج من القسمة في سهام المسألة، فما بلغ فهو التركة.

مثاله: زوج، وأم، وأختان لأب، وأخذ الزوج بحقه ثلاثين دينارًا، إن شئت ضربت الثلاثين في سهام المسألة وهي ثمانية، يكون مائتين وأربعين، تقسم على

سهام الزوج، وهي ثلاثة، يخرج ثمانون، فهو التركة. وإن شئت قسمت الثلاثين على سهامه، يخرج عشرة، تضربها في سهام المسألة تبلغ ثمانين.

ولك طريق آخر، وهو أن تنظر فيما بين سهام الآخذ وسهام الباقين من النسبة، وتزيد على المأخوذ مثل نسبة سهامهم من سهامه، فهو جملة التركة. ففي المثال المذكور، سهام باقي الورثة مثل سهام الزوج، ومثل ثلثيها، فتزيد على الثلاثين مثلها ومثل ثلثيها، تبلغ ثمانين.

مسألة: زوجة، وأم، وثلاث أخوات متفرقات، والتركة ثلاثون درهمًا وثوب، أخذت الزوجة الثوب بنصيبها برضى الورثة، كم قيمة الثوب وجملة التركة؟ فالطريق فيها وفي أخواتها، أن تقيم أصل المسألة بعولها إن عالت، وهذه المسألة تعول إلى خمسة عشر. ثم لك طريقان:

أحدهما: أن تضرب سهام الزوجة من المسألة في عدد الدراهم فتبلغ تسعين، فتقسم التسعين على ما بقي من سهام المسألة بعد سهام الزوجة، وهي اثنا عشر، يخرج سبعة ونصف، فهو قيمة الثوب. وإن شئت قسمت الدراهم على باقي سهام الورثة، وهي اثنا عشر، يخرج درهمان ونصف، تضربه في سهام الزوجة، تبلغ سبعة ونصفًا. وإن شئت نسبت سهامها إلى سهام الباقين، فإذا هي ربع سهام الباقين، فتأخذ ربع الثلاثين، وهو سبعة ونصف، فهذه ثلاثة أوجه:

الطريق الثاني: طريق الجبر، تقول: إذا أخذت بخمس التركة ثوبًا، فجملة التركة خمسة أثواب، وهي تعدل ثوبًا وثلاثين درهمًا، فتسقط ثوبًا بثوب، فتبقى أربعة أثواب في مقابلة ثلاثين درهمًا، فتعلم أن الثوب الواحد سبعة ونصف. أو تقول: خمس التركة خمس ثوب وستة دراهم، وقد أخذت بالخمس ثوبًا، فهو يعدل خمس ثوب وستة دراهم، تسقط الخمس بالخمس، يبقى أربعة أخماس ثوب في مقابلة ستة دراهم، فتكمل الثوب بأن تزيد على الأخماس الأربعة ربعها، وتزيد على العديل ربعه، وذلك سبعة ونصف.

ولو كانت المسألة بحالها، وأخذت مع الثوب خمسة دراهم، فعلى الطريق الأول، تنقص الخمسة من الثلاثين، يبقى خمسة وعشرون، ثم تضرب نصيبها من المسألة في الخمسة والعشرين، تكون خمسة وسبعين، تقسم على سهام الباقين، وهي اثنا عشر، يخرج ستة دراهم وربع، وهو نصيبها من التركة. فإذا نقصت منها الخمسة، يبقى درهم وربع، وهو قيمة الثوب. وبالجبر تقول: أخذت بخمس التركة ثوبًا وخمسة دراهم، فجميع التركة خمسة أثواب وخمسة وعشرون درهمًا، تعدل ثوبًا وثلاثين درهمًا، فتسقط ثوبًا بالثوب، وخمسة وعشرين بالخمسة والعشرين، يبقى

أربعة أثواب في مقابلة خمسة دراهم، فالثوب الواحد درهم وربع. ولو كانت المسألة بحالها، وأخذت الثوب وزدت ستة دراهم، فعلى الطريق الأول، تزاد الستة المردودة على الثلاثين، وتضرب سهام الزوجة في الستة والثلاثين، تبلغ مئة وثمانية، تقسم على اثني عشر، يخرج بالقسمة تسعة، فهو نصيبها من التركة. فإذا زدت ستة على التسعة، فهي قيمة الثوب.

وعلى طريق الجبر يقال: أخذت بخمس التركة ثوبًا إلا ستة دراهم، فجميع التركة خمسة أثواب إلا ثلاثين درهمًا، تعدل ثوبًا وثلاثين درهمًا، فتكمل الثياب بثلاثين درهمًا، ويزاد مثل ذلك على العديل، فتصير خمسة أثواب معادلة لستين درهمًا وثوب، تسقط ثوبًا بالثوب، يبقى أربعة أثواب في مقابلة ستين درهمًا، فالثوب الواحد خمسة عشر. ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون وثوب وعبد وخاتم، أخذت الزوجةُ بنصيبها الثوب، والأمُّ العبد، والأختُ للأم الخاتم، فعلى الطريق الأول، تضرب سهام الزوجة، وهي ثلاثة، في ثلاثين، تبلغ تسعين، تقسمها على الثمانية التي للباقين، يخرج بالقسمة أحد عشر وربع، أو تقسم الثلاثين على الباقي من المسألة بعد سهام الزوجة والأم والأخت للأم، وهو ثمانية، يخرج ثلاثة وثلاثة أرباع، تضربها في سهام الزوجة، تبلغ أحد عشر وربعًا، فهو قيمة الثوب، وفي سهمي الأم تبلغ سبعة ونصفًا، فهو قيمة العبد، وكذلك قيمة الخاتم.

وبالجبر يقال: أخذت الزوجة بالخمس ثوبًا، والأم بثلثي الخمس عبدًا، والأخت بمثله خاتمًا، بقي من السهام ثمانية، وهي خمسان وثلثا خمس، يكون ثوبين وثلثي ثوب، فالجملة ثلاثة أثواب وثلثا ثوب وعبد وخاتم، وهي تعدل ثوبًا وعبدًا وخاتمًا وثلاثين درهمًا، تسقط ثوبًا بالثوب، والعبد بالعبد، والخاتم بالخاتم، يبقى ثوبان وثلثا ثوب في مقابلة ثلاثين درهمًا، فالواحد يعدل أحد عشر وربعًا. ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون وثوبان يتفاوتان في القيمة بدرهمين، وأخذت الزوجةُ بنصيبها الثوب الأدنى على الطريق الأول، يزيد التفاوت بينهما على الدراهم، فتصير اثنين وثلاثين، تضرب سهام الزوجة فيها، يكون ستة وتسعين، تقسمها على الباقي من سهام المسألة بعد إسقاط نصيب الزوجة وهو ثلاثة، وبعد إسقاط مثله للثوب الآخر، فالباقي تسعة يخرج من القسمة عشرة دراهم وثلثا درهم، فهو قيمة ما أخذته.

وبالجبر تقول: أخذتْ بالخمس ثوبًا، فالجميع خمسة أثواب تعدل التركة، وهي ثوبان واثنان وثلاثون درهمًا، تسقط ثوبين بثوبين، يبقى ثلاثة أثواب تعدل اثنين وثلاثين درهمًا، فالواحد يعدل عشرة وثلثين. ولو أخذت الزوجة بنصيبها الثوب

الأعلى، فتزيد الدرهمين على الثلاثين، تصير التركة اثنين وثلاثين درهمًا وثوبين متساويين، أخذت الزوجة بثلاثة أسهم ثوبًا ودرهمين، فيخص ثلاثة أسهم أخرى مثل ذلك. فإذا أسقطناها، بقي من سهام المسألة تسعة، ومن التركة ثمانية وعشرون درهمًا، تضرب سهام الزوجة في ثمانية وعشرين، تبلغ أربعة وثمانين، تقسمها على التسعة الباقية، يخرج تسعة وثلث، فهو قيمة الثوب الأعلى، وقيمة الأدنى سبعة وثلث، وجميع التركة ستة وأربعون درهمًا وثلثان.

مسألة: ابنان والتركة ثوبان بينهما تفاوت دينارين، أخذ أحدهما ثلاثة أرباع الأعلى، كم قيمة كل واحد؟ فطريقه: أن تزيد التفاوت عليهما، فتجعل التركة ثوبين وديناريين، ولكل ابن ثوب ودينار، وقد أخذ أحدهما ثلاثة أرباع ثوب وديناراً ونصفًا، فتقابل به حقه وهو ثوب ودينار، وتسقط ثلاثة أرباع ثوب بمثلها، وديناراً بدينار، يبقى ربع ثوب في مقابلة نصف دينار، فالثوب الكامل يعدل دينارين، فهما قيمة الأدنى، وقيمة الأعلى أربعة، وجملة التركة ستة.

مسألة: زوج، وابن، أخذ الزوج بميراثه وبدين له على الميتة ثلث المال، المسألة من أربعة، تسقط منها سهم الزوج، يبقى ثلاثة تضربها في مخرج الكسر المذكور، وهو ثلاثة، تبلغ تسعة، منها تخرج المسألة، للزوج ثلاثة، وللابن ستة. وإذا كان للابن بثلاثة أسهم ستة، كان للزوج بسهم اثنان، فاثنان إرث، وواحد دَين. ونقول بطريق آخر: المسألة من أربعة، والدين شيء، فجملة التركة أربعة أسهم وشيء، منها سهم وشيء ثلث المال، وثلاثة أسهم ثلثاه، والثلث يعدل نصف الثلثين. فإذًا سهم وشيء يعدل سهمًا ونصف سهم، السهم بالسهم، يبقى شيء في مقابلة نصف سهم، فتعلم أن الشيء المضموم إلى السهام الأربعة سهم. فإذا بسطناها أنصافًا كانت تسعة.

مسألة: ابن وبنت، انتهبا التركة، ثم ردَّ كل واحد منهما على صاحبه ربع ما انتهب، فوصل كل واحد إلى حقه من الميراث، يجعل ما انتهبه الابن أربعة أشياء، وما انتهبته البنت أربعة دنانير. فإذا ردَّ الابن ربع ما انتهبه، وأخذ منها ربع ما انتهبته، حصل في يده ثلاثة أشياء ودينار، وفي يدها ثلاثة دنانير وشيء، ومعلوم أن حقه ضعف حقها، فضعف ما معها مثل ما معه، وضعف ما معها ستة دنانير وشيئان، تعدل ثلاثة أشياء وديناراً، فتسقط ديناراً بدينار، وشيئين بشيئين، يبقى خمسة دنانير تعدل شيئًا، فعرفنا أن قيمة الشيء خمسة، وقيمة الدينار واحد، وجملة التركة أربعة أشياء وأربعة دنانير، فيكون أربعة وعشرين، ما انتهبه الابن عشرون، وما انتهبته البنت أربعة. فإذا دفع إليها خمسة وأخذ منها واحدًا، كان معه ستة

عشر، ومعها ثمانية. وتعرف هذه المسألة ونظائرها بـ «مسألة النُّهبى».

فصل: في مسائل من الحساب، تتعلق بأبواب سبقت أحكامها: إحداها: سبق أن المفقود إذا مات له قريب، وخلف ورثة أيضًا حاضرين، يؤخذ في حق الجميع بالأسوإ من حياة المفقود وموته في إسقاطه وفي دفع الأقل إليه. وطريق معرفة الأقل: أن تصحح المسألة على تقديري حياته وموته، وتضرب إحداهما في الأخرى إن لم تتوافقا، فإن توافقتا، ضربت وفق إحداهما في جميع الأخرى، ثم كل من ورث على التقديرين تضرب ما يرثه من كل مسألة في الأخرى، أو في وفقها، وتصرف إليه الأقل مما حصل من الضربين.

مثاله: أختان لأب، وعمٌ، وزوجٌ مفقود. فإن كان حيًا، فهي من سبعة، وإلاّ، فمن ثلاثة، ولا موافقة بينهما، فتضرب أحدهما في الآخر، يبلغ أحدًا وعشرين، للأختين من مسألة الحياة أربعة في ثلاثة باثني عشر، ومن مسألة الموت سهمان في سبعة بأربعة عشر، فيصرف إليهما اثنا عشر، ويوقف الباقي، فإن عُرف حياة الزوج، دُفع إليه، وإن عُرف موته، فسهمان من الموقوف للأختين، والباقي للعم.

أم، وزوج، وأختان لأب، وابن مفقود. فإن كان حيًّا، فالمسألة من اثني عشر، وإن كان ميتًا، عالت إلى ثمانية، وهما متوافقان بالربع، فتضرب ربع أحدهما في الآخر، تبلغ أربعة وعشرين، للأم من مسألة الحياة سهمان مضروبان في وفق مسألة الموت، تكون أربعة، ومن مسألة الموت سهم في وفق مسألة الحياة، تكون ثلاثة، فتعطى ثلاثة، وللزوج من الحياة ثلاثة في وفق الموت، تكون ستة، ومن الموت ثلاثة في وفق الحياة، تكون تسعة، فيُعطى ستة، ويوقف الباقي.

والمسألة الثانية: طريق تصحيح مسائل الخنثى على جميع الحالات، وطلب الأقل المتيقن: أن تقيم المسألة على جميع الحالات. فإن كان الخنثى واحدًا، فله حالان: إما ذكرٌ، وإما أنثى. وإن كان خنثيان، فلهما ثلاثة أحوال، لأنهما ذكران أو أنثيان، أو ذكر وأنثى، ولثلاثة خناثى أربعة أحوال، وعلى هذا القياس. فإذا ضبطت أصل كل حال، فخذ اثنين منها، وانظر أهما متماثلان، أم متداخلان، أم متوافقان، أم متباينان؟ واعمل فيهما عملك عند الانكسار على فريقين، ثم قابل الحاصل معك بأصل ثالث، وهكذا تفعل حتى تأتي على آخرها، ثم إن لم يكن في المسألة صاحب فرض، صحت مما عندك، وإن كان، ضربته من مخرج الفرض ثم قسمت.

مثاله: ولدان خنيثان، إن كانا ذكرين، فالمسألة من اثنين. أو أنثيين، فمن ثلاثة، وكذا الذكر والأنثى، فتسقط أحد الثلاثتين، وتضرب الأخرى في اثنين، تبلغ ستة، تعطي كل واحد اثنين، لأنه الأقل.

زوج، وولدان خنثيان، تضرب الستة التي صحت منها مسألتهما عند انفرادهما في مخرج الربع، تبلغ أربعة وعشرين، للزوج منها ستة، ولكل واحد منهما ستة، لاحتمال أنوثته وذكورة الآخر.

ابن، وولدان خنثيان، إن كانا ذكرين، فمن ثلاثة. أو أنثيين، فمن أربعة. أو ذكرًا وأنثى، فمن خمسة، وكلها متباينة، فتضرب بعضها في بعض، تبلغ ستين، للابن عشرون، ولكل واحد منهما اثنا عشر، لاحتمال أنوثته وذكورة الآخر.

المسألة الثالثة: في تصحيح مسائل الحمل تفريعًا على أن أكثره أربعة، وأن من ليس له فرض مقدَّر كالأولاد، يأخذ مع الحَمْل شيئًا، فتقام المسألة على تقدير ولد واحد، وله حالان، لأنه ذكر أو أنثى، وعلى تقدير ولدين، ولهما ثلاثة أحوال، وعلى تقدير ثلاثة، ولهم أربعة أحوال، وعلى تقدير أربعة، ولهم خمسة أحوال، ثم ينظر في الأعداد، ويكتفى مما تماثل بواحد، ومما تداخل بالأكثر، ومما توافق بجزء الوفق، وتترك المتباينة بحالها، وتضرب ما حصل من الأعداد بعضها في بعض، فما بلغ، صحت منه القسمة، ويعطى الموجود على تقدير الأضرّ.

المسألة الرابعة: في تصحيح مسائل الاستهلال. فإذا مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابنًا وبنتًا، واستُهل أحدهما فوجدا ميتين، ولم يعلم المستهل، فقد سبق أنه يعطى كل وارث أقل ما يستحقه. وطريق معرفته أن يقال: المسألة الأولى تصح من ستة عشر إن كان المستهل، هو الابن، للزوجة سهمان، ولكل ابن سبعة، ومسألة الابن المستهل من ثلاثة، والسبعة لا تنقسم على الثلاثة، ولا توافقها، فتضرب ثلاثة في ستة عشر، تبلغ ثمانية وأربعين، للزوجة الثمن ستة، ولكل ابن أحد وعشرون، للأم منها سبعة، وللأخ أربعة عشر، فيجتمع للأم منها ثلاثة عشر، وللأخ خمسة وثلاثون. وإن كانت البنت هي المستهلة، فالمسألة الأولى تصح من أربعة وعشرين، للبنت منها سبعة، ومسألتها من ثلاثة، ولا تصح السبعة على ثلاثة ولا توافقها، فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين، تبلغ اثنين وسبعين، للمرأة الثمن تسعة، وللابن اثنان وأربعون، وللبنت أحد وعشرون، للأم منها سبعة، وللأخ الباقي، فيجتمع للأم ستة عشر، وللأخ ستة وخمسون وهما متوافقان بالثمن، فتردّ ما صحت منه مسألة البنت وهو اثنان وسبعون إلى ثُمنها وهو تسعة، للأم منها سهمان، وللابن سبعة. فانتهى الأمر إلى أن المسألة على تقدير استهلال الابن صحت من ثمانية وأربعين، وصحت مسألة البنت من تسعة، وهما متوافقان بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في الآخر، تبلغ مئة وأربعة وأربعين، منها تصح في الحالين، للأم بتقدير استهلال الابن تسعة وثلاثون، وبتقدير استهلال البنت اثنان وثلاثون، فتعطى الأقل،

وللابن بتقدير استهلال الابن مئة وخمسة، وبتقدير استهلال البنت مئة واثني عشر، فتعطى الأقل، ويوقف الباقي وهو سبعة أسهم بينهما.

فرع: لابن الحداد: مات عن زوجة حامل وأخوين، فولدت ابنًا، ثم صودف ميتًا، فقالت الزوجة: انفصل حيًّا ثم مات، نظر، إن صدَّقاها، فهذا رجل خلَّف زوجة وابنًا، ثم مات الابن وخلّف أُمًّا وعمين، فتصحان من أربعة وعشرين. وإن كذّباها، فالقول قولهما مع يمينهما، وتصح من ثمانية. وإن صدّقها أحدهما وكذَّبها الآخر، حلف المكذِّب وأخذ تمام حقه لو كذباها، وهو ثلاثة من ثمانية، والباقي، وهو خمسة، يقسم بين المصدّق والزوجة على النسبة الواقعة بين نصيبيهما لو صدَّقاها، وذلك لاتفاقهما على أن المكذِّب ظالم يأخذ الزيادة، فكأنها تلفت من التركة، ونصيب الزوجة لو صدَّقاها عشرة من أربعة وعشرين، ثلاثة من الزوج، وسبعة من الابن، ونصيب العم سبعة، فالخمسة بينهما على سبعة عشر، وهي غير منقسمة، فتضرب سبعة عشر في أصل المسألة، وهو ثمانية، تبلغ مئة وستة وثلاثين، للمكذِّب ثلاثة مضروبة فيما ضربناه في المسألة، وهو سبعة عشر، يكون أحدًا وخَمسين، والباقي، وهو خمسة وثمانون، تقسم على سبعة عشر، يكون لكل سهم خمسة، فلها بعشرة خمسون، وله بسبعة خمسة وثلاثون، وقد زاد نصيب المكذِّب على نصيب المصدِّق بستة عشر سهمًا. ولو كانت المسألة بحالها، لكن ولدت بنتًا، قال الشيخ أبو علي تخريجًا على هذه القاعدة: إن صدَّقاها، صحت المسألتان من ثمانية وأربعين. وإن كذَّباها، فمن ثمانية. وإن صدَّقها أحدهما، فمن مائتين وثمانية وأربعين.

المسألة الخامسة: في حساب مسائل الردّ. قال الأئمة: الرّدُّ نقيض العول، لأن الرد ينقص السهام عن سهام المسألة، والعول يزيد عليها، ثم للمردود عليه حالان:

أحدهما: أن لا يكون معه من لا يُرد عليه، فينظر، إن كان شخصًا واحدًا، فجميع المال له فرضًا وردًّا. وإن كانوا جميعًا من صنف، فالمال بينهم بالسوية ذكورًا كانوا أو إناثًا. وإن كانوا صنفين أو ثلاثة، جعل عدد سهامهم من المسألة كأنه أصل المسألة، ثم ينظر في عدد سهام كل صنف وعدد رؤوسهم، إن انقسم عليهم، فذاك، وإلاّ، صُحِّح بطريقه.

مثاله: أم، وبنت، وأصل المسألة من ستة، وسهامها أربعة، فنجعل المسألة منها. أم، وبنت، وبنت ابن، مجموع سهامهن خمسة، فنجعلها أصل المسألة. فإن كان مع الأم والبنت ثلاث بنات ابن، ضربنا عددهن في خمسة، تبلغ خمسة عشر، للأم ثلاثة، وللبنت تسعة، ولبنات الابن ثلاثة.

الحال الثاني: إذا كان معهم من لا يُرَدُّ عليه، دُفع إليه فرضه من مخرجه، وجعل الباقي لمن يرد عليه إن كان شخصًا أو جماعة من صنف. فإن كانوا صنفين فأكثر، فخذ مخرج فروضهم وسهامهم منه، وانظر في الباقي من مخرج فرض من لا ردَّ عليه، فما بلغ جعلته أصل المسألة. فإن وقع كسر، صُحح بطريقه.

مثاله: زوجة، وأم، لها الربع، والباقي للأم.

زوج، وست بنات، له الربع، والباقي لا يصح عليهن، ويتوافقان بالثلث، فتضرب وفق عددهن في أربعة، تبلغ ثمانية، منها تصح. زوجة، وأم، وثلاث بنات، مخرج فرض الزوجة ثمانية، ومسألة الأم والبنات من ستة، وسهامهن خمسة، والسبعة الباقية لا تصح على خمسة ولا توافقها، فتضرب خمسة في ثمانية، تبلغ أربعين، للزوجة خمسة، والباقي بينهن أخماسًا، للأم سبعة، يبقى ثمانية وعشرون لا تصح على ثلاثة، تضرب الثلاثة في أربعين، تبلغ مئة وعشرين، منها تصح.

فرع: باع بعضُ الورثة جميع نصيبه للباقين على قدر أنصبائهم، قدِّر كأنه لم يكن، وقسم المال على الباقين.

مثاله: زوج، وابن، وبنت، باع الزوج نصيبه لهما على قدر حقهما، فكأنه لا زوج، وتقسم التركة بينهما أثلاثًا. ولو باع بعض نصيبه، جعلت المسألة من عدد يوجد لنصيب البائع منه الجزء المبيع، وينقسم ذلك على الباقين.

مثاله: باع الزوج في المثال المذكور نصف نصيبه، تجعل المسألة من ثمانية ليكون لنصيبه منها وهو الربع نصف، لكن نصف ربع الثمانية لا ينقسم على الابن والبنت أثلاثًا، فتضرب الثمانية في مخرج الثلاث، تبلغ أربعة وعشرين، للزوج ثلاثة، وللابن أربعة عشر، وللبنت سبعة، وعلى هذا القياس.

فصل: في المسائل الملقبات ومسائل المعاياة والقرابات المتشابهات، وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في الملقَّبات.

منها: المشرَّكة، والخرقاء، والاكدرية، وأم الفروخ، وأم الأرامل، والصَّمَّاء، وقد بيّناهنَّ.

ومنها: مربَّعات ابن مسعود رضي الله عنه، وهن: بنت، وأخت، وجد. قال: للبنت النصف، والباقي بينهما مناصفة. وزوجة، وأم، وجد، وأخ، جعل المال بينهم أرباعًا. وزوجة، وأخت، وجد. قال: للزوجة الربع، وللأخت النصف، والباقي للجد. فالصور كلّها من أربعة، والأخيرة تسمى: مربَّعة الجماعة، لأنهم كلهم جعلوها من أربعة وإن اختلفوا في بعض الأنصباء.

ومنها: المثمَّنة، وهي: زوجة، وأم، وأختان لأبوين، وأختان لأم، وولد لا يرث لرقٍّ ونحوه، لأن فيها ثمانية مذاهب عند الجمهور، هي من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر. وعن ابن عباس رضي الله عنهما، تفريعًا على إنكار العول: أن الفاضل عن فرض الزوجة والأم وولدي الأم، لولدي الأبوين، فتصح من أربعة وعشرين. وعنه أيضًا رضي الله عنه: أن الفاضل عن الزوجة والأم، بين ولدي الأم وولدي الأبوين، فتصح من اثنين وسبعين. وعن معاذ رضي الله عنه: أن للأم الثلث تفريعًا على أن الأم لا تُحجب إلا بإخوَّة، فتعول إلى تسعة عشر. وعن ابن مسعود رضي الله عنه: إسقاط ولدي الأم وعنه: إسقاط ولدي الأبوين، وعنه: إسقاط الصنفين، والباقي للعصبة، وعنه وهو الأشهر: أن للمرأة الثمن تفريعًا على أن من لا يرث من الأولاد، يحجب الزوجة والأم، فتكون المسألة من أربعة وعشرين، وتعول إلى أحد وثلاثين، وتسمى لذلك: ثلاثينية ابن مسعود رضي الله عنه.

ومنها: تسعينية زيد رضي الله عنه: وهي: أم، وجد، وأخت لأبوين، وأخوان، وأخت لأب، هي من ثمانية عشر أصلًا أو ضربًا، للأم ثلاثة، وللجد خمسة، وللأخت للأبوين تسعة، يبقى سهم على خمسة، فتضربهم في ثمانية عشر تبلغ تسعين، منها تصح.

ومنها: النصفية، وهي: زوج، وأخت لأبوين، أو لأب، لأنه ليس في الفرائض شخصان يرثان نصفي المال فرضًا إلا هما، وربما سميت الصورتان: يتيمتين.

ومنها: العُمَريَّتان، وهما: زوج، وأبوان، أو زوجة، وأبوان، لأن أول من قضى فيها عمر رضي الله عنه.

ومنها: مختصرة زيد رضي الله عنه، وهي: أم، وجد، وأخت لأبوين، وأخ، وأخت لأب، لأنها تعمل تارة بالبسط، فيقال: هي من ستة، للأم سهم، والباقي بين الجد والأخ والأختين على ستة، فتضرب ستة في أصل المسألة، تبلغ ستة وثلاثين، ويبقى بعد القسمة سهمان لولدي الأب لا يصحان، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين، تبلغ مئة وثمانية، والسهام بعد القسمة تتوافق بالإنصاف، فتردها إلى أربعة وخمسين. وتارة بالاختصار فيقال: المقاسمة وثلث الباقي سواء للجد، فتقسم من ثمانية عشر، يبقى سهم لا يصح على ولدي الأب، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر، تبلغ أربعة وخمسين.

ومنها: مسألة الامتحان: وهي: أربع نسوة: وخمس جدات، وسبع بنات، وتسعة إخوة لأب، هي من أربعة وعشرين، وتصح من ثلاثين ألفًا ومائتين وأربعين.

ومنها: الغَرّاء، هي: زوج، وأختان لأب، وولدا أم، وتسمى: مروانية، لأنه يقال: إنها وقعت في زمن بني أمية، واشتهرت في الناس فسميت: غراء.

ومنها: المروانية الأخرى، وهي: زوجة ورثت من زوجها دينارًا ودرهمًا، والتركة عشرون دينارًا وعشرون درهمًا، يقال: إن عبد الملك سئل عنها فقال: صورتها: أختان لأبوين، وأختان لأم، وأربع زوجات، للزوجات خُمس الباب بسبب العول، والخُمس أربعة دنانير، وأربعة دراهم، لكل زوجة دينار ودرهم.

ومنها: مسائل المباهلة، وهي مسائل العول، لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال: من شاء بأهلته أن المسألة لا تعول.

ومنها: الناقضة، وهي: زوج، وأم، وأخوان لأم، لأنها تنقض أحد أصلي ابن عباس رضي الله عنهما، إن أعطاها الثلث، لزم العول. وإن أعطاها السدس، لزم الحجب بأخوين وهو يمنع الحكمين، لكن قيل: إن الصحيح على قياس قوله أن الباقي للأخوين.

ومنها: الدينارية، وهي: زوجة، وأم، وبنتان، واثنا عشر أخًا، وأخت، والتركة ستمائة دينار، خصّ الأخت دينار منها. يروى أنها جاءت عليًا رضي الله عنه متظلِّمة فقال: قد استوفيت حقَّكِ.

ويروى أنها قالت له رضي الله عنه: ترك أخي ستمائة دينار، أُعطيتُ دينارًا، فقال: لعل أخاك ترك زوجة...، وذكر الباقين، وذكر الشيخ نصر المقدسي رحمه الله تعالى: أنها تسمى: العامرية، وأن الأخت سألت عامرًا الشعبي رحمه الله تعالى عنها، فأجاب بما ذكرنا. والله أعلم.

ومنها: المأمونية، وهي: أبوان، وبنتان، لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنتين، وتركت الباقين، سأل المأمون عنها يحيى بن أكثم حين أراد أن يوليه القضاء فقال: الميت الأول رجل، أم امرأة؟ فقال المأمون: إذا عرفت الفرق عرفت الجواب، لأنه إن كان رجلًا، فالأب وارث في المسألة الثانية، وإلاّ، فلا، لأنه أبو أم.

الفصل الثاني: في المعاياة، قالت حبلى لقوم يقسمون تركة: لا تعجلوا فإني حبلى، إن ولدتُ ذكرًا ورث، وإن ولدت أنثى، لم ترث. وإن ولدت ذكرًا وأنثى، ورث الذكر دون الأنثى، هذه زوجة كل عصبة سوى الأب والابن. ولو قالت: إن ولدت ذكرًا، أو ذكرًا وأنثى، ورثا، وإن ولدت أنثى، لم ترث فهي زوجة الأب، وفي الورثة أختان لأبوين، أو زوجة الابن، وفي الورثة بنتا صلب.

ولو قالت: إن ولدت ذكرًا، لم يرث، وإن ولدت أنثى، ورثت، فهي زوجة

الابن، والورثة الظاهرون: زوج، وأبوان، وبنت أو زوجة الأب. والورثة الظاهرون: زوج، وأم، وأختان لأم. ولو قالت: إن ولدت ذكرًا أو أنثى لم ترث، وإن ولدتهما، ورثا، فهي زوجة الأب، وقد مات الأب قبله. والورثة الظاهرون: أم، وجد، وأخت لأبوين.

نوع آخر: قالت: إن ولدتُ ذكرًا، ورث وورثتُ. وإن ولدتُ أنثى، لم ترث ولا أرث، فهي بنت ابن الميت، وزوجة ابن ابن له آخر، وهناك بنتا صلب.

ولو قالت: إن ولدت ذكرًا، لم يرث ولم أرث، وإن ولدت أنثى، ورثنا، فهي بنت ابن ابن الميتة، وزوجة ابن ابن آخر. والورثة الظاهرون: زوج، وأبوان، وبنت ابن.

ولو قالت: إن ولدت ذكرًا، فلي الثمن وله الباقي، أو أنثى، فالمال بيني وبينها سواء، وإن أسقطتُ ميتًا، فالمال كله لي، فهي امرأة أعتقت عبدًا ثم تزوجته فمات وهي حبلى منه.

نوع آخر: قال رجل: لا تعجلوا، فامرأتي غائبة، إن كانت ميتة، ورثت أنا، وإن كانت حية، ورثتْ ولم أرث، فهذا أخو الميت لأبيه، وزوجته الغائبة أخت الميت لأمه، وله معها أم وأختان لأبوين. ولو قال: إن كانت حية، ورثتُ دونها، أو ميتة، فلا شيء لنا، هي امرأة ماتت عن زوج، وأم، وجد، وأخت لأم، وأخ لأب قد نكحها، وهي الغائبة.

نوع آخر: امرأة وزوجها، أخذا ثلاثة أرباع المال، وأخرى وزوجها أخذا الربع، صورته: أخت لأب، وأخرى لأم وابنا عم أحدهما أخ لأم، والذي هو أخ لأم، زوج الأخت للأب، والآخر زوج الأخت للأم، فللأخت للأب النصف، وللأخ وللأخت للأم الثلث، والباقي بين ابني العم.

زوجان أخذا ثلث المال، وآخران ثلثيه، صورته: أبوان، وبنت ابن في نكاح ابن ابن ابن آخر.

رجل وابنته، ورثا مالًا نصفين، صورته: ماتت عن زوج هو ابن عم وبنت منه.

رجل وزوجتاه، ورثوا المال أثلاثًا، صورته: بنتا ابنين في نكاح ابن أخ، أو ابن ابن ابن.

ابن زوجة، وسبعة إخوة لها، ورثوا مالًا بالسوية، صورته: نكح ابنُ رجل أم امرأته وأولدها سبعة، ومات الرجل بعد الابن عن زوجة وسبعة بني ابن، هم إخوتها لأم، فلها الثمن، ولهم الباقي.

نوع آخر: امرأة ورثت أربعة أزواج، واحدٍ بعد واحد، فحصل لها نصف أموالهم، هم أربعة إخوة لأب، كان لهم ثمانية عشر دينارًا للأول ثمانية، وللثاني ستة، وللثالث ثلاثة، وللرابع دينار.

امرأة ورثت خمسة أزواج، فحصل لها نصف أموالهم، هم خمسة إخوة، لهم ثمانية وأربعون دينارًا، للأول ستة عشر، وللثاني ثلاثة عشر، وللثالث تسعة وللرابع ثلاثة، وللخامس سبعة. فلو كانوا ثلاثة، وورثت النصف، فهم ثلاثة إخوة، لهم مئة وثمانية وثلاثون، للأول مئة وثمانية وعشرون، وللثاني ثمانية، وللثالث ديناران.

نوع آخر: قال صحيح لمريض: أوص، فقال: إنما يرثني أنت وأخواك وأبواك وعمّاك، فالصحيح، أخو المريض لأمه وابن عمه، فأخواه أخوا المريض لأمه، وأبواه عم المريض وأمه، وعماه عما المريض، والحاصل ثلاثة إخوة لأم، وأم، وثلاثة أعمام. ولو قال: يرثني أبواك وعماك وخالاك، فالصحيح ابن أخي المريض لأبيه، وابن أخته لأمه، وله أخوان آخران لأب، وأخوان لأم. ولو قال، يرثني جدتاك وأختاك وزوجتاك وبنتاك، فجدتا الصحيح زوجتا المريض، وأختاه من الأم أختا المريض من الأب، وزوجتا الصحيح إحداهما أم المريض، والأخرى أخته للأب، وبنتا الصحيح أختا المريض من الأم، ولدتهما له أم المريض. والحاصل: زوجتان وثلاث أخوات لأب، وأختان لأم، وأم. ولو قال: يرثني زوجتاك، وبنتاك، وأختاك، وعمتاك، وخالتاك، فزوجتا الصحيح أم المريض وأخته لأبيه، وبنتا الصحيح أختا المريض لأمه، وأختا الصحيح لأمه أختا المريض لأبيه، وعمتا الصحيح إحداهما لأب والأخرى لأم، وخالتاه كذلك، وأربعهن زوجات المريض، فالحاصل: أربع زوجات، وأم، وأختان لأم، وثلاث أخوات لأب.

نوع آخر: ترك سبعة عشر دينارًا على سبع عشرة أنثى، أصاب كل واحدة دينار، هي أم الأرامل.

ترك أربعة وعشرين دينارًا على أربع وعشرين أنثى، أصاب كل أنثى دينار، هي ثلاث زوجات، وأربع جدات، وست عشرة بنتًا، وأخت لأب.

الفصل الثالث: في القرابات المشتبهة.

رجلان، كل واحد عم الآخر، هما رجلان نكح كلٌ أم صاحبه، فولد لكلٍّ ابنٌ، فكل ابن عم الآخر لأمه.

رجلان، كل واحد خال الآخر، هما رجلان نكح كل واحد بنت الآخر، فولد لهما ابنان، فكل ابن خال الآخر.

رجلان، كلٌ عم أبي الآخر، صورته: نكح رجلان كلٌ أم أبي الآخر، فولد لهما ابنان.

رجلان، كلٌ عم أم الآخر، نكح كلٌ بنت ابن الآخر، فولد لهما ابنان.

رجلان، كلٌ خال أب الآخر، نكح كلٌ أم أم الآخر فولدا ابنين.

رجلان، كلٌ خال أم الآخر، نكح كلٌ بنت بنت الآخر فولدا ابنين.

رجلان، أحدهما عمّ الآخر، والآخر خال الأول، صورته: نكح امرأة وابنهُ أمَّها، فولد لكلٍّ ابن، فابن الأب عم ابن الابن وهو خال ابن الأب.

رجل هو عم وخال، صورته: أن ينكح أحد الأخوين لأب أخت الآخر للأم فتلد ابنًا، فالأخ الآخر عم المولود لأبيه وخاله لأمه.

رجل هو عم أبيه وعم أمه، صورته: أن ينكح أبو أبي أبيه أم أبي أمه، فتلد ابنًا، فذلك الابن عم أبيه للأب، وعم أمه للأم.

رجل هو خال أبيه، وخال أمه، صورته: أن ينكح أبو أم أمه أم أم أبيه، فتلد ابنًا، فالابن خال أم الرجل لأبيه، وخال أبيه لامه.

رجلان كلٌ ابن عم الآخر وابن خاله، صورته: أن ينكح رجلان كلٌ أخت الآخر فيولد لهما ابنان.

وعن حرملة: أن رجلًا دفع رَقعة إلى الشافعي فيها:

رجل مات وخلّى رجلًا ... ابن عم ابن أخي عم أبيه

فكتب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في أسفلها:

صار مال المتوفّى كملًا ... باتفاق القول لا مرية فيه

للذي خبّرت عنه أنه ... ابن عم ابن أخي عم أبيه

وذلك لأن ابن أخي عم الأب، هو الأب، فابن عمه هو ابن عم الأب.

ويعرف من هذا قول القائل: ورث من الميت خال ابن عمته دون أخيه من الأبوين، لأن خال ابن العمة هو الأب والأعمام، والمراد هنا: الأب.

وقول القائل: ورث الميت عمة ابن خاله دون الجدة، لأنها هي الأم.

كتاب النِّكاح

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: النِّكاح جائز لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النِّساء: ٣] ولما روى علقمة عن عبد اللّه ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغضّ للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه لو وجاء»[(١)].

فصل: ولا يصح النِّكاح إِلَّا من جائز التصرف فأما الصبي والمجنون فلا يصح منهما عقد النِّكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع. وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي لأنه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير إذن الولي، ويصح منه بإذن الولي لأنه لا يأذن له إِلَّا فيما يرى الحظ فيه. وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن المولى لما روى ابن عمر ﷺ أن النبيّ ﷺ قال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل»[(٢)] ولأنه بالنِّكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه. وفي ذلك إضرار بالمولى فلم يجز من غير إذنه، ويصح منه بإذن المولى لأنه لما أبطل النبيّ ﷺ نكاحه بغير إذنه دلّ على أنه يصح بإذنه، ولأن المنع لحقّ المولى فزال بإذنه.

فصل: ومن جاز له النِّكاح وتاقت نفسه إليه وقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد اللّه، ولأنه أحصن لفرجه وأسلم لدينه، ولا يجب ذلك لما روى إبراهيم بن ميسرة ﷺ عن عبيد بن سعد يبلغ به النبي ﷺ «من أحب فطرتي فليستن بسنّتي، ومن سنّتي النِّكاح»[(٣)] ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب، ومن لم تتق نفسه إليه، فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تتوجه عليه حقوق هو غني عن التزامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها، وإذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٠٦٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٠٠) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٤٦) والنسائي في سننه (٤/ ١٧١) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٤٥) وأحمد في المسند (١/ ٣٧٨) والدارمي في سننه (٢/ ١٣٢).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٠٧٩) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٦٠) والدارمي في سننه (٢/ ١٥٢).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦/ ١٦٩) والبيهقي في سننه (٧/ ٧٨) وأبو يعلى في مسنده (٥/ ١٣٣).

فصل: والمستحب أن لا يتزوج إلَّا ذات دِين لمالها روى أَبو هريرة ﷺ أن النبيّ ﷺ قال: «تُنكح المرأة لأربع، لماها وحسبها وجمالها ودينها، فاظفر بذات الدِّين تربت يداك»[١] ولا يتزوج إلَّا ذات عقل، لأن القصد بالنِّكاح العشرة وطيب العيش، ولا يكون ذلك إلَّا مع ذات عقل، ولا يتزوج إلَّا من يستحسنها لما روى أَبو بكر بن محمّد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إنما النساء لعب، فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها»[٢].

الشرح: قوله: «الباءة» الباء والباءة شهوة النكاح، سمي باء لأن الرجل يتبوأ من زوجته أي يسكن إليها، وأراد ههنا المال، وقوله: «أغض للبصر» أي يمنعه أن ينظر إلى امرأة غيره، وقوله: «وجاء» الوجاء بالكسر رض عروق الخصيتين حتى تنفضخ فيكون شبيهًا بالخصي، وقوله: «تاقت نفسه» أي اشتاقت واشتهت، والحسب ما يعده الرجل من مفاخر آبائه وأجداده، وقوله: «تربت يداك» دعاء عليه بالفقر إن لم يفعل ذلك.

واعلم أن الناس ضربان: تائق إلى النكاح، وغيره.

فالتائق: إن وجد أهبة النكاح، استحب له، سواء كان مقبلًا على العبادة، أم لا. وإن لم يجدها، فالأولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم، فإن لم تنكسر به، لم يكسرها بالكافور ونحوه، بل يتزوج.

وأما غير التائق: فإن لم يجد أهبة، أو كان به مرض أو عجز، بجبٍّ أو تعنين أو كبر، كره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة. وإن وجد الأهبة، ولم يكن به علة، لم يكره له النكاح، لكن التخلي للعبادة أفضل. فإن لم يكن مشتغلًا بالعبادة، فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره: وأصحهما: النكاح أفضل كيلا تفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش. والثاني: تركه أفضل، لما فيه من الخطر بالقيام بواجبه. وحكي وجه: أن النكاح أفضل من التخلي للعبادة. وفي شرح «مختصر» الجويني وجه: أنه إن خاف الزنا، وجب عليه النكاح. وقال القاضي أبو سعد الهروي: ذهب بعض أصحابنا بالعراق، إلى أن النكاح فرض كفاية، حتى لو امتنع منه أهل قطر، أجبروا عليه.

وإذا أراد النكاح، فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر، والولود أولى، والنسيبة أولى، والتي ليست بقرابة قريبة أولى، وذات الدين أولى.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٠٩٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٦٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٤٧) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٥٨) وأحمد في المسند (٢/٤٢٨).

(٢) أخرجه الحارث في مسنده (ص ١١٦) مرسلاً.

وبعد الدين، ذات الجمال والعقل أولى، وقرابته غير القريبة أولى من الأجنبية، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة، قاله المتولي. وإنما قيدت لغير المصلحة، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنه. قال أصحابنا: ويستحب أن يتزوج في شوال، للحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها في ذلك. والمستحب، أن لا يتزوجها إلا بعد بلوغها، نص عليه الشافعي رحمه الله، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة. والله أعلم.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها، لما روى أَبو هريرة رضي الله عنه أن رجلًا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبيّ ﷺ: «انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئًا»[1] ولا ينظر إلى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة، ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه، لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها. ولهذا قال عمر رضي الله عنه: «لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم، فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن» ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى وجه الآخر عند المعاملة، لأنه يحتاج إليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهدة. ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة إلى معرفتها في التحمّل والأداء.

ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها للحاجة إلى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر إلى الفرج للمداواة لأنه موضع ضرورة فجاز له النظر إلى الفرج كالنظر في حال الختان. وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبي أن ينظر إلى الأجنبية، ولا للأجنبية أن تنظر إلى الأجنبي، لقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُواْ فُرُوجَهُمْ﴾ - ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَـٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَـٰرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ [النور: ٣٠، ٣١].

وروت أم سلمة رضي الله عنها قالت: «كنت عند رسول الله ﷺ وعنده ميمونة، فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله ﷺ: «احتجبن عنه»، فقلت: يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا؟ فقال: «أفعمياوان أنتما أليس تبصرانه؟»[2] وروى علي كرّم الله وجهه «أن النبيّ ﷺ أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل، فقال أبوه العباس: لويت عنق ابن عمك؟ قال: «رأيت شابًا وشابة فلم آمن

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٢٤) وأحمد في المسند (٢/ ٢٨٦) والبيهقي في سننه (٧/ ٨٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤١١٢) والترمذي في سننه برقم (٢٧٧٨) وأحمد في المسند (٦/ ٢٩٦) والبيهقي في سننه (٧/ ٩١).

الشيطان عليهما» ولا يجوز النظر إلى الأمرد من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة.

فصل: ويجوز لذوي المحارم النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ أَوْ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَآئِهِنَّ أَوْ أَبْنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِيٓ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِيٓ أَخَوَٰتِهِنَّ أَوْ نِسَآئِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ﴾ [النور: ٣١] يجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل وللمرأة أن تنظر إلى ذلك من المرأة لأنهم كذوي المحارم في تحريم النِّكاح على التأبيد فكذلك في جواز النظر. واختلف أصحابنا في مملوك المرأة، فمنهم من قال: هو محرم لها في جواز النظر والخلوة، وهو المنصوص لقوله عزّ وجلّ: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النُّور: ٣١] فذكره مع ذوي المحارم في إباحة النظر. وروى أنس رضي الله عنه قال: أعطى رسول الله ﷺ فاطمة غلامًا فأقبل النبيّ ﷺ ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها، وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها، فقال النبيّ ﷺ: «إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك»[(١)] ومنهم من قال: ليس بمحرم، لأن المحرم من يحرم على التأبيد، وهذا لا يحرم على التأبيد فلم يكن محرمًا، واختلفوا في المراهق مع الأجنبية، فمنهم من قال: هو كالبالغ في تحريم النظر لقوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النُّور: ٣١] فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء، ولأنه كالبالغ في الشهوة فكان كالبالغ في تحريم النظر. ومن أصحابنا من قال: يجوز له النظر إلى ما ينظر ذو محرم، وهو قول أبي عبد الله الزبيري لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النُّور: ٥٩] فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا».

فصل: ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها إلى غير الفرج، وهل يجوز أن ينظر إلى الفرج؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لما روي أن النبيّ ﷺ قال: «النظر إلى الفرج يورث الطمس» والثاني: يجوز، وهو الصحيح، لأنه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر إليه كالفخذ. وأن زوج أمته حرم عليه النظر إلى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبيّ ﷺ قال: «إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة والركبة»[(٢)].

الشرح: قوله: «الرجل الدسم» أي القصير مع قبح المنظر، وأما الذميم ـ بالذال ـ فهو السيىء الخلق، والدميم ـ بالدال ـ القبيح، وقوله: «فلوى عنق الفضل»

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤١٠٦) والبيهقي في سننه (٧/ ٩٥).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤١١٤) والبيهقي في سننه (٢/ ٢٢٦).

أي أماله إلى الجهة التي لا يبصرها، والأمرد: من لا شعر على عارضيه، والإربة: الحاجة، وقوله: «قنعت رأسها» أي غطته، وقوله: «لم يظهروا» أي لم يقووا، والطمس: العمى.

أما الأحكام: فإذا رغب الإنسان في نكاح امرأة، استحب أن ينظر إليها لئلا يندم. وفي وجه: لا يستحب هذا النظر، بل هو مباح. والصحيح الأول، للأحاديث. ويجوز تكرير هذا النظر ليتبيّن هيئتها، وسواء النظر بإذنها وبغير إذنها. فإن لم يتيسر النظر، بعث امرأة تتأملها وتصفها له، والمرأة أيضًا تنظر إلى الرجل إذا إرادت تزوجه، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها، ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهرًا وبطنًا، ولا ينظر إلى غير ذلك. وحكى الحناطي وجهين في المفصل الذي بين الكفّ والمعصم. وفي «شرح مختصر الجويني» وجه: أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل. والصحيح الأول. قال الإمام: ويباح هذا النظر وإن خاف الفتنة لغرض التزوج، ووقت هذا النظر، بعد العزم على نكاحها، وقبل الخطبة، لئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها، هذا هو الصحيح. وقيل: ينظر حين تأذن في عقد النكاح. وقيل: عند ركون كل واحد منهما إلى صاحبه، وذلك حين تحرم الخِطبة على الخِطبة.

وإذا نظر فلم تعجبه، فليسكت، ولا يقل: لا أريدها، لأنه إيذاء. والله أعلم.

فصل: في أحكام النظر: جرت العادة بذكره هنا، وله حالان: أحدهما: أن لا تمس الحاجة إليه. والثاني: أن تمس.

والحال الأول: أربعة أضرب: نظر الرجل إلى المرأة، وعكسه، والرجل إلى الرجل، والمرأة إلى المرأة.

الضرب الأول: نظر الرجل إلى المرأة، فيحرم نظره إلى عورتها مطلقًا، وإلى وجهها وكفيها إن خاف فتنة. وإن لم يخف، فوجهان: قال أكثر الأصحاب لا سيما المتقدمون: لا يحرم، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ﴾ [النور: ٣١] وهو مفسر بالوجه والكفين، لكن يكره، قاله الشيخ أبو حامد وغيره. والثاني: يحرم، قاله الإصطخري وأبو علي الطبري، واختاره الشيخ أبو محمد، والإمام، وبه قطع صاحب «المهذب» والروياني، ووجهه الإمام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات، وبأن النظر مظنّة الفتنة، وهو محرّك للشهوة، فاللائق بمحاسن الشرع، سد الباب فيه، والإعراض عن تفاصيل الأحوال، كالخلوة بالأجنبية. ثم المراد بالكف، اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم. وفي وجه: يختص الحكم بالراحة. وأما أخمصا القدمين، فعلى الخلاف السابق في ستر العورة. وصوتها ليس

بعورة على الأصح، لكن يحرم الإصغاء إليه عند خوف الفتنة. وإذا قرع بابها، فينبغي أن لا تجيب بصوت رخيم، بل تغلظ صوتها.

وهذا الذي ذكره من تغليظ صوتها، كذا قاله أصحابنا. قال إبراهيم المروذي: طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجيب كذلك. والله أعلم.

هذا كله إذا كان الناظر بالغًا فحلًا، والمنظور إليها حرة كبيرة أجنبية. ثم الكلام في ست صور:

إحداها: الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء، لا حجاب منه. وفي المراهق وجهان: أحدهما: له النظر، كما له الدخول بلا استئذان إلا في الأوقات الثلاثة، فعلى هذا، نظره كنظر المحارم البالغين. وأصحهما: أن نظره كنظر البالغ إلى الأجنبية، لظهوره على العورات. ونزَّل الإمام أمر الصبي ثلاث درجات: إحداها: أن لا يبلغ أن يحكي ما يرى. والثانية: يبلغه ولا يكون فيه ثَوَران شهوة وتشوُّف. والثالثة: أن يكون فيه ذلك. فالأول حضوره كغيبته، ويجوز التكشف له من كل وجه. والثاني: كالمحرم. والثالث: كالبالغ. واعلم أن الصبي لا تكليف عليه، وإذا جعلناه كالبالغ، فمعناه يلزم المنظور إليها الإحتجاب منه، كما يلزمها الإحتجاب من المجنون قطعًا.

الصورة الثانية: في الممسوح وجهان: قال الأكثرون: نظره إلى الأجنبية، كنظر الفحل إلى المحارم، وعليه يحمل قول الله تعالىٰ: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُو۟لِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [الأحزاب: ٣١]. والثاني: أنه كالفحل مع الأجنبية، لأنه يحل له نكاحها.

وأما المجبوب الذي بقي أنثياه، والخصي الذي بقي ذكره، والعنين، والمخنث وهو المشبه بالنساء، والشيخ الهِمّ، فكالفحل، كذا أطلق الأكثرون. وقال في «الشامل»: لا يحل للخصي النظر، إلا أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته، وكذا المخنث. وأطلق أبو مخلد البصري المتأخر في الخصي والمخنث وجهين.

الصورة الثالثة: مملوك المرأة مَحرْم لها على الأصح عند الأكثرين.

الصورة الرابعة: إذا كان المنظور إليها أمة، فثلاثة أوجه: أصحها: فيما ذكره البغوي والروياني: يحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة، ولا يحرم ما سواه، لكن يكره. والثاني: يحرم ما لا يبدو حال المهنة دون غيره. والثالث: أنها كالحرة، وهذا غريب لا يكاد يوجد لغير الغزالي.

الصورة الخامسة: في النظر إلى الصبية، وجهان: أحدهما: المنع. والأصح الجواز، ولا فرق بين عورتها وغيرها، لكن لا ينظر إلى الفرج.

وأما العجوز، فألحقها الغزالي بالشابة، لأن الشهوة لا تنضبط، وهي محل الوطء. وقال الروياني: إذا بلغت مبلغًا يؤمَن الافتتان بالنظر إليها، جاز النظر إلى وجهها وكفيها، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ...﴾ الآية [النور: ٦].

الصورة السادسة: المحرم لا ينظر إلى ما بين السرة والركبة، وله النظر إلى ما سواه على المذهب. وفي وجه: أنه يباح ما يبدو عند المهنة. وهل الثدي زمن الإرضاع مما يبدو؟ وجهان: وسواء المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع، وقيل: لا ينظر بالمصاهرة والرضاع إلا إلى البادي في المهنة. والصحيح الأول.

الضرب الثاني: نظر الرجل إلى الرجل، وهو جائز في جميع البدن، إلا ما بين السرة والركبة، لكن يحرم النظر إلى الأمرد وغيره بالشهوة، وكذا النظر إلى المحارم وسائر المذكورات في الضرب السابق بالشهوة حرام قطعًا. ولا يحرم النظر إلى الأمرد بغير شهوة إن لم يخف فتنة، وإن خافها، حرم على الصحيح وقول الأكثرين.

الضرب الثالث: نظر المرأة إلى المرأة كالرجل إلى الرجل إلا في شيئين: أحدهما: حكى الإمام وجهًا: أنها كالمحرم، وهو شاذ ضعيف. الثاني: في نظر الذمية إلى المسلمة وجهان: أصحهما: عند الغزالي: كالمسلمة. وأصحهما: عند البغوي: المنع. فعلى هذا، لا تدخل الذمية الحمام مع المسلمات، وما الذي تراه من المسلمة؟ قال الإمام: هي كالرجل الأجنبي. وقيل: ترى ما يبدو في المهنة، وهذا أشبه.

الضرب الرابع: نظر المرأة إلى الرجل، وفيه أوجه: أصحها: لها النظر إلى جميع بدنه إلا ما بين السرة والركبة. والثاني: لها نظر ما يبدو منه في المهنة فقط. والثالث: لا ترى منه إلا ما يرى منها.

وأما نظرها إلى محرمها، فلا يحرم إلا ما بين السرة والركبة على المذهب، وبه قطع المحققون. وقيل: هو كنظره إليها، ويحرم عليها النظر إلى الرجل عند خوف الفتنة قطعًا. وحديث: «أفعمياوان»، يحمل على هذا أو على الإحتياط.

فرع: ما لا يجوز النظر إليه متصلًا كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وشعر عانة الرجل وما أشبهها، يحرم النظر إليه بعد الإنفصال على الأصح.

وقيل: لا، وقال الإمام احتمالًا لنفسه: إن لم يتميز المبان من المرأة بصورته وشكله عمّا للرجل: كالقلامة، والشعر، والجلدة، لم يحرم. وإن تميز، حرم.

وينبغي لمن حلق عانته، أن يواريَ الشعر، لئلا ينظر إليه أحد. وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو أبين شعر الأمة أو ظفرها، ثم عتقت، ينبغي أن يجوز النظر إليه وإن

قلنا: إن المبان كالمتصل، لأنه حين انفصل لم يكن عورة، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل.

فرع: يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج. وفي الفرج، وجهان: أحدهما: يحرم. وأصحهما: لا، لكن يكره. وباطن الفرج أشد كراهة، ويكره للإنسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة، ونظر السيد إلى أمته التي يجوز استمتاعه بها كنظر الزوج إلى زوجته، سواء كانت قنة، أو مدبرة، أو مستولدة، أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن، فإن كان مرتدة، أو مجوسية، أو وثنية، أو مزوجة، أو مكاتبة، أو مشتركة بينه وبين غيره، حرم نظره إلى ما بين السرة والركبة، ولا يحرم ما زاد على الصحيح. وزوجته المعتدة عن وطء أجنبي بشبهة، كالمكاتبة. ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها. وقيل: يجوز نظرها إلى فرجه قطعًا.

فرع: حيث حرم النظر، حرم المس بطريق الأولى، لأنه أبلغ لذة، فيحرم على الرجل دَلْكُ فخذ رجل بلا حائل. فإن كان ذلك فوق إزار، جاز إذا لم يخف فتنة. وقد يحرم المسّ دون النظر، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والإماء، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها، ولا أن يقبِّل وجهها، حكاه العبادي عن القفال. قال: وكذا لا يجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله. وعن القاضي حسين أنه كان يقول: العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للحرام.

فرع: لا يجوز أن يضاجع الرجل الرجل، ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد في جانبٍ من الفراش، وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع.

فرع: يستحب مصافحة الرجل الرجل، والمرأة المرأة. قال البغوي: وتكره المعانقة والتقبيل، إلا تقبيل الولد شفقة. وقال أبو عبد الله الزبيري: لا بأس أن يقبِّل الرجل رأس الرجل وما بين عينيه، عند قدومه من سفره أو تباعد لقائه.

فرع: الخنثى المشكل فيه وجهان: أصحهما: الأخذ بالأشدِّ، فيجعل مع النساء رجلًا، ومع الرجال امرأة. والثاني: الجواز، قاله القفال، استصحابًا لحكم الصغر.

الحال الثاني: إذا احتاج إلى النظر، وذلك في صور:

منها: أن يريد نكاحها، فله النظر كما سبق.

ومنها: أن يريد شراء جارية، وقد سبق في البيع.

ومنها: إذا عامل امرأة ببيع أو غيره، أو تحمَّل شهادة عليها، جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها. وإذا نظر إليها وتحمَّل الشهادة، كلِّفت الكشف عن وجهها عند الأداء. فإن امتنعت، أمرت امرأة بكشفه.

ومنها: يجوز النظر والمس للفصد والحجامة ومعالجة العلة، وليكن ذلك بحضور محرم أو زوج، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة لهذا أن لا يكون هناك امرأة تعالج، وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل، أن لا يكون هناك رجل يعالج، كذا قاله أبو عبد الله الزبيري والروياني، وعن ابن القاصّ خلافه.

ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين، وفي النظر إلى سائر الأعضاء يعتبر تأكُّد الحاجة، وضبطه الإمام فقال: ما يجوّز الإنتقال من الماء إلى التيمم وفاقًا أو خلافًا، كشدة الضنى وما في معناها، يجوز النظر بسببه، وفي النظر إلى السوأتين، يعتبر مزيد تأكُّد، قال الغزالي: وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعد التكشف بسببها هتكًا للمروءة ويعذر في العادة.

ومنها: يجوز للرجال النظر إلى فرج الزانيين لتحمُّل شهادة الزنا، وإلى فرج المرأة للشهادة على الولادة، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع، هذا هو الصحيح. وقال الإصطخري: لا يجوز كل ذلك. وقيل: يجوز في الزنا دون غيره. وقيل: عكسه.

باب ما يصح به النِّكاح

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: لا يصح النِّكاح إلَّا بوليّ فإن عقدت المرأة لم يصح، وقال أَبو ثور: إن عقدت بإذن الوليّ صح، ووجهه أنها من أهل التصرّف، وإنما منعت من النِّكاح لحق الوليّ، فإذا أذن زال المنع كالعبد إذا أذن له المولى في النِّكاح، وهذا خطأ لما روى أَبو هريرة رضي الله عنه رفعه: «لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها»[1] ولأنها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها، وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها كالمبذر في المال، ويخالف العبد فإنه منع لحق المولى، فإنه ينقص قيمته بالنِّكاح، ويستحق كسبه في المهر والنفقة فزال المنع بإذنه، فإن عقد النِّكاح بغير ولي وحكم به الحاكم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أَبي سعيد الإصطخري: أنه ينقض حكمه، لأنه مخالف لنص الخبر: وهو ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير أذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن اشتجروا فالسلطان

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (١٨٨٢) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٢٧).

ولي من لا ولي له فإن أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها»[١]. والثاني: لا ينقض، وهو الصحيح، لأنه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار. وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل، فهو كالخبر في شفعة الجار، فإن وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحدّ.

وقال أَبو بكر الصيرفي: إن كان الزوج شافعيًا يعتقد تحريمه وجب عليه الحدّ كما لو وطىء امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية، والمذهب الأول لأنه وطء مختلف في إباحته فلم يجب به الحد، كالوطء في النِّكاح بغير شهود، ويخالف من وطىء امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية لأنه لا شبهة له في وطئها، وإن طلّقها لم يقع الطلاق. وقال أَبو إسحاق: يقع لأنه نكاح مختلف في صحته، فوقع فيه الطلاق كنكاح المرأة في عدة أختها، والمذهب الأول، لأنه طلاق في غير ملكه فلم يصح كما لو طلّق أجنبية.

فصل: وإن كانت المنكوحة أمة فوليها مولاها لأنه عقد على منفعتها فكان إلى المولى كالإجارة، وإن كانت الأمة لامرأة زوجها من يزوج مولاتها، لأنه نكاح في حقها فكان إلى وليها كنكاحها، ولا يزوجها الولي إِلَّا بإذنها لأنه تصرف في منفعتها فلم يجز من غير إذنها، فإن كانت المولاة غير رشيدة نظرت، فإن كان وليها غير الأب والجدّ، لم يملك تزويجها، لأنه لا يملك التصرّف في مالها وإن كان الأب أو الجد ففيه وجهان:

أحدهما: لا يملك. لأن فيه تغريرًا بمالها لأنها ربما حبلت وتلفت.

والثاني: وهو قول أَبي إسحاق: أنه يملك تزويجها لأنها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها، وإن كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها وأولاهم الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم، لأن الولاية في النِّكاح تثبت لدفع العار عن النسب، والنسب إلى العصبات، فإن لم يكن لها عصبة زوجها المولى المعتق، ثم عصبة المولى، ثم مولى المولى، ثم عصبته، لأن الولاء كالنسب في التعصيب فكان كالنسب في التزويج، فإن لم يكن فوليها السلطان، لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[٢] ولا يزوج أحد من الأولياء وهناك من هو أقرب منه، لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث، وإن استوى اثنان في الدرجة وأحدهما يدلي بالأبوين والآخر بأحدهما كأَخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب ففيه قولان.

قال في القديم: هما سواء، لأن الولاية بقرابة الأب وهما في قرابة الأب

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٠٨٣) والترمذي في سننه برقم (١١٠٢) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٧٩).

(٢) تقدم.

سواء وقال في الجديد: يقدم من يدلي بالأبوين لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بأحدهما كالميراث، فإن استويا في الدرجة والإدلاء فالمستحب أن يقدم أسنّهما وأعلمهما وأورعهما، لأن الأسن أخبر، والأعلم أعرف بشروط العقد، الأورع أحرص على طلب الحظ، فإن زوج الآخر صح لأن ولايته ثابتة، وإن تشاحا أقرع بينهما لأنهما تساويا في الحقّ فقدم بالقرعة كما لو أراد أن يسافر بإحدى المرأتين، فإن خرجت القرعة لأحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان، أحدهما: يصح لأن خروج القرعة لأحدهما لا يبطل ولاية الآخر. والثاني: لا يصح لأنه يبطل فائدة القرعة.

فصل: ولا يجوز للابن أن يزوّج أمه بالبنوة لأن الولاية ثبتت للأولياء لدفع العار عن النسب ولا نسب بين الابن والأم، وإن كان للابن تعصيب بأن كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوّج لأنهما يشتركان في النسب، فإن كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين في أخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأَب.

فصل: ولا يجوز أن يكون الولي صغيرًا ولا مجنونًا ولا عبدًا لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره، واختلف أصحابنا في المحجور عليه لسفه، فمنهم من قال: يجوز أن يكون وليًا لأنه إنما حجر عليه في المال خوفًا من إضاعته وقد أمن ذلك في تزويج ابنته فجاز له أن يعقد كالمحجور عليه للفلس، ومنهم من قال: لا يجوز لأنه ممنوع من عقد النِّكاح لنفسه فلم يجز أن يكون وليًا لغيره، ولا يجوز أن يكون فاسقًا على المنصوص، لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال. ومن أصحابا من قال: إن كان أبًا أو جدًا لم يجز. وإن كان غيرهما من العصبات جاز. لأنه يعقد بالإذن فجاز أن يكون فاسقًا كالوكيل.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: لا يجوز لما ذكرناه. والثاني يجوز لأنه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم في الصلاة على الميت، وهل يجوز أن يكون أعمى؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأن شعيبًا عليه السَّلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم.

والثاني: لا يجوز، لأنه يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج، ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة، ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لأن الموالاة بينهما منقطعة، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وقوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمّة، لأن ولايته تعمّ المسلمين وأهل الذمّة ولا يجوز للكافر أن يزوّج أمته المسلمة، وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز وهو قول أَبي إسحاق وأَبي سعيد الإصطخري وهو المنصوص، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية

في البيع والإجارة. والثاني: لا يجوز، وهو قول أَبي القاسم الداركي لأنه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلأن لا يملك بالملك أولى.

فصل: وإن خرج الولي عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية إلى من بعده كما لو مات، فإن زال السبب الذي بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذي أبطل ولايته، فإن زوّجها من انتقلت إليه قبل أن يعلم بعود ولاية الأول ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل إذا باع ما وكل في بيعه قبل أن يعلم بالعزل، وإن دعت المنكوحة إلى كفؤ فعضلها الولي زوَّجها السلطان لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[(١)] ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة. فإذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه، وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوَّجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوِّج لأن ولاية الغائب باقية؛ لهذا لو زوَّجها في مكانه صح العقد وإنما تعذّر من جهته فقام السلطان مقامه، كما لو حضر وامتنع من تزويجها، فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز تزويجها إلَّا بإذنه لأنه كالحاضر.

والثاني: يجوز للسلطان أن يزوجها لأنه تعذّر استئذانه فأشبه إذا كان في سفر بعيد، ويستحب للحاكم إذا غاب الولي وصار التزويج إليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية إليه ليزوِّجها ليخرج من الخلاف، فإن عند أَبي حنيفة أن الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية إليه.

فصل: ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبيّ ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها»[(٢)] فدل على أن الولي أحقّ بالبكر وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر «وإذنها صماتها»[(٣)] لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبيّ ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» ولأنها تستحي أن تأذن لأبيها بالنطق فجعل صماتها إذنًا، ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلَّا أن تبلغ وتأذن، لما روى نافع «أن عبد اللّه بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله ﷺ وقالت: إن ابنتي تكره ذلك فأمره رسول الله ﷺ أن يفارقها. وقال: لا تنكحوا اليتامى حتى

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٢١) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٩٩) والنسائي في سننه (٦/ ٨٥) وأحمد في المسند (١/ ٢١٩).

(٣) انظر ما سبق.

تستأمروهن، فإن سكتن فهو إذنهن، فتزوجت بعد عبد اللّه، المغيرة بن شعبة»[١] ولأنه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه، ولا يبيع مالها من نفسه، فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه، فإن زوَّجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان:

أحدهما: أن إذنها بالنطق لأنه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب والجد.

والثاني: وهو المنصوص في الإملاء وهو الصحيح: أن إذنها بالسكوت لحديث نافع، وأما الثيب فإنها إن ذهبت بكارتها بالوطء ـ فإن كانت بالغة عاقلة ـ لم يجز لأحد تزويجها إلَّا بإذنها، لما روت خنساء بنت خدام الأنصارية «أن أباها زوَّجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فذكرت لرسول الله ﷺ فرد نكاحها»[٢] وإذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبيّ ﷺ قال: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[٣] فدل على أن إذن الثيب بالنطق، وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لأن إذنها معتبر في حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر، وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الإجبار، فأما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها لأنه لا حاجة بها إلى النِّكاح، وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك لأنه قد يكون في تزويجها شفاء لها، وإن ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان:

أحدهما أنها كالموطوءة لعموم الخبر. والثاني: وهو المذهب أنها تزوَّج تزويج الأبكار لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء.

فصل: وإن كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكرًا كانت أو ثيبًا، صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة كانت أو مجنونة، لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك، فكان إلى المولى كالإجارة. وإن دعت الأمة المولى إلى النكاح، فإن كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع، وإن لم يملك وطأها ففيه وجهان:

أحدهما لا يلزمه تزويجها لأنه تنقص قيمتها بالنِّكاح. والثاني: يلزمه لأنه

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ٣٠) والبيهقي في سننه (٧/ ١٢٠) والدارقطني في سننه (٣/ ٣٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٣٨) وأبو داود في سننه برقم (٢١٠١) والنسائي في سننه (٦/ ٨٦) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٣٥) وأحمد في المسند (٦/ ٣٢٨).

(٣) تقدم.

لا حق له في وطئها، وإن كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير إذنها لأنه لا حق له في منفعتها، فإن دعت السيد إلى تزويجها ففيه وجهان: أحدهما: يجبر لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة. والثاني: لا يجبر لأنها ربما عادت إليه وهي ناقصة بالنكاح.

فصل: وإن كان ولي المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم، والمولى المعتق، لم يجز أن يزوجها من نفسه؛ فيكون موجبًا قابلًا لأنه يملك الإيجاب بالإذن فلم يجز أن يملك شطري العقد كالوكيل في البيع، فإن أراد أن يتزوجها، فإن كان هناك من يشاركه في الولاية زوَّجها منه، وإن لم يكن من يشاركه في الولاية زوَّجها الحاكم منه، وإن أراد الإمام أن يتزوَّج امرأة لا ولي لها غيره ففيه وجهان:

أحدهما: أن له أن يزوِّجها من نفسه، لأنه إذا فوض إلى غيره كان غيره وكيلًا، والوكيل قائم مقامه فكان إيجابه كإيجابه.

والثاني: يرفعه إلى حاكم ليزوِّجها منه لأن الحاكم يزوِّج بولاية الحكم فيصير كما لو زوَّجها منه ولي، ويخالف الوكيل لأنه يزوجها بوكالته. ولهذا يملك عزله إذا شاء، ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب وإذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم. وإن كان لرجل ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوَّج بنت الابن بابن الابن. ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، وهو قول أَبي العباس ابن القاص، لما روت عائشة ﵂ أن النبيّ ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولي وشاهدان»[(١)].

والثاني: وهو قول أَبي بكر بن الحداد المصري أنه يجوز كما يجوز أن يلي شطري العقد في بيع ماله من ابنه، فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابني بابن ابني. وهل يحتاج إلى القبول؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحتاج إلى القبول، وهو أن يقول بعد الإيجاب (وقبلت نكاحها له) وهو قول أَبي بكر بن الحداد، لأنه يتولى ذلك بولايتين فقام فيه مقام الاثنين. والثاني: لا يحتاج إلى لفظ القبول، وهو قول أَبي بكر القفال، لأنه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين.

فصل: وإن وكل الولي رجلًا في التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج؟ فيه قولان: أحدهما: لا يلزمه لأن من ملك التوكيل في عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل في البيع. والثاني: يلزمه لأن الولي إنما جعل إليه اختيار الزوج لكمال شفقته ولا يوجد كمال الشفقة في الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج إليه.

فصل: ولا يجوز للولي أن يزوج المنكوحة من غير كفء إِلَّا برضاها ورضى

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٢٤) بنحوه.

سائر الأولياء، لما روت عائشة ﵂ قالت: قال رسول الله ﷺ: «تخيروا لنطفكم، فأنكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم»[١] ولأن في ذلك إلحاق عار بها وبسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم.

فصل: وإن دعت المنكوحة إلى غير كفء لم يلزم الولي تزويجها لأنه يلحقه العار، فإن رضيا جميعًا جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت «أتيت النبيّ ﷺ فأخبرته أن أبا الجهم يخطبني ومعاوية، فقال: «أما أبو الجهم فأخاف عليك عصاه وأما معاوية فشاب من شباب قريش لا شيء له ولكني أدلك على من هو خير لك منهما»، قلت: من يا رسول الله؟ قال: «أسامة» قلت: أسامة؟ قال: «نعم أسامة» فتزوجت أبا زيد فبورك لأَبي زيد في وبورك لي في أَبي زيد»[٢] وقال عبد الرَّحمٰن بن مهدي: أسامة من الموالي وفاطمة قرشية، ولأن المنع من نكاح غير الكفء لحقهما، فإذا رضيا زال المنع، فإن زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء، فقد قال في الأم: النِّكاح باطل. وقال في الإملاء: كان للباقين الرد، وهذا يدل على أنه صحيح فمن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: أنه باطل لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه. والثاني: إنه صحيح ويثبت فيه الخيار، لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان، كما لو اشترى شيئًا معيبًا.

ومنهم من قال: العقد باطل قولًا واحدًا لما ذكرناه، وتأوّل قوله في الإملاء على أنه أراد بالرد المنع من العقد، ومنهم من قال: إن عقد وهو يعلم أنه ليس بكفء بطل العقد، كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها، وإن لم يعلم صح العقد وثبت الخيار، كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها، وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل: والكفاءة في الدِّين والنسب والحرية والصنعة، فأما الدين فهو معتبر، فالفاسق ليس بكفء للعفيفة، لما روى أَبو حاتم المزني أن رسول الله ﷺ قال: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»[٣] وأما النسب فهو معتبر، فالأعجمي ليس بكفء للعربية، لما روي عن سلمان ﵁ أنه قال: «لا نؤمكم في صلاتكم، ولا ننكح نساءكم»[٤] وغير

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (١٩٦٨) والبيهقي في سننه (٧/ ١٣٣) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٩٩).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٨٠) وأحمد في المسند (٦/ ٤١١) وأبو داود في سننه برقم (٢٢٨٤) والنسائي في سننه (٦/ ٧٥) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٨٠) والبيهقي في سننه (٧/ ١٨٠).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٠٨٥) والبيهقي في سننه (٧/ ٨٢).

(٤) أخرجه البيهقي في سننه (٧/ ١٣٤).

القرشي ليس بكفء للقرشية لقوله ﷺ: «قدموا قريشًا ولا تتقدموها»[١] وهل تكون قريش كلها أكفاء؟ فيه وجهان: أحدهما: أن الجميع أكفاء، كما أن الجميع في الخلافة أكفاء. والثاني: أنهم يتفاضلون، فعلى هذا غير الهاشمي والمطلبي ليس بكفء للهاشمية والمطلبية، لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله اصطفى كنانة من بني إسماعيل، واصطفى من كنانة قريشًا، واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم»[٢].

وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء، لأن النبيّ ﷺ سوى بينهم في الخمس، وقال: «إن بني هاشم وبني عبد المطلب شيء واحد» وأما الحرية فهي معتبرة، فالعبد ليس بكفء للحرة، لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَّزَقْنَٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا ۖ هَلْ يَسْتَوُۥنَ ۚ﴾ [النحل: ٧٥] ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد. وأما الصنعة فهي معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز، والحجام ليس بكفء للخزاز، لأن الحياكة والحجامة يسترذل أصحابهما.

واختلف أصحابنا في اليسار فمنهم من قال يعتبر، فالفقير ليس بكفء للموسرة لما روى سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الحسب المال والكرم التقوى»[٣] ولأن نفقة الفقير دون نفقة الموسر، ومنهم من قال لا يعتبر لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات. ولهذا قال الشاعر:

غنينا زمانًا بالتصعلك والغنى ... وكلا سقاناه بكأسيهما الدهر
فما زادنا بغيًا على ذي قرابة ... عنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر

فرع: وإن كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما في تزويجها، فزوَّجها كل واحد منهما من رجل نظرت، فإن كان العقدان في وقت واحد، أو لم يعلم متى عقد أو علم أن أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر لأنه قد يتذكر. وإن علم السابق وتعين فالنِّكاح هو الأول والثاني باطل، لما روى سمرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما»[٤] فإن ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الأول وادعيا علم المرأة به،

---

(١) أخرجه أبو نعيم في الحلية (٩/ ٦٤).
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٢٧٦) والترمذي في سننه برقم (٣٦٠٥) وأحمد في المسند (٤/ ١٠٧) والبغوي في شرح السنة (٧/ ٣).
(٣) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٣٢٧١) وابن ماجه في سننه برقم (٤٢١٩) وأحمد في المسند (٥/ ١٠) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٦٣).
(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٠٨٨) والترمذي في سننه برقم (١١١٠) والنسائي في سننه (٧/ ٣١٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٩٠) وأحمد في المسند (٥/ ٨) والبيهقي في سننه (٧/ ١٣٩).

فإن أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم العلم. وإن أقرت لأحدهما سلمت إليه وهل تحلف للآخر؟ فيه قولان:

أحدهما: لا تحلف، لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر. ولو أقرت للثاني بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن في تحليفها له فائدة.

والثاني: تحلف لأنها ربما نكلت وأقرت للثاني فيلزمها المهر، فعلى هذا إن حلفت سقط دعوى الثاني، وإن أقرت للثاني لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثاني. وإن نكلت رددنا اليمين على الثاني، فإن لم يحلف استقر النكاح للأول وإن حلف حصل مع الأول إقرار، ومع الثاني يمين، ونكول المدعى عليه، فإن قلنا أنه كالبينة حكم بالنِّكاح للثاني، لأن البينة تقدم على الإقرار، وإن قلنا أنه بمنزلة الإقرار وهو الصحيح ففيه وجهان:

أحدهما: يحكم ببطلان النِّكاحين، لأن مع الأول إقرارًا ومع الثاني ما يقوم مقام الإقرار، فصار كما لو أقرّت لهما في وقت واحد.

والثاني: أن النِّكاح للأول لأنه سبق الإقرار له فلم يبطل بإقرار بعده ويجب عليها المهر للثاني كما لو أقرت للأول ثم أقرّت للثاني.

فصل: ويجوز لولي الصبي أن يزوجه إذا رأى ذلك، لما روي: «أن عمر رضي الله عنه زوّج ابنًا له صغيرًا»[1] ولأنه يحتاج إليه إذا بلغ؛ فإذا زوَّجه ألف حفظ الفرج، وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن حفظ الفرج يحصل بامرأة.

والثاني: يجوز أن يزوجه بأربع، لأنه قد يكون له فيه حفظ، وأما المجنون فإنه إن كان له حال إفاقة لم يجز تزويجه بغير إذنه، لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه، وإن لم يكن له حال إفاقة ورأى الولي تزويجه للعفة أو لخدمة زوجه، لأن له فيه مصلحة. وأما المحجور عليه لسفه ـ فإنه إن رأى الولي تزويجه ـ زوَّجه، لأن ذلك من مصلحته فإن كان كثير الطلاق سراه بجارية، لأنه لا يقدر على إعتاقها، وإن طلب التزوج وهو محتاج إليه فامتنع الولي فتزوج بغير إذنه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح لأنه تزوج بغير إذنه فلم يصح منه، كما لو تزوج قبل الطلب.

والثاني: يصح لأنه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه بإذن من هو عليه فإذا امتنع جاز له أن يستوفيه كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه. وأما العبد فإنه إن كان بالغًا فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه فيه قولان.

أحدهما: له ذلك لأنه مملوك يملك بيعه وإجارته،فملك تزويجه من غير

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٧/ ١٤٣).

رضاه كالأمة والثاني: ليس له ذلك لأن النِّكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك إجباره عليه كالقسم، وإن كان صغيرًا ففيه طريقان:

أحدهما: إنه على القولين لأنه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والإجارة. والثاني: إنه يملك تزويجه قولًا واحدًا، لأنه ليس من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير، وإن دعا العبد البالغ مولاه إلى النِّكاح ففيه قولان: أحدهما: يلزمه تزويجه لأنه مكلّف مولى عليه، فإذا طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه. والثاني: لا يلزمه لأنه يملك بيعه وإجارته فلم يلزمه تزويجه كالأمة، وأما المكاتب فلا يملك المولى إجباره على النِّكاح لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته، فإن دعا المكاتب المولى إلى التزويج ـ فإن قلنا يجب عليه تزويج العبد ـ فالمكاتب أولى

وإن قلنا: لا يجب عليه تزويج العبد ففي المكاتب وجهان: أحدهما: لا يجب لأنه مملوك، فلم يلزمه تزويجه كالعبد. والثاني: يجب لأنه لا حق له في كسبه بخلاف العبد فإن كسبه للمولى فإذا زوجه بطل عليه كسبه للمهر والنفقة.

الشرح: قوله: «البضع» هو الفرج، والمباضعة: المجامعة، وقوله: «فإن اشتجروا» أي اختلفوا وتنازعوا، وقوله: «فعضلهما الولي» أي منعها من النكاح، والأيم هي التي لا زوج لها، وقوله: «يؤدم بينكما» أي يؤلف والأدمة: الألفة، والسفاح: الزنا، وقوله: «فساد عريض» أي عام فاش، وقوله: «غنينا زمانًا» أي عشنا أو اكتفينا.

أما بيان الأولياء وأحكامهم ففيه ثمانية أطراف:

الطرف الأول: في أسباب الولاية، وهي أربعة:

السبب الأول: الأبوة، وفي معناها الجدودة، وهي أقوى الأسباب، لكمال الشفقة، فللأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنها، ويستحب استئذان البالغة. ولو أجبرها، صح النكاح. فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة، قال ابن كج: ليس له إجبارها، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان، قال: ويحتمل جوازه. فأما الثيب، فلا يزوجها الأب إلا بإذنها في حال البلوغ، والجد كالأب في كل هذا، وحكى الحناطي قولًا: أن الجد لا يجبر البكر البالغة، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة، والمشهور الأول.

وسواء حصلت الثيوبة بوطءٍ محترم أو زنًا. وحكي عن القديم: أن المصابة بالزنا كالبكر. والمذهب الأول، ولو زالت بكارتها بسقطة، أو أصبع، أو حدّة الطمث، أو طول التعنيس، أو وطئت في دبرها، فبكر على الصحيح.

ولو وطئت مجنونةً، أو مكرهة، أو نائمة، فثيِّب على الصحيح. ولو خطب

البكر رجلٌ، فمنعها أبوها، فذهبت وزوجت نفسها به، ثم زوجها الأب غيره بغير إذنها، إن كان الأول لم يطأها، صح تزويج الأب، وإلا، فلا، لأنها ثيب بوطء شبهة.

فرع: إذا التمست البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفءٌ، لزم الأب والجد إجابتها، فإن امتنع، زوّجها السلطان. وفي وجه: لا تلزمه الإجابة، ولا يأثم بالامتناع، لأن الغرض يحصل بتزويج السلطان، وهو ضعيف. ولو التمست صغيرةٌ بلغت إمكان الشهوة، قال بعضهم: لزمه إجابتها.

فرع: عينت كفئًا، وأراد الأب تزويجها بكفءٍ آخر، كان له ذلك على الأصح.

وقال الشافعي: أستحب للأب أن لا يزوِّج البكر حتى تبلغ ويستأذنها. قال الصيمري: فإن قاربت البلوغ، وأراد تزويجها، استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرن ما في نفسها. قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكارة، فهي بكر. ولو ادعت البكارة أو الثيوبة، فقطع الصيمري وصاحب «الحاوي»: بأن القول قولها، ولا يكشف حالها، لأنها أعلم.

قال صاحب «الحاوي»: ولا تسأل عن الوطء، ولا يشترط أن يكون لها زوج. قال الشاشي: وفي هذا نظر، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها، فله أن يسألها. فإن اتهمها، حلّفها. والله أعلم.

السبب الثاني: عصوبة من على حاشية النسب، كالأخ والعم وبنيهما، فلا تزوج بها الصغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا.

وأما البالغة، فإن كانت ثيبًا، فلهم تزويجها بإذنها الصريح. وإن زوجت بغير رضاها، لم ينعقد. وإن كانت بكرًا، فلهم تزويجها إذا استأذنوها. وهل يكفي سكوتها، أم يشترط صريح نطقها؟ وجهان: أصحهما: الأول. وحكي وجه: أنه لا حاجة للإستئذان أصلًا، بل إذا عقد بين يديها ولم تنكر، كان رضىً. والصحيح الاشتراط. وإذا اكتفينا بالسكوت، حصل الرضى، ضحكت، أم بكت، إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد، فلا يكون رضى.

وإذا أراد الأب تزويج البكر بغير كفءٍ، فاستأذنها، فهل يكفي السكوت؟ فيه الوجهان.

ونقل الرافعي في آخر «كتاب النكاح» عن فتاوى القاضي حسين الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كفءٍ فسكتت. قال صاحب «البيان»: قال أصحابنا المتأخرون: إذا استأذن الوليُّ البكر في أن يزوجها بغير نقد البلد، أو بأقل من مهر المثل، لم يكن سكوتها إذنًا في ذلك. والله أعلم.

فرع: قال: أزوجكِ بشخص؟ فسكتت، قال بعض المتأخرين: الأليق بمذهبنا أنه لا يكون رضى، لأن الرضى بالمجهول لا يتصور.

ولك أن تقول: هذا يخرَّج على أنه يشترط تعيين الزوج في الأذن. والأصح أنه ليس بشرط، فلا يضر الجهل إذا اكتفينا بالسكوت.

فرع: قال: أيجوز أن أزوجكِ؟ فقالت: لم لا يجوز؟ أو قال: أتأذنين؟ فقالت: لم لا آذن؟ حكى بعضهم: أنه ليس بإذن، ولك أن تقول: هذا مشعر برضاها، فهو أولى من سكوتها.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أن التي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة: أذنتُ لك في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي، فينبغي أن يصح الإذن، كما لو قال الولي للوكيل: زوِّج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها. وفي هذا التوكيل وجه ضعيف: أنه لا يصح، وقد سبق في الوكالة. وفيها أنه لو قيل للبكر: رضيتِ بما تفعله أمك؟ وهي تعرف أنهم يعنون النكاح، فقالت: رضيتُ، لم يكن إذنًا، لأن الأم لا تعقد، بخلاف ما لو قالت: رضيت بما يفعل الولي. ولو قالت: رضيت بالتزويج بمن تختاره أمي، جاز. ولو قالت: رضيتُ إن رضيت أمي، لا يجوز. ولو قالت: رضيت إن رضي وليي. فإن أرادت التعليق، لم يجز. وإن أرادت: إني رضيت بما يفعله الولي، كان إذنًا. وفيها: لو أذنت في التزويج بألف، ثم قيل لها عند العقد: بخمسمائة، فسكتت وهي بكر، كان سكوتها إذنًا في تزويجها بخمسمائة. ولو قيل ذلك لأمها وهي حاضرة، فسكتت، لم يكن إذنًا.

السبب الثالث: الإعتاق، فالمعتق وعصبته يزوجون كالأخ.

السبب الرابع: السلطنة، فيزوج السلطان بالولاية العامة البوالغ بإذنهن، ولا يزوج الصغار. ثم السلطان يزوج في مواضع: أحدها: عدم الولي الخاص. الثاني: عند غيبته. الثالث: عند إرادته تزوجها لنفسه. الرابع: عَضْلُه، فإذا عضلها وليها بقرابة أو إعتاق، واحدًا كان، أو جماعة مستوين، زوجها السلطان. وهل تزويجه في هذا الحال بالولاية، أم النيابة عن الولي؟ وجهان حكاهما الإمام فيه وفي جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولي الخاص. ثم إنما يحصل العضل إذا دعت البالغة العاقلة إلى تزويجها بكفءٍ فامتنع. فأما إذا دعت إلى غير كفءٍ، فله الإمتناع، ولا يكون عضلًا. وإذا حصلت الكفاءة، فليس له الإمتناع لنقصان المهر، لأنه محض حقها. ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوِّجها. قال البغوي: ولا يتحقق العضل حتى يمتنع بين يدي القاضي، وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة

والولي، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول: لا أفعل، أو يسكت، فحينئذٍ يزوجها القاضي. وكان هذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي. فأما إذا تعذر بتعزُّز أو توارٍ، فيجب أن يجوز الإثبات بالبينة كسائر الحقوق. وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يدل عليه، وعند الحضور لا معنى للبيّنة، فإنه إن زوج، وإلا فعضل.

فرع: سيأتي خلاف في أن السيد يزوج أمته بالملك، أم بالولاية؟ إن قلنا: بالولاية، صارت الأسباب خمسة.

الطرف الثاني: في ترتيب الأولياء، فتقدم جهة القرابة، ثم الولاء، ثم السلطنة. ويقدم من القرابة الأب، ثم أبوه، ثم أبوه، إلى حيث ينتهي، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم العم من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصبات. والترتيب في التزويج، كالترتيب في الإرث، إلا في مسائل:

إحداها: الجد يقدم على الأخ هنا.

المسألة الثانية: الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب في الإرث، وهنا قولان: أظهرهما وهو الجديد: يقدم أيضًا. والقديم: يستويان، ويجري القولان في ابني الأخ والعمين وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين والآخر من الأب. ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الأم، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنها، فقال الإمام: هما سواء. وطرد الجمهور القولين وقالوا: الجديد: يقدم الأخ والابن. ولو كان ابنا عم أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب، لكنه أخوها من الأم، فالثاني هو الولي، لأنه يدلي بالجد والأم، والأول بالجد والجدة. ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنها، والآخر أخوها من الأم، فالابن هو المقدم، لأنه أقرب. ولو كان ابنا معتق أحدهما ابنها، فهو المقدم، وبه قال ابن الحداد، لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتق نكاح عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها لأنها تستحق الحرية بسببه، زوجه ابنه منها دون ابنه من غيرها، وهذا غلط عند جمهور الأصحاب، لأن ابن المعتق لا يزوِّج في حياة المعتق، وإنما يزوِّجه السلطان، وإنما يزوج ابن المعتق بعد موته. وهذا كله على الجديد. وأما على القديم، فيسوَّى بينهما في الصور.

المسألة الثالثة: الابن لا يزوِّج بالبنوة، فإن شاركها في نسب كابن هو ابن ابن عمها، فله الولاية بذلك. وكذا إن كان معتقًا أو قاضيًا، أو تولدت قرابة من أنكحة المجوس، أو وطء الشبهة، بأن كان ابنها أخاها، أو ابن أخيها، أو ابن عمها، ولا تمنعه البنوة التزويج بالجهة الأخرى.

فصل: وأما الولاء، فمن لا عصبة لها بنسب، وعليها ولاء، فينظر، إن

أعتقها رجل، فولاية تزويجها له. فإن لم يكن بصفة الولاية، فلعصباته، ثم لمعتقه، ثم لعصبات معتقه، وهكذا على ترتيبهم في الإرث. وترتيب عصبات المعتق في التزويج، كترتيب عصبات النسب، إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: جدّها أولى من أخيها، وفي جد المعتق وأخيه قولان كارثهما بالولاء: أظهرهما: تقديم الأخ. والثاني: يستويان. ولو اجتمع جد المعتق وابن أخيه، فإن قدمنا الأخ على الجد، قدمنا ابنه، وإلا فيقدم الجد. وقد حكينا في الإرث تفريعًا على هذا القول وجهًا أنهما يستويان، فيجوز أن يطرد هنا.

المسألة الثانية: ابن المرأة لا يزوجها، وابن المعتق يزوج، ويقدم على أبيه، لأن التعصيب له.

المسألة الثالثة: إذا اجتمع أخو المعتق لأبويه وأخوه لأبيه، فالمذهب القطع بتقديم الأخ للأبوين. وقيل بطرد القولين كالنسب. وقيل: يستويان قطعًا. أما إذا كان المعتق إمرأة، فلا ولاية لها، لعدم أهليتها، فإن كانت حية، فوجهان: أحدهما قاله صاحب «التلخيص»: يزوجها السلطان. والصحيح أنه يزوجها من يزوج معتقها، فيزوجها أبو المعتقة ثم جدها على ترتيب الأولياء، ولا يزوجها ابن المعتقة، ويشترط في تزويجها رضاها، ولا يشترط رضى المعتقة على الأصح، إذ لا ولاية لها. وقيل: يشترط، فإن عضلت، ناب السلطان عنها في الإذن، ويزوج الولي.

فإن كانت المعتقة ميتة، زوجها من له الولاء من عصبات المعتقة، ويقدم الابن على الأب. وتعود الصور المذكورة في مفارقتهم عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلًا. وحكي وجه: أن الأب يقدم على الابن بعد موت المعتقة، ووجه: أن الابن يقدم على الأب في حياتها، وهما شاذان.

فرع: متى اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة، كالبنين والإخوة، فهم كالإخوة في النسب. فإذا زوجها أحدهم برضاها، صح، ولا يشترط رضى الآخرين. ولو أعتق الأمة اثنان، اشترط رضاهما، فيوكلان، أو يوكل أحدهما الآخر، أو يباشران العقد معًا. ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوجها، اشترط موافقة السلطان للآخر.

ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين، كفى موافقة أحدهما للمعتق الآخر. ولو مات كل منهما عن ابنين، كفى موافقة أحد ابني هذا أحد ابني ذاك. ولو مات أحدهما ووارثه الآخر، استقل بتزويجها.

فرع: كان المعتق خنثى مشكلًا، ينبغي أن يزوجها أبوه بإذنه، فيكون وليًّا أو وكيلًا إن كان الخنثى ذكرًا.

فصل: فيمن بعضها حر، خمسة أوجه: أصحها: يزوجها مالك البعض ومعه وليها القريب. فإن لم يكن، فمعتق بعضها، وإلا، فالسلطان. والثاني: يكون معه معتق البعض. والثالث: معه السلطان. والرابع: يستقل مالك البعض. والخامس: لا يجوز تزويجها أصلًا، لضعف الملك والولاية بالتبعيض.

الطرف الثالث: في موانع الولاية، وهي خمسة:

المانع الأول: الرق، فلا ولاية لرقيق، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول النكاح بإذن سيده قطعًا، وبغير إذنه على الأصح، ولا يصح توكيله في الإيجاب على الأصح عند الجمهور. وقد سبق هذا في الوكالة.

المانع الثاني: ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، وفيه صور ست:

إحداها: الصّبا والجنون المطبق يمنعان الولاية وينقلانها إلى الأبعد. وفي الجنون المنقطع وجهان: أصحهما: أنه كالمطبق، ويزوجها الأبعد يوم جنونه، لبطلان أهليته. والثاني: لا يزيل ولايته كالإغماء، فعلى هذا ينتظر حتى يفيق على الصحيح. وقيل: يزوجها الحاكم كالغيبة، والخلاف جارٍ في الثيب المنقطع جنونها. فعلى رأي: تزوج في حال جنونها. وعلى رأي: ينتظر إفاقتها لتأذن. ولو وكل هذا الولي في إفاقته، اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون، وكذا إذا أذنت الثيب، يشترط تقدم العقد على عود الجنون. قال الإمام: وإذا قصرت نوبة الإفاقة جدًا، لم تكن الحال حال تقطع، لأن السكون اليسير لا بدّ منه مع إطباق الجنون. ولو أفاق، وبقيت آثار خبل يحمل مثلها ممن لا يعتريه الجنون على حدّة في الخُلق، فهل تعود ولايته، أم يستدام حكم الجنون إلى أن يصفو من الخبل؟ فيه وجهان.

الصورة الثانية: إختلال النظر لهرم أو خبل جِبِلِّيٍّ أو عارض، يمنع الولاية وينقلها إلى الأبعد، والحجر بالفلس لا يمنعها، وبالسفه يمنعها على المذهب. وقيل: وجهان.

الصورة الثالثة: الإغماء الذي لا يدوم غالبًا، فهو كالنوم، ينتظر إفاقته، ولا يزوج غيره. وإن كان مما يدوم يومًا أو يومين فأكثر، فوجهان: أحدهما: نقل الولاية إلى الأبعد كالجنون. وأصحهما: المنع. فعلى هذا، قال البغوي وغيره: تنتظر إفاقته كالنائم. وقال الإمام: ينبغي أن تعتبر مدته بالسفر. فإن كانت مدة يعتبر فيها إذن الولي الغائب، وقطع المسافة ذهابًا ورجوعًا، انتظرت إفاقته، وإلّا، فيزوج الحاكم، ويرجع في معرفة مدته إلى أهل الخبرة.

الصورة الرابعة: السكران الذي سقط تمييزه بالكلية، كلامه لغو. فإن بقي له تمييز ونظر، فالمذهب أنه لا يزوج، وتنتظر إفاقته.

الصورة الخامسة: الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة، تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبعد، نص عليه، وأخذ به الأصحاب.

الصورة السادسة: للأعمى أن يتزوج قطعًا، وله أن يزوج على الأصح. ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهمة. وقيل: يزوِّج قطعًا. فإن لم تكن مفهمة، فلا ولاية له.

المانع الثالث: الفسق فيه سبع طرق. أشهرها: في ولاية الفاسق قولان، وقيل بالمنع قطعًا. وقيل: يلي قطعًا. وقيل: يلي المجبر فقط. وقيل: عكسه، لأنه لا يستَقِلّ. وقيل: يلي غير الفاسق بشرب الخمر. وقيل: يلي المستتر بفسقه دون المعلن. وأما الراجح، فالظاهر من مذهب الشافعي: منع ولاية الفاسق، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي، لا سيما الخراسانيون، واختاره الروياني.

والذي رجحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته. واستفتي الغزالي فيه فقال: إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه، وُلِيّ، وإلا، فلا. وهذا الذي قاله حسن، وينبغي أن يكون العمل به. والله أعلم.

فرع: قال القاضي حسين والشيخ أبو علي وغيرهما: ولاية الفاسق لمال ولده على الخلاف في ولاية النكاح بلا فرق. وقطع غيرهم بالمنع، وهو المذهب.

فرع: سبق أن الإمام الأعظم لا ينعزل بالفسق على الصحيح، وحينئذٍ في تزويجه بناته وبنات غيره بالولاية العامة وجهان: تفريعًا على أن الفاسق لا يلي. أحدهما: المنع كغيره، ويزوجهن مَن دونه من الولاة والحكام. وأصحهما: أنه يزوج، تفخيمًا لشأنه، ولهذا لم يحكم بانعزاله.

فرع: إذا تاب الفاسق، قال البغوي في هذا الباب: له التزويج في الحال، ولا يشترط مضي مدة الإستبراء. والقياس الظاهر وهو المذكور في الشهادات: اعتبار الإستبراء، لعود الولاية حيث يعتبر لقبول الشهادة، وسنفصِّله إن شاء الله تعالى.

فرع: للفاسق أن يتزوج لنفسه على المذهب، وبه قطع الجمهور. وفي تعليق الشيخ ملكداذ القزويني، عن القاضي أبي سعد وجه: أنه ليس له التزويج إذا قلنا: لا يلي.

فرع: إذا قلنا: الفاسق لا يلي، فالولاية للأبعد على الصحيح، وبه قطع الجمهور. وحكى الحناطي وجهًا: أنها للسلطان. ثم الفسق إنما يتحقق بارتكاب كبيرة، أو إصرار على صغيرة، وليس العضل من الكبائر، وإنما يفسَّق به إذا عضل مرات أقلها ـ فيما حكى بعضهم ـ ثلاث، وحينئذٍ فالولاية للأبعد.

فرع: إذا قلنا: الفاسق لا يلي، ففي أصحاب الحِرَف الدنيَّة وجهان: والمذهب القطع بثبوت ولايتهم، قاله البغوي وغيره. والله أعلم.

المانع الرابع: إختلاف الدِّين، فلا يزوِّج المسلمةَ قريبُها الكافر، بل يزوِّجها الأبعد من أولياء النسب أو الولاء، وإلا، فالسلطان. ولا يزوِّج الكافرة قريبها المسلم، بل يزوِّجها الأبعد الكافر. فإن لم يكن، زوَّجها قاضي المسلمين بالولاية العامة، فإن لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين، فحكى الإمام عن إشارة صاحب «التقريب»: أنه يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيهم. والمذهب المنع.

وهل يزوِّج اليهوديُّ النصرانية؟ يمكن أن يلحق بالإرث، ويمكن أن يمنع.

ثم الكافر إنما يلي تزويج قريبته الكافرة إذا كان لا يرتكب محرّمًا في دينه، فإن ارتكبه، فتزويجه إياها كتزويج المسلم الفاسق بنته. وعن الحليمي أن الكافر لا يلي التزويج، وأن المسلم إذا أراد تزوج ذمية، زوجه بها القاضي. والصحيح أنه يلي.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنه يجوز أن يوكل نصرانيًا أو مجوسيًا في قبول نكاح نصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح مسلمة، ويجوز توكيل النصراني مسلمًا في قبول نكاح نصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح مجوسية، لأن المسلم لا يجوز له نكاحها بحال، بخلاف توكيل المعسر موسرًا في تزويج أمة، فإنه جائز، لأنه يستبيحها في الجملة.

فرع: المرتد لا ولاية له على مسلمة ولا مرتدة ولا غيرها من الكافرات.

ولا يزوِّج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوَّج أمة موليته، ولا يزوج كافر مسلمة إلَّا أمته وأم ولده على وجه، قاله الفوراني. والله أعلم.

المانع الخامس: الإحرام. فإحرام أحد العاقدين أو المرأة يمنع انعقاد النكاح. وقيل: إن كان العاقد الإمام أو القاضي، فله التزويج، لقوة ولايتهما. والصحيح المنع. وفي تأثير الإحرام وجهان: أحدهما: سلب الولاية ونقلها إلى الأبعد، كالجنون. وأصحهما: أنه مجرد الإمتناع دون زوال الولاية، لبقاء الرشد والنظر، فعلى هذا، يزوجها السلطان كما لو غاب. وسواء الإحرام بالحج أو العمرة، والصحيح والفاسد، وقيل: لا يمنع الفاسد، وينعقد بشهادة المُحرِم على الصحيح، وخالف الإصطخري. وتصح الرجعة في الإحرام على الأصح.

ومن فاته الحج، هل يصح نكاحه قبل التحلل بعمل عمرة؟ فيه وجهان حكاهما الحناطي.

فرع: إذا وكل حلال حلالًا في التزويج، ثم أحرم أحدهما، أو المرأة، ففي

انعزال الوكيل وجهان: أصحهما: لا ينعزل، فيزوج بعد التحلل بالوكالة السابقة، وليس للوكيل الحلال أن يزوج قبل تحلل الموكل. هذا هو المعروف في المذهب، ونقل الغزالي في «الوجيز» فيه وجهًا، ولم أره لغيره ولا له في «الوسيط». ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة، نظر، إن وكله ليعقد في الإحرام، لم يصح. وإن قال: لتزوج بعد التحلل، أو أطلق، صح، لأن الإحرام يمنع الإنعقاد دون الإذن. ومن ألحق الإحرام بالجنون، لم يصححه.

ولو قال: إذا حصل التحلل فقد وكلتك، فهذا تعليق للوكالة، وقد سبق الخلاف فيه. وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل.

ولو وكل حلال محرمًا ليوكل حلالًا بالتزويج، صح على الأصح، لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شيء.

واعلم أن وكيل المصلي يزوج، بخلاف وكيل المحرم، لأن عبارة المحرم غير صحيحة، وعبارة المصلي صحيحة. حتى لو زوجها في صلاته ناسيًا، صح النكاح والصلاة.

فصل: إذا لم يكن الولي الأقرب حاضرًا، نظر، إن كان مفقودًا لا يعرف مكانه ولا موته وحياته، زوجها السلطان، لتعذُّر نكاحها من جهته. وإن انتهى الأمر إلى غاية يحكم القاضي فيها بموته وقَسْم ماله بين ورثته ـ على ما سبق في الفرائض ـ انتقلت الولاية إلى الأبعد. وإن عرف مكان الغائب، فإن كان على مسافة القصر، زوَّجها السلطان، ولا يزوجها الأبعد. وقيل: يزوج الأبعد. وعن القاضي أبي حامد: إن كان من الملوك وكبار الناس، اشترط مراجعته، وإن كان من التجار وأوساط الناس، فلا. والصحيح الأول. وإن كان دون مسافة القصر، فأوجه: أحدها: كالطويلة، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وأصحها: لا تزوج حتى يراجَع فيحضُر أو يوكّل، نص عليه في «الإملاء».

والثالث: إن كان بحيث يتمكن المبتكر إليه من الرجوع إلى منزله قبل الليل، اشترطت مراجعته، وإلا، فلا.

فرع: عن الشافعي: أن السلطان لا يزوج مَن تدَّعي غَيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر، وأنها خليَّة عن النكاح والعدة. فقيل: هذا واجب. وقيل: مستحب.

فعلى هذا، لو ألحت في المطالبة، ورأى السلطان التأخير، فهل له ذلك؟ وجهان: ولا يقبل في هذا إلا شهادة مطلَّع على باطن أحوالها. وإن كان الولي الغائب ممَّن لا يزوِّج إلا بإذن، فقالت: ما أذنتُ له، فللقاضي تحليفها على نفي الإذن.

وقال الغزالي: وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك. ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، هل هي مستحبة، أم واجبة؟ وجهان: والله أعلم.

فرع: إذا غاب الوليُّ الأقربُ الغيبة المعتبرة، فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوِّج، أو يستأذنه ليزوج القاضي.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أن القاضي إذا زوَّج من غاب وليُّها، ثم قَدِمَ وليُّها بعد العقد، بحيث يعلم أنه كان قريبًا من البلد عند العقد، لم يصح النكاح.

الطرف الرابع: في تولِّي طرَفي العقد، فيه مسائل:

إحداها: هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه؟ فيه وجهان: اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز، وصاحب «التلخيص» وجماعة من المتأخرين المنع. وقال الرافعي في «المحرر»: رجح المعتَبَرون الجواز. والله أعلم.

فإن جوزنا، اشترط الإتيان بشِقَّي الإيجاب والقبول على الأصح. وقيل: يكفي أحدهما. وإن منعنا، فإن كانت بالغة، زوَّجها السلطان بإذنها، ويقبل الجد للابن. وإن كانت صغيرة، وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن، أو يبلغ الصغير فيقبل، كذا حكاه الشيخ أبو علي وغيره. وذكر الإمام تفريعًا على المنع: أنه يرفع إلى السلطان ليتولى أحد الطرفين. قال: ثم يحتمل أن يتخيَّر منهما، ويحتمل أن يقال: يأتي بما يستدعيه الولي، وهذا مفروض فيما إذا كانت الولاية بسبب الجنون، وإلّا، فغير الأب والجد لا يزوج الصغير ولا الصغيرة.

المسألة الثانية: للعم تزويج بنت أخيه بابنه البالغ، ولابن العم تزويجها بابنه على المذهب فيهما. هذا إذا أطلقت الإذن وجوَّزناه. فإن عيَّنته في الإذن، جاز قطعًا، لانتفاء التهمة.

وإن زوَّجها بابنه الطفل، لم يصح على المذهب، لأنه نكاح لم يحضره أربعة، وليس له قوة الجدودة.

المسألة الثالثة: إذا كان الولي ممن يجوز له نكاحها، كابن العم، والمعتق، والقاضي، وأراد نكاحها، لم تجز تولية الطرفين، ولكن يزوج ابن العم مَن في درجته، فإن لم يكن، فالقاضي. وإن كان الراغب القاضي، زوَّجه والٍ فوقه، أو خرج إلى قاضي بلد آخر، أو يستخلف مَن يزوجه إن كان له الإستخلاف. وإن كان الراغب الإمام الأعظم، زوَّجه بعضُ قضاته. هذا هو الصحيح. وفي الإمام وجه مشهور: أنه يتولى الطرفين. وفي القاضي وابن العم وجه أبعد، ويجيء مثله في

المعتق. وحكي الوجه في القاضي عن أبي يحيى البلخي. ولو أراد أحد هؤلاء تزويجها بابنه الصغير، فكنفسه. وحيث جوزنا لنفسه، فذلك إذا سمَّته في إذنها. فإن أطلقت، وجوَّزنا الإطلاق، فوجهان حكاهما الحناطي. وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو أراد نكاح بنت عمه وهو وليها، وهو غائب عنها، زوَّجها به قاضي بلد المرأة، لا قاضي بلد الرجل.

المسألة الرابعة: من منعناه تولي الطرفين، فوكَّل في أحدهما، أو وكَّل شخصين فيهما، لم يصح على الأصح، لأن فعل الوكيل فعل الموكل. وقيل: يصح، لوجود العدد. وقيل: يجوز للجد، لتمام ولايته من الطرفين. ولو وكَّل الوليُّ رجلًا، ووكَّله الخاطب، أو وكَّله في تزويجه لنفسه، فتولى الطرفين، لم يصح على الصحيح.

المسألة الخامسة: زوَّج أمته بعبده الصغير، وجوَّزنا له إجباره، فهو كتولي الجد طرفيه.

المسألة السادسة: ابنا عمٍّ، أحدُهما لأب، والآخر لأبوين، أراد الأول نكاحها، يزوجه الثاني، وإن أراد الثاني وقلنا: هما سواء، زوَّجه الأول، وإلّا، فالقاضي.

المسألة السابعة: قالت لابن عمها أو معتقها: زوجني، أو زوجني مَن شئت، ليس للقاضي تزويجه بها بهذا الإذن، لأن المفهوم منه التزويج بأجنبي. وإن قالت: زوجني نفسك، حكى البغوي عن بعض الأصحاب: أنه يجوز للقاضي تزويجه إياها. قال: وعندي لا يجوز، لأنها إنما أذنت له، لا للقاضي.

الطرف الخامس: في التوكيل، التوكيل بالتزويج جائز. فإن كان الولي مجبِرًا، فله التوكيل بغير إذنها على الصحيح. وقيل: يشترط إذنها، حكاه الحناطي والقاضي أبو حامد. فعلى هذا، إن كانت صغيرة، امتنع التوكيل. فعلى الصحيح: إذا وكَّل لا يشترط تعيين الزوج على الأظهر. ولو أذنت الثيب في النكاح أو البكر لغير الأب والجد، ففي اشتراط التعيين القولان. وقيل: لا يشترط قطعًا، لأن الولي يعتني بدفع العار عن النسب، بخلاف الوكيل. قال الإمام: وظاهر كلام الأصحاب يقتضي طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة، لكن القياس تخصيصه بمن لم ترض. فأمّا من أسقطت الكفاءة، فلا معنى لاشتراط التعيين فيها. وإذا جوزنا التوكيل المطلق، فعلى الوكيل رعاية النظر. فلو زوج لغير كفءٍ، لم يصح على الصحيح. وحكى ابن كج وجهًا: أنه يصح، ولها الخيار. فإن كانت صغيرة، خيِّرت عند البلوغ.

ولو خطب كفآن، وأحدهما أشرف، فزوَّج الآخرَ، لم يصح. وإذا جوزنا

الإذن المطلق، فقالت: زوجني ممن شئتَ، فهل له تزويجها غير كفءٍ؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام والسرخسي وغيرهما: نعم، كما لو قالت: زوجني ممن شئت كفئًا كان أو غيره. هذا كله إذا كان الولي مجبرًا. فإن كان غير مجبر، لكونه غير الأب والجد، أو كانت ثيبًا، ففيه صور:

إحداها: قالت: زوجني ووكل، فله كل واحد منهما.

الثانية: نهت عن التوكيل، لا يوكل.

الثالثة: قالت: وكل بتزويجي واقتصرتْ عليه، فله التوكيل. وهل له أن يزوج بنفسه؟ وجهان: أصحهما: نعم.

الرابعة: قالت: أذنتُ لك في تزويجي، فله التوكيل على الأصح، لأنه متصرف بالولاية. ولو وكَّل من غير مراجعتها واستئذانها بالكلية، لم يصح على الصحيح، لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذٍ. والثاني: يصح. فعلى هذا، يستأذن الوليُّ أو الوكيلُ للولي، ثم يزوج. ولا يجوز أن يستأذن لنفسه. ثم إذا وكَّل غير المجبر بعد إذن المرأة، فهل يشترط تعيين الزوج إن أطلقت الإذن؟ وجهان كما في توكيل المجبر.

قال الإمام: وإذا عينت زوجًا، سواء شرطنا تعيينها، أم لا، فليذكره الولي للوكيل. فإن لم يفعل وزوَّج الوكيلُ غيره، لم يصح. وكذا لو زوَّجه، لم يصح على الظاهر، لأن التفويض المطلق ـ مع أن المطلوب معيَّن ـ فاسد. وهذا كما لو قال الولي للوكيل: بع مال الطفل بالعين، فباع بالغبطة، لم يصح.

فرع: قالت: أذنتُ لك في تزويجي، ولا تزوِّجني بنفسك، قال الإمام: قال الأصحاب: لا يصح هذا الإذن، لأنها منعت الولي، وجعلت التفويض للأجنبي، فأشبه الإذن للأجنبي ابتداءً.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنه إذا لم يكن ولي سوى الحاكم، فأمر قبل أن يستأذنها رجلًا بتزويجها، فزوَّجها الرجل بإذنها، هل يصح النكاح؟ يبنى على أن استنابة القاضي في شغل معين ـ كتحليف وسماع شهادة ـ يجري مجرى الإستخلاف، أم لا؟ إن قلنا: نعم، جاز قبل استئذانها، وصح النكاح، وإلا، فلا يصح على الأصح، كتوكيل الولي قبل الإذن.

فصل: في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح فيقول وكيل الولي للزوج: زوَّجتُك بنت فلان. فإن كان الوكيل للزوج، قال الولي: زوَّجت بنتي فلانًا، فيقول وكيله: قبلت نكاحها له. فلو لم يقل: «له»، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج: «قبلت» ولم يقل: «نكاحها». ولو قال الولي لوكيل الزوج: زوّجت بنتي لك، فقال:

قبلت نكاحها لفلان، لم ينعقد. وإن قال: قبلت نكاحها، وقع العقد للوكيل، ولم ينصرف إلى الموكل بالنية.

ولو جرى النكاح بين وكيلين، فقال وكيل الولي: زوَّجت فلانة فلانًا، فقال وكيل الزوج: قبلتُ نكاحها لفلان، صح. وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري: بعتك، ويقول الوكيل: اشتريتُ وينوي موكلَه، فيقع العقد للموكل وإن لم يسمه. وفرَّقوا بينهما بوجهين: أحدهما: أن الزوجين كالثمن والمثمن، ولا بد من تسميتهما. الثاني: أن البيع يرد على المال، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص، والنكاح يرد على البضع، وهو لا يقبل النقل، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالة، فأنكرها زيد، لم يصح العقد. ولو اشترى لزيد، فأنكرها، صح الشراء للوكيل. ولو قال وكيل الزوج أولًا: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوَّجتُها فلانًا، جاز. ولو اقتصر على قوله: زوجتها، ولم يقل: فلانًا، فعلى الخلاف السابق.

فرع: إذا قبل الأب النكاح لابنه بالولاية، فليقل الولي: زوَّجتُ فلانة بابنك، فيقول الأب: قبلتُ نكاحها لابني.

فرع: كانت بنتُه مزوجة أو معتدة، فقال: إذا طلقتْ أو انقضت عدتها، فقد وكَّلتُك بتزويجها، فقولان: كما لو قال: إذا مضت سنة، فقد وكلتك بتزويجها. وهذا تفريع على أنه لو قال: وكَّلتك بتزويجها إذا طلقها، يصح، كقوله: زوِّجها إذا مضت سنة. وفي وجه: لا يصح هذا التوكيل، وقد سبق بيانهما في الوكالة.

فرع: لا يشترط في التوكيل بالتزويج ذِكر المهر، لكن لو سمَّى قدرًا، لم يصح التزويج بدونه، كما لو قال: زوِّجها في يوم كذا، أو مكان، فخالف الوكيل، لا يصح. ولو أطلق التوكيل، فزوَّج الوكيل بدون مهر المثل، أو لم يتعرض للمهر، أو نفاه، ففيه خلاف نذكره في آخر الباب الثاني من «كتاب الصداق» إن شاء الله تعالىٰ. ولو وكله بقبول نكاح امرأة، وسمى مهرًا، لم يصح القبول بما زاد عليه. وإن لم يسمِّ، فليقبل نكاح امرأة تكافئه، مهر المثل أو أقل. فإن تزوَّج له من لا تكافئه، لم يصح. وقيل: إن قبل بأكثر من مهر المثل، أو بغير نقد البلد، أو بعين من أعيان مال الموكل، أو من مال نفسه، فوجهان: أحدهما: يصح النكاح، وعلى الموكل مهر المثل من نقد البلد. والثاني: لا يصح، كالبيع. هكذا فصَّل المسألة البغوي.

ولك أن تتوقف في موضعين. أحدهما: تصحيح إطلاق التوكيل في قبول نكاح امرأة، لأنه لو وكله في شراء عبد، اشترط بيان نوعه وتفصيله، فالإشتراط هنا أولى.

الثاني: حكمه ببطلان قبول من لا تكافئه، لأنا سنذكر أن للولي أن يزوج الصغير من لا تكافئه. وإذا جاز للولي، فكذا للوكيل عند إطلاق التوكيل.

فرع: قال: أقبل لي نكاح فلانة على عبدك هذا، ففعل، صح النكاح. وفي العبد وجهان: أحدهما: لا تملكه المرأة، بل على العبد مهر المثل. والثاني: تملكه. وهل هو قرض، أم هبة؟ وجهان.

الطرف السادس: فيما يلزم الولي. فإن كان مجبرًا، فقد ذكرنا أن عليه الإجابة إلى التزويج إذا طلبت. ويلزمه تزويج المجنونة والمجنون عند الحاجة بظهور أمارات التَّوَقان، أو بتوقُّع الشفاء عند إشارة الأطباء، ولا يلزمه تزويج ولديه الصغير والصغيرة لعدم الحاجة. فلو ظهرت الغبطة في تزويجهما، ففي الوجوب احتمال للإمام، كما إذا طلب ماله بزيادة، يجب البيع. والوجوب في الصغير أبعد، للزوم المؤن. أما غير المجبر، فإن تعين، كأخ واحد، لزمه الإجابة إذا طلبت كالمجبر، ويجيء فيه الخلاف المذكور هناك. وإن لم يتعين كإخوة، فطلبت من بعضهم، وجبت على الأصح. ولو عضل الواحد أو الجمع، زوَّج السلطان كما سبق.

فصل: إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحًا بصداق من مال الابن، فإن كان عَينًا، فذاك، ولا تعلق له بالأب. وإن كان دَينًا، فقولان: القديم: أن الأب يكون ضامنًا للمهر بالعقد. والجديد: لا يكون ضامنًا، إلا أن يضمن صريحًا، كما لو اشترى لطفله شيئًا. فإن كان الثمن عليه، لا على الأب، قال ابن كج: القولان فيما إذا أطلق. فإن شرطه على الابن، فعلى الابن قطعًا.

ثم قال العراقيون وعامة الأصحاب: القولان إذا لم يكن للابن مال. فإن كان، فالأب غير ضامن قطعًا. وقيل بطرد القولين. فإن قلنا بالجديد، فتبرع بالأداء، لم يرجع، وكذا الأجنبي. وإن ضمن صريحًا، وغرم، فقصد الرجوع هنا بمنزلة إذن المضمون عنه. فإن ضمن بقصد الرجوع، وغرم بقصد الرجوع، رجع، وإلا، فعلى الخلاف المذكور في الضمان بغير الإذن. وإن ضمن بشرط براءة الأصيل، قال القاضي حسين: إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل، فهذا ضمان فاسد شُرِط في الصداق. وقد سبق ذكر قولين في أن شرط الضمان الفاسد أو الرهن الفاسد في عقد هل يُفسد العقد؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل، فالشرط هنا فاسد، لأنه لا دين في ذمة المعقود له. وإذا فسد الشرط، ففي فساد الضمان وجهان سبقا في «الضمان». فإن قلنا بالقديم، فغرم، قال القاضي حسين والشيخ أبو علي: لا يرجع على الابن، لأنه غرم بالشرع، كما لا ترجع العاقلة على الجاني. واعترض الإمام فقال: المطالبة متوجهة على الابن، بخلاف الجاني. فعلى هذا، يرجع إن

قصد الرجوع عند الأداء، وبهذا قطع البغوي. ولو شرط الأب أن لا يكون ضامنًا، فعن القاضي: أنه يبطل العقد على القديم. قال الإمام: وهذا وهم من الناقلين عنه، فإن النكاح لا يفسد بمثل ذلك، ولعله قال: يبطل الشرط ويلزم الضمان.

فصل: يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف، وعليه استنماؤه قدر ما لا تأكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك، ولا تلزمه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية. وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه، لزمه بيعه. ولو كان شيء يباع بأقل من ثمنه، وللطفل مال، لزمه شراؤه إذا لم يرغب فيه لنفسه، هكذا أطلقه الإمام والغزالي في الطرفين، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة، بل بالأموال المعدَّة للتجارة. أما ما يحتاج إلى عينه، فلا سبيل إلى بيعه وإن ظهر طالب بالزيادة. وكذا العقار الذي يحصل منه كفايته. وكذا في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء رخيصًا، لكنه عرضة للتلف، ولا يتيسر بيعه لقلة الراغبين فيه، فيصير كَلاًّ على مالكه.

فرع: إذا تضجر الأب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه، رفع الأمر إلى القاضي لينصب قيِّمًا بأجرة، وله أن ينصب بنفسه، ذكره الإمام. ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجرة على عمله، فالذي يوافق كلام الجمهور: أنه لا يجيبه إليه غنيًا كان أو فقيرًا، إلا أنه إذا كان فقيرًا ينقطع عن كسبه، فله أن يأكل منه بالمعروف كما سبق في «الحجر»، وذكر الإمام أن هذا هو الظاهر. قال: ويجوز أن يقال: يثبت له أجرة، لأن له أن يستأجر، فجاز له طلبها لنفسه، وبهذا الاحتمال قطع الغزالي. وعلى هذا، لا بد من تقدير القاضي، وليس له الاستقلال به، وهذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل. فإن وجد متبرع، وطلب الأب الأجرة، فقد أشار الإمام إلى وجهين أيضًا: الصحيح: أنه لا يثبتها له، للإستغناء عنه. والثاني: يثبتها، لزيادة شفقته، كما تُقدَّم الأم في الرضاع على قولٍ على المتبرعة.

الطرف السابع: في خصال الكفاءة:

إحداها: التنقي من العيوب المثبتة للخيار، واستثنى البغوي منها التعنين وقال: لا يتحقق، فلا ينظر إليه. وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره: التسوية بين التعنين وغيره، وإطلاق الجمهور يوافقه. فمن به عيب، ليس كفئًا لسليمةٍ منه، وكذا إن كان بها ذلك العيب، لكن ما به أفحش، أو أكثر، فليس بكفءٍ. فإن تساويا، أو كان ما بها أكثر، فوجهان بناءً على ثبوت الخيار في هذه الحالة، ويجريان لو كان مجبوبًا وهي رتقاء، وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة، كالعمى، والقطع، وتشوّه الصورة. وقال: هي تمنع الكفاءة عندي، وبه قال بعض الأصحاب، واختاره الصيمري.

الثانية: الحرية، فلا يكون رقيق كفئًا لحرة أصليَّة ولا عتيقة، ولا عتيقٌ لأصليَّة، ولا من مس الرق أحد آبائه لمن لم يمس أحدًا من آبائها، ولا من مس أبًا أقرب في نسبه لمن مس أبًا أبعد من نسبها. ويشبه أن يكون الرق في الأمهات مؤثرًا، ولذلك تعلق به الولاء.

والمفهوم من كلام الأصحاب، أن الرق في الأمهات لا يؤثر. وقد صرح بهذا صاحب «البيان» فقال: من ولدته رقيقة كفءٌ لمن ولدته عربيّة، لأنه يتبع الأب في النسب. والله أعلم.

الثالثة: النسب، فالعجمي ليس كفئًا للعربية، ولا غير القرشي للقرشية، ولا غير الهاشمي والمطلبي للهاشمية أو المطلبية. وبنو هاشم وبنو المطلب أكفاءٌ. وحكي وجه: أن قريشًا بعضهم أكفاءٌ بعض، ويعتبر النسب في العجم كالعرب. وقال القفال والشيخ أبو عاصم: لا يعتبر، لأنهم لا يعتنون بحفظها وتدوينها. والأول أصح. ومقتضاه الإعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضًا، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء.

ومقتضى كلام الأكثرين، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض، كما صرح به هؤلاء الجماعة. وذكر الشيخ إبراهيم المروذي، أن غير كنانة ليسوا أكفاءً لكنانة. ومما يتعلق بهذا ما حكاه في «البيان» عن الصيمري، أنه قال: موالي قريش أكفاءٌ لقريش، وكذا موالي كل قبيلة أكفاءٌ لها، قال: وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاءٍ، وهو الصحيح. والله أعلم.

فرع: الاعتبار في النسب بالأب، فمن أبوه عجمي وأمه عربية، ليس بكفءٍ لمن أبوها عربي وأمها عجمية.

الرابعة: الدين والصلاح، فمن أسلم بنفسه، ليس كفئًا لمن لها أبوان أو ثلاثة في الإسلام، وقيل: كفءٌ، وقيل: لا ينظر إلا إلى الأب الأول والثاني، فمن له أبوان في الإسلام، كفءٌ لمن لها عشرة آباء في الإسلام، والأول أصح. والفاسق ليس بكفءٍ للعفيفة، ولا تعتبر الشهرة، بل من لا يشهر بالصلاح كفءٌ للمشهورة به. وإذا لم يكن الفاسق كفئًا للعفيفة، فالمبتدع أولى أن لا يكون كفئًا للنسيبة، وقد نص عليه الروياني رحمه الله.

الخامسة: الحرفة. فأصحاب الحِرَف الدنيَّة ليسوا أكفاءً لغيرهم. فالكنَّاس، والحجَّام، وقيِّم الحمام، والحارس، والراعي ونحوهم، لا يكافؤون بنت الخياط، والخياط لا يكافىء بنت تاجر أو بزّاز، ولا المحترف بنت القاضي والعالم.

وذكر في «الحلية» أنه تراعى العادة في الحِرَف والصنائع، لأن في بعض البلاد التجارةُ أولى من الزراعة، وفي بعضها بالعكس.

فرع: الحرفة الدنيَّة في الآباء، والإشتهار بالفسق، مما يعيَّر به الولد، فيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيَّة، أو مشهورًا بفسق، مع من أبوها عدل، كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم.

والحق أن يجعل النظر في حق الآباء دِينًا وسِيرة وحِرفة من حيِّز النسب، فإن مفاخر الآباء ومثالبهم، هي التي يدور عليها أمر النسب، وهذا يؤكد اعتبار النسب في العجم. ويقتضي أن لا تطلق الكفاءة بين غير قريش من العرب.

السادسة: اليسار على وجه. والأصح: أنه غير معتبر. فإن اعتبرناه، فوجهان: أحدهما: أن المعتبر يسار بقدر المهر والنفقة، فإذا أيسر به، فهو كفءٌ لصاحبه الألوف. وأصحهما: لا يكفي ذلك، بل الناس أصناف، غني، وفقير، ومتوسط، وكل صنف أكفاءٌ وإن اختلفت المراتب. وفي «فتاوى» القاضي حسين: أنه لو زوَّج بنته البكر بمهر مثلها رجلًا معسرًا بغير رضاها، لم يصح النكاح على المذهب، لأنه بخس حقها، كتزويجها بغير كفءٍ.

فرع: ليس من الخصال المعتبرة في الكفاءة الجمالُ ونقيضه، لكن ذكر الروياني، أن الشيخ لا يكون كفئًا للشابة على الأصح، وأن الجاهل ليس كفئًا للعالمة، وهذا فتح باب واسع.

والصحيح خلاف ما قاله الروياني. قال أصحابنا: وليس البخل والكرم والطول والقِصَر معتبرًا. قال الصيمري: واعتبر قوم البلد، فقالوا: ساكن مكة والمدينة والبصرة والكوفة، ليس كفئًا لساكن الجبال، قال: وهذا ليس بشيءٍ. والله أعلم.

فرع: مقتضى كلام الجمهور، أن خصال الكفاءة لا تقابل بعضها ببعض، وقد صرح به البغوي وأبو الفرج السرخسي، حتى لا تزوَّج سليمة من العيوب دنيَّة بمعيب نسيب، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف، ولا رقيقة عفيفة بحرٍّ فاسق، وتكفي صفة النقص في المنع. وفصّل الإمام فقال: السلامة من العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج، وكذا الحرية، وكذا النسب.

وفي انجبار دناءة نسبه بعفته الظاهرة، وجهان: أصحهما: المنع، قال: والتنقي من الحرف الدنيَّة، يقابله الصلاح وفاقًا. والصلاح إن اعتبرناه، يقابل بكل خصلة، والأمَةُ العربية بالحرِّ العجمي على هذا الخلاف.

فرع: قال الإمام والغزالي: لا اعتبار بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظَّلمَة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم، وهذا الذي قالاه، لا يساعده كلام النَّقَلة. وقد قال المتولي: للعجم عرف في الكفاءة، فيعتبر عرفهم.

واعلم أن صاحب «الشامل» نقل قولًا عن كتاب البويطي: أن الكفاءة في الدّين وحده، والمشهور ما سبق.

فصل: الكفاءة حق المرأة والولي واحدًا كان أو جماعة مستوين في درجة. فإن زوَّجها بغير كفءٍ وليُّها المنفرد برضاها، أو أحد الأولياء برضاها ورضى الباقين، صح النكاح، فالكفاءة ليست شرطًا للصحة. وإذا زوَّجها الولي الأقرب بغير كفءٍ برضاها، لم يكن للأبعد الإعتراض. فلو كان الذي يلي أمرها السلطان، فهل له تزويجها بغير كفءٍ إذا طلبته؟ قولان أو وجهان: أصحهما: المنع، لأنه كالنائب، فلا يترك الحظ. ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفءٍ برضاها دون رضى الباقين، لم يصح على المذهب. وفي قول: يصح، ولهم الخيار في فسخه. وقيل: يصح قطعًا. وقيل: لا يصح قطعًا. وإن زوجها أحدهم أو كلهم بغير رضاها، وكانت قد أذنت في التزويج مطلقًا، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، أو زوَّج الأب أو الجد البكر الصغيرة أو البالغة بغير كفءٍ بغير إذنها، لم يصح على المذهب. وقيل: يصح. وقيل: إن علم الولي عدم الكفاءة، فالنكاح باطل، وإلا، فصحيح. وإذا صححنا، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة، وإن كانت صغيرة، فإذا بلغت، تخيَّرت. وحكى الإمام وجهًا: أنها لا تتخيَّر، وعليها الرضى بعقد الأب. وهل للولي الخيار في صغرها؟ وجهان: ورواهما القاضي أبو الطيب قولين. أحدهما: نعم، كما لو اشترى للصغير معيبًا. والثاني: لا، لأنه خيار شهوة. وهذا الخلاف فيما ذكره الحناطي والبغوي ورآه الإمام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج، فإن علم، فلا خيار له. وطرده ابن كج وآخرون في حالتَي العلم والجهل، وقالوا: ليس هو عاقدًا لنفسه حتى يؤاخذ بعلمه.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنها لو أقرت بنكاح لغير كفءٍ، فلا اعتراض للولي، لأنه ليس بإنشاء عقد، ولا يُقبل قوله: «ما رضيَتْ»، كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي، لا يقبل إنكاره، قال: ولو زوِّجتْ بوكالة، ثم أنكر الولي التوكيل والمرأة ساكتة، فالقول قول الولي. فلو أقرت بالنكاح، قبل قولها.

فرع: إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لا تكافئه، نظر، فإن كانت معيبة بعيب يثبت الخيار، ففي صحة النكاح الخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفءٍ. والمذهب: أنه يصح. وقيل: لا يصح إنكاحه الرتقاء والقرناء قطعًا، لأنه بذل مال في بضع لا ينفع، بخلاف تزويج الصغيرة بمجبوب. وإن زوَّجه أمة، لم يصح، لأنه لا يخاف العنت. وإن زوجه بمن لا تكافئه بجهة أخرى، صح على الأصح، إذ لا عار على الرجل في استفراش من دونه. فإن صححنا، فالتفريع كما سبق في

الصغيرة. وإن زوجه عمياء، أو عجوزًا، أو مفقودة بعض الأطراف، فوجهان: ويجب أن يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى والأقطع والشيخ الهِمّ الوجهان. وإن زوّج المجنون أمة، جاز إن كان معسرًا وخشي عليه العنت. وفي وجه: لا يجوز، لأنه لا يخشى عليه وطءٌ يوجب حدًا أو إثمًا، وهو ضعيف. وإن كان النقص بسبب آخر، فعلى ما ذكرنا في الصغيرة.

فرع: زوج بنته بخنثى قد بان رجلًا، أو ابنه بخنثى قد بان امرأة، فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب، فالخنثى كالمجنون والمجنونة، وإلّا، فكالأعمى.

والخصي كالخنثى في هذا، قال البغوي: وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقًا فزوَّجها بخصي أو خنثى. والله أعلم.

فرع: للسيد أن يزوِّج أمته برقيق ودنيء النسب، ولا يزوجها من به عيب يثبت الخيار، ولا من لا يكافئها بسبب آخر. فإن خالف، فهل يبطل النكاح، أم يصح ولها الخيار؟ فيه مثل الخلاف السابق. وفي وجه ضعيف: يصح بلا خيار. ولو زوجها بمعيب برضاها، لم يكن لها الامتناع من تمكينه، وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب. وهل لها الامتناع من تمكينه؟ وجهان.

ومما يتعلق بالفصل، لو زوَّجها بعض الأولياء بكفءٍ بدون مهر المثل برضاها دون رضى بقية الأولياء، صح قطعًا، إذ لا حق لهم في المهر، ولا عار. ولو طلبت التزويج برجل، وادعت كفاءته، وقال الولي: ليس بكفءٍ، رفع إلى القاضي، فإن ثبتت كفاءته، ألزمه تزويجها، فإن امتنع، زوجها القاضي به، وإن لم تثبت، لم يلزمه تزويجها به. قال البغوي: ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقين بغير كفءٍ، فاختلعت منه، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقين، فقيل: يصح قطعًا، لأنهم رَضُوا به أولًا. وقيل: على الخلاف، لأنه عقد جديد. ولو امتنعوا، فلهم ذلك بلا خلاف. قال: ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفءٍ، فسكتت، فهل يصح قطعًا، أم يكون على الخلاف؟ فيه طريقان: والمذهب: الصحة. وقد سبقت المسألة في أول الباب. قال الشافعي رحمه الله في «الإملاء»: لو زوَّج أخته، فمات الزوج، فادعى وارثه أن الأخ زوَّجها بغير رضاها، وأنها لا ترث، فقالت: زوَّجني برضاي، فالقول قولها وترث، قال في «الإملاء»: وإن قال رجل: هذه زوجتي، فسكتت فمات، ورثته، وإن ماتت، لم يرثها، لأن إقراره يقبل عليه دونها. ولو أقرت بزوجية رجل، فسكت فماتت، ورثها، وإن مات، لم ترثه. والله أعلم.

الطرف الثامن: في اجتماع الأولياء. فإذا اجتمعوا في درجة، كالإخوة

والأعمام وبنيهم، استحب أن يزوجها أفضلهم بالفقه أو الورع، وأسنهم، برضى الباقين، لأن هذا أجمع للمصلحة. ولو تعارضت هذه الخصال، قدِّم الأفقه، ثم الأورع، ثم الأسن. ولو زوَّج غير الأسن والأفضل برضاها بكفءٍ، صح، ولا اعتراض للباقين. ولو تنازعوا، وقال كلٌّ: أنا أزوج، نظر، إن تعدد الخاطب، فالتزويج ممن ترضاه المرأة، فإن رضيتهما جميعًا، نظر القاضي في الأصلح وأمر بتزويجه، كذا ذكره البغوي وغيره. وإن اتحد الخاطب، وتزاحموا على العقد، أقرع بينهم، فمن خرجت قرعته، زوَّجها، فإن بادر غيره فزوَّجها، صح على الأصح. وقيل: لا يصح. فعلى هذا، هل يختص هذا الوجه بما إذا اقترعوا من غير ارتفاع إلى مجلس القاضي، أم يختص بقرعة ينشئها القاضي؟ فيه تردد للإمام. هذا كله إذا أذنت لكل واحد على الإنفراد، أو قالت: أذنتُ في فلان، فمن شاء من أوليائي فليزوجني به. ولو قالت: زوجوني، اشترط اجتماعهم على الأصح. ولو قالت: رضيت أن أزوَّج، أو رضيتُ بفلان زوجًا، فوجهان: أحدهما: ليس لأحد تزويجها، لأنها لم تأذن لجميعهم إذنًا عامًا، ولا خاطبت واحدًا، فصار كقولها: رضيت أن يباع مالي. وأصحهما: يصح، ولكل واحد تزويجها، لأنهم متعينون شرعًا، والشرط رضاها وقد وجد. فعلى هذا، لو عيَّنت بعد ذلك واحدًا، ففي انعزال الباقين وجهان: وقطع في «الرقم» بالانعزال، وقطع البغوي بخلافه.

فصل: إذا أذنت لأحد الوليين أن يزوجها بزيد، وللآخر أن يزوجها بعمرو، وأطلقت الإذن، وصححناه، فزوَّج واحدٌ زيدًا، وآخر عمرًا، أو وكل الولي المجبر رجلًا، فزوجها الولي زيدًا، والوكيل عمرًا، أو وكل رجلين، فزوّج أحدهما زيدًا، والآخر عمرًا، فللمسألة خمس صور:

إحداها: أن يسبق أحد النكاحين ونعلمه، فهو الصحيح. والثاني باطل، سواء دخل الثاني، أم لا، وإنما يعلم السبق بالبينة أو التصادق.

الثانية: أن يقعا معًا، فباطلان. ولو اتحد الخاطب، وأوجب كل واحد من الوليين النكاح له معًا، صح على الصحيح، ويتقوَّى كل واحد من الإيجابين بالآخر، وحكى العبادي عن القاضي وغيره: أنه لا يصح، لأنه ليس أحدهما أولى بالإعتبار، فتدافعا.

الثالثة: إذا لم يعلم السبق والمعيَّة، وأمكنا، فباطلان، لأن الأصل عدم الصحة، كذا أطلقه الجمهور، ونقل الإمام وغيره وجهًا: أنه لا بد من إنشاء فسخ، لاحتمال السبق.

الرابعة: أن يسبق واحد معين، ثم يخفى، فيتوقف حتى يبين، ولا يجوز

لواحد منهما الإستمتاع بها ولا لثالث نكاحها، إلا أن يطلقاها، أو يموتا، أو يطلق أحدهما، أو يموت الآخر.

وطرد بعضهم في هذه الصورة القولين المذكورين في الصورة الخامسة، وهو ضعيف.

الخامسة: إذا علم سبق أحدهما، ولم يعلم عينه، فباطلان على المنصوص، وهو المذهب، كما لو احتمل السبق والمعيّة لتعذر الإمضاء. وقيل: قولان: أحدهما: هذا، والثاني: مخرَّج من الجمعين في مثل هذه الصورة: أنه يتوقف كما في الصورة الرابعة. فعلى المذهب، هل يبطلان بلا فسخ؟ أم لا بد من إنشاء فسخ؟ فيه الخلاف السابق في الصورة الثالثة، فإن شرطنا الإنشاء، ففيمن يفسخ أوجه: أصحها: الحاكم أو المحكَّم إن جوزنا التحكيم. والثاني: للمرأة الفسخ بغير مراجعة الحاكم. والثالث: للزوجين الفسخ أيضًا. وحيث أبطلنا النكاحين، فلا مهر، إلا أن يوجد دخول، فيجب مهر المثل. وإذا أبطلنا عند احتمال السبق والمعيّة، وفيما إذا سبق أحدهما ولم يعلم، فهل يبطل ظاهرًا وباطنًا، أم ظاهرًا فقط؟ وجهان: فعلى الأول، لو ظهر وتعين السابق بعدُ، فلا زوجية. ولو نكحت ثالثًا، فهي زوجة الثالث. وإن قلنا بالثاني، فالحكم بخلافه.

فرع: إذا قلنا بالتوقف، فمات أحدهما، وقفنا من تركته ميراث زوجه. ولو ماتت، وقفنا ميراث زوج بينهما حتى يصطلحا أو يبين الحال، وفي وجوب نفقتها في مدة التوقف ومدة الحبس قبل الفسخ إذا قلنا به، وجهان: أحدهما: لا، لعدم التمكين، والأصل البراءة. والثاني: نعم، لصورة العقد وعدم النشوز مع حبسها. والأول أصح عند الإمام. وبالثاني قطع ابن كج. فإن أوجبنا، وزِّعت عليهما. فإن تعين السابق، رجع الآخر عليه بما أنفق. قال أبو عاصم: ويحتمل أن يقال: إنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم، وبهذا قطع ابن كج، وأما المهر، فلا يطالب به واحد منهما.

فرع: جميع ما سبق، هو فيما إذا تصادقوا في كيفية جريان العقد. أما إذا تنازعوا، وادعى كل زوج سبقه، وأنها زوجته، فينظر، إن لم يدّعيا عليها، لم يعتبر قولهما، ولا تسمع دعوى أحدهما على الآخر، ولا يحلِّف أحدهما الآخر. هكذا قاله الجمهور. وقال الصيدلاني والعبادي في «الرقم»: يحلفان فلعله يظهر الحق. قال الإمام: هذا لا مجال له إن زعما علم المرأة بالحال، بل تراجع هي. فإن اعترفا بأنها لم تعلم، فهو محتمل وينقدح في البداءة تخيير القاضي أو الإقراع. فإن حلفا أو نكلا، فهو كما لو اعترفا بالإشكال. وإن حلف أحدهما فقط، قضي له. وإن ادعيا على المرأة، فذاك ضربان: أحدهما: أن يدعيا علمها بالسبق. فإن كانت

الصيغة: إنها تعلم سبق أحد النكاحين، لم تسمع الدعوى، للجهل. وإن قال كل واحد: هي تعلم أن نكاحي سابق، فقال صاحب «التقريب» والشيخ أبو محمد وغيرهما: يبنى على القولين في إقرار المرأة بالنكاح، هل يقبل؟ فإن لم يقبل، لم تسمع الدعوى، إذ لا فائدة. وإن قلنا: تقبل وهو الأظهر، سمعت. وحينئذٍ، إما أن تُنْكِر، وإما أن تُقِر.

الحالة الأولى: أن تُنْكِر العِلْم بالسبق، فتحلف عليه. وهل يكفي لهما يمين واحدة، أم يجب يمينان؟ قال البغوي: يمينان. وقال القفال: إن حضرا وادعيا، حلفت يمينًا، وهو مقتضى كلام ابن كج. وقال الإمام: إن حضرا ورضيا بيمين، كفت. وإن حلفها أحدهما، ثم حضر الآخر، فهل له تحليفها؟ وجهان: لأن القضية واحدة، ونفي العلم بالسبق يشملهما. فإذا حلفت كما ينبغي، فقيل: لا تحالف بين الزوجين، وقد أفضى الأمر إلى الإشكال، وضعفه الإمام وقال: إنما حلفت على نفي العلم بالسبق، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة، فيبقى التداعي والتحالف بينهما. والذي أنكرناه ابتداء التحالف من غير ربط الدعوى بها، وبهذا قطع الغزالي. وإن نكلت هي، رددنا اليمين عليهما. فإن حلفا أو نكلا، جاء الإشكال، وإلا فيقضى للحالف، وإذا حلفا ونكلا، فلا شيء لهما عليها. وفي كتاب الحناطي وجه: أنهما إذا حلفا واندفع النكاحان، فلكل واحد عليها مهر المثل، وهو ضعيف.

ويمينها ـ حلفت أو نكلت ـ تكون على البَتّ دون نفي العلم، ولا حاجة إلى التعرُّض لعلمها.

الحالة الثانية: أن تقر لأحدهما بالسبق، فيثبت النكاح له. وفي سماع دعوى الثاني عليها وتحليفها قولان بناءً على أنها لو أقرت للثاني بعد إقرارها للأول هل تغرم للثاني؟ وفيه القولان السابقان في الإقرار لعمرو بدار أقرَّ بها لزيد أولًا. فإن قلنا: تغرم، سمعت الدعوى وحلفها، وإلّا، فقولان بناءً على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه، أو كبينة يقيمها المدعي؟ وفيه قولان: أظهرهما: كالإقرار. فعلى هذا، لا تسمع دعواها، لأن غايتها أن تقر أو يحلف هو بعد نكولها، وهو كإقرارها، ولا فائدة فيه على هذا القول. وإن قلنا: كالبينة، فله أن يدعي ويحلفها. فإن حلفت، سقطت دعواه. وإن نكل، ردت اليمين عليه. فإن نكل، فكذلك. وإن حلف، بني على أن اليمين المردودة كالإقرار، أم كالبينة؟ إن قلنا: كالإقرار، فوجهان: أحدهما: يندفع النكاحان، لتساويهما في أن مع كل واحد إقرارًا. وحكي هذا عن نصه في القديم. وأصحهما: إستدامة النكاح للأول، ولا يرتفع بنكولها المحتمل للتورع، فيصير كما لو أقرت للأول، ثم للثاني. وإن قلنا:

كالبينة. فقيل: يحكم بالنكاح للثاني، لأن البينة تقدم على الإقرار. وبهذا قطع في «المهذب». وقال الصيدلاني وآخرون: الصحيح إستدامة النكاح للأول، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق الحالف والناكل، لا في حق غيرهما.

وإذا اختصرت قلت: هل يندفع النكاحان، أم تسلَّم للأول، أم للثاني؟ فيه أوجه: إن سلمت للأول، غرمت للثاني، وحيث تغرم، نغرِّمها ما يغرم شهود الطلاق إذا رجعوا؟ وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالىٰ.

فرع: لو كانت خرساء، أو خرست بعد التزويج، فأقرت بالإشارة بسبق أحدهما، لزمها الإقرار، وإلا، فلا يمين عليها، والحال حال الإشكال، حكي هذا عن نصه.

فرع: حلفت لأحدهما: لا تعلم سبقه، لا تكون مقرة للآخر، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق، كانت مقرة للآخر، كذا قاله الإمام والبغوي. والمراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما، وإلا، فيجوز أن يقعا معًا، فلا تكون مقرة بسبق الآخر.

الضرب الثاني: أن يدّعيا عليها زوجيَّة مطلقة، ولا يتعرضا لسبق، ولا لعلمها به، فهذا يبنى على أن دعوى النكاح هل يشترط فيها التفصيل وذكر الشروط؟ وبيانه في «كتاب الدعوى والبينات». فإن سمعنا دعوى النكاح مطلقة، أو فصّلا القدر المحتاج إليه، ولم يتعرضا للسبق، لزمها الجواب الحازم، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق، لكنها إذا لم تعلم، فلها الجواب الجازم والحلف أنها ليست زوجته، وهذا كما إذا ادعى على رجل أن أباه أتلف كذا، وطلب غرمه من التركة، حلف الوارث أنه لا يعلم أن أباه أتلف.

ولو ادعى أنّ عليه تسليم كذا من التركة، حلف أنه لا يلزمه التسليم. وعدم العلم يجوز له الحلف الجازم.

فرع: هذا كله إذا كانت الدعوى على المرأة. فإن ادَّعيا على الولي، فإن لم يكن مجبرًا، لم تسمع الدعوى، لأن إقراره لا يقبل. وإن كان مجبرًا، فوجهان: أحدهما: كذلك، لأنه كالوكيل. وأصحهما: تسمع، لأن إقراره مقبول، ومن قُبِل إقراره، توجهت عليه الدعوى واليمين، فعلى هذا إن كانت صغيرة، حلف الأب. وإن كانت كبيرة، فوجهان: أحدهما: لا يحلف، للقدرة على تحليفها. وأصحهما: يحلف. ثم إن حلف الأب، فللمدعي أن يحلِّف البنت أيضًا. فإن نكلت، حلف اليمين المردودة، وثبت نكاحه. وفي «التهذيب»: أن المرأة إذا كانت بالغة، بكرًا أو ثيبًا، فالدعوى عليها.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يصح النِّكاح إِلَّا بشاهدين. وقال أَبو ثور: يصح من غير شهادة لأنه عقد فصح من غير شهادة كالبيع. وهذا خطأ لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح. خاطب وولي وشاهدان»[١] ويخالف البيع فإن القصد منه المال والقصد من النِّكاح الاستمتاع وطلب الولد ومبناهما على الاحتياط ولا يصح إِلَّا بشاهدين ذكرين فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضي الله عنها، ولا يصح إِلَّا بعدلين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «لا نكاح إِلَّا بوليّ وشاهدي عدل»[٢].

فإن عقد بمجهولي الحال ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أَبي سعيد الاصطخري: أنه لا يصح، لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالإثبات عند الحاكم. والثاني: يصح وهو المذهب لأنا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح أنكحة العامة إِلَّا بحضرة الحاكم لأنهم لا يعرفون شروط العدالة، وفي ذلك مشقة فاكتفى بالعدالة الظاهرة كما اكتفى في الحوادث في حقهم بالتقليد حين شق عليهم إدراكها بالدليل، فإن عقد بمجهولين ثم بان أنهما كانا فاسقين لم يصح لأنا حكمنا بصحته في الظاهر، فإذا بان خلافه حكم بإبطاله، كما لو حكم الحاكم باجتهاده ثم جدّ النص بخلافه. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان بناء على القولين في الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا فاسقين، وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح، لأن الأعمى يجوز أن يكون شاهدًا.

والثاني: لا يصح، لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظ العاقد ويصح بشهادة ابني أحد الزوجين، لأنه يجوز أن يثبت النِّكاح بشهادتهما وهو إذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما؟ أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة؟ فيه وجهان: أحدهما: يصح لأنهما من أهل الشهادة. والثاني: لا يصح لأنه لا يثبت هذا النِّكاح بشهادتهما بحال.

فصل: وإذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة: عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج: عقدنا بعدلين، ففيه وجهان: أحدهما: أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء العدالة. والثاني: أن القول قول الزوج، لأن الأصل عدم النِّكاح وإن تصادقا على أنهما تزوجا بولي وشاهدين، وأنكر الولي والشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهم لأن الحق لهما دون الولي والشاهدين.

فصل: ولا يصح إِلَّا على زوجين معينين لأن المقصود بالنِّكاح أعيانهما

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

فوجب تعيينهما، فإن كانت المنكوحة حاضرة فقال: زوجتك هذه صح. وإن قال: زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح، لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم للاسم، فلم يؤثر الغلط فيه، وإن كانت المنكوحة غائبة فقال: زوجتك ابنتي وليس له غيرها صح، وإن قال: زوجتك ابنتي فاطمة وهي عائشة صح، لأنه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب، فلم يؤثر الخطأ فيه، وإن كان له اثنتان فقال: زوجتك ابنتي لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة، وإن قال: زوجتك عائشة وقبل الزوج ونويا ابنته، أو قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونويا الكبيرة صح لأنها تعينت بالنية، وإن قال: زوجتك ابنتي ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح، لأن الإيجاب في امرأة والقبول في أخرى، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة، ونوى الصغيرة وقبل الزوج، ونوى الكبيرة، صح النِّكاح في عائشة في الظاهر، ولم يصح في الباطن، لأن الزوج قبل في غير ما أوجب الولي.

فصل: ويستحب أن يخطب قبل العقد، لما روي عن عبد اللّه قال: «علمنا رسول الله ﷺ خطبة الحاجة: الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيِّئات أعمالنا،من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلَّا الله وأن محمّدًا عبده ورسوله» قال عبد اللّه: ثم تصل خطبتك بثلاث آيات: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢] ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١] ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [الأحزاب: ٧٠][(١)]، فإن عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل بن سعد الساعدي «أن النبيّ ﷺ قال للذي خطب الواهبة، زوجتكها بما معك من القرآن»[(٢)] ولم يذكر الخطبة، ويستحب أن يدعو لهما بعد العقد، لما روى أَبو هريرة رضي الله عنه «أن النبيّ ﷺ كان إذا رفأ الإنسان إذا تزوج قال: بارك الله لك، وبارك عليك، وجمع بينكما في خير»[(٣)].

الشرح: قوله: «ولا يصح النكاح إلا بشاهدين» سيأتي بيان ذلك عند الكلام على أركان النكاح بإذن الله تعالى، أما الخِطبة ـ بكسر الخاء ـ قال الغزالي: هي مستحبة، ويمكن أن يحتج له بفعل النبي ﷺ، وما جرى عليه الناس، ولكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب، وإنما ذكروا الجواز. ثم المرأة إن كانت خلية عن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١١٨) وهو حديث صحيح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٣٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٢٥) وأبو داود في سننه برقم (٢١١١) والترمذي في سننه برقم (١١١٤) والنسائي في سننه (٦/ ١٢٣) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٨٩) وأحمد في المسند (٥/ ٣٣٠).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٣٠) والترمذي في سننه برقم (١٠٩١) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٠٥) وأحمد في المسند (٢/ ٣٨١).

النكاح والعدة، جازت خطبتها تعريضًا وتصريحًا، وإن كان معتدة، حرم التصريح بخطبتها مطلقًا. وأما التعريض، فيحرم في عدة الرجعيَّة، ولا يحرم في عدة الوفاة. وقيل: إن كانت عدة الوفاة بالحمل، لم تخطب، خوفًا من تكلف إلقاء ولدها. والصحيح الأول. والبائن بطلاق أو فسخ، يحل التعريض بخطبتها على الأظهر. والتي لا تحل لمن منه العدة بلعان أو رضاع أو طلاق الثلاث، كالمعتدة عن الوفاة. وقيل: كالفسخ. ثم سواء كانت العدة في هذه الصور بالأقراء أم بالأشهر. وقيل: إن كانت بالأقراء، حرم قطعًا. والصحيح وبه قطع الجمهور: أن لا فرق.

وفي المعتدة عن وطء بشبهة، طريقان: المذهب: القطع بالجواز. والثاني: طرد الخلاف. والتصريح، كقوله: أريد نكاحكِ، أو إذا انقضت عدتك نكحتك. والتعريض بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، كقوله: رُبَّ راغب فيك، من يجد مثلك؟ أنت جميلة، إذا حللت فآذنيني، لا تبقين أيِّما، لستِ بمرغوب عنك، إن شاء الله لسائق إليك خيرًا، ونحو ذلك، وحكم جواب المرأة في هذه الصور تصريحًا وتعريضًا حكم الخطبة. وجميع ما ذكرناه، فيما إذا خطبها غير صاحب العدة. فأما صاحبها الذي يحل له نكاحها، فله التصريح بخطبتها.

فرع: تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد صريح الإجابة، إلا إذا أذن الغير أو ترك. وصريح الإجابة أن تقول: أجبتك إلى ذلك، أو تأذن لوليها في أن يزوجها إياه، وهي معتبرة الإذن. فلو لم تصرح بالإجابة، لكن وجد ما يشعر بها، كقولها: لا رغبة عنكَ، فقولان: القديم، تحريم الخطبة. والجديد، الجواز. ولو ردّته، فللغير خطبتها قطعًا. ولو لم يوجد إجابة ولا رد، فقيل: يجوز قطعًا. وقيل بالقولين. والمعتبر، رد الولي وإجابته إن كانت مجبرة، وإلّا فردها وإجابتها، وفي الأمة رد السيد وإجابته، وفي المجنونة رد السلطان وإجابته. ثم المفهوم من إطلاق الأكثرين، أن سكوت الولي عن الجواب، فيه الخلاف المذكور، وخص بعضهم الخلاف بسكوتها وقال: سكوت الولي لا يمنع قطعًا. وعن الداركي أن الخلاف في سكوت البكر، ولا يمنع سكوت الثيب بحال.

فرع: يجوز الهجوم على الخِطبة لمن لم يدر أخُطبت أم لا، ولم يدر أجيب خاطبها أم رد، لأن الأصل الإباحة.

فرع: سواء فيما ذكرناه الخاطب المسلم والذمي إذا كانت كتابية. وقيل: يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم.

وقال الصيمري: لو خطب خمس نسوة دفعة، فأذِنّ، لم يحلَّ لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول، أو يعقد على أربع فتحل الخامسة. وإن خطب كل واحدة وحدها، فأذنَّ، حلت الخامسة دون غيرها. هذا كلامه، والمختار تحريم

الجميع، إذ قد يرغب في الخامسة. قال أصحابنا: ويكره التعريض بالجماع للمخطوبة، ولا يكره التعريض والتصريح به لزوجته وأمته. والله أعلم.

فرع: يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحذر، وكذا من أراد نصيحة غيره ليحترز عن مشاركته ونحوها، وليس هذا من الغيبة المحرمة.

والغيبة تباح بستة أسباب:

أحدها: التظلم، فيجوز للمظلوم أن يتظلَّم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه، فيقول: ظلمني فلان وفعل بي كذا.

الثاني: الإستعانة على تغيير المنكر وردِّ العاصي إلى الصواب، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر: فلان يعمل كذا فازجره عنه، ونحو ذلك.

الثالث: الإستفتاء، بأن يقول للمفتي: ظلمني فلان أو أبي أو أخي بكذا، فهل له ذلك، أم لا؟ وما طريقي في الخلاص منه ودفع ظلمه عني؟ ونحو ذلك. وكذا قوله: زوجتي تفعل معي كذا، وزوجي يضربني ويقول لي كذا، فهذا جائز للحاجة. والأحوط أن يقول: ما تقول في رجل أو زوج أو والد من أمره كذا، ومع ذلك فالتعيين جائز، لحديث هند في «الصحيحين»: إن أبا سفيان شحيح... الحديث.

الرابع: تحذير المسلمين من الشر، وذلك من وجوه:

منها: جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنِّفين، وذلك جائز بالإجماع، بل واجب، صونًا للشريعة.

ومنها: الاخبار بعيبه عند المشاورة في مواصلته.

ومنها: إذا رأيت من يشتري شيئًا معيبًا، أو عبدًا سارقًا، أو زانيًا، أو شاربًا، تذكره للمشتري ـ إذا لم يعلمه ـ نصيحة، لا بقصد الإيذاء والافساد.

ومنها: إذا رأيت متفقهًا يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علمًا، وخفت عليه ضرره، فعليك نصيحته ببيان حاله قاصدًا النصيحة.

ومنها: أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليَّته أو فسقه، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الإستقامة.

الخامس: أن يكون مجاهرًا بفسقه أو بدعته، كالخمر، ومصادرة الناس، وجباية المكوس، وتولّي الأمور الباطلة، فيجوز ذكره بما يجاهر به، ولا يجوز بغيره إلا بسبب آخر.

السادس: التعريف، فإذا كان معروفًا بلقب، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها، جاز تعريفه به، ويحرم ذكره به تنقّصًا، ولو أمكن التعريف بغيره، كان أولى. هذا مختصر ما تباح به الغيبة. والله أعلم.

فرع: يستحب لمن يخطب امرأة أن يقدِّم بين يدي خِطبته خُطبة، فيحمد الله تعالىٰ، ويثني عليه، ويصلِّي على النبي ﷺ، ويوصي بتقوى الله تعالى، ثم يقول: جئتكم راغبًا في كريمتكم، ويخطب الولي كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنك، أو نحو ذلك. وتستحب الخُطبة أيضًا عند العقد، ويحصل الإستحباب سواء خطب الولي أو الزوج أو أجنبي. وإذا قال الولي: الحمد لله، والصلاة على رسول الله، زوّجتك، فقال الزوج: الحمد لله، والصلاة على رسول الله، قبلتُ نكاحها، فوجهان: أحدهما: لا يصح النكاح، للفصل، والصحيح صحته، وبه قطع الجمهور، وقالوا: للنكاح خُطبتان مسنونتان: إحداهما: تتقدم العقد، والثانية: تتخلله، وهي أن يقول الولي: بسم الله، والصلاة على رسول الله، أوصيكم بتقوى الله تعالىٰ، زوَّجتك فلانة، ثم يقول الزوج مثل ذلك، ثم يقول: قبلتُ. ثم قال الأصحاب: موضع الوجهين إذا لم يطل الذكر بينهما، فإن طال، فالعقد باطل قطعًا. ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق به العقد ولا يستحب فيه، بطل العقد على الأصح. واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول الولي: زوجتكها على ما أمر الله العظيم، من إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان. وهذا إن ذكراه قبل العقد، فذاك. وإن قيّد الولي الإيجاب به، وقَبِل الزوجُ مطلقًا أو ذاكرًا له، فوجهان: أحدهما: يبطل النكاح، واختاره الشيخ أبو محمد، لأنه شرط الطلاق على أحد التقديرين. وأصحهما: الصحة، لأن كل زوج مأخوذ به بمقتضى الشرع، فهو ذِكر لمقتضى العقد. وفصل الإمام فقال: إن أجرياه شرطًا ملزمًا، فالوجه البطلان. وإن قصدا الوعظ دون الإلزام، لم يضر. وإن أطلقا، احتمل واحتمل، وقرينة الحال تقتضي الوعظ.

فرع: يستحب الدعاء للزوجين بعد العقد، فيقال: بارك الله لك، وبارك عليك، وجمع بينكما في خير.

ويكره أن يقال: بالرّفاء والبنين، لحديث ورد بالنهي عنه، ولأنه من ألفاظ الجاهلية.

ومما يتعلق بآداب العقد، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين، وأن ينويَ بالنكاح المقاصد الشرعية، كإقامة السنَّة، وصيانة دينه وغيرهما، ويستحب للولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح، لحديث عمر رضي الله عنه في «الصحيحين». والله أعلم.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يصح العقد إلَّا بلفظ التزويج أو الإنكاح، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النِّكاح،

ولأن الشهادة شرط في النِّكاح فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النِّكاح، واختلف أصحابنا في نكاح النبيّ ﷺ بلفظ الهبة، فمنهم من قال: لا يصح لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الإحلال. ومنهم من قال: يصح لأنه لما خص بهبة البضع من غير بدل خصّ بلفظها، وإن قال: زوِّجني فقال: زوَّجتك صحَّ، لأن الذي خطب الواهبة من رسول الله ﷺ قال زوجنيها، فقال النبيّ ﷺ: «زوَّجتكها بما معك من القرآن» وإن قال: زوَّجتك، فقال: قبلت، ففيه قولان:

أحدهما: يصح لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولي كما يرجع في البيع إلى ما أوجبه البائع.

والثاني: لا يصح لأن قوله: قبلت ليس بصريح في النِّكاح فلم يصح به، كما لو قال: زوَّجتك فقال نعم. وإن عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا يصح لقوله ﷺ: «استحللتم فروجهن بكلمة الله» وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن والثاني: وهو قول أَبي سعيد الاصطخري أنه إن كان يحسن بالعربية لم يصح، وإن لم يحسن صح، لأن ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية، ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة، والثالث: وهو الصحيح أنه يصح، سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن، لأن لفظ النِّكاح بالعجمية يأتي على ما يأتي عليه لفظه بالعربية، فقام مقامه، ويخالف القرآن فإن القصد منه النظم المعجز، وذلك لا يوجد في غيره، والقصد بالتكبيرة العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة، والقصد بالنِّكاح تمليك ما يقصد بالنِّكاح، والعجمية كالعربية في ذلك، فإن فصل بين القبول والإيجاب بخطبة بأن قال الولي: زوَّجتك، وقال الزوج: بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها. ففيه وجهان.

أحدهما: وهو قول الشيخ أَبي حامد الإسفراييني رحمه الله: إنه يصح لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتي الجمع.

والثاني: لا يصح، لأنه فصل بين الإيجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة، ويخالف التيمم فإنه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد.

فصل: وإذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة في النِّكاح أنه يسأل عما يحتاج إليه قبل العقد فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده، والله تعالى أعلم.

الشرح: أركان النكاح أربعة: الركن الأول: الصيغة إيجابًا وقبولًا، فيقول الوليّ: زوَّجتُكَ، أو أنكحتُكَ، ويقول الزوج: تزوَّجتُ، أو نَكَحْتُ، أو قَبِلْتُ تزويجها أو نكاحها. أو يقول الزوج أولًا: تزوَّجتُها، أو نَكَحْتُها، فيقول الوليُّ:

زوَّجتُك أو أنكحتُكَ، ولا ينعقد بغير لفظ التزويج والإنكاح. وفي انعقاده بمعنى اللفظين بالعجميَّة من العاقدَيْن أو أحدهما أوجه: أصحها: الإنعقاد. والثالث: إن لم يُحسِن العربية، انعقد، وإلا، فلا. وإذا صححناه، فذاك إذا فهم كلٌّ منهما كلام الآخر. فإن لم يفهم، فأخبره ثقة عن معنى لفظه، ففي الصحة وجهان: ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما. فلو قال: زوَّجتُك، فقال الزوج: نَكَحْتُ، أو قال: أنكَحْتُك، فقال: تزوَّجتُ، صح، ولا ينعقد بالكناية.

فرع: إذا قال: زوَّجتُكها، فليقُل: قبلتُ نكاحها أو تزويجها، أو قبلتُ هذا النكاح، فإن اقتصر على «قبلتُ»، لم ينعقد على الأظهر. وقيل: قطعًا. وقيل: ينعقد قطعًا. وإن قال: قبلتُ النكاح أو قبلتُها، فخلاف مرتب، وأولى بالصحة. ولو قال: زوِّجني أو أنكِحْني، فقال الولي: قد فعلتُ ذلك، أو نعم، أو قال الوليُّ: زوَّجتُكها أو أنكَحْتُكَها، أقَبِلْتَ؟ فقال: نعم، أو قال: نعم، من غير قول الولي: أقَبِلْت، فقيل بالمنع قطعًا. وقيل بطرد الخلاف، وهو أقيس. وفي نظائر هذه الصور من البيع، ينعقد البيع. وكذا لو قال: بعتك كذا، فقال: قبلتُ، ينعقد على الصحيح. وحكى الحناطي فيه وجهًا.

فرع: إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر، لم يصح. وقيل: يصح في الغائب وليس بشيء، لأنه كناية، ولا ينعقد بالكنايات. ولو خاطب غائبًا بلسانه، فقال: زوّجتُك بنتي، ثم كتب، فبلغه الكتاب أو لم يبلغه، وبلغه الخبر، فقال: قبلتُ نكاحها، لم يصح على الصحيح. وإذا صححنا في المسألتين، فشرطه القبول في مجلس بلوغ الخبر، وأن يقع بحضرة شاهدي الإيجاب. ولا يكفي القبول في المجلس، بل يشترط الفور. والله أعلم.

فرع: إذا استخلف القاضي فقيهًا في تزويج امرأة، لم يَكْفِ الكتاب، بل يشترط اللفظ على المذهب، وحكى الحناطي وجهين: وليس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح.

فرع: إذا قال للوليّ: زوِّجني، قال الولي: زوَّجتُك. فإن قال الزوج بعده: قَبِلْتُ، صح النكاح قطعًا، وإلّا، فالمذهب والنّص صحتُه أيضًا. وقيل بطرد الخلاف السابق في البيع في مثله. والخُلع، والصُّلح عن الدم، والإعتاق على مال، ينعقد بالإستيجاب والإيجاب على المذهب، وبه قطع الجمهور. فإذا قالت: طلِّقني أو خالِعني على ألف، فأجابها الزوج، طَلَقَتْ ولزمها الألف، ولا حاجة إلى قبول بعده. وكذا لو قال العبد لسيده: أعتقني على كذا، فأجابه إليه، أو قال: مَن عليه القصاص: صالحني على كذا، فقال المستحق: صالحتُك عليه. وقيل بطرد الطريقين

في كل هذه العقود كالنكاح. وأما الكتابة فكالعتق، وقيل: كالنكاح. هذا كله إذا كانت صيغته: زوِّجني أو خالِعني وأعتقني ونحوها. فلو قال الزوج: قُل: زوَّجتُكَها، قال الشيخ أبو محمد: ليس هو باستيجاب، لأنه استدعى اللفظ دون التزويج، فإذا تلفَّظ اقتضى القبول. ولو قال الولي أولًا: تَزوَّج ابنتي، فقال: تزوَّجْتُ، فهو كما لو قال الزوج: زوِّجني، فقال الولي: زوَّجتُك، هكذا قالوه. وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع، ويمكن أن يقال بمثله هنا. ولو قال: أتزوِّجني ابنتك؟ فقال الولي: زوَّجتُكَ، لم ينعقد إلا أن يقول الخاطب بعده: تزوَّجتُ، وكذا لو قال الولي: أتتزوج بنتي، أو تزوَّجتَها؟ فقال: تزوَّجتُ، لا ينعقد، إلا أن يقول الولي بعده: زوَّجتك، لأنه استفهام. ولو قال المتوسِّط للولي: زوَّجتَه ابنتَك؟ فقال: زوَّجتُ، ثم أقبل على الزوج فقال: قَبِلتَ نكاحها؟ فقال: قبلتُه، صح على الأصح، لوجود الإيجاب والقبول مترابطين، ومنعه القفال، لعدم التخاطب.

فرع: تشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول على ما سبق في البيع. ونقل القاضي أبو سعد الهروي: أن أصحابنا العراقيين اكتفَوا بوقوع القبول في مجلس الإيجاب.

والصحيح، اشتراط القبول على الفور، فلا يضر الفصل اليسير، ويضر الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، فهذا هو المعروف في طريقتي العراق وخراسان. وما ادعاه الهروي عن العراقيين جملة لا يُقْبَل، والمشاهدة تدفعه، والدليلُ يبطله، فلا اغترار به. والله أعلم.

فرع: إذا وُجد أحد شِقَّي العقد من أحد العاقدين، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشِّق الآخر، فلو رجع عنه، لغا العقد. وكذا لو أوجب ثم جُنّ أو أغمي عليه، لغا إيجابه، وامتنع القبول. وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها، ثم أغمي عليها قبل العقد، بطل إذنها.

فصل: النكاح لا يقبل التعليق، كقوله: إذا جاء رأس الشهر، فقد زوَّجتُك. فلو أخبر بمولود، فقال لجليسه: إن كانت بنتًا، فقد زوَّجتَكها، أو قال: إن كانت بنتي طلَّقها زوجها، أو مات عنها وانقضت عدتها، فقد زوَّجتُكها، أو لو كان تحته أربع نسوة، فقال له رجل: إن كانت ماتت إحداهن فقد زوَّجتُك بنتي، أو قال: إن مات أبي وورثتُ هذه الجارية، فقد زوَّجتكها، وبان الأمر كما قدّر، لم يصح النكاح على المذهب، وبه قطع الأكثرون. وقيل: وجهان كمن باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا. قال البغوي: ولو بُشر ببنت، فقال: إن صدق المخبر فقد زوَّجتُكها، صح، ولا يكون ذلك تعليقًا، بل هو تحقيق، كقوله: إن كنتِ زوجتي فأنتِ طالق، وتكون

«إنْ» بمعنى «إذ». قال: وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن، فقال لرجل: إن صدق المخبر فقد تزوجْتُ بنتك، فقال ذلك الرجل: زوَّجتُكها، صح، وهذا الذي قاله البغوي، يجب أن يكون مفروضًا فيما إذا تيقن صدق المخبر، وإلا، فلفظ «إن» للتعليق.

فرع: قال: زوَّجتُك بنتي على أن تزوجني بنتك، على أن يكون بُضع كل واحدة صداقًا للأخرى، فقبل الآخر، أو قال: زوَّجتُك بنتي وتزوّجتُ بنتك أو أختك، على أن يكون بضع كل واحدة صداقًا للأخرى، فقال المخاطَب: تزوَّجتُ وزوجتُ على ما ذكرتَ، فهذا نكاح الشِّغار، وهو باطل، للحديث الصحيح، ولمعنى الإشتراك في البضع. وقال القفال: للتعليق والتوقف.

ولو قال كل واحد: زوَّجتُك بنتي على أن تزوِّجني بنتَك، وقبِل الآخر، ولم يجعلا البُضع صداقًا، فوجهان: أصحهما: الصحة، لأنه ليس فيه إلا شرط عقد في عقد، وذلك لا يُفسد النكاح. فعلى هذا، يصح النكاحان، ولكل واحدة مهر المثل. والثاني: لا يصح لمعنى التعليق والتوقف. وخص الإمام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه، ولم يذكرا مهرًا، وقطع بالصحة فيما لو قال: زوَّجتُك بنتي بألف على أن تزوجني بنتك، وفيما قاله نظر.

فعلى الوجه الأول، لو قال: زوَّجتُك على أن تزوِّجني بنتك، وبضعُ بنتك صداق لبنتي، فقبِل، صح الأول، وبطل الثاني. ولو قال: وبضع بنتي صداق لبنتك، بطل الأول، وصح الثاني، وهذا نظر إلى معنى التشريك. ولو سمَّيا لهما أو لأحداهما مهرًا مع جعل البضع صداقًا، بأن قال: زوَّجتُك بنتي بألف على أن تزوِّجني بنتك بألف، وبضع كل واحدة صداق للأخرى، أو قال: على أن تزوجني بنتك، وبضع كل واحدة صداق للأخرى، أو قال: زوَّجتُك بنتي على أن تزوِّجني بنتك ويكون بضع كل واحدة وألف درهم صداقًا للأخرى، فوجهان: أحدهما: وهو ظاهر نصه في «المختصر»: الصحة. وأصحهما: البطلان، وهو نصه في «الإملاء».

فرع: قال: زوَّجتك بنتي بمتعة جاريتك، صح النكاح، وفسد الصداق. ولو قال: زوَّجتُك جاريتي على أن تزوجني بنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقًا لبنتك، قال ابن الصباغ: صح النكاحان، لأنه لا تشريك فيما يرد عليه عقد النكاح، ويفسد الصداق، ويجب لكل واحدة مهر المثل، ويجيء على معنى التعليق والتوقف أن يحكم ببطلان النكاحين. ولو طلق امرأته على أن يزوّجه صاحبُه بنته، ويكون بضع امرأته صداقًا لها، وزوّجه صاحبه على ذلك، فهل يبطل النكاح، أم يصح ويفسد الصداق؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان.

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده، ويكون طلاق امرأته عوضًا عن

عتقه، قال الحناطي: يقع الطلاق ولا رجوع بالمهر على أحد. وفي عتق العبد وجهان: إن عتق، فلا رجوع بقيمته. وقال ابن كج: عندي يقع الطلاق ويحصل العتق، ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته، والمعتق على المطلق بقيمة عبده.

فصل: النكاح الموقَّت باطل، سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة، وهو نكاح المتعة. وإذا وطىء في نكاح المتعة جاهلًا بفساده، فلا حدَّ. وإن علم، فلا حدّ أيضًا على المذهب. وحيث لا حدَّ، يجب المهر والعدة، ويثبت النسب.

ولو قال: نكحتها متعة، ولم يزد على هذا، حكى الحناطي في صحة النكاح وجهين.

الركن الثاني: المنكوحة، ويشترط خلوها من موانع النكاح. والكلام في الموانع مبسوط في مواضعها، لا سيما «باب الموانع»، فيقتصر هنا على عدٍّ تراجمها. فمن الموانع أن تكون منكوحة أو معتدة عن غيره، أو مطلقته بالثلاث ما لم تحلل، أو ملاعنته، أو مرتدة، أو مجوسية، أو وثنية، أو زنديقة، أو كتابية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله ﷺ أو بعد تبديلهم على الأظهر، أو تكون أمةً والناكح حر واجدٌ طَوْلَ حرة، أو غير خائف عنتًا، أو يكون بعضها أو كلُّها ملكًا للناكح، أو تكون محرمًا له، أو خامسة، أو يكون في نكاحه أختُها وغيرها ممن لا يجمع بينها وبينها، أو تكون محرِمة بحج أو عمرة، أو ثيبًا صغيرة، أو تكون يتيمة لا جَدَّ لها.

فصل: يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيَّنًا. فلو قال: زوَّجتك إحدى بنتيَّ، أو زوجت بنتي أحدكما، أو أحد ابنيك، لم يصح. ولو كان له بنت واحدة فقال: زوَّجتك بنتي، صح وإن لم يسمِّها. ولو كانت حاضرة فقال: زوجتك هذه، أو كانت في الدار فقال: زوجتك التي في الدار، وليس فيها غيرها، صح.

ولو كان له بنت واحدة، فقال: زوَّجتك بنتي فلانة، وسماها بغير إسمها، صح النكاح على الأصح، لأن البنتية صفة لازمة مميزة، فاعتبرت ولغا الإسم، كما لو أشار إليها وسماها بغير إسمها، فإنه يصح قطعًا. وقد يمنع هذه الصورة القائل الآخر، والأصح الصحة فيهما، حتى لو قال: زوجتك هذا الغلام، وأشار إلى بنته، نقل الروياني عن الأصحاب صحة النكاح، تعويلًا على الإشارة.

ولو قال: بعتك داري هذه، وحددها وغلط في حدودها، صح البيع، بخلاف ما لو قال: بعتك الدار التي في المحلة الفلانية، وحددها وغلط، لأن التعويل هنا على الإشارة. ولو قال: بعتك داري، ولم يقل: هذه، وحددها وغلط، ولم يكن له دار سواها، وجب أن يصح تفريعًا على الأصح في قوله: زوجتك بنتي فلانة وغلط في اسمها.

وأما إذا كان اسم بنته الواحدة فاطمة، فقال: زوَّجتك فاطمة، ولم يقل: بنتي، فلا يصح النكاح لكثرة الفواطم، لكن لو نواها، صح. كذا قال به العراقيون والبغوي، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرط، والشهود لا يطلعون على النية، وهذا قوي، ولهذا الأصل منعنا النكاح بالكنايات.

ولو كان له بنتان فصاعدًا، اشترط تمييز المنكوحة باسم أو إشارة أو صفة، كقوله: فاطمة، أو هذه، أو الكبرى. قال المكتفون بالنية: أو بأن ينويا واحدة بعينها وإن لم يَجْرِ لفظ مميز.

ولو قال: بنتي الكبرى وسماها باسم الصغرى، صح النكاح على الكبرى على الوصف. ويجيء على قياس الوجه المذكور في الواحدة أن يبطل النكاح. وإذا لم يتعرض للكبر والصغر، بل قال: زوَّجتك بنتي فلانة، وذكر اسم الكبيرة وقصد تزويجه الصغيرة، أو بالعكس، وقصد الزوج التي قصدها الولي، صح النكاح على التي قصداها، ولغت التسمية.

وفي الإعتماد على النية الإشكال السابق. ولو قال الزوج: قصدنا الكبيرة، فالنكاح في الظاهر منعقد على الكبيرة. وإن صدَّق الوليّ في أنه قصد الصغيرة، لم يصح، لأنه قَبِل غير ما أوجب، هكذا ذكره العراقيون والبغوي المعتبرون للنية، وهذا يخالف مسألة منقولة، وهي أن زيدًا خطب إلى قوم، وعمرًا إلى آخرين، ثم جاء زيد إلى الآخرين، وعمرو إلى الأولين، وزوج كل فريق من جاءه، قال ابن القطان: وقعت في أيام أبي السائب ببغداد، فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين، ومعلوم أن كل ولي أوجب لغير من قَبِل.

ومن فروع المسألة، زوَّج رجل رجلًا إحدى بنتيه، فمات الأب، وادَّعت كلُّ واحدة عليه أنها زوجته، أو ادعى هو على إحداهما، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالىٰ في الباب الثاني عشر. والله أعلم.

الركن الثالث: الشهادة، فلا ينعقد النكاح إلا بحضرة رجلين مسلمين مكلفين حرين عدلين سميعين بصيرين متيقظين عارفين لسان المتعاقدين. وقيل: يصح بالأعميين، وحكى أبو الحسن العبادي رحمه الله وجهًا أنه ينعقد بمن لا يعرف لسان المتعاقدين، لأنه ينقله إلى الحاكم. وأما المغفَّل الذي لا يضبط، فلا ينعقد به، وينعقد بمن يحفظ وينسى عن قريب.

وفي الأخرس وذي الحرفة الدنيَّة، والصباغ، والصائغ، وجهان: وفي عدُوَّي الزوجين أو أحدهما، أوجه: أصحها: عند البغوي وهو المنصوص في «الأم»: الإنعقاد. والثالث: ينعقد بعدوي أحدهما دون عدويَّهما، واختاره العراقيون. وفي

ابنيهما وابني أحدهما وابنه وابنها هذه الأوجه. وقيل: يختص الخلاف بهذه الصورة، وينعقد في العدَّوين قطعًا، لأن العداوة في تزول.

وقيل: ينعقد بابنيها وعدُوّيه دون ابنيه وعدوّيها، لأنه محتاج إلى الإثبات دونها، ويجري الخلاف في جده وجدها، وأبيه مع جدها.

وأما أبوها، فولي عاقد، فلا يكون شاهدًا. ولو وكَّل، لم ينعقد بحضوره، لأن الوكيل نائبه، وكذا لو وكَّل غير الأب وحضر مع شاهد آخر، لم ينعقد. قال البغوي في «الفتاوى»: لو كان لها إخوة، فزوَّج أحدهم، وحضر آخران منهم شاهدين، ففي صحة النكاح جوابان. وجه المنع: أن الشرع جعل المباشِر نائبًا عن الباقين فيما توجه عليهم.

فرع: ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح. وقال الإصطخري: لا.

والمستور: من عرفت عدالته ظاهرًا، لا باطنًا. وقال البغوي: لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهرًا، وهذا كأنه مصور فيمن لا يعرف إسلامه، وإلا، فظاهر من حال المسلم الإحتراز من أسباب الفسق.

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحريته، بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالعبيد ولا غالب. وتردد الشيخ أبو محمد في مستور الحرية، والصحيح الأول، بل لا يكتفى بظاهر الإسلام والحرية بالدار حتى يعرف حاله فيهما باطنًا. هذا مقتضى كلام البغوي وغيره، وفرقوا بأن الحرية يسهل الوقوف عليها، بخلاف العدالة والفسق. ولو أخبر عدلٌ بفسق المستور، فهل يزول الستر فلا ينعقد بحضوره، وإن زال فيسلك به مسلك الرواية؟ أم يقال: هو شهادة فلا يقدح إلا قول من يجرح عند القاضي؟ تردد فيهما الإمام.

ولو ترافع الزوجان إلى حاكم، وأقرا بنكاح عقد بمستورين، واختصما في حق زوجته، كنفقة ونحوها، حكم بينهما، ولا ينظر في حال الشاهدين إلّا أن يعلم فسقهما فلا يحكم. فإن جحد أحدهما النكاح، فأقام المدعي مستورين، لم يحكم بصحته ولا فساده، بل يتوقف حتى يعلم باطنهما، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره. والله أعلم.

فرع: لو بان الشاهد فاسقًا حال العقد، فالنكاح باطل على المذهب، كما لو بان كافرًا أو عبدًا، وإنما يتبين الفسق ببينة أو بتصادق الزوجين أنهما كانا فاسقين ولم نعلمهما، أونسينا فسقهما. فأما لو قالا: علمنا فسقهما حينئذٍ، أو علمه أحدنا، فقال الإمام: نتبين البطلان بلا خلاف، لأنهما لم يكونا مستورين عند الزوجين، وعليهما التعويل، ولا اعتبار بقول الشاهدين: كنا فاسقين يومئذٍ، كما لا اعتبار

بقولهما: كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما، وكذا لو تقارّ الزوجان أن النكاح وقع في الإحرام أو العدة أو الردة، نتبين بطلانه، ولا مهر إلا إذا كان دخل بها، فيجب مهر المثل. فلو نكحها بعد ذلك، ملك ثلاث طلقات.

ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك وأنكرت، لم يقبل قوله عليها في المهر، فيجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده، ويفرق بينهما بقوله. وفي سبيل هذا التفريق خلاف. قال أصحاب القفال: هو طلقة بائنة، فلو نكحها يومًا، عادت بطلقتين. قالوا: وهذا مأخوذ من نصّ الشافعي، أنه لو نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا واجد طَوْلَ حرة، بانت بطلقة. وعن الشيخ أبي حامد والعراقيين: أنها فُرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، كما لو أقر الزوج بالرضاع. وإلى هذا مال الإمام، والغزالي، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة الأمة، ولإنكاره وجه ظاهر، لأنه نص في «عيون المسائل» أنه إذا نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا أجد طَوْلًا، فصدَّقه مولاها، فسخ النكاح بلا مهر، فإن كان دخل، فعليه مهر مثلها. وإن كذبه، فسخ النكاح بإقراره، ولم يصدَّق على المهر، دخل أم لم يدخل. هذا لفظه وهو يوافق قول العراقيين.

فرع: إستتابة المستورين قبل العقد، إحتياطٌ واستظهار، وتوبة المعلن بالفسق حينئذٍ، هل تلحقه بالمستور؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد. والأصح: المنع. فإن ألحقنا فعاد إلى فجوره على قرب، قال الإمام: فالظاهر أن تلك التوبة تكون ساقطة، قال: وفيه احتمال.

فرع: الإحتياط، الاشهاد على رضى المرأة حيث يشترط رضاها، لكنه ليس بشرط في صحة النكاح.

ومن مسائل الفصل، أنه لا يشترط إحضار الشاهدين، بل إذا حضرا بأنفسهما، وسمعا الإيجاب والقبول، صح وإن لم يسمعا الصداق. ولو عقد بشهادة خنثيين، ثم بانا رجلين، قال القاضي أبو الفتوح: احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلَّى رجل خلفه فبان رجلًا. هذا كلامه. والإنعقاد هنا هو الأصح، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة. والله أعلم.

الركن الرابع: العاقدان، وهما الموجب، والقابل. فالقابل: هو الزوج ومن ينوب عنه. والموجب: هو الولي أو وكيله، ولا تصح عبارة المرأة في النكاح إيجابًا و قبولًا. فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بغير إذنه، ولا غيرها، لا بولاية ولا وكالة، ولا يقبل النكاح لا بولاية ولا وكالة. ولو وكل بنته بأن توكل رجلًا بتزويجها، فوكلت، نظر، إن قال: وكلي عن نفسك، لم يصح. وإن قال: وكلي عني، أو أطلق، فوجهان.

فرع: روى يونس بن عبد الأعلى، أن الشافعي قال: إذا كان في الرفقة امرأة لا وليَّ لها، فولَّت أمرها رجلًا حتى يزوجها، جاز، وليس هذا قولًا في صحة النكاح بلا ولي، لأن أبا عاصم العبادي حكى هذا النص في طبقات الفقهاء، ثم ذكر أن من أصحابنا من أنكره، ومنهم من قبله، وقال: إنه تحكيم، والمحكَّم قام مقام الحاكم.

وذكر صاحب «الحاوي» فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم، ثلاثة أوجه: أحدها: لا تزوج. والثاني: تزوج نفسها للضرورة. والثالث: تولِّي أمرها رجلًا يزوجها. وحكى الشاشي أن صاحب «المهذب» كان يقول في هذا: تحكِّم فقيهًا مجتهدًا، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحًا للقضاء، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال. فالذي نختاره، صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلًا وإن لم يكن مجتهدًا، وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس، وهو ثقة. والله أعلم.

فرع: إذا وطىء في نكاح بلا ولي، وجب مهر المثل، ولا حدَّ سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو إباحته باجتهاد أو تقليد أو حسبان مجرد، لشبهة اختلاف العلماء، ولكن معتقد التحريم يعزَّر. وقال الإصطخري وأبو بكر الفارسي والصيرفي: يحدُّ معتقد التحريم، ولا مهر، وهو ضعيف. ولو رفع النكاح بلا ولي إلى قاضٍ يصححه، فحكم بصحته، ثم رفع إلينا، لم ننقض قضاءه على الصحيح. وقال الإصطخري: ننقضه، ولو طلق فيه، لم يقع، فلو طلق ثلاثًا، لم يفتقر إلى محلل. وقال أبو إسحاق: يقع ويفتقر إلى محلِّل احتياطًا للإبضاع، وهذا كوجهين ذكرهما أبو الحسن العبادي عن القفال، أنها إذا زوجت نفسها، هل للولي أن يزوجها قبل تفريق القاضي بينهما؟ قال: وبالمنع أجاب القفال الشاشي، لأنها في حكم الفراش، وهو تخريج ابن سريج.

فرع: إذا أقرت حرة مكلَّفة بالنكاح، فقولان: الجديد الأظهر: يقبل إقرارها مع تصديق الزوج بلا بيّنة، لأن النكاح حقهما، فثبت بتصادقهما، كالبيع وغيره، ولا فرق على هذا بين البكر والثيب، ولا بين الغريبين والبلديين. والقديم: أنهما إن كانا غريبين، ثبت النكاح، وإلّا، طولبا بالبينة، لسهولتها عليهما، وللإحتياط، فعلى الجديد: هل يكفي إطلاق الإقرار، أم يشترط أن يفصّل فيقول: زوَّجني به وليي بحضرة شاهدين عدلين ورضاي؟ إن كانت معتبرة الرضى، وجهان: أصحهما: الثاني. ثم إذا أقرت وكذبها الولي، فثلاثة أوجه: أصحها: يحكم بقولها، لأنها تقرُّ على نفسها، قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي. والثاني: لا، لأنها كالمقرة على

الولي، قاله القفال، والثالث: يفرق بين العفيفة والفاسقة، قاله القاضي حسين.

ولا فرق في هذا الخلاف بين أن تفصِّل الإقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذِّبها، وبين أن تطلق إذا قبلنا الإقرار المطلق فقال الولي: لا ولي لك غيري، وما زوَّجتك. ويجري الخلاف أيضًا في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتهما. والأصح: أنه لا يقدح تكذيبهما، لاحتمال النسيان والكذب. فإن قلنا: تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها، فكان غائبًا، لم ينتظر حضوره، بل تسلَّم إلى الزوج في الحال للضرورة، فإن عاد وكذبها، فهل يحال بينهما لزوال الضرورة، أم يستدام؟ وجهان: رجح الغزالي الأول، وغيرُه الثاني.

وإذا قلنا بالقديم، فجرى الإقرار في الغربة، ثم رجعا إلى الوطن، ففي الحوالة بينهما الوجهان. قال الإمام: ولا شك أنه لو قضى قاضٍ بالإقرار، لم ينقض.

فرع: أقر الولي بإنكاحها، إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند الإقرار بغير رضاها، قبل إقراره، لقدرته على الإنشاء. وحكى الحناطي وجهًا أنه لا يقبل حتى توافقه البالغة. والصحيح الأول. وإن لم يكن له الإنشاء بغير رضاها، لكونه غير مجبر، أو الحال غير حال الإجبار، أو الزوج ليس بكُفءٍ، لم يقبل إقراره. ولو قال وهي ثيب: كنت زوجتها في بكارتها، لم يقبل، واعتبر وقت الإقرار، كذا أطلقه الإمام، وهو الظاهر. ويمكن جعله على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة.

فرع: أقرت لزوج، وأقر وليها المقبول إقراره لآخر، فهل المقبول إقراره، أم إقرارها؟ فيه وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والحليمي عن القفال الشاشي والأودني.

باب ما يحرم النِّكاح وما لا يحرم

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه، لأن النِّكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك في نكاح المرتد. ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه إن تزوَّج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة، وإن تزوج رجلًا لم يؤمن أن يكون رجلًا. ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه في الحجّ.

فصل: ويحرم على الرجل من جهة النسب الأم والبنت والأخت والعمّة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النِّساء: ٢٣] **ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلي به. وإن بعد فتحرم عليه الأم**

وكل من يدلي بالأمومة من الجدّات من الأب والأم وإن علون. وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب إليه بالبنوة من بنات الأولاد وأولاد الأولاد وإن سفلن. وتحرم عليه الأخت من الأب والأخت من الأم والأخت من الأب والأم. وتحرم عليه العمّة وكل من يدلي إليه بالعمومة من أخوات الآباء والأجداد من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وإن علون. وتحرم عليه الخالة وكل من يدلي إليه بالخئولة من أخوات الجدات من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وإن علون. ويحرم عليه بنت الأخ وكل من ينتسب إليه ببنوة الأخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وإن سفلن، وتحرم عليه بنت الأخت وكل من ينتسب إليه ببنوة الأخت من أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن، لأن الاسم يطلق على ما قرب وبعد، والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ٢٦] وقوله تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿مِلَّةَ ءَابَآءِيٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [يوسف: ٣٨] فأطلق عليهم اسم الآباء مع البعد. وقال ﷺ لقوم من أصحابه يرمون: «ارموا فإن أباكم إسماعيل عليه السلام كان راميًا» فسمى إسماعيل أباهم مع البعد، ولأن من بعد منهم كمن قرب في الحكم، والدليل عليه أن ابن الابن كالابن، والجد كالأب في الميراث والولاية والعتق بالملك رد الشهادة، فلأن يكون كالابن والأب في التحريم ومبناه على التغليب أولى.

فصل: وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ويحرم عليه كل من يدلي إلى امرأته بالأمومة من الجدات من الأب والأمّ بما بيّناه في الفصل قبله، ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع، لأنه إذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى. فإن بانت الأمّ قبل الدخول حلت له البنت، وإن دخل بالأمّ حرمت عليه البنت على التأبيد، لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ وتحرم عليه كل من ينتسب إلى امرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد، كما تحرم البنت، وتحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب إليه بالبنوة من بني الأولاد وأولاد الأولاد لما بيّناه. وتحرم عليه حليلة الأب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] وتحرم عليه حليلة كل من يدلي إليه بالأبوة من الأجداد لما ذكرناه.

ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه في ملك أو شبهة لأن الوطء معنى تصير به المرأة فراشًا فتعلّق به تحريم المصاهرة كالنّكاح ولأن الوطء في إيجاب التحريم آكد من العقد، بدليل أن الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأبيد، فإذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى، واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة فقال في أحد القولين هو كالوطء في التحريم

لأنها مباشرة لا تستباح إلَّا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء، والثاني: لا يحرم بها ما يحرم بالوطء، لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣] ولأنها مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة، وإن تزوج امرأة ثم وطىء أمها أو بنتها أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النِّكاح لأنه معنى يوجب تحريمًا مؤبدًا فإذا طرأ على النِّكاح أبطله كالرضاع.

فصل: وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٤] وروت عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ «سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها، فقال: لا يحرم الحرام الحلال»[1] إنما يحرم ما كان بنكاح ولا تحرم بالزِّنا أمّها ولا ابنتها ولا تحرم هي على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر، ولأنه معنى لا تصير به المرأة فراشًا فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة، وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمّه وابنته للآية والخبر، وإن زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعي رحمه الله: أكره أن يتزوجها؛ فإن تزوجها لم أفسخ، فمن أصحابنا من قال: إنما كره خوفًا من أن تكون منه، فعلى هذا إن علم قطعًا أنها منه بأن أخبره النبيّ ﷺ في زمانه لم تحل له.

ومنهم من قال: إنما كره ليخرج من الخلاف، لأن أبا حنيفة يحرمها، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم، وهو الصحيح، لأنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم، كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا، واختلف أصحابنا في المنفية باللعان، فمنهم من قال: يجوز للملاعن نكاحها لأنها منفية عنه فهي كالبنت من الزِّنا، ومنهم من قال: لا يجوز للملاعن نكاحها لأنها غير منفية عنه قطعًا، ولهذا لو أقر بها ثبت النسب.

فصل: ويحرم عليه أن يجمع بين أختين في النِّكاح لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّساء: ٢٣] ولأن الجمع بينهما يؤدي إلى العداوة وقطع الرحم، ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة أن النبيّ ﷺ قال: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»[2] ولأنهما امرأتان لو كانت إحداهما ذكرًا لم يحل له نكاح الأخرى، فلم يجز الجمع بينهما في النِّكاح كالأختين؛ فإن جمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها في عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست إحداهما بأولى من الأخرى فبطل نكاحهما، وإن تزوج إحداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية لأنها

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٦٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٠٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٠٨) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٦٥) والترمذي في سننه برقم (١١٢٦) والنسائي في سننه (٦/ ٩٨) وأحمد في المسند (٢/ ٤٢٦).

اختصت بالتحريم؛ وإن تزوج إحداهما ثم طلقها ـ فإن كان طلاقًا بائنًا ـ حلت له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما في الفراش، وإن كان رجعيًا لم تحل لأنها باقية على الفراش.

وإن قال: أخبرتني بانقضاء العدة وأنكرت المرأة لم يقبل قوله في إسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها، ويقبل قوله في جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى، وهو مقلد فيما بينه وبينه، فإن نكح وثني وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها في عدتها لم يصح.

وقال المزني: النِّكاح موقوف على إسلامها، فإن لم تسلم حتى انقضت العدة صح، كما يقف نكاحها على إسلامها. وهذا خطأ لأنها جارية إلى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية، ويخالف هذا نكاحها، فإن الموقوف هناك الحل، والنكاح يجوز أن يقف حله ولا يقف عقده، ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الإسلام، ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة.

فصل: ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لأنه إذا حرم النِّكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وإن ملك أختين فوطىء إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح، فإن خالف ووطئها لم يعد إلى وطئها حتى تحرم الأولى.

والمستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرىء الثانية حتى لا يكون جامعًا للماء في رحم أختين، وإن تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة، لأن أختها على فراشه، وإن وطىء مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة، لأن فراش المنكوحة أقوى، لأنه يملك به حقوق لا تملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والإيلاء واللعان. فثبت الأقوى وسقط الأضعف كملك اليمين لما ملك به ما لا يملك بالنِّكاح من الرقبة والمنفعة إذا طرأ على النِّكاح ثبت وسقط النِّكاح.

فصل: وما حرم من النِّكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النِّساء: ٢٣] فنص على الأمّ والأخت وقسنا عليهما من سواهما، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»[1].

فصل: ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأبيد برضاع أو نكاح أو وطء مباح

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٦٤٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٤٤) والنسائي في سننه (٦/ ١٠٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٥٥) والترمذي في سننه برقم (١١٤٧) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٣٧) وأحمد في المسند (٦/ ١٧٨).

صار لها محرمًا في جواز النظر والخلوة، لأنها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرمًا لها كالأمّ والبنت، ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصر محرمًا لها لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح، ولم تلحق بذوات المحارم والأنساب.

الشرح: موانع النكاح أربعة: الأول: المحرمية، وهي الوصلة المحرِّمة للنكاح أبدًا، ولها ثلاثة أسباب: القرابة، والرضاع، والمصاهرة.

السبب الأول: القرابة، ويحرم منها سبع: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمّات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، ولا تحرم بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات، قُربْن أم بعدن، والمراد بالأم: كل أنثى ولدتك، أو ولدت من ولدك، ذكرًا كان أو أنثى، بواسطة أم بغيرها. وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أم بغيرها. وبنتك: كل أنثى ولدتها، أو ولدت من ولدها، ذكرًا كان أو أنثى، بواسطة أم بغيرها. وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة، بواسطة أم بغيرها. وأختك: كل أنثى ولدها أبواك أو أحدهما. وبنت أخيك وبنت أختك منهما، كبنتك منك. وعمتك: كل أنثى هي أخت ذكر ولدَك، بواسطة أو بغيرها، وقد تكون من جهة الأم، كأخت أب الأم. وخالتك: كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغيرها، وقد تكون من جهة الأب، كأخت أم الأب، وعبر الأصحاب عنهن بعبارتين:

إحداهما: قال الأستاذ أبو إسحاق: يحرم عليه أصُوله، وفصوله، وفصُول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل بعده، أي بعد أول الأصول.

فالأصول: الأمهات. والفصول: البنات. وفصول أول الأصول: الأخوات وبنات الأخ والأخت. وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول: العمات والخالات.

الثانية: قال الأستاذ أبو منصور البغدادي: تحرم نساء القرابة، إلا من دخلت في اسم ولد العمومة أو ولد الخؤولة. وهذه العبارة أرجح، لإيجازها، ولأن الأولى لا تنص على الإناث، لأن لفظ الأصول والفصول يتناول الذكور والإناث، ولأن اللائق بالضابط أن يكون أقصر من المضبوط، والأولى بخلافه.

فرع: زنا بامرأة، فولدت بنتًا، يجوز للزاني نكاح البنت، لكن يكره. وقيل: إن تيقن أنها من مائه، إن تصور تيقنه، حرمت عليه. وقيل: تحرم مطلقًا. والصحيح: الحِلُّ مطلقًا. والبنت التي نفاها باللعان، تحرم عليه إن كان دخل بأمها، وكذا إن لم يدخل بها على الأصح. قال المتولي: وعلى هذا، ففي وجوب

القصاص بقتلها، والحد بقذفها، والقطع بسرقة مالها، وقبول شهادته لها الوجهان. وسواء طاوعته على الزنا أو أكرهها. والله أعلم.

السبب الثاني: الرضاع، فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فكل من أرضعتك، أو أرضعت من أرضعتك، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها، فهي أمك. وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل، وكل امرأة ارتضعت بلبنك أو بلبن من ولدته، أو أرضعتْها امرأة ولدتها أنت، فهي بنتك. وكذلك بناتها من النسب والرضاع. وكل امرأة أرضعتها أمك، أو ارتضعت بلبن أبيك، فهي أختك. وكذلك كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع، عماتك وخالاتك. وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك، أو ارتضعت بلبن جدٍّ لك من النسب والرضاع، وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع، بنات أخيك وأختك. وكذلك كل أنثى أرضعتها أختك، أو ارتضعت بلبن أخيك، وبناتها وبنات أولادها من النسب والرضاع، بنات أخيك وأختك. وبنات كل ذكر أرضعته أمك، أو ارتضع لبن أبيك، وبنات أولاده من النسب والرضاع، بنات أخيك. وبنات كل امرأة أرضعتها أمك، أو ارتضعت لبن أبيك، وبنات أولادها من النسب والرضاع، بنات أختك.

فرع: أربع نسوة يحرمن في النسب، وفي الرضاع قد يحرمن، وقد لا يحرمن.

إحداهن: أم الأخ والأخت في النسب حرام، لأنها أم، أو زوجة أب، وفي الرضاع إن كانت كذلك حرمت، وإلا، فلا، بأن أرضعت أجنبية أخاك أو أختك.

الثانية: أم نافلتك في النسب، حرام لأنها بنتك، أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لا تكون بنتًا ولا زوجة ابن، بأن أرضعت أجنبية نافلتك.

الثالثة: جدة ولدك في النسب، حرام، لأنها أمك، أو أم زوجتك، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك، بأن أرضعت أجنبية ولدك، فإن أمها جدته، وليست بأمك، ولا بأم زوجتك.

الرابعة: أخت ولدك حرام، لأنها بنتك أو ربيبتك. وإذا أرضعت أجنبية ولدك، فبنتها أخته، وليست بنتك ولا ربيبتك، ولا تحرم أخت الأخ في النسب، ولا في الرضاع. وصورته في النسب: أن يكون لك أخت لأم، وأخ لأب، فيجوز له نكاحها. وفي الرضاع: امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك، يجوز لأخيك نكاحها. وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

السبب الثالث: المصاهرة، فيحرم بها على التأبيد أربع:

إحداهن: أم زوجتك، وأم زوجتك منها كأمك منك، وسواء أمهات النسب والرضاع.

الثانية: زوجة ابنك وابن ابنك وإن سفل بالنسب والرضاع، وقول الله تعالىٰ: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] المراد به أنه لا تحرم زوجة من تبنّاه.

الثالثة: زوجة الأب والأجداد وإن عَلَوا من قبل الأب والأم جميعًا، وتحرم زوجة الأب من الرضاع.

الرابعة: بنت الزوجة، وبنت زوجتك منها كبنتك منك، سواء بنت النسب والرضاع، وتحرم الثلاث الأوليات بمجرد العقد، بشرط أن يكون صحيحًا. فأما النكاح الفاسد، فلا يتعلق به حرمة المصاهرة، لأنه لا يفيد حِلّ المنكوحة، وحرمة غيرها فرع لحلها. وأما الرابعة، وهي بنت الزوجة، فلا تحرم إلا بالدخول بالزوجة. وحكى الشيخ أبو عاصم العبادي وابنه أبو الحسن عن أبي الحسن أحمد بن محمد الصابوني من أصحابنا: أن أم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول بالزوجة كالربيبة، وهو شاذ ضعيف.

فرع: لا تحرم بنت زوج الأم، ولا أمه، ولا بنت زوج البنت، ولا أمه، ولا أم زوجة الأب، ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن، ولا بنتها، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الرابّ.

فصل: مجرد ملك اليمين، لا يثبت شيئًا من هذه المحرمات، لكن الوطء فيه يثبتها، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطىء وأبيه، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها. والوطء بشبهة النكاح الفاسد، والشراء الفاسد، ووطء الجارية المشتركة، وجارية الابن، يثبت حرمة المصاهرة، كما يثبت النسب، ويوجب العدة. وحكي قول: أن وطء الشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة، كالزنا. والمشهور الذي قطع به الجمهور الأول، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطىء أو الموطوءة. فإن اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زانٍ، بأن وطئها يظنها زوجته وهي عالمة، أو يعلم وهي جاهلة أو نائمة أو مكرهة، أو مكنَّت البالغة العاقلة مجنونًا أو مراهقًا عالمة، فوجهان: أصحهما: الإعتبار بالرجل، فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه، كما يثبت النسب والعدة، ولا يثبت إذا لم يشتبه عليه، كما لا يثبت النسب والعدة. والثاني: تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة، وعلى هذا وجهان: أحدهما: يختص بمن اختصت الشبهة به. فإن كان الاشتباه عليه، حرم عليه أمها وبنتها، ولا تحرم على

أبيه وابنه. وإن كان الاشتباه عليها، حرمت على ابنه وأبيه، ولا تحرم عليه أمها وبنتها. والثاني: أنها تعم الطرفين كالنسب.

فرع: الوطء في النكاح وملك اليمين، كما يوجب الحرمة، يوجب المحرميَّة، فيجوز للواطىء الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبنتها، والنظر إليها، ولابنه الخلوة والمسافرة بالموطوءة والنظر. وفي وطء الشبهة وجهان: ويقال: قولان: أصحهما: عند الإمام كذلك، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة، فكذا المحرمية. وأصحهما: عند الجمهور: المنع، وحكَوه عن نصه في «الإملاء».

فرع: الزنا لا يثبت المصاهرة، فللزاني نكاح أم المزني بها وبنتها، ولأبيه وابنه نكاحها. ولو لاط بغلام، لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته. ولو ملك جارية محرمة عليه برضاع أو مصاهرة، فوطئها، فإن لم نوجب به الحد، ثبتت المصاهرة. وإن أوجبناه، فلا.

فرع: المفاخذة، والقبلة، والمس، هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة وتحرِّم الرَّبيبة في النكاح؟ فيه قولان: أظهرهما عند البغوي والروياني: نعم. وأظهرهما: عند ابن أبي هريرة وابن القطان والإمام وغيرهم: لا. والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة. فأما المس بغير شهوة، فلا أثر له على المذهب، وبه قطع الجمهور. قال الإمام: ومنهم من أطلق القولين في الملامسة. وأما النظر بشهوة، فلا يثبت المصاهرة على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: قولان: وقيل: إن نظر إلى الفرج، فقولان: وإلا، فلا.

فرع: إذا استدخلت ماء زوجها أو أجنبي بشبهة، ثبتت المصاهرة والنسب والعدة، دون الإحصان والتحليل. وفي تقدير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والغسل والمهر في صورة الشبهة وجهان: أصحهما: المنع. ولو أنزل أجنبي بزنا، لم يثبت باستدخاله المصاهرة ولا النسب. وإن أنزل الزوج بالزنا، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب ولا المصاهرة ولا العدة. وقال من عند نفسه: وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطىء زوجته يظن أنه يزني.

فرع: ما أثبت التحريم المؤبد إذا طرأ على النكاح، قطعه. فلو نكح امرأة، فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطىء هو أمها أو بنتها بشبهة، انفسخ نكاحها.

وفي المولَّدات لابن الحداد فرعان يتعلقان بهذا الأصل:

أحدهما: نكح امرأة ونكح ابنه بنتها، ووطىء كل واحد منهما زوجة الآخر غالطًا، انفسخ النكاحان. وهذا تفريع على المشهور أن وطء الشبهة كالوطء في ملك، ويجب على كل واحد منهما مهر المثل للتي وطئها بالشبهة. ثم إن سبق وطء

الأب، فعليه لزوجته نصف المسمى، لأنه الذي رفع نكاحها، فهو كما لو طلقها قبل الدخول. وهل يجب على الابن لزوجته نصف المسمى؟ فيه أوجه: قال ابن الحداد: لا، إذ لا صنع له. وقال آخرون: نعم، إذ لا صنع لها. وقال الشيخ أبو علي: إن كانت زوجة الابن نائمة، أو صغيرة لا تعقل، أو مكرهة، وجب. وإن كانت عاقلة طاوعت الأب تظنه زوجها، فلا شيء لها. فإن أوجبنا، رجع الابن على أبيه، لأنه فوّت نكاحه. وهل يرجع بمهر المثل، أم بنصفه، أم بما غرم؟ فيه ثلاثة أقوال نوضحها في «كتاب الرضاع» إن شاء الله تعالىٰ.

وأما إن سبق وطء الابن، فعليه لزوجته نصف المسمى. وهل يلزم الأب لزوجته نصف المسمى؟ فيه الأوجه. فإن ألزمناه، رجع على الابن كما ذكرنا. ولو وقع الوطآن معًا، فعلى كل واحد نصف ما سمى لزوجته. وهل يرجع على الآخر؟ وجهان: قال القفال: يرجع كل واحد على صاحبه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد، ويهدر نصفه كالاصطدام، فإنها حرمت بفعلهما، وقال الشيخ أبو علي: لا يرجع بشيء.

الفرع الثاني: نكح امرأتين في عقد، فبانت إحداهما أم الأخرى، بطل النكاحان. ولا شيء لواحدة منهما، إلا أن يطأ، فيجب مهر المثل. ولو نكحهما في عقدين، ووطىء إحداهما، ثم بان الحال، نظر، إن سبق نكاح الأم، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والأخرى محرَّمة. وإن كانت البنت هي الموطوءة، فالنكاحان باطلان، لأن البنت نكحها وعنده أمها، والأم أم موطوءة بشبهة، وله أن يتزوج البنت متى شاء، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، ويجب للبنت مهر المثل، وللأم نصف المسمى. وإن سبق نكاح البنت، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والأم حرام أبدًا. وإن كانت الموطوءة الأم، بطل النكاحان، وحرمتا أبدًا، وللأم مهر المثل، وللبنت نصف المسمى. وإن أشبهت الموطوءة، وعرفت التي سبق نكاحها، ثبت نكاح السابقة، لأن الأصل إستمرار صحته، وليس له نكاح الثانية، لأن الأولى إن كانت بنتًا، فالثانية أم امرأته محرمة أبدًا. وإن كانت أمًّا، فليس له نكاح البنت وأمّها تحته. وإن ارتفع نكاح الأم بطلاق أو غيره، لم يحل له واحدة منهما، لأن إحداهما محرمة أبدًا، فصار كاشتباه أخته بأجنبية. وإن اشتبه السابق من النكاحين، وعرفت الموطوءة، فغير الموطوءة محرمة أبدًا، والموطوءة يوقف نكاحها، وتمنع من نكاح غيره. وإن طلبت الفسخ للاشتباه، فسخ كما في اشتباه الأوليين. وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة، وقف عنهما، لاحتمال سبق البنت والدخول بالأم، وليس له نكاح واحدة منهما، لأن إحداهما محرمة أبدًا. ولو

كانت المسألة بحالها، لكن وطئهما جميعًا، بطل النكاحان، وحرمتا أبدًا. ثم إن وطىء أولًا التي نكحها أولًا، فللأولى مهرها المسمى، وللثانية مهر المثل. وإن وطىء أولًا التي نكحها آخرًا، فلها مهر المثل، لأنه لم ينعقد نكاحها، وللمنكوحة أولًا جميع مهر المثل ونصف المسمى. أمّا نصف المسمى، فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج. وأما جميع مهر المثل، فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح.

فصل: إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات، قال الأصحاب: إن كان الإختلاط بعدد لا ينحصر، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة، فله نكاح واحدة منهن. قال الإمام: هذا ظاهر إن عمّ الالتباس. فأما إذا أمكنه نكاح من لا يشك فيها، فيحتمل أن يقال: لا ينكح من المشكوك فيهن. والمذهب أنه لا حجر. فإن كان الاختلاط بعدد محصور، فليجتنبهن. فلو خالف ونكح واحدة منهن، لم يصح على الأصح. قال الإمام: المحصور: ما عسر عدُّه على آحاد الناس. وقال الغزالي: كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر كالألف، فهو غير محصور، وإن سهل كالعشرة، والعشرين، فمحصورٌ، وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن، وما وقع فيه الشك، استفتي فيه القلب.

الجنس الثاني: ما يقتضي حرمة غير مؤبدة، ويتعلق بعدد ومن ذلك الجمع بين الأختين من النسب أو الرضاع، سواء الأختان من الأبوين أو من أحدهما. فلو نكحهما، بطل نكاحهما. وإن نكحها مرتبًا، بطلت الثانية. فإن وطئها جاهلًا بالحكم، فعليها العدة ولها مهر المثل، وله وطء الأولى وإن كانت الثانية في العدة، لكن المستحب أن لا يفعل. ولو طلق امرأته طلاقًا بائنًا، فله نكاح أختها في عدتها، وإن كان رجعيًا، لم تحل أختها حتى تنقضي عدتها. فلو ادعى أنها أخبرته بانقضاء العدة، والوقت محتمل، وقالت: لم تنقض، فوجهان: أصحهما: وهو نصه في «الإملاء»: أن له نكاح أختها. ولو طلق الأولى، لم يقع. ولو وطئها، لزمه الحد، لزعمه انقضاء عدتها. وقال الحليمي والقفال: ليس له نكاح أختها، لأن القول قولها في العدة. وعلى هذا، لو طلقها وقع. ولو وطئها، فلا حد، وتجب النفقة على الوجهين، لأنه لا يقبل قوله في إسقاط حقها. ولو طلق زوجته الأمة طلاقًا رجعيًا، ثم اشتراها، فله نكاح أختها في الحال، وكذا لو اشتراها قبل الطلاق، لأن ذلك الفراش انقطع.

فرع: يحرم الجمع بين المرأة وبنت أخيها وبنات أولاد أخيها، وكذا بين المرأة وبنت أختها وبنات أولاد أختها، سواء كانت العمومة والخؤولة من النسب أو الرضاع.

وضبط تحريم الجمع بعبارات:

إحداهن: يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع ولو كانت إحداهما ذكرًا لحرمت المناكحة بينهما.

الثانية: يحرم بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمية.

الثالثة: يحرم بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك. وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها، فإن هذا الجمع غير محرم وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرًا، لكنه ليس بقرابة ولا رضاع، بل مصاهرة، وليس فيها رحم يحذر قطعها، بخلاف الرضاع والقرابة.

فرع: يحرم الجمع بين المرأة وبنتها، لدخولهما في الضابط. فلو نكحهما معًا، بطل نكاحهما. ولو نكحهما في عقدين، فالثانية باطلة. فإن كانت الثانية البنت، جاز أن ينكحها إن فارق الأم قبل الدخول.

فرع: يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته، وبين المرأة وربيبة زوجها من امرأة أخرى، وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه، لأنه لا تحرم المناكحة بتقدير ذكورة أحدهما.

فصل: كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح، يحرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين، لكن يجوز الجمع بينهما في نفس الملك. فإذا اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها معًا، أو متعاقبتين، صح الشراء، وله وطء أيتهما شاء. فإذا وطىء واحدة، حرم عليه وطء الأخرى، لكن لا يجب به الحد، لأن له طريقًا إلى استباحتها، بخلاف ما لو وطىء أخته من الرضاع وهي ملكه، فإنه يحد على قول، لأنه لا يستبيحها بحال، ثم الثانية تبقى حرامًا كما كانت، والأولى حلالًا كما كانت، فلا يحرِّم الحرام الحلال، لكن يستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرىء الثانية.

وعن أبي منصور بن مهران أستاذ الأودني، أنه إذا أحبل الثانية، حلت، وحرمت الأولى، وهو غريب، ثم لا تزال غير الموطوءة محرمة عليه، حتى يحرم الموطوءة على نفسه، إما بإزالة ملك، كبيع كلها أو بعضها، أو هبة مع الاقباض، أو بالاعتاق، وإما بإزالة الحِلّ بالتزويج أو الكتابة، ولا يكفي الحيض والإحرام والعدة عن وطء شبهة، لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك ولا الاستحقاق، فكذا الردة لا تبيح الأخرى، وكذا الرهن على الأصح.

ولو باع بشرط الخيار، فحيث يجوز للبائع الوطء، لا تحل به الثانية، وحيث

لا يجوز وجهان: قال الإمام: الوجه عندي القطع بالحل، ولا يكفي استبراء الأولى، لأنه لا يزيل الفراش. وعن القاضي حسين، أن القياس الاكتفاء، لأنه يدل على البراءة. وعن القاضي أبي حامد قال: غلط بعض أصحابنا فقال: إذا قال: حرَّمتها على نفسي، حرمت عليه، وحلت الأخرى.

ثم إذا حرمها بالأسباب المؤثرة، فعاد الحل، بأن باعها، فردَّت عليه بعيب أو إقالة، أو زوَّجها فطلقت، أو كاتبها فعجزت، لم يجز له وطؤها حتى يستبرئها، لحدوث الملك. فإذا استبرأها، فإن لم يكن وطىء الثانية بعد تحريم الأولى، فله الآن وطء أيتهما شاء. وإن كان وطئها، لم يجز وطء العائدة حتى تحرم الأخرى.

فرع: الوطء في الدّبر كالقبل، فتحرم الأخرى به. وفي اللمس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة.

فرع: ملك أختين إحداهما مجوسية، أو أخته برضاع، فوطئها بشبهة، جاز وطء الأخرى، لأن الأولى محرمة. ولو ملك أمًّا وبنتها، ووطء إحداهما، حرمت الأخرى أبدًا، فلو وطىء الأخرى بعد ذلك جاهلًا بالتحريم، حرمت الأولى أيضًا أبدًا. وإن كان عالمًا، ففي وجوب الحد قولان: إن قلنا: لا، حرمت الأولى أيضًا أبدًا، وإلا، فلا.

فصل: ملكها ولم يطأ، أو وطىء ثم نكح أختها أو عمتها، صح النكاح، وحلت المنكوحة، وحرمت المملوكة. ولو نكح امرأة، ثم ملك أختها، فالمملوكة حرام، ويبقى حِلّ المنكوحة.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار، كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الإسلام، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٢١] ويحرم عليه أن يطأ إماءهم بملك اليمين، لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النِّكاح حرم وطء إمائهم بملك اليمين كالأخوات والعمات، ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب، وهم اليهود والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المَائدة: ٥] ولأن الصحابة ﷺ تزوجوا من أهل الذمة، فتزوج عثمان ﷺ نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية وأسلمت عنده، وتزوج حذيفة ﷺ بيهودية من أهل المدائن، وسئل جابر ﷺ عن نكاح المسلم لليهودية والنصرانية فقال: تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أَبي وقاص، ويحل له وطء إمائهم بملك اليمين، لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء إمائهم كالمسلمين، ويكره أن يتزوج حرائرهم وأن يطأ إماءهم بملك اليمين؛ لأنا لا نأمن أن يميل إليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها،

فإن كانت حربية فالكراهية أشد، لأنه لا يؤمن ما ذكرناه، ولأنه يكثر سواد أهل الحرب، ولأنه لا يؤمن إن يسبى ولده منها فيسترق.

فصل: وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب، كمن يؤمن بزبور داود عليه السَّلام وصحف شعيب، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنه قيل: إن ما معهم ليس من كلام الله عز وجل وإنما هو شيء نزل به جبريل عليه السلام كالأحكام التي نزل بها على النبيّ ﷺ من غير القرآن، وقيل: إن الذي معهم ليس بأحكام وإنما هي مواعظ؛ والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦] ومن دخل في دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنهم دخلوا في دين باطل، فهم كمن ارتد من المسلمين، ومن دخل فيهم ولا يعلم أنهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وطء إمائهم بملك اليمين، لأن الأصل في الفرج الحظر فلا تستباح مع الشك.

فصل: واختلف أصحابنا في السامرة والصابئين، فقال أَبو إسحاق: السامرة من اليهود والصابئون من النصارى، واستفتى القاهر أبا سعيد الإصطخري في الصابئين فأفتى بقتلهم لأنهم يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة، والمذهب أنهم إن وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والإيمان بالكتب كانوا منهم، وإن خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الأوثان. واختلفوا في المجوس، فقال أَبو ثور: يحل نكاحهم لأنهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى.

وقال أَبو إسحاق: إن قلنا: إنهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء إمائهم، والمذهب أنه لا يحل لأنهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الأوثان. وأما حقن الدم فلأن لهم شبهة كتاب والشبهة في الدم تقتضي الحقن وفي البضع تقتضي الحظر. وأما ما قال أَبو إسحاق فلا يصح لأنه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر.

فصل: ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابية لأن الولد من قبيلة الأَب لهذا ينسب إليه ويشرفه بشرف، فكان حكمه في النِّكاح حكمه، ومن ولد بين كتابي ووثنية ففيه قولان: أحدهما: أنها لا تحرم عليه، لأنها من قبيلة الأَب، الأَب من أهل الكتاب، الثاني: أنها تحرم لأنها لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسية.

الشرح: الكفار ثلاثة أصناف: أحدها: الكتابيون، فيجوز للمسلم مناكحتهم، سواء كانت الكتابية ذمية أو حربية، لكن تكره الحربية، وكذا الذمية على الصحيح، لكن أخف من كراهة الحربية. والمراد بالكتابيين: اليهود والنصارى. فأما المتمسكون بكتب سائر الأنبياء الأولين، كصحف شيث وإدريس وإبراهيم وزبور

داود صلوات الله وسلامه عليهم، فلا تحل مناكحتهم على الصحيح.

الصنف الثاني: من لا كتاب له ولا شبهة كتاب، كعبدة الأوثان والشمس والنجوم والمعطلة والزنادقة والباطنية والمعتقدين مذهب الإباحة وكل مذهب كفر معتقده، فلا تحل مناكحتهم.

الصنف الثالث: من لا كتاب لهم، لكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس. وهل كان لهم كتاب؟ فيه قولان: أشبههما: نعم، وعلى القولين لا تحل مناكحتهم، لأنه لا كتاب بأيديهم، ولا نتيقَّنه من قبل، فنحتاط. وقال أبو إسحاق وأبو عبيد ابن حربويه: يحل إن قلنا: كان لهم كتاب، وهذا ضعيف عند الأصحاب.

فرع: الكتابية كالمسلمة في النفقة والقسم والطلاق وعامة أحكام النكاح، لكن لا توارث بينها وبين المسلم، ولا تغسله إذا اعتبرنا نية الغاسل ولم نصحح نيتها. وإذا طهرت عن حيض أو نفاس، ألزمها الزوج الاغتسال. فإن امتنعت، أجبرناها عليه واستباحها وإن لم تنو، للضرورة، كما تجبَر المسلمة المجنونة. وعن الحليمي تخريجًا على الإجبار على الغسل، أن للسيد إجبار أمته المجوسية والوثنية على الإسلام، لأن حل الاستمتاع يتوقف عليه. والصحيح خلافه، لأن الرق أفادها الأمان من القتل فلا تجبر كالمستأمنة، وليس كالغسل، فإنه لا يعظم الأمر فيه. واختلف نص الشافعي في إجبار زوجته الكتابية على غسل الجنابة. وقال الجمهور: في إجبارها قولان: وقيل: الإجبار إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها، وعدمه في غير هذا الحال.

وأما المسلمة، فهي مجبرة على الغسل من الجنابة، كذا أطلقه البغوي.

وليس هو على إطلاقه، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة، فأما إذا لم تحضر صلاة، ففي إجبارها القولان، وهما مشهوران حتى في «التنبيه». والأظهر من القولين الإجبار. والله أعلم.

وتُجبَر المسلمة أو الكتابية على التنظف، بالإستحداد، وقلم الأظفار، وإزالة شعر الإبط والأوساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفّر التوَّاق، فإن كان لا يمنع أصل الاستمتاع، لكن يمنع كماله، فقولان كغسل الجنابة، ويجريان في منع الكتابية أكل الخنزير للاستقذار، وفي كل ما يمنع كمال الاستمتاع. والأظهر أن للزوج المنع منه. وله المنع من أكل ما يتأذى من رائحته كالثوم والكراث على الأظهر. وقيل: قطعًا، وله المنع من شرب ما تسكر به. وفي القدر الذي لا يسكر القولان، ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته. وقيل بمنعهما قطعًا، لأن ذلك القدر لا ينضبط ويختلف باختلاف الأشخاص. ومتى

تنجس فمها أو عضو آخر، فله إجبارها على غسله بلا خلاف ليمكنه الاستمتاع به، وله منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ما له رائحة كريهة.

ويمنع الكتابية من البِيَع والكنائس، كما يمنع المسلمة من الجماعات والمساجد.

فصل: في صفة الكتابية التي ينكحها المسلم، وهي ضربان: إسرائيلية، وغيرها.

الضرب الأول: التي ليست من بني إسرائيل، ولها أحوال:

أحدها: أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه، فيحل نكاحها على الأظهر. وقيل: قطعًا، وهؤلاء يقرون بالجزية قطعًا. وفي حل ذبائحهم الخلاف كالمناكحة.

الحال الثاني: أن يكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف وقبل النسخ. فإن تمسكوا بالحق منه، وتجنبوا المحرف منه، فكالحال الأول. وإن دخلوا في المحرف، لم تحل مناكحتهم على المذهب، ويقرون بالجزية على الأصح كالمجوس وأولى للشبهة.

الحال الثالث: أن تكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ، فلا تحل مناكحتهم قطعًا. فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ، لا يناكحون. وفي المتهوِّدين بين نبينا وبين عيسى عليهما السلام وجهان: أصحهما: المنع، ومن جوز كأنه يزعم أنا لا نعلم كيفية نسخ شريعة عيسى لشريعة موسى صلى الله عليهما وسلم، وهل نسخت كلها أو بعضها، وهؤلاء لا يقرون بالجزية.

الحال الرابع: أن تكون من قوم لا يعلم متى دخلوا، فلا تحل مناكحتهم، ويقرون بالجزية، وبذلك حكمت الصحابة رضي الله عنهم في نصارى العرب. هكذا أطلقه عامة الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين، وفيه شيء لا بد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

الضرب الثاني: الكتابية الإسرائيلية. والذي ذكره الأصحاب في طرقهم، جواز نكاحها على الإطلاق من غير نظر إلى آبائها أدَخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف، أم بعده، وليس كذلك لأن ليس كل إسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة، وذلك أن إسرائيل هو يعقوب ﷺ، وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل، ولسنا نعلم أدَخَل كل بني إسرائيل على كثرتهم في زمان موسى ﷺ أم بعده قبل التحريف، بل في القصص ما يدل على استمرار بعضهم على عبادة الأوثان والأديان الفاسدة، وبتقدير استمرار هذا في اليهود، فلا يستمر في

النصارى، لأن بني إسرائيل بعد بعثة عيسى ﷺ منهم من آمن به، ومنهم من صَدَّ عنه فأصر على دين موسى. ثم من المصرّين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده، ولكن كأن الأصحاب اكتفَوا بشرف النسب وجعلوه حابرًا لنقص دخول الآباء في الدين بعد التحريف، حتى فارق حكمهن حكم غير الإسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف. وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ، فلا تفارق فيه الإسرائيلية غيرها كما سنوضحه إن شاء الله تعالىٰ. وكلام الغزالي يقتضي النظر إلى حال الآباء في الإسرائيليات أيضًا، حتى يكون نكاح الإسرائيلية التي دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد التحريف على قولين، كغير الإسرائيلية التي دخل آباؤها فيه قبل التحريف، لكن كلام الأصحاب يخالفه، فاعرفه وانظر كيف يمكنك تنزيل كلامه على منقول الأصحاب.

فرع: الصابئون طائفة تعد من النصارى، والسامرة طائفة تعد من اليهود. فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم ولا يتأوّلون نَصَّ كتابهم، لم يناكحوا كالمجوس. وإن خالفوهم في الفروع دون الأصول وتأوّلوا نصوص كتابهم، جازت مناكحتهم. هذا هو المذهب، وهو نصه في «المختصر»، وقطع به الجمهور. قال الشيخ أبو علي: وأطلق بعض الأصحاب قولين في مناكحتهم. قال الإمام: لا مجال للخلاف فيمن تكفرهم اليهود والنصارى، ويخرجونهم عنهم، لكن يمكن الخلاف فيمن جعلوه كالمبتدع فينا.

وإذا شككنا في جماعة أيخالفونهم في الأصول أم الفروع؟ لم نناكحهم. والصابئون ـ فيما نقل ـ فرقتان، فرقة توافق النصارى في أصول الدين، وفرقة تخالفهم، وهم الذين أفتى الإصطخري بقتلهم.

فصل: في الانتقال من دين إلى دين، هو ثلاثة أقسام:

القسم الأول: من دين باطل إلى دين باطل، وهو ثلاثة أضرب:

أحدها: الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه، كتهود نصراني وعكسه، فهل يقر على ما انتقل إليه بالجزية، أم لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي انتقل منه؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الأول، ثم الثاني.

فعلى الأول، تحل ذبيحته. وإن كانت امرأة، حل للمسلم نكاحها. وإن كانت منكوحة مسلم، استمر نكاحه. وإن قلنا: لا يقر، لم تحل ذبيحته ولا نكاحها. وإذا انتقلت منكوحة مسلم، فكردَّة المسلمة، فتتنجز الفرقة قبل الدخول وتقف على انقضاء العدة بعده. وإذا قلنا بالقول الثاني والثالث، وامتنع من الإسلام أو منه ومن الدين الذي انتقل منه، فقولان: أحدهما: يقتل كالمرتد، وأشبههما: يلحق بمأمنه

كمن نبذ العهْد. ثم هو حرب لنا، إن ظفرنا به قتلناه. ولو تمجس يهودي أو نصراني، ففي تقريره وعدمه وما يقبل منه الأقوال: وقيل: يمنع التقرير قطعًا، لكونه دون دينه الأول. فإن لم نقره، وأبى الرجوع، ففي القتل والإلحاق بالمأمن القولان. وعلى كل حال، لا تحل ذبيحته ولا نكاحها. وإن كانت منكوحة مسلم، تنجزت الفرقة إن كان قبل الدخول، وإلا، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة، أو عادت إلى دينها وقنعنا به، دام النكاح، وإلا، بان حصول الفرقة من وقت الانتقال. ولو تمجست كتابية تحت كتابي، فإن كانوا لا يجوِّزون نكاح المجوس، فكتمجسها تحت مسلم، وإلا، فنقرهما إذا أسلما. ولو تهود أو تنصر مجوسي، ففي التقرير الأقوال، فإن منعناه، فالتفريع كما سبق، ولا تحل ذبيحته ونكاحها بحال، لأن الانتقال من باطل إلى باطل لا يفيد فضيلة.

الضرب الثاني: انتقال مما يقر عليه إلى ما لا يقر، كتوثن يهودي أو نصراني، فلا يقر قطعًا. وهل يقنع بعوده إلى ما انتقل منه أو دين يقر أهله عليه، أم لا يقبل إلا الإسلام أو ما انتقل منه، أم لا يقبل إلا الإسلام؟ فيه ثلاثة أقوال: وإن كان هذا الانتقال من كتابية تحت مسلم، انفسخ نكاحها إن لم يدخل. وإن دخل فعادت إلى ما يقبل قبل انقضاء العدة، استمر نكاحها، وإلا، تبين الفراق من وقت الانتقال. ولو توثن مجوسي، لم يقر، وفيما يقنع به الأقوال:

الضرب الثالث: عكس الثاني، كتهود وثني وتنصره وتمجسه، فلا يقر، ولا يقبل منه إلا الإسلام قطعًا كالمرتد، لأنه كان لا يقر فلا يستفيده بباطل. وإذا تأملت حكم هذه الأضرب، علمت أن الانتقال من دين باطل إلى باطل، يبطل الفضيلة التي كانت في الأول، ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول، ولكن تبقى الفضيلة التي يشترك فيها الدينان إن قلنا بالتقرير. وعلمت أن كلامهم المطلق في الفصل السابق: أن من دخل في التهود والتنصر بعد النسخ والتبديل لا يناكح ولا يقر بالجزية، غير مستمر على إطلاقه، لأن من تهود أو تنصر اليوم فقد دخل في ذلك الدين بعد النسخ والتبديل، وقد بينا الخلاف في مناكحته وتقريره بالجزية إذا كان الدخول من دين يقر أهله عليه، فإذًا إطلاقهم هناك وجزمهم بالمنع محمول على ما إذا كان الدخول فيه من دين لا يقر أهله كالوثنية، وهذا هو البيان الذي سبق الوعد به.

فرع: إذا قبلنا رجوعه إلى غير الإسلام، في هذه الصورة لا نقول له: أسلم أو عد إلى ما كنت عليه، بل نأمره بالإسلام، لكن نتركه إذا عاد إلى غيره.

القسم الثاني: الانتقال من دين حق إلى باطل، وهو ردة المسلم والعياذ بالله، فلا يقبل منه إلا الإسلام، فإن أبى قتل كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالىٰ، ولا

يحل نكاح المرتد لأحد. وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول، تنجزت الفرقة، وبعده نقف على العدة. فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها، استمر النكاح، وإلا، بان حصول الفرقة من وقت الردة. وفي مدة التوقف، لا يحل الوطء، فلو وطىء، فلا حد، وتجب العدة، وهما عدتان من شخص، فهو كوطء مطلقته في عدته، واجتماعهما في الإسلام هنا كرجعته هناك، فيستمر النكاح إذا جمعهما الإسلام في الحالات التي يحكم فيها بثبوت الرجعة هناك. ولو طلقها في مدة التوقف، أو ظاهر منها، أو آلى، توقَّفنا. فإن جمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة، تبينا صحتها، وإلا، فلا. وليس للزوج إذا ارتدت أن ينكح أختها في مدة التوقف، ولا أربعًا سواها، ولا أن ينكح أمة. فإن طلقها ثلاثًا في مدة التوقف، أو خالعها، جاز له ذلك، لأنها إن لم تعد إلى الإسلام، فقد بانت بنفس الردة، وإلا، فبالطلاق أو الخلع.

القسم الثالث: الانتقال من دين باطل إلى حق، وهو«باب نكاح المشرك» الآتي إن شاء الله تعالىٰ.

فرع: مَن أحد أبويه كتابي والآخر وثني، يقر بالجزية على المذهب. وأما مناكحته ومناكحة من أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي أو نصراني أو ذبيحته، فإن كانت الأم هي الكتابية، لم يحل قطعًا، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر، هذا في صغر المتولد منهما. فأما إذا بلغ وتديَّن بدين الكتابي منهما، فقال الشافعي: تحل مناكحته وذبيحته. فمن الأصحاب من أثبت هذا قولًا، ومنهم من قال: لا أثر لبلوغه، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهوديًا والآخر نصرانيًا، فبلغ واختار دين أحدهما. ولو تولد بين يهودي ومجوسية، فبلغ واختار التمجس، فعن القفال أنه يمكَّن منه، ويجري عليه حكم المجوس. وقال الإمام: لا يمتنع أن يقال: إذا أثبتنا له حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة أن نمنعه من التمجس إذا منعنا انتقال الكافر من دين إلى دين.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يحل له نكاح الأمة الكتابية لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] **ولأنها إن كانت لكافر استرق ولده منها، وإن كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها.**

وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حرًا نظرت فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] **إلى قوله عزّ وجلّ:** ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النّساء: ٢٥] **فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت، وإن**

خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولًا، وهو ما يتزوج به حرة، ولا ما يشتري به أمة جاز له نكاحها للآية، وإن وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الأمة لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾ [النساء: ٢٥] فدل على أنه إذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الأمة، وإن وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشتري به أمة ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾ [النساء: ٢٥] وهذا غير مستطيع أن ينكح المحصنات المؤمنات والثاني: لا يجوز، وهو الصحيح، لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٥] وهذا لا يخشى العنت. وإن كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان:

أحدهما: يحل له نكاح الأمة، لأنه يخشى العنت.

والثاني: لا يحل، لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة، والصحيح هو الأول، فإن لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة. قال المزني: إذا جد صداق حرة بطل نكاح الأمة، لأن شرط الإباحة قد زال، وهذا خطأ، لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد، وإن كان الزوج عبدًا حل له نكاح الأمة، وإن وجد صداق حرّة ولم يخف العنت لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت عدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر.

الشرح: رق المرأة ضربان: رقيقة يملكها، ورقيقة لا يملكها.

الضرب الأول: مملوكته، فليس له نكاح من يملكها أو بعضها. ولو ملك بعض زوجته، انفسخ نكاحه، وليس لها نكاح من تملك بعضه. ولو ملكت زوجها، انفسخ نكاحها.

الضرب الثاني: أمة غيره، فلا تحل للحر إلا بشروط:

أحدها: أن لا يكون تحته حرة يتيسر الاستمتاع بها مسلمة أو كتابية. وفي وجه: لا يمنع كون الكتابية تحته. فإن لم يتيسر الاستمتاع، بأن كانت تحته صغيرة، أو هرمة، أو غائبة، أو مجنونة، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، أو مضناة لا تحتمل الجماع، فوجهان: أحدهما: يصح نكاح الأمة، وهذا أصح عند صاحب «المهذب» والقاضي حسين، وقطع به ابن الصباغ وجماعة من العراقيين. والثاني: المنع، وبه قطع الإمام والغزالي والبغوي. فعلى هذا، لا يصح نكاح الأمة حتى تبين منه الحرة.

الشرط الثاني: أن لا يقدر على نكاح حرة لعدم الحرة، أو عدم صداقها. فلو قدر على نكاح حرة رتقاء، أو قرناء، أو مجنونة، أو مجذومة، أو رضيعة، أو معتدة

عن غيره، فله نكاح الأمة على الأصح. ولو قدر على حرة كتابية، لم تحل الأمة على الأصح، وقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] قيد بالمؤمنات، لأنه الغالب، لا للإشتراط. ولو قدر على حرة غائبة، قال الأصحاب: إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة، أو يلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها، فله نكاح الأمة، وإلا، فلا. قال الإمام: المشقة المعتبرة، أن ينسب متحملها في طلب زوجه إلى الإسراف. ولو لم يجد إلا حرة لا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها، وهو واجده، فنقل البغوي: أنه لا ينكح أمة. ونقل المتولي جوازه. وقال الإمام والغزالي: إن كانت زيادة يعدُّ بذلها إسرافًا، حلّت الأمة، وإلا، فلا. وفرقوا بينه وبين الماء في التيمم، بأن الحاجة إلى الماء تتكرر، وبأن هذا الناكح لا يعد مغبونًا.

ولو لم يقدر على مهر، ووجد حرة ترضى بمهر مؤجل، وهو يتوقع القدرة عليه عند المحل، أو وجد من يبيعه نسيئة ما يفي بصداقها، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة، أو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر، حلت الأمة على الأصح. ولو أقرض مهرها، لم يجب القبول على المذهب، لاحتمال المطالبة في الحال. وقيل بالوجهين. ولو رضيت حرة بدون مهر مثلها، وهو يجده، لم تحل الأمة على المذهب، لأن المنَّة فيه قليلة، إذ العادة المسامحة في المهور. ولو وهب له مال أو جارية، لم يلزمه القبول، وحلّت الأمة. ومن له مسكن وخادم، هل له نكاح الأمة، أم عليه بيعهما وصرفهما إلى طَول حرة؟ وجهان حكاهما ابن كج.

والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة. ومن هو معسر، وله ابن موسر، يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن إعفافه. وإن أوجبناه، فوجهان: لأنه مستغن بمال الابن.

الشرط الثالث: خوف العنت، والمراد به هنا الزنا، قال الإمام: ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا، بل أن يتوقعه لا على الندور. وليس المراد بغير الخائف أن يعلم اجتنابه، بل غلبة الظن بالتقوى، والاجتناب ينافي الخوف، فمن غلبت عليه شهوته، وضعف تقواه، فهو خائف. ومن ضعفت شهوته، وهو يستبدع الزنا لدين أو مروءة أو حياءٍ، فهو غير خائف. وإن غلبت شهوته، وقوي تقواه، ففيه إحتمالان للإمام: أصحهما: لا يجوز نكاح الأمة، وبه قطع الغزالي، لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا. والثاني: إن كان ترك الوقاع يجر ضررًا أو مرضًا، فله نكاح الأمة. وأما المجبوب، فلا يتصور منه الزنا. قال الإمام والمتولي: ليس له نكاح الأمة. قال المتولي: فلو نكح حرّ أمة، فوجدته مجبوبًا، وأرادت

الفسخ، فقال الزوج: جبَّ ذَكري بعد النكاح. فإن كان قوله غير محتمل، بأن كان الموضع مندملًا، وقد عقد النكاح أمس، فالنكاح باطل. وإن كان محتملًا، فإن صدقته، فذاك، وإن كذبته، فدعواها باطلة لأن مقتضى قولها، بطلان النكاح من أصله. وقال الروياني في «البحر»: للخصي والمجبوب نكاح الأمة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به، لأن العنت المشقة.

فرع: القادر على شراء أمة يتسراها، لا يحل له نكاح أمة على المذهب. ولو كان في ملكه أمة، لم ينكح أمة قطعًا، وطرد الحناطي الخلاف فيه، فعلى المذهب لو كانت الأمة التي يملكها غير مباحة، فإن وفت قيمتها بمهر حرة، أو ثمن أمة يتسراها، لم ينكح الأمة، وإلا، فينكحها.

الشرط الرابع: كون الأمة المنكوحة مسلمة، ولا يشترط كونها لمسلم على الأصح، ويجوز للحر الكتابي نكاح الأمة الكتابية على الأصح، ويقال: الأظهر، ولا يجوز نكاحها للعبد المسلم على المشهور. وأما نكاح العبد المسلم الأمة المسلمة، فسيأتي إن شاء الله تعالىٰ في «باب نكاح المشرك». والعبد الكتابي، ينكح الأمة الكتابية إن نكحها الحر الكتابي، وإلا، فوجهان: أصحهما: الجواز.

فرع: للحر المسلم وطء أمته الكتابية دون المجوسية والوثنية، كالنكاح في حرائرهم.

فصل: من استجمع شروط نكاح الأمة، ليس له نكاح أمة صغيرة لا توطأ على الأصح، لأنه لا يأمن بها العنت. ومن بعضها رقيق كالرقيقة، لا ينكحها حر إلا بالشروط. ولو قدر على نكاحها، فهل يباح له نكاح الرقيقة المحضة؟ فيه تردد للإمام، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله. وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق، فينكح الأمة مع القدرة على الحرة، لأنه كالرقيق في الولاية والنظر.

فصل: ولد الأمة المنكوحة رقيق لمالكها، سواء كان زوجها الحر عربيًا أو غيره، وفي القديم قول أن العرب لا يجري عليهم الرق، فيكون ولد العربي حرًّا، وهل على الزوج قيمته كالمغرور؟ أم لا شيء عليه لأن السيد رضي حين زوّجها عربيًا؟ فيه قولان:

فرع: في «فتاوى» القاضي حسين: أنه لو زوّج أمته بواجد طَول حرة، فأولدها، فالأولاد أرقاء، لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح.

فصل: نكح الحر أمة بشروطه، ثم أيسر أو نكح حرة، لا ينفسخ نكاح الأمة. وقال المزني: ينفسخ.

فصل: جمع حرّ حرّة وأمة في عقد، فإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة، فنكاح الأمة باطل، ونكاح الحرة صحيح على الأظهر. وإن كان ممن يحل له نكاح الأمة، بأن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل، أو بلا مهر، أو بدون مهر المثل، أو حرة كتابية، وقلنا: إن هذه المعاني لا تمنع نكاح الأمة، بطل نكاح الأمة قطعًا، لإستغنائه عنه. وفي الحرة طريقان: أظهرهما عند الإمام وبه قال صاحب «التلخيص»: أنه على القولين. وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون: يبطل قطعًا، لأنه جمع بين امرأتين يجوز إفراد كل منهما، ولا يجوز الجمع، فأشبه الأختين، ومن قال بالأول، فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوى والحرة أقوى.

ولو جمع بين مسلمة ووثنية، أو أجنبية ومحرم، أو خلية ومعتدة أو مزوجة، فهو كالجمع بين الحرة والأمة لمن لا تحل له الأمة. وإذا صححنا نكاح من تحل له، فقد سبق في «تفريق الصفقة» قول: أنها تستحق جميع المسمى، وأن المذهب أنها لا تستحق جميعه، بل تستحق مهر المثل في قول، وما يخص مهر مثلها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل الأخرى في قول. فإن قلنا: تستحق جميع المسمى، فللزوج الخيار في فسخ الصداق والرجوع إلى مهر المثل كما ذكرنا في باب «التفريق». وإن قلنا: تستحق مهر المثل، فلا فسخ، إذ لا فائدة فيه، فإنه لو فسخ لرجع إليه. وإن قلنا: تستحق حصة مهر المثل من المسمى، قال الشيخ أبو علي: إن كان المسمى مما يمكن قسمته، كالحبوب، فلا خيار. وإن كان مما لا يمكن، كالعبد، فله الخيار، لتضرره بالتشقيص. فإن فسخ، فعليه مهر المثل. واعلم أن الجمع بين من يحل ومن لا يحل، يتصور بأن يكون المزوِّج وليهما، بأن زوَّج أمته وبنته، أو كان وكيلًا لوليين، أو ولي إحداهما ووكيلًا في الأخرى. وموضع الخلاف إذا قال: زوَّجتك هذه وهذه بكذا، فقال: قبلت نكاحهما بكذا. فأمّا إذا قال: زوَّجتك بنتي هذه، وزوجتك أمتي هذه، فقال: قبلت نكاح بنتك، وقبلت نكاح أمتك، أو اقتصر على قبول نكاح البنت، فنكاح البنت صحيح بلا خلاف، ولو فصّل المزوّج، وقال الزوج: قبلت نكاحهما، أو جمع المزوِّج، وفصل الزوج، فهل هو كما لو فصّلا جميعًا، أو كما جمعا جميعًا؟ وجهان: أصحهما: الأول. ولو جمع بين أختين وأمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة، فنكاح الأختين باطل، وفي الأمة الخلاف. ولو قال: زوَّجتك بنتي، وبعتك هذا الزق من الخمر بكذا، فقبلهما، أو زوَّجتك بنتي وابني أو فرسي، أو وهذا الزق، صح نكاح البنت على المذهب، لأن المضموم لا يقبل النكاح، فلغا. وقيل بطرد القولين. فإن صححنا، فلها مهر المثل إن قلنا فيمن جمع بين محللة ومحرمة: للمحلّلة مهر

المثل. وإن قلنا هناك: لها حصة مهر المثل من المسمى، فقال البغوي: يجب لها هنا جميع المسمى، لتعذر التوزيع.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: ويحرم على العبد نكاح مولاته، لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض، فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق والعبد بحكم النِّكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب، والمرأة بحكم النِّكاح تطالبه بالنفقة، والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة، وإن تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النِّكاح، لأن ملك اليمين أقوى لأنه يملك به الرقبة والمنفعة، فأسقط النِّكاح، ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لأن النِّكاح أوجب للمرأة حقوقًا يمنع منها ملك اليمين فبطل، وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النِّكاح لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشترته.

فصل: ويحرم على الأَب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره، فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان: أحدهما: إنه يبطل النِّكاح لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه في إبطال النِّكاح، والثاني: لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النِّكاح.

الشرح: مسائل في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها:

مسألة: في وطئها، فيحرم على الأب وطء جارية ابنه مع علمه بالحال، فإن وطئها، نُظر، أهي موطوءة الابن أم لا؟

الحالة الأولى: أن لا تكون، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: لا حدّ على الأب لشبهة الإعفاف. وعن الإصطخري تخريج قول في وجوب الحدّ، والمذهب الأول. وعلى هذا، فيعزَّر على الأصح، لحق الله تعالىٰ. وقيل: لا يعزَّر. فعلى تخريج الإصطخري: هو كالزِّنا بأمة أجنبي. فإن أكرهها، وجب مهر المثل، وإن طاوعته، فوجهان: وعلى المذهب: هو كوطء الشبهة، فعليه المهر للابن. فإن كان موسرًا، أخذ منه. وإن كان معسرًا ففي ذمته إلى أن يوسر. وقيل: إن كان معسرًا، لم يثبت في ذمته. والصحيح الأول.

المسألة الثانية: كما يسقط الحد ويجب المهر، تثبت المصاهرة فتحرم الجارية على الابن أبدًا، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد على الأب إحبال، ولا شيء على الابن بتحريمها، لأن مجرد الحِل في ملك اليمين غير متقوم، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية وهي باقية، وله تزويجها وتحصيل مهرها، بخلاف ما لو وطىء زوجة ابنه أو أبيه بالشبهة، فإنه يغرم المهر له، لأنه فوت الملك والحِلَّ جميعًا، ولأن الحِلَّ هناك هو المقصود.

المسألة الثالثة: إذا أحبلها بوطئه، فالولد نسيب حر، كما لو وطىء جارية أجنبي بشبهة. وهل تصير الجارية أم ولد للأب؟ فيه أقوال: أظهرها: نعم. والثالث: إن كان الأب موسرًا، فنعم، وإلا، فلا. وضعف الأصحاب هذا. فإن قلنا به، قال الإمام: يجب أن تخرج الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد، وتأخيره إلى أداء القيمة أو التوقف، كما في سراية العتق في نصيب الشريك. وإذا قلنا: لا يثبت الاستيلاد، فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حيًّا، لأن الرق اندفع بسببه. وإن انفصل ميتًا، فلا شيء عليه، ولا يجوز للابن بيع الأمة ما لم تضع، لأنها حامل بحرٍّ، وهل على الأب قيمتها في الحال للحيلولة ثم تسترد عند الوضع؟ وجهان: أصحهما: المنع، لأن يده مستمرة عليها ومنتفع بالاستخدام وغيره، بخلاف الآبق من يد الغاصب. وهكذا الحكم في الجارية المغرور بحريتها، والموطوءة بشبهة إذا أحبلتا، وإذا ملك الأب هذه الجارية يومًا، هل تصير أُم ولد؟ فيه قولان معروفان. أمّا إذا قلنا بالأظهر: إنها تصير أُم ولد، فيجب على الأب قيمتها مع المهر. فإن اختلفا في القيمة، فالقول قول الأب على المذهب، لأنه غارم، وقيل: قولان: ومتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب؟ فيه أربعة أوجه: أحدها: قبيل العلوق ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له، وبهذا قطع البغوي. والثاني: مع العلوق، واختاره الإمام. والثالث: عند الولادة. والرابع: عند أداء القيمة بعد الولادة. وفي وجوب قيمة الولد على الأب وجهان: أصحهما: المنع. قال الإمام: لو فُرض الإنزال مع تغييب الحشفة، فقد اقترن موجب المهر بالعلوق، فينبغي أن يُنزل المهرُ منزلة قيمة الولد. والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر، محمول على ما إذا تأخر الإنزال عن موجب المهر على ما هو الغالب. قال البغوي: لا ولاء على الولد إن أثبتنا الإستيلاد، وكذا إن لم يثبت على الأصح.

المسألة الرابعة: استولد الأب جارية مشتركة بين ابنه وأجنبي، فثبوت الاستيلاد في نصيب الابن على الأقوال السابقة، فإن أثبتناه وكان موسرًا، سرى إلى نصيب الشريك، فالولد حر، وعلى الأب كمال المهر، وكمال القيمة للابن والأجنبي. وإن كان معسرًا، لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك، ويكون نصف الولد حرًا ونصفه رقيقًا على الأظهر. وحكى أبو سعد الهروي وجهًا أن الاستيلاد لا يثبت في نصيب الشريك بحال، ولا يجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك، ولو كان نصف الجارية للابن ونصفها حرًا، اقتصر الاستيلاد على نصيب الابن لا محالة.

المسألة الخامسة: لو كان الأب المستولِد رقيقًا، فلا حد عليه، ولا تصير أُم

ولد، لأنه لا يملك، والولد نسيب. وفي حريته وجهان: أفتى القفال بالحرية كولد المغرور، وقيمته في ذمته إلى أن يعتق، والمهر يتعلق برقبته إن كانت مكرهة، وإن طاوعته، فهل يتعلق برقبته أم بذمته؟ قولان كما لو وطىء العبدُ أجنبية بشبهة. ولو كان الأب المحبل مكاتبًا، ففي ثبوت الاستيلاد وجهان: بناءً على القولين في ثبوته إذا أولد جارية نفسه. ولو كان نصفه حرًا ونصفه رقيقًا، لم يثبت الاستيلاد، ويكون نصف الولد حرًا، وفي نصفه الآخر وجهان: قال البغوي: إن قلنا: إنه حر أيضًا، فعليه كمال قيمة الولد، نصفها في كسبه، ونصفها في ذمته. وإن قلنا: نصفه الآخر رقيق، فعليه قيمة نصفه في كسبه.

فرع: لا فرق في الأحكام المذكورة، بين الأب المسلم والذمي، وتجري الأقوال في ثبوت إستيلاد الذمي وإن كان الكافر لا يشتري المسلم، لأنه ملك قهري كالإرث.

فرع: وطءُ الأب جارية البنت والحفدة كجارية الابن بلا فرق.

الحالة الثانية: أن تكون الجارية موطوءة الابن، ووطئها الأب عالمًا بالحال، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر. والخلاف مبني على القولين في وجوب الحد على من وطىء جاريته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو مصاهرة. الجديد الأظهر: لا حدَّ. قال الروياني في «التجربة»: الخلاف فيما إذا لم يكن الابن استولدها، فإن كان، وجب الحد قطعًا، كذا قاله الأصحاب، لأنه لا يتصور أن يملكها بحال، بخلاف ما إذا كانت موطوءة غير مستولدة، فإن أوجبنا الحد على الأب، لم تحرم الجارية على الابن، ويجب المهر إن كانت مكرهة. وإن كانت طائعة، لم تجب على الأصح. وإن أولدها، لم تصر أُم ولد له، ويكون الولد رقيقًا غير نسيب. وعلى هذا القياس إذا وطىء الرجل جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره وأولدها، لا تصير أم ولد إن أوجبنا الحد. وقيل: يثبت النسب والاستيلاد هنا وفي جارية الابن وإن أوجبنا الحد فيهما، والصحيح الأول. ولو أولد أحدُ الشريكين الجارية المشتركة، ثبت النسب والاستيلاد، وإن قلنا بالقديم: إنه يجب الحد، لأنه وطء صادف ملكه حقيقة، وإنما أوجبنا الحد صيانة لملك الشريك. أما إذا قلنا: لا حدّ على الأب، فهو كما لو كان جاهلًا يلزمه المهر، وتصير الجارية محرمة عليهما أبدًا. فإن أولدها، فإن كانت مستولدة الابن، لم تصر مستولدة له، لأن أُم الولد لا تقبل النقل، وإلا ففي مصيرها مستولدة للأب الأقوال الثلاثة السابقة في الحالة الأولى.

فرع: لو وطىء مكاتبه ابنه وأولدها ففي مصيرها مستولدة للأب وجهان: أحدهما: لا، لأن المكاتبة لا تقبل النقل. والثاني: نعم، لأنها تقبل الفسخ،

بخلاف الاستيلاد وهذا أصح عند البغوي، وبالأول قطع القاضي أبو سعد الهروي. قال: وليس كما لو أولد مكاتبته، فإنه ينفذ الاستيلاد، لأنه لا نقل، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة، بل يجتمع الاستيلاد والكتابة، ولا منافاة.

فرع: كانت جارية الابن منكوحة رجل، فأولدها الأب، ففي ثبوت الاستيلاد الأقوال الثلاثة، ويستمر النكاح وإن أثبتنا الاستيلاد، كما لو استولدها سيدها، ولا يجوز للزوج وطؤها في مدة الحمل.

فصل: لو وطىء الابن جارية الأب، فهو كوطء الأجنبي. فإن كان بشبهة، نظر، إن ظنها أمته أو زوجته الحرة، فالولد حر وعليه قيمته للأب. وإن ظنها زوجته الرقيقة، انعقد الولد رقيقًا ثم عتق على الجدّ، ولا يجب على الابن قيمته. وإن وطئها عالمًا بالتحريم، فهو زنا يتعلق به الحد، لأن الابن لا يستحق الإعفاف على الأب، فلا شبهة له، بخلاف العكس، ويلزم الابن المهر إن كانت مكرهة، وإلا، فلا على الأصح. ولو أتت بولد، فهو رقيق للأب، ولا يعتق عليه، إذ لا نسب.

الطرف الثاني: في نكاحه جارية الابن، للشافعي في جوازه نصان. قيل: هما قولان بناءً على وجوب الإعفاف، إن لم نوجبه، جاز، وإلا، فلا. وقطع الجمهور بأنه لا يجوز قطعًا. قالوا: ونقل الجواز غلط، إنما قال الشافعي: يجوز أن يتزوج جارية أبيه، فصحف المزني، ومنهم من تأوله، على ما إذا كان الابن معسرًا لا يجد مؤونة الإعفاف وكانت له جارية يحتاج إلى خدمتها، فيجوز أن يتزوجها الأب، أو كان الأب مع إعساره صحيح البدن، فإنا لا نوجب نفقته وإعفافه على قول، فيجوز أن يتزوجها. والصحيح في هاتين الصورتين، أنه يبنى جواز نكاحه جارية الابن، على أنه لو أولد جارية ابنه، هل تصير مستولدة له؟ إن قلنا: لا، جاز، وإلا، فلا. وكذا الحكم إذا قلنا: لا يجب الإعفاف، هذا كله إذا كان الأب حرًا. فلو كان رقيقًا، فله نكاح جارية ابنه، لأنه لا تجب نفقته، ولا إعفافه. وإذا استولد الرقيق جارية ابنه، لم تصر أم ولد له كما سبق. ولو نكح الأب جارية أجنبي، فملكها الابن، وكان الأب بحيث لا يجوز له نكاح الأمة، لم ينفسخ نكاحه على الأصح. ويجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق، هل ينفسخ؟ إن قلنا: لا ينفسخ، أو جوزنا نكاح جارية ابنه ابتداءً فأولدها، فقال الشيخ أبو حامد والعراقيون، والشيخ أبو علي والبغوي وغيرهم: لا تصير أُم ولد له، لأنه رضي برق ولده حين نكحها، ولأن النكاح حاصل محقق، فيكون واطئًا بالنكاح لا بشبهة الملك، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح. وقال الشيخ أبو محمد، ومال إليه الإمام: يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح.

فرع: لا يجوز للسيد نكاح جارية مكاتبه لشبهته فيها. ولو أولد أمة مكاتبه، صارت أُم ولد للسيد. ولو نكح أمة فملكها مكاتبه، انفسخ نكاحه على الأصح، لأن تعلق السيد بملك المكاتب أشد من تعلق الأب.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥] ولأن العدة وجبت لحفظ النسب، فلو جوزنا فيها النِّكاح اختلط النسب وبطل المقصود، ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة، لأنه لا يؤمن أن تكون حاملًا من غيره، فإن تزوجها ففيه وجهان.

أحدهما: وهو قول أَبي العباس أن النِّكاح باطل لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة، والثاني: وهو قول أَبي سعيد وأَبي إسحاق أنه يصح، وهو الصحيح، لأنها ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النِّكاح، ويجوز نكاح الحامل من الزِّنا لأن حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه.

فصل: ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة، لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النِّساء: ٣] وروى عبد اللّه بن عمر رضي الله عنهما «أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبيّ ﷺ: «خذ منهن أربعًا»[(١)] ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين. وقال أَبو ثور: يحل له أن يجمع بين أربع، وهذا خطأ لما روي أن عمر رضي الله عنه خطب وقال: «من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء؟ فقال رجل: أنا، فقال: كم؟ قال: اثنتان، فسكت عمر» وروي ذلك عن علي وعبد الرَّحمٰن بن عوف رضي الله عنهما.

الشرح: لا يجوز للحر أن ينكح أكثر من أربع نسوة. فلو نكح خمسًا في عقد، بطل نكاحهن، وإن نكحهن مرتبًا، بطل الزيادة على الأربع الأوليات. ولو نكح خمسًا في عقد فيهن أختان، بطل فيهما، وفي البواقي قولا تفريق الصفقة، والأظهر الصحة. ولو نكح سبعًا فيهن أختان، بطل الجميع.

ولو كان تحته أربع فأبانهن، فله نكاح أربع بدلهن وإن كن في العدة. ولو أبان واحدة، فله نكاح أخرى في عدة المبانة. ولو وطىء امرأة بشبهة، فله نكاح أربع في عدتها. ولو كانت المفارقة رجعية، لم تجز. وأما العبد، فلا يجوز أن يزيد على امرأتين.

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١١٢٨) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٥٣) وأحمد في المسند (٢/ ١٣) وابن حبان في صحيحه برقم (١٢٧٧ موارد) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٣) والبيهقي في سننه (٧/ ١٨١).

فرع: لابن الحداد، نكح ست نسوة، ثلاثًا في عقد، وثنتين في عقد، وواحدة في عقد، ولم يعلم المتقدم، فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير، لأنها لا تقع إلّا أولة، أو ثالثة، أو رابعة، فإنها لو تأخرت عن العقدين، كان ثانيهما باطلًا، فتقع هي صحيحة. وأما البواقي، فقال ابن الحداد: لا يثبت نكاحهن، لأن كل واحد من عقديهما يحتمل كونه متأخرًا باطلًا، والأصل عدم الصحة. قال الشيخ أبو علي: ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب، بل يصح مع نكاح الواحدة، إما الثنتان، وإما الثلاث، وهو الذي سبق منهما، ولا نعرف عينه فيوقف، ويسأل الزوج، فإن ادعى سبق الثنتين وصدقتاه، ثبت نكاحهما. وإن ادعى سبق الثلاث، وصدقنه، فكذلك. وإن قال: لا أدري، أو لم يبين، فلهن طلب الفسخ. وإن رضين بالضرر، لم ينفسخ، وعلى الزوج نفقة الجميع مدة التوقف، فإن مات قبل البيان، اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة، ومن دخل بها بأقصى الأجلين من وفاةٍ وأقراءٍ، ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة، لإحتمال صحة نكاح ثلاث معها، ثم يحتمل أن يكون الصحيح معها نكاح الثلاث، فلا يستحق غير الربع المأخوذ، ويحتمل صحة نكاح الثنتين، فيستحق الثلث، فيوقف ما بين الثلث والربع، وهو نصف سدس بين الواحدة والثلاث، لا حق للثنتين فيه، ويوقف الثلثان بين نصيب النسوة، بين الثنتين والثلاث، لا حق للواحدة فيه. فإن أردن الصلح قبل البيان، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث، وفي الثلثين بين الثلاث والثنتين. وأما المهر، فللمفردة المسمى. وأما البواقي، فإن دخل بهن، قابلنا المسمى لإحدى الفرقتين ومهر المثل بالمسمى للفرقة الأخرى ومهر مثل الأولى، وأخذنا أكثر القدرين من التركة، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مسماها ومهر مثلها، ووقفنا الباقي.

مثاله: سمى لكل واحدة مئة، ومهر مثل كل واحدة خمسون، فمسمى الثلاث ومهر مثل الثنتين أربعمائة، وهي أكثر من مسمى الثنتين ومهر مثل الثلاث، فنأخذ من التركة أربعمائة، وندفع إلى كل واحدة خمسين، ونقف الباقي وهو مئة وخمسون منها مئة بين النسوة الخمس، وخمسون بين الثلاث والورثة، فإن بان صحة نكاح الثنتين، فالمائة لهما، والخمسون للورثة. وإن بان صحة الثلاث، فالمائة والخمسون لهن. وإن لم يدخل بواحدة، أخذنا من التركة أكثر المسميين، ولا نعطي في الحال واحدة شيئًا. والأكثر في المثال المذكور ثلاثمائة، فنقف مائتين بين الثلاث والثنتين، ومائة بين الثلاث والورثة. وإن دخل بإحدى الفرقتين، أخذنا الأكثر من مسمَّى المدخول بهن فقط، ومن مهر مثلهن مع مسمى الفرقة الأخرى، وأعطي الموطوءات الأقل من المسمى ومهر مثلهن. ففي المثال المذكور، إن دخل بالثنتين،

فمهر مثلهما مع مسمى الثلاث أربعمائة، وذلك أكثر من مسمى الثنتين، فنأخذ أربعمائة، ونعطي كل واحدة من الثنتين خمسين، ونقف مئة بينهما وبين الثلاث، ومائتين بين الثلاث والورثة. فإن بان صحة نكاح الثنتين، دفعنا المائة إليهما، والباقي للورثة. وإن بان صحة نكاح الثلاث، دفعناها مع المائتين إليهن، وإن دخل بالثلاث، فمهر مثلهن مع مسمى الثنتين ثلاثمائة وخمسون، وذلك أكثر من مسمى الثلاث، فنأخذ ثلاثمائة وخمسين، ونعطي كل واحدة من الثلث خمسين منها، ونقف الباقي وهو مائتان، منها مئة وخمسون بين الثنتين والثلاث، والباقي بين الثنتين والورثة. فإن بان صحة نكاح الثلاث، أعطيناهن مئة وخمسين، والباقي للورثة. وإن بان صحة نكاح الثنتين، أعطيناهما المائتين.

قال الشيخ أبو علي: فإن كانت المسألة بحالها، ونكح أربعًا أخر في عقد رابع، ولم يعرف الترتيب، لم يحكم بصحة نكاح الواحدة، لاحتمال وقوعه بعد الأربع. فإن مات قبل البيان، وقفنا ميراث زوجات، ولا نعطي واحدة منه شيئًا. وأما المهر، فإن دخل بهن، أخذنا لكل واحدة الأكثر من مسماها ومهر مثلها، وأعطيناها أقلهما، ووقفنا الباقي بينها وبين الورثة. فإن لم يدخل بواحدة منهن، فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث، أو مع الثنتين، فينظر مهر الأربع وحده، ومهر الواحدة مع الثلاث، ثم مع الثنتين، ويؤخذ أكثر المقادير الثلاثة، ويوقف. وإن دخل ببعضهن، أخذ للمدخول بها أكثر مهريها، وتعطى منه أقلهما، ويوقف الباقي بينها وبين الورثة، وأخذ لغير المدخول بها مسماها، فيوقف بينها وبين الورثة.

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يجوز نكاح الشغار، وهو أن يزوِّج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته؛ ويكون بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوِّج لرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق»[1] لأنه أشرك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد، كما لو زوَّج ابنته من رجلين.

فأما إذا قال زوَّجتك ابنتي على أن تزوِّجني ابنتك صح النِّكاحان، لأنه لم

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١١٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٤١٥) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٧٤) والترمذي في سننه برقم (١١٢٤) والنسائي في سننه (٦/ ١١٠) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٨٣) وأحمد في المسند (٩/ ١٦٢) والبيهقي في سننه (٧/ ٩٩).

يحصل التشريك في البضع، وإنما حصل الفساد في الصداق، وهو أنه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النِّكاح. وإن قال: زوَّجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النِّكاحان ووجب مهر المثل، لأن الفساد في الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته، فأشبه المسألة قبلها. وإن قال زوَّجتك ابنتي بمائة على أن تزوِّجني ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى ففيه وجهان: أحدهما: يصح لأن الشغار هو الخالي من الصداق، وههنا لم يخل من الصداق. والثاني: لا يصح وهو المذهب، لأن المبطل هو التشريك في البضع، وقد اشترك في البضع.

الشرح: حديث ابن عمر رواه عنه نافع وأخرجه الشيخان وأصحاب السنن الأربعة وأحمد في مسنده والدارقطني، ولم يذكر الترمذي ما ورد من تفسير الشغار. وأَبو داود جعله من كلام نافع، وهو كذلك في رواية عند أحمد والشيخين وروي عن ابن عمر أيضًا عند مسلم أن النبيّ ﷺ قال: «لا شغار في الإسلام» وعند أحمد ومسلم أيضًا عن أَبي هريرة «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار؛ والشغار أن يقول الرجل للرجل زوَّجني ابنتك وأزوِّجك ابنتي أو زوَّجني أختك وأزوِّجك أختي».

فصل: ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول: زوَّجتك ابنتي يومًا أو شهرًا لما روى محمّد بن علي رضي الله عنهما «أنه سمع أباه علي بن أَبي طالب كرّم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء، فقال له علي كرّم الله وجهه: إنك امرؤ تائه، إن رسول الله ﷺ نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية»[1] ولأنه عقد يجوز مطلقًا فلم يصح مؤقتًا كالبيع ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة فكان باطلًا كسائر الأنكحة الباطلة.

فصل: ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحلِّلها للزوج الأول لما روى هزيل عن عبد اللّه قال «لعن رسول الله ﷺ الواصلة والموصولة، والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له، وآكل الربا ومطعمه»[2] ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته، فشابه نكاح المتعة. وإن تزوجها على أنه إذا وطئها طلّقها ففيه قولان: أحدهما: إنه باطل لما ذكرناه من العلة، والثاني: أنه يصح لأن النكاح مطلق، وإنما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد، فإن تزوجها واعتقد أنه يطلّقها إذا وطئها كره ذلك، لما روى أَبو مرزوق التجيبي «أن رجلًا أتى عثمان رضي الله عنه فقال: إن جاري طلّق

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٢١٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٠٧) والنسائي في سننه (٦/ ١٢٥) والترمذي في سننه برقم (١١٢١) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٦١) وأحمد في المسند (١/ ٧٩) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٤٢).

(٢) تقدم.

امرأته في غضبه ولقي شدة فأردت أن أحتسب نفسي ومالي فأتزوجها ثم أبني بها ثم أطلّقها فترجع إلى زوجها الأوّل، فقال له عثمان ﷺ: لا تنكحها إلَّا بنكاح رغبة»[١] فإن تزوج على هذه النية صح النكاح لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد، ولهذا لو اشترى عبدًا بشرط أن لا يبيعه بطل، ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل.

فصل: وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد لأنه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع. وإن شرط أن لا يتسرى عليها أو ينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع فإن شرط أن لا يطأها ليلًا بطل الشرط لقوله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم إلَّا شرطًا أحلّ حرامًا أو حرّم حلالًا»[٢] فإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد، وإن كان من جهة الزوج لم يبطل، لأن الزوج يملك الوطء ليلًا ونهارًا وله أن يترك، فإذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه. والمرأة يستحق عليها الوطء ليلًا ونهارًا، فإذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه، وذلك ينافي مقصود العقد فبطل.

فصل: ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥] ولما روت فاطمة بنت قيس «أن أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثًا، فأرسل إليها النبيّ ﷺ لا تسبقيني بنفسك فزوجها بأسامة ﷺ[٣].

ويحرم التصريح بالخطبة، لأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح، فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح فتخبر بانقضاء العدة والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها إلى الأخبار بانقضاء العدة، وإن خالعها زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها، لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبي مع الأجنبية في غير العدة، ويحرم على غيره التصريح بخطبتها لأنها محرمة عليه، وهل يحرم التعريض؟ فيه قولان:

أحدهما: يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها في العدة، فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية.

والثاني: لا يحرم لأنها معتدة بائن، فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٧/ ٢٠٨).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٣٥٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٥٣) والحاكم في المستدرك (٤/ ١٠١) والبيهقي في سننه (٦/ ٦٥) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٧) وصححه العلامة الألباني ﷺ في الإرواء برقم (١٣٠٣).

(٣) تقدم.

ثلاثًا، والمتوفى عنها زوجها، والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما يحل وفيما يحرم، لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا في تحليله وتحريمه، والتصريح أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبه، والتعريض أن يقول: رب راغب فيك. وقال الأزهري: أنت جميلة وأنت مرغوب فيك، وقال مجاهد: مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة، فقال لها رجل: لا تسبقينا بنفسك، فقالت: قد سبقك غيرك ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥] وفسر الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ السر بالجماع، فسماه سرًا لأنه يفعل سرًا، وأنشد فيه قول امرىء القيس:

ألا زعمت بسباسة اليوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ولأن ذكر الجماع دناءة وسخف.

فصل: ومن خطب امرأة فصرح له بالإجابة حرم على غيره خطبتها إلَّا أن يأذن فيه الأول، لما روى ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ «نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب الأول أو يأذن له فيخطب»[(١)] وإن لم يصرح له الإجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره، لما روي أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله ﷺ: «إن معاوية وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله ﷺ: أما أَبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحي أسامة»[(٢)].

وإن عرض له بالإجابة ففيه قولان، قال في القديم: تحرم خطبتها لحديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ولأن فيه إفسادًا لما تقارب بينهما، وقال في الجديد: لا تحرم لأنه لم يصرح له بالإجابة فأشبه إذا سكت عنه، فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح، لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد. وبالله التوفيق.

الشرح: قوله: «تائه» أي متحير عن الحق، وقوله: «الحمر الإنسية» ضد الوحشية، والواصلة التي تصل شعرها بشعر آخر، والواشمة التي تغرز إبرة في شيء من البدن فيندمل، وقوله: «أبني بها» أي أطؤها، والتعريض ضد التصريح وهو التورية بالشيء، والدناءة فعل الشيء الدنيء وهو الخسيس، والصعلوك: الفقير.

أما الأحكام: فقال في البيان: ولا يصح نكاح الشغار، وهو: أن يقول رجل لآخر: زوجتك ابنتي، أو أختي، أو امرأة يلي عليها، على أن تزوجني ابنتك أو

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٤٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٤١٢) وأحمد في المسند (٢/ ١٢٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٨١) والترمذي في سننه برقم (١٢٩٢) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٦٨) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٢٣).

(٢) تقدم.

أختك ويكون بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق رحمهم الله تعالى.

وقال الزهري، والثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه رحمهم الله: يصح، ويجب مهر المثل.

دليلنا: ما روى الشافعي، عن مالك رحمة الله عليهما، عن نافع، عن ابن عمر ﷺ: «أن النبي ﷺ نهى عن الشغار، والشغار هو: أن يقول الرجل: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهرًا للأخرى»، هكذا روي عن ابن عمر.

فإن كان هذا التفسير من ابن عمر ﷺ. فهو أعلم بمعنى الخبر، وإن كان من النبي ﷺ وهو الظاهر ـ لأنه لو كان من ابن عمر لحكاه عن نفسه ولم يطلقه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

وروى عمران بن الحصين ﷺ: أن النبي ﷺ قال: «لا جلب، ولا جنب، ولا شغار في الإسلام» ولأنه يحصل في البضع تشريك فلم يصح العقد مع ذلك، كما لو زوج ابنته من رجلين.

وبيان التشريك: أنه جعل البضع ملكًا للزوج وابنته؛ لأنه إذا قال: زوجتك ابنتي فقد ملك الزوج بضعها، فإذا قال: على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهرًا للأخرى، فقد شرك ابنة الزوج في ملك بضع هذه المزوجة؛ لأن الشيء إذا جعل صداقًا اقتضى تمليكه لمن جعل صداقًا لها، فصار التشريك حاصلًا في البضعين، فلم يصح.

إذا ثبت هذا: فإن الشغار مأخوذ من الرفع، يقال: «شغر الكلب»: إذا رفع رجله، فكأن كل واحد منهما رفع رجله لصاحبه عما طلب منه، وقيل: سمي هذا النكاح شغارًا؛ لقبحه تشبيهًا من رفع الكلب رجله ليبول.

وإن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، واقتصر على هذا، فالنكاح صحيح؛ لأنه لم يحصل في البضع تشريك، وإنما حصل الفساد في الصداق، وهو: أنه جعل مهر ابنته أن يزوجه الآخر ابنته، ففسد المهر المسمى، ووجب مهر المثل. هكذا نقل البغداديين من أصحابنا.

وقال المسعودي في «الإبانة»: هل يصح النكاح؟ فيه وجهان: أحدهما: يصح؛ لما ذكرناه.

والثاني: لا يصح؛ لأنهما لم يسميا صداقًا صحيحًا، ولكن جعل كل واحد منهما عقد نكاح كل واحدة منهما صداقًا للأخرى؛ لأنه أخرج ذلك مخرج الصداق. والأول هو المشهور.

وإن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ويكون مهر كل واحدة منها كذا وكذا، فيصح النكاحان، ويبطل المهران المسميان، ويجب لهما مهر المثل، سواء اتفق المهران أو اختلفا؛ لأنه لم يحصل في البضعين تشريك، وإنما حصل الفساد في المهر؛ لأنه شرط مع المهر المسمى أن يزوجه ابنته، فهو كما لو قال: زوجتك ابنتي بمائة على أن تبيعني دارك، فإن النكاح صحيح، والمهر باطل.

وإن قال: زوجتك ابنتي على أن تطلق زوجتك، ويكون ذلك صداقًا لابنتي، صح النكاح، ولا يلزم الآخر أن يطلق زوجته، ويجب للمزوجة مهر مثلها؛ لأنه لم يسم لها صداقًا صحيحًا.

وإن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ويكون بضع ابنتك صداقًا لابنتي، صح النكاح الأول، ولم يصح النكاح الثاني؛ لأنه ملكه بضع ابنته في الابتداء من غير تشريك، وشرط عليه شرطا فاسدًا وهو التزويج، فلم يؤثر في عقد الأولى، والثانية هي التي حصل التشريك في بضعها.

وإن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ويكون بضع ابنتي مهرًا لابنتك، فالعقد على ابنة المخاطب باطل؛ لأن التشريك حصل في بضعها، والعقد على ابنة القابل صحيح؛ لأنه لم يحصل في بضعها تشريك.

وإن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ويكون بضع كل واحدة منهما ومائة درهم صداقًا للأخرى، ففيه وجهان:

أحدهما: أن النكاحين صحيحان، ويجب لهما مهر المثل؛ لأن الشغار هو الخالي عن المهر، وهاهنا لم يخل عن المهر.

والثاني ـ وهو الصحيح ـ: أن النكاحين باطلان؛ لأن التشريك في البضع موجود مع تسمية المهر، والمفسد هو التشريك.

وإن قال: زوجتك ابنتي وهذا الحائط، فهل يصح النكاح؟ فيه وجهان، حكاهما في «العدة».

فرع: إذا قال لرجل: زوجتك جاريتي على أن تزوجني ابنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقًا لابنتك، قال ابن الصباغ: صح النكاحان؛ لأن رقبة الجارية يصح نقل الملك فيها، فلا تكون تشريكًا فيما يتناوله عقد النكاح، إلا أن المسمى فاسد فيجب مهر المثل.

وإن زوج عبده من امرأة وجعل رقبته صداقًا لها. قال ابن الصباغ: لم يصح الصداق؛ لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح، ففسد الصداق، وصح النكاح، ووجب لها مهر المثل.

مسألة: ولا يصح نكاح المتعة، وهو: أن يتزوج رجل امرأة مدة معلومة أو

مجهولة، بأن يقول: زوجني ابنتك شهرًا أو أيام الموسم. وبه قال جميع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وأرضاهم، والتابعين والفقهاء رحمة الله عليهم، إلا ابن جريج، فإنه قال: يصح. وإليه ذهبت الشيعة، وأجمعوا: أنه لا يتعلق به حكم من أحكام النكاح، مثل الطلاق والظهار والإيلاء والتوارث.

دليلنا: ما روي: أن علي بن أبي طالب ﷺ لقي ابن عباس ﷺ وبلغه أنه يرخص في متعة النساء، فقال: «إنك امرؤ تائه، إن النبي ﷺ نهى عنها يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأهلية». وقوله ﷺ: «تائه» أي: مائل عن الحق في هذا القول، يقال: تاهت السفينة عن بلد كذا: إذا مالت عنه.

وروى الربيع بن سبرة عن أبيه قال: كنا مع رسول الله ﷺ عام الفتح، فقال رسول الله ﷺ: «استمتعوا بالنساء» قال: فخرجت أنا وابن عم لي لنستمتع وعلى كل واحد منا بردة، فلقينا امرأة فخطبناها، فكانت ترغب في حالي وترد ابن عمي، فتمتعت بها وكان الشرط بيننا عشرين ليلة، فبت معها ليلة واحدة، فأتيت النبي ﷺ فوجدته واقفًا بين الركن والمقام وهو يقول: «إني كنت أذنت لكم في المتعة، وإن الله تعالى حرمها إلى يوم القيامة، فمن كان عنده شيء منها، فليخل سبيلها، ولا يأخذ منها شيئًا مما آتاها» ولأنه عقد معاوضة يصح مطلقًا، فلم يصح مؤقتًا، كالبيع.

فقولنا: «عقد معاوضة» احتراز من العارية والإباحة، وقولنا: «يصح مطلقًا» احتراز من الإجارة.

ولأنه نكاح لا يتعلق به سائر أحكام النكاح فلم يصح، كنكاح ذوات المحارم.

فإن قيل: فقد روي عن ابن عباس ﷺ أنه كان يبيحه؟ قلنا: قد رجع عنه؛ لأنه قد كان يبيحه وانتشر ذلك عنه، فروي عن سعيد بن جبير أنه قال: قلت لابن عباس ﷺ: ما صنعت بنفسك؟ أبحت نكاح المتعة، فسارت به الركبان، وقالوا فيه الشعر، فقال: وما قالوا؟ قلت: قال الشاعر فيه:

أقول للشيخ لما طال محبسه ... يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس

يا صاح هل لك في بيضاء بهكنة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

ويروى: يا شيخ، فخرج ابن عباس ﷺ وكشف عن رأسه، وقال: من عرفني قد عرفني، ومن لم يعرفني، فأنا ابن عباس، فإن المتعة حرام، كالميتة والدم.

مسألة: وأما نكاح المحلل: فإن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثًا، فإنها لا تحل له إلا بعد زوج وإصابة، فإذا طلق امرأته وانقضت عدتها منه، ثم تزوجت بآخر بعده، ففيها ثلاث مسائل:

إحداهن: أن يقول: زوجتك ابنتي إلى أن تطأها، أو إلى أن تحلها للأول، فإذا أحللتها فلا نكاح بينكما، فهذا باطل بلا خلاف؛ لما روي: أن النبي ﷺ قال: «لعن الله المحلل والمحلل له» وروي أن النبي ﷺ قال: «ألا أدلكم على التيس المستعار؟» قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «هو المحلل والمحلل له». ولأن هذا أفسد من نكاح المتعة؛ لأنه يعقد إلى مدة مجهولة.

المسألة الثانية: أن يقول: زوجتك ابنتي على أنك إن وطئتها طلقتها، أو قال: تزوجتك على أني إذا أحللتك للأول طلقتك، وكان هذا الشرط في نفس العقد، ففيه قولان:

أحدهما: أن النكاح باطل؛ لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»، ولم يفرق.

والثاني: أن النكاح صحيح والشرط باطل؛ لأن العقد وقع مطلقًا من غير تأقيت، وإنما شرط على نفسه الطلاق، فلم يؤثر في النكاح، وإنما يبطل به المهر، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها.

المسألة الثالثة: أن تشترط عليه قبل النكاح أنه إذ أحللها للأول طلقها، أو تزوجها ونوى بنفسه ذلك، فعقد النكاح عقدًا مطلقًا، فيكره له ذلك، فإن عقد، كان العقد صحيحًا. وبه قال أبو حنيفة رحمه الله.

وقال مالك، والثوري، والليث، وأحمد، والحسن، والنخعي، وقتادة، رحمة الله عليهم: لا يصح.

دليلنا: ما روى الشافعي رحمه الله: أن امرأة طلقها زوجها ثلاثًا، وكان مسكين أعرابي يقعد بباب المسجد، فجاءته امرأة فقالت: هل لك في امرأة تنكحها وتبيت معها ليلة، فإذا أصبحت فارقتها، فقال: نعم ـ قال: وكان ذلك ـ فلما تزوجها، قالت له المرأة: إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك: طلقها، فلا تفعل، فإني لك كما ترى، واذهب إلى عمر، فلما أصبح أتوه وأتوها، فقالت لهم: أنتم جئتم به فاسألوه، فقالوا له: طلقها، فأبى وذهب إلى عمر رضي الله عنه فأخبره، فقال له: الزم زوجتك، فإن رابوك بريب فائتني، وبعث إلى المرأة الواسطة فنكل بها، وكان يغدو بعد ذلك ويروح على عمر رضي الله عنه في حلة، فقال له عمر: الحمد لله ـ يا ذا الرقعتين ـ الذي رزقك حلة تغدو بها وتروح. ولم ينكر أحد على عمر رضي الله عنه وأرضاه، فدل على أنه إجماع.

مسألة: وإن تزوج امرأة بشرط الخيار، بطل العقد؛ لأنه لا مدخل للخيار فيه فأبطله.

فإن شرط في العقد أن لا يطأها ليلًا، بطل الشرط، فإن كان هذا الشرط من قبل الزوج، لم يبطل العقد؛ لأن ذلك حق له، وإن كان الشرط من جهة المرأة، بطل العقد؛ لأن ذلك حق عليها.

مسألة التعريض أو التصريح للمعتدات أو للزوجات: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: قال الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] وجملة ذلك: أن المعتدات على ثلاثة أضرب: رجعية، وبائن لا تحل لزوجها، وبائن تحل لزوجها.

فأما: الرجعية: فلا يجوز لغير زوجها التعريض بخطبتها ولا التصريح؛ لأنها في معنى الزوجات ولا يؤمن أن يحملها بغضها للزوج الأول أن تخبر بانقضاء عدتها قبل انقضائها؛ لتتزوج بغيره.

وأما المعتدة البائن التي لا تحل لزوجها، فهي التي مات عنها زوجها، أو بانت منه باللعان، أو بالرضاع، أو بالطلاق الثلاث، فيجوز لغير زوجها التعريض بخطبتها؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، فكان الظاهر: أن النساء اللاتي أجاز التعريض بخطبتهن هن من تقدم ذكرهن.

وروت فاطمة بنت قيس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قالت: طلقني زوجي أبو حفص بن عمرو بالشام ثلاثًا، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته بذلك، فقال «إذا حللت، فآذنيني»، وروي: أنه ﷺ قال لها: «لا تفوتينا بنفسك»، وروي: أنه ﷺ أرسل إليها: «لا تسبقيني بنفسك». هذا نقل البغداديين.

وقال المسعودي في «الإبانة»: هل يجوز له التعريض بخطبة البائن بالثلاث؟ فيه قولان، والمشهور هو الأول؛ لحديث فاطمة بنت قيس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

ويحرم التصريح بخطبتها؛ لأن الله تعالى لما أباح التعريض بالخطبة، دل على أنه لا يجوز التصريح بها. ولأن التعريض يحتمل النكاح وغيره، والتصريح لا يحتمل غير النكاح، فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح أن تخبر بانقضاء عدتها قبل انقضائها.

وأما البائن التي تحل لزوجها، فهي التي طلقها زوجها طلقة أو طلقتين، بعوض أو فسخ أحدهما النكاح بعيب، فيجوز لزوجها التعريض بخطبتها والتصريح؛ لأنها تحل له في العدة، وأما غير زوجها: فلا يحل له التصريح بخطبتها، كالبائن بالثلاث، وهل يجوز له التعريض بخطبتها؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوز له التعريض بخطبتها؛ لأنها معتدة بائن عن زوجها، فهي كالبائن بالوفاة أو بالثلاث.

والثاني: لا يجوز له؛ لأنها تحل لزوجها في حال العدة، فهي كالرجعية.

قال الشافعي رحمه الله: وكل معتدة حل للزوج التعريض بخطبتها، حل لها التعريض بإجابته، وكل من لا يحل له التعريض بخطبتها والتصريح، لم يحل لها إجابته بتعريض ولا بتصريح؛ لأنه لا يحل له ما يحرم عليها، ولا يحل لها ما يحرم عليه فتساويا. إذا ثبت هذا: فالتصريح: ما لا يحتمل غير النكاح، مثل أن يقول: أنا أريد أن أتزوجك، أو: إذا انقضت عدتك تزوجتك.

والتعريض: كل كلام احتمل النكاح وغيره، مثل أن يقول: رب راغب فيك، رب حريص عليك، رب متطلع إليك، وأنت جميلة، أنت فائقة، أنت مرغوب فيك، لا تسبقيني بنفسك، كقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس رضي الله عنها. وروي: أن رجلًا مات، فتبعت امرأته جنازته، فقال لها رجل: لا تسبقيني بنفسك، فقالت له: سبقك غيرك.

فإن قال: أنا راغب فيك، أو حريص عليك، أو أنا متطلع إليك، أو إذا حللت فآذنيني، كان ذلك كله تعريضًا؛ لأنه يمكن أن يريد به: أنا راغب فيك، أو أنا متطلع إليك، أو إذا حللت فآذنيني لأشير عليك بمن تتزوجين؛ لأن النبي ﷺ لم يرد بقوله لفاطمة رضي الله عنها: «فآذنيني» و«لا تسبقيني بنفسك»: الخطبة لنفسه، وإنما أراد: فآذنيني لأشير عليك بمن تتزوجين. وكذلك لو قال: رب راغب في نكاحك، وأبهم الخاطب.. كان تعريضًا.

وكذلك لو قال: إن الله ليسوق إليك خيرًا، أو رزقًا.. كان ذلك تعريضًا. هذا مذهبنا.

وقال داود: لا تحل له الخطبة سرًا، وإنما تحل له علانية؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥] الآية وهذا ليس بصحيح؛ لأنه تعالى لم يرد بالسر ضد الجهر، وإنما أراد: لا يعرض للمعتدة بالجماع ولا يصرح به، مثل أن يقول: عندي جماع يصلح من جومعه، وما أشبهه، وسمي الجماع سرًا؛ لأنه يفعل سرًا.

ولا يكره للرجل التعريض لزوجته بالجماع ولا التصريح به؛ لأنه لا يكره له جماعها، فلأن لا يكره له ذكره أولى. والآية وردت في المعتدات فإن عرض بخطبة امرأة لا يحل له التعريض بخطبتها، أو صرح بخطبتها، ثم انقضت عدتها وتزوجها، صح نكاحها.

وقال مالك رحمة الله عليه: يبينها بطلقة واحدة.دليلنا: أن النكاح حادث بعد المعصية، فلا تؤثر المعصية فيه، كما لو قال: لا أتزوجها إلا بعد أن أراها متجردة، فتجردت له ثم نكحها، أو قالت: لا أرضى نكاحه حتى يتجرد لي أو حتى يجامعني، فتجرد لها أو جامعها ثم تزوجها.

مسألة لا يخطب على خطبة أخيه: وإذا خطب رجل امرأة فصرح له بالإجابة، بأن كان الولي أبًا أو جدًا وهي بكر، أو كانت ثيبًا فأذنت في تزويجها منه، لم يجز لغيره أن يخطبها إلا أن يأذن له الخاطب الأول؛ لما روى ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ نهى عن أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب الأول، أو يأذن له فيخطب»، ولأن في ذلك إضرارًا بالأول؛ لأنها ربما مالت إلى الثاني وتركت الأول.

قال في «الأم»: وإن قالت امرأة لوليها: زوجني ممن شئت، أو ممن ترى، حل لكل أحد خطبتها؛ لأنها لم تأذن في تزويجها من رجل بعينه فتضر به خطبة الثاني.

وإن خطب رجل امرأة فصرحت له بالرد، أو سكتت عنه ولم تصرح برد ولا إجابة، حل لكل أحد خطبتها؛ لما «روت فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: طلقني زوجي أبو حفص بن عمر وهو غائب بالشام ثلاثًا، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته بذلك، فأمرني أن أعتد في بيت ابن أم مكتوم وقال: «إذا حللت، فآذنيني»، فلما انقضت عدتي أتيته فأخبرته وقلت له: إن معاوية وأبا جهم رضي الله عنهما خطباني، فقال النبي ﷺ: «أما معاوية: فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم: فلا يضع العصا عن عاتقه، ولكن أدلك على من هو خير لك منهما». قلت: من يا رسول الله؟ قال: «أسامة بن زيد»، قلت: أسامة؟! قال: «نعم أسامة»، فكرهت نكاحه، فقال: «انكحي أسامة»، فنكحته فكان منه خير كثير واغتبطت به».

قال الشافعي رحمه الله: ولم تكن فاطمة رضي الله عنها أذنت في نكاحها من معاوية رضي الله عنه ولا من أبي الجهم رضي الله عنه، وإنما كانت تستشير النبي ﷺ، ومعلوم أن الرجلين إذا خطبا امرأة، خطبها أحدهما بعد الآخر، فلم ينكر النبي ﷺ على الآخر منهما، ثم خطبها النبي ﷺ لثالث بعدهما، فدل على جوازه.

وإن خطب رجل امرأة إلى وليها، وكان ممن يخيرها، فعرض له بالإجابة ولم يصرح، مثل أن يقول: أنا أستشير في ذلك، أو أنت مرغوب فيك، أو يشترط شرائط للعقد، مثل: تقديم المهر وغيره، فهل يحرم على غيره خطبتها؟ فيه قولان: أحدهما: قال في القديم: يحرم على غيره خطبتها. وبه قال مالك، وأبو حنيفة رحمة الله عليهما لقوله ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه» ولم يفصل. ولأن فيه إفسادًا لما يقارب بينهما.

والثاني: قال في الجديد: لا يحرم على غيره خطبتها، وهو الصحيح؛ لأن النبي ﷺ خطب فاطمة بنت قيس رضي الله عنها لأسامة رضي الله عنه بعد أن أخبرته: أن معاوية وأبا الجهم رضي الله عنهما خطباها، ولم يسألها: هل ركنت إلى أحدهما أو رضيت به أم لا؟ فدل

على: أن الحُكم لا يختلف بذلك، ولأن الظاهر من حالها: أنها ما جاءت تستشيره إلا وقد رضيت بذلك وركنت إليه.

قال الصيمري: فإن خطب رجل خمس نسوة جملة واحدة، فأذن في إنكاحه، لم يحل لأحد غيره خطبة واحدة منهن حتى يترك أو يعقد على أربع، فتحل خطبة الخامسة. وإن خطب كل واحدة وحدها، فأذنت كل واحدة في إنكاحه، لم يجز لغيره خطبة الأربع الأولات، وتحل خطبة الخامسة لغيره.

إذا ثبت هذا: فإن خطب رجل امرأة في الحال التي قلنا: لا تحل له خطبتها فيه، وتزوجها، صح ذلك.

وقال داود: لا يصح، وحكاه ابن الصباغ عن مالك رحمة الله عليه.

دليلنا: أن المحرم إنما يفسد العقد إذا قارنه، فأما إذا تقدم عليه، لم يفسده، كما لو قالت امرأة: لا أتزوج فلانًا حتى أراه متجردًا أو حتى يجامعني، فتجرد لها أو جامعها، ثم تزوج بها.

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: إذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء ـ وهي التي انسد فرجها ـ أو قرناء ـ وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ـ ثبت له الخيار. وإن وجدت المرأة زوجها مجنونًا أو مجذومًا أو أبرص أو مجبوبًا أو عنينًا، ثبت لها الخيار، لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال: تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضًا فقال لها النبي ﷺ: «البسي ثيابك والحقي بأهلك»[1] فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص، لأنها في معناه في منع الاستمتاع.

وإن وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان: أحدهما: يثبت له الخيار، لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص. والثاني: لا خيار له، لأنه يمكنه الاستمتاع به. وإن وجدت المرأة زوجها خصيًا ففيه قولان:

أحدهما: لها الخيار، لأن النفس تعافه، والثاني: لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به، وإن وجد أحدهما بالآخر عيبًا وبه مثله، بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان:

أحدهما: له الخيار، لأن النفس تعاف من عيب غيرها وإن كان بها مثله والثاني: لا خيار له لأنهما متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار، كما لو

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣/ ٤٩٣).

تزوج عبد بأمة. وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار، فإن كان بالزوج، ثبت لها الخيار، لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجودًا حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة وإن كان بالزوجة ففيه قولان: أحدهما: يثبت به الخيار، وهو قوله في الجديد وهو الصحيح، لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج، والثاني: وهو قوله في القديم أنه لا خيار له، لأنه يملك أن يطلّقها.

فصل: والخيار في هذه العيوب على الفور، لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور، كخيار العيب في البيع، ولا يجوز الفسخ إِلَّا عند الحاكم لأنه مختلف فيه.

فصل: وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر، لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها، وإن كان الرجل هو الذي فسخ إِلَّا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدليس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ، وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل، لأنه يستند الفسخ إلى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل في نكاح فاسد فوجب مهر المثل، وهل يرجع به على من غره؟ فيه قولان: قال في القديم: يرجع لأنه غرّه حتى دخل في العقد.

وقال في الجديد: لا يرجع لأنه حصل له في مقابلته الوطء، فإن قلنا: يرجع فإن كان الرجوع على الولي رجع بجميعه، وإن كان على المرأة ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع بجميعه كالولي. والثاني: يبقي منه شيئًا حتى لا يعرى الوطء عن بدل. وإن طلّقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف، لأنه رضي بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به.

فصل: ولا يجوز لولي المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولي الطفل تزويج المولي عليه ممن به هذه العيوب، لأن في ذلك إضرارًا بالمولى عليه، فإن خالف وزوّج فعلى ما ذكرناه فيمن زوَّج المرأة من غير كفء، وإن دعت المرأة الولي أن يزوِّجها بمجنون لم يلزمه تزويجها لأن عليه في ذلك عارًا، وإن دعت إلى نكاح مجبوب أو عنين، لم يكن له أن يمتنع، لأنه لا ضرر عليه في ذلك. وإن دعت إلى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان: أحدهما: له أن يمتنع لأن عليه في ذلك عارًا، والثاني: ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه.

فصل: وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولي على الفسخ، لأن حق الولي في ابتداء العقد دون الاستدامة، ولهذا لو دعت المرأة إلى نكاح عبد كان للولي أن يمتنع، ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولي إجبارها على الفسخ.

فصل: إذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج، فالقول قوله مع

يمينه، فإن نكل ردت اليمين على المرأة، وقال أَبو سعيد الإصطخري: يقضي عليه بنكوله. ولا تحلف المرأة، لأنه أمر لا تعلمه، والمذهب الأول، لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعي كسائر الحقوق، وقوله: إنها لا تعلمه يبطل باليمين في كناية الطلاق وكناية القذف، فإذا حلفت المرأة أو اعترف الزوج أجله الحاكم سنة، لما روى سعيد بن المسيب «أن عمر ﷺ قضى في العنين أن يؤجل سنة»[1].

وعن علي وعبد اللّه بن مسعود والمغيرة بن شعبة ﷺ نحوه، ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين، وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، فإذا مضت عليه الفصول الأربعة، واختلفت عليه الأهوية ولم يزل، دل على أنه خلقة، ولا تثبت المدة إِلَّا بالحاكم، لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء، فإن جامعها في الفرج سقطت المدة، وأدناه أن يغيّب الحشفة في الفرج، لأن أحكام الوطء تتعلّق به ولا تتعلق بما دونه، فإن كان بعض الذكر مقطوعًا لم يخرج من التعنين إِلَّا بتغييب جميع ما بقي.

ومن أصحابنا من قال: إذا غيب من الباقي بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقي قائم مقام الذكر، والمذهب الأول، لأنه إذا كان الذكر سليمًا فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة، وإذا كان مقطوعًا فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع، وإن وطئها في الدبر لم يخرج من حكم التعنين لأنه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الإحلال للزوج الأول، وإن وطىء في الفرج وهي حائض سقطت المدة لأنه محل للوطء، وإن ادعى أنه وطئها فإن كان ثيبًا فالقول قوله مع يمينه، لأنه لا يمكن إثباته بالبينة. وإن كانت بكرًا فالقول قولها لأن الظاهر أنه لم يطأها، فإن قال الزوج: وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت.

فصل: وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل ففيه وجهان، أحدهما: يسقط خيارها لأنها رضيت بالعيب مع العلم، والثاني لا يسقط خيارها، لأنه إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح، كالعفو عن الشفعة قبل البيع، وإن اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها لأنه إسقاط حق بعد ثبوته، وإن أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها، لأنه خيار ثبت بعيب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه، فإن لم يجامعها حتى انقضى الأجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما، لأنه مختلف فيه، وتكون الفرقة فسخًا لأنه فرقة لا تقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه؛ فكانت فسخًا كفرقة الرضاع، وإن تزوج امرأة ووطئها ثم عنّ منها لم تضرب المدة، لأن القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد.

فصل: وإن وجدت المرأة زوجها مجبوبًا ثبت لها الخيار في الحال، لأن

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦/ ٢٥٣).

عجزه متحقق، فإن كان بعضه مجبوبًا وبقي ما يمكن الجماع به فقالت المرأة: لا يتمكن من الجماع به، وقال الزوج: أتمكن، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قوله، لأن له ما يمكن الجماع بمثله، فقبل قوله. كما لو اختلفا وله ذكر قصير.

والثاني: وهو قول أَبي إسحاق: أن القول قول المرأة، لأن الظاهر معها، فإن الذكر إذا قطع بعضه ضعف، وإن اختلفا في القدر الباقي هل يمكنه الجماع به فالقول قول المرأة، لأن الأصل عدم الإمكان.

فصل: إذا تزوجت امرأة رجلًا على أنه على صفة فخرج بخلافها، أو على نسب فخرج بخلافه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن العقد باطل، لأن الصفة مقصودة كالعين، ثم اختلاف العين يبطل العقد، فكذلك اختلاف الصفة، ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح، كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة.

والقول الثاني: أنه يصح العقد وهو الصحيح، لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر، فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار، لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة، فإن خرج دونها فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبدًا أو أنه جميل فخرج قبيحًا أو أنه عربي فخرج عجميًا، ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به، وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجميًا وهي عجمية، ففيه وجهان: أحدهما: لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها، والثاني: لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاءة.

فصل: وإن كان الغرر من جهة المرأة نظرت، فإن تزوجها على أنها حرة فكانت أمة ـ وهو ممن يحل له نكاح الأمة ـ ففي صحة النكاح قولان. فإن قلنا: إنه باطل فوطئها لزمه مهر المثل، وهل يرجع به على الغار؟ فيه قولان: أحدهما: لا يرجع، لأنه حصل له في مقابلته الوطء. الثاني: يرجع؛ لأن الغار ألجأه إليه فإن كان الذي غره غير الزوجة رجع عليه، وإن كانت هي الزوجة رجع عليها إذا أعتقت، وإن كان وكيل السيد رجع عليه في الحال، وإن أحبلها فضمن قيمة الولد رجع بها على من غره.

وإن قلنا: إنه صحيح فهل يثبت له الخيار؟ فيه قولان: أحدهما: لا خيار له لأنه يمكنه أن يطلق والثاني: له الخيار وهو الصحيح؛ لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون. وقال أَبو إسحاق: إن كان الزوج عبدًا فلا خيار له قولًا واحدًا، لأنه مثلها والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حرًا أو عبدًا، لأن عليه ضررًا لم يرض به، وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار. فإن فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه إذا قلنا: إنه باطل.

وإن قلنا: لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح، فإن وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر، لأنه لم يرض برقه، وإن وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك، لأنه رضي برقه، وإن غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففي صحة النكاح قولان: فإن قلنا: إنه باطل ودخل بها وجب مهر المثل. وهل يرجع به على من غره؟ على القولين: فإن قلنا يرجع فإن كان الغرور من غيرها رجع بالجميع وإن كان منها ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها، والثاني: يبقى منه شيئًا حتى لا يعري الوطء عن بدل. وإن قلنا: إنه صحيح، فإن كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه، لم يثبت الخيار، وإن خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار، وإن كان دون نسبه ففيه وجهان.

أحدهما: له الخيار، لأنه لم يرض أن تكون دونه. والثاني: لا خيار له، لأنه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه في الكفاءة، فإن قلنا: إن له الخيار فاختار الفسخ، فالحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا: إنه باطل، وإن اختار المقام فهو كما قلنا: إنه صحيح وقد بيناه.

فصل: وإن تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح؛ والمنصوص أنه لا خيار له. وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار. فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين.

أحدهما: له الخيار، لأن الحرة الكتابية أحسن حالًا من الأمة، لأن ولده منها حر، والاستمتاع بها تام، فإذا جعل له الخيار فيها كان في الأمة والولد منها رقيق، والاستمتاع بها ناقص أولى.

والقول الثاني: لا خيار له لأن العقد وقع مطلقًا فهو كما لو ابتاع شيئًا يظنه على صفة فخرج بخلافها، فإنه لا يثبت له الخيار. فكذلك ههنا، وإذا لم يجعل له الخيار في الأمة ففي الكتابية أولى. ومنهم من حملها على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية. ولا خيار له في الأمة. لأن في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط. لأن الظاهر ممن لا غيار عليه؟؟ مسملة، وإنما للتفريط من جهة الولي في ترك الغيار. وفي الأمة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال.

فصل: إذا أعتقت الأمة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار. لما روت عائشة رضي الله عنها قالت «أعتقت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها. وكان عبدًا فأختارت نفسها»[1] ولو كان حرًا ما خيرها رسول الله ﷺ ولأنه لا ضرر عليها في كونها

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٠٤) وأبو داود في سننه برقم (٢٢٣٣) والترمذي في سننه برقم (١١٥٤) والنسائي في سننه (٦/ ١٦٤) وأحمد في المسند (٦/ ١٧٠).

حرة تحت حر. ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته وإن أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار. لحديث عائشة ﵂ ولأن عليها عارًا وضررًا في كونها تحت عبد. ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار. فثبت به الخيار في استدامته. ولها أن تفسخ بنفسها لأنه خيار ثابت بالنص. فلم يفتقر إلى الحاكم. وفي وقت الخيار قولان.

أحدهما: أنه على الفور، لأنه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب في البيع، والثاني: أنه على التراخي، لأنا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام أو الفسخ ثم تندم، فعلى هذا في وقته قولان:

أحدهما: يتقدر بثلاثة أيام، لأنه جعل حدًا لمعرفة الحظ في الخيار في البيع.

والثاني: أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطئها لأنه روي ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر ﵃، وهو قول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمّد وأَبي بكر بن عبد الرَّحمٰن بن الحارث بن هشام وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد اللّه بن عبد اللّه بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار ﵃ فإن أعتقت ولم تختر الفسخ حتى وطئها ثم أدعت الجهل بالعتق ـ فإن كان في موضع يجوز أن يخفى عليها العتق ـ فالقول قولها مع يمينها، لأن الظاهر أنها لم تعلم، وإن كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لأن ما يدعيه خلاف الظاهر، وإن علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار، ففيه قولان:

أحدهما: لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب، وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار. والثاني: أن لها الخيار، لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم، وإن أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار إذا بلغت.

وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار إذا عقلت وليس للولي أن يختار، لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولي كالطلاق، وإن أعتقت فلم تختر حتى عتق الزوج ففيه قولان:

أحدهما: لا يسقط خيارها لأنه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق. والثاني: يسقط لأن الخيار ثبت بالنقص وقد زال، فإن أعتقت وهي في العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها أن تفسخ لأنها إذا لم تفسخ ربما راجعها إذا قارب انقضاء العدة ـ فإذا فسخت ـ احتاجت أن تستأنف العدة وإن اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها لأنها جارية إلى بينونة فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه.

وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل أن تختار للفسخ ففيه قولان: أحدهما: أن الطلاق ينفذ، لأنه صادف الملك. والثاني: لا ينفذ لأنه يسقط حقها من الفسخ،

فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق، وإن لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق.

فصل: وإن أعتقت وفسخت النكاح ـ فإن كان قبل الدخول ـ سقط المهر لأن الفرقة من جهتها، وإن كان بعد الدخول نظرت، فإن كان العتق بعد الدخول استقر المسمى، وإن كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لأن العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد في ملكه، وإن كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففي المهر قولان. إن قلنا: يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق. وإن قلنا: يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق.

فصل: وإن تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان: أحدهما: لا خيار لها لأنها دخلت في العقد مع العلم برقه. والثاني: وهو ظاهر النص أن لها أن تفسخ النكاح لأن الرق ليس بنقص في الكفر وإنما هو نقص في الإسلام فيصير كنقص حدث بالزوج، فيثبت لها الخيار، وإن تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار، لأنها عتقت تحت عبد، وإن أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أَبي الطيب بن سلمة أنه لا يثبت لها الخيار، وهو ظاهر ما نقله المزني، والفرق بينها وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على إسلام الزوج فإذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة. وههنا الأمر موقوف على إسلامها فأي وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ. والثاني: وهو قول أَبي إسحاق أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها، وأنكر ما نقله المزني.

فصل: إذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعتقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها إذا فسخت سقط مهرها، وإذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدي إثبات الخيار إلى إسقاطه فسقط.

فصل: وإن أعتق عبد وتحته أمة ففيه وجهان: أحدهما: يثبت له الخيار كما يثبت للأمة إذا كان زوجها عبدًا، والثاني: لا يثبت لأن رقها لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته.

الشرح: قوله: «بكشحها» الكشح: الجنب وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف، وقوله: «تعاف» أي تكره، وقوله: «عنين» هو الذي لا يشتهي النساء، والمجبوب: المقطوع الذكر والأنثيين، والأهوية: جمع هواء وهو الحر والبرد والاعتدال، والحشفة ما فوق الختان.

أما الأحكام: فالأسباب المتفق عليها في مثبتات الخيار في النكاح أربعة: العيب، والغرور، والعتق، والتعنين. وقولنا: «المتفق عليها» احتراز مما إذا زوج الأب أو الجد بكرًا بغير كفءٍ وصححنا النكاح، فلها الخيار. ولو زوج الصغير من لا تكافئه، وصححناه، فله الخيار إذا بلغ. ولو ظنها مسلمة، فكانت كتابية، فله الخيار على رأي.

والتعنين أحد العيوب، إلا أنه يختص بأحكام، كضرب المدة وغيره، فبيَّن الأصحاب في «فصل العيوب» أنه أحدها، وأفردوه بالذكر لاختصاصه بأحكام.

السبب الأول: العيب، العيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام:

أحدها: يشترك فيه الرجال والنساء، وهو ثلاثة: البرص، ولا يلتحق به البهق. والثاني: الجذام، وهو علة صعبة يحمرُّ منها العضو ثم يسودُّ ثم ينقطع ويتناثر، نسأل الله الكريم العافية، ويتصور ذلك في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب. ثم حكى الإمام عن شيخه، أن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار، وإنما يثبت إذا استحكما. وإن استحكام الجذام إنما يحصل بالتقطع. وتردد الإمام في هذا وقال: يجوز أن يكتفى باسوداد العضو، وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة. الثالث: الجنون منقطعًا كان أو مطبقًا، ولا يلحق به الإغماء بالمرض إلا أن يزول المرض ويبقى زوال العقل. قال الإمام: ولم يتعرضوا في الجنون لاستحكامه، ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجوُّ الزوال، أم لا؟ ولو قيل به لكان قريبًا. ومتى وجد أحد الزوجين بالآخر هذه العيوب، فله فسخ النكاح قلَّ ذلك العيب أم كثر. ولو تنازعا في قرحة، هل هي جذام؟ أو في بياض هل هو برص؟ فالقول قول المنكر، وعلى المدعي البينة، ويشترط كون الشاهدين عالمين بالطب.

القسم الثاني: مختص به وهو الجب والتعنين.

القسم الثالث: مختص بها وهو الرتق والقرن، فالرتق: انسداد محل الجماع باللحم، والقرن: عظم في الفرج يمنع الجماع، وقيل: لحم ينبت فيه، ويقول الفقهاء «القرن» بفتح الراء وهو في كتب اللغة بإسكانها.

وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع، فلو فعلت وأمكن الوطء، فلا خيار كذا أطلقوه، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا علم عيب المبيع بعد زواله.

فجملة هذه العيوب سبعة، يمكن في حق كل واحدٍ من الزوجين خمسة، وما سواها من العيوب لا خيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وقال زاهر السرخسي: الصنان والبخر إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار، وقال: كذا العِذْيَوطُ

والعذيوطة، يثبت به الخيار. والعِذيوط، من يخرج عنه الغائط عند الجماع. وزاد القاضي حسين وغيره فأثبتوا الخيار بالإستحاضة، وبالعيوب التي تجتمع فتنفر تنفير البرص، وتكسر سورة التائق، كالقروح السيالة وما في معناه ويقال: إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولًا للشافعي رحمة الله عليه.

أما إذا وجد أحدهما الآخر خنثى قد زال إشكاله، ففي ثبوت الخيار قولان: أظهرهما: المنع لأنه لا يفوت مقصود النكاح، وموضع القولين إذا اختار الذكورة أو الأنوثة بغير علامة، لأنه قد يخرج بخلافه. فأما إذا اتضح بعلامة، فلا خيار، هذا هو الأصح. وقيل: القولان أيضًا فيما إذا اتضح بعلامة مظنونة، فإن كان بقطعية وهي الولادة، فلا خيار. وقيل: القولان مطلقًا، وإن كانت العلامة قطعية لمعنى النفرة.

ولا خيار بكونه أو كونها عقيمًا، ولا بكونها مفضاة، والإفضاء: رفع ما بين مخرج البول، ومدخل الذكر.

فصل: إذا ظهر بكل واحد منهما عيب مثبت للخيار، فإن كانا من جنسين، فلكل واحد منهما الخيار إلا إذا كان مجبوبًا وهي رتقاء، فهو كالجنس الواحد كذا ذكره الحناطي والشيخ أبو حامد والإمام، وحكى البغوي طريقًا آخر، أنه لا فسخ به قطعًا، لأنه لا طريق له إلى تحصيل الوطء. وإن كانا من جنس، ثبت الخيار لكل واحد على الأصح. هذا في غير الجنون، أما إذا كانا مجنونين، فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما في الحال، ثم الوجهان فيما إذا تساوى العيبان في القدر والفحش. فإن كان أحدهما أكثر وأفحش، فللآخر الخيار قطعًا.

فرع: نكح أحدهما الآخر عالمًا بعيبه، فلا خيار. فلو ادّعى المعيب علم الآخر، صدِّق المنكر بيمينه. وقيل: إن كان هذا الإختلاف بعد الدخول، صدق مدعي العلم.

فرع: جبت المرأة ذكر زوجها، فهل لها الخيار؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لو عيب المشتري المبيع قبل القبض، وأصحهما: نعم كما لو خرّب المستأجر الدار المستأجرة فإن له الخيار، فإن المرأة بالجب لا تصير قابضة لحقها، والمستأجر لا يصير قابضًا لحقه كالتخريب، والمشتري بالتعيب قابض حقه.

فصل: العيب المثبت للخيار إن كان مقارنًا للعقد، فلكل واحد الفسخ بعيب صاحبه وإن حدث بعد العقد، فإن كان بها، فله الفسخ على الجديد الأظهر، وإن كان به، نظر إن كان قبل الدخول، فلها الفسخ، وإن كان بعده والعيب جنون أو جذام أو برص، فلها الخيار، كذا قاله الأصحاب في جميع الطرق. وحكى الغزالي

فيه وجهًا لم أره لغيره. وإن حدث التعنين، فلا خيار، لأنها عرفت قدرته وأخذت حظها، وإن حدث الجب، فلها الفسخ على الأصح، ويقال: الأظهر.

فرع: أولياء المرأة ليس لهم خيار الفسخ بعيب حدث به، وأما المقارن، فإن كان جبًا أو تعنينًا، فلا خيار لهم على الصحيح، وإن كان جنونًا، فلهم الخيار. وإن رضيت هي، وكذا إن كان جذامًا أو برصًا على الأصح. ونقل الحناطي في العيب الحادث وجهًا، أن للأولياء إجبارها على الفسخ وهو شاذ ضعيف. وعلى هذا التفصيل يخرج حكم ابتداء التزويج، فإن دعت إلى تزويجها بمجبوب أو عنين، فعليهم الإجابة على الصحيح، فإن امتنعوا، كانوا عاضلين، وإن دعت إلى مجنون، فلهم الامتناع، وكذا المجذوم والأبرص على الأصح.

فصل: في أحكام هذا الخيار، فيه مسائل:

إحداها: هذا الخيار على الفور كخيار العيب في البيع، هذا هو المذهب. وبه قطع الجمهور. وقيل: قولان آخران كخيار العتق: أحدهما: يمتد ثلاثة أيام. والثاني: يبقى إلى أن يوجد صريح الرضى بالمقام معه أو ما يدل عليه، حكاهما الشيخ أبو علي وهما ضعيفان. وهل ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ، أم لا بد من الرفع إلى الحاكم؟ أما التعنين، فلا بد من الرفع، وفيما سواه وجهان: أصحهما: لا بد من الرفع لأنه مجتهد فيه. قال البغوي: وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي إلى الحاكم ويفسخ بحضرته، جاز. ولو وطئها وظهر بها عيب، فقالت: وطئت عالمًا، فأنكر، أو كان العيب به، فقال: كنتِ عالمة فأنكرت، فالقول قول المنكر على الصحيح. وقال ابن القطان: قول الآخر، لأن الأصل دوام النكاح.

الثانية: الفسخ بعيب مقارن للعقد، إن كان قبل الدخول، سقط كل المهر ولا متعة، سواء كان العيب فيه أو فيها، لأن شأن الفسخ تراد العوضين. وإن كان بعد الدخول، فثلاثة أوجه: الصحيح المنصوص، أنه يسقط المسمى ويجب مهر المثل، والثاني: يجب المسمى، والثالث: إن فسخ بعيبها، فمهر المثل، وإن فسخت بعيبه، فالمسمى. وأما الفسخ بعيب حادث بعد العقد، فإن كان قبل الدخول فلا مهر، وإن كان بعده، فإن أوجبنا في المقارن المسمى، فهنا أولى، وإلا، فأوجه: أحدها: المسمى، والثاني: مهر المثل، وأصحها: إن حدث قبل الدخول، ثم دخل بها غير عالم بالحال، فمهر المثل كالمقارن، وإن حدث بعد الدخول، فالمسمى، لأنه تقرر بالوطء قبل الخلل.

فرع: إذا اطَّلع أحد الزوجين على عيب الآخر، ومات الآخر قبل الفسخ، فهل يفسخ بعد الموت؟ وجهان حكاهما الحناطي، أصحهما: لا يفسخ ويتقرر

المسمى بالموت. ولو طلقها قبل الدخول ثم علم عيبها، لم يسقط حقها من النصف، لأن الفرقة حصلت بالطلاق.

الثالثة: إذا فسخ بعيبها بعد الدخول وغرم المهر، فهل يرجع به على من غره؟ قولان: الجديد: الأظهر، لا. وموضع القولين إذا كان العيب مقارنًا للعقد، وأما إذا فسخ بعيب حادث، فلا رجوع بالمهر مطلقًا، إذ لا غرور. وقال المتولي: القولان إذا كان المغروم هو مهر المثل، أما إذا كان المسمى، فلا رجوع، والأصح ما ذكره البغوي وهو أنه لا فرق بين المسمى ومهر المثل، ثم إذا قلنا بالرجوع، فإن كان التغرير والتدليس منها دون الولي، فالرجوع عليها دونه. وصوَّر المتولي التغرير منها، بأن خطب الزوج إليها، فلم يتعرض لعيبها، وطلبت من الولي تزويجها به وأظهرت له أن الزوج عرف حالها. وصوره الشيخ أبو الفرج الزاز، فيما إذا عقدت بنفسها، وحكم بصحته حاكم. ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر بالدفع إليها، ثم الاسترداد منها. لكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام، أنه لا معنى للدفع إليها والاسترداد، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا يغرم لها. وهل يجب لها أقل ما يجوز صداقًا لئلا يخلو النكاح عن مهر؟ وجهان: ويقال: قولان:

وإن كان التغرير من الولي، بأن خطب إليه فزوج وهو مجبر أو غيره بإذنها ولم يذكر للخاطب عيبها، فإن كان عالمًا بالعيب، رجع عليه بجميع ما غرم. وإن كان جاهلًا، فوجهان لأنه غير مقتصر، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل. فإن قلنا: لا رجوع إذا جهل، فذلك إذا لم يكن محرمًا كابن عم ومعتق وقاض، وحينئذٍ يكون الرجوع على المرأة. فأما المحرم، فلا يخفى عليه الحال غالبًا، وإن خفي فلتقصيره، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح. فإذا قلنا: لا رجوع على الجاهل، فعلى الزوج إثبات العلم ببينة على إقرار الولي بالعلم. وإن غره أولياء الزوجة، فالرجوع عليهم، فإن جهل بعضهم وقلنا: لا رجوع على الجاهل، رجع على من علم. ولو وجد التغرير منها ومن الولي، فهل يكون الرجوع عليها فقط لقوة جانبها، أم عليهما نصفين؟ فيه وجهان: وإن غرت الولي وغر الولي الزوج، رجع الزوج على الولي والولي عليها، ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيبها، ولا يبعد مجيء الخلاف فيه.

الرابعة: المفسوخ نكاحها بعد الدخول، لا نفقة لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حائلًا بلا خلاف، وإن كانت حاملًا، فإن قلنا: نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت هنا، وإن قلنا بالأظهر. إنها للحامل، لم تجب. وأما السكنى، لا تجب على المذهب وبه قطع الجمهور. وقيل بطرد القولين. وقال ابن سلمة: إن كان الفسخ

بعيب حادث، وجبت، وإلا، فلا. وإذا لم نوجب السكنى فأراد أن يسكنها حفظًا لمائه، فله ذلك وعليها الموافقة، قاله أبو الفرج السرخسي.

فروع: تتعلق بهذا السبب، رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه، فحدث بمن به العيب عيب آخر، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح. وإن ازداد الأول، فلا خيار على الصحيح، لأن رضاه بالأول رضىً بما يتولد منه. ولو فسخ بعيب، فبان أن لا عيب، فهل يحكم ببطلان الفسخ وباستمرار النكاح؟ وجهان حكاهما الحناطي.

ولو قال: علمت عيب صاحبي، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار، فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد. وقيل: لا خيار هنا قطعًا، لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود.

السبب الثاني: الغرور بالاشتراط. فإذا شرط في العقد إسلام المنكوحة، فبانت ذمية، أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه، فهل يصح النكاح أم يبطل؟ قولان: أظهرهما: الصحة. والقولان فيما إذا اشترطت حريته فبان عبدًا، هما إذا نكح بإذن السيد، وإلا، فلا يصح قطعًا. وفيما إذا شرط حريتها فبانت أمة، هما إذا نكحت بإذن السيد وكان الزوج ممن يحل له الإماء، وإلا، فلا يصح قطعًا. ويجري القولان في كل وصف شرط، فبان خلافه، سواء كان المشروط صفة كمال كالجمال، والنسب، والشباب، واليسار، والبكارة، أو صفة نقص كأضدادها، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور. وفي «شرح مختصر الجويني» أنهما إنما يجريان في النسب والحرية وما يتعلق بالكفاءة، فإذا قلنا ببطلان النكاح، فرق بينهما ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها، وإن دخل، فلا حد للشبهة وعليه مهر المثل، ولا سكنى لها في العدة، وكذا لا نفقة إن كانت حائلًا. فإن كانت حاملًا، فعلى القولين في أن النفقة للحمل أو للحامل؟ إن قلنا: للحمل، وجبت، وإلا، فلا، وإذا قلنا بصحة النكاح، فإن بان الموصوف خيرًا مما شرط، فلا خيار، وإن بان دونه، فقد أطلق الغزالي في ثبوت الخيار قولين. وأما سائر الأصحاب، فقالوا: إن شرط في الزوج نسب شريف فبان خلافه، نظر إن كان نسبه دون نسبها، فلها الخيار.

وإن رضيت هي، فلأوليائها الخيار، وإن كان نسبه كنسبها أو فوقه، إلا أنه دون المشروط، فلا خيار لها على الأظهر، وقيل: لا خيار قطعًا، ولا خيار للأولياء، لأن الكفاءة حاصلة والشرط لا يؤثر في حقهم، وإن شرط في الزوجة نسب فبان خلافه، فطريقان: أصحهما: أنه كهي فيثبت له الخيار إن كانت دون

نسبه، وإلا، ففيه القولان. والطريق الثاني: لا خيار له قطعًا لقدرته على الطلاق وعدم العار عليه. وإن شرطت حريته فخرج عبدًا، فإن كانت حرة، فلها ولوليها الخيار، وإن كانت أمة، ففي ثبوت الخيار وجهان: وقيل: يثبت قطعًا. قال الإمام والمتولي: وإذا أثبتناه، فهو للسيد دون الأمة، فإن له أن يجبرها على نكاح عبدٍ، بخلاف ما إذا خرج الزوج معيبًا، فإن الخيار لها، لأنه ليس للسيد إجبارها على نكاح معيب بأحد هذه العيوب. وإن شرط الزوج حرية الزوجة فخرجت أمة، فإن كان الزوج حرًا، فله الخيار على المذهب، وإن كان عبدًا، فلا خيار على المذهب، وإن كان المشروط صفة أخرى، فإن شرطت في الزوج فبان دون المشروط، فلها الخيار، وإن شرطت فيها، ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق.

فرع: في فتاوى البغوي: تزوجها بشرط البكارة، فوجدت ثيبًا، فقالت: كنت بكرًا فزالت البكارة عندك، وقال: بل كنت ثيبًا، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ، ولو قالت: كنت بكرًا فافتضني فأنكر، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ، وقوله بيمينه لدفع كمال المهر.

فصل: إذا ظنت زيدًا كفئًا لها، وأذنت في تزويجها إياه، فبان غير كفء، فلا خيار لها، كذا أطلق الغزالي، وينبغي أن يفصل فيقال: إن كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه أو حرفته، أو فسقه، فلا خيار، وإن كان لعيبه، فيثبت الخيار، وإن كان لرقه، فليكن الحكم كما سنذكره إن شاء الله تعالىٰ متصلًا بهذا فيمن نكحها ظانًا حريتها فبانت أمة، بل جانب المرأة أولى بإثبات الخيار.

فرع: نكح إمرأة يظنها مسلمة فخرجت كتابية، فالنص أن له الخيار، ولو ظنها حرة فخرجت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة، فالنص أنه لا خيار، وللأصحاب طريقان: أحدهما: العمل بظاهر النصين ولتقصير ولي الكافرة بترك العلامة، ولأن الكفر منفّر. وأصحهما: جعل الصورتين على قولين. أظهرهما: لا خيار فيهما كما لو اشترى عبدًا يظنه كاتبًا فأخلف ظنه.

فصل: الخلف في الشرط، إذا قلنا: لا يفسد العقد وأنه يثبت الخيار، فمن له الخيار؟ إن أجاز العقد، كان للزوجة المهر المسمى، وإن فسخ، فإن كان قبل الدخول، لم يجب نصف المهر ولا المتعة، وإن كان بعد الدخول، فهل يجب مهر المثل أم المسمى أم أقلهما؟ فيه أوجه: الصحيح المنصوص، الأول. وهل يرجع الزوج بما غرمه من المهر على من غره؟ فيه التفصيل والخلاف السابقان في خيار العيب، وحكم النفقة والسكنى على ما تقدم.

فرع: قال الأصحاب: التغرير المؤثر هو الذي يكون مقرونًا بالعقد على سبيل

الشرط فلو سبق العقد، فالصحيح أنه لا يؤثر في صحة العقد ولا في الخيار. وقيل: يؤثر فيهما.

وأما الرجوع بالمهر، إذا قضينا بالرجوع على الغار، فقال الغزالي: التغرير السابق كالمقارن، وحققه الإمام فقال: لا يشترط في حصول التغرير دخول الشرط بين الإيجاب والقبول، ولا صدوره من العاقد لكن يشترط اتصاله بالعقد. فلو قال: فلانة حرة في معرض الترغيب في النكاح، ثم زوجها على الإتصال بوكالة أو ولاية، فهو تغرير، ولو لم يقصد بقوله تحريض سامع، واتفق بعد أيام أنه زوجها لمن سمع كلامه، فليس ما جرى تغريرًا، وإن ذكره لا في معرض التحريض، وجرى العقد على الاتصال أو ذكره في معرض التحريض، وجرى العقد بعد زمان فاصل، ففي كونه تغريرًا تردد، ويشبه أن لا يعتبر الاتصال بالعقد على ما أطلقه الغزالي، لأن تعلق الضمان أوسع بابًا.

فصل: إذا غر بحرية أمة وصححنا النكاح، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم برقها أحرار لظنه الحرية، سواء أجاز العقد أو فسخه، إذا خيرناه، وسواء كان المغرور حرًا أو عبدًا، لاستوائهما في الظن، ثم على المغرور قيمة الأولاد لسيد الأمة على المشهور، لأنه فوت رقهم بظنه. وفي قول حكاه الحناطي: لا شيء عليه، لأنه معذور. فعلى المشهور إن كان المغرور حرًا، فالقيمة مستقرة في ذمته، وإن كان عبدًا، فهل تتعلق بذمته أم برقبته أم بكسبه؟ فيه أقوال، أظهرها الأول، وتعتبر قيمة الأولاد يوم الولادة. وأما الأولاد الحاصلون بعد علمه برقها، فهم أرقاء، سواء كان المغرور عربيًا أو غيره. وللشافعي قول: أن العرب لا يجري عليهم الرق، والمشهور أن لا فرق. ثم في الفصل مسائل:

إحداها: في الرجوع بالمهر المغروم على الغار قولان كما سبق في العيب، وأما قيمة الأولاد، فيرجع بها على الغار على المذهب. وقيل: فيه القولان. وإذا قلنا بالرجوع، فإنما يرجع إذا غرم كالضامن. فقد سبق في الضامن وجه ضعيف أنه يرجع قبل غرمه، فيجيء مثله هنا. والصحيح، المنع. فعلى هذا لو كان المغرور عبدًا وعلقنا القيمة بذمته، فإنما يرجع على الغار بعد عتقه، لأنه حينئذٍ يغرم. أما إذا علقناها بكسبه أو برقبته، وغرم سيده من كسبه، أو من رقبته، فيرجع في الحال، وللمغرور مطالبة الغار بتحصيله، كما ذكرنا في «باب الضمان».

المسألة الثانية: إذا كان المغرور عبدًا وقد دخل بالمنكوحة، فحيث يجب المسمى يتعلق كسبه، وحيث يجب مهر المثل، فهل يتعلق بذمته، أم برقبته، أم بكسبه؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الأول.

المسألة الثالثة: لا يتصور الغرور بحرية الأمة من السيد، لأنه متى قال: زوجتك هذه الحرة، أو على أنها حرة، عتقت. وإنما يتصور من وكيل السيد في تزويجها، أو منها، أو منهما، ولا اعتبار بقول من ليس بعاقد ولا معقود عليه، فإن كان الغرور من الوكيل، رجع المغرور عليه بالقيمة إذا غرمها، وبالمهر إن أثبتنا الرجوع به. وإن كان الغرور من الأمة المنكوحة، كان الرجوع عليها، لكن لا يرجع في الحال، بل يتعلق الغرم بذمتها، تطالب به إذا عتقت، ولا يتعلق بكسبها قطعًا ولا برقبتها على الصحيح، وسواء كان الرجوع عليها أو على الوكيل، يرجع بكل المهر، لأن المهر للسيد وقد أخذه. وإن كان الغرور منها ومن الوكيل، فالرجوع عليهما. وفي كيفيته وجهان: أصحهما: يرجع بالنصف على الوكيل في الحال، وبالنصف عليها إذا عتقت. والثاني: أنه له أن يرجع بالجميع على من شاء منهما، على الوكيل في الحال وعليها بعد العتق، فإن رجع ـ هكذا قال البغوي ـ: يرجع المأخوذ منه بالنصف على الآخر. وقال الحناطي وغيره: لا يرجع واحد منهما على الآخر، لأن التغرير كامل من كل واحد منهما. ولو ذكرت للوكيل حريتها، ثم ذكرها الوكيل للزوج، رجع المغرور على الوكيل والوكيل عليها بعد العتق. وإن ذكرت للوكيل ثم ذكرت للزوج، فالرجوع عليها وإن ذكر الوكيل للزوج أيضًا، لأنها لمّا شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط، هكذا ذكره البغوي. وعلى هذا، فصورة تغريرهما أن يذكرا معًا.

المسألة الرابعة: لو خرجت التي غر بحريتها مدبرة أو مكاتبة، أو أم ولد أو معلقة بصفة، فالكلام في صحة النكاح، ثم في إثبات الخيار كما سبق، إذا كانت قنة، لكن إذا خرجت مكاتبة وفسخ النكاح، فلا مهر لها إذا كان الغرور منها، لأن المهر للمكاتبة فلا معنى للغرم لها والإسترداد منها. وهل يجب أقل ما يجوز أن يكون مهرًا؟ فيه الخلاف السابق في العيب. والأولاد الحاصلون قبل علمه بالحال أحرار، وعلى المغرور قيمتهم. ولمن تكون القيمة؟ يبنى على أن ولد المكاتبة قنّ للسيد أم مكاتب كالأم؟ وفيه قولان: وإذا قلنا: إنه مكاتب فقتله قاتل، فهل قيمته للسيد أم للمكاتبة تستعين به في الأداء؟ فيه قولان فإذا قلنا: الولد للسيد، أو قلنا: هو مكاتب، وإذا قتل، فالقيمة للسيد، غرم المغرور قيمة الأولاد للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها إن غرت، ويأخذ من كسبها. فإن لم يكن كسب، ففي ذمتها إلى أن تعتق. وإن قلنا: إن القيمة لها، فإن كان الغرور منها، لم يغرم القيمة لها كالمهر، وإن كان من الوكيل، غرم لها ورجع على الوكيل.

فرع: إذا حكمنا ببطلان النكاح بخلف الشرط، فالرجوع بمهر المثل إذا غرمه

الزوج بالوطء والرجوع بقيمة الأولاد إذا غرمها على ما ذكرناه تفريعًا على صحة النكاح.

فرع: ما ذكرناه من وجوب قيمة الولد، هو فيما إذا انفصل الجنين حيًّا. فلو انفصل ميتًا، نظر إن انفصل بغير جناية، فلا شيء عليه، ويجيء فيه وجه سبق نظيره في وطء الغاصب جاهلًا بالتحريم. وإن انفصل بجناية، بأن ضرب بطنها فأجهضت، فله أحوال:

أحدها: أن يكون الجاني أجنبيًا، فيجب على عاقلته الغرة ويغرمه المغرور، لأنه يغرم له فيغرمه. وقيل: لا يغرمه إذ لا قيمة للميت، والصحيح الأول، وضمانه عشر قيمة الأم، لأن الجنين الرقيق يغرم بهذا القدر.

فإن كانت قيمة الغرة مثل عشر قيمة الأم، أو أكثر، فالمستحق للسيد عشر القيمة، وإن كان العشر أكثر، فوجهان: أصحهما: يستحق العشر وهو اختيار القاضي حسين والإمام وغيرهما، ونسبه البغوي إلى العراقيين، لأنه قدر ما فوته. والثاني: ليس له إلا قدر الغرة، ويعبر عن هذا بأن الواجب أقل الأمرين. فعلى الأول لا يتوقف تغريمه على حصول الغرة له. وعلى الثاني، يتوقف وينظر إلى ما يحصل له من الغرة، فإن كان يجوز ميراث الجنين، فذاك، وإلا، فيغرم أقل الأمرين من حصته من الغرة والعشر، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أم الأم، ولا تسقط بالأم لأنها رقيقة.

الثاني: أن يكون الجاني هو المغرور، فعلى عاقلته الغرة، ويلزم المغرور عشر قيمة الأم إن قلنا في الحال الأول بالأصح: أنه يستحق العشر وتسلم الغرة للورثة، وإن قلنا بأقل الأمرين، تعلق حق السيد بالغرة فيؤدي منها، وما فضل يكون للورثة. وعلى التقديرين، لا يرث المغرور منها شيئًا، لأنه قاتل ولا يحجب من بعده من العصبات.

فإن كان المغرور عبدًا، تعلقت الغرة برقبته. ثم إن اعتبرنا الغرة ولم نوجب زيادة عليها، فإذا حصلت الغرة، صرف إلى السيد منها عشر قيمة الأم، فإن فضل شيء، فهو للورثة، وإن اعتبرنا التفويت، سلمت الغرة للورثة، وتعلق حق السيد بذمة المغرور.

الثالث: أن يكون الجاني عبد المغرور، فإن اعتبرنا التفويت، فحق سيد الأمة على المغرور، ولا تتعلق الغرة برقبته إن كان المغرور حائز ميراث الجنين، لأنه لا يستحق على عبده شيئًا، وإن كان معه جدة الجنين، تعلق نصيبها برقبته، وإن اعتبرنا أقل الأمرين، تعلقت الغرة برقبته ليؤدي منها حق السيد. فإن فضل منها شيء، فعلى ما ذكرنا.

الرابع: أن يكون الجاني سيد الأمة، فعلى عاقلته الغرة. ثم إن اعتبرنا التفويت، سلمت الغرة للورثة وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الأم. قال الإمام: ويجوز أن يقال: انفصاله بجناية السيد، كانفصاله بلا جناية، فلا يغرم المغرور شيئًا، وإن اعتبرنا أقل الأمرين، فإذا حصلت الغرة، صرف منها العشر إلى السيد. فإن فضل شيء فهو للورثة. قال الإمام: إذا كانت الغرة قدر العشر أو أقل، وصرفناها إلى السيد، كان الحاصل إيجاب المال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد.

فرع: خيار الخلف هل هو على الفور؟ فيه طريقان حكاهما ابن كج وغيره، المذهب: نعم كخيار العيب، والثاني: على أقوال خيار العتق. قال البغوي: وإذا أثبتنا الفسخ، انفرد به من له الخيار، ولا يفتقر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع، ولكن هذا مختلف فيه، فليكن كخيار عيب النكاح.

السبب الثالث: العتق، فإذا عتقت أمة تحت حر، فلا خيار لها، وإن عتقت تحت عبد، فلها الخيار إن عتقت كلها، فإن أعتق بعضها، فلا خيار. وقال المزني: لها الخيار. ولو دبرت أو كوتبت أو علق عتقها بصفة، فلا خيار. ولو عتقت تحت مكاتب أو مدبر أو من بعضه رقيق، فلها الخيار. ولو عتق الزوج وتحته أمة، فلا خيار له على الصحيح أو المشهور. ولو عتقا معًا، فلا خيار، ويثبت خيار العتق للصبية والمجنونة عند البلوغ والإفاقة، ولا يقوم الولي مقامهما في الفسخ والإجازة. ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتيقة، بطل خيارها على الأظهر المنصوص في «المختصر».

فروع: الفرع الأول: طلقها رجعيًا فعتقت في العدة، فلها الفسخ ليقطع سلطنة الرجعة. وقيل: الفسخ موقوف، إن راجعها، نفذ، وإلا، فلا. والصحيح الأول. وإذا فسخت هل تستأنف عدة، أم تكفي بقية العدة؟ قولان كما لو طلق الرجعية. وإذا قلنا بالبناء، فتكمل عدة حر أو أمة؟ فيه خلاف موضعه «كتاب العدد». ولو أخرت الفسخ، فلها ذلك، ولا يبطل لها. ولو أجازت، لم تنفذ الإجازة، لأنها محرمة جارية إلى بينونة، فالإجازة لا تلائم حالها. قال الإمام: ولم يخرجوه على وقف العقود، لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد قابلًا لمقصود العقد وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها. ونقل الغزالي عن بعضهم تخريجًا على وقف العقود، فإن راجعها، نفذت، وإلا، فلا. ولو ثبت لها خيار العتق، فطلقها قبل أن تفسخ، فإن كان طلاقًا رجعيًا، بقي حقها في الفسخ والحكم كما لو أعتقت في العدة. وإن كان بائنًا، فقولان: أحدهما: أن الطلاق موقوف، وإن فسخت، بان أنه لم يقع، وإلا بان وقوعه وهذا نصه في «الأم». وأظهرهما: يقع

وهو نصه في «الإملاء» لمصادفته النكاح، ويبطل، ومنهم من أنكر القول الأول. ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخها، ففي وقوع الطلاق ووقفه هذا الخلاف.

الفرع الثاني: إذا فسخت العتيقة قبل الدخول، فلا مهر، وليس للسيد منعها من الفسخ. وإن فسخت بعد الدخول، نظر، إن تقدم الدخول على العتق، وجب المسمى، وإن تأخر عنه وكانت جاهلة بالحال، وجب مهر المثل على المذهب. وقيل: المسمى، وقيل: خلاف فيهما. وأيهما أوجبناه، فهو للسيد، وكذا لو اختارت المقام معه، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة، فالمهر للسيد، لأنه وجب بالعقد. وإن زوجها مفوضة، فإن دخل بها الزوج أو فرض لها قبل العتق فهو للسيد أيضًا. وإن عتقت ثم دخل بها، أو فرض لها، فهل المهر للسيد أم لها؟ قولان بناءً على أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم بالفرض أو الدخول.

الفرع الثالث: خيار العتق على الفور على الأظهر، وفي قول: يمتد ثلاثة أيام، وفي قول: إلى أن يصرح بإسقاطه، أو تمكن من الوطء طائعة. وفي وجه: تتقدر بالمجلس. فإن قلنا بالفور، فهو كما ذكرنا في الرد بالعيب في البيع وفي الشفعة. قال الإمام تفريعًا على القول الثاني: ابتداء الأيام الثلاثة من وقت تخييرها، وذلك إذا علمت بالعتق وثبوت الخيار، ولا يحسب من وقت العتق. وذكر تفريعًا على القول الثالث، أنها لو مكنت ولم يصبها الزوج، لم يبطل حقها، لأن التمكين من الوطء لا يتحقق إلا عند حصول الوطء، وأنه لو أصابها الزوج قهرًا، ففي سقوط الخيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء، فإن كان قبض على فمها، بقي حقها قطعًا. وعلى هذا القول لو قال: أصبتها فأنكرت، فأيهما يصدق؟ وجهان حكاهما ابن كج، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الإصابة. وإذا اعتبرنا الفور، فتمكنت ولم تفسخ، أو مضت الأيام الثلاثة، أو مكنت من الوطء، إذا اعتبرنا ذلك، ثم ادعت الجهل بالعتق، صدقت بيمينها إن لم يكذبها ظاهر الحال. فإن كذبها، بأن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها، فالمصدق الزوج، هذا هو المذهب. وقيل: في المصدق قولان مطلقًا. فإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار، صدقت على الأظهر. ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور، قال الغزالي: لا تعذر، ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب، ولكن ذكرها العبادي في «الرقم». وقال: إن كانت قديمة العهد بالإسلام وخالطت أهله، لم تعذر، وإن كانت حديثة العهد به أو لم تخالط أهله، فقولان.

فرع: هذا الفسخ لا يحتاج إلى مراجعة الحاكم، ولا إلى المرافعة إليه، لأنه ثابت بالنص والإجماع، كالرد بالعيب والشفعة.

السبب الرابع: التعنين، فالتعنين مثبت للخيار، وكذا الجب إن لم يبق ما يمكن الجماع به، كأن لا يبقى قدر الحشفة، فإن بقي دون قدر الحشفة، أو بقي قدرها فأكثر، فلا خيار بسبب الجب على المذهب. وعن ابن سلمة، أنه خرجه على قولين كالخصي. فعلى المذهب: لو عجز عن الجماع به، فهو كالسليم العاجز، فتضرب له المدة. وعن الشيخ أبي حامد، ثبوت الخيار في الحال، لأن العيب متحقق، والظاهر دوام العجز، وفي معناه المرض المزمن الذي لا يتوقع زواله، ولا يمكن الجماع معه، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره. ولو وجدت زوجها خصيًا موجوء الخصيتين أو مسلولهما، فلا خيار على الأظهر الجديد. وقيل: لا خيار قطعًا.

فرع: العنة الطارئة لا تؤثر، لأن القدرة تحققت بالوطء، فالعجز بعارض. ولو كان له امرأتان، فعنّ عن إحداهما دون الأخرى، ثبت الخيار للتي عنّ عنها، لفوات الاستمتاع. قال الأصحاب: وقد يتفق ذلك لانحباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياءٍ، ويقدر على غيرها لميل أو أنس. فأما العجز المحقق لضعف في الدماغ أو القلب أو الكبد، أو لخلل في نفس الآلة، فإنه لا يختلف بالنسوة، وكذلك قد يفرض العجز عن القبل والقدرة على الدبر، فيثبت الخيار على الصحيح. وحكى الحناطي فيه وجهًا بعيدًا، ولو عجز عن افتراع بكر وقدر على ثيب، فللبكر الخيار.

فصل: إذا اعترفت بقدرته على الوطء وقالت: إنه يمتنع منه، فلا خيار لها، وهل لها مطالبته بوطأة واحدة؟ وهل يجبر هو عليها؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنه حقه، فلا يجبر عليه كسائر الوطآت. والثاني: نعم لمعنيين. أحدهما: استقرار المهر. والثاني: حصول الاستمتاع للتعفف. فإن قلنا: تجب الوطأة فكانت أمة، فالطلب للسيد على المعنى الأول، ولها على الثاني. ولو أبرأت الحرة عن مهرها، فلا مطالبة على المعنى الأول، وتطالب على الثاني، ولا يرهق إلى الوطء بل يمهل ليستعد له على العادة. ولو كان به مرض أو عذر، أُمهل إلى زواله. وإن أصر على الامتناع بلا عذر، حبس. قال الإمام: ولا يبعد أن يخرَّج من الإيلاء أن يطلق القاضي عليه، لكن لم يخرجوه.

فرع: تسقط مطالبة العنين بالفسخ، وغير العنين إذا أوجبنا وطأه بتغيّب الحشفة، فإن أحكام الوطء كلها منوطة به كالتحليل، والتحصين، والحدود، والكفارة، والغسل، وفساد العبادة، وثبوت المصاهرة وغيرها. قال الإمام: وسببه بعد الاتباع، أن الحشفة هي التي تحس تلك اللذة، قال: ويعني بتغيبها أن يشتمل الشفران وملتقاهما عليها. أما لو انقلب الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما

انعكس من البشرة الظاهرة، ففيه تردد، لأنها حصلت في حيز الباطن. وذكر البغوي، أن أقل ما يزول به حكم التعنين إن كانت بكرًا أن يفتضها بآلة الافتضاض. وإن كانت ثيبًا، فإن تغيب الحشفة، وهذا يدل على الاقتضاض لا يحصل بتغيب الحشفة. ولوجب بعض ذكره فغيب من الباقي قدر الحشفة، فهو كتغيب الحشفة من السليم. وقيل: يعتبر تغيب جميع الباقي وهو ظاهر نصه في «المختصر» ورجحه بعضهم، والأول أصح وظاهر النص مؤوَّل.

فصل: وجدته عنينًا فرفعته إلى القاضي وادعت عنته، فإن أقر بها أو أقامت بينة على إقراره بها، ثبتت. وإن أنكر، حلف، فإن حلف، لم يطالب بتحقيق ما قاله بالوطء، وامتنع الفسخ، ويعود ما سبق أنه هل يطالب بوطأة واحدة؟ وإن نكل، فثلاثة أوجه: أصحها: ترد اليمين عليها، ولها أن تحلف إذا بان لها عنته بقرائن الأحوال وطول الممارسة. والثاني: يقضى عليه بالنكول، وتضرب المدة بغير يمين. والثالث: لا ترد عليها ولا يقضى بنكوله. وحكى أبو الفرج وجهًا أن تحليف الزوج لا يشرع أصلًا بناء على أن اليمين لا ترد عليها وهو ضعيف، ثم ثبوت العنة لا يفيد الخيار في الحال، لكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهله فيها، وابتداؤها من وقت ضرب القاضي لا من وقت إقراره، لأنه مختلف فيه، وإنما تضرب المدة إذا طلبت المرأة، لكن لو سكتت وحمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل، فلا بأس بتنبيهها ثم قولها: أنا طالبة حقي على موجب الشرع، كاف في ضرب المدة وإن جهلت تفصيل الحكم، وسواء في المدة الحر والعبد، فإذا تمت السنة ولم يصبها، لم ينفسخ النكاح، وليس لها فسخه، بل ترفعه ثانيًا إلى القاضي. وعن الإصطخري، أن لها الفسخ بعد المدة، والصحيح الأول. وإذا رفعته إليه، فإن ادعى الإصابة في المدة، حلف، فإن نكل، ردت اليمين على المرأة، وفيه الخلاف السابق. وإذا حلفت، أو أقر أنه لم يصبها في المدة، فقد جاء وقت الفسخ، فإن استمهل ثلاثًا، فهل يمهل؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء. وفي استقلالها بالفسخ وجهان: أصحهما: الاستقلال كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيرًا وأنكر البائع كونه عيبًا، وأقام المشتري بينة عند القاضي. والثاني: أن الفسخ إلى القاضي، لأنه محل نظر واجتهاد، أو يأمرها بالفسخ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة، والوجهان السابقان في فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة. وإذا قلنا: لها الفسخ بنفسها، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج، أم لا بد من قول القاضي: ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني. ولو قالت: اخترت الفسخ، ولم يقل القاضي: نفذته، ثم رجعت، هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ؟ وجهان في «مجموع ابن

القطان». أصحهما: المنع. ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعًا على استقلالها بالفسخ، أما إذا فسخت بإذنه، فإن الإذن السابق كالتنفيذ.

فرع: إنما تحسب المدة إذا لم تعتزل عنه. فإن اعتزلت أو مرضت، لم تحسب. ولو سافرت حبست على الأصح لئلا يدافع المطالبة بذلك. وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في أثناء السنة وزال، فالقياس أن يستأنف السنة أو ينتظر مضي مثل ذلك الفصل في السنة الأخرى.

فرع: الفسخ بالعنة بعد ثبوتها، كالفسخ بسائر العيوب، والمذهب أنه على الفور، ويجيء فيه الخلاف السابق هناك. وإذا رضيت بالمقام معه بعد مضي المدة، يسقط حقها من الفسخ، ولا رجوع لها إليه. فإن فسخت في أثناء المدة، لم تنفذ. وإن أجازت ورضيت بالمقام معه في المدة، أو قبل ضرب المدة، فالأظهر أنه لغو، ويثبت لها الخيار بعد المدة. وإن رضيت بعد المدة ثم طلقها رجعيًا ثم راجعها، لم يعد حق الفسخ، لأنها رضيت بعنّته في هذا النكاح، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة، بأن يستدخل ماءه، أو يطأها في الدبر، فتجب العدة وحكم العنة باق. ولو بانت بانقضاء العدة، أو كان الطلاق بائنًا، أو فسخت النكاح، ثم تزوجها ثانيًا، ففي تجدد حق الفسخ قولان: أظهرهما: التجدد، لأنه نكاح جديد، وتضرب المدة ثانيًا. ولو نكح امرأة ابتداءً، وأعلمها أنه عنين، فقال صاحب «الشامل» وغيره: هو على القولين. وذكر البغوي، فيما إذا نكح امرأة ابتداءً وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأة أُخرى، طريقين. أحدهما: على القولين. والثاني: القطع بالثبوت، لأنه قد يعجز عن امرأة دون أخرى. ولو نكح امرأة أو أصابها ثم أبانها ثم نكحها وعنّ عنها، فلها الخيار قطعًا لأنها نكحته غير عالمة بعنَّته.

فرع: إذا ادعت امرأة الصبي والمجنون العنة، لم تسمع دعواها ولم تضرب مدة، لأن المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله، وقولهما ساقط. ونقل المزني أنه إن لم يجامعها الصبي، أجِّل، ولم يثبته عامة الأصحاب قولًا وقالوا: غلط المزني. وإنما قال الشافعي في «الأم» والقديم: إن لم يجامعها الخصي، أجل، وهذا المذكور في الخصي تفريع على أنه لا خيار بالإخصاء أو رضيت به ووجدته مع الأخصاء عنينًا، وإلا، فالخيار في الخصي لا تأجيل فيه كالجب. وحكى الحناطي وجهًا أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع، تسمع دعوى التعنين عليه وتضرب له المدة، وبه قال المزني وهو ضعيف.

فرع: جن الزوج في أثناء السنة، ومضت السنة وهو مجنون، فطلبت الفرقة، لم تجب إليها، لأنه لا يصح إقراره.

فرع: مضت السنة فأمهلته شهرًا أو سنة أُخرى، فوجهان: أحدهما وبه قال ابن القطان وغيره: لها ذلك، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت، كما إذا أمهل بعد حلول الأجل لا يلزم الإمهال، والصحيح بطلان حقها بهذا الإمهال لأنه على الفور.

فرع: إذا فسخت بالعنة، فلا مهر على المشهور، لأنه فسخ قبل الدخول. وفي قول: يجب نصف المهر، وفي قول كله، حكاهما صاحب «التقريب» عن حكاية الإصطخري.

فصل: قال الأصحاب: إذا اختلف الزوجان في الوطء، فالقول قول نافيه عملًا بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع:

إحداها: إذا ادعت عنته فقال: أصبتها، فالقول قوله بيمينه، سواء كان ذلك قبل المدة أم بعدها، وسواء كان خصيًا أو مقطوع بعض الذكر، إذا كان الباقي بحيث يمكن الجماع به، أو، ادعت عجزه. وقيل: في الخصي والمقطوع، فالقول قولها بيمينها، لأن ذلك يقوي جانبها، والصحيح الأول. ولو اختلفا في القدر الباقي، هل يمكن الجماع به؟ قال الأكثرون: فالقول قولها. وقال صاحب «الشامل»: ينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفوا قدره، ويخبروا عن الحال، كما لو ادعت أنه مجبوب فأنكر، قال المتولي: وهذا هو الأصح. ولو ادعت عجزه بعد مضي السنة، وادعى أنها امتنعت، فإن كان لأحدهما بينة، حكم بها، وإلا، فالقول قوله، لأن الأصل دوام النكاح. فإذا حلف، ضرب القاضي المدة ثانيًا وأسكنهما في جوار قوم ثقاتٍ يتفقدون حالهما. فإذا مضت المدة، اعتمد القاضي قول الثقات وجرى عليه، كذا ذكره المتولي.

الموضع الثاني: إذا طالبته في الإيلاء بالفيأة والطلاق فقال: وطئتها، فالقول قوله استدامة للنكاح. ولو قالت في هذين الموضعين: أنا بكر، فوجهان: أحدهما وهو ظاهر النص: إن شهد أربع نسوة ببكارتها، حكم بعدم الإصابة من غير تحليفها، فلو قال بعد شهادتهن: أصبتها ولم أبالغ، فعادت البكارة وطلب يمينها، سمعت دعواه وحلفت. وإن لم يدَّع شيئًا، لم تحلف. والثاني وبه قال أبو علي في «الإفصاح» وابن القطان وابن كج، والإمام والغزالي وغيرهم: تحلف الزوجة مع البينة على قيام البكارة، لأن البكارة وإن كانت موجودة، فاحتمال الزوال والعود قائم، وإن لم يدَّع الزوج، فلا بد من الاحتياط. ثم إذا حلفت بعد دعواه أو دونها حلفت على أنه لم يصبها، أو على أن بكارتها هي البكارة الأصلية، ولها حق الفسخ بعد يمينها. وإن نكلت، حلف الزوج وبطل الخيار. وإن نكل الزوج أيضًا،

فوجهان: أصحهما: لها الفسخ ويكون نكوله كحلفها، لأن الظاهر أن بكارتها هي الأصلية. والثاني: المنع، لأن ما قاله محتمل، والأصل دوام النكاح.

الموضع الثالث: قالت: طلقني بعد الدخول فلي كل المهر، فقال: بل قبله فلك النصف، فالقول قوله للأصل، وعليها العدة مؤاخذة بقولها، ولا نفقة ولا سكنى، وللزوج نكاح بنتها وأختها وأربعًا سواها في الحال. فلو أتت بولدٍ لزمن محتمل، ثبت النسب وتقوى به جانبها، فيرجع إلى تصديقها، وتطالب الزوج بالنصف الثاني، ولا بد من يمينها على ما ذكره الإمام والعبادي، لأن ثبوت النسب لا يورث يقين الوطىء، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة، وهذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي. فإن لاعن الزوج ونفى الولد، فقد زال المرجح فتعود إلى تصديقه، ويستمر الأمر على ما سبق.

وحيث قلنا: القول قول نافي الإصابة، فذلك إذا لم يوافق على جريان خلوه، فإن وافق، فقولان: أظهرهما: أن الحكم كذلك، والثاني: تصديق المثبت. فعلى هذا: تضم هذه الصورة إلى مواضع الاستثناء من تصديق النافي وتصير أربعة، وبالله التوفيق.

باب نكاح المشرك

قال المصنِّف رحمه الله تعالى: إذا أسلم الزوجان المشركان على صفة ـ لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح ـ أقرا على النكاح، وإن عقد بغير ولي ولا شهود، لأنه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله ﷺ على أنكحتهم، ولم يسألهم عن شروطه وإن أسلما والمرأة ممن لا تحل له كالأم والأخت لم يقرا على النكاح، لأنه لا يجوز أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز الإقرار على نكاحها، وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني ـ فإن كان قبل الدخول ـ تعجلت الفرقة، وإن كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة.

وقال أَبو ثور: إن أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ، لما روى عبد اللّه بن شبرمة «أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما، والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخًا، كسائر الفسوخ».

فصل: وإن أسلم الحر وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه، لزمه أن

يختار أربعًا منهن، لما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبيّ ﷺ أن يختار منهن أربعًا»[1] ولأن ما زاد على أربع لا يجوز إقرار المسلم عليه، فإن امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير، لأنه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه، فإن أغمي عليه في الحبس خلي إلى أن يفيق لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار، فخلى كما يخلي من عليه دين إذا أعسر به، فإن أفاق أعيد إلى الحبس والتعزير إلى أن يختار، ويؤخذ بنفقة جميعهن إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح، والاختيار أن يقول: اخترت نكاح هؤلاء الأربع، فينفسخ نكاح البواقي، أو يقول: اخترت فراق هؤلاء، فيثبت نكاح البواقي، وإن طلّق واحدة منهن كان ذلك اختيارًا لنكاحها، لأن الطلاق لا يكون إلَّا في زوجة، وإن ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختيارًا لأنه قد يخاطب به غير الزوج، وإن وطىء واحدة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه اختيار لأن الوطء لا يجوز إلَّا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار. والثاني: وهو الصحيح ـ أنه ليس باختيار لأنه اختير للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة، وإن قال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لأن الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا في غير معين وإن قال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح، لأن الفسخ لا يجوز تعليقه على الصفة، ولأن الفسخ إنما يستحق فيما زاد على أربع، وقد يجوز أن لا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ، وإن قال: كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان:

أحدهما: يصح، وهو ظاهر النص، لأنه قال: وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكف شيئًا إلَّا أن يريد به الطلاق. فدل على أنه إذا أراد الطلاق صح، ووجه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات.

والثاني: وهو قول أَبي علي بن أَبي هريرة: أنه لا يصح، لأن الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية، والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة، وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك، وأراد بهذا القول الطلاق فإنه يصح، لأنه طلاق لا يتضمن اختيارًا فجاز تعليقه على الصفة، وإن أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره، لأن الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة، وإن أسلم وأحرم، فالمنصوص أنه يصح اختياره، فمن أصحابنا من جعلها على قولين.

أحدهما: لا يصح كما لا يصح نكاحه. والثاني: يصح كما تصح رجعته، ومنهم من قال: إن أسلم ثم أحرم ثم أسلمن لم يجز أن يختار قولًا واحدًا، لأنه لا يجوز أن يبتدىء النكاح وهو محرم، فلا يجوز أن يختاره، وحمل النص عليه، وإذا

---

(١) تقدم.

أسلم ثم أسلمن ثم أحرم فإن له الخيار، لأن الإحرام طرأ بعد ثبوت الخيار.

فصل: إن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه؛ لأن الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه، وتجب على جميعهن العدة، لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات، فمن كانت حاملًا اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشر، ومن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بالأقصى من الأجلين من ثلاثة أقراء، أو أربعة أشهر وعشر، ليسقط الفرض بيقين ويوقف ميراث أربع نسوة إلى أن يصطلحن، لأنا نعلم أن فيهن أربع زوجات، وإن كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع إليهن شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن، وإن جاء خمس دفع إليهن ربع الموقوف لأن فيهن زوجة بيقين، ولا يدفع إليهن إلَّا بشرط أنه لم يبق لهن حق ليمكن صرف الباقي إلى باقي الورثة، وإن جاء ست دفع إليهن نصف الموقوف لأن فيه زوجين بيقين؛ وعلى هذا القياس. وإن كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أَبي القسم الداركي أنه لا يوقف شيء، لأنه لا يوقف إلَّا ما يتحقق استحقاقه ويجهل مستحقه، وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز أن تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن.

والثاني: يوقف لأنه لا يجوز أن يدفع إلى باقي الورثة إلَّا ما يتحقق أنهم يستحقونه، ويجوز أن يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة.

فصل: وإن أسلم وتحته أختان، أو امرأة وعمتها، أو امرأة وخالتها، وأسلمتا معه لزمه أن يختار إحداهما؛ لما روي أن ابن الديلمي أسلم وتحته أختان فقال له النبيّ ﷺ: «اختر أيتهما شئت وفارق الأخرى»[1] وإن أسلم وتحته أم وبنت أسلمتا معه لم يخل إما أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأم دون البنت أو بالبنت دون الأم، فإن لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان:

أحدهما: يمسك البنت وتحرم الأم، وهو اختيار المزني، لأن النكاح في الشرك كالنكاح الصحيح، بدليل أنه يقر عليه والأم تحرم بالعقد على البنت، وقد وجد العقد والبنت لا تحرم إلَّا بالدخول بالأم، ولم يوجد الدخول.

القول الثاني: وهو الصحيح أنه يختار من شاء منهما، لأن عقد الشرك إنما تثبت له الصحة إذا انضم إليه الاختيار، فإذا لم ينضم إليه الاختيار فهو كالمعدوم، ولهذا لو أسلم عنده أختان واختار إحداهما جعل كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأخرى، فإذا اختار الأم صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على البنت، وإذا

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٢٤٣) والترمذي في سننه برقم (١١٢٩) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٥١) وأحمد في المسند (٤/ ٢٣٢) والبيهقي في سننه (٧/ ١٨٤) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٧٣).

اختار البنت صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأم، فعلى هذا إذا اختار البنت حرمت الأم على التأبيد، لأنها أم امرأته، وإن اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنها بنت امرأة لم يدخل بها وإن دخل بها حرمت لبنت بدخوله بالأم وأما الأم فإن قلنا: إنها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين: بالعقد على البنت وبالدخول بها.

وإن قلنا: إنها لا تحرم بالعقد حرمت بعلة وهي الدخول، وإن دخل بالأم دون البنت، فإن قلنا: إن الأم تحرم بالعقد على البنت، حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم، وإن قلنا: إن الأم لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم، وإن دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت في أحد القولين بالعقد وبالدخول، وفي القول الآخر بالدخول.

فصل: وإن أسلم وتحته أربع إماء فأسلمن معه فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة اختار واحدة منهن لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها فجاز له اختيارها كالحرة وإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يجز أن يمسك واحدة منهن.

وقال أبو ثور: يجوز لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ، لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأمّ والأخت ويخالف الرجعة، لأن الرجعة سد ثلمة النكاح، والاختيار إثبات النكاح في المرأة، فصار كابتداء العقد، وإن أسلم وتحته إماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن، لأن وقت الاختيار عند اجتماع إسلامه وإسلامهن، وهو في هذا الحال ممن يجوز له نكاح الأمة، فكان له اختيارها وإن أسلم بعضهن وهو موسر وأسلم بعضهن وهو معسر، فله أن يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو معسر، ولا يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو موسر اعتبارًا بوقت الاختيار.

فصل: وإن أسلم وعنده أربع إماء فأسلمت منهن واحدة، وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر إسلام البواقي ليختار من شاء منهن؛ فإن اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك، لأن الفسخ إنما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها، وليس ههنا فضل، فإن خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة؛ وبطل الفسخ؛ وإن أسلمن فله أن يختار واحدة. فإن اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها، ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك لأنا منعنا الفسخ فيها لأنها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح، وبإسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها. فثبت فيها الفسخ.

والثاني: وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لأن اختيار الفسخ كان قبل وقته، فكان وجوده كعدمه، كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها.

فصل: وإن أسلم وعنده حرة وأمة أسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح

الأمة، لأنه لا يجوز أن يبتدىء نكاح الأمة مع وجود حرة، فلا يجوز أن يختارها، فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معًا، وإن انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يمسكها.

فصل: وإن أسلم عبد وتحته أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز الزيادة على اثنتين لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن، أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لأنه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة.

فصل: وإن تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما فإن كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح، لأنه لا يجوز له أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز إقراره على نكاحها، وإن كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه، لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها، وإن أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه، لأنه إن كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح، وإن كان قبله لم يعتقدا تأبيده، والنكاح عقد مؤبد، وإن أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لأحدهما متى شاء لم يقرا عليه، لأنهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم، وإن أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام ـ فإن كان قبل انقضاء المدة ـ لم يقرا عليه، لأنهما لا يعتقدان لزومه، وإن كان بعد انقضاء المدة أقرا عليه لأنهما يعتقدان لزومه، وإن طلق المشرك امرأته ثلاثًا ثم تزوجا قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه، لأنها لا تحل له قبل زوج، فلم يقرا عليه كما لو أسلم عنده ذات رحم محرم، وإن قهر حربي حربية ثم أسلما ـ فإن اعتقدا ذلك نكاحًا أقرا عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه، كالنكاح بلا ولي ولا شهود، وإن لم يعتقدا ذلك نكاحًا لم يقرا عليه لأنه ليس بنكاح.

فصل: إذا ارتد الزوجان أو أحدهما ـ فإن كان قبل الدخول ـ وقعت الفرقة، وإن كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح، وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة، لأنه انتقال من دين إلى دين يمنع ابتداء النكاح، فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين.

فصل: وإن انتقل الكتابي إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه، لأنه لو كان على هذا الدين في الأصل لم يقر عليه، فكذلك إذا انتقل إليه، وما الذي يقبل منه؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه، أو دين يقر عليه أهله، لأن كل واحد من ذلك مما يجوز الإقرار عليه.

والثاني: لا يقبل منه إِلَّا الإسلام لأنه دين حق، أو الدين الذي كان عليه لأنا أقررناه عليه.

والثالث: لا يقبل منه إلَّا الإسلام وهو الصحيح، لأنه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه، فلم يبق إلَّا الإسلام، وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان:

أحدهما: يقر عليه، لأنه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام.

والثاني: لا يقر عليه لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل عِمرَان: ٨٥] فعلى هذا فيما يقبل منه قولان: أحدهما: يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه. والثاني: لا يقبل منه إلَّا الإسلام لما ذكرناه، وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم إذا ارتد.

فصل: وإن تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أَبي سعيد الاصطخري: أنه لا يقر عليه لأن كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمي كنكاح المرتدة. والثاني: وهو المذهب أنه يقر عليه لأن كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية.

فصل: إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة: أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح، وقال الزوج: بل أسلمنا معًا، فالنكاح على حاله، ففيه قولان: أحدهما أن القول قول الزوج، وهو اختيار المزني، لأن الأصل بقاء النكاح والثاني: أن القول قول المرأة، لأن الظاهر معها، فإن اجتماع إسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر...

قال في الأمّ: إذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس، أو حين غربت الشمس، لم ينفسخ النكاح لاتفاق إسلامهما في وقت واحد، وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب، فإن أقام البينة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها انفسخ نكاحهما، لأن حال الطلوع والغروب من حين يبتدىء بالطلوع والغروب إلى أن يتكامل وذلك مجهول. إن أسلم الوثنيان بعد الدخول اختلفا، فقال الزوج: أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق. وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء عدتي، فلا نكاح بيننا، فقد نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على أن القول قول الزوج، ونص في مسألتين على أن القول قول الزوجة، إحداهما: إذا قال الزوج للرجعية: راجعتك قبل انقضاء العدة، فنحن على النكاح وقالت الزوجة: بل راجعتني بعد انقضاء العدة، فالقول قول الزوجة، والثانية: إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقال: أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق. وقالت المرأة: بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة. فمن أصحابنا من نقل جواب بعضها إلى بعض، وجعل في المسائل كلها قولين:

أحدهما: أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح.

والثاني: أن القول قول الزوجة، لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة.

ومنهم من قال: هي على اختلاف حالين، فالذي قال: إن القول قول الزوج

إذا سبق بالدعوى، والذي قال: القول قول الزوجة إذا سبقت بالدعوى، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق إليه، فلا يجوز إبطاله بقول غيره.

ومنهم من قال: هي على اختلاف حالين على وجه آخر فالذي قال: القول قول الزوج، أراد إذا اتفقا على صدقه في زمان ما ادعاه لنفسه، بأن قال أسلمت وراجعت في رمضان، فقالت المرأة: صدقت، لكن انقضت عدتي في شعبان، فالقول قول الزوج باتفاقهما على الإسلام بالرجعية في رمضان، واختلافهما في انقضاء العدة، والذي قال: القول قول المرأة إذا اتفقا على صدقها في زمان ما ادعته لنفسها؛ بأن قالت: انقضت عدتي في شهر رمضان؛ فقال الزوج: لكن راجعت أو أسلمت في شعبان، فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة في رمضان، واختلافهما في الرجعية والإسلام.

الشرح: قوله: «اعتدت بأقصى الأجلين» أي أبعدهما، والثلمة: الخلل: وقوله: «بانت» افترقت.

أما الأحكام: فنكاح المشرك فيه أربعة أطراف:

الطرف الأول: فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم. فإذا أسلم وتحته أربع كتابيات، أو أقل، استمر نكاحهن، لأنه يجوز ابتداؤه في الإسلام، وسواء في ذلك اليهودي والمجوسي والوثني والحربي والذمي.

وإن أسلم وتحته مجوسية أو وثنية أو غيرهما ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات، وتخلفت هي، فإن كان قبل المسيس، تنجزت الفرقة. وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة، استمر النكاح، وإلّا، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج. وإن أسلمت المرأة، وأصر الزوج على كفره، أي كفر كان، فالحكم كما لو أسلم وأصرت على التوثن. وإن أسلما معًا، بقيا على النكاح. سواء فيه جميع أنواع الكفر وقبل المسيس وبعده، والاعتبار في الترتيب والمعيّة، بآخر كلمة الإسلام، لا بأولها. ولو نكح كافر لابنه الصغير صغيرة، فإسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغهما كإسلام الزوجين أو أحدهما. ولو نكح لطفله بالغة، وأسلم أبو الطفل والمرأة معًا، قال البغوي: يبطل النكاح، لأن إسلام الولد يحصل عقب إسلام الأب، فيقدَّم إسلامهما على إسلام الزوج، لكن ترتب إسلام الولد على إسلام الأب، لا يقتضي تقدّمًا وتأخرًا بالزمان، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج: قال: وإن أسلمت عقب إسلام الأب، بطل النكاح أيضًا، لأن إسلام الولد يحصل حكمًا، وإسلامها يحصل بالقول، والحكمي يكون سابقًا للقولي، فلا يتحقق إسلامهما معًا.

فرع: حيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء العدة، فطلق قبل انقضائها، فطلاقه موقوف. فإن اجتمعا على الإسلام في العدة، تبينا وقوعه. ويعتد

من وقت الطلاق، وإلّا، فلا طلاق. وقيل: في الطلاق قولا وقف العقود. ففي قول: لا يقع وإن اجتمعا في الإسلام قبل انقضاء العدة. وطردا فيما إذا أعتق عبد أبيه على ظن حياته، فبان ميتًا، كما لو باعه على ظن حياته فبان ميتًا. والمذهب الأول، لأن الطلاق والعتق يقبلان صريح التعليق، فقبولهما تقدير التعليق أولى، وكذا يتوقف في الظهار والإيلاء. ولو قذفها ولم يجتمعا على إسلام في العدة، لم يلاعن، ويعزَّر إن كانت هي المتخلِّفة، ويُحَدُّ إن كان هو المتخلف.

وإن اجتمعا على الإسلام، فله أن يلاعن لدفع الحدّ أو التعزير. ولو سبق الزوج إلى الإسلام، والزوجة وثنية، فنكح في زمن التوقف أختها المسلمة أو أربعًا سواها، لم يصح. وكذا لو طلقها رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في العدة أختها المسلمة أو أربعًا سواها، لأن زوال نكاحها غير متيقن، فلا ينكح من لا يجوز الجمع بينها وبينها. وقال المزني: يتوقف فيمن نكحها. فإن أسلمت المتخلفة قبل انقضاء العدة، بان بطلان نكاح الثانية، وإلّا، بان صحته.

وذكر بعض الأصحاب، أنه على قولي وقف العقود. فعلى قول: هو كما قال المزني. والمذهب هو الأول، وهو المنصوص، وبه قطع الجماهير.

ولو أسلمت المرأة أولًا، ونكح في تخلُّفه أختها الكافرة، ثم أسلم مع الثانية، فإن كان بعد انقضاء عدة السابقة، أقرت الثانية تحته. وإن أسلم قبل انقضاء عدتها، فله أن يختار من شاء منهما، كما لو أسلم وتحته أختان أسلمتا معه، وليس كالصورة السابقة، فإنه هناك مسلم عند نكاح الثانية، فلا ينكح الأخت على الأخت، وهنا وقع النكاحان في الشرك.

فصل: ما ذكرناه أولًا، كلام جملي في مواضع استمرار النكاح بعد الإسلام وعدم استمراره. والمقصود الآن، بيان شرط الاستمرار.

فإن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح بالعقد الجاري في الشرك، ولا بحالة عروض الإسلام، فهو مقرر عليه. فإن كانوا يعتقدون فساد شيء من ذلك، لم نبال باعتقادهم، وأدمنا ما هو صحيح عندنا. وإن اقترن به مفسد، نظر، إن كان زائلًا عند الإسلام، وكانت بحيث يجوز نكاحها حينئذٍ ابتداءً، استمر عليه، إلا إذا اعتقدوا فساده وانقطاعه. وإن كان المفسد باقيًا وقت الإسلام، بحيث لا يجوز ابتداء نكاحها، فلا تقرير، بل يندفع النكاح، ويتخرج على هذا الضابط مسائل:

إحداها: عقدا بغير ولي وشهود، أو أجبر البكرَ غيرُ الأب والجد، أو أجبرت الثيب، أو راجع في القرء الرابع وهم يعتقدون امتداد الرجعة إليه، فيقر عليه، إذ لا مفسد عند الإسلام، ونكاحها الآن جائز.

ولو نكح أمّه أو بنته، أو زوجة أبيه أو ابنه، أو مطلقته ثلاثًا قبل التحليل، اندفع النكاح عند الإسلام، لأنه لا يجوز ابتداؤه.

المسألة الثانية: نكح معتدة غيره، فإن كانت العدة باقية عند الإسلام، اندفع النكاح، وإلا استمر. وخصّ صاحب «الرقم» هذا التفصيل بعدة النكاح، قال: وفي عدة الشبهة يقرَّان وإن كانت المدة باقية، لأن الإسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة، ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق، وأطلقوا اعتبار التقرير بالإبتداء. ولو كان نكحها بشرط الخيار لهما أو لأحدهما مدة مقدرة، فإن كانت المدة باقية عند الإسلام، اندفع النكاح، وإلا، استمر كالعدة، وسواء قارن بقية العدة أم مدة الخيار إسلامهما أو إسلام أحدهما، حتى لو أسلم أحدهما والعدة أو المدة باقية، ثم أسلم الآخر وقد انقضت، فلا تقرير، كذا قاله الصيدلاني، والإمام، والغزالي، والبغوي، لأن المفسد لاقى إسلام أحدهما فغلب الفسادُ. وعن القاضي حسين: أن المؤثر اقترانه بإسلامهما، فإن اقترن بإسلام أحدهما فقط، لم يندفع النكاح، لأن وقت الإمساك والإختيار هو حال اجتماعهما مسلمين، والأول أصح.

المسألة الثالثة: النكاح المؤقت، إن اعتقدوه مؤبدًا، أقروا عليه. وإن اعتقدوه مؤقتًا، لم يقروا، سواء أسلما بعد تمام المدة أو قبلها، لأن بعد المدة لا نكاح في اعتقادهم، وقبلها يعتقدونه مؤقتًا، ومثله لا يجوز ابتداؤه.

المسألة الرابعة: غصب حربي أو مستأمن امرأة واتخذها زوجة وهم يعتقدون غصبها نكاحًا، قال القفال: لا يقر، إذ لا عقد. والصحيح التقرير، إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقام القول، فأشبه سائر وجوه الفساد. ولو غصب ذمي ذمية، لم يقر، لأن على الإمام دفع قهر بعضهم بعضًا، بخلاف الحربي والمستأمن.

فرع: إذا أسلما، لم يبحث عن شرط نكاحهما في الإبتداء، لأنه أسلم خلائق فلم يسألهم النبي ﷺ عن شروط أنكحتهم، وأقرهم عليها. وأما في حال الإسلام، فالوجه: الإحتياط.

فصل: قد سبق بيان ما إذا لم يقترن بالعقد الجاري في الشرك ولا بالإسلام مفسد، وما إذا اقترن بالعقد مفسد، وهذا الفصل لقسم ثالث، وهو أن لا يقترن بالعقد، لكن يطرأ مفسد ويقترن بالإسلام، وفيه مسائل بناها جماعة على أن الإختيار والإمساك كابتداء العقد، أم كاستدامته؟ قالوا: وفيه قولان مستنبطان: أظهرهما عند الأصحاب الأول.

إحدى المسائل: إذا أسلم، ووطئت زوجته بشبهة ثم أسلمت، أو أسلمت ثم وطئت بشبهة، ثم أسلم قبل انقضاء العدة، استمر نكاحهما على المذهب

والمنصوص وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة، لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم، فذا أولى.

المسألة الثانية: أسلم وأحرم، ثم أسلمت في العدة، فعن النص جواز إمساكها في الإحرام، وكذا لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ثم أسلمن وهو محرم، له اختيار أربع منهن، وللأصحاب طريقان: أحدهما: القطع بالمنع، كما لو أسلم وتحته أمة وهو موسر، لا يجوز إمساكها، وهؤلاء حملوا النص على ما إذا أسلما معًا ثم أحرم الزوج، فله الإختيار، لأنه ثبت قبل الإحرام. وممن روي عنه هذا التأويل، الأنماطي، وابن سلمة. وعن القفال إنكار هذا النص، وقال: تفحصت كتب الشافعي، فلم أجده. والطريق الثاني وهو الصحيح: أن المسألة على قولين. أحدهما: المنع. وأظهرهما: ومختار أكثر الأصحاب: الأخذ بظاهر النص، لأن عروض الإحرام لا يؤثر كما في نكاح المسلم، ولأن الإمساك استدامة، فأشبه الرجعة.

المسألة الثالثة: نكح في الكفر حرة وأمة، ثم أسلم وأسلمتا معه، فالمذهب أن الحرة تتعين للنكاح، ويندفع نكاح الأمة. وسواء نكحهما معًا أو مرتبًا، وتندفع الأمة أيضًا باليسار المقارن للإسلام. وقيل: في اندفاعها في الصورتين قولان، بناءً على الأصل المذكور. والحاصل للفتوى، أنه متى أسلم وتحته أمة وأسلمت معه، أو جمعهما الإسلام في العدة، فإن كان يحل له نكاح الأمة أمسكها، وإن لم يحل ليسار أو أمن العنت، اندفع نكاحها.

المسألة الرابعة: أسلمت بعد الدخول وارتدت، فإن لم يسلم الزوج حتى انقضت العدة، بانت باختلاف الدين أولًا، وتكون العدة من يومئذٍ. وإن أسلم قبل انقضائها، سقط حكم تلك العدة من يومئذٍ، ونتوقف. فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردتها، استمر النكاح، وإلا، انقطع من يوم الرِّدة، وكذا لو أسلم الزوج بعد الدخول وارتد، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء العدة من وقت إسلامه، بانت، وإن أسلمت، توقفنا، فإن عاد الزوج إلى الإسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردته، استمر النكاح، وإلا، حصلت الفرقة من يومئذٍ. قال الإمام: وحكى القفال عن النص أنه يندفع النكاح في إسلام أحد الزوجين وارتداده، ولا يتوقف، والمشهور التوقف. وعلى هذا قال البغوي وغيره: الردة يفترق فيها حكم الإبتداء والإستدامة، لأن ابتداء نكاح المرتد باطل غير منعقد على التوقف، وفي الدوام توقفنا، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والإحرام. وإنما قيل بالتوقف في الردة، ولم نجوز الإختيار فيها بخلاف الإحرام والعدة، لأن منافاة الردة للنكاح أشد، فإنها

تقطعه، بخلافهما، ولهذا لا تجوز الرجعة في الردة، وتجوز في الإحرام على الأصح. ولو أسلم وتحته أكثر من أربع، وارتد، ثم أسلمت النسوة في العدة، أو أسلم وأسلمن معه، ثم ارتد قبل الإختيار، لم يجز أن يختار أربعًا منهن في الردة. فإن عاد إلى الإسلام في العدة، فله الإختيار حينئذٍ.

فرع: قد بان بما ذكرنا، أن القاطع للنكاح عند الإسلام، منه ما يكون موجودًا عند العقد واستمر كالعدة، ومنه ما يطرأ كما لو نكح حرة على أمة ثم أسلم، أو نكح أمة ثم أيسر وأسلم موسرًا. ثم هل يشترط في الانقطاع أن يقارن المفسد إسلامهما، أو يكفي اقترانه بإسلام أحدهما؟ فيه خلاف سبق.

أما القسم الأول: فالأصح الإكتفاء. وأما الثاني: فقد ذكرنا أن المذهب أنه إذا أسلم ومعه حرة وأمة، اندفعت الأمة، وكذا لو أسلمت الحرة المدخول بها معه أو بعده قبل انقضاء العدة ثم أسلمت الأمة. ولو أصرت الأمة حتى انقضت العدة، اندفعت باختلاف الدين. ولو ماتت الحرة بعد إسلامها، أو ارتدت، ثم أسلمت الأمة، اندفعت الأمة أيضًا، وكفى اقتران إسلام الحرة بإسلامه. ولو أسلم وتحته أمة وهو موسر، ثم تلف ماله وأسلمت وهو معسر، فله إمساكها، وإنما يؤثِّر اليسارُ في الدفع إذا قارن إسلامَهما جميعًا. وقيل: يكفي اقتران اليسار بإسلامه، حكي هذا عن أبي يحيى البلخي، قال: وعكسه لو أسلم معسرًا ثم أسلمت وهو موسر، فله إمساكها نظرًا إلى وقت إسلامه. وعن ابن خيران: في اليسار الزائل قولان: وعن القاضي أبي حامد: أن في صورة الحرة والأمة له إمساك الأمة، فحصل خلاف في الصورتين. والمذهب في صورة الحرة والأمة اندفاع الأمة وإن ماتت الحرة. وفي صورة زوال اليسار عدم اندفاعها، واعتبار اقترانه بإسلامهما، لأن وقت الإجتماع هو وقت جواز نكاح الأمة.

فصل: في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه: كذا نقلها الأكثرون، وسماها الغزالي أقوالًا، والصحيح أنها محكوم بصحتها، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾ [اللهب: ٤] ﴿وَقَالَتِ ٱمۡرَأَتُ فِرۡعَوۡنَ﴾ [القصص: ٩]؛ ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعًا، ولم نفرق بينهم، وإذا أسلموا أقررناهم، والفاسد لا ينقلب صحيحًا ولا يقرر عليه. والثاني: أنها فاسدة، لعدم مراعاتهم الشروط، لكن لا نفرق لو ترافعوا، رعاية للعهد والذمة، ونقرهم بعد الإسلام تخفيفًا. والثالث: لا نحكم بصحة ولا فساد، بل نتوقف إلى الإسلام، فما قرر عليه، بانت صحته، وما لا، ففساده. ومن الأصحاب من قطع بالصحة. وإذا ثبت الخلاف، فهل هو مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد مثلها في الإسلام؟ أم يجري في كل عقودهم؟

مقتضى كلام المتولي وغيره: التخصيص. وقال الإمام: من يحكم بفساد أنكحتهم، يلزمه أن لا يفرق بين ما عقدوه بشروطنا وغيره. والمصير إلى بطلان نكاح يعقد على وفق الشرائع كلها، مذهب لا يعتقده ذو حاصل.

ويبنى على الأصل المذكور مسألتان:

إحداهما: طلق كافر زوجته ثلاثًا ثم أسلما. فإن قلنا بالصحيح وهو صحة أنكحتهم، لا تحل إلا بمحلل، وهذا هو نصه في «المختصر». وإن قلنا بالفساد، فالطلاق في الفاسد لا يحوج إلى محلل، فإذا قلنا بالصحيح، فنكحت هذه المطلقة زوجًا في الشرك، ووطئها ثم طلقها، ثم أسلمت فتزوجها الأول بعد إسلامه، حلت، وكذا يحصل التحليل للمسلم بنكاح ذمي أو حربي كتابية طلقها المسلم ثلاثًا.

المسألة الثانية: التي يقرر نكاحها بعد الإسلام، لها المهر المسمى إن كان صحيحًا. فإن كان خمرًا ونحوها، فسيأتي حكم مهورهم الفاسدة إن شاء الله تعالىٰ. ومن اندفع نكاحها بإسلام الزوج، إن لم تكن مدخولًا بها، وصححنا أنكحتهم، فلها نصف المسمى إن كان صحيحًا. وإن كان فاسدًا، فنصف مهر المثل. وإن لم يسم شيئًا، وجب المتعة. ومن اندفعت بإسلامها، فلا شيء لها على المشهور. وقيل: قولان: ثانيهما: وجوب نصف المهر، لأنها محسنة بالإسلام، فهي في معنى من ينسب الفراق إلى تخلفه. وإن أفسدنا أنكحتهم، فلا مهر مطلقًا، لأن المهر لا يجب في الفاسد بلا دخول. وإن كانت مدخولًا بها، وصححنا أنكحتهم، وجب المسمى إن كان صحيحًا. وإن أفسدناها، فمهر المثل. ثم عن القفال، أن من صور الاندفاع من نكح محرمًا له ثم أسلم، وجعل وجوب نصف المهر على الخلاف. ورأى الإمام القطع بأنه لا شيء للمحرم من المهر. قال: ولا نقول: انعقد العقد عليها ثم انفسخ بالإسلام، وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين وفي الزائدات على أربع. والموافق لا طلاق غير الإمام موافقة القفال.

فرع: نكح مشرك أختين، فطلقهما ثلاثًا ثلاثًا، ثم أسلم وأسلمتا، قال الأصحاب: إن صححنا أنكحتهم، نفذ الطلاق فيهما، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل. وإن أفسدناها، فلا نكاح ولا طلاق، ولا حاجة إلى محلل فيهما. وإن توقفنا، فلو لم يكن طلاق، لاختار إحداهما وبان بذلك صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى، فإذا طلقهما، أمر بالإختيار لينفذ الطلاق في المنكوحة، ويحتاج إلى محلل لها دون الأخرى. ولو أسلم مع أختين، ثم طلق كل واحدة ثلاثًا، فهنا يتخير قطعًا، لأنهم لما أسلموا اندفع نكاح واحدة، وإنما ينفذ الطلاق في المنكوحة. ولو أسلم

قبلهما، أو أسلمتا قبله، تخير قطعًا، لأنه والحالة هذه لا يمسك إلا إحداهما، وينفسخ نكاح الأخرى من وقت إسلام من تقدَّم إسلامه منهم. ولو كان تحته أكثر من أربع، فطلقهن ثلاثًا ثلاثًا، ثم أسلموا، فعلى الصحيح ينفذ الطلاق فيهن كلهن، وعلى التوقف، يختار أربعًا فينفذ فيهن دون الباقيات. قال الشيخ أبو علي: ولو كان عنده حرة وأمة، فطلقهما ثلاثًا ثلاثًا، ثم أسلموا، لم يجز له نكاح واحدة إلا بمحلل. ولو أسلموا، ثم طلقهما ثلاثًا ثلاثًا، وقع الثلاث على الحرة، لأنها متعينة، وتندفع الأمة، ولا يحتاج فيها إلى محلل. وكذا لو أسلمتا ثم طلقهما ثلاثًا ثلاثًا ثم أسلم أو أسلم فطلقهما ثلاثًا ثلاثًا ثم أسلمتا، لأن الإسلام لما جمع الجميع، بان اندفاع الأمة من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم.

فصل: أصدق فاسدًا كخمر أو خنزير، ثم أسلما بعد قبضه، فلا شيء. وإن أسلما قبل قبضه، وجب مهر المثل. وفي قول: لها مهر المثل وإن قبضته. وفي قول: لا شيء وإن لم تقبض، والمشهور الأول، وهو الفرق. وسواء كان المسمى خمرًا معينة أو في الذمة. ولو أصدقها حرًا مسلمًا استرقوه، ثم أسلما قبل قبضه أو بعده، لم نقره في يدها، بل نبطل ما جرى، ويجب مهر المثل. هكذا ذكروه، وقياس ما سبق، أن يخرج من يدها، ولا ترجع بشيء، كما تراق الخمرة المقبوضة. ولو قبضت بعض الفاسد، ثم أسلما، وجب من مهر المثل بقسط ما لم يقبض، ولا يجوز تسليم الباقي من الفاسد. وطريق التقسيط، أن ينظر، فإن سميا جنسًا واحدًا وليس فيه تعدد، كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما، وجب نصف مهر المثل. وإن تعدد المسمى كزقي خمر، قبضت أحدهما. فإن تساويا في القدر، فكذلك، وإلا، فهل يعتبر الكيل أو الوزن أو العدد؟ أوجه: أصحها: الأول. وإن أصدقها خنزيرين، فهل يعتبر العدد أم قيمتهما بتقدير ماليتهما؟ وجهان: أصحها: الثاني. وإن سميا جنسين فأكثر، كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير، وقبضت إحدى الأجناس، فهل ينظر إلى الأجناس، فكل جنس بثلث، أم إلى الأعداد، فكل فرد سبع، أم إلى القيمة بتقدير المالية؟ أوجه: أصحهما: الثالث. وحيث اعتبرنا تقويمها، فهل طريقه أن تقدر الخمر خلًّا، والكلب شاة، والخنزير بقرة، أم الكلب فهدًا، لاشتراكهما في الاصطياد، والخنزير حيوانًا يقاربه في الصورة والفائدة، أم تعتبر قيمتها عند من يجعل لها قيمة كتقدير الحر عبدًا في الحكومة؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. ولو ترابى كافران، فباعه أو أقرضه درهمًا بدرهمين، ثم أسلما أو ترافعا إلينا قبله، فإن جرى تقابض، لم نتعرض لما جرى ولم يلزم الرد، وإن لم يجر، أبطلناه. وإن كان بعد قبض الدرهمين، سألنا المؤدي، أقصد أداءه عن الربح، أم عن رأس المال؟

وقد ذكرنا تفصيله في أواخر «كتاب الرهن». وجميع ما ذكرناه هو إذا تقابضا بتراض، فإن أجبرهم قاضيهم على القبض في الربا والصداق وثمن خمر تبايعوها ثم أسلموا، لم نوجب الرد على المذهب، فالإسلام يجُبُّ ما قبله. وإن ترافعوا إلينا في كفرهم، فكذلك على الأظهر، ويقال: الأصح.

فرع: نكحها مفوضة، ويعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال، ثم أسلم، فلا مهر وإن كان إسلامهما قبل الدخول، لأنه استحق وطءًا بلا مهر.

فصل: إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره، إن كانا متفقي الملة، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يجب الذبُّ عنهم كالمسلمين. والثاني: لا يجب، لكن لا نتركهم على النزاع، بل نحكم أو نردهم إلى حاكم ملتهم، ورجحه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ. وقيل: يجب الحكم بينهم في حقوق الله تعالىٰ، والقولان في غيرها لئلا تضيع، وقيل: عكسه، والأصح طردهما في الجميع. وإن كانا مختلفي الملة، كيهودي ونصراني، وجب الحكم على المذهب، لأن كُلًّا لا يرضى بملة صاحبه. وقيل بالقولين. ولو ترافع معاهدان، لم يجب الحكم قطعًا، وإن اختلف ملتهما، لأنهم لم يلتزموا حكمنا، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض. وقيل: هما كالذميين. وقيل: إن اختلف ملتهما، وجب، والمذهب الأول. ولو ترافع ذمي ومعاهد، فكالذميين. وقيل: يجب قطعًا. وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد، وجب قطعًا.

فرع: قال الأصحاب على اختلاف طبقاتهم: إن قلنا: وجب الحكم بين الكافرين، فاستعدى خصم على خصم، وجب إعداؤه وإحضار خصمه ليحكم بينهما، ولزم المستعدى عليه الحضور. وإن قلنا: لا يجب الحكم، لم يجب الأعداء، ولا يلزمه الحضور، ولا يحضر قهرًا. قال البغوي وغيره: ولو أقر ذمي بالزنا، أو سرقة مال مسلم أو ذمي، حد قهرًا إن أوجبنا الحكم بينهم، وإلا، فلا يحد إلا برضاه، فاعتبر الأصحاب الرضى على قول عدم الوجوب، ولم يعتبروه على قول الوجوب. وأما قول الغزالي: لا يجب الحكم إلا إذا رضيا جميعًا، فمردود مخالف لما عليه الأصحاب.

فرع: سواء أوجبنا الحكم بينهم، أم لا، إنما نحكم بحكم الإسلام. وإذا تحاكموا في أنكحتهم، فنقر ما نقره لو أسلموا، ونبطل ما لا نقره لو أسلموا. فإذا نكح بلا ولي وشهود، أو ثيبًا بلا إذنها أو معتدة منقضية العدة عند الترافع وترافعا، حكمنا بالتقرير والنفقة. فلو كانت بعد في العدة، أبطلناه ولم نوجب نفقة. ولو نكح مجوسي محرمًا، وترافعا في النفقة، أبطلناه ولا نفقة. ولو طلبت مجوسية النفقة من

الزوج المجوسي أو اليهودي، فوجهان: وكذا في تقريرهما على النكاح. أصحهما: التقرير والحكم بالنفقة، كما لو أسلما والتزما الأحكام. ووجه المنع، أنه لا يجوز نكاحها في الإسلام. ولو جاء كافر تحته أختان، وطلبوا فرض النفقة، قال الإمام: فيه تردد، لأنا نحكم بصحة نكاحهما، وإنما تندفع إحداهما بالإسلام. قال: والذي أدى القطع به المنعُ، لقيام المانع، وحيث لا نقرر في هذه الصور، فهل يعرض القاضي المرفوع إليه عنهما، أم يفرق بين الزوجين؟ فيه وجهان: أصحهما: عند الإمام: الإعراض، وإنما يفرق إذا رضوا بحكمنا. ووجه التفريق، أنهم بالترافع أظهروا ما يخالف الإسلام، كما لو أظهروا الخمر.

فرع: إذا التمسوا من حاكم المسلمين ابتداء نكاح، أجاب إن كانت المرأة كتابية ولم يكن لها ولي كافر، ولا يزوج إلا بشهود مسلمين.

فرع: قال المتولي: لو لم يترافع إلينا المجوس، لكن علمنا فيهم من نكح محرمًا، فالمشهور أنه لا يتعرض لهم. وحكى الزبيري قولًا، أن الإمام إذا عرف ذلك، فرق بينهما كما لو عرف أن المجوسي نكح مسلمة أو مرتدة.

الطرف الثاني: فيما إذا أسلم وتحته عدد من النسوة، لا يجمع بينهن في الإسلام، وفيه صور:

الصورة الأولى: أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة، وأسلمن معه أو تخلفن وهن كتابيات، اختار أربعًا منهن، واندفع في نكاح الباقيات. وإن كن مجوسيات أو وثنيات وهن مدخول بهن، فتخلفن ثم أسلمن قبل انقضاء العدة من وقت إسلام الزوج، فكذلك الحكم، وسواء في هذا كله نكحهن معًا أو مرتبًا. وإذا نكحهن مرتبًا، فله إمساك الأخريات ومفارقة الأوليات. وإذا أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن، وأسلمن معه أربع، تقرر نكاحهن، وارتفع نكاح الباقيات. ولو كان دخل بهن، فاجتمع إسلامه وإسلام أربع فقط في العدة، تعين للنكاح، حتى لو أسلم أربع من ثمان وانقضت عدتهن، أو متن في الإسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدتهن، تعينت الأخريات. ولو أسلم أربع، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن، وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من وقت إسلام الزوج، أو متن على الشرك، تعينت الأوليات. ولو أسلم أربع، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن، ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج، اختار أربعًا من الأوليات والأخريات كيف شاء. فإن ماتت الأوليات أو بعضهن، جاز له اختيار الميتات، ويرث منهم.

فرع: قبل كافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة، ثم أسلم وأسلمن،

اندفع نكاح الزيادة على أربع، لكن لا يختار الصبي ولا الولي، لأنه خيار شهوة، فيوقف حتى يبلغ، ونفقتهن في مال الصبي لحبسهن عليه، وكذا لو أسلم رجل وجن قبل الإختيار.

الصورة الثانية: أسلم وتحته أم وبنتها، نكحهما معًا أو مرتبًا وأسلمتا، أو لم تسلما وهما كتابيتان، فإن كان دخل بهما، حرمتا أبدًا. ولكل واحدة مسماها إن جرت تسمية صحيحة، وإلا، فمهر المثل. وإن لم يدخل بواحدة منهما، فهل تتعين البنت للنكاح ويندفع نكاح الأم، أم يتخير إحداهما؟ قولان: أظهرهما عند الأكثرين: الأول، وهما مبنيان عند الجمهور على صحة أنكحتهم. إن صححناها، تعينت البنت، وحرمت الأم أبدًا، وإلا، تخير. فإن اختار البنت، حرمت الأم أبدًا. وإن اختار الأم، اندفعت البنت، لكن لا تحرم مؤبدًا إلا بالدخول بأمها. وأما المهر، فقال ابن الحداد: إن خيرناه، فللمفارقة نصف المهر، لأنه دفع نكاحها بإمساك الأخرى. وإن قلنا: تتعين البنت، فلا مهر للأم، لاندفاع نكاحها بغير اختياره. وقال القفال وغيره: الحكم بالعكس، إن خيرناه، فلا مهر للمفارقة، لأن التخيير يبنى على فساد نكاحهم، فالمفارقة كأنه لم ينكحها، حتى جوز الأصحاب لابنه وأبيه نكاحها تفريعًا على هذا القول. وإذا لم يكن نكاح، فلا مهر. وإن عينا البنت، فللأم نصف المهر، لصحة نكاحها واندفاعه بالإسلام. ومال الإمام إلى أنه لا مهر على هذا القول أيضًا، لأنه صح نكاح البنت، فتصير الأم محرمًا، وإيجاب المهر للمحرم بعيد، وقد سبق نظير هذا. وإن دخل بالبنت فقط، ثبت نكاحها، وحرمت الأم أبدًا، ولا مهر لها عند ابن الحداد، ولها نصفه عند القفال إن صححنا أنكحتهم. وإن دخل بالأم فقط، حرمت البنت أبدًا. وهل له إمساك الأم؟ يبنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة. إن خيرناه، أمسكها، وإلا، فلا، ولها مهر المثل بالدخول.

الصورة الثالثة: سبق أنه لو أسلم وتحته أمة، وأسلمت معه، فله إمساكها إن كان يحل له نكاح الأمة، وإلا، فلا. فلو تخلفت، نظر، إن كان قبل الدخول، تنجزت الفرقة كتابية كانت أو غيرها، لأن المسلم لا ينكح الأمة الكتابية. وإن كان بعد الدخول، وجمعت العدة إسلامهما، فهو كما لو أسلمت معه. وإن كانت كتابية، وعتقت في العدة، فله إمساكها. وإن لم تسلم، ولا عتقت، أو كانت وثنية، ولم تسلم إلى انقضاء العدة، تبينا اندفاع النكاح من وقت إسلامه. وإن كان تحته إماء، فأسلم وأسلمن معه، اختار واحدة منهن إن كان ممن تحل له الأمة عند اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإلا، فيندفع نكاحهن، سواء سبق إسلامه أو سبقنه. ولو أسلم

وتحته ثلاث، فأسلمت معه واحدة وهو معسر خائف من العنت، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف من العنت، فإن قلنا بالأصح: إن اليسار إنما يؤثر في اندفاع النكاح إذا اقترن بإسلامهما، اندفع نكاح الثانية، لفقد الشرط عند اجتماع إسلامه وإسلامها، ويخير بين الأولى والثالثة. وإن قلنا: يؤثر عند إسلامه فقط، لم تندفع الثانية، بل تدخل في التخيير.

فرع: أسلم وتحته إماء، وأسلمت معه إحداهن، فله أن يختارها، وله أن ينتظر الباقيات. فإن أصررن على الشرك، تبينا أنهن بِنَّ وقت إسلامه، وأن عدتهن انقضت. وإن أسلمن في العدة، نظر، إن كان اختار المسلمة أولًا، كانت بينونتهن باختياره إياها. وإن لم يكن اختارها، اختار إحداهن، واندفع الباقيات. وإن طلق المسلمة أولًا، كان الطلاق متضمنًا اختيارها. ثم إن أصر الباقيات حتى انقضت عدتهن، بان أنهن بِنَّ باختلاف الدِّين. وإن أسلمن في العدة، بان أنهن بِنَّ من وقت الطلاق فإنه وقت الإختيار. وإن فسخ نكاح المسلمة أولًا، لم ينفذ، لأنه إنما يفسخ الزائد، وليس في الحال زيادة، ثم إن أصررن، اندفعن باختلاف الدين، ولزم نكاح الأولى. وإن أسلمن في العدة، اختار من شاء من الجميع. وقيل: لا يجوز اختيار الأولى، بل نتبين نفوذ فسخه فيها، والصحيح الأول.

الصورة الرابعة: أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلًا، وأسلمن، نظر، إن أسلمت الحرة معه، أو كانت مدخولًا بها وأسلمت قبل انقضاء عدتها، تعينت، واندفع الإماء، سواء أسلمن قبله وقبل الحرة أو بعدهما في العدة أو بينهما. وإذا تأخر إسلامهن، فإن أسلمن في العدة، بِنَّ من وقت اجتماع إسلام الزوج والحرة، وعدتهن من ذلك الوقت. وإن لم يسلمن حتى انقضت العدة، فبينونتهن باختلاف الدين. وإن لم يجتمع إسلام الحرة وإسلامه في العدة، بأن أسلم الزوج، وأصرت هي إلى انقضاء العدة، أو ماتت في العدة، أو أسلمن أولًا وتخلف الزوج حتى انقضت عدتها أو ماتت، فالحكم كما لو لم يكن تحته حرة، فيختار واحدة من الإماء على التفصيل السابق، وفي مدة تخلف الحرة المدخول بها، لا يختار واحدة من الإماء، سواء أسلمن معه أو بعده في العدة حتى يئس منها بالموت أو انقضاء العدة. فإن اختار واحدة قبل اليأس، ثم ماتت الحرة، أو انقضت عدتها وهي مصرة، فالمذهب أنه يجب اختيار جديد، ولا يتبين صحة ذلك الاختيار. هذا كله إذا لم يطرأ عتق الإماء، فإن طرأ قبل اجتماع إسلامه وإسلامهن بأن عتقن ثم أسلم وأسلمن، أو أسلمن ثم عتقن ثم أسلم، أو أسلم وعتقن ثم أسلمن، التحقن بالحرائر الأصليات، حتى لو أسلمت الحرة ثم أسلمت الإماء المتخلفات بعد عتقهن، فهو

كما لو أسلم على حرائر، فيختار من الجميع أربعًا كيف شاء. وحكى ابن القطان وجهًا فيما إذا أسلم وتحته حرائر وإماء، فعتق الإماء ثم أسلمن، أنه لا يجوز إلا اختيار الحرائر الأصليات، وهذا ضعيف.

ولو تخلفت الحرة، واجتمع إسلامه وإسلامهن وهن عتيقات، فله أن يختارهن. ثم إن أسلمت الحرة المتخلفة في العدة، بانت باختياره الأربع. وإن لم تسلم، بانت باختلاف الدين.

وإن أخر الاختيار انتظارًا لإسلام الحرة الأصلية المتخلفة، فقال الشيخ أبو حامد: هو جائز. قال ابن الصباغ: عندي أنه لا معنى لتأخير اختيار الجميع، لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن لا محالة، فيختار ثلاثًا. ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة، اختارها أو الرابعة من العتيقات. وإن لم تسلم، لزمه نكاح الرابعة من العتيقات. ولو أسلم وليس في نكاحه إلا إماء، وتخلفن وعتقن ثم أسلمن في العدة، اختار منهن أربعًا كالحرائر الأصليات. ولو أسلمن معه إلا واحدة، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعدما عتقت، تعينت للنكاح كالحرة الأصلية. ولو كان تحته أربع إماء، فأسلم معه ثنتان، وتخلف ثنتان، فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق، اندفعتا، لأن تحت زوجهما عتيقة، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة، لأن عتق صاحبتها كان بعد اجتماع إسلامها وإسلام الزوج، فلا يؤثر في حقها، فيختار واحدة من المتقدمتين. ولو كان تحته إماء، فأسلم الزوج مع واحدة، ثم عتقت، ثم عتق الباقيات، ثم أسلمن، اختار أربعًا منهن، لإلتحاقهن بالأصليات، وليس له اختيار الأولى، لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الإسلامين. ولو كان تحته أربع إماء، فأسلم معه اثنتان، ثم عتقتا وعتقت المتخلفتان، ثم أسلمتا، تعين إمساك الأخريين، واندفعت المتقدمتان. ولو أسلم الزوج وتخلفن، ثم عتقت اثنتان، ثم أسلمتا وأسلمت الأخريان، ثم عتقتا، تعين إمساك الأوليين، واندفعت المتأخرتان. والنظر في جميع ذلك إلى حالة اجتماع الإسلامين، لأنه حالة إمكان الإختيار.

فصل: عتق الأمة تحت عبد، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح كما سيأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالىٰ. والغرض هنا بيان عتق المشركة مع إسلامها، فإذا نكح عبدُ كافر أمة، ثم أسلمتا وعتقت، نظر، إن عتقت بعد اجتماع الإسلامين، فهي كسائر الإماء يعتقن تحت العبيد، وليس هذا من صور الفصل، وإن عتقت قبل اجتماع الإسلامين وهي مدخول بها، فلها حالان:

أحدهما: أن تسلم هي أولًا وتعتق، ويتخلف الزوج، فليس لها الإجازة، سواء عتقت ثم أسلمت، أو أسلمت ثم عتقت، لأنها معرضة للبينونة، ولا يبطل

بهذه الإجازة حقها من الفسخ. وإن اختارت الفسخ في الحال، جاز، فإذا فسخت، فإن أسلم الزوج قبل انقضاء مدة عدتها، فعدتها من وقت الفسخ، وتعتد عدة حرة، فإن لم تسلم حتى انقضت مدة عدتها، فعدتها من وقت إسلامها. ويلغو الفسخ بحصول الفرقة قبله، وتعتد عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت. وإن أسلمت ثم عتقت، فهي أمة عتقت في أثناء عدتها، فهل تعتد عدة حرة، أم عدة أمة؟ فيه طريقان، أقربهما إلى نص الشافعي وبه قطع في «الشامل» وغيره: أنها كالرجعية تعتق في أثناء العدة، والمذهب فيها الاقتصار على عدة أمة، وموضع بيانهما «كتاب العدد». ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن تبين حال الزوج، جاز، ولا يبطل خيارها، كالرجعية إذا عتقت في العدة والزوج رقيق. ثم إن لم يسلم الزوج حتى انقضت مدة العدة، سقط الخيار، وعدتها من وقت إسلامها وهي عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت، وإن أسلمت ثم عتقت، فهل هي عدة حرة، أم أمة؟ فيه الطريقان. وإن أسلم الزوج، فلها الفسخ، وتعتد من وقت الفسخ عدة حرة.

الحال الثاني: أسلم وتخلفت، فلها الخيار على الصحيح، لتضررها برقه. وقيل: لا خيار لها، لأن خيار العتق من أحكام الإسلام، وهي كافرة، فلا يثبت لها. فإذا قلنا بالصحيح، فلها تأخير الفسخ والإجازة، ثم إن أسلمت قبل مضي العدة وفسخت، اعتدت من وقت الفسخ عدة حرة. وإن لم تسلم حتى انقضت، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج. وهل تعتد عدة حرة، أم أمة؟ فيه الطريقان. وهنا أولى بإلحاقها بالأمة، لأنها بائن ليس بيد الزوج من أمرها شيء. ولو أجازت قبل أن تسلم، لم تصح إجازتها على الصحيح، لأنها معرضة للبينونة. ولو فسخت، نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين، كالحالة الأولى. وقيل: لا ينفذ، وبه قال ابن سلمة. وهو ظاهر نقل المزني، لكنه مؤوَّل عند الجمهور.

فرع: أسلم الزوج الرقيق، هل لزوجته الكافرة خيار؟ وجهان: أصحهما: على ما قال الإمام والمتولي: لا، لأنها رضيت برقه ولم يحدث فيها عتق، والثاني: نعم، وهو ظاهر نصه، لأن الرق نقص في الإسلام، وليس كبير نقص في الكفر. قال الداركي: الخلاف في أهل الحرب، أما الذمية مع الذمي، فلا خيار لها قطعًا، لأنها رضيت بأحكامنا. واعلم أن الوجهين جاريان سواء كانت الزوجة حرة أو أمة، وسواء أسلمت أو لم تسلم إذا كانت كتابية، كذلك قال البغوي وغيره، وفي «الوسيط» ذكر الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة، وليس هو بقيد، فاعلم ذلك.

فصل: العبد الكافر، إذا أسلم وتحته أكثر من امرأتين، فأسلمن معه أو بعده في العدة، إن دخل بهن، اختار ثنتين منهن، سواء كن حرائر أو إماءً. فإن شاء،

اختار حرتين، أو حرة وأمة. وإن سبقن بالإسلام، ثم أسلم في العدة، فكذلك. ولو طرأ عتقه، نظر، إن عتق بعد اجتماع الإسلامين، لم يؤثر عتقه في زيادة العدد، فلا يزيد على ثنتين. وإن عتق قبل الإسلامين، بأن عتق قبل إسلامه وإسلامهن، أو بينهما، تقدم إسلامه أو تأخر، فله حكم الأحرار، وللزوجات ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتمحضن حرائر، فيختار أربعًا منهن. ولو أسلم منهن ثنتان معه، ثم عتق ثم أسلم الباقيات، فليس له إلا اختيار ثنتين، إما الأوليين، وإما ثنتين من الباقيات، وإما واحدة منهما وواحدة منهن. ولو أسلمت معه واحدة، ثم عتق، ثم أسلمت الباقيات، فله اختيار أربع، لأنه لم يكمل بإسلام الواحدة عدد العبيد. وحكى ابن القطان وجهًا أنه لا يختار إلا ثنتين، وهو غريب ضعيف.

الحال الثاني: أن يتمحضن إماءً. فإن كن قد عتقن عند اجتماع الإسلامين، اختار منهن أربعًا، وإلا، فلا يختار إلا واحدة بشرط الإعسار وخوف العنت. ولو كان تحته أربع إماءٍ، فأسلمت معه اثنتان، ثم عتق، ثم أسلمت المتخلفتان، لم يختر إلا اثنتين، لأنه وجد كمال عدد العبيد قبل العتق، ويجوز اختيار الأوليين، لأنه كان رقيقًا عند اجتماع إسلامه وإسلامهما، ولا يجوز اختيار الأخريين على الصحيح، وجوزه القاضي حسين، ولا يجوز اختيار واحدة من الأوليين وواحدة من الأخريين على الأصح. ولو أن المتخلفتين عتقتا بعد عتقه ثم أسلمتا، فله اختيارهما، وله اختيار واحدة منهما، وواحدة من الأوليين لأنهما حرتان عند اجتماع الإسلام، فصار كما لو كان تحته أربع حرائر، فأسلم معه ثنتان ثم عتق، ثم أسلمت الآخرتان، فإنه يختار ثنتين كيف شاء. ولو أسلمت معه واحدة من الإماء الأربع، ثم عتق، ثم أسلمت البواقي، قال المتولي: لا يختار إلا واحدة على الصحيح، وبهذا قطع البغوي، لكن قياس الأصل السابق جواز اختيار ثنتين، لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق. فإذا قلنا: لا يختار إلا واحدة، تعينت الأولى، كذا قاله المتولي والبغوي. قال المتولي: وعلى طريقة القاضي يختار واحدة من الجملة، وعكس الإمام فحكى عن القاضي أن الأولى تتعين. وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة، قال: وقول القاضي هفوة منه.

ولو عتقت البواقي بعد إسلام الواحدة معه، ثم أسلمن، قال البغوي: له إمساك الجميع، لأنه لم يستوف عدد الرق قبل العتق، فله إمساك الأولى، لأنه كان رقيقًا عند اجتماع إسلامه وإسلامها، والبواقي كن حرائر عند اجتماع إسلامه وإسلامهن، فله إمساكهن، لأن إدخال الحرائر على الإماء جائز.

الحال الثالث: إذا كن حرائر وإماءً، اندفعت الإماء، ويختار أربعًا من الحرائر

إن زدن على الأربع، وإلا، فيمسكهن. ولو كان تحته حرتان وأمتان، فأسلم معه حرة وأمة، ثم عتق ثم أسلمت المتخلفتان، لم يختر إلا اثنتين، لاستيفاء العدد قبل العتق، وله اختيار الحرتين، واختيار الأمة الأولى مع حرة، وليس له اختيار الثانية مع حرة.

الطرف الثالث: في ألفاظ الإختيار وأحكامه.

أما ألفاظه، فكقوله: اخترت نكاحك، أو تقرير نكاحك، أو حبسك، أو عقدك، أو اخترتك، أو أمسكتك أو أمسكت نكاحك، أو ثبتُّ نكاحك أو ثبتك، أو حبستك على النكاح. وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح، لكن الأقرب أن يجعل قوله: اخترتك وأمسكتك من غير تعرض للنكاح كناية.

ولو كان تحته ثمان مثلًا، وأسلمن معه، فاختار أربعًا منهن للفسخ وهو يريد حله بلا طلاق، لزم نكاح الباقيات وإن لم يتلفظ فيهن بشيء.

ولو قال لأربع: أريدكن، ولأربع: لا أريدكن، قال المتولي: يحصل التعيين بذلك. وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله: أريدكن.

فروع: الفرع الأول: طلق واحدة منهن، أو أربعًا، كان تعيينًا للنكاح، لأن المنكوحة هي التي تخاطب بالطلاق، فتندفع الأربع المطلقات بالطلاق، والباقيات بالفسخ بالشرع.

ولو طلق أربعًا غير معينات، أمر بالتعيين. فإذا عين، فالحكم ما ذكرنا، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي «التتمة» وجه: أن الطلاق ليس تعيينًا للنكاح.

ولو آلى أو ظاهر من واحدة أو عدد، فوجهان: أحدهما: أنه تعيين لنكاحهن، وأصحهما: لا، لأن الأجنبية تخاطب به، بل هو بها أليق. فعلى هذا، إن اختار مَن ظاهر منها، أو آلى للنكاح، صح الظهار والإيلاء، ويكون ابتداء مدة الإيلاء من وقت الإختيار، ويصير عائدًا إن لم يفارقها في الحال.

ولو قذف إحداهن، لزمه الحد إن كانت محصنة، ولا يسقط إلا بالبينة إن اختار غير المقذوفة، وإن اختارها، سقط بالبينة وباللعان.

الفرع الثاني: قال: فسخت نكاح هذه، أو هؤلاء الأربع، أو قال: اخترت هذه للفسخ، أو هذه للفسخ من غير لفظ «اخترت» فإن أراد الطلاق، فهو اختيار للنكاح، وإن أراد الفراق، أو أطلق، فهو اختيار للفسخ. ولو قال لواحدة: فارقتك، فالأصح أنه فسخ، وبه قال الشيخ أبو حامد، ورجحه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما. وعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله: طلقتك، لأنه من صرائح الطلاق.

الفرع الثالث: لو اختار الجميع للنكاح أو الفسخ، فهو لغو، ولو طلق الجميع، وقع على المنكوحات ويعيِّنهن.

الفرع الرابع: قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو للفسخ، لم يصح، لأن تعليق الإختيار باطل، فإنه إما كالإبتداء، كالنكاح، وإما كالرجعة. وقيل: يصح تعليق الفسخ كالطلاق، وهو ضعيف.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فالصحيح جوازه، تغليبًا لحكم الطلاق، ويحصل اختيارها ضمنًا، فإنه يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالًا.

ولو قال: إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ، إن أراد الطلاق نفذ، وإلا لغا.

ولو قال: كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح، لم يصح. ولو قال: فقد طلقتها، صح على الأصح. ولو قال: فقد فسخت نكاحها، إن أراد حله بلا طلاق، لم يجز، لأن تعليق الفسخ لا يجوز، وإن أراد الطلاق، جاز. وإذا أسلمت واحدة، طلقت وحصل اختيارها ضمنًا، وهكذا إلى تمام الأربع، وتندفع الباقيات، وفي وجه: لا يصح تفسير الفسخ بالطلاق، وهو ضعيف.

الفرع الخامس: لا يكون الوطء اختيارًا للموطوءة على المذهب، لأن الإختيار هنا كالإبتداء، ولا يصح ابتداء النكاح بل استدامته إلا بالقول، فإن الرجعة لا تحصل بالوطء. فلو وطىء الجميع وجعلناه اختيارًا، كان مختارًا للأوليات، وعليه المهر للباقيات، وإن لم نجعله اختيارًا، اختار أربعًا منهن وغرم المهر للباقيات.

الفرع السادس: قال: حصرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس، انحصرن ويندفع نكاح الباقيات.

فرع: أسلم على ثمان وثنيات، فأسلم معه أربع، وتخلف أربع، فعين الأوليات للنكاح، صح التعيين. فإن أصرت المتخلفات، اندفعن من وقت إسلامه، وإن أسلمن في العدة، قال البغوي: تقع الفرقة باختيار الأوليات، وقال الإمام: نتبين اندفاعهن باختلاف الدين، لكن نتبين تعيينهن من وقت تعيينه للأوليات. وهذا هو الموافق لأصول الباب.

وإن طلق الأوليات، صح وتضمن اختيارهن، وينقطع نكاحهن بالطلاق، ونكاح الأخريات بالفسخ بالشرع.

وإن قال: فسخت نكاحهن، فإن أراد به الطلاق، فكذلك، وإن أراد حله بلا طلاق، فهو لغو، لأن الحل هكذا إنما يكون فيما زاد على أربع. فإن لم تسلم المتخلفات، تعين الأوليات، وإن أسلمن، اختار من الجميع أربعًا، وللمسلمات أن يدَّعين: أنك إنما أردت طلاقنا، ويحلفنه، وللمتخلفات أيضًا أن يدعين إرادة الطلاق

وبينونتهن بالفسخ الشرعي ويحلفنه. وفي وجه: لا يلغو الفسخ، بل هو موقوف، إن أصررن حتى انقضت العدة، لغا، وإن أسلمن فيها، تبينا نفوذه في الأوليات، وتعين الأخريات للنكاح، والصحيح الأول. ولو عين المتخلفات للفسخ، صح، وتعينت الأوليات للزوجية. وإن عين المتخلفات للنكاح، لم يصح، لأنهن وثنيات وقد لا يسلمن. وعلى وجه الوقف: ينعقد الاختيار موقوفًا، فإن أسلمن، بانت صحته. ولو أسلم على ثمان وثنيات، فتخلفن، ثم أسلمن متعاقبات في عُددهن، وهو يقول لكل من أسلمت: فسخت نكاحك، فإن أراد الطلاق، صار مختارًا للأوليات، وإن أراد حله بلا طلاق، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات، نافذ في الأخريات، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ. وعلى وجه الوقف: إذا أسلمت الأخريات، تبينا نفوذ الفسخ في الأوليات. ولو أسلم معه من الثمان خمس، فقال: فسخت نكاحهن، فإن أراد الطلاق، صار مختارًا لأربع منهن وبنّ بالطلاق، وعليه التعيين، وإن أراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة لا بعينها، فإذا أسلمت المتخلفات في العدة، اختار من الجميع أربعًا. ولو قال: فسخت نكاح واحدة منكن، إن أراد الطلاق، صار مختارًا لواحدة لا بعينها، فيعينها ويختار للنكاح من الباقيات ثلاثة. وإن أراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة فيعينها، ويختار من الباقيات أربعًا. وإن انفسخ نكاح اثنتين منهن غير معينتين، وأراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة فيعينها، ويختار من الباقيات أربعًا. فلو عين ثنتين، انفسخت واحدة منهما فيعينها، وله اختيار الأخرى مع ثلاث أُخر. ولو اختار الخمس كلهن، تعينت المنكوحات فيهن، فيختار منهن أربعًا.

فصل: أما حكم الاختيار، فإذا أسلم على أكثر من أربع، وأسلمن معه أو بعده في العدة، أو كن كتابيات، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالإسلام، ويجب عليه الاختيار والتعيين، وإن امتنع، حبس. فإن أصر ولم ينفع الحبس، عزِّر بما يراه القاضي من الضرب وغيره. وعن ابن أبي هريرة: أنه لا يضرب مع الحبس، بل يشدد عليه الحبس، فإن أصر، عزِّر ثانيًا وثالثًا إلى أن يختار. فإن جن أو أغمي عليه في الحبس، خُلِّي حتى يفيق، ولا يختار الحاكم عن الممتنع، لأنه خيار شهوة. قال الإمام: وإذا حبس، لا يعزر على الفور، فلعله يؤخر ليفكر، وأقرب معتبر فيه مدة الإستتابة. واعتبر الروياني في الإمهال الاستنظار فقال: ولو استمهل، أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد، ويلزمه نفقة جميعهن إلى أن يختار، لأنهن في حبسه.

فرع: مات قبل التعيين، فإن لم يكن دخل بهن، فعلى كل واحدة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر، وإن دخل بهن، فعدة الحامل بالحمل.

وأما غير الحامل، فمن كانت من ذوات الأشهر، اعتدت بأربعة أشهر وعشر، وإن كانت من ذوات الأقراء، لزمها الأكثر من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشر. ثم الأشهر تعتبر من موته. وفي الأقراء وجهان: ويقال: قولان: أحدهما: كذلك، لأنا لا نتيقن شروعها في العدة قبل ذلك، وأصحهما: الاعتبار من وقت إسلامهما إن أسلما معًا، وإلا، فمن إسلام السابق؛ لأن الأقراء إنما تجب، لإحتمال أنها مفارقة بالانفساخ، وهو يحصل من يومئذٍ.

فرع: مات قبل التعيين، وقف لهن ربع ماله أو ثمنه، عائلًا أو غير عائل بحسب الحال إلى أن يصطلحن، فيقسم بينهن بحسب اصطلاحهن بالتساوي أو التفاضل. وعن ابن سريج: أنه يوزع بينهن، لأن البيان غير متوقع وهن معترفات بالإشكال، وبأنه لا ترجيح، ومال الإمام إلى هذا الوجه. والصحيح الذي عليه الجمهور هو الأول، فإن كن ثمانيًا وفيهن صغيرة، أو مجنونة، صالح عنها وليها، وليس له المصالحة على أقل من ثمن الموقوف، وله المصالحة على الثمن على الأصح. وقيل: لا يصالح على أقل من الربع. ثم المصالحة إذا اصطلحن كلهن، فلو طلب بعضهن شيئًا بلا صلح، لم ندفع إلى المطالبة شيئًا إلا باليقين. ففي ثمان نسوة، لو طلب أربع منهن، لم نعطهن، فإن طلب خمس، أعطيناهن ربع الموقوف، وإن طلب ست، فنصفه، وسَبع، ثلاثة أرباعه، ولهن قسم ما أخذن والتصرف. وهل يشترط في الدفع أن يبرئن عن الباقي؟ وجهان: أحدهما: نعم، ونسبه ابن كج إلى النص لتنقطع الخصومة، وأصحهما: لا. فعلى الأول، يعطى الباقي للثلاث، ويرتفع الوقف، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا.

هذا كله إذا علمنا استحقاق الزوجات الإرث. أما إذا أسلم على ثمان كتابيات، فأسلم معه أربع، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات، فأسلم معه الوثنيات، ومات قبل الاختيار، فوجهان: أصحهما: وهو المنصوص: لا يوقف شيء للزوجات، بل يقسم كل التركة بين باقي الورثة، لأن إستحقاق الزوجات غير معلوم، لإحتمال أنهن الكتابيات. والثاني: يوقف، لأن إستحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم، واختاره ابن الصباغ، وهو قريب من القياس.

ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسلمة وكتابية، فقال: إحداكما طالق، ومات قبل البيان.

فرع: مات ذمي عن أكثر من أربع نسوةٍ، قال صاحب «التلخيص»: الربع أو الثمن لهن كلهن، وقال آخرون: لا يرث منهن إلا أربع، فيوقف بينهن حتى يصطلحن، ويجعل الترافع إلينا بمثابة إسلامهم. وبنى القفال الخلاف على صحة

أنكحتهم. فإن صححناها، ورث الجميع، وإلا، لم يرث إلا أربع. ولو نكح مجوسي أمَّه أو بنته ومات، قال البغوي: منهم من بنى التوريث على هذا الخلاف، والمذهب القطع بالمنع، لأنه ليس بنكاح في شيء من الأديان، ولا يتصور التقرير عليه في الإسلام.

فرع: المتعينات للفرقة للزيادة على أربع، هل تحسب عدتهن من وقت الاختيار، أم من وقت إسلام الزوجين إن أسلما معًا، وإسلام السابق إن تعاقبا؟ فيه وجهان: أصحهما: عند الجمهور الثاني، خلافًا للبغوي.

الطرف الرابع: في النفقة والمهر.

أما النفقة، فإن أسلم الزوجان معًا، استمرت النفقة كما يستمر النكاح، وإن أسلما متعاقبين بعد الدخول ـ والصورة إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية ـ فإن أسلم قبلها، فإن أصرت حتى انقضت عدتها، فلا نفقة، لأنها ناشزة بالتخلف، وإن أسلمت في العدة، استحقتها من وقت الإسلام، ولا تستحقها لمدة التخلف على الجديد الأظهر. فعلى هذا، لو اختلفا، فقال: أسلمت اليوم، فقالت: بل من عشرة أيام، فالقول قوله، للأصل، وكذا إذا قلنا بالقديم، فقال: أسلمت بعد العدة فلا نفقة، وقالت: بل فيها، فالقول قوله.

أما إذا أسلمت قبله، فإن أسلم قبل انقضاء العدة، فلها النفقة لمدة التخلف على المشهور، وقيل: الصحيح، لأنها أدت فرضًا مضيقًا، فهو كصوم رمضان. وإن أصر حتى انقضت العدة، استحقت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور، وهو المنصوص في «المختصر». ولو قال: أسلمت أولًا، فلا نفقة لك، فادعت العكس، فمَن المصدَّق بيمينه؟ وجهان: أصحهما: هي، لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطًا.

فرع: ارتدت بعد الدخول، فلا نفقة لزمن الردّة لنشوزها، سواء عادت إلى الإسلام في العدة، أم لا، ولا يجيء القول القديم.

وإن ارتد، فعليه نفقة مدة العدة، وإن ارتدا معًا، قال البغوي: لا نفقة، ويشبه أن يجيء فيه خلاف، كتشطر المهر.

فصل: أما المهر، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحتهم. فلو قالت: سبقتني بالإسلام قبل الدخول، فعليك نصف المهر، فادعى العكس، صدِّقت بيمينها، لأن الأصل بقاء نصف الصداق. ولو ادعى سبقها، فقالت: لا أدري أينا سبق، لم يتمكن من طلب المهر. فإن عادت وقالت: علمت أنه سبق، صدقت بيمينها وأخذت النصف. ولو اعترفا بالجهل

بالسابق، فلا نكاح، لاتفاقهما على تعاقب الإسلام قبل الدخول. ثم إن كان ذلك قبل قبض المهر، لم تتمكن من طلبه، لاحتمال سبقها، وإن كان بعده، لم يتمكن هو من استرداد النصف، لاحتمال سبقه فيقر النصف في يدها، حتى يتبين الحال. ولو اختلفا في بقاء النكاح، فقال: أسلمنا معًا، فالنكاح باقٍ، وقالت: بل متعاقبين ولا نكاح، فقولان: أظهرهما: القول قوله، والثاني: قولها، لتعارض الأصل والظاهر. فإن قلنا: القول قولها، نظر، إن قالت: أسلمتَ قبلي، حلفت على البت أنها ما أسلمت وقت إسلامه، وإن قالت: أسلمتُ قبلك، حلفت على نفي العلم بإسلامه يوم إسلامها.

ولو اختلفا على العكس، فقالت: أسلمنا معًا، فقال: بل متعاقبين، فلا نكاح، لاعترافه، وهي تدعي نصف المهر. وفي المصدق منهما القولان. ولو قال: لا ندري أسلمنا معًا أو متعاقبين، استمر النكاح.

فرع: أسلمت بعد الدخول، ثم أسلم هو وادعى أن إسلامه سبق انقضاء العدة، وادعت العكس، فهذا يتصور على أوجه:

أحدها: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة، كغرة رمضان، فادعى إسلامه في شعبان، وقالت: بل في خامس رمضان، فالقول قولها، لأن الأصل بقاء كفره.

والثاني: أن يتفقا على وقت إسلامه، كغرة رمضان، وقال: انقضت عدتك في خامس رمضان، وقالت: بل في شعبان، فالقول قوله بيمينه.

الثالث: أن لا يتفقا على شيء، واقتصر على أن إسلامي سبق، واقتصرت على أن عدتي سبقت، فالنص أن القول قوله، ونص فيما إذا ارتد، ثم أسلم، وادعى أنه أسلم في العدة، وادعت انقضاءها قبل إسلامه، وفيما إذا قال: راجعتك في العدة، فقالت: بل بعدها، أن القول قولها. وللأصحاب طرق: أحدها: طرد قولين في المسائل الثلاث، هل القول قوله، أم قولها؟ والثاني: أن النصين على حالين. فإن اتفقا على وقت إسلامه أو رجعته، واختلفا في انقضاء العدة، فالقول قوله. وإن اتفقا على وقت انقضاء العدة، واختلفا في أنه أسلم أو راجع قبله، فالقول قولها. والطريق الثالث وهو الأصح وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق، ورجحه الشيخ أبو حامد والبغوي وغيرهما: أن من سبق بالدعوى، فالقول قوله، وعليه ينزل النص في المسائل الثلاث، لأن المدعي أولًا مقبول، فلا يرد بمجرد قول آخر. وزاد البغوي فيما إذا سبق دعواه فقال: إن ادعت بعد أن مضى بعد دعواه زمن، فهو المصدَّق. فإن اتصل كلامها بكلامه، فهي المصدَّقة.

فرع: نص الشافعي، أن الزوج لو أقام شاهدين على أنهما جميعًا أسلما حين

طلعت الشمس يوم كذا، أو حين غربت، قبلت شهادتهما واستمر النكاح. وإن شهدا أنهما أسلما مع طلوع الشمس، أو مع غروبها، لم يحكم بهذه الشهادة، لأن حين طلوعها وغروبها يتناول حالة تمام الطلوع أو الغروب، وهي حالة واحدة. وقوله: مع الطلوع يصدق من حين يأخذ في الطلوع، فيجوز أن يكون إسلام أحدهما مقارنًا لطلوع أول القرص، وإسلام الآخر مقارنًا بطلوع آخره.

فرع: نكحت في الكفر زوجين، ثم أسلموا، فإن ترتب النكاحان، فهي زوجة الأول، فإن مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين، ففي جواز التقرير وجهان.

وإن وقع النكاحان معًا، لم تقر مع واحد منهما، سواء اعتقدوا جوازه، أم لا. وفيما إذا اعتقدوه وجه: أن المرأة تختار أحدهما، كما لو أسلم على أختين.

كتاب الصداق

قال المصنف رحمه الله تعالى: المستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق لما روى سعد بن سهل رضي الله عنه أن امرأة قالت: «قد وهبت نفسي لك يا رسول الله صلى الله عليك، فر في رأيك فقال رجل: زوجنيها، قال اطلب ولو خاتمًا من حديد، فذهب فلم يجيء فقال النبيّ ﷺ: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم فزوجه بما معه من قرآن»[1] ولأن ذلك أقطع للخصومة، ويجوز من غير صداق، لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البَقَرَة: ٢٣٦] فأثبت الطلاق مع عدم الفرض.

وروى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: «قال رسول الله ﷺ لرجل: إني أزوّجك فلانة؟ قال: نعم قال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانًا؟ قالت: نعم فزوج أحدهما من صاحبه، فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق، فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوّجني فلانة ولم أفرض لها صداقًا ولم أعطها شيئًا، وإني قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف»[2] ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق.

فصل: ويجوز أن يكون الصداق قليلًا لقوله ﷺ: «اطلب ولو خاتمًا من حديد»[3] ولأنه بدل منفعتها فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها ويجوز أن يكون كبيرًا لقوله عزّ وجلّ ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النِّساء: ٢٠] قال معاذ رضي الله عنه: القنطار ألف ومائتا أوقية، وقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «ملء مسك ثور ذهبًا» والمستحب أن يخفف لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال: «أعظم النساء بركة أيسرهنّ مؤونة»[4] ولأنه إذا كبر أجحف وأضر ودعى إلى المقت والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «كان صداق رسول الله ﷺ لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشًا، أتدرون ما النش؟ نصف أوقية، وذلك خمسمائة درهم»[5] المستحب الاقتداء به والتبرك بمتابعته، فإن ذكر صداق في السر

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١١٧).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٦/ ١٤٥) والنسائي في سننه الكبرى (٥/ ٤٠٢) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٣٥).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٢٦) وأبو داود في سننه برقم (٢١٠٥) والنسائي =

وصداق في العلانية فالواجب ما عقد به العقد، لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به، وإن قال: زوجتك ابنتي بألف، وقال الزوج: قبلت نكاحها بخمسمائة؛ وجب مهر المثل لأن الزوج لم يقبل بألف والولي لم يجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل.

فصل: ويجوز أن يكون الصداق دينًا وعينًا وحالًا ومؤجلًا لأنه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالإجارة.

فصل: ويجوز أن يكون منفعة كالخدمة وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحة لقوله عزوجل: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [القَصَص: ٢٧] فجعل الرعي صداقًا، وزوج النبيّ ﷺ الواهبة من الذي خطبها بما معه من القرآن، ولا يجوز أن يكون محرمًا كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذمية، لا تتعلمه للرغبة في الإسلام؛ ولا ما فيه غرر كالمعدوم والمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر، لأنه عوض في عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض في البيع والإجارة، فإن تزوج على شيء من ذلك لم يبطل النكاح، لأن فساده ليس بأكثر من عدمه، فإذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده ويجب مهر المثل لأنها لم ترضَ من غير بدل، ولم يسلم لها البدل، وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت في يد المشتري.

فصل: فإن تزوّج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما إلينا قبل الإسلام نظرت فإن كان قبل القبض سقط المسمّى ووجب مهر المثل لأنه لا يمكن إجباره على تسليم المحرم، وإن كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعًا فاسدًا أو تقابضا، وإن قبض البعض برئت ذمّته من المقبوض ووجب بقدر ما بقي من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان:

أحدهما يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحدًا فيها فسقط نصف الصداق، ويجب نصف مهر المثل.

والثاني: يعتبر بالكيل لأنه أحصر، وإن أصدقها عشرة من الخنازير وقبضت منها خمسة ففيه وجهان:

أحدهما: يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل؛ لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحدًا.

= في سننه (٣/ ١١٦) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٨٦) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨١) والبيهقي في سننه (٤/ ١٣٤) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٢٢).

والثاني: يعتبر بما له قيمة وهو الغنم فيقال. لو كانت غنمًا كم كانت قيمة ما قبض منها فيبرأ منه بقدره، ويجب بحصة ما بقي من مهر المثل، لأنه لما لم تكن له قيمة اعتبر بما له قيمة، كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرش مقدر من الجنايات.

فصل: وإن أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها وقبلت لم يلزمها أن تتزوج به لأنه سلف في عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذي هذا الألف على أن تتزوجي بي وتعتق الأمة لأنه أعتقها على شرط باطل فسقط الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبده: إن ضمنت لي خمرًا فأنت حرّ فضمن ويرجع عليها بقيمتها لأنه لم يرض في عتقها إلا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع إليها فوجبت قيمتها كما لو باع عبدًا بعوض محرم وتلف العبد في يد المشتري، وإن تزوّجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد.

وقال أبو علي بن خيران: يصح كما لو تزوّجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا خطأ لأن المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهي مجهولة فلم يجز وإن أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيه وجهان: أحدهما: هو قول أبي علي بن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقول: إن كان في معلوم الله تعالى أني إذا أعتقتك تزوّجت بي فأنت حرة: فإذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وإن لم تتزوّج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق. والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لأنه حال ما تتزوج به تشكّ أنها حرة أو أمَة والنكاح مع الشك لا يصح فإذا لم يصحّ النكاح لم تعتق لأنه لم يوجد شرط العتق، وإن أعتقت امرأة عبدًا على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه في الأمة ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئًا آخر ويخالف الأمة فإن نكاحها حقّ للمولى فإذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها. وإن قال رجل لآخر: أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوّجك ابنتي فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه، وهل تلزمه قيمة العبد؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره: أعتق عبدك عن نفسك وعلي ألف فأعتقه، أحدهما: يلزمه كما لو قال: أعتق عبدك عني على ألف. والثاني: لا يلزمه لأنه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه.

فصل: ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب، لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه خيار الردّ كالعوض في البيع، ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس لأنه أحد عوضي النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلا لدفع الغبن، والصداق لم يبن على المغابنة، فإن شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعي رحمه الله: يبطل النكاح، فمن أصحابنا من جعله قولًا لأنه أحد عوضي النكاح

فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع. ومنهم من قال: لا يبطل وهو الصحيح، كما لا يبطل إذا جعل المهر خمرًا أو خنزيرًا، وما قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ محمول على ما إذا شرط في المهر والنكاح، ويجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون إلا بزيادة جزء أو نقصان جزء، فإذا سقط الشرط وجب إسقاط ما في مقابلته، فيصير الباقي مجهولًا فوجب مهر المثل. وإن تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله، ويجب مهر المثل لما ذكرناه في شرط الخيار.

فصل: وتملك المرأة المسمّى بالعقد إن كان صحيحًا، ومهر المثل إن كان فاسدًا، لأنه عقد يملك المعوَّض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع، وإن كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلّم المهر إلى من ينظر في مالها، وإن كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه إليها، ومن أصحابنا من خرج في البكر البالغة قولًا آخر أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها وجدّها، لأنه يجوز إجبارها على النكاح فجاز للوليّ قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة، فإن قال الزوج: لا أسلّم الصداق حتى تسلم نفسها، فقالت المرأة: لا أسلم نفسي حتى أقبض الصداق ففيه قولان:

أحدهما: لا يجبر واحد منهما بل يقال: من سلم منكما أجبرنا الآخر.

والثاني: يؤمر الزوج بتسليم الصداق إلى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فإذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق إليها كالقولين فيمن باع سلعة بثمن معين، وقد بيّنا وجه القولين في البيوع، فإن قلنا: بالقول الأول لم تجب لها النفقة في حال امتناعها لأنها ممتنعة بغير حق، وإن قلنا بالقول الثاني وجبت لها النفقة لأنها ممتنعة بحقّ وإن تبرّعت وسلّمت نفسها ووطئها الزوج أُجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع، لأن بالوطء استقرّ لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع إذا سلّم المبيع قبل قبض الثمن.

فصل: فإن كان الصداق عينًا لم تملك التصرّف فيه قبل القبض كالمبيع، وإن كان دينًا فعلى القولين في الثمن، وإن كان عينًا فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع؛ وهل ترجع إلى مهر المثل، أو إلى بدل العين؟ فيه قولان. قال في «القديم»: ترجع إلى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع إلى بدلها كالمغصوب، فعلى هذا إن كان مما له مثل وجب مثله وإن لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى أن تلف كالمغصوب، ومن أصحابنا من قال: تحسب قيمته يوم التلف، لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول، لأن هذا يبطل بالمغصوب.

وقال في «الجديد»: ترجع إلى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل

القبض وتعذّر الرجوع إلى المعوّض، فوجب الرجوع إلى بدل المعوّض كما لو اشترى ثوبًا بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده، فإنه يجب قيمة الثوب، وإن قبضت الصداق ووجدت به عيبًا فردّته أو خرج مستحقًا رجعت في قوله «القديم» إلى بدله، وفي قوله «الجديد» إلى مهر المثل، وإن كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلّمت من غيره أو لم تتعلّم لسوء حفظهما فهو كالعين إذا تلفت فترجع في قوله «القديم» إلى أجرة المثل، وفي قوله «الجديد» إلى مهر المثل.

فصل: ويستقرّ الصداق بالوطء في الفرج لقوله عزّ وجلّ ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النّساء: ٢١] وفسّر الإفضاء بالجماع، وهل يستقرّ بالوطء في الدبر، فيه وجهان: أحدهما: يستقرّ لأنه موضع يجب بالإيلاج فيه الحدّ، فأشبه الفرج. والثاني: لا يستقرّ لأن المهر في مقابلة ما يملك بالعقد، والوطء في الدبر غير مملوك فلم يستقرّ به المهر ويستقرّ بالموت قبل الدخول، وقال أبو سعيد الإصطخري: إن كانت أمة لم يستقرّ بموتها لأنها كالسلعة تباع وتبتاع، والسلعة المبيعة إذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن. فكذلك إذا ماتت الأمة وجب أن يسقط المهر، والمذهب أنه يستقرّ، لأن النكاح إلى الموت؛ فإذا ماتت انتهى النكاح فاستقرّ البدل كالإجارة إذا انقضت مدّتها.

واختلف قوله في الخلوة فقال في «القديم»: تقرّر المهر، لأنه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء في تقرير البدل كالإجارة وقال في «الجديد»: لا تقرّر لأنه خلوة فلا تقرر للمهر كالخلوة في غير النكاح».

فصل: وإن وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء لأنه استقرّ فلم يسقط، فإن أصدقها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان:

أحدهما: يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله ﷺ.

والثاني: لا يجوز أن يعلمها لأنه لا يؤمن الافتتان بها ويخالف الحديث فإنه ليس له بدل، فلو منعناه من سماعه منها أدى إلى إضاعته، وفي الصداق لا يؤدي إلى إبطاله، لأن في قوله «الجديد» ترجع إلى مهر المثل، وفي قوله «القديم» ترجع إلى أجرة التعليم، وإن وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت ـ فإن كانت بسبب من جهة المرأة، بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه ـ سقط مهرها لأنها أتلفت المعوض قبل التسليم، فسقط البدل كالبائع إذا أتلف المبيع قبل التسليم، وإن كانت بسبب من جهته نظرت ـ فإن كان بطلاق ـ سقط نصف المسمّى لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧] وإن كان بإسلامه أو بردته سقط نصفه؛ لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول، فتنصف بها المهر كالطلاق، وإن كان بسبب

منهما نظرت ـ فإن كان بخلع ـ سقط نصفه، لأن المغلب في الخلع جهة الزوج، بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو إذا خالع مع أجنبي فصار كما لو انفرد به، وإن كان بردة منهما ففيه وجهان:

أحدهما: يسقط نصفه، لأن حال الزوج في النكاح أقوى فسقط نصفه كما لو ارتدّ وحده.

والثاني: يسقط الجميع لأن المغلب في المهر جهة المرأة، لأن المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فإن اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان أحدهما يسقط النصف لأن البيع تم بالزوجه والسيد وهو قائم مقام الزوج، فصار كالفرقة الواقعة بالخلع، والثاني: يسقط جميع المهر لأن البيع تمّ بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه.

فصل: وإن قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها، وقال في الأمة: إذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها أنه يسقط مهرها، فنقل أبو العباس: جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين:

أحدهما يسقط المهر لأنها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر، كما لو ارتدّت.

والثاني: لا يسقط وهو اختيار المزني وهو الصحيح، لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت. وقال أبو إسحاق: لا يسقط في الحرة ويسقط في الأمة على ما نص عليه، لأن الحرة كالمسلمة نفسها بالعقد، ولهذا يملك منعها من السفر، والأمة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى. وإن قتلها الزوج استقرّ مهرها لأن إتلاف الزوج كالقبض كما أن إتلاف المشتري للمبيع في يد البائع كالقبض في تقرير الثمن.

فصل: ومتى ثبت الرجوع في النصف لم يخل إما أن يكون الصداق تالفًا أو باقيًا، فإن كان تالفًا ـ فإن كان مما له مثل ـ رجع بنصف مثله، وإن لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض، لأنه إن كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت، كانت الزيادة في ملكها فلم يرجع بنصفها وإن كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص، كان النقصان مضمونًا عليه، فلم يرجع بما هو مضمون عليه، وإن كان باقيًا لم يخل ـ إما أن يكون باقيًا على حالته أو زائدًا أو ناقصًا أو زائدًا من وجه ناقصًا من وجه ـ فإن كان على حالته رجع في نصفه، ومتى يملك؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه لا يملك إلا باختيار التملّك، لأن الإنسان لا يملك شيئًا بغير اختياره إلا الميراث، فعلى هذا إن حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها.

والثاني: وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فعلق استحقاق النصف بالطلاق، فعلى هذا إن حدثت منه زيادة كانت بينهما، وإن طلقها والصداق زائد نظرت فإن كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج واللبن رجع بنصف الأصل، وكانت الزيادة لها لأنها زيادة متميزة حدثت في ملكها، فلم تتبع الأصل في الردّ، كما قلنا في الردّ بالعيب في البيع، وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف، فإن دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز، وإن دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن حقه في نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل، وإن كانت المرأة مفلسة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة، لأنه لا يصل إلى حقه من البدل، فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع في المبيع مع الزيادة عند إفلاس المشتري.

والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لأنه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد في ملكها بغير رضاها، ويخالف إذا أفلس المشتري فإن المشتري فرط في حبس الثمن إلى أن أفلس فرجع البائع في العين مع الزيادة. فإن كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر الزوج على أخذها لأنها هبة فلا يجبر على قبولها.

والثاني: يجبر وهو المنصوص لأنه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن وإن بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها. وقال المزني: يلزمه أن يرجع فيه وعليه ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ كما يلزم المشتري ترك الثمرة، إلى أوان الجذاذ، وهذا خطأ، لأنه قد صار حقه في القيمة فلا يجبر على أخذ العين، ولأن عليه ضررًا في ترك الثمرة على نخله فلم يجبر، ويخالف المشتري فإنه دخل في العقد عن تراض فأقرا على ما تراضيا عليه، فإن طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة إلى أوان الجذاذ ففيه وجهان:

أحدهما: لا تجبر المرأة لأنه صار حقه في القيمة.

والثاني: تجبر عليه لأن الضرر زال عنها ورضي الزوج بما يدخل عليه من الضرر وإن طلقها والصداق ناقص بأن كان عبدًا فعمي أو مرض؛ فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصًا وبين أن يأخذ قيمة النصف، فإن رجع في النصف أجبرت المرأة على دفعه لأنه رضي بأخذ حقه ناقصًا، وإن طلب القيمة أجبرت على الدفع، لأن الناقص دون حقه. وإن طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من

وجه بأن كان عبدًا فتعلم صنعة ومرض، فإن تراضيا على أخذ نصفه جاز لأن الحق لهما، وإن امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه. وإن امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته، وإن كان الصداق جارية فحبلت فهي كالعبد إذا تعلم صنعة ومرض، لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان ومن وجه آخر لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد.

وإن كان بهيمة فحملت ففيه وجهان: أحدهما: أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل، وبين أن تدفع القيمة لأنه زيادة من غير نقص، لأن الحمل لا يخاف منه على البهيمة. والثاني: وهو ظاهر النص أنه كالجارية لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه، فإنه ينقص به اللحم فيما يؤكل، ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية.

وإن باعته ثم رجع إليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لأنه يمكن الرجوع إلى عين ماله فلم يرجع إلى القيمة، وإن وصّت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه لأنه باق على ملكها وتصرفها وإن كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف، لأنه تعلق به حق لازم لغيرها، فإن كان عبدًا فدبرته ثم طلقها فقد روى المزني أنه يرجع، فمن أصحابنا من قال: يرجع لأنه باق على ملكها ومنهم من قال: لا يرجع لأنه لا يملك نقض تصرفها، ومنهم من قال: فيه قولان، إن قلنا: إن التدبير وصية فله الرجوع، وإن قلنا: إنه عتق بصفة رجع بنصف قيمته.

فصل: وإن كان الصداق عينًا فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان: أحدهما: لا يرجع عليها، وهو اختيار المزني، لأن النصف تعجل له بالهبة. والثاني: يرجع وهو الصحيح، لأنه عاد إليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق، كما لو وهبته لأجنبي ثم وهبه لأجنبي منه. وإن كان دينًا فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول ـ فإن قلنا: إنه لا يرجع في الهبة ـ لم يرجع في الإبراء، وإن قلنا: يرجع في الهبة ففي الإبراء وجهان:

أحدهما: يرجع كما يرجع في الهبة. والثاني: لا يرجع لأن الإبراء إسقاط لا يفتقر إلى القبول، والهبة تمليك تفتقر إلى القبول، فإن أصدقها عينًا فوهبتها منه ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع بالجميع؟ فيه قولان، لأن الرجوع بالجميع في الردة كالرجوع بالنصف في الطلاق، وإن اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيبًا ففي ردّها والرجوع بالثمن وجهان، بناء على القولين، فإن وجد به عيبًا وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالأرش؟ فيه وجهان بناء على القولين. وإن اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشتري، فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولًا واحدًا لأن حقه في الثمن، ولم يرجع إليه الثمن.

فصل: إذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذي بيده

عقدة النكاح أن يعفو عن النصف، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧] وفيمن بيده عقدة النكاح قولان:

قال في «القديم»: هو الولي فيعفو عن النصف الذي لها، لأن الله تعالى خاطب الأزواج فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولو كان هو الزوج لقال: إلا أن يعفون أو تعفو لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر، فلما عدل عن خطابهم دلّ على أن الذي بيده عقدة النكاح غير الزوج، فوجب أن يكون هو الولي، وقال في «الجديد»: هو الزوج فيعفو عن النصف الذي وجب له بالطلاق، فأما الولي فلا يملك العفو لأنه حق لها فلا يملك الولي العفو عنه كسائر ديونها، وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج، فخاطبهم بخطاب الحاضر، ثم خاطبهم بخطاب الغائب كما قال الله عزّ وجلّ: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم﴾ [يُونس: ٢٢] فإذا قلنا: إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط: أحدها: أن يكون أبًا أو جدًا لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم. والثاني: أن تكون المنكوحة بكرًا، فأما الثيّب فلا يجوز العفو عن مالها لأنه لا يملك الولي تزويجها. والثالث: أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لأنه لا حظ لها في العفو قبل الطلاق، لأن البضع معرض للتلف، فإذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل. والرابع: أن يكون قبل الدخول، فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله. والخامس: أن تكون صغيرة أو مجنونة، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لأنه لا ولاية عليها في المال.

فصل: وإن فوّضت بضعها بأن تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان: أحدهما: لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق. والثاني: يجب لأنه لو لم يجب لما استقرّ بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لأن إخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله ﷺ فإن قلنا: يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لأن البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة في يد المشتري ببيع فاسد، وإن قلنا: لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لأنه ابتداء إيجاب فكان إليهما كالفرض في العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو ما يتفقان عليه صار ذلك كالمسمى في الاستقرار بالدخول والموت والتنصف بالطلاق لأنه مهر مفروض فصار كالمفروض في العقد، وإن لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شيء من المهر لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧] فدل على أنه إذا لم يفرض لم يجب النصف وإن لم يفرض لها حتى وطئها استقرّ لها مهر المثل، لأن الوطء في

النكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ وإن ماتا أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان:

أحدهما: لا يجب لها المهر لأنها مفوضة فارقت زوجها قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت.

والثاني: يجب لها المهر لما روى علقمة قال: «أتي عبد الله في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئًا ولم يدخل بها فقال: أقول فيها برأيي لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الأشجعي: قضى رسول الله ﷺ في تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت، ففرح بذلك»[1] ولأن الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء، وإن تزوجت على أن لا مهر لها في الحال ولا في الثاني ففيه وجهان:

أحدهما: أن النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن إلا لرسول الله ﷺ فتصير كما لو نكح نكاحًا ليس له.

والثاني: يصح لأنه يلغي قولها لا مهر لي في الثاني لأنه شرط باطل في الصداق فسقط وبقي العقد فعلى هذا يكون حكمه القسم قبله.

فصل: ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن وأقربهن الأخوات وبنات الأخوة والعمّات وبنات الأعمام» فإن لم يكن لها نساء عصبات اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات لأنهن أقرب إليها، فإن لم يكن لها أقارب اعتبر نساء بلدها ثم بأقرب النساء شبهًا بها ويعتبر بمهر من هي على صفتها في الحسن والعقل والعفّة واليسار، لأنه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التي يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات.

فصل: وإذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: إن كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح، لأنه معاوضة يلحقه الفسخ، فجاز فسخه بالإفلاس بالعوض كالبيع، وإن كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالإفلاس كالبيع بعد هلاك السلعة. ومن أصحابنا من قال: إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ، وإن كان بعد الدخول ففيه قولان: أحدهما: لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه. والثاني: يثبت لها الفسخ وهو الصحيح، لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه، ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم، لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم، كفسخ النكاح بالعيب.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١١٥) والترمذي في سننه برقم (١١٤٥) والنسائي في سننه (٦/ ١٢١) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٩١) وأحمد في المسند (٣/ ٤٨٠).

فصل: إذا زوّج الرجل ابنه الصغير وهو معسر ففيه قولان: قال في «القديم» يجب المهر على الأب لأنه لما زوجه مع العلم بوجوب المهر والإعسار كان ذلك رضا بالتزامه. وقال في «الجديد» يجب على الابن وهو الصحيح، لأن البضع له فكان المهر عليه.

فصل: وإن تزوج العبد بإذن المولى فإن كان مكتسبًا وجب المهر والنفقة في كسبه لأنه لا يمكن إيجاب ذلك على المولى لأنه لم يضمن، ولا في رقبة العبد لأنه وجب رضا من له الحق، ولا يمكن إيجابه في ذمته لأنه في مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه، فلم يبق إلا الكسب فتعلق به ولا يتعلق إلا بالكسب الحادث بعد العقد، فإن كان المهر مؤجلًا تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله، لأن ما كسبه قبله للمولى، ويلزم المولى تمكينه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل، لأن إذنه في النكاح يقتضي ذلك؛ فإن لم يكن مكتسبًا وكان مأذونًا له في التجارة فقد قال في الأم: يتعلق بما في يده، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره، لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه المولى فقضى مما في يده كدين التجارة. ومن أصحابنا من قال: يتعلق بما يحصل من فضل المال، لأن ما في يده للمولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما في يده من الكسب، وإنما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على ذلك، وإن لم يكن مكتسبًا ولا مأذونًا له في التجارة ففيه قولان:

أحدهما: يتعلق المهر والنفقة بذمته يتبع به إذا أعتق، لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض، فعلى هذا للمرأة أن تفسخ إذا أرادت. والثاني: يجب في ذمة السيد لأنه لما أذن له في النكاح مع العلم بالحال صار ضامنًا للمهر والنفقة وإن تزوّج بغير إذن المولى ووطىء فقد قال في «الجديد» يجب في ذمته يتبع به إذا أعتق، لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض. وقال في «القديم»: يتعلق برقبته لأن الوطء كالجناية، وإن أذِن له في النكاح نكاحًا فاسدًا ووطىء ففيه قولان:

أحدهما: أن الإذن يتضمن الصحيح والفاسد، لأن الفاسد كالصحيح في المهر والعدة والنسب، فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيّناه.

والثاني: وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لأن الإذن يقتضي عقدًا يملك به، فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير إذنه وقد بيّناه.

الشرح: الصداق هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء، وله أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والأجر، والعقر، والعليقة. ويقال: أصدقها، ومهرها. ويقال في لغة قليلة: أمهرها. وقوله: «ملء مسك» المسك: الجلد، والمقت: أشد البغض.

أما الأحكام: فقال الأصحاب: ليس المهر ركنًا في النكاح، بخلاف المبيع

والثمن في البيع، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه، وهو قائم بالزوجين، فهما الركن، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر، لكن المستحب تسميته، لأنه أقطع للنزاع، ثم ليس للصداق حد مقدَّر، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو مثمنًا أو أُجرة، جاز جعله صداقًا. فإن انتهى في القلة إلى حد لا يتمول، فسدت التسمية. ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم، للخروج من خلاف أبي حنيفة، وأن لا يغالي في الصداق، والمستحب أن لا يزاد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وهو خمسمائة درهم.

فصل: يشتمل كتاب الصداق على أبواب:

الباب الأول: في أحكام الصداق الصحيح، وهي ثلاثة:

الحكم الأول: في أن الصداق في يد الزوج، كيف يضمن؟ فإذا أصدقها عينا، فهي مضمونة عليه إلى أن يسلمها. وفي كيفية ضمانه قولان: أظهرهما وهو الجديد: ضمان العقد كالمبيع في يد البائع. والقديم: ضمان اليد كالمستعار والمستام، ويتفرع على القولين مسائل:

المسألة الأولى: إذا باعت الصداق قبل قبضه، إن قلنا: ضمان يد، جاز وإلا، فلا. ولو كان الصداق دينًا فاعتاضت عنه، جاز إن قلنا: ضمان يد، وإلا فقولان كالثمن. أظهرهما: الجواز، كذا ذكره الإمام وغيره. وفي «التتمة»: لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة، لم يجز الإعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه.

المسألة الثانية: تلف الصداق المعين في يده، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف، حتى لو كان عبدًا كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل. وإن قلنا: ضمان اليد، تلف على ملكها حتى لو كان عبدًا، فعليها تجهيزه. ولا ينفسخ الصداق على هذا القول، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثليًا، وقيمته إن كان متقومًا. ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل، والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل. فإذا أوجبنا القيمة، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقًا في كل وقت، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعديًا؟ أم يوم الصداق؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف؟ فيه أربعة أوجه: أصحهما: الأول. ولو طالبته بالتسليم فامتنع، تعين الوجه الأول على المذهب. وقيل: يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إلى التلف، لأنه يصير متعديًا.

ولو طالبها الزوج بالقبض فامتنعت، ففي بقاء الصداق مضمونًا عليه وجهان: نقلهما أبو الفرج السرخسي، الصحيح الضمان، كما أن البائع لا يخرج عن عهدة المبيع بهذا القدر. هذا كله إذا تلف الصداق بنفسه. أما لو أُتلف، فينظر، إن أتلفته الزوجة، صارت قابضة وبرىء الزوج، وقد ذكرنا في البيع وجهًا أن المشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع، لم يصر قابضًا بل يغرم القيمة للبائع، ويسترد الثمن. فعلى قياسه، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل. وإن أتلفه أجنبي، فإن قلنا: إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كآفة سماوية، فالحكم ما سبق، وإن قلنا: يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب، فللمرأة الخيار، إن شاءت فسخت الصداق، وحينئذٍ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف. وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة، ولها أن تطالب الزوج بالغرم، فيرجع هو على المتلف إن قلنا بضمان اليد. وإن قلنا بضمان العقد، فليس لها مطالبة الزوج، هكذا رتب الإمام والبغوي وغيرهما، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد، ثم فرعوا عليهما. وكان يجوز أن يقال: إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد. فأما على ضمان اليد، فلا خيار، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة، كما إذا أتلف أجنبي المستعار في يد المستعير. وإن أتلفه الزوج، فعلى الخلاف في أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كالآفة السماوية، أو كإتلاف الأجنبي؟ والمذهب الأول. وقد بينا حكم الصداق على التقديرين.

المسألة الثالثة: حدث في الصداق نقص في يد الزوج، فهو نقص جزءٍ أو صفة، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عبدين، فتلف أحدهما في يده، فينفسخ عقد الصداق فيه، ولا ينفسخ في الباقي على المذهب، لكن لها الخيار. فإن فسخت، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد، وعلى ضمان اليد تأخذ قيمة العبدين. وإن أجازت في الباقي، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان العقد، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد. وإن تلف أحد العبدين بإتلاف، نظر، إن أتلفته المرأة، جعلت قابضة لقسطه من الصداق. وإن أتلفه أجنبي، فلها الخيار. فإن فسخت أخذت الباقي، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمان العقد، وقيمته إن قلنا بضمان اليد. وإن أجازت، أخذت من الأجنبي الضمان. وإن أتلفه الزوج، فهو كالتلف بآفة على المذهب. وأما نقص الصفة، فهو العيب، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما، وللمرأة الخيار. وفي «الوسيط» أن أبا حفص بن الوكيل قال: لا خيار على قول ضمان العقد، والمذهب الأول.

فإن فسخت الصداق، أخذت من الزوج مهر المثل على الأظهر، وبذل الصداق في القول الآخر. وإن أجازت، فعلى الأظهر: لا شيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص. وإن اطلعت على عيب قديم، فلها الخيار، فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة. وإن أجازت وقلنا بضمان اليد، فلها الأرش على المذهب، وفيه تردد للقاضي حسين، لأنها رضيت بالعين. وإن حصل التعييب بجناية، نظر، إن حصل بفعل الزوجة، جعلت قابضة لقدر النقص، وتأخذ الباقي ولا خيار. وإن هلك بعد التعييب في يد الزوج، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الأظهر، وقيمة الباقي على القول الثاني. وإن حصل التعييب بفعل أجنبي، فلها الخيار، فإن فسخت، أخذت مهر المثل على الأظهر وقيمته سليمًا في الثاني، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني. وإن أجازت، غرمت للجاني. وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد. وإن قلنا بضمان اليد، فلها مطالبته، فينظر إن لم يكن للجناية أرش مقدر، أو كان أرش النقص أكثر، رجعت على من شاءت منهما، والقرار على الجاني. وإن كان المقدر أقل، طالبت بالمقدر من شاءت منهما، والقرار على الجاني، وأخذت قيمة الأرش من الزوج. وإن حصل التعييب بجناية الزوج، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كآفة أو كجناية أجنبي؟ إن قلنا بالأول، وقلنا بضمان اليد، فعليه ضمان ما نقص. فإن كان للجناية أرش مقدر، كقطع اليد، فعليه أكثر الأمرين من نصف القيمة وأرش النقص.

فرعان: الأول: أصدقها دارًا فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء، فالحاصل نقصان صفة. وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم نقصان جزءٍ كأحد العبدين؟ وجهان: أصحهما: الثاني. وقد سبقا في البيع.

الثاني: أصدقها نخلًا ثم جعل ثمره في قارورة، وصب عليه صقرًا من ذلك النخل وهو بعد في يده، والصقر: هو السائل من الرطب من غير أن يعرض على النار. فإما أن تكون الثمرة صداقًا مع النخل، بأن أصدقها نخلة مطلعة. وإما أن لا تكون.

الحالة الأولى: إذا كانت صداقًا، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص لا بتقدير النزع من القارورة، ولا بتقدير الترك فيها، فتأخذهما المرأة ولا خيار لها، بل الزوج كفاها مؤنة الجداد. وإن حدث فيهما أو في أحدهما نقص، فهو إما نقص عين، وإما نقص صفة. أما نقص العين، فمثل أن صب عليها مكيلتين من الصقر

فشرب الرطب مكيلة، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب، ثم إن جعلنا الصداق مضمونًا ضمان عقد، انفسخ الصداق في قدر ما ذهب من الصقر إن قلنا: جناية كالآفة وهو المذهب، ولا ينفسخ في الباقي، ولها الخيار. إن فسخت، رجعت إلى مهر المثل، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب من الصقر من مهر المثل. وإن قلنا: جناية كجناية الأجنبي، لم ينفسخ الصداق في شيء، ولها الخيار، إن فسخت، فلها مهر المثل، وإن أجازت، أخذت النخل والرطب، ومثل ما ذهب من الصقر. وإن قلنا بضمان اليد، تخيرت أيضًا. فإن فسخت، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور في «كتاب الغصب» أنه مثلي أو متقوّم. وإن أرادت أخذ النخل ورد الثمرة، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة. وإن أجازت، فلها ما بقي ومثل الذاهب من الصقر. وأما نقصان الصفة، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان بحالهما، أو قيمة الرطب، فإن كان النقصان حاصلًا، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع، فلها الخيار. فإن فسخت، فعلى قول ضمان العقد لها مهر المثل، وعلى ضمان اليد لها بدل النخل والرطب والصقر. وإن أجازت، فإن قلنا بضمان العقد وجعلنا جنايته كالآفة، أخذتها بلا أرش. وإن جعلناها كجناية الأجنبي، أو قلنا بضمان اليد، فعليه أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة. ولو ترك لا يتعيب، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة، لكن إن تبرع بها أُجبرت المرأة على القبول إمضاءً للعقد، ويسقط خيارها. وقيل: لا تجبر على القبول، والصحيح الأول. وهل يملك القارورة حتى لا يتمكن الزوج من الرجوع؟ وإذا نزعت ما فيها لم يجب رد القارورة، أم لا تملك وإنما الغرض قطع الخصومة فيتمكن من الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزعت ما فيها؟ فيه وجهان كما ذكرنا في البيع في مسألة النعل والأحجار المدفونة. وإن كان الرطب لا يتعيب بالنزع، ويتعيب بالترك، فلها مطالبته بالنزع، ولا خيار. ولو تبرع هو بالقارورة، لم تجبر هي على القبول، لأنه لا ضرورة إليه.

الحالة الثانية: أن لا تكون الثمار صداقًا بأن حدثت بعد الإصداق في يد الزوج. فإن لم يحدث نقص أو زادت القيمة، فالكل لها. وإن حدث نقص فيهما أو في أحدهما، فلا خيار لها، لأن ما حدث فيه النقص ليس بصداق، ولها الأرش. وحكى ابن كج وجهًا أن لها الخيار وهو غلط. وإن كان النقص بحيث لا يقف ويزداد إلى الفساد، فهل تأخذ الحاصل وأرش النقص، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع؟ فيه خلاف سبق في «الغصب»، فيما إذا بل الحنطة فعفنت. وفي

«العدة» أنها على القول الأول، تأخذ أرش النقص في الحال، وكلما ازداد النقص، طالبت بالإرش. ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة، ولا يتعيب بالترك فتبرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد هنا، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة النخلة، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصداق، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده، إن نقص، فلها الخيار. وإن لم ينقص بالنزع، فلا خيار، فتأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر، ولا شيء لما تشربه الرطب. وإن كان ينقص بالنزع، فلها الخيار. فإن تبرع الزوج بالصقر والقارورة، سقط الخيار ولزم القبول على الصحيح، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة.

فرع: إذا زاد الصداق في يد الزوج، إن كان زيادة متصلة، كالسمن والكبر، وتعلم الصنعة، فهي تابعة للأصل. وإن كانت منفصلة، كالثمرة والولد وكسب الرقيق، قال المتولي: إن قلنا بضمان اليد، فهي للمرأة، وإلا، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض. والصحيح أنها للمشتري في البيع وللمرأة هنا. فإن قلنا: للمرأة فهلكت في يده، أو زالت المتصلة بعد حصولها، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا: يضمن ضمان المغصوب، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع. وفي «التهذيب» وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أو ردت الأصل بعيب، أما إذا استمر العقد وقبضت الأصل، فالزوائد لها قطعًا.

المسألة الرابعة: المنافع الفائتة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا بضمان العقد، وإن طالبته بالتسليم فامتنع. أما إذا قلنا بضمان اليد، فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع. وأما المنافع التي استوفاها بركوب أو لبس، أو استخدام ونحوها، فلا يضمنها على قول ضمان العقد، إن قلنا: جناية البائع كآفة. وإن قلنا: هي كجناية أجنبي، أو قلنا بضمان اليد، ضمنها بأجرة المثل.

فرع: قال الأصحاب: القولان في ضمان العقد واليد، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية، أم عوض كالعوض في البيع؟ وربما ردوا القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض؟ ودليل النحلة قول الله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٢]، ولأن النكاح لا يفسد بفساده، ولا ينفسخ برده. ودليل العوض، أن قوله: زوجتك بكذا، كقوله: بعتك بكذا، أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب، ولأنها تحبس نفسها لاستيفائه ولأنه تثبت الشفعة فيه، وهذا أصح. وأجابوا عن الآية بجوابين. أحدهما: أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة: الدين، يقال: فلان ينتحل كذا، فالمعنى: آتوهن صدقاتهن تدينًا. والثاني: يجوز أن يكون المعنى:

عطية من عند الله تعالىٰ لهن. وإنما لا يفسد النكاح بفساده، لأنه ليس ركنًا في النكاح، مع أنه حكي قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق.

فصل: إذا فسد الصداق بأن أصدقها حرًا، فقولان: أظهرهما: يجب مهر المثل. والثاني: قيمته بتقدير الرق، وينسب هذا إلى القديم. قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حسين والبغوي وغيرهم: قولان فيما إذا قال: أصدقتك هذا العبد وهو عالم بحريته، أو جاهل. أما لو قال: أصدقتك هذا الحر، فالعبارة فاسدة، فيجب مهر المثل قطعًا. وحكى المتولي طريقة أُخرى، أنه لا فرق بين اللفظين في جريان القولين. ولو قال: أصدقتك هذا واقتصر عليه، فلا خلل في العبارة، ففيه القولان. ولو ذكر خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة، فقيل: يجب مهر المثل قطعًا. وقيل: على القولين. فعلى هذا يعود النظر في عبارته، إن قال: أصدقتك هذا الخمر أو الخنزير، فالعبارة فاسدة. وإن قال: هذا العصير أو النعجة، فهو موضع القولين، وعلى هذا على قول الرجوع إلى بدل الصداق، يقدر الخمر عصيرًا ويجب مثله، وقد حكينا في نكاح المشرك، فيما إذا جرى قبضهم في خمر وجهًا أنها تقدر خلًا، ولم يذكروا هناك تقدير العصير، والوجه التسوية بينهما. وحكينا وجهًا أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة، فلا يبعد مجيئه هنا، بل ينبغي أن يرجح كما سبق في نكاح المشرك تفريق الصفقة، والخنزير يقدر بقرة، كذا قاله الإمام والبغوي. وقد سبق مثله في «كتاب نكاح المشرك» وقال الغزالي: يقدر شاة، والميتة تقدر مذكاة، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة. هذا الإضطراب للأصحاب يزيد القول الأظهر القوة، وهو وجوب مهر المثل.

الحكم الثاني: تسليم الصداق. فلو أخر تسليمه بعذر أو بغيره، وطلب تسليم نفسها، فلها الامتناع حتى يسلم جميع الصداق إن كان عينًا أو دينًا حالًا، وإن كان مؤجلًا، فليس لها الامتناع، فإن حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع أيضًا على الأصح، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه، والبغوي، والمتولي، وأكثر الأصحاب. وقيل: لها، وبه قال القاضي أبو الطيب، واختاره الحناطي والروياني، لأنها تستحق الآن المطالبة. ولو كانت المرأة صغيرة أو مجنونة، فلوليها حبسها حتى تقبض الصداق الحال. فلو رأى المصلحة في التسليم، فله ذلك. ولو اختلف الزوجان، فقال: لا أسلم الصداق حتى تسلمي نفسك، وقالت: لا أسلمها حتى تسلمه، فثلاثة أقوال: أظهرها: يجبران، بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل، وتؤمر بالتمكين. فإذا مكنت، سلم العدل الصداق إليها. والثاني: لا يجبر واحد منهما، بل إن بادر أحدهما فسلم، أُجبر الآخر. والثالث: يجبر الزوج أولًا، فإذا سلم، سلمت. وذهبت طائفة كبيرة إلى إنكار هذا القول الثالث. ومن أثبته قال: موضعه ما

إذا كانت متهيئة للاستمتاع. أما إذا كانت ممنوعة بحبس أو مرض، فلا يلزم تسليم الصداق. وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع، فهل يلزمه التسليم؟ قولان: ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها، هل عليه تسليم المهر؟ قولان كالنفقة. أظهرهما: المنع. وقيل بالمنع قطعًا، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود، والمهر للاستمتاع وهو متعذر. وقيل بالإيجاب قطعًا، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال، والنفقة للتمكين وهو مفقود. ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيرًا، وإن كان الزوج صغيرًا وهي كبيرة، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة. وإذا قلنا: يبدأ بالزوج أو يجبران، فقالت: سلم المهر لأسلم نفسي، لزمه النفقة من حينئذٍ. وإن قلنا: لا يجبر واحد منهما، فلا نفقة لها حتى تمكن.

فرع: إذا بادرت فمكنت، فلها طلب الصداق على الأقوال كلها، ثم إن لم يجر وطء، فلها العود إلى الامتناع، ويكون الحكم كما قبل التمكين. وإن وطىء، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن، فليس له أخذه وحبسه. ولو وطئها مكرهة، فلها الامتناع بعده على الأصح. ويجري الوجهان، فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول، فلو بلغت أو أفاقت قبله، فلها الامتناع قطعًا. ولو بادر الزوج فسلم الصداق، لزمها التمكين إذا طلبها. وكذا لو كان الصداق مؤجلًا، فإن امتنعت بلا عذر، فله الاسترداد وإن قلنا: يجبر أولًا، لأن الإجبار بشرط التمكين. وإن قلنا: لا يجبر، فليس له الإسترداد على الأصح، لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل. وقيل: له ذلك لعدم حصول الغرض. وقال القاضي حسين: إن كانت معذورة حين سلم، فزال العذر وامتنعت، استرد، لأنه سلم راجيًا التمكين، فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرا فيما لو سلم مهر صغيرة لا تصلح للجماع عالمًا بحالها أو جاهلًا وقلنا بالأظهر: إنه لا يجب تسليم مهرها، هل له الإسترداد؟

فرع: إذا استمهلت بعد تسليم الصداق، أمهلت لتتهيأ بالتنظيف والاستحداد، وإزالة الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم و يومين، وغاية المهلة ثلاثة. وظاهر كلام الغزالي في «الوسيط»، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ما تتهيأ، أم تقدر بثلاثة أيام؟ والمذهب خلافه. ثم المفهوم من كلام الأكثرين، أنه يجب الإمهال إذا استمهلت في العدة، أنه ليس بواجب. وعن نصه في «الإملاء» قول: إنه لا إمهال أصلًا. والمذهب الأول، ولا تمهل لتهيئة الجهاز، ولا لانتظار السمن ونحوهما، ولا بسبب الحيض والنفاس، بل تسلم لسائر الاستمتاعات كالرتقاء والقرناء. وإن كانت صغيرة لا تحتمل الجماع، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه، أمهلت إلى زوال المانع. ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة، ولا يجوز للزوج وطؤها

إلى أن تصير محتملة. ولو قال الزوج: سلموا إلي الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول ما بها، قال البغوي: يجاب في المريضة دون الصغيرة، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي «الوسيط» أنه لا يجاب في الصورتين، لأنه ربما وطىء فتتضرران، بخلاف الحائض، فإنها لا تتضرر لو وطىء.

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة، لأنه نكح للاستمتاع لا للحضانة. وفي المريضة وجهان: قال في «الشامل»: الأقيس أنه ليس له الامتناع، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت.

وإذا تسلم المريضة، فعليه النفقة لا كالصغيرة، لأن المرض عارض متوقع الزوال. ولو كانت المرأة نحيفة بالجبلّة، فليس لها الامتناع بهذا العذر، لأنه غير متوقع الزوال كالرتقاء. ثم إن خافت الإفضاء لو وطئت لعبالة الزوج، فليس عليها التمكين من الوطء. قال الأئمة: وليس له الفسخ، بخلاف الرتق، لأنه يمنع الوطء مطلقًا، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلها، وليس ذلك بعيب أيضًا. ولو وطىء زوجته فأفضاها، فليس له العود إلى وطئها حتى تبرأ البرءُ الذي لو عاد لم يخدشها، هذا نص الشافعي. فإن اختلفا في حصول البرء، فأنكرته، قال الشافعي رحمه الله: القول قولها. قال المتولي: المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الإندمال، لأنه لا يعرف إلا منها. أما إذا ادعت بقاء الجرح، وأنكرت أصل الإندمال، فتعرض على أربع نسوة ثقات، ويعمل بقولهن. ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمض من الزمان ما يغلب فيه البرء، فإن مضى راجعنا النسوة. ومنهم من أطلق القول بمراجعتهن عند الاختلاف. وعلى هذا، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات.

فرع: مسائل عن مجرد الحناطي: اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما: هي صغيرة لا تحتمل الجماع، وقال الآخر: تحتمله. فهل القول قول منكر الاحتمال، أم تعرض على أربع نسوة، أو رجلين من المحارم؟ وجهان.

ولو قال الزوج: زوجتي حية فسلمها وقال: لا بل ماتت، فالقول قول الزوج. ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة، وجرى العقد ببغداد، فالاعتبار بموضع العقد، فتسلم نفسها ببغداد، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد. ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل، فنفقتها من بغداد إلى الموصل على الزوج.

الحكم الثالث: التقرير، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض، يستقر بطريقين:

أحدهما: الوطء وإن كان حرامًا لوقوعه في الحيض أو الإحرام، لأن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداءً، فذا أولى بالتقرير، ويستقر بوطأة واحدة.

الطريق الثاني: موت أحد الزوجين، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر، فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة، فإنه يسقط مهرها على المذهب. ومنهم من ألحق بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر.

فصل: الخلوة لا تقرر المهر، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الأظهر. وعلى هذا، لو اتفقا على الخلوة وادعت الإصابة، لم يترجح جانبها، بل القول قوله بيمينه. وفي القديم، الخلوة مؤثرة، وفي أثرها قولان: أحدهما: أثرها تصديق المرأة إذا ادعت الإصابة، ولا يتقرر المهر بمجردها، سواء طال زمنها أم قصر. وأظهرهما: أنها كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة. وعلى هذا، تثبت الرجعة على الأصح. وهل يشترط على القديم في تقرر المهر بالخلوة أن لا يكون مانع شرعي كحيض وإحرام وصوم؟ فيه وجهان: ويشترط أن لا يكون مانع حسي، كرتق أو قرن فيها، أو جب أو عنة فيه قطعًا. وإذا قلنا: مجرد الخلوة لا تقرر، ففي الوطء فيما دون الفرج وجهان: كثبوت المصاهرة.

الباب الثاني: في الصداق الفاسد: لفساده ستة أسباب:

السبب الأول: أن لا يكون المذكور مالًا، بأن سميا خمرًا، وقد اندرج هذا في الحكم الأول من الباب الأول. ولو أصدقها شيئًا فخرج مغصوبًا، فهل يجب مهر المثل، أم قيمة المغصوب؟ قولان: أظهرهما الأول. ولو أصدقها عبدين، فخرج أحدهما حرًا أو مغصوبًا، بطل الصداق فيه. وفي آخر، قولا تفريق الصفقة. فإن أبطلنا فيه أيضًا، فهل لها مهر المثل أم قيمتهما؟ فيه القولان وإن صححنا، فلها الخيار. فإن فسخت، فعلى القولين، وإن أجازت، فقولان: أحدهما: تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره، وأظهرهما: تأخذ معه حصة المغصوب من مهر المثل إذا وزَّعناه على القيمتين على الأظهر، وعلى الثاني: تأخذ قيمته.

فرع: أصدقها عبدًا أو ثوبًا غير موصوف، فالتسمية فاسدة، ويجب مهر المثل قطعًا. وإن وصف العبد والثوب، وجب المسمى، وحيث جرت تسمية فاسدة، وجب مهر المثل بالغًا ما بلغ.

السبب الثاني: الشرط في النكاح، إن لم يتعلق به غرض، فهو لغو كما سبق في البيع، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها، أو يتسرى، أو يتزوج عليها إن شاء، أو يسافر بها، أو لا تخرج إلا بإذنه، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق.

وإن شرط ما يخالف مقتضاه، فهو ضربان:

أحدهما: ما لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح، فيفسد الشرط، سواء كان

لها، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى، أو لا يطلقها، أو لا يسافر بها، أو أن تخرج متى شاءت، أو يطلق ضرتها.

أو كان عليها، بأن شرط أن لا يقسم لها، أو يجمع بين ضراتها وبينها في مسكن، أو لا ينفق عليها. ثم فساد الشرط لا يفسد النكاح على المشهور. وفي وجه أو قول حكاه الحناطي: يبطل النكاح. وأما الصداق، فيفسد، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه، هذا هو المذهب. وعن ابن خيران: إن زاد والشرط لها، فالواجب المسمى، وكذا إن نقص والشرط عليها، ومنهم من جعل هذا قولًا مخرجًا. وحكى الحناطي وجهًا: أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل. ووجهًا: أن الشرط لا يؤثر في الصداق، كما لا يؤثر في النكاح.

الضرب الثاني: ما يخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها، أو لا يطأها، وقد سبق الكلام في الصورتين في فصل التحليل. فإن صححنا النكاح، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة.

فرع: نكحها على ألف إن لم يخرجها من البلد، وعلى ألفين إن أخرجها، وجب مهر المثل، وذكر الحناطي أنه لو نكحها على أن لا يرثها أو لا ترثه، أو لا يتوارثا، أو على أن النفقة على غير الزوج، بطل النكاح. وفي قول: يصح ويبطل الشرط، وأنه لو زوج أمته عبد غيره بشرط أن لا أولاد بين السيدين، صح النكاح وبطل الشرط، نص عليه في «الإملاء». وفي قول: يبطل النكاح.

فصل: شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح. ولو شرط الخيار في الصداق، فهل يبطل النكاح، أم يصح ويجب المسمى، أم يصح النكاح ويفسد المسمى ويجب مهر المثل؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الثالث. وإذا صححنا الصداق، ثبت الخيار على الأصح كما حكي عن نصه، أنه لو أصدقها عينًا غائبة، صح ولها خيار الرؤية. فعلى هذا، إن أجازت فذاك، وإن فسخت، رجعت إلى مهر المثل. وإذا أثبتنا خيار الشرط، ففي خيار المجلس وجهان نقلهما الشيخ أبو الفرج.

فصل: نقل المزني في «المختصر» أنه لو نكحها بألف على أن لابنها ألفًا، فسد الصداق، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباها ألفًا، كان الصداق جائزًا. وللأصحاب طرق: المذهب منها فساد الصداق في الصورتين، ووجوب مهر المثل فيهما. وعلى هذا، منهم من غلَّط المزني في نقله في الصورة الثانية، ومنهم من تأوله.

والطريق الثاني: فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملًا بالنصين.

والطريق الثالث: طرد قولين فيهما. ونسب العراقيون الصحة إلى القديم.

وقيل: إن شرط الزوج، فسد، وإن شرطت، فلا، حكاه البغوي، وإذا صححنا، فالمهر في الصورتين ألفان.

السبب الثالث: تفريق الصفقة. فإذا أصدقها عبدًا على أن ترد إليه مئة أو ألفان، وصورته أن يقول للولي: زوجني بنتك وملّكني كذا من مالها بولاية أو وكالة بهذا العبد، فيجيبه إليه أو يقول الولي: زوجتك بنتي وملكتك كذا من مالها بهذا العبد، فيقبل الزوج، فهذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع. وفي صحة البيع والصداق قولان: أظهرهما: الصحة. ويصح النكاح قطعًا إلا على القول الشاذ السابق أن النكاح يفسد بفساد الصداق. فإذا أبطلنا البيع والصداق، فلها مهر المثل. وإذا صححناهما، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن. فإذا كان مهر مثلها ألفًا والثمن ألفًا، والعبد يساوي ألفين، فنصفه مبيع ونصفه صداق. فإن طلقها قبل الدخول، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد. وإن فسخ النكاح بعيب ونحوه، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد. ولو تلف العبد قبل القبض، استردت الألف، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الأظهر، ونصف قيمة العبد على الثاني.

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيبًا ورده، استرد المبيع وهو نصف العبد، ويبقى لها النصف الآخر. ولو وجدت العبد معيبًا فردته، استردت الثمن، وترجع في الصداق إلى مهر المثل على الأظهر، ونصف القيمة على الثاني. ولو أرادت أن ترد أحد النصفين وحده، جاز على الأصح لتعدد العقد. والثاني: المنع لتضرر التبعيض. ولو قال: زوجتك بنتي أو جاريتي، وبعتك عبدها أو عبدي بكذا، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة. فإن صححناهما، وزع العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد، فما خص مهر المثل فهو صداق. وإذا وجد الزوج بالعبد عيبًا، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل، لأن المسمى صحيح. وإن رد العبد بعيب، أو فسخ النكاح قبل الدخول بعيب، رجع إليه جميع العوض المذكور.

وإن خرج العوض المعين مستحقًا، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الأظهر. وعلى الثاني: إلى حصة الصداق منه.

فرع: لبنته مئة درهم، فقال لرجل: زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك، فالبيع والصداق باطلان، نص عليه في «الأم» لأنه ربا، فإنه مسألة مد عجوة. فلو كان من أحد الطرفين دنانير، كان جمعًا بين صداق وصرف، وفيه القولان.

فصل: جمع نسوة في عقد بصداق واحد، وهذا يتصور عند اتحاد الولي، بأن يكون له بنات بنين، أو إخوة، أو أعمام، أو معتقات. ويتصور مع تعدد الولي، بأن وكل أولياء نسوة رجلًا، فالنكاح صحيح. وفي الصداق طريقان: أحدهما: القطع بفساده. وأصحهما: على قولين. أظهرهما: فساده. ويجري الطريقان فيما لو خالع نسوة على عوض واحد، هل يفسد العوض؟ وأما البينونة، فتحصل قطعًا.

ونص الشافعي، أنه لو اشترى عبيدًا لملاك صفقة من المالكين، أو وكيلهم، بطل البيع. ولو كانت عبيدًا بعوض واحد، صحت الكتابة. واختلفوا في البيع والكتابة، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان، على أربع طرق: أحدها: طرد القولين فيهما. والثاني: يفسد البيع. وفي الكتابة قولان: والثالث: تصح الكتابة. وفي البيع قولان: والرابع: تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت.

السبب الرابع: أن يتضمن إثبات الصداق رفعه.

نقدِّمُ عليه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون، فإما أن يصدق من مال الابن، وإما من مال نفسه. فإن أصدق من مال الابن، فالكلام في أنه هل يصير ضامنًا للصداق إذا كان دينًا؟ وهل يرجع إذا غرم على ما سبق في الطرف السادس من باب بيان الأولياء؟ فإن تطوع وأدّاه من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول، فهل يرجع النصف إلى الأب أم إلى الابن؟ فيه طريقان: أحدهما وبه قال الداركي: إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصداق ثم طلق قبل الدخول، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منه، أم إلى الأجنبي المتبرع؟ والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور: أنه يعود إلى الابن، وفرقوا بينه وبين الأجنبي، بأن الأب يتمكن من تمليك الابن فيكون موجبًا قابلًا قابضًا مقبضًا، فإذا حصل الملك، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق، والأجنبي بخلافه. فإن كان الابن بالغًا، وأدى الأب عنه، فكالأجنبي.

والأصح في صورة الأجنبي، عود النصف إلى الأجنبي، قاله الإمام: فإذا قلنا: يعود إلى الابن الذي طلق، فإن كان ما أخذه بالطلاق بدل ما أخذته، فلا رجوع للأب، وإن كان عين المأخوذ، فقيل: لا رجوع قطعًا. وقيل: على الوجهين فيمن وهب لابنه عينًا فزال ملكه عنها ثم عاد، والمذهب المنع. فإن كان الابن بالغًا، فقيل: كالصغير. وقيل بالمنع قطعًا، لأنه ليس للأب تمليكه، فالأداء عنه محض إسقاط. أما إذا أصدقها الأب من مال نفسه، فيجوز ويكون تبرعًا منه على الابن. قال البغوي: سواء كان عينًا أو دينًا. ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل الدخول، عاد الخلاف فيمن يرجع إليه النصف. فإن قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن، فإن

كان أصدقها عينًا وبقيت بحالها فرجع النصف إليه،فهل للأب الرجوع؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد. وإن أصدقها دينًا، قال البغوي: فلا رجوع فيما حصل، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئًا في الذمة ثم أدّاه من ماله ثم وجد الابن بالمبيع عيبًا فرده، يسترد الثمن ولا يرجع الأب فيه، بخلاف ما لو خرج المبيع مستحقًا يعود الثمن إلى الأب، لأنه بان أنه لم يصح الأداء. ولو ارتدت المرأة قبل الدخول، فالقول فيمن يعود إليه كل الصداق وفي رجوع الأب فيه إذا عاد إلى الابن، كالقول في النصف عند الطلاق.

إذا عرفت هذه المقدمة، فمن مفسدات الصداق أن يلزم من إثباته رفعه، وذلك إما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح، وإما بغير هذا التوسط. مثال القسم الأول، أذن لعبده أن ينكح حرة ويجعل رقبته صداقًا لها ففعل، لا يصح الصداق، لأنه لو صح لملكت زوجها وانفسخ النكاح، وارتفع الصداق، ولا يصح أيضًا النكاح لأنه قارنه ما يضاده، وفي صحته احتمال لبعض الأئمة.

ولو أذن له في نكاح أمة، ويجعل رقبته صداقها، ففعل، صح النكاح والصداق، لأن المهر للسيد لا لها. فلو طلقها قبل الدخول، بني على ما إذا باع السيد عبده بعدما نكح بإذنه ثم طلق العبد المنكوحة بعد أداء المهر وقبل الدخول، إلى من يعود النصف؟ وفيه أوجه: أصحها: إلى المشتري، سواء أدّاه البائع من مال نفسه أو من كسب العبد، قبل البيع أو بعده، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق، والطلاق في ملك المشتري، فأشبه سائر الأكساب. والثاني: يعود إلى البائع بكل حال. والثالث: إن أداه البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع، عاد إلى البائع، وإن أدى من كسبه بعد البيع، عاد إلى المشتري، ولو فسخ أحدهما النكاح بعيب، أو ارتدت، أو عتقت وفسخت، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة، فحيث نقول بالعود إلى البائع، يعود هنا إلى المعتق، وحيث جعلناه للمشتري، يكون هنا للعتيق. فإن قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها لمالك الأمة. وإن قلنا بالعود إلى البائع، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق، ولو ارتدت أو فسخت بعيب، عاد الكل إليه.

ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول، أو فسخت أو ارتدت، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق، وجميعها في الفسخ والردة، ويكون ذلك للزوج العتيق على الأصح، ولسيده الأول على الوجه الآخر. ولو قبل

نكاح أمة لعبده الرضيع على قولنا: يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح، فالعبد يبقى لمالك الأمة على الأصح. وعلى الوجه الآخر: يعود إلى سيده الأول. ولو ارتضع الصغير بنفسه، فهو كالطلاق قبل الدخول. ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول، أو حصلت ردة، أو فسخت، فعلى الوجه المقابل للأصح: يجب عليه لسيد العبد الأول نصف قيمة العبد في صورة الطلاق، وجميع قيمته في سائر الصور. وأما على الوجه الأصح، فقد أطلق في «التهذيب» أنه لا شيء عليه. وقال الشيخ أبو علي: يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجميعها، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبدًا لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ، وهذا هو الصواب، وليتأول ما في «التهذيب» على أنه لا شيء عليه للسيد الأول. ولو باع الأمة ثم طلق، أو فسخت، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الأول.

مثال القسم الثاني: كانت أم ابنه الصغير في ملكه، بأن استولد أمة غيره بنكاح، ثم ملكها هي وولدها، فيعتق عليه الولد دونها. فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة، لم يصح الصداق، لأن ما يجعله صداقًا يدخل في ملك الابن أولًا، ثم ينتقل إلى المرأة، ولو دخلت في ملكه، لعتقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة، فيصح النكاح ويفسد الصداق، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها؟ هذا ما ذكره الأصحاب. وقد ذكرنا خلافًا فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير، ثم بلغ وطلق قبل الدخول، لأن النصف يرجع إلى الأب أو إلى الابن. فمن قال: إلى الأب، فقد ينازع في قولهم: لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن.

السبب الخامس: تفريط الولي في قدر المهر. فإذا قبل لابنه الصغير أو المجنون نكاحًا بمهر المثل أو دونه، أو بعين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه، صح. وإن قبله بأكثر من مهر المثل، فالصداق فاسد. وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر، أو الصغيرة أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل، فسد الصداق. وفي النكاح في المسألتين قولان: أظهرهما: صحته كسائر الأسباب المفسدة، ويجب مهر المثل. وفيما إذا أصدقها عينًا وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل. والقول الثاني: لا يصح النكاح، لأنه ترك مصلحة المولى عليه، فصار كترك الكفاءة. ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه، ففيه احتمالان للإمام: أحدهما: يفسد المسمى، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن، ثم يكون متبرعًا بالزيادة. والثاني: يصح وتستحق المرأة المسمى، لأنه لا ضرر على الابن، بل إذا لم

نصححه أضررنا به، فإنه مهر المثل في ماله، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي، ورجح المتولي والسرخسي في «الأمالي» الاحتمال الأول، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبدًا لنفسه، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز.

فصل: إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك، فعن الشافعي أنه قال في موضع: المهر مهرُ السرّ، وفي موضع: العلانية. وللأصحاب طريقان: أحدهما: إثبات قولين: وفي موضعهما وجهان: أحدهما: موضعهما إذا اتفقوا على ألف، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين. أظهر القولين وجوب ألفين بجريان اللفظ الصريح بهما. والثاني: الواجب ألف عملًا باصطلاحهما. والوجه الثاني: إثبات قولين مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاءً بقصدهم. قال الإمام: وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ. فلو قال الزوج لزوجته: إذا قلتُ: أنت طالق ثلاثًا، لم أرد به الطلاق، وإنما غرضي أن تقومي وتقعدي، وأُريد بالثلاث واحدة، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك. وفي وجه: الاعتبار بما تواضعا عليه.

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الإتفاق في السر، أهو مجرد التراضي والتواعد؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية؟ منهم من يشعر كلامه بالأول، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان. قال البغوي: وخرَّج بعضهم من هذا، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد، وقد سبق بيان هذا التخريج. والطريق الثاني وهو المذهب: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال: المهر مهر السر، أراد إذا عقد في السر بألف، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملًا وهم متفقون على بقاء العقد الأول. وحيث قال: المهر مهر العلانية، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفًا، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد.

ونقل الحناطي وغيره في المسألة نصًا ثالثًا، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى، وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف. والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة.

السبب السادس: مخالفة الآمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذنها تقدير المهر، ولا ذكره. لكن لو قدرت فقالت: زوجني بألف مثلًا، فزوجها الولي أو وكيله بخمسمائة، لم يصح النكاح، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي

بلا مهر أو مطلقًا. وقيل: في صحة النكاح في صورة الولي قولان: ولو قالت لوكيل الولي: زوجني ولم تتعرض للمهر، فزوجها بدون مهر المثل، فسد النكاح على المذهب. وقيل: قولان: أحدهما: يفسد. والثاني: يصح بمهر المثل. وذكر البغوي هذين الطريقين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقًا، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل. وإذا قلنا: لا يصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر، ففيه احتمالان للإمام: أحدهما: لا يصح النكاح أيضًا، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفًا. وأصحهما: يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن. ولو أذنت للولي في التزويج مطلقًا، فزوج بدون مهر المثل أو بلا مهر، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس. أظهرهما: الصحة. وقيل: يفسد قطعًا كالوكيل. ولو قالت للولي أو للوكيل: زوجني بما شاء الخاطب، فقال المأذون له للخاطب: زوجتكها بما شئت، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب، فقد زوجها بمجهول، فيصح النكاح بمهر المثل. وإن عرف، فوجهان: أصحهما: صحة المسمى لعلمها به. والثاني: يصح النكاح بمهر المثل، وبه قال القاضي حسين لإبهام اللفظ.

فرع: قال الولي للوكيل: زوجها من شاءت بكم شاءت، فزوجها برضاها بغير كفءٍ بدون مهر المثل، صح. ولو قال: زوجها بألف فزوجها بخمسمائة برضاها، قال المتولي: الصحيح صحة النكاح، لأن المهر حقها. وقيل: لا يصح لأنه باشر غير ما وكل فيه.

فرع: جاء رجل وقال: أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا، فصدقه الولي والمرأة، وجرى النكاح، وضمن الوكيل الصداق، ثم إن فلانًا أنكره وصدقناه باليمين، فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن مطالبة الأصل سقطت والضامن فرعه. وأصحهما: وهو محكي عن نصه في «الإملاء»: أنه يطالب بنصف الصداق، لأن المال ثابت عليهما بزعمه، فصار كما لو قال: لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنه، فأنكر عمرو، يجوز لزيد مطالبة الضامن.

فرع: في «فتاوى البغوي» أنه إذا قال الولي للوكيل: لا تزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق فلانًا، أو يتكفله فلان، صح وعلى الوكيل الإشتراط. فإن أهمله، لم يصح النكاح. ولو قال: زوجها بكذا وخذ به كفيلًا، فزوجها بلا شرط، صح النكاح لأنه أمره بأمرين امتثل أحدهما. وإن قال: لا تزوجها إذا لم يتكفل فلان، ينبغي أن لا يصح التوكيل، لأن الكفالة تتأخر عن النكاح، وقد منع العقد إلا بها، وأنه إذا قال للوكيل: زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية، فزوجها الوكيل بألف، لم

يصح. ولو قال: زوجها بخمر أو خنزير أو مجهول، فزوجها بألف درهم، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل، أو أكثر، صح النكاح والمسمى، وإلا، فلا.

الباب الثالث: في التفويض وحكم المفوضة:

التفويض: أن تجعل الأمر إلى غيره. ويقال: إنه الإهمال. ومنه قوله:

لا يصلح الناس فوضى...

وسميت المرأة مفوِّضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، أو لأنها أمهلت المهر. ومفوَّضة، بفتح الواو، لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج. وفي الباب طرفان:

أحدهما: في صورة التفويض. والثاني: في حكمه.

أما الأول: فالتفويض ضربان: تفويض مهر، وتفويض بضع. فتفويض المهر أن تقول لوليها: زوجني على أن المهر ما شئتَ أو ما شئتُ أنا، أو ما شاء الخاطب، أو فلان، فإن زوجها على ما ذكرت من الإبهام، فحكمه ما سبق في آخر الباب السابق. وإن زوجها بما عين المذكور مشيئته، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل. وإن زوجها بلا مهر، فهل يبطل النكاح، أم يصح بمهر المثل؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل، وليس النكاح في هذه الصور خاليًا عن المهر، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب.

وأما تفويض البضع، فالمراد به: إخلاء النكاح عن المهر، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة، ثيبًا كانت أو بكرًا: زوجني بلا مهر أو على أن لا مهر، فيزوجها الولي وينفي المهر، أو يسكت عنه. ولو قالت: زوجني وسكتت عن المهر، فالذي ذكره الإمام وغيره، أن هذا ليس بتفويض، لأن النكاح يعقد غالبًا بمهر، فيحمل الإذن على العادة، فكأنها قالت: زوجني بمهر، ويوافق هذا ما سبق. وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضًا. ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة: زوجتها بلا مهر، أو زوجها ساكتًا عن المهر.

ولو أذنت الحرة لوليها في التزويج، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره، وزوجها الولي كذلك، فوجهان: أحدهما: بطلان النكاح. وأصحهما: صحته. وعلى هذا، هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل، أم يلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضًا صحيحًا؟ وجهان: وبالأول قال أبو إسحاق، لأنه شرط فاسد، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل. ولو زوجها الولي ونفى

المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل، فهو كما لو نقص عن مهر المثل. فإن كان مجبرًا، فهل يبطل النكاح، أم يصح بمهر المثل؟ قولان: وإن كان غير مجبر، فهل يبطل قطعًا أم على القولين؟ فيه طريقان، وقد سبق جميع هذا.

فرع: لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه، ولا الصبية المميزة. وإذا قالت السفيهة: زوجني بلا مهر، استفاد به الولي الإذن في النكاح ولغا التفويض.

فرع: نكحها على أن لامهر لها ولا نفقة، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفًا، فهذا أبلغ في التفويض. ولو قالت للولي: زوجني بلا مهر، فزوجها بمهر المثل من نقد البلد، صح المسمى. وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد، لم يلزم المسمى، وكان كما لو نكحها تفويضًا.

الطرف الثاني: في حكم التفويض، وفيه مسائل: إحداها: هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد، أم لا يجب بنفس العقد؟ فيه قولان: أظهرهما: الثاني. فعلى هذا، إذا وطئها، وجب مهر المثل على الصحيح. وعن القاضي حسين تخريج وجه: أنه لا يجب، خرجه من وطء المرتهن المرهونة بإذن الراهن، ظانًا الإباحة، والجامع حصول الإذن من مالك البضع، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله ما إذا جددت إذنًا في الوطء وصرحت بنفي المهر. قال الإمام: والقياس أن لا يشترط تجديد الإذن، قال: وقد رأيت في بعض المجموعات ما يدل عليه، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل، فهل تعتبر حالة الوطء، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء؟ فيه وجهان: أو قولان: أظهرهما: الثاني.

الثانية: مات أحد الزوجين قبل الفرض والمسيس، فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شيء؟ فيه خلاف مبني على حديث بَرْوَع بنت واشق، أنها نكحت بلا مهر، فمات زوجها قبل أن يفرض لها، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها والميراث، فقيل: إن ثبت الحديث، وجب المهر، وإلا فقولان: وقيل: إن لم يثبت، فلا مهر، وإلا فقولان: وقيل: إن ثبت، وجب، وإلا، فلا، وهو ظاهر لفظ «المختصر». وقيل: قولان وهو الأصح، وبه قال العراقيون والحليمي، واختلفوا في الأظهر منهما، فرجح صاحب«التقريب» والمتولي، الوجوب. ورجح العراقيون والإمام والبغوي والروياني، أنه لا يجب.

فإن أوجبنا، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد، أم يوم الموت، أم أكثرهما؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الحناطي.

الثالثة: طلقها قبل الدخول، إن كان فرض لها، تشطر المفروض كالمسمى في العقد، وإن لم يكن فرض لها، فلا يشطر على المذهب، وبه قطع الأصحاب. وعن

الشيخ أبي محمد والمتولي، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا؟ قال الإمام: لايعتدّ بهذا، ولا يلتحق بالوجوه الضعيفة.

الرابعة: إذا قلنا: لايجب المهر للمفوضة بالعقد، فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المسيس. وإن أوجبناه بالعقد، فمن قال: يشطر بالطلاق قبل المسيس، قال: ليس لها طلب الفرض، لكن لها طلب المهر نفسه، كما لو وطئها ووجب مهر المثل، تطالب به لا بالفرض. ومن قال: لا يتشطر. قال: لها طلب الفرض ليتقرر الشطر فلا يسقط بالطلاق، وهذا هو المذهب. ولها حبس نفسها للفرض، وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض؟ قال البغوي والروياني: نعم كالمسمى: وحكى الإمام عن الأصحاب المنع، وبه قطع الغزالي لأنها سامحت بالمهر، فكيف تضايق في تقديمه.

فرع: الفرض يوجد من الزوج، أو القاضي، أو أجنبي.

الضرب الأول: إذا فرض الزوج، نظر، إن لم ترض به المرأة، فكأنه لم يفرض وفيما علق عن الإمام، أنه لا يشترط القبول منها، بل يكفي طلبها وإسعافه، وليكن هذا فيما إذا طلبت عينا أو مقدرًا فأجابها، أما إذا أطلقت الطلب، فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره. أما إذا تراضيا على مهر، فينظر، إن جهلا قدر مهر المثل، أو جهله أحدهما، ففي صحة الفرض قولان: أظهرهما عند الجمهور: صحته وهو نصه في«الإملاء» والقديم. وإن كانا عالمين به، صح ما فرضاه. ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح، ويجوز أن يكون زائدًا على مهر المثل إن كان من غير جنسه، وكذا إن كان منه على المذهب.

الضرب الثاني: فرض القاضي، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض، أو تنازعا في قدر المفروض، فيفرضه، ولا يفرض إلا من نقد البلد حالا. ولو رضيت بالأجل، لم يؤجل، بل تؤخر هي إن شاءت، ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص، كما في قيم المتلفات. ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد، لا اعتبار به، ويشترط علمه بقدر مهر المثل. قال الشيخ أبو الفرج: وإذا فرض، لم يتوقف لزومه على رضاهما، لأنه حكم منه، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه الى رضى الخصمين.

الضرب الثالث: فرض الأجنبي. فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهرًا يعطيه من مال نفسه برضاها، لم يصح على الأصح. فإن صححنا، طالبت الأجنبي بالمفروض، وسقطت المطالبة عن الزوج. وعلى هذا، لو طلقت قبل الدخول، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم الى الأجنبي؟ فيه الوجهان السابقان فيما إذا

تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه.

فرع: أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والمسيس، فإن قلنا: يجب المهر بالعقد، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل، فإن جهلته، ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان سبقا في «الضمان»: أظهرهما: المنع. فإن منعنا، فذلك فيما زاد على المتيقن. وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة.

وإن قلنا: لا يجب المهر بالعقد، فهو إبراء عما لم يجب، وجرى سبب وجوبه. وفي صحته قولان كالقولين في ضمانه: أظهرهما: فساده، فحصل أن المذهب فساد إبرائها.

ولو أسقطت حق الفرض، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق، فهو إبراء عما لم يجب. وإن أبرأت بعدُ، فإبراء عن مجهول.

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير، فأبرأته عن المسمى، فهو لغو، لأن الواجب غيره. وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالمة به، صح.

فرع: لزوجته عليه مهر تيقن أنه لا ينقص عن ألف، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين، ورغبا في البراءة، فينبغي أن تبرئه عن ألفين، ذكره البغوي. ولو قبضت ألفًا، وأبرأته من ألف إلى ألفين، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين، فالبراءة حاصلة، وإن بان فوق الألفين، فعليه الزيادة، وحصلت البراءة من ألفين، والقول بحصول براءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين، تفريع على أنه إذا قال: ضمنت من واحد إلى عشرة، أو أبرأت، صح الضمان والإبراء، وهو الأصح. ولو دفع الزوج إليها ألفين، وحلل لها ما بين ألف وألفين، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين. وإن بان دون ألف، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف، لأنه لم يدخل في التحليل، ويحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء، أو الإسقاط والعفو. وأما من جهة الزوج، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان. فإن تصرفت في المدفوع وصار دينًا، جرت فيه الألفاظ.

فرع: قال لمن عليه ألف درهم: أبرأتك عن ألف درهم، ثم قال: لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء، لا يقبل قوله في الظاهر. وفي الباطن وجهان: قال الإصطخري: لا يقبل أيضًا لأنه ورد على محل حقه. وقال غيره: يقبل، والخلاف مأخوذ مما إذا باع مال أبيه ظانًا حياته فبان ميتًا.

فصل: ذكرنا أن المفروض فرضًا صحيحًا، كالمسمى في العقد، حتى يتشطر بالطلاق قبل الدخول. فلو فرض فاسدًا كخمر، لغا، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد، فإنها تشطره.

فرع: نكح ذمي ذميةً على أن لا مهر، وترافعا إلينا، حكمنا بحكمنا في المسلمين.

فصل: في بيان مهر المثل: ويحتاج إليه في مواضع:

منها: المفوضة، وفي التفويض الفاسد، وفي التسمية الفاسدة، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا: يوزع على مهور أمثالهن، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا، وفيه مسائل:

إحداها: مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها، والركن الأعظم في الباب النسب، وينظر إلى نساء عصباتها، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت، والعمة وبنت العم، ولا ينظر إلى ذوات الأرحام، ويراعى في نساء العصبة قرب الدرجة، وأقربهن الأخوات من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنات الاخوة من الأبوين، ثم من الأب، ثم العمات كذلك، ثم بنات الأعمام. فإن تعذر اعتبار نساء العصبة، اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والخالات، وتقدم القربى فالقربى من الجهات، وكذا تقدم القربى فالقربى من الجهة الواحدة كالجدات. ولا يتعذر اعتبار نساء العصبة بموتهن، بل يعتبر بعد موتهن، وإنما يتعذر بفقدهن من الأصل، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن، أو لأنهن لم ينكحن. فإن تعذرت ذوات الأرحام، اعتبرت بمثلها من الأجنبيات، وكذا إن لم يكن نسبها معلومًا، وتعتبر العربية بعربية مثلها، والأمة بأمة مثلها، وينظر إلى شرف سيدها وخِسّته، ومهر المعتقة بمعتقة مثلها. وفي وجه: تعتبر المعتقة بنساء الموالي.

الثانية: يعتبر مع ما ذكرناه البلد. فإذا كان نساء عصباتها ببلدتين هي في إحداهما، اعتبر بعصبات بلدها. فإن كن كلهن ببلدة أُخرى، فالاعتبار بهن لا بأجنبيات بلدها، وتعتبر المشاركة في الصفات المرغبة، كالعفة، والجمال، والسن، والعقل، واليسار، والبكارة، والعلم، والفصاحة، والصراحة، وهي أن تكون شريفة الأبوين، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض. وفي وجه: لا اعتبار باليسار وهو بعيد، ومتى اختصت بصفة مرغبة، زيد في مهرها. وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله، نقص من المهر بقدر ما يليق به.

الثالثة: المعتبر غالب عادة النساء المعتبرات. فلو سامحت واحدة منهن، لم يلزم الباقيات المسامحة، إلا أن يكون لنقص دخل النسب وفترت الرغبات.

الرابعة: مهر المثل يجب حالًا من نقد البلد، كقيمة المتلفات. وإن رضيت بالتأجيل، لا يوجبه الحاكم مؤجلًا، لكن لها أن تسامح بالإنظار. فإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل، لم يؤجل الحاكم أيضًا لكن ينقص ما يليق بالأجل. وإن جرت عادتهن بمسامحة العشيرة دون غيرهم، خففنا مهر

هذه في حق العشيرة دون غيرها. وكذا لو كن يخففن، إذا كان الزوج شريفًا، خفف في حق الشريف دون غيره. وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف. وقيل: مهر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالإتلاف، والصحيح الأول.

فرع: تقادم العهد لا يسقط مهر المثل عندنا.

فرع: الوطء في النكاح الفاسد، يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة، ولا يعتبر يوم العقد، إذ لا حرمة للعقد الفاسد.

فرع: إذا وطىء مرارًا بشبهة واحدة، أو في نكاح فاسد، لم يجب إلا مهر واحد. ولو وطىء بشبهة، فزالت تلك الشبهة، ثم وطىء بشبهة أخرى، وجب مهران. ولو أكرهها على الزنا، وجب بكل وطأة مهر، لأن الوجوب هنا بالإتلاف، وقد تعدد. ولو وطىء الأب جارية الابن مرارًا من غير إحبال، فقيل: يجب بكل وطءٍ مهر. والأصح أنه لا يجب إلا مهر واحد، لأن شبهة الإعفاف تعم الوطآت، وخصص البغوي الوجهين بما إذا اتحد المجلس، وجزم بالتكرار عند اختلاف المجلس. ووطء الشريك المشتركة، والسيد المكاتبة مرارًا، كوطآت جارية الابن. وإذا وجب مهر واحد بوطآتٍ، اعتبر أكمل الأحوال.

الباب الرابع: في تشطر الصداق: بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين، وفي الباب أطراف:

الطرف الأول: في موضع التشطر وكيفيته.

أما موضعه، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع. وفيما إذا طلقت نفسها بتفويضه إليها، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها، وبكل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها، أو قذفها ولاعن. فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها، بأن أسلمت أو ارتدت، أو فسخت النكاح بعتق أو عيب، أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة، أو فسخ النكاح بعيبها، فيسقط جميع المهر، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح.

فرع: إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول، فالقول في التشطر سبق. وأما غير المفوضة، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره، سواء فيه المسمى الصحيح في العقد، والمفروض بعده، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد.

فصل: وأما كيفية التشطر، ففيها أوجه: الصحيح أنه يعود إليه نصف الصداق بنفس الفراق. والثاني: أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة. والثالث: لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي. وحكى العبادي، أن أبا الفضل القاشاني الزاهد، حكى الثالث قولًا قديمًا. وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولًا أو وجهًا، فإذا قلنا: يثبت الملك بالاختيار، فطلقها على أن يسلم لها كل الصداق، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه، فيسلم لها جميعه. وعلى الصحيح يلغو قوله، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء. ولو طلق ثم قال: أسقطت خياري، وقلنا: الطلاق يثبت الخيار، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين. أحدهما: يسقط كخيار البيع. وأرجحهما: لا، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع، ولم يجر هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصداق. ويجوز أن يسوي بين الصورتين. ولو حدثت زيادة في الصداق بعد الطلاق، فعلى الوجه الأول: الصحيح نصفها للزوج، وعلى الثاني: إن حدثت قبل اختيار التملك، فالجميع للزوجة كالحادث قبل الطلاق، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة، فإن كانت متصلة وقلنا بالأول، فالنصف بزيادته للزوج. وإن قلنا بالثاني، فوجهان: أصحهما: كذلك. والثاني: يمنع الرجوع إلا برضاها. وإن حدث نقص، فإن قلنا: يملك بالاختيار، فإن شاء أخذه ناقصًا بلا أرش، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحًا. وإن قلنا: يملك بنفس الطلاق، فإن وجد منها تعدٍّ، بأن طالبها برد النصف، فامتنعت، فله النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه، فعليها الضمان. وإن لم يوجد تعدٍّ، فوجهان: أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والروياني: أنها تغرم أرش النقص. وإن تلف، غرمت البدل لأنه مقبوض عن معاوضة كالمبيع في يد المشتري بعد الإقالة. وفي «الأم» نص يشعر بأنه لا ضمان، وبه قال المراوزة، لأنه في يدها بلا تعدّ، فأشبه الوديعة. فعلى الأول، لو قال الزوج: حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان، وقالت: قبله ولا ضمان، فأيهما المصدق؟ وجهان: أصحهما: المرأة، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ. ولو رجع كل الصداق إليه بردتها، أو فسخ وتلف في يدها، فمضمون عليها كالبيع ينفسخ بإقالة أو ردّ بعيب. قال الإمام: وحكم النصف عند ردته كالطلاق.

فرع: إذا قلنا: يملك بالاختيار، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل الاختيار؟ وجهان حكاهما الإمام. قال: القياس أنها تملك كما قبل الطلاق، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب.

فرع: إذا كان الصداق دينًا، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح، وعند

الاختيار: على الثاني، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه؟ أم يتعين حقه فيه لتعينه بالدفع؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

الطرف الثاني: في تغير الصداق قبل الطلاق. إذا أصدقها عينًا، ثم طلقها قبل الدخول، فإن كانت تالفة، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة. وإن كانت باقية، فإن لم يحدث فيها تغير، رجع في نصفها كما سبق. وإن حدث تغيّر وهو مقصود الفصل، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما، فهي ثلاثة أقسام: الأول: نقص محض وهو نوعان: نقص صفة ونقص جزء.

النوع الأول: نقص الصفة كالعمى والعور، ونسيان الصنعة، وهو ضربان: حادث في يدها، وحادث في يده.

الضرب الأول: أن يحدث في يدها، فالزوج بالخيار، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليمًا، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش. هذا قول الأصحاب. قال الإمام: ويحتمل أن يقال: يجب الأرش، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهان.

الضرب الثاني: أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت، فله عند الطلاق نصفها ناقصًا، ولا خيار له ولا أرش، لأنه نقص وهو من ضمانه، لكن لو حدث النقص بجناية وأخذت الأرش، فهل له نصف الأرش، لأنه بدل الفائت أم لا شيء له من الأرش كزيادة منفصلة؟ فيه وجهان: أصحهما: الأول.

النوع الثاني: نقص جزء، بأن أصدقها عبدين وقبضهما، فتلف أحدهما في يدها ثم طلقها، فثلاثة أقوال: أظهرها: يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمة التالف. والثاني: أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتهما. والثالث: يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف، وبين أن يأخذ نصف قيمة العبدين.

القسم الثاني: زيادة محضة وهي صنفان: منفصلة ومتصلة.

الصنف الأول: أما المنفصلة، كاللبن، والولد، والكسب، فيسلم للمرأة ـ سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج، ويختص الرجوع بنصف الأصل. ثم في «الشامل» و«التتمة»: إن قولنا: يرجع بنصف الأصل ويبقى الولد لها، مفروض في غير الجواري، وليس له الرجوع في في نصف الجارية لأنه يتضمن التفريق بين الأم والولد، بل يرجع إلى القيمة. فإن وافقته الزوجة ورضيت برجوعه إلى نصف الأم، فهو كالتفريق بين الأم والولد بالبيع.

الصنف الثاني: الزيادة المتصلة، كالسمن، وتعلم صنعة، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف، بل يخير الزوجة. فإن أبت، رجع إلى نصف القيمة بغير

تلك الزيادة. وإن سمحت، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة. وحكى الحناطي وجهًا، أنه لا يجبر للمنّة، والصحيح الأول. قال الأصحاب: لا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع. فأما في سائر الأصول، كالمبيع في يد المفلس، والموهوب في يد الولد، والمردود بالعيب في البيع، فلا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع، بل يستقلون بالرجوع معها، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه. فإن رفع من أصله، فكأنه لا عقد. وإن رفع من حينه، فالفسخ مشبه بالعقد، والزيادة تتبع الأصل في العقد، فكذا في الفسخ، وعود الشطر بالطلاق ليس فسخًا، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق، عاد النصف إليه لا إلى السيد، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقًا. وفرق أبو إسحاق بين الصداق وصورة الإفلاس، بأن غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء، وهنا إذا لم تسلم العين، سلمت القيمة بتمامها، فلا ضرر، حتى لو كانت محجورًا عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى المضاربة، قال: يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها. وعوَّل الأكثرون على الفرق الأول، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجورًا عليها، واعتبروا في الرجوع حينئذٍ رضاها ورضى الغرماء. وحكى الإمام وجهًا أن كونها محجورًا عليها، يمنع الرجوع وإن لم تكن زيادة، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق.

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج، فينظر فيه، إن كان سببه عارضًا كالرضاع وردتها، فكذلك الحكم. وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة. وإن كان السبب مقارنًا كالفسخ بعيبه أو عيبها، فالذي قطع به الجمهور، أنه يعود بزيادته إلى الزوج، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب. وقال المتولي: إن قلنا في الفسخ بعد الدخول: يبقى المسمى لها، فهو كما لو كان السبب عارضًا. وإن قلنا: يوجب مهر المثل، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع أصله، أم لا؟ فيه خلاف. إن قلنا: لا، فالحكم كما سبق، وإن قلنا: نعم، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة.

فرع: إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص، ولا يقال: يرجع بقيمة النصف. ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف، وهو تساهل في العبارة، والصواب ما ذكرنا، لأن التشقيص عيب.

القسم الثالث: إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معًا، إما بسبب واحد، بأن

أصدقها عبدًا صغيرًا فكبر، فإنه نقص بسبب نقص القيمة، ولأن الصغير يدخل على النساء، ولا يعرف الغوائل، ويقبل التأديب والرياضة، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار، وحفظ ما يستحفظه. وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها.

وإما بسببين، بأن أصدقها عبدًا فتعلم القرآن واعورّ، فيثبت لكل منهما الخيار، وللزوج أن لا يقبل العين لنقصها، ويعدل إلى نصف القيمة، ولها أن لا تبذلها لزيادتها وتدفع نصف القيمة. فإن اتفقا على رد العين، جاز، ولا شيء لأحدهما على الآخر. وليس الاعتبار بزيادة القيمة، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد.

فرع: أصدقها جارية حائلًا، فحبلت في يدها وطلقها قبل الدخول، فهو زيادة من وجه ونقص من وجه، للضعف في الحال، ولخطر الولادة. فإن لم يتفقا على نصف الجارية، فالمعدول إليه نصف قيمة الجارية، وليس لأحدهما إجبار الآخر. وحكى الحناطي وجهًا، أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملًا بناءً على أن الحمل لا يعرف، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضًا إذا رغب الزوج في نصفها حاملًا، والصحيح الأول. وأما الحمل في البهيمة، فكالجارية. وقيل: زيادة محضة، إذ لا خطر فيه، والأول أصح، لأنه لا يحمل عليها حاملًا ما يحمل حائلًا، ولأن لحم الحامل أردأ.

فرع: أصدقها أرضًا فحرثتها، فإن كانت الأرض معدَّة للزراعة، فزيادة محضة. وإن كانت معدّة للبناء، فنقص محض، فحينئذٍ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها، مكن، وإن أبى، رجع إلى نصف القيمة بلا حراثة. وإن زرعتها، فنقص محض، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد، فذاك. قال الإمام: وعليه إبقاؤه بلا أجرة، لأنها زرعت ملكها الخالص. وإن رغب فيها الزوج وامتنعت، أجبرت. وإن رغبت هي، فله الامتناع، ويأخذ نصف قيمة الأرض. فإن قالت: خذ نصف الأرض مع نصف الزرع، ففي إجباره طريقان: أحدهما: وجهان كما سنذكره إن شاء الله تعالىٰ في الثمار. والثاني: القطع بالمنع، لأن الزرع ليس من عين الصداق، بخلاف الثمرة، والمذهب المنع كيف كان. وإن طلقها بعد الحصاد، وبقي في الأرض أثر العمارة، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة، فهي زيادة محضة ولو غرستها، فكما لو زرعتها. لكن لو أراد أن يرجع في نصف الأرض ويترك الغراس، ففيه وجه أنها لا تجبر، لأن الغراس للتأبيد. وفي إبقائه في ملك الغير ضرر. ولو طلقها والأرض مزروعة أو مغروسة،

فبادرت بالقلع، نظر، إن بقي في الأرض نقص لضعفها بهما وهو الغالب، فهو على خيرته، وإلا انحصر حقه في الأرض.

فصل: أصدقها نخيلًا حوائل، ثم طلقها وهي مطلعة، فليس له أخذ نصف الطلع قهرًا، ولا نصف العين قهرًا، لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهرًا. فإن رضيت بأخذه نصف النخل والطلع، أجبر على المذهب. وقيل: وجهان كالثمرة المؤبرة، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة، ففيها مسائل:

إحداها: ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين. فلو بادرت بقطعها، أو قالت: اقطعها ليرجع، فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان.

الثانية: أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت، أجبرت على الأصح عند الجمهور، منهم العراقيون، وبه قطع البغوي، لأن الأشجار في يدها كسائر الأموال المشتركة. ورجح المتولي منع الإجبار، وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي، لأنها قد لا ترضى بيده ودخوله البستان. قال الإمام: ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي، ولا يمكن تكليفها السقي، لأن نفعه غير مختص بالثمر، بل ينفع به الشجر أيضًا، ولا يمكن تكليفها ترك السقي لتضرر الثمر والشجر. ولمن قال بالأول أن يقول: حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق.

الثالثة: أرادت رجوعه في نصف الشجر وترك ثمرها إلى الجداد، فله الامتناع وطلب القيمة، لأن حقه في الشجر خاليةً، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجداد، لأن حقه ناجز في العين أو القيمة. ولو قال: أُؤخر الرجوع إلى الجداد، فلها الامتناع لأن نصيبه يكون مضمونًا عليها، كذا وجَّهوه، وهو تفريع على أن النصف الراجع إليه يكون مضمونًا عليها، وفيه خلاف سبق. ولو قال: أرجع ويكون نصيبي وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه، فوجهان لهما التفات إلى إبراء الغاصب مع بقاء المغصوب في يده. وزاد من نظر إلى السقي، فقال: ليس لها أن تقول: ارجع واسق، لأن فائدة السقي تعود إلى نصيبها من الشجر وإلى الثمار وهي خالصة لها، ولا أن تقول: ارجع ولا تسق، لأنه يتضرر. ولو قالت: ارجع وأنا لا أسقي وإليك الخيرة في السقي وتركه، أو قال: ارجع ولا أسقي ولك الخيار في السقي وتركه، لم يلزم الآخر الإجابة، لأنه إن ترك السقي تضرر، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة. ولو قال الزوج: ارجع إلى النصف واسق والتزم المؤنة، أو قالت: ارجع وأنا أسقي، فهل يلزم الآخر الإجابة؟ وجهان: أصحهما: المنع، لأنه وعد

وقد لا يفي به. فإن قلنا بالإجابة، فبدا للملتزم وامتنع، تبينا أن الملك لم يرجع إلى الزوج، وكأنه موقوف على الوفاء بالوعد، وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أصدقها جارية فولدت في يدها ولدًا مملوكًا ثم طلقها قبل الدخول، فقال: ارجع إلى نصف الجارية وأرضى أن ترضع الولد، ففيه الوجهان. قال الإمام: ونص الشافعي رحمه الله يدل على أنه لا يجاب. ولو قال: أرجع وأمنعها الإرضاع، لم تُجَبْ بلا خلاف. وفي هذه المسألة وراء الإرضاع ومضي زمانه شيء آخر، وهو التفريق بين الأم والولد. وقد ذكرنا ما ذكره صاحبا «الشامل» و«التتمة» فيه.

الرابعة: وهبت له نصف الثمار ليشتركا في الثمر والشجر، فهل يجب القبول لأن الثمر متصل كالسمن، أم لا، لأن الثمرة المؤبرة كالمنفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

الخامسة: تراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحال، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد، مكنّا منه. وإذا بدا لأحدهما في التأخير، مكّن من الرجوع عنه. وقال المعللون بالسقي: إن رضيا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منهما متبرعًا، أو على أن يتركا أو أحدهما السقي، فمن التزم السقي، فهو وعد لا يلزم الوفاء به، لكن إذا لم يف، تبينا أن الملك لم يعد إلى الزوج. ومن ترك السقي، لم يمكن من العود إليه. هذا حاصل المسألة، ولم أر تعرضًا للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه.

فرع: ظهور النور في سائر الأشجار كبدوِّ الطلع في النخل، وانعقاد الثمار مع تناثر النور، كالتأبير في النخل.

فرع: أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة، وطلقها قبل الدخول، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة، سواء جدت الثمرة أم لا. وإن أصدقها والثمرة مطلعة، وطلقها وهي بعد مطلعة، أخذ نصفها مع الطلع. ونقل المتولي وجهًا أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع، لا يجوز له الرجوع فيه، هذا لفظه. ولو قال: لم يجز له الرجوع بغير رضاها، لكان أحسن. فلو كانت مؤبرة عند الطلاق، فهل له في الثمرة حق؟ فيه طريقان: أحدهما: على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملًا فولدت قبل الطلاق، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة، ويجوز إفرادها بالعقد بخلاف الحمل. فإن أثبتنا له حقًا في الثمرة، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت. فإن لم ترض، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع.

فرع: أصدقها جارية حاملًا فطلقها قبل الدخول، نظر، إن طلقها وهي بعد حامل، فله نصفها حاملًا، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في

الفرع قبل هذا. وإن طلقها وقد ولدت، فالكلام في الأم ثم الولد، أما الأم، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعًا لئلا يتضرر، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطيمًا، فإن كان في زمن التفريق المحرَّم، فعلى ما تقدم، وإلا فله نصفها. وإن نقصت قيمتها بالولادة، نظر، إن ولدت في يد الزوج، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج. وإن ولدت في يد الزوجة، فله الخيار، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة. وأما الولد، فهل للزوج حق في نصفه؟ يبنى على أن له قسطًا من الثمن في المبيع، وفيه قولان سبقا في مواضع: أظهرهما: نعم. فإن قلنا: لا، فلا حق له فيه، لأنه حادث في ملكها، وإن قلنا: نعم، فوجهان: أحدهما: له فيه حق كما لو أصدقها عينين، لكن الولد زاد بالولادة، فلها الخيار. فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف الأم، أجبر على قبوله. وإن أبت، قال المتولي: لا يرجع في نصف الجارية للتفريق، لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله. والثاني: لا حق له فيه لأنه لا قيمة له قبل الإنفصال.

ولو كانت الجارية المصدقة حائلًا، وطلقها حاملًا، فقد سبق حكمه. فإن ولدت، ثم طلقها، فالولد لها، والقول في الأم كما سبق فيما إذا كانت حاملًا يوم الإصداق وولدت وطلقها، وإن حبلت في يد الزوج وولدت في يدها، فهل النقص من ضمانه ولها الخيار، لأن السبب وجد في يده، أم من ضمانها وله الخيار لأن النقص حصل عندها؟ وجهان.

فرع: أصدقها حليًا فكسرته، أو انكسر في يدها وبطلت صنعته، ثم أعادت المنكسر حليًا، ثم طلقها قبل الدخول، نظر، إن صاغته على هيئة أُخرى، فالحاصل زيادة من وجه، ونقص من وجه، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه، جاز. وإن أبى أحدهما، تعين نصف القيمة. وإن عادت الصنعة بحالها، فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها، أم يعتبر رضاها؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قال ابن الحداد، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلّمها. ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لا يبصر شيئًا، ثم زالت ثم طلقها، ففيما علق عن الإمام، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف، كما لو حدث في يدها عيب فزال ثم طلقها.

وإذا قلنا في الحلي: يعتبر رضاها، ففيما يرجع به وجهان: أصحهما: نصف قيمة الحلي بهيأته التي كانت. والثاني: مثل نصفه بالوزن تبْرًا، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها، فعلى الأول، فيما يقوّم به وجهان: أحدهما وبه قال ابن

الحداد: بغير جنسه، فالمذهَّب بفضة، وكذا العكس. والثاني: يقوّم بنقد البلد وإن كان من جنسه، وبه قال محمد بن نصر المروزي. ويجري الوجهان في قيمة الصنعة، ففي وجه: يقوم بغير جنس الحلي، وفي وجه: بنقد البلد، وهو الأصح كما سبق في الغصب. ولو كانت المسألة في إناء من ذهب أو فضة، بني على جواز اتخاذه. وهل لصنعته قيمة؟ إن قلنا: لا، فللزوج الرجوع في نصف العين، سواء عادت الصنعة الأولى أم غيرها، إذ لا زيادة. وإن قلنا: نعم، فكالحلي. ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده الألحان، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان الألحان، أم لا، لأنه محرَّم فلا عبرة بفواته؟ وجهان.

ولو اشترى مغنيّةً بألفين، وهي تساوي ألفًا بلا غناء، ففي صحة البيع ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو علي: أحدها: البطلان، لأنه بذل في مقابلة حرام، وبه أفتى المحمودي. والثاني قاله أبو زيد: إن قصد بالشراء الغناء، بطل، وإلا، فلا. والثالث: صحة البيع، قاله الأودني، قال: وما سوى ذلك استحسان.

فصل: أصدق ذمي خمرًا، ثم أسلما وترافعا إلينا، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض، لم نحكم لها بشيء. وإن كانت غير مقبوضة، حكمنا بوجوب مهر المثل. ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلا، ثم أسلما أو أحدهما، فوجهان: قال ابن الحداد: لا شيء لها إلا الخل. وأصحهما: وبه قال القفال: لها مهر المثل، لأن الخمر لا تصلح صداقًا، ولا عبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام. ولو أصدقها عصيرًا، فتخمر في يده، ثم عاد خلا، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، لزمه قيمة العصير. ولو قبضت الذمية الخمر، ثم طلقها قبل الدخول، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر. ولو صارت خلًا عندها، ثم طلقها قبل الدخول، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها، أم لا ترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالًا وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة؟ فيه وجهان: أصحهما: الأول، وبه قال ابن الحداد. فعلى هذا لو تلف الخل أو أتلفته، ثم طلقها، فوجهان: أصحهما: وهو قول الخِضْري: يرجع بمثل نصف الخل. والثاني وبه قال ابن الحداد: لا يرجع بشيء، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض، ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض. ولو أصدقها جلد ميتة، فقبضته ودبغته، ثم طلقها قبل الدخول، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرتّبان على تخلّل الخمر، وأولى بعدم الرجوع، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب، فالأصح الرجوع، وبه قال ابن الحداد. فعلى هذا: إن هلك الجلد عندها بعد الدباغ، قال

ابن الحداد: لا يرجع. قال الشيخ أبو علي: ينبغي أن لا يرجع هنا بلا خلاف، بخلاف الخل لأنه مثلي والجلد متقوم، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض، ولم يكن له قيمة حينئذٍ. ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول، فالقول في كل الخل وكل الجلد، كالقول في النصف عند الطلاق.

فصل: كل عمل جاز الإستئجار عليه، جاز جعله صداقًا، وذلك كتعليم القرآن والصنائع، وكالخياطة والخدمة والبناء وغيرها، وفيه مسائل:

إحداها: يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقًا شرطان:

أحدهما: العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقين:

الطريق الأول: بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول: كل القرآن أو السبع الأول أو الأخير. وحكي وجه شاذ: أنه لا يشترط تعيين السبع. فإن عين بالسور والآيات، فعلى ما ذكرناه في الإجارة، وذكرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما. وقطع ابن كج هنا بعدم الإشتراط قال: فلو شرط حرف أبي عمرو، علمها بحرفه، فإن علمها بحرف الكسائي، فهل يستحق أجرة المثل، أم لا شيء له؟ وجهان: وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بمهر المثل، أم بقدر التفاوت بين أُجرة التعليم بالحرف المشروط والآخر؟ فإن لم يكن تفاوت، لم يرجع بشيء ثم قال: ولا معنى لهذا الإختلاف، بل الواجب أن يقال: يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع بما علم. ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والأجزاء والآيات، قال أبو الفرج الزاز: الطريق التوكيل، وإلا فيرى المصحف، ويقال: تعلَّم من هذا الموضع إلى هذا، ولك أن تقول: لا يكفي هذا، إذ لا يعرف به صعوبته وسهولته.

الطريق الثاني: تقديرها بالزمان، بأن يصدقها تعليم القرآن شهرًا، ويعلمها فيه ما شاءت، كما يخيط الأجير للخياطة ما شاء المستأجر. فلو جمع الطريقين فقال: تعلِّمها في شهر سورة البقرة، فهو كقوله: استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم، وفيه خلاف سبق في الإجارة.

الشرط الثاني: أن يكون المعقود على تعليمه قدرًا في تعليمه كلفة، فإن لم يكن، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة، أو قدر يسير وإن كان آية، كقوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾ [المدثر: ٢١] لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة حنطة.

الثانية: أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم، ففي صحة الإصداق وجهان: كنظيره في الإجارة. أصحهما: الصحة. ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده، أو نكح كتابية على أن يلقنها كلمة الشهادة، لم يصح الصداق، قاله البغوي.

الثالثة: إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه، فإن التزم التعليم في الذمة، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم و يعلمها. وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها، أم لا يصح لعجزه؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها، لم يصح أيضًا، لأن العمل متعلق بعينه، والأعيان لا تقبل التأجيل. قال المتولي: فإن صححنا فأمهلته ليتعلم، فذاك، وإلا فهو معسر بالصداق. ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها، جاز إن كان التزم في الذمة، وإلا فلا. ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: الثاني، وخالفهم الإمام، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي. ولو فرض عقد مجدد، فأبدلت منفعة بمنفعة، جاز قطعًا.

الرابعة: أصدقها تعليم ولدها، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها. وإن أصدقها تعليم غلامها، قال البغوي: لا يصح كالولد. وقال المتولي: يصح، وهذا أصح. ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان العبد، فشرطته صداقًا، جاز.

الخامسة: لو تعذر التعليم، بأن تعلمت من غيره، أو كانت بليدة لا تتعلم، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة، أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض. فعلى الأظهر: يجب مهر المثل، وعلى الآخر: أجرة التعليم.

السادسة: قال: علمتك وأنكرت، فإذا لم تحسنه، صدقت، وإن أحسنته وادعت التعلم من غيره، فأيهما يصدق؟ وجهان لتعارض الأصل والظاهر، أصحهما: هي.

السابعة: أصدقها تعلم سورة، فعلمها ثم طلقها، إن كان بعد الدخول، فذاك، وإلا، فيرجع عليها بنصف أجرة التعليم، وإن طلقها قبل التعليم، فقد استحقت جميع التعليم إن دخل، وإلا، فتعليم النصف، وفيه وجهان: أحدهما: يعلمها وراء حجاب بغير خلوة. وأصحهما: وهو المنصوص في «المختصر»: أنه قد تعذر التعليم، لأنها قد صارت أجنبية، ولا تؤمن مفسدة. فعلى هذا: ترجع بمهر المثل على الأظهر إن دخل، وإلا فنصفه، وعلى الآخر: ترجع بأجرة التعليم أو نصفها.

الثامنة: نكح كتابية على تعليم القرآن، فإن توقع إسلامها، صح الصداق، وإلا فسد، ومال جماعة إلى الجواز مطلقًا. ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل، لم يصح، لأنه لا يجوز الاشتغال به لتبديله، والواجب في هذه الحالة

مهر المثل قطعًا، إذ لا قيمة للمسمى. ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل، ثم أسلما أو ترافعا بعد التعليم، لم نوجب شيئًا آخر، وإن كان قبل التعليم، أوجبنا مهر المثل كما في الخمر.

التاسعة: أصدقها تعليم فقه، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها مما ليس بمحرم، صح الصداق. وإن كان محرّمًا كالهجو والفحش، لم يصح.

العاشرة: نكحها على أن يرد عبدها الآبق، أو جملها التائه وكان الموضع معلومًا، صح. وإن كان مجهولًا، فقولان: أحدهما: يصح كالجعالة. والمشهور: المنع، ويجب مهر المثل، بخلاف الجعالة، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة. فإن رده، فله أُجرة مثل الرد، ولها مهر المثل. وإذا صح الصداق، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول، استردَّ منها نصف أجرة المثل. وإن طلقها قبل الرد، فإن كان بعد الدخول، فعليه الرد. وإن كان قبله، فعليه الرد إلى نصف الطريق، ثم يسلمه إلى الحاكم. فإن لم يكن حاكم، أو لم يكن موضعًا يمكن تركه فيه، ولم يتبرع بالرد إليها، قال المتولي: يؤمر برده إليها، وله عليها نصف أجرة المثل. ولو تعذر رده برد غيره، أو رجوعه بنفسه أو بموته، فقد فات الصداق قبل القبض، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر، وعلى الآخر: إلى أجرة الرد.

الحادية عشرة: نكحها على خياطة ثوب معلوم، جاز، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة، وإن نكح على أن يخيط بنفسه، فعجز بأن سقطت يده أو مات، ففيما عليه؟ قولان: أظهرهما: مهر المثل. والثاني: أُجرة الخياطة. ولو تلف ذلك الثوب، فوجهان: أصحهما: تلف الصداق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة. والثاني: تأتي بثوب مثله ليخيطه. وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول، فله عليها نصف أُجرة المثل. وإن طلقها قبل الخياطة، فإن دخل بها، فعليه الخياطة، وإلا خاط نصفه. فإن تعذر الضبط، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة؟

الثانية عشرة: قال المتولي: لو كان له عليها قصاص فنكحها، وجعل النزول عن القصاص صداقًا، جاز. ولو جعل النزول عن الشفعة، أو حدّ القذف صداقًا، لم يجز، لأنه لا يقابل بمال، ولا يجوز جعل طلاق امرأة صداقًا لأخرى، ولا بضع أمته صداق المنكوحة.

فصل: إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصداق، أوله بنقصه، أو لهما بهما، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما، وقبل أن يتوافقا إن كان الخيار لهما وإن قلنا: الطلاق يشطر الصداق بنفسه، وليس لها الخيار على الفور، بل هو كخيار الرجوع على الهبة، لكن إذا

توجهت مطالبة الزوج، لا تمكن هي من التأخير، بل تكلف اختيار أحدهما. وإذا طلب الزوج، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها، لكن يطالبها بحقه عندها، فإن امتنعت، قال الإمام: لا يقضي القاضي بحبسها لبذل العين أو القيمة، بل يحبس العين عنها إن كانت حاضرة، ويمنعها من التصرف فيها، لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق المرتهن بالمرهون والغرماء بالتركة. فإن أصرت على الامتناع، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة الحادثة، باع ما يفي بالواجب من القيمة. فإن لم يرغب في شراء البعض، باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها. وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة، ولم تؤثر الزيادة في القيمة، ففيه احتمالان للإمام: أصحهما: وبه قطع الغزالي: تسلم نصف العين إليه، إذ لا فائدة في البيع، فإذا سلم إليه، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له. والثاني: لا تسلم إِليه العين، بل يبيعه، فلعله يجد من يشتريه بزيادة.

فرع: إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهلاك الصداق، أو خروجه عن ملكها، أو زيادة فيه أو نقص، فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض. لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق، وقلنا: إنه مضمون عليها، اعتبرت قيمة يوم التلف، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمِّنة.

الطرف الثالث: في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق، وفيه مسائل:

إحداها: إذا زال ملكها عنه ببيع أو هبة مقبوضة، أو إعتاق، فليس للزوج نقض تصرفها لطلاقه قبل الدخول، بل زوال ملكها كالهلاك، ويرجع الزوج إلى نصف بدله وهو المثل إن كان مثليًا، وإلا فالقيمة. وإن لم يزل الملك، بل تعلق به حق، فإن كان غير لازم، بأن أوصت به، أو وهبته، أو رهنته ولم يقبض، فللزوج الرجوع في نصفه. وفي «الشامل» وغيره، نقل قول أنه لا يرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض، لئلا يبطل تصرفها في ملكها، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية. وإن باعت بشرط الخيار وطلقها في مدته، فإن جعلنا الملك للبائع، فهو كالهبة قبل القبض، وإن جعلناه للمشتري، فلا رجوع في العين. وإن كان الحق لازمًا، بأن رهنته وأقبضته، فليس له الرجوع إلى نصفه. وإن أجرته، فقد نقص الصداق باستحقاق المستأجر منفعته، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القيمة في الحال، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوبة المنفعة مدة الإجارة. فلو قال: أنا أصبر إلى انفكاك الرهن وانقضاء مدة الإجارة، نظر، إن قال: أتسلمه ثم أُسلمه إلى المرتهن أو المستأجر، فليس لها الامتناع. وإن قال: لا أتسلمه وأصبر، فلها

الامتناع، وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان، هذا إن قلنا: الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح. وإن قلنا: لا ضمان أو أبرأها عن الضمان وصححنا الإبراء، فهل عليها الإجابة، أم لا لأنه قد يبدو له فيطالبها بالقيمة وتخلو يدها عنها؟ وجهان: فإن لم نوجب الإجابة ولم نطالبها حتى انفك الرهن، وانقضت مدة الإجارة، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال المانع، أم تتعين القيمة، لأن المانع نقل حقه إليها؟ وجهان: وتزويج جارية الصداق كالإجارة. ولو زال ملكها وعاد ثم طلقها، فهل يتعلق حقه بالعين أم بالقيمة؟ وجهان سبقت نظائرهما في الفلس والهبة. أصحهما: هنا عند الجمهور: التعلق بالعين، لأن حقه لا يختص بالعين، بل يتعلق بالبدل، فالعين العائدة أولى من البدل، هذا إذا زال الملك بجهة لازمة، فإن زال بغير لازم، بأن باع بالخيار، وقلنا: يزول الملك وفسخ البيع، ثم طلقها، فالخلاف مرتب في التعلق بالعين، وأولى بالثبوت. ولو كاتبت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها، فعن القاضي حسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم. وقال الإمام: هذا أولى بالثبوت، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، ولا شك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق لا يؤثر.

المسألة الثانية: أصدقها عبدًا فدبَّرته، ثم طلق قبل الدخول، فالمذهب أنه لا يرجع فيه وهو المنصوص في «المختصر»، وهو ظاهر نصه في «الأم» أيضًا سوى جعل التدبير وصية الأم تعليقًا بصفة، لأن التدبير قربة يتعلق بها غرض لا يتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة. وقيل: في الرجوع قولان، إن قلنا: التدبير وصية، رجع، وإلا، فلا. وقيل: يرجع قطعًا، وهو ضعيف. ثم قال أبو إسحاق المروزي وغيره: الخلاف فيما إذا كانت موسرة تتمكن من أداء القيمة. فإن لم تكن، رجع إلى نصف العبد قطعًا. ويتعلق بهذا الخلاف فروع:

الفرع الأول: إن قلنا بالرجوع، فالمفهوم من كلام الجمهور أن الزوج يستقل به، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة. وقال الحناطي: يحتمل أن يقال: تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف. فإن امتنعت، قام الحاكم مقامها ففسخه.

الفرع الثاني: لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها، وقلنا: التدبير يمنع الرجوع، فطريقان: أحدهما: القطع بتمكُّنه من الرجوع إلى نصفه، لأن الملك لم يزل عنه. والثاني: أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله. أصحهما: التمكن، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة، أُجيب إليها خوفًا من أن يقضي قاضٍ ببطلان الرجوع والبيع. ولو طلقها وهو مدبَّر، وقلنا: حق الزوج في القيمة، فرجعت عن التدبير باللفظ

وجوزناه، أو بإزالة الملك عنه، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصداق ناقص، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصداق ثم عاد قبل أخذ القيمة.

الفرع الثالث: لو علقت عتق العبد على صفة، فهل يمنع الرجوع؟ قيل: إن قلنا: التدبير يمنع، فالتعليق أولى، وإلا، فوجهان لقوة التعليق. وقيل: إن لم يمنع التدبير، فالتعليق أولى، وإلا فوجهان: لأن التدبير قربة محضة، والتعليق يراد به منع أو حث، وبهذا قال الشيخ أبو محمد، وبالأول قطع البغوي وقال: المذهب منع الرجوع. ولو أوصت للعبد بعتقه، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع؟ وجهان: أصحهما: لا.

الفرع الرابع: إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف، فرجع، بقي النصف الآخر مدبرًا على الصحيح. وحكى الحناطي وجهًا، أنه ينتقض التدبير في جميعه.

الفرع الخامس: إذا قلنا: التدبير يمنع التشطر، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبدًا بثوب وتقابضا، ثم دبَّره المشتري، ثم وجد البائع بالثوب عيبًا؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، وأصحهما: لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع التشطر دون الفسخ.

المسألة الثالثة: اختلف العلماء في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده؟ وهل يملكه بالإرث؟ فلو أصدقها صيدًا ثم أحرم، ثم ارتدت، عاد الصيد إلى ملكه على الصحيح، وفيه الوجه الضعيف المذكور في الإرث، لأنه لا اختيار له فيه. وإن طلقها قبل الدخول، بني على أن النصف يعود إليه بنفس الطلاق أم باختياره؟ إن قلنا: باختياره فليس له الاختيار ما دام محرمًا، فإن فعل، كان كشرائه. وإن قلنا: بنفس الطلاق، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان: أحدهما: لا. وينتقل إلى القيمة، لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره، والطلاق باختياره. وأصحهما: العود، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك، فأشبه الإرث، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة، لزمه إرساله، لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد، كذا ذكر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة، وهو وجه ذكرناه في «الحج»، تفريعًا على أن المحرم يرث الصيد، وحكينا عن بعضهم، أنه يزول ملكه بمجرد الإرث، ولا فرق بين البابين. وإذا عاد النصف بالطلاق، وقلنا: يجب الإرسال ولا يزول الملك، فلا يمكن إرسال النصف إلا بإرسال الكل، فخرَّج مخرِّجون وجوب الإرسال على الأقوال في ازدحام حق الله تعالىٰ وحق الآدمي. إن قدمنا حق الله تعالىٰ، لزمه الإرسال وغرم لها نصف القيمة،

وإن قدمنا حق الآدمي، لم يجب الإرسال. فإن تلف في يده أو يدها، فعليه نصف الجزاء. وإن سوَّينا، فالخيرة إليهما. فإن اختار الإرسال، غرم لها النصف، وإلا بقي مشتركًا بينهما وهو ضامن لنصف الجزاء، وهذا التخريج ضعيف، لأن الخلاف في الإزدحام على شيء واحد، كالتركة إذا ازدحم فيها دين وزكاة، ونصيب المرأة لا ازدحام فيه. وإذا تضمن إرسال المحرم فوات ملك غيره، وجب أن يمنع، وبهذا قطع الشيخ أبو علي، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالموسر كسراية العتق.

الطرف الرابع: فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول، ونصدِّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ومعنى الآية، أن الطلاق قبل الدخول ينصف الصداق، إلا أن تعفو الزوجة وتتبرَّع بحقها، فيعود جميع الصداق إلى الزوج. وفيمن بيده عقدة النكاح، قولان: القديم: أنه الولي، والمعنى: إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلًا للعفو. والجديد: أنه الزوج، والمعنى: أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق.

القاعدة الأولى: في ألفاظ التبرع. فالواجب عند الطلاق قبل الدخول، دين أو عين، والدين قد يكون في ذمته، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف عندها، فينظر، إن تبرع مستحق الدين بإسقاطه، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والترك. وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ الترك، صريح أو كناية؟ ولا حاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح، وينفذ أيضًا بلفظ الهبة والتمليك، وفيهما وجه حكاه ابن كج. والصحيح الأول. وهل يفتقر اللفظان إلى القبول؟ وجهان: أصحهما: لا، وبه قطع البغوي اعتمادًا على حقيقة التصرف وهو الإسقاط. أما إذا تبرع من في ذمته بالنصف الآخر، فالطريق أن ينقل ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه، فإنه ابتداء هبة، ولا ينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته. لكن لو كان الصداق في ذمة الزوج، وقلنا: لا يشترط إلا باختياره، فقال: عفوت، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة، ويبقى جميع الصداق لها في ذمته. أما إذا كان الصداق عينًا، فالتبرع فيها هبة. فإن كانت في يد المتبرع، اشترط الإيجاب والقبول والقبض. وإن كانت في يد الآخر، فهو هبة لمن المال في يده، فتعتبر مدة إمكان القبض. وفي افتقاره إلى إذن جديد، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في «كتاب الرهن». وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج، فذلك قد يكون بعد قبضها، وقد يكون باستمرار يده السابقة

قبل الإصداق. وعلى التقدير الثاني، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض إذا قلنا: الصداق في يده مضمون ضمان العقود، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتمليك، ولا ينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب. وحكى الحناطي فيهما وجهين: وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن، هذا في تبرعها وتبرعه إذا ملكناه بنصف الطلاق، فأما إذا قلنا: له خيار التملك، فيعتبر لفظ العفو في إسقاط الخيار ويبقى الجميع لها.

القاعدة الثانية: هل للولي العفو عن صداقها؟ قولان بناءً على أن من هو الذي بيده عقدة النكاح؟ الجديد: المنع، والقديم: الجواز بخمسة شروط. أن يكون أبًا أو جدًا، وأن تكون بكرًا عاقلة صغيرة، وأن يكون بعد الطلاق، وأن يكون قبل الدخول، وأن يكون الصداق دينًا، هذا هو المذهب تفريعًا على القديم. وفي وجه: له العفو في الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها والرشيدة، وقبل الطلاق إذا رآه مصلحة، وعن العين أيضًا. والصحيح الأول. ولو زوجها الأب ومات، ففي صحة عفو الجد وجهان: لأن الصداق لم يثبت به لكنه ولي. ولو خلعها الولي على نصف الصداق وجوزنا العفو، صحت المخالعة، قاله المتولي وغيره. وفي «الوسيط» في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان: والأول أشبه.

فصل: وهبت لزوجها الصداق المعين، فطلقها قبل الدخول، فقولان: أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح عند البغوي أنه لا يرجع عليها بشيء. والثاني: وهو الأظهر عند الجمهور، منهم العراقيون، والإمام، والروياني: يرجع بنصف بدله المثل أو القيمة. وقيل: إن وهبته قبل القبض، لم يرجع قطعًا. والمذهب طرد القولين، سواء قبضته أم لا. ولو كان الصداق دينًا فأبرأته منه، لم يرجع على المذهب. ولو وهبت له الدين، فالمذهب أنه كالإبراء. وقيل: كهبة العين. ولو قبضت منه الدين ثم وهبته له، ثم طلقها، فكهبة العين. وقيل: له الرجوع قطعًا بناء على أنه لا يتعين فيما دفع عن الدين لو طلقها وهو باقٍ عندها. ولو وهبت له الصداق، ثم ارتدت قبل الدخول، أو فسخ أحدهما بعيب، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق. ولو باع عبدًا بجارية، ووهب الجارية لبائعها، ثم وجد بائعها بالعبد عيبًا فأراد رده بالعيب، ففي تمكنه منه ومن المطالبة بقيمة الجارية وجهان مأخوذان من هبة الصداق، ويجريان في تمكنه من طلب الأرش لو رأى عيبًا بعد هلاك العبد، أو حدث به عيب يمنع الرد. وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم وعتق، هل له مطالبة السيد بالإيتاء؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع، ثم أفلس بالثمن، فللبائع المضاربة مع الغرماء بلا خلاف، لأن

الموهوب غير المستحق وهو الثمن. وفي الصورة السابقة، الموهوب هو المستحق، فالهبة تعجيل على قول. وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفلس. ولو ادعى عينًا وأخذها ببينة ثم وهبها للمدعى عليه، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود؟ فيه طريقان: أحدهما: على وجهين أخذًا من هبة الصداق. والثاني: القطع بالمنع، لأن المدعى عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة، بل يزعم دوام الملك السابق، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة.

فرع: وهبت الصداق للزوج، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه بالطلاق، فوجهان: أحدهما: فساد الهبة ويبقى الصداق ملكًا لها. فإن طلق، تشطر. والثاني: يصح ولا رجوع بالطلاق، كما لو عجل الزكاة، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمنع الرجوع؟ إن قلنا: تمنع، فهذا تصريح بمقتضاها، فيصح ولا رجوع، وإلا فتفسد بالشرط الفاسد.

فرع: وهبته نصف الصداق، فطلق قبل الدخول. فإن قلنا: هبة الكل لا تمنع الرجوع، فهنا أولى، وإلى ماذا يرجع؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: إلى نصف الباقي وربع بدل الجملة. والثاني: إلى نصف الباقي. والثالث: يتخير، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربع بدل الجملة. وإن قلنا: هبة الكل تمنع الرجوع، فهل يرجع بالنصف الباقي، أم بنصف الباقي، أم لا يرجع بشيء؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الثالث وهو نصه في «المختصر»، فحصل في المسألة خمسة أقوال: ولو كان الصداق دينًا وأبرأته من نصفه ثم طلقها، قال المتولي: إن قلنا: لو أبرأت عن الجميع يرجع، فهنا يسقط عنه النصف الباقي. وأيضًا إن قلنا: لا يرجع بشيء، فهنا وجهان: أحدهما: يحسب عليه. والثاني: يسقط عنه النصف الباقي. ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبًا وأراد رده، فحكمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصداق. ولو أبرأه عن عشر الثمن، واطلع على عيب قديم، وحدث عنده عيب، وأرش العيب القديم العشر، فالمذهب أنه يطالب بالأرش.

فصل: خالعها قبل الدخول على غير الصداق، فله المسمى ولها نصف الصداق. وإن خالعها على جميع الصداق، فقد خالع على ماله ومالها، لعود النصف إليه بالخلع، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه، وفي نصيبها قولا تفريق الصفقة. إن لم نصحح، بقي لها عليه نصف الصداق. وفيما له عليها قولان: أظهرهما: مهر المثل. والثاني: مثل الصداق أو قيمته. وإن صححنا التسمية في نصيبها، قال الإمام وغيره: يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلًا بالتشطير والتفريق.

فإن فسخ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى. وإن جاز، فعلى القولين المذكورين في البيع، أن يجبر ما صح العقد فيه بكل الثمن، أم بالقسط إن قلنا: بالكل، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه. وإن قلنا: بالقسط، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر، وعلى الآخر: بمثل نصف الصداق أو قيمته. وإن خالعها على نصف الصداق، نظر، إن قال: بالنصف الباقي لك بعد الفراق، صح وبرىء عن جميع الصداق إن كان دينًا، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عينًا. وإن أطلق، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين، هل ينزَّل على النصف الذي له، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبهما ويكون كما لو قيد بنصفها؟ وأظهرهما: عند الأكثرين: يشيع لإطلاق اللفظ، وكأنه خالع على نصف نصيبها ونصف نصيبه، فيبطل في نصف نصيبه، وفي نصيبها القولان. إن لم يصح، بقي لها عليه نصف الصداق، وله عليها مهر المثل على الأظهر، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر. وإن صح في نصف نصيبها، فلها عليه ربع الصداق ويسقط الباقي بحكم التشطر وعوض الخلع، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فيه. وأظهرهما: أن له مع ذلك نصف مهر المثل على الأظهر، وربع مثل الصداق أو قيمته على قول. ومن الأصحاب من يقول: كل الصداق لها حتى يتفرقا، فيصح أن نجعله أو بعضه عوضًا، ثم إذا تفرقا بالخلع، سقط النصف، فهو كما لو خالعها على عين وتلف نصفها قبل القبض، فيرجع بمهر المثل في قول، وبدل التالف في قول.

فرع: عن ابن سريج، قالت: خالعني على أن لا تبعة لك عليَّ في المهر صح. ومعناه: على ما سلم لي من المهر.

باب اختلاف الزوجين في الصداق

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر أو في أجله تحالفا، لأنه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف في قدر عوضه وأجله كالبيع، وإذا تحالفا لم ينفسخ النكاح؛ لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض، والنكاح لا يبطل بجهالة العوض، ويجب مهر المثل، لأن المسمى سقط وتعذّر الرجوع إلى المعوِّض فوجب بدله، كما لو تحالفا في الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري.

وقال أبو علي بن خيران: إن زاد مهر المثل على ما تدّعيه المرأة لم تجب الزيادة لأنها لا تدّعيها، وقد بيّنا فساد قوله في البيع، وإن ماتا أو أحدهما قام

الوارث مقام الميت لما ذكرناه في البيع، فإن اختلف الزوج وولي الصغيرة في قدر المهر ففيه وجهان:

أحدهما: يحلف الزوج ويوقف يمين المنكوحة إلى أن تبلغ ولا يحلف الولي، لأن الإنسان لا يحلف لإثبات الحقّ لغيره.

والثاني: أنه يحلف ـ وهو الصحيح ـ لأنه باشر العقد فحلف كالوكيل في البيع، فإن بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يحلف الولي، لأنه لا يقبل إقراره عليها فلم يحلف، وهذا فيه نظر، لأن الوكيل يحلف وإن لم يقبل إقراره وإن ادّعت المرأة أنها تزوّجت به يوم السبت بعشرين ويوم الأحد بثلاثين، وأنكر الزوج أحد العقدين، وأقامت المرأة البيّنة على العقدين وادّعت المهرين قضي لها، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها، ثم تزوّجها يوم الأحد فلزمه المهران.

فصل: وإن اختلفا في قبض المهر فادّعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها، لأن الأصل عدم القبض وبقاء المهر، وإن كان الصداق تعليم سورة فادّعى الزوج أنه علمها، وأنكرت المرأة ـ فإن كانت لا تحفظ السورة ـ فالقول قولها لأن الأصل عدم التعليم، وإن كانت تحفظها ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قولها، لأن الأصل أنه لم يعلمها.

والثاني: أن القول قوله، لأن الظاهر أنه لم يعلمها غيره وإن دفع إليها شيئًا وادّعى أنه دفعه عن الصداق وادّعت المرأة أنه هدية، فإن اتفقا على أنه لم يتلفظ بشيء، فالقول قوله من غير يمين لأن الهدية لا تصحّ بغير قول، وإن اختلفا في اللفظ فادّعى الزوج أنه قال: هذا عن صداقك، وادّعت المرأة أنه قال: هو هدية فالقول قول الزوج، لأن الملك له، فإذا اختلفا في انتقاله كان القول في الانتقال قوله كما لو دفع إلى رجل ثوبًا فادّعى أنه باعه، وادّعى القابض أنه وهبه له.

فصل: وإن اختلفا في الوطء فادّعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله، لأن الأصل عدم الوطء فإن أتت بولد يلحقه نسبه ففي المهر قولان: أحدهما: يجب لأن إلحاق النسب يقتضي وجود الوطء. والثاني: لا يجب لأن الولد يلحق بالإمكان والمهر لا يجب إلا بالوطء والأصل عدم الوطء.

فصل: وإن أسلم الزوجان قبل الدخول فادّعت المرأة أنه سبقها بالإسلام فعليه نصف المهر وادّعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها فالقول قول المرأة لأن الأصل بقاء المهر، وإن اتفقا على أن أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما، فإن كان المهر في يد الزوج لم يجز للمرأة أن تأخذ منه شيئًا لأنها تشك في الاستحقاق، وإن كان في يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيئًا، لأنه شك في استحقاقه.

فصل: وإن أصدقها عينًا ثم طلقها قبل الدخول، وقد حدث بالصداق عيب

فقال الزوج: حدث بعد ما عاد إليّ فعليك أرشه، وقالت المرأة: بل حدث قبل عوده إليك فلا يلزمني أرشه فالقول قول المرأة، لأن الزوج يدّعي وقوع الطلاق قبل النقص والأصل عدم الطلاق والمرأة تدّعي حدوث النقص قبل الطلاق والأصل عدم النقص فتقابل الأمران فسقطا والأصل براءة ذمتها.

فصل: وإذا وطىء امرأة بشبهة أو في نكاح فاسد لزمه المهر لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»[(١)] فإن مسّها فلها المهر بما استحلّ من فرجها، فإن أكرهها على الزنا وجب عليه المهر لأنه وطء سقط فيه الحد عن الموطوءة بشبهة، والواطىء من أهل الضمان في حقها، فوجب عليه المهر كما لو وطئها في نكاح فاسد ـ فإن طاوعته على الزنا نظرت ـ فإن كانت حرة لم يجب لها المهر، لما روى أبو مسعود البدري رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ «نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن»[(٢)] وإن كانت أمَة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر، ومن أصحابنا من قال: يجب لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بإذنها كأرش الجناية.

فصل: وإن وطىء امرأة وادّعت المرأة أنه استكرهها وادّعى الواطىء أنها طاوعته ففيه قولان:

أحدهما: القول قول الواطىء لأن الأصل براءة ذمته: والثاني؛ القول قول الموطوءة، لأن الواطىء متلف ويشبه أن يكون القولان مثبتين على القولين في اختلاف رب الدابّة وراكبها وربّ الأرض وزارعها.

فصل: وإن وطىء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان:

أحدهما: لا يجب المهر لأن البضع للسيد وقد أذن له في إتلافه فسقط بدله كما لو أذن له في قطع عضو منها. والثاني: يجب لأنه وطء سقط عنه الحدّ للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطىء في نكاح فاسد، فإن أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال: فيه قولان كالمهر لأنه متولّد من مأذون فيه، فإذا كان في بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون في بدل ما تولّد منه قولان. وقال أبو إسحاق: تجب قيمة الولد يوم سقط قولًا واحدًا لأنها تجب بالإحبال ولم يوجد الإذن في الإحبال، والطريق الأول أظهر لأنه وإن لم يأذن في الإحبال إلا أنه أذن في سببه.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٣٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٦٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٨١) والترمذي في سننه برقم (١٢٧٦) والنسائي في سننه (٧/ ٣٠٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٥٩) وأحمد في المسند (٤/ ١١٨).

الشرح: قوله: «مهر البغي وحلوان الكاهن» البغي: الزانية، وحلوان الكاهن: أجرته، أما الأحكام ففي الباب مسائل:

الأولى: إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق أو صفته، كالصحة والتكسر، والأجل وقدره، تحالفا كالبيع، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده، أو بعد انقضاء الزوجية، أو اختلف وارثاهما أو أحدهما ووارث الآخر، ويحلف الزوجان على البت في النفي والإثبات، ويحلّف الوارث في الإثبات على البت، وفي النفي على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور. وقيل: يحلف فيه على البت، لأن من قطع بأن النكاح جرى بخمسمائة، فهو قاطع بأنه ما جرى بألف. فإذا ثبت جريانه بخمسمائة، فلا معنى لقوله: لا أعلمه نكح بألف. وكيفية اليمين ومن يبدأ به، كما سبق في البيع. فإذا تحالفا، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل، وقد سبق في البيع وجه: أنه ينفسخ بنفس التحالف، فليجيء هنا مثله، وليكن القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطنًا على ما سبق في البيع. وقد صرح بجميع هذا الحناطي، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل، زاد على ما تدعيه المرأة أم لا. وقال ابن خيران وابن الوكيل: إن كان مهر المثل زائدًا فليس لها إلا ما ادعته، والصحيح الأول. هذا في الظاهر، أما في الباطن، فإن قلنا: لا ينفسخ، لم يخف ما يحل لها.

الثانية: ادعت مسمى، فأنكر الزوج أصل التسمية، فوجهان: أحدهما: القول قوله بيمينه. وأصحهما: يتحالفان لأنه يقول: الواجب مهر المثل، وهي تدعي المسمى، فحاصله الاختلاف في قدر المهر، فيتحالفان. وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ما تدعيه أكثر من مهر المثل. ولو أنكرت تسمية مهر وادعاها الزوج، فهل القول قولها، أم يتحالفان؟ القياس مجيء الوجهين. ولو ادعى أحدهما التفويض، والآخر التسمية، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد، فهو كما لو ادعى أحدهما السكوت، والآخر التسمية، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب، وعدم التفويض من جانب. ولو ادعى أحدهما التفويض، والآخر أنه لم يجر للمهر ذكر، فيشبه أن يكون القول قول الثاني.

الثالثة: إذا حكمنا بالتحالف، فحلف أحدهما ونكل الآخر، حكمنا للحالف. ومن أقام بينة، حكمنا بها. ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر، فوجهان: أحدهما: يحكم ببينة المرأة لاشتمالها على الزيادة. والثاني: يتعارضان إذا قلنا بالتساقط، فكأن لا بينة، فيتحالفان. وإن قلنا بالقرعة، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين؟ وجهان.

الرابعة: ادعت النكاح ومهر المثل، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر، أو

سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر، حكى الغزالي فيه وجهين: أحدهما وينسب إلى القاضي حسين: يثبت لها المهر إذا حلفت، لأن الظاهر معها، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة. وأصحهما: عند الغزالي: أنه لا يثبت مهر مثلها بيمينها، بل يتحالفان، لأنه قد ينكحها بأقل ما يتمول، وهذا الذي فرضه لا يكاد يتصور، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه، ونفي ما زعمه صاحبه. والمفروض من جهة الزوج، إنكار مطلق، فلا معنى للتحالف. ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا، بل قال: قال مشايخ طبرستان: القول قول الزوج وعليها البينة، والحق أنه لا يسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر، ولكن يكلف البيان. فإن ذكر قدرًا وادعت زيادة، تحالفا. وإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها وقضي لها بها. قال الروياني: ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا، وهو القديم. ولو ادعت زوجية ومهرًا مسمى يساوي مهر المثل، وقال الزوج: لا أدري، أو سكت، قال الإمام: ظاهر ما ذكره القاضي، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل. قال: والذي يقتضيه قياس المذهب، أن دعواها متوجهة بذلك القدر، ولا يسمع منه التردد، بل يحلف على نفي ما تدعيه. فإن نكل، ردت اليمين عليها وقضي بيمينها. ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه، أنه لو قال: هذا ابني من فلانة، استحقت عليه مهر المثل إذا حلفت، لأنه إقرار بالوطء ظاهرًا، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم هو الذي يحصل منه الولد النسيب ظاهرًا، وهو يقتضي المهر. وقياس ظاهر المذهب، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته. فإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها.

فرع: قال المتولي: لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفًا، فقال الوارث: لا أعلم كم سمى، لم يتحالفا، بل يحلف الوارث على نفي العلم. فإذا حلف، قضي لها بمهر المثل.

الخامسة: اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة، فقال الولي: زوجتكها بألفين، فقال: بل بألف، فوجهان: أصحهما: عند الأصحاب: يتحالفان. والثاني: لا، فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان، ويجوز أن يحلف الزوج، ويوقف يمينها إلى بلوغها. وإذا قلنا: يحلف الولي، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل. وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل، فلا تحالف، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي. ولو ذكر الزوج قدرًا يزيد على مهر المثل، وادعى الولي زيادة عليه، لم يتحالفا كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل، بل يأخذ

الولي ما يقوله الزوج. ولو ادعى الولي مهر المثل أو أكثر، وذكر الزوج أكثر من ذلك، فهل يتحالفان، أم يؤخذ بما قاله الزوج؟ وجهان حكاهما الحناطي، وهذا الخلاف المذكور في اختلاف الزوج وولي الصغيرة، يجري في اختلاف المرأة وولي الزوج الصغير، وفيما إذا اختلف وليا الزوجين الصغيرين. ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف، حلفت هي ولا يحلف الولي. وادعى البغوي الاتفاق عليه. ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها، فالصحيح أنها هي التي تحلف. وقيل: يحلف الولي لأنه العاقد، قاله القاضي أبو الطيب وغيره. ومن قال بهذا، لا يسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها. والخلاف في حلف الولي يجري في الوكيل في النكاح، وفي وكيل البائع مع المشتري، ووكيل المشتري مع البائع، وفي وكيليهما، ومنهم من رتب وقال: إن لم يحلف الولي، فالوكيل أولى، وإلا فوجهان لقوة الولاية.

فرع: إذا قلنا: يحلف الولي فنكل، فهل يقضى بيمين صاحبه، أم يوقف حتى تبلغ الصبية وتفيق المجنونة فلعلها تحلف؟ فيه وجهان نقلهما الحناطي.

فرع: جميع ما ذكرنا في هذه المسألة، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي، أما ما لا يتعلق به، بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل، فأنكر المدعى عليه ونكل، فهل يحلف اليمين المردودة إتمامًا للخصومة واستخلاصًا لحق الصبي، أم لا لأنه لا يتعلق بانشائه؟ وجهان: أصحهما: الثاني. وعلى هذا لا يقضى بالنكول، بل يتوقف حتى يبلغ الصبي. وفي وجه: لا تعرض اليمين على المدعى عليه، ويتوقف في أصل الخصومة. وأفتى القفال فيما إذا ادعى الولي على رجل دينًا ورثه الصبي وأقام بينة به، فقال الخصم: كنت قضيتُه، أو أبرأني مورثه، أنه لا يحلف الولي، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك. ولو أقر القيم بما قاله الخصم، انعزل وأقام القاضي غيره. ولو ادعى أن هذا القيم قبضه وأنكر، حلف.

السادسة: ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف، ونكحها يوم السبت بألف، وطلبت الألفين، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة، ويخلعها ثم ينكحها يوم السبت، وإذا ثبت العقدان بالبينة، أو باقراره، أو بيمينها بعد نكوله، لزمه الألفان، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة، ولا لحصول الأصل، لأن كل عقد منهما ثبت مسماه والأصل بقاؤه. فإن ادعى أن العقد الثاني كان إظهارًا للأول لا إنشاءً، لم يقبل. وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك؟ وجهان حكاهما في «العدة» أصحهما: له. فإن ادعى على أنه لم يصبها في النكاح الأول، صدق بيمينه، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف، وتكون معه بطلقتين. ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة، صدق بيمينه، وقنع منه

بنصف المهر الثاني أيضًا. ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف، ثم يوم الجمعة بألف، وطالبه بالثمنين، لزمه الثمنان إذا ثبت العقدان كما في المهرين.

السابعة: رجل يملك أبوي حرة، فنكحها على أحدهما معينًا، ثم اختلفا، فقال: أصدقتك أباك فقالت: بل أمي، فوجهان: أصحهما: يتحالفان. والثاني: يصدق الزوج بيمينه في أنه لم يصدقها أمها، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب، ولها مهر مثلها، ويعتق الأب بإقرار الزوج أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار، لأنه عتق عليها ولا غرم على المرأة، لأنها لم تفوت عليه شيئًا، فصار كما لو قال لرجل: بعتك أباك فأنكر، عتق عليه باقراره. إن قلنا بالتحالف فحلفا، عتق الأب بإقرار الزوج، ولها مهر مثلها، وليس عليها قيمة الأب، وولاؤه موقوف، لأن الزوج يقول: هو لها، وهي تنكره. وإن حلفت دونه، عتق الأبوان. أما الأب، فبإقراره، وأما الأم، فلأنا حكمنا بكونها صداقًا، وليس عليها قيمة واحدة منهما. وإن حلف دونها، رقت الأم، وعتق الأب، وولاؤه موقوف. وإن لم يحلف واحد منهما، عتق الأب، ولا تتمكن هي من طلب المهر، لأن من ادعى شيئًا ونكل عن اليمين بعد الرد، كان كمن لم يدع شيئًا. ولو قال الزوج: أصدقتكِ أباكِ ونصف أمك وقالت: بل أصدقتني كليهما، تحالفا بلا خلاف، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق. فإذا حلفا، فلها مهر المثل وتعتق، وعليها قيمته لاتفاقهما أنه عتق عليها بحكم الصداق، فلما تحالفا بطل الصداق، ولا سبيل إلى رد العتق فوجبت القيمة، كما لو اشترى عبدًا فأعتقه، ثم اختلفا في الثمن وتحالفا. وأما الأم، فيعتق عليها نصفها. فإن كانت موسرة، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة ما يعتق منها، ويجيء التقاص.

ولو حلف الزوج دونها، عتق الأب ونصف الأم، ولا سراية إن كانت معسرة، ولا شيء لها ولا عليها، لأنا حكمنا بيمينه أن الصداق هو الأب ونصف الأم. ولو حلفت دونه، حكم بكونهما صداقًا وعتقًا، ولا شيء عليها. ولو قالت: أصدقتني الأم ونصف الأب، فقال: لا بل الأب ونصف الأم، تحالفا. فإذا حلفا، فلها مهر المثل، ويعتق من الأب نصفه لاتفاقهما، ونصفه باقرار الزوج وعليها قيمة ما اتفقا عليه. وأما الأم، فيعتق نصفها باتفاقهما، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة، وعليها قيمة ما عتق منها.

الثامنة: اختلفا في أداء المهر، فالقول قولها بيمينها، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده. فلو اتفقا على قبض مال، فقال: دفعته صداقًا وقالت: بل هدية. فإن اتفقا على أنه تلفظ واختلفا، هل قال: خذي هذا صداقًا أم قال: هدية؟ فالقول قوله

بيمينه. وإن اتفقا أنه لم يجر لفظ، واختلفا فيما نوى، فالقول قوله بيمينه أيضًا. وقيل: بلا يمين، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره، طعامًا أم غيره. فإذا حلف الزوج، فإن كان المقبوض من جنس الصداق، وقع عنه، وإلا فإن رضيا ببيعه بالصداق، فذاك، وإلا استرده وأدى الصداق. فإن كان تالفًا، فله البدل عليها وقد يقع في التقاص.

ولو بعث إلى بيت من لا دين له عليه شيئًا ثم قال: بعثته بعوض، وأنكر المبعوث إليه، فالقول قول المبعوث إليه.

التاسعة: ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة، أو السفيهة، سمعت دعواه. وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الراشدة، لم يسمع الدعوى عليها، إلا أن يدعي إذنها، وسواء البكر والثيب. وفي البكر وجه، والخلاف مبني على أن الولي، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة؟ والمذهب منعه. وفيه قول أو وجه. ومنهم من لم يثبته وقطع بالاول. وإذا قلنا بالمذهب، فاستأذنها فسكتت، لم يستفد بسكوتها الإذن في القبض، وقياس القول أو الوجه الضعيف، أن يستفيده وإن نهت عنه كتزويجها.

العاشرة: وقع الاختلاف في غير المنكوحة، فهو اختلاف في عقدين، القول في كل منهما قول النافي. وإن قال: نكحت هاتين بألف، فقالت إحداهما أو وليهما: بل نكحت هذه فقط بألف، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها. وأما الأخرى، فالقول قول المنكر.

فصل: يتعلق بكتاب الصداق، أصدقها جارية، ثم وطىء الجارية عالمًا بالحال، فإن كان بعد الدخول، فعليه الحد، ولا يقبل قوله: لم أعلم أنها ملكتها بالدخول، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام. وإن كان قبل الدخول، فلا حد. وعللوه بشيئين:

أحدهما: لا يبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام.

والثاني: اختلاف العلماء، فإن مالكًا رحمه الله تعالى قال: لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق. فإن كان عالمًا بأنها تملك جميع الصداق بالعقد، فعلى التعليل الأول يحدّ. وعلى الثاني، لا. وحيث قلنا: يحد، فأولدها، فالولد رقيق، وعليه المهر إن كانت مكرهة. وحيث قلنا: لا يحد، فالولد نسيب حر، وعليه قيمته يوم سقوطه.

فصل: خالع زوجته المدخول بها، ثم نكحها في العدة، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني، يتشطر المهر عندنا. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يحب جميعه، وبالله التوفيق.

باب المتعة

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: إذا طلقت المرأة لم يخل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ـ فإن كان قبل الدخول نظرت، فإن لم يفرض لها مهر ـ وجب لها المتعة لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال، وقلت الرغبة فيها بالطلاق، فوجب لها المتعة، وإن فرض لها المهر لم تجب لها بالمتعة، لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دلّ على أنه لا يجب لمن فرض لها، ولأنه حصل لها في مقابلة الابتذال نصف المسمى، فقام ذلك مقام المتعة.

وإن كان بعد الدخول ففيه قولان، قال في «القديم»: لا تجب لها المتعة، لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض، فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول. وقال في «الجديد»: تجب لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وكان ذلك في نساء دخل بهن، ولأن ما حصل من المهر لها بدل عن الوطء، وبقي الابتذال بغير بدل، فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول. وإن وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت ـ فإن كانت بالموت ـ لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تمّ بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة. وإن كانت بسبب من جهة أجنبي كالرضاع فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة، لأنها بمنزلة الطلاق في تنصيف المهر فكانت كالطلاق في المتعة.

وإن كانت بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة، لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق، وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالإسلام والردة والرضاع والفسخ بالإعسار والعيب بالزوجين جميعًا لم تجب لها المتعة؛ لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق، وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب، وإن كانت بسبب منهما نظرت ـ فإن كانت بخلع أو جعل الطلاق إليها فطلقت ـ كان حكمها حكم المطلقة في الأقسام الثلاثة، لأن المغلب فيها جهة الزوج، لأنه يمكنه أن يخالعها مع غيرها ويجعل الطلاق إلى غيرها فجعل كالمنفرد به. وإن كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج فقد قال في موضع: لا متعة لها، وقال في موضع لها المتعة، فمن أصحابنا من قال: هي على قولين:

أحدهما: لا متعة لها لأن المغلب جهة السيد، لأنه يمكنه أن يبيعها من غيره فكان حكمه في سقوط المتعة حكم الزوج في الخلع في وجوب المتعة، ولأنه يملك بيعها من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختيارًا للفرقة.

والثاني: أن لها المتعة لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في العقد، فسقط حكمها كما لو وقعت الفرقة من جهة أجنبي.

وقال أبو إسحاق: إن كان مولاها طلب البيع لم تجب لأنه هو الذي اختار

الفرقة. وإن كان الزوج طلب وجبت لأنه هو الذي اختار الفرقة، وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل: والمستحب أن تكون المتعة خادمًا أو مقنعة أو ثلاثين درهمًا لما روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال: «يستحب أن يمتعها بخادم، فإن لم يفعل فبثياب». وعن ابن عمر ﷺ قال: «يمتعها بثلاثين درهمًا» وروي عنه قال: «يمتعها بجارية»[1].

وفي الوجوب وجهان: أحدهما: ما يقع عليه اسم المال. والثاني: وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦] **وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة؟ فيه وجهان: أحدهما: يعتبر بحال الزوج للآية. والثاني: يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها.**

الشرح: قوله: «فرض لها المهر» أي أوجبه، والابتذال: الامتهان، والمقنعة: ما يغطي به الرأس، والمقتر: الفقير.

أما الأحكام: فالمتعة هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها، والفرقة ضربان: فرقة تحصل بالموت، فلا توجب متعة بالإجماع، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق. فإن كان قبل الدخول، نظر، إن لم يشطر المهر، فلها المتعة، وإلا، فلا على المشهور. وإن كان بعد الدخول، فلها المتعة على الجديد الأظهر. وكل فرقة من الزوج لا بسبب فيها، أو من أجنبي، فكالطلاق، مثل أن ارتد أو أسلم أو لاعن، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن، أو وطىء أبوه أو ابنه زوجته بشبهة، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة، والخلع كالطلاق على الصحيح. ولو فوض الطلاق إليها فطلقت، فكتطليقه. ولو علق الطلاق بفعلها، ففعلت، أو آلى منها، ثم طلق بعد المدة بطلبها، فكالطلاق على الصحيح.

ولو ارتدا معًا، فلا متعة على الأصح. وكل فرقة منها أو لسبب فيها، لا متعة فيها، كردتها وإسلامها، وفسخها بإعساره، أو عتقها، أو تغريره، أو عيبه، أو فسخه بعيبها. ونقل المزني إثبات المتعة إذا فسخت بالتعيين، فجعله بعضهم قولًا آخر، وأنكره الجمهور. ولو كانت ذمية صغيرة تحت ذمي، فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها. ولو اشترى زوجته، فلا متعة على الأظهر. وقال أبو إسحاق: إن استدعاه الزوج، وجب، وإن استدعاه السيد، فلا.

فرع: يسوى في المتعة، المسلم، والذمي، والحر، والعبد، والحرة، والذمية، وهي في كسب العبد، ولسيد الأمة كالمهر.

---

(١) انظر تفسير الطبري (٢/ ٥٤٤).

فصل: المستحب أن يمتعها ثلاثين درهمًا، نص عليه في «المختصر». وفي القديم: ثوبًا قيمته ثلاثون درهمًا. وفي نص آخر: يمتعها خادمًا، وإلا فمقنعة، وإلا فبقدر ثلاثين درهمًا، وليس هو اختلافًا، بل نزلها الأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا: أقل المستحب ثلاثون درهمًا. وفي نص آخر: يمتعها بخادم إن كان موسرًا، وبمقنعة إن كان معسرًا. وإن كان متوسطًا، فبقدر ثلاثين درهمًا. وأما الواجب، فإن تراضيا بشيء، فذاك. وحكى الحناطي وجهًا: أنه ينبغي أن يحلل كل منهما صاحبه. فإن لم يفعلا، لم يبرأ الزوج، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدِّرها. والصحيح الأول. وإن تنازعا، فهل يكفي أقل ما يتمول، أم يقدره الحاكم باجتهاده؟ وجهان: الصحيح الثاني. وهل يعتبر بحاله، أم بحالها، أم بحالهما؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وهل يجوز أن تزاد المتعة على نصف مهرها، أم يشترط أن لا تزيد، أم يشترط أن لا تبلغ نصفه؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، لإطلاق الآية، وبهذا قطع البغوي وغيره.

باب الوليمة والنثر

قال المصنف رحمه الله تعالى: الطعام الذي يدعى إليه الناس ستة: الوليمة للعرس، والخرس للولادة، والأعذار الختان، والوكيرة للبناء، والنقيعة لقدوم المسافر، والمأدبة لغير سبب ويستحب ما سوى الوليمة لما فيها من إظهار نعم الله والشكر عليها، واكتساب الأجر والمحبة، ولا تجب، لأن الإيجاب بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابه. وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال: هي واجبة وهو المنصوص لما روي عن أنس ﷺ قال: تزوّج عبد الرحمن بن عوف ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «أولِم ولو بشاة»[1] ومنهم من قال: هي مستحبّة لأنه طعام لحادث سرور، فلم تجب كسائر الولائم، ويكره النثر لأن التقاطه دناءة وسخف، ولأنه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب.

فصل: ومن دُعي إلى وليمة وجب عليه الإجابة لما روى ابن عمر ﷺ أن النبيّ ﷺ قال: «إذا دُعي أحدكم إلى وليمة فليأتها»[2] ومن أصحابنا من قال: هي

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٦٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٢٧) وأبو داود في سننه برقم (٢١٠٩) والترمذي في سننه برقم (١٠٩٤) والنسائي في سننه (٦/ ١١٩) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٠٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٧٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٢٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٧٣٦) والترمذي في سننه برقم (١٠٩٨) وابن ماجه في سننه برقم (١٩١٤) وأحمد في المسند (٢/ ٢٠) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٤٦).

فرض على الكفاية، لأن القصد إظهارها، وذلك يحصل بحضور البعض، وإن دُعي مسلم إلى وليمة ذمي ففيه وجهان: أحدهما: تجب الإجابة للخبر. والثاني: لا تجب لأن الإجابة للتواصل، واختلاف الدين يمنع التواصل وإن كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب في اليوم الأول والثاني وتكره الإجابة في اليوم الثالث، لما روي أن سعيد بن المسيب رَحِمَهُ اللَّهُ دُعي مرتين فأجاب ثم دُعي الثالثة فحصب الرسول[١].

وعن الحسن رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: «الدعوة أول يوم حسن، والثاني حسن، والثالث رياء وسمعة»[٢] وإن دعاه اثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق، فإن استويا في السبق أجاب أقربهما رحمًا، فإن استويا في الرحم أجاب أقربهما دارًا لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ما ذكرناه كصدقة التطوع فإن استويا في ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة.

فصل: وإن دُعي إلى موضع فيه دف أجاب، لأن الدف يجوز في الوليمة لما روى محمد بن حاطب قال: قال رسول الله ﷺ «فصل ما بين الحلال والحرام الدف»[٣] فإن دُعي إلى موضع فيه منكر من زمر أو خمر ـ فإن قدر على إزالته ـ لزمه أن يحضر لوجوب الإجابة ولإزالة المنكر، وإن لم يقدر على إزالته لم يحضر لما روي «أن رسول الله ﷺ نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر»[٤] وروى نافع قال: «كنت أسير مع عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه، ثم عدل عن الطريق، فلم يزل يقول: يا نافع أتسمع؟ حتى قلت: لا فأخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع إلى الطريق ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع»[٥].

وإن حضر في موضع فيه تماثيل ـ فإن كانت كالشجر ـ جلس، وإن كانت على صورة حيوان ـ فإن كانت على بساط يداس أو مخدة يتّكأ عليها. جلس وإن كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس، لما روي عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «أتاني جبريل ﷺ فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل، وكان في البيت قرام ستر فيه تماثيل، وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل التي كانت في باب البيت يقطع فتصير كهيئة الشجرة، ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن، ومر بالكلب

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٧٤٦).
(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٠/ ٤٤٧).
(٣) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٠٨٨) والنسائي في سننه (٦/ ١٢٧) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٩٦) وأحمد في المسند (٣/ ٤١٨) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٨٩).
(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٧٧٤).
(٥) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٩٢٤) وأحمد في المسند (٢/ ٨).

فليخرج، ففعل رسول الله ﷺ ذلك»[١] ولأن ما كان كالشجرة فهو كالكتابة والنقوش، وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر فهو كالصنم، وما يوطأ فليس كالصنم لأنه غير معظم».

فصل: ومن حضر الطعام ـ فإن كان مفطرًا ـ ففيه وجهان: أحدهما: يلزمه أن يأكل، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبيّ ﷺ قال: إذا دُعي أحدكم إلى طعام فليجب، فإن كان مفطرًا فليأكل، وإن كان صائمًا فليصل»[٢]. والثاني: لا يجب لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دُعي أحدكم إلى طعام فليجب، فإن شاء طعم وإن شاء ترك»[٣] وإن دُعي وهو صائم لم تسقط عنه الإجابة للخبر، ولأن القصد التكثير والتبرّك بحضوره، وذلك يحصل مع الصوم، فإن كان الصوم فرضًا لم يفطر لقول النبيّ ﷺ: «وإن كان صائمًا فليصل» وإن كان تطوعًا فالمستحب أن يفطر، لأنه يدخل السرور على من دعاه وإن لم يفطر جاز لأنه قربة فلم يلزمه تركها. والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام، لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما قال: «أفطر رسول الله ﷺ عند سعد بن معاذ رضي الله عنه، فقال: أفطر عندكم الصائمون، وصلت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الأبرار»[٤].

الشرح: قوله: «فحصب الرسول» أي رماه بالحصى وهو صغار الحجارة، وقوله: «عدل عن الطريق» أي مال عنها، والقرام: الستر، وقوله: «منبوذتان» أي مرميتان، وقوله: «وإن كان صائمًا فليصل» أي فليدع، وقوله: «وصلت عليكم الملائكة» أي استغفرت لكم.

أما الأحكام: فالوليمة تقع على كل دعوة تتخذ بسرور حادث، من نكاح أو ختان أو غيرهما. لكن الأشهر استعمالها عند الإطلاق في النكاح، وتقيد في غيره، فيقال: وليمة الختان وغيره، ويقال لدعوة الختان: إعذار، ولدعوة الولادة: عقيقة، ولسلامة المرأة من الطلق: خُرس. وقيل: الخرس لطعام الولادة، ولقدوم المسافر: نقيعة، ولإحداث البناء: وكيرة، ولما يتخذ للمصيبة: وضيمة، ولما يتخذ بلا سبب: مأدُبة.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤١٥٨) والترمذي في سننه برقم (٢٨٠٦) وأحمد في المسند (٢/ ٣٠٥).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٣١) وأبو داود في سننه برقم (٢٤٦٠) والترمذي في سننه برقم (٧٨٠) وأحمد في المسند (٢/ ٢٧٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٣٠) وأبو داود في سننه برقم (٣٧٤٠) وابن ماجه في سننه برقم (١٧٥١).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (١٧٤٧) وابن حبان في صحيحه برقم (٥٢٩٦).

وفي وليمة العرس قولان، أو وجهان: أحدهما: أنها واجبة، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح: «أولم ولو بشاة». وأصحهما: أنها مستحبة كالاضحية وسائر الولائم، والحديث على الاستحباب، وقطع القفال بالاستحباب، وأما سائر الولائم، فمستحبة، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور، ولا يتأكد تأكد وليمة النكاح. قال المتولي: وخرج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولًا، لان الشافعي رحمه الله قال بعد ذكرها: ولا أرخص في تركها.

فرع: أقل الوليمة على ما ذكره ابن الصباغ وغيره، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن، اقتصر على ما يقدر عليه.

فرع: وأما الإجابة إلى الدعوة، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة، وكذا إن لم نوجبها على الأظهر. وقيل: على الأصح، صححه العراقيون والروياني وغيرهم، للأحاديث الصحيحة: «من دعي إلى وليمة فليأتها». والثاني: أنها مستحبة. وأما غير وليمة العرس، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة. وقيل: بطرد الخلاف في الوجوب. وإذا أوجبنا الإجابة، فهي فرض عين على الأصح. وقيل: فرض كفاية. ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط.

منها: أن يعم عشيرته أو جيرانه، أو أهل حرفته، أغنياءهم وفقراءهم، دون ما إذا خص الأغنياء.

ومنها: أن يخصه بالدعوة بنفسه، أو يبعث إليه شخصًا. فأما إذا فتح باب داره وقال: ليحضر من أراد، أو بعث شخصًا: ليحضر من شاء، أو قال لشخص: احضر وأحضر معك من شئت، فقال لغيره: احضر، فلا تجب الإجابة ولا تستحب.

ومنها: أن لا يكون إحضاره لخوف منه، أو طمع في جاهه، أو ليعاونه على باطل، بل تكون للتقرب، أو التودد. ومنها، أن يدعوه مسلم. فإن دعاه ذمي فهل هو كالمسلم أم لا تجب قطعًا؟ طريقان: أصحهما: الثاني. ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في دعوة المسلم، لأنه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد، وتكره مخالطة الذمي وموادته.

ومنها: أن يدعو في اليوم الأول. فلو أولم ثلاثة أيام، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة، وفي الثاني لا تجب قطعًا، ولا يكون استحبابها كالاستحباب في اليوم الاول.

فرع: إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة، فرضي بتخلفه، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف.

فرع: دعاه جماعة، أجاب الأسبق، فإن جاءا معًا، أجاب الأقرب رحمًا، ثم الأقرب دارًا كالصدقة.

ومنها: أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره، ولا يليق به مجالسته. فإن كان، فهو معذور في التخلف. وأشار في «الوسيط» إلى وجه فيه.

ومنها: أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي. فإن كان، نظر، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر، وإلا فوجهان: أحدهما: الأولى أن لا يحضر، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه، كما لو كان يضرب المنكر في جواره، فلا يلزمه التحول وإن بلغه الصوت، وعلى هذا جرى العراقيون. والثاني وهو الصحيح: يحرم الحضور لأنه كالرضى بالمنكر وإقراره.

فاذا قلنا بالثاني، فلم يعلم حتى حضر، نهاهم، فإن لم ينتهوا، فليخرج. وفي جواز القعود وجهان.

فإن لم يمكنه الخروج، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج، قعد كارهًا ولا يستمع. ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته، لم ينكره، لأنه مجتهد فيه. فإن كان حاضره ممن يعتقد تحريمه، فكالمنكر المجمع على تحريمه. وقيل: لا.

فرع: ومن المنكرات، فرش الحرير وصور الحيوانات على السقوف والجدران، والثياب الملبوسة، والستور المعلقة، والوسائد الكبار المنصوبة، ولا بأس بما على الأرض، والبساط الذي يداس، والمخاد التي يتكأ عليها، وليكن في معناها الطبق والخوان، والقصعة. ولا بأس بصور الأشجار، والشمس، والقمر. وفي وجه: يكره صورة الشجر. ولو كانت صور الحيوانات مقطوعة الرؤوس، فلا بأس به على الصحيح، ومنعه المتولي. وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام أم مكروه؟ وجهان: وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد، وبالكراهة قال صاحب «التقريب» والصيدلاني، ورجحه. الإمام والغزالي في «الوسيط». ولو كانت الصورة في الممر دون موضع الجلوس، فلا بأس بالدخول والجلوس، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب. وكذا لا بأس بدخول الحمام الذي على بابه صور، كذا قاله الأصحاب.

فرع: يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف، ولا يستحق أجرة. وفي نسج الثياب المصورة وجهان: جوزه أبو محمد لأنها قد لا تلبس، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكًا بالحديث: «لعن الله المصورين».

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الأرض ونحوها، وكأن من قال بالمنع. قال: ليس له أن يصور، لكن إن اتفق يسامح به ولا يجب طمسه.

والصحيح تحريم التصوير على الأرض وغيرها. والله أعلم.

فصل: الصوم ليس عذرًا في ترك إجابة الدعوة. فإذا حضر الصائم، إن كان صوم فرض مضيق الوقت، حرم الفطر. وإن كان موسعًا كالنذر المطلق وقضاء رمضان، فإن لم نجوز الخروج منه، حرم الفطر، وإلا فقيل هو كصوم النفل. وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه، لأن ذمته مشغولة. وإن كان صوم نفل، فإن لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه، استحب اتمام صومه، وإن شق عليه، استحب الفطر. أما المفطر، ففي أكله وجهان: أحدهما: يجب وأقله لقمة، وأصحهما: أنه مستحب.

فصل: دعاه من أكثر ماله حرام، كرهت إجابته كما تكره معاملته. فإن علم أن عين الطعام حرام، حرمت إجابته.

فصل: المرأة إذا دعت النساء، كما ذكرنا في الرجال. فإن دعت رجلًا أو رجالًا، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة.

فصل: في مسائل تتعلق بالضيافة، إحداها: للضيف أن يأكل إذا قُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظًا، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظًا. وفي «الوسيط» أنه لا بد من لفظ وهو شاذ ضعيف، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم، وللقرينة أثر ظاهر في مثل هذا الباب، وكذلك يجوز الشرب من الحِباب الموضوعة على الطرق، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب. وقال المتولي: تقديم الطعام، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته. فإن لم يسبق دعوة، فلا بد من الإذن لفظًا، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعًا، وقرينة التقديم لا تختلف لسبق الدعوة وعدمه.

الثانية: هل يملك الضيف ما يأكله؟ وجهان: قال القفال: لا بل هو إتلاف بإذن المالك، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل. وقال الجمهور: نعم. وبم يملك؟ فيه أوجه: قيل: بالوضع بين يديه، وقيل: بالأخذ، وقيل: بوضعه في الفم، وقيل: بالازدراد يتبين حصول الملك قبيله. وضعف المتولي ما سوى الوجه الأخير. وعلى الأوجه ينبني التمكن من الرجوع.

قلت: قال صاحب «البيان»: إذا قلنا: يملكه بالأخذ أو بالوضع في الفم، فهل للآخذ إباحته لغيره والتصرف فيه بغير ذلك؟ وجهان: الصحيح وقول الجمهور لا يجوز كما لا يعير المستعار. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب: يجوز أن يفعل ما يشاء من البيع والهبة وغيرهما، لأنه ملكه. قال ابن الصباغ: هذا لا يجيء على أصلهما. والله أعلم.

الثالثة: ليس للضيف التصرف في الطعام بما سوى الأكل، فلا يجوز أن يحمل

معه منه شيئًا، إلا إذا أخذ ما يعلم رضى المالك به، ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه، وبحال المضيف والدعوة. فإن شك في وقوعه في محل المسامحة، فالصحيح التحريم، وليس للضيف إطعام السائل والهرة، ويجوز أن يلقم الأضياف بعضهم بعضًا، إلا إذا فاوت بينهم في الطعام، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك.

الرابعة: يحرم التطفل، واستثنى المتولي وغيره فقالوا: إذا كان في الدار ضيافة، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لا يشق عليه.

فصل: يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات. وهل يكره أم يستحب، أم لا يستحب ولا يكره، بل تركه أولى؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. والتقاط النثار جائز، لكن الأولى تركه، إلا إذا عرف أن الناثر لا يؤثر بعضهم على بعض، ولم يقدح الالتقاط في مروءته، ثم من التقط لم يؤخذ منه. وهل يملكه؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه لم يوجد لفظ تمليك لمعين والثاني: يملك اعتبارًا بالعادة، والأئمة إلى هذا الوجه أميل، وهو مقتضى إطلاق أكثرهم. فعلى الأول، للناثر الاسترجاع. قال ابن كج: له الاسترجاع ما لم يخرج الملتقط من الدار، وعليه الغرم إن أتلفه. وإن قلنا: يملك فهل يخرج عن ملك الناثر بالنثر، أم بأخذ الملتقط، أم بإتلافه؟ فيه أوجه.

ومن وقع في حجره شيء من النثار، فإن بسطه لذلك، لم يؤخذ منه. فإن سقط منه بنفس الوقوع، لم يبطل حقه على الأصح، فيمنع غيره من أخذه. وإن لم يبسطه له، لم يملكه، لعدم القصد والفعل. فإن نفضه، فهو كما لو وقع على الأرض أولًا، وإلا فهو أولى به من غيره، وليس لغيره أن يأخذه. فلو أخذه غيره، ففي ملكه وجهان جاريان، فيما لو عشش طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره. وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه، وفيما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره، وفيما إذا أحيا ما يحجره غيره. لكن الأصح أن المحيي يملك. وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر، لأن المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفًا في ملك غيره، بخلاف هذه الصورة ولو سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه، أو قام فسقط، بطل اختصاصه، كما لو طار الفرخ، فإنه يجوز لغير صاحب الأرض أخذه بلا خلاف. ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه. أما من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه، فلا اختصاص له به، ويجوز لغيره أخذه من حجره، ذكره البغوي وغيره. ويكره أخذ النثار من الهواء بالملاءة والأزر المربوطة برؤوس الخشب. فإن أخذ كذلك، استحقه ونثر الدراهم والدنانير، كنثر السكر ذكره المسعودي.

باب عشرة النساء والقسم

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا تزوج امرأة ـ فإن كانت ممن يجامع مثلها ـ ويجب تسليمها بالعقد إذا طلب، ويجب عليه تسلمها إذا عرضت عليه، فإن طالب بها الزوج فسألت الإنظار أنظرت ثلاثة أيام، لأنه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير، وإن كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم إذا طلب الزوج ولا التسلم إذا عرضت عليه، لأنها لا تصلح للاستمتاع، وإن كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الخلق أو بها مرض لا يرجى زواله، وجب التسليم إذا طلب، والتسلم إذا عرضت عليه، لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها في غير الجماع.

فصل: وإن كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلًا ونهارًا لأنه لا حق لغيرها عليها، وللزوج أن يسافر بها لأن النبيّ ﷺ كان يسافر بنسائه، ولا يجوز لها أن تسافر بغير إذن الزوج، لأن الاستمتاع مستحق له، فلا يجوز تفويته عليه، وإن كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار، لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتيها فلم يجب التسليم في غير وقتها، كما لو أجرها لخدمة النهار، وقال أبو إسحاق: إن كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لأنه يمكنها العمل في بيت الزوج، والمذهب الأول، لأنه قد يحتاج إليها في خدمة غير الصنعة. ويجوز للمولى بيعها لأن النبيّ ﷺ أذن لعائشة رضي الله عنها في شراء بريرة، وكان لها زوج، ويجوز له أن يسافر بها لأنه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة.

فصل: ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لأن الوطء يقف عليه، وفي غسل الجنابة قولان:

أحدهما: له أن يجبرها عليه، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من وطء الجنب.

والثاني: ليس له أن يجبرها لأن الوطء لا يقف عليه، وفي التنظيف والاستحداد وجهان: أحدهما: يملك إجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه. والثاني: لا يملك إجبارها عليه لأن الوطء لا يقف عليه وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحته؟ فيه وجهان:

أحدهما: له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع.

والثاني: ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء، فإن كانت ذمية فله منعها من السكر، لأنه يمنع الاستمتاع لأنها تصير كالزق المنفوخ، ولأنه لا يأمن أن تجني عليه، وهل له أن يمنعها من أكل لحم الخنزير؟ وشرب القليل من الخمر؟ فيه ثلاثة أوجه. أحدها: يجوز له منعها، لأنه يمنع كمال الاستمتاع، والثاني: ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء، والثالث: وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة: أنه ليس

له منعها من لحم الخنزير، لأنه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر، لأن السكر يمنع الاستمتاع، ولا يمكن التمييز بين ما يسكر وما لا يسكر مع اختلاف الطباع؛ فمنع من الجميع.

فصل: وللزوج منع الزوجة من الخروج إلى المساجد وغيرها. لما روى ابن عمر ﷺ قال: «رأيت امرأة أتت إلى النبيّ ﷺ وقالت: يا رسول الله ما حقّ الزوج على زوجته؟ قال: حقه عليها أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت لعنها الله، وملائكة الرحمة، وملائكة الغضب، حتى تتوب أو ترجع، قالت: يا رسول الله وإن كان لها ظالما؟ قال: وإن كان لها ظالمًا»[(١)] ولأن حق الزوج واجب، فلا يجوز تركه بما ليس بواجب، ويكره منعها من عيادة أبيها إذا أثقل، وحضور مواراته إذا مات، لأن منعها من ذلك يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق.

فصل: ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الأذى لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النّساء: ١٩] ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النّساء: ١٩] ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل، ولقوله ﷺ: «مطل الغني ظلم»[(٢)] ولا يجب عليه الاستمتاع لأنه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة، ولأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن إيجابه.

والمستحب أن لا يعطلها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ قال قال رسول الله ﷺ: «أتصوم النهار؟ قلت: نعم، قال: وتقوم الليل؟ قلت: نعم، قال: لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأنام، وأمس النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»[(٣)] ولأنه إذا عطلها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق، ولا يجمع بين امرأتين في مسكن إلا برضاهما، لأن ذلك ليس من العشرة بالمعروف، ولأنه يؤدي إلى الخصومة ولا يطأ إحداهما بحضرة الأخرى، لأنه دناءة وسوء عشرة، ولا يستمتع بها إلا بالمعروف، فإن كانت نضوة الخلق ولم تحتمل الوطء لم يجز وطؤها لما فيه من الإضرار.

فصل: ولا يجوز وطؤها في الدبر، لما روى خزيمة بن ثابت ﷺ قال: قال

---

(١) أخرجه الطيالسي في مسنده (١/ ٣١٢) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٩٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٨٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٦٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٥) والنسائي في سننه (٧/ ٣١٧) والترمذي في سننه برقم (١٣٠٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٠٣) وأحمد في المسند (٢/ ٢٤٥) ومالك في الموطأ (٢/ ٦٧٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٩٧٥) ومسلم في صحيحه برقم (١١٥٩) والنسائي في سننه (٤/ ٢١٠) وأبو داود في سننه برقم (٢٤٢٧) وأحمد في المسند (٢/ ١٨٧).

رسول الله ﷺ: «ملعون من أتى امرأة في دبرها»[(١)] ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الأليتين لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] **ويجوز وطؤها في الفرج مدبرة، لما روى جابر رضي الله عنه قال: «قالت اليهود: إذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول» فأنزل الله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾** [البَقَرَة: ٢٢٣] **قال: «يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة إذا كان ذلك في الفرج»[(٢)].**

فصل: ويكره العزل، لما روت جدامة بنت وهب قالت: «حضرت رسول الله ﷺ فسألوه عن العزل. فقال: ذلك الوأد الخفي، ﴿وَإِذَا ٱلْمَوْءُۥدَةُ سُئِلَتْ﴾ [التكوير: ٨]**»[(٣)] فإن كان ذلك في وطء أمته لم يحرم؛ لأن الاستمتاع بها حق له لا حق لها فيه، وإن كان في وطء زوجته فإن كانت مملوكة لم يحرم لأنه يلحقه العار باسترقاق ولده منها. وإن كانت حرة فإن كان بإذنها جاز لأن الحق لهما، وإن لم تأذن ففيه وجهان: أحدهما: لا يحرم لأن حقها في الاستمتاع دون الإنزال. والثاني: يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه.**

الشرح: قوله: «نضو الخلق» النضو: المهزول من الإبل، والاستحداد: حلق العانة، وقوله: «ويغريها بالعقوق» أغراه بالشيء إذا ألزمه إياه، والمعاشرة هي المخالطة والمصاحبة، والمعروف هو ما يوجبه الشرع ويقتضيه الدين ويتعارفه الناس، وقوله: «من غير مطل» هو تأخير الحق، والوأد الخفي: هو القتل، والموؤودة: المدفونة حية.

أما الأحكام: فللزوج جميع أنواع الاستمتاع، إلا النظر إلى الفرج، ففيه خلاف سبق في حكم النظر، وإلا الإتيان في الدبر، فإنه حرام، ويجوز التلذذ بما بين الإليتين، والإيلاج في القبل من جهة الدبر.

فرع: الإتيان في الدبر كالإتيان في القبل في أكثر الأحكام، كإفساد العبادة ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة في الصوم والحج وغيرها، لكن لا يحصل به الإحصان ولا التحليل، ولا الفيأة في الإيلاء، ولا يزول حكم التعنين، وفي هذين الأخيرين وجه ضعيف.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (١٩٢٤) والنسائي في سننه الكبرى (٥/ ٣١٧) وأحمد في المسند (٥/ ٢١٣) والبيهقي في سننه (٥/ ٢١٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٥٢٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٣٥) وأبو داود في سننه برقم (٢١٦٣) والترمذي في سننه برقم (٢٩٧٨) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٢٥) والبيهقي في سننه (٧/ ١٩٤).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٤٢).

ويثبت به النسب على الأصح، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيد أمته في دبرها، أو كان ذلك في نكاح فاسد. فأما في النكاح الصحيح، فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب، ويجب به مهر المثل في النكاح الفاسد قطعًا، ويستقر به المسمى في النكاح الصحيح على المذهب. فإن قلنا: لا يستقر، فقال الحناطي: لها مهر المثل، فإن وطئها بعده، فلها المسمى وترد مهر المثل على الأصح. وفي وجه: لها المسمى ومهر المثل. وإن لم يطأها وطلقها، فقد وجب لها مهر المثل، وللزوج عندها المسمى. فإن كانا من جنس، جرت أقوال التقاص، وهذا كلام مظلم لا يهتدى إليه.

وتثبت به المصاهرة على الأصح، والعدة على الصحيح، ولا يشترط نطق المصابة في دبرها إذا استؤذنت في النكاح على الأصح. وإذا وطىء أمته أو زوجته في دبرها، فلا حد على الصحيح.

مسألة: العزل: هو أن يجامع، فإذا قارب الإنزال، نزع فأنزل خارج الفرج، والأولى تركه على الإطلاق. وأطلق صاحب «المهذب»، كراهته، ولا يحرم في السرية بلا خلاف، صيانة للملك، ولا يحرم في الزوجة على المذهب، سواء الحرة والأمة بالإذن وغيره. وقيل: يحرم، وقيل: يحرم بغير إذن وقيل: يحرم في الحرة.

وأما المستولدة، ففيها خلاف مرتب على المنكوحة الحرة، وأولى بالجواز لأنها غير راسخة في الفراش ولهذا لا يقسم لها. قال الإمام: وحيث حرمنا، فذلك إذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجًا تحرزًا عن الولد، فأما إذا عن له أن ينزع لا على هذا القصد، فيجب القطع بأن لا يحرم.

مسألة: الاستمناء باليد حرام، ونقل ابن كج أنه توقف فيه في القديم. والمذهب الجزم بتحريمه، ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته، كما يستمتع بسائر بدنها، ذكره المتولي، ونقله الروياني.

مسألة: القول في تحريم الوطء في الحيض والنفاس وتحريم سائر الاستمتاعات، كما سبق في «باب الحيض». ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حربويه، أنه يجتنب الحائض في جميع بدنها.

قلت: هذا الوجه غلط فاحش، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ: «اصنعوا كل شيء سوى النكاح»؛ وأنه ﷺ: «كان يباشر الحائض فوق الإزار» فقد خالف قائله إجماع المسلمين. والله أعلم.

مسألة: لا بأس أن يطوف على إمائه بغسل واحد، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطئين وضوءً أو غسل الفرج، كما ذكرنا في «كتاب الطهارة»، ولا يتصور ذلك

في الزوجات إلا بإذنهن. وأما حديث «الصحيحين»: أن النبي ﷺ طاف على نسائه بغسل واحد، فمحمول على إِذنهن إن قلنا: كان القسم واجبًا عليه ﷺ، وإلا فهن كالإماء.

مسألة: يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته.

ويُسن ملاعبته الزوجة إيناسًا وتلطفًا ما لم يترتب عليه مفسده، للحديث الصحيح: «هلّا تزوجت بكرًا تلاعبها وتلاعبك». ويستحب أن لا يُعطلها، وأن لا يطيل عهدها بالجماع من غير عذر، وأن لا يترك ذلك عند قدومه من سفره، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح: «فإذا قدمت فالكيس الكيس»، أي: ابتغ الولد. والسنة أن يقول عند الجماع: باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا، للحديث الصحيح فيه، ولا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها، لا في البنيان ولا في الصحراء، ويحرم على الزوجة والأمة تحريمًا غليظًا أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز، ولا يحرم وطء المرضع والحامل، ويكره أن تصف المرأة امرأة أُخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح، في النهي عن ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الأذى كما يجب عليه في معاشرتها، ويجب عليها بذل ما يجب له من غير مطل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ: «إذا دعا أحدكم امرأته إلى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح»[(١)].

فصل: ولا يجب عليها خدمته في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه.

فصل: وإن كان له امرأتان أو أكثر فله أن يقسم لهن لأن النبيّ ﷺ قسّم لنسائه، ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه فجاز له تركه، وإذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقي إلا بقرعة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له امرأتان يميل إلى إحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط»[(٢)] ولأن البداءة بإحداهما من غير

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٣٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٣٦) وأبو داود في سننه برقم (٢١٤١) وأحمد في المسند (٢/ ٤٣٩) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٩٢) والدارمي في سننه (٢/ ١٤٩).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٣٣) والترمذي في سننه برقم (١١٤١) والنسائي في سننه (٧/ ٦٣) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٦٩) وأحمد في المسند (٢/ ٣٤٧) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٦) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٩٧).

قرعة تدعو إلى النفور، وإذا قسّم لواحدة بالقرعة أو غير القرعة لزمه القضاء للبواقي، لأنه إذا لم يقض مال، فقد دخل في الوعيد.

فصل: ويقسم المريض والمجبوب لأن النبيّ ﷺ كان يقسم في مرضه، ولأن القسم يراد للأنس وذلك يحصل مع المرض والجب، وإن كان مجنونًا لا يخاف منه طاف به الولي على نسائه، لأنه يحصل لها به الأنس، ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرمة والمظاهر منها والمولي منها، لأن القصد من القسم الإيواء والأنس وذلك يحصل مع هؤلاء، وإن كانت مجنونة لا يخاف منها قسم لها، لأنه يحصل لها الأنس وإن كان يخاف منها لم يقسم لها، لأنها لاتصلح للأنس».

فصل: وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد منعت ذلك بالسفر. وإن سافرت بإذنه ففيه قولان: أحدهما: لا يسقط لأنها سافرت بإذنه، فأشبه إذا سافرت معه. الثاني: لا يسقط، لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد عدم الجميع فسقط ما تعلق به كالثمن لما وجب في مقابلة المبيع سقط بعدمه.

فصل: وإن اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة، لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «من نكح حرة على أمة فللحرة ليلتان وللأمة ليلة»[1] والحق في قسم الأمة لها دون المولى، لأنه يراد لحظها فلم يكن للمولى فيه حق، فإن قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الأمة، فإن كان بعد ما أوفاها حقها استأنف القسم لها لأنهما تساويا بعد انقضاء القسم. وإن كان قبل أن يوفيها حقها أقام عندها ليلتين، لأنه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما، وإن قسم للأمة ليلة ثم أعتقت، فإن كان بعدما أوفى للحرة حقها سوى بينهما. وإن كان قبل أن يوفي الحرة حقها لم يزل على ليلة لأنهما تساويا فوجب التسوية بينهما.

فصل: وعماد القسم الليل، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا﴾ [النّبَإ: ١٠] قيل في التفسير الإيواء إلى المساكن، ولأن النهار للمعيشة والليل للسكون، ولهذا قال تعالى: ﴿أَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِيَسْكُنُوا۟ فِيهِ﴾ [النّمل: ٨٦] فإن كانت معيشته بالليل فعماد قسمه النهار، لأن نهاره كليل غيره، والأولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله ﷺ ولأن ذلك أقرب إلى التسوية في إيفاء الحقوق فإن قسم ليلتين أو ثلاثًا جاز، لأنه في حد القليل؛ وإن زاد على الثلاث لم يجز من غير رضاهن، لأن فيه تغريرًا بحقوقهن، فإن فعل ذلك لزمه القضاء للبواقي لأنه إذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضي ما قسم بغير حق أولى، وإذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٢٦٥) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٨٥).

يليها من النهار، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم لكل امرأة يومها وليلتها، غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغي بذلك رضى رسول الله ﷺ[(١)]. وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت: «توفي رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي وبين سحري ونحري، وجمع الله بين ريقي وريقه»[(٢)].

فصل: والأولى أن يطوف إلى نسائه في منازلهن اقتداء برسول الله ﷺ ولأن ذلك أحسن في العشرة وأصون لهن، وله أن يقيم في موضع ويستدعي واحدة واحدة، لأن المرأة تابعة للزوج في المكان، ولهذا يجوز له أن ينقلها إلى حيث شاء وإن كان محبوسًا في موضع ـ فإن أمكن حضورها فيه ـ لم يسقط حقها من القسم، لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل، وإن لم يمكن حضورها فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر، وإن كانت له امرأتان في بلدين فأقام في بلد إحداهما فإن لم يقم معها في منزل لم يلزمه القضاء بالمقام في بلد الأخرى لأن المقام في البلد معها ليس بقسم، وإن أقام معها في منزلها لزمه القضاء للأخرى، لأن القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف المحال.

فصل: ويستحب لمن قسم أن يسوي بينهن في الاستمتاع لأنه أكمل في العدل. فإن لم يفعل جاز لأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة، ولا يمكن التسوية بينهن في ذلك. ولهذا قال الله عزّ وجلّ ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩]. قال ابن عباس رضي الله عنهما: يعني في الحب والجماع. وقالت عائشة رضي الله عنها: «كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملكه ولا أملكه»[(٣)].

فصل: ولا يجوز أن يخرج في ليلتها من عندها، فإن مرض غيرها من النساء وخاف أن تموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء، كما يترك الصلاة إذا أكره على تركها وعليه القضاء، والأولى أن يقضيها في الوقت الذي خرج، لأنه أعدل، إن خرج في آخر الليل وقضاه في أوله جاز، لأن الجميع مقصود في القسم، فإن دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه. أحدها: يلزمه القضاء بليلة لأن الجماع معظم المقصود. والثاني: يدخل عليها في ليلة الموطوءة فيطؤها لأنه أقرب إلى التسوية. والثالث: أنه لا يقضيها بشيء، لأن الوطء غير مستحق في القسم، وقدره من الزمان لا ينضبط

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٩٣) وأبو داود في سننه برقم (٢١٣٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣١٠٠) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤٤٣).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٣٤) والترمذي في سننه برقم (١١٤٠) والنسائي في سننه (٧/ ٦٤) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٧١) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٧) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٩٨) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ١٦٥).

فسقط. ويجوز أن يخرج في نهارها للمعيشة ويدخل إلى غيرها ليأخذ شيئًا أو يترك شيئًا ولا يطيل، فإن أطال لزمه القضاء لأنه ترك الإيواء المقصود.

وإن دخل إلى غيرها لحاجة فقبلها جاز، لما روت عائشة ﵂ قالت: «ما كان يوم أو أقل يوم إلا كان رسول الله ﷺ يطوف علينا جميعًا، ويقبل ويلمس، فإذا جاء إلى التي هو يومها أقام عندها»[(١)] ولا يجوز أن يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز في قسم غيرها، فإن وطئها وانصرف ففيه وجهان: أحدهما: أنه يلزمه أن يخرج في نهار الموطوءة ويطأها، لأنه هو العدل. والثاني: لا يلزمه شيء لأن الوطء غير مستحق، وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط، وإن كان عنده امرأتان فقسم لإحداهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن يقضيها ثم تزوجها لزمه قضاء حقها، لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فأعسر ثم أيسر.

فصل: وإن تزوج امرأة وعنده امرأتان أوثلاث قطع الدور للجديدة فإن كانت بكرًا أقام عندها سبعًا، لما روى أبو قلابة عن أنس ﷺ أنه قال: «من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعًا، قال أنس: لو شئت أن أرفعه إلى رسول الله ﷺ لرفعت»[(٢)] وإن كانت ثيبًا أقام عندها ثلاثًا أو سبعًا لما روي: «أن النبيّ ﷺ تزوج أم سلمة ﵂ وقال: إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن، وإن شئت ثلثت عندك ودرت»[(٣)] فإن أقام عند البكر سبعًا لم يقض للباقيات شيئًا، وإن أقام عند الثيب ثلاثًا لم يقض، فإن أقام سبعًا ففيه وجهان:

أحدهما: يقضي السبع لقوله ﷺ: «إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن».

والثاني يقضي ما زاد على الثلاث، لأن الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها، وإن تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفي قدره وجهان، قال أبو علي بن أبي هريرة: هي على النصف كما قلنا في القسم الدائم، وقال أبو إسحاق: هي كالحرة، لأن قسم العقد حق للزوج فلم يختلف برقها وحريتها بخلاف القسم الدائم فإنه حق لها، فاختلف برقها وحريتها، وإن تزوج رجل من امرأتين وزفتا إليه في وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم في القسم الدائم.

فصل: وإن أراد السفر بامرأة أو امرأتين أو ثلاث أقرع بينهن، فمن خرجت عليها القرعة سافر بها، لما روت عائشة ﵂ قالت: كان رسول الله ﷺ إذا خرج

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٦/ ١٠٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢١٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٦١) وأبو داود في سننه برقم (٢١٢٤) والترمذي في سننه برقم (١١٣٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٦٠) وأبو داود في سننه برقم (٢١٢٢) وابن ماجه في سننه برقم (١٩١٧) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٢٩) وأحمد في المسند (٦/ ٢٩٢).

أقرع بين نسائه، فصارت القرعة على عائشة ﵂، وحفصة ﵂ فخرجتا معه جميعًا»[(١)] ولا يجوز أن يسافر بواحدة من غير قرعة؛ لأن ذلك ميل وترك للعدل.

وإن سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما في القسم كما يسوي بينهما في الحضر فإن كان في سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات، لأن عائشة ﵂ لم تذكر القضاء، ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم وإن كان في سفر قصير ففيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه في السفر الطويل. والثاني: يلزمه لأنه في حكم الحضر، وإن سافر ببعضهن بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمات لأنه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها في الحضر وإن سافر بامرأة بقرعة إلى بلد ثم عنَّ له سفر أبعد منه لم يلزمه القضاء، لأنه سفر واحد وقد أقرع له.

وإن سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم أقام معها مدة لزمه أن يقضي المدة التي أقام معها بعد انقضاء السفر، لأن القرعة إنما تسقط القضاء في قسم السفر. وإن كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين وزفتا إليه في وقت واحد لزمه أن يقسم لهما حق العقد، ولا يقدم إحداهما من غير قرعة، فإن أراد السفر قبل أن يقسم لهما أقرع بين الجمع فإن خرجت القرعة لإحدى القديمتين سافر بها فإذا قدم قضى حق العقد للجديدتين وإن خرجت القرعة لإحدى الجديدتين سافر بها ويدخل حق العقد في قسم السفر لأن القصد من قسم العقد الألفة والاستمتاع. وقد حصل ذلك وهل يلزمه أن يقضي الجديدة الأخرى حق العقد؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه كما لا يلزمه في القسم الدائم. والثاني: يلزمه، وهو قول أبي إسحاق، لأنه سافر بها بعدما استحقت الأخرى حق العقد فلزمه القضاء، كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الربعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة.

فصل: ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها، لما روت عائشة ﵂ «إن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة ﵂ تبتغي بذلك مرضاة رسول الله ﷺ»[(٢)] ولا يجوز ذلك إلا برضا الزوج، لأن حقه ثابت في استمتاعها، فلا تملك نقله إلى غيرها من غير رضاه، ويجوز من غير رضا الموهوب لها لأنه زيادة في حقها، ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة؟ فيه وجهان: أحدهما: تضم إلى ليلتها، لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما. والثاني: تقسم لها في الليلة التي كانت للواهبة، لأنها قائمة مقامها فقسم لها في ليلتها، ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لأن الحق بينهما، فإذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢١١) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤٤٥) وأحمد في المسند (٦/ ١١٤).

(٢) تقدم.

ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها، فإن كن ثلاثًا صار القسم أثلاثًا بين الثلاث، وإن وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى، لأنه هبة اتصل بها القبض، ويصح في المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض.

فصل: وإن كان له إماء لم يكن لهن حق في القسم، فإن بات عند بعضهن لم يلزمه أن يقضي للباقيات، لأنه لا حق لهن في استمتاع السيد، ولهذا لا يجوز لهن مطالبته بالفيئة إذا حلف أن لا يطأهن، ولا خيار لهن بجبه وتعنينه، والمستحب أن لا يعطلهن لأنه إذا عطلهن لم يأمن أن يفجرن، وإن كان عنده زوجات وإماء فأقام عند الإماء لم يلزمه القضاء للزوجات، لأن القضاء يجب بقسم مستحق، وقسم الإماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كما لو بات عند صديق له.

الشرح: النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة، كالطاعة وملازمة المسكن. وحقوقها عليه، كالمهر والنفقة، والكسوة، والمعاشرة بالمعروف. قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والمراد تماثلها في وجوب الآداب. وقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] قال الشافعي رحمه الله: جماع المعروف بين الزوجين، الكف عن المكروه، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته. فأيهما مطل بتأخيره، فمطل الغني ظلم، قال الأصحاب: أراد بالكف عن المكروه، الامتناع عما يكرهه صاحبه، وبإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه أن لا يحوجه في أداء الحق إلى كلفة ومؤنة. وبقوله من غير إظهار كراهة، أن يؤدي الحق راضيًا طلق الوجه. ومن المعاشرة بالمعروف: القسم. وفائدته: العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاش بترجيح البعض، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل. ويتضمن الباب خمسة أطراف:

الطرف الأول: في استحقاق القسم. من له زوجة واحدة، ينبغي أن لا يعطلها، فيستحب أن يبيت عندها ويحصنها، وأدنى الدرجات أن لا يخلي أربع ليال عن ليلة، ولا يجب عليه المبيت بحال، لأنه حقه فله تركه. ولو كان له مستولدات أو إماء، فلا قسم لهن، ويستحب أن لا يعطلهن، وأن يسوي بينهن. ولو كان معهن نساء، فلا قسم بينهن وبين النساء. حتى لو بات عند المنكوحات أو عند الإماء، فلا قسم للأخريات. وإذا كان تحته زوجتان فأكثر، فالإعراض عن جملتهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة. وحكى القاضي أبو حامد وجهًا أنه يلزمه القسم بينهن، ويحرم إعراضه عنهن، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة. ولو بات عند بعضهن، لزمه مثله للباقيات. وإذا سوى بينهن في الظاهر، لم يؤاخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن، ولا تجب التسوية في الجماع، لكن يستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاعات. ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عنهن، جاز كالابتداء.

فصل: فيمن تستحق القسم، فيه مسائل:

إحداها: تستحقه المريضة، والرتقاء، والقرناء، والحائض، والنفساء، والمحرمة، والمؤلى منها، والمظاهر منها، والمراهقة، والمجنونة التي لا يخاف منها، لأن المراد الأنس. قال المتولي: والمعتدة عن وطء شبهة لا قسم لها، لأنه يحرم الخلوة بها.

الثانية: إذا نشزت عن زوجها، بأن خرجت من مسكنه، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته، أو ادعت عليه الطلاق، أو منعت التمكين، فلا قسم لها كما لا نفقة. وإذا عادت إلى الطاعة، لم تستحق القضاء، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة، لكن لا تأثم.

الثالثة: إن لم ينفرد بمسكن وطاف عليهن في مساكنهن، فذاك، وإن انفرد، فيتخير بين المضي إليهن ودعائهن إلى مسكنه في نوبتهن والأول أولى اقتداءً برسول الله ﷺ. فإن دعاهن، لزمهن الإجابة. ومن امتنعت، فهي ناشزة. وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه ويمضي إلى مسكن بعضهن؟ وجهان: وقال الحناطي: قولان: أصحهما: المنع، وبه قطع البغوي والسرخسي وغيرهما. فإن أقرع بينهن ليدعو من خرجت قرعتها إلى منزله، فينبغي القطع بالجواز، كالمسافرة ببعضهن بالقرعة. ثم الوجهان، إذا لم يكن التخصيص بعذر، فإن كان بأن كان مسكن إحداهما قريبًا إليه، فمضى إليها ودعا الأخرى لتخف عنه مؤنة السير، لزمها الإجابة، وكذا لو كان تحته عجوز وشابة، فحضر بيت الشابة لكراهة خروجها ودعا العجوز، فلزمها الإجابة، فإن أبت، بطل حقها. وإذا كان يدعوهن إلى منزله، فمنع بعضهن شغل لها، بطل حقها. وإن منعها من الإجابة مرض، قال ابن كج: عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه. ولو أقام عنده واحدة منهن، ودعا الباقيات إلى بيتها، لم تلزمهن الإجابة لما فيه من المشقة.

الرابعة: إن سافرت معه، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. وإن سافرت وحدها من غير إذنه، فهي ناشزة. وإن أذن، نظر، إن كان السفر لغرضه، بقي حقها فيقضيه من حق الباقيات. وإن كان لغرضها كحج وتجارة، سقط حقها على الجديد، فلا قضاء لها. وقيل بالسقوط قطعًا، وفائدة الإذن دفع الإثم.

فصل: فيمن يستحق عليه القسم، هو كل زوج عاقل، وإن كان مراهقًا أو سفيهًا. فإن جاز المراهق، فالإثم على وليه، وإن جاز السفيه، فعلى نفسه، وأما المجنون، فإن كان لا يؤمن منه ضرر، فلا قسم، وإن أمن، فإن كان قسم لبعضهن ثم جن، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاءً لحقوقهن، كقضاء الديون.

قال المتولي: وذلك إذا طلبن. فإن أردن التأخير إلى إفاقته لتتم المؤانسة، فلهن ذلك. وإن لم يكن عليه شيء من القسم، فإن رأى منه ميلًا إلى النساء، وقال أهل الخبرة: ينفعه غشيانهن، لزم الولي أن يطوف به عليهن، أو يدعوهن إلى منزله، أو يطوف به على بعضهن، ويدعو بعضهن كما يرى. وإن لم ير منه ميلًا، فليس عليه الطواف به. وحكى الفوراني وجهًا، أن حق القسم يبطل بالجنون، ولا يطالب الولي برعايته بحال، ولا يجري الوجه فيما إذا قيل: ينفعه الغشيان. ولو قيل: يضره، لزمه منعه عنهن. أما من به جنون منقطع، فإن ضبط، كيوم ويوم، جعلت أيام الجنون كالغَيْبَه، ويقسم في إفاقته. ولو أقام في الجنون عند واحدة، فلا قضاء ولا اعتداد به، كذا قاله البغوي وغيره، وفيه إشعار بأنه لا يقسم أيام جنونه. وحكى أبو الفرج وجهًا، أنه إذا أقام في الجنون عند واحدة، قضى للباقيات. وقال المتولي: يراعي القسم في أيام الإفاقة، ويراعيه الولي في الجنون، ولكل واحدة نوبة من هذا، ونوبة من هذا، وهذا حسن. وإن لم تنضبط الإفاقة، وقسم الولي لواحدة في الجنون، وأفاق في نوبة الأخرى، قال الغزالي: يقضي ما جرى في الجنون لنقصه.

الطرف الثاني: في مكان القسم وزمانه، فيه مسائل:

إحداها: يحرم عليه أن يجمع بين زوجتين، أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة إلا برضاهن. والمراد بالمسكن: ما يليق بامرأة من دار وحجرة بيت مفرد. فاللواتي تليق بكل واحدة منهن بيت أو دار أو حجرة، لا يجمع بينهن في دار واحدة و لا حجرة واحدة، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافق، فله أن يسكنهن فيها. وكذا لو أسكن واحدة في العلو والأخرى في السفل والمرافق متميزة، واللواتي يليق بهن البيوت الفردة له أن يسكن كل واحدة منهن بيتًا من خان واحد، أو دار واحدة، ولا يجمع بينهن في بيت إلا بالرضى. وإذا جمعهما في مسكن بالرضى، كره وطء أحدهما بحضرة الأخرى. ولو طلب، لم تلزمها الإجابة، ولا تصير بالامتناع ناشزة.

الثانية: عماد القسم الليل والنهار تابع، وله أن يرتب القسم على الليلة واليوم الذي قبلها، أو اليوم الذي بعدها، هذا حكم عامة الناس. وأما من يعمل ليلًا ويسكن نهارًا، كالأتُّوني والحارس، فعماد قسمه النهار، والليل تابع، وعماد قسم المسافر وقت نزوله ليلًا كان أو نهارًا قليلًا أم كثيرًا.

الثالثة: مَن عماد قسمه الليل، يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ليلًا وإن كان لحاجة كعيادة وغيرها. وقيل: يجوز للحاجة، وهو ضعيف، ويجوز الدخول للضرورة بلا خلاف. قال في «الشامل»: هي مثل أن تموت أو يكون

منزولًا بها. وقال الشيخ أبو حامد وغيره: هي كالمرض الشديد. قال الغزالي: هي كالمرض المخوف. قال: وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفًا، فيدخل لتبيين الحال. وفي وجه: لا يدخل حتى يتحقق أنه مخوف. ثم إذا دخل على الضرة لضرورة، أو مكث ساعة طويلة، قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة المدخول عليها، وإن لم تكن إلا لحظة يسيرة، فلا قضاء. ولو تعدى بالدخول، إن طال الزمان، قضى، وإلا، فلا، لكن يعصي. وعن القاضي حسين تقدير القدر المقتضي بثلث الليل. والصحيح أن لا يقدر. هذا إذا لم يجامع المدخول عليها، فإن جامعها، عصى. وفي القضاء أوجه: أحدها: أنه أفسد الليلة، فلا تحسب على صاحبة النوبة. والثاني: يقضي الجماع في نوبة التي جامعها. وأصحها: يقضي من نوبتها مثل تلك المدة، ولا يكلف الجماع. فإن فرض الجماع في لحظة يسيرة، فلا قضاء على هذا الوجه، ويبقى الوجهان الأولان.

فرع: وأما النهار، فلا تجب التسوية فيه بين النسوة في قدر إقامته في البيت، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام، ولا يدخل على غيرها إلا لحاجة، كعيادة، وتعرّف خبر، وتسليم نفقة، ووضع متاع واحدة. وينبغي أن لا يطيل المقام، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات، ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها. وإذا دخل على واحدة بغير حاجة، ففي «التجريد» للمحاملي: أنه يجب القضاء، وحكاه عن نصه في «الإملاء». وإن دخل لحاجة، فلا قضاء. هذا هو الصحيح المعروف، وحكى الغزالي وجهين آخرين: أحدهما: أن النهار كالليل، ومقتضى هذا الإطلاق، أن لا يدخل إلا لضرورة، وأنه يقضي إذا دخل متعديا. وحكى ابن كج أن أبا إسحاق حكى في وجوب القضاء قولًا. والثاني: لا حجر بالنهار. ومقتضى هذا أن يدخل ويخرج كيف شاء بلا قضاء، ولا يجوز في دخول الحاجة أن يجامع. وفي سائر الاستمتاعات وجهان: أصحهما: الجواز. وفي كتاب ابن كج وجه أنه يجوز الجماع وهو شاذ.

فرع: مَن عماد قسمه النهار، فليله كنهار غيره، ونهاره كليل غيره في جميع ما ذكرنا.

فرع: نقل البغوي وغيره، أنها إذا مرضت، أو طرأ بها الطلق، فإن كان لها متعهد، لم يبت عندها إلا في نوبتها، ويراعي القسم. وإن لم يكن متعهد، بات عندها ليالي بحسب الحاجة ويقضي للباقيات إن برأت. وإن ماتت، تعذر القضاء. وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي ولاءً، بل لا يزيد على ثلاث ليال، وهكذا يدور حتى يتم القضاء. ولو مرضت ثنتان ولا متعهد،

فقد يقال: يقسم الليالي عليهما، ويسوي بينهما في التمريض، ويمكن أن يقال: يقرع بينهما كما يسافر بها بالقرعة.

فرع: كان يعمل تارة بالليل، ويستريح بالنهار، وتارة عكسه، فهل يجوز أن يبدل الليل بالنهار، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع، وللأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع؟ وجهان حكاهما الحناطي.

الرابعة: أقل نوب القسم، ليلة ليلة، ولا يجوز ببعض الليلة. وحكى ابن كج وجهًا، أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضًا من ليلة. وحكى الإمام وجهًا أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفا، ولا يجوز لكل واحدة بعض ليلة. والصحيح المنع مطلقًا. والأفضل أن لا يزيد على ليلة اقتداءً برسول الله ﷺ، وليقرب عهده بهن كلهن. ولو قسم ليلتين ليلتين، أو ثلاثًا ثلاثًا، جاز، نص عليه. وفي وجه عن أبي إسحاق: لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن. والصحيح الأول. ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضاهن على المذهب. وقيل: قولان أو وجهان: فإن جوزنا الزيادة، فوجهان: أحدهما عن صاحب «التقريب»: لا تجوز الزيادة على سبعة. والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره: تجوز الزيادة ما لم تبلغ أربعة أشهر مدة تربص المؤلي.

الخامسة: إذا أراد الابتداء بالقسم، فوجهان: أحدهما: يبدأ بمن شاء. والصحيح يلزمه القرعة، فيبدأ بالقارعة. فإذا مضت نوبتها، أقرع بين الباقيات. ثم بين الآخرتين، فإذا تمت النوب، راعى الترتيب، ولا حاجة إلى إعادة القرعة. ولو بدأ بلا قرعة، فقد ظلم، ويقرع بين الثلاث. فإذا تمت النوب، أقرع للابتداء.

الطرف الثالث: في التساوي وبيان محل التفاضل.

القسم المشروع للعدل، فيحرم التفضيل وإن ترجحت إحداهما بشرف وغيره، فتجب التسوية بين المسلمة والكتابية، ولا يجوز التفضيل إلا بشيئين: أحدهما: الحرية، فللحرة ضعف ما للأمة، فدورهما أثلاث. فلو طرأ عتق الأمة، فإما أن يكون الابتداء بالحرة، وإما بالأمة.

الحالة الأولى: بالحرة. فإما أن تعتق في نوبة الحرة، وإما في نوبتها.

القسم الأول: في نوبة الحرة، وهو ضربان:

أحدهما: أن يعتق في القدر المشترك بين الحرة والأمة، بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرة، فيتم الليلة ويبيت الليلة الأخرى عند العتيقة ليسوي بينهما.

الضرب الثاني: عتقت في الليلة الثانية، فلا يلزمه الخروج، بل له أن يبيت عند الحرة بقية الليل، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتين. فلو خرج في الحال،

وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق، لم يلزمه قضاء ما مضى من تلك الليلة. وإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة، فقد أحسن.

القسم الثاني: تعتق في نوبة نفسها، فإن عتقت قبل تمام ليلتها، كمل لها ليلتين لالتحاقها بالحرة، وحكى الحناطي وغيره وجهًا: أنها لا تستحق إلا ليلة، نظرًا إلى الابتداء. وإن عتقت بعد تمام ليلتها، لم تستحق إكمال ليلتين، بل يقتصر في تلك النوبة على تلك الليلة، ثم يسوي بينهما. وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها؟ حكي عن إمام الحرمين فيه وجهان: أصحهما: وهو الموافق لكلام الجمهور: المنع لأنه تابع.

الحالة الثانية: بدأ بالأمة فعتقت في نوبتها، صارت كالحرة فيسوي بينهما وإن عتقت بعد تمام نوبتها، فوجهان: أحدهما: يبيت عند الحرة ليلتين، ثم يسوي بعد ذلك، وبهذا قطع الإمام، والمتولي، والغزالي، والسرخسي، ومنع البغوي تكميل الليلتين وقال: إن عتقت في الأولى من ليلتي الحرة، أتمها واقتصر عليها، وإن عتقت في الثانية، خرج من عندها في الحال. وعلى نحو هذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب «المهذب».

فرع: ذكر ابن كج والشيخ أبو الفرج وغيرهما: أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحقت النفقة وفي نص الشافعي إشارة إليه، وقد بينا في «كتاب النكاح» متى تجب نفقتها.

فرع: إسقاط حق القسم بهبته للزوج، أو لضرة الأمة لا للسيد، لأن معظم الحظ في القسم لها، كما أن خيار العيب لها لا له.

فرع: ذكر المتولي، أنه إذا قسم للحرة ليلتين، ثم سافر السيد بالأمة، لم يسقط حقها من القسم، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن، لأن الفوات حصل بغير اختيارها فعذرت.

السبب الثاني: تجدد النكاح، وهو يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف، وهي سبع ليال للبكر، وثلاث للثيب، للحديث الصحيح في ذلك، ولتزول الحشمة بينهما، وهذا التخصيص واجب على الزوج. وحكى الحناطي في وجوبه قولين. والمذهب الأول، حتى قال المتولي: لو خرج بعض تلك الليالي بعذر، أو أُخرج، قضى عند التمكن. وتجب الموالاة بين السبع والثلاث، لأن الحشمة لا تزول بالمفرق. فلو فرق، ففي الاحتساب به وجهان ذكرهما أبو الفرج الزاز. وظاهر كلام الجمهور المنع، وذكر الزاز تفريعًا عليه، أنه يوفيها حقها متواليًا، ويقضي ما فرق للأخريات، وسواء كانت ثيوبة الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء شبهة. ولو

حصلت بمرض أو وثبة، فعلى الوجهين في استئذانها نطقًا في النكاح. ولو كانت الجديدة أمة ـ ولا يتصور ذلك إلا في العبد، فإن له نكاح أمة على حرة ـ فوجهان: أصحهما: أنها كالحرة في استحقاق السبع والثلاث، لأن المراد زوال الحشمة، والأمة كالحرة فيه. والثاني: لها نصف ما للحرة كالقسم. وعلى هذا في صفة التنصيف وجهان: أحدهما: تجبر الكسر، فللبكر أربع، وللثيب ليلتان. وأصحهما: وبه قطع البغوي: للبكر ثلاث ونصف، وللثيب ليلة ونصف، ثم الاعتبار بحال الزفاف. فلو نكحها وهي أمة، وزفت إليه وهي حرة، فلها حق الحرائر قطعًا.

وإن عتقت بعد الزفاف، فلها حق الإماء. قال البغوي: ويحتمل أن يقال: لها حق الحرائر إذا عتقت في المدة.

فرع: إذا وفى حق الزفاف من الثلاث أو السبع، لم يقض للباقيات، ويستحب أن يخيّر الثيب بين أن يقيم عندها ثلاثًا بلا قضاء، وبين أن يقيم عندها سبعًا ويقضيهن للباقيات، كما فعل رسول الله ﷺ بأم سلمة رضي الله عنها. فإن اختارت السبع فأجابها، قضى السبع للباقيات. وإن أقام بغير اختيارها، لم يقض إلا الأربع الزائدة، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكي في «المهذب» فيما إذا أقام سبعًا، وجهين في أنه يقضي السبع، أو أربعًا، هكذا أطلقه. فإن أراد: إذا التمسته، حصل وجه أنه لا قضاء على خلاف المذهب. وإن أراد: إذا لم تلتمسه، أو كلتا الحالتين، حصل وجه أنه يجب القضاء، وإن لم يختر على خلاف المذهب. ولو التمست أربعًا، أو خمسًا، أو ستًا، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث. ولو التمست البكر عشرًا، لم يجبر إجابتها. فإن أجابها، لم يقض إلا ما زاد على السبع.

فرع: لو وفى حق جديدة، ثم طلقها، ثم راجعها، فليس لها حق الزفاف، لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفى حقه. وإن أبانها ثم جدد نكاحها، فقولان أو وجهان: أظهرهما: تجدد الحق. ويجري الخلاف فيما لو أعتق مستولدته أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها. أما لو أبانها قبل توفية حقها ثم نكحها، فيلزمه التوفية بلا خلاف. ولو أقام عند البكر ثلاثًا وافتضها، ثم أبانها ثم نكحها، فإن قلنا: يتجدد حق الزفاف، بات عندها ثلاث ليال لأنه حق زفاف الثيب. وإن قلنا: لا يتجدد، بات أربعًا تتميمًا للزفاف الأول.

فرع: نكح جديدتين، وفى لهما حق الزفاف، وكذا لو لم يكن في نكاحه غيرهما. ثم إن زفتا على الترتيب، أدى حق الأولى أولًا. وإن زفتا معًا وهو مكروه، أقرع بينهما للابتداء، فإذا خرجت قرعة إحداهما، قدم الجميع السبع أو الثلاث. وحكى ابن كج وجهًا أنه يقدمها بليلة ثم يبيت عند الأخرى ليلة، وهكذا

يفعل إلى تمام المدة. وحكى البغوي في «الفتاوى» وجهًا، أنهما إذا كانتا بكرين أو ثيبين، فليس لهما حق الزفاف إن لم يكن في نكاحه غيرهما. فإن أراد أن يبيت عندهما، لزمه التسوية. وإن كانت إحداهما بكرًا والأخرى ثيبًا، خص البكر بأربع، ثم يسوي، وهذا ضعيف.

فرع: في فتاوى البغوي، أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أُخرى. فإن لم تكن، أو كانت وكان لا يبيت عندها، لم يثبت حق الزفاف للجديدة، كما لا يلزمه أن يبيت عند زوجته أو زوجاته ابتداءً.

فرع: إذا كانت عنده نسوة فزفت إليه الجديدة بعدما سوى بينهن، فيوفيها حقها، ثم يستأنف القسم بين الجميع. وإن كان عنده زوجتان فزفت الجديدة بعدما قسم لإحداهما ليلة، وفي حق الزفاف، ثم يقسم للقديمة الأخرى ليلة، ويبيت عند الجديدة نصف ليلة، لأنها تستحق ثلث القسم، ثم يخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه، ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية.

فرع: ينبغي أن لا يتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعات، وعيادة المرضى، وتشييع الجنائز، وإجابة الدعوات، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها. هذا في النهار، وأما في الليل، فقالوا: لا يخرج لأن هذه مندوبات، والمقام عندها واجب. قالوا: وفي دوام القسم، يجب أن يسوي بينهن في الخروج إلى الجماعات وأعمال البر، بأن يخرج في ليلة الجميع، أو لا يخرج أصلًا. فلو خرج في ليلة بعضهن فقط، فحرام.

الطرف الرابع: في الظلم والقضاء، فيه مسائل:

إحداها: تحته ثلاث نسوة، بات عند ثنتين عشرين ليلة، إما عشرًا عند هذه ثم عشرًا عند هذه، وإما ليلة ليله، فتستحق الثالثة عشر ليال متوالية لا يجوز تفريقها. فلو نكح جديدة عقبى العشرين، لم يجز تقديم العشر، لأنه ظلم للجديدة، بل يوفيها أولًا حق الزفاف، ثم يقسم بين الجديدة والمظلومة، ويجعل للمظلومة ليلتها وليلتي الآخرتين، فيبيت عند الجديدة ليلة، وعند المظلومة ثلاث ليال. فإذا دار هكذا ثلاث نوب، فقد وفاها تسعًا وبقيت ليلة. فإن كان بدأ بالمظلومة، فإذا تمت التسع لها، بات عند الجديدة ليلتها لتمام القسم، ثم يبيت عند المظلومة ليلة لتمام العشر، ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة ثم يخرج إلى موضع خال عن زوجاته، ثم يستأنف القسم بعد ذلك للأربع. وعن الشيخ أبي محمد، أنه لا يبيت ثلث الليلة عند الجديدة، ويعذر فيه، وليس بشيء، وإن كان بدأ بالجديدة، فإذا تمت التسع للمظلومة، بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج، ثم يبيت ليلة عند المظلومة، ثم يقسم

بين كلهن بالسوية، والقسم بين الجديدة والمظلومة بالقرعة كغيرها.

الثانية: تحته أربعٌ، ثلاث حاضرات، وواحدة غائبة، فظلم واحدة من الحاضرات بالآخرتين، ثم حضرت الغائبة، فيقضي للمظلومة مع رعاية حق التي حضرت، فيقسم لها ليلة، وللمظلومة ثلاثًا، وقد يحتاج آخرًا إلى تبعيض ليلة كما سبق في المسألة الاولى، وكذا لو كان يقسم بين نسائه، فخرج في نوبة واحدة لضرورة، بأن أخرجه السلطان، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ما خرج، والأولى أن يراعي الوقت، فيقضي لأولى الليل من أوله، ولآخرة من آخره، ويكون باقي الليل في موضع خال عنهن، ويستثنى ما إذا كان يخاف العسس أو اللصوص ونحو ذلك لو خرج، فيعذر في الإقامة، قاله المتولي. والأولى أن لا يستمتع بها فيما وراء زمان القضاء.

فرع: قال في «الأم»: لو كان له أربع، فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة، قسم لها عشرًا. قال الأصحاب: صورته أن يبيت عند الثلاث عشرًا عشرًا، ويعطل عشر الرابعة، فلا يبيت عند واحدة فيها. أما إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية، فحصة كل واحدة ثلاث عشرة ليلة وثلث، فيقسم للرابعة مثل ذلك.

الثالثة: لو وهبت واحدة حقها من القسم، لم يلزم الزوج القبول، فله أن يبيت عندها في نوبتها. فإن رضي بالهبة، نظر، إن وهبت لمعينة، جاز ويبيت عند الموهوب لها ليلتين. فإن كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوب لها، بات ليلتين ولاءً، وإلا فوجهان: أحدهما: أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوب لها، بات عندها ليلتين، لأنه أسهل عليه والمقدار لا يختلف. وقياس هذا، أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق، وبات فيها عند الموهوب لها، يجوز أن يقدم لها ليلتها ويبيتها متصلة بها، وأصحهما: لا تجوز الموالاة، بل يبيت الليلتين منفصلتين. ولو طلق الواهبة، لم يبت عند الموهوب لها بعد ذلك إلا ليلتها، ولا يشترط في هذه الهبة رضى الموهوب لها على الصحيح. وإن وهبت حقها للزوج، فهل له تخصيص واحدة بنوبة الواهبة؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قطع العراقيون والروياني وغيرهم، وإليه ميل الأكثرين. فعلى هذا، ينظر هل الليلتان متصلتان أم لا؟ وحكمه ما سبق. والثاني: المنع، فتجعل الواهبة كالمعدومة، ويسوي بين الباقيات. ولو أبقى الدور بحاله، وبات ليلة الواهبة في كل دور عند واحدة من الباقيات، فلا تفضيل ولا ميل، فلا يبعد تجويزه. فإن جاز، فقياسه أن يجوز وضع الدور في الابتداء كذلك، بأن تجعل ليلة بين لياليهن دائرة بينهن. ولو وهبت حقها لجميع الضرات، أو أسقطت حقها مطلقًا، وجبت التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف.

فرع: للواهبة أن ترجع في الهبة متى شاءت، ويعود حقها في المستقبل، لأن المستقبل هبة لم تقبض. حتى لو رجعت في أثناء الليل، يخرج من عند الموهوب لها. وأما ما مضى، فلا يؤثر فيه الرجوع. وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع، لا يؤثر فيه الرجوع فلا يقضيه. وخرج في قضائه وجه من تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم. والمذهب الأول. وشبهه الغزالي، بما إذا أباحه ثمرة بستانه ثم رجع وتناول المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع. وفي هذه الصورة طريقان محكيان فيما علق عن الإمام، فعن الشيخ أبي محمد، في وجوب الغرم قولان، كمسألة الوكيل. وعن الصيدلاني القطع بالغرم ومال إليه الإمام، لأن الغرامات يستوي فيها العلم والجهل.

فرع: لا يجوز أن تأخذ عن حقها من القسم عوضًا، لا من الزوج ولا من الضرة. فإن أخذت، لزمها رده، ويستحق القضاء على الصحيح، لأنه لم يسلم لها العوض. وحكى ابن كج وجهًا أنه لا قضاء.

فرع: بات في نوبتها عند غيرها، وادعى أنها وهبتها وأنكرت، فالقول قولها وعليه البينة، ولا تقبل إلا شهادة رجلين.

الرابعة: إذا ظلم واحدة، فقد سبق أنه يجب القضاء، وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه، فإن فارق المظلومة بطلاق أو غيره، فقد تعذر القضاء، وبقيت الظلامة في ذمته. قال المتولي: لو قسم لواحدة، فلما جاءت نوبة الأخرى، طلقها قبل توفية حقها، عصى، لأنه منعها حقها بعد ثبوته، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعيًا.

ثم إذا عادت المظلومة إليه بنكاح أو رجعة، والتي ظلم بسببها في نكاحه، لزمه القضاء لتمكنه، وقيل: إن عادت بنكاح جديد، لم يستحق القضاء بناءً على عدم عود الحنث. فلو لم تكن في نكاحه التي ظلم بسببها حين عادت المظلومة، بل نكح جديداتٍ، فقد تعذر القضاء، لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها. ولو لم يفارق المظلومة وفارق التي ظلم بسببها، ثم عادت إلى نكاحه، أو فارقهما ثم عادتا، وجب القضاء، ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة، ويجيء في عود النكاح الجديد الوجه السابق.

فرع: في نكاحه ثلاث، فبات عند ثنتين عشرين ليلة، ثم فارق إحداهما، يبيت عند المظلومة عشرًا تسوية بينهما وبين الباقية ـ كذا ذكره البغوي، وقال المتولي: يقضي خمسًا فقط، لأنه إنما يقضي العشر من حقهما وقد بطل حق إحداهما.

فرع: تحته زوجتان، ظلم إحداهما، ثم نكح ثالثة، لم يتعذر القضاء، بل يقضي للمظلومة من نوبة المظلوم بسببها كما سبق.

الطرف الخامس: في المسافرة بهن. إذا أراد المسافرة ببعض زوجاته، أقرع بينهن، فيسافر بمن خرجت قرعته، ولا يقضي مدة السفر، وإنما يسقط القضاء بشروط:

أحدها: أن يقرع، فإن لم يقرع، لزمه القضاء للمخلفات. وهل يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن، أم تستثنى مدة الرجوع لخروجه عن المعصية، أم يسقط قضاء ما بعد العزم على الرجوع؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وما ذكرناه من تحريم المسافرة ببعضهن بلا قرعة، سواء فيه كان يقسم لهن أم لا. وأشار الحناطي إلى خلاف في اختصاصه بمن كان يقسم، والمذهب الأول. وإذا خرجت القرعة لواحدة، لم يجز أن يسافر بغيرها، ويجوز أن يخلفها مع الباقيات.

الشرط الثاني: أن لا يقصد بسفره النقلة، وأما سفر النقلة فلا يجوز أن يستصحب فيه بعضهن دون بعض، بقرعة ولا بغيرها. فلو فعل، قضى للمخلفات. وقيل: لا يقضي مدة السفر إن أقرع، والصحيح الأول. ولو نقل بعضهن بنفسه، وبعضهن بوكيله بلا قرعة، قضى لمن مع الوكيل، ويجوز ذلك بالقرعة، كذا ذكره البغوي.

وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان، ولا يجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساءه، بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله، أو يطلقهن لما في تخليفهن من الإضرار بهن، هكذا أطلقه الغزالي قال: وإنما لا يكلف في الحضر البيتوتة اكتفاءً بداعيته. وفي ما علق عن الإمام، أن ذلك أدب وليس بواجب.

الشرط الثالث: أن يكون السفر طويلًا. فإن كان قصيرًا، فوجهان: أصحهما: عند البغوي والمتولي وغيرهما: أنه كالطويل. والثاني: لا يجوز أن يستصحب بعضهن فيه بقرعة، ولو فعل قضى.

الشرط الرابع: أن لا يعزم على الإقامة، فلا يقضي مدة السفر. وأما إذا صار مقيمًا، فينظر، إن انتهى إلى مقصده الذي نوى إقامة أربعة أيام فأكثر فيه، أو نواها عند دخوله، قضى مدة إقامته، وفي مدة الرجوع وجهان: أصحهما: لا يقضي كمدة الذهاب. وإن لم ينو الإقامة وأقام، فقال الإمام والغزالي: إن أقام يومًا، لم يقضه، والأقرب ما ذكره البغوي: إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين، وجب قضاء الزائد. ولو أقام لشغل ينتظره، ففي القضاء خلاف كالخلاف في الترخص. قال

المتولي: إن قلنا: يترخص، لم يقض، وإلا فيقضي ما زاد على مدة المسافرين، والقياس في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال: إن لم نوجب القضاء مدة هذه الإقامة، لم يقض مدة الرجوع، وإلا فعلى الوجهين السابقين، والمذهب من الخلاف في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة ساعة، ترخص ثمانية عشر يومًا. وإن علم أنه لا ينجز في أربعة أيام لا يترخص أصلًا.

فرع: قال الغزالي: شرط عدم القضاء، أن يكون سفرًا طويلًا مرخصًا، وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية.

فرع: استصحب واحدة بقرعة، ثم عزم على الإقامة في بلد، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي. وفي فتاويه، أنه لو نوى المقام في بلد قبل وصوله مقصده، يقضي مدة مقامه فيه، وهل يقضي مدة ذهابه إلى المقصد بعد ذلك؟ يحتمل أن يكون على الوجهين في مدة الرجوع، ويحتمل أن يقال: يقضي قطعًا. وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضي للباقيات جميع المدة وإن كان لا يبيت معها، إلا إذا تركها في بلد وفارقها، ويحتمل أن يقال: لا يقضي إلا ما بات عندها، ويحتمل أن يقال: يقضي وإن خلفها في بلد. وفيما علق عن الإمام ذكر وجهين فيما لو استصحب واحدة بقرعة في سفر نقلة وأوجبنا القضاء، هل يخرج من الظلم بتغير عزم النقلة، أم يستمر حكمه إلى أن يرجع إلى المخلفات؟

فصل: إذا سافر بزوجتين بقرعة، عدل بينهما، فإن ظلم إحداهما، قضى لها بالسفر، فإن لم يتفق، قضى في الحضر من نوبة التي ظلمها بها. ولو استصحب واحدة بقرعة، وأُخرى بلا قرعة، عدل بينهما أيضًا. ثم إذا رجع، قضى للمخلفة من نوبة المستصحبة بلا قرعة، ولا تخص مدة السفر بمن استصحبها بالقرعة، إنما يكون كذلك إذا لم يكن معها غيرها. ولو كانت إحدى المستصحبتين جديدة لم يكن قضى حق زفافها، فيقضيه، ثم يسوي بينهما. ولو أراد تخليف إحداهما في بلد، فله ذلك ولكن تكون بالقرعة. ولو نكح في الطريق جديدة، قضى حق زفافها ثم يسوي بينهما وبين المستصحبات، ولا يلزم القضاء للمخلفات. ولو خرج وحده، ونكح في الطريق، فكذلك، ولا يقضي للمخلفات هذا في مدة السفر، فأما إذا نوى الإقامة في موضع أو أقام أيامًا، فيقضي في الصورتين ما وراء أيام الزفاف، وفي مدة الرجوع الوجهان.

فرع: تحته زوجتان، ثم نكح جديدتين وسافر بإحداهما بقرعة اندرج حق زفافها في أيام السفر. فإذا عاد، فهل يوفي حق الأخرى بسبع أو ثلاث؟ وجهان:

أصحهما: نعم، لأنه حق ثبت قبل السفر، فلا يسقط به، كما لو قسم لبعضهن وسافر، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها. والثاني: لا وبه قال ابن سريج، كما لو سافر بإحدى القديمتين، فإنه لا يقضي للأخرى، ولأن حق الجديدة عقيب الزفاف وقد مضى. ولو نكح ثنتين وزفتا إليه معًا، فسافر بإحداهما بقرعة، فالحكم كذلك، فلو كانتا بكرين فرجع بعد ثلاثة أيام، قال ابن كج: على الوجه الأول يتم لها السبع، ثم توفي الأخرى سبعًا. وعلى قول ابن سريج: يتم لها السبع، ويبيت عند الأخرى أربعًا، ويبطل ما جرى في السفر. ولو نكح جديدة على قديمة، وسافر قبل توفية الزفاف بإحداهما بقرعة، فإن سافر بالقديمة، وفى حق الجديدة إذا رجع، نص عليه. ويجيء فيه الوجه الآخر. وإن سافر بالجديدة، اندرج حق الزفاف في أيام السفر.

فرع: تحته نسوة وله إماء، هل له أن يسافر بأمة بلا قرعة؟ وجهان حكاهما الحناطي، ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة، والجواز إلى أبي إسحاق، وهو قياس أصل القسم.

فرع: في فتاوى البغوي، أنه لو سافر بإحدى زوجاته الثلاث بالقرعة، ثم نكح في السفر جديدة، ومنعها حق الزفاف ظلمًا، وبات عند القديمة سبعًا، وعاد إلى البلد قبل أن يقضي للجديدة حق الزفاف، وفاها حق الزفاف، ثم يدور على المخلفات والجديدة، فيقضي لها من نوبة القديمة التي كانت معه، بأن يبيت عند كل واحدة من المخلفتين ليلة، وعند الجديدة ليلتين، وهكذا حتى يتم لها السبع، وكذا لو كان تحته ثلاث ونكح جديدة ولم يوفها حق الزفاف، بل بات عند واحدة من الثلاث عشرًا ظلمًا، فعليه أن يوفي حق الجديدة ثم يدور عليها وعلى المظلومتين، حتى يتم لكل واحدة عشرًا.

باب النشوز

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظها لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النِّساء: ٣٤] ولا يضربها لأنه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج، وإن تكرر منها النشوز فله أن يضربها، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾ [النِّساء: ٣٤] وإن نشزت مرة ففيه قولان:

أحدهما: أنه يهجرها ولا يضربها، لأن العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز، فكذلك ما يستحق بتكرر النشوز لا يستحق بنشوز مرة.

والثاني: وهو الصحيح: أنه يهجرها ويضربها لأنه يجوز أن يهجرها للنشوز فجاز أن يضربها كما لو تكرر منها. فأما الوعظ فهو أن يخوّفها بالله عزّ وجلّ وبما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها. وأما الهجران فهو أن يهجرها في الفراش لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في قوله عزّ وجلّ: ﴿وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ﴾ [النّساء: ٣٤] قال: لا تضاجعها في فراشك. وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»[(١)] وأما الضرب فهو أن يضربها ضربًا غير مبرح ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بكلمة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه؛ فإن فعلن ذلك فاضربوها ضربًا غير مبرح»[(٢)] ولأن القصد التأديب دون الإتلاف والتشويه.

فصل: وإن ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك حقوقها من غير قسم وغيره جاز، لقوله عزّ وجلّ ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ [النّساء: ١٢٨] قالت عائشة رضي الله عنها: أنزل الله عزّ وجلّ هذه الآية في المرأة إذا دخلت في السن فتجعل يومها لامرأة أخرى[(٣)]، فإن ادّعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم، فإن بلغا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للإصلاح أو التفريق، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء: ٣٥] واختلف قوله في الحكمين فقال في أحد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما، لأن الطلاق إلى الزوج، وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما، وقال في القول الآخر: هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق، بعوض وغير عوض لقوله عزّ وجلّ: ﴿فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ [النّساء: ٣٥] فسماهما حكمين، ولم يعتبر رضا الزوجين.

وروى عبيدة «أن عليًا رضي الله عنه بعث رجلين فقال لهما: أتريان ما عليكما. عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقال الرجل: أما هذا فلا، فقال: كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عزّ وجلّ لك وعليك»

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٩١٤) وأحمد في المسند (٢/ ٣٩٢)، وقد أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٠٧٧) ومسلم في صحيحه برقم (٢٥٦٠) من حديث أبي أيوب رضي الله عنه.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٢١٨) وأبو داود في سننه برقم (١٩٠٥) وابن ماجه في سننه برقم (٣٠٧٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٦٠١) ومسلم في صحيحه برقم (٣٠٢١).

فقالت المرأة: «رضيت بكتاب الله لي وعليّ» ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما، كما لو قذفها وتلاعنا، والمستحب أن يكون حكَمًا من أهله وحكَمًا من أهلها للآية، ولأنه روي أنه وقع بين عقيل بن أبي طالب وبين زوجته شقاق، وكانت من بني أمية، فبعث عثمان ﷺ حكمًا من أهله وهو ابن عباس ﷺ، وحكمًا من أهلها وهو معاوية ﷺ، ولأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال، وإن كانا من غير أهلهما جاز لأنهما في أحد القولين وكيلان وفي الآخر حاكمان، وفي الجميع يجوز أن يكونا من غير أهلهما، ويجب أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما في أحد القولين حاكمان وفي الآخر وكيلان، إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق، ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان، فإن قلنا: إنهما حاكمان لم يجز أن يكونا إلا فقيهين، وإن قلنا: إنهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة، وإن غاب الزوجان ـ فإن قلنا: إنهما وكيلان ـ نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة الموكل، وإن قلنا: إنهما حاكمان لم ينفذ حكمهما، لأن الحكم للغالب لا يجوز، وإن جنا لم ينفذ حكم الحكمين، لأنهما في أحد القولين وكيلان. والوكالة تبطل بجنون الموكل. وفي القول الآخر: حاكمان إلا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون زال الشقاق.

الشرح: قوله: «النشوز» أصل النشوز الارتفاع، ونشوز النساء عصيانهن وتعاليهن عما أوجب الله تعالى فكأنها ترتفع عن طاعة الزوج ولا تتواضع له، والجرم: الذنب، وقوله: «ضربًا غير مبرح» أي غير شاق ولا مؤذ، والشقاق: العداوة والخلاف.

وأما الأحكام: فالوحشة والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه بأن تنشز أو يتعدى هو عليها، وقد لا يظهر ويشكل الحال في أن المتعدي أيهما أو كلاهما، فهذه ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن تتعدى هي. قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] والمراد بالوعظ، أن يقول: اتقي الله في الحق الواجب عليك، واحذري العقوبة، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم، وأما الهجران، فهجرها في المضجع، وأما الهجران في الكلام، فممنوع. وفيما علق عن الإمام، حكاية وجهين في أنه محرم أم مكروه؟ قال: وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبدًا، لكن إذا كلم فعليه أن يجيب، وهو كابتداء السلام وجوابه، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول: لا منع من ترك الكلام بلا قصد، فأما بقصد الهجران، فحرام، كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يأثم. ولو قصد بتركه الإحداد أثم، وحكي عن نص الشافعي، أنه لو هجرها بالكلام، لم يزد على ثلاثة أيام، فإن زاد أثم.

وأما الضرب، فهو ضرب تأديب وتعزير، وقدره نذكره في بابه إن شاء الله تعالى.

وينبغي أن لا يكون مدميًا، ولا مبرِّحًا، ولا على الوجه والمهالك. فإن أفضى إلى تلف، وجب الغرم، لأنه تبين أنه إتلاف لا إصلاح، ثم الزوج وإن جاز له الضرب، فالأولى له العفو، بخلاف الولي، فإنه لا يترك ضرب التأديب للصبي، لأن مصلحته للصبي، وفي الحديث، النهي عن ضرب النساء. وأشار الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له: أحدهما: أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر بضربهن. والثاني: حمل النهي على الكراهة، أو ترك الأولى، وقد يحمل النهي على الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب.

إذا عرفت هذا، فلتعدي المرأة ثلاث مراتب: إحداها: أن يوجد منها أمارات النشوز قولًا أو فعلًا، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان لينا، أو يجد منها إعراضًا وعبوسًا بعد طلاقة ولطف، ففي هذه المرتبة، يعظها ولا يضربها ولا يهجرها.

الثانية: أن يتحقق نشوزها، لكن لا يتكرر، ولا يظهر إصرارها عليه، فيعظها ويهجرها. وفي جواز الضرب قولان، رجح الشيخ أبو حامد والمحاملي المنع، وصاحبا «المهذب» و«الشامل» الجواز.

الثالثة: أن يتكرر وتصر عليه، فله الهجران والضرب بلا خلاف، هذه هي الطريقة المعتمدة في المراتب الثلاث. وحكى ابن كج قولًا في جواز الهجران والضرب عند خوف النشوز، لظاهر الآية. وحكى الحناطي في حالة ظهور النشوز، ثلاثة أقوال: أحدها: له الوعظ والهجران والضرب. والثاني: يتخير بينها ولا يجمع. والثالث: يعظها. فإن لم تتعظ هجرها، فإن لم تنزجر ضربها.

فرع: فيما تصير به ناشزة، فمنه الخروج من المسكن، والامتناع من مساكنته، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب، ولا أثر لامتناع الدلال، وليس من النشوز الشتم وبذاء اللسان، لكنها تأثم بايذائه، وتستحق التأديب، وهل يؤدبها الزوج، أم يرفع إلى القاضي ليؤدبها؟ وجهان: ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاعات، فهل هو نشوز يسقط النفقة؟ وجهان.

الحال الثاني: أن يتعدى الرجل، فينظر، إن منعها حقًا كنفقة أو قسم، ألزمه الحاكم توفية حقها. ولو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب، ففي «التتمة» أن الحاكم ينهاه. فإن عاد، عزره. وفي «الشامل» وغيره، أنه يسكنهما بجنب ثقة ينظرهما، ويمنعه من التعدي، والنقلان متقاربان. وذكروا أنه لو كان التعدي منهما جميعًا، فكذلك يفعل الحاكم، ولم يتعرضوا للحيلولة. وقال الغزالي: يحال بينهما

حتى يعودا إلى العدل. قال: ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن. وإن كان لا يمنعها حقًا، ولا يؤذيها بضرب ونحوه، لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر، ولا يدعوها إلى فراشه، أو يهم بطلاقها، فلا شيء عليه ويستحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو نفقة، وكذا لو كانت هي تشكوه وتكره صحبته، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تيسر له.

الحال الثالث: إذا نسب كل واحد الآخر إلى التعدي، وسوء الخلق، وقبح السيرة، ولم يعرف الحاكم المتعدي منهما، يعرف حالهما من ثقه في جوارهما خبير بهما، فإن لم يكن أسكنهما بجنب ثقة يبحث عن حالهما وينهيها إليه. فإن علم الظالم، منعه، هكذا أطلقوه، وظاهره الاكتفاء بقول عدل، ولا يخلو عن احتمال. وإذا اشتد شقاقهما، وداما على السباب الفاحش والتضارب، بعث القاضي حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها لينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما، أو يفرقا إن عسر الإصلاح. وهل بعث الحكمين واجب؟ قال البغوي: عليه بعثهما، وظاهره الوجوب، وحجته الآية. وقال الروياني: يستحب.

ثم المبعوثان، وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم؟ فيه قولان: أظهرهما: وكيلان، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق، ولا يجوز بعثهما إلا برضاهما. فإن لم يرضيا ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم، واستوفى حق المظلوم. وإذا قلنا: هما حكمان، لم يشترط رضى الزوجين في بعثهما. وإذا رأى حكم الزوج الطلاق، استقل به ولا يزيد على طلقة، لكن إن راجعها الزوج وداما على الشقاق، طلق ثانية وثالثة. وإن رأى الخلع ووافقه حكمها، تخالعا وإن لم يرض الزوجان. ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة، أو أن لا يتسرى أو لا ينكح عليها غيرها، لم يلزمه ذلك بلا خلاف. وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح، أو غير متعلق، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير رضى صاحبه بلا خلاف، ويشترط في المبعوثين التكليف قطعًا، ويشترط العدالة والإسلام والحرية على المذهب، ويشترط الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما. وأشار الغزالي إلى خلاف فيه. ويشترط الذكورة إن قلنا: حكمان، وإن قلنا: وكيلان، قال الحناطي: لا يشترط في وكيلها، وفي وكيله وجهان: ولا يشترط فيهما الاجتهاد وإن قلنا: حكمان، ولا كونهما من أهل الزوجين، لكن أهلهما أولى. ولو كان القاضي من أهل أحدهما، فله أن يذهب بنفسه، وفيما علق عن الإمام اشتراط كونهما من أهلهما، ولا يجوز الاقتصار على حكم واحد على الأصح، وبه قطع ابن

كج، وينبغي أن يخلو حكمه به وحكمها بها، فيعرفا ما عندهما، وما فيه رغبتهما، فإذا اجتمعا، لم يخف أحدهما عن الآخر شيئًا، وعملا ما رأياه صوابًا. ولو اختلف رأي الحكمين، بعث آخرين حتى يجتمعا على شيء، ذكره الحناطي. ولو جن أحد الزوجين، أو أُغمي عليه، لم يجز بعثهما بعده، وإن جن بعد استعلام الحكمين رأيه، لم يجز تنفيذ الأمر. وقيل: إن قلنا: حاكمان، لم يؤثر جنون أحدهما، قاله ابن كج. وقيل: الإغماء لا يؤثر إن قلنا: وكيلان كالنوم، حكاه الحناطي، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة، والصحيح الاول. ولو غاب أحد الزوجين بعد بعث الحكمين، نفذ الأمر إن قلنا: وكيلان، وإلا، فلا على الصحيح.

فرع: ذكر الحناطي، أنه لو رأى أحد الحكمين الاصلاح، والآخر التفريق ففرق، نفذ التفريق إن جوزنا الاقتصار على حكم واحد.

فرع: وكل رجلًا فقال: إذا أخذت مالي منها فطلقها، أو خالعها، أو خذ مالي ثم طلقها، لم يجز تقديم الطلاق على أخذ المال. قال أبو الفرج الزاز: وكذا لو قال: خالعها على أن تأخذ مالي منها. ولو قال: خذ مالي وطلقها، فهل يشترط تقديم أخذ المال؟ وجهان: أصحهما: عند البغوي: نعم. ولو قال: طلقها ثم خذ، جاز تقديم أخذ المال، لأنه زيادة خير.

كتاب الخلع

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر، أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدي حقه، جاز أن تخالعه على عوض، لقوله عزّ وجلّ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٩].

وروي «أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأتت إلى النبيّ ﷺ وقالت: لا أنا ولا ثابت وما أعطاني، فقال رسول الله ﷺ: خذ منها، فأخذ منها فقعدت في بيتها»[1] وإن لم تكره منه شيئًا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عزّ وجلّ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النِّساء: ٤] ولأنه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع، وإن ضربها أو منعها حقها طمعًا في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجز، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النِّساء: ١٩] فإن طلقها في هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع، فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها، لأن الرجعة إنما تسقط بالعوض كالبيع وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه، فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان: أحدهما: يجوز ويستحق فيه العوض لقوله عزّ وجلّ: ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النِّساء: ١٩] فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئًا من مالها.

والثاني: أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض، لأنه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا، فأما الآية فقد قيل إنها منسوخة بآية الإمساك في البيوت وهي قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ﴾ [النِّساء: ١٥] ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم، ولأنه روي عن قتادة أنه فسر الفاحشة بالنشوز، فعلى هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه.

الشرح: الخلع هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج، وأصل الخلع مجمع على جوازه، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه، أو مال آخر أقل من الصداق، أو أكثر، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق، وخصه ابن المنذر بالشقاق،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢٧٣) والنسائي في سننه (٦/ ١٦٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠٥٦).

ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه، أو تحرجت من الإخلال ببعض حقوقه، أو ضربها تأديبًا فافتدت. وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه. وإن كان الزوج يكره صحبتها، فأساء عشرتها، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت، كره الخلع وإن كان نافذًا، ويأثم الزوج بفعله. وفي وجه، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في معناه، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلعت، فقالت مبتدئة: خالعني على كذا ففعل، لم يصح الخلع، ويكون الطلاق رجعيًا إن لم يسم مالًا. وإن سماه، لم يقع الطلاق، لأنها لم تقبل مختارة، وفي «التتمة» وجه، أنه لا يقع الطلاق وإن لم يسم المال. ولو ابتدأ وقال: طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول، لم يقع شيء، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضًا عن الطلاق وأقامت بينة، فالمال مردود إليها، والطلاق واقع، وله الرجعة، نص عليه. قال الأصحاب: موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع، بل أنكر المال أو سكت. فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه، فالطلاق بائن بقوله، ولا رجعة. ولو زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال، صح الخلع، وحل له أخذه. وعلى هذا حمل قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال: لا يحل الأخذ. ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت، ورثها على المشهور. وحكى ابن كج والحناطي قولًا أنه لا يرثها.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روي عن عمر ﷺ أنه قال: «إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج»[1] ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية، ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها، لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فإن خالعها بشيء من مالها لم يستحق ذلك، وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه، ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي فله أن يخالعها بالإبراء من نصف مهرها، وهذا خطأ، لأنه إنما يملك الإبراء على هذا القول بعد الطلاق، وهذا الإبراء قبل الطلاق.

فصل: ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشيء من مالها لأنها ليست من أهل التصرف في مالها، فإن طلقها على شيء من مالها لم يستحق ذلك، كما لا يستحق ثمن ما باع منها، فإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه، ويجوز للأمة أن تخالع زوجها على عوض في ذمتها، ويجب دفع العوض من حيث يجب

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/١٠٣).

دفع المهر في نكاح العبد، لأن العوض في الخلع كالمهر في النكاح، فوجب من حيث يجب المهر.

فصل: ويصح الخلع مع غير الزوجة، وهو أن يقول رجل: طلق امرأة بألف علي. وقال أبو ثور: لا يصح لأن بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره سفه، ولذلك لا يجوز أن يقول لغيره: بع عبدك من فلان بألف علي، وهذا خطأ لأنه قد يكون له غرض، وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم، فيبذل العوض ليخلصهما طلبًا للثواب، كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر في يد من يسترقه بغير حق، ويخالف البيع فإنه تمليك يفتقر إلى رضا المشتري، فلم يصح بالأجنبي، والطلاق إسقاط حق لا يفتقر إلى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبي. كالعتق بمال. فإن قال: طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل في قوله «الجديد»، وببدل مهرها في قوله «القديم»، لأنه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع إلى البضع، فكان فيما يرجع إليه قولان كما قلنا فيمن أصدق امرأته مالًا فتلف قبل القبض.

فصل: ويجوز الخلع في الحيض؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة، والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج، والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة، فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما.

ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر، فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع.

فصل: ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق، فإن خالعها بصريح الطلاق أو بالكناية مع النية فهو طلاق، لأنه لا يحتمل غير الطلاق، فإن خالعها بصريح الخلع نظرت، فإن لم ينوِ به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يقع به فرقة، وهو قوله في «الأم»، لأنه كناية في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة، كما لو عريت عن العوض.

والثاني: أنه فسخ، وهو قوله في «القديم»، لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقًا، لأن الطلاق لا يقع إلا بصريح أو كناية مع النية، والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق، فوجب أن يكون فسخًا.

والثالث: أنه طلاق، وهو قوله في «الإملاء»، وهو اختيار المزني، لأنها إنما بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقًا فإن قلنا: إنه فسخ صح بصريحه، وصريحه الخلع والمفاداة، لأن المفاداة ورد بها القرآن، والخلع ثبت له العرف، فإذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية، وهل يصح الفسخ بالكناية كالمبارأة والتحريم وسائر كنايات الطلاق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصح بالكناية كالنكاح والثاني: يصح لأنه أحد نوعي الفرقة فانقسم لفظها إلى الصريح والكناية كالطلاق، فعلى هذا إذا خالعها بشيء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا. واختلف أصحابنا في لفظ الفسخ فمنهم من قال هو كناية لأنه لم يثبت له عرف في فرقة النكاح، ومنهم من قال: هو صريح لأنه أبلغ في معنى الفسخ من لفظ الخلع، وإن خالع بصريح الخلع ونوى به الطلاق ـ فإن قلنا بقوله في «الإملاء» ـ فهو طلاق، لأنه إذا كان طلاقًا من غير نية الطلاق فمع النية أولى، وإن قلنا بقوله في «الأم» فهو طلاق، لأنه كناية في الطلاق اقترنت به نية الطلاق، وإن قلنا بقوله في «القديم» ففيه وجهان: أحدهما: أنه طلاق لأنه يحتمل الطلاق، وقد اقترنت به نية الطلاق. والثاني: أنه فسخ لأنه على هذا القول صريح في فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية في حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحًا في فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية في الظهار.

فصل: ويصح الخلع منجزًا بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضة ويصح معلقًا على شرط لما فيه من الطلاق. فأما المنجز بلفظ المعاوضة فهو أن يوقع الفرقة بعوض، وذلك مثل أن يقول: طلقتك أو أنت طالق بألف، وتقول المرأة قبلت، كما تقول في البيع: بعتك هذا بألف، ويقول المشتري قبلت، أو تقول المرأة طلقني بألف، فيقول الزوج طلقتك، كما يقول المشتري بعني هذا بألف، ويقول البائع بعتك ولا يحتاج أن يعيد في الجواب ذكر الألف، لأن الإطلاق يرجع إليه كما يرجع في البيع، ولا يصح الجواب في هذا إلا على الفور كما نقول في البيع، ويجوز للزوج أن يرجع في الإيجاب قبل القبول، وللمرأة أن ترجع في الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز في البيع.

وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو دفع مال، فإن كان بحرف إن بأن قال: إن ضمنت لي ألفًا فأنت طالق، لم يصح الضمان إلا على الفور، لأنه لفظ شرط يحتمل الفور والتراخي، إلا أنه لما ذكر العوض صار تمليكًا بعوض فاقتضى الجواب على الفور كالتمليك في المعاوضات.

وإن قال: إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق لم تصح العطية إلا على الفور، بحيث يصلح أن تكون جوابًا لكلامه لأن العطية ههنا هي القبول، ويكفي أن تحضر المال وتأذن في قبضه أخذ أو لم يأخذ، لأن اسم العطية يقع عليه وإن لم يأخذ، ولهذا يقال: أعطيت فلانًا مالًا فلم يأخذه.

وإن قالت: طلقني بألف، فقال: أنت طالق بألف إن شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة؛ لأنه أضاف إلى ما التزمت المشيئة فلم يقع إلا بها، ولا تصح المشيئة إلا بالقول وهو أن تقول على الفور شئت لأن المشيئة وإن كانت بالقلب إلا أنها لا تعرف إلا بالقول، فصار تقديره أنت طالق إن قلت شئت، ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ

المعاوضة. وإن كان بحرف متى وأي وقت. بأن يقول متى ضمنت لي أو أي وقت ضمنت لي ألفًا فأنت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور وعلى التراخي. والفرق بينه وبين قوله إن ضمنت لي ألفًا أن اللفظ هناك عام في الزمانين. ولهذا لو قال إن ضمنت لي الساعة أو إن ضمنت لي غدًا جاز، فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياسًا على المعاوضات. والعموم يجوز تخصيصه بالقياس، وليس كذلك قوله متى وأي وقت، لأنه نص في كل واحد من الزمانين صريح في المنع مع التعيين في أحد الزمانين. ولهذا لو قال أي وقت أعطيتني كان محالًا. وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس.

وإن رجع الزوج في هذا قبل القول لم يصح. لأن حكمه حكم الطلاق المعلق بالصفات دون المعاوضات وإن كان بحرف (إذا) بأن قال: إذا ضمنت لي ألفًا فأنت طالق. فقد ذكر جماعة من أصحابنا أن حكمه حكم قوله إن ضمنت لي في اقتضاء الجواب على الفور وفي جواز الرجوع فيه قبل القبول. وعندي أن حكمه حكم متى وأي وقت، لأنه يفيد ما يفيده متى، وأي وقت، ولهذا إذا قال: متى ألقاك جاز أن يقول إذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت وأي وقت شئت بخلاف إن. فإنه لو قال: متى ألقاك لم يجز أن يقول إن شئت.

فصل: ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة، لأنه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح، فإن خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه يصح، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان لأنها صفقة جمعت بيعًا وإجارة، ومنهم من قال يصح قولًا واحدًا لأن الحاجة تدعو إلى الجمع بينهما لأنه إذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالع على الآخر، وفي غير الخلع يمكنه أن يفرد أحدهما ثم يعقد على الآخر، وإن مات الولد بعد الرضاع ففي النفقة وجهان:

أحدهما: أنها تحل لأنها تأجلت لأجله وقد مات. والثاني: لا تحل لأن الدين إنما يحل بموت من عليه دون من له.

فصل: وإن خالعها خلعًا منجزًا على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق، فإن كان عينًا فهلكت قبل القبض، أو خرج مستحقًا أو على عبد فخرج حرًا، أو على خل فخرج خمرًا رجع إلى مهر المثل في قوله «الجديد»، وإلى بدل المسمى في قوله «القديم»، كما قلنا في الصداق. وإن خالعها على أن ترضع ولده فماتت فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض، وإن مات الولد ففيه قولان: أحدهما يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لأنه عقد على إيقاع منفعة في عين، فإذا تلفت العين لم يقم غيرها مقامها، كما لو أكرَه ظهرًا للركوب فهلك الظهر. فعلى هذا يرجع إلى مهر المثل في قوله «الجديد»، وإلى أجرة الرضاع في قوله «القديم».

والقول الثاني: أنه لا يسقط الرضاع. بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن

المنفعة باقية، وإن مات المستوفي قام غيره مقامه، كما لو اكترى ظهرًا أو مات فإن الوارث يقوم مقامه. فعلى هذا إن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان: أحدهما: لا يرجع عليها لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبه إذا أجرته دارًا وسلمتها إليه فلم يسكنها. والثاني: يرجع عليها لأن المعقود عليها تحت يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيئًا وتلف قبل أن يسلم. فعلى هذا يرجع بمهر المثل في قوله «الجديد» وبأجرة الرضاع في قوله «القديم». وإن خالعها على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتيها بثوب آخر لتخيطه؟ فيه وجهان بناء على القولين في الرضاع.

فصل: ويجوز رد القولين فيه بالعيب لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق. فإن كان العقد على عين بأن طلقها على ثوب أو قال إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته ووجد به عيبًا فردّته رجع إلى مهر المثل في قوله «الجديد» وإلى بدل العين سليمًا في قوله «القديم» كما ذكرناه في الصداق. وإن كان الخلع منجزًا على عوض موصوف في الذمة فأعطته ووجده معيبًا فرده. طالب بمثله سليمًا كما قلنا فيمن أسلم في ثوب وقبضه ووجده معيبًا فرده. وإن قال: إن دفعت إلي عبدًا من صفته كذا وكذا فأنت طالق فدفعت عبدًا على تلك الصفة طلقت، فإن وجده معيبًا فرده رجع في قوله «الجديد» إلى مهر المثل وإلى بدل العبد في قوله «القديم» لأنه تعين بالطلاق فصار كما لو خالعها على عين فردها بالعيب، ويخالف إذا كان موصوفًا في الذمة في خلع منجز فقبضه ووجد به عيبًا فرده لأنه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع إلى ما في الذمة. وإن خالعها على عين على أنها على صفة فخرجت دون تلك الصفة فثبت له الرد كما قلنا في البيع، فإذا رده إلى مهر المثل في أحد القولين وإلى بدل المشروط في القول الآخر كما قلنا فيما رده بالعيب.

فصل: ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لأنه عقد معاوضة فلم يجز على ما ذكرناه كالبيع والنكاح، فإن طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير، فإن خالعها بشرط فاسد بأن قالت طلقني بألف بشرط أن تطلق ضرتي فطلقها وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل. لأن الشرط فاسد فإذا سقط وجب إسقاط ما زيد في البدل لأجله وهو مجهول فصار العوض فيه مجهولًا فوجب مهر المثل. فإن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على ألف ففيه وجهان أحدهما: يصح لأنه تعليق طلاق بشرط والثاني: لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا إذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل.

فصل: فإذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق، لأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية، ولا يملك رجعتها في العدة. وقال أبو ثور: إن كان بلفظ الطلاق فله أن يراجعها، لأن الرجعة من مقتضى الطلاق فلم يسقط بالعوض كالولاء في العتق، وهذا خطأ لأنه يبطل به إذا وهب بعوض، فإن الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض، ويخالف الولاء، فإن بإثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق، وبإثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع.

فصل: وإن طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة، وقال المزني: يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض، وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة أن العوض يسقط، ولا تثبت الرجعة، وهذا خطأ، لأن الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقي طلاق مجرد فتثبت معه الرجعة، فأما المسألة التي ذكرها الشافعي رحمه الله فقد اختلف أصحابنا فيها، فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى، وجعلهما على قولين ومنهم من قال: لا تثبت الرجعة هناك، لأنه قطع الرجعة في الحال، وإنما شرطت أن تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعة فثبتت.

فصل: وإن وكلت المرأة في الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها إلا مهر المثل، لأن المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد، فإن قدرت العوض بماله فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان: أحدهما: يلزمها مهر المثل لما ذكرناه. والثاني: يلزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أو المائة، فإن كان مهر المثل أكثر وجب، لأن المسمّى سقط لفساده ووجب مهر المثل، وإن كانت المائة أكثر وجبت لأنها رضيت بها، وأما الوكيل فإنه إن ضمن العوض في ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لأنه ضمنها بالعقد وإن لم يضمن بأن أضاف إلى مال الزوجة لم يرجع عليه بشيء، فإن خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل، لأن المسمى سقط فوجب مهر المثل، فإن وكّل الزوج في الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقلّ من مهر المثل ـ فقد نص فيه على قولين ـ قال في «الإملاء»: يقع ويرجع عليه بمهر المثل. وقال في «الأم»: الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنًا وبين أن يردّه ويكون الطلاق رجعيًا. وقال فيمن وكّل وقدر العوض فخالع على أقل منه: إن الطلاق لا يقع، فمن أصحابنا من نقل القولين في الوكالة المطلقة إلى الوكالة التي قدّر فيها العوض، والقول في الوكالة التي قدّر فيها العوض إلى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندي، لأن الوكالة المطلقة تقتضي المنع من النقصان عن مهر المثل كما تقتضي الوكالة التي قدّر فيها العوض المنع من النقصان عن المقدر، فيكون في المسألتين ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يقع الطلاق لأنه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه فلم يقع، كما لو وكله في الطلاق في يوم فأوقفه في يوم آخر.

والثاني: أنه يقع الطلاق بائنًا ويجب مهر المثل، لأن الطلاق مأذون فيه فإذا وقع لم يرد والمسمّى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد.

والثالث: أن الطلاق يقع لأنه مؤذن فيه وإنما قصر في البدل فثبت له الخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنًا وبين أن يرد ويكون الطلاق رجعيًا لأنه لا يمكن إجبار الزوج على المسمى لأنه دون المأذون فيه، ولا يمكن إجبارها على مهر المثل فيما أطلق، ولا على الذي نصّ عليه من المقدّر لأنها لم ترض به فخير بين الأمرين ليزول الضرر عنهما.

ومن أصحابنا من قال: فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لأنه خالف نصه، وفيما أطلق يقع الطلاق لأنه لم يخالف نصه، وإنما خالفه من جهة الاجتهاد، وهذا يبطل بالوكيل في البيع فإنه لا فرق بين أن يقدر له الثمن فباع بأقل منه وبين أن يطلق فباع بما دون ثمن المثل وإن خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق، لأنه طلاق غير مأذون فيه، ويخالف وكيل المرأة فإنه لا يوقع الطلاق إنما يقبله؛ فإذا كان العوض فاسدًا سقط ورجع إلى مهر المثل.

فصل: وإذا خالع امرأة في مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابى أو لم يحاب لأنه لا حق للورثة في بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث، فإن خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت فإن لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال لأن الذي بذلت بقيمة ما ملكته فأشبه إذا اشترت متاعًا بثمن المثل وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث، لأنه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبة، فإن خالعت على عبد قيمته مائة، ومهر مثلها خمسون، فقد حابت بنصفه، فإن لم يخرج النصف من الثلث، بأن كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد، فالزوج بالخيار بين أن يقرّ العقد في العبد فيستحق نصفه وبين أن يفسخ العقد فيه، ويستحق مهر المثل ويضرب به مع الغرماء، لأن الصفقة تبعضت عليه، وإن خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة.

ومن أصحابنا من قال: هو بالخيار بين أن يقرّ العقد في العبد، وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل، لأنه تبعّضت عليه الصفقة من طريق الحكم، لأنه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضًا، وقد صار نصفه عوضًا ونصفه وصيّة والمذهب الأول، لأن الخيار إنما يثبت بتبعيض الصفقة لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة؛ ولا ضرر عليه ههنا لأنه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار.

باب جامع في الخلع

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا قالت المرأة للزوج: طلقني على ألف، فقال خالعتك، أو حرمتك، أو أبنتك على ألف، ونوى الطلاق صحّ الخلع، وقال أبو علي بن خيران: لا يصح لأنها سألت الطلاق بالصريح، فأجاب بالكناية، والمذهب الأول، لأنها استدعت الطلاق، والكناية مع النية طلاق.

فإن قالت: طلقني بألف فقال: خالعتك بألف ولم ينوِ الطلاق ـ وقلنا: إن الخلع فسخ لم يستحق العوض ـ لأنها استدعت فرقة ينقص بها العدد ولم يجبها إلى ذلك، فإن قالت: اخلعني فقال: طلقت ـ وقلنا: إن الخلع فسخ ـ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لأنه لم يجب إلى ما سألت، فهو كالقسم قبله. والثاني: يصح وهو المذهب لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد، فأجاب إلى فرقة ينقص بها العدد فحصل لها ما طلبت وزيادة.

فصل: وإن قالت: طلقني ثلاثًا ولك علي ألف فطلقها استحقّ ثلث الألف لأنها جعلت الألف في مقابلة الثلاث، فكان في مقابلة كل طلقة ثلث الألف. وإن طلقها طلقة ونصفًا ففيه وجهان: أحدهما: يستحق ثلثي الألف لأنها طلقت طلقتين. والثاني: يستحق نصف الألف لأنه أوقع نصف الثلاث. وإنّما كملت بالشرع لا بفعله.

فإن قال: إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق ثلاثًا، فأعطته بعض الألف لم يقع شيء، لأنه ما كان من جهته طريقه الصفات، ولم توجد الصفة فلم يقع؛ وما كان من جهتها طريقه الأعواض، فقسّم على عدد الطلاق، وإن بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقني ثلاثًا ولك علي ألف، فطلقها واحدة؛ فالمنصوص أنه يستحقّ الألف. واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو إسحاق: المسألة مفروضة في امرأة علمت أنه لم يبق لها إلّا طلقة، فيكون معنى قولها طلقني ثلاثًا أي كمل لي الثلاث، كرجل أعطى رجلًا نصف درهم، فقال له أعطني درهمًا أي كمل لي درهمًا وأما إذا ظنّت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الألف لأنها بذلت الألف في مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الألف. ومن أصحابنا من قال: يستحق الألف بكل حال لأن القصد من الثلاث تحريمها إلى أن تنكح زوجًا غيره. وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع، وقال المزني رحمه الله: لا يستحقّ إلا ثلث الألف علمت أو لم تعلم، لأن التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها، كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث، وإذا فقأ عين الأعور كان العمى بفقء الباقية وبالمفقوءة قبلها، وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيرًا في السكر، ولذهاب العين الأولى تأثيرًا في العمى، ولا تأثير للأولى والثانية في التحريم، لأنه لو كان لهما تأثير في التحريم لكمل، لأنه لا يتبعض.

وإن ملك عليها ثلاث تطليقات فقالت له طلقني طلقة بألف فطلقها ثلاثًا استحق الألف لأنه فعل ما طلبته وزيادة، فصار كما لو قال من رد عبدي فلانًا فله دينار فرده مع عبدين آخرين.

فإن قالت: طلقني عشرًا بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان: أحدهما: يجب له عشر الألف لأنها جعلت لكل طلقة عشر الألف. والثاني: يجب له ثلث الألف لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم، وإن طلقها ثلاثًا فله على الوجه الأول ثلاثة أعشار الألف، وعلى الوجه الثاني له جميع الألف، وإن بقيت له طلقة فقالت له: طلقني ثلاثًا على ألف؛ طلقة أحرم بها عليك وطلقتين في نكاح آخر إذا نكحتني، فطلقها ثلاثًا، وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لأنه سلف في الطلاق، ولأنه طلاق قبل النكاح، فإن قلنا: إن الصفقة لا تفرق سقط المسمى ووجب مهر المثل، وإن قلنا تفرق الصفقة ففيما يستحق قولان: أحدهما: ثلث الألف. والثاني: جميع الألف كما قلنا في البيع.

فصل: وإن قال أنت طالق على ألف وطالق وطالق لم تقع الثانية والثالثة لأنها بانت بالأولى، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف، وقال أردت الأولى بالألف لم يقع ما بعدها لأنها بانت بالأولى. وإن قال أردت الثانية بالألف فإن قلنا يصحّ خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية وبانت الثانية ولم تقع الثالثة. وإن قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية والثانية رجعية وبانت بالثالثة وإن قال أردت الثالثة بالألف فقد ذكر بعض أصحابنا أنه يصح ويستحق الألف قولًا واحدًا لأنه يحصل بالثالثة من التحريم ما لا يحصل بغيرها وعندي أنه لا يستحق الألف على القول الذي يقول: أنه لا يصح خلع الرجعية، لأن الخلع يصادف رجعية؛ وإن قال أردت الثلاث بالألف لم تقع الثانية والثالثة لأن الأولى وقعت بثلث الألف وبانت بها فلم يقع ما بعدها.

فصل: وإن قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا يستحق عليها شيئًا لأنه أوقع الطلاق من غير عوض ثم استأنف إيجاب العوض من غير طلاق، فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجع لأنه طلق من غير عوض، وإن قال أنت طالق على أن أعطيك ألفًا فقبلت صح الخلع ووجب المال لأن تقديره أنت طالق على ألف فإذا أعطت وقع الطلاق ووجب المال.

فصل: إذا قال إن دفعت إلي ألف درهم فأنت طالق فإن نويا صنفًا من الدراهم صح الخلع وحمل الألف على ما نويا لأنه عوض معلوم وإن لم ينويا صنفًا نظرت، فإن كان في موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لأن إطلاق العوض يقتضي نقد البلد كما نقول في البيع؛ وإن لم يكن فيه نقد غالب فدفعت إليه ألف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق، لأن الدراهم في عرف الشرع بالوزن، وإن دفعت إليه ألف درهم نقرة لم تطلق لأنه لا يطلق اسم الدراهم على النقرة، وإن دفعت إليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة ويجب ردها لأن العقد وقع

على عوض مجهول ويرجع بمهر المثل لأنه تعذر الرجوع إلى المعوِّض فوجب بدله، وإن دفعت إليه دراهم مغشوشة، فإن كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة؛ وإن كانت الفضة فيها ألف درهم لم تطلق، لأن الدراهم لا تطلق إلا على الفضة.

فصل: وإن قال إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق فأعطته عبدًا تملكه طلقت سليمًا كان أو معيبًا قنًا كان أو مدبرًا لأن اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لأنه عقد وقع على مجهول، وإن دفعت إليه مكاتبًا أو مغصوبًا لم تطلق لأنها لم لا تملك العقد عليه.

إن قال: إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته هو مغصوب، ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معيّن فأعطته عبدًا مغصوبًا. والثاني: وهو المذهب أنها تطلق لأنها أعطته ما عيّنه ويخالف إذا خالعها على عبد غير معيّن لأن هناك أطلق العقد فحمل على ما يقتضيه العقد والعقد يقتضي دفع عبد تملكه.

فصل: وإن اختلف الزوجان فقال الزوج طلقتك على مال وأنكرت المرأة بانت بإقراره ولم يلزمها المال، لأن الأصل عدمه، وإن قال طلقتك بعوض فقالت: طلقتني بعوض بعد مضي الخيار بانت بإقراره والقول في العوض قولها لأن الأصل براءة ذمتها، وإن اختلفا في قدر العوض، أو في عينه، أو في صفته، أو في تعجيله أو في تأجيله، تحالفا لأنه عوض في عقد معاوضة فتحالفا فيه على ما ذكرناه كالبيع، فإذا تحالفا لم يرتفع الطلاق وسقط المسمّى ووجب مهل المثل، كما لو اختلفا في ثمن السلعة بعد ما تلفت في يد المشتري.

وإن خالعها على ألف درهم واختلفا فيما نويا، فادّعى أحدهما صنفًا وادّعى الآخر صنفًا آخر تحالفا، ومن أصحابنا من قال: لا يصح للاختلاف في النية لأن ضمائر القلوب لا تعلم، والأول هو المذهب، لأنه لما جاز أن تكون النية كاللفظ في صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف، ولأنه قد يكون بينهما أمارات يعرف بها ما في القلوب، ولهذا يصح الاختلاف في كنايات القذف والطلاق.

وإن قال أحدهما: خالعت على ألف درهم، وقال الآخر خالعت على ألف مطلق تحالفا، لأن أحدهما يدّعي الدراهم والآخر يدّعي مهر المثل، وإن بقيت له طلقة فقالت له طلقتني ثلاثًا على ألف فطلقها وقلنا إن علمت ما بقي استحقّ الألف وإن لم تعلم لم يستحق إلا ثلث الألف. وإن اختلفا فقالت المرأة لم أعلم، وقال الزوج بل علمت تحالفا ورجع الزوج إلى مهر المثل، لأنه اختلاف في عوض الطلقة، وهي تقول بذلت ثلث الألف في مقابلتها، وهو يقول بذلت الألف.

فصل: وإن قال خلعتك على ألف وقالت بل خالعت غيري بانت المرأة لاتفاقهما على الخلع، والقول في العوض قولها، لأنه يدّعي عليها حقًا والأصل

عدمه. وإن قال خالعتك على ألف، وقالت خالعتني على ألف ضمنها عني زيد، لزمها الألف لأنها أقرّت به ولاشيء على زيد إلا أن يقرّ به، وإن قال خالعتك على ألف في ذمتك، فقالت بل خالعتني على ألف في ذمة زيد، تحالفا، لأن الزوج يدّعي عوضًا في ذمتها وهي تدّعي عوضًا في ذمة غيرها، وصار كما لو ادّعى أحدهما أن العوض عنده وادّعى آخر أنه عند آخر.

الشرح: قوله: «وعلى التراخي» أي التوسع من غير تضييق، وقوله: «أن تكفل ولده» أي تربيه وتحضنه، وقوله: «منجزاً» أي معجلًا غير مؤجل، والأمارات: العلامات.

وأحكام الخلع ضمن أبواب: الباب الأول: في حقيقة الخلع، فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكناياته. وإن لم يجز إلا لفظ الخلع، فقولان: الجديد، أنه طلاق ينقص به العدد، وإذا خالعها ثلاث مرات، لم ينكحها إلا بمحلل، والقديم: أنه فسخ لا ينقص به العدد. ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب. ورجح الشيخ أبو حامد، وأبو مخلد البصري القديم، فإن قلنا: فسخ، فلفظ الخلع صريح فيه، ولو قال: فسخت نكاحك بألف فقبلت، أو قال: فاديتك بألف فقالت: قبلت أو افتديت، فوجهان: أصحهما: أنه صريح. والثاني: كناية. فعلى هذا، في انعقاد الخلع بهما خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخًا، ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ، فهل يكون طلاقًا أم فسخًا لكونه صريحًا؟ فيه وجهان: اختيار القاضي حسين الفسخ، وبه قطع المتولي والغزالي. ولو قال لزوجته: فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيبها، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين. وقيل: فسخ. أما إذا قلنا: الخلع طلاق، فلفظ الفسخ كناية فيه، ولفظ الخلع فيه قولان: قال في «الأم»: كناية وفي «الإملاء»: صريح. قال الروياني وغيره: الأول أظهر، واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح. وقيل: كناية قطعًا. وإذا قلنا: لفظ الخلع صريح، فذاك إذا ذكر المال، فإن لم يذكره، فكناية على الأصح. وقيل: على القولين. وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام والغزالي والروياني: نعم للعرف، وكالخلع على خمر، والثاني: لا لعدم الالتزام، فإن أثبتنا المال، فإن جعلناه فسخًا أو صريحًا في الطلاق أو كناية ونوى، وجب مهر المثل وحصلت البينونة. وإن جعلناه كناية ولم ينو، لغا، وإن لم يثبت المال عند الطلاق، فإن جعلناه فسخًا، لغا، لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا بعوض، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب، وذكروا أن مساق

كلامهم أنه لو نفى العوض في الخلع، لم يصح الخلع على قول الفسخ، قال الإمام: والقياس الحق صحته بلا عوض. وإن جعلناه طلاقًا إما صريحًا وإما كناية ونوى، فهو طلاق رجعي، وفي افتقاره إلى قبولها وجهان: أصحهما: لا يفتقر، صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي، والوجهان فيما إذا قال: خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها. أما لو قال: خلعت أو خالعت، ولم يضمر التماس الجواب، فلا يفتقر إلى الجواب قطعًا، كما لو قال: فارقتك. ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا: مطلقه لا يقتضي مالًا، فهل تؤثر النية في ثبوت المال؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات. فإن قلنا: يؤثر، ثبت المال، ولا بد فيه من نيتها أيضًا. وإن قلنا: لا تؤثر، فهل يقع الطلاق ويلغى منه المال، أم لا يقع، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقًا؟ وجهان: وفي «فتاوى البغوي» وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها، فخالعها عليه، ولم يكن بقي لها شيء عليه، فهل تحصل البينونة بمهر المثل؟ ورجح الحصول.

فرع: يصح الخلع بجميع كنايات الطلاق مع النية إن جعلناه طلاقًا، وإن جعلناه فسخًا، فهل للكنايات فيه مدخل؟ وجهان: أصحهما: نعم. فإن نوى الطلاق، أو الفسخ، كان ما نوى. وإن نوى الخلع، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق؟ ولو قال: خالعت نصفك أو يدك على كذا، أو خالعتك شهرًا على كذا، نفذ إن جعلناه طلاقًا، والقول في المال الواجب سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا ينفذ إن جعلناه فسخًا.

فرع: ترجمة الخلع بسائر اللغات، كلفظة العربي، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في النكاح.

فرع: لفظ البيع والشراء كناية في الخلع، سواء جعل فسخًا أم طلاقًا، وذلك بأن يقول: بعتك نفسك بكذا، فتقول: اشتريت أو قبلت، ولفظ الإقالة كناية أيضًا فيه، وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج، وبيع المهر بالطلاق من جهتها يعبر بهما عن الخلع، وليكونا كنايتين، كقوله: بعتك نفسك. وفي «الزيادات» لأبي عاصم: إن بيع الطلاق مع ذكر العوض صريح. ورأى إسماعيل البوشنجي من أصحابنا، أن ينزل قوله: بعتك طلاقك بكذا منزلة قوله: ملكتك طلاقك بكذا، حتى إذا طلقت في المجلس، لزم المال ووقع الطلاق. وإن نويا مجرد بيع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منها، وبغير نيّة طلاق منه، فهذا التصرف فاسد، والنكاح باق بحاله. وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه.

فرع: قالت: طلقني على كذا فقال: خالعتك، فإن جعلنا الخلع فسخًا، لم

ينفذ لأنه لم يجبها، وإن جعلناه صريحًا في الطلاق، أو كناية ونوى، حصلت البينونة ولزم المال. وإن لم ينو، لم يقع شيء ولو قالت: خالعني على كذا فقال: طلقتك عليه، فإن قلنا: الخلع فسخ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبها. وقيل: يقع الطلاق، لأنه أعطاها فرقة أقوى مما طلبت، فكأنه زاد، كمن سألته طلقة فطلق طلقتين، والأول أصح. وعلى هذا قوله: طلقتك ابتداء كلام منه، فإن لم يسم المال، وقع طلاق رجعي، وإن سماه، لم يقع ما لم يقبل. وإن قلنا: الخلع طلاق، فإن جعلناه صريحًا أو كناية ونوت، حصلت البينونة ولزم المال، ولا يضر اختلاف اللفظ، وإن جعلناه كناية ولم ينو، فقولها لغو. والزوج مبتدىء بالطلاق. ولو وكل رجلًا في طلاقها فخالع، فإن قلنا: الخلع فسخ، لم ينفذ. وإن قلنا: طلاق، قال البوشنجي: الذي يجيء على أصلنا، أنه لا ينفذ أيضًا، لأنه يمنعه الرجعة إن كان بعد الدخول. قال: ولو وكله في الطلاق فطلق على مال، إن كان بحيث يتصور الرجعة، لم ينفذ، وإن لم يتصور بأن كان قبل الدخول، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة، فذكر في نفوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة، لكنه غير مفهوم بالتوكيل المطلق، وقد يتوقف في بعض ما ذكره حكمًا ودليلًا.

فرع: تخالعا هازلين، نفذ إن قلنا: إنه طلاق، وإن قلنا: فسخ، فهو كبيع الهازل، وفيه خلاف سبق.

فرع: التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا: فسخ، وإن قلنا: طلاق، فلا.

فرع: فيما يلحق به الخلع من الأصول، قال الأصحاب: إن جعلنا الخلع فسخًا، فهو معاوضة محضة من الجانبين لا مدخل للتعليق فيه، بل هو كابتداء النكاح والبيع. فلو قال: خالعتك بمائة فقبلت بخمسين، أو قالت: خالعني بمائة فخالعها بخمسين، أو قالت: بخمسين فخالعها بمائة، لم يصح كالبيع. وإن جعلناه طلاقًا، أو جرى لفظ الطلاق صريحًا، نظر هل بدأ الزوج بالايقاع، أم بدأت بسؤاله؟

القسم الأول: إن بدأ هو بطلاقها وذكر العوض، فهو معاوضة فيها شوب تعليق، لأنه يأخذ مالًا في مقابلة ما يزيله، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط، ثم تارة تغلب المعاوضة، وتارة التعليق، وتارة يراعى المعنيان، ويختلف ذلك بالصيغ المأتي بها. فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال: خالعتك بكذا، أو على كذا، أو طلقتك، أو أنت طالق على كذا، غلب معنى المعاوضة، ويثبت أحكامها، فيجوز له الرجوع قبل قبولها، ويلغو قبولها بعد رجوعه، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود. فلو تخلل

زمن طويل، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت، لم ينفذ. ولو اختلف الايجاب والقبول، بأن قال: طلقتك بألف فقبلت بألفين، أو بخمس مئة، لم يصح. كالبيع، كذا ذكره البغوي وغيره. وفي «الشامل»، أنها إذا قبلت بألفين، صح ولا يلزمها الألف، لأنه لم يوجب إلا ألفًا. والصحيح الأول. ولو قال: طلقتك ثلاثًا بألف، فقبلت واحدة بثلث الألف، لم يصح وإن قبلت واحدة بالألف، فثلاثة أوجه: أحدها: لا يقع شيء كالبيع، والثاني: يقع طلقة، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق، وأصحها: يقع الثلاث، صححه الشيخ أبو علي والغزالي، وبه قال القفال، لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال، وأصل الطلاق وعدده يستقل به الزوج. وإذا قلنا: يقع الثلاث أو واحدة، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان: أصحهما: الألف، وبه قال ابن الحداد، والشيخ أبو محمد، لأن الايجاب والقبول تعلقا به. والثاني عن ابن سريج: أنه يجب مهر المثل لاختلاف الايجاب والقبول. وإن أتى الزوج بصيغة تعليق، نظر، إن قال: متى أعطيتني، أو متى ما، أو أي وقت، أو حين، أو زمان، غلب معنى التعليق وثبتت أحكامه، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ، ولا يشترط الإعطاء في المجلس، بل متى وجد الإعطاء طلقت، وليس للزوج الرجوع قبل الإعطاء، وإن قال: إن أعطيتني، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، فله بعض أحكام التعليق، فلا يحتاج إلى القبول لفظًا، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء. وقيل: يجوز له الرجوع قبل الإعطاء، حكاه البغوي، وقطع به صاحب «المهذب»، ويقرب منه ما حكاه ابن كج عن ابن سلمة، أن الزوج بالخيار بين أن لا يقبل الألف الذي أحضرته، وبين أن لا يقبل. والصحيح الأول، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس. واختار صاحب «المهذب» إلحاق «إذا» بـ «متى»، وألحقها الجمهور بـ «أن» كما ذكرنا. وحكي وجه، أن كلمة «إن» كـ «متى» في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ. ثم قال المتولي: اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن قال لزوجته الأمة: إن أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، وقع الطلاق متى أعطته الألف وإن طال الزمان، لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس غالبًا، بخلاف ما إذا قال: إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك الخمر، لأن يدها قد تشمل على خمر. قال: ولو أعطته الأمة ألفًا من كسبها، حصلت البينونة لوجود الصفة، وعليه رد المال إلى سيدها ويطالبها بمهر المثل إذا عتقت.

فرع: المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء مجلس التواجب وهو ما يحصل به الارتباط بين الايجاب والقبول، ولا نظر إلى مكان العقد. وفي وجه

حكاه ابن كج وغيره، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقهما وإن طالت المدة. والصحيح الأول.

القسم الثاني: إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها، فهو معاوضة فيها شوب جعالة. والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة، وسواء أتت بصيغة تعليق كقولها: إن طلقتني أو متى طلقتني فلك كذا، أو قالت: طلقني على كذا، فهو معاوضة في الحالتين، ويشترط أن يطلقها في مجلس التواجب، سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق، وسواء علقت بـ«إن» أو بـ«متى». فلو طلقها بعد مدة طويلة، كان طلاقًا مبتدأً. ولو قالت: طلقني ثلاثًا على ألف فطلق واحدة على ثلث الألف، أو اقتصر على قوله: طلقتك واحدة، وقعت الواحدة واستحق ثلث الألف. كما لو قال: رد عبيدي ولك ألف، فرد أحدهم. وحكى الشيخ أبو علي وجهًا أنه لا يقع شيء وغلط قائله.

فرع: قال لامرأتيه: خالعتكما أو طلقتكما، أو أنتما طالقان بألف، فقبلت إحداهما فقط، لم يقع شيء. وقيل: يصح في حق القائلة والصحيح الأول.

ولو قال: طلقت إحداكما بألف ولم يعين فقالتا: قبلنا، لم يصح ذكره البغوي. ولو قال: خالعتك وضرّتك بألف. فقالت: قبلت، صح الخلع، ولزمها الألف، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها، وقابلة لضرتها كالأجنبي.

ولو قالتا له: طلقنا بألف فطلق إحداهما، طلقت دون الأخرى. وهل يلزمها مهر المثل أم حصتها من المسمى إذا وزع على مهر مثلهما، أم نصف المسمى؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها الأول، وتجري الأقوال في الواجب على كل واحدة إذا طلقهما.

قال الشيخ أبو حامد: والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق.

أما لو قال: طلقتكما على ألف مناصفة، أو قالتا: طلقنا على ألف مناصفة، فهو مناصفه بلا خلاف.

ولو قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتك بخمس مئة، بانت واستحق خمسمائة على الصحيح، وقيل: لا تطلق تغليبًا للمعاوضة، وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في أركان الخلع، وهي خمسة:

الركن الأول: الزوج، فيوجب ابتداءً أو يجيب سؤالها، ويشترط أن يكون ممن ينفذ طلاقه، فلا يصح خلع الصبي والمجنون، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سفه، سواء أذن الولي أم لا، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه، لأن طلاقها مجانًا نافذ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفيه، بل يسلمه إلى

الولي، فإن سلمه إلى السفيه وكان الخلع على عين مال، أخذها الولي من يده. فإن تركها في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان حكاهما الحناطي. وإن تلف في يد السفيه ولم يعلم الولي بالتسليم، رجع على المختلع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة العين على القول الآخر. وإن كان الخلع على دين، رجع الولي على المختلع بالمسمى، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة، ويسترد المختلع من السفيه ما سلمه إليه. فإن تلف في يد السفيه، فلا ضمان، لأنه ضيع ماله بتسليمه إلى السفيه، كمن باعه شيئًا وسلمه إليه وتلف عنده، هذا إذا كان التسليم إلى السفيه بغير إذن الولي، فإن كان بإذنه، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي، ورجح الحناطي الاعتداد.

فـرع: يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل، ويدخل المهر في ملك سيده قهرًا كأكسابه، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد. فإن سلمه إليه فعلى ما سبق في السفيه، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق، وما يتلف في يد السفيه لا يطالبه به، لا في الحال ولا بعد الرشد، وخلع المدبر والمعتق بعضه كالقن. فإن جرت مهايأة بين من بعضه حر وبين سيده، فليكن عوض الخلع من الاكساب النادرة، وليجيء فيه الخلاف.

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله.

الركن الثاني: المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والأجنبي، أن يكون مطلق التصرف في المال، صحيح الالتزام.

وللحجر أسباب: أحدها: الرق. فإن اختلعت الأمة نفسها بغير إذن سيدها، نظر إن اختلعت بعين ماله، فقولان: أحدهما: يقع الطلاق رجعيًا كالسفيهة والمشهور أنه يقع بائنًا كالخلع على خمر، وهل المستحق عليها مهر المثل أم بدل العين؟ قولان: أظهرهما: الأول. وإن اختلعت على دين، بانت. وهل عليها المسمى أم مهر المثل؟ وجهان: أو قولان: أصحهما: الأول، وبه قطع العراقيون، واختاره القفال والشيخ أبو علي، ثم ما ثبت عليها باختلاعها يتعلق بذمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال.

أما إذا اختلعت بإذن سيدها، فأما أن يبين العوض، وإما أن يطلق. فإن بين، نظر، إن كان عينًا من ماله، نفذ الخلع، واستحق الزوج تلك العين، وإن قدر دينًا، بأن قال: اختلعي بألف ففعلت، تعلق الألف بكسبها كمهر زوجة العبد. وإن زادت على ما قدر، فالزيادة في ذمتها.

وإن قال: اختلعي بما شئت، اختلعت بمهر المثل، وبالزيادة إن شاءت،

وتعلق الجميع بكسبها، ذكره البغوي. وإن أطلق الإذن، اقتضى مهر المثل. فإن لم تزد عليه، ففي كسبها، وإلا فالزيادة في ذمتها، وما يتعلق بكسبها يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذونًا لها. وإن جرى الخلع بإذن السيد والعوض دين، ففي كون السيد ضامنًا له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد.

فرع: اختلاع المكاتبة بغير إذن سيدها، كاختلاع الأمة بغير إذنه. وإن اختلعت بإذنه، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن. وقيل: كاختلاع الامة بالإذن، ولا يكون السيد هنا ضامنًا بلا خلاف.

فرع: اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر، أو مكاتب على رقبتها، قال إسماعيل البوشنجي: تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين: أحدهما: تحصل الفرقة بمهر المثل. وأصحهما: لا يصح الخلع أصلًا.

السبب الثاني: الحجر بالسفه. فإذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه: خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت، وقع الطلاق رجعيًا، سواء فعلت ذلك بإذن الولي أم بغير إذنه، ولا يلزمها المال، وليس للولي صرف مالها في الخلع. فإن لم تقبل، لم يقع الطلاق، لأن الصيغة تقتضي القبول، فأشبه الطلاق المعلق على صفة.

ولو قال لها: طلقتك على ألف إن شئت فقالت على الاتصال: شئت وقع الطلاق رجعيًا. ولو بدأت فقالت: طلقني على كذا فأجابها، وقع طلاق رجعي أيضًا.

فرع: له زوجتان: رشيدة ومحجور عليها بسفه، فقال: طلقتكما على كذا، فقبلتا، طلقت الرشيدة بائنًا، وعليها مهر المثل على الأظهر، وطلقت السفيهة رجعيًا، وإن قبلت إحداهما، لم يقع عليهما شيء. ولو كانتا سفيهتين، فقال: طلقتكما على ألف فقبلتا، وقع الطلاق عليهما رجعيًا. وإن قبلت إحداهما، لم يقع شيء. ولو بدأتا فقالتا: طلقنا بألف فطلقهما، وقع الطلاق على السفيهة رجعيًا، وعلى الرشيدة بائنًا.

وإن أجاب السفيهة، وقع عليها رجعيًا، وإن أجاب الرشيدة، وقع بائنًا.

وقوله: أنتما طالقان على ألفٍ إن شئتما، كقوله: طلقتكما على ألف في جميع ذلك.

السبب الثالث: الجنون والصغر، فقبول مجنونة وصغيرة لا تمييز لهما لغو. وقول الزوج لها: أنت طالق على كذا لغو. ولو قال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت، فهل يقع طلاق رجعي أم لا يقع شيء؟ وجهان: رجح الإمام والغزالي المنع، والبغوي الوقوع.

السبب الرابع: المرض. فإذا اختلعت في مرض موتها، نظر، إن كان بمهر المثل، نفذ ولم يعتبر من الثلث، وإن كان بأكثر، فالزيادة كالوصية للزوج، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث.

ولو اختلعت بعبد قيمته مئة، ومهر مثلها خمسون، فقد حابت بنصف العبد، فينظر، إن خرجت المحاباة من الثلث، فالعبد كله للزوج عوضًا ووصية. وحكى الشيخ أبو حامد وجهًا، أنه بالخيار بين أن يأخذ العبد، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهر المثل، لأنه دخل في العقد على أن يكون العبد كله عوضًا. والصحيح الأول، إذ لا نقص ولا تشقيص. وإن لم يخرج من الثلث، بأن كان عليها دين مستغرق، لم تصح المحاباة، والزوج بالخيار، بين أن يمسك نصف العبد وهو قدر مهر المثل، ويرضى بالتشقيص، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل. وإن كان لها وصايا أخر، فإن شاء الزوج، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر. وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا، ولا حق له في الوصية، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ. وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد، فالزوج بالخيار، إن شاء أخذ ثلثي العبد، نصفه بمهر المثل، وسدسه بالوصية، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل.

فرع: مرض الزوج لا يؤثر في الخلع، فيصح خلعه في مرض الموت بدون مهر المثل، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع، كما لو أعتق مستولدته في مرض الموت، لا يعتبر من الثلث، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث.

الركن الثالث: المعوض وهو البضع، وشرطه أن يكون مملوكًا للزوج. فأما البائنة بخلع وغيره، فلا يصح خلعها، ويصح خلع الرجعية على الأظهر لأنها زوجة. والثاني: لا لعدم الحاجة إلى الافتداء. وقيل: يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البينونة الكبرى. وإذا قلنا: لا يصح، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب، أن الطلاق يقع رجعيًا إذا قبلت كالسفيهة.

فرع: خالع مرتدة مدخولًا بها، توقف، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمى، وإلا تبينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول، أو ارتدا معًا، ثم جرى الخلع، وكذا لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين، ثم تخالعا، وأطلق المتولي أنه لا يصح الخلع بعد تبديل الدين لأن الملك كالزائل.

الركن الرابع: العوض هو كالصداق، فيجوز قليلًا وكثيرًا، عينًا ودينًا، ويشترط

أن يكون معلومًا متمولًا مع سائر شروط الأعواض، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما، وتفصيله بصور: إحداها: لو خالع على مجهول كثوب غير معين، حصلت البينونة ورجع إلى مهر المثل، ومن المجهول حمل البهيمة والجارية، سواء قال: خالعتك بما في بطنها أو على حملها. ولو خالع بألف إلى أجل مجهول، أو خالع بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل، أو لا سكنى لها، أو لا عدة عليها، أو أن يطلق ضرتها، بانت بمهر المثل. وحكى المتولي وجهًا، أنه لا تحصل الفرقة في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض، وكذا لو خالع ولم يذكر عوضًا بناء على أن الخلع فسخ، والمذهب الأول.

فرع: خالعها على ما في كفها ولم يعلمه، أو علمه ولم نصحح بيع الغائب، بانت بمهر المثل، وإن علم وصححناه، بانت بالمسمى. فإن لم يكن في كفها شيء، ففي «الوسيط» أنه يقع الطلاق رجعيًا، والذي نقله غيره وقوعه بائنًا بمهر المثل، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالمًا بالحال، والثاني فيما إذا ظن في كفها شيئًا.

الصورة الثانية: خالعها على ما ليس بمال كخمر أو حر، بانت. وهل يرجع عليها بمهر المثل، أم ببدل المذكور؟ قولان: أظهرهما: الأول.

ولو خالع على مغصوب، فكذلك، ويفرق بين أن يقول: خالعتك على هذا العبد فبان حرًا، وبين قوله: خالعتك على هذا الحر في أصح الطريقين، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية، لفساد الصيغة، وكذا يفرق بين قوله: خالعتك على هذا العبد فبان مستحقًا، وبين قوله: خالعتك على هذا المغصوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية. وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغصوب: وقع الطلاق رجعيًا، لأن المذكور ليس بمال، فلا يظهر طمعه في شيء، والصحيح الأول، وبه قطع الأصحاب. ولو خالع على دم، وقع الطلاق رجعيًا، وعللوه بأنه لا يقصد بحال، فكأنه لم يطمع في شيء.

والخلع على الميتة، كالخمر لا كالدم، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح.

الصورة الثالثة: الخلع على مالا يقدر على تسليمه، ومالا يتم ملكه عليه، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل.

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة، أو معيبة فردها أو فاتت منها صفة مشروطة فردها، ففيم يرجع به القولان. ولو خالعها على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي، فأعطته ثوبًا بالصفة فبان معيبًا، فله رده ويطالب بمثله سليمًا كما في السلَم.

وإن قال: إن أعطيتني ثوبًا بصفة كذا فأنت طالق، فأعطته ثوبًا بتلك الصفة، طلقت. فإن خرج معيبًا فرده، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليمًا؟

الصورة الرابعة: التوكيل بالخلع من الجانبين جائز. فأما وكيل الزوج، فإن قدر له مالًا بأن قال: خالعها بمائة، فينبغي أن يخالع بالمائة فأكثر، ولا ينقص.

فإن خالع بمائة وثوب، فهو كما لو قال: بع عبدي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق.

وإن أطلق التوكيل في الخلع، فينبغي أن يخالع بمهر المثل وأكثر، ولا ينقص.

وصورة إطلاق التوكيل أن يقول: وكلتك في خلع زوجتي، أو خالعها ولا يذكر مالًا، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا: إن مطلق الخلع يقتضي مالًا، وإن قلنا: لا يقتضيه، اشترط أن يقول: خالعها بمال.

فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير، فالنص لا يقع الطلاق، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق، فالنص وقوعه.

وللأصحاب فيه طرق، مجموعها خمسة أقوال: أظهرها: يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل، ولا خيار للزوج، ولا يقع في صورة التقدير عملًا بالنصين، لتصريح المخالفة في صورة التقدير. والثاني: لا يقع فيهما كالمخالفة في البيع والثالث: يتحتم وقوع الطلاق بائنًا فيهما، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل. والرابع: يتخير بين المسمى وبين ترك العوض، وجعل الطلاق رجعيًا. والخامس: إن رضي بالمسمى، فذاك، وإلا فلا طلاق.

وخلع الوكيل بغير نقد البلد، أو غير جنس المسمى، وبالمؤجل، كخلعه بدون المقدر أو دون مهر المثل، ففيه الخلاف المذكور.

وأما وكيل الزوجة، فإما أن يقدر له العوض، وإما لا.

الحالة الأولى: قدرت فقالت: اختلعني بمائة، فإن اختلعها بها أو بما دونها بالوكالة عنها، نفذ. والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في «فصل خلع الأجنبي» إن شاء الله تعالى.

وإن اختلع بأكثر من مئة وأضاف إليها فقال: اختلعها بكذا من مالها بوكالتها، فالمنصوص وقوع الطلاق بائنًا. وخرج المزني قولًا أنه لا يقع الطلاق. ونقل الحناطي قولًا، أنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء. والمشهور حصول البينونة. فعلى هذا، يلزمها مهر المثل على الأظهر، وهو نصه في «الاملاء». ونص في «الأم»، أنه يلزمها أكثر الأمرين مما سمته هي، ومن أقل الأمرين من مهر المثل،

وما سماه الوكيل. فإن كان مهر المثل زائدًا على ما سماه الوكيل، لم تجب الزيادة على ما سماه على هذا القول، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل، لم تجب الزيادة. فلو سمت مئة وسمى الوكيل مائتين، ومهر المثل تسعون، فالواجب تسعون على القول الأول، ومائة على الثاني.

ولو كان مهر المثل مئة وخمسين، فالواجب مئة وخمسون على القولين. ولو كان مهر المثل ثلاثمائة، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان. وحكى قول ثالث، أنها بالخيار، إن شاءت أجازت بمسمى الوكيل، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل.

وأما مطالبة الوكيل بما عليها، فقال الأصحاب: لا يطالب إلا أن يقول: إني ضامن فيطالب بما سمى، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب في طرقهم، وفي «المختصر» تعرض لمثله، وفي «المجرد» للحناطي قول شاذ، أنه لا أثر لهذا الضمان. وقال الإمام: ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف.

ثم إذا غرم الوكيل للزوج، قال البغوي: لا يرجع عليها إلا بما سمت، ويجيء فيه قول إنه يرجع بالواجب عليها وهو مهر المثل أو أكثر الأمرين كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلع ولم يضف إليها.

أما إذا اختلع وأضاف إلى نفسه، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه.

ولو أطلق ولم يضف إليها ولا إليه، فإن قلنا بالمشهور، فعلى الوكيل ما سماه، وفيما عليها منه قولان: أظهرهما: عليها ما سمت والباقي على الوكيل، فعلى هذا لو طالب الزوج الوكيل به، رجع على الزوجة بما سمت. والثاني: عليها أكثر الأمرين مهر المثل وما سمت. فإن بقي شيء مما سمى فعلى الوكيل. وإن زاد مهر المثل على ما سمى الوكيل، لم تجب تلك الزيادة، لأن الزوج رضي بما سمى الوكيل. ولو أضاف ما سمته إليها والزيادة الى نفسه، ثبت المال كذلك.

ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قالت: خالع على دراهم، فخالع بدنانير أو ثوب، فوجهان: أحدهما عن القاضي حسين: ينصرف الاختلاع عنها فيلغو إن أضاف إليها، ويقع عن الوكيل إن أطلق. وأصحهما: وبه قطع البغوي، تحصل البينونة، ثم ينظر، إن أضاف الخلع إلى مالها. ولم يقل: وأنا ضامن، فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهر، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في القول الثاني. وإن قال: وأنا ضامن أو لم يضف العقد إليها، لم يرجع إلا ببدل ما سمت.

الحالة الثانية: إذا أطلقت التوكيل، فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل. فإن نقص عنه أو ذكر فيه أجلًا، فقد زادها خيرًا، وإن زاد على مهر المثل، فهو كما لو قدرت فزاد على المقدر، وحكمه ما سبق، لكن لا يجيء قول وجوب أكثر الأمرين.

فرع: اختلعها وكيلها بخمر أو خنزير، بانت ولزمها مهر المثل، سواء أطلقت التوكيل، أو سمت الخمر والخنزير. وقال المزني: لا يصح التوكيل إذا سمت الخمر، ولا ينفذ معه خلع الوكيل. ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير، وكان قد وكله بذلك، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبنا ومذهب المزني.

فرع: في فتاوى البغوي: قالت لوكيلها: اختلعني بطلقة على ألف، فاختلعها بثلاث طلقات على ألف، فإن أضاف إليها، لم يقع إلا طلقة، وإلا وقع الثلاث، وليس عليها إلا ثلث الألف، لأنه لم تحصل مسألتها إلا بثلث الألف، وعلى الوكيل البقية. وفي هذا نظر، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثًا، وقع الثلاث واحدة منها بالألف، وفيها أنها لو قالت: اختلعني من زوجي بثلاث على ألف، فاختلعها واحدة على ألف، فإن أضاف إليها، لم يقع، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه.

وأن الرجل لو قال لوكيله: خالعها ثلاثًا بألف، فخالع واحدة على ألف، وقع لأنه زاد خيرًا.

وأنه لو وكله بتطليقها بألف، ووكل آخر بتطليقها بألفين، فأيهما سبق وقع الطلاق بما سمى. وإن أوجبا معًا، فقالت: قبلت منكما، أو كانت وكلت وكيلين أيضًا، فقبل وكيلاها من وكيله معًا، لم يقع شيء، كما لو وكل رجلًا ببيع عبده بألف، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معًا لا يصح البيع.

وفي فتاوى القفال، أنه لو وكله بتطليق زوجته ثلاثًا، فطلقها واحدة بألف، وقعت رجعية ولا يثبت المال، ومقتضى هذا أن يقال: لو طلقها ثلاثًا بألف، لا يثبت المال أيضًا، ولا يبعد أن يقال: يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال: خالعها بمائة فخالع بأكثر.

الركن الخامس: الصيغة، ولا بد منها، ويشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي، فإن تخلل كلام كثير، بطل الارتباط بينهما، وإن تخلل كلام يسير، لم يضر على الصحيح.

فصل: سألت زوجها طلاقًا بعوض، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها، فينظر، إن كان قبل الدخول، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق. وإن كان بعد الدخول، فالطلاق موقوف. فإن أصرت حتى انقضت العدة، فلا مال ولا

طلاق. وإن أسلمت قبلها، تبينا وقوع الطلاق ولزمها المال، وحسبت العدة من وقت الطلاق.

ولو قالت له امرأتاه: طلقنا بألف، ثم ارتدتا ثم أجابهما، فإن لم يكن دخل بهما، لغا الطلاق، وكذا لو كان دخل بهما وأصرتا حتى انقضت العدة. وإن أسلمتا قبلها، تبينا وقوع الطلاق عليهما.

وهل العوض الواجب على كل واحدة مهر المثل، أم نصف المسمى، أم حصتها منه إذا وزع على مهر مثلهما؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الأول. وإن أصرت إحداهما وأسلمت الأخرى، لم يقع الطلاق على المصرة، ويقع على المسلمة، وفيما يلزمها الأقوال: وفي وجه يلزمها كل المسمى، حكاه الحناطي.

ولو ارتدت إحداهما ثم أجابهما وكان قبل الدخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة، طلقت المسلمة دون المرتدة.

ولو ابتدأ الزوج فقال: طلقتكما بألف، فارتدتا، ثم قبلتا، فإن لم يدخل بهما أو دخل وأصرتا، لغا الخلع. وإن دخل بهما وأسلمتا في العدة، طلقتا، وإن أسلمت إحداهما وأصرت الأخرى، لم تطلق واحدة منهما، كما لو قبلت إحداهما دون الأخرى، وقد سبق أنه إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب، فلا بد من قبولهما بخلاف ما إذا ابتدأتا.

ولو خاطبهما كما ذكرنا وارتدت إحداهما ثم قبلتا، فإن كانت المرتدة غير مدخول بها، أو مدخولًا بها وأصرت حتى انقضت العدة، فلا طلاق فيهما. وإن أسلمت في العدة، طلقتا. ولو ارتدتا بعد الدخول ثم قالتا: طلقنا بألف فأجابهما ثم أسلمتا، طلقتا. وحكى الحناطي خلافًا، في أنه يقع رجعيًا أم ببدل، وهذا الخلاف عجيب.

فصل: قال الزوج: خالعتك بألف درهم، فقالت: قبلت الألف، ففي «فتاوي القفال» أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل: اختلعت. وكذا لو قال الأجنبي: خالعت زوجتي بألف، فقال: قبلته. وإنَّ أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة: يشترط قولها: اختلعت، ولا يشترط في الأجنبي.

فصل: قالت: طلقني على ألف، فقال: طلقتك، كفى وإن لم يسم المال، كذا أطلقوه، ويمكن جري خلاف فيه.

ولو قال المتوسط لها: اختلعت نفسك منه بكذا؟ فقالت: اختلعت، ثم قال للزوج وهو في المجلس: خالعتها؟ فقال: خالعت، صح الخلع على المذهب، وبه قطع البغوي قال البغوي: ولو لم تسمع المرأة قول الزوج، وسمع السفير كلامهما،

كفى، والإسماع ليس بشرط، ألا ترى أنه إذا خاطب أصم فأسمعه غير المخاطب وقبل، صح العقد.

فصل: إذا طلقها على عوض أو خالعها، فلا رجعة له، سواء كان العوض صحيحًا، أو فاسدًا، سواء قلنا: الخلع فسخ أو طلاق. فلو قال: خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة، فنقل الربيع والمزني، أنه يقع الطلاق رجعيًا ولا مال. وخرج المزني ونقل الربيع قولًا آخر أنه يلغو شرط الرجعة، وتحصل البينونة بمهر المثل. فقال ابن سلمة وابن الوكيل: في المسألة قولان، وبه قطع الإمام والبغوي، ورجحا البينونة بمهر المثل، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعيًا بلا مال. ولو خالعها بمائة على أنه متى شاء رد المائة، وكان له الرجعة، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط، وتحصل البينونة بمهر المثل، فقيل بطرد الخلاف. وقيل بالجزم بالمنصوص، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا، ومتى سقطت لا تعود.

فصل: لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها، صح على الأصح، وقيل: لا، لأنها لا تستقل. ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها، جاز بلا خلاف، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذميًا، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف، فخالعها في العدة ثم أسلم، حكم بصحة الخلع، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب، والسفيه المحجور عليه، ولا يشترط إذنُ السيد والولي، لأنه لا يتعلق في الخلع عهدة توكيل الزوج، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض. فإن فعل وقبض، ففي «التتمة» أن المختلع يبرأ، ويكون الزوج مضيعًا لماله. ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبدًا، جاز سواء أذن السيد أم لا. فإن كان الاختلاع على عين مالها، فذاك. وإن كان على مال في الذمة، نظر، إن أضافه إليها، فهي المطالبة. وإن لم يضف بل أطلق، فإن لم يأذن السيد في الوكالة، جاز للزوج مطالبته بالمال بعد العتق. وإذا غرم، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع. وإن أذن في الوكالة، تعلق المال بكسبه، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد. وإذا أدى في كسبه، ثبت الرجوع على الموكلة. ولو وكلت في الاختلاع محجورًا عليه لسفه، قال البغوي: لا يصح. وإن أذن الولي، فلو فعل وقع الطلاق رجعيًا، كاختلاع السفيهة، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق. وأما إذا أضاف المال إليها، فتحصل البينونة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفيه.

فرع: الواحد لا يتولى طرفي الخلع بالوكالة، كالبيع وسائر العقود. فلو وكل الزوجان رجلًا تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله. وقيل: يجوز أن يتولى طرفي الخلع، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب، والإعطاء من جانب.

وعلى هذا، ففي الإكتفاء بأحد شقي العقد خلاف، كبيع الأب ماله لولده، والصحيح الأول.

فصل: يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة، ويصح عقد الإجارة عليها. فلو خالعها على إرضاع ولده أو حضانته مدة معلومة، جاز، سواء كان الولد منها أو من غيرها، ويشبه أن يكون الجمع بينهما واستتباع أحدهما إذا أفرد على ما سبق في الإجارة.

وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته، خلاف سبق في الإجارة. والمذهب الانفساخ، وهو المنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور.

وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي، كالموت. فإن قلنا بالانفساخ، فذلك فيما بقي من المدة، ولا تنفسخ في الماضي على المذهب. وقيل: قولان من تفريق الصفقة، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر. وعلى القول الآخر، بأجرة مثل الارضاع تلك المدة، وعلى الزوج لها أجرة الارضاع في المدة الماضية. وإن لم تنفسخ في الماضي، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين. وعلى الثاني: يرجع بأجرة مثل ما بقي من المدة. وإن قلنا: لا ينفسخ العقد، فإن أتى بصبي مثله لترضعه، فذاك، وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة، فوجهان: أحدهما: يبطل حقه ولا شيء عليها، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين، تستقر عليه الأجرة. والثاني: يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين، كما إذا تلف المبيع في يد البائع، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد. ومقتضى كلام البغوي ترجيح الاول.

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه، فقد قطع البغوي وغيره، بأن الحكم فيه كما إذا حكمنا بالانفساخ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف، ولا فرق بين العجز وعدمه كما سبق في «الإجارة» فيما لو تلف الثوب المعين للخياطة وقلنا: لا تنفسخ الإجارة، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة، فإن في استقرار الأجرة وجهين: سواء امتنع من الإبدال لعجزه أو مع القدرة.

فرع: لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة، بأن خالعها على كفالة ولده عشر سنين، ترضعه منها سنتين، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه، نظر، إن بين النفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم، وكسوته كل فصل أو سنة، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه، ووصفه بالأوصاف المشروطة في السلم، ففي صحة

الخلع بما سمى طريقان: أصحهما: القطع بالصحة، لأن المقصود الكفالة، وهذه الأمور تابعة. والثاني: على قولين ـ لأنه جمع بين بيع وإجارة، ولأنه سلم في أجناس ـ. أظهرهما: الصحة أيضًا.

فإن أبطلناه، فهل يرجع بمهر المثل أم ببدل الأشياء المذكورة؟ قولان: أظهرهما: الأول، ومنهم من قطع به هنا، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها.

وإن صححنا، فهو في الطعام والشراب، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد، وبين أن يأمرها بالصرف إليه. قال ابن الصباغ: ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الإنفاق على اللقيط من ماله، بشرط الرجوع.

ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين، فذاك، فإن خرج زهيدًا وفضل من المقدر شيء، فهو للزوج، وإن كان رغيبًا واحتاج إلى زيادة، فهي على الزوج. وإن مات الولد، فله حالان:

أحدهما: أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع، ففيه الخلاف السابق في انفساخ العقد، وجواز الإبدال، فإن حكمنا بالانفساخ، ومنعنا الابدال، انفسخ فيما بقي من المدة، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعام والكسوة خلاف تفريق الصفقة. والأظهر عدم الانفساخ.

وإذا قلنا: لا ينفسخ، استوفى الزوج الطعام والكسوة، ويرجع بما انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول، وإلى حصته من مهر المثل على الأظهر، وبيان الحصة بأن يُقوَّمَ الطعام والأدم والكسوة، وما مضى من المدة، وما بقي، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع، فيجب من مهر المثل بتلك النسبة، وإذا قلنا: يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة، رجع إلى مهر المثل على الأظهر، وإلى بدل الجميع على الثاني، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع، وقد يقع التقاص، هذا هو المذهب. وعن القاضي أبي الطيب، أن الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها مستوفاة.

الحال الثاني: أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكمالها، فيبقى استحقاق النفقة والكسوة، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجمًا كما كان؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

ولو انقطع جنس بعض الأشياء المذكورة، ففيه القولان السابقان في انقطاع المسلم فيه. أحدهما: ينفسخ العقد. فعلى هذا ينفسخ في المنقطع، ولا ينفسخ في

الأعيان المقبوضة على الأظهر، كما لو اشترى عبدين، فقبض أحدهما وتلف الآخر ولا في الحضانة والإرضاع على المذهب، لبعد ما بينهما، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة، وله عليها مهر المثل على الأظهر. وفي قول: بدل المسمى. وإن قلنا: لا ينفسخ إلا في المنقطع، رجع إلى حصته من مهر المثل على الأظهر، وإلى بدل المنقطع في قول. والقول الثاني في الأصل وهو الأظهر، أن انقطاع المسلم فيه لا يقتضي الانفساخ، لكن يثبت له خيار الفسخ، فله الفسخ في الجميع. وهل له الفسخ في المنقطع وحده؟ فيه الخلاف السابق فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما معيبًا وأراد إفراده بالرد، قال المتولي: وله الفسخ في الأعيان دون المنافع على المذهب لبعد ما بينهما جنسًا وعقدًا. وإذا أفرد المنقطع بالرد وجوزناه، ففيما يرجع به القولان. هذا كله إذا كان المذكور مما يجوز السلم فيه، ووصف بالصفات المشروطة في المسلم فيه، فإن لم توصف، أو كان مما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة، والمحشوة، والمطبوخ والمشوي من الطعام، فالمسمى فاسد، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف.

الباب الثالث: في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها فيه أطراف:

الأول: في الألفاظ الملزمة وفيه مسائل:

إحداها: صيغة المعاوضة ملزمة، فإذا قال: طلقتك، أو أنت طالق على ألف، فقبلت، صح الخلع ولزم الألف. ولو قال: أنت طالق وعليك ألف، أو لي عليك ألف، نظر، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتدأ الزوج به، وقع الطلاق رجعيًا قبلت أم لا، ولا مال، بخلاف قولها: طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائنًا بالألف، لأن المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام، فيحمل لفظها عليه، والزوج ينفرد بالطلاق. فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة، حمل على ما ينفرد به وصيغته خبر. فلو قال: أردت بقولي: وعليك ألف الإلزام وقصدت ما يقصده القائل بقوله: طلقتك على ألف، لم يصدق. فإن وافقته، فوجهان: أحدهما: لا يؤثر توافقهما، لأن اللفظ لا يصح للإلزام. وأصحهما: يؤثر فتبين بالألف. فعلى الأول لا يحلفُ على نفي العلم إذا أنكرت، لأنها لو صدَّقته لم تؤثر. وعلى الثاني، يحلف. ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله: بعتك ولي عليك كذا، تفريعًا على انعقاد البيع بالكناية، أما إذا سبق استيجاب، فإن لم تذكر عوضًا بأن قالت: طلقني، فحكمه كما لو لم تطلب. وإن ذكرته مبهما بأن قالت: طلقني ببدل، فإن عين الزوج البدل في الجواب فقال: طلقتك وعليك ألف، فهو كما لو ابتدأ فقال: طلقتك على ألف. فإن قبلت، بانت بالألف، وإلا فلا طلاق. وإن أبهم الجواب فقال: طلقتك بالبدل، أو

طلقتك، بانت بمهر المثل. وإن عينت البدل، فقالت: طلقني، فقال: طلقتك وعليك ألف، بانت بالألف وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه، كان كقوله: طلقتك على ألف. ولو اختلفا، فقال الزوج: طلبت مني الطلاق ببدل، فقلت في جوابك: أنت طالق وعليك ألف، فقالت: بل ابتدأت فلا شيء لك، صدقت بيمينها في نفي العوض ولا رجعة له لقوله.

المسألة الثانية: قال: أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفًا، فهو كقوله: أنت طالق على ألف. فإذا قبلت، بانت ولزمها المال، هذا هو الصواب المعتمد، وهو نصه في «الأم» وفي «عيون المسائل»؛ وقطع به صاحب «المهذب» وسائر العراقيين. ومقتضاه انعقاد البيع بقوله: بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع. وقال الغزالي: يقع الطلاق رجعيًا ولا مال. قال: فإن فسر بالإلزام، ففي قبوله وجهان: قال صاحب «التقريب»: لا، وغيره: نعم.

المسألة الثالثة: قال: أنت طالق إن ضمنت لي ألفًا، أو إن ضمنت لي ألفًا فأنت طالق، فقالت في مجلس التواجب: ضمنت، طلقت ولزمها ألف. ولو قالت: متى ضمنت لي ألفًا فأنت طالق، لم يعتبر المجلس بل متى ضمنت طلقت، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان. ولو أعطته المال ولم تقل: ضمنت أو قال: شئت بدل ضمنت، لم تطلق. ولو ضمنت ألفين، طلقت لوجود الصفة المعلق عليها مع زيادة، بخلاف قوله: طلقتك على ألف، فقالت: قبلت بألفين، لأن تلك صيغة معاوضة فيشترط فيها توافق الايجاب والقبول.

فرع: قال الزوج لها: أمرك بيدك، أو جعلت أمر الطلاق إليك، فطلقي نفسك إن ضمنت لي ألفًا، فقالت: ضمنت وطلقت نفسي، أو قالت: طلقت وضمنت، بانت بالألف، ويكون الضمان والطلاق مقترنين، سواء قدمت لفظ الطلاق، أو الضمان، كما لو قال: طلقتك إن ضمنت لي ألفًا، فقالت: ضمنت، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين، وإن تعاقب اللفظان، فلو ضمنت ولم تطلق، أو طلقت ولم تضمن، لم يقع الطلاق. وإذا جمعتهما، اشترط كون الضمان في المجلس قطعًا، ويشترط كون التطليق في المجلس أيضًا على المذهب، ولا يشترط إعطاء المال في المجلس قطعًا. وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب، أم مجلس القعود؟ وجهان: أصحهما: الأول، وقد سبقا في أول الكتاب. ولا يخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام دون الضمان المفتقر إلى أصيل.

المسألة الرابعة: سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء، لا يقع إلا بالإعطاء في

المجلس على الصحيح، إلا إذا كان بصيغة «متى» وما في معناها، فلا تختص بالمجلس، وكل ذلك جارٍ في قوله: إن أقبضتيني كذا، أو أدَّيتِ إلي كذا. ولو قال: أنت طالق إن شئت، أو أنت طالق على ألف إن شئت، اشترط وجود مشيئتها في مجلس التواجب، بخلاف التعليق كسائر الصفات، لأنه استدعاء لجوابها واستبانة رغبتها. وحكى الحناطي قولًا أنه لا يشترط المجلس ويقع الطلاق متى شاءت، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق. وإذا قالت في المجلس: شئت وقبلت، فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال، ولا يشترط تسليم المال في المجلس. وإن اقتصرت على قولها: شئت، أو قبلت، فثلاثة أوجه: أصحها: عند الغزالي: يكفي، لأن كلا منهما يشعر بالرضى والالتزام، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد. والثاني: لا بد من الجمع بينهما، لأنه لو اقتصر على قوله: أنت طالق كان جوابها قبلت، ولو اقتصر على قوله: أنت طالق إن شئت، كان جوابها شئت، فإذا جمعهما، اشترط جمعهما في الجواب. والثالث: يكفي قولها: شئت، ولا يكفي قولها: قبلت، لأن القبول ليس مشيئة، ولهذا لو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: قبلت، لم تطلق، وبهذا قطع المتولي، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق. قلت: هذا الثالث، هو الأصح بل الصحيح. والله أعلم.

فعلى الثالث: لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات، وعلى الثاني: في جواز رجوعه وجهان: لتردده بين التعليق والمعاوضة. ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة «متى» طلقت متى شاءت، ولا يختص بالمجلس كسائر الصفات. ولو قالت: طلقني بألف درهم، فقال: أنت طالق على ألف إن شئت، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق، فيتوقف على مشيئة مستأنفة. ولو نكَّر فقال: على ألف ونوى ما ذكرت، فكذلك الحكم. وإن نوى غير الدراهم، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي، ولا بدل، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل به القبول والمشيئة، كما لو ابتدأ به، وهذا هو القياس الحق. ولو لم ينو شيئًا، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعيًا أو بائنا، ووجهين إن وقع بائنًا في أن الواجب مهر المثل أم المسمى؟ ومقتضى جعله مبتدءًا أن لا يقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة.

المسألة الخامسة: في حقيقة الإعطاء المعلق عليه. فإن سلمت المال إليه فقبضه، فذاك، وإن وضعته بين يديه، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح، لأنها أعطته وهو يفوت حقه. وقيل: لا يكفي الوضع، فلا يقع به الطلاق، وهو ضعيف غريب. فإذا أعطته، دخل في ملكه على الصحيح. وقيل: لا بل يرده، ويرجع بمهر المثل، ويجري هذا الوجه في قوله: إن ضمنت لي ألفًا فأنت

طالق، فقالت: ضمنت، لأن لزوم المال بمجرد قولها بعيد، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء. وإذا قال: متى أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، فبعثته على يد وكيلها، فقبضه الزوج، لم تطلق، لأنها لم تعط هي، وكذا لو أعطته عن الألف عوضًا، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا، لم تطلق. ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها: سلم إليه، فسلمه، طلقت وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء، قاله المتولي. ولو علق الطلاق بالإقباض فقال: إن أقبضتني كذا فأنت طالق، فوجهان: أصحهما: وبه قطع المتولي: أنه تعليق محض، لأن الإقباض لا يقتضي التمليك، بخلاف الإعطاء. فعلى هذا، لا يملك المقبوض وليس له مهر المثل، بل يقع الطلاق رجعيًا. ولا يختص الإقباض بالمجلس كسائر التعليقات. والثاني: أن الإقباض كالإعطاء على ما ذكرنا فيه. ولو قالت: إن قبضت منك كذا، فهو كقوله: إن أقبضتني، ويعتبر في القبض الأخذ باليد، ولا يكفي الوضع بين يديه، لأنه لا يسمى قبضًا، ولو بعثته مع وكيلها، لم يكف. ولو قبض منها مكرهة، طلقت لوجود الصفة. وفي التعليق بالإعطاء، لو أخذ منها كرها، لم تطلق لأنها لم تعطه. وذكر المتولي، أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول: إن أقبضتني كذا وجعلته لي أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك. والأداء والدفع والتسليم، كالإقباض.

فرع: قال: إن أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، فأعطت ألفين، طلقت، لأن وقوع الطلاق هنا بحكم التعليق، وإعطاء الألفين يشتمل على إعطاء الألف، وكذا لو قال: إن ضمنت لي ألفًا فضمنت ألفين، ويلغو ضمان الزيادة على ألف. وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به، كانت أمانة عنده، ويخالف هذا قوله: خالعتك بألف فقالت: قبلت بألفين، فإنها لا تطلق لعدم موافقة الإيجاب.

المسألة السادسة: في بيان ما ينزل عليه الدرهم. إذا علق الطلاق باعطائه، وما يقبل تفسيره، وقد سبق في «الزكاة والإقرار» قدر الدرهم الإسلامي، واسم الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة، سواء كان نوعه جيدًا، أو رديئًا، لسواد أو خشونة أو غيرهما. فإذا قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، طلقت بأي نوع أعطته. لكن إذا كان في البلد نقد غالب، فأتت بغيره، طولبت به، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر المعاملات. وفي قول: يرجع بمهر المثل، والمشهور الأول. فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل، فالمعطى غير مملوك، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب، فالمعطى مملوك للزوج، وله رده والمطالبة بالغالب. وذكر في «الوسيط»: أنه لا

يملكه ويجب الإبدال، والصحيح الأول. ثم العادة الغالبة، إنما تؤثر في المعاملات، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك، ولا تؤثر في الإقرار والتعليق، بل يبقى اللفظ على عمومه فيهما. أما في التعليق، فلقلة وقوعه، وأما في الإقرار، فلأنه إخبار عن وجوب سابق، وربما تقدم الوجوب على الضرب الغالب، أو وجوب في بقعة أخرى. ولو قال: طلقتك على ألف، فهذا ليس بتعليق، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات.

فرع: لو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائدته، لم ينزل الإقرار والتعليق عليها، لأن الغلبة لا تؤثر فيهما، واللفظ صريح في الوازنة، وفي تنزيل البيع والمعاملات عليها وجهان: أحدهما: المنع، لأن اللفظ صريح في القدر المذكور، والعرف لا يغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع. وأصحهما: التنزيل عليهما، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة. وفي قبول تفسير المقر بالناقص خلاف وتفصيل سبق في الإقرار. ولو فسر المعلق بالدراهم المعتادة، فإن كانت زائدة، قبل على المذهب، وإن كانت ناقصة، قبل قطعًا، لأنه توسيع لباب الطلاق.

فرع: لو أتت بدراهم مغشوشة، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة، فقد أطلق الغزالي أنه لا ينزل اللفظ عليها، فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطته الخالصة، لكن تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة. ومن قال بهذا قال: التفسير بالمغشوشة كالتفسير بالناقصة. فإن قلنا: التفسير بهما، فهل تراجعه ليعبر عن مقصوده، أم تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر؟ فيه احتمالان في «البسيط». قلت: أفقههما: الثاني. والله أعلم.

وقطع المتولي والبغوي، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة، وهل تسلم له الدراهم بذلك؟ قال المتولي: يبنى على جواز المعاملة بالمغشوشة. إن لم نجوزها، رد الدراهم ولزمها مهر المثل، وإلا سلمت له الدراهم، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح. أما إذا كان الغالب في البلد الدراهم الخالصة، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفًا. وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته، كما لو أعطته سبيكة. فإن قلنا بالصحيح وهو الوقوع، فهل يملك الزوج المدفوع إليه؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن المعاملة تنزل على الغالب. والثاني: نعم، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق، وكذا في إفادة الملك، لكن له الرد بسبب العيب. فإذا رد، رجع إلى مهر المثل على الأظهر، وإلى ألف خالصة في قول.

ولك أن تقول: ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة، لأنه إذا بلغت

الفضة الخالصة ألفًا، بقي الغش شيئًا آخر مضمومًا، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوبًا.

وأما المعاملة بالدراهم المغشوشة، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع، والأصح الجواز.

المسألة السابعة: قال: إن أعطيتني عبدًا أو ثوبًا فأنت طالق، ووصفه بما يعتبر في السلم، فأتت به بالصفة، طلقت، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم، وإن أعطته على غير تلك الصفة، لم تطلق ولا يملكه. فلو كان بالصفة لكنه معيب، فله الخيار. فإن رده، رجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمته سليمًا في قول، وليس له المطالبة بسليم بالصفة، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لا يرد العبد، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف. أما إذا قال: إن أعطيتني عبدًا ولم يصف، فأعطته عبدًا لها، طلقت لوجود الصفة ولا يملكه، لأن الملك فيه يكون معاوضة، والمجهول لا يكون عوضًا، فيجب مهر المثل قطعًا. وحكى ابن كج والحناطي وجهًا، أنه يقع الطلاق رجعيًا، ولا شيء عليها، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقًا بعوض، فقال في جوابها: إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق فأعطت، والصحيح الأول، وسواء إن أعطت سليمًا أو معيبًا، أو قنًا أو مدبرًا أو معلقًا عتقه على صفة، لوقوع اسم العبد عليه، وإمكان نقله وتمليكه. فإن أعطته مكاتبًا، لم تطلق. وكذا لو قال لأجنبي: إن أعطيتني أمة، فامرأتي طالق، فأعطاه أم ولده. وأشير في المكاتب إلى وجه. ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل، لكن لو أعطته عبدًا بغير الصفة، لم تطلق مثل أن يقول: إن أعطيتني عبدًا تركيًا، فأعطته هنديًا. ولو أتت بعبد مغصوب، أو مشترك لها ولغيرها، أو قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأتت بدراهم مغصوبة، فوجهان: أحدهما: يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل. وأصحهما: لا يقع لأنه لا يسمى إعطاءً، وطرد الخلاف في العبد المرهون والمستأجر. قلت: يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه، وإلا فهو كغيره. والله أعلم.

ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد المغصوب فأعطته، وقع الطلاق بائنًا على المذهب، ويرجع بمهر المثل. وقيل: لا يقع، وقيل: يقع رجعيًا. ولو قال: إن أعطيتني زق خمر أو خنزيرًا، فأنت طالق، فقد سبق أنها إذا أتت به، بانت ووجب مهر المثل. فإن أتت بخمر مغصوبة، بأن كانت محترمة أو لذمي، فإن قلنا في العبد المغصوب: يقع الطلاق، فهنا أولى، وإلا فوجهان: أصحهما: الوقوع، لأن الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه. والثاني، المنع ويحمل على ما يختص به

يدًا، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكًا. ولو قال: إن أعطيتني هذا الحر، فثلاثة أوجه: أصحها: يقع الطلاق بائنًا بمهر المثل. والثاني: لا يقع. والثالث: يقع رجعيًا، لأنه لا يملك بحال، فالزوج لم يطمع بشيء. ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق، فأعطته، طلقت وملكه، فإن خرج مستحقًا أو مكاتبًا، فوجهان: أحدهما: لا يقع الطلاق. وأصحهما: وقوعه للإشارة، ويرجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمته في قول. وإن وجده معيبًا، فله رده، وفيما يرجع به القولان. أظهرهما: مهر المثل. والثاني: قيمته سليمًا. وقيل: ليس له الرد بل يرجع بالأرش، والصحيح الأول.

قال البغوي: ولو قال لزوجته الأمة: إن أعطيتني ثوبًا فأنت طالق، فأعطته، لم تطلق لأنها لم تملكه فإن قال: هذا الثوب فأعطته طلقت، وفيما يرجع به القولان. وهذا تفريع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين، ولا يخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس.

المسألة الثامنة: قال: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي، فأنت طالق، فأعطته وبان مرويا، لم تطلق. وإن قال: إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مرويًا أو بالعكس، طلقت على الأصح، لأنها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف. ولو خالعها على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي، فأعطته ثوبًا بالصفة، فبان مرويًا، رده وطالبها بهروي بالصفة. ولو خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مرويا، وقعت البينونة وملكه الزوج، وإخلاف الصفة كعيب، فله خيار الخلف. وقيل: إن لم تنقص قيمته عن الهروي، فلا خيار لأن الجنس واحد ولا نقص، والصحيح الأول. فإن رد، رجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة هروي في الثاني. فإن وجد به عيبًا بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد، رجع بقدر النقص من مهر المثل على الأظهر، وبقدر ما نقص من القيمة في الثاني، وليس له هنا طلب هروي لأنه معين هنا بالعقد. قال أبو الفرج السرخسي: وهذا على قولنا: إن اختلاف الصفة ليس كاختلاف العين وهو الأظهر، كما سبق في النكاح. فإن قلنا: هو كاختلاف العين، فالعوض فاسد فليس له إمساكه، ويرجع بمهر المثل على الأظهر، أو قيمة الثوب مرويًا على قول. ولو خالعها على ثوب معين، على أنه كتان فخرج قطنا أو بالعكس، فوجهان: أحدهما وبه قطع البغوي: أنه كاختلاف الصفة، فيكون حكمه ما سبق في خروجه مرويا. وأصحهما: وبه قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين: أن العوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة ثوب كتان في قول، وليس له إمساكه، وهؤلاء قالوا: لو باعه على أنه كتان فبان قطنًا، بطل البيع. ولو

قالت: خالعني على هذا الثوب فإنه هروي، فخالعها عليه فبان مرويا، فهو كما لو قال: خالعتك عليه على أنه هروي، لأنها غرته. قال المتولي: لو قالت: هذا الثوب هروي فقال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق، فأعطته فبان مرويًا، بني على المتواطىء عليه قبل العقد، كالمشروط فيه أم لا؟ إن قلنا، نعم، لم يقع الطلاق، وإلا وقع، وليس له إلا ذلك الثوب. ولو قال: خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فبان خلافه، فلا رد لأنه لا تغرير من جهتها، ولا اشتراط منه، وكذا لو قال: خالعتك على هذا الثوب الهروي، كذا ذكره البغوي. فإن قيل: قوله: وهو هروي أفاد الاشتراط في قوله: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هرويًا، فلم لم يفد الاشتراط في قوله: خالعتك على هذا الثوب وهو هروي، حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هرويًا، كما لو قال: خالعتك عليه على أنه هروي؟ فالجواب أن قوله: وهو هروي دخل هناك على كلام غير مستقل، لأن قوله: إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل، فيتقيد بما دخل عليه وتمامه بالفراغ من قوله: فأنت طالق. وأما قوله: خالعتك على هذا الثوب، فكلام مستقل، فجعل قوله بعده: وهو هروي جملة مستقلة، ولم يتقيد بها الأول، وبالله التوفيق.

الباب الرابع: في سؤال المرأة الطلاق بمال، واختلاع الأجنبي، فيه أطراف:

الطرف الأول: في ألفاظها وفيه مسائل:

الأولى: إذا قالت: طلقني بكذا، أو على كذا، أو على أن علي كذا، أو على أن أعطيك كذا، أو أن أضمن لك، أو إن طلقتني، أو إذا طلقتني، أو متى طلقتني، فلك علي كذا، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام، ويختص الجواب في المجلس بلا خلاف، في «متى» وغيرها، بخلاف قول الرجل: متى أعطيتني، وقد سبق الفرق.

الثانية: قالت: إن طلقتني فابرأ من صداقي، أو فقد أبرأتك، فقال: طلقتك، وقع الطلاق رجعيًا ولم يبرأ من الصداق، لأن الإبراء لا يصح تعليقه، وطلاق الزوج طمعًا في البراءة من غير لفظ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضًا، وهذا تفريع على الجديد الأظهر أن تعليق الإبراء لا يصح، وكان لا يبعد أن يقال: طلق طمعًا في عوض، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسدًا كالخمر.

الثالثة: قالت: طلقني ولك علي ألف، فقال: طلقتك، بانت ولزمها الألف، لأنها صيغة التزام. وقيل: لا يثبت العوض، بل إن اقتصر على قوله: طلقتك، وقع رجعيًا، وإن قال: طلقتك على ألف، احتاج إلى قبولها، والصحيح الأول. قال المتولي: ويقرب من هذا قولها: طلقني وأضمن لك ألفًا. ولو قالت: وأعطيك

ألفًا، فالأصحّ أنه إذا طلقها مطلقًا، وقع رجعيًا، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام، بخلاف الإعطاء ولم يطردوا الوجه المذكور هنا في الجعالة، بل لو قال: رد عبدي ولك علي كذا، فرده، لزم المال بلا خلاف، ولو قال المشتري: بعني هذا ولك علي كذا، فقال: بعت، فوجهان: أحدهما: ينعقد كالاختلاع والجعالة، وهذا هو المذكور في فتاوي القفال، والثاني: لا، لأنه يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع، كالتعليق، وفيما علق عن الإمام، أن هذا أصح. ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح؟ فأما كونه كناية، فينبغي أن يكون متفقًا عليه.

الرابعة: قالت: طلقني على ألف، أو أتت بصيغة أخرى صريحة في الالتزام، فإن أجابها وأعاد ذكر المال، فذاك، وإن اقتصر على قوله: طلقتك، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح، وقيل: يقع الطلاق رجعيًا ولا مال. ولو قال: قصدت الابتداء دون الجواب، قبل وكان رجعيًا، فإن اتهمته، حلفته.

الخامسة: اللفظ الدائر بين الزوجين، إن كان صريحًا منهما، فذاك، وإن كان لفظهما كناية، بأن قالت: أبني، قال: أبنتك، فإن نويا الطلاق، نفذ ولزم المال إن ذكرا مالًا. وإن لم ينو الزوج، فلا فرقة، وإن نوى دونها، نظر، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب، لم يقع الطلاق، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم تسأل الفراق، ولم تلتزم المال في مقابلته، وإن لم يجر ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي، وإن ذكر هو المال دونها، فلا طلاق، لأنها لم تسأل فرقة، وهو إنشاء فرقة على مال، ولم يتصل به قبول. وإن ذكرت هي المال، فقالت: أبني على ألف، فقال: أبنتك، فلا طلاق على الأصح، كما لو ذكر المال. وقيل: يقع رجعيًا كما لو قال: قصدت الابتداء دون الجواب، فإنه يقع رجعيًا قطعًا.

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحًا والآخر كناية، فالكناية مع النية كالصريح، ودون النية لغو. وعن ابن خيران، أنها لو قالت: طلقني فقال: أبنتك ونوى، لم يقع، لأن الصريح أقوى، فالمأتي به غير المسؤول، والصحيح الأول.

الطرف الثاني: في سؤالها عددًا، فيه مسائل:

إحداها: قالت: طلقني ثلاثًا بألف، أو على ألف، أو ولك عليَّ ألف، أو إن طلقتني ثلاثًا، فلك علي ألف، فطلقها واحدة، ففيه أربعة أوجه: الصحيح أنه يقع طلقة بثلث الألف، والثاني: لا يقع طلاق. والثالث: يقع طلقة بمهر المثل، والرابع: طلقة بثلث مهر المثل. حكى الحناطي الأخيرين. فعلى الصحيح لو طلقها طلقتين، استحق ثلثي الألف. وإن طلق طلقة ونصفا، فهل يستحق ثلثي الألف، أم نصفه؟ وجهان.

ولو قالت: طلقني ثلاثًا بألف وهو لا يملك إلا طلقة، فطلقها تلك الطلقة، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف، لأنه حصل بتلك الطلقة مقصود الثلاث وهو البينونة الكبرى.

وللأصحاب أوجه: أصحها: عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم: وجوب جميع الألف، كما نص عليه، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلقة أم ظنت بقاء الثلاث، والثاني: لا يستحق إلا ثلث الالف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران، والثالث: إن علمت استحق الألف، وإلا فثلثه، قاله ابن سريج وأبو إسحاق. والرابع: يستحق مهر المثل، قاله صاحب «التلخيص». والخامس: لا يستحق شيئًا، لأنه لم يطلق كما سألت، حكاهما الحناطي. ولو سألت الثلاث بألف ولا يملك إلا طلقتين، فطلقها واحدة، فله ثلث الالف على الأصح المنصوص، وكذا على الثاني، وله النصف على الثالث إن علمت، وإلا فالثلث.

وإن طلقها الطلقتين، فعلى النص له الألف، وعلى الثاني ثلثاه، وعلى الثالث إن علمت، فالالف، وإلا فثلثاه، وزاد الحناطي وجهًا رابعًا، وهو الرجوع بمهر المثل، وخامسًا: وهو ثلثا مهر المثل، وسادسًا: وهو أنه لا شيء له. ولو قالت: طلقني عشرًا بألف، فإن كان يملك الثلاث، فالأصح الأشهر الجاري على قياس النص، أنه يستحق بالواحدة عشر الألف، وبالثنتين عشريه، وبالثلاث جميع الألف. وقيل: إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو، فيستحق بالواحدة الثلث، وبالطلقتين الثلثين، وطرد الوجهان على قياس قول المزني. فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الألف. وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعًا على العدد الشرعي. وعلى قول من فرق بين العلم والجهل، تستحق بالثلاث الجميع، وبالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثين، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو. فإن ظنت أنه يملك عشرًا، بأن كانت قريبة عهد بالإسلام، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الألف أم الجميع؟ ولو لم يملك إلا طلقتين فسألته عشرًا، فعلى قياس النص، إن طلقها واحدة، استحق عشر الألف أو الثلث. وإن طلق ثنتين، فتمام الألف. وعلى قياس المزني، المستحق العشر أو العشران على الأشهر، والثلث أو الثلثان على الوجه الآخر. وعلى قول الفارق إن علمت، فله بالواحدة النصف، وبالثنتين الجميع. وإن ظنت أنه يملك الثلاث، فبالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثان. قال الأصحاب: والضابط على النص، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها، فله المسمى، وإن أجابها ببعضه، فله قسطه بالتوزيع. وإن ملك بعض المسؤول، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع، فله

المسمى، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الأشهر. وعلى قول المزني، التوزيع على المسؤول أبدًا، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت. فإن علمت، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول، فلو ملك الثلاث فسألته ستًا بألف، فعلى النص وقول المزني: له بالواحدة السدس، وبالثنتين الثلث. فإن طلق ثلاثًا، فعلى النص: له الجميع، وعند المزني: له النصف وعلى الوجه: له بالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثان، وبالثلاث الجميع.

المسألة الثانية: قالت: طلقني ثلاثًا بألف وهو يملك الثلاث فقال: أنت طالق واحدة بألف وثنتين مجانًا، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم، أن الأولى تقع بثلث الألف، لأنها لم ترض بواحدة إلا بثلث الألف كالجعالة، ولا يقع الأخريان لأنها بانت بالأولى. وقال الإمام: القياس الحق، أن لا تجعل كلامه جوابًا لها، لأنها سألت كل واحدة بثلث الألف وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها، كان مبتدئًا، فإذا لم تقبل، لا تقع الطلقة، كما لو قالت: طلقني واحدة بثلث ألف، فقال: طلقتك واحدة بألف، لا يقع. وإذا لم تقع الواحدة، وقع الأخريان رجعيتين، وتابعه الغزالي وغيره على ما قال، وهو حسن متجه، والأول بعيد، وأبعد منه ما في «التهذيب»، أنه تقع الواحدة بالألف، ولا تقع الأخريان، ولعله غلط من الناسخ. ولو سألته الثلاث بألف، فقال: طلقتك واحدة بثلث الألف، وثنتين مجانًا، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع، وزال الإشكال، فتبين بالأولى، ولا تقع الأخريان، ونقل الأئمة: إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفعل. ولو قال: طلقتك ثنتين بألف وواحدة مجانًا، فعلى الأول: تقع الثنتان بثلثي الألف، وعلى الثاني: لا يقعان. ولو قال: طلقتك واحدة مجانًا وثنتين بثلثي الألف، أو ثنتين مجانًا وواحدة بثلث الألف، وقع ما أوقعه مجانًا، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولًا بها، والجديد صحته. فعلى هذا: تقع الثنتان بثلثي الألف، وعلى القديم: يقعان بلا عوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفيهة، وإن لم تكن مدخولًا بها، بانت بما أوقعه مجانًا، فلا يقع ما بعده.

ولو قال: طلقتك واحدة مجانًا وثنتين بالألف، ففي «التهذيب أنه» إن كان بعد الدخول، وقعت الأولى مجانًا والثنتان بثلثي الألف، ولا يستحق تمام الألف وإن حصل غرضها، لأن ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال، وهنا أوقع بعض المملوك مجانًا.

واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا، لأنها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي الألف وقد أوقعهما بألف، فوجب أن يجعل كلامًا مبتدءًا. فأما إذا لم يتصل

به قبول، لغا. وفي «التهذيب» أيضًا أنه لو قال: طلقتك ثلاثًا، واحدة بألف، وقع الثلاث واستحق ثلث الألف، ويعود فيه الإشكال.

المسألة الثالثة: قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثًا، وقع الثلاث واستحق الألف. وهل الألف في مقابلة الثلاث أم الواحدة؟ وجهان: ظاهر النص: ثانيهما، ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية. ولو قال: بعني هذا العبد بألف، فقال: بعتكه مع هذين العبدين بألف، فالبيع باطل على الصحيح، لأنه معاوضة محضة بخلاف الخلع، فإنه كالجعالة. وقيل: يصح البيع في الجميع، وقيل: يصح في العبد المسؤول خاصة. ولو أعاد في الجواب ذكر الألف. فقال: طلقتك ثلاثًا بألف، فهل يقع الثلاث بألف، أم الثلاث بثلث الألف، أم واحدة بثلث الألف ولا يقع الأخريان، أم لا يقع شيء أصلًا؟ فيه أربعة أوجه: أصحها: الأول.

وينبغي أن تطرد هذه الأوجه فيما إذا لم يعد ذكر الألف. ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق طلقتين، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق الألف، وفيه احتمال للإمام، إذ لم تحصل البينونة الكبرى، فلا يستحق شيئًا لأنه خالف ولم تحصل البينونة الكبرى.

المسألة الرابعة: قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتك، أو أنت طالق بخمسمائة، فهل يقع الطلاق بخمسمائة أم بألف ويلغى قوله: بخمسمائة لأنها بانت بقوله: طلقتك واستحق الألف، أم لا يقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها؟ فيه ثلاثة أوجه: أصحها: الأول، وبه قال ابن الحداد. ولو قال: بعني عبدك بألف، فقال: بعتك بخمسمائة، لم ينعقد البيع على الأصح، لأنه معاوضة محضة. وقيل: يصح بخمسمائة.

الخامسة: قالت: طلقني على كذا درهمًا، فطلقها على دنانير، كان مبتدئًا بكلامه، فينظر، أيتصل به قبول أم لا؟

ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق وطالق وطالق، سئل، فإن قال: أردت مقابلة الأولى بالألف، وقعت الأولى بالألف ولم تقع الأخريان. وإن قال: أردت الثانية بالألف، وقعت الأولى رجعية، ويجيء في الثانية القولان في خلع الرجعية، فإن صححناه، لغت الثالثة، وإلا، فلا. وإن قال: أردت الثالثة، وقعت الأوليان بلا عوض، وفي الثالثة الخلاف. وإن قال: أردت مقابلة الجميع بالألف، وقعت الأولى بثلث الألف، ولغت الأخريان، وإن لم يكن له نية، قال البغوي: بانت الأولى بالألف، لأنه جواب لقولها، ولغت الأخريان. وذكر صاحب «المهذب» مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ فقال: أنت طالق وطالق وطالق بألف،

وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب. ولو قال في جوابها: أنت طالق طالق طالق واحدة بألف، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف، والباقي كما ذكرناه.

هذا إذا كانت مدخولًا بها، فإذا لم تكن، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف، بانت الأولى، ولغا ما بعدها. ولو قالت له وهو لا يملك إلا طلقة: طلقني طلقتين بألف، فقال: طلقتك طلقتين، الأولى منهما بألف، والثانية مجانًا، استحق الألف. وإن قال: الثانية منهما بألف، وقعت الأولى بلا عوض ولغت الثانية. وإن قال: إحداهما بألف، أو اقتصر على قوله: طلقتك طلقتين، سئل، فإن قال: أردت الأولى والثانية، فعلى ما ذكرنا، وإن قال: لم أنو شيئًا، ففي استحقاقه المال وجهان: أصحهما: نعم لمطابقة الجواب السؤال.

ولو أعاد ذكر المال، فقال: طلقتك طلقتين بألف، فهل يستحق خمسمائة عملًا بالتوزيع، أم ألفًا لحصول البينونة الكبرى؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قال أبو زيد.

فرع: لو لم يملك إلا طلقة، فقالت: طلقني ثلاثًا بألف، طلقة، أحرم بها في الحال، وطلقتين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ، فطلقها ثلاثًا، وقعت الواحدة، ولغا كلامهما في الآخرتين.

ثم النص في «المختصر»: أن للزوج مهر المثل، وللأصحاب طريقان: أحدهما: هذا، وأصحهما: على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره، فإن أبطلنا، فله مهر المثل، وإن صححنا، فلها الخيار في العوض لتبعيض مقصودها، فإن فسخت، فله مهر المثل، وإن أجازت، فهل يجيز بكل الألف، أم بثلثه عملًا بالتقسيط؟ قولان كالبيع، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط، لأن المشتري بالفسخ يدفع العقد من كل وجه، والطلاق هنا لا مدفع له، فيبعد إلزامها بواحدة ما التزمته للثلاث.

المسألة السادسة: قالت: طلقني نصف طلقة بألف، أو طلق نصفي، أو يدي، أو رجلي بألف، فأجابها بذلك، أو قال ابتداءً: طلقتك نصف طلقة، أو طلقت نصفك بألف، فقبلت، فلا يخفى أن الطلاق يقع مكملًا، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقًا. ثم الواجب في هذه الصور، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة.

ولهذا لو قال: بعتك هذا نصف بيعة، أو بعته لنصفك أو ليدك، لم يصح البيع. وإذا فسدت الصيغة، تعين مهر المثل، وإنما يجيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبدل المسمى إذا كان الفساد في المسمى. وحكى الإمام وجهًا واختاره: أنه يجب المسمى، لأن الشرع كمل ذلك المبعض فصار كتكميلها.

الطرف الثالث: في تعليقها بزمان وفيه مسائل:

الأولى: قالت: طلقني غدًا ولك علي ألف، أو إن طلقتني غدًا فلك علي ألف، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني غدًا فأخذه، لم يصح، ولم يلزم الطلاق، لأنه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة.

ثم إن طلقها في الغد أو قبله، وقع الطلاق بائنًا ولزمها المال، لأنه إن طلق في الغد، فقد حصل مقصودها. وإن طلق قبله، فقد زادها كما لو سألت طلقة فطلق ثلاثًا. فلو قال: أردت الابتداء، صدق بيمينه وله الرجعة، وفي المال الواجب طريقان: المذهب والمنصوص: مهر المثل. والثاني: قولان: ثانيهما: المسمى. وهل يفرق بين أن يطلقها عالمًا ببطلان ما جرى، وبين تطليقها جاهلًا ببطلانه؟ قال القاضي حسين والبغوي: يفرق ولا يلزمها شيء إذا طلقها عالمًا، بل يقع رجعيًا، وضعفه الإمام، واستشهد بالخلع على الخمر وسائر الأعواض الفاسدة، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل. وإن طلقها بعد مضي الغد، نفذ رجعيًا، لأنه خالف قولها، فكان مبتدئًا، فإن ذكر مالًا، اشترط في وقوعه القبول.

الثانية: قالت: لك ألف إن طلقتني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة الغد، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئًا، وإن طلقها في الشهر، وقع الطلاق بائنًا. وفي المال الواجب الطريقان. ولا يشترط وقوع الطلاق في المجلس، وقد ذكرنا في الباب الأول، وفي الطرف الأول من هذا الباب، أنها إذا قالت: متى طلقتني فلك ألف يشترط التطليق في المجلس.

وللأصحاب طريقان حكاهما الإمام: أحدهما: طرد القولين فيهما، والمذهب: الفرق، لأن كلمة «متى» ظاهر في جواز التأخير، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملًا بقاعدة المعاوضات، وهنا صرحت بجواز التأخير، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح على طريقة التسوية: هي اشتراط المجلس وعدمه، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف.

الثالثة: قالت: طلقني بألف طلاقًا يمتد تحريمه إلى شهر، ثم أكون في نكاحك حلالًا لك، فطلقها كذلك، وقع الطلاق مؤبدًا، وفي قدر المال الواجب الطريقان، وطريقة القطع هنا أظهر، لأن الشرط هنا لا يمكن الوفاء به، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض، فيتعين مهر المثل.

الرابعة: علق طلاقها بصفة وذكر عوضًا فقال: طلقتك إذا جاء غد، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف، فقبلت، أو سألته، فقالت: علق طلاقي برأس

الشهر، أو بدخول الدار على ألف فعلق، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق. وقيل: لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق، فيمتنع ثبوت المال. وإذا لم يثبت، لم تطلق لارتباطه، فإن قلنا بالصحيح، اشترط القبول على الاتصال، قال القفال: ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال، أو عند وجود الصفة، والمعروف الأول.

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل؟ وجهان: وقيل: قولان، أصحهما: عند الجمهور: الأول، ويجري الخلاف فيما إذا قالت: إذا جاء رأس الشهر وطلقتني، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها. وقيل: إن ابتدأ الزوج بالتعليق، وجب المسمى، وإن ابتدأت بالسؤال، فمهر المثل. وإذا أثبتنا المسمى، فمتى يجب ويلزم تسليمه؟ فيه أوجه: أصحها: في الحال، واختاره ابن الصباغ، لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال، والمعوض تأخر بالتراضي. فإن تعذر تسليم المعوض، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه.

والثاني: يجب في الحال، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض.

والثالث: لا يجب إلا عند البينونة، ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول.

فأما إذا قالت: طلقني غدًا ولك ألف، أو إن طلقتني غدًا، فلك ألف، وهما الصورتان السابقتان في المسألة الأولى، فلها الرجوع قبل التطليق، لأن الجواب به يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطليق.

الطرف الرابع: في اختلاع الأجنبي، فيه مسائل:

الأولى: يصح الخلع من الزوج مع الأجنبي، ويلزم الأجنبي المال، هذا إذا قلنا: الخلع طلاق. قال الأصحاب: فإن قلنا: هو فسخ، لم يصح لأن الزوج لا ينفرد به بلا سبب، ولا يجيء هذا الخلاف إذا سأله الأجنبي الطلاق فأجابه، لأن الفرقة الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف.

الثانية: الخلع مع الأجنبي، كهو مع الزوجة في الألفاظ والأحكام، وهو من جانب الزوج معاوضة فيها معنى التعليق، ومن جانب الاجنبي معاوضة فيها ثبوت جعالة. فلو قال الأجنبي: طلقت امرأتي وعليك كذا، طلقت رجعيًا ولا مال، ولو قال الأجنبي: طلقها وعلي ألف، أو لك ألف فطلق، وقع بائنًا ولزمه المال. ولو اختلعها عبد، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها. ولو اختلعها سفيه، وقع رجعيًا كما لو اختلعت سفيهة نفسها.

الثالثة: لو وكلت الزوجة من يخلعها، فله أن يختلعها استقلالًا وبالوكالة. فإن

صرح بالاستقلال، فذاك، وإن صرح بالوكالة، فالزوج يطالب الزوجة بالمال، وإن لم يصرح ونوى الوكالة، فالخلع لها لكن تتعلق به العهدة فيطالب، ثم يرجع عليها. وإن لم يصرح ولا نوى شيئًا أصلًا، فالخلع لها، لأن منفعته لها بخلاف نظيره من الوكالة في الشراء. ويجوز أن يوكل الأجنبي الزوجة لتختلع عنه، وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالًا أو بالوكالة.

وقول الزوجة لأجنبي: سل زوجي تطليقي على ألف، توكيل، سواء قالت: علي أم لا. وقول الأجنبي لها: سلي زوجك يطلقك على كذا، إن لم يقل: علي، فليس بتوكيل. فلو اختلعت، فالمال عليها. وإن قال: عليّ، كان توكيلًا. فإن أضافت إليه أو نوته، فالمال على الأجنبي. وقول الأجنبي للأجنبي: سل فلانًا يطلق زوجته على ألف، كقوله للزوجة، فيفرق بين قوله: علي وعدمه. ولو اختلع الأجنبي، وأضاف إليها مصرحًا بالوكالة، ثم بان كذبه، لم تطلق، لأنه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه، فأشبه إذا خاطبها ولم تقبل.

فرع: قال لرجل: بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف، فباعه، لم يستحق على القائل شيئًا على الصحيح، وهو قول الجمهور. قال القاضي أبو الطيب، وقال الداركي: يحتمل أن يستحق الألف كالتماس الطلاق والعتق. ولو قال: بعه عندك بألف في مالي، لم يستحق على القائل شيئًا.

الرابعة: أبو الزوجة في اختلاعها كالأجنبي، فإن اختلع بمال نفسه، فذاك، صغيرة كانت أو بالغة، وإن اختلع بمالها وصرح بالنيابة أو الولاية، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع. وإن اختلع بمالها مصرحًا بالاستقلال، فهو كالاختلاع بمغصوب، فيقع الطلاق بمهر المثل على الأظهر، وببدل المسمى في قول. ولو اختلع بعبد أو غيره، وذكر أنه من مالها ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال، وقع الطلاق رجعيًا كمخالعة السفيهة، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة، بكرًا أم ثيبًا.

وكذا لو قال للأجنبي: خالعها على عبدها هذا، أو صداقها، وذكرا في تشبيهه بالسفيهة أنه أهل للقبول، لكنه محجور عليه في مالها، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب، ولهذا خرج القاضي حسين هنا وجهًا أنه يقع الطلاق بائنًا، ويعود القولان في قدر المال الواجب. والمذهب الفرق، لأن الأجنبي متبرع بما يبذله لا يحصل له فائدة إذا أضاف إلى مالها، فقد صرح بترك التبرع بخلاف اختلاعها نفسها بمغصوب.

وبنى البغوي على هذا الفرق، أنه لو قال الأجنبي: طلقها على هذا المغصوب، أو على هذا الخمر، أو على عبد زيد هذا، فطلق، وقع رجعيًا ولا

مال، بخلاف ما إذا التمست المرأة هكذا. ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدها ولم يذكر أنه من مالها، فإن لم يعلم الزوج كونه عبدها، فكالمغصوب، فيقع بمهر المثل على الأظهر، وإن علم، فالأصح أنه كالذي لم يعلم. وقيل: المعلوم كالمذكور فيقع رجعيًا، هذا كله إذا اختلع الأب بغير صداقها، فإن اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقها، أو قال: طلقها وأنت بريء من صداقها أو على أنك بريء من صداقها، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعيًا، ولا يبرأ عن صداقها، ولا شيء على الأب. وحكى الإمام وغيره تخريجه على عفو الأب عن صداق الصغيرة، وإن جوزناه، صح الخلع، وإلا فالصحيح وقوعه رجعيًا كما نص عليه كاختلاع السفيهة. وقيل: لا يقع الطلاق أصلًا كالوكيل الكاذب. فإذا صححنا عفو الولي، فشرطه كونه قبل الدخول، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين.

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقها وضمن له الدرك، فالذي أطلقه الجمهور من العراقيين وغيرهم، أنه لا يبرأ ويقع الطلاق بائنًا، لأنه التزم المال في نفسه، فأشبه الاختلاع بمغصوب. فعلى هذا، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق؟ فيه القولان المعروفان. أظهرهما: الأول. وهكذا الحكم فيما إذا قال الأب أو الأجنبي: طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه. فعلى الأظهر: يلزم مهر المثل. وعلى الثاني: قيمة العبد. والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان. وحكى الإمام، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعيًا كما لو قال: طلقها وأنت بريء من الصداق. ووجهًا أنه إن قال: طلقها وأنا ضامن براءتك، لغا ووقع رجعيًا إذ لا فائدة فيه. وإن قال: وأنا ضامن للصداق، إن طولبت به أديته عنك، وقع بائنًا لأنه صرح بالمقصود، إلا أنه التزام فاسد واختار الإمام الغزالي هذا.

ولفظ الضمان هنا، كهو في قوله: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه. والمراد به الالتزام دون الضمان المشهور. ولو التمس الطلاق على أنه بريء، وضمن الدرك، فقال الزوج في جوابه: إن برئت من صداقها، فهي طالق، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد.

الباب الخامس: في الاختلاف، فيه مسائل:

الأولى: قالت: خالعني على كذا، فأنكر الزوج، صدق بيمينه. ولو كان له زوجتان تسميان باسم واحد، فقال: خالعت فلانة بكذا، فقبلت إحداهما، فقال الزوج: أردت الأخرى، وقالت القائلة: بل أردتني، فهو المصدق ولا فرقة.

ولو قال: طلقتك بألف، فقالت: بلا عوض، صدقت بيمينها في نفي العوض، ولا يقبل قوله في سقوط سكناها ونفقتها، وتحصل البينونة بقوله. ولو قال: خالعتك بالعوض الذي سألت، فأنكرت أصل السؤال، فكذلك الحكم.

وإن قالت: طلقتني بعد طول الفصل، وقال: بل في الحال، فهي المصدقة في نفي المال أيضًا. ولو قال: طلقتك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة، وقالت: بل طلقتني متصلًا بسؤالي، فلا رجعة لك، فالمصدق الزوج.

الثانية: اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل، ولا بينة، تحالفا وحصلت البينونة، وإنما أثر التحالف في العوض. والقول في أنه هل تنفسخ التسمية، أم تفسخ إن أصرّا على النزاع، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدّم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر المثل كتحالفهما في الصداق؟ وقيل: يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه. وقيل: بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته، والصحيح الأول. ولو أقام كل واحد بينة بدعواه، فهل تتساقطان، أم يقرع؟ قولان حكاهما الحناطي. وعلى التقديرين، هل يحلف؟ وجهان: وعن ابن سريج، أنه يعمل بأكثر البينتين.

ولو خالع أجنبيًا واختلفا، تحالفا وعلى الأجنبي مهر المثل.

الثالثة: سبق أنه لو خالعها على ألف درهم، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن، بطلت التسمية ووجب مهر المثل، فإن نويا نوعًا، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع. وقيل: تفسد التسمية ويجب مهر المثل كنظيره في البيع، والفرق أنه يحتمل هنا ما لا يحتمل في البيع. ولو قال: خالعتك على ألف ولم يذكر جنسًا، فالصحيح أنه كإبهام النوع، فإن نويا جنسًا، تعيّن. وقيل: يتعين هنا مهر المثل لكثرة الاختلاف في الأجناس. ولو قال: خالعتك على ألف شيء فقبلت، ونويا شيئًا معينًا، قال القاضي حسين: التسمية فاسدة لشدة الإجمال، فيرجع إلى مهر المثل، ويمكن أن ينازعه غيره. ثم قال الشيخ أبو محمد: إنما يؤثر التعيين بالنية إذا تواطآ قبل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطأة، ولم يعتبر آخرون ذلك، بل اعتبروا مجرد التوافق. قلت: هذا الثاني، هو الأصح. وقول الشيخ أبي محمد هنا ضعيف. والله أعلم.

وإذا عرفت هذه المقدمة، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا، فقال الزوج: أردنا بالدراهم النقرة، فقالت: بل أردنا بها الفلوس أو على ألف، فقال: أردنا الدنانير أو الدراهم فقالت: أردنا الفلوس، فالصحيح أنهما يتحالفان. وقيل: يجب مهر المثل بلا تحالف.

فلو توافقا على أنه أراد النقرة، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال: بل أردت النقرة أيضًا، حصلت البينونة لانتظام الصيغة ومؤاخذة لها، وتصدق هي بيمينها. فإذا حلفت، فلا شيء عليها، لأنها نفت بيمينها النقرة، ونفى هو الفلوس. ولو توافقا أنها أرادت الفلوس، وقال هو: أنا أردت النقرة، ولا فرقة للمخالفة، فقالت: بل

أردت الفلوس أيضًا وبنت منك، حصلت البينونة ظاهرًا لاتفاق اللفظين. وهل للزوج مهر المثل؟ وجهان: قال القاضي حسين: نعم للبينونة ظاهرًا، والذي اختاره الغزالي: لا، لإنكاره البينونة وعوضها.

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدراهم، وزعم أنها أرادت الفلوس، ولا فرقة، فقالت: أردت الدراهم وبنت، فالفرقة حاصلة، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج، وبالثبوت قطع البغوي، وقال: لا تحصل الفرقة باطنًا إن كان صادقًا. ولو قال: أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها، وقالت: أردت الفلوس ولم تتعرض لجانبه، حصلت الفرقة. ثم عن القاضي حسين أنهما يتحالفان. وفي «البسيط» أن الوجه وجوب مهر المثل، لأنه لا يدعي عليها معينًا حتى تحلف.

ولو قال أحد المتخالعين: أطلقنا الدراهم. وقال الآخر: عينا نوعًا تحالفا.

الرابعة: قالت: سألتك ثلاث تطليقات بألف فأجبتني، فقال: بل سألت واحدة بألف فأجبتك، فالألف متفق عليه، لكن اختلفا في المعوض فيتحالفان، فإذا تحالفا، فعليها مهر المثل. والقول في عدد الطلاق الواقع قوله بيمينه. قال الحناطي: ولو أقام كل واحدة بينة على قوله، فإن اتفق تاريخ البينتين، تحالفا وإلا فالأسبق تاريخًا مقدمة. ولو قال: طلقتك وحدك بألف، فقالت: بل طلقتني وضرتي، تحالفا وعليها مهر المثل. ولو قالت: سألتك واحدة بألف، فأجبتني فقال: بل طلقتك ثلاثًا بألف، وقع الثلاث ووجب الألف، ولا معنى لهذا الاختلاف. ولو قالت: سألتك ثلاثًا بألف فطلقتني طلقة، فلك الثلث فقال: بل ثلاثًا فلي الألف، فإن لم يطل الفصل، طلقت ثلاثًا ولزمها الألف، وإن طال ولم يمكن جعله جوابًا، طلقت ثلاثًا بإقراره وتحالفا للعوض، وعليها مهر المثل، هكذا نص عليه في رواية الربيع. وفيما نقله أبو بكر الفارسي في «عيون المسائل» واختلف الأصحاب، فأخذت طائفة بالنص، وقال البغوي: يتحالفان وله مهر المثل، ولم يفرق بين طول الفصل وعدمه. وقال آخرون: النص مشكل في حالتي الاتصال والانفصال. قال الإمام: ينبغي أن يقال في حالة الاتصال، إن قال الزوج: ما طلقتك من قبل، والآن أطلقك ثلاثًا على ألف، تقع الثلاث ويجب الألف، لأن الوقت وقت الجواب. وإن قال: طلقتك من قبل ثلاثًا تعذر، جعل هذا إنشاءً، لأنها بانت قبله، فيقع الثلاث بإقراره، ولا يلزمها إلا ثلث الألف كما لو قال: إن رددت أعبدي الثلاثة، فلك الألف، فقال: رددتهم وقال: ما رددت إلا واحدًا. وأما في حال الانفصال، فيحكم بوقوع الثلاث بإقراره وعليها ثلث الألف، ولا معنى للتحالف، لأن التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض، وهما هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث، وأن العوض ألف، وللزوج أن يحلفها على نفي العلم أنه

ما طلقها ثلاثًا، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان.

فرع: قال الحناطي: قالت: طلقتني ثلاثًا بألف فقال: بل طلقتك واحدة بألفين وأقام كل واحد بينة بقوله، واتفقا أنه لم يطلق إلا مرة، تحالفا وله مهر المثل.

الخامسة: تخالعا بألف فطالبها به، فقالت: ضمنه زيد، لم ينفعها هذا الجواب لأن الضمان لا يقطع الطلب عنها، وكذا لو قالت: قبلت الخلع على أن يزن زيد عني الألف، وهي في الصورتين مقرة بالألف. ولو قالت: قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد، ففيه خلاف مبني على بيع الدين، وحاصله أربعة أوجه: أصحهما: التحالف بناء على صحة بيع الدين، والثاني: يجب مهر المثل بلا تحالف، بناء على منعه، والثالث: تصدق هي بيمينها، والرابع: هو بيمينه، نقلهما المتولي بناء على منعه، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده.

فرع: قال: خالعتك، فقالت: اختلعني أجنبي لنفسه بماله، بانت باعترافه ولا شيء عليها، ولا على الأجنبي. ولو قالت: اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو؟ فيه أوجه: أصحهما: الأول. ولو قالت: لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد، فإن قلنا: تتوجه المطالبة على الوكيل، لم ينقطع طلب الزوج بقولها، وكذا لو أنكر أصل الوكالة. وإن قلنا: لا يطالب، فهل يتحالفان، أم تصدق هي، أم هو؟ فيه الأوجه.

السادسة: طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان، فقال الزوج: سبق الخلع فعليك المال، وقالت: بل سبق الإرضاع، فانفسخ النكاح والخلع لغو، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلًا وادعى تقدم الخلع، وادعت تأخره، فالقول قولها بيمينها، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة، وادعى تأخر الإرضاع، وادعت تقدمه، فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل استمرار النكاح، ولأن اشتغالهما بالخلع يدل ظاهرًا على بقاء النكاح، كما لو تخالعا، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثًا، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر، فإنه يصدق بيمينه وتستمر صحة الخلع.

السابعة: تخالعا ثم قال هو: كنت مكرهة، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه، لم يقبل قوله في الظاهر، وعليه رد المال لاعترافه. ولو ادعت الإكراه، فأنكر، صُدِّق بيمينه، ولزمها المال. فلو أقامت بينة بالإكراه، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة، فلو لم يصرح بالإنكار، أو سكت، أو كانت الخصومة مع وكيله، فله الرجعة، إذ أقامت البينة.

كتاب الطلاق

قال المصنف رحمه الله تعالى: يصحّ الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار، فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه وإن قال: إذا تزوجت امرأة فهي طالق لم يصح لما روى المسور بن مخرمة أن النبيّ ﷺ قال: «لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق قبل ملك»[1] وأما الصبي فلا يصح طلاقه لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»[2] فأما من لا يعقل فإنه إن لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض ومن شرب دواء للتداوي فزال عقله أو أكره على شرب الخمر حتى سكر، لم يقع طلاقه، لأنه نص في الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين، وإن لم يعقل بسبب لا يعذر فيه كمن شرب الخمر بغير عذر فسكر أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله، فالمنصوص في السكران أنه يصح طلاقه. وروى المزني أنه قال في «القديم»: لا يصح ظهاره، والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: لا يصح وهو اختيار المزني وأبي ثور، لأنه زائل العقل فأشبه النائم، أو مفقود الإرادة فأشبه المكره.

والثاني: أنه يصح، وهو الصحيح، لما روى أبو وبرة الكلبي قال: «أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر رضي الله عنه فأتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير رضي الله عنهم، فقلت إن خالدًا يقول: إن الناس قد انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة، فقال عمر: هم هؤلاء عندك فاسألهم، فقال علي عليه السلام: «تراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون جلدة، فقال عمر: أبلغ صاحبك ما قال، فجعلوه كالصاحي» ومنهم من قال: يصح طلاقه قولًا واحدًا، ولعل ما رواه المزني حكاه الشافعي رحمه الله عن غيره، وفي علته ثلاثة أوجه.

أحدها: وهو قول أبي العباس ـ أن سكره لا يعلم إلا منه، وهو متّهم في دعوى السكر لفسقه، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر، ويدين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ.

والثاني: أنه يقع طلاقه تغليظًا عليه لمعصيته، فعلى هذا يصحّ ما فيه

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٠٤٨).

(٢) تقدم.

تغليظ عليه كالطلاق والعتق والردة، وما يوجب الحدّ ولا يصح ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبات.

والثالث: أنه لما كان سكره بمعصية أسقط حكمه فجعل كالصاحي، فعلى هذا يصح منه الجميع، وهذا هو الصحيح، لأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص على صحة رجعته.

فصل: وأما المكره فإنه ينظر فإن كان إكراهه بحق كالمولى إذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه، لأنه قول حمل عليه بحق فصحّ كالحربي إذا أكره على الإسلام، وإن كان بغير حق لم يصح لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم إذا أكره على كلمة الكفر، ولا يصير مكرهًا إلا بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون المكره قاهرًا له لا يقدر على دفعه.

والثاني: أن يغلب على ظنه أن الذي يخافه من جهته يقع به.

والثالث: أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوي الأقدار لأنه يصير مكرهًا بذلك.

وأما الضرب القليل في حق من لا يبالي به والاستخفاف بمن لا يغض منه أو أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه، أو الحبس القليل فليس بإكراه.

وأما النفي فإن كان فيه تفريق بينه وبين الأهل فهو إكراه، وإن لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان:

أحدهما: أنه إكراه لأنه جعل النفي عقوبة كالحد، ولأنه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن.

والثاني: ليس بإكراه لتساوي البلاد في حقه. وإذا أكره على الطلاق فنوى الإيقاع ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالإكراه، وبقيت النيّة من غير لفظة، فلم يقع بها الطلاق.

والثاني: أنه يقع لأنه صار بالنية مختارًا.

فصل: وإن قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق، كما لو تكلم بكلمة الكفر وهو لا يعرف معناه ولم يرد موجبه، وإن أراد موجبه بالعربية ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول الماوردي البصري أنه يقع لأنه قصد موجبه فلزمه حكمه. والثاني: وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يصح كما لا يصير كافرًا إذا تكلم بكلمة الكفر وأراد موجبه بالعربية.

فصل: ويملك الحرّ ثلاث تطليقات، لما روى أبو رزين الأسدي قال: «جاء

رجل إلى النبيّ ﷺ فقال: «أرأيت قول الله عزّ وجلّ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٩]، فأين الثلاثة؟ قال: تسريح بإحسان الثالثة»[(١)] ويملك العبد طلقتين لما روى الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «أن مكاتبًا لأم سلمة طلق امرأته وهي حرّة تطليقتين، وأراد أن يراجعها فأمره أزواج رسول الله ﷺ أن يأتي عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيسأله؛ فذهب إليه فوجده آخذ بيد زيد بن ثابت فسألهما عن ذلك، فابتدراه وقالا: حُرِّمت عليك حُرِّمت عليك»[(٢)].

فصل: ويقع الطلاق على أربعة أوجه واجب ومستحبّ ومحرّم ومكروه فأما الواجب فهو في حالتين: أحدهما: إذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق، وقد بيّناه في النشوز. والثاني: إذا آلى منها ولم يفيء إليها ونذكره في الإيلاء إن شاء الله تعالى.

وأما المستحبّ فهو حالتين: إحداهما: إذا كان يقصِّر في حقها في العشرة أو في غيرها، فالمستحب أن يطلقها لقوله عزّ وجلّ: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾ [الطَّلَاق: ٢] ولأنه إذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يفضي إلى الشقاق أو إلى الفساد. والثاني: أن لا تكون المرأة عفيفة فالمستحبّ أن يطلّقها، لما روي أن رجلًا أتى النبيّ ﷺ فقال: «إن امرأتي لا تردّ يد لامس، فقال النبيّ ﷺ طلقها»[(٣)] ولأنه لا يأمن أن تفسد عليه الفراش وتلحق به نسبًا ليس منه.

فصل: وأما المحرم فهو طلاق البدعة هو اثنان: أحدهما: طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل.

والثاني: طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل والدليل عليه ما روي عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه طلق امرأته وهي حائض، فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض عنده مرة أخرى، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض عنده أخرى، ثم يمسكها حتى تطهر من حيضها، فإذا أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء[(٤)]، ولأنه إذا طلقها في الحيض أضر بها في تطويل العدة، وإذا طلقها في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حاملًا فيندم على مفارقتها مع الولد ولأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل، أو لم تعلق فتكون عدتها

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦/ ٣٣٧) والبيهقي في سننه (٧/ ٣٤٠).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٥٧٤) والشافعي في الأم (١١/ ٣٩٨).

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٦/ ١٧٠).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢٥١) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٧١) وأبو داود في سننه برقم (٢١٧٩) والنسائي في سننه (٦/ ١٣٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠١٩) وأحمد في المسند (٢/ ٦) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٧٦).

بالأقراء. وأما طلاق غير المدخول بها في الحيض فليس بطلاق بدعة، لا يوجد تطويل للعدة. فأما طلاقها في الحيض وهي حامل على القول الذي يقول: إن الحامل تحيض فليس ببدعة.

وقال أبو إسحاق: هو بدعة لأنه طلاق في الحيض. والمذهب الأول، لما روى سالم أن ابن عمر رضي الله عنه «طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر للنبي ﷺ فقال مرة ليراجعها ثم ليطلقها وهي طاهر أو حامل»[1] ولأن الحامل تعتد بالحمل فلا يؤثر الحيض في تطويل عدتها.

وأما طلاق من لا تحمل في الطهر المجامع فيه وهي الصغيرة والآيسة من الحيض فليس ببدعة لأن تحريم الطلاق للندم على الولد أو للريبة بما تعتد به من الحمل والأقراء. وهذا لا يوجد في حق الصغيرة والآيسة.

وأما طلاقها بعدما استبان حملها فليس ببدعة، لأن المنع للندم على الولد وقد علم بالولد أو للارتياب بما تعتد به وقد زال ذلك بالحمل.

وإن طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامع فيه وقع الطلاق، لأن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض، فأمره النبيّ ﷺ أن يراجعها فدل على أن الطلاق وقع. والمستحبّ أن يراجعها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذي لأجله حرم الطلاق، وإن لم يراجعها جاز لأن الرجعة إما أن تكون كابتداء النكاح أو كالبقاء على النكاح، ولا يجب واحد منهما.

فصل: وأما المكروه فهو الطلاق من غير سنة ولا بدعة، والدليل عليه ما روى محارب بن دثار رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «أبغض الحلال إلى الله عزّ وجلّ الطلاق»[2] وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «إنما المرأة خلقت من ضلع، لن تستقيم لك على طريقة، فإن استمتعت بها استمتعت وبها عوج، وإن ذهبت تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها»[3].

فصل: وإذا أراد الطلاق فالمستحب أن يطلقها طلقة واحدة لأنه يمكنه تلافيها، وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف، فإن عند أبي حنيفة لا يجوز جمعها، ولأنه يسلم من الندم، وإن جمعها في طهر واحد جاز لما روي «أن عويمرًا العجلاني قال عند رسول الله ﷺ حين لاعن امرأته: كذبت عليها إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا، فقال النبيّ ﷺ لا سبيل لك عليها»[4] ولو كان

---

(١) انظر ما سبق.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٧٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠١٨) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٦) والبيهقي في سننه (٧/ ٣٢٢) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ١٦٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٣٣١، ٥١٨٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٦٨).

(٤) انظر ما سيأتي.

جمع الثلاث محرمًا لأنكر عليه، فإن جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث، لما روى الشافعي رحمه الله أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة ألبتة، ثم أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله ﷺ إني طلقت امرأتي سهيمة ألبتة، والله ما أردت إلا واحدة، فقال له النبيّ ﷺ والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة فردها رسول الله ﷺ[(١)]. فلو لم يقع الثلاث إذا أرادها بهذا اللفظ لم يكن لاستحلافه معنى.

وروي أن رجلًا قال لعثمان رضي الله عنه: «إني طلقت امرأتي مائة، فقال: ثلاث يحرمنها وسبعة وتسعون عدوان»[(٢)].

وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل طلق امرأته ألفًا فقال: «ثلاث منهن يحرمن عليه، وما بقي فعليه وزره»[(٣)].

فصل: ويجوز أن يفوض الطلاق إلى امرأته لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «لما أمر الله تعالى رسول الله ﷺ بتخيير نسائه بدأ بي فقال: إني مخبرك خبرًا وما أحبّ أن تصنعي شيئًا حتى تستأمري أبويك، ثم قال إن الله قال: ﴿قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَوٰةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] إلى قوله: ﴿مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٢٩] فقلت: أَوَ في هذا استأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم فعل أزواج النبيّ ﷺ ما فعلته»[(٤)].

وإذا فوّض الطلاق إليها فالمنصوص أن لها أن تطلق ما لم يتفرقا عن المجلس أو يحدث ما يقطع ذلك، وهو قول أبي العباس بن القاص. وقال أبو إسحاق. لا تطلق إلا على الفور، لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فكان القبول فيه على الفور كالبيع. وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد مجلس الخيار لا مجلس القعود، وله أن يرجع فيه قبل أن تطلق.

وقال أبو علي بن خيران: ليس له أن يرجع لأنه طلاق معلق بصفة فلم يجز الرجوع فيه، كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا خطأ، لأنه ليس بطلاق معلق بصفة، وإنما هو تمليك يفتقر إلى القبول يصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع.

وإن قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة وقعت، لأن من ملك إيقاع

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٢٠٦) والبيهقي في سننه (٧/ ٣٤٢) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٩) والدارقطني في سننه (٤/ ٣٣).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٦٢).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦/ ٣٩٧).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٧٨٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٧٥) والترمذي في سننه برقم (٣٢٠٤) وأحمد في المسند (٦/ ٧٧).

ثلاث طلقات ملك إيقاع طلقة كالزوج. وإن قال لها: طلقي نفسك طلقة فطلقت ثلاثًا وقعت الطلقة، لأن من ملك إيقاع طلقة إذا أوقع الثلاث وقعت الطلقة كالزوج إذا بقيت له طلقة فطلق ثلاثًا. وإن قال لوكيله: طلق امرأتي جاز أن يطلق متى شاء، لأنه توكيل مطلق فلم يقتض التصرف على الفور كما لو وكله في بيع.

وإن قال له: طلق امرأتي ثلاثًا فطلقها طلقة، أو قال: طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثًا ففيه وجهان: أحدهما: أنه كان كالزوجة في المسألتين. والثاني: لا يقع لأنه فعل غير ما وكّل فيه.

فصل: وتصحّ إضافة الطلاق إلى جزء من المرأة كالثلث والربع واليد والشعر لأنه لا يتبعض وكان إضافته إلى الجزء كالإضافة إلى الجميع كالعفو عن القصاص، وفي كيفية وقوعه وجهان:

أحدهما: يقع على الجميع باللفظ لأنه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع.

والثاني: أنه يقع على الجزء المسمى ثم يسري، لأن الذي سماه هو البعض ولا يجوز إضافته إلى الريق والحمل لأنه ليس بجزء منها وإنما هو مجاور لها، وإن قال بياضك طالق أو سوادك طالق أو لونك طالق ففيه وجهان: أحدهما يقع لأنه من جملة الذات التي لا ينفصل عنها فهو كالأعضاء، والثاني: لا يقع لأنها أعراض تحل في الذات.

فصل: ويجوز إضافة الطلاق إلى الزوج بأن يقول لها: أنا منك طالق. أو يجعل الطلاق إليها فتقول: أنت طالق، لأنه أحد الزوجين فجاز إضافة الطلاق إليه كالزوجة، واختلف أصحابنا في إضافة العتق الى المولى، فمنهم من قال يصح، وهو قول علي بن أبي هريرة، لأنه إزالة ملك يجوز بالصريح والكناية، فجاز إضافته إلى المالك كالطلاق. وقال أكثر أصحابنا: لا يصح، والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يحل النكاح وهما مشتركان في النكاح، والعتق يحل الرق، والرق يختص به العبد. والله تعالى أعلم.

الشرح: الطلاق لغة: التخلية، يقال: طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت. وشرعًا: حل قيد النكاح أو بعضه. وقوله: «انهمكوا» أي جدوا في الأمر، وتحاقروا العقوبة: أي استصغروها، وقوله: «هذى» أي كثر كلامه وقلّت فائدته، وافترى: أي كذب، وقوله: «حمل عليه» أي كلف وجبر، والضرب المبرح: الشاق المؤذي، وقوله: «ذوي الأقدار» أي أصحاب المنزلة الرفيعة والشرف، والشقاق: العداوة والاختلاف، وقوله: «لا ترد يد لامس» أي لا تمنع من يطلبها للجماع، والريبة: الشك، وقوله: «لا سبيل لك عليها» أي لا طريق لك إلى طلاقها، والعدوان: الظلم وتجاوز الحد، والوزر: الإثم، ويفوض: أي يرد، وقوله: «تسأمري أبويك» أي تشاوريهما فتنظري ماذا يأمرانك، والاستئمار: المشاورة، وقوله: «بالصريح

والكناية» الصريح: الخالص من كل شيء، والكناية: أن تتكلم بشيء وأنت تريد غيره.

فصل: في الطلاق السني والبدعي وغيرهما وفيه طرفان:

الأول: في بيان البدعي والسني. لم يزل العلماء قديمًا وحديثًا يصفون الطلاق بالبدعة والسنة، وفي معناهما اصطلاحان: أحدهما: السني ما لا يحرم إيقاعه، والبدعي: ما يحرم. وعلى هذا فلا قسم سواهما. والثاني: وهو المتداول، أن السني طلاق مدخول بها ليست بحامل، ولا صغيرة ولا آيسة. والبدعي: طلاق مدخول بها في حيض أو نفاس، أو طهر جامعها فيه ولم يبن حملها، وعلى هذا يستمر ما اشتهر في المذهب: أن غير الممسوسة لا سنة ولا بدعة في طلاقها، وكذا من في معناها. وعلى هذا، الطلاق سني وبدعي وغيرهما.

ثم ذكر الأصحاب أن ما لا يحرم من الطلاق: واجب ومستحب ومكروه. فالواجب في حق المؤلي، إذا مضت المدة، يؤمر أن يفي أو يطلق، وعند الشقاق إذا رأى الحكمان التفريق وجب.

وأما المستحب، فهو إذا كان يقصر في حقها لبغض أو غيره، أو كانت غير عفيفة.

وأما المكروه، فهو الطلاق عند سلامة الحال.

وأما المحرم، فلتحريمه سببان:

أحدهما: إيقاعه في الحيض إذا كانت ممسوسة، تعتد بالأقراء فطلقها بلا عوض. فإن خالع الحائض، أو طلقها بعوض، فليس بحرام.

ولو سألت الطلاق ورضيت به بلا عوض في الحيض، أو اختلعها أجنبي في الحيض، فحرام على الأصح. ولو طولب المؤلي بالطلاق، فطلق في الحيض، فقال الإمام والغزالي وغيرهما: ليس بحرام لأنها طالبة راضية، وكان يمكن أن يقال: حرام لأنه أحوجها بالإيذاء إلى الطلب وهو غير ملجأ إلى الطلاق لتمكنه من الفيئة. ولو طلق القاضي عليه، إذا قلنا به، فلا شك أنه ليس بحرام في الحيض. ولو رأى الحكمان في صورة الشقاق الطلاق، فطلقا في الحيض، ففي شرح «مختصر الجويني» أنه ليس بحرام، للحاجة إلى قطع الشر.

فرع: إذا طلق في الحيض طلاقًا محرمًا، استحب له أن يراجعها، فإن راجع، فهل له تطليقها في الطهر التالي لتلك الحيضة؟ وجهان: أصحهما: المنع، وبه قطع المتولي لحديث ابن عمر رضي الله عنهما وكأن الوجهين في أنه: هل يتأدّى به الاستحباب بتمامه.

فأما أصل الإباحة والاستحباب، فينبغي أن يحصل بلا خلاف لاندفاع ضرر تطويل العدة.

فرع: طلقها في الطهر، ثم طلقها أخرى في الحيض، بني على أن الرجعية تستأنف العدة إذا طلقت، أم تبني؟ إن قلنا: تستأنف، فبدعي وإلا فوجهان لعدم التطويل ولو طلقها في الحيض بدعيًا، ثم طلقها أخرى في تلك الحيضة أو في أخرى، ففي كون الثانية بدعية الوجهان.

فرع: الطلاق في النفاس بدعي كالحيض، لأن المعنى المحرم شامل.

فرع: قال: أنت طالق مع آخر حيضك، أو آخر جزءٍ من أجزاء حيضك، فالأصح أنه سني لاستعقابه الشروع في العدة. ولو قال: أنت طالق مع آخر جزء من الطهر ولم يطأها، فالمذهب والمنصوص أنه بدعي.

ولو قال في الصورتين بدل «مع»: في آخر جزء من كذا، فقال الجمهور في كـ«مع» على ما تقدم. وقال المتولي: إن قال في آخر جزءٍ من الحيض، فبدعي قطعًا، أو في آخر جزء من الطهر، فسني قطعًا.

فرع: تعليق الطلاق بالدخول وسائر الصفات، ليس ببدعي، وإن كان في الحيض ولكن إن وجدت الصفة في الطهر، نفذ سنيًا، وإن وجدت في الحيض، نفذ بدعيًا فتستحب المراجعة، ويمكن أن يقال: إن وجدت الصفة باختياره، أثم بإيقاعه في الحيض. وعن القفال، أن نفس التعليق بدعة، لأنه لا يدري الحال وقت الوقوع، فلتحترز عما قد يضرها ولا ضرورة إليه.

ولو قال لذات الأقراء: أنت طالق إن دخلت الدار، أو إن قدم فلان للسنة، أو إذا جاء رأس الشهر، فأنت طالق للسنة، فإن وجد الشرط وهي في حال السنة، طلقت. وإن وجد وهي في حال البدعة، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة، فحينئذ تطلق، لأن الطلاق معلق بأمرين، فاشترط حصولهما، وكذا لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق للبدعة، فإن دخلت في حال البدعة طلقت، وإن دخلت في حال السنة، لم تطلق حتى ينتهي إلى البدعة.

ولو قال لمن لا سنة في طلاقها ولا بدعة كغير الممسوسة: أنت طالق إن دخلت الدار، وإن قدم فلان للسنة، فصارت ذات سنة وبدعة، ثم وجد الشرط المعلق عليه، فإن وجد في حال السنة، طلقت، وإن وجد في حال البدعة، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة. ولو وجد الشرط قبل أن يتغير حالها. طلقت لأنه لا سنة في طلاقها.

فرع: إذا علق طلاقها بما يتعلق باختيارها، ففعلته مختارة، يحتمل أن يقال: هو كما لو طلقها بسؤالها.

السبب الثاني: أن يجامعها في طهر وهي ممن تحبل ولم يظهر حملها، فيحرم طلاقها في ذلك الطهر، واستدخالها ماءه كالوطء، وكذا وطؤها في الدبر على الأصح. ولو وطئها في الحيض فطهرت، ثم طلقها في ذلك الطهر، حرم على الأصح لاحتمال العلوق.

وأما إذا ظهر بها الحمل، فلا يحرم طلاقها بحال.

ولو خالعها أو طلقها على مال في الطهر الذي جامعها فيه، قبل ظهور الحبل، لم يحرم على الصحيح، كمخالعتها في الحيض. وقيل: يحرم، لأن التحريم هنا رعاية لحق الولد، فلا يؤثر فيه رضاها، وهناك لضررها بطول العدة، وتستحب المراجعة هنا كما في السبب الأول.

ثم إن راجعها ووطئها في بقية الطهر، ثم حاضت وطهرت، فله أن يطلقها، وإن لم يراجعها حتى انقضى ذلك الطهر، ثم راجعها، أو راجعها ولم يطأها، استحب أن لا يطلق في الطهر الثاني، لئلا تكون الرجعة للطلاق. وحكى الحناطي وجهًا أنه لا تستحب الرجعة هنا، ولا يتأكد استحبابها تأكده في طلاق الحائض.

فصل: الآيسة والصغيرة، والتي ظهر حملها وغير الممسوسة، لا بدعة في طلاقهن، ولا سنة إذ ليس فيه تطويل عدة، ولا ندم بسبب ولد. فلو كانت الحامل ترى الدم وقلنا: هو حيض، فطلقها فيه، لم يحرم على الصحيح. وقال أبو إسحاق: يحرم. وقد اشتهر في كلام الأصحاب أن الأربع المذكورات لا بدعة في طلاقهن، ولا سنة، وذلك للعبارات السابقة في تفسير السني والبدعي.

وربما أفهم كلامهم، أنهم يعنون بذلك أنهن لا يجتمع لهن حالتا سنة وبدعة، بل لا يكون طلاقهن إلا سنيًا، وهذا يستمر على تفسير السني بالجائز، والبدعي بالمحرم، وقد يغني عن التفاسير الطويلة.

فرع: نكح حاملًا من الزنى ووطئها ثم طلقها، قال ابن الحداد وغيره: يكون الطلاق بدعيًا، لأن العدة تكون بعد وضع الحمل وانقضاء النفاس. ولو وطئت منكوحة بشبهة فحبلت، فطلقها زوجها وهي طاهر، فهو حرام لأنها لا تشرع عقبه في العدة، وكذا لو لم تحبل، فشرعت في عدة الشبهة فطلقها، وقدمنا عدة الشبهة. وقيل: لا يحرم لأنه لم يوجد منه إضرار.

ورجح المتولي التحريم، إذا حبلت، وعدمه إذا لم تحبل، والأصح، التحريم مطلقًا.

فرع: طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها، فله أن يطلقها، وحكى القاضي حسين وجهًا ضعيفًا: أنه يحرم طلاقها كيلا تكون الرجعة للطلاق، وهذا سبب ثالث للطلاق على هذا الوجه.

فرع: لا تنقسم الفسوخ إلى سنة وبدعة، لأنها شرعت لدفع مضار نادرة، فلا يليق بها تكليف مراقبة الأوقات.

ومما يتعلق بهذا، لو أعتق أم ولده، أو أمته الموطوءة في الحيض، لا يكون بدعيًا، وإن طال زمن الاستبراء، لأن مصلحة تنجيز العتق أعظم، ذكره إبراهيم المروزي. ولو قسم لإحدى زوجتيه، ثم طلق الأخرى قبل قسمها، أثم وهذا سبب آخر لتحريم الطلاق، وسبقت المسألة في كتاب القسم. والله أعلم.

فصل: لا بدعة في جمع الطلقات الثلاث، لكن الأفضل تفريقهن على الأقراء، أو الأشهر إن لم تكن ذات أقراء، لتتمكن من الرجعة أو التجديد إن ندم، فإن أراد أن يزيد في قرء على طلقة، فرق على الأيام. وقيل: التفريق سنة، وإن لم يكن الجمع بدعة، والصحيح المنع.

ولو كانت حاملًا وأراد تطليقها ثلاثًا، فوجهان حكاهما في «البيان»: أحدهما: يطلقها في كل شهر طلقة. والثاني، وبه قال الشيخ أبو علي: يطلقها في الحال طلقة ويراجع، فإذا طهرت من النفاس، طلقها ثانية، ثم إذا طهرت من الحيض طلقها ثالثة. والله أعلم.

الطرف الثاني: في إضافة الطلاق إلى السنة والبدعة، تنجيزًا أو تعليقًا، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال لحائض أو نفساء: أنت طالق للبدعة طلقت في الحال، وإن قال للسنة، لم تطلق حتى تشرع في الطهر، ولا يتوقف على الاغتسال، ولو وطئها في آخر الحيض واستدام حتى انقطع الحيض، لم تطلق لاقتران الطهر بالجماع، وكذا لو لم يستدم إذا قلنا بالأصح أنه إذا وطىء في الحيض ثم طلق في الطهر يكون بدعيًا.

المسألة الثانية: قال لطاهر: أنت طالق للسنة، فإن لم يكن جامعها في ذلك الطهر، طلقت في الحال، وإن جامعها فيه، لم يقع حتى تحيض ثم تطهر. وإن قال لها: أنت طالق للبدعة، فإن كان جامعها في ذلك الطهر، طلقت في الحال، وإلا فعند الحيض. قال المتولي: ويحكم بوقوع الطلاق بظهور أول الدم. فإن انقطع لدون يوم وليلة، بان أنها لم تطلق ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا قال: إن حضت فأنت طالق، أنها هل تطلق برؤية الدم أم بمضي يوم وليلة؟ ولو جامعها قبل الحيض، فبتغييب الحشفة تطلق، فعليه النزع، فإن نزع وعاد، فهو كابتداء الوطء بعد الطلاق، وإن استدام، فإن كان الطلاق رجعيًا، فلا حد وإن كان ثلاثًا، فلا حد أيضًا، لأن أوله مباح. وقيل: إن كان عالمًا بالتحريم، حد، وهل

يجب المهر؟ حكمه حكم من قال: إن وطئتك فأنت طالق فغيب الحشفة ثم استدام، وقد ذكرنا هذه الصورة في كتاب الصوم، وبينا أن المذهب فيها أنه لا مهر، لأن النكاح تناول جميع الوطآت، وادعى صاحب «العدة» أن المذهب هنا الوجوب.

فرع: اللام في قوله: أنت طالق للسنة أو للبدعة، تحمل على التوقيت، فلا تطلق إلا في حال السنة أو البدعة، لأنهما حالتان منتظرتان تتعاقبان تعاقب الأيام والليالي وتتكرران تكرر الشهور، فأشبه قوله: أنت طالق لرمضان معناه: إذا جاء رمضان، أنت طالق، وأما اللام الداخلة على ما لا يتكرر مجيئه وذهابه، فللتعليل، كقوله: أنت طالق لفلان، أو لرضى فلان، فتطلق في الحال، رضي أم سخط. والمعنى: فعلت هذا لترضى، وقال ابن خيران: إنما يقع في الحال إذا نوى التعليل، فإن لم تكن له نية، لم تطلق حتى يرضى، والأول هو الصحيح المنصوص، ونُزِّل ذلك منزلة قول السيد: أنت حر لوجه الله تعالى. وحيث يحمل على التعليل، فلو قال: أردت التوقيت، قبل باطنًا، ولا يقبل ظاهرًا على الأصح.

ولو قال: أنت طالق بقدوم زيد أو برضاه، فهو تعليق، كقوله: إن قدم أو رضي، وحيث حملنا قوله للسنة أو للبدعة على الحالة المنتظرة، فقال: أردت الإيقاع في الحال، قبل، لأنه غير متهم.

فرع: قوله: أنت طالق لا للسنة، كقوله: للبدعة، وقوله: لا للبدعة، كقوله للسنة، وقوله: سنة الطلاق، أو طلقة سنية، كقوله للسنة، وقوله: بدعة الطلاق، أو طلقة بدعية، كقوله للبدعة.

فرع: قال: إن كان يقع عليك في هذا الوقت طلاق السنة، فأنت طالق، فإن كانت في حال السنة، طلقت، وإلا فلا تطلق، لا في الحال، ولا إذا صارت في حال السنة، لعدم الشرط، وكذا لو قال: أنت طالق للسنة إن قدم فلان وأنت طاهر، فإن قدم وهي طاهر، طلقت للسنة، وإلا فلا تطلق لا في الحال، ولا إذا طهرت.

فرع: جميع ما ذكرنا، إن كانت المخاطبة بالسنة والبدعة، ذات سنة وبدعة، فأما إذا قال لصغيرة ممسوسة، أو لصغيرة أو كبيرة غير ممسوسة: أنت طالق للسنة، فيقع في الحال، واللام هنا للتعليل، لعدم تعاقب الحال كقوله: لرضى زيد. ولو قال: للبدعة، وقع في الحال على الصحيح، لما ذكرنا. وحكى الشيخ أبو علي وجهًا أنه يحمل على التوقيت، وينتظر زمن البدعة، بأن تحيض الصغيرة، ويدخل بالكبيرة أو تحيض. وعن ابن الوكيل، أن الطلاق لا يقع مطلقًا لتعليقه بما لا يتصور، كقوله: إن صعدت السماء، وهذا يطرد في قوله: للسنة.

ولو صرح بالوقت فقال: أنت طالق لوقت السنة، أو لوقت البدعة، قال في

«البسيط»: إن لم ينو شيئًا، فالظاهر وقوع الطلاق في الحال، وإن قال: أردت التوقيت بمنتظر، فيحتمل أن يقبل لتصريحه بالوقت ولا نقل فيه.

فرع: قال: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة، وقع في الحال، سواء كانت ذات سنة وبدعة، أم لا، لأنها إن لم تكن، فحالها ما ذكر، وإن كانت، فالوصفان متنافيان فسقطا، وكذا لو قال: طلقة سنية بدعية.

فرع: قال لذات سنة وبدعة في حال البدعة: أنت طالق طلاقًا سنيًا، أو في حال السنة أنت طالق طلاقًا بدعيًا، ونوى الوقوع في الحال، قال المتولي: لا يقع في الحال، لأن النية إنما تعمل فيما يحتمله اللفظ، لافيما يخالف صريحًا، وإذا تنافيا، لغت النية، وعمل باللفظ لأنه أقوى.

ولو قال: أنت طالق الآن سنيًا وهو في زمن بدعة، طلقت في الحال عملًا بالإشارة إلى الوقت، ويلغو اللفظ.

المسألة الثالثة: قال لذات الأقراء: أنت طالق ثلاثًا، بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، فإن لم ينو شيئًا، فالصحيح المنصوص، أنه يقع في الحال طلقتان، فإذا صارت في الحالة الأخرى، وقعت الثالثة، لأن التبعيض يقتضي التشطير، ثم يسري كما لو قال: هذه الدار بعضها لزيد وبعضها لعمرو، يحمل على التشطير إذا لم تكن بينة. وقيل: تقع في الحال طلقة، واختاره المزني ومن قال به لا يكاد يسلم مسألة الإقرار، ويقول: هو مجمل يرجع إليه فيه. ونقل الحناطي وجهًا ثالثًا أنه يقع في الحال الثلاث. أما إذا قال: أردت إيقاع بعض من كل طلقة في الحال، فتقع الثلاث في الحال، وإن قال: أردت في الحال طلقتين أو طلقة ونصفًا، وقع طلقتان في الحال قطعًا، وتقع الثالثة في الحالة الأخرى. وإن قال: أردت في الحال طلقة، وفي المستقبل طلقتين، دُيِّن فيه قطعًا، وتقبل أيضًا في الظاهر على الصحيح المنصوص، وقال ابن أبي هريرة: لا تقبل.

وفائدة هذا الخلاف، أنه لو ندم فأراد أن يخالعها حتى تصير إلى الحالة الأخرى وهي بائن، فتنحل اليمين، ثم يتزوجها. وقلنا: الخلع طلاق، فإن قلنا: الواقع في الحال طلقة، أمكنه ذلك، وإلا فلا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثًا، بعضهن للسنة واقتصر عليه، وكانت في حال السنة، قال ابن الصباغ: تجيء على الصحيح المنصوص، أنه لا يقع في الحال إلا طلقة، لأن البعض ليس عبارة عن النصف، وإنما حملناه في الصورة الأولى على التشطير لإضافته البعضين في الحالين. ولو قال: أنت طالق خمسًا، بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، ولم ينو شيئًا، بنى على الخلاف المعروف، في أن الزيادة الملفوظ

بها تُلغى أم تعتبر؟ إن قلنا بالأول، وقع في الحال طلقتان، وفي الثاني، طلقة تفريعًا على المنصوص، وإن قلنا بالثاني وهو الأصح، وقع الثلاث في الحال بالتشطير والتكميل.

ولو قال: أنت طالق طلقتين: طلقة للسنة وطلقة للبدعة، أو أنت طالق طلقة للسنة وطلقة للبدعة، وقع في الحال طلقة، وفي الاستقبال الأخرى. ولو قال: طلقتين للسنة والبدعة، فهل يقع في الحال طلقة، وفي الاستقبال الأخرى، أم يقعان في الحال؟ وجهان: أصحهما: الثاني كما لو قال: ثلاثًا للسنة وللبدعة، فإنه يقع الثلاث في الحال.

فرع: قال لمن لا سنة لها ولا بدعة: أنت طالق ثلاثًا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، أو طلقة للسنة، وطلقة للبدعة، وقع الجميع في الحال.

المسألة الرابعة: إذا وصف الطلاق بصفة مدح، كقوله: أنت طالق أجمل الطلاق أو أفضله، أو أحسنه، أو أعدله، أو أكمله، أو أتمه، أو أجوده، أو خير الطلاق، وأنت طالق للطاعة ولم ينو شيئًا، فهو كقوله: طالق للسنة، فلا يقع إن كان الحال بدعة حتى ينتهي إلى حال السنة. وإن نوى شيئًا، نظر إن نوى ما يقتضيه الإطلاق، فذاك. وإن قال: أردت طلاق البدعة، لأنه في حقها أحسن من جهة سوء خلقها، فإن كانت في حال بدعة، قبل لأنه غلظ على نفسه. وإن كانت في حال سنة، دُيِّن ولا يقبل ظاهرًا، وقد يجيء خلاف في الظاهر.

وإن وصف الطلاق بصفة ذم كقوله: أقبح الطلاق، أو أسمجه، أو أفضحه، أو أفظعه، أو أردأه، أو أفحشه، أو أنتنه، أو شر الطلاق ونحو ذلك، فهو كقوله: للبدعة، فلا يقع إن كانت في حال سنة حتى ينتهي إلى البدعة. وإن قال: أردت قبحه لحسن عشرتها، أو أردت أن أقبح أحوالها أن تبين مني، وقع في الحال، لأنه غلظ على نفسه. وإن قال: أردت أن طلاق مثل هذه السنة أقبح، فقصدت الطلاق في حال السنة دُيِّن، ولم يقبل ظاهرًا. ولو قال: أنت طالق للجرح، أو طلاق الجرح فهو كقوله للبدعة. ولو خاطب بهذه الألفاظ من لا سنة لها ولا بدعة فهو كما لو قال لها: للسنة أو للبدعة، كما سبق. ولو جمع صفتي الذم والمدح، فقال: أنت طالق طلقة حسنة قبيحة أو جميلة فاحشة، أو سنية بدعية، أو للجرح والعدل، والمخاطبة ذات أقراء، وقعت في الحال. قال السرخسي في «الأمالي»: فإن فسر كل صفة بمعنى، فقال: أردت كونها حسنة من حيث الوقت، وقبيحة من حيث العدد حتى تقع الثلاث أو بالعكس، قبل منه. وإن تأخر الوقوع، لأن ضرر وقوع العدد أكثر من فائدة تأخير الوقوع.

المسألة الخامسة: قال: أنت طالق ثلاثًا في كل قرء طلقة، أو أنت طالق في كل قرء طلقة، فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون حائلًا من ذوات الأقراء، وهي إما غير ممسوسة، وإما ممسوسة، فإن كانت غير ممسوسة، نظر إن كانت حائضًا، لم تطلق على الصحيح وقال الشيخ أبو حامد: تقع طلقة في الحال، لأنها مخاطبة بالعدة، ومحيضها كطهرها، وإن كانت طاهرًا طلقت في الحال واحدة وبانت، فلا تلحقها الثانية والثالثة فإن جدد نكاحها قبل الطهر الثاني، ففي وقوع الثانية والثالثة قولا عود اليمين والحنث. وإن جدد النكاح بعد الطهرين، لم يقع شيء لانحلال اليمين، وإن كانت ممسوسة، وقع في كل قرء طلقة، سواء جامعها فيه أم لا، وتكون الطلقة سنية إن لم يجامعها فيه، وبدعية إن جامعها، وتشرع في العدة بالطلقة الأولى. وهل يجب استئناف العدة للثانية والثالثة؟ قولان مذكوران في العدة أظهرهما الوجوب.

الحال الثاني: أن تكون حاملًا فإن كانت لا ترى الدم، وقعت في الحال طلقة. قال المتولي: فلو لم تحض قطُّ وبلغت بالحمل مثلًا، ففي وقوع الطلاق عليها وجهان: أو قولان بناء على أن القرء هو الطهر بين دمين أو الانتقال من نقاء إلى دم، إن قلنا بالأول، لم تطلق حتى تضع وتطهر من نفاسها، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر، وقع. وإذا وقعت الطلقة، فإن راجعها قبل الوضع، وقعت أخرى إذا طهرت من النفاس، وعليها استئناف العدة سواء وطئها بعد الرجعة أم لا، بلا خلاف. وإن لم يراجعها، انقضت عدتها بالوضع بأن جدد نكاحها قبل تمام الأقراء، عاد قولا عود الحنث. وإن كانت ترى الدم على الحمل، فإن قلنا: إنه ليس بحيض، فهو كما لو لم تره، فتطلق في الحال. وحكى الحناطي وجهًا، أنها لا تطلق. إن وافق قوله وقت الدم حتى تطهر، وإن جعلناه حيضًا ووافق قوله النقاء، طلقت في الحال طلقة، وإن وافق الدم، فوجهان: أحدهما: وهو قول الشيخ أبي حامد، وصححه العراقيون: تطلق أيضًا، لأن مدة الحمل كالقرء الواحد. والثاني: وهو الأصح وبه قطع القاضي أبو الطيب والحناطي، ورجحه المتولي وغيره: لا تطلق حتى تطهر. وإذا وقعت طلقة في الحيض أو الطهر، فهل يتكرر في الطهر الثاني والثالث؟ وجهان: أصحهما: لا، وبه قطع بعضهم، لأن القرء ما دل على البراءة.

الحال الثالث: أن تكون صغيرة، فيبنى على أن القرء طهر يحتوشه دمان، أم هو الانتقال من نقاء إلى حيض؟ إن قلنا بالأول، لم تطلق حتى تحيض وتطهر، ولا يؤمر الزوج باجتنابها في الحال، وإن قلنا بالثاني، فالذي أطلقه العراقيون والبغوي

وغيرهم، أنه يقع في الحال طلقة. وقال المتولي والسرخسي: يؤمر باجتنابها لأن الظاهر أنها ترى الدم، فإن رأته، تبينا وقوع الطلاق يوم اللفظ، وإن ماتت قبل رؤية الدم، ماتت على النكاح فعلى الأول، لو لم تحض ولم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر، حصلت البينونة، فإن نكحها بعد ذلك، ورأت الدم، عاد الخلاف في عود الحنث، وإن رأت الدم قبل مضي ثلاثة أشهر، تكرر الطلاق بتكرر الأطهار. وعن صاحب «التقريب» وجه غريب، أن الأقراء في الصغيرة تحمل على الأشهر، والآيسة التي انقطع حيضها كالصغيرة، ففي وقوع الطلاق عليها، الخلاف. قال السرخسي: إن قلنا: القرء: هو الانتقال، وقع في الحال وإلا، فلا، فإن حاضت بعد، تبينا الوقوع، والأصح عند الأصحاب، الوقوع في الصغيرة والآيسة.

فرع: قال: أنت طالق في كل قرء طلعة للسنة، فهو كما لو لم يقل للسنة في أكثر الأحكام والأحوال، لكن ذات الأقراء إذا كانت طاهرة، أو كان جامعها في ذلك الطهر، يتأخر وقوع الطلاق إلى أن تحيض ثم تطهر.

فرع: قال: أنت طالق في كل طهر طلقة وكانت حاملًا لا ترى دمًا، أو تراه ولم نجعله حيضًا، وقع في الحال طلقة سواء ترى الذي في ذلك الحال أم لا، ولا يتكرر بتكرر الانقطاعات، وإن كانت ترى الدم وجعلناه حيضًا، فإن كانت في حال رؤية الدم، لم تطلق حتى تطهر، وإلا وقع في الحال وتكرر بتكرر الأطهار.

المسألة السادسة: قال: أنت طالق ثلاثًا للسنة، ثم قال: نويت تفريقها على الأقراء لم يقبل في الظاهر. قال المتولي: إلا أن يكون ممن يعتقد بتحريم جمع الثلاث في قرء، فيقبل في الظاهر. وحكى الحناطي وجهًا في القبول مطلقًا، والصحيح المنصوص، وهو الأول. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا ولم يقل للسنة، ثم فسر بالتفريق على الأقراء، لم يقبل ظاهرًا، وهل يُدين في الصورتين؟ وجهان: الصحيح المنصوص، نعم. ومعنى التديين مع نفي القبول ظاهرًا، أن يقال للمرأة: أنت بائن منه بثلاث في ظاهر الحكم، وليس له تمكينه إلا إذا غلب على ظنك صدقة بقرينة، ويقال للزوج: لا نمكنك من تتبعها، ولك أن تتبعها، والطلب فيما بينك وبين الله تعالى إن كنت صادقًا، وتحل لك إذا راجعتها. وعلى هذا القياس حكم القبول ظاهرًا وباطنًا، فيما إذا قال لصغيرة: أنت طالق للسنة، ثم قال: أردت إذا حاضت وطهرت، وفيما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن دخلت الدار، أو إذا جاء رأس الشهر. وألحق القفال والغزالي بهذه الصورة ما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن شاء الله تعالى، وكذلك كلما أحوج إلى تقييد الملفوظ به بقيد زائد. والصحيح الموجود في كتب الأصحاب، أنه لا يُدَيَّن في قوله: أردت إن شاء

الله تعالى، ويُديِّن في قوله: أردت عن وثاق، أو إن دخلت الدار أو إن شاء زيد. وفرقوا بين قوله: أردت إن شاء الله تعالى، وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جملة، فلا بد فيه من اللفظ، والتعليق بالدخول، ومشيئة زيد، لا يرفعه، لكن يخصصه بحال دون حال. وقوله: من وثاق، تأويل وصرف للفظ من معنى إلى معنى، فكفت فيه النية، وإن كانت ضعيفة، وشبهوه بالنسخ، لما كان رفعًا للحكم، لم يجوز إلا باللفظ، والتخصيص يجوز بالقياس.

وأما إذا أتى بلفظ عام، وقال: أردت بعض الأفراد الداخلة تحته، ففيه تفصيل، فإن قال: كل امرأة لي، فهي طالق، وعزل بعضهن بالنية، لم يقبل ظاهرًا عند الأكثرين، وقال ابن الوكيل وغيره: يقبل ظاهرًا سواء كانت قرينة تصدقه ـ بأن خاصمته، وقالت: تزوّجت عليّ، فقال: كل امرأة لي طالق، ثم قال: أردت غير المخاصمة ـ. أم لم تكن قرينة. والأصح عند القفال والمعتبرين، أنه لا يقبل ظاهرًا بغير قرينة ويقبل بها، واختاره الروياني، وعبد القاضي حيث أنه إن قال: كل امرأة لي طالق ثم عزل بعضهن بالنية، لا يقبل، وإن قال: نسائي طوالق، وقال: عزلت واحدة، قبل. وعلى هذا، لو عزل اثنتين، ففي القبول وجهان: ويجري الخلاف في القبول ظاهرًا فيما لو قال: إن أكلت خبزًا أو تمرًا، فأنت طالق، ثم فسر بنوع خاص، وطردهما الغزالي وغيره فيما إذا كان يحل وثاقًا عنها، فقال: أنت طالق، ثم قال: أردت الإطلاق عن الوثاق، وقال: الأصح بالقبول.

ولو قال: إن كلمت زيدًا، فأنت طالق، ثم قال: أردت التكليم شهرًا، فيقبل. كذا حكي عن نص الشافعي رحمه الله، والمراد على ما نقل الغزالي، القبول باطنًا فلا تطلق إذا كلم بعد شهر.

فرع: في ضبط ما يُديَّن فيه، وما يقبل ظاهرًا، قال القاضي حسين: لما يدعيه الشخص من النية مع ما أطلقه من اللفظ، أربعُ مراتب:

إحداها: أن يرفع ما صرح به، بأن قال: أنت طالق، ثم قال: أردت طلاقًا لا يقع عليك، أو لم أرد إيقاع الطلاق، فلا تؤثر دعواه ظاهرًا، ولا يدين باطنًا.

الثانية: أن يكون ما يدعيه مقيدًا لما تلفظ به مطلقًا، بأن قال: أنت طالق، ثم قال: أردت عند دخول الدار، فلا يقبل ظاهرًا، وفي التديين الخلاف.

الثالثة: أن يرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم، فيدين، وفي القبول، ظاهر الخلاف.

الرابعة: أن يكون اللفظ محتملًا للطلاق من غير شيوع وظهور، وفي هذه المرتبة تقع الكنايات ويعمل فيها بالنية.

وضبط لأصحاب بضبط آخر، فقالوا: ينظر في التفسير بخلاف ظاهر اللفظ، إن كان لو وصل باللفظ، لا ينظم، لم يقبل ولم يدين، وإلا فلا يقبل ظاهرًا ويدين.

مثال الأول، قال: أردت طلاقًا لا يقع.

مثال الثاني: أردت طلاقًا عن وثاق، أو إن دخلت الدار، واستثنوا من هذا نية التعليق بمشيئة الله تعالى، فقالوا: لا يدين فيه على المذهب.

فرع: قال: أنت طالق ثلاثًا ثم قال: أردت إلا واحدة، أو قال: أربعكنّ طوالق، ثم قال: نويت بقلبي إلا فلانة، لم يدين على الأصح، لأنه نص في العدد. ولو قال: فلانة وفلانة وفلانة طوالق، ثم قال: استثنيت بقلبي فلانة، لم يدين قطعًا لأنه رفع لما نص عليه، لا تخصيص عموم، ذكره القاضي أبو الطيب.

المسألة السابعة: قال لممسوسة: كلما ولدت فأنت طالق للسنة، فولدت ولدًا وبقي آخر في بطنها، وقع بولادة الأول طلقة، لأن الأصل في هذا أن الموصوف بالسنة والبدعة إذا علق بأمر اعتبرت الصفة عند ذلك الأمر، فإن وجدت وقع وإلا فلا حتى يوجد كما سبق في قوله: أنت طالق للسنة إذا قدم زيد أنه إن قدم في حال سنة طلقت، وإلا فلا تطلق حتى يجيء حال السنة، وكأنه يخاطبها عند وجود المعلق عليه بقوله: أنت طالق للسنة، وإذا كان كذلك، فكأنه عند ولادة أحد الولدين، قال: أنت طالق للسنة وهي في هذه الحال حامل بآخر. ولو قال لحامل: أنت طالق للسنة، وقع في الحال، ثم إذا ولدت الثاني انقضت عدتها. وهل يقع طلقة أخرى، لأنه يقارن انقضاء العدة؟ فيه خلاف يأتي في نظائره إن شاء الله تعالى، الأصح: المنع. ولو ولدت ولدًا ولم يكن في بطنها آخر، فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس، ولو ولدت ولدين معًا ولم يكن في بطنها آخر، فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس طلقتين لأنها ولدت ولدين، و«كلما» تقتضي التكرار. ولو قال: كلما ولدت ولدين، فأنت طالق، فولدت ولدين معًا أو متعاقبين وفي بطنها ثالث، طلقت. ولو ولدت ولدًا فطلقها، ثم ولدت آخر، فإن كان رجعيًا وقعت أخرى بولادة الثاني، راجعها أم لا هكذا ذكروه. ويشبه أن يقال: إن راجعها فكذلك الحكم، وإلا فهذا طلاق يقارن انقضاء العدة، وإن كان الطلاق بائنًا فنكحها، ثم ولدت آخر، ففي وقوع أخرى قولا عود الحنث.

المسألة الثامنة: نكح حاملًا من الزنى، وقال: أنت طالق للسنة، فإن كان دخل بها، لم تطلق حتى تضع، وتطهر من النفاس، لأن الحمل كالعدم وإلا طلقت في الحال كما لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق للسنة، هذا إذا كانت لا ترى دمًا أو تراه ولم نجعله حيضًا، فإن رأته وجعلناه حيضًا، فإن قال لها ذلك في حال

رؤية الدم، لم تطلق حتى تطهر كالحامل إذا قال لها: أنت طالق للسنة وهي حائض بخلاف الحامل من الزوج حيث يقع طلاقها في الحال، وإن كانت ترى الدم، وجعلناه أيضًا حيضًا على الصحيح، لأن الحامل من الزوج لا سنة ولا بدعة في طلاقها، وهذه كالحامل إذ لا حرمة لحملها.

المسألة التاسعة: قال: أنت طالق للسنة أو للبدعة لا تطلق حتى تنتقل من الحالة التي هي فيها إلى الحالة الأخرى، لأن اليقين حينئذ يحصل كما لو قال: أنت طالق اليوم أو غدًا لا تطلق حتى يجيء الغد.

المسألة العاشرة: قال: أنت طالق طلقة حسنة في دخول الدار أو طلقة سنية قال إسماعيل البوشنجي: مقتضى المذهب أن تطلق إن دخلت الدار طلقة سنية حتى لو كانت حائضًا لم تطلق. ولو كانت طاهرًا لم يجامعها في ذلك الطهر، طلقت في الحال، وإن كان جامعها فيه، لم تطلق ما لم تطهر حتى تحيض وتطهر.

المسألة الحادية عشرة: قال لها وهي طاهر: أنت طالق للسنة، ثم اختلفا فقال: جامعتك في هذا الطهر، فلم يقع طلاق في الحال، وقالت: لم تجامعني وقد وقع، قال إسماعيل البوشنجي: مقتضى المذهب، أن القول قوله، لأن الأصل بقاء النكاح، وكما لو قال المؤلي والعنين: وطئت.

فرع: قال: أنت طالق كالثلج، أو كالنار، طلقت في الحال، ولغا التشبيه، وقال أبو حنيفة: إن قصد التشبيه بالثلج في البياض، والنار بالإضاءة، طلقت سنيًا، وإن قصد التشبيه بالثلج في البرودة، وبالنار في الحرارة والإحراق، طلقت في زمن البدعة، وبالله التوفيق.

باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يقع الطلاق إلا بصريح أو كناية مع النية، فإن نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع الطلاق، لأن التحريم في الشرع علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق. ولأن إيقاع الطلاق بالنية لا يثبت إلا بأصل أو بالقياس على ما ثبت بأصل وليس ههنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت.

فصل: والصريح ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح. لأن الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة. والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع. فإنه ورد بهما القرآن. فإذا قال لامرأته: أنت طالق. أو طلقتك. أو أنت مطلقة أو سرحتك. أو أنت مسرحة، أو فارقتك، أو أنت مفارقة، وقع الطلاق من غير نية، فإن خاطبها بأحد هذه الألفاظ، ثم قال: أردت غيرها فسبق لساني إليها لم يقبل، لأنه يدّعي

خلاف الظاهر، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يحتمل ما يدّعيه، وإن قال: أنت طلق وقال أردت طلاقًا من وثاق، أو قال سرحتك وقال أردت تسريحًا من اليد، أو قال فارقتك، وقال أردت فراقًا بالجسم، لم يقبل في الحكم لأنه يدّعي خلاف ما يقتضيه اللفظ في العرف ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدّعيه، فإن علمت المرأة صدقه فيما دين فيه الزوج جاز لها أن تقيم معه وإن رآهما الحاكم على الاجتماع ففيه وجهان:

أحدهما: يفرق بينهما بحكم الظاهر، لقوله: «أحكم بالظاهر والله عزّ وجلّ يتولّى السرائر».

والثاني: لا يفرّق بينهما لأنهما على اجتماع يجوز إباحته في الشرع، وإن قال أنت طالق من وثاق، أو سرحتك من اليد، أو فارقتك بجسمي لم تطلق، لأنه اتصل بالكلام ما يصرف اللفظ عن حقيقته. ولهذا إذا قال لفلان على عشرة إلا خمسة لم يلزمه عشرة وإذا قال لا إله إلا الله لم يجعل كافرًا بابتداء كلامه. وإن قال أنت طالق ثم قال قلته هازلًا وقع الطلاق ولم يدين. لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ النكاح والطلاق والرجعة»[(١)].

فصل: قال في «الإملاء»: لو قال له رجل طلقت امرأتك؟ فقال: نعم، طلقت عليه في الحال، لأن الجواب يرجع إلى السؤال، فيصير كما لو قال طلقت ولهذا لو كان هذا جوابًا عن دعوى لكان صريحًا في الإقرار. وإن قال أردت به في نكاح قبله ـ فإن كان لما قاله أصل ـ قبل منه. لأن اللفظ يحتمله وإن لم يكن له أصل لم يقبل لأنه يسقط حكم اللفظ. وإن قال له أطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال أردت أني كنت علقت طلاقها بصفة قبل منه لأنه يحتمله اللفظ. وإن قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك لم تطلق. لأن قوله أنت طالق لولا أبوك. ليس بإيقاع طلاق وإنما هو يمين بالطلاق وإنه لولا أبوها لطلقها فتصير كما لو قال والله لولا أبوك لطلقتك.

فصل: وأما الكناية فهي كثيرة، وهي الألفاظ التي تشبه الطلاق وتدلّ على الفراق، وذلك مثل قوله أنت بائن، وخلية وبرية وبتة وبتلة وحرة وواحدة وبيتي وابعدي واغربي واذهبي واستفلحي والحقي بأهلك وحبلك على غاربك، استتري تقنعي واعتدي وتزوّجي وذوقي وتجرّعي وما أشبه ذلك، فإن خاطبها بشيء من ذلك ونوى به الطلاق وقع، وإن لم ينوِ لم يقع، لأنه يحتمل الطلاق وغيره، فإذا نوى به الطلاق صار طلاقًا، وإذا لم ينوِ به الطلاق لم يصر طلاقًا، كالإمساك

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٩٤) والترمذي في سننه برقم (١١٨٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠٣٩) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٨) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٥٦) وحسنه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٢/ ٩).

عن الطعام والشراب لما احتمل الصوم وغيره، إذا نوى به الصوم صار صومًا، وإذا لم ينوِ به الصوم لم يصر صومًا.

وإن قال: أنا منك طالق، أو جعل الطلاق إليها فقالت طلقتك أو أنت طالق فهو كناية يقع به الطلاق مع النية، ولا يقع من غير نية، لأن استعمال هذا اللفظ في الزوج غير متعارف، وإنما يقع به الطلاق مع النية من جهة المعنى، فلم يقع به من غير نية كسائر الكنايات، وإن قال له رجل: ألك زوجة؟ فقال: لا، فإن لم ينوِ به الطلاق لم تطلق، لأنه ليس بصريح، وإن نوى به الطلاق وقع لأنه يحتمل الطلاق.

واختلف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه النية في الكنايات، فمنهم من قال إذا قارنت النية بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن في الصلاة إذا قارنت النية جزءًا منها صحّت الصلاة، منهم من قال لا تصحّ حتى تقارن النية جميعها، وهو أن ينوي ويطلق عقيبها، وهو ظاهر النص لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه، فأما الصلاة فلا تصح حتى تقارن النية جميعها بأن ينوي الصلاة ويكبر عقيبها، ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته.

فصل: وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الألفاظ، كقوله اقعدي واقربي واطعمي واسقيني؛ وما أحسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فإنه لا يقع به الطلاق وإن نوى، لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق، فلو أوقعنا الطلاق لأوقعناه بمجرد النية، وقد بيّنا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية.

فصل: واختلف أصحابنا في قوله: أنت الطلاق. فمنهم من قال: هو كناية؛ فإن نوى به الطلاق فهو طلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق، وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى: ﴿أَرَءَيْتُمْ إِنْ أَصْبَحَ مَآؤُكُمْ غَوْرًا﴾ [المُلك: ٣٠] أراد غائرًا وإن لم ينوِ لم يقع، لأن قوله أنت الطلاق لا يقتضي وقوع الطلاق ومنهم من قال هو صريح ويقع به الطلاق من غير نية، لأن لفظ الطلاق يستعمل في معنى طالق، والدليل عليه قول الشاعر:

أنوهت باسمي في العالمين ... وأفنيت عمري عامًا فعامًا
فأنت الطلاق وأنت الطلاق ... وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقال آخر:

فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن ... وإن تخرقي يا هند فالخرق آلم
فأنت الطلاق والطلاق عزيمة ... ثلاثًا ومن يخرق أعق وأظلم
فبيني بها إن كنت غير رقيقة ... فما لا مرىء بعد الثلاثة مقدم

فصل: واختلفوا فيمن قال لامرأته كلي واشربي ونوى الطلاق، فمنهم من قال لا يقع وهو قول أبي إسحاق، لأنه يدلّ على الطلاق فلم يقع به الطلاق كما

لو قال: أطعميني واسقيني، ومنهم من قال يقع وهو الصحيح، لأنه يحتمل معنى الطلاق وهو أن يريد كلي ألم الفراق واشربي كأس الفراق، فوقع به الطلاق مع النية، كقوله ذوقي وتجرّعي.

فصل: إذا قال لامرأته اختاري أو أمرك بيدك؛ فقالت اخترت لم يقع الطلاق حتى ينويا، لأنه كناية لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق، وإن قال اختاري ونوى اختيار الطلاق، أو قال أمرك بيدك ونوى تمليك أمر الطلاق فقالت اخترت الزوج لم يقع الطلاق، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه»[1]، فلم تجعل ذلك طلاقًا. ولأن اختيار الزوج اختيار للنكاح لا يحتمل غيره فلم يقع به الطلاق، فإن قالت اخترت نفسي لم يقع الطلاق حتى تنوي الطلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه اخترت نفسي للنكاح ويحتمل اخترت نفسي للطلاق، ولهذا لو صرحت به جاز فلم يقع به الطلاق من غير نية. وإن قالت: اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يقع لأن الزوج من الأزواج.

والثاني: يقع وهو الأظهر عندي لأنها لا تحل للأزواج إلا بمفارقته، كما لو قال لها الزوج تزوجي ونوى به الطلاق.

وإن قالت اخترت أبويّ ونوت الطلاق ففيه وجهان: أحدهما: لا يقع الطلاق. لأن اختيار الأبوين لا يقتضي فراق الزوج، والثاني: أنه يقع لأنه يتضمن العود إليهما بالطلاق، فصار كقوله الحقي بأهلك، وإن قال لها أمرك بيدك ونوى به إيقاع الطلاق ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقع الطلاق لأنه صريح في تمليك الطلاق وتعليقه على قبولها فلم يجز صرفه إلى الإيقاع.

والثاني: أنه يقع لأن اللفظ يحتمل الإيقاع فهو كقوله حبلك على غاربك.

فصل: إذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام ونوى به الطلاق فهو طلاق، لأنه يحتمل التحريم بالطلاق، وإن نوى به الظهار فهو ظهار، لأنه يحتمل التحريم بالظهار ولا يكون ظهارًا ولا طلاقًا من غير نية لأنه ليس بصريح في واحد منهما. وإن نوى تحريم عينها لم تحرم، لما روى سعيد بن جبير قال: جاء رجل إلى ابن عباس رضي الله عنهما فقال: إني جعلت امرأتي عليّ حرامًا، قال: كذبت ليست عليك بحرام، ثم تلا ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝١

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢٦٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٧٧) وأبو داود في سننه برقم (٢٢٠٣) والترمذي في سننه برقم (١١٨٩) والنسائي في سننه (٦/ ١٦١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠٥٢) وأحمد في المسند (٦/ ٢٣٩).

قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ١، ٢] إلى آخر الآية[(١)]. ويجب عليه بذلك كفارة يمين، لأن النبيّ ﷺ حرّم مارية القبطية أم إبراهيم ابن رسول الله ﷺ فأنزل الله عزّ وجلّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝١ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ وَٱللَّهُ مَوْلَىٰكُمْ﴾ [التحريم: ١، ٢] فوجبت الكفارة في الأمة بالآية. وقسنا الحرة عليها لأنها في معناها في تحليل البضع وتحريمه.

وإن قال: أنت عليَّ حرام ولم ينوِ شيئًا ففيه قولان: أحدهما: يجب عليه الكفارة، فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحًا في إيجاب الكفارة، لأن كل كفارة وجبت بالكناية مع النية كان لوجوبها صريح بكفارة الظهار. والثاني: لا يجب، فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحًا في شيء، لأن ما كان كناية في جنس لا يكون صريحًا في ذلك الجنس، ككنايات الطلاق. وإن قال لأمته: أنت عليّ حرام، فإن نوى به العتق كان عتقًا، لأنه يحتمل أنه أراد تحريمها بالعتق، وإن نوى الظهار لم يكن ظهارًا لأن الظهار لا يصح من الأمة، وإن نوى تحريم عينها لم تحرم ووجب عليه كفارة يمين لما ذكرناه، وإن لم يكن له نية ففيه طريقان، من أصحابنا من قال يجب عليه الكفارة قولًا واحدًا لعموم الآية. ومنهم من قال: فيه قولان كالقولين في الزوجة لما ذكرناه، وإن كان له نسوة أو إماء فقال: أنتن عليَّ حرام ففي الكفارة قولان: أحدهما: يجب لكل واحدة كفارة. والثاني: يجب كفارة واحدة كالقولين فيمن ظاهر من نسوة وإن قال لامرأته: أنت عليّ كالميتة والدم، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق، وإن نوى به الظهار فهو ظهار، وإن نوى به تحريمها لم تحرم، وعليه كفارة يمين لما ذكرناه في لفظ التحريم، وإن لم ينوِ شيئًا فإن قلنا: إن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة لزمته الكفارة، لأن ذلك كناية عنه. وإن قلنا: إنه كناية لم يلزمه شيء؛ لأن الكناية لايكون لها كناية.

فصل: إذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينوِ لم يقع الطلاق، لأن الكناية تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط، فلم يقع الطلاق بمجردها، وإن نوى بها الطلاق ففيه قولان، قال في «الإملاء»: لا يقع به الطلاق لأنه فعل ممن يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالإشارة.

وقال في «الأم» هو طلاق وهو الصحيح، لأنها حروف يفهم منها الطلاق فجاز أن يقع بها الطلاق كالنطق. فإذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه لا يقع بها إلا في حق الغائب لأنه جعل في العرف لإفهام الغائب كما جعلت الإشارة لإفهام الأخرس، ثم لا يقع الطلاق بالإشارة إلا في حق الأخرس، وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة إلا في حق

(١) أخرجه النسائي في سننه (٦/ ١٥١) والبيهقي في سننه (٧/ ٣٥٠) والدارقطني في سننه (٤/ ٤٣)، وهو عند البخاري في صحيحه برقم (٤٩١١) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٧٣) بنحوه.

الغائب. والثاني: أنه يقع بها من الجميع، لأنها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات.

فصل: فإن أشار إلى الطلاق ـ فإن كان لا يقدر على الكلام كالأخرس صحّ طلاقه بالإشارة، وتكون إشارته صريحًا لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة، وحاجته إلى الطلاق كحاجة غيره فقامت الإشارة مقام العبارة وإن كان قادرًا على الكلام لم يصح طلاقه بالإشارة، لأن الإشارة إلى الطلاق ليست بطلاق، وإنما قامت مقام العبارة في حق الأخرس لموضع الضرورة، ولا ضرورة ههنا فلم تقم مقام العبارة.

الشرح: قوله: «طلاقًا من وثاق» أوثقه بالوثاق إذا شده، وقوله: «هازلًا» أي مازحًا، وقوله: «أنت بائن وخلية وبرية وبتة وبتلة» بائن: مفارقة من البين وهو الفراق، وخلية: أي خالية عن الزوج فارغة منه، وبرية: أي برية عما يجب من الزوج وطاعته، وبتة وبتلة: معناهما كلاهما القطع، وقوله: «حرة» أي لا ملك للزوج في بضعك كما لا ملك في رقبة الحرة، وقوله: «بيني واغربي» معناهما واحد وهو البعد والفراق، والفلاح: الفوز والنجاة، وقوله: «وتقنعي» أي غطي رأسك، وقوله: «أنوهت باسمي» أي رفعت ذكره، وقوله: «أن تخرقي» الخرق أن تأخذ الأمر بعنف وشدة.

أما الأحكام: فأركان الطلاق خمسة:

الركن الأول: المطلق وشرطه التكليف، فلا يقع طلاق صبي ولا مجنون، لا تنجيزًا ولا تعليقًا. فلو قال مراهق: إذا بلغت، فأنت طالق، فبلغ، أو قال مجنون: إذا أفقت، فأنت طالق، ثم أفاق، أو قالا: أنت طالق غدًا فبلغ وأفاق قبل الغد فلا طلاق.

الركن الثاني: اللفظ وفيه ثلاثة أطراف: أحدها: في اللفظ الذي يقع به الطلاق، والثاني: في الأفعال القائمة مقامه. والثالث: في تفويض الطلاق إلى الزوجة وأحكام تفويضه. أما الأول، فاللفظ صريح: وهو ما لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية. وكناية: وهو ما توقف على نية، أما الصريح، فلفظ الطلاق والسراح والفراق وحكى أبو الحسن العبادي، أن أبا عبد الرحمن القزاز نقل قولًا قديمًا أن السراح والفراق كنايتان، والمشهور الأول، فقوله: أنت طالق، أو مطلقة، أو يا طالق أو يا مطلقة، صريح. وقيل: يا مطلقة وأنت مطلقة كناية، والصحيح الأول. وأما المشتق من الإطلاق كقوله: أنت مطلقة بإسكان الطاء أو يا مطلقة، فليس بصريح على الصحيح لعدم اشتهاره، وإن كان الإطلاق والتطليق متقاربين.

وفي قوله: أنت طلاق، أو الطلاق، أو طلقة وجهان: أصحهما: أنه كناية.

ولو قال: أنت نصف طلقة، فكناية. قال البغوي: ولو قال: أنت كل طلقة أو نصف طالق، فصريح، كقوله: نصفك طالق.

ونقل العبادي خلافًا في قوله: أنت نصف طلقة، ويجوز أن يجيء هذا الخلاف في قوله نصف طالق. ولو قال: أنت والطلاق أو أنت وطلقة، فكناية، أي: قرنت بينك وبينها. وإذا قلنا بالمشهور في لفظي السراح والفراق، فقوله: فارقتك وسرحتك صريحان، وفي الاسم منهما وهو مفارقة ومسرحة وجهان: سواء الوصف، كقوله أنت مسرحة أو مفارقة، والنداء كقوله: يا مسرحة أو يا مفارقة، أصحهما: صريحان أيضًا، وقوله: أنت السراح، أو أنت الفراق على الوجهين في: أنت الطلاق.

فرع: قال: أردت بقولي: طالق، إطلاقها من الوثاق، وبالفراق المفارقة في المنزل، وبالسراح إلى منزل أهلها، أو قال: أردت خطاب غيرها فسبق لساني إليها، دُيِّنَ ولم يقبل ظاهرًا، فلو صرح، فقال: أنت طالق من وثاق، أو سرحتك إلى موضع كذا، أو فارقتك في المنزل، خرج عن كونه صريحًا وصار كناية. قال المتولي: وهذا في ظاهر الحكم، وأما بينه وبين الله تعالى، فإنما لا يقع الطلاق إذا كان على عزم أن يأتي بهذه الزيادة من أول كلامه، فأما إذا قال: أنت طالق، ثم بدا له فوصل به هذه الزيادة، فالطلاق واقع في الباطن. ولو لم يكن عازمًا على هذه الزيادة أولًا ثم نواها في أثناء الكلام، فوجهان سيأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى في الاستثناء وغيره، وكذلك التديين إذا لم يتلفظ بالزيادة، وقال: نويتها، إنما يدين إذا كان ناويًا من أول الكلام، فإن حدثت بعد الفراغ من الكلام، فلا، وإن حدثت في إثنائه، فعلى الوجهين.

فرع: قوله: أوقعت عليك طلاقي، صريح ذكره الروياني. ولو قال: لك طلقة، أو وضعت عليك طلقة، فوجهان.

فرع: ذكر الأصحاب أن صريح الطلاق ثلاثة: الطلاق، والسراح، والفراق، وأهملوا ذكر شيئين هنا: أحدهما: لفظ الخلع، وفي كونه صريحًا في الطلاق خلاف سبق، والثاني: قوله: الحلال علي حرام، وفي كونه صريحًا خلاف نذكره، إن شاء الله تعالى قريبًا.

فرع: ترجمة لفظ الطلاق بالعجمية وسائر اللغات، صريح على المذهب لشهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغات، كشهرة العربية عند أهلها، وقيل: وجهان: ثانيهما: أنها كناية، وترجمة السراح والفراق فيها الخلاف، لكن الأصح هنا أنها كناية قاله الإمام والروياني، لأن ترجمتهما بعيدة عن الاستعمال.

فرع: إذا اشتهر في الطلاق لفظ سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة، كحلال الله علي حرام، أو أنت علي حرام، أو الحلال أو الحل علي حرام، ففي التحاقه بالصريح أوجه: أصحها: نعم لحصول التفاهم، وغلبة الاستعمال، وبهذا قطع البغوي، وعليه تنطبق فتاوى القفال، والقاضي حسين والمتأخرين. والثاني: لا، ورجحه المتولي. والثالث حكاه الإمام عن القفال: أنه إن نوى شيئًا آخر من طعام أو غيره، فلا طلاق. وإذا ادعاه، صدق، وإن لم ينو شيئًا، فإن كان فقيهًا يعلم أن الكناية لا تعمل إلا بالنية، لم يقع، وإن كان عاميًا سألناه عما يفهم إذا سمعه من غيره، فإن قال: يسبق إلى فهمي منه الطلاق، حمل على ما يفهم، والذي حكاه المتولي عن القفال، أنه إن نوى غير الزوجة، فذاك، وإلا فيقع الطلاق للعرف.

وأما البلاد التي لا يشتهر فيها هذا اللفظ للطلاق، فهو كناية في حق أهلها بلا خلاف. وفي فتاوى القاضي حسين، أنه لو كان له امرأتان، فقال: حلال الله علي حرام إن دخلت الدار فدخل، تطلق كل واحدة منهما طلقة، ويوافقه ما ذكره البغوي في «الفتاوى» أنه لو قال: حلال الله علي حرام وله أربع نسوة، طلقن كلهن إلا أن يريد بعضهن، لكن ذكر بعده أنه لو قال: إن فعلت كذا، فحلال الله علي حرام وله امرأتان ففعل، طلقت إحداهما، لأنه اليقين، ويؤمر بالتعيين قال: ويحتمل غيره فحصل تردد.

فصل: وأما الكناية، فيقع بها الطلاق مع النية بالإجماع، ولا يقع بلا نية وهي كثيرة، كقوله: أنت خلية وبرية، وبتة وبتلة، وبائن وحرام، وحرة، وأنت واحدة، واعتدّي واستبرئي رحمك، والحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا أنده سربك، أي: لا أزجر إبلك، ومعناه: لا أهتم بشأنك، واغربي واعزبي، واخرجي واذهبي، وسافري وتجنبي، وتجردي وتقنعي، وتستري، والزمي الطريق، وبيني وأبعدي وودِّعيني ودعيني، وبرئت منك، ولا حاجة لي فيك، وأنت وشأنك، وأنت مطلقة ومنطلقة، وتجرعي وذوقي، وتزودي وما أشبه ذلك. وفي قوله: اشربي، وجهان: الأصح المنصوص، كناية. وقال أبو إسحاق: ليس كناية، بل هو لغو، وكلي، كاشربي كناية على المذهب، وقيل: ليس كناية قطعًا. وفي قوله: أغناك الله، وقوله: قومي، وجهان: أصحهما: ليس كناية.

أما الألفاظ التي لا تحتمل الطلاق إلا على تقدير متعسفٍ، فلا أثر لها، فلا يقع بها طلاق وإن نوى، وذلك كقوله: بارك الله فيك، وأحسن الله جزاءك، وما أحسن وجهك، وتعالي واقربي واغزلي واسقيني، وأطعميني وزوديني، واقعدي وما أشبه ذلك، وحكي وجه في: اقعدي وأحسن الله جزاءك، وزوديني ونحوها، أنها كناية وهو ضعيف.

فرع: قال لزوجته: أنت حرة أو معتقة، أو أعتقتك ونوى الطلاق، طلقت. ولو قال لعبده: طلقتك ونوى العتق، عتق. وللمناسبة والمشاركة بين الملكين يصلح كل واحدة منهما كناية في الآخر، وكما أن صريح كل واحد منهما كناية في الآخر، فكناياتها مشتركة مؤثرة في العقدين جميعًا بالنية، لكن لو قال للعبد: اعتد أو استبرىء رحمك ونوى العتق، لم ينفذ لاستحالته في حقه، ولو قال ذلك لأمته ونوى العتق، أو لزوجته قبل الدخول ونوى الطلاق، نفذ على الأصح، والظهار والطلاق ليس أحدهما كناية في الآخر.

ولو قال لأمته: أنت علي كظهر أمي ونوى العتق عتقت على الصحيح، وقيل: لا لأنه لا يزيل الملك، بخلاف الطلاق.

فصل: قال لزوجته: أنت علي حرام، أو محرمة، أو حرمتك، بأن نوى الطلاق، نفذ رجعيًا، فإن نوى عددًا وقع ما نوى. وحكى الحناطي وجهًا أنه لا يكون طلاقًا إذا قلنا: إنه صريح في اقتضاء الكفارة، كما سنذكره إن شاء الله تعالى قريبًا وهذا وإن كان غريبًا، ففيه وفاء بالقاعدة المعروفة: أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذًا في موضوعه، لا ينصرف إلى غيره بالنية، وإن نوى الظهار، فهو ظهار وإن نواهما معًا، فهل يكون ظهارًا أم طلاقًا أم تخير فما اختاره منهما ثبت؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث، وبه قال ابن الحداد، وأكثر الأصحاب، ولا ينعقد الاثنان معًا قطعًا. ولو نوى أحدهما قبل الآخر، قال ابن الحداد: إن أراد الظهار ثم أراد الطلاق، صحا جميعًا، وإن أراد الطلاق أولًا، فإذا كان بائنًا، فلا معنى للظهار بعده وإن كان رجعيًا كان الظهار موقوفًا، فإن راجعها، فهو صحيح والرجعة عودٌ وإلا فهو لغو، قال الشيخ أبو علي هذا التفصيل فاسد عندي، لأن اللفظ الواحد إذا لم يجز أن يراد به التصرفان لم يختلف الحكم بإرادتهما معًا، أو متعاقبين، وإن نوى تحريم عينها أو فرجها أو وطئها، لم تحرم عليه، ويلزمه كفارة يمين، كما لو قال ذلك لأمته. وفي وقت وجوب الكفارة وجهان: أحدهما: لا يجب إلا عند الوطء، ويكون هذا اللفظ مع نية التحريم، كاليمين على ترك الوطء، وعلى هذا الوجه يكون مؤليًا بقوله: أنت علي حرام لوجوب الكفارة بالوطء كقوله: والله لا أطؤك. والثاني وهو الصحيح: أن الكفارة تجب في الحال وإن لم يطأ، وهي ككفارة اليمين وليست كفارة يمين، لأن اليمين لا تنعقد إلا بأسماء الله تعالى وصفاته فعلى هذا لو قال: أردت الحلف على ترك الوطء لم يقبل على الصحيح لما ذكرناه، وقيل: يقبل وينعقد يمينًا، فعلى هذا هل يصير لفظ التحريم يمينًا بالنية في غير الزوجات، والإماء كالطعام واللباس وغيرهما، أم يختص بالأبضاع؟ وجهان.

وإن أطلق قوله: أنت علي حرام ولم ينو شيئًا، فقولان أظهرهما: وجوب الكفارة وقوله: أنت علي حرام، صريح في لزوم الكفارة، والثاني: لا شيء عليه وهذا اللفظ كناية في لزوم الكفارة، وهذا التفصيل مستمر فيمن قال: أنت علي حرام في بلاد لم يشتهر فيها لفظ الحرام في الطلاق، وفيمن قاله في بلاد اشتهر فيها للطلاق إذا قلنا: إن الشيوع والاشتهار لا يجعله صريحًا، فأما إذا قلنا: إنه يصير به صريحًا فمقتضى ما في «التهذيب»، أنه يتعين للطلاق ولا تفصيل، وقال الإمام: لا يمنع ذلك صرف النية إلى التحريم الموجب للكفارة، كما أنا وإن جعلناه صريحًا في الكفارة عند الإطلاق يجوز صرفه بالنية إلى الطلاق قال: وإذا أطلق وجعلناه صريحًا في الكفارة، بني على أن الصرائح تؤخذ من الشيوع فقط، أم منه ومن ورود الشرع به؟ إن قلنا بالأول حمل على الغالب في الاستعمال وإن قلنا بالثاني فهل يثبت الطلاق لقوته، أم يتدافعان؟ فيه رأيان.

فرع: قول الغزالي في «الوسيط»: إن نوى التحريم كان يمينًا، هذا غلط، بل الصواب ما اتفق عليه جميع الأصحاب أنه ليس بيمين، لكن فيه كفارة يمين.

فرع: قال لأمته: أنت علي حرام، أو حرمتك، فإن نوى العتق عتقت، وإن نوى طلاقًا أو ظهارًا، فهو لغو، قال ابن الصباغ: وعندي أن نية الظهار كنية التحريم.

وإن نوى تحريم عينها، لم تحرم ويلزمه كفارة يمين، وإن أطلق ولم ينو شيئًا لزمته الكفارة على الأظهر. وقيل: قطعًا. ولو قال ذلك لأمته التي هي أخته ونوى تحريم عينها، أو لم ينو شيئًا، لم تلزمه الكفارة، لأنه صدق في وصفها، وإنما تجب الكفارة لوصفه الحلال بالحرمة.

ولو كانت الأمة معتدة، أو مرتدة، أو مجوسية، أو مزوجة، أو كانت الزوجة محرمة، أو معتدة عن شبهة، ففي وجوب الكفارة وجهان: لأنها محل لاستباحة في الجملة.

ولو كانت حائضًا أو نفساء أو صائمة، وجبت على المذهب، لأنها عوارض. ولو خاطب به الرجعية، فلا كفارة على المذهب، ونقل الحناطي فيه خلافًا.

فرع: قال: هذا الثوب، أو العبد، أو الطعام حرام علي، فهو لغو لا يتعلق به كفارة ولا غيرها.

فرع: قال: كل ما أملكه حرام علي وله زوجات وإماء، ونوى تحريمهن، أو أطلق وجعلناه صريحًا، أو قال لأربع زوجات أنتنّ علي حرام، فهل تتعدد الكفارة، أم تكفي كفارة واحدة عن جميع ذلك؟ فيه خلاف المذهب الاكتفاء في الجميع

وقيل: تتعدد بالأشخاص، وقيل: للزوجات كفارة والإماء أخرى، وقيل: وللمال أخرى حكاه الحناطي.

فرع: قال لزوجته: أنت علي حرام، أنت علي حرام ونوى التحريم، أو جعلناه صريحًا فإن قال ذلك في مجلس، أو قاله في مجالس ونوى التأكيد، فعليه كفارة واحدة وإن قاله في مجالس ونوى الاستئناف، تعددت الكفارة على الأصح. وقيل: عليه كفارة فقط، وإن أطلق، فقولان.

فرع: قال: أنت حرام ولم يقل: علي، قال البغوي: هو كناية بلا خلاف، ولو قال: أنت علي كالميتة، والدم، والخمر، أو الخنزير وقال: أردت الطلاق، أو الظهار نفذ، وإن نوى التحريم، لزمته الكفارة. وإن أطلق، فظاهر النص أنه كالحرام فيكون على الخلاف. وعلى هذا جرى الإمام، والذي ذكره البغوي وغيره أنه لا شيء عليه، قال الحناطي: الخلاف هنا مرتب على لفظ الحرام، وهنا أولى بأن لا يكون صريحًا، وحكى قولًا شاذًا أنه لا كفارة وإن نوى التحريم. قال الشيخ أبو حامد: ولو قال أردت أنها حرام علي، فإن جعلناه صريحًا، وجبت الكفارة وإلا فلا لأنه ليس للكناية كناية، وتبعه على هذا جماعة، ولا يكاد يتحقق هذا التصوير، ولو قال: أردت أنها كالميتة في الاستقذار، صدق ولا شيء عليه.

فرع: قال إسماعيل البوشنجي: إنما يقع الطلاق بقوله: أنت حرام عليّ إذا نوى حقيقة الطلاق، وقصد إيقاعه بهذا اللفظ، أما إذا لم ينو كذلك، فلا يقع وإن اعتقد قوله: أنت علي حرام موقعًا، وظن أنه قد وقع طلاقه.

فرع: قال: متى قلت لامرأتي: أنت علي حرام، فإني أريد به الطلاق ثم قال لها بعد مدة: أنت علي حرام، فهل يحمل على الطلاق، أم يكون كما لو ابتدأ به؟ وجهان خرجهما أبو العباس الروياني.

فرع: تكرر في كلام الأصحاب في المسألة، أن قوله: أنت علي حرام صريح في الكفارة، أم كناية، وفي الحقيقة ليس لزوم الكفارة معنى اللفظة حتى يقال: صريح فيه، أم كناية، وإنما هو حكم رتبه الشرع على التلفظ به. واختلفوا في أنه يتوقف على نية التحريم أم لا؟ فتوسعوا بإطلاق لفظ الصريح والكناية.

فصل: الكناية لا تعمل بنفسها، بل لابد فيها من نية الطلاق، وتقترن النية باللفظ فلو تقدمت، ثم تلفظ بلا نية، أو فرغ من اللفظ ثم نوى، لم تطلق، فلو اقترنت بأول اللفظ دون آخره، أو عكسه، طلقت على الأصح، ولا تلتحق الكناية بالصريح بسؤال المرأة الطلاق، ولا بقرينة الغضب واللجاج، ومتى تلفظ بكناية وقال: ما نويت صدق بيمينه، فإن نكل، حلفت، وحكم بوقوع الطلاق، وربما اعتمدت قرائن يجوز الحلف بمثلها.

فصل: في مسائل منثورة متعلقة بالصريح والكناية: في «الزيادات» لأبي عاصم العبادي، أنه لو قال: بعتك طلاقك، فقالت: اشتريت ولم يذكرا عوضًا، لا يحصل فرقة إذا لم يكن نية، وقيل: تقع طلقة بمهر المثل، وأنه لو قال: لم يبق بيني وبينك شيء ونوى الطلاق، لم تطلق، وفي هذا توقف.

وأنه لو قال: برئت من نكاحك ونوى، طلقت، وأنه لو قال: برئت من طلاقك ونوى، لم تطلق، ولو قال: برئت إليك من طلاقك، قال إسماعيل البوشنجي: هو كناية، أي: تبرأت منك بوساطة إيقاع الطلاق عليك. ولو قال: أبرأتك، أو عفوت عنك، فكناية، لإشعاره بالإسقاط، وله عليها حقوق النكاح، وتسقط بالطلاق وأنه لو قال: طلقك الله، أو قال لأمته: أعتقك الله، طلقت وعتقت، وهذا يشعر بأنهما صريحان، ورأى البوشنجي أنهما كنايتان لاحتماله الإنشاء والدعاء. وقول مستحق الدين للغريم: أبرأك الله، كقول الزوج: طلقك الله. ولو قال: أنت طال وترك القاف، طلقت حملًا على الترخيم. قال البوشنجي: ينبغي أن لا يقع وإن نوى، فإن قال: يا طال، ونوى، وقع، لأن الترخيم إنما يكون في النداء، فأما في غير النداء، فلا يقع إلا نادرًا في الشعر، وأنه إذا قال: الطلاق لازم لي، أو واجب علي، طلقت للعرف. ولو قال: فرض علي، لم تطلق لعدم العرف فيه. ورأى البوشنجي أن جميع هذه الألفاظ كناية، لأنه لو قال: طلاقك علي، واقتصر عليه ونوى، وقع، فوصفه بواجب أو فرض يزيده تأكيدًا. وحكى صاحب «العدة» الخلاف فقال: لو قال طلاقك لازم لي، فوجهان: قال أكثر الأصحاب: هو صريح. ولو قال: لست بزوجة لي، فالصحيح أنه كناية. وقيل: لغو. وفي فتاوى القفال أنه لو قال: اذهبي إلى بيت أبويّ ونوى الطلاق، إن نواه بقوله: اذهبي، وقع، وإن نواه بمجموع اللفظين، لم يقع، لأن قوله: إلى بيت أبويّ لا يحتمل الطلاق، بل هو لاستدراك مقتضى قوله: اذهبي. وأنه لو قال لها: أنت طالقان أو طوالق، لم يقع إلا طلقة. وأنه لو قال: كل امرأة لي طالق إلا عمرة، ولا امرأة له سواها، طلقت، لأن الاستثناء مستغرق فبطل. ولو قال: النساء طوالق إلا عمرة، ولا زوجة له سواها، لم تطلق. وإن كانت امرأته في نسوة، فقال: طلقت هؤلاء إلا هذه، وأشار إلى زوجته، لم تطلق. وأنه لو قال لامرأته يابنتي، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السن، كما لو قاله لعبده أو أمته.

وأنه لو كانت له زوجة تنسب إلى زوج أمها، فقال: بنت فلان طالق، لم تطلق، لأنها ليست بنته حقيقة، ولغيره في هذا احتمال.

وأنه لو قال: نساء المسلمين طوالق، لم تطلق امرأته. وعن غيره: أنها تطلق، وبني الخلاف على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب؟

وأنه لو قال: بانت مني امرأتي، أو حرمت علي، لم يكن إقرارًا بالطلاق، لأنه كناية، وأنه لو قال: أنت بائن ثم قال بعد مدة: أنت طالق، ثلاثًا، وقال: أردت بالبائن الطلاق، فلم يقع على الثلاث لمصادفتها البينونة، لم يقبل منه، لأنه متهم، وأنه لو قال: بطلاقك لا أكلم فلانًا فكلمه، لم تطلق، لأن الطلاق لا يحلف به.

وأنه لو قالت له زوجته واسمها فاطمة: طلقني، فقال: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت فاطمة أخرى، طلقت، ولا يقبل قوله لدلالة الحال، بخلاف ما لو قال ابتداء: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت أخرى. وقد يشكل هذا بما سبق، أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح. وأنه لو قال: طلقت ولم يزد عليه، لا يقع الطلاق، وإن نوى، لأنه لم يجر للمرأة ذكر ولا دلالة، فهو كما لو قال: امرأتي ونوى الطلاق، وأنه لو قال لولي امرأته: زوّجها، كان إقرارًا بالفراق. ولو قال لها: انكحي، لم يكن إقرارًا، لأنها لا تقدر أن تنكح، ولكن المفهوم منه ما يفهم من قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. قلت: الصواب أنه كناية إذا خاطبها به، بخلاف الولي، لأنه صريح فيه. والله أعلم.

ومما نقل من معلقات القاضي شريح الروياني من أصحابنا المتأخرين، ما حكاه عن جده أبي العباس الروياني وغيره، أنه لو قال: أحللتك ونوى طلاقها، هل هو كناية؟ وجهان: قلت: الأصح أنه كناية. والله أعلم.

وأنه لو قال: أنت بائن وطالق، يرجع إلى نيته في «بائن»، ولا يجعل قوله: «وطالق» تفسيرًا له. وأنه لو كرر كناية، كقوله: اعتدي اعتدي اعتدي، ونوى الطلاق، فإن نوى التأكيد وقعت واحدة، وإن نوى الاستئناف، فثلاث، وإن لم ينو، فقولان: ولو كانت الألفاظ مختلفة، ونوى بها الطلاق، وقع بكل لفظة طلقة.

وأن القفال قطع بأنه لو قال: طلقت، ونوى امرأته، لم تطلق لعدم الإشارة والاسم.

ولو قيل له: ما تصنع بهذه الزوجة؟ طلقها، فقال: طلقت، أو قال لامرأته: طلقي نفسك، فقالت: طلقت، وقع الطلاق، لأنه يترتب على السؤال والتفويض، وأنه لو قال: أنت بطلقة، ونوى، لم تطلق. وأنه لو كان له زوجتان، إحداهما فاطمة بنت محمد، والأخرى فاطمة بنت رجل سماه أبواه أيضًا محمدًا، إلا أنه اشتهر في الناس بزيد، وبه يدعونه، فقال الزوج: زوجتي فاطمة بنت محمد طالق، وقال: أردت بنت الذي يدعونه زيدًا، قال جدّي: يقبل لأن الاعتبار بتسمية أبويه، وقد يكون للرجل اسمان، وأكثر، وقيل: الاعتبار بالاسم المشهور في الناس، لأنه أبلغ في التعريف. وأنه لو قال: امرأتي هذه محرمة علي لا تحل لي أبدًا، قال

جدي: لا تطلق، لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق، وقد يظن التحريم المؤبد باليمين على ترك الجماع، وقيل: يحكم عليه بالبينونة لمقتضى هذا اللفظ، وأنه لو قيل لرجل اسمه زيد: يا زيد، فقال: امرأة زيد طالق، قال جدي: تطلق امرأته. وقال غيره: لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز إرادة زيد آخر. وليجيء هذا الوجه، فيما إذا قال: فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة، ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصدًا تطليق زوجته، وأنه لو قيل: طلقت امرأتك، فقال: اعلم أن الأمر على ما تقوله، فهل يكون هذا إقرارًا بالطلاق؟ وجهان حكاهما جدي، أصحهما: ليس بإقرار لأنه أمره أن يعلم، ولم يحصل هذا العلم، وأنها لو ادعت أنه طلقها ثلاثًا، فأنكر، ثم قال لفقيه: اكتب لها ثلاثًا، قال جدي: يحتمل كونه كناية، ويحتمل أن لا يكون، وأنه لو قال: امرأتي التي في هذه الدار طالق، ولم تكن امرأته فيها، لا يقع الطلاق، وأنه لو قال: رددت عليك الطلقات الثلاث، ونوى، وقع الثلاث. وأنه لو قال: امرأته طالق، وعنى نفسه، قال جدي: يحتمل وقوع الطلاق، ويحتمل عدمه.

وأنه لو قال لابنه: قل لأمك أنت طالق، قال جدي: إن أراد التوكيل، فإذا قاله لها الابن، طلقت، ويحتمل أن يقع ويكون الابن مخبرًا لها بالحال.

وأنه لو قال: كل امرأة في السكة طالق، وزوجته في السكة، طلعت على الأصح وأنه لو وكل في طلاقها، فقال الوكيل: طلقت من يقع الطلاق عليها بلفظي، هل تطلق التي وكله في طلاقها، أو طلقها ولم ينو عند الطلاق أن يطلق لموكله ففي الوقوع وجهان.

وفي فتاوي القاضي حسين، أنه لو قيل له: فعلت كذا، فأنكر، فقيل له: إن كنت فعلته فامرأتك طالق، قال: نعم، لم تطلق، لأنه لم يوقعه. قال البغوي: ينبغي أن يكون على القولين، فيمن قيل له: طلقتها؟ قال: نعم.

وفي «المستدرك» للإمام إسماعيل البوشنجي، أنه لو قال لزوجته: وهبتك لأهلك، أو لأبيك أو للأزواج أو للأجانب، ونوى الطلاق، طلقت، كقوله: الحقي بأهلك.

وأنه لو قال لامرأته: أنت كذا ونوى الطلاق، لم تطلق. وكذا لو علق بصفة، فقال: إن لم أدخل الدار، فأنت كذا، ونوى، لم تطلق لأنه لا إشعار له بالفرقة، فأشبه إذا قال: إن لم أدخل الدار فأنت كما أضمر، ونوى الطلاق، فإنها لا تطلق، وأنه لو قال: أربع طرق عليك مفتوحة، فخذي أيها شئت، أو لم يقل: خذي أيها شئت، أو قال: فتحت عليك طريقك، فكناية. وقال أبو بكر الشاشي: إذا لم يقل: خذي أيها شئت، فليس كناية، ووافق في قوله: فتحت عليك طريقك أنه كناية. وأنه

لو قال: خذي طلاقك، فقالت: أخذت، لم تطلق ما لم توجد نية الإيقاع من الزوج بقوله: خذي أو من المرأة إن حمل قوله على تفويض الطلاق إليها.

وفي «الإقناع» لأقضى القضاة الماوردي، أن قوله: لعل الله يسوق إليك خيرًا، كناية، وذكر هو وغيره أن قوله: بارك الله لك، كناية، بخلاف قوله: بارك الله فيك.

وفي «فتاوى الغزالي»: إذا كتب الشروطي إقرار رجل بالطلاق، فقال له الشهود: نشهد عليك بما في هذا الكتاب؟ فقال: اشهدوا، لا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى، بل لو قال: اشهدوا على أني طلقتها أمس وهو كاذب، لم يقع فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي «التتمة» أنه لو قال لواحدة من نسائه: أنت طالق مئة طلقة، فقالت: تكفيني ثلاث، فقال: الباقي على صواحبك، لا يقع على صواحبها طلاق، لأنه لم يخاطبهن، وإنما رد عليها شيئًا لاغيًا، فإن نوى به الطلاق، كان طلاقًا وكان التقدير: أنت طالق بثلاث، وهن طوالق بالباقي وأنه لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وأنت يا أم أولادي، قال أبو عاصم العبادي: لا تطلق، وهو كما قال غيره: لو قال لزوجته: نساء العالمين طوالق وأنت يا فاطمة، لا تطلق، لأنه عطف على نسوة لم يطلقن، وأنه لو قال له رجل: فعلت كذا فأنكر، فقال الرجل: الحل عليك حرام، والنية نيتي أنك ما فعلت، فقال: الحل علي حرام، والنية نيتك ما فعلته، لغا قوله: النية نيتك، ويكون الحكم كما لو تلفظ بهذا اللفظ ابتداءً ولو قال له لما أنكر: امرأتك طالق إن كنت كاذبًا، فقال: طالق وقال: ما أردت طلاق امرأتي يقبل، لأنه لم توجد إشارة إليها ولا تسمية، وإن لم يدَّع إرادة غيرها، حكم بوقوع الطلاق، وبالله التوفيق.

فرع: قال: أنت طالق ثلاثًا أو لا، بإسكان الواو، لا يقع شيء. قال المتولي: كما لو قال: هل أنت طالق؟ ولو قال: أنت طالق أولًا بتشديد الواو وهو يعرف العربية، طلقت.

الطرف الثاني في الأفعال القائمة مقام اللفظ: الإشارة والكتب يدلان على الطلاق، فأما الإشارة، فمعتبرة من الأخرس في وقوع الطلاق، وتقوم إشارته مقام عبارة الناطق في جميع العقود والحلول والأقارير والدعاوى، لكن في شهادته خلاف. وإذا أشار في صلاته بطلاق أو بيع أو غيرهما، صح العقد قطعًا ولا تبطل صلاته على الصحيح، ثم منهم من أدار الحكم على إشارته المفهومة، وأوقع الطلاق بها، نوى أم لم ينو، وكذا فصل البغوي.

وقال الإمام وآخرون: إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية، وهي التي

يفهم منها الطلاق كل واقف عليها، وإلى كناية مفتقرة إلى النية، وهي التي يفهم الطلاق بها المخصوص بالفطنة والذكاء. ولو بالغ في الإشارة، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق وأفهم هذه الدعوى. قال الإمام: هو كما لو فسر اللفظة الشائعة في الطلاق بغيره.

فرع: سواء في اعتبار إشارة الأخرس، قدر على الكتابة أم لا، هكذا قاله الإمام، ويوافقه إطلاق الجمهور. وقال المتولي: إنما تعتبر إشارته إذا لم يقدر على كتابة مفهمة. فالكتابة هي المعتبرة، لأنها أضبط، وينبغي أن يكتب مع ذلك: إني قصدت الطلاق.

فرع: إذا كتب الأخرس الطلاق، فثلاثة أوجه: الصحيح أنه كناية، فيقع الطلاق إذا نوى، وإن لم يشر معها، والثاني: لا بد من الإشارة، والثالث: هو صريح، قاله الشيخ أبو محمد.

فصل: القادر على النطق، إشارته بالطلاق ليست صريحة، وإن أفهم بها كل أحد، وليست كناية أيضًا على الأصح. ولو قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق وهذه، ففي افتقار طلاق الثانية إلى نية، وجهان: ولو قال: امرأتي طالق، وأشار إلى أحدهما، ثم قال: أردت الأخرى، فوجهان: أحداهما: يقبل. والثاني: لا يقبل، بل تطلقان جميعًا.

فصل: إذا كتب القادر بطلاق زوجته، نظر، إن قرأ ما كتبه وتلفظ به في حال الكتابة، أو بعدها، طلقت، وإن لم يتلفظ، نظر، إن لم ينو إيقاع الطلاق، لم تطلق على الصحيح، وقيل: تطلق وتكون الكتابة صريحًا، وليس بشيء. وإن نوى، ففيه أقوال وأوجه وطرق، مختصرها ثلاثة أقوال: أظهرها: تطلق مطلقًا، والثاني: لا، والثالث: تطلق إن كانت غائبة عن المجلس، وإلا فلا. وهذا الخلاف جارٍ في سائر التصرفات التي لا تفتقر إلى قبول كالإعتاق والإبراء، والعفو عن القصاص وغيرها بلا فرق.

وأما ما يحتاج إلى قبول، فهو نكاح وغيره، أما غيره كالبيع والهبة والإجارة، ففي انعقادها بالكتب خلاف مرتب على الطلاق، وما في معناه، إن لم يعتبر الكتب هناك، فهنا أولى، وإلا فوجهان: للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكنايات، ولأن القبول فيها شرط فيتأخر عن الإيجاب، والأشبه الانعقاد. ومن قال به، جعل تمام الإيجاب بوصول الكتاب، حتى يشترط اتصال القبول به. وفي وجه: لا يشترط ذلك، بل يراعى التواصل اللائق بين الكتابين، وقد أشرنا إلى هذا كله في أول البيع، وذكرنا عن بعضهم، أن المشتري لو قبل بالقول، كان أقوى من أن يكتب، وكذا ذكره الإمام.

وأما النكاح، ففيه خلاف مرتب، والمذهب منعه بسبب الشهادة، فلا اطلاع للشهود على النية. ولو قالا بعد المكاتبة: نوينا، كان شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد، ومن جوز اعتمد الحاجة. وإذا قلنا: ينعقد البيع والنكاح بالمكاتبة، فذلك في حال الغيبة، فأما عند الحضور، فخلاف مرتب.

وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبة يكتب: زوّجْتُك بنتي، ويحضر الكتاب عدلان، ولا يشترط أن يحضرهما، ولا أن يقول: اشهدا. فإذا بلغه، فيقبل لفظًا. أو يكتب القبول، ويحضر القبول شاهدا الإيجاب، فإن شهده آخران، فوجهان: أصحهما: المنع، ومن جوزه، احتمله كما احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول. ثم إذا قبل لفظًا أو كتابة، يشترط كونه على الفور، وفيه وجه ضعيف سبق.

فرع: كتب إليه: وكلتك في بيع كذا من مالي، أو إعتاق عبدي، فإن قلنا: الوكالة لا تفتقر إلى القبول، فهو ككتب الطلاق، وإلا فكالبيع ونحوه.

فرع: كتب: زوجتي طالق، أو يا فلانة أنت طالق، أو كل زوجة لي فهي طالق، فإن قرأ ما كتبه، فقد ذكرنا أنها تطلق. فلو قال: لم أنو الطلاق، وإنما قصدت قراءة ما كتبته وحكايته، ففي قبوله ظاهرًا وجهان مشبهان بالوجهين فيما لو حل الوثاق، وقال: أنت طالق، وفائدة الخلاف، إنما تظهر إذا لم يجعل الكتب صريحًا ولا كناية، أو قلنا: كناية، وأنكر اقتران النية.

فرع: إذا أوقعنا الطلاق بالمكاتبة، نظر في صورة المكتوب، إن كتب: أما بعد، فأنت طالق، طلقت في الحال، سواء وصلها الكتاب أم ضاع.

وإن كتب: إذا قرأت كتابي، فأنت طالق، لم يقع بمجرد البلوغ، بل عند القراءة. فإن كانت تحسن القراءة، طلقت إذا قرأته، قال الإمام: والمعتبر أن تطلع على ما فيه. واتفق علماؤنا على أنها إذا طالعته وفهمت ما فيه، طلقت، وإن لم تتلفظ بشيء. فلو قرأه غيرها عليها، فهل يقع الطلاق لأن المقصود اطلاعها، أم لا لعدم قراءتها مع الإمكان؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قطع البغوي.

وإن كانت لا تحسن القراءة، طلقت إذا قرأه عليها شخص على الصحيح. وقيل: لا تطلق أصلًا. ولو كان الزوج لا يعلم، أهي قارئة أم لا، فيجوز أن ينعقد التعليق على قراءتها بنفسها، نظرًا إلى حقيقته، ويجوز أن ينعقد على الفهم والاطلاع، لأنه القدر المشترك بين الناس، والأول أقرب. أما إذا كتب: إذا أتاك كتابي، أو بلغك، أو وصل إليك كتابي فأنت طالق، فلا يقع الطلاق قبل أن يأتيها فإن انمحى جميع المكتوب، فبلغها القرطاس بحيث لا يمكن قراءته، لم تطلق كما لو ضاع. وقيل: تطلق، إذ يقال: أتى كتابه وقد انمحى، والصحيح الأول. وإن بقي

أثر، وأمكنت قراءته، طلقت، كما لو وصل بحاله، وإن وصلها بعض الكتاب دون بعضه، فخرم الكتاب أربعة أقسام:

أحدها: موضع الطلاق، فإن كان هو الضائع، أو انمحى ما فيه، فثلاثة أوجه: أصحها: لا تطلق، والثاني: تطلق، والثالث: إن قال: إذا جاءك كتابي، وقع وإن قال: إذا جاءك كتابي هذا أو الكتاب، فلا.

الثاني: موضع سائر مقاصد الكتاب، ومنه ما يعتذر به عن الطلاق ويوبخها عليه من الأفعال الملجئة إلى الطلاق، فإن كان الخلل فيه بالتخرق والانمحاء، وبقي موضع الطلاق وغيره، ففيه الأوجه الثلاثة، والوقوع هنا أولى، وبه قال أبو إسحاق، لوصول المقصود، ويحسن الاعتماد على الوجه الثالث في الصورتين.

الثالث: موضع السوابق واللواحق، كالتسمية، وصدر الكتاب، والحمد والصلاة. فإذا كان الخلل فيه والمقاصد باقية، ففيه الأوجه، لكن الأصح هنا، الوقوع. قال الإمام: وكنت أود أن يفرق في هذه الصور الثلاث بين أن يبقى معظم الكتاب، أم يختل؟ فإن للمعظم أثرًا في بقاء الاسم وعدمه.

الرابع: البياض في أول الكتاب وآخره. المذهب: أنه لا عبرة. بزواله وقيل: يطرد الخلاف.

أما إذا كتب: إذا بلغك كتابي فأنت طالق، فإن بلغ موضع الطلاق وقع بلا تفصيل ولا خلاف، وإن بلغ ما سواه وبطل موضع الطلاق، لم تطلق.

فرع: كتب: إذا بلغك كتابي، فأنت طالق، وكتب أيضًا: إذا وصل إليك طلاقي فأنت طالق فبلغها، وقعت طلقتان للصفتين. ولو كان التعليق بقراءتها، فقرأت بعضه دون بعض، فعلى ما ذكرناه في وصول بعضه دون بعض.

فرع: كتب كتابه ونوى، فككتب الصريح. ولو أمر الزوج أجنبيًا، فكتب ونوى الزوج، لم تطلق كما لو قال للأجنبي: قل لزوجتي: أنت بائن ونوى الزوج، لا تطلق.

فرع: كتب: إذا بلغك نصف كتابي هذا فأنت طالق، فبلغها كله، فهل يقع لاشتمال الكل على النصف، أم لا لأن النصف في مثل هذا يراد به المنفرد؟ وجهان.

فرع: الكتب على الكاغد، والرق، واللوح، والنقر في الحجر والخشب، سواء في الحكم، ولا عبرة برسم الحروف على الماء والهواء، لأنها لا تثبت. قال الإمام: ولا يمتنع أن يلحق هذا بالإشارة المفهمة، ولك أن تمنعه، لأن هذا إشارة إلى الحروف لا إلى معنى الطلاق وهو الابعاد.

فرع: قالت: أتاني كتاب الطلاق، فأنكر أنه كتبه، أو أنه نوى، صدق، فلو شهد شهود أنه خطه، لم تطلق بمجرد ذلك، بل يحتاج مع ذلك إلى إثبات قراءته أو نيته.

فرع: كتب: أنت طالق ثم استمد فكتب: إذا أتاك كتابي، فإن احتاج إلى الاستمداد، لم تطلق حتى يبلغها الكتاب، وإلا طلقت في الحال.

فرع: حرك لسانه بكلمة الطلاق، ولم يرفع صوته قدرًا يسمع نفسه. قال المتولي: حكى الزجاجي، أن المزني نقل فيه قولين: أحدهما: تطلق، لأنه أقوى من الكتب مع النية. والثاني: لا لأنه ليس بكلام، ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يسمع نفسه.

الطرف الثالث في التفويض: يجوز أن يفوض إلى زوجته طلاق نفسها، فإذا فوض فقال: طلقي نفسك إن شئت، فهل هو تمليك للطلاق، أم توكيل به؟ قولان: أظهرهما: تمليك وهو الجديد، فعلى هذا، تطليقها يتضمن القبول، ولا يجوز لها تأخيره، فلو أخرت بقدر ما ينقطع القبول عن الإيجاب ثم طلقت، لم يقع. وقال ابن القاص وغيره: لا يضر التأخير ما داما في المجلس، وقال ابن المنذر: لها أن تطلق متى شاءت، ولا يختص بالمجلس، والصحيح الأول، وبه قال الأكثرون. ولو قال: طلقي نفسك بألف، أو على ألف إن شئت فطلقت، وقع بائنًا، وهذا تمليك بعوض. وإذا لم يجر عوض، فهو كالهبة. قال القفال: ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: كيف يكون تطليقي لنفسي، ثم قال: طلقت، وقع الطلاق ولم يكن هذا القدر قاطعًا، وهذا تفريع على أن الكلام اليسير لا يضر تخلله.

أما إذا قلنا: التفويض توكيل، ففي اشتراط قبولها الخلاف المذكور في سائر الوكالات، ويجيء الوجه الفارق بين صيغة الأمر بأن يقول: طلقي نفسك. وصيغة العقد، كقوله: وكلتك في طلاق نفسك. وهل يجوز تأخير التطليق على هذا القول؟ وجهان: أصحهما: نعم، فتطلق متى شاءت كتوكيل الأجنبي. والثاني: وبه قال القاضي حسين البغوي: لا، وطرده القاضي فيما لو قال: وكلتك في طلاق نفسك.

أما إذا قال: طلقي نفسك متى شئت، فيجوز التأخير قطعًا، وللزوج أن يرجع فيه قبل أن تطلق نفسها إن جعلناه توكيلًا، وكذا إن جعلناه تمليكًا على الصحيح، ومنعه ابن خيران.

ولو قال: إذا جاء رأس الشهر، فطلقي نفسك، فإن قلنا: تمليك، لغا، وليس لها التطليق إذا جاء رأس الشهر.. وإن قلنا: توكيل، جاز كتوكيل، الأجنبي. وعلى هذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر، فطلقي نفسك، إن ضمنت لي ألفًا، أو قال:

طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفًا بعد شهر، فإذا طلقت نفسها على ألف بعد مضي الشهر، طلقت ولزمها الألف.

قال إسماعيل البوشنجي: لو قال لأجنبي: إذا جاء رأس الشهر، فأمر امرأتي بيدك، فإن كان قصده بذلك إطلاق الطلاق له بعد انقضاء الشهر، فله التطليق بعد أي وقت شاء، إلا أن يطرأ منع، وإن أراد تقييد الأمر برأس الشهر، تقيد الطلاق به، وليس له التطليق بعده، ولو قال: إذا مضى هذا الشهر فأمرها بيدك، فمقتضاه إطلاق الإذن بعده، فيطلقها بعده متى شاء ولو قال: أمرها بيدك إلى شهر أو شهرًا، فله أن يطلقها إلى شهر، وليس له تطليقها بعده.

وهذه الأحكام في حق الزوجة، كهي في حق الأجنبي إذا جعلنا التفويض اليها توكيلًا.

فرع: قال: طلقي نفسك، فقالت: طلقت نفسي أو أنا طالق إذا قدم زيد، لم يقع الطلاق إذا قدم، لأنه لم يملِّكها التعليق، وكذا حكم الأجنبي، وفيها وجه حكاه الحناطي.

ولو قال لها: علقي طلاقك، ففعلت، أو قاله لأجنبي، ففعل، لم يصح، لأن تعليق الطلاق يجري مجرى الأيمان، فلا يدخله نيابة، وقيل: يصح، وقيل: إن علق على صفة توجد لا محالة، كطلوع الشمس، ورأس الشهر، صح لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين، وإن كانت محتملة الوجود كدخول الدار، لم يصح، لأنه يمين، والصحيح هو الأول، وبه قطع البغوي.

فرع: تفويض الإعتاق إلى العبد، كتفويض التطليق إلى الزوجة في الأحكام المذكورة.

فصل: كما يجوز التفويض بصريح الطلاق، ويعتد من المفوض إليها بالصريح، كذلك يجوز التفويض بالكنايات مع النية، ويعتد منها بالكناية مع النية، ولا يشترط توافق لفظيهما، إلا أن يقيد التفويض. فإذا قال: أبيني نفسك، أو بتي، فقالت: أبنت، أو بتت، ونويا، طلقت. وإن لم ينو أحدهما، لم تطلق. ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي، أو أنا خلية أو برية، ونوت، طلقت على الصحيح. وقال ابن خيران، وأبو عبيد بن خربويه: لا تطلق. ولو قال: طلقي نفسك، فقالت للزوج: طلقتك، ففيه هذا الخلاف، ويجري الخلاف في عكسه بأن يقول: أبيني نفسك، أو فوضت إليك أمرك، أو ملَّكتك نفسك، أو أمرك بيدك وينوي، فتقول: طلقت نفسي، قال القاضي حسين وغيره: ويجري فيما لو قال لأجنبي: طلقها، فقال: أبنتها، ونوى، أو قال: أبنها ونوى، فقال: طلقتها.

ولو قال لها: أبيني نفسك ونوى، فقالت: أنا خلية ونوت، فإن قلنا بالصحيح، طلقت، وعلى قول ابن خيران، وجهان: أصحهما: تطلق، لأن الاعتماد هنا على النية، واللفظ غير مستقل، بخلاف اختلاف الصريح والكناية. ولو قال: طلقي نفسك بصريح الطلاق، أو قال: بكناية الطلاق، فعدل عن المأذون فيه إلى غيره، لم تطلق بلا خلاف. ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: سرحت نفسي، طلقت بلا خلاف لاشتراكهما في الصراحة.

فرع: قال لها: اختاري نفسك ونوى تفويض الطلاق، فقالت: اخترت نفسي، أو اخترت ونوت، وقعت طلقة. ولو قال: اختاري ولم يقل: نفسك، ونوى تفويض الطلاق، فقالت: اخترت، ففي «التهذيب» أنه لا يقع الطلاق حتى تقول: اخترت نفسي، وأشعر كلامه بأنه لا يقع وإن نوت، لأنه ليس في كلامه ولا كلامها ما يشعر بالفراق، بخلاف قوله: اختاري نفسك، فإنه يشعر، فانصرف كلامها إليه وقال إسماعيل البوشنجي: إذا قالت: اخترت، ثم قالت بعد ذلك: أردت: اخترت نفسي وكذبها الزوج، فالقول قولها، ويقع الطلاق.

ولو قالت: اخترت نفسي ونوت، وقعت طلقة، وتكون رجعية إن كانت محلًا للرجعة. ولو قالت: اخترت زوجي أو النكاح لم تطلق.

ولو قالت: اخترت الأزواج، أو اخترت أبوي، أو أخي، أو عمي، طلقت على الأصح سواء قال: اختاري نفسك أو اختاري فقط.

فرع: متى كان التفويض وتطليقها أو أحدهما بكناية فتنازعا في النية، فالقول قول الناوي، سواء أثبتها أم نفاها. وقال الإصطخري: إذا ادعت أنها نوت فأنكر صدق، لأن الأصل بقاء النكاح، والصحيح الأول، لأن النية لا تعرف إلا من الناوي.

ولو اختلفا في أصل التخيير، فأنكره الزوج، أو قال: خيرتك فلم تختاري في وقت الاختيار، وقالت: اخترت، فالقول قوله للأصل.

قال ابن كج: ولو جعل أمرها إلى وكيل، فقال لها الوكيل: أمرك بيدك وزعم أنه نوى الطلاق، وصدقته المرأة، وكذبه الزوج، فالقول قول الوكيل على الصحيح، لأنه أمينه. وقيل: القول قول الزوج للأصل. ولو توافق الزوجان على تكذيبه، لم يقبل قول الوكيل.

فرع: القول في اشتراط الفور في قبولها إذا فوض بكناية، على ما ذكرناه إذا فوض بصريح.

فرع: قال: اختاري من ثلاث طلقات ما شئت، أو طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين، ولا تملك الثلاث.

فرع: خير صبية، فاختارت، لم تطلق.

فرع: قال المتولي: لو قال ثلاث مرات: اختاري وقال: أردت واحدة، لم يقع إلا واحدة.

فرع: ذكر إسماعيل البوشنجي أنه إذا قال: اختاري نفسك، أو طلقي نفسك، فقالت: أختار أو أطلق، فمطلقة للاستقبال، فلا يقع في الحال شيء. فإن قال: أردت الإنشاء، وقع في الحال.

فرع: ذكر إسماعيل البوشنجي أنه لو خيرها وهي لا تعلم، فاختارت اتفاقًا، خرج على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتًا، والطلاق أولى بالنفوذ.

وأنه لو قال لرجل: أمر امرأتي بيد الله تعالى وبيدك، يسأل، فإن قال: أردت أنه لا يستقل بالطلاق، قبل قوله ولم يكن له أن يطلق، وإن قال: أردت أن الأمور كلها بيد الله تعالى، والذي أثبته الله لي جعلته في يدك، قبل واستقل ذلك الرجل. وأنه لو قال: كل أمر لي عليك قد جعلته بيدك، فعندي أن هذا ليس بتفويض صريح، وأنه ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثًا ما لم ينو هو الثلاث. وأنه لو قال لها: اختاري اليوم وغدًا وبعد غد، فالمضاف إلى الزمن المستقبل ينبغي أن يكون على الخلاف، في أن التفويض عليك أم توكيل؟ إن قلنا: تمليك، لم يحتمل التراخي كالبيع، وإلا فهو كتوكيله بالبيع اليوم وغدًا وبعد غد، فعلى هذا، له الرد في بعض الأيام دون بعض.

فصل: قال: طلقي نفسك ونوى الثلاث، فقالت: طلقت نفسي ونوت الثلاث، وقع الثلاث. وإن لم تنو هي العدد، فهل يقع واحدة أم الثلاث؟ وجهان: أصحهما: واحدة. ولو قال: طلقي نفسك ثلاثًا، فقالت: طلقت أو طلقت نفسي ولم تلفظ بالعدد ولا نوته، وقع الثلاث، لأن قولها هنا جواب لكلامه، فهو كالمعاد في الجواب، بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالثلاث ونوتها، لأن المنوي لا يمكن تقدير عوده في الجواب، فإن التخاطب باللفظ لا بالنية. وفيه احتمال للإمام، أنه لا يقع إلا واحدة. ولو فوض بكناية ونوى عددًا وطلقت هي بالكناية ونوت العدد، وقع ما نوياه.

فلو نوى أحدهما عددًا، والآخر عددًا آخر، وقع الأقل. ولو قال: طلقي نفسك ثلاثًا، فطلقت واحدة أو ثنتين، وقع ما أوقعته. ثم إن أوقعت واحدة فراجعها في الحال. قال البغوي في الفتاوى: لها أن تطلق ثانية وثالثة، لأنه لا فرق بين أن تطلق الثلاث دفعة، وبين قولها: طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة، فلا يقدح

تخلل الرجعة بين الطلقتين. ولو قال: طلقي واحدة، فقالت: طلقت ثلاثًا أو ثنتين، وقعت واحدة، والحكم في الطرفين في توكيل الأجنبي كما ذكرنا.

ولو قال: طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت، فطلقت واحدة، أو قال: واحدة إن شئت، فطلقت ثلاثًا، وقعت واحدة كما لو لم يقل: إن شئت. ولو قدَّم ذكر المشيئة على العدد فقال: طلقي نفسك إن شئت ثلاثًا، فطلقت واحدة، أو قال: طلقي إن شئت واحدة، فطلقت ثلاثًا. قال صاحب «التلخيص» وسائر الأصحاب: لا يقع، لأن مشيئة ذلك العدد صارت شرطًا في أصل الطلاق.

الركن الثالث: القصد إلى الطلاق: فيشترط أن يكون قاصدًا لحروف الطلاق بمعنى الطلاق، ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه، ويختل القصد بثلاثة أسباب:

السبب الأول: أن لا يقصد اللفظ، كالنائم تجري كلمة الطلاق على لسانه. ولو استيقظ نائم، وقد جرى على لسانه لفظ الطلاق فقال: أجزت ذلك الطلاق أو أوقعته، فهو لغو.

فرع: من سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته، وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى، لم يقع طلاقه، لكن لا تقبل دعواه سبق اللسان في الظاهر إلا إذا وجدت قرينة تدل عليه. فإذا قال: طلقتك، ثم قال: سبق لساني وإنما أردت: طلبتك، فنص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، أنه لا يسع امرأته أن تقبل منه. وحكى الروياني عن صاحب «الحاوي» وغيره: أن هذا فيما إذا كان الزوج متهمًا. فأما إن ظنت صدقه بأمارة، فلها أن تقبل قوله ولا تخاصمه. وأن من سمع ذلك منه إذا عرف الحال، يجوز أن يقبل قوله ولا يشهد عليه. قال الروياني: وهذا هو الاختيار. ولو كانت زوجته تسمى طالقًا، وعبده يسمى حرًا، فقال لها: يا طالق، وله: يا حر، فإن قصد النداء، فلا طلاق ولا عتق. وإن قصد الطلاق والعتق، حصلا. وإن أطلق ولم ينو شيئًا، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: أصحهما: على النداء وبه قطع البغوي. ولو كان حروف اسم امرأته تقارب حروف طالق، كطالع وطالب، وطارق، فقال: يا طالق، ثم قال: أردت أن أقول: يا طارق، أو يا طالع فالتف الحرف بلساني، قبل قوله في الظاهر لظهور القرينة.

ومن صور سبق اللسان، ما إذا طهرت من الحيض أو ظن طهرها، فأراد أن يقول: أنت الآن طاهرة، فسبق لسانه، فقال: أنت الآن طالقة.

فرع: المبرسم والمغمى عليه كالنائم.

فرع: الحاكي لطلاق غيره، كقوله: قال فلان: زوجتي طالق. والفقيه إذا كرر

لفظ الطلاق في تصويره وتدريسه وتكراره، لا طلاق عليه.

فرع: قال: أنت طالق عن العمل. قال البوشنجي: لا يقع الطلاق لا ظاهرًا ولا باطنًا.

فصل: الطلاق والعتق ينفذان من الهازل ظاهرًا وباطنًا، فلا تديين فيهما، وينفذ أيضًا النكاح والبيع وسائر التصرفات مع الهزل على الأصح.

وصورة الهزل أن يلاعبها بالطلاق بأن تقول في معرض الدلال والاستهزاء: طلقني، فقال: طلقتك، فتطلق، لأنه خاطبها قاصدًا مختارًا، ولم يصرف اللفظ إلى تأويل، فلم تدين، بخلاف من قال: أردت طالق من وثاق.

فرع: نسي أن له زوجة، أو زوّجه أبوه في صغره، أو وكيله في كبره وهو لا يدري فقال: زوجتي طالق، أو خاطبها بالطلاق، طلقت، نص عليه الشافعي رحمة الله عليه. وهذا في الظاهر. وفي نفوذه باطنًا وجهان بناهما المتولي على الإبراء عن المجهول. إن قلنا: لا يصح، لم تطلق باطنًا.

فرع: إذا لقن كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها، فقالها وهو لا يعرفها، لم يقع طلاقه. قال المتولي: هذا إذا لم يكن له مع أهل ذلك اللسان اختلاط. فإن كان لم يصدق في الحكم ويُدَيَّنُ باطنًا. وإذا لم يقع الطلاق فقال: أردت بهذه اللفظة معناها بالعربية، لم يقع على الأصح.

ولو قال: لم أعلم أن معناها قطع النكاح، ولكن نويت بها الطلاق، وقصدت قطع النكاح، لم يقع الطلاق، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها، وقال: أردت الطلاق.

السبب الثاني: الإكراه. التصرفات القولية المحمول عليها بالإكراه بغير حق، باطلة سواء الردة والبيع، وسائر المعاملات والنكاح، والطلاق والإعتاق وغيرها، وأما ما حمل عليه بحق، فهو صحيح، فيحصل من هذا أن إسلام المرتد والحربي مع الإكراه، صحيح، لأنه بحق، ولا يصح إسلام الذمي مكرهًا على الأصح، والمؤلي بعد مضي المدة إذا طلق بإكراه القاضي، نفذ لأنه بحق، أو لأنه ليس بحقيقة إكراه، فإنه لا يتعين الطلاق. قال المتولي: هذا في الطلقة الواحدة، وأما إذا أكرهه الإمام على ثلاث طلقات فتلفظ بها، فإن قلنا: لا ينعزل بالفسق، وقعت واحدة ولغت الزيادة. وإن قلنا: ينعزل، لم يقع شيء كما لو أكرهه غيره، وثبت التحريم بالرضاع مع الإكراه، وفي امتناع القصاص وحد الزنا في حق الرجل بالإكراه خلاف في موضعه.

فصل: إنما يندفع الطلاق بالإكراه، إذا لم يظهر ما يدل على اختياره. فإن

ظهر بأن خالف المكره، وأتى بغير ما حمله عليه، حكم بوقوع الطلاق، ولذلك صور منها أن يكرهه على طلقة فيطلق ثلاثًا، أو على ثلاث، فيطلق واحدة، أو على طلاق زوجتين، فيطلق إحداهما، أو على أن يطلق بصريح، فطلق بكناية أو بصريح آخر، أو بالعكس، أو على تنجيز الطلاق فعلقه، أو بالعكس، فلا عبرة بالإكراه في كل هذه الصور، ويقع ما أتى به.

ولو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه، فطلق واحدة بعينها، وقع على المذهب لأنه مختار في تعيينها وحكى المتولي فيه خلافًا، ولو أكرهه على طلاق زوجة فطلق زوجتين، نظر إن قال له: طلق زوجتك حفصة، فقال لها ولضرتها عمرة: طلقتكما، طلقتا، لأنه عدل عن كلمة الإكراه. وإن قال: طلقت حفصة وعمرة، أو: وطلقت عمرة، أو حفصة طالق وعمرة طالق، طلقت عمرة ولم تطلق حفصة، هكذا فصله البغوي والمتولي وغيرهما، ولم يفصل الإمام بين العبارتين، بل أطلق عن الأصحاب الحكم بوقوع الطلاق على الضرتين. قال: وفيه احتمال، إذ لا يبعد أن يكون مختارًا في طلاق عمرة.

فرع: الإكراه على تعليق الطلاق، يمنع انعقاده، كما يمنع نفوذ التنجيز.

فرع: إن ورى المكره بأن قال: أردت بقولي: طلقت فاطمة غير زوجتي، أو نوى الطلاق من وثاق، أو قال في نفسه: إن شاء الله تعالى، لم يقع الطلاق. وإذا ادعى التورية، صدق ظاهرًا في كل ما كان يدين فيه عند الطواعية.

وإن ترك التورية، نظر إن كان غبيًا لا يحسن التورية، لم يقع طلاقه أيضًا، وإن كان عالمًا وأصابته دهشة بالإكراه وسل السيف، فكذلك. وإن لم تصبه دهشة، فوجهان: أحدهما: يقع طلاقه، وهو اختيار القفال والغزالي، لإشعاره بالاختيار، وأصحهما: لا، لأنه مجبر على اللفظ. ولا نية تشعر بالاختيار.

ولو قصد المكره إيقاع الطلاق، فوجهان: أحدهما: لا يقع، لأن اللفظ ساقط بالإكراه، والنية لا تعمل وحدها. وأصحهما: يقع لقصده بلفظه. وعلى هذا، فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه، كناية، إن نوى وقع، وإلا فلا.

فرع: قال: طلق زوجتي وإلا قتلتك، فطلقها وقع على الصحيح، لأنه أبلغ في الإذن، وقيل: لا يقع لسقوط حكم اللفظ بالإكراه. كما لو قال لمجنون: طلقها فطلق.

فرع: الوكيل في الطلاق إذا أكره على الطلاق. قال أبو العباس الروياني: يحتمل أن يقال: يقع لحصول اختيار المالك، ويحتمل أن لا يقع، لأنه المباشر. قال: وهذا أصح.

فصل: في بيان الإكراه، يشترط فيه كون المكره غالبًا قادرًا على تحقيق ما هدده به، بولاية، أو تغلب، وفرط هجوم، وكون المكره مغلوبًا عاجزًا عن الدفع بفرار أو مقاومة، أو استعانة بغيره، ويشترط أن يغلب على ظنه أنه إن امتنع مما أكرهه عليه، أوقع به المكروه. وقال أبو إسحاق المروزي: لا إكراه إلا بأن ينال بالضرب. والصحيح الذي قطع به الجمهور، عدم اشتراط تنجيز الضرب وغيره بل يكفي التوعد. وفيما يكون التخويف به إكراهًا، سبعة أوجه:

أحدها: القتل فقط. حكاه الحناطي والإمام.

والثاني: القتل، أو قطع طرف، أو ضرب يخاف منه الهلاك، قاله أبو إسحاق.

والثالث: قاله ابن أبي هريرة وكثيرون: أنه يلحق بما سبق أيضًا الضرب الشديد، والحبس، وأخذ المال، وإتلافه، وبهذا قال أبو علي في «الإفصاح» وزاد عليه فقال: لو توعده بنوع استخفاف، وكان الرجل وجيهًا يغض ذلك منه، فهو إكراه. قال هؤلاء: فالضرب والحبس والاستخفاف، يختلف باختلاف طبقات الناس وأحوالهم. والتخويف بالقتل والقطع وأخذ المال، لا يختلف. وقال الماسرجسي: يختلف بأخذ المال، فلا يكون تخويف الموسر بأخذ خمسة دراهم منه إكراهًا. قال الروياني: هذا هو الاختيار، فهذه الأوجه هي الموجودة للمتقدمين من العراقيين وغيرهم. وأصحها: الثالث، وصححه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما.

والرابع: أن الإكراه لا يحصل إلا إذا خوفه بما يسلب الاختيار، ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى النار والشوك، ولا يبالي، فعلى هذا الحبس ليس بإكراه. وكذا التخويف بالإيلام الشديد. قال الإمام: لكن لو فوتح به، احتمل جعله إكراهًا.

والخامس: لا يشترط سقوط الاختيار، بل إذا أكرهه على فعل يؤثر العاقل الإقدام عليه حذرًا مما تهدده به، حصل الإكراه. فعلى هذا، ينظر فيما طلبه منه وما هدده به، فقد يكون الشيء إكراهًا في مطلوب دون مطلوب، وفي شخص دون شخص. فإن كان الإكراه على الطلاق، حصل بالقطع وبالتخويف بالحبس الطويل، وبتخويف ذوي المروءة بالصفع في الملأ، وتسويد الوجه والطوف به في السوق. وقيل: لا يكون التخويف بالحبس وما بعده إكراهًا، وطرد هذا الخلاف في التخويف بقتل الولد والوالد، والصحيح في الجميع، أنه إكراه. والأصح أن التخويف بإتلاف المال ليس إكراهًا على هذا الوجه، وإن كان الإكراه على قتل فالتخويف بالحبس، وقتل الولد، وإتلاف المال ليس إكراهًا. وإن كان الإكراه على إتلاف مال،

فالتخويف بجميع ذلك إكراه. وقيل: لا يكون التخويف بإتلاف المال إكراه في إتلاف المال.

الوجه السادس: أن الإكراه إنما يحصل بالتخويف بعقوبة تتعلق ببدن المكره، بحيث لو حققها تعلق به قصاص، فيخرج عنه ما لا يتعلق ببدنه، كأخذ المال وقتل الوالد والولد، والزوجة، والضرب الخفيف، والحبس المؤبد، إلا أن يخوفه بحبس في قعر بئر يغلب منه الموت. واختار القاضي حسين هذا.

الوجه السابع: لا يحصل الإكراه إلا بعقوبة شديدة تتعلق ببدنه، فيدخل فيه القتل والقطع، والضرب الشديد، والتجويع والتعطيش، والحبس الطويل، ويخرج ما خرج عن الوجه السادس، ويخرج عنه التخويف بالاستخفاف بإلقاء العمامة والصفع، وما يخل بالجاه. واستبعد الإمام من هذا الوجه، دخول الحبس وخروج قتل الولد، وأما التخويف بالنفي عن البلد، فإن كان فيه تفريق بينه وبين أهله، فكالحبس الدائم، وإلا فوجهان: أصحهما: إكراه، لأن مفارقة الوطن شديدة، ولهذا جعلت عقوبة للزاني، وجعل البغوي التخويف باللواط، كالتخويف بإتلاف المال، وتسويد الوجه. وقال: لا يكون ذلك إكراهًا على القتل والقطع. وفي كونه إكراهًا في الطلاق والعتاق وإتلاف المال، وجهان.

فرع: لا يحصل الإكراه بالتخويف بعقوبة آجلة كقوله: لأقتلنك غدًا، ولا بأن يقول: طلق امرأتك وإلا قتلت نفسي، أو كفرت، أو أبطلت صومي أو صلاتي.

ولا بأن يقول مستحق القصاص: طلق امرأتك، وإلا اقتصصت منك.

فرع: لو أخذه السلطان الظالم بسبب غيره وطالبه به فقال: لا أعرف موضعه، أو طالبه بماله فقال: لا شيء له عندي، فلم يخله حتى يحلف بالطلاق فحلف به كاذبًا، وقع طلاقه ذكره القفال وغيره، لأنه لم يكرهه على الطلاق، وإنما توصل بالحلف إلى ترك المطالبة، بخلاف ما إذا قال له اللصوص: لا نخليك حتى تحلف أن لا تذكر ما جرى، فحلف، لا يقع طلاقه إذا ذكره، لأنهم أكرهوه على الحلف بالطلاق هنا.

فرع: تلفظ بطلاق ثم قال: كنت مكرهًا وأنكرت، لم يقبل قوله إلا أن يكون محبوسًا، أو كان هناك قرينة أخرى.

ولو قال: طلقت وأنا صبي، أو نائم، فقال أبو العباس الروياني: يُصَدَّق بيمينه. قال: ولو طلق في المرض، وقال: كنت مغشيًا علي، لم يقبل إلا ببينة على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت.

السبب الثالث: اختلال العقل: فمن طلق وهو زائل العقل بسبب غير متعد

فيه، كجنون أو إغماء، أو أوجر خمرًا، أو أكره على شربها، أو لم يعلم أن المشروب من جنس ما يسكر، أو شرب دواءً يزيل العقل بقصد التداوي ونحو ذلك، لم يقع طلاقه. ولو تعدى بشرب الخمر فسكر، أو بشرب دواء يجنن لغير غرض صحيح فزال عقله فطلق، وقع طلاقه على المذهب المنصوص في كتب الشافعي رحمه الله. وحكي قول قديم، فأثبته الأكثرون، ومنعه الشيخ أبو حامد. وممن قال: لا يقع: المزني، وابن سريج، وأبو سهل الصعلوكي، وابنه سهل، وأبو طاهر الزيادي وقيل: لا يقع في شرب الدواء المذكور. وإن وقع في السكر. واختلفوا في محل الخلاف، فالصحيح أن القولين جاريان في أقواله وأفعاله كلها، ما له وما عليه. وقيل: إنهما في أقواله كلها، كالطلاق والعتاق، والإسلام والردة، والبيع والشراء وغيرها.

وأما أفعاله، كالقتل والقطع وغيرهما، فكأفعال الصاحي قطعًا لقوة الأفعال. وقيل: هما في الطلاق والعتاق والجنايات، ولا يصح بيعه وشراؤه قطعًا، لأن العلم شرط في المعاملات. وقيل: هما فيما هو له كالنكاح والإسلام، أما ما عليه كالطلاق والإقرار والضمان، أو له وعليه، كالبيع والإجارة، فيصح قطعًا تغليظًا عليه.

فرع: اختلفت العبارات في حد السكران، فعن الشافعي رحمه الله: أنه الذي اختل كلامه المنظوم. وانكشف سره المكتوم. وعن المزني: أنه الذي لا يفرق بين الأرض والسماء، وبين أمه وامرأته. وقيل: الذي يفصح بما كان يحتشم منه. وقيل: الذي يتمايل في مشيته ويهذي في كلامه. وقيل: الذي لا يعلم ما يقول. وعن ابن سريج وهو الأقرب: أن الرجوع فيه إلى العادة. فإذا انتهى تغيره إلى حاله يقع عليه اسم السكر، فهو المراد بالسكران. ولم يرضَ الإمام هذه العبارات. قال: ولكن شارب الخمر تعتريه ثلاثة أحوال:

إحداها: هزةٌ ونشاط يأخذه إذا دبت الخمرة فيه ولم تستول بعد عليه، ولا يزول العقل في هذه الحالة، وربما احتد.

والثانية: نهاية السكر، وهو أن يصير طافحًا، ويسقط كالمغشي عليه، لا يتكلم ولا يكاد يتحرك.

والثالثة: حالة متوسطة بينهما. وهي أن تختلط أحواله، فلا تنتظم أقواله وأفعاله، ويبقى تمييز وفهم كلام، فهذه الثالثة سكر. وفي نفود الطلاق فيها الخلاف المذكور. وأما الحالة الأولى، فينفذ طلاقه فيها بلا خلاف، لبقاء العقل وانتظام القصد والكلام. وأما الحالة الثانية، فالأصح عند الإمام والغزالي، أنه لا ينفذ

طلاقه إذ لا قصد له، ولفظه كلفظ النائم، ومن الأصحاب من جعله على الخلاف، لتعديه بالتسبب إلى هذه الحالة، وهذا أوفق لإطلاق الأكثرين.

الركن الرابع: المحل وهو المرأة. فإن أضاف إلى كلها فقال: طلقتك، فذاك. وكذا لو قال: جسمك، أو جسدك، أو شخصك، أو نفسك، أو جثتك، أو ذاتك طالق، طلقت.

ولو أضاف إلى بعضها شائعًا، طلقت أيضًا، سواء أبهم فقال: بعضك أو جزءك طالق، أو نص على جزء معلوم كالنصف والربع، واحتجوا لذلك بالإجماع وبالقياس على العتق، فقد ورد فيه: «من أعتق شقصًا...».

ولو أضاف إلى عوض معين، طلقت سواء كان عضوًا باطنًا كالكبد والقلب والطحال، أو ظاهرًا كاليد، سواء كان مما يفصل في الحياة كالشعر والظفر، أم لا كالإصبع، والإصبع الزائدة كالأصلية. وحكى الحناطي قولًا ضعيفًا في الشعر، كما لا ينقض الوضوء، ولا شك في اطراده في السن والظفر.

وإن أضاف إلى فضلات البدن كالريق، والعرق، والمخاط، والبول، أو إلى الأخلاط كالبلغم، والمرتين لم تطلق على الصحيح. وحكى الحناطي والإمام وجهًا: وإن أضاف إلى اللبن والمني، لم تطلق على الأصح، لأنهما متهيآن للخروج كالبول.

ولو قال: جنينك طالق، لم تطلق على المذهب. ونقل الإمام فيه الاتفاق، وحكى أبو الفرج الزاز فيه وجهين: وأبعد منه وجهان حكاهما الحناطي في قوله: الماء أو الطعام الذي في جوفك طالق.

ولو أضاف إلى الشحم، طلقت على الأصح، وإلى الدم، تطلق على المذهب.

ولو أضاف إلى معنى قائم بالذات، كالسمن والحسن، والقبح والملاحة، والسمع والبصر، والكلام والضحك، والبكاء والغم، والفرح، والحركة والسكون، لم تطلق. وحكى الحناطي وجهًا في الحسن والحركة، والسكون والسمع والبصر والكلام، وهذا شاذ ضعيف، ثم الوجه التسوية بينهما وبين سائر الصفات. ولو قال: ظلك، أو طريقك، أو صحبتك، أو نفسك بفتح الفاء، أو اسمك طالق، لم تطلق.

قال المتولي: إلا أن يريد بالاسم ذاتها ووجودها، فتطلق. ولو قال: روحك طالق، طلقت على المذهب. وحكى أبو الفرج الزاز فيه خلافًا مبنيًا على أن الروح جسم أو عرض. ولو قال: حياتك طالق، فقال جماعة، منهم الإمام والغزالي:

تطلق. وقال البغوي: إن أراد الروح، طلقت، وهذا فيه إشعار بأنه إن أراد المعنى القائم بالحي، لا تطلق كسائر المعاني، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز، ويشبه أن يكون الأصح عدم الوقوع.

فرع: إذا أضاف الطلاق إلى جزءٍ أو عضو معين، ففي كيفية وقوع الطلاق وجهان: أحدهما: يقع على المضاف إليه، ثم يسري إلى باقي البدن، كما يسري العتق.

والثاني: يجعل المضاف إليه عبارة عن الجملة، لأنه لا يتصور الطلاق في المضاف إليه وحده، بخلاف العتق، ولأنه لو قال: أنت طالق نصف طلقة، جعل ذلك عبارة عن طلقة. ولا يقال: يقع نصف طلقة ثم يسري، ويشبه أن يكون الأول هو الأصح. وتظهر فائدة الخلاف في صور:

منها: إذا قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق، فقطعت يمينها، ثم دخلت، إن قلنا بالثاني، طلقت، وإلا، فلا.

ولو قال لمن لا يمين لها: يمينك طالق، فطريقان: أحدهما: التخريج على هذا الخلاف. وأصحهما: القطع بعدم الطلاق. وبه قال القاضي حسين، والإمام، لأنه وإن جعل البعض عبارة عن الكل، فلا بد من وجود المضاف إليه لتنتظم الإضافة. فإذا لم يكن، لغت الإضافة، كما لو قال لها: لحيتك أو ذكرك طالق. قال الإمام: وهذا يجب أن يكون متفقًا عليه.

ومنها: قال المتولي: القول بعدم الطلاق في قوله: حسنك أو بياضك طالق مبني على القول بالسراية، لأنه لا يمكن وقوع الطلاق على الصفات.

أما إذا جعلنا البعض عبارة عن الجملة، فيجعل الصفة عبارة عن الموصوف.

ومنها: لو قال لأمته: يدك أم ولدي، أو قال لطفل التقطه: يدك ابني، قال المتولي: إن جعلنا البعض عبارة عن الجملة، كان إقرارًا بالاستيلاد أو النسب، وإلا فلا.

فرع: لو أضاف العتق إلى يد عبده أو رأسه، ففيه الوجهان. وإن أضافه إلى جزءٍ شائع، قال الإمام: المذهب تقدم السراية، لأن العبد يمكن تبعيض العتق فيه، ووقوعه عليه بخلاف الطلاق. وقيل: فيه الوجهان، لأن إعتاقه بعض عبده غير متصور.

فرع: لو أشار إلى عضو مبان، ووصفه بالطلاق، لم تطلق. ولو فصلت أذنها ثم ألصقت فالتحمت، أو سقطت شعرة ثم ثبتت في موضع آخر ونمت، فأضاف الطلاق إليها، لم تطلق المرأة على الأصح.

فصل: قال لزوجته: أنا منك طالق، ونوى إيقاع الطلاق عليها، طلقت. وإن لم ينو إيقاعه عليها، فالصحيح الذي قطع به الجمهور: أنها لا تطلق، وقيل: تطلق قاله أبو إسحاق، واختاره القاضي حسين. فعلى هذا، لا بد من نية أصل الطلاق لأن اللفظ كناية لكونه أضيف إلى غير محله. وأما على الأول، فمتى نوى إيقاعه عليها، كان ناويًا أصل الطلاق.

ولو جرد القصد إلى تطليق نفسه ولم يقتصر على نية أصل الطلاق، فالمذهب أنه لا يقع قطعًا. وقيل: على الوجهين. ولو قال: أنا منك بائن، فلا بد من نية أصل الطلاق. وفي نية الإضافة إليها، الوجهان. وإذا نواها، وقع، وهكذا حكم سائر الكنايات، كقوله: أنا منك خلي أو بريّ.

ولو قال: أستبرىء رحمي منك، أو أنا معتد منك، أو مستبرىء رحمي ونوى تطليقها، لم تطلق على الأصح.

فرع: قال لعبده: أنا منك حرٌ، أو أعتقت نفسي منك ونوى إعتاق العبد، لم يعتق على الأصح، بخلاف الزوجية، فإنها تشمل الجانبين، والرق مختص بالعبد.

فرع: قال لزوجته: طلقي نفسك، فقالت: طلقتك أو أنت طالق، فهو كقوله لها: أنا منك طالق، وكذا إذا قال لعبده: أعتق نفسك، فقال: أعْتَقْتُك أو أنت حر، فهو كقول السيد: أنا منك حُرٌ.

الركن الخامس: الولاية على المحل: فلو قال لمطلقته الرجعية في عدتها: أنت طالق: طلقت. والمختلعة لا يلحقها طلاقه، لا في عدتها ولا بعدها، ولو قال لأجنبية: إذا نكحتك فأنت طالق، أو قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق، فنكح، لم يقع الطلاق على المذهب، وبه قطع الجمهور، وهو الموجود في كتب الشافعي رحمه الله. وقيل: في الوقوع قولان، حكاهما الحناطي والسرخسي وغيرهما، وتعليق العتق بالملك، كتعليق الطلاق بالنكاح بلا فرق. ولو قال: لله عليَّ أن أعتق هذا العبد وهو لأجنبي، فهو لغو. ولو قال: لله علي أن أعتقه إن ملكته، فوجهان لأنه التزام في الذمة، لكن متعلق بملك غيره. وأجرى الوجهان في قوله: إذا ملكت عبد فلان، فقد أوصيت به لزيد. ولو أرسل الوصية وهو لا يملك شيئًا، صحت على الصحيح كالنذر. وحكى الشيخ أبو علي وجهًا، أنها لا تصح.

فرع: لو علق العبد الطلقة الثالثة إما مطلقًا بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا فعتق، ثم دخلت الدار، وإما مقيد بحالة ملك الثالثة بأن قال: إذا عتقت فأنت طالق ثلاثًا، ففي صحة تعليق الثالثة وجهان: أصحهما: الصحة وبه قطع البغوي، ويحكم بموجبه لأنه يملك أصل النكاح، وهو يفيد الطلقات الثلاث بشرط

الحرية، وقد وجد كما أنه لا يملك في حال البدعة طلاق السنة، ويملك تعليقه. ويجري الوجهان في قوله لأمته: إذا ولدت فولدك حر وكانت حائلًا عند التعليق. فإن كانت حاملًا حينئذ، عتق قطعًا.

فصل: علق طلاقها بصفة كدخول الدار، ثم أبانها قبل الدخول أو بعده بعوض أو بالثلاث، ووجدت الصفة في حال البينونة ثم نكحها، ثم وجدت الصفة ثانيًا، أو ارتد قبل الدخول، ثم وجدت الصفة، ثم أسلم ونكحها، فوجدت الصفة ثانيًا، لم تطلق على المذهب وبه قطع الأصحاب. وقال الإصطخري: فيه قولان: كما لو لم توجد الصفة حال البينونة، ولو علق عتق عبده بصفة، ثم أزال ملكه ثم وجدت الصفة، ثم اشتراه، لم يؤثر وجود الصفة بعد ذلك على المذهب، هذا إذا لم يكن التعليق بصيغة «كلما» فإن كان بها كقوله: كلما دخلت فأنت طالق: فإذا وجدت الصفة في البينونة، ثم جدد نكاحها، ففي عود الصفة القولان.

أما إذا لم توجد الصفة حال البينونة، ثم وجدت بعدما جدد نكاحها، ففي وقوع الطلاق ثلاثة أقوال: أظهرها: لا يقع. والثاني: يقع. والثالث: إن كانت البينونة بما دون الثلاث، وقع وإلا فلا. وتجري الأقوال في عود الإيلاء والظهار.

فإذا قلنا بالأول وكانت الصفة مما لا يمكن إيقاعه في البينونة كقوله: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا، تخلص منها إذا أبانها ثم نكحها، ولا يقع الطلاق بالوطء في النكاح الثاني، وبه أجاب القاضي الروياني، ويوضحه أنه لو قال: إذا بنت مني ونكحتك، ودخلت الدار فأنت طالق، أو قال: إن دخلت الدار بعدما بنت مني ونكحتك فأنت طالق، فالمذهب وبه قال القفال والمعتبرون: لا تطلق بالدخول بعد البينونة، وغلطوا من خرجه على الخلاف، وعلى هذا القياس. فلو قال: إن دخلت الدار قبل أن أبينك فأنت طالق، وإن دخلتها بعدما أبنتك ونكحتك، فأنت طالق، صح التعليق الأول، وبطل الثاني. ولو علق على صفة ثم طلقها رجعية فراجعها، ثم وجدت الصفة، طلقت بلا خلاف لأنه ليس نكاحًا مجددًا ولم تحدث حالة تمنع وقوع الطلاق. ولو علق عتق عبد بصفة، ثم أزال ملكه ببيع أو غيره، ثم ملكه، ثم وجدت الصفة، ففي نفوذ العتق الخلاف في عود اليمين. ثم قيل: هو كالإبانة بالثلاث، لأن العائد ملك جديد من كل وجه لا تعلق له بالأول، كالنكاح بعد الثلاث. وقيل: هو كالإبانة بما دون الثلاث وبه قطع البغوي، لأنه لم يتخلل بين التعليق والصفة حالة تمنع ملكه كما لو لم يتخلل هناك حالة تمنع نكاحه، وإنما يكون كالإبانة بالثلاث إذا علق ذمي عتق عبده الذمي، ثم أعتقه فنقض العهد، والتحق بدار الحرب، ثم سبي واسترق، فملكه سيده الأول، لأنه تخلل حالة يمتنع فيها الملك وهي حالة الحرب.

فرع: الخلاف في وقوع الطلاق في النكاح الثاني، يعبر عنه بالخلاف في عود الحنث وبالخلاف في عود اليمين، لأن على قول لا يتناول اليمين النكاح الثاني، ولا يحصل الحنث فيه. وعلى قول يتناوله ويحصل الحنث.

فرع: لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد.

فصل: إذا راجع الرجعية أو بانت منه هي أو غيرها بطلقة أو طلقتين، ثم جدد نكاحها قبل أن تنكح غيره، أو بعد نكاح ووطء الزوج الثاني، عادت إليه بما بقي من الطلقات الثلاث.

ولو بانت بالثلاث فنكحها آخر ووطئها وفارقها، فنكحها الأول، عادت إليه بالثلاث، لأنه لا يمكن بناء الثاني على الأول، لاستغراق الأول.

فرع: الحر يملك ثلاث طلقات على زوجته الحرة والأمة، والعبد لا يملك إلا طلقتين على الحرة والأمة، والمدبَّر والمكاتَب ومن بعضه حر، كالقن. ومتى طلق الحر أو العبد جميع ما يملك، لم تحل له المطلقة حتى تنكح زوجًا آخر، ويطأها ويفارقها كما سبق.

فرع: طلق ذمي زوجته طلقة، ثم نقض العهد فسبي واسترق، ونكح بإذن سيده تلك المرأة المطلقة، ملك عليها طلقة فقط. ولو كان طلقها طلقتين وأراد نكاحها بعد الاسترقاق، فوجهان: أصحهما، وبه قال ابن الحداد: تحل له ويملك عليها طلقة، لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين، فطريان الرق لا يرفع الحل الثابت. وقيل: لا تحل له لأنه رقيق وقد طلق طلقتين. ولو طلق العبد طلقة ثم عتق فراجعها، أو جدد نكاحها بعد البينونة، ملك عليها طلقتين أخريين، لأنه عتق قبل استيفاء عدد الرقيق. ولو طلقها طلقتين، ثم عتق، لم تحل له على الصحيح.

فرع: طلق العبد زوجته، طلقتين، وأعتقه سيده، فقد ذكرنا أنه إن عتق أولًا، فله رجعتها وتجديد نكاحها. وإن طلق أولًا، فلا تحل له إلا بمحلل.

فلو أشكل السابق واعترف الزوجان بالإشكال، قال ابن الحداد والأكثرون: ليس له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحلل. وقيل: تحل رجعتها والتجديد إن بانت، ولا يفتقر إلى محلل لأن الأصل أن لا تحريم.

ولو اختلفا في السابق، نظر إن اتفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعة، وقال: عتقت يوم الخميس، وقالت: بل يوم السبت، فالقول قولها. وإن اتفقا أن العتق يوم الجمعة وقالت: طلقت يوم السبت فقال: بل يوم الخميس، فالقول قوله.

وإن لم يتفقا على وقت أحدهما وقال: طلقتك بعد العتق، وقالت: قبله واقتصر عليه، فالقول قوله لأنه أعرف بوقت الطلاق.

فرع: سبق في التحليل: لو قالت المطلقة ثلاثًا: نكحني زوج وأصابني وانقضت عدتي منه ولم يظن صدقها لأن الأولى أن لا ينكحها. وهل يجب عليه البحث عن الحال؟ قال أبو إسحاق: لا يجب لكن يستحب. وقال الروياني: أنا أقول: يجب في هذا الزمان.

فصل: طلاق المريض في الوقوع، كطلاق الصحيح. ثم إن كان رجعيًا، بقي التوارث بينهما ما لم تنقض عدتها. فإن مات أحدهما قبل انقضاء عدتها ورثه الآخر، وبعد انقضائها، لا يرثه. ولو طلقها في مرض موته طلاقًا بائنًا، ففي كونه قاطعًا للميراث قولان: الجديد: يقطع وهو الأظهر. والقديم، لا يقطع، وحجة الجديد انقطاع الزوجية، ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق. فإن قلنا بالجديد، فلا إشكال ولا تفريع لوضوح أحكامه. وأما القديم، فيتفرع عليه مسائل:

منها: هل ترث ما لم تنقض عدتها، أم ما لم تتزوج، أم أبدًا؟ فيه أقوال: فإن طلق قبل الدخول سقط القول الأول، وجرى الآخران.

ولو أبان في مرضه أربع نسوة، ونكح أربعًا، ثم مات، فهل يكون الإرث للأوليات لسبقهن، أم للأخريات لأنهن الزوجات، أم يشترك الثمان؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. وقال الإمام: وسبب الخلاف ما في توريث الزيادة على الأربع من الاستبعاد. فلو أبان امرأته ونكح أخرى، فلا وجه إلا توريثهما. ولو أبان واحدة ونكح أربعًا أو بالعكس، جرى الخلاف، وإنما ترث المبتوتة على القديم إذا طلقها لا بسؤالها، فإن طلقها بسؤالها، أو اختلعت، أو قال: أنت طالق إن شئت، فشاءت، لم ترث على الصحيح. وقال ابن أبي هريرة: ترث وإن طلق بسؤالها. ولو سألته فلم تطلق في الحال، ثم طلقها أو سألته رجعيًا فأبانها، ورثت لأنه فارّ.

ولو علق طلاقها في المرض بمضي مدة، أو فعل نفسه، أو أجنبي، فهو فارّ وفي الأجنبي وجه.

وإن علق بفعلها، فإن لم يكن لها منه بد، كالنوم والقيام والقعود والأكل والشرب والطهارة، والصلاة والصوم المفروضين، ففارّ.

وإن كان لها منه بد، ففار إن لم تعلم التعليق، وإلا فلا. ولو علمت ثم نسيت، ففيه احتمالان للإمام، والأشبه أنه فارّ.

وإن علق طلاقها في الصحة بصفة لا توجد إلا في المرض كقوله: إذا مرضت مرض الموت، أو وقعت في النزع فأنت طالق، ففار: وإن احتمل وجودها في المرض وقبله، كقوله: إذا جاء غد، أو قدم زيد، فأنت طالق، فجاء أو قدم وهو مريض، فليس بفار على الأظهر.

ولو فسخ النكاح بعينها أو لاعنها، فليس بفار. وقيل: إن كان القذف في المرض، ففار. قلت: وقيل: إن الفاسخ فار. والله أعلم.

ولو طلق العبد امرأته، أو الحر زوجته الأمة، أو المسلم ذمية، ثم عتق العبد أو الأمة، أو أسلمت الذمية في العدة، فلا إرث لأنها لم تكن وارثة يوم الطلاق، فلا تهمة. وكذا لو أبانها في مرضه بعدما ارتد، أو ارتدت ثم جمعهما الإسلام في العدة، لأنها لم تكن وارثة يومئذٍ. ولو ارتدت بعدما أبانها في المرض، ثم عادت إلى الإسلام، فهو فار للتهمة.

ولو قال لزوجته الأمة: أنت طالق غدًا، فعتقت قبل الغد، أو طلقها وهو لا يعلم أنها عتقت، فليس بفار، وكذا لو ارتد في المرض قبل الدخول أو بعده وأصر إلى انقضاء العدة، ثم عاد إلى الإسلام ومات، لم يكن فارًا على الصحيح، لأنه لا يقصد بتبديل الدين حرمانها الإرث، وفيه وجه ضعيف. وقيل بطرده فيما لو ارتدت هي حتى تجعل فارة، فيرثها الزوج.

ولو أبان مسلمة في المرض، وارتدت وعادت إلى الإسلام في العدة، ورثت لأنها بصفة الوارثين يومي الطلاق والموت، وكذا لو عادت بعد العدة، إن قلنا: المبتوتة ترث بعد انقضاء العدة.

ولو طلق الأمة في المرض، وعتقت واختلفا فقالت: طلقني بعد العتق فأرث وقال الوارث: بل قبله فلا إرث، فالقول قول الوارث بيمينه، لأن الأصل بقاء الرق.

ولو أرضعت زوجها الصغير في مرض موتها، فقيل: تجعل فارة فيرثها الزوج، والصحيح خلافه.

ولو أقر في المرض، بأنه أبانها في الصحة، لم يجعل فارًا ويصدق فيما قاله، وتحسب العدة من يومئذ، وفيه وجه للتهمة، والصحيح الأول. ولو طلق إحدى امرأتيه، ثم مرض مرض الموت فقال: عنيت هذه، قبل قوله، ولم ترث. وإن كان قد أبهم، فعين في المرض واحدة، قال إسماعيل البوشنجي: يخرج على أن التعيين إيقاع للطلاق في المعينة، أم بيان لمحل الطلاق الواقع؟ إن قلنا: بالثاني، لم ترث. وإلا فعلى قولي توريث المبتوتة.

باب عدد الطلاق والاستثناء فيه

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله: أنت طالق أو بائن أو بتة أو ما أشبهها، ونوى طلقتين أو ثلاثًا، وقع لما

روي «أن ركانة بن عبد يزيد قال: يا رسول الله إني طلقت امرأتي سهيمة ألبتة، والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها رسول الله ﷺ»[1] فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع، ولأن اللفظ يحتمل العدد بدليل أنه يجوز أن يفسره به، وهو أن يقول أنت طالق طلقتين أو ثلاثًا أو بائن بطلقتين وثلاث وما احتمله اللفظ إذا نواه وقع به الطلاق، كالكناية.

وإن قال أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثًا ففيه وجهان:

أحدهما: يقع لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين.

والثاني: لا يقع ما زاد على واحدة لأنه صريح في واحدة، ولا يحتمل ما زاد، فلو أوقعنا ما زاد لكان إيقاع طلاق بالنية من غير لفظ، وذلك لا يجوز وإن قال لها: اختاري وقالت المرأة اخترت ـ فإن اتفقا على عدد ونوياه ـ وقع ما نوياه ـ وإن اختلفا فنوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع ما زاد على طلقة، لأن الطلاق يفتقر إلى تمليك الزوج وإيقاع المرأة، وإذا نوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع لأنه لم يوجد الإذن والإيقاع إلا في طلقة فلم يقع ما زاد.

فصل: وإن قال: أنت ـ وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث ـ لم يقع شيء، لأن قوله: أنت ليس من ألفاظ الطلاق، فلو أوقعنا الطلاق لكان بالنية من غير لفظ، وإن قال: أنت طالق هكذا، وأشار بثلاث أصابع وقع الثلاث، لأن الإشارة بالأصابع مع قوله هكذا بمنزلة النية في بيان العدد، وإن قال: أردت بعدد الأصبعين المقبوضتين قبل، لأنه يحتمل ما يدّعيه، وإن قال: أنت طالق، وأشار بالأصابع ولم يقل هكذا، وقال أردت واحدة ولم أرد العدد قبل، لأنه يحتمل ما يدّعيه.

فصل: وإن قال أنت طالق واحدة في اثنتين نظرت ـ فإن نوى طلقة واحدة مع اثنتين ـ وقعت ثلاث لأن «في» تستعمل بمعنى «مع» والدليل عليه قوله عز وجل ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩ وَٱدۡخُلِي جَنَّتِي﴾ [الفجر: ٢٩، ٣٠] والمراد مع عبادي فإن لم يكن له نية نظرت ـ فإن لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه في الحساب ـ طلقت طلقة واحدة بقوله أنت طالق، ولا يقع بقوله في اثنتين شيء، لأنه لا يعرف مقتضاه فلم يلزمه حكمه، كالأعجمي إذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه، وإن نوى مقتضاه في الحساب ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي بكر الصيرفي أنه يقع طلقتان، لأنه أراد موجبه في الحساب، وموجبه في الحساب طلقتان.

---

(١) تقدم.

والثاني: وهو المذهب أنه لا يقع إلا طلقة واحدة لأنه إذا لم يعلم مقتضاه لم يلزمه حكمه، كالأعجمي إذا طلق بالعربية وهو لا يعلم، وقال: أردت مقتضاه في العربية، فإن كان عالمًا بالحساب نظرت ـ فإن نوى موجبه في الحساب ـ طلقت طلقتين لأن موجبه في الحساب طلقتان. وإن قال أردت واحدة في اثنتين باقيتين طلقت واحدة، لأنه يحتمل ما يدعيه كقوله: له عندي ثوب في منديل، وأراد في منديل لي، وإن لم يكن له نية فالمنصوص أنها تطلق طلقة، لأن هذا اللفظ غير متعارف عند الناس، ويحتمل طلقة في طلقتين واقعتين، ويحتمل طلقة في طلقتين باقيتين، فلا يجوز أن يوقع بالشك وقال أبو إسحاق يحتمل أن تطلق طلقتين لأنه عالم بالحساب ويعلم أن الواحدة في اثنتين طلقتان في الحساب.

فصل: وإن قال أنت طالق طلقة بل طلقتان، ففيه وجهان:

أحدهما: يقع طلقتان، كما إذا قال له علي درهم بل درهمان، لزمه درهمان.

والثاني: يقع الثلاث، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار إخبار يحتمل التكرار، فجاز أن يدخل الدرهم في الخبرين، والطلاق إيقاع فلا يجوز أن يوقع الطلاق الواحد مرتين، فحمل على طلاق مستأنف، ولهذا لو أقرّ بدرهم في يوم ثم أقرّ بدرهم في يوم آخر لم يلزمه إلا درهم، ولو طلقها في يوم ثم طلقها في يوم آخر كانتا طلقتين.

فصل: وإن قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثًا وقع الثلاث، لأن الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع، كما لو قال ذلك للمدخول بها. وإن قال لها أنت طالق ولم يكن له نية وقعت الأولى دون الثانية والثالثة وحكي عن الشافعي رحمه الله في «القديم» أنه قال يقع الثلاث، فمن أصحابنا من جعل ذلك قولًا واحدًا، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن الكلام إذا لم ينقطع ارتبط بعضه ببعض فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثًا.

وقال أكثر أصحابنا: لا يقع أكثر من طلقة، ومما حكى عن «القديم» إنما هو حكاية عن مالك رحمه الله ليس بمذهب له، لأنه تقدمت الأولى فبانت بها فلم يقع ما بعدها.

فصل: وإن قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق، نظرت فإن كان أراد به التأكيد لم يقع أكثر من طلقة، لأن التكرار يحتمل التأكيد، وإن أراد الاستئناف وقع بكل لفظة طلقة لأنه يحتمل الاستئناف، وإن أراد بالثاني التأكيد وبالثالث الاستئناف وقع طلقتان، وإن لم يكن له نية ففيه قولان قال في «الإملاء»: يقع طلقة لأنه يحتمل التكرار والاستئناف، فلا يقع ما زاد على طلقة بالشك.

وقال في «الأم» يقع الثلاث لأن اللفظ الثاني والثالث كاللفظ كالأول، فإذا وقع بالأول طلاق وجب أن يقع بالثاني والثالث مثله، وأما إذا غاير بينها في

الحروف بأن قال أنت طالق وطالق ثم طالق ولم يكن له نية وقع بكل لفظة طلقة، لأن المغايرة بينهما باللفظ تسقط حكم التأكيد، فإن ادعى أنه أراد التأكيد لم يقبل في الحكم لأنه يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ لأنه يحتمل ما يدعيه. وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقع بالأول طلقة وبالثاني طلقة لتغاير اللفظين ويرجع في الثالث إليه، لأنه لم يغاير بينه وبين الثاني، فهو كقوله أنت طالق أنت طالق. وإن غاير بين الألفاظ ولم يغاير بالحروف بأن قال: أنت طالق أنت مسرحة أنت مفارقة ففيه وجهان:

أحدهما: أن حكمه حكم المغايرة في الحروف، لأنه إذا تغير الحكم بالمغايرة بالحروف فلأن يتغير بالمغايرة في لفظ الطلاق أولى.

والثاني: أن حكمه حكم اللفظ الواحد لأن الحروف هي العاملة في اللفظ، وبها يعرف الاستئناف، ولم توجد المغايرة في الحروف.

فصل: وإن قال أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة، لأن ما لا يتبعض من الطلاق كان تسمية بعضه كتسمية جميعه، كما لو قال بعضك طالق، وإن قال أنت طالق نصفي طلقة وقعت طلقة، لأن نصفي طلقة هي طلقة، وإن قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان:

أحدهما أنه يقع طلقتان، لأن ثلاثة أنصاف طلقة أي طلقة ونصف فكمل النصف فصار طلقتين.

والثاني: تطلق طلقة لأنه أضاف الأنصاف الثلاثة إلى طلقة وليس للطلقة إلا نصفان فألغى النصف الثالث. وإن قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان لأنه يقع من كل طلقة نصفها ثم يسري فيصير طلقتين. وإن قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان:

أحدهما: تقع طلقة واحدة، لأن نصف الطلقتين طلقة. والثاني: أنه تقع طلقتان لأنه يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل النصفان فيصير الجميع طلقتين. وإن قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت طلقة واحدة لأنها أجزاء الطلقة. وإن قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة وسدس طلقة وقع ثلاث طلقات، لأن بدخول حروف العطف وقع بكل جزء طلقة وسرى إلى الباقي. وإن قال أنت نصف طالق طلقت، كما لو قال نصفك طالق. وإن قال أنت نصف طلقة ففيه وجهان: أحدهما: أنه كناية فلا يقع به طلاق من غير نية.

والثاني: أنه صريح فتقع به طلقة بناء على الوجهين فيمن قال لامرأته: أنت الطلاق.

فصل: وإن كان له أربع نسوة فقال: أوقعت عليكن أو بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة، لأنه يخص كل واحدة منهن ربع طلقة وتكمل بالسراية. وإن

قال أوقعت عليكن أوبينكن طلقتين أو ثلاثًا أو أربعًا وقع على كل واحدة طلقة، لأنه إذا قسم بينهن لم يزد نصيب كل واحدة منهن على طلقة، وإن قال أردت أن يقع على كل واحدة من الطلقتين وقع على كل واحدة طلقتان وإن قال أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطلقات، وقع على كل واحدة ثلاث طلقات؛ لأنه مقر على نفسه بما فيه تغليظ، واللفظ محتمل له. وإن قال أوقعت عليكن خمسًا وقع على كل واحدة طلقتان، لأنه يصيب كل واحدة طلقة وربع، وكذلك إن قال أوقعت عليكن ستًا أو سبعًا أو ثمانيًا، وإن قال أوقعت عليكن تسعًا طلقت كل واحدة ثلاثًا، وإن قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة. طلقت كل واحدة ثلاثًا، لأنه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن، ثم يكمل.

فصل: وإن قال أنت طالق ملء الدنيا، أو أنت طالق أطول الطلاق، أو أعرضه، وقعت طلقة لأن شيئًا من ذلك لا يقتضي العدد، وقد تتصف الطلقة الواحدة بذلك كله.

فصل: وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقة لأنه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ عليه لتعجلها أو لحبه لها أو لحبها له، فلم يقع ما زاد بالشك، وإن قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره وقع الثلاث لأنه كل الطلاق وأكثره.

فصل: وإن قال للمدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة طلقت طلقتين لأن الجميع يصادف الزوجية، وإن قال أردت بعدها طلقة أوقعها لم يقبل في الحكم لأن الظاهر أنه طلاق ناجز ويدين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ لأنه يحتمل ما يدّعيه وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقعت طلقتان، وفي كيفية وقوع ما قبلها وجهان: قال أبو علي بن أبي هريرة: يقع مع التي أوقعها لأن إيقاعها فيما قبلها إيقاع طلاق في زمان ماض فلم يعتبر كما لو قال: أنت طالق أمس.

وقال أبو إسحاق: يقع قبلها اعتبارًا بموجب لفظه، كما لو قال أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات بعد شهر، ويخالف قوله أنت طالق أمس لأنا لو أوقعناه في أمس تقدم الوقوع على الإيقاع وههنا يقع الطلاقان بعد الإيقاع. وإن قال أردت بقولي قبلها طلقة في نكاح قبله، فإن كان لما قاله أصل قبل منه لأنه يحتمل ما يدّعيه وإن لم يكن له أصل لم يقبل منه لأنه لا يحتمل ما يدّعيه.

فصل: وإن قال لها: أنت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة. طلقت ثلاثًا على ما ذكرناه. وإن قال لها: أنت طالق طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثًا لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع قبلها نصف طلقة وبعدها نصف طلقة ثم يكمل النصفان فيصير الجميع ثلاثًا.

فصل: وإن قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة لم تقع الثانية لأنها بائن بالأولى فلم تقع الثانية. وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان: أحدهما: لا تطلق لأن وقوع طلقة قبلها ووقوع طلقة عليها يوجب

وقوع ما قبلها يمنع وقوعها فتمانعا بالدور وسقطا. والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تطلق طلقة ليس قبلها شيء، لأن وقوع ما قبلها يوجب إسقاطها وإسقاط ما قبلها فوجب إثباتها وإسقاط ما قبلها. وإن قال أنت طالق معها طلقة، ففيه وجهان: أحدهما: أنها تطلق واحدة، وهو قول المزني لأنه أفردها فجاز، كما لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة. والوجه الثاني: أنها تطلق طلقتين لأنهما يجتمعان في الوقوع فلا تتقدم إحداهما على الأخرى، فهو كما لو قال: أنت طالق طلقتين. وإن قال أنت طالق طلقتين ونصفًا طلقت طلقتين، لأنه جمع بين الطلقتين في الإيقاع فبانت بهما ثم أوقع النصف بعدما بانت فلم يقع.

فصل: إذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لا تقع عليك طلقت لأنه أوقع الطلاق ثم أراد رفعه، والطلاق إذا وقع لم يرتفع. وإن قال أنت طالق أو لا لم تطلق لأنه ليس بإيقاع.

فصل: ويصح الاستثناء في الطلاق لأنه لغة العرب، ونزل به القرآن وحروفه: إلا. وغير. وسوى. وخلا. وعدا. وحاشا. فإذا قال أنت طالق ثلاثًا إلا طلقة، وقعت طلقتان. وإن قال أنت طالق ثلاثًا إلا طلقتين وقعت طلقة، وإن قال أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا طلقت ثلاثًا، لأن الاستثناء يرفع المستثنى منه فيسقط وبقي الثلاث.

وإن قال أنت طالق ثلاثًا إلا طلقتين وطلقة ففيه وجهان: أحدهما: يقع الثلاث لأنه استثنى ثلاثًا من ثلاث. والثاني: تقع طلقة لأن الاستثناء الثاني هو الباطن فسقط وبقي الاستثناء الأول.

وإن قال أنت طالق ثلاثًا إلا نصف طلقة، طلقت ثلاثًا لأنه يبقى طلقتان ونصف ثم يسري النصف إلى الباقي فيصير ثلاثًا، وإن قال أنت طالق ثلاثًا إلا طلقة وطلقة وقعت طلقة. لأن المعطوف على الاستثناء مضموم إلى الاستثناء ولهذا إذا قال: له علي مائة إلا خمسة وعشرين ضمت الخمسة إلى العشرين في الاستثناء ولزمه ما بقي.

وإن قال أنت طالق طلقة وطلقة إلا طلقة ففيه وجهان: أحدهما: تطلق طلقة لأن الواو في الاسمين المنفردين كالتثنية فيصير كما لو قال أنت طالق طلقتين إلا طلقة. والثاني: وهو المنصوص أنها تطلق طلقتين لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه وهو طلقة، واستثناء طلقة من طلقة باطل فسقط وبقي طلقتان، وإن قدم الاستثناء على المستثنى منه بأن قال أنت إلا واحدة طالق ثلاثًا، فقد قال بعض أصحابنا أنه لا يصح الاستثناء فيقع الثلاث، لأن الاستثناء جعل لاستدراك ما تقدم من كلامه، ويحتمل عندي أنه يصح الاستثناء فيقع طلقتان، لأن التقديم والتأخير في ذلك لغة العرب قال الفرزدق يمدح هشام بن إبراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبد الملك:

وما مثله في الناس إلا مملكًا أبو أمه حي أبوه يقاربه

تقديره وما مثله في الناس حي يقاربه إلا مملكًا أبو أمه أبو الممدوح.

فصل: ويصح الاستثناء لقوله عزّ وجلّ: ﴿إِنَّآ أُرْسِلْنَآ إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ ﴿٥٨﴾ إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٥٩﴾ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾ [الحجر: ٥٨ ـ ٦٠] فاستثنى آل لوط من المجرمين واستثنى من آل لوط امرأته. وإذا قال أنت طالق ثلاثًا إلا طلقتين إلا طلقة طلقت طلقتين لأن تقديره أنت طالق ثلاثًا إلا طلقتين فلا يقعان إلا طلقة فتقع. وإن قال أنت طالق خمسًا إلا ثلاثًا ففيه وجهان: أحدهما: أنها تطلق ثلاثًا لأنه لا يقع من الخمس إلا ثلاث؛ فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا والثاني: أنها تطلق طلقتين، لأنه لما وصل بالاستثناء علم أنه قصد الحساب. وإن قال أنت طالق خمسًا إلا اثنتين، طلقت على الوجه الأول طلقة، وعلى الوجه الثاني تطلق ثلاثًا.

وإن قال أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا اثنتين، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يقع الثلاث لأن الاستثناء الأول يرفع المستثنى منه فيبطل، والاستثناء الثاني فرع عليه فسقط وبقي الثلاث. والثاني: تطلق طلقتين لأنه لما وصله بالاستثناء صار كأنه أثبت ثلاثًا ونفى ثلاثًا ثم أثبت اثنتين، والثالث: تقع طلقة لأن الاستثناء الأول لا يصح فسقط وبقي الاستثناء الثاني فيصير كما لو قال أنت طالق ثلاثًا إلا طلقتين.

فصل: وإن قال أنت طالق ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك واحدة. وقال أبوها شئت واحدة، لم تطلق، لأن الاستثناء من الإثبات نفي، فيصير تقديره أنت طالق ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك واحدة، فلا يقع طلاق.

فصل: وإن قال امرأتي طالق أو عبدي حر، أوالله علي كذا. أو والله لأفعلن كذا إن شاء الله، أو بمشيئة الله، أو ما لم يشأ الله، لم يصح شيء من ذلك لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين ثم قال: إن شاء الله كان له ثنيًا»[1]، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث»[2] ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله تعالى، ومشيئته لا تعلم، فلم يلزم بالشك شيء وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله ففيه وجهان: أحدهما: لا تطلق لأنه مقيد بمشيئة الله تعالى، فأشبه إذا قال أنت طالق إن شاء الله. والثاني: وهو المذهب أنها تطلق لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة الله تعالى، ومشيئة الله تعالى لا تعلم فسقط حكم رفعه وبقي حكم ثبوته،

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٢٦١) والترمذي في سننه برقم (١٥٧٠) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٠٥) وأحمد في المسند (٢/ ٦) والدارمي في سننه (٢/ ١٨٥).

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٧/ ٣١) والترمذي في سننه برقم (١٥٣٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٠٤) وأحمد في المسند (٢/ ٣٠٩).

ويخالف إذا قال: أنت طالق إن شاء الله، فإنه علق الوقوع على مشيئة الله.

فصل: ولا يصح الاستثناء في جميع ما ذكرناه إلا أن يكون متصلًا بالكلام، فإن انفصل عن الكلام من غير عذر لم يصح لأن العرف في الاستثناء أن يتصل بالكلام، فإن انفصل لضيق النفس صح الاستثناء لأنه كالمتصل في العرف ولا يصح إلا أن يقصد إليه، فأما إذا كانت عادته في كلامه أن يقول: إن شاء الله، فقال إن شاء الله على عادته لم يكن استثناء، لأنه لم يقصده. واختلف أصحابنا في وقت نية الاستثناء فمنهم من قال: لا يصح إلا أن يكون ينوي ذلك من ابتداء الكلام. ومنهم من قال إذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز.

فصل: إذا قال: يا زانية أنت طالق إن شاء الله، أو أنت طالق يا زانية إن شاء الله رجع الاستثناء إلى الطلاق، ولا يرجع إلى قوله يا زانية لأن الطلاق إيقاع فجاز تعليقه بالمشيئة، وقوله يا زانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة، ولهذا يصح أن يقول أنت طالق إن شاء الله ولا يصح أن يقول أنت زانية إن شاء الله وإن كان امرأتان حفصة وعمرة، فقال حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله لم تطلق واحدة منهما، وإن قال حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة، لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه وهو طلاق عمرة، ويحتمل عندي أن لا تطلق واحدة منهما، لأن المجموع بالواو كالجملة الواحدة.

فصل: وإن طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت فإن قال أنت طالق ونوى بقلبه إن شاء الله لم يصح الاستثناء ولم يقبل في الحكم ولا يدين فيه، لأن اللفظ أقوى من النية لأن اللفظ يقع به الطلاق من غير نية، والنية لا يقع بها الطلاق من غير لفظ فلو أعملنا النية لرفعنا القوي بالضعيف وذلك لا يجوز، كنسخ الكتاب بالسنة وترك النص بالقياس.

وإن قال: نسائي طوالق واستثنى بعضهن دين لأنه لا يسقط اللفظ بل يستعمله في بعض ما يقتضيه بعمومه، وذلك يحتمل فدين فيه، ولا يقبل في الحكم وقال أبو حفص البابشامي: يقبل في الحكم لأن اللفظ يحتمل العموم والخصوص وهذا غير صحيح لأنه وإن احتمل الخصوص إلا أن الظاهر العموم فلا يقبل في الحكم دعوى الخصوص، فإن قال امرأتي طالق ثلاثًا واستثنى بقلبه إلا طلقة أو طلقتين لم يقبل في الحكم لأنه يدعي خلاف ما يقتضيه اللفظ. وهل يدين؟ فيه وجهان: أحدهما: يدين لأنه لا يسقط حكم اللفظ. وإنما يخرج بعض ما يقتضيه فدين فيه، كما لو قال نسائي طوالق واستثنى بالنية بعضهن. والثاني: لا يدين وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله، لأنه يسقط ما يقتضيه اللفظ بصريحه بما دونه من النية، وإن قال لأربع نسوة: أربعكن طالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل في الحكم، وهل يدين؟ فيه وجهان: أحدهما: يدين، والثاني: لا يدين ووجههما ما ذكرناه في المسألة قبلها.

الشرح: قوله: «صادف الزوجية» أي وجدها، وقوله: «غاير بين الألفاظ» أي خالف بينها، وقوله: «إلا مملكًا» المملك: الملك.

أما أحكام الباب ففي عدد الطلاق أطراف:

الطرف الأول: في نية العدد. فإذا قال: طلقتك، أو أنت طالق ونوى طلقتين، أو ثلاثًا، وقع ما نوى وكذا حكم الكناية. وسواء في هذا المدخول بها وغيرها. والله أعلم.

ولو قال: أنت طالق واحدة بالنصب، ونوى طلقتين، أو ثلاثًا، فثلاثة أوجه: أصحها: يقع ما نوى صححه البغوي وغيره. والثاني: لا يقع إلا واحدة وصححه الغزالي. والثالث قاله القفال: إن بسط نية الثلاث على جميع اللفظ، لم تقع الثلاث. وإن نوى الثلاث بقوله: أنت طالق، وقع الثلاث ولغا ذكر واحدة.

وإن قال: أردت طلقة ملفقة من أجزاء ثلاث طلقات: وقع الثلاث قطعًا. وحكى الإمام طرد وجه فيه، لبعد اللفظ والفهم، والمذهب الأول.

ولو قال: أنت طالق واحدة بالرفع، فهو مبني على ما إذا قال: أنت واحدة، بحذف لفظ الطلاق، ونوى الثلاث، وفيه وجهان: أصحهما: وقوع ما نواه. والثاني: تقع واحدة فقط.

فرع: قال البغوي: ولو قال: أنت بائن باثنتين أو ثلاث، ونوى الطلاق، وقع. ثم إن نوى طلقتين أو ثلاثًا فذاك، وإن لم ينو شيئًا، وقع الملفوظ به لأن ما أتى به صريح في العدد كناية في الطلاق. فإذا نوى أصل الطلاق، وقع العدد المصرح به. وإن نوى واحدة، فوجهان: أحدهما: يقع ما صرح به من طلقتين أو ثلاث. والثاني: لا يقع إلا واحدة.

فرع: أراد أن يقول لها: أنت طالق ثلاثًا فماتت قبل تمام قوله: أنت طالق، لم يقع الطلاق، وإن ماتت بعد تمامه قبل قوله: ثلاثًا، فهل يقع الثلاث أم واحدة، أم لا يقع شيء؟ ثلاثة أوجه: قال البغوي: أصحها: الأول وهو اختيار المزني. وقال إسماعيل البوشنجي: الذي تقتضيه الفتوى، أنه إن نوى الثلاث بقوله: أنت طالق وكان قصده أن يحققه باللفظ، وقع الثلاث وإلا فواحدة، وهكذا قال المتولي في تعبيره عن الوجه الأول.

وردتها وإسلامها، إذا لم تكن مدخولًا بها قبل قوله: ثلاثًا، كموتها، وكذا لو أخذ شخص على فمه ومنعه أن يقول: ثلاثًا.

ولو قال: أنت طالق على عزم الاقتصار عليه، فماتت فقال: ثلاثًا، قال الإمام: لا شك أن الثلاث لا تقع، وتقع الواحدة على الصحيح.

فرع: اختلفوا في قوله: أنت طالق ثلاثًا، كيف سبيله؟ فقيل: قوله: ثلاثًا منصوب بالتفسير والتمييز. قال الإمام: هذا جهل بالعربية، وإنما هو صفة لمصدر محذوف، أي: طالق طلاقًا ثلاثًا. كقوله: ضربت زيدًا شديدًا، أي: ضربًا شديدًا.

فصل: قال: أنت طالق ملء البيت أو البلد أو السماء أو الأرض، أو مثل الجبل، أو أعظم من الجبل، أو أكبر الطلاق بالباء الموحدة، أو أعظمه، أو أشده، أو أطوله، أو أعرضه، أو طلقة كبيرة، أو عظيمة، لم يقع باللفظ إلا طلقة رجعية.

ولو قال: أنت طالق كل الطلاق أو أكثره، وقع الثلاث. ولو قال: عدد التراب، قال الإمام: تقع واحدة. وقال البغوي: عندي يقع الثلاث كما لو قال: عدد أنواع التراب. ولو قال: أنت طالق وزن درهم، أو درهمين، أو ثلاثة، أو أحد عشر درهمًا. ولم ينو عددًا لم يقع إلا طلقة. ولو قال: يا مئة طالق، أو أنت مئة طالق، نقل البغوي، والمتولي: أنه يقع الثلاث لأنه في العرف كقوله: أنت طالق مئة. ولو قال: أنت كمائة طالق فهل تقع واحدة أم ثلاث؟ وجهان: ولو قال: أنت طالق طلقة واحدة ألف مرة ولم ينو عددًا، لم يقع إلا واحدة كما قاله المتولي.

فرع: قال: أنت طالق إن لم، أو أنت طالق إن، قال إسماعيل البوشنجي: ينظر إن قصد الاستثناء أو التعليق، فلم يتمه، فلا أرى أن يقع طلاقه، ويصدق إذا فسر به للقرينة الظاهرة، وإن لم يقصد الاستثناء ولا التعليق، وقع لأنه لو أتى بالاستثناء بلا نية، لم يقع، فهنا أولى.

الطرف الثاني: في التكرار: فيه مسائل:

إحداها: قال لمدخول بها: أنت طالق أنت طالق، نظر إن سكت بينهما سكتة فوق سكتة التنفس ونحوه، وقع طلقتان، فإن قال: أردت التأكيد، لم يقبل ظاهرًا ويُدَيَّنُ، وإن لم يسكت وقصد التأكيد قبل ولم يقع إلا طلقة، وإن قصد الاستئناف، وقع طلقتان، وكذا إن أطلق على الأظهر. ولو قال: أنت طالق طالق، فقال القاضي حسين: يقع عند الإطلاق طلقة قطعًا وقال الجمهور: لا فرق بين اللفظين. ولو كرر اللفظة ثلاثًا، وأراد بالآخرتين تأكيد الأولى لم يقع إلا واحدة وإن أراد الاستئناف، وقع الثلاث وإن أطلق فكذا على الأظهر. ولو قال: قصدت بالثالثة تأكيد الثانية، وبالثانية تأكيد الأولى، وبالثالثة الاستئناف، وقع طلقتان.

ولو قصد بالثالثة تأكيد الأولى، وقع الثلاث على الأصح، وقيل: طلقتان، ولا يقدح هذا الفصل اليسير. وإن قصد بالثانية الاستئناف، ولم يقصد بالثالثة شيئًا أو بالثالثة الاستئناف ولم يقصد بالثانية شيئًا، وقع الثلاث على الأظهر، وفي قول طلقتان.

ولو قال: أنت مطلقة، أنت مسرحة، أنت مفارقة، فهو كقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق على الأصح. وقيل: تقع هنا الثلاث قطعًا، حكاه الحناطي. ولو قال: أنت طالق، وطالق، وطالق، وقال: قصدت بالثاني تأكيد الأول، لم يقبل في الظاهر، ويجوز أن يقصد بالثالث تأكيد الثاني لتساويهما، ويجوز أن يقصد به الاستئناف، وإن أطلق، فعلى القولين. ولو قال: قصدت بالثالث تأكيد الأول، لم يقبل. ولو قال: أنت طالق وأنت طالق، أو أنت طالق بل طالق، أو أنت طالق ثم طالق، أو أنت طالق بل طالق بل طالق. فهو كقوله: طالق وطالق وطالق. ولو قال: أنت طالق، فطالق، فطالق، أو أنت طالق، ثم طالق ثم طالق، فهو كقوله: طالق وطالق وطالق. ولو قال: أنت طالق وطالق فطالق، أو أنت طالق، ثم طالق، بل طالق، أو أنت طالق، فطالق ثم طالق، تعيَّن الثلاث ولا مدخل للتأكيد لاختلاف الألفاظ. ونص في «الإملاء»، أنه لو قال: طالق وطالق، لا بل طالق. وقال: شككت في الثانية، فاستدركت بقولي: لا بل طالق لأحقق إيقاع الثانية قبل ولم يقع إلا طلقتان، فجعل الأصحاب المسألة على قولين: أحدهما هذا، والثاني وهو المشهور وظاهر نصه في المختصر: لا يقبل ويقع الثلاث كسائر الألفاظ المتغايرة.

ولو قال: أنت طالق وطالق، بل طالق من غير لفظ «لا»، فالمذهب وقوع الثلاث قطعًا كما سبق وقيل بطرد القولين.

فرع: قال لها قبل الدخول: أنت طالق طالق، أو أنت طالق وطالق، أو طالق فطالق، أو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو أنت طالق بل طالق وطالق.. لم يقع إلا طلقة لأنها تبين بها، فلا يقع ما بعدها. وحكي وجه وقول قديم أنه كما لو قال ذلك لمدخول بها على ما سبق، لأنه كلام واحد فأشبه قوله لها: أنت طالق ثلاثًا، والمذهب الأول، لأن قوله: ثلاثًا، بيان للأول بخلاف هذه الألفاظ.

فرع: قال لمدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، أو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار، فدخلت، وقع الثلاث، وإن قاله لغير المدخول بها، فثلاثة أوجه: أصحها: تقع الثلاث أيضًا إذا دخلت. والثاني: لا يقع إلا واحدة. والثالث: إن قدم الجزاء فقال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار. وقع الثلاث. وإن عكس فواحدة. وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت، فإن قصد التأكيد، وقع طلقة. وإن قصد الاستئناف، وقع الثلاث. وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ قال البغوي: فيه قولان بناء على ما لو حنث في أيمان بفعل واحد، هل تتعدد الكفارة؟ وقال المتولي: يحمل على التأكيد إذا لم يحصل فصل، أو حصل

واتحد المجلس. فإن اختلف فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: وإذا حمل على التأكيد، فيقع عند الدخول طلقة أم يتعدد؟ وجهان بناء على تعدد الكفارة وعدمه. ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقة، وإن دخلت الدار فأنت طالق طلقتين، قال ابن الحداد والأصحاب: تطلق بالدخول ثلاثًا سواء كان مدخولًا بها أم غيرها لأن الجميع يقع دفعة. قال البغوي: وكذا في الصور المتقدمة لا فرق بين المدخول بها وغيرها، لأن على تقدير التعدد يقع الجميع حال الدخول.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، لم يقع بالدخول في غير المدخول بها إلا طلقة لأن «ثم» للتراخي. قال المتولي: وكذا لو أخر الشرط فقال: أنت طالق، ثم طالق إن دخلت الدار.

المسألة الثانية: قال: أنت طالق طلقة فطلقة، أو طالق فطالق، وقع طلقتان على المذهب. وقيل: قولان: ولو قال: طلقة بل طلقتين، وقع الثلاث فإن كانت غير مدخول بها، بانت بالأولى ولم تقع الزيادة في الصورتين.

المسألة الثالثة: قال لمدخول بها: أنت طالق طلقة معها طلقة، أو مع طلقة، وقع طلقتان. وهل يقعان معًا بتمام الكلام، أم متعاقبين؟ وجهان: أصحهما: الأول. فإن قال ذلك لغير المدخول بها، طلقت على الأول طلقتين، وعلى الثاني طلقة.

ولو قال: طلقة تحت طلقة، أو تحتها طلقة، أو فوق طلقة، أو فوقها طلقة، فقال الإمام والغزالي: حكمها حكم «مع»، وقال المتولي كلامًا يقتضي الجزم بأن غير المدخول بها لا يقع عليها إلا طلقة، لأن وصف الطلاق بالفوقية والتحتية محال، فيلغو ويصير كقوله: طالق طالق، وفي المدخول بها وجه أنه لا يقع إلا واحدة، كما لا يلزم في الإقرار إلا درهم، واختاره ابن كج والحناطي. ولو قال لمدخول بها: أنت طالق طلقة قبل طلقة، أو بعدها طلقة، وقع طلقتان. إحداهما بعد الأخرى. ولو كانت غير مدخول بها، وقعت واحدة وبانت.

ولو قال لمدخول بها: أنت طالق طلقة بعد طلقة، أو قبلها طلقة، وقع طلقتان متعاقبتان على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي كتاب ابن كج وجه أنه لا يقع إلا واحدة، لاحتمال أن يكون المعنى: قبلها طلقة مملوكة أو ثابتة، قال: وهذا عند الإطلاق، ولو قال: أردت ذلك، صدق بيمينه لا محالة. فإذا قلنا بالصحيح، ففي كيفية تعاقبهما وجهان: أحدهما: تقع أولًا المنجزة، ثم المضمنة، ويلغو قوله: قبلها، كما لو قال: أنت طالق أمس، يقع في الحال، ويلغو قوله: أمس. وأصحهما: تقع أولًا المضمنة، ثم المنجزة، لأن المعنى يقتضي ذلك، وليس المراد أن المضمنة تقع قبل تمام اللفظ، بل يقعان بعد تمام اللفظ، فتقع المضمنة عقب

اللفظ، ثم المنجزة في لحظة عقبها. فإن قال ذلك لغير المدخول بها، فأوجه: أصحها: يقع واحدة. والثاني: لا يقع شيء، والثالث: يقع طلقتان، ويلغو قوله: قبلها، ويصير كأنه قال: طلقتين وهو ضعيف، ولو قال للمدخول بها: أنت طالق طلقة، قبلها طلقة وبعدها طلقة، طلقت ثلاثًا. ولو قال: قبلها وبعدها طلقة، وقع الثلاث على الصحيح. وقيل: طلقتان، ويلغو قوله: قبلها.

ولو خاطب غير المدخول بها بأحد هذين اللفظين، فهل يقع واحدة أم لا يقع شيء؟ وجهان: أصحهما: الأول. ومتى قال: أردت بقولي: بعدها طلقة، أي سأطلقها بعد هذا طلَقة، لم يقبل ظاهرًا ويُدَيَّنَ، ولو قال: أردت بقولي: قبلها أن زوجًا آخر طلقها في نكاح آخر، فعلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى، فيما إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي، وفسر بهذا.

المسألة الرابعة: قال لمدخول بها: أنت طالق وطالق، وقع طلقتان على الترتيب.

ولو قال: أنت طالق ثلاثًا، فالصحيح وقوع ثلاث عند فراغه من قوله: ثلاثًا. وقيل: ثنتين بالفراغ من وقوع الثلاث بقوله: أنت طالق. قال الإمام: وقياس من قال: يقع طلقة، إذا أراد بقوله: أنت طالق ثلاثًا، فماتت قبل قوله: ثلاثًا: أن يقع هنا طلقة بقوله: أنت طالق، ويتم الثلاث بقوله: ثلاثًا، لكنه ضعيف، لأنه لا خلاف أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا وقع الثلاث، وذلك يدل على أنها لا تقع مرتبة.

المسألة الخامسة: قال لغير المدخول بها: أنت طالق خمسًا، أو قال: إحدى عشرة، وقع الثلاث، ولو قال لها: واحدة ومائة، لم يقع إلا واحدة. ولو قال: إحدى وعشرين، فهل يقع الثلاث أم واحدة؟ وجهان لتردُّدها بين الصورتين.

ولو قال: طلقة ونصفًا، لم يقع إلا واحدة.

فرع: قال: أنت طالق واحدة، بل ثنتين أو ثلاثًا، فإن كانت مدخولًا بها، وقع ثلاث، وإلا فواحدة.

ولو قال: ثنتين بل واحدة، طلقت المدخول بها ثلاثًا، وغيرها طلقتين. ولو قال: أنت طالق واحدة بل ثلاثًا إن دخلت الدار، فوجهان: أصحهما وبه قال ابن الحداد: يقع واحدة بقوله: أنت طالق، ويتعلق طلقتان بدخول الدار. والثاني: يتعلق الثلاث بالدخول إلا أن يقول: أردت تخصيص الشرط بقولي: بل ثلاثًا. فإن قاله لغير مدخول بها، فعلى الوجه الأول تبين بالواحدة الواقعة في الحال، فإن نكحها بعد ذلك ودخلت، فقيل فيه قولا عود الحنث، والمذهب، أنه لا يقع قطعًا، لأنها

إذا بانت كان التعليق بالدخول واقعًا في حال البينونة، فيلغو. وعلى الوجه الثاني يتعلق الثلاث بالدخول، فإذا دخلت، فعلى الوجهين السابقين، فيما إذا قال لغير المدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق، فعلى وجه: لا يقع إلا واحدة، وعلى الأصح: يقع الثلاث. ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طلقتين، بل ثلاثًا إن دخلت الدار، فعلى قول ابن الحداد: يقع طلقتان في الحال، ولا يصح تعليق الثالثة. وعلى الثاني تتعلق الثلاث بالدخول، فإذا دخلت، ففي وجه يقع طلقة، وعلى الأصح ثلاث.

فرع: قال: أنت طالق تطليقة، قبلها كل تطليقة، أو بعدها كل تطليقة، قال إسماعيل البوشنجي: قياس المذهب أن يقال: إن كانت مدخولًا بها، وقع الثلاث مع ترتيب بين الواحدة وباقي الثلاث، وإلا، فوجهان: أصحهما: يقع واحدة. والثاني: لا شيء.

فرع: عن أبي العباس الروياني: لو قال: أنت طالق كألف، فإن نوى عددًا، وقع، وإلا فواحدة، وأنه لو قال: أنت طالق حتى تتم ثلاث، فهل تقع ثلاث، أم تعتبر نيته، فإن لم ينو، فواحدة؟ فيه وجهان: ويقرب منه ما إذا قال: أنت طالق حتى أكمل ثلاثًا، أو أوقع عليك ثلاثًا، وأنه لو قال: أنت طالق ألوانًا من الطلاق، تعتبر نيته، فإن لم ينو، فواحدة.

وأنه لو قال: يا مطلقة: أنت طالق، وكان طلقها قبل ذلك، فقال: أردت تلك الطلقة، فهل يقبل أم يقع أخرى؟ وجهان: ذكر إسماعيل البوشنجي: أنه لو قالت له: طلقني وطلقني وطلقني، أو طلقني طلقني طلقني، أو قالت: طلقني ثلاثًا، فقال: طلقتك، أو قد طلقتك، أو أنت طالق. فإن نوى عددًا، وقع، وإلا فواحدة، وأنه لو طلقها واحدة رجعية ثم قال: جعلتها ثلاثًا، فهو لغو لا يقع به شيء.

الطرف الثالث: في الحساب، وهو ثلاثة أنواع:

الأول: في حساب الضرب، فإذا قال لها: أنت طالق واحدة في واحدة، أو طلقة في طلقة، سئل عن مراده، فإن قال: أردت طلقة مع طلقة، وقع طلقتان، وإن قال: أردت به الظرْفَ أو الحساب، أو لم أرد شيئًا، وقعت واحدة. وإن قال: أنت طالق طلقة في طلقتين، أو واحدة في اثنتين، وأراد مع اثنتين، وقع الثلاث، وإن أراد الحساب وهو يعلمه، وقع طلقتان، وإن جهله وقال: أردت ما يزيده الحساب، فطلقة على الأصح، وقال الصيرفي: طلقتان.

وأجري الوجهان في قوله: طلقتك مثل ما طلق زيد وهو لا يدري كم طلق زيد. وكذا لو نوى عدد طلاق زيد ولم يتلفظ، وإن أطلق ولم ينو الحساب، فإن لم

يعرفه، فطلقة، وكذا إن عرفه على الأظهر. وفي قول: طلقتان. وفي قول غريب ضعيف حكاه الشيخ أبو محمد وغيره: يقع ثلاث طلقات لتلفظه بهن، ويجيء هذا القول فيمن لا يعرف الحساب ولم ينو شيئًا، ولو قال: أنت طالق واحدة في ثلاث، فإن قصد الحساب، وقع الثلاث إن عرفه، وإلا فعلى الوجهين، وإن لم يقصد شيئًا، فعلى التفصيل والخلاف المذكورين.

وإن قال: أنت طالق ثنتين في ثنتين، فإن قصد الحساب وهو يعرفه، وقع الثلاث، وإن لم يقصد شيئًا، فهل يقع ثنتان، أم ثلاث؟ فيه الخلاف. ولو قال: أنت طالق نصف طلقة في نصف طلقة، وقعت طلقة، سواء أراد الحساب أم الظرف أم المعية، أم لم يقصد شيئًا. ولو قال: واحدة في نصف، فكذلك إلا أن يريد المعية، فيقع طلقتان، ولو قال: واحدة وربعًا، أو نصفًا في واحدة وربع، وقع طلقتان إلا أن يريد المعيّة، فتقع ثلاث.

فرع: قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، فهل يقع الثلاث، أم ثنتان، أم واحدة؟ فيه أوجه: أصحها: عند البغوي: الأول، ولو قال: ما بين الواحدة والثلاث، وقعت طلقة على المذهب، ويجيء فيه خلاف سبق في نظيره من الإقرار.

النوع الثاني: في تجزئة الطلاق اعلم أن الطلاق لا يتبعض، بل ذكر بعضه كذكر كله لقوته، سواء أبهم بأن قال: أنت طالق بعض طلقة، أو جزءًا، أو سهمًا من طلقة، أو بَيَّن فقال: نصف طلقة أو ربع طلقة، قال الإمام: وقوع الطلاق هنا على سبيل التعبير بالبعض عن الكل، ولا يتخيل هنا السراية المذكورة في قوله: بعضك طالق، لكن لا يظهر بينهما فرق محقق. وفي كلام الشيخ أبي حامد وغيره، أنه يجوز أن يكون ذلك بطريق السراية، ويجوز أن يلغى قوله: نصف طلقة، ويعمل قوله: أنت طالق.

فرع: إذا زاد في الأجزاء فقال: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة، أو أربعة أثلاث طلقة، وقع طلقتان على الأصح، وقيل: طلقة. وقيل: ثلاث طلقات، حكاه الحناطي. وعلى هذا القياس، قوله: خمسة أرباع طلقة، أو نصف وثلثي طلقة.

فرع: ولو قال: لفلان عليَّ ثلاثة أنصاف درهم، فهل يلزمه درهم أو درهم ونصف؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

فرع: قال: أنت طالق نصفي طلقة، لم يقع إلا طلقة، إلا أن يريد نصفًا من طلقة، ونصفًا من أخرى، وكذا لو قال: ربعي طلقة، أو ثلثي طلقة، وأشار في «الوسيط» إلى الخلاف في هذه الصورة فقال: الصحيح أنه يقع طلقة، والكتب ساكتة عن الخلاف، لكنه جارٍ على ما نقله الحناطي.

ولو قال: نصف طلقتين، أو ثلث طلقتين، وقع طلقة على الأصح، وقيل: طلقتان، فعلى هذا لو قال: أردت طلقة، دُيِّن، وفي قبوله ظاهرًا وجهان: ولو قال: عليَّ نصف درهمين، قال الشيخ أبو علي: لا يلزم إلا درهم بإجماع الأصحاب لعدم التكميل.

ولو قال: ثلث درهمين، فعليه ثلثا درهم بالاتفاق. ولو قال: نصفي طلقتين أو ثلثي طلقتين. وقع طلقتان. ولو قال: ثلاثة أنصاف طلقتين، فهل يقع طلقتان أم ثلاث؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قال ابن الحداد، ونقله الشيخ أبو علي عن الأكثرين.

ولو قال: له عليَّ ثلاثة أنصاف درهمين، ففيما يلزمه الوجهان. ولو قال: ثلاثة أنصاف الطلاق، قال المتولي: يقع ثلاث طلقات، وينصرف الألف واللام إلى الجنس، وحكى الحناطي وجهين: أحدهما: يقع ثلاث، والثاني: طلقة.

فرع: قال: أنت طالق نصف طلقة، أو ثلث وربع وسدس طلقة، لا يقع إلا طلقة، ولو كرر لفظة الطلقة فقال: ثلث طلقة، وربع طلقة، وسدس طلقة، طلقت ثلاثًا على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقال الغزالي: فيه وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: لا يقع إلا واحدة، هكذا أطلقه الغزالي، وإنما نقل الإمام هذا الوجه، فيما إذا نوى صرف هذه الأجزاء إلى طلقة وفسر كلامه به.

ولو لم يدخل الواو، فقال: أنت طالق ثلث طلقة، ربع طلقة، سدس طلقة، لم يقع إلا طلقة لأنه إذا لم يدخل الواو، كان الجميع بمنزلة كلمة واحدة، ولهذا لو قال: أنت طالق طالق، لم تقع إلا واحدة، ولو قال: طالق وطالق، وقع طلقتان.

لو زادت الأجزاء ولم يدخل الواو، فقال: أنت طالق نصف طلقة، ثلث طلقة، ربع طلقة، ففي «أمالي أبي الفرج»: أنه على الوجهين في قوله: ثلاثة أنصاف طلقة. ولو لم تتغاير الأجزاء وتكررت الواو فقال: أنت طالق نصف طلقة، ونصف طلقة، ونصف طلقة، وقع طلقتان، ويرجع في اللفظ الثالث إليه، أقصد التأكيد أم الاستئناف كما لو قال: طالق وطالق وطالق.

ولو قال: أنت نصف طلقة، أو ثلث طلقة، فهو كقوله: أنت الطلاق.

ولو قال: أنت طالق نصف ثلث سدس، ولم يقل: طلقة، وقع طلقة بقوله: أنت طالق.

فرع: في فتاوى القفال، لو قال: طلقتك واحدة أو ثنتين على سبيل الإنشاء، فيختار ما شاء من واحدة، أو اثنتين كما لو قال: أعتقت هذا أو هذين.

النوع الثالث: في التشريك، فإذا قال لأربع نسوة: أوقعت عليكن طلقة، وقع

على كل واحدة طلقة فقط ولو قال: طلقتين أو ثلاثًا أو أربعًا، وقع على كل واحدة طلقة فقط، إلا أن يريد توزيع كل طلقة عليهن، فيقع في طلقتين، على كل واحدة طلقتان، وفي ثلاث وأربع، ثلاث.

ولو قال: أوقعت عليكن خمس طلقات، طلقت كل واحدة طلقتين، إلا أن يريد التوزيع، وكذلك في الست، والسبع، والثمان. وإن أوقع تسعًا، طلقت كل واحدة ثلاثًا. وإن قال: أوقعت بينكن طلقة، طلقت كل واحدة طلقة. فإن قال: أردت بعضهن دون بعض، دُيِّن ولا يقبل ظاهرًا على الأصح، وقطع به جماعة. قال الإمام والبغوي وغيرهما: الوجهان مخصوصان بقوله: أوقعت بينكن. أما قوله: عليكن، فلا يقبل تفسيره هذا قطعًا، بل يعمهن الطلاق.

واعلم أنا قدمنا في قوله: نسائي طوالق عن ابن الوكيل وغيره، أنه يقبل تخصيصه بعضهن، وذلك الوجه يجيء هنا لا محالة، فكان قول الإمام وغيره تفريعًا على الصحيح هناك. وإذا قلنا: لا يقبل في قوله: بينكن، فذلك إذا أخرج بعضهن عن الطلاق، وعطل بعض الطلاق، فأما إذا فضَّل بعضهن كقوله: أوقعت بينكن ثلاث طلقات، ثم قال: أردت طلقتين على هذه، وتوزيع الثالثة على الباقيات، فيقبل على الأصح المنصوص، وبه قطع الشيخ أبو علي. والثاني حكاه ابن القطان: يشترط استواؤهن، وحكي وجه، أنه يقبل تفسيره وإن تعطل بعض الطلاق حتى لو قال: أوقعت بينكن أربع طلقات، ثم خصصها بامرأة قبل، وهذا ضعيف. وحيث قلنا: لا يقبل، فذلك في نفي الطلاق عمن نفاه عنها أما إثباته على من أثبته عليها، فيثبت قطعًا مؤاخذة له.

ولو قال: أوقعت بينكن خمس طلقات، لبعضكنَّ أكثر مما لبعض، فيصدق في التفصيل بلا خلاف، وفي تصديقه في إخراج بعضهن الخلاف.

ولو قال: أوقعت عليكن نصف طلقة، أو ثلثها، وقع على كل واحدة طلقة. ولو قال: أوقعت بينكن ثلث طلقة، وخمس طلقة، وسدس طلقة، بني على الخلاف السابق فيما إذا خاطب به واحدة. فإن قلنا: لا يقع به إلا واحدة، فكذا هنا، فتطلق كل واحدة طلقة، وإن قلنا بالمذهب: وهو وقوع الثلاث، طلقت كل واحدة ثلاثًا، لأن تغاير الأجزاء وعطفها، يشعر بقسمة كل جزء بينهن. وقال الإمام: ويحتمل أن تجعل كما لو قال: أوقعت بينكن ثلاث طلقات، فتطلق كل واحدة طلقة. ولو قال: أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة، فيجوز أن يقال: هو كقوله: ثلاث طلقات، تطلق كل واحدة طلقة، ويجوز أن يقال: تطلق كل واحدة ثلاثًا لإشعاره بقسمة كل طلقة.

فرع: طلق إحدى امرأتيه ثم قال للأخرى: أشركتك معها، أو جعلتك

شريكتها، أو أنت كهي، أو مثلها، ونوى طلاقها، طلقت وإلا فلا، وكذا لو طلق رجل امرأته فقال آخر لامرأته: أشركتك معها، أو أنت كهي، ونوى، طلقت. ولو كان تحته أربع، فقال لثلاث منهن: أوقعت عليكن أو بينكن طلقة، فطلقن واحدة واحدة، ثم قال للرابعة: أشركتك معهن ونوى الطلاق، نظر إن أراد طلقة واحدة لتكون كواحدة منهن، طلقت طلقة، وإن أراد أنها تشارك كل واحدة طلقتها، طلقت ثلاثًا. وإن أطلق نية الطلاق ولم ينو واحدة ولا عددًا، فوجهان: أصحهما: وبه قال الشيخ أبو علي: تطلق واحدة، وقال القفال: طلقتين، لأن التشريك يقتضي أن يكون عليها نصف ما عليهن وهو طلقة ونصف، فتكمل. ولو قيل على هذا التوجيه: تطلق ثلاثًا مثلهن، لم يكن بأبعد منه، ولو طلق اثنتين ثم قال للأخريين: أشركتكما معهما ونوى الطلاق، فإن نوى كون كل منهما كواحدة من الأوليين، طلقت كل واحدة منهما طلقة، وإن نوى كون كل واحدة كالأوليين معًا في الطلاق أو أن تشارك كل واحدة منهما كل واحدة من الأوليين في طلقتيهما، طلقتا طلقتين طلقتين. وإن أطلق، طلقت كل واحدة طلقة على قولي القفال وأبي علي جميعًا، لأن القفال يشركهما فيجعل لهما نصف ما للأوليين، وهو طلقة فتقسم وتكمل.

فرع: قال: أنت طالق عشرًا، فقالت: تكفيني ثلاث، فقال: الباقي لضرتك، لا يقع على الضرة شيء، لأن الزيادة على الثلاث لغو. ولو قالت: تكفيني واحدة فقال: الباقي لضرتك، وقع عليها ثلاث، وعلى الضرة طلقتان إذا نوى، ذكره البغوي، ولو طلق إحدى امرأتيه ثلاثًا ثم قال للثانية: أشركتك معها، قال الشاشي: يقع على الثانية طلقة، وتردد البوشنجي في طلقة أم ثلاث.

الباب الرابع: في الاستثناء: الاستثناء صحيح معهود، وفي القرآن والسنة موجود، فإذا قال: أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين، طلقت طلقة. ويشترط لصحته شيئان: أحدهما: أن يكون متصلًا باللفظ، فإن انفصل، فهو لغو، وسكتة التنفس والعي لا تمنع الاتصال. قال الإمام: والاتصال المشروط هنا أبلغ مما يشترط بين الإيجاب والقبول، لأنه يحتمل بين كلام الشخصين ما لا يحتمل بين كلام شخص واحد، ولذلك لا ينقطع الإيجاب والقبول بتخلل كلام يسير على الأصح، وينقطع الاستثناء بذلك على الصحيح. وهل يشترط اقتران الاستثناء بأول اللفظ؟ وجهان: أحدهما: لا، بل لو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه فاستثنى، حكم بصحة الاستثناء، وحكى الشيخ أبو محمد هذا الوجه عن الأستاذ أبي إسحاق، وأصحهما: وادعى أبو بكر الفارسي الإجماع عليه: أنه لا يعمل بالاستثناء حتى يتصل بأول الكلام.

ثم ما ذكرناه من اتصال اللفظ واقتران القصد بأول الكلام، يجري في

الاستثناء بـ«إلا» وأخواتها، وفي التعليق بمشيئة الله تعالى، وفي سائر التعليقات الشرط الثاني، أن لا يكون الاستثناء مستغرقًا، فإن استغرق، فهو باطل ويقع الجميع.

فصل: الاستثناء ضربان: أحدهما: استثناء بـ«إلا» وأخواتها، والثاني: تعليق الطلاق والعتاق، وغيرهما بمشيئة الله تعالى، قال الإمام: ولا يبعد عن اللغة تسمية كل تعليق استثناء، لأن قول القائل: أنت طالق، يقتضي وقوع الطلاق بغير قيد، فإذا علقه بشرط، فقد ثناه عن مقتضى إطلاقه، كما أن قوله: أنت طالق ثلاثًا إلا طلقة، يثني اللفظ عن مقتضاه، إلا أنه اشتهر في عرف أهل الشرع تسمية التعليق بمشيئة الله تعالى خاصة استثناءً.

الضرب الأول: فيه مسائل: إحداها: قال: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا، فالاستثناء باطل لاستغراقه.

المسألة الثانية: إذا عطف بعض العدد على بعض في المستثنى أو المستثنى منه أو فيهما، فهل يجمع بينهما، أم لا؟ وجهان: أصحهما: لا يجمع، وبه قال ابن الحداد، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق، لا يقع إلا واحدة، ولا ينزل منزلة: أنت طالق طلقتين، فإذا قال: أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين وواحدة، أو إلا اثنتين وإلا واحدة، فعلى الجمع يكون الاستثناء مستغرقًا فيقع الثلاث، وعلى الفصل، يختص البطلان بالواحدة التي وقع بها الاستغراق، فتقع طلقة.

ولو قال: إلا واحدة واثنتين، فعلى الجمع يقع ثلاث، وعلى الفصل يختص البطلان بالثنتين، فيقع طلقتان.

ولو قال: أنت طالق طلقتين وواحدة إلا واحدة، فعلى الجمع تكون الواحدة مستثناة، فيقع طلقتان، وعلى الفصل، لا يجمع فتكون الواحدة مستثناة من واحدة، فيقع الثلاث. وقيل: تقع الثلاث هنا قطعًا.

ولو قال: أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة، صح الاستثناء على الوجهين.

ولو قال: ثلاثًا إلا واحدة وواحدة وواحدة، فعلى الجمع، يقع الثلاث، وعلى الفصل، يقع استثناء اثنتين دون الثالثة. ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة، أو أنت طالق طلقة، وطلقة، وطلقة إلا طلقة، فعلى الجمع يقع طلقتان. كأنه قال: ثلاثًا إلا واحدة، وعلى الفصل، يقع ثلاث، لأنه استثنى واحدة من واحدة، ولو قال: واحدة، وواحدة، وواحدة، إلا واحدة وواحدة وواحدة، وقع الثلاث على الوجهين.

ولو قال: واحدة، بل واحدة، ثم واحدة إلا واحدة، فالاستثناء باطل، ولا

جمع لتغاير الألفاظ. وقيل: يصح حكاه الحناطي، والصحيح المنع. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة وواحدة؛ قال الشيخ أبو علي: اتفق الأصحاب أنه يجمع بينهما، ويصحان ولا يقع إلا ما بقي بعد الاستثناءين وهو طلقة، وحكى ابن كج فيه وجهين: ثانيهما: يقع ثلاث، ويجعل قوله: وواحدة عطفًا على قوله: ثلاثًا كأنه قال: اثنتين وواحدة.

المسألة الثالثة: سبق في الإقرار أن الاستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي، فإذا قال: أنت طالق ثلاثًا، إلا اثنتين إلا واحدة، وقع طلقتان، وعن الحناطي، احتمال أنه كقوله: إلا ثنتين وواحدة، والصواب الأول.

ولو قال: ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا واحدة، فهل يقع واحدة، أم اثنتان، أم ثلاث؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، ولو قال: ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا اثنتين، ففيه الأوجه، لكن الأصح هنا: يقع طلقتان. ولو قال: ثلاثًا إلا اثنتين، إلا اثنتين وقعت واحدة قطعًا، ولغا الاستثناء الثاني.

ولو قال: ثلاثًا إلا واحدة إلا واحدة، فهل يقع اثنتان أم ثلاث؟ وجهان حكاهما الحناطي، ولو قال: اثنتين إلا واحدة إلا واحدة، فقيل: اثنتان، وقيل: واحدة.

ولو قال: ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا اثنتين إلا واحدة، فقيل: اثنتان. وقيل: واحدة، قال الحناطي: ويحتمل وقوع الثلاث.

المسألة الرابعة: إذا زاد على العدد الشرعي، فهل ينصرف الاستثناء إلى الملفوظ به، أم إلى المملوك وهو الثلاث؟ وجهان: أصحهما: إلى الملفوظ به، وبه قال ابن الحداد، وابن القاص، وقال أبو علي بن أبي هريرة والطبري: إلى المملوك. فإذا قال: أنت طالق خمسًا إلا ثلاثًا، وقع طلقتان على الأول، وثلاث على الثاني.

ولو قال: خمسًا إلا اثنتين، وقع ثلاث على الأول، وواحدة على الثاني. ولو قال: أربعًا إلا اثنتين، وقع اثنتان على الأول، وواحدة على الثاني، ولو قال: أربعًا إلا واحدة، وقع ثلاث على الأول، واثنتان على الثاني، ولو قال: أربعًا إلا ثلاث، وقع على الأول واحدة، وعلى الثاني ثلاث، ولو قال: ستًا أو سبعًا أو أكثر من ذلك إلا ثلاثًا، وقع الثلاث على الوجهين، ولو قال: ستًا إلا أربعًا، فعلى الأول: يقع طلقتان، وعلى الثاني: ثلاث. ولو قال: أربعًا إلا ثلاثًا إلا اثنتين، فعلى الأول: يقع ثلاث، وعلى الثاني: هو كقوله: ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا اثنتين. ولو قال: خمسًا إلا اثنتين إلا واحدة، فعلى الأول يقع ثلاث، وعلى الثاني طلقتان كقوله:

ثلاثًا إلا اثنتين إلا واحدة، ولو قال: ثلاثًا وثلاثًا إلا أربعًا، فإن جمعنا بين الجمل المعطوفة واعتبرنا الملفوظ، فكقوله: ستًا إلا أربعًا، وإلا طلقت ثلاثًا.

فرع: قال: أنت بائن إلا بائنًا ونوى بقوله: أنت بائن الثلاث، قال إسماعيل البوشنجي: يبنى على أنه لو قال: أنت واحدة ونوى الثلاث، هل يقع الثلاث اعتبارًا بالنية أم واحدة اعتبارًا باللفظ؟ فإن غلبنا اللفظ، بطل الاستثناء كما لو قال: أنت طالق واحدة إلا واحدة. وإن غلبنا النية، صح الاستثناء ووقع طلقتان، وهذا هو الذي رجحه ونصره.

وفي معنى هذه الصورة قوله: أنت بائن إلا طالقًا ونوى بقوله: بائن الثلاث. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا طالقًا، صح الاستثناء كقوله: ثلاثًا إلا طلقة، وكذا لو قال: طالق وطالق وطالق إلا طالقًا ونوى التكرار فيه احتمال.

المسألة الخامسة: لو قدم الاستثناء على المستثنى منه، فقال: أنت إلا واحدة طالق ثلاثًا، حكى صاحب «المهذب» عن بعض الأصحاب، أنه لا يصح الاستثناء ويقع الثلاث، قال: وعندي أنه يصح فيقع طلقتان.

المسألة السادسة: قال: أنت طالق ثلاثًا إلا نصف طلقة، وقع الثلاث على الصحيح، وقيل: طلقتان. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا طلقة ونصفًا، فعلى الصحيح طلقتان، وعلى الثاني طلقة. ولو قال: طلقة إلا نصفًا وقع طلقة قطعًا، ولو قال: ثلاثة إلا طلقتين ونصفًا، فإن قلنا بالثاني، فهو كقوله: ثلاث إلا اثنتين وواحدة، وإن قلنا بالصحيح، فهل يقع ثلاث أم واحدة، فيه احتمالان للإمام. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا طلقتين إلا نصف طلقة، وقع طلقتان. ولو قال: واحدة ونصفًا إلا واحدة، نقل الحناطي وقوع طلقة. قال: ويحتمل وقوع طلقتين. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا نصفًا، قال البوشنجي: يراجع، فإن قال: أردت: إلا نصفها، وقع طلقتان. وإن قال: أردت إلا نصف طلقة، طلقت ثلاثًا، ويجيء فيه الوجه الضعيف، وإن لم تكن نية فطلقتان.

الضرب الثاني: التعليق بالمشيئة: فإذا قال: أنت طالق إن شاء الله، نظر إن سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده لها كما هو الأدب، أو قصد التبرك بذكر الله تعالى، أو الإشارة إلى أن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى ولم يقصد تعليقًا محققًا، لم يؤثر ذلك ووقع الطلاق. وإن قصد التعليق حقيقة، لم تطلق على المذهب، ومنهم من حكى قولًا آخر، والتفريع على المذهب. وكذا يمنع الاستثناء انعقاد التعليق، كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، إن شاء الله، أو إذا شاء الله، ويمنع أيضًا العتق في قوله: أنت حر إن شاء الله، ويمنع انعقاد النذر واليمين، وصحة العفو عن

القصاص، والبيع وسائر التصرفات. وسواء قال: أنت طالق إن شاء الله، أو إن شاء الله أنت طالق، أو متى شاء الله، أو إذا شاء الله، قال ابن الصباغ: وكذا قوله: إن شاء الله أنت طالق، وفي هذه الصيغة وجه حكاه الحناطي. ولو قال: أنت طالق إذا شاء الله أو أن شاء الله بفتح الهمزة، وقع الطلاق في الحال، وكذا لو قال: إذا شاء زيد، أو أن شاء زيد، ونقل الحناطي وجهًا، في أن شاء الله، أنه لا يقع، وثالثها أنه يفرق بين عارف النحو وغيره. واختار الروياني هذا. ولو قال: أنت طالق ما شاء الله، قال المتولي وغيره: وقعت طلقة لأنها اليقين. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا وثلاثًا إن شاء الله، أو ثلاثًا وواحدة إن شاء الله، أو واحدة وثلاثًا إن شاء الله، قال ابن الصباغ والمتولي: الذي يقتضيه المذهب: أنه لا يقع شيء، والوجه بناؤه على الخلاف السابق، أن الاستثناء بعد الجملتين ينصرف إليهما، أم إلى الأخيرة فقط؟ وكذا ذكره الإمام، وقد ذكرنا أن الأصح عوده إلى الأخيرة، ويوافق هذا البناء ما ذكره البغوي أنه لو قال: حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله، فهل يرجع الاستثناء إلى عمرة فقط أم إليهما؟ وجهان: أصحهما: الأول. ولو قال: أنت طالق واحدة واثنتين إن شاء الله، قال الإمام: هو على الوجهين، إن جمعنا المفرق، لم يقع شيء. ولو قال: أنت طالق واحدة ثلاثًا إن شاء الله، أو أنت طالق ثلاثًا ثلاثًا إن شاء الله، لم تطلق، وفي معناه: أنت طالق أنت طالق إن شاء الله، وقصد التأكيد.

فرع: قال: يا طالق إن شاء الله، يقع الطلاق على الأصح، ولو قال: يا طالق، أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله، وقعت طلقة بقوله: يا طالق فقط، ولو قال: أنت طالق ثلاثًا يا طالق إن شاء الله، فهل يقع طلقة بقوله: يا طالق، أم ثلاث أم لا يقع شيء؟ فيه أوجه: وبالأول قطع المتولي، ويشبه أن يكون هو الأظهر. وحكى الإمام عن القاضي والأصحاب الثالث، ويؤيد الأول، أن البغوي وغيره: ذكروا أنه لو قال: أنت طالق ثلاثًا يا زانية إن شاء الله، رجع الاستثناء إلى الطلاق، ووجب حد القذف.

فرع: إذا قال: أنت طالق إن لم يشأ الله، أو إذا لم يشأ الله، أو ما لم يشأ الله، لم تطلق على الصحيح باتفاق الجمهور، وقال صاحب «التلخيص»: تطلق، ولو قال: أنت طالق إلا أن يشاء الله، فوجهان: أحدهما: لا تطلق، والثاني: تطلق، وبالثاني قال العراقيون، وهو محكي عن ابن سريج، ورجحه البغوي، والأول هو الأصح، صححه الإمام وغيره، واختاره القفال، ونقله عن نص الشافعي رحمه الله.

فرع: إذا قال: أنت طالق إن لم يشأ زيد، أو إن لم يدخل الدار، أو إن لم يفعل كذا، نظر، إن وجد منه المشيئة أو غيرها مما علق عليه في حياته، لم يقع

الطلاق، وإن لم توجد حتى مات، وقع الطلاق قبيل الموت إن لم يحصل قبل ذلك مانع، فإن حصل مانع تتعذر معه المشيئة، كجنون ونحوه، تبينا وقوع الطلاق قبيل حدوث المانع، وإن مات وشككنا في أنه هل وجد منه الصفة المعلق عليها، ففي وقوع الطلاق وجهان: سواء كانت الصيغة: أنت طالق إن لم يدخل زيد، أو إلا أن يدخل، والوقوع في الثانية أظهر منه في الأولى.

ولو قال: أنت طالق اليوم إلا أن يشاء زيد، أو إلا أن تدخل الدار، فاليوم هنا كالعمر.

وأعلم أن الأكثرين قالوا بالوقوع فيما إذا شككنا في الفعل المعلق عليه، واختار الإمام عدم الوقوع في الصورتين، وهو أوجه وأقوى.

فرع: قوله: أنت طالق إلا أن يشاء الله، أو إلا أن يشاء زيد، معناه: إلا أن يشاء وقوع الطلاق. كما أن قوله: أنت طالق إن شاء الله، معناه: إن شاء وقوع الطلاق، فالطلاق معلق بعدم مشيئة الطلاق، لا بمشيئة عدم الطلاق، وعدم مشيئة الطلاق تحصل بأن يشاء عدم الطلاق، أو بأن لا يشاء شيئًا أصلًا، فعلى التقديرين يقع، وإنما لا يقع إذا شاء زيد أن يقع، وقال بعضهم: معناه: أنت طالق إلا أن يشاء زيد أن لا تطلقي، وعلى هذا، إن شاء أن تطلق، طلقت، وكذا ذكره البغوي، والصحيح الأول.

باب الشرط في الطلاق

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به، فإذا وجد الشرط وقع، وإذا لم يوجد لم يقع. لما روي أن النبيّ ﷺ قال: «المؤمنون عند شروطهم»[1] ولأن الطلاق كالعتق لأن لكل واحد منهما قوة وسراية، ثم العتق إذا علق على شرط، وقع بوجوده ولم يقع قبل وجوده فكذلك الطلاق، فإن علق الطلاق على شرط ثم قال: عجلت ما كنت علقت على الشرط لم تطلق في الحال لأنه تعلق بالشرط ولا يتغير، وإذا وجد الشرط طلقت.

وإن قال أنت طالق ثم قال: أردت إذا دخلت الدار، أو إذا جاء رأس الشهر لم يقبل في الحكم، لأنه يدعي خلاف ما يقتضيه اللفظ بظاهره ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه يدّعي صرف الكلام عن ظاهره إلى وجه يحتمله فدين فيه كما لو قال أنت طالق وادّعى أنه أراد طلاقًا من وثاق. فإن قال: أنت طالق إن

(١) تقدم.

دخلت الدار، وقال: أردت الطلاق في الحال، ولكن سبق لساني «إن» الشرطية، لزمه الطلاق في الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة.

فصل: والألفاظ التي تستعمل في الشرط في الطلاق: (من، وإن، وإذا، ومتى، وأي وقت، وكلما) وليس في هذه الألفاظ ما يقتضي التكرار إلا قوله: كلما فإنه يقتضي التكرار. فإذا قال من دخلت الدار فهي طالق، أو قال لامرأته إن دخلت الدار أو إذا دخلت الدار، أو متى دخلت الدار أو أي وقت دخلت الدار فأنت طالق، فوجد الدخول وقع الطلاق. وإن تكرر الدخول لم يتكرر الطلاق لأن اللفظ لا يقتضي التكرار.

وإن قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت طلقت. وإن تكرر الدخول تكرر الطلاق لأن اللفظ يقتضي التكرار.

فصل: وإن كانت له امرأة لا سنة في طلاقها ولا بدعة، وهي الصغيرة التي لم تحض أو الكبيرة التي يئست من الحيض أو الحامل أو التي لم يدخل بها فقال لها: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة، طلقت لوجود الصفة. وإن قال: أو أنت طالق للسنة أو البدعة، أو أنت طالق للسنة والبدعة فقال لها: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة، طلقت لوجود الصفة. وإن قال: أنت طالق للسنة أو للبدعة، أو أنت طالق للسنة والبدعة، طلقت لأنه وصفها بصفة لا تتصف بها، فلغت الصفة وبقي الطلاق فوقع. فإن قال للصغيرة أو الحامل أو التي لم يدخل بها: أنت طالق للسنة أو أنت طالق للبدعة، وقال: أردت به إذا صارت من أهل سنة الطلاق أو بدعته طلقت في الحال، ولم يقبل ما يدعيه في الحكم، لأن اللفظ يقتضي طلاقًا ناجزًا ويدين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ، لأنه يحتمل ما يدعيه.

وإن كانت له امرأة لها سنة وبدعة في الطلاق وهي المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء، فقال لها: أنت طالق للسنة ـ فإذا كانت في طهر لم يجامعها فيه ـ طلقت في الحال لوجود الصفة. وإن كانت في حيض أو في طهر جامعها فيه لم تطلق في الحال لعدم الصفة، وإذا طهرت من غير جماع طلقت لوجود الصفة.

وإن قال: أنت طالق للبدعة ـ فإن كانت حائضًا أو في طهر جامعها فيه ـ طلقت في الحال لوجود الصفة، وإن كانت في طهر لم يجامعها فيه لم تطلق في الحال لفقد الصفة فإذا جامعها أو حاضت طلقت لوجود الصفة.

وإن قال: أنت طالق للسنة إن كنت في هذه الحالة ممن يقع عليها طلاق السنة ـ فإن كانت في طهر لم يجامعها فيه ـ طلقت لوجود الصفة، وإن كانت حائضًا أو في طهر جامعها فيه لم تطلق في الحال لعدم الصفة وإن صارت في طهر لم تجامع فيه لم تطلق أيضًا لأنه شرط أن تكون للسنة وأن تكون في تلك الحال. وذلك لا يوجد بعد انقضاء الحال.

وإن قال لها: أنت طالق للسنة وللبدعة، أو أنت طالق طلقة حسنة قبيحة، طلقت في الحال طلقة، لأنه لا يمكن إيقاع طلقة على هاتين الصفتين، فسقطت الصفتان وبقي الطلاق فوقع. وإن قال: أنت طالق طلقتين طلقة للسنة وطلقة للبدعة طلقت في الحال طلقة فإذا صارت في الحال الثانية طلقت طلقة. وإن قال: أنت طالق طلقتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان:

أحدهما: يقع طلقة في حال السنة وطلقة في حال البدعة، لأنه يمكن إيقاعها على الصفتين فلم يجز إسقاطهما.

والثاني: يقع في الحال طلقتان؛ لأن الظاهر عود الصفتين إلى كل واحدة من الطلقتين وإيقاع كل واحدة منهما على الصفتين لا يمكن فلغت الصفتان ووقعت الطلقتان. وإن قال: أنت طالق ثلاثًا للسنة وقع الثلاث في طهر لم يجامعها فيه، لأن ذلك طلاق للسنة.

وإن قال: أنت طالق ثلاثًا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وقع في الحال طلقتان لأن إضافة الطلاق إليهما يقتضي التسوية، فيقع في الحال طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين، ويقع الباقي في الحالة الأخرى، وإن قال: أردت بالبعض طلقة في هذه الحال وطلقتين في الحالة الأخرى، ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يقبل قوله في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ، لأن يدّعي ما يتأخر به الطلاق فصار كما لو قال: أنت طالق وادّعى أنه أراد إذا دخلت الدار.

والثاني: وهو المذهب: أنه يقبل في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عزوجل لأن البعض يقع على القليل والكثير حقيقة، ويخالف دعوى دخول الدار، فإن الظاهر انجاز الطلاق، فلم تقبل في الحكم دعوى التأخير.

فصل: وإن قال إن قدم فلان فأنت طالق، فقدم وهي في طهر لم يجامع فيه وقع طلاق سنة، وإن قدم وهي حائض أو في طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة إلا أنه لا يأثم لأنه لم يقصد، كما إذا رمى صيدًا فأصاب آدميًا فقتله، فإن القتل صادف محرمًا لكنه لم يأثم لعدم القصد. وإن قال: إن قدم فلان فأنت طالق للسنة فقدم وهي في حال السنة طلقت. وإن قدم وهي في حال البدعة لم تطلق حتى تصير إلى حال السنة، لأنه علقه بعد القدوم بالسنة.

فصل: وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق وأكمله وأعدله، وما أشبهها من الصفات الحميدة، طلقت للسنة لأنه أحسن الطلاق وأكمله وأعدله، وإن قال أردت به طلاق البدعة، واعتقدت أن الأعدل والأكمل في حقها لسوء عشرتها أن تطلق للبدعة نظرت، فإن كان ما يدّعيه من ذلك أغلظ عليه، بأن تكون في الحال حائضًا أو في طهر جامعها فيه، وقع طلاق بدعة، لأن ما ادّعاه عليه واللفظ يحتمله فقبل منه. وإن كان أخف عليه بأن كانت في طهر لم يجامع فيه دين فيما بينه وبين الله

عزّ وجلّ، لأنه يحتمل ما يدّعيه ولا يقبل في الحكم، لأنه مخالف للظاهر.

فإن قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه وما أشبههما من صفات الذم طلقت في حال البدعة لأنه أقبح الطلاق وأسمجه. وإن قال أردت طلاق السنة واعتقدت أن طلاقها أقبح الطلاق وأسمجه لحسن دينها وعشرتها، فإن كان ذلك أغلظ عليه لما فيه من تعجيل الطلاق، قبل منه لأنه أغلظ عليه واللفظ يحتمله، وإن كان أخف عليه لما فيه من تأخير الطلاق دين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ، لأنه يحتمل ولا يقبل في الحكم لأنه مخالف للظاهر. وإن قال أنت طالق طلاق الحرج طلقت للبدعة، لأن الحرج فيما خالف السنة وأثم به.

فصل: وإن قال لها وهي حائض: إذا طهرت فأنت طالق، طلقت بانقطاع الدم لوجود الصفة، وإن قال لها ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر، لأن «إذا» اسم للزمان المستقبل فاقتضى فعلًا مستأنفًا، ولهذا لو قال لرجل حاضر: إذا جئتني فلك دينار لم يستحق بهذا الحضور حتى يغيب ثم يجيئه وإن قال لها وهي طاهر: إن حضت فأنت طالق، طلقت برؤية الدم، وإن قال لها ذلك وهي حائض لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لما ذكرناه في الطهر، فإن قال لها وهي حائض: إن طهرت طهرًا فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض، لأنه لا يوجد طهر كامل إلا أن تطعن في الحيض الثاني.

وإن قال لها ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض، لأن الطهر الكامل لا يوجد إلا بما ذكرناه. وإن قال: إن حضت حيضة فأنت طالق، فإن كانت طاهرًا لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر، وإن كانت حائضًا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، لما ذكرناه في الطهر.

فصل: وإن قال: أنت طالق ثلاثًا في كل قرء طلقة نظرت، فإن كانت لها سنة وبدعة في طلاقها نظرت، فإن كانت طاهرًا طلقت طلقة لأن ما بقي من الطهر قرء، وإن كانت حائضًا لم تطلق حتى تطهر ثم يقع في كل طهر طلقة، وإن لم يكن لها سنة ولا بدعة ـ نظرت فإن كانت حاملًا ـ طلقت في الحال طلقة، لأن الحمل قرء يعتد به وإن كانت تحيض على الحمل لم تطلق في أطهارها لأنها ليست بأقراء، ولهذا لا يعتد بها، فإن راجعها قبل الوضع وطهرت في النفاس وقعت طلقة أخرى، فإذا حاضت وطهرت وقعت الثالثة، وإن كانت غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت، فإن كانت صغيرة مدخولًا بها طلقت في الحال طلقة، فإن لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانت، وإن راجعها لم تطلق في الطهر بعد الرجعة لأنه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق.

فصل: وإن قال: إن حضت فأنت طالق فقالت: حضت فصدقها طلقت وإن كذبها فالقول قولها مع يمينها لأنه لا يعرف الحيض إلا من جهتها، وإن قال لها قد حضت فأنكرت طلقت بإقراره، وإن قال: إن حضت فضرتك طالق فقالت: حضت، فإن صدقها طلقت ضرتها، وإن كذبها لم تطلق، لأن قولها يقبل على الزوج

في حقها ولا يقبل على غيرها إلا بتصديق الزوج كالمودع يقبل قوله في رد الوديعة على المودع، ولا يقبل في الرد على غيره.

وإن قال: إذا حضت فأنت وضرتك طالقان، فقالت: حضت، فإن صدقها طلقتا، وإن كذبها وحلفت طلقت هي ولم تطلق ضرتها. وإن صدقتها الضرة على حيضها لم يؤثر تصديقها، ولكن لها أن تحلف الزوج على تكذيبها، وإن قال إذا حضتما فأنتما طالقان، فإن قالتا: حضنا فصدقهما طلقتا، وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما، لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين، حيضها وحيض صاحبتها، ولا يقبل قول كل واحدة منهما إلا في حيضها في حقها نفسها دون صاحبتها، ولم يوجد الشرطان: وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة لأنها غير مقبولة القول على صاحبتها ومقبولة القول في حق نفسها، وقد صدق الزوج صاحبتها فوجد الشرطان في طلاقها، فطلقت، والمصدقة مقبولة القول في حيضها في حق نفسها، وقد صدقها الزوج، وقول صاحبتها غير مقبول في حيضها في طلاقها ولم يوجد الشرطان في حقها فلم تطلق.

فصل: وإن قال لامرأتين إن حضتما حيضة فأنتما طالقان، ففيه وجهان أحدهما: إن هذه الصفة لا تنعقد لأنه يستحيل اجتماعهما في حيضة فبطل. والثاني: أنهما إذا حاضتا وقع الطلاق، لأن الذي يستحيل هو قوله حيضة فيلغى لاستحالتها، ويبقى قوله إن حضتما، فيصير كما لو قال: إن حضتما فأنتما طالقتان، وقد بينا حكمه.

فصل: وإن قال لأربع نسوة: إن حضتن فأنتن طوالق، فقد علق طلاق كل واحدة منهن بأربع شرائط، وهي حيض الأربع. فإن قلن حضنا وصدقهن طلقن، لأنه قد وجد حيض الأربع، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، لأنه لم يثبت حيض الأربع، لأن قول كل واحدة منهن لا يقبل إلا في حقها، وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط، وإن صدق ثلاثًاوكذب واحدة طلقت المكذبة، لأن قولها مقبول في حيضها في حق نفسها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع في حقها فطلقت، ولا تطلق المصدقات لأن قول كل واحدة منهن مقبول في حيضها في حقها، غير مقبول في حق صواحبها وقد بقيت واحدة منهن مكذبة فلم تطلق لأجلها.

فصل: وإن قال لهن: كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق فقد جعل حيض كل واحدة منهن صفة لطلاق البواقي، فإن قلن: حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثًا، لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب تطلق بحيض كل صاحبة طلقة، فطلقت كل واحدة منهن ثلاثًا، وإن كذبهن إلا أنه لا يقبل في حق غيرها. وإن صدق واحدة منهن وقع على كل واحدة منهن طلقة، لأن لكل واحدة منهن صاحبة ثبت حيضها، ولا يقع على المصدقة طلاق لأنه ليس لها صاحبة ثبت حيضها.

وإن صدق اثنتين وقع على كل واحدة منهما طلقة، لأن لكل واحدة منهما صاحبة ثبت حيضها، ويقع على كل واحدة من المكذبتين طلقتان، لأن لكل واحدة منهما صاحبتين ثبت حيضهما فإن صدق ثلاثًا وقع على كل واحدة منهن طلقتان؛ لأن لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ووقع على المكذبة ثلاث تطليقات لأنها لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن.

فصل: وإن قال لامرأته: إن لم تكوني حاملًا فأنت طالق، لم يجز وطؤها قبل الاستبراء، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق، فإن لم يكن بها حمل طلقت وإن وضعت حملًا لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق لم تطلق لأنا تيقنا أنها كانت حاملًا عند العقد. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين طلقت طلقة لأنا تيقنا أنها لم تكن حاملًا عند العقد.

وإن وضعته لما بين ستة أشهر وأربع سنين نظرت فإن لم يطأها الزوج في هذه المدة لم يقع الطلاق لأنا حكمنا بأنها كانت حاملًا عند العقد وإن كان وطئها نظرت. فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء ولأكثر من ستة أشهر من وقت العقد لم يقع الطلاق لأنا حكمنا أنها كانت حاملًا وقت العقد وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد والوطء جميعًا. ففيه وجهان أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنها تطلق لأنه يجوز أن يكون قبل الوطء. ويجوز أن يكون حدث من الوطء. والظاهر أنه حدث من الوطء. لأن الأصل فيما قبل الوطء العدم.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها لم تطلق لأنه يحتمل أن يكون موجودًا عند العقد، ويحتمل أن يكون حادثًا من الوطء بعده والأصل بقاء النكاح. وإن قال لها إن كنت حاملًا فأنت طالق فهل يحرم وطؤها قبل الاستبراء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحرم لأن الأصل عدم الحمل وثبوت الإباحة.

والثاني: يحرم لأنه يجوز أن تكون حاملًا فيحرم وطؤها، ويجوز أن لا تكون حاملًا فيحل وطؤها فغلب التحريم، فإن استبرأها ولم يظهر الحمل فهي على الزوجية، وإن ظهر الحمل نظر، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق، لأنا تيقنا أنها كانت حاملًا وقت العقد. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق، لأنا علمنا أنها لم تكن حاملًا، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فإن كان الزوج لم يطأها طلقت لأنا حكمنا أنها كانت حاملًا وقت العقد. وإن وطئها نظرت فإن وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء وقع الطلاق. لأنا حكمنا أنها كانت حاملًا وقت العقد. وإن وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئه لم يقع الطلاق وجهًا واحدًا لأنه يجوز أن يكون موجودًا وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك.

واختلف أصحابنا في صفة الاستبراء ووقته وقدره، فذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ في الاستبراء في المسألتين ثلاثة أوجه: أحدها ثلاثة أقراء وهي أطهار، لأنه استبراء حرة فكان بثلاثة أطهار. والثاني بطهر لأن القصد براءة الرحم فلا يزاد على قرء. واستبراء الحرة لا يجوز إلا بالطهر، فوجب أن يكون طهرًا. والثالث أنه بحيضة لأن القصد من هذا الاستبراء معرفة براءة الرحم، والذي يعرف به براءة الرحم الحيض. وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يعتد به لأن الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه.

والثاني: يعتد به لأن القصد معرفة براءة الرحم. وذلك يحصل وإن تقدم، ومن أصحابنا من قال في المسألة الثانية الاستبراء على ما ذكرناه. لأن الاستبراء لاستباحة الوطء. فأما في المسألة الأولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة أطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لأنه استبراء حرة للطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة أطهار. ولا بما تقدم على الطلاق كالاستبراء في سائر المطلقات.

فصل: إذا قال لامرأته: إن ولدت ولدًا فأنت طالق فولدت ولدًا طلقت حيًا كان أو ميتًا، لأن اسم الولد يقع على الجميع، فإن ولدت آخر لم تطلق لأن اللفظ لا يقتضي التكرار.

وإن قال: كلما ولدت ولدًا فأنت طالق فولدت ولدين من حمل، واحدًا بعد واحد، طلقت بالأول ولم تطلق بالثاني. وإن ولدت ثلاثة أولاد واحدًا بعد واحد طلقت بالأول طلقة وبالثاني طلقة ولا يقع بالثالث شيء.

حكى أبو علي بن خيران عن «الإملاء» قولًا آخر أنه يقع بالثالث طلقة أخرى، والصحيح هو الأول، لأن العدة انقضت بالولد الأخير فوجدت الصفة وهي بائن فلم يقع بها طلاق، كما لو قال: إذا مت فأنت طالق، وإن ولدت ثلاثة دفعة واحدة طلقت ثلاثًا، لأن صفة الثلاث قد وجدت وهي زوجة فوقع، كما لو قال إن كلمت زيدًا فأنت طالق، وإن كلمت عمرًا فأنت طالق، وإن كلمت بكرا فأنت طالق، فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثًا.

وإن قال: إن ولدت ذكرًا فأنت طالق طلقة واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين، فوضعت ذكرًا وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثًا، وإن وضعت أحدهما بعد الآخر وقع بالأول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء لبينونتها بانقضاء العدة وهذا ظاهر. وإن لم تعلم كيف وضعتهما طلقت طلقة لأنها يقين، والورع وأن يلتزم الثلاث.

وإن قال: يا حفصة إن كان أول ما تلدين ذكرًا فعمرة طالق، وإن كان أنثى فأنت طالق، فولدت ذكرًا وأنثى دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهما لأنه ليس فيها أول؛ وإن قال: إن كان في بطنك ذكر فأنت طالق طلقة، وإن كان في بطنك أنثى

فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكرًا وأنثى طلقت ثلاثًا لاجتماع الصفتين.

وإن قال: إن كان حملك أو ما في بطنك ذكرًا فأنت طالق، فوضعت ذكرًا وأنثى لم تطلق، لأن الصفة أن يكون جميع ما في البطن ذكرًا ولم يوجد ذلك.

فصل: وإذا قال للمدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان، إحداهما بقوله أنت طالق والأخرى بوجود الصفة، وإن قال لم أرد بقولي إذا طلقتك فأنت طالق عقد الطلاق بالصفة، وإنما أردت أني إذا طلقتك تطليقتين بما أوقع عليك من الطلاق لم يقبل قوله في الحكم لأن الظاهر أنه عقد طلاقًا على صفة ويدين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال: إن طلقتك فأنت طالق: ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار وقعت طلقتان إحداهما بدخول الدار والأخرى بوجود الصفة، لأن الصفة أن يطلقها، وإن علق طلاقها بدخول الدار فدخلت فقد طلقها. وإن قال لها مبتدئًا: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال إذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله إذا طلقتك فأنت طالق لأن هذا يقتضي ابتداء إيقاع بعد عقد الصفة، وما وقع بدخول الدار ليس بابتداء إيقاع بعد عقد الصفة، وإنما هو وقوع بالصفة السابقة لعقد الطلاق، فإن قال إن طلقتك فأنت طالق، ثم وكل من يطلقها فطلقها وقعت الطلقة التي أوقعها الوكيل ولا يقع ما عقده على الصفة لأن الصفة أن يطلقها بنفسه. وإن قال إذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت فقد قال بعض أصحابنا أنها تطلق طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله إذا أوقعت عليك، لأن قوله إذا أوقعت عليك يقتضي طلاقًا يباشر إيقاعه، وما يقع بدخول الدار يقع حكمًا.

قال الشيخ الإمام: وعندي أنه يقع طلقتان، إحداهما بدخول الدار والأخرى بالصفة، كما قلنا فيمن قال: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار.

وإن قال كلما طلقتك فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق طلقت طلقتين: إحداهما بقوله أنت طالق والأخرى بوجود الصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأن الصفة إيقاع الطلاق والصفة لم تتكرر فلم يتكرر الطلاق.

فصل: وإن قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان، طلقة بقوله أنت طالق وطلقة بوجود الصفة. وإن قال لها بعد هذا العقد أو قبله: إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين طلقة بدخول الدار وطلقة بوجود الصفة، وإن وكل وكيلًا بعد هذا العقد في طلاقها فطلقها ففيه وجهان:

أحدهما: يقع ما أوقعه الوكيل ولا يقع ما علقه بالصفة كما قلنا فيمن قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلق.

والثاني: أنه يقع طلقتان، طلقة بإيقاع الوكيل وطلقة بالصفة، لأن الصفة وقوع طلاق الزوج، وما وقع بإيقاع الوكيل هو طلاق الزوج، وإن قال إذا طلقتك فأنت طالق وإذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم قال لها أنت طالق وقع الثلاث طلقة بقوله أنت طالق وطلقتان بالصفتين، وإن قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم أوقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل هذا العقد أو بعده طلقت ثلاثًا واحدة بعد واحدة، لأن بالطلقة الأولى توجد صفة الطلقة الثانية وبالثانية توجد صفة الطلقة الثالثة.

فصل: وإن قال لغير المدخول بها إذا طلقتك فأنت طالق أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق، أو كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فوقعت عليها طلقة بالمباشرة أو بالصفة لم يقع غيرها لأنها تبين بها فلم يلحقها ما بعدها.

فصل: وإن قال متى لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فهو على الفور، فإذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق وقع الطلاق. وإن قال: إن لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على التراخي ولا يقع به الطلاق إلا عند فوات الطلاق وهو عند موت أحدهما.

وإن قال: إذا لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على الفور، فإذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فلم يطلق وقع الطلاق، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلهما على قولين، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل قوله إن لم أطلقك على التراخي، وجعل قوله إذا لم أطلقك على الفور، وهو الصحيح، لأن قوله: (إذا) اسم لزمان مستقبل، ومعناه أي وقت ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت فيقال متى ألقاك؟ فتقول إذا شئت كما تقول أي وقت شئت فكان على الفور، كما لو قال أي وقت لم أطلقك فأنت طالق وليس كذلك (إن) فإنه لا يستعمل في الزمان، ولهذا لا يجوز أن يقال متى ألقاك؟ فتقول إن شئت وإنما يستعمل في الفعل ويجاب بها عن السؤال عن الفعل فيقال هل ألقاك؟ فتقول إن شئت فيصير معناه إن فاتني أن أطلقك فأنت طالق، والفوات يكون في آخر العمر.

وإن قال لها: كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها ثلاث طلقات واحدة بعد واحدة، لأن معناه كلما سكت عن طلاقك فأنت طالق، قد سكت ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها طلقات واحدة فأنت طالق، وقد سكت ثلاث سكتات.

فصل: وإن قال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها إن خرجت أو إن لم تخرجي أو إن لم يكن هذا كما قلت فأنت طالق طلقت لأنه حلف بطلاقها، وإن قال إن طلعت الشمس أو إن جاء الحاج فأنت طالق لم يقع الطلاق حتى تطلع الشمس أو يجيء الحاج لأن اليمين ما قصد بها المنع من فعل أو الحث على فعل أو التصديق على فعل وليس في طلوع الشمس ومجيء الحاج منع ولا حث ولا

تصديق.، وإنما هو صفة للطلاق، فإذا جدت وقع الطلاق بوجود الصفة..

وإن قال لها: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول وقعت طلقة لأنه حلف بطلاقها، فإن أعاد ثالثًا وقعت طلقة ثانية، وإن أعاد رابعًا وقعت طلقة ثالثة، لأن كل مرة توجد صفة طلاق وتنعقد صفة أخرى، وإن أعادها خامسًا لم يقع طلاق، لأنه لم يبق له طلاق، ولا ينعقد به يمين في طلاق غيرها، لأن اليمين بطلاق من لا يملكها لا ينعقد، وإن كانت له امرأتان إحداهما مدخول بها والأخرى غير مدخول بها فقال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان، ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية، وتطلق غير المدخول بها طلقة بائنة، فإن لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن، والمدخول بها لا يوجد شرط طلاقها، لأن شرط طلاقها أن يحلف بطلاقهما ولم يحلف بطلاقهما، لأن غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها.

فصل: وإذا كان له أربع نسوة وعبيد فقال: كلما طلقت امرأة من نسائي فعبد من عبيدي حر، وكلما طلقت امرأتين فعبدان حران، وكلما طلقت ثلاثًا فثلاثة أعبد أحرار، وكلما طلقت أربعًا فأربعة أعبد أحرارا، ثم طلقهن فالمذهب أنه يعتق خمسة عشر عبدًا لأن بطلاق الأولى يعتق عبد بوجود صفة الواحدة وبطلاق الثانية يعتق ثلاثة أعبد، لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق اثنتين، وبطلاق الثالثة يعتق أربعة أعبد، لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق الثلاث، وبطلاق الرابعة يعتق سبعة أعبد، لأنه اجتمع ثلاث صفات طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربع.

ومن أصحابنا من قال: يعتق سبعة عشر عبدًا، لأن في طلاق الثالثة ثلاث صفات، طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة وطلاق الثلاث. ومنهم من قال: يعتق عشرون عبدًا، فجعل في الثلاث ثلاث صفات، وجعل في الأربع أربع صفات، طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة وطلاق أربع، والجميع خطأ لأنهم عدوا الثانية مع ما قبلها من الاثنتين، وعدوا الثالثة مع ما قبلها من الثلاث، ثم عدوهما مع ما بعدهما من الاثنتين والثلاث. وهذا لا يجوز، لأن ما عد مرة في عدد لا يعد في ذلك العدد مرة أخرى. والدليل عليه أنه لو قال: كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدي حر. ثم أكل رمانة عتق عبدان؛ لأن الرمانة نصفان، ثم لا يقال إنه يعتق ثلاثة لأنه إذا أكل نصف رمانة عتق عبد، فإذا أكل الربع الثالث عتق عبد، لأنه مع الربع الثاني نصف وإذا أكل الربع الرابع عتق عبد لأنه مع الربع الثالث نصف فكذلك ههنا. وقال أبو الحسن بن القطان: يعتق عشرة لأن الواحدة والاثنتين والثلاث والأربع عشر، وهذا خطأ أيضًا لأن قوله: كلما طلقت يقتضي التكرار، وقد وجد طلاق الواحدة أربع مرات، وطلاق المرأتين مرتين، وطلاق الثلاث مرة، وطلاق الأربع مرة، فأسقط ابن القطان اعتبار ما يقتضيه اللفظ من التكرار في المرأة والمرأتين وهذا لا يجوز.

فصل: إذا كان له أربع نسوة فقال: أيتكن وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق، ثم طلق واحدة منهن طلقن ثلاثًا ثلاثًا، لأن طلاق الواحدة يوقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة، ووقوع هذه الطلقة على كل واحدة منهن يوقع الطلاق على صواحبها وهن ثلاث فطلقت كل واحدة منهن ثلاثًا.

فصل: وإن كان له امرأتان فقال لإحداهما أنت طالق طلقة، بل هذه ثلاثًا وقع على الأولى طلقة وعلى الثانية ثلاث، لأنه إذا وقع على الأولى طلقة ثم أراد رفعها فلم يرتفع، وأوقع على الثانية ثلاثًا فوقعت. وإن قال للمدخول بها أنت طالق واحده لا بل ثلاثًا إن دخلت الدار فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو بكر بن الحداد المصري: تطلق واحدة في الحال ويقع بدخول الدار تمام الثلاث، لأنه نجز واحدة فوقعت، وعلق ثلاثًا على الشرط فوقع ما بقي منها عند وجود الشرط. ومن أصحابنا من قال: يرجع الشرط إلى الجميع ولا تطلق حتى تدخل الدار، لأن الشرط يعقب الإيقاعين فرجع إليهما.

فصل: وإن قال لها أنت طالق إلى شهر ولم يكن له نية وقع الطلاق بعد الشهر، لأن إلى تستعمل في انتهاء الفعل، كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البَقَرَة: ١٨٧] وتستعمل أيضًا في ابتداء الفعل؛ كقولهم فلان خارج إلى شهر فلا يقع الطلاق في الحال مع الاحتمال، كما لا يقع بالكنايات من غير نية.

فصل: وإن قال أنت طالق في شهر رمضان، طلقت برؤية الهلال في أول الشهر. وقال أبو ثور: لا تطلق إلا في آخر الشهر لتستوعب الصفة التي علق الطلاق عليها، وهذا خطأ لأن الطلاق إذا علق على شيء وقع بأول جزء منه، كما لو قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فإنها تطلق بالدخول إلى أول جزء من الدار. فإن قال: أردت في آخر الشهر دين فيه، لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل في الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه.

وإن قال: أنت طالق في الشهر وقع الطلاق في أول ليلة يرى فيها الهلال وإن قال أنت طالق في غرة الشهر طلقت في أولة. فإن قال أردت اليوم الثاني أو الثالث دين، لأن الثلاث من أول الشهر تسمى غررًا، ولا يقبل في الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقتضيه.

وإن قال أنت طالق في آخر الشهر طلقت في آخر يوم منه تامًا كان الشهر أو ناقصًا. وإن قال أنت طالق في أول آخر رمضان، ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي العباس أنها تطلق في أول ليلة السادس عشر لأن آخر الشهر هو النصف الثاني وأوله أول ليلة السادس عشر، والثاني أنها تطلق في أول اليوم الأخير من آخر الشهر لأن آخر الشهر هو اليوم الأخير فوجب أن تطلق في أوله.

وإن قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت على الوجه الأول في آخر اليوم الخامس عشر، وعلى الوجه الثاني تطلق في آخر اليوم الأول. وإن قال أنت طالق

في آخر في أول آخر رمضان، طلقت على الوجه الأول عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر، لأن أول آخر الشهر ليلة السادس عشر، وآخرها عند طلوع الفجر من يومها. وعلى الوجه الثاني تطلق بغروب الشمس من آخر يوم منه، لأن أول آخره إذا طلع الفجر من آخر يوم منه، فكان آخره عند غروب الشمس. وإن قال: أنت طالق في أول آخر أول الشهر، طلقت على الوجه الأول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر، لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر، فكان أوله طلوع فجره. وعلى الوجه الآخر تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر؛ لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول يوم منه، فكان أوله طلوع الفجر.

فصل: وإن قال أنت طالق اليوم طلقت في الحال لأنه من اليوم، وإن قال أنت طالق في غد طلقت بطلوع فجره. وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم تطلق، لأنه لا يجوز أن تطلق اليوم لأنه لم يوجد شرطه، وهو مجيء الغد، ولا يجوز أن تطلق إذا جاء غد لأنه إيقاع طلاق في يوم قبله. وإن قال أنت طالق اليوم غدًا طلقت اليوم طلقة ولا تطلق غدًا طلقة أخرى، لأن طلاق اليوم تعين. وقوله غدًا يحتمل أن تكون طالقة بطلاقها اليوم. فلا نوقع طلاقًا بالشك. وإن قال أردت طلقة في اليوم وطلقة في غد طلقت طلقتين، لأن اللفظ يحتمل ما يدعيه وهو غير متهم فيه، لما فيه عليه من التغليظ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدًا طلقت طلقتين، طلقة بالإيقاع وطلقة بالسراية، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم والنصف الباقي في غد ففيه وجهان: أحدهما تطلق اليوم طلقة ولا تطلق غدًا، لأن النصف الباقي قد وقع في اليوم فلم يبق ما يقع غدًا. والثاني: أنه يقع في اليوم الثاني طلقة أخرى، لأن الذي وقع في اليوم بالسراية وبقي النصف الثاني فوقع في الغد فسرى.

وإن قال أنت طالق اليوم أو غدًا ففيه وجهان: أحدهما: تطلق غدًا لأنه يقين. والثاني: أنها تطلق اليوم لأنه جعل كل واحد منهما محلًا للطلاق فتعلق بأولهما.

فصل: إذا قال: إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه غيره طلقت لأن رؤية الهلال في عرف الشرع رؤية الناس، والدليل عليه قوله ﷺ: صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته. ويجب الصوم والفطر برؤية غيره، وإن قال أردت رؤيتي لم يقبل في الحكم لأنه يدّعي خلاف الظاهر ويدين فيه، لأنه يحتمل ما يدّعيه، فإن رآه بالنهار لم تطلق، لأن رؤية هلال الشهر ما يراه في الشهر، وهو بعد الغروب، ولهذا لا يتعلق الصوم والفطر إلا بما نراه بعد الغروب، وإن غمّ عليهم الهلال فعدوا شعبان ثلاثين يومًا طلقت، لأنه قد ثبتت الرؤية بالشرع فصار كما لو ثبتت بالشهادة. وإن أراد رؤيته بعينه فلم يره حتى صار قمرًا لم تطلق: لأنه ليس بهلال حقيقة، واختلف الناس فيما يصير به قمرًا فقال بعضهم: يصير قمرًا إذا استدار. وقال بعضهم: إذا بهر ضوؤه.

فصل: إذا قال: إذا مضت سنة فأنت طالق اعتبر مضي السنة بالأهلة لأنها هي السنة المعهودة في الشرع، فإن كان العقد في أول الشهر فمضى اثنا عشر شهرًا بالأهلة طلقت، فإن كان في أثناء الشهر حسب ما بقي من الشهر الهلالي، فإن بقي خمسة أيام عد بعدها أحد عشر شهرًا بالأهلة ثم عد خمسة وعشرين يومًا من الشهر الثاني عشر، لأنه تعذر اعتبار الهلال في شهد فعد شهرًا بالعدد، كما نقول في الشهر الذي غم عليهم الهلال في الصوم.

فإن قال: أردت سنة بالعدد، وهي ثلاثمائة وستون يومًا، أو سنة شمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا لم يقبل في الحكم، لأنه يدّعي ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه، لأن السنة الهلالية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا وخمس يوم، وسدس يوم، ويدين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ، لأنه يحتمل ما يدّعيه. إن قال: إذا مضت السنة فأنت طالق، طلقت إذا مضت بقية سنة التاريخ وهو انسلاخ ذي الحجة. قلت البقية أو كثرت، لأن التعريف بالألف واللام يقتضي ذلك.

فإن قال أردت سنة كاملة دين لأنه يحتمل ما يدّعيه ولا يقبل في الحكم لأنه يدّعي ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه، فإن قال: أنت طالق في كل سنة طلقة حسبت السنة من حين العقد، كما إذا حلف لا يكلم فلانًا سنة جعل ابتداء السنة من حين اليمين، وكما إذا باع بثمن مؤجل اعتبر ابتداء الأجل من حين العقد فإذا مضى من السنة بعد العقد أدنى جزء طلقت طلقة، لأنه جعل السنة محلًا للطلاق وقد دخل فيها فوقع، كما لو قال أنت طالق في شهر رمضان فدخل الشهر.

فصل: وإن قال أنت طالق في الشهر الماضي فالمنصوص أنها تطلق في الحال، وقال الربيع: فيه قول آخر أنها لا تطلق. وقال فيمن قال لامرأته: إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق أنها لا تطلق، واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو علي بن خيران جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين: أحدهما: تطلق، لأنه علق الطلاق على صفة مستحيلة فألغيت الصفة ووقع الطلاق، كما لو قال لمن لا سنة ولا بدعة في طلاقها: أنت طالق للسنة أو للبدعة. والثاني؛ لا تطلق لأنه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع. وقال أكثر أصحابنا: إذا قال أنت طالق في الشهر الماضي طلقت. وإن قال: إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق لم تطلق قولًا واحدًا. وما قاله الربيع من تخريجه. والفرق بينهما أن الطيران وصعود السماء لا يستحيل في قدرة الله عزّ وجلّ. وقد جعل لجعفر بن أبي طالب رضي الله عنه جناحان يطير بهما. وقد أسري برسول الله ﷺ. وإيقاع الطلاق في زمان ماض مستحيل.

فصل: وإن قال إن قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر، فقدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر، لأنه إيقاع طلاق بعد عقده وإن قدم قبل شهر ففيه

وجهان: أحدهما: أنه كالمسألة قبلها، وهو إذا قال أنت طالق في الشهر الماضي لأنه إيقاع طلاق قبل عقده. والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يقع الطلاق ههنا قولًا واحدًا، لأنه علق الطلاق على صفة، وقد كان وجودها ممكنًا فوجب اعتباره، وإيقاع الطلاق في زمان ماض غير ممكن فسقط اعتباره.

فصل: وإن قال أنت طالق قبل موتي بشهر فمات قبل مضي شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد. وإن مضى شهر ثم مات عقيبه لم تطلق، لأن وقوع الطلاق مع اللفظ، وإن مضى شهر وجزء ثم مات طلقت في ذلك الجزء، وإن قال أنت طالق ثلاثًا قبل قدوم زيد بشهر، ثم خالعها بعد يومين أو ثلاثة وقدم زيد بعد هذا القول بأكثر من شهر لم يصح الخلع لأنها بانت بالطلاق فلم يصح الخلع بعده، وإن قدم بعد الخلع بأكثر من شهر صحّ الخلع لأنه صادف الملك فلم يقع الطلاق بالصفة.

فصل: وإن قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد، فقدم ليلًا لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط. وإن قال أردت باليوم الوقت قبل منه لأنه قد يستعمل اليوم في الوقت كما قال الله عزّ وجلّ: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾ [الأنفال: ١٦] وهو غير متهم فيه فقبل منه وإن ماتت المرأة في أول اليوم الذي قدم زيد في آخره فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو بكر بن الحداد المصري: يقع الطلاق لأنه إذا قال أنت طالق في يوم السبت طلقت بطلوع الفجر، فإذا قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد، فقدم وجب أن يقع بعد طلوع الفجر في اليوم الذي يقدم فيه زيد، وقد قدم وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب أن يقع الطلاق.

ومن أصحابنا من قال: لا يقع لأنه جعل الشرط في وقوع الطلاق قدوم زيد وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز أن يقع الطلاق، ويخالف قوله أنت طالق يوم السبت فإنه علق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم، وههنا علق على شرطين اليوم وقدوم زيد، وقدوم زيد وجد وقد ماتت المرأة فلم يلحقها الطلاق.

فصل: وإن قال: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم، فمضى اليوم ولم يطلقها، ففيه وجهان: أحدهما: لا تطلق، لأن مضي اليوم شرط في وقوع الطلاق في اليوم، ولا يوجد شرط الطلاق إلا بعد مضي محل الطلاق فلم يقع. والثاني يقع وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله، لأن قوله: إن لم أطلقك اليوم معناه إن فاتني طلاقك اليوم فإذا بقي من اليوم ما لا يمكنه أن يقول فيه أنت طالق فقد فاته فوقع الطلاق في بقيته. وإن قال لعبده: إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق، فأعتقه طلقت المرأة، لأن معناه: إن فاتني بيعك، وقد فاته بيعه بالعتق.

فصل: إذا تزوج بجارية أبيه ثم قال: إذا مات أبي فأنت طالق فمات أبوه ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أنها لاتطلق لأنه إذا مات الأب ملكها فانفسخ النكاح، ويكون الفسخ في زمان الطلاق فوقع الفسخ وانفسخ

الطلاق، كما لو قال رجل لزوجته: إن مت فأنت طالق ثم مات، والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ أنها تطلق ولا يقع الفسخ، لأن صفة الطلاق توجد عقيب الموت وهو زمان الملك، والفسخ يقع بعد الملك فيكون زمان الطلاق سابقًا لزمان الفسخ فوقع الطلاق ولم يقع الفسخ. وإن قال الأب لجاريته أنت حرة بعد موتي، وقال الابن أنت طالق بعد موت أبي، فمات الأب وقع العتق والطلاق، لأن العتق يمنع من الدخول في ملك الابن، فوقع العتق والطلاق معًا.

فصل: إذا كتب: إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق ونوى الطلاق فضاع الكتاب لم يقع الطلاق لأنه لم يأتها الكتاب. وإن وصل وقد ذهبت الحواشي وبقي موضع الكتابة وقع الطلاق، لأن الكتاب هو المكتوب. وإن أتاها وقد انمحى الكتاب لم تطلق أيضًا، لأنه لم يأتها الكتاب وإن انطمس حتى لا يفهم منه شيء لم تطلق لأنه ليس بكتاب، فهو كما لو جاءها كتاب فيه صورة. وإن جاء وقد انمحى بعضه. فإن كان الذي انمحى موضع الطلاق ـ لم يقع، لأن المقصود لم يأتها، وإن بقي موضع الطلاق وذهب الباقي فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق يقع لأن المقصود من الكتاب قد أتاها، ومن أصحابنا من قال: لا يقع لأنه قال: إذا جاءك كتابي هذا؛ وذلك يقتضي جميعه.

وإذا قال: إذا أتاك كتابي فأنت طالق، فأتاها الكتاب وقد انمحى الجميع إلا موضع الطلاق وقع الطلاق، لأنه أتاها كتابه. وإن قال: إن أتاك طلاقي فأنت طالق. وكتب إذا أتاك كتابي فأنت طالق ونوى الطلاق وأتاها الكتاب طلقت طلقتين، طلقة بمجيء الكتاب، وطلقة بمجيء الطلاق.

فصل: وإن قال إن قدم فلان فأنت طالق فقدم به ميتًا أو حمل مكرهًا لم تطلق لأنه ما قدم وإنما قدم به، وإن أكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالقولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم، وإن قدم مختارًا وهو غير عالم اليمين، فإن كان ممن لا يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه كالسلطان طلقت منه طلاق معلق على صفة وقد وجدت الصفة، وإن كان ممن يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه فعلى القولين فيمن حلف لا يفعل شيئًا ففعله ناسيًا.

فصل: وإن قال: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، فخرجت بالإذن انحلت اليمين، فإن خرجت بعد ذلك بغير الإذن لم تطلق، لأن قوله إن خرجت لا يقتضي التكرار، والدليل عليه أنه لو قال لها: إن خرجت فأنت طالق فخرجت مرة طلقت، ولو خرجت مرة أخرى لم تطلق فصار كما لو قال: إن خرجت مرة إلا بإذني فأنت طالق وإن قال: كلما خرجت إلا بإذني فأنت طالق ثم خرجت بغير الإذن طلقت طلقة، وإن خرجت مرة ثانية بغير الإذن وقعت طلقة أخرى. وإن خرجت مرة ثالثة وقعت أخرى لأن اللفظ يقتضي التكرار، وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق، فخرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غير الحمام لم يحنث لأن الخروج كان إلى الحمام. وإن خرجت إلى غير الحمام ثم عدلت إلى الحمام حنث

بخروجها إلى غير الحمام بغير الإذن. وإن خرجت إلى الحمام وإلى غيره وجمعت بينهما في القصد عند الخروج ففيه وجهان:

أحدهما لا يحنث لأن الحنث علقه على الخروج إلى غير الحمام، وهذا الخروج مشترك بين الحمام وغيره.

والثاني: يحنث لأنه وجد الخروج إلى غير الحمام بغير الإذن وانضم إليه غيره فوجب أن يحنث، كما لو قال: إن كلمت زيدًا فأنت طالق ثم كلمت زيدًا وعمرًا، وإن قال إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، فأذن لها ولم تعلم بالإذن ثم خرجت لم تطلق لأنه علق الخلاص من الحنث بمعنى من جهته يختص به وهو الإذن وقد وجد الإذن، والدليل عليه أنه يجوز لمن عرفه أن يخبر به المرأة ثم يعتبر علمها فيه كما لو قال: إن خرجت قبل أن أقوم فأنت طالق ثم قام ولم تعلم به.

فصل: وإن قال لها: إن خالفت أمري فأنت طالق ثم قال لها لا تكلمي أباك فكلمته لم تطلق لأنها لم تخالف أمره، وإنما خالفت نهيه. وإن قال إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، وقالت المرأة: وإن بدأتك بالكلام فعبدي حر، فكلمها لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد، لأن يمينه انحلت بيمينها بالعتق ويمينها انحلت بكلامه وإن قال أنت طالق إن كلمتك وأنت طالق إن دخلت الدار طلقت لأنه كلمها باليمين الثانية. وإن قال أنت طالق إن كلمتك ثم أعاد ذلك طلقت لأنه كلمها بالإعادة. وإن قال إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك طلقت لأنه كلمها بقوله: فاعلمي ذلك. ومن أصحابنا من قال: إن وصل الكلام باليمين لم تطلق، لأنه من صلة الأول.

فصل: إذا قال لامرأته: إن كلمت رجلًا فأنت طالق، وإن كلمت فقيها، فأنت طالق، وإن كلمت طويلًا فأنت طالق، فكلمت رجلًا طويلًا فقيهًا طلقت ثلاثًا، لأنه اجتمع صفات الثلاثة فوقع بكل صفة طلقة.

فصل: وإن قال لها: إن خالفت أمري فأنت طالق ثم قال لها طلقت لأنه رآه، وإن رآه في مرآة أو رأى ظله في الماء لم تطلق لأنه ما رآه وإنما رأى مثاله وإن رآه من وراء زجاج شفاف طلقت لأنه رآه حقيقة.

فصل: وإن كانت في ماء جار فقال لها إن خرجت منه فأنت طالق، وإن وقفت فيه فأنت طالق لم تطلق خرجت أو وقفت لأن الذي كانت فيه من الماء مضى بجريانه فلم تخرج منه ولم تقف فيه، وإن كان في فيها تمرة فقال: إن أكلتها فأنت طالق، وإن رميتها فأنت طالق، وإن أمسكتها فأنت طالق، فأكلت نصفها لم تطلق، لأنها ما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها.

وإن كانت معه تمرة فقال: إن أكلتها فأنت طالق، فرماها إلى تمر كثير فأكل جميعه وبقي تمرة لا يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها، لم تطلق لجواز أن تكون هي المحلوف عليها فلم تطلق بالشك. وإن أكل تمرًا كثيرًا فقال لها: إن لم

تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق، فعدت من واحد إلى عدد يعلم أن المأكول دخل فيه لم تطلق لأنها أخبرته بعدد ما أكل، وإن أكلا تمرًا واختلط النوى فقال: إن لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق، فأفردت كل نواة لم تطلق لأنها ميزت.

وإن اتهمها بسرقة شيء فقال أنت طالق إن لم تصدقيني أنك سرقت أم لا؟ فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق، لأنها صدقته في أحد الخبرين، وإن قال: إن سرقت مني شيئًا فأنت طالق وسلم إليها كيسًا فأخذت منه شيئًا لم تطلق لأن ذلك ليس بسرقة وإنما هو خيانة.

فصل: وإن قال: من بشرتني بقدوم زيد فهي طالق؛ فأخبرته امرأته بقدوم زيد وهي صادقة، طلقت لأنها بشرته. وإن كانت كاذبة لم تطلق، لأن البشارة ما بشر به الإنسان ولا سرور في الكذب. وإن أخبرتاه بقدومه واحدة بعد واحدة وهما صادقتان طلقت الأولى دون الثانية، لأن المبشرة هي الأولى وإن أخبرتاه معًا طلقتا لاشتراكهما في البشارة.

وإن قال: من أخبرتني بقدوم زيد فهي طالق، فأخبرته امرأته بقدوم زيد طلقت صادقة كانت أو كاذبة، لأن الخبر يوجد مع الصدق والكذب، فإن أخبرته إحداهما بعد الأخرى أو أخبرتاه معًا طلقتا لأن الخبر وجد منهما.

فصل: وإن قال أنت طالق إن شئت، فقالت في الحال شئت طلقت. وإن قالت شئت إن شئت، فقال شئت لم تطلق، لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها مشيئة الطلاق، وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بمشيئته فلم يقع الطلاق، كما لو قال شئت إذا طلعت الشمس.

وإن قال: أنت طالق إن شاء زيد فقال زيد شئت طلقت، وإن لم يشأ زيد لم تطلق، وإن شاء وهو مجنون لم تطلق لأنه لا مشيئة له، وإن شاء وهو سكران فعلى ما ذكرناه من طلاقه، وإن شاء وهو صبي، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق لأن له مشيئة، ولهذا يرجع إلى مشيئته في اختيار أحد الأبوين في الحضانة. والثاني: لا تطلق معه لأنه حكم لمشيئته في التصرفات، وإن كان أخرس فأشار إلى المشيئة وقع الطلاق كما يقع طلاقه إذا شار إلى الطلاق، وإن كان ناطقًا فخرس فأشار ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقع، وهو اختيار الشيخ أبي حامد الإسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ، لأن مشيئته عند الطلاق كانت بالنطق.

والثاني: أنه يقع وهو الصحيح لأنه في حال بيان المشيئة من أهل الإشارة والاعتبار بحال البيان لا بما تقدم. ولهذا لو كان عند الطلاق أخرس ثم صار ناطقًا كانت مشيئته بالنطق. وإن قال أنت طالق إن شاء الحمار فهوكما لو قال أنت طالق إن طرت أو صعدت إلى السماء وقد بيناه.

وإن قال أنت طالق لفلان أو أرضي فلان طلقت في الحال، لأن معناه أنت طالق ليرضى فلان، كما يقول لعبده: أنت حر لوجه الله أو لمرضاة الله. وإن قال أنت طالق لرضى فلان، ثم قال أردت أن رضى فلان على سبيل الشرط دين فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ لأنه يحتمل ما يدّعيه، وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يقبل، لأن ظاهر اللفظ يقتضي إنجاز الطلاق فلم يقبل قوله في تأخيره كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد إن دخلت الدار. والثاني: أنه يقبل لأن اللفظ يصلح للتعليل والشرط، فقبل قوله في الجميع.

فصل: وإن قال: إن كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق؛ طلقت بكل واحدة من الصفتين، وإن قال إن كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودهما، سواء قدم الكلام أو الدخول؛ لأن الواو تقتضي الجمع دون الترتيب. وإن قال: إن كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق، لم تطلق إلا بوجود الكلام والدخول والتقديم للكلام على الدخول، لأن الفاء في العطف للترتيب فيصير كما لو قال: إن كلمتك ثم دخلت دارك فأنت طالق؛ وإن قال: إن كلمتك وإن دخلت دارك فأنت طالق طلقت بوجود كل واحدة منهما طلقة، لأنه كرر حرف الشرط فوجب لكل واحدة منهما جزاء.

وإن قال لزوجتين إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان، فدخلت إحداهما إحدى الدارين ودخلت الثانية الدار الأخرى ففيه وجهان: أحدهما: تطلقان لأن دخول الدارين وجد منهما. والثاني: لا تطلقان وهو الصحيح: لأنه علق طلاقه بدخول الدارين فلا تطلق واحدة منهما بدخول إحدى الدارين، كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد. وإن قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان، فأكلت كل واحدة منهما رغيفًا فعلى الوجهين.

فصل: وإن قال أنت طالق إن ركبت إن لبست لم تطلق إلا باللبس والركوب، ويسميه أهل النحو اعتراض الشرط على الشرط، فإن لبست ثم ركبت طلقت، وإن ركبت ثم لبست لم تطلق لأنه جعل اللبس شرطًا في الركوب فوجب تقديمه.

وإن قال أنت طالق إذا قمت إذا قعدت لم تطلق حتى يوجد القيام والقعود، ويتقدم القعود على القيام لأنه جعل القعود شرطًا في القيام. وإن قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى يوجد السؤال ثم الوعد ثم العطية لأنه شرط في العطية الوعد، وشرط في الوعد السؤال، وكان معناه إن سألتني شيئًا فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق. وإن قال إن سألتني إن أعطيتك إن وعدتك فأنت طالق لم تطلق حتى تسأل ثم يعدها ثم يعطيها، لأن معناه إن سألتني فأعطيتك إن وعدتك فأنت طالق.

فصل: وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار، بفتح الألف أو أنت طالق إن شاء الله بفتح الألف، وهو ممن يعرف النحو طلقت في الحال، لأن معناه أنت

طالق لدخولك الدار أو لمشيئة الله عزّ وجلّ طلاقك. وإن قال أنت طالق إذ دخلت الدار، وهو ممن يعرف النحو طلقت في الحال لأن إذ لما مضى.

فصل: وإن قال إن دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء لم تطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط ثبت بقوله: إن دخلت الدار، ولهذا لو قال أنت طالق إن دخلت الدار ثبت الشرط، وإن لم يأت بالفاء.

وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. وقال أردت إيقاع الطلاق في الحال قبل من غير يمين لأنه إقرار على نفسه. وإن قال أردت أن أجعل دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق آخر ثم سكت عن الجزاء قبل قوله مع اليمين، لأنه يحتمل ما يدعيه.

وإن قال أردت الشرط والجزاء وأقمت الواو مقام الفاء قبل قوله مع اليمين لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال: وإن دخلت الدار فأنت طالق. وقال أردت به الطلاق في الحال قبل قوله من غير يمين لأنه إقرار بالطلاق. وإن قال أردت تعليق الطلاق بدخول الدار قبل قوله مع يمينه، لأنه يحتمل ما يدعيه.

فصل: إذا قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق، ثم قال أردت به الأجنبية قبل قوله مع اليمين، وإن كانت له زوجة اسمها زينب وجارة اسمها زينب، فقال زينب طالق، وقال أردت بها الجارة لم يقبل، والفرق بينهما أن قوله إحداكما طالق صريح فيهما، وإنما يحمل على زوجته بدليل، وهو أنه لا يطلق غير زوجته فإذا صرفه إلى الأجنبية فقد صرفه إلى ما لا يقتضيه تصريحه فقبل منه، وليس كذلك قوله زينب طالق، لأنه ليس بصريح في واحدة منهما، وإنما يتناولهما من جهة الدليل وهو الاشتراك في الاسم، ثم يقابل هذا الدليل دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته، فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه.

فصل: وإن كانت له زوجتان اسم إحداهما حفصة واسم الأخرى عمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة، فقال لها أنت طالق، ثم قال أردت طلاق حفصة وقع الطلاق على عمرة بالمخاطبة وعلى حفصة باعترافه بأنه أراد طلاقها. وإن قال ظننتها حفصة فقلت أنت طالق طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لأنه لم يخاطبها ولم يعترف بطلاقها، وإن رأى امرأة اسمها حفصة فقال: حفصة طالق ولم يشر إلى التي رآها وقع الطلاق على زوجته حفصة ولم يقبل قوله لم أردها، لأن الظاهر أنه أراد طلاق زوجته، ولم يعارض هذا الظاهر غيره.

فصل: إذا قال لامرأته: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثًا، ثم قال لها أنت طالق، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شيء، كما إذا قال لها إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثًا ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شيء ومنهم من قال يقع بقوله: أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبي عبد الله

الختن لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع ما بقي بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق، وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي بكر بن الحداد المصري والشيخ أبي حامد الإسفراييني والقاضي أبي الطيب الطبري. وهو الصحيح عندي.

والدليل عليه أن إيقاع الطلاق يؤدي إلى إسقاطه، لأنا إذا أوقعنا عليها طلقة لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثًا بحكم الشرط. وإذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقة وما أدى ثبوته إلى نفيه سقط. ولهذا قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فيمن زوج عبده بحرة بألف درهم وضمن صداقها؛ ثم باع العبد منها بتلك الألف قبل الدخول أن البيع لا يصح لأن صحته تؤدي إلى إبطاله، فإنه إذا صح البيع انفسخ النكاح بملك الزوج، وإذا انفسخ النكاح سقط المهر، لأن الفسخ من جهتها، وإذا سقط المهر سقط الثمن، لأن الثمن هو المهر، وإذا سقط الثمن بطل البيع، فأبطل البيع حين أدى تصحيحه إلى إبطاله فكذلك ههنا. ويخالف الفسخ بالردة فإن الفسخ لا يقع بإيقاعه وإنما تقع الردة والفسخ من موجباتها. والطلاق الثلاث لا ينافي الردة، فصحت الردة وثبت موجبها وهو الفسخ، والطلاق يقع بإيقاعه، والثلاث قبله تنافيه فمنع صحته فعلى هذا إن حلف على امرأته بالطلاق الثلاث أنه لا يفعل شيئًا وأراد أن يفعله ولا يحنث فقال: إذا وقع على امرأتي طلاقي فهي طالق قبله ثلاثًا ففيه وجهان: أحدهما: يحنث إذا فعل المحلوف عليه لأن عقد اليمين صح فلا يملك رفعه، والثاني: لا يحنث، لأنه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى، والدليل عليه أنه إذا قال: إذا دخل رأس الشهر فأنت طالق ثلاثًا صحت هذه الصفة ثم يملك إسقاطها بأن يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم.

فصل: إذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يعود حكم الصفة في النكاح الثاني، وهو اختيار المزني لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق، كما لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم تزوجها ودخلت الدار.

والثاني: أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح، لأن العقد والصفة وجدا في عقد النكاح فأشبه إذا لم يتخللهما بينونة.

والثالث: أنها إن بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة، وإن بانت بالثلاث لم تعد، لأن بالثلاث انقطعت علائق الملك، وبما دون الثلاث لم تنقطع علائق الملك ولهذا بنى أحد العقدين على الآخر في عدد الطلاق فيما دون الثلاث ولا يبني بعد الثلاث وإن علق عتق عبده على صفة ثم باعه ثم اشتراه قبل وجود الصفة ففيه وجهان: أحدهما: إن حكمه حكم الزوجة إذا بانت بما دون الثلاث،

لأنه يمكنه أن يشتريه بعد البيع كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث. والثاني: أنه كالبائن بالثلاث، لأن علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت في البائن بالثلاث.

فصل: وإن علق الطلاق على صفة ثم أبانها ووجدت الصفة في حال البينونة انحلت الصفة، فإن تزوجها لم يعد حكم الصفة. وكذلك إذا علق عتق عبده على صفة ثم باعه ووجدت الصفة قبل أن يشتريه انحلت الصفة، فإن اشتراه لم يعد حكم الصفة.

وقال أبو سعيد الإصطخري رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تنحل الصفة لأن قوله إن دخلت الدار فأنت طالق مقدر بالزوجة. وقوله إن دخلت الدار فأنت حر مقدر بالملك لأن الطلاق لا يصح في غير الزوجية والعتق لا يصح في غير ملك فيصير كما لو قال: إن دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق، وإن دخلت الدار وأنت مملوكي فأنت حر، والمذهب الأول، لأن اليمين إذاعلقت على عين تعلقت بها، ولا تقدر فيها الملك، والدليل عليه أنه لو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، والدار في ملكه فباعها ثم دخلها وقع الطلاق، ولا يجعل كما لو قال: إن دخلت هذه وهي في ملكي فأنت طالق، فكذلك ههنا.. والله أعلم.

الشرح: قوله: «لا يستحيل» أي لا ينقلب، وللقرء: الحيض، والاستبراء: الخلو من الولد، والورع هو الكف عما لا يحل أخذه، وقوله: «يباشر إيقاعه» أي يتولاه بنفسه بصريح نطقه بغير سبب ولا عقد صفة، وقوله: «نجز واحد» أي عجلها من أنجز الوعد، والاستيعاب: الاستئصال، وقوله: «بهر ضوءه» أي أضاء حتى غلب ضوؤه، وقوله: «فألغت الصفة» أي بطلت.

أما الأحكام: فتعليق الطلاق جائز قياسًا على العتق، وقد ورد الشرع بتعليقه في التدبير. وإن علقه، لم يجز له الرجوع فيه، وسواء علقه بشرط معلوم الحصول، أو محتمله، لا يقع الطلاق إلا بوجود الشرط في النوعين.

ولا يحرم الوطء قبل وجود الشرط ووقوع الطلاق.

وإذا علق بصفة، ثم قال: عجلت تلك الطلقة المعلقة، لم تتعجل على الصحيح. وحكى الشيخ أبو علي وغيره وجهًا، أنها تعجل. فإذا قلنا بالصحيح فطلق وقال: عجلت لك الطلاق، سألناه، فإن قال: أردت تلك الطلقة، صدقناه بيمينه ولم يتعجل شيء، وإن أراد طلاقًا مبتدءًا، وقع طلقة في الحال.

ولو عقب لفظ الطلاق بحرف شرط، فقال: أنت طالق إن، فمنعه غيره من الكلام بأن وضع يده على فيه، ثم قال: أردت أن أعلق على شرط كذا، صدق بيمينه، وإنما حلفناه لاحتمال أنه أراد التعليق على شيء حاصل، كقوله: إن كنت فعلت كذا وقد فعله. ولو قطع الكلام مختارًا حكم بوقوع الطلاق.

ولو ذكر حرف الجزاء، ولم يذكر شرطًا، بأن قال: فأنت طالق، ثم قال: أردت ذكر صفة فسبق لساني إلى الجزاء، قال القاضي حسين: لا يقبل في الظاهر، لأنه متهم، وقد خاطبها بصريح الطلاق، وحرف الفاء، قد يحتمل غير الشرط، ربما كان قصده أن يقول: أما بعد، فأنت طالق.

ولو قال: إن دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء، فقد أطلق البغوي وغيره، أنه تعليق، وقال البوشنجي: يسأل، فإن قال: أردت التنجيز، حكم به، وإن قال: أردت التعليق، أو تعذرت المراجعة، حمل على التعليق.

ولو قال: إن دخلت الدار. وأنت طالق بالواو، قال البغوي: إن قال: أردت التعليق، قبل، أو التنجيز، وقع، وإن قال: أردت جعل الدخول، وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق، قبل، قال البوشنجي: فإن لم يقصد شيئًا طلقت في الحال، وألغيت الواو، كما لو قال ابتداءًا: وأنت طالق.

ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار، طلقت في الحال، وكذا لو قال: وإن دخلت الدار أنت طالق، ولم يذكر الواو في «أنت».

فرع: إذا علق الطلاق بشرط، ثم قال: أردت الإيقاع في الحال، فسبق لساني إلى الشرط، وقع في الحال لأنه غلط على نفسه.

فصل: اعلم أن هذا الباب واسع جدًا ويتلخص لمقصوده في أطراف:

الطرف الأول: في التعليق بالأوقات، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال: أنت طالق في شهر كذا، أو غرة شهر كذا، أو أوله، أو رأس الشهر، أو ابتداءه، أو دخوله، أو استقباله، أو إذا جاء شهر كذا، طلقت عند أول جزء منه، فلو رأوا الهلال قبل غروب الشمس، لم تطلق حتى تغرب.

ولو قال: في نهار شهر كذا أو في أول يوم منه، طلقت عند طلوع الفجر من اليوم الأول. ولو قال: أنت طالق في يوم كذا، طلقت عند طلوع الفجر من ذلك اليوم، وحكى الحناطي قولًا، أنها تطلق عند غروب الشمس من ذلك اليوم، وطرَّده في الشهر أيضًا، وهو شاذ ضعيف جدًا. وعلى قياس هذا ما لو قال: في وقت الظهر أو العصر، ولو قال: أردت بقولي: في شهر كذا أو في يوم كذا وسطه أو آخره، لم يقبل ظاهرًا على الصحيح، وحكى ابن كج وغيره في قبوله وجهًا، ويدين قطعًا. ولو قال: أردت بقولي: في غرته اليومَ الثاني أو الثالث، فكذلك، لأن الثلاثة الأولى تسمى غررًا، فلو قال: أردت به المنتصف، لم يدين، لأنه لا يطلق على غير الثلاثة الأولى، وكذا لو قال: في رأس الشهر، ثم قال: أردت السادس عشر.

المسألة الثانية: قال في رمضان: أنت طالق في رمضان، طلقت في الحال،

ولو قال: في أول رمضان، وإذا جاء رمضان، وقع في أول رمضان القابل.

المسألة الثالثة: قال: أنت طالق في آخر رمضان، فهل يقع في جزء من الشهر، أم أول جزء من ليلة السادس عشر، أم أول اليوم الأخير منه؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، ولو قال: أنت طالق في آخر السنة، فعلى الأول يقع في آخر جزء من السنة، وعلى الثاني في أول الشهر السابع.

ولو قال: في آخر طهرك، فعلى الأول يقع في آخر جزء من الطهر، وعلى الثاني، في أول النصف الثاني من الطهر. ولو قال: أنت طالق في أول آخر الشهر، قال الجمهور: يقع في أول اليوم الأخير.

وقال ابن سريج: في أول النصف الأخير، وقال الصيرفي أو غيره: في أول اليوم السادس عشر.

ولو قال: أنت طالق في آخر أول الشهر، قال الجمهور: يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول. وعن ابن سريج، يقع في آخر جزء من الخامس عشر. وقيل: عند طلوع الفجر في اليوم الأول، وبهذا قطع المتولي بدلًا عن الأول. فقال: لو قال: أنت طالق آخر أول آخر الشهر، فمن جعل آخر الشهر اليوم الأخير، قال: تطلق بغروب الشمس في اليوم الأخير، لأن ذلك اليوم هو آخر الشهر، وأوله طلوع الفجر، وآخر أوله غروب الشمس، ومن جعل الآخر على النصف الثاني، فأوله ليلة السادس عشر، فتطلق عند انقضاء الشهر على الوجهين.

المسألة الرابعة: قال: أنت طالق في سلخ الشهر، فأوجه:

أحدها: وبه قطع الشيخ أبو حامد ورجحه الغزالي: يقع في آخر جزء من الشهر.

والثاني: وبه قطع المتولي والبغوي: يقع في أول اليوم الأخير.

والثالث: في أول جزء من الشهر، فإن الانسلاخ يأخذ من حينئذ. وقال الإمام: اسم السلخ يقع على الثلاثة الأخيرة من الشهر، فتحتمل أن يقع في أول جزء من الثلاثة. قلت: الصواب الأول، وما سواه ضعيف. والله أعلم.

المسألة الخامسة: قال أنت طالق عند انتصاف الشهر، يقع عند غروب الشمس في اليوم الخامس عشر، وإن كان الشهر ناقصًا، لأنه المفهوم من مطلقه، ذكره المتولي.

ولو قال: نصف النصف الأول من الشهر، طلقت عند طلوع الفجر يوم الثامن. ولو قال: نصف يوم كذا، طلقت عند الزوال لأنه المفهوم منه. وإن كان اليوم يحسب من طلوع الفجر شرعًا، ويكون نصفه الأول أطول.

المسألة السادسة: إذا قال: إذا مضى يوم فأنت طالق، نظر إن قاله بالليل، طلقت عند غروب الشمس من الغد، وإن قاله بالنهار، طلقت إذا جاء مثل ذلك الوقت من اليوم الثاني، هكذا أطلقوه.

ولو فرض انطباق التعليق على أول نهار، طلقت عند غروب شمس يومه. ولو قال: أنت طالق إذا مضى اليوم، نظر، إن قاله نهارًا، طلقت عند غروب شمسه، وإن كان الباقي منه يسيرًا، وإن قاله ليلًا، كان لغوًا، إذ لا نهار، ولا يمكن الحمل على الجنس. ولو قال: أنت طالق اليوم، طلقت في الحال نهارًا كان أو ليلًا، قاله المتولي، ويلغو قوله: اليوم لأنه لم يعلق، وإنما أوقع وسمى الوقت بغير اسمه. ولو قال: أنت طالق الشهر، أو السنة، وقع في الحال.

المسألة السابعة: قال: إذا مضى شهر فأنت طالق، لم تطلق حتى يمضي شهر كامل. فإن اتفق قوله في ابتداء الهلال، طلقت بمضيه تامًا أو ناقصًا، وإلا فإن قاله ليلًا، طلقت إذا مضى ثلاثون يومًا، ومن ليلة الحادي والثلاثين تقدر ما كان سبق من ليلة التعليق، وإن قاله: نهارًا كمل من اليوم الحادي والثلاثين بعد التعليق. ولو قال: إذا مضى الشهر، طلقت إذا انقضى الشهر الهلالي، وكذا لو قال: إذا مضت السنة، طلقت بمضي بقية السنة العربية، وإن كانت قليلة، وإن قال: إذا مضت سنة بالتنكير، لم تطلق حتى يمضي اثنا عشر شهرًا، ثم إن لم ينكسر الشهر الأول، طلقت بمضي اثني عشر شهرًا بالأهلة، وإن انكسر به الأول، حسب أحد عشر شهرًا بعده بالأهلة، وكملت بقية الأول ثلاثين يومًا من الثالث عشر. وفي وجه: أنه إذا انكسر شهر، انكسر جميع الشهور، واعتبرت سنة بالعدد، وقد سبق مثله في السَّلَم وهو ضعيف. ولو شك فيما كان مضى من شهر التعليق، لم يقع الطلاق إلا باليقين، وذكر الحناطي في حل الوطء في حال التردد وجهين.

ولو قال: أردت بالسنة، السنة الفارسية أو الرومية، دين ولم يقبل ظاهرًا على الصحيح. ولو قال: أردت بقولي: السنة سنة كاملة، دين ولم يقبل ظاهرًا.

ولو قال: أردت بقولي سنة بقية السنة، فقد غلط على نفسه.

المسألة الثامنة: إذا علق الطلاق بصفة مستحيلة عرفًا، كقوله: إن طرت أو صعدت السماء، أو إن حملت الجبل، فأنت طالق، أو عقلًا كقوله: إن أحييت ميتًا، أو إن اجتمع السواد والبياض، فهل يقع الطلاق أم لا، أم يقع في العقلي دون العرفي؟ فيه أوجه: أصحها: لا يقع، أما في العرفي، فباتفاق الأصحاب وهو المنصوص، وأما في العقلي، فعند الإمام وجماعة خلافًا للمتولي، والمستحيل شرعًا كالمستحيل عقلًا، كقوله: إن نسخ صوم رمضان.

أما إذا قال: أنت طالق أمس أو الشهر الماضي، أو في الشهر الماضي، فله أحوال:

أحدها: أن يقول: أردت، أن يقع في الحال طلاق، يستند إلى أمس أو إلى الشهر الماضي، فلا شك أنه لا يستند، لكن يقع في الحال على الصحيح. وقيل: لا يقع أصلًا.

الحال الثاني: أن يقول: لم أوقع في الحال، بل أردت إيقاعه في الماضي، فالمذهب والمنصوص، وقوع الطلاق في الحال وبه قطع الأكثرون، وقيل: قولان: ثانيهما: لا يقع.

الحال الثالث: أن يقول: لم أرد إيقاعه في الحال ولا في الماضي، بل أردت أني طلقتها في الشهر الماضي في هذا النكاح وهي في عدة الرجعية أو بائن الآن، فيصدق بيمينه، وتكون عدتها من الوقت الذي ذكره إن صدقته، ويبقى النظر في أنه كان يخالطها أم لا؟ وإن كذبته، فالعدة من وقت الإقرار. وعن القاضي حسين: أنها إن صدقته، قبل، وإلا فالقول قولها في أنه أنشأ الطلاق، وحينئذ يحكم عليه بطلاقين، والصحيح الأول.

الحال الرابع: قال: أردت أني طلقتها في الشهر الماضي وبانت، ثم جددت نكاحها، أو أن زوجًا آخر طلقها في نكاح سابق، قال الأصحاب: ينظر، إن عرف نكاح سابق، فطلاق فيه، أو أقام بذلك بينة وصدقته المرأة في إرادته، فذاك، وإن كذبته وقالت: إنما أردت إنشاء طلاق الآن، حلف.

وإن لم يعرف نكاح سابق، وطلاق في ذلك النكاح، وكان محتملًا، فينبغي أن يقبل التفسير به وإن لم يقم بينة، وإلا يقع الطلاق وإن كان كاذبًا، ولهذا لو قال ابتداءً: طلقك في الشهر الماضي زوج غيري، لا يحكم بالطلاق عليه وإن كذب.

الحال الخامس: أن يقول: لم أرد شيئًا أو مات ولم يفسر، أو جن، أو خرس وهو عاجز عن التفهيم بالإشارة، فالصحيح وقوع الطلاق، ولو قال: أنت طالق للشهر الماضي، ففي «المجرد» للقاضي أبي الطيب: أنه يقع الطلاق في الحال بلا خلاف، كما لو قال: لرضى فلان، لكن الكلام في مثل ذلك يستعمل للتاريخ، واللفظ محتمل للمعاني المذكورة في قوله.

المسألة التاسعة: قال: إذا مات أو إذا قدم فلان، فأنت طالق قبله بشهر، أو قال: أنت طالق قبل أن أضربك بشهر، نظر إن مات فلان أو قدم، أو ضربها قبل مضي شهر من وقت التعليق، لم يقع الطلاق. وقيل: يقع عند الضرب، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، وتنحل اليمين. حتى لو ضربها بعد ذلك وقد مضى شهرًا

أو أكثر، لم تطلق، وللإمام احتمال أنه لا تنحل لكون الضرب الأول ليس هو المحلوف عليه.

وإن مات أو قدم أو ضرب بعد مضي شهر من وقت التعليق، تبينا وقوع الطلاق قبله بشهر، وتحسب العدة من يومئذ.

ولو ماتت وبينها وبين القدوم دون شهر. لا يرثها الزوج، ولو خالعها قبل القدوم أو الموت، فإن كان بين الخلع وقدوم فلان أكثر من شهر، وقع الخلع صحيحًا، ولم يقع الطلاق المعلق. وإن كان بينهما دون شهر والطلاق المعلق ثلاث، فالخلع فاسد والمال مردود.

ولو علق عتق عبده كذلك ثم باعه، وبين البيع وموت فلان، أو قدومه أكثر من شهر، صح البيع، ولم يحصل العتق.

المسألة العاشرة: قال: أنت طالق غد أمس، أو أمس غد على الإضافة، وقع الطلاق في اليوم لأنه غد أمس وأمس غد.

ولو قال: أمس غدًا، أو غدًا أمس لا بالإضافة، طلقت إذا طلع الفجر من الغد، ويلغو ذكر الأمس. هكذا أطلقه البغوي، ونقل الإمام مثله في قوله: أنت طالق أمس غدًا، وأبدى فيه توقفًا، لأنه يشبه: أنت طالق الشهر الماضي. ولو قال: أنت طالق اليوم غدًا، وقع في الحال طلقة، ولا يقع في الغد شيء. ولو قال: أردت اليوم طلقة وغدًا أخرى، طلقت كذلك إلا أن يبين. وإن قال: أردت إيقاع نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدًا، فكذلك تطلق طلقتين. ولو قال: أردت نصف طلقة اليوم ونصفها الآخر غدًا، فوجهان: أحدهما: يقع طلقتان أيضًا، وأصحهما: لا يقع إلا واحدة، لأن النصف الذي أخره تعجل، وبهذا قطع المتولي.

ولو قال: أنت طالق غد اليوم، فوجهان: أحدهما: يقع في الحال طلقة، ولا يقع في غد شيء، كما سبق في قوله: اليوم غدًا، والثاني: وهو الصحيح، وبه قال القاضي أبو حامد وصححه أبو عاصم: لا يقع في الحال شيء، ويقع في غد طلقة، لأن الطلاق تعلق بالغد، وقوله: بعده اليوم، كتعجيل الطلاق المعلق، فلا يتعجل. ولو قال: أنت طالق اليوم وغدًا، وبعد غد، يقع في الحال طلقة، ولا يقع في الغد ولا بعده شيء آخر، لأن المطلقة في وقت مطلقة فيما بعده، كذا ذكره المتولي.

ولو قال: أنت طالق اليوم، وإذا جاء الغد، قال إسماعيل البوشنجي: يسأل. فإن قال: أردت طلقة اليوم وتبقى بها مطلقة غدًا، أو لم يكن له نية، لم يقع إلا طلقة، وإن قال: أردت طلقة اليوم وطلقة غدًا، أوقعناه كذلك إن كانت مدخولًا بها.

ولو قال: أنت طالق اليوم ورأس الشهر، فهو كقوله: اليوم وغدًا.

ولو قال: أنت طالق اليوم وفي الغد، وفيما بعد غد، قال المتولي: يقع في كل يوم طلقة. قال: وكذلك لو قال: في الليل وفي النهار، لأن المظروف يتعدد بتعدد الظرف، وليس هذا الدليل بواضح فقد يتحد المظروف، ويختلف الظرف.

ولو قال: أنت طالق بالليل والنهار، لم تطلق إلا واحدة. ولو قال: أنت طالق اليوم أو غدًا، فوجهان: الصحيح: لا يقع إلا في الغد لأنه اليقين. والثاني: يقع في الحال تغليبًا للإيقاع، ولو قال: أنت طالق غدًا أو بعد غد، أو إذا جاء الغد أو بعد غد، قال البوشنجي: لا تطلق في الغد، قال: وعلى هذا استقر رأي أبي بكر الشاشي وابن عقيل ببغداد، وهذا يوافق الصحيح من هذين الوجهين السابقين. ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد، فوجهان: أحدهما عن ابن سريج وصاحب «التقريب»: لا تطلق أصلًا، لأنه علقه بمجيء الغد، فلا يقع قبله، وإذا جاء الغد، فقد مضى اليوم الذي جعله محلًا للإيقاع. والثاني: إذا جاء الغد، وقع الطلاق مستندًا إلى اليوم، ويكون كقوله: إذا قدم زيد، فأنت طالق اليوم.

ولو قال: أنت طالق الساعة إذا دخلت الدار، قال البوشنجي: هو كقوله: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد.

المسألة الحادية عشرة: إذا قال لمدخول بها: أنت طالق ثلاثًا، في كل سنة طلقة، وقع في الحال طلقة، ثم إن أراد السنين العربية، وقعت أخرى في أول المحرم المستقبل، وأخرى في أول المحرم الذي بعده. وإن أراد أن بين كل طلقتين سنة، وقعت الثانية عند انقضائه سنة كاملة من وقت التعليق، والثالثة بعد انقضاء سنة كاملة بعد ذلك، وهذا مفروض فيما إذا امتدت العدة أو راجعها فلو بانت وجدد نكاحها وهذه المدة باقية، ففي وقوع الطلاق قولا عود الحنث فإن قلنا: يعود وكان التجديد في خلال السنة، تطلق في الحال، وإن أطلق السنين، فهل ينزل على العربية أم على الاحتمال الثاني؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني، وإن قال: أنت طالق ثلاثًا في ثلاثة أيام، أو في كل يوم طلقة، فإن قالها بالنهار، وقع في الحال طلقة، وبطلوع الفجر في اليوم الثاني أخرى، وبطلوعه في الثالث أخرى. فلو قال: أردت أن يكون بين كل طلقتين يوم دين، وفي قبوله ظاهرًا وجهان: أقيسهما: القبول، وإن قاله بالليل، وقع ثلاث طلقات بطلوع الفجر في الأيام الثلاثة التالية للتعليق.

المسألة الثانية عشرة: قال: أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم، فمضى اليوم ولم يطلقها، فوجهان: قال ابن سريج وغيره: لا طلاق، وقال الشيخ أبو حامد: تقع في آخر لحظة من اليوم، وهو إذا بقي من اليوم زمن لا يسع التطليق.

المسألة الثالثة عشرة: قال: أنت طالق في أفضل الأوقات، طلقت ليلة القدر، ولو قال: أفضل الأيام، طلقت يوم عرفة.

المسألة الرابعة عشرة: في «فتاوى القفال». لو قال: أنت طالق بين الليل والنهار، لا تطلق ما لم تغرب الشمس.

المسألة الخامسة عشرة: في فتاوى القفال. لو قال: أنت طالق قبل موتي، طلقت في الحال، وإن قال: قبيل بضم القاف وفتح الياء أو قبيل بزيادة ياء، لا تطلق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته. ولو قال: بعد قبل موتي، طلقت في الحال، لأنه بعد قبل موته، ويحتمل أن لا يقع، لأن جميع عمره قبل الموت. ولو قال: أنت طالق قبل أن تدخلي الدار، أو قبل أن أضربك ونحو ذلك مما لا يقع بوجوده، قال إسماعيل البوشنجي: يحتمل وجهين: أحدهما: وقوع الطلاق في الحال، كقوله: قبل موتي أو موت فلان. وأصحهما: لا يقع حتى يوجد ذلك الفعل، فحينئذ يقع الطلاق مستندًا إلى حال اللفظ، لأن الصيغة تقتضي وجود ذلك الفعل، وربما لا يوجد، ولو قال: أنت طالق تطليقة قبلها يوم الأضحى، سألناه، فإن أراد الأضحى الذي بين يديه، لم تطلق حتى يجيء ذلك الأضحى وينقرض، ليكون قبل التطليقة، وإن أراد الأضحى الماضي طلقت في الحال كما لو قال: يوم السبت أنت طالق طلقة قبلها يوم الجمعة. قلت: فإن لم يكن له نية، لم يقع حتى ينقضي الأضحى الذي بين يديه. والله أعلم.

ولو قال: أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر، فمات أحدهما قبل شهر، لم تطلق، وإن مات أحدهما بعد مضي شهر، فوجهان: أحدهما: تطلق قبل موته بشهر، لأنه وإن تأخر موت الآخر، فيصدق عليه أنه وقع قبل موتهما بشهر، والثاني: لا تطلق أصلًا، لأنه في العرف لا يقال: طلقت قبل موته بشهر، إلا إذا لم يزد ولم ينقص، وهذا الثاني خرجه البوشنجي، ونظير المسألة، قوله: أنت طالق قبل عيدي الفطر والأضحى بشهر، فعلى الأول تطلق أول رمضان، وعلى الثاني، لا تطلق.

فرع: في فتاوى القاضي حسين: أنه لو قال: أنت طالق قبل ما بعده رمضان، وأراد الشهر، طلقت في آخر جزء من رجب، وإن أراد اليوم بليلته، ففي آخر جزء من التاسع والعشرين من شعبان، وإن أراد مجرد اليوم، فقبيل فجر يوم الثلاثين من شعبان، وإن قال: بعد ما قبله رمضان وأراد الشهر، طلقت عند استهلال ذي القعدة، وإن أراد الأيام، ففي اليوم الثاني من شوال.

المسألة السادسة عشرة: قال: أنت طالق كل يوم، فوجهان حكاهما أبو

العباس الروياني، أحدهما: تطلق كل يوم طلقة، حتى يكمل الثلاث، وهو مذهب أبي حنيفة، والثاني: لا يقع إلا واحدة، والمعنى: أنت طالق أبدًا.

ولو قال: أنت طالق يومًا ويومًا لا، ولم ينو شيئًا، وقع واحدة، وقال البوشنجي: المفهوم منه وقوع ثلاث طلقات آخرهن في اليوم الخامس. وإن قال: أردت طلقة، يثبت حكمها في يوم دون يوم، أو تقع في يوم دون يوم، وقعت طلقة.

المسألة السابعة عشرة: قال: أنت طالق إلى شهر، قال المتولي وغيره: يقع الطلاق بعد مضي شهر، ويتأبد إلا أن يريد تنجيز الطلاق وتوقيته، فيقع في الحال مؤبدًا، قال البوشنجي: ويحتمل أن يقع في الحال عند الإطلاق.

المسألة الثامنة عشرة: قال: أنت طالق غدًا، أو عبدي حر بعد غد، قال البوشنجي: يؤمر بالتعيين، فإذا عين الطلاق أو العتق، يعين في اليوم الذي ذكره.

قال: ولو قال: أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم، كان الحكم كما لو تزوجها قبل الأمس. قال: ولو قال: أنت طالق طلقة، لا تقع عليك إلا غدًا، طلقت بمجيء الغد، كما لو قال: طلقة تقع عليك غدًا. قال: ولو قال: أنت طالق اليوم، وإن جاء رأس الشهر، طلقت في الحال، كقوله: أنت طالق اليوم وإن دخلت الدار.

الطرف الثاني: في التعليق بالتطليق، ونفيه ونحوهما. قال الأصحاب: الألفاظ التي يعلق بها الطلاق بالشرط والصفات «من» و«إن» و«إذا» و«متى»، و«متى ما»، و«مهما»، و«كلما»، و«أي».

كقوله: من دخلت منكن، أو إن دخلت، أو إذا دخلت، أو متى، أو متى ما، أو مهما، أو كلما، أو أي وقت، أي زمان دخلت، فأنت طالق. ثم إن كان التعليق بإثبات فعل، لم يقتض شيء منها الفور، ولم يشترط وجود المعلق عليه في المجلس، إلا إذا كان التعليق بتحصيل مال، بأن يقول: إن ضمنت لي، أو إن أعطيتني ألفًا، فإنه يشترط الفور في الضمان والإعطاء في بعض الصيغ المذكورة، كما سبق في كتاب الخلع، وإلا إذا علق الطلاق على مشيئتها فإنه تعتبر مشيئتها على الفور كما سبق، وسيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يقتضي شيء من هذه الصيغ تعدد الطلاق بتكرر الفعل، بل إذا وجد الفعل المعلق عليه مرة، انحلت اليمين ولم يؤثر وجوده ثانيًا إلا «كلما» فإنها تقتضي التكرار بالوضع والاستعمال، وحكى الحناطي وجهًا، أن «متى»، و«متى ما» يقتضيان التكرار، ووجهًا أن «متى ما» تقتضيه دون «متى»، وهما شاذان ضعيفان.

فصل: إذا قال: إن طلقتك، أو إذا طلقتك، أو متى طلقتك فأنت طالق، ثم

طلقها، نظر إن كان مدخولًا بها، وقع طلقتان، إحداهما: المنجزة، والأخرى المعلقة، سواء طلق بصريح أو كناية مع النية، ولو طلقها طلقتين وقع ثلاث، الثالثة بالتعليق، ولو قال: لم أرد التعليق، إنما أردت أني إذا طلقتها تكون مطلقة بتلك الطلقة، دين ولم يقبل ظاهرًا.

ولو وكل فطلقها وكيله، وقعت المنجزة فقط، لأنه لم يطلقها هو، وأما إذا لم يكن مدخولًا بها، فيقع ما نجزه وتحصل البينونة، فلا يقع شيء آخر، وتنحل اليمين، فلو نكحها بعد ذلك وطلقها، لم يجيء الخلاف في عود الحنث.

ولو خالعها وهي مدخول بها، أو غيرها، لم يقع الطلاق المعلق لحصول البينونة بالخلع، ثم إن جعلنا الخلع طلاقًا، انحلت اليمين، وإن جعلناه فسخًا، لم تنحل، وحكى الحناطي وجهًا، أنه يقع في غير المدخول بها وفي الخلع طلقتان وهو غريب ضعيف.

فرع: الطلقة المعلقة بصفة، هل تقع مع الصفة مقترنة بها، أم تقع مترتبة على الصفة؟ وجهان: أصحهما والمرضي عند الإمام وقول المحققين: أنها معها، لأن الشرط علة وضعية، والطلاق معلولها فيتقاربان في الوجود، كالعلة الحقيقية مع معلولها. فمن قال بالترتيب قال: إنما لم يقع على غير المدخول بها الطلقة الثانية في المسألة السابقة، لكونها بانت بالمنجزة. ومن قال بالأصح وهو المقارنة، قال: إنما لم تقع في الثانية، لأن قوله: إن طلقتك، فأنت طالق، معناه: إن صرت مطلقة، وبمجرد مصيرها مطلقة، بانت.

فرع: كما أن تنجيز الطلاق تطليق يقع به الطلقة المعلقة بالتطليق في المدخول بها، فكذا تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق. فإذا قال: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت، وقع طلقتان، وكما أن التعليق بالصفة مع الصفة تطليق، فالتعليق مع الصفة إيقاع للطلاق. فإذا قال: إذا أوقعت عليك الطلاق، فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت، وقع طلقتان. وقال الشيخ أبو حامد: لا يقع إلا طلقة، وحكاه صاحبا «المهذب» و«التهذيب»، وزعم قائله أن لفظ الإيقاع يقتضي طلاقًا يباشره بخلاف التطليق، والصحيح الأول.

وأما مجرد الصفة، فليس بتطليق ولا إيقاع، لكنه وقوع، فإذا قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم قال: إن طلقتك، أو إذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق، ثم دخلت الدار، لا يقع المعلق بالتطليق أو الإيقاع، بل يقع طلقة بالدخول. ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم دخلت الدار، وقع طلقتان، وتطليق الوكيل وقوع على الصحيح.

وأما مجرد التعليق، فليس بتطليق ولا إيقاع ولا وقوع.

وإذا قال: كلما وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم طلقها، وقع ثلاث طلقات، فيقع بوقوع الأولى ثانية، وبوقوع الثانية ثالثة.

ولو قال: كلما طلقتك فأنت طالق، ثم طلقها، وقع طلقتان على الصحيح والمشهور، وحكى ابن كج عن القاضي أبي حامد وغيره وقوع ثلاث، وجعله الحناطي قولًا منسوبًا إلى كتاب البويطي. فإذا قلنا بالصحيح: لا تنحل اليمين لاقتضاء اللفظ التكرار. قال البغوي: لكن لا تظهر فائدة هنا، لأنه إذا طلقها أخرى، كان بالمنجزة مستوفيًا للثلاث، ولا تعود اليمين بعد استيفاء الثلاث على المذهب، ولو قال: كلما طلقتك، فأنت طالق، ثم قال: إذا أوقعت عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم طلقها، طلقت ثلاثًا.

فرع: قال لها: إذا أعتقت عبدي، فأنت طالق، ثم قال للعبد: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم دخل، عتق وطلقت، لأن التعليق مع الدخول إعتاق كما أنه تطليق، ولو قدم تعليق، العتق فقال: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال لامرأته: إن أعتقت عبدي، فأنت طالق، ثم دخل العبد، عتق ولم تطلق المرأة، فلو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال لها: إذا عتق أو وقع عليه العتق، فأنت طالق، ثم دخل، عتق وطلقت.

فرع: تحته حفصة وعمرة، فقال لحفصة: إذا طلقت عمرة، فأنت طالق، ثم قال لعمرة: إذا دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت، طلقتا جميعًا.

ولو قال لعمرة: إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم قال لحفصة: إن طلقت عمرة، فأنت طالق، ثم دخلت عمرة، طلقت ولم تطلق حفصة.

ولو قال لحفصة: متى وقع طلاقي على عمرة، فأنت طالق، وعلق طلاق عمرة بدخول الدار قبل تعليق حفصة أو بعده، ثم دخلت عمرة، طلقتا.

ولو قال لحفصة: إن طلقت عمرة، فأنت طالق، ثم قال لعمرة: إن طلقت حفصة، فأنت طالق، ثم طلق حفصة، طلقت حفصة طلقتين، وعمرة طلقة.

ولو طلق عمرة بدل حفصة، طلقتا طلقة طلقة فقط.

ولو كان تعليق الطلاقين بصيغة «إذا» أو«متى» أو«مهما» أو«كلما» فكذلك الجواب، لأن التطليق لم يتكرر، ولا مزية لكلما.

ولو قال لحفصة: إن وقع طلاقي على عمرة، فأنت طالق، ثم قال لعمرة: إن وقع طلاقي على حفصة، فأنت طالق، ثم طلق إحداهما، طلقت طلقة منجزة وتقع على صاحبتها طلقة بالصفة، ثم يعود إلى المنجز طلاقها طلقة أخرى بالوقوع على

صاحبتها، ولو علق هكذا بصيغة «كلما»، ثم طلق إحداهما، طلقتا ثلاثًا ثلاثًا.

ولو قال لحفصة: إذا طلقتك، فعمرة طالق، ثم قال لعمرة: إذا طلقتك، فحفصة طالق، فقد علق بطلاق المخاطبة طلاق صاحبتها بخلاف الصورة السابقة وحكم هذه، أنه إن طلق بعد ذلك حفصة، طلقت طلقة فقط، وطلقت عمرة بالصفة، ولم تعد إلى حفصة طلقة أخرى، لأن طلاقها معلق بتطليق عمرة، ولم يطلق عمرة بعد ما علق طلاق حفصة تنجيزًا، ولا أحدث تعليقًا.

ولو طلق عمرة أولًا، طلقت طلقة منجزة، وطلقت حفصة طلقة بالصفة، وعاد بطلاقها إلى عمرة طلقة أخرى.

فرع: تحته أربع، فقالت: كلما طلقت واحدة منكن، فالأخريات طوالق، ثم طلق واحدة، طلقن طلقة طلقة، فإن طلق أخرى، طلقن أخرى أخرى فإن طلق ثالثة، طلقن ثلاثًا ثلاثًا، ولو قال: كلما طلقت واحدة منكن، فأنتن طوالق، ثم طلق إحداهن، طلقت هي طلقتين، والباقيات طلقة طلقة، فإن طلق ثانية، تم لها وللأولى ثلاث ثلاث، وللثالثة والرابعة، طلقتان طلقتان، فإن طلق إحداهما، تم لهما أيضًا الثلاث.

فرع: له نسوة نكحهن مرتبًا، فقال: إن طلقت الأولى، فالثانية طالق، وإن طلقت الثانية، فالثالثة طالق، وإن طلقت الثالثة فالأولى طالق، فإن طلق الأولى طلقت هي والثانية، دون الثالثة، وإن طلق الثانية، طلقت هي والثالثة، دون الأولى، وإن طلقت الثالثة، طلقت هي والأولى والثانية، وإن طلق واحدة لا بعينها ومات قبل البيان، فإن كان الطلاق قاطعًا للإرث، لكونه ثلاثًا، أو قبل الدخول، فليس للثانية المخاصمة للميراث لأنها مطلقة على كل تقدير والأولى والثالثة المخاصمة، لأن احتمال عدم الطلاق قائم في حق كل منهما، فيوقف الأمر إلى الاصطلاح.

فصل: له أربع نسوة وعبيد، فقال: إن طلقت واحدة من نسائي، فعبد من عبيدي حر، وإن طلقت ثنتين، فعبدان حران، وإن طلقت ثلاثًا، فثلاثة أعبد أحرار، وإن طلقت أربعًا، فأربعة أعبد أحرار، ثم طلقهن معًا، أو على الترتيب، عتق عشرة أعبد، وهكذا الحكم إذا علق بصيغة «إذا» أو«متى» أو«مهما»، وما لا يقتضي التكرار، أما إذا علق هذه التعليقات بلفظ «كلما» ثم طلقهن معًا، أو على الترتيب، فيعتق خمسة عشر عبدًا، وقيل: عشرة، وقيل: سبعة عشر، وقيل: عشرون، وقيل: ثلاثة عشر، حكاه القاضي أبو الطيب في كتابه «المجرد»، والصحيح الأول، واتفق الأصحاب على تضعيف ما سواه، والرجوع في تعيين العبيد إليه.

فصل: في التعليق بنفي التطليق، وفي معناه التعليق بنفي دخول الدار

والضرب، وسائر الأفعال، فإذا قال: إن لم أطلقك، فأنت طالق، لم يقع الطلاق حتى يحصل اليأس من التطليق.

ولو قال: إذا لم أطلقك، فأنت طالق، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق فيه، فلم يطلق، طلقت، هذا هو المنصوص في الصورتين، وهو المذهب، وقيل: قولان فيهما بالنقل والتخريج، ولو قال: متى لم أطلقك، أو«مهما»، أو أي حين، أو كلما لم أفعل، أو تفعلي كذا، فأنت طالق، فمضى زمن يسع الفعل ولم يفعل، طلقت على المذهب، كلفظ إذا، وأشار الحناطي إلى خلاف، وضبط الأصحاب هذا تفريعًا على المذهب، بأن أدوات التعليق كلها تقتضي الفور في طرف النفي، إلا لفظة «إن»، فإنها للتراخي، وفي تسمية هذا فورًا وتراخيًا، نوع توسع، ولكن المعنى مفهوم، ولو علق النفي بلفظة «إن»، وقيد بزمان، فقال: إن لم أطلقك اليوم، فأنت طالق، وقلنا بالمذهب، فإذا مضى اليوم ولم يطلق، حكم بوقوع الطلاق قبيل غروب الشمس لحصول اليأس حينئذ، ولو قال: إن تركت طلاقك، فأنت طالق، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق، طلقت، بخلاف طرف النفي، ولو طلقها في الحال واحدة ثم سكت، لم يقع أخرى لأنه لم يترك طلاقها. قال البغوي: ولو قال: إن سكت، عن طلاقك، فأنت طالق فلم يطلقها في الحال، وقع طلقة، وإن طلقها في الحال ثم سكت، وقعت أخرى بالسكوت، ولا تطلق بعد ذلك لانحلال اليمين.

فرع: قال: كلما سكت عن طلاقك، أو كلما لم أطلقك، فأنت طالق، ومضت ثلاثة أوقات تسع ثلاث طلقات بلا تطليق، طلقت ثلاثًا، وهذه الصور في المدخول بها، فلو قال لغير المدخول بها: كلما لم أطلقك فأنت طالق، ومضت لحظة لم يطلقها، بانت ولا تلحقها الثانية، فلو جدد نكاحها وقلنا: يعود الحنث، فمضت لحظة، وقعت طلقة أخرى، ولو قال للمدخول بها عقب هذا التعليق بكلما: أنت طالق على ألف، فقبلت، بانت ولم تقع الثانية، فإن جدد نكاحها، عاد قولا عود الحنث.

فرع: إذا قلنا بالمذهب وهو الفرق بين «إن» و«إذا» فقال: أردت بإذا معنى إن، دُيِّن، ويقبل أيضًا ظاهرًا على الأصح، وحيث قلنا: في «إن» أو«إذا» إنه إذا مضى زمن يسع التطليق فلم يطلق يقع، فأمسك رجل فمه، أو أكرهه على الامتناع من التطليق، قال الحناطي: يخرج على الخلاف في حنث الناسي والمكره، وحيث قلنا: لا يقع الطلاق حتى يتحقق اليأس من التطليق. ولليأس طرق:

أحدها: أن يموت أحد الزوجين قبل التطليق، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الموت.

الثاني: إذا جن الزوج، لا يحصل اليأس لاحتمال الإفاقة، فإن اتصل بالموت، تبينا حصول اليأس من وقت الجنون، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الجنون.

الثالث: إذا فسخ النكاح بسبب، لم يحصل اليأس، لاحتمال التجديد، لأن البر والحنث لا يختص بحال النكاح، ولذلك تنحل اليمين بوجود الصفة في البينونة، فإن مات أحدهما قبل التجديد والتطليق، حكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ، هكذا قاله الإمام، وتابعه الغزالي وغيره. قالوا: وإنما يتصور ذلك في الطلاق الرجعي، ليمكن اجتماعه هو والانفساخ، فلو كان الطلاق بائنًا لكونه ثلاثًا، أو قبل الدخول، لم يمكن إيقاعه قبل الانفساخ، لما فيه من الدور، فإنه لو وقع لما حصل الانفساخ، ولو لم يحصل الانفساخ لم يحصل اليأس، وإذا لم يحصل اليأس، لم يقع الطلاق، فيلزم من وقوعه عدم وقوعه، وهذا من قبيل الدَّور الحكمي، وأما إذا جدد نكاحها بعد الانفساخ، فإن طلقها في النكاح الثاني، لم يفت التطليق، بل قد حصل، وإن لم يطلقها حتى مات أحدهما، بني على قولي عود الحنث، إن قلنا: يعود، طلقت في النكاح الثاني قبل الموت، وبنينا النكاح على النكاح، وإن قلنا: لا يعود الحنث، لم يمكن إيقاع الطلاق قبيل الموت، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ كما سبق. وأعلم أن هذه الطرق الثلاثة، هي فيما إذا كان التعليق بنفي التطليق، أما إذا علق بنفي الضرب وسائر الأفعال، فالجنون لا يوجب اليأس، وإن اتصل به الموت، قال الغزالي: لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونفيها، كضرب العاقل على الصحيح، ولو أبانها ودامت البينونة إلى الموت، ولم يتفق الضرب، لم يقع الطلاق ولا يحكم بوقوعه قبيل البينونة، بخلاف قوله: إن لم أطلقك، لأن الضرب بعد البينونة ممكن، والطلاق بعد البينونة غير ممكن، وإذا كان التعليق بنفي الضرب ونحوه من الأفعال، فعروض الطلاق كعروض الفسخ والانفساخ، لكن ينبغي أن يبقى من الطلاق عدد يمكن فرضه، مستندًا إلى قبيل الطلاق، فأما في التعليق بنفي التطليق، فإنما تفرض البينونة بالانفساخ، لأنه لو طلقها بطلت الصفة المعلق عليها، ويمكن أن تفرض في طلاق الوكيل، فإنه لا تفوت الصفة.

فصل: «إن» الشرطية هي بكسر الهمزة، فإن فتحت، صارت للتعليل، فإذا قال: أنت طالق أن لم أطلقك بفتح الهمزة، طلقت في الحال، ثم الذي قاله الشيخ أبو حامد، والإمام، والغزالي، والبغوي، إن هذا في حق من يعرف اللغة، ويفرق بين أن وإن، فإن لم يعرف، فهو للتعليق. وقال القاضي أبو الطيب: يحكم بوقوع الطلاق في الحال، إلا أن يكون الرجل ممن لا يعرف اللغة ولا يميز، وقال: قصدت التعليق، فيصدق، وهذا أشبه، وإلى ترجيحه ذهب ابن الصباغ، وبه قطع المتولي.

وعلى هذا القياس طرق الإثبات، فإذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وإن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت في الحال وإن لم تكن دخلت الدار، ولو قال: أنت طالق إن طلقتك، حكم بوقوع طلقتين، واحدة بإقراره، وأخرى بإيقاعه في الحال، لأن المعنى: أنت طالق لأني طلقتك، ولو قال: أنت طالق إذ دخلت الدار، طلقت في الحال، لأن «إذ» للتعليل أيضًا. فإن كان القائل لا يميز بين «إذ» و«إذا»، فيمكن أن يكون الحكم كما لو لم يميز بين إن وأن.

فرع: قال: أنت طالق طالقًا، قال الشيخ أبو عاصم: لا يقع في الحال شيء، لكن إذا طلقها وقع طلقتان، والتقدير: إذا صرت مطلقة فأنت طالق، وهذا في المدخول بها، ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار طالقًا، فإن طلقها قبل الدخول، فدخلت الدار طالقًا، وقعت المعلقة إذا لم تحصل البينونة بذلك الطلاق، وإن دخلت غير طالق، لم تقع تلك المعلقة، ولو قال: أنت طالق فطالق إن دخلت الدار طالقًا، فهذا تعليق طلقتين بدخولها الدار طالقًا، فإن دخلت طالقًا، وقع طلقتان بالتعليق، ولو قال: أنت إن دخلت الدار طالقًا، واقتصر عليه، قال البغوي: إن قال: نصبت على الحال، ولم أتم الكلام، قبل منه، ولم يقع شيء، وإن أراد ما يراد عند الرفع، ولحن، وقع الطلاق إذا دخلت الدار.

فرع: قال إسماعيل البوشنجي: لو قال: أنت طالق حين لا أطلقك، أو حيث لا أطلقك، ولم يطلقها عقبه، طلقت في الحال على قياس مذهبنا، وكذا لو قال: حين لم أطلقك، أو حيث لم أطلق، أو ما لم أطلقك، ولو قال: أنت طالق إن لم أضربك، أو إن لم أضربك فأنت طالق، وقال: أردت وقتًا، دُيِّن، سواء عين الساعة أو وقتًا قريبًا أو بعيدًا، وهكذا يكون الحكم في التعليق بنفي الطلاق وسائر الأفعال، وبالله التوفيق.

الطرف الثالث: في التعليق بالحمل والولادة، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا قال: إن كنت حاملًا فأنت طالق، فإن كان الحمل بها ظاهرًا، طلقت في الحال، وإلا فلا يحكم بوقوع الطلاق مع الشك، ثم ينظر، إن ولدت قبل ستة أشهر من حين التعليق، تبينا وقوع الطلاق وكونها كانت حاملًا حينئذ، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين، تحققنا أنها كانت حائلًا يومئذ، فلا طلاق، وإن ولدت لستة أشهر فأكثر، ولأربع سنين فأقل، نظر، إن كان الزوج يطؤها، وكان بين الوضع والوطء ستة أشهر فأكثر، لم يقع الطلاق، وإن لم يطأها بعد التعليق أو وطئها وكان بين الوطء والوضع دون ستة أشهر، فقولان أو وجهان: أظهرهما: وقوع الطلاق لتبين الحمل ظاهرًا، ولهذا حكمنا بثبوت النسب. والثاني:

لا يقع، لأن الأصل بقاء النكاح، والاحتمال قائم، ثم إذا لم يكن الحمل ظاهرًا عند التعليق، فينبغي أن يفرق بين الزوجين إلى أن يستبرئها، وليمتنع الزوج من وطئها، وهل التفريق واجب والاستمتاع حرام أم لا؟ وجهان: أحدهما: نعم، تغليبًا للتحريم في موضع التردد، وبهذا قال الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، وجماعة. وأصحهما: لا، ولكنهما مستحبان، لأن الأصل عدم الحمل وبقاء النكاح، وكما لو قال: إن كان الطائر غرابًا، وهذا هو نصه في «الإملاء» وبه قال أبو إسحاق وغيره، وقطع به الحناطي. وبماذا يستبرئها؟ فيه أوجه: أصحهما: بحيضة، والثاني: بطهر، والثالث: بثلاثة أطهار، وتفصيله يأتي إن شاء الله تعالى في «كتاب الاستبراء». ولو جرى هذا التعليق في مراهقة لم تحض بعد، وأمكن كونها حاملًا، فيشبه أن يقال: إن قلنا: الاستبراء بثلاثة أقراء، ففي حقها بثلاثة أشهر، وإن قلنا: بقرء، فهل يكفي في حقها شهر، أم يشترط ثلاثة أشهر، فيه خلاف كاستبراء الأمة، والأصح هناك الاكتفاء بشهر، والذي ذكره البغوي هنا عن القفال ثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة، لأن الحمل لا يظهر في أقل من هذه المدة.

وأما الآيسة، فهل يعتبر فيها مضي مدة كالعدة، أم يكتفي بدلالة اليأس؟ وجهان: أصحهما: الثاني، لأن المقصود ظهور الحال. ولو كان قد استبرأ زوجته قبل التعليق، فوجهان: أحدهما: لا يكتفى به كما لا يكتفى بمدة العدة واستبراء الرقيقة قبل الطلاق والملك، وأصحهما: يكتفى به، لأن المقصود معرفة حالها في الحمل، فلا فرق بين التقدم والتأخر، بخلاف العدة واستبراء المملوكة، ثم إذا جرى الاستبراء، لا يمنع من الوطء بعده، فلو ولدت بعد الوطء واقتضى الحال وقوع الطلاق، أوقعناه، وكان ذلك الوطء وطء شبهة، يجب به المهر دون الحد.

فرع: قال: إن أحبلتك فأنت طالق، وكانت حاملًا، لم تطلق، بل يقتضي ذلك حملًا حادثًا منه، فإن وضعت، أو كانت حائلًا، لم يمنع من الوطء، فإذا وطئها مرة، منع حتى تحيض.

فرع: نص في «الإملاء» أنه لو قال لامرأته: إن كنت حاملًا فأنت طالق على مئة دينار وهي حامل في غالب الظن، طلقت إذا أعطته مئة دينار، وله عليها مهر المثل لفساد المسمى. ووجه فساد المسمى، بأن الحمل مجهول لا يمكن التوصل اليه في الحال، فأشبه إذا جعله عوضًا.

المسألة الثانية: قال: إن كنت حائلًا فأنت طالق، وإن لم تكوني حائلًا، فينظر، إن علم أنها حائل بأن كانت في سن لا يحتمل الحمل، طلقت في الحال، وإلا فلا يحكم في الحال بالطلاق، بل ينظر، إن ولدت قبل ستة أشهر من التعليق،

لم تطلق، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين، حكمنا بوقوع الطلاق عند التعليق، وإن ولدت لستة أشهر، فأكثر، ولأربع سنين فأقل، فإن وطئها الزوج وكان بين الوطء والولادة ستة أشهر فأكثر، طلقت على الأصح، وإن كان بينهما دون ستة أشهر أو لم يطأ، لم تطلق، لأنها كانت حاملًا عند التعليق، ويحرم وطؤها قبل الاستبراء على الأصح. وقال القفال: لا يحرم، لكن يستحب أن لا يطأ والقول فيما يجب به الاستبراء وفي الاكتفاء بالاستبراء السابق، على ما ذكرنا في المسألة الأولى، وقيل: الاستبراء هنا بثلاثة أطهار قطعًا، والمذهب الأول: وإذا استبرأ حكمنا بوقوع الطلاق الظاهر الحال، فإن كان الاستبراء بثلاثة أطهار، فقد انقضت العدة، وان كان بقرء تممت العدة، فإن ظهر بعد الاستبراء حمل ووضع، فحكمه ما سبق. وأبدى الإمام وشيخه احتمالًا، أنها لا تطلق بالاستبراء لأنه لا يفيد إلا الظن، والصفات المعلق بها، يعتبر فيها اليقين. ولو قال: إذا استيقنت براءة رحمك، فأنت طالق، لم تطلق بمضي مدة الاستبراء، فكذا هنا.

المسألة الثالثة: قال: إن كنت حاملًا بذَكر، أو إن كان في بطنك ذَكر فأنت طالق طلقة، وإن كنت حاملًا بأنثى، أو كان في بطنك أنثى، فأنت طالق طلقتين، فإن ولدت أحدهما، وقع ما علقه، وإن ولدت خنثى، وقعت طلقة، وتوقف الأخرى، حتى يبين حاله، وإن ولدت ذكرًا وأنثى، طلقت ثلاثًا لوجود الصفتين، وتنقضي العدة في جميع هذه الصور بالولادة، ويكون الوقوع عند اللفظ. وإن قال: إن كان حملك، أو إن كان ما في بطنك ذكرًا فأنت طالق طلقة، وإن كان أنثى فطلقتين، فإن ولدت ذكرًا فقط أو أنثى فقط، وقع ما علق، وإن ولدت ذكرًا وأنثى، لم يقع شيء، وإن ولدت ذكرين أو أنثيين، فوجهان: أصحهما: يقع، وبه قال الحناطي والقاضي حسين، لأن معناه: ما في البطن من هذا الجنس. والثاني: لا يقع، وبه قال الشيخ أبو محمد، وإليه ميل الإمام، لأن مقتضى التنكير التوحيد، هذا عند إطلاق اللفظ، فلو قال: أردت الحصر في الجنس، قبل وحكم بالطلاق قطعًا، ولو ولدت ذكرًا وخنثى، أو أنثى وخنثى، فعلى الوجه الثاني: لا طلاق، وعلى الأول: إن بان الخنثى المولود مع الذكر ذكرًا، وقع طلقة، وإن بان أنثى، لا يقع شيء، وإن بان الخنثى المولود مع الأنثى ذكرًا، لم يقع شيء، وإن بان أنثى، وقع طلقتان.

المسألة الرابعة: قال: إذا ولدت أو إن ولدت فأنت طالق، فولدت حيًا أو ميتًا، ذكرًا أو أنثى، طلقت إذا انفصل الولد بكماله. قال ابن كج: ولو أسقطت ما بان فيه خلق آدمي، طلقت، وإن لم يبن فيه خلق الآدمي بتمامه لم تطلق. ولو قال:

إن ولدت ولدًا فأنت طالق، فولدت ولدين متعاقبين، طلقت بالأول. ثم إن كانا في بطن واحد، بأن كان بينهما دون ستة أشهر، انقضت عدتها بالثاني، ولا يتكرر الطلاق، وإن كانا من بطنين، فانقضاء العدة بالثاني يبنى على لحوقه بالزوج، وهو لاحق إن ولدته لأقل من أربع سنين، وهل تحسب هذه المدة من وقت الطلاق، أم من وقت انقضاء العدة؟ قولان مذكوران في العدة فإن ألحق انقضت به العدة، وإن قال: كلما ولدت ولدًا فأنت طالق، فهذا يقتضي التكرار، فإن ولدت أولادًا في بطن واحد، نظر، إن كانوا أربعة وانفصلوا متعاقبين، طلقت ثلاثًا بولادة ثلاثة، وانقضت عدتها بولادة الرابع، وإن كانوا ثلاثة، طلقت بالأوليين طلقتين، وانقضت عدتها بالثالث، ولا تطلق بولادته طلقة ثالثة، هذا هو المنصوص في «الأم» وعامة كتب الشافعي رحمه الله، وقال في «الإملاء»: يقع بالثالث طلقة ثالثة، وتعتد بعد ذلك بالإقراء، والمذهب عند الأصحاب هو الأول، لأن المرأة في عدة الطلقتين، ووقت انفصال الثالث هو وقت انقضاء العدة، وبراءة الرحم. ولو وقع الطلاق لوقع في تلك الحال، لما سبق أن الطلاق المعلق بالولادة يقع عند الانفصال، ولا يجوز أن يقع الطلاق في حال انقضاء العدة والبينونة، ولهذا لو قال: أنت طالق مع موتي، لم يقع الطلاق إذا مات، لأنه وقت انتهاء النكاح. ولو قال لغير المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق، فطلقها، لم يقع أخرى لمصادفتها البينونة، وأما نصه في «الإملاء»، ففيه طريقان:

أحدهما: تسليمه قولًا واحدًا، ووجهوه بشيئين: أحدهما: أن هذا الطلاق لا يتأخر عن العدة، بل يقارن آخرها، وإذا تقارن الوقوع وانقضاء العدة كفى، وحكم بالوقوع تغليبًا للطلاق ولقوته، وهؤلاء قالوا: لو قال للرجعية: أنت طالق مع انقضاء عدتك، ففي الوقوع القولان، بخلاف ما لو قال: بعد انقضاء عدتك. وعن الخضري وغيره تخريج قول فيما إذا قال: مع موتي: أنها تطلق في آخر جزء من حياته. الشيء الثاني عن الخضري والقفال، بناء القولين على القولين، في أن الرجعية إذا طلقت، هل تستأنف العدة؟ إن قلنا: لا، لم تطلق هنا ولم تلزم العدة، وإن قلنا نعم، فبوقوع الطلاق ارتفعت العدة، ولزمت عدة أخرى هناك، فكذا هنا. وعلى هذا حكى الإمام عن القفال، أنه لا يحكم بوقوع الطلاق، وهي في بقية من العدة الماضية، ولا بوقوعه في مفتتح العدة المستقبلة، لكن يقع على منفصل الانقطاع والاستقبال، وهو كقوله: أنت طالق بين الليل والنهار، يقع لا في جزء من الليل، ولا من النهار. قال الإمام: ولا معنى للمنفصل، وليس بين انقضاء العدة الأولى وافتتاح الثانية لو قدرناها زمان، والحكم بوقوع الطلاق في غير زمان محال.

قال: وقوله: بين الليل والنهار يقع الطلاق في آخر جزء من النهار، لتكون متصفة بالطلاق في منقطع النهار، ومبتدأ الليل.

والطريق الثاني: وهو الصحيح عند المعتبرين: القطع بما نص عليه في كتبه المشهورة، والامتناع من إثبات نص «الإملاء» قولًا، وأولوه من وجهين: أحدهما: حمله على ما إذا ولدتهم دفعة في مشيمة، وفي هذه الحالة يقع بكل واحد طلقة، وتعتد بالأقراء لأنها ليست حاملًا وقت وقوع الطلاق، والثاني: حمله على ما إذا كان الحمل من زنا، ووطئها الزوج، يقع بكل واحد طلقة، ولا تنقضي العدة بولادتهم. أما إذا أتت بولدين متعاقبين في بطن، والتعليق بصيغة «كلما» فهل تنقضي عدتها بالثاني ولا يقع به طلقة أخرى، أم تقع أخرى؟ فيه هذا الخلاف السابق.

المسألة الخامسة: قال: إن ولدت ولدًا، فأنت طالق طلقة، وإن ولدت ذكرًا فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكرًا، طلقت ثلاثًا لوجود الصفتين، وإن قال: إن ولدت ذكرًا فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكرًا، طلقت طلقة وشرعت في العدة بالأقراء، وإن ولدت أنثى طلقت طلقتين واعتدت بالأقراء، وإن ولدت ذكرًا وأنثى، نظر، إن ولدتهما معًا، طلقت ثلاثًا لوجود الصفتين معًا وهي زوجة، وتعتد بالأقراء، وإن ولدت الذكر ثم الأنثى، طلقت طلقة بالذكر، ولا يقع بالأنثى شيء على المذهب، وتنقضي بها العدة. وعلى نصه في «الإملاء»، تطلق بالأنثى طلقتين أخريين، وتعتد بالأقراء، وإن ولدت الأنثى أولًا طلقت بها طلقتين، وهل يقع بالذكر شيء؟ فيه الخلاف فإن أشكل الحال، فلم يدر كيف ولدتهما، أو علم الترتيب ولم يعلم المتقدِّم، فعلى المذهب: يؤخذ باليقين وهو وقوع طلقة، والورع تركها عند احتمال المعية حتى تنكح زوجًا غيره. وعلى نصه في «الإملاء»: تطلق ثلاثًا كيف كان، وتعتد بالأقراء. ولو ولدت ذكرين وأنثى، نظر، إن ولدتهم معًا، طلقت ثلاثًا، وإن ولدت الذكرين معًا أو متعاقبين، ثم ولدت الأنثى، طلقت بالولدين أو بأولهما طلقة، وتنقضي العدة بولادة الأنثى على المذهب، ولا يقع بها شيء آخر. وإن ولدت الأنثى ثم الذكرين متعاقبين، طلقت بالأنثى طلقتين، وبالذكر الأول طلقة أخرى، وتنقضي العدة بولادة الثاني، وإن ولدتها ثم ولدتهما معًا، طلقت بها طلقتين، وتنقضي العدة بالذكرين، ولا يقع شيء آخر على المذهب. ولو ولدت ذكرًا، ثم أنثى، ثم ذكرًا، طلقت طلقة ثم طلقتين، وانقضت عدتها بالذكر الأخير.

فرع: قال: إن كنت حاملًا بذكر، فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى، فأنت طالق طلقتين، فإن ولدت ذكرًا، تبين وقوع طلقة عند اللفظ، وانقضت العدة

بالولادة، وإن ولدت أنثى، وقع بالولادة طلقتان، وتعتد بالأقراء، وإن ولدت ذكرًا وأنثى، نظر، إن ولدت الأنثى أولًا، وقع بولادتها طلقتان، وبولادته نتبين وقوع طلقة أولًا لكونها كانت حاملًا بذكر، وتنقضي عدتها عن الثلاث بولادة الذكر، وإن ولدت الذكر أولًا، تبين وقوع طلقة، وتنقضي العدة بولادة الأنثى، ولا يقع شيء آخر على المذهب، وإن ولدتهما معًا، فكذلك يتبين وقوع طلقة، ولا يقع بالولادة شيء على المذهب.

المسألة السادسة: قال لأربع نسوة حوامل: كلما ولدت واحدة منكن، فصاحباتها طوالق، فولدن جميعًا. فلهن أحوال:

إحداها: أن يلدن معًا، فتطلق كل واحدة ثلاثًا وعدة جميعهن بالأقراء.

الحالة الثانية: أن يلدن مرتبًا، فوجهان: أصحهما وبه قال ابن الحداد: أنه إذا ولدت الأولى، طلقت كل واحدة من الباقيات طلقة، فإذا ولدت الثانية، انقضت عدتها وبانت، وتقع على الأولى بولادة هذه طلقة، وعلى كل واحدة من الأخريين طلقة أخرى إن بقيت عدتهما، فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها عن طلقتين، ووقع على الأولى طلقة ثانية إن بقيت في العدة، وعلى الرابعة طلقة ثالثة، فإذا ولدت الرابعة، انقضت عدتها عن ثلاث طلقات، ووقعت ثالثة على الأولى، وعدة الأولى بالأقراء، وفي استئنافها العدة للطلقة الثانية والثالثة، الخلاف في طلاق الرجعية، والوجه الثاني وبه قال ابن القاص، واختاره القاضي أبو الطيب، أن الأولى لا تطلق أصلًا، وتطلق كل واحدة من الأخريات طلقة واحدة، وتنقضي عددهن بولادتهن، لأن الثلاث في وقت ولادة الأولى صواحبها، لأن الجميع زوجاته، فيطلقن طلقة طلقة، فإذا طلقن، خرجن عن كونهن صواحب للأولى، وكون الأولى صاحبة لهن، فلا تؤثر بعد ذلك ولادتهن في حقها، ولا في حق بعضهن، ومن قال بالأول، قال: ما دمن في العدة فهن زوجات وصواحب، ولهذا لو حلف بطلاق زوجاته، دخلت الرجعية فيه.

الحالة الثالثة: أن تلد ثنتان معًا ثم ثنتان معًا. فعلى قول ابن الحداد: تطلق كل واحدة من الأوليين بولادة الأخرى طلقة، وكل واحدة من الأخريين بولادة الأوليين طلقتين، فإذا ولدت الأخريان، طلقت كل واحدة من الأوليين طلقتين أخريين، ولا يقع على الأخريين شيء آخر، وتنقضي عدتهما بولادتهما على المذهب، وعلى نصه في «الإملاء»: يقع على كل واحدة منهما طلقة ثالثة وتعتدان بالأقراء، وعلى قول ابن القاص: تطلق كل واحدة من الأوليين طلقة، وكل واحدة من الأخريين طلقتين فقط، وتنقضي عدة الأخريين بالولادة، وتعتد الأوليان بالإقرار على الوجهين.

الحالة الرابعة: أن تلد ثلاثًا منهن معًا، ثم الرابعة، فيقع على الرابعة ثلاث طلقات بلا خلاف، وتطلق كل واحدة من الأوليات على قول ابن الحداد ثلاثًا، منها طلقتان بولادة اللتين ولدتا معها، وثالثة بولادة الرابعة إن بقين في العدة، وعلى قول ابن القاص: لا تطلق كل واحدة من الثلاث إلا طلقتين، ولو كان الأمر بالعكس، ولدت واحدة، ثم ولدت الثلاث معًا، فعلى قول ابن الحداد: تطلق كل واحدة من الثلاث طلقة بولادة الأولى، ثم تنقضي عدتهن بولادتهن، فلا يقع عليهن شيء آخر على المذهب، وعلى نصه في «الإملاء»: يقع على كل واحدة طلقتان أخريان، ويعتددن بالأقراء، والأولى تطلق بولادتهن ثلاثًا. وعلى قول ابن القاص: لا يقع على الأولى شيء، ويقع على كل واحدة من الباقيات طلقة فقط.

الحالة الخامسة: أن تلد ثنتان على الترتيب، ثم ثنتان معًا فيقع على الأولى ثلاث بولادتهن، وعلى كل واحدة من الباقيات طلقة بولادة الأولى. فإذا ولدت الثانية، انقضت عدتها، ووقعت على كل واحدة من الأخريين طلقة أخرى، فإذا ولدت الأخريان، انقضت عدتهما بولادتهما، ولا يقع على واحدة منهما شيء بولادة صاحبتها على المذهب، هذا قياس ابن الحداد، وعلى قول ابن القاص: لا يقع على الأولى شيء، ولا على كل واحدة من الباقيات إلا طلقة، ولو ولدت ثنتان معًا، ثم ثنتان مرتبًا، فعلى قياس ابن الحداد: تطلق كل واحدة من الأوليين بولادتهما طلقة، وكل واحدة من الأخريين طلقتين. فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها، وطلقت كل واحدة من الأوليين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة، وطلقت الرابعة طلقة ثالثة، فإذا ولدت، انقضت عدتها، وطلقت كل واحدة من الأوليين طلقة ثالثة إن بقيتا في العدة، وعلى قياس ابن القاص: لا تطلق كل واحدة من الأوليين إلا طلقة، ولا كل واحدة من الأخريين إلا طلقتين.

فرع: قال ابن الحداد: ولو قال للأربع: كلما ولدت كل واحدة منكن فصواحبها طوالق، ثم طلق كل واحدة منهن طلقة منجزة، ثم ولدن على الترتيب، فالأولى مطلقة بالتنجيز، وتنقضي عدتها بولادتها، ويقع على الثانية بولادة الأولى طلقة، وهي مطلقة بالتنجيز، وتنقضي عدتها عن طلقتين بولادتها، وتطلق كل واحدة من الثالثة والرابعة ثلاثًا، واحدة بالتنجيز، واثنتان بولادة الأوليين، وعلى قياس ابن القاضي: لا يقع على الجميع إلا المنجزة.

فرع: قال للأربع: كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق، فقد علق بولادة كل منهن طلاق الوالدة وغيرها، فإن ولدن معًا طلقن ثلاثًا ثلاثًا، وإن ولدن مرتبًا، طلقت الأولى ثلاثًا، طلقة بولادة نفسها، وثانية بولادة الثانية، وثالثة بولادة الثالثة

إن بقيت في العدة، وتعتد بالأقراء وتطلق الثانية بولادة الأولى، ولا تطلق بولادة نفسها على المذهب، وتنقضي عدتها، وعلى نصه في «الإملاء»: تطلق أخرى وتعتد بالأقراء، وتطلق الثالثة بولادة الأوليين، وهل تطلق بولادة نفسها ثالثة؟ فيه الخلاف، والرابعة تطلق بولادة الأوليات ثلاثًا، وتنقضي عدتها بولادتها، ولا يقع بولادتها شيء على الأوليات لبينونتهن.

فرع: قال للأربع: كلما ولدت ثنتان منكن، فالأخريان طالقان، فولدن مرتبًا، لم تطلق واحدة بولادة الأولى، لأنه علق بولادة ثنتين، فإذا ولدت الثانية، طلقت الثالثة والرابعة طلقة طلقة، ولا يقع على الأوليين شيء، لأن المعلق به طلاق ثنتين بولادة أخريين. وإذا ولدت الثالثة، فوجهان: أصحهما: لا تضم الثالثة إلى الثانية، ولا يقع بولادتها طلاق حتى تلد الرابعة، فإذا ولدت، فعلى قياس ابن الحداد: تطلق الأوليان طلقة طلقة، ويعتدان بالأقراء، وتنقضي عدة الأخريين بولادتهما، وعلى قياس ابن القاص: لا تطلق الأوليان بولادة الأخريين، والوجه الثاني، أن الثالثة تضم إلى الثانية، وتطلق بولادتهما الأولى طلقة، والرابعة طلقة ثانية، ثم إذا ولدت الرابعة، طلقت الثانية، وطلقت الأولى طلقة ثانية.

فرع: تحته امرأتان فقال: كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقان، فولدتا مرتبًا، وقع بولادة الأولى عليها طلقة، وعلى الأخرى طلقة، فإذا ولدت الثانية، وقع على الأولى طلقة أخرى إن بقيت في العدة، وتنقضي عدة الثانية، ولا يقع عليها طلاق آخر على المذهب، ولو ولدت منهما زينب يوم الخميس، وعمرة يوم الجمعة، ثم زينب يوم السبت، وعمرة يوم الأحد، وقع بولادة يومي الخميس والجمعة على كل واحدة طلقتان، وتنقضي عدة زينب بولادتها يوم السبت، ولا يقع عليها شيء آخر على المذهب، ويقع على عمرة طلقة ثالثة، وتنقضي عدتها بولادتها يوم الأحد، ولو قال: كلما ولدتما فأنتما طالقان، فولدت إحداهما ثلاثة أولاد في بطن، ثم الثانية كذلك، لم تطلق واحدة منهما بولادة الأولى، لأن التعليق بولادتهما جميعًا، فإذا ولدت الثانية ولدًا، طلقت كل واحدة طلقة، فإذا ولدت الثاني، طلقت كل واحدة طلقة ثانية، فاذا ولدت الثالث، طلقت الأولى طلقة ثالثة، ولا تطلق الثانية، وتنقضي عدتها عن طلقتين على المذهب، وفيه نصه في «الإملاء».

ولو ولدت أحدهما ولدًا، ثم الأخرى ولدًا ثم الأولى ولدًا، وهكذا إلى أن ولدت كل واحدة ثلاثة في بطن، فبولادة الثانية ولدها الأول، يقع على كل واحدة طلقة، وبولادتها الثاني، يقع على كل واحدة طلقة ثانية، ثم إذا ولدت الأولى الولد الثالث، انقضت عدتها، وإذا ولدت الثانية الولد الثالث، هل يقع عليها طلقة ثالثة،

أم لا وتنقضي عدتها؟ فيه خلاف المذهب و«الإملاء»، ولو ولدت إحداهما ولدًا، ثم الثانية ثلاثة على الترتيب، ثم الأولى ولدين، فبولادة الثانية الولد الأول، يقع على كل واحدة طلقة، ولا يقع بولادتها الولد الثاني والثالث شيء، وتنقضي بالثالث عدتها، فإذا ولدت الأولى الولد الثاني، انضمت ولادتها إلى ولادة الثانية الولد الثاني، فيقع على الأولى طلقة ثانية، فإذا ولدت الثالث انقضت عدتها، ولم يقع عليها شيء آخر على المذهب. وعلى نصه في «الإملاء»: يقع ثالثة بضم هذه الولادة إلى ولادة الثانية الولد الثالث.

المسألة السابعة: قد سبق أن الطلاق المعلق بالولادة، إنما يقع إذا انفصل الولد بتمامه، فلو خرج بعضه ومات الزوج أو المرأة، لم يقع الطلاق، وورث الباقي منهما الميت، ولو قال: إن ولدت، فعبدي حر، فخرج بعض الولد، وباع العبد حينئذ وتخايرا، ثم ولدت، لم يعتق العبد، ولو انفصل الولد قبل انقضاء الخيار، عتق العبد، لأنه له العتق في زمن الخيار.

المسألة الثامنة: في فتاوى القفال: أنه إذا قال: إن كنت حاملًا، فأنت طالق، فقالت: أنا حامل، فإن صدقها الزوج، حكم بوقوع الطلاق في الحال، وإن كذبها، لم تطلق حتى تلد، فإن لمسها النساء، فقال أربع منهن فصاعدًا: إنها حامل، لم تطلق، لأن الطلاق لا يقع بقول النسوة. ولو علق الطلاق بالولادة، فشهد بها أربع نسوة، لم يقع الطلاق وإن ثبت النسب والميراث، لأنهما من توابع الولادة وضروراتها، بخلاف الطلاق.

المسألة التاسعة: قال: إن كان أول ولد تلدينه من هذا الحمل ذكرًا فأنت طالق، فولدت ذكرًا ولم يكن غيره، قال الشيخ أبو علي: اتفق أصحابنا على أنه يقع الطلاق، وليس من شرط كونه أولًا أن تلد بعده آخر، وإنما الشرط أن لا يتقدم عليه غيره، وفي «التتمة»: وجه ضعيف: أنه لا يقع شيء، والاول يقتضي آخر، كما يقتضي الآخر أولًا.

ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه ذكرًا، فأنت طالق واحدة، وإن كان أنثى فطالق ثلاثًا، فولدت ذكرًا وأنثى، نظر، إن ولدت الذكر أولًا، طلقت واحدة وانقضت عدتها بولادة الأنثى، وإن ولدت الأنثى أولًا، طلقت ثلاثًا وانقضت عدتها بالذكر، وإن ولدتهما معًا، لم يقع شيء، لأنه لا يوصف واحد منهما بالأولية، ولهذا لو أخرج رجل دينارًا بين المتسابقين، وقال: من جاء منكما أولًا، فهو له، فجاءا معًا، لم يستحقا شيئًا. قال الشيخ أبو علي: ويحتمل أن تطلق ثلاثًا، لأن كلًا منهما يوصف بأنه أول ولد إذا لم تلد قبله غيره، ولأنه لو قال: أول من رد آبقي،

فله دينار، فرده اثنان استحقا الدينار. قال: وعرضته على الشيخ يعني القفال، فلم يستبعده، ولو لم يعلم، أولدتهما معًا، أو مرتبًا، لم تطلق لاحتمال المعية، ولو علم الترتيب ولم يعلم السابق، وقعت طلقة لأنه اليقين، ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه ذكرًا فأنت طالق، وإن كانت أنثى فضرتك طالق، فولدتهما مرتبًا، ولم يعلم السابق، فقد طلقت إحداهما، فيوقف عنهما، ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما. ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه ذكرًا فأنت طالق، وإن كان أنثى، فعبدي حر، فولدتهما مرتبًا، ولم يعلم السابق، قال الشيخ أبو علي: يقرع بين المرأة والعبد، فإذا خرجت القرعة على العبد، عتق، وإن خرجت على المرأة، لم تطلق.

فرع: قال: إن ولدت ذكرًا فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى فطلقتين، فولدت ميتًا ودفن ولم يعرف حاله، فهل ينبش ليعرف؟ يحتمل وجهين: قاله أبو العباس الروياني. قلت: الراجح النبش. والله أعلم.

الطرف الرابع: في التعليق بالحيض. قال: إذا حضت حيضة فأنت طالق، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر، وحينئذ يقع سُنِّيًا. ولو قال: إن حضت فأنت طالق، ولم يبين ولم يزد عليه، لم يعتبر تمام الحيضة، ومتى يحكم بالطلاق؟ فيه طريقان، المذهب وبه قطع الجمهور: يقع برؤية الدم، فإن انقطع قبل يوم وليلة ولم يعد إلى خمسة عشر، تبينا أنه لم يقع. والطريق الثاني، على وجهين: أحدهما: هذا، والثاني، وهو الراجح عند الإمام والغزالي: لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي يوم وليلة، فحينئذ تبين وقوعه من حين رأت الدم. قال الإمام: وعلى هذا هل يحرم الاستمتاع بها ناجزًا؟ حكمه كما لو قال: إن كنت حاملًا فأنت طالق وقد سبق. ولو قال: إن طهرت، أو إذا طهرت فأنت طالق، طلقت في أول الطهر. ولو قال: إذا طهرت طهرًا واحدًا، فأنت طالق، قال الحناطي: تطلق إذا انقضى الطهر ودخلت في الدم، وحكى وجهًا: أنها تطلق إذا مضى جزء من الطهر، والصحيح الأول، ثم قوله: إن حضت، أو إذا حضت، يقتضي حيضًا مستقبلًا، فلو كانت في الحال حائضًا، لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض. ولو قال والثمار مدركة: إذا أدركت الثمار، فأنت طالق، فهو تعليق بالإدراك المستأنف في العام المستقبل، وعلى هذا قياس سائر الأوصاف، إلا أنه سيأتي في «كتاب الأيمان» إن شاء الله تعالى. إن استدامة الركوب واللبس لبس وركوب، فليكن الحكم كذلك في الطلاق. وفي «الشامل» و«التتمة» وجه: أنه إذا استمر الحيض بعد التعليق بساعة، طلقت، ويكون دوام الحيض حيضًا، والصحيح ما سبق.

فرع: قال: كلما حضت فأنت طالق، طلقت ثلاثًا في أول ثلاث حيض

مستقبلة، ويكون الطلاق بدعيًا. ولو قال: كلما حضت حيضة فأنت طالق، طلقت ثلاثًا في انتهاء ثلاث حيض مستقبلة، ويكون طلاق سُنَّة.

فرع: قال: إن حضت حيضة، فأنت طالق، وإن حضت حيضتان، فأنت طالق، فإذا حاضت حيضة، وقع طلقة، فإذا حاضت أخرى، طلقت ثانية، ولو قال: إن حضت حيضة فأنت طالق، ثم إن حضت حيضتين، فأنت طالق، فإنما تقع الثانية إذا حاضت بعد الأولى حيضتين، ولو قال: كلما حضت حيضة، فأنت طالق، وكلما حضت حيضتين، فأنت طالق، فحاضت مرة، طلقت طلقة، وإذا حاضت أخرى، طلقت ثانية وثالثة.

فرع: قال لامرأتيه: إن حضتما حيضة فأنتما طالقان، فثلاثة أوجه: أصحها: يلغى قوله: حيضة، فإذا ابتدأ بهما الدم، طلقتا. والثاني: إذا تمت الحيضتان، طلقتا، وهذا احتمال رآه الإمام. والثالث: أنه لغو ولا تطلقان وإن حاضتا، ويجري الخلاف في قوله: إن ولدتما ولدًا، فعن ابن القاص: أنه لغو. وعن غيره، أنه كقوله: إذا ولدتما. قال الحناطي: فإن قال: إن ولدتما ولدًا واحدًا، فأنتما طالقان، فإنه محال، ولا يقع الطلاق، وعلى الوجه الذي يقول: يقع بالتعليق على محال، يقع هنا في الحال وإن لم تلدا.

فصل: علق طلاقها على حيضها، فقالت: حضت، فأنكر الزوج، صدقت بيمينها، وكذلك الحكم في كل ما لا يعرف إلا منها، كقوله: إن أضمرت بغضي فأنت طالق، فقالت: أضمرته، تصدق بيمينها، ويحكم بوقوع الطلاق. ولو علق بزناها، فوجهان: أحدهما: تصدق فيه، لأنه خفي تندر معرفته، فأشبه الحيض، وأصحهما: عند الإمام وآخرين: لا تصدق كالتعليق ونحوه، لأن معرفته ممكنة، والأصل النكاح، وطرد الخلاف في الأفعال الخفية التي لا يكاد يطلع عليهما. ولو علق بالولادة، فادعتها، فأنكر وقال: هذا الولد مستعار، لم يصدق على الأصح، وتطالبه بالبينة كسائر الصفات. ولو علق طلاق غيرها بحيضها، لم يقبل قولها فيه إلا بتصديق الزوج. ولو قال: إذا حضت، فأنت وضرتك طالقان، فقالت: حضت وكذبها فحلفت، طلقت ولم تطلق الضرة على الصحيح. وعن صاحب «التقريب»: طلاق الضرة أيضًا. ولو قال لهما: إن حضتما فأنتما طالقان، فهو تعليق لطلاقهما على حيضهما جميعًا، فإن حاضتا معًا أو مرتبًا، طلقتا، فإن كذبهما، صدق بيمينه، ولم تطلقا، وإن صدق إحداهما فقط، طلقت المكذبة بيمينها على حيضها، ولا تطلق المصدقة. وعلى قول صاحب «التقريب»: تطلقان. ولو قال لحفصة: إن حضت فعمرة طالق، وقال لعمرة: إن حضت فحفصة طالق، فقالتا: حضنا، فإن صدقهما، طلقتا، وإن كذبهما، لم تطلقا، وإن كذب إحداهما، طلقت المكذبة دون المصدقة.

فرع: تحته ثلاث نسوة، فقال: إذا حضتن فأنتن طوالق، فقلن: حضنا، وصدقهن، طلقن، وإن كذبهن أو كذب ثنتين، لم تطلق واحدة منهن، وإن كذب واحدة فقط، طلقت فقط.

فرع: قال لأربع نسوة: إن حضتن، فأنتن طوالق، فقلن: حضنا، وصدقهن، طلقن، وإن كذبهن، أو كذب ثنتين أو ثلاثًا وحلف، لم تطلق واحدة منهن، وإن كذب واحدة فقط، طلقت فقط، وعلى قياس صاحب «التقريب»: تطلقن، وكذا في صورة الثلاث.

فرع: قال لأربع: كلما حاضت واحدة منكن فأنتن طوالق، فإذا حاض ثلاث منهن، طلقن كلهن ثلاثًا ثلاثًا وإن قلن: حضنا، فكذبهن وحلف، طلقت كل واحدة طلقة، لأن يمينه تكفي في حيضها. ولو صدق واحدة فقط، طلقت طلقة، وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين. ولو صدق ثنتين، طلقتا طلقتين طلقتين، وطلقت المكذبتان ثلاثًا ثلاثًا، ولو صدق ثلاثًا، طلق الجميع ثلاثًا ثلاثًا.

فرع: قال: كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق، فقلن: حضنا، وصدقهن، طلقن ثلاثًا ثلاثًا، وإن كذبهن، لم يقع شيء، وإن صدق واحدة، لم يقع عليها شيء، وطلقت الباقيات طلقة طلقة، وإن صدق ثنتين، طلقتا طلقة طلقة، وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين، وإن صدق ثلاثًا، طلقن طلقتين طلقتين، وطلقت المكذبة ثلاثًا.

فرع: قال: إذا رأيت الدم، فأنت طالق، فعن أبي العباس الروياني، وجهان: أصحهما: حمله على دم الحيض، لأنه المعتاد. والثاني: على كل دم، فعلى الأولى: لا تعتبر رؤيتها حقيقة، بل المعتبر العلم كرؤية الهلال.

فرع: ذكر إسماعيل البوشنجي، أنه لو قال: أنت طالق ثلاثًا، في كل حيض طلقة، وهي حائض في الحال، فالذي يقتضيه اللفظ، وقوع طلقة في الحال، وثانية في أول الحيض الثاني، وثالثة في أول الثالث. وأنه لو قال: إذا حضت نصف حيضة، فأنت طالق، وعادتها ستة أيام مثلًا، فإذا مضت ثلاثة أيام، حكم بالطلاق.

فرع: ذكر الإمام إشكالًا على وقوع الطلاق، بتصديق الزوج لها، وقال: بم يعرف الزوج صدقها؟ وكيف يقع الطلاق بقوله: صدقت وليس هو إقرارًا، فيؤاخذ به؟ وغايته أن يظن صدقها بقرائن، ومعلوم أنه لو قال: سمعتها تقول: حضت وأنا أجوز كذبها وأظن صدقها، لا يحكم بوقوع الطلاق، فليكن كذلك إذا أطلق التصديق، إذ لا سند له إلا هذا. قال: وسمعت بعض أكابر العراق يحكي عن القاضي أبي الطيب، عن الشيخ أبي حامد، ترددًا في وقوع الطلاق، ولهذا الإشكال

قال: وسبيل الجواب عما أطبق عليه الأصحاب، أن الإقرار حجة شرعية كاليمين، واليمين يستند إلى قرائن يفيد الظن القوي، كما تحلف المرأة على نية الزوج في الكنايات، فلا يبعد أن يستند الإقرار إليها، فليحكم به.

فرع: إذا صدقناها في الولادة، فإنما يقبل قولها في حقها دون غيرها كما قلنا في الحيض. فلو قال: إن ولدت فأنت طالق وعبدي حر، فقالت: ولدت وحلفت، طلقت على هذا الوجه، ولم يعتق العبد قطعًا، ولو قال لأمته: إذا ولدت فأنت حرة وامرأتي طالق، فقالت: ولدت، عتقت ولم تطلق الزوجة. ولو قال: إذا ولدت فامرأتي طالق وولدك حر، وكانت حاملًا بمملوك له، لم تطلق الزوجة ولم يعتق الولد بقولها: ولدت، لأنه ليس في حقها.

فرع: ذكر القفال تفريعًا على أنه لا يقبل قولها: زنيت، إذا علق الطلاق بزناها، وبه أجاب أنه ليس لها تحليفه على أنه لا يعلم أنها زنت، ولكن إن ادعت وقوع الفرقة، حلف أنه لم تقع فرقة، وكذا في التعليق بالدخول وسائر الأفعال.

الطرف الخامس: في التعليق بالمشيئة. أما تعليقه بمشيئة الله تعالى، فسبق بيانه، وأما التعليق بمشيئة غيره، فينظر، إن علق بمشيئة الزوجة مخاطبة، فقال: أنت طالق إن شئت، اشترط مشيئتها في مجلس التواجب، كما سبق في «كتاب الخلع»، فإن أخرت، لم تقع، وفيه قول شاذ ذكرناه في «كتاب الخلع». ولو قال لأجنبي: إن شئتَ فزوجتي طالق، فالأصح أنه لا يشترط مشيئته على الفور، وقيل: كالزوجة، ورجحه المتولي. ولو علق بمشيئتها لا مخاطبة، فقال: زوجتي طالق إن شاءت، لم تشترط المشيئة على الفور على الأصح، وقيل: يشترط قولها: شئت في الحال إن كانت حاضرة، وإن كانت غائبة، فتبادر بها إذا بلغها الخبر. ولو قال: امرأتي طالق إذا شاء زيد، لم يشترط الفور بالاتفاق. ولو قال: إن شئتِ وشاء فلان، فأنت طالق، اشترط مشيئتها على الفور وفي مشيئة فلان الوجهان، أصحهما: لا يشترط الفور.

فصل: علق بمشيئتها أو مشيئة غيرها، فقال المعلق بمشيئة الزوج: شئتُ إن شئتِ، أو إن شاء فلان، فقال الزوج أو فلان: شئت، أو قال: شئت غدًا، لم يقع الطلاق، لأنه علق على مشيئة مجزوم بها، ولم تحصل. وحكى الحناطي وجهًا: أنه يصح تعليق المشيئة، ويقع الطلاق إذا قال الزوج: شئت، وهذا غريب ضعيف. ولو شاء المعلق بمشيئته بلسانه وهو كاره بقلبه، طلقت في الظاهر، وفي الباطن وجهان: قال أبو يعقوب الأبيوردي: لا يقع، كما لو أخبرت بالحيض كاذبة، وإلى هذا مال القاضي حسين، وقال القفال: يقع، قال البغوي: وهو الأصح، لأن التعليق في الحقيقة بلفظ المشيئة.

ولو وجدت الإرادة دون اللفظ، لم تطلق على قول القفال، وعلى قول الأبيوردي وجهان:

فرع: علق بمشيئتها وهي صبية، أو بمشيئة صبي، فقالت: شئت، أو قال: شئت، لم تطلق على الأصح، وقيل: تطلق إن شاءت وهي مميزة، كما لو قال لها: أنت طالق إن قلت: شئت، أما لو علق بمشيئتها وهي مجنونة أو صغيرة لا تميز، أو بمشيئة غيرها، وهو بهذه الصفة، فقالت: شئت، فلا تقع بلا خلاف. ولو قال المعلق بمشيئته: شئت وهو سكران، خرج على الخلاف في أنه كالصاحي أو المجنون، ولو علق بمشيئة أخرس، فقال بالإشارة: شئت، طلقت، وإن علق بمشيئة ناطق، فخرس، وأشار بالمشيئة، طلقت على الأصح.

فرع: قال: أنت طالق إذا شئت، فهو كقوله: إن شئت، وإن قال: متى شئت، طلقت متى شاءت، وإن فارقت المجلس.

فرع: إذا علق بمشيئتها، فإن أراد أن يرجع قبل مشيئتها، لم يكن له كسائر التعليقات.

فرع: قال: أنت طالق إن شاءت الملائكة، لم تطلق، لأن لهم مشيئةً، وحصولها غير معلوم، ولو قال: إن شاء الحمار، فكقوله: إن صعِدت السماء، ولو قال: إن شئت أنا، فمتى شاء وقع.

فرع: قال لامرأتيه: إن شئتما فأنتما طالقان، فشاءت كل واحدة طلاق نفسها دون ضرتها، قال إسماعيل البوشنجي: القياس وقوع الطلاق، لأن المفهوم منه تعليق كل واحدة بمشيئتها، وفي «التتمة» ما يقتضي تعليق طلاق كل واحدة بالمشيئتين.

فرع: ذكر البغوي، أنه لو قال: أنت طالق كيف شئت، قال أبو زيد والقفال: تطلق شاءت أم لم تشأ، وقال الشيخ أبو علي: لا تطلق حتى توجد مشيئة في المجلس، إما مشيئة أن تطلق، وإما مشيئة أن لا تطلق، قال البغوي: وكذا الحكم في قوله: أنت طالق على أي وجه شئت. ولو قال: أنت طالق إن شئت أو أبيت، فمقتضى اللفظ وقوع الطلاق بأحد الأمرين: المشيئة أو الإباء، كما لو قال: أنت طالق إن قمت أو قعدت، ولو قال: أنت طالق، شئت أو أبيت، طلقت في الحال، إذ لا تعليق في هذا.

فصل: قال: أنت طالق ثلاثًا، إلا أن يشاء أبوك أو فلان واحدة، فشاء واحدة، فثلاثة أوجه: أصحها: لا يقع شيء، كما لو قال: أنت طالق إلا أن يدخل أبوك الدار، فدخل. وعلى هذا لو شاء اثنتين أو ثلاثًا، لم يقع شيء أيضًا، لأنه شاء

واحدة وزاد، والثاني: أنه إذا شاء واحدة وقعت، والثالث، يقع طلقتان، وتقديره: أنت طالق ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك أن لا يقع واحدة منها، فلا يقع، فإذا قلنا بالأول، فقال: أردت المراد بالثاني، قبل، وإن قلنا: بالثاني، فقال: أردت معنى الأول، قبل أيضًا على الأصح فلا يقع شيء، ولو قال: أنت طالق واحدة إلا أن يشاء أبوك، أو إلا أن تشائي ثلاثًا، فإن شاء أو شاءت ثلاثًا، لم يقع شيء تفريعًا على الأصح. وإن لم يشأ شيئًا، أو شاءت واحدة أو ثنتين، وقعت واحدة. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إن شئت فقالت: شئت واحدة أو ثنتين، لم يقع شيء، ولو قال: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: شئت ثنتين أو ثلاثًا، وقعت الواحدة.

فرع: قال: أنت طالق لولا أبوك، لم تطلق على الصحيح. وفيه وجه ضعيف حكاه المتولي. ولو قال: أنت طالق لولا أبواك لطلقتك. قال الأصحاب: لا تطلق، لأنه أخبر أنه لولا حرمة أبيها لطلقها، وأكد هذا الخبر بالحلف بطلاقها، كقوله: والله لولا أبوك لطلقتك. قال المتولي: إنما لا تطلق إذا كان صادقًا في خبره، فإن كان كاذبًا، طلقت في الباطن، وإن أقر أنه كان كاذبًا، طلقت في الظاهر أيضًا.

فرع: قال: أنت طالق إلا أن يشاء أو يبدو لي، قال البغوي: يقع في الحال.

فرع: قال البغوي: لو قال لها: أحبي الطلاق، أو اهوي، أو أريدي، أو ارضي، وأراد تمليكها الطلاق، فهو كقوله: شائي أو اختاري، فإذا رضيت أو أحبت، أو أرادت، وقع الطلاق، هذا لفظه. وقال البوشنجي: إذا قال: شائي الطلاق، ونوى وقوع الطلاق بمشيئتها فقالت: شئت، لا تطلق، وكذا لو قال: أحبي أو أريدي، لأنه استدعى منها المشيئة ولم يطلقها، ولا علق طلاقها، ولا فوّضه إليها، ولو قُدِّر أنه تفويض، فقولها: شئت ليس بتطليق، وهذا أقوى. ولو قال: إذا رضيت أو أحببت أو أردت الطلاق، فأنت طالق، فقالت: رضيت أو أحببت أو أردت، طلقت. ولو قالت: شئت، قال البوشنجي: ينبغي أن لا يقع، وكذا لو قال: إن شئت، فقالت: أحببت أو هويت، لأن كلًا من لفظي المشيئة والمحبة يقتضي ما لا يقتضيه الآخر. ولهذا يقال: الإنسان يشاء دخول الدار، ولا يقال: يحبه، ويحب ولده، ولا يسوغ لفظ المشيئة فيه.

فرع: قال: أنت طالق إلا أن يرى فلان غير ذلك، أو إلا إن يشاء أو يريد غير ذلك، أو إلا أن يبدو لفلان غير ذلك، فلا يقع الطلاق في الحال، بل يقف الأمر على ما يبدو من فلان، ولا يختص ما يبدو منه بالمجلس. ولو مات فلان وفات ما جعله مانعًا من الوقوع، تبين وقوع الطلاق قبيل موته.

فرع: ذكر البوشنجي. أنه لو قال: أنت طالق إن لم يشأ فلان، فقال فلان:

لم أشأ، وقع الطلاق. وكذا لو قال: إن لم يشأ فلان طلاقك اليوم، فقال فلان في اليوم: لا أشاء، وقع الطلاق، وقياس التعليق ينفي الدخول وسائر الصفات أن يقال: إنه وإن لم يشأ في الحال، فقد يشاء بعد، فلا يقع الطلاق إلا إذا حصل اليأس، وفاتت المشيئة. وفي صورة التقييد باليوم، لا يقع إلا إذا مضى اليوم خاليًا عن المشيئة، ويجوز أن يوجه ما ذكره البوشنجي بأن كلام المعلق محمول على تلفظه بعدم المشيئة، فإذا قال: لم أشأ، فقد تحقق الوصف.

الطرف السادس: في مسائل الدور: فإذا قال لها: إذا طلقتك، أو إن طلقتك، أو متى طلقتك، أو مهما طلقتك، فأنت طالق قبله ثلاثًا، ثم طلقها، فثلاثة أوجه: أحدها: لا يقع عليها طلاق أصلًا، عملًا بالدور وتصحيحًا له، لأنه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث، وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة، وحينئذ لا يقع الثلاث، لعدم شرطه وهو التطليق. والوجه الثاني: يقع المنجز فقط. والثالث: يقع ثلاث تطليقات، المنجزة، وطلقتان من المعلق. وقيل على هذا: يقع المعلقات دون المنجزة، قال الإمام: وهو بعيد، ثم الوجهان الأولان يجريان في المدخول بها وغيرها، وأما الثالث، فمختص بالمدخول بها، فإن غيرها لا يتعاقب عليها طلاقان. ولو قال لرقيق: إن أعتقك، فأنت حر قبله، ثم أعتقه، عتق على الوجه الثاني دون الأول، ولو قال: إذا طلقتك، فأنت طالق ثلاثًا قبله بيوم، وأمهل يومًا ثم طلقها، ففيه الخلاف، ولو طلق قبل تمام يوم من وقت التعليق، وقع المنجز بلا خلاف، ولا يقع شيء من المعلق، لأن الوقوع لا يسبق اللفظ. ولو قال: متى طلقتك، فأنت طالق قبله بشهرين أو بسنة، فإن طلقها قبل مضي تلك المدة، وقع المنجز فقط بلا خلاف، وإن مضت تلك المدة، فعلى الوجه الأول، وإن كانت غير مدخول بها، لم يقع شيء، وإن كانت مدخولًا بها، فإن كانت عدتها منقضية في تلك المدة لو أوقعنا طلقة من الوقت الذي ذكره، لم يقع شيء أيضًا، وإن لم تكن منقضية، وقع عليها طلقتان، وعلى الوجه الثاني: إن لم يكن مدخولًا بها، وقع ما نجزه، وإن كانت مدخولًا بها، وكانت عدتها منقضية في تلك المدة، فكذلك، وإن كانت غير منقضية، وقع طلقتان. ولو قال: أنت طالق اليوم ثلاثًا إن طلقتك غدًا واحدة، ثم طلقها غدًا واحدة، ففيه الأوجه، وإذا كان التعليق بالتطليق كما صورناه في هذه المسائل، فلو كان قد علق طلاقها بدخول الدار ونحوه قبل التعليق بالتطليق، ثم دخلت الدار، يقع المعلق بالدخول بلا خلاف، لأنه ليس بتطليق، وكذا لو وكل وكيلًا بتطليقها، لأنه لم يطلقها الزوج، إنما وقع عليها طلاقه.

أما إذا قال: إن وقع عليك طلاقي، فأنت طالق قبله ثلاثًا، فسواء طلق بنفسه

أو بوكيله، هكذا ذكره الإمام والمتولي، ولو علق طلاقها بدخول الدار، ثم قال: متى وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثًا، أو قال: إن حنثت في يميني فأنت طالق قبله ثلاثًا ثم دخل الدار، فهل يقع المعلق بالدخول إذا فرعنا على الوجه الأول؟ وجهان: أحدهما: نعم لأنها يمين منعقدة قبل الدور، فلا يملك إبطالها، وأصحهما: لا، وبه قال القاضيان، أبو الطيب والروياني للدور، ويتصور حل اليمين، ولهذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثًا، كان له إسقاطه، بأن يقول: أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم، وعلى هذا الوجه، هذا الطريق أسهل في دفع الطلقات الثلاث من الخلع وإيقاع الصفة في حال البينونة. ولو قال: أنت طالق ثلاثًا قبل أن أطلقك واحدة، ثم طلقها واحدة، فعلى الوجه الأول: لا يقع شيء، وكذا لو طلق ثلاثًا أو ثنتين لاشتمال العدد على واحدة، وإذا مات أحدهما، يحكم بوقوع الطلاق قبل الموت، كما لو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، قاله المتولي، وعلى الوجه الثاني: يقع المنجز. ولو قال: إذا طلقتك ثلاثًا، فأنت طالق قبلها طلقة، فطلقها ثلاثًا، فعلى الوجه الأول: لا يقع شيء، وعلى الثاني: يقع الثلاث. ولو طلقها واحدة أو ثنتين، وقع المنجز بلا خلاف، ولو قال: إذا طلقتك فأنت طالق قبله طلقتين، وهي غير مدخول بها، فطلقها، لم يقع على الأول شيء، وعلى الثاني: يقع المنجز، وإن كانت مدخولًا بها، وقع طلقتان على الوجهين.

فرع: قال: إن آليت منك، أو ظاهرت منك، فأنت طالق قبله ثلاثًا، فإذا آلى أو ظاهر منها، لم تقع الثلاث قبله، وفي صحة الظهار والإيلاء الوجهان، إن صححنا الدور، لم يصحا، وإن أوقعنا الطلاق المنجز صحا، واختاره الغزالي في كتابه «غاية الغور في دراية الدور» القطع بالصحة،وكذا الحكم لو قال: إن لاعنتك، أو حلفت بطلاقك، فأنت طالق قبله ثلاثًا، أو قال للرجعية: إن راجعتك فأنت طالق قبله طلقتين أو ثلاثًا، أو قال: إن فسخت النكاح بعيبك فأنت طالق قبله ثلاثًا، وإذا وجد منه التصرف المعلق عليه، ففي نفوذه الوجهان. قاله الشيخ أبو علي والقاضي حسين والأصحاب، ولو قال: إن فسخت النكاح بعيبي أو بعيبك، فأنت طالق قبله ثلاثًا، أو قال: إن استحققت الفسخ بذلك أو بالإعسار، أو إن استقر مهرك بالوطء، أو إن استحققت النفقة، أو القسم، أو طلب الطلاق في الإيلاء فأنت طالق قبله ثلاثًا، ثم فسخت، أو وجدت الأسباب المثبتة لهذه الاستحقاقات، نفذ الفسخ وتبين الاستحقاق، ولا نقول بإبطالها للدور، وإن ألغينا الطلاق المنجز، والفرق أن هذه فسوخ وحقوق، ثبتت عليه قهرًا، ولا تتعلق بمباشرته واختياره، فلا يصلح تصرفه دافعًا لها ومبطلًا لحق غيره، بخلاف الطلاق، ولو قال: إن انفسخ نكاحك، فأنت

طالق قبله ثلاثًا، ثم ارتد أو اشتراها، انفسخ النكاح قطعًا، ولا يقع الطلاق.

فرع: قال: إن وطئت وطأً مباحًا، فأنت طالق قبله، ثم وطئها، لم تطلق قبله، إذ لو طلقت لم يكن الوطء مباحًا، وسواء ذكر الثلاث في هذه الصورة أم لا. قال الإمام وغيره: ولا خلاف في هذه الصورة، بل موضع الخلاف إذا انحسم بتصحيح اليمين الدائرة باب الطلاق أو غيره من التصرفات الشرعية، وهنا لا تنحسم ولو قال: إن طلقتك طلقة رجعية، فأنت طالق قبلها ثلاثًا أو طلقتين، فطلقها، ففيه الخلاف. ولو طلقها ثلاثًا أو خالعها، أو كانت غير مدخول بها، فطلقها واحدة، أو ثنتين، وقع المنجز، لأنه إنما علق الثلاث بالطلقة الرجعية. وفي هذه الصور ما نجزه ليس برجعي. ولو قال: إن طلقتك طلقة رجعية، فأنت طالق قبله واحدة وهي مدخول بها، فلا دور، فإذا طلقها، طلقت طلقتين. ولو قال للمدخول بها: متى طلقتك طلاقًا رجعيًا، فأنت طالق ثلاثًا، ولم يقل: قبله، ثم طلقها، وقع الثلاث ولا دور. وحكي عن ابن سريج: أنه لا يقع شيء، قال الشيخ أبو علي: هذا غلط من ناقل أو ناسخ، وابن سريج أجل من أن يقول هذا، قال الإمام: والمحكي عن ابن سريج، متجه عندي. ولو قال: إذا طلقتك طلقة رجعية، فأنت طالق معها ثلاثًا، فإذا طلقها، فوجهان بناءً على الوجهين في قوله لغير المدخول بها: أنت طالق طلقة معها طلقة، هل يقع طلقتان أم طلقة؟ إن قلنا: طلقتان معًا، فهنا لا يقع شيء، بناءً على تصحيح الدور، وإن قلنا هناك: لا يقع إلا واحدة، وقع هنا الثلاث كما لو لم يقل: معها.

فرع: اختلف الأصحاب في الراجح من الأوجه الثلاثة في الدور، فالمعروف عن ابن سريج الوجه الأول، وهو أنه لا يقع الطلاق، وبه اشتهرت المسألة بالسريجية وبه قال ابن الحداد والقفالان، والشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، واختاره الشيخ أبو علي وصاحب «المهذب»، والغزالي، وعن المزني أنه قال في كتاب «المنثور»، ورأيت في بعض التعاليق، أن صاحب «الإفصاح» حكاه عن نص الشافعي، أنه مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه، واختاره الإمام أبو بكر الإسماعيلي، وأبو عبد الله الحسين. الوجه الثالث، وهو وقوع الثلاث إذا نجز واحدة، وذهب إلى وقوع المنجزة فقط: ابن القاص، وأبو زيد، وهو مذهب أبي حنيفة، واختاره ابن الصباغ والمتولي، والشريف ناصر العمري، وللغزالي تصنيفان في المسألة، مطول في تصحيح الدور، سماه «غاية الغور في دراية الدور»، ومختصر في إبطاله سماه «الغور في الدور»، رجع فيه عن تصحيحه، واعتذر فيه عما سبق منه، ويشبه أن تكون الفتوى به أولى. وذكر الروياني بعد اختياره تصحيح الدور، أنه لا وجه لتعليم العوام المسألة لفساد الزمان.

فصل: إذا صححنا الدور، فقال: متى وقع طلاقي على حفصة، فعمرة طالق قبله ثلاثًا، ومتى وقع طلاقي على عمرة، فحفصة طالق قبله ثلاثًا، ثم طلق إحداهما، لم تطلق هي ولا صاحبتها، فلو ماتت عمرة ثم طلقت حفصة، طلقت، لأنه لا يلزم والحالة هذه من إثبات الطلاق نفيه، ولو قال زيد لعمرو: متى وقع طلاقك على زوجتك، فزوجتي طالق قبله ثلاثًا، وقال عمرو لزيد مثل ذلك، لم يقع طلاق واحد منهما على زوجته، ما دامت زوجة الآخر في نكاحه، ولو قال لزوجته: متى دخلت الدار وأنت زوجتي، فعبدي حر قبله، وقال لعبده: متى دخلت الدار وأنت عبدي، فامرأتي طالق قبله ثلاثًا، ثم دخلا الدار معًا، لم يعتق العبد، ولا تطلق هي، قال الإمام: ولا يخالف أبو زيد في هذه الصورة، لأنه ليس فيها سد باب التصرف، فلو دخلت المرأة أولًا، ثم العبد، عتق ولم تطلق هي لأنه حين دخلت لم يكن عبدًا له، فلم تحصل صفة طلاقها. ولو دخل العبد أولًا ثم دخلت، طلقت ولم يعتق. ولو قال لها: متى دخلت الدار وأنت زوجتي، فعبدي حر. وقال له: متى دخلت الدار وأنت عبدي، فزوجتي طالق، ولم يقل في الطرفين: قبله، فدخلا معًا، عتق وطلقت، لأن كلًا منهما عند الدخول بالصفة المشروطة. ولو دخل ثم دخلت أو عكسه، فالحكم كما في الصورة السابقة بلا فرق.

فرع: قال لها: متى أعتقت أمتي هذه وأنت زوجتي، فهي حرة، ثم قال: متى أعتقتها، فأنت طالق قبل إعتاقك إياها بثلاثة أيام، ثم أعتقتها المرأة قبل ثلاثة أيام، عتقت الأمة لأنها أعتقتها وهي زوجة، ولا تطلق المرأة، لأنها لو طلقت، لطلقت قبل الإعتاق بثلاثة أيام، وحينئذ يكون الطلاق متقدمًا على اللفظ، وذلك ممتنع. فلو أمهلت ثلاثة أيام ثم أعتقها، لم تعتق، لأنه إنما أذن لها في الإعتاق بشرط أن تكون زوجة له، ولا تطلق أيضًا لأنه معلق بالعتق، وبالله التوفيق.

الطرف السابع: في أنواع من التعليق ونحوه: فمن ذلك التعليق بالحلف، قال ابن سريج وتابعه جمهور الأصحاب: الحلف ما تعلق به منع من الفعل، أو حث عليه، أو تحقيق خير وجلب تصديق، فإذا قال: إذا حلفت، أو إن حلفت بطلاقك، فأنت طالق، ثم قال: إذا طلعت الشمس، أو إذا جاء رأس الشهر، فأنت طالق، لم يقع الطلاق المعلق بالحلف بالطلاق، لأنه ليس في هذا التعليق منع، ولا حث، ولا غرض تحقيق، وكذا لو قال: إذا حضت، أو إذا طهرت، أو إذا شئت فأنت طالق، فكذلك حكمه، وحكى الفوراني وجهًا أن هذا كله يسمى حلفًا، وهذا شاذ، والصواب الأول. ولو قال بعد التعليق بالحلف: إن ضربتك، أو إن كلمت فلانًا، أو إن خرجت من الدار، أو إن لم تخرجي، أو إن لم أفعل كذا، أو إن لم يكن هذا

كما قلت فأنت طالق، وقع في الحال الطلاق المعلق بالحلف، لأن هذا حلف، ثم إذا وجد الضرب أو غيره مما علق عليه، وقعت طلقة أخرى إن بقيت في العدة، ولو قال: إن قدم فلان فأنت طالق، وقصد منعه وهو ممن يمتنع تخلفه، فهو كقوله: إن دخلت الدار. وكذا لو قال الزوج: طلعت الشمس، فكذبته، فقال: إن لم تطلع فأنت طالق، فهو حلف، لأن غرضه التحقيق، وحملها على التصديق، وإن قصد بقوله: إن قدم فلان، التوقيت، أو كان فلان ممن لا يمتنع تخلفه كالسلطان، أو قال: إذا قدم الحجيج فأنت طالق، فليس هذا حلفًا، وما جعلنا التعليق به حلفًا، فلا فرق بين أن يعلقه بصيغة «إن» أو صيغة «إذا»، اعتبارًا بأنه موضع منع وحث وتصديق وقيل: إن كان بصيغة «إذا» فهو توقيت وليس بحلف، والصحيح الأول، وما لم يجعل التعليق به حلفًا كطلوع الشمس وقدوم الحجيج، فلا فرق فيه بين صيغة «إن» و«إذا». وقيل: إن علقه بصيغة «إن» كان حلفًا لأنه صرفه عن التوقيت بالعدول عن كلمة التوقيت، وهي «إذا»، فإنها ظرف زمان، والصحيح الأول.

فرع: قال: إن أقسمت بطلاقك، أو عقدت يميني بطلاقك فأنت طالق، فهو كقوله: إن حلفت بطلاقك. ولو قال: إن لم أحلف بطلاقك، أو إذا لم أحلف بطلاقك، فأنت طالق، فحكمه كما سبق في طرف الإثبات، والمذهب أن لفظة «إن» لا تقتضي الفور والبدار إلى الحلف، ولفظه «إذا» تقتضيه. فإذا قال: إذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق، ثم أعاد ذلك مرة ثانية وثالثة، نظر، إن فصل بين المرات بقدر ما يمكن فيه الحلف بطلاقها وسكت فيه، ولم يحلف عقيب المرة الثالثة، وقع الطلقات الثلاث، وإن وصل الكلمات، لم يقع بالأولى ولا بالثانية شيء، ويقع بالثالثة طلقة، إذا لم يحلف بطلاقها. ولو قال: كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق، ومضى زمان يمكنه أن يحلف فيه فلم يحلف، طلقت طلقة. فإذا مضى مثل ذلك ولم يحلف، وقعت ثانية، وكذلك الثالثة. ولو قال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم أعاد هذا القول مرة ثانية وثالثة ورابعة، فإن كانت المرأة مدخولًا بها، وقع بالمرة الثانية طلقة، وتنحل اليمين الأولى، ثم يقع بالثالثة طلقة بحكم اليمين الثانية وتنحل، ويقع بالرابعة طلقة ثالثة بحكم اليمين الثالثة وتنحل الثالثة، وتكون الرابعة يمينًا منعقدة، حتى يقع بها الطلاق إذا حلف بطلاقها في نكاح آخر، إن قلنا: يعود الحنث بعد الطلقات الثلاث وإن لم يكن مدخولًا بها، وقع طلقة بالمرة الثانية، وبانت بها، تنحل اليمين الأولى، وتبقى الثانية منعقدة، وفي ظهور أثرها في النكاح المجدد، الخلاف في عود الحنث، والثالثة والرابعة واقعتان في حال البينونة، فلا تنعقدان، ولا ينحل بهما شيء. ولو قال لغير المدخول بها: إذا كلمتك فأنت طالق،

وأعاد ذلك مرارًا، وقع بالمرة الثانية طلقة، وهي يمين منعقدة، وتنحل بالثالثة، لأن التعليق هنا بالكلام، والكلام قد يكون في البينونة، وهناك التعليق بالحلف بالطلاق، وذلك لا يكون في حال البينونة وقال سهل الصعلوكي: لا تنعقد اليمين الثانية في مسألة الكلام، لأنها تبين بقوله: إن كلمتك، فيقع قوله: فأنت طالق في حال البينونة، وتلغو الثالثة والرابعة، والصحيح الأول، لأن قوله: إن كلمتك فأنت طالق، كلام واحد.

فرع: قال لامرأتيه: إذا حلفت بطلاقكما، فأنتما طالقان، وأعاد هذا القول مرارًا، فإن كان دخل بهما، طلقتا ثلاثًا ثلاثًا، وإن لم يدخل بواحدة منهما، طلقتا طلقة، وبانتا، وفي عود الحنث باليمين الثانية الخلاف، وإن دخل بإحداهما، طلقتا جميعًا بالمرة الثانية، وبانت غير المدخول بها، وبالمرة الثالثة لا تطلق واحدة منهما، لأن شرط الطلاق الحلف بهما، ولا يصح الحلف بالبائن. فإن نكح التي بانت، وحلف بطلاقها وحدها، طلقت المدخول بها إن راجعها، أو كانت بعد في العدة، لأنه حصل الشرط وهو الحلف بطلاقها. وفي طلاق هذه المجددة الخلاف في عود الحنث.

فرع: قال لامرأتيه: إن حلفت بطلاقكما، فعمرة منكما طالق، وأعاد هذا مرارًا، لم تطلق عمرة، لأن طلاقها معلق بالحلف بطلاقهما معًا، وهذا حلف بطلاقها وحدها، وكذا لو قال بعد التعليق الأول: إذا دخلتما الدار فعمرة طالق، وإنما تطلق عمرة إذا حلف بطلاقهما جميعًا، إما في يمين أو يمينين. ولو قال: إن حلفت بطلاقكما، فإحداكما طالق، وأعاد ذلك مرارًا، لم تطلق واحدة منهما. فلو قال بعد ذلك: إن حلفت بطلاقها فأنتما طالقان، طلقت إحداهما بالتعليق الأول، وعليه البيان، ولو قال: إن حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان، وأعاد مرة ثانية، طلقتا جميعًا.

فرع: قال: أيما امرأة لم أحلف بطلاقها منكما، فصاحبتها طالق. قال صاحب «التلخيص»: إذا سكت ساعة يمكنه أن يحلف فيها بطلاقهما، طلقتا. قال الشيخ أبو علي: عرضت قوله على القفال وشارحي «التلخيص» فصوبوه والقياس أن هذه الصيغة لا تقتضي الفور، ولا يقع الطلاق على واحدة منهما بالسكوت، إلى أن يتحقق اليأس عن الحلف بموته أو موتها، إذ ليس في عبارته تعرض للوقت، بخلاف قوله: متى لم أحلف. وتابعه الإمام وغيره على قوله، واستبعدوا كلام صاحب «التلخيص».

فصل: قال: إن أكلت رمانة فأنت طالق، وإن أكلت نصف رمانة، فأنت

طالق، فأكلت رمانة، طلقت طلقتين. ولو كان التعليق بصيغة «كلما» طلقت ثلاثًا، لأنها أكلت رمانة، ونصف رمانة مرتين.

فصل: تحته أربع نسوة، فقال: من بشرتني منكن بكذا، فهي طالق، فبشرته واحدة بعد أخرى، طلقت الأولى فقط، لأن البشارة الخبر الأول. ولو شاهد هو الحال قبل أن تخبره، فاتت البشارة، ولو بشره أجنبي ثم ذكرته له إحداهن، لم تطلق. وحكى الفوراني وجهًا، أن البشارة لا تختص بالخبر الأول، بل هي كقوله: من أخبرتني بكذا، وسنذكره إن شاء الله تعالى، والصحيح الأول، ولو بشرته امرأتان معًا، فالمنقول أنهما تطلقان، وفيه نظر، فإنه لو قال: من أكل منكما هذا الرغيف، فهي طالق فأكلتاه، لم تطلقا.

ويشترط في البشارة الصدق، فلو قالت واحدة: كان كذا، وهي كاذبة، ثم ذكرته الثانية وهي صادقة، طلقت الثانية دون الأولى، وتحصل البشارة بالمكاتبة، كما تحصل باللفظ، ولو أرسلت رسولًا، لم تطلق، لأن المبشر هو الرسول، ذكره البغوي.

فرع: قال: من أخبرتني منكما بكذا، فهي طالق، فلفظ الخبر يقع على الكذب والصدق، ولا يختص بالخبر الأول، فإذا أخبرتاه صادقتين أو كاذبتين معًا، أو على الترتيب، طلقتا جميعًا، وسواء قال: من أخبرتني منكما بقدوم زيد، أو من أخبرتني أن زيدًا قدم، أو بأن زيدًا قدم، وحكي وجه، فيما إذا قال: من أخبرني بقدوم زيد، أنه لا يقع إذا أخبرته كاذبة، لأن الباء للإلصاق، فصار في معنى شرط القدوم في الإخبار، وبهذا قال الفوراني، والصحيح الأول.

فصل: تحته حفصة وعمرة، فقال: يا عمرة، فأجابته حفصة، فقال: أنت طالق، فإن قال: ظننت المجيبة عمرة، لم تطلق عمرة، لأنه لم يخاطبها بالطلاق، بل ظن ذلك، وظن الخطاب بالطلاق لا يقتضي وقوعه. ولهذا لو قال لزوجته: أنت طالق وهو يظنها زوجته الأخرى، طلقت المخاطبة دون المظنونة، ولو قال لأجنبية: أنت طالق وهو يظنها زوجته، لم يقع الطلاق على زوجته، وأما حفصة المخاطبة، فيقع عليها الطلاق على الأصح. وأشار بعضهم إلى أن الخلاف في الوقوع باطنًا، وأنها تطلق ظاهرًا بلا خلاف، هذا ترتيب الأصحاب. وقال الإمام: لو قيل: تطلق حفصة ظاهرًا قطعًا، وفي عمرة وجهان: لكان محتملًا، ولو قال: علمت أن التي أجابتني حفصة، سئل، فإن قال: قصدت طلاق حفصة، طلقت حفصة دون عمرة، لأن قوله محتمل، وإن قال: قصدت طلاق عمرة دون حفصة المجيبة، طلقت عمرة ظاهرًا وباطنًا، ويديِّن في حفصة، ويقع طلاقها ظاهرًا على الصحيح، ولو كان النداء

والجواب كما سبق، لكن قال بعد جواب حفصة: زينب طالق لامرأة له ثالثة، طلقت زينب دون حفصة وعمرة. ولو قال: أنت وزينب طالقان، طلقت زينب، ثم يسأل؟ فإن قال: ظننت المجيبة عمرة، لم تطلق عمرة، وتطلق حفصة على الأصح. وإن قال: علمت أن المجيبة حفصة، وقصدت طلاقها، طلقت دون عمرة، وإن قال: قصدت طلاق عمرة، طلقت عمرة ظاهرًا وباطنًا، وطلقت حفصة ظاهرًا على الصحيح، وهذه المسألة ليست من التعليق في شيء، لكن التزام ترتيب الكتاب اقتضى جعلها هنا.

فصل: قال العبد لزوجته: إذا مات سيدي، فأنت طالق طلقتين، وقال السيد للعبد: إذا مت فأنت حر، فمات، نظر إن لم يحتمل الثلث جميع العبد رق ما زاد على الثلث، ومن بعضه رقيق كالقن في عدد الطلاق، فتقع الطلقتان، وليس له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحلل، وإن احتمله الثلث عتق، وفي تحريمها عليه وجهان: أحدهما: لا تحل إلا بمحلل، وأصحهما: وبه قال ابن الحداد: لا تحرم، فله رجعتها، وله تجديد نكاحها بلا محلل، لأن العتق والطلاق وقعا معًا، فلم يكن رقيقًا حال الطلاق حتى يفتقر إلى محلل، ولا تختص المسألة بموت السيد، بل يجري الخلاف في كل صورة تعلق عتق العبد، ووقوع طلقتين على زوجته بصفة واحدة، كما لو قال العبد: إذا جاء الغد، فأنت طالق طلقتين، وقال السيد: إذا جاء الغد فأنت حر، ولو قال العبد، إذا عتقت فأنت طالق طلقتين، وقال السيد: إذا جاء الغد فأنت حر، قال الشيخ أبو علي: إذا جاء الغد، عتق وطلقت طلقتين، ولا تحرم عليه بلا خلاف، لأن العتق سبق وقوع الطلاق، ولو علق السيد عتقه بموته، وعلق العبد الطلقتين بآخر جزء من حياة السيد، انقطعت الرجعة، واشترط المحلل بلا خلاف، لأن الطلاق صادف الرق.

فرع: من له نكاح الأمة، نكح أمة مورثه، ثم قال لها: إذا مات سيدك؟ فأنت طالق، فمات السيد وورثه الزوج، انفسخ النكاح، ولم يقع الطلاق على الأصح، وقيل: يقع سواء كان على السيد دين مستغرق أم لا، وقيل: إن كان دين مستغرق، نفذ الطلاق تفريعًا على أن الدين يمنع انتقال الملك إلى الوارث، فعلى هذا، إذا قضي الدين، بان انتقال الملك إليه، وصار الدين كالمعدوم، والصحيح الأول. ولو علق الزوج طلاقها كما ذكرنا، وقال السيد: إذا مت، فأنت حرة، فإن خرجت من الثلث، عتقت وطلقت، وإلا عاد الخلاف في نفوذ الطلاق، فلو أجاز الزوج عتقها وكان حائزًا للإرث، أو أجاز معه باقي الورثة، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ، طلقت، لأنها لم تدخل في ملك الوارث، وإن قلنا: عطية من الوارث، فقد دخلت في

ملكه، ويكون وقوع الطلاق على الخلاف، ولو كاتبها السيد ومات، قال الشيخ أبو علي: في وقوع الطلاق الخلاف، لأن المكاتب يورث، ولهذا لو مات وبنته تحت مكاتبه، انفسخ النكاح، لأنها ورثت بعض زوجها، وإذا لم يكن الزوج وارثًا لسبب، وقع الطلاق والانفساخ قطعًا.

فرع: قال الحر لزوجته الأمة: إن اشتريتك، فأنت طالق، وقال سيدها: إن بعتك، فأنت حرة، فباعها لزوجها، عتقت في الحال، لأنا إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف، فالجارية ملكه، وقد وجدت الصفة، وإن قلنا: الملك للمشتري، فللبائع الفسخ، وإعتاقه فسخ، فتعود الجارية بالإعتاق إلى ملكه، وأما الطلاق، فقد أطلق ابن الحداد: أنه يقع، قال الأصحاب: هذا تفريع على أن الملك في زمن الخيار للبائع، فإن النكاح على هذا القول باقٍ، وقد وجد شرط الطلاق، فيقع، وكذا الحكم على قولنا: موقوف، لأنه لم يتم البيع، وأما إذا قلنا: الملك للمشتري، فلا يقع الطلاق على الأصح، كالمسألة السابقة في الفرع السابق، ولو قال: إن ملكتك بدل «اشتريتك»، لم يجيء فيه إلا هذا الخلاف الأخير، ولو اشترى زوجته الأمة وطلقها في زمن الخيار، فإن قلنا: الملك للبائع، نفذ الطلاق، وإن قلنا: للمشتري، فلا، وإن قلنا: موقوف، فإن لم يتم البيع، طلقت، وإلا فلا، قال الشيخ أبو علي: ومتى وقع الطلاق ثم تم البيع، فإن كان الطلاق رجعيًا، فله الوطء بملك اليمين، ولا يلزم الصبر إلى انقضاء العدة، لأنها عدته، كما له نكاح مختلعته في العدة، وإن كان الطلاق بالثلاث، فليس له وطؤها بملك اليمين قبل محلل على الأصح.

فصل: قال: أنت طالق يوم يقدم زيد، فقدم نهارًا، طلقت، وهل يقع الطلاق عقب القدوم، أم نتبين وقوعه من طلوع الفجر؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قال ابن الحداد، لأن الطلاق مضاف إلى يوم القدوم، فأشبه قوله: يوم الجمعة، فلو ماتت، ثم قدم زيد ذلك اليوم، فعلى الوجه الثاني، ماتت مطلقة، فلا يرثها الزوج إن كان الطلاق بائنًا، وكذلك لو مات الزوج بعد الفجر، فقدم زيد في يومه، لم ترث هي منه، وعلى الوجه الأول ثبت الإرث، ولو خالعها في أول النهار ثم قدم، فعلى الوجه الأول الخلع صحيح، ولا تطلق بالقدوم، وعلى الثاني، الخلع باطل إن كان الطلاق المعلق بائنًا، وإن كان رجعيًا، فعلى الخلاف في خلع الرجعية، ولو كانت طاهرًا في أول النهار فحاضت، ثم قدم، فعلى الوجه الثاني، تحسب بقية ذلك الطهر قُرءًا، وعلى الأول بخلافه، ويجري الخلاف فيما لو قال: عبدي حر يوم يقدم زيد، فباعه، ثم قدم زيد في يوم البيع، هل يصح البيع أم لا؟

ولو قدم زيد ليلًا، لم تطلق على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: وجهان: لأن اليوم قد يستعمل في مطلق الوقت.

فصل: قال: أنت طالق هكذا، وأشار بإصبع، طلقت طلقة، وإن أشار بإصبعين، فطلقتين، أو بثلاث فثلاثًا، قال الإمام: هذا إذا أشار إشارة مفهمة للطلقتين أو الثلاث، وإذا حصلت الإشارة المعتبرة، فقال: أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين، صدق بيمينه للاحتمال، وإن قال: أردت واحدة، لم يقبل على الأصح. وقال صاحب «التقريب»: يقبل، وإن قال: أنت طالق، وأشار بالأصابع ولم يقل: هكذا، لم يحكم بوقوع العدد إلا بالنية، ولو قال: أنت هكذا، وأشار بأصبعه الثلاث، ففي فتاوى القفال: أنه إن نوى الطلاق، طلقت ثلاثًا، وإلا فلا، كما لو قال: أنت ثلاثًا ولم ينو بقلبه. وقال غيره: ينبغي أن لا تطلق وإن نوى، لأن اللفظ لا يشعر بطلاق.

فرع: قال: إن دخلت الدار، أو كلمت زيدًا، فأنت طالق، أو أنت طالق إن دخلت الدار، أو كلمت زيدًا، طلقت بأيهما وجد، وتنحل اليمين، فلا يقع بالصفة الأخرى شيء، ولو قال: إن دخلت الدار، وإن كلمت زيدًا، فأنت طالق، أو أنت طالق إن دخلت الدار، وإن كلمت زيدًا، أو قال: إن دخلت هذه الدار، وإن دخلت الأخرى، فأنت طالق، أو قال: إن دخلت هذه الدار، فأنت طالق، وإن دخلت الأخرى، وقع بالصفتين طلقتان، وبإحداهما طلقة. ولو قال: إن دخلت وكلمت زيدًا، فأنت طالق، فلا بد من وجودهما، وتقع طلقة واحدة، وسواء تقدم الكلام على الدخول أو تأخر، وأشار في «التتمة»، إلى وجه في اشتراط تقدم الدخول، تفريعًا على أن الواو تقتضي الترتيب.

ولو قال: إن دخلت الدار، فكلمت زيدًا، أو ثم كلمت زيدًا، فلا بد منهما، ويشترط تقدم الدخول، ولو قال: إن دخلت الدار، إن كلمت زيدًا، فأنت طالق، أو قال: أنت طالق إن دخلت، إن كلمت، فلا بد منهما، ويشترط تقدم المذكور آخرًا على المذكور أولًا، ويسمى هذا: اعتراض الشرط على الشرط، لأنه جعل الكلام شرطًا لتعليق الطلاق بالدخول، والتعليق يقبل التعليق، كما أن التنجيز يقبله، ولهذا يصح أن يقول لعبده: إن دخلت الدار فأنت مدَّبر، ومن هذا الباب قوله تعالى: ﴿وَلَا يَنفَعُكُمْ نُصْحِيٓ إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ إِن كَانَ ٱللَّهُ يُرِيدُ أَن يُغْوِيَكُمْ﴾ [هود: ٣٤]. وفي فتاوى القفال: أنه يشترط تقدم المذكور أولًا، فإن قدمت الثاني، لم تطلق، وهذا غريب ضعيف. ومال إمام الحرمين إلى أنه لا يشترط بالترتيب، ويتعلق الطلاق بحصولهما كيف كان، والصحيح الذي عليه الجماهير، هو الأول، قالوا: فإذا كلَّمته في المثال المذكور ثم دخلت، طلقت، وإن دخلت ثم كلمته، لم تطلق. قال المتولي: وتنحل

اليمين، فلو كلمته بعد ذلك ثم دخلت، لم تطلق، لأن اليمين تنعقد على المرة الأولى، وسواء كانت صيغة الشرط في الصفتين «إن» أو غيرها، وسواء اتحدت الصيغة أم لا، حتى لو قال: أنت طالق إذا دخلت، إذا كلمت، أو قال: إن دخلت إن كلمت، أو بالعكس، أو قال: متى كلمت، فالحكم كما سبق، ولو قال: إن أعطيتك، إن وعدتك، إن سألتني فانت طالق، اشترط وجود السؤال، ثم الوعد، ثم العطية، والمعنى: إن سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق، وذكر صاحب «المهذب» أنه لو قال: إن سألتني إن أعطيتك إن وعدتك فأنت طالق اشترط السؤال، ثم الوعد، ثم العطية، لكن مقتضى ما تمهل أنه يشترط وجود الوعد، ثم العطية، ثم السؤال، والمعنى: إن سألتني وأعطيتك إن وعدتك، فأنت طالق، وكأنه صور رجوع الكل إلى مطلوب واحد، ولم ير للوعد معنىً بعد العطية، ولا للسؤال معنىً بعد الوعد والعطية، فحمله على ما ذكرناه.

فرع: قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت زيدًا، فقد يريد إذا دخلت الدار تعلُّق طلاقها بالكلام، وقد يريد إذا كلمته تعلُّق طلاقها بالدخول، فيراجع، ويعمل بتفسيره.

فرع: قال: إن كلمت زيدًا وعَمرًا، أو بَكرًا مع عمرو، فأنت طالق، فإنما تطلق إذا كلمت زيدًا وعمرًا، والأصح اشتراط كون بكر مع عمرو وقت تكليمه، كما لو قال: إن كلمت فلانًا وهو راكب.

فرع: قال المتولي: عادة البغداديين إذا أراد أحدهم تعليقًا بالدخول يقول: أنت طالق لا دخلت، كما يقول الحالف، والله لا أدخل، والمعنى: إن دخلت فأنت طالق، وعلى هذه العادة قال ابن الصباغ: لو قال: أنت طالق لا كلمت زيدًا وعمرًا وبكرًا، فكلَّمتهم، طلقت وإن كلمت بعضهم، لم تطلق. ولو قال: لا كلمت زيدًا ولا عمرًا ولا بكرًا، فأيهم كلمته طلقت.

فرع: ذكر ابن سريج، أنه لو قال: أنت طالق إن كلمت زيدًا حتى يدخل عمرو الدار، أو إلى أن يدخل، فالغاية تتعلق بالشرط، لا بنفس الطلاق، والمعنى: أنت طالق إن كلمت زيدًا قبل دخول عمرو الدار.

فصل: قال لنسوته الأربع: أربعكن طوالق إلا فلانة، أو إلا واحدة، قال القاضي حسين والمتولي: لا يصح هذا الاستثناء، ويطلقن جميعًا، لأن الأربع ليست صيغة عموم، وإنما هي اسم خاص لعدد معلوم خاص، فقوله: إلا فلانة، رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها، فهو كقوله: طالق طلاقًا لا يقع. ومقتضى هذا التعليل، أنه لا يصح الاستثناء من الأعداد في الأقراء، ومعلوم أنه ليس كذلك.

ومنهم من وجهه، بأن الاستثناء في المعين غير معتاد، وهذا يضعف بأن الإمام حكى عن القاضي، أنه قال: أربعكن إلا فلانة طوالق، صح الاستثناء، وادعى أن هذا معهود دون ذلك، وهذا كلام كما تراه. وقد حكينا في الإقرار أن الاستثناء صحيح من المعينات على الصحيح، ويستوي في الوجهين الإقرار والطلاق.

فصل: قيل له على وجه الاستخبار: أطلقت امرأتك، أو فارقتها، أو زوجتك طالق؟ فقال: نعم، فهذا إقرار بالطلاق، فإن كان كاذبًا فهي زوجته في الباطن. فلو قال: أردت الإقرار بطلاق سابق وقد راجعتها، صدق. وإن قال: أبنتها وجددت النكاح، فعلى ما ذكرناه فيما إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي، وفسر بذلك. ولو قيل له ذلك على وجه التماس الإنشاء، فإن قال في الجواب: نعم، طلقت، ولا إشكال، وإن اقتصر على قوله: نعم، فهل هو صريح أم كناية؟ قولان: قال ابن الصباغ والروياني وغيرهما: أظهرهما: أنه صريح، وقطع به بعضهم، وهو اختيار المزني، وفي كلام بعضهم إطلاق الخلاف بلا فرق بين الالتماس والاستخبار والانشاء. والصحيح التفصيل الذي ذكرناه. ولو قيل له: طلقت زوجتك، فقال: طلقت، فقد قيل: هو كقوله: نعم. وقيل: ليس بصريح قطعًا، لأن «نعم» متعين للجواب، وقوله: طلقت، مستقل بنفسه، فكأنه قال ابتداءً: طلقت واقتصر عليه، وقد سبق أنه لو اقتصر عليه فلا طلاق.

فرع: قيل له: ألك زوجة؟ فقال: لا، فقد نص في «الإملاء» أنه لا يقع به طلاق وإن نوى، لأنه كذب محض، وبهذا قطع كثير من الأصحاب، ولم يجعلوه إنشاءً، ولا بأس لو فرق بين كون السائل مستخبرًا أو ملتمسًا الإنشاء، كما قد سبق في الفصل قبله، لأنا ذكرنا في كنايات الطلاق، أنه لو قال مبتدئًا: لست بزوجة لي، كان كناية على الأصح، وذكروا وجهين: في أنه صريح في الإقرار، أم كناية؟ قال القاضي حسين: هو صريح، والأصح أنه كناية، لاحتمال أنه يريد نفي فائدة الزوجات، وبهذا قطع البغوي، ولها تحليفه أنه لم يرد طلاقها. ولو قال قائل: هذه زوجتك مشيرًا إليها؟ فقال: لا، فهذا أظهر في كونه إقرارًا بالطلاق.

فرع: قيل: أطلقت زوجتك؟ فقال: قد كان بعض ذلك، لم يكن إقرارًا بالطلاق، لاحتمال التعليق، أو الوعد بالطلاق، أو خصومة تؤول إليه، ولو فسر بشيء من ذلك، قبل. وإن كان السؤال عن ثلاث، ففسر بواحدة قبل، وإن لم يفسر بشيء، قال المتولي: إن كان السؤال عن ثلاث، لزمه الطلاق، وإن كان عن واحدة، فلا، لأنها لا تتبعَّضُ والأصل أن لا طلاق، وفي كل واحد من الطرفين نظر.

فصل: أكل الزوجان تمرًا، وخلطا النوى، فقال: إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نواي فأنت طالق، أو اختلطت دراهمها بدراهمه ونحو ذلك، فقال الأصحاب: تخلص من الحنث بأن يفرقها، بحيث لا يلتقي منها نواتان، فإن أراد التمييز الذي يحصل به التعيين، لم يتخلص بذلك. وفي صورة الإطلاق، احتمال للإمام، ولو قال: إن لم تعدِّي الجوز الذي في هذا البيت اليوم، فأنت طالق، فقال الإمام: في طريق البرِّ، وجهان: أحدهما: تأخذ من عدد تستيقنه، وتزيد واحدًا حتى تستيقن أنه لا يزيد عليه، كما لو قال: إن لم تخبريني بعدده، والثاني: يلزم أن تبتدىء من الواحد، وتزيد حتى تنتهي إلى الاستيقان، قال الإمام: واكتفوا على الوجهين بذكر اللسان، ولم يعتبروا تولي العدِّ فعلًا، قال: ولست أرى الأمر كذلك.

فرع: في فمها تمرة، فقال: إن ابتلعتها، فأنت طالق، وإن قذفتها، فأنت طالق، وإن أمسكتها، فأنت طالق، فتخلص من الحنث أن تأكل بعضها، وتقذف بعضها، هذا إذا وقع التعليق بالإمساك، آخرًا كما ذكرنا، ثم اتصل أكل البعض بآخر التعليق، فلو وجد مكث، فقد حصل الإمساك، ولو علق بالإمساك أولًا، وأكلت البعض بعد تمام الأيمان، كان حانثًا في يمين الإمساك، ولو قال: إن أكلتها، فأنت طالق، وإن لم تأكليها فأنت طالق فلا خلاص بأكل البعض، فإن فعلته، حنث في يمين عدم الأكل، ولو علق على الأكل، فابتلعت، لم يحنث على الأصح، لأنه يقال: ابتلع، ولم يأكل، ذكره المتولي.

فرع: كانت تصعد سُلَّمًا، فقال: إن نزلت، فأنت طالق، وإن صعدت، فأنت طالق، وإن مكثت، فأنت طالق، فيحصل الخلاص بالطفرة إن أمكنتها، وبأن تحمل فيصعد بها أو تنزل، وينبغي أن يكون الحمل بغير أمرها، وتتخلص أيضًا بأن تضجع السُّلَّم على الأرض وهي عليه، وتقوم من موضعها، وبأن يكون بجنبه سلم آخر فينتقل إليه، فإن مضى في نصب سلم آخر زمان، حنث في يمين الوقوف.

فرع: قال: إن أكلت هذه الرمانة، أو إن أكلت رمانة، فأنت طالق، فأكلتها إلا حبة، لم يحنث، لأنه وإن كان يقال في العرف: أكل رمانة، فيقال أيضًا: لم يأكل كل الرمانة، ولو علق بأكل رغيف، فأكلته إلا فتاتًا، قال القاضي حسين: لا يحنث كحبة الرمان. وقال الإمام: إن بقي قطعة تحس، ويجعل لها موقع، لم يحنث، وربما ضبط ذلك بأن يسمى قطعة خبز، وإن دق مدركه، لم يظهر له أثر في بر ولا حنث، قال: وهذا مقطوع به عندي في حكم العرف، والوجه: تنزيل إطلاق القاضي على هذا التفصيل.

فرع: قال: إن لم تخبريني بعدد حبات هذه الرمانة قبل كسرها، فأنت طالق،

أو إن لم تخبريني بعدد ما في هذا البيت من الجوز اليوم، أو إن لم تذكري لي ذلك، فأنت طالق، قال الأصحاب: يتخلص بأن تبتدىء من عدد تستيقن أن الحبات أو الجوز لا تنقص عنه، وتذكر الأعداد بعد متوالية بأن تقول: مئة، مئة وواحد، مئة واثنان، وهكذا إلى أن تنتهي إلى عدد تستيقن أنه لا يزيد عليه، فتكون مخبرة عن ذلك العدد وذاكرة له، وهذا إذا لم تقصد التعيين والتعريف، وإلا فلا يحصل كما سبق.

وفي معنى هذه الصورة، ما إذا أكل تمرًا، وقال: إن لم تخبريني بعدد ما أكلت، فأنت طالق. وما إذا اتهمها بسرقة، وقال: إن لم تصدقيني أسرقت أم لا، فأنت طالق، فتقول: سرقت وما سرقت.

فرع: وقع حجر من سطح، فقال: إن لم تخبريني الساعة من رماه، فأنت طالق، ففي فتاوى القاضي حسين: أنها إن قالت: رماه مخلوق، لم تطلق، وإن قالت: رماه آدمي، طلقت، لجواز أن يكون رماه كلب أو الريح، لأنه وجد سبب الحنث، وشككنا في المانع، وشبهه بما إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد اليوم، فمضى اليوم ولم يعرف مشيئته، فإنه يقع الطلاق على خلاف فيه سبق.

فرع: قال لثلاث نسوة: من لم تخبرني منكن بعدد ركعات الصلاة المفروضة، فهي طالق، فقالت واحدة: سبع عشرة، وقالت أخرى: خمس عشرة، وثالثة: إحدى عشرة، لم تطلق واحدة منهن، فالأول معروف، والثاني يوم الجمعة، والثالث في السفر، قاله القاضي والمتولي.

فرع: قال: كل كلمة كلمتيني بها إن لم أقل مثلها، فأنت طالق، فقالت المرأة: أنت طالق ثلاثًا، فطريقه أن يقول: أنت تقولين: أنت طالق ثلاثًا، أو تقول: أنت طالق ثلاثًا من وثاق، أو أنت طالق إن شاء الله، ولو قالت له: إذا قلت لك: طلقني ما تقول؟ فقال: أقول: طلقتك، لا يقع الطلاق، لأنه إخبار عما يفعل في المستقبل.

فرع: في يدها كوز ماءٍ، فقال: إن قلبتِ هذا الماء، فأنت طالق، وإن تركتيه، فأنت طالق، وإن شربتيه أنت أو غيرك، فأنت طالق، فخلاصها بأن تضع فيه خرقة فتبلّها به.

فرع: قال لها وهي في ماءٍ جارٍ: إن خرجت منه فأنت طالق، وإن مكثت فيه فأنت طالق. قال الأصحاب: لا تطلق خرجت أم مكثت، لأن ذلك الماء فارقها بجريانه، وفيه وفي نظائره احتمال للإمام بسبب العرف، وإن كان الماء راكدًا، فالطريق أن يحملها إنسان في الحال.

فرع: لا بد من النظر في مثل هذه التعليقات إلى وضع اللسان، وإلى ما يسبق إلى الفهم في العرف الغالب، فإن تطابق العرف والوضع، فذاك، وإن اختلفا، فكلام الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع، والإمام والغزالي يريان اتباع العرف، وقد سبق في هذه الفروع أمثلة هذا.

فصل: في مسائل تجري في مخاصمة الزوجين ومشاتمتهما: وأغلب ما تقع إذا واجهت زوجها بمكروه، فيقول على سبيل المكافأة: إن كنت كذلك فأنت طالق، يريد أن يغيظها بالطلاق كما غاظته بالشتم، فكأنه يقول: تزعمين أني كذا فأنت طالق، فإذا قالت له: يا خسيس فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، نظر، إن أراد المكافأة كما ذكرنا، طلقت، سواء كان خسيسًا أو لم يكن، وإن قصد التعليق، لم تطلق إلا بوجود الخسة، قال أبو الحسن العبادي: الخسيس: من باع دينه بدنياه، وأخس الأخساء، من باع آخرته بدنيا غيره، ويشبه أن يقال: الخسيس: من يتعاطى في العرف ما لا يليق بحاله لشدة بخله، فإن شك في وجود الصفة ـ ويتصور ذلك كثيرًا في مسائل الشتم والإيذاء ـ فالأصل أن لا طلاق، وإن أطلق اللفظ ولم يقصد المكافأة، ولا حقيقة اللفظ، فهو للتعليق. فإن عم العرف بالمكافأة، كان على الخلاف السابق في أنه يراعي الوضع أو العرف، والأصح وبه قطع المتولي مراعاة اللفظ، فإن العرف لا يكاد ينضبط في مثل هذا، وأجاب القاضي حسين بمقتضى الوجه الآخر، ولو قالت: يا سفيه فقال: إن كنت كذلك، فأنت طالق، فإن قصد المكافأة، طلقت في الحال، وإن قصد التعليق، طلقت إن كان سفيهًا، وإن أطلق، فعلى الخلاف، ويمكن أن يحمل السفه على ما يوجب الحجر، وعلى هذا نظائر ما يقع به الشتم والإيذاء.

وتكلموا في كلمات يدخل بعضها في حد الإفحاش، ففي «التتمة» أن القواد: من يحمل الرجال إلى أهله ويخلِّي بينهم وبين الأهل، ويشبه أن لا يختص بالأهل، بل هو الذي يجمع بين الرجال والنساء بالحرام، وأن القرطبان الذي يعرف من يزني بزوجته ويسكت عليه، وأن قليل الحمية: من لا يغار على أهله ومحارمه، وأن القلاش: الذواق، وهو من يوهم أنه يشتري الطعام ليذوقه وهو لا يريد الشراء، وأن الديوث: من لا يمنع الناس الدخول على زوجته. وفي «الرقم» للعبَّادي: أنه الذي يشتري جارية تغني للناس، وأن البخيل: من لا يؤدي الزكاة، ولا يقري الضيف فيما قيل، وأنه لو قيل له: يا زوج القحبة، فقال: إن كانت زوجتي بهذه الصفة فهي طالق، فإن قصد التخلص من عارها، وقع الطلاق، كما لو قصد المكافأة، وإلا فهو تعليق، فينظر: هل هي بالصفة المذكورة أم لا؟

وأنه لو قال لها في الخصومة: إيش تكونين أنت، فقالت: وإيش تكون أنت،

فقال: إن لم أكن منك بسبيل فأنت طالق، قال القاضي حسين: إن قصد التعليق لم تطلق، لأنها زوجته فهو منها بسبيل، وإن قصد المغايظة والمكافأة، طلقت. والمقصود إيقاع الفرقة وقطع ما بينهما، وأنها لو قالت لزوجها: أنت من أهل النار، فقال: إن كنت من أهل النار فأنت طالق، لم يحكم بوقوع الطلاق إن كان الزوج مسلمًا، لأنه من أهل الجنة ظاهرًا، وإن كان كافرًا طلقت فإن أسلم بعد ذلك، تبينا أنها لم تطلق. ولو قالت: يا سفلة، فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، قال إسماعيل البوشنجي: الأولى أنه الذي يتعاطى الأفعال الدنيئة ويعتادها، ولا يقع ذلك على من يتفق منه نادرًا، كاسم الكريم، والسيد في نقيضه. ولا يخفى أن النظر في تحقيق هذه الأوصاف، إنما يحتاج إليه عند حمل اللفظ على التعليق، فأما إذا حمل على المكافأة، فيقع الطلاق في الحال.

فرع: الكوسج: من قل شعر وجهه مع انحسار الشعر عن عارضيه، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه الذي عدد أسنانه ثمانية وعشرون.

فرع: قال أبو العباس الروياني: الغوغاء: من يخالط المفسدين والمنحرفين، ويخاصم الناس بلا حاجة. قال: والأحمق: من نقصت مرتبة أموره وأحواله عن مراتب أمثاله نقصًا بينًا بلا مرض ولا سبب.

فرع: قالت: يا جهودروي فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، وقصد التعليق، قال الإمام: وقعت المسألة في الفتاوى، وأكثروا في التعبير عن هذه الصفة، فقيل: هي صفرة الوجه، وقيل: الذلة والخساسة، وكان جوابنا فيه أن المسلم لا يكون بهذه الصفة، فلا يقع الطلاق. قال في «الوسيط»: وفيه نظر.

فرع: لو تخاصم الزوجان، فقال أبوها للزوج: لم تحرك لحيتك فقد رأيت مثلها كثيرًا، فقال: إن كنت رأيت مثل هذه اللحية كثيرًا، فابنتك طالق، فهذه كناية عن الرجولية والفتوة ونحوهما فإن حمل اللفظ على المكافأة، طلقت، وإلا فلا لكثرة الأمثال.

فرع: قال المتولي: لو نسب إلى فعل سيء كالزنا واللواط، فقال: من فعل مثل هذا فامرأته طالق، وكان ذلك فعله، لم يقع طلاقه، لأنه لم يوقع طلاقًا، وإنما غرضه ذم من يفعله، ولو قال لزوجته: سرقت أو زنيت، فقالت: لم أفعل، فقال: إن كنت سرقت أو زنيت فأنت طالق، حكم بوقوع الطلاق في الحال بإقراره السابق.

فصل: قال: إن خالفت أمري، فأنت طالق، ثم قال: لا تكلمي زيدًا، فكلمته، قالوا: لا تطلق لأنها خالفت النهي دون الأمر، ولو قال: إن خالفت نهيي فأنت طالق، ثم قال: قومي، فقعدت، وقع لأن الأمر بالشيء نهي عن أضداده وهذا

فاسد، إذ ليس الأمر بالشيء نهيًا عن ضده فيما يختاره. وإن كان، فاليمين لا ينبني عليه، بل على اللغة أو العرف، لكن في المسألة الأولى نظر بسبب العرف.

فصل: قال: أنت طالق إلى حين أو زمان، أو بعد حين، طلقت بمضي لحظة؟ ولو قال: إذا مضى حقب أو عصر فأنت طالق، قال الأصحاب: يقع بمضي لحظة، وهو بعيد لا وجه له.

فصل: لو علق الطلاق بالضرب، طلقت إذا حصل الضرب بالسوط أو الوكز أو اللكز، ولا يشترط أن لا يكون حائل، ويشترط الإيلام على الأصح، وقيل: لا يشترط، بل تكفي الصدمة، وإلى هذا مال الإمام، وقال: الإيلام وحده لا يكفي، فإنه لو وضع عليه حجرًا ثقيلًا، فانصدم تحته، لم يكن ضربًا وإن آلم. قال: والصدم وحده لا يكفي، فإنه لو ضربه بأنملة، لا يقال: ضربه، وكان المعتبر في إطلاق اسم الضرب الصدم بما يؤلم، أو يتوقع منه إيلام. واتفق الأصحاب، على أنه لا يقع الطلاق إذا كان المضروب ميتًا، وشذ الروياني فحكى فيه خلافًا، والعض وقطع الشعر لا يسمى ضربًا، فلا يقع به الطلاق، وتوقف المزني في البعض.

فصل: علق بالمس، طلقت بمس شيء من بدنه حيًا أو ميتًا بلا حائل، ولا يقع بمس الظفر والشعر. قال الإمام: الوجه القطع بهذا وإن أثبتنا خلافًا في نقض الوضوء به، والأشبه مجيء الخلاف.

فصل: علق بقدوم زيد، طلقت إذا قدم راكبًا أو ماشيًا، وإن قدم به ميتًا لم تطلق، وإن حمل وقدم به حيًا، إن كان باختياره، طلقت، وإلا فلا على المذهب.

فصل: علق بقذف زيد، طلقت بقذفه حيًا أو ميتًا، فلو قال: إن قذفت فلانًا في المسجد فأنت طالق، فالمعتبر كون القاذف في المسجد. ولو قال: إن قتلته في المسجد، اشترط كون المقتول في المسجد، والفرق أن قرينة الحال تشعر بأن المقصود الامتناع مما يهتك حرمة المسجد، وهتك الحرمة إنما تحصل إذا كان القاذف والمقتول فيه دون عكسه، فإن قال: أردت العكس، قبل منه في الظاهر على الأصح. ولو قال: إن قذفت أو قتلت فلانًا في الدار، سئل عما أراد.

فصل: قال: إن رأيت زيدًا فأنت طالق، فرأته حيًا أو ميتًا أو نائمًا، طلقت وإن كان الرائي أو المرئي مجنونًا أو سكران، ثم يكفي رؤية شيء من بدنه وإن قل، وقيل: يعتبر الوجه. ولو كان كله مستورًا بثوب، أو رأته في المنام لم تطلق، ولو رأته وهو في ماء صاف لا يمنع الرؤية أو من وراء زجاج شفاف، طلقت على الصحيح. ولو نظرت في المرآة أو في الماء فرأت صورته، لم تطلق، وفيه احتمال ضعيف للإمام. ولو قال للعمياء: إن رأيت زيدًا فأنت طالق، قال الإمام: الصحيح

أن الطلاق معلق بمستحيل، فلا يقع، وفي وجه: يحمل على اجتماعهما في مجلس، لأن الأعمى يقول: رأيت اليوم زيدًا، ويريد الحضور عنده.

فرع: علق برؤيته أو رؤيتها الهلال، فهو محمول على العلم، فرؤية غير المعلق برؤيته كرؤيته وتمام العدد كرؤيته، فيقع الطلاق به وإن لم ير الهلال.

ولو قال: أردت بالرؤية المعاينة، دُيِّن ويقبل أيضًا ظاهرًا على الأصح. ولو كان المعلق برؤيته أعمى، لم يقبل التفسير بالمعاينة في الظاهر على الأصح. وحكى الحناطي فيما إذا أطلق ولم ينو شيئًا قولين في وقوع الطلاق برؤية الغير، هذا كله فيمن علق برؤية الهلال باللغة العربية، فلو علق بالعجمية، فعن القفال: أنه يحمل على المعاينة، سواء فيه البصير والأعمى، وادعى أن العرف الشرعي في حمل الرؤية على العلم، لم يثبت إلا في العربية، ومنع الإمام الفرق بين اللغتين. وفي «التهذيب» وجه: أنه يحمل في حق الأعمى على العلم. وإذا أطلق التعليق برؤية الهلال، حمل على أول شهر يستقبله، حتى لو لم ير في الشهر الأول، انحلت اليمين، قاله البغوي، وهو محمول على ما إذا صرح بالمعاينة أو فسر بها وقبلناه. قال البغوي: والرؤية في الليلة الثانية والثالثة، كهي في الأولى، ولا أثر لها بعد الثلاث، لأنه لا يسمى هلالًا بعد ثلاث. وفي «المهذب»: أنه لو لم يره حتى صار قمرًا، لم تطلق، وحكى خلافًا فيما يصير به قمرًا، هل هو باستدارته، أم بأن يبهر ضوؤه؟

والمعتبر الرؤية بعد غروب الشمس، ولا أثر للرؤية قبله.

فصل: قال: إن كلمت زيدًا فأنت طالق، فكلمته وهو سكران أو مجنون طلقت، قال ابن الصباغ: يشترط أن يكون السكران بحيث يسمع ويكلم، وإن كلمته وهو نائم أو مغمى عليه، أو هذت بكلامه في نومها وإغمائها لم تطلق. ولو كلمته وهي مجنونة، قال ابن الصباغ: لا تطلق. وعن القاضي حسين، أنها تطلق. والظاهر تخريجه على حنث الناسي وأما كلامها في سكرها، فتطلق به على الأصح، إلا إذا انتهت إلى السكران الطافح. ولو خفضت صوتها بحيث لا يسمع وهو الهمس، لم تطلق وإن وقع في سمعه شيء وفهم المقصود اتفاقًا، لأنه لا يقال: كلمته، ولو نادته من مسافة بعيدة لا يسمع منها الصوت، لم تطلق، ولو حملت الريح كلامها ووقع في سمعه، فقد أشار الإمام إلى تردد فيه، والمذهب أنها لا تطلق. وإن كانت المسافة بحيث يسمع فيها الصوت، فلم يسمع لذهول أو شغل طلقت، فإن لم يسمع لعارض لغط أو ريح، أو لصمم به، فوجهان: أحدهما: تطلق، وبه أجاب الروياني، وكذا الإمام والغزالي في صورة اللغط، وأصحهما: عند البغوي: لا طلاق حتى يرتفع الصوت بقدر ما يسمع في مثل تلك المسافة مع ذلك

العارض، فحينئذ يقع وإن لم يسمع، ورأى الإمام القطع بالوقوع إذا كان اللغط بحيث لو فرض معه الإصغاء لأمكن السماع، وكذا في تكليم الأصم إذا كان وجهه إليه وعلم أنه يكلمه، وقطع الحناطي بعدم الوقوع إذا كان الصم بحيث يمنع السماع، وحكي قولين فيما إذا قال: إن كلمت نائمًا أو غائبًا عن البلد، هل يقع الطلاق في الحال بناء على الخلاف في التعليق بالمستحيل. ويحتمل أن يقال: لا تطلق حتى تخاطبه مخاطبة المكلِّمين، وبنحو منه أجاب القاضي أبو الطيب فيما إذا قال: إن كلمت ميتًا أو حمارًا.

فصل: إذا علق الطلاق بفعل شيء، ففعله وهو مكره، أو ناسٍ للتعليق، أو جاهلٌ به، ففي وقوع الطلاق قولان، وذكر صاحب «المهذب» والروياني وغيرهما، أن الأظهر في الأيمان، أنه لا يحنث الناسي والمكره، ويشبه أن يكون الطلاق مثله. وقطع القفال بأنه يقع الطلاق. ولا يخرج على القولين في الأيمان، لأن التعويل في الأيمان على تعظيم اسم الله تعالى، والحنث هتك حرمة، والناسي والمكروه غير منتهك، والطلاق تعليق بصفة، وقد وجدت، والمذهب الأول، وعليه الجمهور.

ولو علق بفعل الزوجة، أو أجنبي، فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق، ولم يقصد الزوج إعلامه، أو كان ممن لا يبالي بتعليقه، بأن علق بقدوم الحجيج أو السلطان، طلقت بفعله في حالتي النسيان والإكراه على المذهب، وقيل: إن فعله مكرهًا، ففيه القولان، فكأنه لا فعل له، وإن كان المعلق بفعله عالمًا بالتعليق، وهو ممن يبالي بتعليقه، وقصد المعلق بالتعليق منعه، ففعله ناسيًا أو مكرهًا أو جاهلًا، ففيه القولان. ولو قصد منعها من المخالفة فنسيت، قال الغزالي: لا تطلق قطعًا لعدم المخالفة، ويشبه أن يراعى معنى التعليق ويطرد الخلاف.

ولو علق بدخول طفل أو بهيمة أو سنور، فدخل، طلقت، قال الحناطي: ويحتمل المنع، وإن حصل دخولهم كرهًا، لم تطلق، قال: ويحتمل الوقوع، إذ لا قصد لهم، فلا أثر لإكراههم.

قال لأربع نسوة: إن لم أطأ واحدة منكن اليوم، فصواحبها طوالق، فإن وطىء واحدة منهن ذلك اليوم، انحلت اليمين، وإن لم يطأ واحدة، طلقت كل واحدة طلقة. وإن قال: أيتكن لم أطأها اليوم، فإن الأخريات طوالق، فمضى اليوم، ولم يطأ واحدة، طلقن ثلاثًا ثلاثًا، وإن وطىء واحدة فقط، طلقت هي ثلاثًا، لأن لها ثلاث صواحب لم يطأهن، وطلقت الباقيات طلقتين طلقتين، لأن لها صاحبتين لم يطأهما، ولو وطىء امرأتين، طلقتا طلقتين، وطلقت الأخريان طلقة طلقة. ولو وطىء ثلاثًا طلقن طلقة طلقة، ولم تطلق الرابعة، لأنه ليس لها صاحبة غير موطوءة.

ولو قال: أيتكن لم أطأها فالأخريات طوالق، ولم يقيد بوقت، فجميع العمر وقت له، فإن مات أو متن قبل الوطء، طلقت كل واحدة ثلاثًا قبيل الموت، وإن ماتت واحدة والزوج حي، لم يحكم بطلاق الميتة، لأنه قد يطأ الباقيات ويطلق الباقيات طلقة طلقة. فلو ماتت ثانية قبل الوطء، تبينا وقوع طلقة على الأولى قبيل موتها، وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة. فإن ماتت الثالثة قبل الوطء، تبينا وقوع طلقتين على الأوليين قبيل موتهما، وطلقت الباقية طلقة ثالثة، فإن ماتت الرابعة قبل الوطء، تبينا وقوع الثلاث على الجميع.

فصل: قال: إن سرقت مني شيئًا فأنت طالق، فدفع إليها كيسًا، فأخذت منه شيئًا، لا تطلق، لأنه خيانة لا سرقة.

فرع: قال: إن كلمتك فأنت طالق، ثم أعاد مرة أخرى، طلقت. وإن قال: إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي، طلقت بقوله: فاعلمي وقيل: إن وصله بالكلام الأول، لم تطلق، لأنه تتمته. وإن قال: إن كلمتك فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، فالتعليق الثاني تكليم، فتطلق. ولو قال: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، فقالت: إن بدأتك بالكلام فعبدي حر، ثم كلمها، ثم كلمته، فلا طلاق، ولا عتق. ولو قال لرجل: إن بدأتك بالسلام فعبدي حر، فقال الآخر: إن بدأتك بالسلام فعبدي حر، فسلم كل منهما على الآخر دفعة واحدة، لم يعتق عبد واحد منهما لعدم ابتداء كل واحد منهما على الآخر، وتنحل اليمين، فإذا سلم أحدهما على الآخر بعد ذلك، لم يعتق واحدة من عبديهما، ذكره الإمام.

فرع: قال المدين لصاحب الدين: إن أخذت مالك عليَّ، فامرأتي طالق، فأخذه مختارًا، طلقت امرأة المدين، سواء كان مختارًا في الإعطاء أو مكرهًا، وسواء أعطى بنفسه أو بوكيله، أو استلبه صاحب الدين. قال البغوي: وكذا لو أخذه السلطان ودفعه إليه. وفي كتب العراقيين أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان ودفعه إليه، لأنه إذا أخذه السلطان برئت ذمة المدين، وصار المأخوذ حقًا لصاحب الدين، ولا يبقى له حق عليه، فلا يصير بأخذه من السلطان آخذًا حقه من المدين، ولو قضى عنه أجنبي. قال الداركي: لا تطلق، لأنه بدل حقه لاحقه بنفسه. ولو قال: إن أخذت حقك مني، لم تطلق بإعطاء وكيله، ولا بإعطاء السلطان من ماله. فإن أكرهه السلطان حتى أعطى بنفسه، فعلى القولين في المكره. ولو قال: إن أعطيتك حقك، فأعطاه باختياره، طلقت، سواء كان الآخذ مختارًا في الأخذ أم لا، ولا تطلق بإعطاء الوكيل والسلطان.

فرع: قال: أنت طالق مريضةً، بالنصب، لم تطلق إلا في حال المرض. ولو

قال: أنت طالق مريضةٌ، بالرفع، فقيل: تطلق في الحال. وقوله: مريضة، صفة، واختيار ابن الصباغ الحمل على اشتراط المرض حملًا على الحال، وإن كان لحنًا في الإعراب.

فرع: قال لامرأتيه: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان، فدخلت كل واحدة إحدى الدارين، فهل تطلقان، أم لا تطلقان؟ وجهان وإن قال: إن أكلتما هذين الرغيفين، وأكلت كل واحدة منهما رغيفًا، تطلقان، لأنهما أكلتاهما، ولا يمكن أكل واحدة من الرغيفين، بخلاف دخول الدارين.

فرع: لو قالت لزوجها: أنت تملك أكثر من مئة، فقال: إن كنت أملك أكثر من مئة فأنت طالق، وكان يملك خمسين، فإن قال: أردت: لا أملك زيادة على مئة، لم تطلق، وإن قال: أردت أني أملك مئة بلا زيادة، طلقت، وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: قلت: الصحيح لا تطلق. والله أعلم. وإن قال: إن كنت أملك إلا مئة، وكان يملك خمسين، فقد قيل: تطلق على الوجهين.

فرع: قال: إن خرجت إلا بإذني، فأنت طالق، فالمسألة تأتي بفروعها في «كتاب الأيمان» إن شاء الله تعالى. فإن قال: إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق، فخرجت إلى الحمام، ثم قضت حاجة أخرى، لم تطلق، وإن خرجت لحاجة أخرى، ثم عدلت إلى الحمام، طلقت، وإن خرجت إلى الحمام وغيره، ففي وقوع الطلاق وجهان.

فرع: خرجت إلى دار أبيها، فقال: إن رددتها إلى داري أو ردها أحد فهي طالق، فاكترت بهيمة وعادت إلى داره مع المكاري، لم تطلق، لأن المكاري لم يردَّها، بل صحبها. ولو عادت ثم خرجت فردها الزوج، لم تطلق، إذ ليس في اللفظ ما يقتضي التكرار.

فصل: في فتاوى البغوي أنه لو طلقها ثلاثًا ثم قال: كنت حرمتها على نفسي قبل الطلاق، لم يقبل قوله.

وأنه لو قال: إن ابتلعت شيئًا فأنت طالق، فابتلعت ريقها، طلقت. فإن قال: أردت غير الرِّيق، صدق في الحكم، وإن قال: إن ابتلعت الريق، طلقت بابتلاع ريقها وبريق غيرها. فإن قال: أردت ريقك خاصة، قبل في الحكم. وإن قال: أردت ريق غيرك، دين ولم يقبل في الحكم. وأنه لو قال: إن ضربتك فأنت طالق، فقصد بالضرب غيرها، فأصابها، طلقت، ولم يقبل قوله، لأن الضرب يقين ويحتمل.

وأنه لو نادى أمه فقال: إن لم تجبني أمي فامرأتي طالق، فإن رفعت الأم صوتها في الجواب بحيث يسمع في تلك المسافة، لم تطلق، وإلا فتطلق، وأنه لو قال: إن دخلت على فلان داره، فامرأتي طالق، فجاء فلان وأخذ بيده وأدخله

الدار، فإن دخلا معًا، لم تطلق. وإن دخل فلان أولًا، طلقت. وأنه لو حلف لا يخرج من البلد حتى يقضي دين فلان بالعمل، فعمل له ببعض دينه وقضى الباقي من موضع آخر ثم خرج، طلقت. فإن قال: أردت أني لا أخرج حتى أخرج إليه من دينه وأقضي حقه، قبل قوله في الحكم.

فصل: عن البويطي أنه لو قال: أنت طالق بمكة، أو في مكة، أو في البحر، طلقت في الحال، إلا أن يريد إذا حصلت هناك. وكذا لو قال: في الظل وهما في الشمس، بخلاف ما إذا كان الشيء منتظرًا غير حاصل، كقوله: في الشتاء وهما في الصيف، لا يقع حتى يجيء الشتاء.

فصل: في «الزيادات» لأبي عاصم العبادي أنه لو قال: إن أكلت من الذي طبخته هي فهي طالق، فوضعت القدر على الكانون، وأوقدت غيرها، لم تطلق، وكذا لو سجر التنور غيرها ووضعت القدر فيه. وأنه لو قال: إن كان في بيتي نار فأنت طالق، وفيه سراج، طلقت وأنه لو حلف لا يأكل من طعامه، ودفع إليه دقيقًا ليخبزه له فخبزه بخميرة من عنده، لم يحنث لأنه مستهلك. وأنها لو قالت: لا طاقة لي بالجوع معك، فقال: إن جعت يومًا في بيتي فأنت طالق، ولم ينو المجازاة، تعتبر حقيقة الصفة، ولا تطلق بالجوع في أيام الصوم، وأنه لو قال: إن دخلت دارك فأنت طالق، فباعتها ودخلها، لم تطلق على الأصح.

فصل: قال: إن لم تكوني أحسن من القمر، أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق، قال القاضي أبو علي الزجاجي والقفال وغيرهما: لا تطلق، واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِىٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٤].

فصل: قال شافعي: إن لم يكن الشافعي أفضل من أبي حنيفة، فامرأتي طالق، وقال حنفي: إن لم يكن أبو حنيفة أفضل من الشافعي، فامرأتي طالق، لا يحكم بالطلاق على أحدهما، وشبهوه بمسألة الغراب. وعن القفال: لا يفتى في هذه المسألة وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروذي في هذه المسألة، أنه لو قال السني: إن لم يكن الخير والشر من الله تعالى فامرأتي طالق، وقال المعتزلي: إن كانا من الله تعالى فامرأتي طالق، أو قال السني: إن لم يكن أبو بكر أفضل من علي ﷺ فامرأتي طالق، فقال الرافضي: إن لم يكن علي أفضل من أبي بكر، وقع طلاق المعتزلي والرافضي، وأنه لو قال لها: أفرغي البيت من قماشك، فإن دخلت ووجدت فيه شيئًا من قماشك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق، فدخل فوجد في البيت هاونًا لها، فوجهان: أحدهما: لا تطلق، للاستحالة، والثاني: تطلق عند اليأس قبيل موتها أو موته. وأنه لو تخاصم الزوجان فخرجت مكشوفة الوجه، فعدا خلفها وقال: كل امرأة لي خرجت من الدار مكشوفة ليقع نظر الأجانب عليها فهي

طالق، فسمعت قوله فرجعت ولم يبصرها أجنبي، طلقت، ولو قال: كل امرأة لي خرجت مكشوفة ويقع نظر الأجانب عليها فهي طالق، فخرجت ولم يبصرها أجنبي، لم تطلق. والفرق أن الطلاق في الصورة الثانية معلق على صفتين، ولم يوجد إلا إحداهما، وفي الأولى على صفة فقط وقد وجدت.

باب الشك في الطلاق واختلاف الزوجين فيه

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم تطلق لأن النكاح يقين واليقين لا يزال بالشك. والدليل عليه ما روى عبد الله بن زيد ﷺ أن النبيّ ﷺ: سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»[1] والورع أن يلتزم الطلاق لقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[2] فإن كان بعد الدخول راجعها وإن كان قبل الدخول جدد نكاحها وإن لم يكن له فيها رغبة طلقها لتحل لغيره بيقين، وإن شك في عدده بنى الأمر على الأقل، لما روى عبد الرحمن بن عوف ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أواحدة صلى أو اثنتين فليبنِ على واحدة، وإن لم يدرِ اثنتين صلى أم ثلاثًا فليبنِ على اثنتين، وإن لم يدر أثلاثًا صلى أم أربعًا فليبنِ على ثلاث، ويسجد سجدتين قبل أن يسلم» فرد إلى الأقل. ولأن الأقل يقين والزيادة مشكوك فيها فلا يزال اليقين بالشك، والورع أن يلتزم الأكثر، فإن كان الشك الثلاث وما دونها طلقها ثلاثًا حتى تحل لغيره بيقين.

فصل: وإن كانت له امرأتان فطلق إحداهما بعينها ثم نسيها أو غفيت عليه عينها، بأن طلقها في ظلمة أو من وراء حجاب، رجع إليه في تعيينها لأنه هو المطلق، ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين ويؤخذ بنفقتهما إلى أن يعين لأنهما محبوستان عليه، فإن عين الطلاق في إحداهما فكذبتاه حلف للأخرى، لأن المعينة لو رجع في طلاقها لم يقبل. وإن قال: طلقت هذه لا بل هذه طلقتا في الحكم، لأنه أقر بطلاق الأولى ثم رجع إلى الثانية، فقبلنا إقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه في الأولى، وإن كن ثلاثًا فقال: طلقت هذه لا بل هذه طلقن جميعًا.

وإن قال: طلقت هذه أو هذه، لا بل هذه طلقت الثالثة وواحدة من الأوليين وأخذ بتعيينها لأنه أقر أنه طلق إحدى الأوليين، ثم رجع إلى أن المطلقة هي

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٢٥١٨) والنسائي في سننه (٨/ ٣٢٧) وأحمد في المسند (١/ ٢٠٠) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٣) والبغوي في شرح السنة (٤/ ٢١٠) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٢).

الثالثة فلزمه ما رجع إليه ولم يقبل رجوعه عما أقر به، وإن قال: طلقت هذه لا بل هذه أو هذه، طلقت الأولى وواحدة من الأخريين. وإن قال: طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ ببيان الطلاق في الأولى والأخريين، فإن عين في الأولى بقيت الأخريان على النكاح. وإن قال لم أطلق الأولى طلقت الأخريان، لأن الشك في الأولى والأخريين فهو كما لو قال: طلقت هذه أو هاتين؛ ولا يجوز أن يعين بالوطء، فإن وطىء إحداهما لم يكن ذلك تعيينًا للطلاق في الأخرى، فيطالب بالتعيين بالقول، فإن عين الطلاق في الموطوءة لزمه مهر المثل، وإذا عين وجبت العدة من حين الطلاق.

فصل: وإن طلق إحدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ويؤخذ بنفقتهما إلى أن يعين، وله أن يعين الطلاق فيمن شاء منهما. فإن قال: هذه لا بل هذه، طلقت الأولى ولم تطلق الأخرى لأن تعيين الطلاق إلى اختياره وليس له أن يختار إلا واحدة، فإذا اختار إحداهما لم يبقَ له اختيار، وهل له أن يعين الطلاق بالوطء؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يعين بالوطء، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن إحداهما محرمة بالطلاق فلم يتعين بالوطء كما لو طلق إحداهما بعينها ثم أشكلت فعلى هذا يؤخذ بعد الوطء بالتعيين بالقول، فإن عين الطلاق في الموطوءة لزمه المهر والثاني: يتعين، وهو قول أبي إسحاق واختيار المزني وهو الصحيح لأنه اختيار شهوة، والوطء قد دل على الشهوة، وفي وقت العدة وجهان: أحدهما: من حين يلفظ بالطلاق، لأنه وقت وقوع الطلاق، والثاني: من حين التعيين، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأنه وقت تعيين الطلاق.

فصل: وإن ماتت الزوجتان قبل التعيين وبقي للزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج، فإن كان قد طلق إحداهما بعينها فعين الطلاق في إحداهما أخذ من تركة الأخرى ما يخصه، وإن كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وإن كان قد طلق إحداهما بغير عينها فعين الطلاق في إحداهما دفع إليه من مال الأخرى ما يخصه، وإن كذبه ورثتها فالقول قوله من غير يمين، لأن هذا اختيار شهوة. وقد اختار ما اشتهى.

وإن مات الزوج وبقيت الزوجتان وقف لهما من ماله نصيب زوجة إلى أن يصطلحا لأنه قد ثبت إرث إحداهما بيقين، وليست إحداهما بأولى من الأخرى فوجب أن يوقف إلى أن يصطلحا، لأنه قد ثبت إرث إحداهما بيقين، فإن قال وارث الزوج: أنا أعرف الزوجة منهما ففيه قولان:

أحدهما: يرجع إليه لأنه لما قام مقام في استلحاق النسب قام مقامه في تعيين الزوجة والثاني: لا يرجع إليه. لأن كل واحدة منهما زوجة في الظاهر، وفي الرجوع إلى بيانه إسقاط وارث مشارك، والوارث لا يملك إسقاط من يشاركه في الميراث. واختلف أصحابنا في موضع القولين فقال أبو إسحاق: القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت، وفيمن طلق إحداهما من غير تعيين. ومنهم قال:

القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت لأنه إخبار فجاز أن يخبر الوارث عن الموروث. وأما إذا طلق إحداهما من غير تعيين فإنه لا يرجع إلى الوارث قولًا واحدًا لأنه اختيار شهوة، فلم يقم الوارث فيه مقام الموروث كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعًا منهن.

فصل: وإن طلق إحدى زوجتيه ثم ماتت إحداهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون هي الزوجة، ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجة، فإن قال وارث الزوج: الميتة قبله مطلقة فلا ميراث لي منها والباقية زوجته فلها الميراث معي، قبل لأنه إقرار على نفسه بما يضره. فإن قال الميتة هي الزوجة فلي الميراث من تركتها، والباقية هي المطلقة فلا ميراث لها معي فإن صدق على ذلك حمل الأمر على ما قال، فإن كذب بأن قال وارث الميتة أنها هي المطلقة فلا ميراث لك منها، وقالت الباقية: أنا الزوجة فلي معك الميراث، ففيه قولان:

أحدهما: يرجع إلى بيان الوارث فيحلف لورثة الميتة أنه لا يعلم أنه طلقها ويستحق من تركتها ميراث الزوج، ويحلف للباقية أنه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج، والثاني: لا يرجع إلى بيان الوارث، فيجعل ما عزل من ميراث الميتة موقوفًا حتى يصطلح عليه وارث الزوج ووارث الزوجة، وما عزل من ميراث الزوج موقوفًا حتى تصطلح عليه الباقية ووارث الزوج.

فصل: وإن كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال: يا حفصة إن كان أول ولد تلدينه ذكرًا فعمرة طالق، وإن كان أنثى فأنت طالق، فولدت ذكرًا وأنثى واحدًا بعد واحد وأشكل المتقدم منهما، طلقت إحداهما بعينها، وحكمها حكم من طلق إحدى المرأتين بعينها ثم أشكلت عليه، وقد بيناه.

فصل: وإن رأى طائرًا فقال: إن كان هذا الطائر غرابًا فنسائي طوالق وإن كان حمامًا فإمائي حرائر ولم يعرف، لم تطلق النساء ولم تعتق الإماء، لجواز أن يكون الطائر غيرهما، والأصل بقاء الملك والزوجية فلا يزال بالشك. وإن قال: إن كان هذا غرابًا فنسائي طوالق، وإن كان غير غراب فإمائي حرائر، ولم يعرف منع من التصرف في الإماء والنساء لأنه تحقق زوال الملك في أحدهما، فصار كما لو طلق إحدى المرأتين ثم أشكلت ويؤخذ بنفقة الجميع إلى أن يعين، لأن الجميع في حبسه ويرجع في البيان إليه لأنه يرجع إليه في أصل الطلاق والعتق فكذلك في تعيينه، فإن امتنع من التعيين مع العلم به حبس حتى يعين وإن لم يعلم لم يحبس ووقف الأمر إلى أن يتبين. وإن مات قبل البيان فهل يرجع إلى الورثة فيه وجهان: أحدهما: يرجع إليهم لأنهم قائمون مقامه. والثاني: لا يرجع لأنهم لا يملكون الطلاق فلم يرجع إليهم في البيان، ومتى تعذر البيان أقرع بين النساء والإماء، فإن خرجت القرعة على الإماء عتقن وبقي النساء على الزوجية، وإن خرجت القرعة على النساء رق الإماء ولم تطلق النساء.

وقال أبو ثور: تطلق النساء بالقرعة كما تعتق الإماء. وهذا خطأ لأن القرعة لها مدخل في العتق دون الطلاق، ولهذا لو طلق إحدى نسائه لم تطلق بالقرعة. ولو أعتق أحد عبيده عتق بالقرعة. فدخلت القرعة في العتق دون الطلاق كما يدخل الشاهد والمرأتان في السرقة لإثبات المال دون القطع، ويثبت للنساء الميراث لأنه لم يثبت بالقرعة ما يسقط الإرث.

فصل: وإن طار طائر فقال رجل: إن كان هذا الطائر غرابًا فعبدي حر وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا فعبدي حر ولم يعرف الطائر لم يعتق واحد من العبدين، لأنا نشك في عتق كل واحد منهما، ولا يزال يقين الملك بالشك، وإن اشترى أحد الرجلين عبد الآخر عتق عليه، لأن إمساكه للعبد إقرار بحرية عبد الآخر، فإن ملكه عتق عليه، كما لو شهد بعتق عبده ثم اشتراه.

فصل: إذا اختلف الزوجان فادّعت المرأة على الزوج أنه طلقها وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق، وإن اختلفا في عدده فادعت المرأة أنه طلقها ثلاثًا وقال الزوج: طلقتها طلقة، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن الأصل عدم ما زاد على طلقة.

فصل: وإن خيرها ثم اختلفا فقالت المرأة اخترت، وقال الزوج ما اخترت، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن الأصل عدم الاختيار وبقاء النكاح، وإن اختلفا في النية، فقال الزوج: ما نويت وقالت المرأة نويت ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري رحمه الله: إن القول قول الزوج، لأن الأصل عدم النية وبقاء النكاح، فصار كما اختلفا في الاختيار. والثاني: وهو الصحيح أن القول قول المرأة، والفرق بينه وبين الاختلاف في الاختيار أن الاختيار يمكن إقامة البينة عليه، فكان القول فيه قوله، كما لو علق طلاقها بدخول الدار فادعت أنها دخلت وأنكر الزوج، والنية لا يمكن إقامة البينة عليها، فكان القول قولها، كما لو علّق الطلاق على حيضها فادّعت أنها حاضت وأنكر.

فصل: وإن قال لها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق وادعى أنه أراد التأكيد وادعت المرأة أنه أراد الاستئناف، فالقول قوله مع يمينه، لأنه أعرف بنيته. وإن قال الزوج أردت الاستئناف، وقالت المرأة: أردت التأكيد فالقول قول الزوج لما ذكرناه ولا يمين عليه، لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع، ولو رجع لم يقبل رجوعه، فلم يكن لعرض اليمين معنى.

فصل: وإن قال: أنت طالق في الشهر الماضي. وادّعى أنه أراد من زوج غيره في نكاح قبله، وأنكرت المرأة أن يكون قبله نكاح أو طلاق، لم يقبل قول الزوج في الحكم حتى يقيم البينة على النكاح والطلاق، فإن صدقته المرأة على ذلك لكنها أنكرت أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه، فإن قال: أردت أنها طالق في الشهر الماضي بطلاق كنت طلقتها في هذا النكاح وكذبته المرأة فالقول قوله مع يمينه،

والفرق بينه وبين المسألة قبلها أن هناك يريد أن يرفع الطلاق، وههنا لا يرفع الطلاق، وإنما ينقله من حال إلى حال.

فصل: وإن قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فنسائي طوالق، وإن لم يكن غرابًا فإمائي حرائر، ثم قال: كان هذا الطائر غرابًا طلقت النساء، فإن كذبه الإماء حلف لهن، فإن حلف ثبت رقهن، وإن نكل ردت اليمين عليهن، فإن حلفن ثبت طلاق النساء بإقراره وعتق الإماء بنكوله ويمينهن، فإن صدقنه ولم يطلبن إحلافه ففيه وجهان:

أحدهما: يحلف لما في العتق لما في العتق من حق الله عزّ وجلّ، والثاني: لا يحلف لأنه لما أسقط العتق بتصديقهن سقط اليمين بترك مطالبتهن. وإن قال كان هذا الطائر غير غراب عتق الإماء، فإن كذبته النساء حلف لهن وإن نكل عن اليمين ردت عليهن، فإن حلفن ثبت عتق الإماء بإقراره وطلاق النساء بيمينهن ونكوله.

الشرح: إذا شك، هل طلق؟ لم يحكم بوقوعه، وكذا لو علق الطلاق على صفة وشك في حصولها، كقوله: إن كان هذا الطائر غرابًا، فأنت طالق، وشك في كونه غرابًا، أو قال: إن كان غرابًا فزينب طالق، وإن كان حمامة، فعمرة طالق، وشك هل كان غرابًا أم حمامة أم غيرهما فلا يحكم بالطلاق. ولو تيقن أصل الطلاق، وشك في عدده، أخذ بالأقل، ويستحب الأخذ بالاحتياط، فإن شك في أصل الطلاق، راجعها ليتيقن الحل، وإن زهد فيها، طلقها لتحل لغيره يقينًا، وإن شك في أنه طلق ثلاثًا أم اثنتين؟ لم ينكحها حتى تنكح زوجًا غيره، وإن شك هل طلق ثلاثًا أم لم يطلق شيئًا؟ طلقها ثلاثًا.

فصل: تحته زينب وعمرة، فقال: إن كان هذا الطائر غرابًا، فزينب طالق، وإلا فعمرة طالق، وأشكل حاله، طلقت إحداهما، وعليه اعتزالهما جميعًا حتى يتبين الحال، وعليه البحث والبيان. ولو قال: إن كان غرابًا فامرأتي طالق، فقال رجل آخر: إن لم يكن غرابًا فامرأتي طالق، لم يحكم بوقوع الطلاق على واحد منهما.

فرع: قال: إن كان هذا الطائر غرابًا، فعبدي حر، وقال آخر: إن لم يكن غرابًا، فعبدي حر، وأشكل، فلكل واحد منهما التصرف في عبده، فإن ملك أحدهما عبد الآخر بشراء أو غيره، واجتمع عنده العبدان، منع التصرف فيهما ويؤمر بتعيين العتق في أحدهما، كما لو كانا في ملكه وعلق التعليقين، وعليه البحث عن طريق البيان، وفي وجه: إنما يمتنع التصرف في الذي اشتراه، فلا يتصرف فيه حتى يحصل البيان، ولا يمتنع التصرف في الأول.

ولو باع أحدهما عبده، ثم اشترى عبد صاحبه، قال في «البسيط»: لم أره مسطورًا، والقياس أن ينفذ تصرفه فيه، لأن بيع الأول لواقعة انقضت، وتصرفه في

الثاني واقعة أخرى، كما لو صلى إلى جهتين باجتهادين. هذا كله إذا لم يصدر منه غير التعليق السابق، فإن قال للآخر: حنثت في يمينك، فقال: لم أحنث، ثم ملك عبده، حكم عليه بعتقه قطعًا لإقراره بحريته، ولا رجوع له بالثمن إن كان اشتراه.

فرع: قال: أنت طالق بعدد كل شعرة على جسد إبليس، قال إسماعيل البوشنجي: قياس مذهبنا: أنه لا يقع طلاق أصلًا، لأنا لا ندري أعليه شعر أم لا؟ والأصل العدم، وعن بعض أصحاب أبي حنيفة وقوع طلقة.

فصل: طلق إحدى امرأتيه بعينها ثم نسيها، حرم عليه الاستمتاع بكل منهما حتى يتذكر، فإن صدقناه في النسيان، فلا مطالبة بالبيان، وإن كذبناه وبادرت واحدة وقالت: أنا المطلقة، لم يقنع منه في الجواب بقوله: نسيت، أو لا أدري، وإن كان قوله محتملًا، بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها، فإن نكل، حلفت وقضي باليمين المردودة.

فصل: قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق، وقال: نويت الأجنبية، قبل قوله بيمينه على الصحيح المنصوص في «الإملاء»، وبه قطع الجمهور، وقيل: تطلق زوجته، قال البغوي في «الفتاوى»: لو قال: لم أنو بقلبي واحدة، طلقت امرأته، وإنما ينصرف عنها بالنية، ولو حضرتا، فقالت زوجته: طلقني، فقال: طلقتك، ثم قال: أردت الأجنبية، لم يقبل، ذكره البغوي، وأمته مع زوجته، كالأجنبية مع الزوجة. ولو كان معها رجل أو دابة، فقال: أردت الرجل، أو الدابة، لم يقبل. ولو كان اسم زوجته زينب، فقال: زينب طالق، ثم قال: أردت جارتي زينب، فثلاثة أوجه: الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا يقبل، فتطلق زوجته ظاهرًا ويُدين، وقيل: يصدق بيمينه كالصورة السابقة، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب الطبري وغيره، والثالث، قاله إسماعيل البوشنجي: إن قال: زينب طالق، ثم قال: أردت الأجنبية، قبل، وإن قال: طلقت زينب، لم يقبل، وهذا ضعيف. ولو نكح امرأة نكاحًا صحيحًا، وأخرى نكاحًا فاسدًا، فقال لهما: إحداكما طالق، وقال: أردت فاسدة النكاح، فيمكن أن يقال: إن قبلنا التفسير بالأجنبية، فهذه أولى، وإلا فوجهان.

فصل: قال لزوجته: إحداكما طالق، فإن قصد واحدة بعينها، فهي المطلقة، فعليه بيانها. وإن أرسل اللفظ ولم يقصد معينة، طلقت إحداهما مبهمًا ويعينها الزوج، وهذان القسمان يشتركان في أحكام، ويفترقان في أحكام، ثم تارة يفصل حكمهما في الحياة، وتارة بعد الموت.

الحالة الأولى: حالة الحياة، وفيها مسائل: المسألة الأولى: يلزم الزوج

بالتبيين إذا نوى واحدة بعينها، وبالتعيين إذا لم ينو، ويمنع من قربانهما حتى يبين، أو يعين، وذلك بالحيلولة بينه وبينهما، ويلزمه التبيين والتعيين على الفور، فإن أخر، عصى، فإن امتنع، حبس وعزِّر، ولا يقنع بقوله: نسيت المعينة، وإذا بين في الصورة الأولى، فللأخرى أن تدعي عليه أنك نويتني وتحلفه، فإن نكل حلفت وطلقتا، وإذا عين في الصورة الثانية، فلا دعوى لها، لأنه اختيار ينشئه، هذا كله في الطلاق البائن، فلو أبهم طلقة رجعية بينهما، فهل يلزمه أن يبين أو يعين في الحال؟ وجهان حكاهما الإمام، أحدهما: نعم، لحصول التحريم، وأصحهما: لا، لأن الرجعية زوجة.

المسألة الثانية: يلزمه نفقتهما إلى البيان والتعيين، وإذا بين أو عين، لا يسترد المصروف إلى المطلقة، لأنها محبوسة عنده حبس الزوجة.

المسألة الثالثة: وقوع الطلاق فيما إذا نوى معينة يحصل بقوله: إحداكما طالق، ويحتسب عدة من بيّن الطلاق فيها من حين اللفظ على المذهب المنصوص. وحكي قول مخرج: أنها من وقت البيان، قال الإمام: وهذا غير سديد.

أما إذا لم ينو معينة، ثم عين، فهل يقع الطلاق من حين قال: إحداكما طالق، أم من حين التعيين؟ وجهان: رجحت طائفة الثاني، منهم الشيخ أبو علي، ورجح الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والروياني وآخرون الأول. قالوا: ولولا وقوع الطلاق، لما منع منهما، وهذا أقرب.

فإن قلنا: يقع الطلاق بالتعيين، فمنه العدة، وإن قلنا: باللفظ، فهل العدة منه، أم من التعيين؟ فيه الخلاف السابق، فيما إذا نوى معينة. والأكثرون على أن الراجح، احتساب العدة من التعيين كيف قدر البناء، هذا كله في حياة الزوجين، وسنذكر إن شاء الله أنهما إذا ماتتا أو إحداهما تبقى المطالبة بالتعيين لبيان حكم الميراث، وحينئذ فإن أوقعنا الطلاق باللفظ، فذاك، وإن أوقعناه بالتعيين، فلا سبيل إلى إيقاع طلاق بعد الموت، ولا بد من إسناده للضرورة، وإلى ما يسند؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام: إلى وقت اللفظ فيرتفع الخلاف، وأرجحهما عند الغزالي: إلى قبيل الموت.

المسألة الرابعة: لو وطىء إحداهما، نظر، إن كان نوى معينة، فهي المطلقة، ولا يكون الوطء بيانًا، بل تبقى المطالبة بالبيان، فإن بين الطلاق في الموطوءة، فعليه الحد إن كان الطلاق بائنًا، ويلزمه المهر لجهلها كونها المطلقة، وإن بين في غير الموطوءة، قبل، فإن ادعت الموطوءة أنه أرادها، حلف، فإن نكل وحلفت، طلقتا وعليه المهر، ولا حد للشبهة.

وإن لم يكن نوى معينة، فهل يكون الوطء تعيينًا؟ وجهان: ويقال: قولان: أحدهما: نعم، وبه قال المزني وأبو إسحاق وأبو الحسن الماسرجسي، ورجحه ابن كج، والثاني: لا، وبه قال ابن أبي هريرة، ورجحه صاحبا «الشامل» و«التتمة».

فإن جعلنا الوطء تعيينًا للطلاق، ففي كون سائر الاستمتاعات تعيينًا وجهان بناء على الخلاف في تحريم الربيبة بذلك، وإذا جعلنا الوطء تعيينًا للطلاق في الأخرى، فلا مهر للموطوءة ولا مطالبة، وإلا فتطالب بالتعيين، فإن عين الطلاق في الموطوءة، فلها المهر إن قلنا: يقع الطلاق باللفظ، وإن قلنا بالتعيين، فحكى الفوراني أنه لا مهر، وذكر فيه احتمالًا، وذكر ابن الصباغ وغيره تفريعًا على أن الوطء تعيين: أن الزوج لا يمنع من وطء أيهما شاء، وإنما يمنع منهما إذا لم يجعل الوطء تعيينًا، ولما أطلق الجمهور المنع منهما جميعًا، أشعر ذلك بأن الأصح عندهم، أنه ليس بتعيين.

المسألة الخامسة: في ألفاظ البيان والتعيين، فإن نوى معينة، حصل البيان بأن يقول مشيرًا إلى واحدة: المطلقة هذه، ولو قال: الزوجة هذه، بان الطلاق في الأخرى، وكذا لو قال: لم أطلق هذه. ولو قال: أردت هذه بل هذه، أو قال: هذه وهذه، أو هذه هذه، وأشار إليهما، أو هذه مع هذه، طلقتا، قال الإمام: وهذا فيما يتعلق بظاهر الحكم، فأما في الباطن، فالمطلقة هي المنوية فقط، حتى لو قال: إحداكما طالق ونواهما، فالوجه عندنا أنهما لا تطلقان، ولا يجيء فيه الخلاف في قوله: أنت طالق واحدة، ونوى ثلاثًا، لأن حمل إحدى المرأتين عليهما لا وجه له، وهناك يتطرق إلى الكلام تأويل.

ولو قال: أردت هذه ثم هذه، أو هذه فهذه، قال القاضي حسين وصاحباه المتولي والبغوي: تطلق الأولى دون الثانية لاقتضاء الحرفين الترتيب. وحكى الإمام هذا عن القاضي، واعترض بأنه اعترف بطلاق الثانية أيضًا، فليكن كقوله: هذه وهذه، والحق هو الاعتراض.

ولو قال: أردت هذه بعد هذه، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها بائنًا وحدها. ولو قال: هذه قبل هذه، أو بعدها هذه، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها أولًا وحدها، وقياس الاعتراض، الحكم بطلاقهما في الصورة، ولو قال: أردت هذه أو هذه، استمر الإبهام والمطالبة بالبيان.

ولو كان تحته أربع، فقال: إحداكن طالق، ونوى واحدة بعينها، ثم قال: أردت هذه بل هذه بل هذه، طلقن جميعًا، وكذا لو عطف بالواو فلو عطف بالفاء أو بثم، عاد قول القاضي والاعتراض.

ولو قال وهن ثلاث: أردت أو طلقت هذه، بل هذه أو هذه، طلقت الأولى وإحدى الأخريين، ويؤمر بالبيان. وإن قال: هذه أو هذه، بل هذه، أو هذه، طلقت الأخيرة وإحدى الأوليين، ويؤمر بالبيان. ولو قال: هذه وهذه أو هذه، نظر إن فصل الثالثة عن الأوليين بوقفة أو بنغمة، أو أداء، فالطلاق مردد بين الأوليين وبين الثالثة وحدها، وعليه البيان، فإن بين في الثالثة، طلقت وحدها، وإن بين في الأوليين أو إحداهما، طلقتا، لأنه جمع بينهما بالواو العاطفة، فلا يفترقان.

وإن فصل الثانية عن الأولى، تردد الطلاق بين الأولى وإحدى الأخريين، فإن بيّن في الأولى، طلقت وحدها. وإن بين في الأخريين أو إحداهما، طلقتا جميعًا، وإن سرد الكلام ولم يفصل، احتمل كون الثالثة مفصولة عنهما، واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية مفصولة عن الأولى، فيسأل ويعمل بما أظهر إرادته. ولو قال: هذه أو هذه وهذه، فإن فصل الثالثة عن الأوليين، تردد الطلاق بين إحدى الأوليين، والأخرى مطلقة وحدها. وإن فصل الأخريين عن الأولى، فالتردد بين الأولى وحدها، وبين الأخريين معًا، وإن سرد الكلام ولم يفصل، فهما محتملان ولو قال وهن أربع وقد طلق واحدة: أردت هذه أو هذه لا، بل هذه وهذه، طلقت الأخريان وإحدى الأوليين. ولو قال: هذه وهذه، بل هذه أو هذه، طلقت الأوليان وإحدى الأخريين. ولو قال: هذه وهذه أو هذه، فإن فصل الأخيرة عن الثلاث، تردد الطلاق بين الثلاث والرابعة. وإن فصل الثالثة عما قبلها، طلقت الأوليان وإحدى الأخريين، وإن فصل الثانية عن الأولى، فينبغي أن يقال: تطلق الأولى، ويتردد الطلاق بين الثانية والثالثة معًا، وبين الرابعة وحدها، فعليه البيان. وإن سرد الكلام، قال البغوي: تطلق الثلاث أو الرابعة، ويؤمر بالبيان. فإن بيّن في الثلاث أو بعضهن، طلقن جميعًا، وإن بين في الرابعة، طلقت وحدها. والوجه أن يقال: صورة السرد تحتمل احتمالات الثلاث، فيراجع ويعمل بمقتضى قوله كما سبق. ولو قال: هذه وهذه، أو هذه وهذه، فقد يفصل الأولى عن الثلاث الأخيرة، ويضم بعضهن إلى بعض، فتطلق الأولى ويتردد بين الثانية وحدها، وبين الأخريين معًا. وقد يفرض الفصل بين الأوليين والأخريين، والضم فيهما، فتطلق الأوليان والأخريان. وقد يفرض فصل الرابعة عما قبلها فتطلق الرابعة، ويتردد الطلاق بين الثالثة وحدها وبين الأوليين معًا. ومتى قال: هذه المطلقة، ثم قال: لا أدري أهي هذه أم غيرها؟ فتلك طالق بكل حال وتوقف الباقيات، فإن قال بعد ذلك: تحققت أن المطلقة الأولى، قبل منه، ولم تطلق غيرها. وإن عين أخرى، حكم بطلاقها، ولم يقبل رجوعه عن الأولى. والوقفة التي جعلناها فاصلة بين اللفظين مع إعمال

اللفظين، هي الوقفة اليسيرة، فأما إذا طالت، فقطعت نظم الكلام بأن قال: أردت هذه ثم قال بعد طول المدة: أو هذه وهذه، فهذا الكلام الثاني لغو إذ لا يستقل بالإفادة، هذا كله إذا نوى عند اللفظ المبهم واحدة معينة. أما إذا لم ينو فطولب بالتعيين، فقال مشيرًا إلى واحدة: هذه المطلقة، تعينت ولغا ذكر غيرها، سواء عطف غيرها بالفاء وثم، أو بالواو أو بـ«بل»، لأن التعيين هنا ليس إخبارًا عن سابق، بل هو إنشاء اختيار، وليس له إلا اختيار واحدة، وسواء قلنا: يقع الطلاق بالتعيين أو باللفظ.

المسألة السادسة: لو ادعت التي علق طلاقها بكون الطائر غرابًا أنها مطلقة، لزمه أن يحلف جزمًا على نفي الطلاق، كما لو ادعى نسيان المطلقة. ولو ادعت أنه كان غرابًا وأنها طلقت، لزمه أن يحلف على الجزم أنه لم يكن غرابًا، ولا يكتفى بقوله: لا أعلم أنه كان غرابًا أو نسيت الحال، كذا ذكره الإمام، وفرق بينه وبين ما إذا علق طلاقها بدخول الدار ونحوه وأنكر حصوله، فإنه يحلف على نفي العلم بالدخول، لأن الحلف هناك على نفي فعل الغير. وأما نفي الغرابية، فهو نفي صفة في الغير، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الإطلاع عليها. قال الغزالي في «البسيط»: في القلب من هذا الفرق شيء، فليتأمل، ويشبه أن يقال: إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرض لها في الجواب.

أما إذا اقتصر على قوله: لست بمطلقة، فينبغي أن يكتفى منه بذلك كنظائره.

الحالة الثانية: إذا طرأ الموت قبل البيان أو التعيين، ففيه صورتان:

إحداهما: أن تموت الزوجتان أو إحداهما، ويبقى الزوج، فتبقى المطالبة بالبيان أو التعيين. وقيل: إذا ماتتا، سقط التعيين، وإن ماتت إحداهما، تعين الطلاق في الأخرى، ونسب هذا إلى الشيخ أبي محمد وهو بعيد، والصواب: الأول، ويوقف له من تركة كل واحدة ميراث زوج، حتى يبين أو يعين، فإذا بين أو عين، لم يرث من المطلقة إن كان الطلاق بائنًا، سواء قلنا: يقع الطلاق عند اللفظ أو عند التعيين، ويرث من الأخرى، ثم إن نوى معينة، فبين، وقال ورثة الأخرى: هي التي أردتها، فلهم تحليفه، فإن حلف فذاك، وإن نكل، حلفوا ومنع ميراثها أيضًا. وإن لم ينو معينة، وعين، لم يتوجه لورثة الأخرى دعوى، لأن التعيين إلى اختياره. وقال الشيخ أبو محمد تفريعًا على ما اختاره: يرث من كل واحدة ميراث زوج وهو ضعيف. قال ابن كج: وإذا حلفه ورثة الأخرى التي عينها للنكاح، أخذوا جميع المهر إن كان بعد الدخول، وإلا أخذوا نصفه. وفي النصف الثاني، وجهان: أحدهما: يأخذونه أيضًا عملًا بتصديقه. والثاني: لا، لأنها مطلقة قبل الدخول

بزعمهم، ولو كذبه ورثة التي عينها للطلاق وغرضهم استقرار جميع المهر إذا كان قبل الدخول، فلهم تحليفه وهم مقرون له بإرث لا يدعيه.

الصورة الثانية: أن يموت الزوج قبل البيان أو التعيين، ففي قيام الوارث مقامه في البيان والتعيين قولان، وقيل: يقوم في البيان قطعًا، والقولان في التعيين، وقيل: لا يقوم في التعيين والقولان في البيان، لأنه إخبار يمكن الاطلاع عليه، بخلاف التعيين، فإنه اختيار شهوة، فلا يخلفه الوارث، كما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات، وقال القفال: إن مات والزوجتان حيتان، لم يقم الوارث قطعًا لا في البيان ولا في التعيين، إذ لا غرض له في ذلك، فإن الإرث لا يختلف بزوجة وزوجتين، وإن ماتت إحداهما، ثم الزوج، ثم الأخرى، وعين الوارث الأولى للطلاق، قبل قوله قطعًا، لأنه يضر نفسه، وإن عين الأولى للنكاح، أو مات الزوج وقد ماتتا، ففيه القولان، ثم يعود الترتيب المذكور في البيان والتعيين، والأظهر حيث ثبت قولان: أنه يقوم، وحيث اختلف في إثبات القولين، المنع.

فإذا قلنا: لا يقوم، أو قلنا: يقوم فقال: لا أعلم، فإن مات الزوج قبلهما، وقف ميراث زوجة بينهما حتى يصطلحا، أو يصطلح ورثتهما بعد موتهما، وإن ماتتا قبل موت الزوج، وقف من تركتهما ميراث زوج، وإن توسط موته بينهم، وقف من تركة الأولى ميراث زوج، ومن تركة الزوج ميراث زوجة، حتى يحصل الاصطلاح.

وإن قلنا: لا يقوم، أو قلنا: يقوم الوارث مقامه، فإن مات الزوج قبلهما، فتعين الوارث كتعينه وإن مات بعدهما، فإذا بين الوارث واحدة، فلورثة الأخرى تحليفه أنه لا يعلم أن الزوج طلق مورثتهم، وإن توسط موته بينهما، فبين الوارث الطلاق في الأولى قبلناه، ولم نحلفه لأنه ضر نفسه، وإن بين في المتأخرة، فلورثة الأولى تحليفه أنه لا يعلم أن مورثه طلقها، ولورثة الثانية تحليفه على البت أنه طلقها.

فرع: شهد اثنان من ورثة الزوج، أن المطلقة فلانة، فيقبل شهادتهما إن مات الزوج قبل الزوجتين لعدم التهمة، ولا يقبل إن ماتتا قبله، وإن توسط موته، نظر إن شهدا بالطلاق للأولى قبل وإلا فلا.

فصل: قال: إن كان هذا الطائر غرابًا، فعبدي حر، وإن لم يكن، فزوجتي طالق، أو دخل جماعة، فقال: إن كان أول من دخل زيد، فعبدي حر، وإلا فزوجتي طالق، وأشكل الحال، ففي وجه حكاه ابن القطان: يقرع بين العبد والزوجة، كما إذا مات الحالف، فإن خرجت قرعة العبد، ثم قال: تبينت أن الحنث كان في الزوجة، لم ينقض العتق، وحكم بالطلاق أيضًا، والصحيح الذي قطع به الجمهور، أنه لا يقرع ما دام الحالف حيًا لتوقع البيان، لكن يمنع من الاستمتاع

بالزوجة، واستخدام العبد، والتصرف فيه، وعليه نفقة الزوجة إلى البيان، وكذا نفقة العبد على الأصح. وقيل: يؤجره الحاكم، وينفق عليه من أجرته. فإن فضل شيء، حفظه حتى يبين الحال. وإذا قال الزوج: حنثت في الطلاق، طلقت. فإن صدقه العبد، فذاك ولا يمين عليه على الصحيح، وحكى الحناطي وجهًا، أنه يحلف لما فيه من حق الله تعالى، وإن كذبه وادعى العتق، صدق السيد بيمينه، فإن نكل، حلف العبد، وحكم بعتقه، وإن قال: حنثت في العتق، عتق العبد، ثم إن صدقته المرأة، فلا يمين، وفيه الوجه المذكور، وإن كذبته، حلف، فإن نكل، حلفت وحكم بطلاقها. وقوله: لم أحنث في يمين العبد، في جواب دعواه، وفي غير الجواب كقوله: حنثت في يمين العبد، ولو قال: لا أعلم في أيهما حنثت، ففي «الشامل» وغيره، أنهما إن صدقاه، بقي الأمر موقوفًا، وإن كذباه، حلف على نفي العلم، فإن حلف، فالأمر موقوف، وإن نكل، حلف المدعي منهما وقضى بما ادعاه.

وإن ادعى أحدهما أنه حنث في يمينه، فقال في جوابه: لا أدري، لم يكن إقرارًا بالحنث في الآخر، فإن عرضت عليه اليمين فحلف على نفي ما يدعيه، كان مقرًا بالحنث في الآخر. وإن كان التعليق لطلاق نسوة، وادعين الحنث ونكل عن اليمين، فحلف بعضهن دون بعض، حكم بطلاق من حلف دون من لم يحلف. ولو ادعت واحدة، ونكل عن اليمين، فحلفت، حكم بطلاقها، وله أن يحلف إذا ادعت أخرى، ولا يجعل نكوله في واحدة نكولًا في غيرها.

وأعلم أن ما سبق من الأمر بالبيان أو التعيين، والحبس والتعزير عند الامتناع، قد أشاروا إلى مثله هنا، لكن إذا قلنا: إنه إذا قال: لا أدري، يحلف عليه ويقنع منه بذلك، يكون التضييق إلى أن يبين أو يقول: لا أدري، ويحلف عليه، وهكذا ينبغي أن يكون الحكم في إبهام الطلاق بين الزوجتين.

فرع: إذا مات الزوج قبل البيان، ففي قيام الوارث مقامه طريقان: أحدهما: على الخلاف السابق في الطلاق المبهم بين الزوجتين، والثاني: القطع بأنه لا يقوم، للتهمة في إخباره بالحنث في الطلاق ليرق العبد ويسقط إرث الزوجة، ولأن للقرعة مدخلًا في العتق، وسواء ثبت الخلاف أم لا، فالمذهب أنه لا يقوم. قال السرخسي في «الأمالي»: هذا الخلاف إذا قال الوارث: حنثت في الزوجة، فإن عكس، قبل قطعًا لإضراره بنفسه وهذا حسن.

فإن لم يعتبر قول الوارث، أو قال: لا أعلم، أقرعنا بين العبد والمرأة، فإن خرجت على العبد، عتق ويكون عتقه من الثلث إن كان التعليق في مرض الموت، وترث المرأة إلا إذا كانت قد ادعت الحنث في يمينها وكان الطلاق بائنًا. وإن خرجت القرعة على المرأة، لم تطلق، لكن الورع أن تترك الميراث، وهل يرق

العبد؟ وجهان: أحدهما: نعم، فيتصرف فيه الوارث كيف شاء. وأصحهما: لا، لأن القرعة لم تؤثر فيما خرجت عليه، فغيره كذلك، وعلى هذا، يبقى الإبهام كما كان. وقال ابن أبي هريرة: لا نزال نعيد القرعة حتى تخرج على العبد، قال الإمام: هذا القول غلط يجب إخراج قائله من أحزاب الفقهاء، وينبغي لقائله أن يقطع بعتق العبد، ويترك تضييع الزمان بالقرعة. فالصواب بقاء الإبهام، وإن اعتبرنا قول الوارث فقال: الحنث في العبد، عتق وورثت الزوجة، وإن عكس، فللمرأة تحليفه على البت، وللعبد أن يدعي العتق، ويحلفه أنه لا يعلم حنث مورثه فيه.

باب الرجعة

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين، أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقة، فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٣١] **والمراد به قاربن أجلهن. وروى ابن عباس رضي الله عنهما عن عمر رضي الله عنه «أن النبيّ ﷺ طلق حفصة وراجعها»**(١) **وروي «أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض، فقال النبيّ ﷺ لعمر: مر ابنك فليراجعها»**(٢) **فإن انقضت العدة لم يملك رجعتها لقوله عزّ وجلّ ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾** [البَقَرَة: ٢٣٢] **فلو ملك رجعتها لما نهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح، فإن طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾** [البَقَرَة: ٢٣١] **فعلت الرجعة على الأجل، فدل على أنها لا تجوز من غير أجل، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾** [الأحزاب: ٤٩].

فصل: ويجوز أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويولي منها ويظاهر منها. لأن الزوجية باقية، وهل له أن يخالعها؟ فيه قولان:

قال في «الأم»: يجوز لبقاء النكاح. وقال في «الإملاء»: لا يجوز لأن الخلع للتحريم وهي محرمة، فإن مات أحدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية إلى الموت، ولا يجوز أن يستمتع بها لأنها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختلعة، فإن وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر، لأنه وطء في ملك قد تشعث فصار كوطء الشبهة. وإن راجعها بعد الوطء فقد قال في الرجعة: عليه المهر. وقال في المرتد إذا وطىء امرأته في العدة ثم أسلم أنه لا مهر عليه. واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الإصطخري الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى

(١) تقدم. (٢) تقدم.

وجعلهما على قولين: أحدهما: يجب المهر لأنه وطء في نكاح قد تشعث، والثاني: لا يجب لأن بالرجعة والإسلام قد زال التشعث، فصار كما لو لم تطلق ولم يرتد. وحمل أبو العباس وأبو إسحاق المسألتين على ظاهرهما فقالا في الرجعة: يجب المهر، وفي المرتد لا يجب، لأن بالإسلام صار كأن لم يرتد، وبالرجعة لا يصير كأن لم تطلق لأن ما وقع من الطلاق لم يرتفع، ولأن أمر المرتد مراعى، فإذا رجع إلى الإسلام تبينا أن النكاح بحاله، ولهذا لو طلق وقف طلاقه، فإن أسلم حكم بوقوعه، وإن لم يسلم لم يحكم بوقوعه، فاختلف أمرها في المهر بين أن يرجع إلى الإسلام وبين أن لا يرجع، وأمر الرجعية غير مراعى، ولهذا لو طلق لم يقف طلاقه على الرجعية، فلم يختلف أمرها في المهر بين أن يراجع وبين أن لا يراجع فإذا وطئها وجب عليها العدة لأنه كوطء الشبهة. ويدخل فيه بقية العدة الأولى لأنهما من واحد.

فصل: وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولا تصح الرجعة إلا بالقول، فإن وطئها لم يكن ذلك رجعة لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح. وإن قال: راجعتك أو ارتجعتك صح، لأنه وردت به السنة، وهو قوله ﷺ «مر ابنك فليراجعها» فإن قال: رددتك صح، لأنه ورد به القرآن وهو قوله عزّ وجلّ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. وإن قال: أمسكتك ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه يصح لأنه ورد به القرآن، وهو قوله عزّ وجلّ ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] والثاني أنه لا يصح، لأن الرجعة رد، والإمساك يستعمل في البقاء والاستدامة دون الرد.

وإن قال: تزوجتك أو نكحتك، ففيه وجهان: أحدهما: يصح لأنه إذا صح به النكاح وهو ابتداء الإباحة فلأن تصح به الرجعة وهو إصلاح ما تشعث منه أولى، والثاني: لا يصح لأنه صريح في النكاح، ولا يجوز أن يكون صريحًا في حكم آخر من النكاح، كالطلاق لما كان صريحًا في الطلاق لم يجز أن يكون صريحًا في الظهار. وإن قال: راجعتك للمحبة وقال: أردت به مراجعتك لمحبتي لك صح. وإن قال: راجعتك لهوانك وقال أردت به أني راجعتك لأهينك بالرجعة صح، لأنه أتى بلفظ الرجعة وبين سبب الرجعة وإن قال: لم أرد الرجعة وإنما أردت أني كنت أحبك قبل النكاح، أو كنت أهينك قبل النكاح فرددتك بالرجعة إلى المحبة التي كانت قبل النكاح أو الإهانة التي كانت قبل النكاح، قبل قوله لأنه يحتمل ما يدعيه.

فصل: وهل يجب الإشهاد عليها؟ فيه قولان: أحدهما: يجب لقوله عزّ وجلّ ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير إشهاد كالنكاح، والثاني: أنه مستحب لأنه لا يفتقر إلى الولي فلم يفتقر إلى الإشهاد كالبيع.

فصل: ولا يجوز تعليقها على شرط، فإن قال راجعتك إن شئت فقالت: شئت

لم يصح، لأنه استباحة بضع فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح ولا يصح في حالة الردة. وقال المزني: أنه موقوف فإن أسلمت صح، كما يقف الطلاق والنكاح على الإسلام. وهذا خطأ لأنه استباحة بضع فلم يصح مع الردة كالنكاح، ويخالف الطلاق، فإنه يجوز تعليقه على الشرط؛ والرجعة لايصح تعليقها على الشرط وأما النكاح فإنه يقف فسخه على الإسلام وأما عقده فلا يقف. والرجعة كالعقد فيجب أن لا تقف على الإسلام.

فصل: وإن اختلف الزوجان فقال الزوج: راجعتك وأنكرت المرأة فإن كان ذلك قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج. لأنه يملك الرجعة فقبل إقراره فيها كما يقبل قوله في طلاقها حين ملك الطلاق، وإن كان بعد انقضاء العدة فالقول قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة، وإن اختلفا في الإصابة فقال الزوج: أصبتك فلي الرجعة وأنكرت المرأة فالقول قولها لأن الأصل عدم الإصابة ووقوع الفرقة.

فصل: فإن طلقها طلقة رجعية وغاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى أنه راجعها قبل انقضاء العدة، فله أن يخاصم الزوج الثاني وله أن يخاصم الزوجة، فإن بدأ بالزوج نظرت فإن صدقه سقط حقه من النكاح ولا تسلم المرأة إليه، لأن إقراره يقبل على نفسه دونها، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الرجعة، فإن حلف سقط دعوى الأول، وإن نكل ردت اليمين عليه، فإن حلف وقلنا إن يمينه مع نكول المدعى عليه كالبينة حكمنا بأنه لم يكن بينهما نكاح، فإن كان قبل الدخول لم يلزمه شيء، وإن كان بعد الدخول لزمه مهر المثل، وإن قلنا: إنه كالإقرار لم يقبل إقراره في إسقاط حقها، فإن دخل بها لزمه المسمى، وإن لم يدخل بها لزمه نصف المسمى. ولا تسلم المرأة إلى الزوج الأول على القولين، لأنا جعلناه كالبينة أو كالإقرار في حقه دون حقها. وإن بدأ بخصومة الزوجة فصدقته لم تسلم إليه؛ لأنه لا يقبل إقرارها على الثاني كما لا يقبل إقراره عليها، ويلزمها المهر لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها؛ فإن زال حق الثاني بطلاق أو فسخ أو وفاة ردت إلى الأول لأن المنع لحق الثاني وقد زال. وإن كذبته فالقول قولها. وهل تحلف على ذلك؟ فيه قولان:

أحدهما: لا تحلف لأن اليمين تعرض عليها لتخاف فتقر. ولو أقرت لم يقبل إقرارها فلم يكن في تحليفها فائدة.

والثاني: تحلف لأن في تحليفها فائدة، وهو أنها ربما أقرت فيلزمها المهر وإن حلفت سقطت دعواه، وإن نكلت ردت اليمين عليه، فإذا حلف حكم له بالمهر.

فصل: إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحبلت من الزوج ووضعت وشرعت في إتمام العدة من الأول وراجعها صحت الرجعة لأنه راجعها في عدته فإن راجعها قبل الوضع ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأنها في عدة من غيره فلم يملك رجعتها، والثاني: يصح بما بقي عليها من عدته لأن حكم الزوجية باق وإنما حرمت لعارض فصار كما لو أحرمت.

فصل: إذا طلق الحر امرأته ثلاثًا أو طلق العبد امرأته طلقتين حرمت عليه ولا يحل له نكاحها حتى تنكح زوجًا غيره ويطأها. والدليل عليه قوله عزّ وجلّ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠] وروت عائشة رضي الله عنها أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فجاءت النبيّ ﷺ فقالت: يا رسول الله إني كنت عند رفاعة وطلقني ثلاث تطليقات فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وإنه والله ما معه يا رسول الله إلا مثل هذه الهدبة، فتبسم رسول الله ﷺ فقال: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا والله حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[(١)] ولا تحل إلا بالوطء في الفرج فإن وطئها فيما دون الفرج، أو وطئها في الموضع المكروه لم تحل، لأن النبيّ ﷺ علق على ذوق العسيلة، وذلك لا يحصل إلا بالوطء في الفرج وأدنى الوطء أن يغيب الحشفة في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه، فإن أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل لأن النبيّ ﷺ علق الحكم بذوق العسيلة، وذلك لا يحصل من غير انتشار. وإن كان بعض الذكر مقطوعًا فعلى ما ذكرناه في الرد بالعيب في النكاح. وإن كان مسلولًا أحل بوطئه، لأنه في الوطء كالفحل وأقوى منه ولم يفقد إلا الإنزال، وذلك غير معتبر في الإحلال. وإن كان مراهقًا أحل لأنه كالبالغ في الوطء، وإن وطئت وهي نائمة أو مجنونة، أو استدخلت هي ذكر الزوج وهو نائم أو مجنون، أو وجدها على فراشه فظنها غيرها فوطئها حلت لأنه وطء صادف النكاح.

فصل: فإن رآها رجل أجنبي فظنها زوجته فوطئها أو كانت أمة فوطئها مولاها لم تحل لقوله عزّ وجلّ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠]، وإن وطئها الزوج في نكاح فاسد كالنكاح بلا ولي ولا شهود أو في نكاح شرط فيه أنه إذا أحلها للزوج الأول فلا نكاح بينهما ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يحلها لأنه وطء في نكاح غير صحيح فلم تحل كوطء الشبهة. والثاني: أنه يحلها لما روى عبد الله أن النبيّ ﷺ قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»[(٢)]. فسماه محللًا، ولأنه وطء في نكاح فأشبه الوطء في النكاح الصحيح.

فرع: وإن كانت المطلقة أمة فملكها الزوج قبل أن ينكحها زوجًا غيره

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٦٣٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٣٣) والترمذي في سننه برقم (١١١٨) والنسائي في سننه (٦/ ١٤٨) وأحمد في المسند (٦/ ٢٢٦) والبيهقي في سننه (٧/ ٣٧٣) والبغوي في شرح السنة (٥/ ١٦٩).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١١٢٠) والنسائي في سننه (٦/ ١٤٩) وأحمد في المسند (١/ ٤٤٨) والدارمي في سننه (٢/ ١٥٨) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٨٩٧).

فالمذهب أنها لاتحل لقوله عزّ وجلّ: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠] ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرمًا عليه من وجه مباحًا من وجه. ومن أصحابنا من قال: يحل وطؤها لأن الطلاق يختص بالزوجية فآثر التحريم في الزوجية.

فصل: وإن طلق امرأته ثلاثًا وتفرقا ثم ادعت المرأة أنها تزوجت زوج أحلها جاز له أن يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه من الإباحة، فإن وقع في نفسه أنها كاذبة فالأولى أن لا يتزوجها احتياطًا.

فصل: وإن تزوجت المطلقة ثلاثًا بزوج وادعت عليه أنه أصابها وأنكر الزوج لم يقبل قولها على الزوج الثاني في الإصابة ويقبل قولها في الإباحة للزوج الأول لأنها تدعي على الزوج الثاني حقًا وهو استقرار المهر ولا تدعي على الأول شيئًا وإنما تخبره عن أمر هي فيه مؤتمنة فقبل، وإن كذبها الزوج الأول فيما تدعيه على الثاني من الإصابة ثم رجع فصدقها جاز له أن يتزوجها لأنه قد لا يعلم أنه أصابها ثم يعلم بعد ذلك.

وإن ادعت على الثاني أنه طلقها وأنكر الثاني لم يجز للأول نكاحها لأنه إذا لم يثبت الطلاق فهي باقية على نكاح الثاني فلا يحل للأول نكاحها، ويخالف إذا اختلفا في الإصابة بعد الطلاق لأنه ليس لأحد حق في بضعها فقبل قولها.

فصل: إذا عادت المطلقة ثلاثًا إلى الأول بشروط الإباحة ملك عليها ثلاث تطليقات، لأنه قد استوفى ما كان يملك من الطلاق الثلاث، فوجب أن يستأنف الثلاث، فإن طلقها طلقة أو طلقتين فتزوجت بزوج آخر فوطئها ثم أبانها رجعت إلى الأول بما بقي من عدد الطلاق. لأنها عادت قبل استيفاء العدد فرجعت بما بقي، كما لو رجعت قبل أن تنكح زوجًا غيره.

الشرح: الرجعة لغة: المدة من الرجوع. وشرعًا: إعادة الزوجة المطلقة طلاقًا غير بائن إلى ما كانت عليه قبل الطلاق بدون عقد. قوله: «مثل هذه الهدبة» الهدبة: هو ما يترك في طرف الثوب غير منسوج، وقوله: «تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» كنى به عن الجماع وشبه حلاوته بحلاوة العسل.

أما الأحكام: فأركان الرجعة أربعة: الركن الأول: سببها، والمطلقات قسمان: القسم الأول: من لم يستوف زوجها عدد طلاقها، وهي نوعان، بائن ورجعية، فالبائن هي المطلقة قبل الدخول أو بعَوض، فلا يحل له إلا بنكاح جديد، والرجعية، هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض. القسم الثاني: مطلقة استوفى عدد طلاقها، فلا تحل له برجعة ولا بنكاح إلا بعد محلل، وإن شئت اختصرت، فقلت: الرجعية مطلقة بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد.

فرع: سواء في ثبوت الرجعة طلق بصريح أو كناية، ولو طلق ثم قال: أسقطت حق الرجعة، أو طلق بشرط أن لا رجعة، لم يسقط ولا مدخل للرجعة في الفسوخ.

الركن الثاني: الزوج المرتجع، ويشترط فيه أهلية النكاح، والاستحلال، والبلوغ، والعقل، فلا رجعة لمرتد، ولو طلق رجل فجن، فينبغي أن يجوز لوليِّه المراجعة حيث يجوز ابتداء النكاح، هذا إذا جوزنا التوكيل في الرجعة وهو الصحيح، وللعبد المراجعة بغير إذن سيده على الصحيح.

الركن الثالث: الصيغة، فتحصل الرجعة بقوله: رجعتك أو راجعتك أو ارتجعتك، وهذه الثلاثة صريحة، ويستحب أن يضيف إلى النكاح أو الزوجية، أو نفسه، فيقول: رجعتك إلى نكاحي أو زوجيتي أو إلي، ولا يشترط ذلك، ولا بد من إضافة هذه الألفاظ إلى مظهر أو مضمر، كقوله: راجعت فلانة أو راجعتك، فأما مجرد راجعت وارتجعت، فلا ينفع. ولو قال: راجعتك للمحبة أو للإهانة أو للأذى، وقال: أردت لمحبتي إياك، أو لأهينك، أو أوذيك، قبل وحصلت الرجعة، وإن قال: أردت أني كنت أحبها أو أهينها قبل النكاح، فردتها إلى ذلك، قبل ولم تحصل الرجعة، وإن تعذر سؤاله بموته، أو أطلق، حصلت الرجعة، لأن اللفظ صريح وظاهره إرادة المعنى الأول، وأشير فيه إلى احتمال، ولو قال: رددتها، فالأصح أنه صريح، فعلى هذا، في اشتراطه قوله: إليَّ أو إلى نكاحي، وجهان: أصحهما: يشترط، ولو قال: أمسكتك، فهل هو كناية أم صريح أم لغو؟ فيه أوجه: أصحها: عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والروياني وغيرهم: كناية، وصحح البغوي كونه صريحًا، وهو قول ابن سلمة والإصطخري، وابن القاص.

فإن قلنا: صريح، فيشبه أن يجيء في اشتراط الإضافة وجهان: كالرد. وجزم البغوي بعدم الاشتراط، وأنه مستحب. ولو قال: تزوجتك أو نكحتك، فهل هو كناية أم صريح، أم لغو؟ أوجه: أصحها: الأول، وبه قال القاضي ويجري الخلاف فيما لو جرى العقد على صور الإيجاب والقبول، قال الروياني: الأصح هنا الصحة، لأنه آكد في الإباحة. قلت: ولو قال: اخترت رجعتك ونوى الرجعة، ففي حصولها وجهان حكاهما الشاشي، الأصح الحصول. والله أعلم.

فرع: تصح الرجعة بالعجمية، سواء أحسن العربية أم لا، وقيل: لا، وقيل: بالفرق، والصحيح الأول.

فرع: هل صرائح الرجعة منحصرة، أم كل لفظ يؤدي معنى الصريح صريح، كقوله: رفعت تحريمك وأعدت حلك ونحوهما؟ فيه وجهان: أصحهما: الانحصار، لأن الطلاق صرائحه محصورة، فالرجعة التي هي تحصيل إباحة أولى.

فرع: لا يشترط الإشهاد على الرجعة على الأظهر، فعلى هذا، تصح بالكتابة مع القدرة على النطق، وإلا فلا.

فرع: لا تقبل الرجعة التعليق، فلو قال: راجعتك إن شئت، فقالت: شئت،

لم يصح، ولو قال: إذ شئت، أو أن شئت بفتح الهمزة، صح. ولو طلق إحدى زوجتيه مبهمًا، ثم قال: راجعت المطلقة، لم يصح على الأصح. ولو قال لرجعية: متى راجعتك فأنت طالق، أو قال لمن في صلب النكاح: متى طلقتك وراجعتك فأنت طالق، فراجعها فهل تصح الرجعة وتطلق، أم لا تصح أصلًا، أم تصح ولا تطلق ويلغو الشرط؟ فيه أوجه: الصحيح الأول.

فرع: لا تحصل الرجعة بالوطء والتقبيل وشبههما.

الركن الرابع: المحل، وهي الزوجة، ولا يشترط رضاها، ولا رضا سيد الأمة، ويستحب إعلامه، ويشترط فيها بقاؤها في العدة، وكونها قابلة للحل، فلو ارتد الزوجان أو أحدهما في العدة، فراجعها في حال الردة، لم يصح، وإذا أسلما قبل انقضاء العدة، فلا بد من استئناف الرجعة، نص عليه، وبه قال الأصحاب. وقال المزني: الرجعة موقوفة. فإذا أسلما في العدة، تبينا صحتها. قال الإمام: وهذا له وجه، ولكن لم أر من الأصحاب من جعله قولًا مخرجًا، فعلى النص، لو ارتد الزوجان أو أحدهما بعد الدخول، ثم طلقها في العدة، أو راجعها، فالطلاق موقوف، إن جمعهما الإسلام في العدة، تبينا نفوذه، والرجعة باطلة، ولو كانا ذميين فأسلمت فراجعها وتخلف، لم يصح، ولو أسلم في العدة، احتاج إلى الاستئناف.

فرع: إذا أثبتنا العدة بالوطء في الدبر، أو بالخلوة، ثبتت الرجعة على الأصح.

فصل: العدة تكون بالحمل أو الأقراء أو الأشهر، فلو ادعت المعتدة بالأشهر انقضاءها، وأنكر الزوج، صدق بيمينه، لأنه اختلاف في وقت طلاقه. ولو قال: طلقتك في رمضان. فقالت: بل في شوال، فقد غلطت على نفسها فتؤاخذ بقولها. وأما عدة الحامل، فتنقضي بوضع الحمل التام المدة، حيًا كان أو ميتًا أو ناقص الأعضاء، وبإسقاط ما ظهر فيه صورة الآدمي، فإن لم يظهر، فقولان مشروحان في كتاب «العدة». ومتى ادعت وضع حمل أو سقط أو مضغة، إذا اكتفينا بها، صدقت بيمينها. وقيل: لا تصدق مطلقًا، ولا بد من بينة، وقيل: لا تصدق في الولد الميت إذا لم يظهر. وقيل: ولا في الولد الكامل. وقيل: ولا في السقط، والمذهب الأول، قال الأئمة: وإنما يصدقها فيما يرجع في العدة بشرطين: أحدهما: أن تكون ممن تحيض. فلو كانت صغيرة أو آيسة، لم تصدق. والثاني: أن تدعي الوضع لمدة الإمكان، ويختلف الإمكان بحسب دعواها. فإن ادعت ولادة ولد تام، فأقل مدة تصدق فيها ستة أشهر ولحظتان من حين إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح لحظة لإمكان الوطء، ولحظة للولادة، فإن ادعت لأقل من ذلك، لم تصدق، وكان للزوج رجعتها. وإن ادعت إسقاط سقط ظهرت فيه الصورة، فأقل مدة إمكانه أربعة أشهر

ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع، وإن ادعت إلقاء مضغة لا صورة فيها، فأقل مدة إمكانها ثمانون يومًا، ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع.

وأما المعتدة بالأقراء، فإن طلقت في الطهر حسب بقية الطهر قرءًا، وإن طلقت في الحيض، اشترط مضي ثلاثة أطهار كاملة، كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى. فأقل مدة تمكن انقضاء العدة فيها إذا طلقت في الطهر اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان، وذلك بأن تطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر خمسة عشر، ثم تحيض يومًا وليلة، وتطهر خمسة عشر، ثم تطعن في الحيض، هذا هو المذهب. ولنا وجه أنه لا تعتبر اللحظة الأولى تفريعًا على أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض، فإذا صادف الطلاق آخر جزء من الطهر، حسب ذلك قرءًا، ويظهر تصوير ذلك فيما إذا علق الطلاق بآخر. وفي قول: لا يحكم بانقضاء العدة بمجرد الطعن في الدم آخرًا، بل يشترط مضي يوم وليلة، ثم هل اليوم والليلة على هذا، أو اللحظة على المذهب من نفس العدة، أم ليس منها وإنما هو لاستيقان انقضاء الأقراء؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني، وتظهر فائدتهما في ثبوت الرجعة في ذلك الوقت، هذا كله تفريع على المذهب أن أقل الحيض يوم وليلة، فإن جعلناه أقل من ذلك، نقص زمن الإمكان عن المدة المذكورة، هذا كله في طهر غير المبتدأة، أما إذا طلقت المرأة قبل أن تحيض، ثم حاضت، فيبنى أمرها على أن القرء طهر محتوش بدمين، أم لا يشترط فيه الاحتواش؟ فإن لم يشترط، فحكمها في مدة الإمكان حكم غيرها، وإن شرطناه، فأقل مدة إمكانها ثمانية وأربعون يومًا ولحظة، هذا كله إذا طلقت في طهر.

أما المطلقة في حيض، فأقل مدة إمكانها سبعة وأربعون يومًا ولحظة، بأن تطلق في آخر جزء من الحيض، ويظهر تصويره فيما إذا علق طلاقها بآخر جزء من حيضها، ثم تطهر خمسة عشر يومًا، ثم تحيض يومًا وليلة، وتطهر خمسة عشر، ثم تحيض يومًا وليلة، وتطهر خمسة عشر، وتطعن في الحيض، وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر، ولا تحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول، لأن اللحظة هناك تحسب قرءًا، هذا حكم الحرة، وأما الأمة، فإن طلقت في طهر، فأقل مدة إمكانها ستة عشر يومًا ولحظتان، وإن طلقت ولم تحض قط، ثم ظهر الدم وشرطنا في القرء الاحتواش، فأقل مدة الإمكان اثنان وثلاثون يومًا ولحظة، وإن طلقت في الحيض، فالأقل أحد وثلاثون يومًا ولحظة. إذا عرف هذا، فإن لم يكن للمطلقة عادة في الحيض والطهر مستقيمة، بأن لم تكن حاضت ثم طرأ حيضها، وكان لها عادات مضطربة، أو كانت لها عادة مستقيمة دائرة على الأقل حيضًا وطهرًا، صدقت بيمينها إذا ادعت انقضاء الأقراء لمدة الإمكان، فإن نكلت عن

اليمين، حلف الزوج وكان له الرجعة، فإن كان لها عادة مستقيمة دائرة على ما فوق الأقل، صدقت في دعوى انقضائها على وفق العادة، وهل تصدق فيما دونها مع الإمكان؟ وجهان: أصحهما عند الأكثرين: تصدق بيمينها، لأن العادة قد تغير، والثاني: لا للتهمة، قال الشيخ أبو محمد: هذا هو المذهب. قال الروياني: هو الاختيار في هذا الزمان. قال: وإذا قالت لنا امرأة انقضت عدتي، وجب أن نسألها عن حالها، كيف الطهر والحيض؟ ونحلفها عند التهمة لكثرة الفساد، هذا لفظه.

فرع: ادعت انقضاء العدة لدون الإمكان، ورددنا قولها، فجاء زمن الإمكان، فإن كذبت نفسها، أو قالت: غلطت وابتدأت الآن دعوى الانقضاء، صدقت بيمينها، وإن أصرت على الدعوى الأولى، صدقناها الآن أيضًا على الأصح، لأن إصرارها يتضمن دعوى الانقضاء الآن.

فرع: قال: إن ولدت فأنت طالق، وطلقت بالولادة، فأقل زمن يمكن انقضاء أقرائها فيه، مبني على أن الدم تراه في الستين، هل يجعل حيضًا، فيه خلاف سبق. فإن جعلناه حيضًا وهو الأصح، فأقل زمن تصدق فيه سبعة وأربعون يومًا ولحظة، كما لو طلقت في الحيض، فتقدر أنها ولدت ولم تر دمًا، ويعتبر مضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض، والطعن في الحيضة الرابعة، وإن لم نجعله حيضًا لم تصدق فيما دون اثنين وتسعين يومًا ولحظة، منها ستون للنفاس، ويحسب ذلك قرءًا، وبعدها مدة حيضتين وطهرين، واللحظة للطعن في الحيضة الثالثة، هكذا ذكره البغوي، ولم يعتد المتولي بالنفاس قرءًا، واعتبر مضي مئة وسبعة أيام ولحظة، وهي مدة النفاس، ومدة ثلاثة أطهار وحيضتين، واللحظة للطعن.

فصل: الرجعة مختصة بعدة الطلاق، فلو وطىء الزوج الرجعية في العدة، فعليها أن تستأنف ثلاثة أقراء من وقت الوطء، ويدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق، ولا تثبت الرجعة إلا فيما بقي من عدة الطلاق، وله تجديد النكاح فيما زاد بسبب الوطء، ولا يجوز ذلك لغيره. ولو أحبلها بالوطء، اعتدت بالوضع عن الوطء. وفي دخول ما بقي من عدة الطلاق في عدة الوطء وجهان: أصحهما: يدخل، فعلى هذا، له الرجعة في عدة الحمل على الأصح، وحكى البغوي وجهًا، أن الرجعة تنقطع على هذا بالحمل. فإن قلنا: لا تدخل، فإذا وضعت، رجعت إلى بقية الأقراء، وللزوج الرجعة في البقية التي تعود إليها بعد الوضع، وله الرجعة أيضًا قبل الوضع على الأصح.

فصل: في أحكام الرجعية والرجعة، وفيه مسائل:

إحداها: يحرم وطء الرجعية ولمسها، والنظر إليها، وسائر الاستمتاعات. فإن

وطىء، فلا حد وإن كان عالمًا بالتحريم لاختلاف العلماء في إباحته، وفي العالم وجه ضعيف، ولا تعزير أيضًا إن كان جاهلًا أو يعتقد الإباحة، وإلا فيجب.

وإذا وطىء ولم يراجع، لزمه مهر المثل، وإن راجعها، فالنص وجوب المهر أيضًا، ونص فيما لو ارتدت فوطئها الزوج في العدة ثم أسلمت فيها، فلا مهر. وكذا لو أسلم أحد المجوسيين أو الوثنيين ووطئها، ثم أسلم المتخلف في العدة، فقال الإصطخري: في الجميع قولان، وحكى ابن كج عن ابن القطان، أنه وجدهما منصوصين، والمذهب تقرير النصين الأولين، لأن أثر الطلاق لا يرتفع بالرجعة، بل يبقى نقصان العدة فيكون ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق كعقدين، وأما أثر الردة وتبديل الدِّين، فيرتفع بالإسلام، فيكون الوطء مصادفًا للعقد الأول.

الثانية: يصح خلع الرجعية على الأظهر، ويصح الإيلاء والظهار عنها، واللعان، ويلحقها الطلاق. وإذا مات أحدهما في العدة، ورثه الآخر، ويجب نفقتها، وهذه الأحكام مذكورة في أبوابها، ولو قال: نسائي أو زوجاتي طوالق، دخلت الرجعية فيهن على الأصح المنصوص.

الثالثة: طلق زوجته الرقيقة رجعية، ثم اشتراها، وجب استبراؤها، لأنها كانت محرمة بالطلاق. فإن بقيت في العدة حيضة كاملة، كفت، وإن بقيت بقية الطهر، فقيل: يكفي، وقيل: يشترط حيضة كاملة على القياس، هذا إذا قلنا: الاستبراء بالحيض وهو المذهب، فإن قلنا: بالطهر، قلنا: بقية الطهر كافية للاستبراء، حصل الغرض بها.

فرع: لما نظر الأصحاب في الأحكام المذكورة في هذه المسائل، استنبطوا منها أقوالًا في أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح ويزيل الملك، أم لا؟ أحدها: نعم، بدليل تحريم الوطء ووجوب المهر ومنع الخلع على قول. والثاني: لا، لوقوع الطلاق وعدم الحد، وصحة الإيلاء والظهار واللعان، وثبوت الإرث وصحة الخلع، وعدم الإشهاد على الأظهر فيهما. واشتهر عن لفظ الشافعي، أن الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى، وأراد الآيات المشتملة على هذه الأحكام. والثالث: أنه موقوف، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة، تبينا زوال الملك بالطلاق. وإن راجع، تبينا أنه لم يزل، ورجح الغزالي القول الأول، والإمام الثاني. والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما لما ذكرناه من اختلاف الترجيح في الصور المذكورة.

فصل: في الاختلاف: فإذا ادعى أنه راجع في العدة، وأنكرت، فإما أن يختلفا قبل أن تنكح زوجًا، وإما بعده.

القسم الأول: قبله، فإما إن تكون العدة منقضية، وإما باقية.

الضرب الأول: منقضية وادعى سبق الرجعة، وادعت سبق انقضاء العدة، فلهذا الاختلاف صور:

إحداها: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة، كيوم الجمعة. وقال: راجعت يوم الخميس، وقالت: بل يوم السبت، فثلاثة أوجه: الصحيح الذي عليه الجمهور القول قولها بيمينها أنها لا تعلمه راجع يوم الخميس. والثاني: القول قوله بيمينه. والثالث: قالت: أولًا انقضت يوم الجمعة فصدقها، وقال: راجعت يوم الخميس، فهي المصدقة. وإن قال هو أولًا: راجعتك يوم الخميس فهو مصدق لاستقلاله بالرجعة، والرجعة تقطع العدة. فإن اقترن دعواهما، سقط هذا الوجه، وبقي الوجه الآخر، وبقي الأولان.

الصورة الثانية: أن يتفقا على الرجعة يوم الجمعة، وقالت: انقضت يوم الخميس، وقال: بل يوم السبت، فهل يصدق بيمينه أم هي، أم السابق بالدعوى؟ أوجه: الصحيح الأول.

الصورة الثالثة: أن لا يتفقا، بل يقتصر على تقدم الرجعة، وهي على تأخرها، ففيه طرق ذكرناها في آخر نكاح المشرك، وهنا خلاف آخر حاصله أوجه: أصحها: تصديق من سبق بالدعوى، فلو وقع كلامهما معًا، فالقول قولها، والثاني: تصديقها مطلقًا، والثالث: تصديقه، والرابع: يقرع ويقدم قول من خرجت قرعته، حكاه القاضي أبو الطيب، والخامس: يسأل الزوج عن وقت الرجعة، فإذا تبين وصدقته، وإلا ثبت بيمينه، وتسأل عن وقت انقضاء العدة، فإن صدقها وإلا ثبت بيمينها، ثم ينظر فيما ثبت من وقتيهما، ويحكم للسابق منهما، ولو قال: لا نعلم حصول الأمرين مرتبًا، ولا نعلم السابق، فالأصل بقاء العدة وولاية الرجعة.

الضرب الثاني: أن تكون العدة باقية، واختلفا في الرجعة، فالقول قوله على الصحيح. وقيل: قولها، لأن الأصل عدم الرجعة، فإن أرادها، فلينشئها. فإذا قلنا بالصحيح، فقد أطلق جماعة، منهم البغوي، أن إقراره ودعواه، يكون إنشاءً، وحكى ذلك عن القفال، قال الشيخ أبو محمد: ومن قال به، يجعل الإقرار بالطلاق إنشاءً أيضًا، قال الإمام: هذا لا وجه له، فإن الإقرار والإنشاء يتنافيان، فذلك إخبار عن ماضٍ، وهذا إحداث في الحال، وذلك يدخله الصدق والكذب، وهذا بخلافه.

فرع: قال: راجعتك اليوم، فقالت: انقضت عدتي قبل رجعتك، صدقت هي، نص عليه، قال الأصحاب: المراد إذا اتصل كلامها بكلامه، قالوا: وقوله راجعت، إنشاءٌ، وقولها: انقضت عدتي إخبار، فيكون الانقضاء سابقًا على قولها.

القسم الثاني: إذا نكحت زوجًا بعد العدة، فجاء الأول وادعى الرجعة في العدة، فإن أقام بينة، فهي زوجته، سواء دخل بها الثاني أم لا، فإن دخل، فلها

عليه مهر المثل، وإن لم تكن بينة، وأراد تحليفها، سمعت دعواه على الصحيح، فلو ادعى على الزوج، ففي سماع دعواه وجهان: أصحهما عند الإمام: لا، لأن الزوجة ليست في يده. والثاني: نعم، لأنها في حبالته وفراشه، وبهذا قطع المحاملي وغيره من العراقيين. فإذا ادعى عليها، فإن أقرت بالرجعة، لم يقبل إقرارها على الثاني، بخلاف ما لو ادعى على امرأة في حبال رجل أنها زوجته، فقالت: كنت زوجتك فطلقتني، فإنه يكون إقرارًا له، وتجعل زوجة له، والقول قوله في أنه لم يطلقها، لأن هناك لم يحصل الاتفاق على الطلاق، وهنا حصل، والأصل عدم الرجعة، وتغرم المرأة للأول مهر مثلها، لأنها فوتت البضع عليه بالنكاح الثاني. وقال أبو إسحاق: لا غرم عليها، كما لو قتلت نفسها أو ارتدت، وإن أنكرت، فهل تحلف؟ فيه خلاف مبني على أنها لو أقرت هل تغرم؟ إن قلنا: لا، فإقرارها بالرجعة غير مقبول ولا مؤثر في الغرم، فلا تحلف، والأصح التحليف، فإن حلفت، سقطت دعواه، وإن نكلت، حلف وغرمها مهر المثل، ولا يحكم ببطلان نكاح الثاني وإن جعلنا اليمين المردودة كالبينة على قول، لأنها لا تكون كالبينة في حق المتداعيين. وحكى الإمام وجهًا أنه يحكم ببطلان نكاح الثاني إذا قلنا: كالبينة، وإذا قبلنا الدعوى على الزوج الثاني، نظر، إن بدأ بالدعوى على الزوجة، فالحكم كما سبق، لكن إذا انقضت خصومتهما، بقيت دعواه على الثاني، وإن بدأ بالدعوى على الثاني، فإن أنكر، صدق بيمينه، وإن نكل، ردت اليمين على المدعي، فإن حلف، حكم بارتفاع نكاح الثاني، ولا تصير المرأة للأول بيمينه، ثم إن قلنا: اليمين المردودة كالبينة، فكأنه لم يكن بينها وبين الثاني نكاح، ولا شيء لها عليه، إلا أن يكون دخل بها، فعليه مهر المثل، وإن قلنا: كالإقرار، فإقراره عليها غير مقبول، فلها عليه كمال المسمى إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله. قال البغوي: والصحيح عندي، أنها وإن جعلت كالبينة لا تؤثر في سقوط حقها من المسمى، بل يختص أثر اليمين المردودة بالمتداعيين، فإذا انقضت الخصومة بينهما، فله الدعوى على المرأة، ثم ينظر، فإن بقي النكاح الثاني، بأن حلف، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا بدأ بها، وإن لم يبق، بأن أقر الثاني للأول بالرجعة، أو نكل وحلف الأول، فإن أقرت المرأة سلمت إليه، وإلا فهي المصدقة باليمين، فإن نكلت فحلف الأول، سلمت إليه، ولها على الثاني مهر المثل إن جرى دخول، وإلا فلا شيء عليه، كما لو أقرت بالرجعة، وكل موضع قلنا: لا تسلم إلى الأول، لحق الثاني، وذلك عند إقرارها، أو نكولها، ويمين الأول، فإذا زال حق الثاني بموت وغيره، سلمت إلى الأول، كما لو أقر بحرية عبد في يد غيره، ثم اشتراه، حكم عليه بحريته.

فرع: إذا أنكرت الرجعة، واقتضى الحال تصديقها، ثم رجعت، صدقت في الرجوع، وقبل إقرارها نص عليه، بخلاف ما لو أقرت أنها بنت زيد من النسب، أو الرضاع، ثم رجعت وكذبت نفسها، لا يقبل رجوعها، ولو زوجت وهي ممن يعتبر رضاها، فقالت: لم أرض بعقد النكاح، ثم رجعت فقالت: رضيت وكنت نسيته، فهل يقبل رجوعها أم لا ولا تحل إلا بعقد جديد؟ وجهان: المنصوص الثاني، نقله القاضي أبو الطيب، ورجح الغزالي الأول.

فرع: طلقها طلقة أو طلقتين، وقال: طلقتها بعد الدخول، فلي الرجعة، فأنكرت الدخول، فالقول قولها بيمينها. فإذا حلفت، فلا رجعة، ولا سكنى، ولا نفقة، ولا عدة، ولها أن تتزوج في الحال، وليس له أن ينكح أختها، ولا أربعًا سواها، حتى يمضي زمن عدتها، ثم هو مقر لها بكمال المهر، وهي لا تدعي إلا نصفه، فإن كانت قبضت الجميع، فليس له مطالبتها بشيء، وإن لم تقبضه، فليس لها إلا أخذ النصف، فإذا أخذته ثم عادت واعترفت بالدخول، فهل لها أخذ النصف الآخر، أم لا بد من إقرار مستأنف من الزوج؟ فيه وجهان حكاهما إبراهيم المروذي. وفي «شرح المفتاح» لأبي منصور البغدادي: أنه لو كانت قبضت المهر وهو عين، وامتنع الزوج من قبول النصف، فيقال له: إما أن تقبل النصف، وإما أن تبرئها منه. ولو كانت العين المصدقة في يده، وامتنعت من أخذ الجميع، أخذه الحاكم، وإن كان دينًا في ذمته، قال لها: إما أن تبرئيه، وإما أن تقبليه.

فرع: ادعت الدخول، فأنكر، فالقول قوله، فإذا حلف، فلا رجعة ولا نفقة، ولا سكنى، وعليها العدة، فإن كذبت نفسها، لم تسقط العدة، وسواء اختلفا في الدخول قبل الخلوة أم بعدها على المشهور، وحكينا في آخر فصل التعيين قولًا أن الخلوة ترجح جانب مدعي الدخول، فيكون القول قوله بيمينه.

فرع: نص في «الأم» أنه لو قال: أخبرتني بانقضاء العدة، ثم راجعها مكذِّبًا لها، ثم قالت: ما كانت عدتي انقضت وكذبت نفسها، فالرجعة صحيحة، لأنه لم يقر بانقضاء العدة بل حكى عنها.

فرع: قال المتولي: لو طلق زوجته الأمة، واختلفا في الرجعة، فحيث قلنا: القول قوله إذا كانت حرة، فكذا هنا، وحيث قلنا: قول الزوجة، فهنا القول قول السيد، وقال البغوي: القول قولها، ولا أثر لقول السيد.

المحتويات

كتاب المكاتب ٥
باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ٢٠
باب الأداء والعجز ٢٤
باب الكتابة الفاسدة ٦٨
باب اختلاف المولى والمكاتب ٧٢
كتاب عتق أمهات الأولاد ٧٨
باب الولاء ٨٣
كتاب الفرائض ٩٦
باب ميراث أهل الفرائض ١٠٣
باب ميراث العصبة ١١١
باب الجد والإخوة ١١٨
كتاب النِّكاح ١٧١
باب ما يصح به النِّكاح ١٧٩
باب ما يحرم النِّكاح وما لا يحرم ٢٢٥
باب الخيار في النكاح والرد بالعيب ٢٦٤
باب نكاح المشرك ٢٨٦
كتاب الصداق ٣١٣
باب اختلاف الزوجين في الصداق ٣٦٣
باب المتعة ٣٧١
باب الوليمة والنثر ٣٧٣
باب عشرة النساء والقسم ٣٨٠
باب النشوز ٤٠١

كتاب الخلع ٤٠٧
باب جامع في الخلع ٤١٥
كتاب الطلاق ٤٥٤
باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع ٤٧١
باب عدد الطلاق والاستثناء فيه ٥٠٥
باب الشرط في الطلاق ٥٢٧
باب الشك في الطلاق واختلاف الزوجين فيه ٥٩٨
باب الرجعة ٦١٠
المحتويات ٦٢٦